

للسكان، بل ومصدرة لهم في الآونة الأخيرة.

كما لم يعتد المشرع المصري بحق الدم من جهة الأم في ظل القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ وقبل تعديله- إلا في فرضين استثنائيين :-

الفرض الأول: يتعلق بالطفل الشرعي المولود في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو عديمها.

أما الفرض الثاني : فيتعلق بحالة الطفل غير الشرعي المولود من أم مصرية، في مصر من أب مجهول.

إلا أنه نظراً لرغبة المشرع المصري في أن يواكب تشريع الجنسية التطورات الاجتماعية والاقتصادية الحادثة لمصر في الآونة الأخيرة، وكذلك نظراً لسعيه في أن يكفل قانون الجنسية مبدأ المساواة الدستورية بين المرأة والرجل من جهة ويكون متمشياً مع تعهدات مصر الدولية ومستلهمها المبادئ العامة الحاكمة للجنسية من جهة أخرى قام المشرع المصري بتعديل قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بموجب القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، والذي أقر حق المرأة المصرية في نقل جنسيتها إلى أبنائها شأنها في ذلك شأن الرجل المصري.

إذ تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ على أن :-

"يستبدل بنص المادة (٢) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية النص الآتي:

مادة (٢) : "يكون مصرياً :

١- من ولد لأب مصري أو أم مصرية.

٢- من ولد في مصر من أبوين مجهولين، ويعتبر اللقيط في مصر مولوداً فيها ما لم يثبت العكس".

ويكون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة السابقة، أن يعلن وزير الداخلية رغبته في التخلي عن الجنسية المصرية، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولي التربية في حالة عدم وجود أيهما.

وللقاصر الذي زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة، أن يعلن رغبته في استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد.

ويصدر بالإجراءات والمواعيد التي تتبع في تنفيذ أحكام الفقرتين السابقتين قرار من وزير الداخلية، ويكون البت في زوال الجنسية المصرية بالتخلي أو ردها إعمالاً لهذه الأحكام، بقرار منه.

وسوف نعالج هذه الأحكام على التوالي:

يتضح من نص المادة ٢ فقرة ١ من قانون الجنسية المصري الجديد رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ أن المشرع المصري قد أرسى قاعدة قيام الجنسية المصرية الأصلية على حق الدم المستمد من الأب أو الأم استجابة لمبدأ المساواة الدستورية بينهما^(١)، إلا اشترط توافر شرطين لثبوت الجنسية المصرية الأصلية بقوة القانون وبمجرد الميلاد لكل من يولد من أب مصري أو أم مصرية: أولهما هو أن يحمل الأب أو الأم الجنسية المصرية وقت الميلاد. أما الثاني فهو ثبوت نسب المولود إلى الأب المصري أو الأم المصرية.

الشرط الأول: أن يحمل الأب أو الأم الجنسية المصرية وقت الميلاد:

يشترط لاكتساب الابن الجنسية المصرية الأصلية بناءً على حق الدم، أن يكون الأب أو الأم يتمتع بالجنسية المصرية عند ميلاد هذا الابن. ويستوي في ذلك أن تكون هذه الجنسية أصلية أم طارئة، ومتى كان الأب مصرياً أو كانت الأم مصرية، فإن ذلك في حد ذاته كافياً لإضفاء الجنسية المصرية على الابن بقوة القانون. فثبوت الصفة الوطنية لأحدهما كاف بذاته لنقل الجنسية الأصلية إلى الابن، فإذا كان الأب يتمتع بالجنسية المصرية وقت ميلاد الابن فإن الابن يكون مصرياً بقوة القانون حتى لو كانت الأم غير مصرية، وكذلك الحال بالنسبة للأم المصرية فإذا كانت أم مصرية وقت ميلاد الابن، وكان زوجها أجنبياً، فإن الابن يكون مصرياً بقوة القانون.

إذ أن العبرة في منح الجنسية المصرية في ظل نص المادة ١/٢ من قانون الجنسية رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ أن يكون الطفل مولود لأب مصري أو لأم مصرية.

ويعني ذلك أن المشرع المصري قد قصد بهذا التعديل، جعل الأم المصرية -شأنها شأن الأب المصري- قادرة بقوة القانون على نقل الجنسية إلى ابنها بغض النظر عن جنسية الزوج.

لكن، هل يشترط أن يكون الوالد (الأب أو الأم) مصرياً وقت الحمل ووقت ميلاد الطفل؟ أم يكفي بتوافر الجنسية المصرية وقت ميلاد الطفل حتى ولو كان الوالد (الأب والأم) أجنبياً وقت الحمل وأصبح مصرياً عند الميلاد؟

الواقع أنه من المتفق عليه أن العبرة بتوافر الصفة الوطنية للأب أو للأم يكون وقت ميلاد الطفل.

حيث يشترط أن يكون الوالد مصرياً وقت ميلاد الطفل حتى يكتسب الابن الجنسية المصرية ولو كان أجنبياً وقت الحمل. أما إذا كان الوالد مصرياً عند الحمل ثم زالت عنه هذه الجنسية وقت ميلاد الطفل فإن الابن لن يكتسب الجنسية المصرية. فالعبرة دائماً بتوافر الصفة الوطنية للوالد عند الميلاد ولذلك فإن الجنسية المصرية تثبت للابن متى كان الوالد مصرياً وقت ميلاد الطفل حتى لو زالت عنه الجنسية في تاريخ لاحق على الميلاد.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها؛ وأيضاً: د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٠٧.

إلا أن هناك فرضاً آخر يتمثل في كون الأب مصرياً عند الحمل ثم توفى قبل ميلاد الطفل ..

وهنا فإنه من المسلم به أنه إذا كان الأب وطنياً وقت الحمل ثم توفى قبل الميلاد، فإن الابن يكتسب الجنسية المصرية لأبيه نظراً لأن هذه الجنسية كانت ستنتقل إليه بطبيعة الحال لو استمرت حياة الأب حتى تاريخ الميلاد، والراجح أنه كان سيظل عليها حتى هذا التاريخ، والقول بغير ذلك يترك الطفل بلا جنسية دون مبرر، وعلى اعتبار أن الجنسية المصرية هي آخر جنسية للأب يمكن أن يدلي بها للولد عن طريق صلة الدم^(١).

ويكتسب الابن المولود لأم مصرية أو لأب مصري الجنسية المصرية بغض النظر عن مكان الميلاد حتى لو تم ميلاد الابن خارج مصر وكانت الدولة التي ولد الطفل على إقليمها تمنحه جنسيتها، فالمادة ١/٢ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ قاطعة الدلالة في تأييد هذا النظر لنصها على أن "يكون مصرياً من ولد لأب مصري أو لأم مصرية".

ونظراً لأن المشرع لم يقيد ثبوت الجنسية للابن بميلاد جيل معين في مصر، لذا فإن تعاقب ميلاده عدة أجيال في الخارج لا يحول دون ثبوت الجنسية المصرية في هذه الحالة.

وينتقد جانب من الفقه المصري^(٢) هذا الحل على اعتبار أنه "يجعل الجنسية قائمة على أساس غير حقيقي، إذ تعاقب ميلاد عدة أجيال خارج إقليم الدولة وانقطاع الصلة بينها وبين الدولة من شأنه القضاء تدريجياً على الرابطة الفعلية التي تربط الفرد بالدولة التي ينتمي إليها".

علاوة على أن تعاقب ميلاد عدة أجيال واستقرارهم في الخارج يؤدي في غالب الأحيان إلى دخولهم في جنسية دولة أخرى مما يضعف شعورهم بالولاء نحو دولتهم الأصلية.

بينما يرى جانب آخر من الفقه المصري أن مصلحة مصر وهي دولة مصدرة للسكان أن تبقى على جنسيتها لرعاياها وللأجيال المنحدرة منهم سواء ولدوا في الخارج "أو كانت إقامتهم في الخارج، إذ من شأن ذلك أن يزيد من القوة السياسية والمعنوية لمصر وأن يجعلها على اتصال بأبنائها في الخارج"^(٣).

الشرط الثاني: ثبوت نسب المولود إلى الأب المصري أو الأم المصرية قانوناً:

يشترط لكي يكتسب الابن الجنسية المصرية علاوة على كون الوالد متمتع بالجنسية المصرية لحظه ميلاد الابن ثبوت نسب الولد إلى الوالد قانوناً.

(١) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، بند ٨، ص ١٧.

(٢) درجائي حسن الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة لقانون الجنسية في مصر والدول العربية، ٢٠٠٥، ص ١٧١.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص ٣٦.

وتعد مسألة ثبوت البنوة الشرعية مسألة أولية لازمة للفصل في مدى تمتع الشخص بالجنسية المصرية من عدمه^(١).

والقانون الذي يفصل في هذه المسألة الأولية هو القانون الذي تحدده قواعد الإسناد المصرية، وضابط الإسناد في الفرض المطروح على نطاق البحث، هو جنسية من يُراد الانتساب إليه، وعلى ذلك يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الوالد المراد إثبات النسب له أي القانون المصري.

وبالرجوع إلى أحكام النسب في القانون المصري نجد أن النسب يثبت بالزواج، أو الإقرار أو البينة^(٢).

فقيام الزوجية بين الأب والأم وقت الحمل يكفي ليثبت نسب الطفل من أبيه، حتى ولو لم يستمر الزواج حتى وقت الميلاد.

ووقوع الطلاق بين الأبوين في الفترة ما بين الحمل وولادة الطفل لا يمنع من ثبوت الجنسية المصرية له متى كان الأب مصرياً وقت ولادة الطفل، حتى ولو كان الأب قد طلب الإذن من جهة الإدارة المصرية السماح له بالتجنس بالجنسية الأجنبية، حتى ولو كان قد حصل بالفعل على هذا الإذن، طالما لم يدخل فعلاً في الجنسية الأجنبية. وذلك لأن الجنسية المصرية لا تزول عن المصري الراغب في التجنس بجنسية دولة أجنبية إلا من تاريخ الدخول الفعلي في هذه الجنسية وليس من تاريخ حصوله على الإذن بالتجنس.

كذلك يثبت النسب قانوناً بإقرار الأب بأبوته للمولود. كما يثبت النسب أيضاً بشهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين بهذه النبوة.

وعلى هدي ما تقدم فإن الابن المولود من أب يتمتع بالجنسية المصرية أو من أم تتمتع بالجنسية المصرية بعد العمل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ والذي بموجبه تم استبدال نص المادة ٢ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية، يكتسب الجنسية المصرية.

(١) د. محمد كمال فهمي، أحوال القانون الدولي الخاص، مركز الأبحاث، مادة التنازع، الطبعة الثانية، ١٩٧٨، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥، ص ١٧٥.

(٢) محمد كمال فهمي، المرجع نفسه، ص ١٧٦.

المطلب الثاني

موقف أبناء الأم المصرية المولودين قبل صدور القانون ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤

تقضي القواعد العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان بأن الأصل هو عدم سريان القانون بأثر رجعي دون نص خاص ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ عدم رجعية القوانين. وبناء على ذلك ، فإنه من الطبيعي ألا يكتسب الأولاد المولودين لأم مصرية قبل سريان القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ الجنسية المصرية تلقائياً.

إلا أن المشرع المصري، كان حريصاً على تسوية أوضاع المولودين لأم مصرية من أب أجنبي، والذين ولدوا قبل العمل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، وهي التسوية التي أوردها في نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤^(١).

حيث تنص المادة الثالثة من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ والذي بموجبه تم تعديل نص المادة ٢ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية على ما يلي :-

"يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية، ويعتبر مصرية بصدور قرار بذلك من الوزير، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض.

ويترتب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية، أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية بإتباع ذات الإجراءات السابقة.

فإذا توفى من ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين".

والمأمل لنص المادة السابقة يجد أنها فرقت بين عدة حالات يمكن إجمالها فيما يلي^(٢):-

الحالة الأولى : وهي حالة كون الإبن قاصر، وهنا يكون على الأم أو النائب عنه أو متولي التربية التزام بإعلان رغبته لوزير الداخلية في التمتع بالجنسية المصرية.

الحالة الثانية : وهي حالة كون الإبن رشيد، وهنا يكون إعلان الرغبة في التمتع بالجنسية المصرية بنفسه، وفقاً للإجراءات المشار إليها في المادة سالفه الذكر.

الحالة الثالثة : وهي حالة وجود أحفاد للمرأة المتزوجة من أجنبي ، وحسناً فعل المشرع بتنبهه لاحتمالية هذه الحالة. إلا أنه يجب أن نفرق بين فرضين :-

(١) د.ماهر إبراهيم السداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية، بدون دار نشر، ١٩٨٣، ص ١٠٥.

(٢) راجع في ذلك : د. رشا علي الدين، المرجع السابق، ص ٥٥.

الفرض الأول : أن يكون الإبن على قيد الحياة وحصل على الجنسية المصرية وفقاً لأحكام القانون ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، وفي هذا الفرض يتعين اتباع ذات الإجراءات بالنسبة للأحفاد.

الفرض الثاني : أن يكون ابن الأم المصرية، متوفياً، هنا أعطى المشرع الحق لأبنائه في التمتع بالجنسية المصرية.

ويثني جانب من الفقه المصري على المشرع باتجاهه إلى النص على هذا الفرض، وذلك على أساس ألا تتسبب وفاة الأب أو الأم في جعل الأحفاد في موقف أسوأ من أقرانهم، بل قرر لهم الحق في الحصول على الجنسية المصرية^(١).

(١) د. رشا علي الدين، المرجع نفسه، ص ٥٧

الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع " دور الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها في التشريع المصري" وقد تناولنا في هذا الموضوع من خلال مبحثين رئيسيين قسمنا كلا منهما إلى مطلبين، وقبل أن نعرض للنتائج التي أفرزتها الدراسة نود أن نشير إلى أن هناك توجهاً عاماً لدى الدولة في تعديل الكثير من التشريعات التي تنطوي على مساس بحقوق الإنسان سواء من قريب أو من بعيد ومن بينها قانون الجنسية الحالي، ودون الخوض في بيان الدوافع الحقيقية لهذا التوجه يهمننا أن نشير إلى التأكيد على ضرورة احترام المبادئ الدستورية التي تكفل للمرأة نفس الحقوق المقررة للرجل في مجال نقل الجنسية لأبناء وتعديل قانون الجنسية المصري بما يحقق ذلك.

أولاً : النتائج :

١ - لقد كان لميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥ والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ الفضل أن دخلت حقوق الإنسان في بؤرة اهتمام القانون الدولي، فبعد صدورها توالى صدور الإعلانات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، حتى أصبح لدينا اليوم قانوناً دولياً متكاملًا، وهو القانون الدولي الإنساني، ينظم حقوق الإنسان وأصبحت هذه الوثائق ذات إشعاع على دساتير الدول وتشريعاتها.

فقد تنكر القانون الدولي لأصل نشأته، فبعد أن كان قانون يهتم في المقام الأول بتنظيم علاقات الدول فيما بينها، أصبح يحكم المجتمع الدولي، سواء الذين يحملون جنسية الدولة، أو الذين يقيمون على أراضيها، وفي عبارة أخرى نستطيع القول بأن الحماية الدولية لحقوق الإنسان أصبحت من أهم واجبات القانون الدولي، وذلك بغض النظر عن جنسية الشخص أو ديانته أو أصله العرقي أو مركزه الاجتماعي أو الاقتصادي.

ومن هنا يمكننا القول بأن مسألة حقوق الإنسان لم تعد مسألة داخلية تخص فقط الدولة ومواطنيها وتدخل ضمن الاختصاص المطلق أو القاصر للدولة، ولكنها أصبحت مسألة دولية، ومن ثم عندما تتولى الدولة تنظيم جنسيتها فهي وإن كانت تتمتع بسلطة في اختيار المعيار الذي يلاءم مع ظروفها، إلا أنها تلتزم بمراعاة الحقوق الثابتة في المواثيق والإعلانات الخاصة بحقوق الإنسان.

وبمعنى أدق يمكننا القول أن القواعد المنظمة لحقوق الإنسان تنتمي إلى القواعد الدولية الأمرة في نطاق القانون الدولي، ومن ثم نستطيع أن نقرر بأن الدول تلتزم في مواجهة المجتمع الدولي بمراعاة واحترام هذه الحقوق وكفالة تطبيقاتها.

٢- لقد كان للاهتمام المتزايد بتعميق حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة انعكاسه على العديد من التشريعات فأعملت مبدأ المساواة بين الأب والأم، وأعطت للأخيرة الحق في نقل جنسيتها الأصلية إلى أبنائها، وبغض النظر عن جنسية الأب، إذ يستوي أن يكون يتمتع بجنسية دولة

أجنبية أم مجهول الجنسية أو عديمها. وهو ما استقر عليه التشريع المصري أيضاً في تعديله الأخير لقانون الجنسية رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ ، أضيف إلى ذلك أنه لم يعول على مكان ميلاد الابن، فيستوي أن يكون داخل الدولة أو خارجها.

٣- إن قوانين الجنسية التي نظمت الجنسية المصرية ابتداء من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٦ وحتى قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ قد تفاوتت فيما بينها حول الأشخاص الذين تثبت لهم الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الدم من ناحية الأم بين موسع ومضيق.

٤- إن القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانون الجنسية المصرية الاعتراف بالهوية المصرية لأولاد الأمهات المصريات من أبناء غير المصريين هوية طال انتظارهم بها وبحثهم عنها، طوال عدة عقود بعدما نجوا من معاملتهم كأجانب في إقليم أهمهم المصرية.

ثانياً :- التوصيات :-

إذا كان هناك من توصية نختم بها هذا البحث، فلا يسعنا إلا القول بأنه إذا كان المشرع المصري قد قرر بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ المساواة بين الأب والأم في مجال نقل الجنسية المصرية للأبناء، إلا أن هناك مجموعة من القوانين كانت ولا زالت تشترط ميلاد الشخص لأب مصري، حتى يتمكن من ممارسة الحقوق التي تنظمها هذه القوانين.

ويترتب على ذلك أن هذه القوانين تعد من الناحية الدستورية مخالفة، لإقامتها التفرقة بين المصريين المولودين لأب مصري والمصريين المولودين لأب مصرية، مما يستدعي معه الأمر تعديلاً تشريعياً سريعاً، وإلا تعرضت للحكم بتقرير عدم دستورتيتها.

مما يتوجب معه أن نهيب بالمشرع تدارك هذه القوانين وتعديلها بما يتوافق مع مبادئ المساواة المعترف بها عالمياً، طالما أن أبناء الأم المصرية المتزوجة من أجنبي قد أصبحوا بحكم هذا القانون مصريين .

قائمة المراجع :

أولاً : المراجع العامة :

- ١- د. أبو العلا النمر، النظام القانوني للجنسية المصرية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢- د. أحمد عبد الكريم سلامه، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٣- د. أحمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجنبي في دول مجلس التعاون الخليجي- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
- ٤- د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٥- د. حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٦- د. رجائي حسن الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي، دراسة مقارنة لقانون الجنسية في مصر والدول العربية، ٢٠٠٥.
- ٧- د. رشا علي الدين، القانون الدولي الخاص- الجنسية ومركز الأجنبي، دن، ٢٠٠٩.
- ٨- د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجنبي، الطبعة الثانية، دن، ١٩٦٠.
- ٩- د. طلعت دويدار أحمد، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٨.
- ١٠- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الحادية عشر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١١- د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية والاختصاص القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ١٢- د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٣- د. ماهر إبراهيم السداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية، بدون دار نشر، ١٩٨٣.
- ١٤- د. محمد السيد عرفه، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، ٢٠١٣.
- ١٥- د. محمد كمال فهمي، أحوال القانون الدولي الخاص، مركز الأجنبي، مادة التنازع، الطبعة الثانية، ١٩٧٨، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٥.
- ١٦- د. هشام علي صادق وحفيفة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٠.

ثانياً : المراجع المتخصصة :

- ١- د.عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن-رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٢- د.عبد المنعم زمزم، جنسية أبناء الأم المصرية - قرارات وزير الداخلية والتعديل التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

ثالثاً : المقالات والدوريات :

- ١- د.مناء مفتاح الصور، حق الأم الليبية في نقل جنسيتها الأصلية لأبنائها في ضوء مبدأ المساواة، مجلة القانون- جامعة طرابلس، العدد الثالث، ٢٠١٢.
- ٢- د.رعد مقداد محمد، جنسية أبناء الأم العراقية بالمقارنة مع بعض قوانين الجنسية العربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول ، السنة الأولى.

ثالثاً : مواقع الإنترنت :

- ١- موقع الأمم المتحدة الرسمي على الإنترنت :
www.un.org

www1.umn.edu

- ٢- موقع مكتبة حقوق الإنسان - جامعة مينسوتا :

ماهية القانون الدولي الإنساني

أعدوا

أحمد عبد الرحمن طه (الملا) أحمد

خطة البحث

- الفصل التمهيدي : ماهية القانون الدولي الإنساني والنزاعات المسلحة
- المبحث الأول : تعريف القانون الدولي الإنساني وأهم مبادئه وتطوره التاريخي .
- المطلب الأول : تعريف القانون الدولي.
- المطلب الثاني : مبادئ القانون الدولي الإنساني.
- الفرع الأول : المبادئ في اتفاقات لاهاي
- الفرع الثاني : المبادئ في اتفاقات جنيف
- المطلب الثالث: التطور التاريخي للقانون الدولي الإنساني .
- المبحث الثاني : مصادر القانون الدولي الإنساني وطبيعته وقواعده
- المطلب الأول : مصادر القانون الدولي الإنساني
- الفرع الأول : المصادر الأصلية
- الفرع الثاني : المصادر الثانوية (المكملة)
- المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الإنساني .
- الفرع الأول : الطبيعة القانونية للقواعد المثبتة في اتفاقات لاهاي ١٩٨٨ و١٩٠٧.
- الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لاتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩
- و البروتوكولان المضافان لهم لعام ١٩٧٧ .
- النتائج والتوصيات
- الخاتمة
- قائمة المراجع
- الفهرس

مقدمة

لم تخل البشرية يوماً من الصراع والنزاع ولم يسكن الإنسان يوماً إلا والشر قرينه، كما كان الخير ، فالصراع كان دائماً أحد الأسس التي قامت عليها الحياة الإنسانية ، وتعايش معها البشر ، وعان منها الإنسان كل المعاناة .

ومع تطور الحياة وأساليبها ، تطورت هذه الصراعات والنزاعات أيضاً ، ولم ينتج عن ذلك إلا مزيداً من الأسي والخراب والدمار لأعداد مهولة من البشر ، ويكفي فقط أن نشير إلى أنه خلال خمسة آلاف عام وقعت أكثر من أربعة عشر ألفاً من الحروب والصراعات ، نتج عنها خمسة مليارات قتيل^(١) . فضلاً عن الخراب والدمار الذي أصاب الأعيان والممتلكات والأراضي وغيرها ، كذلك ما خلفته الحرب العالمية الثانية وما تلاها من حروب ونزاعات حتى بداية القرن الحالى وصلت إلى مائتي وخمسين نزاعاً دولياً وغير دولي ، ووصل عدد الضحايا إلى ما يقرب من مائة وسبعين مليون من القتلى والجرحى.^(٢)

ولما كانت ظاهرة الحرب والنزاعات ظاهرة اجتماعية دائمة لم ولن تختفي، ومع إيمان المجتمعات بهذه الحقيقة منذ القدم ، وتأثرهم بها وبأضرارها ، كان لابد للإنسان أن يتدخل لوضع حدود لهذه الحرب، بحيث أنه إذا كانت الحروب والنزاعات ظاهرة لا يمكن منعها ، فإنه على الأقل يمكن لنا القول بأنه حتى الحرب يمكن أن يكون لها حدود .

هذه الحدود تتمثل في وضع الوسائل والآليات التي تلطف من حدتها وتخفف من آثارها المدمرة على ضحاياها من المدنيين ، وبالفعل كانت المحاولات منذ القدم وحتى ظهور فقهاء عصر النهضة وما تلى هذه الحقبة في القرن التاسع عشر من عقد مؤتمرات السلام بهدف تنظيم النزاعات والحروب ووضع القواعد المقننة لها والتي تحد من آثارها وحماية ضحاياها، هذه المحاولات والمؤتمرات وما نتج عنها من اتفاقيات وأحكام وقواعد خاصة بتنظيم الحرب وحماية ضحاياها، أطلق عليها مؤخراً "القانون الدولي الإنساني" .

القانون الدولي الإنساني إذا هو العامل الملطف ، والذي يقوم في أساسه على الاعتبار الإنسانية ، الذي يضع حدوداً لتلك النزاعات والحروب بهدف حماية ضحاياها من المدنيين والمقاتلين غير القادرين على حمل السلاح .

(١) د. اسماعيل عبد الرحمن ، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني ، دراسات في القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني ، تقديم د. أحمد فتحى سرور ، دار المستقبل العربى . الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ ، ص ١٥ .

(٢) د. شريف محمود بسيونى ، القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ، بدون رقم طبعة ، ص ١٢٧ وما بعدها .

ولقد كان اختيارنا لهذه الدراسة تحت هذا العنوان " ماهية القانون الدولي الإنساني " سببه في الأساس هو رغبتنا في التعرف على ماهية هذا القانون وحقيقة دوره في حماية المدنيين وضحايا النزاعات المسلحة ، خاصة أن الباحث نفسه قد عان مع من عانوا من آثار تلك الحروب المدمرة أثناء الغزو الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣ وما تم من انتهاكاتٍ صريحةٍ وواضحةٍ لهذا القانون دون أى رقابةٍ أو حسابٍ حقيقيٍ لمن ارتكب تلك الجرائم . فإشكالية البحث والذي تدور حولها هذه الدراسة هي محاولة الوقوف على الدور الحقيقي الذي ينبغي أن يقوم به القانون الدولي الإنساني في حماية ضحايا النزاعات المسلحة وبشكل خاص المدنيين .

ومن هذا المنطلق ولهذه الأسباب كان اختيارنا لموضوع البحث وتحديد إشكاليته التي نريد أن نصل إلى أسبابها وتوضيحها والوصول إلى مقترحات بشأنها .

أما عن منهج البحث الذي سنتبعه سيكون المنهج التحليلي الموضوعي تارة ، وسيكون المنهج النقدي تارة أخرى وذلك حسبما تمليه علينا محددات موضوع الدراسة.

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على مجموعة من المراجع والدراسات العربية ، ولم يكن للدراسات الأجنبية قدر كبير في موضوع دراستنا ، لا لشيء إلا لثراء مكتبتنا العربية بكتابات كبار فقهاؤنا من القانون الدولي والتي وجدنا فيها ضاللتنا وأغنتنا بشكل أو بآخر عن اللجوء للمراجع الأجنبية ، وبالرغم من ذلك فقد كان للمراجع والدراسات الأجنبية وبشكل خاص الفرنسية دور لا بأس به في إعداد هذه الدراسة ، بالإضافة إلى المجالات الدورية والتقارير الدولية الرسمية ، والقرارات والتوصيات الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية ، والإطلاع عبر الإنترنت على مواقع المنظمات الدولية المختلفة والتي تختص بموضوع الرسالة كمنظمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة الأمم المتحدة ، إلا أننا في تحليلنا لقواعد حماية المدنيين في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، اعتمدنا بشكل رئيسي على نصوص هذه الاتفاقيات وتحليلها ، وبشكل خاص اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ ، وبروتوكولاتها المكملة لها لعام ١٩٧٧ .

أما عن خطة البحث التي سنتبعها ، فنقسم هذه الدراسة إلى فصل مكون من ثلاث مباحث نتناول في الأول تعريف القانون الدولي الإنساني وأهم مبادئه وتطوره التاريخي ، وفي الثاني بيان مصادره التي يقوم عليها وطبيعة قواعده القانونية ، وخصصنا المبحث الثالث لبيان ماهية النزاعات المسلحة وأنواعها والتي تعد الأساس الذي يجد القانون الدولي الإنساني مكانه للتطبيق فيه .

المبحث الأول

تعريف القانون الدولي الإنساني وأهم مبادئه

مَهَيَّنَا:

وسنعرض في هذا المبحث لماهية القانون الدولي الإنساني في المطلب الأول ثم نلي ذلك بعرض أهم المبادئ والأسس التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني في المطلب الثاني .

المطلب الأول

تعريف القانون الدولي الإنساني

يرد تعبير القانون الدولي الإنساني إلى الفقيه "ماكس هبر" max hober وهو رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر الأسبق، ويعد هذا المصطلح هو التعبير الرسمي المعمول به الآن، وقد ورد لأول مرة في المؤتمر الدبلوماسي بجنيف ١٩٧٤ : ١٩٧٧ وذلك لتأكيد وتطوير القواعد الدولية والالتزامات التي تطبق في النزاعات الدولية المسلحة^(١).

والواقع أنه قبل ظهور مصطلح القانون الدولي الإنساني كان يطلق على تلك القواعد التي تهتم بتنظيم مسائل الحرب مصطلح قانون النزاعات المسلحة ، وبالرغم من أن كلاً من تعبيرى "القانون الدولي الإنساني" و " القانون الدولي للنزاعات المسلحة" يعطيان نفس الهدف إلا أن البعض يرى أن تعبير القانون الدولي الإنساني يشير وبشكل أفضل إلى الهدف العميق للتنظيم القانوني للنزاعات المسلحة و هو حماية ضحايا هذه النزاعات.^(٢)

وعرف البعض القانون الدولي الإنساني بأنه " ذلك القسم الضخم من القانون الدولي العام الذي يستوحى الشعور الإنساني ويركز على حماية الفرد الإنساني في حالة الحرب"^(٣).

وعرفه آخر بأنه " مجموعة الأحكام القانونية الدولية التي تكفل احترام الفرد وتعزز ازدهارها"^(٤)، وعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والعرفية التي تستهدف تنظيم الحرب أو النزاعات المسلحة وذلك بوضع القيود على أطرافها عند استخدام وسائل القتال" .^(١)

(١) - د. اسماعيل عبد الرحمن ، الأسس الدولية للقانون الإنساني الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٧

٢ - Claude Emanuelli ، Introduction du droit international applicable dans les conflits armes (droit international humanitaire) ، Etudes internationales ، vol. n٤ ، ١٩٩٢ ، p. ٧٢٤

(٣) - أ. جان بكتيه ، القانون الدولي الإنساني ، تطوره ومبادئه ، جنيف ، ١٩٨٤ ، ص ٧

(٤) - د. محمد فهاد الشلالدة ، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٦

ويعرف آخر القانون الإنساني الدولي بأنه " مجموعة قواعد القانون الدولي التي تستهدف في حالات النزاع المسلح حماية الأشخاص الذين يعانون من ويلات هذا النزاع، وفي إطار أوسع حماية الأعيان التي ليس لها علاقة مباشرة بالعمليات العدائية"^(٢)

وجدير بالذكر أن البعض من الفقهاء في تعريفهم للقانون الدولي الإنساني ، كانوا قد ميزوا بين مفهومين أحدهما ضيق والآخر واسع، حيث تم تعريف القانون الدولي الإنساني وفقاً للمفهوم الضيق بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم وتتعلق بالمنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية" ، ومن ثم فهي تشمل قوانين الحرب فقط ولا تشمل قوانين السلام.^(٣)

ويعرف البعض الآخر القانون الدولي الإنساني بأنه " مجموعة من القواعد الاتفاقية أو العرفية الصادرة من منظمات دولية ، ذات أسس وغايات إنسانية واجبة التطبيق على كافة الأطراف القائمة بنزاعات مسلحة دولية أو غير دولية أو القائمة بأنشطة عسكرية ، كالقوات التابعة لمنظمة دولية وذلك لحماية الإنسان والأعيان"^(٤)

أما وفقاً للمفهوم الواسع فيرى البعض أهمية النظر إلى القانون الدولي الإنساني نظرة شمولية واسعة بحيث يمكن القول بأن هذا القانون يشتمل على فرعين هما قانون الحرب، وقانون حقوق الإنسان، وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القانون الإنساني الدولي يتكون من كافة الأحكام القانونية الدولية، سواء في القانون أو التشريعات العامة والتي تكفل حماية الأفراد وتعزز ازدهارها، وذلك في محاولة لإيجاد علاقة تربط بين كلا من القانونين.^(٥)

وفي إطار المفهوم الواسع للقانون الإنساني الدولي يرى الدكتور إسماعيل عبد الرحمن وجوب أن ينضم إلى قانون جنيف وقانون لاهاي قانون آخر وهو " قانون السلام" أو حق الدولة في اللجوء للحرب ، ويجد هذا القانون مصدره في ميثاق الأمم المتحدة الذي حظر استخدام القوة أو اللجوء إليها أو حتى التهديد بها إلا في حالات محددة وهي :

- الدفاع عن النفس الفردي والجماعي

- حروب التحرير .

(١) - د. محمد مصطفى يونس ، ملامح التطور في القانون الإنساني الدولي ، الطبعة الثانية ، دار

النهضة العربية، ١٩٩٦ ، ص ٩ وما بعدها

(٢) - أ. ستانسيلاف نهليك ، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني ، المجلة الدولية للصليب الأحمر

الدولي ، أغسطس ، ١٩٨٤ ، ص ٩

(٣) - - علي محمد راشد ، حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، مرجع سابق ، ص ٢٢

(٤) - د. جمعة شحود شباط ، حماية المدنيين والأعيان المدنية في وقت الحرب ، رسالة دكتوراة ،

جامعة حلب ، كلية الحقوق ٢٠٠٣ ، ص ٦١

(٥) - د.إسماعيل عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢٠

- العمليات الحربية التي يقرها مجلس الأمن للأمم المتحدة في إطار أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.^(١)

فيرى أن هذا القانون وإن كان يتعلق بصورة مباشرة بأحكام القانون الدولي العام فإنه يمثل من وجهة نظره نقطة ارتكاز أساسية للقانون الإنساني الدولي حيث أنه لولا وجود الحرب ذاتها ما كان هناك ضحايا لها يسعى القانون الدولي الإنساني لحمايتهم .

وقد أكد نفس الرأي أيضاً ومن ثم إضافة فرع ثالث للقانون الإنساني الدولي الأستاذ " ميلان بارتوس " الخبير القانوني وأتفق مع د. إسماعيل في نفس الاسم " قانون السلام " ولكنه كان يقصد به " المجموعة القانونية المعنية بحفظ السلام والحيلولة دون اللجوء الى الحرب كوسيلة لحل الخلافات بين المجتمعات البشرية .^(٢)

وأخيراً جدير بالإشارة أن نذكر تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعريف القانون الدولي الإنساني بأنه عبارة عن " مجموعة القواعد الدولية التعاقدية أو العرفية التي يقصد بها تسوية المشكلات الإنسانية الناشئة مباشرة عن النزاعات المسلحة ، دولية كانت أم غير دولية ، والتي تحدث ، لأسباب إنسانية من حق أطراف النزاع في استخدام ما يحق لها من وسائل القتال وطرقه ، وتحمى الأشخاص والأعيان التي يلحق بها الضرر أو تتعرض له من جراء النزاع " ^(٣)

ومما سبق يمكن لنا القول بأن القانون الإنساني الدولي إنما يتعلق بحماية ضحايا الحروب وأسلوب إدارة القتال وأن أحكامه الأساسية يستمدّها من اتفاقات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولات المضافة لها وغيرها من المواثيق الهامة المتعلقة بحقوق الإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ ، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ بالإضافة إلى عدد آخر من نصوص القانون الإنساني الدولي منها بروتوكول جنيف لحظر استخدام الغازات لعام ١٩٢٥ واتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٠ بشأن الأسلحة التقليدية واتفاقية أوتاوا حول الألغام الأرضية لعام ١٩٨٧ .

وتنطبق اتفاقات جنيف الأربعة على النزاعات المسلحة الدولية وتنص على حماية المدنيين والعاجزين عن القتال كالأسرى والجرحى.^(٤)

(١) د. إسماعيل عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٢٥

(٢) الأستاذ جان بكتيه ، القانون الدولي الإنساني ، تطوره ومبادئه . دراسات في القانون الدولي

الإنساني ، تقديم د/ مفيد شهاب ، دار المستقبل العربي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٥

(٣) - اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القانون الدولي الإنساني ، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب

الأحمر ، دار الكتب القومية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤

(٤) - د. أبو الخير عطية ، حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة ، الطبعة

الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٣

وبعد الحديث عن تعريف القانون الدولي الإنساني لدى فقهاء القانون الدولي نجد سؤالاً يطرح نفسه لا بد من الإجابة عليه حتى يتسنى لنا الحصول على تعريف يعبر عن هذا المصطلح بشكل كامل ألا وهو هل يقتصر القانون الدولي الإنساني على اتفاقات جنيف؟ أم أنه يتسع ليشمل اتفاقات لاهاي؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن بعض الكتاب^(١) فرق بين قانوني "جنيف" و "لاهاي"

فرايهم هو أن قانون جنيف هو الذي يستهدف على وجه التحديد حماية العسكريين العاجزين عن القتال ، والأشخاص المدنيين الذين لا يشتركون في الأعمال القتالية ، ومصدر هذا القانون هو اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولين المكملين لهما عام ١٩٧٧، في حين أن قانون لاهاي يحدد حقوق المحاربين وواجباتهم في إدارة العمليات العدائية العسكرية ويقيد اختيار وسائل الإيذاء ، ونشأ قانون لاهاي من اتفاقات لاهاي لعام ١٨٩٩ والمعدلة في عام ١٩٠٧ مضافاً إليها اتفاقية ١٩٥٤ لحماية الأعيان الثقافية واتفاقية جنيف المؤرخة في ١٠ أكتوبر عام ١٩٨٠ حول حظر استخدام أو تقييد استعمال الأسلحة التقليدية.

وبالرغم من إمكانية التمييز بين اتفاقية لاهاي وجنيف ، فاتفاقية لاهاي هي مجموعة من القواعد والأحكام التي تنظم حقوق وواجبات العسكريين في ادارة العمليات العسكرية ، وتحد من أثارها بحيث لا تتجاوز الضرورة العسكرية ، أما اتفاقية جنيف فهي مجموعة القواعد التي تهدف إلى حماية العسكريين العاجزين عن مواصلة القتال والأشخاص المدنيين الذين لا يشتركون في الأعمال العدائية. إلا أنه في حقيقة الأمر فإن التفرقة بين اتفاقية جنيف ولاهاي أصبحت الآن أمراً غير واضح المعالم، وذلك نتيجة لآثار التطور الحديث للنزاعات المسلحة ومن ثم إبرام البروتوكولات الإضافية لهذه الاتفاقات، فنجد أن في اتفاقية جنيف الأولى فصلاً هاماً يتناول حماية الشعوب ضد أخطار الحرب، وفصلاً آخر يتناول سلوكيات وتصرفات المحاربين ، ونجد نفس موضوعات هذه الفصول قد تم تناولها في اتفاقيات لاهاي، وبالتالي فإنه بإبرام البروتوكولين الإضافيين فإن معالم التمييز بينهما أصبحت غامضة وغير واضحة لاشتراك قواعدهم في البروتوكولات الإضافية.

كما أن قانون لاهاي لا يعد قانوناً ذا صفة عرفية بشكل خالص لأن جزءاً من أحكامه تستند على معاهدات دولية، في حين أن قانون جنيف لا يعد قانوناً تعاهدياً بشكل كامل لأن البعض من أحكامه عرفية.^(١)

(١) - د. اسماعيل عبد الرحمن ، المرجع السابق ص ٢٥، ٢٤

وبالرغم من رؤية البعض أهمية التمييز بين اتفاقيتي لاهاي وجنيف إلا أنه يجب أن ندرك أن الاتفاقيتين معاً صارتا تشكلان الأساس الذي بنى عليه القانون الإنساني الدولي خصوصاً مع إبرام البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ ، اللذين تضمننا كثيراً من القواعد المشتركة بين اتفاقات لاهاي وجنيف وكذلك لأن قانون لاهاي يعد هو الحلقة الأولى في تاريخ تطور القانون الإنساني الدولي كما سنوضح فيما بعد ، بالإضافة كما سبق وأوضحنا وجود قواعد مشتركة بين القانونين - مثل الوضع القانوني لأسرى الحرب والوضع القانوني للجرحى والغرقى في العمليات العسكرية البحرية ، والوضع القانوني للمدنيين في الأراضي المحتلة، فهذه القواعد نظمتها اتفاقية لاهاي ١٩٢٩ ثم انتقلت إلى اتفاقية جنيف ١٩٤٩ .

ويجدر بنا أن نوضح أن القواعد التي جاءت في الاتفاقيتين جاءت نتيجة لتسوية واقعية بين الاعتبارات الإنسانية والضرورة العسكرية مع الأخذ في الاعتبار أن اتفاقية جنيف تميل أكثر نحو الاعتبارات الإنسانية على عكس اتفاقات لاهاي التي تحتوي على قواعد تحمل توازن أكبر بين الاعتبارات الإنسانية ومتطلبات الضرورة العسكرية.^(٢)

وأخيراً نجد أن الفقه الغالب يري أن التفرقة بين القانونين وإن كان لها ما يبررها تاريخياً، إلا أنه علمياً وقانونياً فإن هناك تكامل بين أحكام معاهدات لاهاي ١٨٩٩-١٩٠٧ وبين معاهدات جنيف ١٨٦٤ و ١٩٤٩ وبروتوكولات ١٩٧٧ حيث أن غايتها أصبحت هي الحد من آثار الحروب وإقرار التوازن بين الضرورات العسكرية واعتبارات الإنسانية ، ومن ثم فإن " القانون الدولي الإنساني " يحتوى على نوعين من القواعد الواردة في اتفاقات جنيف ولاهاي وبالتالي فالتفرقة بينهما غير ذات قيمة.^(٣)

بناءً على ما تقدم ، فإننا نرى أن القانون الدولي الإنساني هو مجموعة القواعد القانونية الدولية ، العرفية أو التعاهدية ، والتي ينصب اهتمامها على تنظيم أساليب القتال في المنازعات المسلحة ، دولية كانت أم غير دولية ، والحد من آثارها المدمرة ، وذلك حفاظاً على أرواح المدنيين وممتلكاتهم الخاصة ، وكذلك حماية الجرحى والمرضى وأسرى الحرب من العسكريين غير القادرين على القتال.

(١) انظر مقال د. محمود شريف بسيوني ، الاطار العرفي للقانون الدولي الإنساني ، فى كتاب

القانون الدولي الإنساني ، icrc ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٣

(٢) على محمد راشد ، حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، شركة الدليل لأعمال الطباعة والنشر ، بدون رقم طبعة ، ٢٠١٣ ، ص ١٨

(٣) راجع البروتوكول الأول الإضافي لاتفاقات جنيف ١٩٤٦ المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية المواد ١- و ٥١- .

ومن خلال عرضنا لتعريف القانون الدولي الإنساني يمكن أن يتضح لنا أهم الأهداف التي يسعى القانون الإنساني لتحقيقها وهي :

- ١- إدارة الحرب وتنظيمها بحيث لا تستهدف المدنيين أو الأعيان المدنية ، وأنه في حالة حدوث ذلك فإنه يشكل انتهاكاً للقانون الدولي ومن ثم تعد جريمة دولية يستحق مرتكبها العقاب عليها .
- ٢- حماية المقاتلين الذين أصبحوا غير قادرين على القتال ، كالجرحى والمرضى وأسرى الحرب كذلك حماية الممتلكات الخاصة، والمدنيين والاعتناء بهم ورعايتهم والحفاظ على حياتهم وكرامتهم.
- ٣- منع استخدام أسلحة محظورة ومحرمة دولياً لما تتسبب به من أضرار في البنيات والممتلكات .
- ٤- التعاون الدولي للمنع أو للحد من الجرائم التي ترتكب ضد السلم، والجرائم التي ترتكب ضد الإنسانية والمعاقب عليها دولياً .
- ٥- تقييد حق الأطراف المتنازعة في طرق اختيار آليات الحرب ووسائلها المستخدمة في الحملات العسكرية.^(١)

المطلب الثاني

المبادئ التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني

لقد كانت مقدمة دستور اليونسكو والذي جاء فيها أنه "لما كانت الحروب تبدأ في عقول الناس، ففي عقول الناس يجب أن تبني حصون السلام "

تأكيداً على أنه ليس بالحرب تحل المشاكل الإنسانية ، بل بها تبدأ ، وأنه في حروب اليوم، حروب الضغط على الأزرار وحروب الذرة والهيدروجين ، ليس هناك رابح وخاسر، لأن البشرية كلها خاسرة.^(٢)

إن مبادئ القانون الدولي الإنساني سجلت في الاتفاقيات الدولية بعبارات دقيقة وفي موثيق وديباجات المعاهدات ، ولكن بالطبع لم تسجل كل المبادئ التي يقوم عليها فهناك من المبادئ

(١) المحامي محمد نعيم علوة ، موسوعة القانون الدولي العام ، القانون الدولي الإنساني ، الجزء التاسع ، مركز الشرق الأوسط الثقافي ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص ٥،٦ .

(٢) - أ.د. محمد عزيز شكري ، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب ، الطبعة الأولى ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢

الموجودة والنابعة من الأعراف الدولية لم يُقدر لها التدوين في الاتفاقيات الدولية، وقبل الخوض في هذه المبادئ وتفصيلها ، وجب علينا أن نوضح ما المقصود بها، فالمبادئ تشكل مجموعة القواعد الواجبة الإتباع للوصول إلى غاية معينة، فإذا كان هدف القانون الدولي الإنساني تتمثل في حماية الأشخاص المدنيين والعسكريين الغير قادرين على القتال وتنظيم القتال ووسائله للحد من آثاره الضارة على البشرية ، فإن مبادئ القانون الدولي الإنساني هي وسيلته للوصول الى تلك الغايات ، وبالتالي يمكن القول أن المبادئ في إطار أى نظام قانوني ذات أهمية كبيرة وبالطبع في مجال القانون الدولي الإنساني هي كذلك ، ونستطيع أن نؤكد على أن القانون الدولي الإنساني يقوم على مبادئ متعددة ومختلفة أهم هذه المبادئ وردت في اتفاقات لاهاي وجنيف بالإضافة الى بعض المبادئ العرفية التي لم تسجل في الاتفاقات الدولية ، وسنعرض لأهم المبادئ التي وردت في اتفاقات لاهاي في الفرع الاول وجنيف في الفرع الثاني على النحو الآتي :

الفرع الأول

المبادئ في اتفاقات لاهاي

اتفاقات لاهاي هي مجموعة اتفاقات اعتمدت في المؤتمر الدولي للسلام الذي عقد في لاهاي بهولندا والتي تضمنت بعض القواعد و الأعراف الدولية والاتفاقات الثنائية المتعلقة بتنظيم النزاعات المسلحة ، وتحريم استخدام بعض وسائل القتال ، وعلى الرغم من أن بعض هذه الاتفاقيات صدرت من عواصم بلاد أخرى مثل تصريح باريس وتصريح سان بيترسبورج كما سنوضح لاحقاً ، إلا أن هذه الاتفاقيات بقيت مرتبطة بلاهاي نظراً لأن الأغلب الأعم من هذه الاتفاقيات قد صدرت من لاهاي ، وسنوضح أهم ما جاء في اتفاقيات لاهاي من مبادئ على النحو الآتي :

[١] مبدأ تقييد حرية مهاجمة الأشخاص :

يتمتع السكان المدنيون بحماية عامة ضد الأخطار التي تنجم عن العمليات العسكرية، فقانون النزاعات المسلحة يميز بين المقاتلين وغير المقاتلين فبينما يمثل المقاتلون موضوع النزاع المسلح فإن من حق الآخرين ألا يُزج بهم في الأعمال العدائية مثلما ليس لهم بالمقابل حق الاشتراك فيها ، وهذا المبدأ ينشأ للمدنيين من العرف و المبادئ العامة للقانون ، ويترتب على هذا المبدأ ما يلي :

أولاً: تعمل أطراف النزاع في جميع الأوقات على التمييز بين المدنيين والمقاتلين .^(١)

ثانياً: لا يجوز أن يكون السكان المدنيين بصفقتهم هذه ، محلاً للهجوم حتى ولو كان ذلك من قبيل الأعمال الانتقامية .

ثالثاً: كذلك تحظر أعمال العنف والتهديد الهادفة إلى بث الذعر بين المدنيين .^(١)

(١) - مادة ٤٨ من اتفاقية لاهاي الاولى .

رابعاً: يجب على الأطراف المتنازعة اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية المدنيين من الأذى (٢).

خامساً: القوات المسلحة وحدها هي التي لها الحق في مهاجمة العدو ومقاومته ، ولكن في حالة الاستنفار الشعبي التي ينهض فيها السكان لمقاومة الغزاة من العدو ، عندئذ يعدون طرفاً محارباً استثناءً وبشرط احترامهم لقواعد وقوانين الحرب . (٣)

[٢] مبدأ تقييد حرية مهاجمة الأماكن :

مبدأ تقييد حرية مهاجمة الأماكن يعنى أنه يجب قصر الهجمات على الأهداف العسكرية فقط، حيث أنه تم تعريف الهدف العسكري في البروتوكول الأول بأنه "الأعيان التي تسهم مساهمة فاعلة في العمل العسكري ، سواء بطبيعتها أو بموقعها أو بغايتها أو باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة" (٤)

ونستنتج من هذا المبدأ ما يلي :

أولاً: يحظر العدوان على الأماكن المجردة من وسائل الدفاع حيث تنص لائحة لاهاي على " تحظر مهاجمة أو قصف المدن والقرى والمساكن والمباني غير المحمية أيّاً كانت الوسيلة المستعملة" (٥) ، و قد ظلت هذه القاعدة لفترة طويلة أحد دعائم قانون الحرب التقليدية ، فعندما لا تقوم الأماكن بأية وسيلة حماية ويسهل من العدو احتلالها دون قتال، فمن الواجب أن تمنع عنها الأخطار والتخريبات التي لا مبرر لها ، وقد استقر العرف على أن يتم الإعلان عن التجمعات الخالية من أى طابع عسكري على أنها مدن مفتوحة وعاد البروتوكول متبعاً إياها بمجموعة من الأحكام تنظم حماية الأماكن الخالية من وسائل الدفاع والمناطق المنزوعة السلاح . (٦)

ثانياً: لا يوجه أي عمل عدائي على المباني المخصصة للعلوم والأعمال الخيرية ، أو على المناطق الأثرية ، أو على الأعمال الفنية ، أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي والروحي للشعوب . (٧)

(١) - مادة ٥١ / ٢ لاهاي الاولى

(٢) - المادة ٥٧،٥٨ من لاهاي الاولى

(٣) - د. شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية الموائمة للدستورية والتشريعية ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ٢٠٠٢ . ص ٧٠

(٤) - انظر مادة ٥٢ / ٢ من اتفاقية لاهاي الاولى

(٥) - انظر المادة ٢٥ من لائحة لاهاي لعام ١٩٠٧

(٦) انظر المادة ٥٩ من اتفاقية لاهاي الاولى .

(٧) - مادة ٤ من اتفاقية لاهاي ١٩٥٤

ثالثاً: تحظر مهاجمة الأشغال الهندسية والمنشآت التي تحتوي على قوى خطرة بالنسبة للسكان . مثل السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية .^(١)

رابعاً: يحظر استخدام السكان لجعل الأهداف العسكرية في مأمن من الهجوم ، وهو تحذير موجه للعدو وقبلهم للحكومات التي تستغل المدنيين في ذلك أيضاً .^(٢)

خامساً: لا تكون الأعيان ذات الطابع المدني محلاً للهجوم أو الهجمات الانتقامية ويحظر تخريب أو انتزاع الأعيان الضرورية لبقاء السكان .^(٣)

سادساً: يحظر تعريض مدينة أو محلاً للسلب والنهب حتى وإن باغتها الهجوم كما تحظر تدابير الاقتصاص من الأشخاص المحميين وممتلكاتهم .^(٤)

[٣] مبدأ تقييد وسائل الهجوم:

يحظر هذا المبدأ استعمال الأسلحة والأساليب الحربية التي من شأنها إحداث إصابات وآلام لا مبرر لها . فهذه القاعدة ذات طبيعة أخري ، أنها لا تقتصر على استبعاد الأشخاص الذين لا يشتركون في الأعمال العدائية من المخاطر ، بل إنها تتعلق بتجنب المقاتلين أيضاً الآلام الزائدة التي تتجاوز ما هو ضروري لإخراج الخصم من القتال.

ويرجع هذا المبدأ إلى لائحة لاهاي^(٥)، ولا ينشأ من هذا المبدأ حظر الأسلحة القاسية وحسب ، وإنما أيضاً الأسلحة العشوائية وأساليب الحرب الشاملة .

الفرع الثاني

المبادئ في اتفاقات جنيف

من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون جنيف مبدأين هما مبدأ الإنسانية ومبدأ الضرورة ، فالقانون الدولي الإنساني الذي هو جزء من اتفاقات جنيف هو حصيللة التوازن بين هذين المفهومين بالإضافة لذلك يوجد عدة مبادئ أخرى مثل مبدأ الفروسية ومبدأ التناسب ، وسنحاول الحديث عن هذه المبادئ بشيء من التفصيل :

أولاً : مبدأ الإنسانية : يقصد بمبدأ الإنسانية الرحمة والاحترام للغير في الحرب ويهدف هذا المبدأ إلى احترام الكائن الحي وحمايته ضد أشكال العنف الغير مبررة فيدعو إلى تجنب أعمال القسوة

(١) -مادة ٥٦ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٧

(٢) -مادة ٥١ / ٧ من اتفاقية لاهاي الاولى .

(٣) -مادة ١/٥٢ اتفاقية لاهاي الاولى .

(٤) - مادة ٢٨ من لائحة لاهاي ١٩٠٧ .

(٥) - مادة ٢٧ / ٢ من لائحة لاهاي ١٩٠٧

والوحشية في القتال ، خصوصاً إذا كان استعمال هذه الأساليب لا يجدي في تحقيق أهداف الحرب، فهدف الحرب هو إحراز النصر وكسر شوكة العدو ، أما قتل الجرحى أو الأسرى أو الاعتداء على الأطفال أو النساء ، أو على المدنيين غير المشاركين في الأعمال القتالية بوجه عام كلها أمور تخرج عن إطار الحرب.^(١)

فيجب حظر كل ما هو غير انساني ، والذي يظهر الهمجية والبربرية في التعامل ، فمبدأ الإنسانية إذا على المستوى العملي يقتضي منع استخدام بعض الأسلحة المحرمة والتي تؤدي إلى دمار وهلاك الأبرياء من المدنيين بالإضافة إلى حظر بعض التصرفات من رجال القوات المشاركة في القتال.^(٢)

ويُرجع البعض ظهور النزعة الإنسانية هذه إلى عصور التنوير، والتي تمثلت في شكل من أشكال العدالة ذي منظور عقلاني ، والتي يرفضون فيها فقهاء عصر النهضة اعتبار الآلام قدراً للبشرية ، وهم يرون أن الحل بسيط وهو أن يدرك الناس أن كل إنسان مسئول عن الشر الذي يعانى منه العالم ، فالبشر متساوون في الحقوق وأن هذه الحقوق التي وجدت لتضمنها الدول هي حقوق لا تمس ، والمهم هو تأمين أكبر قدر من السعادة لأكبر قدر من الناس.^(٣)

وفي حقيقة الأمر فإن قوى الخير كامنة في نفس الإنسان ذاته وهي حقائق غير قابلة في جوهرها للتعديل أو التغيير ، وفي مقابل ذلك توجد حقيقة أخرى مفادها أن الإنسان منذ وجد على وجه البسيطة وهو في صراع دائم مع أخيه الإنسان ، فهو مجبور على الأنانية والتطلع لما هو عند الغير ، محباً للاستيلاء على ما هو ملك لغيره ، وهكذا بين تلكما الحقيقتين يجد مبدأ الإنسانية مجالاً عمله ، فمع الإقرار بوجود الحرب واقعيًا ، يلزم وجود هذا المبدأ للاعتبارات الإنسانية وذلك لتخفيف حدتها والحد من أثارها عن طريق حماية الضحايا من الجرحى وغير المقاتلين^(٤)، ولذلك نجد المعاهدات والمواثيق الدولية تتفق على هذا المبدأ ومن هذه المعاهدات وعلى سبيل المثال لا الحصر نجد المادة - ١٠٥ - من البروتوكول الإضافي الأول عام ١٩٧٧ والتي تقرر بأنه " يجب احترام وحماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار أيًا كان الطرف الذي ينتمون إليه ، ويجب في جميع الأحوال أن يعامل

(١) - أ.د. اسماعيل عبدالرحمن ، مرجع سابق ، ص ٣٣

(٢) - Phillippe Bretton : droit international humanitaire , rep. internet. Dalloz

, ١٩٩٨, p.٣

(٣) - جان بكتيه ، القانون الدولي الانساني ، تطوره ومبادئه ، جنيف ، ١٩٨٤ ، ص ٧،٨ مرجع

سابق .

(٤) - أ.د. اسماعيل عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٣٣

أي منهم معاملة إنسانية ، وأن يلقي العناية ، بالجهد المستطاع وبالسرعة الممكنة ، والرعاية الطبية التي تتطلبها حالته " (١)

ومن خلال العرض السابق نستنتج أن مبدأ الإنسانية هو بمثابة العامل الملطف للحرب على مر التاريخ كما أنه كان الدافع وراء سن المعاهدات الدولية المتعلقة بتنظيم الحرب والأعمال الحربية بحيث تكون أكثر إنسانية .

ثانيا: مبدأ الضرورة : فكرة مبدأ الضرورة تدور حول حتمية أن يكون استعمال أساليب العنف والقسوة والخداع في الحروب محددة بحدود معينة هي قهر العدو وكسر شوكرته وتحقيق النصر على الطرف الآخر وإلحاق الأذى به وهزيمته ، دون التمادي في استخدام العنف والاستمرار في إلحاق الأذى بالعدو طالما الهدف من الحرب أو العمل العسكري قد تحقق .

وفي حقيقة الأمر فإن فكرة الضرورة قد تقتضي معنيان أولهما هو الضرورة التي يمكن أن تتخذ كمبرر لإلحاق المزيد من الأسى والدمار ضد المدنيين أو الجرحى من المقاتلين خلال الحرب ، في حين أن الثانية وهي التي نقصدها في القانون الدولي الإنساني هي أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها ومن ثم فلا يجوز أن تتخذ بأي حال من الأحوال كمبرر لخرق قوانين الحرب وأعرافها ، فلا يجوز مهاجمة المدنيين أو الأهداف المدنية سواء مدن سكنية أو أهداف عينية ، فالمقصود بالضرورة هنا تلك التي لا تتجاوز مقتضيات الحرب وتحقيق النصر على الأعداء وإلحاق الهزيمة به . (٢)

وجدير بالذكر أن البعض يحاول تبرير مثل تلك الاعتداءات من خلال التمييز بما هو ضرورة عسكرية وما هو غير ذلك ، فيرون ان تلك الأشياء التي تساعد بطبيعتها في الأعمال العسكرية يمكن أن تكون هدفاً عسكرياً ، وأن الأهداف المدنية يشترط عدم استخدامها في أي طبيعة عسكرية حتى لا تصبح هدفاً عسكرياً . (٣)

ومن خلال العرض السابق لفكرة الضرورة نستطيع أن نستنتج أن المقصود بالضرورة هنا هي تلك التي تعنى الحظر والتجريم ، وليست التي تعنى الإباحة والتجاوز ، ومن هذا المنطلق فإن مبدأ الضرورة يعنى أن الاعتداء على المدنيين وأعيانهم أو الجرحى والأسرى هو أمر مرفوض وغير مبرر ، وإذا حدث فإن هذا يعد خرقاً للقانون الدولي الإنساني ،

(١) - انظر المادة -١٠٥- من البروتوكول الإضافي الاول لعام ١٩٧٧

(٢) - أ.د. اسماعيل عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٣٣ ، ٣٢

(٣) - د. علي محمد راشد ، حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، مرجع سابق ، ص ٤٩

ومن ثم فإن فكرة الضرورة لا يمكنها أن تكون ثمة مبرراً لارتكاب مثل تلك الاعتداءات ، فلا يوجد ضرورة تقتضي أبدأ ارتكاب مثل تلك الاعتداءات الغير مشروعة .^(١)

ثالثاً : مبدأ الفروسية : ظهر هذا المبدأ في العصور الوسطى ويقصد به التأكيد على صفة النبيل في الفارس أو المقاتل حيث تمنعه الاعتبارات الأخلاقية والإنسانية من الاتيان على جريح أو أسير أو أحد المدنيين غير المشاركين في العمليات القتالية ، وهذا المبدأ أطلق عليه بعد ذلك لقب " الشرف العسكري " والذي يقتضي عدم الإخلال بقواعد الفروسية و الأخلاق والشرف كارتكاب أي عمل من أعمال الخيانة أو الخداع أو الحيل التي تنتافي مع الشرف، وأن الحرب هي طبقاً لهذا المفهوم كفاح شريف والذي لا يجب معه أن يلجأ أي محارب لعمل ينتافي ومقتضاه ، فعلى سبيل المثال كان عندما يسقط الفارس من على صهوة فرسه ، كان يبادر الفارس الآخر بالنزول لمبارزته على الأرض ، وعند سقوط السيف من يد أحدهما يعد خاسراً للمعركة ، ودون أن يمسه الآخر بضرر ، أو عندما تقع رقبة أحدهما تحت سيف الآخر فيطلب الرحمة من منافسه فيعفوا عنه ، ومن هنا بدأت تزدهر فكرة الاعتبارات الإنسانية في الحروب .^(٢)

رابعاً : مبدأ التناسب : ومن المبادئ التي يقوم عليها أيضاً القانون الدولي الإنساني ، مبدأ التناسب والذي يعتبر مشتقاً من مبدأ الضرورة وهو يعني بضرورة أن يكون هناك تناسباً بين استخدام القوة وبين الأهداف العسكرية وبالتالي عدم الإفراط في استخدام الأسلحة بشكل مفرط لا مبرر له^(٣)

وتطبيقاً لتلك القاعدة فإنه يتطلب من القائد العسكري التركيز على :

- السيطرة التامة على مؤوسيه وعلى مصادر النيران .
- الاقتصاد على استخدام القوة اللازمة لقهو العدو وهزيمته
- عدم إصدار الأوامر أو التخطيط المسبق لإبادة العدو أو منع بقاء أي منهم على قيد الحياة أو تدمير المناطق التي يتواجد فيها العدو .^(٤)

خامساً : مبدأ الحياد : يقضي هذا المبدأ بأن المساعدة الإنسانية لا تشكل قطاً تدخلاً في النزاع ، فمنذ عام ١٨٦٤م أقرت اتفاقيات جنيف الأولى فكرةً ساميةً تتجاوز إلى حد بعيد مجرد فكرة حماية

(١) - أ.د. اسماعيل عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

(٢) - المرجع السابق ص ٣٠

(٣) - على محمد راشد، حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، مرجع سابق، ص ٤٩

(٤) - انظر نص المادة (٤٠) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧

الجرحي ألا وهي أن الإغاثة المقدمة حتى إلى العدو تظل دائماً عملاً مشروعاً ولا يشكل بالمرّة عملاً معادياً أو إخلالاً بالحياد^(١).

ويتضح هذا الأمر من واقع أحكام الاتفاقات التي تضع أفراد الخدمات الطبية في وضع أعلى من مستوى القتال ، حيث تنص اتفاقات جنيف على أن " لا يجوز بحال من الأحوال اعتبار هذا النشاط تدخلاً في نزاع"^(٢) ويقصد بهذا النشاط هو عمل فرق الخدمات الطبية .

كذلك الأمر بالنسبة لأعمال الإغاثة لصالح المدنيين لدى أحد أطراف النزاع ، فلا تعد أيضاً تدخلاً في النزاع المسلح أو أعمالاً غير ودية ، هذا المبدأ بالتأكيد سيكون مفيداً جداً للجان الصليب والهلال الأحمر وهو يساعدهم في تدخلاتهم بهدف المساعدة .

وأخيراً:

يمكن القول بأن هذه المبادئ جميعها تتكامل مع بعضها البعض وأن السعي من خلالها يكون لتشكيل دائرة متكاملة هدفها التلطيف من الحروب وأثارها المدمرة والحد من انعكاساتها السلبية على المدنيين وغير المقاتلين ، وعدم الانجرار وراء مبدأ الانتقام.

(١) - LUISFERNANDO ALVAREZLONDONO, S.J.: LA COUR PENALE International et Le droit international Humantaire : une vision globale de la justice , International law –revisita colombiana de derecho International ,

p.٥

(٢) - المادة ٣/٢٧ من اتفاقية جنيف الاولى .

المطلب الثاني

التطور التاريخي للقانون الإنساني الدولي

خلق الله الإنسان ، وكرمه بالعقل ، وجعله خليفة له في أرضه ، ورسم ووضع له الحدود التي يتعين عليه ألا يتعداها لإشباع حاجاته، إلا أن أصل الإنسان في وجوده كان صراعاً، وكانت الأنانية جزءاً لا يتجزأ منه، فمنذ بدء الخليقة والإنسان في صراع مع أخيه الإنسان، محباً للسيطرة والاستيلاء والظلم والاستحواذ على ما لدى الغير، ومن ثم كان هناك دائماً صراعاً وعدواناً، ومن هذا الأصل نشأت الحرب التي تطورت على مر العصور في طرقها وآلياتها وتنظيماتها، إلا أنها لم تتغير في شيء واحد فقط وهو ما تحدثه من دمار وخراب وانتهاكات للإنسانية، وأصبحت الحرب جزءاً لا ينفصل أبداً عن حياة الإنسان، فإذا لم تقم الحرب من أجل العدوان فإنها تقوم لرد العدوان والظلم وإعادة الحقوق لأصحابها.

ومن هنا فإن الحرب هي جزء لا يتجزأ من تاريخ الإنسان بداية من صراع قبائل وهابيل مروراً بصراع القبائل والعشائر انتهاءً إلى الصراع بين الدول بمفهومها الحديث .

وقد تميزت الحروب القديمة بقسوتها ، فكانت المغالاة في القتل وسفك الدماء والعدوان على المقاتلين وغير المقاتلين بلا أي تمييز ودون تفرقة بين كبير أو صغير ، رجل أو امرأة ، صبي أو شيخ ، كذلك لم تفرق بين ساحات القتال ودور العبادة وممتلكات المدنيين ، فكان كل شيء خاضعاً لإرادة المنتصر فقط ، فلا قواعد تحكمه ولا رقابة تفرض عليه .

إلا أن الأمر لم يكن كذلك دائماً ، فكنا نجد حالات متقلبة في الحروب ، فكان هناك من الملوك والزعماء من يضع القواعد والأوامر منذ العصور القديمة باحترام حقوق الإنسان ومعاملة الشعوب المنهزمة بطريقة حسنة ، من أمثال هذه الحالات في العصور القديمة نجد ملك الفرس " سيروس " عام " ٥٣٧ ق.م. يأمر جنوده وقواده عند فتح "بابلون" بمعاملة الشعوب المنهزمة بطريقة حسنة واحترام كافة أماكن العبادة الخاصة بهم ، وكذلك أمر الملك "بير هومس" ملك "بيروس" جنوده وقواده بجمع الجرحى والاعتناء بهم ، ودفن الموتى بعد انتصاراته على الرومان عام " ٢٧٩، ٢٨٠ ق.م. في معركتي " هيراكس " و " اسكولوم " (١).

(١) - د. منتصر سعيد حمودة ، حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢٠ ، بدون رقم طبعة ، ص ٢٢

ولكن كل هذا في النهاية لم يتعدى كونه تصرف من إرادات منفردة هي إرادة المنتصر ولم يكن هناك أى رقابة أو حكم على تصرفاته تجاه أعدائه ومن ثم فكان معظم التاريخ القديم من الحروب تتميز بالوحشية والمغالاة وأكبر دليل على ذلك ما فعله الصليبيون أثناء هجماتهم الشرسة على الشرق الإسلامي بارتكاب أبشع الجرائم والانتهاكات في صفوف المدنيين والأسرى والجرحى خلال الحروب الصليبية على الشرق الإسلامي ، فقد قاموا بقتل المدنيين وحرقوا مساكنهم ، وقتلوا الجرحى والأسرى ، واستخدموا الأسلحة والسهام المسمومة ، وأعطوا عهداً لبعض المدن ونقضوها واعتدوا على حجاج بيت الله الحرام وهم عزل في طريقهم للحج ، كذلك ما سبقها من هجمات التتار المتوحشة والجرائم التي ارتكبوها أثناء هجومهم على الشرق الإسلامي حيث ارتكبوا أبشع الجرائم والاعتداءات على المدنيين الأبرياء ناهيك عما فعلوه بحق الأسرى والجرحى وما ارتكبوا من جرائم قتل وتدمير حتى للكتب العلمية للدرجة التي جعلت نهر دجلة يتحول لونه للون الأزرق بسبب لون الحبر للكتب التي ألقوها فيه .

كل هذه الجرائم التي ارتكبت في الحروب والنزاعات المسلحة جعلت من الضروري والمهم البحث عن قواعد توضع يحترمها الجميع وتهدف الى التقليل والحد من أثار الحروب وعدم المغالاة في القتل والتدمير ، وضرورة حماية المدنيين والجرحى والعزل من المدنيين والغير قادرين على القتال من المقاتلين ، ولكن السؤال الذي يثار الان هل حقاً "القانون الدولي الإنساني" الذي استقر عليه المجتمع الدولي الآن يعود في أصله إلى اتفاقات عام ١٨٦٤؟ أو ما قبل ذلك بقليل؟

في الإجابة على هذا السؤال نجد الأستاذ الدكتور محمد عزيز شكري يرى أنه إذا كان تعبير القانون الدولي الإنساني ، تعبيراً حديثاً يرجع الى سبعينات القرن الماضي ، إلا أن ولادة قواعد هذا التعبير قديمة بلا أدنى شك ، فيرى أن أصول هذه القواعد أقدم بكثير من البلاغ الأميركي المشهور حول قواعد الحرب البرية عام ١٨٦٣ أو اتفاقية ١٨٦٤م ، وهو يخالف كذلك الأستاذ " ستانسيلاف أنهليك " الذي عرض في كتابه "عرضاً موجزاً للقانون الدولي الإنساني" الذي ينسب فيه ولادة قواعد القانون الدولي الإنساني لمفكري عصر التنوير مثل " جاك روسو" و "فانيل" .

فيرى الأستاذ الدكتور محمد عزيز شكري أن الفكر الاسلامي مثلاً لا يقر الحرب إلا كضرورة مفروضة وأن الإسلام قد وضع لهذه الحرب قواعد صارمة تجعلها أكثر إنسانية ، فالمسلم لا يقتل إلا المحاربين ، أو من يعينون على الحرب فقط ، ولا يجوز للمسلم أن يقتل المرأة أو الطفل أو الشيخ الفاني أو الأعمى أو القعيد أو نحوهم ، فقد روى في "البخاري" بصحيح سنده عن ابن عمر " أن وجد رسول الله وأله وصحبه وسلم امرأة مقتولة في إحدى غزواته ، فنهى صلاة الله وسلامه عليه عن قتل النساء والأطفال"

وأيضاً روى عن "مسلم" أن رسول الله -ﷺ- كان إذا أمر على جيش أو سرية أوصى قائد الجيش ومن معه بتقوى الله ثم قال : انطلقوا باسم الله وعلى بركة رسول الله ولا تقتلوا شيخاً فانياً أو طفلاً صغيراً ولا امرأة ولا تخونوا وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين".

ومن هذه السنن يرى الأستاذ الدكتور محمد عزيز شكري أن خليفة رسول الله -ﷺ- قد أصدر ما يمكن تسميته بالبلاغ العربي الإسلامي الخاص بقواعد الحرب قبل ألف وأربعمائة عام ويزيد من السنن عن البلاغ الأميركي المشهور ، وأن هذا النص قد أن الأوان أن يجد له مكانه الخاص في أدبيات القانون الدولي الإنساني .

فقد روى "مالك" في كتابه "الموطأ" عن يحيى بن سعيد: " أن أبا بكر بعث جيوشاً إلى الشام فقال لقائدها وقد كان أميراً على إحدى هذه الأرباع: أنك ستجد قوماً زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له ، وإني أوصيك بعشر: لا تقتل امرأة، ولا صبياً، ولا كبيراً، ولا هرمًا، ولا تقطف شجراً مثمرًا ، ولا تخربن عامراً ، ولا تعقرن شاه ولا بغيراً إلا لمأكله ، ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه ، ولا تغلغ ولا تجبن"^(١) وهو ما نلتمسه من أخلاقيات المسلمين في الحرب ، من صحابة رسول الله وأل بيته الأطهار .

وحقيقة فإن الإسلام جاء منذ ما يزيد عن ألف وأربعمائة عام وقد وضع قواعد تتضمن أيضاً معاملة الأسرى والجرحي والموتى ، فالإسلام مشتق من كلمة "السلام" والسلام هو اسم من أسماء الله -ﷻ- ، كما ، تحية الإسلام هي " السلام عليكم ورحمة الله وبركاته " وبالتالي فإن الإسلام إنما هو دين سلام ، وأن رسول الله -ﷺ- إنما بُعث رحمة للعالم كله " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" فالإسلام إذاً دين سلام جاء لرفع الظلم وطرد الحرب فالحرب في الإسلام غير مشروعة إلا في حالاتٍ محددةٍ وبشروطٍ واضحةٍ وقواعدٍ يتعين على المسلم الالتزام بها ، فلم يشرع القتال في الإسلام إلا في ثلاث حالات فقط هي :

١- رد العدوان : يقول عز وجل: ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾^(٢)

٢- حماية المستضعفين : فيقول -ﷻ- ﴿ وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا ﴾^(٣)

٣- رد البغي : يقول -ﷻ- " وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأصْلِحُو بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ " ^(١)

(١) - أ.د. محمد عزيز شكري، المرجع السابق، ص ١٤، ١٣

(٢) - سورة البقرة الآية رقم - ١٩٠ -

(٣) - سورة النساء الآية - ٧٥ -

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد فالإسلام تعدى ذلك إلى مرحلة تحريم الإسراف في استخدام وسائل القتل والتدمير إلا للضرورة ومنع استخدام الأسلحة المسمومة وحرق الأعداء^(١) ، فكان من أخلاقه - ﷺ - أنه أمر بعدم تقييد الأسرى، وكان ذلك في معركة بدر حيث أمر بأن واحد من الأسرى يعلم عشرة من المسلمين القراءة والكتابة مقابل حريته .

ومن ثم فإننا نتفق مع الدكتور محمد عزيز شكري في أن قواعد القانون الدولي الإنساني ترجع في أصلها إلى هذا الدين الحنيف .

وإذا ما اتفقنا على أن الحرب ظاهرة اجتماعية مرتبطة بوجود المجتمع الإنساني ، ومن ثم فمن المتعذر القضاء على فكرة الحرب نهائياً أو إلغائها ، فأصبح من الواجب تنظيمها، ومن هنا كان البحث عن تقنين حقيقي لقواعد الحروب ، ففي العصور القديمة كما سبق وذكرنا ، كانت الحروب خاضعة لإرادة المنتصر ثم جاءت الشرائع السماوية التي حثت على ضرورة الحد من الحروب وآثارها وأضرارها ، وعلى رأسها الدين الإسلامي الذي وضع قواعداً للحرب ووسائلها وكذلك وضع قواعداً لحماية المدنيين ومعاملة الأسرى والجرحى وغير القادرين على القتال ، وعلى الرغم من ذلك فإن الإسلام كدين عالمي بعث للعالم أجمع إلا أنه لم يصل إلى العالم كله ، ومن ثم أصبح المسلمون هم من يرتبطون بهذه القواعد وتطبيقها في حروبهم مع غير المسلمين ، ومع المضي قدماً والتطور التاريخي أصبح المسلمون أنفسهم لا يلتزمون بهذه القواعد التي حث عليها الإسلام فأصبحوا يعاملون الأعداء بنفس المعاملة ، وحتى فيما بينهم ومع بعضهم البعض ، ومع التطور التاريخي للبشرية ، وتأثر العالم بالآثار المدمرة للحروب خاصة في العصور الوسطى ، أصبح البحث عن قواعد أمره يلتزم بها الجميع من أجل الحد من الآثار والأضرار التي تحدثها الحروب أمراً حتمياً وضرورياً ، فبدأت تظهر آراء الفقهاء في هذا الوقت التي تنادي بضرورة احترام حق الإنسان في الحياة ، والحد من الويلات التي تحدثها الحروب ، ومن هنا سنحاول أن نذكر المراحل التي مرت بها قواعد القانون الدولي الإنساني حتى وصلت إلى الوضع المقنن التي هي عليه الآن على النحو الآتي :

بداية ظهور قواعد مقننة للحرب:

عندما بدأت قواعد القانون الدولي التقليدي في الظهور في القرن السابع عشر ، لم تكن هناك حينئذ أي قيود على أساليب القتال بين الدول المتحاربة سوى تلك القيود التي أوردها بعض المحاربين اختياراً على تصرفاتهم ، أو كما أوضحنا بعض القيود التي كان يضعها الفرسان والملوك على أنفسهم وجنودهم من قواعد خاصة بالجرحى ومعاملة الأسرى والمقاتلين وغير المقاتلين .

(١) -سورة الحجرات الآية - ٩ -

(٢) - د. منتصر سعيد حمودة ، حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة ، مرجع سابق ، ص ٢٤

ومع المآسي التي خلفتها الحروب في كل حالة من حالاتها اكتسبت بعض تصرفات قادة الجيوش والأمراء وأوامرهم وإعلاناتهم صفة معينة سرعان ما أصبحت عادات والتزامات قانونية يجب على الدول التقيد بها .

وفي العصور الوسطى انتقلت مبادئ الشريعة الإسلامية إلى بعض الكتاب المسيحيين من دعاة الرحمة وتجنب القسوة مثل " فيكتوريا " و " سواريز " فأخذوا ينادون في مؤلفاتهم بضرورة التقيد ببعض القواعد الإنسانية في القتال للتقليل من وحشية ما جرى عليه العمل في الحروب .

وكان للفقهاء " جروسيوس " وأقرانه دوراً كبيراً في الدعوة إلى ضبط سلوك المحاربين ، وذلك بعد حرب الثلاثون عاماً ، فقد ألف " جروسيوس " كتابه "قانون الحرب والسلام " على ضوء نتائج هذه الحرب ورأى وجوب مراعاة بعض القواعد الإنسانية التي تضبط سلوك المحاربين ، والتي يجب مراعاتها للاعتبارات الإنسانية والدينية واعتبارات الأمن والسلامة والحق في الحياة ، وكذلك قرر " جروسيوس " أنه لا يصح قتل المهزوم في الحرب إلا في الحالات الاستثنائية الخطيرة ، وأنه لا يجوز تدمير الملكية إلا لأسباب عسكرية ضرورية ، وهذه القيود تمثل أهم جزء من كتابات "جروسيوس " في قانون الحرب .^(١)

ومع بداية القرن التاسع عشر أخذت هذه القواعد التي أوصت بها الاعتبارات الإنسانية ، واعتبارات الشرف والفروسية والأمانة والأخلاق بالإضافة إلى كتابات الفقهاء الكبار أمثال " جروسيوس " ورفاقه وما تبع ذلك من ظهور الدولة بمفهومها الحديث ، ومن ثم الاعتماد على قوات نظامية تخضع لأوامر تسنها الدولة ، وبالإضافة أيضاً إلى الأديان السماوية وما أرسته من قواعد وبالأخص الدين الإسلامي الحنيف ، كل ذلك كان له أثره في الاتجاه نحو تقنين القواعد العرفية التي تحكم سلوك المحاربين في شكل إعلانات أو اتفاقات دولية انتهت في النهاية إلى ما عرف بـ " القانون الدولي الإنساني " في شكله الحالي ، وسنحاول أن نوضح بشكل تفصيلي أهم هذه الإعلانات والاتفاقات التي تكون منها القانون الدولي الإنساني. وذلك على النحو الآتي :

تصريح باريس ١٨٥٦ :

ويعد تصريح باريس الذي تم إبرامه في ٦ نيسان لعام ١٨٥٦ أول معاهدة جماعية تتضمن تنظيم دولي بشأن سلوك المحاربين وقد وضعت القواعد التي يتعين على المحاربين الالتزام بها في الحروب البحرية ، وبموجب هذا الإعلان تم إلغاء القرصنة ، ومهاجمة الأفراد لسفن العدو والاستيلاء عليها بموجب تفويض من حكومتهم ، كما تم وضع بعض القواعد والأنظمة التي تتعلق

(١) - أ.د. محمد عزيز شكري ، المرجع السابق ، ص ١٦

بالسلع والبضائع المهربة أو المحظورة وقد وقعت على هذه الاتفاقية سبع دول ثم انضمت بعد ذلك دول العالم الأخرى باستثناء أمريكا وفنزويلا وأرجواي.^(١)

اتفاقية جنيف لعام ١٨٦٤ م:

في الثاني والعشرون من أغسطس لعام ١٨٦٤ أبرمت اتفاقية في جنيف لتحسين أحوال الحرب ، ويرجع الفضل في إبرام هذه الاتفاقية إلى رجل سويسري من " جنيف " يدعى " هنري دونان " وهو رجل شاء له القدر أن يشهد ما تركته حرب " سولفرينو " في إيطاليا التي اندلعت نيرانها بين جنود "نابليون الثالث" الفرنسي وجيوش " ماكسيمليان " النمساوي عام ١٨٥٩م. من آثار مدمرة وتأثر إلى حد كبير برؤية الجرحى الذين يموتون دون عناية وإسعاف من جراء نزف دمائهم ولا أحد ينقذهم .

فقام " هنرى " بتأليف كتاب أسماه " ذكرى سولفرينو " والذي حصل بسببه على جائزة نوبل عام ١٩٠١م. وقيل أنه في هذا الكتاب قد فضح جميع المجازر والفظاعات التي جرت أثناء هذه الحرب والتي كانت بمثابة الصدمة لكل من ينادي أو يدعي بحبه للإنسانية واحترام الإنسان .

بعد ذلك توالى على هنرى كتابات من الفقهاء لتحسيسه وتشجيعه على الاستمرار فأرسل إليه " هوجو " يقول : " إنك تسلح الحرية وتخدم الإنسانية وإني أصفق لجهودك النبيلة " وكذلك كتب إليه الفيلسوف الفرنسي " ريتان " يقول : " إن دعوتك هي أعظم عمل في هذا القرن وأنه سوف تكون لأوروبا مناسبات سوف تذكر فيها مآثرك "

وكانت دعوة " دونان " لها هدفان أولهما انشاء جمعيات لإسعاف الجرحى في الحرب ، وثانيهما أن تتبنى الدول مبدأ اتقاي ومقدس والذي يضمن حماية المستشفيات العسكرية والقائمين على رعاية الخدمات الصحية^(٢)، وقد أيد فكرته كثيرون ورفضها آخرون ، ولكنه سعى بكل جهد و همة لإقناع الدول بفكرته النبيلة فزار برلين وفيينا وميونخ وباريس ، واستطاع إقناع نابليون بفكرته ، الأمر الذي أسفر في النهاية عن موافقة ست عشرة دولة وأربع جمعيات إنسانية على السير في مشروعه الذي يهدف إلى إنشاء لجنة إنسانية وذلك عام ١٨٦٤ ، وتم عقد مؤتمر غير رسمي في هذا العام في شهر تشرين الأول وكان غايته هي " إسعاف الجرحى حين لا تكون الخدمات الصحية العسكرية كافية " .

(١) - د.عبد الغنى محمود ، القانون الدولي الإنساني ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مرجع سابق ، ص ٢٧

٢ - Claude Emanuelli ، Introduction du droit international applicable dans les conflits armes (droit international humanitaire) ، op.cit. p.٧٢٦

وفي هذا المؤتمر قد تقرر قبول المتطوعين من المرضى في ساحات القتال بموافقة من السلطات العسكرية على أن يحملوا قطعة قماش أبيض عليه رسم الصليب الأحمر ، ولكن هذا المؤتمر أفتقد للإلزام ، الأمر الذي دعا إلى القيام بجهود جديدة فقامت فرنسا بمبادرة دعت فيها إلى عقد مؤتمر دولي في سويسرا وبالفعل تم عقد المؤتمر وتوصل فيه المؤتمرين في النهاية إلى وضع اتفاقية تم إبرامها في الثالث والعشرون من آب أغسطس ١٨٦٤ م. وكانت بغرض تحسين حالة الجرحى العسكريين. (١)

ونصت هذه الاتفاقية على وجوب جمع المرضى والجرحى من العسكريين ومنحهم العناية اللازمة لهم بصرف النظر عن جنسياتهم ، وتسليم الجرحى والأسرى إلى الدولة التي ينتمون إليها إذا كانت ظروفهم لا تساعد على حمل السلاح مرة أخرى (٢).

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذه الاتفاقية حيث أنها لم تتضمن عقوبات محددة على الجرائم التي وردت فيها ، إلا أنها تعد مبادرة تاريخية هامة وذلك لأنها استهدفت وضع نظام ثابت ودائم بخصوص معاملة الجرحى من العسكريين أثناء الحرب ، ذلك أنه حتى مع ظهور هذه الاتفاقية لم يكن هناك إلا مجرد ظاهرة عشوائية غير ملزمة لأي طرف ، ومن ثم فإن هذه الاتفاقية تعتبر نقطة ميلاد حقيقية لجزء مهم في القانون الدولي اهتم باحترام الحياة الإنسانية ورعاية كرامة الإنسان وحرية. (٣)

إعلان سان بيتر سبورج عام ١٨٦٨ م :

في الفترة من التاسع والعشرون من نوفمبر الى الحادي عشر من ديسمبر لعام ١٨٦٨ وبناء على دعوة من "اليكسندر الثاني" قيصر روسيا عُقد مؤتمر بطرسبورج والذي تمخض عنه إعلان جاء في مقدمته :

" أن للحرب حدوداً يجب ألا تتعداها حتى لا تخرج على مبادئه الإنسانية " ، وقد جاء في الإعلان حظر استخدام القذائف الصغيرة التي يقل وزنها عن ٤٠٠ جرام إذا كانت من ذلك النوع الذي ينفجر ، أو كانت قابلة للاشتعال ، وقد نص الإعلان على ضرورة ألا تتجاوز الآلام ما يكفي لإعجاز المحارب عن القتال ، وأنه يتعين الامتناع عن استخدام الأسلحة التي تزيد من آلام الأشخاص ولا تقتضيها الضرورة العسكرية .

(١) - أ.د. محمد عزيز شكري ، المرجع السابق ص ١٨

(٢) - د.عبد الغنى محمود ، القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ، ص ٢٨

(٣) - د. منتصر سعيد حمودة ، حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة، مرجع سابق، ص ٣٤، ٣٣

ويعتبر إعلان سان بيتر سبورج من أقدم الوثائق الدولية التي وضعت قيوداً على استخدام بعض أنواع الأسلحة التي تستخدم في الحروب.^(١)

مشروع مؤتمر بروكسل سنة ١٨٧٤ :

أيضاً عقد في بروكسل - بناء على دعوة من قيصر روسيا - مؤتمر حضرته خمسة عشر دولة ، كان غرضه هو وضع مجموعة من القوانين وأعراف الحرب^(٢) ، ووضعت الحكومة الروسية مسودة لمشروع بشأن القوانين والأعراف ، وقد انتهى المؤتمر بالتوقيع على مشروع إعلان دولي بشأن قوانين وأعراف الحرب يتكون من ٥٦ مادة تتضمن تقنياً للأعراف والعادات التي تحكم الحرب البرية ، ولكن المؤتمر لم يحقق هدفه بسبب عدم تعاون بريطانيا وإعلانها عدم التصديق على المشروع ، ناهيك عن الاضطرابات السياسية التي وقعت في الشرق الأدنى حينذاك ، والخلافات التي حدثت بين الدول الكبرى والصغرى وقتها حول بعض المسائل ، ورفض ألمانيا المشروع لأنه يتناقض مع سياستها في حرب فرنسا عام ١٨٧٠ م.^(٣)

وبناءً على ذلك لم يكتسب مشروع الإعلان القوة الملزمة قانوناً لعدم تصديق الدول عليه إلا أنه بالرغم من ذلك تم اتخاذ هذا المشروع كأساس للمؤتمرات والاجتماعات التي تمت بعد ذلك بخصوص الأعراف والقواعد التي تحكم الحروب .

مؤتمر لاهاي الأول للسلام سنة ١٨٩٩ م :

بناء على دعوة من روسيا ، عقد في الفترة من ١٨ مايو إلى ١٩ يوليو ١٨٩٩ مؤتمر للسلام اشتركت فيه معظم دول أوروبا والولايات المتحدة والمكسيك والصين واليابان ، وانتهى هذا المؤتمر بإبرام عدد من الاتفاقات والتصريحات الدولية يتعلق بعضها بقانون الحرب فتمخض عنها ثلاث اتفاقيات وثلاث تصريحات ، فجاءت الاتفاقيتين الثانية والثالثة وثلاث تصريحات متعلقة بقانون وأعراف الحرب ، فقد جاءت الاتفاقية الثانية تتعلق بقوانين وأعراف الحرب البرية ، وتأسست على أساس إعلان بروكسل ١٨٧٤ م.

وألحقت بهذه الاتفاقية لائحة الحرب البرية المستمدة من مشروع بروكسل سنة ١٨٧٤ ثم تم تنقيحها في مؤتمر لاهاي ١٩٠٧ الذي عرف باتفاقية لاهاي الرابعة وحلت محل اتفاقية لاهاي لسنة ١٨٩٩

(١) - أ.د. صلاح الدين عامر ، مقدمة إلى دراسة قانون النزاعات المسلحة ، دار الفكر العربي ،

القاهرة ، بدون رقم طبعة ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٠

(٢) - فان غلان ، القانون بين الأمم ، الجزء الثالث ، ترجمة أولى أوريل ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠ ،

بيروت ، دار الأفق الجديدة ، مشاراً إليه بكتاب ، د. عبد الغني محمود ، القانون الدولي الإنساني ،

دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية ، مرجع سابق ، ص ٢٩

(٣) - أ.د. صلاح الدين عامر ، مقدمة إلى دراسة قانون النزاعات المسلحة ، المرجع السابق ص ٨

ولانحتها المتعلقة بالحرب البرية أما اتفاقية لاهاي الثالثة الموقعة سنة ١٨٩٩ فتتعلق بحماية الجرحى والمرضى فى الحرب البرية.^(١)

كما صدر عن المؤتمر ثلاث تصريحات التصريح الأول يحظر على الدول إلقاء القذائف من بالونات لمدة خمس سنوات ، والتصريح الثاني يحرم على الدول استعمال المقذوفات التي يقصد بها نشر الغازات الخانقة والضارة ، أما التصريح الثالث فيحرم استعمال المقذوفات التي تتمدد داخل جسم الإنسان.^(٢)

مؤتمر لاهاي الثاني للسلام لسنة ١٩٠٧ : (اتفاقية لاهاي الرابعة)

تمت الدعوة لهذا المؤتمر بمبادرة من الولايات المتحدة الأمريكية من أجل محاولة تغطية أكبر مساحة لقانون الحرب ، وذلك نظراً لأن مؤتمر السلام الأول لم يكن كاملاً وعقد مؤتمر السلام الثاني فى لاهاي أيضاً وحضره أكثر من أربعين دولة من مختلف قارات العالم، وكانت حصيلة هذا المؤتمر ثلاثة عشر اتفاقية ، ومشروع لإنشاء محكمة دولية وتصريحاً واحداً ، واختصت الاتفاقية الثالثة بالحرب البرية ، حيث تضمنت اتفاقية لاهاي الثالثة القواعد الخاصة ببدء الحرب ، والاتفاقية الرابعة خاصة باحترام القوانين والأعراف الخاصة بالحرب البرية ، وألحق بها لائحة لاهاي التي حددت القواعد الخاصة بالمحاربين وطرق وأساليب الحرب ، بالإضافة لتطبيق اتفاقية جنيف لعام ١٩٠٦ المعدلة على الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان ، ووسعت من قواعد حماية الأسرى ، وبينت واجبات سلطة الاحتلال وحقوقها ، وفي الاتفاقية الخامسة أوضحت واجبات المحايدون فى الحرب البرية وشرحت فى ثمان اتفاقيات أخرى موضوع الحرب البحرية ، وحل المنازعات بوسائل سلمية.^(٣)

وجدير بالذكر أن بريطانيا التي اعترضت على مناقشة تنظيم الأمور المتعلقة بالحرب البحرية فى المؤتمر الأول وافقت فى المؤتمر الثاني على مناقشة هذه الأمور وقدمت اقتراحات بشأنها ، وكذلك تم الإعلان عن انعقاد مؤتمر ثالث فى لاهاي عام ١٩١٥ إلا أن قيام الحرب العالمية الأولى حال دون إتمامه.^(٤)

تطور قوانين الحرب بعد الحرب العالمية الأولى (١٩١٤-١٩١٨):

إنهكت الكثير من أحكام اتفاقيات لاهاي لعامي ١٨٩٩ ، ١٩٠٧ ، مع قيام الحرب العالمية الأولى ونتج عن ذلك العديد من الانتهاكات والجرائم الشنيعة والمنافية لأي اعتبارات إنسانية ، الأمر الذي

(١) - د. عبد الغنى محمود ، القانون الدولي الانساني ، مرجع سابق ص ٣١

(٢) - المرجع السابق ص ٣١

(٣) - د. عمر سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الانساني ، دار المغرب الاسلامى ، بيروت ،

١٩٩٣ ص ١٣

(٤) - د. عبد الغنى محمود ، المرجع السابق ص ٣٣

كان دافعاً للدول لمواصلة الجهود من أجل تقنين أعراف وقواعد قانون الحرب واستحداث قواعد جديدة تغطي القصور في الاتفاقيات السابقة ، وتتلأَم في نفس الوقت مع التطور العلمي والتقني في مجال الحروب وصناعة السلاح خصوصاً مع انتشار قيم الفاشية مع وصول هتلر للحكم ، الأمر الذي زاد اهتمام الفقهاء بهذا الخصوص وتم العمل على تطوير وتقنين قواعد الحرب لتتلاءم مع ظروف المجتمع الدولي حينها .

وكان من أهم هذه الجهود مؤتمر واشنطن البحري والذي عقد في السادس من فبراير عام ١٩٢٢ والذي قامت فيه الولايات المتحدة بعرض مشروع يتعلق بالحد من استعمال الغواصات وعدم انتهاكها للقواعد الإنسانية، بالإضافة إلى تحريم استعمال الغازات السامة في الحروب ، وعرض هذا المشروع على لجنة المشرعين في لاهاي في الفترة من ديسمبر عام ١٩٢٢ الى فبراير عام ١٩٢٣ م. ، وتوصل بالفعل المؤتمر الى صياغة اتفاقية بهذا الشكل إلا أن فرنسا وإيطاليا امتنعتا عن التصديق عليها فلم تدخل الاتفاقية حيز النفاذ ، ومع ذلك فقد صدقا عليها بعدها في مؤتمر لندن عام ١٩٣٦ م. ، وأصبحت سارية بين خمس أطراف هم الولايات المتحدة وفرنسا وإيطاليا واليابان وبريطانيا ، ودعت العديد من الدول للانضمام إليها وبالفعل انضم إليها العديد من الدول ودخلت حيز النفاذ بالنسبة لهم.^(١)

واجتمع عدد كبير من الفقهاء أيضاً في لاهاي عام ١٩٢٣ من أجل وضع مشروع لمجموعة القواعد الخاصة بالحرب الجوية ولكن هذا المشروع لم يرى النور بسبب عدم عرضه على أي مؤتمر دبلوماسي وبالتالي لم تترجم أي اتفاقية بهذا الشأن ، وفي عام ١٩٢٥ تم توقيع بروتوكول بشأن تجريم استخدام الغازات الخائفة والسامة ، بالإضافة إلى تحريم الحرب البكتريولوجية.^(٢)

وفي عام ١٩٢٩ تم توقيع اتفاقيتين في جنيف تعلقت احدهما بتحسين أحوال الجرحى والمرضى من أفراد الجيوش في الميدان ، وتتعلق الثانية بمعاملة أسرى الحرب ، وتميزت اتفاقية ١٩٢٩ لتحسين حال المرضى من العسكريين بأنها اعتبرت صياغة جديدة معدلة لاتفاقية جنيف عام ١٩٠٦ وأهم ما قامت به الاتفاقية أنها ألغت شرط (المشاركة الجماعية) الأمر الذي يعنى أن تبقى الاتفاقية سارية المفعول حتى لو كان بعض المحاربين ليسوا أطرافاً فيها ، هذا بالإضافة لأنها اهتمت بالطيران الصحي والإسعاف واهتمت أيضاً بموضوع قتلى الحرب.^(٣)

(١) - المرجع السابق ص ٣٣

(٢) - المرجع السابق ص ٣٤

(٣) - ستانسيلاف نهليك ، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني، مرجع سابق ص ١٥، ١٦

والفضل يعود إلي اتفاقيتي جنيف ١٩٢٩ في أنهما وسعتا في نطاق قانون جنيف إلى حد كبير خصوصاً الاتفاقية الثانية المتعلقة بأسرى الحرب ، لأنها نقلت كل القواعد الخاصة بأسرى الحرب والتي كانت موجودة بقوانين لاهاي ومن هنا كان التمييز بين القانونين -لاهاي وجنيف- .^(١)

وجدير بالذكر أن العامل الذي لعب دوراً كبيراً في تطوير قانون جنيف وتقدمه هو الصليب الأحمر ، وفي المقابل لم يحدث نفس الشيء بالنسبة لقوانين لاهاي وذلك لعدم وجود أي إلزام قانوني على أي شخص أو جهة لكي يقوم بتطوير مثل هذه القواعد المتعلقة بقانون الحرب والتي خرجت عن دائرة قانون جنيف ، بالإضافة إلى ذلك أنه في الفترة ما بين الحربين العالميتين ، كان هناك إجماع كبير من الدول في البحث عن قانون الحرب ، وذلك لأن عهد عصبة الأمم كان قد نص على تحريم الحرب ، والحظر العام للجوء إليها ، وقد بدا للكثيرين حينئذ أن الحرب لن تقع أبداً.^(٢)

تطور قوانين الحرب في الفترة ما بعد الحرب العالمية الثانية (توقيع اتفاقات جنيف الأربع ١٩٤٩ م.):

وجاءت أحداث الحرب العالمية الثانية بما حملته من مآسي وأحزان جعلت الناس أكثر إدراكاً لخطورة الحرب وما تحمله من تهديد للبشرية بالفناء ، الامر الذي جعل الأصوات ترتفع لتعلن عدم كفاية قواعد قانون الحرب القائمة وطالبوا بضرورة مراجعتها ومعالجة أوجه القصور فيها. وهنا قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بدور هام حيث قامت بالدعوة إلى مؤتمر دبلوماسي جديد في جنيف ، وذلك في الثاني عشر من أغسطس عام ١٩٤٩ م ، وبالفعل أقر المؤتمر أربع اتفاقيات جديدة تنظم بشكل أكبر مسألة ضحايا النزاعات المسلحة ، فتعلقت الاتفاقية الأولى بتحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان ، والاتفاقية الثانية تتعلق بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في البحار ، وتتعلق الثالثة بمعاملة أسرى الحرب ، أما الاتفاقية الرابعة فتتعلق بحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة الدولية. وتعد هذه الاتفاقية الأخيرة مستحدثة كلياً ، فالحماية المتعلقة بالمدنيين وقت الحرب لم تكن تخضع لأي اتفاقية حتى ذلك الحين ، والسؤال الآن ما هو السبب في ذلك ؟ ربما نجد الجواب في أن واضعي مشروعات الاتفاقات القديمة كانوا يظنون أن الحرب قتال بين القوات المسلحة مع بعضها البعض وأن المدنيين لا يتعرضون لأي خطر وقد أثبتت أحداث الحربين العالميتين أن الحرب تشمل كل السكان المدنيين وأن الجميع معرض لمخاطر وأضرار الحرب .^(٣)

وتميزت اتفاقات جنيف الأربع أنها نصت على أنها تنطبق على الحرب المعلنة وغير المعلنة ، وأكدت على التزام الدول بأحكامها المتعلقة بالحماية المقدمة للضحايا ، بحيث لا تستطيع الدول

(١) - ستانسيلاف نهليك ، المرجع السابق ، ص ١٣

(٢) - د. عبد الغنى محمود ، القانون الدولي الانساني ، المرجع السابق ص ٣٥

(٣) - د. عبد الغنى محمود ، المرجع السابق ص ٣٦

التهرب من التزاماتها بحجة عدم اعلانها الحرب على، وهو ما يعد تجاوز عما عرفته قواعد القانون الدولي التقليدي الذي يحكم العلاقات بين الدول فقط

فجاء في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقات جنيف الأربع أنه :

" في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:

[١] الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر.

ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن:

أ- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

ب- أخذ الرهائن.

ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحط بالكرامة.

د- إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلا قانونيا .
وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

[٢] يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم.

يجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع.

وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها . وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع."^(١)

بروتوكولات جنيف الإضافية ١٩٧٧ :

(١) - انظر المادة الثالثة المشتركة من اتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م.

بالرغم من أن اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ كانت خطوة هامة في تاريخ تقنين قواعد القانون الدولي إلا أنها لم تخلو من أوجه القصور والعيوب كذلك ، وذلك للعديد من الأسباب أهمها أنها لم تعد تتناسب مع الأخطار الناجمة عن استخدام الأسلحة المتطورة والتي يتعذر معها في كثير من الأحيان تمييز المدنيين عن العسكريين ، بالإضافة إلى أن هذه الاتفاقيات قد تم عقدها في ظل وجود الاستعمار الغربي ، وبالتالي فإن الاتفاقيات تعد معبرة عن وجهة نظر الدول الغربية المستعمرة ولم يكن لدول العالم الثالث أي دور في صياغتها ، فهي إذا تفتقد إلى المعالجة اللازمة والتي تتعلق بحروب التحرير.^(١)

وبالتالي لم تتوقف الجهود في محاولة تطوير قواعد قانون الحروب وقام الصليب الأحمر الدولي بجهود كبيرة أسفرت في النهاية عن عقد مؤتمر دبلوماسي في جنيف في الأعوام من ١٩٧٤ إلى ١٩٧٧ ، والتي نتج عنها وضع بروتوكولي جنيف لعام ١٩٧٧ ، تعلق أحدهما بالنزاعات المسلحة الدولية ، وتعلق الآخر بالنزاعات المسلحة غير الدولية، وفي حقيقة الأمر فيوضع هذين البروتوكولين عاد الالتقاء بين قانوني جنيف ولاهاي في نصوص اتفاقية واحدة ، خصوصاً البروتوكول الأول الخاص بالمنازعات المسلحة الدولية التي تقودها حركات التحرير ضد المحتل والاستعمار الأجنبي ، والأنظمة العنصرية ، وتمتع محاربيها بوصف أسرى الحرب ، بالإضافة إلى ذلك ما تم إضافته من النصوص الخاصة بالتمييز بين ما هو عسكري وما هو مدني ، وكذلك زيادة الفئات المستفيدة من الحماية التي تقدمها اتفاقات جنيف الأربع والبروتوكول الأول وهي الصحفيين واللاجئين وديمي الجنسية ونصوص إضافية خاصة بالأطفال والنساء.^(٢)

وفي واقع الأمر فإن هذين البروتوكولان قد وسعا من نطاق حماية الأشخاص والأعيان المدنية ، وذلك بإعطاء مفهوم موسع للأفكار التي ظهرت من قبل في الاتفاقيات السابقة.

جدير بالذكر أنه بجوار هذه الاتفاقات السابقة التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، فإنه يوجد العديد من الاتفاقات الدولية التي تعد جزء من المصدر الاتفاقي لهذا القانون، منها اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاعات المسلحة لعام ١٩٥٤ ، واتفاقية حظر وتطوير وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية والسامة وتدميرها لعام ١٩٧٢ ، واتفاقية حظر وتقليد بعض الأسلحة الاتفاقية التي من شأنها أن تسبب إصابات جسيمة أو أضرار عشوائية لعام ١٩٨٠ ، واتفاقية عام ١٩٩٣ بشأن حظر تطوير وتخزين وإنتاج الأسلحة الكيماوية وتدميرها ، وبروتوكول عام ١٩٩٥ بشأن أسلحة الليزر التي تسبب العمى الملحق باتفاقية عام ١٩٨٠ ، والبروتوكول الخاص بشأن حظر وتقييد واستخدام الألغام والشرك الخداعية المعدل للبروتوكول الثاني الملحق باتفاقية ١٩٨٠ ،

(١) - د. اقبال عبد الكريم الفلوجي ، حول التطورات الأخيرة في القانون الدولي الإنساني ، مشار إليه في كتاب د. عبد الغني محمود ، القانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق ص ٣٧

(٢) - د. عامر الزمالي ، مدخل الى القانون الدولي الإنساني ، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر ، تونس ، ٢٠٠٥

واتفاقية أوتوا لعام ١٩٩٧ المتعلقة بحظر استخدام وتخزين أو إنتاج أو نقل الألغام للأفراد وتدميرها ، ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ لمحاكمة مجرمي الحرب ، والبروتوكول الثالث الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ الذي عقد في جنيف في ٨ ديسمبر ٢٠٠٥ لاستخدام الشارة الثالثة - الكريستالة الحمراء - بدلاً من شارتي الصليب والهلال الأحمرين لما لهما من مدلول سياسي وديني.^(١)

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الإنساني وطبيعة قواعده

إن عادات الحرب لدى الشعوب القديمة تعبر في جملتها ، عن أنواع شتى من القواعد التي تحكم الحروب في الوقت الحاضر ، ومن تلك القواعد التي تتميز بين فئات الأعداء ، القواعد التي تحدد ظروف ومراسم بدء الحرب وإنهائها والسلطة التي تملك إعلان الحرب ووقفها ، والقواعد التي تحدد الأشخاص الذين يشاركون فيها .

في البداية كانت هناك قواعد مستمدة من الأعراف التي كانت تحكم النزاعات المسلحة ، ثم ظهرت بالتدرج معاهدات ثنائية مفصلة إلى حد ما ، وكانت الدول تصادق عليها أحيانا بعد انتهاء القتال ، كما كانت هناك أيضاً لوائح تصدرها الدول لقواتها مثل " قانون ليبير " ^(٢)

وعلى الرغم من كثرة النزاعات المسلحة إلا أنه تم تنظيمها بكثير من القواعد بهدف الحد من أثارها وأضرارها ، وقد اختلفت هذه القواعد من فترة إلى أخرى من ناحية التفاصيل والطبيعة فقد بدأت هذه القواعد في صورة عرفية ، ثم بعد ذلك جرى تدوينها في شكل اتفاقات كما سبق وذكرنا في المطلب السابق ، إلى أن وصلت إلى شكلها الحالي المعروفة بقواعد القانون الدولي الإنساني .

وقد قدمنا في هذا المبحث تفصيل أكبر حول مصادر القانون الدولي الإنساني وذلك في مطلب أول ثم سنفصل أكثر لطبيعة هذه القواعد في مطلب ثاني .

المطلب الأول

مصادر القانون الدولي الإنساني

تعد التعليمات التي كان يصدرها قادة الجيوش إلى جندهم في العصور القديمة والتي سميت بأساليب التعامل الحربي هي المصدر الأساسي التي استمد منه قانون الحروب قواعده

(١) - السكندر هاي ، شارة ثالثة للحماية ووحدة الحركة الدولية ، مجلة الانساني ، العدد ٣٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤

(٢) - د. أحمد فتحى سرور ، القانون الدولي الانساني ، دليل للتطبيق على الصعيد الوطنى ، مرجع سابق ص ٣٥

وذلك يعنى أن الأعراف المتوارثة بشأن الحرب تعتبر هي المصدر الرئيسي لقوانين الحرب ، وقد ظل هذا الأمر كذلك حتى القرن التاسع عشر وما تم فيه من بدء تقنين هذه القواعد في شكل اتفاقات دولية كما سبق وأوضحنا^(١)، والذي تحول فيه القسم الأكبر من قواعد هذا القانون العرفية إلى قواعد مقننة في شكل قانون اتفاقي مكتوب ، ومن هنا ظهر المصدر الثاني للقانون الدولي الإنساني وهو الاتفاقيات المكتوبة ، بالإضافة لوجود عدة مصادر ثانوية أخرى بجوار هذين المصدرين وسنحاول أن نعرضهم بالتفصيل على النحو الآتي :

الفرع الأول

المصادر الأصلية

أولاً : القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني :

تعد القواعد العرفية هي أكبر وأقدم مصادر القانون الدولي الإنساني وتعرف بأنها " مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة الناشئة عن تواتر الاستعمال من قبل الدول بعضها تجاه بعض نظراً لاقتناعها بضرورة الالتزام بها " ^(٢)

فأغلب القواعد الدولية ذات الصفة العالمية تثبت بواسطة العرف حتى تلك القواعد التي دونت في اتفاقات رسمية ، استقرت في الأصل بشكل عرفي قبل أن تُدرج في اتفاقات دولية ، وهو الأمر الذي أكدته قاعدة مشهورة عرفت باسم " قاعدة مارتينيز " وهي قاعدة معروفة في قواعد القانون الدولي الإنساني وتعود إلى السير "فريدريك مارتينيز " الروسي الأصل الذي وضعها في عام ١٨٩٩ في اتفاقية لاهاي الثانية الخاصة بالحرب البرية لعام ١٨٩٩ في الفقرة الثالثة من مقدمتها ، ثم أعيد التأكيد عليها في اتفاقية لاهاي الرابعة الخاصة بالحرب البرية عام ١٩٠٧ في الفقرة السابعة من مقدمتها التي نصت على أن " أي الحالات التي لا تشملها أحكام هذه الاتفاقية التي تم عقدها ، يظل السكان المدنيون والمقاتلون تحت حماية و سلطان مبادئ قانون الأمم كما جاءت في الأعراف التي استقر عليها الحال بين الشعوب المتمدنة وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام ، والحالات التي لم تكن الاتفاقية تشملها وينطبق عليها حكم العرف هي حالة ما إذا كان الأطراف المتحاربة ليس طرفاً سامياً في هذه الاتفاقية ، والحالة الثانية هي حالة ما إذا كانت هناك مسائل جديدة غير محكومة بقواعد الاتفاقية وتخرج عن إطارها فهنا كان حكم العرف هو المنطبق عليها وسواء كان الطرفان المتحاربين أطرافاً في الاتفاقية أم لا ". وأعيد تكرار النص على هذه القاعدة

(١) - انظر المطلب الثاني من هذه الدراسة ، التطور التاريخي لقواعد القانون الدولي الإنساني ،

ص ١٠

(٢) - د. فؤاد شباط ، القضاء الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، بدون رقم طبعة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٦٥

في المادة ٦٣ من اتفاقية جنيف الأولى والمادة ٦٢ من جنيف الثانية والمادة ١٤٢ من جنيف الثالثة والمادة ٤/١٥٨ لعام ١٩٤٩ (١)

فالعرف إذاً هو مصدر ملزم في القانون الدولي الإنساني وهو ملزم للدول سواء شاركت في تكوينه أم لم تشارك وسواء كانت هذه الدول موجودة وقت نشوءه أم لا ، أما عن الطريقة التي وجد فيها العرف فأنها تعود إلى النظر إلى ما تسلكه الدول في تصرفاتها أثناء النزاعات المسلحة ، وبالنظر إلى مشاريع الاتفاقيات التي لم توضع موضع التنفيذ بل حتى الاتفاقيات الدولية النافذة يمكن الوقوف من خلالها على القواعد العرفية ذلك لأن هذه الاتفاقيات قد تأتي من البعض أو معظم قواعد تدويناً لأعراف دولية. (٢)

وبالتالي فإن قواعد هذه الاتفاقيات خاصة العرفية منها تكون ملزمة حتى للدول غير الأطراف فيها وذلك بسبب أن قواعد هذه الاتفاقيات كلها أو بعضها هي عبارة عن تقنين لقواعد عرفية دولية سائدة ، وبالتالي فالتزام الدول بقواعد هذه الاتفاقيات إنما هو في حقيقته يعد التزاماً بقواعد عرفية كرسها هذه الاتفاقيات. (٣)

وبالفعل فهناك مسائل لم تتطرق إليها قواعد القانون الدولي، منها على سبيل المثال ، أن البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ ، لم يتضمنا أي حكم بشأن حماية الأفراد العاملين في مهام حفظ السلام والأعيان المستخدمة فيها، إنما في الممارسة، أعطى هؤلاء الأفراد والأعيان حماية ضد الهجمات مساوية للحماية الممنوحة للمدنيين والأعيان المدنية على التوالي ، ونتيجة لذلك ، نشأت في ممارسات الدول قاعدة تحظر الهجمات ضد العاملين في مهام حفظ السلام. (٤)

ولعل ما ساهم في تكوين العرف الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية عوامل عديدة، منها فكرة الشرف العسكري التي نبع منها مبدأ الفروسية (٥) كما ذكرنا في المطلب الأول من هذا المبحث ، والتي تحلى بها المحاربون القدامى والفرسان في العصور الوسطى ، حيث كانت الحروب في نظرهم كفاحاً شريفاً تحكمه قواعد خاصة بمعاملة الجرحى والمرضى وعدم التعرض لغير المقاتلين من سكان دولة العدو ، وأبرز صور الفروسية كما ذكرنا من قبل كانت تظهر في الاهتمام بالجرحى وتأمين العلاج من قبل أطباء القصور أنفسهم وأصبح ذلك تقليداً شائعاً بين الفرسان .

(١) - انظر اتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ م .

(٢) - د. محمود سامي جنيبة ، قانون الحرب والحياد ، مطبعة لجنة التأليف والنشر والترجمة ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، ١٩٤٤ ، ص ٤٥ .

(٣) - د. زيدان مريبوط ، مدخل الى القانون الدولي الإنساني ، جنيف ، ١٩٨٨ ، بدون رقم طبعة ، بدون دار نشر ، ص ١٠٧ .

(٤) - جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد بك ، القانون الدولي الإنساني العرفي ، المجلد الأول ، بدون مترجم ، للجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠١ .

(٥) - انظر هذه الدراسة ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، مبدأ الفروسية ١٥ .

كذلك كان لتعاليم وقواعد الدين الإسلامي الأثر الأكبر في حكم سلوك المسلمين أثناء الحروب ، حيث أثرت فيهم قواعد الشريعة الإسلامية ، والأوامر التي كان يتلقاها المسلمون من الرسول محمد صلى الله تعالى عليه واله وصحبه وسلم وكذلك وصايا القادة الفاتحين الجيوش الإسلامية كان لها دور في تغيير العادات غير الإنسانية والوحشية التي كانت تتبع في الحروب قبل الإسلام ، وكذلك أثرت هذه القواعد على الجيوش المتحاربة مع الجيوش الإسلامية لما لمسه من قواعد ومعاملة مميزة مع أتباعه الواقعين تحت أيدي الجيوش الإسلامية.^(١)

كذلك أسهم في تكوين الأعراف الدولية وتثبيتها عوامل أخرى منها ظهور الجيوش النظامية للدول ، وقد بدأت الجيوش النظامية في الظهور بعد حرب الثلاثون عاماً^(٢)، حيث احتاجت أنظمة الحكم القائمة إلى جيوش نظامية دائمة تحل محل الجيوش القديمة التي كانت قائمة على السلب والنهب والاعتصاب وعدم الخضوع للنظام ، وتشكيل هذه الجيوش النظامية هو الذي ساعد على تثبيت القواعد الخاصة بالحروب ، وذلك بسبب خضوع الجنود النظاميين لرؤسائهم وتقيدهم بالأوامر والتعليمات العسكرية الصادرة لهم والواجب اتباعها أثناء القتال.^(٣)

وجدير بالذكر أنه لإثبات أن قاعدة ما قاعدة عرفية وبالتالي تعد من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني ، يجب إثبات أنها تنعكس في ممارسات الدول ، وأن المجتمع الدولي لديه اقتناع بأن هذه الممارسة مطلوبة كمسألة قانونية ، ويكتسب القانون الدولي الإنساني العرفي أهمية في النزاعات المسلحة اليوم لسببين رئيسيين: الأول هو أنه على الرغم من أن بعض الدول لم تصادق على قانون المعاهدات الدولية ، فإنها تظل ملزمة بقواعد القانون العرفي. ويعود السبب الثاني إلى الضعف النسبي لقانون المعاهدات الذي يحكم النزاعات المسلحة غير الدولية.^(٤)

ثانياً : المصادر المكتوبة :

(١) - د. عياض بن عاشور ، الإسلام والقانون الدولي الإنساني، مقالة منشورة في المجلة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ، عدد نيسان ١٩٨٠ ، ص ٥ وما بعدها

(٢) - حرب الثلاثون عاماً هي حرب أوروبية عامة ، دارت في الأعوام (١٦١٨ - ١٦٤٨) ألمانيا كانت هي المسرح الرئيسي لها واستمر القتال حتى أبرم صلح وستفاليا ١٦٤٨ ، للمزيد د. محمد شفيق غربال ، الموسوعة العربية الميسرة ، دار الشعب ومؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٧٦. ص ٦٩٨

(٣) - د. على صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، الطبعة ١١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٧٩٠

(٤) - القانون الدولي الإنساني العرفي ، مقال منشور على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر

بتاريخ ٢٩-١٠-٢٠١٠ ، ICRC ، <https://www.icrc.org/ara>

تعد المصادر المكتوبة هي المصدر الثاني من مصادر القانون الدولي الإنساني ، وقديماً فإن قواعد القانون الدولي الإنساني التي كانت تعني بالجرحي والمرضي والأسرى وغيرهم من الفئات الأخرى كالنساء والأطفال والشيوخ ، كانت قد تناولتها اتفاقات ثنائية ، ولكن لم يكن هناك تدوين منظم لقواعد تكفل حماية لهم من أثار الحروب بحيث يأخذ شكل اتفاقيات دولية عامة أو متعددة الأطراف ، ومع بروز النصف الثاني من القرن التاسع عشر وتحديداً في عام ١٨٦٤ وهو تاريخ أول اتفاقية دولية لحماية ضحايا الحروب وبشكل خاص الجرحى والمرضى متعددة الأطراف ، والتي إئتفقت لاحقاً على أنها تمثل تاريخ ولادة القانون الدولي الإنساني المقنن في اتفاقيات دولية ، وقبل ذلك التاريخ كانت هناك الاتفاقيات الثنائية ، نذكر منها على سبيل المثال ، الاتفاقية الثنائية المعقودة بين الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا في عام ١٧٨٥ التي اشترطت أنه في حالة الحرب ، فإن القوتين يجب ألا تحتاطا فقط لأمر النساء والأطفال بل يجب إفساح المجال للعلماء وزارع الأراضي والصناع وأصحاب المصانع ، وجميع الأشخاص الآخرين الذين تعد وظائفهم ضرورية لبقاء الجنس البشري ومنفعته ، ويجب إفساح المجال لهم بالاستمرار في أعمالهم ، والسماح للسفن التجارية بالمرور لتأمين حصول الأفراد على احتياجاتهم.^(١)

ولكن مع وجود هذه الاتفاقيات الثنائية فإنها لم تكن كافية وحدها لمنع الأعمال الوحشية والأفعال المناهضة للإنسانية خلال فترة الحروب وأثبتت هذه الحقيقة الحروب التي دارت في القارة الأوروبية ومثالها حرب الستين التي وقعت بين فرنسا وأسبانيا من عام ١٨١٠ إلى ١٨١٤ وارتكبت فيها الطرفان الفرنسي والأسباني أفعالاً شنيعة كتقطيع الأسبان الأطراف الأربع للفرنسيين ، وتعليق الجثث وحرق نصف أجساد بعضهم ، وكانت الأوامر صادرة للفرنسيين بإغراق أى قرية بالدماء إذا خرجت منها طليقة واحدة دون تمييز بين كبير أو صغير شيخ أو امرأة فكان الجميع يواجه المصير نفسه.^(٢)

كذلك ما ارتكبه القوات الفرنسية أيضاً عند احتلالها للجزائر فقد وصفت بأنها أشد الحروب التي شهدتها القارة الأفريقية بين عامي ١٨٤٢ و١٨٤٩ ، كذلك معركة سولفرينو التي كانت سبباً في وضع أول اتفاقية متعددة الأطراف متعلقة بقوانين الحروب وهي اتفاقية جنيف الأولى عام ١٨٦٤ ،

(١) - المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد الثامن ، يوليو ، أغسطس السنة السابعة ، ١٩٨٩ ، ص ٢٣٧

هي نزاع بين فرنسا وتحالف قوات إسبانيا، البرتغال للاستيلاء على شبه جزيرة أيبيريا. بدأت الحرب عندما غزت الجيوش الفرنسية البرتغال عام ١٨٠٧م وإسبانيا في ١٨٠٨م واستمرت حتى هزم التحالفات الستة نابليون في ١٨١٤م.

المصدر : <http://ar.wikipedia.org/wiki>

(٢) - المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد الثامن ، يوليو ، أغسطس ١٩٨٩ ، المرجع السابق ص ٢٣٦

وكما سبق وذكرنا أن هذه الاتفاقية بالرغم من أهميتها كان بها بعض أوجه القصور ووجهت إليها النقد ومن ثم بالغرم من أنها تعد خطوة هامة في تاريخ تقنين القانون الدولي الإنساني إلا أنها لم تكن كافية وهو الأمر الذي دفع الدول بالإضافة للجنة الصليب الأحمر لبذل الجهود من أجل استكمال الطريق وتقنين قواعد القانون الدولي الإنساني وهو الأمر الذي تم بالفعل على النحو الذي عرضنا له من قبل في المطلب الثاني من هذه الدراسة وسنكتفي هنا بالإشارة إليه منعا للتكرار .

الفرع الثاني

المصادر الثانوية (المكملة)

بالإضافة للمصدرين الأساسيين العرف والمصادر المكتوبة فهناك مجموعة من المصادر الثانوية المكملة للمصادر الأصلية ومن هذه المصادر :-

أولاً : أنظمة وتعليمات الجيوش :

في حقيقة الأمر إن أعراف الحرب ما هي بالأساس إلا القاسم المشترك الموجود في الأنظمة والتعليمات التي تعطيها الحكومات لجيوشها في الحرب ، ولعل من هذا النوع الوصايا التي كان يتقوه بها الخلفاء وقادة الجيوش في فتوحات الإسلام ، وما كان يعرضه هؤلاء على مسامع جنودهم قبل خوض أى معركة من أهمها ما أشار إليه الدكتور محمد عزيز شكري باعتباره البلاغ العربي الإسلامي والذي نهى فيه عن قتل النساء أو الشيوخ أو تدمير النخل أو نقض العهد أو حرق زرع^(١)، وهناك أيضاً أمثلة كثيرة في العصر الحديث منها البلاغ الأميركي المشهور إبان الحرب الأهلية (١٨٦٥-١٨٦٦) والتي سميت بقانون لبيرر . وتعد تعليمات داخلية موجهة بالخطاب إلى القوات المسلحة الأميركية ويحدد الالتزامات والواجبات التي يلتزم بها المقاتل الأميركي في وقت الحرب .

ثانياً : مبادئ القانون العامة :

وفقاً لنص المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإن المبادئ العامة للقانون تعد من مصادر القانون الدولي ، حيث تدور الفقرة (ج) عن المبادئ العامة الواردة في القانون التي أقرتها الأمم المتحدة وهي تلك المبادئ الأساسية الواردة في قوانين الدول المختلفة والتي يتشكل منها المجتمع الدولي ، والتي يمكن تطبيقها كقانون دولي ، ذلك أن بعض هذه المبادئ هي مبادئ مشتركة بين كل الأنظمة القانونية.^(٢)

وهي المبادئ المستخلصة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم ، مثل عدم رجعية القانون ، وشخصية العقوبة ، والشك يفسر لصالح المتهم ، وتنحى القضاة ، والمتهم بريء حتى تثبت ادانته ، وغيرها من المبادئ ويشترط لتطبيق هذه المبادئ عدم معارضتها لقواعد القانون الدولي العام وعدم معارضتها للمعايير والقواعد المعترف بها دولياً.^(٣)

(١) - أ.د. محمد عزيز شكري ، المرجع السابق ص ١٤، ١٣

(٢) - (١) Malcom Show , International law , Cambridge university press , ٥th .

Cambridge , ٢٠٠٣ , p. ٩٢

(٣) - علي محمد راشد ، حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، مرجع سابق ، ص ٤٧

ثالثاً : أحكام المحاكم العسكرية الداخلية والدولية :

إن المقصود بهذه الاجتهادات هي القواعد العامة التي يمكن استنتاجها من قرارات المحاكم العسكرية الدولية والداخلية فيما يتعلق بقانون الحرب ، وأهم المحاكم العسكرية الدولية التي ساهمت قراراتها في إغناء قانون الحرب وتطويره هي المحكمة العسكرية الدولية المعروفة باسم "نورمبرغ" والتي أنشأت بموجب اتفاق لندن بتاريخ ٨ أغسطس ١٩٤٥ ، وأهم ما جاءت به هذه المحكمة من قواعد تتعلق بالحرب ، قرارها الذي يؤكد أن الحرب التي شنتها ألمانيا عام ١٩٣٩ ضد جيرانها كانت حرباً عدوانية تعاكس على طول الخط "تصريح بريان" لعام ١٩٢٨ الذي يمنع اللجوء للحرب لذا تعد (جريمة ضد السلام) ويعد القائمون بها مجرمي حرب من الدرجة الأولى ، أما المحاكم العسكرية الوطنية فإنها تساهم أيضاً في إغناء وتطوير قانون الحرب كمصدر مكمل من مصادره، والمثال على ذلك المحكمة العسكرية الأميركية التي أصدرت عدة قرارات مهمة جداً في مضمار قانون الحرب ، وعلى رأسها القضية المعروفة باسم قضية الرهائن التي قررت عدم مشروعية الاحتماء وراء مبدأ الضرورة العسكرية لمخالفة القانون الدولي ، وأن قواعد هذا القانون يجب احترامها حتى لو أدى ذلك إلى خسارة معركة أو حتى إلى خسارة الحرب بكاملها.^(١)

رابعاً :- قرارات الهيئات الدولية وتوصياتها :

تعد قرارات المنظمات الدولية كمنظمة الأمم المتحدة وأجهزتها المختلفة مصادر مساعدة للقانون الدولي بشكل عام وذلك على الرغم من أن المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لم تنص على اعتبار قرارات المنظمات الدولية كمصدر من مصادر القانون الدولي ، إلا أن هذه القرارات أصبح لها دور فعال في إصدار قرارات لها صفة تشريعية تلزم الدول بتنفيذها ، وتجد هذه القرارات صفتها القانونية في ميثاق المنظمة ذاتها.^(٢)

فقرارات الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة ، وقرارات مجلس الأمن ، وتقارير وتوصيات اللجان المختصة مثل ، لجنة القانون الدولي ، واللجنة الخاصة بجرائم الحرب ، ولجنة تعريف العدوان ، ولجنة حقوق الإنسان ، ولجنة مركز المرأة ، فكل هذه تعد مصادر مساعدة للقانون الدولي ، وبالتالي لقانون الحرب إذا كان لها علاقة به ، المثال على ذلك القرار رقم ٢٢٥٣ الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ ١٤ يوليو ١٩٦٧ الذي يقرر قاعدة مهمة من قواعد الاحتلال الحربي وهو عدم جواز ضم الأراضي بالقوة ، حيث يعلن أن ضم إسرائيل للقدس لاغ ويطلب من إسرائيل أن تلغي جميع الإجراءات التي سبق أن اتخذتها ، وأن تمتنع فوراً عن القيام بأي عمل من

(١) - محمد شفيق غربال وآخرون ، الموسوعة العربية الميسرة ، مرجع سابق ، ص ٧٠٢

(٢) - د. علي محمد راشد ، مرجع سابق ، ص ٤٥

شأنه أن يعدل وضع القدس القانوني. ^(١) وجدير بالذكر أن هناك المئات من قرارات وتوصيات صدرت عن مختلف أجهزة الأمم المتحدة في هذا الصدد .

خامساً :- أراء فقهاء القانون الدولي العام في مختلف الأمم :-

وهي من المصادر المساعدة أى التي لا تضع حلاً للنزاع ولكنها تساعد على إيجاد قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنسانى وقد ورد النص على هذا المصدر فى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية. ^(٢)

ويعتبر أوائل فقهاء القانون الدولي فى عصر النهضة أمثال " سواريز " و " غروسيوس " هم أول من كتبوا فى قوانين الحرب حتى ذلك الوقت. ^(٣)

ونجد فى العصور الحديثة عدد من فقهاء القانون الدولي المتخصصين فى قانون الحرب ، وقد أثروا فى تدوين وتكوين قواعد قانون الحرب أمثال " ليير " فى أميركا و "لوتر باخت " فى بريطانيا وغيرهم ، وكتابات هؤلاء جميعاً كانت لها تأثير لا ينكر فى إغناء قواعد القانون الدولي الإنسانى وتطويرها إلى الأفضل.

(١) - د. احسان هندي ، مبادئ القانون العام فى السلم والحرب ، الطبعة الاولى ، دار الحلبي للطباعة والنشر ، دمشق ، ١٩٨٤ ، ص

(٢) - انظر المادة ٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية

(٣) - د.أحمد أبو الوفا، أصول القانون الدولي والعلاقات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الإنساني

الطبيعة القانونية للاتفاقات الأساسية التي يتكون منها القانون الدولي الإنساني مختلفة عن بعضها البعض وذلك لأن لكل منها طبيعتها وظروفها التي نشأت فيها ، وبالتالي سنحاول في هذا المطلب أن نبين طبيعة الاتفاقات في الفرع الأول في اتفاقات لاهاي ، ثم في الفرع الثاني اتفاقات جنيف على النحو الآتي:

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للقواعد المثبتة في اتفاقات لاهاي ١٩٠٧ و ١٩٨٨

تأثرت اتفاقيات لاهاي بمفاهيم القانون الدولي التقليدي الذي نشأت في رحابه ، حيث كان ينظر إلى قواعد القانون الدولي على أنها علاقات تبادلية تعاقدية بين الدول ، وبالتالي فإن هذه الاتفاقيات بمثابة قواعد دولية بين الدول فقط .

ويظهر الطابع التعاقدية التبادلي لهذه الاتفاقات في شرط الاشتراك الكلي ، والذي يقضي بأنه مالم تكن كل الأطراف المتحاربة أطرافاً في الاتفاقية فإن أحكام الاتفاقية لا تطبق على العلاقات بين كل الأطراف المتحاربة ، أي حتى بين الأطراف المتحاربة والتي التزمت بالاتفاقية ، وذلك حتى لا يكون للالتزام بالاتفاقية أي أثر على ميزان القوة بين الأطراف المتحاربة .

كذلك يظهر الطابع التبادلي في جواز اللجوء إلى الإجراءات الانتقامية أو القصاص أثناء القتال كجزاء لانتهاك أحد الأطراف أحكام الاتفاقية من قبل أحد الأطراف المتحاربة ، وهو ما يجيز للطرف الآخر اتخاذ هذه الإجراءات التي تنتهك أحكام الاتفاقية أو غيرها من أحكام القانون الدولي الإنساني .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩

و البروتوكولان المضافان لهم لعام ١٩٧٧

تمثل اتفاقات جنيف تحول جذري في القانون الإنساني الدولي، فنتيجة لما عانت منه البشرية من أهوال الحرب العالمية لمرتين متتاليتين في القرن العشرين، وإنشاء منظمة الأمم المتحدة، وبداية الحركة الدولية لحماية حقوق الإنسان، جاءت هذه الاتفاقيات بمفاهيم حديثة ساهمت في تطوير جانب كبير من القانون الدولي الإنساني، وأسبغت عليه خصائص تميزه عن القانون الدولي العام وفروعه المختلفة، ولعل أهم جوانب التميز الرئيسية لهذه القواعد وطبيعتها هي:

١- الطابع التبادلي وعدم جواز الانتقام أو المعاملة بالمثل:

إن القاعدة الشهيرة (العقد شريعة المتعاقدين) هي أساس كل اتفاق، وهي التي استند إليها أنصار المذهب الشكلي أو الإرادي في القانون الدولي فلا يمكن الالتزام بالمعاهدة الدولية إلا من قبل أطرافها، وذلك كقاعدة عامة، إلا أن أنصار المذهب الموضوعي فأنهم يرون عكس ذلك وهو إمكانية انصراف آثار المعاهدة إلى غير الأطراف فيها، في حالات معينة، ويأتي في مقدمة تلك المعاهدات ما عرف بالمعاهدات الشارعة^(١).

واتفاقات جنيف لعام ١٩٤٩ تندرج في هذه الطائفة من المعاهدات الدولية، فهي تعد من المعاهدات الشارعة، التي تتجاوز الإطار التعاقدية لها، فتتطبق على غير الأطراف المتفقة عليها.

وقد أكدت على ذلك المادة الثانية المشتركة بين اتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ والتي تنص على "وإذا لم تكن إحدى دول النزاع طرفاً في هذه الاتفاقية، فإن دول النزاع الأطراف فيها تبقى مع ذلك ملتزمة بها في علاقاتها المتبادلة. كما أنها تلتزم بالاتفاقية إزاء الدولة المذكورة إذا قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقتها."^(٢)

كذلك يظهر رفض الطابع التبادلي في تحريم اتفاقات جنيف الأربع اتخاذ أي إجراءات انتقامية ضد الأشخاص والأموال المحمية بمقتضى الاتفاقيات في المواد المشتركة (٤٦-٤٧-١٣-٣٣) على الترتيب، أي حتى كرد فعل لانتهاكات من الجانب الآخر.

(١) - لتعريف المعاهدات الشارعة انظر الاستاذ الدكتور عبد الله الهواري، دروس في قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، بدون رقم طبعة ص ١٧

(٢) - وقد ورد هذا النص في اتفاقيتي عام ١٩٢٩ لأول مرة وامتد هنا إلى اتفاقات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩

فتنص المادة ٤٦ من اتفاقية جنيف الاولى لعام ١٩٤٩ على أنه " تحظر تدابير الاقتصاص من الجرحى أو المرضى أو الموظفين الذين تحميمهم هذه الاتفاقية، أو المباني أو المهمات التي تحميها" (١)

ويستند رفض الطابع التبادلي أيضاً ، في عدم خضوع هذه الاتفاقيات لشرط المعاملة بالمثل ، وإذا كان من المسلم به ، كقاعدة عامة ، أن عدم تنفيذ طرف من الأطراف لمعاهدة ما قد يؤدي في النهاية الي تحل الطرف الآخر من التزاماته ، أو يبرر إلغاء المعاهدة ، فإن ذلك لا ينطبق على اتفاقيات جنيف ، حيث تظل سارية في جميع الظروف ولا تخضع لشرط المعاملة بالمثل ، فليس من المنطقي أن يقبل بأن الطرف المحارب يلجأ إلى إساءة معاملة الأسرى مثلاً أو قتلهم ، لأن خصمه ارتكب مثل هذه الجرائم . (٢)

ويستند ذلك إلى مبدأ الإنسانية الذي يقوم عليه القانون الدولي الإنساني ، ذلك لأنه إذا كانت الاتفاقيات الدولية تهدف إلى المحافظة على مصالح أطرافها ، فإن الوضع مختلف في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ لأنها تهدف إلى المحافظة على مصالح البشرية ، من خلال مجموعة من القواعد الموضوعية ، التي تعلن للعالم ضمانات هي من حق كل إنسان .

وقد أكدت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ رفض الطابع التبادلي وشرط المعاملة بالمثل في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني بصفة عامة فنصت في المادة ٦٠ على " أن أي انتهاك جسيم لمعاهدة متعددة الأفراد من جانب أحد أطرافها يعطى للأطراف الأخرى حق تعليق تنفيذ الاتفاقية كلياً أو جزئياً ، ويعد انتهاكاً جسيماً أي خرق لأي حكم يعد أساساً بالنسبة لأغراض متعددة " ، وتنص ذات المادة على أن هذه القاعدة لا تنطبق على الأحكام التي تحظر أي نوع من الأعمال الانتقامية ضد الأفراد الذين تحميمهم الاتفاقيات" . (٣)

٢- مخاطبة أشخاص أخرى غير الدول :

تتميز اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ بأنها تجاوزت المفاهيم التقليدية التي كانت تستند عليها الاتفاقيات الدولية ، وذلك لمخاطبتها مباشرة لكيانات أخرى غير الدول ، مثل الأفراد ، والمنظمات غير الحكومية ، والشعوب التي تسعى للحصول على حقها في تقرير المصير ، وكذلك أفراد المقاومة المسلحة بشروط معينة ، فقامت هذه الاتفاقيات بمنحهم الحقوق وتحميلهم بالالتزامات ، بصورة

(١) - انظر المادة ٤٦ من اتفاقية جنيف الاولى لعام ١٩٤٩

(٢) - د. سعيد سالم الجويلي ، الجوانب القانونية للتدابير المضادة في القانون الدولي العام ، دراسة تحليلية للنتائج الاجرائية المترتبة على الفعل غير المشرع دولياً في العلاقات فيما بين الدول ، منشورة بالمجلة القانونية الاقتصادية ، لكلية الحقوق جامعة الزقازيق ، العدد السادس ، ١٩٩٤ ، ص ١٣٨

(٣) - انظر المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ م .

مباشرة وبعيداً عن الدول التابعين لها ، وقد أكدت هذا المعنى المادة السابعة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ على النحو الآتي " لا يجوز للجرحى والمرضى، وكذلك أفراد الخدمات الطبية والدينية، التنازل في أي حال من الأحوال جزئياً أو كلية عن الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقية، أو بمقتضى الاتفاقات الخاصة المشار إليها في المادة السابقة، إن وجدت " (١)

٣- الطبيعة الأمرة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ :-

في النظم القانونية الوطنية تصنف القواعد القانونية في نوعين هما القاعدة المكملة التي يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها ، والقواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويطلق القانون الداخلي على القواعد الأمرة بقواعد النظام العام (٢).

وتستند فكرة القواعد الأمرة في النظام الداخلي ، إلى ضرورة حماية المفاهيم والقيم الأساسية للمجتمع وحماية النظام القانوني ذاته ، ذلك أنه لا يتصور أن يكون هناك نظام قانوني دون أن يلتزم أشخاصه بالمحافظة عليه ، ويمكن القول بصفة خاصة إن فكرة (النظام العام) من المفاهيم الثابتة في كل النظم القانونية الداخلية ، بل أنه لا يتصور أن يخلو نظام قانوني متطور منها .

وكذلك القانون الدولي العام يعرف مثل هذا التقسيم أيضاً ، حيث يصنف الفقه الدولي القواعد الدولية إلى قسمين رئيسيين هما ، القواعد الرضائية أي القواعد التي تترك للشخص القانوني الدولي حرية تحديد نطاق التزامه وممارسته لسيادته في علاقته بسيادة أخرى أو منظمة دولية وهذه القواعد يمكن تعديلها باتفاقيات مخالفة و القواعد الأمرة ، وهي التي لا يجوز مخالفتها.

ويؤكد الفقه الدولي أن قواعد القانون الدولي الإنساني ، تندرج في طائفة القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ في المادة ٦٠ فبعد أن ذكرت التحلل من الالتزامات التي تتضمنها المعاهدات الأطراف ، في حالة إخلال أحد الأطراف بمخالفة هذه الالتزامات ، نصت على أن يستثنى من ذلك النصوص المتعلقة بحماية الشخصية الإنسانية في القانون الدولي الإنساني . (٣)

فالقواعد الواردة في اتفاقيات جنيف لسبب طبيعتها الأمرة تختلف عن القواعد الأخرى في القانون الدولي ، ويعنى ذلك أن تطبيق القانون الدولي الإنساني لا يخضع لأي شرط كان ، فلا يجوز للدولة أن تعلق تطبيق الاتفاقية على قيام الطرف الآخر ببعض الأعمال أو توافر ظروف معينة سياسية أو عسكرية بعيدة عن نصوص الاتفاقيات .

(١) - انظر المادة السابعة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م.

(٢) أ.د. محمد طلعت الغنيمي ، الوسيط في قانون السلام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ١٩٨٠ ، ص ٧٥

(٣) - راجع المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩

٤- الطابع المطلق لقواعد الحماية في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ :-

يظهر الطابع المطلق لقواعد الحماية الواردة في اتفاقات جنيف لعام ١٩٤٩ وذلك بقراءة المواد المشتركة (٦،٦،٦،٧) وكذلك (٧،٧،٧،٨) على الترتيب ، حيث تنص المادة السادسة من اتفاقية جنيف الأولى على ما يأتي : " علاوة على الاتفاقات الخاصة المنصوص عليها صراحة في المواد ٣١،٢٨،٢٣،١٥،١٠، ٣٧،٥٢ يجوز للأطراف السامية المتعاقدة أن تعقد اتفاقيات خاصة بشأن أية مسألة من المسائل ترى تسويتها بكيفية خاصة، ولا يؤثر أي اتفاق خاص تأثيراً ضاراً على وضع الجرحى والمرضى، أو وضع أفراد الخدمات الطبية والدينية كما حددته هذه الاتفاقية، أو بعض الحقوق الممنوحة لهم بمقتضاها "(١)

ويستمر انتفاع الجرحى والمرضى وأفراد الخدمات الطبية والدينية بهذه الاتفاقيات مادامت سارية عليهم ، إلا إذا كانت هناك أحكام صريحة في الاتفاقيات سالفة الذكر تقضي بخلاف ذلك أو في اتفاقيات لاحقة لها أو إذا كان هذا الطرف أو ذاك من أطراف النزاع قد اتخذت تدابير أكثر ملائمة لهم . (٢)

ومعنى ذلك أنه بمقتضى المادة السابقة فلا يجوز لأى اتفاقيات أخرى يلجأ إليها الأطراف أن تنتقص من قواعد الحماية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ وبمفهوم المخالفة فإنه من الجائز للأطراف أن تعقد اتفاقيات تزيد من هذه الحماية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ وهذه القاعدة تسري أثناء وبعد انتهاء النزاع المسلح فلا يستطيع أي طرف حتى الطرف المنتصر أن يفرض على الطرف المنهزم إعفاؤه من المسؤولية عن انتهاكاته لحقوق الأشخاص الواردة في الاتفاقيات.

أما المادة السابعة من اتفاقية جنيف الأولى فتتضمن على أنه " لا يجوز للجرحى والمرضى، وكذلك أفراد الخدمات الطبية والدينية، التنازل في أي حال من الأحوال جزئياً أو كلياً عن الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقية ، أو بمقتضى الاتفاقيات الخاصة المشار إليها في المادة السابقة إن وجدت " (٣)

فهذا النص يعنى أن الأفراد لا يستطيع التنازل بالاتفاق عن الحماية التي تقررت لهم بمقتضى الاتفاقية ، فهذه الاتفاقيات تحمي الطرف الضعيف عند ضعفه ، فلا يجوز له أن يتنازل أو يقلل من الحماية لمفروضة له أو إعفاء من ينتهكها من المسؤولية .

(١) - انظر المادة السادسة من اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٤٩

(٢) - د. سعيد سالم الجويلي ، الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني ، منقول من كتاب القانون الدولي الإنساني ، أفاق وتحديات ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦٠

(٣) - انظر المادة السابعة من اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٤٩

فالطابع المطلق لأحكام اتفاقيات جنيف يتضح أيضاً بالالتزام الذي تفرضه المادة الأولى المشتركة لهذه الاتفاقيات بضمان إحترام أحكام الاتفاقيات في جميع الأحوال ، فيتحمل كل طرف في الاتفاقية مسؤولية مراقبة العمل على حسن تطبيق الاتفاقيات بواسطة كل الأطراف الآخرين ، وبغض النظر عما إذا كان هذا التطبيق يمس الدولة الطرف مباشرة أو لا ، بمعنى آخر الاتفاقيات قد قررت مسؤولية جماعية على جميع الأطراف تجعل كل دولة طرف مسؤولة مسؤولية تضامنية وكفيلة باحترام أحكامها.

٥- سريان اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ في مواجهة الكافة :-

إكتسبت قواعد اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ مكانة أعلى من غيرها ، فهي ليست مجرد قواعد أمره فحسب أو قواعد النظام العام فحسب ، بل اعتبرت من ضمن القواعد التي تسري في مواجهة الكافة ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أهمية المصالح والقيم التي تستهدف حمايتها ، ويترتب على اعتبار قواعد اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ من ضمن القواعد التي تسري في مواجهة الكافة أنها تسري في مواجهة جميع أعضاء المجتمع الدولي وبالتالي تتوافر مصلحة لكل عضو من أعضاء هذا المجتمع في المطالبة بتنفيذ هذه القواعد حتى ولو لم تمسه مباشرة الانتهاكات ، بمعنى أن كل عضو من أعضاء المجتمع يستطيع أن يباشر دعوى عامة أو شعبية ، وقد عبر عن ذلك نص المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف عام ١٩٤٩ الذي تضمن حكماً يعتبر هو النواة لنظام المسؤولية الجماعية حيث نصت على أنه " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال " (١)

نستطيع في نهاية هذا المطلب أن نستنتج أن القانون الدولي الإنساني يستمد أحكامه من القواعد العرفية ، وهي مجموعة كبيرة من القواعد المتنوعة ، بالإضافة الى الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وغيرها من المصادر الثانوية المساعدة ، وأن أحكام القانون الدولي الإنساني تدور حول موضوعين رئيسيين هما تنظيم القتال وحماية ضحاياه ، وكذلك فإن الطبيعة القانونية لهذه الأحكام أنها أحكام ذات طبيعة أمره ومطلقة تسري في مواجهة الكافة وملزمة للجميع دون استثناء لأنها تستهدف حماية المجتمع الإنساني بأكمله.

النتائج والتوصيات

من خلال دراستنا للوجيزة للقانون الدولي الإنساني وقواعد حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وبعد تناولنا بنوع من التفصيل لأهم الآليات الوطنية والدولية ودورها في تنفيذ هذا القانون، برزت مجموعة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي :

(١) - انظر المادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م.

١- أن قواعد القانون الدولي العام والتي تهتم بحماية حقوق الانسان أثناء النزاعات المسلحة، أطلق عليها قواعد القانون الدولي الإنساني، وذلك تأكيداً على الطابع الإنساني لتلك القواعد، وأن القانون الدولي الإنساني هو مجموعة القواعد الدولية التعاقدية أو العرفية التي يقصد بها تسوية المشكلات الإنسانية الناشئة مباشرة عن النزاعات المسلحة، دولية كانت أو غير دولية، والتي تحدث لأسباب إنسانية من حق أطراف النزاع في استخدام ما يحق لها من وسائل القتال وطرقه، وتحمي الأشخاص والأعيان التي يلحق بها الضرر أو تتعرض له من جراء النزاع.

٢- أن مصطلح القانون الدولي الإنساني هو مصطلح حديث نشأ ظهر في القرن التاسع عشر، وذلك على الرغم من كون قواعده قديمة قدم البشرية. وأن هذا القانون يتكون من قانوني جنيف ولاهاي ويقوم على مبدئين أساسيين هما مبدأ الإنسانية ومبدأ الضرورة ويعنى الأول احترام الإنسان وحمايته ضد أشكال العنف المختلفة أثناء النزاعات المسلحة ويتمثل في التزام أطراف النزاع بأن يجعلوا السكان المدنيين خارج نطاق أعمالهم العسكرية، ويعنى الثاني حتمية أن يكون استعمال أساليب العنف والقسوة محدودة بحدود معينة، وتتمثل في التزام أطراف النزاع بتركيز عملياتها وقصرها على تدمير وإضعاف المصادر العسكرية للخصم.

٣- أن الشريعة الإسلامية تتضمن أحكام وقواعد لتنظيم استخدام السلاح والقتال وحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة بكافة أنواعها، وهذه القواعد والأحكام استقى منها القانون الدولي الإنساني الكثير، وبالرغم من ذلك فإن هناك إهمال حقيقي لدور الشريعة الإسلامية على مستوى القانون الدولي بالرغم من كون قواعدها أعم وأشمل من تلك المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني.

٤- أنه مع صدور اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكولاتها الإضافية لعام ١٩٧٧ استطاعت هذه الاتفاقيات تحويل المبادئ العامة المقررة لصالح المدنيين لموضع تنفيذ فكانت وبحق الإنجاز الحقيقي الذي أحال هذه المبادئ العامة إلى التزامات قانونية يجب على الجميع احترامها والعمل على تنفيذها.

٥- أن قواعد حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الداخلية وغير الدولية ظلت لعهد طويل غير متناولة في القانون الدولي الإنساني، وقد أدى ذلك إلى كثرة ارتكاب الجرائم في حق المدنيين بشكل كبير، ومثل قصوراً كبيراً في قواعد القانون الدولي الإنساني، إلى أن تم تناول موضوع هذه الحماية بالتفصيل في البروتوكول الثاني الإضافي ومن ثم محاولة معالجة هذا القصور وإن كان لا يزال الموضوع يحتاج إلى تنظيم أكثر لتحقيق حماية فاعلة للمدنيين في هذا الصدد.

٦- أن تطبيق القانون الدولي الإنساني يحتاج إلى آليات ووسائل تكون ذات فاعلية تستطيع أن تقوم بتنفيذه وتجعل له وجود حقيقي على أرض الواقع.

وبناء على ماسبق من نتائج، فإننا وفي سبيل تحقيق هدفنا من هذه الدراسة وهو العمل على سد القصور الذي يعترى القانون الدولي الإنساني وقواعد حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وفي ضوء تجربتنا الشخصية ووجهة نظرنا التي تحتمل الخطأ قبل الصواب، نوصي بالآتي:

١- ضرورة العمل على سد الفجوة الواسعة بين تلك القواعد التي ينظمها القانون الدولي الإنساني وبين ما يحدث على أرض الواقع من انتهاكات، وذلك من خلال البحث عن تفعيل حقيقي

للآليات الوطنية والدولية للقيام بدورها الذي تنص عليه المواثيق و المعاهدات الدولية والأنظمة الأساسية لإنشائها.

٢- حث حكومات الدول المختلفة على ضرورة إعادة صياغة تشريعاتها الوطنية بما يتلائم مع ما تنص عليه قواعد القانون الدولي الإنساني وذلك من خلال الضغط الشعبي وتوعية المجتمعات الحرة بأهمية هذه القضايا الانسانية ودور التشريعات في حماية حقوق ضحايا النزاعات المسلحة .

٣- العمل وبذل الجهد من خلال المنظمات الدولية والمجتمع الدولي لتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ومعالجة أوجه القصور فيها ، والعمل على خلق آليات جديدة أكثر فاعلية لضمان حماية أفضل لضحايا النزاعات المسلحة .

٤- ضرورة العمل على وضع تحديد واضح للمفاهيم الغامضة والغير محددة ، حتى لا يكون هناك مجال أو فرصة لأي كيان أو دولة للتهرب من التزاماتها الدولية باحترام وحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة .

٥- ضرورة العمل على نشر وتثقيف وتعميم مبادئ القانون الدولي الإنساني ، وقيمتها ، ليس فقط في نطاق القوات المسلحة وأفرادها والعاملين بها بل كذلك على مستوى المؤسسات المدنية والوطنية والسياسية والتي تتخذ عادة القرارات بإشعال الحروب غير مكرثة بما تخلفه تلك القرارات من مآسي وأضرار للبشرية .

الخاتمة

أشرنا في مقدمة هذه الدراسة أن سبب إختيارنا لموضوع حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة هو من دافع تجربة شخصية للباحث، إضافة إلى إيمان الباحث بمبادئ القانون الدولي الإنساني وإدراكه لحقيقة أن سبب فشل تحقيق القانون الدولي الإنساني لأهدافه ترجع لعدم وعى المجتمع الدولي بقيمة هذه المبادئ وما سينتج عن احترامها وتطبيقها من تقدم ورقى للعالم أجمع .

وخلال الأيام التي قضاها الباحث والتي أوشكت على تخطى العام أو يزيد ، في البحث والإطلاع والقراءة المتأنية والدقيقة لمبادئ وقواعد هذا القانون ، وما وصل إليه من آراء لفقهاء وأساتذة كبار فى مجال القانون الدولي ، زاد الإيمان بتلك المبادئ ، كتلك المبادئ التى تقوم على الاعترافات الإنسانية ، والنزاهة والحياد والبعد عن المصالح والتى تجعل من احترام حقوق الإنسان فى الحرب قبل السلم موضع احترام وتقدير وحماية ، وهي ما يقوم عليها القانون الدولي الإنساني وتتفق معه الشرائع السماوية ، وشريعتنا الإسلامية .

إلا أننا وخلال الدراسة أيضاً تبين لنا وبوضوح تلك الفجوة الواسعة بين هذه المبادئ وبين ما يحدث على أرض الواقع بالفعل من جرائم وانتهاكات جسيمة واعتداءات غير مبررة على السكان المدنيين أثناء النزاعات الدولية وغير الدولية ، وهروب وفرار مرتكبي تلك الجرائم والفظائع دون أدنى حساب أو معاقبة .

وبالرغم من ذلك فإننا لا زلنا نؤكد أنه وإن كان هناك حقيقة لا يصح بحال من الأحوال إنكارها ، وهى فشل القانون الدولي الإنساني حتى الآن فى تحقيق أهدافه بشكل كبير ، إلا أن ذلك لا يعنى أن نتوقف عن العمل وبذل الجهد من أجل تحقيق حماية حقيقية للمدنيين من خلال القانون الدولي الإنساني .

والواقع فإنه لتحقيق تلك الغايات التى يقوم عليها هذا القانون لابد من وجود وعى كامل من قبل شعوب العالم المتحضر بأهمية قواعده وقيمتها ، ومن ثم خلق إرادة شعبية حقيقية تستطيع أن تمارس الضغط على حكومات الدول المختلفة لى تتخذ إجراءات أكثر جدية فى مجال احترام القانون الدولي الإنساني ، ومن هذه الإجراءات ضرورة تعديل التشريعات الوطنية بما يتفق مع ما جاء فى القانون الدولي الإنساني من قواعد وأحكام ، وضرورة تغلب تلك الدول على التحيزات والمصالح المختلفة اقتصادية كانت أو استراتيجية .

وقد تناولنا فى هذه الدراسة التعريف بالقانون الدولي الإنساني والأصل الذي يرد إليه هذا المصطلح ، وما تضمنه القانون الدولي الإنساني من مبادئ ومصادر تمثل الأساس الذي يقوم عليه وأوضحنا أن القانون الدولي الإنساني إنما هو نتاج الصراع بين مبدئين هما التناسب والضرورة ، كما تناولنا بالتوضيح الطبيعة القانونية لمبادئ القانون الدولي الإنساني فى اتفاقيات جنيف ولاهاي ، والله سبحانه وتعالى نسأل أن يكون قد استطعنا أن نوضح طبيعة القانون الدولي الإنساني وطبيعة قواعده عموماً وأهدافه التى بُني عليها وعلى رأسها حماية حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة .

تطبيقات لقواعد القانون الدولي الإنساني

إن الجهود الدولية التى بُذلت لصياغة قواعد حماية المدنيين وضحايا النزاعات المسلحة وإضفاء الطابع الإنساني على تلك النزاعات قد تكلفت بالتوقيع على العديد من الاتفاقيات الدولية، والتي تناولت تعريف الجرائم الدولية عامة ، وبوجه خاص جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية ، الأمر الذي أصبح معه بالإمكان القول بأن قواعد القانون الدولي الإنساني والجنايى أصبحت واضحة المعالم ، سواء من حيث المسؤولية أو من حيث الأفعال المجرمة والمعاقب عليها ، إلا أنه حتى يمكن القول بنجاح أى نظام قانونى ما لابد من توافر نظام قضائي محدد الاختصاصات لتحديد ما يمكن إعتباره جرائم تقتضى تطبيق المسؤولية والعقاب من عدمه.

وترتب على ذلك ظهور الحاجة إلى إنشاء محكمة متخصصة لمحاكمة مجرمى الحرب، هذه الحاجة ، والتي امتدت على مدار سنوات طويلة منذ معاهدة فرساي وحتى إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا انتهاءً بإصدار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بروما عام ١٩٩٨ ، واجهت صعوبات كثيرة ومتعددة سياسية وقانونية، إلا أنها انتهت بتشكيل خمس لجان تحقيق دولية،

وأربع محاكم دولية خاصة، بالإضافة إلى ثلاث محاكم وطنية مفوضة دولياً عقب الحربين العالميتين، وهم :

- المحاكمات التي أجرتها المحكمة العليا الألمانية في الفترة من (١٩٢١: ١٩٢٣) وذلك بناءً على الطلبات المقدمة من القوى المتحالفة واستناداً إلى معاهدة فرساي لعام ١٩٢٠ وتعرف باسم محاكمات ليبزج .
- المحاكمات التي أجراها الحلفاء الأربعة الكبار على الساحة الأوروبية في الفترة من (١٩٤٦ : ١٩٥٥) وذلك بناءً على قانون مجلس الرقابة رقم ١٠ لسنة ١٩٤٦ .
- المحاكمات العسكرية الدولية التي أجرتها الدول المتحالفة في الشرق الأقصى بناءً على توجيهات لجنة الشرق الأقصى في الفترة من (١٩٤٦ : ١٩٥١) .

كما صدرت محاكم جنائية دولية مؤقتة وخاصة تتعقد وتزول في فترات زمنية محددة وظروف معينة ، حيث صدرت المحاكم الدولية معاقبة مجرمي الحرب ومرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وتطبيق قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني ومن هذه المحاكمات :

- محكمة نورمبرغ العسكرية الدولية: بعد الإعلان الذي أعلنته حكومات الدول المحتلة عقب مؤتمر سانت جيمس قام الإتحاد السوفيتي بالاشتراك مع بريطانيا والولايات المتحدة بإصدار إعلان في ٣٠ أكتوبر عام ١٩٤٣ خاص بالجرائم التي ترتكبها القوات المسلحة الألمانية في عملياتها الحربية وفي الأقاليم المحتلة، تلى ذلك توقيع اتفاق لندن في الثامن من أغسطس عام ١٩٤٥ والذي نص على إنشاء محكمة عسكرية دولية وصدر النظام الأساسي لهذه المحكمة في ملحق تابع للاتفاقية وأصبح جزءاً لا يتجزأ منها. وبالفعل تم محاكمة ٢٢ شخص من بين ٢٤ اتهمتهم المحكمة العسكرية الدولية وحكم على إثني عشر منهم بالإعدام ، وبالسجن مدى الحياة على ثلاثة ، وصدرت أحكام بالسجن على الباقيين تتراوح ما بين عشرة إلى عشرين عام ، وبالتالي يمكن القول بأن محاكمات نورمبرغ نتج عنها عدداً كبيراً من الأحكام والتي أسهمت بدورها وبشكل كبير في تأسيس المسؤولية الجنائية الفردية بمقتضى القانون الدولي ، وكانت تلك التجربة القضائية بمثابة بداية حقيقية لصياغة وتجميع المبادئ والقواعد القانونية للقانون الدولي الإنساني بشكل دقيق ، حيث قامت المنظمات الدولية وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الصليب الأحمر الدولي ، بمبادرات لإنجاز تقنين شامل ودقيق من خلال اعتماد المعاهدات. وقامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإصدار القرار رقم ٩٥ لعام ١٩٤٦ تحت عنوان " تأكيد اعتماد مبادئ القانون الدولي التي أقرها ميثاق محكمة نورمبرغ " ، وبهذا القرار يمكن القول بالفعل أن الأمم المتحدة قد اعتمدت هذه المبادئ كما تعهدت بأن تجعل لجنة القانون الدولي تقننها، فمن خلال هذه المحاكمات تكونت بالفعل عدد من المبادئ العامة في القانون الدولي الإنساني والتي اعترف بها ميثاق نورمبرج وأحكامها .

- المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى (محكمة طوكيو): بعد هزيمة اليابان في الحرب العالمية الثانية وإعلان استسلامها غير المشروط ، أصدر الجنرال الاميركي " دوغلاس ماك آرثر " بصفته قائداً أعلى لقوات الحلفاء في الشرق الأقصى بياناً خاص في التاسع عشر من يناير لعام ١٩٤٦ أعلن فيه عن إنشاء محكمة عسكرية دولية للشرق الأقصى ، تتخذ مقرها في طوكيو ، أو أي مكان تحدده فيما بعد، وتختص محكمة طوكيو بمحاكمة الأفراد الذين يرتكبون جرائم بصفقتهم الشخصية فقط ، وليس بوصفهم أعضاء في منظمات أو هيئات دولية ، حيث لم يرد في لائحة محكمة طوكيو نص مماثل للمادة التاسعة من لائحة محكمة نورمبرغ والذي أجاز للمحكمة إصاق الصفة الإجرامية بالمؤسسات والهيئات. وقد طغت على هذه المحاكمات عوامل سياسية كبيرة كان من نتائجها أن فر من أدينوا بواسطتها من العقاب، إلا أنها تبقى سابقة تاريخية وخطوة هامة في طريق ترسيخ قضاء دولي جنائي ، وإثبات أن فكرة المسؤولية الجنائية للأفراد عن انتهاك أحكام القانون الدولي الإنساني.

- المحكمة الدولية الجنائية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية في يوغوسلافيا السابقة: كان للمجازر التي ارتكبت على أرض جمهورية يوغوسلافيا السابقة وتهجير سكانها بمثابة انتهاكات صارخة ومتكررة للقانون الدولي الإنساني واتفاقياته، وقد كان للمذابح الشنيعة التي ارتكبت ضد مسلمي البوسنة والهرسك والتي تمثلت في إبادة وقتل الآلاف من الأشخاص في مقابر جماعية ودفن الأحياء واغتصاب النساء وقتل المئات من الأطفال دافعاً للمجتمع الدولي للتصدي لمرتكبي هذه الجرائم والعمل على منعها وتحمل مجلس الأمن في الأمم المتحدة مسؤوليته بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وبالفعل أصدر مجلس الأمن قراره رقم ٨٢٧ في عام ١٩٩٣ والذي يقضي بتشكيل المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ومقرها لاهاي وتم انتخاب القضاة في سبتمبر عام ١٩٩٣ ، وشغل المدعي العام مكتبه في ١٥ أغسطس عام ١٩٩٤ ، وقد أكدت المادة الأولى من قرار إنشاء المحكمة أن هدف إنشاؤها هو محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني، التي ارتكبت في يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١ ، وتميزت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على خلاف المحاكم الخاصة في نورمبرغ وطوكيو، بأنها تقصر الاتهام على بعض المجرمين ولكن امتد اختصاصها لكل من ينتهك القانون الدولي الإنساني وأحكامه وبغض النظر عن انتمائه لأي طرف من أطراف النزاع، ويعد ذلك تقدم ملحوظ ومحمود في إطار تحقيق الفاعلية الجنائية لقواعد القانون الدولي الإنساني.

- المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب في رواندا: عقب تحطم الطائرة الرئاسية التي كان على متنها الرئيس الرواندي والرئيس البوروندي في السادس من ابريل عام ١٩٩٤ ، وهي في طريق عودتها من مؤتمر تنزانيا الهادف إلى تدشين المصالحة الوطنية بين قبيلتي التوتسي والهوتو، اندلعت أحداثاً مريرة وصراعات عنيفة نتج عنها مجازر مأساوية وارتكبت خلالها جرائم دولية كجرائم الابادة والقتل الجماعي والتطهير العرقي بين قبيلتي التوتسي والهوتو، ويقدر

عدد ضحايا هذه المذابح الرواندية من ٧٥٠ ألف إلى مليون شخص، شخص وكان ذلك دافعاً لتدخل الأمم المتحدة ومجلس الأمن وبالفعل أصدر مجلس الأمن قراره رقم (٩٥٥) في الثامن من نوفمبر لعام ١٩٩٤ بإنشاء محكمة دولية لمعاقبة ومحاكمة الأشخاص المسؤولين عن جرائم إبادة الجنس البشرى وغيرها من الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولى الإنسانى والتي ارتكبت في رواندا أثناء الحرب الأهلية في الفترة من أول يناير وحتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٤. وجاء اختصاص محكمة رواندا مطابقاً لاختصاص محكمة يوغوسلافيا السابقة، وأصدرت المحكمة بالفعل أول أحكامها ضد عمدة مدينة تابا "جون بول أكايزو" بالسجن المؤبد عن الجرائم التي ارتكبتها وتوصف بأنها جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الانسانية وذلك باعتباره محرصاً على تلك الجرائم في سبتمبر ١٩٩٨، وصدر الحكم الثانى ضد "جون كامبلان" رئيس الوزراء السابق لرواندا خلال عام ١٩٩٤، وحكم عليه بالسجن مدى الحياة على جرائم الابادة والجرائم ضد الانسانية. في تطبيق واضح وصريح لقواعد القانون الدولى الانسانى.

قائمة المراجع

المراجع العربية :

- د.أبو الخير عطية: حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨
- د.أحمد أبو الوفا: أصول القانون الدولي والعلاقات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨
- د.إحسان هندي: مبادئ القانون العام في السلم والحرب ، الطبعة الاولى ، دار الحلبي للطباعة والنشر ، دمشق ، ١٩٨٤
- د.اسماعيل عبد الرحمن: الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني ، دراسات في القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني ، تقديم د. أحمد فتحى سرور ، دار المستقبل العربي . الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ ،
- أ.د. الشافعي محمد بشير: القانون الدولي العام في السلم والحرب ، بدون تاريخ نشر ، الطبعة السادسة ، مكتبة الجلاء ، المنصورة
- د.توفيق بوعشبة: القانون الدولي الإنساني والعدالة الجنائية، القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- أ. جان بكتيه : القانون الدولي الإنساني ، تطوره ومبادئه ، جنيف ، ١٩٨٤ .
- أ.جان بكتيه : القانون الدولي الإنساني ، تطوره ومبادئه ، دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د/ مفيد شهاب ، دار المستقبل العربي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ .
- د.جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالدبك: القانون الدولي الإنساني العرفي ، المجلد الأول ، بدون مترجم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ،
- د. جمعة شحود شباط : حماية المدنيين والأعيان المدنية في وقت الحرب ، رسالة دكتوراة ، جامعة حلب ، كلية الحقوق ٢٠٠٣
- د.زيدان مريبوط: مدخل الى القانون الدولي الإنساني ، جنيف ، ١٩٨٨ ، بدون رقم طبعة ، بدون دار نشر ،
- د.سعيد سالم الجويلي : الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني ، كتاب القانون الدولي الإنساني ، أفاق وتحديات ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي، ٢٠٠٥

- د. شريف عتلم : المحكمة الجنائية الدولية الموائمة الدستورية والتشريعية ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ٢٠٠٢
- أ.د. صلاح الدين عامر : مقدمة إلى دراسة قانون النزاعات المسلحة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، ١٩٧٦
- أ.د. عبد الله الهواري : دروس في قانون المنظمات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، بدون رقم طبعة
- د. على محمد راشد : حماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، شركة الدليل لأعمال الطباعة والنشر ، بدون رقم طبعة ، ٢٠١٣
- د. عامر الزمالي : مدخل الى القانون الدولي الانساني ، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر ، تونس ، ٢٠٠٥
- د. عامر الزمالي : آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني ، منشور في كتاب د. محمود شريف بسيوني ، مدخل القانون الإنساني الدولي ، ١٩٩٩ ، دون رقم طبعة ودار نشر
- د. عبد الغنى محمود : القانون الدولي الإنساني ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى
- د. عمر سعد الله : تطور تدوين القانون الدولي الانساني ، دار المغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٣
- د. على صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ، الطبعة ١١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥
- د. فؤاد شباط : القضاء الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، بدون رقم طبعة ، ١٩٦٦
- د. فان غلان : القانون بين الأمم ، الجزء الثالث ، ترجمة أولى اوريل ، الطبعة الثانية ، بيروت ، دار الأفق الجديدة ، ١٩٧٠
- د. محمد عزيز شكرى : تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته ، دراسات في القانون الدولي الإنساني ، تقديم د. مفيد شهاب ، الطبعة الأولى ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ،
- د. محمد فهاد الشلالدة : القانون الدولي الإنساني ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ٢٠٠٥

- _____ : القانون الدولي الإنساني ، دار المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة، ٢٠١١
- أ.د. محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ١٩٨٠
- د. محمد مصطفى يونس : ملامح التطور في القانون الإنساني الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٦
- أ.محمد نعيم علوة: الموسوعة القانون الدولي العام ، القانون الدولي الإنساني ، الجزء التاسع ، مركز الشرق الأوسط الثقافي ، الطبعة الأولى، ٢٠١٢
- د.محمود سامي جنينة: قانون الحرب والحياد ، مطبعة لجنة التأليف والنشر والترجمة، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، ١٩٤٤
- أ.د. محمود شريف بسيوني : الاطار العرفي للقانون الدولي الإنساني ، فى كتاب القانون الدولي الإنساني ، icrc ، ٢٠٠٦
- _____ : القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ، بدون رقم طبعة.
- أ.د.مفيد شهاب: المنظمات الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٠ ، بدون رقم طبعة
- د.منتصر سعيد حمودة: حقوق الانسان أثناء النزاعات المسلحة ، ، دار الجامعة الجديدة ، بدون رقم طبعة ، ٢٠٠٢
- د. محمد شفيق غريبال : الموسوعة العربية الميسرة ، بدون رقم طبعة، دار الشعب ومؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٧٦
- المجلات والدوريات
- د. أمل يازجي : المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الانساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ٢٠٠٤
- اللجنة الدولية للصليب الأحمر : القانون الدولي الإنساني ، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، دار الكتب القومية ، القاهرة ، ٢٠٠٧
- السكندر هاي : شارة ثالثة للحماية ووحدة الحركة الدولية ، مجلة الانساني ، العدد ٣٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٦

د. عياض بن عاشور : الإسلام والقانون الدولي الإنساني، مقالة منشورة في المجلة الدولية للصليب الأحمر، جنيف ، عدد نيسان ١٩٨٠

المجلة الدولية للصليب الأحمر : العدد الثامن ، يوليو، أغسطس السنة السابعة ، ١٩٨٩ .

أستانسيلاف نهليك : عرض موجز للقانون الدولي الإنساني ، المجلة الدولية للصليب الأحمر الدولي ، أغسطس ، ١٩٨٤

د. سعيد سالم الجويلي : الجوانب القانونية للتدابير المضادة في القانون الدولي العام ، دراسة تحليلية للنتائج الاجرائية المترتبة على الفعل غير المشرع دولياً في العلاقات فيما بين الدول ، منشورة بالمجلة القانونية الاقتصادية ، لكلية الحقوق جامعة الزقازيق ، العدد السادس ، ١٩٩٤

المراجع الأجنبية:

- ATCHE Bessou Raymond : Les conflits armes internes en afrique et le droit international , university de cergy-pontoise , ٢٠٠٨

- Claude Emanuelli, Introducion du droit international applicable dans les conflits armes (droit international ١٩٩٢، vol. n٤ ، Etudes Internationales ،humanitaire)

- G.Kalshoven: " customary law and international Armed conflictis " Acassese , law and international Armed conglicts ed. , Guiffre, Milano , ١٩٧٥

-LUISFERNANDOALVAREZLONDONO, S.J.: LaCOURPENALE International et Le droit international Humantaire: une vision globale de la justice, International law – revisita colombiana de derecho International

-Malcom Show : International law , Cambridge university press , ٥th. Cambridge , ٢٠٠٣

-Phillippe Bretton : droit international humanitaire, rep. Internet. Dalloz, ١٩٩٨

- Regulations Respecting The Law and -High Convention
Customs of War and Land-section ١١ – Chapter ١ –Articles
٢٠٠٨، ٢٨ Press، ٢٧، ٢٦، ٢٥، ٢٤، ٢٣، ٢٢

شروط اختيار رئيس الدولة في الدستورين المصري والعراقي

إعداد

أحمد عزيز وادو

المقدمة:-

تتعدد الشروط المتطلبية في شغل منصب رئيس الدولة تعدداً كبيراً ، وباستقراء الدساتير وما ذكره الفقه الإسلامي في هذا الصدد أمكن حصر شروط الجنسية والدين والذكورة والسن والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية والانتماء العائلي والانتماء العرقي والانتماء الحزبي والحالة الصحية والعلم والاقامة وميلاد الرئيس من زوجة شرعية وأداء الخدمة العسكرية والقدرة السياسية والحرية^(١).

وقد نص الدستور المصري المعدل الصادر في الثامن عشر من يناير ٢٠١٤ على كيفية وشروط وضوابط اختيار رئيس الجمهورية في المواد ١٤١ حتى ١٤٥.

فالمادة ١٤١ تنص على : " يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين ، وألا يكون قد حمل ، أو أى من والديه أو زوجته جنسية دولة أخرى، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفى منها قانوناً ، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية ، ويحدد القانون شروط الترشح الأخرى.

وقد نظم قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤ في الفصل الأول منه شروط الترشح لرئاسة الجمهورية : فالمادة الأولى منه تنص على : " ينتخب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع السري العام المباشر من الناخبين المقيدين أسماؤهم في قاعدة بيانات الناخبين وعلى كل ناخب أن يباشر بنفسه هذا الحق.

ويشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية توفر الشروط الآتية : أن يكون مصرياً من أبوين مصريين ، وألا يكون قد حمل أو أى من والديه أو زوجته جنسية دولة أخرى ، وأن يكون حاصلًا على مؤهل عال ، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، والا يكون قد حكم عليه في جناية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره ، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفى منها قانوناً ، والا يقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية ، والا يكون مصاباً بمرض بدني أو ذهني يؤثر على أدائه لمهام رئيس الجمهورية.

أما المادة الثانية من ذات القانون تقرر : " يلزم لقبول الترشح لرئاسة الجمهورية أن يزكى المترشح عشرون عضواً على الأقل من أعضاء مجلس النواب ، أو أن يؤيده مالا يقل عن خمسة وعشرين ألف مواطن ممن لهم حق الانتخاب في خمس عشرة محافظة على الأقل ، وبحد أدنى ألف مؤيد من كل محافظة منها.

وفي جميع الأحوال لا يجوز تزكية أو تأييد أكثر من مترشح ، وتجرى أول انتخابات رئاسية بعد العمل بأحكام هذا القانون قبل الانتخابات البرلمانية بنظم التأييد من المواطنين

(١) راجع: د. زين بدر فراج: الشروط المتطلبية في رئيس الدولة في النظم السياسية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٧٦.

اما المادة الثامنة والستون من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت على الشروط الواجب توفرها فيمن يرشح لرئاسة الجمهورية وهي كالآتي:

(يشترط فيمن ينتخب رئيسا للجمهورية أن يكون عراقياً من أبوين عراقيين وأن يبلغ سناً معيناً عن الترشيح وكذلك أن يتمتع المرشح بسمعة حسنة ومتمتع بكامل الحقوق ولا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالشرف)

أهمية الموضوع:

يكتسب هذه الموضوع اهميته ، من أن موضوع رئيس الدولة يعدُّ من أخطر الموضوعات وأشدها تعقيدا في الممارسة والتطبيق العملي، وهو من أدق موضوعات القانون الدستوري، لأن منصب الرئيس هو أسمى منصب في الدولة، وله مكانة عالية، نظراً لما يقوم به من دور فعال وهام في قيادة الدولة وتوجيه سياستها الداخلية والخارجية وأن اختلف حجمه باختلاف النظام السياسي القائم في الدولة، وأداة اختيار رئيس الدولة وكيفية ممارسة هذا الاختيار، لتتعدد وسائل اختياره في الأنظمة الديمقراطية تبعاً لتباين النظام السياسي والظروف التاريخية لكل دولة.

ويقسم الباحث هذا البحث الى :

الفرع الاول : الشروط المتطلبية لشغل منصب رئيس الدولة في الدستور المصري .

الفرع الثاني : الشروط المتطلبية لشغل منصب الرئاسة في العراق .

الفرع الأول

الشروط المتطلبة للترشح للرئاسة في مصر

سوف يقوم الباحث بالتطرق في هذا المبحث الى نقطتين الاولى خصصتها للشروط التي نص عليها الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ والنقطة الثانية سوف اتحدث عن الشروط التي نص عليها قانون انتخابات الرئاسة الصادر في ٨ مارس ٢٠١٤.

أولاً: الشروط التي نص عليها دستور ٢٠١٤:

نصت المادة (١٤١) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ على شروط معينة لمن يرغب الترشح لرئاسة الجمهورية وهذه الشروط هي (يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين ، وألا يكون قد حمل ، أو أى من والديه أو زوجه جنسية دولة أخرى ، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفى منها قانوناً ، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن أربعين سنة ميلادية ، ويحدد القانون شروط الترشح الأخرى) . وسوف يقوم الباحث بتحليل هذه الشروط :

١- شرط الجنسية:

لكي يرشح أحد الأشخاص نفسه لمنصب رئاسة الجمهورية، يشترط أن يكون ذو ولاء للدولة المصرية، وذلك يكون عن طريق الجنسية المصرية، وأن تكون هذه الجنسية جنسية أصلية بالميلاد، وليس عن طريق الاكتساب مهما كانت عدد السنوات التي مضت على هذا الاكتساب، وفوق ذلك يشترط أن يكون من أبوين مصريين، وألا يكون متزوجاً من غير مصرية^(١).

وقد وضعت المادة ١٤١ من دستور ٢٠١٤، شروط تتعلق بالولاء للدولة المصرية ينبغي أن تتوافر في المرشح لرئاسة الجمهورية، وهي أن يكون المرشح: ١- مصرياً من أبوين مصريين. ٢- ألا يكون قد حمل، أو أى من والديه أو زوجه جنسية دولة أخرى.

هذه المادة قد اثارَت العديد من النقاشات بسبب النص على جنسية الزوج ولماذا نص المشرع على مثل هذا الشرط أن هذا الشرط الخاص (عدم الزواج من اجنبية) هو انفردت به بعض الدساتير العربية دون غيرها فأوجب أن لا يكون رئيس الجمهورية متزوجاً من امرأة اجنبية كشرط اساسي للترشح ، بل ان البعض شدد فيه ، بحيث لا يجيز للرئيس أن يتزوج اجنبية طول مدة ولايته الرئاسية .

(١) راجع تفصيلاً: د. عبد الناصر عبد الله أبو سمهانة، حسن إبراهيم خليل: الترشح لرئاسة الجمهورية في ظل

الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة في ٣٠ مارس ٢٠١١، دراسة تحليلية نقدية ،

دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٩ .

ومثال ذلك هو الدستور الصومالي لسنة ١٩٧٩ ، حيث أوجب أن لا يكون المرشح متزوج غير الصومالية وأن لا يتزوج منها طول مدة رئاسته^(١).

وكذلك الدستور اليمني لسنة ١٩٧١ الذي اشترط في عضو الرئاسة أن لا يكون متزوجاً من أجنبية^(٢).

اما بعض الدساتير لم تشير لهذا النص ومثل ذلك هو الدستور المصري لسنة ١٩٧١ لم يتضمن إشارة لهذا النص ألى أن الفقه في مصر ولخطورة هذا المنصب فقد جعلوه شرطاً أساسياً لمن يرغب الترشح لرئاسة الجمهورية وذلك بالنص على صراحة في دستور ٢٠١٤ ذلك استناداً إلى ما نادى به بعض الفقهاء من ضرورة النص صراحة على وجوب أن لا يكون زوج رئيس الجمهورية من غير مصري ، واستجاب الفقه لذلك النداء ونص في عبارة صريحة لا تقبل اللبس أو الغموض على وجوب ألا يكون زوج المرشح لرئاسة الجمهورية متزوجاً من أجنبية ، والفقرة تشير الى زوج رئيس الجمهورية لكي تنطبق على الزوج في حالة الرئيس امرأة أو على الزوجة في حالة الرئيس رجل ، وجريا على أن رئاسة الدولة تكون للرجال ، فان الحديث دائر على أن الزوج تطلق على زوجة رئيس الدولة^(٣).

٢ شرط الأهلية:

يشترط فيمن يرشح نفسه لمنصب رئيس الدولة أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية^(٤)، ويقصد بها الحقوق المقررة لحماية الشخص في كيانه وحرية وفي ذات الوقت تمكنه من مزاولة نشاطه وقيامه بأعماله المختلفة. وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

وتتفق جميع الدساتير الجمهورية على اشتراط الأهلية في المرشح لمنصب رئاسة الجمهورية ويقصد بهذا الشرط، صلاحية المرشح لمباشرة الحقوق وأداء الواجبات التي تقرها تشريعات الدولة. فبالنسبة للأهلية العقلية، يقصد بها سلامة الشخص من العوارض التي تصيب العقل كالفه والجنون والغفلة والعتة إضافة إلى أي عاهة منفرة تصيب الشخص الذي يريد تولي منصب سياسي فتعيقه عن

(١) المادة (٨١) من دستور الصومال لسنة ١٩٧٩ .

(٢) المادة (٨٥) الفقرة (د) من دستور اليمن لسنة ١٩٩١ .

(٣) د: عبد الناصر أبو سميحة ، ود. حسن ابراهيم ، الترشح لرئاسة الجمهورية في ظل الاعلان الدستور الصادر من المجلس الاعلى للقوات المسلحة في ٣٠ مارس ٢٠١١ ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

(٤) راجع: د. مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٢٩١.

أداء واجباته الرئاسية^(١). ومضمون شرط الأهلية بحسب ما تعنيه النظم الدستورية يشمل الأهلية العقلية والأدبية إضافة إلى الجدارة والكفاية لتولي المناصب السياسية، الأهلية " ملكة تؤهل الإنسان على فهم ما يصدر عنه من أفعال ووزن النتائج التي تترتب على تصرفاته، حيث تعتبر الحقوق والحريات السياسية من أهم الحقوق اللصيقة بأمور الحياة العامة في الدولة وتجعل من صاحبها شريكاً في مباشرة مظاهر السياسة العامة في الدولة سواء باختياره للحكام والنواب عن الشعب أم بترشيح نفسه في الانتخابات العامة أم الإدلاء برأيه في مسائل تشريعية ودستورية تصب بآثارها مجموع المواطنين في الدولة، فمن الطبيعي ألا يمارس المختل عقلياً والسفيه وذو الغفلة والمعتوه حقوقه السياسية وعلى الأخص حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي^(٢)

حيث يعتبر شرط الأهلية من الشروط البديهية التي يجب توافرها في المرشح لهذا المنصب وهذا الشرط قد ينص عليه في دستور الدولة أو يحال في ذلك إلى الشروط العامة المأخوذ بها في قانون الانتخابات^(٣).

اشتراط دستور ٢٠١٤ في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وبالتالي يحرم من الترشح لرئاسة الجمهورية من كان معتوهاً أو محجوراً عليه أو ممنوعاً من ممارسة حقوقه المدنية، ومن كان قد ارتكب أفعالاً جنائية أو غير جنائية تؤدي إلى حرمانه من ممارسة حقوقه السياسية^(٤).

وهذا شرط طبيعي إذ لا يعقل أن يسمح لمواطن ممنوع من مباشرة حقوقه المدنية والسياسية بأن يكون رئيساً للدولة ذاتها.

٣ أن يكون أدى الخدمة العسكرية أو أعفى منها:

يعد التجنيد كما تذهب المحكمة الإدارية العليا " فرض على كل مصري بما للوطن من حقوق على كل مواطن تقتضى بذل الروح والمال في سبيل وطنه وتقديم ضريبة من وقته وهكذا تعادل ما يقدمه له الوطن من أمن وخدمات .

(١) راجع: د. سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١٩٩.

(٢) راجع: د. رأفت فودة: الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية في دستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص ١٢٠.

(٣) راجع المادة: (٦٨/أولاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

(٤) راجع: د. سعاد الشراوى: القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٥.

وتذهب في حكم آخر بأن " الخدمة العسكرية فرض على كل مصري بلغ السن المقررة قانوناً التزاماً بما للوطن من حقوق في عنق كل مواطن تقتضى منه بذل الروح والمال في سبيل وطنه وذلك بالانخراط في سلك الخدمة العسكرية لاداء ضريبة الدم " .

وقد اشترط الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو تم إعفائه منها.

ولاشك أن هذا النص قد تلافى قصور دستور ١٩٧١ السابق، فمن أوجه النقد التي يمكن أن توجه كذلك إلى نص المادة ٧٥ من دستور ١٩٧١ الخاص بمن ينتخب رئيساً للجمهورية أنه لم ينص على شرط أداء الخدمة العسكرية أو الإعفاء منها قانوناً. وهذا يعد خلل كبير مما أدى إلى أن معظم الفقهاء كانوا ينادون بضرورة تعديل تلك المادة لإضافة الشرط الخاص بأداء الخدمة العسكرية، لأنه لا يتصور عقلاً أن يكون رئيس الجمهورية متهرباً من أداء الخدمة العسكرية^(١).

٤ شرط السن:

يعد شرط السن من الشروط الهامة التي يجب أن ترد في صلب الدساتير نظراً لخطورة هذا المنصب الجليل، ولقد بينت المادة ١٤١ من دستور ٢٠١٤ السن المتطلبية للترشح لرئاسة الجمهورية، في حدها الأدنى، فيجب ألا يقل سن المرشح عن أربعين سنة ميلادية، ولم يضع الحد الأقصى لسن المرشح للمنصب.

ويرجع البعض^(٢) . سبب اختيار سن الأربعين كحد أدنى، بأن العقل لا يكتمل بنيانه وترتفع قواعده، ويكون قادراً على تحمل المسؤوليات الجسام، إلا ببلوغ تلك السن، وأية ذلك أن الوحي نزل على الرسول الكريم صلي الله عليه وسلم، بعد سن الأربعين، على الرغم من أنه صلي الله عليه وسلم، لقب من قبل أن تأتيه الرسالة بالصادق الأمين، كما استشهد بقوله تعالى: " ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة قال رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه " .

ونرى أن القياس الذي ذهب إليه الرأي السابق هو قياس مع الفارق، حيث إن العلة مختلفة في الفرضين، فمن ناحية فإننا بصدد مسألة دنيوية لا دينية، ومن ناحية أخرى، فإن رئاسة الدولة أمر جد

(١) راجع: د. حمدى على عمر: النظام الدستوري المصري، المكتبة القانونية بالقازيق، ٢٠٠٥، ص ٤٦.

(٢) راجع: د. أحمد عبد اللاه المراغي: النظام السياسي المصري، دراسة في النظام القانوني لرئيس الجمهورية،

القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ٥٥ .

مختلف عن تكليف السماء لأحد الأنبياء برسالة دينية يتحمل وحده عبء الدعوة لها ومجاهدة الراغبين عنها^(١).

وقد اشترط دستور ٢٠١٤ ألا يقل سن المرشح لرئاسة الجمهورية عن أربعين سنة ميلادية يوم فتح باب الترشح، ولاشك أن هذا السن هو سن اكتمال النضج العقلي والقدرة على تحمل المسؤولية الجسيمة الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية^(٢).

ويلاحظ أن المادة لم تنص على سن أقصى للترشح، واختلف الفقه في هذا الصدد، فمنهم من أيد هذا الاتجاه - وبحق -^(٣) من قبل المقنن، ومنهم من رفض هذا المسلك^(٤)، على أساس أن التقدم في العمر يحول دون القيام بالمهام الخطيرة لمنصب رئيس الجمهورية من ناحية^(٥)، ومن ناحية أخرى فإن الإنسان عندما يبلغ أزدل العمر لا يعلم شيئاً مصداقاً لقوله تعالى: " والله خلقكم ثم يتوفاكم، ومنكم من يرد إلى أزدل العمر لكي لا يعلم من بعد علم شيئاً، أن الله عليم قدير، وقوله تعالى " الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة، ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيبة، يخلق ما يشاء وهو العليم القدير"^(٦).

يرى الباحث أن نأخذ بالوضع الأصح للمرشح وهو أن يكون قد بلغ سن الأربعين - وأن كنا نتمنى أن يتم تخفيض السن المتطلب للترشح لمنصب رئيس الجمهورية إلى سن الخامسة والثلاثين، ولا يخشى من هذا السن، فيمكن بمقتضاه أن يتنافس الشباب الذي لهم الفضل - بعد المولي عزل وجل - فيما وصلت إليه البلاد مما هي فيه من حرية.

ثانياً: الشروط الخاصة التي نص عليها قانون انتخابات الرئاسة المصري رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م.

(١) راجع: د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر، دراسة نقدية تحليلية، شركة ناس للطباعة، يونيو ٢٠٠٦، ص ٤٣.

(٢) راجع: د. صلاح الدين فوزي: القانون الدستوري المصري، النظرية العامة للقانون الدستوري، شرح أحكام الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٤٥.

(٣) راجع: د. عبد الناصر أبو سمهدانة، حسين إبراهيم خليل: موسوعة التعليق على الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة في مارس ٢٠١١، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(٤) راجع: د. رمضان بطيخ: جريدة الأهرام، السنة ١٣٦، العدد ٤٥٧٢٨، في ١٧ / ٢ / ٢٠١٢، ص ٦.

(٥) راجع: د. رفعت عيد سيد: النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني، نظام الحكم في دستور ١٩٧١، الأحزاب السياسية - سلطات الحكم، وفقاً لأحداث التعديلات حتى ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٧.

(٦) القرآن الكريم: سورة الروم، الآية رقم ٥٤.

أقر الرئيس المؤقت للبلاد المستشار عدلى منصور فى ٨ مارس ٢٠١٤ التعديلات على "قانون الانتخابات الرئاسية والمعروف بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية ،

ومايمهنا فى هذا القانون هو فقط الشروط المتعلقة بالترشح لمنصب رئيس الجمهورية التى تناولها هذا القانون فى مادته الاولى : بلغت شروط الترشح ٨ شروط منها خمسة وفق الدستور وهى: "أن يكون مصرياً من أبوين مصريين وألا يكون قد حمل أو أى من والديه جنسية دولة أخرى ، وأن يكون متمتعاً بحقوقه السياسية وأداء الخدمة العسكرية وألا يقل سنه عن ٤٠ سنة ميلادية" ، أما الشروط الثلاثة الأخرى فقد اقترحتها القوى السياسية وأقرتها الرئاسة وهى "أن يكون حاصلًا على مؤهل عال، وألا يكون قد حكم عليه فى جنابة تمس الشرف، وإن كان قد رد إليه اعتباره، وألا يكون مصاباً بمرض بدني أو ذهني يؤثر على أدائه ."

أما المادة الثانية من ذات القانون تقرر : " يلزم لقبول الترشح لرئاسة الجمهورية أن يزكى المترشح عشرون عضواً على الأقل من أعضاء مجلس النواب ، أو أن يؤيده مالا يقل عن خمسة وعشرين ألف مواطن ممن لهم حق الانتخاب فى خمس عشرة محافظة على الأقل ، وبحد أدنى ألف مؤيد من كل محافظة منها. وفى جميع الأحوال لا يجوز تزكية أو تأييد أكثر من مترشح ، وتجرى أول انتخابات رئاسية بعد العمل بأحكام هذا القانون قبل الانتخابات البرلمانية بنظم التأييد من المواطنين ، سوف يقوم الباحث بتناول هذه الشروط:-

١- ان يكون حاصل على مؤهل عالي :

تبنت العديد من دول العالم فكرة ، أن نجاح أية مؤسسة بغض النظر عن طبيعتها ونوعها ، يعتمد بصورة أساسية على مدى كفاءة العنصر البشري الذي يتولى إدارتها^(١). وضمنتها فى التشريعات الدستورية إذ قررت ضرورة حصول المرشح على شهادة جامعية وعبرت عن ذلك بالمؤهل العلمي أو الجامعي.

حيث يعتبر هذا الشرط هو من الشروط التى اقترحتها القوى السياسية فى هذا القانون على الشخص الذى يرغب بالترشح لمنصب رئيس الجمهورية ولاكنها لم تحدد مستوى المؤهل بصورة واضحة الى ان البعض من فقهاء القانون الدستوري قد اعترض على هذا الشرط واعتبر عدم دستوريه هذا الشرط ، لأنه أشتراط فى المرشح أن يكون حاصلًا على مؤهل عال، وهو بذلك حرم قطاعًا واسعًا من المواطنين من حق الترشح بالرغم من حقهم فى الانتخاب. والأصل الدستوري هو المساواة بين المواطنين "فمن له حق الانتخاب له حق الترشح ."

(١) راجع : د.علي يوسف الشكري: المنظمات الدولية، المكتبة الحيدرية، النجف الاشرف، ط١، ١٤٢٩هـ ، ص٥٣

وعملياً، وصل إلى سدة الحكم رؤساء حصلوا على أعلى الشهادات من الجامعات المصرية والعالمية ولم يستطيع أن ينجزوا أية عملية تحول ديمقراطي حقيقي أو حفز عملية التنمية الاقتصادية. كما أن الخبرة التاريخية المصرية تقول أن محمد على باشا تولى حكم مصر ولم يكن معه أية شهادات علمية واستطاع أن يحقق نهضة اقتصادية وعلمية. كما أن الخبرة العالمية المعاصرة تقول أن ماسح أحذية، الرئيس السابق للبرازيل لولا دا سيلفا، استطاع أن يحقق أكبر عملية تموية وديمقراطية في تاريخ البرازيل الحديث، وينقلها إلى مصاف الدول المتقدمة^(١).

يرى الباحث ان المشرع المصري كان موفقاً بالنص على هذا الشرط في قانون انتخابات الرئاسة رغم انه لم يبين مستوى هذا المؤهل اي بمعنى لم يحدد المستوى العلمي بصورة واضحة لآكن كان جيد والسبب في اشتراط الشهادة الجامعية قرينة أولية على الكفاءة والمعرفة الأمر الذي يخلق من أصحابها شخصيات ذي استعداد سياسي يتوافر لهم قدرأ من الحنكة والذكاء السياسي لإدارة المناصب التي يتولونها ، غير انه من الضروري إظهار شرط المؤهل الجامعي لا سيما في الدول العربية تداركاً لاحتمال وصول من ينقصه التعليم اللازم لإدارة شؤون الدولة ، خصوصاً ان هناك دساتير عربية كالدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ اشترط فيمن يتولى الوزارة ان يكون متعلماً فحسب من دون تحديد لدرجة التعليم^(٢).

٢- ان لا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالشرف ، وان كان رد الية الاعتبار:

سلم الشراح بأنه ، لا يمكن وضع قاعدة عامة تتحدد بمقتضاها الجريمة المخلة بالشرف ، ذلك بأن الفاصل دقيق جدا بين مايعتبر جريمة مخلة وبين ما لايعتبر كذلك ، بالإضافة الى انها جرائم قد تعتبر في ظروف معينة مخلة وفي ظروف اخرى لاتعتبر كذلك وكانت الآراء جميعها متقاربة في عدم وجود معيار حاسم يتحدد على ضوءه مدلول هذه الجريمة .

من الشروط التي لا تتنافى مع مبدأ الاقتراع العام كذلك شرط الصلاحية الادبية الذي يعني الا يكون الشخص قد اتى من الاعمال ما يؤدي الى حرمانه من مزاوله حقوقه السياسية^(٣)، حيث تنص جميع

(١) انظر: يسري الغرابوي : مركز الاهرام للدراسات الاستراتيجية ، قراءة نقدية في قانون انتخابات الرئاسة ، ٢٠١٤/٣/١١ .

(٢) المادة (٦٦) من الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ المعدل عام ١٩٩٠ .

(٣) راجع :فاضل احمد السنباتي ، النظام الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية القانون ، ١٩٩٩ ، ص ٦٩ .

القوانين الانتخابية على حرمان الاشخاص الذين صدرت ضدّهم احكام مخلة بالشرف او حسن السمعة^(١)، الا انه ليس هناك تعريف دقيق للجرائم المخلة بالشرف او الامانة بل يعتبر ذلك مسألة موضوعية تفصل فيها المحاكم حين اختلاف اصحاب الشأن بذلك^(٢).

حيث نص القانون على أنه يحرم من الترشح من حكم عليه في جناية أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره.

وما يجب الإشارة إليه هنا، هو أن رد الاعتبار هو عبارة عن تصالح المجني عليه مع المجتمع، وإعطائه فرصة جديدة وإدماجه في المجتمع كرجل صالح مرة أخرى، فكيف يتم حرمانه ومعاملته معاملة المتهم بعد أن ردت الدولة إليه اعتباره.

٣- ان لا يكون مصابا بمرض بدني او ذهني يؤثر على ادائه :

الذهان هو اضطراب عقلي خطير، يؤدي بصاحبه إلى تعطيل إدراكه واستيعابه وذاكرته وعجزه عن رعاية نفسه، أي إلى الجنون، كما يصيب الشخصية والسلوك بالتفكك والاضطراب، لذا يمنع المذهون ان تكون له علاقة بالآخرين، وهو لا يعي أنه مريض فهو فاقد الاستبصار، وتأثيره هلوسات وهذات :

والذهان نوعان:

ذهان عضوي وذهان نفسي:

الذهان العضوي : وهو مرتبط بتلف في المخ او الضمور في انسجته نتيجة مرض أو حادث ، ومن ذلك الذهان الكحولي بسبب إدمان الكحول، والذهان الإنسمامي بسبب إدمان العقاقير ، وذهان تصلب شرايين المخ، وذهان زهري الجهاز العصبي المركزي، وذهان الالتهاب السحائي، وذهان الشلل العام ، وكلها اضطرابات عقلية تترتب على امراض عضوية معينة ذاتية المنشأ أو سببها التلوث الجرثومي، وذهان النفاس والذهان الحلمي ويحدثان خلال الحمل أو عند الولادة، وذهان الحمى، وذهان المجاعات بسبب الاضطرابات الغذائية، وذهان اضطرابات الغدد الصماء وذهان الاضطرابات الأيضية .

الذهان النفسي:

(١) راجع :زينة صاحب الاسدي ،المركز الدستوري لرئيس الدولة في ظل دستور ٢٠٠٥ العراقي، رسالة ماجستير ، جامعة الكوفة، كلية القانون ، ٢٠٠٥، ص ٦٦ .

(٢) راجع :احمد فتحي إبراهيم ابو عودة :اثر الحكم الجزائي على الوظيفة العامة : رسالة ماجستير ، جامعة الازهر، غزة ، كلية الحقوق ، ٢٠١٤ ، ص ٢٧ .

اي ان منشأه امراض الفصام والهذاء والهوس. ومن أنماطه ذهان الاكتئاب والذهان التفاعلي ، وذهان المواقف وذهان سن اليأس والمسمى بالذهان الانتكاسي. والمذهون النفسي تتناقص صلته بالعالم الواقعي حتى أنه يعيش في دنيا خاصة به وكأنه يحلم ، وفي الحالات الشديدة قد يشمل التدهور كل الشخصية^(١) ..

يرى الباحث ان مثل هذه الفقرة الخاصة بالألا يكون المرشح مصابًا بمرض بدني أو ذهني يؤثر علي أدائه لمهام رئيس الجمهورية ، وأن على المرشح المحتمل أن يحصل على شهادة طبية تفيد بسلامة المرشح من الناحية البدنية والذهنية ، قد يفهم منها مبدئيًا بأنها محاولة لاستبعاد مرشحين محتملين. وبناء عليه ، فإن بعض المرشحين المحتملين للانتخابات الرئاسية قد يواجهون صعوبة عند مرورهم بالاختبارات التي ستجريها اللجنة الطبية عليهم، حيث إن بعضهم يعانون من أمراض تدخل في حيز الأمراض التي تمنعهم من الترشح،

مما يعني كان لزاما على المشرع ان يبين هذا الشرط بصورة اوضح وان يحدد ماهية الامراض التي لو وجدت بالمرشح تمنعه من الترشح .

٤_ أن يزكى المترشح عشرون عضواً على الأقل من أعضاء مجلس النواب أو أن يؤيده ما لا يقل عن خمسة وعشرين ألف مواطن:

اشترط المشرع الدستوري في الدستور المصري الجديد في المادة ١٤١ منه لقبول الترشح لرئاسة الجمهورية أن يزكى المترشح عشرون عضواً على الأقل من أعضاء مجلس النواب ، أو أن يؤيده ما لا يقل عن خمسة وعشرين ألف مواطن ممن لهم حق الانتخاب في خمس عشرة محافظة على الأقل، وبتد أدنى ألف مؤيد من كل محافظة منها. وفي جميع الأحوال، لا يجوز تأييد أكثر من مترشح ، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون^(٢).

الفرع الثاني

الشروط العامة للترشح للرئاسة في العراق

(١) الذهان النفسي : مقال منشور ، ٢٨/ابريل /٢٠١٣

<https://www.facebook.com/AlamradAlnfsyt/posts/٣٨٧٩٩٣٠٦١٣١٦٠٢٧>

(٢) راجع: د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم : الديمقراطية في اختيار رئيس الجمهورية ، المركز القومي للإصدار القانونية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٤م.

تتفق معظم الوثائق الدستورية في استلزام توافر شروط معينة لمن يرغب بتولي منصب رئاسة الجمهورية (الدولة) وأهم هذه الشروط العامة .

من ذلك دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، حيث جاء بتنظيم كفل لرئيس الجمهورية أن يُمثل رمزاً لوحدة الدولة وعنصر توازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

وبهذا المعنى نصت المادة (٦٧) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ (رئيس الجمهورية رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن، يمثل سيادة البلاد، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور، والمحافظة على استقلال العراق، وسيادته ، ووحدته ، وسلامة أراضيه ، وفقاً لأحكام الدستور).

كما واشترط في المادة (٦٨) في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون: أولاً : - عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين . ثانياً : - كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره

في ما جاءت المادة (٦٩) مكملة لا أحكام وشروط الترشح بالنص في الفقرة أولاً: تنظم بقانون، أحكام الترشح لمنصب رئيس الجمهورية .

وقد صدر هذا القانون باسم (أحكام الترشح لمنصب رئيس الجمهورية) وبالرقم (٨) لسنة ٢٠١٢ وقد تضمن في المادة الشروط الواجب توافرها في المرشح ، بالنص في المادة (١) يشترط في من يرشح نفسه لمنصب رئيس الجمهورية ما يأتي: أولاً- عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين. ثانياً- كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره، ثالثاً- ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية من المشهود له بالنزاهة والاستقامة والعدالة والاخلاص للوطن، رابعاً- أن لا يقل تحصيله الدراسي عن الشهادة الجامعية الأولية المعترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق، خامساً- غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف، سادساً- أن لا يكون من المشمولين بأحكام إجراءات قانون المسائلة والعدالة أو أية إجراءات تحل محلها.

كما ينبغي الإشارة بهذا الصدد الى التنظيم الوقتي (لمجلس الرئاسة) الذي جاءت به المادة ١٣٨ ، عندما نصت في الفقرة أولاً : - يحل تعبير (مجلس الرئاسة) محل تعبير (رئيس الجمهورية) أينما ورد في هذا الدستور، ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية، بعد دورة واحدة لاحقة لتنفيذ هذا الدستور .

لتؤكد في الفقرة (ثالثاً) على أن : - يشترط في أعضاء مجلس الرئاسة، ما يشترط في عضو مجلس النواب، على أن يكون :

أ- أتمّ الأربعين سنة من عمره .ب- متمتعاً بالسمعة الحسنة والنزاهة والاستقامة . ج- قد ترك حزب البعث المنحل قبل سقوطه بعشر سنوات، إذا كان عضواً فيه . د- أن لا يكون قد شارك في قمع الانتفاضة في عام ١٩٩١، أو الأنفال، ولم يقترب جريمة بحق الشعب العراقي .

وبقراءة دقيقة متأنية للنصوص القانونية اعلاه نلاحظ بأن المشرع اشترط للترشح لمنصب رئاسة الجمهورية في العراق شروطاً عامة ، استلزم توافرها في المرشح لصحة ترشحه، هذه الشروط يمكن أجمالها بالآتي :

أولاً: شرط الجنسية:

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥، فقد اشترطت المادة (٦٨/أ) منه في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون «.. عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين» بمعنى أن يكون المرشح متمتعاً بالجنسية العراقية الأصلية^(١)، و الجنسية رابطة قانونية وسياسية وروحية تربط الفرد بالدولة وهي تحدد انتمائه الوطني ، ولها اعتبارات هامة تنبع من اهمية التنظيم القانوني الذي تقوم به أي دولة في تجنيس رعاياها^(٢) .

ويفهم من هذا النص إن أي مرشح لرئاسة الدولة لا بد أن يكون عراقياً بالولادة مما يعني استثناء المتجنس بشكل مطلق من الترشح لهذا المنصب. ومن أبوين عراقيين، ومن ثم لا يكفي أن يكون المرشح وطنياً، بل لا بد أن يتمتع بالموطنة كلاً والديه، فلو كان أحدهم (أمه أو أبيه) لا يحمل الجنسية العراقية لم يكن له الحق في تولي منصب رئاسة الدولة ولو كان عراقياً بالولادة

وقد أكد المشرع العراقي في موضع آخر على منع المتجنس من الترشيح لرئاسة الجمهورية وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٩ فقرة ثالثاً) من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ .

وقد انتقد الفقه العراقي اتجاه المشرع بعدم اشتراط أن يكون المرشح مولوداً من أبوين متمتعين بالجنسية العراقية أصالة ، إذ يرى وجوب أن يكون الأبوان متمتعان بالجنسية الأصلية، ذلك أن أهمية

(١) زينة صاحب الاسدي : المركز الدستوري لرئيس الدولة في ظل دستور ٢٠٠٥ العراق ،مرجع سابق ، ص

٥٩ .

(٢) ضرغام فاضل حسين ، الحقوق الاساسية للانسان في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلد ٩ ، العدد ١٧ ، السنة ٢٠٠٦ ، ص ٢١٢ .

الرئاسة تقتضي أن يكون شاغلها عريق في الجنسية العراقية، وذلك لضمان ولاء المرشح وأصالة انتمائه للوطن^(١).

ومن المسائل التي ينبغي التوقف عندها بهذا الشأن، موضوع " تعدد الجنسية " فقد أجاز المشرع العراقي التعدد في المادة (١٨) من دستور ٢٠٠٥، بنصها «... يجوز تعدد الجنسية للعراقي، وعلى من يتولى منصباً سيادياً أو أمنياً رفيعاً، التخلي عن أي جنسية أخرى مكتسبة وينظم ذلك بقانون» وقد فهم أحد الباحثين من هذا النص أنه يشترط في المرشح لرئاسة الجمهورية في العراق أن لا يكون مزدوج الجنسية أي أن لا يحمل أية جنسية أخرى إلى جانب الجنسية العراقية^(٢).

إلا إننا لا نتفق مع ما يفهم من هذا الرأي بأن ازدواج الجنسية مانعاً من الترشيح لأنه لا ينسجم مع مضمون المادة (١٨) بنصها المشار إليه، لأن غاية ما تستلزمه هو إنها تفرض واجباً قانونياً على كل من يتولى منصباً سيادياً رفيعاً - ومنه منصب رئاسة الدولة. إذا كان يحمل جنسيتين أن يتخلى عن الجنسية الأخرى غير العراقية وبالرغم من عدم وضوح النص في بيان جزاء المخالفة، إلا إن ذلك واضح بالنسبة لرئيس الدولة كونه ملزم بحماية الدستور وضمان تطبيقه، ومن باب أولى أن يكون ملزم بتطبيق قواعده على نفسه، فإن خالفها عد ذلك خرقاً للدستور ووجب مسألته طبقاً لنص الماد (٦١ سادساً) من الدستور التي جعلت خرق الدستور أحد الأسباب المسوغة لإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه، وبرأينا أنه إذا ما حصل واختير رئيساً للجمهورية في العراق وكان يحمل أكثر من جنسية فمن اللازم عليه قبل أداء اليمين الدستورية التخلي عن الجنسية الأخرى غير العراقية تطبيقاً لإحكام الدستور.

على صعيد الواقع العملي فإن هذا النص لم يجد له تطبيقاً منذ إقراره، على الرغم من مطالبة بعض البرلمانيين بذلك، ويعزى عدم تطبيقه إلى أن المادة (١٨) تشير إلى أن تنظم بقانون مسألة منع تعدد الجنسية لمن يتولى منصباً رفيعاً، وما دام هذا القانون لم يصدر بعد فلا يمكن إلزام أحد بشيء.

(١) راجع: د. رافع خضر صالح شبر: فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، من دون ناشر، ٢٠١١، ص ٥٦.

(٢) راجع: ليلي حنتوش ناجي الخالدي: تأثير البرلمان على رئيس الدولة في بعض النظم الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٩، ص ٥٠.

ولسنا بحاجة هنا إلى إيراد مبررات لطلب منع تعدد الجنسية لمن يتولى منصباً رفيعاً في العراق (١). إنما نكتفي بضرورة تنفيذ مجلس النواب العراقي للإلزام الدستوري الوارد في المادة (١٨) وتشريع قانون يحدد بشكل دقيق المناصب المشمولة بعدم جواز حمل جنسية أجنبية عند توليها.

وبغض النظر عن الدافع وراء تبني اتجاه معين بشأن تحديد نطاق التمتع بالجنسية، فمن الناحية النظرية، نرى إن قصر اشتراط التمتع بجنسية الدولة في المرشح للرئاسة فقط دون تطلب توافر الشرط في أصوله من شأنه توسيع دائرة التمتع بحق الأفراد في الترشح لتولي منصب الرئاسة وبالتالي في تداول السلطة وهو يحقق قدراً أكبر من المساواة بينهم خاصة عندما يوسع المشرع دائرة التمتع بهذا الحق باتجاه المتجنسين إضافة إلى أصحاب الجنسية الأصلية، كما هو موقف المشرعين الفرنسي و اللبناني . وفي مقابل ذلك ، تفرض الدواعي العملية كمصلحة الدولة العليا وأمنها القومي تطلب ما هو أكثر من ذلك، باشتراط التمتع بالجنسية الأصلية كما هو الحال في موقف المشرع الأمريكي، وأكثر منه موقف المشرع العراقي.

إذ يُعد هذا الشرط مظهراً من مظاهر استقلال الدولة، بل وأهم مظهر من مظاهرها، إذ لا يتصور أن يسمح لأجنبي أن يتولى الرئاسة (٢) ، وربما كان وراء هذا الحظر المفروض على المتجنس، الخشية من عدم الولاء، ومع توافر هذا الاحتمال جرى العمل في الدساتير المقارنة على اشتراط مضي مدة معينة على اكتساب الجنسية كشرط للترشيح لأي منصب سياسي، كمضي خمس أو عشر سنوات على اكتساب الجنسية والإقامة خلال هذه المدة بصورة مستمرة في الدولة (٣).

وبناءً على هذا المعنى فقد اشترط دستور ٢٠٠٥ العراقي في المرشح لمنصب رئاسة الجمهورية أن يكون عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين (٤) . ويفترض النص أن الجنسية الأصلية لمن اسند له المنصب السيادي أو الأمني هي العراقية ومن ثم فقد حرم الدستور العراقي المتجنس من حق الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية حتى وإن كان أبواه يحملان الجنسية العراقية ومثل هذا الاحتمال فقد يكون معتاداً في العراق فكثيراً من الأسر العراقية لاسيما التي عملت في السياسة تركت

(١) راجع: د. جورج شفيق ساري: دراسات وبحوث حول الترشيح للمجالس النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٤.

(٢) راجع: د. جميل عبد الله القائي: سلطات رئيس الجمهورية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٥.

(٣) ومثل هذا الشرط نص عليه القانون الاتحادي الألماني لسنة ١٩٤٩.

Par Pierre & Ander Bois: les institutions Allemandes- press universitaires de Fra – ١٩٧٤
p.٤٥.

(٤) راجع المادة (٦٨/أولاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

العراق وهاجرت العراق في أعقاب انقلاب ١٤ تموز ١٩٥٨ ولم تسمح الظروف السياسية لأبنائها المولودين في الخارج من الحصول على الجنسية العراقية. وقانوننا ليس لهؤلاء بموجب الدستور الترشيح لمنصب الرئاسة، وهذا ما يخالف الحق والمنطق ولا معنى لحرمان هذا الفئة من الحق في الترشيح بعد اكتسابها الجنسية العراقية.

هذا إضافة إلى أن هناك من يكتسب الجنسية العراقية بالتجنس نتيجة لاستيفائه الشروط التي حددها قانون الجنسية، ومن ثم من المفترض أن يكون لهذا المتجنس الحقوق الممنوحة لأي مواطن آخر لاسيما وأن عليه الالتزامات المفروضة على حامل الجنسية بالولادة^(١). وفي رأينا أن حرمان المتجنس من تولي المناصب السيادية ومن باب أولى الأمنية أمر يجانب مبدأ المساواة بين المواطنين الذين نص عليه الدستور العراقي صراحة (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)^(٢). كما أن هذا التمييز من شأنه التأثير سلبا في ولاء المرشح، لاسيما وأنه يتحمل الالتزامات المفروضة على حاملي الجنسية الأصلية ومن هنا كان على المشرع الدستوري إفساح المجال أمام حامل الجنسية لتولي المناصب السيادية والأمنية بعد مرور مدة معينة على اكتسابه الجنسية للتحقق من ولاءه للوطن وارتباطه بأرضه وشعبه^(٣).

ثانياً: شرط الأهلية:

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فقد أقر بشكل عام وجوب توافر الأهلية فيمن يتولى منصب رئاسة الدولة لكنه لم يشأ استعمال صيغة واحدة للتعبير عما تعنيه هذه الأهلية بل يمكن القول إن مضامينها جاءت في نصوص متعددة. فقد اشترطت المادة (٦٨) من الدستور العراقي أن يكون المرشح لرئاسة الجمهورية كامل الأهلية، والظاهر أن المقصود بكمال الأهلية هنا الأهلية العقلية، بدليل أنه قرنها باشتراط سن الترشيح وهو المنهج نفسه الذي اتبعه القانون المدني في تحديد من يحق له مباشرة حقوقه المدنية بأنه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه".

(١) راجع: د. علي يوسف الشكري: رئيس الجمهورية في العراق رئيس في نظام برلماني أم رئاسي، مجلة كلية الفقه، كلية الفقه، جامعة الكوفة، العدد الرابع، السنة ٢٠٠٧، ص ٩٥.

(٢) راجع: د. علي يوسف الشكري: الدستور العراقي بين مطرقة الدكتاتورية وسندان الديمقراطية، دراسة في الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية الفقه، كلية الفقه، جامعة الكوفة، العدد الخامس، السنة ٢٠٠٧، ص ٢٠٦.

(٣) راجع: زينة صاحب كوزان السيلوي: المركز الدستوري لرئيس الدولة في ظل دستور ٢٠٠٥ العراقي، مرجع سابق، ص ٦١.

فضلا عن ذلك، اشترطت المادة ٦٨ من الدستور العراقي، وجوب تمتع المرشح لرئاسة الجمهورية بالأهلية الأدبية بمعنى أن لا يكون الشخص قد ارتكب فعلا يؤدي إلى حرمانه من الترشح لهذا المنصب وتحديداً نصت تلك الفقرة بان يكون " غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف .

والذي نراه فان استعمال المشرع لمصطلح " جريمة " والتي يمكن أن تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة بالنظر إلى جسامتها بحسب تقسيم الجرائم في قانون العقوبات العراقي^(١). دلالة على تبنيه إتجاهاً متشدداً في اشتراط الأهلية الأدبية، وتأكيداً لهذا التوجه أضافت المادة (٦٨) شرطاً تضمنته الفقرة " ثالثاً " منها وهو أن يكون المرشح ذا سمعة حسنة مشهوداً له بالنزاهة والاستقامة والعدالة، وهذه الصفات تدخل تحت مفهوم الجدارة والكفاية ليكون الشخص مؤهلاً لتولي المنصب وربما انفرد باشتراطها المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥. ولتحقق تمام الأهلية بمفهومها الواسع الذي يسمح للشخص تولي منصب رئاسة الدولة في العراق، ينبغي أن لا يكون ممنوعاً من مباشرة بعض الحقوق السياسية وتحديداً منصب رئاسة الدولة لأنه وبالعودة إلى أحكام الدستور العراقي يُمنع من تولي منصب الرئاسة فنتان:

الأولى، وتضم أفراد الأجهزة الأمنية والقوات المسلحة فهم ممنوعون من التدخل في الشؤون السياسية عموماً ومن الترشيح لإشغال مناصب سياسية ومنها منصب رئاسة الدولة بموجب المادة التاسعة من الدستور، وهو منع مؤقت يرتفع بزوال صفة الانتساب إلى الأجهزة الأمنية بالاستقالة أو التقاعد.

أما الفئة الأخرى، فهي فئة المشمولين بإحكام اجتثاث البعث، استناداً لنص المادة (١٣٥) /ثالثاً) من الدستور العراقي، التي نصت على ان « يشترط في المرشح لمنصب رئيس الجمهورية، ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء ، ورئيس وأعضاء مجلس النواب، و... أن يكون غير مشمول بأحكام اجتثاث البعث ».

ثالثاً: شرط السن:

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد أخذ بالاتجاه الدستوري الذي يحدد سن الترشيح للرئاسة بأربعين عاماً، إذ حددت المادة (٦٨، ثانياً) من دستور ٢٠٠٥، سن المرشح لمنصب رئيس الجمهورية بان يكون قد أتم أربعين سنة، والغرض من تحديد هذه السن هو أن يكون المرشح لرئاسة الجمهورية على درجة معينة من النضج والوعي والاهتمام بالأمور العامة التي تؤهله للقيادة

(١) وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

والزعامة. وبطبيعة الحال فان سن الأربعين هي سن اكتمال النضج العقلي، والقدرة على تحمل المسؤولية الجسيمة التي تقع على عاتق رئيس الجمهورية^(١).

والذي نراه أن المشرع العراقي غلب الاعتبارات العملية التي تتطلب رفع سن المرشح كي يكون أكثر حنكة وخبرة سياسية في مجال العمل، على الاعتبارات النظرية التي تتطلب تقليل سن الترشيح للسماح لأكثر عدد من الأفراد الذين يحق لهم التداول على منصب الرئاسة، ومقارنة بالنظم الأخرى موضوع الدراسة يبدو موقف المشرع العراقي أكثر تشدداً فضلاً عن ذلك فان لتحديد عمر المرشح بسن الأربعين " بعداً رمزياً " تحرص بعض دساتير الدول الإسلامية على إبرازه وعلى ذلك جاء منهج الدستور العراقي.

وأياً كان اتجاه المشرع في تحديد سن الترشيح لمنصب رئاسة الدولة، فان المنهج العام للتشريعات الدستورية ومنها دساتير النظم محل الدراسة، أن تكتفي بوضع حد أدنى من العمر يحق لمن بلغه الترشيح للرئاسة، أما تحديد حد أقصى لا يجوز لمن بلغه أو تجاوزه الترشيح فهو منهج خاص لم ينص عليه إلا القليل من الدساتير، ومنها الدستور التونسي لسنة ١٩٥٦ المعدل، الذي حدد سن الترشيح بأن يكون المرشح يوم تقديم ترشيحه بالغاً من العمر أربعين سنة على الأقل وسبعين سنة على الأكثر .

(١) راجع في ذلك: د. رافع خضر شبر: فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية، مصدر سابق، ص ٥٨.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة للترشح للرئاسة في العراق

إذا كانت دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ - كما لحظنا ذلك - قد استلزام توافر شروط عامة لمن يرغب بتولي منصب رئاسة الجمهورية (الدولة) ، فإن نصوصه قد تفردت بمنهج يقوم على ضرورة توافر جاءت شروطا خاصة يتطلب توافرها في المرشح وهذه الشروط يمكن استقراءها من النصوص القانونية .

منها ما اشترطته المادة (٦٨) من الدستور في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون : أولاً : عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين . ثانياً : - كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره . ثالثاً : - ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية ومشهوداً له بالنزاهة والاستقامة والعدالة والإخلاص للوطن . رابعاً : - غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف .

فيما جاءت المادة (٦٩) مكملة لاحكام وشروط الترشح بالنص في الفقرة أولاً : تنظم بقانون، أحكام الترشح لمنصب رئيس الجمهورية .

وقد صدر هذا القانون باسم (أحكام الترشح لمنصب رئيس الجمهورية) وبالرقم (٨) لسنة ٢٠١٢ وقد تضمن في المادة الشروط الواجب توافرها في المرشح ، ومن بينها الشروط الخاصة بالترشح بالنص في المادة (١) يشترط في من يرشح نفسه لمنصب رئيس الجمهورية ما يأتي: أولاً : عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين . ثانياً : - كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره ثالثاً- ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية من المشهود له بالنزاهة والاستقامة والعدالة والإخلاص للوطن. رابعاً- أن لا يقل تحصيله الدراسي عن الشهادة الجامعية الأولية المعترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق. خامساً- غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف. سادساً- أن لا يكون من المشمولين بأحكام إجراءات قانون المسائلة والعدالة أو أية إجراءات تحل محلها.

فضلاً عن الإشارة بهذا الصدد الى التنظيم الوقتي (لمجلس الرئاسة) الذي جاءت به المادة ١٣٨ ، عندما نصت في الفقرة أولاً : - يحل تعبير (مجلس الرئاسة) محل تعبير (رئيس الجمهورية) أينما ورد في هذا الدستور، ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية، بعد دورة واحدة لاحقة لتنفيذ هذا الدستور .

لتؤكد في الفقرة (ثالثاً) على أن : - يشترط في أعضاء مجلس الرئاسة، ما يشترط في عضو مجلس النواب، على أن يكون : ب- متمتعاً بالسمعة الحسنة والنزاهة والاستقامة . ج- قد ترك

حزب البعث المنحل قبل سقوطه بعشر سنوات، إذا كان عضواً فيه . د- أن لا يكون قد شارك في قمع الانتفاضة في عام ١٩٩١، أو الأنفال، ولم يقترف جريمة بحق الشعب العراقي .

وبقراءة دقيقة متأنية للنصوص القانونية اعلاه نلاحظ بأن المشرع اشترط للترشح لمنصب رئاسة الجمهورية في العراق شروطاً خاصة ، استلزم توافرها في المرشح لصحة ترشحه ، هذه الشروط يمكن أجمالها بالآتي :

أولاً: شرط الولاء السياسي(مرشح الكتلة الأكبر)^(١):

إذا كانت الوثائق الدستورية - كما أوضحنا- قد اختلفت في المنهج الخاص بتقنين الشروط الواجب توافرها في شخص المرشح إلى رئاسة الدولة فإن المشرع الدستوري تفرد في منهج تمثّل بالإشارة صراحةً بنص الدستور إلى الشروط الأهم تاركاً تفاصيلها إلى قانون يصدر بذلك وقد صدر قانون في العراق استناداً لذلك القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٢ وبقراءة دقيقة لنصوص الدستور ونصوص هذا القانون يمكن استنتاج هذا الشروط الشكلية بالآتي:

تطبيقاً لنص الدستور أو انسجاماً مع واقع الممارسة السياسية ، توجب بعض النظم الدستورية أن يكون المرشح لرئاسة الجمهورية من تنظيم سياسي معين فيشترط فيه ولاء سياسياً خاصاً أو أن يكون من أتباع دين أو طائفة معينة. فبعض النظم الدستورية تبنت منهجاً يشترط في المرشح لرئاسة الدولة أن يكون ذا ولاء سياسي معين ويظهر ذلك من واقع النصوص التشريعية النافذة فيها أو من واقع الممارسة السياسية المعمول حيث أن بعض الدساتير اشترطت النص صراحة

(١) فتح السيد رئيس المجلس باب الترشيح لمنصب رئاسة الجمهورية حسب المادة (٧٠) من الدستور العراقي، حيث تنافس على المنصب كل من السيد جلال طالباني عن التحالف الكردستاني والسيد حسين هاشم الموسوي كمرشح مستقل، وقد حصل السيد جلال طالباني على (١٩٥) صوت من مجموع (٢٣٢) صوت في مقابل حصول السيد حسين الموسوي على (١٢) صوت فقط، مما تطلب إعادة الجولة لعدم حصول السيد جلال طالباني على ثلثي الأصوات. وبعد إعادة الجولة حصل السيد جلال طالباني على (١٩٥) صوت ليفوز بمنصب رئيس الجمهورية . وأدى السيد رئيس الجمهورية اليمين الدستوري أمام المجلس وألقى كلمة شكر فيها السادة أعضاء مجلس النواب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية معبراً عن إدراكه لعظم المسؤولية الملقاة على عاتقه في هذه المرحلة الحساسة، واصفاً الخطوة بأنها وضعت البلد أمام سلسلة إجراءات دستورية تتكامل بتشكيل حكومة شراكة وطنية، واصفاً هذا اليوم بأنه يوم انتصار الإرادة العراقية الحرة .

على أن يكون المرشح لرئاسة الدولة له ولاء لنظام أو تنظيم سياسي معين وبعضها لم ينص صراحة على هذا النص لكن الواقع العملي اثبت ذلك^(١).

ومن الدساتير التي نصت صراحة على ذلك هو الدستور السوري لسنة ١٩٧٣، حيث اشترط أن يكون المرشح موالياً لحزب البعث العربي طالما أن الترشيح يتم من قبله^(٢).

كما أن الدستور الجزائري لعام ١٩٧٦ قد اشترط أيضاً أن يكون المرشح من الموالين لجبهة التحرير الوطني حيث يكون الرئيس أميناً عاماً لها^(٣).

أما الدستور العراقي وعلى الرغم من عدم اشتراط الانتماء الحزبي، إلا أننا نرى هذا الشرط لا غنى عنه للترشيح لرئاسة الدولة أو أحد أعضائها البارزين أو رئيساً لكتلة سياسية فائزة في الانتخابات^(٤).

ثانياً: غير مشمول بأحكام المساءلة والعدالة:

أن هذا النص قد ورد في نص المادة (١٣٥/ثالثاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ إذ نصت هذا المادة (يشترط في المرشح لمنصب رئيس الجمهورية، ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء، ورئيس وأعضاء مجلس النواب، ورئيس وأعضاء مجلس الاتحاد، والمواقع المتناظرة في الأقاليم، وأعضاء الهيئات القضائية، والمناصب الأخرى المشمولة باجتثاث البعث وفقاً للقانون، أن يكون غير مشمول بأحكام اجتثاث البعث)^(٥). فبعد سقوط الحكم في ٢٠٠٣ صدر أمر سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٥/١٦ والخاص بأحكام اجتثاث البعث الذي بموجبية يمنع أي ممن شملهم هذا القانون من تقلد المناصب والمشاركة في الحياة السياسية ولكن في عام ٢٠٠٨ صدر قانون المساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ الذي حل محل قانون اجتثاث البعث وكان الأولى أن يوسع نطاقه وربما ينسجم مع المادة (٧/أولاً) من دستور ومن الجدير بالذكر أن هناك تعارضاً بين نص الدستور الذي أشار إلى الاجتثاث وبين القانون الذي أشار إلى المساءلة

(١) راجع: ياسر عطوي الزبيدي: اختيار رئيس الجمهورية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، لسنة ٢٠٠٣، ص ٤٨.

(٢) انظر الدستور السوري لسنة ١٩٧٣، المادة (١/٨٣).

(٣) انظر الدستور الجزائري لسنة ١٩٧٦.

(٤) راجع: زينة صاحب السيلوي : المركز الدستوري لرئيس الدولة في ظل دستور ٢٠٠٥ العراقي ، مرجع سابق ، ص ٧٠.

(٥) المادة (١٣٥/ثالثاً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

والعدالة الأمر الذي يجعل من قانون المساءلة والعدالة غير مشروع لمخالفته الدستور على النحو الذي يشير للمساءلة والعدالة إذا كان ذلك ينسجم مع توجهات القابضين على السلطة وتكمن خصوصية هذا الشرط في حماية ممارسة الحقوق وصيانة الحريات كون أن حزب البعث هو أحد الأحزاب الشمولية التي تقوم على تقييد الحريات والحقوق إلى درجة قد تصل إلى حد إهدارها^(١).

ثالثاً: إعلان الذمة المالية للمرشح:

تحرص بعض الدساتير والتشريعات على إيراد نص يشترط في المرشح لمنصب رئيس الجمهورية بان يعلن ما في ذمته المالية.

فيما تحيل دساتير دول أخرى تنظيم ذلك الى قوانين ، منها ما اشترطته المادة (١٣) من قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية المصري رقم ١٧٤ لعام ٢٠٠٥ ان يقدم طلب الترشيح إلى رئيس لجنة الانتخابات الرئاسية ، وذلك على النموذج الذي تعده اللجنة في المدة التي تحددها ، علي ألا تقل عن سبعة ايام من تاريخ فتح باب الترشيح ويجب أن يرفق بالطلب المستندات التي تحددها اللجنة وعلى الأخص (الفقرة خامسا) إقرار الذمة المالية طبقاً لأحكام القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن الكسب الغير مشروع .

أما المشرع العراقي فقد نص على هذا الشرط في القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملحق بقانون هيئة النزاهة والخاص بالكشف على المصالح المالية حيث نص في المادة (١) منه على ان تسري أحكام هذه التعليمات على المكلفين التالية عناوينهم الوظيفية (أولاً : رئيس الجمهورية ونوابه) ، كما نصت المادة الثانية منه على ان يقدم المكلف عليه في المادة (١) من هذه اللائحة التنظيمية تقرير الكشف الأول عن مصالحه المالية للهيئة حين توليه منصبا او تعيينه او انتدابه او إعارته او تنسيبه أول مرة في منصب او وظيفة تقتضي تقديم التقرير . ويتضح لنا من هذا النص بان المشرع قد سعى الى ضمان منصب رئيس الجمهورية من خلال بيان مدى ما يملك المرشح من أموال في الداخل والخارج حتى لا يستغل المنصب من اجل المنفعة الخاصة والإثراء غير المشروع على حساب وظيفته.

(١) راجع: مروان حسن العيساوي : مجلس الوزراء في دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، لسنة ٢٠١٤، ص ٤٣.

رابعاً: أن يكون ذا سمعة حسنة و خبرة سياسية ومشهود له بالنزاهة والاستقامة والعدالة والإخلاص للوطن:

ف رئيس الدولة يجب أن يكون " نزيهاً ومستقيماً " ويتصف بالعدالة في حكمه للشعب ولا يميل الى اية جهة دون الاخرى وأن يكون " مخلصاً لوطنه " لا يتأثر بأي ضغوط خارجية من أي دولة أجنبية لا تريد مصلحة هذا البلد.

أما شرط الخبرة السياسية، فمن شأنه ضمان جدية الترشيح وكفاءة من يتولى هذا المنصب الرفيع، والا فأن باقي الشروط قد تتوافر في عدد لا يحصى من أفراد الشعب (عراقي لأبوين عراقيين - أتم الاربعين سنة - غير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف).

ولكن التساؤل الذي يثار هنا ما هو معيار توافر الخبرة السياسية والاستقامة والاخلاص للوطن؟ يمكن القول ان هذا المعيار عائم غير محدد والسبب هو عدم وجود جهة سياسية معينة تحدد مدى توافر شرط الخبرة السياسية و الاستقامة والاخلاص للوطن في هذا المرشح ام لا ، والواقع السياسي للعراق يبين هذا الشيء خصوصاً في ظل وجود التوافقات السياسية حيث تعمل كل جهة سياسية على تقديم مرشحها بغض النظر عن توافر هذا الشرط فيه او عدم توافره .

خامساً: غير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف

أي أن لا يكون المرشح قد سبق وان حكم عليه بجناية مخلة بالشرف ، مع ملاحظة أهمية لابد من وضع معيار جديد للجرائم المخلة بالشرف في العراق بعد أن أدخلت قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل الكثير من الجرائم العادية في عداد الجرائم المخلة بالشرف.

يرى الباحث بعد نهاية هذا العرض الموجز للشروط الموضوعية نؤكد على أنه يوجد قصور في التشريع المصري والعراقي سواء بالنسبة للدستور المصري الصادر في الثامن عشر من يناير ٢٠١٤ أم القرار بقانون الانتخابات الرئاسية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤ أم دستور العراق لعام ٢٠٠٥. فقد أغفل الدستور والقرار بقانون في مصر ودستور ٢٠٠٥ العراقي بعض شروط مهمة في المرشح للرئاسة، وهي شرط الديانة، و شرط الحد الأقصى للسن، و شرط النوع، و شرط تقديم برنامج عملياً يلتزم به، و شرط تقديم إقرار ذمة مالية وينشر هذا الإقرار في الجريدة الرسمية، وكذلك جنسية الأبناء. وبأء على ذلك سوف يقوم الباحث بعرض هذه الشروط

سادساً : الولاء السياسي والولاء الديني:

بالرغم من ان دستور ٢٠٠٥ لم يورد نصا مباشرا يشترط في مرشح الرئاسة ان يكون ذا ولاء سياسي معين غير انه ، يرى البعض ، أن الدستور أورد وبشكل غير مباشر شرطا يتعلق بالولاء السياسي لأي مرشح لشغل منصب سياسي، وهذا الشرط ورد بنحو سلبي في المادة السابعة من الدستور، فقد حضرت كل كيان يتبنى فكر حزب البعث الصدامي في العراق أو يروج له، ومن ثم فهي تستثني من له هكذا ولاء من التعددية السياسية، وهو ما يعني استثناءه من تداول السلطة^(١) .

أما بالنسبة للولاء الديني، فقد تشترط بعض الدساتير أن يكون رئيس الدولة من أتباع دين أو طائفة معينة. ويمكن ملاحظة ذلك بشكل خاص في دساتير الدول الإسلامية بسبب تأثيرها بالشرعية الإسلامية التي من ثوابتها عدم جواز ولاية الكافر على المسلم . وهذا الشرط يأتي أحيانا بشكل صريح بان يذكر الديانة التي يجب ان يكون عليها رئيس الدولة ، وقد يأتي بشكل ضمني كما هو ملاحظ في اتجاه بعض الدساتير التي لا تنص صراحة على أن يكون رئيس الدولة مسلما إلا إنها تورد في الغالب نصا على إن " الإسلام دين الدولة الرسمي"^(٢). وهذا الأمر دعا بعض فقهاء القانون الدستوري إلى تفسير هذه العبارة على إنها تتضمن شرطا مؤكدا هو ان يكون المرشح للرئاسة مسلما وذلك لان الإسلام يستلزم في رئيس الدولة الإسلامية ان يكون مسلماً^(٣).

(١) رائد حمدان عجب المالكي : التداول السلمي لمنصب رئاسة الدولة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠١١ ، ص ٨٥ .
 (٢) ونجد نظير ذلك فيما ينص عليه الدستور المصري لسنة ١٩٧١، بحسب ما جاء في المادة (٣) منه.
 (٣) المصدر نفسه : ص ٨٦ .

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث يستخلص مجموعة من النتائج كما يوصي الباحث بمجموعة التوصيات، وذلك على النحو التالي:

النتائج

- ❖ اشترط دستور ٢٠٠٥ العراقي في المرشح لمنصب رئاسة الجمهورية أن يكون عراقياً بالولادة ومن أباوين عراقيين، وكان الأجدد بالمشروع الدستوري الاكتفاء باشتراط الجنسية الأصلية . وأن يكون من أب أو أم عراقية حيث أجازت المادة (١٨ أولاً) من الدستور منح الجنسية العراقية للمولود من أم عراقية.
- ❖ اشترط الدستور العراقي النافذ في المرشح لمنصب رئيس الجمهورية أن تكون له خبرة سياسية، لكن لم يحدد معياراً لتوافر هذه الخبرة، خصوصاً وأننا في ظل التوافق السياسية حيث تعمل كل جهة سياسية على تقديم مرشحها بغض النظر عن توافر هذا الشرط أو عدم توافره في المرشح ، لذا كان الأولى بالمشروع الدستوري أن يحدد معيار توافر الخبرة السياسية.
- ❖ لم يشترط الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ توفر المؤهل العلمي في المرشح لرئاسة الجمهورية، وكان الأولى اشتراط توفر مؤهل علمي معين في المرشح ويفضل أن يكون حاصل على شهادة التعليم الجامعي كحد أدنى للترشيح أسوة بالمرشح لرئاسة مجلس الوزراء، فضلاً عن أن المشروع العراقي اشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب أن يكون حاصل على شهادة التعليم الثانوي، من هنا لا نرى معنى لعدم اشتراط توفر المؤهل العلمي في المرشح لرئاسة الجمهورية على الرغم من ثانوية الدور الشكلي الذي يلعبه الرئيس في النظام البرلماني.
- ❖ لقد منع دستور ٢٠٠٥ المشمول باجتثاث البعث من الترشيح لمنصب رئاسة الجمهورية، على الرغم من عدم اشتراط الدستور الانتماء الحزبي، الا انه لا غنى عنه في تولي الرئاسة الثلاث في الدولة وكان الأولى بالمشروع الدستوري استثناء المشمولين بقانون اجتثاث البعث أو القوانين التي تحل محلها (قانون المساواة والعدالة) من حق الترشيح لرئاسة الدولة.
- ❖ منع المشروع الدستوري المصري في دستور ٢٠١٤ المتزوج من اجنبية من الترشح لمنصب الرئاسة وهذا شرط استحدثه المشروع ولكن لم يبين هل الشرط هذا ساري لحد نهاية فترة الرئاسة او فقط بداية الترشح ولو تزوج الرئيس اجنبية اثناء فترة رئاسته هل يعفى من منصبه ام يبقى يمارس مهنته.

التوصيات:

- ❖ اقترح أن يتم اختيار رئيس الجمهورية في ظل دستور ٢٠٠٥ العراقي من قبل البرلمان بمجلسيه (النواب والاتحاد) وليس فقد النواب، هذا بالطبع بعد تشكيل مجلس الاتحاد.
- ❖ اقترح إضافة شرط التعليم الجامعي للشروط الواجب توافرها في المرشح لمنصب رئاسة الجمهورية، مراعاة لأهمية منصب رئاسة الجمهورية، فضلا عن اشتراط توفر هذا المؤهل في المرشح لرئاسة مجلس الوزراء.
- ❖ اقترح الاستغناء عن شرط الاصابة بمرض التي نص عليها قانون انتخابات الرئاسة لانه شرط يمنع الكثير من لديهم الكفاءة والقدرة على الترشح لان لو نظرا الى اغلب الشعب المصري فهو مصاب بمرض الكبد فهذا الشرط يمنعهم من الترشح.

المراجع:

المصادر الفقهية :-

١. أحمد عبد اللاه المراغي: النظام السياسي المصري، دراسة في النظام القانوني لرئيس الجمهورية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٢. احمد فتحي إبراهيم ابو عودة: اثر الحكم الجزائي على الوظيفة العامة : رسالة ماجستير ، جامعة الازهر، غزة ، كلية الحقوق ، ٢٠١٤ .
٣. جميل عبد الله القانفي: سلطات رئيس الجمهورية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٤. جورجى شفيق ساري: دراسات وبحوث حول الترشيح للمجالس النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١.
٥. حمدى على عمر: النظام الدستورى المصرى، المكتبة القانونية بالزقازيق، ٢٠٠٥.
٦. رأفت فودة: الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية في دستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٧. رافع خضر صالح شبر: فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، من دون ناشر، ٢٠١١.
٨. رفعت عيد سيد: النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني، نظام الحكم في دستور ١٩٧١، الأحزاب السياسية - سلطات الحكم، وفقاً لأحداث التعديلات حتى ٢٠٠٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
٩. زين بدر فراج: الشروط المتطلبية في رئيس الدولة في النظم السياسية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ م.
١٠. سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠ م.
١١. سعاد الشرقاوى: القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ م.

١٢. صلاح الدين فوزي: القانون الدستوري المصري، النظرية العامة للقانون الدستوري، شرح أحكام الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤ م.
١٣. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، حسن إبراهيم خليل: الترشيح لرئاسة الجمهورية في ظل الإعلان الدستوري الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة في ٣٠ مارس ٢٠١١، دراسة تحليلية نقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ م.
١٤. علي يوسف الشكري: المنظمات الدولية، المكتبة الحيدرية، النجف الاشرف، ط١، ١٤٢٩ هـ.
١٥. علي يوسف الشكري: الدستور العراقي بين مطرقة الدكتاتورية وسندان الديمقراطية، دراسة في الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية الفقه، كلية الفقه، جامعة الكوفة، العدد الخامس، السنة ٢٠٠٧ م.
١٦. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر، دراسة نقدية تحليلية، شركة ناس للطباعة، يونيو ٢٠٠٦ م.
١٧. داود الباز: حق المشاركة في الحياة السياسية، دراسة تحليلية للمادة ٦٢ من الدستور المصري مقارنة مع النظام في فرنسا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦ م.
١٨. د. مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤ م.
١٩. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم : الديمقراطية في اختيار رئيس الجمهورية، المركز القومي للإصدار القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤ م.

الرسائل الجامعية :-

١. رائد حمدان عاجب المالكي : التداول السلمي لمنصب رئاسة الدولة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠١١ .
٢. زينة صاحب الاسدي ،المركز الدستوري لرئيس الدولة في ظل دستور ٢٠٠٥ العراقي، رسالة ماجستير ، جامعة الكوفة، كلية القانون ، ٢٠٠٥ .
٣. فاضل احمد السنباتي ، النظام الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية القانون ، ١٩٩٩ .
٤. ليلي حنتوش ناجي الخالدي: تأثير البرلمان على رئيس الدولة في بعض النظم الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٩ .
٥. ياسر عطويوي الزبيدي: اختيار رئيس الجمهورية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، لسنة ٢٠٠٣ .
٦. مروان حسن العيساوي : مجلس الوزراء في دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، لسنة ٢٠١٤ .

مدى مشروعية التبرع بالأعضاء البشرية بطريق الوصية

(دراسة مقارنة)

إعداد

أحمد نعمة عطية

المقدمة

اولاً: اهمية موضوع البحث :

يعتبر موضوع الوصية بالأعضاء البشرية من اهم مواضيع العصر وقد اخذ مساحة كبيرة من الاجتهاد الفقهي المعاصر وتفكير رجال القانون الوضعي لانه موضوع حساس يتصل بالاحياء والاموات، ومن هنا كانت ومازالت مسألة نقل الاعضاء من انسان الى آخر عن طريق الوصية، عمل مستحدث في هذا الزمان نتيجة للتقدم العلمي، لم يتحدث عنه الفقهاء المسلمون السابقون ولم يعالجوه بصورة مباشرة في نصوصهم الفقهية، اما الفقهاء المعاصرون فلقد افتى بعضهم بجواز نقل اي عضو من انسان ميت الى انسان حي في حاجة إليه بشروط معينة، وإليك بعضاً من هذه الفتاوى:

- أ- فقد جاء في كتاب (بيان للناس) من جامع الازهر الشريف (اذا كان المنقول منه ميتاً، فأَنْ كان قد اوصى او اذن قبل وفاته بهذا النقل فلا مانع من ذلك)
- ب- وقد افتى بعض الفقهاء بجواز الوصية بالأعضاء البشرية وبنوا رأيهم على اساس بعض القواعد الفقهية كقاعدة الضرورات تبيح المحضورات وقاعدة (اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما بأرتكاب اخفها ضرراً) وغير ذلك من الادلة .

ثالثاً: صلة موضوع البحث بالطب :

الاساس في العمل الطبي ان يكون مقبولاً من الناحية الشرعية وان يتفق مع القوانين الشرعية ليأتي موافقاً عليه ومتفقاً على خطواته ، ان موضوع نقل وزرع الاعضاء البشرية عن طريق الوصية كبقية المواضيع العلمية تبدأ بالتفكير ثم يشدذ الهمة ثم بعمل دؤوب لا يكل ولا يمل حتى الوصول على الغاية نفسها او الى فهم دقيق لها يحيط بالموضوع ، يعتبر زرع الاعضاء في الوقت الحاضر من الوسائل المقبولة لعلاج حالات فشل او عجز بعض اعضاء الجسم كالكلية والكبد والقلب والرئة والبنكرياس وغيرها . وفي عام ١٩٤٥ فان ثلاثة جراحين شباب وهم كل من (جارلس هو فناكيل) و (ارنست لاند شتايند) و (ديفيد هيوم) من مستشفى (بيتر بينت بريكام) في بوسطن بربط الاوعية الدموية لكلية من شخص متوفي في ذراع سيدة مريضة فاقدة الاوعية بسبب عجز حاد في الكليتين ، اشتغلت الكلية المزروعة واستفاقت المريضة^(١) ، وكل هذا كان نتيجة العمل الطبي الفذ ، بقي لدينا ان نقول في هذا الصدد بأن العمل الطبي يعتبر الرافد الاساس في تحديد متى يعتبر الانسان مفارق الحياة ، وهذا ما سوف يرد بيانه

(١) د. اسامة نهاد رفعت - استاذ جراحة المسالك البولية في كلية الطب بجامعة بغداد - مقال منشور في سلسلة المائدة الحرة - نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشرعية والقانون - بيت الحكمة - ٢٠٠٢ ص ٧.

رابعاً : تحديد موضوع البحث :

ان الاصل تحريم الانتفاع بأجراء الانسان اما لكرامته ، واما لعدم امكان الانتفاع بها على وجه مشروع . اما الاستثناء من هذا الاصل فهو جواز الانتفاع بأجراء الانسان من بعض الوجوه . ونحن نتناول هذا الاستثناء على نحو مفصل من خلال هذا البحث دون التطرق الى التبرع بالأعضاء من انسان هي الى اخر ودون التطرق الى مسألة تجارة الاعضاء البشرية حيث ان الموضوع ينحصر في مسألة تبرع الانسان الحي بعضو من اعضائه الى انسان هي اخر بطريق الوصية حيث ان الوصية هنا نتحقق بأركانها وشروطها وتنفذ بعد موت الموصي .

ان هذا الموضوع يستلزم وضع حدود وضوابط ، وذلك لتوازن القضايا المتعلقة به بميزان الشريعة ، ولكي ممن المستطاع كبح جماح شهوة الانتصار العلمي الذي يستعمله أهل الشر لإهدار كرامة الإنسان ، فالشريعة تقدم الحماية للإنسان وكرامته وأدميته ومن هنا كان استجلاء أحكام الشريعة الإسلامية في كثير من مجالات العلوم الطبية ضرورة لا بد منها وذلك لتكون بمأمن من إنحرافها عن مسار الفطرة السليمة .

ولكي استطيع المساهمة ولو بقسط متواضع في هذا المجال كتبت هذا البحث وأني لأرجو أن يكتب الله لي التوفيق .

الباحث

خطة البحث

يشمل موضوع الوصية بالأعضاء البشرية فصلين نبحت في الفصل الأول المفهوم العام للوصية بالأعضاء البشرية ويقسم هذا الفصل إلى مبحثين الأول مخصص لمعنى الوصية وبيان عناصرها ويتفرع من مطلبين الأول لبيان معنى الوصية بالأعضاء البشرية والثاني لبيان عناصر الوصية بشكل تفصيلي أما المبحث الثاني من الفصل الأول فيدرس فيه الخلاف حول تحديد لحظة الوفاة أو معيار الموت ومقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول لدراسة المعيار القديم للموت والثاني لدراسة المعيار الحديث للموت والثالث لدراسة معيار موت الخلايا ثم نخرج إلى الفصل الثاني من البحث وناقش فيه الخلاف حول صفة الشرعية للوصية بالأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي مع دراسة مقارنة ويقسم هذا الفصل الى مبحثين الاول حول الخلاف في الفقه الاسلامي ويكون ذلك على مدى مطلبين الاول حول آراء المانعين للوجه بالأعضاء البشرية اما المبحث الثاني من الفصل الثاني فانه يتناول نظرة القانون للوصية بالأعضاء البشرية ويقسم الى مطلبين الاول حول رأي المشرع العراقي للوصية بالأعضاء البشرية وكيفية اجراءاتها والمطلب الثاني يتناول موقف القانون المقارن من الوصية بالأعضاء البشرية .

الفصل الاول

المفهوم العام للوصية بالأعضاء البشرية

لا بد قبل الغوص في جوهر الموضوع ان نبين معنى الوصية من حيث اللغة والاصطلاح لكي يتسنى معرفة فحوى هذا المصطلح، وبيان المقصود منه، اضافة الى وجوب معرفة المتطلبة في الوصية باعتبارها تصرف بارادة منفردة مضاف الى مابعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض

المبحث الاول

معنى الوصية وبيان عناصره

مقتضى القواعد العامة هو عدم جواز الوصية لانها تصرف مضاف الى زمن لا يملك فيه الموصي سلطة هذا التصرف (اي وقت مابعد الوفاة) لكن الشارع الحكيم اجازها استثناءً بل حدث

عليها لما فيها من مصلحة الموصي والموصى له ^(١) اما مصلحة الموصي : فهي عبارة عما يناله من الاجر والثواب في دار الآخرة ^(٢) وما يحصل عليه من الثناء والتقدير في الدنيا . فالانسان قد تفوته في الدنيا اعمال السر في ماضي حياته او يقصر فيها ثم يتدارك بوصيته مافاتاه او قصر فيه ^(٣) اما مصلحة الموصى له : فانه قد يكون فقيراً يسد بالموصى به حاجته وقد يكون مؤسسة خيرية ذات نفع عام كالمسجد، والمستشفى والمكتبة العامة، ثم قد يستعاض بالوصية عما يحرم منه بعض الورثة من الميراث لمانع كاختلاف الدين او لحجاب كوارث اقرب فمن حكمة الوصية انها تحل محل الميراث عند حرمان الوارث لاي سبب كان ^(٤).

المطلب الاول

معنى الوصية بالأعضاء البشرية

اولاً: معنى الوصية في اللغة

الوصية في اللغة : اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى (حين الوصية) ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها) ^(١) . والوصية مأخوذة من وصى يصي او اوصى يوصي او وصى يوصي واصلها الوصل، وسمي هذا التصرف وصية لما فيه من صلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة ، او صلة القرابة في تلك الحال بها في الحالة الاخرى ^(٢) ، والوصية هي من وصيت الشيء او اوصية اذا وصلته ويقال ارض واصية متصللة النبات ^(٣) .

(١) استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي- احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون - المكتبة القانونية - شارع المتنبي - بدون سنة طبع - ص ١٢٥ .
(٢) الفقيه علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ) - بدائع الضائع في ترتيب الشرائع - مطبعة الامام - القاهرة - ص (٤٨٣٨/١٠) .
(٣) الحرشي على مختصر سيدي خليل مع هامشه حاشية الشيخ علي العودي - دار صادر- بيروت - ص (ج ١٦٧/٨) .
(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث والوصية وحق الانتقال - المصدر نفسه- ص ١٢٦ .
(١) ينظر: الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير للعاجز الفقير - الجزء التاسع - دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٨٦م-١٤٠٦هـ- ص ٣٤١ .
(٢) للمزيد ينظر : الشهيد السعيد زين الدين الجبجي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمعة الجمشقية - ص ١١ .
(٣) العلامة محمد بن مكرم بن علي بن جمال الدين ابن منظور الانصاري . بيان العرب - الجزء ١٥ - دار بيروت لسنة ٧١١هـ - ص ٣٩٥ .

ثانياً : معنى الوصية في الاصطلاح :

للوصية في الاصطلاح الفقهي والقانوني تعاريف كثيرة منها تعريف الحنطة لها بأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً او منفعة ، وتعريف الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف الرجل ماله لشخص اخر او الاشخاص بعد موته وتعريف الامامية بأنها تمليك عين او منفعة او تسليط على تصرف بعد الوفاة^(٤) وهي في الشيعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع^(٥) وعرفها ابن عرفة بأنها (عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته ، او نيابة عنه بعد وفاته)^(٦) ، وعرف الوصية السدي صادق الحسيني الشيرازي بأنها تعهد الانسان الى غيره ليعمل بعد موته شيئاً ، او يأمر بدفع شيء من ماله الى احد بعد موته ، او يعين قيماً على اولاده ومن يلي امرهم ، ويسمى من يعهد اليه وصياً^(١) وفيما سبق ذكره هو تعريف للوصية بوجه عام اما تعريفها من وجهة نظر موضوع البحث (فتعرف الوصية الواردة على عضو من اعضاء الانسان بأنها : ضرورة من صور تعبير المتوفى عن ارادته الصريحة باعطاء الاذن للطبيب الجراح بأستئصال اي عضو من اعضائه او بالتصرف التام بكامل جثته وهي من التصرفات القانونية التي تنشأ بالارادة المنفردة بحيث تتجه ارادة الموصي الى انشاء الالتزام فتكون الوصية تصرفاً احادياً^(٢) والوصية بهذا الوجه الخاص تعني ايضاً : تصرف بعضو او اكثر من اعضاء الجسم على سبيل التبرع مضافاً الى ما بعد الموت^(٣) وتعرف الوصية بهذا النحو بأنها تبرع الانسان الحي - بغير عوض - بعضو منه او جزئه الى مسلم مضطر الى ذلك.

(٤) د. احمد علي الخطيب - شرح قانون الاحوال الشخصية - القسم الاول - احكام الميراث - مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل - ص ٢١٩.

(٥) الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير للعاجز الفقير - المصدر نفسه - ص ٣٤١.
(٦) ومن مزايا هذا التصريف انه بالاضافة الى دلالاته على عناصر الوصية يدل على بعض احكامها منها : ان الوصية عقد غير لازم في حياة الموصي ، وتصبح عقداً لازماً بعد الوفاة وانها - تكون في حدود الثلث ولا يجوز في اكثر من ذلك الا بأجازة الورثة . انظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي . احكام الميراث والوصية وحق الانتقال - المصدر نفسه - ص ١٢٣.

(١) السيد صادق الحسيني الشيرازي - آية الله - المسائل الإسلامية المنتخبة - باقر العلوم للطباعة والنشر - بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م ط ١٨ ص ٤٢٦.

(٢) ينظر : د. سميرة عايد الديات - عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٩ .

(٣) يلاحظ المادة الثانية من مشروع قانون نقل وزرع الاعضاء البشرية لسنة ٢٠٠٨ المصري .

وتعرف الوصية من وجهة نظر القانون بأنها: تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض^(٤)، ويلاحظ على هذا التعريف انه قريب من تعريف الفقه الحنفي مما يدل تأثير المشروع العراقي في قانون الاحوال الشخصية برأي الحنفية^(٥) وبالموازنة بين التعاريف السابقة نجد ان ادقها هو تعريف الحنفية والشافعية ذلك لان تعريف المالكية لها بالهبة يوهم خللاً في التعريف لان الهبة تملك في الحال والوصية تملك بعد الموت فبينهما تناف وان كان كل منهما بطريق التبوع وتعريف الشيعة الامامية يشمل الوصية والايصاء لان لفظ تسليط على تصرف يدخل فيه الوصاية بأنفاذ الوصية وبذلك يكون مخالفاً لعرف اكثر الفقهاء في ان الوصية والوصايا مختلفان عرفاً وكأنها لاحظوا عدم الاختلاف بينهما لغة .

وتعريف المشروع العراقي يشمل ما ليس تملكاً لكن يترتب عليه ذلك كالوصية بالابراء من الدين فإنه اسقاط يؤول الى التملك^(١) ويلاحظ ان بعض القوانين كانت اكثر شمولاً مثل القانون المصري والقانون السوري لان التعريف في هذين القانونية يشمل ما اذا كان الموصى به اسقاطاً يؤول الى التملك كالوصية بالابراء من الدين ، وما اذا كان الموصى به اسقاطاً محضاً كالوصية بالبراء الكفيل من الكفالة^(٢) .

ثالثاً : التمييز بين الوصية وغيرها من التصرفات القانونية:

١- التمييز بين الوصية والهبة^(١)

المقصود بالوصية عموماً تملك مال لآخر بدون عوض ، واذن المشروع الاردني على ذلك (تملك الحق المالي حال حياة المالك)^(٢) فالهبة تصرف قانوني ينعقد بأرادتين ، وقد نصت المادة ٥٥٨ من القانون المدني الاردني على ما يلي : (١- تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض ، ٢-

^(٤) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل . ويقرب منها المادة الاولى من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ و المادة (٢٠٧) من مشروع القانون السوري النافذ والفصل (١٧١) من مجلة الاحوال الشخصية التونسية والمادة (٢٠٤) من مشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية .

^(٥) انظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي مع احمد علي الخطيب - شرح قانون الاحوال الشخصية - احكام الميراث والوصية - المصدر نفسه - ص ٢٢٠ .

^(١) أنظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي مع د. أحمد علي الخطيب - شرح قانون الأحوال الشخصية - أحكام الميراث

والوصية - المصدر نفسه ص ٢٢٠ .

^(٢) - الشيخ الاستاذ محمد عبد الرحيم الكشكي - التركة وما يتعلق بها من الحقوق ص ١٤٠ .

^(١) المادة ٦٠١ من امن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

^(٢) نصت المادة ٥٥٧ ت امن القانون المدني الاردني بأن (الهبة تملك مال حق مالي حال حياة المالك دون عوض) .

يكفي في الهبة مجرد الايجاب اا كان الواهب ولي الموهوب له او وصية والشيء الموهوب في حوزته وكذا لو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته)، ولم ينص القانون المدني العراقي على ما يقابل المادة السالفة الذكر لانها مجرد تطبيق للقواعد العامة في ان الهبة عقد ويلزم لانعقادها الايجاب والقبول والقبض في المنقول كما اغفلت المادة (٦٠٨) من القانون المدني العراقي النص على (هبة الاجزاء او الاعضاء البشرية وقد جاء النص اهلاً للتبرع . فأن كان كذلك جاز له ان يهب في حال صحته ماله كله او بعضه لمن يشاء سواء كان اصلاً له او قرعاً او قريباً او اجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه واختلاف في الدين لا يمنع من الهبة)^(٣) ولا شك ان الهبة كما ترد على الاموال من المنقولات او العقارات حين يعقد الواهب تصرفاً قانونياً مع ارادة الموهوب له في هبة عين او حق او دين او القيان بعمل ، فأنها ترد على اجزاء واعضاء من جسد الانسان ، وان التشريعات الخاصة تذكر (التبرع بالأعضاء) ويقصد من العبارة (الهبة في حال الحياة بالاجزاء او الاعضاء البشرية) فالهبة مهما كان محلها لا تتعد بأرادة واحدة من الواهب وهذا الذي يميز الهبة عن الوصية ، إذ لايجوز الرجوع في الهبة الا في احوال معينة وان اثرها لا يترأخي حتماً الى موت الواهب بينما تتعد الوصية بأرادة الموصي المنفردة ويجوز لهذا ان يرجع فيها مادام حياً^(٤) الا ان من حق الواهب ان يتراجع عن الهبة

بالعضو البشري الذي يريد هبته الى الوقت المحدد لاجراء العملية ، ولايمكن الزامه على التنازل^(١) اما التبرع فهو عقد يولي به احد الطرفين الاخر فائدة من دون اي مقابل^(٢) نصت المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ان الوصية (تصرف في الشركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض) ويرى جانب من الفقه في العراق ان اختيار هذا التعريف للوصية مبين على اساس ان الوصية نوع من انواع عقود التبرعات المالية تنشأ بالارادة المنفردة وسبب من اسباب كسب الملكية ولكن الوصية اعم من هذا التعريف فهي تشمل بالإضافة الى ذلك ابداء المدين من الدين وابداء المدين مما تكفل به واداء واجب عليه كبح وجب عليه ولم يحج وزكاة وبيت في ماله ولم يدفعها ورد الامانات الى اهلها ، وتسديد الديون الواجبة عليه وغير ذلك كما ان التبرعات المريض مرض الموت تخضع لاحكام الوصية وفقاً لرأي جمهور الفقهاء المسلمين^(٣) واغلب عقود التبرع عقود ملزمة لجانب واحد لان المتعاقد لا يأخذ مقابلها يعطي ومثاله عقد الهبة وعقد العارية وعقد الكفالة بدون اجر وعقد الوديعة بدون مقابل وعقد القرض

(٣) انظر : (منذر الفضل - التصرف القانوني في اعضاء البشرية . دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - ط ٢ - ١٩٩٢ ص ٨٦-٨٧ .

(٤) أ.د. عبد الرزاق احمد الشهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الخامس - ص ٦ .

(١) أ.د. منى الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - المصدر نفسه - ص ٨٩-٩٠ .

(٢) أ.د. منى الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - ص ٩٠ .

(٣) أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي . شرح قانون الاحوال الشخصية - الميراث والوصية - ١٩٨٧ - بغداد - ص ٥-٦ .

من دون اجر وغيرها^(٤) اما ما يميز الوصية عن المقايضة فان المقايضة تملك البائع المشتري المبيع في الحال مقابل ثمن معين اما الوصية فأنها تملك بلا عوض مضاف الى ما بعد الموت ، ان وصف التصرف بانه معاوضة او وصية يخضع للظروف الموضوعية التي تم فيها التصرف ومن ثم للقاضي بحسب الظروف استخلاص التكييف الملائم للعقد ويلجأ ان المأجدة (٩١٧) من القانون المدني المصري تنص في هذا الضوء على انه (اذا تصرف شخص لاحد ورشته واحتفظ باية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحققة في الانتفاع بها طوال حياته. اعتبر التصرف مضافاً الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية مالم يقع دليل يخالف ذلك) ولعدم وجود نص مماثل للنص اعلاه فقي التشريع العراقي فان وصف التصرف بأنه معاوضة او وصية يكون متروكاً للقضاء ان يقدره بحسب الظروف الموضوعية التي تم التصرف فيها^(٥) ومع ذلك يشاهد بأن المشروع العراقي يعتبر التصرف الناقل للملكية والصادر من المورث في مرض الموت في حكم الوصية اذا كان على سبيل التبرع^(١).

(٤) د. احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٦٣ .

(٥) انظر : د. سعيد مبارك مع د. طه الملاحويش مع د. حاجب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود الممساة - البيع - الاجار - المقولة - جامعة بغداد - كلية القانون - دار الحكمة - ١٩٩٢-١٩٩٣ . بغداد - ص ١٣-١٤ .

(١) انظر المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

المطلب الثاني

عناصر الوصي

المقصود بالعناصر في الاركان والشروط* وهي عادة توخذ من تعريف الموضوع ، وتعريف الوصية بأنها : تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض . ويستقى منه ان هذا التصرف لا يمكن ان ينشأ ويرتب آثاره الشرعية مالم تتوفر فيه عناصر اربعة وهي : الصيغة والموصي والموصى له والموصى به^٢ .

اولاً : صيغة الوصية

وصيغة الوصية قد تكون لفظاً يتكلم به الموصي وقد تكون كتابة او اشارة ، فبالنسبة للفظ فإنه الاصل في التعبير عن الارادة بأعباره وسيلة طبيعية للتفاهم بين الناس ، ولكن لا تشترط عبارة معينة بل يصح بكل ما يدل على انتشار الوصية فأذا قال - مثلاً - وهبت كذا لفلان بعد موتي يكون ذلك وصية لا هبة ، اما الكتابة فهي وسيلة ثانية للتعبير عن الارادة الباطنة اذا كانت بينة واضحة دالة على المقصود وتصح الكتابة حتى من القادر على النطق عند جمهور الفقهاء المسلمين اذا تأيدت حتى بالاشهاد عليها لان الكتابة لاتقل في البيان الارادة عن العبارة بل هي اقوى منها عند الاثبات لذا فإن المشرع العراقي أعتبر الوصي وأعطى لها الأهمية إذا كانت مكتوبة وموقعة من الموصي أو مختومة بختمه أو بصمة إبهامه إذا كان الموصى به عقاراً أو مالا منقولاً .

ان الشخص البالغ العاقل يمكنه ان يوصي وقيل وفاته بجثثة او اي عضو من اعضائه لاغراض علمية او طبية وهذه الوصية تعتبر مشروعة من الناحية القانونية . وقد اعطى مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الاميريكية **anatomical Gift act uniform** لكل شخص عاقل بالغ سن الثامنة عشر الحق في التصرف بكل جثثة او اجزاء منها بعد وفاته وليس هنالك شكل محدد للاذن الصادر من صاحب الشأن فيجوز ان يتم في شكل وصية (will) او في هيئة وثيقة عادية يوضع عليها المعطي في حضور شاهدين وللمعطي ان يسلم هذه الوثيقة لمن

(*) الركن والشرط يتميزان تماماً في الامور الحسية لان لهما في الواقع وجوداً حقيقياً لا اعتبارياً فالكرسي مثلاً يتكون من الخشب والمسمار فلا وجود له الا بوجودهما فهما من اركانه وداخلان في حقيقة تكوينه الا انه لا يأتي الى حيز الوجود فهو شرط له لانه يتوقف عليه وجود الكرسي مع انه ليس جزءاً منه ولها جعل الفقهاء للمصطلحات الفقهية والقانونية مفاهيم ذهنية وهي عناصر اساسية تكون حقيقة اعتبارية لها استعاروا ذلك التقييم لها فما كان داخلاً في الحقائق الاعتبارية جعلوه ركناً لها وما كان خارجاً عنها ولكن وجوده لازم لوجودها حدوه شرطاً لها . انظر : د. احمد علي الخطيب شرح قانون الاحوال الشخصية . القسم الاول - احكام الميراث - المصدر نفسه - ص ٢٣١ هامش رقم (١) .
(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث والوصية وحق الانتقال - المصدر نفسه - ص ١٢٩ .

يعينه من اقراره^(١) وفي رأينا المتواضع فان ما قام به المشرع العراقي يعتبر خطوة ايجابية في ضمان وصية المتوفي وهذه الخطوة الايجابية تكمن في نص المادة الخامسة والستون حيث جاء فيها.

١- لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الموصي او مختوم بختمه او طبعة ابهامه فاذا كان الموصي بيه عقاراً او مالاً منقولاً لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل

٢- يجوز اثبات الوصية بالشهادة اذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . وكذلك تصف المادة السادسة والستون على انه (الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ اذا لم يعترض عليها من قبل ذوي العلاقة). علماً ان تصديق الوصية من كاتب العدل ليس شرطاً لحصة الوصية وانما هو وسيلة لاثباتها وعليه للمدعي الوصية تحليف منكرها اليمين عند حجزه عن الاثبات^(٢) ويجوز اثبات الوصية بالبينة الشخصية اذا كان الموصي قد طلب احضار الكاتب العدل الى المستشفى التي يرقد فيها لتسجيل الوصية فعالجت المنية قبل ان يتم ذلك مما يعتبر مانعاً مادياً دون استحصال الدليل الكتابي ويجوز معه الاثبات بالشهادة^(٣).

ويكفي في تحقيق الوصية كل ما يدل عليها من لفظ صريح او غير صريح او فعل وان كان كتابة او اشارة بلا فرق بين صورتها الاختيار وعدمه بل يكفي وجود مكتوب بخطه او بامضائه بحيث يظهر منه ارادة العمل به بعد موته^(١).

وقد تكون الوصية بالاشارة اذا تكفي الاشارة الدالة محلي المراد قطعاً في ايجاب الوصية مع تعذر اللفظ لخرس او اعتقال لسان بمرض . ونحوه^(٢)

ثانياً: الموصي/

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي - الوصية - مع د. أحمد علي الخطيب - المصدر نفسه - ص ٢٣٢ .
(٢) انظر: الاستاذ علي محمد ابراهيم الكربائي - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل - المكتبة القانونية - دار الحرية للطباعة ١٩٨٩ - ص ١٣٧

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية وضع القرار ٣٨٢-شريعة اولى ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٣/٢٨ النشرة القضائية ص ٢٠٦ - العدد الاول - السنة الخامسة.

(١) السيد ابو القاسم الخوني - منهاج الصالحين - المعاملات - كتاب الوصية - مسألة ٩٨٦ - ص ٢٠٨ -

(٢) الشهيد زين العابدين البجعي العاملي - الروضة البهية في اللمعة الدمشقية - المصدر نفسه ص ١٨٠

باعتبار الوصية تصرف قانوني لذا فانه يعتقد به القانون بصرف النظر عن القائلين بأن الوصية عقد غير لازم فانها في نظر القانون تصرف بارادة منفردة هي ارادة الموصي لذا يشترط فيمن يقوم بهذا التصرف ان يكون بالغاً حيث لا اعتداد بتصرف الصبي ان يكون الموصي عاقلاً دون اي شك فلا اعتبار لتصرف المجنون وان يتوفر لدى الموصي القصد الى مضمون تصرفه باعتباره تصرف مضاف الى مابعد الموت اما اذا قصد منه التصرف حال حياة الموصي فلا تنطبق عليه الوصية .ولو قلنا بأن الوصية عقد غير لازم فإن العقد يحتاج قبل كل امر الى ارادة واضحة فلا اعتبار بارادة الهازل ولا اعتبار بارادة الساهي ولا اعتبار بارادة الغالط بل الاعتداء والاعتبار يكون بارادة من عدة الشرع والقانون صاحب الارادة والقول بما سبق من شروط .

مرده الى كون الوصية تبرع الموصي بماله الى غيره على اي وجه مشروع فما يفتقد الموصي باخراج امواله من ذمته المالية وادخالها في ذمة الموصي له المفتني فهي (اي الوصية) تعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً لان التبرع بالاموال لا يكون بمقابل عادة اي مقابل مادي او عوض بغض النظر عن المقابل المعنوي وهو مايناله الموصي من البر والاحسان فيها اذا اوصى لجامع او دار ايتام .انه استثناء من شرط البلوغ وتصح الوصية من صبي مميز جاوز العشر سنين اذا وافق الحق^(١) وهذا القول مرده امرين

الامر الاول : ان من نظر الى ان الوصية تختلف عن سائل التبرعات من حيث ان الموصي يحتفظ بملطية الموصي به مدى الحياة فلا يخسر شيئاً مادياً بالاضافة الى مايكسبه من الثواب والاجر في دار الآخرة :قال بصحة وصية الصبي المميز لانها لتصرف نافع نفعاً محضاً ولذلك لا يحتاج الى اجازة الولي او الوصي

الامر الثاني : من اعتبر الوصية تصرفاً ضاراً لانها تطوع وتجرع دون مقابل مادي وان الثواب بنفس الدرجة لو ترك المال لو رثته فهي كسائر التبرعات قال ببط لانها كما تبطل هبته وصدقته وغيرها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً^(٢).

(١) السيد زين العابدين البجعي العاملي - الروضة البهية في اللمعة دمشقية - الجزء الثاني - ص ٤٥ .

(٢) د.مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث والوصية وحق الانتقال .المصدر نفسه - ص ١٣٩ .

ثالثاً: الموصى له:

ويشترط في الموصى له الوجود حالة الوصية وصحة التملك فلو اوصى للعمل اعتبر وجوده حالة الوصية بوضعه لدون ستة اشهر منذ حين الوصية فيعلم بذلك كونه موجوداً حالتها او باقضى مدة العمل فما دون اذا لم يكن هناك زوج ولا مولى فأن كان احدهما لم تصح لعدم العلم بوجوده عندها واحالة عدمه لامكان تجدده بعدها وقيام الاحتمال مع عدمها بامكان الزنا والشبهه مندفع بأن الاصل عدم اقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرمات وتدور الشبهة^(٣)

اضافة الى ماسبق ذكره من الشروط فأن الموصى له يجب ان يكون عالماً بالوصية .اضافة الى وجوب ان يكون الموصى له معلوماً علماً يرفع الجهالة .فاذا كان الموصى له مجهولاً جهالة فاحشة لايمكن التصرف عليه معها فأن الوصية تبطل لانها تمليك ولا بد من معرفة التمليك ليتعلق به ملك الموصي به فلو قال (اوصي بثلث مالي لرجل من سكان بغداد مثلاً فأن الوصية تكون باطلة ويشترط ايضاً في الموصى له الا يكون فقد ذهب الحنفية والجعفرية والشافعية الى ان هذا هو شرط الصحة لان الوصية تبرع بتمليك وفي التبرع لمن يكون محارباً اعانة على محاربتنا ، واخيراً يشترط في الموصى له الا يكون قاتلاً للموصي^(١) فمن استعجل في شيء قبل اوانه عوقب بحرمانه وان الموصى له لما عرف ان الموصي قد اوصى له فأقدم على قتله مستعجلاً تملك المال الموصى به فيجب حرمانه من الوصية عقاباً على فعله غير المسروع . وتصح الوصية للموصى له سواء كان وارثاً او غير وارث اذا تحققت الشروط .

رابعاً: الموصى به /

وهو كل مقصود للتمليك عادة يقبل النقل عن الملك من مالكة الى غيره فلا تصح الوصية بما ليس بمقصود كذلك اما لحقارته كفضلة الانسان او لقلته كحبة الحنطة وقشر الجوزة او لكون جنسه لا يقبل الملك كالخمر والخنزير ولا بما لا يقبل النقل كالوقف وام الولد ولا يشترط كونه معلوماً للموصي ولا للموصى له ولا مطلقاً ولا موجوداً بالفعل حال الوصية بل يكفي صلاحيته للوجود عادة في المستقبل^(٢)

(٣) راجع : السيد زين الدين الجبعي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمحة الدمشقية السالف ذكرها المصدر نفسه - ص ٢٣-٢٤ .

(١) د.مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الوصية في المؤلف المشترك مع د. احمد على الخطيب - المصدر نفسه - ص ٢٥٢-٢٥٣ .

(٢) للمزيد من التفاصيل راجع السيد زين العابدين الجبعي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمحة الدمشقية - الجزء الخامس - المصدر نفسه - ص ٣٣ .

ويشترط في الموصى به ان يكون مما ينتقل بالارث اضافة الى كونه مالا مقوماً^(٣) وان يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي ان كان بالذات^(٤) ويشترط ايضاً في الموصي به ان يكون في ثلث التركة وتقول في هذا الشرط ان الزيادة عن الثلث باجازة الورثة لا غبار عليه ذلك ان المنع من الزيادة عن الثلث جاء لمصلحة الورثة ومنعاً من الا يتصور عن الثلث جاء لمصلحة الورثة ومنعاً من الا عند الزيادة ، فأذا اجاز الورثة الزيادة فلا ضير ودليلنا على ذلك قول الرسول محمد صلى الله عليه وسلم في حديثه المشهور لسعد بن ابي وقاص (الثلث والثلث كثير انك ان تذر قرثتك اغنياء طير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس) وان اجازة الورثة للوصية بأكثر من الثلث معناها انهم لم يتضرروا من الزيادة وحسناً فعل المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في المادة (٧٠) والتي جاء فيها (لاتجوز الوصية بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وراث له) .

ولما كان الموصي به في موضوع البحث هو احد اعضاء الانسان لذا فلا بد من تحديده بتصريف معين وبيان ما يشترط في العضو الذي يكون محلاً للوصية .

فالعضو لغة : بالطبع او الكسر هو احد الاعضاء وهو كل عظم واخر بلحمه وقد يطلق العضو على الاطراف واجزاء الجسم واصطلاحاً فالعضو كل ماله ووظيفة متميزة عن وظيفة غيره كاليد والرجل والعين واللسان ونحو ذلك وقد يراد بالعضو البشري : اي جزء من اجزاء الانسان سواء اكان عضو مستقلاً والعين والكبد والقلب والدماغ ونحو ذلك او جزءاً من عضو كالفرينة والانسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف وسواء منها كالجامد والسائل كالدم واللبن وسواء متصلاً به ام منفصل عنه^(١) .

ومن خلال هذه التعاريف نجد ان شروط الموصى به وهو العضو ما يلي:

- ١- ان يكون مما ينتفع به الموصى له .
- ٢- ان يكون جزءاً من جمع الموصى .
- ٣- ان يكون ذا وظيفة قائمة بعد الفصل من جسم الموصي .
- ٤- ان يكون نقل العضو بعد وفاة الموصي .
- ٥- ان لا يترتب على نقل العضو تشويه جثة الموصي .

^(٣) نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي على انه (١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية) .

^(٤) نعتقد بأن هذا الشرط ليس ضرورياً ذلك لان الموصي به ممكن ان يكون محروماً حين الوصية وموجود في المستقبل اي ما بعد وفاة الموصي فيصبح التملك للموصي له بالموصي به

^(١) انظر: نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون - بحث مقارن - سلسلة المائدة الحرة - بيت الحكمة - بغداد ٢٠٠٠م ص ١٦ .

ويعرف العضو ايضاً بأنه كل جزء من جسم الانسان او جثته^(١) ويكون هذا العضو هو محل لعملية النقل التي هي عبارة عن استئصال عضو من جسم الانسان حي او ميت وزراعته في جسم انسان هي^(٢) فالعضو المعنى هو جزء من الانسان يكون حيويًا او هاماً لانقاذ المريض^(٣) والعضو يعتبر محل لعملية النقل من الجسم لا يرد الا على ما يقبل التجدد او التعويض من مواد الجسم البشري كالدّم ونحوه او يرد على عضو من اعضاء الجسم ذي مثيل له باق وكاف لاداء وظائف العضو المنقول^(٤) ويلاحظ على التعاريف السابقة انها تشير الى معنى العضو الموجود في جسم الموصي سواء كان عضو داخل الجسم مثل الكلية او خارج الجسم مثل صيوان الاذن الا ان بعض التشريعات تفرق بين ما يسمى بالعضو وغيره مما يكون داخل جسم الانسان مثال ما ورد ذكره نص المادة الثانية من المرسوم الاستثنائي رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٣ اللبناني (يمكن اخذ الانسجة والاعضاء البشرية من جسد شخص معين او نقل ميت الى مستشفى) ومما يجب ذكره ان المشرع اللبناني لم يقصر الوصية على جزء او عضو من الجثة او على انسجة دون اخرى انما جاء بلفظ عام لقلوه (اخذ الانسجة والاعضاء) وفي هذا تعميم للفائدة^(٥) .

المطلب الثالث

كيفية التعبير عن ارادة الموصي

تتطلب عملية التعبير عن الارادة شكلاً معيناً يجب ان يعبر الموصي فيه عن ارادته وهذه الشكلية قد تتخذ صورة الوصية او الاقدار الكتابي فبالنسبة للوصية فان بعض التشريعات اشترطت وجود الوصية بنقل الاعضاء البشرية ومن ضمن هذه التشريعات القانون السوري الخاص بنقل الاعضاء البشرية رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ والمعدل بقانون رقم ٤٣ الاحشاء او جزء منها من ميت بقية غرسها لمريض بحاجة اليها وجود وصية للمتوفي بأجراء ذلك ويبدو ان الشكل الكتابي الصريح او الخفي هو ما قصده المشرع السوري لتنظيم الوصية بدلالة ما ورد في المادة ٥/٣ أ/ بقوله (اذا رأى الاطباء من رؤساء الاقسام في المشافي والمؤسسات الطبية المحددة من وزارة الصحة ان المنفعة العامة تقتضي فتح جثة شخص ما جاز لهم ذلك اذا لم يقع اعتراض صريح وخطي من

(١) انظر مشروع القانون المصري لسنة ٢٠٠٨ بشأن نقل وزراعة الاعضاء البشرية - المادة الثانية .

(٢) المائدة الاولى من قانون تنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) انظر فتوى مجلس الدولة المصري حول قضية نقل الاعضاء - الجمعية العلمية لقسمي الفتوى والتشريع - الموقع الالكتروني لا سلام او لاين - نت . ١٩٩٨ .

(٥) راجع : د. سميرة عابد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - المصدر السابق - ص ٢٩٣-٢٩٤ .

الشخص قبل وفاته او من اقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة^(١) ومن الجدير بالذكر ان الهبة والوصية بالأعضاء البشرية حال الحياة من كامل الاهلية من التصرفات القانونية از لشكلية لان الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ اشترطت الكتابة والهدف من الكتابة لتبصير المتنازل بتصرفه وللتأكد من سلامة الرضا والتشكيلة هنا هي شكلية قانونية كتابية . والغاية من الشكلية التي يفرضها القانون حماية اطراف العقد نظراً لخطورة التصرف القانوني ففي وجود تبصير بعواقب العمل القانوني^(٢) والوصية لاثنتين الا بدليل كتابي وعليه فأن انشاء الوصية وقف قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل حيث جاء في المادة (٦٥) فقرة (١) منه (لاتعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الموصي او مبصوم بختمه او طبعة ابهامه) ، فالوصية التي تكون قيمة الموصي به اقل من خمسمائة الف دينار يجوز انشائها بمحرر كتابي عرفي على شكل ورقة مكتوبة او رسالة موجهة الى الموصي له ولا يشترط لهذا المحرر شكل خاص وكل ما يشترط فيه

شكل خاص وكل ما يشترط فيه ان يكون موقعاً من الموصي وتسري على هذا المحرر القواعد التي نص عليها القانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧ منه^(١).

اما بخصوص كون التعبير عن ارادة الموصي قبل وفاته يتم عن طريق الاقرار .فان في هذا الامر مسالتان :

اذا اعتبرنا الاقرار انه اعتراف شخص بحق عليه لآخر .سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته او لم يقصد^(٢)، فان هذا الاعتبار يصطدم باعتبار اخر مفاده تعبير الموصي عن ارادته بطريق الاقرار الكتابي وهذا مستهاغ لانه كيف يعبر الموصي عن ارادته بطريق الاقرار او بعبارة اخرى كيف يقر شخص على نفسه . وهو في عداد الموتى لذا فانه مادام الموصي قد توفي فان الاعتبار السابق يسقط في نظرنا

المسألة الثانية :

(١) ونؤيد ما جاء في اقتراح د. سميرة عابد الديات من ان المشرع السوري اذا كان قد اوجب الشكل الخطي والصريح لاعتراض الشخص قبل وفاته فمن باب اولي ان تتطلب ذلك في وصية المتوفى بنقل اعضائه او احشائه او اي جزء منها . انظر : د. سميرة عابد الديات - المصدر نفسه - ص ٣٠٤-٣٠٥ .

(٢) راجع: د. منذر الفضل - النظرية العامة للاتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة - الجزء الاول - مصادر الالتزام - ط ١ - ١٩٩١م ص ٥١ .

(٣) أنظر المحامي جمعة سعدون الربيعي - المرشد إلى إقامة الدعاوي الشرعية وتطبيقاتها العملية معززة بقدرات محكمة التمييز . ط ٢ - ٢٠٠٦ - المكتبة القانونية - ص ١٨٧ .

(٤) انظر: مجيد حميد السماكية - حجية الاقرار في الاحكام القضائية والشريعة الاسلامية - رسالة الماجستير - دراسة مقارنة - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٧٦ - ص ١٢ وما بعدها .

إذا اعتبرنا الاقرار اقراراً كتابياً فإنه في هذه الحالة يختلف عن الدليل الكتابي فالاقرار الكتابي يكون اعترافاً لاحقاً لنشوء التصرف القانوني. فهو اقرار بوجود الحق (او الموصى به) بعد نشوئه (او وجوده) ويعد الاقرار هنا حجة قاصرة على ورثة المقر من بعده^(٣).

وممكن ان يكون تعبير الموصي عن ارادته بشكل اقرار كتابي يتضمن اقرار الموصي باعطاء عضو من اعضاء جسمه الى شخص يمدده في الاقرار وينفذ هذا الاقرار بعد وفات الموصي، فهنا لا بأس بان يكون التعبير عن الارادة بشكل اقرار كتابي .

وهذا الاعتبار يتفق مع احكام القانون الاردني الخاص بالانتفاع باعضاء الانساب رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ في المادة (٥) فقرة (أ) اذا جاء فيها:

(أ- إذا كان المتوفى قد اوصى قبل وفاته بالنقل باقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية)

ومن ناحية اخرى، إذا كان الاقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فإن للوارث ان يثبت عدم صحة اقرار مورثه بجميع طرق الاثبات، إذا انطوى الاقرار على الاحتيال على القانون^(١) ويسري اقرار الموصي على الموصى له بكل التركة او بجزء شائع منها لانه يعتبر خافاً عاماً له^(٢) والاقرار تصرف قانوني في الشيء المقربة من جانب المقر لذلك وجب ان يكون موضوعه معيناً تعييناً كافياً كافيّاً للجهالة^(٣). وبعد ان فرغنا من اشكال التعبير عن الارادة، نأتي الى دراسة موضوع الوصية وهو الموصى به والسؤال الذي يطرح هنا، هل ان ارادة الموصي يجب ان تكون محل اعتبار غالباً، مهما كان موضوع الوصية، وهل يجوز عدم الاعتداء بأرادة الموصي عندما يكون محل الوصية مخالف للاحكام الشرعية والاسلامية والقانون الوضعي، للاجابة عن السؤال السابق نقول : ان ارادة الموصي ليس بالضرورة ان تحترم وتنقذ في كل تصرفاته مالم ترتكز على قاعدة اخلاقية (الاخلاق الفردية والاخلاق الاجتماعية) والاعتبارات الدينية، اذ لايجوز للخص ان يوصي مثلاً بحرق جثته وذر رمادها على سفوح الوديان والجبال او اطعامها للاسماك، ومثل هذه الارادة يجب عدم الاعتداد بما اتجهت اليه لانها تتناقض مع الشرع والعقل والقانون، ولهذا فإن الباعث الدافع لهذا التصرف يختلف تماماً عن الغايات الانسانية النبيلة في شخص الموصي الذي يوصي بجثته او اعضائه لاغراض الاعمال الطبية في نقل الاعضاء

(٣) د. عصمي عبد المجيد بكر - شرح قانون الاثبات - ط٢-٢٠٠٦- المكتبة الوطنية - ص١٣٧ .

(١) نقض مصري في ١٩٥١/١/١٨ - مجموعة احكام النقض - الستة (٢) رقم ٤٩ - ص٢٤٩ .

(٢) احمد نشأت- رسالة الاثبات - الجزء الثاني - القاهرة - ١٩٧٤ - ص٣٥ - فقرة ٥٠٤ .

(٣) د. سليمان مرقص - طرق الاثبات - معهد البحوث والدراسات العربية - الاقرار واليمين واجرائتها - القاهرة - ١٩٧٠ - ص١ .

والفرس^(٤). ويجب تحديد ما يوصي به الموصي لذا فإن هذا الموضوع يندرج تحت موضوع ضابط ما يحرم الوصية به :

فسيجرم شرعاً الوصية بالأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية وهي : الخصيتان عند الرجل والمبيض عند المرأة فالخصية عند تنقل صفاته وصفات اسرته وعرفه الى ابنائه والمبيض عند المرأة ينقل صفاتها وصفات عرقها واصولها الى ابنائها عن طريق الشفرة الوراثية التي يحويانها كل من الخصية والمبيض، وكذلك المبيض بالنسبة للمرأة فأذا نقل مبيض من امرأة الى اخرى فإن البويضات للمنقول منها لا للمنقول اليها فلو حدث وخصبت احدى هذه البويضات بعد عملية النقل والزرع فإن الجنين في هذه الحالة يحمل صفات المنقول منها لا المنقول لها وعلى ذلك فهو ابن المنقول منها ولا يخفى ما في هذه الحالة من

اختلاط للإنسان^(١) ولا يجوز كذلك نقل خلايا الدماغ والجهاز العصبي حيث تكلم علماء الطب عن نقل خلايا الدماغ والجهاز العصبي واتفقت كلمتهم في الوقت الحاضر على ان هذا من الامور المستحيلة بل من الخيال العلمي الذي قد يصبح حقيقة في زمن ما^(٢).

المبحث الثاني

تحديد لحظة الوفاة : (معيار الموت)

ان تحديد لحظة الوفاة من اهم المسائل التي تثار في مجال نقل الاعضاء من الاموات الة الاحياء . ذلك أن اجراء النقل يستلزم التحقق الاكبر من وقوع الزفاة ابتداءً ولا يخفى ما لتحديد الوفاة ايضاً من اهمية في مجال تحديد الخط الفاصل بين الحياة والموت ، وبالتالي تحديد الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب من حيث تحرير شهادة الوفاة ، والموت بحد ذاته ليس ظاهرة بيولوجية فقط، وانما له ايضاً قانونية يرتبط بها العديد من المسائل القانونية كالارث او توافر اركان جريمة القتل، حيث يشترط القانون ان يكون محل جريمة انساناً حياً وبالتالي فإن تحديد لحظة الوفاة يتوقف عليه توافر اركان هذه الجريمة^(١) اضافة الى ان الوفاة تشكل نقطة الانطلاق لاستئصال^(٢) عضو من الجثة لزرعها في جسم حي بحاجة اليها .

(٤) د.منذر الفضل - التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - المصدر نفسه - ص ١٤٠ .

(١) نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشرعية والقانون - المصدر السابق ص ٦٠-٦١ .

(٢) نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشرعية والقانون - المصدر نفسه . ص ٦١ .

(١) انظر : د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتذار على الاشخاص - ص ٩ وما بعدها .

(٢) انظر : د. سميرة عايد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - المصدر نفسه ص ٢٥٩ .

والموت : يعني صفة وجودية خلقت ضد الحياة او هو زوال الحياة وانعدام جميع امارتها او هو خروج الروح من الجسر^(٣) والملاحظ ان الموت الحكمي (التقديري) يخرج من نطاق بحثنا المتعلق بالوصية بالأعضاء البشرية ، لذلك نركز جهدنا على معرفة لحظة الوفاة الطبيعية عند الانسان لتنفيذ الوصية بالجثة وفيما يلي نورد مراحل الموت او اقسام الموت حسب ما توصل اليه علم الطب حديثاً، وهي :

أولاً : الموت الاكلينيكي (وهو المعيار الشرعي) ويحدث فوراً بعد توقف القلب والرئتين عن العمل.

ثانياً : الموت الحقيقي : (وهو معيار الحديث) ويرتبط بموت الدماغ ويكون ذلك بعد مرور ٤ او ٥ دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالاكسجين للنخ، ويحدث بعد توقف القلب والرئتين، وعندها يحدث التقيق التلقائي لاجهزة الجسم التي تقوم بالوظائف الاساسية.

ثالثاً : موت الخلايا : ويعرف بأنه التوقف التلقائي لعمليات التبادل والتحول الكيماوي، لان هذه الخلايا تبقى حية بعد توقف المخ والقلب والرئتين عن العمل ولمدة تختلف من عضو لآخر، ويمكن ان تصل تلك المدة لعدة ايام احياناً وفي نهاية تلك المدة تتحلل الخلايا وتموت (٤) ويسمى بالموت الخلوي وفيما يلي تفصيل لاقسام الموت .

المطلب الاول

الموت الشرعي (المعيار القديم للموت)

وفقاً لهذا المعيار فان لحظة الموت الطبيعي للإنسان تكون في لحظة موت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي، فلا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الموت خاصة بعد توفر اجهزة الانعاش المتطورة القادرة على استمرار حياة .

الانسان العضوية لفترة محدودة (الحياة الخلوية) لهذا فان هنالك من يذهب قائلاً ان الموت وفقاً لمعيار الطب الحديث يقع حيث تتوقف حياة الانسان يتوقف الاجهزة التالية :

- ١- توقف الجهاز التنفسي
- ٢- توقف الدورة الدموية

(٣) انظر : نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشرعية والقانون - المصدر نفسه ص ٣٠

٣- توقف الجهاز العصبي^(١).

وفي هذا المعيار نشير إلى أن القلب ممكن أن يكون بسبب الوفاة الذي ينهي حياة الإنسان قاطبة ولو أننا في هذا المضمار قد تسبق مناقشة المعايير التي ذكرت سلفاً إلا أننا نريد هنا أن نقلل من أهمية هذا المعيار صحيح أن أبغض^(٢) أشار إلى عدم أهمية هذا المعيار في الوقت الحالي متأثراً بما طرأ من تطور طبي إلا أن المعيار القديم لا يخلو من أهمية مبدؤها أن بعد توقف القلب ببضع دقائق تموت خلايا الدماغ ثم تبدأ خلايا الجسم بالموت تدريجياً ويختلف هذا من عضو لآخر إلى أن تموت جميع خلايا الجسم ويسمى هذا بالموت الخلوي. وقد أشار الفقيه القانوني المستشار طارق البشري (النائب الأول السابق لرئيس مجلس الدولة في مصر) إلى اعتبار الموت ليس واقعة طبية فحسب، بل أنه كما عبرت عنه فتوى اللجنة العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بانه حقيقة دينية فلسفية وواقعة قانونية وحالة اجتماعية مشيراً أيضاً إلى أن الشريعة لا تختلف عن القانون الوضعي في تحديد الموت باعتبار أن شواهد واحد بين البشر اجمعين، كما اصدر شيخ الازهر الراحل (جاء الحق علي جاء) عندما كان مغني الديار المصرية فتوى عام ١٩٧٩ واكدها اثناء شياخته الازهر ف فتوى لمجمع البحوث الاسلامية عام ١٩٩٢ ، ووضح فيها ان توقف جذع المخ ليس دليلاً على الوفاة اذا لم تصحبه دلائل اقرها الطب الشرعي من قديم الزمان وهي توقف الحياة التنفسي والجهاز الدموي والجهاز العصبي ووضح فضيلته ان الوفاة - وفقاً للمفهوم الشرعي - تحدث بتوقف القلب عن ضخ الدم إلى اعضاء الجسم بما يؤدي إلى برودة الاعضاء وهو ما يعني خروج الروح منها^(٣)

وفيما تقدم ندرك ان التعريف القديم للموت هو توقف القلب والدورة الدموية وجهاز التنفس ولا يزال سارياً بالنسبة لمئات الملايين من الوفيات التي تحدث سنوياً ومه هذا فإنه بنتيجة التقدم في المجال الطبي واستخدام الاجهزة المتطورة فأن هذا التعريف لم يعد كافياً وهذا يعتبر نقد يوجه إلى جسيم المعيار القديم^(٤) ومفاد النقد انه في حالة موت قلب الانسان عن العمل (المعيار القديم او الموت الاكلينيكي) ولكن خلايا القلب تظل حية خموت مثل هذا الانسان لا يعد الا موتاً ظاهرياً ولذلك لا يوجد ما يمتنع من اعادة القلب في مثل هذه الحالة الى عمله الطبيعي عن طريق استخدام اجهزة

(١) الدكتور عبد الله محمد عبد الله - نهاية الحياة الإنسانية مجمع الفقه الإسلامي ١٩٨٦ ص ٦٧ مشار إليه في مؤلف الدكتور منذر الفضل - التصرف القانوني في في الأعضاء البشرية .
(٢) المصدر نفسه ص ١٤٣ وعلى سبيل المثال الدكتور أحمد شرف الدين - الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي - مجلة الحقوق والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي مجلة الحقوق والشرعية - الكويت - العدد الثاني - سنة ٥ - ١٩٨١ ص ١٠٣ وما بعدها .
(٣) انظر : الموقع الالكتروني لشبكة اسلام اون لاين -H/arabic/scienc/topic6 shtml- الصحة والدب البديل - مقال ة لخاد يونس.
(٤) د. منذر الفضل - التصرف القانون بالاعضاء البشرية - المصدر نفسه ص ١٤٤ .

الانعاش الصناعي^(٣) ومثلاً على ذلك فيخبر نشرته صحيفة الجمهورية (في العراق) في يوم ١٩٨٩/١/٥ تحت عنوان (تعود الى الحياة بعد موتها) مفاده ان عجوزاً تدعى (كالينين بالابال) توفيت يوم ١٩٨٨/١٢/٣١ فنقلت الى المكان المخصص لاحراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا) بولاية (جوجارات) الا انها نهضت وعادت اليها الحياة مجدداً^(٤) .

المطلب الثاني

المعيار الحديث

موت الدماغ او (موت جذع الدماغ)

لم يسلم المعيار الاول من انتقاء الفقه والاطباء للاسباب والوقائع التي ذكرناها ونضيف ان معيار توقف القلب والدورة الدموية والجاهز التنفسي ليس هو المعيار الدقيق الذي يصلح في تحديد لحظة الموت لتنفيذ الوصية في نقل العضو البشري من المتوفى . ففي قضية حصلت في برمنكهام في انكلترا ان احد الاطباء قام بنزع كليتي احد الاشخاص الذين ماتوا في حادث سيارة حسب المعيار الاول وكان قد اوصى بكليتيه، وحصلت المفاجئة حين تبين انه ما يزال حياً ولم يمض الا بعد مضي ١٥ ساعة على الشروع في استئصال كليتيه ، فأثار الموضوع حالة عدم ارتياح بين الناس^(١) .

ان موت الدماغ هو الموت الحقيقي فعندما يقطع رأس انسان مثلاً فإن الرأس يذهب الى مكان . وتبقى جثته ويبقى الدم في اندفاع قد يصل الى عشرة او خمسة عشر دقيقة ذلك كله رغم دلالاته على ان هناك مضخة الدم الى اعلى . الا ان القلب لا يزال ينبض الا انه لا يدل على وجود الحياة . لقد اصبح هذا الانسان ميتاً منذ توقف سريان الدم الى دماغه وبالتالي ثفان الموت هو موته الدماغ اذا كنا في احد الاماكن في مستشفى او حتى في مكان عام وسقط انسان مغمي عليه على الارض بسبب توقف مفاجيء للقلب اذا وجد انسان حاذق استطاع بأن يقوم بأجراءات اسعافية له من الضغط على صدره او قلبه مرات متعددة او اعطاء نفس الحياة بالتنفس في فمه فدير يرجع ذلك الانسان الى الحياة رغم ان القلب قد مات للحظات . موت القلب وتوقفه لا يدل على الموت ولا يتحقق الموت بسبب توقف القلب الا بعد ان بسبب القلب في توقف وصول الدم للدماغ وبالتالي موت الدماغ وموت الدماغ لا رجعة فيه فلم يثبت من الناحية العلمية ان مات دماغ انسان ورجع الى الحياة^(٢) .

(٣) انظر : القاضي عبد الرضا الجواري - بحوث قانونية - ط ١ - ٢٠٠٧ - ص ٨٨ المعد والناشر صباح صادق جعفر

الانباري .

(٤) د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - المصدر نفسه - الصفحة نفسها .

(١) د. منذر الفضل : التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - المصدر نفسه - ص ١٤٦ .

(٢) انظر الموقع الالكتروني لشبكة اسلام اون لاين <http://www.islamonline.net> .

ووفقاً لهذا المعيار ومن الناحية الطبيعية يقع حين يموت الدماغ او بعبارة اخرى حين يموت جذع الدماغ وعندها تنتهي حياة الانسان ويصبح جثة يمكن تنفيذ وصيته بنقل العضو منها او التصرف بالجثة كلها ودماغ الانسان يتكون من المكونات الاتية :

اولاً: المخ وهو على نصفين وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس

ثانياً: المخيخ وهو يقع اسفل المخ ومن الجهة الخلفية للدماغ وحفظ توازن جسم الانسان .

ثالثاً: جذع المخ وهو نسيج شبكي يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي .

واول من نبه الى معيار موت الدماغ هم الفرنسيون عام ١٩٥٩ اجريت دراسات طبية تحت عنوان (مرحلة ما بعد الاعماء) ثم اعقبها الكلية البريطانية عام ١٩٧٦ الى الاخذ بمعيار موت جذع الدماغ على اساس موت المخ والمخيخ^(١) وفي الحالة الاخيرة اي موت المخ او جذع الدماغ يعد الانسان ميتاً ذلك لان الطب لم يستطع اعادة الحياة لاي شخص تعرض الى موت الدماغ، وبهذا ذهب الكثير من الباحثين الى عد الانسان ميتاً بعد موت الدماغ^(٢) وبالرغم من اننا ذكرنا ان من المعيار الاخير لايمكن اعادة الحياة الى الانسان لموت دماغه، الا اننا قد جعلنا الاساس في هذا المعيار هو كون الشخص باقي على قيد الحياية من عدمه بكل شكل من الاشكال سواء توقف الجهاز التنفسي برمته او توقفت جميع اعضائه عن العمل او غاب عن الحياية او ما يسمى يفقد الوعي . وعلى الرغم من اعتبار ان من مات دماغه يعتبر ميتاً الا ان للقاعدة^(٣) نقول الجزء يتبع الكل، والجزء هو الدماغ قد مات فكيف يموت الجسم كله؟ ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى انه اذا كان من المستحيل الان اعادة الحياة الى المخ بعد موته ، فأن من الممكن ابقاء حياة الانسجة والخلايا حية ، عن طريق الانعاش الصناعي وتزويد هذه الخلايا بالدم المحمل بالاكسجين وغيره من ضروريات الحياية للاستفادة من اعضاء جسم الميت وفي هذا الفرض يمكن قطع العضو المراد زراعته في جسم المريض ، ولا يعد قتيلاً وقتئذ . ويمكن مناقشة هذا المعيار بالقول : انه كما هو الحال في المعيار الاول (معيار توقف القلب والرئتين) فأن النقد الذي يوجه الى المعيار الثاني معيار موت الدماغ اساسه هو ان جزء من الانسان الذي يمثل الخلايا ما زال عاملاً ، فالفاصل بين الحياية والموت هو كون جزء من جسم الانسان ما زال عاملاً ام لا يوجد جزء عامل في جسم الانسان ويقصد بالجزء

(١) د.منذر الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - المصدر نفسه - ص ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) انظر : د. احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - مطابع كويف بايمز - ١٩٨٣ ص ١٥٨ . ونحن نؤيد هذا الرأي باعتبارها ينجح مع اتجاة الطب من حيث انه في حالة موت الدماغ فان خلايا الجسم تبقى لمدة يسيرة بعد موت القلب وجذع الدماغ وهذا بقاء الانسجة قد يكون منسوباً الى طريقة الانعاش الصناعي وفي هذه الحالة بالذات يمكن قطع العضو وزرعه في جسم الموصي اليه .

(٣) بعد موت القلب وجذع الدماغ وهذا بقاء الانسجة قد يكون منسوباً الى طريقة الانعاش الصناعي وفي هذه الحالة بالذات يمكن قطع العضو وزرعه في جسم الموصى اليه .

من جسم الانسان ، القلب او الرئتين او الدماغ او خلايا الجسم ، ويبدو ان القاعدة التي تم ذكرها ومفادها ان الجزء يتبع الكل قد تم تطبيقها دون استثناء الا ان في هذا الفرض الاخير وهو موت الدماغ الاخير لا يقوى على الصمود ذلك ان موت الدماغ وموت القلب قد ترك جزء او اله في جسم الانسان على قيد العمل اي ما زال في الانسان جزء عامل سواء بطاقته الاعتيادية او اقل من ذلك لذا فأن النقد الذي يتوجه الى معيار موت الدماغ هو كون خلايا الجسم من الممكن ان تستمر في العمل لذا فلا يعتبر الانسان وقتئذ ميت^(١) .

(١) ومن الظاهر ان محور المسألة قوله (الله يتوفى الانفس حين موتها) فالاختلاف في كون الانسان ميت او متوفى ويبدو (والله اعلم) ان مرحلة الوفاة ، وان مرحلة الموت تشتمل موت القلب والرئتين وذلك لكون ان النفس البشرية بقدرة الخالق قد تبقى بعد الموت . ويجب التنويه الى ان البحث في مسألة الموت وكيفية خروج الروح هي من مسائل قدرة الخالق فلا يجوز البحث والتنقيب في المسائل بشكل مفرط وان كان الجائز العلم فقط للوقوف على ابداع الخالق قال تعالى (لا اقسام بيوم القيامة ، ولا اقسام بالنفس اللوامة ابحسب الانسان ان نجم عظامه ، بلى قادرين على ان نسوي بنانه ، بل يريد الانسان ليفجر امامه ، يسئل ايان يوم القيامة ، فاذا يدق البصر ، وخسف القمر ، وجمع الشمس والقمر ، يقول الانسان يومئذ اين المفر)

المطلب الثالث

معيار موت الخلايا

(المعيار الخلوي)

من المعلوم ان جسم الكائن الحي متعدد الخلايا مثل الانسان والحيوان او النبات وتموت الملايين من الخلايا كل يوم ويخلق الله سبحانه بدلاً عنها ملايين اخرى ، ويبقى الكائن التي على قيد الحياة ، ما دامت عملية البدء والاعادة مستمرة فيه ، ان مفهوم الموت مثل مفهوم الحياة ، امر تمتنقه كثير من الصعوبات رغم ان العلامات الفارقة بين الموت والحياة ، وبين الكائن الحي والجمار . امر يدركه الانسان بفطرته، كما يدعى بمعارفه ، فالكائن التي يتنفس ويتغذى وينمو ويتكاثر ويتحرك ثم تختلف بعد ذلك تلك الطرق التي لا تعد ولا تحصى واصعب تلك الكائنات تحديداً هي الفيروسات فهي كالجماذ لا تتحرك ولا تنمو ولا تتنفس ولا تتغذى خارج الكائنات الحية واذا ما دخلت جسم كائن في فأنها سوف تهاجم الخلايا لولا ان الله سبحانه وتعالى وهب للجسام الحية قدرة مقاومة الغزو الفيروسي لايادت الفيروسات جميع خلايا الجسم وادى ذلك الى الوفاة . ومن المعلوم ايضاً ان كثيراً من خلايا الجسم تبقى حية بعد اعلان الوفاة ولذا نجد ان الخلايا تستجيب للتنبيهات الكهربائية وتبقى بعض خلايا الكبد تحول السكر (الجلوكوز) الى (جلايكوجين) ولا تموت الخلايا كلها دفعة واحدة ولكنها تختلف في سرعة موتها وهلاكها بعد موت الانسان ويمكن اطالة عمر هذه الخلايا وهذا ما يتيح استخدام (Cold pulsatile pretusion) اذا وضعت في محلول مثلج ، وخاصة مع الدفق بواسطة مضخة اعضاء وخلايا الميت لشخص اخر مريض محتاج اليه^(١) والسؤال الذي يطرح هنا كيف تموت الخلايا :

ان جسم الانسان عبارة عن مادة ، وكل مادة لايد لها من التحلل هو توقف فيزيائي لخلاياه الحية وهذا هو التفسير المادي للموت ، وهو بالطبع تفسير يغفل مصير الروح بل ويتجاهلها ، اي ان الموت عبارة عن تحلل لمواد جسم الانسان وفنائها وهذا يعني ان مصيرها العدم الكلي ، واذا كنا قد تكلمنا من الناحية الطبيعية فالبنسبة للفلسفة والدين فالوضع مختلف تماماً فيرى افلاطون ان الموت عبارة عن تحرر للنفس (الروح) من قبل الجسد . اي انه يرى الموت مرحلة اخرى تعيش فيها الروح ولكن ما يميز هذه المرحلة انها مرحلة للنفس وغير مقيدة او من وجهة نظر الدين الموت في الاديان عبارة عن تحلل للوعاء الذي يحمل الروح وعودته (الجسد) الى اصله . ويبدو ان القضية تصعب

(١) انظر : د. محمد علي البار - استشاري امراض باطنية واستشاري الطب الاسلامي - مقال بعنوان موت القلب وموت الدماغ ، الموت ... تعريفه وعلاماته وتشخيصه - منشور على الموقع الالكتروني <http://www.nooran.org> .

اذا كان اساسها (البيوكستري) او معلومات المواد العضوية وغير العضوية ، فالموت يحدث كنتيجة والنتيجة لها سبب والسبب اشياء علمية معقدة وللمختصين ولكن بشكل عام النتيجة تكون بسبب فشل الجسم من ناحية فيزيولوجية او تعطل في التفاعلات الحيوكيميائية بالجسم او بسبب جيني حيث هناك جينات تتعلم بالموت الخلوي شيء مثل الانتحار وهو يحدث يوماً بملايين الخلايا الحية بشكل مبرمج وتسمى طبيياً (Apoptosis) . وهو طبعاً غير الموت الخلوي الاخر ويسمى (necrosis) وهذا له انواع ويحدث نتيجة اسباب كثيرة وهذه ممكن ان تحدث لاعضاء الجسم الحيوية وتؤدي الى فشلها . وموت الخلايا هو التحلل حيث تبدأ الخلايا بالموت وتعطل وظائفها الحيوكيميائية وطبعاً يختلف سرعة موت الخلايا من وع الى اخر خلايا الدماغ مثلاً هي الاسرع موتاً^(١) وبعد ان فرغنا من بيان كيفية موت الخلايا في جسم الانسان نقول انه يجب الاعتراف للعلم بأنه قد تطور كثيراً في السنوات الاخيرة لذا امكنه بفضل دراسات وابحاث وتجارب علمية ان يتوصل الى اماكن المحافظة على بقاء الخلايا مثال ذلك استعمال الخلايا الجذعية مثل الخلايا التي تأخ من مخ العظم ودم حبل السرة ومشيمة الجنين (خلاصة الجنين) وتعتبر هذه كدواء معالج للخلايا المنتهية مثال ذلك ما قام به العلماء من ابحاث حديثة على خلايا جذعية من جسد البالغين كانت ناجحة : وايضاً خلايا من جلد بقرة نقلت الى داخل خلايا دقات قلب بقرة (Scotland ٢٠٠١) وخلايا دهن الانسان نقلت الى غضروف والعضل والعظام^(٢) aclaanduniversity (Pittsburgh) وهناك جينات تطيل في عمر الانسان لانه يوجد جين اسمه (p٢١) مرتبط بالكثير من المؤشرات التي تؤدي الى التقدم بالسن والوفاة وتم اكتشاف هذا الجين قبل ست سنوات^(٣) واخير فأن المعايير الثلاثة المذكورة لا يمكن فصل بعضها عن البعض الاخر ولا يمكن عد كل معيار منفصل ومستقل عن غيره من المعايير الاخرى ، والادق تسمية هذه المعايير بالمراحل فهي عبارة عن مراحل تؤدي الى نهاية الحياة في جسد الانسان بكل اشكالها وليس الى الوفاة فالوفاة تحدث بخروج الروح من الجسد وليس بتوقف القلب والرئتين ثم موت الدماغ لعدم وصول الدم اليه ثم تحلل خلايا جسم الانسان قاطبة كتحصيل حاصل ، وبالموازنة بين المعايير نجد ان المعايير الافضل هو موت الدماغ لكونه ينسجم مع اتجاه الفقه والطب الحديثين .

(١) انظر : حوار للنادي الفلسفي منشور على شبكة الانترنت بعنوان - لماذا نموت - للمزيد - الموقع الالكتروني

<http://tomaar/vb/showthread.php>

(٢) انظر : الدكتور (John) جون - الموقع الالكتروني www.lifesite.net

(٣) انظر: الموقع الالكتروني للنادي الفلسفي - المصدر نفسه .

الفصل الثاني

مدى مشروعية الوصية بالأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .

ان مسألة الوصية بالأعضاء البشرية ليست محل اتفاق لدى فقهاء الشريعة الاسلامية وان كانت بوادر الاتفاق ملموسة لدى اغلب القوانين الوضعية صيغة رسمية للوصية مدونة في القوانين التي تدعى احكام الاسرة او الاحوال الشخصية فالاختلاف بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية هو اختلاف بين الشكل ففي الفقه الاسلامي يدور النقاش حول مضمون عملية الوصية بالأعضاء البشرية وهو مشروعية نقل العضو البشري من حيث كونه محرماً او حلالاً اما في القانون الوضعي في توافر الشكلية القانونية للوصية وعلى مدى الصفات من البحث ممكن ان تتناول الخلاف الفقهي الاسلامي ووالنظرة القانونية للوصية بالأعضاء البشرية .

المبحث الاول

مدى مشروعية الوصية بالأعضاء البشرية في الفقه الاسلامي:

في هذا الموضوع بالذات يوجد فريق معارض لفكرة الوصية بالأعضاء البشرية وفي ذات الوقت يقابل فريق اخر من الفقهاء مؤيدين لفكرة الوصية بالأعضاء البشرية وكما هو ات :

المطلب الاول

اراء المانعين لفكرة الوصية بالأعضاء البشرية

في الحقيقة اثار موضوع زراعة الاعضاء في بداية الامر مشاكل كثيرة وبين اخذ ورد وتحريم وتحليل وظهرت تصانيف عديدة في هذه القضايا ومن التصانيف التي مر من زراعة الاعضاء بل وصى بتشريع الميت لاي سبب كان كتاب الشيخ الشبهلي والتفاف وغيرهم حيث حرّموا نقل الاعضاء البشرية ويظهر لنا من نظر الشيخين المذكورين ان استعمال اعضاء الانسان سواء كان حياً او ميتاً بحيث يفضل العضو من البدن ويزرع في جسد انسان اخر (اي الترقيع) غير جائز ولو اذن له صاحب العضو ، لان صاحبه لا يملكه والمالك هو الله تعالى وكذلك يعلم انه لا يجوز تشريح جثة الانسان الميت لان فيه هتكاً لحرمة الميت كذلك يسوق رأياً للكاتب الاسلامي ابو الاعلى المودودي فيقول : ان التبرع بالعين لن يقف عند مجرد التبرع بالعين بل يمكن ان تثبت اعضاء الانسان الاخرى مجدبة لغيره من الانسان ، وتظهر لها استخدامات ومنافع اخرى ، فأذا افتح هذا الباب فإن المسلم توزع اعضاء جسده كلياً كتبرع ولا يبقى منه شيء يدفن في القبر ، ان الاسلام

يرى ان الاسلام لا يملك جسمه ، فلا يحق ان يوصي بتقييم جسمه او التبرع به ويتابع الكاتب الاسلامي فيقول : وعلاوة على ذلك فأن استخدام عضو من اعضاء الانسان الميت في جسم انسان اخر يستلزم استخدام شيء بخص بصورة دائمة ، لان العضو المقطوع ميت ونجس بموجب الحيث النبوي الشريف (ما ابين عن الحي فهو ميت ورواه احمد والترمذي وابو داود)^(١) كذلك يسوق رأياً للشيخ السقاف فقد ورد في كتابه على كلام الشيخ مصطفى احمد الزرقاء مقابلته له ولغيره ممن يجيزون هذه المسائل ، وجاء المؤلف في رده بأيات واحاديث نبوية شريفة اهمها قوله تعالى (ولامرنهم فليغيرن خلق الله) وحديث (لعن الله الواشحات والمتوشحات والمتمصحات والمتفلجات للحس المغيرات خلق الله تعالى) وجاء بكلام للامام النووي في تحريم الوصل ولعن الواصلة والمستوصلة مطلقاً ، كذلك للامام القرطبي ينقله عن ابي جعفر الطبري بعدم تفليح الانسان او شرها او ازالة شن زائدة ، وكلاماً للقاضي عياض في عدم جواز قطع او زرع اصبع زائدة الا ان تكون هذه الزوائد تؤلمه ثم اورد احاديث للرسول محمد صلى الله عليه وسلم في تحريم الانتحار حيث قال صلى الله عليه وسلم (من من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم ومن تحسى سمأ فقتل نفسه)^(١) ويمكن تقديم ادلة للفقهاء المانعين للتبرع بالعضو البشري وعلى النحو الاتي :

الدليل الاول :

ان التبرع بالعضو يؤدي الى اقتطاعه من جسم المتبرع وزرعه في جسم المتبرع له ، وفي قطعه من المتبرع تمثيل بجنته ، ولما كان التمثيل بالجسم حرام ، فأن كل طريق يؤدي اليه حرام ايضاً ولما كان الطريق هنا هو التبرع فهو حرام .

الدليل الثاني :

ان الانسان ليس له الحق في جسده لان الجسد ملك لله ، والانسان وصي عليه لان الانسان لو ملك ذاته لم يكن الله تعالى يحكم على النتحر بالعذاب الشديد ، وعليه ليس للانسان التبرع بشيء من اعضائه لانه تصرف في حق غيره .

الدليل الثالث :

استناداً الى القاعدة الفقهية (ما ابين من حي فهو كميته) اي له حكم ميتته من حيث الطهارة والنجاسة ، ولما كانت ميتة الادمي نجسة فأن ما انفصل عنه وهو حي يكون نجساً (فكيف الحال

(١) انظر د. محمد علي البار - الموقف الفقهي والاخلاقي من قضية زرع الاعضاء - ص ٣٠-٣١ .

(١) انظر : الشيخ محمد برهان الدين السنبهلي - قضايا فقهية معاصرة - ص ٦٧-٦٨ .

بانصاله عنه وهو ميت) لذا فإن الوصية والهبة بالنجس لا تجوز ، كما ان ترقيع بالمسلم وهو ظاهر بالنجس لا يجوز لان النجاسة تخل بأهلية المسلم لاداء الواجبات الشرعية كصحة الصلاة وبذلك فالتبرع غير جائز^(٢) .

وفضلاً على هذه الادلة ، فإن مصلحة المجتمع والقرء يقرها الضارع ويحميها في ان تسيير وظائف الحياة في الجسم على النمو الطبيعي وفي ان يحتفظ بتكامله وان يتحرر من الالام البدنية لان الانسان له الحق في سلامة جسده^(١) ومن هذا المنطلق يتجلى الاشكالية الخاصة بعد تطور العلم فقد اصبح هناك مجالاً واسعاً يتيح للأطباء نقل العضو البشري من جسم الى اخر ولكن اشغل هذا التقدم العلمي من قبل بعض سماسرة اجراء جسم الانسان الى الميت او الحي على حد سواء وباتوا يشتغلون الفقراء بأستئصال اعضاء من اجسادهم وبيعها لآخرين^(٢) .

واستناداً الى ذلك فإن التبرع بالأعضاء من جانب الميت ليس فيه مساساً لكرامته،لانه من باب الايثار فكما يجوز للإنسان ان يدافع في القتال عن اخيه المومن حتى يموت في الدفاع، كذلك يجوز ان يعطيه بعض اعضائه لينتفع به، وان تضرر هو بذلك وليس ذلك تصرفاً في ملك الله تعالى بدون اذنه، بل هو تصرف بأذنه،لانه يجب الايثار ويكافئ عليه، ويثني على أهله، كما قال سبحانه (ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة) (الحشر ٩) واذا كان الايثار في الحياة جائزاً فهو بعد الموت احق بالجواز، لان الميت لا ينتفع باعضائه،فهو ينفع غيره بدون ان يتضرر، وليس ذلك انتقاصاً من كرامة الميت، بل هو رفع لها، لانها مبذولة لنفع من يستحق النفع^(٣) واذا كان للميت حرمة لا تبيح المساس بجثته لذا كان من الاجدر ايجاد سبب مشروع للمساس بجثت الميت واخذ اعضائه والسبب يكمن في نظرية الضرورة

فالضرورة في الاصطلاح الفقهي (اذا كنا قد تطرقنا اليها فاليك بعض ماورد من آراء حول الضرورة) هي خوف الضرر او الهلاك على النفس، او بعض الاعضاء بترك الاكل^(٤).

(٢) انظر: نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون - سلسلة المائدة الحرة - بين الحكمة - بغداد ٢٠٠٠م - ص ٦٣-٦٤ .

(١) انظر: د. سميرة عابد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون - مشورات الحلبي ٢٠٠٤ - ص ٤٢-٤٣ .

(٢) انظر: محمد كشانغ وسالي عطاري - مشروعية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وحقوق الانسان - بحث مقارن - كلية الدراسات العليا ٢٠٠٧-٢٠٠٨ ص ١ الموقع الالكتروني <http://www.freewebs.com> .

(٣) - الشيخ الدكتور محمود الزين - الشريعة تنسيق التطورات - الموقع الالكتروني - www.alkeltawia.com

(٤) احكام القران ١/١٥٠، وبما هو قريب من هذا عرفها البرادوي، انظر كشف الاسراء ١٥١٨/٤ ، وابن قدامة ، المقني ٥٩٨/٨ . لأبن قدامة المقدسي .

ولا يشترط فيما يخاف منه تحقق وقوعه، لو لم يأكل، بل يكفي في ذلك الظن، كما في الاكراه على اكل ذلك، فلا يستطيع في التيقن، ولا الاشراف على الموت، بل لو انتهى الى هذه الحالة لم يحل له اكله، فانه غير مفيد^(١).

والسؤال الذي يستحق المناقشة هو، لو تبرع انسان بعضو من اعضاء جسمه، لانقاذ حياة مريض، فهل يجوز استئصال هذا العضو وزرعه في جسم الانسان المريض للضرورة؟

ذهب فريق من الباحثين الى القول بجواز التبرع بالأعضاء البشرية للضرورة، ومن ثم قالوا بجواز زرعه في جسم الانسان المريض المضطر مجازاة للتبرع الحضاري وتلبية لحاجات طبية، وما نجم عنها من نداءات عاطفية، لذا قالوا صراحة بجواز التبرع بالأعضاء البشرية، ويجدر بنا ان ننقل بعض العبارات للايضاح:

١- قال الشيخ جاء الحق ((التبرع للمريض بعضو انسان سليم، جائز شرعاً متى كان ذلك مفيداً للمريض))^(٢)

٢- قال الدكتور احمد شرف الدين: ((ان الانسان يستطيع ان يتصرف في اجزاء جسمه، اذا كان ذلك رعاية لضرورة او حاجة معتبرة شرعاً)) كحاجة للعلاج^(٣).

٣- قال الدكتور هاشم جميل ((ارجو ان لا يكون عند الضرورة يأس من نقل جزء من انسان الى انسان آخر))^(٤).

اضافة الى ماورد من آراء حول الضرورة كسبب لنقل الاعضاء من الميت الى الحي وهي تحمل الضرر الاخف لدفع الضرر الاعظم، ووجه هذه القاعدة هي ان حرمة الانسان الحي اكد من حرمة الميت وان المصلحة في انقاذ حياة الانسان، تترجح على مفسدة المساس بجثة الانسان الميت، واستقطاع جزء من جثة الميت، لعلاج انسان حي، ليس فيه اهانه للميت او المساس بكرامة الانسان لان الغاية السامية، وهي انقاذ نفس من الموت^(٥) ونحن نميل للاتجاه القائل بجواز نقل اعضاء الانسان الميت الى الانسان الحي لكون الاخير في حالة ضرورة تبيح لهذا الانسان قطع عضو من

(١) - مفتي المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج - للشربيني الخطيب - مطبعة مصطفى البابي - ١٩٥٨ - ٣٠٦/٤.

(٢) الشيخ جاء الحق - قضايا معاصرة الفقه الاسلامي مرونته وتطوره - ص ٢٣٨ وكذلك صحيفة اللواء المصرية ع ٢١٧ في ٢٠ مارس ١٩٨٦ ص ١.

(٣) انظر الدكتور احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - ص ١١٧.

(٤) الدكتور هاشم جميل - زراعة الاعضاء والتداوي بالمحرمات - مجلة الرسالة الاسلامية - عدد ٢٠٧ - ٢٠٨ - ص ٨.

(٥) انظر نقل وزراعة الاعضاء الادمية من منظور اسلامي - ص ٢٤ / ومابعدها نقلاً عن الدكتور محمود سعود المعيني - القطرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة - ١٩٩٠ - مطبعة العاني بغداد - ص ١٠٧.

اعضاء الميت الا اننا نضع بعض الضوابط، التي يجب الاخذ بها في الحالة المذكورة انفاً وهذه الضوابط هي:

- ١- ان يتعين انقاذ حياة مريض على العضو المراد استقطاعه من جسم الانسان الميت وان يؤخذ بقدر الضرورة.
- ٢- موافقة الانسان قبل موته وتبرعه باعضاء جسمه .
- ٣- عدم بيع الاعضاء اة اخذ مقابل تحت اي اسم
- ٤- التحقق من الموت (وقد سبق تفصيل ذلك)
- ٥- يجب ان يتم استقطاع الاعضاء وزرعها في جسم المريض في مؤسسات رسمية، توكل اليهما هذه المهمة من قبل الدوائر الصحية المعتمدة (١)

المبحث الثاني

موقف القانون الوضعي من الوصية بالأعضاء البشرية

لعل حدة الخلاف تكاد تكون منعدمة بين نصوص القوانين مقارنة مع موقف الفقه الاسلامي السالف الذكر، والسبب يعود الى ان التشريعات العربية والاجنبية تتفق في نقطة جوهرية وهي ان اقرار الموصي (المتبرع) في الوصية بقطع عضو من اعضاء جسمه ونقله الى الموصى اليه (المتبرع له) يكون بموجب اجراء رسمي معروف وهذا الاجراء يكمن في الوصية فالقوانين تتفق بان الانسان اذا نقل شيء وفق ارادته الى شخص آخر ودون مقابل فإن ذلك التصرف يعتبر جائز فيما لو وافق القانون في اجراءات انشاء الوصية ومن ثم تنفيذ الوصية وقدم بنا الحديث عن الاجراء الشكلي في الوصية وهو التعبير عن الارادة بصورة خطية .

وفي هذا المبحث بالذات سوف ندرس الموضوع من ناحية القانون العراقي وايضاً من ناحية القوانين العربية والاجنبية الاخرى .

(١) انظر هذه الضوابط وتفصيلها في مؤلف د.محمد سعود المعيني - النظرية العامة للضرورة - المصدر نفسه - ص١٠٨-١٠٩ - وادينا بعض التعليق على الضوابط اعلاه:

أ- فيما يتعلق بأنقاذ حياة مريض فان بعض الفقهاء اشترط ان يكون المريض مسلماً ولا ترى ضرورة لهذا الشرط اذا يستوي المسلم وغيره في الصفة الانسانية .

ب- فيما يتعلق بموافقة الميت وجد ان موافقة ولي الدم صراحة تساوي موافقة الميت نفسه قبل الموت ولا ترى احقية هذه المساواة بل لاتستوي الموافقة الصادرة من الميت مع موافقة الولي ذلك لان الولاية تتحد في ادارة اموال الشخص المولي عليه او الذي يكون بحاجة للولاية كالصغير وليست اعضاء جسم الانسان من امواله الخاصه.

ج- فيما يتعلق بعدم بيع الاعضاء فان بعض الفقهاء (كالامام الخميني في تحرير الوسيلة - ٢/٦٢٥ مسألة ٧ عن الاحكام الشرعية للاعمال الطبية ص١٤١) اشار انه يجوز بيع العضو المستقطع مكن الجثة، شريطة ان يخصص لنفقات الدفن.

د- اما في ما يتعلق بالنقطة الخامسة فاننا نرى انه ضابط اجرائي اكثر من كونه موطوعي ولا يمثل شرطاً لنقل العضو والاجدر اتاحة عملية نقل العضو الى لجنة طبية مختصة متمرنة تشرف عليها جهة رسمية كوزارة الصحة.

المطلب الاول

موقف القانون العراقي من الوصية بالأعضاء البشرية

اولاً : موقف قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ وضع المشرع العراقي قانون خاص لنقل وزرع الاعضاء البشرية وهو القانون المرقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ حيث اشارت المادة الاولى الى شروط نقل وزراعة الاعضاء البشرية اما المادة الثانية فقد بينت المصادر التي تزود العمليات الطبية بالأعضاء البشرية اما المادة الثالثة والمادة الرابعة فقد الجزاء القانوني الذي يقع على من يخالف مفاهيم واسس هذا القانون قد تأثر بالمبادئ الانسانية التي تسعى الى وقاية الانسان من اليات البشع والجشع وتسعى ايضا الى المحافظة على كيان الانسان من المهانة وذلك خلال جعل جسم الانسان محلاً للعقد وجعل الثمن وأن كان بخساً مقابل لجسم الانسان وقد قال تعالى (ولقد كرّمنا بني ادم)^(١) ونصت المادة الاولى على ما يأتي (يجوز اجراء عمليات زرع الاعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم

(١) سورة الاسراء

وذلك من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسمياً الذي يعمل فيه شريطة ان يكون هذا المركز معداً لاجراء عمليات زرع الاعضاء البشرية . اما المادة الثانية من القانون المذكور فنص على ما يأتي (يتم الحصول على الاعضاء لاجل عمليات الزرع من :

أ - من يتبرع بها او يوصي بها حال حياته شريطة ان يكون كامل الاهلية عند التبرع او الايحاء وبأقرار كتابي .

ب- المصاب بموت الدماغ وحسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها التي تصدر بان يعمل بها شخص غير مختص ابعلمية الذي يربط تعليمات في حالة الموافقة احد اقاربه الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او من الدرجة الثانية وموافقة لجنة مشكلة من ثلاثة اطباء اختصاصيين بضمنهم طبيب اختصاص بالامراض العصبية على ان يكون من بينهم الطبيب المعالج ولا الطبيب الاختصاصي المنفذ للعملية .

ومن استعراض المادة الاولى والمادة الثانية التي سلف بيانها نود ان نشير بعض الملاحظات التالية :

اولاً: فيما يتعلق بالمادة الاولى :

لاشك ان المشرع العراقي قد اجاز عمليات نقل الاعضاء البشرية الا انه هذه الاجازة ليست مطلقة وانما يصحبها قيد وهذا القيد ظاهر من نص المادة المذكورة ومفاده :

- ١- ان يكون الهدف من عمليات نقل الاعضاء البشرية هو تحقيق مصلحة علاجية بحتة .
- ٢- ان تجري العملية بيد او تحت اشراف طبيب جراح اختصاصي في علم الجراحة .
- ٣- ان تجري عملية نقل الاعضاء البشرية برمتها في مركز طبي حكومي وري ان اشترط المشرع العراقي ان يكون المركز الطبي معداً لاجراء عمليات زرع الاعضاء البشرية لامحل له لانه في الوقت الحاضر توجد مستشفيات حديثة تختص فقط في زراعة الاعضاء البشرية مثل زراعة الكلية كما هو الحال في العاصمة بغداد حيث توجد مستشفيات ذات اختصاص ومن غير المقبول حسب نظام هذه المستشفيات ان يعمل بها شخص غير مختص بالعملية الذي يريد في هذه النقطة بذات لايمكن ان يوجد طبيب اختصاص في نقل الاعضاء البشرية من مركز طبي غير معد لذلك لانه يعتبر ذلك عائق امام اجراء العملية وبعبارة ايسر ان هذا الشرط الذي اشترطه المشرع العراقي في المادة المذكورة يعتبر بديه .

ثانياً : فيما يتعلق في المادة الثانية :

- ١- ان الشرط الاول من المادة جاء لبيان المصادر الرئيسية والاساسية التي تزود عمليات الاعضاء البشرية بما تحتاجه من اجزاء الانسان .
 - ٢- اراد المشرع في الفقرة (أ) من المادة المذكورة ان يبين حرمة التجارة في الاعضاء البشرية بمعنى اصح اراد ان يعني صفة الشرعية على العضو الذي يؤخذ بمقابل محدد التبرع والايصاء باعتبارهما يمثلان الطريق الشرعي في نظر المشرع ، علماً ان ايراد حرف العطف المذكور بين عبارتي (التبرع ، الايصاء) هو للتخيير نجد هناك تضيق من المشروع للوسائل المشروعة التي بها يتم الحصول على العضو البشري ، وكان الاجدر على المشرع العراقي ذكر العبارة على النحو التالي :
- (..... ان يكون كامل الاهلية عند التبرع والايصاء)

- ٣- ومرة اخرى نرى ان اشترط المشرع ان يكون الموصي او المتبرع كامل الاهلية ، شرط بديهي فكانما المشرع في هذه الفقرة بالذات لم يصف شيئاً جديداً على احكام اهلية في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تشترط في الطاقة الاهلية الكاملة وان يكون متمتعاً بارادة حرة غير مقيدة وان يعبر عن ارادته ظاهراً فكل من التبرع والايصاء هو تصرف بارادة منفردة فحواء التمليك بلا عوض صحيح ان التبرع يكون تنفيذه حال حياة المتبرع في حين ان الوصية تنفذ بعد ممات الموصي الا ان عنصر العوض يكون مفقود في الحالتين .

٤- اما ما يتعلق بالفقرة (ب) من المادة الثانية المذكورة ، فنجد ان المشرع العراقي قد اعتمد معيار موت الدماغ لاعتبار الموصي متوفى الا ان المشرع رغم بيانه لهذا المعيار فقد وضع الحكم في اعتماد هذا المعيار من عدمه هو الادلة العلمية الحديثة المعمول بها والتي تصدر بتعليمات

٥- ولانرى سبباً في اشتراط المشرع موافقة احد اقرباء الشخص الذي يؤخذ منه العضو في حالة وفاة ذلك الشخص المأخوذة منه دون منح موافقة اجراء العملية على جسمه حيث ان المشرع في ذلك يستند على موافقة اقرباء الميت من بني عائلة كأن يكون اخ الميت او والدته او ابنه والذي يتبين لنا اخذ العضو من الميت تحت تأثير الضرورة القصوى للمريض ودون موافقة مسبقة من الميت تستوي هذه الحالة مع اخذ الموافقة من ذوي الميت . لان الحالتان تلتقي في نقطة واحدة وهي انعدام موافقة الميت ولا نسلم بالقبول ان موافقة ذوي الميت تقوم مقام موافقة المتوفي ذاته^(١) ثانياً: موقف قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل لايجيز القانون المذكور الا العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المعروفة وبموافقة المريض او وليه ولايشترط حصول الرضا في حالات الضرورة العاجلة وقد نصت على ذلك الفقرة (٢) من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي بقولها لاجريمة اذا وقع الفصل استعمالاً للحق:

عمليات الجراحة على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي، او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة^(٢). وتعتبر هذه الرخصة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون^(٣) فالقانون اباح للطبيب المعالج ان يتصرف بجسم الانسان المريض سواء باحداث جرح او قطع او استئصال عضو من اعضاءه او بتراصد اطرافه او احداث تشويه عاهه مؤقتة او مستديمة لغاية علاجية او قد نصت المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي [لاجريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون...] وقد اجاز المشرع العراقي للاطباء الاختصاصيين القيام بعمليات استئصال الاعضاء البشرية كافة من المتبرعين ويشترط لذلك شروطاً محددة وهي :-

اولاً: رضا المتنازل

ثانياً : ان يتم الاستئصال لغاية علاجية وهي زرع العضو لدى الغير وهو مستفيد.

ثالثاً: وجود مصلحة راجعة وهي انقاذ حياة المريض

رابعاً: ان لاتكون هنالك وسيلة طبية اخرى للمعالجة غير عملية زرع العضو

(١) انظر في كل ما تقدم : المادة الاولى والمادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ الطبعة الاولى ٢٠٠٨٧ اعداد المحامي ذاكر خليل العلي .

(٢) انظر: الفقرة (٢) من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١) لسنة ١٩٦٩ المعدل

(٣) انظر : المادة (٣٩) من قانون العقوبات .

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ من استقراء نصوص القانون المدني النافذ نستنتج منع التعامل بجسم الانسان واعضائه لغرض الانتفاع بها، ونبين ذلك كما يلي:

١- اوضحت المادة (٦١) من القانون العراقي الا اشياء التي يجوز التعامل بها فنصت الفقرة (١) منها على ٥١] كل شي لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية^(١) وجسم الانسان ليس من الاشياء فهو يخرج عن التعامل بحكم القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية^(٢). وفي مجال القانون المدني فقد استقر الفقه على ان من يسبب ضرراً للغير مخطئاً ولو كان ذلك برضاء المتضرر فريضاء الشخص بالتصرف بجسمه بأخذ عضو منه لا يعتد به لتعلق ذلك بالنظام العام ويختلف الامر بعد صدور القوانين الخاصة بزراع الاعضاء ومنها قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ فالمشرع العراقي اجاز في القانون المذكور الان التصرف في جسم الانسان من اجل مصلحة علاجية للغير ولهذا لا توجد مشكلة في القانون العراقي بشأن المتنازل عن العضو .

رابعاً: موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

عرف المشرع العراقي الوصية بانها [تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض]^(٣) وحدد المشرع في القانون المذكور الاجراءات الكفيلة باتمام الوصية على الوجه القانوني، فقد اشارت المادة (٦٥) ف ١ من قانون الاحوال الشخصية العراقية بانه [لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الموصي او مبصوم بختمه او طبعة ابهامه فاذا كان الموصى به عقاراً او مالاً منقولاً لاتزيد قيمته على خمسمائة دينار وحب تصديقه من الكاتب العدل] واما ما يتعلق بمحل الوصية وهو (عضو في الانسان) فأن المادة (٦٩) اشترطت ان يكون الموصى به قابلاً للتمليك بعد موت الموصي، وحيث ان العضو من الموصي ينتقل الى الموصى له بعد الوفاة الاول ويصبح جزءاً من جسم الموصى له وحيث ان اللام في اللغة العربية هي للنفقة في حرفي (له) لذا فان الموصى به يصبح ملك للموصى له ويحق له الانتفاع به .

(١) الفقرة (١) من المادة ٦١ من القانون المدني العراقي رقم ٤ لسنة ١٩٥١

(٢) الفقرة (٢) من المادة ٦١ من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٦٤) من القانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ولانعتقد ان مقتضى الوصية هو دائماً التمليك بلا عوض فقد يوصي الموصي الى الموصى له في القيام بعمل مادون ان يكون مقتضى هذا العمل التمليك دون مقابل وثال ذلك الوصية بتربية ابن الموصي وسد حاجاته وتحمل مصاريف معيشته الى بلوغه فهذه الوصية لا تؤدي الى التمليك لان الانسان ليس محلاً لذلك .

المطلب الثاني

اولاً : موقف القانون المصري

اشارت المادة الثالثة من القانون رقم (٢٧٤) لسنة ١٩٥٩ على انه (يشترط للحصول على عيون الاحياء الذين يوصون بها ضرورة الحصول منهم على اقدار كتابي وهم كاملوا الاهلية) ويفهم من ذلك النص ان الوصية بالعين لا تجوز الا من كامل الاهلية ، ولا تصح وصية القاصر ولو برخاء وليه .

اما المادة الثالثة من القانون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ فبعد ان اشترطت الحصول على اقرار كتابي من الموصي وهو كامل الاهلية اضافت انه اذا كان الشخص قاصر او ناقص الاهلية فيلتزم الحصول من وليه على اقرار كتابي ، وبهذا فإنه يجوز للقاصر او ناقص الاهلية او يوصي بعينيه شريطة الحصول على اقرار كتابي من الولي .

والمادة الثالثة من الثانون المرقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ المصري تقرر انه اذا كان الموصي قاصراً فإنه لا بد من الحصول على موافقة الولي عليه فان وصية القاصر معلقة على موافقة الولي . فلو كانت المادة تريد ان تسمح للولي بالابطاء دون موافقة القاصر لقررت انه (يجوز للولي ان يوصي بجثة القاصر على انه يكون ذلك بأقرار كتابي) فالقاصر هو الذي يتصرف والولي هو الذي يجيز التصرف او يقره .

ان هذه المسألة ليست على درجة من التعقيد ذلك انه من الممكن ان يقوم الولي بالايضاء بجثثة القاصر دون ان يشكل خطورة فالوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت . فان امتد العمر بالقاصر ، يستطيع الرجوع عن هذه الوصية ساعة شاء ، طالما وصل الى سن الاهلية هذا ناحية ومن ناحية اخرى فإنه يصعب القول بضرورة موافقة القاصر ، لان الخاضع لاحكام الولاية على النفس يكون غالباً في سن صغيرة وغير مدرك ، وبالتالي فإنه لاجدوى من اشتراط موافقة كما هو الحال في التبرع لما بعد الموت .

وفيما يتعلق بشكالية الوصية فقد نصت المادة (٢) من القانون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ الخاص بتنظيم بنك العيون انه يمكن الحصول على العيون من الاشخاص الذين يوصون بها اي ان المشرع المصري اخذ بصراحة بالوصية كطريقة للتعبير عن ارادة المتوفى ، وحدد المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الوصية انه تتعدد الوصية بالعبارة او الكتابية او الاشارة المفهمة

من ٠٠٠٠٠٠٠ . واشترط لسناح دعوى الوصية عند الانكار ان تكون اما محررة في ورقة رسمية او عرضية يصادق فيها على امضاء الموصي او ختمه او تحرر بها ورقة عرضية مكتوبة بخط الموصي او موقع عليها بأعضائه فالكتابة ضرورية لسناح الدعوى ولكنها ليست شرطاً من شروط انعقاد الوصية (١) .

ثانياً: في الدولة الفلسطينية :

قامت العديد من الجهات المختصة الفلسطينية بأعداد مشروع تمهيدي لقانون نقل وزراعة الاعضاء البشرية في العام (٢٠٠٣) ومن هذه الجهات ديوان الفتوى والتشريع (وزارة العدل) ووزارة الصحة ووزارة الداخلية ومن ثم نسب مجلس الوزراء مشروع القانون الى المجلس التشريعي لدراسته واقراره والمصادقة عليه وفق الاصول واعداد مشروع القانون

بناءً على المادة رقم (١٦) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لعام (٢٠٠٥) والتي تتحدث عن ان القانون ينظم احكام نقل الاعضاء وغيرها من مستجدات التقدم العلمي للاغراض الانسانية المشروعة (٢) ويعتبر مشروع القانون مشروع عصري وحديث وينظم عملية نقل الاعضاء البشرية الا انه منذ عام ٢٠٠٣ وحتى الان لم يدرج على جدول اعمال المجلس التشريعي ومع ان رئيس المجلس التشريعي انذاك (احمد قريع) قد اشر عليه واحاله الى لجنة التربية والقضايا

الاجتماعية ولم يتم التأكد من السبب الحقيقي لعد ادراج ومناقشة مشروع القانون في المجلس التشريعي (١) .

ثالثاً : في القانون الاردني :

نصت المادة (٥) من قانون الانتفاع باعضاء جسم الانسان رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ وفي الفقرة (أ) انه للاطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة بنقل العضو في اي من الحالات التالية :

(١) د. سمير عابد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - بين الشرع والقانون - المصدر نفسه - ص ٣٠٢-٣٠٣ .

(٢) المادة رقم (١٦) من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٥ حيث نصت (لايجوز اجراء اي تجربة على احد دون رضاء قانوني مسبق ، كما لايجوز اخضاع احد للفحص الطبي وللعلاج او لعملية جراحية الا بموجب قانون ينظم احكام نقل الاعضاء وغيرها من مستجدات التقدم العلمي للاغراض الانسانية المشروعة) .
(١) انظر : محمد كنانة وسالي عطاري - مشروعة نقل وزراعة الاعضاء البشرية - المصدر نفسه .

أ- إذا كان المتوفى قد اوصى قبل وفاته بالنقل بأقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية اي ان المشروع الاردني اوضح بأن للتعبير عن الارادة شكلاً خطياً للتعبير والتسجيل بصورة قانونية ثابتة التوقيع والتاريخ وهو الوصية
ثم عاد واكد ذلك ثانية وضمت احكام المادة السادسة من ذات القانون بقوله :

(للاطباء الاختصاصيين في المستشفيات التي يوافق عليها وزير الصحة فتح جثة المتوفى وزرع اي من اعضائها اذا تبين ان هناك ضرورة علمية لذلك على ان يكون المتوفى قد وافق على ذلك خطياً بصورة قانونية صحيحة قبل وفاته او بموافقة وليه الشرعي بعد الوفاة) ولكنه لم ينص صراحة في هذه المادة على كلمة (الوصية) واكتفى بالقول الاقرار الخطي المستوفي لكافة شروطه القانونية^(٢)

رابعاً : في القانون السوري :

اشترط المشرع السوري وفي المادة (٣) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٦ لجواز نقل الاعضاء او الاحشاء او جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة اليها وجود وصية للمتوفى بأجراء ذلك ويبدو ان الشكل الكتابي الصريح او الخطي هو ما قصده المشرع السوري لتنظيم الوصية بدلالة ما ورد في المادة ٣/٥/أ بقوله (اذا رأى الاطباء من رؤساء الاقسام في المشافي والمؤسسات الطبية المددة من وزارة الصحة ان المنفعة العامة تقتضي فتح جثة شخص ما جازلهم ذلك اذا لم يقع اعتراض صريح وخطي من الشخص قبل وفاته او من اقربائه الذين لا تتجاوز قرابتهم الدرجة الثالثة) فأذا كان المشرع السوري قد اوجب الشكل الخطي والصريح لاعتراض الشخص قبل وفاته فمن باب اولي اذ يتطلب ذلك في وصية المتوفى بنقل اعضائه او احشائه او اي جزء منه^(١) .

(٢) د. سميرة عايد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - المصدر نفسه - ص ٣٠٤ .

(١) د. سميرة عايد الديات - نقل وزرع الاعضاء - المصدر نفسه - ص ٣٠٤-٣٠٥ .

الخاتمة

من الطبيعي ان اي تقدم علمي او طبي لا بد ان يواجه بعض الكشاكل وقد برزت في مجال عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية مشاكل عديدة دينية وقانونية واخلاقية واجتماعية واقتصادية، مما يضفي على دراسة هذا الموضوع اهمية خاصة، ان المتتبع لتاريخ عملية زرع الاعضاء يجد ان الاطباء قاموا باجراء هذه العمليات بالرغم من عدم وجود نصوص تشريعية تبيح ذلك، ولهذا فان غياب تلك النصوص جعل جانباً من الفقه لا يقر مشروعية اجرائها ويدعو الى تصريمها لاعتبارات قانونية واخلاقية واجتماعية ام الجانب الاخر فذهب الى تقرير مشروعيتها مراعاة للجانب الانساني في انقاذ المرضى من الموت المحقق، بهدف تحقيق واحراز التقدم الطبي، وقد علل هذا الجانب مشروعية تلك العمليات بوسائل قانونية عدة، كحالة الضرورة وصلاحية جسم الانسان لان يكون محلاً للتعامل، ونظرية السبب ورضاء المتنازل المقترن بتحقيق المنفعة الاجتماعية، وواجه فقهاء الشريعة الاسلامية في الوقت الحاضر هذا النوع من المستجدات الطبية مواجهة مباشرة فاقر الغالبية منهم مشروعية استئصال الاعضاء من اجسام الاحياء ومن جنث الموتى لزرعها في اجسام المرضى المحتاجين اليها، كما لم يتراجع القانون في خدمة الانسانية ومواكبة التقدم الطبي فصدر الكثير من القوانين في دول العالم لتنظيم عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية وقد ساير المشرع العراقي هذا التقدم فصدر ثلاثة قوانين هي قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وقانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ وقانون زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦.

وعلى مدى صفحات البحث ترى اختلافاً ظاهراً بين آراء فقهاء القانون وفحوى الاختلاف يتعلق بمسألة الحلال والحرام بالنسبة لفقهاء الشريعة الاسلامية ومسألة الاجراءات القانونية ومدى مشروعية العمل هو نقل العضو وزراعته في شخص آخر بطريق الوصية فالقوانين تؤكد على قانونية اجراءات الوصية باعتبارها ورقية رسمية مكتوبة من قبل الموصي بطريقة مباشرة او غير مباشرة. والذي نريد بيانه في هذه الخاتمة بعض الملاحظات والتوصيات التي نسعى ان تكون جديرة بالاعتبار وهي :

اولاً الملاحظات :-

أ- لوحظ ان قانون عمليات زرع الكلى الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ قد توسع في المصادر التي تزود عمليات زرع ونقل الاعضاء بما تحتاجه اجزاء جسم الانسان في حين ان القانون الحالي (رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦) وومع الاسف قد حجب حالات اخرى كالموتى مجهولي الشخصية، والمحكومين بالاعدام، والموتى الذين يجري تشريحهم لسبب قانوني او علمي وهذه الحالات التي نص عليها في قانون مصارف العين، وقانون عمليات زرع الكلى (الملغي) وفي بعض التشريعات المقارنه.

ب- اجازت الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون الحصول على الاعضاء من المصاب بموت الدماغ وحسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها في حالة موافقة احد اقاربه الكامل الاهلية من الدرجة الاولى او للدرجة الثانية وموافقة لجنة مشكلة من ثلاثة اطباء اختصاصيين بضمنهم طبيب اختصاص بالامراض العصبية وهذا يعني ان موافقة احد الاقارب من الدرجتين الاولى او الثانية تجب موافقة الاخرين ومما لاشك فيه ان هذا الامر بسبب مشاكل عائلية ونرى من الافضل اتباع الاسبقية في اعطاء الموافقة بالنص على ذلك في القانون وحسب درجة القرابة.

ج- لم يعالج القانون حالة العدول عن التصرف بالاعضاء البشرية وبالنظر لامكانية تطبيق الاحكام العامة الواردة في القانون المدني ولخصوصية الاعضاء البشرية وطبيعة عمليات نقلها وزرعها وخطورتها لذا يلزم الامر النص صراحة في القانون على جواز عدول المتنازل عن تنازله بدون اي شرط.

د- ان العلاج عن طريق زرع الاعضاء يجب ان يكون داخلاً في حالة الاضطرار وان يكون العلاج بهذه الوسيلة طريقاً للنجاة فعند ذلك يعد واجباً اذا توفرت الشروط اللازمة لذلك، فان امتنع عن ذلك ومات، مات اثمًا لانه القي بنفسه الى التهلكة،

هـ- ام الضرورة يجب الاتكون وحدها كافية للترخيص بنقل العضو بل لابد من اذن المنقول منه واذن الشرع اذن المنقول منه بموافقة ورضا وحال حياته وبوصيته

و- يجوز من حيث الاصل نقل العضو من الغير المسلم الى المسلم وفي العكس خلاف

ثانياً التوصيات

أ- توسيع مفهوم شرط قصد العلاج الطبي ليشمل الاطراف الثلاثة المريض المحتاج للعضو والطبيب الذي يجري عملية نقل العضو وزراعته والمتبرع او الموصي بعضو من اعضاء جسمه، حيث ان المفهوم التقليدي لشرط قصد العلاج الطبي في عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية كان محصوراً في العلاقة الثنائية بين الطبيب والمريض .

ب- منع استئصال اي عضو بشري من الموتى بابة صفة كان موتهم (طبيعياً او قتيلاً او بناءً على حكم الاعدام) مالم يكون ذلك برغبة منهم صرموا بها اثناء حياتهم انطلاقاً من مبدا ان التبرع او الوصية بالأعضاء البشرية يجب ان يكون مبنياً على الارادة الحرة.

ج- اضافة مادة قانونية الى قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل وتشمل هذه المادة على الكيفية او الاجراء اللازم لاتمام الوصية بالأعضاء البشرية مع تحديد الشروط الواجب توفرها في العضو واعتماداً على ذلك نوصي بوضع المادة بالشكل التالي وان تكون بدلا عن المادة التاسعة والتسعون التي بينت شرط واحد للموصي به ، اضافة الى ذلك وجوب بيان الاساس القانوني الذي تقوم عليه المادة المفترضة هنا وهي على الشكل الاتي :

- ١- اذا كان محل الوصية عضو بشري فيشترط ان تتضمن تحديداً وافياً للعضو وان لا يكون ذلك العضو محضور بأشعار طبي .
- ٢- لاتصح الوصية بالعضو البشري الا اذا كانت بأقرار كتابي من الموصي مذيّل بتوقيعه او بصمة الابهام ومصدق من جهة رسمية مختصة .
- ٣- تصح الوصية بالعضو البشري متى ما كان باعثها الضرورة العاجلة الماسة بحياة الموصى له .

المراجع

اولاً : القران الكريم

ثانياً : الفقه الاسلامي

- ١- السيد صادق الحسيني الشيرازي - المسائل الاسلامية المنتخبة - باقر العلوم للطباعة والنشر - بيروت - ١٤٢٤ هـ .
 - ٢- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧ هـ) بدائع الضائع في ترتيب الشرائع - مطبعة الامام - القاهرة .
 - ٣- على مختصر سيدي خليل مع هامشه حاشية الشيخ على العروي - دار صادر - بيروت .
 - ٤- الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير للعاجز الفقير - الجزء التاسع - داره احياء التراث .
 - ٥- زين الدين الجبعي العاملي - الروضة البهية في شرح الوصية .
 - ٦- السيد ابو القاسم الخوئي - منهاج الصالحين - المعاملات - كتاب الوصية .
 - ٧- الدكتور عبد الله محمد عبد الله - نهاية الحياة الانسانية - مجمع الفقه الاسلامي .
 - ٨- الشيخ جاد الحق - قضايا معاصرة - الفقه الاسلامي مرونته وتطوره .
 - ٩- الشيخ محمد برهان الدين التبهلي - قضايا فقهية معاصرة .
- ثالثاً : الكتب القانونية

- ١٠- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارب والقانون - المكتبة القانونية - شارع المتنبى .
- ١١- محمد عبد الرحيم الكشكي - التركة وما يتعلق بها من حقوق .
- ١٢- د. احمد علي الخطيب - شرح قانون الاحوال الشخصية - ٠٠٠٠٠٠ الاول احكام الميراث - مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل .
- ١٣- د. منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - ج ١ - مصادر الالتزام - ط ١ - ١٩٩١ .
- ١٤- د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ط ٢-١٩٩٢ .
- ١٥- د. عبد الرزاق احمد الشهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الخامس .
- ١٦- د. احمد حشمت ابو شتيت - نظرية الالتزام .

- ١٧- د. سعيد مبارك مع د. طه الملا حويش مع د. صاحب عبيد افتلاوي - الموجز في العقود المسماة - جامعة بغداد - كلية القانون - دار الحكمة - ١٩٩٢-١٩٩٣ .
- ١٨- الاستاذ محمد ابراهيم الكرياسي - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل - المكتبة القانونية دار الحرية للطباعة .
- ١٩- المحامي جمعة سعدون الربيع - المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية معززة بقرارات محكمة التمييز - ط٢ - ٢٠٠٦ - المكتبة القانونية .
- ٢٠- د. عصمت عبد المجيد بكر - شرح قانون الاثبات ط٢ - ٢٠٠٦ - المكتبة الوطنية .
- ٢١- احمد نشأت - رسالة الاثبات - الجزء الثاني - القاهرة ١٩٧٤ .
- ٢٢- د. سليمان مرقس - طرق الاثبات - معهد البحوث والدراسات العربية - الجزء الثاني - الاقرار واليمين واجراءاتها - القاهرة - ١٩٧٠ .
- ٢٣- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الاشخاص .
- ٢٤- د. محمد سعود المعيني - النظرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - ١٩٩٠ - مطبعة العاني .
- ٢٥- د. احمد شرف الدين - الاحكام الشرعية للاعمال الطبية .
- ٢٦- د. علي محمد ابراهيم الكرياسي - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل - المكتبة القانونية دار الحرية للطباعة . ١٩٨٩ .
- رابعاً : الرسائل والبحوث والمجلات والمقالات والقرارات :
- ٢٧- د. سميرة عايد الديات - عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية دار الثقافة البشرية بين الشرع والقانون - رسالة دكتوراه .
- ٢٨- مجيد حميد السماكية - صحة الاقرار في الاحكام القانونية والشرعية الاسلامية - رسالة الماجستير - دراسة مقارنة - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٧٦ .
- ٢٩- د. احمد شرف الدين - الحدود الانسانية والشرعية والقانونية للانعاش الصناعي - مجلة الحقوق الشرعية - الكويت - العدد الثاني - ٠٠٠٠٠ - ١٩٨١ .
- ٣٠- القاضي عبد الرضا الجواري - بحوث قانونية - ط١ - ٢٠٠٧ . المعد والناشر صباح صادق جعفر الانباري .
- ٣١- د. هاشم جميل - زراعة الاعضاء والتداوي بالمحرمات - مجلة الرسالة الاسلامية - عدد ٢٠٧-٢٠٨ .
- ٣٢- قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٣٨٢ / شرعية اولى ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٣/٢٨ .
- النشرة القضائية ص ٢٠٦ - العدد الاول السنة الخامسة .
- ٣٣- نقض مصري - في ١٩٥١/١/١٨ مجموعة احكام النقض السنة الثانية - رقم ٤٩

- ٣٤- هادي محمد عبد الله - الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية - في القانون العراقي مقال نشر في جريدة الجمهورية - بغداد - في عددها الصادر ١٩٨٨/٣/٢٤ .
- ٣٥- نقل الاعضاء البشرية بين الاب والشرعية والقانون - بحث مقارن- سلسلة المائدة الحرة - بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠٠ م .

خامساً : المصادر المستقاة من شبكة الانترنت :

- ٣٦- فتوى مجلس الدولة المصري حول قضية نقل الاعضاء - الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - الموقع الالكتروني لاسلام اون لاين - نت ١٩٩٨ .
- ٣٧- د. محمود الزين - الشرعية تسبق التطورات - الموقع الالكتروني - www.alkeltawia.com .
- ٣٨- الموقع الالكتروني لتوصيات مجمع الفقه الاسلامي بشأن زرع الاعضاء . www.muslim-doctor.net

- ٣٩- محمد كتانة وسالي عطاري - مشروعية نقل وزراعة الاعضاء البشرية وحقوق الانسان - بحث مقارن كلية الدراسات العليا - ٢٠٠٨ .

. http://www.freeweb.com

٤٠- الدكتور جون (John) - http://lifesite.net

٤١- النادي الفلسفي http://tomaar/vb/sho thread php .

٤٢- د. محمد علي البار - موت القلب وموت الدماغ - www.nooran.org .

سادساً : القوانين :

- ٤٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٤٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ م المعدل .
- ٤٥- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل .
- ٤٦- قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ .
- ٤٧- قانون عمليات زرع الكلى العراقي (الملغى) رقم (٦٠) لسنة ١٩٨١ .
- ٤٨- قانون معارف العيون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ .
- ٤٩- مشروع قانون نقل وزرع الاعضاء البشرية المصري لسنة ٢٠٠٨ .
- ٥٠- قانون تنظيم نقل وزراعة الاعضاء البشرية القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .
- ٥١- القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٥ .
- ٥٢- القانون رقم (٢٧٤) لسنة ١٩٥٩ المصري الخاص بنقل الاعضاء البشرية .
- ٥٣- القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ المصري الخاص بينك العيون .
- ٥٤- قانون الانتفاع باعضاء جسم الانسان الاردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ .
- ٥٥- قانون نقل وزرع الاعضاء البشرية السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ المعدل .

نطاق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء من حيث الإلتزامات

اعدادو

أحمد عمرو واصف الشريف

خطة البحث

المقدمة : ماهية عقد المقاولة

المبحث الأول :التزامات مقاول البناء

المطلب الأول : الإلتزام بإنجاز العمل

المطلب الثاني : إلتزام المقاول بإعلام المهندس ورب العمل

المطلب الثالث : واجب المقاول في تهيئة الآلات والمعدات

المطلب الرابع : الإلتزام بالمحافظة على الأشياء المسلمة له

المطلب الخامس : إلتزام المقاول بالضمان العشري

المبحث الثاني :خصائص مسؤولية مقاول البناء وطرق دفعها المطلب الأول :

خصائص مسؤولية مقاول البناء

الفرع الأول: تضامن مقاول البناء والمهندس المصمم في المسؤولية
اتجاه رب العمل

الفرع الثاني : تعلق المسؤولية الخاصة بالنظام العام

البند الاول : المقصود بالنظام العام

البند الثاني : هدف المشرع من جعلها متعلقة بالنظام العام

أولا : حماية المصلحة العامة

ثانيا:حماية رب العمل

الفرع الثالث: مسؤولية المقاول الخاصة شاملة للعيوب الخطيرة

المطلب الثاني : طرق دفع المسؤولية الخاصة عن مقاول البناء

الفرع الأول : القوة القاهرة

الفرع الثاني : خطأ رب العمل

الفرع الثالث: خطأ الغير

المبحث الثالث : شروط تحقق المسؤولية الخاصة لمقاول البناء

المطلب الأول :وجود عقد مقاوله مبان أو منشآت ثابتة مع رب العمل

المطلب الثاني : تسلم العمل مقبولاً من رب العمل

الفرع الأول : الشروط الموضوعية والشكلية للتسليم

الفرع الثاني : أشكال التسليم

المطلب الثالث: حصول أضرار في المبنى أو المنشأ الثابت خلال مدة الضمان العشري

الفرع الأول: المقصود بالمبنى المراد حمايته ضمن أحكام المسؤولية الخاصة

الفرع الثاني: الأضرار التي تشملها مسؤولية مقاول البناء

البند الأول : تهدم البناء كلياً أو جزئياً

البند الثاني : العيب الموجب لقيام مسؤولية المقاول الخاصة

الخاتمة

مقدمة

تضمّن القانون المدني الأردني أحكام عقد المقاولة في الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني الذي اشتمل على العقود، فقد تضمّن الباب الثالث العقود الواردة في العمل ومنها عقود المقاولة، لهذا أصبح عقد المقاولة في القانون المدني الأردني عقد مسمى، وأحكامه مستقلة عن غيره من العقود، فقد عالجت هذه الأحكام، المواد ٧٨٠-٨٠٤، حيث تناولت المواد ٧٨٠-٧٨٢ عقد المقاولة وأركانها ومحلها، وعالجت المواد ٧٨٣-٧٩١ التزامات المقاول.

عرّفت المادة (٧٨٠) من القانون المدني الأردني عقد المقاولة، بأنه ذلك العقد الذي يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر، وكذلك عرّفت المادة (٦٤٦) من القانون المصري عقد المقاولة، أنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد بدفعه المتعاقد الآخر.

نرى من هذين التعريفين ، أنهما لم يرد فيهما الخاصية التي تميز عقد المقاولة عن غيره من العقود، و بصفة خاصة عقد العمل، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية (أن مناط التفريق بين عقد العمل وعقد المقاولة يكمن بالتبعية بين رب العمل والعامل.....) ، فمن المعلوم أن المقاول يقوم بتنفيذ الأعمال دون خضوع وإشراف من رب العمل.

لذلك نقترح أن يكون تعريف عقد المقاولة ، إنه العقد الذي يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ، دون خضوع أو إشراف من رب العمل .

أما القانون الفرنسي فإنه لم يعرف عقد المقاولة، وإنما عرفه باعتباره نوعاً من إجارة الأعمال^(٢)، وهذا ما نستنتجه من نص المادة (١٧١٠) من القانون الفرنسي^(٣). حيث عرفته المادة المذكورة (إنه العقد الذي عن طريقه يتعهد أحد الأطراف بعمل شيء لحساب الآخر لقاء أجر متفق عليه بينهما).

وفي هذا البحث سوف نقسمه إلى ثلاثة مباحث، نتكلم بالمبحث الأول عن التزامات مقاول البناء ، في خمسة مطالب ، نتناول بالمطلب الأول التزام المقاول بانجاز العمل المتفق عليه

(١) قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٥/٦٠٢ منشور على الصفحة ٠٠٢٣٩٣ من مجلة نقابة المحامين
(٢) عبد الرزاق حسين يس ،المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة فيها، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٨٢

(٢) The Hiring of work is a contract by which one of the parties binds himself to do something for the other at a charge of a price agreed between them.

وضمن المدة المتفق عليها ، والثاني التزام المقاول باعلام المهندس ورب العمل، والثالث واجب المقاول في تهيئة الآلات والأدوات ، والرابع التزام المقاول بالمحافظة على الأشياء المسلمة له لإنجاز العمل ، وأخيراً إلتزام المقاول بالضمان لمدة عشر سنوات عن كل تهدم كلي أو جزئي أو عن كل عيب خطير يهدد متانة البناء وسلامته.

والمبحث الثاني خصائص مسؤولية مقاول البناء وطرق دفعها وسوف نتكلم عنه في مطلبين، الأول نتحدث عن خصائص المسؤولية الخاصة لمقاول البناء وذلك في ثلاثة فروع الأول ، مسؤولية المقاول تضامنية والثاني مسؤولية المقاول متعلقة بالنظام العام ، وأما الفرع الثالث سنتطرق به إلى أن مسؤولية المقاول الخاصة شاملة للعيوب الخطيرة .

وأما المطلب الثاني سنتكلم عن طرق دفع هذه المسؤولية وهو مقسم إلى ثلاثة فروع الأول، القوة القاهرة والثاني وخطأ رب العمل والثالث خطأ الغير .

وأما المبحث الثالث فنخصه للحديث عن شروط تحقق مسؤولية مقاول البناء الخاصة ، وقد قسمته إلى ثلاثة مطالب ، في المطلب الأول ضرورة وجود عقد مقاوله مع رب العمل ، وستناول بالمطلب الثاني ، ضرورة تسلم العمل مقبولاً من رب العمل وخصت المطلب الثالث للتعرض لضرورة وجود تهدم كلياً أو جزئياً أو وجود عيب يهدد سلامة البناء أو المنشأ الثابت.

المبحث الأول

التزامات مقاول البناء

تتمثل واجبات مقاول البناء الرئيسية في إنجاز الأعمال ضمن المدة المحددة ، وطبقاً للمخططات والشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد. كذلك يتطلب من المقاول إعلام رب العمل والمهندس المشرف على المشروع، بالصعوبات التي تواجهه أو تلك الصعوبات التي تحول دون إتمام المشروع، وتهيئة المواد اللازمة لتنفيذ المشروع ، والمحافظة على الآلات المسلمة إليه، وأخيراً يلتزم مقاول البناء بالضمان العشري (أي لمدة عشر سنوات). وفي هذا المبحث سأقوم بتناول هذه الإلتزامات في خمسة مطالب :

المطلب الأول

الالتزام بإنجاز العمل

إن الالتزام الأول والرئيسي الذي يقع على عاتق المقاول هو التزامه بإنجاز العمل، وهذا الإلتزام يترتب عليه أن يقوم المقاول بعدة واجبات منها أن يبذل في إنجازه للعمل العناية اللازمة، بصرف النظر فيما إذا قدم المادة من عنده أو قدمها رب العمل، وأن ينجز العمل ضمن المدة المتفق عليها^(١) ولتفصيل هذا الإلتزام كونه أهم التزامات المقاول. وسأقوم بدراسة مسألتين:

المسألة الأولى: طريقة إنجاز العمل

على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها،^(٢) وضمن الشروط الواردة في دفتر عقد مقاولات البناء^(٣)، وفي حالة عدم وجود شروط متفق عليها يجب اتباع العرف حسب ما تقتضيه أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذي يقوم به المقاول^(٤).

وإذا احتاج المقاول لإنجاز العمل إلى أدوات خاصة، وجب عليه أن يأتي بها على نفقته، فأدوات العمل تكون على المقاول حتى ولو لم يشترط ذلك في العقد، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك^(٥).

إلا أن المشرع الأردني لم يتطرق في نص المادة (٧٨٤) إلى مسألة هامة، وهي فيما إذا احتاج المقاول إلى أيدي عاملة؛ فقد يحتاج المقاول إلى أشخاص يعاونوه في إنجاز العمل، فعلى من تكون نفقة هؤلاء الأشخاص؟

في رأينا وكون أن نص المادة (٧٨٤) جاء مطلقاً ولم يحدد نوع معين من الأدوات، فإنه وجب علينا أن نعتبر نفقة العمال على نفقة المقاول، إذ جرى العرف والعادة على أن المقاول هو الذي يحضر العمال و الأدوات الكافية والخاصة لإنجاز العمل .

المسألة الثانية: العناية اللازمة في إنجاز العمل:

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل)، الجزء السابع، المجلد الأول، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ٢٠٠٦، ص ٥٢.
(٢) نص المادة ٧٨٥ من القانون المدني الأردني (يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم على وجه معين... الخ)
(٣) ابراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل (عقد المقاولة)، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣١.
(٤) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٥) نصت المادة ٧٨٤ من القانون المدني الأردني (أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات على نفقته ما لم يقض العرف بغير ذلك).

إن التزام مقاول البناء هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فلا تبرا ذمة المقاول من إلتزامه إلا إذا تحققت الغاية، وقام بتنفيذ العقد والعمل المتفق عليه، ولا تنفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، سواء قدم المادة من عنده، أو كانت المادة مقدمة من رب العمل وسوف أقوم بشرح هذين الفرضين كل واحد بالتفصيل.

الأول: المقاول هو الذي يقدم المادة:

إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها، فالعقد هنا يكون مزيجاً من مقولة وبيع، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل، أو أقل وعندما نقول إن العقد هو مزيج من مقولة وبيع، فيترتب على ذلك نتيجة وهي أن المقاول يكون مسؤولاً عن جودة مادة العمل^(١) وعليه ضمانها، ويضمن ما فيها من عيوب خفية^(٢)، إلا أن المقاول لا يضمن العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت العقد، أو كان يستطيع أن يعرفها لو فحص الشيء محل العقد^(٣).

وعندما يختار المقاول تقديم المادة، وجب عليه أن يلتزم بشروط العقد والمواصفات المتفق عليها، وإذا لم يكن هناك شروط وجب عليه أن يختار المادة التي تفي بالغرض. وأخيراً، إذا لم يتفق الأطراف على جودة المادة ولم يستطع المقاول استخلاص ذلك من العرف أو أي طرف آخر، وجب على المقاول أن يقدم مادة من صنف متوسط^(٤).

الفرض الثاني: إن الذي يقدم المادة هو رب العمل:

نصت المادة ٧٨٣ الفقرة الثانية: إذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية، وأن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك، فتلفت أو فقدت، فعليه ضمانها^(٥). نستنتج من هذه المادة أن المقاول عليه أن يحافظ على ما يُسلم إليه من مواد من قبل رب العمل، فإن قصر أو تعدّ كان مسؤولاً عن

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٥-٥٦.

(٢) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة (المقولة - الوكالة - الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٥٣.

(٣) أنظر المادة ٢/٤٤٧، وكذلك المادة ٤٤٨ من القانون المصري، وكذلك السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٤) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٥٠.

(٥) يقابل المادة في القانون المصري المادة رقم ٦٤٩ والتي تقضي (إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل).

تلفها، وإذا احتاج إلى نفقات تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات التي تدخل في حساب الأجر^(١).

كذلك يجب على المقاول عدم الإفراط، وأن يستعمل الكمية الكافية لإنجاز العمل، وأن يقدم حساباً لرب العمل عما استعمله ويرد الباقي^(٢).

وصفوة القول، إذا تلفت المادة أو ضاعت كان المقاول مسؤولاً، وعلى رب العمل إثبات أن المقاول لم يبذل العناية اللازمة. وحتى يستطيع المقاول دفع المسؤولية عنه يجب أن يثبت أن الهلاك أو الضياع كان بسبب أجنبي لم يستطيع دفعه^(٣)، وأنه اتخذ جميع الإحتياطات اللازمة للحفاظ على المادة.

وبناءً على ذلك يكون من حق رب العمل أن يطلب التنفيذ العيني في حالة إخلال المقاول بالتزامه، ويكون له أيضاً أن يطلب فسخ عقد المقاولة ويستحق رب العمل التعويض في الحالتين بعد إغذار المقاول. بموجب انذار عدلي يرسل له من كاتب عدل المحكمة المختصة، وحتى يستطيع رب العمل أن يطلب التنفيذ العيني، يجب أن يكون ممكناً. وقد يلجأ رب العمل إلى المحكمة للحكم له بالقيام بالعمل على نفقة المقاول، بواسطة مقاول آخر.

ولا يكفي أن ينقذ المقاول العمل وفق الشروط المنصوص عليها في العقد وإنما يجب عليه أن ينقذ العقد ضمن المدة المتفق عليها في العقد، باعتبار أن ذلك يمثل أحد شروط عقود البناء والانشاءات الأساسية التي يترتب على الإخلال بها خسائر لصاحب العمل.

ويمكن ان نعرف مدة انجاز العمل إنها الفترة الزمنية التي يستغرقها تنفيذ الأشغال، وإجراء الفحوص والاختبارات اللازمة أو المنصوص عليها في العقد لتسليم هذه الأعمال، أو أي جزء منها وفق شروط التعاقد، بالإضافة لأي مدة يتم تحديدها لهذه الفترة من قبل المهندس أو صاحب العمل، وتحسب هذه المدة من تاريخ المباشرة بالعمل.

(٢) استئناف مختلط، ٢١ يونيو، سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٥١٧، ٢٠ يناير، سنة ١٩٢٧، م ٣٩ ص ١٨٦، كذلك انظر محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٤.
(٣) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٨.
(٤) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٥-١٢٦.

المطلب الثاني

التزام المقاول بإعلام المهندس ورب العمل

لم يضع المشرع الأردني تعريفاً للمقاول، في القانون الأردني، وإنما ورد تعريفه في قانون مقاولي الإنشاءات بأنه أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس مهنة المقاولات الإنشائية، والمرخص والمسجل وفقاً لأحكام هذا القانون^(١).

ونلاحظ من هذا التعريف أنه لم يرد فيه الصفة الرئيسية في المقاول، وهي الإستقلالية عن رب العمل، وعليه يمكننا أن نعرف مقاول البناء: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بالبناء أو التشييد، بناء على ما يقدم إليه من تصميمات ونماذج دون أن يخضع في ذلك لإشراف صاحب العمل أو رقابته.

وغني عن البيان؛ أن هذا الإستقلال لا يعني المقاول من الإلتزام بالإعلام، إذ يترتب عليه التزام الإعلام اتجاه كل من المهندس ورب العمل.

فالمقاول مهني متخصص بأعمال البناء، ويلزم بإنجاز العقد وتنفيذه وفقاً للشروط والمواصفات التي وضعها المهندس واعتمدها صاحب العمل والجهة الإدارية التي أصدرت الترخيص. فالتزام المقاول هنا يكمن في اعلام رب العمل والمهندس بكل ما يؤثر في انجاز العمل المطلوب، وإبداء الرأي في التعليمات التي تعطى له، والمشاكل التي تواجه التنفيذ^(٢).

وفي فرنسا، أجاز القضاء الفرنسي للمقاول الإعتراض على التصميم المعيب، والإمتناع عن تنفيذه، سواء وضعت هذه التصميمات من قبل المهندس أو من قبل صاحب العمل^(٣).

وعلة فرض مثل هذا الإلتزام على المقاول، كونه الشخص المتواجد في موقع العمل بصفة مستمرة، مما يتيح له الفرصة لاكتشاف أي عيب يشوب التصميم ويجعلها غير موائمة،

(١) المادة (٢) قانون نقابة المقاولين، رقم (١٣) لسنة ١٩٨٧
(٢) عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٨٧

(٣) أحمد عبدالعال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، الطبعة الأولى، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٧٥-١٧٨

بالإضافة إلى قدرته على إكتشاف وجود أي عوائق في العمل لم تكن متوقعة أثناء وضع المشروع من شأنها أن تحول دون إتمامه^(١).

ولا يقتصر دور المقاول على الإعلام؛ بل يكون أيضاً من حقه الاعتراض على تنفيذ التصميم المعيب. فإذا كان على المقاول الإلتزام بالتصميم، فإن ذلك مشروط بعدم مخالفتها الأصول الفنية للبناء، والتي لا يمكن أن يجهلها المقاول باعتباره فنياً في مجال البناء. فإذا كان يترتب على تنفيذها خطر يهدد متانة البناء وسلامته، وجب على المقاول إعلام المهندس وصاحب العمل بذلك، فإن اعترض المقاول على التصميم، بينما أصر صاحب العمل عليها وأصدر أمراً كتابياً بذلك ففي هذه الحالة لا يعتبر المقاول مخالفاً بالتزامه^(٢). علماً أن المقاول يُسأل مساءله جزائيه في حالة انهيار المبنى بسبب عدم متانتة.

(٢) محمد ناجي ياقوت ،مسؤولية المعمارين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٣٨

(٣) عبدالرزاق يس، المرجع السابق، ص ٧٢٦

المطلب الثالث

واجب المقاول في تهيئة الآلات والمعدات

تختلف المعدات والأدوات التي يقوم المقاول بإدخالها إلى العمل لتنفيذ المشروع، فبعض المشاريع مثلاً تحتاج لأدوات وآلات بسيطة، وبعضها الآخر يحتاج لأدوات تختلف قدرتها حسب المشروع (كآلات الحفر، وأجهزة الكترونية والآلات الخلطات).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الآلات والمعدات يعتبر دخولها المشروع مخصصاً حصراً لغرض تنفيذه ولا يحق له إخراجها أو إخراج أي جزء منها إلا بموافقة المهندس المشرف، باستثناء السيارات التي تستخدم لنقل العاملين فيه، أو الآليات التي يعتبر دخولها مؤقتاً لإنجاز مرحلة معينة في المشروع وقامت بإنجاز مرحلة معينة في المشروع كآليات الحفر ونقل الأنقاض^(١).

ويتحمل المقاول نفقات نقل جميع معداته إلى الموقع، ويجب عليه أن يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لحماية الطريق والجسور المؤدية إلى موقع المشروع من التسبب بالأضرار بسبب نقل آلياته، وآليات مقاوليه من الباطن. كذلك يكون مسؤولاً عن دفع جميع النفقات التي تنجم عن هذه الأضرار التي تسببها هذه المعدات.

(١) وزارة الأشغال العامة والإسكان دائره العطاءات الحكومية، عقد المقاوله الموحد للمشاريع الإنشائية، (٢٠١٠)، الطبعة الأولى، ص ٤٠.

المطلب الرابع

التزام مقاول البناء بالمحافظة على الأشياء المسلمة له

من الإلتزامات التي تقع على مقاول البناء أن يحافظ على المواد التي سلمها اليه صاحب العمل، ويحفظها من التلف والضياع، كذلك أن يتخذ الإجراءات والاحتياطات اللازمة لذلك. فإذا كانت المادة على سبيل المثال إسمنت ، فعلى المقاول أن يراعي الأصول في تخزينها وأن يتخذ كافة الوسائل لحمايتها من الرطوبة التي تؤدي إلى تلفها كلياً أو جزئياً.

وقد ورد هذا الإلتزام في نص المادة (٢/٧٨٣) من القانون المدني الأردني ، حيث نصت (وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم المادة وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية و أن يرد لصاحبها ما بقي منها فإن وقع خلاف ذلك فتألفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها)

كما يجب أن يتخذ الإجراءات الكفيلة بعدم ضياعها أو سرقتها، وذلك بتعيين حارس عليها، ويتحمل المقاول في حفظ المواد النفقات المترتبة على ذلك، فلا يحق له أن يرجع بها على رب العمل لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي يجب عليه أن يراعيها عند تحديد أجره^(١).

وغني عن البيان أن التزام المقاول بالمحافظة على الأشياء المسلمة إليه هو التزام ببذل عناية، فلا يتطلب منه سوى أن يبذل عناية الشخص العادي، ونلاحظ أن التزام المقاول هنا، هو التزام تابع لالتزامه بالعمل الذي يتم بمقابل أجر وليس مجاناً، ونتيجة لذلك، فإذا قصر المقاول في بذل هذه العناية، وترتب على ذلك أن هلكت هذه المواد أو سرقت أو أصبحت غير صالحة للاستعمال، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التلف أو الضياع، ويلتزم بذلك لرب العمل^(٢).

(١) ربحي أحمد يعقوب، واجبات ومسؤولية المهندس ومقاول البناء في القانونين اللبناني والأردني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه (غير منشورة) ٢٠٠١، الجامعة اللبنانية، بيروت، لبنان، ص ١٢٥

(٢) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٢٥-١٢٦

المطلب الخامس

التزام المقاول بالضمان العشري

الضمان العشري هو التزام فرضه المشرع على كاهل المهندس المعماري والمقاول بضمان كل ما يقع من أضرار نتيجة التهدم الكلي، أو الجزئي، أو ظهور العيوب بما شيدها من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى^(١).

ومن المظاهر التي دفعت المشرع إلى تبني هذا النوع من الضمان وخروجه عن القواعد العامة، أن المشرع الأردني وضع قرينة قانونية على خطأ المقاول كلما حدث تهدم ويكون بذلك قد ألقى رب العمل والمستفيدين من عبء الإثبات، كما نلاحظ أنه على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بين المقاول والمهندس، إلا أن هناك مسؤولية تضامنية وهذا يختلف عن القواعد العامة التي تقضي أن التضامن لا يكون إلا إذا تم الاتفاق عليه صراحة، وإذا لم يكن هناك اتفاق صريح، فيجوز أن يكون بنص القانون.

ومما نستنتجه من هذا التعريف أن المشرع الأردني والمصري لم يتركا التزام مقاول البناء للقواعد العامة، بل نص على قواعد وأحكام خاصة شتداً فيها من مسؤولية المقاول لما يترتب من تهدم المباني أو ظهور عيوب تهدد متانة وسلامة البناء للخطر أضرار جسيمة تصيب الأموال وأرواح البشر^(٢).

ونرى أن هناك هدفين من الضمان العشري أرادهما المشرع :-

الأول: إن رب العمل يكون في أغلب الأحيان لا تتوافر لديه المعرفة الهندسية وأصول البناء خصوصاً أنه يتعاقد مع شخص يفترض أنه تتوافر فيه الخبرة والكفاءة.

(١) فتحية قررة، أحكام عقد المقاولة، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٤٩

(٢) جاءت نصوص القانون المدني الأدنى خالية من أي تعريف للمبنى أو المنشأ الثابت، إلا أن البعض عرف المبنى أو المنشأ الثابت كل شيء متماسك من صنع الإنسان متصل بالأرض إتصال قرار، نقلاً عن محمد خير عمار شريف، نطاق المسؤولية الخاصة من حيث الأضرار والأشخاص في مقالة البناء، الطبعة الأولى، دار الجنان للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٣، ص ١٥

(٣) محمد خير شريف، المرجع نفسه، ص ١١

الثاني: إن طبيعة الأبنية والمنشآت كونها ثابتة لا تساعد على اكتشاف العيب فور إنجاز العمل وتسليمه، وإنما تظهر هذه العيوب بعد مرور مدة من الزمن يقدرها المشرع بعشر سنوات^(١).

المبحث الثاني

خصائص مسؤولية مقاول البناء وطرق دفعها

مسؤولية المقاول الخاصة لها خصائص تميزها عن غيرها ، كما أنه يجوز لمقاول البناء أن يرفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي الذي لا بد له فيه وهذا السبب الأجنبي يتخذ ثلاثة صور كما سنرى لاحقاً وسوف نتحدث في هذا المبحث في مطلبين : الأول نتناول فيه خصائص المسؤولية الخاصة ، وأما المطلب الثاني فنخصصه لطرق دفع هذه المسؤولية.

المطلب الأول

خصائص مسؤولية مقاول البناء

شدّد المشرع في أحكام المسؤولية الخاصة لمقاول البناء، نظراً لخطورة تهدم المباني أو ظهور العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته، وما تشكله من خطورة على الأرواح والأموال، فجعلها مسؤولية تضامنية ومتعلقة بالنظام العام وشاملة للعيوب الخطيرة، وفي هذا المطلب سأتناول كل خاصية في فرع مستقل:

الفرع الأول

تضامن مقاول البناء والمهندس المصمم في المسؤولية اتجاه رب العمل

نصت المادة ٧٨٨ إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل.....الخ)

ومعنى ذلك، أنه يحق لرب العمل أن يرجع عليهما معاً، وبهذا يكونا مسؤولين أمامه بالتضامن والتكافل عن قيمة الأضرار التي لحقت به، أو أن يكتفي بالرجوع على المهندس وحده أو على المقاول وحده^(٢).

(١) عدنان ابراهيم السرحان، المرجع السابق، ص ٧٠ وكذلك أنظر محمد خير شريف، المرجع السابق، ص ٩٦-٩٧

(٢) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٧٩