

مجلة

كلية الحقوق - جامعة النهرين

مجلة علمية محكمة

تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهرين

(المجلد ١١ / العدد ٢١)

## ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

مجلة الحقوق  
مجلة علمية محكمة تصدرها  
كلية الحقوق جامعة النهريين

هيئة تحرير المجلة  
رئيس التحرير  
أ.د. محي هلال السرحان  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

الهيئة الاستشارية للمجلة  
رئيس الهيئة  
أ.د. غازي فيصل مهدي  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

اعضاء هيئة التحرير  
أ.د. عوض فاضل اسماعيل  
كلية العلوم السياسية/ جامعة النهريين  
أ.د. جمال ابراهيم الحيدري  
كلية القانون/ جامعة بغداد  
أ.د. طالب نور الشرع  
كلية القانون/ جامعة بغداد  
أ.د. جعفر خزعل  
كلية القانون/ جامعة بغداد  
أ.م.د. سعد حسين الحلبوسي  
كلية القانون/ جامعة الانبار  
أ.م.د. عادل ناصر الجميلي  
كلية القانون/ جامعة الانبار  
أ.د. حيدر ادهم عبد العادي  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين  
أ.م.د. محمد علوم محمد علي  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

اعضاء الهيئة  
أ.د. مصطفى ابراهيم الدليمي  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

أ.د. محمد علي الطائي  
كلية القانون/ جامعة بغداد

أ.د. حكمت شبر  
كلية القانون/ جامعة بغداد

أ.د. علي الرفيعي  
كلية القانون/ جامعة بغداد

أ.د. محمد علي جواد  
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

أ.م.د. عصام عبد الرزاق العطية  
كلية القانون/ جامعة بغداد

مدير التحرير  
م.د. حيدر طالب محمد علي  
كلية الحقوق/ جامعة النهريين

للمراسلات  
مدير التحرير  
العراق – بغداد – الكاظمية  
كلية الحقوق – جامعة النهريين  
البريد الالكتروني

NAHRAIN\_LAW@YAHOO.COM

الاشتراك السنوي

– دينار –  
الحكومية والاشخاص داخل العراق

–  
الحكومية والاشخاص خارج العراق

﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾  
(المحتويات)

رقم الصفحات	اسم البحث
٥٠-١	مشاكل الانسنة في القانون الدولي الانساني أ.د. زهير الحسني
٧٢-٥١	الحماية القانونية لحقوق الافراد وحررياتهم عند تجميع بياناتهم في الاجهزة الالكترونية د. حيدر طالب محمد علي الأمانة
١١١-٧٣	جريمة الاضرار العمدي باموال الدولة، دراسة مقارنة في التشريعين العراقي والمصري د. زينب احمد
١٥٠-١١٢	المعلومات غي المصفح عنها ماهيتها والحماية القانونية لها د. طارق كاظم عجيل
١٨٠-١٥١	المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين د. مها بهجت يونس
٢٠٦-١٨١	حقوق المواطن في ظل الاجتلال الاجنبي وتطبيقاتها في العراق د. علي حميد العبيدي
٢٤١-٢٠٧	الحماية القانونية، الوضع القانوني للسلاح في النص الجزائي د. عماد فاضل ركاب
٢٨٦-٢٤٢	الاصناف الخاصة بجريمة الابداء الجماعية في القانون الجزائي د. آدم سميان ذياب الغريري
٣١٨-٢٨٧	الحق في الخصوصية وحماية البيانات م.م. حيدر غازي فيصل

## تعليمات النشر:

١. يقدم الاصل المطبوع على الحاسبة الالكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين اغلاطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (29.7\*21 cm)
٢. لايزيد حجم البحث المقدم عن ٢٥ صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.
٣. يجب ان يتضمن البحث: عنوان البحث، خلاصة، مقدمة، منهج البحث، النتائج، المناقشة، الاستنتاجات، قائمة المراجع، خلاصة بلغة عالمية، حية.
٤. لاتزيد عدد كلمات الملخص عن (٢٠٠) منتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي او غير العربي)، عنوان البحث، اسم الباحث، مكان العمل (والمراسلة ان كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم او رمز بشكل نجمة (\*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.
٥. الجداول والمواد التوضيحية، جيدة الاعداد، على ورق ملائم، مصقول، او شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلد، أي بحد اقصى 12\*16 سم للصفحة الواحدة، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والاشكال.
٦. ترقم الجداول والاشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين ويشار الى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم باوراق منفصلة.
٧. تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.  
*STANDARD INTERNATINAL UNITS.*
٨. لاتستخدم الاختصارات في عنوان البحث، او في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.
٩. تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في  
*THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & CO, LONDON.*

١٠. تستخدم الاختصارات المقننة دولياً، سواء لوحداث القياس او لغيرها من الاختصارات الشائعة.

١١. لاتقبل المراجع غير المنشورة، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.

١٢. يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص او في قائمة المراجع، اسلوب هارفارد الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر حسب

*CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983*

١٣. يشار الى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين.

١٤. ترتب المراجع في قائمة المراجع، ترتيباً "ابجدياً" حسب اسماء المؤلفين، وسنوات النشر.

١٥. بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب ان يحدد رقم المجلد، ورقم العدد وارقام صفحات بداية ونهاية البحث.

١٦. بالنسبة للمراجع المأخوذة، من كتب ورسائل علمية، تحدد ارقام الصفحات المستخدمة كمرجع.

١٧. قد تستخدم التذايل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقم التذاييل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.

مشاكل الأنسنة

# في القانون الدولي الإنساني

أ.م.ك. زهير الحسني

استاذ القانون الدولي

بغداد - العراق

## مقدمة

إذا كانت الحرب ظاهرة انسانية فماذا تعني انسنتها الا الحد من الخسائر في الارواح والاموال عن طريق تهذيب طرق ووسائل الحرب بالامتناع عن استخدام ما من شأنه التسبب في المعاناة والآلام غير الضرورية للمحاربين وغير المحاربين بغية الاجهاز على المجهود الحربي للخصم ليس الا، ولكن التقدم التقني دفع الى ساحات القتال احدث آلات الفتك والتدمير لانزال اشد الضربات العسكرية بالخصم فماذا يبقى من الانسنة الا ان تكون قضية فلسفية ؟

تعتبر الانسنة حلماً مسيحياً حيث كان المسيح (عليه السلام) ينظر اليها باعتبارها قضية مفهومية *Conceptual* بقوله: "ملكوتي ليست على هذه الارض"، وكانت المسيحية تنظر الى العلاقات بين افراد البشر من منظور اخلاقي يرفض العنف حتى ولو كان للرد على العنف وهذا مما لا يتألف مع الواقع القائم على تعارض المصالح بين الافراد الى درجة يكون العنف وسيلة لحل هذا التعرض، وهذا هو مصدر الحروب التي هي ردود فعل مسلحة لا يمكن السيطرة عليها. وامتنع المسيحيون عن اداء الخدمة العسكرية في روما مما ادى بنيرون الى حرق اجسادهم احياء سنة (٦٤) للميلاد. ولم تعتق روما المسيحية الا في نهاية عهد الامبراطور كونستيان حوالي (٣٣٧) للميلاد. وتلبية لحاجة الامبراطورية في التوسع على حساب جارائها شرع القديس اوغسطين الحرب العادلة *Jus feetiale* للرد على الحرب غير العادلة للآخرين.

اما الاسلام فينظر الى الحرب كواقعة اجتماعية يمكن معالجتها بشكل قانوني بضبط ايقاعاتها عن طريق تنظيم طرق ووسائل الحرب وحماية ضحاياها. وبذلك تكون انسنة الحرب قضية قانونية *Juridique* تتم من خلال دلالات النصوص الشرعية وبالشكل الآتي:

أولاً: المباديء الحاكمة لقانون السلام، وهي المباديء التي تقوم عليها العلاقات الدولية وهي:

١. التعاون الدولي، في قوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ {المتحنة/٨} وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَآفَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴾ {البقرة/٢٠٨}

٢. الدعوة الى السلام عن نشوب الحرب، في قوله تعالى ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ {الأنفال/٦١}

٣. الدفاع الشرعي لرد العدوان في قوله تعالى ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ {البقرة/١٩٠}

ثانياً: انسنة الحرب بحماية ضحايا المنازعات المسلحة، وزلم بحماية الحق في الحياة والمعاملة الانسانية لمن هو خارج المجهود الحربي وكالاتي:

١. تحريم قتل الاسرى، في قوله تعالى ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ {الأنفال/٦٧} والاثخان هو القتل.

٢. تحرير الاسرى، في قوله تعالى ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَأْ بُعْدُ وَإِمَّا فِدَاءٌ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانتَصَرْنَا مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِّيَبْلُوَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قَتَلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ ﴾ {محمد/٤} والمن والفاء بعد انتهاء الحرب قائم بقياس الاولية.

٣. تحريم الابادة *quarter*، في قوله تعالى ﴿ ..... وَلَوْلَا رَجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَنْ تَطَّوُّوهُمْ فَتُصِيبِكُمْ مِنْهُم مَّعْرَةٌ بَغَيْرِ عِلْمٍ لِيُدْخِلَ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ {الفتح/٢٥}

ولانرى التعويل على فتى الفقهاء بجواز قتل السبايا لتعارضها والدلالة المنطقية لايتي (الانفال/٦٧) و (محمد/٤) انفتي الذكر ولا دلالة على نسخهما كما جاء في باب من

اهل الحرب من ابواب السير الكبير (فقرة ١١٥ من كتاب الاصل او المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني المعروف بالسير الكبير، تحقيق مجيد خدوري، بيروت، ١٩٧٥، ص ١٣٤). بل يذكر الشيباني ان الحسن (البصري) وعطاء بن رباح قالا في الاسير لا يقتل ولكن يفادى او يمن عليه (المصدر ذاته ص ٩٩).

ثالثاً: انسنة الحرب، طرقها ووسائلها. عنيت النصوص من السنة الشريفة بتفاصيل الحرب مبنية بعض احكامها فيما يأتي:

١. طرق الحرب، وهي:

أ- حرمة الغدر والغلو والتمثيل، لصراحة النصوص بشأنها، ومنها ما جاء في وصايا رسول الله (ﷺ) قوله (اغزوا في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لاتغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا.....) باب ماروي عن آداب الغزو من السير الكبير. المصدر ذاته ص ٩٣. ولا يجوز التمثيل بالقتلى انتقاماً حتى ولو فعل المشركون ذلك.

ب- الترس. لو تترس المشركون بالصبيان والمجانين والنساء والحرب قائمة ولا يمكن الفتح الا بقتلهم جاز ضرب الترس بشرط ان لا يقصد الترس ذاته، وانما يقصد المشركون فلا يكف عن قتالهم لأجل الترس، ولا خلاف في ذلك.

٢. وسائل الحرب. الاصل في جواز المحاربة بكل ما يرجى به الفتح كهدم الحصون ورمي المجانيق والتحريق بالنار ونحو ذلك مع الضرورة وتوقف الفتح عليه او عدمه وان كره بعضها بدونها مع التقيد بما يأتي:

أ- عدم ائتلاف القوات. وذلك لقوله (ﷺ) (لتغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدا ولا متبتلا في شاهق ولا تحرقوا ولا تغرقوا بالماء ولا تقطعوا شجرة بثمر ولا تحرقوا زرعاً لانكم لاتدرون لعلكم تحتاجون اليه ولا تعرقبوا من البهائم ما يؤكل لحمه الا ما لا بد لكم من أكله). (رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالدلائل. كتاب الجهد ١٢٨٤ هج). والحديث حسن وهو صريح في دلالاته على الحرمة. ولا عبرة بأقوال الفقهاء

بحمل الدلالة على الكراهة حيث لاقرينة صارفة الى الكراهة كما لايصح مواجهة الحسن بالمراسيل.

ب- عدم استخدام السم. نهى الرسول (ﷺ) ان يلقي بالسم في بلاد المشركين ولذا يحرم المحاربة به، وبه نطقت النصوص ومنها حديث السكوني القوي سندا والادال على الحرمة متنا لعدم القرينة الصارفة الى الكراهة. (الطباطبائي. المصدر ذاته).

وعندما هاجمت قريش المسلمين في بدر لم يكن امام رسول الله (ﷺ) الا انتظار الوحي ولم يبدأ القتال الا بعد نزول قوله تعالى ﴿ اُنْزِلَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِاَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَاِنَّ اللّٰهَ عَلٰى نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ \* ﴾ {الحج/٣٩}. فكانت معركة بدر اول حرب دفاعية للمسلمين، وعندها بدأت عملية انسنة الحرب في تاريخ الحرب.

ومن هنا يمكن ملاحظة الفرق بين الاسلام والمسيحية. فالمسيحية الاولى التي حرمت الحرب ابتداءا انتهت الى تشريع الحرب العادلة ثم مطلق الحرب بعد القديس اوغسطين (٣٤٠ - ٣٥٤). بينما كره الاسلام الحرب واقر الحرب الدفاعية اضطرارا في قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسٰى اَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسٰى اَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللّٰهُ يَعْلَمُ وَاَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ \* ﴾ {البقرة/٢١٦} .

وتجلت مظاهر انسنة الحرب لدى المسلمين اثناء الحرب الصليبية (١٠٩٥ - ١٢٧٠ للميلاد) عندما امتنع المسلمون عن قتل اسرى الصليبيين مقابل المذابح التي ارتكبتها الصليبيون بين المدنيين المسلمين بما فيهم الحجاج، وذلك عندما انحرفت الحملات الصليبية عن المباديء التي اعلنتها واصبحت وسيلة للتوسع الاقليمي والاحتلال الاجنبي.

ولم يظهر مفهوم الاسير في كتابات رجال النهضة الاوربية بما فيهم فيتوريا (١٤٨٠ - ١٥٤٦ للميلاد) ولا سواريس (١٥٤٨ - ١٦١٧ للميلاد) ولا حتى غروسويس ابو القانون الدولي الاوربي (١٥٨٣ - ١٦٤٥ للميلاد) رغم اقامته في الاستانة واطلاعه على السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني.

الا ان مباديء الثورة الفرنسية التي تجلت في كتابات مونتسكيو (١٦٨٩- ١٧٥٥ للميلاد)، اعتبرت الحبرب علاقة بين دولة ودولة وان الامتيازات التي يمنحها قانون الحرب للمتحاربين فيما بينهم تقتصر على منع المتحاربين من مواصلة العمليات العدائية عند اسرهم لا قتلهم. وهكذا ظهر مفهوم الاسير في الفكر السياسي الاوربي، ثم انتقل الى القانون الوضعي في قرار الجمعية الوطنية الفرنسية بتاريخ ٤/٥/١٧٩٢، عندما وضع هذا القرار اسير الحرب تحت حماية الشعب الفرنسي. واقرت مدونة ليبر الصادرة بموجب الامر العام رقم ١٠٠ بتاريخ ٢٤/٤/١٨٦٣ المبدأ نفسه اثار حرب الانفصال الامريكية. وبعدها اصبحت انسة الحرب عملية قانونية دولية اقرتها اتفاقية جنيف الاولى بتاريخ ٢٢/٨/١٨٦٤ بشأن تحسين مصير العسكريين الجرحى في الميدان والتي اضحت الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية بحماية اسير الحرب وعدم قتله ولا معاملته بقسوة.

تعتبر القانون الوضعي نظام الاسر اجراء احتياطي ازاء المحارب الذي تخلى عن سلاحه واصبح تحت سلطة الخصم وخارج المجهود الحربي وليس تدبيراً قمعياً او انتقامياً لانسان لايقدر على القتال. ذلك ان الحماية المطلوبة للاسير غير مرتبطة بسلسلة الاعمال العدائية بين المتحاربين وانما هي فجوة *gap* بين الحرب والسلم. فالخارج عن دائرة القتال بسبب عجزه عنه او جرحه او مرضه او بسبب وقوعه في قبضة الخصم، انما يخرج من نطاق المجهود الحربي للخصم وتعتبر عملية الأسر مصداقاً لذلك، هكذا يأسس النظام القانوني لحماية الاسير ومعاملته معاملة حسنة كعملية انسانية.

ويتطور العلاقات الدولية وقيام نظام المؤسسات الوطنية الحكومية، نشأ نظام الانضباط العسكري الحديث الذي لم يكن معروفا في تاريخ الدولة الاسلامية. وهو نظام حل محل نظام الاسترقاق السائد في القرون الوسطى. ذلك ان انعدام نظام الانضباط العسكري في تلك العصور كان مدعاة لاسترقاق الاسير كوسيلة عملية للتحكم به ومنعه من الالتحاق بالخصم ثانية عن طريق الهروب الى ثكناته. اما وقد قامت معسكرات احتجاز الاسرى

كوسيلة فعالة للسيطرة على الاسير من جهة ومفاداته من جهة اخرى، فلم يعد للاسترقاق أي مسوغ ستراتيجي او قانوني. بل ونجد مصداق ذلك في قوله تعالى ﴿..... عُدَّ وَإِمَّا فِدَاءٌ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ

أُوزَارَهَا.....\*﴾ {محمد/٤} ولانجد في نصوص القرآن الكريم ولا السنة الصحيحة ما يشرع للاسترقاق وان اقوال الفقهاء اجتهاد مقابل النص بل يحث القرآن الكريم على تحرير الرقيق في قوله تعالى ﴿ فَكُ رَقَبَةً {البلد/١٣} أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ \*﴾ {البلد/١٤} . ومن هنا نستطيع القول بان اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩ تترجم الحكم الشرعي في معاملة الاسير ويعضد ذلك عضوية جميع الدول العربية والاسلامية في هذه الاتفاقية.

لقد تطورت الاحكام القانونية لحماية اسير الحرب منذ مدونة لبير لسنة ١٦٨٣ مرورا باتفاقية ١٩٢٩ والاتفاقية الثالثة بجنيف ١٩٤٩ وحتى البروتوكولين الاضافيين ١٩٧٧، يشكل يساعد على توسيع عملية حماية الاسير في القانون الدولي الوضعي وذلك بالعمل عل تطوير النصوص الدولية الحالية وبالكيفية الآتية:

أ- اعادة تصنيف الافراد الذين يتمتعون بالمركز القانوني لاسرى الحرب وذلك بالتمييز بين المقاتلين الذين يرتبطون بطرف النزاع فتشملهم الحماية بموجب هذا الارتباط، نظامين كانوا ام غير نظاميين من جهة وبين المقاتلين الذين لا يرتبطون بطرف النزاع فلا يتمتعون بهذه الحماية بسبب عدم وجود هذا الارتباط من جهة اخرى، لانهم لا يعتبرون مقاتلين قانونيين كالجواسيس والمرترقة.

ب- اعادة صياغة معيار الاسير لا على اساس مشاركته في القتال وانما على اساس مشاركته في المجهود الحربي وبموجب هذه الصياغة تتم حماية مقدمي الخدمات الطبية والدينية واطقم الدفاع المدني رغم عدم مشاركتهم في الاعمال العدائية.

ج- اعادة صياغة المركز القانوني لاسرى الحرب بالتمييز بين المباديء الاساسية للحماية وبين حقوق الاسرى المستندة على هذه المباديء. وتتجلى فائدة هذا التمييز في ان مباديء الحماية تعتبر من القواعد الآمرة فلا يجوز الاتفاق على

مايخالفها ولا تكون موضوعا للتحفظات او الاستثناءات. وتعتبر الالتزامات القائمة بموجبها التزامات لتحقيق غاية وهي الحفاظ على حياة الاسير وعدم اساءة معاملته. اما حقوق الاسير فتقوم على اساس القانون الدولي الاتفاقي الذي يفرض التزامات ببذل عناية في منح الاسير المزايا المادية والمعنوية التي يستحقها كإنسان من جهة وفي انهاء حالة الاسر بمجرد انتهاء الاعمال العدائية من جهة اخرى. وذلك لان الوفاء بالالتزامات لبذل عناية متوقف على قدرة واستعداد الطرف الحاجز للامتثال لها، وبالتالي فهي التزامات قابلة للتحفظات او الاستثناءات مما يحول دون اعتبارها جزءا من القانون الدولي العرفي.

اما الفائدة الاخرى لهذا التمييز فتتجلى في عملية التوفيق بين متطلبات الحماية ومقتضيات السيادة. فالاولى مقدمة على الثانية لان الحماية تقوم على التزام لتحقيق غاية وهي الحق في الحياة وفي المعاملة الانسانية، بينما تقتضي السيادة حماية المصالح العليا للدولة وهي مقدمة على المزايا المادية والمعنوية التي يتمتع بها الاسير بموجب القانون الدولي الاتفاقي ولكن لا على حساب الاعتبارات السياسية والامنية للطرف الحاجز. وهذا يعني ان على الطرف الحاجز بذل عنايته لتوفير افضل الظروف لمتع الاسير بحسن المعاملة.

(زهير الحسني. تقديم لاطروحة الدكتوراه لمحمد العسلي. النظام القانوني للاسير للقانون الدولي الانساني. جامعة قاريونس ٢٠٠٢).

ان تطور وسائل الحرب بسبب التقدم العلمي والعملياتي يؤثر على عملية الانسنة لانه يزيد من معاناة ضحايا الحرب بما فيهم الاسرى الذين يجدون انفسهم امام ضرورتين متناقضتين، الاولى وهي الواجب الوطني الذي يقتضي مواصلة المجهود الحربي غير القتالي عند تعامل الاسير مع سلطات الطرف الحاجز والثانية وهي الانضباط الذي يقتضيه احترام قوانين وتعليمات الطرف الحاجز التي تحظر على الاسير التواصل مع الخصم. ولذا اقتضى التمييز بين مبادئ

الحماية المقدمة على مقتضيات السيادة وبين الحقوق التفصيلية للاسير الخاضعة لاعتبارات دعم المجهود الحربي والمصلحة الوطنية العليا. ومن خلال المقارنة بين الالتزامات الدولية لحماية ضحايا النزاعات المسلحة ومقتضيات السيادة الوطنية يمكن بحث الاشكالات التي تواجه انسنة الحرب ومضاعفاتها في القانون الدولي الوضعي من حيث نطاقها (مبحث تمهيدي) ومصادرها (مبحث اول) وآلياتها (مبحث ثان).

### مبحث تمهيدي

#### نطاق الانسنة في القانون الدولي الانساني

ان اية عملية لانسنة الحرب تقتضي التوسع في حماية المقاتلين وغيرهم من ضحايا المنازعات المسلحة (فرع اول) كما ان تحديد آلية هذه الانسنة تستدعي تحديد الوعاء القانوني لها (فرع ثان).

#### الفرع الاول

##### انسنة حماية المقاتلين وضحايا المنازعات المسلحة من غير المقاتلين

يسعى كل نظام قانوني الى توسيع دائرته ازاء الاشخاص التي يخاطبها ويستوي القانون الدولي في ذلك مع القانون الداخلي، حيث تسعى المجموعة الدولية الى نقل بعض اختصاصات القانون الداخلي الى القانون الدولي بما في ذلك حماية حقوق الانسان الاساسية وحماية ضحايا المنازعات المسلحة. واذا كانت الحرب تأبى بطبيعتها انسنة طرقها ووسائلها (قانون لاهاي)، فقد يسوغ على الاقل انسنة جانب من الحرب وذلك بضمان حماية ضحاياها (قانون جنيف). وقد حقق قانون جنيف تقدما في هذا المجال عن طريق التوسع في مفهوم المقاتلين الى المقاتلين غير النظاميين. وبقي هناك نقص ينبغي تداركه بشأن بعض اصناف المقاتلين وبالشكل الآتي:

أولاً: عدم شمول افراد المقاومة المسلحة في الاراضي المحتلة بالحماية لعدم تغطيتهم باحكام المادة ٢ المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩. فاذا كانت المادة ٦/٤ من الاتفاقية الثالثة تحمي افراد الانتفاضة المسلحة الذين يحملون السلاح عند اقتراب العدو من اقليمهم، فان هذه الحماية تتوقف اذا ماتم احتلال هذا الاقليم حيث يصبح افراده مدنيين مشمولين بحماية المادة ٤ من الاتفاقية الرابعة، فلا يجوز لهم حمل السلاح لمقاومة المحتل وتحرير بلدهم من الاحتلال. ويمكن معالجة هذا النقص بتعديل الاتفاقية الثالثة باعتبار مقاومة الاحتلال بمثابة كفاح مسلح ضد الاحتلال الاجنبي طبقا لقرار الجمعية العامة ١٥١٤/١٩٦٠ وقرارها ٣٣١٤/١٩٧٤ او شمولهم باحكام المادة ٤/١ من البروتوكول الاول الاضافي لسنة ١٩٧٧ باعتبار هذه المقاومة نزاعا دوليا مسلحا.

وبالنظر لعدم انضمام بعض الدول للبروتوكول الاول الضافي، فان تعديل الاتفاقية الثالثة في هذا الاتجاه يضيف مزيداً من الضغط على الدولة الحاجزة لمنح افراد هذه المقاومة المركز القانوني لاسرى الحرب، خاصة وان قراري الجمعية العامة المذكورين قد بلغا قوة القاعدة العرفية كما جاء في فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الوجود غير الشرعي في ناميبيا في ١٩٧١ وفي حكمها في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا في ١٩٨٦.

ثانياً: عدم التفريط بالمركز القانوني لمقاتلي حركات التحرير الوطني بدعوى تصفية الاستعمار وانتهاء دور الحركات. ذلك ان المادة ٤/١ من البروتوكول الاول الاضافي لا تقتصر على حماية المقاومة المسلحة ضد الاستعمار، بل تمتد لتشمل المقاومة ضد النظم العنصرية والاحتلال الاجنبي الذي هو سمة دائمة في العلاقات الدولية عبر العصور.

ثالثاً: شمول الخبراء والفنيين الخواص الذين يتعاقدون مع طرف النزاع بالحماية باعتبارهم تابعين لطرف النزاع هذا بموجب عقود بيع، حيث يعهد اليهم مهام التدريب

والصيانة بل والمشاركة في الاعمال القتالية احيانا. وهم ليس من المرتزقة الذين يتخذون الحرب مهنة لهم مع من يدفع لهم لغرض الارتزاق.

رابعاً: سلّطت احداث ١١ ايلول ٢٠٠١ الضوء على نوع جديد من المنازعات الدولية التي احد اطرافها حركات دولية مسلحة غير حكومية تستخدم السلاح ضد اهداف عسكرية ومدنية من خلال حرب سرية تشبه حرب العصابات. اما الطرف الاخر فهو دول او منظمات دولية تواجه تلك الحرب السرية بقوات نظامية او بعمليات مخبرانية سرية كذلك. وقد نوهنا الى هذا النوع من المنازعات في دراستنا عن التدابير المضادة في القانون الدولي العام منذ ١٩٨٨. ونعتبر عناصر هذه الحركات السرية مقاتلين قانونيين اذا كانوا تابعين لطرف النزاع ومشمولين بالحماية الدولية تبعاً لذلك والا فلا. ولكن الحكومة الامريكية اعتبرت هذه الحركات منظمات ارهابية وخارجة عن القانون. ولايتمتع مقاتلوها بالمركز القانوني لاسرى الحرب عند وقوعهم في قبضة الخصم وذلك بسبب اجواء احداث ١١ ايلول ٢٠٠١ وبناء عليه اعتبرت مقاتلي حركة طالبان وهي الحكومة الفعلية سابقا في افغانستان وكذلك عناصر القاعدة التي حاربت بجانبها هناك سنة ٢٠٠٠ عناصر خارجة عن القانون واحتجزتهم في قاعدة غوانتانامو الامريكية في كوبا حتى لاتشملهم بحماية القانونين الامريكي والدولي لا باعتبارهم اسرى حرب او مشمولين بالمعاملة الانسانية بموجب المادة ٣ المشتركة ولحين البت في مركزهم القانوني من قبل محاكم مختصة كما تقضي بذلك احكام القانون الدولي الانساني. رغن نداءات اللجنة الدولية للصليب الاحمر ومنظمة العفو الدولية وغيرها من المنظمات غير الحكومية التي طالبت باعتبارهم اسرى حرب حسب المعايير الامريكية التي تعتبر الحرب ضد الارهاب الدولي حربا دوليا.

اما اعمال العنف التي تقوم بها هذه الحركات ضد المدنيين وبدون الارتباط بطرف النزاع فلا تعتبر نزاعا دوليا مسلحا وانما هي عمليات ارهابية كمثل التي كانت ترتكبها بدرماينهوف والجيش الاحمر الياباني والالوية الحمراء في ايطاليا وغيرها خلال القرن

العشرين. فعمليات التفجير التي ترتكب ضد البعثات الدبلوماسية ومكاتب المنظمات الدولية والمراكز السياحية والتجارية بما فيها برجى وول ستريت في نيويورك في ٢٠٠١ تعتبر جميعا عمليات ارهابية ولايتمتع الافراد الذين يقتربونها بالمركز القانوني لاسرى الحرب.

خامساً: شمول المقاتلين الذين لم يبت بعد في مركزهم القانوني بالحماية الدولية التي يتمتع بها اسرى الحرب حتى تثبت المحاكم المختصة في امرهم. ذلك لان المقاتل يخضع عند القبض عليه لمبدأين هما، انه لايلحق ولايعاقب بسبب مشاركته في الاعمال العدائية من جهة وانه يعامل معاملة انسانية عند وقوعه في قبضة الخصم من جهة اخرى. ويسري هذان المبدآن على المقاتل الذي يشك في صفته كمقاتل قانوني لحين البت في صفته هذه. وعليه فانه يمنح المركز القانوني لاسرى الحرب ابتداءا لانه باحتجازه من قبل الخصم يصبح من العناصر الهشة *vulnerable* التي تحتاج الى الحماية. ولهذا الغرض وضعت المادة ٥ من الاتفاقية الثالثة قرينة لمعالجة حالة الشك هذه بقولها "وفي حالة وجود أي شك بشأن انتماء اشخاص قاموا بعمل حربي وسقطوا في يد العدو... فان هؤلاء الاشخاص يتمتعون بالحماية التي تكفلها هذه الاتفاقية لحين البت في وضعهم بواسطة محكمة مختصة". وقد ورد مثل هذا النص في القوانين العسكرية الوطنية بما يشكل مدعاة لقيام عرف دولي به، ومنها النظام العسكري الامريكي لسنة ١٩٧٧ / القسم ١-٦ / المادة ٥/٢.

(*yasmin naqvi, doubtful prisoner of war status.in:icrc.review.Sept.2002pp.575.ss.*)

واعتبرت المادة ٤٥ / من البروتوكول الاول الاضافي هذه القرينة مفترضة في حالة:

- أ- طلب المقاتل استحقاقه للحماية،
- ب- او تبين انه يستحق ذلك،
- ج- او ادعى الطف الذي يتبعه بذلك نيابة عنه.

ومن هنا يتبين ان عبء الاثبات *burden of proof* ينتقل الى المحكمة المختصة لاثبات العكس وان المقاتل المشكوك في مركزه القانوني يكتسب صفة الاسير اذا لم تثبت المحكمة على عكس ادعائه.

## الفرع الثاني

تحديد القانون الدولي الانساني من حيث الموضوع

اضحى تعبير القانون الدولي الانساني ففضاضا بسبب شيوع استعماله حتى خرج عن معناه الاصطلاحي مما يتعين معه ضبط المعنى القانوني لهذا التعبير من حيث الموضوع وذلك بالتمييز بين فرعيه من جهة وبينه وبين ما يقاربه من جهة اخرى.

اولاً: التمييز بين قانون لاهاي وقانون جنيف. يميل العديد من المؤلفين الى الغاء التمييز التقليدي بين هذين القانونين وذلك بسبب شيوع استعمال القانون الدولي الانساني الذي يضم هذين القانونين من جهة واطمحلال الفوارق التي كانت قائمة بينهما من جهة اخرى. والواقع فان الابقاء على التمييز بين فرعي القانون الدولي الانساني مفيد لاسباب قانونية وعملية:

١. من الناحية القانونية. يختص قانون لاهاي بتنظيم طرق ووسائل الحرب الواردة في اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩ و ١٩٠٧. بينما يختص قانون جنيف بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الواردة ابتداء في اتفاقية جنيف في ١٨٦٤ وما بعدها. وبالرغم من وجود اتفاقيات موقعة عليه في جنيف تخص طرق ووسائل الحرب كبروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن تحريم استخدام الغازات السامة والحارقة وتضمين اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٩٩ نصوصا لحماية ضحايا الحرب، فان كل منهما قد احتفظ بخصوصيته على العموم. وبدأت الدعوة بالغاء هذا التمييز بعد ابرام اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ بحجة ان هذه الاتفاقيات جمعت بين قانوني لاهاي وجنيف مما لا ينبغي الاستمرار بالتمييز بينهما. واشتدت هذه الدعوة بعد ابرام البروتوكولين الاضافيين

الاول والثاني لسنة ١٩٧٧ في جنيف واستخدام تعبير القانون الدولي الانساني بدلا عنهما وخاصة بعد تضمين الباب الثالث من البروتوكول الاول نصوصا تتعلق بطرق الحرب بتحريم الغدر.

٢. من الناحية العملية. ان استخدام تعبير القانون الدولي الانساني لايلغي التمييز بين فرعيه قانون لاهاي وقانون جنيف. وذلك لان معيار التمييز بين هذين الفرعين ليس معيارا شكليا كما يعتقد دعاة التمييز بينهما، بل هو معيار موضوعي قائم على التمييز بين موضوعين مستقلين احدهما عن الاخر وهما تنظيم طرق ووسائل الحرب في قانون لاهاي وحماية ضحايا الحرب في قانون جنيف ولم يكن التمييز اصلا قائما على مكان ابرام الاتفاقيات المتعلقة بهما.

وفي الحقيقة فان التمييز بين القانونين لايتعارض مع الجمع بينهما في اطار القانون الدولي والانساني. اما المفيد في التمييز بينهما فراجع الى قانون لاهاي لايحتمل الانسنة خاصة وان طرق ووسائل الحرب تتطور نحو المزيد من الفتك والتدمير وزيادة معاناة ضحايا الحرب، بينما ينشد قانون جنيف توفير المزيد من سبل حماية ضحايا المنازعات المسلحة وهو ماتم في اطار البروتوكولين الاضافيين الاول والثاني سنة ١٩٧٧ فيما يتعلق بتشديد الرقابة الدولية على انتهاكات هذا القانون سواء كان بموجب لجنة تقصي الحقائق او اعطاء دور المبادرة للمنظمات الدولية غير الحكومية وفي مقدمتها اللجنة الدولية للصليب الاحمر في تقديم الاغاثة لضحايا المنازعات الدولية.

ثانياً: التمييز بين القانونين الدولي الانساني وبين غيره من فروع القانون المقاربة له.

١. قانون حقوق الانسان. وهو مجموعة القواعد القانونية الحاكمة للحقوق الاساسية للانسان وقت السلم في مواجهة السلطة الحاكمة في بلده او بلد الاقامة. وهي الحقوق المدنية والسياسية من جهة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة اخرى. والتي تضمنها العهدان الاول والثاني للامم المتحدة لسنة ١٩٦٦ وغيرها من الصكوك الدولية ذات الصلة. ويتم حماية هذه الحقوق بموجب القانون الداخلي. ولكن هذه

الحماية تخضع لرقابة عدد من الاجهزة الدولية كلجنة حقوق الانسان التابعة للجمعة العامة للامم المتحدة. اما حماية هذه الحقوق اثناء الحرب فتخضع للقانون الدولي الانساني مباشرة ولرقابة الطرف الحامي وليس لرقابة لجان حقوق الانسان.

ولايصح الادعاء بتوسع نطاق القانون الدولي الانساني ليغطي قانون حقوق الانسان، لان الحماية في الاول تقوم في مواجهة الدولة الحاجزة وهي دولة العدو بينما الحماية في الثاني فتنتم في مواجهة السلطة الوطنية او دولة الاقامة والفرق كبير بين الحالتين. (Commentaire Convention IV. P.397 et ss). يضاف الى ذلك الازدواجية الوظيفية بين الامم المتحدة التي اختصت بحقوق الانسان باعتبارها مختصة بقانون السلام وبين اللجنة الدولية للصليب الاحمر التي اختصت بالقانون الدولي الانساني الذي يتعلق بقانون المنازعات المسلحة

*(Robert Kolb. Relations enter le droit international humanitaire et les droits de l`home.Revue.Croix-Rouge Sept. 1988 No.831.p439)*

وفي حيثيات فتوى محكمة العدل الدولية في قضية مدى مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الصادرة في ٨/٧/١٩٩٦، قالت المحكمة ان القانون المطبق في القضية هو قانون المنازعات المسلحة فقط وليس العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لتقرير ما اذا كان الموت الذي تسببه هذه الاسلحة يعتبر حرمانا تحكيميا من الحياة انتهاكا للمادة ٦ من العهد (cij.Recueill 1996. par.25).

وتسري احكام العهدين الدوليين لسنة ١٩٦٦ في الاراضي المحتلة بعد انتهاء العمليات العسكرية

*cij.Consequences juridiques de l`edification d`un mur dans le territoire palestinien occupe.Recueil.avi consultativ9.7 2004par.101*

وبالتالي فان الاراضي المحتلة وفقا لاحكام اتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ باعتبارها اراضي محتلة (قانون المنازعات المسلحة) ولقانون حقوق الانسان بسبب انتهاء العمليات العسكرية (قانون السلام). ولا حاجة بعد هذا للقول بسريان قانون حقوق الانسان في حالة الحرب كما توحي حيثيات فتوى المحكمة بشأن الجدار العازل (par.110).

٢. قانون اللاجئين. وهو مجموعة القواعد القانونية التي تضمن حماية ضحايا الكوارث الانسانية كالحروب والقمع السياسي الذين يضطرون بسببها طلب المأوى في بلد اجنبي لحمايتهم من بطش السلطة الحاكمة، طبقا لاتفاقية جنيف لسنة ١٩٥١ المعدلة ببروتوكول جنيف لسنة ١٩٧٦.

وبالرغم من ان طلب اللجوء ليس بحق في مواجهة بلد اللجوء، فان الاخير ملزم بعدم اعادة طالب اللجوء الى بلده طالما توجد مبررات بالخوف من الاضطهاد فيه. وهكذا يظهر الفرق بين قانون اللاجئين الذي يوفر الحماية في بلد اللجوء لضحايا الاضطهاد بينما يوفر القانون الدولي الانساني الحماية لضحايا المنازعات المسلحة في الدولة الحاجزة.

## المبحث الاول

### تحديد مصادر القانون الدولي الانساني

مازال تعبير مصادر القانون يثير الغموض في كتابات المؤلفين بسبب الخلط بين المصادر الشكلية (الرسمية) والمصادر الموضوعية (المادية). وفي علوم القانون يؤخذ بالمصادر الشكلية (الرسمية) لان القانون الدولي الوضعي هو قانون ارادي يقتضي ان اشخاصه لا تلتزم الا ببناء على ارادتها الصريحة المعبر عنها بالقانون الدولي الاتفاقي او على ارادتها الضمنية المعبرة عنها بالقانون الدولي العرفي. وبالنظر لغياب المشرع الدولي يصبح الكلام عن أي مصدر اخر للقاعدة القانونية الدولية من غير المعاهدات والعرف نوعا من التمني. وقد سبق ان اوضحنا في كتابنا مصادر القانون الدولي العام بان المادة ٣٨/١ ج تخص المبادئ العامة للقانون المقارن لا مبادئ القانون الدولي العام. اما ما يعلن من مبادئ عامة في العلاقات الدولية من خلال قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدبلوماسية فانها يمكن ان تكون عنصرا من عناصر الركن المادي للقاعدة العرفية ولكنها لا تبلغ العقيدة القانونية *opinion juris* الا بعد العمل بها من قبل الاغلبية الساحقة لاشخاص القانون الدولي.

ولا يمكن الزام هذه الاشخاص بهذه المبادئ في حد ذاتها باعتبارها قواعد قانونية لان القانون الدولي قانون بين الدول وليس قانونا فوق الدول. وما زالت بعض المبادئ العامة في القانون الدولي محل اخذ ورد لعدم وجود تعامل مضطرب بشأنها كالقاعدة الآمرة والتراث المشترك للإنسانية.

اما على صعيد القانون الدولي الانساني فان البحث عن مصادره خارج القانون الدولي الاتفاقي يثير مشاكل عملية مناطها ان القانون الدولي الانساني قائم على اساس الاتفاقي وهو مستمر على هذا الاساس لحد الان على الاقل كما نوضحه فيما يأتي:

### الفرع الاول

#### القانون الدولي الانساني الاتفاقي

بدأ هذا القانون باتفاقية جنيف الاولى في ١٨٦٤/٨/٢٢ بمبادرة لجنة جنيف السويسرية لعقد مؤتمر دبلوماسي لحماية العسكريين الجرحى في الميدان. هذا على صعيد قانون جنيف. اما قانون لاهاي فتعود بدايته الى تصريح باريس في ١٨٥٦/٤/١٦ بشأن الحرب البحرية وحدود تسليح السفن التجارية وتنظيم الحصار البحري ثم اعلان سان بتسبرغ في ١٨٦٨/١٢/١١ بشأن تحريم الرصاص المتفجر وتحديد عياره باربعمائة غرام. بينما لم ينل تصريح بروكسل في ١٨٧٤/٨/٢٧ في تحديد اصناف المقاتلين المشمولين بالمركز القانوني لاسرى الحرب درجة الالتزام لانه لم ينل التصديق الكافي من قبل الدول الاطراف، وحال ذلك دون بلوغه القاعدة الدولية العرفية.

### الفرع الثاني

#### القانون الدولي الانساني العرفي

يكاد يكون من المسلم به فقها ان قانون الحرب بفرعيه، قانون لاهاي وقانون جنيف، هو قانون عرفي او هكذا يقول الفقهاء.

(Charles Rousseau: le droit des conflits armes. Pedone. 1983.p.20)

ولكن التعامل الدولي لايؤيد هذا الادعاء. ففي الحرب البحرية تم تحريم تسليح السفن التجارية واستخدامها في الحرب بتصريح باريس في ١٨٥٦ مار الذكر، ولكن الولايات المتحدة وعددا اخر من الدول البحرية الكبرى، لم تتضمن اليه بسبب عدم اقراره مبدأ عدم انتهاك الملكية الخاصة لهذه السفن مما حال دون دخوله القانون الدولي العرفي. ولم تتضمن اسبانيا اليه الا في ١٩٠٨/١/١٩ ولا المكسيك الا في ١٩٠٩/٢/١٣. بينما رفضت كلا من الولايات المتحدة والصين هذا التصريح كما رفضت التوقيع على اتفاقية لاهاي السابعة في ١٩٠٧/١٠/١٨ للسبب نفسه. وعليه فاذا كان التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين خاضعا لقاعدة دولية عرفية فلماذا بقي تصريح بروكسل ١٨٧٤ غير ملزم حتى للموقعين عليه، ولماذا تأخر ذلك حتى ابرام لائحة لاهاي الملحقة باتفاقية لاهاي الرابعة في ١٩٠٧ واعادة صياغته في اتفاقية جنيف في ١٩٢٩/٧/٢٧ ثم في اتفاقية جنيف الثالثة في ١٩٤٩/٨/١٢ فالبروتوكول الاضافي الاول في ١٩٧٧/٦/١٠. واذا كان تصريح باريس لسنة ١٨٥٦ بشأن تسليح السفن التجارية ملزما عرفا فما معنى رفض الولايات المتحدة والصين وغيرهما لهذا التصريح. (Rousseau.p221)

ولكي يتضح دور العرف في القانون الدولي العام عموما وفي القانون الدولي الانساني خصوصا، ينبغي التمييز بين ماهو من المبادئ القانونية والقانون العرفي من جهة وبين القانون الدولي الاتفاقي من جهة اخرى وذلك بالتمييز بين المفهوم القانوني الدولي والبنية القانونية الدولية فيما يأتي:

أ- المفهوم القانوني *Concept Juridique*. وهو المعنى الكلي للواقعة القانونية منتزعا منها على وجه الاجمال ودون تحديد مسبق للحقوق والالتزامات الناجمة عنها. فمفهوم الاسير وهو المقاتل الذي يخرج عن دائرة العمليات العدائية، لم يظهر الا في نهاية القرن السابع عشر. بينما حماية الاسير من القتل والاسترقاق لم تبدأ الا في نهاية القرن الثامن عشر ولم تستقر في القانون الدولي الاتفاقي الا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وذلك في اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤. وهكذا يبدو الفرق بين الاسير كمفهوم قانوني وبين الحماية كمركز

قانوني فالاول يقوم على اساس مبدأ من مبادئ القانون العرفي بينما يقوم الثاني على قاعدة من قواعد القانون الاتفاقي.

ب- البنية القانونية *Structure Juridique*. وهو الواقعة القانونية التي تحدد نطاق الحقوق والالتزامات الناجمة عن المفهوم القانوني. فالاسير مفهوم قانوني مجرد بينما تعتبر حماية الاسير مركزا (بنية قانونية) محددا للمفهوم القانوني للاسير. واذا كان المفهوم القانوني قائما على تصور عام مجرد لايقيد الدول بالتزامات محددة، فانه يمكن ان يستند على اساس عرفي. بينما يندر ان يقوم المركز القانوني على اساس عرفي لان تحديد نطاق حقوقه والتزاماته لا يتم الا باتفاق صريح بين اشخاص القانون لكي تكون على علم مسبق بما يترتب عليه من حقوق والتزامات حتى يمكن لها ان تتصرف بموجبها ازاءه. ومن المفارقة ان نلاحظ ان المركز القانوني للاسير ظهر في القانون الوضعي من خلال القانون الداخلي ابتداء كما ظهر من قرار الجمعية الوطنية الفرنسية لسنة ١٩٧٢ ومدونة لير لسنة ١٨٦٣ بينما تأخر ظهوره في القانون الدولي الاتفاقي في معاهدة الصداقة بين الولايات المتحدة وبروسيا في ١٠/٩/١٧٨٥ ووصولاً الى اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤.

والظاهر ان الغالب في القواعد القانونية الدولية انها تبدأ في شكل مفهوم قانوني من خلال نظريات او مقترحات دبلوماسية او قوانين وطنية ثم تدخل القانون الدولي العرفي او الاتفاقي في شكل مركز قانوني لتكون بهذه المثابة بنية قانونية لهذا المفهوم القانوني. فمفهوم الاسير ظهر في كتابات مونتسكيو وجان جاك روسو والبحر الاقليمي بدأ من خلال بنكرشوك في ١٧٠٣ وجلياني ١٧٨٣ والبحر العالي وضح في كتابات غروسيوس في ١٦٠٩ والمنطقة الاقتصادية الخالصة برزت في تصريحات ممثلي كينيا وكولومبيا ومن خلال منظمة الوحدة الافريقية بين ١٩٧١/١٩٧٣ اما المنطقة الدولية الواقعة خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية فقد اعلنت امام الجمعية العامة للامم المتحدة بتصريح ارفيد بارودو في ١٩٦٧ وهكذا.

وزيدة القول، ان المفهوم القانوني يدخل في القانون الوضعي من خلال القانون الاتفاقي او القانون العرفي على حد سواء بالنظر لعدم ترتيبه التزامات دولية بتحقيق غاية على الدول. اما البنية القانونية فانها تثير حفيظة الدول ازاءها لما يربته من التزامات معينة تؤثر على اختصاصاتها الوطنية، مما يجعل دخوله في القانون الوضعي على القانون الاتفاقي دون القانون العرفي لكي تعلم الدول مسبقا حدود مليرتب على هذا المركز القانوني من حقوق والتزامات في مواجهتها. ومن المعلوم ان مفهوم التراث المشترك للانسانية للمنطقة الدولية خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية قد قبلته الدول الاعضاء في الامم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة ٢٧٤٩ في ١٧/١٢/١٩٧٠ الخاص باعلان المبادئ التي تحكم نظام قاع البحار والمحيطات خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية. اما البنية القانونية لهذا النظام فلم يدخل القانون الوضعي بسهولة وكاد يؤدي الى فشل مؤتمر الامم المتحدت الثالث لقانون البحار لولا محاولات التوفيق التي ادت الى التوقيع على اتفاقية مونتيجو باي في ١٠/١٢/١٩٨٢. ولكن امتناع الولايات المتحدة وغيرها من قبول هذه الاتفاقية حال دون دخولها حيز التنفيذ. الامر الذي ادى الى قيام مشاورات غير رسمية في ١٩٩٠ ادت الى ابرام الاتفاق التنفيذي بتاريخ ٢٨/٧/١٩٩٤ الذي يقضي بدخوله حيز النفاذ المؤقت في ١٦/١١/١٩٩٤ بغية دخول الاتفاقية حيز النفاذ بموجبه، وذلك بعد تعديل الجزء الحادي عشر منها تحقيقا لرغبات الولايات المتحدة والدول البحرية الكبرى في تغيير المركز القانوني للنظام المذكور بما يحقق مصالحها الوطنية (الاصل المفهومي والاصل البنيوي في القانون الدولي العام. زهير الحسني. المجلة المصرية للقانون الدولي ٢٠٠٥).

ولكي يكتسب المفهوم القانوني مركزا قانونيا فيكون بمثابة بنية قانونية فلا بد من تصرفات قانونية دولية تحدد حقوق والتزامات هذا المركز وذلك بموجب القانون الدولي الاتفاقي الذي يمكن ان يتحول الى القانون الدولي العرفي بشيوع التصرفات القانونية الناجمة عنه على نطاق واسع حتى يكون نافذا في مواجهة الجميع *Erga omnes*. حيث تتخرط

الدول الباقية خارج القانون الاتفاقي فيه من خلال نشوء القاعدة العرفية وذلك من خلال اجتماع ركني هذه القاعدة على مرحلتين وبالشكل الآتي:

المرحلة الاولى. قيام التصرفات القانونية. وتأخذ شكل تصرفات قانونية دولية انفرادية كتصريح ترومان بشأن حقوق الولايات المتحدة في جرفها القاري في ١٩٤٥/٩/٢٨ او تشريعات وطنية ذات اثر دولي مثل قوانين الذئاب البحرية الانكليزية *Hovering Acts* بين ١٧١٨ و ١٧١٩ لقمع المخالفات المرتكبة في البحر الاقليمي والمنطقة المتاخمة. وقد تأخذ شكل معاهدات ثنائية كمعاهدة *Gand* بين انكلترا والولايات المتحدة في ١٨١٨/١٠/٢٤ بشأن تحديد ٣ ميلا بحريا كحد اقصى لعرض البحر الاقليمي او شكل معاهدة متعددة الاطراف بشأن المرور العابر في المضائق الدولية في اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار في ١٩٨٢/١٢/١٠ والاستخدام السلمي للفضاء الخارجي في معاهدة واشنطن في ١٩٦٧/١/٢٧.

ويعتبر اثر هذا المركز القانوني اثرا نسبيا مقتصرًا على الدول الاطراف في المعاهدة المنشئة لهذا المركز. وتعتبر هذه المعاهدة بمثابة ركن مادي لقاعدة عرفية في مرحلة النشوئ شأنها شأن التصرفات القانونية الدولية الانفرادية وهذا هو الركن الاول لهذه القاعدة.

المرحلة الثانية. شيوع التصرفات القانونية الدولية النسبية الاثر. وهو توالي التعامل الدولي بالتصرف القانوني نسبي الاثر ليمتد الى الاشخاص الدولية التي بقيت خارج هذا التعامل والتي لم تعرب عن معارضتها لهذا التصرف القانوني بل فضلت السكوت والترقب. وكلما تضاعف عدد الاشخاص غير المعارضة كلما اقتربنا من درجة التواتر وينقلب الالتزام النسبي الاتفاقي الى التزام عام يسري في مواجهة الاقلية الصامتة حيث يعتبر صمتها بمثابة قبول *acquiescement*. ولذا فلا غرابة في القول ان العرف هو سريان التصرف القانوني في مواجهة الاقلية وليس في مواجهة الاكثرية لان الاخيرة قد التزمت ابتداءً بهذا التصرف القانوني وبفضلها وصل التعامل به درجة العرف. وقد

اوضحنا تحليلنا هذا في دراستنا عن مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في المجلة المصرية للقانون الدولي لسنة ١٩٨٩.

وبناء على ذلك اعتبرت محكمة نورمبرغ ان اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ نافذة في مواجهة جيكوسلوفاكيا رغم عدم توقيعها على تلك الاتفاقيات وذلك لانها قانون عرفي وذلك في حكمها في ١٠/١/١٩٤٩ وبالرغم من شرط التضامن *si omnes* الوارد في اتفاقيات لاهاي المذكورة والذي يقضي ان الالتزام بالعمل باتلاتفاقية من قبل طرف فيها ازاء الغير متوقف على مدى التزام الغير بها. وبذلك حكمت المحكمة الدولية للشرق الاقصى في طوكيو في قضية *hirota* في ١٢/١١/١٩٤٨.

وإذا كانت محكمة نورمبرغ وطوكيو قد حكمتا بالطبيعة العرفية لقواعد معينة في اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ وهما محكمة المنتصرين، فاننا لانجد في احكام هاتين المحكمتين اشارة الى قانون جنيف والقواعد العرفية فيه. ووجه ذلك انه اذا كانت كثير من قواعد قانون لاهاي تتضمن قواعد قانونية عامة مفهومية كقواعد عرفية بسبب هذه العمومية، فان اكثر قواعد قانون جنيف تتضمن احكاما تفصيلية تحدد مراكز قانونية لاتعرف الا من خلال القانون الدولي الاتفاقي التي عادة ماتكون عرضة للتحفظات التي بطبيعتها تحول دون بلوغ هذه القواعد الاتفاقية الدرجة العرفية، لان التحفظات تمنع سريان القواعد المتحفظ عليها في مواجهة الدول المتحفظه من جهة وان التعامل الدولي غي المتناسق وغير المطرد يحول دون قيام القاعدة الدولية العرفية من جهة اخرى.

### الفرع الثالث

#### الركن الشرعي العرفي للقانون الدولي الجنائي

بالنظر لعدوم وجود مشرع دولي وبالتالي عدم وجود مدونة جنائية دولية فقد سعى الفقه الى الدعوة الى اقامة الركن الشرعي للجرائم الدولية على القانون العرفي وخاصة بعد النقد الموجه لمحكمة نورمبرغ من ان احكامها لم تستند الى نصوص تجريبية دولية. وذكر *Glaser* ان كل مخالفة تستمد خصوصيتها بعدم الشرعية او الجرمية من العرف

الدولي بالدرجة الاولى وليس من القانون الدولي الاتفاقي فقط، كما هو مقرر في المادة ٦ من النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ والمادة ٥ من النظام الاساسي لمحكمة طوكيو. فجرائم الحرب المذكورة فيهما هي انتهاكات قوانين واعراف الحرب.

(Stafan Glaser:Introduction a l`etude du Droit international penal.Bruylant.Sirey.1954.p37)

ويبرر *Glaser* قوله الذي لا يخلو من فلسفة بان القانون الدولي الجنائي، عرفي لانه يستمد وجوده من العقل والقيم والعدالة العليا ومصادره المعاهدات والمباديء العامة والفقهاء والقضاء وهو فوق ارادة الدولة وان مبدأ الشرعية (لاجريمة ولا عقوبة الا بنص) لاينطبق على القانون الدولي الجنائي.

(*Glaser. Droit international penal.Bruylan.1970.pp.23-24*)

ورغم زوال مسوغات هذه الدعوة بابرام اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ والملحقين الاضافيين لسنة ١٩٧٧ والاتفاقيات الجماعية الاخرى الخاصة بالجرائم الدولية، الفقه مازال مغرماً بمفهوم القانون الجنائي العرفي كما يظهر من كتاب تيودور ميرون بعنوان: حقوق الانسان والمعاهدات الانسانية باعتبارها قانوناً عرفياً. منشورات جامعة اوكسفورد ١٩٩١.

وبناء عليه فان التفسير الضيق للانتهاكات الخطيرة يحدد من نطاق الاتهام بالادانة بانتهاك القانون الدولي الانساني كما يعتقد انصار الركن الدولي العرفي الجنائي. وحاولت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا الاستناد الى المفهوم العرفي للركن الشرعي في قضية المدعي العام ضد *Tadic* لسنة ١٩٩٥ بشأن الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ وذلك بتطبيق المادة ٢ المشتركة لهذه الاتفاقيات الخاصة بالنزاع المسلح الدولي على النزاع المسلح غير الدولي عملاً بالتفسير الغائي للنصوص لغرض تجريم *Tadic*. ولكن دائرة الاستئناف في المحكمة رفضت هذا التوسع بالتفسير والزمّت المحكمة الابتدائية بالتقيد بادانة المتهم بموجب المادتين ٣ و ٥ من النظام الاساسي للمحكمة لعدم وجود عرف دولي بالعمل بالمادة ٢ المشتركة في النزاع المسلح غير الدولي وحصره بالنزاع المسلح الدولي فقط.

وبناء عليه حكمت الدائرة الثانية من المحكمة في ١٩٩٧ بعدم تطبيق احكام الانتهاكات الخطيرة عليه والاقتصار بالحكم عليه باحكام النظام الاساسي.

*(Natalie Wagner. The development of the grave breaches regim and of individual criminal responsibility by the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. Internatioal review of the Red Cross. No.850.2003.p.372)*

وهكذا قطعت دائرة الاستئناف الطريق امام الدائرة الابتدائية من بناء حكمها على الركن الشرعي العرفي واحترام قاعدة لاجريمة ولاعقوبة الا بنص وهي القاعدة التي كرستها الصكوك الدولية ومنها المادة ٢٢ الفقرة ١ و ٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع عليه في روما في ١٨/٧/١٩٩٨.

وقد عالجت المادة ٨/ج من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ هذه المشكلة بالنص على ان اللانتهاكات الواردة في المادة ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩، تعتبر بمثابة جرائم حرب بالرغم من وقوعها في اطار نزاع مسلح غير دولي، وذلك جنبا الى جنب مع الانتهاكات الخطيرة التي تقع في نزاع مسلح دولي، وانها بالتالي تقع ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة. وبهذا يكون القانون الدولي الاتفاقي قد سد النقص في القانون *lacune de droit* الذي لايمكن معالجته الا بالقانون الاتفاقي وقطع بالتالي حجج دعاة الركن الشرعي العرفي للجرائم الدولية.

وهكذا اخفقت محاولة غرفة المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا سابقا في الترويج للركن الجنائي لادانة *Tadic Dusco* لارتكابه انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الانساني ضد مسلمي البوسنة في حكمها في ١٠/٨/١٩٩٥ بتوسيع مفهوم الانتهاكات الخطيرة الواردة في المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة المنقول عن المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ والخاص بالنزاع المسلح الدولي، على النزاع المسلح غير اتلدولي وتفسير المادة هذه تفسيرا موسعا على اساس عرفي باعتبار ان هذا المفهوم وارد في هذه المادة على انه زعلان *declaratio* لقانون دولي عرفي مطبق على النزاع المسلح غير الدولي. بل ان المواد ٢ و ٣ و ٥ من النظام الاساسي تؤهل المحكمة

الحكم بناء على هذا المفهوم دون الحاجة لوجود نزاع مسلح دولي او حتى تحديد طبيعة النزاع الدائر في البوسنة والهرسك.

(*prosecuter v. Tadic. Decision of the defence. Tadic Jurisdiction.10.8.1995par.46-83*)

ووجه استدلال الغرفة ان النزاع في منطقة *Prijedor* هو نزاع مسلح غير دولي لان جيش حكومة يوغسلافيا الاتحادية قد انسحب فعلا من البوسنة والهرسك اعتبارا من ١٩٩٢/٥/١٩ وانه اعتبارا من ذلك التاريخ لاتمارس هذه الحكومة رقابة فعالة على صرب البوسنة شأنها في ذلك شأن الوضع في نيكاراغوا حينما رفضت محكمة العدل الدولية في حكمها في ١٩٨٦/٦/٢٦ في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا اعتبار الكونترا خاضعة لرقابة الولايات المتحدة وان النزاع هناك كان نزاعا مسلحا غير دولي. وحيث ان النزاع المسلح غير الدولي محكوم ابتداءا بالمادة ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ وان هذه المادة لاتنص على المسؤولية الجنائية للانتهاكات التي ترتكب فيه، ولكي تتمكن المحكمة من ادانة تاديك، فان عليها ان تنقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة الى نطاق المادة ٣ المشتركة لكي تؤسس مسؤوليته الجنائية لانتهاكه المادة ٣ من النظام الاساسي للمحكمة. وتوصلا الى هذه النتيجة تبنت الغرفة مفهوم الركن الجنائي العرفي بالنظر لعدم اشمال المادة ٣ اساسي على مفهوم الانتهاكات الخطيرة.

. ولكن محكمة الاستئناف نقضت الحكم مبينة ضرورة التمييز بين النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير الدولي لمعرفة القانون الواجب التطبيق من جهة وان تدخل دولة اجنبية في نزاع مسلح غير دولي يحول هذا النزاع الى نزاع مسلح دولي مادام هذا التدخل يجعل المتمردين تحت رقابة تلك الدولة فعلا *de facto* وبذلك يخضع النزاع المسلح لقانون الحرب من جهة اخرى. ويقدر ماتيين ان صرب البوسنة يخضعون لاشراف حكومة يوغسلافيا الاتحادية، فان النزاع المسلح بين صرب البوسنة وجمهورية البوسنة والهرسك هو نزاع مسلح دولي. اما تكييف النزاع في نيكاراغوا فلم يكن في خلد محكمة العدل الدولية معرفة ما اذا كان ينبغي تطبيق القانون الدولي على النزاع ام لا،

وانما كان هدفها تطبيق المادة ٣ المشتركة على النزاع بقطع النظر عن طبيعته. كما لم يكن في خلد المحكمة بيان ما اذا يمكن تطبيق مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني لان النزاع المرفوع امامها يتعلق بمسؤولية الولايات المتحدة المدنية عن انتهاك القانون الدولي العام وليس عن المسؤولية الجنائية الفردية عن انتهاك القانون الدولي الانساني.

(*Marco Sassol and Laura M. Olsen. The Judgment of the icj Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. RICR.2000.No839.p.739*)

. وترى محكمة الاستئناف وخلافا لرأي محكمة العدل الدولية ان النزاع المسلح يكون دوليا اذا كانت الدولة الاجنبية تمارس رقابة فعالة على المتمردين الذي يحاربون عنها بالوكالة *proxy* وان الانتهاكات التي ارتكبتها تاديك ضد مسلمي البوسنة تدخل تحت مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني. كما ترى المحكمة عدم جواز التوسع في هذا المفهوم خارج القانون الدولي الاتفاقي سواء اكان ذلك بموجب المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا او بموجب المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ (*Tadic (Decision 1995. par. 64-38)*) ولا يوجد قانون دولي عرفي بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني قائما بذاته. وهكذا تأخذ محكمة الاستئناف بالمعنى الضيق لهذا المفهوم وترفض معناه الموسع، وهذا ما يقتضيه مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الذي يفترض تفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا. وهكذا تؤسس محكمة الاستئناف ادانة تاديك باعادة تكييف النزاع وليس بالتوسع في تفسير النصوص حيث لا يجوز نقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة والمسؤولية الجنائية الفردية الى المادة ٣ من النظام الاساسي ولا الى المادة ٣ المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩، كما لا يجوز التوسع في تعريف الاشخاص المحميين بموجب هذه الاتفاقيات بشمولهم بالمادة ٣ المشتركة وتنفق الغرفة والاستئناف في هذا على حد سواء. (*Natale Wagner. Op.cite. p. 358*) وهكذا، فان

المحكمة ترى بان القانون العرفي يخصص الانتهاكات الخطيرة بالمنازعات المسلحة الدولية فقد (الفقرة ٨٤ من الحكم) وهو ما اقره النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ.

*(John Dugard. Combler la lacun entre droit de l'home et droit humanitaire. Revue Croix-Rouge. Sept. 1998.No.831.p.482)*

. وينبغي التنويه الى اننا لانفي تطور القانون الدولي على اساس عرفي اذا اعيتته وانما نميز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الانساني. فالقانون العرفي مصدر من مصادر القانون الدولي العام ولاريب ولكنه ليس كذلك ازاء تحديد الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني أي اننا عندما نميز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، فاننا موقفنا هذا نؤكد مبدأ قانونيا جنائيا وهو لا جريمة الا بنص. وان الركن الشرعي في القانون الدولي الجنائي يستبعد التجريم على اساس عرفي كما ان كلا من الغرفة والاستئناف لم يكرس الطبيعة العرفية لقواعد لم تذكر صراحة في المادة ٣ المشتركة او البروتوكول الثاني. وان هذا هو موقف المحاكم الجنائية الوطنية التي تمتع عن تطبيق قاعدة قانونية جنائية اتفاقية ليست طرفا فيها، على اساس عرفي كما تبين من رفض محكمة الاستئناف العسكرية السويسرية في حكمها في ايار ٢٠٠٠ في قضية طلب الادعاء نقض حكم الدائرة الابتدائية بادانة المواطن الرواندي فولجنس نيوننتيز بسبب ادانته بتهمة اباداة الجنس البشري والجرائم ضد الانسانية بالنظر الى ان سويسرا ليست طرفا في اتفاقية منع وقمع جريمة اباداة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ في ذلك الوقت وهكذا لايمكن مواجهة القضاء الوطني بالركن الشرعي العرفي.

وإذا كان ثمة تطور في القانون الدولي الانساني على اساس عرفي فان هذا التطور يقتصر على المبادئ العامة الحاكمة للمنازعات المسلحة. وقد احتاطت محكمة الاستئناف ازاء هذا التطور للتأكيد على:

- أ- ان تطور القانون العرفي لايتعلق الا بجزء صغير من هذه المبادئ العامة.
- ب- ان هذا التطور لايمثل نقلا كاملا واليا لقواعد خاصة بالمنازعات المسلحة الدولية الى المنازعات المسلحة غير الدولية، وانما هو نقل انتقائي يتعلق بهذه المبادئ من حيث الجوهر essence وليس في نظمها المحددة والتفصيلية.

(Jean-Francois Queguiner: Dix ans après la creation du Tribunal international l'ex Yougoslavie .ricr .2003 .No. 850 . p.297)

وعليه، فمن الصعب القول بان القانون الدولي العام يقر اختصاص المحاكم الدولية لجرائم الحرب المرتكبة في المنازعات المسلحة غير الدولية

(John Dugard. Combler la laacune.p.484)

. ولسد النقص الملحوظ في القانون الدولي الاتفاقي قضى النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ١٧/٧/١٩٩٨ بتوسيع مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني الى النزاعات المسلحة الدولية في حالتين هما:

الاولى. تضمين مفهوم الانتهاكات الخطيرة للمادة ٣ المشتركة لاتفاقيات جنيف الرابع لسنة ١٩٤٩ بموجب نص المادة ٨/٢/ج باعتبارها جرائم حرب وذلك لغرض حماية الاشخاص غير المشتركين فعليا في الاعمال العدائية وهو موضوع قانون جنيف.

الثانية. تضمين مفهوم الانتهاكات الخطيرة لقوانين واعراف الحرب بموجب نص المادة ٨/٢/هـ باعتبارها من جرائم الحرب وذلك لتنظيم طرق واساليب الحرب الواردة في قانون لاهاي.

وفي الحالتين تكون تلك الانتهاكات الخطيرة موضوعا للمسؤولية الجنائية الفردية دون ان يؤثر ذلك على المركز القانوني لاطراف النزاع حسب المادة ٣ المشتركة.

#### الفرع الرابع

##### المعاهدات المقننة للعرف الدولي

تتداخل العلاقة بين المعاهدات والعرف الدولي من خلال تأثير احدهما في الاخر فهل تتم عملية انسنة القانون الدولي الانساني عرفا ام لابد من تدخل القانون الدولي الاتفاقي، واذا كانت الانسنة عملية فعلية في نطاق حماية ضحايا المنازعات المسلحة فهل تتحقق على صعيد مباديء الحماية فقط ام يمتد نطاقها الى الحقوق التي يحصل عليها ضحايا هذه المنازعات فعلا، هذا مانحاول معرفته من خلال العلاقة بين

المعاهدات والعرف في القانون الدولي الانساني:

أولاً. المعاهدات التي تطور القانون الدولي العام. ويخضع نفاذها لمبدأ نسبية اثار المعاهدات فلا تسري الا على من صادق عليها او انضم اليها. وهي قابلة للتحفظات قبل اتمام اجراءات النفاذ سواء كان ذلك عند التوقيع او التصديق او الانضمام، متى ما كانت هذه التحفظات غير منصوص عليها بشرط الا تمس روح ومبادئ هذه المعاهدات التي تكون بهذه المثابة غير قابلة للتحويل الى قواعد عرفية طالما بقيت التحفظات عليها نافذة.

ثانياً. المعاهدات المقننة للقواعد العرفية للقانون الدولي العام. وهي بهذه المثابة تسري في مواجهة المجموعة الدولية باعتبارها قواعد عرفية لا باعتبارها مجرد معاهدة. وطالما ادعت لجنة القانون الدولي انها تقوم بتقنين العرف الدولي ضمن برنامجها لتقنين وتطوير القانون الدولي العام. الا ان هذا الادعاء يتعارض مع التعامل، فقد تحفظت فرنسا على اتفاقية جنيف للجرف القاري لسنة ١٩٥٨ رغم نص الاتفاقية على عدم جواز التحفظ على المواد الاساسية فيها بما في ذلك المادة الثانية منها. واضطرت الدول الاعضاء في هذه الاتفاقية قبول فرنسا بالانضمام اليها وهي مصرّة على تحفظها على المادة الثانية في ١٤/٦/١٩٦٥ معتبرة هذا التحفظ على انه تحفظ تفسيري. ولم تدخل اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ حيز النفاذ الا في ١٩٨٩ رغم الادعاء بان هذه الاتفاقية تقنن القواعد العرفية المرعية في ابرام ونفاذ المعاهدات. ولذا ينبغي توخي الحذر في وصف مثل هذه المعاهدات باعتبارها تقنين للعرف الدولي وان سريانها في مواجهة الجميع محل تأمل، خاصة وان دخول مثل هذه المعاهدات حيز النفاذ متوقف على تصديق او انضمام عدد معين من الدول كما توضحه الاحكام الختامية في المعاهدة.

ثالثاً. المعاهدات المختلطة. وهي المعاهدات التي تتضمن نصوصاً لتطوير القانون الدولي العام واخرى لتقنين العرف الدولي. فتخضع النصوص الاولى في نفاذها لمبدأ نسبية الاثر بينما تكون النصوص الثانية سارية فيب مواجهة الجميع باعتبارها عرفاً دولياً لا باعتبارها قانوناً اتفاقياً، وحيث يمكن التحفظ على النصوص الاولى فانه لايقبل

التحفظ على الثانية لانها عرف دولي. والمشكلة التي تثيرها هذه المعاهدات هي التمييز بين ماهو اتفاقي وبين ماهو عرفي وبالتالي مايمكن التحفظ عليه وما لايمكن وبين مايمكن الانسحاب منه وما لايمكن. وتعتبر معاهدات قانون لاهاي وقانون جنيف من المعاهدات المختلطة. وقد يتعذر الاتفاق على معرفة ماهو اتفاقي وماهو عرفي من بين نصوصها. وبالنظر لاستمرار عمليات التصديق والانضمام الى اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩ وللبروتوكولين الاضافيين الاول والثاني لسنة ١٩٧٧، فان نصوص هذه الصكوك الدولية ليست جميعها عرفية. كما اتن جواز الانسحاب من هذه الصكوك مقبول فيها كما هو شأن المادة ١٤٢ من اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩. ورغم تأكيد هذه المعاهدات على نفاذ شرط مارتنز بعد الانسحاب منها. فان الشك في امكانية تحولها الى نصوص عرفية يبقى قائما خاصة وان المادة ٩٩ من البروتوكول الاول لسنة ١٩٧٧ لا تشترط نفاذ هذا الشرط بعد الانسحاب من البروتوكول. وتوضح المشكلة بشكل اكبر عند الاحتجاج بالصكوك الدولية للقانون الدولي الانساني كعرف دولي في مواجهة الدول التي لم ترتبط بها لحد الان او الدول التي تنسحب منها. ويتجلى تأثير التحفظات في منع تحول النصوص الدولية الى قواعد عرفية في البروتوكول الاول الاضافي على وجه الخصوص. فمن بين ١٥٠ اعلانا فرديا بالتحفظات يعتبر ٣٤ منها تحفظا في مفهوم اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

ويعود سبب وجود هذه التحفظات الى تعارض بعض نصوص البروتوكول للقوانين الوطنية او لمعارضتها للقانون العرفي كالمادتين ٥١ و ٥٢ بشأن حماية المدنيين من الانتقام والهجمات العشوائية والمادة ٧٠ المتعلقة بحرية مرور عمليات الاغاثة اثناء الاعمال العدائية والمادة ٣٩ بخصوص احترام العلامات والازياء العسكرية للخصم او للدول المحايدة والمادة ٥٦ بشأن حماية المنشآت المحتوية على قوى خطرة. فوجود هذه التحفظات وغيرها يحول دون صيرورة المواد المتحفظ عليها كقاعدة دولية عرفية نافذة في مواجهة الجميع بما فيهم الدول المتحفظه.

## الفرع الخامس

### المبادئ العامة للقانون الدولي العام

تشير المبادئ العامة للقانون الدولي العام عددا من المشاكل القانونية يهمنها منها ما يتعلق بالتمييز بين المفهوم القانوني والبنية القانونية من جهة وبين هذه المبادئ كمصدر للقانون الوضعي ومبادئ القانون الطبيعي كمصدر من المصادر غير المشتقة من جهة اخرى.

اولاً. المفهوم والبنية في المبادئ العامة للقانون الدولي العام. كما لاحظنا في القاعدة العرفية فان التمييز بين هذين المصطلحين مفيد لمعرفة ما اذا كانت هذه المبادئ تتضمن مجرد التزام بالسلوك ام هي التزامات محددة ببذل عناية ام تحقيق غاية وبالتالي معرفة ما اذا كنا امام مبادئ عامة يمكن ان تقوم على اساس عرفي كمبدأ حسن النية في العلاقات الدولية ومبدأ الالتزام باللجوء الى الطرق الدبلوماسية لحل المنازعات الدولية ام هي مبادئ محددة تفرض التزاما تفصيليا على اساس اتفاقي وهو ما توصلت اليه محكمة الاستئناف في قضية تاديك انفة الذكر.

لقد تعرضت محكمة العدل الدولية لهذا الامر في فتاها في ١٩٩٦/٧/٨ بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها في كافة الظروف بما فيها ظروف الدفاع الشرعي، وميزت بين ماهو موضوع لترخيص عام ام لتحريم محدد بالذات، وذلك في كل من قانون السلام وقانون المنازعات المسلحة:

١. قانون السلام. ميزت المحكمة بين حالات ثلاث:

. افتت المحكمة بالاجماع بانه لا يوجد في القانون الدولي العرفي ولا في القانون الدولي الاتفاقي مايجز التهديد بالاسلحة النووية او باستخدامها.

. افتت المحكمة باغلبية ١١ صوتا مقابل ٣ أصوات بان ليس في القانون الدولي العرفي ولا القانون الدولي الاتفاقي أي حظر شامل بالتهديد بالاسلحة النووية بالذات او باستخدامها.

. ولكنها افتت بالاجماع بان التهديد بالقوة او باستخدامها بواسطة الاسلحة النووية الذي يتعارض مع المادة ٤/٢ من ميثاق الامم المتحدة والذي لايفي بمقتضيات المادة ٥١ منه، بانه غير مشروع.

وبالتمييز بين ماهو محدد وما هو عام لانجد تعارضا بين الاجزاء الثلاثة من الفتوى. ففي الفقرتين (أ) و (ب) تفتي المحكمة بعدم وجود ترخيص محدد او حظر محدد بالتهديد بالاسلحة النووية او استخدامها، وهذا افتاء لمركز قانوني بنيوي. بينما الفقرة (ج) تعتبر التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها غير مشروع في اطار المفهوم القانوني العام لتحريم التهديد بالقوة واستخدامها لحل المنازعات الدولية لا على اساس تحريم التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بالذات. وبناءا عليه يمكن القول بعدم وجود حظر شامل للتهديد بالاسلحة النووية واستخدامها على وجه الخصوص كما يمكن القول بان التهديد بالقوة واستخدامها باستعمال الاسلحة النووية بما يتعارض والمادة ٤/٢ ومقتضيات المادة ٥١، غير مشروع، لانه يتعلق بعموم عدم جواز التهديد بالقوة واستخدامها وليس بخصوص التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بالذات.

٢. قانون المنازعات المسلحة. اما في قانون المنازعات المسلحة حيث تقع الحرب، فيتغير الامر من مجرد تحريم التهديد بالقوة واستعمالها الى بيان ما اذا كان استخدام القوة المسلحة يتطابق مع قوانين الحرب واعرافها وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق. وتواجه المحكمة هنا مشكلة لم تواجهها في قانون السلام، ففي الفقرة د من الفتوى اقرت المحكمة بالاجماع ان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب ان يتماشى ومقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في اوقات النزاع المسلح ولاسيما مع مقتضيات مباديء القانون الدولي الانساني وقواعده وكذلك مع الالتزامات المحددة بموجب معاهدات او غيرها من التعهدات التي تتعلق صراحة بالاسلحة النووية. ولكن بدلا من ان تقول القانون في خصوص التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة معرضا للخطر، تفتي المحكمة في الفقرة (٥) من الفتوى باغلبية ٧ ضد ٧ مع ترجيح صوت الرئيس برأيين متعارضين

وذلك بالقول اولاً، بانه وبناء على المقتضيات الواردة في الفقرة د فان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مخالف (بصورة عامة) لقواعد القانون الدولي المطبقة في اوقات النزاع المسلح وخاصة مبادئ القانون الانساني وقواعده، وهذا تحريم عام على اساس المفهوم.

وثانياً بان المحكمة وباتلنظر لحالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الواقعية المتوفرة لديها، ليس في وسعها ان تخلص الى (نتيجة حاسمة) بشأن ما اذا كان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مشروعاً او غير مشروع في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضاً للخطر، وهذا افتاء في اطار قانون محدد على اساس بنيوي لا على اساس مفهومي. ولعلاج هذا التعارض بين وجود القانون وعدمه في الفقرة ذاتها فان المحكمة تفتي مرة في اطار المفهوم العام بحرمة التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها اذا كان ذلك مخالفاً لقانون المنازعات المسلحة. وهذا مما لا يرب فيه. ولكنها في اطار موقف محدد وهو حالة الدفاع الشرعي تمتع عن الافتاء بالحرمة بدعوى عدم وجود قانون وان المحكمة لاتستطيع التصريح بجواز التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها لانها خرجت في فتواها باغلبية الصوت المرجح للرئيس. والمشكلة المطروحة هنا هي هل يوجد فعلاً نقص في القانون وهذا ماسنبيته تباعاً:

١. في القانون الدولي الاتفاقي. ما دامت المحكمة قد افتت بعدم مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بموجب المادة ٤/٢ من الميثاق وعندما لايفي ذلك بمقتضيات المادة ٥١ من الميثاق، فان الدفاع الشرعي من اجل البقاء يكون مشروعاً عند الوفاء بمقتضيات هذه المادة وذلك عندما يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الملاذ الوحيد من اجل البقاء. وبالتالي لا يوجد نص في القانون الاتفاقي.

٢. في المبادئ العامة لقانون المنازعات المسلحة. اقرت المحكمة في حالة نشوب الحرب ان يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها متوافقاً مع مبادئ هذا القانون، ولا يخفى ان ذلك يتعارض معه مبدأ عدم التمييز بين المحاربين وغير المحاربين من جهة والاستعمال المفرط للسلاح المسبب لآلام مفرطة من جهة ثانية اضافة الى وجوب

التناسب في الرد من جهة ثالثة. ولما كان التناسب شرطاً أساسياً في الدفاع الشرعي فان الرد النووي على العدوان النووي كمالاً اخير من اجل البقاء ويقدر مات يتعلق بشرط التناسب متوافق مع المادة ٥١ من الميثاق والمبادئ العامة للقانون الانساني في هذا الاطار.

ولكن المحكمة لم تميز بين حالات التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها وذلك في حالة الرد النووي على هجوم بالاسلحة غير النووية كالاسلحة السامة والجرثومية. وهنا يكمن موطن الضعف في فتوى المحكمة بعدم وجود قانون. ولتوضيح ذلك ينبغي التمييز بين الدفاع الشرعي والانتقام. فاستخدام الاسلحة النووية لأول مرة للرد على عدوان بالاسلحة غير النووية هو انتقام وليس دفاعاً شرعياً لانه يتعارض مع شرط التناسب وهو اساس في الدفاع الشرعي والانتقام محرم بموجب القانون العرفي اضافة الى المادة ٢٠ من البروتوكول الاول الاضافي لسنة ١٩٧٧.

اما الرد بالاسلحة النووية على العدوان النووي كمالاً اخير من اجل ابقاء فهو مشروع لانه دفاع شرعي. ولكن المحكمة وبسبب عدم هذا التمييز وجدت نفسها في اختيار صعب للتوفيق بين متطلبات القانون الانساني التي تحرم استخدام الاسلحة النووية وبين الدفاع الشرعي الذي هو ملاذ اخير للدفاع من اجل البقاء. وحيث ان الاختيار صعب في موقف كهذا فان المحكمة لم تكن قادرة على الترجيح بين الامرين وبالتالي القول بعدم وجود قانون.

. والواقع انه لا يمكن تصور قيام التعارض على مستوى المبادئ القانونية المفهومية لان مبادئ القانون لا تتعارض فيما بينها وانما يقع التعارض على مستوى التفاصيل والالتزامات المحددة وبالتالي لا يوجد تعارض بين تحريم الاسلحة النووية على العموم وبين الدفاع الشرعي على الخصوص وفق احكام المادة ٥١ من الميثاق. الا ان المحكمة لم تبين حالات الدفاع الشرعي واحجمت عن الخوض والافتاء فيه لصعوبة اخضاع هذه الحالات لقول واحد. اما عند التفصيل فانه يمكن القول بان الرد النووي على عدوان غير نووي غير مشروع لانه ليس دفاعاً شرعياً وانما هو انتقام كما لا يكون

الرد النووي على عدوان نووي مشروعاً اذا كان الرد بالاسلحة غير النووية كافياً للرد على العدوان النووي لان غرض الدفاع الشرعي هو رد العدوان وليس الانتقام لتدمير العدو.

فلا يوجد دفاع شرعي اذا لم يكن الرد النووي ضرورياً واذا تجاوز الرد شرط التناسب وكل ذلك خاضع لرقابة مجلس الامن او المحاكم الدولية وليس لمطلق تقدير الدولة ضحية العدوان والا كانت هي الخصم والحكم.

وكان على المحكمة ان تبين ان الرد النووي غير الضروري وغير المتناسب غير مشروع لانه انتقام وان الرد النووي الضروري والمتناسب كمالاً اخيراً من اجل البقاء مشروعاً لانه دفاع شرعي وبذلك يمكن للمحكمة قول القانون والظاهر ان احتجاج المحكمة يسير نحو الترخيص بالتهديد بالاسلحة النووية او استخدامها وليس باتجاه نفي تحريمها وهو ما يفهم من طريقة استدلال المحكمة الآتي:

أ- ان سياسة الردع النووي التي تمارسها الدول النووية تعني الترخيص باستخدامها وهي سياسة تقر بها المحكمة ولا تنفيها.

ب- ان فشل مفاوضات نزع الاسلحة النووية قرينة على عدم اتفاق الدول على تحريم الاحتفاظ بها لغرض التهديد بها او استخدامها عند الاقتضاء.

ج- ان قرار الجمعية العامة للامم المتحدة ١٦٥٣ في ٢٤/١١/١٩٦١ والقرارات اللاحقة والتي تدعو الدول الاعضاء الى نزع الاسلحة النووية لانتشاء عرفاً بتحريم الاحتفاظ بها وبالتالي التهديد بها او استخدامها خاصة وان الدول النووية قد صوتت ضدها بحيث ان هذا الرفض ينشئ حالة من التوتر بين عرف في طريق النشوء وسياسة الردع التي تمنع قيام هذا العرف.

د- ان التحفظات على تحريم الاسلحة النووية وعلى معاهدي ثلاثولكو وروتونجا بشأن المناطق المنزوعة السلاح النووي وعدم الاعتراض على هذه التحفظات لاتحظر الاحتفاظ بهذه الاسلحة وامكانية اللجوء اليها عند الاقتضاء.

وزيدة القول.

. ان المحكمة مؤهلة بقول القانون بمعناه المفهومي *conceptual* حيث لاخلاف في المفاهيم العامة وغير قادرة على قول القانون بمعناه البنيوي *structural* لعدم قيام المحكمة بالتمييز بين التفاصيل وهو ما تقتضيه العملية القضائية بالقدر الذي تقتضيه اصول البحث العلمي.

. ان المحكمة تلتزم بقواعد التفسير الضيق لنصوص القانون الانساني بما في ذلك قانون المنازعات المسلحة عملا بالقاعدة الجنائية التي تقضي بالتفسير الضيق للقانون. ولذا فانها امتنعت عن اخضاع الاسلحة النووية لاحكام تصريح سان بتسيرغ لسنة ١٨٦٨ بشأن الالتزام بعيار ٤٠٠ غراما للقوة التدميرية للاسلحة واعلان لاهاي الثاني لسنة ١٨٩٩ بشأن تحريم الاسلحة الحارقة وبروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن تحريم الاسلحة السامة، على الاسلحة النووية لعدم النص عليها. وهذا يعني ان المحكمة لاتريد ان تقول ان الاسلحة النووية يتجاوز عيارها ٤٠٠ غراما ولا انها اسلحة حارقة ولا انها اسلحة سامة في حين ان المحكمة تقر بان مبادئ القانون الانساني تنطبق على الاسلحة النووية رغم عدم النص عليها (فقرة ٨٧ من الفتوى). ومن هنا نفهم سبب قصور مبادئ القانون الانساني للحكم على اتلاسلحة النووية امانات ضيق النصوص سواء اكان من باب تخصيص الخاص للعام او من باب عدم التوسع في تفسير النصوص.

. ان القول بعدم وجود القانون هو اهمال للمبادئ العامة للقانون الدولي الانساني المفهومية والمركزية على حد سواء وهو استنكاف لا لعدم وجود القانون بل لعدم قول القانون.

ذلك ان قول المحكمة بعدم وجود القانون يعني عدم انطباق المبادئ العامة للقانون الدولي الانساني على المنازعات المسلحة بالرغم من شرط مارتنز الذي يسري في حالة انعدام النصوص وهذا تعطيل للشرط وبالتالي تعطيل للقانون. وهذا ناجم عن عدم التمييز بين الدفاع الشرعي والانتقام الذي اوقع المحكمة في حرج القول بان الدفاع

الشرعي مشروع بالاسلحة النووية عند توفر شروطه خشية التيه بين الرد المشروع والرد غير المشروع.

. وعليه كان على المحكمة ان تقول القانون ليرتب عليه ما يأتي:

أ- ان استخدام الاسلحة النووية في الدفاع الشرعي ممكن في العلاقة بين الدول النووية فيما بينها للرد على عدوان نووي من احداها ضد الاخرى كمالذ اخير من اجل البقاء.

ب- لايجوز استخدام الاسلحة النووية من قبل الدول النووية للرد على عدوان تشنه دول غير نووية، لان هذا الرد يعتبر انتقاما لا دفاعا شرعيا ولكي يكون دفاعا شرعيا فيجب الا يكون نوويا.

ج- لا دفاع شرعي بالاسلحة النووية بين الدول غير النووية لبداهة عدم تملكها للاسلحة النووية ولايحق لها الاستعانة بدول نووية للرد بالاسلحة النووية على عدوان غير نووي لان مثل هذا الرد هو انتقام لا دفاع شرعي (عبد العزيز مخيمر. مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية في نزاع مسلح، المجلة المصرية ٢٠٠٢، ص ١٩٥).

ثانياً: التمييز بين المبادئ العامة للقانون الدولي العام ومبادئ القانون الطبيعي. تعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي العام جزءا من القانون الوضعي اما مبادئ القانون الطبيعي فهي ليست كذلك لانها لاتعدو ان تكون مبادئ افتراضية باعتبارها مبادئ معيارية عقلية لما يجب ان يكون عليه السلوك الدولي. واذا كان القانون الطبيعي مصدرا للقاعدة القانونية في القانون الداخلي على اساس من نص تشريعي لمواجهة النقص في القانون فان الامر ليس كذلك في القانون الدولي العام. لان القانون الداخلي يحظر على القاضي عن الاستكاف في حالة النعدام نص او عرف وبالتالي يحيله على مبادئ القانون الطبيعي والعدالة لسد النقص في القانون، بينما لايستطيع القاضي الدولي حل النزاع المرفوع امامه في حالة عدم وجود مصدر من مصادر القانون الواردة في المادة ١/٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية. لان اختصاص القاضي الدولي يقوم

على رضا الخصوم بينما يقوم اختصاص القاضي الداخلي على اساس تشريعي، الامر الذي يحمل القاضي اتدولي على الاستتكاف عند عدم وجود القانون No liquet. وهو ما اعتقدت به محكمة العدل الدولية بشأن التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها. ولايجوز للقاضي الدولي اللجوء الى القانون الطبيعي الا بترخيص من الخصوم وهو ماقتضت به المادة ٢/٣٨ من النظام الاساسي للمحكمة وذلك بالاحالة على مباديء العدالة والانصاف ex aequo et bono وهي ليست من القانون الدولي الوضعي مما يجعل وظيفة القاضي اقرب الى التسوية منها الى قول القانون. وينبغي التنويه الى ان مباديء القانون العامة الواردة في المادة ١/٣٨ ج من النظام الاساسي تقتصر على المباديء العامة للقانون المقارن الخاصة بقواعد التفسير المستفادة من القانون الداخلي ولا علاقة لها بالمباديء العامة للقانون الدولي كما هو مبين في كتابنا مصادر القانون الدولي العام (صفحة ٢٢٣ ومابعدها).

وبناء عليه، وعندما يستشهد القاضي الدولي بالمباديء العامة للقانون الدولي العام، فانه ينبغي التمييز ما بين المباديء الوضعية منها عن مباديء القانون الطبيعي. وحيث ان المادة ١/٣٨ ج لا تنصرف الى المباديء العامة للقانون الدولي العام الوضعي التي لا تقوم بحد ذاتها لعدم وجود مشرع دولي يمنحها القوة القانونية الالزامية، لذا فأنها تستمد هذه الصفة من خلال القانون الدولي الاتفاقي او العرفي خلافا عما هو الحال في القانون الداخلي حيث يمنح المشرع المباديء القانونية صفة الالزام. ومن هنا نلاحظ الاختلاف بين هذه المباديء في التشريعات الوطنية التي يقوم عليها النظام العام فيها.

ومن المفيد القول ان المباديء العامة للقانون الدولي الوضعي هي مباديء مشتقة وان المباديء العامة غير المشتقة من القانون الدولي الاتفاقي او العرفي، هي من مباديء القانون الطبيعي المجردة من الالزام القانوني. وهذا ما نلاحظه في حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في قضية كورفو ١٩٤٩/١١/٩ حيث ميزت المحكمة بين المباديء العامة المعترف بها كمبدأ حرية المواصلات البحرية ومبدأ عدم جواز استخدام الدولة اقليمها لاغراض تخل بحقوق الدول الاخرى (cij.Recueil.1949.pp.18 et ss.)، وهذه

مبادئ مشتقة لانها معترف بها من قبل المجموعة الدولية، وبين المبادئ الاساسية كالاقتبارات الانسانية التي اشارت اليها المحكمة لاحقا في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارغوا (*dij.Recueil.27.6.1986.par.218 etss*)

ويبدو ان محكمة العدل الدولية عاملت المبادئ العامة شرط *Martens* المنصوص عليه في اتفاقية لاهاي الثانية لسنة ١٨٩٩ والبروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧، معاملة المبادئ العامة للقانون الطبيعي خاصة وان هذا الشرط قد تضمن النص على مبادئ الانسانية ومتطلبات الضمير العام *des exigences de la conscience publique* وهذه هي من مفردات القانون الطبيعي. وحيث ان شرط مارتنس يحمي المدنيين والمقاتلين في الحالات التي لاينص عليها القانون الاتفاقي بان يجعلهم تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي العرفي ومبادئ الانسانية ومايمليه الضمير العام، وحيث انه لا يوجد نص او عرف بتحريم الاسلحة النووية، فان المحكمة لاتجد في مبادئ شرط مارتنس قانونا بالتحريم المطلق لهذه الاسلحة يسد النقص الحاصل في القانونين الاتفاقي والعرفي بتحريم الاسلحة النووية في حالة الدفاع الشرعي، خاصة وان المحكمة قد افتت بان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب ان يكون متوافقا مع متطلبات القانون الدولي المطبق في المنازعات المسلحة، كما اقرت في الوقت نفسه ان شرط مارتنس لازال نافذا (فقرة ٨٦ من الفتوى).

ولم تعتبر المحكمة حالة الضرورة من مبادئ القانون الوضعي في حكمها في قضية كورفو عندما احتجت بها انكلترة لتبرير قيامها بتنظيف مضيق كورفو دون إذن السلطات الالبانية منتهكة بذلك سيادتها، حماية للملاحة الدولية. بل واعتبرت المحكمة الاحتجاج بحالة الضرورة كذريعة لتبرير انتهاك الدول لقاعدة عدم جواز استخدام القوة في العلاقات الدولية (*cij.Recueil.1949.p35*) ويبدو ان المحكمة في رفضها لشرط الصفة لكل من ليبيريا والحبشة في قضية اقليم جنوب افريقيا (ناميبيا)، انكرت على مبدأ تحريم التمييز العنصري الوارد في اتفاقية نيويورك لازالة كافة اشكال التمييز العنصري في ١٩٦٦/٣/٧ الصفة القانونية الوضعية بدعوى عدم دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ قبل

صدر حكم المحكمة في القضية في ١٨/٧/١٩٦٦. علما بان هذه الاتفاقية تمنح شرط الصفة باقامة دعوى عامة لجميع الدول الاطراف فيها وذلك عندما اقرت المحكمة بذلك عند تداركها النقد الموجه ضد حكمها الذي تغاضى عن انتهاك جنوب افريقيا لحقوق الانسان في ناميبيا في هذه القضية والذي صدر بأغلبية صوت الرئيس المرشح، في حكمها في قضية برشلونة تراكسيون في ٥/٢/١٩٧٠ الذي اقر في حيثياته وجود التزامات نافذة في مواجهة المجموع الدولية على العموم *erga omnes* وبالتالي يمكن لجميع الدول الاحتجاج بها في مواجهة من ينتهك الالتزامات الواردة فيها (*cij.Recueil.1970.p.31*).

### المبحث الثاني

#### آليات الانسنة في المعاهدات الدولية

اما الآليات التي تثيرها الانسنة في القانون الدولي الانساني فتتعلق بكيفية تطبيق هذه الآليات بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي (فرع اول) وبين امكانية التخلص منها بالتقادم او الحصانة او العفو (فرع ثان).

### الفرع الاول

#### النفاد والتنفيذ

يتميز التعامل الدولي بين نفاذ المعاهدات وتنفيذها. فالنفاذ *entrée en vigueur* هو بلوغ المعاهدة درجة الالتزام النهائي ازاء اطرافها ودخولها في النظام القانوني الدولي بحيث يتعين على هذه الاطراف الوفاء بها في مواجهة بعضها البعض الاخر وان عدم الوفاء مدعاة لاثارة المسؤولية.

اما التنفيذ *execution* فهو قيام اجهزة الدولة المهنية بالوفاء بالالتزامات الناجمة عن المعاهدة بسبب نقل هذه المعاهدة من النظام القانوني الدولي الى القانون الداخلي بحيث يحق للأشخاص العامة والخاصة الاحتجاج بالمعاهدة امام القضاء الداخلي لضمان هذا

الوفاء بحيث ان انكار العدالة *deni de justice* مدعاة للاجنبي للمطالبة بالحماية الدبلوماسية.

ولكن كل من النفاذ والتنفيذ يثير مشاكل عملية منها:

اولاً. النفاذ. تختلف المعاهدات من حيث طريقة نفاذها بين معاهدات شكلية (رسمية) ومعاهدات تنفيذية (ذات شكل مبسط) بالشكل الآتي:

١. المعاهدات الشكلية (الرسمية). وهي لاتدخل حيز النفاذ الا بعد اتمام الاجراءات الدستورية التي يقتضيها القانون الداخلي عن طريق السلطة التشريعية في حالة التصديق والانضمام وعن طريق السلطة التنفيذية عند الموافقة والقبول. واغلب معاهدات القانون الدولي الانساني معاهدات شكلية (رسمية) والسر في ذلك ان الاجراءات الدستورية توفر ضمانات قانونية للدول الاطراف بحيث تجعلها على بينة من الاعباء التي تلقىها هذه المعاهدات على عاتقها سواء فيما يخص سيادتها او ميزانياتها الوطنية خاصة وان الامر يتعلق بقانون الحرب وبأمنها الوطني.

٢. المعاهدات التنفيذية. وهي التي تدخل حيز النفاذ بمجرد التوقيع عليها بحيث لاتحتاج الى أي اجراء مادي او قانوني فالتوقيع اجراء رسمي كاف لالزام الدول بالمعاهدات التنفيذية التي توقع عليها.

ويمكن التمييز بين المعاهدات الشكلية والمعاهدات التنفيذية في الاحكام الختامية في المعاهدة. ولكن المشكلة تثور في حالة سكوت الاحكام الختامية عن بيان نوع المعاهدة. ولحل هذه المشكلة يتنازع رأيان هما:

الاول. افتراض المعاهدة التنفيذية. يحتج انصار هذا الرأي بمبدأ "السكوت في معرض الحاجة الى بيان يكون قبولاً".

أ. ان سكوت المعاهدة عن تحديد هويتها يفيد الاستغناء عن اقتضاء أي اجراء اضافي لتحديد هذه الهوية. ولو كانت المعاهدة تقتضي التصديق عليها لوجب النص على ذلك ومن يدعي خلاف ذلك ان يقدم البينة على ادعائه.

ب- ان سهولة التعامل الدولي تقتضي افتراض المعاهدة الساكته بانها معاهدة تنفيذية، لان الادعاء بخلاف ذلك يؤدي الى تأخير دخول المعاهدة حيز النفاذ بانتظار الاجراءات الدستورية الطويلة التي قد تؤدي احيانا الى رفض السلطات التشريعية الاذن بالتصديق.

الثاني. افتراض المعاهدة الشكلية. ويستند هذا الافتراض الى مبدأ "لاينسب لساكت قول" وذلك:

أ- ان الاصل في المعاهدات انها نشأت كمعاهدات شكلية. وعند الشك في تحديد هوية المعاهدة الساكته يقتضي استصحاب الاصل. والمعاهدة التنفيذية استثناء على هذا الاصل ولاينبغي التوسع في الاستثناء على حساب الاصل. ومن يدعي الاستثناء ان يقدم البينة على ادعائه.

ب- ان اخضاع المعاهدة الساكته للاجراءات الدستورية لكي تدخل حيز النفاذ امر تقتضيه ممارسة السلطات التشريعية الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية، خاصة اذا كانت المعاهدة ترتب التزامات مالية تقتضي الوفاء بها موافقة السلطة التشريعية عليها والا يتعذر على الدولة الوفاء بهذه الالتزامات. اما اذا تعلق الامر بالسيادة فان موافقة السلطة التشريعية على التصديق ضروري للحفاظ على الاستقلال السياسي والامن الوطني الذي يوفره تدخل ممثلي الشعب للاذن بالتصديق على هذه المعاهدة. ولذا فان التصديق يشترط في المعاهدات من الدرجة الاولى التي ترتب التزامات هامة بل خطيرة احيانا. اما المعاهدات من الدرجة الثانية التي لا تتضمن مثل هذه الالتزامات فانها عادة ما تكون معاهدات تنفيذية ولا تهتم السلطة التشريعية بمراقبتها ويمكن اعتبارها نافذة بمجرد التوقيع عليها.

الثالث. اما في القانون الوضعي، فتقتضي المادة ١٢ من اتفاقية فيينا في ١٩٦٩ بان رضا الدولة للالتزام بمعاهدة بواسطة التوقيع عليها يتم في الحالات الاتية:

١. عندما تنص المعاهدة على ذلك.

٢. عندما يتضح ذلك في المفاوضات بان الدول التي شاركت فيها قد ارتضت ان يكون للتوقيع هذا الاثر.

٣. عندما تتجه ارادة الدولة الى بيان ذلك بوثيقة تخويل ممثلها.

٤. يعتبر توقيع الدولة بقيد الاستشارة توقيعاً نهائياً للمعاهدة اذا تم تأكيده من قبل هذه الدولة.

٥. يكون الالتزام نهائياً بواسطة تبادل المذكرات عندما تنص هذه المذكرات على ذلك او عندما يتبين ذلك من قبل الدول الاطراف.

وبمفهوم المخالفة يتبين انه فيما عدا هذه الحالات الخمس التي تظهر الدول رغبتها في الالتزام بالمعاهدة بمجرد التوقيع عليها، فان المعاهدة المسكوت فيها عن هوية هذه المعاهدة لابد ان تكون معاهدة شكلية مهما كان رأي الفقه في ذلك.

ثانياً. التنفيذ. اذا كان تنفيذ المعاهدة يتم بالامتنال للالتزامات الواردة فيها، فان هذا الامتنال لا يتم الا بجعل هذه المعاهدة جزءاً من القانون الداخلي. لان اجهزة الدولة لاتخضع للقانون الدولي مباشرة وانما عن طريق القوانين الداخلية المفترض ان تكون موافقة في القانون الدولي. ولكي تكون المعاهدة جزءاً من القانون الداخلي فانه يلزم اتخاذ اجراء ما يتم بموجبه نقل المعاهدة من القانون الدولي الى القانون الداخلي ويتم هذا الاجراء بطريقتين هما:

١. نقل المعاهدة بطريق الاستقبال *reception*. وتتم باجراء قانوني وهو اصدار المعاهدة *promulgation* بقانون او بقرار رئاسي او غير ذلك، او باجراء مادي وهو نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية *publication*. ويتفق الاستقبال مع نظرية القانون المزدوج *dualisme* بين القانونين الدولي والوطني والتي تفترض ان هذين القانونين منفصلان احدهما عن الاخر وان الاستقبال ينقل المعاهدة من القانون الدولي الى القانون الداخلي لتكون نافذة فيه.

٢. انتقال المعاهدة تلقائية التنفيذ *self-executive* بشكل تلقائي الى القانون الداخلي دون أي اجراء قانوني او مادي ويكون النشر في الجريدة الرسمية وسيلة للاعلام وليس

اداة للتنفيذ. ويتفق الانتقال الانتقالي للمعاهدة مع نظرية القانون الموحد *monisme* التي لا ترى انفصالا بين القانونين الدولي والداخلي بحيث ان المعاهدة تلقائية التنفيذ تكون نافذة في القانون الداخلي بمجرد نفاذها في القانون الدولي. وتقضي المادة ١٩ من دستور منظمة العمل الدولية بدعوة الدول الاطراف في المعاهدة المبرمة بموجب هذا الدستور، لاتخاذ الاجراءات الضرورية لتنفيذ هذه المعاهدات بما في ذلك تعديل تشريعاتها الوطنية لتكون منسجمة مع احكام هذه المعاهدات حسب ما جاء في فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية تبادل السكان الاتراك واليونانيين في ١٩٢٥/٥/٢١. وتحاول محكمة عدل الاتحاد الاوربي عبر احكامها اعتبار المعاهدات المبرمة بين دول الاتحاد والتصرفات القانونية المتفرعة عن هذه المعاهدات، بمثابة معاهدات تلقائية التنفيذ ترتب اثارها القانونية في مواجهة من تخاطبه من الاشخاص داخل هذه الدول.

اما المشكلة التي يثيرها تنفيذ المعاهدات سواء اكان بالاستقبال او بالتنفيذ التلقائي فهي مدى سريانها في مواجهة الافراد الذين ينتهكون المعاهدات التي تجرم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني اذا لم تكن هذه المعاهدات منشورة في الجريدة الرسمية او في اية وثيقة حكومية اخرى. اذ درجت بعض الدول على عدم نشر نصوص تلك المعاهدات رغم اقتضاء القانون لهذا النشر كما هو حال المادة ٣ من المرسوم الفرنسي في ١٤/٣/١٩٥٣، فهل يمكن ملاحقة مرتكبي هذا الانتهاكات الخطيرة التي تجرمها تلك المعاهدات وهل يمكن لهؤلاء الافراد الدفع بالجهل بالقانون لنفي المسؤولية الجنائية الناجمة عن الانتهاكات ؟

الواقع ان هذه المشكلة لاتخص النفاذ لان تلك المعاهدات اصبحت جزءا من القانون الداخلي تلقائيا او بطريق الاستقبال، وانما تخص التنفيذ. واذا كان الاصل هو عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون فهل يعتبر عدم نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية سببا للجهل بالقانون، وذا كان الامر كذلك فهل يشكل امتناع المحاكم الداخلية عن ملاحقة المتهمين

بارتكاب الجرائم الدولية بسبب الدفع بالجهل بالقانون نكوصا عن الوفاء بالقانون الدولي،  
وإذا امتنعت المحاكم الداخلية عن تجريم هؤلاء المتهمين فهل تكون ملزمة بالتسليم ؟  
حسبت المادة ٣٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الامر بشأن الدفاع  
باطاعة اوامر الرئيس الاعلى بقولها انه "لايشكل الغلط في القانون - اذا كان نوع معين  
من انواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة - سببا لامتناع المسؤولية  
الجنائية".

وتقضي المادة ١/٣٣ من النظام المذكور بان اوامر الرئيس الاعلى قرينة على العلم  
بالقانون وذلك بقولها انه "في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في  
اختصاص المحكمة، فلا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية اذا كان ارتكابه لتلك  
الجريمة قم تم امتثالا لامر حكومة او رئيس عسكريا كان ام مدنيا. ولكن هذه المادة  
تلغي هذه القرينة في الاحوال الاتية:

. اذا كان على الشخص التزام قانوني باطاعة اوامر الحكومة او الرئيس المعني،

. اذا لم يكن الشخص على علم بان الامر غير مشروع،

. اذا لم تكن عدم المشروعية ظاهرة.

وهذا يعني امكانية الدفع بعدم العلم بالقانون اذا لم يكن المتهم على علم بعدم المشروعية  
او لم يكن عدم المشروعية ظاهرا وذلك اذا كان المتهم ملزما باطاعة امر الرئيس الاعلى  
قانونا. وهذا خروج عن الاصل اقتضاه تأثير بعض الدول التي تدعي ان عليها التزامات  
للقيام بعمليات حفظ السلام خارج حدود اراضيها ولاتريد تعريض اتباعها للمسؤولية  
الجنائية لذا كان هؤلاء الاشخاص عرضة للملاحقة القضائية. ولكن الفقرة الثانية من  
المادة ٣٣ تتدارك الامر عندما تعتبر عدم المشروعية ظاهرة في حالة ارتكاب جريمة  
الابادة الجماعية او الجرائم ضد الانسانية، فلا يمكن الدفع بالجهل بالقانون عند ذلك  
للهرب من المسؤولية الجنائية حتى في حالة اطاعة اوامر الرئيس الاعلى وفي جميع  
الاحوال.

وقد عبر مجلس الحرب البلجيكي عند ادانته هريفاً في الجيش البلجيكي في كونغو في ١٩٦٠ متهما اياه بتنفيذ اوامر ضابط اعلى بقتل مدني، بالقول بان الفعل المرتكب يشكل ليس فقط قتلا بموجب قانون العقوبات البلجيكي والكونغولي وانما يشكل انتهاكا صارخا لقوانين واعراف الحرب وقوانين الانسانية... ولم تكن عدم المشروعية محل شك وكان على المتهم ان يرفض تنفيذ الامر.

وقياسا على ذلك لايمكن الدفع بالجهل بالقانون اذا كان عدم المشروعية ظاهرا في حالة الانتهاك الخطير للقانون الدولي الانساني حتى مع عدم النص. وقضى القاضي *Cory* في قضية *finta* امام المحكمة العليا في كندا في ١٩٩٤ بان طريقة الدفاع هذه لايمكن الدفع بها عندما تكون الجرائم المرتكبة تنفيذا لاوامر الرئيس الاعلى من الفضاة بحيث تتجاوز حدود التصرف العسكري المقبول وتصدم ضمير المجتمع.

وهكذا فانه لايقبل الدفع بالجهل بالقانون بالقياس على عدم الدفع بالغلط في القانون، اذا كان عدم المشروعية ظاهرا في حالة الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني حتى مع عدم النص على تجريم هذه الانتهاكات في القانون الداخلي كما يبدو من تعامل المحاكم الدولية وخاصة بعد قيام الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية حيث تجد المحاكم الداخلية نفسها بين خيار المحاكم والتسليم، لان الدولة الطرف في معاهدة التجريم مسؤولة عن الوفاء بالتزاماتها الدولية امام القانون الدولي وبقطع النظر عن وضع النظام القانوني الداخلي.

## الفرع الثاني

عدم تقادم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني

او الحصانة منها او العفو عنها

بالنظر لخطورة بعض الانتهاكات للقانون الدولي الانساني على السلم والامن الدوليين وعلى مستقبل العلاقة بين الامم والشعوب وبسبب عدم وجود قضاء دولي جنائي الى عهد قريب ولتأثير المتغيرات السياسية داخل الدولة الواحدة وبين الدول، فقد حرص

القانون الدولي الاتفاقي على ضرورة ملاحقة مرتكبي تلك الانتهاكات وعدم افلاتهم من العقاب بسبب مرور الزمن او الحصانة او العفو كما هو مبين فيما يأتي:  
اولاً. عدم تقادم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني *imprescriptibilite*.  
ترجع عدم تسوية جميع مشاكل المتهمين الالمان عن الجرائم التي اقترفوها اثناء الحرب العالمي الثانية الى سببين هما:

أ- خصوصية محكمة نورمبورغ من حيث اقتصار اختصاصها على المتهمين الالمان دون غيرهم من جهة ولكون المحكمة عسكرية خاصة *ad hoc* ومؤقتة من جهة اخرى بحيث لم تتمكن من معاقبة جميع المتهمين بارتكاب تلك الانتهاكات الخطيرة في حينه.

ب- اختفاء عدد من المتهمين الالمان في مناطق متفرقة من العالم بحيث بقوا مطلقي السراح ودون محاكمة.

وكان لصدور القانون الفرنسي في ١٩٦٤/١٢/٢٦ بشأن عدم تقادم الجرائم ضد الانسانية دورا مهما في اهتمام الامم المتحدة بهذا الامر. حيث تبنت الجمعية العامة في ١٩٦٨/١١/٢٦ اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية بصورة مطلقة ودون الاقتصار على الجرائم التي ارتكبت اثناء الحرب العالمية الثانية. وتنفيذ ١١ للقانون الفرنسي المذكور جرت محاكمة عدد من المتهمين عدد من المتهمين عن جرائم الحرب العالمية الثانية من غير الالمان كما في قضية *legay* في ١٩٨٢/١٠/٢١ وقضية *touvier* في ١٩٨٤/١/٢٦ وقضية *Barbie* في ١٩٨٣/١١/٦.

وينبغي عدم الخلط بين عدم تقادم الجرائم الدولية وبين عدم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم التي ارتكبت قبل دخول النظام الاساسي لهذه المحكمة حيز النفاذ في ٢٠٠٢/٧/١، لان التقادم شيء والاختصاص شيء اخر. فيحق لاية محكمة وطنية او دولية اخرى محاكمة المتهمين بجرائم الحرب العالمية الثانية او غيرها اذا بقي احد منهم على قيد الحياة لحد الان دون التقيد بالاختصاص الزمني بسبب عدم التقادم.

ثانياً: الحصانة *imuntie*. وهي الغطاء القانوني الذي يكتنف الاشخاص الذين يتمتعون بصفة رسمية خاصة والذي يمنع تحريك الدعوى الجنائية ضدهم امام المحاكم الوطنية او الدولية او انزال العقوبة عليهم بسبب ارتكابهم انتهاكات خطيرة للقانون. وتمهيدا لمحاكمة مجرمي الحرب الالمان بعد خسارة المانيا الحرب العالمية الثانية، قضت المادة ٧ من النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ "بان المركز الرسمي للمتهمين سواء عند اعتبارهم رؤساء دول او باعتبارهم كبار الموظفين لايعتبر عذرا يعفو من المسؤولية او سببا من اسباب تخفيف العقوبة". واعتبر هذا النص كاساس سارت عليه السياسة الجنائية في القانون الدولي الجنائي الحديث، كما تجلى في المادة ٣ من اتفاقية منع ومعاقبة جريمة اباداة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ والمادة ٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية ليوغسلافيا سابقا والمادة ٢/٦ لكل من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية لرواندا وسيراليون والمادة ٣٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وينبغي التمييز بين الحصانة الموضوعية التي لايجوز التذرع بها للاعفاء من المسؤولية الجنائية والعقاب وبين الحصانة الاجرائية التي تحول دون التسليم او تحريك الدعوى الجنائية مادام المتمتع بالحصانة الموضوعية باقٍ في منصبه الرسمي. فاذا تعذر على المتهم الدفع بالحصانة الموضوعية بسبب النصوص الجنائية فانه يتمكن من الدفع بالحصانة الاجرائية طالما بقي المتهم في منصبه الرسمي. وهو الذي تبنته المادة ٩٨ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تتيح لدولة الطرف الامتناع عن تسليم المتهم لمحكمة اذا ترتب على ذلك اخلال باحدى الالتزامات الدولية المقررة بموجب القانون الدولي الاتفاقي.

وبذلك قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٢/١٤ في قضية بروديا ابولاوي ندومباس بين الكونغو الديمقراطية وبلجيكا في قولها في حيثيات الحكم بان الحصانة القضائية التي يتمتع بها وزير الخارجية وهو في منصبه الرسمي لاتعني انه يبقى في منجى من العقاب عن الجرائم التي يمكن ان يرتكبها ويقطع عن خطورتها. ويمكن للحصانة القضائية ان تكون عائقا امام الملاحقة خلالفترة معينة او في مواجهة

بعض الانتهاكات ولكنها لاتعفي الشخص الذي يتمتع بها من اية مسؤولية جنائية. وعليه فان الحصانات التي يتمتع بها وزير الخارجية او وزير خارجية سابق في القانون الدولي، لاتكون عائقا فعليا من المسؤولية الجنائية التي يمكن قيامها في بعض الظروف وذلك عندما يمثل امام القضاء في بلده او عندما تقرر الدولة التي يمثلها رفع الحصانة عنه او عندما يكون المعني بعد فقده لمنصبه غير متمتع باية حصانة في بلد اخر او عندما يكون موضوعا للملاحقة الجنائية امام بعض المحاكم الجنائية الدولية المختصة (55.par.2002.Recuei.cij). وعليه فان الشخص المتمتع بصفة رسمية خاصة يفقد الحصانة الاجرائية متى مازالت عنه هذه الصفة ويخضع بالتالي للاختصاص القضاء الوطني لدولة ما تبعا لمباديء الاختصاص الجنائي او للقضاء الدولي المختص.

ثالثاً. العفو عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني *amnistie*.

لم يرد في الصكوك الدولية القديمة مبدأ العفو عن الجرائم الدولية سواء كان في النظام الاساسي لمحكمة نورمبرغ او في اتفاقية منع وقمع جريمة اباداة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨. وتقضي المادة ٢٨ منها بان الشخص المدان اذا امكنه الاستفادة من عفو او تخفيف للعقوبة بموجب قانون الدولة المسجون فيها، تخطر هذه الدولة المحكمة. ويفصل رئيس المحكمة بالتشاور مع اعضائها الامر بموجب مصالح العدالة والمباديء العامة للقانون. اما في الصكوك الدولية الحديثة فقد قضت المادة ١١٠ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية بانه لايجوز لدولة التنفيذ ان تفرج عن الشخص المدان قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة. وللمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة والبت في الامر بعد الاستماع الى الشخص المدان. ويمكن للمحكمة النظر في حكم العقوبة لتقرير ما اذا كان ينبغي تخفيفه وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة او خمسا وعشرين سنة في حالة السجن المؤبد ويجب الاتعيد المحكمة النظر في الحكم قبل انقضاء المدد المذكورة.

وبناء عليه لاتملك الدولة التي تحتجز المدان منحه عفوا خاصا عن العقوبة التي يقضيها كلا او جزءا بدون قرار المحكمة الدولية الخاصة. ولذا ووفقا للصكوك المذكورة

يندر ان يتمتع المدان بانتهاكات خطيرة للقانون الدولي الانساني بالعمو الخاص عما تبقى من مدة عقوبته فيما عدا قضية وليام كالي، العقيد الامريكي المدان بقتل ١٠٠ فييتامي في سنة ١٩٦٨ في فييتام. حيث حكمت عليه محكمة عسكرية امريكية في ولاية جورجيا بالسجن لمدة ٢٠ سنة والطرء من الخدمة وذلك في ٢١/٣/١٩٧١. وبعد محاولات عديدة من محاميه قضت المحكمة الاتحادية لولاية جورجيا في ٢٧/٢/١٩٧٤ باطلاق سراحه بعد قضاء ٣٥ شهرا من مجموع العقوبة المقررة واصدر الرئيس نيكسون امرا بالغاء المدة المتبقية من العقوبة.

وقد ادت الحرب الاهلية في سيراليون الى ارتكاب انتهاكات خطيرة للقانون الانساني ضد المدنيين. وكان تدخل الامم المتحدة حاسما لحمل اطراف النزاع على تسويته بموافقة المتمردين على القاء السلاح مقابل مشاركتهم في الحكم واصدار عفو عام عنهم بما في ذلك فؤادي سنكوح المحكوم عليه بالاعدام سنة ١٩٩٨. وتم لهذا الغرض توقيع لومي للسلام في ٨/٧/١٩٩٩. ويقضي هذا الاتفاق بأنشاء لجنة تحري الحقيقة والمصالحة الوطنية والعفو العام عن جميع الانتهاكات الخطيرة المرتكبة قبل توقيع الاتفاق المذكور. الا ان الممثل الخاص للامين العام للامم المتحدة ثبت تحفظا مفاده ان الاحكام العفو الواردة في الاتفاق لا تنطبق على جريمة ابادء الجنس البشري والجرائم للمرتكبة ضد الانسانية وجرائم الحرب وسائر الانتهاكات الخطيرة لقانون الدولي الانساني.

واصدر مجلس الامن القرار ١٢٨٩ في ٢٠٠٠ يقضي بان العفو الممنوح بموجب اتفاق السلام لا يشمل الانتهاكات الخطيرة المرتكبة بعد تاريخ التوقيع عليه. ولكن المجلس قضى بقراره ١٣١٥ في ١٤/٨/٢٠٠٠ انشاء محكمة مختلطة مؤلفة من قضاة سيراليون ومن قضاة دوليين لاحالة المتهمين بانتهاك قوانين سيراليون والقانون الدولي الانساني اليها، وعدم شمول العفو الوارد في اتفاق لومي للجرائم الدولية المرتكبة في سيراليون. وقد تم انشاء هذه المحكمة في فريتاون في ١٦/١/٢٠٠٢ دون النص على امكانية العفو الوارد في اتفاق لومي انف الذكر، وهذا يعني عدم سريان العفو العام على المتهمين الذين تقاضيههم المحكمة. ومما يعيب هذه المحكمة عدم شمول نظامها

الاساسي لجريمتي الاسترقاق و ابادة الجنس، غير ان الامين العام للامم المتحدة يستبعد  
امكانية وقوع الجريمة الاخيرة في سيراليون اثناء النزاع المذكور  
(Avril McDonland.Sirra Leon `s Shoestring.Special Court.Review  
Red Cross.mars.2002.p.140)

## خاتمة

تعتبر عملية انسنة الحرب حلقة من حلقات تطور التفكير الانساني نحو عقلنة علاقاته  
الاجتماعية في المجتمعين الاهلي والدولي. والعقلنة عملية تنظيمية، بينما الانسنة فهي  
مسألة اخلاقية. فاذا كان من المتعذر حصول التوافق بين البشر (كان الناس امة واحدة  
فاختلفوا) فانه لايعدم السعي للحد من المتناقضات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية  
من خلال التقريب بين المصالح بين المتناقضة كضرورة حياتية. والمسألان مرتبطتان  
ارتباطا وثيقا بحيث لا يحصل تقدم في احدها الا وترك اثره على الاخرى.

فالقانون وعاء تنصب فيه القيم الاخلاقية فتأخذ اطارا تأسيسيا تنبثق عنه قواعد نافذة في  
مواجهة الجميع على سبيل الالزام لا على سبيل سبيل الوعظ.

والحرب حالة من الاندهاشية الانسانية التي تسعى الى تجاوز الواقع الى عالم من  
اللاوعي يوهم بالانتصار عن طريق زهق الارواح وتخريب الممتلكات والبنى التحتية  
التي بنالها الانسان وذلك على اكوام من جماجم القتلى وزفرات الثكالى واليتامى  
والجرحى. فاذا كان من المتعذر انسنة الحرب من حيث وسائلها بسبب استخدام احدث  
التقنيات في صناعة اشد واقوى وسائل التدمير، فان مجالات الانسنة تتسع في اتجاه  
حماية الاشخاص المنازعات المسلحة من مقاتلين وغير مقاتلين. كما يمكن ان تمتد الى  
طرق الحرب التي يمكن ان تتعقلن في ضوء القيم الاخلاقية الدولية وفي مقدمتها تحريم  
وسائل الحرب التي تسبب معاناة وآلام غير ضرورية لضحايا هذه المنازعات. ولقد  
كانت فتوى محكمة العدل الدولية في ١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية  
واستخدامها في كافة الظروف، مخيبة للآمال بسبب عدم قول القانون من قبل المحكمة.  
ولا تقتصر عملية الانسنة على حسن معاملة ضحايا المنازعات المسلحة، وانما تتناول

آليات الصناعة القانونية نفسها. ففي ظل القانون الدولي العام الممتدة قواعده في سلسلة تبدأ اعتباراً من اتفاقية حظر ومعاقبة جريمة إبادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ وحتى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨، فإن عملية الانسنة هذه تخرج من خصوص حماية ضحايا المنازعات المسلحة الى حظر الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي العام مشرعة الباب لاقامة نظام قانوني دولي جنائي يعاقب هذه الانتهاكات الخطيرة.

ويعتبر هذا البحث محاولة لاختصاص عملية الانسنة داخل فروع القانون العام، الدولي منه والداخلي من اجل لفت نظر الباحثين نحو انسنة القانون العام برمته بغية تحقيق نوعين من الحماية لضحايا المنازعات المسلحة الاولى وقائية لحظر الانتهاكات الخطيرة لهذا القانون والثانية علاجية لمعاقبة مرتكبي هذه الانتهاكات الخطيرة، الى جانب حماية ضحايا هذه الانتهاكات. وكما نوهنا منذ البدء فأن وظيفة الانسنة تقع في طريق التوفيق بين متطلبات هذه الحماية من جهة ومقتضيات السيادة الوطنية من جهة اخرى، توظيفات من شأنه ان يخفف من معاناة ضحايا الحرب اولاً، ومن اجل الحيلولة دون استخدام طرق ووسائل الحرب غير ضرورية التي تسبب مزيداً من المعاناة والآلام للعناصر الهشة من هذه الضحايا ثانياً.

وهذا يقتضي بالضرورة توسيع مواضيع القانون الدولي الانساني عن طريق تدويل حماية حقوق الانسان توصلنا الى تجفيف مصادر العنف مهما كان مصدرها، لان الانسان هو القيمة الاولى في الارض باعتباره هو خليفة الله تعالى فيها، وان حماية الانسان من بطش اخيه الانسان هي هدف الرسالات السماوية والبشرية عبر التاريخ، فالانسان اما هو اخ للانسان في الدين او نظير له في الخلق، والانسنة هي تهذيب للسلوك الانساني من العلل النفسية التي تنتاب الانسان وفي مقدمتها نبذ الكراهية توطئة لعلاقات انسانية بدون عنف مسلح.

الحماية القانونية  
لحقوق الافراد وحررياتهم  
عند تجميع بياناتهم  
في الاجهزة الالكترونية

د. نعيم طالب محمد علي الأمانة

المدرس في كلية الحقوق | جامعة النهرين

## مقدمة

يهتم موضوع البحث بحماية الخصوصية للأفراد التي يمكن ان تتعرض للمساس عند القيام بتجميع بياناتهم الخاصة ومعالجتها في اجهزة الكمبيوتر، فقد اصبحت حياة الافراد الخاصة تشكل قيمة واهمية يمكن ان تنطوي في عداد المصالح العامة الجوهرية التي تحتاج الى الحماية القانونية على المستويين الاداري والجنائي وذلك من خلال تنظيم نصوص قانونية تعاقب على انتهاك الخصوصية موضوع البحث.

ومن ان التشريع العراقي خصوصا والتشريعات العربية بشكل عام لم توجد نصوص صريحة على المستويين الاداري والجنائي تعاقب على هذا الانتهاك، الا ان الحاجة الملحة لايجاد هذا التدخل التشريعي ستزداد في السنوات المقبلة خصوصا اذا ازدادت الحاجة الى استعمال اجهزة الكمبيوتر في تجميع البيانات الخاصة بالافراد في العراق والدول العربية، خصوصا وان بعض الدول العربية اصبحت تتبنى فكرة الحكومة الالكترونية في تعامل الجمهور مع اداراتها.

وكانت قواعد القانون الاداري هي السبابة للاهتمام بهذا الموضوع خصوصا وانه يمس حريات الافراد وخصوصيتهم في عالم يهتم اليوم بالحرص على تلك الحريات واعتبارها من القيم العليا، لهذا لانستغرب على المشرع الفرنسي ان يوجد تشريع يكفل الحد من المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد من تجميع البيانات المتعلقة بهم، فاصبح من الواجب على القائم بتجميع البيانات الخاصة ان يحصل على موافقة من جهات مختصة للقيام بذلك، حيث تقوم الاخيرة بمتابعة تجميع البيانات ومراقبة التعامل معها، كما اصبح

لصاحب تلك البيانات الحق في الاعتراض على ماورد فيها خصوصا ماتعلق منها باصله العرقي او الديني.

ومن الطبيعي على المشرع عند قيامه بحماية الحياة الخاصة للافراد ان يضع اولاً قواعد قانونية ادارية تهتم بكيفية تجميع البيانات وخبزنها ومعالجتها ومن ثم يلجأ الى قواعد القانون الجنائي ليضع في متونه نصوص تجرم كل مساس بتلك المعلومات الخاصة والشخصية.

ولعل الذي يستدعي ذلك ان وفرة المعلومات والسعة الاستيعابية التي يمكن ان تحتويها اجهزة الكمبيوتر، يقابلها سهولة الاستخدام هو الذي دفع بالمشرع الى ضرورة التدخل التشريعي بتنظيم الاستفادة من تلك البيانات الشخصية، فالملفات الورقية تكون من الصعوبة بمكان استعراضها والوصول الى محتواها قياسا باجهزة الكمبيوتر.

ولعل اهمية هذا البحث تتمثل بانه يتصل بتطور الوسائل التقنية في جمع المعلومات بالاضافة الى اتصاله بمجال الحرية الفردية، ولعل هذا الامر يزداد اهمية في المجتمعات الديمقراطية التي تقدر حريات الافراد وتجعلها نصب عينها حين ترعى حقوق الانسان.

وسوف يعالج البحث جانبين من الحماية القانونية للافراد عند تجميع بياناتهم الشخصية على اجهزة الكمبيوتر، وهما الجانب الاداري والمتعلق بقواعد القانون الاداري، والجانب الجنائي المتعلق بقواعد قانون العقوبات لكي نجيب على التساؤلات المتعلقة بدور كل من القواعد الادارية والجنائية في حماية البيانات الشخصية المتعلقة بدور كل من القواعد الادارية والجنائية في حماية البيانات الشخصية المتعلقة بالافراد.

وعليه ستم تقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث:

المبحث الاول: مفهوم البيانات الشخصية المراد حمايتها.

المبحث الثاني: الحماية الادارية.

المبحث الثالث: الحماية الجنائية.

## المبحث الاول مفهوم البيانات الشخصية محل الحماية القانونية

يقصد بالبيانات الشخصية هي تلك البيانات المتعلقة بشخص معين<sup>١</sup>، ولا يشترط ان تتعلق هذه البيانات بحياته الخاصة . أي الفرد . بل وحتى اذا ارتبطت بحياته المهنية او الحياة العامة، او الانتماء السياسي وحتى الانتماء النقابي<sup>٢</sup>. واذا ماتعلقت تلك المعلومات بحياة الافراد الخاصة كالاصول العنصرية والحالات الطبية، والسوابق القضائية، فهناك حظرا يفرضه القانون فالمسألة لاتمثل كونها مجرد تنظيم لعملية جمع المعلومات<sup>٣</sup>.

وعليه فالقوانين التي تنظم عملية جمع المعلومات عن الاشخاص ويرمجتها الكترونيا بواسطة اجهزة الكمبيوتر لاترمي الى حماية صاحب تلك المعلومات فقط، بل حماية كل مايتعلق به احتراماً لحريته الشخصية وليس اقتصاراً على حياته الخاصة<sup>٤</sup>.

### - الشخص الطبيعي والمعنوي محل الحماية القانونية:

---

. حسام الدين كامل، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحا  
جامعة الكويت،

*Raymond Gassin, La protection penal des informations sur la personne en droit francias contemporain, Cujas, 1989,P237.*

. محمد عبد المحسن، صياغة جديدة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي،  
. محمد عبد الحسن، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت،

في هذا السياق نجد ان هناك اتجاهين في تحديد الاشخاص محل الحماية القانونية، فهناك اتجاه يرى بضرورة الحماية القانونية للاشخاص الطبيعية فقط، اما الاتجاه الاخر فيجد ان كل من الاشخاص الطبيعية والاشخاص المعنوية يجب ان تكون محلا لهذه الحماية القانونية.

فيرى الاتجاه الاول ان الهدف المرجو تحقيقه من هذه الحماية هي الحريات الشخصية، وهو الامر غي المتوفر والمتعلق بالاشخاص المعنوية كالشركات

والجمعيات وغيرها من التجمعات<sup>1</sup>.

وقد اوضح المشرع الفرنسي ذلك وبشكل صريح عندا تعرض لتعريف المعلومات الشخصية في المادة (٤) من قانون الكمبيوتر والحريات بقوله: ((تعتبر اسمية في مفهوم هذا القانون المعلومات التي تسمح او باخرى وسواء كان ذلك بشكل مباشر او غير مباشر، بتحديد الشخص الطبيعي الذي تتعلق به، يستوي في ذلك ان يكون القائم بتجميع تلك المعلومات شخص طبيعي او شخص معنوي))<sup>2</sup>.

فيعبر النص التشريعي وبشكل واضح عن رغبة المشرع الفرنسي بشمول الاشخاص الطبيعية فقط بتلك الحماية القانونية.

ام الاتجاه الثاني، فيجد ان الحماية القانونية واجبة الاخذ بها في اطار كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وهذا مانصت عليه اغلب التشريعات الاوربية مثل القانون النرويجي والاييرلندي والدانماركي وغيرها من التشريعات<sup>3</sup>.

والحقيقة لانجد مبرر هنا للتمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي من اجل حماية بياناته الخاصة في الكمبيوتر، فمع ان الشخص الطبيعي له بيانات تتعلق بديانته

---

<sup>1</sup> Jacques Francilon, *Ladaptation du droit penal a certaines fromes de in formation*, Cujas, 1989,p.152.

)

/

الكمبيوتر والحريات).

اشار الى تلك التشريعات، د. محمد عبد المحسن، صياغة جديدة لمفهوم الحياة الخاصة....

واصوله، يبقى للشخص المعنوي خصوصيته عن تعاملاته التجارية مثلاً، او اسرار مهنته الصناعية، والتي توجب ان تبقى في طي الكتمان على مخترقها او حتى المهتم من الايرادات في برمجتها والتعامل معها.

ومع اننا في العراق، لانملك تشريع يتعلق بالحماية القانونية لمعلومات الافراد عند تجميعها في الكمبيوتر، الا انه وان وجد ذلك مستقبلاً نقترح الاخذ بفرض هذه الحماية على كل من الاشخاص الطبيعية والاشخاص المعنوية.

### **- علاقة عملية جمع البيانات الشخصية بحريات الافراد:**

ان الهدف من التدخل التشريعي لايجاد الحماية القانونية للافراد عند تجميع بياناتهم الخاصة في اجهزة الكمبيوتر هو احترام رغبة الافراد في عدم اطلاع الغير على بياناتهم الخاصة وعدم تعميمها، فمكان اقامة الشخص وعنوانه وطبيعة عمله ومستوى تعليمه وديانته ومقدار دخله ورقم هاتفه وحالته الاجتماعية، وسوابقه الجنائية... الخ من المعلومات الخاصة لها طابع شخصي مادام الشخص في نفسه لا يود ان يطلع الاخرين عليها، وهذا ماينطوي تحت مفهوم الحريات العامة للافراد التي لاينبغي المساس بها.

### **- التمييز بين المعلومات الشخصية والمعلومات السرية:**

تختلف المعلومات الشخصية عن المعلومات السرية، فما يتعلق بسوابق الشخص الجنائية على سبيل المثال يعد من الاسرار لدى وزارة الداخلية، كما ويعتبر مقدار دخل الفرد من الاسرار لدى الهيئة العامة للضرائب، وكل من هؤلاء مسؤولاً عن التزام السرية بخصوص المعلومات التي يملكونها بشأن الافراد، ويسأل كل منهم وفق المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، حيث نصت على انه: ((يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين وبغرامة لاتزيد على مائتي دينار او باحدى

هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته او مهنته او صناعته او فنه او طبيعة عمله بسر فافشاه في غير الاحوال المصرح بها قانونا...)).<sup>1</sup>

والملاحظ من النص التشريعي في اعلاه ان المشرع قد احاط بجميع الجوانب المتعقبة باقتناء المعلومات التي يمكن ان يطلع عليها الاشخاص والمتعلقة بغيرهم، حيث شمل كل من علم بحكم الوظيفة او العمل.....، هذا التمييز لايدل على نفس المفهوم فما تعلق بالجانب الوظيفي له علاقة بالقطاع الحكومي، اما ماتعلق بالعمل فيشمل العاملين في القطاع الخاص.

والتمييز بين مانص عليه المشرع العراقي والمشرع المصري بهذا الشأن يبين لنا بوضوح ان المشرع العراقي كان اكثر شمولية وعموم من حيث صياغته فهو لم يعدد او يسمي مهن معينة ثم ينطلق منها الى العموم كما في المشرع المصري وعليه نجد ان الصياغة لدى المشرع العراقي كانت ابلغ من نظيرتها.

فهذه المعلومات الشخصية تستحق الحممية التي يقررها القانون لكفالة حرمة الحياة الخاصة، ومع ان هذه الفكرة هي من القواعد المتعلقة بالحريات العامة والتي تعتبر جديدة نسبيا لنظيراتها من القواعد التقليدية لقانون العقوبات الذي لايمتد بحمايته لحرمة الحياة الخاصة الا بالنظر الى المكان الذي يرتبط بالحياة الخاصة للشخص<sup>2</sup>.

وعليه ان الحداثة التكنولوجية تفرض على المشرعين الاحاطة بمسائل غير تقليدية كاستراق السمع او تسجيل او نقل عن طريق الاجهزة الالكترونية المحادثات المرئية او المسموعة التي يمكن ان تجري بين الاشخاص والتي تتسم بالخصوصية فهنا الحماية

---

( ) ( )  
المعدل، حيث تنص على: ((كل من كان من الاطباء او الجراحين او الصيادلة او القوابل او غيرهم مودعا اليه بمقتضى صناعته او وظيفته سر خصوصي ائتمعليه في غير الاحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة شهور او بغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصري.....)).  
. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لاسرار الافراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة،

التي نطلب توفرها مقترنة بنفس سبب الحماية التي توجد على نفس الشخص او امواله، فكل من هذه المواضيع التقليدية والحديثة لها ارتباط بحرمة حياته الخاصة<sup>1</sup>. وتجدر الاشارة هنا الى ان المعلومات السرية لايمكن ان تكون بجميع اشكالها معلومات شخصية والعكس صحيح لهذا فأن التمييز بين مايريد الشخص الافصاح عنه او عدم ذلك لايمكن ان يكون المعيار، فالمسألة متعلقة بمدى ارتباط تلك المعلومات بحرمة حياة الفرد الخاصة.

### **- التمييز بين المعلومات الشخصية والمعلومات المتعلقة بسمعة الفرد:**

وضع عقوبة لمن يهدد بذلك، فمن باب اولى، من يهدد يعاقب، فمن يمارس الفعل يعاقب ايضا وبأشد من العقوبة الاولى.

اما بالنسبة للمعلومات الشخصية فانها تحتاج الى تلك الحماية الجنائية التي لا تكفلها القواعد التقليدية في قانون العقوبات، لانها لاتمس الشرف والاعتبار ولانه لم يتم نشرها بطريق علني، ولانها معلومات ليست ذات طابع سري، سوى ادخال نصوص تشريعية خاصة لتحقيق تلك الغاية<sup>2</sup>.

### **- الاهتمام التشريعي بحماية الحرية الشخصية للأفراد:**

نتيجة الاهتمام الشعبي والسياسي في فرنسا بمسألة حماية الحرية الشخصية للأفراد ومايمكن ان يصيب تلك الحرية من انتهاك عند اساءة استعمال الحاسبة الالكترونية عند تجميع البيانات الشخصية للأفراد ولهذا اصدر المشرع الفرنسي في ٦ كانون الاول سنة ١٩٧٨ قانون الكمبيوتر والحريات والذي يهتم من خلاله بتحقيق الحماية القانونية موضوع البحث.

---

١ . ر فاروق الحسيني، المشكلات العامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي، غنام محمد غنام، الحماية الادارية والجنائية للأفراد، بحث منشور في مجلة الامن والقانون، السنة<sup>2</sup> الحادية الحادية عشر، العدد الثاني، دبي،

لهذا كان دول المجلس الاوربي على اهتمام واضح للانضمام الى اتفاقية ٢٨ كانون الاول عام ١٩٨١، والمتعلقة بحماية الافراد من المعلومات المبرمجة ذات الطابع الشخصي<sup>١</sup>.

وتأتي النصوص التشريعية المتعلقة بالحماية القانونية المشار اليها، اما بوجود نصوص متخصصة وضعت للتعامل مع مسألة حماية المعلومات الشخصية عند برمجتها الى الحاسبات الالكترونية، ويكون ذلك بنصوص صريحة كما فعل المشرع الفرنسي عند اصداره قانون الكمبيوتر والحريات، او قد تكون النصوص عامة لتشمل كل انتهاك وخرق لتلك المعلومات سواء كان منها المدخل الكترونيا وماتشتملها تلك العملية من حفظ للمعلومات في الذاكرة واعدادها وتنسيقها وتوصيلها الى علم الغير<sup>٢</sup>.

وعلى هذا الاساس قضى مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه والمتعلقة بقضية تتلخص ببيانات تم نقلها من ملفات المرضى واراد الطبيب طباعتها في ورق لتسهيل عملية جمعها، دون خزنها في الحاسبة الالكترونية حيث قضى المجلس المذكور بان مجرد ادخال البيانات الى الاجهزة لا يؤدي ذلك الى اعتبار تلك المعلومات مبرمجة الكترونيا لانها لم تخزن على الجهاز وكان الغرض طباعتها فقط<sup>٣</sup>.  
وعليه اذا ماتحقق ادخال المعلومات الشخصية وحفظها يمكن هناك ان تنطق فكرة الحماية القانونية للمعلومات الشخصية للافراد بنوعيتها الاداري والجنائي . وهذا ماسنبحثه في المبحث الثاني والمبحث الثالث.

### المبحث الثاني

## **الحماية الادارية لحقوق الافراد عند تجميع بياناتهم في الاجهزة الالكترونية**

<sup>1</sup> Jerome Huet, Herbert Maisl, Droit de l'informatique et de telecommunications, Litec, 1989,p.147.

<sup>2</sup> Raymond Gassin, Op.cit.p.237.

<sup>3</sup> Crim. juoll. 1994,cite par Jacques FRANCILLON, Infractions relevant du droit de information et de la communication, 1996, p.676.

لتحقيق الحماية الادارية لحقوق الافراد عند تجميع بياناتهم لابد من وضع جملة من التدابير الادارية التي تهدف الى حماية الحريات الشخصية للافراد من التعسف في جمع وبرمجة المعلومات الشخصية، وتتمثل هذه التدابير في تنظيمات ادارية تشكل ضمانة من الضمانات التي تكفل الحرية الشخصية للافراد، وتتمثل تلك التنظيمات بالآتي:

### **اولاً: حظر جمع بعض المعلومات:**

نظرا للاهمية البالغة للمعلومات الشخصية، مما دفع البعض من المشرعين الى حظر جمعها من الحاسبة الالكترونية وذلك لمعلومات اطلق على تسميتها المشرع الفرنسي المعلومات ذات الطابع الشخصي البحث والمعلومات المتعلقة بالسوابق القضائية وسنوضح كلا منهما في ادناه.

#### **١. المعلومات ذات الطابع الشخصي البحث:**

وهي تلك المعلومات المتعلقة بالاصول العنصرية للشخص ورائه وانتمائه السياسي، هذا بالاضافة الى المعلومات المتعلقة باخلاقياته، كذلك افكاره عن الاديان والتنظيمات النقابية، ومع ان المشرع الفرنسي قد نص على هذا الحظر الا انه وبنفس الوقت اورد عليه الاستثناءات وهي<sup>١</sup>:

أ- حق الجهات القضائية وكذلك الادارية ذات الاختصاص القضائي في الاحتفاظ بمعلومات مبرمجة تحتوي المعلومات المحظورة المشار اليها آنفاً، مادام ذلك لازماً للفصل فيما تختص به هذه الجهات من نزاع.

ب- حق الكنائس والجهات ذات الطابع الديني او السياسي او الفلسفي او النقابي في الاحتفاظ بمعلومات مبرمجة من النوع المشار اليه اعلاه.

ومع ان المشرع الفرنسي قد اورد المنع على جمع بعض المعلومات ذات الطابع الشخصي البحث الا انه وحسناً فعل اورد لذلك استثناءات، ذلك ان الجهات القضائية يعد من صميم عملها كشف الحقيقة والوصول الى العدالة وحتما تستعين في عملها بكل مايحيط بالشخص من معلومات قد تكون مساعدة ولو بشكل غير مباشر في كشف

الغموض الذي يكتنف بعض الدعاوى، هذا ماتعلق بالاستثناء ذو الصلة بالجانب القضائي، اما ماتعلق بالاستثناء الثاني والمتصل بالجهات الدينية، ذلك ان الدين والمعتقد المذهبي هو من المسائل الحساسة والتي تكون لصيقة بشخص الانسان ومن المسائل التي يندر قيام الشخص بالحياد عنها وتغييرها.

## ٢. المعلومات المتعلقة بالسوابق القضائية:

يحرص المشرعون عادة على المعلومات المتعلقة بالسوابق القضائية المتعلقة بالاحكام الجنائية الصادرة على الافراد، سواء تضمنت تلك السوابق احكاما او تدابير احترازية، مع العلم ان هذه الاحكام تصدر علنا تتمثل تلح الحماية بمظهرين:

**الاولى:** يتمثل بالحماية المتعلقة بسرية المهنة، حيث يعتبر الموظفون القائمون على المعلومات الخاصة بالسوابق القضائية من الامناء على الاسرار الذين يلتزمون بالمحافظة على سريتها، وعلى هذا الاساس اعتمد المشرع العراقي حين نص في المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات<sup>١</sup>.

**الثاني:** ضرورة ايجاد حماية تتعلق بمنظم المعلومات في الحاسبة الالكترونية، حيث اورد قانون الكمبيوتر والحريات والحريات الفرنسي نصا خاضعا بالمعلومات المتعلقة بالسوابق القضائية، حيث يحظر النص المذكور الاحتفاظ بها كما ويمنع في نفس الوقت اطلاق الغير عليها، حيث لايملك حق الاطلاع عليها او الاحتفاظ بها سوى الجهات القضائية والجهات العامة الاخرى التي يصرح لها القانون الاحتفاظ بتلك المعلومات، وكما تلك في نفس الوقت شركات التأمين<sup>٢</sup>.

---

سبقت الاشارة الى نص المادة المذكورة وتقابلها المادة ( )  
غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لاسرار الافراد لدى الموظف العام، المصدر، السابق، ص .

ونجد ان المشرع الرنسي قد احاط بما يمكن ان يوفر تلك الحماية الادارية لمعلومات الافراد الخاصة حيث تناول الحالتين السابقتين والمتعلقة بشرط اباحتها فقط للجهات القضائية لاغراض عملها ولشركات التأمين، ذلك ان الجهات القضائية يعد من صميم اختصاصها معرفة كل مايتعلق بحالة الافراد الجنائية، اما من حيث شركات التأمين، ذلك ان طبيعة عمل تلك الشركات يلاحظ منها حرصها المستمر على معرفة معلومات شخصية عن راغبي التأمين على حياتهم او على سياراتهم او اموالهم بشكل عام، فالامر يتعلق بوضوح الحالة العامة والخاصة للشخص ومن ثم تقرير التعاقد لغرض التأمين او لا، كما ويكون لتلك المعلومات علاقة بما قد يصل اليه مبلغ التأمين واقساطه.

### **ثانياً: النص على وضع خاص بالمعلومات الطبية:**

مع اختلاف اشكال المعلومات ذات الطابع الشخصي، الا انه يبقى للمعلومات الطبية وضع خاص من بين تلك المعلومات نظرا لتعلقها بما يصيب الفرد من امراض، ومع ان هذه خاضعة للمادة (٤٣٧) من قانون العقوبات والمتعلقة باسرار المهنة، حيث يلتزم كل من له تماس بتلك المعلومات من طبيب او ممرض، بعدم الافشاء لتلك المعلومات والا خضع للمادة المذكورة.

الا ان الجديد الذي يجب الأخذ به هو تنظيم جمع هذه المعلومات الطبية سواء في الاجهزة الالكترونية او او النظام اليدوي لجمعها، حيث يبقى الجمع والاحتفاظ بهذه المعلومات في حالتين: **الاولى**، هي متابعة المرضى طبيا وذلك من خلال تدوين البيانات عن المرضى من قبل الاطباء، **اما الحالة الثانية**، وتتمثل بحالات البحث العلمي، حيث ان الضرورة العلمية للابحاث تقتضي ان تقوم المراكز البحثية بتجميع المعلومات العلمية والاحتفاظ بمعلومات تتعلق بصحة الفرد<sup>1</sup>.

فالحالتان المذكورتان اعلاه، جرى من خلالها الاطلاع على المعلومات الطبية خدمة للفرد نفسه في حالتها الاولى، وخدمة للبشرية جمعاء في حالتها الثانية، ذلك ان البحث

العلمي في المجال الطبي ليس من شأنه ان يفيد صاحب المرض فقط، بل يمكن ان يخدم من خلال المعلومات التي يقدمها عموم البشر.

### **ثالثاً: تنظيم جمع المعلومات والاحتفاظ بها:**

فيما سبق من الاشارة الى حالات خاصة ذات علاقة بالمعلومات الشخصية تبقى هناك حالات عامة لا بد من ايجاد تنظيم قانوني عام يتعلق بجميع تلك المعلومات الشخصية والاحتفاظ بها، وقد فعل ذلك المشرع الفرنسي في قانون الكمبيوتر والحريات، راجين من المشرع العراقي الالتفات الى مثل هذا الموضوع وايجاد تنظيم تشريعي له، من خلال التنظيم الآتي:

#### **١. الاخطار:**

على كل شخص يقوم بتسجيل معلومات شخصية عن الافراد ان يخطر لجنة ادارية خاصة تنشأ لمراقبة مدى مراعاة الخصوصية لمعلومات الاشخاص، على ان يقوم بادخال تلك المعلومات او التعامل معها بواجب الاخطار قبل ادخالها في الحاسبة الالكترونية، الا ان عملية الاخطار هذه لا تستلزم الحصول على موافقة الجهة المختصة ذلك ان عملية الاخطار المراد منها توجيه الجهات الادارية الخاصة بالمراقبة بممارسة عملها فالامر لا يتوقف على اذنها وموافقتها او عليه فبمجرد عملية الاخطار هذه تقوم اللجنة الادارية بممارسة عملها والتحقق من مدى احترام احكام القانون.

وقد اشار القانون الفرنسي<sup>١</sup> للكمبيوتر والحريات الى هذه الحالة وشاركه في ذلك كل من القانون الدنماركي والقانون السويدي والقانون الايطالي<sup>٢</sup>.

#### **٢. امكانية اعتراض صاحب الشأن:**

بما ان عملية جمع البيانات تتم باسلوب لا يتسم بالغش او عدم المشروعية او عدم الامان، فلهذا يحق لصاحب الشأن المعني بها ان يعترض على تسجيل هذه البيانات والتعامل معها بطريق الحاسبة الالكترونية مادام يقدم في سبيل ذلك اسباب مقبولة، فبعد

---

( ) من قانون الكمبيوتر والحريات الفرنسي النافذ.

Ulrich Sieber, *the International Hand book on Computer Crime, New York, 1986, p.107.*

ان يطلع صاحب الشأن على تلك المعلومات المسجلة على الحاسبة الالكترونية فهو يملك الاعتراض على وجودها، كما يملك وبنفس الوقت الاعتراض على عدم اعلامه بتسجيلها فهو لابد من ان يعرف كنهها والحصول على نسخة منها، ليملك في ذات الوقت القدرة على تصحيح البعض منها اذا كان غير صحيح او توضيح ماهو غامض وازالة الالتباس به<sup>1</sup>. فيمكن من خلال عملية الاخطار والاطلاع لصاحب الشأن والا مكانية على الاعتراض فيما يرد في صفحته من معلومات، ان تتوفر الحماية الادارية لصاحب تلك المعلومات من الاختراق الذي يمكن ان يحصل عليها مما يسبب انتهاكا لحقه في خصوصية معلومات الشخصية، راجين من المشرع العراقي الالتفات الى هذه الحماية الادرية في تشريعاته المستقبلية.

### المبحث الثالث

## الحماية الجنائية لحقوق الافراد عند تجميع بياناتهم في الاجهزة الالكترونية

تشمل الحماية الجنائية النصوص التشريعية التي ترد في قانون العقوبات والمتعلقة بتوفر الحماية للبيانات الشخصية المبرمجة والمتعلقة بالجانب الشخصي للافراد<sup>2</sup>، ومع ان قانون العقوبات العراقي لم يورد أي نصوص متعلقة بهذا الجانب ويبقى اعتمادنا على النصوص العامة والمتعلقة بأفشاء الاسرار وفق المادة (٤٣٧) منه والمشار اليها سابقا سنوضح مايمكن ان تشتمله الحماية الجنائية وفق التشريع الفرنسي، خصوصا وان المشرع هناك قد اضاف بتعديله لقانون العقوبات الفرنسي والصادر في ١٦/كانون الاول ١٩٩٢، جزاءات على مخالفة احكام موضوع بحثنا ليجعل من المواد (١٦/٢٢٦)

---

<sup>1</sup> . هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة،

<sup>2</sup> . محمد سامي الشوا، جرائم نظم المعلومات في قانون العقوبات، دار النهضة العربية،

وما يليها نصوصاً تجرم الاعتداء والانتهاك للبيانات الشخصية، حتى وان كانت تلك البيانات غير سرية بل تتسم بطابع الشخصية.

فلم يحدد المشرع في تلك المواد المقصود بالمعلومات الشخصية بل ترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية لتحديد ذلك، فهو يحدد مفهوم تلك البيانات من خلال ما يتمتع به من سلطة في التفسير للنصوص التشريعية في ضوء ظروف القضية المعروضة امامه دون أي رقيب في ذلك بما فيها محكمة النقض التي لاتتعلق رقابتها الا بعملية تسبيب الاحكام.

وحيث ان رقابة محكمة النقض المشار اليها سابقا لاتدخل في سلطة القاضي التقديرية في تفسير النص وفق معطيات الدعوى، نجد هناك احكاما في القضاء الفرنسي تعتبر عملية افشاء رقم الهاتف لاحد الاشخاص لمصلحة شخص اخر يعد جريمة جنائية تتعلق بانتهاك خصوصية الشخص وحرية<sup>1</sup>، ذلك ان محكمة النقض الفرنسية لاتعتبر تعلق البيان المتسرب الى الغير شخصي لتعلقه بالسرية فقط بل حتى وان كان متعلقا بجوانب مرتبطة بشكل مباشر او غير مباشر من شخصيته.

ولهذا الغرض قضت المحكمة المذكورة بان قيام احد شركات تحصيل الديون بتدوين معلومات على اجهزتها الالكترونية متعلقة باسمااء المدينين وعناوينهم وارقام هواتفهم ومبالغ ديونهم ومدى القدرة المالية على وفاء الدين لكل دائن منهم، وتسجيلها الكترونيا، يعد ذلك انتهاكا لحدية المعلومات الشخصية<sup>2</sup>.

على ان قانون العقوبات الفرنسي اورد نفس التجريم لعملية تدوين تلك المعلومات يدويا وبالاوراق، أي انه يجرم الفعل حتى وان لهم يتم ادخال تلك البيانات في الاجهزة الالكترونية<sup>3</sup>.

وعليه فقد بوبها المشرع الفرنسي من ضمن الجرائم الواقعة على الاشخاص وتحت مفهوم المساس بحقوق الاشخاص الناجم عن استعمال التدوين اليدوي او المعالجة الالكترونية

---

*Trib.corr GBriey, Droit du penal, I, somm, 1994, p.107.*

*Op.cit.p.17.*

للمعلومات، فهنا يقوم المجني عليه وهو الشخص المعني بتلك المعلومات بتقديم الشكوى ضد المشكو منه بدعوى مخالفة الاجراءات الادارية واجبة الاتباع والمشار اليها في المبحث السابق . قبل القيام بالتعامل مع هذه المعلومات.

### **- جرائم اساءة استخدام الحاسبة الالكترونية:**

لكي تتحقق حالة التجريم من اساءة استعمال الحاسبة الالكترونية لابد ان ينعكس ذلك على الحياة الخاصة للافراد ولعل من اهم صور هذا التجريم هو الآتي:

#### **اولاً: عدم مراعاة القواعد التي تسبق برمجة المعلومات:**

ويعد من قبيل ذلك قيام المسؤول عن عملية البرمجة بادخالها على الحاسبة الالكترونية وكذلك نقلها من مكان او موقع الى اخر<sup>1</sup>، دون اخطار الجهة المشار اليها في القانون، والتي تشكلت في فرنسا وعرفت باسم (لجنة الكمبيوتر والحريات)، ومع ان العراق لم يعرف مثل هذه اللجنة المتخصصة، الا ان المسؤول عن برمجة المعلومات ينبغي عليه اخطار رئيسه المباشر.

كما لا يمكن تجمع البيانات الشخصية لحساب جهات اخرى الا اذا كانت التشريعات او التعليمات والانظمة التابعة لها تسمح بذلك لتبيين الاجراءات واجبة الاتباع لتحقيق ذلك<sup>2</sup>.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بانه اذا قامت احدى الادارات بتجميع صور شخصية وبصمات المتهمين بعد موافقة لجنة الكمبيوتر والحريات وذلك بشكل تجريبي أي لمدة مؤقتة فان انقضاء هذه المدة المؤقتة يعطي في حذفها من سجل الحاسبة الالكترونية الخاص بهذه الجهة<sup>3</sup>.

ويلاحظ ان نص التجريم المتعلق بمعالجة البيانات قبل عملية الاخطار لايشمل المعلومات المدونة يدويا، وهذا ماورده المشرع الفرنسي في قانون العقوبات، حيث لم

<sup>1</sup> P. catala, la propriete de l'information, mel Raynaud, 1985,p,267.

يشمل بعقوبته الا عملية الادخال للبيانات الالكترونية، فنص على عقوبة الحبس ثلاث سنوات والغرامة التي لاتزيد على (٣٠٠,٠٠٠) ثلاثمائة الف فرنك.

وجدير بالاشارة هنا الى ان المشرع الفرنسي قد تشدد في فرض هذه العقوبة فجعلها بدنية وكذلك مالية، أي انه جمع بين العقوبتين وبمبلغ لايمكن الاستهانة به، فضلا عن المدة التي هي ليست بالقصيرة، وهذه العقوبة هي نفسها قد وضعها المشرع الفرنسي بالنسبة للشخص الذي يستعين بتلك المعلومات ولفترة محددة ويراعي الاجراءات السابق الاشارة اليها من عملية الاخطار للجهة المسؤولة، الا انه ويعد انقضاء تلك المدة، يبقى محتفظا بها مع ان الاذن الحاصل عليه كان لفترة مؤقتة<sup>١</sup>.

### **ثانياً: برمجة المعلومات الكترونياً دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك:**

يقع على من يقوم بتجميع تلك المعلومات وادخالها واجب عدم تشويه هذه المعلومات وتحريفها او اطلاق الغير عليها بدون وجه الحق، وقد وضع لذلك المشرع الفرنسي عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة لاتزيد على مليوني فرنك، ووضع نفس العقوبة، على منظم المعلومات رغم اعتراض صاحبها، ومع ان تجميع المعلومات الشخصية عن الافراد لايستلزم سبق الحصول على موافقة صريحة منهم على هذا التجميع والبرمجة، الا ماتعلق بالمعلومات المتصلة بالعرق والتنظيم السياسي او النقابي والاعتقادات الفلسفية والدينية، فاذا لم يتعلق الامر بتل الاخيرة يكفي اخطار الجهة المسؤولة والمختصة بان عملية تجميع البيانات وبرمجتها قد تمت، ويخول صاحب الشأن حق الاعتراض عليها وعندئذ يتعرض للعقاب من يقوم بتجميعها او معالجتها رغم هذا الاعتراض<sup>٢</sup>.

كما وقد وضع المشرع الفرنسي في المادة (١٩/٢٢٦) من قانون العقوبات نفس العقوبة المشار اليها في اعلاه على من يقوم بادخال المعلومات المتعلقة باصل الشخص

العنصري وآرائه السياسية او الدينية او الفلسفية، وتتعلق بانتماؤه النقابي او اخلاقياته العامة، اذا ماحدث ذلك بدون الموافقة الصريحة من قبل صاحب الشأن. وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة، مادام النشاط المؤثر يتمثل في وضع او الحفظ في ذاكرة النظام معلومات شخصية محظورة وتنتهي الجريمة بانتهاء حالة الاستمرار، وبالتالي لا تبدأ مدة احتساب التقادم الا في الحالة التي يتم من خلالها تخلي المتهم عن هذه البيانات<sup>1</sup>.

### **ثالثاً: معالجة معلومات طبية بغرض البحث العلمي دون اتباع الطرق القانونية المقررة:**

نص المشرع الفرنسي على تجريم خاص يعاقب من يقوم ببرمجة معلومات ذات علاقة بالطابع الطبي بغرض البحث العلمي وذلك بدون اخطار مسبق لصاحب الشأن لحقه في الاعتراض والتصحيح بعقوبة الحبس الذي لايزيد عن خمس سنوات والغرامة التي لا تزيد على مائتي الف فرنك، حيث تطبق نفس العقوبة على من يقوم ببرمجة تلك المعلومات على الرغم من ابداء المعارضة من قبل صاحب الشأن، وذلك طبقاً للمادة (١٧/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي<sup>٢</sup>.

### **رابعاً: اساءة استعمال المعلومات الشخصية:**

من الطبيعي ان يجرم القانون اساءة استعمال المعلومات الشخصية ممن يحوز هذه المعلومات فقد نصت المادة (٢١/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي على عقاب كل من استعمل المعلومات الشخصية التي تتواجد في حوزته في غير الغرض المخصص لها بمقتضى القانون او التعليمات او بمقتضى الاخطار المنصوص عليه للجهة الادارية، ويستوي ان يحدث الفعل المؤثر في مرحلة تسجيل البيانات او نقلها او أي مرحلة اخرى من مراحل التعامل معها، والعقوبة المقررة هي الحبس خمس سنوات والغرامة مليوني فرنك<sup>٣</sup>.

---

*J.Lamy, Droit de l'informatique, 1988.p.213.*

<sup>2</sup> *Ander Bertrand, internet et la loi, Thierry pitte, Dalloz, 1997,p.23.*

<sup>3</sup> *G.Portoe, les excross de l'informatique, lemonade, 28fen, 1983.*

## خامساً: افشاء اسرار المعلومات الشخصية:

يجرم قانون العقوبات الفرنسي فعل من يقوم بافشاء اسرار معلومات شخصية الى الغير الذي ليس من حقه الاطلاع على هذه المعلومات اذا كان من شأن ذلك ان يمس شرف واعتبار الافراد او حياتهم الخاصة.

فالواضح ان الافشاء نوع من اساءة استعمال المعلومات المعاقب عليها بوجه عام في المادة (٢١/٢٢٦) من قانون العقوبات، ومع ذلك فانه وفقا لقاعدة ان النص الخاص يقيد العام، يجب اعمال نص المادة (٢٢/٢٢٦) من قانون العقوبات في حالة الافشاء، والاخيرة تعاقب على افشاء المعلومات الشخصية اذا كان من شأن ذلك ان يمس سمعة واعتبار صاحب الشأن وان المادة (١٣/٢٢٦) عقوبات فرنسي تعاقب على افشاء معلومات قد تتماثل مع النوع الاول من المعلومات، فقد تستعين بعض الادارات كالضرائب او الادلة الجنائية وغيرها، باجهزة الكترونية لتسجيل بيانات خاصة عن الافراد ويعتبر بذلك الموظفين هنا امانة على هذه الاسرار، فاذا قام احد منهم بافشاء هذه الاسرار المبرمجة فالامر يتعلق عندئذ بتعدد صوري للنصوص بين جريمة افشاء المعلومات المبرمجة وفق المادة (٢٢/٢٢٦) وجريمة افشاء اسرار المهنة وفق المادة (١٣/٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي.

وحل هذا النزاع بين النصوص يكون باعمال القاعدة التي مفادها ان النص الخاص يقيد العام، فالنص الخاص بافشاء الاسرار المبرمجة يسري على مايعتبر من اسرار المهنة، ومالايعتبر كذلك، كما ويسري على مايعتبر من الامناء على الاسرار ومن لايعتبرون منتمين الى هذه الطائفة، والحقيقة ان الامر لايبثير صعوبة اذا كان المشرع قد عمد الى النص على عقوبة مماثلة في الجريمتين وهي الحبس مدة لاتزيد على سنة والغرامة التي لاتزيد على مائة الف فرنك فرنسي.

تطبيقا لذلك قضي بوقوع جريمة افشاء اسرار المهنة من مدير لشركة من شركات الاقراض الذي زود مجموعة من التجار باسماء بعض الاشخاص الذين يشكلون مخاطر من ناحية الوفاء بديونهم، فقد قضي بوقوع الجريمة على الرغم من ان التجار تقدموا

بطلب الاقراض لحساب المجني عليه بناء على طلب هذا الاخير فقد ان على مدير شركة الائتمان ان يقبل او ان يرفض هذا الطلب ولايقوم بتزويدهم بقائمة تضم اسماء اشخاص المدينين السيئين، لان ذلك من شأنه ان يؤثر على سمعتهم في السوق باعتبارهم من التجار، وهنا ينشأ التنازع للنصوص بين جريمة افشاء اسرار المهنة وجريمة افشاء المعلومات الشخصية المبرمجة.

ومادامت هذه الجريمة من الجرائم العمدية فانها تقوم على العلم والارادة فاذا انتفى القصد الجنائي لاتقوم الجريمة بوصفها العمدي، واذا انتفى الخطأ غير العمدي ينتفي وصف التهمة غير العمدية ايضا، فاذا كانت المعلومات الشخصية على الفرد تتمثل في بيانات عن حالته العائلية اودعها صاحبها في احدى الوكالات المتخصصة في التعارف بين الرجال والنساء بغرض الزواج، وقد حدث انقسام لدى الشركة الى شركتين، فان وجود هذه البيانات لدى شركة وليدة لايحقق الركن المادي في جريمة الافشاء، ذلك انها ليست من الغير يضاف الى ذلك ان الاتفاق مع صاحب هذه البيانات يخول الوكالة الحق في ان يقوم الغير باخبار المتهم بمسألة الزواج حتى يتم التعارف بين الطرفين، وبالتالي فان رضاء صاحب البيانات الشخصية يرفع عن الفعل صيغة التجريم<sup>1</sup>.

ولم يضع المشرع العراقي نص تجريمي لعملية الافشاء بشكل الخاص والتي تنصب على المعلومات الشخصية المبرمجة، بل اكتفى بالنص العام الوارد في المادة (٣٤٧) . السابق الاشارة اليه . في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، ذلك ان المشرع عندنا لم يوجد نصوصا صريحة وخاصة بالتعامل مع تلك البيانات الشخصية، وهذا مما يجب الالتفات اليه اذا ما اراد مشرعنا العراقي وضع تنظيم تشريعي مستقل يتعلق بالحماية القانونية للمعلومات الشخصية المبرمجة الكترونيا، او اراد ان يجري اضافات على نصوص قانون العقوبات النافذ.

## الخاتمة

<sup>1</sup> Trib Corr. GBriey, 15 sept, 1992, D. 1994, domm. 289.obs.Maisl, Gazpal, 1993.1.201.et la note, et 1994. I. Somm. 107.

بعد الانتهاء من بحث الحماية القانونية للأفراد عند تجميع بياناتهم في الأجهزة الإلكترونية يمكن ان نسجل مجموعة من النتائج والاقتراحات وكالاتي:

١. من الضروري في الوقت الراهن، وعالم اليوم يشهد كل هذا التطور العلمي والتكنولوجي، ودخول اتلحاسبة الالكترونية في جميع المجالات التي تتعلق بعمل الادارة . أي السلطة التنفيذية .، ان توفر الحماية الادارية والجنائية للأفراد من حصول الاختراق لمعلوماتهم الشخصية، كون الاخيرة تمثل جانب مهم من مفهوم الحرية الشخصية والتي اصبحت في دول اليوم القانونية مايمكن وصفه بالجانب المقدس الذي لايباح الاعتداء عليه او المساس به.

٢. تتمثل الحماية الادارية، تمكن في ايجاد جهاز خاص يتولى مراقبة جمع البيانات الشخصية وحفظها لدجى الادارات المسؤولة عنها، فالعملية يجب ان تخضع لضوابط من حيث، الاخطار بجمع كل مايتعلق ببيانات الشخص المتعلقة بسوابقه القضائية، معلوماته الطبي، وغيرها مما هو لصيق بشخصيه، ومن ثم قيام المسؤول بتجميع تلك المعلومات وبرمجتها وخبزنها لدى الادارة في الأجهزة الإلكترونية، مع اعطاء صاحب الشأن فرصة الاطلاع عليها، لاخذ الرأي منه بما يتعلق بصحتها او تعديلها.

٣. اما الحماية الجنائية، فنتمثل بوضع نصوص تجريرية خاصة تتعلق بالاعتداء على حرية الشخص بما تعلق الامر بمعلوماته الشخصية عند تخزينها في الحاسبة الالكترونة، وذلك بايجاد نص خاص لكل مرحلة من مراحل البرمجة الالكترونية، من حيث ايجاد نص تجريري يتعلق بأساءة استعمال المعلومات، او عدم اطلاع صاحب الشأن عليها، او الابقاء عليها رغم اعتراض صاحب الشأن عليها، او اباحة اطلاع الاخرين عليها بعدم اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة، او التعمد في ذلك بالافشاء الصريح المقصود لتلك المعلومات.

٤. بما ان الدولة العراقية تتجه بشكل كبير نحو الانفتاح على العالم الخارجي وزيادة الاعتماد على الأجهزة الإلكترونية في عمل الادارة والاهتمام بسبب الظروف الامنية وغيرها من العوامل بايجاد صفحة الكترونية لكل مواطن، لذلك يمكن ان تكون هذه

المعلومات الشخصية عرضة للاختراق او سوء التعامل معها واستغلالها، لذلك نقترح على المشرع العراقي وهو يدخل بقوة في تنظيم الحياة الاجتماعية، الالتفات الى هذا الموضوع وان يوجد كما فعل قبله المشرع الفرنسي قانون خاص بالحماية الادارية والجنائية لمعلومات الافراد الشخصية، ليحقق متطلبات قدسية الحرية الفردية للاشخاص. على ان يكون شاملا لجميع حالات الاختراق التي يمكن ان تحدث لتلك المعلومات وذلك من خلال الحماية الادارية الاحترازية والوقائية، والحماية الجنائية ذات الطابع التجريمي في حال لم يجد نفعاً الاسلوب الوقائي الادارية وحصل الاختراق لتلك المعلومات الشخصية.

## المصادر:

### اولاً: المصادر العربية:

١. د. حسام الدين كامل، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.
٢. د. عمر فاروق الحسيني، المشكلات العامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي، ١٩٩٥.
٣. د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لاسرار الافراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٤. د. غنام محمد غنام، الحماية اتلادارية والجنائية للافراد، بحث منشور في مجلة الامن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الثاني، دبي، ٢٠٠٦.
٥. د. محمد سامي الشوا، جرائم نظم المعلومات في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
٦. د. محمد عبد المحسن، صياغة جديدة لمفهوم احياة الخاصة للافراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مطبوعات جامعة الكويت، ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٩٤.

٧. د. محمد عبد المحسن، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢.
٨. د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

## ثانياً: المصادر الأجنبية:

1. *Ander Bertrand, internet et la loi, Thierry pitte, Dalloz, 1997.*
2. *Catala. P, lapropriete de lir formation mel Raynaud, 1985.*
3. *Crim. juoll. 1994, cite par Jacques FRANCILLON, Infractions relevant du droit de information et de la communication, 1996.*
4. *acques Francilon, Ladaptation du droit penal a certaines fromes de in formation, Cujas, 1989.*
5. *Jerome Huet, Herbert Maisl, Droit de l'informatique et de telecommunications, Litec, 1989.*
6. *J.Lamy, Droit de Iinformatique, 1988.p.213.*
7. *Port.G les excrocs de lin formatique, lemonade, 28 fen, 1983.*
8. *Raymond Gassin, La protection penal des informations sur la personne en droit francias contemporain, Cujas, 1989.*
9. *Trib Corr. GBriey, 15 sept, 1992, D. 1994, domm. 289.obs.Maisl, Gazpal, 1993.1.201.et la note, et 1994. I. Somm. 107.*
10. *Ulrich Sieber, the International Hand book on Computer Crime, New York, 1986.*

## ثالثاً: التشريعات:

١. قانون العقوبات الفرنسي النافذ.
٢. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل.
٣. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٤. قانون الكمبيوتر والحريات الفرنسي الصادر في ٦ كانون الثاني ١٩٧٨.

٥. التعديل الفرنسي على قانون الكمبيوتر والحريات الصادر في ١ أيار  
١٩٩٤.

# جريمة الإضرار العمدي بأموال الدولة

دراسة مقارنة في التشريعين  
العراقي والمصري

اعداد

ك. زينب المكي

مدرس القانون الجنائي

# كلية الحقوق / جامعة النهرين

## تمهيد

باديء ذي بدء لابد من التتويه لحقيقة واضحة سيتعرف عليها القاريء عند تصفحه لهذا البحث وهي ندرة او شحة المصادر التي تبحث في موضوع جريمة الاضرار العمدي باموال الدولة وهذا في الفقه العراقي حصرا. اما في الفقه المصري فقد اشبعت هذه الجريمة بحثا.

ان اهمية دراسة احكام هذه الجريمة لها اسباب عديدة من بينها انها من جرائم الصفة، فلا بد ان يكون الجاني فيها موظفا عاما او من في حكمه اذ انها من جرائم الاخلال بواجبات الوظيفة العامة، حيث ان الوظيفة العامة هي امانة مقدسة وخدمة اجتماعية<sup>1</sup>. كذلك فانها من الجرائم التي هدف المشرع من وراء تجريم السلوك فيها حماية اموال الدولة تلك الاموال التي لها حرمة خاصة، وحمائتها واجب على كل مواطن<sup>2</sup>. والموظف هو مواطن اولا لذلك يقع عليه واجب المحافظة على اموال الدولة، اذ ان صفته الثانية (موظف عام) لاتحجب صفته الاولى.

كما ان من اولى واجبات الموظف العام هو المحافظة على اموال الدولة<sup>3</sup> التي في حوزته او تحت تصرفه واستخدامها بصورة رشيدة لذلك فسلوك الموظف الذي يضر باموال الدولة ينطوي على خطورة تستوجب معاقبته بشدة والحقيقة ان جنس الدولة من

---

. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة

( / )  
: ( / )  
وانظر ايضا: ( / ) التي تحظر على الموظف العبث بالمشروع او اتلاف آلاته او المواد  
الاولية او الادوات واللوازم.

جنس موظفيها، تسمو بسموهم وزتنحط بانحطاطهم وهي كشخص معنوي تباشر وظيفتها بوسيلتهم وعن طريقهم فهم الذين يعتبرون عقلها المدبر وقلبها النابض. وان وجود المال في يد الدولة قوة لها، لذلك وجبت المحافظ عليه ووضعه في الايدي الامينة التي تصونه وترعاه. وهذا يتم من خلال تجريم أي سلوك من شأنه الاضرار باموال الدولة من قبل الموظف العام او من في حكمه بل اكثر من ذلك، اذ اعتبرت هذه الجريمة "قضية فساد"<sup>1</sup>، اذ ان الاسراف حتى ولو لم تتبعه استفادة شخصية هو نوع من الانحراف، هذا بالاضافة الى ان بعض اساتذة القانون الجنائي<sup>2</sup> في العراق ونحن نتفق معهم في الرأي يعتبرها من جرائم الفساد الاداري. وذلك لان الفساد الاداري يشمل كل فعل من شأنه المساس باخلاقيات العمل الاداري. وقد قيلت عدة اراء فقهية في تبرير تجريم افعال الاضرار بالمال العام فمنهم من يرى ان اضرار الموظف بالاموال او المصالح المعهودة اليه ينبغي الا يمر دون عقاب جزائي رادع، لانه اخل بواجبه في رعاية المصالح المعهودة اليه والتي ينبغي ان يكون حريصا عليها حرصه على ماله ومصالحته الشخصية<sup>3</sup>. ويرى البعض ان الحكمة من التجريم وتغليظ العقاب هي لما ينطوي عليه فعل الموظف من الاخلال بواجب الامانة والولاء الخاص للجهة التي يعمل بها بالعدوان على مالها او على مال جهة اخرى تقتضي اعمال وظيفته ان يتصل بها<sup>4</sup>.

---

( ) (الخاص بتشكيل مفوضية النزاهة العامة في العراق) /  
( / )، منشور في الوقائع العراقية، العدد ( / / )  
. . جمال ابراهيم الحيدري، النماذج القانونية للفساد الاداري، مجلة دراسات قانونية، العدد ( )

. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،

، وهو ذات رأي د. محمود نجيب حسني اذ يرى ان علة التجريم هي لما ينطوي عليه اخلال الموظف بالانانة التي يحملها، وهي امانة المحافظة على الاموال العامة والمصالح اذ الاصل ان كل شخص ملزم بالمحافظة على المال العام، والغالب ان يقع اضراره العمدي به تحت طائلة العقاب، فاذا صدر الفعل من موظف وضعت فيه ثقة خاصة من اجل ذلك، فسلكه من الخطورة بما يقتضي العقاب المشدد والذنب قرره الشارع لهذه الجريمة. . محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،  
ايضا في ذات المعنى: علاء يوسف اليعقوبي، حماية الاموال العامة في القانون الاداري، دراسة

مما تقدم يتبين لنا ان جميع هذه الاراء الفقهية، تُجمع، على ان علة التجريم هي حماية المصلحة العامة من خلال تجريم أي اعتداء على المال العام، فإضرار الموظف العام باموال الدولة ومصالحها يمثل اخلاقاً بواجبات وظيفته في المحافظة على اموال الدولة اياً كانت صورة هذا الإضرار (تخريب او اتلاف او اهدار للمال العام) فسلوك الموظف العام او المكلف بخدمة عامة ينطوي على خطورة تستوجب تشديد العقاب عليه. إذاً لحماية المال العام لابد من التأكيد على امانة ونزاهة الايدي التي تصونه وترعاه وهم الموظفون العموميون او من في حكمهم. وهذا يتم من خلال تجريم أي سلوك من شأنه الاضرار بالمال العام وخاصة اذا كان هذا الاضرار اضراراً عمدياً. مع ان الاضرار

مقارنة، مع تفصيل معمق في حماية الاموال العامة في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية

لقد خلت نصوص قانون العقوبات البغدادي عند صدوره من نص يجرم افعال الاضرار العمدي، الا ان تعديلاً طرأ على قانون العقوبات البغدادي في عام ( ) حيث صدر القانون رقم ( ) (قانون تعديل قانون العقوبات البغدادي)، منشور في الوقائع العراقية رقم العدد ( ) // ( ) // ( ) منه على ان تضاف المادة التالية الى القانون ويكون رقمها ( / ) ونصها كما يلي:

موال الدولة التي يعمل بها او ( ) يتصل بها بحكم وظيفته او خدمته او باموال الافراد المعهود بها اليه يعاقب بالاشغال الشاقة مدة عشر سنين اذا كان الضرر جسيماً، والحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات اذا كان الضرر غير جسيم، ويحكم في الحالتين بغرامة مساوية لقيمة الضرر الذي حصل على ان لا تقل بأي حال عن مائة دينار في الحالة الاولى وخمسين ديناراً في الحالة الثانية). ولقد جاء في الاسباب الموجبة لتشريع هذا القانون: " لا يقل خطورة عن اختلاسها او ادخالها في الذمة بغي حق، فقد استحدثت مادة جديدة ( / )

والعقاب واجب بمقتضى هذه المادة ولو لم يترتب على الجريمة نفع شخصي وقد جعلت العقوبة

اما قانون العقوبات العراقي النافذ فقد تضمن وفي الكتاب الثاني منه ( ) (الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة)، في الفصل الثالث من هذا الباب (تجاوز الموظفين حدود وظائفهم) النص على جريمة الاضرار العمدي باموال الدولة والمصالح التابعة لها. ( ) من قانون العقوبات النافذ على انه:

(يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عمدا ضرراً باموال او مصالح الجهة التي يعمل فيها او يتصل بها بحكم وظيفته او باموال الاشخاص المعهود بها اليه). وهو النص النافذ حالياً.

حدث تطور تشريعي مهم اذ اعتبرت هذه المادة "قضية فساد" ( ) الخاص بتشكيل مفوضية النزاهة العامة والصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، وجاء في القسم

غير العمدي بالمال العام ايضا مجرم وفقا للقانون، المادة (٣٤١) من قانون العقوبات العراقي النافذ، وستكون دراستنا لهذا البحث مقسمة الى فصلين، نتناول في الفصل الاول: الاركان العامة للجريمة. وفي الفصل الثاني: نتناول عقوبة الجريمة والتطبيقات القضائية. ثم الخاتمة التي وضعنا فيها النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات.

( / / ) من هذا الامر: (تعني عبارة قضية فساد قضية جنائية تتعلق بحالة يشتبه ان تنطوي على خرق نص مايلى الفقرات ( ) الموظفين حدود وظائفهم).

( ) قضية فساد وهي دعوى جنائية يجري التحقيق فيها بشأن جريمة الاضرار. فالدعوى الجنائية التي يجري التحقيق فيها في جريمة الماد ( ) يطلق عليها قضية فساد، ووفقا = لما قرره القسم الثاني من قانون المفوضية. فاذا علمنا ان هدف انشاء هيئة النزاهة هو مكافحة الفساد، عندئذ يتبين لنا ان المادة ( ) هي محور عمل هيئة النزاهة.

اما في مصر فلم يعرف التشريع المصري نصا مماثلا للجريمة موضوع ال ( ) والتعديلات اللاحقة على هذا القانون حتى صدور قانون ( ) . فقد استحدث هذا القانون عددا من ( )

المواد من بينها المادة ( / ) ايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية وبيان عقوبتها)، وفي الباب الرابع منه (اختلاس المال العام والعدوان عليه ( والتي نصت على انه:

(كل موظف عمومي احدث عمدا ضررا باموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم وظيفته او باموال الافراد ومصالحهم المعهود بها اليه، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه. فاذا كان الضرر الذي ترتب على فعله غير جسيم، جاز الحكم عليه بدلا من العقوبات السابقة بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه او باحدى هاتين العقوبتين. وتكون العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه اذا تررتب على الجريمة اضرار بمركز البلاد الاقتصادي او بمصلحة قومية). وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون: ( / ) لمواجهة حالة الموظف

الذي يضر عمدا باموال او مصالح الجهة التي يعمل فيها او يتصل بها بحكم وظيفته او باموال الافراد او مصالحهم المعهود بها اليه ولم لم يترتب على الجريمة أي نفع شخصي). ثم عدل هذا ( / ) واحل محله ( )

( ) والذي جاء فيها:

(كل موظف عام اضر عمدا باموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم عمله او باموال الغير او مصالحهم المعهود بها الى تلك الجهة، يعاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة، فاذا كان الضرر الذي ترتب على فعله غير جسيم جاز الحكم عليه بالسجن).

" في هذه المادة بموجب القانون " " " " ( )

## الفصل الاول

### الاركان العامة لجريمة الاضرار العمدي بالاموال او المصالح

تمثل الجريمة المنصوص عليها في المادة (٣٤٠) عقوبات الصورة الاساسية للاضرار العمدي بالاموال او المصالح، اذ ان نص هذه المادة هو نص عام<sup>١</sup>، لايطبق في حالة انطباق غيره من النصوص العقابية الخاصة. فالمشرع في نص المادة (٣٤٠) عقوبات جرم فعلا للموظف الذي يضر عمدا بالاموال والمصالح المعهود اليه برعايتها، سواء كانت هذه الاموال ملك للجهة التي يعمل بها، او لجهة اخرى يتصل بها بحكم عمله، او باموال الغير او مصالحهم المعهود بها الى بالجهة التي يعمل بها، ويشترط لتطبيق المادة (٣٤٠) عقوبات توافر ثلاثة اركان، الركن المفترض وهو ان يكون الجاني موظفا عاما او من حكمه والركن المادي، ويتمثل في فعل يكون من شأنه الاضرار باموال او مصالح الجهة التي يعمل بها الموظف العام او يتصل بها بحكم عمله باموال الغير المعهود بها الى جهة عمله، والركن المعنوي (القصد الجنائي).

## المبحث الاول

### الركن المفترض: صفة الجاني

يشترط في الجاني وفقا لنص المادة (٣٤٠) ان يكون موظفا او مكلفا بخدمة عامة ولم يعرف قانون العقوبات الموظف الا ان قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ عرفه في المادة الثانية بانه: (كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الخاص بالموظفين)، بينما عرفه قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام النافذ: (كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل ملاك الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة). ولكن

---

: محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص . قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ( ) /الهيئة الموسعة الجزائية/ / / )، قرار غير منشور، اشار ( ) نصا عاما بالنسبة لجرائم تخريب اموال الدولة. : الثالث في المبحث الاخير من هذا البحث.

قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ أورد تعريفاً واسعاً له في المادة (١/أولاً/د) بقولها: (كل شخص عهدت إليه وظيفة داخلية في الملاك المدني أو العسكري أو قوى الأمن الداخلي الذي يتقاضى راتباً من الدولة وتستقطع منراتبه الوظيفي التوقيفات التقاعدية ويشمل ذلك موظف القطاع العام مالم يرد به نص خاص في هذا القانون يقضي بخلاف ذلك).

وعرفت المادة (٢/١٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ المكلف بخدمة عامة على انه: "كل موظف أو مستخدم أو عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء واعضاء المجالس النيابية والادارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين (السنديكين) والمصنفين والحراس القضائيين واعضاء مجالس ادارة مديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة او احدى دوائرها الرسمية وشبه الرسمية في مالها بنصيب ما باية صفة كانت وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بدون أجر. ولايحول دون تطبيق احكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته او خدمته او عمله متى وقع الفعل الجرمي اثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة".

وعيب بعض النصوص الخاصة اعلاه التي عرفت الموظف انها تشترط دوام الوظيفة لتحقيق صفة القائم بها، في حين ان بعض موظفي الدولة يقوم باعمال ومهام كبيرة ولكنهم ليسوا موظفين دائمين، والمثل عليه موظفي العقود من الذين يتعاقدون مع دوائر الدولة للعمل بصورة مؤقتة، لمدة ستة اشهر او سنة، ومنهم قضاة على مستوى عالٍ واخرون ضباطاً في حماية المنشآت. الامر الذي يعني اشتراط دوام الوظيفة، أي بصفة دائمة يترتب عليه استثناء العديد من الموظفين من نص التجريم وهذا غير صحيح لان النص يسري على الجميع دون استثناء. هذا ومن الجدير بالذكر ان معظم فقهاء القانون الاداري الى جانب القضاء يتفقون على اشتراط ثلاثة عناصر رئيسية لتحقيق صفة الموظف العام:

أولاً: صحة اجراءات تعيين الموظف من قبل السلطة التي تملك التعيين اذ لكي يتصف الشخص بصفة الموظف العام ينبغي اولا ان يكون قد شغل وظيفته وفقا لاجراءات قانونية صحيحة. وتتجسد هذه الاجراءات غالبا بصدر قرار التعيين من صاحب الاختصاص وفقاً للاوضاع التي يقرها القانون وقد نصت المادة (١٠٧) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان يؤسس (مجلس الخدمة الاتحادي) يتولى تنظيم شؤون الوظيفة العامة الاتحادية بما فيها التعيين والترقية على ان ينظم تكوينه واختصاصاته بقانون ولكن لم يصدر هذا القانون حتى الان لذلك فالجهات المخولة بالتعيين في العراق هي الجهات التي حددها قرار مجلس قيادة الثورة (الملغى) رقم (٩٩٦) في ١٩٧٩/٨/٢.

ثانياً: ان يقدم الشخص خدماته لصالح الدولة او احد الاشخاص المعنوية التابعة لها. بعبارة اخرى، ينبغي ان يكون الموظف في خدمة شخص من اشخاص القانون العام مكلف بادارة مرفق عام.

ثالثاً: القيام بالعمل بصفة دائمة، ويقصد بالوظيفة الدائمة تلك التي تقتضي القيام بعمل غير محدد بزمان معين. اما الوظيفة المؤقتة فهي التي تقتضي القيام بعمل مؤقت ينتهي في زمن محدد، او تكون لغرض مؤقت<sup>١</sup>.

اما في مصر فقد نصت المادة (١١٩ مكرر) من قانون العقوبات المصري على انه: "يقصد بالموظف العام في حكم هذا الباب (والمقصود هنا الباب الرابع والذي تعتبر المادة (١١٦ مكرر) احدى جرائمه وهي المادة موضوع البحث). ١- القائمون باعباء السلطة العامة في الدولة ووحدات الادارة المحلية. ٢- رؤساء واعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرهم ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتخبين او

---

١. ماجد راغب الحلوة، القانون الاداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، الاسكندرية، دون

: مجلس قيادة الثورة ( ) ( )

سمح للوزير المختص او رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة او من يخولانه تعيين الذين اكملوا الثامنة عشر من العمر بصفة موظفين مؤقتين في الاعمال ذات الطبيعة المؤقتة ويقتصر التعيين على الاعمال التي تهدف الى زيادة الانتاج وتحسين نوعيته وتحسين الاداء بشكل عام.

معينين. ٣- افراد القوات المسلحة. ٤- كل من فوضته احدى السلطات العامة القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المفوض فيه. ٥- رؤساء واعضاء مجالس الادارة وسائر العاملين في الجهات التي اعتبرت اموالها اموالاً عامة طبقاً للمادة (١١٩) من قانون العقوبات المصري . والتي سنتناولها بالبحث لاحقاً، اذ تتعلق بتعريف الاموال العامة في قانون العقوبات المصري. ٦- كل من يقوم باداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناءً على تكليف صادر اليه بمقتضى القوانين ام من موظف عام في حكم الفقرات السابقة متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين او النظم المقررة وذلك بالنسبة للعمل الذي يتم التكليف به. ويستوي ان تكون الوظيفة او الخدمة دائمة او مؤقتة باجر او بغير اجر طواعية او جبراً ولايحول انتهاء الخدمة او زوال الصفة دون تطبيق احكام هذا الباب متى وقع العمل اثناء الخدمة او توافر الصفة".

ومن هذا التعريف يتضح لنا ان المشرع المصري اعتمد مفهوما واسعا للموظف العام بما يتناسب وذاتية قانون العقوبات وعلى النحو الذي يكفل به توفير اكبر قدر من الحماية للاموال العامة التي هي امانة في يد اولئك الموظفين. وحبذا لو تبنى المشرع العراقي تعريفا مماثلاً للتعريف الوارد اعلاه لتحقيق ذات الحكمة في حماية الاموال العامة.

### المبحث الثاني

## الركن المادي

نصت المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي على ان الركن المادي للجريمة سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون. اذ ان الركن المادي لجريمة الاضرار العمدي باموال او مصالح الدولة يتكون من سلوك اجرامي (فعل الاضرار) ونتيجة معينة تترتب على هذا الفعل وهي تحقق الضرر فعلاً، ومحل يرد عليه هذا الضرر، وهو الاموال او المصالح الخاصة بالجهة التي يعمل بها المتهم او الجهة التي يتصل بها بحكم وظيفته او اموال ومصالح الغير المعهود بها الى احدى هاتين الجهتين، كما يلزم ان تتوافر علاقة السببية بين سلوك المكلف بخدمة عامة

وتحقق الضرر. وسنتناول بحث عناصر الركن المادي الاربعة: فعل الاضرار، والنتيجة الاجرامية، محل الضرر، العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، في المطالب الاربعة الآتية:

## المطلب الاول السلوك الاجرامي (فعل الاضرار)

الاضرار: هو كل فعل يؤدي الى الحاق الضرر ايجاباً او سلباً بالاموال والمصالح المعهود بها الى الموظف<sup>1</sup>.

وقد عبّر المشرع العراقي عن هذا الفعل بقوله: "كل موظف او مكلف بخدمة عامة احدث عمدا ضرراً.....". فلم يضع المشرع وصفا او تحديدا لفعل الاضرار، أي لم يحدد السلوك المكون لهذه الجريمة بشكله وصورته، بل بأثره ونتيجته، وهذا اهم ما تتميز به هذه الجريمة. فالتجريم فيه يدور مع الاضرار، فالاضرار هو كل سلوك يترتب عليه حصول ضرر، سواء كان هذا السلوك ايجابياً في صورة فعل، او سلبياً في صورة امتناع او ترك، وكلاهما صالح لتحقيق الضرر. ومن امثلة السلوك الايجابي: قيام المتهم

1. اما المعنى اللغوي للضرر فهو:

: الهزال وسوء الحال. وما كان ضد النفع فهو ضَرٌّ. وقوله تعالى: ﴿...لَا يَضُرُّ كَيْدُهُمْ...﴾ {آل عمران/١٢٠}، وهو ضد النفع. والمَضَرَّةُ خلاف المنفعة، وضَرُّهُ يَضُرُّهُ ضَرًا، وضَرٌّ به وأضَرَّ به وضارَةٌ. والاسم الضرر، فعل واحد والضرار، فعل اثنين.

: الجزاء عليه. وقيل الضرر: ماتضر به صاحبك وتنتفع انت به، والضرار: ره من غير ان تنتفع. : النقصان، يدخل في الشيء، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مج ، دار صادر، بيروت، دون ذكر سنة - ، منشورات دار المشرق، بيروت لبنان، . امات عن الاصطلاح الضرر، فقد اختلف في اطار القانون المدني عنه في اطار . فقد عرفه فقهاء القانون المدني بانه: الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعته. : حسن ذنون، المبسوط في المؤولية المدنية، ج التايمس

: هو كل اهدار او انتقاص من حق او مصلحة يحميها القانون بغض النظر عن نوع الضرر . اذ يترتب عليه استحالة او نقصان في الانتفاع بالمال او بالمصلحة وان لهذه الاستحالة او النقصان صوراً كثيرة مثل التخريب او فقدان او انقاص الشيء نفسه او تغيير الموقف او العلاقة بين الفرد والشيء، د. .

(، دار النهضة العربية، القاهرة، )

بصفته رئيس لجنة مشتريات بتسليم صك الى شخص اخر غير مستحقه الفعلي مع علمه بذلك ودون وكالة قانونية صحيحة من مستحق الصك الفعلي<sup>1</sup> وايضا قيام احد مديري البنوك بمنح تسهيلات ائتمانية دون ضمانات كافية او بضمانات وهمية، او قيام لجنة لفض العطاءات بقبول اعلى العطاءات المقدمة لتوريد اجهزة ومعدات لجهة حكومية محاباة لمقدم العطاء مع وجود عطاءات اقل منه وبذات المواصفات والشروط. ومن امثلة السلوك السلبي: امتناع الموظف عمدا من اتخاذ اجراء يترتب على عدم اتخاذه وقوع الضرر. كامتناع رئيس الشؤون القانونية عن الطعن في حكم صادر ضد الجهة التي يعمل بها مما يترتب عليه خسارة الجهة التي يعمل لديها الدعوى المقامة لدى المحكمة، وبالتالي الاضرار بها ماليا. او عدم قيام احد المهندسين باحدى الجهات الحكومية والمختص بتسلم عقارات من مقال عن الاشارة في تقريره بعدم صلاحية المباني او وجود عيوب جسيمة بها، مما يترتب عليه حصول المكاول على مبالغ لا يستحقها كمقابل لعملية الانشاء وتحمل الجهة الاضرار التي تلحق بالغير نتيجة ذلك. ومن هذا السلوك قيام نائب الامين العام في احدى الوزارات بابرام عقد دون اتباع السياقات القانونية الصحيحة ودون الحصول على الموافقات القانونية الاصولية وهو ما جاء في قرار لمحكمة الجنايات المركزية العراقية<sup>2</sup>.

---

اذ جاء في قرار ادانة صادر من المحكمة الجنائية المركزية: (لدى التدقيق والمداولة اتضح للمحكمة من سير التحقيق والمحاكمة الجارية انه بتاريخ الحادث في عام وفي بغداد قام المتهم بصفته رئيس لجنة مشتريات في وزارة (.....) بتسليم صك بمبلغ ( مليون دينار عن قيمة تجهيز كرفانات الى المدعو (.....) بدلا عن مستحقه الفعلي المجهز المشتكي (.....) رغم علم المتهم بذلك بان عقد التجهيز باسم المشتكي (.....) (.....) وختمه بختم الاخير دون حضوره ودون وكالة قانونية من المشتكي المذكور باعتباره المجهز وبذلك يكون المتهم قد احدث عمدا ضررا بالمال العام وهدره فيكون فعله منظويا ( عقوبات ولكفاية الادلة ضده قرر ادانته بموجبها وتحديد عقوبته بمقتضاها ( / ) من قانون الاصول الجزائية غيابا قابلا للاعتراض والتمييز وافهم علنا في ( / / )، قرار للمحكمة الجنائية المركزية العراقية/ الهيئة الاولى، رقم القضية ( / / / ) (قرار غير منشور).  
اء في هذا القرار: (لدى التدقيق والمداولة وجدت المحكمة من سير التحقيق والمحاكمة الجارية انه في عام تم اجراء عقد بين وزارة (.....) (.....) من جهة اخرى يتضمن العقد تجهيز وزارة (.....) (.....)

بناءً على ماتقدم يتبين لنا ان لا يكفي ان يكون السلوك من شأنه حصول الضرر، بل يجب ان يقع الضرر فعلاً، اما اذا كان السلوك حاصلًا بحكم المجرى العادي للامور لاحداث الضرر ثم لم يقع الضرر لسبب خارج عن ارادة الموظف، كانت الواقعة تسمى شروعاً وفقاً للقواعد العامة.

والعبرة في تقدير صلاحية الفعل لاحداث الضرر هي بوقت حدوث الفعل، والمعيار المتبع هنا هو معيار موضوعي ينظر فيه الى تقدير الموظف العادي، ازاء السلوك الذي ارتكبه الموظف اذا وجد في ذات الظروف والملابسات التي وجد فيها الاخير بصرف النظر عن تقدير الموظف ذاته<sup>1</sup>. كما يشترط في السلوك الاجرامي ان يكون مخالفاً لواجبات الوظيفة، فاذا كان السلوك الصادر من الموظف متفقاً مع ماتقضي به واجبات الوظيفة فلا تقوم الجريمة ولو ترتب على الفعل ضرر لقيام سبب من اسباب الاباحة هو مطابقة الفعل للواجب الوظيفي، اذ لاجريمة وفقاً للقواعد العامة (المادة: ٣٩) عقوبات عراقي في فعل الموظف اذا ارتكبه تنفيذاً لما امر به القانون او اعتقد ان اجراه من اختصاصه، او تنفيذاً لامر صادر من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد انها واجبة

---

( ) سبعة عشر مليوناً ومئتين وخمسين الف دولار امريكي دون ان يتم المصادقة على العقد من قبل دائرة المستشار العام في الوزارة وتسديد العقد نقداً مباشرة بعد توقيع العقد وقبل استيفاء رسم الطابع وقبل استلام الكفالة المصرفية. وعدم متابعة الجهات المعنية في وزارة (.....) شحن المواد ولم يتم الاستلام من قبل الوزارة بالاضافة الى ان المجهز مختلف عن المنتج المطلوب شكلاً وسعراً خلافاً للعقد وتسليمها التي بدورها ارسلتها الى مخازن (.....) دون فحصها ولم يعرف مصير الادوات الاضافية مما يدل على هدر المال العام وتسبب الاضرار عمداً وبهذا يكون المتهم المذكور قد ارتكب فعلاً ينطبق واحكام المادة ( ) ( ) قرار صادر من المحكمة الجنائية المركزية العراقية/ ( / / ) (قرار غير )

فاذا كان الفعل وقت ارتكابه لاينبغي عن احتمال حدوث ضرر للجهة من اجرائه، فان الجريمة لا تقوم ولو ترتب على الفعل ضرر مالي جسيم للجهة التي يعمل بها الموظف بعد ذلك، فاذا قام مدير بنك بمنح تسهيل ائتماني كبير لاحد عملاء البنك بضمان شركته ومصانعه وحجم تعاملاته السابقة مع البنك ثم تصادف بعد ذلك تأميمه او حظر الاستيراد للبضائع التي يتعامل بها او تغيير في سعر العملة، فان فعل تسهيل الائتمان وان ترتب عليه ضرر حقيقي الا انه لم يكن صالحاً منذ اتخاذه

عليه<sup>١</sup>. اما اذا كان سلوك الموظف العام إعمالا لسلطته التقديرية وترتب على اعمالها ضرر مالي للجهة التي يعمل بها، فان فعل الموظف لا يصلح عنصرا لقيام جريمة الاضرار الا اذا شكل فعله إخلالا بواجبات الوظيفة لمخالفته لواجب الامانة والثقة نحو الجهة التي يعمل بها<sup>٢</sup>. وهذا ما اكدته قرارات محكمة الجنايات المركزية العراقية، اذ جاء في احد هذه القرارات: (.....) وبهذا تكون المتهمه قد ارتكبت فعلا ينطبق واحكام المادة (٣٤٠) عقوبات لارتكابها عمدا ما يخالف واجبات وظيفتها.....)<sup>٣</sup>. وفي قرار اخر لها جاء فيه: (وحيث ان المتهم بفعله هذا يكون قد احدث عمدا ضررا باموال ومصالح الجهة التي يعمل فيها او يتصل بها بحكم وظيفته وحيث انه تصرف باموال الدولة دون وجود قانون او تعليمات تجيز له ذلك سوى كونه وزيرا (.....) سابقا وتصور انه فوق القانون وله جميع الصلاحيات، يعطي ويأخذ دون ضوابط فتكون الادلة المتحصلة كافية لادانت.....)<sup>٤</sup>.

### المطلب الثاني

### المحل الذي يرد عليه السلوك الاجرامي

المحل الذي يرد عليه السلوك الاجرامي هو المال او المصلحة العائدة للجهة التي يعمل لديها الموظف او المكلف بخدمة عامة او الجهة التي يتصل بها بحكم عمله او قد يكون اموال الغير او مصالحهم المعهود بها للجهة التي يعمل بها، فيشمل ذلك كل شيء مادي منقولاً كان كالنقود او الاثاث او الادوات او المكائن او عقارا كبنائية تم تشييدها لمصلحة الجهة الحكومية فيقع ضرر عليها، كما تصلح سمعة الجهة واعتبارها ان تكون محلا للجريمة وهذا ماسنوضحه في هذا المطلب وذلك على النحو الآتي:

( ) من ذات القانون، تقابلها

( ) :

( )

( / )

قرار محكمة الجنايات المركزية العراقية، الهيئة الاولى، رقم القضية ( / / )

(قرار غير منشور).

قرار لمحكمة الجنايات المركزية العراقية، الهيئة الثالثة، رقم القضية ( / / )

(قرار غير منشور).

أولاً: اموال الجهة التي يعمل لديها الموظف.

ثانياً: اموال ومصالح الاشخاص المعهود بها الى الموظف او الى الجهة التي يعمل بها.

ثالثاً: اموال ومصالح الجهة التي يتصل بها بحكم وظيفته.

### أولاً: اموال الجهة التي يعمل لديها الموظف:

وهي اموال ومصالح الجهة التي يعمل لديها الموظف العام. ويقصد بالجهة التي يعمل لديها الموظف العام تلك الجهة التي تقوم بينه وبينها علاقة تبعية مباشرة بان يتم تعيينه فيها بقرار تعيين صحيح او تم انتدابه للعمل بها واصبح ملزماً بادداء اعمال لديها وتنفيذ كافة ما توجبه قوانينها ولوائحها وما يصدره رؤسائه فيها من اوامر وقرارات وهذا ماتكلمنا عنه في الركن المفترض (صفة الجاني) لذا نحيل الى ماسبق ذكره في المبحث الاول في هذا الفصل.

كذلك تعتبر اموالاً عامة، الاموال التي نص المشرع الجنائي<sup>1</sup> على اعتبارها كذلك، مثال ذلك في قانون العقوبات المصري، المادة (١١٩) منه، اذ نصت: (يقصد بالاموال العامة في تطبيق احكام هذا الباب (الباب الرابع) اختلاس المال العام والعدوان عليه

---

ويختلف مفهوم المال العام في القانون المدني عنه في القانون الجنائي.

( ) ( ) منه على انه: ( ) -

لات التي للدولة او للاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او

. - وهذه الاموال لايجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم).

( ) من ذات القانون على انه: (تفقد الاموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها

. وينتهي التخصيص بمقتضى القانون او بالفعل او بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت

( ) ( ) ويمثل نص المادتين ( ) ( )

المادتين ( ) ( )

المدني لايعتبر مالا عاما الا اذا توفر فيه شرطان: ان يكون هذا المال خاصا بالدولة او باحد الاشخاص المعنوية. ان يخصص هذا المال للمنفعة العامة. واذا فقد صفة التخصيص للمنفعة

= العامة فانه يفقد صفة المال العام ليندرج تحت نطاق الاموال الخاصة للدولة او الاشخاص المعنوية . وعلى عكس الحال بالنسبة للمفهوم الجنائي للمال العام ونتيجة لما يتمتع به القانون الجنائي من

ذاتية تميزه عن غيره من القوانين الاخرى، فان المشرع الجنائي لايمكن ان تقتصر حمايته على هذا واضح من النصوص التجريبية التي لم تستخدم عبارة

: نص المادتين ( ) ( / ) ( )

والغدر، ما يكون كله او بعضه مملوكا لاحدى الجهات الاتية او خاضعا لاشرافها او لادارتها:

- أ- الدولة ووحدات الادارة المحلية.
  - ب- الهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام.
  - ج- الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة لها.
  - د- النقابات والاتحادات.
  - هـ- المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام.
  - و- الجمعيات التعاونية.
  - ز- الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تساهم في احدى الجهات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.
  - ح- اية جهة اخرى ينص القانون على اعتبار اموالها من الاموال العامة.
- ويرى البعض<sup>1</sup> ان المشرع المصري قد توسع في تعريفه للمال العام، اذ لم يقتصر في اضافة صفة المال العام على تلك الاموال المملوكة فقط لتلك الجهات، بل اضيف تلك الصفة على الاموال الخاضعة لاشرافها او لادارتها ولو لم تكن تلك الاموال مملوكة لهذه الجهات. كما ان المشرع وفقا لهذا الرأي لم يأخذ بمعيار صفة الشخص المالك للمال لاضفاء صفة العمومية عليه، بل يكفي ان يكون مملوكا او خاضعا لادارة واشراف جهة من الجهات الواردة بالمادة (١١٩) عقوبات ولو لم تكن من الاشخاص الاعتبارية العامة مثل النقابات والاتحادات والشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية. اما تعليل ذلك فهو لطبيعة هذه الجهات ودورها الذي تساهم به في النواحي الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع وما تباشره عليها الدولة او الهيئة العامة المساهمة في ملكية تلك الاموال من

---

عبد الحق دهبى، تأملات في جرائم الاموال العامة، الحوار المتمدن، العدد ( ) / / ، موقع على الانترنت: [Saharadahbi@Yahoo.Fr](mailto:Saharadahbi@Yahoo.Fr) ، وهو ذات رأي د.

رقابة واشراف لتحقيق الغرض الذي من اجله انشئت الوظيفة العامة<sup>١</sup>. وبماثل ذلك في العراق الاموال العائدة للقطاع المختلط، اذ تساهم الدولة فيه بنسبة من رأس المال والباقي هو من الاموال الخاصة وهي عادة ماتكون في صورة شركة مساهمة. وبناء على اعتبار المشرع المصري اموال هذه الجهات اموالا عامة فقد اعتبر المتصلين بهذا المال بحكم نشاطهم الوظيفي موظفين عموميين. ولم يشترط المشرع قدرا معيناً من المساهمة، كما لم يشترط صفة معينة لتلك المساهمة. مكتفياً بأي نصيب وبأية صفة وذلك تمشياً مع حكمة التشريع في حماية الوظيفة العامة وضمان سيرها الطبيعي. والحقيقة ان هذا النص يكفل لاموال هذه الجهات ذات الحماية الجنائية المكفولة للمال العام. وقد ساوى المشرع بينها في بسط الحماية لوحدة العلة والمصلحة المحمية فيها واننا بحاجة الى تبني مفهوم مماثل (واسع) للاموال العامة في قانون العقوبات العراقي على النحو المقرر في المادة (١١٩) من قانون العقوبات المصري يكفل للشركات المساهمة او حتى النقابات والجمعيات ذات الحماية المقررة للمال العام لتحقيق ذات الحكمة اعلاه من التشريع خصوصاً في وقتنا الحاضر اذ تحتاج هذه الجهات لتلك الحماية بشكل واسع.

**ثانياً: اموال ومصالح الاشخاص<sup>٢</sup> المعهود بها الى الموظف او الى الجهة التي يعمل بها:**

---

١. احمد عبد اللطيف، جرائم الاموال العامة - دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية - مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، دو  
ومابعدها.  
والمقصود باموال الافراد محل الحماية الجنائية تلك التي ليس للدولة او لاحدى هيئاتها العامة عليها حق من الحقوق العينية او الشخصية المكفولة بضمان عيني والتي تدخل في طائفة اموال الدولة بالمعنى الدقيق. انما هي تلك الاموال التي توجد في حوزة الدولة او احدى هيئاتها ولا تملك عليها أي حق من الحقوق سوى الحيازة المادية لها بحكم النشاط الوظيفي.

وتشمل كل مال سلم اليها بحكم عملها او اختصاصها سواء تم ذلك بمحض ارادة صاحب الشأن لحفظها او ادارتها بأسمه ولحسابه، ام كان ذلك جبرا عنه بحكم القانون كما في حالة الحجز، او ضبط متحصلات الجريمة. وفي الحالتين يكون لهذه الجهة وبحكم اختصاصها او مركزها الواقعي شأن في القوامة على بعض الاموال او مصالح الافراد. لذلك فان الحماية الجنائية امتدت لهذه الاموال ليس بوصفها اموالا خاصة انما لاتصالها بالنشاط الاداري لجهة عامة وذلك لضمان حين سير الوظيفة العامة المنوطة بجهة الادارة. لذلك فالمصلحة المراد حمايتها، هنا هي ضمان وكفالة السير الطبيعي لنشاط الادارة الذي يضر حتما بالافعال الاجرامية التي تتخذ هذه الاموال موضوعا لها. ويزترتب على ذلك ان المجني عليه في هذه الجريمة يكون دائما صاحب المصلحة الاساسية التي اضررت وليس صاحب الحق او المال او الشيء الذي كان موضوعا للسلوك الاجرامي<sup>1</sup>. كما ان المشرع رأى ايضا ان الاضرار بتلك الاموال ولو انها اموال خاصة قد يعود بالضرر على المصلحة المالية ذاتها لجهة الادارة. فمن ناحية تلتزم الدولة بتعويض الضرر الذي يصيب المال الخاص المعهود به اليها، وهي حيث تلتزم بذلك انما تدفع قيمة التعويض من مالها العام بالمعنى الدقيق. وهذا مما لاشك فيه يضر بمركزها المالي. ومن ناحية اخرى، فان بعضا من اموال الافراد قد يعوق الاضرار به جهة الادارة عن القيام بوظيفتها<sup>2</sup>. فكثير من اموال الافراد المعهود بها الى الدولة او احدى هيئاتها العامة تأخذ الصورة النقدية او صورا اخرى، تستطيع ان تستخدمها في اداء الدور الملقى على عاتقها من حيث قيامها بالنشاط الاقتصادي والاجتماعي، مثال ذلك اموال الافراد المودعة في البنوك ومكاتب البريد. وفي النهاية فان المشرع اراد حماية الثقة التي يوليها الافراد لهذه الاجهزة وهذه الثقة من العناصر الضرورية لضمان

---

1. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص .  
2. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الادارة العامة في ضوء المنهج الغائي، بحث منشور ومابعدھا.

تأدية الادارة للوظيفة المنوطة بها. وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية<sup>١</sup> بان "العلة في امتداد حماية القانون الى اموال الافراد ومصالحهم المادية المعهود بها الى جهة عامة له اهميته الكبرى، لان نشاط هذه الاموال يتصل بخطة التنمية الاقتصادية والتنظيم الجديد للمجتمع، ويستوي ان تكون صورة الضرر انتقاص مال او منفعة او تضييع ربح محقق<sup>٢</sup>. يتبين لنا مما تقدم ان الحماية الجنائية للاموال الخاصة والمحافظة عليها وذلك بتجريم أي تعدي للموظفين على هذه الاموال يعتبر استثناء على القواعد العامة، لان الاعتداء على الاموال الخاصة والحاق الضرر بها عادة يكون سببا قانونيا للمطالبة بالتعويض المدني من المدعى عليه (المعتدي) ولايوقع أي عقوبة جزائية عليه الا في حالات خاصة.

### ثالثاً: اموال ومصالح الجهة التي يتصل بها بحكم وظيفته:

يذهب بعض الفقهاء الى انها الجهة التي يقتضي عمله ان يكون على اتصال رسمي منتظم بها<sup>٣</sup>، والفرص في هذه الجهة انه ليست لها الصفة العامة، ومثالها شركة يندب اليها الموظف لمراقبة سير نشاطها او الاشراف على تصنيفاتها. في حين يتجه فقهاء اخرون الى انه يكفي ان يكون اتصال الموظف بالجهة الاخرى من مقتضيات وظيفته، سواء كان اتصاله بها منتظماً ومستمرًا او كان عارضاً طارئاً. ويستندون في ذلك الى

ابريل سنة ( )  
اشار اليه د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مصدر سابق، هامش ( )

ويخالف د. رمسيس بهنام محكمة النقض فيما ذهبت اليه من ان المراد بالمصالح في مفهوم المادة ما يكون منها مادياً فقد، اذ يرى ان هذه المصلحة قد تكون معنوية. : ان يتولى مأمور الضبط تليفق تهمة لشخص، فهذا اضرار بمال معنوي ( ) ومصصلحة معنوية. كما يرى في رأي محكمة النقض انه "تخصيص بغير مخصد". : رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ؛ وانظر ايضا لذات المؤلف: قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، كما يرى د. لها قيمة مادية او اعتبارية وهو ما تؤيده، :

جامعة القاهرة، القاهرة، القاهرة،

محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص

امرين، اولهما: عبارة النص (الجهة التي يتصل بها.....)، وهي مطلقة. وثانيهما: الحكمة من التجريم اذ لا تقتضي الحكمة من التجريم في جريمة الاضرار العمدي بالاموال او المصالح العامة التفرقة بين نوعي الاتصال بل يجدون ان هذه التفرقة "تخلو من المعنى"<sup>1</sup>. وواضح ان هذا الاتجاه الفقهي هو الاكثر اتفاقا مع الحكمة من تجريم افعال الاضرار العمدي باموال او مصالح الجهة التي يتصل بها الموظف بحكم عمله اذ ان اتصال الموظف بهذه الجهة من مقتضيات وظيفته. وهذا الاعتبار يفرض عليه التزاما تجاه اموال هذه الجهة ومصالحها يعدل التزامه تجاه اموال جهة العمل نفسها ومصالحها ولو كان هذا الاتصال لمرة واحدة فقط. مثال ذلك لو انتدبت احدى شركات القطاع العام خبيرا من احدى مؤسسات الدولة لتقرير مدى صلاحية جهاز معين لتشغيله فيقرر (خلافًا للحقيقة) عدم صلاحيته بقصد الاضرار بمصالح تلك الجهة مما يترتب عليه خسارة مالية للجهة التي اتصل بها بحكم عمله. والقول بغير ذلك انما يؤدي الى افلات الجاني من العقاب. كذلك لا يشترط الوجود الفعلي في هذه الجهة بل يكفي ان يكون في استطاعة الجاني اصدار الاوامر والقرارات التي يلتزم العاملون فيها بتنفيذها او ان يكون له سلطة التصرف في اموال او مصالح خاصة بهذه الجهة. ولهذا ينطبق النص على محصل الكهرباء او المياه وعلى ساعي البريد

وعامل البريد وعامل التلغرافات اذا دخل ادهم مكاناً بمقتضى وظيفته ثم الحق الضرر بمال او مصلحة مالية لصاحبه. اذ يكفي مجرد اتصال الموظف بهذه الجهة بحكم وظيفته دون اشتراط ان تكون هذه الجهة قد عهدت للموظف او للجهة التي يتبعها باموالها او مصالحها.

لذلك نخلص مما تقدم انه يقصد بالجهة التي يتصل بها الموظف بحكم وظيفته: كل جهة تقتضي اعمال وظيفته او ظرف العمل بها الاتصال الرسمي اياً كانت طبيعة هذا الاتصال او صورته او كلفيته او الغرض المقصود منه وبستوي ان تكون من

الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة أو من الجهات التي اعتبرت أموالها أموالاً عامة، مثال ذلك في القانون المصري الجهات الوارد ذكرها في المادة (١١٩) عقوبات.

### المطلب الثالث النتيجة الإجرامية (تحقيق الضرر)

النتيجة عنصر أساسي في الركن المادي للجريمة وتتمثل في الأثر المترتب على الفعل الجرمي الذي يحدد له القانون عقاباً. وجريمة الأضرار العمدي من جرائم النتيجة، بمعنى أنه لكي تعتبر هذه الجريمة تامة في القانون لا بد من تحقق نتائجها وهي الأضرار. إذ لا يكفي أن يكون سلوك المكلف بخدمة عامة صالحاً في ذاته ومنذ اتخاذه لأحداث الضرر بل أن يكون هذا الضرر قد تحقق فعلاً من جراء هذا السلوك. والضرر كما عرفته محكمة النقض المصرية هو كل انتقاص لمال أو منفعة وكل تضييع لربح محقق<sup>١</sup>. أو هو كل جلب لخسارة أو فوات لكسب، ويشترط في الضرر كركن لازم لقيام جريمة الأضرار العمدي أن يكون محققاً أي حالاً ومؤكداً لأن الجريمة لا تقوم على احتمال تحقق أحد أركانها. وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المصرية تعليلاً لاشتراط الضرر المحقق بقولها: "أنه أحد أركان الجريمة ولا يؤتم سلوك إذا كان أحد أركان الجريمة فاقداً.....". وفي قرار آخر لها أكدت أن المقصود بالضرر الحال، الضرر الفعلي سواء كان حاضراً أو مستقبلاً أما الضرر المؤكد، فيراد به أن يكون ثابتاً على وجه اليقين والقطع إلا أنه من المهم في قياس الضرر التفرقة بين الضرر المحقق الذي يتخذ صورة فوات الكسب وبين الضرر المحتمل الذي لا تقوم به الجريمة، فالموظف الذي يتغاضى عمداً عن تركيب وتشغيل خط إنتاج حيوي وهام تعول عليه الدولة في سد حاجة السوق ومنع استيراد السلعة توفيراً للعملة الأجنبية دون مبرر، يرتكب جريمة الأضرار العمدي بمجرد حصول هذا التغاضي، لأن الضرر الذي أحدثه بفعله هو ضرر محقق، حال ومؤكد وليس من الضرر المحتمل الذي قد يقع ولا تتوافر به عنصر

---

دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، ص ومابعدها.

النتيجة الاجرامية. وهناك خلاف فقهي في مصر حول نوع الضرر المراد تطبيق العقوبة عليه في المادة (١٦٦ مكرر) عقوبات فهل يقتصر على الضرر المادي دون الضرر الادبي (المعنوي)؟! اذ يرى بعض الفقهاء ان الاضرار قد يكون بمال او مصلحة مالية او اضراراً معنوية او يمس مصلحة معنوية<sup>١</sup>. ومن قبيل الاضرار وفقاً لهذا الرأي ان يختلق الموظف في صدد القائمين على شؤون الجهة التي يعمل بها امورا كاذبة وبشهر بها مسيئاً بذلك الى سمعة تلك الجهة وهو اضرار بمصلحة معنوية بالاضافة الى كونه اضراراً معنوياً. في حين يتجه فقهاء اخرون الى ان المقصود بالضرر في تطبيق المادة (١١٦ مكرر) عقوبات هو الضرر المادي وحده دون الضرر المعنوي او الادبي. ونحن نؤيد الرأي الاول، اذ كما بينا سابقاً ان العلة من وراء تجريم سلوك الموظف الذي يضر عمداً باموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم عمله او باموال الغير او ومصالحهم هي مصلحة عامة تتمثل في مصلحة الدولة المتعلقة بتنظيم وحسن ادارة العمل الوظيفي، وحماية السير الطبيعي للادارة العامة. ومصلحة خاصة تستهدف صيانة المال العام او الخاص وهذا مايؤكدده ورود نص المادة (٣٤٠) عقوبات ضمن جرائم الباب السادس (الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة) ضمن الكتاب الثاني (الجرائم المضرة بالمصلحة العامة)، اذ كيف يفلت من العقاب الموظف العام او المكلف بخدمة عامة، الذي يلحق اضراراً معنوية بالجهة التي يعمل بها بان يختلق في صدد رؤسائه او القائمين على شؤون تلك الجهة امورا كاذبة فيسيء بذلك الى سمعة تلك الجهة، او الموظف الذي يضر بمصلحة جهة يتصل بها بحكم عمله بان يؤثر عليها بدافع المحاباة جهة اخرى في منح مزايا معينة متعللاً بمعاذير باطلة تسيء الى سمعتها. او يضر بمصلحة فرد في امر معهود اليه بان يلفق تهمة له. او يتولى تفتيش مسكن احد الاشخاص بناء على دلائل غير كافية زعم انها كافية لاطهار صلة ذلك الشخص بجريمة وقعت، فهذا اضرار بشرف واعتبار ذلك الشخص (ضرر معنوي) ونص المادة

---

١. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، مصدر سابق، ص ٤٠٠؛ ويؤيده د.

(٣٤٠) بعد ذلك جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه لذلك نرى ان الضرر بنوعيه المادي والادبي (المعنوي) يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار وان كنا على يقين من صعوبة اثبات الضرر المعنوي في هذه الحالة، ولعله السبب في اعتبار الضرر المقصود هو ضرر مادي؟! هذا ومن الجدير بالذكر ان التطبيقات القضائية في العراق ايضا تشير الى تبنيها الرأي الثاني اذ انها تطبق المادة (٣٤٠) عند اثبات وقوع الضرر.

اما عن تحديد مدى جسامته الضرر فلم يشترطه نص المادة (٣٤٠) فالجريمة تقع سواء كان الضرر جسيميا او غير جسيم لكن اثر الجسامته يظهر فقط عند تقدير العقوبة. وان كان تحديد قيمة الضرر هو من المسائل الموضوعية المتصلة بماديات الواقعة والتي يستق بتقديرها القاضي الجنائي بعد التثبت منها بجميع طرق الاثبات. ولذلك يمكن القول بان القاضي يملك ايضا في مثل تلك الفروض قدرا من الملاءمة في تحديد العقوبة، استنادا الى سلطته التقديرية في تحديد قيمة الضرر لاسيما وان المشرع قد اعطى القاضي الجنائي سلطة (الاختيار النوعي) بين عقوبتين مختلفتين في النوع وهما السجن لمدة لاتزيد على سبع سنوات والحبس. والقاضي وان كان غير ملزم باتباع قاعدة معينة في اختياره، الا انه وفقا للسياسة الجنائية الحديثة ملزم في تحديد العقوبة ان يعمل حسابا لشدة الجريمة المستخلصة من عدة عناصر منها شدة الضرر او جسامته والحقيقة ان هذا ما كان عليه الحال عندما كان تقدير جسامته الضرر من اختصاص محكمة الموضوع الا ان قوانين وقرارات التضمين ابتداءً من قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) الملغاة بموجب قانون التضمين النافذ وحتى قانون التضمين النافذ قد اعطت هذا الحق للوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ويصدر قراره بناءً على توصية من لجنة تحقيقية مؤلفة من ثلاث اعضاء على الاقل من ذوي الخبرة والاختصاص ويكون احد اعضائها موظفاً قانونياً لتحديد مبلغ التضمين والمسؤول عن احداث الضرر وجسامته الخطأ المرتكب وما اذا كان عمديا او غير عمديا وعلى اللجنة الاستعانة بجهة رسمية ذات اختصاص وقد صدرت عام ٢٠٠٨ تعليمات تنفيذ قانون التضمين سالف الذكر والتي تضمنت في المادة (٤/اولا/ج) نصا يقضي بتضمين

الموظف او المكلف بخدمة عامة الذي يرتكب خطأً عمدياً باموال الدولة مبلغاً يعادل ضعف مبلغ التضمين \$ الخطأ غير العمدي وبهذا تكون هذه التعليمات قد خالفت قانون التضمين باعتبار ان القاعدة العامة في التعويض تكون بقدر ما الحق المتضرر من ضرر او مافاته من كسب المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي فاذا اراد المشرع خلاف الاصل فعليه ان ينص عليه في صلب قانون التضمين لا في التعليمات التي ينبغي ان تكون موافقة للقانون هذا وقد كفل هذا القانون للمضمن حق الطعن بقرار التضمين امام محاكم البداية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار ومع ذلك أي مع ان هذا القانون قد فسح المجال للقضاء للنظر في طعون قرارات التضمين الا اننا نأمل ان يترك تقدير مدى جسامه الضرر ال القضاء لاسيما انه الجهة التي سوف تصدر العقوبة بحق الجاني وان تقدير العقوبة يتوقف على جسامه الضرر اذ ان القضاء هو جهة محايدة وتتولى تحديد مبلغ الضرر بواسطة خبراء مختصين فتضمن مصلحة الطرفين، اما ترك الامر للوزير او رئيس الجهو غير المرتبطة بوزارة فيعني اننا جعلنا تلك الجهة الخصم والحكم في آن واحد هذا بالاضافة الى هدر الوقت وعدم تيسير اجراءات التقاضي، وهو ما اخذ به قانون العقوبات المصري النافذ. انظر: قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ المواد (١) و (٣) و (٤) و (٥) و (٨)، منشور في الوقائع العراقية العدد (٤٠٢٨) في ٢٠٠٦/١١/١٣، ص ٥. وتعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٧ منشورة في الوقائع العراقية العدد (٤٠٧٨) في ٢٠٠٨/٦/٩، ص ٢.

#### المطلب الرابع العلاقة السببية

علاقة السببية هي الرابطة التي تصل بين الفعل والنتيجة الجرمية، فهي عنصر في الركن المادي تربط بين عنصرية الاخرين الفعل والنتيجة. ويشترط القانون لقيام الجريمة المنصوص عليها في المادة (٣٤٠) توافر علاقة السببية بين سلوك الموظف والنتيجة

الجرمية وهي تحقق الضرر بحيث يكون سلوك الجاني (فعلا او امتناعا) هو سبب تحقق الضرر.

إذاً بتوافر العلاقة السببية، تكتمل عناصر الركن المادي المكون لهذه الجريمة، بمعنى انه اذا قامت علاقة السببية المادية بين سلوك الجاني وبين النتيجة التي ترتبت على ذلك وهي "تحقق الضرر" الذي يقع على الاموال والمصالح المشمولة بالحماية الجنائية. عندئذ تكتمل عناصر الركن المادي لجريمة الاضرار العمدي. فاذا كان ما اتاه الموظف متفقا مع واجبات وظيفته فلا جريمة ولو اضر ذلك بمصلحة لجهة يتصل بها بحكم عمله او بمصلحة للغير معهود بها الى تلك النتيجة. كذلك تنتفي رابطة السببية بين فعل الموظف وبين الضرر الواقع اذا ثبت ان الضرر يرجع الى سبب اجنبي لادخل لارادته فيه، او لسبب اهمال جسيم وقع فيه احد الموظفين.

وتقدير توافر رابطة السببية مسألة وقائع متروكة لقاضي الموضوع، لانها تتصل بوقائع الدعوى وتقدير اسبابها ونتائجها تقديرا واقعيا، كما ان عناصر الركن المادي جميعا تخضع وجودا وعدما لسلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة التمييز الا من حيث مدى قيام استنتاجه لها على صحيح احكام القانون. وهو ذات موقف المشرع المصري<sup>1</sup>. كما يتصور الشروع في جريمة المادة (٣٤٠) عقوبات طالما ان السلوك المتحقق يملك في ذاته وفي الظروف التي يؤشر فيها مقومات احداث النتيجة

وهي الضرر<sup>٢</sup>.

### المبحث الثالث

## الركن المعنوي (القصد الجرمي)

: . محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص .

دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، ص . خلافا لهذا الرأي، يرى . عبد الرحيم : "جريمة الضرر العمدي في صورتها الواردتين في فقرتي المادة ( ) ( لايتصور فيها الشروع، اذ يرى ان الضرر نتيجة اما تحدث او لا تحدث، د. عبد الرحيم صدقي، ، دار الفكر العربي، القاهرة،

ان جريمة الاضرار بالاموال والمصالح وفق المادة (٣٤٠) من قانون العقوبات النافذ لاتقع الا عمدية مما يترتب عليه ان الركن المعنوي لهذه الجريمة يقوم على القصد الجرمي والقصد المتطلب لقيام هذه الجريمة هو القصد العام ويفتضي هذا القصد لتوافره ضرورة توافر العلم والارادة لدى الموظف العام او المكلف بخدمة عامة (الجاني). فيجب ان يعلم الجاني بصفته أي انه موظف عام او مكلف بخدمة عامة، وان يعلم بان له صلة بالجهة التي اضر سلوكه بمالها ومصالحها المالية، كما يجب ان يحيط علمه بكافة عناصر الركن المادي وان من شأن السلوك الذي يأتيه ان يضر بالاموال والمصالح محل الحماية الجنائية. وتطبيقا لذلك ينتفي العلم لدى الجاني اذا كان يجهل صفته الوظيفية، او كل يجهل بان له صلة بالجهة التي اضر سلوكه باموالها، كما لو كان يجهل صدور قرار بتعيينه وقت ارتكاب السلوك الضار باموال جهة عمله، او كان يجهل صدور قرار بندبه للاشراف على احدى المباني المقامة بجهة تتصل بجهة عمله. كذلك يتطلب اتجاه الارادة الى ارتكاب السلوك والى النتيجة الجرمية وهي الضرر، كذلك ينتفي القصد الجرمي اذا جهل الجاني ان من شأن فعله احداث الضرر، فلا تقع الجريمة اذا حصل الضرر بسبب الاهمال<sup>١</sup>.

ويقوم القصد لدى الموظف (الجاني) سواء تيقن من وقوع النتيجة التي تترتب بحكم اللزوم على فعله، او رجح لديه بحكم المجرى العادي للامور وقوعها، او علم بامكان

---

وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية/ الهيئة الموسعة الجزائية، بقرار حديث لها في هذا الشأن جاء فيه: (.....) وجد ان الفعل المسند للمتهمة هو قيامها باستلام عملة مزورة وابدالها بعملة صحيحة عندما كانت امينة الصندوق في فرع (ارخينة) وتجد هذه الهيئة من خلال ماتوفر في القضية من ادلة ان عملية الاستبدال تمر بعدة مراحل ومن قبل عدد من الاشخاص دون تحديد المسؤولية بدقة وحيث ان العمد لا يمكن افتراضه لذا تكون المتهمة قد ارتكبت جرما ينطبق واحكام المادة ( ) ع وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة وحيث ان المحكمة ذهبت خلاف ذلك وادانت المتهمة وفق المادة = ( ) ع. لذا تكون قراراتها قد جانبت الصواب الامر الذي يستوجب تصحيحه.....) ( غير منشور)، صادر من محكمة التمييز الاتحادية برقم ( / الهيئة الموسعة الجزائية/ / / ) .

كذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه: (....) ع الجريمة اذا حصل الضرر بسبب الاهمال....) ( / / )

( / / ) محمد علي سكيكر، المدونة الجنائية الشاملة  
الميسرة، ج ، منشأة المعارف، الاسكندرية،

وقوعها ثم اقدم رغم ذلك على ارتكاب الفعل مستويا لديه حصولها او عدم حصولها<sup>١</sup>. والقصد الجرمي في جريمة المادة (٣٤٠) هو القصد العام وهو كافٍ لقيام الجريمة فلا تتطلب الجريمة لقيامها قصد جرمي خاص اذ انها تقوم على العلم و إرادة السلوك والنتيجة وهما قوام القصد الجرمي العام. كما ان لفظ عمداً الوارد في نص الماد (٣٤٠) لا يغير من طبيعة القصد المتطلب لقيام هذه الجريمة اما نية الاضرار في جريمة الاضرار العمدي فيتضمنها علم المتهم بان سلوكه يضر او من شأنه الاضرار بالمال او المصلحة العامة. فهي ليست من عناصر القصد انما هي بواعث او غايات لا يعتد بها، فيستوي في القانون ان يرتكب الموظف الفعل ابتغاء تحقيق نفع له او لغيره، او نكاية في بعض الزملاء او الرؤساء، فهذه الجريمة لا تقتضي حصول الموظف على نفع شخصي، ولذلك لا يشترط في القصد الجنائي اتجاه الارادة الى الحصول على منفعة او ربح<sup>٢</sup>.

## الفصل الثاني عقوبة الجريمة والتطبيقات القضائية

لجريمة الاضرار العمدي بالاموال العامة والمصالح عقوبة اصلية بالاضافة الى العقوبات التبعية والتكميلية. والعقوبة الاصلية هي الجزاء الاساسي للجريمة ولا يجوز فرضها الا بموجب قرار من المحكمة يحدد نوعها ومقدارها مستندا الى نص قانوني صريح، وتجاوز ان توقع وحدها دون ان يصحبها عقوبات تبعية او تكميلية، او مع

---

خلافاً لهذا الرأي يذهب بعض الفقهاء الى تطلب نية او قصد الاضرار ليقوم القصد الجنائي في هذه الجريمة، انظر: . ومابعدھا؛ د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم

ومابعدھا. وبهذا تختلف ( ) ( )  
قانون العقوبات العراقي، اذ فضلا عن اختلافهما في الركن المادي في عنصر ( ) فانهما ( )  
ففي حين تكتفي المادة ( )

( ) تتطلب فوق ذلك قصداً خاصاً هو نية الحصول على ربح لنفسه او لغيره. لمزيد من التفصيل انظر: . هدى هاتف، جريمة الانتفاع من المال العام وصورها، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد،

عقوبة تبعية تلحق بها بحكم القانون، او مع العقوبتين التكميلية والتبعية معا. اما العقوبة التبعية فهي التي تلحق بالعقوبة الاصلية حكما دون الحاجة الى النص عليها في قرار الحكم. كذلك العقوبة التكميلية هي ايضا عقوبة ثانوية كالعقوبة التبعية الا انها تشكل حلا وسطا بين الاصلية والتبعية فتشبه العقوبة الاصلية في عدم جواز فرضها الا بموجب نص خاص يجيز للقاضي ذلك او يجبره عليه وتشبه العقوبة التبعية في انها لا تفرض منفردة على الاطلاق وانما تضاف الى العقوبة الاصلية ولكن يجب ذكرها صراحة في قرار الحكم وتحديد نوعها. فهي جزاء ثانوي يستهدف تدعيم العقوبة الاصلية، وترتبط بجريمة او نوع معين من الجرائم دون ارتباطها بالعقوبة الاصلية لهذه الجرائم.

اما بالنسبة للتطبيقات القضائية للجريمة فسوف نعرض لاحدث التطبيقات القضائية وتعليقنا عليها لاسيما تلك الصادرة بعد صدور قانون العفو الجديد. وذلك في مبحثين خصصنا الاول للعقوبة المقررة للجريمة والثاني للتطبيقات القضائية لها في القانون العراقي.

## المبحث الاول العقوبة الاصلية والعقوبات التبعية والتكميلية

### المطلب الاول العقوبة الاصلية

نصت المادة (٣٤٠) عقوبات على انه: (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس، كل موظف او مكلف بخدمة عامة احدث عمداً ضرراً.....). يتضح لنا ان

المشروع في قانون العقوبات العراقي النافذ لم يميز بين نوعي الضرر وفقاً لجسامته<sup>١</sup>. مما يترتب عليه أي ضرر حتى لو كان بسيطاً (غير جسيم) بإمكانه ان ينهض بالمسؤولية الجنائية بحق الجاني فالامر متروك للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة الملائمة للجاني وفقاً لدرجة جسامته الضرر وظروف ارتكاب الجريمة والظروف الاجتماعية للجاني. وعموماً يراعى في تحديد قيمة الضرر متوسط المستوى الاقتصادي للمجتمع في وقت وقوع الجريمة، كما يراعى أيضاً درجة جسامته الاضرار بالحق او بالمصلحة محل الحماية والتي تشكل عادة سبب التشديد، وهذا يتوقف على فاعلية جهة الادارة في اداء وظيفتها المنوطة بها وعلى قدر الابعاء المالية التي تلتزم باداؤها او قدر الكسب الذي كان يمكن ان يتحقق. واننا نقترح تشديد عقوبة جريمة المادة (٣٤٠) وجعلها عقوبة السجن المؤقت او الحبس. ثم تشديدها الى عقوبة السجن المؤبد اذا ترتب على الجريمة اضرار بالاقتصاد القومي او بمصلحة قومية للدولة. وسبب التشديد كما نرى هو للظروف الراهنة التي يمر بها بلدنا والتي تستوجب منا تشديد الحماية الجنائية لاموال الدولة ومحاربة الفساد الذي استشرى في البلاد، اقراراً بان الفساد آفة تصيب الحكومة الصالحة بالهلاك وتبئلي حالة الرخاء والازدهار والتقدم<sup>٢</sup>. اما بشأن تخفيف العقوبة والاعفاء منها وهو مانصت عليه المادة (١١٨ مكرر/أ) والمادة (١١٨ مكرر/ب) من قانون العقوبات المصري النافذ<sup>٣</sup>. اذ يجوز للمحكمة في قانون العقوبات المصري

ميز قانون العقوبات البغدادي ( ) عقوبة هذه الجريمة بحسب درجة جسامته الضرر وهو ذات ( ) ، اما معيار درجة

جسامته الضرر فلم يحدد في القانونين وعموماً فلا اهمية له في قانون العقوبات المصري لان التخفيف الذي نصت عليه المادة جوازي للقاضي، فله ان يوقع العقوبة الاصلية ( )

( ) ، او يطبق المادة ( ) ( ) قانون العقوبات والامر متروك لتقدير القاضي دون رقابة من محكمة النقض عليه.

: ( ) الخاص بانشاء مفوضية النزاهة والتي سميت هيئة النزاهة استناداً ( )

( / ) على انه: (يجوز للمحكمة في الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب وفقاً لما تراه من ظروف الجريمة وملابساتها اذا كان المال موضوع الجريمة او الضرر الناجم عنها لايتجاوز قيمته خمسمائة جنيه ان تقضي فيها - بدلا من العقوبة المقررة لها - بعقوبة الحبس او بواحد او اكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة السابقة.....) ( / )

: (يعنى من العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا الباب ( )

استنادا الى المادة (١٨ مكرر/أ) ان تخفف العقوبة ودون حاجة الى اعمال حكم المادة (١٦ مكرر) متى توفرت شروطها. اما المادة (١٨ مكرر/ب) من قانون العقوبات المصري فقد تضمنت حالتها الاعفاء الوجوبي والجوازي من العقوبة المقررة بموجب المادة (١٦ مكرر) ويتبين لنا من مراجعة نص المادة ان يشترط للافادة من الاعفاء الا يكون المبلغ عن الجريمة هو فاعلها الاصلي والا كان في الاعفاء تحريضا على العدوان على المال العام ثم الإبلاغ عن هذا العدوان للافادة من الاعفاء، وانما يستفيد من الاعفاء الشري بالاتفاق او المساعدة وذلك تشجيعا على كشف النقاب هذه الجرائم وخلق جو من التردد وعدم الثقة بين المساهمين في هذه الجرائم. لذلك ولاهمية هذا النص نقترح ان يضاف الى نصوص قانون العقوبات العراقي نص مماثل له.

## المطلب الثاني

### العقوبات التبعية والتكميلية للجريمة

وضحنا سابقا ان العقوبات التبعية هي العقوبات التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة الى النص عليها في الحكم، المادة (٩٥) عقوبات عراقي وهيئك الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، المادة (٩٦) عقوبات<sup>١</sup>: (خلال تنفيذ العقوبة الاصلية، اما

---

بأدر من الشركاء في الجريمة من غير المحرضين على ارتكابها بإبلاغ السلطات القضائية او الادارية بالجريمة بعد تمامها وقبل اكتشافها. ويجوز الاعفاء من العقوبات المذكورة اذا حصل الإبلاغ بعد اكتشاف الجريمة وقبل صدور الحكم النهائي فيها). وقد تقرر هذا الاعفاء بموجب القانون الايضاحية لمشروع هذا القانون تعليقا على هذا النص الى ( )

انه لما كانت جرائم الاختلاس والاضرار والعدوان على المال العام تقترب في العادة خفية وقد لا يظن اليها اولي الامر الا بعد ان ينقضي على ارتكابها زمن قد يطول او يقصر، فقد روي تلمسا لسبب الاخبار عنها واماطة اللثام عنها وعن جناتها ان توضع المادة ( / ) كي يعفى من العقوبة من يبادر منهم بإبلاغ السلطات الادارية او القضائية بالجريمة اذا كان من غير فاعلها.

( ) وحل محلها النص الحالي بموجب قرار مجلس قيادة الثورة ( )

( ) // ( ) كذلك مايلى: ( ) - يعتبر المحكوم

عليه من العاملين في الدولة او القطاع العام موظفا كان ام عاملا مفصولا من الخدمة العامة خلال مدة بقائه في السجن. - يعاد المحكوم عليه (من العسكريين ورجال الشرطة والموظفين والعمال

بعد انتهاء تنفيذ العقوبة الاصلية فيكون الحرمان من بعض الحقوق والمزايا فهي عقوبة تكميلية، وتشمل: أ- الوظائف والخدمات التي كان يتولاها اما بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام المعدل في المادة (١٤) منه والتي تتضمن عزل الموظف اذا حكم عن جناية ناشئة عن وظيفة ارتكبها بصفته الرسمية (عقوبة العزل) والعزل يكون بتتحية الموظف عن الوظيفة نهائيا فلا يجوز اعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع العام ويكون ذلك بقرار مسبب من الوزير المختص والعزل من اشد العقوبات التأديبية اثرا، لانه يفصم الرابطة الوظيفية فصما نهائيا، فلا يجوز اعادة توظيف الموظف المعزول في دوائر الدولة والقطاع العام لذلك اشترط القانون ان تكون العقوبة مسببة<sup>١</sup>. وحيث ان الموظف العام وبموجب المادة (٩٦) عقوبات المعدلة يعتبر مفصولا مدة بقائه في السجن (عقوبة الفصل) وهذه العقوبة تقطع الرابطة الوظيفية شأنها شأن عقوبة العزل لكن بشكل مؤقت بينما يكون القطع دائمي في عقوبة العزل. وعند ذلك يحصل تعارض بين المادة (٩٦) عقوبات والمادة (١٤) من قانون انضباط موظفي الدولة ولازالة التعارض ينبغي اعمال قواعد النسخ بين القانونين فيكون القانون اللاحق هو الذي يجب تطبيقه وهو قانون انضباط موظفي الدولة اعمالا لنص المادة (٢٥) منه وهذا ماذهب اليه بعض الباحثين<sup>٢</sup> ومانؤيده وان اعتبرناه حلا مؤقتا الى ان يصار الى الغاء قرار مجلس قيادة الثورة المذكور (الالغاء الصريح) والذي بمقتضاه عدلت المادة (٩٦) والغاء نص المادة المذكورة وتعديلها لتصبح بالشكل الآتي: المادة (٩٦): (١) الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى اخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن حرمانه من الحقوق والمزايا التالية: أ- الوظائف والخدمات

---

(والمستخدمين) الخدمة العامة بعد خروجه من السجن الا اذا فقد شرطا من شروط التعيين، ولايحرم من تولي الخدمة بشكل نهائي واذا وجد مانع من اعادته الى العمل الذي فصل منه، فيعين في عمل اخر في الدولة او القطاع العام، منشور في الواقع العراقية، العدد ( ) / / . : . غازي فيصل، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ( ) لسينة ، موسوعة القوانين العراقية،

. مهدي حمدي الزهيري، اثر الجريمة التي يرتكبها الموظف في انهاء علاقته الوظيفية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية . إذا وفقا لهذا الرأي فان احكام هذا القرار التي تتعارض مع قانون الانضباط تعتبر ملغية (الغاء ضمناً)

التي كان يتولاها. ب- ان يكون ناخبا او منتخبا في المجالس التمثيلية. ج- ان يكون عضواً في المجالس الادارية او البلدية او احدى الشركات او مديراً لها. د- ان يكون وصياً او قيماً او وكيلاً. هـ- ان يكون مالكاً او ناشراً او رئيساً لتحرير احدى الصحف. (٢) الحكم بالسجن المؤقت او المؤبد يتبعه بحكم القانون من يوم صدوره العزل من الوظيفة العامة اذا كان ناشئاً عن جناية ارتكبت بهذه الصفة.

كما اوردت المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي بعض العقوبات التبعية ومنها حرمان المحكوم عليه من ادارة امواله او التصرف فيها ووضحت كيفية ادارة هذه الاموال او التصرف فيها. اما في قانون العقوبات المصري فقد نصت المادة (٢٤) منه على ان العقوبات التبعية هي:

اولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥).

ثانياً: العزل من الوظائف الاميرية.

ثالثاً: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.

رابعاً: المصادرة.

ونصت المادة (٢٥) على بعض العقوبات التبعية منها حرمان المحكوم من بعض الحقوق والمزايا الآتية: القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة او بصفة متعهد او ملتزم ايا كانت اهمية الخدمة والشهادة امام المحاكم على سبيل الاستدلال وبقاؤه من يوم الحكم عليه نهائياً عضواً في احد المجالس الحسبية او مجالس المديريات او المجالس البلدية او المحلية او أي لجنة عمومية وصلاحيته ابدان لان يكون عضواً في احدى الهيئات المبينة بالفقرة السابقة او ان يكون خبيراً او شاهداً في العقود اذا حكم عليه نهائياً بعقوبة السجن المشدد والتطلي برتبة او نيشان وادارة اشغاله الخاصة بامواله واملاكه. وشارت المادة (٢٦) الى ان العزل من وظيفة اميرية هو الحرمان من الوظيفة نفسها والمرتبات المقررة لها وسواء كان المحكوم عليه بالعزل عاملاً في وظيفة وقت صدور الحكم عليه او غير عامل فيها فلا يجوز تعيينه في أي وظيفة اميرية ولا نيله أي

مرتب مدة يقررها الحكم وهذه المدة لايجوز ان تكون اكثر من ست سنين ولا اقل من سنة.

كما نصت المادة (٢٧) من هذا القانون على انه كل موظف ارتكب جناية مما نص عليه في الباب الثالث والرابع والسادس من الكتاب الثاني من هذا القانون عوامل بالرأفة فحكم عليه بالحبس، يحكم عليه ايضا بالعزل مدة لاتتقص عن ضعف مدة الحبس المحكوم بها عليه. يتبين لنا مما تقدم انه في قانون العقوبات المصري عند الحكم على الموظف بعقوبة الجناية وهي السجن المشدد بالنسبة لجريمة الاضرار العمدي المادة (١١٦مكرر) يؤدي بحكم القانون الى عزله من وظيفته تلقائيا فيحرم من الوظيفة ومن مرتبها، لا مما يكون مستحقا له من معاش.

اما العقوبات التكميلية فهي التي اشارت اليها المواد (١٠٢.١٠٠) من قانون العقوبات العراقي وتشمل الحرمان من بعض الحقوق والمزايا والمصادرة ونشر الحكم. اما بخصوص المصادرة وهي عقوبة تكميلية جوازية في قانون العقوبات العراقي، المادة (١٠١) وتقابلها المادة (٣٠) عقوبات مصري. فاننا نرى ضرورة اعتبارها عقوبة تكميلية وجوبية اذا كانت الجريم تتعلق بمال عام كما هو الحال في الجريمة موضوع البحث. والمصادرة عقوبة تبعية في قانون العقوبات المصري، المادة (٢٥/ الفقرة ٤) كما وضعنا ذلك سابقا اما نشر الحكم فهو عقوبة تكميلية جوازية في قانون العقوبات العراقي، المادة (١٠٢) واننا نقترح ايضا ان يكون نشر الحكم عقوبة تكميلية وجوبية وعلى نفقة المحكوم عليه اذا كانت الجريمة تتعلق بالمال العام.

اما في مصر فان نشر الحكم هو احد التدابير التي يجوز الحكم بها فضلا عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع وجريمة الاضرار العمدي بالاموال العامة هي احدى جرائم هذا الباب<sup>١</sup>.

---

( ) عقوبا مصري على انه: (.....)

يجوز فضلا عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، الحكم بكل او بعض التدابير الآتية: - الحرمان من مزاوله المهنة مدة لاتزيد عن ثلاث سنوات. - الاقتصادي الذي وقعت الجريمة بمناسبتة مدة لاتزيد على ثلاث سنوات. - وقف الموظف عن عمله

## المبحث الثاني التطبيقات القضائية لجريمة الاضرار العمدي باموال الدولة والمصالح التابعة لها

من خلال دراسة احكام المادة (٣٤٠) عقوبات عراقي، يمكننا القول ان الاضرار بالاموال والمصالح وفق هذا النص، يتسع ليشمل صوراً عديدة من انماط السلوك. ولذلك فان المادة (٣٤٠) تعتبر نصاً عاماً بالنسبة لجرائم الاضرار العمدي بالمال العام والتي تقع من الموظفين العموميين كجرائم تخريب وتعييب المال العام وذلك في حالة ما اذا وقع فعل التخريب من موظف عام على مال متصل به بحكم وظيفته. وهذا بخلاف رأي محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بقرار صادر<sup>١</sup> عنها جاء فيه: (ولدى عطف النظر على القرار المميز الصادر عن لجنة النظر في قضايا المتهمين الثانية بالعدد (٣٣٣) وتاريخ ٢٠٠٨/٤/٦ وجد ان القرار غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان الفعل المنسوب للمتهمين وفق المادة (٣٤٠) من قانون العقوبات التي تعاقب بالسجن..... الخ وحيث ان الاستثناء الوارد في قانون العفو رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٢/ثانياً/ز)<sup>٢</sup> منه تخص جرائم اختلاس اموال الدولة او تخريبها عمداً وان الفعل

---

بغير مرتب او بمرتب منخفض لمدة لاتزيد على ستة اشهر. - العزل مدة لاتقل عنم سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات تبدأ من نهاية تنفيذ العقوبة او انقضائها لاي سبب اخر. - الصادر بالادانة بالوسيلة المناسبة وعلى نفقة المحكوم عليه).

( / / ) لاتحادية، العدد /

(قرار غير منشور).

( /ثانياً/ ) من قانون العفو باستثناء جرائم اختلاس اموال الدولة او تخريبها عمداً

المنسوب للمتهمين اعلاه يختلف في وصفه القانوني عن جرائم تخريب اموال الدولة لذا فان الفعل المنسوب لهما على فرض صحة وقوعه يكون مشمولاً بقانون العفو اعلاه وان القرار المميز قضى بخلاف ذلك مما اخل بصحته قرر نقضه واعادة الاضبارة لاتباع ماتقدم وصادر القرار بالاتفاق في ٥/٥/٢٠٠٨). وفي قرار اخر صادر عن ذات المحكمة جاء فيه: (لدى التدقيق والمداولة وجد ان القرار المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان الفعل المنسوب الى المتهمين وفق المادة (٣٤٠) عقوبات التي تعاقب بالسجن كل موظف او مكلف بخدمة عامة احدث عمدا باموال او مصالح الجهة التي يعمل بها.....الخ) وحيث ان المادة (٢/ثانيا/ز) من قانون العفو المرقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ استنتجت جرائم اختلاس اموال الدولة او تخريبها عمدا وان الفعل المنسوب للمتهمين لم يكن تخريبا عمديا لاموال الدولة مما يكون مشمولاً باحكام قانون العفو واذ ان القرار المميز خالف ما تقدم قرر نقضه واعادة الاوراق لاتباع ماتقدم ما تقدم وصادر القرار بالاتفاق في ٢٠/٤/٢٠٠٨ وبالعودة الى اوليات الدعوى وتحديدا قرار الادانة الصادر بحق المتهمين بموجب المادة (٣٤٠) ومن مراجعة اغلب هذه القرارات يتضح مبلغ الهدر في المال العام والذي يعد قرينة على جسامه الضرر الذي لحق باموال الدولة ومع ذلك لم تعتبره محكمة الاستئناف تخريباً، فهل ان المبلغ المذكور اعلاه لايشكل تخريباً في اقتصادنا القومي؟! لذلك نرى ان قرارات محكمة استئناف بغداد قد

قرار غير منشور صادر عن محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية، العدد ( / / ) بتاريخ / / . اما قرار الادانة فقد جاء فيه: (لدى التدقيق والمداولة وجدت المحكمة من سير التحقيق والمحاكمة الجارية قامت المتهمه بابرام عقد مع شركة (.....) والمتهمه تمثل وزارة (.....) لتوريد مواد طبية واجهزة مختلفة بمبلغ اجمالي مقداره ( مليون د تدفع على ثلاث مراحل بعد ايداع المبلغ الكامل في المصرف وتحويل المتهمه المذكورة باعتبارها مديرا عاما بتمثيل وزارة (.....) في ابرام العقد من قبل وزير (.....) بموجب كتاب التحويل دون ان يكون هناك اعلان عن الطلبية من الجهة المختصة بالتعاقد واستحصال موافقة الجهات المختصة بالصرف هذه وقائع القضية المؤيدة بشهادة الشهود والتقارير النهائي المربوط باوراق الدعوى وبهذا تكون المتهمه قد ارتكبت فعلا ينطبق واحكام المادة ( ) عقوبات لارتكابها عمدا ما يخالف واجبات وظيفتها وان الادلة المتوفرة في هذه القضية كافية ومقنعة على ادانة المتهمه المذكورة وفق مادة التهمة الموجهة اليها وفق المادة ( ) عقوبات لذا قررت المحكمة ادانتها بموجبها وتحديد عقوبتها بمقتضاها. ( / ) الجزائية حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ( / / ).

جانبت الصواب ذلك ان نص المادة (٣٤٠) هو نص عام لجرائم التخريب العمدي والتعييب والاتلاف بل ان البعض اعتبر المادة (٣٤٠) نموذجا من النماذج الاجرامية لجرائم تخريب اموال الدولة<sup>١</sup>.

كما ان المعنى اللغوي للفظ الضرر يفيد بانه نقصان يدخل في الشيء ولهذا البنقصان صور كثيرة منها التخريب وهذا ماذهب اليه الفقه الجنائي في مصر<sup>٢</sup>. لذا كان على المشرع ان يوضح المقصود بجرائم التخريب العمدي للاموال العامة وان يحدد المواد القانونية التي يشملها هذا الوصف القانوني. وان لايتترك الامر للاجتهاد القضائي، خصوصا وان الجريمة هي من جرائم الاموال العامة، وان مجرد عدم تحديد هذه النصوص فيه اضرار للاموال العامة واهدار وتبديد لها، اذ ماهو مصير اموال الدولة التي تضررت؟ وكيف سيتم التعويض عنها؟! فهذا الامر لم يوضحه قانون العفو اذ ان وقف الاجراءات القانونية بحق المتهمين بقضايا الاموال العامة معناه التنازل عن اموال الدولة ايضا اذ لم يوضح قانون العفو مصير اموال الدولة وكيف سيتم التعويض عنها؟! هذا من جانب ومن جانب اخر فان جريمة الاضرار العمدي وفق قانون النزاهة هي قضية فساد فكيف يتم العفو عن جريمة هي قضية فساد اساسا؟! لكل ماتقدم فنحن نرى ان قانون العفو قد استثنى جريمة الاضرار العمدي باموال الدولة لانها جريمة تخريب لاموال الدولة وان كان قانون العفو لم يوضح ذلك فكان على محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ان تفسر قانون العفو وفقا لمقتضيات المصلحة العامة والمحافظة على اموال الدولة<sup>٣</sup>. هذا وقد حصص الحق اخيرا اذ اكدت محكمة التمييز الاتحادية في

---

نبراس جبار خلف محمد الحلفي، جرائم تخريب الاموال العامة في قانون العقوبات العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، حيث اطلقت الباحثة على جرائم الاضرار العمدي تسمية جرائم التخريب التي تقع من قبل موظف او مكلف بخدمة ع .  
 . آمال عبد الرحيم عثمان، مصدر سابق، ص . محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص .

/ الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية،

( / / / / ) ( / / )

( / / / / ) ( / / )

(قرارات غير منشورة). هذا ومن الجدير بالذكر ان كافة هذه القرارات المنقوضة صادرة عن لجنة

قرار حديث جدا لها ان المادة (٣٤٠) نص عام لجرائم تخريب اموال الدولة وهي مستثناة من احكام قانون العفو العام استنادا للمادة (٢/ثانيا/ز) اذ جاء فيه: (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية فقد وجد ان اللجنة القضائية المختصة بنظر قضايا الاحداث والنساء في رئاسة محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية قررت بتاريخ ٢٧/٣/٢٠٠٨ وبعدد الاضبارة (٣٣٦) وقف الاجراءات القانونية بحق المتهمه المكلفة (ز) وقفا نهائيا استنادا لاحكام قانون العفو العام المرقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ ولعدم قناعة المميزه/ نائبة المدعي العام امام اللجنة المذكورة بالقرار اعلاه طلبت نقضه للأسباب الواردة في لائحته المؤرخة في ٢٠/٤/٢٠٠٨ قررت رئاسة محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحائية/ بصفتها التمييزية بتاريخ ٦/٤/٢٠٠٨ وبعدد الاضبارة (١٠٠/عفو/٢٠٠٨) نقض القرار المشار اليه اعلاه لان التهمة المسندة الى المتهمه المذكورة وفق احكام المادة (٣٤٠) من قانون العقوبات (تعد هدراً للمال العام وهو شكل من اشكال تخريب اموال الدولة) المستثناة من احكام قانون العفو استنادا للمادة (٢/ثانيا/ز) منه طلب طالب التدخل التمييزي المدعي العام امام المحكمة الجنائية المركزية/ الهيئة الثانية بلائحته المرقمة (٢٢٨/ت/٢٠٠٨) التدخل تمييزا بالقرار اعلاه ونقضه لان الجرائم المرتكبة ضمن المادة (٣٤٠) من قانون العقوبات ليست من جرائم الاختلاس او اتلاف اموال الدولة حتى يمكن شمولها بالاستثناء المنصوص عليه في المادة (٢/ثانيا/ز) من قانون العفو العام ولدى امعان

---

( / ) منه والتي نصت: (تشكل لجنة او اكثر بامر من رئيس  
ع الاعلى في كل منطقة استئنافية برئاسة قاضي من الصنف اغلاول وعضوية ثلاثة  
قضاة تتولى تنفيذ احكام هذا القانون ويمثل الادعاء العام امام اللجنة احد اعضائه يسميه رئيس  
( ) من هذه المادة ان تتولى هذه اللجنة تدقيق اضابير المشمولين  
باحكام هذا القانون وتصدر قراراتها وفقا لاحكامه، وتكون قراراتها قابلة للطعن امام محكمة استئناف  
بغداد بصفتها التمييزية. وهذا يعني ان تلك اللجان قررت ان المادة ( )  
باعتبارها نصا عاما لجرائم التخريب العمدي، ولكن رئاسة محكمة الاستئناف اتجهت خلاف ذلك =  
= : ( ) ، منشور في الوقائع العراقية، عدد ( )  
: تعليمات تسهيل تنفيذ احكام قانون العفو رقم ( ) / /  
(.)

النظر باوراق الدعوى والقرارات الصادرة فيها من لدن هذه الهيئة فقد وجد ان محكمة التحقيق المركزية في بغداد/ الكرخ، احالت المتهمه (ز) لاجراء محاكمتها وفق احكام المادة (٣٤٠) من قانون العقوبات وتعاقب هذه المادة كل موظف او مكلف بخدمة عامة احدث ضررا باموال او مصالح الجهة التي يعمل فيها او يتصل فيها بحكم وظيفته او باموال الاشخاص المعهود بها اليه بالسجن لمدة لاتزيد على سبع سنوات او بالحبس وعند صدور قانون العفو العام المرقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ استثنى من احكامه مجموعة من الجرائم (اختلاس اموال الدولة او تخريبها عمدا) المنصوص عليها في الفقرة (ثانيا/ز) من المادة المذكورة وحيث ان تخريب اموال الدولة عمدا يعد وسيلة من وسائل الاضرار بتلك الاموال وبذلك فان جريمة تخريب اموال الدولة عمدا تدخل ضمن جرائم الاضرار بتلك الاموال عمدا وبالتالي تكون الجريمة الاخيرة مستثناة من احكام قانون العفو العام المشار اليه اعلاه وعليه فان القرار المطلوب التدخل به تمييزا جاء خاليا من أي خطأ قانوني يستوجب التدخل به تمييزا حسب صلاحية محكمة التمييز المنصوص عليها في المادة (٢٦٤/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية. لذا قرر رد طلب التدخل التمييزي واعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير في الدعوى وحسمها وفق القانون وصدر القرار بالاكثرية في ٢٠٠٨/١١/١٩ وبهذا القرار تم استثناء جرائم الاضرار العمدي من العفو العام المقرر بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨. اذ تم اعتبار المادة (٣٤٠) موضوع البحث نسا عاما لجرائم التخريب العمدي واتلاف اموال الدولة.

## الخاتمة

سوف نعرض لاهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها في خاتمة بحثنا هذا كالآتي:

### النتائج والمقترحات:

#### اولاً: النتائج:

١. لخطورة هذه الجريمة فقد تم تعديل قانون العقوبات البغدادي باضافة مادة تعاقب على جريمة الاضرار العمدي باموال الدولة فهي لاتقل خطورة عن جريمة الاختلاس او ادخال الاموال بالذمة بغير حق كما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون التعديل.

٢. ان المشرع العراقي لم يعرّف الموظف العام كما لم يعرف المكلف بخدمة عامة في قانون العقوبات انما فقط عدد الفئات التي يشملها مصطلح مكلف بخدمة عامة في المفهوم الجنائي واعتبر الموظف العام احد هذه الفئات. في حين وسع المشرع المصري مفهوم الموظف العام في جرائم الباب الرابع (ومنها الجريمة موضوع البحث) في المادة (١١٩ مكرر) من قانون العقوبات المصري.

٣. استقر الفقه في مصر على ان نص المادة (١١٦ مكرر) عقوبات هو نص عام يطبق في حالة خلو القانون من نص مماثل بشأن تخريب او تعيب او اتلاف المال العام. كما اكدت محكمة التمييز الاتحادية في العراق هذا المبدأ.

٤. لقد توسعت الحماية الجنائية للمال العام ( وان كان نص المادة (٣٤٠) وحده بعد قرينة على هذا التوسع) وذلك بتعدد الجهات الرقابية والتحقيقية التي كان من اولى مهامها المحافظة على المال العام (ديوان الرقابة المالية . المفتشون العموميون . هيئة النزاهة). وكذلك اعتبار هذه المادة وغيرها من جرائم الفصل الثالث (تجاوز الموظفين حدود واجباتهم) قضايا فساد.

٥. تحدثنا عن الاركان العامة للجريمة وتبين لنا ان هذه الجريمة هي من جرائم الصفة، اذ لا بد ان يكون الجاني موظفاً عاماً او مكلفاً بخدمة عامة وفقاً للتشريع العراقي وموظفاً عاماً او من في حكمه في التشريع المصري، كما انها من جرائم النتيجة اذ لا بد من تحقق الضرر فيها، واوردنا القرارات القضائية سواء في العراق او في مصر التي تدعم تلك الاركان وتبين لنا ان بعض القرارات القضائية العراقية لم تكن كمثيلاتها الصادرة عن محكمة النقض فكان يعوزها الدقة والتسبيب كما افتقرت الى الصياغة القانونية السليمة، ومحاولة ارساء أي مبدأ

قانوني لاسيما في تطبيق المادة (٣٤٠). ووضحنا اختلاف الفقهاء في نوع الضرر المقصود من تطبيق المادة (٣٤٠) او المادة (١١٦ مكرر) ورجحنا انه الضرر المادي والمعنوي تحقيقا للحكمة من التشريع.

٦. كما ان الشروع ممكن في المادة (٣٤٠) وذلك طالما ان السلوك المتحقق يملك في ذاته وفي الظروف التي بوشر فيها مقومات احداث الضرر.

٧. والركن المعنوي (القصد الجرمي)، اذ ان الجريمة من الجرائم العمدية والتي تقوم على توافر القصد الجرمي العام والذي يقوم على عنصري العلم والارادة دون نية الحصول على نفع شخصي بمعنى انه لايشترط توافر ركن خاص.

٨. وتبين لنا في الفصل الثالث والاخير الذي حمل عنوان "عقوبة الجريمة والتطبيقات القضائية"، ان العقوبة لا تتناسب وجسامة الجريمة مع غياب معيار تحديد جسامة الضرر ثم لاحظنا كيف ان قانون التضمين النافذ قد فسح المجال امام القضاء للنظر في الطعون في قرارات التضمين اذ لم تعد هذه القرارات باثة كما كانت في السابق في ظل قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) والتي تم الغاؤها بموجب هذا القانون وان كان قرار التضمين لازال يصدر من الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة بناء على توصية لجنة مؤلفة لهذا الغرض.

## ثانياً: المقترحات:

١. ضرورة افراد نص في قانون العقوبات يوضع فيه تعريف للموظف العام بما ينسجم وذاتية هذا القانون كذلك وضع تعريف للاموال العامة الجهات التي تعتبر اموالها اموالاً عامة وبذلك تخضع للحماية الجنائية التي يوليها القانون الجنائي للاموال العامة وبالتالي ينطبق عليها نص المادة (٣٤٠) ومن هذه الجهات بعض (الجمعيات والنقابات) والشركات المساهمة واي جهة يكون للدولة مساهمة في اموالها ولو بشكل جزئي أي تبني مفهوم واسع للاموال العامة مشابه لما ورد في المادة (١١٩) عقوبات مصري.

٢. تشديد العقوبة الواردة في المادة (٣٤٠) عقوبات لانها لا تتسجم وخطورة الجريمة لاسيما في الوقت الراهن ومايمر به قطرنا من ظروف تستوجب منا تشديد الحماية

والرقابة على المال العام وتشديد العقاي على الايدي الاثمة التي تستهدف الاضرار بالمال العام فتكون عقوبة الجريمة السجن المؤقت او الحبس اما ترتب على الجريمة اضرار بمركز البلاد الاقتصادي او بمصلحة من مصالحها القومية فتكون العقوبة السجن المؤبد.

٣. اضافة الى نص او فقرة الى المادة (٣٤٠) تجيز الاعفاء من العقوبة اذا تم الابلاغ عنها من قبل المساهمين فيها دون المحرض على ارتكابه قبل وبعد ارتكاب الجريمة وذلك لما تتسم به هذه الجرائم من التأخر عادة في اكتشافها فعامل الوقت مهم. وذلك في محاولة للاسراع في حماية المال من الاعتداء الواقع عليه.

٤. ضرورة تعديل المادة (٩٦) على ان يتضمن التعديل اضافة اضافة وهي معاقبة الموظف الذي ارتكب الجريمة بصفته الوظيفية وكانت هذه الجريمة جنائية، معاقبته بالعزل من الوظيفة بحيث يصبح نص المادة (٩٦) بالشكل الآتي: (١) الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى اخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن حرمانه من الحقوق والمزايا التالية: أ- الوظائف والخدمات التي كان يتولاها. ب- ان يكون ناخبا او منتخبا في المجالس التنفيذية. ج- ان يكون عضوا في المجالس في المجالس الادارية البلدية او احدى الشركات او مديرا لها. د- ان يكون وصيا او قيما او وكيلًا. هـ- ان يكون مالكا او ناشرا او رئيسا لتحرير احدى الصحف. (٢) الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يتبعه بحكم القانون من يوم صدوره. العزل من الوظيفة العامة اذا كان الحكم ناشئا عن جنائية ارتكبت بهذه الصفة. كذلك ضرورة اعتبار المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية اذا كانت الجريمة تتعلق بمال عام وكذلك نشر الحكم عقوبة تكميلية وجوبية وعلى نفقة المحكوم عليه.

٥. اما بالنسبة لتحديد جسامه الضرر والتي على اساسها تقدير العقوبة فنرى ضرورة اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل صدور قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) وذلك بان تتولى محكمة الموضوع (المحكمة الجزائية) ذلك فهي جهة محايدة هدفها تحقيق المصلحة العامة اما الوزير او رئيس الدائرة فهو خصم ولايصح ان يكون حكما كما ان

اناطة الامر بالقضاء سيكون من شأنه تيسير اجراءات التقاضي وتوفير الوقت في حسم  
الدعاوى استنادا له بدلا من انتظار صدور قرار التضمين له صدر العقوبة ثم يطغى من  
قرار التضمين امام محكمة البداية ويطغى من العقوبة امام جهة اخرى التي تتعلق  
باموال الدولة.

٦. لاهمية جرائم الاموال العامة وحيث ان مادة البحث هي احدى هذه الجرائم نقترح  
إفراد فصل خاص في قانون العقوبات يضم جرائم الاموال العامة ويجمع في ثناياه كل  
جرائم الاموال العامة ومن بينها الجريمة موضوع البحث (وهو ما اخذ به المشرع  
المصري اذ حصر جرائم الاموال العامة في الباب الرابع من قانون العقوبات)، فلا تكون  
جرائم الاموال العامة مبعثرة في نصوص متفرقة هنا وهناك. وذلك بما ينسجم واهمية  
هذه الاموال وحرمتها المنصوص عليها بالدستور. فقانون العقوبات يجب ان يؤكد  
ماتضمنه الدستور، على ان يتم في هذا الفصل ذكر كل جريمة من جرائم الاموال  
العامة، وتشديد العقوبة اذا كان مرتكب الجريمة موظف وارتكبها بهذه الصفة.

٧. ضرورة التأكيد على القضاة لغرض التسبيب الدقيق الوافي ويجعل من تلك القرارات  
مبادئ قانونية يستهدف بها الباحثون القرارات القضائية على نحو يؤكد عمق فهم  
القضاة لما يعرض عليهم من دعاوى.

وبهذا نكون قد انتهينا من بحثنا راجين من الله التوفيق وتحقيق الهدف من ورائه وهو  
حماية الاموال العامة بما يتناسب واهميتها تجاه الجرائم التي تقع عليها.

## المصادر

اولاً: الكتب:

١. القرآن الكريم.

٢. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مج٤، دار صادر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
٣. المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٠، منشورات دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٨٨
٤. د. احمد عبد اللطيف، جرائم الاموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.
٥. د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص (الجرائم المخلة بالادارة العامة . الجرائم المخلة بالثقة العامة . جرائم الاعتداء على الاموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١،
٦. حسن عكوش، جرائم الاموال العامة والجرائم الاقتصادية الماسة بالاقتصاد القومي، ط١، دار الفكر الحديث، ١٩٧٠،
٧. د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥،
٨. د. رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨،
٩. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧،
١٠. د. عبد الرحيم صدقي، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧،
١١. د. عوض محمد، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥،
١٢. د. عمر سعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦،
١٣. د. غازي فيصل مهدي، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠٠٦،

١٤. مصطفى رضوان، جرائم الاموال العامة فقهاً وقضاء، ط٢، عالم الكتب، ١٩٧٠
١٥. د. محمد علي سكيكر، المدونة الجنائية الشاملة الميسرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥
١٦. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤
١٧. د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧
١٨. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، ج١، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.

### ثانياً: الرسائل والاطاريح:

١. د. مهدي حمدي الزهيري، اثر الجريمة التي يرتكبها الموظف في انهاء علاقته الوظيفية . دراسة مقارنة . اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون . جامعة بغداد، ٢٠٠٤،
٢. نبراس جبار خلف محمد الحلفي، جرائم تخريب الاموال العامة في قانون العقوبات، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون . جامعة بغداد، ٢٠٠٨،
٣. د. هدى هاتف، جرائم الانتفاع من المال العام وصورها، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون . جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

# المعلومات غير المفصح عنها ماهيته والحماية القانونية لها

د. طارق كاظم جميل

مدرس القانون المدني

كلية القانون / جامعة ذي قار

## مقدمة

تعد المعلومات غير المفصح عنها طرازاً جديداً من المعلومات، له أهميته من الناحيتين النظرية ولعملية.

فتطور الدول يقاس بمدى ماتملكه هذه الدول من معارف ومعلومات لاتملكها الدول الاخرى. ففي نطاق التجارة والصناعة يقاس نجاح مشرع ما في حقل اختصاصه وتميزه عن المشروعات الاخرى بمدى مايمتلكه هذا المشروع من معارف ومعلومات سرية يجعله متميز غيره.

وتزداد اهمية دراسة المعلومات غير المفصح عنها اذا ما علمنا ان نظام براءات الاختراع امسى في افول في الآونة الأخيرة، فالحصول على براءة اختراع يقتضي من المخترع او من المشروع الحائز للاختراع الكشف عنه للمجتمع في مقابل الحصول على حق استثنائي لاستغلاله لفترة محددة يصبح بعدها من حق أي مشتغل بالفن الصناعي استخدام الاختراع واستغلاله، ولما كان نظام براءات الاختراع لايفضي على المخترع الا حماية مؤقتة، بحيث تندثر هيمنته على اختراعه بعد انقضاء مدة البراءة فلا غرو ان تسعى المشروعات، وبالذات في الدول الصناعية الكبرى الى الاحتفاظ بما لديها من اختراعات ومعارف فنية في طي الكتمان من اجل استغلالها لاطول فترة ممكن، وذلك خارج التنظيم القانوني لبراءات الاختراع، وبهذا الاسلوب تتمكن هذه المشروعات من ممارسة نوع الاستئثار الفعلي على ماتحوزه من عناصر ومعارف تكنولوجية طالما استطاعت الحفاظ على سريتها.

غير ان هذه الحماية الواقعية تبدو واهية اذا لم تعترف بها الانظمة القانونية فتضع القواعد الكفيلة بمنع الاعتداء على هذه المعلومة السرية او غير المفصح عنها، اذ لم يعد كتمان المعلومات كافيا لحمايتها بعد ظهور المخترعات الحديثة التي تنفذ الى المعلومات فتسجلها او تصورها بدون علم صاحبها.

وتتخذ الانظمة القانونية المقارنة موافقا متباينة فيما يتعلق بكيفية حماية هذه المعلومات، كما تختلف في مسمياتها.

فتستخدم الولايات المتحدة الامريكية مصطلح اسرار التجارة بينما تستخدم معظم الدول الاوربية مصطلح المعرفة الفنية وتستخدم كلا من بريطانيا و استراليا مصطلح المعلومات

السرية، اما اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة (الترس) ومعظم قوانين الدول العربية ومنها القانون العراقي فقد استخدمت مصطلح المعلومات غير المفصح عنها. وقد عالج المشرع العراقي نظام المعلومات غير المفصح عنها في قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ حيث عدّها صورة من صور الملكية الفكرية. ومن الغني عن البيان ان فهم نظام المعلومات غير المفصح عنها واستيعاب احكامه امر ضروري لصياغة نظام الحماية في القانون العراقي. ولما كانت هذه الصورة من صور الملكية الفكرية جديدة على القانون العراقي، فقد حاول الباحث ان يتعرف على احكامها عن طريق الاستعانة بما كتب عنها في القوانين المقارنة للتوصل الى تقرير الحماية المناسبة لها في ظل المبدئيء العامة او عن طريق تقرير حماية خاصة لها. وبعد الاستعانة بالله تمت معالجة الموضوع في مبحثين رئيسيين خصصنا الاول للتعرف على ماهية المعلومات غير المفصح عنها، اما الثاني فكان تحت عنوان حماية المعلومات غير المفصح عنها ومن الله التوفيق اولاً واخراً.

## المبحث الاول ماهية المعلومات غير المفصح عنها

ليبيان ماهية المعلومات غير المفصح عنها، سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، نعالج في المطلب الاول تعريف المعلومات غير المفصح عنها، ونخصص المطلب الثاني للشروط الواجب توفرها لكي تعتبر المعلومات غير مفصح عنها، اما المطلب الثالث فسنفرده لبيان صور المعلومات غير المفصح عنها.

### المطلب الاول تعريف المعلومات غير المفصح عنها

لم يعرف قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعلومات غير المفصح عنها رغم انه اشار اليها ونظم احكامها.

ويعد مصطلح "المعلومات غير المفصح عنها" من المصطلحات الحديثة في القانون العراقي، فلم يألف هذا القانون مصطلح "المعلومات غير المفصح عنها" الا في القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠.

وتختلف الدول في استخدام المصطلحات الدالة على المعلومات السرية غير المفصح عنها، فتستخدم الولايات المتحدة الامريكية مصطلح "اسرار التجارة *trade secret*"، بينما تستخدم اغلب الدول الاوربية مصطلح "المعرفة التقنية *know-how*"، وتستخدم انجلترا واستراليا مصطلح "المعلومات السرية *confidential information*"، وتستخدم اتفاقية الجوانب اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة (التريس) مصطلح "المعلومات غير المفصح عنها *undisclosed information*"<sup>١</sup>.

وقد عرفت مدونة الفعل الضار لسنة ١٩٣٩ (*Restatment of Tort*) التي اعدتها معهد القانون الامريكي *Thr American Law Institue* اسرار التجارة في القسم

---

١. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، هامش ( ) .

٧٥٧ بانها (أي وصف أو تصميم أو أسلوب أو مجموعة من المعلومات التي تستعمل في العمل فتعطي لصاحبها فرصة الحصول على ميزة في مواجهة منافسيه الذي يجهلونها أو لم يسبق لهم استعماله.

اما القانون الموحد لاسرار التجارة الامريكي لسنة ١٩٧٩ (*Uniform Trade Secrets Act 1979*)، فقد عرف سر التجارة بانه: معلومات تشمل كل وصف، تصميم، مجموع، برنامج، أسلوب، وسائل، فن صناعي، أو طريقة تكون:

١. لها قيمة اقتصادية في حد ذاتها، قائمة أو محتملة، نظرا لكونها غير معروفة

عموما للأشخاص الذين يستطيعون الاستفادة من كشف هذه المعلومات أو

استعمالها، ولا يكون في امكانهم الحصول عليها بسهولة بوسائل مشروعة.

٢. تبذل جهود معقولة بحسب الظروف للحفاظ على سريتها<sup>١</sup>.

ومن خلال مقارنة تعريف سر التجارة الذي جاءت به مدونة الفعل الضار بالتعريف

الذي جاء به القانون الموحد لاسرار التجارة يتبين لنا ما يأتي:

١. لم يشترط القانون الموحد لاسرار التجارة سبق استعمال السر التجاري في العمل

الخاص بصاحبه، على خلاف التعريف الذي ذكرته مدونة الفعل الضار. الامر

الذي يترتب عليه ان حماية الاسرار التجارية وفقا للقانون الموحد (UTSA)

لا تتوقف على الاستعمال، بل تشمل الحماية السر التجاري ولو لم يسبق

استعماله من قبل في مشروع صاحبه.

٢. لم يشترط القانون الموحد لاسرار التجارة (UTSA) لحماية الاسرار التجارية ان

تكون المعلومات السرية محل الحماية لها قيمة اقتصادية حالية، بل يكفي ان

يكون من المحتمل ان تصبح لها قيمة من الناحية الاقتصادية في المستقبل.

ويختلف الوضع عن ذلك في مدونة الفعل الضار لسنة ١٩٣٩ التي تشترط

لحماية الاسرار التجارية ان تعطي لصاحبها فرصة في الحصول على ميزة أو

---

. حسام الدين الصغير، المصدر السابق، ص .

افضلية بالمقارنة لمنافسية الذين لايعرفون شيئاً عن تلك الاسرار، وان يقترن ذلك باستعمال الاسرار التجارية بمعرفة صاحبها في اعماله او مشروعاته.

٣. لم يقتصر القانون الموحد لاسرار التجارة الحماية على طائفة معينة من المعلومات، وانما وسع في نطاق الحماية، اذ اضاف الى القائمة الواردة بالتعريف الذي ذكرته مدونة الفعل الضار البرامج، والوسائل، والتقنيات الفنية، والطرق، وادخالها في عداد المعلومات المشمولة بالحماية.

اما مدونة المنافسة غير المشروعة (الاصدار الثالث ١٩٩٥) *The Restatement (1995) of Unfair Competition (third)* التي اعدتها معهد قانون اسرار التجارة *Institute of the Law of trade secrets* فقد اخذت في تعريفها لاسرار التجارة بالاتجاه الموسع، اذ عرف القسم (٣٩) من المدونة سر التجارة بانه: "أي معلومات يمكن استخدامها في مزاوله العمل او في مشروع اخر وتكون لها قيمة محل اعتبار وسرية بحيث تعطي ميزة اقتصادية حالية او محتملة لصاحبها في مواجهة غيره".<sup>١</sup>

مما تقدم يتبين لنا ان مصطلح اسرار التجارة *trade secret* لايشمل فقط المعلومات الفنية او التقنية التي يحوزها المشرع، بل يشمل ايضا أي معلومات يكون لها قيمة اقتصادية، ومن ثم يمتد مفهوم اسرار التجارة او المعلومات غير المفصح عنها ليشمل المعلومات المتعلقة بالجوانب التجارية والمالية والادارية، مثل: قوائم العملاء، طرق الادارة المبتكرة، والخطط التسويقية، والدراسات المالية والاقتصادية.

وإذا كان لا بد من ان نضع تعريفا للمعلومات غير المفصح عنها في ظل القانون العراقي فاننا نقول ان على القضاء عندنا ان يفهم المعلومات غير المفصح عنها بانها عبارة عن "مجموعة المعلومات التجارية والمالية والادارية والفنية التي يحوزها مشرع ما او يستخدمها في مزاوله عمله والتي لها قيمة اقتصادية لسريتها وفاعليتها الحالية او المحتملة ويصعب الحصول عليها من قبل الغير بطريقة مشروعة لما يبذله اصحابها من جهود معقولة بحسب الظروف للحفاظ على سريته".

ان مصطلح المعلومات غير المفصح عنها اوسع نطاقا من مصطلح المعرفة الفنية، وهو في نفس الوقت يختلف عن براءة الاختراع، حيث ان مصطلح المعرفة الفنية *know-how* يقتصر مدلوله . في الغالب . على المعارف التقنية ولايمتد الى المعارف التجارية والمالية والادارية<sup>1</sup>.

اما عن اختلاف المعلومات غير المفصح عنها عن براءة الاختراع، فان الاخيرة لا تمنح الا اذا توفرت في محل البراءة جملة من الشروط اهمها الجدة والابتكار ويجب تسجيل الاختراع لكي تمنح لصاحبه براءة، فاذا منحت لصاحبه براءة اختراع، اصبح الاختراع مباحا للكافة، فاذا تم الاعتداء على حق صاحب البراءة فان حمايته تتم عن طريق نظام البراءة، اما المعلومات غير المفصح عنها فلا يشترط فيها الجدة والابتكار كما ان جوهر الفكرة التي تقوم عليها الحماية تكمن في كون هذه المعلومات سرية وغير معروفة، فالحماية ترتبط بسرية المعلومات بينما الحماية في براءة الاختراع ترتبط بالتسجيل، وشتان ما بين السرية والتسجيل او العلنية في الحماية وفي ما يترتب على الحماية من آثار.

### المطلب الثاني

## الشروط الواجب توفرها في المعلومات غير المفصح عنها

يشترط في المعلومات لكي تكون تكون جديدة بالحماية بحيث ينطبق عليها وصف المعلومات غير المفصح عنها الذي جاء به المشرع العراقي في القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ لابد ان تكون هذه المعلومات: اولاً: سرية. ثانياً: ذات قيمة اقتصادية. ثالثاً: محافظ عليها من قبل حائزها. ونرى كل شرط من هذه الشروط في فرع خاص.

### الفرع الاول

: تعريف الاستاذ *Bertin* للمعرفة الفنية، وهو يشترط لوجود المعرفة الفنية ان تتعلق . مشار اليه عند د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتعبئة الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، ، وفي نفس الاتجاه في الفقه العراقي، د. عصمت عبد المجيد بكر؛ د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بغداد،

## ان تكون المعلومات سرية

ان السرية هي الجوهر الذي تدور حوله فكرة حماية المعلومات غير المفصح عنها، لذلك تعتبر السرية من اهم خصائص المعلومات التي تنصب عليها الحماية المقررة قانونا، فالمعلومات غير السرية تقبل التداول لانها مباحة ومن ثم تكون بمنأى عن أي حيازة وبالتالي عن اية حماية، فالمعلومات المعروفة لطائفة تضم عددا كبيرا من الاشخاص المتخصصين في مجال نشاط تجاري او صناعي معين كصناعة السيارات لاتدخل في عداد المعلومات غير المفصح عنها التي يحميها القانون<sup>١</sup>.

وتكتسب المعلومات وصفها ام بالنظر الى طبيعتها (كاكتشاف شيء كان مجهولا من قبل) او بالنظر الى ارادة (كاكتشاف مجال حديث للارادة بواسطة رئيس شركة ما والاحتفاظ بسريته) او بالنظر الى الامريم معا (كما هو الحال بالنسبة للرقم السري للبطاقة الائتمانية)<sup>٢</sup>.

ولا يؤثر على توفر شرط السرية في المعلومات ان يعلم بها عدد قليل من الاشخاص مثل بعض الخبراء في المشروع، او المستشارين، او المحامين المؤتمنين عليها. كما لا يشترط في المعلومات حتى تكون سرية ان تكون معروفة من مشروع واحد، فلا يؤثر في سرية المعلومات اذا كان عدد من المشروعات المنافسة يعلم بها طالما ان المعلومات غير معروفة على نطاق واسع في مجال التخصص المتصل بالنشاط، فمن المتصور ان يتوصل اكثر من مشروع الى ذات المعلومات في وقت واحد من خلال البحث والتطوير، ومع تبقى السرية قائمة طالما بقيت المعلومات غير متاحة الى باقي المشروعات العاملة في مجال فرع التخصص المتصل بالنشاط<sup>٣</sup>.

---

انظر في شرط السرية: ( )  
عدل لقانون براءة الاختراع والنماذج والنماذج الصناعية العراقي رقم ( )  
( ) من قانون حماية حقوق الملكية المصري رقم ( )  
العلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة العماني رقم ( )

. : احمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي،  
. : حسام محمد عيسى، مصدر سابق، ص .

على ان هذا لاينفي كما يتبادر الى الذهن ضرورة توافر درجة كافية من السرية بالقدر الذي يحقق لحائز المعلومات ميزة اقتصادية في مواجهة منافسيه، وتعتبر درجة السرية كافية اذا كان من الصعب على الغير الحصول على المعلومات السرية واستغلالها دون ان يسلك مسلكا معيبا<sup>١</sup>.

ويشترط جانب من الفقه توفر شرط "الجدة" في المعلومات لحمايتها. والمقصود بالجدة هنا هي الجدة "النسبية" وليست الجدة "المطلقة" لان المعلومات قد تكون معروفة لعدد قليل من الاشخاص وتبقى مع ذلك محتفظة بطابع السرية. على انه ينبغي ملاحظة الجدة هنا تختلف عن "الجدة" التي يلزم توفرها في الاختراع كشرط لازم للحصول على البراءة<sup>٢</sup>، فالجدة في الاسرار التجارية لاتعني سوى ان تكون المعلومات غير معروفة، من ثم فهي لاتختلف عن السرية الا في مسمائها<sup>٣</sup>.

وقد حدد القسم (٧٥٧) من مدونة الفعل الضار الامريكية لسنة ١٩٣٩ العوامل التي يجب ان تؤخذ في نظر الاعتبار لمعرفة مدى توفر شرط السرية في المعلومات المراد حمايتها وهي:

١. مدى معرفة المعلومات خارج المنشأة.
٢. مدى دراية العاملين بالمنشأة بالمعلومات وعددهم.
٣. الاجراءات او التدابير التي يتخذها صاحب المعلومات للمحافظة على سريتها.
٤. القيمة الاقتصادية للمعلومات بالنسبة للحائز والمشروعات المنافسة له.

---

:  
*Ann.S.Jenning and Suzanne E.Tomkies, An Overlooked Site of Trade secret and Other Intetellectual Property Leaks: Academia, Texas Intellectual Property Law Journal, vol. 8 (2).*

<http://www.utexas.edu/law/journals/tiplj/volume/vo.18ss2/Jennings.html>

. حسام محمد عيسى، مصدر سابق، ص . حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص

:  
*Albert Chavanne & Jean-Jacques Burst, droit dela propriété industrielle, troisième sdition, 1990, précis Dalloz, No.592 P.362.*

٥. مقدار المبالغ التي انفقها حائز المعلومات او الجهود التي يبذلها في سبيل التوصل اليها.

٦. مدى سهولة او صعوبة ان يتوصل الغير لذات المعلومات او يحصل عليها بوسائل مشروعة.

فاذا كانت المعلومات معروفة على نطاق واسع خارج المنشأة او المشروع، او كان عدد كبير من العاملين حتى من غير المتخصصين على معرفة بالمعلومات، او لم يتخذ صاحب المعلومات الاجراءات او التدابير الكفيلة للمحافظة على سرية المعلومات، او كانت من السهل على الغير الحصول على المعلومات بوسائل مشروعة. فان المعلومات تعتبر في هذه الحالة غير سرية وبالتالي اذا فقدت المعلومات شرط السرية اصبحت من المباحات غير الصالحة للحماية عن طريق نظام المعلومات غير المفصح عنها. ومن نافلة القول ان شرط السرية الواجب توفره في المعلومات لايعني بالضرورة ان تكون مكونات المعلومات وعناصرها سرية، اذ يجوز ان تكون المكونات والعناصر غير سرية ومع ذلك تعتبر المعلومات في مجموعها من قبيل المعلومات غير المفصح عنها. فقد تكون مكونات المعلومات وعناصرها معروفة للعامة غير ان تجميعها وترتيبها يحتاج الى بذل مجهودات شاقة، او انفاق مبالغ مالية كبيرة، ففي هذه الحالة تنصب الحماية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها على مجموع المعلومات وليس على مكوناتها او عناصرها. مثل ذلك قوائم العملاء والموردين، اذ تعتبر تلك القوائم معلومات غير مفصح عنها (اسرار تجارية) اذا توفرت فيها الشروط القانونية للحماية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

### ان تكون للمعلومات قيمة اقتصادية

يشترط في المعلومات لكي تكون محلا للحماية ان تكون لها قيمة اقتصادية، ونجد هذا الشرط صريحا في القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع

<sup>1</sup> *Francois Dessmontet, Protection of Trade Secrets and Confidential Information in Intellectual Property and International Trade; The TRIPS Agreement, LaHay, 1998, No.28.*

والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ حيث نصت المادة (٣٠/ب) على انه (لها قيمة اقتصادية لانها اسرار)<sup>١</sup>.

وقد ربط المشرع العراقي تجارية المعلومات بكونها سرية، فقيمة المعلومات تزداد كلما كانت سرية، وتتنخفض كلما زاد عدد من يعرفونها، كما ترتبط القيمة الاقتصادية للمعلومات بمدى صعوبة او سهولة حصول الغير عليها بوسائله الخاصة. ولايلزم تقدير قيمة المعلومات بدقة للتحقق من توفر هذا الشرط، اذ يكفي ان تكون المعلومات غير المفصح عنها نافعة او مفيدة في مجال نشاط المشروع، لان فائدة المعلومات او مقدار نفعها هي التي تجعل لها قيمة اقتصادية في مجال النشاط. ويعتبر الشرط متحققا اذا كانت المعلومات السرية تعطي لصاحبها ميزة نسبية في نشاطه في مواجهة منافسيه الذين يجهلونهم.

وقد نص القانون الموحد لاسرار التجارة الامريكي على هذا الشرط صراحة في تعريفه لسر التجارة حيث بين ان من عناصر المعلومات التي ينطبق عليها وصف السر التجاري ان تكون لها قيمة اقتصادية في ذاتها، قائمة او محتملة.

كما نجد هذا الشرط واضحا في القسم (٧٥٧) من مدونة الفعل الضار لسنة ١٩٣٩ الذي عرف السر التجاري حيث جاء فيه (... فتعطي لصاحبها فرصة الحصول على ميزة في مواجهة منافسيه الذين يجهلونهم او لم يسبق لهم استعمالها).

وقد طبقت هذا الشرط صراحة الدائرة الثانية لمحكمة الاستئناف الفيدرالية في الولايات المتحدة الامريكية في قضية *(Pate v. National fund Raising Consultants, Inc.)* وملخص هذه القضية، ان نزاعاً ثار في مناسبة تنفيذ عقد فرنشايز وهو العقد الذي يركز على الترخيص باستغلال الاسم والعلامة التجارية، حيث يلتزم المرخص بموجبه بتزويد المرخص له بالمعارف والخبرة الفنية اللازمة للانتاج والتوزيع.

---

( ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ( )  
( ) من قانون العلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة  
( )

وقد قدمت الشركة المرخصة وهي شركة (NFRC) الى المرخص له اسرار تجارية. وبعد ان استعرضت محكمة الاستئناف العناصر التي يجب ان تتوفر في سر التجارة *trade secret* وفقاً للقسم (٧٥٩) من مدونة الفعل الضار لسنة ١٩٣٩ (Restatement of Torts 1939)، استخلصت من الوقائع ان الشركة المرخصة بذلت جهداً وانفقت مالياً في تجميع المعارف التي قدمتها الى المرخص له، وقد استفاد المرخص له من تلك المعارف مما ادى الى زيادة دخله خلال فترة زمنية قصيرة. كما استخلصت المحكمة من شهادة الشهود ان المعلومات وبرامج التدريب التي قدمتها الشركة المرخصة متميزة ومن الصعب الحصول عليها من مصادر اخرى. وبناء على ماتقدم ايدت محكمة الاستئناف قرار المحلفين الذي انتهى الى وقوع الاعتداء على الاسرار التجارية بالشركة المرخصة<sup>١</sup>.

### الفرع الثالث

#### ان يتخذ حائز المعلومات تدابير جدية للمحافظة على سريتها

نصت على هذا الشرط الفقرة (ج) من المادة (٣٠) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ التي جاء فيها: (خاضعة لمراحل رصينة حسب اوضاع الشخص الذي يحوز المعلومات بصورة قانونية لحفظها سرا)<sup>٢</sup>.

---

مشار اليه : . حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص - .  
( ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ( )  
( ) من قانون العلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة  
( )

وتتنوع الاجراءات والتدابير المتخذة من قبل الحائز للمعلومات من اجل حمايتها، فهي تختلف باختلاف طبيعة المعلومات وقيمتها ونوع النشاط الذي تستخدم فيه، ودرجة المخاطرة التي ينطوي عليها كشف المعلومات. فالاجراءات او التدابير البسيطة التي يتخذها مشروع صغير للحفاظ على اسراره التجارية مثل مجرد وضع المعلومات في حجرة او مكان مغلق، قد تعد كافية بينما تحتاج المشروعات الكبيرة الى اتخاذ اجراءات امنية اكثر تعقيدا للمحافظة على اسرارها التجارية. ومن امثلة الاجراءات او التدابير التي يمكن اتخاذها: حظر دخول اماكن معينة في المشروع الا لعدد محدود من الاشخاص الذين يشغلون مستويات الادارة العليا، واستخدام رموز او كلمات سرية لفتح الابواب المغلقة الخاصة باماكن تخزين المعلومات، وتعيين حراسة دائمة على اماكن وجود المعلومات، ومراقبتها عن طريق الكاميرات الخفية، والاحتفاظ بالمعلومات بعد تشفيرها باستخدام شفرة معقدة، واستخدام اجهزة الانذار للتنبيه بمحاولات اختراق انظمة الحماية، ووضع اخطارات في اماكن العمل تلفت انتباه العاملين وتذكركم بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

ويلاحظ ان للقضاء سلطة تقديرية في بيان مدى الجهد المبذول من قبل حائز المعلومات في المحافظة على سريتها مستعينا في ذلك بمعيار الرجل المعتاد، فاذا تبين لمحكمة الموضوع ان حائز المعلومات الذي يدعي ان الغير حصل على المعلومات العائدة له بدون موافقته، لم يبذل الجهود الكافية للمحافظة على سريتها، فان المحكمة ترد دعواه لفقدان المعلومات احد الشروط الواجب توفرا لكي تكون محلا صالحا للحماية من قبل القانون.

وقد طبق القضاء الامريكي هذا المبدأ في قضية (*Glaxo Inc.v. novopharm.ltd*) وتتخلص وقائع القضية التي رفعتها شركة (*Glaxo*) ضد شركة (*Novopharm*)، كما جاء في عريضة الدعوى، في ان الشركة الاولى (المدعية) ادعت قيام الشركة الثانية (المدعى عليها) بتقليد احد اختراعاتها الدوائية المحمية عن طريق البراءة فضلا عن

قيامها بسرقة اسرارها التجارية المتعلقة بخطوات وطريقة تحضير الدواء (Zantac) ومشتقاته.

والذي يتعلق بموضوعنا هو الشق الخاص بادعاء شركة (Glaxo) ان شركة (Novopharm)، سرقت الاسرار المتعلقة بالعناصر والمكونات والخطوات الفنية التي تمر بها عملية تحضير الدواء واستخدامها في انتاجه. وقد قضت المحكمة برفض هذا الادعاء استناداً الى ان شركة (Claxo) لم تقم باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالعناصر الداخلة في تركيب الدواء وخطوات تحضيره، وذلك لانها قامت بتقديم الوثائق والمستندات التي تتضمن تلك المعلومات الى المحكمة في دعوى سابقة (وهي تتكون من ١٣٥ مستنداً) بدون ان تتخذ أي اجراءات تكفل سريتها، فاتاحت لشركات انتاج الادوية الاخرى فرصة الاطلاع على هذه الوثائق والحصول على صور منها وبالتالي فقدت المعلومات طابع السرية. وكان يمكن للشركة ان تقدم الوثائق التي تحتوي على معلومات سرية في مظاريف مغلقة ومختومة وتطلب من المحكمة اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على سريتها ولكنها لم تفعل. وقررت المحكمة ان قيام الشركة المدعى عليها باستغلال هذه المعلومات التي اتيحت للكافة بعد قيام الشركة المدعية بافشاء سريتها لا يعد سرقة للمعلومات، وان عدم اتخاذ الشركة المدعية للاجراءات اللازمة للمحافظة على سرية المعلومات يسقط حقها في الحماية لانها لم تعد اسراراً تجارية<sup>١</sup>.

### المطلب الثالث

#### صور المعلومات غير المفصح عنها

عالجت المادتان (٣٠) و (٣١) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٨١) لسنة

<sup>1</sup> *Glaxo Inc.v. Novopharm Ltd, 1996 U.S. Dist (Eastern Distict of North Carolina, July 5, 1996).*

٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ الحماية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها وهذه المعلومات هي على نوعين:  
**الاولى:** المعلومات السرية التي تخص الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين وتقع تحت سيطرتهم القانونية.  
**الثانية:** بيانات الاختبارات والمعلومات السرية الاخرى التي يلزم تقديمها الى الجهات المختصة للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية تحتوي على مواد جديدة.  
ونرى كل صورة من هاتين الصورتين من صور المعلومات في فرع خاص.

### الفرع الاول المعلومات السرية التي تخص الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين وتقع تحت سيطرتهم بصورة قانونية

وهذه الصورة هي القاعدة العامة في المعلومات غير المفصح عنها، فقد سبق منا القول ان اية معلومات سرية يحوزها شخص ما طبيعي كان هذا الشخص او معنوي ولها قيمة تجارية وبيدل جهود جديده من اجل المحافظة على سريتها ينطبق عليها وصف القانون لها بانها معلومات غير مفصح عنها تستحق الحماية من قبل المشرع.  
ومثال هذه المعلومات، الاسرار الصناعية *Industrial Secrets* وهي المعلومات التي يحتفظ بها المشرع بصفة سرية والتي تستخدم في الصناعة، مثل طرائق الانتاج *Production Methods* والمركبات الكيميائية *Chemical Formula* والنماذج والانماط *Blueprints or Prototypes*.  
والاسرار التجارية *Industrial Secrets* مثل اساليب البيع *Sales Methods* وطرق التوزيع *Distribution Methods* واشكال العقود *Contract Forms* وخطط العمل *Business Schedules* وقوائم اتفاقات الاسعار *Details of Price Agreements*

وسياسات الاعلان *Adertising Strategies* وقوائم الموردين او العملاء *List of Suppliers or Clients*.

ان الاسرار الصناعية والتجارية والمعرفية الفنية واية معلومات سرية اخرى، يجب ان تتوفر فيها الشروط الثلاثة التي سبق لنا بحثها، وهي ان تكون هذه المعلومات سرية ولها قيمة اقتصادية او تجارية . على حد تعبير المشرع العراقي . وخاضعة لمراحل رصينة حسب اوضاع الشخص الذي يحوز المعلومات بصورة قانونية لحفظها سرا. فاذا تخلف احد هذه الشروط فقدت المعلومة وصف المعلومات غير المفصح عنها واصبحت من المباحات التي لا يحميها القانون من اعتداء الغير.

### الفرع الثاني

**بيانات الاختبارات والمعلومات السرية الاخرى التي يلزم تقديمها الى الجهات الحكومية للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية تحتوي على مواد كيميائية جديدة**

الغالب في معظم دول العالم، ان الحكومة لاتسمح بمنح ترخيص الى جهة ما لتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية جديدة قبل ان تطلع على مكونات هذه المنتجات وبيانات الاختبارات والمعلومات السرية المتعلقة بانتاجها حماية لارواح المستهلكين. ولكن وكما هو معروف فان التوصل الى منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية كالمنتجات الزراعية يحتاج الى وقت وجهد كبيرين بالاضافة الى المبالغ الطائلة التي تنفق في سبيل ذلك. مما قد يعرض هذه المعلومات عند تقديمها الى الحكومة او الجهة المختصة للحصول على ترخيص بتسويقها الى السرقة او استغلالها من قبل الغير. لذلك كان لزاما على الجهات الحكومية المحافظة على سرية هذه المعلومات. لذلك نص المشرع العراقي في المادة (٣١) من القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ على انه: (اذا طلب الوزير تقديم معلومات تتعلق باختبارات سرية او أي بيانات متحصلة نتيجة للجهود الكبيرة للموافقة

على تسويق منتجات حقلية او كيميائية جديدة، فان الوزير يلتزم بما يلي: أ) حماية هذه المعلومات من الاستعمال التجاري الغير سري من خلال منع أي شخص اخر، غير حاصل على موافقة مقدم الطلب، من الركون اليها في تسويق المنتجات الصيدلانية لذلك الشخص الا بعد مرور خمس سنوات اعتبارا من تاريخ حصول مقدم هذه المعلومات على الموافقة لتسويق هذه المنتجات<sup>1</sup>

من هذا النص يتضح لنا ان المشرع العراقي وفر الحماية اللازمة لبيانات الاختبارات والمعلومات السرية التي يلزم تقديمها الى الجهة المختصة (الوزير المختص) للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية.

واشترط المشرع العراقي لتوفر هذه الحماية نوعان من الشروط:

**الاولى:** هي الشروط العامة المنصوص عليها في المادة (٣٠) من القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤، وهي السرية، وان تكون المعلومات ذات قيمة تجارية نظرا لكونها سرية، وان يكون حائزها قد اتخذ اجراءات معقولة بغية الحفاظ على سريتها.

**والثانية:** هي الشروط الخاصة المنصوص عليها في المادة (٣١) وهي: ان يكون تقديم هذه المعلومات والبيانات للجهة الحكومية لازماً للحصول هلى ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية، وان يدخل في مكونات هذه المنتجات التي يراد الترخيص بتسويقها مواد كيميائية جديدة، وان تكون هناك جهود كبيرة بذلت من اجل التوصل الى هذه البيانات.

ولما كنا عرضنا فيما سبق للشروط العامة التي يجب توفرها في المعلومات غير المفصح عنها لكي تتمتع بالحماية فاننا لن نعرض لها هنا، ونقصر بحثنا في الشروط الخاصة منعا للتكرار وهي:

**اولاً:** ان يكون تقديم المعلومات والبيانات الى الجهة المختصة لازماً للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية:

---

( ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ( )  
( ) لعلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المناقسة غير المشروعة  
( )

وهذا الشرط يعني ان المعلومات والبيانات التي تشملها الحماية وفق احكام القانون رقم (٠٨١) لسنة ٢٠٠٤ تقتصر على المعلومات غير المفصح عنها التي يطلب الوزير المختص تقديمها لاجل الموافقة على منح ترخيص بالتسويق. فاذا تم تقديم المعلومات او البيانات الى الوزير المختص بصورة اختيارية بحيث لم تكن لازمة لاجل الحصول على ترخيص بالتسويق كانت غير مشمولة بالحماية.

ويلاحظ ان شركات صناعة المنتجات الصيدلانية أي شركات صناعة الادوية لا تُقدم على طرح أي دواء جديد في الاسواق قبل ان تجر عليه مجموعة من التجارب والاختبارات للتأكد من صلاحيته لعلاج مرض او امراض معينة مما يصيب الانسان وللتأكد من خلوه من الاعراض الجانبية، وهي في سبيل القيام بهذه التجارب والاختبارات تتفق مبالغ طالية طائلة بالإضافة الى ماتستغرقه هذه التجارب والاختبارات من وقت طويل قد يمتد الى عدة سنوات قبل طرح المنتج الدوائي الى الاسواق.

فاذا اسفرت تلك التجارب عن نتائج ايجابية على عينة محدودة من المرضى *Clinical Trial*، وكلما كانت النتائج ايجابية ومرضية يتم التوسع في عدد المرضى الذين تجري التجارب عليهم. وفي معظم دول العالم يشترط للحصول على ترخيص بتسويق الادوية ان يقدم طالب الترخيص بالتسويق الى الجهة الحكومية المختصة كافة البيانات المتعلقة بنتائج تلك التجارب والاختبارات التي اجريت على الدواء للتأكد من الامان *Safety* والفاعلية *Efficacy*<sup>١</sup>.

ففي الولايات المتحدة الامريكية يشترط قانون الغذاء والدواء ومستحضرات التجميل الفدرالي *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* لسنة ١٩٦٢ وتعديلاته للحصول على ترخيص بتسويق الدواء في الولايات المتحدة الامريكية تقديم نتائج الاختبارات التي اجرتها الشركة طالبة الترخيص على الدواء الى ادارة الاغذية والادوية الامريكية *food and Drug Administration (FDA)* للتأكد من الامان *Safety* لاغير.

---

: . حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص . - .

ولكن في اعقاب الازمة التي سببها الدواء (*Thalidomide*) حيث ترتب على استخدامه بمعرفة النساء اثناء حملهن تشوهات خلقية في المواليد، عدل قانون الغذاء والدواء ومستحضرات التجميل الفيدرالي لسنة ١٩٦٢ ووجب هذا التعديل اختبار فاعلية الدواء *Efficacy* بالاضافة الى الامان *Safety*.

ومن نافلة القول ان (الفقرة الثالثة) من المادة (٣٩) من اتفاقية (الترس) خصت تلك البيانات والمعلومات التي تقدم الى الجهات الحكومية للحصول على ترخيص بتسويق الادوية والمنتجات الكيميائية الزراعية بالحماية دون غيرها من البيانات والمعلومات الاخرى<sup>١</sup>.

ونحن ندعو المشرع العراقي الى تبني موقف القانون الامريكي لسنة ١٩٦٢ بعد تعديله للتأكد من فاعلية وامن الدواء الجديد المقدم الى الجهات الحكومية للحصول على ترخيص بتسويقه حفاظاً على صحة وارواح المرضى من ان تكون محلا لتجارب شركات الدواء التي تهدف الى تحقيق الارباح الطائلة على حساب شروط الصحة والسلامة في اغلب الاحيان.

**ثانياً: ان تحتوي المنتجات الحقلية الصيدلانية او الكيميائية المطلوب الترخيص بتسويقها على كيانات كيميائية جديدة:**

يشترط القانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ ان تكون المنتجات الحقلية الصيدلانية او الكيميائية التي يراد الحصول على ترخيص بتسويقها من الوزير المختص تحتوي على مواد كيميائية جديدة<sup>٢</sup>.

وشرط (الجدة) الذي اوجبه المشرع العراقي في المنتجات الصيدلانية او الكيميائية مقتبس من نص (الفقرة الثالثة) من المادة (٣٩) من اتفاقية (الترس) التي تشترط بدورها

---

١. حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص .

٢. ( ) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ( ) ( ) من قانون العلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة ( ) .

في البيانات والمعلومات التي تقدم الى الجهات الحكومية من اجل الحصول على ترخيص بتسويقها ان تحتوي على كيانات كيميائية جديدة. ولكن المشرع العراقي . وكذلك اتفاقية التريس . لم يوضح المقصود من "الجدة" في الكيانات الكيميائية او المنتجات الحقلية الصيدلانية او الكيميائية على حد تعبير المشرع العراقي.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان "الجدة" في الكيانات الكيميائية يمكن ان تحمل على معنيين متعارضين يحقق كل معنى منهما مصالح اطراف مختلفة. فيمكن تفسير معنى "الجدة" التي يشترط نص المادة (٣/٣٩) من اتفاقية (التريس) توفرها في الكيانات الكيميائية بنفس معنى "الجدة" التي يجب ان تتوفر في الاختراع للحصول على البراءة. وهي الجدة المطلقة التي تعني ان تكون المنتجات الحقلية الصيدلانية او الكيميائية التي يراد الحصول على ترخيص بتسويقها تحتوي على كيانات كيميائية لم يسبق استعمالها او طرحها من قبل في سوق أي دولة في العالم.

وليس ثمة شك في ان تفسير "الجدة" على النحو المتقدم يتفق مع مصالح الدول النامية ومنها العراق، ولكنه في ذات الوقت يتعارض مع مصالح شركات الصناعات الدوائية الكبرى لانه يضيق نطاق البيانات والمعلومات التي تنصب عليها الحماية. ولذلك تعارض الدول الصناعية الكبرى ممثلة بشركاتها الصناعية العملاقة المحنكرة لانتاج الادوية المبتكرة هذا التفسير دفاعا عن مصالحها، وترى ان الكيانات الجديدة هي تلك الكيانات التي لم يسبق احالتها الى الجهة الحكومية المختصة بالترخيص لتسويقها، ومن ثم فان البيانات او المعلومات التي تقدم الى الجهة الحكومية المختصة من اجل الحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية يجب حمايتها اذا كانت تلك المنتجات تحتوي على كيانات كيميائية (مواد كيميائية) غير معروفة لدى الجهة الحكومية المختصة اذا كانت تلك المنتجات غير معروفة لدى الجهة الحكومية المختصة (الوزير المختص) باستخراج الترخيص بالتسويق لانها لم تقدم اليها من قبل.

خلاصة القول ان تفسير "الجدة" بمعنى الجدة المطلقة هو مايتفق مع مصالح العراق باعتباره من البلدان النامية . كما سبق لنا القول . لذلك يجب على القضاء العراقي الا يوفر الحماية القانونية للمعلومات والبيانات التي تقدم للجهات الحكومية المختصة (الوزير المختص) للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية اذا كانت هذه المنتجات الدوائية يراد الترخيص بتسويقها تحتوي على كيانات كيميائية (مواد كيميائية) سبق استعمالها او طرحها من قبل سوق أي دولة في العالم خاصة اذا عرفنا ان التفسير اللفظي لعبارة النص يرجح الاخذ بهذا المعنى.

**ثالثاً: ان تكون هناك جهود كبيرة بذلت في سبيل التوصل الى البيانات او المعلومات:**  
اشترط المشرع العراقي لتوفير الحماية للمعلومات والبيانات التي تقدم للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية بالاضافة الى شرطي الالتزام والجدة، شرط ثالث مفاده ان تكون تلك البيانات والمعلومات وليدة جهود كبيرة او معتبرة *Considerable Effort* بذلت من اجل التوصل اليها<sup>1</sup>.

وليس ثمة شك في ان الاختبارات والتجارب المختلفة التي يجريها الاطباء والباحثون في مختبرات شركات تصنيع الادوية من اجل التوصل الى دواء جديد تستنزف كثيرا من الوقت والمال وبالتالي يجب ان تكون جديرة بالحماية اذا قدمت الى الجهة الحكومية المختصة (الوزير المختص) من اجل الحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية، فهي عادة تجرى على الحيوانات ثم على عدد قليل من المرضى *Test to Clinical Tests to Selected Patients* ثم على عدد كبير من المرضى *Test to a Larger Number of Patients* من اجل التأكد من توفر الامان *Safety* والفاعلية *Efficacy* في الدواء.

## المبحث الثاني

( ) : ( )  
مائة حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ( )  
العلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة العماني رقم ( )

## الحماية القانونية للمعلومات غير المفصح عنها

المعلومات غير المفصح عنها تشتمل على اسرار تجارية وصناعية تصلح محلا للتعاقد، وتكتسب قيمتها القانونية من احتفاظ صاحبها بها سرا لاستخدامه الخاص او لنقلها للغير مع الزامه بالمحافظة على سريتها.

والحقيقة ان هذا الطراز من الملكية الفكرية يحظى باهتمام كبير في الفقه الغربي، وظهرت في سبيل حمايته وسائل عديدة، كتطبيق احكام النظرية العامة في العقود او تطبيق احكام دعوى المنافسة غير المشروعة او دعوى الاثراء بلا سبب. وكل وسيلة هي محل تحليل وتقويم.

وسنحاول بدورنا لتحقيق حماية معاصرة لهذه المعلومات ان ندرس مختلف الوسائل لبيان مدى امكانية توفير حماية كافية لها وسنحصر هذه الوسائل في اطارين، عقدي وغير عقدي وذلك في مطلبين نخصص الاول للحماية في اطار عقدي، والثاني للحماية في اطار غير عقدي.

### المطلب الاول

### الحماية في اطار عقدي

ان حماية المعلومات غير المفصح عنها يمكن ان تتحقق في مختلف الانظمة القانونية المعاصرة عن طريق العقد، اذ يمكن اللجوء الى القواعد العقدية لتحقيق الحماية فضلا عن ان بإمكان المتعاقدين ان يدرجا من الشروط ما يمنع افشاء المعلومات غير المفصح عنها.

ونحن في هذا المطلب نعالج حماية المعلومات غير المفصح عنها في الاطار العقدي الى فرعين، نعالج في الفرع الاول ماهية هذه الحماية، ونخصص الثاني لنطاق الحماية.

### الفرع الاول

### ماهية الحماية العقدية

ان المعلومات غير المفصح عنها اما ان تكون محلا لعقد معين كعقد المعرفة التقنية او عقد الترخيص الصناعي، وبالتالي يستطيع المتعاقدان ان يطلعا على المعلومات

ويستعملها، وقد لا تكون محلاً للعقد ولكن يستطيع المتعاقد بحكم مركزه ان يطلع عليها كما في عقود العمل والشركة وعقود التوزيع والتسويق.

وحماية المعلومات غير المفصح عنها في اطار العقد تتمثل بفرض التزام على المتعاقد بالمحافظة على سرية هذه المعلومات ومنع الغير من الوصول اليها، فاذا اخل بهذا الالتزام نهضت مسؤوليته العقدية.

ولكن ما اساس التزام المتعاقد بالمحافظة على سرية المعلومات غير المفصح عنها ؟ ان اطراف العقد احرارا في ان يضمنوا عقودهم مايشاءون من شروط مادانت هذه الشروط لاتتناقض مع العقد بل تؤكد مقتضاه او تلائمه او تكون من الشروط التي جرى بها العرف او العادة. فاذا اشتمل العقد على شرط بعدم افشاء المعلومات غير المفصح عنها، صار ذلك ملزماً لمن تعهد به لان مثل هذا الشرط يلاءم مقتضى العقد بالاضافة الى انه من الشروط التي جرى العرف على ادراجه في عقود تداول المعلومات غير المفصح عنها على المستويين الداخلي والدولي، وهذا هو الاتجاه الفرنسي، وهو اتجاه ينسجم مع الاحكام العامة لعموم القوانين العربية<sup>١</sup> وعلى رأسها القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (١/١٣١) التي عالجت نظرية الشروط المقترنة بالعقد على انه: (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف او العادة)<sup>٢</sup>.

ولا يشترط في الالتزام بالسرية ان يتضمن العقد شرطاً صريحاً يفرض التزاماً بعدم افشاء المعلومات غير المفصح عنها، اذ يجوز ان يستخلص من الظروف ان الارادة الضمنية

---

( ) من القانون المدني الاردني على انه: ( - يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او جرى به العرف او العادة)؛ وانظر في نقد هذا النص واعتباره تطبيقاً للقواعد . ابراهيم الدسوقي او الليل، مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية، بحث منشور في

مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س

القانون المدني الاردني، مطبوعات الجامعة الاردنية،

انظر في نظرية الشروط المقترنة بالعقد: . حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد،

لطرفي العقد قد اتجهت الى انشاء هذا الالتزام رغم عدم وجود نص صريح يقضي بذلك، كما يجوز ان يستمد الالتزام بالسرية من اتفاق مستقل يلحق بالعقد الاصلي. وتطبيقا لما تقدم ذهب القضاء الامريكي في قضية (Hyde Crop.v.Huffines) الى ان الطرف المضرور من افشاء اسرار التجارة لا يحتاج الى نص صريح في العقد لاثبات ان الطرف الاخر مؤتمن على السر، اذ يفترض ذلك ضمنا<sup>1</sup>. ومن نافلة القول ان التزام العامل بعدم افشاء اسرار العمل هو من الالتزامات الجوهرية التي تفرضها تشريعات العمل، وهذا الالتزام تنص عليه المادة (٩٠٩/هـ) من القانون المدني العراقي التي توجب على العامل المحافظة على اسرار العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء عقد العمل<sup>2</sup>. كما عاد المشرع العراقي النص على هذا الالتزام . لتأكيد اهميته . في قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني نطاق الحماية العقدية

ان الحماية العقدية وان اقر وجودها، ليست مطلقة وانما ترد عليها بعض القيود التي تحدد نطاقها. فالحماية العقدية، على وفق المبادئ التقليدية تقتصر على العلاقات الناشئة عن العقد فلا يمكن ان نلزم "الغير" بموجب العقد بانه لايفشي المعلومات غير المفصح عنها. وبذلك تقل اهمية هذه الحماية عمليا مادام اثرها يقتصر على المتعاقدين. ومن ثم لاتغني النظرية العقدية عن النظريات الاخرى التي تحمي المعلومات غير المفصح عنها عن طريق منع الاعتداء عليها من الاشخاص الذين لا تربطهم علاقات

<sup>1</sup> Hyde Crop.v.Huffines,117USPQ44.49(Sup.Ct.1958)

اشار اليه: . حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص - ، هامش ( ) .  
( )  
( / ) :  
( ) ؛ وانظري شرح هذه  
: . يوسف الياس، قانون العمل، ط

عقدية بصاحبها وتحظر عليهم ارتكاب افعال تتعارض مع حقوق صاحب المعلومات غير المفصح عنها.

ولكن يجب ان نضع في الاعتبار تطور المبادئ التقليدية، فاذا كان العقد لا ينشئ التزام على عاتق "الغير" فهذا لا يعني ان الغير لا يلتزم باحترام العقد: فمبدأ نسبية اثر العقد يمنع الزام الغير عقدياً ولكن حجية العقد تلزم الغير باحترامه. فعلى سبيل المثال: لو حصلت شركة (س) على معلومات صناعية او تجارية بالتواطىء مع شركة (ص) التي افشت لها هذه المعلومات رغم التزامها بعدم افشائها بموجب عقد ترخيص ابرم مع شركة (ع): فان شركة (ع) لاتستطيع على وفق المبدأ التقليدي لنسبية اثر العقد ان تقيم الدعوى على شركة (س) ولكن على شركة (س) ان تحترم وجود عقد الترخيص الذي ابرم بين شركتي (ع) و (ص) على اساس ان للعقد حجية في مواجهة الكافة.

اذا مبدأ حجية اثر العقد يلزم الغير باحترام العقد ولكن ليس على اساس ان العقد تصرف قانوني وانما على اساس انه واقعة مادية، الامر الذي يترتب عليه بقاء الفرق قائماً بين "المتعاقدين" و "الغير" ازاء الاخلال بالعقد اذ تقام على المتعاقد دعوى مسؤولية عقدية استناداً لمبدأ نسبية اثر العقد، اما "الغير" فتقام عليه دعوى مسؤولية تقصيرية على اساس مبدأ حجية اثر العقد<sup>1</sup>.

وهذا يعني، ان العقد لا يوفر في هذا الاطار الا حماية محدودة، فهو يستعين بقواعد المسؤولية التقصيرية لمنع الغير من الاخلال بالعقد، الامر الذي يترتب عليه بقاء ضرورة البحث عن حماية اكثر فاعلية امر قائم.

## المطلب الثاني الحماية في اطار غير عقدي

---

يبيز بين مبدأ نسبية اثر العقد ومبدأ حجية العقد: . اسماعيل غانم، في النظرية العامة ، مكتبة عبدالله وهبة، مصر ، دراسات بحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية،

تكمّن في هذا الاطار الحماية الجوهرية للمعلومات غير المفصح عنها، فقد حاول الفقه ان يتوصل لبعض النظريات العامة لبلورة قواعد خاصة بحماية المعلومات غير المفصح عنها في مواجهة الغضب او افشاء المعلومات غير المفصح عنها. وابرز هذا النظريات هي: الاتراء بلا سبب. ودعوى المنافسة غير المشروع. ومنتاول كل نظرية من هذه النظريات في فرع خاص وعلى النحو الآتي.

### الفرع الاول نظرية الاتراء بلا سبب

نعرض هذه النظرية اولاً، ثم نرى حظها من التطبيق ثانياً، ونقومها ثالثاً.  
اولاً: عرض النظرية:

يذهب الفقيه الفرنسي (Lucas) الى ان دعوى الاتراء بلا سبب على حساب الغير يمكن ان تحقق لصاحب المعلومات غير المفصح عنها الحماية المنشودة. فوفقاً لمنطق هذه النظرية فان صاحب المعلومات غير المفصح عنها لا يقتصر حقه على استغلال تلك المعلومات، بل يكون من حقه ايضاً لقتضاء تعويض من كل من يستعمل تلك المعلومات بدون موافقته<sup>1</sup>.

ولكي يتمكن صاحب المعلومات غير المفصح عنها من اقامة هذه الدعوى لابد من تحقق الشروط الاتية:

1. الاتراء: اذ لا بد لمن يغتصب المعلومات غير المفصح عنها او يفشيها ان يثري.
2. ان يفتقر صاحب المعلومات غير المفصح عنها.
3. ان يكون الاتراء نتيجة الافتقار.

---

<sup>1</sup> A.Lucas, *La protection des creations industrielles abstraites*, Coll. CEIPI. Lib.Tech, 1975,p.246 ets.

٤. ان يكون الاثراء بلا سبب. والسبب هو المبرر القانوني فلو اذيعت المعلومات غير المفصح عنها على نحو اصبحت به ملكا عاما او تم التنازل عنها فان السبب القانوني يتحقق بحيث يمنع اقامة دعوى الاثراء<sup>١</sup>.

٥. ويشترط القضاء الفرنسي اخيرا، الا تكون لدى المفنقر (صاحب المعلومات غير المفصح عنها) دعوى اخرى، لان دعوى الاثراء في القانون المدني الفرنسي دعوى احتياطية<sup>٢</sup>. بينما تعد في القانونين المدنيين العراقي والمصري وعموم قوانين الدول العربية دعوى اصلية لاتحتاج لمثل هذا الشرط<sup>٣</sup>.

### ثانياً: حظ النظرية من التطبيق:

طبق القضاء الامريكي هذه النظرية في قضية كلاني ضد بروكتر (*Galani.v. Procter*)، وملخص هذه القضية: ان عاملة غسيل افشت لشركة، رسالة تتضمن اسرار صناعة مسحوق صابون لماكنة غسيل. بيد ان الشركة افادت بان هذه الاسرار معروفة لديها مع انها استفادت من هذه المعلومات وانتجت بموجبها مسحوق الصابون. وقد بينت المحكمة في حيثيات حكمها مايلي: بموجب القواعد العامة لا تصلح الفكرة البسيطة محلاً لحق الملكية وكل حق خاص باستخدام هذه الافكار ينتهي بأفشائها بصورة ارادية. مع ذلك فالمحاكم الامريكية اعترفت انه وان كان لا يوجد للمدعي حق خاص له على الفكرة مادام ليس طرفاً في علاقة عقدية، فان المدعى عليه قد يكون مع ذلك مؤولاً على اساس "*Guonum Meruit*" أي إثراء بلا سبب اذا استخدم فكرة جديدة وملموسة نقلت اليه بواسطة المدعي<sup>٤</sup>.

---

انظر في شروط تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب وفقاً للقواعد العامة: . غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، كدها.

: . صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني

. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص .  
عصمت عبد المجيد بكر؛ د.

من هذا الحكم وحيثياته يتضح لنا ان القضاء الامريكي استند الى فكرة الاثراء بلا سبب لحماية المعلومات غير المفصح عنها (الاسرار التجارية والصناعية).  
اما في فرنسا، فان اللجوء الى فكرة الاثراء بلا سبب وان كان نادراً، فان هذه النظرية طبقت في احدى قرارات القضاء على حماية اسرار الانتاج حيث ذهبت محكمة باريس في حكمها الصادر عام ١٩٦٣ الى ان: "من العدل ان يستفيد المخترع مقابل افتقاره من جزء من الاثراء الذي زود به رب العمل".<sup>١</sup>

### ثالثاً: تقويم النظرية:

لم يُسَلِّمَ الفقه الفرنسي بهذه النظرية، كما لا يمكننا الاخذ بها في القانون العراقي للأسباب الآتية:

١. يذهب الفقه الفرنسي الى ان المعلومات غير المفصح عنها والمعلومة من الغير على نطاق واسع تفقد السرية، ويكون من حق الجميع استخدامها واستغلالها لصالح مشروعاتهم بدون أي مقابل.
٢. اذا استطاع الغير الحصول على المعلومات غير المفصح عنها بواسطة الغش فانه يرتكب بذلك خطأً يمكن ان تنطبق بصدده احكام المسؤولية التقصيرية دون حاجة لدعوى الاثراء بلا سبب او على الاقل تفقد هذه الدعوى اهميتها في هذه الحالة.
٣. قد يحصل "الغير" على المعلومات غير المفصح عنها دون غش ومن ثم يكون هناك سبب لإثرائه.

---

*Paris, 8nov. ann. 1964.p.245. not P.Mathely, de I evaluation de I Indeminté de contrefaçon, ann., 1963.*

٤. ان التعويض في نطاق دعوى الإثراء بلا سبب هو اقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار وبذلك لا يحصل صاحب المعلومات غير المفصح عنها على تعويض كاملٍ فضلاً عن الصعوبة الفنية في التقدير<sup>١</sup>.

### الفرع الثاني نظرية المنافسة غير المشروعة

نعرض النظرية أولاً، ثم نقومها ثانياً، ونعرض موقف القانون العراقي ثالثاً.  
اولاً: عرض النظرية:

تتم حماية المعلومات غير المفصح عنها في مواجهة المنافسة غير المشروعة في اطارين هما:

١. المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية.

٢. النصوص الخاصة بدعوى المنافسة غير المشروعة.

وغني عن البيان ان المسؤولية التقصيرية تقضي بان كل من احدث ضرراً للغير يلزم بتعويض هذا الضرر ويستخدم هذا المبدأ في حماية المعلومات غير المفصح عنها مع الاخذ بنظر الاعتبار خصوصية التطبيق بالنسبة لها.

ويميز الفقه الفرنسي بين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى المنافسة غير المشروعة. ويقول الفقيه روبيه (Roubier) ان نصوص المسؤولية لاتمثل حقاً شخصياً (Subjective) يصيبه الضرر وانما مركزاً موضوعياً (Objective) يوجد فيه الضرر في علاقته مع مُحدثِ الضرر. ومن ثم من الممكن لهذا الشخص ان يستند الى هذه المسؤولية ليطالب بتعويض أي ضرر ناجم عن المساس بالمعلومات غير المفصح عنها ليحصل على التعويض. بيد ان دعوى المنافسة غير المشروعة قائم بصورة رئيسية على رفع او وقف استخدام الوسائل المستخدمة في تحقيق هذه المنافسة<sup>٢</sup>.

---

انظر في تقدير التعويض في نطاق دعوى الإثراء بلا سبب: . صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، وما بعدها؛ د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص - .

<sup>2</sup> Roubier, *Droit Subjective et situations juridiques*, Paris, 1963, p.293.

إذاً لصاحب المعلومات غير المفصح عنها ان يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية اذا تعرض للاعتداء على اسراره من غير منافسيه، كما ذهب الفقه الفرنسي الى ابعاد من ذلك حيث قرر مسؤولية العامل عن افشاء الاسرار الصناعية للمشروع الذي يعمل في خدمته في غيبة أي التزام تعاقدى استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المادتين (١٣٨٢) و (١٣٨٣) من القانون المدني.

اما اذا وقع الاعتداء على صاحب الاسرار التجارية من جانب احد منافسيه، فمن حقه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لدفع هذا الاعتداء.

ويشترط لنجاح أي من الدعويين توفر اركان المسؤولية الثلاث: الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بينهما. وهذا يعني خضوع الدعويين من حيث اساس المسؤولية لقواعد واحدة. غير ان دعوى المنافسة غير المشروعة تختلف عن دعوى المسؤولية التقصيرية

فيما يتعلق بركني الخطأ والضرر، اذ يشترط لتوفر ركن الخطأ في دعوى

المنافسة غير المشروعة وقوع الخطأ من المنافس يتعلق بالمنافسة وهو مايفترض وجود منافسة بين المضرور ومرتكب الخطأ الموجب للمسؤولية.

اما فيما يتعلق بركن الضرر، فقد اثار الجدل حول اشتراطه في دعوى المنافسة غير المشروعة، وظهرت بصدد ذلك عدة اراء:

**الرأي الاول:** ويرى عدم اشتراط حصول الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة، لان هذه الدعوى قد لاتتصرف الى الحصول على التعويض وانما الى منع المنافسة فقط<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** ويذهب الى ضرورة حصول الضرر لان هذه الدعوى ليست الا تطبيقا عاديا من تطبيقات المسؤولية المدنية التي تستلزم وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية: ثم ان الدعوى تستلزم مصلحة ولاتوجد مصلحة بدون ضرر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Roubier, *Le droit de La propriete Industrielle, T.1, Paris, 1952,p.508.*

: . علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة،

**الرأي الثالث:** يشترط حصول الضرر ولكنه لا يستلزم ان تتحقق فيه شروط الضرر بل يكفي ان يكون هذا الضرر احتمالياً.

وازاء تعدد الاراء حول اشتراط الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة، ويذهب الفقه الغالب الى ضرورة اشتراط الضرر، مادام الغرض من رفع دعوى المنافسة غير المشروعة هو ازالة المخالفة بوصفها ضرر واجب التعويض.

وإذا كان الضرر الاحتمالي وفقاً للقواعد العامة لا يكفي لاقامة دعوى المسؤولية، فان الفقه ومن ورائه القضاء، يذهب الى القول، انه اذا كان محل دعوى المنافسة غير المشروعة هو ازالة الفعل الذي يتهدد المدعي الاضرار به، فيكفي لرفعها مجرد احتمال وقوع الضرر وان لم يلحق المدعي ضرراً بالفعل من جراء اساليب المنافسة غير المشروعة التي يتبعها المنافس<sup>٢</sup>. وهنا تأخذ دعوى المنافسة خصائص دعوى منع التعرض<sup>٣</sup>، وفي هذا الصدد تقرر محكمة استئناف القاهرة انه: (لا يشترط ان يكون الضرر محققاً، بل يكفي في مجال المنافسة غير المشروعة ان يكون الضرر احتمالياً)<sup>٤</sup>.

إذاً دعوى المنافسة غير المشروعة تختلف عن دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث ان الاولى تكفي بالضرر الاحتمالي لامكانية رفعها، على عكس الثانية التي يشترط لرفعها ان يكون الضرر محققاً.

ونحن نرى في اطار حماية المعلومات غير المفصح عنها تفضيل الركون الى دعوى المنافسة غير المشروعة لخصوصية المعلومات محل الحماية. فطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية يجب افشاء المعلومات لكي يكون الضرر محققاً وبالتالي يستطيع

---

، دار الحرية للطباعة، بغداد،

. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية،

. احمد ابراهيم البسام، مبادئ القانون التجاري، ج

. مشار اليه عند: محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر،

صاحب المعلومات رفع الدعوى، وهذا يعني ان دعوى المسؤولية التقصيرية تشكل حماية لاحقة وهي حماية غير كافية بخلاف الحماية التي توفرها دعاوى المنافسة غير المشروعة فهي حماية سابقة على وقوع الضرر اذ يكفي احتمالية وقوعه لرفع الدعوى وهذا مانحتاجه لحماية المعلومات غير المفصح عنها هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان الغرض من دعوى المنافسة غير المشروعة ليس الحصول على التعويض في الاصل، انما الغاية هي منع الشخص الذي وصلت اليه المعلومات من القيام بافشائها او استعمالها بنفسه بدون وجه حق.

وتطبيقاً لما تقدم، نصت المادة (٣/ج/١) من قانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية الاردني على انه: (لصاحب المصلحة قبل اقامة دعواه ان يقدم طلبا الى المحكمة مشفوعاً بكفالة مصرفية او نقدية قبلها، لاتخاذ اي من الاجراءات المنصوص عليها في (الفقرة/ب) من هذه المادة دون تبليغ المستدعي ضده، وللمحكمة اجابة طلبه اذا ثبت اياً مما يأتي: ..... ان المنافسة اصبحت وشيكة الوقوع وقد تلحق ضرراً يتعذر تداركه).

مع ملاحظة ان التصرفات التي تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة وتخالف العرف التجاري ليست محددة على وجه دقيق. وانما تخضع لسلطة القضاء التقديرية وتختلف باختلاف الزمان والمكان ونوع التجارة.

#### ثانياً: حظ النظرية من التطبيق:

اختلفت القوانين المقارنة في معالجة المنافسة غير المشروعة، فبعض القوانين عالجت دعوى المنافسة غير المشروعة بنصوص خاصة، وبعضها اكتفى باخضاعها لاحكام المسؤولية التقصيرية.

فالمشرع الفرنسي لم يفرد للمنافسة غير المشروعة عنواناً مستقلاً بل تناولها في تشريعات خاصة مختلفة، لذلك تخضع المنافسة غير المشروعة للمبدأ العام في المسؤولية التقصيرية الواردة في المادة (١٣٨٢) من القانون المدني ومايويد ذلك ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها بان دعوى المنافسة غير المشروعة او

المحظورة اخلاقا لاتؤسس الا على نصوص المادتين (١٣٨٢) و (١٣٨٣) من القانون المدني التي استلزمت بشكل خاص وجود خطأ من قبل المدعى عليه ووجود الضرر الذي لحق المدعي<sup>١</sup>.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ ٣/اكتوبر/١٩٧٨ بأن: "قيام احد المشروعات بالاستيلاء على المعلومات الفنية التي حصل عليها اثناء المحادثات التي اجراها مع احد المخترعين الذي لم يكن قد حصل على براءة اختراع عنها بعد، واساءة استغلال تلك المعلومات لحساب المشروع دون الحصول على اذن صاحب الاختراع يعد خطأً يوجب المسؤولية ويشكل عملاً من اعمال المنافسة غير

المشروعة"<sup>٢</sup>.

كما قررت محكمة استئناف باريس في حكم صدر لها بتاريخ ١٩/١١/١٩٧٦ "مسؤولية مشروع معين لاستغلاله المعرفة التقنية لمشروع اخر مما يشكل منافسة غير مشروعة، حيث تبين للمحكمة ان المشروع المالك للمعرفة التقنية كان قد كشف عن اسرار هذه المعرفة الى المشروع الاخر في فترة المفاوضات العقدية التي جرت بينهما لابرام العقد بشكله النهائي، ولكن انتهى الامر دون ابرام العقد بينهما في حين قام المشروع المنافس باستغلال هذه المعرفة بالرغم من هذا الامر ودون موافقة مالك هذه المعرفة الامر الذي يعد وبلا شك عملاً من اعمال المنافسة غير المشروعة".

كما قضت محكمة استئناف باريس في حكم اخر لها صدر بتاريخ ١٣/١/١٩٨١ بأن: "فعل الشركة التي استولت على ناتج البحوث التقنية المملوكة للغير، يعد عملاً من اعمال المنافسة غير المشروعة"<sup>١</sup>.

---

<sup>1</sup> *ENCYCLOPEDIÉ DALLOZ, Répertoire de droit*

*Commercial.T.II.Concurrence de loyale Paris. 1988. No.7.p.2*

*Cass.Com, 3 October, 1978 :*

*Jehl, le commercial international de la technologie approche juridique. Paris. 1985.p.95.*

اما عن موقف القانون المصري، فقد عالجت المادة (١/٦٦) من قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المنافسة غير المشروعة واعتبرت كل فعل يخالف العادات والاصول المرعية في المعاملات التجارية من قبيل المنافسة غير المشروعة (ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء.....على اسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على اذاعة اسراره....).

كما نص المشرع المصري صراحة على حماية المعلومات غير المفصح عنها بدعوى المنافسة غير المشروعة، حيث نصت المادة (٥٧) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ على انه: (..... وتقتصر حقوق الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها على منع الغير من التعدي عليها بأي من الافعال التي تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة، والمشار اليها من المادة (٥٨) من هذا القانون، ويكون للحائز القانوني اللجوء الى القضاء في حالة ثبوت ارتكاب الغير لاي من هذه الافعال).

كما عدت المادة (٥٨) الافعال التي تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة بنصها على انه: (تعد الافعال الاتية، على الاخص، متعرضة مع الممارسات التجارية الشريفة، وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة:

١. رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها.
٢. التحريض على افشاء المعلومات من جانب العاملين اذا كانت تلك المعلومات قد وصلت الى علمهم بحكم وظيفتهم.
٣. قيام احد المتعاقدين في ((عقود سرية المعلومات)) بافشاء ما وصله الى علمه منها.
٤. الحصول على المعلومات من اماكن حفظها بأية طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة او التجسس او غيرها.

---

يذهب الفقه الغالب في مصر الى تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على اساس انها دعوى مسؤولية تقصيرية، انظر في ذلك: . محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، القاهرة، . مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص .

٥. الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتمالية.

٦. استخدام الغير للمعلومات التي وردت اليه نتيجة الحصول عليها بأي من الافعال

السابقة مع علمه بسريرتها وبانها متحصلة عن أي من هذه الافعال.

وتعتبر تعديا على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الافعال المشار اليها من كشف للمعلومات، او حيازتها، او استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك).

واذا كان المشرع المصري قد عالج المنافسة غير المشروعة بنصوص خاصة في قانون التجارة الجديد وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الا انه لم يغير من اساسها القانوني حيث بقيت دعوى المسؤولية التقصيرية تخضع لاحكام المادة (١٦٣) من القانون المدني<sup>١</sup>. وهذا مانجده واضحا في احكام القضاء المصري، فقد قضى بأن: "الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لاتخرج عن ان تكون دعوى مسؤولية عادية اساسها الفعل الضار فيحق لكل من اصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة ان يرفع الدعوى بطلب تعويض ما اصابه من ضرر من جرائمها على كل من شارك في احداث هذا الضرر متى توفرت شروط تلك الدعوى وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر"<sup>٢</sup>.

كما نص المشرع العماني على حماية المعلومات غير المفصح عنها عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة في قانون اعلامات والبيانات والاسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة حيث نصت المادة (٣٤) منه على انه: (يحظر على الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين افشاء الاسرار التجارية التي تكون بحوزتهم بطريقة تتعارض مع الممارسة الشريفة للتجارة....).

---

يذهب الفقه الغالب في مصر الى تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على اساس انها دعوى مسؤولية تقصيرية، انظر في ذلك: . محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، القاهرة،

. مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص .

( ) قضائية، جلسة / / .

اما عن موقف القانون الاردني، فقد تفرد المشرع الاردني باصداره قانوناً مستقلاً للمنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية برقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠<sup>١</sup>.

### ثالثاً: موقف القانون العراقي:

عالج قانون التجارة العراقي السابق رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ دعوى المنافسة غير المشروعة بنصوص خاصة، حيث نصت المادة (٢/٩٨) على انه: (يعتبر مزاحمة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والاصول الشؤيفة المرعية في المعاملات التجارية. ويدخل في ذلك على وجه الخصوص.....تحريض عمال متجره على اذاعة اسراره.....).

من هذا النص يتضح لنا ان الاعتداء على الاسرار التجارية يعد . بصريح النص . من قبيل المنافسة غير المشروعة، التي تفتح الباب لدعوى المنافسة غير المشروعة حيث نصت المادة (١/٩٨) من قانون التجارة العراقي على انه: (كل مزاحمة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها، وللمحكمة ان تقضي . فضلا عن التعويض . بازالة الضرر وينشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف).

ولكن قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ اتخذ موقفا مغايراً لموقف قانون التجارة السابق فلم يتناول المنافسة غير المشروعة بالتنظيم بل ترك هذا الموضوع للقوانين الخاصة التي تنطوي على اعمال منافسة غير مشروعة كقانون براءات الاختراع وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧، وبعض القواعد الخاصة بالاسم التجاري التي يتضمنها قانون التجارة. بحيث تستند دعوى المنافسة غير المشروعة الى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية استناداً الى المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي<sup>٢</sup>. واذا كانت كل من دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى المنافسة غير المشروعة تستند الى قواعد واحدة، حيث يُشترط لنجاح أي من الدعويين توفر اركان المسؤولية الثلاثة: الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بينهما. فاننا نرى ان من

---

: ( ) ( ) من هذا القانون.  
( ) مدني عراقي على انه: (كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر..... يستوجب التعويض).

الافضل ان يتم النص على المبدأ بمنع المنافسة غير المشروعة ثم بتعداد الافعال التي تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة، وتشمل حينئذ هذه الافعال الاعتداء على المعلومات غير المفصح عنها على التفصيل الذي ذكره المشرع المصري في المادة (٥٨) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية. ليتم توفير حماية كافية وفعالة لهذه المعلومات عن طريق فسح المجال لصاحب المعلومات برفع دعوى المنافسة غير المشروعة دون انتظار تحقق الضرر فعلا، ومنع تحكم القضاء فيما يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة وما لا يعتبر كذلك.

## خلاصة القول:

تبين لنا مما تقدم ان المعلومات غير المفصح عنها هي عبارة عن طراز جديد من الملكية الفكرية تم تنظيمه تشريعا لأول مرة في العراق بالقانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤ ودون وجود ادوات تشريعية سابقة او احكام قضائية تتصل به. وقد دارت بشأن ماهية المعلومات غير المفصح عنها والحمامية القانونية لها نقاشات كثيرة وجدل واسع في الفقه والقضاء المقارن. ويعد عرض مادار من جدل حول ماهية هذه المعلومات وسبل حمايتها توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات اهمها ما يأتي:

١. ان المعلومات غير المفصح عنها عبارة عن مجموعة المعلومات التجارية والمالية والادارية والفنية التي يحوزها مشرع ما او يستخدمها في مزاوله عمله والتي لها قيمة اقتصادية لسريتها وفاعليتها الحالية او المحتملة ويصعب الحصول عليها من قبل الغير بطريقة مشروعة لما يبذله اصحابها من جهود معقولة بحسب الظروف للحفاظ على سريتها.

٢. ان تفسير مصطلح "الجدة" في نطاق حماية المعلومات غير المفصح عنها المقدمة للوزير المختص للحصول على ترخيص بتسويق منتجات حقلية صيدلانية او كيميائية، يجب ان يفهم بمعنى الجدة المطلقة، لان هذا التفسير هو مايتفق مع مصالح العراق باعتباره من البلدان النامية.

٣. ندعو المشرع العراقي الى تبني موقف القانون الامريكي لسنة ١٩٦٢ بعد تعديله، وذلك عن طريق اشتراط تقديم نتائج الاختبارات التي تجريها الشركات طالبة الترخيص على الدواء للتأكد من فاعلية الدواء بالاضافة الى الامان حفاظا على صحة وارواح المرضى من ان تكون محلا لتجارب شركات الدواء التي تهدف الى تحقيق الارباح الطائلة على حساب شروط الصحة والامان.

٤. في حماية المعلومات غير المفصح عنها فضلنا الركون الى دعوى المنافسة غير المشروعة بعد النص على مبدأ منع المنافسة غير المشروعة ثم تعداد الافعال التي تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة، على ان تشمل هذه الافعال الاعتداء على المعلومات غير المفصح عنها على سبيل التفصيل الذي ذكره المشرع المصري في المادة (٥٨) من قانون حماية الملكية الفكرية، وذلك لسببين:

الاول: لتوفير حماية فعالة لهذه المعلومات عن طريق فسح المجال لصاحب المعلومات غير المفصح عنها برفع دعوى المنافسة غير المشروعة والتي لايشترط رفعها تحقق الضرر فعلاً.

ثانياً: ان النص على الافعال التي تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة يمنع تحكم القضاء فيما يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة وما لا يعتبر كذلك.

واخيراً، فان كنا قد وفقنا في هذه المحاولة فما ذلك الا بفضل من عند الله، والا فان خير ما نستجير به هو قوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾.

**المصادر:**

## اولاً: باللغة العربية:

١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س ١١، ع ١٠، ١٩٨٧.
٢. د. احمد ابراهيم البسام، مبادئ القانون التجاري، ج ١، بغداد، ١٩٦١.
٣. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، دراسات بحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٤. د. احمد خليفة المطر، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.
٥. د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مكتبة عبد الله وهبة، مصر ١٩٦٦.
٦. د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، مطبوعات الجامعة الاردنية، ١٩٩٨.
٧. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧.
٨. د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٩. د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، ١٩٨٧.
١٠. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦.
١١. د. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، الكسب دون سبب والفضالة، بلا مكان الطبع، ١٩٥٨ - ١٩٥٩.
١٢. د. طالب حسن موسى، مبادئ القانون التجاري، ط ١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٤.
١٣. د. عدنان العابد؛ د. يوسف الياس، قانون العمل، ط ٢، بغداد، ١٩٨٩.

١٤. د. عصمت عبد المجيد بكر؛ د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بغداد، ٢٠٠١،
١٥. د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤،
١٦. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١،
١٧. د. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، القاهرة، ١٩٦٧،
١٨. د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، ١٩٨٥،
١٩. د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

### ثانياً: باللغة الاجنبية:

1. *Ann.S.Jenning and Suzanne E.Tomkies, An Overlooked Site of Trade secret and Other Intetellectual Property Leaks: Academia, Texas Intellectual Property Law Journal, vol. 8 (2).*

<http://www.utexas.edu/law/journals/tiplj/volume/vo.18ss2/Jennings.html>

2. *Albert Chavanne & Jean –Jacquec Burst, driot dela proprié té industrielle, troisiè me edition, 1990, pré cise Dalloz.*
3. *A.Lucas, La protection des creations industrielles abstraites, Coll. CEIPI. Lib.Tech, 1975.*
4. *ENCYCLOPEDIE DALLOZ, Ré pertoie de droit Commercial.T.II.Concurrence de loyale Paris. 1988*
5. *Francois Dessmontet, Protection of Trade Secrets and Confidential Information in Intellectual Property and International Trade; The TRIPS Agreement, LaHay, 1998.*
6. *Jehl, le commercial international de la technologie approche juridique. Paris. 1985.*

7. P.Mathely, de l'evaluation de l'Indemnité de conterfacon, ann., 1963.
8. Roubier, Le droit de La propriete Industrielle, T.1, Paris, 1952.
9. Roubier, Droit Subjective et situations juridiques, Paris, 1963.

# المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين

# أ.ك. مؤلفاً بؤبؤت بؤبؤس

كلية القانون / جامعة بغداد

## المقدمة:

يتمثل مفهوم الرقابة على دستورية القوانين، في تقرير حق لهيئة ما في ان تفرض رقابتها على ماتصدره السلطة التشريعية من قوانين لتحديد مدى انسجام الاحكام التي تقرها هذه القوانين مع النصوص الدستورية، فاذا ما تبين ان السلطة التشريعية قد خالفت بقانون مبدأ او نصاً دستورياً، فان السلطة التشريعية تكون بذلك قد تجاوزت اختصاصاتها ويضحى ما اقدمت عليه باطلاً لمخالفته الدستور. ذلك ان القواعد الدستورية تحلل المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة في تسمو على كل معداها من قوانين واجراءات تتخذها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية. والدستور حين ينشئ الهيئة التشريعية، يحدد لها الاختصاصات ويضع القيود وينظم الاجراءات التي تمارس بها تلك الاختصاصات. فاذا خالفت الهيئة التشريعية الدستور، او خرجت عن حدود الاختصاصات التي رسمها لها او تحللت من القيود التي وضعها، تكون قد تجاوزت سلطتها ويبطل كل اجراء تتخذه في هذا الشأن<sup>1</sup>.

---

: . ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، دار الفكر

وتهدف الرقابة على الدستورية بصورة رئيسية الى اشاعة مناخ المشروعية بتطبيق مبدأ المشروعية والزام الجميع به والى المحافظة والتأكيد على مبدأ سيادة وسمو احكام الدستور، كما تهدف الى ضمان عدم اساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً من السلطات الثلاث: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، والى ضمان ممارسة الافراد والجماعات للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور والى ضمان تطبيق الجزاء المناسب والمنطقي على مخالفة اعمال هذه السلطات الخاضعة للرقابة الدستورية لاحكام الدستور. وبصورة اوضح وادق، فان الرقابة على الدستورية تهدف الى توطيد دعائم القانون<sup>1</sup>. وتتعدد اشكال الرقابة على دستورية القوانين وتختلف من نظام الى اخر تبعاً لاختلاف التنظيم الدستوري لشكل هذه الرقابة وآلياتها. فهناك رقابة سياسية، ورقابة قضائية، والرقابة السياسية على دستورية القوانين تتمثل في قيام هيئة سياسية بممارسة تلك الرقابة بناء على نص دستوري يمنح تلك الهيئة السياسية ممارسة حق الرقابة على دستورية القوانين.

اما الرقابة القضائية فهي تلك الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية تختص بالفصل في مدى دستورية أي نص قانوني تصدره السلطة التشريعية، وبرز مثال على هذا النوع من الرقابة هو الرقابة القضائية المطبقة في الولايات المتحدة الامريكية. وفي البلدان العربية يأخذ كل من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ مثل هذا النوع من الرقابة.

ويزخر فقه القانون الدستوري بما يؤكد مزايا الرقابة على دستورية القوانين، وبالاخص الرقابة القضائية. لما في ذلك من ضمان ان تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والانظمة الصادرة من السلطة التنفيذية متوافقة مع الدستور. وتوضح مزايا هذه الرقابة في الدول التي لم تقصر حق الطعن بعدم دستورية أي قانون على السلطات العامة بل قررته ايضا كحق لكافة الافراد، لما في ذلك من تكريس لضمانة اساسية

---

: هاني الحوراني؛ حسين ابو رمان؛ ايمن داود ياسين، الاطار القانوني للبناء الديمقراطي في

تتمثل في حق الكافة في الدفاع عن حقوقهم المقررة لصالحهم بموجب النص الدستوري وضمن عدم تحميلهم لآعباء وواجبات تتجاوز تلك الواجبات والآعباء المقررة على عانقهم بموجب الدستور<sup>١</sup>.

وتمتاز الرقابة القضائية بانها تأخذ من القاضي حياده وبعده عن التيارات السياسية واهواء الاحزاب، كما تأخذ من القاضي تخصصه الوظيفي مع ما يحوط المنازعات القضائية في الغالب من اجراءات للتقاضي تكفل حق الدفاع وتحدد طرق الاثبات، بما يحمي المصالح المختلفة في النزاع المنظور. فضلا عما يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات في شأن استقلال القضاء وحصانة القضاة، وما هو مقرر لهم من ضمانات تبعد عنهم تدخل السلطات الاخرى ومحاولة تأثيرها على احكامهم، وعدم الزامهم بقبول ماتصدره من قوانين وقرارات تحالف الدستور وتخرج على مقتضاه.

كذلك، فمما لا شك فيه ان مآاصمة الهيئات العامة عموما، والهيئة التشريعية بوجه خاص، امام قاضٍ يملك ان يناقشها مشروعية تصرفاتها وان يراجعها الحساب في مدى هذه المشروعية، وان يرتب بعد ذلك النتائج المرتبطة قانوناً بما ينتهي اليه بحثه في هذا الشأن، بحكم نهائي مشمول بالنفاذ، انما يمثل فعلا وقانونا، اقوى الضمانات الكفيلة بحماية مبدأ سيادة القانون<sup>٢</sup>.

وقد يعهد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين الى جميع المحاكم وهو ما يعرف بأسم لا مركزية الرقابة القضائية، او يعهد بها الى جهو قضائية واحدة تنشيء خصيصا للقيام بهذه المهمة وهو ما يعرف باسم مركزية الرقابة القضائية.

وهناك صورتين للرقابة القضائية على دستورية القوانين هي الرقابة بطريق الدعوى

الاصلية والرقابة بطريق الدفع الفرعي:

الرقابة بطريق الدعوى الاصلية:

---

: . ابراهيم عبد العزيز شيجا، القانون الدستوري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،

: . طعيمة الجرف، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية)  
النهضة العربية، القاهرة،

وتتمثل هذه الرقابة في تشكيل محكمة خاصة تحت اسم المحكمة الدستورية العليا او تتناط مهمة الرقابة باعلى محكمة في البلاد. ومن ميزات هذه الرقابة ان قرارها يلغى القانون المخالف للدستور وان لهذا الحكم حجية مطلقة أي انه ملزم لسائر المحاكم والجهات التي تطبق القانون كذلك من ميزات هذه الرقابة ان أي فرد يرى في قانون معين مخالف للدستور يستطيع ان يتقدم لهذه المحكمة طالبا الغاء هذا القانون.

### الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية:

هذه الرقابة تعتبر رقابة فرعية ولايتوفر في هذه الصورة الحق لاي مواطن الطعن بعدم دستورية القوانين بصورة اصلية بمعنى اخر اذا رأى المواطن ان قانوناً ما يخالف الدستور فلا يحق له ان يتقدم للمحكمة للطعن بهذا القانون ولكن اذا اضحى طرفا في دعوى قضائية يطبق عليه فيها القانون الذي يعتقد انه مخالف للدستور عندئذ يبادر للطعن فيه. ويتعين على القاضي النظر في صحة هذا الطعن فاذا تبين له صحته يمتنع عن تطبيق القانون على موضوع النزاع المطروح امامه فقط. فهو لا يصدر حكماً بالغاء القانون، ويكون قرار الحكم هنا خاضعاً بالقضية المعروضة عليه فقط لذلك قيل بان هذا الحكم حجيته نسبية او قاصرة. ومعنى ذلك ان المحاكم الاخرى بل المحكمة نفسها غير ملزمة بالحكم الصادر في هذه القضية في قضايا اخرى ولو مشابهة اذا لم يتم الطعن فيه<sup>1</sup>.

### الرقابة على دستورية القوانين في العراق:

اناط القانون الاساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥ في المادة (٨١) منه مهمة الرقابة على دستورية القوانين بـ (المحكمة العليا)، وبين في المادة (٨٢) منه (الفقرة الثالثة) كيفية تشكيلها، فنص على انها تؤلف من ثمانية اعضاء عدا الرئيس، ينتخبهم مجلس الاعيان اربعة من بين اعضائه، واربعة من حكام محكمة التمييز او غيرهم من كبار الحكام، وتتعد برئاسة رئيس مجلس الاعيان.

---

: . جورجى شفيق ساري، اصول واحكام القانون الدستوري، ط ، دار النهضة العربية، القاهرة، - ومابعدها.

وللمحكمة اذا ما وجدت ان قانونا ما غير دستوري فلها اصدار حكمها بالغه من تاريخ صدور قرارها، على ان تتكفل الحكومة بازالة الاضرار المتولدة عن الغائه. ولم يسمح للافراد في ظل القانون الاساسي بالطعن في القوانين غير الدستورية اذ حصر هذا الحق بالسلطة التنفيذية. لم تمارس المحكمة العليا اختصاصها الا مرة واحدة، وذلك عندما شكلت المحكمة العليا بموجب الارادة الملكية الرقمة (٣٦٧) لسنة ١٩٣٩ للنظر في مدى توافق قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٨ مع احكام القانون الاساسي<sup>١</sup>.

ولم تتضمن الدساتير العراقية التالية للاعوام (١٩٥٨، ١٩٦٣، ١٩٦٤) نصوصا تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين. الا ان المادة (٨٧) من الدستور المؤقت لعام ١٩٦٨ قد نصت على ان تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير احكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية والمالية والبت بمخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً. واذا قررت المحكمة ان قانوناً ما قد خالف الدستور فانه يعد ملغياً من تاريخ صدور الحكم ولم يكن للافراد في ظل هذا الدستور الحق في ان يتقدموا بطعن الى هذه المحكمة وبذلك فقدت ضمانه اساسية لكفالة حقوق الافراد وحررياتهم من الاعتداء عليها. وعلى العموم لم تمارس هذه المحكمة أي شكل من اشكال الرقابة على دستورية القوانين طول مدة نفاذ هذا الدستور<sup>٢</sup>. اما الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ فقد جاء خالياً من الاشارة للرقابة.

وعقب التغيير الذي شهده النظام السياسي في العراق بعد احداث ٢٠٠٣ و صدور اول وثيقة دستورية، المتمثلة بقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية سنة ٢٠٠٤، و اضعوا هذا الدستور المؤقت ضرورة انشاء محكمة عليا تتولى مهمة ضمان احترام

---

: القانون الاساسي العراقي مع تعديلاته، مطبعة الحكومة، بغداد،

ومابعدھا.

: ايلول المؤقت، الدساتير العراقية؛ ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط ، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق - جامعة دي بول .

الدستور وتعمل على ترسيخ مبدأ سيادة القانون من خلال رقابتها لدستورية القوانين، والفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية.

نصت المادة الرابعة والاربعون من قانون ادارة الدولة على تشكيل محكمة في العراق، بقانون، تسمى المحكمة الاتحادية العليا وحدد اختصاصات هذه المحكمة وكيفية تشكيلها. فصدر مجلس الوزراء بناء على موافقة مجلس الرئاسة وحسب صلاحياته التشريعية الامر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قانون المحكمة الاتحادية العليا)، وجاء في المادة (١) منه مايلي: " تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون"، كما نصت المادة (٢) من القانون على استقلالية المحكمة مادياً وادارياً.

واكد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٩٢) اولاً على ماجاء في قانون المحكمة الاتحادية العليا، بانم المحكمة هيئة قضائية مستقلة ماليا وادارياً، الا ان (الفقرة/ثانياً) من المادة (٩٢) نصت على تكوين المحكمة الاتحادية بشكل يختلف عن تكوينها الذي نص عليه قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وقانون المحكمة الذي صدر في ظله ولا تزال المحكمة الاتحادية تطبق احكامه، على الرغم من التعارض البين والواضح بين هذه الاحكام وما جاء به دستور ٢٠٠٥ النافذ.

ولاشك في ان انشاء محكمة دستورية في العراق هي المحكمة الاتحادية العليا يعزز مسيرة الديمقراطية في بلدنا ويشكل علامة بارزة وخطوة مهمة لتثبيت دعائم الشرعية وسيادة القانون.

عليه ستقوم بدراسة موضوع المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين في ضوء احكام دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً، وذلك في اربعة مباحث على الوجه الآتي:

المبحث الاول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا.

المبحث الثاني: اختصاص المحكمة الاتحادية بالرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الثالث: اساليب تحريك الرقابة امام المحكمة الاتحادية العليا.

المبحث الرابع: الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا.

## المبحث الاول

### تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

عد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ المحكمة الاتحادية العليا هيئة مستقلة مالياً وادارياً، تتكون من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية اعضاء مجلس النواب<sup>١</sup>.

مع التأكيد هنا ان المحكمة الاتحادية العليا قد صدر الامر بتشكيلها قبل نفاذ الدستور الحالي. اذ اصدر مجلس الوزراء . بعد موافقة مجلس الرئاسة . وحسب صلاحياته التشريعية الامر المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٣/١٧ (قانون المحكمة الاتحادية العليا)<sup>٢</sup> وفقاً لأحكام المادة (٤٤) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية<sup>٣</sup>. وقد نصت المادة (١) من قانون المحكمة على ان "تتشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا، ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لاسلطان عليها لغير القانون". وبينت المادة (٣) منه تكوين المحكمة: "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم وفق ما هو منصوص عليه في (الفقرة/ هـ) من المادة (الرابعة والاربعين) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية". وتم ترشيح ثلاثة اضعاف عدد اعضاء المحكمة بالاقتراع السري الحر

( ) من دستور جمهورية العراق لسنة

"قانون المحكمة الاتحادية العليا"، الوقائع العراقية، العدد ( )

سادسية والاربعون، / / .

" - يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا. -

..... " ( ) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في

، المكتبة القانونية، بغداد،

بموجب محاضر رسمية رفعت الى مجلس الرئاسة الذي اختار من بين المرشحين رئيس واعضاء المحكمة بعد تدقيق طال كل مايتعلق بهم واستغرق سبعة اشهر وتم ذلك بالمرسوم المرقم (٦٧) في ٢٠٠٥/٢/٣٠، وبعد تسلم السيادة من قبل الحكومة العراقية اعيد تعيين اعضاء المحكمة حيث اصدرت رئاسة الجمهورية قرارا جمهوريا برقم (٢) في ٢٠٠٥/٦/٢٧ بتعيين رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا تطبيقاً لقانون ادارة الدولة<sup>١</sup>.

وبعد صدور الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥ ونفاذه اورد بعض المتغيرات على تشكيل المحكمة عما كانت عليه في قانونها رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ حيث ادخل الى جانب القضاة خبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء في القانون وترك امر تحديد ععددهم للقانون الذي لم يصدر لحد الان وفقاً للنصوص الواردة في الدستور، فهل يعد تشكيل المحكمة بالشكل السابق من دون تشكيلها بالوجه الجديد الذي حدده الدستور دستورياً، بحيث تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا تتفق واحكام الدستور ؟ على الرغم من ان التشكيلة الحالية للمحكمة خالية من خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون نحو ما اوجب الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥<sup>٢</sup>.

:  
<http://www.iraqiwriter.com/iraqiwriter/azad/a306.htm>

وهذا يشكل خلا من الناحية الدستورية ويشكك في مشروعية وجود المحكمة الاتحادية العليا والاحكام الصادرة عنها، وذلك لانتفاء السند الدستوري لوجودها، ( : )  
الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية)، حيث تم الغاء قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية وملحقه إلغاءً صريحاً بموجب ( : ) من دستور جمهورية العراق لسنة النافذ حالياً.  
اما مايدعيه البعض بان قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ( ) يعد شرعياً من الناحية الدستورية استناداً الى ما جاء في ( : ) : (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها مالم تلغ او تعدل وفقاً لاحكام هذا الدستور)، فهو رأي مردود لأن نص هذه المادة يشير ضمناً الى بقاء التشريعات نافذة ما لم تكن متعارضة مع احكام هذا الدستور، وهذا ما تقتضيه القواعد العامة ويتفق مع مبدأ الدستورية.

والحقيقة ان الدستور النافذ جاء باحكام جديدة من ناحية تشكيل المحكمة واختصاصاتها ) :  
( منه، تتعارض مع الاحكام التي وردت في قانون المحكمة الاتحادية رقم ( )  
وبهذا الخصوص ( : ) منه، والابقاء على احكام هذا القانون كما هي يشكل حالة من عدم الدستورية تستوجب على المشرع تلافئها باسرع وقت ممكن من خلال اصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنسجم احكامه مع احكام ال

واكثر الامور التي تثير جدلاً في نص المادة (٩٢) من الدستور المؤقت النافذ المتعلق بتكوين المحكمة الاتحادية العليا هو وضع خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، ففي حين ترى الكتل السياسية المتمثلة في البرلمان والتي حرصت على ايراد هذا النص لمراقبة التشريعات وضمان عدم معارضتها مع ثوابت احام الاسلام استنادا الى (الفقرة/أ) من (اولاً) من المادة (٢) من الدستور: "لايجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام"، حيث ترى هذه الكتل ان الخبراء والفقهاء سيكونون جزءاً من المحكمة الاتحادية العليا وسيتمتعون بكامل صلاحيات القضاة فيها.

بينما يرى معظم المتخصصين ان دور هؤلاء سيكون دوراً استشارياً فقط. وهناك رأي يوفق بين الرأيين السابقين عن طريق تقسيم اختصاصات المحكمة الى اختصاصات قضائية وتكون حصرية للهيئة القضائية، واخرى غير قضائية كتفسير النصوص الدستورية والتصديق على النتائج النهائية للانتخابات العامة لمجلس النواب والنظر في صحة عضوية اعضائه وتمارس هذه الاختصاصات بالاشتراك بين الهيئات القضائية وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ويكون للجميع حق التصويت في اتخاذ القرارات<sup>١</sup>. ويؤخذ على المشرع الدستوري عدم تحديده لعدد اعضاء المحكمة الاتحادية العليا وترك هذا الامر المهم الى المشرع العادي، وعدم تحديد عدد الاعضاء يعتبر من الثغرات التي يمكن ان تنفذ من خلالها السلطة السياسية لتزيد من عدد اعضاء المحكمة كلما رأت في مصلحتها ذلك مما قد يؤثر على استقلال المحكمة<sup>٢</sup>. لذا نعتقد انه كان من الاوفق ان ينص في الدستور على عدد معين تتشكل منه المحكمة لايحوز الانتقاص منه او الزيادة عليه، اذ ان تحديد هذا العدد بنص دستوري يكسبه صفة الثبات النسبي.

:  
: ما حاوله الرئيس الامريكي " " عندما اراد تعديل اعضاء المحكمة الاتحادية العليا الامريكية ليضيف بعض الاعضاء الجدد لتأييد وجهة نظره فيما يتعلق بسياسة النبوديل، ولكن

: . ابراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة،

وليس هذا بالوضع الغريب على الدساتير، فقد نص الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٨ في المادة (١٣٥) على ان تتشكل المحكمة الدستورية من خمسة عشر قاضياً، كما نص الدستور السويسري في المادة (١٧٨) على ان يكون عدد اعضاء المحكمة (١١٩) عضواً.

ويصدد اختيار اعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فقد اشارت المادة (٩٢) من الدستور النافذ . السالفة الذكر . الى ان تنظيم طريقة اختيارهم يتم بقانون يسن بأغلبية اعضاء مجلس النواب، وطالما ان تشكيل المحكمة لم يعد قاصراً على القضاة، وبما ان القانون لم يتم اصداره لحد الان، لذا نقترح ان يعمل المشرع العراقي في القانون الجديد على اشراك السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية في عملية اختيار اعضاء المحكمة، والحكمة من اشراك جميع السلطات العامة في عملية الاختيار هذه ترجع الى ان الحكم الصادر بدستورية القانون تكون له حجية قبل الكافة شأنه في ذلك شأن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، مما يوجب ان تكون المحكمة الاتحادية هيئة عليا منفصلة عن سلطات الدولة التقليدية وفي مستوى لا يقل عن السلطة التشريعية او اية سلطة اخرى من سلطات الدولة، مهمتها حماية نصوص الدستور ومبادئه. وهذا الاتجاه الذي يؤدي الى اشراك السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية معاً في اعمال الرقابة على دستورية القوانين متبع في الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٨، حيث تنص المادة (١٣٥) منه على ان: "تشكل المحكمة الدستورية من خمسة عشر قاضياً يعين رئيس الجمهورية (بدون اقتراح الحكومة) ثلثهم، كما يعين البرلمان في جلسة مشتركة (الثلث)، ويعين رجال القضاء العادي والاداري الثلث الباقي. ويختار اعضاء المحكمة من رجال القضاء العالي العاملين والسابقين ومن اساتذة القانون بالجامعات ومن المحامين الذين مضى على اشتغالهم بالمهنة عشرون سنة".

#### المبحث الثاني

### اختصاص المحكمة الاتحادية بالرقابة على دستورية القوانين

لكي يضمن دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ حسن تطبيق احكامه ووضعها موضع التطبيق، اقر تشكيل المحكمة الاتحادية، ولاهمية الاعباء الملقاة على عاتقها وخطورة المواقف التي تعالجها وهي تلتمس الطريق في بناء دولة القانون، فقد جعلها الجهة الوحيدة والمختصة برقابة مطابقة النصوص القانونية للدستور وفقاً لمبدأ علو الدستور وسموه.

تنص المادة (٩٣) من هذا الدستور على انه: (تختص المحكمة الاتحادية العليا بمل يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين النافذة)<sup>١</sup>.

يتبين من نص هذه المادة ان المحكمة الاتحادية العليا هي وحدها . دون غيرها . التي ينعقد لها الاختصاص لرقابة دستورية القوانين والانظمة، ولاتملك المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي في العراق على اختلاف انواعها ودرجاتها ان تتصدى لرقابة موافقة القانون للدستور وعدم خروجه عليه او مراقبة مايسمى بدستورية القوانين والانظمة.

ونص المادة (٩٣) واضح وصريح بصدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية جميع القوانين والانظمة سارية المفعول. بالنسبة للقوانين ورد النص مطلقاً وهذا يعني ان رقابة المحكمة تشمل جميع القوانين العادية (التشريعات الاصلية) التي تصدرها السلطة التشريعية بصفتها الجهة المناط بها دستورياً القيام بهذه المهمة في جميع الاوقات والظروف.

---

عهدت المادة ( ) من الدستور النافذ بالعديد من الاختصاصات الى المحكمة الاتحادية العليا الى جانب اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة، ومن هذه الاختصاصات: تفسير = نصوص الدستور، الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية، والمنازعات التي تحصل بين حكومات الاقاليم او المحافظات الى جانب الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، كما تتمتع هذه المحكمة بسلطة الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وبين الهيئات القضائية للاقاليم او المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

كما تمتد رقابة المحكمة لدستورية التشريعات الفرعية التي تتولى اصدارها السلطة التنفيذية، سواء بحكم اختصاصها التنفيذي، او عملاً باختصاص تشريعي استثنائي مستمد من الدستور او واقعي فرضته ظروف معينة.

وان امتداد الرقابة الدستورية الى التشريعات الفرعية هو امر تقتضيه الاعتبارات العملية تأكيداً لسيادة القانون لما لهذه التشريعات من اهمية لاسيما مايتعلق منها بحرية المواطنين وامنهم.

وبذلك يمكن القول ان المشرع الدستوري اخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له حيث شملت رقابة المحكمة جميع النصوص التشريعية اصلية كانت ام فرعية. وهو اتجاه يساهم في الحماية المباشرة للحقوق والحريات العامة للأفراد.

ونعتقد ان نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، قد جاءت موفقة لانها ساوت بين التشريعات الاصلية والتشريعات الفرعية في مجال الرقابة على الدستورية، أي مخالفو كل منهما لنص دستوري قائم او الخروج على روحه ومقتضاه. ولعل حكمة التسوية بينهما في هذا المجال، تتمثل في ان الرقابة على الدستورية تستهدف حماية الدستور وصونه من الخروج على احكامه باعتباره القانون الاسمي في البلاد، وهذه الغاية لا تتحقق الا اذا امتدت رقابة المحكمة الاتحادية العليا على جميع التشريعات الاصلية منها او الفرعية. ذلك ان مظنة الخروج على احكام الدستور قائمة بالنسبة اليها جميعاً، بل ان هذه المظنة اقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الاصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل اعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية.

كما ان امتداد الرقابة الدستورية على التشريعات الفرعية ام تقتضيه مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تبناها المشرع الدستوري في دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، والتي يتنافى معها ترك الخوض في دستورية التشريعات الفرعية لولاية الجهات القضائية الاخرى مع مايستتبع ذلك من احتمال تعارض الاراء وتضارب

الاحكام في مسألة واحدة مما يؤثر في الاوضاع والمراكز القانونية ويصيبها بالاضطراب وعدم الاستقرار.

واختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين هو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين والانظمة، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للاوضاع والاجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع واقراره واصداره، او التي تنصب على مخالفة احكام الدستور<sup>١</sup>، وذلك لورود نص البند (اولاً) من المادة (٩٣) من الدستور . المشار اليه اعلاه . في صيغة عامة مطلقة.

وقد يثار تساؤل بصدد اختصاص المحكمة الاتحائية العليا برقابة دستورية التشريعات الصادرة قبل صدور دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ ؟  
تنص المادة (١٢٩) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ على ان: "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، مالم تلغ او تعدل، وفقاً لاحكام هذا الدستور".

ان نص هذه المادة يعني استمرار نفاذ جميع التشريعات (الاصلية والفرعية) الصادرة قبل نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، دون تطهيرها مما يشوبها من عيوب، ودون تحصينها ضد الطعن بعدم دستورتيتها، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور النافذ، فليس معقولاً ان تكون التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور، وفي ظل نظمه واصوله المستحدثة من ان رقابة دستورتيتها اولى وواجب<sup>٢</sup>.

---

يمكن رد المثالب التي قد تعتور التشريع وتجعله محلاً للحكم بعدم الدستورية الى مثالب شكلية تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص في اصدار التشريع، ومخالفة قواعد الشكل والاجراءات الواجب اتباعها في سنة، واخرى موضوعية تتمثل في انتهاك المشرع للقيود الموضوعية التي يفرضها الدستور - عيب المحل - او انحرافه في استعمال سلطته التشريعية بتكبه للمصلحة العامة - عيب الغاية -

= : . شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ( )

هضة العربية، القاهرة،

: . محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، ط ، منشأة المعارف، الاسكندرية،

يذهب رأي في الفقه "قد يقال بان هذه القوانين يسري عليها الالغاء الضمني، بحيث يعتبر أي تعارض بين نصوصها ونصوص الدستور الذي صدر يعد الغاءً ضمناً لها وعلى ذلك فلا يقتصر شأن اعلان هذا الالغاء على المحكمة الدستورية وحدها بل تختص به جميع المحاكم على اختلاف درجاتها . رقابة امتناع ..

الا ان هذا القول لايمكن الاخذ به في حالة ما اذا نص الدستور الجديد على هدف معين ينبغي على المشرع بلوغه او على توجيهات معينة يجب عليه ان يسترشد بها عند وضع تشريع معين، ففي هذه الحالات لايتصور وجود التناقض او التعارض المباشر بين هذه النصوص الدستورية ونصوص القوانين السابقة عليها، وبالتالي لايمكن القول بالالغاء الضمني لانعدامه اسبابه، فالتعارض غير مباشر وغير صريح، مما يحتاج الى محكمة مختصة تقرر. ولما كانت المحكمة الدستورية هي التي تختص وحدها بهذا التقرير وجب ان يقتصر الاختصاص عليها دون باقي المحاكم في الدولة، ونتيجة لانه لايتصور . كقاعدة عامة . ان يخالف المشرع القانوني الدستور مخالفة صريحة وواضحة، فإن فكرة الالغاء الضمني تحتاج دائماً الى من يثبتها ويقررها مما يجعل الاختصاص دائماً للمحكمة الدستورية بشأن القوانين الصادرة قبل الدستور"<sup>1</sup>.

ونحن نعتقد بوجود خضوع كل مايتعلق برقابة الدستورية الى المحكمة الاتحادية العليا وان ينعقد لها الاختصاص بالرقابة على دستورية كل التشريعات النافذة سواء اكانت صادرة قبل نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ام بعده وذلك لورود نص المادة (١٢٩) منه صريحة وواضحة "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، مالم تلغ او تعدل، وفقاً لاحكام هذا الدستور". كما ان نص المادة (٩٣) منه اكدت على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القانون والانظمة النافذة "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما ياتي: اولاً: الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة"، والنص ورد مطلقاً دون تخصيص او تقييد.

### المبحث الثالث

## اساليب تحريك الرقابة امام المحكمة الاتحادية العليا

نصت المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان: "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب". وبما ان قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد لم يصدر لحد الان وان المعمول به حالياً هو قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والنظام الداخلي له رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الصادرين في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤. لذا سنوضح وسائل تحريك الرقابة على الدستورية في ظل قانون المحكمة والنظام الداخلي الصادر بموجبه السالفي الذكر.

بينت المواد (٣) و (٤) و (٥) و (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، اساليب تحريك الرقابة على دستورية القوانين امام المحكمة الاتحادية العليا، وهي:

### ١. الاحالة من محكمة الموضوع:

اعطى المشرع الحق لقاضي الموضوع في ان يلجأ الى المحكمة الاتحادية العليا كلما رأى ان نصاً ما في قانون ان نظام، يتعلق بالدعوى المنظورة امامه، مشكوكاً في دستوريته، وذلك بصرف النظر عن مصالح الخصوم في الدعوى الموضوعية، اذ قد لا ينتبه أي منهم الى الطعن في دستورية هذا القانون او النظام.

وقد نصت على ذلك المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة بقولها: "اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها، اثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم".<sup>١</sup>

---

النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا ( ) ، الوقائع العراقية، العدد ( )  
آيار .

ومقتضى ذلك ان من حق أي محكمة في السلم القضائي محكمة بداءة، استئناف، تمييز، او مايقابل أي منهم في سلم القضاء الاداري، اثناء نظرها دعوى، ان تحيل من تلقاء نفسها . يتعلق بالدعوى المنظورة من قبلها . وتراه غير دستوري الى المحكمة الاتحادية العليا للفصل في دستوريته.

كما وان من حق المحكمة الاعلى في السلم القضائي ان تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها دون التقيد في ذلك بحكم المحكمة الادنى الذي يكون قد اغفل هذه المسألة ولم ينتبه اليها.

## ٢. الدفع من قبل الافراد:

ويتحقق هذا الاسلوب عندما تجد احدى المحاكم نفسها اثناء نظر قضية معينة مضطرة للتعرض لنقطة قانونية تتعلق بالدستور او تفسيره، نتيجة لدفع احد الافراد امامها بعدم دستورية التشريع المراد تطبيقه على النزاع. فتعمل على تكليف الخصم بتقديم هذا الدفع بصورة دعوى لتقوم هي بنفسها بارسال هذه الدعوى مع مستنداتها الى المحكمة الاتحادية العليا لغرض البت في هذا الدفع بعدم الدستورية وذلك بعد ان تستأخر الدعوى المنظورة امامها لحين البت في دستورية التشريع. اما اذا ارتأت محكمة الموضوع عدم جدية الدفع بعدم الدستورية فيها ان ترفضه عان يكون للخصم حق الطعن في قرارها هذا امام المحكمة الاتحادية العليا.

وهذا هو ما نصت عليه المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة بقولها: "اذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص او نظام او تعليمات او امر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى. وبعد استيفاء الرسم ثبت في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قرارا بأستئثار الدعوى الاصلية للنتيجة. اما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلا للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا".

ويتضح من نص هذه المادة انه اذا دفع امام قاضي الموضوع بعدم دستورية التشريع، فانه لا يحيل امر البحث في الدستورية الى المحكمة الاتحادية العليا بصورة آلية تلقائية، بل انه غير ملزم بالاحالة فالمسألة خاضعة لتقديره واذا ما ثبت له على وجه اليقين انه لا شبهة في دستورية التشريع فان من حقه ان يرفض الدفع وان يفصل في الموضوع. وفي ذات الوقت لم يحرم الخصم الذي رفض دفعه بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع ان يطعن بهذا القرار امام المحكمة الاتحادية العليا. وهو اتجاه يحمد عليه مشرعنا لكونه يعمل على ضمان حقوق الافراد وحررياتهم ويوطد دعائم الشرعية.

### ٣. الدعوى الاصلية:

يتمثل اسلوب الدعوى الاصلية في ان يقوم صاحب الشأن بالطعن مباشرة بعدم دستورية القانون امام المحكمة المختصة. وترفع هذه الدعوى مباشرة امام المحكمة دون ان تكون مسبقة امام احدى المحاكم، ويتميز هذا الاسلوب بطابع الهجوم على القانون، حيث لا ينتظر صاحب الشأن حتى يطبق القانون على حالته الخاصة فيدفع بعدم دستوريته، بل يكفي ان يكون القانون قابلا للتطبيق<sup>١</sup>.

ولقد نصت المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على ان: "٥- اذا طلبت احدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى، الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او أمر، فترسل الطلب بدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا، معللا مع اسانيده، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة".

والمقتضى نص هذه المادة تملك الجهات الرسمية في الدولة حق الطعن بدستورية أي تشريع بدعوى اصلية مباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا على ان هذا الطعن لا يكون الا في حالة قيام منازعة بين احدى هذه الجهات وغيرها من الجهات الرسمية وبمفهوم

---

: . عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل، الكويت،

المخالفة لايحق لهذه الجهات الطعن بدستورية أي تشريع تشك في عدم دستوريته في الاحوال الاعتيادية ودون قيام منازعة حقيقية بين بعضها البعض.

كما نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية على ان: "٦- اذا طلب مدع، الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤) و (٤٥) و (٤٦) و (٤٧) من قانون المرافعات المدنية، ويلزم ان تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة وان تتوفر في الدعوى الشروط الآتية:.....".

ويعد نص هذه المادة تطوراً تشريعياً ملحوظاً في اتجاه المشرع العراقي نحو تفعيل دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اوكل مهامها الى المحكمة الاتحادية العليا بما يحقق الضمان الفعلي والحقيقي لحقوق الافراد وحررياتهم، حيث منح الافراد حق الطعن بدستورية أي تشريع بموجب دعوى اصلية مباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا، وهو بذلك تقدم على اقرانه من الدول العربية التي تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين كالكويت في ظل دستورها لعام ١٩٦٢ والامارات العربية المتحدة في ظل دستورها لعام ١٩٧١ والبحرين في ظل دستورها لعام ٢٠٠٢، فهذه الدول وان اعتمدت اسلوب الدعوى الاصلية لتحريك الرقابة على دستورية القوانين الا انها قصرت الحق في رفع هذه الدعوى على بعض السلطات العامة في الدولة، ولم يسمح للافراد باللجوء اليها اكتفاء بحقهم في الدفع الفرعي امام محكمة الموضوع مبررين اتجاههم هذا بان اسلوب الدعوى الاصلية يمثل اجراءً خطيراً، مما يفضل معه ان يمنع الافراد من اللجوء اليه وان المحكمة من هذا التضييق من الرقابة على دستورية التشريعات يكمن في عدم اغراق المحكمة الدستورية بسبل من الدعاوى التي قد يكون المقصود بها مجرد الندد في الخصومة واطالة امد النقاضي، علاوة على ان اساءة استعمال هذا الحق يؤدي الى تكديس القضايا امام المحكمة ويوقها عن التفرغ لمهامها الجسام.

ولقد استطاع المشرع العراقي ان يتفادى كل هذه المساويء التي قد تنشأ من ممارسة الافراد لحقهم في الطعن بعدم الدستورية بأسلوب الدعوى الاصلية المباشرة، وذلك عن

طريق وضعه لعدد من الشروط كأساس لقبول الدعوى بعدم الدستورية من قبل الافراد نصت عليها المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة ومنها: ان يتم تقديم هذه الدعوى بواسطة محامٍ ذي صلاحية مطلقة مستوفية لشروطها التي نصت عليها المواد (٤٤) و (٤٥) و (٤٦) و (٤٧) من قانون المرافعات المدنية، وان تتوفر في الدعوى الشروط الآتية: ان تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي، وان يقدم المدعي الدليل على ان ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب الغاؤه، وان يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ويمكن ازالته اذا ما صدر حكم بعدم دستورية التشريع المطلوب الغاؤه، والا يكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب الغاؤه، وان يكون النص المطلوب الغاؤه قد طبق على المدعي فعلاً او يراد تطبيقه عليه<sup>١</sup>.

#### المبحث الرابع

### الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا

تبدو اهمية تنظيم الاحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، لطبيعتها الخاصة، فالحكم الصادر في الدعوى الدستورية سواء بأضفاء الشرعية الدستورية على نص قانوني، او باثبات عدم دستوريته، له اهمية بالغة، اذ تتعلق آثاره بمبدأ الشرعية في الدولة، وتمس مراكز الاشخاص القانونية العامة والخاصة<sup>٢</sup>.

نصت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات كافة"، ومقتضى هذه المادة ان احكام المحكمة الاتحادية العليا باثة أي قطعية ولايجوز الطعن فيها بأي وجه من اوجه الطعن وهو مايعني ان التقاضي امام المحكمة الاتحادية العليا يكون على درجة واحدة، كما ان عدم

(لايكون :

( ) ( )

الضرر نظريا او مستقبليا او مجهولاً)، تزيد لامبرر له لن الفقرة (ثانيا)

يقدم المدعي الدليل على ان ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب الغاؤه.

: . نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ( النهضة العربية، القاهرة،

القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية وسواء كان الحكم بعدم الدستورية او برفض الدعوى لان النص ورد مطلقاً بهذا الخصوص. كما ان الحكم الصادر بعدم الدستورية يتمتع بالحجية العامة المطلقة مما يؤدي الى تصفية النزاع حول دستورية التشريع مرة واحدة وبصفة نهائية، وبالتالي لايسمح في المستقبل بأثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن ان يحكمها هذا التشريع.

والحجية المطلقة لاحكام المحكمة الاتحادية العليا تبدو نتيجة منطقية للطبيعة العينية للدعوى الدستورية والتي توجه الخصومة فيها الى نص تشريعي مطعون عليه بعيب مخالفة الدستور.

ولذلك فهذه الاحكام تعد ملزمة في الدعاوى الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا ذاتها في احكامها اللاحقة، وملزمة كذلك لجميع المحاكم في العراق سواء في ذلك المحاكم العادية او المحاكم الادارية والتي يجب الامتناع عليها عن تطبيق النص الذي قضي بعدم دستوريته في جميع القضايا المعروضة امامها والتي يراد تطبيق النص عليها، وكذلك في جميع القضايا التي تعرض عليها في المستقبل، كما تعد ملزمة للسلطة التشريعية بحيث يجب عليها ان تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته حتى يتفق مع نصوص الدستور، وتعد ملزمة كذلك للسلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق التشريع الذي قضي بعدم دستوريته على الحالات الفردية، كما يجب عليها ايضا ان تلغي الانظمة التي قررت المحكمة عدم دستوريته<sup>1</sup>. والمفروض ان هذه الاحكام لاتكون حجة على سلطات الدولة فقط، وانما تكون حجة على الكافة افراداً كانوا او مؤسسات، فهم ملزمون بعدم التعامل وفقاً للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، سواء اكانوا خصوماً في الدعوى الدستورية ام لا. في حين ان نص المادة (٩٤) اعلاه يستفاد منه ان احكام المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات العامة فقط من دون الكافة من

---

: رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ( )  
البحرين،

الاغيار سواء اكانوا اشخاصاً طبيعيين ام اعتباريين. ويعد ذلك قصورا يجب تلافيه من خلال تعديل نص هذه المادة الدستورية بجعل احكام المحكمة الاتحادية العلية في الدعاوى الدستورية ملزمة للسلطات العامة وللکافة.

ويثور التساؤل عما اذا كانت الحجية المطلقة للاحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى الدستورية تنقرر فقط للاحكام الصادرة بعدم الدستورية ام ان هذه الحجية المطلقة تنقرر كذلك للاحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية ؟

ان الامر يحتاج الى التفصيل بعض الشيء، والتفرقة بين ما اذا كان الحكم صادراً برفض الدعوى لسبب شكلي، ام ان هذا الرفض لسبب موضوعي.

بالنسبة للاحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية شكلاً لعدم توافر شروط قبولها كشرط المصلحة، في هذه الحالة لا يكون لهذا الحكم سوى حجية نسبية يقتصر اثرها على الدعوى التي اثير بصدها الطعن، وعلى اطرافها دون غيرهم. كما ان هذا الحكم لا يحول دون اعادة الطعن على ذات النص او النصوص، ومن ذات الاشخاص اذا ما توافرت الشروط التي كانت قد تخلفت، فلا ينبغي ان يكون الحكم بعدم القبول حائلاً دون قبول الدعوى اذا ماتوافرت شروط قبولها بعد ذلك، سواء بالنسبة للمدعي او بالنسبة لغيره.

اما بالنسبة للاحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعاً، أي التي تقرر ان التشريع محل الدعوى مطابق للدستور، فان المحكمة قبل اصدارها لهذا الحكم لا بد انها

---

اختلف الفقه الدستوري بشأن الحجية المقررة للحكم برفض الدعوى الدستورية: ذهب البعض الى ان هذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بعدم دستوريته، فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم ولا يحوز الحكم سوى حجية نسبية بين اطراف النزاع. وهذا التصور قائم على اساس قياس الدعوى الدستورية على دعوى الغاء القرارات الادارية، فبينما للاحكام الالغاء حجية مطلقة، ليس للاحكام الرفض الاحجية نسبية.

في حين ذهب جانب اخر من الفقه الى تقرير الحجية المطلقة لا النسبية للحكم الصادر بالرفض الموضوعي في الدعوى الدستورية، وذلك لانه وان كانت الدعوى الدستورية تشترك مع دعوى الغاء العيني، الا ان الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة في الاساس الى تعلق الاولى بقضاء الدستورية واتصال الثانية بقضاء المشروعية، ومن شأن هذا الخلاف ان تختلف آثار الحكم في كل دعوى من الدعويين بالنظر الى طبيعتها وای تحديد المشروع لهذه الآثار.

قد تعرضت لمدى مطابقة النص محل الطعن ونصوص الدستور، وفحصت كلاً منها فحصاً دقيقاً، وتعرضت فيه للموضوع تعرضاً كافياً استناداً الى ماورد في صحيفة الطعن من اسباب، وماتراه المحكمة ذاتها من اسباب اخرى للطعن بعدم الدستورية، غير تلك المبدأة بالصحيفة، فالقاضي الدستوري يبسط رقابته كاملة في هذا الشأن. وهو بذلك يكون قد فحص دستورية النص بمعنى الكلمة، وانتهى الى ان النص محل الطعن لا يخالف الدستور في شيء، فمثل هذا الحكم يحوز حجية مطلقة شأنه شأن الحكم الصادر بعدم الدستورية بحيث لا يجوز الطعن على هذه النصوص من جديد، ولقد اكدت المادة (٩٤) من الدستور ذلك حيث نصت: "قرارات المحكمة الاتحادية العليا وملزمة للسلطات كافة"، والنص على هذا النحو لم يفرق بين نوعية الحكم، وهل هو بعدم الدستورية او برفض الطعن، مما يدل ان المشرع اراد ان تكون الحجية واحدة سواتء بالنسبة لاحكام القبول او الرفض الموضوعي.

ومما تجدر الملاحظة اليه انه اذا كان مقتضى الحجية المطلقة التي يحوزها الحكم في الدعوى الدستورية سواء اكان بعدم الدستورية ام بالرفض الا تثار المسألة الدستورية التي تضمنها من جديد امام المحكمة الاتحادية العليا، فأن ثمة حالة وحيدة يمكن ان تتم فيها اعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التي تتولى عندئذ الفصل فيها دون ان يكون في ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذي سبق صدوره في شأنها، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد، او يعدل الدستور القائم، ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة ان قررت دستوريته مخالفا للدستور الجديد، او التعديلات المستحدثة. فالاصل العام ان المرجع في دستورية تشريع معين يكون الى احكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظلها وذلك طوال فترة سريانها، فاذا استبدلت بها احكام

---

ولمزيد من التفصيل، ر : محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، ط النهضة العربية، القاهرة، ومابعدھا؛ د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، ط ، دار الفكر العربي، القاهرة، ومابعدھا.

دستورية جديدة، فان الاحكام الدستورية المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع، وهذا هو ما يقتضيه سيادة احكام الدستور القائم على ماعداها<sup>1</sup>.  
وبصدد ترتيب الاثر القانوني على الحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا وتحديد النطاق الزمني لسريانه، فيلاحظ خلو دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من نص يحدد هذا الاثر القانوني للحكم والنطاق الزمني لسريانه على الرغم من اهمية هذا الموضوع واهمية النتائج المترتبة عليه، وهذا بلا شك يعد قصوراً يجب تلافيه اما بموجب تعديل دستوري . وهو الاجدي . او ان يتولى تنظيمه قانون المحكمة الاتحادية العليا . المؤمل تشريعه قريباً . بشكل واضح وصريح.

اما قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الصادر في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٥، فقد ورد النص صريحاً بشأن تحديد الاثر القانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية، حيث نصت المادة (٤) منه على ان: "تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والانظمة..... والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية"، ويتضح من هذا النص ان المشرع رتب حكم الالغاء على التشريعات التي يحكم بعدم دستورتها. ولكنه اغفل النص على تحديد النطاق الزمني لسريان هذا الحكم وهل يكون الالغاء بأثر فوري مباشر ان بأثر رجعي ؟ ونعتقد انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع الى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها، وعليه لا بد ان يسري حكم الالغاء بأثر رجعي يرتد الى تاريخ صدور التشريع المحكوم بعد دستوريته. وفي الوقت نفسه يجب مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة وذلك من خلال استثنائها من هذا الاثر الرجعي على وفق ضوابط معينة وهي ان تكون تلك الحقوق والمراكز قد استقرت

---

: . عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس،

بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم عليها، على ان يتم النص على هذه الحدود والضوابط للآثر الرجعي بنص قانوني ولا يتم تركها لتقدير المحكمة.

## الخاتمة:

تناولنا بالدراسة موضوع المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين، تعرضنا من خلالها الى تشكيل المحكمة الاتحادية العليا، واختصاصها، واساليب تحريك الرقابة امامها، والحكم الصادر منها. وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة الى عدد من النتائج والتوصيات نعرضها في الآتي:

١. تبني دستورية جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الرقابة القضائية اللاحقة على

دستورية القوانين وعهد بهذه المهمة الى محكمة دستورية متخصصة انشأها لهذا الغرض، كهيئة مستقلة مالياً وادارياً، اسماها بالمحكمة الاتحادية العليا، واعطى لها وحدها الحق في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة، بقصد التأكد من احترام هذه التشريعات للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لاحكامها وتعد الرقابة التي تمارسها هذه المحكمة من اهم الضمانات التي تكفل احترام الدستور و نفاذ احكامه وتطبيقه تطبيقاً سليماً، وهي بذلك تُرسى قواعد الشرعية الدستورية وتكفل حماية حقوق وحرريات الافراد.

٢. ترك المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ امر تحديد عدد

اعضاء المحكمة الاتحادية العليا وتنظيم طريق اختيارهم وعمل المحكمة للقانون، وهو مسلك منتقد من غالبية شرائح الفقه الدستوري لانه قد يؤدي الى الاطاحة بما يجب ان يكون عليه تشكيل المحكمة من ثبات واستقرار، لا يكفلهما الا الاحكام الدستورية. وقد يفتح الباب امام التيارات والاهواء السياسية لتلعب دوراً سلبياً في تشكيل هذه المحكمة، مما قد يفتح ثغرة في جدار استقلال هذه الهيئة القضائية الرقابية، ويفقدها الحياد الواجب وهي تفصل في دستورية القوانين والانظمة.

٣. ان رقابة المحكمة الاتحادية العليا تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على احكامه باعتباره القانون الاساسي الاعلى الذي يرسى الاصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، وان هذا الهدف لا يتحقق الا اذا انبسطت رقابة القضاء على التشريعات كافة على اختلاف انواعها ومراتبها وسواء اكانت تشريعات اصلية صادرة من الهيئة التشريعية ام كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، ذلك ان مظنة الخروج على احكام الدستور قائمة بالنسبة اليها جميعاً، بل ان هذه المظنة اقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الاصلية، التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل اعدادها ما لا يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل اعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة بين التشريعات، لذلك حرص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على توسيع نطاق رقابة المحكمة الاتحادية العليا فجعلها تنبسط على جميع القوانين والانظمة.

٤. اقر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والنظام الداخلي الصادر بموجبه رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، حق المواطن العادي او كل ذي شأن تكون له مصلحة شخصية حالة مباشرة، في تحريك الدعوى الاصلية والمباشرة، بطلب الحكم بالغاء التشريع المخالف للدستور، ويعتبر ذلك استجابة امين لمقتضيات المبدأ الدستوري الثابت بشأن كفالة حق التقاضي للجميع. وهو المبدأ الذي تكاد تُجمع دساتير العالم على تأكيده وضمانه للكافة. وذا كان هذا المبدأ مصوناً ومحققاً في كافة القوانين الحديثة بين يدي كافة جهات القضاء المدنية والادارية والجنائية، فليس ثمة مبرر يجيز حرمان ذوي المصالح من التمتع به بين يدي اعلى الجهات القضائية القائمة على امر رقابة الدستورية. بل لعل في الترخيص لكل ذي مصلحة بحق تحريك الدعوى الاصلية والمباشرة ضد

التشريعات غير الدستورية، انما هو في النهاية تأكيد لحقه في المشاركة في اقامة العدالة وكفالة الشرعية في الدولة.

نؤكد على ضرورة تبني ذات الاتجاه من قبل المشرع في ظل قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد.

٥. تثبيتاً لمكانة المحكمة الاتحادية العليا جعل المشرع الدستوري احكام هذه المحكمة وقراراتها باثة وملزمة للسلطات العامة.

٦. نقترح تعديل المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على ان: "قرارات المحكمة العليا باثة وملزمة للسلطات كافة"، وذلك بان يكون نص هذه المادة على الشكل الاتي: "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات العامة والكافة".

وذلك لان الحجية المطلقة لاحكام المحكمة الاتحادية العليا تثبت في مواجهة السلطات العامة اولاً، وفي مواجهة كافة من الاغيار من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ثانياً، في حين ان نص المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ يجعل هذه الحجية تثبت للسلطات العامة في الدولة دون كافة من الاغيار، وهذا يعد قصوراً فيؤ النص الدستوري.

٧. ضرورة النص صراحة في الدستور على تحديد الاثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، وهو مايتفق مع تقرير الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٨. ضرورة النص صراحة في الدستور على الاثر الرجعي لاحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، على ان يستثنى من هذا الاثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم، مع الاعتراف للمحكمة الاتحادية العليا . بنص صريح في الدستور . بسلطة تقرير الاثر المباشر او الاثر المستقبلي لحكمها

بعدم الدستورية في بعض الحالات على ضوء الظروف الخاصة ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك لمعالجة بعض المشكلات العملية التي قد تترتب على اطلاق تطبيق قاعدة الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

٩. ضرورة النص صراحة في الدستور على التزام المشرع الاصيلي او الفرعي بالغاء او تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، وذلك حتى يتحقق بالفعل لاحكام هذه المحكمة الحجية المطلقة والملزمة لجميع سلطات الدولة، ولتفادي حدوث أي فراغ تشريعي قد يهدد الامن القانون للدولة.
١٠. انشاء لجنة في مجلس النواب تسمى بلجنة الشؤون الدستورية، تكون مهمتها اعادة النظر في التشريعات التي تقضي المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته سواء بتعديل النصوص المعيبة دون باقي نصوص التشريع الطعين، او الغاء التشريع كلية . اذا اقتضى الامر ذلك . واقتراح اخر يتلافى العيوب والمثالب الدستورية فضلا عن تنقيح التشريعات المشابهة لما قضت المحكمة بعدم دستوريته، بدلا من الانتظار لحين الطعن عليها مما يشكل تهديداً للاستقرار القانوني.

١١. نوصي بضرورة الاسراع في اصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا على ان تأتي احكامه متوافقة مع دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً.

## **المصادر:**

### **اولاً: الكتب والبحوث واطروحات الدكتوراه:**

١. د. ابراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧١.

٣. د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.
٤. د. جورجى شفيق ساري، اصول واحكام القانون الدستوري، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٥. د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٦. د. رمزي الشاعر، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
٧. د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين (دراسة مقارنة)، مطبعة اوال، البحرين، ٢٠٠٣.
٨. د. شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٩. د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، (دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
١٠. د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق . جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
١١. د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.
١٢. د. عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك للمطبوعات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٣. د. عزيز الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة فيصل، الكويت، ١٩٩٥.
١٤. القاضي قاسم حسن العبودي، اشكال القضاء الاتحادي، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني: <http://www.iraqiwriter.com/iraqiwriter/azad/a306.htm>

١٥. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢
١٦. د. محمد فرج محمد الفقي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق . جامعة عين شمس، ١٩٩٨،
١٧. د. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢،
١٨. د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣،
١٩. هاني الحوراني، وحسن ابو رمان، وايمان داود ياسين، الاطار القانوني للبناء الديمقراطي في الاردن، دار سندباد للنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٠،
٢٠. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

## ثانياً: الوثائق:

### أ) الدساتير:

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (٤٠١٢)، السنة السابعة والاربعون، ٢٨ كانون الاول، ٢٠٠٥،
٢. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في ٨ آذار ٢٠٠٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤،
٣. دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ المؤقت، الدساتير العراقية، ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق . جامعة دي بول، ٢٠٠٥،
٤. القانون الاساسي العراقي مع تعديلاته، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٥٣،

٥. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١، الدساتير العربية، ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق . جامعة دي بول، ٢٠٠٥.

### **(ب) القوانين والانظمة:**

١. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (٣٩٩٦)، السنة السادسة والاربعون، ١٧ آذار ٢٠٠٥،

٢. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (٣٩٩٧)، السنة السادسة والاربعون، ٢ آيار ٢٠٠٥،

٣. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨، الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (١٦٥٩)، السنة الحادية عشر، ٢ كانون الاول، ١٩٦٨،

٤. قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، مجموعة القوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض الدول العربية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الانسان، كلية الحقوق . جامعة دي بول، ٢٠٠٥.

حقوق المواطن في ظل الاحتلال الخارجي

وتطبيقاتها في العراق

د. علي حميد الميحي

# كلية المأمون الجامعة

## المقدمة:

تثير مسألة الاحتلال الاجنبي للاقاليم والدول التي تتمتع بسيادتها الكاملة على اقليمها، الكثير من المواضيع والقضايا التي يمكن ان تكون مدارات بحث واسعة في القانون الدولي العام، فقوانين الحرب، والنزاعات الدولية المسلحة، والقانون الدولي الانساني، وطبيعة الاحتلال، ومركزه القانوني، ومدى شرعيته، ومدى مشروعية استخدام القوة في العلاقات الدولية، وما يترتب على الاحتلال من نتائج تتعلق بسلوك قوات الاحتلال، وواجبات المحتل وحقوقه في الاقليم المحتل، وحقوق المواطنين، وسكان الاقاليم المحتلة في ظل الاحتلال، كلها مواد تحتاج الى بحث ودراسة وتوضيح والتزام بها في ضوء القيم والمباديء الدولية التي ترسخت في المجتمع الدولي على مر العصور.

ان عناوين المواضيع المشار اليها في اعلى هذه السطور كل منها يكان ان يكون مدار بحث طويل او كتاب يمكن ان يكون قاصرا عن تلبية وتغطية كل جوانبه، غير ان ماسنذهب اليه كموضوع لبحثنا هو مايتعلق بحقوق المواطن او حقوق السكان في الاقاليم المحتلة من وجهة نظر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ومباديء القانون الدولي والقانون الدولي الانساني والقيم والاعراف الدولية التي ترسخت في سياق التعاملات والعلاقات الدولية واصبحت قواعد آمرة لايحوز الاتفاق على مخالفتها وخرق التزاماتها.

شهدت المجتمعات الدولية على مر العصور الكثير من الاحتلالات الاجنبية وكان دائما مصيرها الزوال والانتهاك حيث تعود القوى الدولية الغازية ادراجها اما بسبب تحقق اهدافها او هروبها بسبب المقاومة الشرسة التي تواجهها، ويبقى التاريخ يسجل باحرف من نور نضالات الشعوب المستعمرة ويكتب بحيادية عن قوى الاحتلال وعن ابناء البلد المحتل.

في آذار ٢٠٠٣ احتلت القوات الامريكية والبريطانية الغازية دولة العراق العضو الكامل والمؤسس في الامم المتحدة وانتهكت سيادته واسقطت نظامه السياسي دون وجه حق قانوني او عذر شرعي او قرار دولي او تخويل من مجلس الامن، وشكل هذا العمل انتهاكا صارخا لقواعد القانون الدولي واستخدام للقوة خلافا لميثاق الامم المتحدة، اكده السيد كوفي عنان الامين العام السابق للامم المتحدة حينما قال: ان الحرب الامريكية البريطانية ضد العراق كانت خرقا وانتهاكا لميثاق الامم المتحدة وبالتالي انها كانت عملا غير شرعيا.

وبغية تناول موضوع حقوق المواطنين في ظل الاحتلال الامريكي البريطاني للعراق الذي تأكد بموجب قرار مجلس الامن الدولي رقم (١٤٨٣) لسنة ٢٠٠٣. سوف نقسم الدراسة الى ثلاث مباحث، الاول: ونتناول فيه مفاهيم وتعريفات الاحتلال في القانون الدولي والجدور التاريخية له وماحصل من تطورات في القانون الدولي بشأنه في العصر الحديث. اما المبحث الثاني: فسننتاول فيه الاحتلال وواجبات المحتل ومركزه القانوني وموضوع السيادة في ظل الاحتلال. اما المبحث الثالث والاخير: فسنعرض فيه تطبيقات قوانين الاحتلال في العراق بعد احتلاله من قبل القوات الامريكية والبريطانية وما يتعلق بدور قوى الاحتلال في الادارة والتنظيم والاموال العامة والخاصة للعراقيين وصولا الى خاتمة. نتمنى ان نكون من خلال عرض الموضوع ان نسهم ولو قليلا لتعريف المواطن بحقوقه في ظل الاحتلال.

ومن الله التوفيق انه سميع مجيب..

## المبحث الاول

## الاحتلال الاجنبي في القانون الدولي

ان احتلال كامل اراضي الدولة من قبل دولة اخرى ينهي شخصيتها القانونية، وينقص سيادتها الدولية، ان السيادة اصبحت رمزاً وعنواناً لمفهوم العزة والكرامة التي يتمتع بها المواطنون في المجتمع الدولي المعاصر، والسيادة تمنع وضع قيودا عليه، لانتفق ومبادئ التطور الشامل لمناحي الحياة في العصر الحديث، وماتفرضه دواعي السلم والأمن الجماعيين للمجتمع الدولي ونبذ الارهاب والحروب والعدوان<sup>١</sup>، فما هو المقصود بالاحتلال، وماهي جذوره التاريخية وابعاده في العصر الحديث.

### المطلب الاول

### تعريف الاحتلال الاجنبي

الاستعمار ظاهرة اقتصادية سياسية عسكرية، ناتجة عن تطور امة او امم في مجال الصناعة والتجارة والقوى البشرية والعسكرية، وقد يؤدي هذا التطور الى احتلال وسيطرة هذه الامة او الامم على مقدرات امة ضعيفة او امم ضعيفة في امكانياتها الاقتصادية والعسكرية وربما البشرية، بهدف استغلال ونهب ثرواتها، ويكون ذلك اما مباشرة بوضع يد الامة الاقوى على ارض و ثروات الامة الاضعف، واسغلالها من قبل الامة او الامم الامبريالية الاقوى لسنوات طويلة. ولقد عرف (لينين) الامبريالية بانها: اعلى مرحلة من مراحل الرأسمالية، فالرأسمالي الذي يستغل ابناء قومه لايتورع عن استغلال الاقوام الاخرى<sup>٢</sup>.

تعتبر لوائح لاهاي لعام ١٩٠٧ واتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ وبعض احكام البرتوكول الاول لسنة ١٩٧٩ الاضافي لاتفاقيات جنيف لسنة ١٩٤٩ المصادر الاساسية لقانون الاحتلال الحديث، واستنادا الى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ الخاصة باعراف وقوانين الحرب تعتبر ارض الدولة محتلة حين تكون تحت السيطرة الفعلية

---

. علي حميد العبيدي، القانون الدولي العام والقانون الدولي الانساني، محاضرات القيت على طلبة

/ كلية المأمون الجامعة، السنة الدراسية

. عبد الوهاب الكيالي؛ كامل الزهيري، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات

، بيروت، لبنان،

للقوات المسلحة المعادية، حيث يمارس جيش العدو سلطته على تلك الارض التي احتلها فقط، ولايشمل الاحتلال سوى الاراضي التي احتلها ويمكن ان يمارس فيها سلطته، فالاحتلال الحربي (هو تمكن قوات محاربة من دخول اقليم العدو والسيطرة عليه كله او بعضه بصفة فعلية)<sup>١</sup>.

واشارت المادة الثانية المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٧٩ ومنها بشكل خاص الاتفاقية الرابعة الخاصة بحماية الاشخاص المدنيين في وقت الحرب الى ان تلك الاتفاقيات تطبق على جميع حالات الاحتلال، سواء كان ذلك الاحتلال جزئيا او كلياً لاقليم الدولة، وسواء كان ذلك الاحتلال قد واجهه او لم يواجه مقاومة مسلحة، ولا فرق في ان الاحتلال قد حظي بموافقة مجلس الامن التابع لهيئة الامم المتحدة او لم يحظ بذلك، بل المهم هو حالة الاحتلال الواقعية للاقليم بغض النظر عن اهدافه ومسمياته ومنها الاجتياح او التحرير او الارادة او الاحتلال او الفتح او الاستيلاء او الانتقام او التخلص من النظام السياسي<sup>٢</sup>.

لقد كان الفتح ومعناه الاستيلاء عنوة على اقليم تابع لدولة اخرى واعلان ضمه للدولة الفاتحة دون موافقة دولة الاصل او اعتراف الدول الاخرى به اهم الوسائل التقليدية لاكتساب الاقليم، ولقد شكك الفقهاء في مشروعية هذا الاسلوب وحرّمته ائتموثيق الدولية<sup>٣</sup>. ان الفتح هو احتلال اقليم الدولة . كله او بعضه . بواسطة القوات العسكرية المسلحة لدولة اخرى في اثناء الحرب القائمة بينهما وضم الدولة المنتصرة للاقليم المحتل بعد انتهاء الحرب او بعد انتهاء العمليات العسكرية<sup>٤</sup>.

واستنادا الى تعريف الاحتلال الوارد في اتفاقية لاهاي المشار اليها آنفا، وهو التعريف الذي يتفق عليه معظم فقهاء القانون، فان للاحتلال عناصر تتمثل بما يلي:

---

: علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط ١ ، منشأة المعارف بالاسكندرية،  
( ) اتفاقية لاهاي لعام .  
: نص المادة الثانية المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة لعام .  
. محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العامن دار الحمامي للطباعة، دار النهضة العربية، مصر،  
دار النهضة العربية، القاهرة،

١. ان تكون هناك سيطرة فعلية على اراضي او على اقليم الدولة المحتلة من قبل جيش عسكري معادي.

٢. ان تكون هناك ممارسة فعلية للسلطات في تلك الاراضي من قبل دولة او دول الاحتلال.

تشير حالة الاحتلال موضوع شرعية او عدم شرعية الاحتلال، وهو امر محل جدل ونقاش، وهل ان صلاحيات مجلس الامن بموجب الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة الذي يجيز بقدر ما احتلال اراضي بلد معين لغرض حفظ السلم والامن الدوليين تعتبر ذلك الاحتلال شرعيا ؟ في الحقيقة ليس هناك وجود لشيء من الناحية القانونية لحالة احتلال شرعي واخر غير شرعي، وان القانون الدولي المتعلق بالاحتلال يطبق بغض النظر عن شرعية التدخل او عدم مشروعيته، مع الانتباه الى الفارق التقليدي بين حق اللجوء الى الحرب وقانون الحرب، وتطبق القواعد القانونية الخاصة بالاحتلال في ضوء اتفاقية جنيف الرابعة والاتفاقيات الاخرى ذات العلاقة، وليس من المهم اذا كان الاحتلال قد تم من قبل دولة واحدة او عدة دول او في اطار تفويض او بدون تفويض من الامم المتحدة. ولكن هناك صعوبة في موائمة بعض احكام القانون المتعلق بالاحتلال والطبيعة الخاصة بالعمليات التي تنفذ بموجب تفويض من الامم المتحدة التي تسيطر على احد الاراضي.

وفي معظم الحالات التي تكون فيها القوات المحتلة التي تعمل تحت إمرة واشراف الامم المتحدة وتمارس سيطرتها الفعلية على احد الاراضي، تعمل في ظل ظروف مشابهة للاحتلال الا انها في الواقع اقرب الى فكرة الوصاية منها الى الاحتلال.

### المطلب الثاني

## الجدور التاريخية للاحتلال الاجنبي

يعود تاريخ الاحتلال الاجنبي للاقاليم الى ما قبل التاريخ الحديث المدون للعمليات الاستعمارية، فالغزوات الاستعمارية حدثت في مراحل متقدمة وموغلة في القدم الزمني، حيث زمن البداوة والنظام القبلي، أي حيث قامت قبائل البدو الرعاة وبدافع البحث عن

مصادر الثروة والطاقة وقتئذ، العشب والماء (الرعي والسقي)، بالانتقال من مكان القحط والجفاف الى اماكن غنية بالخصب والخير الوفير، وغزت القبائل بعضها الاخر ووقعت حروب كثيرة، واخضعت القبائل القوية المنتصرة، القبائل المنهزمة لسيطرتها او طردتها، وحلت مكانها او صهرتها لتكون معها قبيلة واحدة، وان معظم الحروب في الزمن القديم كانت دوافعها استعمار امة قوية لأمة ضعيفة، وما حروب فارس وروما واليونان، وحروب الساميين والحاميين والآريين قديماً سوى حالات من حروب كانت في اهدافها احتلالاً او مواجهة للاحتلال.

وترتبط ظاهرة الاحتلال بالنهضة الاوربية وعصر الاستكشاف والاحتلال العسكري المباشر للمناطق الغنية بالموارد، وارسال موجات من المستوطنين في بعض الاحيان الى المناطق التي تمت السيطرة عليها. ومن امثلة الاحتلال العسكري المباشر: الاحتلال البريطاني لعدن عام (١٨٣٩م)، ولمصر عام (١٨٨٢م)، وللعراق عام (١٩١٧)، ولنيجيريا ابتداء من عام (١٨٦١م)، والاحتلال الفرنسي للجزائر عام (١٨٣٠م) ولتونس عام (١٨٨١م)، وللبنان وسوريا عام (١٩٢٢م)، والاحتلال الايطالي للاراضي الليبية عام (١٩١١م)، والاحتلال العسكري لفيتنام عام (١٨٥٨)، والاحتلال الاسباني لمناطق المغرب عام (١٩١٢).

ولاشك ان الاسباب التي دفعت التكوينات والدول الكبرى منذ الازل الى احتلال واستعمار الدول الاقل والاضعف منها قوة هي المصالح الاقتصادية الاستعمارية لتلك الدول، وهناك مصالح مشتركة بين المستوطنين (المستعمر الاجنبي) والاحتكار الاجنبي<sup>١</sup>.

ويمكن القول ان منشأ الاستعمار هو اوروبي . غربي وذلك لأسباب عدة نذكر منها:

١. الثورة الصناعية الرأسمالية والحاجة الى المواد الخام للصناعات والاسواق الخارجية لتصريف الانتاج.

٢. الفائض السكاني الناتج عن الثورة الصناعية بحلول الآلة محل الانسان.

---

ضاري رشيد السامرائي، الفصل والتميز العنصري في ضوء القانون الدولي، بغداد الرشيد، ص مابعدھا.

٣. نظرية التفوق العرقي للجنس الابيض والتي تؤهل الاوربيين الغربيين عموماً (حسب معتقدتهم) الى قيادة وحكم الشعوب وصنع الحضارة العالمية.
٤. الخلفية الايديولوجية الاوربية الصليبية لدى ابناء الغرب المسيحي وشخص انظارهم الى بلاد الشرق التي تفيض عسلاً ولبناً وخصوصاً الى فلسطين (مهد المسيح) والوطن العربي بشكل خاص.
٥. الصراع القديم الجديد بين ممالك الشرق (الارثوذكسية) وممالك الغرب (الكاثوليكية) وامن المضائق والممرات والبحر المتوسط.
- وبعد ان وضعت الحربين العالميتين اوزارهما سعت عصابة الامم ثم منظمة الامم المتحدة الى النظر في قضايا تحرير البلدان الواقعة تحت الاستعمار العالمي وحق الشعوب في تقرير مصيرها، وكانت الدول الاستعمارية الكبرى ترفض تحرير مستعمراتها بدعوى انها لم تتضج بعد لممارسة الاستقلال، وبالتالي فهي لاتستحقه، ورغم ذلك استطاعت الشعوب المناضلة من اجل استقلالها التخلص من الاستعمار والاحتلال الاجنبي وتحقيق استقلالها.

### المطلب الثالث

## الاحتلال الاجنبي في العصر الحديث

الاحتلال حالة مرفوضة في العصر الحديث يحرمها ميثاق الامم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، فالاساس المبدئي الذي يستند اليه القانون الدولي هو مبدأ احترام استقلال الدول وسيادتها، وهذا المبدأ يكاد يختفي على صعيد الممارسة الفعلية، ليحل مكانه قانون الغاب القائم على جذرية الحكمة العتيقة، وهي ان الحق للقوة فحسب، فانتهاك السيادة امسى لها اصطلاح اخر تحت اسم حق التدخل، بمعنى انه اضحى ممكناً لاية دولة ان تعتدي على اخرى تحت هذا الادعاء، سواء وافقتها هيئة الامم المتحدة على تدخلها او شاركت معها او عارضتها.

ولقد كان لاشتعال الحرب الاهلية بين قوميات وطوائف يوغسلافيا القديمة في وسط اوربا، والمجازر الجماعية التي صاحبته، الاثر الفعال في تقديم ساحة واقعية لتطبيق مفهوم حق التدخل باعتباره مبدأً انسانياً لا بد للمجتمع الدولي من الالتزام به، فلا سلطة بدون سيادة، ولا سيادة مع الاحتلال والتدخل الاجنبي الجاثم في عقر دار الوطن. هذه المعادلة الاولية المؤسسة لروح القانون الدولي والمستمدة من فلسفة التاريخ الحديث للبشرية، وتجاربها المريرة في انقضاء شرور بعضهان وفي ابتداع مبدأ التنظيم القانوني للعلاقات الدولية.

ان الطبيعة البشرية لاتقبل بكل تأيد ان يخضع انسان او شعب بالقوة لحكم انسان او شعب اخر. وترفض الاستبعاد والاسترقاق، والاستغلال واحتلال الاراضي والاطوان من الاجنبي الغريب عنها. والانسان بطبعه يأبى الضيم ويغار على كرامته ولايرضى ان يحتقر ويهان وتسلب ارادته. ان الاستعمار يتعامل مع المُستعمر باستعمال جميع هذه الادوات لتسخيره. وهو بذلك مرفوض طبعا وعقلا وخلقاً، فالاستعمار ظاهرة شاذة لكونه يُمارس من اقلية على اغلبية لانقول عنها ساحقة، بل مسحوقة او يُراد سحقها وحتى ابادتها لتسود الاقلية بدون منازع ولا معارض.

ان الاحتلال لا يحدث الا بالقوة فهي وحدها التي تؤمن له السيطرة الكاملة على العقول والمشاعر التي ترفضه، فانه يحاول تحطيم الشعب وكسره بتتظير مذهبي يبرر له ممارسة طغيانه على الانسان والارض، وبدعم قانوني يُشرعنه لنفسه بغية تخويله رسالة مضللة وبشعار تمدين الانسان المتخلف وتطويره، وبالتالي التحكم في ثرواته لجعلها في خدمة اغراضه التي يعبر عنها بهذا التعبير.

## المبحث الثاني الاحتلال وواجبات المحتل

بغية التعرف على واجبات المحتل في الاقليم المحتل لابد من تحديد المركز القانوني للاحتلال ومدى السيادة التي يتمتع بها الاقليم المحتل في ظل الاحتلال الاجنبي، وسنتطرق الى ذلك في ثلاث مطالب.

## المطلب الاول المركز القانوني للاحتلال

ان الوضع القانوني للاقليم المحتل هو اقليم تابع يرتبط برابطة خضوع لدولة الاحتلال، وتسمى هذه الاخيرة الدولة المتبوعة، ومن صفات الدولة التابعة هي حرمانها من ممارسة سيادتها في الشؤون الخارجية مع ممارسة شؤونها الداخلية وفق ماتحدده لها الدولة المتبوعة، ان السلطة الفعلية هي سلطة الاحتلال، وهذا يتطابق مع نص المادة (٤٢) من لائحة لاهاي سنة ١٩٠٧ التي نصت على: "تعتبر ارض الدولة محتلة حيث تكون السلطة الفعلية لجيش العدو".

إذاً فمن الناحية القانونية يعتبر الاقليم المحتل باكملة ارض محتلة، لان معيار الاحتلال هو معيار القدرة على السيطرة الفعلية، ويجب ان يعامل برمته في اطار اتفاقيتي جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ ولاهاي لعام ١٩٠٧، وهو ماجرى عليه العرف الدولي، وماهو مستقر في الاوساط الدولية وتؤكد مبادئ القانون الدولي العام.

ان القوة المحتلة، يجب ان تحترم القوانين القائمة وقواعد الادارة، ولا تقدم على الغاء تشريعات دستورية وقانونية، او حل اجهزة الدولة العسكرية والامنية والادارية او احداث فراغ على مستوى ادارة الدولة خلافا لنص المادة (٤٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧.

---

النص الانكليزي للمادة ( ) من الاتفاقية هو:

((The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutelty prevented, the laws in force in the country)).

ولقد اكدت ذلك المادة (٤٣) من لائحة لاهاي سنة ١٩٠٧ في المبدأين الاول والثاني منها، وكذلك اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ والتي يمكن ان نستنتج من خلالهما المبادئ الاساسية التالية التي تحكم الاحتلال الحربي<sup>١</sup>:

١. لاكتسب قوة الاحتلال اية سيادة على الارض.
٢. الاحتلال حالة مؤقتة بحكم تعريف الاحتلال اعلاه، وتعد حقوق قوة الاحتلال في الارض مجرد حقوق انتقالية مؤقتة.
٣. على المحتل ان يحترم القوانين القائمة التي تبقى سارية المفعول ما لم تكن مناقضة للمعايير الدولية او تهدد المحتل، واحترام الممتلكات الثقافية.

### المطلب الثاني واجبات سلطة الاحتلال

لاشك ان نظريات الحرب وآلياتها في القانون الدولي العام قد تطوّرت على مر السنين، ورغم انها تمنح سلطة الاحتلال الصلاحيات التي تحتاجها لادارة الاراضي التي تسيطر عليها، الا انها وفي الوقت نفسه تلغي الكثير من حقوق سكان الاراضي المحتلة. ومن اولى الاهداف الرئيسية للقواعد الدولية الخاصة بالاحتلال العسكري تمكين سكان الاراضي المحتلة من العيش بطريقة طبيعية قدر الامكان في مثل هذه الظروف. فهناك نصوص وقواعد القانون الدولي الانساني الخاصة بالاحتلال العسكري، والمعروفة ايضا بقوانين الحرب او قوانين النزاع المسلح، التي تأخذ بعين الاعتبار بواعث القلق العسكرية والامنية لدولة الاحتلال وتوازن بينها وبين حقوق الاشخاص الذين يجدون انفسهم خاضعين لسلطتها، وهناك المصادر المتعلقة بالواجبات المترتبة بموجب القانون الدولي الانساني المنطبقة على الاحتلال العسكري ومنها اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وعادات الحرب البرية والانظمة الملحقة بها بشأن قوانين وعادات الحرب البرية الصادرة في ١٨

---

( ) من اتفاقية جنيف الرابعة

: نص المادة اعلاه من اتفاقية لاهاي لعام

تشرين الاول (اكتوبر) ١٩٠٧، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الاشخاص المدنيين في وقت الحرب (اتفاقية جنيف الرابعة) المؤرخة في ١٢ آب (اغسطس) ١٩٤٩، والمادة (٧٥) من البروتوكول الاضافي للعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ آب (اغسطس) ١٩٤٩، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية (البروتوكول الاول)ن بالاضافة الى قواعد القانون الدولي العرفية.

يعامل جميع الاشخاص المحميين بواسطة طرف النزاع الذي يخضعون لسلطته بنفس الاعتبار دون أي تمييز ضار على اساس العنصر او الدين او الآراء السياسية مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالحالة الصحية والسن والجنس لكل منهم. وبحسب ماورد في اتفاقية جنيف الرابعة (المادة الرابعة) فان المدنيين في الاراضي المحتلة الذين يجدون انفسهم عند قيام حرب او احتلال تحت سلطة احد الاطراف في النزاع، هو الاشخاص المحميون الذين ترد حقوقهم في الاتفاقية. وحقوقهم غير قابلة للانتهاك ولايمكن التنازل عنها، واي تنازل من هذا القبيل باطل ولاغ، بصرف النظر عما اذا كان الشخص اتخذ ذلك القرار بملء ارادته او تحت الضغط الذي مارسته دولة الاحتلال<sup>١</sup>.

ان الواجبات التي يجب ان تضطلع بها سلطة الاحتلال، وبشكل اكثر توضيحاً دولة الاحتلال هي الآتية<sup>٢</sup>:

١. واجب اعادة فرض القانون والنظام والحفاظ عليهما، لغرض حماية ارواح المدنيين وحفظ سلامتهم كما نصت عليها المادة (٤٣) من اتفاقية لاهاي.
٢. واجب توفير الغذاء والرعاية الصحية وتسهيل تسيير المساعدات الانسانية، خصوصاً لأولئك الفارين الى مناطق بعيدة عن القتال، بانتظار تأمين المكان

---

: ( ) من اتفاقية جنيف الرابعة المشار اليها آنفاً.  
للاطلاع على واجبات سلطة الاحتلال على اقليم دولة واقعة تحت الاحتلال، لاحظ: ن هندي، مبداء القانون الدولي العام في السلم والحرب، دمشق، دار الجليل،  
يمكن الاطلاع على لائحة "لائحة الحرب البرية" التي تحدد في القسم الثالث منها: "السلطة العسكرية على اقليم دولة معادية"

الآمن لهم ويترتب على سلطة الاحتلال واجب ضمان توفير الغذاء واللوازم الطبية لهم، اذا دعت الضرورة<sup>١</sup>.

٣. التأكيد على الرعاية الطبية وصيانة المنشآت والخدمات الطبية والمستشفيات وكذلك الصحة العامة والشروط الصحية في الاراضي المحتلة، واعتماد تطبيق التدابير الوقائية اللازمة لمكافحة انتشار الامراض المعدية والابوئة. والسماح لجميع افراد الخدمات الطبية بكل فئاتهم باداء مهامهم<sup>٢</sup>.

٤. على دولة الاحتلال السماح بعمليات الاغاثة للسكان وتوفير التسهيلات لهم<sup>٣</sup>.

٥. يمكن لدولة الاحتلال لاسباب امنية قهرية ان تتخذ تدابير امنية ازاء اشخاص نحمين، فلها على الاكثر ان تفرض عليهم اقامة جبرية او تعتقلهم طبقا لاجراءات قانونية تحددها دولة الاحتلال، وان تكفل حق الاشخاص المعنيين في الاستئناف، وتلقي زيارات من مندوبي جمعيات الهلال الاحمر واللجنة الدولية للصليب الاحمر، ومنظمة العفو الدولية، والعمل عكس ذلم امر مرفوض في القانون الدولي خصوصا اذا كانت قوات الاحتلال لم توجه لهؤلاء المعتقلين اية تهمة، ولم تسمح لذويهم او لمحاميهم بزيارتهم والتعرف على احوالهم، وظروف اعتقالهم واسبابها.

٦. حظر الاكراه والتعذيب وغيرهما من ضروب الوحشية وحظر ممارسة أي اكره مدني او معنوي ازاء الاشخاص المحميين، خصوصا بهدف الحصول على معلومات منهم او من غيرهم، وحظر جميع التدابير التي من شأنها ان تسبب معاناة بدنية او ابادة للاشخاص المحميين الموجودين تحت سلطاتها. ولا يقتصر هذا الحظر على القتل والتعذيب والعقوبات البدنية والتشويه....، ولكنه يشمل

---

: ( ) من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على: " باقصى ماتسمح به وسائلها، على تزويد السكان بالموثن الغذائية والامدادات الطبية ومن واجبها على الاخص ان تستورد ما يلزم من الاغذية والمهمات الطبية وغيرها اذا كانت موارد الاراضي المحتلة غير كافية".

( ) من اتفاقية جنيف الرابعة.

( ) من اتفاقية جنيف الرابعة.

- ايضا أي اعمال وحشية اخرى، سواء قام بها وكلاء مدنيون او وكلاء عسكريون.
٧. حظر الابعاد والترحيل واي خطط اخرى تهدف الى افراغ التجمعات السكانية من سكانها والاستيلاء عليها.
٨. يمنع الابعاد القسري او النقل الجبري الجماعي او الفردي للاشخاص المحميين، سواء كانوا معتقلين او يقضون عقوبة بالسجن او ليسوا في الحجز، من الاراضي المحتلة الى اراضي دولة اخرى محتلة او غير محتلة<sup>١</sup>.
٩. يحظر تدمير الممتلكات الخاصة او العامة (الا اذا اقتضت ذلك اسباب عسكرية قاهرة).
١٠. لايجوز ارغام المدنيين في الاراضي المحتلة على الخدمة في قوات المحتل المسلحة.
١١. تحظر عمليات الانتقام ضد الاشخاص المحميين او ممتلكاته، وتحظر مصادرة الممتلكات الخاصة من جانب المحتل (الا لاسباب عسكرية قاهرة).
١٢. ضمان امن الاقليم وعدم تجزئته او التفريط في جزء منه وعدم اجراء اية تغييرات اقليمية فيه او في النظام الدستوري او القضائي او التشريعي داخله.
١٣. الحق في التعلم للمدنيين والمعتقلين ومنح التسهيلات الممكنة لموصلة دراستهم. ان اتفاقية جنيف لاتعطي حقوقا للسكان المدنيين فقط، وانما تلقي بسؤليات على عاتق دولة الاحتلال وتلزمه بواجبات بما يضمن احترام وحماية المدنيين مثل منع وتحريم التعذيب والاعتقال واستهداف المدنيين بالقتل، وهي من ضمن واجبات الاحتلال، وتوفير المساعدات الاساسية وتسهيل مرور البضائع والاغذية، وحرية التنقل والحركة، وعدم فرض عقوبات جماعية على السكان وعدم القيام باعمال تاربية وانتقامية وحظر هدم المنازل والممتلكات، وعدم نقل او اجلاء جزء من سكان الدولة او الاراضي المحتلة.

### المطلب الثالث

## السيادة الدولية والاحتلال

ان السيادة تعني استقلال الدولة وسلطتها السياسية، وعنوان استقلالها، وهي بذلك تعني حق الدولة في فرض سلطانها وسلطتها على المواطنين، وعدم خضوعها لاية سلطة او سلطان خارجي، وهي تتفق مع مبادئ القانون الدولي العامة في حق تقرير المصير، وتحرم اغتصاب الاراضي بالقوة، او تدخل الدول في الشؤون الداخلية للدول الاخرى، وهذا ما اقره ميثاق الامم المتحدة في مادته الثانية التي تضمنت الاشارة الى مبدأ المساواة بين الدول، والزمتم الاعضاء في المجتمع الدولي بالامتناع عن التهديد بالقوة او استعمالها ضد سلامة الاراضي والاستقلال السياسي لاية دولة اخرى، على أي وجود لايتفق ومقاصد واهداف الامم المتحدة.

ويتمخض عن مفهوم السيادة والاستقلال موضوع اهلية الدولة القانونية، وفيما اذا كانت سيادتها كاملة او منقوصة او مطلقة او مقيدة، والحقيقة ان السيادة لا تقبل التصرف او التجزئة فيها، لان الدولة حينما تفقد او تنقص او تنتقص سيادتها، تنقضي شخصيتها الدولية، وتفقد ركناً من اركان قيامها المتمثل في الوجود السكاني، والاقليمي، والسيادة والاستقلال<sup>1</sup>.

ان الاحتلال الاجنبي للاقليم والاستيلاء عليها عن طريق الغزو العسكري والسيطرة في اعقاب العمليات الحربية على اراضي الدولة التي كانت تتمتع بالسيادة الكاملة عليها، لايسقط نهائياً او ينهي مفهوم السيادة او فكرتها المشار اليها آنفاً، ولا ينقل حقوق السيادة الى الدولة المحتلة لكي تمنحها للدولة التي احتلت اراضيها فيما بعد، وانما يجب على الدولة الغازية ان تقوم بادارة شؤون البلد المحتل وفقا لانظمة وقوانين الحرب التي تضمنتها اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ الخاصة بحماية الاشخاص المدنيين وقت الحرب. فهناك فرق بين السيادة بمعناها القانوني والسلطة الفعلية بمعناها التنفيذي الذي يعني الادارة والتنظيم، حيث يجوز لدولة او سلطة اجنبية، او هيئة او منظمة دولية تقوم بالادارة المؤقتة لشؤون اقليم او اراضٍ لاتخضع لسيادة دولة، او لدولة فقدت سيادتها، او

تتازلت عنها لدولة اخرى او لهيئة او لمنظمة دولية بصفة مؤقتة، كما ان الاحتلال لايفضي اية حقوق قانونية للمحتل في البلد وتبقى شخصية الدولة التي يحتل اقليمها متكاملة بكافة عناصرها، ولو ان السيادة مفقودة فيها. ويمكن ان تتمتع حكومة منفي بالسلطة الشرعية للبلد المحتل في ما اذا اختارت لها مكانا خارجه<sup>1</sup>.

غير ان الاحتلال الاجنبي لكامل اقاليم وراضي الدولة يفقد سيادتها، وتعتبر الدولة منقوصة السيادة لعدم قدرتها على مباشرة اختصاصاتها الداخلية والخارجية بالمفاهيم المتقدمة للسيادة. وعلى هذا الاساس لايجوز لقوى الاحتلال ان تقوم بتشريع القوانين، ولايجوز لها الغاء الدستور والقوانين الصادرة بموجبه، ويمكن لها ان تعطل مؤقتاً تنفيذ بعض القوانين او المواد التشريعية الواردة فيها التي تتعارض مع سلطتها وادارتها الفعلية للبلد المحتل، وعلى وفق ماورد في اتفاقية جنيف المذكورة. ولايجوز ايضا للسلطات الادارية والتنفيذية المعينة من قبل قوة الاحتلال ان تقوم بتلك الاجراءات، لعدم شرعيتها وعدم تمتعها بالشرعية او الحرية في تصرفاتها الداخلية والخارجية. وعلى هذا الاساس فان احتلال اراضي الدول ينهي شخصيتها القانونية ويفقد سيادتها الدولية، وان الاحتلال لايفضي اية حقوق قانونية للمحتل في البلد وتبقى شخصية الدولة التي يحتل اقليمها متكاملة بكافة عناصرها، ولو ان السيادة مفقودة فيها<sup>2</sup>.

وقد تضمنت القرارات والمواثيق الدولية التأكيد على حق تقرير المصير ومنح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة واكدت على ما يأتي<sup>3</sup>:

1. ان اخضاع الشعوب لاستعمار اجنبي وسيطرته واستغلاله يشكل انكاراً لحقوق الانسان الاساسية، ويتناقض وميثاق الامم المتحدة ويعيق قضية السلم والتعاون العالميين.

---

: محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام، منشأة الاسكندرية،  
: مد طلعت الغنيمي، المرجع السابق، ص . علي حميد العبيدي، المرجع

: الشرعة الدولية لحقوق الانسان، وقرار الجمعية العامة ( ) ( - ) تاريخ

٢. لجميع الشعوب الحق في تقرير مصيرها، ولها بمقتضى هذا الحق ان تحدد بحرية مركزها السياسي وتسعى بحرية الى تحقيق انمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

٣. يوضع حد لجميع انواع الاعمال المسلحة والتدابير القمعية الموجهة ضد الشعوب التابعة لتمكينها من ممارسة الحرية السليمة لحقها في الاستقلال التام وتحترم سلامة ترابها الوطني.

٤. كل محاولة تستهدف التفويض الجزئي او الكلي للوحدة القومية والسمة الاقليمية لبلد ما تكون منافية لمقاصد ميثاق الامم المتحدة ومبادئه.

### المبحث الثالث

## تطبيقات الاحتلال في العراق

سبق للولايات المتحدة الامريكية، والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية ان وجهتا عبر ممثليها الدائمين في ٨ ايلول ٢٠٠٣ رسالة الى رئيس مجلس الامن اكدا فيها انهما دولتا احتلال للعراق، وبناء على تلك الرسالة اعترف مجلس الامن بموجب قراره المرقم (١٤٨٣) في ٢٢/ايلول/٢٠٠٣ صراحة بقيام الولايات المتحدة وبريطانيا باحتلال العراق، وانه يسلم بالصلاحيات والمسؤوليات والالتزامات المحددة بموجب القانون الدولي المنطبق على هاتين الدولتين بوصفهما دولتين قائمتين بالاحتلال تحت قيادة سلطة موحدة. ووصف القرار الصادر من مجلس الامن رقم (١٤٣٤) الولايات المتحدة الامريكية وبريطاني بالدول المحتلة، واعترف بأن العراق بموجب هذا القرار اصبح واقعا تحت الاحتلال الامريكي البريطاني، وهكذا صدر قرار مجلس الامن رقم (١٤٨٣) في ٢٢ آيار (مايو) ٢٠٠٣ الذي سلم للولايات المتحدة وبريطانيا بوضع الطرف المحتل للعراق، والاقرار بالواقع الناجم عن الغزو الامريكي له والسيطرة الفعلية عليه من قبل القوات الامريكية والمتحالفة معها، وبالتالي الاعتراف بصفة المحتل لهذه القوات واعطائها الصلاحيات لادارة الاقليم المحتل، مخالفا بذلك اهم المبادئ في ميثاق هيئة الامم المتحدة التي تنص على استقلال الشعوب واحترام سيادة دولها وحمائتها من

كل عدوان خارجي. والمعروف ان هذا القرار قد اعتمد باقرار وموافقة الولايات المتحدة وبريطانيا نفسها، اذ لو لم توافقا عليه لكان قد اعترضتا عليه وابطلتاه بموجب حق النقض (الفيتو) المقرر لهما في مجلس الامن الدولي.

ان وضع العراق القانوني هو دولة محتلة من قبل الولايات المتحدة الامريكية باعتبارها قائدة للقوات المحتلة، وتسمى هذه الاخيرة الدولة المحتلة، ومن صفات الدولة المحتلة كوضع العراق هي حرمانها من ممارسة سيادتها في الشؤون الخارجية مع ممارسة شؤونها الداخلية وفق ماتحدده الدول التي احتلتها وهي الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا، والبعض يطلق على القوات الامريكية . البريطانية ومن التحق بها، قوات الائتلاف او التحالف والبعض الاخر يطلق عليها تسمية قوات الاحتلال، وحسما للجدل حول طبيعة هذا الوجود والتسمية الحقيقية والواقعية التي تنطبق عليها، وصفت الامم المتحدة هذا الوجود بقوة الاحتلال. ان السلطة الفعلية هي سلطة الاحتلال، وهذا يتطابق مع نص المادة (٤٢) من لائحة لاهاي لعام ١٩٠٧ التي نصت على: "تعتبر ارض الدولة محتلة حيث تكون السلطة الفعلية لجيش العدو".

إذاً فمن الناحية القانونية تعتبر الاراضي العراقية بأكملها اراضٍ محتلة، لان معيار الاحتلال هو معيار القدرة على السيطرة الفعلية، وهذا ما هو حاصل من قبل القوات الامريكية، والبريطانية، ولذلك يجب ان يعامل الاقليم العراقي برمته في اطار اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، وهو ماجرى عليه العرف الدولي، وما هو مستقر في الاوساط الدولية وتؤكد مبادئ القانون الدولي العام. ان هذا الوضع لا يمكن ان يبرر للقوات الامريكية والبريطانية المحتلة اعمال الابدان المتعددة الاشكال، كالحرمان، والقهر، والحصار، والانتهاكات، والاجتياحات، والمذابح، والاغتيالات، وتأجيج عوامل التفرة الطائفية والأثنية، او اشعال فتيل حروب اهلية، ولا بد من تسجيل هذا السلوك ومحاجته قانونا في اطار اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ ومبادئ القانون الدولي وما جرى عليه العرف الدولي.

ان العراق يقع تحت الاحتلال الامريكي . البريطاني، والسلطة الفعلية هي للقوى المحتلة، وهذا يتطابق مع مانصت عليه المادة (٤٢) من لائحة لاهاي سنة ١٩٠٧ المشار اليها آنفاً.

وبغية الوقوف على حقوق المواطن العراقي في ظل الاحتلال، سنتناول المواضيع التالية:

### المطلب الاول الادارة والتنظيم في ظل الاحتلال الامريكي

تطرح مرارا في المرحلة العراقية مسألة الادارة والتنظيم في وطنٍ محتل، ويحاول الامريكيون تحت وطأة المقاومة والنزيف البشري اليومي والمالي الذي يُثقل كاهل الامبراطورية الامريكية ان يلعبوا على مفهومي السيادة والسلطة في ظل تدخلهم العسكري والمدني في اخص شؤون الدولة والمجتمع، وتسعى امريكا وحلفائها الى خلق حالة من عدم الاستقرار، مع استمرار ادارة الاحتلال فاعلة ورئيسة، فلا سلطة بدون سيادة، ولاسيادة مع الاحتلال. هذه هي المعادلة الاولية المؤسسة لروح القانون الدولي والمستمدة من فلسفة التاريخ الحديث للبشرية في العلاقات الدولية. والمسألة المركزية بالنسبة لمختلف اطياف المجتمع وقادته واحزابه الوطنية هي في ايجاد الطريقة الاسرع في ترحيل الجيوش المحتلة.

ان مجلس الامن قد تعامل مع الاحتلال الامريكي . البريطاني كأمر واقع وما تركه هذا التعامل من مأس، اثر منح مجلس الامن بقراره (١٤٨٣) لعام ٢٠٠٣ دولة الاحتلال صلاحيات مطلقة لادارة العراق ولم يتخذ ضدها أي اجراء قسري بموجب أي من نصوص الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة، وذلك في احتقار تام للشرائع الدولية التي تطالب المعتدي بدفع ثمن احتلاله لا منحه المكاسب جراء هذا الاحتلال.

ورغم ان قوات الاحتلال قد قامت بتشكيل سلطات محلية ومجلساً للحكم ونقلت فيما بعد السلطة الى العراقيين، وتغيير اسمها الى القوات متعددة الجنسيات ومنحها صلاحيات لاتختلف عن تلك التي كانت تمارسها كقوة احتلال ولها (سلطة اتخاذ جميع التدابير

اللازمة للمساهمة في صون الامن والاستقرار في العراق<sup>١</sup>، فقد استمرت بمسك السلطات الحقيقية في العراق عسكريا وسياسيا وامنيا واقتصاديا ومن كل الوجوه، واستمر مجلس الامن يمدد ولاية قوات الاحتلال، وكان آخر تمديد لها بموجب القرار (٢٠٠٧/١٧٩٠) والذي يمدد فترة بقاء القوات الامريكية في العراق حتى نهاية عام ٢٠٠٨.

ان قوات الاحتلال الامريكي . البريطاني ومن التحق بها تخالف في ممارساتها وسلوكياتها اليومية ماذهبت الى التأكيد عليه لائحة لاهاي وخاصة المادة (٤٣)، فالقوة المحتلة، لم تحترم القوانين القائمة وقواعد الادارة، اذ اقدمت على الغاء تشريعات دستورية وقانونية، وحلت اجهزة الدولة العسكرية والامنية والادارية واحداث فراغاً على مستوى ادارة الدولة وعممت الفوضى في كل مفاصل الحياة في العراق. وهذا الالغاء للتشريعات واحداث الفراغ الاداري والامني جاء استناداً الى قرارات اتخذها الحاكم (بريمر) التي نصبتة القوة المحتلة حاكماً للارض العراقية المحتلة. وبالتالي اصبح هذا الحاكم هو مصدر التشريع وهو مصدر القرارات التنظيمية. ان القوة المحتلة لم تكتف بمخالفتها للمبدأ الثاني من المادة (٤٣) من لائحة لاهاي، بل ايضا من خلال تجاوزها للمبدأ الرابع من هذه المادة، وقد اتضح بشكل لايقبل النقاش، ان امريكا لم تشن عدوانها على العراق الا لاجل اهدافها السياسية وتمهيد الطريق للسيطرة على مقدراته وخاصة ثروته النفطية.

لقد مارست القوة المحتلة اسلوب الازلال المعيشي والخرق الفاضح للمواثيق والاعراف الدولية وخاصة لائحة لاهاي. لكن هل يقتصر الامر على الخرق الذي تقوم به القوة المحتلة للعراق لاحكام لائحة لاهاي، ام ان ثمة خروقا اخرى توازي في خطورتها ماينتج عن خرق احكام لائحة لاهاي ؟

ان متابعة معطى الواقع القائم في العراق وماتقرزة ممارسات الاحتلال من نتائج سياسية واجتماعية وامنية وانسانية يدلل على التماذي اللامحدود لخرق الاحكام والمواثيق الدولية وهذا يتجلى بشكل واضح في انتهاكات حقوق الانسان فيما يتعلق باسلوب التعامل مع الاسرى والمعتقلين والسجناء والمدنيين وغيرهم من العراقيين.

### المطلب الثاني

## حقوق المواطن العراقي في ظل الاحتلال الامريكي

ان اخضاع الشعوب لاستعمار اجنبي وسيطرته واستغلاله يشكل انكارا لحقوق الانسان الاساسية، والمباديء العامة للقانون الدولي الانساني، ويتناقض وميثاق الامم المتحدة وقوانين الحرب<sup>1</sup>، ويعيق قضية السلم والتعاون الدوليين، ولجميع الشعوب الحق في تقرير مصيرها، ولها بمقتضى هذا الحق ان تحدد بحرية مركزها القانوني السياسي وتسعى بحرية الى تحقيق انمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.....، وعلى المجتمع الدولي وضع حد لجميع انواع الاعمال المسلحة والتدابير القمعية الموجهة ضد الشعوب المحتلة لتمكينها من ممارسة الحرية السليمة لحقها في التحرير والاستقلال التام واحترام سلامة ترابها الوطني، وايقاف كل المحاولات التي تستهدف التقويض الجزئي او الكلي للوحدة القومية والسلامة الاقليمية للشعوب والبلدان انسجاما مع نصوص ومقاصد ميثاق الامم المتحدة وماتضمنه من مباديء.

لاشك ان الاسباب السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤدي الى اندلاع العنف والارهاب هي<sup>2</sup>:

1. الاستعمار والتشبيث بالسيطرة الاستعمارية.
2. احتلال اراضي الغير والهيمنة على الشعوب.
3. العنصرية والتمييز العنصري والفصل العنصري.

---

للاطلاع على قوانين الحرب، انظر: يحيى الشيمي، تحريم الحرب في العلاقات الدولية، بغداد،

: علي حميد العبيدي، الارهاب وكيفية مواجهته في العراق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، الع

٤. انكار حق الشعوب والامم في تقرير المصير .
٥. حروب الابداء والعدوان واستخدام القوة وانتهاك السيادة والاستقلال والوحدة الاقليمية للدول .
٦. استخدام الارهاب للسيطرة على الشعوب واجبار السكان على النزوح .
٧. الاضطهاد الديني واثارة الفتن الطائفية واشعال الحروب الاهلية .
٨. الاستبداد والظلم والقهر وكبت الحريات وانتهاك الحقوق .

ان كل شعب من الشعوب له الحق في مقاومة المعتدي والمحتل والمستعمر انطلاقا من المبادئ الاساسية للقانون الدولي المعاصر، واثبتت حركات المقاومة الاوربية للاحتلال النازي ان مقاومة الاحتلال والتصدي له والحاق الهزيمة به حتمية، مهما امتلك المحتل من قوة عسكرية هائلة. وتتفق اراء معظم فقهاء القانون الدولي باستثناء البعض منهم على تاكيد شرعية مقاومة الاحتلال، فالمقاومة الاوربية نتيجة منطقية للاحتلال النازي، وعمليات المقاومة ضد الاحتلال هي دفاع عن الوطن.

ان حقوق المواطن العراقي في ظل الاحتلال الامريكي البريطاني كثيرة اقرتها الاعراف والاتفاقيات الدولية<sup>١</sup>، وهي نفسها الواجبات التي يجب ان تضطلع بها قوات الاحتلال والتي سبقت الاشارة اليها في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذه الدراسة، ولاشك ان احترام اشخاص العراقيين وشرفهم وحقوقهم العائلية وعقائدهم الدينية وعاداتهم وتقاليدهم، وحماية نساءهم من الاعتداء وهتك العرض والاغتصاب، وعدم جواز استخدام الاكراه البدني او المعنوي ضد اشخاصهم، وحظر النقل او الاجلاء الاجباري الفردي او الجماعي لهم، من اولويات الحقوق التي يجب ان يتمتعوا بها.

غير ان الممارسات والانتهاكات التي ارتكبتها قوى الاحتلال الامريكي في العراق كثيرة منها على سبيل المثال لا الحصر، تعذيب الاسرى والمعتقلين في سجون الاحتلال وبشكل خاص في سجن ابي غريب، وقصف الطائرات لحفلات الاعراس في مدينة

---

: نصوص اتفاقية جنيف لحماية الاشخاص المدنيين وقت الحرب الموقعة في / /

حديثة وقتل الابرياء في مدينة الفلوجة والانبار والنجف وتلعفر وديالى والخالص والدور وغيره الكثير<sup>١</sup>.

سبق لمنظمة العفو الدولية المعنية بحقوق الانسان في العالم ان حذرت من ان استخدام القنابل العنقودية في العراق سيقود الى قتل المدنيين. وجاء التحذير بعد مقتل عشرات المدنيين العراقيين بالقنابل العنقودية من قبل القوات الامريكية. عن طريق القصف العشوائي في انتهاك وخرق صارخ للقانون الدولي الانساني، وأشارت الى انه: "اذا كانت الولايات المتحدة جادة في حماية المدنيين فيجب عليها ان تتقيد الى قتل عشوائي واصابات بين المدنيين". وكان اخر تقرير اصدرته منظمة (هيومان رايتس ووتش) بالولايات المتحدة قد اشار الى ان الذخائر العنقودية التي استخدمت في حرب الخليج عام ١٩٩١ مسؤولة عن قتل واصابة اكثر من ٤ الاف مدني بعد انتهاء النزاع<sup>٢</sup>.

كما ذكرت منظمة العفو الدولية في ٢٠٠٨/٦/١٧ الولايات المتحدة وامم اخرى تنهرب من مسؤوليتها نحو اللاجئين العراقيين في ان حالة حقوق الانسان في العراق تبقى مريعة جدا ولاتشجع النازحين على العودة، وطبقا للامم المتحدة، فقد وصل عدد العراقيين الذين هربوا من بيوتهم الآن (٤,٧) مليون، العدد الاعلى منذ الاحتلال الامريكي، وليس هناك خدمات مثل الماء الصالح للشرب والكهرباء وحتى المستشفيات، فانها ليست مؤهلة بما فيه الكفاية لمعالجة الناس طبيياً، والتعليم والمدارس، وسبق ان ادانت المنظمة في ٢٠٠٦/٥/١٨ معاملة الامريكيين للمعتقلين العراقيين، وطالبت في ٢٠٠٨/١١/٢٩ بضمان امن (١٦) الف سجين يعتقلهم الجيش الامريكي.

كما ذكرنا يترتب على دولة الاحتلال واجب اعادة فرض النظام العام والسلامى في الاراضي التي تسيطر عليها قواتها والحفاظ عليهما وفقاً للمادة (٤٣) من انظمة لاهاي، ولاداء هذا الوجوب، يحق للدولة الاحتلال: "اخاذ اية اجراءات ضرورية للسيطرة والأمن فيما يتعلق بالأشخاص المحميين نتيجة الحرب" بحسب ماجاء في المادة (٢٧) من

---

للاطلاع على حقوق الاسرى في القانون الدولي، ينظر: . سهيل حسين الفتلاوي، نظام اسر الحرب، دار القادسية للطباعة، بغداد، بلا تاريخ.  
: تقرير منظمة العفو الدولية المؤرخ في / / .

اتفاقية جنيف الرابعة. وقد تتضمن هذه الاجراءات استخدام القوة. لكن أي استخدام للقوة في ظروف خارج القتال، سواء من جانب الجنود او افراد الشرطة، يجب ان يتماشى مع المعايير الدولية لانفاذ القوانين. ولاتملك القوات المقاتلة عادة التدريب او المعدات الصحيحة اللازمة لاداء مهام الشرطة، ولايجوز ان نتوقع منها ان تفعل ذلك، لكن على دول الاحتلال واجب التخطيط لاحتمال انهيار سيادة القانون والنظام في المناطق التي تسيطر عليها عسكرياً، وهو حدث شائع للغاية في النزاعات المسلحة، وامر جرى التنبؤ مراراً بحدوثه في العراق. ويبدو انه تم تكريس جزء كبير من التخطيط والموارد لحماية حقول النفط العراقية. لكن لاتوجد ادلة تُذكر على وجود مستويات مشابهة من التخطيط وتخصيص الموارد لحماية المؤسسات العامة وغيرها من المؤسسات الضرورية لبقاء الشعب ورفاهه. وكان الرد على الفوضى قاصراً لدرجة مذهلة.

لقد دعت منظمة العفو الدولية الولايات المتحدة الامريكية والمملكة المتحدة الى نشر قوات باعداد كافية وذات تدريب ومعدات مناسبة لاعادة فرض القانون والنظام، الى ان تتمكن قوات الشرطة العراقية من العمل بفعالية. ويجب المبادرة على وجه السرعة الى وضع اجراء فعال وعادل لغريلة افراد قوات الشرطة العراقية، وذلك للتقليل من فرص عودة المسؤولين الذين ربما شاركوا في انتهاكات حقوق الانسان الى اداء مهامه<sup>1</sup>.

كما دعت منظمة العفو الدولية، الولايات المتحدة الامريكية والمملكة المتحدة الى التدخل لضمان التشغيل الآمن للمستشفيات والخدمات العامة الاخرى، فضلاً عن التسليم السريع للمواد الغذائية والمياه الى الذين يحتاجونها. ويجب بذل كل جهد ممكن لتسهيل عمل المنظمات الانسانية الدولية وغيرها، بما في ذلك من خلال مساعدتها على الوصول الفعلي الى جميع المحتاجين. وبوجه خاص، يجب تمكين اللجنة الدولية للصليب الاحمر وجمعية الهلال الاحمر العراقي من مزاولة انشطتهما وفق مبادئ الحركة الدولية للصليب والهلال الاحمر<sup>2</sup>.

---

: وثيقة منظمة العفو الدولية رقم (MDE 14/059/2003).

ودعت منظمة العفو الدولية الولايات المتحدة الامريكية والمملكة المتحدة الى حصر ممارساتهما لأية صلاحيات تشريعية بالنطاق المنصوص عليه في اتفاقية جنيف الرابعة. ويجب بذل كافة الجهود لابلاغ الجمهور بشكل صحيح باية قوانين او انظمة تُسن في هذا المجال.

يشكل عمل اللجنة الدولية للصليب الاحمر ضمانا اساسية لحماية المدنيين في الاراضي المحتلة. وبموجب اتفاقية جنيف الرابعة، ينبغي على دول الاحتلال قبول خدمات اللجنة الدولية للصليب الاحمر (المادة: ٥/١٤٣). ويتمتع مندوبها بحق التصدي لاية مسألة تتعلق بقانون الاحتلال. ويجب منحهم حرية التنقل في جميع ارجاء الاراضي المحتلة. وبوجه خاص يجب السماح لهم بحرية الدخول الى جميع مرافق الاعتقال ومقابلة جميع فئات السجناء.

وتدعو منظمة العفو الدولية الولايات المتحدة الامريكية والمملكة المتحدة الى التعاون التام مع اللجنة الدولية للصليب الاحمر حتى يتسنى لها ممارسة صلاحياتها بشكل كامل في العراق.

### المطلب الثالث

## الاموال العامة والخاصة في ظل الاحتلال الامريكي

ماهي الحقوق التي تتمتع بها سلطة الاحتلال الامريكي بالنسبة الى الممتلكات والموارد الطبيعية؟ وهل يجوز للمحتل مصادرة الممتلكات الخاصة والممتلكات العامة؟ وهل يجوز للسلطة المحتلة الاستيلاء على ممتلكات منقولة تملكها الدولة واستعمالها لاغراض عسكرية؟

في الحقيقة لايجوز في اية حال من الاحوال لدول الاحتلال الاستيلاء على الاغذية والامدادات الطبية الا لحاجات قوات الاحتلال وافراد الادارة بشرط مراعاة احتياجات السكان المدنيين<sup>١</sup>.

---

( ) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام .

وللقوة الامريكية المحتلة ومن تحالف معها حق الانتفاع بالاموال والممتلكات العامة وادارة الابنية العامة، والعقارات، والاراضي الزراعية العائدة للدولة، واستخدامها بما في ذلك الموارد الطبيعية، بشرط مراعاة القيود المتعلقة بتشغيلها والانتفاع بها والمحافظة قيمتها الاصلية<sup>١</sup>، ولايجوز للقوات الامريكية بأعتبارها قوة احتلال مصادرة الاموال والملكيات الخاصة، وعليها منع اعمال التخريب والسلب، اذ ان الملكية العامة والملكية الخاصة مصونة ولها حرمة حالها حال الاموال العامة<sup>٢</sup>.

ان الذي حدث في ظل الاحتلال الامريكي البريطاني من سلب ونهب واغتيال وقتل واعتقال وخطف وتدمير وسرقة ونهب للممتلكات العامة والخاصة كان بأشراف ومعاينة قوات الاحتلال وعلى مرأى من انظار العالم وبيته جميع القنوات الفضائية مما شكل انتهاكات جسيمة لمبادئ القانون الدولي العام والقانون الدولي الانساني وقواعد الحرب واعرافها وبشكل خاص منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ الخاصة بأعراف وقوانين الحرب واتفاقيات جنيف الاربعة ١٩٤٩.

## الخاتمة:

من خلال ماتقدم عرضه من قضايا وامور ذي علاقة بالاحتلال الامريكي . البريطاني وماترتب عليه من انتهاكات وخرق للاعراف والمواثيق الدولية يتبادر الى الذهن اسئلة كثيرة اهمها حول ماهية المسؤولية القانونية الدولية عن الاحتلال الامريكي للعراق؟! ان الولايات المتحدة الامريكية . ومعها بريطانيا . قد انتهكت الكثير من قواعد القانون الدولي وقانون الاحتلال الحربي والقانون الدولي الانساني، وبالتالي فان عناصر مسؤولياتها القانونية الدولية (المدنية والجنائية) تكون قد اكتملت ويمكن تحريكها امام المحاكم المختصة بحق هاتين الدولتين مع مسؤوليتهما السياسية والعسكرية عن هذه الانتهاكات والمخالفات الجسيمة والتي يمكن تلمسها من خلال عدة معطيات.

---

( ) من اتفاقية

ابو هيف، المرجع السابق، ص

:

الخاصة بأعراف وقوانين الحرب.

لاهاي لسنة

: شارل روسو، القانون الدولي العام، الاهلية للنشر والتوزيع، بيروت،

فالحرب التي اعلنتها الولايات المتحدة الامريكية ضد العراق وشننتها عملياً في ٢٠٠٣/٣/١٩ تعتبر حرباً عدوانية غير مشروعة بموجب قواعد القانون الدولي التي تحدد مشروعية اللجوء الى الحرب (*Jus ad bellm*) لانها تمت بشكل كامل خارج اطار الشرعية الدولية المتمثلة بالامم المتحدة ومجلس الامن، كما وتتضاعف هذه المسؤولية وتشدد لسقوط الحجج والذرائع التي شنت على اساسها وبررت من اجلها هذه الحرب، كما ان الحجم الكبير من الانتهاكات الجسيمة والمتعددة للقانون الدولي الانساني وقواعد الحرب والتي ابتدأت مع بداية هذه الحرب واستمرت مع الاحتلال الفعلي والكامل للعراق حتى تاريخه.. والتي تشكل بمجملها جرائم حرب (اضافة الى جرائم اخرى) معاقب عليها في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ والنظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ان هذه الانتهاكات تشكل الاساس القانوني لملاحقة ومحاكمة ومعاقبة المسؤولين السياسيين والعسكريين المتهمين بارتكاب هذه الجرائم الخطيرة. وذلك انطلاقاً من ان هذه الجرائم تشكل تهديداً خطيراً وجدياً للسلام والامن الدوليين وتثير قلق المجتمع الدولي بأسره، وبالتالي فيجب الا تمر بدون عقاب.. ومن حق الافراد والشعوب الحرة والدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية المعنية بهذا الامر، اضافة الى الرأي العام العالمي متابعة هذا الموضوع وملاحقته.. ومهما يكن من امر فهي جرائم لا تسقط ولا تنقضي بالتقادم وهناك آليات قانونية للملاحقة والمحاكمة.

## المصادر

١. د. احسان هندي، مبادئ القانون الدولي العام في السلم والحرب، دار الجليل، دمشق، ١٩٨٤.
٢. د. حامد سلطان واخرون، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٣. د. سهيل حسين الفتلاوي، نظام اسرى الحرب، دار القادسية للطباعة، بغداد، بدون تاريخ.
٤. شارل روسو، القانون الدولي العام، الاهلية للنشر والتوزيع، بيروت ١٩٨٢.
٥. د. ضاري رشيد السامرائي، الفصل والتميز العنصري في ضوء القانون الدولي، دار الرشيد، بغداد، ١٩٨٣.
٦. د. عبد الوهاب الكيالي؛ كما الزهيري، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط١، بيروت، لبنان، ١٩٧٤.
٧. د. علي حميد العبيدي، الارهاب وكيفية مواجهته في العراق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون . جامعة بغداد ، العدد الاول، ٢٠٠٨.
٨. د. علي حميد العبيدي، القانون الدولي العام والقانون الدولي الانساني، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الثالثة، قسم القانون/ كلية المأمون الجامعة، السنة الدراسية ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
٩. علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، ط١٢، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٥.
١٠. د. محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار الحمامي للطباعة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٩.
١١. د. محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام، منشأة الاسكندرية، ١٩٨٢.
١٢. د. يحيى الشيمي، تحريم الحرب في العلاقات الدولية، بغداد، ١٩٧٦.
١٣. الشرعة الدولية لحقوق الانسان وقرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم ١٥١٤ (د-١٥) في ١٤/١٢/١٩٦٠.
١٤. اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.
١٥. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ الخاصة بأعراف وقوانين الحرب.
١٦. تقارير منظمة العفو الدولية.
١٧. تقارير منظمة هيومات رايتس ووتش.



# الحمائية القانونية الوضع القانوني للسلاح في النص الجزائي

مهاك فاضل رباب

مدرس القانون الجنائي

كلية القانون / جامعة البصرة

مقدمة

يعد السلاح من الوسائل التي تستخدم في الخير والشر على السواء فاذا استخدم في الخير فانه يكون الوسيلة التي يدافع بها المرء عن نفسه وماله ضد من يريد الاعتداء عليه، والوسيلة التي تستعين بها القوات الحكومية في حفظ الامن في الداخل ورد الاعتداء من الخارج، وفي جميع هذه الاحوال فان استعمال السلاح يكون مشروعاً ولا غبار عليه.

اما اذا استخدم السلاح في الشر فانه يكون الوسيلة الفعالة التي يستعين بها المعتدي في شل مقاومة المعتدى عليه وارهابه وتسهيل ارتكاب الجريمة وازالة العقبات التي يمكن ان تقف في طريق اتمام الجريمة، وفي هذه الحالة يكون استعمال السلاح خاضعاً للتجريم والعقاب.

ونظراً لاختلاف الدور الذي يلعبه السلاح في تحقيق الاهداف الاجرامية، فقد اختلف تبعاً لذلك موقف المشرع تجاه السلاح، واختلف تبعاً له الوضع القانوني للسلاح في نصوص قانون العقوبات والقوانين الجزائية الاخرى، فتارة يكون السلاح وسيلة في النص الجزائي، وتارة يكون محلاً، وتارة ثالثة يكون ظرفاً مشدداً، ناهيك عن اختلاف مدلول السلاح ونطاقه من نص جزائي الى اخر. الامر الذي دفعنا الى جمع هذه الاوضاع القانونية للسلاح وبحثها تحت عنوان الوضع القانوني للسلاح في النص الجزائي.

وبالنظر الى دخول بعض الاوضاع القانونية للسلاح في مجال التجريم، والبعض الاخر في مجال العقاب، فقد قسمنا البحث الى مبحثين، مهدنا لهما بمبحث تطرقنا فيه الى ماهية السلاح، وخصصنا المبحث الاول الى الوضع القانوني للسلاح في مجال التجريم، وتناولنا في المبحث الثاني الوضع القانوني للسلاح في مجال العقاب، وانهيينا البحث بخاتمة تضمنت اهم ماتوصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات.

## المبحث التمهيدي ماهية السلاح

يعرّف السلاح بأنه اداة تستعمل اثناء القتال لتصفية او شل الخصم او العدو او لتدمير ممتلكاته او لتجريده منها. ويمكن ان يستعمل لغرض الدفاع او الهجوم او التهديد، وعمليا فان لفظ السلاح يطلق على كل مايمكن ان يحدث ضرراً مادياً<sup>١</sup>.

اما قانوناً فان اغلب القوانين ومنها القانون العراقي، لم يضع تعريفاً للسلاح<sup>٢</sup>، وذلك لان التقدم العلمي قد يؤدي الى ابتكار ادوات يعجز التعريف عن شمولها في الوقت الذي يحسن فيه ان تعامل معاملة السلاح، وبالتالي فان هذا التعريف مهما بذل في صياغته سيكون غير جامع ولا مانع. لذا اثر المشرع دفعاً للابهام والغموض من جهة، وحرصاً على مواجهة كل تطور يطرأ من جهة اخرى، ان يأخذ في بيان السلاح بأسلوب التعداد بدلاً من التعريف<sup>٣</sup>.

وفي ضوء قانون الاسلحة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢، وماجرى عليه الفقه، فإن

السلاح يمكن ان يكون سلاحاً بطبيعته او سلاحاً بالاستعمال وعلى التفصيل التالي<sup>٤</sup>:

<sup>١</sup> <http://ar.wikipedia.org>.

وبخلاف هذا الاتجاه فان بعض القوانين قد عرفت السلاح، من ذلك قانون العقوبات اللبناني لسنة ( ) بقولها: (يعد سرحاً...)

. ان سكاكين الجيب العادية والعصيّ الخفيفة التي لم تحمل لتستعمل عند الحاجة لايشملها هذا التعريف الا اذا استعملت في ارتكاب جنائية او جنحة). وبنفس المعنى تعريف ( ) ( )

( ) ( )  
( ) منه بأنه: ( ) - : يقصد بالاسلحة:

النارية وذخيرتها، والقنابل، والادوات التي اعدت بطبيعتها لايزاء الاشخاص، وكذلك الآلات والادوات التي من شأنها ان تشكل خطراً على السلامة العامة، او تستعمل في الحرب،.....

. عوض محمد، قانون العقوبات التكميلي، جرائم السلاح والتشرد والاشتباه والنقد في التشريع الليبي، مكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية،  
التواب، الوسيط في شرح قانوني الاسلحة والذخائر والتشرد والاشتباه، منشأة المعارف بالاسكندرية،

وبخلاف ذلك فقد قسم قانون السيطرة على الاسلحة العراقي رقم ( )  
ثقيلة وصغيرة، فنص القسم الاول منه على مايلي: ( - تعني الاسلحة الثقيلة الاسلحة التي تطلق منها

## اولاً: الاسلحة الطبيعية:

وتعرّف بانها الادوات التي اعدت اصلاً للايذاء او الفتك بالانفس، دون ان يكون لها استعمال اخر<sup>١</sup>. وبالتالي فهي تشمل السلاح الابيض والسلاح الناري والسلاح الحربي وعلى التفصيل التالي:

١. **السلاح الابيض:** ويقصد به كل آلة او اداة اعدت بطبيعتها لايذاء الاشخاص او من شأنها ان تشكل خطراً على السلامة العامة. ويشمل الحراب والخناجر والسيوف والرماح ونصالها والعصا التي تنتهي بكرة ذات اشوا من الحديد او الرصاص والملكمة الحديدية والسكاكين ذات الحدين والحد والنصف<sup>٢</sup>.
٢. **السلاح الناري:** ويقصد به أي سلاح محمول ذي سبطانة يطلق، او هو مصمم، او يمكن تحويله بسهولة، ليطلق طلقة او رصاصة او مقذوفا اخر بفعل مادة متفجرة<sup>٣</sup>. ويشمل المسدس والبنديقية الاعتيادية غير سريعة الطلقات، وبنديقية الصيد<sup>٤</sup>.

---

ذخائر يتجاوز عيارها ( ) وهي المدافع الرشاشة او الاسلحة التي يطلق النيران منها طاقم من الجنود، كما تعني الاسلحة الثقيلة المضادة للمدركات، مثل (القنابل المدفوعة بالصواريخ (RBG) (الصواريخ المحمولة على الكتف والمدافع AA) تطلق النيران منها بصورة غير مباشرة (مدافع الهاون وقطع المدفعية)، والسيارات المدرعة او اسلحة الدفع الذاتي والمتفجرات شديدة التفجير ووسائل تفجيرها (بما فيها الالغام والقنابل اليدوية). - تشمل الاسلحة الصغيرة البنادق التي تطلق منها ذخائر لايتجاوز عيارها ( ) وبضمنها بنادق (.

. عوض محمد، المرجع نفسه، ص .

( / ) ( ) ( )

المعدل، وقانون الاسلحة والذخائر الليبي لسنة ( ) ، وتجدر الاشارة الى ان قانون الاسلحة العراقي قد حصر الاسلحة بالنارية والحربية فقط دون الاسلحة البيضاء.

( / ) من بروتوكول مكافحة صنع الاسلحة النارية واجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة لسنة المكمّل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

( / ) ( ) .

٣. السلاح الحربي: وهو السلاح المستعمل من القوات المسلحة عدا ما يدخل ضمن السلاح الناري<sup>١</sup>. ويشمل: البنادق سريعة الطلقات، والمدافع الرشاشة الثقيلة والخفيفة، والقاذفات المحمولة لاطلاق القذائف..... وغيرها من الاسلحة الحربية التي لاتدخل ضمن نطاق السلاح الناري.

ويترتب على ماتقدم، ان وصف السلاح بطبيعته لا يصدق على مايلي:

١. الادوات التي لها من السلاح شكله دون حقيقته، والتي لاتصلح للقتل او الايذاء. من قبيل ذلك، ما يستخدم في التمثيل او المهرجانات وما أعدَّ للعب الاطفال كالبنادق والمسدسات والسيوف المصنوعة من الخشب او رقائق الحديد او البلاستيك<sup>٢</sup>، والمسدسات التي تستعمل في الالعاب الرياضية والبنادق الهوائية<sup>٣</sup>.

٢. السلاح الاثري او التذكاري او الرمزي، أي السلاح الذي يقنى بدون عتاد للزينة او التذكار او الرمز<sup>٤</sup>.

٣. اجزاء السلاح التي تعجز عن اداء وظيفته، كمقبض مسدس او فوهة بندقية او زنادها او خزانها، لان كلا من هذه الاجزاء منظوراً اليه في ذاته، لا يعد سلاحاً، ولكن اجزاء السلاح تعد سلاحاً اذا تبين ان ما في حوزة المتهم منها يمكن ان يكون سلاحاً لو تم تجميعها، وكانت هذه العملية لاتقتضي درجة عالية من الخبرة الفنية<sup>٥</sup>.

٤. السلاح الغير صالح للاستعمال بتاتاً، كمسدس تأكل من الصدأ او بندقية محطمة، لان السلاح في مثل هذه الاحوال يفقد خواصه التي تضفي عليه هذا الوصف، لذا فإن وصف السلاح لايسقط عنه اذا استبقى وظيفته ولكنه تجرد من

( )

( /ثانيا )

الحربي بأنه: ( - الاسلحة الحربية: هي التي ابتكرت خصوصاً للحرب البرية والبحرية والجوية واعدت لها).

( / )

( / )

بعض خواصه، او حين يعتريه خلل جزئي يحول دون استعماله مؤقتاً، مادام هذا الخلل ممكن اصلاحه، او اذا كان السلاح خالياً من الذخيرة، لان السلاح وان كان لايعمل بدون ذخيرة، الا انه بدونها لايفقد خواصه المميزة، فالعبرة هي بصلاحية السلاح للاستعمالن اما الذخيرة فهي ليست عنصراً داخلاً في تكوينهن بل هي شرط من شروط استعماله<sup>١</sup>.

### **ثانياً: الاسلحة بالاستعمال:**

ويقصد بها الادوات التي اعدت في الاصل لاغراض الانسان الحيائية، ولكن يمكن ان يحولها الاستعمال الى سلاح، اذا استخدمت لغرض القتل والايذاء: كسكين المطبخ، ومنجل الفلاح، والعصا الغليظة<sup>٢</sup>.

### **المبحث الاول**

## **الوضع القانوني للسلاح في مجال التجريم**

ان استقراء النصوص الجزائية التي تضمنت اوضاع السلاح التي تتعلق بشق التجريم، الى ان السلاح في شق التجريم اما ان يكون وسيلة، واما يكون محلاً، وهو ماسنتاوله في المطلبين التاليين:

### **المطلب الاول**

## **السلاح وسيلة في مجال التجريم**

وهذا هو الوضع القانوني الطبيعي للسلاح عندما يستخدم كأداة في ارتكاب جريمة ما، ويمقتضى هذا الوضع فان السلاح يعد عنصراً مادياً من العناصر المكونة للركن المادي للجريمة، أي انه من الوقائع المادية الداخلة في تكوين الجريمة. ويلاحظ من النصوص الجزائية التي اشارت الى هذا الوضع القانوني، ان السلاح بوصفه وسيلة قد يقترن بلفظ العصابة تارة، وقد يقترن بالفعل الجرمي تارة اخرى، وهو ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

. عوض محمد، المرجع نفسه، ص -

. يثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد،

## الفرع الاول اقتران السلاح بالعصاية

السلاح بوصفه وسيلة جرمية، قد يقرنه المشرع بالعصاية، ليضفي على الاخيرة وصف التسلح<sup>١</sup>، وبمقتضى هذا الاقتران فان النص الجزائي لاينطبق على الواقعة المادية الا اذا استعملت العصاية السلاح في ارتكاب الجريمة.

ويتجسد هذا الوضع القانوني في المادة (١٩٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالاعدام كل من نظم او ترأس او تولى قيادة ما في عصاية مسلحة هاجمت فريقا من السكان او استهدفت منع تنفيذ القوانين او اغتصاب الاراضي او نهب الاموال المملوكة للدولة او لجماعة من الناس بالقوة او قاوم بالسلاح رجال السلطة العامة. اما من انظم اليها دون ان يشترك في تأليفها او يتولى فيها قيادة ما فيعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت)<sup>٢</sup>.

وبخلاف ذلك فان السلاح قد يقترن بالجهة المعتدى عليها من اجل تمييز هذه الجهة عن الجهات ( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
فالمشرع اضى التسلح على هذه القوات من ( ) ( ) ( ) ( )  
اجل تمييزها عن باقي الجهات الرسمية الاخرى، وبما ان الامر يتعلق بجهة تملك السلاح رسميا في الدولة، لذا فان الفقه لم يبحث في مسألة تسلح هذه القوات ولا في نوع هذا التسلح، لان هذه القوات رسميا وابتداءً، وانما بحث بتحديد نوع هذه القوات. تحديد هذه القوات بموجب القسم بقوله: ( ) - - تتكون القوات المسلحة العراقية من الجيش، القوات الجوية، قوة دفاع السواحل، عناصر الاحتياط (عند انشائها) وفيلق ا بعد نقله الى القوات المسلحة العراقية وقوة مكافحة الارهاب العراقية ومراكزها الرئيسية) وفيما بعد تم اضافة الميليشيات بموجب القسم ( ) من قانون تنظيم القوات المسلحة والميليشيات في العراق رقم ( ) بقوله: ( ) - مة من الافراد تحمل اسلحة نارية ( ) يشمل القوات الحكومية والميليشيات). ( / )  
فقد نصت على مايلي: ( - يحظر تكوين ميليشيات عسكرية خارج (.

وبنفس المعنى مانصت عليه ( ) من قانون مكافحة الارهاب رقم ( ) بقولها: ( - من نظم او ترأس او تولى قيادة عصاية مسلحة ارهابية تمارس وتخطط له وكذلك الاسهام والاشترك في هذا العمل).

إذاً فالسلاح بمقتضى هذه المادة هو الوسيلة التي يجب ان تستخدمها العصابة في مهاجمة السكان او منع تنفيذ القوانين او اغتصاب الاراضي او نهب الاموال او مقاومة رجال السلطة العامة، وبخلافه فانها لاتسأل وفق المادة (١٩٤) عقوبات عراقي. ويلاحظ ان المشرع لم يحدد الاحوال التي تكون فيها العصابة المسلحة، وانما ترك ذلك لتقدير المحكمة تحده حسب الظروف<sup>١</sup>.

اما على صعيد الفقه، فقد تم بحث مسألة تسليح العصابات من الناحيتين العددية والنوعية.

فمن الناحية العددية يرى الفقه بأنه ليس من الضروري لكي تكون العصابة مسلحة، ان يكون جميع اعضائها مسلحين، وانما يكفي ان يتوافر لديها العدد الكافي من الاسلحة، وهي مسألة متروكة بكاملها لتقدير القاضي<sup>٢</sup>.

اما من الناحية النوعية فيرى الشراح بان العصابة تكون مسلحة، بصرف النظر عن نوعية الاسلحة المستعملة، سواء اكانت من الاسلحة الطبيعية والتي تشمل الاسلحة البيضاء والنارية والحربية، او كانت من الاسلحة بالاستعمال<sup>٣</sup>، وان كان يلاحظ من الناحية العملية ان العصابة في الغالب تستعمل الاسلحة الطبيعية، بالنظر لخورة الجرائم التي ترتكبها وجسامتها.

---

وبخلاف ذلك فقد حددت بعض القوانين الحالة التي تكون فيها العصابة مسلحة من ذلك المادة ( ) بقولها: ( ) - ..... المقصود في هذا القانون اذا كان شخص او اكثر من الاشخاص الذين تتألف منهم حاملين اسلحة ظاهرة او مخفية). ( / )

*E.Coyt, F. Roussel, M. Arpaillange, P. Paantion. J, Droit Penal Special, Sem edition, Paris, Sirey, 1972. p:29, No.51. Garraud. R, Traite Theorique et Pratique Droit Penal Francais, Vol:3, Tome Troisieme, Recueil Sirey, Paris, 1916, p:593-596, No.1229. Garcon, Code Penal Annote, Vol:1, Nouvelle edition Refondne et mis ajour par Marcel Rousselet st les autres, Paris, Sirey, 1952-1959, p:431, No.4.*

د ابراهيم الاعظمي، موسوعة الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، دار الشؤون الثقافية

## الفرع الثاني اقتران السلاح بالفعل الجرمي

ويمقتضى هذا الوضع يقترن السلاح بالفعل الجرمي، سواء اكان محددًا ام غير محدد، ليكون بذلك من العناصر المادية المكونة للجريمة، بحيث لا بد من توافره بالاضافة الى الفعل الجرمي، من اجل انطباق النص الجزائي على الواقعة المادية.

ويتجسد هذا الوضع القانوني في الجملة الثانية من الفقرة الاولى من المادة (١٥٧) عقوبات عراقي<sup>١</sup>، والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالاعدام..... كل مواطن رفع السلاح وهو في الخارج على العراق.....)<sup>٢</sup>.

وفي ضوء المادة اعلاه يلاحظ بان السلاح قد اقترن بالفعل الجرمي (رفع)، الذي لم يحدده المشرع، وانما ترك للقضاء تحديده حسب الظروف. وعلى مقتضى ذلك فان المواطن لايسأل وفق المادة (١٥٧) عقوبات الا اذا كان السلاح هو الوسيلة التي رفعها في الخارج ضد العراق.

ولكن يلاحظ بان اقتران السلاح بالفعل الجرمي بهذا الشكل قد ترك اثره على الفقه الجزائي الذي نظر اليهما نظرة واحدة، اضفت على تفسيرهما مدلولًا خاصًا ينسجم مع موقع هذه الجريمة كونها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي.

وعلى اساس وجهة النظر اعلاه فق فسر الفقه الجزائي عبارة (رفع السلاح) بأنها الاشتراك مباشرة بصفة مقاتل في الاعمال الحربية لدولة تحارب ضد العراق<sup>٣</sup>. ولا يشترط ان يستعمل المواطن سلاحه، بل يجوز ان يحارب بسلاح الدولة المحاربة التي التحق

( ) مع اختلاف الصياغة في الجملة الثانية من المادة ( )

: (يعاقب بالسجن المؤقت كل من قام بغير

دولة اجنبية او رفع السلاح ضدها.....).

تقابلها المادة ( ) (/ ) ( )

ليبي، والمادة ( / ) ( ) ( )

( / ) ( ) فلسطيني، والمادة ( / ) ( )

( / ) ( ) بلجيكي.

. سعد ابراهيم الاعظمي، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب، دراسة مقارنة، مطبعة اديب

البغدادية المحدودة، بغداد،

بقواتها، ويكفي لتحقيق رفع السلاح ان يكون المواطن ملتحقاً بقوات العدو بوصفه محارباً في الحال او على وجه الاحتمال، فقد يكون التحاقه الى وحدة لا تزال في دور الاعداد، وقد لا تكون الحرب الفعلية قد بدأت عند التحاقه ولكن حالة الحرب قائمة، كما لو انظم الجاني في فترة الخطر المحدق بنشوب الحرب، متى انتهت بوقوعها<sup>١</sup>.

ولكن يلاحظ ان الفقه والقضاء الفرنسيين يميلان الى التوسع في مدلول عبارة رفع السلاح حتى شمل ذلك الافعال الثانوية في الحرب، وهو ما اقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٦/٢٦ بشأن محاكمة فرنسي كان يعمل سائفاً لاحدى السيارات التابعة لجيش العدو، فقضت بأن المادة (١/٧٥) عقوبات فرنسي تطبق على من يشترك في اعمال جيش اجنبي محارب لفرنسا او لاحدى حليفاتها ولو لم يكن مشتركاً في قتالٍ فعلي<sup>٢</sup>.

اما في بلجيكا فقد توسع المشرع البلجيكي في مدلول عبارة (حمل السلاح) بحيث شملت كل مساعدة ذات طابع عسكري تقدم للعدو. فبمقتضى المادة (١١٣) عقوبات بلجيكي المعدلة بقانون ١٧ كانون الاول ١٩٤٢، فإنه يعد حملاً للسلاح كل تنفيذ لمهمة من مهام الحرب كالنقل والاشغال او مراقبة تلك الاعمال التي هي عادة من مهام وواجبات جيوش العدو او لخدمتها. وفي ضوء ذلك عدَّ القضاء البلجيكي العمل في جيش العدو بصفة ممرض او طبيب عسكري او طباخ او ضابط محاسبة، هو حمل للسلاح ضد بلجيكا<sup>٣</sup>.

---

. عبد المهيمن بكر، القسد

النهضة العربية،  
الجوانب الماسة بأمن الدولة الخارجي وفقاً للتشريع العراقي المقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد،  
( ) عقوبات عراقي على انه: ( - يراد بحالة الحرب حالة القتال الفعلي وان لم يسبق اعلان الحرب وحالة الهدنة التي يتوقف فيها القتال ويعتبر في حكم حالة الحرب الفترة التي يحدث فيها خطر الحرب متى انتهت فعلاً بوقوعها).  
. محمد عبد الجليل الحديث، المرجع نفسه، ص - . عبد الوهاب حومد، القانون

. سعد ابراهيم الاعظمي، جرائم التعاون مع العدو، المرجع السابق،

ونعتقد ان التوسع في مدلول عبارة رفع السلاح، على النحو الذي سار عليه الفقه والقضاء الفرنسي والبلجيكي، يؤدي الى تحميل عبارة رفع السلاح اكثر مما تحتل، فرفع السلاح او حمله يمثل مرحلة متقدمة في التعاون مع العدو، تتمثل في المشاركة في القتال الفعلي او التهديد به، اما مادون ذلك من الاعمال الثانوية، فلا يمكن ان تدخل ضمن مدلول رفع السلاح الواردة في المادة (١٥٧) عقوبات عراقي، فرفع السلاح ينحصر في الاشتراك الفعلي في القتال المسلح او التهديد به، وهو يخضع الى الجملة الثانية من المادة (١٥٧)، اما مادون ذلك من الاعمال الثانوية فهي تخضع لنفس المادة ولكن تسري عليها الجملة الاولى منها والتي تعاقب على الالتحاق بصفوف العدو او بالقوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع العراق او القوات المسلحة للجماعة المعادية للعراق، وبهذا يكون النص العراقي موفقاً جداً في التقيد بمدلول عبارة رفع السلاح من خلال التدرج الذي استخدمه المشرع في صياغة المادة (١٥٧)، الامر الذي ينسجم مع مبدأ الشرعية الجزائية.

وتجدر الاشارة الى ان الفقه لم يتطرق الى نوعية السلاح الذي يجب ان يرفعه المواطن ضد وطنه، وفيما اذا كان يشمل السلاح بالاستعمال ام لا. والحقيقة ان عبارة السلاح وردت مطلقة، والمطلق يجري على اطلاقه مالم يقيد بقيد، وحيث ان هذا القيد غير وارد، لذا فهي تشمل جميع انواع الاسلحة سواء اكانت طبيعية ام بالاستعمال، وان كان الواقع يشير الى ان رفع السلاح في الغالب يتم باستعمال الاسلحة الطبيعية خصوصا النارية والحربية منها، بالنظر لخورة هذه الجريمة ومساسها بأمن الدولة الخارجي.

ومن المواد التي جسدت هذا الوضع القانوني، المادة (١٩٢) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (١- يعاقب بالسجن المؤقت كل من شرع في إثارة عصيان مسلح ضد السلطات القائمة بموجب الدستور....)<sup>١</sup>.

وبمقتضى هذا النص الجزائي فإن السلاح عنصر من العناصر المادية لجريمة العصيان المسلح، لا بد من توافره الى جانب الفعل الجرمي المتمثل بالعصيان، لكي نكون امام جريمة معاقب عليها، وبخلاف ذلك فإن تخلف عنصر السلاح يخرج العصيان من نطاق التجريم والعقاب، ليصبح طريقة من الطرق الدستورية للاحتجاج والتعبير عن الرأي.

إذاً لا بد ان يقرن الفعل الجرمي المتمثل بالعصيان بوسيلة جرمية محددة تتمثل بالسلاح، لكي تدخل الواقعة تحت طائلة المادة (١٩٢) عقوبات عراقي.

ولا يشترط ان يكون اقتران السلاح بالعصيان معاصراً ومنذ البدء، وانما يمكن ان يكون هذا الاقتران في وقت لاحق للبدء بالعصيان فيتحول عندئذ الى عصيان مسلح ولو لم يكن مسلحاً منذ البدء. فمن يثير عصياناً غير مسلح، يكون مسؤول ويقع تحت طائلة هذه المادتين في حالة تحول هذا العصيان غير المسلح الى عصيان مسلح، لانه يجب ان يعلم ان العصيان اذا بدأ غير مسلح فانه ليس بإمكانه ان يمنع التسلح فيما بعد وبذلك يكون العصيان مسلحاً ولو لم يكن كذلك منذ البدء<sup>١</sup>.

والاكثر من ذلك ان بعض التشريعات لم تشترط ان يكون اقتران السلاح بالعصيان حقيقياً، بل يكفي لكي يكون العصيان مسلحاً، ان يكون الاقتران حكماً، وذلك بان تكون الاسلحة المعدة له موضوعة في احد المستودعات ومهيأة للاستعمال<sup>٢</sup>.

ومن ناحية عدد الاسلحة، فلا يشترط ان يكون السلاح بعدد المشاركين في العصيان، بل يكفي لكي يكون العصيان مسلحاً ان يقتصر حمل السلاح على عدد محدود من المشاركين في العصيان.

اما من ناحية نوعية الاسلحة، فيرى البعض بأن السلاح يجب ان يكون من الاسلحة الطبيعية، سواء اكان من الاسلحة البيضاء ام النارية ام الحربية، والتي منع القانون

---

. سعد الأعظمي، الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخليين دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد،

حملها دون سبب معقول<sup>١</sup>. ونحن لانتفق مع هذا الرأي، وذلك لان لفظ (مسلح) ورد مطلقاً، والمطلق يجر على اطلاقه مالم يقيد بقيد، وحيث ان هذا القيد غير وارد، لذا فهو يشمل جميع انواع الاسلحة، سواء اكانت طبيعية ام بالاستعمال، فليس من المعقول الا يعاقب على العصيان الذي تستعمل فيه المسحاة او المنجل او سكين المطبخ او عمود الحديد، متى ثبت انصرف قصد الجاني الى استعمالها كأداة في العصيان، والمسألة متروك تقديرها الى المحكمة حسب الظروف والاحوال.

ومن النصوص الجزائية التي جسدت هذا الوضع القانوني للسلاح، المادة (٢) من قانون مكافحة الارهاب العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥، والتي تنص على مايلي: (تعد الافعال الآتية من الافعال الارهابية..... ٥- الاعتداء بالاسلحة النارية على دوائر الجيش او الشرطة او مراكز التطوع او الدوائر الامنية او الاعتداء على القطاعات العسكرية الوطنية او امداداتها او خطوط اتصالاتها او معسكراتها او قواعدها بدافع ارهابي. ٦- الاعتداء بالاسلحة النارية وبدافع ارهابي على السفارات والهيئات الدبلوماسية في العراق وكذلك المؤسسات العراقية كافة والمؤسسات والشركات العربية والاجنبية والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية العاملة في العراق وفق اتفاق نافذ).

وبمقتضى هذه الفقرات فان السلاح من العناصر المادية، لا بد من توافره الى جانب الاعتداء، لكي يكون الاعتداء من الافعال ارهابية المجرمة قانوناً.

ولكن يلاحظ ان المشرع قد حدد نوع السلاح الذي يجب ان يستعمل في الاعتداء، بحيث حصره بالسلاح الناري<sup>٢</sup>. وبذلك يخرج عن نطاق النص اعلاه، الاعتداء الذي يستعمل فيه السلاح الابيض او السلاح الحربي، ومن باب اولى يخرج عن نطاق النص السلاح بالاستعمال.

ونحن لانتفق مع المشرع في تضيق دائرة التجريم وحصرها بالاسلحة النارية، ونعتقد انه من الافضل لمكافحة الارهاب، ان ترد عبارة الاسلحة مطلقاً او صياغتها بحيث تشمل

---

١. سعد ابراهيم الاعظمي، موسوعة الجرائم الماسة بامن الدولة الداخلي، المرجع، السابق، ص

جميع الاسلحة الطبيعية التي قد لاتقل خطورة عن الاسلحة النارية، بل قد تزيد عليها كما هو الحال في الاسلحة الحربية، وهو مايتسق مع هدف قانون مكافحة الارهاب المتمثل بالقضاء على الاعمال الارهابية وتحجيمها.

### المطلب الثاني

## الاسلحة محل في مجال التجريم

وهذا هو الوضع القانوني الاخر الذي يمكن ان يتخذه السلاح في قاعدة التجريم، وبمقتضى هذا الوضع فان السلاح يعد عنصرا من العناصر المادية الداخلة في تكوين الجريمة، لابد من توافره الى جانب العناصر الاخرى، لكي ينطبق النص الجزائي على الواقعة المادية.

ومن خلال استطلاع النصوص الجزائية التي تضمنت هذا الوضع، فان السلاح اما ان يكون محلا للاعتداء، واما ان يكون محلا للتجريم، وهو ماسنتطرق له في الفرعين التاليين:

### الفرع الاول

## الاسلحة محل اعتداء

ويتجلى هذا الوضع القانوني بالمادة (١٦٢) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالاعدام كل من سهل للعدو دخول البلاد او سلمه..... سلاحاً او ذخيرة او عتداء..... او غير ذلك مما اعد للدفاع عن البلاد او مما يستعمل في ذلك.....).

وكذلك يتجسد بالمادة (١٦٣) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت: ١- كل من خرب او اتلف او عيب او عطل عمدا..... الاسلحة او العتاد..... وغير ذلك مما اعد لاستعمال القوات المسلحة او الدفاع عن اتلعراق او مما يستعمل في ذلك. ٢- كل من اخفى شيئاً من الاشياء المذكورة في الفقرة السابقة او اختلسها او مكن من وقوعها في يد العدو او اساء عمدا صنعها او اصلاحها او اتى

عمدا عملا من شأنه ان يجعلها غير صالحة ولو مؤقتا للانتفاع بها فيما اعدت له او ان ينشأ عنها ضرر)<sup>١</sup>.

من تحليل المادتين المذكورتين سلفاً، نجد ان المشرع عدّ السلاح جزءاً من معدات الدفاع او مما يستعمل فيه، وهو بهذه الصفة اكتسب اهمية كبيرة جعلت منه موطناً للحماية في كل من المادة (١٦٢) والمادة (١٦٣) عقوبات عراقي.

وعلى الاساس المتقدم فان الوضع القانوني للسلاح في المواد المذكورة سلفاً، هو انه محلاً للاعتداء، أي انه عنصراً من العناصر المادية الداخلة في تكوين الجريمة، وبمقتضى ذلك فقد جرم المشرع الافعال الاجرامية (التسليم، التخريب، الاتلاف، التعيب، التعطيل، الاخفاء، الاختلاس، اساءة الصنع او الاصلاح، جعلها غير صالحة) التي يكون محلها السلاح بوصفه من معدات الدفاع او مما يستعمل فيه.

اجرائها او عتادها بقصد اشاعة الارهاب او الاخلال بالامن العام او دعم أي تمرد ضد الحكومة.

وتجدر الاشارة الى انه حيث يكون السلاح محلاً محلاً للاعتداء، فان لفظ السلاح يقصد به السلاح الطبيعي والذي يشمل حسب قانون الاسلحة العراقي، السلاح الناري والحربي، وبالتالي فهو لايشمل السلاح الابيض والسلاح بالاستعمال.

## الفرع الثاني السلاح محل للتجريم

ويتجسد هذا الوضع القانوني في المادة (٢٧) من قانون الاسلحة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢، والتي تنص على مايلي: (اولاً: أ- يعاقب بالسجن كل من هرب اسلحة او اجزاءها او عتادها او حازها او حملها او اتجر بها او اصلحها او صنعها. ب- وتكون العقوبة الاعدام او السجن المؤبد لكل من قام بتهريب الاسلحة الحربية او اجرائها او عتادها بقصد اشاعة الارهاب او الاخلال بالامن العام او دعم أي تمرد ضد الحكومة.

---

كما يتجسد هذا الوضع القانوني في المادة ( ) ( )  
، والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على ( )  
..... اسلحة او عتاد او مهمات حربية من جراء تكاسله في القيام بوظيفته اوة واجباته).

ثانياً: أ- يعاقب بالسجن كل من هرب اسلحة نارية او اجزاءها او عتادها او قام بتصنيعها. ب- وتكون العقوبة الاعدام او السجن المؤبد لكل من قام بتهريب الاسلحة النارية او اجزائها او عتادها بقصد اشاعة الارهاب او الاخلال بالامن العام او دعم أي تمرد ضد الحكومة. ثالثاً: يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على سبع سنوات او بالحبس مدة لاتقل عن سنة واحدة وبغرامة لاتزيد على مائة الف دينار ولا تقل عن خمسين الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من حاز او اصلح او حمل اسلحة نارية او عتادها بدون اجازة من سلطة الاصدار. رابعاً: أ- يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على خمس سنوات ولا تقل عن سنة واحدة وبغرامة لاتزيد على خمائة دينار ولا تقل عن مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من كان مجازا بحمل سلاح ناري فحمله اثناء اشتراكه في مظاهرات او تجمعات ضد الحكومة. ب- وتكون العقوبة السجن المؤقت لكل من حمل بدون اجازة سلاحا ناريا اثناء اشتراكه في مظاهرات او تجمعات ضد الكومة).

من النص الجزائي اعلاه نجد ان السلاح يعد محلاً (موضوعاً) للتجريم، وبهذا الوصف فهو ركن من اركان الجريمة، يترتب على تخلفه انتفاء الصفة الجرمية عن الفعل. إذاً فالافعال التي ذكرتها المادة (٢٧) اسلحة عراقي والتي تحدد (بالتهريب، الحيازة، الحمل، النقل، الاتجار، الاصلاح، الصنع) لاتتصف بالجرمية الا اذا كان محلها السلاح، اذا انتفى هذا المحل، انتفت الصفة الجرمية عن الافعال المذكورة سلفاً، كونه ركن من اركان الجريمة، يترتب على وجود وجوده ان وعلى انتفائه انتفاؤها.

والسلاح المقصود بوصفه محلاً للتجريم، هو السلاح الطبيعي والذي ينحصر بالسلاح الناري والحربي، وبالتالي يخرج عن نطاق السلاح كل من السلاح الابيض والسلاح بالاستعمال. وفي ضوء ماتقدم قضت محكمة تمييز العراق بانه: (اذا ضبط السلاح المهرب لدى المتهم عند تفتيشه ولم يخبر السلطات عند دخوله الحدود العراقية فلا يتوفر في المتهم حسن النية ويعتبر مخالفاً لقانون الاسلحة)<sup>1</sup>. كما قضت في قرار اخر بانه:

1 ( ) / / ، النشرة القضائية، ع

(يعاقب من يحمل السلاح الناري بدون اجازة سواء كان مالكا للسلاح المذكور ام غير مالك له)<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

## الوضع القانوني للسلاح في مجال العقاب

ان السلاح بوصفه وسيلة في ارتكاب الجريمة او محلا لها، قد يرتأي المشرع اخراجه من الوقائع المادية المكونة للجريمة، ليجعل منه واقعة مادية معدلة للعقوبة، أي ان اثر السلاح يقتصر على تعديل العقوبة زيادة، دون ان يكون له أي اثر على تكوينها، وهذا يفترض ان تقع الجريمة بجميع اركانها المحددة قانوناً، ثم يأتي دور السلاح بعد ذلك ليكون معدلاً لعقوبة الجريمة زيادة وليس نقصان، وعلى مقتضى هذا الدور يكون السلاح ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة.

وبناء على ماتقدم فان السلاح بمقتضى هذا الوضع لا يعد من العناصر الاساسية المكونة للجريمة، وانما يعد من العناصر الاضافية او التبعية التي لاتدخل في التكوين القانوني للجريمة، وانما تؤثر فقط على جسامتها او على مقدار العقوبة المقررة لها، لذلك فان السلاح بوصفه ظرفاً قد يوجد فيضفي على الجريمة وضعاً او تحديداً يرتب اثرأً مشدداً لجسامة الجريمة، وقد لا يوجد دون ان يؤثر ذلك على الوجود القانوني للجريمة، على عكس الحال فيما لو كان السلاح ركناً في الجريمة او من العناصر الداخلة في تكوينها<sup>2</sup>.

إذاً فان تحديد ما اذا كان السلاح ظرفاً ام ركناً في الجريمة، لايتوقف على الطبيعة الذاتية للسلاح، وانما على الوظيفة التي يباشرها في الوجود القانوني للجريمة، فاذا كان السلاح محل البحث يميز الجريمة عن الفعل المشروع، فانه يعد عنصراً او ركناً في

( ) / / ، النشرة القضائية، ع

( )<sup>1</sup> / / ، مجموعة الاحكام العدلية، ع

عبد الحميد الشواربي، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، منشأة المعارف بالاسكندرية،

الجريمة، اما اذا كان يؤثر فقط على جسامة الجريمة ويحدث اثرا في العقوبة المقررة لها فإنه يعد ظرفاً<sup>١</sup>.

وبما ان ظرف السلاح قد يرجع الى كونه وسيلة الجريمة او محلاً لها، فهذا يعني ان الطبيعة القانونية له انه من الظروف المشددة المادية، أي انه ظرف لايتعلق بشخص الجاني وانما يتصل بالجانب المادي للجريمة فيجعله اشد خطراً مما لو تجرد من هذا الظرف حيث يفترض ازدياد خطورته<sup>٢</sup>.

ويترتب على ذلك انه اذا توفر ظرف السلاح في جريمة ساهم في ارتكابها عدة اشخاص، سرى اثره على كل منهم فاعلاً كان ام شريكاً، علم بظرف السلاح او لم يعلم، وهو مانصت عليه المادة (٥١) عقوبات عراقي بقولها: (اذا توافرت في الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة او تخفيفها سرت اثارها على كل من ساهم في ارتكابها فاعلاً كان ام شريكاً. علم بها ام لم يعلم.....).

إذا فظرف السلاح بوصفه من الظروف العينية يؤثر في الفاعل حتى ولو لم يتحقق بفعله هو، بل تحقق بفعل غيره من الفاعلين الاخرين<sup>٣</sup>. فاذا ارتكب عدة اشخاص جريمة سرقة وكان احدهم يحمل سلاحاً فأن كلاً منهم يسأل عن جريمة سرقة مع حمل السلاح سواء علموا بحمل صاحبهم للسلاح ام لم يعلموا<sup>٤</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة للشريك، فاذا كانت القاعدة في عقاب الشريك هي انه يخضع للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة التي ارتكبها الفاعل وذلك استناداً الى المادة (١/٥٠) عقوبات عراقي، فمعنى ذلك انه يتأثر بالظروف التي تساهم في تحديد وصف هذه الجريمة وتحديد عقوبتها. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية: (بأن حمل السلاح

---

. عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص - ؛ ولمزيد من التفصيل حول التمييز بين : هشام ابو الفتوح، النظرية العامة للظروف المشددة، الهيئة المصرية

. هشام ابو الفتوح، المرجع نفسه، ص

. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق

. علي حسين الخلف؛ د.

. الكويت،

في السرقة ظرف مادي متصل بالفعل الاجرامي يسري حكمه على كل من قارف الجريمة فاعلا ام شريكا ولو لم يعلم به)<sup>١</sup>.

ويلاحظ ان المشرع لم ينص على ظرف السلاح ضمن الظروف المشددة العامة والواردة في المادة (١٣٥) عقوبات عراقي، وانما اكتفى بالنص عليه في بعض الجرائم الواردة في القسم الخاص من قانون العقوبات، مما يجعل ظرف السلاح من الظروف المشددة الخاصة، أي انه لايسري سرياناَ عاماً على جميع الجرائم كما هو شأن الظروف المشددة العامة، وانما يسري على بعض الجرائم التي ذكرها المشرع حصرا في مواد متفرقة.

ويثور التساؤل حول معرفة نوع الجريمة فيما اذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة الجنحة، ولكن توافر ظرف السلاح دعا الى ان يحكم القاضي بعقوبة الجنائية، فهل تكون العبرة بالعقوبة المقررة لها في صورتها البسيطة فتظل جنحة ام تكون بالعقوبة المشددة التي نطق بها القاضي فتتحول الى جنائية ؟

في الحقيقة لم يتضمن القانون نصاً يبين حكم هذه المسألة، لذا فقد ذهب الفقه الجزائي الى التمييز بين التشديد الوجوبي والتشديد الجوازي.

اما التشديد الوجوبي والذي يعني اتجاه المشرع الى النص على وجوب تشديد عقوبة الجريمة عن طريق احلال عقوبة الجنائية محل عقوبة الجنحة وذلك عند اقترانها بظرف السلاح<sup>٢</sup>.

فجريمة هرب المحبوسين والمقبوض عليهم تعد جنحة لان عقوبتها المقررة قانوناً هي الحبس مدة لاتزيد على سنتين او بغرامة لاتزيد على مائتي دينار (المادة:٢٦٧ عقوبات عراقي)، ولكن اذا اقترن بها ظرف استعمال السلاح او التهديد باستعماله، تكون عقوبتها السجن مدة لاتزيد على سبع سنوات، وعندئذٍ تصبح جنائية.

في هذه الحالة من المنفق عليه في الفقه ان الجريمة يتغير نوعها الى النوع الذي يتناسب مع العقوبة المشددة التي يفرضها القانون بسبب اقتران الجريمة بظرف استعمال

// ( ) :

عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص  
هشا .

السلاح او التهديد باستعماله المشدد، وذلك لانه لما كان نوع الجريمة من حيث جسامتها انما يحدد بحسب نوع العقوبة المقررة في القانون للجريمة، لذا فان العقوبة المشددة هي البمعيار الذي يحدد نوع هذه الجريمة من حيث جسامتها<sup>١</sup>.

اما التشديد الجوازي وهو الذي يترك فيه المشرع للقاضي الحرية في الحكم بعقوبة الجنحة او عقوبة الجنائية حسب مايتراى له وفقا لسلطة التقديرية عند اقترانها بظرف مشدد، أي ان المشرع يجيز للقاضي ان يستعيز عن العقوبة المقررة اصلاً للجريمة وهي عقوبة جنحة بعقوبة من نوع اخر هي عقوبة جنائية كما هو الحال في جريمة الاعتداء على الموظفين او المكلفين بخدمة عامة. التي تعد جنحة بالنظر الى عقوبتها الاشد وهي في حدود الحبس الذي لايتجاوز في الغالب ثلاث سنوات، المواد: (٢٢٩) و (٢٣٠) و (٢٣١) عقوبات عراقي، الا ان المشرع عد ظرفاً مشدداً ارتكاب الجريمة من شخص يحمل سلاحاً ظاهراً، وترك امر التشديد الى القاضي الذي يجوز له في ضوء المادة (١٣٦) عقوبات عراقي، ان يحكم بأكثر من الحد الاقصى للعقوبة المقررة للجريمة شرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد وعلى الا تزيد مدة الحبس على عشر سنوات، الامر الذي يجيز للقاضي ان يحكم بعقوبة السجن اكثر من خمس سنوات وهي عقوبة الجنائية<sup>٣</sup>.

وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء فيما بينهم حول اثر التشديد الجوازي بسبب ظرف السلاح على نوع الجريمة، وهل تظل جنحة كما هي بحسب الاصل، ام انها تتقلب الى جنائية لمجرد احتمال الحكم فيها بعقوبة الجنائية ؟

. علي حسين الخلف؛ د.

. هشام ابو الفتوح، المرجع السابق، ص

( ) عقوبات عراقي على مايلي: (اذا توافر في جريمة ظرف من الظروف

المشددة يجوز للمحكمة ان تحكم على الوجه الآتي:..... -

الحبس جاز الحكم بأكثر من الحد الاقصى للعقوبة المقررة للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد على الا تزيد مدة السجن المؤقت في أي حال عن خمس وعشرين سنة ومدة الحبس على عشر .....).

فذهب رأي إلى أن الجريمة تظل جنحة كما هي بحسب الأصل ولو حكم فيها القاضي بعقوبة الجنائية، بحجة أن معيار التفرقة بين الجنائية والجنحة يستند إلى العقوبة التي يقرها القانون أصلاً لكل منهما، لا إلى العقوبة التي يقرها القاضي باستعمال سلطته التقديرية<sup>١</sup>.

وذهب رأي آخر . وهو الراجح لدينا . إلى أن الجريمة تتغير فتتقلب من جنحة إلى جنائية، بحجة أن فرض العقوبة الأشد على سبيل الجواز يجعلها بمثابة الحد الأقصى للعقاب المقرر للجريمة وهو وحده الذي يؤخذ فيه عند تحديد نوعها، فالتشديد الجوازي يعني أن القانون يقرر الجريمة عقوبتين، أحدهما عقوبة جنحة، والآخرى عقوبة جنائية، ولما كانت العبرة في تحديد نوع الجريمة بالعقوبة الأشد فلم يكن مفر من اعتبار الجريمة جنائية<sup>٢</sup>. وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فقضت بأن الجريمة تعد جنائية أو جنحة بحسب ما يحكم به القاضي، فالجريمة في هذه الحالة قلقة النوع إذ هي تكون جنحة أو جنائية تبعاً للعقوبة التي تقضي بها المحكمة فيها<sup>٣</sup>.

ومما تقدم من كلام عن السلاح بمقتضى هذا الوضع القانوني، يتضح لنا الدور الذي يمكن أن يقوم به السلاح، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، إلا أن استطلاعنا للنصوص الجزائية التي تضمنت هذا الوضع القانوني، أشارت إلى أن ظرف السلاح في النص الجزائي يتخذ وضعين، يتمثل أولهما بظرف حمل السلاح، ويتجسد ثانيهما بظرف استعمال السلاح أو التهديد باستعماله<sup>٤</sup>. وهو ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

---

من هذا الرأي: . لي حسين الخلف؛ د. مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، مصر، ط ١. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، دار المعارف بالإسكندرية، ط ١.

. أحمد فحفي سرور، أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، ط ١. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط ١.

. / / ، مجموعة القواعد القانونية، ج ( ) . الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ١٠٠. في حالات نادرة قد يكون ظرف السلاح راجعاً إلى كونه محلاً للجريمة، وهو ما جسده المادة ( ) عقوبات عراقي التي تتعلق بالحريق بالعمد بقولها: (.....) -

## المطلب الاول ظرف حمل السلاح

وبمقتضى هذا الظرف فانه يكفي لتشديد العقوبة مجرد حمل السلاح من قبل الجاني اثناء تنفيذ الجريمة، وذلك بالنظر لما يحدثه السلاح في نفس المجني عليه، وبالنظر لما يتولد عنه من تشجيع للجاني، اذ يزيده جرأة واقداماً. بالاضافة الى ذلك فأن حمل السلاح يفيد ان حامله ينوي استعماله، وفي هذا من الخطر ما لا يخفى على ان التشديد محتم ولو لم يستعمل السلاح فعلا، لان التشديد يتعلق بمجرد الحمل لا الاستعمال<sup>٢</sup>. وهو ما اكدته محكمة النقض المصرية في احد قراراتها التي تتعلق بجريمة السرقة بقولها: (.....العلة التي من اجلها غلظ الشارع العقاب على السرقة اذا كان مرتكبها وقت مقارفتها يحمل سلاحاً ظاهراً او مخبأً، هي ان مجرد حمل السلاح من شأنه ان يشد أزر الجاني ويلقي الرعب في قلوب المجني عليهم اذا ماوقع بصرهم، ولو مصادفة على السلاح، وان ييسر للجاني فضلاً عن السرقة التي قصد ارتكابها سبيل الاعتداء به اذا ما اراد، على كل من يهيم بضبطه او يعمل على الحيلولة بينه وبين تنفيذ مقصده مما لا يهيم معه ان يكون السلاح ملحوظا في حمله ارتكاب السرقة او غير ملحوظ)<sup>٣</sup>.

وظرف حمل السلاح من الظروف المشددة الخاصة، لان المشرع حصر اثره بجرائم معينة بالذات، وهي: جريمة التجمهر (المادة: ٢/٢٢٢ عقوبات عراقي)، وجريمة الاعتداء على الموظفين او المكلفين بخدمة عامة (المادة: ٢/٢٣٢ ج عقوبات عراقي)،

المؤقت اذا كان اشعال النار في احدى المحلات التالية: -

ملحقته.....)؛ وكذلك مانصت عليه المادة ( ) ( )

بقولها: (.....ثانياً: يعاقب الفاعل بالسجن مدة لاتزيد على ( )

المواد المرتكبة بشأنها الافعال المنصوص عليها في البند ( ) من هذه المادة سلاحا او عتادا او اجزاء متعلقة بهما.....) ( ) عقوبات عسكري عراقي بقولها: ( ) : يعاقب

بالسجن مدة لاتزيد ( ) سنوات كل من تسلّم او تسبب في تسليم.....

العقد او النموذج ويعاقب بضعف العقوبة اذا كان التسليم متعلقا بسلاح او عتاد.....).

. فخري الحديثي، المرجع السابق، ص .

. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، صث .

. عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص . ( ) / /

وجريمة القبض على الاشخاص وخطفهم وحجزهم (المادة: ٤٢١/ج والمادة: ٤٢٢ عقوبات عراقي)، وجريمة انتهاك حرمة المساكن وملك الغير (المادة: ٢/٤٢٨ والمادة: ٢/٤٢٩ عقوبات عراقي)، وجريمة السرقة (المادة: ٣/٤٤٠ والمادة: ١/٤٤١ والمادة: ٤٤٢/اولا والمادة: ٤٤٣/ثانيا والمادة: ٤٤٤/ثالثا عقوبات عراقي)، وجريمة الاتلاف (المادة: ٢/٤٧٩ عقوبات عراقي).

وقد جعل المشرع من حمل السلاح ظرفاً مشدداً مطلقاً دون تحديد لنوعه، وبالتالي فهو يشمل الاسلحة الطبيعية والاسلحة بالاستعمال على السواء، وهوما اكدته محكمة النقض المصرية بقولها: (.....حمل السلاح مطلقا مشددا دون تحديد لنوعه او وصفه وعلى هذا التفسير جرى قضاء محكمة النقض واستقر.....)'.<sup>١</sup> وقضت في قرار اخر بان: (العبرة في اعتبار حمل السلاح ظرفا مشددا..... ليس بمخالفة حمله لقانون حمل واحراز السلاح وانما تكون بطبيعة هذا السلاح وهل هو معد في الاصل للاعتداء على النفس وعندئذ لايفسر حمله الا بأن كان لاستخدامه في هذا الغرض، او انه من الادوات التي تعتبر عرضا من الاسلحة لكونها تحدث الفتك وان لم تكن معدة له بسبب الاصل . كالسكين والمطواة . فلا يتحقق الظرف المشدد بحملها الا اذا استظهرت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية ان حملها كان لمناسبة السرقة)<sup>٢</sup>.

وبناء على ماتقدم فاذا ارتكب الجاني الجريمة وهو حامل سلاح بطبيعته، فأن مجرد حمله اثناء الجريمة كاف لتوافر الظرف المشدد ولو لم يستعمل السلاح قط، لأن مجرد حمله بعد قرينة على نية استعماله<sup>٣</sup>.

ويشأن ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بصدد السرقة بانه: (يتوافر ظرف حمل السلاح المشدد في جريمة السرقة مادام الجاني يحمل سلاحا بطبيعته

---

( ) / / . . عبد الحميد الشواربين المرجع السابق،

( ) // : عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص

. فخري الحديثي، المرجع السابق، ص

(بندقية) وقت ارتكاب السرقة ليلاً اياً كان سبب حمله لهذا السلاح.....<sup>١</sup>). وقضت في قرار اخر بان (العلة التي من اجلها غلظ الشارع العقاب على السرقة اذا كان مرتكبها يحمل سلاحاً بطبيعته انما هي مجرد حمل مثل هذا السلاح . ولو كان الجاني لم يقصد من حمله الاستعانة به واستخدامه في الجريمة وذلك لما يلقيه مجرد حمله من رعب في نفس المجني عليه . وهذه العلة تتوافر ولو كان السلاح فاسداً او غير صالح للاستعمال)<sup>٢</sup>.

اما اذا كان الجاني يحمل سلاحاً بالاستعمال، فلا تعد الجريمة مقترنة بظرف مشدد الا اذا هدد باستعماله او استعماله فعلاً، وبالتالي فمجرد الحمل لا يكفي لتشديد العقوبة، وانما يجب ان يثبت ان حمل السلاح كان بقصد ارتكاب الجريمة، وهو امر تستخلصه محكمة الموضوع من ظروف الواقعة<sup>٣</sup>. على ان الجاني اذا كان قد عثر على السلاح في مسرح الجريمة، فالظرف المشدد لا يكون متوافراً، وهو ماقررته محكمة تمييز العراق بقولها: (لا يكون حمل السارق للسكين ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة اذا كان قد عثر على السكين في دار المجني عليه وتمت سرقة من داخل الدار مع بقية الاموال المسروقة ولم يجلبه معه ابتداء عند ارتكاب الجريمة)<sup>٤</sup>.

وقد اختلف بشأن الجاني الذي يكون حاملاً سلاحاً بمقتضى وظيفته او صناعته، وهل يعد حمله للسلاح ظرفاً مشدداً أم لا ؟

فذهبت محكمة تمييز العراق الى عدم الاعتراف بحمل السلاح في تشديد العقوبة اذا كان الجاني يحمله بمقتضى وظيفته، فقضت بأنه: (اذا ارتكب المتهم مع شخص اخر جريمة السرقة اثناء تأدية واجبه الرسمي وكان حاملاً مسدساً حكومياً قبل ان يفكر في ارتكاب السرقة ودون ان يستعمل المسدس للغرض المذكور فان فعله ينطبق على الفقرة (٨) من

( ) // . عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص

( ) // . عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص

. فخري الحديثي، المرجع السابق، ص  
( ) // ، مجموعة الاحكام العدلية، ع

المادة (٤٤٤) عقوبات، الخاصة بارتكاب السرقة من قبل موظف عمومي الا المادة (١/٤٤٢) المتعلقة بارتكاب السرقة من قبل شخصين او اكثر يحمل احدهم سلاحاً<sup>١</sup>.  
والواقع ان مازهدت اليه محكمة التمييز ينطوي على مخالفة صريحة لنص القانون، وذلك لانها لم تكتف بمجرد حمل السلاح لتشديد العقوبة، وانما اشترطت بالاضافة الى ذلك استعماله وهو مالم يتطلبه القانون، وقد تنبعت محكمة التمييز الى هذه المخالفة، فقضت في قرار اخر (ان مجرد حمل السلاح اثناء السرقة كاف لتوفر ظرف التشديد ولو كان السارق شرطيا يصح حمل سلاحه بحكم وظيفته لان القانون اعتبر حمل السلاح ظرفا مشددا للسرقة بغض النظر عن صفة حامله)<sup>٢</sup>. وبهذا الاتجاه اخذت ايضا محكمة النقض المصرية فقضت (ان مجرد حمل السلاح ظاهرا او مخبأ وقت السرقة يعد بمقتضى القانون ظرفا مشددا للجريمة ولو كان المتهم من واجبه او من حقه ان يحمل السلاح لاي سبب من الاسباب او غرض من الاغراض المشروعة الجائزة، أي ولو كان لم يقصد من حمله الاستعانة به واستخدامه في الجريمة)<sup>٣</sup>.

وإذا كان المشرع قد ساوى تشديد عقوبة بعض الجرائم لحمل السلاح بين ان يكون السلاح ظاهراً او مخبأ، كما هو الحال في جريمة انتهاك حرمة المساكن وملك الغير (المادة: ٢/٤٢٨، والمادة: ٢/٤٢٩ عقوبات عراقي)، وجريمة السرقة (المادة: ٤٤٠، والمادة ٤٤٤ عقوبات عراقي)، وجريمة الإلتلاف (المادة: ٢/٤٧٩ عقوبات عراقي). فانه اشترط في جرائم اخرى لتشديد العقوبة لحمل السلاح، ان يكون السلاح ظاهراً، كما هو الحال في جريم التجمهر، وجريمة الاعتداء على الموظفين او المكلفين بخدمة، وجريمة القبض على الاشخاص وخطفهم او حجزهم.

ويلاحظ ان ظرف حمل السلاح قد يكفي بمفرده في تشديد عقوبة الجريمة، دون حاجة الى اقترانه بظرف مشدد اخر، كما هو الحال في جريمة التجمهر التجمهر حيث نصت

---

( ) / / ، مجموعة الاحكام العدلية، ع  
( ) / / ، مجموعة الاحكام العدلية، ع  
( ) / / حميد الشواربي، المرجع السابق، ص

المادة (٢٢٠) عقوبات عراقي على مايلي: (٢-..... او كان احدهم يحمل سلاحاً ظاهراً.....)، وكذلك جريمة الاعتداء على الموظفين او المكلفين بخدمة (المادة: ٤٢١/ج عقوبات عراقي)، وجريمة القبض على الاشخاص وخطفهم وحجزهم (المادة: ٤٢١/ج. الجملة الثانية و المادة: ٤٢٢ عقوبات عراقي)، وجريمة انتهاك حرمة المساكن وملك الغير (المادة: ٢/٤٢٨ عقوبات عراقي)، وجريمة السرقة (المادة: ٤٤٤/ثالثاً عقوبات عراقي).

الا ان المشرع في نصوص اخرى لم يكتف بظرف حمل السلاح بمفرده لتشديد العقوبة، وانما تطلب بالاضافة الى ذلك اقترانه بظرف مشدد او اكثر من الظروف المشددة الاخرى، فقد يتطلب المشرع اقتران ظرف حمل السلاح بظرف مشدد اخر كظرف تعدد الجناة، كما هو الحال في جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة (٤٤٢) التي تنص على مايلي: يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على خمس عشرة سنة على السرقة التي تقع في احد الظروف التالية: اولاً: من شخصين او اكثر يكون احدهم حاملاً سلاحاً ظاهراً او مخبأً). وكذلك جريمة الاتلاف الواردة في المادة (٤٧٩) عقوبات عراقي التي تنص على مايلي: (.....٢- وتكون العقوبة السجن مدة لاتزيد على سبع سنوات او الحبس اذا وقعت الجريمة..... من شخصين..... كان احدهما يحمل سلاحاً ظاهراً او مخبأً). او يتطلب اقترانه بظرف الليل كما هو الحال في جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة (٤٤٣) عقوبات عراقي والتي تقول: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على عشر سنين على السرقة التي تقع في احد الظروف الآتية:.....ثانياً: اذا ارتكبت بين غروب الشمس وشروقها من شخص يحمل سلاحاً ظاهراً او مخبأً).

وقد يتطلب المشرع اقتران ظرف حمل السلاح بظرفين اخرين كظرف مكان ارتكاب الجريمة، وظرف تعدد الجناة، كما هو الحال في جريمة انتهاك حرمة المساكن وملك الغير في المادة (٤٢٩) عقوبات عراقي التي تنص على مايلي: (.....٢- وتكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنتين والغرامة التي لاتزيد على مائتي دينار او بأحدى

هاتين العقوبتين اذا ارتكبت الجريمة المبينة في الفقرة (١) من شخصين على الاقل يحمل احدهم سلاحاً ظاهراً او مخبأً.....) كذلك جريمة السرقة الواردة في المادة (٤٤١) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت على السرقة التي تقع على شخص في الطريق العام خارج المدن والقصبات او في قطارات السكك الحديدية او غيرها من وسائل النقل البرية او المائية حالة وجودها بعيدا عن العمران وذلك في احدى الحالات التالية: ١- اذا حصلت السرقة من شخصين فأكثر وكان احدهم حاملاً سلاحاً ظاهراً او مخبأً).

هذا وقد يتطلب المشرع تشديد العقوبة اقتران ظرف حمل السلاح بأكثر من ظرف مشدد، كظرف الليل و ظرف تعدد الجناة و ظرف طريقة الدخول، كما هو الحال في جناية السرقة المنصوص عليها في المادة (٤٤٠) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكاب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: ١- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها. ٢- من شخصين فأكثر. ٣- ان يكون احد الفاعلين حاملاً سلاحاً ظاهراً او مخبأً. ٤- ان ترتكب السرقة في محل مسكون او معد للسكن او في احد ملحقاته وان يكون دخوله بواسطة تسور جدار او كسر باب او نحوه او استعمال مفاتيح مصطنعة او انتحال صفة عامة او الادعاء باداء خدمة عامة او بالتواطؤ مع احد الساكنين في المحل او باستعمال اية حيلة). وبشأن ذلك قضت محكمة تمييز العراق بأن تطبق المادة (٤٤٠) عقوبات على جريمة السرقة الواقعة ليلا في محل مسكون بالدخول اليه عن طريق فتح بابة بالقوة ومن شخصين فأكثر احدهم يحمل سلاحاً ظاهراً او مخبأً)٢.

بالاضافة الى ماتقدم فقد يتطلب المشرع اقتران ظرف حمل السلاح بظرف المكان و ظرف الليل و ظرف الوسيلة، كما هو الحال في جناية السرقة الواردة في المادة (٤٤١) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت على السرقة

---

أي ارتكب الجريمة في محل معد لحفظ المال او في عقار غير مذكر في المادة ( )

التي تقع على شخصين في الطريق العام خارج المدن والقصبات او في قطارات السكك الحديدية او غيرها من وسائل النقل البرية او المائية حالة وجودها بعيدا عن العمران وذلك في احدى الحالات التالية:.....٣- اذا حصلت السرقة من شخص يحمل سلاحاً ظاهراً او مخبأً بين غروب الشمس وشروقها بطريق الاكراه او بالتهديد باستعمال السلاح).

### المطلب الثاني

## ظرف استعمال السلاح او التهديد استعماله

وبمقتضى هذا الظرف لا يكفي مجرد حمل السلاح لتشديد العقوبة، وانما يجب ان تصل خطورة السلاح مرحلة اكثر تقدماً تتمثل بالتهديد باستعمال السلاح او استعماله فعلاً. وظرف استعمال السلاح او التهديد استعماله من الظروف المشددة الخاصة، أي ان المشرع حصر اثره في جرائم معينة بالذات، وهي جريمة الشروع في قلب نظام الحكم (المادة: ١٩٠ عقوبات عراقي)، وجريمة احتلال الاملاك والمباني العامة (المادة: ١٩٦ عقوبات عراقي)، وجريمة هرب المحبوسين والمقبوض عليهم (المادة: ٢٦٧، والمادة: ٢٦٨، والمادة: ٢٦٩ عقوبات عراقي)، وجريمة الايذاء العمد (المادة: ٣/٤١٣ عقوبات عراقي)، وجريمة السرقة (المادة: ٣/٤٤١، والمادة: ٤٤٢/ثانياً عقوبا عراقي).

ويلاحظ من النصوص الجزائية التي تضمنت هذا الظرف، ان المشرع قد يقصر هذا الظرف على استعمال السلاح وحده دون ان يشمل التهديد به، وفي هذه الحالة لاتشدد العقوبة الا اذا تم استعمال السلاح فيما اعد له، وذلك بوضعه موضع التنفيذ والذي يتمثل باستعماله ضد الاشخاص او الاموال لتحقيق هدف معين.

وفي نطاق هذا الظرف قد يكتفي المشرع بظرف استعمال السلاح بمفرده لتشديد العقوبة، دون حاجة الى اقترانه بظروف مشددة اخرى، كما هو الحال في جريمة الايذاء العمد الواردة في المادة (٤١٣) عقوبات عراقي والتي تنص على مايلي:..... ٣- وتكون

العقوبة الحبس اذا حدث الايذاء باستعمال سلاح ناري او آلة معدة لغرض  
الايذاء.....).

ويلاحظ هنا ان المشرع حصر ظرف استعمال السلاح بنوع معين من الاسلحة وهو  
السلاح الناري، او الآلة المعدة لغرض الايذاء والتي تشمل الاسلحة البيضاء كالسيوف  
والحراب والخنجر والمكوار. وفي ضوء ذلك قضت محكمة تمييز العراق بان: (الضرب  
بالمكوار على الرأس اذا لم يكن مقرناً بنية القتل فتتطبق عليه المادة (٤١٣/ف٣) من  
قانون العقوبات)<sup>١</sup>. كما قضت في قرارٍ اخر بأن: (اطلاق المتهم طلقة واحدة اصابت  
المجني عليه بأصبعه يجوز ان يعتبر ايذاء المادة (٣/٤١٣) عقوبات)<sup>٢</sup>. وقضت في  
قرارٍ اخر بأنه: (اذا طعن المتهم المشتكي في ظهره بسكينة كان يحملها لهذا الغرض  
فان فعله ينطبق على الفقرة (٣) من المادة (٤١٣) عقوبات لا الفقرة (١) من تلك  
المادة)<sup>٣</sup>.

وقد لا يكفي ظرف استعمال السلاح بمفرده لتشديد العقوبة، وانما يجب بالاضافة الى ذلك  
ان يقترب بظرف مشدد اخر، كظرف تعدد الجناة المتمثل بالعصابة، كما هو الحال في  
جريمة الشروع في قلب نظام الحكم الواردة في المادة (١٩٠) عقوبات عراقي والتي  
تنص على مايلي: (.... فاذا وقعت الجريمة من عصابة استعملت..... الاسلحة النارية  
ف تكون العقوبة الاعدام او السجن المؤبد.....).

وبمقتضى هذه المادة يجب لتشديد العقوبة ان يتوافر ظرف تعدد الجناة (العصابة)،  
بالاضافة الى استعمال الاسلحة النارية، ويلاحظ هنا ان المشرع حصر الظرف  
باستعمال الاسلحة النارية فقط، دون ان يشمل الاسلحة الحربية على الرغم من

- 
- ( ) // ، النشرة القضائية، ع  
( ) // نشرة القضائية، ع  
( ) // ، مجموعة الاحكام العدلية، ع  
( ) // ، مجموعة الاحكام العدلية، ع

خطورتها، لذا كان من الافضل ان ينص المشرع على الاسلحة الحربية بالاضافة الى الاسلحة النارية.

وبخلاف ماتقدم قد ينص المشرع على ظرف التهديد بأستعمال السلاح وحده دون استعماله، وفي هذه الحالة يكفي لتحقق الظرف ان يكون هناك تهديد بالسلاح من اجل الضغط على ارادة المجني عليه وإرغامه على الخضوع لمطالب الجاني، دون ان يصل الامر الى استعمال السلاح فعلاً.

ويلاحظ ان ظرف التهديد باستعمال السلاح لا يكفي لوحده لتشديد العقوبة، وانما يجب ان يقترن بأكثر من ظرف مشدد. كما هو الحال في جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة (٤٤١) عقوبات عراقيين التي تطلبت اقترانه بظرفي المكان والليل، وذلك بقولها: (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت على السرقة التي تقع على شخص في الطريق العام خارج المدن والقصبات او في قطارات السكك الحديدية او غيرها من وسائل النقل البرية او المائية حالة وجودها بعيدا عن العمران وذلك في احدى الحالات التالية:.....٣- اذا حصلت السرقة من شخص يحمل سلاحا ظاهرا او مخبأ بين غروب الشمس وشروقها بطريق الاكراه او بالتهديد باستعمال السلاح). وكذلك جريمة السرقة الواردة في المادة (٤٤٢) عقوبات عراقي، التي تطلبت اقترانه بظرفي الليل وتعدد الجناة، حيث نصت على مايلي: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على خمس عشرة سنة على السرقة التي تقع في احد الظروف التالية:.....ثانياً: بين غروب الشمس وشروقها من شخصين او اكثر بطريق الاكراه او التهديد بأستعمال السلاح.....).

هذا ويلاحظ في بعض الأحيان ان المشرع قد يجمع بين ظرفي استعمال السلاح والتهديد بأستعماله في ظرف واحد، وبمقتضى ذلك يكفي لتحقق الظرف ان يكون هناك تهديد باستعمال السلاح او استعمال للسلاح فعلاً، كما هو الحال في جريمة هرب المحبوسين والمقبوض عليهم المنصوص عليها في المادة (٢٦٧) عقوبات عراقي التي نصت على: (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين او بغرامة لاتزيد على مائتي دينار كان من هرب بعد القبض عليه او حجزه او توقيفه او حبسه بمقتضى القانون.....وتكون

العقوبة السجن مدة لاتزيد على سبع سنوات اذا وقعت الجريمة باستعمال السلاح او بالتهديد باستعماله<sup>1</sup>.

## الخاتمة

لقد اتضح من خلال البحث في الوضع القانوني للسلاح في النص الجزائي، ان السلاح يتخذ اوضاع قانونية عدة في النص الجزائي، سواء اكان ذلك في مجال التجريم ام في مجال العقاب.

فالسلاح قد يكون وسيلة جرمية في النص الجزائي، وبمقتضى هذا الوضع يعد السلاح من العناصر المادية المكونة للركن المادي للجريمة، وهو في هذه الحالة قد يقترن بعنصر العصابة (عصابة مسلحة) بحيث لايطبق النص الجزائي الا اذا اقترن الفعل الجرمي باستعمال السلاح، بصرف النظر عما اذا كان السلاح من الاسلحة الطبيعية ام من الاسلحة بالاستعمال. وبهذا الصدد فقد وجدنا بان المشرع العراقي كان جدا موفقا في صياغة المادة (١٥٧) عقوبات وبما ينسجم مع الشرعية الجزائية، وذلك بحصر رفع السلاح ضد العراق بالاشتراك الفعلي في القتال المسلح او التهديد به ضد الوطن. اما ما دون ذلك من الاعمال الثانوية فهي تخضع لنفس المادة ولكن تسري عليها الجملة الاولى منها، والتي تعاقب على الالتحاق بصفوف العدو او بالقوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع العراق او القوات المسلحة للجماعة المعادية للعراق.

اما فيما يتعلق بالمادة (١٩٢) عقوبات عراقي الخاصة بالعصيان المسلح، فأننا لم نتفق مع الرأي الذي يذهب الى حصر السلاح المستعمل بالسلاح الطبيعي، وذلك لان لفظ

---

: ( ) عقوبات عراقي التي تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على عشر سنين كل من مكن محكوم عليه بالاعداد من الهرب او ساعده عليه او سهله له..... وتكون العقوبة السجن مدة لاتزيد على خمس عشرة سنة او الحبس اذا وقعت الجريمة..... السلاح او بالتهديد باستعماله). ( ) تنص على مايلي: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على سبع سنوات كل من مكن من الهرب شخصاً مقبوضاً عليه او محجوزاً او موقوفاً بمقتضى القانون او ساعده عليه او سهله له، اذا كان الهارب متهما بجريمة عقوبتها ..... وتكون العقوبة السجن مدة لاتزيد على عشر سنين او ا الجريمة..... باستعمال السلاح او بالتهديد باستعماله).

(مسلح) ورد مطلقاً، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بقيد، وحيث ان هذا القيد غير وارد، لذا فان لفظ السلاح يشمل جميع انواع الاسلحة، حتى ولو كانت بالاستعمال، متى ثبت انصراف قصد الجاني الى استعمالها كأداة في العصيان.

اما فيما يتعلق بالمادة (٢) من قانون مكافحة الارهاب، فاننا لم نتفق مع المشرع في تضيق دائرة التجريم وحصرها باستعمال الاسلحة النارية، ونعتقد انه من الافضل لمكافحة الارهاب، ان ترد عبارة الاسلحة مطلقة او صياغتها بحيث تشمل جميع الاسلحة الطبيعية التي لاتقل خطورة عن الاسلحة النارية، بل قد تزيد عليها كما في الاسلحة الحربية، وهو ينسجم مع هدف قانون مكافحة الارهاب المتمثل بالقضاء على الاعمال الارهابية وتحجيمها.

اما الوضع القانوني الاخر للسلاح هو انه محل في النص الجزائي، أي انه من العناصر المادية الداخلة في تكوين الجريمة، وبمقتضى هذا الوضع فإن السلاح قد يكون محلاً للاعتداء وقد يكون محلاً للتجريم وفي الحالتين فإن السلاح ينحصر بالاسلحة الطبيعية، والتي تشمل في ضوء قانون الاسلحة، كل من السلاح الناري والحربي.

اما الوضع القانوني الثالث للسلاح، فهو انه ظرف مشدد في النص الجزائي، وبمقتضى هذا الوضع فان السلاح يعد من العناصر الاضافية او التبعية التي تعدل من مقدار العقوبة زيادة، والسلاح بهذا المعنى يعد من الظروف المشددة المادية التي تسري على جميع المساهمين علموا ام لم يعلموا، بالاضافة الى انه من الظروف المشددة الاصلية التي حصر المشرع اثرها في جرائم معينة بالذات.

اما فيما يتعلق باثر ظرف السلاح على نوع الجريمة في حالة الحكم بعقوبة الجنائية بدلا من عقوبة الجنبحة المقررة للجريمة، فقد لاحظنا انه اذا كان الفقه متفق على تغيير نوع الجريمة الى الجنائية في حالة التشديد الوجوبي، فانه اختلف في حالة التشديد الجوازي، لذا فقد رجحنا الرأي الذي يذهب الى تغيير نوع الجريمة تبعاً للعقوبة التي يقضي بها القاضي، لانه اذا كان نوع الجريمة يتحدد بحسب جسامة العقوبة، فانه ليس من المعقول

ان تبقى الجريمة جنحة على الرغم من الحكم بعقوبة الجنائية، لذا فالمنطق يقضي بان يتغير نوع الجريمة بما يتناسب مع التغير بجسامة العقوبة.

وقد لاحظنا من النصوص الجزائية التي تضمنت هذا الوضع القانوني، ان المشرع قد يكتفي لتشديد عقوبة بعض الجرائم بمجرد حمل السلاح، بصرف النظر عن نوع السلاح، سواء أكان من الاسلحة الطبيعية ام من الاسلحة بالاستعمال، شرط ان يثبت انصراف قصد الجاني في الاخيرة الى ارتكاب الجريمة. وبصرف النظر عما اذا كان يحمله بمقتضى وظيفته ام لا، كذلك بصرف النظر عما اذا كان السلاح ظاهراً ام مخبأً، وان كان المشرع قد اشترط في بعض الجرائم ان يكون ظاهراً. هذا وقد لاحظنا ان ظرف حمل السلاح اذا كان كافٍ بمفرده لتشديد عقوبة بعض الجرائم، فانه يجب ان يقترن بظرفٍ مشدد او اكثر، من اجل تشديد العقوبة في جرائم اخرى.

هذا وقد لا يكتفي المشرع في بعض الجرائم بمجرد حمل السلاح، وانما يتطلب لتشديد العقوبة ان يكون هناك تهديد بأستعمال السلاح، شرط ان يقترن بظرف او اكثر من الظروف المشددة الأخرى. وقد يتطلب في جرائم اخرى ان يكون هناك استعمال للسلاح فعلاً، سواء اشترط اقترانه بظروف مشددة اخرى ام لم يشترط. الى جانب ذلك فقد يجمع المشرع في بعض الجرائم بين ظرفي استعمال السلاح او التهديد باستعماله في ظرف واحد، بحيث يكفي توافر ايهما في تشديد العقوبة. وبهذا الصدد فق وجدنا ان المشرع قد حصر تشديد عقوبة جريمة الشروع في قلب نظام الحكم (المادة: ١٩٠ عقوبات عراقي)، باستعمال العصبة للأسلحة النارية فقط، دون ان يشمل الاسلحة الحربية على الرغم من خطورتها، لذا كان من الافضل بالنظر لخطورة هذه الجريمة ان ينص المشرع على الاسلحة الحربية بالاضافة الى الاسلحة النارية.

وبهذا ختمنا بحثنا الذي نأمل ان يكون قد ساهم ولو بشكل متواضع في تسليط الضوء على الوضع القانوني للسلاح في النص الجزائي، واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وبله الطاهرين.

## مصادر البحث

### اولاً: المصادر العربية:

#### المؤلفات:

١. د. احمد فتحي سرور، اصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة، للجريمة، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.
٢. د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، مصر، ط٣، ١٩٥٧.
٣. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، دار المعارف بالاسكندرية، ١٩٦٨.
٤. د. سعد ابراهيم الأعظمي، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب، دراسة مقارنة، مطبعة اديب البغدادية المحدودة، بغداد، ١٩٨٥.
٥. د. سعد ابراهيم الاعظمي، الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٩.
٦. د. سعد ابراهيم الاعظمين موسوعة الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ط١، ٢٠٠٠.
٧. د. عبد الحميد الشواربي، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٥.
٨. د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص، من قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
٩. د. عبد الوهاب حومد، القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مكتبة القومي، الرياض، ١٩٦٨.
١٠. د. علي حسين الخلف؛ د.سلطان الشاوين المباديء العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢.

١١. د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧٩
١٢. د. عوض محمد، قانون العقوبات التكميلي، جرائم السلاح والتشرد والاشتباه والنقد في التشريع الليبي، مكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٦٩،
١٣. د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٦،
١٤. د. محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على امن الدولة، ج١، ط٣، دمشق، ١٩٦٥
١٥. د. محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، ط٤، ١٩٦٥،
١٦. د. محمد عبد الجليل الحديثين جرائم التحريض وصورها في الجوانب الماسة بامن الدولة الخارجي وفقاً للتشريع العراقي، دار الحرية، للطباعة بغداد، ١٩٨٤،
١٧. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح قانوني الاسلحة والذخائر والتشرد والاشتباهن منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٤،
١٨. د. هشام ابو الفتوح، النظرية العامة للظروف المشددة، الهيئة المصرية العامة للكتابين ١٩٨٢.

### القوانين والوثائق الدولية:

### القوانين العراقية:

١٩. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
٢٠. قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩
٢١. قانون الاسلحة رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢،
٢٢. قانون السيطرة على الاسلحة رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣،
٢٣. قانون وزارة الدفاع رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٤،
٢٤. قانون تنظيم القوات المسلحة والمليشيات في العراق رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٤،

٢٥. قانون مكافحة الارهاب رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥،  
٢٦. قانون العقوبات العسكري رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧.

### القوانين العربية والوثائق الدولية:

٢٧. قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٨،  
٢٨. قانون العقوبات السوري لسنة ١٩٤٩،  
٢٩. قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣،  
٣٠. قانون العقوبات الاردني لسنة ١٩٦٠،  
٣١. قانون العقوبات المغربي لسنة ١٩٦٢،  
٣٢. قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦،  
٣٣. قانون العقوبات العماني لسنة ١٩٧٤،  
٣٤. قانون العقوبات الفلسطيني لسنة ١٩٧٩،  
٣٥. قانون العقوبات اليمني لسنة ١٩٩٠،  
٣٦. قانون العقوبات القطري.  
٣٧. قانون العقوبات التونسي.  
٣٨. قانون الاسلحة والذخائر المصري رقم (١٩٤) لسنة ١٩٥٤ المعدل.  
٣٩. قانون الاسلحة والذخائر الليبي لسنة ١٩٦٧،  
٤٠. قانون الاسلحة والذخائر العماني رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٠،  
٤١. بروتوكول مكافحة صنع الاسلحة النارية واجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة لسنة ٢٠٠١ المكمل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

### المجاميع القضائية:

٤٢. النشرة القضائية، ١٤، ٣، ١٩٧٢،  
٤٣. النشرة القضائية، ١٤، ٧، ١٩٧٢،  
٤٤. النشرة القضائية، ٣٤، ٣، ١٩٧٢،

- ٤٥ . النشرة القضائية، ع٢، س٤، ١٩٧٣
- ٤٦ . النشرة القضائية، ع٣، س٤، ١٩٧٣
- ٤٧ . النشرة القضائية، ع٤، س٤، ١٩٧٣
- ٤٨ . النشرة القضائية، ع٤، س٥، ١٩٧٤
- ٤٩ . مجموعة الاحكام العدلية، ع٢، س٦، ١٩٧٥
- ٥٠ . مجموعة الاحكام العدلية، ع١، س٧، ١٩٧٦
- ٥١ . مجموعة الاحكام العدلية، ع٤، س٧، ١٩٧٦
- ٥٢ . مجموعة الاحكام العدلية، ع١، س١٠، ١٩٧٩
- ٥٣ . مجموعة الاحكام العدلية، ع٢، س١٢، ١٩٨١
- ٥٤ . مجموعة الاحكام العدلية، ع٣، س١٣، ١٩٨٢

### ثانياً: المصادر الاجنبى:

1. *E.Coyt, F. Rousselt, M. Arpaillage, P. Paantion. J, Droit Penal Special, 8em edition, Paris, Sirey, 1972.*
2. *Garraud. R, Traite Theorique et Pratique Droit Penal Francais, Vol:3, Tome Troisieme, Recueil Sirey, Paris, 1916.*
3. *Garcon, Code Penal Annote, Vol:1, Nouvelle edition Refondne et mis ajour par Marcel Rousselet st les autres, Paris, Sirey, 1952-1959.*

### ثالثاً: مواقع الانترنت:

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

# الأوصاف الخاصة بجريمة الإبادة الجماعية

في القانون الجزائي

د. أمّة سمّيان ضباب الفريدي

المدرس في كلية القانون / جامعة تكريت

## المقدمة

منذ ان وطأ الانسان على هذه الارض كان القتل او جريمة ارتكبتها، حين تقاثل إبنيّ آدم (عليه السلام)، فقتل قابيل اخاه هابيل. وتوالت جرائم الانسان على هذه الارض الى يومنا هذا،

ولم تستطع كل التعاليم السماوية التي انزلها الله سبحانه وتعالى الى عباده، او الشرائع التي استحدثتها الملوك والعظماء وولاية الامر للحد من الجريمة، وخصوصاً جرائم القتل. ولعل أشر ما اصاب البشرية طيلة حقب التاريخ ان يقتل مستبد جماعة من الناس شعباً بأسره، ولايلقى أي عقاب، بينما يعاقب من يسرق رغيف خبز لاشباع جوعه. وتعتبر جريمة الابداء الجماعية من ابشع الجرائم، لما تتصف بها عن غيرها من الجرائم الاخرى من شدة في خطورة مرتكبيها، الى جسامة القصد الجرمي فيها، وتعدد صورها، اذ ان تحديد وقوعها على طائفة او مجموعة معينة لاسباب دينية او سياسية او عرقية او ثقافية لم يمنع من انتشارها على مر العصور، فكانت البشرية منذ الازل تخط بمداد اسود تأريخياً دموياً بأبشع الجرائم التي تصدم الضمير الحي في العالم وتهدر الكرامة الانسانية.

ان الذي دفعني لبحث هذه الجريمة هو سوادها في وقتنا الحالي وانا ارى الغزي واباعه يحاولون جرّ العراقيين الى مستنقع الحرب الاهلية، فأصبح القتل في العراق الجديد على الهوية ؟ فهذا من طائفة وذاط من طائفة، وهذا من قومية وذاك من قومية، وهذا من دين وذاك من دين. ولا اجد نصاً قانونياً يعاقب على جريمة الابداء الجماعية التي يتعرض لها العراقيون كل يوم، سوى العقاب عل القتل العمد بمادتيه: البسيطة (٤٠٥)، والمشددة (٤٠٦) من قانون العقوبات النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل. وبالرغم من ذلك فأني لم اورد أي مثال في صفحات بحثي عن العراق في ظل المأساة التي نعيشها جراء قرارات المجتمع الدولي المترنحة والتي نعيش آثارها الكارثية منذ عام ١٩٩١ بكل ماناله شعبنا من شعبنا من إبادة جراء الاسلحة البيولوجية او الضربات بالاسلحة النووية محدودة الانتشار، الى ضربات عام ١٩٩٨ وحتى النهاية الكارثية في ٢٠٠٣ عندما عرض المجتمع الدولي بأمره المتحدة الحرب على العراق، وعاد ليعترف بوضع العراق تحت سلطة الاحتلال، فلم ينهوا نظاماً لنعيش بعده في نظام جديد، ولكن اخرجونا الى حالة من التيه والضياع . اخشى . على العراق ان يكون انموذجاً لامثلة الدمار والابادة كرواندا وكمبوديا والبوسنة وغيرها، ولانني أومن بأن الرجل لايلعن اهل بيته بل يحاول

اصلاحهم، وها انا بجهدى المتواضع هذا احاول ان اضع بصيصاً من الاصلاح، يعاقب المجرم، قبل استفحال الجريمة في مجتمعنا.

وبعد غزو العراق في ٢٠٠٣/٤/٩ سارع الغازي المتقف عسكرياً بترسانته الغاشمة الى ابراز عضلاته القانونية في ٢٠٠٣/١٢/١٠ بأصدار قانون المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الانسانية رقم (١) لسنة ٢٠٠٣<sup>١</sup>. والذي جعل ولاية هذه المحكمة على الجرائم التي ارتكبتها عراقيون او مقيمون في العراق ضمن الجمهورية العراقية او خارجها خلال الفترة الممتدة بين تاريخي ١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣/٥/١. إذاً هو قانون جاء لتصفية حسابات . او اقول بعبارة قانونية . جاء ليعاقب على جرائم مرتكبة في فترات ماضية. ولكن مشرعنا القانوني سرعان ما الغي هذا القانون وجاء بتشريع جديد هو قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥<sup>٢</sup> والتي جاءت بنفس الخطا الذي وقع به التشريع السابق بنصها على تحديد ولاية المحكمة بنفس الفترة اعلاه ولكنها بصيغة مخالفة قليلاً.

: الوقائع العراقية، رقم العدد ( )  
( ) ( ) من قانون المحكمة الجنائية رقم ( ) : (.....) ثانياً:  
تسري ولاية المحكمة على الجرائم التي ارتكبتها عراقيون او مقيمون في العراق ضمن الجمهورية العراقية او خارجها خلال الفترة الممتدة بين تاريخي // ولغاية //  
عليها في المواد: ( ) ( ) ( ) ( ) من هذا القانون بما في ذلك الجرائم المرتبطة بالحرب ضد جمهورية ايران الاسلامية او دولة الكويت وتشمل كذلك الجرائم المرتكبة بحق الشعب العراقي بعربه وكرده وأشورييه وباقي القوميات وشيعته وسنته سواء ارتكبت في نزاعات مسلحة او غير ذلك)

: الوقائع العراقية، رقم العدد ( )  
قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا ر ( ) ( ) : (.....)  
ثانياً: تسري ولاية المحكمة على كل شخص طبيعي سواء اكان عراقيا ام غير غير عراقي مقيم في العراق ومتهم بارتكاب احدى الجرائم المنصوص عليها في المواد: ( ) ( ) ( ) ( ) =  
= هذا القانون والمرتكبة من تاريخ // ولغاية // في جمهورية العراق او أي . وتشمل الجرائم التالية:

- أ- جريمة الابادة الجماعية.
- ب- الجرائم ضد الانسانية.
- ج-
- د- انتهاكات القوانين العراقية المنصوص عليها في المادة ( ) من هذا القانون.

فالعجب إذاً كيف سنعاقب على جرائم ماضية ؟ ونخالف القاعدة الجنائية (بعدم سريان القانون الجنائي على الماضي) ونترك من يرتكب الجرائم في الوقت الحالي او في المستقبل وخصوصا الجريمة محل بحثنا . الابادة الجماعية . التي ترتكب في العراق كل يوم ؟ وكيف سنعاقب الغازي واذنابه وميلشياته وعصاباته وفرقه الخاصة على ما ارتكبه في العراق وليس لدينا نص يعاقب على هذه الجرائم ؟؟

والعجب الاكبر كيف ان العراق الذي صادق على اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها بالقرار الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة، رقم (٩٦/د.١) المؤرخ في ١١ كانون الاول/ ديسمبر ١٩٤٦. التي اقرت في ٩ كانون الاول/ ديسمبر ١٩٤٨ ودخلت حيز التنفيذ عام ١٩٥١. ورغم ذلك فان الاتفاقية لم تباشر عملها لاكثر من اربعين سنة، حتى التسعينيات في ايلول ١٩٩٨، عندما بدأت اول محاكمات مجرمي رواندا ويوغسلافيا، تثير التفكير في حقيقة تطبيق القانون، عندما تكون هناك اعمال وحشية جديدة وابادات جماعية اخرى، وكيفية تطبيق المسؤولية الرسمية والمسؤولية الفردية يدعو العالم للتركيز على الابادة الجماعية، ومعالجة الوضع القانوني الحالي<sup>٢</sup>. وقد صادق العراق عليها في ٢٠ كانون الثاني/ يناير ١٩٥٩ والتي نشرها العراق في ١/١/١٩٩٢<sup>٣</sup> ولم يضع المشرع أي تشريع يعاقب على هذه الجريمة بكل ماكان العراق يزخر فيه من فقهاء قانونيين وقضاة مختصين الى ان ياتي خبراء الغزو ويصدرون قوانين متتالية بفترة وجيزة تناقض بعضها بعضاً. ولا تصلح لمعالجة المشكلة القانونية من الفراغ التشريعي بعدم وجود أي نص يعاقب على هذه الجريمة، ولا حتى نصاً معدلاً لقانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ الذي عدل (٨٢) مرقن ونسي المشرع العراقي ان الاتفاقية الخاصة بمنع الابادة الجماعية في مادتها الخامسة تركت فرض العقوبة للقوانين الداخلية، ولم تورد الاتفاقية أي نص عقابي بحق مرتكبي الجريمة.

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

*Will William A. Schabas-Genocide in International Law- German edition; Hamburger Edition, Hamburg 2003. p:792.*

( ) الوقائع العراقية، العدد ( )

ولم تتناول لا البحوث ولا الكتب المختصة بالقانون الجنائي هذه الجريمة وترك فقهاؤنا الامر لفقهاء القانون الدولي الذي يغلب على بحثهم كلام السياسة، اضافة الى انهم في الاصل بحثوها كجريمة دولية ضمن اختصاصهم، واغلب المصادر التي قرأتها عن هذه الجريمة في القانون الدولي كانت تعتمد على مؤلف بولندي من اصل يهودي هو الحقوقي (رافاييل ليمنكين) الذي هاجر الى لندن وحاول من خلال بحثه في هذه الجريمة اثبات المحرقة المزعومة التي تعرض لها اليهود<sup>1</sup> ونسى فقهاؤنا المحارق التي يتعرض لها العرب والمسلمون على مر التاريخ ومنها المحرقة التي يتعرض لها الشعب العراقي. فمن سيعاقب المجرمين مرتكبيها ؟ وطبقاً لاي قانون سنعاقبهم ؟ وليس لدينا سطر تشريعي يتناول ذلك ؟

ومن المثير للدهشة هذه اليقظة العالمية تجاه القانون الجنائي الدولي وتحديد مايتعلق منه بمحاكمة مرتبكي جرائم الحرب والابادة وضد الانسانية، ذلك ان هناك سابقة مهمة تتمثل بمحاكمات نورمبرغ التي لاتزال "اسرائيل" تستفيد من احكامها عبر التعويضات المالية الضخمة التي تدفع لها من الاوربيين، برغم انها لم تكن موجودة في تاريخه وليس لها صفة. الآن "اسرائيل" في قفص الاتهام وهناك محاولات لتعطيل اتفاقيات دولية نافذة مضى عليها اكثر من نصف قرن مدرجة في عالم النسيان، واسئلة عديدة تطرح عن سبب عدم تطبيقها واحترامها تشير دائماً الى ان البشرية تحكمها قوانين الاقوياء وليست قوة القوانين.

ان بحثنا هذا سيتناول في مبحثين بيان مفهوم جريمة الابادة الجماعية من خلال توضيح تعريفها وتمييزها عما يشتهر بها وبيان الاسباب الدافعة لارتكابها والخطورة الاجرامية لمرتكبيها في المبحث الاول منه، ثم نتناول في المبحث الثاني العناصر الخاصة بهذه الجريمة، من خلال توضيح صور السلوك الاجرامي فيها، وكذلك توضيح القصد الجرمي الخاص بها، والذي يميزها عن غيرها من الجرائم. ولا اعتقد ان عقابها يحتاج

---

<sup>1</sup> Jacques SEMELIN-Analyser le massacre. Réflexions comparatives, coll. "Questions de Recherche", CERI, Paris, 2002, (téléchargeable sur le site [ceri-sciences-po.org](http://ceri-sciences-po.org)).

الى بحث ؟ لانها بديهية الاعدام لما تحتويه من خطورة وجسامة، تبينها صفحات بحثنا هذا. بالاجابة عن الاسئلة التالية: ماهو تعريف جريمة الابدادة الجماعية ؟ وماهي اسبابها ؟ وكيف يقع السلوك الاجرامي فيها ؟ وما هو القصد من ارتكابها ؟ وهل يحق لشخص او مجموعة اشخاص ان يقوموا باباداة جماعة معينة من الناس ؟ وماهي مسؤوليته عن هذا الفعل ؟ وان كان القتل العمد مع سبق الاصرار لشخص واحد معاقب عليه بالاعدام، فما هو حال من يقتل مجموعة من الاشخاص ؟ ووفق أي مادة او نص قانوني سيحاسب ؟ وهل ان المدنيين او العسكريين المعتقلين او الاسرى، هل هم عبيد ام اناس لهم حقوقهم ؟ وهل يجوز ابادتهم ؟!! كل هذا نجيب عليه بشكل مبسط في طيات هذا البحث.

## المبحث الاول مفهوم جريمة الابدادة الجماعية<sup>1</sup>

ان لهذه الجريمة الكثير من الاوصاف التي يقع فيها السلوك الاجرامي لذلك تعددت التسميات التي تحدد مفهومها بتعدد صورها، كما انها تختلط مع الكثير من الجرائم التي يظن البعض انها مشابهة لها ولكنها تختلف اختلافا كبيرا عنها، لذلك وجدت لزاما عليّ ان ابين في هذا المبحث، تعريف جريمة الابدادة الجماعية وتمييزها عن الجرائم التي تشتهر بها في المطلب الاول، ثم نبين في المطلب الثاني الأسباب الدافعة لارتكاب الجريمة وبيان الخطورة الاجرامية فيها.

اذ ان اولى المسائل التي تثيرها عبارة "الابدادة الجماعية" تتعلق باستخدامها في خضم نقاشات الهوية والسياسة والعمل الانساني. فالمفهوم المعني يواجه تحديات مرتبطة اولا بالذاكرة، أي بالاقرار العام بتعرض شعب ما في الماضي للابدادة الجماعية. ولعل المثل الارميني واليهودي والفلسطيني والعراقي والسود في جنوب افريقيا والبوسني وهي الاكثر دلالة في هذا السياق. اما التحدي الثاني فهو انساني ويطرح عندما تنتبه المنظمات غير

---

ينظر الى: . . محمود شريف بسيوني، القانون الدولي الانساني، منشورات وزارة حقوق الانسان، ومابعده.

الحكومية الى خطر الابادة الجاثم فوق شعب من الشعوب ومايترتب على ذلك من احداث صدمة في الرأي العام وفتح الطريق امام التدخل الدولي. ويبقى التحدي القانوني يتمثل في تقديم المسؤولين عن جرائم الابادة الجماعية امام المحاكم. كذلك يمكن لمفهوم الابادة الجماعية ان يشكل العنصر الرئيسي في مطالعة هجومية تستهدف الخصم السياسي كما فعل صرب كوسوفو عندما اعلنوه ابتداء من منتصف الثمانينيات انهم يتعرضون لعملية ابادة جماعية على يد الالبان او كما اتهم المندوبون المشاركون في مؤتمر دربان عام ٢٠٠١ الكيان الصهيوني بارتكاب الابادة الجماعية ضد الفلسطينيين. فالخلاصة الواضحة هب ان العبارة تستخدم كستره واقية رمزية من اجل تأكيد هوية الشعب الضحية او كسيف مسلط على العدو المميت.

### المطلب الاول

## تعريف الابادة الجماعية وتمييزها عما يشتهر بها

نتناول في هذا المطلب بيان تعريف جريمة الابادة الجماعية وكذلك تمييزها عما يشتهر بها من جرائم تتصف معها ببعض الاوصاف ولكنها تختلف عنها كثيراً، وذلك في النقطتين التاليتين:

### اولاً: تعريف جريمة الابادة الجماعية:

ان مصطلح اباده الاجناس (*Genocide*) مشتق من الكلمة اليونانية *Genus* ومعناها "الجماعة"، ومن الكلمة اللاتينية *Caedere* ومعناها يقتل، ونتاجا لذلك يعني المصطلح قتل او تدمير الجماعة. ومنذ ان تبنت الامم المتحدة في ٩ كانون الاول/ ديسمبر من العام ١٩٤٨ معاهدة حول تدارك "الابادة الجماعية" ومعاقبتها، دخلت هذه العبارة في الاستخدام الشائع للدلالة على الشر المطلق واقصى اشكال التدمير في حق المدنيين

<sup>1</sup> *International Edition, 1977,p:527, Webster Comoerhensive Dictionary.*

العزل. اذ اشير بواسطته الى النزاعات كافة في النصف الثاني من القرن العشرين التي اوقعت عددا كبيرا من الضحايا المدنيين من كمبوديا الى الشيشان مرورا ببيروني ورواندا وغواتيمالا وكولومبيا والعراق وفلسطين والبوسنة والسودان وغيرها.

وقد عرفت الجمعية العامة للامم المتحدة في القرار ٩٦ (د-١) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٤٦ جريمة الابادة الجماعية بأنها: (انكار حق الوجود لجماعات انسانية بأكملها)<sup>١</sup>. وعرفت المادة الثانية من اتفاقية منع الابادة الجماعية والمعاقبة عليها التي اعتمدها الجمعية العامة للامم المتحدة سنة ١٩٤٨ بما يلي: طتغني الابادة الجماعية: أياً من الافعال التالية، المرتكبة بقصد التدمير الكلي او الجزئي لجماعة قومية، او إثنية، او عنصرية، او دينية بصفقتها هذه:

- أ- قتل اعضاء من الجماعة.
- ب- إلحاق اذى جسدي او روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
- ج- اخضاع الجماعة عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً او جزئياً.
- د- فرض تدابير تستهدف الحؤول دون انجاب الاطفال داخل الجماعة.
- هـ- نقل اطفال من الجماعة، عنوة الى جماعة اخرى.

وتناولت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية المعاقبة على الافعال التالية:

- أ- الابادة الجماعية.
- ب- التآمر على ارتكاب الابادة الجماعية.
- ج- التحريض المباشر والعلني على ارتكاب الابادة الجماعية.
- د- محاولة ارتكاب الابادة الجماعية.
- هـ- الاشتراك في الابادة الجماعية.

---

ينظر: . ايمن عبد العزيز سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الابادة الجماعية، ط دار العلوم للنشر، القاهرة،

وجدير بالذكر ان العديد من التشريعات<sup>1</sup> الجنائية الوطنية لدول العالم قد دمجت هذا التعريف في قوانينها العقابية الداخلي، ومنها القانون الانجليزي، والكندي، والبلجيكي، وهو ماغفلت عنه الكثير من التشريعات العقابية لدول العالم، ومنها المشرع العراقي.

ان الابداء الجماعية (*Genocide*) ماهي الا عمليات قتل مركبة، والقتل من اخطر الجرائم (الجنايات) التي يعاقب عليها قانون العقوبات في جميع دول العالم بدون استثناء، وتكمن خطورة هذه الجريمة بتعدد صور الفعل الجرمي فيها واطهار القصد الجرمي في القضاء على جماعات وطنية ام عرقية ام دينية وفي هذا التعدد يكمن شذوذ فاعلها او فاعليتها، كما انها تتميز بالصفة الجماعية للمجني عليهم، فهي لاتقع الا على جماعات ذات عقيدة معينة<sup>2</sup>. اذ تطلق تسمية الابداء الجماعية على المذبحة التي تعرض لها سكان ميلوس على يد اليونانيين في (القرن الخامس قبل الميلاد)، او على ماوقع لاهل مقاطعة الفانديه الفرنسية عام ١٧٩٣، ولهنود امريكا الشمالية، وللارمن في العام ١٩١٥، اضافة الى المجاعة التي ضربت اوكرانيا والى تهجير عدد من القوميات في الاتحاد السوفييتي السابق ايان العهد الستاليني، وابداء اليهود الاوربيين والغجرن وايضاً قصف هيروشيما وناغازاكي بالقنابل الذرية الامريكية. علما بان اللاتحة ليست مكتملة<sup>3</sup>. ففي مسألة ارمن اذ اتخذ القرار بتصفيتهم بعد هزيمة قاسية مني بها الاتراك امام الروس في اطار من النزاع كانت حكومة "تركيا الفتاة" تنظر فيه الى الأرمن كأقلية متواطئة ومتحالفة مع الروس. وتؤكد هذه المقارنة الاطروحة القائلة بأن المجازر تجري على ايدي دول ضعيفة تعتبر نفسها قابلة للعطب او عاجزة عن الانتصار في الحرب طالما لاتعتمد الى القضاء على جماعات مدنية بأكملها.

---

اطروحة دكتوراهن كلية الحقوق - جامعة

القاهرة،

ينظر: زميلنا السيد ناظر احمد منديل، جريمة ابادء الجنس البشري في القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ومابعدها.

<sup>3</sup> Jacques SEMELIN-Analyser le massacre. Réflexions comparatives, coll. "Questions de Recherche", CERI, Paris, 2002, (téléchargeable sur le site [ceri-sciences-po.org](http://ceri-sciences-po.org)).

ان الوضع القانوني الفرنسي فيما يتعلق بجريمة الابادة الجماعية مازال غامضاً، وسبب ذلك ان الفقه القانوني الفرنسي، يقف في المعارضة الكاملة للنظرية القانونية لهذه الجريمة. اذ ان التحليل الفرنسي لجريمة الابادة الجماعية، يركز على حقيقة التحليل النظري، لان تعريف اتفاقية الابادة عام ١٩٤٨، يترك سمة مهمة. بينما يعرف التعريف التقليدي جريمة الابادة الجماعية بالنية لابادة الجماعة، يؤكد التعريف الفرنسي على ميزة التخطيط والتنظيم المسبق للجريمة، والى هذه النهاية، يتبنى معياراً اكثر موضوعية، وهو وجود الخطة المدبرة لابادة الجماعة قبل البد بتنفيذ الجريمة<sup>1</sup>.

ان جريمة الابادة الجماعية تستهدف مجموعة وطنية، بوصفها كائناً، والفعال التي تتضمنها موجة ضد الافراد.... وتنفذ هذه الجناية على مرحلتين: الاولى: "تهديم الطار الوطني للجماعة المضطهدة". والثانية: استبدال الاطار الوطني المهدم بنظام يفرضه الذي ينفذه هذه المأساة، وهي تقابل القتل الذي هو انكار حق الفرد في البقاء". ان تطبيق مفهوم "الابادة" على حالات تاريخية متنافرة يثير الكثير من الاعتراضات والنقاشات الحامية. فالاستخدام المتعدد يعكس الحاجة الى تعبير عام يشير الى ظاهرة منتشرة في القرن العشرين الا وهي القضاء على المدنيين. وكانت عبارات اخرى قد ادخلت في التداول مثل "الابادة السياسية (Politicide)" عام ١٩٨٨ او "ابادة الديمقراطية (Démocide)" عام ١٩٩٤ لكن "الابادة الجماعية" او "ابادة الجنس (Genocide)" لاتزال هي الراجحة بحيث تظهر الاختصاص في "ابحاث الابادة".

### **ثانياً: تمييز جريمة الابادة الجماعية عما يشتهب بها:**

المقصود بجريمة الابادة الجماعية ارتكاب افعال اجرامية بقصد الاهلاك الكلي او الجزئي لمجموعة من الافراد لاسباب قد تتصل بالعرق او الجنس او الدين او انتمائها لقومية معينة، اما الجرائم ضد الانسانية فانها تشتمل على العديد من الافعال كالقتل او التعذيب او الاغتصاب اذا تم ارتكابها ضد السكان المدنيين على نطاق واسع او بطريقة

---

<sup>1</sup> Dr.Caroline Fournet- *Genocide and Crimes Against Humanity- Durham University- CG 93, December, 2008.*

منظمة. وفيما يتعلق بجرائم الحرب فان اهم مايميزها انها ترتكب إبان نزاع مسلح بالمخالفة لقوانين واعراف الحروب، مثل هدم مساكن المدنيين ودور العبادة واساءة معاملة الاسرى وترحيل السكان. وجريمة الابادة الجماعية بدورها تتشابه مع الجرائم ضد الانسانية ومع جرائم الحرب ومع جريمة التطهير العرقي، الا انها تختلف عنها باختلافات جوهرية سنتناول تمييزها في ما يلي:

### ١. التمييز بين جريمة الابادة الجماعية والجرائم ضد الانسانية:

الجرائم ضد الانسانية هي القتل عمداً والنفي والاستبعاد والابعاد وغير ذلك من الاعمال اللانسانية التي ترتكب ضد السكان المدنيين قبل واثناء الحرب، او أي احكام تبني على اسس سياسية او عنصرية او دينية في تنفيذها، تتم بصفة هجوم واسع النطاق او منظم ضد المدنيين<sup>١</sup>. وكذلك لك افعال الاضطهاد التي تدفع اليها بةاعث سياسية او عرقية او دينية بشرط ان ترتكب افعال الاضطهاد بارتكاب الجريمة او تكون مرتبطة بها<sup>٢</sup>. وتختلف جريمة الابادة الجماعية عن الجرائم ضد الانسانية بما يلي:

أ- **من حيث الهدف:** اذ ان الهدف من وقوع جريمة الابادة الجماعية هو اباداة جزء او كل الجماعة المستهدفة، اما الهدف من الجرائم ضد الانسانية فيتمثل بالقتل والاستبعاد والاختطاف والتعدي على الحرية.....الخ.

ب- **من حيث وقت ارتكابها:** اذ ان جريمة الابادة الجماعية ترتكب في وقت السلم والحرب على السواء، بينما الجرائم ضد الانسانية يشترط وقوعها في وقت الحرب، فقد اكدت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا عام ١٩٩٨ ان: "المجازر التي وقعت في عام ١٩٩٤ كانت تهدف بصورة خاصة الى اباداة التوتسي الذين تم اختيارهم بسبب انتمائهم لتلك الجماعة، وليس لمجرد كونهم مقاتلين في الجبهة الوطنية الرواندية".

ينظر: - محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي

. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،

ج- من حيث القصد الجنائي: اذ ان مايميز جريمة الابادة الجماعية عن غيرها من الجرائم ليست فقط التي ضد الانسانية بل كل الجرائم الاخرى، الا وهو القصد الخاص فيها والمتمثل بـ "نية تدمير الجماعة كلها او بعضها تدميراً كلياً او جزئياً، بينما لاوجود لقصد تدمير الجماعات الانسانية في الجرائم الواقعة ضد الانسانية. وقد اكدت محكمة رواندا ان جريمة الابادة الجماعية وان كانت شكلاً من الجرائم ضد الانسانية الا انها اختلافاً اساسياً عنها من حيث القصد المحدد لابادة الجماعة المحمية كلياً او جزئياً. لذلك فان وجود جرائم القتل الجماعي لمجموعات او افراد، بدون توافر قصد التدمير كلياً او جزئياً فان الفعل الاجرامي يبقى موجود كجريمة ضد الانسانية وليس جريمة ابادة جماعية.

د- من حيث النتيجة: اذ تتميز جريمة الابادة الجماعية بأثرها الكبير وهو ضخامة العدد الذي يتم القضاء عليه من الجماعة مقارنة بالفعل الجرمي، بينما النتيجة الاجرامية في الجرائم ضد الانسانية لاتكون بضخامة العدد في الابادة الجماعية. لأن نية الافناء غير متوافرة ومنها ما ارتكبه الرئيس التشيلي الاسبق الجنرال "بينوشيه" من عمليات قتل جماعية، لم توصف بانها ابادة جماعية مقارنة بالممارسات الابادية التي عرفتها البشرية.

## ٢. التمييز بين جريمة الابادة الجماعية وجرائم الحرب:

تعرف جرائم الحرب بأنها: الجرائم التي تنتهك قواعد واعراف الحرب، وهي على سبيل العد لا الحصر القتل العمد مع الاصرار، المعاملة السيئة، او اقصاء السكان المدنيين من اجل اعمال شاقة في البلاد المحتلة او لاي هدف اخر، وقتل الاسرى عمداً، او رجال البحر، واعداد الرهائن او نهب الاموال العامة او الخاصة، وهدم المدن والقرى دون سبب، او الاجتياح اذا كانت الضرورات العسكرية لاتقتضي ذلك. وغالباً ماتستغل الاطراف المتنازعة حالة الحرب وتقوم بجرائم ابادة جماعية ضد جماعة معينة، وتختلط بذلك هذه الافعال بين جرائم حرب او ابادة، ولكنها تختلف عنها في عدة متطلبات منها:

- أ- وقت ارتكاب الجريمة: إذ لا يشترط وقوع الحرب لقيام جريمة الإبادة الجماعية، بينما هو شرط جوهري في جرائم الحرب.
- ب- من حيث القصد الخاص: فجريمة الإبادة تتميز بقصد خاص هو نية الإفناء للجماعة محل الجريمة بينما لا وجود لهذا الشرط في جرائم الحرب.
- ج- من حيث الغاية: فغاية جريمة الإبادة الجماعية هو تدمير الجماعة القومية أو الدينية.... الخ بينما الغاية من جرائم الحرب ليس التدمير وإنما فرض ارادة المنتصر، وكسر ارادة المنهزم وجعله يرضخ لشروط ورغبات واهداف المنتصر.
- د- من حيث محل الاعتداء: فمحل الاعتداء في الإبادة هو الجماعة القومية أو الدينية.... الخ، بينما هو في جرائم الحرب العدو سواءً كان مجموعات عسكرية أو غيرها، وان كان يمس الأشخاص الطبيعيين والممتلكات بنهبها أو تدميرها أو الاستيلاء عليها.
- هـ- من جهة الباعث الدافع: فالباعث الدافع في جريمة الإبادة الجماعية هو دافع أيديولوجي بالقضاء على الجماعة محل الجريمة، بينما الدافع في جرائم الحرب يتأسس في الغالب على دوافع أيديولوجية تهدف للقضاء على العدو<sup>1</sup>.
٣. تميز جريمة الإبادة الجماعية عن جريمة التطهير العرقي:
- كثيراً ما يختلط مصطلح التطهير العرقي بجريمة الإبادة الجماعية، ولذلك يظن الكثير بان التطهير العرقي هو نفسه الإبادة الجماعية لكننا نرى ان جريمة التطهير العرقي تختلف عن جريمة الإبادة الجماعية بعناصر تجعلها تستقل عن هذه الجريمة بكيانٍ مستقل. فجريمة التطهير العرقي يمكن تعريفها بأنها: "الازالة المنظمة والقسرية لمجموعة عنصرية من اقليم معين او عدة اقاليم بهدف تغيير البناء العرقي لهذا الاقليم" ومثالها التهجير القسري للمدنيين والمعروف بالتطهير العرقي والمرتكب كجزء من حملة متعددة شنها الصرب، وذلك لانهاء سيطرة المسلمين وتواجدهم في اجزاء كبيرة من البوسنة والهرسك. ومثال جريمة التطهير العرقي في التاريخ مذبحه سبرينتشا البوسنية عام

---

للمزيد ينظر: . محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي، مصدر سابق، ص .

١٩٩٢ عندما قامت ميليشيات وجيش صرب البوسنة، مدعومان بواسطة الجيش اليوغسلافي بهدف السيطرة على اقليم سبرينتشا واصبح (٣٥٠) الف شخص بلا مأوى في ١٩٩١ وتزايد العدد الى ان وصل الى زهاء المليون ونصف عام ١٩٩٢، ثم مليونيين وثلاثمائة الف لاجيء في تشرين الاول ١٩٩٢، وسيطر الصرب فيها على ٧٠% من اراضي البوسنة والهرسك. وكذلك المذابح الصهيونية ضد الفلسطينيين منذ عام ١٩٦٧.

لذلك كانت المجموعة المستهدفة هي مجموعة واحدة تتميز بخلفتها الخاصة بها. وبالرغم من التشابه الحاصل الا ان جريمة الابادة الجماعية تختلف عن جريمة التطهير العرقي بما يلي:

أ- **من حيث طبيعة الاعتداء:** فطبيعة الاعتداء في جريمة الابادة الجماعية يتم بانكار الوجود الشرعي لجماعة معينة في الاقليم واعتبارهم اجانب فيه، ومن ثم وجب افناؤهم بأي شكلٍ من الاشكال، بينما عمليات القتل والذبح التي يمكن وصفها بجرائم التطهير العرقي تستهدف ازالة مجموعة معينة من اقليم الدولة او من مجتمع معين والسيطرة عليه، فهي تشابه التهجير القسري اذا ارتكبت بدون قتل.

ب- **من حيث القصد الجرمي:** فالقصد الجرمي في جريمة الابادة الجماعية يهدف الى نية افناء الجماعة كلياً او جزئياً، ولا تقتصر على نطاق اقليمي او منطقة معينة من دولة ما، أي تستهدف تدمير الجماعة في كل مكان، بينما القصد الجرمي في جريمة التطهير العرقي يستهدفا ازالة الجماعة من اقليم الدولة او من اقليم معين من الدولة.

ج- **من حيث الهدف:** فتهدف جريمة الابادة الجماعية الى انهاء الوجود كلياً او جزئياً للمجموعة محل الاعتداء، بينما تهدف جريمة التطهير العرقي الى ازالة

المجموعة من اقليم معين داخل الدولة او من اقليم الدولة كاملاً، ولا تقصد الانهاء والافناء للجماعة<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني الاسباب الدافعة لارتكاب جريمة الابادة الجماعية

اسلفنا بان جريمة الابادة الجماعية تعتبر من اخطر الجرائم التي شهدتها البشرية، لما تمتاز به من الاسباب التي تدفع لارتكابها وكذلك ان السلوك الاجرامي فيها لا ينتهك قاعدة قانونية واحدة او حقا واحدا بل يتعرض لعدة حقوق، يأتي في مقدمتها الحق في الحياة الذي هو اسمى هذه الحقوق. فهي جريمة تهدد الانسان في حياته وصحته وكرامته.... الخ. وتجسد اقصى اذلال للبشر، وامتهان لكرامتهم بشطب هويتهم ومحوهم عن الارض واعدامهم الحياة. وتظهر خطورة هذه الجريمة بصورة اكبر اذا علمنا انها لاتهدد بالابادة فرد واحد او مجموعة افراد، بل تهدد بالابادة جماعة او جماعات لاسباب دينية او عنصرية او ثقافية.... الخ.

وتكمن الخطورة في تعدد صور الفعل الجرمي بقصد القضاء على جماعة معينة عرقية او دينية، وهذا التعدد يكمن في خطورة فاعلها او فاعليها، فالابادة الجماعية نوع من السادية يبرز اخطر مافي النفس البشرية من وحشية ضاربة<sup>2</sup>. ويجسد ذلك القرار الذي اصدرته الامم المتحدة عام ١٩٤٦ والذي ينص على: "ان ابادة الجنس البشري هي انكار حق الوجود لجماعات بشرية باكملها، كالقتل الذي يمثل انكار حق الشخص في الحياة، هذا الانكار لحق الوجود يتنافى مع الضمير العام للجماعة الدولية، ويصيب الانسانية باضرار جسيمة الامر الذي لا يتفق والقانون الاخلاقي وروح مقاصد الامم المتحدة".

---

زيد ينظر: . ايمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق ص .

ويرى البعض، ان جريمة الابادة الجماعية.....تأتي وفقاً لخطورتها على قمة الجرائم..... وذلك نتيجة لآثارها الخطيرة..... ولشدة الضرر الواقع على الانسانية، اذ اوضح لنا التاريخ مدى هذه الخطورة<sup>١</sup>.

لذلك تختلف الاسباب الدافعة للجريم حسب نوع الجريمة المرتكبة، والاسباب الدافعة لجريمة الابادة الجماعية تأتي حسب الجهة المعتدى عليها (المجنى عليهم) واسبابها هي قومية وعنصرية وإثنية، او دينية وطائفية، او سياسية وثقافية... ونوضحها كالآتي:

### أولاً: الاسباب القومية<sup>٢</sup> والعنصرية<sup>٣</sup> والإثنية:

ان القومية تعني اشتراك مجموعة معينة من الناس بانحدار نسبي واحد ومثالها نحن العرب والترك والفرس والروم وغيرهم، وهي لاتعني التمتع بجنسية معينة، او العيش في ارض معينة او بلد معين. اذ تقع جريمة الابادة الجماعية نظر لاستهدافها قومية معينة، ويكون سبب انتماء أي فرد من الافراد سببا لقتله او ابادته او ابادته المجموعة القومية بأكملها.

وقد حاولت بعض النظريات ان تستند الى الجنس دوراً اساسياً في تكوين رابطة القومية التي تربط الامة الواحدة بل لقد كان لهذه النظريات انصار كثيرون خاصة في المانيا

---

. محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي، مصدر سابق، ص .  
(القومية: صلة اجتماعية عاطفية تنشأ من الاشتراك في الوطن والجنس واللغة والمنافع، وقد تنتهي  
)، ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، اسطنبول،

تركيبان

*(Elementair, Qui concerne les Elements; reduit a l'essentiel, au minnum; les deux classes enter le corsrpr eparatoire et le cors moyen; dan les ecoles primaries: composant morceau, partie)*

*Hanna Kabbani and other- Le Dictionnaire Majeur Des Eleves- Dar Al-Kotob Al-llmiyh, Beyrouth, 2006,p: 279.*

فالعنصرية )، ابراهيم مصطفى وآخرون، ص .

النازية التي حاولت القول بسمو الجنس الآري (المكون للامة الالمانية والامة الانجليزية) على الاجناس الاخرى، وحاولت ان تستخلص من هذه النظرية نتائج سياسية غاية في الخطورة مؤادها ضرورة الاعتراف بحق هذه الاجناس المتبقية ان تتوسع على حساب غيرها من الاجناس الادنى منها درجة، وان تتمتع بمميزات وحقوق تفوق ما يتمتع به غيرها من الاجناس<sup>1</sup>، اذ نادى هتلر بفكرة سمو العنصر الآري الالمانى واهتم كثيراً بنقاء الدم الجرمانى وعدم تلويته، ومنع المرضى واصحاب العاهات من انجاب اولاد حتى لا يكونوا اشكالاً مرعبة تشترك بين الانسان والقرود. وقد تأثر هتلر بفلسفة (نيتشه) وتصوره للرجل الاسمى (السوبرمان). وكان هتلر اثناء الحرب العالمية قد مارس الابداء ضد كل من ينتمى للقومية السلافية والذين كانوا يعيشون في المانيا او الدول التي تجمع تلك القومية مثل: روسيا، اوكرانيا، تشيكوسلوفاكيا، صربيا، بولندا، سلوفينيا، بلغاريا، كرواتيا<sup>2</sup>. ومثال ذلك في الابداء الجماعية لقومية معينة: اسباب التهجير القسرية الجماعية التي قامت بها معظم الدول الاوربية، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية للمواطنين الالمان الذين كانوا يعيشون في بولندا، وتشيكوسلوفاكيا، المجر، رومانيا الاتحاد السوفييتي، ويوغسلافيا..... وبقية انحاء اوربا.

وتقع الابداء الجماعية استنادا للعنصرية التي تعني اضافة مميزات على مجموعة من الافراد بزعم انها تنتمي الى عرق محدد او اصل معين وان تلك المميزات لا تتمتع بها الجماعات او الاعراق الاخرى<sup>3</sup>. ومثالها مشكلة الملونين في جنوب افريقيا سابقاً، والزواج في الولايات المتحدة الامريكية، وماقامت به المانيا النازية من جرائم الابداء الجماعية خلال الحرب العالمية الثانية مستندة في ذلك على (نظرية تفوق الدم او الجنس الآري) بوصفه ارقى الاجناس البشرية لذا يجب ان يسيطر على الاجناس الاخرى كافة. ومنها سياسة الابارتهايد، التي كانت مفروضة في جنوب افريقيا سابقاً

---

ناظر منديل، مصدر سابق، ص .  
ينظر: . ايمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص - .  
زميلنا أ. . ضاري رشيد الياسين، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي، دار الرشيد

وتقوم على الفصل والتمييز العنصري بين الجماعات التي يتكون منها السكان على اساس اللون او العرق او المستوى الثقافي وتحديد مناطق سكن معينة لكل مجموعة عرقية كي تعيش فيها وتتطور بصورة منفصلة عن الجماعات الاخرى طبقاً لظروفها وتقالدها.

اما الجماعة العرقية التي تمثل مجموعة من الناس تنتمي الى عرق معين يعرف انهم يشتركون به كرباط قانوني يستند الى مواطنة مشتركة مقرونة على سبيل المقابلة بالمثل، بالحقوق والواجبات. ويشترك اعضاؤها عموماً بلغة او ثقافة مشتركة، يستتج تعريفها على السمات الطبيعية الوراثية التي تُشَخَّص عادة بمنطقة جغرافية، بغض النظر عن اللغة او الثقافة او القومية او الدين<sup>١</sup>. وفي ٢٤ نيسان/ابريل ١٩١٥ في خضم الحرب العالمية الاولى، اعتقلت السلطات العثمانية ٢٠٠ من زعماء الارمن ليكون ذلك بمثابة الشرارة لما تعتبره ارمينياً بداية اباده جماعية منظمة لتصفية الاقلية الارمنية من قبل الامبراطورية العثمانية.....من جهتها ترفض تركيا بشكل قاطع فرضية الابادة الجماعية معتبرة ان الامر لا يعدو كونه قمعاً في ظروف الحرب الاهلية حيث تحالف الارمن مع القوات الروسية التي اجتاحت آنذاك تركيا. وتؤكد غالباً على ان آلاف الاتراك قتلوا ايضا على ايدي الارمن بين ١٩١٥ و ١٩١٧ وتقبل عموماً بان عدد الضحايا الارمن يتراوح بما بين (٣٠٠) الف و (٥٠٠) الف قتيل، وممارسات المستعمرين الاول للولايات المتحدة ضد الهنود الحمر السكان الاصليين للبلاد والتي كان ضحيتها الملايين منهم منذ القرن الثالث عشر.

كذلك توصف الجماعة الإثنية بانها مجموع من الناس يتشارك اعضاؤها نفس اللغة والثقافة. ويعرفها البعض<sup>٢</sup> بانها: مجموعة فرعية من الجماعة القومية وهي في تجمعها الصغير هذا لاترقى الى تشكيل امة. لذلك فأن كلمتي (عرق) و (عنصر) يحملان ذات الدلالة. فقد واجهت اللجنة الفرعية المعنية بتعريف الاقليات عام ١٩٥٠، صعوبة كبيرة

---

ينظر: . سامي شبر، جزاءات الامم المتحدة في العراق وجريمة الابادة الجماعية، ترجمة: . رياض القيسي، بيت الحكمة، بغداد،  
ينظر: . أيمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص - .

في تحديد الفارق بين العرق والعنصر، إلا ان البعض رأى ان معنى الجماعة العرقية الواردة في اتفاقية الابداء الجماعية كان يرمز الى الخصائص الثقافية الاجتماعية والتاريخية للجماعة<sup>1</sup>. فالسلالة الوراثية لاتميز فردا عن فرد بقدر ماتميز جماعة عن جماعة، فهي وراثه عامة في جميع افراد المجموعة يتفقون بمقتضاها في مميزات نفسية وعضوية. والسلالة تشمل شعباً بأكمله قد تشمل دوائر اضيق نطاقاً أي مجموعات من القوم في داخل الشعب الواحد، وتكون مجموعة خصائصها المميزة الموروثة.

وإذا كانت مسألة تحديد الجماعات القومية والدينية لاثثير اية مشكلة إلا ان التفرقة بين معنى الجماعة العنصرية من جهة، وبمعنى الجماعة الإثنية من جهة اخرى، يثير في معظم الاحيان غموضاً، يعطي معنى الكلمتين مترادفتين. هذا اللبس جعل المختصين بعلم الاجتماع يقرون {اننا نقصد بالعنصر مجموعة اشخاص لديهم خصائص محددة، تلك الخصائص انتقلت اليهم وراثياً}، اما المجموعات العرقية فهي مجموعات سلالية *Descent Groups* تتميز باشتراكها في اللغة والثقافة والنمط والاصل القومي، ولها ذات المعتقد الديني ايضاً ولاتقتصر الخصائص والسمات المميزة لعرق معين على لون الجلد والشعر وملامح الوجه، بل انها تشكل كذلك السمات النفسية وبعض الطباع المزاجية، وطرق التفكير واشكال السلوك.

ومن امثلة الابداء الجماعية لاسباب إثنية: إبادة الهوتو للتوتسي في رواندا عام ١٩٩٤، والتوتسي للهوتو في بوروندي في العم ذاته، ايضاً الابداء الصربية لبوسنيين في جمهورية البوسنة والهرسك منذ عام ١٩٩٢ وحتى عام ١٩٩٥ اثناء الحرب اليوغسلافية.

فقد فرض الاحتلال البلجيكي التصنيف العرقي في رواندا، منذ بداية الثلاثينيات من القرن العشرين، حيث طلبت السلطة البلجيكية من المواطنين الروانديين تسجيل انفسهم في بطاقات تحدد عرقهم واستمر ذلك التصنيف العرقي البغيض حتى استقلال رواندا واصبح حقيقة واقعة في المجتمع الرواندي، فالمادة (٥٧) من القانون المدني الرواندي

لعام ١٩٨٨ تنص على ان: "شهادات الميلاد سوف تتضمن سنة وشهر ويوم الميلادن والمكان، والجنس والجماعة الإثنية، واول وآخر اسم الطفل".<sup>١</sup>.

### ثانياً: الاسباب الدينية<sup>٢</sup> والطائفية:

تكون الحروب الدينية بين معتقي دين معين ضد معتقي دين آخر، كما كانت الحروب الصليبية قديماً ضد المسلمين، اما الحروب الطائفية فهي تعني صراعا بين طائفتين معينتين قد تكونان تعتنقان نفس الدين كما كانت الحروب بين الكاثوليك والبروتستانت في اوربا قديما، والحرب التي يراد لها الوقوع في العراق في وقتنا الحالي يبين ابناء هذا الشعب من الدين الاسلامي من الطائفة السنية والشيعية.

وتكفل معظم دساتير العالم، حرية الاعتقاد الديني، وحق ممارسة الشعائر الدينية. ووفقاً للقوانين الداخلية في دول العالم لايجوز ان يكون اختلاف العقائد الدينية سببا من الاسباب التي تؤدي الى اباده جماعات بشرية لكونها تختلف عن الديانة التي يعتنقها الجاني، اذ لم تعد الديانات المختلفة اسباباً لكثير من الابدات الجماعية التي حصلت على مر التاريخ، كما حصل في العصور الوسطى في الحروب الصليبية وابداه المسلمين في اسبانيا اواخر القرن الخامس عشر واول القرن السادس عشر، فلقد قُلت جرائم الابداه الجماعية في القرن الحديث وخصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية، وبعد صدور اتفاقية منع اباده الجنس البشري والعقاب عليها، وكذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان، وكذلك التطور الذي شمل مرافق الحياة واصبحت فيه ممارسة الشعائر الدينية لمختلف الطوائف حقاً تكفله الدساتير وكذلك القوانين الداخلية للدول.

---

. ايمن عبد العزيز، مصدر سابق، ص .  
(الدين، مايتدين به الانسان)، ابراهيم مصطفى وآخرون، مصدر سابقن ص .

ومن امثلة الاسباب الدينية لجريمة الابدادة الجماعية مات حصل في الفلبين في عهد الرئيس (ماركوس) عام ١٩٧٠ وحتى الان. اذ كانت عصابات (إيلاجا) الجماعات الكاثوليكية الفلبينية المتعصبة تقوم بأبادة المسلمين الذين يعيشون في جنوب الفلبين بمختلف وسائل القتل الجماعي، واختطاف الاطفال، وحرق البيوت ونهبها، والتشويه بالجثث بعد قتلها، والاجبار على الهجرة، وتفرغ الجنوب الفلبيني من سكانه المسلمين، وهو ما ادى الى تهجير اكثر من نصف مليون مسلم الى الشمال.

ومثالها النزاعات بين الهند والباكستان، بل داخل الهند ذاتها، بين الهندوس والمسلمين والبوذيين، اذ ان الصراع الديني هو السبب الغالب لمثل هذه النزاعات، ينتج عنها اباداة الكثير من البشر المنتمين الى دين معين، او يشتركون في عقيدة معينة<sup>١</sup>. وكذلك المذابح الصهيونية في فلسطين عام ١٩٤٨، ومذبحة كفر قاسم عام ١٩٥٦، التي هدفت الى طرد الفلسطينيين من اراضيهم، واقامة المستوطنات الصهيونية، وكذلك الشيشان "جماعة قومية دينية" التي تتعرض لصور مركبة متكاملة من الابدادة الجماعية..... ومن هذه الصور:

١. الاذى الجسدي والروحي.
٢. استباحة المناطق المدنية عمراناً وبشراً.
٣. القتل العشوائي، والبطش المطلق.
٤. التجويع والحرمان، او اخضاع هذه الجماعة البشرية لـ "ظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً او جزئياً".
٥. الاجتثاث من الديار، وطردهم من اوطانهم<sup>٢</sup>.

وقد قررت المحكمة الجنائية الدولية ليةغسلافيا السابقة في قضية "جيليزيتش *Jelisc*" في ١٤ ديسمبر ١٩٩٩ انه: اذا كان لايزال بالامكان تحديد معنى الجماعة الدينية بطريقة موضوعية..... فانها تلك التي تتميز بطقوس العبادة، او بجماعات الاشخاص

ينظر:

زين العابدين الركابي، اباداة اليهود حرام وابدادة الشيشان حلال!، جريدة الشرق الاوس

الذي يشتركون في المعتقدات ذاتها. ومن الامثلة: الابدادة الجماعية للمجموعات الدينية، ما اقترفته السلطات الايرانية من ممارسات ابادية في منتصف الثمانينيات حين قتلت آلاف البهائيين. ايضاً مافعله نظام (بول بوت) زعيم اغلبية (الخمير الحمر) في كمبوديا منذ عام ١٩٧٥ وحتى عام ١٩٧٩م، حين قام بقتل وتهجير اقلية (شام) وهم مسلمون كمبوديون، كذلك الممارسات البوذية ضد المسلمين، ويعتبر اكبر مثال على الحرب الطائفية بين طائفتين متحاربتين من دين واحد هو الحرب بين المسيحيين الكاثوليك ضد المسيحيين البروتستانت المعارضين لسلطة البابا عندما كانت اوربا منقسمة لهذين القسمين خلال القرن السادس عشر وبعد عصيان (مارتن لوثر ١٤٨٣-١٥٤٦م) على الكنيسة. واستمرت الحرب ثلاثين عاماً حاول فيها كل الكاثوليك والبروتستانت اباداة الطرف الآخر، وهو ما ادى الى سقوط ثمانية ملايين قتيل كلهم مدنيين وحوالي (٣٥٠) الف قتيل من المقاتلين. والتي كانت حرباً ابادية لم تقتصر على المقاتلين العسكريين فقد أدكها المعتقد الديني<sup>١</sup>.

### **ثالثاً: الاسباب السياسية والثقافية:**

لم تتناول الاتفاقية الدولية لمنع جريمة الابدادة الجماعية والمعاقبة عليها حماية الطوائف السياسية والثقافية من الابدادة الجماعية، واني لأرى ان هاتين الطائفتين قد تعرضتا لصور عديدة من الابدادة على مر التاريخ فأغلب الحكام كانوا يقومون بعمليات تصفية وتقريق ومحاربة لاصحاب الافكار المعارضة لسياساتهم واغلب المتعصبين لثقافة معينة كانوا يحاربون ويفرقون ويضطهدون اصحاب الثقافات الاخرى وخصوصاً الاقليات السياسية والثقافية على مر العصور. واني لأرى ان الاسباب السياسية والثقافية هي اسباب وجيهة لاعتبارها اسبباً تقع بها جريمة الابدادة الجماعية ونرى من الوجهة حمايتها بتشريعات تعاقب على ارتكاب هذه الجريمة.

فقد مارست النازية ايام هتلر قبل واثناء الحرب العالمية الثانية شتى انواع الاضطهاد وكل اساليب البطش والاستبداد وصولاً الى المذابح الجماعية ضد معارضيها السياسيين

---

ينظر: . ايمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص .

واصحاب اية ايديولوجية مناهضة للنظام وتحديداً الشيوعيين والاحزاب السياسية الاخرى المعارضة لحزب العمال الوطني وهو الحزب النازي لهتلر. وقد مارس كل من ستالين في روسيا وبول بوت في كمبوديا وعيدي امين في اوغندا وسوهارتو في اندونيسيا وماوتس تونج في الصين العديد من الممارسات التي لاتخرج عن كونها اعمال اباداة جماعية، مؤسسة على اسباب سياسية تستهدف اعضاء هذه الجماعات..... ولايخفى على احد ان كل الانظمة وبدون استثناء التي حكمت الدول العربية في القرن العشرين مارست ابادات جماعية ضد معارضيها. لاسباب سياسية ولمعارضتها افكار وتوجهات انظمتهم السائدة، مورست فيها كل انواع البطش والتكيل والقتل، وطالت حتى افراد عوائلهم واقاربهم.... وتعدى الامر الى الحرمان من الوظائف ولقمة العيش بل وحتى التمتع بصفة المواطنة ومنها اسقاط الجنسية بحقهم.

ويتساءل البعض<sup>1</sup> كيف لاتعتبر ما اقترفه النظام الستاليني من ابادات جماعية بحق الروس والاوكرانيين وغيرهم لمدة ثلاثين عاماً منذ ١٩٢٣ وحتى وفاته ١٩٥٣ التي ادت الى مقتل زهاء (٤٠) مليون فرد، جريمة اباداة جماعية، ويعتبر مقتل (٦٥) ألف فرد من القبائل المحلية في جنوب افريقيا على ايدي الالمان المستعمرين في اوائل القرن العشرين، جريمة اباداة جماعية ؟

اما بالنسبة للابادة الجماعية لمجموعة ثقافية فيقصد بها أي عمل متعمد يرتكب بقصد محو لغة جماعة معينة او ثقافتها او افكارها، مثل منع استخدام لغة الجماعة في الممارسات اليومية او المدارس او الطباعة او تداول الاصدارات بلغة الجماعة، او تدمير او منع استخدام المكتبات، المتاحف، المدارس، المزارات التاريخية، او منع اماكن العبادة او اية مؤسسات ثقافية اخرى.

### المبحث الثاني

## العناصر الخاصة بجريمة الابادة الجماعية

---

. ايمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص .

ان جريمة الابادة الجماعية توجد بمجرد ان يصبح فرد من الافراد الجماعة ضحية لافعال الابادة الجماعية... وان الجماعة تعتبر مفهوماً تجريدياً، فهي الحاصل الاجمالي للافراد... وان الاذى يلحق بها عندما يلحق الاذى بالافراد المكونين لها'. واركان الجريمة هي مجموعة العناصر المادية والمعنوية التي تتكون منها، يضاف اليها في بعض الجرائم عناصر ترتقي لمصاف الاركان تسمى بالاركان المفترضة، يفرزها الفقهاء كركن خاص، ونحن نرى ان جريمة الابادة الجماعية تتكون من ثلاثة اركان هي:

١. الركن المفترض . (محل الاعتداء)، صفة المجني عليه.
٢. الركن المادي . يتمثل السلوك الاجرامي فيه بعدة صور سنوفر شرحها في ادناه.
٣. الركن المعنوي . ونميز فيه القصد الجرمي الخاص الذي هو عماد قيام هذه الجريمة وهو "قصد الافناء".

لذلك سنوضح بفكرة موجزة عن الاشياء العامة ونركز على مايميز هذه الجريمة من صور سلكها الاجرامي والقصد الجرمي الخاص فيها.

فالركن المفترض: ونميز فيه محل الاعتداء (صفة المجني عليه) وهو وقوع فعل الابادة على مجموعة قومية او عنصرية او إثنية، او دينية او طائفية، او سياسية او ثقافية. وقد تتحدد كل هذه الصفات في المجموعة محل الابادة. فلو اخذنا المثال الفلسطيني امام الجرائم الصهيونية على مر التاريخ لوجدنا انه يباد لاسباب قومية وعنصرية لانه شعب عربي، وكذلك يباد لاسباب دينية لانه شعب مسلم، وكذلك لاسباب سياسية وثقافية لانه يختلف في التوجه الثقافي والسياسي عن فكر وتوجهات الصهاينة. ولانريد الاسهاب في توضيح هذا الركن لان مجرد استعراض الاسباب الدافعة للجريمة وهي كلها تهدف الى افناء مجموعة لاسباب قومية او دينية او ثقافية هي بذاتها محل الجريمة والتي نفرضا كركن خاص لهذه الجريمة، كفرضنا للركن الخاص في جريمة القتل العمد (صفة المجني عليه) (انسان على قيد الحياة).

ولتوضيح السلوك الاجرامي والقصد الجرمي في جريمة الابادة الجماعية نقسم مبحثنا هذا مطلبين، نتناول في اولهما: السلوك الاجرامي، من خلال بيان صورته التي يتم فيها بهذه الجريمة. ونفرد المطلب الثاني: لبيان القصد الجرمي الخاص لهذه الجريمة.. وكالاتي:

## المطلب الاول السلوك الاجرامي

بديهياً فان الركن المادي لاي جريمة في القانون الجنائي، هو العناصر المادية الملموسة التي تتكون منها الجريمة، ويتكون من عناصر ثلاثة هي: السلوك الاجرامي، والنتيجة الاجرامية، وعلاقة السببية. ونوضح في مبحثنا هذا السلوك الاجرامي بصوره الخاصة بجريمة الابادة الجماعية، وان جريمة الابادة الماعية التي يراد بها تدمير الجماعة لا تتطلب اثبات نتيجة ما. فان صور السلوك الاجرامي يجب ان تكون محسوبة لتحقيق التدمير، وسواء حصل النجاح ام لم يحصل حتى ولو كان ذلك خزئياً لا يعد امراً مهماً. كذلك فان علاقة السببية "العلاقة التي تربط الفعل بالنتيجة رابطة العلة بالمعلول" لانها مكثفة الاغناء في أي شرح لقانون العقوبات، وهنا في جريمة الابادة الجماعية فعلاقة السببية هي ارتباط السلوك الاجرامي باي صورة من صورته بالنتيجة، أي ان الفعل نتج عنه هذا الاثر "النتيجة"، او ان النتيجة الواقعة كانت بسبب هذا الفعل الجرمي. كذلك فان النتيجة الاجرامية في الابادة الجماعية هي نتيجة ضارة، تتمثل بازهاق الروح والحاق الاذى بالجماعة المعنية، وهي بمدلولها المادي في هذه الجريمة الاثر المترتب على ارتكاب الفعل الجرمي.

اما السلوك الاجرامي طبقاً للمادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل. (ارتكاب فعل جرّمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون) يتمثل السلوك الاجرامي في جريمة الابادة الجماعية بخمسة صور يتم بها السلوك الاجرامي اوردها على سبيل الحصر لا التمثيل وارى بأنها تتشابه في بعضها البعض بحيث

لايفلت احد من عقاب، وهذه الصور يمكن ان تقع بشقي السلوك الاجرامي الايجابي والسلبى فيمكن وقوع القتل والتعذيب وغيرها من الصور بالقيام بعمل او الامتناع عنه، وهو ماسنورده من خلال توضيح هذه الصور وهي:

### أ. قتل اعضاء الجماعة:

وتفترض هذه الصورة من الابدادة الجماعية، ان يقتل مرتكب الجريمة شخصاً او اكثر منتمين الى جماعة قومية او دينية او عرقية..... معينة، وينوي اهلاك تلك الجماعة كلياً او جزئياً، بصفتها هذه، ويكون هذا السلوك في سياق مماثل وواضح تجاه تلك الجماعة، من شأنه الاهلاك<sup>١</sup>.

والقتل (ازهاق روح انسان على قيد الحياة عمداً)، وان أي غير مشروع لاعضاء جماعة قومية، او إثنية، او عرقية، او دينية، تتم به الصورة الاولى من صور الفعل الاجرامي لجريمة الابدادة الجماعية. ولذلك فات قتل اعضاء جماعة قومية باسقاط القنابل عليهم، او اطلاق العيارات النارية، او التسبب في اشاعة الامراض والجوع وغيره، يعتبر فعلاً اجرامياً سواء كان مباشراً او غير مباشر.

وتعني هذه الجريمة استنصار الجماعة كلياً او جزئياً، بالقيام بعمل مادي يؤدي للقضاء على هذه الجماعة، ويعتبر قتل اعضاء الجماعة، الصورة الاكثر شيوعاً بين صور السلوك الاجرامي لجريمة الابدادة، ويعتبر الاتحاد السوفييتي السابق، الصين، حكومة الخمير الحمر في كمبوديا، فيتنام، يوغسلافيا السابقة، المانيا النازية، من اكثر الدول التي قامت بأعمال الابدادة الجماعية، حيث تسبب هذه الدول في اباده ما يقرب من (١٢٨) مليون شخص، وقام نظام الخمير الحمر في كمبوديا بأباده ثلث سكان الدولة محققا اكبر نسبة مئوية للابدادة الجماعية في القرن العشرين<sup>٢</sup>.

وكذلك اعتبر القتل غير المشروع لعضو او عضوين من اعضاء الجماعة التي هي (عدد الناس الذين يعملون معاً او يشتركون في العقيدة)، سواء كانت، قومية وعرقية

---

ينظر: . . محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، ط ، دار الشروق، القاهرة،

. ايمن عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص .

تنتهي الى عرق واح او تمثل عدداً من الناس يشتركون في نسبٍ معينة، او دينية  
تنتهي الى دينٍ معين تعتقد بقوة مسيطرة على الانسان، وخاصةً بإله له الطاعة  
والعبادة، او ثقافية..... الخ يعتبر تقوم به جريمة الابادة الجماعية، سواء كان في  
زمن السلم او الحرب<sup>١</sup> ومثالها ماتعرض له الشعب الشيشاني المسلم من مذابح على  
ايدي القوات الروسية، ضمن خطة منظمة للقضاء عليه للقضاء عليه خلال حرب  
الشيشان الاولى من عام ١٩٩٤ الى ١٩٩٦، والحرب الدائرة هناك منذ عام ١٩٩٩  
ولحد اليوم<sup>٢</sup>.

وان مثال كمبوديا نموذج مفيد بالنسبة للعلاقة بين الدول العاجزة والقانون الجنائي  
الدولي خلال القرن العشرين فبين عامي ١٩٧٥ و ١٩٨٥ توفي ما لا يقل عن مليون  
شخص كنتيجة لجرائم الخمير الحمر. أي ما يقارب ٤٥% من السكان<sup>٣</sup>.

والقتل الجماعي يمكن ان يرتكب بفعل ايجابي او سلبي، فالمذابح بالجملة لطوائف  
معينة اياً كانت طريقة ارتكابها فأنها تدخل في عداد الجريمة، وتطبيقاً لذلك قضي  
بأدانة احد ضباط قوات المشاي الامريكيين قام بهدم احدى القرى الفيتنامية، وقا بقتل  
سكانها ومن بينهم مائتي امرأة وطفل. كذلك ما قام به الصرب بالقبض على مئات  
الآف السكان من المدنيين من المسلمين الكروات من البيوت والطرقات، ثم قاموا  
بهدم منازلهم ودور عبادتهم وقاموا بحبسهم في مسكرات الاعتقال وارتكبوا مجازر  
جماعية بهم، ولم يفرقوا بين رجال ونساء، او اطفال وشيوخ، بل وحتى الاطفال  
الرضع لم يسلموا من القتل!! ولن تتوصل لجان التحقيق على وجه الدقة الى عدد  
الضحايا.

ومن امثلة الابادة بهذه الصورة للسلوك الاجرامي، قتل الرهائن، ففي محاكمة اثني  
عشر قائداً عسكرياً المانياً، متهمين بقتل آلاف عديدة من المدنيين في كل من،  
يوغسلافيا واليونان، تنفيذاً لامر قائدهم، الذي كان يتلخص في قتل مائة من الرهائن

. ينظر: .

. محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي الانساني، مصدر سابق ص .

المدنيين، مقابل اغتيال جندي الماني واحد. ومنها قتل السكان المدنيين في فلسطين، بحيث اصبح صورة نمطية يمارسها الكيان الصهيوني ضد السكان المدنيين بشكل قتل جماعي او قتل فردي<sup>1</sup>.

### **ب. إلحاق اذى جسدی او روعي خطير بأعضاء الجماعة:**

وتفترض هذه الصورة ان ينتج عن فعل مرتكب الجريمة إلحاق اذى بدني او معنوي جسيم بشخص او اكثر من الاشخاص المنتمين الى الجماعة المقصودة، وينوي بفعله هذا اهلاك هذه الجماعة كلياً او جزئياً، ويكون هذا السلوك واضح وموجه بهدف اهلاك هذه الجماعة.

والاذى أي ألم او ضرر يلحق بجماعة إثنية او عرقية او دينية، يسببه سلوك ما من جانب دولة ما او افراد، لاي من الجماعات المذكورة.... ويمكن ان تسببه الجروح او المرض او سوء التغذية او القلق او اليأس او الضغط الفكري. فليس القتل هو وحده يحقق الابدادة بل ان الاذى الروحي الذي يتمثل بحالات الاكتئاب او الهيجان النفسي او الخوف او الذعر او المساس الخطير بالحالة النفسية او المملكات العقلية للضحية ومنها الاغتصاب والعنف الجنسي، والاذى الجسدي كالضرب والجرح والعاهات المستديمة والامراض المعدية ونقل الاوبئة، او تناول الطعام الفاسد.....الخ.

فاستخدام وسائل التعذيب التي ينجم عنها احداث عاهات مستديمة كبتير طرف او تشويه الجسم او الاصابة بالجنون او الامراض العقلية، او عدم القدرة على الكسب. وقد اشارت لجنة التحقيق في الجرائم التي وقعت في البوسنة الى ان الجناة كانوا يقومون بتقييد ضحاياهم وتعذيبهم تعذيباً وحشياً حتى يفقدوا صوابهم، وضربهم بقطع من الحديد والخشب ضرباً مبرحاً على اجسادهم ورؤوسهم واعضائهم التناسلية، ويقومون باستخدام آلات حادة برسم علامة الصليب على وجوههم وايديهم ثم يضعون الملح على هذه الجروح، ويقومون بأطفاء السجائر في اجساد الضحايا،

ووضع المدي والسكاكين في افواههم، وكانوا يقومون باغتصاب النساء اغتصاباً جماعياً<sup>1</sup>. كذلك قام الجنود الصرب باغتصاب النساء والفتيات في اليوسنة، في بيوتهن وامام افراد عائلاتهم، وفي ساحات القرى إمعاناً فب إذلالهم، وإذلال ذويهم، وفي بعض القرى والمدن تم تجميع النساء والفتيات معاً، واخذن الى مراكز اعتقال عبارة عن مدارس وصلالات الملاعب الرياضية، حيث تم اغتصابهن جماعياً، ولاسابيع متتالية<sup>2</sup>. وقد قررت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في حكمها عام ١٩٩٨، بأن الاغتصاب يتسبب بتحطيم الاواصر العائلية، وهو يستعمل كطريقة لابادة جماعية معينة، مع تسببه بالاذى الجسماني او العقلي لكل اعضاء المجموعة، بالاضافة الى ان الاغتصاب ايضاً يمكن ان يستعمل كطريق لمنع الولادات ضمن المجموعة. على سبيل المثال، في المجتمعات التي تمتاز بانتماء عرقي يُقر بهوية الأب، فإن اغتصاب أي ضحية يجعلها تمتنع من ولادة الطفل الرضيع ضمن مجموعتها الخاصة، كما يتسبب في حالة ولادة الطفل، الى انتسابه الى المجموعة المعتدية وليس مجموعته الاصلية<sup>3</sup>.

والاضطهاد الذي يوجد في كل قضية من قضايا الابادة الجماعية، له مظهران، التدمير الجسدي والتدمير الروحي، وكل واحد منهما يتجه نحو تحقيق نفس الهدف: حرمان الجماعة من وجودها. هذا الاذى الجسدي لايشترط له صفة البقاء ولدوام، ولكن يصعب ذلك في الاذى الروحي، اذ غالباً مايستمر تأثيره على الانسان طيلة فترة حياته، وكذلك تعتبر اعمال التعذيب، سواء كانت جسدية او روحية، والمعاملة غير الانسانية او المهينة. والحاق الاذى الجسدي او الروحي الخطير لاعضاء الجماعة لايعني بالضرورة بان الاذى دائم او غير قابل للعلاج.

---

ينظر: . اشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،

<sup>3</sup> *Project-International Criminal Court: Fact sheet 3: Prosecuting the crime of genocide-Al Index: IOR 40/04/00.*

## ج- اخضاع الجماعة المحمية، عمدان لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي، كلياً او جزئياً:

وهو سلوك عمدي من جانب الجاني او الجناة، لخلق ظروف قاسية للحياة، وبيئة غير صحية، والحرمان من ضروريات الحياة، ومايشابها من اجراءات التي يحتمل ان تؤدي الو الوفاة او التميز الجسدي لجماعة اثنية او عرقية او دينية، كلياً او جزئياً، ومثالها النقص في الغذاء الكافي، والنقص الخطير في الدواء والامدادات الطبية، والنقص في الرعاية الصحية، والنقص في الماء النظيف، والبيئة الملوثة، التي تعتبر عاملاً لانتشار الامراض، والظروف غير الصحية لشعب معين، وكذلك طرد الاهالي من منازلهم، وانقاص الخدمات الطبية، والتي قد ينجم عنها موت ذلك الشعب كلياً او جزئياً، وهكذا فان الجماعة تُدمَّر كلياً او جزئياً. ويقصد بهذا الاستهداف فرض احوال معيشية معينة على شخص او اكثر من الاشخاص المنتمين الى جماعة معينة بصفاتها القومية او الدينية.... وينوي بهذه الاحوال اهلاكهم كلياً او جزئياً، بهدف القضاء على هذه الجماعة.

ومن صور قيام هذه الجريمة بطرق الامتناع، امتناع الجناة عن تقديم العون الطبي لجماعة تفشى فيها مرض قاتل، او الامتناع عن تقديم المعونات الغذائية في حالة انتشار الجفاف او المجاعة في المنطقة التي يقطنها افراد الجماعة. وقد تنطوي هذه الوسيلة على الايذاء البطيء دون القتل، وتركهم للموت البطيء مثل عزلهم في مناطق تخلو من عناصر الحياة او تحديد اقامتهم في مناطق موبوءة دون تمكينهم من الحصول على الرعاية الطبية المناسبة<sup>1</sup>.

ان القصف المستمر لمجموع اقليم الدولة، وتلويث تربتها، وهوائها ومياهها، وتدمير اقتصاد البلاد، وتلويث البيئة باليورانيوم المنضب يخضع الجماعة لظروف يراد بها التميز الجسدي. بما في ذلك العدد الكبير من وفيات المدنيين، والطاقة التفجيرية العالية للصواريخ، والانتشار الواسع للانفجارات، ونطاق التدمير للمناطق الحضرية

ينظر: . اشرف توفيق شمس الدين، المصدر سابق، ص .

بحد ذاته، والتعطيل العام لانماط الحياة، والاضرار الواسعة لنظام الرعاية الصحية. ويقصد بهذا الاستهداف عمداس فرض احوال معيشية معينة على شخص او اكثر من الاشخاص المنتمين الى جماعة معينة بصفتها القومية او الدينية.... وينوي بهذه الاحوال اهلاكهم كلياً او جزئياً، بهدف القضاء على هذه الجماعة.

وكان الاذى الجسدي الجسيم باعضاء من الجماعة، هو الذي استخدم اول مرة كسلوك للابادة الجماعية في بداية القرن العشرين ضد قبائل الهيروروس . السكان الاصليين في جنوب غرب افريقيا . بواسطة المستعمرين الالمان. فقام الجنرال الالمانى Trotha بأمر جنوده باحتلال آبار المياه، وسد كل طرق الهروب فمات آلاف منهم عطشاً قبل وصلهم الى بوتسوانا، طريق الهروب الوحيد. واستخدم ستالين ايضاً حملة تجويع شاملة للفلاحين في اوكرانيا مات منهم مايقرب من سبعة ملايين نسمة. واستخدمت المانيا اعمال التعذيب والممارست اللانسانية في معسكرات اعتقالها ضد المعتقلين، مثل الخنق في غرف الغاز، والاعدام رمياً بالرصاص، والشنق، والحقن بالفينول، واعمال البطش المتعددة التي انتجت إبادة ربع مليون شخص للفترة ١٩٤٠ . ١٩٤٣، ومات من اثر الجوع نصف مليون.

### **د- فرض تدابير تستهدف الحوول دون انجاب الاطفال داخل الجماعة المحمية:**

ومؤاده فرض اجراءات معينة على جماعة قومية او إثنية او عرقية او دينية، من اجل منع عملية الانجاب في تلك الجماعة، وبهذا تزول عن الوجود، فمثلاً ان سلطة الدولة تمنع الزيجات بين افراد جماعة معينة، او قد تولد العقم بين الذكور والاناث في تلك الجماعة، بهدف منع الانجاب والقضاء النهائي عليها. وكذلك تسبب العقم والاجهاض الاجباري<sup>١</sup>.

وتفرض هذه الصورة للسلوك الاجرامي منع شخص او اشخاص منتمين الى مجموعة معينة بصفتها القومية او الدينية.... بنية اهلاكهم بتدابير تمنع الانجاب داخل

الجماعة. ومثالها تطعيم النساء بعقاقير تؤدي الى العقم، او اكراه النساء على الاجهاض عند تحقق الحمل، او استخدام طرق او وسائل من شأنها ان تقضي على خصوبة الذكور<sup>١</sup>.

وقد لا يكون الاجراء المفروض بالضرورة الفعل التقليدي في احداث العقم، ان الفصل بين الجنسين، ومنع الزيجات، ومايشبه ذلك من اجراءات مقيدة على حد سواء وتسبب نفس النتائج، ومنها ماحدث في رواندا، اذ تم اغتصاب السيدات ليحملن من ذكور من مجاميع اخرى ليتم نسب الاطفال اليهم، ليزيد عدد جماعة الشخص المغتصب. واصدر هتلر قانوناً عام ١٩٣٣ لعقم الرجال الذين يعانون مشاكل وراثية، عقلية او جسدية، فأعقمت السلطات مايقارب من (٤٥) الف شخص عام ١٩٤٤، واصدر سنة ١٩٣٥ قانون "حماية الدم الآري" الذي يحرم فيه الزواج من المرضى بالامراض العقلية او الوراثية، واصدر ايضاً قانون "حماية رعايا الرايخ" الذي حرم الزواج بين اليهود والالمان.

### ٥. نقل اطفال من الجماعة المحمية عنوة، الى جماعة اخرى:

لايشير مصطلح (عنوة) او (قسراً) الى القوة المادية المتبعة على وجه الحصرن وانما يشمل اعمال التهديد التي ترغم الجماعة على نقل الاطفال من جماعة لاخرى، او القسر الناشيء عن الخوف من العنف، والاكراه، والاحتجاز، والاضطهاد النفسي، واساءة استخدام السلطة ضد الشخص المعني، او فرض بيئة قسرية<sup>٢</sup>.

ويعني اخذ الاطفال جماعة قومية او إثنية او عنصرية او دينية، والمفروض بالقوة، ونقلهم الى جماعة اخرى، مثل نقل الاطفال من جماعة غجرية الى جماعة اخرى غير غجرية، كما حدث من نقل قسري للاطفال اليونانيين المسيحيين الذين خطفوا ونقلوا الى الامبراطورية العثمانية<sup>٣</sup>. مما يترتب اذى خطير للاطفال قد يصل الى الموت. وينقل مرتكب الجريمة اطفال مجموعة معينة بصفقتها القومية او الدينية منها

---

. اشرف توفيق شمس الدين، مصدر سابق، ص .

الى مجموعة اخرى بقصد اهلاك هذه المجموعة وانقاص عددها وهؤلاء الاشخاص المنقولين يجب ان يكونوا دون سن الثامنة عشر، كذلك لايجب قتلهم والا دخلنا في السلوك وهو قتل اعضاء الجماعة.

ونقل الاطفال من جماعة الى اخرى، يعتبر فعلاً من الفعال المكونة لجريمة الابادة، وهذا الفعل وسيلة للقضاء على ظاهرة تعاقب الاجيال، والحيلولة دون اكتساب الابناء للغة الاباء او عاداتهم او شعائر دينهم، بحيث لاينشأ هؤلاء الاطفال نشأة اخرى منقطعة الصلة بجذورهم. ويستوي بعد ذلك ان يكون النقل قد تم الى جماعة تكفل لهم الرعاية الصحية او الثقافية او الاجتماعية، او كان هذا النقل الى جماعة اخرى تجردهم من هذه الرعاية، او الى مكان يتعرضون فيه لظروف معيشية قاسية<sup>١</sup>. ويترتب على النقل القسري للاطفال عواقب خطيرة بصفة خاصة بالنسبة لبقاء الجماعة، بهذه الصفة في المستقبل. وكذلك قطع اية علاقة لهؤلاء الاطفال بجذورهم الاصلية، ومايسببه لهم ولعوائلهم ولاقاربهم من اذى نفسي كبير لابعادهم عنهم، ومنها ما قام به المستعمرون الاستراليون من نقل اطفال السكان الاصليين من ذويهم ودمجهم تحت رعاية وتبني المستعمرون البيض واستمر ذلك زهاء نصف قرن حتى الستينيات من القرن الماضي، مما تسبب عن نقل ثلث اطفال السكان الاصليين<sup>٢</sup>.

### المطلب الثاني

## القصد الجرمي الخاص

يتجسد الرن المعنوي الذي هو الجانب النفسي في الجريمة بالقصد الجرمي الذي هو طبقاً لنص المادة (١/٣٣) من قانون العقوبات النافذ "توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى نتيجة الجريمة التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى" ويتمثل القصد الجرمي بمعناه بعنصري العلم والارادة، يتمثل العلم بالادراك والتمييز أي

---

. اشرف توفيق شمس الدين، مصدر سابق، ص .  
- للمزيد ينظر: . ايمن سلامة، مصدر سابق، ص .

ان مرتكب الجريمة لم يكن مخطئاً او مكرهاً او تحت تأثير مسكر..... الخ". **وتتمثل الإرادة** بقدرة توجيه الافعال الى ارادة الفعل المرتكب و ارادة النتيجة الجرمية التي وقعت. وتفرض جريمة الابداء الجماعية ان يقوم مراكب الجريمة بفرض تدابير معينة على شخص او اكثر او ان ينقل شخصاً او اكثر من افراد الجماعة المنتمين الى قوم او عرق او دين معين بنية اهلاكهم وان يقصد بالتدابير المفروضة عنوة منع الانجاب او الالهلاك العقلي او الجسدي للجماعة. ومنها استخدام القنابل النووية بجميع انواعها ضد دولة اخرى او محاصرة مدينة وقطع الارزاق والمؤن عنها ووضع السموم في الانهار وآبار المياه وتلويث البيئة بقصد إحداث اضرار بالاشخاص<sup>1</sup>.

ان جريمة الابداء الجماعية هي جريمة عمدية لا ترتكب بطريق الخطأ وينصرف الى فعل من افعالها الى الارتكاب بعمد بقصد الابداء الكلية او الجزئية لجماعة وطنية او عرقية او عنصرية او دينية، ويضاف اليها قصد خاص هو قصد الابداء لدى الفاعل ولو لم تتحقق الابداء الفعلية. ويجب ان يكون الفعل محدد وقد ارتكب ضد جماعة محددة. وينبغي ان تقوم هذه الافعال المحظورة بطبيعتها عن وعي و ارادة ولا يمكن للفرد ان يرتكبها عادة دون ان يكون على علم بان عواقب معينة يمكن ان تترتب عليها. وهذه ليست من قبيل ذلك النوع من الافعال التي تحدث عادة بصورة عرضية او حتى نتيجة لمجرد الاهمال. غير ان وجود قصد عام لارتكاب فعل من الافعال المحددة مقترن بوجود وعي عام بالعواقب التي يمكن ان تترتب على مثل هذا الفعل فيما يتعلق بالضحية مباشرة. بالاضافة الى وجود حالة ذهنية معينة او قصد محدد فيما يتعلق بالعواقب الاجمالية للفعل المحذور.

ان القصد يعتبر استنتاجاً منطقياً ينبع من اثبات الافعال المادية. وان القانون الجنائي يفترض ان الفرد يقصد نتائج الفعل الذي يرتكبه، ومن حيث النتيجة يستنتج وجود ركن العمد في اثبات الركن المادي نفسه. وهو لدى البعض<sup>2</sup> عقد النية على ابداء الجماعة

---

ينظر: . محمود سالم السامرائي، القانون الدولي الانساني وتحديات الموقف السياسي، دار ابن الاثير، الموصل،

. . محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مصدر

كلياً أو جزئياً، ويجب في اثباته اثباتان المتهم بالفعل الاجرامي بنية اباده جماعة ما، فارتكاب فعل الابادة كلياً أو جزئياً عن اهمال أو رعونة ليس كافياً لاثبات المسؤولية الجنائية تجاه الفرد.

ان توافر القصد الجرمي في جريمة الابادة الجماعية يتطلب عناية فائقة اكثر مما تتطلبه جريمة القتل. لان الجريمة يجب ان ترتكب بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة محمية بصفقتها هذه. فاذا قرن المتهم فعله أو سبق الفعل بنوع من الاعلان أو البيان عن الابادة الجماعية، فان مضمون الاعلان أو البيان قد يساعد في اثبات القصد الخاص.

وبخلافه يعتمد الادعاء العام على سياق الجريمة، وضخامة نطاقها، وعناصر ارتكابها التي توحي بكرهية الجماعة والرغبة في تدميرها. كما ان الباعث الرئيس للابادة الجماعية، هو الغيظ الاعمى لتدمير الافكار، والقيم، وروح الجماعة القومية أو العرقية أو الدينية بحد ذاتها، وليس وجودها الجسدي. ولا بد من وجود هذا القصد الذي تعمّد الجاني التسبب فيه لاحداث هذه النتيجة. وان القصد الجنائي لاية جريمة يتطلب ان يسعى الفاعل بوضوح الى ارتكاب الفعل الجرمي، لهذا فان القصد الخاص في جريمة الابادة الجماعية هو قصد تدمير أو افناء جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو قومية. بصفقتها هذه كلياً أو جزئياً.

**والقصد الخاص** الذي يتمثل بنية الافناء أو الابادة هو الذي يميز جريمة الاباد الجماعية عن جريمة القتل العمد ويميزها عن غيرها من الجرائم . كما اسلفنا . والمعيار الحاسم لاحتساب هذا القصد هو عضوية انتماء هذا الفرد أو الافراد الضحية الى جماعة معينة، وبالتالي فان قتل شخص واحد مع توافر هذا القصد تقع به جريمة الابادة الجماعية، وقتل الف شخص بدون توافر هذا القصد نكون امام جريمة القتل بحسب اوصافها. فليس كثرة عدد الضحايا أو جسامة الجريمة هو من يحدد نوع الجريمة، لذلك فان جرائم هيروشيما وناكازاكي التي قام بها الامريكان ضد الشعب الياباني، لاتعتبر جريمة اباده بل جرائم قتل، بينما تعتبر جريمة اغتصاب واحدة بتوافر قصد الافناء جريمة اباده.

والقصد الخاص تتجه عناصره الى واقعة او وقائع لاتدخل في عداد عناصر الركن المادي للجريمة، وغني عن البيان ان القانون لا يتطلب تحقق الغاية التي يستهدفها الفعل، وانما يكفي بمجرد احاطة العلم بها واتجاه الارادة اليها. ويرى فقهاء القانون الجنائي، ان جريمة الابادة الجماعية لاقيام لها الا اذا ارتكب الجاني فعلة بنية القضاء على وجود مجموعة من الناس تجمع بينهم رابطة الوطن او اللغة او الحضارة او العرق، او الدين، قضاءً تاماً او جزئياً.

كما يمكن التعبير عن قصد الافناء بصورتين ارادة تدمير عدد كبير جدا من اعضاء الجماعة، وتنتج ارادة تدمير جماعية كما يمكن ان يتضمن السعي الى اباده عدد اكثر محدودية من الاشخاص، ويكون اختيارهم على اساس التأثير الذي سيكون لاختفائهم على بقاء الجماعة. وفي هذا الافتراض نكون امام ارادة الابادة "الانتقائية *Selective*" للجماعة. ومثالها ما حدث في سيرينتشا البوسنية حيث تم انتقاء الرجال القادرين على حمل السلاح وقاموا بقتلهم، كذلك ما حصل للارمن على يد الاتراك ١٩١٥، وان كان الاتراك يحتجون بانها احداث شغب داخلية، تدخلت السلطات لحلها فنتج عنها بعض الاصابات.

اما الحكومة البارجوانية، والتي اتهمت بممارسة اعمال الابادة الجماعية ضد قبائل "الأتشي" من الهنود، الذين رفضوا الانتقال الى مساكنهم التي كانت تحول دون انشاء طرق ومشاريع الاقتصادية في الفترة من عام ١٩٦٨ . ١٩٧٢، فقد دفعت الحكومة بانه لم تكن لديها اية نية اجرامية لآبادة قبائل "الأتشي" من البلاد.

كذلك تعرضت المحكمة الفيدرالية الالمانية لمسألة القصد عام ١٩٩٩ حيث قررت بأن مرتكبي جريمة الابادة الجماعية لا يستهدفون شخصاً فرداً، ولا يرون الضحية كأسان، ولكن ينظرون اليه عضواً في الجماعة المستهدفة. وتبنت محكمة العدل الفيدرالية الالمانية القصد الخاص لجريمة الابادة بقولها: "انه تدمير الجماعة ككيان اجتماعي في خصوصيتها والشعور بالانتماء للجماعة، ولا يشترط ان يمتد التدمير ليشمل التدمير

المادي للجماعة..... ويكفي لمرتكب الجريمة ان يقصد تدمير البناء المركزي المسيطر لتلك الجماعة". وأشارت المحكمة ان نص الفقرة (٣٢٠) من القانون الجنائي الالمانى لا يتطلب ان يقصد مرتكب الجريمة التدمير المادي على الاقل لجزء كبير من الجماعة، ولكن يمكن ان يستخلص ذلك القصد بالتدمير من ظروف الهجوم المنفذ ضد التركيب المركزي المسيطر للجماعة، والذي يدركه جيداً مرتكب الجريمة ويستهدفه<sup>١</sup>.

ويظهر قصد الافناء او التدمير او الابداء بمختلف تسمياته المسؤولية الجنائية التي تتحقق بصفة اساسية قبل هؤلاء المخططين او البادئين او المنفذين للسياسة التي قصدت بصفة خاصة احداث النتيجة التدميرية للجماعة محل الحماية (كلياً او جزئياً)<sup>٢</sup>. وقد قضت المحكمة الدولية الخاصة يوغسلافيا السابقة في قضية احد المتهمين انه "اذا لم يتم توافر القصد الخاص بجريمة الابداء الجماعية لدى المتهم، وقيامه بعمليات القتل عشوائياً، دون قصد تدمير جماعة ما، لا يثبت به قيام جريمة الابداء الجماعية"<sup>٣</sup>.

وتولى معاهدة ١٩٤٨ لـ "النية في القضاء على الجماعة" كبيرة ضمن تعريفها للابادة مما يجعل الترجمة التاريخية لهذه الفكرة صعبة المنال. فلا يبدو ان بعض الاحداث الكارثية نتجت من تخطيط مسبق كالمجاعة في الصين الشيوعية بين ١٩٥٨ و ١٩٦٢ والتي راح ضحيتها من (٢٠) الى (٤٣) مليون نسمة. لم يتمكن احد من تقديم البرهان على ان ماوتسي تونغ الهادي بـ "القفزة الكبيرة الى الامام" كان ينوي القضاء على شعبه. فالمأساة ترجع الى جمود الحزب ادارياً وعدم كفايته اقتصادياً الخ..... في المقابل فانه يمكن ابراز تأكيدات اكثر وضوحاً لارادة ستالين الاجرامية في التسبب بمجاعة اوكرانيا بين ١٩٣٢ و ١٩٣٣ والتي ذهب ضحيتها ما بين (٦) و (٧) ملايين نسمة. وكان غرض موسكو القضاء النهائي على المقاومة هناك، فهل يمكن التحدث عن عملية "إبادة جماعية"؟ المعترضون يحتجون بان نية ستالين لم تكن القضاء على الاوكرانيين بصفتهم القومية. نشير الى ان شعوباً اخرى تعرضت للابادة بسبب المجاعة (بلاد

ينظر: . ايمن سلامة، مصدر سابق، ص .

. . محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص .

القوقاز، كوبان، آسيا الوسطى.....). مهما يكن فان الفخ الذي يتربص دوماً بالمؤرخ هو التحول الى مدح عام يبرهن ان الامور كانت معدة سلفاً بينما التاريخ محصلة ظروف وعناصر غامضة او غير محددة التأثير<sup>١</sup>. ويمكن اثبات القصد الخاص بالنظر الى السلوكيات التي تم بها الفعل الاجرامي من وقت الاعتداء ومكانه، وطبيعة الاسلحة المستخدمة وكيفية استخدامها، وظروف وملابسات الارتكاب، ومعرفة الجهة المعتدى عليها اذا كان يستهدف جماعة معينة لذاتها.

وتذكر وثائق التحقيق في الصراعات الرواندي واليوغسلافية، ان مرتكبي الجرائم لم يخفوا أي دليل كتابي، بينما خلفت الابادة النازية في المانيا بالرغم من كل العناية للسرية التي كانوا يعملون بها، ادلة كتابية مفصلة، مازالت عالقة في الازهان الى يومنا هذا، ويعتقد البعض<sup>٢</sup> فيما يتعلق بالصراع اليوغسلافي ان الولايات المتحدة الامريكية بتصوير وتسجيل عبر الاقمار الصناعية وغيرها من الاتصالات التلفونية تثبت حقائق كبيرة تشمل الكثير من الجرائم المرتكبة فيهان ولكنها لم تقدمها للدعاء العام للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيان لاسباب سياسية.

ولاشك ان علة تجريم جريمة الابادة الجماعية تتجسد في وضع حد لجبروت الحكام الذين يظلمون اقلية وطنية، او قومية، او دينية، بغية اقرار الحماية اللائقة للقيم الانسانية العليا التي تمثل جزءاً لا يتجزأ من مبادئ العدالة، ومقتضيات الضمير الانساني<sup>٣</sup>. وقد قررت محكمة العدل الدولية، في حكمها الصادر في ٢١ فبراير عام ١٩٢٥ بشأن النزاع بين تركيا واليونان حول تبادل السكان، بأن الدولة التي التزمت بالقواعد الدولية عليها ان تغير قواعدها الداخلية لتتسجم مع القانون الدولي العام.

وبعد اطاحة الفيتناميين بالنظام هل دعمت الامم المتحدة او الولايات المتحدة جهود محاكمة زعماء الخمير الحمر ؟ لا بل العكس هخو الصحيح. ففي ١٩٧٩ صوتت ادارة كارتر لصالح احتفاظ نظام الابادة الجماعية بمقعد كمبوديا في الجمعية العامة للامم

---

للمزيد ينظر زميلنا: . ي رشيد الياسين، مصدر سابق، ص - .  
ينظر: . د محمود بسيوني، مبادئ القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص - .

المتحدة. وعلى الرغم من ان الامم المتحدة ارسلت اكثر من (٢٠) جندي و (٥) آلاف مستشار مدني الى كمبوديا لاتوجد اشارة لجرائم الحرب في معاهدة باريس لعام ١٩٩١. وفي النهاية لم يتم القضاء على الخمير الحمر خوفاً من العدالة العالمية ولكن صدر عفو عام ١٩٩٦ عن اينغ ساري، ومنشقين آخرين وبعد اكثر من عامين من المفاوضات الشائكة مع الامم المتحدة اعلن رجل كمبوديا القوي هون سين مؤخرا ان بلاده ستعقد محاكمات جرائم حرب خاصة بها سواء بدعم او بدون دعم من الامم المتحدة.

وكانت المحكمة الخاصة برواندا قد تأسست في اروشا ببتزانيا عام ١٩٩٥ للتحقيق في المذابح التي اسفرت عن مصرع ٨,٠٠٠,٠٠٠ من إثنية التوتسي والمعتدلين الهوتو على ايدي المتطرفين الهوتو عام ١٩٩٤، ورغم الميزانية الكبيرة المخصصة لهذه المحكمة التي تضم (١٦) قاضياً و (٨٠٠) من العاملين الا انها لم تدن سوى ثمانية اشخص فقط حتى الان لدورهم في جرائم الابادة الجماعية، وقدمت الى المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا اكثر من ٨٠٠٠ وثيقة بين دعوى وشهادات، عندما بدأت المعالجة القضائية لآبادة ١٩٩٤ الجماعية التي ادت الى اباده اكثر من ٨٠٠,٠٠٠ توتسي وهوتو، وجاءت كَرَد الى المطلب الكبير الذي يدعو الى عقاب قضائي في المستوى الوطني قبل البدء بالاجرات الدولية. وهو رد ايضا على محاكمات الابادة الجماعية المُنتَقَدَة عالمياً، من القضاء الرواندي، الذي كان مراراً وتكراراً خاضه لاتهامات عدم الكفاءة والقرب الى النظام العسكري الرواندي<sup>١</sup>.

وبالنسبة للجزء فقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية الابادة على عقاب مرتكبي الاباد الجماعية او أي من الافعال الاخرى المذكورة في المادة الثالثة، سواء كانوا حكاماً دستوريين او موظفين عامين او افراداً. ويتعهد الاطراف المتعاقدون . طبقاً للمادة الخامسة منها . بان يبتخذ كل منهم طبقاً لدستوره التدابير التشريعية اللازمة لضمان انفاذ

<sup>1</sup> Will William A. Schabas- *Genocide in International Law- German Edition; Hamburger Edition, Hambourg, 2003, p: 792.*

احكام هذه الاتفاقية، وعلى وجه الخصوص النص على عقوبات جنائية ناجعة تنزل بمرتكبي الابدادة الجماعية او أي من الافعال الاخرة المذكورة في المادة الثالثة. كما ويحاكم . طبقا للمادة السادسة الاشخاص المتهمون بارتكاب الابدادة الجماعية او أي من الافعال الاخرى المذكورة في المادة الثالثة امام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل على ارضها او امام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص ازاء من يكون من الاطراف المتعاقدة قد اعترف بولايتها. وهو مالم تتخذ العديد من دول العالم تعديلاً تشريعياً بحقه ومنها العراق.

## الخاتمة

1. تعرف جريمة الابدادة الجماعية بانها: (كل مساس خطير بجماعة محددة لصفة خاصة بها) والمساس الخطير يمكن التعبير عنه بكل فعل يهدف الى قتل وتدمير الجماعة والاذى الجسدي والعقلي والاغتصاب وفرض المجاعة والتعذيب والاضطهاد ومنع الانجاب ونقل الاطفال بعيدا عن بيئتهم، وكل فعل يقصد الجماعة بصفاتها الدينية او القومية او الثقافية بقصد اهلاكها او ابادتها.
2. تتميز جريمة الابدادة الجماعية عن الجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب وجريمة التطهير العرقي بصفاتها واوصافها الخاصة بها. من حيث الجهة المعتدى عليها، وصور السلوك، والهدف منها، والقصد من ارتكابها.
3. ترتكب جريمة الابدادة الجماعية لاسباب قد تكون قومية، او عنصرية او عرقية او إثنية، او اسباب دينية ، او عقائدية او طائفية، او اسباب ثقافية، او اجتماعية او سياسية. وهذه المجموعات هي بذاتها محل السلوك الاجرامي فيها، وتكمن في مرتكبيها خطورة جسيمة يجب وضع تشريعات حازمة للقضاء عليها.
4. يتجسد السلوك الاجرامي في جريمة الابدادة الجماعية بقتل اعضاء من الجماعة، والحاق اذى جسدي او روحي خطير باعضائها، واخضاع الجماعة عمدا لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً او جزئياً، وفرض تدابير تستهدف

الحؤول دون انجاب الاطفال داخل الجماعة، ونقل اطفال من الجماعة عنوة، الى جماعة اخرى.

٥. الشروع متصور في جريمة الابادة الجماعية بصورتيه الموقوفة والخائبة، كذلك فانها تخضع للقواعد العامة للمساهمة الجنائية في التحريض والمساعدة والاتفاق، كذلك تعتبر من اخطر الجرائم التي تمثل صورة للجريمة والاتفاق الجنائي.

٦. الركن المعنوي في جريمة الابادة الجماعية يتمثل بالقصد الجنائي العام، بالعلم والارادة، وذلك لانها جريمة عمدية، لاتقع الا بتصور جنائي فيها. ولا يمكن تصورها كجريمة غير عمدية بأي حال من الأحوال.

٧. تتميز جريمة الابادة الجماعية بالقصد الخاص بها، وهو نية الافناء (او التدمير او الابادة) بمختلف تسمياتهن والذي يهدف الى الجماعة المحددة دينياً وقومياً.....الخ، الى تدمير الجماعة (او اهلاكها او القضاء عليها) والذي يوجب فيع عقد العزم والنية على ذلك واثبات القصد مسألة موضوعية تتجلاها محكمة الموضوع، من ظروف الجريمة وملابساتها.

٨. نقترح تعديل قانون العقوبات النافذ، بنصوص قانونية تتناول، تعريف هذه الجريمة، وبيان صورها، والعقاب عليها، وتتضمن نصوصها الشروع والاشتراك فيها. وتكون محكمة الجنايات الكبرى في كل محافظة هي المختصة بالنظر فيها، ولا يكون النص المعالج لها محدد بزمن او مكان معين. بل يعالجها كأى جريمة اخرى.

٩. نقترح تعديل قانون العقوبات النافذ . ليتضمن نصوص قانونية تعالج الجرائم ضد الانسانية، وجرائم الحرب، وجريمة التطهير العرقي، وبيات تعريفاتها، وصورها، والشروع والاشتراك فيها، والعقاب عليها، وجعل محكمة الجنايات هي المختصة بها.

١٠. يقع على عاتق الفقهاء والمختصين بالقانون، عمل ندوات او ورش عمل او مؤتمرات، تبين هذه الجرائم، واوصافها وعقابها، وتركز على بيان هذه الجرائم في تاريخ العراق القديم والحديث، نظراً لما يتعرض له هذا الشعب من ابادات منذ القدم ولحد الان.

## المصادر

### اولاً: باللغة العربية:

١. ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، اسطنبول، تركيا، ١٩٩٨.
٢. د. اشرف توفيق شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٣. د. ايمن عبد العزيز سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الابدادة الجماعية، ط١، دار العلوم للنشر، القاهرة، ٢٠٠٦.
٤. زين العابدين الركابي، ابادة اليهود حرام وابدادة الشيشان حلال!، جريدة الشرق الاوسط، ٢٠٠٢/٢/٤.
٥. د. سامي شُبْر، جزاءات الامم المتحدة ضد العراق وجريمة الابدادة الجماعية، ترجمة: د. رياض القيسي، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.
٦. أ.د. ضاري رشيد الياسين، الفصل الاول والتميز العنصري في ضوء القانون الدولي، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨٣.
٧. عبد القادر صابر جرادة، القضاء الجنائي الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق . جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.
٨. د. محمود سالم السامرائي، القانون الدولي الانساني وتحديات الموقف السياسي، دار ابن الاثير، الموصل، ٢٠٠٨.
٩. أ.د. محمود شريف بسيوني، القانون الدولي الانساني، منشورات وزارة حقوق الانسان، بغداد، ٢٠٠٥.

١٠. أ.د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤
١١. د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠
١٢. ناظر احمد منديلن جريدة اباداة الجنس البشري في القانون الدولين رسالة ماجستير، كلية القانون . جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

### ثانياً: باللغات الاجنبية:

1. *Dr.Caroline Fournet- Genocide and Crimes Against Humanity- Durham University- CG 93, December, 2008.*
2. *Hanna Kabbani and other- Le Dictionnaire Majeur Des Eleves- Dar Al-Kotob Al-llmiyh, Beyrouth, 2006.*
3. *Jacques SEMELIN-Analyser le massacre. Réflexions comparatives, coll. "Questions de Recherche", CERI, Paris, 2002, (téléchargeable sur le site ceri-sciences-po.org).*
4. *Project-International Criminal Court: Fact sheet 3: Prosecuting the crime of genocide-Al Index: IOR 40/04/00.*
5. *Webster Comprehensive Dictionary-Internatioal Edition- 1977.*
6. *Will William A. Schabas-Genocide in International Law- German edition; Hamburger Edition, Hamburg 2003.*

### ثالثاً: التشريعات:

١. الاتفاقية الخاصة بمنع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها في ٩ كانون الاول ١٩٤٨.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. قانون المحكمة الجنائية العراقية رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ الملغى.
٤. قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.
٥. الوقائع العراقية، رقم العدد (٣٣٨٧) لسنة ١٩٩٢.
٦. الوقائع العراقي، رقم العدد (٣٩٨٠) لسنة ٢٠٠٣.

٧. الوقائع العراقية، رقم العدد (٤٠٠٦) لسنة ٢٠٠٥.

٨. منشورات الامم المتحدة على الموقع الالكتروني: [www.un.org](http://www.un.org)

# الحق في الخصوصية وحماية البيانات

م.م. جيمس غازي فيصل

## المقدمة

ان الحق في الخصوصية عميق الجذور من الناحية التاريخية ففي الكتب السماوية العديد من الاشارات للخصوصية تتطوي على الاعتراف بحماية الشخص من ان يكون مراقبا، وتوجد هناك ثمة حماية للحق في الخصوصية في الشرائع اليونانية والصينية

القديمة وقد جاء القرآن الكريم صريحاً، في حماية السرية وفي منع انشطة التجسس وكذلك في حماية المساكن من الدخول دون اذن. اما بالنسبة للتشريعات فإن الدول الغربية قد اقرت جوانب من حماية الخصوصية منذ مئات السنين ففي عام ١٣٦١ تم تشريع قانون في بريطانيا يمنع اختلاس النظر واستراق السمع ويعاقب عليها بالحبس. وفي عام ١٧٦٥ اصدر اللورد البريطاني (Camden) قراره بعدم جواز تفتيش منزل وضبط اوراق فيه<sup>٢</sup>. وقد طورت دول عديدة حماية الحق في الخصوصية بعد هذا التاريخ، ففي عام ١٧٧٦ سن البرلمان السويدي قانون الوصول الى السجلات العامة والذي لزم كافة الجهات الحكومية التي لديها معلومات ان تستخدمها لاهداف مشروعة. وفي عام ١٨٥٨ منعت فرنسا نشر الحقائق الخاصة وفرضت عقاباً على المخالفين، اما قانون العقوبات النرويجي فقد منع في عام ١٨٨٩ نشر المعلومات الخاصة التي تتعلق بالشخصية والاطوار الخاصة. وفي عام ١٨٩٠ كتب محاميان امريكيان *Samul Warrrend and Louis Brandeis* مقالا، عن حماية الحق في الخصوصية باعتبار الاعتداء عليها من قبيل الفعل الضار ووصف الخصوصية بانها الحق في ترك الشخص وحيداً، وقد انتشر هذا المفهوم في الولايات المتحدة الامريكية كجزء من القانون العام. وفي العصر الحديث فان مفهوم الحق في الخصوصية ظهر في الاعلان العالمي لحقوق الانسان في عام ١٩٤٨ والذي كفل حماية الاماكن والاتصالات. وهناك العديد من اتفاقيات حقوق الانسان العالمية اعترفت بالحق في الخصوصية كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (ICCPR) واتفاقية الامم المتحدة للعمال والمهاجرين والتفاقية الامم المتحدة لحماية الطفولة وغيرها. اما على المستوى الاقليمي فهناك العديد من الاتفاقيات الدولية قد اعترفت بالحق في الخصوصية ونظمت قواعد حمايته كما هو

---

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ \*﴾ {النور/٢٧} ..... وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ \*﴾ {الحجرات/١٢}

( ) من الاعلان العالمي على انه: (لايعض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة او اسرته او مسكنه او مراسلاته او لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل او تلك الحملات).

الحال في الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية (روما لعام ١٩٥٠)<sup>١</sup> وهذه الاتفاقية قد انشأت المفوضية الاوربية لحقوق الانسان والمحكمة الاوربية لحقوق الانسان لمراقبة تطبيقها وكلاهما كان نشطا، في تطبيق وحماية الحق في الخصوصية وضيق من نطاق الاستثناءات على حكم المادة الثامنة وماتقرره من حماية، وفي هذا الشأن فأن المفوضية الاوربية لحقوق الانسان قالت عام ١٩٧٦: (ان الحق في احترام الحياة الخاصة هو الحق في الخصوصية، الحق في الحياة الخاصة الى المدى الذي يتمتع به الانسان والحق في الحماية من العالمية). ووفقاً لرأي اللجنة فأن الحق في احترام الحياة الخاصة لا ينتهي هنا بل يمتد الى الحق في تأسيس وتطوير العلاقات مع الاشخاص الآخرين. وهناك اتفاقيات اقليمية اخرى، بدأت تنص وبوضوح على حماية الخصوصية كالمادة (١١) من الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان التي جاء نصها مطابقاً، تقريبا للنص المقرر في الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

لقد تطور الحق في الخصوصية وحماية البيانات في الستينيات والسبعينيات نتيجة للتأثر بتقنية المعلومات وسبب القوى الرقابية المحتملة لانظمة الكمبيوتر التي استوجبت وضع قواعد معينة تحكم جمع ومعالجة البيانات الخاصة، وفي هذا الميدان فأن اول معالجة تشريعية لحماية البيانات كان عام ١٩٧٠ في هيس بالمانيا والذي تبعه سن اول قانون وطني متكامل في السويد عام ١٩٧٣ ثم الولايات المتحدة عام ١٩٧٤ ثم المانيا على المستوى الفيدرالي عام ١٩٧٧ ثم فرنسا عام ١٩٧٨ وفي عام ١٩٨١ وضع الاتحاد الاوربي اتفاقية حماية الافراد من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، ووضعت كذلك منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية دليلاً ارشادياً، لحماية الخصوصية ونقل البيانات الخاصة، والذي قرر مجموعة قواعد تحكم عمليات المعالجة الالكترونية

---

حيث قررت في المادة ( ) منه: ( - لكل انسان الحق في احترام حرمة حياته الخاصة ومنزله ومراسلاته. - يمنع تدخل السلطة العامة في ممارسة الانسان لحقه المذكور الا في الاحوال التي يبينها القانون، وفي حالة حماية الامن القومي للمجتمع الديمقراطي، او لحماية سلامة ال للمصلحة الاقتصادية او لمنع حالات الفوضى او ارتكاب الجرائم، او لحفظ الصحة والاخلاق العامة، او لحماية ورعاية حقوق وحريات الاخرين).

للبيانات وهذه القواعد تصف البيانات والمعلومات الشخصية على انها معطيات تتوافر لها الحماية في كل مرحلة من مراحل الجمع والتخزين والمعالجة والنشر. ومفهوم حماية البيانات في المواثيق المتقدمة والقوانين يتطلب ان تكون البيانات الشخصية:

١. قد تم الحصول عليها بطريق مشروع وقانوني.

٢. تستخدم للغرض الاصلي المعلن والمحدد.

٣. تتصل بالغرض المقصود من الجمع ولا تتجاوزه ومحصورة بذلك.

٤. صحيحة وتخضع لعمليات التحديث والتصحيح.

٥. يتوفر حق الوصول اليها.

٦. تحفظ سرية وتحمي سريتها.

٧. تُدمر بعد استنفاد الغرض من جمعها.

وقد اثرت الاتفاقية الاوربية دليل منظمة التعاون الاقتصادي تأثيراً كبيراً، وبشكل ادى الى وضع تشريعات في مختلف دول العالم، وقد وقعت مما يقارب (٣٠) دولة على الاتفاقية الاوربية وكثير من الدول تخطط للانضمام اليها كما استخدم دليل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشكل واسع وتأثرت به العديد من التشريعات الوطنية حتى خارج اطار الدول الاعضاء في هذه المنظمة. وعلى ضوء ماتقدم ان الحديث عن الخصوصية وحماية البيانات يقتضي بنا التطرق الى التعريف بالحق في الخصوصية اولاً: وبيان اثر تقنية المعلومات على الحياة الخاصة. ثانياً: ثم بيان الجهود الدولية والاقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية. ثالثاً واخيراً التطرق الى التدابير التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية. وسوف نورد لكل فقرة مذكورة اعلاه مبحثاً مستقلاً وكما يأتي:

## المبحث الاول

### التعريف بالحق في الخصوصية

ان تحديد ماهية الحق في الخصوصية يتطلب منا الحديث عن تعريف الخصوصية ثم بيان مفاهيم الخصوصية (انواعها) وسوف نتطرق الى كل منهما في مطلب مستقل وكما يلي:

## المطلب الأول تعريف الخصوصية

يكاد ينعقد الاجماع على صعوبة التوصل الى تعريف جامع مانع للحق في الحياة الخاصة، او الخصوصية او السرية الشخصية كما يسميها البعض. ولهذا نجد هناك تعريفات متعددة ومتباينة قد تم وضعها للحق في الحياة الخاصة، لابين الانظمة القانونية المختلفة، ولكن في اطار النظام القانوني الواحد، فللفقه تعريفاته<sup>1</sup> ولل قضاء تعريفاته، وهي تتباين في الاطار الواحد. اما التشريعات، فقد اتجهت الى عدم ايراد تعريف للحق في الحياة الخاصة تاركة هذا الامر للفقهاء والقضاء، واكتفت بوضع نصوص تكفل حماية الحق وتعدد صور الاعتداء عليه.

اما سبب شبه الاجماع على ان تعريف الحق في الخصوصية من الامور الصعبة فهو يرجع الى اختلاف المفهوم الذي يمثل الاساس لتحديد التعريف اضافة الى التباين في التعريفات تبعاً، للنظم القانونية المختلفة. في كثير من الدول فان مفهوم الخصوصية اختلط وارتبط بمفهوم حماية البيانات وهو ما يوضع الخصوصية ضمن اطار الحق في حماية البيانات الخاصة، وفي خارج نطاق هذا المفهوم فان الخصوصية ظهرت كوسيلة لتحديد الخطوط الفاصلة بين حق الفرد المطلق وبين حق المجتمع بالتعرض لشؤونه، لكن هذا التباين لم يمنع من نشوء العديد من التعريفات من قبل الفقهاء القانونيين والنظم القضائية. في عام ١٨٩٠ ذهب قاضي المحكمة الامريكية العليا *Louis Brandeis*

---

يعرف استاذ القانون الدولي (I.E.Westin) الحق في الحياة الخاصة او الحرمة الشخصية بانه:  
( ) سسات في ان يقرروا بانفسهم زمن وكيفية ومدى نقل المعلومات عن انفسهم الى الاخرين، والخصوصية منظورا اليها من علاقة الفرد بالمشاركة الاجتماعية، هي انسحاب الفرد الطوعي والمؤقت من المجتمع العام عبر وسائل مادية او نفسية).  
: . صالح جواد كاظم عن التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مباحث في القانون الدولي،  
، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد،

ويعرفه خبراء مكتب العلوم والتقنية المرتبطة بالبيت الابيض الامريكي بانه: (حق الفرد في ان يحدد بنفسه ما يتقاسمه مع الاخرين في افكاره وعواطفه والحقائق المتعلقة بحياته الشخصية)  
. سامي الشوا، الغش المعلوماتي كظاهرة اجرامية مستحدثة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة - تشرين الاول - اكتوبر/

الى ان الخصوصية هي الحق في ان يترك الشخص ليكون وحيداً، ولهذا فإن الخصوصية تعد اهم سمة من سمات الحرية في المجتمع الديمقراطي. وتمسك القاضي المذكور بوجود ان ينظم الحق في الخصوصية ضمن الدساتي. وفي مقاله تحت عنوان (*Privacy and Freedom*) عام ١٩٦٧ عرف (*Alan Westin*) الخصوصية بانها: (رغبة الافراد في الاختيار الحر للآلية التي يعبرون فيها عن انفسهم ورغباتهم وتصرفاتهم للاخرين). اما وفقاً ل (*Calcutt*) في بريطاني فقد قالت اللجنة انه لم تتمكن من الوصول الى تعريف كافٍ ومرضٍ للخصوصية لكنها رغم ذلك تبنت تعريفاً قانونياً، ضمنته في تقريرها حول الخصوصية وهو (حق الافراد في الحماية ضد التدخل في الحياة الخاصة وشؤونهم وشؤون عائلاتهم بوسائل مادية مباشرة او عن طريق نشر المعلومات عنهم)<sup>١</sup>. اما وفقاً ل (*Ruth Gavison*) فإن للخصوصية ثلاثة عناصر: السرية، والعزلة، والتخفي. من هذه التعاريف، يمكننا القول وبأيجاز الحقائق التالية المتصلة بتحديد ماهية حق الخصوصية او الحياة الخاصة.

١. من الصعب وضع تعريف جامع للحق في الحياة الخاصة لان تعريف هذا الحق يرتبط في الواقع بمنظومة التقاليد والثقافة والقيم الدينية السائدة والنظام السياسي في كل مجتمع<sup>٢</sup>.

٢. امام صعوبة وضع تعريف ايجابي للحق في الحياة الخاصة، اتجه جانب من الفقه الى وضع تعريف سلبي، يحدد المقصود بالحق في الحياة الخاصة، بكل ما لا يعد من حياة الفرد العامة، غير ان هذا المسلك منتقد من وجوه عدة، اهمها: صعوبة التمييز بين ما يندرج ضمن مفهوم الحياة العامة وذلك الذي يقع ضمن

---

: تقرير الخصوصية السنوي *The Electronic Privacy in Formation Center*  
- المنشور على شبكة الانترنت:

<http://www.privacyinternational.org>

وفي هذا الصدد يقول . هشام رستم: (ان هناك تباينات عدة حول تصور ماهي هذا الحق وتحديد العناصر المكونة له، هذه التباينات تفرضها في تقديرنا طبيعة هذا الحق.....).  
: يونس عرب، الكتاب الثاني من موسوع القانون وتقنية المعلومات، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، منشورات اتحاد المصارف العربية، سنة .

نطاق الحياة الخاصة مثال ذلك الحياة المهنية التي تعد في نظر البعض مما يدخل في نطاق الحياة العامة بينما تعد في نظر الاخرين مما يدخل في نطاق الحياة الخاصة<sup>١</sup>.

٣. يستخلص جانب من الفقه<sup>٢</sup> عناصر رئيسية للحق في الحياة الخاصة تلتقي عندها . كحد ادنى . الآراء المتباينة بشأن تعريف هذا الحق، اولهما: (اقتران الخصوصية بالانسحاب من الوسط او العالم المحيط وربطها من ثم بفكرة الخلوة او العزلة)، وسندا لذلك تتمثل غاية هذا الحق . كما يحددها الاستاذ (P.Kayser) بضمان لبسلام والسكينة لهذا الجانب المنعزل من الحياة غير المتصل بالانشطة العامة بجعله بمنأى عن التقصي والافشاء غير المشروعين)<sup>٣</sup>. وثانيهما: الاعتراف للشخص بسلطة الاعتراض على التدخل ا التقصي عن خصوصياته من جهة وسلطة الاعتراض على وصول معلومات تتعلق بخصوصياته ال الغير من جهة اخرى<sup>٤</sup>.

## المطلب الثاني انواع الخصوصية

يقول د. اسامة عبد الله فايد (ان من الصعب الفصل بين الحياة العامة والحياة الخاصة لارتباطهما بعضا ببعض، فمن الصعب القول اين تنتهي الحياة الخاصة واين تبدأ الحياة العامة ويكاد ينعقد الاجماع على القول بأن من المستحيل وضع معيار للتمييز بين ما يعد من قبيل الحياة العامة ومما يدخل في نطاق الحياة الخاصة).

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

يقول د. هشام رستم: (ان للخصوصية وجهين متميزين، مادي: وقوامه عدم اقحام النفس في خصوصيات الاخرين والتدخل في شؤونهم الخاصة، والخصوصية منظوراً اليها من هذه الوجة المادية حسب الوصف الذي يطلقه عليها البعض.

: الخاصة بالفرد محلاً للحق في الاعلام بالنسبة للغير، وهو ما يستتبع عدم استخدام الاخرين معلومات تتعلق بحياة الفرد الخاصة والخصوصية من هذه الوجة، كما يسميها البعض اعلامية) : يونس

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

يمكن تقسيم الخصوصية الى عدد من المفاهيم المنفصلة لكنها ترتبط معا، في الوقت ذاته وهي:<sup>1</sup>

١. خصوصية المعلومات *Information privacy*: والتي تتضمن القواعد التي تحكم جمع وادارة البيانات الخاصة كمعلومات بطاقات الهوية والمعلومات المالية والسجلات الطبية والسجلات الحكومية وهي المحل الذي يتصل عادة بمفهوم حماية البيانات.

٢. الخصوصية الجسدية او المادية *Bodlily Privacy*: وهي التي تتعلق بالحماية الجسدية للأفراد ضد اية اجراءات ماسة بالنواحي المادية لاجسادهم كفحوص الجينات وفحص المخدرات.

٣. خصوصية الاتصالات *Telcomunication Privacy*: وهي التي تغطي سرية وخصوصية المراسلات الهاتفية والبريد الالكتروني وغيرها من الاتصالات.

٤. الخصوصية الاقليمية (نسبة الى الاقليم المكاني): وهي التي تتعلق بالقواعد المنظمة للدخول الى المنازل وبيئة العمل او الاماكن العامة والتي تتضمن التفتيش والرقابة الالكترونية والتوثق من بطاقات الهوية.

#### المبحث الثاني

### أثر تقنية المعلومات على الحيات الخاصة

تمكن تقنية المعلومات الجديدة، خزن واسترجاع وتحليل كميات هائلة من البيانات الشخصية التي يتم تجميعها من قبل المؤسسات والدوائر والوكالات الحكومية ومن قبل الشركات الخاصة، ويعود الفضل لهذا الى مقدرة الحوسبة الرخيصة، والاكثر من هذا فانه يمكن مقارنة المعلومات المخزونة في ملف مؤتمت بمعلومات في قاعدة بيانات اخرى، ويمكن نقلها عبر البلد في ثوانٍ وبتكاليف منخفضة نسبياً، (ان هذا بوضوح يكشف الى أي مدى يمكن ان يكون تهديد الخصوصية)<sup>٢</sup>. وتتزايد مخاطر التقنيات

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

الحديثة على حماية الخصوصية، كتقنيات رقابة (كاميرات) الفيديو، وبطاقات الهوية والتعريف الالكترونية، وقواعد البيانات الشخصية، ووسائل استعراض ورقابة البريد والاتصالات ورقابة بيئة العمل وغيرها. والحقيقة ان استخدام وسائل التقنية الحديثة والعالية في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية من قبل الدولة او القطاع الخاص، وقد عمق التناقضات الحادة التي برزت منذ القدم بين حق الافراد في الحياة الخاصة وموجبات الاطلاع عل شؤون الافراد، وتتمثل هذه التناقضات بأربعة معالم رئيسية:

اولاً: التناقض بين حق الحياة الخاصة وحق الدولة في الاطلاع عل شؤون الافراد، والذي عمقه تزايد تدخل الدولة في شؤون الافراد وليس المراد بهذا التدخل، الاطلاع على معلومات معينة عن الافراد لتنظيم الحياة الاجتماعية على نحو افضل، كالاحتفاظ بسجلات الولادة والوفيات والزواج والاحصاءات وغيرها، بل استخدام الدولة للمعلومات الشخصية الخاصة بالفرد لاغراض تتناقض مع صونها واحترامها.

ثانياً: التناقض بين حق الفرد في الاحتفاظ بسريته، ومصالحته في كشف حياته الخاصة ليتمتع بثمار هذا الكشف. ورغم ان هذا التناقض يبدو للوهلة الاولى غير متحقق، على اعتبار ان الاحتفاظ بالسرية حق والكشف الطوعي عن هذه السرية حق ايضاً، الا ان احتمال استغلال المعلومات المعطاة طوعاً لاغراض غير التي اعطيت لاجلها يمثل انتهاكاً لحرمة الفرد وسريته.

ثالثاً: التناقض بين الحياة الخاصة، والحق في جميع المعلومات لغايات البحث العلمي او حرية البحث العلمي.

رابعاً: التناقض بين الحق في الحياة الخاصة وبين حرية الصحافة وتبادل المعلومات (الحرية الاعلامية).

هذه التناقضات . كما رأينا آنفاً . برزت منذ القدم بين حق الفرد في حماية حياته الخاصة، وبين موجات الاطلاع على شؤون الفرد. بما فيها تلك التي تقع ضمن نطاق حياته الخاصة. واذا كانت الجهود التنظيمية والادارية والتشريعية، سعت الى اقامة

التوازن بين هذه الحقوق المتعارضة فان استخدام التقنية في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية، وقد خلق واقعا صعبا هدد هذا التوازن من جهة وعمق حدة التناقضات المشار اليها من جهة اخرى. ان استخدام الحواسيب في مجال جمع ومعالجة البيانات الشخصية بالحياة الخاصة للافراد خلف اثاراً ايجابية عريضة، لا يستطيع احد انكارها خاصة في مجال تنظيم الدولة لشؤون الافراد الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، وهذا ما اوجد في الحقيقة ما يعرف ببنوك المعلومات. وبنوك المعلومات قد تكون مقصورة على بيانات ومعلومات تتصل بقطاع بعينه، كبنوك المعلومات القانونية مثلاً، او قد تكون شاملة لمختلف الشؤون والقطاعات وقد تكون مهياًة للاستخدام على المستوى الوطني العام او المستخدمة على نحو خاص وقد تكون كذلك مهياًة للاستخدام الاقليمي او الدولي. اما المواد ببنوك المعلومات، فهو (تكوين قاعدة للبيانات تفيد موضوعاً معيناً، وتهدف لخدمة غرض معين، ومعالجتها بواسطة اجهزة الحاسبات الالكترونية لاجراجها في صورة معلومات تفيد مستخدمين مختلفين في اغرض معينه). ومن الوجهة الفنية يقصد بها (العمليات المختلفة للحاسب الالكتروني او الكمبيوتر من تسجيل وتصنيف البيانات).<sup>1</sup> وبفعل الكفاءة العالية لوسائل التقنية والامكانات غير المحدودة في مجال تحليل واسترجاع المعلومات، اتجهت جميع الدول بمختلف هيئاتها ومؤسساتها الى انشاء قواعد بيانات لتنظيم عملها، واستوع على نحو كبير استخدام الحواسيب لجمع وخرن ومعالجة البيانات الشخصية لاغراض متعددة فيما يعرف ببنوك ومراكز المعلومات الوطنية، وع تلمس المجتمعات بايجابيات استخدام الحواسيب في هذا المجال ظهر بشكل متسارع ايضا الشعور بمخاطر تقنية المعلومات وتهديدها للخصوصية. هذا الشعور نما وازدهر وتطور بفعل الاحداث الواقعية للاستخدام غير المشروع للبيانات الشخصية واتساع الاعتداء على حق الافراد في الحياة الخاصة.

مما ادى الى تحريك الجهود الدولية والاقليمية والوطنية لايجاد قواعد من شأن مراعاتها حماية الحق في الحياة الخاصة وبالضرورة ايجاد التوازن بين حاجات المجتمع لجمع

---

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

وتخزين ومعالجة البيانات الشخصية، وكفالة وحماية هذه البيانات من مخاطر الاستخدام غير المشروع لتقنيات معالجتها.

يقول (Rebrtm. Bowie): (ان التكنولوجية، وهي تملك الكمبيوترات قد تصبح على درجة بالغة من القوة بحيث تحبس الحياة الخاصة داخل حدود ضيقة وتكيف حياة الفرد واسرته بهذه الاجهزة في اللحظة التي تكون لها في ذلك مصلحة اقتصادية او اجتماعية وبذلك يصبح الانسان معاملاً كالارقام، بكمبيوتر مسلوب الارادة في اتخاذ قراراته بوعي واستغلال ومفرغاً اخيراً من شخصيته، ان ما يهدد الجنس البشري ليس حرباً نووية، بل جهاز كمبيوتر مستقل). ان هذه النظرة . كما يبدو لنا . نظرة متشائمة من شيوع استخدام الحواسيب واثرها على تهديد الخصوصية وهي وان كانت نظرة مبالغاً فيها، الا انها تعكس مدى حجم التخوف من الاستخدام غير المشروع للتقنية، وتحديد الحواسيب، في كل مامن شأنه تهديد الحق في الحياة الخاصة، ويمكننا فيما يلي اجمال المعالم الرئيسية لمخاطر الحواسيب وبنوك المعلومات على الحق في الحياة الخاصة بما يلي:

اولاً: ان الكثير من المؤسسات الكبرى والشركات الحكومية الخاصة، تجمع عن الافراد بيانات عديدة تتعلق بالوضع المادي او الصحي او التعليمي او العائلي..... الخ، وتستخدم الحاسبات وشبكات الاتصال في تخزينها ومعالجتها وتحليلها والربط بينها واسترجاعها ومقارنتها ونقلها، وهو ما يجعل فرص الوصول الى هذه البيانات على نحو غير مأذون به او بطرق التحايل ويفتح مجالاً واسعاً لاساءة استخدامها او توجيهها، منحرفاً، او خاطئاً، او مراقبة الافراد وتعرية خصوصياتهم او الحكم عليهم حكماً، خفياً، من واقع سجلات البيانات الشخصية المخزنة<sup>١</sup>. على سبيل المثال: فان حكومة الولايات المتحدة وفق دراسات عام ١٩٩٠ جمعت (٤) بليون سجل مختلف حول الامريكيين، بمعدل (١٧) بنداً لكل رجل وامرأة وطفل ومصلحة الضريبة (IRS) في الولايات المتحدة تمتلك سجلات

---

: يونس عرب، المرجع السابق، ص .

الضرائب حوالي (١٠٠) مليون امريكي على حواسيبها، وتملك الوكالة الفيدرالية .  
عدا البنتاغون . ثلاث شبكات اتصالات منفصلة تغطي كل الولايات المتحدة لنقل  
وتبادل البيانات.

ثانياً: ان شيوع النقل الرقمي للبيانات خلق مشكلة امنية وطنية، اذ انه سهل استراق  
السمع والتجسس الالكتروني. ففي مجال نقل البيانات (تتبدى المخاطر المهددة  
للخصوصية في عدم قدرة شبكات الاتصال على توفير الامان المطلق او الكامل  
لسرية ماينقل غيرها من بيانات وامكانية استخدام الشبكات في الحصول بصورة  
غير مشروعة، عن بعد على المعلومات) ولم تحل وسائل الامان التقنية من  
الحماية من هذه المخاطر<sup>١</sup>. وفي الاعوام من ١٩٩٣ وحتى ٢٠٠٠ نشط البيت  
الامريكي والهيئات المتخصصة التي انشأها لهذا الغرض في توجيهه جهات التقنية  
الى العمل الجاد على خلق تقنيات امان كافية للحفاظ على السرية الخصوصية،  
وعلى الرغم من التقدم الكبير على هذا الصعيد الا ان احدث تقارير الخصوصية  
تشير الى انه لاتزال حياة الافراد واسرارهم في بيئة النقل الرقمي معرضة للاعتداء  
في ظل عدم تكامل حلقات الحماية (التظيمية والتقنية والقانونية)<sup>٢</sup>.

ثالثاً: ان اكثر معالم خطر بنوك المعلومات على الحياة الخاصة، مايمكن ان تحويه من  
بيانات غير دقيقة او معلومات غير كاملة لم يحد تعديلها بما يكفل اكمالها  
وتصويبها. فعلى سبيل المثال، كلف مكتب تقييم التقنية في الولايات المتحدة

---

فعلى سبيل المثال: وجه الرئيس الامريكي ريغان عام (NEA)  
عن طريق تنتج شبكات هاتفية امنة بشكل اكبر للاتصالات الخاصة بالمعلومات الحكومية  
الا ان تكاليف تركيب هواتف امنة وبمساعدة نبات ( ) تعتبر عالية. (بريتش  
تيليكوم (BT) عن نيبيطة على شكل شريحة تقوم بالتشفير  
وتعمل على خلط المعلومات بما يتيح التمويه قبل ان يتم ارسالها على خطوط الم  
العملي كسف عن استخدام وسائل تقنية تبطل مفعول مثل هذه النباتات الالكترونية. :  
يونس عرب، المرجع السابق، ص ، هامش رقم ( ).  
يمكن الوقوف على مئات التقارير في هذا الشأن والعديد من الابحاث والدراسات والشهادات المبداء  
س الامريكي وامام البرلمان الاوربي في مواقع شبكة الانترنت المتخصصة بموضوع  
الخصوصية.

(OTA) في عام ١٩٨١ الدكتور (لوردن)، وهو عالم في مجال الجريمة باجراء دراسة حول قيمة بيانات التاريخ الاجرامي التي تحويها ملفات وكالة الشرطة الفيدرالية وملفات وكالة شرطة ولاية نيويورك، وقد وجد ان النسبة العالية من البيانات كانت غير كاملة وغير دقيقة ومبهمه، ويتضمن العديد منها اعتقالات وتقصيات لم تُودِ الى ادانة، او انها متعلقة بجنح بسيطة تمت في الماضي البعيد، واطهرت دراسات اخرى ان اصحاب العمل لم يوظفوا في الغالب مثل هؤلاء الاشخاص سجلاتهم الاجرامية غير الدقيقة، واعترفت اربع من خمس ولايات امريكية تم الاتصال معها بواسطة مكتب تقييم التقنية (OTA) انها لم تتأكد ابدأ من دقة البيانات في ملفاتها او انها لم تقم باستماع نوعي منتظم.

رابعاً: ان المعلومات الشخصية التي كانت فيما قبل منعزلة ومتفرقة، والوصول اليها امر صعب ومتعذر تصبح في بنوك المعلومات مجمعة متوافرة متكاملة سهلة المنال، ومتاحة اكثر من قبل من حيث استخدامها في اغراض الرقابة على الافراد، وهكذا تبدو صائبة مقولة ارثر ميللر: (ان الحاسب بشرايته التي لاتشبع للمعلومات، والسمعة التي ذاعت حول عدم وقوعه في الخطأ وذاكرته التي لايمكن لما يخترن فيها ان ينسى او يمنحي، قد تكون المركز العصبي لنظام رقابي يحول المجتمع الى عالم شفاف ترقد فيه عارية بيوتنا ومعاملاتنا المالية واجتماعاتنا وحالتنا العقلية والجسمانية لاي مشاهد عابر)<sup>١</sup>

خامساً: ان تكامل عناصر الحوسبة مع للاتصالات والوسائط المتعددة اتاح وسائل رقابة متطورة سمعية ومرئية ومقروءة، اضافة الى برمجيات التتبع وجمع المعلومات آلياً، كما اتاح الانترنت بواسطة هذه العناصر جميعها بالتمتع بالقدرة العالية لا على جمع المعلومات فحسب، بل ومعالجتها عبر تقنيات الذكاء الصناعي التي تتمتع بها الخوادم والتي تتوفر ايضاً، لدى محركات البحث وبرمجيات تحليل الاستخدام والتصرفات على الشبكة، بحيث لايمكن الاستغراب معها ان الشخص عندما يتصل

بأحد مواقع المعلومات البحثية في هذه الايام يجد امامه المواقع التي كان يفكر في دخولها والتواصل معها كمات لا يستغرب مستخدم الانترنت ان ترده رسائل بريد الكتروني تسويقية من جهات لم يتصل بها تغطي ميوله ورغباته. لقد بدأت مشكلات الكمبيوتر في الستينيات ترافق مع الحديث في العديد من الدول الغربية عن مخاطر جمع وتخزين وتبادل ونقل البيانات الشخصية ومخاطر تكنولوجيا المعلومات في ميدان المساس بالخصوصية والحريات العامة، وانتشر الحديث عن الخطر الكبير الذي يتهدد الحرية الشخصية بسبب القدرة المتقدمة لنظم المعالجة الالكترونية على الكشف والوصول الى المعلومات المتعلقة بالافراد واستغلالها في غير الاغراض التي تجمع من اجلها. وخلال فترة الثمانينيات تغير الواقع التكنولوجي فيما يتعلق بالجهات التي تملك وتسيطر على نظم الكمبيوتر وكان ذلك بسبب اطلاق الحواسيب الشخصية وانتشارها واصبح من الواضح ان حماية الخصوصية يستوجب ان تمتد الى الكمبيوترات الخاصة وان يتم احداث توازن مابين الحق في الخصوصية او الحق في الحياة الخاصة وبين الحق في الوصول الى المعلومات، هذا التغير في الواقع التكنولوجي قد انعكس على حقل الحماية القانونية في الخصوصية بأبعادها التنظيمية والمدنية والجزائية وبدأت تكثر الاحاديث بشأن الدعاوى المتعلقة بالاستخدام غير المشروع للمعلومات وللوثائق الشخصية، وظهرت هناك احداث مشهورة في مجال الاعتداء على البيانات الخاصة من بينها عل سبيل المثال لا الحصر . الحادثة التي حصلت في جنوب افريقيا حيث تمكن المعتدون الوصول الى الاشرطة التي خزنت عليها المعلومات الخاصة بمصابي مرض الايدز وفحوصاتهم وقد تم تسريب هذه المعلومات الخاصة والسرية الى جهات عديدة. ومن الحوادث الشهيرة الاخرى حادثة حصلت عام ١٩٨٩ عندما تمكن احد كبار موظفي البنوك السويسرية بمساعدة سلطات الضرائب الفرنسية بأن سرب اليها شريطاً، يحتوي على ارصدة عدد من الزبائن، وقد تكرر مثل هذا الحادث في المانيا ايضا. وقد اظهرت القضايا التي حصلت

ما بين عامي ١٩٩٦ . ١٩٩٧ في الحقل المصرفي ان الوصول الى البيانات الخاصة ارتبط بأنشطة الابتزاز التي غالباً ماتتعلق بالتحايل على الضريبة من قبل زبائن البنوك<sup>١</sup>. وفي عام ١٩٨٦ اتهمت شركة (IBM) بان النظام الذي تنتجه المسمى (RACF) يستخدم للرقابة على الموظفين داخل المنشآت، وفي عام ١٩٩٤ وفي ألمانيا اثير جدل واسع حول حق دائرة التأمينات الصحية بنقل البيانات الشخصية الى شركات خارجية، وشبيهة بهذا الجدل مايثور بشأن مدى احقية شركات تزويد الانترنت والتفونات الكشف عن معلومات الزبائن لجهات اخرى. وفي بيئة الانترنت، تستخدم العديد من الوسائل التقنية لتتبع المعلومات الشخصية للمشاركين، من اشهرها مايعرف بوسائل (كوكيز . COOKIES) التي تنتقل الى نظام المستخدم لمجرد دخوله للموقع وتتمكن من تسجيل بيانات تخص المستخدم، ومع انها كوسيلة اتبعت ابتداءً لغرض غي جرمي وهو ارسال بريد الكتروني من الشركات التجارية في مجال انشطتها الدعائية الا ان ذلك لايمنع انها تمثل كشفاً عن بيانات قد لايرغب الشخص الكشف عنها. اما الوسيلة الاخطر فهي ماتعرف ببرمجيات التتبع والانتقاط (الشم) وهي وسيلة تتبع لجمع اكبر قدر من المعلومات السرية والخاصة عن طريق مايعرف بأنظمة جمع المعلومات (تشممها). لقد ارتكبت هناك العديد من جهات الرقابة انشطة اساءة استخدام البيانات الخاصة حتى في اكثر الدول المتقدمة وكأن الهدف من وراء هذه الاعتداءات في الوضع الغالب سياسياً، او اقتصادياً، لهذا كانت البيانات المستهدفة هي بيانات المعارضة السياسية والصحفيين وناشطي حقوق الانسان، وهو ما اقتضى تزايد النشاط الدولي في حقل حماية الخصوصية من أنشطة الرقابة الالكترونية. ان هذه المخاطر اثارت وتثير مسألة الاهمية الاستثنائية للحماية القانونية . الى جانب الحماية التقنية . للبيانات الشخصية، ومن العوامل الرئيسة في

---

: ULRICH SIBER، جرائم تقنية المعلومات بالفرنسية والالمانية،  
.COMPUTER-RELATED CRIMEA

الدفع نحو وجوب توفير حماية تشريعية وسن قوانين في هذا الحقل، انه وقبل اختراع الكمبيوتر، فان حماية هؤلاء الاشخاص كانت تتم بواسطة النصوص الجنائية التي تحمي الاسرار التقليدية (كحماية الملفات الطبية او الاسرار المهنية بين المحامي والموكل) وعلى الرغم من ذلك فان هذه النصوص التقليدية لحماية شرف الانسان وحياته الخاصة لاتغطي الا جانباً من الحقوق الشخصية وبعيدة عن حمايته من مخاطر جمع وتخزين والوصول الى مقارنة واختيار وسيلة نقل المعلومات في بيئة الوسائل التقنية الجديدة هذه المخاطر الجديدة التي تستهدف الخصوصية دفعت العديد من الدول لوضع تشريعات ابتداءً من عقد السبعينيات من القرن المنصرم، تتضمن قواعد ادارية ومدنية وجنائية من اجل حماية الخصوصية وتوصف بانها تشريعات السرية وليست فقط مجرد تشريعات تحمي من افعال مادية تطل الشرف والاعتبار والحياة الخاصة. كما ان هذه المخاطر ومايتفرع عنها من مخاطر اخرى . كتلك الناتجة عن معالجة البيانات في شبكات الحواسيب المربوطة ببعضها البعض، والتي تتيح تبادل المعلومات بين المراكز المتباعدة والمختلفة من حيث اغراض تخزين البيانات بها . حيث يمكن القول، ان هذه المخاطر كوجوب مراعاة الدقة في جمع البيانات وكفالة صحتها وسلامتها، واتخاذ تدابير امنية لمعالجتها وخبزنها ونقلها، وقرار مبدأ حق المشاركة الفردية في تعديل وتصحيح وطلب الغاء البيانات، ووجوب تحديد الغرض من جمعها ومدة استخدامها، وقرار مبدأ مسؤولية القائمين على وظائف بنوك المعلومات لاي تجاوز او مخالفة للمباديء الموضوعية والشكلية في جمع ومعالجة وتخزين ونقل البيانات الشخصية، وهذه المباديء قد اكدت عليها ايضاً، تشريعات حماية الحياة الخاصة، ومنتاول فيم يلي الاتجاهات الدولية والاقليمية لحماية الخصوصية والتي ستكون موضع دراستنا في المبحث الثالث من هذا البحث.

### المبحث الثالث

## الجهود الدولية والاقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية

في حقل حماية الخصوصية المعلوماتية، فان العديد من المنظمات الدولية طورت أنشطة مختلف تهدف في الواقع الى تنظيم حماية المعلومات الخاصة وتنظيم تدفق وانتقال البيانات، وقد انجز الجزء الاكبر من هذا الجهد في هذا الحقل من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ومجلس اوربا، واتحاد اوربا، والامم المتحدة، ومجموعة الدول السبعة، ومنظمة التجارة العالمية.

### اولاً: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية:

ضمت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عضويتها (٢٩) دولة<sup>١</sup> حتى اواخر عام ٢٠٠٠ وغرضها الرئيس هو تحقيق اعلى المستويات في النمو الاقتصادي لاعضاءها وتناغم التطور الاقتصادي مع التنمية الاجتماعية<sup>٢</sup>. ابتداءً من عام ١٩٧٨ بدأت هذه المنظمة وضع ادلة وقواعد ارشادية بشأن حماية الخصوصية ونقل البيانات<sup>٣</sup>، وقد تم تبني هذه القواعد من قبل مجلس المنظمة في عام ١٩٨٠ مع التوصية للاعضاء بالالتزام بها، ولاتعد هذه القواعد إلزامية وانما مجرد ارشادات وتوصيات، وتغطي هذه القواعد الاشخاص الطبيعيين فقط وتطبق على القطاعين العام والخاص، وتتعلق ايضا بالبيانات المعالجة آلياً او غير المعالجة آلياً، وتتضمن التوجيهات والمبادئ الثمانية الرئيسة لحماية الخصوصية وتحديثها وتحديد الغرض وحصر الاستخدام بالغرض

---

هذه الدول هي: استراليا / بلجيكا / جمهورية التشيك / / / المانيا / اليونان / هنكاري / ايسلندا / ايرلندا / ايطاليا / اليابان / كوريا / المكسيك / هولندا / نيوزلندا / النرويج / / اسبانيا / السويد / سويسرا / تركيا / بريطانيا / ولايات المتحدة الامريكية.

انظر حول هذه المنظمة وانشطتها موقعها الشامل على الانترنت: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

*guide lines on the protection of privacy and trans border flows of* :  
*OECD personal dat. A 1980.*

المحدد، وتوفير وسائل حماية وامن المعلومات، والعلانية، والحق في المشاركة، والمساءلة. ومثل هذا الدليل الوثيقة لعب دوراً، رئيسياً، وكان الاكثر تأثيراً في اتجاه الدول الاوربية الى إقرار تشريعات وطنية في حقل الخصوصية ومنذ ذلك التاريخ تتابع هذه المنظمة موضوع الخصوصية وتضعه ضمن اجندتها السنوية وتتابع تطورات التدابير التشريعية في هذا المجال.

### ثانياً: مجلس اوربا:

تحقق وجود اتفاق عالمي بشأن حماية الخصوصية عن طريق مجلس اوربا الذي هو بالاصل معني بحقوق الانسان، وذلك بوضع الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان والحريات العام لعام ١٩٥٠ حيث اوجبت المادة الثامنة من هذه الاتفاقية حماية الحياة الخاصة بالنص على وجوب حماية الافراد من التدخل والاعتداء على حياتهم الخاصة وحياة اسرهم، كما قررت المادة العاشرة من هذه الاتفاقية وجوب حماية حق الوصول الى المعلومات. وفي عام ١٩٨١ تبنت لجنة وزراء مجلس اوربا معالجة موضوع الخصوصية اتفاقية حماية الافراد في نطاق المعالجة الآلية للبيانات الشخصية وقد وقعت على هذه الاتفاقية (٣١) دولة صادق منها (٢١) دولة ولا تزال (١٠) دول غير مصادقة وفقاً لواقع الاتفاقية بتاريخ ٢٠٠٠/١/٣١ وقد اصبحت هذه الاتفاقية نافذة بتاريخ ١٩٨٥/١٠/١. وعلى خلاف توصيات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، فإن هذه الاتفاقية ملزمة للاعضاء المتعاقدين وينحصر نطاقها بالاشخاص الطبيعيين وبالملفات المؤتممة، وتطبق على الملفات المؤتممة في القطاعين العام والخاص، وتقرر

الدول المصدقة على الاتفاقية هي:

*FRANCE, FINLAND, DENMARK, BELGIUM, AUSTRALIA, LUXEMBURG, ITALY, IRELAND, ICELAND, HUNGARY, GREECE, SWEDEN, SPAIN, SLOVENIA, PORTUGAL, NORWAY, NETHERLANDS, UK, SWITZERLAND*

اما الدول الموقعة على الاتفاقية وغير المصادقة بعد على هذه الاتفاقية فهي:

*MOLDOVA, LITHUANIA, LATVIA, ESTONIA, CRÈCH PUBLIC, CYPRUS, BULGARIA, TURKEY, ROMANIA, POLAND.*

هذه الاتفاقية (١٠) مبادئ تمثل الحد الأدنى لمعايير حماية الخصوصية المتعين على الدول الاعضاء تضمينها في التدابير التشريعية والقوانين التي تضعها، وهذه المبادئ مقارنة جدا، لمبادئ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ولكن مع مزيد من التفاصيل وهي (تحقيق العدل الاجتماعي، قيود الجمع، الوقاية، العلنية، تاقبت الغرض وتحديد المدى، الدقة، مشاركة الافراد)<sup>١</sup>، واستنادا الى هذه المبادئ الاساسية للحماية فإن قواعد الاتفاقية تغطي مسائل نقل وتبادل البيانات بين الدول المتعاقدة وتمنع نقل اية معلومات خارج الحدود الا للدولة التي تتوفر لها حماي موازية مع استثناءات على هذه القاعدة. وقد بذل مجلس اوربا جهودا اضافية في هذا المجال من خلال لجنة الخبراء العاملة في مجال حماية المعطيات، وقد اصدرت هذه اللجنة بحماية قواعد المعلومات الطبية المؤتممة وقواعد المعلومات الخاصة المتعلقة بالانشطة الطبية والاحصاءات وقواعد المعلومات الخاصة لاغراض التسويق وقواعد المعلومات الخاصة باغراض التوظيف وكذلك خدمات الاتصال، وقد عمل جزء من اللجنة المذكورة على موضوع البيانات المتعلقة بالقطع المصرفي وتحديد، البيانات الخاصة بالبطاقات الماهرة ونقل البيانات من نقاط البيع (مخارج البيع)<sup>٢</sup>.

بالانكليزية:

*Soiaijusticaton, collection, limitation, inform motion, quality, purpose, specification, imitation, of disclosure, security, safeguards, openness, time imitation, accountability, and participation by individuals.*

هذه الادلة والتوصيات كما اشارت اليها دراسة الاتحاد تلابري هي:

*On regulation for automated medical data bases of 1/8/r recomm endition no.*

*On the protection of users of 3 (83) R, Recommendation no 1982 january 23; Recommendation 1983 February computer iced legal information services of 22 on the protection of personal data used for scientific research and 10 (83) R no.*

*On the protection of personal data used for scientific research and 10 (83) R no.*

## ثالثاً: الاتحاد الاوربي<sup>١</sup>:

بدأ الاتحاد الاوربي جهوده بشأن توحيد القواعد المقررة في قوانين حماية الخصوصية ابتداءً من عام ١٩٧٦، وفي هذا المجال صدر عن الاتحاد تعليمات عديدة وهي:

١. التعليمات الصادرة في ١٩٧٦/٤/٨ المتعلقة بحماية الافراد من أنشطة التقييم الآلي للبيانات.

٢. التعليمات الصادرة في ١٩٧٩/٥/٨ المتعلقة بحماية الافراد في مواجهة التطور التقني لمعالجة البيانات.

٣. التعليمات الصادرة بذات الموضوع، المذكورة في الفقرة (٢) اعلاه وذلك في ١٩٨٢/٣/٩.

وقد طلب البرلمان الاوربي من الاتحاد اتباع اصدار خطة تدفع الدول الاعضاء الى توقيع الاتفاقية الاوربية المتعلقة بالخصوصية وقد اصدر بتاريخ ١٩٨١/٧/٢٩ توصية للدول الاعضاء بتوقيع اتفاقية مجلس اوربا ومنذ عام ١٩٨٥ فإن حماية الخصوصية بالنسبة للاشخاص الطبيعيين والمعنويين يجري مناقشتها والتعامل معها من قبل المجلس الاستشاري القانوني التابع للجنة الاوربية. هذا الى جانب تقديم الاتحاد مشاريع ادلة توجيهية متكاملة حول حماية البيانات الشخصية وحرية نقلها<sup>٢</sup>، وهو الدليل المقرر من قبل الافراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرية نقلها<sup>٢</sup>، وهو الدليل المقرر من قبل

---

*On the production 20 (85) R. Recommendation no. 1983 September statistics of 23; 1985 October of personal data used for the purpose of direct marketing of 25.*

يضم اتحاد اوربا في عضويته حتى نهاية عام ( ) دولة عضوا هي: بلجيكا/ المانيا/ ايطاليا/ هولندا/ ايرلندا/ ليونان/ اسبانيا/ / / السويد. : الموقع الرسمي للاتحاد الاوربي على شبكة الانترنت ويتضمن تاريخ الاتحاد يوما فيوما، ومنجزاته مع روابط الى كافة دول الاتحاد الاوربي ومواقع الرسمية على الانترنت <http://www.europa.eu.int/abc.en.htm>

*Directive 95/46/ Ec of the European parliament and of the European union of 24 October 1995.*

<http://www2echo.lullegal/en/dataport/directive.html>

البرلمان الاوربي ومجلس اوربا اضافة الى دليل ١٩٩٧ المتعلق بحماية معطيات الاتصالات<sup>١</sup>، وسوف نتطرق لاهم ملامح هذين الدليلين عند استعراض التاثير التشريعية في مجال حماية البيانات.

#### رابعاً: الامم المتحدة<sup>٢</sup>:

في عام ١٩٨٩ تبنت الامم المتحدة دليلاً، يتعلق باستخدام الحوسبة في عملية تدفق البيانات وتاريخ ١٤/١٢/١٩٩٠ قد تبنت الهيئة العامة دليل تنظيم استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية<sup>٣</sup> ويتضمن الدليل المبادئ المقررة لدى منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لدى مجلس اوربا، وهي مبادئ غير ملزمة وانما هي مجرد توصيات للدول الاعضاء لتنظيمها التدابير التشريعية في هذا الحقل وقد بذلت هناك العديد من الجهود لحماية الخصوصية من قبل لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الامم المتحدة.

#### خامساً: مجموع الدول السبع (لاحقاً مجموعة الثمانية G8):

اطلقت مجموعة الدول السبعة مجموعة توصيات بخصوص حماية الخصوصية ضمن مؤتمرها الذي عقد حول مجتمع المعلومات في عام ١٩٩٥<sup>٤</sup>.

#### سادساً: منظمة التجارة العالمية<sup>٥</sup>:

ناقشت منظمة التجارة العالمية مسائل الخصوصية فيما يتعلق بحرية انتقال المعلومات تحديداً، بالنسبة الى اتفاقية تحرير الخدمات وقد اقرت المنظمة بأن الخصوصية قيد عادل على عملية انتقال البيانات<sup>١</sup>.

---

*The telecommunications data protection directive. :*

*Ulrich sieber-legal Aspect- p.423. :*

:

*Guidelines concerning computerized united nations, adopted by the general assembly on 14 December PERSONA f/LES 1990.*

:

<http://www.un.org>, <http://www.datenschutz-Berlin/gesetze/internet/aen.htm>.

تأسست منظمة التجارة العالمية عام

الذي اختتمت فيه جولة الاورغواي لمفاوضات التجارة العالمية، وهي الوريثة لجهود تحرير التجارة التي بدأت باتفاقيات الجات عام .

## المبحث الرابع

### التدابير التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية

ان الكلام عن التدابير التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية يقتضي بنا التطرق اولاً: الى الانماط والنماذج التشريعية في حقل حماية البيانات ثم الاشارة الى الغرض من تبني تشريعات شاملة لحماية الخصوصية. ثانياً: والتطرق اخيراً الى اطار حماية الخصوصية في الدول الاوربية. وسوف نبحت في كل فقرة مذكورة اعلاه مكلب مستقل وكما يلي:

#### المطلب الاول

### الانماط والنماذج التشريعية في حقل حماية البيانات

هناك ثلاثة نماذج تشريعية لتدابير حماية الخصوصية المعلوماتية، وهذه التدابير تعتمد في تطبيقاتها على ما اذا كان منطلق النظام القانوني هو مجرد الاعتراف بالخصوصية معتمداً، على اباحة كل مايدخل في نطاق الحق، او باستخدام وسيلة مواجهة الانشطة التي تمثل اعتداء على الخصوصية، وفي كثير من الدول يستخدم الاتجاهان معاً، اما بالنسبة للدول التي توفر حماية فاعلة للخصوصية فانها تستخدم نموذجاً او اكثر لضمان حماية الخصوصية وهذه النماذج هي:

#### ١. القوانين الشاملة:

هناك العديد من الدول في العالم توجد فيها ثمة قوانين عامة تحكم عمليات جمع وادارة ومعالجة البيانات الشخصية في القطاعين العام والخاص، مع وجود ضمان التواءم مع القانون وتطبيقها، وهذا هو النموذج الشائع في الدول التي تأخذ بقوانين حماية البيانات كما هو الحال في دول الاتحاد الاوربي، وهي الدول المتعين عليها التوافق مع دليل حماية البيانات الارشادي الصادر عن الاتحاد الاوربي ايضاً، كما هو الحال في كندا

واستراليا، وتسمى هذه القوانين او توصف ايضا بانها co.REGUL ATORY . MOBEL

## ٢. القوانين القطاعية المخصصة:

وهي التي تتعلق بقطاع معين، إذ ان بعض الدول كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية تجنبت سن تشريع عام لحماية حق الخصوصية، وفضلت في ذلك اصدار قوانين معينة تحكم قطاعات بعينها، كما هو عليه الحال بسجلات تأجير الفيديو، والخصوصية المالية وغيرها، وفي مثل هذه الحالة فأن انفاذ القواعد القانونية يتحقق من خلال آليات مختلفة وليس كما هو الحال بالنسبة للقانون الشامل الذي ينشيء جهة رقابة عامة. ويؤخذ على هذا النموذج ان يتطلب ان تسن تشريعات جديدة كلما نشأت تقنيات جديدة، ومثال على ذلك النقص في حقل حماية البيانات المتعلقة بالجينات مثلاً، حيث لا يتم حمايتها بموجب التشريعات الخصوصية حت الان اضافة الى مشكلة عدم وجود الجهة الحكومية المشرفة. وفي كثير من الدول فأن القوانين القطاعية تستخدم كقوانين مكملة للتشريع العام بما تتضمنه من تفاصيل اضافية في حقل الحماية لطوائف معينة من المعلومات، كالاتصالات وسجلات الشرطة وبيانات الاقتراض للعملاء وتشريعات الخصوصية المصرفية او الخصوصية المهنية كما في حقل المحاماة او غيرها.

## ٣. التنظيم الذاتي:

ان موضوع التنظيم الذاتي للتشريعات هو موقف بشأن موضوعات تقنيات المعلومات عموماً، وهو النقيض لما يعرف بالتدخل التشريعي لتنظيم موضوعات تقنية المعلومات، ولكل اتجاه مؤيدين ومعارضين، ايجابياته وسلبياته، وعلى العموم يمكن القول ان النموذج الامريكي للتعامل مع تقنيات المعلومات قد دعا الى مزيد من تبني فكرة التنظيم الذاتي في حقول التجارة الالكترونية ومعايير الخدمات التقنية وحماية البيانات وان المعلومات وغيرها. اما الاتحاد الاوربي، فانه يتجه نحو التنظيم الحكومي اكثر، لهذا نجد ان منظماته قد اتجهت دائماً الى توجيه الدول الاعضاء الى اصدار تشريعات تتلاءم مع القواعد المقررة في الادلة الارشادية والتوجيهية الصادرة عن منظماته كمجلس

أوروبا واللجنة الأوروبية والاتحاد الأوروبي، بل اتجه إلى التنظيم التشريعي الشامل عبر قوانين البرلمان الأوروبي. بين هذين الرأيين توجد منطقة رمادية تؤمن بترك الكثير من المسائل للتنظيم الذاتي للسوق وجهات الصناعة والانتاج، لكنها في الوقت ذاته تتدخل لتنظيم مسائل أخرى، وطبعاً، كل ذلك يكون وفقاً للظروف الخاصة بالدولة وتبعاً للموضوع محل التنظيم والاستراتيجية الوطنية بشأنه، وحماية البيانات يمكن أن تتحقق على الأقل نظرياً، من خلال أشكال عديدة للتنظيم الذاتي التي من خلالها تؤسس الشركات الصناعية والتجارية نظاماً، خاصاً للمعايير والممارسة، يعد سياسة ذاتية لها جميعاً. وفي كثير من الدول فإن الكودات الصناعية أنتجت حماية ضعيفة مع نقص في القوى التنفيذية، وتبرز نماذج عديدة من التنظيم الذاتي في كل اليابان وأمريكا وسنغافورا<sup>1</sup>. وبشكل عام يوجد في مختلف التشريعات الوطنية قواعد تحمي السرية (الأطباء، المحامين، الوظائف العامة، التشريعات العسكرية) أما بالنسبة لقوانين حماية البيانات التي نجمت عن استخدام الكمبيوتر فإنها تتضمن نصوصاً جنائية تتعلق بتخزين البيانات بصورة إلكترونية، وقد تطورت في الأعوام الأخيرة لتشمل عمليات الجمع اليدوي للبيانات وتتكامل هذه التشريعات وتكمل بالقواعد المقررة في قوانين حماية البيانات في القطاعات الخاصة وكذلك في القواعد العامة المقررة لحماية البيانات في القوانين العامة. وكأثر للتطور التاريخي للحماية فإن هناك تبايناً واسعاً بين النظم الوطنية بشأن الحماية الجنائية لأنشطة جمع المعلومات وتبايناً بشأن تحديد الأفعال الجرمية.

### المطلب الثاني

## الغرض من تبني تشريعات شاملة لحماية الخصوصية

هناك أسباب رئيسية ثلاثة للتوجه نحو اعتماد نموذج التشريع الشامل للخصوصية وحماية البيانات، والدول بشكل عام تبنت هذه القوانين لسبب أو أكثر من بين هذه الأسباب الثلاثة<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> : يونس عرب، المرجع السابق، ص  
: يونس عرب، المرجع السابق، ص وما بعدها.

١. تجاوز ومعالجة الانتهاكات السابقة، فالكثير من الدول وتحديداً في وسط اوربا وامريا الجنوبية وجنوب افريقيا تبنت مثل هذه القوانين لمعالجة الاعتداءات التي مارستها السلطات السابقة على الحق في الخصوصية ضمن واقع غياب احترام الانسان عموماً.

٢. تشجيع التجارة الالكترونية وتنظيمها، فالكثير من الدول، وخاصة في آسيا، وضعت مثل هذه القوانين بغرض تشجيع التجارة الالكترونية في ظل خشيتهم على بياناتهم الخاصة، وقد سنت تشريعات الخصوصية كجزء من مجموعة تشريعات تهدف الى تسهيل التجارة الالكترونية من خلال مجموعة قواعد محددة وموحدة.

٣. التأكد من ان القوانين تتلاءم مع المعايير الاوربية، فغالبية الدول في وسط وشرقي اوربا تبنت القوانين الخصوصية مستندة في ذلك الى اتفاقية مجلس اوربا ودليل حماية البيانات المقر من قبل الاتحاد الاوربي في المستقبل، وكما هو معلوم ان ذلك يتطلب الانسجام مع مايقدره الاتحاد والبرلمان الاوربيان من قوانين، وكذلك فأن عدداً، من الدول خارج اوربا قد تبنت مثل هذه القوانين لان المعايير الاوربية تمنع تبادل البيانات خارج الحدود مع دول لاتحمي الخصوصية او لرغبة بعض الدول التي لها مصالح مشتركة ومباشرة مع الدول الاوربية للانسجام مع الانظمة القانونية الاوربية، كما هو الحال بالنسبة لكندا واستراليا.

### المطلب الثالث

## اطار حماية الخصوصية في الدول الاوربية

في عامي ١٩٩٥ و ١٩٩٧ سن الاتحاد الاوربي دليلين ارشاديين من اجل تحقيق الانسجام والتناسق بين قواعد حماية الخصوصية في دول الاتحاد الاوربي، ولتوفير مستوى معين بالنسبة لحماية المواطنين الاوربيين والسماح بالتدفق الحر للبيانات الشخصية داخل نطاق الاتحاد الاوربي. وقد قرر هذان الدليلان مستوى معيناً لحماية

الخصوصية لايقف فقط عند حد حماية البيانات وفق مفاهيم القوانين القائمة حالياً، ولكن يتجاوزه الى تأسيس مزيد من الحقوق وتوسيع نطاق الحق ذاته. فبالنسبة الى دليل حماية البيانات لعام ١٩٩٥ فقد اهتم بمسألة توجيه القوانين الوطنية لتنظيم معالج البيانات الشخصية بالشكلين الالكتروني واليدوي، اما دليل الاتصالات لعام ١٩٩٧ اسس وقرر حماية خاصة تغطي الهاتف والتلفزيون الرقمي وشبكات الهاتف الخلوي وغيرها من نظم الاتصالات، وكل دولة من دول الاتحاد الاوربي يتعين عليها ان تسن تشريعات ملزمة حتى نهاية عام ١٩٩٨ سناً لهذا الدليل وحتى صيف عام ٢٠٠٠، فأن عدداً من الدول لم تقم بسن هذه التشريعات بعد. وسندا للقواعد المقررة في هذين الدليلين، فأن المباديء الرئيسة لحماية البيانات تتمثل بما يلي:

١. الحق في معرفة كيف تتم معالجة البيانات.
٢. الحق في الوصول الى هذه البيانات وتصحيحها.
٣. الحق في الدفاع والحماية من أنشطة المعالجة غيرالقانونية.
٤. الحق بالحصول على اذنٍ لاستخدام البيانات في بعض الظروف والاغراض، فعلى سبيل المثال: فأن للافراد الحق في الحصول دون مقابل على المعلومات المتعلقة بالتسويق<sup>١</sup>.

ويتضمن دليل حماية البيانات الاوربي لعام ١٩٩٥، حماية فاعلة ضد استخدام البيانات الشخصية الحساسة، كالبيانات المتعلقة بالصحة والامور المالية للشخص، وتلتزم الجهات التجارية والحكومية لدى استخدامها هذه البيانات بالتقيد بقواعد استخدامها، وبما قرره الدليل للشخص من حقوق عليها، ذلك ان جوهر مفهوم حماية البيانات في النموذج الاوربي هو (فعالية تطبيق قواعد الحماية . التنفيذ). فالاتحاد الاوربي يهتم بالآلية التي يمكن من خلالها ضمان توفير الحماية واناذ مبادئها، ومرد ذلك المشكلات التي ظهرت جراء قدرة الجهات الخاصة والحكومية على الوصول للبيانات ومن هنا اوجب التوجه

الأوروبي وجود جهة رقابة أو إشراف تكفل تنفيذ القانون في هذا الميدان، هذه الجهة تعرف في بعض الدول بالمفوض وفي أخرى بالمراقب وبغير ذلك من التسميات.

أما بالنسبة لدليل الاتصالات لعام ١٩٩٧ فإنه يفرض التزامات واسعة على جهات خدمة الاتصالات وتزويدها لضمان خصوصية المستخدمين بما في ذلك الأنشطة المتصلة بالإنترنت، ويتضمن القواعد التي تتعلق بتزويد الخدمات التقنية ومسائل الاشتراكات والتعرف على المشتركين وغيرها من المسائل التي نشأت بسبب ثورة الاتصالات.

وفي تموز عام ٢٠٠٠ أصدرت المفوضية الأوروبية نموذجاً جديداً، لدليل معالجة البيانات الشخصية وحماية الخصوصية في قطاع الاتصالات الإلكترونية، وقد قدم هذا الدليل كجزء من حزمة واسعة تهدف إلى تقوية المنافسة في سوق الاتصالات الإلكترونية، ويتعين أن يحل محل دليل الاتصالات لعام ١٩٩٧. والدليل الجديد يوسع من نطاق الحماية للأفراد، ويتضمن قواعد بشأن التقنيات الحديثة وطوائفها الجديدة، كما يتضمن تعريفات جديدة لخدمات الاتصال والشبكات، وكذلك يضيف تعريفات جديدة لخدمات الاتصال المتعلقة بالمراسلات والبيانات المنقولة والمكالمات ومواقع البيانات وغيرها، كل ذلك بقصد توسيع نطاق حماية الخصوصية والسيطرة على كافة أنواع البيانات المعالجة. وتؤكد النصوص الجديدة حماية البيانات المنقولة عبر الإنترنت وتمنع السلوكيات الاتصالية الضارة في السوق التجاري الإلكتروني مثل (*spam*) (رسائل البريد الإلكتروني الموجهة دون رغبة المتلقي وباعداد كبيرة وعلى نحو دوري أحياناً)، وحماية مستخدمي الهواتف الخلوية من الرقابة والمتابعة المتصلة بالموقع، كما يقدم الدليل وصفاً، لكافة خدمات الاتصالات الإلكترونية كالاتصالات الخلوية والبريد الإلكتروني، والحق بالاختيار بشأن الخدمات المعروضة. ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن التوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي عموماً، تجيز للدول الأعضاء تقييد وتضييق الأحكام بالاستناد إلى القواعد المقررة بشأن إنفاذ العدالة وتطبيق القانون كلما كان من الممكن حصول التناقض بين ما تقرره الأدلة التوجيهية وبين قواعد رئيسه في النظام العام.

## الخاتمة

ان الخصوصية احد حقوق الانسان الرئيسية التي تتعلق بكرامة الانسان وقيم مادية ومعنوية اخرى، كالحق في الرأي والحق في التعبير والمشاركة السياسية، وقد اصبح الحق في الخصوصية واحداً، من اهم حقوق الانسان في العصر الحديث. وجرى الاعتراف بالخصوصية ضمن ثقافات ونظم غالبية الدول، فجرى حمايتها في الاعلان العالمي لحقوق الانسان، وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وفي غالبية اتفاقيات حقوق الانسان الدولية والاقليمية وتقريباً فأن كل دولة في العالم ضمنت دستورها حكماً بشأن الخصوصية في حدها الأدنى، فأن غالبية النصوص جاءت لتحمي الحق في حرمة المسكن وسرية الاتصالات (المفهوم المادي للخصوصية) وان معظم الدساتير المعاصرة تتضمن نصوصاً، خاصة تعترف بالحق في الوصول والسيطرة على المعلومات الشخصية (البعد المعنوي للخصوصية)، وحتى في الدول التي لم تتضمن دساتيرها او قوانينها اعترافاً بالخصوصية، فأن المحاكم فيها قد اقرت هذا الحق بشكل او بآخر او استناداً الى الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بهذا الحق بالنسبة للدولة التي هي عضواً فيها. كما نرى ان غالبية الدساتير الحديثة قد تضمنت نصوصاً صريحة فيما يتعلق بحماية حق الخصوصية ببعديها المادي والمعنوي.

وقد اظهرت الدراسة البحثية ان نحو (٥٠) دولة من دول العالم قد اقرت تشريعات شاملة في مجال حماية البيانات وان نحو (٢٠) دولة تبذل جهوداً تشريعية في هذا الوقت لوضع قوانين في ذات المجال او تعديل نصوصها القانونية القائمة لتحقيق حماية البيانات وخاصة البيانات الشخصية والاسرار من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات وينسب هذا النشاط الذي بدأ بالظهور بشكل واضح في اخر سنتين، الى عوامل عديدة، منها: رغبة الكثير من الدول للتلاؤم مع متطلبات عصر المعلومات، وخشيتها من المخاطر المتزايدة لوسائل معالجة ونقل البيانات الى جانب عامل حاسم اخر هو الرغبة العامة في تشجيع وتنظيم التجارة الالكترونية والتي يعد من بين موضوعاتها الساخنة مسائل الخصوصية، ورغبة هذه الدول ايضا للتلاؤم مع توجهات المنظمات والهيئات

الدولية او متطلباتها سواء الهيئات التي تكون الدولة عضوا فيها، او تلك التي ترتبط مع دولها بمصالح والتزامات توجب عليها انفاذ استراتيجياتها وسياساتها التوجيهية كالدول التي وجب عليها تحقيق المعايير المقررة في حقل تبادل البيانات عبر الحدود المقررة من قبل الاتحاد الاوربي ومجلس اوربا ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية. لم تم سن تشريعات خاصة ضد أنشطة الاعتداء على الخصوصية في مختلف النظم القانونية الغربية مع تباين بسيط بينها، وقد تبنت المحاكم في غالبية الدول قواعد طورت من نطاق الحماية في حقل اقرار احكام التعويض عن الضرر. ومن خلال التحليل المقارن للقوانين الوطنية اظهر ان العديد من المنجزات العالمية قد تحققت في مجال توحيد التنظيم الاداري والقانوني لحماية الخصوصية في القوانين الوطنية، فان غالبية القوانين الوطنية لحماية البيانات تتضمن على سبيل المثال نصوصاً، تقيد عملية جمع البيانات وتسمح للافراد بالوصول اليها، وتقر المبادئ التي تمثل الحد الأدنى المشار اليها فيما تقدم، لكن هذا الانسجام لا يمنع من وجود فوارق بين هذه التشريعات اهمها تلك المتعلقة بنطاق التطبيق وكذلك الاحكام المتعلقة بالقواعد الاجرائية المتطلبة لعمليات جمع ومعالجة ونقل البيانات والجهات المخولة بالسيطرة والاشراف والرقابة على الأنشطة المتعلقة بالمعالجة الآلية للبيانات. والخلاف لايتوقف على هذه الابعاد الادارية التنظيمية، بل امتد ايضا وبشكل واسع الى مسألة تحديد الافعال الجرمية وكذلك تحديد العقوبات المقررة على الافعال الجرمية التي تعد اعتداءً على حماية البيانات الشخصية واوسع اوجه الخلاف في حقل الحماية الجنائية يظهر في تحديد المحظورات وبيان الاستثناءات المشروعة على هذه المحظورات. ففي مجال مايمكن تسميته بجرائم الخصوصية المعلوماتية، فان الخلاف بين التشريعات الخصوصية يكمن بتحديد الافعال غير القانونية محل التجريم، ففي بعض الدول كالولايات المتحدة الامريكية واليابان، لا يستخدم القانون الجنائي كوسيلة لحماية الخصوصية بشكل عام، وهذا هو حال القانون الامريكي الذي لايتضمن سوى افعالاً جرمية محدودة، وكذلك تشريعات الخصوصية في كندا التي لاتنص سوى على فعل جرمي واحد في ميدان حماية الخصوصية، وفي

القانون الياباني لايجرم الا الحصول على البيانات الشخصية من جهة ادارية. وعلى العكس من ذلك نجد ان هناك العديد من الدول تتضمن قائمة تفصيلية للافعال الجرمية التي ترجع الى الكثير من الانشطة المحظورة من قبل الجهات الادارية او الاشخاص، واوضح مثال على هذه التشريعات، القانون الفرنسي الذي حدد كافة الانماط الجرمية التي تستهدف الخصوصية تبعاً لمراحل الجمع والمعالجة والتبادل التي تتم على البيانات.

فالتشريع الفرنسي التقليدي كان قد جرم التعدي على الامور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة، كالامور المتعلقة بالشرف والاعتبار وحرمة المسكن والمحادثات.

اما الفقه الفرنسي، فقد حاول وضع قائمة بالحالات التي تتعلق بالحياة الخاصة للأفراد وقد تبنى القضاء الفرنسي مذهب اليه جانب من هذا الفقه. وكأثر لجدل قضائي وفقهي تم سن تشريع خاص بحماية جمع ومعالجة البيانات الشخصية وتجريم مختلف صور الاعتداء عليها سواء من قبل القائمين على عمليات الجمع ام من قبل الغير. وفي قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل قد تضمن صوراً من الافعال التي تمثل اعتداء على حق الخصوصية منها النصوص المتعلقة بجريمة انتهاك حرمة المسكن (المادة: ٤٢٨) والنصوص المتعلقة بافشاء الاسرار (المادتان: ٤٣٧ و ٤٣٨).

ان توفير الاداة القانونية لمواجهة اخطار المعالجة الآلية للبيانات الشخصية قد انطلق مع مطلع السبعينيات وقد قادت دولة السويد الطريق بتشريع خصوصية البيانات، وتبعتها الولايات المتحدة الامريكية بقانون الخصوصية عام ١٩٧٤ والذي اسس للمباديء العامة. وفي المملكة المتحدة، فقد تم اقرار قانون حماية البيانات عام ١٩٨٤ والذي فرض على كل التنظيمات التي لديها معلومات عن الافراد على حواسيبها تسجل نوع البيانات التي لديهم من خلال مسجل حماية البيانات، ويمكن القانون المواطنين من الحصول على تعويض من خلال المحاكم الدينية اذا ما وجد ان البيانات الشخصية التي لديهم غير دقيقة او اذا ماضاع هذا السجل او تم الافصاح عنه الى شخص غير مصرح له. وقد وضع المشرع في المانيا الغربية عام ١٩٨٦ قانون حماية البيانات

متزامنا مع اقرار قانون يصرح باستخدام بطاقات التعريف التي يتم قراءتها بواسطة الحاسوب، ويفرض على كل الالمان الغربيين ان يحملوا بطاقات (TD) الجديدة مما يسمح للسلطات خزن البيانات عن حركة الناس على حواسيب مركزية. وقد تأثرت على نحو آخر العديد من الدول، بتشريعات كل من فرنسا، وامريكا، والمانيا، والسويد في مجال التنظيم القانوني لحماية الحياة الخاصة، وجاء نشاط المنظمات الدولية والاقليمية عقبة وعلى نحو خاص المظمات الاوربية ليعزز من جهة جهود حماية البيانات الشخصية والحق في الحياة الخاصة وليخلق انسجاما عاما، بين قواعد التشريعات الوطنية لمختلف الدول التي سنت قوانين لحماية الخصوصية، فمثلت مبادئ القواعد الارشادية لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، واتفاقية مجلس اوربا وقرارات وتوصيات السوق الاوربية المشتركة والمبادئ التوجيهية المتعلقة باستخدام ملفات الاشخاص المعالجة آلياً، التي اعدتها اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الاقليات، مثلت الحد الأدنى لكفالة اتساق تتطابق قواعد الحماية الخاصة والمعالجة الآلية للبيانات الشخصية، ويبدو لنا من خلال الاستعراض الموجز ان قوانين الخصوصية تنطوي على ثلاث طوائف رئيسية من القواعد:

الاولى: القواعد التنظيمية والاجرائية والمعايير، وهي تلك القواعد المتعلقة بآليات جمع البيانات ومعالجتها ونقلها وتحدد المعايير التي يستوجب على جهات التقنية والاتصالات التقيد بها الى جانب بحثها عن جهات رقابة حماية الخصوصية وتنظيم تشكيلها وعملها وبيان دورها وتحديد مهامها وصلاحياتها ويضصاف اليها القواعد الاجرائية الخاصة التي تطبق بالنسبة للحماية المدنية او الجزائية المقررة في نطاق القواعد الموضوعية للحماية.

والثانية: الطائفة التي تتعلق باقرار المبادئ الرئيسية للحق في الخصوصية ونطاق اعتراف الدولة به والالتزامات المقررة على الجهات العامة والخاصة في حقل حماية البيانات الشخصية واحترام الخصوصية فيما تمارسه من أنشطة جمع ومعالجة البيانات الشخصية باستخدام التقنية.

الثالثة: القواعد الموضوعية للحماية المدنية والجنائية، وتشمل نصوص التجريم مع تحديد للافعال المجرمة وعقوباتها، اضافة لبيان نطاق المسؤولية المدنية، وبيان الجهات محل المساءلة وغير ذلك من قواعد موضوعية تتعلق بالحماية القانونية للبيانات الشخصية في كافة مراحل التعامل التقني معها.

## المراجع

### اولاً: باللغة العربية:

أ- القرآن الكريم.

ب- الكتب الفقهية:

- د. صالح جواد كاظم، عن التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مباحث في القانون الدولي، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩١.
- يونس عرب، الكتاب الثاني من موسوعة القانون وتقنية المعلومات، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، منشورات اتحاد المصارف العربية، سنة ٢٠٠٢.

ج- اوراق عمل:

- د. سامي الشواء، الغش المعلوماتي كظاهرة اجرامية مستحدثة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، ٢٥-٢٨ تشرين اول/ اكتوبر ١٩٩٣.

د- التقارير والوثائق الدولية:

- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ كانون الاول ١٩٤٨.
- الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية (روما عام ١٩٥٠).

- تقرير الخصوصية السنوي للاعوام ١٩٩٨ . ٢٠٠٠ .  
The Electronic Privacy Information Center.

المنشور على شبكة الانترنت على الموقع:

<http://www.privacyinternational.org>

## هـ. المواضيع المنشورة على شبكة الانترنت:

- الموقع الرسمي لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وانشطتها على

الانترنت: [www.Qecd.Org](http://www.Qecd.Org)

- الموقع الرسمي للاتحاد الاوربي ويتضمن تاريخ الاتحاد يوما فيوما،

ومنجزاته مع روابط الاتحاد الى كافة دول الاتحاد

<http://www.europa.eu.int/abc.en.htm>

- الموقع الرسمي لمجموعة الدول الثمانية، نشأتها وانشطتها ومؤتمراتها

السنوية <http://www.97.utoronteca>

- الموقع الرسمي لمنظمة التجارة العالمية على الانترنت

<http://www.wto.org>.

## ثانياً: باللغة الانكليزية:

1. Directive 95/46/ Ec of the European par/ iament and of the European union of 24 October 1995.

<http://www2echo.Iullegal/en/dataport/directive.htm>

2. Guide lines on the protection of privacy and trans border flows of OECD personal dat. A 1980.

3. GUIDVELINS concer NING computer IZED. United Nation, adopted by the General Assembly on 14 December personal fles 1990.

4. The telecomm unications Data protection Directive.

5. Ulrich sieber and computer-related crimeal 1994.

6. On regulation for automated medical data bases of 1/8/r recomm endition no.

7. On the protection of users of 3 (83) R, Recommendation no 1982 january 23; Recommendation 1983 February computer iced legal information services of 22 on the protection of personal data used for scientific research and 10 (83) R no.

8. *On the protection of personal data used for scientific research and 10-1983* *R.no.*

9. *On the production 20 (85) R. Recommendation no. 1983 September statistics of 23; 1985 October of personal data vesd for the purpose of direct marketing of 25.*

## **Note to Contributors**

- 1. The manuscript should be submitted in two copies in addition to the original. Typed with double space on one side of (A4) paper (29.7 \* 12 cm).*
- 2. The manuscript should not exceed (25) pages including tables and illustrations.*
- 3. The manuscript should include: the title, the abstract, the discussion, the conclusions, the list of references and summary in a living international language.*
- 4. The abstract should not be more than (200) words and it should start (if Arabic or not) with the title of the manuscript, authors' names, the occupation and address of business (and correspondence if different). Suitable numbers of Figures like (\*) should be placed to connect authors' names and their position.*
- 5. Tables and illustrations like Figures. Photographs and line drawings should be clear and well prepared on a suitable tracing paper and in a form suitable for reproduction as well as submitting the originals of the photographs and Figures.*
- 6. Tables, plates, and Figures should be numbered, titled and referred to in the text consequently. They should be submitted on a separate sheet.*
- 7. Only standard international Units. SI Units, should be used.*
- 8. Abbreviations should not be used in the title of the manuscript or the abstract except that of the measurement units.*
- 9. Abbreviations of the title of the periodicals that can be used are the ones in the world list of Scientific Periodicals, Lewis & Co., LONDON.*

10. *Abbreviations fixed internationally should be used whether in measurement units or other common ones.*
11. *Unpublished references are not accepted for publication and have not a volume number to be in.*
12. *Harvard's style should be used in the list of the reference in which author's names are connected with the year of publication as in CBE, style manual committee, 1983.*
13. *The reference should be referred to as they appear in the text by means of consequent in brackets.*
14. *The references are to be arranged in the list of reference alphabetically according to the author's names and year of publication.*
15. *Volume, issue number and pages concerning references taken from periodicals should be given.*
16. *If references are taken from books or scientific theses; numbers of pages should be given.*
17. *Side-Notes can be used to clarify information and in this case side-notes should be numbered for each paper separately in consequent numbers.*

***Jornal of the College of  
Law***

***A Scientific Refereed  
Journal***

***Published by  
College of Law  
Al- Nahrain  
University***

***Volume 11-Number:  
21***

***Year: Muharam/1429H  
December 2008***

***Correspondence  
Editorial manager.***

***Iraq- Baghdad  
Al- Kadhimiya***

***Journal of the Collrge  
Of Law  
E-mial***

***[journalinfo@yahoo.com](mailto:journalinfo@yahoo.com)***

***Annual Membership:***

***12000 D. For Gov.***

***Establishment &***

***Individulas- inside***

***Iraq***

***100 U.S. For Gov.***

***Establishment &***

***Individulas- Outside***

***Iraq***

***Editorial Board  
Chief of editorial board***

***Professor***

***Muhie Hilal Al-  
Sarhan, Ph.D.***

***College of Law***

***Members of Editorial  
Board***

***Professor***

***Iwadh Fadhil Asmail  
Ph.D.***

***College of Law***

***Assistant Professor***

***Dr. Jamal I. Al. Haidari***

***Assistant Professor***

***Talib N. Al. Shar***

***Assistant Professor***

***Dr. Saad H. Al. Halboosi***

***Assistant Professor***

***Dr. Adil N. Al Jumaily***

***Assistant Professor***

***Dr. Haider Adham***

***Assistant Professor***

***Dr. Muhammed Ollom***

***Editorial Manager***

***Haida. T. Mohammed  
Ali***

***Ph.D.***

***College of Law***

***Consulative  
Board***

***Chief of the Board  
Professor Ghazi***

***Faisel, Ph.D.***

***College of Law***

***Members of Board***

***Rrofessor***

***Mustafa Ibrahim***

***Al- Zalami, Ph.D.***

***College of Law***

***Professor***

***D. Mohammed Ali***

***Altai, Ph.D.***

***College of Law***

***University of Baghdad***

***Mahammed Ali***

***Jawad, Ph.D.***

***College of Law***

***Al-Mustansriya***

***University***

***Hikmat Shuber. Ph.D.***

***Colleg of Law***

***University of Baghdad***

***Assistant Professor***

***Mamdooh Abd Al-***

***Karim, Ph.D.***

***College of Law***

***Assistant Professor***

***Isam Al. Atia. Ph.D.***

***College of Law***

***University of Baghdad***

*Journal of the  
College of Law  
Al- Nahrain University*

*A Scientific Refereed Journal  
Published by  
College of Law/ Al- Nahrain University*

*Volume: 11/ Number: 21*

*Year: Muharam / 1429H/December2008*