

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of
Legal and
Comparative
Jurisprudence
Studies

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة
International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies
المجلد الثالث- العدد الثاني، آب 2022
Vol.3 Issue.2, Aug 2022

رئيس التحرير
د. عدنان العمر
جامعة اليرموك- الأردن

مساعدة التحرير
م. سوزان السلايمه

هيئة التحرير

جامعة جرش الأهلية- الأردن
جامعة اليرموك- الأردن
جامعة القصيم- السعودية
جامعة اليرموك- الأردن
جامعة اليرموك- الأردن
جامعة آل البيت- الأردن
جامعة اليرموك- الأردن

الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي
الأستاذ الدكتور يوسف عبيدات
الدكتور حسن يوسف مقابله
الدكتور نعيم العتوم
الدكتور عبدالسلام الفضل
الدكتور جمال النعيمي
الدكتور أحمد زقيبة

التعريف بالمجلة

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة مجلة دورية مفهرسة ومحكمة تصدر في ثلاثة أعداد سنويًا عن مركز رفاد للدراسات والأبحاث.

أهداف المجلة:

تهدف المجلة إلى تشجيع البحث العلمي وتطوير مهارات البحث لدى الهيئات التدريسية والأكاديمية والقضائية، وبخاصة تلك البحوث التي تتواءم والمستجدات الحديثة على الصعيدين الوطني والدولي، وملحقة أبرز التطورات في التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية. على أن تتسنم الأعمال العلمية المقدمة بالجدية والأصالة العلمية والموضوعية، كما تقبل المجلة كافة الدراسات والبحوث ذات العلاقة بالتشريعات العربية والأجنبية المقارنة.

عنوان المراسلة:

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies (LCJS)

رفاد للدراسات والأبحاث-الأردن

Refaad for Studies and Research

Bulding Ali altal-Floor 1, Abdalqader al Tal Street -21166 Irbid - Jordan

Tel: +962-27279055

Email: editorlcjs@refaad.com , info@refaad.com

Website: <https://www.refaad.com/Journal/Index/9>

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها
ولا تعبر عن رأي المجلة وبالتالي فهي ليست مسؤولة عنها

أولاً: تسلیم الورقة البحثیة:

- يتم إرسال الورقة البحثية ومرفقاتها إلى المجلة عن طريق نظام [التسلیم الإلكتروني](#) بالمجلة. أو عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة (editorlcjs@refaad.com)
- يتم إعلام المؤلف باستلام الورقة البحثية.

ثانياً: المراجعة:

1. الفحص الأولي:

- تقوم هيئة التحرير بفحص الورقة البحثية للنظر فيما إذا كانت مطابقة لقواعد النشر الشكلية ومؤهلة للتحكيم.
- تُعتمد في الفحص الأولي شروط مثل: ملائمة الموضوع للمجلة، ونوع الورقة (ورقة بحثية أم غير بحثية)، وسلامة اللغة، ودقة التوثيق والإسناد بناء على نظام التوثيق المعتمد في المجلة، وعدم خرق أخلاقيات النشر العلمي.
- يتم إبلاغ المؤلف باستلام الورقة البحثية وبنتيجة الفحص الأولي.
- يمكن للمجلة أن تقوم بما يُعرف بمرحلة "استكمال وتحسين البحث"، وذلك إذا ما وجد، أن الورقة البحثية واعدة ولكنها بحاجة إلى تحسينات ما قبل التحكيم، وفي هذه المرحلة تقدم للمؤلف إرشادات أو توصيات ترشده إلى سبل تحسين ورقة بما يساعد على تأهيل الورقة البحثية لمرحلة التحكيم.

2. التحكيم:

- تخضع كل ورقة بحثية للمراجعة العلمية المزدوجة (إخفاء أسماء الباحثين والمحكمين).
- يُبلغ المؤلف بتقرير من هيئة التحرير يبيّن قرارها.
- دفع رسوم التحكيم والنشر كما هو موضح في موقع المجلة.
- تُرسل خلاصة ملاحظات هيئة التحرير والتعديلات المطلوبة إن وجدت، ويرفق معه تقارير المراجعين أو خلاصات عنها.

3. إجراء التعديلات:

- يقوم المؤلف بإجراء التعديلات الالزمة على الورقة البحثية استناداً إلى نتائج التحكيم ويعيد إرسالها إلى المجلة، مع إظهار التعديلات، كما يُرفق في ملف مستقل مع الورقة البحثية المعدلة أُجوبته عن جميع النقاط التي وردت في رسالة هيئة التحرير والتقارير التي وضعها المراجعون.

4. القبول والرفض:

- تحتفظ المجلة بحق القبول والرفض استناداً إلى التزام المؤلف بقواعد النشر و بتوجيهات هيئة تحرير المجلة والتعديلات المطلوبة من قبل المحكمين.
- إذا أفاد المحكم بأن الباحث لم يقم بالتعديلات المطلوبة، يُعطى الباحث فرصة أخرى للقيام بها، وإلا يرفض بحثه ولا ينشر في المجلة ولا يتم استرجاع رسوم النشر.

ثالثاً: القواعد الشكلية:

1. **ملاءمة الموضوع:** أن يقع موضوع الورقة البحثية ضمن نطاق اهتمام المجلة.
2. **عنوان الورقة البحثية:** يكون باللغتين العربية والإنجليزية، كما يجب أن يتصل العنوان بهدف الورقة البحثية. مع تجنب الاختصارات والصيغ قدر الإمكان.
3. **الباحثين:** كتابة الأسم الكامل ومكان العمل وعنوان البريد الإلكتروني للمؤلف الرئيس ولجميع المؤلفين الموجودين في الورقة البحثية باللغتين العربية والإنجليزية.
4. **الملخص:** يجب أن تشمل الورقة البحثية على ملخص وافي ومختصر من فقرة واحدة (200 كلمة) باللغتين العربية والإنجليزية لبيان الموضوع والمنهجية وأبرز النتائج في الورقة البحثية، كما يجب إضافة 3-5 من الكلمات المفتاحية باللغتين العربية والإنجليزية.
5. **المقدمة:** يتضمن هذا القسم خلفية الدراسة وأهدافها وملخصاً للأدبيات الموجودة والدوافع ولماذا كانت هذه الدراسة ضرورية.
6. **النتائج:** يتضمن هذا القسم النتائج التي توصلت إليها الدراسة.
7. **المصادر والمراجع:** يلتزم المؤلف بقواعد التوثيق المقررة في المجلة لأصول الإسناد والعرض البibliوغرافي حسب نظام APA.
8. **الحجم:** يلتزم المؤلف بعدد الصفحات بحيث لا تزيد الورقة البحثية عن 30 صفحة بما فيها الملخص وصفحة العنوان وقائمة المراجع.

فهرس المحتويات

#	اسم البحث	رقم الصفحة
1	جهود مكافحة جرائم الاتجار بالبشر	96
2	الدفاع الشرعي بين ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة مقارنة)	111
3	جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب	123
4	الوضع القانوني للالتزامات المترتبة على انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة	145
5	ضوابط هدايا البنوك لموظفيها (دراسة قانونية فقهية مقارنة)	156

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وأشرف الصلة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم،..

يسعدنا أن نضع بين أيديكم العدد الثاني من المجلد الثالث من المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، وقد حوقت بإذن الله تعالى الهدف من وجودها المتمثل بنشر المعرفة والتطبيقات العملية في المجالات القانونية المختلفة ودعم الباحثين والأكاديميين من خلال نشر بحوثهم المتميزة والمقارنة بعدد من التشريعات العربية والأجنبية.

وقد اشتمل العدد على عصارة أفكار بحثية متميزة من عدد من الباحثين في المجالات القانونية المختلفة، لتكون بإذن الله تعالى منارة هدى للباحثين والدارسين في مجال الدراسات القانونية المختلفة وعلى الصعيدين الوطني والدولي. راجين من الله أن ينفع بهذا العدد وأن يشكل لبنة من لبنات المعرفة القانونية يكون صالحًا للدارسين وللباحثين عن المعرفة القانونية.

رئيس هيئة التحرير

د. عدنان العمر





جهود مكافحة جرائم الاتجار بالبشر

إيهاب الحجاوي

أستاذ العلوم الأمنية المشارك - مصر
كلية الشرطة- أبو ظبي

خير الدين العايب

أستاذ العلاقات الدولية المشارك- الجزائر
كلية الشرطة- أبو ظبي
khiredine12@hotmail.com

2022/5/7 قبول البحث:

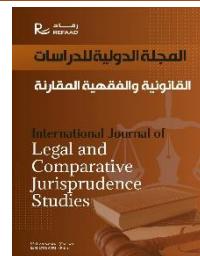
مراجعة البحث: 2022 / 4/29

استلام البحث: 2022 / 4/8

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.1>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



جهود مكافحة جرائم الاتجار بالبشر

خير الدين العايب

أستاذ العلاقات الدولية المشارك- الجزائر

كلية الشرطة- أبو ظبي

khiredine12@hotmail.com

إيهاب الحجاوي

أستاذ العلوم الأمنية المشارك - مصر

كلية الشرطة- أبو ظبي

استلام البحث: 2022/4/8 مراجعة البحث: 2022/4/29 قبول البحث: 2022/5/7 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.1>

الملخص:

انتشرت ظاهرة الاتجار بالبشر خلال الفترة الأخيرة انتشاراً ملحوظاً، فلم تعد هناك دولة في مأمن منها، خاصة مع تنازعات المصالحة الدولية وغير الدولية وتدور الأوضاع الاقتصادية في بعض الدول لا سيما دول العالم الثالث التي توفر لعصابات الجريمة المنظمة ظروف معيشية سهلت وجود موارد متعددة من الضحايا من أجل تحقيق مبالغ طائلة من وراء استغلالهم.

ولقد صنفت الأمم المتحدة هذه التجارة كثالث أكبر تجارة غير مشروعة في العالم بعد تهريب السلاح والاتجار في المخدرات، حيث تحقق أنشطته أرباحاً طائلة تقدر بالمليارات، وذلك على حساب أكثر فئات المجتمع عرضة للاستغلال، وهما النساء والأطفال، كما إنه أحد أشكال الجريمة المنظمة عابرة الحدود التي اتسع نطاقها بشكل ملحوظ خلال السنوات الأخيرة حيث يتم من خلالها نقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية سنوياً ليتم الإتجار بهم.

تسلط الدراسة الضوء على ظاهرة الاتجار بالبشر من خلال إبراز خصائصها وأنواعها وأهم التشريعات الدولية والعربيّة التي ترمي إلى تعزيز التعاون الدولي والعربي لمكافحة الجريمة التي صارت توظف التكنولوجيا في ارتكاب أفعالها.

وتوصي الدراسة بأهمية مواكبة التشريعات العربية التطورات العلمية والتكنولوجية التي توظفها التنظيمات الإجرامية في ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر وبضرورة تثقيف ووعية أفراد المجتمع بأخطار الاتجار بالبشر على السلم الاجتماعي وذلك بإشراك وسائل الإعلام والمدارس ومنظمات المجتمع المدني.

الكلمات المفتاحية: الاتجار بالبشر؛ الاتفاقيات الدولية؛ التشريعات العربية.

المقدمة:

انتشرت ظاهرة الاتجار بالبشر خلال الفترة الأخيرة انتشاراً ملحوظاً، فلم تعد هناك دولة في مأمن منها، ويعود الاتجار بالبشر شكل جديد للعبودية والرق في العصر الحديث، وانهالك لمبادئ وكرامة الإنسان، لذا أخذت هذه الظاهرة قدر كبير من الاهتمام على كافة المستويات الدولية والوطنية، والاتجار بالبشر مصطلح حديث ينتمك للجرائم الأساسية التي تحفظ كيان الإنسان وأدميته، من هنا نرى أن لهذه الجريمة خطورة بالغة على الإنسان والمجتمع الذي يعيش فيه، بل على العالم بأسره خاصة بعد أن اتخذت هذه الجريمة الطابع عبر الوطني، فهي لا تؤثر على مجتمعات معينة، بل تنتقل من مجتمع إلى آخر، وتخترق حدود الدول، وتزداد هذه الجريمة خطورة مع ما يصاحبها من آثار اجتماعية واقتصادية.

والاتجار بالبشر موضوعاً حيوياً ومتدخلاً أبرز ضحاياه من النساء والأطفال وذلك عن طريق استخدامهم في الأغراض الجنسية والدعارة، أو للتجارة في أعضائهم البشرية، أو استغلالهم في أية أعمال إجرامية أخرى كتهريب المخدرات أو نقلها. كما أن الضحايا المتاجر بهم بهدف إجبارهم على العمل القسري يتجاوز عدد أولئك المتاجر بهم لأهداف الاستغلال الجنسي؛ وفي غالبية الأحيان لا ترتبط الجريمة بالاحتيال على الضحايا الساذجين واختطافهم، بل ترتبط بقبول الأشخاص العمل طوعاً في تقديم خدمة ما، أو قيامهم طوعاً بمخادرة بلدتهم، ثم إرغامهم بعد ذلك على العمل غير المشروع.

مشكلة الدراسة:

تعالج الدراسة ظاهرة على قدر كبير من الأهمية انتشرت بشكل لم يعد بالإمكان غض النظر عنها من قبل المجتمع الدولي، لذلك أدركت معظم التشريعات الدولية والعربية على حد سواء مدى خطورتها خاصة مع توظيف التنظيمات الإجرامية للتكنولوجيا في الاتياع بالضحايا بعيداً عن رقابة الأجهزة الشرطية والأمنية، لذلك التساؤل الرئيسى التي تطرحه الدراسة هو: هل استطاع المجتمع الدولي وخاصة المجتمع العربي من خلال التشريعات التي وضعها من مكافحة الجريمة والتقليل من تداعياتها على الأمن الاجتماعى؟

هذا ومن خلال التساؤل الرئيسي تحاول الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما معنى جرائم الاتجار بالبشر؟
- ما أبرز خصائص الجريمة وأنواعها؟
- ما أهمية جرائم الاتجار بالبشر في قواعد القانون الدولي؟
- ما ضوابط جرائم الاتجار بالبشر في التشريعات العربية المقارنة؟

أهمية الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى قسمين:

الأهمية العلمية:

تظهر أهمية الدراسة في ما يلى:

- محاولتها استكشاف وتحديد معالم جريمة الاتجار بالبشر من خلال الوقوف على خصائصها التي تنتهك الحقوق الأساسية للبشر.
- دراسة أهمية التعاون الدولي والعربي خصوصاً من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية التي ترمي جماعتها إلى مكافحة الجريمة التي تضاعط تداعياتها على المجتمع الدولي.

الأهمية العملية:

كما تكمن أهمية هذا الموضوع في:

- إبراز خطورة جرائم الاتجار بالبشر والأثار السلبية الخطيرة التي تنتج عنها وأثرها البالغ على المجتمع والدولة.
- مدى استغلال التنظيمات الإجرامية الوسائل التكنولوجيا في تجنيد الأشخاص والدفع بهم لارتكاب الجرائم بعيداً عن رقابة الأجهزة الشرطية والأمنية التي صارت مطالبة بالتعاون والتنسيق أكثر خاصة في الدول التي تعاني مشكلات سياسية واقتصادية واجتماعية.

أهداف الدراسة:

ترمي الدراسة التي تحقيق الأهداف التالية:

- تحديد مفهوم الاتجار بالبشر.
- تحديد خصائص جرائم التجار بالبشر.
- الوقوف على أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بجرائم الاتجار بالبشر.
- الوقف على أهم التشريعات العربية الخاصة بجرائم الاتجار بالبشر.

حدود الدراسة:

تتلخص حدود الدراسة في ما يلى:

تقتصر هذه الدراسة على دراسة جهود مكافحة جريمة الاتجار بالبشر كما وردت في الاتفاقيات الدولية وتشريعات بعض الدول العربية، وذلك على النحو التالي:

- التحديد المكاني: تشمل الدراسة دراسة وتحليل الجهود الدولية والعربية من خلال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000م وبروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص سينا النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 والتشريعات العربية ذات الصلة.

- التحديد الزماني: قامت الدراسة بتتبع خطوات تواريخ جهود مكافحة جريمة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية.

منهج الدراسة:

للإجابة على التساؤلات المطروحة سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي من خلال التحليل وربط الأسباب بالنتائج مما يسمح بمعرفة مختلف جوانب الظاهرة محل الدراسة عبر عرض مختلف الرؤى المتعلقة بمحاجة جرائم الاتجار بالبشر.

تقسيم الدراسة:

قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول لدراسة ماهية الاتجار بالبشر،تناول المطلب الأول تعريف الاتجار بالبشر في قواعد القانون الدولي وتناول المطلب الثاني تعريف الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر الاسترقاق.

أما المبحث الثاني فقد خصص لدراسة الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر حيث تناول المطلب الأول التشريعات الدولية والمطلب الثاني خصص لدراسة وضع ضحايا الاتجار بالبشر.

وأخيرًا خصصنا المبحث الثالث لدراسة موقف التشريعات العربية من الاتجار بالبشر حيث تناول المطلب الأول التشريع الإماراتي والمطلب الثاني درسنا فيه التشريع المصري، وخصوصاً المطلب الثالث لدراسة التشريع العراقي وأخيرًا التشريع الأردني كمطلب رابع.

المبحث الأول: ماهية الاتجار بالبشر

تعددت تعریفات الاتجار بالبشر بين المدارس والمذاهب الفكرية واتفقت جميعها على الخطورة التي يشكلها على الأفراد والمجتمعات. ومع الإقرار أن جرائم الاتجار بالبشر عرّفتها المجتمعات منذ القدم بمستويات وأساليب مختلفة، إلا أن التطور الصناعي والتقني قد ضاعف من خطورتها وتداعياتها على المجتمعات العالمية.

المطلب الأول: المفهوم الدولي للاتجار بالبشر

المقصود بالاتجار الدولي بالبشر هو أن تزدهر أنشطة المؤسسات الإجرامية مما يؤدي إلى تعدّي حدود الدولة إلى دول أخرى، فتصبح من الجرائم المنظمة عابرة الوطنية أي عابرة حدود الدولة، وبعده الاتجار بالأشخاص جريمة عبر الوطنية حتى ولو أنه تم في دولة واحدة، وذلك في حالة أن جزءاً أساسياً من التحضر والتخطيط أو التوجيه أو التحكم في ذلك تم في دولة أخرى، أو إذا ارتكب الجرم في دولة ما من قبل منظمة إجرامية تقوم بأنشطة في أكثر من دولة أو إذا ارتكب الجرم في دولة وامتدت آثاره إلى دول أخرى⁽¹⁾.

كما أنه كل نشاط إجرامي متعلق بتجنيد أو نقل أو ترحيل وتسفير أو حيازة أي شخص عبر الوطنية، أي عبر الحدود الدولية بأي طريقة سواء قانونية أو غير قانونية، والعمل على استقبالهم وإيوائهم في أي دولة، وذلك لاستغلالهم في ممارسة الدعاارة وأعمال السخرة أو الرق، أو غير ذلك من الأعمال الإجرامية.⁽²⁾

ولقد شهد نهاية القرن الماضي نمواً كبيراً وشكلاً جديداً من أشكال العبودية وهو الاتجار بالبشر بحيث يقوم هذا المفهوم على مبدأ استغلال الطبقات الفقيرة، وجعلها تتحول إلى نموذج جديد من نماذج عبودية هذا العصر، بحيث يقوم هؤلاء التجار الجدد بعملية الاتجار بالبشر من نساء وأطفال ورجال، وهي تجارة يتحول فيها الأطفال والنساء بشكل خاص إلى سلعة يحدد سعرها العرض والطلب غير المشروع الذي يعاقب عليه القانون⁽³⁾.

لقد تناولت التشريعات تحديد المقصود بجرائم الاتجار بالبشر في أفعال محددة ووسائل يقوم بها الجاني للوصول إلى النتيجة التي يبتغيها من وراء هذه الأفعال، وذلك عن طريق اتباع الوسائل المتنوعة التي حددها المشرع في النصوص، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني.

وعرف البعض هذا الاتجار بأنه كافة التصرفات المشروعة وغير المشروعة، التي تحيل الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيها عن طريق وسطاء ومحترفين عبر الحدود الوطنية، بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدين أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، سواء تم هذا التصرف بارادة الضحية أو قسراً عنه أو بأي صورة أخرى فهو يُعد من صور العبودية⁽⁴⁾.

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه كل فعل أو تصرف قانوني أو غير قانوني يرد على الإنسان فيجعله مجرد سلعة تُباع وتُشتري بغرض استغلاله في كامل أعضائه الجسدية أو جزء منها، سواء تم ذلك بموافقة الضحية أو قسراً عنه، وأيًّا ان وجه الاستغلال أو وسيلة، سواء داخل حدود الدولة أو خارجها⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ دكتور / محمد يحيى مطر - الاتجار في البشر: نظرة عامة - اتجاهات قانونية عامة لمحاجة الاتجار بالأشخاص: منظور دولي مقارن - تحت مجموعه أبحاث بعنوان الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر. جامعة تايف العربية للمعلوم الأخنـية - الجزء الأول - الرياض 2010 م ص 15.

⁽²⁾ محمد علي العريان - عمليات الاتجار بالبشر وأليات مكافحتها دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة 2011 م - ص 30.

⁽³⁾ دكتور / عبطة العواية - الاتجار بالبشر ثالث أكبر نشاط إجرامي في العالم - محاضرة في المذكـر الإقليـعي للأمن الإنسـاني في عـمان بعنوان "الاتـجار بالـبشر" <http://www.ejtemay.com>

⁽⁴⁾ دكتوره / سوزي عدنى ناشد ، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمى ، 2005 ، المكتبة القانونية ، ص 17.

⁽⁵⁾ محمد علي العريان - عمليات الاتجار بالبشر وأليات مكافحتها دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 30.

ولقد جاءت المادة الثامنة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص على أنه لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرقيرق بجميع صورهما ولا يجوز إخضاع أحد للعبودية، ولا يجوز إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي⁽⁶⁾، وكذا نصت المادة السابعة من الاتفاقية التكميلية لإلغاء الرق والاتجار بالرقيرق والأنظمة والمارسات المشابهة للرق عام 1956م على أنه يقصد بالاتجار بالرقيرق "كل فعل بالقبض على أو اكتساب أو التنازل عن شخص من أجل جعله رقيقاً؛ أو كل فعل اكتساب عبد لبيعه أو لميادلته؛ أو كل تنازل بالبيع أو التبادل لشخص في حوزة الشخص من أجل بيعه أو تبادله، وكذلك -بصفة عامة- كل عمل تجارة أو نقل للعبد، مهما كانت وسيلة النقل المستخدمة".

ويحدد القانون الدولي لحماية ضحايا الاتجار بالبشر "الأشكال القصوى للاتجار بالبشر" على أنها الاتجار بالبشر لأغراض الاستغلال الجنسي حيث يجري استغلالهم في تجارة الجنس بالقوة أو الاحتيال أو الإكراه، أو يكون الشخص الذي حرض على ممارسة الجنس دون سن الثامنة عشرة، وإما توظيف، إيواء، نقل، توفير أو الحصول على شخص للعمل أو تقديم خدمات من خلال استعمال القوة، أو الاحتيال أو الإكراه لعرض إخضاع الضحية إلى عبودية لا إرادية، عمل سخرة.

والواقع أنه من الصعب تعريف جريمة الاتجار بالبشر إلا عن طريق سرد الأفعال التي تكون كل جريمة من جرائم الاتجار بالبشر كالتجنيد أو النقل أو التنقل أو الإيواء أو الاستقبال كما جاء في نص التشريع الإماراتي، وبالتالي لم يحدد المشرع تعريفاً صريحاً لكل فعل على حده وترك تحديد مفهوم هذا السلوك الذي يقوم عليه فعل الجريمة عاماً أي يشتمل على أي سلوك من شأنه تجنيد الشخص أو نقله أو تنقله أو استقباله أو بيعه أو شراءه كما جاء في القانون المصري بشأن الاتجار بالبشر⁽⁷⁾.

ومما سبق يمكننا أن نعرف جريمة الاتجار بالبشر على أنها سلوك إنساني غير مشروع يجعل من الإنسان سلعة تجارية من أجل استغلاله جنسياً أو في أعمال السخرة، ويحدد له المشرع عقوبة جنائية.

المطلب الثاني: تعريف جريمة الاتجار بالبشر في قواعد القانون الدولي

تعرضت بعض التشريعات لتعريف الاتجار بالبشر أسوة بما جاء من تعريف في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بكافحة الاتجار بالأشخاص، مثل بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وحظر ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 لجرائم الاتجار بالبشر الذي نص على أنه (يقصد بـ"الاتجار بالأشخاص" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاحتكاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لغرض موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

والملاحظ من هذا التعريف الذي اخذه العديد من التشريعات أنه جاء شاملًا بحيث بين بين الوسائل التي يلجأ إليها مرتكبو جرائم الاتجار بالبشر الذين يوظفون مختلف الوسائل باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها لاستدرج الضحايا والدفع بهم لارتكاب جرائم غير مشروعه كالدعارة أو استغلالهم في ممارسات شبيهة بالرق والعبودية.

كما أن التعريف الوارد بالبروتوكول بين عدداً مجملأً من الأغراض الاستغلالية، فهي أغراض منصوص عليها كحد أدنى، وتنطوي على إمكانية إدراج أشكال أخرى من الاستغلال مثل إنتاج المواد الإباحية، والزواج المبكر، والزواج بالإكراه أو الإذعان، والتسلل والتبني غير القانوني، وسياحة الجنس، كما يطبق البروتوكول على جرائم تتسم بطابع غير وطني أو التي يرتكبها جماعة إجرامية منظمة.

لقد شجب المجتمع الدولي مرايا العبودية وتسخير الأشخاص في العمل رغمًا عنهم دون إرادتهم، وشجب أعمال العنف ضد النساء، كما شجب صور أخرى من صور الماتاجرة بالبشر وذلك عن طريق الإعلانات والمعاهدات والقرارات والتقارير التي أصدرتها الأمم المتحدة.

في عام 1948 صدرت الوثيقة الأبرز في مجال حقوق الإنسان وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وضعته ديباجته معايير عامة تمنع التمييز بكافة أشكاله. وأكدت المادة الثالثة منه على حق الإنسان في الحرية، وذكرت المادة الرابعة الاسترقاق صراحةً، فحظرته والاتجار بالرقيرق بكافة أشكالهما⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976.

⁽⁷⁾ عرف المشرع المصري هذه الجريمة في القانون رقم 64 لسنة 2010م بشأن الاتجار بالبشر في المادة الثانية حيث نص على أنه "يُعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بها أو الاستخدام أو النقل أو الاستقبال أو التسليم أو الإيواء أو التسليم أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية- إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بها، أو بواسطة الاحتكاف أو الخداع، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه- وذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أيا كانت صوره بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية والسخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد، أو التسلل، أو استغلال الأشخاص أو الأنسجة البشرية، أو جزءاً منها".

⁽⁸⁾ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3).

وجاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 بنص مماثل في المادة الثامنة منه، إلا أن هذه المادة ميزت بين الاسترقاق ومصطلح الاستعباد⁽⁹⁾. ويرى هذا الاتجاه أن مصطلح الاسترقاق يمثل قضاء على الشخصية القانونية للفرد ويعتبر بذلك مصطلحاً ذات مفهوم محدد نسبياً. أما الاستعباد فهو المصطلح الذي يحمل المفهوم الأعم ويشمل جميع الأشكال الممكنة لسيطرة الإنسان على الإنسان. والرق في رأيه هو الشكل المألوف من أشكال هذه السيطرة⁽¹⁰⁾.

وبصرف النظر عن المبادئ الإنسانية والحقوق الإنسانية الأساسية، فقد بذلت أيضاً العديد من المحاولات لمعالجة الرق أو مفاهيم أخرى أسبق عهداً تتعلق بالاتجار بالبشر، سواء تلك التي تتعلق بالاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر الاسترقاق عموماً، أو تلك الاتفاقيات ذات الصلة المباشرة بالاتجار بالبشر، أو اتفاقيات القانون الجنائي الدولي. والتي سنعالجها بشيء من التفصيل في ثلاثة فروع:تناول في الفرع الأول (تعريف جريمة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر الاسترقاق)، وفي الفرع الثاني (تعريف جريمة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر الاتجار بالبشر)، وفي الفرع الثالث والأخير (تعريف جريمة الاتجار بالبشر في اتفاقيات القانون الجنائي الدولي).

المطلب الثالث: تعريف جريمة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر الاسترقاق

ورد تجريم الاسترقاق تدريجياً في العديد من الاتفاقيات الدولية، حتى غداً حظر الاسترقاق أمراً معترفاً به على صعيد القانون الدولي. ابتداءً بالاتفاقية الخاصة بالعبودية لعام 1926، أو كما يسمى البعض (اتفاقية الاسترقاق)، التي كانت تناجأ العمل لجنة الاسترقاق الخاصة التي عينتها عصبة الأمم. والتي جاءت في الأساس لجرائم الاتجار بالرقيق ومن ثم حيازة الرقيق أو العبودية، حيث عرفت المادة الأولى الرق وتجارة الرقيق⁽¹¹⁾.

فتقول في تعريف الرق أنه "حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية، كلها أو بعضها".

أما عن تجارة الرقيق، فقد عرفت بأنها "جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو احتجازه أو التخلّي عنه للغير على قصد تحويله إلى رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها احتجاز رقيق ما بغية (بيعه أو مبادلته) وجميع أفعال التخلّي، بيعاً أو مبادلة، عن رقيق تم احتجازه على قصد بيعه أو مبادلته، وكذلك عموماً أي اتجار بالرقاء أو نقل لهم".

وفي عام 1956 أقرت هيئة الأمم المتحدة اتفاقية جديدة تؤكد الالتزام بالاتفاقية الخاصة بالعبودية لعام 1926 في تحريم الرق وتجارة الرقيق وهي (الاتفاقية التكميلية لأبطال الرق وتجارة الرقيق والاعراف والمارسات الشبيهة بالرق لعام 1956)، حيث أكدت في المادة الأولى على ضرورة الالتزام الدول على منع الرق ومحاربته وإبطال إعرافه وممارساته بما في ذلك الممارسات المشمولة في الاتفاقية القديمة وتلك غير المشمولة بها، وهي بموجب الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة: اسار الدين، والقنانة⁽¹²⁾.

وقد عرفت الفقرة (أ) من المادة الأولى من اتفاقية عام 1956 اسار الدين بأنه "الحال أو الوضع الناجم عن ارتهان مدين بتقديم خدماته الشخصية أو خدمات شخص تابع له ضمانته عليه"، وذلك إذا كانت القيمة المنصفة لهندة الخدمات لا تكفي لتصفية هذا الدين، أو لم تكن مدة هذه الخدمات أو طبيعتها محددة⁽¹³⁾.

أما الفقرة (ب) من المادة السابقة الذكر، فقد أوردت تعريفاً موسعاً للقنانة الذي يراد به "حال أو وضع أي شخص ملزم بالعرف أو القانون، أو عن طريق الاتفاق، بأن يعيش ويعمل على أرض شخص آخر، وأن يقدم خدمات معينة لهندا الشخص، بعوض أو بلا عوض، دون أن يمتلك حرية تغيير وضعه".

مما يتضح أن القنانة لم تكن مشمولة في تعريف العبودية قبل إقرار اتفاقية عام 1956، وقد أوردها الاتفاقية ضمن التفسير الحديث للعبودية. وبهذا اعتبر القرن رقيقاً بعد أن كان عرفاً اجتماعياً سائداً ضمن نظام الاقطاع، حيث أن الاقطاع لا يعني فحسب الملكية الموسعة للأرض، بل ملكية الأرض ومن عليها، دون أن يكون للناس القاطنين في ملكية اقطاعية حق تغيير أوضاعهم أو الخروج من ملكية سيد الاقطاعية⁽¹⁴⁾.

والقرن هم الأشخاص الذين يقدمون خدمات زراعية مالكي الأراضي التي يقيمون عليها بلا مردود مادي ضمن الأعراف والتقاليد التي تسمح بأن يسيطر مالك الأرض على حياة الناس الذين يعيشون أو يعملون على أرضه، والذين يستفيدون منها من دون أن يكون لهم الحق في تغيير أوضاعهم في الانتقال إلى مالك أرض أخرى أو الخروج من وضع القرن هرئاً إلى المدينة⁽¹⁵⁾.

(9) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 999، الرقم 14668، ص171.

(10) د. سوسن تمراخنة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الجلي الحقوقية، 2006، هامش رقم (2)، ص397.

(11) المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بالرق لسنة 1926، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 212، الرقم 2861.

(12) المادة الأولى من الاتفاقية التكميلية لأبطال الرق وتجارة الرقيق والاعراف والمارسات الشبيهة بالرق لسنة 1956، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 266، الرقم 3822.

(13) د. محمد يحيى مطر، الاتجار في البشر، نظرة عامة (اتجاهات قانونية عامة لمكافحة الاتجار بالأشخاص منظور دولي مقارن)، الجهد الدولي في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الأول، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010- ص.9.

(14) ولهم نجيب جوجن نصار، مصدر سابق، ص 175.

(15) المستشار: عادل ماجد، مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجهد الدولي في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الأول، الرياض، ص 152.

ولم يقتصر التجريم على أسار الدين والقنانة، بل أمتد إلى تلك الحالات التي يسمح بها تزويج المرأة أو الوعد بتزويجها دون أن تملك حق الرفض لقاء دفع بدل مالي أو عيني لأبويها أو أسرتها أو أي شخص آخر، وحالة منح الزوج أو أسرته أو قبيلته حق التنازل عن زوجته لآخر لقاء بدل مالي أو عيني، وحالة أن تكون المرأة عرضة لأن يرثها شخص آخر بعد وفاة زوجها⁽¹⁶⁾.

ولدخول الحالات السابقة في بنية المجتمع كونها من الأعراف والممارسات المتعلقة بالزواج عند بعض الدول، قد تواجه المحكمة المختصة صعوبة في تجريم تلك الأفعال.

كما جرمت المادة الأولى من الاتفاقية التكميلية السابقة الذكر الأعراف أو الممارسات التي تسمح لأحد الآبوبين أو كلهمما أو الوصي بتسليم كل من هم دون الثامنة عشر من العمر إلى شخص آخر بعوض أو بدون عوض، بقصد الاستفادة من عمله.

وبموجب الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية السالفة الذكر، جرمت عمليات نقل الرقيق من بلد لآخر، أيًّا كانت الوسيلة المستخدمة بذلك. وأن تتعهد الدول بإتخاذ ما يلزم من إجراءات لمنع استخدام سفنهما أو طائراتها أو موانئها مثل هذه الأغراض، وبالتعاون فيما بينها لقمع هذه الأعراف والممارسات.

كما جرمت المادة الخامسة من تلك الاتفاقية عمليات جدع أو كي أو وسم الرقيق أو أي شخص آخر، سواء كانت تلك الوسيلة للدلالة على وضعه أو لمعاقبته أو لأي سبب آخر.

ووهذا يشتمل مصطلح الممارسات الشبيهة بالعبودية، الفعل الرامي إلى نقل، أو الشروع بنقل، أو تسهيل ذلك، وأية عمليات تتضمن محاولة تشويه أو كي أو وسم عبد ما أو شخص ما ضعيف المنزلة سواء للدلالة على وضعه أو لعقابه أو لاي سبب آخر، أو المساعدة على القيام بذلك⁽¹⁷⁾.

وفيما يتعلق بأحكام المسئولية الجنائية، يعد مسؤولاً وفقاً للمادة السادسة من الاتفاقية ذاتها كل من يسترق شخصاً أو بغيره بأن يتحول أو يحول شخص آخر تحت سلطته إلى رقيق. كما جرمت أفعال التدخل أو الاشتراك أو التآمر على ارتكاب مثل تلك الأفعال.

المبحث الثاني: الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر

يرى غالبية الفقهاء أن الاتجار بالبشر هو نوع من العبودية القديمة بل أشد خطراً منها، لأنها تُدار بطريقة منظمة عن طريق المنظمات الإجرامية لتحقيق المكاسب غير المشروعة من وراء هذه الجريمة⁽¹⁸⁾: فهي تمثل مخالفه للشريعة الإسلامية كما أنها مخالفه لجميع الشرائع السماوية الأخرى، فال العبودية قديماً كانت بقوة السلاح، أما جرائم الاتجار بالبشر والموجودة في العالم حالياً فهي تحت وطأة الفقر والجوع وال الحاجة إلى المال.

المطلب الأول: التشريعات الدولية

ينظر الكثيرون إلى هذه التجارة غير المشروعة باعتبارها مظهراً حديثاً من مظاهر تجارة الرقيق التي نادت بتجريمهها كثيراً من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومن أجل التعامل مع ظاهرة الاتجار بالبشر، والتي انتشرت بشكل كبير وتحطط الحدود القومية.

فلقد تبنى المجتمع الدولي مجموعة من التشريعات والاتفاقيات الدولية وهي:

- الصك العام الموقع في برلين عام 1885م والمتعلق بمنع الاتجار بالبشر.
- الإتفاق الدولي لقمع الاتجار بالرقيق الأبيض في باريس عام 1904م.
- ثم الإتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالرقيق الأبيض الموقعة في باريس عام 1910م.
- ثم إتفاقية سان جرمان- إن- لاي في فرنسا عام 1919م للقضاء على عمليات الاتجار بالبشر والإسترقاق.
- إتفاقية قمع الاتجار بالمرأة والأطفال المبرمة في جنيف عام 1921م.
- إعلان جنيف لحقوق الطفل عام 1924م.
- الإتفاقية الخاصة بالرقيق التي وقعت في جنيف يوم 25 سبتمبر 1926م وبدء تنفيذها في 9 مارس 1927م⁽¹⁹⁾.
- الإتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالراشدات المبرمة في جنيف عام 1933م.
- البروتوكول الموقع في ليك سكنس عام 1947م.
- المعدل لإتفاقية قمع الاتجار بالمرأة والأطفال المبرمة في جنيف عام 1921م، والمعدل للإتفاقية الدولية لقمع الاتجار بالراشدات المبرمة في جنيف عام 1933م.

⁽¹⁶⁾ أميرة محمد بكر البحري، الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجة النظر العلمية والنفسية والاجتماعية والقانونية، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 231-232. وليم نجيب جورج نصار، مصدر سابق، ص 176.

⁽¹⁷⁾ د. محمد يحيى مطر، الاتجار بالبشر، نظرة عامة، اتجاهات قانونية عامة في مكافحة الاتجار بالبشر، مصدر سابق، ص 8.

⁽¹⁸⁾ هاني السبكي - عمليات الاتجار بالبشر - دار الفكر الجامعي - الطبعة الأولى 2010 ص 17.

⁽¹⁹⁾ وقد عدلت هذه الإتفاقية بالبروتوكول المحرر في مقر الأمم المتحدة في نيويورك، في 7 ديسمبر 1953م، وبدأ نفاذ الإتفاقية المعدلة يوم 7 يوليه 1955م.

<http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b028.html>

- الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق⁽²⁰⁾.
 - وإتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 لسنة 1999 الخاصة بحظر أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها المصدق عليها بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 69 لسنة 2002م.
- كما سنت الأمم المتحدة، اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي أقرها مؤتمر بالربو في إيطاليا عام 2000م، ثم البروتوكول المكمل للاتفاقية السابقة والمتصل بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر، خاصة النساء والأطفال عام 2004م، ويهدف هذا البروتوكول إلى إيجاد شكل أفضل للتعاون الدولي من أجل مكافحة تلك الجريمة ومعاقبة المتورطين فيها. والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء في 12 يوليو 2002م، ثم الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاعتداء القسري عام في ديسمبر 2006م.
- ومن ناحية أخرى، تقدر منظمة محاربة الرق الدولية أن هناك ما لا يقل عن 20 مليون شخص حول العالم يعملون بنظام السخرة. ولقد صدر مؤخراً تقريراً عن مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة، يوضح أن عصابات الجريمة المنظمة التي تقف وراء ظاهرة الاتجار بالبشر غالباً ما تكون متعددة الجنسيات من حيث هوية أعضائها ونطاق عملها، وبالتالي فإن المشكلة بالفعل مشكلة عالمية.
- وبعد الحرب العالمية الثانية صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948م، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950م⁽²¹⁾ وأكدا على حظر الاتجار بالبشر والرق واعتبروا العبودية أ عملاً غير أخلاقياً وغير قانونية.

إن منع جرائم الاتجار بالبشر هو أول حميمة للعدالة الجنائية، لذا يجب العمل على منع هذا النوع من الجرائم، وال الحاجة إلى تشجيع الدول على بذل كافة الجهود لإنجاح عملية منع هذه الجريمة. ولتحقيق هذا الهدف لابد من الاستناد إلى أن القيادات الحكومية تعمل على جميع المستويات وتعاوناً لإنشاء إطار مؤسسي لمنع الجريمة، والعمل على دراسة الصلات بين الجريمة المحلية والجريمة المنظمة عبر الوطنية، ووضع الاستراتيجيات الجيدة للتخطيط لمنع أو الحد من جرائم الاتجار بالبشر كذا العمل على سلامة المجتمع، ومن ثم تؤدي إلى تخفيض التكاليف المتکبدة من أجل الضحايا ونظام العدالة الجنائية⁽²²⁾.

ومن هنا فقد اضطر المجتمع الدولي للتحرك ليدفع عن نفسه شر هذا النوع من الجرائم الخطيرة، عن طريق وضع القواعد التشريعية والتدابير الوقائية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وذلك في صورة عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات التي خصصت لمكافحة الجريمة في بعض صورها الشائعة، بهدف الحد من آثارها على المستويين الدولي والداخلي، وعنىت هذه الاتفاقيات بأن توجب على الدول الأطراف تضمين تشريعاتها الوطنية القواعد الازمة لتجريم هذه الأنشطة تاركة تحديد العقاب المناسب عنها لكل دولة وفقاً لظروفها الاجتماعية والاقتصادية⁽²³⁾.

وقد جاءت المادة الخامسة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تحت عنوان (التجريم):

- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم السلوك المبين في المادة الثالثة من هذا البروتوكول، في حال ارتكابه عمداً.
- تعتمد أيضاً كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية: (أ) الشروع في ارتكاب أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة، وذلك رهناً بالمعايير الأساسية لنظامها القانوني. (ب) المساعدة كشريك في أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة. (ج) تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب أحد الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة.

وهذا يعني أن البروتوكول ألزم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية اعتماد أو وضع التشريعات الازمة لتجريم السلوك والأفعال التي ذكرها البروتوكول في المادة الثالثة في حال ارتكاب هذه الأفعال عمداً، وهي تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعفاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

⁽²⁰⁾ اعتمدت من قبل مؤتمر مفوضين دعي للانعقاد بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 608 (د-21) المؤرخ في 30 أبريل 1956 حررت في جنيف في 7 سبتمبر 1956 تاريخ بدء النفاذ: 30 أبريل 1957. وفقاً لأحكام المادة 13.

⁽²¹⁾ اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا روما في 4 نوفمبر 1950م، نصت المادة 4 على أنه 1- لا يجوز استرقاق أو تسخير أي إنسان. 2- لا يجوز أن يطلب من أي إنسان أداء عمل جبراً أو سخرة. 3- لا يشمل اصطلاح "جبراً أو سخرة" في نطاق تطبيق هذه المادة ما يلي: أ- أي عمل يطلب إنجازه في الظروف المعتمدة طبقاً لنصوص المادة الخامسة من هذه المعاهدة أو خلال الإفراج عنه تحت شرط. ب- أي خدمة لها صفة عسكرية، أو أي خدمة بديلة للخدمة العسكرية بالنسبة لمن يأبى ضميرهم الاشتراك في الحرب في الدول التي تسمع لهم بذلك. ج- أي خدمة طلب في حالة الطوارئ أو الكوارث التي تهدد حياة المجتمع أو رخاءه. د- أي عمل أو خدمة تشكل جزءاً من الانزامات المدنية المعتمدة.

⁽²²⁾ إعمال مبادئ الأمم المتحدة للتوجيهية في مجال منع الجريمة - ورقة عمل من إعداد الأمانة - مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية - يناير 2010م ص 3
⁽²³⁾ مقال بعنوان مكافحة الاتجار بالبشر من موقع مهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ 1 مايو 2008م.

المطلب الثاني: حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم

على الرغم من تناول بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال - المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لمسألة حماية ضحايا الاتجار بالبشر ومساعدتهم مع احترام كامل لحقوقهم الإنسانية؛ واعتبار البروتوكول هذا المبدأ من الأغراض الأساسية لاتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة، وكذلك تناول البروتوكول لصور وأوجه حماية الضحايا والتدابير التي ينبغي على الدول الالتزام بتحقيقها لحماية الضحايا، إلا أن البروتوكول لم يتعرض لمفهوم الضحية الذي تكفل له الدولة الحماية القانونية المقررة.

وفي ذات الصدد فقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1985 الإعلان العالمي بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، وتنفيذها الإعلان تم إعداد دليل الممارسين في صدد تنفيذ الإعلان، وقد تم توزيع الإعلان فيما بعد على نطاق واسع؛ وقد وضع الدليل تعريفاً لفكرة الضحية- ضحية الجريمة وغسامة استعمال السلطة- وقد تبلور مفهوم الضحية وفقاً الدليل بأنهم: "الأشخاص الذين قد يعانون من ضرر جسدي ونفسي أو مادي أو اجتماعي ويتعين أن تؤخذ احتياجاتهم بعين الاعتبار بقدر أكبر طوال عملية العدالة الجنائية".

كما تم تعريف "ضحايا الجريمة" وفقاً للإعلان السابق على أنهم: "الأشخاص الذين أصيروا بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاك للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء".

ومنطلق هذا الإعلان أنه يعتبر الشخص ضحية دون النظر إلى معرفة مرتكب الجريمة وسواء كان مرتكب الفعل قد عرف أو تم ملاحقته وعقابه أم لا، ويعتبر ذلك إمعاناً في كفالة الحماية القانونية للضحية بغض النظر عن مرتكب الجريمة.

وبالنظر إلى القانون رقم 64 لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر فإننا نجد قد خالياً من بيان لمفهوم الضحية على الرغم من تناول الفصل الخامس منه لحماية المجنى عليهم، كما تناول في الفصل الأول الخاص بالتعريفات بالفقرة الثالثة من المادة الأولى منه المقصود بالمجني عليه بأنه: "الشخص الطبيعي الذي تعرض إلى ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخصضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كانضرر أو الخسارة ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

وفي إطار بيان ماهية الضحايا في جرائم الاتجار بالبشر، فقد ذهب بعض الفقهاء²⁴ إلى تعريف الضحية بأنه: "كل شخص تعرض لأذى سواء كان هذا الأذى جسدياً أم عقلياً، وبشكل أكثر دقة، فالضحية: هي كل شخص تعرض لمجموعة من العوامل أو الأفعال والوسائل - كما هي محددة في المادة 3/أ من بروتوكول الأمم المتحدة، والمادة 4 من المعاهدة الأوروبية في شأن مناهضة الاتجار بالبشر.

ويقسم الرأي السابق الضحايا إلى خمسة أقسام بالنظر إلى علاقتها بالجريمة، فتنقسم الضحايا إلى الضحية الثانوية، الضحية المستضعفة، الضحية المحتملة وأخيراً الضحية المفترضة.

هذا وقد حث المادة السادسة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ليند ثانية على حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص على مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم، فقد نصت على أن تحرص كل دولة طرف، في الحالات التي تقتضي ذلك، وبقدر ما يتبيّنه قانونها الداخلي، على صون الحرمة الشخصية لضحايا الاتجار بالأشخاص وهوبيتهم، بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية.

كما تكفل كل دولة طرف أن يتضمن نظامها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك:

- معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة.

• مساعدات لتمكينهم من عرض آرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس حقوق الدفاع.

كما يتعين أن يتمتع هؤلاء الضحايا بنفس حقوق ضحايا سائر الجرائم العنيفة والجرائم الجنسية من حيث ما يقدم إليهم من مساعدات أثناء الإجراءات الجنائية والمحاكمة.

كما تنظر كل دولة طرف في تنفيذ تدابير تتيح التعافي الجسدي والنفسياني والاجتماعي لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل - في الحالات التي تقتضي ذلك- التعاون مع المنظمات غير الحكومية وسائر المنظمات ذات الصلة وغيرها من عناصر المجتمع المدني، وخصوصاً توفير(أ) السكن اللائق. (ب) المشورة والمعلومات، خصوصاً فيما يتعلق بحقوقهم القانونية، بلغة يمكن لضحايا الاتجار بالأشخاص فهمها. (ج) المساعدة الطبية والنفسانية والمادية. (د) فرض العمل والتعليم والتدريب.

وتأخذ كل دولة طرف بعين الاعتبار، لدى تطبيق أحكام هذه المادة، سن ونوع جنس ضحايا الاتجار بالأشخاص واحتياجاتهم الخاصة، ولا سيما احتياجات الأطفال الخاصة، بما في ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية. كما تحرص كل دولة طرف على توفير السلامة البدنية لضحايا الاتجار

²⁴ د. محمد مطر: إتجاهات قانونية عامة لمكافحة الاتجار في الأشخاص - منشور دولي مقارن - الطبعة الأولى 2006، العدد 1079، المشروع لقومي للترجمة بالجامعة الأمريكية للثقافة بمكتبة الإسكندرية، ص. 19.

بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها. وأيضاً تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني الداخلي على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بهم.

ينبغي أن يتلقى الضحايا ما يلزم من مساعدات مادية وطبية ونفسية واجتماعية من خلال الوسائل الحكومية والطوعية والمجتمعية والمحلية، كما ينبغي إبلاغ الضحايا بمدى توفر الخدمات الصحية والاجتماعية، وغيرها من المساعدات ذات الصلة، وأن يتاح لهم الحصول على هذه الخدمات بسهولة. كما ينبغي أيضاً أن يتلقى موظفو الشرطة والقضاء والصحة والخدمة الاجتماعية، وغيرهم من الموظفين المعينين تدريباً لوعيتهم باحتياجات الضحايا، ومبادر توجيهية لضمان تقديم المعونة المناسبة الفورية، كما ينبغي لدى تقديم الخدمات أو المساعدة إلى الضحايا توجيه اهتمام ملائم لهم احتياجات خاصة بسبب طبيعة الصبر الذي أصيروا به.

كما نصت المادة السابعة من البروتوكول على وضعية ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلة، بالإضافة إلى اتخاذ التدابير المبينة في المادة السادسة من هذا البروتوكول، أن تنظر كل دولة طرف في اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضي ذلك، بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة. وفي حالة تنفيذ الحكم الوارد في الفقرة (1) من هذه المادة، تولي كل دولة طرف الاعتبار الواجب للعوامل الإنسانية والوجودانية.

وقررت المادة الثامنة من هذا البروتوكول إعادة ضحايا الاتجار بالأشخاص إلى أوطانهم. تحرص الدولة الطرف التي يكون ضحية الاتجار بالأشخاص من رعايتها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إقليم الدولة الطرف المستقبلة، على أن تيسر وتقبل عودة ذلك الشخص دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، مع إيلاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص.

المبحث الثالث: الجهود العربية في مكافحة الاتجار بالبشر

المطلب الأول: موقف المشرع الإماراتي

عرفت دولة الإمارات العربية المتحدة طفرة في مجال التشريع في الأونة الأخيرة، فقد كان للمشرع الإماراتي السبق في إصدار العديد من التشريعات التي تناولت موضوعات مستحدثة في غاية الخطورة من ذلك ظاهرة الاتجار بالبشر، مما دفع المشرع الإماراتي إلى إصدار قانون شامل لمكافحة هذه الجريمة الإنسانية وهو القانون الاتحادي رقم (51) لسنة 2006 الذي يعتبر أول قانون لمكافحة الاتجار بالبشر على مستوى العالم العربي كتشريع خاص يفرض عقوبات شديدة تصل إلى السجن مدى الحياة على مرتكبي جرائم الاتجار بالبشر⁽²⁵⁾.

وقد عرف المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون المذكور الاتجار بالبشر بأنه "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاحتجاز أو الاعتداء أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة ضعف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لتبليغ موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال..."⁽²⁶⁾. ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

والتعريف المتقدم هو الأصل الذي ينبع منه التعريف الحديث للاتجار بالبشر فالتعريف التقليدي للاتجار بالبشر هو التصرف في الأشخاص باعتبار أنهم رقيق، وهو الأساس الذي تقوم عليه نص المادة (346) من قانون العقوبات الإماراتي، والذي ينبغي مراعاته عند محاولة فهم وتفسير نص المادة الأولى من القانون رقم (51) لسنة 2006⁽²⁷⁾.

كما يتضح أن المشرع الإماراتي قد حرص على تجريم الصور المختلفة لجرائم الاتجار بالبشر الواردة في بروتوكول عام 2000. كما يتضح أيضاً من مطالعة القانون أن عنوانه هو (مكافحة جرائم الاتجار بالبشر) والذي من خلاله يتبين للوهلة الأولى أن هناك أشكالاً متعددة لجريمة الاتجار بالبشر، مما قيل أن من الأولى إفراد نصوص مستقلة لكل من تلك الجرائم شأنه شأن النهج الذي اتبعه قانون حماية ضحايا الاتجار والعنف الأمريكي لعام 2000

⁽²⁵⁾ المستشار اشرف الدشنجي، مصدر سابق، ص 606. والمستشار عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، الطبعة الأولى، معهد التدريب والدراسات القضائية، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص 107.

⁽²⁶⁾ وحددت المادة الثانية من هذا القانون العقوبة المقررة لجريمة الاتجار بالبشر بقولها "يعاقب كل من ارتكب اي من جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في المادة (1) من هذا القانون بالسجن المؤبد الذي لا يقل مدة عن خمس سنوات، وتكون العقوبة السجن المؤبد في الاحوال الآتية: 1- اذا كان مرتكب الجريمة قد انشأ او اسس او نظم او ادار جماعة اجرامية منظمة او تولى قيادة فيها، او دعا للانضمام اليها 2- اذا كان المجنى عليها انتى او طفل او من المعاقين. 3- اذا ارتكب الفعل بطرق الحيلة او صحبه استعمال القوة او التهديد بالقتل او بالذى الجسم او اعمال تعذيب بدنية او نفسية. 4- اذا وقع الفعل من شخصين فاكثر او من شخص يحمل سلاح. 5- اذا كان موظفاً عاماً او مكلفاً بخدمة عامة. 6- اذا كان قد شارك في افعال هذه الجماعة مع علمه باغراضها. 7- اذا كان مرتكب الجريمة زوجاً للمرجع عليه او احد اصوله او فروعه او ولية او كان له سلطة عليه. 8- اذا كانت الجريمة ذات طابع عبر وطني". ونصت المادة التاسعة من هذا القانون على عقوبة المصادرة بقولها: "مع عدم الاحالة بحق الغير حسن النية يحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاموال او الامم المتحدة او الادوات التي استعملت في ارتكاب اي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون". حيث جاء في المادة (346) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 "يعاقب بالسجن المؤبد من ادخل في البلاد او اخرج منها انساناً بقصد حياته او التصرف فيه، وكل من حاز او اشتري او باع او عرض للبيع او تصرف على اي نحو في انسان على اعتبار انه رقيق".

ولمزيد من المعلومات ينظر: د. شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم الخاص، جامعة الجزيرة، دبى، 2010، ص 90 وما بعدها.

الذي أورد العديد من صور جرائم الاتجار بالبشر، ووضع كلاً من تلك الصور في نص عقابي مستقل، لاسيما وأن جريمة الاتجار بالبشر ينبغي أن تفهم على أنها سلسلة من الأفعال الإجرامية لا على أنها فعل إجرامي واحد بمفرده، بحيث يشكل كل من تلك الأفعال جريمة مستقلة، ولذلك أطلق عليها جرائم الاتجار بالبشر وليس جريمة الاتجار بالبشر⁽²⁸⁾.

فالحلقة الأولى من تلك الجرائم تبدأ باختطاف شخص أو غوايته بقصد تجنيده أو تطويقه، وتستمر حلقاتها بعمليات نقل الفرد المعنى، وإخراجه من دولة المصدر، وإدخاله بطريقة غير قانونية إلى الدولة المعنية، وقد يرتبط أو يقترن بتلك الجرائم العديد من الأفعال الإجرامية الأخرى مثل النصب – المصطلح المستخدم عند المشرع المصري – أو الاحتيال – المصطلح المستخدم عند المشرع العراقي – أو تزوير وثائق السفر ومستندات الهوية، أو الادخال غير المشروع إلى البلاد، والعمل لدى غير الكفيل، أو التعدي الجسدي على ضحية الاتجار، أو إتيان أحد الأفعال الماسة بالعرض عليها. ولا تنتهي بذلك سلسلة الأفعال الإجرامية، بل يمكن أن يلحقها العديد من الأفعال الأخرى وهي الغرض النهائي من المتاجرة، وهي أفعال الاستغلال التي وردت بالفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، التي يجري خلالها تسخير الضحية في خدمات الجنس أو العمل الجبri أو غير ذلك من أشكال الاستغلال الأخرى⁽²⁹⁾.

والذي يهم هنا هو الطائفة الأولى من الجرائم الواردة في الفقرة الأولى من القانون، وما يرتبط بها من وسائل الاتجار القسرية وغير القسرية.

لأن جرائم الطائفة الثانية – المتمثلة في أفعال الاستغلال – يضع لها قانون العقوبات الاتحادي والقوانين الجنائية الأخرى الجزاءات الخاصة بها. وحيث أن القانون أتبع منهجية مختلفة وجمع كل صور الاتجار بالبشر وجميع صور استغلالهم تحت نص واحد من المادة الأولى من التعريفات، فإنه من المتوقع أن يثير تطبيقه العديد من الأشكالات القانونية، بما في ذلك ما يجب على رجال النيابة العامة والقضاء والشرطة من إيلاء الاهتمام الكافي في فهم وتفسير وتفريد الصور المختلفة لجرائم الاتجار بالبشر ومحاوله بيان أركان كل جريمة على حده حال اضطلاعهم بأعمالهم.

وقدر تعلق الأمر بعدم الاعتداد بموافقة الضحية، فإن التوجه التشريعي والفقهي والقضائي السائد في التعامل مع الأشخاص المتجر بهم، هو أنه ينظر إليهم عادةً على أنهم متهمون منسوب إليهم مخالفة القوانين الوطنية سواء تلك المتعلقة بالدعاوة أو العمل أو الهجرة أو الاقامة، ومن ثم يتم التعامل معهم على أنهم مجرمون وليسوا ضحايا⁽³⁰⁾.

وهناك ثلاث حالات رئيسية تتعلق بموافقة الضحية ورضاهما بالنشاط الإجرامي المرتكب المتمثل بالاتجار أو الاستغلال.

• الأولى: الموافقة السابقة على الضلوع في النشاط الإجرامي التي تستمر في أثناءه.

• الثانية: الموافقة الأولية أو الرضا الأولي وما يصطحب ذلك من أفعال كالموافقة على تزوير وثائق الهوية أو المشاركة في ذلك والموافقة على النقل أو التسفيه إلى بلد المقصود، إلا أن تلك الموافقة أو ذلك الرضا يفقد أثره بسبب استعمال المتجرين لأحدى الوسائل الواردة في المادة 3 (أ) من البروتوكول والمادة الأولى من القانون فيما بعد.

• الثالثة: عدم موافقة الضحية أو استخدام الوسائل القسرية أو غير القسرية المذكورة سلفاً لإرغامها على الخضوع أو الموافقة.

وبعد بموافقة الضحية فقط في الحالة الأولى متى كان الشخص المعنى على علم تام، ويعطي موافقته في شأن النشاط المرتكب في كل مرحلة، ويثبت انه لم يستخدم معه أو معها أيًّا من الوسائل غير المشروعه. إلا أن طبيعة جرائم الاتجار بالبشر كإحدى صور الجريمة المنظمة، وطرق عمل المتجرين، تجعل هذا المشهد غير محتمل الحدوث نسبياً.

أما في الحالة الثانية، فإن الموافقة الأولية لا يكون لها محل اعتبار في الاحوال التي يكون قد استخدم الجاني فيها أي من الوسائل القسرية أو غير القسرية المذكورة سلفاً. ومن الناحية الفعلية، لا يمكن الاعتداد بموافقة الضحية الصادرة في مرحلة من مراحل النشاط الإجرامي واعتبارها موافقة عامة تسرى على كافة مراحل ذلك النشاط⁽³¹⁾.

وبطبيعة الحال فإنه عندما يتم إثبات استخدام القوة أو التهديد أو الخداع أو استعمال السلطة بصورها المختلفة منذ البداية – هو ما يمثل الحالة الثالثة – تصبح أية موافقة لا محل لها في الاعتبار. ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للتهم التاجر أن يتذرع بموافقة الضحية كإحدى مبررات الدفاع عن نفسه، إذا كان قد تم استخدام إحدى الوسائل المذكورة سلفاً معها.

المطلب الثاني: موقف المشرع المصري

وفي إطار حرص المشرع المصري على حماية حقوق الإنسان لاسيما النساء والأطفال، صدر القانون رقم (64) لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، تنفيذاً للبروتوكولات والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها مصر، ومنها بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام 2000.

⁽²⁸⁾ د. محمد نور الدين سيد عبد المجيد، مصدر سابق، ص 15.

⁽²⁹⁾ المستشار عادل ماجد، مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الامارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص 127-128.

⁽³⁰⁾ وقد أوردت المادة 3 (ب) (ج) من بروتوكول عام 2000 أحكاماً تفصيلية في هذا الشأن بالنص على أنه "بـ(ب) لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المبين في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ)."

ج) يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو نقله أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجاراً بالأشخاص"، حتى إذا لم ينطوي على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة....".

⁽³¹⁾ المستشار عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الامارات العربية المتحدة ، مصدر سابق، 130-131.

ويند القانون السابق، القانون الأول من نوعه في مصر، الذي يجرم كافة أشكال الاتجار بالبشر، ويوفر الحماية القانونية لضحايا الاتجار، فضلاً عما يقدمه من ضمانات لاحترام حقوقهم الأساسية. حيث عرف القانون جريمة الاتجار بالبشر في المادة الثانية منه بقوله "يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي مما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسليم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية، إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه وذلك كله إذا كان التعامل بقصد الاستغلال في أعمال الدعاية وسائل أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها".

وعلى الرغم من تأثر المشرع المصري الواضح في التعريف الوارد في بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لاسيما النساء والأطفال عام 2000، إلا أنه يلاحظ قد توسيع في بيان صور الاتجار بالبشر بالمقارنة مع بروتوكول عام 2000. حيث حاول المشرع المصري أن يجمع كل أشكال الاتجار فأورد صوراً مثل البيع، أو العرض للبيع، أو الشراء أو الوعد بهما، رغم أن التعريف الوارد في بروتوكول عام 2000 وكذلك التعريفات الواردة في القانون الإماري الاتحادي رقم (51) لسنة 2006 التي عاقبت على الاتجار، لم تذكر صور البيع، أو الشراء، أو الوعد بهما ضمن أشكال الاتجار⁽³²⁾.

ومن ناحية أخرى، يلاحظ أن المشرع المصري وقدر تعلق الأمر بتعريفه للاتجار بالبشر على النحو الوارد في القانون، قد جانبه الصواب، إذ أن صياغة نص المادة الثانية من القانون جاءت مطولة بشكل افقدت التعريف أهم خواصه من الإيجاز في العبارات والمعانى⁽³³⁾.

وبموجب القرار المصري رقم 64 لسنة 2021 أقرت اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر آلية إحالة وطنية لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر وهي عبارة عن وحدة متخصصة في تقديم الدعم لضحايا الاتجار بالبشر من خلال التنسيق مع الجهات المعنية كوزارة الداخلية والعدل ومنظمات المجتمع المدني. حماية وتعافي الضحايا وإعادة إدماجهم.

وقد قالت الوحدة بتدريب ما يفوق عن 100 أخصائى من 48 جمعية أهلية على مستوى 5 محافظات في مجال تعافي وإعادة تأهيل الضحايا، أثمر عن تشكيل تحالف وطني للجمعيات الأهلية لمكافحة الاتجار بالبشر برئاسة مركز قضايا المرأة المصرية. ولدعم خدمات إعادة التأهيل والدمج تم إنشاء عدة دور لتقديم خدمات حماية وإعادة تأهيل الضحايا نفسياً واجتماعياً وصحياً، وإعادة تأهيل الأطفال بالتعاون مع هيئة فيس البلجيكية والمنظمة الدولية للهجرة وهيئة الإغاثة الكاثوليكية وجمعية الحرية.

المطلب الثالث: موقف المشرع العراقي

نصت الفقرة الثالثة من المادة السابعة والثلاثين من الدستور العراقي الدائم لعام 2005 على تحريم العمل القسري والعبودية وتجارة العبيد وحظر الاتجار بالنساء والأطفال والاتجار بالجنس باختلاف صوره وأشكاله، وهي نقطة قد تميز بها الدستور العراقي على جميع الدساتير الموجودة في الدول العربية والتي لا يوجد فيها أي نص دستوري مماثل، حيث لم ترق مسألة الاتجار بالبشر فيها إلى حد النص عليها دستورياً، مما يدلل على تنبه المشرع العراقي إلى خطورة هذه الجريمة الذي جعلها ضمن الاختصاص الشامل الوارد في المادة (13) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لعام 1969.

وفي عام 2012 أصدرت السلطة التشريعية في العراق قانوناً يحظر الاتجار بالبشر وهو القانون رقم (28) لعام 2012 الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر الذي يعد خطوة مهمة في طريق المساهمة في الجهود الدولية للحد من هذه الظاهرة الخطيرة.

يعرف في المادة الأولى من هذا القانون جريمة الاتجار بالبشر بقولها "يقصد الاتجار بالبشر لاغراض هذا القانون تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة أو ولية على شخص آخر بهدف بيعهم أو استغلالهم في أعمال الدعاية أو الاستغلال الجنسي أو السخرة أو العمل القسري أو الاسترقاق أو التسول أو المتاجرة بأعضائهم البشرية أو لأغراض التجارب الطبية".

⁽³²⁾ وحددت المادة الخامسة من هذا القانون العقوبة المقررة لجريمة الاتجار بالبشر بقولها "يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن خمسين الف جنيه ولا تجاوز مائتي الف جنيه او بغرامة متساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع ايهما اكبر". واوضحت المادة السادسة من هذا القانون الظروف المشددة لجريمة بقولها "يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن مائة الف جنيه ولا تجاوز خمسمائة الف جنيه في أي من الحالات الآتية:

اذا كان الجاني قد اسس او نظم او ادار جماعة اجرامية منظمة لأغراض الاتجار بالبشر او تولى قيادة فيها او كان احد اعضائها او منضماً لها، او كانت الجريمة ذات طابع غير وطني، اذا ارتكب الفعل بطريق التهديد بالقتل او بالاذى الجسدي او التعذيب البدنى او النفسي او ارتكب الفعل شخصاً يحمل سلاحاً، اذا كان الجاني زوجاً للمجنى عليه او من احد اصوله او فروعه او من له الولاية او الوصاية عليه او كان مسؤولاً عن ملاحظته او تربيته او من له سلطة عليه، اذا كان الجاني موظفاً عاماً او مكلفاً بخدمة عامة وارتكب جريمهه باستغلال الوظيفة او الخدمة العامة، اذا ترتكب الجريمة وفاة المجنى عليه او اصابته بعاهة مستديمة او يمرض لا يرجى الشفاء منه، اذا كان المجنى عليه طفلاً او من عديم الامهليه او من ذوي الاعاقة، اذا ارتكبت الجريمة بواسطه جماعة اجرامية منظمة". ونصت المادة (13) من هذا القانون، على عقوبة المصادرية بقولها "يحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاموال او الامماع او وسائل النقل او الادوات المتحصلة من اي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، او التي استعملت في ارتكابها، مع عدم الاحوال بحقوق الغير حسن النية".

⁽³³⁾ د. محمد نور الدين سيد عبد المجيد، مصدر سابق، ص 14.

يتضح أن التعريف الذي تبنيه المشرع العراقي يختلف عن ذلك التعريف المنصوص عليه في بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام 2000، إذ جاء حالياً من ذكر بعض المصطلحات القانونية ذات الصلة سواء في مجال تعداد الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة أو في مجال تعداد طرق إجبار الضحايا على الخضوع والاستسلام لعمليات الاتجار. في مجال تعداد صور السلوك الاجرامي في جريمة الاتجار بالبشر، رفع المشرع العراقي لفظ (التنقل) الوارد في التعريف الدولي من تعداد الأفعال المكونة للجريمة، واكتفى بأفعال (التجنيد والنقل والابواء والاستقبال).

وفي مجال تعداد طرق قهر أو إجبار الضحايا رفع المشرع العراقي وسيلة (استغلال حالة الاستضعاف) الوارد في النص الدولي على الرغم من أهميتها في معالجة حالة الأشخاص الذين يجدون أنفسهم تحت السيطرة الناجمة عن الأعراف العشائرية التقليدية والممارسات الشبيهة بالرق. وفي نطاق الاستغلال الوارد في النص الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر، اكتفى المشرع العراقي بحصر أنواع الاستغلال بشمانية صور هي أعمال الدعاية، الاستغلال الجنسي، السخرة، العمل القسري، الاسترقاق، التسول، المتاجرة بالأعضاء البشرية أو لأغراض التجارب الطبية. في حين أن النص الدولي لم يحصر أصناف الاستغلال بل أطلقها تحت مسمى (الاستغلال) وضرب أمثلة عليها فقط.

وقد تعلق الأمر بصورة الاستغلال الطبي، أبدل المشرع العراقي لفظ (نزع الأعضاء البشرية) في النص الدولي بلفظي (المتاجرة باعضاهم البشرية أو لأغراض التجارب الطبية)، الأمر الذي يؤدي إلى تضييق دائرة المسؤولية الجنائية وعدم تحقق مسؤولية من يقوم بعمليات نزع الأعضاء البشرية لأي غرض آخر غير أغراض المتاجرة بالأعضاء أو لأغراض إجراء التجارب الطبية.

واستناداً إلى المادة (2) من القانون رقم 28 لسنة 2012 والأمر الديواني رقم 75 لسنة 2012 فقد شكلت لجنة في وزارة الداخلية تسمى (اللجنة المركزية لمكافحة الاتجار بالبشر) مع ممثلي الأقاليم والمحافظات والجهات ذات العلاقة لتتولى تحقيق أهداف هذا القانون.

وقد قامـت اللجنة باصدار التعليمات الخاصة بتنفيذ القانون وكذلك أنسـتـ بيـاً آمنـاً لـضـحاـياـ الـاتـجـارـ بـالـبـشـرـ وـتـقـدـمـ الـاقـتـراـحـاتـ الـمـنـاسـبـةـ لـمـسـاعـدـةـ صـحـاـياـ الـاتـجـارـ بـالـبـشـرـ وـحـمـاـيـةـ الشـهـوـدـ وـالـمـجـيـعـ عـلـيـهـمـ. فـضـلـاًـ عـنـ الـقـيـامـ بـحـمـلـاتـ وـتـقـيـيفـ لـلـتـحـذـيرـ مـنـ مـخـاطـرـ الـاتـجـارـ بـالـبـشـرـ بـالـتـعـاـونـ مـعـ مـنـظـمـاتـ الـمـجـمـعـ الـمـدـنـيـ وـالـمـؤـسـسـاتـ الـأـكـادـمـيـةـ وـالـدـينـيـةـ وـمـرـاـكـزـ الـبـحـوثـ.

المطلب الرابع: موقف التشريع الأردني

لقد عرف المشرع الأردني جريمة الاتجار بالبشر رقم (9) لعام 2009م في نص المادة رقم (3) من القانون بأنه "1- استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاحتطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص، 2- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشر مقيـاًـ بـغـرـضـ اـسـتـغـالـهـمـ وـلـوـ لـمـ يـقـرـنـ هـذـاـ اـسـتـغـالـ بـالـتـهـدـيـدـ بـالـقـوـةـ أوـ اـسـتـعـمـالـهـاـ أوـ غـيرـهـ ذلكـ مـنـ الـطـرـقـ الـوـارـدـةـ فـيـ الـبـنـدـ (1)ـ مـنـ هـذـهـ الـفـقـرـةـ 3ـ وـتـعـنـيـ كـلـمـةـ الـاسـتـغـالـ "استغلال الأشخاص في العمل بالسخرة أو العمل قسراً أو الاسترقاق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء أو الدعاية أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي.

الخاتمة:

على الرغم من إصدار دول العالم لعدد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر إلا أن الجريمة التي استغلت التكنولوجيا وسرعة تواصل الشعوب وتدور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في العديد من دول العالم صارت مهددة للحقوق والحربيات الأساسية، ومن المتوقع في حال عجز المجتمع الدولي عن تبني آليات دولية جديدة تساهم في احتواء الجريمة، استفحـالـ الجـريـمةـ فيـ جـمـيـعـ دـوـلـ الـعـالـمـ بـشـكـلـ مـتـسـارـ وقد تظـهـرـ أـشـكـالـ جـدـيـدةـ لـلـاتـجـارـ بـالـبـشـرـ لـمـ يـعـرـفـهـاـ المـجـتمـعـ الدـولـيـ سـابـقـاـ. فالعديد من التنظيمات الدولية الإجرامية تدر لها جرائم الاتجار بالبشر أموالاً طائلة من خلال استغلال الأشخاص وصار يجري نقلهم عبر ممرات دولية تستدعي من دول العالم التنسيق والتعاون لمكافحتها.

أولاً: النتائج:

- جرائم الاتجار بالبشر من الجرائم العابرة للحدود التي تشكل تهديداً مباشراً لمصالح وقيم المجتمعات العالمية.
- على الرغم من سن المجتمع الدولي لعدد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية الخاصة بجرائم الاتجار بالبشر إلا أن الجريمة تنتشر عبر العالم بشكل متـسـارـ.
- تأخذ جرائم الاتجار بالبشر عدة أشكال وصور على شكل العبودية وأعمال الدعاية والعمل القسري والسخرة.
- تفرض التشريعات العربية عقوبات مشددة على مرتكبي جرائم الاتجار بالبشر.

ثانياً: التوصيات:

- تعزيز التعاون الدولي بوضع آليات دولية جديدة لمكافحة الاتجار بالبشر.
- تعزيز التعاون الدولي الثنائي بسن اتفاقيات دولية خاصة بجرائم الاتجار بالبشر.
- النظر في إمكانية تأسيس الأمم المتحدة على مستوى المجلس الاقتصادي والاجتماعي مكتباً دولياً لمكافحة الاتجار بالبشر.
- مضاعفة الاهتمام الدولي بضحايا الاتجار بالبشر.
- تعزيز التعاون الأمني والشرطي الدولي بتبادل المعلومات الجنائية عن التنظيمات الدولية المتخصصة في تهريب البشر.
- مواكبة التشريعات العربية التطورات العلمية والتكنولوجية التي توظفها التنظيمات الإجرامية في ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر.
- تثقيف وتوعية أفراد المجتمع بأخطار الاتجار بالبشر على السلم الاجتماعي وذلك بإشراك وسائل الإعلام والمدارس ومنظمات المجتمع المدني.

المراجع:

أولاً: الكتب والمؤلفات:

- البحيري، أميرة محمد بكر. (2011). الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية والنفسية والاجتماعية والقانونية. دار النهضة العربية.
- بك، سوسن تمرخان. (2006). الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. الطبعة الأولى. منشورات الحلي الحقوقية.
- السبكي، هاني. (2010). عمليات الاتجار بالبشر. دار الفكر الجامعي.
- سند، حسن سعد. (2004). الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية مقارنة بها في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية.
- العربيان، محمد علي. (2011). عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة.
- ماجد، عادل. (د.ت). مكافحة الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة. الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الأول، الرياض.
- مطر، محمد. (2006). إتجاهات قانونية عامة لمكافحة الاتجار في الأشخاص - منظور دولي مقارن - الطبعة الأولى. بالمجلس الأعلى للثقافة.

ثانياً: البحوث والدراسات:

- مطر، محمد يحيى. (2010). الاتجار في البشر، نظرة عامة (اتجاهات قانونية عامة لمكافحة الاتجار بالأشخاص منظور دولي مقارن)، الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، الجزء الأول. الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
- ناشد، سوزي عدلي. (2005). الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي. أبوظبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية.

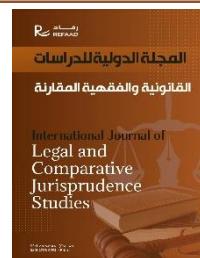
ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- التوأمة، عباطلة. (2022). الاتجار بالبشر ثالث أكبر نشاط اجرامي في العالم، محاضرة في المركز الاقليمي للأمن الإنساني في عمان بعنوان: الاتجار بالبشر. www.ejtemy.com

رابعاً: الاتفاقيات والمواثيق دولية:

- الاتفاقية التكميلية لأبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق لسنة 1956، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 266، الرقم 3822.
- الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية 1956م.
- الاتفاقية التكميلية لإلغاء العبودية وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية، 1956م.
- الاتفاقية الخاصة بالرق لسنة 1926، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 212، الرقم 2861.
- اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها 1926م.
- اتفاقية العبودية والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها 1926م.
- اتفاقية العمل بالسخرة، المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية 1932م.
- اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحربيات الأساسية لسنة 1950، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 213.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

10. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 999، الرقم 14668.
11. المسودة الأولية لبروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال 2000م.
12. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998م.
13. إعمال مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية في مجال منع الجريمة – ورقة عمل من إعداد الأمانة – مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية – يناير 2010م.



Efforts to Combat Human Trafficking

Kheireddine laib

Associate Professor of International Relations, Algeria
 Police College, Abu Dhabi
 khiredine12@hotmail.com

Ehab El hegawy

Associate Professor of Security Sciences, Egypt
 Police College, Abu Dhabi

Received: 8/4/2022 Revised: 29/4/2022 Accepted: 7/5/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.1>

Abstract: The phenomenon of human trafficking has spread remarkably during the recent period as no country is safe from it, especially with the growth of international and non-international armed conflicts and the deterioration of economic conditions in some countries, especially the third world countries that provide organized crime gangs with living conditions that facilitated the existence of renewable resources of victims in order to make huge sums of money behind their exploitation. The United Nations has classified this trade as the third largest illegal trade in the world after arms smuggling and drug trafficking, as its activities generate huge profits estimated at billions, at the expense of the most vulnerable groups of society to exploitation, namely women and children. It is also one of the forms of transnational organized crime that its scope has expanded significantly in recent years, through which millions of people are transported across international borders annually to be trafficked. The study sheds light on the phenomenon of human trafficking by highlighting its characteristics and types, as well as the most important international and Arab legislations aimed at strengthening international and Arab cooperation to combat crime that is employing technology to commit its acts. The study recommends the importance of keeping pace with Arab legislation with scientific and technological developments employed by criminal organizations in committing human trafficking crimes and the need to educate and raise awareness of community members about the dangers of human trafficking on the social peace by involving the media, schools and civil society organizations.

Keywords: human trafficking; international conventions; Arab legislations.

References:

1. Al'ryan, Mhmd 'ly. (2011). 'mlyat Alatjar Balbsh Walyat Mkafhtha Drash Mqarnh. Dar Aljam'h Aljdydh.
2. Albhyry, Amyrh Mhmd Bkr. (2011). Alatjar Balbsh Wbkhsh Alatfal Mn Wjht Alnzr Al'lmyh Walnfsyh Walajtma'yh Walqanwnyh. Dar Alnhdh Al'rbyh.
3. Bkh, Swsn Tmrkhan. (2006). Aljra'm Dd Alensanyh Fy Dw' Ahkam Alnzam Alasasy Llmhkmh Aljna'yh Aldwlyh. Altb'h Alawla. Mnshwrat Alhlby Alhqwqyh.
4. Majid, 'adl. (D.T.). Mkafht Alatjar Balbsh Fy Alatfaqyat Aldwlyh Walqanwn Alwtyn Ldwlt Alamarat Al'rbyh Almthdh. Aljhwd Aldwlyh Fy Mkafht Alatjar Balbsh, Aljz' Alawl, Alryad.
5. Mtr, Mhmd. (2006). Etjahat Qanwnyh 'amh Lmkafhh Alatjar Fa Alashkhas – Mnzwr Dwla Mqarn – Altb'h Alawla. Balmjls Ala'la Lithqafh.
6. Mtr, Mhmd Yhya. (2010). Alatjar Fy Albsh, Nzrh 'amh (Atjahat Qanwnyh 'amht Lmkafhh Alatjar Balashkhas Mnzwr Dwly Mqarn), Aljhwd Aldwlyh Fy Mkafht Alatjar Balbsh. Aljz' Alawl. Alryad: Jam't Nayf Al'rbyh Li'lwm Alamnyh
7. Nashd, Swzy 'dly. (2005). Alatjar Fy Albsh Byn Alaqtad Alkhfy Walaqtad Alrsmy. Abwzby: Mrkzalamarat Lldrasat Walbhwt Alastryjyh.
8. Alsbky, Hany. (2010). 'mlyat Alatjar Balbsh. Dar Alfkr Aljam'y.
9. Snd, Hsn S'd. (2004). Alhmah Aldwlyh Lhq Alensan Fy Alslamh Aljsdyh Mqarnh Bha Fy Zl Ahkam Alshry'h Alaslamyh Wmda Hdt Alhmah Fy Msr. Altb'h Althanyh. Dar Alnhdh Al'rbyh.

الدفاع الشرعي بين ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة مقارنة)

الخنساء أحمد محمد سعيد

كليات بريدة الأهلية- المملكة العربية السعودية

khansaahmed72@gmail.com

قبول البحث: 2022/5/14

مراجعة البحث: 2022 / 5/8

استلام البحث: 2022 / 4/1

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.2>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



الدفاع الشرعي بين ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة مقارنة)

الخنساء أحمد محمد سعيد

كليات بريدة الأهلية- المملكة العربية السعودية

khansaahmed72@gmail.com

استلام البحث: 4/1/2022 | مراجعة البحث: 8/5/2022 | قبول البحث: 22/5/2022 | DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.2>

الملخص:

هدفت الدراسة إلى تناول موضوع حق الدفاع الشرعي لما له من أهمية خاصة على مستوى القانون الدولي والمنظمات الدولية، وذلك لغياب جهاز دولي توجد تحت تصرفه قوة دائمة تستعمل عند اللزوم، كما تناولت الدراسة التغيرات التي حولت ضابط العدوان إلى استراتيجية الدفاع الشرعي وانعكاساته على المجتمع الدولي. وخلصت الدراسة إلى عدد من النتائج منها أن الدفاع الشرعي حق معترف به لدى المجتمع الدولي، إلا أن تكريسه في نص المادة 51 ينقصه الضبط الذي وسع من دائرة الغموض فيما يتعلق بشروطه وتكييفه. وقد أوصت الدراسة بالعمل على تقييد شروط الدفاع الشرعي للحد من التجاوزات التي يتذرع بها مرتکبواها لتهربهم من المسئولية الجنائية الدولية، ومبررهم على أساس الدفاع الشرعي.

الكلمات المفتاحية: الدفاع الشرعي؛ المسئولية الجنائية؛ الأشخاص الطبيعيين؛ العدوان.

المقدمة:

إن حق الدفاع الشرعي كان ولا يزال من أكثر الموضوعات القانونية التي كثُر فيها الجدل بين الفقهاء، فهو إحدى الصور التي تخذلها الدولة في حقها في البقاء، وذلك لأنه حتى وقت قريب ليس ببعيد كان اللجوء إلى القوة حُكماً مشروعًا للدول صاحبة السيادة، ولها الحق في إعلان الحرب، إلى أن تطور المجتمع الدولي.

لم يستنكر المجتمع الدولي حق الدفاع الشرعي وإنما تم تضييقه وتنظيمه، فالتنظيم القانوني للمجتمع لم يحاول إنهاء وإزالة حق الدفاع الشرعي، فهو من الحقوق الحتمية في بقاء الإنسان والمحافظة على ماله ونفسه، وهذا ما يبرر استخدام القوة لرد أي اعتداء. لقد نصت الدساتير والقوانين الداخلية والدولية على حق الدفاع الشرعي باعتباره حُكماً أصيلاً للجماعات والدول. إلا أنه بعد صدور ميثاق محكمة نوريميرج وطوكيو 1945 تجسد مبدأ تطبيق المسئولية الجنائية الفردية ومعاقبة المتسبب في الجريمة مباشرة، وذلك على خلاف الوضع السابق الذي جعل من الدولة هي المسئول الوحيدة (المسؤولية الدولية)، ويفلت المتسبب من العقاب.

بعد صدور ميثاق روما لأنشاء المحكمة الجنائية الدولية تبلور مبدأ مسؤولية الفرد الجنائي في القضاء الجنائي الدولي وأصبح الفرد معاقبًا بموجب أحكام القانون الجنائي الدولي أسوةً بالقانون الوطني.

إلا أن فقهاء القانون الدولي انقسموا بشأن العلاقة بين نص المادة 31 من نظام روما الأساسي وبين نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة المتضمنة لأحكام الدفاع الشرعي إلى اتجاهين، الفريق الأول ينادي بوحدة المادتين على أساس أنه لا يوجد اختلاف بين الأحكام الواردة في المادة 31 عن أحكام المادة 51، من حيث الأثار المترتبة على استعمال حق الدفاع الشرعي وهي إباحة استعمال القوة المسلحة لرد الاعتداء. أما الفريق الثاني فرأيه مخالف لذلك بأن الدفاع الشرعي الوارد في المادة 31 يعد نظاماً مختلفاً كلياً عن الدفاع الشرعي الوارد في المادة 51، من حيث المستفيدين من الحق والأثر المترتب على استخدام الحق. ومن خلال التحليل والدراسة وتفحص النصوص والقواعد التي تضمنت في ميثاق روما الأساسي بشأن حق الدفاع الشرعي وتفحص القواعد والنصوص لتقييم مدى التوافق والاختلاف بين ما تضمنه ميثاق الأمم المتحدة في المادة 51.

تناول هذه الدراسة الموضوع من زاويتين:

- الأولى: وهي الجانب النظري للدراسة من خلال البحث الأول الذي تناول فيه الباحث الإطار العام لحق الدفاع الشرعي من خلال مطلبين، استعرض في المطلب الأول مفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة كما تم استعراض المفهوم في النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية في المطلب الثاني.
- الزاوية الثانية: وهي الشق العملي للدراسة وقد ناقش فيه الباحث شروط الدفاع الشرعي في نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية وشروط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة والمقارنة بين المادتين من خلال ثلاثة مطلب، المطلب الأول عن شروط الاعتداء المنشئ لحق الدفاع الشرعي في نظام روما وما يليه، أما شروط الفعل نفسه في المطلب الثاني، واستعرض المطلب الثالث شروط فعل الدفاع في ميثاق الأمم المتحدة وميثاق روما للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

مشكلة الدراسة:

طبقاً للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة فالاعتداء المسلح محظوظ على المستوى الدولي إلا في إطار الدفاع الشرعي، كما أكدت المادة 31 من ميثاق روما على حق الدفاع الشرعي، وهذا المبدأ هو استثناء من مبدأ حظر استعمال القوة في العلاقات بين الدول. مما سبق، فإن مشكلة الدراسة تكمن في انتشار الاعتداءات بين الدول بحق الدفاع الشرعي. وكما أن القوة هي المحرك الأساسي لكثير من التزاعات بين الدول، وتذرع الدول بحجج واهية لبرير اعتداءها وخير شاهد على ذلك اعتداء روسيا على أوكرانيا بأنها تشكل تهديداً على استقرارها في المنطقة. ويمكن صياغة مشكلة الدراسة بالتساؤلات التالية:

التساؤل الرئيسي: هل يقبل القانون الدولي الدفاع الشرعي كمبرر لجريمة العدوان؟

ويتفرع عن السؤال الرئيسي الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو مفهوم وأحكام حق الدفاع؟
- هل يمكن القول بوحدة المادتين اللتين تحكمما الدفاع الشرعي في نظام روما الأساسي وميثاق الأمم المتحدة؟
- ما هو مجال الدفاع الشرعي في نظام روما الأساسي وميثاق الأمم المتحدة؟
- هل تبقى ميثاق روما للمحكمة الجنائية الدولية نفس شروط الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة؟
- ما مدى توافق أحكام وشروط الدفاع الشرعي بين ميثاق الأمم المتحدة ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟
- من الذي يضمن عدم التذرع بهذا المفهوم لتبرير كل استخدام للقوة المسلحة في العلاقات الدولية؟

أهمية الدراسة:

تكتسب الدراسة أهميتها من مجموعة من النقاط، يمكن إيجازها فيما يلي:

- تكريس مبدأ حل التزاعات عبر القنوات الشرعية وبالوسائل السلمية.
- نبذ استخدام القوة بموجب المعايير الدولية لا سيما الميثاق الأممي وميثاق الأمم المتحدة.
- حق الدفاع الشرعي إذا وقع علماً عدوان يهدد مصالحهما وهذا يعد استثناء من قاعدة عدم استخدام القوة في العلاقات الدولية. ووضع الحد الفاصل بين الدفاع الشرعي القانوني والدفاع الشرعي الذي يستخدم كمبرر لاعتداءات الغير مبرر أو الغلو في الرد.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- تسلیط الضوء على حق الدفاع الشرعي لما له من أهمية خاصة على مستوى القانون الدولي، وذلك لغياب جهاز دولي توجد تحت تصرفه قوة دائمة تستعمل عند اللزوم.
- بيان خطورة هذه الرخصة (الدفاع الشرعي) وما يكتنفها من تجاوزات قد تحدث عند التطبيق.
- ندرة المراجع والمصادر المتخصصة حول الموضوع وبالتالي صعوبة تناوله، مما دفع الباحث إلى الاعتماد على المراجع العامة، وال المجالات، ومواقع الإنترن特 التي لم تتناول الموضوع بشيء من التحليل المعمق.
- بيان التغيرات التي حولت ضابط العدوان إلى استراتيجية الدفاع الشرعي وانعكاساته على مبدأ حل التزاعات بالطرق السلمية.

منهجية الدراسة:

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لتحليل النصوص القانونية الواردة في أحكام ميثاق الأمم المتحدة التي تتناول أحكام الدفاع الشرعي، بالإضافة إلى شرح وتحليل المادة 31 من ميثاق روما للمحكمة الجنائية الدولية بشأن حق الدفاع الشرعي. كما استخدم المنهج المقارن: تمت الاستعانة بالمنهج المقارن

لمقارنة نص أحكام المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة ونص المادة 31 من نظام روما المتضمنتان لأحكام الدفاع الشرعي من حيث الأحكام، والشروط والأثار المترتبة على استخدام الحق.

حدود الدراسة:

- الحد الموضوعي: تتناول الدراسة أحكام الدفاع الشرعي في كل من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية وميثاق الأمم المتحدة.
- الحد الزماني: منذ إنشاء ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 إلى مارس 2022.

الدراسات السابقة:

هي الدراسات التي تتوافق مع البحث العلمي الذي قد قام الباحث في إعداده، حيث يجب على الباحث أن يظهر أوجه التشابه والاختلاف بين دراسته وبين الدراسات والأبحاث السابقة التي قد استخدماها في بحثه، وبيان العيوب والميزات الذي تحتوي عليه الدراسات السابقة وإظهار مميزات بحثه الذي تميز فيها عن هذه الأبحاث.

- دراسة حامد (2010) بعنوان أحكام الاشتراك في الجريمة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون الوضعي.
- دراسة الدالي (1997) بعنوان المساهمة الجنائية في جرائم الحدود والقصاص دراسة تطبيقية على أحكام المحاكم الشرعية بالرياض.
- دراسة كمرشو، علواش (2020) المسومة بحدود الدفاع الشرعي في ظل ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- دراسة عطية (2018) المسومة الدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقانون الجزائري.
- دراسة العبيدي (2017) المسومة الدفاع الشرعي في إطار المحكمة الجنائية الدولية.
- دراسة زقار (2017) المسومة الدفاع الشرعي بين نظام روما وميثاق الأمم المتحدة

اتفق هذه الدراسة مع بعض من الدراسات السابقة في تناولها لمفهوم الدفاع الشرعي في نظام روما الأساسي وميثاق الأمم المتحدة، إلا أن هذه الدراسة قد تميزت بإضافة تطبيقية عكست المقارنة بين مبدأ الدفاع الشرعي في نظام روما الأساسي وميثاق الأمم المتحدة من خلال حالات عملية توضح حالات استخدام الدفاع الشرعي في النظمتين.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: الإطار العام لحق الدفاع الشرعي

المطلب الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة

المطلب الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي في نظام روما وميثاق الأمم المتحدة

المطلب الأول: شروط الاعتداء المنى لحق الدفاع الشرعي في نظام روما وميثاق الأمم المتحدة

المطلب الثاني: شروط فعل الدفاع في ميثاق الأمم المتحدة وميثاق ونظام روما الأساسي

المبحث الأول: الإطار العام لحق الدفاع الشرعي

إن الدفاع الشرعي لم يظهر بمفهومه الحقيقي إلا بعد إنشاء الأمم المتحدة، وقد ظهرت فكرة الدفاع الشرعي كاستثناء من الأصل العام وهو منع اللجوء إلى القوة من خلال ميثاق الأمم المتحدة الذي يهدف إلى المحافظة على السلم والأمن الدوليين، ثم امتدت فكرة الدفاع الشرعي إلى العديد من المواقف الدولية وأبرزها ميثاق روما وهذا ما يقودنا للتساؤل عن مفهوم الدفاع الشرعي في كل من ميثاق الأمم المتحدة وميثاق روما، وقد اختلف الفقهاء في طبيعة الدفاع الشرعي ومفهومه وكثير الجدل، مما حدا بفقهاء القانون في البحث حول مفهوم الدفاع الشرعي وطبيعته القانونية وسوف نتناول في هذا المبحث الإطار العام للدفاع الشرعي من خلال مطلبين هما: مفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة، ومفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق روما.

المطلب الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة

قبل الولوج في مفهوم الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة سوف نتطرق إلى تعريف الدفاع الشرعي في ظل الفقه الدولي:

• الدفاع الشرعي في ظل الفقه الدولي

عند البحث عن الجذور التاريخية للدفاع الشرعي نجد أن أحكامه قد تبلورت عبر ميثاق الأمم المتحدة فلا يمكن تصوّر أن يترك المعتدي عليه ضحية العدوان، وأشار إلى ذلك مؤنت سيكو في كتابه روح القوانين بقوله "إن حياة الدول مثل حياة الناس فكما أن للناس حق القتل في حالة الدفاع عن النفس، فإن للدول حق الحرب لكي تحفظ بقائهما". (كرمشو، 2020، ص 2)

برز الدفاع الشرعي في الأعراف الدولية القديمة على أساس أنه الوسيلة الوحيدة لرد الخطر فجعل من فعل الدفاع المجرم في الأصل فعلاً مشرعاً ويقرره القانون الدولي لدولة أو مجموعة دول عن طريق استخدام القوة لرد العدوان المسلح حال يرتكب ضد سلامتها إقليمها أو استقلالها السياسي،

شرطة أن يكون استخدام القوة هو الوسيلة الوحيدة لرد العدوان. وأن يتوقف حين يبدأ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين (الدوليكات، 2013، ص52)، وفي تلك الفترة كان حق الدفاع عبارة عن حق يقرره القانون الدولي لأحد أعضاء الجماعة الدولية في استخدام القوة لصد عدوان مسلح، ويشرط أن يكون لزماً لرده ومتناسباً معه في الشدة والقوة.

وعند البحث في تعريف الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي نجد جاء متفقاً مع فكرة الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الداخلي، إلا أنها يختلفان في من هو صاحب الحق فصاحب الحق في القانون الدولي الداخلي هو الفرد، أما في القانون الدولي فصاحب الحق هو الشخص المعنوي (الدولة) ويمثلها مأجورين ومقاتلين وهم الذين يقومون بالفعل ولكن ليس عليهم مسؤولية فالدولة هي المسؤولة في ظل تلك الفترة.

• تعريف حق الدفاع الشرعي في القوانين الداخلية

حق الدفاع الشرعي حق قديم ومتاح للأفراد في الأنظمة الداخلية في استخدام قوة معقولة لحماية النفس أو حماية أفراد العائلة من أي ضرر جسدي أو حماية ممتلكاتهم من الاعتداء في الحالة التي يعتقد فيها المدافع بأنه يواجه خطر وشيك وتكون القوة المستخدمة في الدفاع كافية لرد الاعتداء. ويختلف الدفاع الشرعي عن غيره من أنظمة استخدام القوة من ناحية أنه إخلال طرف بواجب قانوني له علاقة بالطرف الآخر الذي أصبح بموجب ذلك الفعل له حق الدفاع الشرعي، ولا يجوز لمستخدم الحق التجاوز في حماية حقه حتى لا يتحول إلى معتدي، فالهدف من الدفاع الشرعي حماية الحقوق الأساسية القانونية ومنع الاعتداء وليس العقاب كما في القانون الجنائي.

إن نقطة الالقاء بين حق الدفاع الشرعي في الأنظمة الداخلية وبين حق الدفاع الشرعي للدول هو أن حق الدفاع عن النفس ملتصق بالدول مثلهم مثل الإفراد وهو ضروري لحماية الدولة وحماية الإفراد ويرتبط حق الدفاع الشرعي مع حق البقاء أو الوجود، فالعلاقة وثيقة بين الحقين، فحق البقاء يعطي للدولة سلطة اتخاذ كل ما تراه حتى تحافظ على بقائها، وفي سبيل ذلك تستخدم هذا الحق ضد أي اعتداء عليها والمحافظة على بقائها.

(خلف، 1973، ص217)

وقد تطرقـت الدراسة إلى تعريف حق الدفاع الشرعي لدى فقهاء القانون الدولي تبين لنا أن أغلبـها على اتفاق مع رأـي الفقيـه بروـانـيـ الذي رـكـزـ في تعريفـهـ علىـ قـدـمـ وـثـيـاتـ كـمـاـ أـنـ هـذـاـ قـبـلـ وـجـودـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ،ـ وـهـوـ مـنـ الـحـقـوقـ الـثـابـتـةـ وـالـأـصـيـلـةـ لـكـلـ أـشـخـاـصـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ،ـ كـمـاـ أـنـ هـذـاـ حقـ لـلـدـوـلـةـ الـتـيـ وـقـعـ عـلـيـ عـدـوـانـ مـسـلـحـ غـيرـ مـشـرـوـعـ،ـ وـقـدـ رـخـصـ لـهـاـ اـسـتـعـمـالـ حـقـهـاـ لـصـدـ هـذـاـ عـدـوـانـ.ـ (الـغـنـيـيـ،ـ 2005ـ،ـ صـ90ـ)

وقد شـكـلتـ المـادـةـ 51ـ خـلـاـفـ كـبـيـراـ بـيـنـ الـفـقـهـاءـ حـوـلـ نـشـأـةـ حـقـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ،ـ هـلـ نـشـأـ عـنـ طـرـيقـ هـذـهـ المـادـةـ،ـ أـمـ هـوـ مـوـجـودـ أـصـلـاـ؟ـ اـنـقـسـمـ الـفـقـهـ

الـدـوـلـيـ فـيـ الإـجـاـبـةـ عـلـىـ هـذـاـ التـسـاؤـلـ إـلـىـ نـظـرـيـتـيـنـ:

النظـرـيـةـ الـأـوـلـىـ:

سـمـيتـ المـقـرـرـةـ وـقـدـ تـبـيـنـ فـكـرـةـ أـنـ حـقـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ نـشـأـ قـبـلـ نـشـوـءـ الـمـيـثـاـقـ،ـ وـهـوـ حـقـ طـبـيـعـيـ لـكـلـ الـدـوـلـ فـيـ حـالـ وـاجـهـتـ هـجـومـ مـسـلـحـ أـوـ تـهـديـدـ بـالـقـوـةـ يـشـكـلـ خـطـرـاـ وـشـيـكـاـ عـلـيـهـاـ يـقـومـ حـقـهـاـ فـيـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ.ـ وـاـسـتـشـهـدـ أـصـحـاـبـ تـلـكـ النـظـرـيـةـ عـلـىـ أـنـ المـادـةـ 51ـ مـقـرـرـةـ مـاـ وـرـدـ فـيـ الـمـيـثـاـقـ (أـيـ نـصـ فـيـ الـمـيـثـاـقـ لـاـ يـنـتـقـصـ مـنـ الـحـقـ الـطـبـيـعـيـ لـلـدـفـاعـ الشـرـعـيـ)ـ وـكـانـ دـلـيـلـهـمـ كـلـمـةـ طـبـيـعـيـ بـأـنـ هـذـاـ حـقـ مـقـرـرـ سـلـفـاـ وـلـيـسـ جـدـيـداـ بـلـ مـوـجـودـ فـيـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ الـتـقـلـيـدـيـ.ـ وـقـدـ وـاجـهـتـ اـنـتـقـادـاتـ كـثـيرـ،ـ فـقـالـ الـفـقـيـهـ كـلـسـنـ أـنـ كـلـمـةـ حـقـ طـبـيـعـيـ كـلـمـةـ زـائـدـةـ وـلـاـ تـوـحـيـ بـأـيـ شـيـءـ وـلـمـ يـتـمـ تـجـدـيـدـ قـوـاـعـدـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ بـلـ ظـلـتـ كـمـاـ هـيـ.

النظـرـيـةـ الثـانـيـةـ:

فـقـدـ أـطـلـقـ عـلـيـهـاـ الـمـنـشـئـةـ فـحـسـبـ وـجـهـةـ نـظـرـ أـصـحـاـبـ النـظـرـيـةـ فـإـنـ الـحـقـ فـيـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ وـحـسـبـ نـصـ المـادـةـ 51ـ لـاـ يـقـومـ إـلـاـ فـيـ حـالـ وـقـوعـ عـدـوـانـ مـسـلـحـ،ـ فـلـمـ تـعـرـفـ تـلـكـ النـظـرـيـةـ بـالـعـدـوـانـ الـوـشـيـكـ الـوـقـوعـ،ـ فـقـيـدـتـ الـحـقـ بـوـقـوعـ هـجـومـ مـسـلـحـ فـقـطـ،ـ وـالـلـجـوـءـ إـلـىـ مـجـلـسـ الـأـمـنـ قـبـلـ الشـرـوـعـ فـيـ اـسـتـخـدـامـ

حقـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ.ـ (حـجـازـيـ،ـ 2005ـ،ـ صـ197ـ)

خـلـصـ الـبـاحـثـ أـنـ المـادـةـ 51ـ مـنـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ لـمـ تـبـعـ الـحـقـ فـيـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ إـلـاـ فـيـ حـالـ وـقـوعـ هـجـومـ مـسـلـحـ حـقـيـقيـ،ـ وـأـيـدـتـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ هـذـهـ النـظـرـيـةـ بـمـوـقـفـهـاـ الـرـافـضـ الـهـجـومـ الـثـلـاثـيـ مـنـ (إـسـرـائـيلـ وـفـرـنـسـاـ وـبـرـيـطـانـيـاـ)ـ ضـدـ مـصـرـ بـحـجـةـ اـسـتـخـدـامـ حـقـهـمـ فـيـ الـدـفـاعـ الشـرـعـيـ الـوـقـائـيـ الـوـقـائـيـ سـنـةـ 1956ـ عـلـىـ الرـغـمـ مـنـ أـنـ مـصـرـ لـمـ تـبـادـرـ مـنـ نـاحـيـتـهـاـ بـأـيـ شـكـلـ مـنـ أـشـكـالـ الـهـجـومـ تـجـاهـهـمـ.

لـقـدـ تـرـقـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ إـلـىـ الـعـدـيدـ مـنـ الـمـبـادـئـ الـمـهـمـةـ فـيـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ،ـ بـالـأـخـصـ فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ بـمـنـعـ اـسـتـعـمـالـ الـقـوـةـ أـوـ التـهـديـدـ بـهـاـ فـيـ مـجـالـ الـعـلـاقـاتـ الـدـوـلـيـةـ كـقـاءـدـةـ عـامـةـ،ـ وـرـدـ مـبـدـأـ فـيـ المـادـةـ 2ـ فـقـرـةـ 4ـ مـنـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ،ـ (الـجـيـلـانـيـ،ـ 1424ـهـ،ـ صـ139ـ)ـ عـلـىـ تـحـرـيمـ اـسـتـخـدـامـ الـقـوـةـ أـوـ الـلـجـوـءـ إـلـيـهـاـ بـلـ ذـهـبـ أـبـعـدـ مـنـ ذـلـكـ بـمـنـعـ التـهـديـدـ وـجـعـ الـتـحرـيمـ لـكـافـيـاـ اـسـتـخـدـامـاتـ الـقـوـةـ تـحـرـيـمـاـ قـاطـئـاـ،ـ فـلـاـ تـوـجـدـ حـرـبـ مـشـرـوـعـةـ وـأـخـرـيـ غـيرـ مـشـرـوـعـةـ كـمـاـ جـاءـ فـيـ مـيـثـاـقـ عـصـبـةـ الـأـمـمـ،ـ كـمـاـ اـسـتـبـدـلـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ عـبـارـةـ تـحـرـيمـ الـلـجـوـءـ إـلـىـ الـحـرـبـ بـحـظـرـ اـسـتـخـدـامـ الـقـوـةـ أـوـ التـهـديـدـ بـهـاـ.ـ (حـجـازـيـ،ـ 2005ـ،ـ صـ197ـ)ـ يـرـىـ الـبـاحـثـ بـأـنـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ بـعـدـ إـنـشـاءـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ قـدـ خـطـأـ خـطـوـاتـ كـبـيرـةـ بـهـدـفـ الـوـصـولـ إـلـىـ نـظـامـ دـوـلـيـ تـسـوـدـهـ الـعـدـالـةـ وـالـمـساـواـةـ بـيـنـ أـفـرـادـ بـعـدـ كـلـ الدـمـارـ الـذـيـ شـهـدـهـاـ الـبـشـرـيـةـ مـنـ حـرـبـيـنـ عـالـيـتـيـنـ،ـ لـذـلـكـ حـرـمـ الـقـانـوـنـ الـدـوـلـيـ عـدـمـ الـلـجـوـءـ إـلـىـ الـحـرـبـ بـحـظـرـ اـسـتـخـدـامـ الـقـوـةـ بـيـنـ الـدـوـلـ بـلـ ذـهـبـ أـبـعـدـ مـنـ ذـلـكـ حـتـىـ مـجـرـدـ تـلـوـيـحـ بـهـاـ.ـ وـقـدـ أـكـدـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ لـمـ تـحـدـدـ عـلـىـ ذـلـكـ إـدـانـتـهـ لـلـحـرـبـ غـيرـ مـشـرـوـعـةـ بـيـنـ الـدـوـلـ،ـ إـلـاـ أـنـ ذـلـكـ التـحرـيمـ لـيـسـ قـاطـئـاـ فـهـنـالـ استـثـنـاءـاتـ عـلـىـ هـذـاـ المـبـدـأـ وـرـدـتـ فـيـ مـيـثـاـقـ الـأـمـمـ الـمـتـحـدـةـ مـنـهـاـ:

أولاً: الأمن الجماعي

يعد تحقيق السلام والأمن الدوليين من أهم مقاصد وأهداف هيئة الأمم المتحدة حسب ما جاء في المادة الأولى من الميثاق إذ أوكلت تلك المهمة مجلس الأمن وأعطته سلطات واسعة لإعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصاهم طبقاً للمادة 42 من الميثاق وتلتزم الدول باحترام تلك المبادئ. وتعد تدابير الأمن الجماعي جزء وتدابير ضد من يرتكب فعل مخالف لقاعدة أو التزام دولي، ومهمة المجلس التدخل لحفظ السلام والأمن الدوليين (بلاتني، 2005، ص 94) يعتبر حق الدفاع الشرعي استثناء وارد على مبدأ عدم اللجوء إلى القوة حسب نص المادة 51 من الميثاق التي جاء فيها "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتقدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلام والأمن الدوليين، والتدابير التي اتخاذها الأعضاء استعمال لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى مجلس الأمن فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس -بمقتضى سلطته ومسؤوليته المستمدة من أحكام هذا الميثاق- له الحق في اتخاذ ما يرى أنه ضروري من الأعمال لحفظ السلام والأمن الدوليين". (تونسي، 2004، ص 94)

المطلب الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

بعد ارتكاب جرائم دولية كثيرة في كل أنحاء العالم أصبح الاهتمام موجهاً لإنشاء محكمة دولية دائمة تكون مختصة بمحاكمة كل من يقوم بإرتكاب تلك الجرائم وتوقع العقوبات الجنائية عليه. (العناني، 1997، ص 38-37) وبعد العديد من المناقشات والمداولات والمقررات من بين مؤيد ومعارض لإنشاء قضاء جنائي دولي تم التوصل إلى الصيغة النهائية لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في 1989 ودخل في حيز التنفيذ في العام 2002. وبالنظر إلى تطور مبدأ الدفاع الشرعي نجد أنه قد مر الدفاع بتطورات عديدة رافقت نشوء الأمم والصراعات بينها فالدفاع الشرعي متواكب مع المجتمع الدولي في تطوره وتنظيمه القانوني حتى تكون بالصيغة الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. ذكر حق الدفاع الشرعي في المادة 31 تحت اسم أسباب امتناع المسؤولية الجنائية وليس تحت عنوان أسباب الإباحة وسوف ننطرق لاختلاف الجوهرى بينهما: (البحيري، 2014، ص 121) أسباب الإباحة موضوعية متعلقة بالركن الشرعي للجريمة، أما موانع المسؤولية أسباب شخصية تتعلق بالجاني أكثر من تعلقها بالركن المادي أو السلوك والإدراك وحرية الاختيار والإرادة، ولا تتعلق بالركن الشرعي بمعنى أن الجريمة كفعل مادي ملموس تكون قائمة، ومن ارتكب الجريمة لا يتعرض للمسؤولية الجنائية ومن بعدها للعقاب لوجود مانع من موانع المسؤولية الجنائية أدى إلى إعدام حرية الاختيار والإرادة لديه. (دوبوي، 2008، ص 121) إن نظام روما الأساسي قصر حق الدفاع على الأشخاص الطبيعيين دون الدول، وبعد هذا إقرار منها للمسؤولية الجنائية الدولية للفرد. كما جاء في ميثاقها على أنه لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك "يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر، أو يدافع في حالة حرب عن ممتلكات عسكرية لا غنى عنها لإنجاز مهمات عسكرية ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوة وذلك بطريقة تناسب مع درجة الخطير الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها". وحسب نظام المحكمة الجنائية الدولية فالفرد وحده هو المسؤول عن استخدام حقه في الدفاع الشرعي لكي يدفع جريمة دولية عن نفسه، مثل جريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية، وأعطى هذا الحق للأفراد فقط دون الدول. قد ورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن الدفاع الشرعي مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، وهي الأسباب الذاتية التي تتعلق بالشخص وعند تتحققها تنتفي مسؤولية الشخص العقابية عن ذلك الفعل وبالتالي لا يجوز توقيع العقاب عليه فإذا دعاه غير معترفة قانوناً لانعدام الركن العنوي وبالمقابل لا تتعقد مسؤوليته الجنائية. والسؤال هنا هل موانع المسؤولية الجنائية تزيل عن الفعل صفتة الإجرامية؟ إن الأثر المترتب على موانع المسؤولية هو إنفاء الركن المعنوي للشخص مرتكب الجريمة فهي تتعلق بالشخص الذي توفرت لديه، وهذه الموانع ليس لها تأثير قانوني على الفعل وتكييفه، إذ يكون الفعل مجرماً ومعاقب عليه حتى في حالة إنفاء مسؤولية مرتكبه (زقار، 201، ص 259) بمعنى أن تصبح إرادة الشخص مرتكب الفعل غير متوفرة ولا يعتد بها قانوناً، لعدم وجود إراداته وانعدام الركن المعنوي للجريمة، أما الفعل فلا يتغير فيظل غير مشروع، وخلاصة ذلك أن موانع المسؤولية تطبق على الشخص متى توفرت لديه، وتنافي معها مسؤوليته الجنائية تبعاً لها، ويظل التكييف القانوني للفعل كما هو مجرماً ومعاقباً عليه. (Kelsen, 1957, p59)

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي في نظام روما وميثاق الأمم المتحدة

تطورت فكرة الدفاع الشرعي في العلاقات الدولية بتطورات كثيرة تزامنت مع تطور المجتمع نفسه وتنظيمه القانوني، ولم يتم تعريف الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة بل اكتفتا بتحديد الشروط الازمة لأعمال المادتين حتى ظهرت بالصيغة التي وردت في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة والمادة 31 من نظام روما الأساسي، وكلا المادتين ذكرت شروط فعل الاعتداء المنشئ لحق الدفاع الشرعي وشروطه، فهل الشروط نفسها في المادتين أم يوجد اختلاف؟

تم الإجابة على ذلك السؤال من خلال عرض شروط الاعتداء المنشئ لحق الدفاع الشرعي في النظائر ثم شروط فعل الاعتداء فيما.

المطلب الأول: شروط الاعتداء المنسي لحق الدفاع الشرعي في نظام روما وميثاق الأمم المتحدة
يعود الأصل التاريخي للشروط التي تتطلبها ممارسة حق الدفاع الشرعي إلى واقعة كارولينا والتي حدثت في 29 ديسمبر 1837، وثار حولها جدل قانوني بين بريطانيا والولايات المتحدة بشأن الشروط الازمة لمارسة حق الدفاع الشرعي (توفيق، 2007، ص 48).

في العام 1837، عبرت قوة مسلحة بريطانية صغيرة من كندا إلى شاطئ الولايات المتحدة إلى هيرنجير وقامت بهاجمة زورقاً أميركياً يسمى كارولينا وقتلت مواطناً أميركياً واعتل النار في الزورق وفقد 12 مواطناً آخر، وذلك لمنع استخدام هذا الزورق في مساعدات القوات الثائرة في كندا بنقل المؤن والذخائر إليهم، وكانت كندا في ذلك الوقت تتبع للتاج البريطاني وطالبت الولايات المتحدة بتعويض خسائرها، وردت بريطانيا بأن ما حدث من تدمير للكراولينا كان عملاً ضرورياً وقانونياً من أعمال الدفاع عن النفس (Clark, J. Beck 1993, p18).

تعتبر نظرية الدفاع الشرعي حل قانوني استثنائي لقاعدة عدم استخدام القوة المسلحة أو اللجوء إليها أو التهديد بها في مجال العلاقات الدولية، وتماشياً مع العدالة والمنطق فقد تم ضبط استخدام هذا الحق وتحديد شروطه والقيود الواردة، وحصر حالات اللجوء في عدة مواضيع بعينها، وفي هذا السياق يمكن دراسة شروط ممارسة الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة ونظام المحكمة الجنائية الدولية من خلال عنصرين أساسين هما "صور فعل الاعتداء في ميثاق الأمم المتحدة وميثاق روما الأساسي" ثم شروط الاعتداء في كلها.

أولاً: اشترطت المادتين لنشأة حق الدفاع الشرعي أن تتعرض الدولة أو الفرد الطبيعي إلى اعتداء فيكون صاحب حق الدفاع الشرعي في مركز المعتدي عليه فيما رس حقه في الدفاع الشرعي كرد فعل. وبالتالي نجد أن المادتين متفقان في أن الدفاع الشرعي ينشأ أثر اعتداء ومن ثم سوف نفصل صور الاعتداء في ميثاق الأمم المتحدة ونظام المحكمة الجنائية من حيث الشروط فهل هي نفس الشروط؟

من الأهمية والضرورية قبل الولوج في الشروط يجب تحديد مفهوم العدوان حتى يتم تفسير المادة 51 من الميثاق، التي قيدت استعمال هذا الحق بحالة العدوان ولكنها لم تتطرق لتوضيح مفهومه ومدلوله وصوره حتى يتسع تطبيق هذا الحق ومارسته لارتباط العدوان بشرط حق الدفاع الشرعي. حسب ما جاء في نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة فإن حق الدفاع الشرعي هو حق طبيعي للدول بشرط اعتماد قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، ومعنى ذلك أن هذا الحق لا ينشأ إلا لمواجهة العدوان المسلح الذي يعد جريمة دولية في ميثاق الأمم المتحدة. (الصانع، 2007، ص 187)

والسؤال هنا عن الشروط التي تتحقق في فعل العدوان حتى يكتسب هذا الرد الشرعية القانونية؟

للإجابة على ذلك السؤال ينبغي أن يكون هناك عدوان مسلح حال و المباشر وعلى قدر من الجسامه والخطورة وغير مشروع. أي أن تكون أعمال العدوان المسلح المركبة تمثل تهديداً على إقليم الدولة المعتدي عليها، مثل قيام القوات البرية بغزو إقليم دولة مجاورة مثل ما حدث في أو قيام القوات البحرية بحصار موانئها، أو قيام القوات الجوية بتصفيف بعض المنشآت الحيوية للدولة، كما يدخل ضمن أعمال العدوان المسلح تدريب العصابات المسلحة وتشجيع الإرهاب على حدود الدول المجاورة لإثارة الفتنة والاضطرابات الداخلية وكل تلك الأعمال تشكل عدواً مسلحاً يبيح حق استخدام الدفاع الشرعي للدول التي تقع ضحية للعدوان (المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية)، هذا الحق ليس على اطلاقه فإذا كان الوقت يسمح بالاستعانت بالقنوات الشرعية كمجلس الأمن فليس لها الحق في استخدام القوة المسلحة في مواجهة عدوان غير مسلح، وتبرير ذلك الخوف من تزايد حدة الصراعات الدولية وانتشارها ولا سيما أن كل دولة ستمنح نفسها السلطة في تقدير خطورة العدوان الواقع عليها والرد العسكري لقمعه وهو طريق سيفاً إلى صراعات دولية لا يمكن التحكم فيها والسيطرة عليها، (محمد، 2012، ص 316) والباحث ينحاز إلى الرأي الغالب من الفقه الذي يشترط في فعل العدوان أن يكون عدواً مسلحاً لتبرير الحق الدفاع الشرعي.

وخلال ذلك نصت المادة 31 من نظام روما الأساسي بنظام جديد لحق الدفاع الشرعي بالنسبة لصور الاعتداء المنسي لحق الدفاع الشرعي للأشخاص الطبيعيين ومن الجرائم الدالة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية (الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة إبادة الجنس البشري بالإضافة إلى جريمة العدوان). (المادة الأولى من قرار الجمعية العامة رقم 3314 الصادر في 1974/2/14)

أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة الجنائية الدولية لجريمة العدوان فقد نصت المادة الخامسة الفقرة الثانية من النظام على أنه "يتوقف اختصاص المحكمة بجريمة العدوان على موافقة الجمعية العامة بعد تعريف جريمة العدوان لاحقاً وهذا أن دل على شيء فإنما يدل أن نظام روما الأساسي لم يعرف جريمة العدوان، والسبب في ذلك يرجع إلى العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية وميثاق الأمم المتحدة فالمحكمة الجنائية لا تعمل باستقلالية عن مجلس الأمن في العدوان المسلح، فمجلس الأمن هو صاحب الاختصاص الأصيل وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بأنه له الحق في اتخاذ ما يراه من تدابير قمعية ضد الأول.

ونعزّزاً لذلك فقد نصت المادة 23 من نظام المحكمة الجنائية الدولية بعدم إيداع أية شكوى بخصوص عمل عدواني أو فعل مرتبط به إلا بعد صدور قرار من مجلس الأمن يثبت فيه ارتكاب الدولة لفعل العدوان، فشلت الدول المجتمعة في قمة سان فرانسيسكو من وضع تعريف محدد للعدوان، فبعض الدول وضع قائمة محددة وكافية للأعمال التي تشكل عدواً إلا أنها تخوفت من جهة أخرى من استغلال الثغرات التي تضمنتها القائمة، بالإضافة إلى الخوف من الالتباس في تحديد بعض الحالات التي قد تبدو من المنظور القانوني المجرد أنها حالة عدوان ولكن هي ليست كذلك من المنظور الواقع العملي.

وقد تبنت لجنة خاصة للأمم المتحدة سنة 1967 في تعريف العدوان انتهت من أعمالها في 1974، كما وأشارت الجمعية العامة في قرارها أمام اللجنة في تعريفها للعدوان على أنه "استعمال للقوة المسلحة من قبل دولة ضد السيادة، السلامة الترابية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى أو بأي شكل يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة، (عبد الحق، 2018، ص 120) والشيء المحزن أن قرار الجمعية العامة لا يعده أن يكون مجرد توصية بسيطة إلى مجلس الأمن الذي له الحق بموجب ميثاق الأمم المتحدة بتكييف أي عمل وتصنيفه هل عمل عدواني أم لا.

ما هي شروط فعل الاعتداء في ميثاق الأمم المتحدة ونظام روما الأساسي؟

لم تنص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة شروط فعل الدفاع صراحة، على عكس المادة 31 من ميثاق الأمم المتحدة التي أشارت إلى فعل الدفاع الشرعي بعبارة "أنه يتصرف بنحو مناسب للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر بطريقة مناسبة مع الخطير الذي يهدده أو يهدد الشخص الآخر أو الأشياء المفترض حمايتها" وهذا يدل على أن المادة 31 أكدت على ما سبق أن نصت عليه المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة من توفر شرطي اللزوم والدفاع. بتحليل المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أنه يجب توافر أربعة شروط في العدوان المقرر لحق الدفاع وهي أن يكون العدوان مسلحاً وحالاً ومباشراً ومهدداً للمصالح الجوهرية للدولة. بينما اشترطت المادة 31 من نظام المحكمة الجنائية الدولية في الفعل المنشئ للدفاع الشرعي الاستخدام الوشيك للقوة وغير المشروع، كما أن المقصود من استعمال القوة هو الفرد الطبيعي، أو شخص الغير أو ممتلكات لا يمكن الاستغناء عنها.

وهذا يدل على اتفاق المادتين بشرط أن يكون الاعتداء عسكرياً وغير مشروع، (المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة) وتحتفل المادتين في بقية الشروط إذ تشترط المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة لنشوء الدفاع الشرعي أن يقع الاعتداء فعلياً ومستمراً، بينما نصت المادة 31 من ميثاق روما على أنه ينتهي حق الدفاع إذا كان هناك اعتداء واقع أو على وشك الوقوع. أما محل الاعتداء فيختلف في المادتين إذ فرض ميثاق الأمم المتحدة لقيام الدفاع الشرعي أن يمس العدوان أحد الحقوق أو المصالح الأساسية للدولة مثل حق سلامة الأراضي والاستقلال السياسي وحق تقرير المصير، وعند النظر إلى المادة 31 من نظام المحكمة الجنائية الدولية نجد أن سمحت للفرد الطبيعي في حالة أنه كان يدافع عن نفسه أو شخص الغير وممتلكاتهم التي لا يمكن الاستغناء عنها لبقاء الفرد أو الغير أو لإنجاز المهام العسكرية باستخدام حقه في الدفاع الشرعي، وجاء في نص المادة على أنه "لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت الفعل يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر، أو يدافع عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية ضد استخدام وشيك وغير مشروع وذلك بطريقة تناسب مع درجة الخطير الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها".

السؤال هنا هل يعتد بتوقيعات المدافع أم حسب المجري العادي الأمور؟ اختلف الفقهاء في ذلك الامر في بعض الفقهاء وكل فقيه أسانيده ومبراته، والرأي الغالب للفقهاء أنه إذا كان الفرد العادي يتوقع أن تلك الأفعال قد تؤدي إلى اعتداء عليه أو كانت تلك الأفعال تشكل خطراً وشيك الوقوع له الحق في مواجهتها ولو بالقوة المسلحة في إطار الدفاع الشرعي (المادة 31 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نصت على أنه" لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك يتصرف عالي نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية ضد استخدام وشيك وغير مشروع وذلك بطريقة تناسب مع درجة الخطير الذي يهدد الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها

المطلب الثاني: شروط فعل الدفاع في ميثاق الأمم المتحدة وميثاق ونظام روما الأساسي

لم تنص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة شروط فعل الدفاع صراحة، على عكس المادة 31 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية التي أشارت إلى شروط فعل الدفاع الشرعي بعبارة "أنه يتصرف بنحو مناسب للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر بطريقة مناسبة مع الخطير الذي يهدده أو يهدد الشخص الآخر أو الأشياء المفترض حمايتها" وهذا يدل على أن المادة 31 أكدت على ما سبق أن نصت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة من توفر شرطي اللزوم والتناسب.

الشرط الأول: أن يكون الدفاع لازماً

أن ممارسة حق الدفاع الشرعي له طابع استثنائي ومؤقت في النظام الدولي خاصه في إطار ميثاق الأمم المتحدة بحيث لا يهدف هذا النظام إلى المعاقبة والانتقام من المعتدي بقدر ما يهدف إلى وقف العدوان ورده ولذلك فإنه من الضروري أن يكون لهذا العدوان حدود ترسمها فلسفة التنااسب بين حجم الأعمال الهجومية العدائية والأعمال الدفاعية.

ونجد أن هذا الشرط قد تم تحقيقه عندما تعرضت المنشأة النفطية لشركة أرامكو السعودية فجر الرابع عشر من سبتمبر في العام 2019 لهجوم مسلح مفاجئ شديد في مداه وخطير في آثاره وتدعياته المختلفة ليس على الدولة المعتدي عليها فقط وهي المملكة العربية السعودية وإنما على الاقتصاد العالمي في مجال إصدار النفط الاستراتيجي للعالم كله. وبالنظر إلى أن عدداً من الدول قد تعرضت مثل هذه الهجمات العدوانية فقد لجأت فوراً في استخدام الدفاع المسلح عن نفسها بوصفه حقاً طبيعياً لها، وضرورياً في الحفاظ على أمتها وإقليمها، وتكررت الهجمات التي شهدها المتمردون الحوثيون يوم الجمعة الموافق 25 مارس 2022 على منشأة نفطية تابعة لشركة أرامكو في مدينة جده، وقد أدان مجلس الأمن ذلك الفعل العدواني والاعتداء التخريبي

ضد منشأة حيوية واستهداف البنية التحتية للملكة العربية السعودية مما قد يؤثر سلباً على إنتاجيتها للنفط، وبعد انتهاءً لكل القوانين والأعراف الدولية ولها الحق في الرد والدفاع عن أراضيها باستخدام حقها في الشرعي حسب المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. وينذكرنا هذا العدوان بجمات العادي عشر من سبتمبر 2001 على الولايات المتحدة واستخدامها القوة المسلحة الرد العنيف ضد المجموعات الإرهابية، وقد أكدت المملكة العربية السعودية حقها الطبيعي والم مشروع في استخدام القوة للدفاع عن النفس وفقاً لأحكام القانون الدولي المستقرة. (الalfi، 1978، ص 344)

إن توجيه أعمال الدفاع التي تستخدم فيها القوة المسلحة لا تكون إلا على من قام بالاعتداء، ولذا فإن أعمال الدفاع ليست مصدراً للإباحة إلى في حالة توجيهها لمصدر الخطر، أو أنه كان في مقدور المعتدي عليه اللجوء إلى وسيلة سلمية عوضاً عن استعمال القوة المسلحة في هذه الحالة يسقط حقها في الدفاع الشرعي. ويثير التساؤل هنا في حالة العدوان غير المباشر أو التهديد بالهجوم المسلح؟

سناحول الإجابة على هذا التساؤل من خلال عرض قضية تطبيقية نظرتها محكمة العدل الدولية وتخلص القضية باختصار بشن الولايات المتحدة هجمات على إقليم نيكاراغوا في العامي 1983-1984 مثل الهجوم على مدينة كور نتو وقاعدة بوتوسي البحرية، واحتراق الأجزاء النيكاراغوية والتحليق والقصف الجوي في أجواءها، تقدمت نيكاراغوا بطلب إلى محكمة العدل الدولية للنظر في هذه القضية حتى تتوقف الولايات المتحدة عن استخدام القوة، وتحمليها المسؤولية عن أفعالها غير المشروعة وانتهاكها لميثاق الأمم المتحدة والأعراف الدولية التي تتعارض مع مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها. فالسؤال هنا هل يمكن تكييف تلك الأفعال على أنها دفاع الشرعي؟

جاء قرار محكمة العدل الدولية أن استخدام القوة المسلحة من قبل الولايات المتحدة يخالف الشرعية الدولية، وأن تكييفه على أنه دفاع شرعى غير مقبول، لعدم توفر فيه شروط المادة 51 من الميثاق، ففي البداية حتى يتم تفعيل حق استخدام الشرعي يجب أن تكون الأفعال التي مارستها الدولة المعتدية وصل إلى حد الهجوم المسلح، وهذا ما نصت عليه الفقرة (211) من قرار المحكمة كما أن الأفعال غير المشروعة التي ارتكبها نيكاراغوا لم تصل إلى حد الهجوم المسلح. وأكدت المحكمة على أنه لتفعيل حق الدفاع الشرعي من الأولى التمييز بين أنواع القوة التي تشكل هجوماً مسلحاً، وأخرى لا تشكل خطورة.

كما جاء في حكم محكمة العدل الدولية أن الدول لا تملك الحق في الرد المسلح بحجة الدفاع عن النفس للأفعال التي لا تصل إلى مستوى الهجوم المسلح. وفي النهاية توصلت المحكمة أنها لم تجد من وقائع القضية ما يبرر أفعال الولايات المتحدة بأ أنها أفعال تشكل دفأعاً شرعياً.

كما تعرضت أوكرانيا في مارس 2022 لاعتداءات من روسيا تبريره لذلك أن أوكرانيا ذات ميل غربي وتنوي الانضمام إلى حلف الناتو مما يشكل تهديداً لاستقرارها وأمنها داخل المنطقة، فأطلق الرئيس الروسي العنان للحرب على دولة ديمقراطية عدد سكانها 44 مليون بحجج واهية لا ترقى إلى مرحلة استخدام القوة. (كيرلي، 2022، مرجع انترنت)

نخلص من ذلك أن الشرط الواقعي الضروري لتبرير الدفاع الشرعي هو العدوان المسلح وبعد وقوعه كما أن القوة هي المحرك الأساسي للكثير من الأزمات.

الشرط الثاني: أن يكون الدفاع متناسباً

حتى يتحقق شرط التنااسب لأبد أن تكون الأفعال الدفاعية لرد العدوان متناسبة من حيث الوسيلة والحجم والأضرار مع عمل العدوان، فليس من المعقول أن يرد هجوم بالمدافع التقليدية بالأسلحة النووية لأن فعل الدفاع يتجاوز بكثير فعل الهجوم وهو بذلك تجاوز حكمه الدفاع الشرعي التي تتعارض مع الانتقام والعقاب العسكري وهدفها على وقف العدوان. ويخلص شرط التنااسب من حيث الأساس القانوني إلى الأحكام الدولية العرفية بحيث لم يتم تحديد معايير قياس التنااسب وشروطه في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. (فهبي، 2010، ص 294)

لقد جذبت الصيغة التي استخدمها الفقيه Webster اهتمام الفقهاء لتأكيدها على أن الدفاع عن نفس يجب لا يتضمن شيئاً غير معقول أو مبالغ

فيه، وطالما كان الفعل تبريره الضرورة فينبغي له أن يقتيد بهذه الضرورة ولا يتخطى حدودها. (Brownlie, 1991) والمقصود من التنااسب أن يكون استخدام القوة متناسب مع الدفاع من حيث الوسيلة حيث الجسمانية ووسيلة الاعتداء وهذا الشرط متفق عليه بين نظام روما وميثاق الأمم المتحدة، فليس من المعقول أن يرد هجوم بالمدافع التقليدية ويكون الرد بالأسلحة النووية، ففي هذا المثال يتجاوز فعل الدفاع بكثير فعل الهجوم وهو بذلك تجاوز حكمه الدفاع الشرعي التي تتعارض مع الانتقام والعقاب العسكري وتخرج عن الهدف الأساسي وهو وقف العدوان. ويخلص شرط التنااسب من حيث الأساس القانوني إلى الأحكام العرفية الدولية بحيث يتم تحديد معايير قياس التنااسب وشروطه في ميثاق الأمم المتحدة. (المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة).

وقد تنازع الفقه عدة آراء حول التنااسب هل يكون في الاعتداء أم الدفاع أم المقياس درجة الخطر والوسائل المستخدمة وقد فالقانون الدولي لم يطلق يد الدولة المدافعة في تقدير مضمون الدفاع وحجمه ومداه كي لا يساء استخدام هذا الحق ويؤدي إلى توسيع نطاق الفوضى في العلاقات الدولية، لذلك فإن هناك قواعد وضوابط وقيود ينبغي مراعاتها في فعل الدفاع كي لا يفقد شرعيته ويتحول إلى عدوان يدخل في دائرة الحظر والتجريم.

إن في القانون الدولي العام قيود حديثة فيما يتعلق بالدفاع الشرعي وتمثل في القوة التي تستخدم للدفاع عن دولة أو شخص ما يجب أن تتناسب بصورة معقولة مع الخطر الذي يجب تفاديه، ومعناه الرد في حدود بالقدر الضروري الكافي لصد العدوان بدون مبالغة أو تجاوز.

والتناسب يجب توفره في كلّي الحالتين في حالة الرد الصادر عن الدولة أو الدفاع الصادر عن الفرد إذا توفرت هذه الشروط في فعل العدوان وكذلك في فعل الدفاع اعتبار الدفاع الصادر عن الدولة مبادأ لا يرتب مسؤولية دولية فلاتسأل عن استخدامها للقوة ولا تكفي على أنها جريمة عدوان وكذلك الحال بالنسبة للفرد فعند تحقق شروط العدوان للشخص الطبيعي فيعد الدفاع الشرعي من موانع المسؤولية الجنائية الشخصية. ولكن تبقى الإشكالية موجودة في الجرائم الأخرى وهي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة الجماعية فلدي انتفاء مسؤولية الفرد الجنائية في حالة اقترافه أي من الجرائم الثلاث في إطار الدفاع الشرعي فهل تنتفي بالضرورة مسؤولية الدولة؟

ليس هناك نص صريح لحل هذا الإشكال ولكن إذا قمنا بتحليل نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة والمادة 31 الفقرة الأولى من ميثاق روما يتبيّن لنا أن التوصل لحل هذا الإشكال من خلال نقطتين:

النقطة الأولى:

تتمثل في التكثيف القانوني للدفاع الشرعي، حيث اعتبر حسب نص المادة 31 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية على خلاف القوانين الجنائية الداخلية التي تجعله من أسباب الإباحة. ومن الآثار القانونية لهذا التكثيف هي أن أسباب الإباحة أسباب موضوعية عند توفرها تسقط الركن الشرعي للجريمة ويصبح الفعل مبادأ ويستفيد منها كل من شارك في الفعل، كما أن الأخذ بهذا التكثيف يؤدي إلى انتفاء مسؤولية الفرد ومسؤولية الدولة أيضًا في حالة ارتكاب الفرد جرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية أو جرائم الحرب. تكثيف الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي على أنه من موانع المسؤولية الجنائية بهذه المانع حسب القواعد العامة للقانون الجنائي أسباب شخصية يستفيد منها فقط الشخص الذي توافرت فيه، وعند تطبيقها تنتفي مسؤولية الفرد الطبيعي وتبقى مسؤولية الدولة قائمة.

النقطة الثانية:

لإيجاد حل للإشكالية والتي تتمثل في نطاق تطبيق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فالاختصاص الشخصي للمحكمة الجنائية الدولية هو اختصاص بمسألة الفرد الطبيعي وجميع أحكامها تتعلق بالفرد الطبيعي ولا يمتد إلى الدولة. خلاصة ذلك أنه في حالة انتفاء مسؤولية الشخص الطبيعي عن جريمة الإبادة الجماعية وجريمة الحرب والجرائم ضد الإنسانية فلا يجوز للدولة أن ترتكب جريمة من الجرائم الثلاث وتدفع بحقها في الدفاع الشرعي. وعزز الرأي الرد الذي صدر من محكمة العدل الدولية عام 1996 حول التهديد واستخدام الأسلحة النووية، والتقرير الآخر حول الالتزامات المقررة في إطار القانون الدولي الإنساني.

• الرد الأمريكي على أحداث الحادي عشر من سبتمبر بحجة الدفاع الشرعي

في السابع من أكتوبر في العام 2001 شرعت الولايات المتحدة الأمريكية بجانب عدد من الدول المتحالفه معها بشن هجوم عسكري على أفغانستان على أساس الدفاع الشرعي المقرر لها بمقتضى المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة (قرار مجلس الأمن رقم 1308 ورقم 1373) وإعطاءها الحق بالرد على العملية الإرهابية المرتكبة من تنظيم القاعدة بزعامة أسامة بن لادن المهم الأول والمدير للهجمات، وأثار الأمر التساؤل عن مدى شرعية الرد الأمريكي بالقوة المسلحة على أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 وهل هي تدخل ضمن المادة 51 من الدفاع الشرعي؟

قبل الرد على السؤال نعرض الحجج والأسانيد التي استندت إليها الولايات المتحدة الأمريكية حسب نص المادة 51 من الميثاق الأمريكي وهل إن ما وقع عليها يعد عدواً مسلحاً ينبغي الرد عليه؟

حسب نص المادة 51 من الميثاق الأمريكي فإن وصف العدوان يتمثل في التالي: (المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة)

1. أن يكون العدوان حالاً ومباشراً فإن الرد لم يكن حالاً من جانب الدولة المعتدي عليها في ميثاق الأمم المتحدة أقتصر حالة الدفاع الشرعي على الاعتداء المسلح والذي لم ينته بعد فأننا نرى أن الولايات المتحدة الأمريكية لا ينطبق عليها هذا الشرط من شروط الدفاع الشرعي.
2. يهدد المصالح الجوهرية لمن وقع عليه الاعتداء، الاعتداء الواقع عليها هدد مصالحها الأساسية وخلف دمار وقتل.
3. عدم مشروعية الاعتداء، الاعتداء الواقع عليها عدواناً مسلحاً وليس هناك ما يبرره.

تعددت الآراء في تفسير الوضع فالبعض يرى أن ما خلفته الهجمات من دمار وقتل يصنفوه تحت بند العدوان المسلح على الرغم من أن الطائرات التي تم استخدامها لم تكن طائرات حربية، وحسامة العدوان يتفق مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتعريف العدوان (المادة 51 من الميثاق) أما الرأي الآخر يرى أن ما وقع من أحداث جسيمة لا يمكن وصفها أنها عدواً وفقاً للمادة 51 من الميثاق ويستدللون في ذلك بالقرارات التي صدرت من مجلس الأمن لم يصف الهجمات بوصفها عدواً مسلحاً وإنما اكتفيوا بوصفها اعتداء يهدد السلام والأمن الدوليين، بالرغم من أن مجلس الأمن كان قد أقر في أحداث سابقة بأنها تشكل عدواً مسلحاً مثل القرارات الصادرة بشأن الاعتداء الذي وقع على الكويت والعراق. وأخيراً فإن مجلس الأمن لم يكتف بأحداث الحادي عشر من سبتمبر بأنها عدواً مسلحاً برغم تهديدها للمصالح الجوهرية الأمريكية وغير مشروعة قانونياً وإنما اكتفى بوصفها مهددة للسلام والأمن الدوليين.

الخاتمة:

خلاصة ما سبق أن المادتين 31 من نظام روما الأساسي والمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة اتفقنا في تكريسهما حق الدفاع الشرعي على المستوى الدولي، إلا أنها اختلفتا من حيث الشروط ومن حيث الطبيعة، ولذلك انقسم الفقه في اتجاهين في تحديد أحکام وشروط الدفاع الشرعي في المادتين. فالدفاع الشرعي في ميثاق روما خاص بالأشخاص الطبيعيين في حين الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة خاص بالدول، كما توجد بعض نقاط الاتفاق بين المادتين في شروط الاعتداء المنشئ لحق الدفاع الشرعي وشروط فعل الاعتداء وهي اللزوم والتناسب. كما يمكن للأشخاص الطبيعيين التابعين أمام المحكمة الجنائية الدولية يمكنهم التذرع بالدفاع الشرعي الذي استفادت منه دولته حسب نص المادة 51 من الميثاق.

أولاً: النتائج

خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:

- الدفاع الشرعي حق معترف به لدى المجتمع الدولي، إلا أن تكريسه في نص المادة 51 ينقصه الضبط الذي وسع دائرة الغموض فيما يتعلق بشروطه وتنقيبيه.
- على الرغم من أن الدفاع الشرعي نص عليه في ميثاق روما إلا أنه أدرج ضمن موانع المسؤولية الجنائية وليس تحت إطار أسباب الإباحة بوصفه صورة من صور الإكراه المعنوي، إذ يضغط على نفس الجاني ويفقده حرية الاختيار ويلجأ إلى الدفاع الشرعي إذا توفرت شروطه.
- إن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد تنبه إلى القصور الذي شاب ميثاق الأمم المتحدة إذ اقتصر حالة الدفاع الشرعي على الاعتداء المسلح والحال الذي وقع ولكنه لم ينتهي، ويجيزه إذا كان وشيك الوقوع رغم ما يبرره من مقتضيات حفظ السلام والأمن الدوليين وضرورة اللجوء إلى الوسائل السلمية لفض المنازعات الدولية.
- جاء ميثاق روما للمحكمة الجنائية الدولية متناسقاً مع أحکام الدفاع الشرعي في القانون الداخلي وهي حالة عدم الاعتراف بالدفاع الشرعي إذا وقع بالفعل وانتهي فالفقهاء يعتبرونه انتقاماً وليس دفاعاً شرعاً كما اتفقا في شروط فعل الدفاع فكلهما يشرط التناسب واللزوم في الأخذ بالدفاع الشرعي.
- القرارات التي صدرت من مجلس الأمن بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 لا تعتبر تفويضاً بيع استخدام تلك الوسائل للرد على الإرهاب وإنما يجب أن يكون الرد استناداً على ما هو منصوص في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة والمادة 31 من ميثاق روما.
- إن تطبيق المسؤولية الجنائية الفردية على الأفراد بديل عن المسؤولية الدولية في حالة ارتكابهم جرائم دولية له يؤدي إلى معاقبة المتسبب في الجريمة مباشرة، خلاف ما كان سابقاً بمعاقبة الدولة دون المتسبب المباشر في الجريمة.
- الحرص على حث الدول على التناسب ما بين الفعل المعتمدي به والرد عليه.
- التع杵 في موضوع الدفاع الشرعي ومدى شرعية استخدامه حتى لا يتخذ ذريعة لارتكاب جرائم باسم حق الدفاع الشرعي.

ثانياً: التوصيات:

- وبناءً على النتائج التي خلصت إليها الدراسة فإننا نوصي بما يلي:
- أوصت الدراسة كافة الدول للاحتكام إلى أحکام الأمم المتحدة وقرارتها وخصوصاً تلك التي تتعلق باستخدام القوة وعدم التوسيع في تفسير الاستثناءات حتى تتوافق مع أهدافها ومطاليها.
 - قيام الأمم المتحدة بدراسة المادة 51 من الميثاق المتعلقة بالدفاع عن النفس وبيان حدودها بشكل مفصل وعدم السماح بتجاوزها.
 - ضرورة وجود نص قانوني ينظم تجاوز المدافع الذي تجاوز حدود المدافع.
 - العمل على تقييد شروط الدفاع الشرعي للحد من التجاوزات والتي يتذرع بها مرتكبوها لتهربهم من المسؤولية الجنائية الدولية، ومبرهم على أساس الدفاع الشرعي.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

1. الألفي، احمد عبد العزيز. (1978). *شرح قانون العقوبات القسم العام*. كلية الحقوق جامعة الرقازيق، مكتبة النصر.
2. بلانتي، الأن. (1998). *السياسة بين الدول*. ترجمة نور الدين خودودي. شركة دار الامة للطباعة والنشر، الجزائر الطبعة الاولى.
3. تونسي، بن عامر. (2004). *قانون المجتمع الدولي المعاصر*. ديوان المطبوعات الجامعي، الطبعة الخامسة.
4. الجيلاني، أبو زيد. (1424هـ). *الوسط في القانون الدولي العام*. دار الشواف.
5. حجازي، عبد الفتاح بيومي. (2005). *المحكمة الجنائية الدولية*. دار الفكر الجامعي.

6. خلف، محمد محمود. (1973). *حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي*. مكتبة الهضبة المصرية الطبعة الأولى.
7. دوبوبي، بيار ماري. (2008). *القانون الدولي العام*. المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع.
8. الديوكات، أسماء ماجد إبراهيم. (2013). *أسباب الإباحة والتبرير في نظام المحكمة الجنائية الدولية*. رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
9. العناني، إبراهيم. (1997). *المنظمات الدولية العالمية*. المطبعة العربية الحديثة.
10. الغنيمي، محمد طلعت. (2005). *الاحكام العامة في قانون الأمم*. دار المعارف.
11. فهبي، خالد مصطفى. (2010). *المحكمة الجنائية الدولية والنظام الأساسي للمحكمة والمحاكمات السابقة. والجرائم التي تختص المحكمة بنظرها*. دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى.
12. محمد، نصر محمد. (2012). *أحكام المسئولية الجنائية الدولية*. دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Antony Clark Arend & J. Beck, (1993). *International Law and the use of force: Beyond the UN Charter Paradigm*, Rowtiedge, London, p18.
2. Brownlie, Ian (1991). *International law and the use of force by State*. Oxford:Clarendon press, New York, pp.261-262.
3. Kelsen, H. (1957). *international law studies, collecury under international law*. Washington.

ثالثاً: القوانين:

1. القانون الجنائي السوداني 1991.

رابعاً: الاتفاقيات:

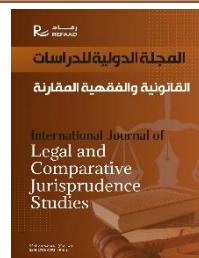
1. اتفاقية ميثاق الأمم المتحدة 1945
2. اتفاقية نظام روما الأساسي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية 1998
3. قرار الجمعية العامة الصادر في 14/12/1974.

خامسًا: الدوليات:

1. توفيق، نبي شافع. (2016). *الدفاع الوقائي عن النفس: دراسة نظرية تطبيقية في أضواء احكام القانون الدولي المعاصر*. المركز الديمقراطي العربي.
2. زقار، موتية العمري. (2017). *الدفاع الشرعي بين نظام روما الأساسي وميثاق الأمم المتحدة*. مجلة الحقوق والعلوم السياسية: (8).
3. الصانع، محمد يونس. (2007). *حق الدفاع الشرعي واباحة استخدام القوة في العلاقات الدولية*. //الرافدين للحقوق: (34).
4. كمرشو، هاشمي، علوش، فريد. (2020). *حدود الدفاع الشرعي في ظل ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية*. مجلة العلوم القانونية والسياسية: (11).
5. مرسلی، عبد الحق. (2018). *ضوابط الدفاع الشرعي وتكييف الحرب الوقائية في إطار القانون الدولي*. مجلة الاجتهد للدراسات القانونية: (7).

سادسًا: الرسائل الجامعية:

1. الديوكات، أسماء ماجد إبراهيم. (2013). *أسباب الإباحة والتبرير في نظام المحكمة الجنائية الدولية*. رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.



Legitimate Defense Between the United Nations Charter and the Statute of the International Criminal Court (A Comparative Study)

Alkhansaa Ahmed Saeed

Buraydah private college, KSA
 khansaahmed72@gmail.com

Received: 1/4/2022 Revised: 8/5/2022 Accepted: 14/5/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.2>

Abstract: One of the objectives of the research is to shed light on the right of legitimate defense because of its special importance at the level of international law and international organizations due to the absence of an international body that has at its disposal a permanent force that is used, when necessary, to show the changes that transformed the officer of aggression into a strategy of legitimate defense and its repercussions on the international community. The study is concluded with a number of results, including that legitimate defense is a right recognized by the international community, but its consecration in the text of Article 51 lacks discipline that widens the circle of ambiguity regarding its conditions and adaptation. The study recommended working on restricting the conditions of legitimate defense to limit the abuses invoked by perpetrators to evade international criminal responsibility, and their justification on the basis of legitimate defense.

Keywords: legitimate defense; criminal responsibility; natural persons; aggression.

References:

1. Al'nany, Ebrahym. (1997). Almnzmat Aldwlyh Al'almyh. Almtb'h Al'rbyh Alhdythh.
2. Alalfy, Ahmd 'bd Al'zyz. (1978). Shrh Qanwn Al'qwbat Alqsm Al'am. Klyt Alhqwq Jam't Alzqazyq, Mktbt Alnsr.
3. Blanty, Alan. (1998). Alsyash Byn Aldwl. Trjmt Nwraldyn Khdwdy. Shrkh Dar Alamh Lltba'h Walnshr, Aljza'r Altb'h Alawla.
4. Dwbwy, Byar Mary. (2008). Alqanwn Aldwly Al'am. Alm'ssh Aljam'yh Llnshr Waltwzy'.
5. Aldwykat, Asma' Majd Ebrahym. (2013). Asbab Alebabbh Waltbryr Fy Nzam Almhkmh Aljna'yh Aldwlyh. Rsalt Majstyr Fy Alqanwn Allam, Jamlt Alnjah Alwtynyh, Nabls, Flstyn.
6. Fhmy, Khald Mstfa. (2010). Almhkmh Aljna'yh Aldwlyh Alnzam Alasasy Llmhkmh Walmhakmat Alsabqh. Waljra'm Alty Tkhts Almhkmh Bnzrha. Dar Alfkr Aljam'y Aleskndryh, Altb'h Alawla.
7. Alghnymy, Mhmd Tl't. (2005). Alahkam Al'amh Fy Qanwn Alamm. Dar Alm'arf.
8. Hjazy, 'bd Alftah Bywmy. (2005). Almhkmh Aljna'yh Aldwlyh. Dar Alfkr Aljam'y.
9. Aljylany, Abw Zyd. (1424h). Alwsyt Fy Alqanwn Aldwly Aleam. Dar Alshwaf.
10. Khlf, Mhmd Mhmwd. (1973). Hq Aldfa' Alshr'y Fy Alqanwn Aldwly Aljna'y. Mktbt Alnhdh Almsryh Altb'h Alawla.
11. Mhmd, Nsr Mhmd. (2012). Ahkam Alms'wlyh Aljna'eyh Aldwlyh. Dar Alrayh Llnshr Waltwzy', Altb'h Alawla.
12. Twnsy, Bn 'amr. (2004). Qanwn Almjtm' Aldwly Alm'asr. Dywan Almtbw'at Aljam'y, Altb'h Alkhamsh.

جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب

ممدوح خليل البحر

أستاذ القانون الجنائي- كلية الشرطة- أبوظبي

mamdooh.albaher@yahoo.com

قبول البحث: 2022/6/26

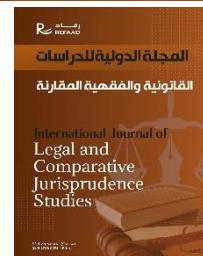
مراجعة البحث: 2022/5/28

استلام البحث: 2022/4/6

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.3>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب

ممدوح خليل البحر

أستاذ القانون الجنائي- كلية الشرطة- أبوظبي

mamdooh.albaher@yahoo.com

استلام البحث: 2022/4/6 | مراجعة البحث: 2022/5/28 | قبول البحث: 2022/6/26 | DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.3>

الملخص:

المقصود بالحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب: هو القضاء على وظيفة جهاز التناسل، باستعمال وسائل جراحية أو غيرها تمنع الحمل بصورة دائمة.

ويتم التعقيم عند الرجال من خلال طريقة الإخصاء، كما يمكن إجراؤه بواسطة قطع القناة المنوية وهي القناة الناقية للحيوانات المنوية من الخصية إلى الحويصلة المنوية، أو القيام بربط هذه القناة أو سدها بمواد كيماوية.

أما التعقيم عند النساء فهو: تعطيل وظيفة قناتي فالوب بربطهما أو قطعهما أو سدّهما بواسطة كيماوية حتى لا تتمكن الحيوانات المنوية من الوصول إلى البويضة لتلقيحها. وهناك طريقة أخرى، وهي استئصال المبيض من جسد المرأة، وهذه العملية تشبه الإخصاء عند الرجال. وهذه الأفعال إذا تمت عمداً أو قسراً فإنها تشكل عدواً صريحاً على حق الإنسان في تكامله الجنسي، وهذا ما عبرت عنه المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بمناسبة البحث في الجرائم ضد الإنسانية، والمادة (8) الثامنة الخاصة بجرائم الحرب، حيث اتفق المفاوضون أثناء المناقشات التي أجريت حول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية بخصوص قضايا الجنس وجرائمها بأهمية الحق في الصحة الإنجابية والتي تشكل اعتداءً صارخاً ليس فقط لحق الإنسان في السلامة البدنية، وإنما لحقه الإنساني بالتحكم والبيت بحرية ومسؤولية في المسائل المتعلقة بحريته الإنجابية.

أما محاور البحث فتشتمل على: المبحث التمهيدي: الماهية القانونية لجريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب. المبحث الأول: عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب: المطلب الأول: السياسة التشريعية والقضائية من وسائل وطرق تحسين النسل. المطلب الثاني: الموقف التشريعي من حملات برامج تحديد النسل. المبحث الثاني: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب. المطلب الأول: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة إبادة جماعية. المطلب الثاني: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية.

ولذلك يوصي الباحث بضرورة أن تكون هناك معالجة واضحة ومفصلة لجرائم التعقيم القسري بوصفها إحدى نتائج الانتهاكات الجماعية لحقوق الإنسان خاصة ما يُتَّخَذُ منها شكل إبادة الأجناس والتغيير العرقي.

الكلمات المفتاحية: القدرة البيولوجية على الإنجاب؛ الحياة الجنسية؛ برامج تحديد وتحسين النسل؛ التكامل الجنسي؛ الصحة الإنجابية.

المقدمة:

قال تعالى: ﴿لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهْبِطُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّهَا وَيَهْبِطُ لِمَنْ يَشَاءُ الْذُكُورُ ⑯ أَوْ يُرْزَقُهُمْ ذُكْرًا وَإِنَّهَا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ وَعَلِيمٌ فَقِيرٌ ⑰﴾ [الشُّورَى من الآية 49 إلى الآية 50]

تُعد جرائم التعقيم والحمل القسري شأن الأشكال الأخرى للعنف الجنسي من الجرائم الأشد خطورة بموجب القانون الدولي الإنساني، وقد مثل الاعتراف بجرائم التعقيم والحمل القسري استناداً للمادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إنجاً من الإنجازات التاريخية التي حققها مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي في تموذج عام (1998) للموفدين الذين تفاوضوا بشأن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة. وقد

عُد نظام روما القانوني وما فيه من بنود خاصة بالجنس مثلاً على مدى تطور حركة حقوق الإنسان وتأثيرها الإيجابي على القانون الجنائي والقانون الدولي الإنساني⁽¹⁾.

ونتيجةً لحوادث الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) والتي وقعت في أنحاء مختلفة من العالم، حيث شمل أثراها شريحة واسعة من الجماهير في تلك البلدان لاسيما بين عامي 1907-1930، وما أثارته برامج تحسين النسل سيئة الصيت المتبعة في الولايات المتحدة الأمريكية والمتجهة نحو الجانب المتطرف المخيف والمرور من قبل الدكتاتور النازي (Adolf Hitler) إبان الحرب العالمية الثانية من صدمة وهلع لدى المجتمع الدولي. حيث حظيت قضية الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب في زمن السلم وال الحرب باهتمام أكبر أثناء انعقاد مؤتمر روما الأساسي، إذ دعمت غالبية الدول التي حضرت هذا المؤتمر عملية دمج بنود التعقيم والحمل القسري في النظام القانوني للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾.

أهمية الدراسة:

إنّ أصدق تعبير عن اهتمامنا بهذا النوع من الجرائم وبالنصوص القانونية ذات العلاقة ما ناقشناه في هذه الدراسة من سهولة الاعتراف بجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) كاستراتيجيات الحرب ووسيلة لإبادة الأجناس. ونظرًا لأهمية هذا الموضوع وانتشار حكامه ليس فقط بين نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فقد سعى في بحثنا جاهدًا البيان موقف الشريعة الإسلامية من التنازل، حيث يُعد الإنجاب العمدي (التعقيم) أحد الوسائل التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن أطلع على قوانين التعقيم لأغراض تحسين النسل التي طبّقت كقاعدة أو مثال لقوانين التقييم العنصري التي عملت بها النازية في ألمانيا، وعند مقارنتها في غالب موضوعات هذا البحث بين تشريعات الولايات المتحدة وبعض دول أمريكا الجنوبية وأسيا ودول الاتحاد الأوروبي لاسيما فرنسا وألمانيا فضلاً عما وجد من تشريعات معارضة في هذا الصدد.

إنّ موضوع البحث المتمثل في الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب يحظى بأهمية بالغة نظرًا لارتباطه الوثيق بحياة الإنسان الجنسي. كذلك تتمثل أهمية الموضوع في معرفة الموقف القانوني من عمليات الحرمان من الإنجاب البيولوجي، ومن هنا يُعد البحث والدراسة في موضوع الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب من الموضوعات القانونية التي تتسم بالأهمية البالغة والتي تتطلب إجراء الكثير من الندوات والابحاث والدراسات المتخصصة.

وتهدف الدراسة إلى معرفة مفهوم جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب ودور القضاء الدولي الجنائي في هذا الموضوع، خاصة بعد إيجاد نظام هيكلية يتمثل في المحكمة الجنائية الدولية التي تركز على تطبيق ما يسعى بقواعد القانون الدولي الجنائي وما هي المشاكل والعقبات التي تحول دون تحقيق العدالة الجنائية الدولية، وذلك من خلال معرفة الأفعال التي تُشكل انتهاكًا لحقوق الإنسان (وخاصة الحقوق الإنجابية).

مشكلة الدراسة:

لابد لأي دراسة علمية جنائية أن تحتوي على إشكالية معيبة تكون بحاجة إلى التحليل والتعديل وإيجاد الحلول والمقترنات القانونية أو رسم الخطوط العريضة لها، خاصة إذا كانت الدراسة تتعلق بجريمة مبتكرة الوسائل والأدوات كجريمة الاعتداء الخطير على الحقوق الإنجابية. إن إشكالية الدراسة في هذا البحث تتمثل في مدى نجاح الكيفية التي يُعالج بها المشرع الإماراتي والتشريعات المقارنة (محل الدراسة) الجرائم الواقعة على الحقوق الإنجابية باعتبارها من أكثر الجرائم خطورة وتمس الحقوق والصحة الإنجابية.

وعليه يمكننا صياغة إشكالية الدراسة من خلال تساؤل سيتم الإجابة عنه في إطار بحث الموضوع، وهذا التساؤل يتمثل في: هل نجح المشرع الإماراتي والتشريعات محل الدراسة في وضع المعالجة الجنائية المناسبة لهذه النوعية من الجرائم بهدف حماية الأشخاص؟ كما يتبين عن هذا التساؤل الرئيس عدد من التساؤلات الفرعية منها ما يلي:

- ماهو مفهوم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب؟
- متى تقوم المسؤولية الجنائية عن عملية الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب؟
- ما هو دور المحكمة الجنائية الدولية لحماية الحقوق الإنجابية للأشخاص؟

منهجية الدراسة:

نظرًا لخصوصية موضوع الدراسة وتشعب القضايا التي سأناولها فيه، لذلك فسوف أعتمد المنهج التحليلي بقصد إثراء موضوع البحث ومحاولته الإلام بمختلف تفاصيله.

المنهج التحليلي: يستند هذا المنهج على تحليل الآراء الفقهية المختلفة والنظر في الأحكام واستخلاص النتائج العلمية والبحث فيها وتحليلها للوصول إلى النتائج المرجوة من هذه الدراسة، مع الرجوع إلى الدراسات التاريخية التي تناولت حقوق الإنسان والمحكمة الجنائية الدولية بشكل عام وتحليلها وتحليل نتائجها وأحكامها من أجل الوصول إلى تحقيق الهدف من الدراسة.

⁽¹⁾ طه عبد الله عبد المُهير / تحديد النسل في الشريعة الإسلامية والقانون / دراسة مقارنة / إطروحة ماجستير / كلية الحقوق / بغداد / 2003 / ص 49

⁽²⁾ W. Schabas Eds, Essays on the Rome statute of the ICC, Naples: Editoriale scientific 2000 (V.1, V.2 for the coming 481) – P.4.

خطة الدراسة:

المبحث التمهيدي: الماهية القانونية لجريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري).

المطلب الأول: مفهوم التنااسل وأهميته وموقف الشريعة الإسلامية منه.

المطلب الثاني: كونه اعتداء على حق الإنسان في سلامة الجسد.

المطلب الثالث: كونه أحد الانتهاكات الخطيرة للحقوق الإنسانية.

المبحث الأول: عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب.

المطلب الأول: السياسة التشريعية والقضائية من وسائل وطرق تحسين التسلل.

المطلب الثاني: الموقف التشريعي من حملات برمج تحديد التسلل.

المبحث الثاني: أركان جريمة (الإخصاء) الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب.

المطلب الأول: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة إبادة جماعية.

الفرع الأول: الركن المادي.

أولاً: فرض تدابير إعاقة التنااسل أو منع الإنجاب على شخص أو أكثر.

ثانياً: اتّمام الضحايا إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.

ثالثاً: صدور النشاط الإجرامي في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضدّ جماعة من الجماعات.

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة.

أولاً: القصد الجنائي العام (صدر النشاط الإجرامي في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضدّ جماعة من الجماعات).

ثانياً: أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة كلياً أو جزئياً (القصد الجنائي الخاص).

المطلب الثاني: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب أو جريمة ضدّ الإنسانية.

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة.

الصورة الأولى: حرمان الفاعل شخصاً أو أكثر من القدرة البيولوجية على الإنجاب.

الصورة الثانية: انعدام الرضا وانتفاء قصد العلاج.

الصورة الثالثة: الشكل النظامي لارتكاب جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب.

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي: الماهية القانونية لجريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب

مقدمة: أهمية الموضوع وخطورته

يراد بالحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) هو: القضاء على وظيفة جهاز التنااسل، باستعمال وسائل جراحية أو غيرها تمنع

الحمل بشكل دائم⁽³⁾.

من المعلوم أن التعقيم غير العقم، فالعقم عند الرجل أو المرأة سببه طبيعي كالتقدم في السن مثلاً، أو سببه أصل فسيولوجي كانسداد الأنابيب الموصولة للحيوانات المنوية إلى مجرى البول عند الرجل، وضمور في الجهاز التناسلي عند المرأة أو قصور في مبيضها. فضلاً عن الأسباب العائدة للأمراض التي تصيب الغدد الصماء لا سيما المباض، والالتهابات أو التقرحات في عنق الرحم، وانسداد قناة فالوب وميل الرحم عن موضعه الطبيعي⁽⁴⁾. أما التعقيم فهو تعمد إجراء العقم بوسائل جراحية تستهدف انسداد أو ربط أو قطع الأنابيب الذي تسلكه الحيوان من الخصية إلى الحويصلات المنوية، أو ربط أو قطع قناة فالوب لمنع دخول البويضة أو الحيوان المنوي إلى القناة وبالتالي إلى الرحم أو تستهدف مباشرة استئصال الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية وهي الخصيتان عند الرجل والمبيض عند المرأة لاسيما في الدول التي تبني سياسة تحسين التسلل لتجنب نقل صفات الرجل وصفات أسرته وعرقه إلى أبنائه أو نقل صفات المرأة وصفات عرقها وأصولها إلى أبنائها عن طريق الشفرة الوراثية التي تحويها كلّ من الخصية والمبيض⁽⁵⁾. وهذا يفترق التعقيم بوصفه الفعل في الجريمة موضوع البحث عن الوسيلة. فالتعقيم هو سبب الاعتداء على المصلحة محل الحماية القانونية، أما الوسيلة الجراحية فهي

⁽³⁾ طارق شفيق الطاهري. القرآن والحياة الجنسية. الطبعة الثانية. مطبعة المعرف، بغداد. 1983. ص. 6564.

⁽⁴⁾ طه عبد الله عبد الأثير طه تحديد النسل في الشريعة الإسلامية والقانون ، دراسة مقارنة. اطروحة ماجستير. كلية الحقوق ، جامعة الهرم العـراق. 2003. ص.50.

⁽⁵⁾ عبد القادر العاني. زراعة ونقل الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية. سلسلة الماندة الحرة. نقل الأعضاء البشرية بين الطبع والشريعة والقانون . بيت الحكمة. بغداد. 2000. ص. 60 .

أداة التنفيذ المادي في الجريمة. وبينما يتوحد الفعل في كل جريمة تعقيم، فإن الوسيلة تختلف من جريمة إلى أخرى بحسب أداة التنفيذ المادي، لأن الوسيلة هنا لا يمكن إلا أن تكون مادية. وعليه يُعد العقم الأثر المترولد عن سلوك الاعتداء والذي عبرت عنه المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بمناسبة البحث في الجرائم ضد الإنسانية والمادة الثامنة الخاصة بجرائم الحرب (جرائم شخص أو أكثر من القدرة البيولوجية على الإنجاب)⁽⁶⁾. وهذا تُعتبر النتيجة في جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب قد تحققت لأنها متطابقة مع الحدث الموصوف في النموذج القانوني لها والمنصوص عليه صراحة في الصيغة النهائية للمشروع المقدم من قبل اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة. من هنا نصل إلى ضرورة الاعتداد بالصالحة القانونية وتحديد المقصود منها باعتبارها محل الحماية الجنائية في جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب، وفي الوقت نفسه باعتبارها المضمنون الحقيقي الذي يمثل (عملة التشريع) في القاعدة المجرمة وذلك في مطلبين يحمل الأول عنوان (عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب عدوان على حق الإنسان في سلامه الجسد)، والثاني بعنوان (عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب إحدى الانتهاكات الخطيرة للحقوق الإنسانية).

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التناسل

منع الإنجاب العمدي هو إحدى الوسائل التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، بل وكافة الشرائع التي جعلت الحصول على النسل وحفظه من الضروريات الخمس الأساسية⁽⁷⁾. والتي يجب الاعتناء بها وذلك بتشريع كل ما يدعو إلى المحافظة على التناسل والتکاثر إبقاء للجنس البشري وإعماراً للكون بما يحقق المقصود من وجود الجنس البشري.

كما أن التعقيم يتعارض مع طبيعة وفطرة الإنسان التي فطره الله تعالى عليها من حب الذرية، وبالتالي فالمحافظة على النسل وتكثيره عن طريق الزواج من الهدى النبوى. إلا أن التقدم الطبى العلمي دفع ببعض الفقهاء المحدثين⁽⁸⁾، إلى الإفتاء بإجازة التعقيم والحكم بإباحته مطلقاً، مع التأكيد على أن كثيراً من الناس لا يستفدون قبل أن يلجوا إلى التعقيم بل يُقدِّمون على ما تشتت أنفسهم.

• المبررات الأساسية لإجراء التعقيم:

من المبررات الأساسية لقيام بعمليات التعقيم الدائم أو المؤقت ما يُعرف بالمبررات الصحية، ومنها ما يعود إلى جوانب عقابية، ومنها ما يكون بهدف تحديد النسل، وأخيراً وليس آخرأ قد تُقرز الزوجة عدم الإنجاب للمحافظة على نضارتها وجمال جسدها. كما قد يكون التعقيم استجابة لدعوى منظمات ومؤسسات تهدف إلى تقليل النسل⁽⁹⁾. وهذه المبررات قد تكون صحية أو اجتماعية.

1. الأسباب الصحية:

هناك أمراض تصيب المرأة تستوجب القيام بمنعها من الحمل:

أ. تردي الحالة الصحية المستمرة لكلا الزوجين أو لأحدهما وخاصة الزوجة إثر تعرضهما لأمراض مختلفة، كأمراض القلب مثلاً أو وجود أمراض مزمنة في الدم أو الكليتين أو السل الرئوي، ومبرر التعقيم في هذه الحالات هو منع تطور المرض لدى المرأة أو الرجل وخاصة إذا كانت الإصابة تهدّد الجنين⁽¹⁰⁾.

ب. يتم اللجوء إلى التعقيم في حالة وجود أمراض وراثية يمكن أن تنتقل إلى الذرية مثل التشوّهات العصبية والحركة وغيرها، وهنا يكون المبرر من التعقيم الرغبة في عدم انتقال هذه الأمراض إلى الذرية⁽¹¹⁾.

2. الأسباب الاجتماعية:

قد يحدث التعقيم لأجل تحديد النسل أو قطع الحمل استجابة لدعوات تحدث النساء على تقليل الإنجاب والاكتفاء بعدد معين من الأطفال⁽¹²⁾، كما يندمج تحت تلك الأسباب ما كانت تقوم به بعض الشعوب من تعقيم الخدم وأمثالهم بإخلاصهم حتى لا يفكرون في الشهوة أو الزواج ويتفرغون للخدمة فقط.

كما يُعد من قبيل الدوافع الاجتماعية ما قامت به الحركة النازية من تعقيم مئات الآلاف من الأشخاص رجالاً ونساء ممن يعانون من أمراض عقلية بحجة انتقاء ساللة نقية خالية من القصور في الذكاء أو البلادة⁽¹³⁾.

⁽⁶⁾ تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الخاص بالصيغة النهائية لمشروع نص أركان الجرائم. نيويورك 2000. ص 17 ، ص 41 وص 52 .
⁽⁷⁾ الإمام الشاطئي/ المواقفات/22-ص 17/ دار المعرفة/ بيروت/ 395.

⁽⁸⁾ الأستاذ عصمت الله عنايت الله محمد/ حكم الشرع في التعقيم/ بحث منشور بمجلة البحث الفقهية المعاصرة/ السنة الثانية/ ص 171/ ط 1410 هـ.
⁽⁹⁾ د. عبد الحميد محمد عبدالعزيز/ أمراض الرجال/ سلسلة كتاب اليوم الطبي/ طبعة مؤسسة أخبار اليوم عدد 8/ نوفمبر 1999 .

⁽¹⁰⁾ د. عبد الرزاق حمامي/ الأمراض النسائية/ القاهرة/ دار الهبة العربية/ ص 382/ .

⁽¹¹⁾ د. عبدالمجيد محمد عبد العزيز/ أمراض الرجال/ سلسلة كتاب اليوم الطبي/ مؤسسة أخبار اليوم/ عدد 18 فبراير 1999 .

⁽¹²⁾ د. محمد مفتاح بوشيه/ العمليات الجراحية الخاصة بالذكرة والأذوة/ دراسة مقارنة/ ص 26.

⁽¹³⁾ الكاتب الإنجليزي جيم آلين/ البلاك الابدي/ ص 29/ ترجمة حسين حامد/ منشورات الهيئة المصرية العامة للكتاب/ 1994.

وهناك أسباب صحية اجتماعية للتعقيم، حيث نجد أن بعض المجتمعات كانت تقوم بتعقيم الجناء والزناء، وكذلك تعقيم من يمارسون (الاستمناء)، أضف إلى ذلك ما قامت به الحركة النازية في ألمانيا للألاف من الأجناس باعتبار التعقيم نوع من العقاب⁽¹⁴⁾.

• موقف الفقه الإسلامي من التعقيم (الإخصاء) الدائم:

يُعد التعقيم (الإخصاء) أحد الوسائل التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والتي جعلت الحصول على النسل وحفظه من الضروريات الخمسة الأساسية التي ينبغي الاعتناء بها، وذلك بتشريع كل ما يدعو إلى المحافظة على التناول والتكاثر لإبقاء الجنس البشري وإعمار الكون بما يحقق المقصود من وجود الإنسان⁽¹⁵⁾، ولتحقيق هذا المقصود العظيم، شرع الله سبحانه وتعالى النكاح ورحب فيه⁽¹⁶⁾، وقد اختلف الفقهاء في حكم منع الحمل الدائم سواءً أكان بالإخصاء أو الجراحة وذهبوا إلى قولين:

القول الأول: ذهب غالبية فقهاء الشريعة (القدامي والمعاصريين) إلى القول بحرمة كل ما يقطع النسل من أصله أو يفسد القوة التي يحدث بها الحمل سواءً تم بالإخصاء أم بتناول مادة طبية تعطل القدرة على الحمل، أم بعملية جراحية تمنع من القدرة على الإنجاب⁽¹⁷⁾.

بعض النصوص الفقهية التي تؤيد القول الأول:

1. قال القرطبي (إن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز لأنَّه تغيير لخلق الله تعالى)⁽¹⁸⁾.

2. وقال النووي: (الإخصاء في الأدمي حرام صغيراً كان أم كبيراً)⁽¹⁹⁾.

3. وجاء في الإنصاف: (ولا يجوز ما يقطع الحمل)⁽²⁰⁾.

الأدلة الخاصة بالقول الأول:

الرأي الأول: القائل بحرمة الإخصاء:

استدل القائلون بحرمة الإخصاء الذي يؤدي إلى الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بكافة صوره إلا في حالات الضرورة، بالأدلة التالية:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا مُرْنَهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء الآية 119]. وجه الدلالة أن الله نهى عن تغيير خلق الله وعملية الإخصاء تدخل في هذا المنع.

2. حديث عبدالله بن مسعود (رضي الله عنه) قال: كُنَّا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وليس معنا نساء، فقلنا ألا نختصي؟ فهأنا عن ذلك⁽²¹⁾.

3. حديث سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) قال: أراد عثمان بن مظعون أن يعتزل النساء ويترك النساء وينقطع لعبادة الله تعالى فهذا النبي (صلى الله عليه وسلم) ولو أجاز له ذلك لاختصينا⁽²²⁾.

الرأي الثاني:

يذهب جانب من الفقهاء المعاصريين إلى جواز الإخصاء (التعقيم) بدون ضرورة، وينسب هذا القول إلى بعض علماء الشيعة المعاصريين⁽²³⁾:

أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

لقد استدل القائلون بجواز (الإخصاء) ببعض الأدلة سواء من القرآن الكريم أو بالقياس.

1. من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا﴾ [الثورى الآية 50]: ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى قد جعل قسمًا من البشر عقيماً لحكمة، وبالتالي فلا مانع من جعل بعض الناس عقيماً لصلاحة⁽²⁴⁾.

2. كما استدل القائلين بجواز الإخصاء بالقياس دائمة قياساً على جواز العزل وعلى الامتناع من الزواج⁽²⁵⁾.

(14) د. محمد علي الباز/سياسة ووسائل تحديد النسل في الماضي والحاضر/ص 299.

(15) الإمام الشاطبي/الموافقات/الجزء 2، ص 17/طبعة دار المعرفة/بيروت/1395هـ

(16) الإمام الغزالي/احياء علوم الدين/الجزء 2، ص 28/دار الفكر/عمان/الأردن/1995.

(17) محمد خالد منصور/الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء/ص 21.

- دار النافذة/الأردن/ط 2009/ص 120.

- د. علي داود الجفال/المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي/ص 244.

- الشیخ عطیة سالم/قرارات المجمع الفقیہ الاسلامی بمکتبة المکرمة/مجلة مجمع الفقہ الاسلامی/جدة/الدورة الخامسة/العدد الخامس/الجزء 1/ص 748.

(18) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن/ج 5/ص 251.

(19) النووي/شرح النووي لصحيح مسلم/ج 9/ص 177.

(20) المرداوي/الإخصاف في معرفة الراجح من الخلاف/ج 1/طبعة دار إحياء التراث العربي/1980/ص 383.

(21) صحيح البخاري/ج 5/ص 1952/رقم 4768.

(22) صحيح البخاري/ج 4/ص 1687/رقم 4339.

(23) د. تاج الدين محمد الجاعوني/الإنسان هذا الكائن الغريب/ج 4/ص 244. انظر د. عبدالرحيم عمران/تنظيم الأسرة في التراث الإسلامي/ص 985.

(24) د. تاج الدين محمد الجاعوني/المراجع السابقة/ص 286.

(25) د. عبدالرحمن عمران/المراجع السابقة/ص 244.

رأي الباحث:

من خلال عرض الآراء السابقة للفقهاء ولو بصورة موجزة نحن نذهب إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بتحريم الإخصاء (التعقيم) وتجريمه (قانوناً) إن لم تكن هناك ضرورة يقرّرها الأطباء المختصون، وإن الأخذ به هو عمل مخالف لما أقره القرآن الكريم، وكذلك قياساً على مسألة الولد الذي يؤدي إلى قطع النسل ولو جزئياً⁽²⁶⁾.

المطلب الثاني: كونه اعتداء على حق الإنسان في سلامه الجسد

من المعلوم أن الأعضاء التناسلية جزء من جسم الإنسان لها كيان ووظيفة محددة هي التكاثر والتولّد، فإن أصاب هذه الوظيفة عمداً العجز أو الخلل الدائم تحقّق العدوان على إحدى المصالح التي يحميها القانون.

ولأنّ التعقيم يؤدي إلى الانتهاك من هذا العضو الأصلي الذي رُود به الإنسان منذ ولادته ولا يمكن إنكار أهميته في التركيب البنياني للجسم، فإنه يشكل عدواناً صريحاً على حق الإنسان في تكامله الجسدي وما يعنيه من مصلحة الجسم في أن يحتفظ بمادته في كلّ جزيئاتها⁽²⁷⁾. وهو عدوان لا يطال جزءاً خارجياً من الجسم، وإنما يطال جزءاً داخلياً باطنياً لا تدل عليه علامات خارجية يحملها ظاهر الجسم. وعليه لا يقتصر العدوان في جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) على مجرد العبث بمادة الجسم، وإنما بفقد جزء مهم منه.

ولا تشكّل عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) عدواناً على حق الإنسان بتكميله الجسدي فحسب من خلال إثبات فعل من الأفعال المشتملة على إزالة جزئية أو كلية لجهاز التناسل، بل تُعدّ أيضاً انتهاكاً لحق الضحية في الاحتفاظ بالمستوى الصحي. البدني والنفسي - في أن تسير أعضاء الجسم وأجهزتها بأداء وظائفها بشكل طبيعي، ذلك لأنّ التعقيم يحدث نقصاً يتجاوز مرض الم يكن موجوداً من قبل، من شأنه أن يهبط في المستوى الصحي للضحية رجلاً كان أو امرأة⁽²⁸⁾. وإلى جانب فقدان المرأة والرجل لعضو مهم في التركيب البنياني للجسم وما يعنيه الضحية من هبوط حاد في المستوى الصحي، يشكّل البتر أو إعطاء مادة توقف أو تبطّن بعض مظاهر النشاط في جهاز التناسل إخلاً بحق الضحية في الاحتفاظ بسكنيتها البدنية، وهو شعور بقدر من الارتياب مصدره التحرّر من بعض الآلام البدنية⁽²⁹⁾، ولاشكّ يُعدّ التعقيم أحد الأفعال المؤذية لهذا الشعور عن طريق إحداث ألم لم يكن موجوداً من قبل. وطالما أنّ عملية الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري أو الإخصاء) عبارة عن قطع أو استئصال ذلك الجزء المسؤول عن عملية التولّد والتكاثر بحيث يستحيل على الضحية بمجرد فصله إعادته أو حق تعويضه ببعض اصطناعي أو بعملية جراحية معقدة فإنّها تدخل ضمن نطاق العاهة التي يستحيل برأوها أو شفاؤها⁽³⁰⁾، والتي عالجها المشرع الإماراتي ضمن جنابات الضرب والجرح العمديّة في المادة (388) من قانون الجرائم والعقوبات الجديد رقم 31 لسنة 2021 بقوله "يُعاقب بالسجن المؤبد لاتزد على سبع سنين من أحدّ بغيره عمداً عاهة مستديمة، وإذا توفر أحد الظروف المبينة في الفقرة الثانية من المادة (384) غد ذلك ظرفاً مشدداً. وتتوفر العاهة المستديمة إذا أدّت الإصابة إلى قطع أو انفصال عضو أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو تعطيل وظيفته إحدى الحواس تعطيلياً كلّياً أو جزئياً بصورة دائمة. ويعتبر في حكم العاهة كلّ تشويه جسدي لا يُحتمل زواله". وأبرز صور العاهة هنا أن ينفصل عن الجسم عضو بأكمله كاستئصال الرحم مثلاً.

وليس بشرط أن يفقد الجسم عضواً بأكمله، بل يكفي فقد جزء منه كقناة فالوب أو بعض الأجزاء من عنق الرحم طالما أنّ فقد ذلك الجزء من العضو يعوق العضو في مجموعه عن أداء وظيفته في الصورة المعتادة.

ولا فرق بين الجنسين من حيث ترتيب حكم العاهة المستديمة سواء أدى التعقيم إلى قطع جزء من جهاز التناسل عند الذكر أو عند الأنثى⁽³¹⁾. ولأنّ التعقيم في جوهره مساسٌ بمادة الجسم في جزءها الأساسي الذي يتكون من مجموعة من الأنسجة ويُتّخذ شكل تمزّق وتحطيم الوحدة الطبيعية التي تجمع بين جزيئات هذه الأنسجة فإنه يدخل غالباً ضمن مدلول الجرح. واستناداً إلى فكرة العاهة المستديمة التي لا تتطلب انفصال عضو التناسل أو الجزء منه عن الجسم، ويتحقق أيضاً إن عجز ذلك العضو أو ذلك الجزء منه عن أداء وظيفته. وقد يُتّخذ نشاط الجاني صورة الإعطاء الذي موضوعه مادة ضارة بالصحة معطلة ومخلة ومؤقة لوظيفة التكاثر.

وليس بعيداً عن حق الإنسان في سلامه البدن فقد اختط المشرع الفرنسي طرفةً مغايراً ل موقف المشرع الاماراتي والعربي والمصري في هذا الصدد، فبعد أن نصّ قانون العقوبات الفرنسي الملغى في المادتين (316) و(325) على جنائية إزالة جهاز الإخصاب عند الرجل أو المرأة والتي كان يُعاقب عليها

⁽²⁶⁾ الشیخ الأستاذ الدكتور وهبی الزحیلی / الفقه الإسلامی وأدله.

د. حسان حتّحوت/ المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية/ ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام/ ص 183.

⁽²⁷⁾ محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص. الناشر دار النهضة العربية. القاهرة. 2013. ص 430 و محمود نجيب حسني. الحق في سلامه الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له القانون. مجلة القانون والاقتصاد. السنة 29. العدد الثالث - 1959. ص 543.

⁽²⁸⁾ سلطان الشأوی. الجرائم الماسة بسلامة الجسم. مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية القانون، جامعة بغداد. المجلد العاشر - العدد الثاني. 1994. ص 10.

⁽²⁹⁾ محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص. مصدر سابق. ص 430.

⁽³⁰⁾ عبد المهيمن بكر. القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال. الناشر: دار النهضة العربية. 1968. ص 123 و مسيس بنام. القسم الخاص في قانون العقوبات، العدوان على أمن الدولة الداخلي والعدوان على الناس في أشخاصهم وأموالهم- الناشر: منشأة المعرفة. الاسكندرية. 1982. ص 298 وأحمد كامل سلامه. شرح قانون العقوبات القسم الخاص، في جرائم الجرح والقتل العمديّة وغير العمديّة فرقها وقضاءه. الناشر: مكتبة هبة الشرق، جامعة القاهرة. 1987. ص 95.94.

⁽³¹⁾ حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الخاص - الجزء الأول ، في جرائم الأشخاص - مطبعة المعرفة - بغداد - ص 256.

بالسجن المؤبد الذي يرتفع إلى الإعدام إذا ترتب على الجريمة موت المجنى عليه خلال أربعين يوماً من قوعها، قام المشرع الفرنسي بإلغاء هذه الجرائم بصفة نهائية كجرائم مستقلة واكتفى بظهورها في صورة ظرف مشدد في بعض الجرائم الأخرى، حيث يمكن البحث عنها في جنایات القتل العمد أو في جرائم الضرب المفضي إلى الموت إذا ترتب على التعقيم (الإخصاء) الوفاة، أو في جرائم التعذيب والأعمال البربرية إن لم تحصل الوفاة⁽³²⁾، وذلك بعد أن أصبح التعقيم والأعمال البربرية جريمة مستقلة⁽³³⁾، وهكذا أدخل المشرع الفرنسي الجديد عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) ضمن أعمال العنف الشديدة الجسمانية والتي تقع اعتداءً على سلامة جسم المجنى عليه. إذا لم يتوافر لدى الجاني نية إزهاق روحه، وهو عمل يُظهر من خلاله الجاني قسوة ووحشية متناهيتين وعلى نحو يثير الرعب والاستهجان العام.

المطلب الثالث: كونه أحد الانتهاكات الخطيرة للحقوق الإنجابية

اتفق المفاوضون أثناء المناقشات التي إجرت حول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص قضايا الجنس وجرائمها على أهمية الحق في الصحة الإنجابية، وشملت المادتان (7-8) في نظام روما الأساسي التي تتكلم عن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب على التوالي وعلى نطاق واسع تلك الجرائم الخاصة بالجنس التي تشكل انتهاكاً صارخاً ليس فقط لحق الإنسان في السلامة البدنية وإنما لحقه الإنساني بالتحكم والبُرْهَن ومسؤولية في المسائل المتصلة بحياته الجنسية بما في ذلك الإنجابية كالحمل الإجباري والحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب⁽³⁴⁾.

ويرجع هذا الإنجاز الهام المتعلق بجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) والذي حققه مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي في تموز (1998) للمواديين الذين تفاوضوا بشأن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة إلى جهود جماعات حقوق الإنسان التي استندت إلى ما سبق الاتفاق عليه في المؤتمرات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان كالمؤتمر العالمي للسكان المنعقد في بوخارست عام (1974) والمؤتمرات الدوليين للسكان والتنمية المعقود عام (1994). والمؤتمرون العالمي الرابع المعنى بالنساء المنعقد في بكين عام (1995) (35).

فيعد أن أقر المؤتمر العالمي للسكان المنعقد في بوخارست خطة العمل العالمية للسكان التي أعطت لكل الأزواج الحق الأساسي في أن يقرروا بحرية ومسؤولية عدد أطفالهم والمباعدة بينهم، وأن يحصلوا على المعلومات الضرورية والتوعية والوسائل اللازمة لبلوغ ذلك. كما أيدت كثير من البلدان أثناء عقد المؤتمر الدولي للسكان والتنمية عام (1994) برنامجاً ينبع على مدار (20) سنة لحماية الحق في الصحة الإنجابية والجنسية. مؤكداً برنامج العمل هذا على حق الرجال والنساء في الرعاية الصحية الإنجابية بما في ذلك تنظيم الأسرة دون أي شكل من أشكال الإكراه، وإن هذه الصحة الإنجابية يجب أن تكون على قدر من الرفاه الكامل بدنياً وعقلانياً واجتماعياً وليس مجرد السلامة من المرض أو الإعاقة، وأن تعني قدرة الناس على التمتع بحياة جنسية مستقرة ومأمونة تدور وجوداً وعدماً حول حريةهم في تقرير الإنجاب وموعده ومكانه⁽³⁶⁾. ويتبين لنا أن اعتراف كل من البرنامج العالمي للسكان لعام (1974) ومنهاج عمل بكين لعام (1995) بالحقوق الجنسية والإنجابية باعتبارها جزء غير قابل للتصرف من حقوق الإنسان العامة وجزء لا يتجزأ من هذه الحقوق ولا ينفصل عنها، حيث اتسع الفهم الدولي للحقوق الإنجابية بصورة كبيرة، فكان للحق في اتخاذ القرارات الإنجابية الأثر الواضح في وضع الأركان الخاصة بجرائم الهرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب وما واجهتها من نقاشات جادة في مفاوضات اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لاسيما في تلك المسائل المتعلقة بالتحرر من العنف الجنسي والإكراه الجنسي والتقطع بالحق في الخصوصية.

وطالما تعنى الصحة الإنجابية حالة السلامة الكاملة بدنياً وعقلياً واجتماعياً في جميع الأمور المتعلقة بالجهاز التناسلي، فإنّ الحرج من القدرة البيولوجية على الإنجاب يُشكّل أحد الأفعال التي تهدّر وظائف هذا الجهاز وعملياته. كما يشكّل التعميق القسري عدواً على الحق الأساسي لجميع الأزواج والأفراد في أن يقرّروا بحرية ومسؤولية عدد أولادهم وفترة التباعد فيما بينهم وتوقيت إنجابهم وحقّهم في اتخاذ القرارات المتعلقة بالإنجاب دون تمييز أو اكراه أو عنف علم، النحو المبين في وثيقة حقوق الإنسان⁽³⁷⁾.

³² الدكتور محمد أبو العلا عقبة. الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، مجلة محكمة يصدرها أستاذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس. العدد الأول. السنة التاسعة والثلاثون. 1997 - ص 131

⁽³³⁾ الدكتور محمد ابو العلا عقيدة. نفس المصدر. ص 116.117.

(34) التعريف بنظام روما الأساسي:

تُعد المحاولات السابقة على إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ممِيَّزة لإنشاء قضاء دولي، كما تعبِّرُ عن مدى تطور المجتمع الدولي و حاجته إلى مثل هذه المحاكم لمحاسبة كل من يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني، لذلك اكتملت الجهد الدولي في روما عام (1998) وتم وضع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعروف بالنظام الأساسي والذي دخل حيز التنفيذ عام (2002) الذي هدَى إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تختص ببنظر الجرائم ضد الإنسانية وتعُد مكملاً للمحاكم الوطنية. ويعُد النظام الأساسي لعام (1998) اتفاقية دولية ويترتب على كونها كذلك أن الدول ليست ملزمة بالانضمام إليها، ولها بمحض إرادتها أن تكتتب بالتوقيع على الاتفاقية، وهذا النظام جاء ليُبدِّل المفاهيم، وليس قراراً ملزماً من مجلس الأمن يجبر الدول على الانضمام إليها ويسري على هذا النظام ما يسري على الاتفاقيات الدولية من قواعد تتعلق بالتفسر والتطبيق المكاني والزمني والآثار المترتبة عليها.

⁽³⁵⁾ W. Schabas, Eds, *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Naples: Editoriale Scientific 2000 (V. 1, V.2 for the Coming 481) – P.4.

³⁶ القضايا السكانية. مجموعة المواد الإعلامية. صندوق الأمم المتحدة للسكان - ص 4 والتمكين للمرأة وصحتها الإيجابية - ملفات متربطة طوال دورة الحياة - صندوق الأمم المتحدة للسكان ص 32.

المراجع السابق.⁽³⁷⁾

كما أنّ الأمر هنا لا يقتصر على تقرير المسؤولية الفردية، وإنما تكون الدولة أيضًا عرضة للمساءلة عن أفعالها المباشرة أو أفعال مؤسساتها الصحية التي تنتهك حقوق الأفراد انتهاكًا من مبدأ (مسؤولية الدولة في القانون الدولي) الذي يعتبر أية دولة مسؤولة قانونًا عن خرق الالتزامات الدولية الصادرة عنها أو ما يمكن نسبته إليها مباشرة من أفعال تشكل بحد ذاتها انتهاكًا لحقوق الإنسان. إذ يمكن إيجاد فعل الحكومات المباشر الذي ينتهك حقوق النساء والرجال في سياساتها المتعلقة بتحجيم السكان أو تحسين نسلهم التي تنتهك بدورها حرية وأمن أفرادها عنًّا مرتکبًا من قبل الدولة إذا بنت تلك السياسة على إجهاض قسري أو تعقيم إجباري أو على فرض عقوبات جنائية ضدّ موانع الحمل أو التعقيم والإجهاض الإجباريين⁽³⁸⁾. وفي الحالات التي يستغل فيها مسؤولون حكوميون القوة البدنية أو احتجاز النساء بغية إجبارهن على الخضوع لإجراءات وعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب أو الإجهاض الإجباري والتي لا يمكن نسبتها مباشرة إلى الدولة، لأنّ الأخيرة تكون أيضًا مسؤولة عنها طالما ترقى إلى درجة التعذيب والمعاملة القاسية اللاّنسانية. ومن باب أولى إذا تبنت تلك الدول الأنظمة الثقافية والاجتماعية والقانونية التي تتقبل هذه الانتهاكات أو تفشل في اتخاذ التدابير اللازمة لمنعها⁽³⁹⁾. وهنا نتحدث عن تسبب مرتکب جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) في حرمان شخص أو أكثر حرمانًا متعمدًا وكبيرًا من حقوقهم الأساسية بما يتعارض مع القانون الدولي، لذلك ظهر اتجاه قانوني حديث اعتبر مؤيدوه السياسات الوطنية لتنظيم الأسرة وتحديد نسل أفرادها شكلاً من أشكال الاضطهاد الذي يُعتبر بحد ذاته أساسًا كافياً لطلب اللجوء بموجب اتفاقية⁽⁴⁰⁾ طالما كان الاستهداف بعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) مبنيًّا على أساس سياسية أو عرقية أو قومية أو أثنيّة أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس أو لأية أسباب أخرى، ومن المسلم به عالميًّا أن القانون الدولي لا يجزيها، أما فيما يتعلق بالتمييز القائم على أساس الجنس، أثارت قضيّاً النساء اللواتي يسعين إلى طلب اللجوء بسبب الاضطهاد المبني على أساس الجنس - وهن لسن بالضرورة من مناطق التزاع المسلح ولكنهن من بلدان تعاني فيها النساء من العنف الجنسي والمعاملة القاسية الإنسانية لأسباب تتعلق بالمعايير الاجتماعية وسياسات السيطرة السكانية والتمييز ضدّ جنس واحد، حيث أثارت اهتمام وانتباه المجتمع الدولي. كما أعطت بعض البلدان المضيافة للنساء الهاجرات من منازلهن والمشيرات داخلياً والمهجرات بسبب سياسة بلدانهن الإيجارية لتحديد النّسل حق طلب اللجوء بموجب اتفاقية عام 1951⁽⁴¹⁾ التي عرفت اللاجئ أو اللاجنة على: أنه الفرد الذي لديه خوف يستند على أساس من التعرض للاضطهاد لأسباب تتعلق بالعرق أو القومية أو الرأي السياسي. وعلى الرغم من تبني المفهوم السامي التابع للأمم المتحدة لشئون اللاجئين موقفًا ضدّ الإجهاض الإجباري والحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) واعتباره اضطهادًا مبنيًّا على أساس الجنس الذي يؤدي إلى منح حق اللجوء، وتشجيع مكتب المفوض السامي لشئون اللاجئين البلدان على اعتبار عمليات التعقيم والإجهاض الإجباريين بمثابة أساس فعليّة لطلب اللجوء عندما ترتكب كإجراءات قمع ضدّ عرق شخص معين أو دينه أو قوميته أو عضويته لجامعة معينة دون غيرها أو رأيه السياسي المعارض أو المؤيد، وعلى وجه الخصوص عندما تُرتكب هذه الإجراءات من قبل السلطات المعنية، وقد بادرت بعض الدول إلى دمج هذه السياسات في إجراءاتها الإصلاحية لتحديد مصير طالبي اللجوء إليها. وهكذا أدى الارتباط الوثيق بين جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) وجريمة الاضطهاد إلى اعتبار الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب أساسًا للمقاضاة ضمن تعريف اللاجئ في مدونة مكتب المفوض السامي لشئون اللاجئين 6 (أ) واتفاقية عام 1951 (أ/1) إذا صدرت تلك الأفعال عن الحكومات أو تسامحت بشأنها السلطات مع العلم بإرتكابها أو إذا رفضت الأخيرة أو أثبتت عدم قدرتها على تقديم الحماية الفلية⁽⁴¹⁾.

المبحث الأول: عمليات الإخصاء (الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب)

تمهيد: مقدمة هامة:

يراد بتحسين النّسل منع الولادات غير الصالحة تحسبيًّا لصفات الجيل العامة⁽⁴²⁾، وأساس علم تحسين النّسل هو علم تحويل المدنين إلى أشخاص عقيمين غير قادرين على الإنجاب (الإخصاء) لخلق سلالة أفضل من الرجال والنساء⁽⁴³⁾. واستنادًا إلى الأهداف التي يرمي إليها علم تحسين النّسل والتي تدور حول تطوير الجنس أو النوع البشري للوصول إلى أحسن المجتمعات ولمعها حيث تم التمسك بالمعنى الحرفي له وهو "الولادات الجيدة" أو "المولود

⁽³⁸⁾ Carin Benninger Budel and Anne Laurence Lacroix – Violence against Women – World organization against torture - First Printing , June 2009 – P.233 .

⁽³⁹⁾ Carin Benninger and Anne Laurence – op.cit - P.233.

⁽⁴⁰⁾ Carin Benninger and Anne Laurence – op.cit - P.257

⁽⁴¹⁾ المرجع السابق

⁽⁴²⁾ عبد الله عبد الامير طه: مصدر سابق، ص 12 .

⁽⁴³⁾ STEPHEN BUCKLEY – World and Nation, Human Weeds – November 11, 2001 – P.2.

الصحي"⁽⁴⁴⁾. إلى أن أصبح علم تحسين النسل الصيغة الجاهزة لمواجهة حالات الزنا والإدمان والجهل والولادات المشوهة والفقر والجريمة والتي تعزى جميعها إلى السلالات غير الجيدة. ولقد لعب العلماء في أوروبا وأميركا الدور الطليعى في حركة تحسين النسل التي وجدت لها مناصرين ومؤيدين في الدول الإسكندنافية وكذلك في أمريكا اللاتينية وفي اليابان⁽⁴⁵⁾. ففي بداية عام (1900) قام كل من عالم الأحياء الأمريكي (Charles B. Davenport) والعالم (Harry H. Laughlin) بقيادة علماء وأطباء آخرين من أجل تطوير السمة الأساسية لعلم تحسين النسل والتي كانت تتطلب من الحكومة فرز وتنقية الأعضاء غير الصالحة والناقصة من الطبقة العامة من أجل تخلصها من التكاليف المالية الخاصة بعلاج الحالات الفردية المشوهة والناقصة فضلاً عن الأمراض الاجتماعية الأخرى، ودافع كل منهم عن نظرية تحسين النسل أو انتخاب النسل على أنها تهدف إلى تنظيف المجتمع الجيني أو الوراثي، وتنظر إلى المجتمع البشري من وجهاً تحسين النوع وتنقية العرق، منادين في دفاعهم هذا إلى اللجوء إلى وسائل انتخاب النسل الإيجابية التي تُعنى بالنسل وتقوم على تربيته حتى يتکاثر إلى جانب وسائل تحسين النسل السلبية⁽⁴⁶⁾.

وفي مقابل تشجيع الأشخاص الذين يتمتعون بقابلية إنتاج النسل الجيد على تكوين العائلات الكبيرة، أصدرت قوانين تمنع العائلات المتخلفة والغير مثقفة من إعادة الإنتاج، إلى أن أصبحت حركة واسعة النطاق متذبذبة امتد أثرها إلى السيطرة على الولادات، ولاقت تأييد ألمانيا النازية على العكس من سياسة تحسين النسل التي لا تتعلق بقلة الذرية أو كثراها.

إن سياسة تحديد النسل يراد بها الإيقاف الإجباري عن إنجاب الأولاد عند الوصول إلى عدد معين من الذرية⁽⁴⁷⁾، وعليه تختلف الأسباب التي تقود إلى ظهار عمليات التعقيم من بلد إلى آخر. فعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب الجاربة داخل الولايات المتحدة لها أسباب ودوافع تختلف عن تلك التي تخضع للسيطرة السكانية. ففي الأقطار التي تواجه زيادات سكانية كبيرة من دون وجود ما يقابلها من تغطية كافية للسلع والخدمات، تلجأ إلى تحديد النسل كالبيرو والمكسيك والصين. وبين عامي (1976-1976) وضع في أمريكا أكبر عدد من النساء البنديات تحت مشرط الجراح لغرض تعقيمهن وإن عدد كبير منهن أجريت لهن العمليات بعد يوم أو يومين من تاريخ ولادة أطفالهن⁽⁴⁸⁾. ومن هنا سوف نقوم بتناول هذا المبحث في مطلبين، وكما يلي:

المطلب الأول: السياسة التشريعية والقضائية من وسائل وطرق تحسين النسل

استناداً للرأي الذي تذهب إلى ضرورة تنقية وتحسين وتهذيب السلالات المختارة أو المنتجة من أجل تحسين الوجود البشري، أجرت (35) ولاية أمريكية في عام (1907) عمليات تعقيم قسري لأكثر من (60000) شخص من السكان الأمريكيين وذلك بتعقيم الذكور عن طريق ربط الأنابيب الأسمري وإزالة المبايض لدى الإناث ناهيك عن السود والهنود الذين لم تسجل العمليات الخاصة بتعقيمهم قسراً في السجلات الرسمية⁽⁴⁹⁾.

وكانت هذه السياسة جزء من الحملة الوطنية من أجل القضاء على العقول الضعيفة والفقر وجريمة الاحتلال العقلي. حيث طبقت هذه القوانين على مدموني الكحول ومتناطي المخدرات وال مجرمين الأحداث والمؤسسات والأشخاص الذين يعانون من الوهن والعجز والشيخوخة والمصابين بالأمراض العقلية والنفسية والفقراء وسكان أمريكا الأصليين والأقلية من المهاجرين، وقد كانت ولاية إنديانا من أكثر الولايات الأمريكية التي شرعت قانوناً يسمح بإجرا عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) من باب تحسين النسل. وفي منتصف عام (1920) تم تعقيم أكثر من (3000) شخص ضد رغبهم، وشملت هذه الحملة المشردين والأيتام والمصابين بمرض الصرع والصمم والعمى والفقراء الذين تم تصنيفهم على أساس أهمهم من ضعفاء العقول⁽⁵⁰⁾.

وفي عام (1909) وإلى ما يقارب نهاية عام (1961) قامت ولاية كاليفورنيا وحدها بتعقيم ما يقارب (20000) شخص بموجب قانون صدر عام (1909) والخاص بتحسين النسل⁽⁵¹⁾. وفي ولاية فلوريدا مُرست العمليات الإجبارية على الرغم من عدم وجود قانون خاص يجيزها في الولاية⁽⁵²⁾. وفي عام (1924) أصدرت ولاية فرجينيا قانوناً واسع النطاق يجيز للولاية إجراء عملية تعقيم قسري للمصابين بأمراض الصم والبكم والتلف العقلي والإدمان من الرجال والنساء على حد سواء واستمرت بالعمل به حتى عام (1970) وبعد نجاح تطبيق قانون عام (1924) وعلى وجه الخصوص في مطلع عام (1930) تبنت ثلاثون ولاية أمريكية تلك القوانين الخاصة بتحسين النسل. واستقرت عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) حتى عام (1979) إلى أن اختفت الآثار المريعة لهذه العمليات الإجبارية، وكان لتشريع (1924) الأثر الواضح على عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على

⁽⁴⁴⁾ The Sterilization Of America : Acautionary History – forced sterilization – women and Global Human Rights – May 17, 2008 – P.1.

⁽⁴⁵⁾ Christa Plotrowski – U.S – Court Battle over Forced Sterilization, a Dark Chapter of American History – 14 July 2006 – P.2.

⁽⁴⁶⁾ The Sterilization Of America : Acautionary History – OP.Cit – PP. 1-2.

⁽⁴⁷⁾ عبدالله عبد العمير طه: مصدر سابق، ص 10.

⁽⁴⁸⁾ Charles R. England – Alook at the Indian Health Service Policy of Sterilization 1972 – 1976 – P.I.

⁽⁴⁹⁾ Keith Hearn – Forced Sterilization, Ashameful chapter in California, s past – posted on the capt Website – April 15, 2003 p. 1.

⁽⁵⁰⁾ The sterilization of America: Acautionary History – op. cit – p. 2. I bid – p. 1.

⁽⁵¹⁾ Keith Hearn – op.cit p. 1.

⁽⁵²⁾ STEPHEN BUCKLEY – OP.Cit – P.5.

الإنجاب التي أجريت في ألمانيا. إذ جعل النازيون من تشرع فرجينيا الأمريكية نموذجًا يحتذى به وأساسًا شرعياً لقانون 1933 الخاص ببابحة عمليات التعقيم القسري لأغراض الحماية ضد الانحطاط الساللي للذريات في ألمانيا⁽⁵³⁾. وبعد أن سنّ الألمان قانونهم الخاص المستند إلى التشريعات الأمريكية منحت جامعة (Heidelberg) الألمانية شهادة الدكتوراه بدرجة شرف إلى زعيم حركة تحسين النسل في أمريكا. (H. Loughlin. Harry). (H) امتناناً لجهود العالم القيمة في مجال تحسين النسل وتقديرًا لخدماته الخاصة لقانون حفظ الصحة الوراثي⁽⁵⁴⁾. وفي أواخر الثلاثينيات وبداية الأربعينيات من القرن الماضي أصدر النازيون أمرًا بتعقيم (375000) ألماني من أصحاب العقول الضعيفة⁽⁵⁵⁾، تطبيقاً لقانون (1933) فضلاً عن المصاين ببعض أنواع الجنون والصرع والتشنج المفصلي والمعنوي والصم المورثان، وكل مصايب بعاهة يمكن توريثها. وعلى الرغم من أن هذا القانون لا يسمح بإجراء تلك العمليات على الأصحاء لأسباب إلّا أنها امتدت إلى الفقراء والأقلويات ووصلت إلى أكثر من (400,000) عملية أجريت للنساء والرجال على حد سواء، فضلاً عن تعدد قتل أكثر من (200.000) شخص من أصحاب العوق الواضح⁽⁵⁶⁾. والحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) لتنمية العرق لم يقتصر إجراؤه من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا النازية بل طبق أيضًا في النزوح على المجرمين المعتادين والمنحرفين جنسياً والمصاين بالصرع وأصحاب العقول المريضة⁽⁵⁷⁾، وفي السويد كشفت التحقيقات عن وجود الآف من الرجال والنساء قد تم إجبارهم على عمليات التعقيم من خلال أربعين حملة في ذلك البلد ويتسلم كل ضحية أكثر من (22000) دولار كتعويض⁽⁵⁸⁾.

وأشار المحققون أيضًا إلى أن هناك (63000) ضحية أغلبهم من النساء قد تم إجراء التعقيم لهم ما بين عامي (1935-1975) لكونهم أقل درجة من غيرهم من الناحية الساللية والجنسية أو لأنهم يعانون من مشاكل عقلية⁽⁵⁹⁾، فضلاً عن الرجال المتأخررين عقليًا والمصاين بالصرع والمدمنين على المخدرات. وبالتالي لا بد من معرفة رأي المحكمة العليا الأمريكية حول تأييد أو إدانة عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) الجارية في الولايات الأمريكية. فبدلًا من إدانة تلك العمليات والممارسات الفظيعة أصدرت المحكمة العليا الأمريكية قرارها في عام 1927 والقاضي بتأييد ومساندة عملية التعقيم للسيدة (BUCK)، ولم يكن في ذهن قضاة المحكمة العليا عندما أصدروا حكمهم بمشروعية وقانونية التعقيم إلا التفكير بوجود نساء مثل (Carrie BUCK)

وكانت (Carrie BUCK) فتاة في الثانية عشرة من العمر أُنجبت طفلة تدعى (Vivian) بعد تعرضها للاغتصاب من قريب لها الذي تم احتضانه وتربيته من قبل والدتها. وهي أول شخص أُنجبت له عملية تعقيم قسري بموجب قانون فرجينيا لعام (1924)⁽⁶⁰⁾ وهكذا كانت قضية (Carrie BUCK) القضية التي حسمت الموضوع أمام المحكمة العليا. حيث حكم القضاة لصالح ولاية فرجينيا، وأدى القرار القاضي بدسورية قانون فرجينيا الخاص بعمليات التعقيم القسري إلى زيادة شهرة عضو هيئة المحلفين (oliver wendell Holmes) (الذي يعتبر من مؤيدي سياسة تحسين النسل في الولايات المتحدة الأمريكية). حيث قال في المafاعات الخاصة بمحاكمة السيدة (BUCK) "إنه من الأفضل لكل دول العالم بدلًا من انتظار وقوع النسل والمواليد المتخلفة التي تعود إلى الجهل وعالم الجريمة أو مواجهة المجاعة الفاتحة لوجود الكثير من المخالفين عقلياً، منع معىء غير الأسواء وحظر الاستمرار بجنسهم ونوعهم، إذ يكفينا أجيال من ضعفاء العقول والمعتوهين، ويجب عدم السماح بتكرار هذا الأمر"⁽⁶¹⁾. ومما لاشك فيه قاد هذا الحكم الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية إلى ازدياد عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري)، حيث أُخضع

⁽⁵³⁾ Forced sterilization – woman and global human rights – 2008 –p. 2.

⁽⁵⁴⁾ Christa Plotrowski – OP.Cit –P.2

⁽⁵⁵⁾ وقام الأطباء والعلماء البارزون في علوم تحسين النسل في المعاهد والماركز الطبية المتطرفة في تلك الولاية بالاحتفاظ بسجلات خاصة لضحايا التعقيم بدون فيها مبررات إجراء العملية لهم ، والرقم الذي يحمله كل ضحية والذي من خلاله يتم التعرف على عمر الضحية وحالته الصحية وتاريخه العائلي انظر د. محمد ابو العلا عقيدة / المرجع السابق / ص 120.

⁽⁵⁶⁾ STEPHEN BUCKLEY – OP.Cit – P.2.

⁽⁵⁷⁾ وقام الأطباء والعلماء البارزون في علوم تحسين النسل في المعاهد والماركز الطبية المتطرفة في تلك الولاية بالاحتفاظ بسجلات خاصة لضحايا التعقيم بدون فيها مبررات إجراء العملية لهم ، والرقم الذي يحمله كل ضحية والذي من خلاله يتم التعرف على عمر الضحية وحالته الصحية وتاريخه العائلي انظر در. محمد ابو العلا عقيدة / المرجع السابق / ص 120.

⁽⁵⁸⁾ Christa Plotrowski – OP.Cit-P.2.

ولم تكتف ألمانيا بسياسة تحسين النسل بل تبنت في عام 1940 سياسة الموت بين أواراحة المريض عن طريق تسميمه بعقار قاتل والتي تم تطبيقها على الأطفال الألمان والبالغين وذوي الولادات الناقصة وأصحاب العلل العقلية المختلفة . وفي عام 1941 أصدرت السلطات الألمانية الأوامر بالقيام بعمليات خاصة باحتثاث ومحو الهود والغورغور لهم من العناصر غير المرغوب بها في ألمانيا.

P.3: Acautionary History – OP.Cit –The Sterilization of America

أما عن الموقف التشريعي الحالي في ألمانيا فلا توجد قوانين تمنع عمليات التعقيم الطوعية في ألمانيا حيث يسمح بإجراء تلك العمليات على البالغين سن الرشد القادرين على إدراك وتصور المخاطر الصحية المرتبطة على إجراء تلك العمليات، أما عن عمليات منع الإنجاب (التعقيم القسري) العمدي فهي تشكل بموجب القانون الأساسي الألماني انتهاكاً لحق الأشخاص في الحياة والتكامل الطبيعي ونعد جريمة في نظر قانون العقوبات الألماني الذي جاء في أحد نصوصه - كل من أوقع أذى جسدياً على الضحية من شأنه أن يؤدي إلى فقدان جزء منه من جسمه أو من قابلية التناسلية يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات - فضلاً عن وجود قانون العناية الصحية الجديد الذي نظم عمليات التعقيم للأطفال والنساء المصابة بخلل عقلي بعدأخذ موافقة الوالى والأشخاص القائمين على رعاية المصاين بالخلل العقلي علماً إن هذا القانون يتطلب مضي فترة زمنية تقارب الأسبوعين قبل تنفيذ عملية التعقيم لاحتمال ظهور طرق بديلة تكون لها الأفضلية على التعقيم العرافي وتحقق نفس أغراضه.

⁽⁵⁹⁾ Keith Hearn – op- cit – p.2 .christa plotrowski – op. cit – p. 2. And STEPHEN BUCKLEY – op .cit -P.5.

⁽⁶⁰⁾ Idib -P.5.

⁽⁶¹⁾ The Sterilization of America: Acautionary History – OP.Cit – P. 1. Keith Hearn – op. cit – p .2 .STEPHEN BUCKLEY – OP.Cit-P.5. and forced Sterilization - OP.Cit –P.1.

(65000) مواطن أمريكي إلى تلك العمليات خلال سنة 1979⁽⁶²⁾. إلا أن ضحايا عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب في أمريكا في عام 1980 (63) رفعوا دعوى مطالبين فيها بالتعويض من ولاية فرجينيا⁽⁶³⁾، غير أن دعواهم رُفِضَتْ بحجة أن المحكمة العليا الأمريكية قد أكدت على دستورية عمليات التعقيم منذ عام 1927. ومع ذلك فإن القضاء في ولاية كاليفورنيا اضطر إلى تقديم اعتذار رسمي إلى ضحايا التعقيم القسري في ولاية كاليفورنيا وإلى عوائلهم⁽⁶⁴⁾.

كما قدمت ولاية فرجينيا أسفها العميق حول تلك العمليات التي أجرت على ما يقارب 8000 شخص من مواطنها ما بين عامي 1924-1979⁽⁶⁵⁾.

المطلب الثاني: الموقف التشريعي من حملات برامج تحديد النسل

ظهرت إجراءات التعقيم القسري (الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب) استناداً لبرامج تحديد النسل في دول مختلفة، من أهمها:

- دول أمريكا اللاتينية والبحر الكاريبي: حيث قامت تلك الدول بعمليات التعقيم في البرازيل عام 1994⁽⁶⁶⁾ عندما شنت حملات واسعة لإجراء عمليات التعقيم على جميع النساء في سن الولادة من القادرات على الإنجاب ومن خلال ربط القنوات الرحمية، مما عرض بعض القرى إلى خطر الانقراض فدفع بعض القبائل إلى توجيه هُمة الإبادة إلى منفذى عمليات تعقيم النساء التابعات لتلك القبائل بهدف إنهاء السكان القبائليين الأصليين الذين يقاتلون لاستعادة أراضيهم، وبالفعل لم يبلغ منذ عام 1994 عن ولادة واحدة في مجتمع قبائل باهاتا حيث يعيش اثنان وستون شخصاً⁽⁶⁶⁾. كما أجرت النساء المكسيكيات على القبول بالسيطرة على الولادات وإنجاب الأطفال نتيجة لسياسة الحكومة الرامية إلى تخفيض نسبة الولادات إذاعاً للالتزامها لصندوق النقد الدولي، وقد خضعن لعمليات تعقيم غالباً ما تمارس في المستشفيات بدون علمهن، وعادة ما تجري هذه العمليات بعد إنتهاء عملية ولادة أحد أطفالهن أو بعد معالجتهم من أمراض نسائية معينة⁽⁶⁷⁾.
- في بيرو وبوليفيا: كما فرضت الولايات المتحدة برامج السيطرة السكانية لتعقيم النساء الهندبيات وبدون علمهن أو موافقتهن في بوليفيا⁽⁶⁸⁾. وإن أكثر من (400,000) امرأة كولومبية قد تم تعقيمهن من قبل مؤسسة (Rockefeller). وفي بيرو بدأ تطبيق برامج السيطرة السكانية في سنة 1996. فأجرت عمليات تعقيم قسري إلى أكثر من (300.000) شخص ضد رغبتهن. ونتيجة لجهود المنظمات الإنسانية التي تعنى بقضايا النساء في بيرو واستناداً إلى التقرير المقدم من مكتب حقوق الإنسان في عام 1998، اتضح أن هناك (200.000) عملية تعقيم قد أجريت للنساء حسراً⁽⁶⁹⁾ مما يدل على أن سياسة التعقيم القسري (الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب) لأغراض تحديد النسل في بيرو تستهدف النساء في الدرجة الأولى⁽⁷⁰⁾.
- وأظهرت التقارير المقدمة من قبل معهد البحث السكاني بأن المسؤولين في بيرو قاموا باجبار النساء على تحمل العملية الجراحية الخاصة بالتعقيم من دون الحصول على موافقتهن أو رضائهن ومن دون وجود عناء دقيقه بعد إجراء العملية لهن، وأعلنوا أيضاً أن مسؤولي وزارة الصحة قد وضعوا نسباً معينة من أجل تعقيم النساء أو إخضاعهن لطرق وأساليب أخرى خاصة تمنع الحمل بشكل دائم⁽⁷¹⁾.
- في الصين: وسبقت بيرو في هذا المضمار الصين عندما اتّبعت في عام 1979⁽⁷²⁾ أساليب قاسية وقسرية وعنيفة في سبيل إنجاز الممارسات الخاصة بسياسة حصول الزوجين على طفل واحد والتي اعتبرت بمثابة ضربة قاسية إلى مبادئ حقوق الإنسان، وتتركز المبادئ والقواعد الأساسية الخاصة بالسياسة السكانية تلك على وجوب تقديم الزوجين طلب أو التماس إلى الجهات المعنية لغرض السماح لهم بالإنجاب⁽⁷²⁾.
- وفي بعض المناطق الريفية والمناطق القليلة السكان في الصين يحق للزوجين تقديم طلب الحصول على طفلين إذا كان المولود الأول أنثى، وينعى الحصول على الثالث إطلاقاً في حالة كون المولود الثاني أنثى أيضاً. وبعد حصول الزوجين على عدد الأطفال المسموح به تلتزم النساء بلبس الأنثوبالخاص بالرحم لتجنب الحمل في المستقبل أو يخضعن لإجراء عملية التعقيم، أو يوجهن إلى استخدام وسائل خاصة أخرى تمنع الحمل بشكل دائم⁽⁷³⁾.

⁽⁶²⁾ CHRISTA PLOTROWSKI – OP.Cit- P.3.

⁽⁶³⁾ وفي هذا الصدد قال الأستاذ (Davis) إن عمليات منع الإنجاب (التعقيم القسري) العمدي لأغراض تحسين النسل ماهي إلا فصل محزن ومؤسف في تاريخ الولاية ، ويجب عدم السماح بتكرارها مستقبلاً ." أما الأستاذ Yer Lock كان سبب اعتذاره كون أحد أسلافه (Ulysses S. Webb) قد صادق وبحماس على قانون منع الإنجاب (التعقيم القسري) العمدي في ولاية كاليفورنيا .Keith Hearn – op.cit – p62

⁽⁶⁴⁾ STEPHEN BUCKLEY – op.cit – p. 3.

⁽⁶⁵⁾ The sterilization of America: A cautionary History – op. cit – p. 3.

⁽⁶⁶⁾ Carin Benninger Budel and Anne Laurence Lacroix – OP.Cit- P.242.

⁽⁶⁷⁾ United Nations Population Fund, Supports Forced Sterilization in Mexico – 2006. P.1.

⁽⁶⁸⁾ Charles R. England – op.Cit-P.4..

⁽⁶⁹⁾ Peru 's Apology for forced sterilization feared part of a strategy to limit family planning options – july 26 – 2005 – p . 1.

⁽⁷⁰⁾ Op – cit – p – 4.

⁽⁷¹⁾ Catherine Edwards – Human Rights, poor Women charge forced sterilization – Insight on the news – Copyright 2008 – News World Communications – p. 2

⁽⁷²⁾ Op. cit. Op. cit – p – 3.

⁽⁷³⁾ Op. cit – p – 4.

أما بالنسبة لحالات الحمل غير المقص بـها في الصين أيضاً فيتم القضاء عليها عن طريق الإجهاض الإجباري. وفي حالة الحصول على طفل خارج نطاق التخطيط المسموح به يتم إجراء عملية التعقيم إلى أحد الزوجين. علماً أنَّ إجراء العمليات الجراحية الخاصة بالتعقيم بما فيها العمليات التي تفرض كعقاب على النساء اللواتي خرقن سياسة التخطيط الأسري وعمليات إدخال الأنابيب إلى الرحم وعمليات الإجهاض الإجباري المتأخر والذي غالباً ما يحصل عندما تبلغ الحامل شهرها التاسع، تتفَّقَّد في أجواء غير صحية تقوَّد بعد ذلك إلى تعقيمات طبية.

كما يؤدي الفشل في الاحتفاظ بعدد المواليد ضمن الحصة المسموح بها إلى فرض عقوبات انضباطية مثل تزيل الدرجة أو الرتبة أو فقدان العلاوة أو المكافأة السنوية. ولتجنب فرض هذه العقوبات وما ينبع عنها من دمار غالباً ما يلجأ المسؤولون إلى إجراءات تعسفية ظالمة تتضمن القيام بأعمال عنف وإرهاب وتخويف ضد النساء اللواتي يحملن خارج نطاق السياسة السكانية⁽⁷⁴⁾.

4- وفي إندونيسيا: أشارت التقارير إلى أن سياسة السيطرة على الولادات كانت تسير بفضل الممارسات الإجبارية ومن ضمنها استعمال القوة للضغط على النساء للقبول بمبدأ منع الحمل بشكل دائم. وكانت هناك حملات مكثفة من أجل ثبيت الأنابيب بالرحم واتباع طرق وأساليب منع الحمل من دون وجود أية معلومات عن هذه الفعاليات أو ذكر أية شروط خاصة بـها أو إزالتها أو متابعة العناية المطلوبة الخاصة بـها⁽⁷⁵⁾. ووصفت التقارير الصادرة حول الحقَّوق التنسالية للنساء برنامج السيطرة الوطني الإندونيسي للسكان بأنه عمل عسكري لتورط الجيش الإندونيسي بشكل ظاهر في حملة تجنييد العاملين على تنفيذ وتطبيق هذا البرنامج والضغط عليهم من أجل المشاركة فيه. ولا يختلف الوضع كثيراً عند التحدث عن برنامج السيطرة السكانية الإندونيسي المطبق في منطقة تيمور الشرقية الذي يتضمن شروط وإجراءات قسرية شبيهة بتلك المذكورة أعلاه.

المبحث الثاني: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب

تمهيد:

من المعلوم أنَّ الجرائم التي ترتكب لإبادة جنس من الأجناس عن طريق إعاقة التناسل داخل جماعة من الجماعات ليست وليدة العصر الحديث. وبالإضافة إلى ما قامته النازية من تعقيم قسري للبعض من الرجال والنساء الذين يعانون من بعض الأمراض بهدف إيجاد جنس موفور الصحة والقوَّة، قادت كاليفورنيا العالم إلى عمليات التعقيم الخاصة بتحسين النسل منذ عام (1909)⁽⁷⁶⁾.

وعلى الرغم من قيام النازية باتخاذ خطوات جديدة من دون الرجوع إلى ما حصل في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنَّ الحقيقة كما هي ولا يمكن إنكارها والتي مفادها أنَّ ما قامته النازية كان استمراً " لما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية من إبادة جماعية. ومع أنَّ الإبادة لم تقتصر على القضيتين النازية والأمريكية، بل امتدت إلى القضية التي وجد فيها رئيس البيرو السابق (Alberta Fujimori) نفسه في عداد المسؤولين عنها، على الرغم من نجاح حكومته بتخفيض التضخم وتشجيع الأسواق الحرة طالما تحققت نجاحاته على حساب الديمقراطية وحقوق الإنسان. وإن أفعال إعاقة التناسل تلك لا يمكن أن تقع خارج نطاق الإبادة الجماعية التي تتفق بل وتتدخل في طبيعتها مع الجرائم العمدية التي تستلزم لتوافرها ركين: ركن مادي وركن معنوي إلا أنَّ المعالجة الواضحة المفصلة للأركان العامة لهذه الجرائم من قبل نظام روما الأساسي وتحديد الأركان الخاصة لها والتي تختلف من جريمة إلى أخرى وفقاً لاختلاف التكيف القانوني لها مع ورود نصٍّ صريح يعالج أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) بوصفها جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية، وبالتالي سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة إبادة جماعية وصورة من صور إعاقة التناسل، والثاني أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية.

المطلب الأول: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة إبادة جماعية

أوضحت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لمكافحة جريمة إبادة الجنس البشري لعام (1948)⁽⁷⁷⁾، المعنى المقصود من عبارة (إبادة الجنس) بأنَّها الفعل الذي يرتكب بقصد القضاء كلياً أو جزئياً على أعضاء جماعة بشرية بالنظر إلى صفتها الوطنية أو العضوية أو الجنسية أو الدينية. حيث عزفت المادة السادسة من نظام روما الأساسي الإبادة الجماعية بأنَّها (أي فعل من الأفعال التي تُرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو أثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً) وسواء اقترف في وقت السلم أو في وقت الحرب.

كما ذكرت المادة الثانية من الاتفاقية المعقودة عام (1948) - على سبيل الحصر- الحالات التي تُعتبر جريمة من جرائم الإبادة، وكذلك المادة السادسة من اتفاقية روما المعقودة عام (1998)، وقد وجَّهَت جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب مكاناً لها في كلتا الاتفاقيتين، بحيث عولجت في اتفاقية عام 1948 تحت عنوان (اتخاذ وسائل من شأنها إعاقة التناسل داخل جماعة من الجماعات) وفي اتفاقية عام (1998) تحت عنوان

⁽⁷⁴⁾ Carin Benninger Budel and Anne Laurence 2009 – OP.Cit- P.237.

⁽⁷⁵⁾ Ibid –P.237.

⁽⁷⁶⁾ forced sterilization-op. cit- p.1 and christa plotrowski-op – cit - p.2

⁽⁷⁷⁾ اتفاقية عام (1948) هي الاتفاقية الوحيدة التي ترتكز أساساً على حماية الأشخاص من التعرض لعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب، ومكافحة جريمة إبادة الجنس البشري والمعقودة عام (1948): انظر الدكتور محمد سليم الغزو/ جريمة إبادة الجنس البشري/ الجامعة الأردنية/ 1980/ ص.16.

(فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة). ولم يقتصر إدراج جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب ضمن الجرائم التي تُشكّل صورة من صور الإبادة الجماعية، بل حَدَّ نظام روما الأساسي الأركان الخاصة لهذه الجريمة في الفقرة (د) من المادة السادسة والتي نوضّحها بإيجاز فيما يلي:

الفرع الأول: الركن المادي

ويُشكّل الركن المادي على الصور التالية:

أولاً: فرض تدابير إعاقة التنااسل أو منع الإنجاب على شخص أو أكثر

وهذا ما عبرت عنه الفقرة (د) من المادة السادسة من نظام روما الأساسي حيث جاء فيها: أن يفرض مرتکب الجريمة تدابير معينة على شخص أو

أكثراً:

يتمثل النشاط الإنساني غير المشروع الذي يتطابق مع النموذج القانوني في القاعدة الجنائية المحرمة لجرائم الإبادة بفرض إجراءات معينة على شخص أو أكثر يتولى بها الجاني إلى إحداث النتيجة الممنوعة وهي إهلاك الجماعة التي ينتهي إليها المجنى عليهم. ولكي يصبح هذا السلوك محل اعتبار في القانون المطبق أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، فلابد أن يكون النشاط الإجرامي فعلاً (نشاطاً)، فالامتناع غير متصور في جرائم منع الإنجاب داخل جماعة من الجماعات. إذ لا يكتسب السلوك الإجرامي المتمثل (بفرض تدابير معينة) قيمته السببية من قدرته على إحداث النتيجة الممنوعة المتمثلة (منع الإنجاب) إلا إذا كان مظهراً إيجابياً، بل إن لفظ (يفرض) أو عبارة (أن يفرض مرتکب الجريمة) كما وردت في المادة السادسة من القانون الأساسي لا يمكن أن تجمع الفعل أو الامتناع معاً. علما بأن الاعتداء على المصلحة القانونية محل الحماية الجنائية يتم بمجرد إتيان الفعل المتمثل باتخاذ وسائل أو بفرض تدابير من شأنها إعاقة التنااسل داخل جماعة من الجماعات، حسب تعبير نص المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لمكافحة جريمة إبادة الجنس البشري لعام (1948)، أو تمنع الإنجاب (الإخصاء) داخل تلك الجماعة وفق نص المادة السادسة من نظام روما الأساسي. وهذه التدابير لا تقتصر على فرض قوانين تبيح التعقيم القسري أو عمليات (الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب) لفئة معينة من الأشخاص تحت ذريعة تحديد النسل أو تحسينه، بل تمتد وتشمل كل سياسة متبناة لحظر الولادات داخل جماعة من الجماعات بشكل مباشر عن طريق الإجهاض الإجباري أو التهديد والإهانة وفرض العقوبات، أو بشكل غير مباشر كمنع الزواج داخل تلك الفتنة أو الجماعة أو حجز ذكورها أو إناثها حجزاً إجبارياً أو فصل ذكورها عن إناثها أو ترحيلهما قسرياً معبقاء قابلية جماعتهم على التنااسل والتکاثر من الناحية البيولوجية، وهنا يمكننا أن نسأل الآن، هل من اللازم في الإبادة المادية والإبادة المعنوية. حيث عبرت الاتفاقية عن الإبادة المادية بالاستئصال المادي الذي عُرف بأنه (القيام بأفعال مادية تؤدي إلى القضاء على الجماعة البشرية المضطهدة)⁽⁷⁸⁾، وأدرجت أفعال التعقيم القسري وغيرها من الأفعال التي تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة المضطهدة ضمن الإبادة المادية أو الاستئصال المادي. وأقرب مثال للإبادة المادية عمل الضلال والكنب قومية الذي تبنّاه (Adolph hitlers) خلال تشرعياته المرؤعة حول تصنيف السلالات والتي تم تبنيها وتطويرها في المختبرات الأمريكية، وتمت مساندتها من قبل أعلى محكمة في البلاد⁽⁷⁹⁾.

ثانياً: انتماء الضحايا إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة

يُشترط لقيام هذا الركن أن يكون الشخص المستهدف بعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) منتمياً إلى جماعة أو إثنية أو عرقية أو دينية مغايرة إلى الجماعة التي ينتهي إليها مرتکب الإبادة. ومن تطبيقات انتماء ضحايا الإبادة المادية إلى جماعة قومية أو عرقية مغايرة، فظائع الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب الجارية لأغراض تحسين النسل والتي استهدفت سكان أمريكا الأصليين من الهندود الحمر والمهاجرين النازحين من أوروبا الجنوبية والشرقية، إذ كان لاختلاف الدم أو العرق الأثر الواضح على توجيه الفعل الجرمي المتمثل بالحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب، وخير مثال على ذلك ما قاله الرئيس (Caivin Coolidge) بمناسبة توقيعه على القانون الخاص بالهجرة لعام (1924) والذي حُددت بموجبه حصص المهاجرين من تلك الأجزاء غير المرغوب فيها من أوروبا لأنّ (أمريكا يجب أن تبقى أمريكا)⁽⁸⁰⁾. وهناك عوامل مشتركة تؤدي إلى الإبادة قد تكون أزمة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كما هو الحال في قضايا تعقيم الفقراء والأفراد الذين يعانون من أمراض وراثية عقلية أو عضوية من كانوا هدفاً مباشراً للدول التي تتبع سياسة تحسين النسل وتحديده. فضلاً عن وجود عامل آخر مؤثر وهو غياب الديمقراطية، حيث يؤدي إلى زيادة التعصّب نحو الأوطان والتمسّك ببنقافة سكانها دون الاعتراف بغيرها من الثقافات.

ثالثاً: صدور النشاط الإجرامي في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضدّ جماعة من الجماعات

يُراد بهذا الركن أن الإبادة لاتعني بالضرورة التدمير الفوري لامة ما، إلا إذا أنجزت بقتل جماعي لجميع أفرادها. إذ يكفي أن يكون من شأن التصرف المحظوظ أن يحدث بحد ذاته إهلاكاً لجماعة من الجماعات، أو أن يصدر في سياق شكل سلوك واضح موجه ضدّ تلك الجماعات ومحقّ ذات الأغراض

⁽⁷⁸⁾ نقلًا عن محمد سليم محمد غزو، جريمة ابادة الجنس البشري، الجامعة الأردنية ، 1980 ، ص16-18.

⁽⁷⁹⁾ The sterilization of america; a cautionary history-op.cit-p.1

⁽⁸⁰⁾ forced sterilization-op.cit-p.1.

الإجرامية المنشودة. ولكن ليس بأثر حالي وفوري وإنما بأثر متراخي يستغرق فترة زمنية محددة أو غير محددة.⁽⁸¹⁾ بمعنى آخر يكفي لتحقيق الإبادة الجماعية إثبات الأفعال الوليدة لها المترتبة بمنطظ ظاهر وفي مقدمتها فرض تدابير تمنع الإنجاب داخل جماعة من الجماعات.⁽⁸²⁾ وعليه تُعد عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب وغيرها من تدابير منع الولاء للجماعة إحدى مراحل الإبادة الجماعية وإن لم يُكمل مرتکبوها مشروعهم الإجرامي، طالما تهدف إلى تدمير الأسس الجوهرية في حياة الجماعات القومية بغرض إبادة الجماعات نفسها. وهذه الأسس لا تقتصر على تحطيم المؤسسات السياسية والاجتماعية أو الثقافية أو اللغة أو المشاعر أو القومية أو الدين أو الوجود الاقتصادي للجماعات القومية فحسب، بل تمتد إلى تدمير الأمن الشخصي والحرية والصحة والكرامة وحتى الحياة الجنسية للأفراد الذين ينتمون إلى تلك الجماعات.⁽⁸³⁾

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة

أولاً: القصد الجنائي العام: (صدر النشاط الإجرامي في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد جماعة من الجماعات على الرغم من أن هذا الشرط لم يُوضح فحسب الفكرة القانونية التي يقوم عليها الركن المادي في الجريمة موضوع البحث، وإنما أيضًا حدد المقصود بتلك التدابير الإجبارية والمراد بها لقيام وتحقيق جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها ضرب من ضروب الإبادة. إلا أنه وبهذا المعنى لا يتجاوز كونه نقطة تعريفية للأهداف الأولية للأفعال المادية السابقة ذكرها في الركن الأول من أركان الجريمة. إذ لا يعتمد القانون بتلك التدابير أو الإجراءات المفروضة إلا إذا تضمنت في جوهرها مقومات منع التنااسل بأبسط أشكالها كإعاقة تكاثر جماعة من الجماعات وبأية وسيلة كانت، أو بأشدتها كتدمير قدرة أفرادها البيولوجية على الإنجاب طالما إلها في كلتا الحالتين تملك منذ البداية الصلاحية السببية لمحو جنس بشري بأكمله.

ثانياً: أن ينوي مرتکب الجريمة إهلاك تلك الجماعة كلياً أو جزئياً (القصد الجنائي الخاص)

أي أن ينوي مرتکب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية كلياً أو جزئياً بصفتها تلك. وتشترك جرائم الإبادة المنصوص عليها في المادة السادسة من نظام روما الأساسي في هذا الركن الذي تفرضه طبيعة الجريمة والمرحلتين التي تمر بها ابتداءً بتدمير المثال القومي للجماعة المصطهدة وانتهاءً بفرض المثال القومي الجديد.⁽⁸⁴⁾ وعبر شرح اتفاقية عام 1948 عن هذا الركن بالعنصر الذهني الذي يقابل الغاية الإجرامية في جرائم الإبادة المنصوص عليها في نظام روما الأساسي. وإذا كان العنصر البدني يضم أفعالاً معينة متعددة مثل قتل أعضاء جماعة قومية أو إعاقة التنااسل فيها، فإن العنصر الذهني لا يُعبر إلا عن تلك الأفعال التي اقتُرنت بغية تدمير تلك الجماعة كلياً أو جزئياً بعد ذاهبها.

وعليه يشترط أن يكون لدى الفاعل في عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) شأنها شأن الجرائم العمدية كافة نية إجرامية تتجه بوضوح إلى تحقيق الإبادة الجماعية. بل ويشترطُ فيها البعض إلى جانب القصد العام توافر القصد الخاص وهو تحقيق الإفقاء باعتباره الغاية التي يرمي إليها مرتکب الإبادة من وراء تحقيق النتيجة المتمثلة بإهلاك جماعة قومية أو عرقية أو جنسية أو دينية بصفتها تلك إهلاكاً كلياً أو جزئياً.⁽⁸⁵⁾ ونرى أن القصد في الإبادة ليس من قبيل القصد الخاص وإنما هو من قبيل القصد العام، ذلك لأن الإفقاء لا يمثل أكثر من (الغرض) الذي يتحقق بوقوع النتيجة وهي (إهلاك الجماعة المستهدفة) لا الغاية البعيدة التي يهدف إليها الجاني من وراء فعل الاعتداء. لكن إذا تعلق الأمر بجريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) ومعايير تكييفها على إهلاك شكل من أشكال الإبادة الجماعية، يشكل عندهن الإفقاء أو الإهلاك أو التدمير للجماعة المستهدفة وهي الغاية التي يرمي إليها الجاني من وراء عمليات التعقيم وهي شيء يتجاوز العدوان في الجريمة موضوع البحث.

المطلب الثاني: أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية

تمهيد: مقدمة عامة:

اتضح لنا أنه ليس هناك بين الاتفاقيات التي تركز أساساً على حماية الأشخاص من التعرض لعمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب سوى اتفاقية واحدة تتصدى لقضية فرض تدابير تستهدف الحيلولة دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة، وهي اتفاقية عام (1948) لمنع جريمة الإبادة والمعاقبة عليها. فعلى الرغم من قبول بعض الدول اعتبار انتهاكات معينة لقوانين الحرب جرائم، وتقنين معظمها في اتفاقية لاهاي لسنة (1899) وسنة (1907)، واعتبار اتفاقية جنيف لسنة (1949)- التي فتنت القانون الدولي الإنساني بعد الحرب العالمية الثانية- علامة على أول تضمين لطائفة من جرائم الحرب- الخروقات القانونية الجسيمة لاتفاقيات- في معايدة قانونية إنسانية. إلا أن الصور المرعبة لجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) لم تكن لها أي موقع يذكر في الاتفاقية سوى إمكانية معالجتها ضمن جرائم (تعدم إيقاع معاناة كبيرة أو أذى بدني أو صحي) الواردة في القائمة الخاصة بالخروقات القانونية الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع.⁽⁸⁶⁾ ومع إمكانية أن تكون الأعمال الوحشية غير المحظورة بمقتضى اتفاقيات جنيف أو البروتوكول الإضافي الأول الملحق بها جرائم حرب وفقاً لعنوان القانون العرفي التالي (انتهاكات قوانين الحرب وأعرافها)، كانت هناك فرصة دولية للتحدد

⁽⁸¹⁾ ديانات-أورينتالشر-الإبادة - جرائم الحرب-الطبعة الأولى- دار أزمنة للنشر-عمان-2003-ص 267.

⁽⁸²⁾ المادة السادسة من نظام روما الأساسي.

⁽⁸³⁾ ديان اف-أورينتالشر-مصدر سابق-ص 267.

⁽⁸⁴⁾ نفس المصدر، ص 267.

⁽⁸⁵⁾ محمد سليم محمد غزو-مصدر سابق-ص 17.

⁽⁸⁶⁾ ستيفن ار.راتز-اصناف جرائم الحرب-جرائم الحرب، فإذا ينفي على الجمهور معرفته-ترجمة:غاري مسعود-الطبعة الأولى- دار أزمنة للنشر-عمان-2003-ص 26.

صراحة عن جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب التي ترتكب في وقت الحرب لاسيما من قبل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

فلم يدرج نظام المحكمة الجنائية الدولية الأساسية مجرائم حرب في التزاعات الدولية الخروقات الجسيمة لاتفاقيات جنيف فقط، بل وأيضاً نحو ستة وعشرون اتهاماً خطيراً لقوانين الحرب وأعراها - معظمها تعتبرها الدول جرائم من الحرب العالمية الثانية على الأقل - وفي مقدمتها جرائم منع الإنجاب (التعقيم القسري) العمدي. وبالنسبة للحروب الأهلية، وبعد أن عرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الاتهام الخطير بأنه (ذاك الاتهام الذي له نتائج جسيمة على ضحاياه ويخرج قاعدة تحمي قيمة مهمة)⁽⁸⁷⁾، وبالتالي لا بد من شمول هذا التعريف جميع صور الاعتداء على الحياة والصحة (القتل، سوء المعاملة، التعذيب، التشويه، العقوبة البدنية، الاغتصاب، البغاء الإجباري، ومنع الإنجاب (الإخصاء العمدي). ولم يعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الاتهامات الخطيرة الأربع للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع التي ترتكب في التزاعات الداخلية جرائم حرب فحسب⁽⁸⁸⁾ بل عامل بالمثل اثني عشر اتهاماً خطيراً لقوانين الحرب وأعراها بما في ذلك عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب التي حددَ أركانها وميزتها كجريمة حرب من كونها جريمة ضد الإنسانية بعد أن وسّع قائمة الأفعال المحددة المشمولة في معنى الجرائم ضد الإنسانية في المادة السابعة منه. ولاشتراك جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية في ركين: يتعلق الأول بنمط السلوك المادي المعقّب عليه بوصف التعقيم أو الإخصاء، والثاني بالركن الذي تفرضه الطبيعة العلاجية لعمليات التعقيم الاختياري وبالتالي ستكون معالجة أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء) تحت الوصفين القانونيين، كجريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية.

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة

تمهيد:

يتناول هذا الفرع ثلاث صور: الأولى: حرمان الفاعل شخصاً أو أكثر من القدرة البيولوجية على الإنجاب، والثانية: انعدام الرضا وانتفاء قصد العلاج، والثالثة: الشكل النظامي لارتكاب جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب. وسوف نوضح هذه الصور تباعاً وعلى النحو التالي:

الصورة الأولى: حرمان الفاعل شخصاً أو أكثر من القدرة البيولوجية على الإنجاب (الإخصاء).

يتتألف الركن المادي في جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب من سلوك مادي عبرت عنه المادة السابعة والثانية من نظام روما الأساسي (حرمان الفاعل شخصاً أو أكثر) من القدرة البيولوجية على الإنجاب⁽⁸⁹⁾، وليس المقصود بالحرمان أن يشمل تدابير تحديد التسلل غير الدائمة الأثر من الناحية العلمية⁽⁹⁰⁾، بل فقط تدابير تحسين التسلل أو تحديده ذات الأثر الدائم. وعليه لا يتحقق الركن الأول من أركان جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بوصفها جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية بمجرد فرض تدابير تمنع العمل بشكل مؤقت أو تمنع الزواج بين أفراد المجموعة المستهدفة، أو بفرض عمليات الإجهاض الإجباري على نسائها. وإنما لا بد من اتخاذ تدابير تحسين التسلل أو تحديده في إحدى صورتها:

الأولى: التي تتمثل بفرض عمليات بتر عضو التناسل أو استئصال جزء منه، والتي تدخل ضمن مدلول الجرح من الناحية الجنائية⁽⁹¹⁾. والثانية: بإعطاء مادة ضارة تحدث اختلالاً دائمًا وليس عارضاً في وظائف الأعضاء التناسلية التي تؤدي إلى منع الحمل بشكل دائم ونهائي. وهذه النتيجة الجرمية في الغالب متداخلة مع فعل الاعتداء وهذا التداخل الواقع من الناحية الزمنية يظهر بشكل جليًّا عند توجيهه مشرط الجراح إلى جهاز التناسل الذكري والأثنيوي. والنتيجة المتمثلة بفقدان القدرة البيولوجية على الإنجاب وتحكم في تحديد معناها جنس المجنى عليه في الجريمة، فهي لا تتحقق عند المجنى عليه الذكر إلا إذا استهدف النشاط الإجرامي مباشرة الجهاز التناسلي الذكري سواء باستئصال الغدتان اللتان تتكونن بهما النطف وهما الخصيتان (Testes) أو باستهداف جهاز الفنوات التي تقوم بنقل النطف من الخصية . ولا يتحقق هذا الأثر المتولد عن سلوك الاعتداء الواقع على الأنثى إلا إذا إذا وجه السلوك الإجرامي إلى البيض (Ovary) أو إلى قناتي البيض (أنبوب فالوب) (fallopian tubes) اللتان تنقلان البيض إلى الرحم حيث ينموا الجنين المكون من البيضة المخصبة . أو باستئصال الرحم نفسه أو جزء الرحم السفلي المتضيق الذي يدعى بعنق الرحم لتكون النتيجة بهذا المعنى من نتائج الخطير لأنَّ وقوعها معناه القضاء على المصلحة محل الحماية القانونية قضاة تاماً⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁷⁾ نقلًا عن: ستيفن أر. راتز - نفس المصدر - ص. 28.

⁽⁸⁸⁾ وهي : (أ)- استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص ، وبخاصة القتل بجميع أنواعه ، والتشويه ، والمعاملة القاسية، والتعذيب. ب- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والهادمة بالكرامة -3- أخذ الرهائن. 4- إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر من محكمة مشكلة تشكيلًا نظاميًّا تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بائمه لاغني عنها)). إنظر : الفقرة(2/ج) من المادة الثامنة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 تموز/ يوليه 1998 .

⁽⁸⁹⁾ انظر: المادة 7 (ج) - 5 المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية ، والمادتان 8 (ب) (22) - 5 و 8 (ه) ((6)) -5 الخاصة بجرائم الحرب .

⁽⁹⁰⁾ تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الخاص بالصيغة النهائية لمشروع نص أركان العدالة . هامش رقم 1 ، ص 17 ص 41 وص 52.

⁽⁹¹⁾ انظر المادة (388) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (31) لسنة 2021 بقولها: ((يعقوب بالسجن المؤبد مدة لا تزيد على (7) سبع سنوات من أحدث بغيره عمداً عاهدة مستديمة)).

⁽⁹²⁾ انظر تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية / المرجع السابق / ص 52 وما بعدها.

ثانيًا: الصورة الثانية: انعدام الرضا وانتفاء قصد العلاج

عبر نظام روما الأساسي عن هذا الركن بـ "ألا يكون لذلك التصرف ما يبرره طبياً، وألا يكون قد أملأه علاج يتلقاه الشخص المعنى أو الأشخاص المعنيين" (93) ولم يكن قد صدر بمموافقة حقيقة منه، وبهذا يُحدّد هذا الركن الوسيلة التي تتحقق بها الجريمة، بل ويفترض أن الجريمة لا تقوم قانوناً إلا بها وهي عمليات الجراحة وتعاطي العقاقير الطبية لغير أغراض العلاج بمعنى أن القانون الأساسي - في إدراجه لهذا الركن - يعلق عليها أهمية في ترتيب الحدث الإجرامي. الواقع أن هذه الوسيلة ذات أهمية في جرائم التعقيم عموماً، إلا ما يستثنى من ذلك كجرائم الإبادة الجماعية. ويتضمن هذا الركن شرطين أحدهما يكمل الآخر، يتعلق الأول بانتفاء قصد العلاج والثاني بغياب الموافقة الحقيقة للمجني عليهم لذلك سوف نبين هذين الشرطين وعلى النحو الآتي:

الشرط الأول: انتفاء قصد العلاج

الأصل في عمليات التعقيم أن تكون علاجية، أي تستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حّدّته أو مجرد تخفيف الألم حسب مفهوم المخالفه لنص الفقرة الثانية من المادتين السابعة والثامنة من نظام روما الأساسي التي جاء فيها (ألا يكون لذلك التصرف ما يبرره طبياً) فإذا لم يتوافر فيها ذلك الجانب من المعرفة والذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض، تتحقق بإجرائها العدوان على حقوق النساء والرجال التواليه. ولا تقتصر الإيابحة على العمل الطبي أي ذلك التعقيم الذي يتافق في كيفية وظائفه مباشرة مع القواعد المقرّرة في علم الطب وينتج إلى شفاء المريض، وإنما يشمل النشاط الذي أملأه علاج يتلقاه الشخص المعنى أو الأشخاص المعنيين.

ومن الواضح أن ناشطي حقوق الإنسان والمؤمنين الذين تفاوضوا بشأن نظام روما القانوني للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة تركوا تفسير المسائل الثانوية الواردة في بنود النظام الأساسي إلى القوانين الداخلية، بما في ذلك مسألة تحديد مفهوم العمل الطبي والعلاجي ومدى تختلف أو توافر شروطه لنكون أمام عمليات تعقيم قسري أو اختياري. وتطبيقاً للقواعد العامة لا تكون عمليات التعقيم مشروعه إلا إذا كان مقصوداً بها علاج الشخص المعنى أو كان القطع ممّا تستدعيه ضرورة إنقاذ حياته أو صحته، وهذا ما يعرف بـ(قصد العلاج) (94).

كما يُسأل عن جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية كل من استهدف في عمليات التعقيم إجراء اكتشاف علمي، وذلك تلافيًا لما حدث عندما لجأ الأطباء الألمان أثناء الحرب العالمية الثانية لممارسة تجارب غير مشروعة على أسرى الحرب في السجون أو في معسكرات الإيواء، ولوضع حد لعمليات الهندسة الوراثية الجارية في الولايات المتحدة لغرض إنجاب أطفال متّميّزين، ولضمان عدم تكرارها.

الشرط الثاني: غياب الموافقة الحقيقة

على الرغم من التقاء نظام روما الأساسي مع المبادئ العامة المنصوص عليها في التشريعات الجنائية الوطنية التي تقضي بأن علاج المريض هو الغرض الذي يقوم عليه حق الأطباء في التطبيب والجراحة، إلا أن هناك فرقاً شاسعاً في بيان الحكم القانوني لمسألة توجيه الطبيب منه إلى غير الغرض المذكور وكان برض المعني عليه أو بإلحاحه، لأنّ هدف القائم بعملية التعقيم إلى إعانة امرأة على منع التّسلل في المستقبل باستئصال مبيض التنسال وبغير أن تستلزم حالها الصحية ذلك، ففي نظر أغلب التشريعات الجنائية لا يبرر التعقيم بقبول من أجريت له العملية لانتفاء قصد العلاج (95)، على العكس ما جاء في بنود الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب الوارد ذكرها في النظام الأساسي طالما أن المعمول عليه هو رضا من أجريت له العملية ولو لم يوجد ما يبررها، ويراد بالموافقة الحقيقة، الموافقة المترتبة على القدرة الوراثية الواضحة الصادرة من شخص ذي أهلية يتمتع بحق الرجوع عن رضاه في أي وقت قبل إجراء العملية. ولأن عملية التعقيم من العمليات الجراحية التي تستدعي في الغالب قطع أو استئصال مبيض التنسال لدى الأنثى أو الأنثوب الأشهر لدى الذكر، وهي من الأعضاء غير المتتجددة في الجسم يجب إفراغ الرضا الصادر من المريض باستئصال ذلك الجزء من جسمه في شكل كتابي، وأن تكون موافقته ثابتة من خلال أخذ توقيعه تطبيقاً للقواعد العامة (96).

ثالثاً: الصورة الثالثة: الشكل النظامي لارتكاب جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب

وهذا ما عبرت عنه المادة السابعة في فقرتها الخامسة من نظام روما الأساسي عن الشكل النظامي لارتكاب جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب بـ (أن يرتكب الهجوم كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهيّج موجة ضدّ مجموعة من السكان المدنيين) (97)، حيث حدّدت المادة الثامنة منه المقصود بـ(سيّاق ارتكاب جرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب أو زمان وقوعها) بـ (أن يصدر التصرف في سياق نزاع دولي مسلح أو غير دولي ويكون مرتبطاً به) (98)، ولما كانت الهجمات الواسعة النطاق أو النظامية تعني إجراء التعقيم كمسار سلوك مؤيد أو معزز لسياسة دولة أو منظمة تقضي

(93) أحمد شرف الدين. الأحكام الشرعية للأعمال الطيبة. 1983. ص. 46.

(94) محمود محمود مصطفى - مركز الأطباء في التشريع الجنائي للدول العربية - مجلة المحامون ، مجلة شهرية تصدر في دمشق عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية - السنة الرابعة والأربعون - العدد 3 و 4 - 1979 - ص 41-40.

(95) تقلا عن - مصطفى العوسي - القانون الجنائي العام - الجزء الثاني ، المسؤلية الجنائية - الطبعة الأولى - مؤسسة نوفل ، بيروت - لبنان - 1985 ص 514 وإنظر - محمود محمود مصطفى - مصدر سابق - ص 41

(96) أحمد شوقي عمر أبو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية - دار الهبة العربية - 1998 - ص 70 .

(97) انظر المادة 17 (1) (ج) 5. من نظام روما الأساسي.

(98) انظر الفقرة (2) (ب) ((((((ه))((ه))((ه))((ه))))((ه))((ه))((ه))((ه)))) من المادة الثامنة من نظام روما الأساسي.

بارتكاب هذا الهجوم. فإن سياق النزاع المسلح دولياً كان أم غير دولي يدخل هذه الجرائم في إطار خطة أو سياسية عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم.

ولا يقاس بالضرورة الارتكاب الواسع النطاق لجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب قياساً إحصائياً. فجريمة تعقيم واحدة في زمن الحرب تكفي لمقاضاة مرتكبها عن جريمة حرب من دون الحاجة إلى إثبات أنها وقعت بشكل نظامي أو على نطاق واسع. أقاً إذا ارتكبْ وفق خطة مدبرة أو على نطاق واسع ضدّ جماعة من السكان المدنيين نساءً أو رجالاً أو على الاثنين معًا، فإنّها تصلح لمقاضاة مرتكبها بوصفها جريمة ضدّ الإنسانية وبغضّ النظر عن سياق ارتكابها سواء في زمن الحرب أو السلم. وعلى الرغم من اختلاف الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب في الحرب عن التعقيم في زمن السلم، إلا إنّه إذا اقترف في سياق سياسي معين وولّ عنّا منظّماً ضدّ الأشخاص لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو دينية أصبح صالحًا لأنّ يُكَيَّفَ كإبادة جماعية من جانب، وجريمة حرب وجريمة ضدّ الإنسانية من جانب آخر. وعليه يُعدّ الهجوم المنظم أو وقت ارتكاب الجريمة بمثابة الركن المفترض في هذه الجرائم، ولابدّ من التثبت منها أولاً ومن تمثّل الجاني للوقائع التي تؤديهما قبل أن نكَيَّفَ الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) بأنّه جريمة حرب أو جريمة ضدّ الإنسانية.

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة

في محاكمة الجرائم ضدّ الإنسانية أو جرائم الحرب والجرائم القانونية الجسيمة، لابدّ لجهة التحقيق (النيابة العامة) من إثبات أنّ المتهم لم يرتكب الفعل الإجرامي فحسب بل قصد نتائج فعله أيضًا⁽⁹⁷⁰⁹⁾، وعليه لا يُحاكم المتهم بجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب إلا إذا ارتكب جريمةه بقصد معروف، أي إذا قَصَدَ القيام بالتعقيم إذا كان الأمر يتعلق بالتصريف، وقصد إيقاع نتائجها - المتمثلة بحرمان الغير من قدرته الطبيعية على الإنجاب، القصد الجنائي الخاص إذا كان الأمر يتعلق بالنتيجة أو يعي أنها ستقع في المجرى العادي للأحداث، فضلاً عن علم الجاني بأنّ جريمه لا تدعو أن تكون جزءاً من هذا الهجوم النظامي أو الواسع النطاق أو يبني أن يكون كذلك قدر تعلق الأمر بالجرائم ضدّ الإنسانية، أو أن يكون علمه محيطاً بالظروف الواقعية التي تثبت وجود حرب أو نزاع مسلح بقدر تعلق الأمر بالانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام (1949) وبالانتهاكات الجسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع التي تشكل مقياساً للحد الأدنى الذي ينطبق على جميع التزاعات المسلحة بما في ذلك التزاعات المسلحة التي ليس لها طابع دولي. وعليه لا يقتصر علم الجنائي في الحرب على الواقع التي تثبت وجود النزاع المسلح بين دولتين بل حكمها أيضًا. ليشمل الاحتلال العسكري والتزاعات العرقية خاصة ما يَتَّخِذُ منها شكل إبادة الجنس والتطهير العرقي بوصفه استراتيجية من استراتيجيات الحرب. واختلاف القدر في هذا العلم أو تمثّل الواقع لا يغير من مضمون الجرائم ولا يجردها بالتالي من حكمها. حيث لا يقتصر علم الجنائي على أقصى درجاته وهو القطع واليقين وإنما يتمثّل في أدناه وهو الشك.

الخاتمة:

يتضح لنا من دراستنا هذه أنّ البشرية سعت منذ أمد طويل وما زالت تسعى إلى إقرار مبادئ القضاء الدولي الجنائي وذلك عن طريق إيجاد آليات تطبق قواعد العدالة الدولية الجنائية على النحو الصحيح، وتعمل على توحيد قواعد القضاء الدولي الجنائي وكانت الرغبة الدولية المستمرة في محاكمة ومعاقبة منتهك حقوق الإنسان حلماً ظل يراود البشرية.

وبعد انتهاء الحرب الباردة ونتيجة للصراعات والانتهاكات الصادرة لحقوق الإنسان في عدّة أماكن مما حدا بمجلس الأمن تحت صيغات المنظمات غير الحكومية والمدافعين عن حقوق الإنسان إلى إصدار قرارات دعا فيها إلى إنشاء محكمة جنائية دولية لعقاب الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان المرتكبة ومن أخطر تلك الانتهاكات المتعلقة بالحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري).

أولاً: النتائج:

- فيما يتعلق بالتشريعات التي تعتدّ بحقوق النساء والرجال الإنجابية وجدنا أنّ جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) ليست فقط انتهاكاً صارحاً لحق الإنسان في السلامة البدنية وإنما لحقه الإنساني في التحكم والبيت بحرية ومسؤولية في المسائل المتعلقة بحياته الجنسية بما في ذلك الإنجابية. حيث تُرَدّ فكرة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب إلى الفكرة الجامعية للعدوان ليس فحسب على سلامه الجسم من المرض أو الإعاقة وإنما أيضاً على حالة الرفاه الكامل بدنياً وعقولياً واجتماعياً.
- يذهب غالبية الفقهاء إلى تجريم التعقيم الدائم بجميع صوره إلا في حالة الضرورة، لأنّ القول بجواز التعقيم بلا ضرورة فيه مصادمة للفطرة الإنسانية المحبولة على حبّ النسل.

⁽⁹⁹⁾ الفقرة الثانية من المادة (30) من نظام روما الأساسي.

- وجود قضاء دولي جنائي دائم يشكل وقاية من الجرائم الدولية ووسيلة أساسية للمحافظة على السلم والأمن الدوليين، وذلك عن طريق تقديم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية لمحاكمة ومن هذه الجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب وفقاً للمادة السابعة (7) من نظام روما الأساسي.
- قرر معظم فقهاء الشريعة الإسلامية تجريم التعقيم الدائم بلا ضرورة.
- تأثر الشرح القانونيون في تكييفهم لعمليات التعقيم حيث ذهبوا إلى تجريم الأفعال الماسة بالقدرة على التناول، إذا نتج عن ذلك فقد القدرة على الإنجاب والصلاحية له، فإنهم يعتبرون ذلك من قبيل العاهة المستديمة المجرمة استثناءً إلى ما نص عليه قانون الجرائم والعقوبات الإمارتي وقانون العقوبات المصري.
- الموقف لدى فقهاء القانون الدولي هو تقييد حرية الشخص في اتباع الأسباب التي تؤدي إلى منع الحمل، فإن موقف الفقهاء هو حق الإنسان في التحكم في خصوصيته حيث أوصت الاتفاقية الدولية لمنع التمييز ضد المرأة المعقودة عام (1979) وأصبحت نافذة المفعول في سبتمبر (1981) بتوفير خدمات تنظيم الأسرة بما فيها التعقيم والإجهاض.
- ومن خلال استعراض القوانين التي تؤثر على الصحة الإنجابية وجدنا أن عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب (التعقيم القسري) لا تعود إلا أن تكون جزءاً من تاريخ أميركا اللاتينية على الرغم من اعتبار البعض أنها لم تصل إلى مستوى الانتهاكات والفضائح المرتكبة من قبل النازية في ألمانيا. وبوجود تشريع فرجينيا لعام 1924 واعتباره أساساً شرعياً لقانون 1933 الخاص بإباحة عمليات الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب في ألمانيا، ولا يمكننا إنكار تلك العلاقة الوثيقة ما بين الأعمال الإنسانية المرتكبة في كلا البلدين، وإلى جانب فكرة تربية وهذيب السلالات المختارة من أجل تحسين الوجود البشري وللحصول على مجتمع خالي من الجريمة وجريمة الاختلال العقلي التي اكتسبت صدى عالمي واسع من أجل القبول بها بين عامي 1930-1940، حيث اكتسبت فكرة الإيقاف الإجباري عن إنجاب الأولاد عند الوصول إلى عدد معين من الذرية تأييداً واسعاً في الأقطار التي تواجه زيادات سكانية كبيرة على الرغم من مواجهة واضعي هذه الفكرة موضع التنفيذ لهم الإبادة الجماعية.
- وعلى الرغم من تلك الحصانة الممنوعة لواضعها ومنفذها برامح تحسين النسل أو تحديده والتي كانت واضحة بشكل جليٍ والتي عززت تجاهل القضاء لجريمة (التعقيم القسري) الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب والأذى الذي تعاني منه الضحية والاهتمام غير الكافي من جانب أعضاء النيابة العامة والادعاء العام لمتابعة قضايا كهذه.
- كانت هناك معالجة دولية واضحة ومفصلة لجرائم الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب وبوصفها إحدى نتائج الانتهاكات الجماعية لحقوق الإنسان خاصة ما يتخذ منها شكل إبادة الأجناس والتطهير العرقي كاستراتيجية من استراتيجيات الحرب.

ثانياً: التوصيات:

- على الرغم من كافة الصعوبات التي واجهها القضاء الدولي الجنائي على مر العصور، وبالرغم من كفاح البشرية من أجل إيجاد قضاء دولي دائم يتمثل في المحكمة الجنائية الدولية وإن كان نظامها تتخلله بعض التغيرات القانونية والصعوبات التي تُحاك حول هذه المحكمة الفتية، إلا أنه لا يمكن الانتقاد من دور هذه المحكمة باعتبارها تمثل الركيزة الأساسية في النظام القضائي الذي يهدف إلى حماية حقوق الإنسان ودعاة الانتهاكات، وذلك بمنع الظلم وعدم ترك المجرمين الدوليين يفلتون من العقاب. إنأمل البشرية أن تصبح هذه المحكمة درعاً قوياً تعمل على تحقيق العدالة الدولية في الجرائم الخطيرة وخاصة جريمة الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب المنصوص عليها في المادة السابعة (7) من نظام روما الأساسي لعام (1998).
- يجب العمل على تعزيز قواعد القضاء الدولي الجنائي من أجل حماية حقوق الإنسان وذلك بتوظيف جهود الدول والتعاون من أجل معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية والمتمثلة في الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم الإبادة الجماعية وبالأشخاص جرائم التعقيم وجرائم العذاب مع ضرورة ملاءمة قواعد القضاء الداخلي للجرائم الواردة في نظام روما الأساسي من أجل سد الفجوة وأعمال مبدأ التكاملية بين القضاء الوطني والقضاء الدولي.
- نوصي بضرورة أن تكون هناك معالجة واضحة ومفصلة لجرائم التعقيم (الحرمان من القدرة البيولوجية على الإنجاب) بوصفها إحدى نتائج الانتهاكات الجماعية لحقوق الإنسان خاصةً ما يُتخذ من شكل إبادة الأجناس والتطهير العرقي.
- يجب تحديد الحالات التي يباح فيها التعقيم الكلي للضرورة وأن يصدر ذلك من خلال لجنة طبية رسمية متخصصة والموافقة الصريحة من الشخص المعنى.
- من الضروري أن تتضمن التشريعات المقارنة عقوبات على أعمال التعقيم الكلي، وأن يتم تشديد العقوبة في حالة ارتكابها من طبيب مختص.

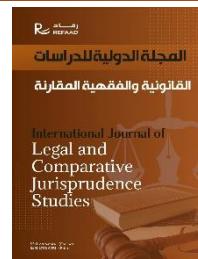
المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

1. ارلاتز، ستيفن. (2003). *أصناف جرائم الحرب-جرائم الحرب، ماذا ينبغي على الجمهور معرفته*. ترجمة: غازي مسعود، الطبعة الأولى، دار أزمنة للنشر.
2. الإمام الشاطبي. (1395هـ). *الموافقات*. الجزء 2، ص 17، طبعة دار المعرفة.
3. الإمام الغزالى. (1995). *إحياء علوم الدين*. الجزء 2، ص 28، دار الفكر.
4. بكر، عبد المهيمن. (1968). *القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال*. دار النهضة العربية.
5. هنام، رمسيس. (1982). *القسم الخاص في قانون العقوبات، العدوان على أمن الدولة الداخلي والعدوان على الناس في أشخاصهم وأموالهم*. منشأة المعارف. الإسكندرية.
6. بوشيه، محمد مفتاح. (د.ت). *العمليات الجراحية الخاصة بالذكور والأنوثة- دراسة مقارنة*.
7. تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الخاص ب الصيغة النهائية لمشروع نص أركان الجرائم، نيويورك، 2000.
8. الجاعوني، تاج الدين محمد. (د.ت). *الإنسان هنا الكائن الغريب*. ج 4.
9. حسني، محمود نجيب. (1959). الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له القانون. *مجلة القانون والاقتصاد*: السنة 29. العدد الثالث.
10. الحق، الشيخ جاد. (1983). *أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية عن الأمراض النسائية والصحة الإنجابية*. المركز الدولي للدراسات والبحوث.
11. حمامي، عبدالرازق. (د.ت). *الأمراض النسائية*. دار النهضة العربية.
12. أبو خطوة، أحمد شوقي عمر. (1988). *القانون الجنائي والطب الحديث*. دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية. دار النهضة العربية.
13. سالم عطية. (د.ت). *قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة*. مجلة مجمع الفقه الإسلامي: جدة، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء 1.
14. السعدي، حميد. (د.ت). *شرح قانون العقوبات الخاص*. الجزء الأول، في جرائم الأشخاص، مطبعة المعارف.
15. سالمة، أحمد كامل. (1987). *شرح قانون العقوبات القسم الخاص*. في جرائم الجرح والقتل العمدي وغير العمدي فقهها وقضاء. مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة.
16. الشاوي، سلطان. (1994). *الجرائم الماسة بسلامة الجسم*. مجلة العلوم القانونية: جامعة بغداد. 10(2).
17. شرف الدين، أحمد. (1983). *الأحكام الشرعية للأعمال الطبية*.
18. الطاهري، طارق شفيق. (1983). *القرآن والحياة الجنسية*. الطبعة الثانية. مطبعة المعارف.
19. العاني، عبد القادر. (2000). *زراعة ونقل الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية*. سلسلة المائدة الحرة. نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون. بيت الحكمة. بغداد.
20. عبد الأمير، طه عبدالله. (2003). *تحديد النسل في الشريعة الإسلامية والقانون- دراسة مقارنة*. إطروحة ماجستير، كلية الحقوق.
21. عبد العزيز، عبد الحميد محمد. (1999). *أمراض الرجال*. سلسلة كتاب اليوم الطبي، طبعة مؤسسة أخبار اليوم عدد 8/نوفمبر.
22. عقيدة، محمد أبو العلا. (2003). *الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد*. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: العدد الأول. السنة التاسعة والثلاثون. 19 دياناف-أورينتالشر-الإبادة - جرائم الحرب-الطبعة الأولى-دار أزمنة للنشر-عمان.
23. محمد، عصمت الله عنایت الله. (1410هـ). *حكم الشرع في التعقيم*. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: السنة الثانية.
24. المرداوي. (1980). *الإنصاف في معرفة الراجم من الخلاف*. ج 1، طبعة دار إحياء التراث العربي.
25. مصطفى، محمود محمود. (1979). *مركز الأطباء في التشريع الجنائي للدول العربية*. مجلة المحامون: السنة الرابعة والاربعون - العدد 2 و 3.

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

1. A jones. (1999). computer fraud – jones tele communicaton and multimedia encyclopedia, united state .
2. Cecilia van feilitzen. (1999). the UNESCO export meeting, news on children and violence on the screen vol – 3, Sweden,.
3. Dudeja, v.d. (2003). *the information technology act*, 2000, ata glance. Calcutta. ITJ.
4. Japan law – no – 128 – 1999 – unauthorized computer access law.
5. Larguire, Jean & largnier. (1998). *Ann Mari. droit penal special 10 edition* .printed by dalloz, Paris.
6. Matan, Rahul. (2004). *law relating to computer and internet*. London. butterworth (3 rd – Ed).
7. Sieber. Urich. *computer crime and criminal information law*.elsvier scince. ltd.
8. The electronic communications act no 25- 2002 suth Africa.
9. United nation manual on the prevention and control of computer. (1994). relat crime, international review of criminal policy – nos. 43 and 44 – united nation office at Vienna – center for social development and humanitarian affairs – Vienna.



Denial of the Possibility of Childbearing

Mamdooh Khaleel Al Bahar

Criminal Law, Police College, Abu Dhabi

mamdooh.albaher@yahoo.com

Received: 6/4/2022 Revised: 28/5/2022 Accepted: 26/6/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.3>

Abstract: What is meant by depriving the biological ability to reproduce is to eliminate the function of the reproductive system by using surgical or other means that prevent pregnancy permanently. Sterilization may take place in men through the method of castration, as it is done by cutting the seminal duct, which is the duct that transports sperm from the testicle to the seminal vesicle, or by connecting this channel or blocking it with chemicals. As for sterilization in women, it is disrupting the function of the fallopian tubes by tying them, cutting them, or blocking them with chemical means so that the sperm cannot reach the egg for fertilization. There is another method, which is the removal of the ovaries from the woman's body, and this process is similar to castration in men. These acts, if they are committed intentionally or forcibly, constitute a clear aggression against the human right to his/her physical integrity, and this is what was expressed in Article Seven of the Statute of the Permanent International Criminal Court on the occasion of the investigation into crimes against humanity, and Article (8) eight on war crimes, where the negotiators agreed during the discussions held on the Statute of the Criminal Court regarding cases of sex and its crimes, and the importance of the right to reproductive health, which constitutes a flagrant attack not only of the human right to physical integrity, but also of the human right to control and decide freely and responsibly in issues related to his sexual life including reproductive, such as forced pregnancy and deprivation of the biological ability to reproduce.

Keywords: the ability to conceive; sexual life; Birth control and improvement programmes; physical integration; Reproductive Health.

References:

1. Al'any, 'bd Alqadr .(2000). Zra't Wnql Ala'da' Albshryh Fy Alshry'h Aleslamyh Slslt Alma'dh Alhrh Nql Ala'da' Albshryh Byn Altb Walshry'h Walqanwn Byt Alhkmh Bghdad
2. 'bd Alamyr, Th 'bdallh. (2003). Thdyd Alnsl Fa Alshry'h Aleslamyh Walqanwn- Drash Mqarnh. Etrwht Majstyr, Klyt Alhqwq.
3. 'bdal'zyz, 'Ebdalhmyd Mhmd. (1999). Amrad Alrjal. Slslh Ktab Alywm Altby, Tb't M'sst Akhbar Alywm 'dd8/ Nwfmb.
4. 'qydh, Mhmd Abw Al'l'a. (2003). Alatjahat Alhdythh Fy Qanwn Al'eqwbat Alfrnsy Aljdyd Mjlt Al'lwm Alqanwnyh Walaqtsadyh: Al'dd Alawl Alsnh Altas'eh Walthlathwn 19 Dyanaf-Awryntltsh-Alebadh – Jra'm Alhrb-Altb'h Alawla-Dar Azmnh Llnsh'r-man.
5. Arratz, Styfn. (2003). Asnaf Jra'm Alhrb-Jra'm Alhrb, Mada Ynbghy 'la Aljmhwr M'rfth. Trjmt: Ghazy Ms'wd, Altb'h Alawla, Dar Azmnh Llnsh'r.
6. Bkr, 'bd Almhymn. (1968). Alqsm Alkhas Fy Qanwn Al'qwbat, Jra'm Ala'tda' 'la Alashkhas Walamwal. Dar Alnhdh Al'rbyh
7. Bhnam, Rmsys (1982). Alqsm Alkhas Fy Qanwn Al'qwbat, Al'dwan 'la Amn Aldwlh Aldakhly Wal'dwan 'la Alnas Fy Ashkhashm Wamwalhm. Mnshah Alm'arf Aleskndryh
8. Bwshyh, Mhmd Mftah. (D.T). Al'mlyat Aljrahyh Alkhash Baldkwrh Walanwthh- Drash Mqarnh.
9. Alemam Alshatby. (1395h). Almwafqat. Aljz'2, S17, Tb't Dar Alm'rfh.
10. Alemam Alghzaly. (1995). Ehya' lwm Aldyn. Aljz'2, S28, Dar Alfkr.
11. Hmamy, 'bdalrazq. (D.T). Alamrad Alnsa'yh. Dar Alnhdh Al'rbyh.

12. Alhq, Alshykh Jad. (1983). Ahkam Alshry'h Aleslamyh Fa Msa'l Tbyh 'n Alamrad Alnsa'yh Walshh Alenjabyh. Almrkz Aldwly Aleslamy Lldrasat Walbhwt.
13. Hsny, Mhmwd Njyb. (1959). Alhq Fy Slamh Aljsm Wmda Alhmayah Alty Ykflha Lh Alqanwn Mjlht Alqanwn Walaqtsad: Alsnh 29 Al'dd Althalth.
14. Alja'wny, Taj Aldyn Mhmd. (D.T). Alensan Hda Alka'n Alghryb. J4.
15. Abw Khtwh, Ahmd Shwqy 'mr. (1988). Alqanwn Aljna'y Waltb Alhdyth, Drash Thlylyh Mqarnh Lmshrw'yh Nql Wzr' Ala'da' Albshryh. Dar Alnhdh Al'rbyh.
16. Mhmd, 'smt Allh 'nayt Allh. (1410h). Hkm Alshr' Fy Alt'qym. Mjh Albhwt Alfqhyh Alm'asrh: Alsnh Althanyh.
17. Almrday. (1980). Alensaf Fy M'rft Alrajh Mn Alkhla. J1, Tb't Dar Ehya' Altrath Al'rby.
18. Mstfa, Mhmwd Mhmwd. (1979). Mrkz Alatba' Fy Altshry' Aljna'y Lldwl Al'rbyh. Mjlt Almhamwn: Alsnh Alrab'h Walarb'wn - Al'dd 2w3
19. Als'dy, Hmyd. (D.T). Shrh Qanwn Al'qwbat Alkhas. Aljz' Alawl, Fy Jra'm Alashkhas, Mtb't Alm'arf.
20. Salm 'tyh. (D.T). Qrarat Almj'm Alfqhy Aleslamy Bmkh Almkrmh. Mjlth Mjm' Alfqh Aleslamy: Jdh, Aldwrh Alkhamsh, Al'dd Alkhams, Aljz'1.
21. Slamh, Ahmd Kaml. (1987). Shrh Qanwn Al'qwbat Alqsm Alkhas, Fy Jra'm Aljrh Walqtl Al'mdyh Wghyr Al'mdyh Fqha Wqda'. Mktbh Nhdh Alshrq, Jam't Alqahrh.
22. Alshawy, Sltan. (1994). Aljra'm Almash Bslamh Aljsm Mjlt Al'lwm Alqanwnyh: Jam't Bghdad 10(2)
23. Shrf Aldyn, Ahmd. (1983). Alahkam Alshr'yh Lla'mal Altbyh.
24. Altahry, Tarq Shfyq. (1983). Alqran Walhyah Aljnsyh Alt'b'h Althanyh Mtb't Alm'arf.
25. Tqryr Alljnh Althdyryh Llmhkrmh Aldwlyh Alkhas B Alsyghh Alnha'yh Lmshrw' Ns Arkan Aljra'm, Nywywrk, 2000.

الوضع القانوني للالتزامات المترتبة على انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة

عبد السلام محمد الفضل
أستاذ مشارك في القانون الخاص
جامعة اليرموك-الأردن

آفاق أحمد بنى عطا
شركة نبراس للمحاماة-الأردن
afaqb4813@gmail.com

استلام البحث: 2022/5/7 مراجعة البحث: 2022/5/21 قبول البحث: 2022/6/2

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.4>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



الوضع القانوني للالتزامات المترتبة على انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة

آفاق أحمد بنى عطا

شركة نبراس للمحاماة-الأردن

afaqib4813@gmail.com

عبد السلام محمد الفضل

أستاذ مشارك في القانون الخاص-جامعة اليرموك-الأردن

استلام البحث: 2022/5/7 مراجعة البحث: 2022/5/21 قبول البحث: 2022/6/2 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.4>

الملخص:

تناولت هذه الدراسة بيان الوضع القانوني للالتزامات التي تظهر بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة، فلم يعالج المشرع الأردني هذه المسألة المهمة. ولذلك كان لابد من الرجوع إلى الفقه القانوني وأحكام القضاء، والقواعد العامة في القانون المدني من أجل الوصول إلى حل يحافظ على حقوق الدائنين تجاه الشركة وعدم إهارها. وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج؛ أبرزها أن تبقى مسؤولية الشركاء في إطار شركات الأشخاص مسؤولة غير محدودة تجاه الدائنين تمتد إلى أموالهم الخاصة حتى بعد إغفال عملية التصفية، أما فيما يتعلق بمسؤولية الشركاء في شركات الأموال فإنها تبقى محدودة تجاه الدائنين بما دخل فقط بذمتهم من أموال الشركة. وأوصت الدراسة بضرورة تدخل المشرع الأردني لوضع مجموعة من النصوص القواعد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، ومن أبرزها النص على إعطاء الحق للدائنين بالرجوع بشكل مباشر على الشركاء في الشركة مع ضرورة وضع مدد قانونية خاصة لسقوط تلك المطالبات المتعلقة بالالتزامات التي تظهر بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة.

الكلمات المفتاحية: الالتزامات؛ انقضاء الشركة؛ المصفى؛ مرور الزمن المانع من سماع الدعوى.

المقدمة:

تعد الشركات التجارية من أهم الركائز الاقتصادية التي تعتمد عليها الدول في تحقيق الاستقرار الاقتصادي والتجاري وجدب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، ومن الجدير بالذكر أن الشركة قد تتعرض في أثناء حياتها لظروف وأزمات تجعلها عرضةً للانقضاء، وذلك عند تحقق أحد الأسباب الموجبة للتصفية، ويرتبط على ذلك انهاء الشخصية المعنوية التي كانت تتمتع بها الشركة بعد الانتهاء من عملية التصفية، وتؤدي هذه العملية إلى الانعدام القانوني للشركة وإنهاء جميع الأعمال التي تقوم فيها، بحيث تقوم عملية التصفية على تسوية جميع المراكز القانونية من استيفاء حقوقها ودفع الديون المترتبة عليها باتباع إجراءات معينة نظمتها القوانين ذات العلاقة.

عالج المشرع الأردني هذا الموضوع بصورة مقتضبة ومن جهة واحدة فقط، بحيث جاء كل من نص المادة (40 / ب) ونص المادة (272 / ب) موضحاً مسألة الحقوق التي تظهر بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة وغفل عن مسألة الالتزامات على الرغم من انه فرض متوقع الحدوث.

مشكلة الدراسة:

إن انتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة يثير العديد من التساؤلات والإشكاليات سواءً على الصعيد النظري أو العملي، إذ أنه وبعد إغفال عملية التصفية قد تظهر العديد من الأموال المنقولة وغير المنقولة للشركة، وقد يظهر في المقابل دائنين جدد لهذه الشركة، وكل ذلك بعد انتهاء الشخصية الاعتبارية لها، فتظهر هنا الإشكالية الرئيسية في الدراسة، والتي تمحور حول الوضع القانوني لهذه الالتزامات، أي بمعنى آخر مدى كفاية القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الشركات الأردني لبيان مصير هذه الالتزامات التي قد تظهر بعد إغفال عملية التصفية وانهاء الشخصية الاعتبارية للشركة.

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية العديد من التساؤلات؛ أبرزها ما يأتي:

- من هو المسؤول عن الديون التي تظهر بعد إغلاق عملية التصفية بحيث يتمكن الدائن من رفع الدعوى بمحاجته؟
- ما هي مدة التقادم التي يخضع لها مثل هذه الدعاوى؟
- كيف يتم رفع مثل هذه الدعاوى وما هو موضوعها؟

أهمية الدراسة:

تكمّن أهمية الدراسة من أهمية عملية التصفية وما يتربّع عليها من آثار مرتبطة بإنهاء الشخصية المعنوية للشركة وتأثيرها على حقوق الشركاء والدائنين، وحقّ بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة، ولا شكّ أنّ هذا التعدد يطرح إشكالية التوافق بين هذه النصوص المختلفة وذلك لتحقيق الاستقرار والأمان القانوني في التعاملات المالية والاقتصادية، والحفاظ على حقوق الأطراف التي تعامل مع هذه الشركات، أضف إلى ذلك كثرة المنازعات القضائية المطروحة في القضاء والمرتبطة بعملية التصفية بحد ذاتها، والأثار الناتجة عنها، وكذلك مسألة ظهور التزامات عليها بعد اقفال الشركة وانهاء شخصيتها المعنوية.

أهداف الدراسة:

إنّ المتأمل لأحكام قانون الشركات الأردني، يجد أنّ المشرع قد نظم عملية التصفية منذ البداية وحتى نهايتها، كونها تمثل القاعدة العامة التي يجب اتباعها عند انقضاء الشركة، إلا أنّ الاستثناء هو ما يتربّع على الشركة بعد انقضاء شخصيتها الاعتبارية، وتتمحور أهداف هذه الدراسة فيما يأتي:

- بيان الآثار المترتبة على تصفية الشركة.
- التأسيس لنظام قانوني من خلاله يتم توزيع الحقوق والديون المترتبة على الشركة بعد انقضاء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: حق الدائنين في الرجوع على الشركاء بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة.

المطلب الأول: رجوع الدائنين في شركات الأشخاص.

المطلب الثاني: رجوع الدائنين في شركات الأموال.

المبحث الثاني: دعوى رجوع الدائنين على الشركاء.

المطلب الأول: آلية المطالبة وأطراف الخصومة.

المطلب الثاني: مرور الزمن المانع من سماع الدعوى.

المبحث الأول: حق الدائنين في الرجوع على الشركاء بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة

عندما يقدم المصنفي التقرير المائي ويتم المصادقة على الحساب الختامي، فإن إجراءات التصفية تنتهي، وبذلك تنتهي الشخصية الاعتبارية للشركة، ولا يبقى لها أي وجود قانوني أو مادي، فلا يستطيع أي أحد أن يمارس أي عمل باسم الشركة، إلا أنه من الممكن أن تظهر ديون على الشركة بعد إقفال عملية التصفية، فهل بإمكان الدائن المطالبة بهذه الأموال في ظل انتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة؟ وهل لطبيعة هذه الشركة ونوعها الأثر في مثل هذه المطالبات أم أن جميع الشركات لها الحكم نفسه؟

في الحقيقة عند الحديث عن الالتزامات التي تظهر بعد إغلاق تصفية الشركات وإمكانية رجوع الدائنين على الشركاء، فإنه لا بد من التفرقة ما بين شركات الأشخاص (المطلب الأول) وشركات الأموال (المطلب الثاني)، وذلك لما لشركات الأشخاص من أحكام وخصائص تختلف عن شركات الأموال، وهي على النحو الآتي:

المطلب الأول: رجوع الدائنين في شركات الأشخاص

أشار الفقه القانوني أنه إذا تمت القسمة قبل وفاة جميع دائني الشركة (الجهالة وجودهم أو عدم مطالبتهم بحقوقهم أو عدم معرفة عنائهم أو غيرها من الأسباب)، فيإمكان هؤلاء الدائنين المحافظة على حقوقهم، وأن هذه القسمة لا تؤدي إلى هضم حقوق الدائنين، كما أضاف الحكيم إلى إمكانية التنفيذ على أموال الشركة في حال وجودها وذلك حتى بعد القسمة⁽¹⁾.

وبذلك يتضح أنه بإمكان الدائن العودة على الشركة بما ترتب من التزامات في ذاتها، ولكن هل يعتبر هذا الحكم مبدأً عاماً، بحيث يستطيع كل دائن للشركة بغض النظر عن نوعها العودة بما ترتب من التزامات في ذمة الشركة؟

⁽¹⁾ جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1999 م – 2000 م، ج 1، ط 1، ص 238-239.

في التشريع الأردني، يلاحظ أنه لم يرد نص خاص بهذا الشأن، حيث تشتمل هذه المسألة نص تشريعي تجب معالجته بشكل صريح، إلا أنه في مفهوم المخالف لنص المادة (40/ب) من قانون الشركات الذي أباح المجال للشركة أن تطالب بحقوقها، والتي ترتب في ذمة الغير حتى بعد انتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة، فيفهم من هذا النص ومن باب العدالة وعدم إهانة الدائنين أنه بإمكان دائن الشركة المطالبة بالالتزامات التي تقع على عاتق الشركة، والتي ترتب في ذمة الشركة أثناء عملها حتى وإن ظهرت هذه الالتزامات بعد إفال الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية لها، ويكون للدائن العودة على الشركاء أنفسهم بما يكون لهم من حقوق في ذمة الشخصية المعنوية المنقضية، كون الشرك في هذا النوع من الشركات، لا يرث من المسؤولية عند انقضاء الشرك، فهو مسؤول في شركة التضامن عن ديون الشركة في ذمة المالية الخاصة ومسؤولية غير محدودة⁽²⁾. وبالتالي لا يفقد دائن الشركة حقهم في التنفيذ على أموال الشركة حتى بعد القسمة، فإذا كانت هذه الأموال لا تزال في يد أحد الشركاء أو الغير سيء النية، فيستطيع الدائن رفع هذه الدعوى بمواجهته واقتضاء حقه.

وقد جاء في نص المادة (27) من قانون الشركات الأردني يبين أنه: "يجوز لدائن شركة التضامن مخاصمة الشركة والشركاء فيها، إلا أنه لا يجوز له التنفيذ على الأموال الخاصة للشركاء فيها لتحصيل دينه إلا بعد قيامه بالتنفيذ على أموال الشركة، فإذا لم تكف هذه الأموال لتسديد دينه فله بعد ذلك الرجوع بما تبقى منه على الأموال الخاصة للشركاء، وكل شريك الرجوع على الشركاء بنسبة ما دفعه عن كل منهم من دين الشركة"⁽³⁾. معنى ذلك أنه بإمكان دائن هذه الشركة وفي أثناء حياته أن يطالب بحقوقه في مواجهة الشركة، وذلك برفع دعوى على الشركة بصفتها شركة، بالإضافة إلى الشركاء بصفتهم الشخصية وذلك لضمان حصوله على حقه، بحيث يمثل الشركاء في شركة التضامن ضماناً إضافياً، وأنه إذا لم تكفي أموال الشركة لسداد هذه الالتزامات التي تقع على عاتقها، فيكون في هذه الحالة بإمكان دائن الشركة العودة على الشركاء لتحصيل حقه⁽⁴⁾.

وفي الحالة التي تكون الشركة أغلقت ولا يوجد لها أي وجود قانوني وشخصيتها الاعتبارية قد انتهت، فإنه إذا ما تم رفع الدعوى على الشركة ف تكون عرضةً للرد؛ لأن صحة الخصومة من النظام العام، ويمكن إثارتها في أي مرحلة تكون علها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز⁽⁵⁾، ولا يكون بالإمكان رفع الدعوى على الشركة؛ بسبب عدم وجود شخصية اعتبارية لها، وقد تم شطب اسمها من السجل التجاري للشركات، وكانت ترفع دعوى على شخص غير موجود منذ الأساس، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

وفي هذا السياق لابد من التطرق إلى عدم إمكانية العودة على المصفى؛ والسبب في ذلك أن المصفى قد انتهت وكالته في الانتهاء من أعمال التصفية، إلا أنه يمكن بإمكان الدائنين العودة على المصفى في حال كان هناك تقصير أو خلل من قبله أو إساءة في تنفيذ وكالته ولحق الدائن ضرر، ويكون ذلك على أساس القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار⁽⁶⁾. وبذلك تتوصل إلى أنه يتم رفع الدعوى على الشركاء المتضامنين في هذه الشركة ومتطلباتهم بحقوقهم، كون هؤلاء الشركاء مسؤولين عن التزامات الشركة في ذمتهما المالية الخاصة. نظراً لكونهم مسؤولية الشركاء عن جميع الأعمال التي قامت بها الشركة قبل انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة، فيكون بإمكان الدائن العودة على الشركاء المتضامنين أو أحد هؤلاء الشركاء مباشراً، ويعود هذا الأخير على البقية بنسبة ما دفعه، كون الشركاء المتضامنون مسؤولون في ذمتهما المالية الخاصة عما يلحق الشركة من ديون والالتزامات، وتعتبر مسؤولية الشركاء التضامنية ضماناً إضافياً على الذمة المالية للشركاء، وبذلك فإن الشرك المتضامن يبقى مسؤولاً عن ديون الشركة أثناء حياة الشركة وبعد انقضائه وتصفيتها ما لم يتقادم هذا الالتزام⁽⁷⁾.

وقد جاء قرار محكمة التمييز الأردنية لسنة 2011 مؤكداً لهذا التوجه، فقد عللت محكمة التمييز حكمها "أن شركة مرشد وسلعوم قد تم تصفيتها وانتهت عملية التصفية وتم شطب قيد الشركة من سجل الشركات بتاريخ 15/03/2005، وأنه قد تم نشر شطب هذه الشركة في الجريدة الرسمية، وعليه فلا يكون لهذه الشركة أي وجود قانوني أو مادي، وأن مهمة المصفى قد انتهت، وبناءً على ذلك خلصت محكمة التمييز إلى رد التمييز عن المدعى عليه الخامس صالح حسني صالح علقم؛ كون عمل المصفى قد انتهى بانتهاء إجراءات التصفية فلا مجال لخاصمتة في هذه الدعوى، وكذلك الشركة، وكوتها قد انتهت وزالت شخصيتها الاعتبارية فقد قررت محكمة التمييز ردة الطعن بشأن المدعى عليه الأول المؤسسة العلمية الفنية للتجهيزات لصالحها محمد أبو سلعوم والثاني شركة مرشد وأبو سلعوم، أما فيما يخص الشركاء المتضامنين، فعملاً بأحكام نص المادتين (26) و(27) من قانون الشركات فهم مسؤولين عن الديون التي ترتب على الشركة حتى وإن ظهرت بعد تصفية الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة فهم مسؤولين عن ديون الشركة في ذمتهما المالية الخاصة"⁽⁸⁾.

⁽²⁾ محمد فريد العريفي، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م، ج 1، ط 1، ص 108.

⁽³⁾ المادة (27) من قانون الشركات الأردني، رقم 22 لسنة 1997م وتعديلاته.

⁽⁴⁾ مروان بدري الإبراهيم، تصفية شركة المساهمة العامة، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010م، بلا جزء، ط 1، ص 99.

⁽⁵⁾ عبد الكريم حسين حسن الشرقاوي، مدى فاعلية الوسائل القانونية في التحقيق من البيطان الاجرائي وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية – الأردن، 2013م، ص 51 – 52.

⁽⁶⁾ عبد علي شخانبة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، دار جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1992م، بلا أجزاء، ط 1، ص 517.

⁽⁷⁾ حسين الماجي، الشركات التجارية، دار الهضبة العربية، القاهرة – مصر، 1991م، بلا أجزاء، ط 1، ص 100.

⁽⁸⁾ قرار محكمة تمييز (الحقوق)، رقم 858 لسنة 2010م، هيئة خمسية، تاريخ 08/02/2011م، متاح على قرارك.

في هذا الإطار، لابد من الإشارة إلى شركة التوصية البسيطة كون مثل هذه الشركات تتكون من فنتين من الشركاء، وهم شركاء متضامنون يتولون إدارة الشركة ويكونوا مسؤولين بالتضامن والتكافل عن كافة الديون والالتزامات التي ترتب على الشركة قبل انقضائها، وشركاء موصون يشاركون في رأس مال الشركة ولا يكون الشركاء في هذه الشركة مسؤولين إلا في مقدار حصته في رأس مال الشركة⁽⁹⁾. وتأسياً على ما سبق، يتضح أن هذا النوع من الشركات تختلف فيها المسئولية باختلاف صفة الشريك في هذه الشركة (شريك متضامن أم شريك موصي)، فالشركاء المتضامنون يكونوا مسؤولين عن تلك الالتزامات التي تظهر حتى بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة وشطب قيد الشركة من السجل التجاري للشركات، وأن هذه المسئولية تتعدى لتصل إلى الذمة المالية الخاصة للشركاء حتى وإن لم تكفي تلك الأموال التي ألت لهم عند تصفية الشركة وقسمت أموالها، فالشركاء المتضامنون مسؤولين بذمهم المالية الخاصة عن ديون والالتزامات الشركة التي لم تكفي أموال الشركة لسدادها وذلك في حياة الشركة فمن باب أولى أن هذه المسئولية تبقى تحكم هؤلاء الشركاء المتضامنون حتى بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة وشطب قيد الشركة من السجل التجاري للشركات. أما فيما يخص الشركاء الموصون في هذه الشركة فسوف يتم شرح آلية العودة عليهم في المطلب الثاني من هذا الفصل.

المطلب الثاني: رجوع الدائنين في شركات الأموال

أما فيما يخص شركات الأموال والتي تقوم على الاعتبار المالي ولا يكون لشخصية الشريك أي اعتبار، فتجد الباحثة أن شركات الأموال حالها حال الشركات الأخرى، فقد يظهر بعد إغفالها وانتهاء شخصيتها الاعتبارية التزامات لم تدخل في عملية التصفية، وحقيقة الأمر أن مسألة رجوع الدائن على الشركاء في شركات الأموال، حتى على الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، تُعد مسألة في غاية الصعوبة في ظل غياب أي نص تشريعي يعالج هذا الموضوع، وتأتي الصعوبة في كون الشركاء في هذه الشركات غير مسؤولين في ذمهم المالية الخاصة عن التزامات الشركة، وإنما مسؤولين فقط بمقدار مساهمتهم في رأس مال الشركة، فما هو مصير هذه الأموال التي تظهر بعد إغفال الشركة؟ ومن هو المسؤول عن سداد هذه الأموال؟ ذكر سابقاً أن الفقه القانوني يؤيد ويدعو إلى إعطاء الحق للدائنين بالرجوع على الشركاء سواءً في شركات الأشخاص أم الأموال حفاظاً على حقوق الدائنين وعدم إهارها⁽¹⁰⁾. ولكن ما هو الأساس القانوني لهذا التوجّه، وخاصةً في ظل عدم وجود نص قانوني يتناول هذه المسألة بشكل عام وشامل في التشريع الأردني؟

في الحقيقة تعرّض المشرع الأردني حديثاً لجانب من هذه الإشكالية في نظام تصفية الشركات رقم (6) لسنة 2021، حيث جاء في المادة (14/د) بأنّه: "للحكم وبعد إغلاق التصفية الإجبارية وإصدار القرار باعتبار كافة ديون الدائنين التي لم تكفي أموال التصفية لتسديدها أو التي تمت المطالبة بها بعد إغلاق التصفية ديوناً معدومة، كما يتم إرسال قائمة بالديون المعدومة إلى الجهات الرسمية ذات العلاقة ليتم تسجيلها حسب الأصول"⁽¹¹⁾. وبذلك تعتبر كافة الأموال التي لم تكفي أموال الشركة لتسديدها ديوناً معدومة، وعليه فإن الالتزامات التي تظهر بعد إغفال الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية لها تعتبر أموالاً معدومة تبعاً لذلك.

ولكن يجب الانتباه هنا أنه فيما يتعلق بنص المادة (14) من نظام التصفية لسنة 2021، فإنه يطبق على الشركات التي يكون سبب انقضائها الإعسار، وبالتالي لا يمكن تطبيقه بشأن شركات الأموال التي يكون سبب انقضائها سبب آخر من أسباب الانقضاض. ومن جانب آخر يلاحظ أن هذا الموقف الذي يعتبر الالتزامات والأموال التي تظهر بعد إغفال الشركة معدومة فيه إهاراً واضحاً لحقوق الدائنين، ولا يتفق مع مبدأ الثقة والاطمئنان في المعاملات التجارية، وهذا الموقف كذلك لا ينسجم أبداً مع السياسة التشريعية العامة للمشرع الأردني، وهي عدم سقوط الحقوق مع مرور الزمن وإنما فقط سقوط الدعاوى المتعلقة بتلك الحقوق، فما دام أن الدعوى لم تتقادم يحق للدائن المطالبة بحقه.

وبذلك يبقى هناك نصاً تشريعاً فيما يتعلق بشركات الأموال التي يكون سبب انقضائها سبباً آخر غير الإعسار فيما يتعلق برجوع الدائنين على الشركاء المساهمين، وحتى على الشركاء الموصون في شركة التوصية البسيطة، ويستوجب هذا النقص تدخل المشرع لتحديد آلية الرجوع المباشر على الشركاء، للمحافظة على حقوق الدائنين تجاه الشركة من أجل تحقيق للعدالة، ولا يوجد ما يمنع ليعود القاضي في ذلك إلى مصادر القانون الأخرى، إذ تنص المادة الثالثة من قانون الشركات الأردني بأنه: "تسري أحكام هذا القانون على الشركات التي تمارس الأعمال التجارية وعلى المسائل التي تناولتها نصوصه، فإذا لم يكن فيها ما ينطوي على أي مسألة فيرجع إلى قانون التجارة فإن لم يوجد فيه حكم يتناول هذا الأمر، يرجع إلى القانون المدني وإلا فتطبق أحكام العرف التجاري والاسترشاد بالاجمادات القضائية والفقهية وقواعد العدالة".

ومن باب الاستئناس فقط تم الإشارة إلى موقف المشرع الأردني في القانون المدني من تصفية التركة⁽¹²⁾: إذ يوجد نوعاً من التشابه في بعض المسائل بين تصفية الشركة وتصفية التركة وخاصةً في إطار المحافظة على حقوق الأشخاص الذين ليسوا طرفاً في عقد الشركة وليسوا من الورثة وهم دائنو الشركة المنقضية ودائنو التركة⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ المادة (41) من قانون الشركات الأردني، رقم (22) لسنة 1997م وتعديلاته.

⁽¹⁰⁾ عبد علي شخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، دار جمعية عمال المطبع التعاونية، عمان، 1992م، بلا أجزاء، ط1، ص.517.

⁽¹¹⁾ المادة (14/د) من نظام تصفية الشركات، رقم 6 لسنة 2021.

⁽¹²⁾ نصوص المواد (1087 – 1124) من القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976م وتعديلاته.

⁽¹³⁾ عبد علي شخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، دار جمعية عمال المطبع التعاونية، عمان، 1992م، بلا أجزاء، ط1، ص.28.

ولكن يجب أن يكون واضحًا كذلك أن أحكام التركة مستمدّة من الشريعة الإسلامية، وهي مصدر من مصادر القانون المدني ولا تطبق إلا على الأشخاص الطبيعيين، فالإشارة هنا إلى بعض الأحكام الخاصة بتصفية التركة هي فقط من باب الاستئناس، إذ تنص المادة (1107) من القانون المدني الأردني بأنه: "لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان "وصي التركة"، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقًا عينياً على تلك الأموال، ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة" وهذا يعني أن بإمكان الدائنين في التركة الرجوع على الورثة بما تبقى في ذمته من أموال حصلوا عليها من التركة وذلك طبعاً ضمن شروط وأحكام معينة في هذا الخصوص.

فمن باب الحفاظ على الحد الأدنى من حقوق الدائنين قدر الإمكان، يتضح أنه لا يوجد ما يمنع أن يرجع الدائن على الشركاء في هذا النوع من الشركات باعتبارهم مسؤولين تجاه الغير في حدود ما دخل في ذمته من أموال للشركة بعد انقضائها وتصفيتها، وهذا ما يُفهم من قرار محكمة التمييز الأردنية لسنة (14) 2020 بشأن شركة عبر المتوسط للصناعات الحديثة ذات المسؤولية المحدودة، إذ جاء في القرارات: "كان يتوجّب على محكمة الاستئناف التثبت من ملف التصفية فيما إذا كان قد تُنجز عن انتهاء أعمال التصفية وإعادة أموالها وتوزيعها بين الشركاء ليصار في ضوء ذلك إلى إدخالهم بصفتهم الشخصية كذلك في الدعوى... وكذلك للتثبت من مآل أموال الشركة بعد التصفية، وفيما إذا جرى تقسيمها وتوزيعها بين الشركاء ليصار إلى إدخالهم بالدعوى بصفتهم الشخصية حسب الأصول ومن ثم ترتيب الأثر القانوني".

ويلاحظ هنا أن محكمة التمييز في هذا القرار قد استندت إلى السوابق القضائية في هذا الخصوص، ويلاحظ كذلك أن المحكمة تطلب التثبت من مآل الأموال التي تم توزيعها على الشركاء ليعطى الدائنون الحق في مطالبتهم بحقوقهم من تلك الأموال التي ألت إليهم والمتبقة في ذمتهم، وهذا يأتي في إطار الحفاظ قدر الإمكان على الحد الأدنى من الحقوق.

وعليه ولما سبق بيانه، تتميّز الباحثة من المُشرع أن ينص بشكل صريح على حق الدائنين بالرجوع مباشرةً على الشركاء في حدود ما دخل ذمته من أموال الشركة بعد تصفيفها، وذلك حفاظاً على حقوق الدائنين وعدم إهارها بما يتفق مع المنطق القانوني والعدالة المنشودة وانسجاماً مع توجهات المُشرع الأردني في المعاملات التجارية.

وبالتالي ذهب جانباً من الفقه إلى اعتبار أن القضية التي ترفع من قبل دائن الشركة في شركات الأشخاص وذلك بعد قفل التصفية وانتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة، هي دعوى شخصية ضد الشركاء إذا لم تكفل أصول الشركة لسداد ديونها، حيث إن الشريك في شركة الأشخاص ضامناً لديون الشركة في ذمته المالية الخاصة، ويجوز للدائنين تتبع أموال الشركاء الخاصة ومراحمة لدائنيهم الشخصيين، أما فيما يخص شركات الأموال فلا يظهر لدائن الشركة هذه الحقوق كما هو للشريك في شركات التضامن، فلا يكون للدائن حق إلا فيما قسم على المساهمين في الشركة من فائض التصفية، وذلك كون موجودات الشركة هي جزء من ضمان الدائن على الأقل (15). وفي هذا الخصوص نجد أنه ما ينطبق على شركات الأموال فإنه ينطبق على الشركاء الموصون في شركات المساهمة العامة، فلا يكون الشريك الموصي في شركات المساهمة العامة مسؤولاً إلا في مقدار ما آلت إليه عن تصفيف الشركة وقسمت أموالها؛ كون الشركاء الموصون لا يكونوا مسؤولين في ذمتهم المالية الخاصة وإنما تتحصر مسؤوليتهم في مقدار مساهمتهم في رأس مال الشركة، وبذلك لا يكون الشريك الموصي مسؤولاً عن الديون التي تظهر بعد إقفال عملية التصفية وشطب قيد الشركة من السجل التجاري إلا في مقدار ما آلت إليه عند تصفيف الشركة وقسمت أموالها.

المبحث الثاني: دعوى رجوع الدائنين على الشركاء

أشار المُشرع الأردني في نص المادة (40/ب)، ونص المادة (272/ب) من قانون الشركات إلى الآلية التي يتم فيها رفع دعوى للمطالبة بالحقوق التي تظهر للشركة بعد إغفالها، وقد ذُكر سابقاً أن المُشرع قد غفل عن حل إشكالية ظهور التزامات على الشركة بعد إغفالها، وبالتالي من المؤكد أن المُشرع غفل كذلك عن توضيح آلية رفع دعوى للمطالبة بالالتزامات التي تظهر على الشركة بعد إغلاق التصفية وشطب الشركة من السجل التجاري.

وقد تبيّن أن الفقه القانوني والقضاء يساندان حق الدائن في الرجوع الشركاء سواءً في شركات الأشخاص وحق في شركات الأموال، وبالتالي لابد الآن من التطرق إلى آلية رفع هذه الدعوى كونها هي الوسيلة التي يتمكّن الدائن من خلالها المطالبة بهذه الحقوق التي ترتب له في ذمة الشركة. وفي هذا الصدد يثور التساؤل التالي: هل يكون بالإمكان تطبيق آلية رفع دعوى للمطالبة بحقوق الشركة على مسألة مطالبة الشركة بالالتزامات؟ وهل يمكن الاستعانة بالخاصي لكي يتولّ تحصيل هذه الأموال؟ وما هي مدة تقادم هذه الدعوى؟ ستتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال مطلبين؛ يتناول المطلب الأول آلية المطالبة بهذه الحقوق وبيان أطراف المطلب الثاني لمسألة سقوط هذه الدعوى بمرور الزمن المانع من سمعتها.

المطلب الأول: آلية المطالبة وأطراف الخصومة

في البداية لا يمكن القول بتطبيقات ما جاء في نص المادة (40/ب)، ونص المادة (272/ب) من قانون الشركات على مسألة مطالبة الشركة بالالتزامات المترتبة عليها، ويعود السبب في ذلك إلى أن المُسالٰتين مختلفتين تماماً؛ حيث تتناول المادتان (40/ب) و(272/ب) الحقوق التي تظهر للشركة بعد إغفالها؛

(14) قرار محكمة تمييز الحقوق، رقم 4614 لسنة 2020، هيئة خamar، تاريخ 31/12/2020، متاح على قرارك.

(15) سمية القيلوبى، الشركات التجارية، دار الهيبة العربية، مصر - القاهرة، 1988م، بلا أجزاء، ط2، ص 152.

أي أن الشركة في المركز القانوني للدائن، في حين أن ما يعني الباحثة في هذا الصدد هي الالتزامات التي تترتب على الشركة وتظهر بعد إغفال التصفية؛ أي أن الشركة تكون في المركز القانوني للمدين وليس في المركز القانوني للدائن كما هو في الحالة سابقة الذكر.

وبالرجوع إلى القاعدة القانونية أن الدين مطلوب لا محمول، يتضح أنه يجب على الدائن أن يسأله للمطالبة بحقه وألا يتقاوع عن المطالبة بهذا الحق، فإذا كانت الشركة قد انتهت وغير موجودة من حيث الأصل، فكيف لها أن تطالب بحقها؟ فمن أجل هذا وجد المشرع أن لا بد من تدخل القضاء لكي يحل هذه المسألة تحت مظله، وذلك لمنع حصول العديد من المنازعات الأخرى والعشوبائية في المطالبة بالحقوق، فتم ضبط هذه المسألة من خلال نصوص المواد، أما في الحالة التي تكون فيها الشركة مدينة في الالتزام، فسيتم مطالبتها في دفع ما عليها من التزامات إلا أنه لا يوجد شركة، بل أنه بإغلاق التصفية قد انتهت الشخصية الاعتبارية للشركة، فكيف سيتم المطالبة بهذه الالتزامات وهل يمكن القول في الاستعانة بالمحامي لإتمام هذا العمل؟

من الواضح أن المدعي وكيل للشركة ويتلقى أجر مقابل قيامه بهذا العمل الذي كلفه بإنجازه، وأنه مسؤول مسؤولية الوكيل المأجور فيما يخص أعمال التصفية في حال صدر منه أي تصريح⁽¹⁶⁾؛ أي أن هذه الوكالة التي منحت للمدعي من الشركة هي من أجل القيام بعملية التصفية، فإن المدعي وكيل للشركة وليس وكيل للدائنين أو الشركاء في الشركة⁽¹⁷⁾، وعلى ذلك فلا يكون للدائن الاستعانة به من أجل رفع هذه الدعوى، بحيث تنتهي وكالة المدعي بالانتهاء من أعمال التصفية، وإنما يكون للدائن سواءً كان شخصاً طبيعياً أم شركة قائمة أو دائرة حكومية أن ترفع هذه الدعوى على الشركاء المتضامنين للمطالبة بالالتزامات التي تقع على عاتق الشركة بعد إغفالها مع مراعاة صفتة عند رفع هذه الدعوى.

وقد توصلت الباحثة إلى أن هذه الدعوى التي تُرفع من قبل دائن الشركة للمطالبة بالالتزامات التي تقع على عاتق الشركة، وذلك بعد شطب الشركة من السجل التجاري للشركات، هي دعوى يكون موضوعها مطالبة مالية ترفع من دائن شركة المتضامن في مواجهة الشركاء المتضامنين في الشركة، وترفع على الشركاء المتضامنين بصفتهم الشخصية. ولكن هل تنطبق هذه الآلية على كافة الشركات بغض النظر عن نوع الشركة؟ من المؤكد أن شركات الأشخاص تختلف في خصائصها عن شركات الأموال، فالشركاء في شركات الأشخاص مسؤولون بذمتهن المالية الخاصة عن الالتزامات التي تترتب على الشركة ولو بعد انقضاءها وشطب قيدها من سجل الشركات، إلا أن الشركاء في شركات الأموال لا يكونوا مسؤولين إلا في مقدار مساهمتهم في رأس مال الشركة، ولا تتعذر هذه المسئولية لتصل إلى ذمتهن المالية الخاصة، ففي المنظور السطحي نجد أن شركات الأموال لا يكون المساهمين فيها مسؤولين عن الالتزامات التي تظهر على الشركة بعد إغلاق التصفية وشطب الشركة من السجل التجاري للشركات، بل جاء نظام تصفية الشركات الجديد لسنة 2021، في نص المادة (14/د) على اعتبار كافة الأموال التي تظهر بعد إغلاق التصفية أموالاً معدومة فيما يتعلق بالشركات التي يكون سبب انقضائها الإعسار⁽¹⁸⁾؛ بمعنى أنه لا يمكن دائن هذه الشركات المطالبة بهذه الأموال التي تظهر بعد إغفال التصفية بحيث يصدر قرار المحكمة باعتبار كافة الأموال المتبقية في ذمة الشركة أموالاً معدومة.

وفي كل الأحوال لا بد من التطرق إلى أطراف هذه الدعوى بالنسبة لشركات الأشخاص، كونهم هم الذين تبقى مسؤوليتهم قائمة بعد شطب الشركة عن الالتزامات التي ترتب على الشركة أثناء حياتها طالما أنه لم تسقط الدعوى بالتقادم⁽¹⁹⁾، وكذلك الأمر بالنسبة لأطراف الدعوى في حالة شركات الأموال، فعندما تُرفع أي دعوى يكون هناك مدعٍ ومدعى عليه، ويجب أن يكون التمثيل القانوني صحيحًا وسليماً وإلا كانت الدعوى عرضة للرد لعدم صحة الخصومة.

وفيما يخص الدعوى التي تُرفع من قبل الدائنين للمطالبة بالالتزامات التي ترتب في ذمة الشركة وظهرت بعد شطب قيد الشركة من سجل الشركات، ومن خلال الاطلاع على السوابق القضائية في هذا المجال، يتضح أنه قد تم رد بعض من القرارات القضائية لعدم صحة الخصومة، وهذا ما ذهب إليه قرار محكمة التمييز الأردنية لسنة 2007: "ولما كان ذلك فإن الشخصية الاعتبارية للشركة تكون قد انتهت وزالت بتاريخ 28/3/2002، وبالتالي فهي بعد هذا التاريخ لا تتمتع بحق التقاضي الذي يتمتع به الشخص العادي مدعية أو مدعى عليها، ويحيث أن الدعوى أقيمت على المدعى عليها الأولى بعد أن انتهت شخصيتها الاعتبارية وأصبحت في حكم العدم ولا تتمتع بالأهلية القانونية، ولا يحق لها التقاضي وليس لها ذمة مالية مستقلة وليس لها من يمثلها في التعبير عن إرادتها، لذا فإن الدعوى المفروضة عليها واجبة الرد ولا يغير من الأمر شيئاً، وإسقاط الدعوى عن المدعى عليها الأولى ذلك أن الدعوى يجب أن تُقام على المدعي"⁽²⁰⁾.

ولكن هذا القرار القضائي كان عرضةً للنقد وكان واجباً الانتباه إلى أنه بإغفال التصفية تنتهي الشخصية الاعتبارية للشركة ولا يبقى لها أي وجود قانوني أو مادي، وبانهاء الشخصية الاعتبارية للشركة وشطب قيدها من السجل التجاري للشركات تنتهي مهمة المدعي بالانتهاء من عملية التصفية ولا يبقى مسؤولاً عن هذه الشركة بعد إغلاقها⁽²¹⁾.

⁽¹⁶⁾ محمد فريد العربي، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر - الإسكندرية، بلا أجزاء، ط 1، 2002م، ص 158.

⁽¹⁷⁾ جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 1999م - 2000م، ج 1، ط 1، ص 230.

⁽¹⁸⁾ المادة 14 / د من نظام تصفية الشركات، رقم 6 لسنة 2021.

⁽¹⁹⁾ محمد فريد العربي، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر - الإسكندرية، بلا أجزاء، ط 1، 2002م، ص 108.

⁽²⁰⁾ قرار محكمة تمييز الحقوق، رقم 3402 لسنة 2006م، هيئة خامسية، تاريخ 13/03/2007م، متاح على قسطنطين.

⁽²¹⁾ مصطفى كمال طه، القانون التجاري - مقدمة الأعمال التجارية، الدار الجامعية للنشر - مصر، بلا أجزاء، ط 1، ص 109.

وترى الباحثة أن قرار محكمة التمييز في رد الدعوى لعدم صحة الخصومة، وأنه كان واجباً أن تقام هذه الدعوى ابتداءً على المصفى في غير محله، كون وكالته انتهت بالانهاء من أعمال التصفية، ولا يبقى مسؤولاً عن الشركة بعد ذلك، وهذا على خلاف الشركاء المتضامنين الذين يسألون عن الالتزامات التي تترتب على الشركة في ذمته المالية الخاصة حتى بعد شطب الشركة من السجل التجاري طالما أنها لم تقادم هذه الحقوق، وهذا ما جاء في نص المادة (26) من قانون الشركات والتي تنص على أنه: "... يعتبر الشريك في شركة التضامن مسؤولاً بالتضامن والتكافل مع سائر شركائه عن الديون والالتزامات التي ترتب على الشركة أثناء وجوده شريكاً فيها، ويكون ضامناً بأمواله الشخصية لتلك الديون والالتزامات، وتنقل هذه المسؤولية والضمانة إلى ورثته بعد وفاته في حدود تركته". ويلاحظ هنا أنه قد تم الخلط ما بين مسؤولية المصفى التي تنتهي بالانهاء من أعمال التصفية وما بين مسؤولية الشريك المتضامن الذي تتعدي لتصل إلى ذمته المالية الخاصة للشركاء في الشركة.

وعلى ذلك يمكن القول إنه لا يكون بالإمكان رفع الدعوى على الشركة، كون هذه الشركة لا يوجد لها شخصية اعتبارية ولا يوجد لها أي وجود قانوني، وقد تم شطب اسمها من سجل الشركات، وكذلك لا يكون بالإمكان العودة على المصفى في هذه الحالة أيضاً؛ والسبب في ذلك أن المصفى قد انتهت وكالته عند الانهاء من أعمال التصفية.

وقد جاء قرار محكمة التمييز لسنة 2011 مبرراً ومفسراً سبب رفع هذه الدعوى في مواجهة الشركاء المتضامنين فقط دون أن تُرفع هذه الدعوى على الشركة والمصفى، وقد عللت محكمة التمييز حكمها "أن شركة مرشد وسلعوم قد تم تصفيفها وانتهت عملية التصفية وتم شطب قيد الشركة من سجل الشركات بتاريخ 15/03/2005، وأنه قد تم نشر شطب هذه الشركة في الجريدة الرسمية، وعليه فلا يكون لهذه الشركة أي وجود قانوني أو مادي، وأن مهمة المصفى قد انتهت وبناءً على ذلك خلصت محكمة التمييز إلى رد التمييز عن المدعى عليه الخامس صالح حسني صالح علقم، كون عمل المصفى قد انتهى بانتهاء إجراءات التصفية، فلا مجال لمحاصمته في هذه الدعوى، وكذلك الشركة كونها قد انتهت وزالت شخصيتها الاعتبارية، فقد قررت محكمة التمييز رد الطعن بشأن المدعى عليه الأول شركة مرشد وأبو سلعوم، أما فيما يخص الشركاء المتضامنين، فعملاً بأحكام نص المادة (26) و(27) من قانون الشركات فهم مسؤولين عن الديون التي ترتب على الشركة حتى وإن ظهرت بعد تصفية الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة فهم مسؤولين عن ديون الشركة في ذمته المالية الخاصة" (22).

أما فيما يتعلق بموقف محكمة التمييز في قرارها لسنة 2020، فإنهما سمحتا بإدخال المصفى في الدعوى كمدعى عليه للمطالبة بالحقوق التي ظهرت في مواجهة الشركة بعد انقضائها، ولكن شريطة وجود تعهد من المصفى بتحمل الالتزامات التي قد تظهر بعد إغفال الشركة، إذ جاء في هذا القرار أنه يجب على المحكمة "الثبت فيما إذا كان المصفى قد وقع أي تعهد بصفته الشخصية عن أية مطالبات مستقبلية على الشركة، وفي ضوء ذلك تقرر إدخاله في الدعوى كمدعى عليه بصفته الشخصية وتتابع الدعوى في مواجهته" (23).

وتخلص الباحثة إلى أن الشخصية الاعتبارية للشركة قد انتهت فلا مجال لمحاصمتها لعدم وجودها أصلاً، وأنه إذا تم رفع الدعوى على الشركة، فسيكون مصير هذه الدعوى الرد؛ لأن المصفى تنتهي وكالته بالانهاء من أعمال التصفية ولا يبقى مسؤولاً عن هذه الشركة بعد الانهاء من الدعوى عليه، فسيكون مصير هذه الدعوى الرد؛ لأن المصفى تنتهي وكالته بالانهاء من أعمال التصفية ولا يبقى مسؤولاً عن هذه الشركة بعد الانهاء من أعمال التصفية ما لم يكن قد تعهد بصفته الشخصية ككفيل بسداد وتحمل ديون الشركة المستقبلية.

المطلب الثاني: مرور الزمن المانع من سماع الدعوى

تقوم عملية التصفية على تسوية الحقوق والالتزامات التي ترتب على الشركة أثناء حياتها، إلا أنه وكما تم الإشارة سابقاً فإن المصفى قد يغفل في بعض الأحيان عن بعض الالتزامات أو قد تكون هذه الالتزامات غير ظاهرة أثناء عملية تصفية الشركة، فيذلك يضطر كل صاحب حق للمطالبة بما له من حقوق في ذمة الطرف الآخر، كأن تكون حقوق للغير في ذمة الشركاء، إلا أن هذه الدعاوى التي تظهر بعد إغلاق التصفية وانتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة، تطبق عليها القواعد المتعلقة بمرور الزمن، والتي لا بد من الإشارة إليها لما لها من أثر بارز في مثل هذه الدعاوى.

يعتبر التقادم من أسباب انقضاء المطالبة القضائية بالحقوق (24)، وهذا يعني أن الحق لا يسقط مهما مر عليه من الزمن، حيث إن الحق شيء مقدس لا يمكن المساس به إلا أن التقادم يقتصر على عدم سماع الدعوى قضائياً لمرور الزمن المانع من سماعها (25)، وهذا تطبيقاً لقاعدة المقص أولى بالخسارة؛ فالدين مطلوب لا محمول، فإذا الدائن أهمل وقصر وتقاعس عن المطالبة بحقه فهو أولى بالخسارة وبذلك يمتنع عليه المطالبة بحقه بعد مرور هذه المدة، وتأسياً على ذلك وعند تطبيق القواعد العامة المتعلقة بمرور الزمن يتضح أن هذه الدعاوى لا تنقضى إلا بمرور خمسة عشر سنة من حيث الأصل مالم ينص أي قانون آخر على خلاف ذلك، حيث جاء في نص المادة (449) من القانون المدني بأنه: "لا ينقضى الحق بمرور الزمن ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة"; أي أنه يجوز أن تكون مدة التقادم أقل

(22) قرار محكمة تمييز الحقوق، رقم 858 لسنة 2010م، هيئة خamar، تاريخ 08/02/2011م، متاح على قرارك.

(23) قرار محكمة تمييز الحقوق، رقم 4614 لسنة 2020، هيئة خamar، تاريخ الفصل 31/12/2020، متاح على قرارك.

(24) رضوان أبو زيد، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، مصر- القاهرة، ج 1، ط 1987، ص 196.

(25) فاتن جميل محمد مسعود، الدفع بمرور الزمن في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية - الأردن، 2008م، ص 16.

من خمسة عشر سنة، وجاء في نص المادة (58) من قانون التجارة بأنه: "في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمدرو عشر سنوات إن لم يعيَّن أجل أقصى"، معنى ذلك أن المعاملات التجارية تكون مدة التقادم عشر سنوات وذلك لما جاء بيانه في قانون التجارة. قد سبق الإشارة إلى أنه في حال إغفال التصفية وانتهاء الشخصية الاعتبارية فإنه لا تبرأ ذمة الشركاء في مواجهة دائني الشركة، بل يبقى الشركاء مسؤولين في مواجهة الدائنين طالما أن هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم، وقد ذكر أيضًا أن المطالبة بتلك الحقوق تنقضي بوجه عام بمدرو خمسة عشر سنة، في حين أن الالتزامات التجارية تنقضي بمدرو عشر سنوات، إلا أنه وحرصًا من المشرع على حماية مصالح الشركاء من انشغال ذمته لمدة طويلة وحماية الشركاء من مطالبات الدائنين المتأخرة⁽²⁶⁾، وكذلك للتشجيع على إنشاء الشركات دون تردد أو خوف من انشغال ذمم الشركاء أو ورثتهم بعد انقضاء الشركة لمدة طويلة، ومن أجل تحقيق اعتبارات اقتصادية أفضل تخدم الشركات وتناسب وطبيعة عمل الشركات، فقد تم اللجوء في بعض التشريعات المقارنة إلى التقادم القصير لكي يتناسب وبيوائم الغاية التي تم إنشاء الشركات التجارية من أجلها⁽²⁷⁾، ويعتبر هذا التقادم القصير استثناءً عن الأصل بحيث لا يجوز التوسيع في نطاقه⁽²⁸⁾. ولكن ما هو تجاه المشرع الأردني بشأن هذه الدعوى، هل أخذ بالتقادم القصير الخمي أم التقادم الطويل؟

فيما يخص تجاه المشرع الأردني، فلم تجد الباحثة أي نص قانوني يشير بشكل مباشر أو تبعي إلى الأخذ بالتقادم القصير الخمي في إطار مطالبات الدائنين بحقوقهم من الشركاء، ففي هذا الإطار لا بد من أن نطلق بعض من التسميات لكي يتسمى أصال الفكرة على أكمل وجه. فالقادم الطويل هو التقادم الذي نصت عليه القواعد العامة وهي خمسة عشر سنة، والقادم العادي هو التقادم الذي جاء ذكره في قانون التجارة وهو عشر سنوات، أما التقادم القصير هو التقادم الذي جاء ذكره في القوانين المقارنة وهو التقادم الخمي أو الثلاثي، وهذا يكون المشرع الأردني قد أخذ في التقادم التجاري العادي وهو عشر سنوات على اعتبار أن هذه الالتزامات التي قد ظهرت بعد انقضاء الشركة مرتبطة بأعمال تجارية تخضع لهذه المدة من التقادم⁽²⁹⁾. وقد جاء في نص المادة (454) من القانون المدني بأنه: "تبدأ المدة المقررة بعد سماع الدعوى بمدرو الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء..."، وبذلك يبدأ احتساب مدة التقادم المانع من سماع الدعوى من يوم الإشهار والإعلان عن انقضاء هذه الشركة، فلو انقضت هذه الشركة لانتهاء المدة المحددة لقيام الشركة دون تمديد لهذه المدة، فيتم احتساب المدة من يوم انتهاء هذا العقد، كون مدة قيام هذه الشركة معروفة ومشهورة سابقًا عند إبرام عقد الشركة، أما في حال تصفية الشركة فتبدأ مدة التقادم من يوم إغلاق التصفية وإشهار تصفية الشركة من قبل المصفى⁽³⁰⁾.

ومن خلال الاطلاع على القرارات القضائية، يلاحظ أن محكمة التمييز في قرارها لسنة 2019، والمتعلق بتصفية شركة عمان للتنمية والاستثمار، والتي تم الإعلان عن تصفيتها إجباريًا بقرار من المحكمة بتاريخ 21/10/2010م قررت أنه: "عند التدقيق في البيانات المعروضة لدى هيئة المحكمة تجد المحكمة أن هذا العمل من الأعمال التجارية ويطبق عليها نص المادة (58) من قانون التجارة؛ أي أن مدة التقادم عشر سنوات وليس التقادم العادي خمسة عشر سنة، حيث إن أساس مطالبة المدعي للدعوى الأصلية تستند إلى كشف حسابين للمبلغ المطلوب من المدعي عليه عند تجديد اشتراكه بعضوية النادي، بحيث أن آخر تعامل كان بتاريخ 01/05/2003م وأن الدعوى أقيمت في 09/08/2018م، فإن المدة الواقعية ما بين تاريخ كشف الحساب وحتى إقامة الدعوى قد مضى عليها خمسة عشر سنة وثلاثة أشهر ولم يرد ما يفيد بانقطاع مدة التقادم، فبذلك تكون الدعوى مستوجبة للرد لمدرو الزمن المانع من سماع الدعوى"⁽³¹⁾.

وللقول بالتقادم العادي لابد من توافر عدة شروط: من أهمها ما يأتي:

1. يجب أن تكون هذه الشركة قد انقضت وانتهت شخصيتها الاعتبارية؛ أي لا يكون لها أي وجود أبدًا، وليس كذلك فحسب، وإنما يجب أن يكون قد تم الإشهار والإعلان عن إغفال الشركة، وذلك لكي يتسمى للدائنين العلم بانقضاء الشركة، وعليه يبدأ احتساب مدة التقادم، ولابد من توضيح أن الإشهار مرتبط بالحالات التي يجب أن يتم إشهار تصفية الشركة، أما تلك الشركات التي تنتهي بانتهاء الميعاد المعين والمحدد لها في عقد الشركة فلا يتربّع عليه الإعلان عن انقضاء هذه الشركة، وبذلك فلا يعتبر الإعلان شرط لسريان التقادم العادي بشأن تلك الشركات، وإنما يقتصر الأمر على انقضاء الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية لها، أما تلك الشركات التي تنقضي لأي سبب من أسباب انقضاء الشركة والتي يجب أن يتم الإشهار بعد تصفية الشركة، فلا يتم الاكتفاء بانقضاءها وإنما يجب أن يتم الإعلان عن الانقضاء لكي يبدأ احتساب مدة التقادم القصير⁽³²⁾.

⁽²⁶⁾ سميحة القيلوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية للنشر، مصر - القاهرة، 1991م، بلا أجزاء، ط1، ص 167.

⁽²⁷⁾ عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، 2012م، بلا أجزاء، ط3، ص 86-87: قد أخذت العديد من القوانين العربية المقارنة على مدد تقادم تقل عن عشر سنوات بالنسبة للدعوى التي ترفع على الشركاء بعد انقضاء الشخصية الاعتبارية للشركة، فمثلاً نص كل من قانون التجارة المصري في المادة (65)، وقانون التجارة اللبناني في المادة (76)، وقانون التجارة السوري في نص المادة (87) على التقادم الخمي، في حين جاء في قانون الشركات العراقي في المادة (172) ونظام الشركات السعودي في المادة (226) على التقادم الثلاثي.

⁽²⁸⁾ رضوان أبو زيد، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، مصر- القاهرة، 1987م، ج 1، ط 1، ص 197.

⁽²⁹⁾ باسم محمد ملحم ويسام حمد الطراونة، الشركات التجارية، دار المسيرة للنشر، الأردن - عمان، 2012م، بلا أجزاء، ط1، ص 189.

⁽³⁰⁾ الياس ناصيف، الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبى الحقوقية، لبنان، 2017م، ج 1، ط 1، ص 136.

⁽³¹⁾ قرار محكمة صلح حقوق عمان، رقم 13497 لسنة 2018م، تاريخ 23/01/2019م، متاح على قرارك.

⁽³²⁾ عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن - عمان، 2012م، بلا أجزاء، ط3، ص 87.

2. أن تكون الدعوى موجبة من دائن الشركة، بحيث لا يستفاد من هذه المدة كل من الشركاء أو المصنفي في الدعاوى التي يرفعها الشركاء بعضهم على البعض الآخر أو على المصنفي، أو تلك الدعوى التي يرفعها المصنفي على الغير⁽³³⁾. ويبدأ مرور الزمن من تاريخ حل الشركة عندما يكون حلها غير خاضع للنشر، ومن تاريخ النشر في غير هذه الحالة، إلا أنه يجب توضيح أنه وإذا تم حل الشركة والإعلان عن انقضاء الشركة وانتهاء الشخصية الاعتبارية، فإنه يبدأ التقادم في هذه الحالة من اليوم التالي لنشأة الدين أو استحقاقه لا من تاريخ الإعلان عن حل الشركة؛ والسبب أنه لا يمكن أن يتقادم الحق قبل وجود واستحقاقه هذا الحق⁽³⁴⁾. كما يخضع هذا التقادم لقواعد الوقف والانقطاع المقررة في القواعد العامة؛ فينقطع هذا التقادم بالحجز وبالمطالبة القضائية، وعند انقطاع التقادم يبدأ احتساب تقادم جديد⁽³⁵⁾.

الخاتمة:

تمثل عملية تصفيية الشركة مرحلة مهمة في توزيع الحقوق والالتزامات بين الشركاء والغير تجاه الشركة، وعندما تنتهي هذه العملية تنتهي الشخصية الاعتبارية للشركة، مما يؤدي بعد ذلك لشطبها من السجل التجاري للشركات، ولا يُعد لها أي وجود. وقد يفرز الواقع العملي ظهور التزامات للدائنين تجاه الشركة لم يتم تسويتها في تلك العملية. ولذلك ركزت هذه الدراسة على بيان الوضع القانوني لتلك الالتزامات التي ترتب على الشركة بعد إغفال تصفيتها وشطب قيدها من السجل التجاري للشركات، وفي ظل التشكيك في إمكانية المطالبة بهذه الالتزامات بعد إغلاق تصفيتها وانتهاء الشخصية الاعتبارية للشركة في إطار قانون الشركات الأردني، تم معالجة هذا الموضوع من خلال دراسة آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء، وكذلك الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وكذلك يهدف تحقيق نوعاً من العدالة في المحافظة على حقوق الدائنين وعدم إهارها. وقد توصلت الدراسة إلى ما يأتي:

أولاً: النتائج:

- أنه في حالة ظهور التزامات على الشركة بعد إغفال تصفيتها وشطب قيد الشركة من السجل التجاري للشركات، يكون بإمكان الدائن في شركات الأشخاص المطالبة بهذه الالتزامات التي تقع على عاتق الشركة، حيث إن أطراف الدعوى هم الدائن الذي يطالب بحقوقه، أما المدين فيهم الشركاء في شركة التضامن، بحيث لا يستطيع الدائن رفع هذه الدعوى على الشركة لانتهاء شخصيتها الاعتبارية، وكذلك الأمر بالنسبة للمصنفي، فلا يملك الدائن رفع دعوى على المصنفي؛ لأن وكالته قد انتهت في الانتهاء من أعمال تصفيتها وشطب قيد الشركة من السجل التجاري للشركات.
- نص نظام تصفيية الشركات الجديد بالنسبة لشركات الأموال على أن الديون والالتزامات التي تظهر بعد إغفال تصفيتها وشطب قيد الشركة أموالاً معدومة، وهذا الفرض يطبق فقط على الحالة التي يكون سبب الانقضاض هو الإعسار، وفي هذا الموقف إهاراً لحقوق الدائنين، وهو ما لا يوائم مبادئ الثقة والاتمان التي تقوم عليها المعاملات التجارية.
- الحق لا يسقط مهما مر عليه من الزمن؛ فالحق شيء مقدس لا يمكن المساس به إلا أن التقادم يقتصر على عدم سماع الدعوى قضائياً لمرور الزمن المانع من سماعها. وبذلك فقد أخذ المشرع الأردني في التقادم العادي بالنسبة للدعاوى التي تُرفع من قبل الدائنين للمطالبة بالالتزامات التي ترتب في ذمة الشركة، أما الدعاوى التي تُرفع من قبل الشركة للمطالبة بحقوقها فقد يطبق عليها التقادم العادي أو التقادم الطويل حسب طبيعة الالتزام.

ثانياً: التوصيات:

- إضافة الفقرة (ج) لنص المادة (40) من قانون الشركات لتصبح على النحو الآتي: إذا تبين بعد الانتهاء من إجراءات تصفيتها وشطب تسجيل الشركة وجود ديون على هذه الشركة لم يقم المصنفي في سدادها أثناء عملية التصفية ولم تشملها عملية التصفية، فيكون لدائن الشركة رفع دعوى على الشركاء المتضامنين، أو على أحد هؤلاء الشركاء المتضامنين بشكل مباشر في هذه الشركة للمطالبة بما ترتب في ذمة الشركة من التزامات أثناء وجود هذا الشريك فيها وقبل انسحابه منها.
- إضافة الفقرة (ج) لنص المادة (272) من قانون الشركات ليصبح على النحو الآتي: إذا تبين بعد إغلاق تصفيه شركات الأموال وشطب قيدها من سجل الشركات أن هناك ديون على هذه الشركة لم يشملها المصنفي في عملية التصفية، فيكون بإمكان الدائن العودة على المساهمين في هذه الشركة بشكل مباشر في حدود ما آلت إليهم بعد تصفيه الشركة وذلك حفاظاً على حقوقهم.
- تنظيم موضوع مرور الزمن المانع من سماع الدعاوى في قانون الشركات، وإخضاع هذه الدعاوى السابقة لمدد تقادم أقصر أسوأً بالتشريعات المقارنة التي أخذت في التقادم الخمسي والثلاثي، لما يحقق هذا التحديد من استقرار في المعاملات التجارية، وكذلك فيه حمايةً لحقوق جميع الأطراف.

⁽³³⁾ الياس ناصيف، الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الجبلي الحقوقية، لبنان، 2017م، ج 1، ط 1، ص 138.

⁽³⁴⁾ مصطفى كمال طه، القانون التجاري – مقدمة الأعمال التجارية، الدار الجامعية للنشر – مصر، بلا أجزاء، ط 1، ص 112 – 113.

⁽³⁵⁾ عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية شركات الأشخاص – شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر – الاسكندرية، 2002م، بلا أجزاء، ط 1، ص 82.

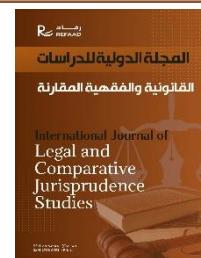
المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

- الابراهيم، مروان بدري. (2010). *تصفيه شركة المساهمة العامة*. دراسة مقارنة. دار شتات للنشر والبرمجيات، بلا جزء، ط.1.
- الحكيم، جاك يوسف. (1999 – 2000). *الشركات التجارية*. منشورات جامعة دمشق، ج.1، ط.1.
- أبو زيد، رضوان. (1987). *الشركات التجارية*. دار الفكر العربي، ج.1، ط.1.
- شخانية، عبد علي. (1992). *النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية*. دار جمعية عمال المطابع التعاونية، بلا أجزاء، ط.1.
- الشرقاوي، عبد الكريم حسين حسن. (2013). *مدى فاعلية الوسائل القانونية في التحقيق من البطلان الاجرامي وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية*. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية – الأردن.
- طه، مصطفى كمال. (د.ت). *القانون التجاري – مقدمة الأعمال التجارية*. الدار الجامعية للنشر، بلا أجزاء، ط.1.
- العربي، محمد فريد. (2002). *الشركات التجارية*. دار المطبوعات الجامعية، بلا أجزاء، ط.1.
- العكيلي، عزيز. (2012). *الشركات التجارية في القانون الأردني*. دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا أجزاء، ط.3.
- القليوبى، سمية، ، سمحة. (1991). *الشركات التجارية*. دار النهضة العربية للنشر، بلا أجزاء، ط.1.
- الماحي، حسين. (1991). *الشركات التجارية*. دار النهضة العربية، بلا أجزاء، ط.1.
- مسعود، فاتن جميل محمد. (2008). *الدفع بصور الزمن في الدعوى المدنية*. رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية – الأردن.
- المصري، عباس مصطفى. (2002). *تنظيم الشركات التجارية شركات الأشخاص – شركات الأموال*. دار الجامعة الجديدة للنشر، بلا أجزاء، ط.1.
- ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد. (2012). *الشركات التجارية*. دار المسيرة للنشر، بلا أجزاء، ط.1.
- ناصيف، الياس. (2017). *الشركات التجارية (دراسة مقارنة)*. منشورات الحلي الحقوقية، ج.1، ط.1.

ثانياً: القوانين والأحكام القضائية:

- اجهادات وقرارات محكمة تميز الحقوق الأردنية.
- قانون الشركات الأردني، رقم (22) لسنة 1997م وتعديلاته.
- القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976م وتعديلاته.
- قرارات محكمة صلح الحقوق.
- نظام تصفية الشركات، رقم 6 لسنة 2021.



The Legal Position of Obligations of Company Legal Entity Termination

Afak Ahmed Bniata

Nibras Law Firm and Legal Consulting, Jordan
 afaqb4813@gmail.com

Abdul Salam Muhammad Al-Fadl

Associate Professor of Private Law, Yarmouk University, Jordan

Received: 7/5/2022

Revised: 21/5/2022

Accepted: 2/6/2022

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.4>

Abstract: This research deals with the legal status of the obligations that appear after the expiry of the legal personality of the company, and the Jordanian legislator did not address this important issue. Therefore, it was necessary to refer to jurisprudence, judicial rulings, and general rules of civil law in order to find a solution that preserves creditors' rights towards the company and does not waste it. This study has reached a range of findings; most notably is the liability of partners within the companies of persons remains unlimited to creditors extending to their own funds even after the liquidation is closed, but with regard to the responsibility of partners in the fund's companies. It remains limited to creditors with only their income from the company's funds. The study recommended the need for the Jordanian legislator to intervene to develop a set of legal rules on this subject, most notably is the provision to give creditors the right to refer directly to the partners in the company, with the need to establish special legal periods for the fall of those claims relating to obligations that appear after the expiry of the legal personality of the company.

Keywords: *commitments; company expiration; the liquidator; The passage of time; which prevents the time of the lawsuit.*

References:

1. Al'kyly, 'yzy. (2012). Alshrkat Altjaryh Fy Alqanwn Alardny. Dar Althqafh Llnshr Waltwzy', Bla Ajza', T3.
2. Al'ryny, Mhmd Fryd. (2002). Alshrkat Altjaryh. Dar Almtbw'at Aljam'yh, Bla Ajza', T1.
3. Alabrahym, Mrwan Bdry. (2010). Tsftyt Shrkt Almsahmh Al'amh, Drash Mqarnh. Dar Shtat Llnshr Walbrmjyat, Bla Jz', T1.
4. Alhkym, Jak Ywsf. (1999 – 2000). Alshrkat Altjaryh. Mnshwrat Jam'eh Dmshq, J1, T1.
5. Almahy, Hsyn. (1991). Alshrkat Altjaryh. Dar Alnhdh Al'rbyh, Bla Ajza', T1.
6. Mlhm, Basm Mhmd Waltrawnh, Bsam Hmd. (2012). Alshrkat Altjaryh. Dar Almsyrh Llnshr, Bla Ajza', T1.
7. Ms'wd, Fatn Jmyl Mhmd. (2008). Aldf' Bmrwr Alzmn Fy Ald'wa Almdnyh. Rsalt Majstyr, Aljam'h Alardnyh – Alardn.
8. Almsry, 'bas Mstfa. (2002). Tnzym Alshrkat Altjaryh Shrkat Alashkhas – Shrkat Alamwal. Dar Aljam'h Aljdydh Llnshr, Bla Ajza', T1.
9. Nasyf, Alyas. (2017). Alshrkat Altjaryh (Drash Mqarnh). Mnshwrat Alhly Alhqwqyh, J1, T1.
10. Alqylwby, Smyhh, (1991). Alshrkat Altjaryh. Dar Alnhdh Al'rbyh Llnshr, Bla Ajza', T1.
11. Shkhanbh, 'bd 'ly. (1992). Alnzam Alqanwny Ltsfyh Alshrkat Altjaryh. Dar Jm'yt 'mal Almtab' Alt'awnyh, Bla Ajza', T1.
12. Alshrqawy, 'bd Alkrym Hsyn Hsn. (2013). Mda Fa'lyt Alwsa'l Alqanwny Fy Althqyq Mn Albtlan Alajra'y Wfqa Lqanwn Aswl Almhakmat Almdnyh. Drash Mqarnh, Atrwht Dktwrah, Jam't 'man Al'rbyh – Alardn.
13. Th, Mstfa Kmal. (D.T). Alqanwn Altjary – Mqdmh Ala'mal Altjaryh. Aldar Aljam'yh Llnshr, Bla Ajza', T1.
14. Abw Zyd, Rdwan. (1987). Alshrkat Altjaryh. Dar Alfk Al'rby, J1, T1.

ضوابط هدايا البنوك لموظفيها

(دراسة قانونية فقهية مقارنة)

حسن حرب اللصاصمه

أستاذ مساعد- كلية القضاء والسياسة الشرعية- جامعة مينيسوتا- الفرع الرئيسي للتعليم عن بعد- أمريكا
محام ومستشار قانوني- قاضي محكمة استئناف عمان سابقًا

hasan428842@yahoo.com

2022/8/9 قبول البحث:

مراجعة البحث: 2022 /7/30

استلام البحث: 2022 /5/7

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.5>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



ضوابط هدايا البنوك لموظفيها (دراسة قانونية فقهية مقارنة)

حسن حرب اللصاصمه

أستاذ مساعد- كلية القضاء والسياسة الشرعية- جامعة منيسوتا- الفرع الرئيسي للتعليم عن بعد- أمريكا

محام ومستشار قانوني- قاضي محكمة استئناف عمان سابقاً

hasan428842@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.5> مراجعة البحث: 2022/7/30 قبول البحث: 2022/8/9 استلام البحث: 2022/5/7

الملخص:

يتم دعم التنمية بتوافر الإنتاج لدى موظفي البنوك لتشجيع المتعاملين على شراء خدمات التنمية لدعم نشاطها بتقديم الهدايا وفق الضوابط القانونية والشرعية لتحقيق التنمية ولا يخل بالحكمة في تعين بيان ماهية هدايا البنوك لموظفيها تعرضاً وأنواعاً، وبيان حكم الإهداء وقبول الهداية وأصل هدايا الموظفين وضوابطها قانوناً وفقها بتحديد ضوابط تقديمها وتقييمها، وبيان نتائج وتوصيات دراستها.

الكلمات المفتاحية: ضوابط الهدايا؛ هدايا البنوك؛ هدايا الموظفين.

المقدمة:

تعد التنمية من تحديات الدول المعاصرة؛ فتعد الخطط وترصد المواريثات، وسباق الدول في تحقيق النهضة والاستقرار في خدمات التنمية المقدمة من القطاعين العام والخاص، ومن أكبر دواعم التنمية توافر التشجيع الإنتاجي لموظفيها لتحفيز المتعاملين معها لشراء خدمات التنمية لدعم نشاطها بالتشجيع لتحقيق مكاسب التنمية بتقديم الهدايا من قبلها، وأبرز ما يتلقاء المتعاملين وموظفي القطاع العام والخاص على اختلاف طبقاتهم من الهدايا، وتقدم في إطار من الضوابط القانونية والشرعية لتحقيق التنمية ولا تكون من الفساد والخلل في الحكم الرشيد، فيثور التساؤل عن ماهية هدايا البنوك لموظفيها؟، وما الضوابط القانونية والفقهية لتقديم الهدايا من قبلها؟، فكان بحث أحكام الموضوع لبيان ما يحل منها وما يحرم فالبحوث القانونية والشرعية الموجودة لا تغطي خطورته على تنمية الدول واقتصادياتها ولا تلبي حاجة الموقف والعنابة بالضوابط القانونية والشرعية التي تميز ما يجوز قبوله منها وما لا يجوز، في موضوع ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها قانوناً وفقها، فيتعين الوقوف على ركائز التعريف بموضوع هذا البحث من حيث مشكلة موضوعه وأهميته وأهدافه وتساؤلاته ومنهجيته والدراسات السابقة فيه ومحظى خطة دراسته.

تتمثل ركائز التعريف بموضوع هذا البحث بالوقوف على مشكلة موضوعه وأهميته وأهدافه وتساؤلاته ومنهجيته والدراسات السابقة فيه ومحظى خطة دراسته من خلال التفصيل الآتي:

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة بالكشف عن ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها قانوناً وفقها لدعم التنمية بتشجيع المتعاملين مع المؤسسات الخدمية لشراء خدماتها لدعم نشاطها بما يتلقونه من الهدايا، ويهمنا هدايا البنوك لموظفيها بإطار الضوابط القانونية والفقهية لتحقيق التنمية ولا تكون من الفساد والخلل في الحكومة الراسدة، فيثور التساؤل عن ماهية الهدايا التي تقدمها البنوك لموظفيها؟، وما الضوابط القانونية والشرعية لتقديم تلك الهدايا من قبلها؟، فبحث هذه الأحكام من المهمات التي تحتاج لبيان ما يحل وما يحرم، وبيان ماهية هدايا الموظفين والعنابة بالضوابط

القانونية والشرعية التي تبين ما يجوز قبوله وما لا يجوز، والتطبيقات المعاصرة للضوابط ليتبين حكمها وتعزز نظائرها في ضوابط هدايا البنوك لموظفيها قانوناً وفقهاً.

أهمية الدراسة:

تبين هذه الأهمية من أن عملية التنمية تستند لتشجيع موظفي البنوك لخدمة المتعاملين معها لشراء خدمات التنمية لدعم نشاطها لتحقيق التنمية بتقديم الهدايا من قبلها بما يتلقاه موظفي المؤسسات العامة والخاصة من الهدايا، ومهما منها الهدايا التي تقدم من البنوك لموظفيها، وتقدم في إطار من الضوابط القانونية والشرعية لتحقيق التنمية ولا تكون من الفساد والخلل في الإدارة الراسدة، فيثور التساؤل عن ماهية هدايا البنوك لموظفيها؟ وما الضوابط القانونية والفقهية لذلك؟.

أهداف الدراسة:

تتمثل أهداف موضوع الدراسة بالآتي:

- الحرص على بيان ماهية الهدايا تعرضاً وأنواعاً.
- العناية بالضوابط القانونية والفقهية لبيان ما يجوز قبوله من الهدايا وما لا يجوز.
- بيان تطبيقات تلك الضوابط، وتكوين الدراسة بأحكام هدايا البنوك لموظفيها.
- بيان دور البحوث القانونية والفقهية في توضيح أحكام الهدايا التي تقدمها البنوك وفق ضوابط قانونية وشرعية لتفادي خطورتها على تنمية الدول واقتصادياتها.

أسئلة الدراسة:

نظرأ لأهمية الهدايا التي تقدمها البنوك لموظفيها في إطار الضوابط القانونية والشرعية لتحقيق التنمية ولا تكون من الفساد والخلل في الإدارة الراسدة، لذلك فالباحث سيرجيب عن تساؤل ماهية هدايا البنوك لموظفيها؟ وما الضوابط القانونية والشرعية بتقديم تلك الهدايا من قبلها؟.

منهجية الدراسة:

سنعالج موضوع ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها (دراسة قانونية فقهية مقارنة) وفق المنهج التحليلي التأصيلي للجوانب النظرية والتطبيقية قانوناً وفقهاً معالجة الموضوع وفقاً للنصوص القانونية وأراء الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة التي تنزل عليها تلك الضوابط، (أبو غدة، 2010).

الدراسات السابقة:

تعرض بعض الباحثين لموضوع الهدايا عموماً كوسيلة تشجيع وتحفيز للمتعاملين لشراء الخدمات المصرفية، وللموظفين لزيادة الإنتاجية وبنفس الوقت التوصل للترويج الخدمي دون التعرض لهدايا البنوك لموظفيها وضوابطها قانوناً وفقهاً، ومن هذه الدراسات الآتي:

- دراسة أبو غدة (2010) الجوائز على أنواع الحسابات المصرفية متناولة الجوائز على الحسابات المصرفية ولم تتعرض لما تميز به هذا البحث من تحديد ماهية ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، وتطبيقاتها المعاصرة في البنوك.
- دراسة القحطاني (2013) القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، معالجة القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، ولم تتعرض لما تميز به هذا البحث من تحديد ماهية ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها (دراسة قانونية فقهية مقارنة) وتطبيقاتها المعاصرة في البنوك.

محتوى الدراسة:

للتعريف بموضوع البحث، ستناوله بثلاثة مباحث وختمة، فالباحث الأول يعالج ماهية هدايا البنوك لموظفيها تعرضاً وأنواعاً، والباحث الثاني يعالج الأصل في الهدايا ببيان حكم الإهداه وقبول الهدية والأصل في هدايا الموظفين، والباحث الثالث يعالج ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقهاً من حيث تحديد ضوابط تقديم الهدايا وتقديرها، والختمة تتناول النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية الهدايا.

المطلب الأول: تعريف الهدايا.

المطلب الثاني: أنواع الهدايا.

المبحث الثاني: حكم الهدايا.

المطلب الأول: حكم الهدايا وحكم قبول الهدايا.

المطلب الثاني: هدايا الموظفين

المبحث الثالث: ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقهاً.

المطلب الأول: تحديد ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقهاً.

المطلب الثاني: تقييم ضوابط تقديم الهدايا للموظفين.

المبحث الأول: ماهية الهدايا:

ماهية الهدايا التي تقدمها البنوك تعبّر عن تعريف مصطلحها وتحدد أنواعها، ويمكننا الوقوف تعرّيفها وأنواعها من خلال التفصيل الآتي:

المطلب الأول: تعريف الهدايا

الهدايا تحتاج في معرفة معناها إلى الوقوف على معانٍ مفردة لها، وفقاً للآتي:

الفرع الأول: تعريف الهدايا لغة واصطلاحاً

في اللغة الهدايا جمع الهدية⁽¹⁾ وهي لما أحضرت به غيرك⁽²⁾، وفي الإصطلاح فالهدية نوع من الهبة، وتمليك من غير عوض⁽³⁾، فالهدية في اصطلاح، تمليك من دون عوض⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف الموظفين لغة واصطلاحاً:

في اللغة الموظفين جمع موظف، وهو من يكلف بعمل⁽⁵⁾. ويعرف الموظفين اصطلاحاً، كل من يتولى أمراً في الولايات العامة أو الخاصة⁽⁶⁾. ويشمل الأجراء على الأعمال⁽⁷⁾. فكل موظف بنوع العمل الذي يتولاه غالباً⁽⁸⁾.

وهذا التعريف يشمل جميع أنواع موظفي القطاع العام أو القطاع الخاص⁽⁹⁾ فهدايا الموظفين هي كل ما يقدم للموظف من الخدمات بسبب عمله من غير رب العمل، فينقسم الموظفون من حيث جهة توظيفهم للدولة: وهم كل شخص يعهد إليه بأداء عمل في مرفق تديره الدولة⁽¹⁰⁾، وموظفي الجهات الخاصة⁽¹¹⁾، ونص التشريع على عقوبات رشوة الموظف. فالمقصود بالموظّف «يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا النظام: 1. كل من يعمل لدى الدولة أو الموظف لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة سواء كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة. 2. المحكم أو الخبير المعين من قبل الحكومة أو أية هيئة لها اختصاص قضائي. 3. كل مكلف من جهة حكومية أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة معينة. 4. كل من يعمل لدى الشركات أو المؤسسات الفردية التي تقوم بإدارة وتشغيل المراقب العام أو صيانتها أو تقوم ب مباشرة خدمة عامة وكذلك كل من يعمل لدى الشركات المساهمة والشركات التي تساهم الحكومة في رأس مالها والشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاول الأعمال المصرفية. 5. رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة»⁽¹²⁾. وهذا يقتضي تقديم الهدايا من غير جهة العمل بينما الأمر يختلف إذا قدمت تلك الهدايا من جهة العمل.

المطلب الثاني: أنواع هدايا الموظفين

هناك اعتبارات عديدة يمكن تصنيف هدايا الموظفين وفقها. ومن تلك الاعتبارات:

⁽¹⁾ عبد الستار أبو غدة، (1431هـ-2010م)، الجوائز على أنواع الحسابات المصرفية، ط1، ص176. قرارات وتحصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، 23، مكة المكرمة، 11 و12/تشرين ثاني (نوفمبر 2002م)، قرار رقم 2/23.

⁽²⁾ لسان العرب، (1414هـ)، بن منظور، محمد بن مكرم (ت711هـ)، ط3، دار صادر، بيروت، مادة (هدي)، (357/15).

⁽³⁾ أحكام القرآن، (د.ت.)، الجصاص، أبو يكير (ت370هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (1313هـ)، الريلigi، فخر الدين عثمان بن علي (ت743هـ)، ط1، المطبعة الأميرية، القاهرة، (91/5).

⁽⁴⁾ المحلى، (1972)، ابن حزم، أبي محمد بن علي (ت460هـ)، ط1، المطبعة محمودية، القاهرة، (123/9).

⁽⁵⁾ هبطة المحاج إلى شرح المهاج، (1304هـ)، الرملي، شمس الدين محمد بن شهاب (ت1004هـ)، ط1، المطبعة المهنية، القاهرة، (404/2).

⁽⁶⁾ تاج العروس، (1414هـ)، الزبيدي (ت1205هـ)، محمد المرتضى، ط1، دار الفكر، بيروت، (1/1)، (7360/1).

⁽⁷⁾ أنسى المطالب في شرح روض الطالب، (1338هـ)، الأنصاري، أبو يحيى ذكريا بن محمد (ت926هـ)، ط1، مصطفى الحلي، القاهرة، (627/8).

⁽⁸⁾ الفروق، (1366هـ)، الفراقي، شهاب الدين أبو العباس (ت684هـ)، ط1، دار إحياء الكتب، القاهرة، (315/6).

⁽⁹⁾ عبد الواحد حمد المزروع، استغلال الموظف العام لسلطته ونفوذه، (1993)، ط1، دار المقتبس، الرياض، ص8.

⁽¹⁰⁾ حسين كامل فهمي، الودائع المصرفية حسابات المصارف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص(684).

⁽¹¹⁾ محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط1، دار شباب الجامعة، الإسكندرية، 1973، ص(40-46) و(567).

⁽¹²⁾ جريمة الرشوة في النظام السعودي ص(34).

أولاً: أنواع الهدايا باعتبار جنسها:

الهدايا بالنظر إلى جنسها يمكن تصنيفها إلى هدايا مادية، عينية أو نقدية، وهدايا نفعية كالخدمات والتخفيضات. وهدايا ذات قيمة معنوية اعتبارية.

ثانياً: أنواع الهدايا باعتبار سبب الهدية وباعتها:

تصنف لهدايا بسبب العمل والوظيفة، وهذا النوع يكون بعلم جهة العمل أومن دون علمها. وهدايا بعلم جهة العمل أومن دون علمها. وهدايا ليست بسبب العمل⁽¹³⁾.

ثالثاً: أنواع الهدايا باعتبار جهة الإهداء:

الهدايا بالنظر لجهة الإهداء فهي تكون من جهة العمل، هدايا عامة أو خاصة، كهدايا تشجيعية. وهدايا من غير جهة العمل. خاصة أو عامة لهم⁽¹⁴⁾. فرقاً لهذا الاعتبار فهي إما هدايا مشروطة التي يشرطها البنك أو العميل ولها سياسة مكتوبة كانت أو معروفة، وإما هدايا غير المشروطة ويعني أن تكون الهدايا من قبل البنك من غير سياسة مكتوبة يشرط منها العميل أو البنك هدايا معينة لأرصدة معينة⁽¹⁵⁾.

رابعاً: أنواع الهدايا باعتبار الشروط:

وفقاً لهذا الاعتبار فهي إما هدايا مشروطة التي يشرطها البنك أو العميل ولها سياسة مكتوبة كانت أو معروفة، وإما هدايا غير المشروطة ويعني أن تكون الهدايا من قبل البنك من غير سياسة مكتوبة يشرط منها العميل أو البنك هدايا معينة لأرصدة معينة.

خامسًا: أنواع هدايا الموظفين:

هناك اعتبارات تصنف هدايا الموظفين وفقها. ومن تلك الاعتبارات:

- أنواع الهدايا باعتبار جنسها: هدايا ذات قيمة، أو هدايا معنوية، وأوضحت التشريعات المعاصرة كل الصور المتقدمة أنه «يعتبر من قبيل الوعد أو العطية في تطبيق هذا النظام كل فائدة أو ميزة يمكن أن يحصل عليها المرتشي أياً كان نوع هذه الفائدة أو تلك الميزة أو اسمها سواء كانت مادية أو غير مادية». والجزاء العماني⁽¹⁶⁾. وعقوبات مصرى مادة (105) «كل موظف عمومي قبل من شخص أدي له عملاً من أعمال وظيفته أو امتنع عن أداء عمل من أعمالها أو أخل بواجباتها، هدية أو عطية بعد تمام ذلك العمل أو الامتناع عنه الأفعال عن عمل من أعمال وظيفته أو أخل بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه»⁽¹⁷⁾، ونظرًا لجرائم هذه الأفعال، يحظر على موظفي البنوك تحت طائلة العقاب، من خلال الرقابة على الجهاز المركزي المالي والمعظم، وبدلاً نصوص نظام مراقبة البنوك المطبق من قبل البنك المركزي الأردني، وهذا ما يتفق مع الحكم الشرعي الإسلامي.
- أنواع الهدايا باعتبار باعتها: تصنف إلى هدايا سببها العمل، وهذا النوع إما يكون بعلم جهة العمل أو بدون علمها، وهدايا ليست بسبب العمل.
- أنواع الهدايا باعتبار جهة الإهداء من جهة العمل: سواء هدايا لبعض الموظفين أو كلهم.

المبحث الثاني: الأصل في تقديم الهدايا وقبولها

إن دراسة الأصل في الهدايا يتناول حكم الإهداء وحكم قبول الهدية والأصل في هدايا الموظفين، وما يتعلق بذلك من أحكام قانونية وفقهية تتضمن من خلال التفصيل الآتي:

المطلب الأول: حكم الإهداء وحكم قبول الهدية

حكم الإهداء في الأصل مشروع مندوب إليه، ودل على ذلك السنة النبوية والإجماع على ذلك⁽¹⁸⁾ وبأدلة صريحة في الندب إلى الهدية والأمر بها، كقول النبي صلى الله عليه وسلم «هادوا تحابوا»⁽¹⁹⁾.

بينما حكم قبول الهدية المشروعة مالم يقム مانع شرعى⁽²⁰⁾، وفي وجوب قبول الهدية قولان، أولهما أن قبول الهدية مندوباً⁽²¹⁾، وثانهما أن قبول الهدية واجب إذا كانت من غير مسألة⁽²²⁾ وكل منها أدلة.

⁽¹³⁾ نظام مكافحة الرشوة السعودي ص (2). وقانون عقوبات مصرى م (106)، ص (111).

⁽¹⁴⁾ محمد بن سالم بخسر ، التكليف الفقهي للخدمات المصرفية ، ط 1، دار النفائس ، ص 22.

⁽¹⁵⁾ مركز الدراسات الفقهية، موسوعة فتاوى المعاملات المالية ج 12/ ص 29، وعمر مصطفى جبر إسماعيل ، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 124-125، ص 124-125.

⁽¹⁶⁾ عبد المستار أبو غدة ، مرجع سابق ، ص 18.

⁽¹⁷⁾ فتح الباري ، العسقلاني ، ابن حجر (ت 852هـ) ، رواه البخاري (208).

⁽¹⁸⁾ قانون العقوبات المصري الكتاب الثاني مادة (105).

⁽¹⁹⁾ محمد الجنيدى ، التعامل المالي والمصرفي من منظور إسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 م ، ص 146.

⁽²⁰⁾ العسقلاني ، (81/3)، مرجع سابق، برقم (221).

⁽²¹⁾ إعلام الموقعين ، بن قيم الجوزية ، شمس الدين محمد (ت 751هـ) ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1977 م ، (114/3).

فأدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بقول النبي صلى الله عليه وسلم "لو دعيت إلى ذراع أو كراع، ولو أهدي إلى ذراع أو كراع، لقبلت"⁽²³⁾، فدل ذلك على مشروعية واستحبابه، وقول "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية، ويثيب عليها"⁽²⁴⁾. أما أدلة القول الثاني، قوله صلى الله عليه وسلم "لا تردوا الهدية"⁽²⁵⁾، فدل على قبولها⁽²⁶⁾. وليس للتحريم بل هو للكرامة، والمقصد حصول الألفة والمحبة⁽²⁷⁾. وأن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أن لا يقبل من أحد شيئاً بخصوص الهدية⁽²⁸⁾. ففيه "حجۃ في جواز الرد وإن كان من غير مسألة ولا إشراف". ونهى صلى الله عليه وسلم عن رد بعض الهدايا⁽²⁹⁾، كقوله "ثلاث لا ترد، الوسائل، والدهن، والبن"، وكان لا يرد الطيب⁽³⁰⁾، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن رد المذكورات لا يفيد تخصيص النبي العام⁽³¹⁾، وروى عن عمر، كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطيه العطا، فاقول أعطيه من هو أفقري إليه مني، فقال "خنده، إذا جاءك من هذا المال شيء، وأنت غير مشرف ولا سائل فخذنه، وما لا، فلا تبتعه نفسك"⁽³²⁾. فيعني القبول. وهذا أمر ندب في العطايا التي من بيت المال⁽³³⁾. فالراجح أن قبول الهدية مستحب استحباباً مؤكداً جمعاً بين الأدلة، ولما في الرد الذي ليس له سبب ظاهر من الإساءة للمهدى.

المطلب الثاني: حكم هدايا الموظفين

حكم هدايا الموظفين المنع والتحريم وفقاً للأدلة، إذ تؤدي لإفساد العالم. فالدلائل المتنوعة أن حكم كل ما يستفيده الموظف عدم الجواز⁽³⁴⁾، فقول النبي صلى الله عليه وسلم "هدايا العمال غلو". وقوله "من استعملناه منكم على عمل فكتمنا محيطاً بما فوقه كان غلولاً يأتي به يوم القيمة". فأخذ هدايا العمال وأصحاب الولايات والوظائف من الخيانة، وفيه تضييع الأمانة بمحاباة المهدى، وهنا الحكم عدم جواز الأخذ، ويحرم الأخذ مع عدم الإفصاح، ولو كان الأخذ بإذن الإمام يصار ما غنته إلى بيت مال المسلمين. وذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أستعمل رجلاً من الأرد يقال له: ابن اللتبية على الصدق، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا أهدي لي، فقال صلى الله عليه وسلم "فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فيينظر أهدي له أو لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منكم شيئاً إلا جاء به يوم القيمة يحمله على رقبته"⁽³⁵⁾.

فتعاب صلى الله عليه وسلم على ابن اللتبية قبله الهدية التي أهديت إليه؛ لكونه كان عاملاً. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الراشي والمترشى، فالهدية التي سبها العمل داخلة في معنى الرشوة التي لعن النبي صلى الله عليه وسلم أخذها وباذلها، وقيل أن عمر بن عبد العزيز أهديت إليه هدية فردها، فقيل له، إن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية، فقال "كانت الهدية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة"⁽³⁶⁾.

وقبول تلك الهدايا من أسباب ضياع الأمانة والإخلاص والتورط في الفساد. ولهذا جاءت التشريعات حازمة في منع الموظف من كل تكسب بسلطة ولايته وعمله. ففي نظام مكافحة الرشوة السعودي «كل موظف عام طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لاء عمل من الأعمال وظيفته أو يزعم أنه من أعمال وظيفته، ولو كان هذا العمل مشروعًا بعد مرتبثاً بيعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات، وبغرامة لا تزيد عن مليون ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا يؤثر بقيام الجريمة اتجاه قصد الموظف إلى عدم القيام بالعمل الذي وعد به». وتوافقت أغلب تشريعات الدول العربية في التجربة.

⁽²²⁾ المغنى، بن قدامة، أبي محمد عبد الله (ت620هـ)، ط-1، مطبعة الإمام، القاهرة، 1377هـ، 49ص.

⁽²³⁾ فواز محمد علي فارع القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، ط-1، مؤسسة الرسالة، 2013م، ج1ص308.

⁽²⁴⁾ قرار رقم (53) حكم الجوائز التي تعطى من البنك الإسلامي وفق آلية معينة بتاريخ 8/8/1422هـ، الموافق 24/10/2001م، انظر: دائرة الإفتاء العام، قرارات مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية، المملكة الأردنية الهاشمية، ص136-137.

⁽²⁵⁾ خلال مناقشته في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد 9 ج 1 ص922. وخلال مناقشاته في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 9 ج 1 ص910.

⁽²⁶⁾ عبد الستار أبو غدة، الجوائز على أنواع الحسabات المصرفية، ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، ط-1، البركة المصرفية، 1434هـ، ص176-177.

⁽²⁷⁾ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار رقم 19، القرض، 2/10، جواز القرض، ص326.

⁽²⁸⁾ قرار هيئة الرقابة الشرعية رقم (17) لبنك البلاد في جلسها الخامسة عشرة بعد المائة المتعقدة يوم الأحد 2/3/1426هـ الموافق 3/13/2005م في مدينة الرياض.

⁽²⁹⁾ على السالوس، حكم وداع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، د.طن، فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك الإسلامي الأردني، فتاوى الجوائز، فتوى رقم 1، انظر: البنك الإسلامي الأردني، الفتاوى الشرعية 1438هـ، 2017م، ج 3ص45.

⁽³⁰⁾ ندوة البركة الثالثة والعشرين، مكة المكرمة 6و7 رمضان 1433هـ، 11و12/تشرين ثاني (نوفمبر) 2002م قرار رقم 2/23، انظر قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، إعداد: عبد الستار أبو غدة، ط-1، مجموعة البركة المصرفية، السعودية، 1431هـ، 10/2010م، ص176. وقرار رقم (53): الجوائز التي تعطى من الإسلامي وفق آلية معينة بتاريخ 8/8/1422هـ الموافق 24/10/2001م، دائرة الإفتاء العام، قرارات مجلس الإفتاء ص137.

⁽³¹⁾ المعيار الشرعي رقم (19) بعنوان (القرض) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

⁽³²⁾ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 9 ج 1 ص910.

⁽³³⁾ موقع إسلام ويب، التابع لإدارة الدعوة والإرشاد الديني بوزارة الأوقاف والشؤون الدينية بدولة قطر، فتوى رقم 3720.

⁽³⁴⁾ خلال مناقشاته في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 9 ج 1 ص90. والصالوس، علي، حكم وداع البنوك وشهادات.

⁽³⁵⁾ بن قيم الجوزية، مرجع سابق، (114/3).

⁽³⁶⁾ العسقلاني، مرجع سابق (63/167). واللطف للبخاري.

المبحث الثالث: ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقاً

يتناول مبحث ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقاً، تحديد هذه الضوابط القانونية والفقهية في المطلب الأول، وتقديم ضوابط تقديم هذه الهدايا في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تحديد ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقاً

إن الخدمات التي يقدمها البنك لعملائه تخضع لنطاق محدد، وعلى ضوئه تتحدد ضوابط تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها لبذل الجهد الإنتاجي لتحفيز المتعاملين معها، وللوقوف على النطاق وضوابطه القانونية والفقهية نعالجه وفقاً للتفصيل الآتي:

الفرع الأول: نطاق تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقاً

يشمل نطاق تقديم الهدايا للموظفين- قانوناً وفقاً - جميع الخدمات المصرفية لغرض تحفيز المتعاملين، سواء تتعلق باستيفاء الرصيد كله أو بعضه وفتح الحسابات والإستعلام عن حركة الرصيد كالهاتف المصرفي بطاقة الصراف الآلي، خدمة الإنترنت المصرفية هي خدمات جائزة شرعاً، وإذا كان البنك يقدم خدمة أخرى يتضمنها مثلاً أجراً فلا مانع من تنازله عن بعض الأجر لبعض العملاء لأن ذلك ليس من الزيادة في القرض، ولأن الغرض منها استقطاب العملاء لا استقطاع حق للغير، فما يتعلق بالوفاء والاستيفاء والإيداع والسحب، هذه لا مانع منها لأنها تتعلق بالإيداع والسحب، والبنك يستوفي المال بالطريقة التي يراها، فهذا لا شيء فيه، فكلها أمور تتعلق بالوفاء والاستيفاء، ولا مانع فيها، وهذا إجتياز جماعي وليس فردياً⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: تحديد ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً وفقاً

جاءت ضوابط تقديم هدايا البنوك لموظفيها وفقاً لنطاق هذه الخدمات المصرفية، وعليه تتحدد الضوابط القانونية والفقهية، وسنعالج ذلك وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً: ضوابط تقديم الهدايا للموظفين قانوناً:

يكون تقديم الهدايا من البنوك لموظفيها بضوابط قانونية محددة بنظام رقابة البنك المركزي على البنوك ونظام ضمان الودائع المصرفية، فعلى البنك المركزي أن تتعامل مع البنوك الإسلامية وفق متطلبات نظام الصيرفة والرقابة الشرعية، وبينت التشريعات المعاصرة الضوابط القانونية في الهدايا بكل صورها، فالمواود (170-174) عقوبات أردنية قضت بأن كل موظف عمومي أخل بواجبات وظيفته بقصد المكافأة أو قام بعمل من أعمال وظيفته أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته أو أخل بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالسجن وبغرامة، وما ورد في المادة (12) نظام مكافحة الرشوة السعودية وقانون العقوبات المصري مادة (105) مكررة، وعليه فالضوابط القانوني بالنسبة لهدايا موظفي البنوك تكون تلك الهدايا محظورة تحت طائلة المسئولية والعقاب مالم تكن من جهة العمل كونها تعد هنا حواجز إعمالاً لنظام الرقابة على الجهاز المصرفي، وبدلالة نصوص نظام مراقبة البنوك المطبق من قبل البنك المركزي الأردني، وهذا ما يتفق مع الحكم في الشعري الإسلامي، فكل ما يستفيده الموظف من الهدايا بأنواعها، والتي ليس العمل أو الوظيفة سبباً في حصولها، فهي جائزة لا تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين، فإن الأسباب معتبرة في التعليلات، أما إن كان أهدي لأجل قرابة أو صداقة أو مودة فهي حلال إعمالاً للحكم العام في الهدايا، وكل هدية لموظفي تأذن فيها جهة الوظيفة فهي جائزة، فكل ما يستفيده الموظف من الهدايا إذا أذنت فيها جهة العمل لم تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين.

ثانياً: ضوابط تقديم الهدايا للموظفين فقهياً:

مشروعية الهدايا على العموم، وتحريم هدايا الموظفين وأن غالب الكلام في شأن القضاة على وجه الخصوص، وليس هذا حسراً للأحكام فهم، بل لكونهم أغلظ من غيرهم وأخطر⁽³⁸⁾، فالهدايا في حقهم أشد تحريمًا؛ لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها، يأمرن فيها بالمعروف، وينهون عنها عن المنكر، وعن أبي هريرة قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتضى في الحكم» فشخص بالذكر لختصاته بالغليظ، وسائر أصحاب الولايات ملحوظون بالقضاة في حكم الهدايا، وتكره الهدية للسلطان وعموم أصحاب الولايات «إن كل هدية يأخذها موظف في وظائف الحكومة هي بمثابة الهدية التي يأخذها القاضي». وأسباب عدم جواز قبول الهدايا قال «منها الهبة لأرباب الولايات والعمال فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولايهم ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية»⁽³⁹⁾. وينبغي في حال الاشتباه في توافر ضوابط الإباحة فإنه يرجع إلى الحكم في هدايا الموظفين⁽⁴⁰⁾. ولما كانت هدايا الموظفين بين التحريم والجواز هدايا؛ فيخرج عن المنع والتحريم، إلى الحكم العام في الهدايا، وهو الإذن والمشروعة، فحصر أحوال تكون فيها هدايا الموظفين جائزة: ليتميز المأذون من تلك الهدايا، وما هو غير مأذون، فتتضح للضوابط الفقهية الآتية:

(37) العسقلاني، مرجع سابق، (231/5)، رواه البخاري معلقاً مجزوماً به في كتاب البهية، من لم يقبل الهدية لعلة، (235/2).

(38) نظام مكافحة الرشوة السعودية ص (1). وعقوبات مصرى م (105). جزاء عماني م (231). عقوبات قطري م (75). ومجلة نقابة المحامين الأردنيين، المذكرة الإيضاحية لقانون المدني الأردني، ج 2، 2000م، ص 607.

(39) تحفة المحتاج - البيشري، شهاب الدين أحمد بن حجر (ت974هـ)، ط-1، المطبعة الذهبية، القاهرة، 1282هـ (138/10).

(40) أخرجه الترمذى (1336). وقال: «حسن صحيح».

• فكل ما يستفيده الموظف من الهدايا بأنواعها، والتي ليس العمل أو الوظيفة سببا في حصولها، فهي جائزة لا تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين، فإن الأسباب معتبرة في التمليلات، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم "فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أهدي له أو لا؟" ⁽⁴¹⁾. أما إن كان أهدي وسلام دليل على تحريم الهداية التي سببها الولاية ⁽⁴²⁾. و"العامل لا يجوز أن يستثمر هداية أهديت إليه بسبب ولايته". و"يتحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن اللتبية تحريم الهداية إذا لم تكن الهداية له إلا بسبب السلطان. ويتحمل أن الهداية لأهل الصدقات إذا كانت بسبب الولاية لأهل الصدقات كما يكون ما تطوع به أهل الأموال مما ليس عليهم لأهل الصدقات لا لولي الصدقات". وقال الغزالى "وما يعلم -أي الموظف- أنه، إنما يعطاه ولايته فحرام أخذه". وقال ابن تيمية "فوجه الدلالة أن الهداية هي عطية يبتغي بها وجه المعطى وكرامته فلم ينظر النبي صلى الله عليه وسلم إلى ظاهر الإعطاء قوله وفعلاً، ولكن نظر إلى قصد المعطين ونياتهم التي تعلم بدلالة الحال، فإن كان الرجل بحيث لو نوع عن تلك الولاية أهدي له تلك الهداية لم تكن الولاية هي الداعية للناس إلى عطيته، والإفالمقصود بالعلطية إنما هي ولايته: إما ليكرمهم فيها أو ليخفف عنهم، أو يقدمهم على غيرهم، أو نحو ذلك مما يقصدون به الانتفاع بولايته أو نفعه لأجل ولايته". وقال في اعتبار الأسباب في الهدايا: "هذا المنصوص جاز على أصول المذهب الموقفة لأصول الشريعة، وأن كل من أهدي أو وهب له شيء بسبب يثبت بثبوته ويزول بزواله ويحرم بحرمه ويحل بحله حيث جاز في تولي الهداية مثل من أهدي له للقرض فإنه يثبت فيه حكم بدل القرض. ومن أهدي له ولاية مشتركة بينه وبين غيره كالأمام، وأمير الجيش وساعي الصدقات فيثبت في الهداية حكم ذلك الاشتراك" ⁽⁴³⁾.

وعليه فإن كل الهدايا والتي تقدم لموظفي القطاع العام على اختلاف مسمياتهم، والهدايا المقدمة لموظفي القطاع الخاص يجوز قبولها إذا لم تكن بسبب ما يشغلونه من ولايات، ولا يدخل في هدايا الموظفين، ويستوي في ذلك جميع أنواع الهدايا.

• كل هدية موظف تأذن فيها جهة الوظيفة في جائزة، فكل ما يستفيده الموظف من الهدايا إذا أذنت فيها جهة العمل لم تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين، لقول النبي صلى الله عليه وسلم "من استعملناه منكم على عمل، فكتمنا مخيطاً فما فوقه، كان غلولاً يأتي به يوم القيمة" ، وهذا صريح في جواز أخذ الموظف شيئاً بسبب ما استعمل فيه إذا أذن من استعمله أو وظفه. ونص على جواز هدايا الموظفين إذا أذنت جهة العمل جماعة من أهل العلم، قال ابن بطال في شرحه على البخاري: "وفي حديث ابن اللتبية: أن هدايا العمال يجب أن تجعل في بيت المال، وأنه ليس لهم منها شيء إلا أن يستأذنوا الإمام في ذلك" ، ولأنه "إما أهديت إليه بسبب ولايته، فاستحال أن تكون له دون المسلمين" ⁽⁴⁴⁾، بل النظر فيها إلى ولهم. وأوجب النبي صلى الله عليه وسلم على من استعمل في عمالة أو ولاية من عامل أو موظف أن يأتي بكل ما حصله بسبب ولايته من قليل أو كثير، ثم إن أعطي منه شيئاً أخذه وإن امتنع منه. وهذا "فيه أنها إذا أخذت تجعل في بيت المال، ولا يختص العامل منها إلا بما أذن له فيه الإمام". ويؤكد أن كل هدية أذنت بها جهة العمل فلا محدود على الموظف في قبولها، وأنها لا تدخل فيما جاء النبي عنه من هدايا العمال، أنه إنما نبي عن ذلك: لأجل قطع أسباب الخيانة ومنع فساد الولايات. وعليه فإن كل الهدايا التي تقدم لموظفي القطاع العام على اختلاف مسمياتهم، والهدايا المقدمة لموظفي القطاع الخاص يجوز قبولها إذا أذنت فيها جهة الوظيفة والعمل، وليس ذلك داخلاً في هدايا الموظفين. يستوي في ذلك جميع أنواع الهدايا، لكن الواجب على المسؤولين عند تقديم هذا النوع من الهدايا أن يجتنبوا الإسراف في أموال غيرهم عامة أم خاصة.

• كل الهدايا بأنواعها مما جرى التسامح فيه، فلا تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين. وما جرى به العادة تنتفي فيه العلة التي من أجلها منعت هدايا الموظفين غالباً «ومثل العطاء للاستحسان العطاء بحكم العادة والعرف. فالعادة، وخصوصاً التي لا تنطوي على ضرر، تفضل رعايتها عند التعامل بين أصحاب العرف الواحد. بل قد تعتبر شرطاً غير مكتوب لصحة المعاملة». ورعاة لهذا المعنى ذكر الفقهاء جواز قبول العمال والموظفين كالقضاة والولاية ونحوهم الهدايا التي تهدى لهم لأسباب وبواطنها لا صلة لها بأعمالهم ووظائفهم وولاياتهم: كالهداية لقرابة أو صداقة أو مواده أو مكافأة على إحسان أو غير ذلك؛ إذ لا وجہ لمنع ذلك؛ وعللوا ذلك بأنه مما جرت به العادة وسمح به العرف وانتفت منه التهمة. فيما يجب على القاضي في شأن الهدايا: "قبول الهداية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة، ومن جملة الأكل بالقضاء، ومما يدخل به عليه التهمة، ويطمع فيه الناس، فليتحرز من ذلك؛ إلا من ذي رحم محرم منه فقد كان التهادي بينهم قبل ذلك عادة" ⁽⁴⁵⁾.

أما ما لم تجر به عادة أو عرف سواء في الهداية أو وصفها أو قدرها فهذا داخل فيما جاء النبي عنه من هدايا الموظفين قال السبكي: "وأما الهداية وهي التي يقصد بها التودد واستعمال القلوب فإن كانت ممن لم تقدم له عادة قبل الولاية فحرام، وإن كانت ممن له عادة قبل الولاية فإن زاد فكما لو لم تكن له عادة، وإن لم يزد فإن كانت له خصومة لم يجز وإن لم تكن له خصومة جاز بقدر ما كانت عادته قبل الولاية والأفضل أن لا يقبل؛ والتشديد على القاضي في قبول الهداية أكثر من التشديد على غيره من ولاة الأمور؛ لأنه نائب عن الشرع فيحق له أن يسير بسنته". وقال محمد علیش: "إإن أهدي بعد ولايته من اعتادها قبلها أزيد قدراً أو أحسن جنباً أو صنعاً امتنع قبولها اتفاقاً. وقد ذكر بعض الفقهاء أن ما زاد على المأولف من الضيافة

⁽⁴¹⁾ إحياء علوم الدين، الغزالى، محمد أبي حامد (ت505هـ)، ط-3، دار الخير، بيروت، 1993م ، 153/2، 154/2.

⁽⁴²⁾ حاشية البجرمي على المهاجر، البجرمي، سليمان (ت1221هـ)، ط-1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1284هـ ، (330/4).

⁽⁴³⁾ إ رد المحترار على الدر المختار شرح تنوير الأباء، بن عابدين ، محمد أمين(ت1252هـ)، ط-2، مصطفى الباجي الحلي، القاهرة، 1386هـ، (513/5).

⁽⁴⁴⁾ الغزالى ، مرجع سابق، (4/2).

⁽⁴⁵⁾ المتفاوى الكبيرى، بن تيمية، أحمد (ت728هـ)، ط-1، دار الوفاء، المنصورة، 1997. (286/31).

بسبب الولاية ملحق بهدايا الموظفين والعمال التي لا يجوز قبوله. قال ابن تيمية رحمة الله: "وأما الرجل المسموع الكلام، فإذا أكل قدرًا زائداً عن الصيافة الشرعية، فلا بد له أن يأكل المطعم، أو لا يأكل القدر الزائد، وإن قبوله الضيافة الزائدة مثل قبوله للهديه، وهو من جنس الشاهد والشافع إذا أدى الشهادة وأقام بالشفاعة لضيافة أو جعل، فإن هذا من أسباب الفساد".⁽⁴⁶⁾

وتطبيقاً فإن كل الهدايا التي تقدم لموظفي القطاع العام وعلى اختلاف مسمياتهم، والهدايا المقدمة لموظفي القطاع الخاص يجوز قبولها إذا كانت مما جرى العرف على التسامح فيه، فإن ذلك ليس داخلاً في هدايا الموظفين. يستوي في ذلك جميع أنواع الهدايا⁽⁴⁷⁾. وما يقدم لأصحاب الأعمال الخدمية. وهدايا الاحتفاليات للمسؤولين من أصحاب الولايات شريطة لا يكون ثمة نظام يمنع قبول مثل هذه الهدايا ولا يكون مدعاة للخيانة. ومن الضروري لتحقيق هذا أن يكون هناك حد مقدار الهدايا التي تقدم في مثل هذه المناسبات منعاً للمباهاة وصيانة للذمم من الفساد، وأن الورع عدم القبول مثل هذه الهدايا، وجواب الشيخ محمد العثيمين عما يقدم للعمال الذين يذهبون للبيوت للإصلاحات من هدايا وإكراميات، وهم موظفون في شركات صيانة، ولهم مرتبات «الورع لا تقبل هذا الشيء، وأن تدعه»، و«الورع لا تقبل شيئاً غير راتبك».⁽⁴⁸⁾

• كل هدية كافأ عليها المهدى جائزة، من الهدايا بأنواعها لا تدخل فيما يمنع من هدايا الموظفين إذا كافأ الموظف المهدى باذلها بمثل هديته أو خير منها. فالثابت من هدي النبي صلى الله عليه وسلم في الهدية أنه كان يقبل الهدية ويكافىء عليها بالإثابة⁽⁴⁹⁾ عن عائشة "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية، ويثيب عليها". وهذا المشروع مراعاته في الهدايا عموماً أن يقابل الإحسان بالإحسان. وهذه الإثابة والمجازاة قد تكون واجبة في بعض الأحوال عند بعض أهل العلم كما في هبة الثواب مثلاً. ومن الصور التي قيل بوجوب الإثابة فيها مكافأة الموظف من أهدى إليه هدية بسبب ولايته، فقد جعل شرطاً لجواز قبولها، وذلك أنه إذا كافأ عليها المهدى فقد أبطل سلطان الهدية المانع لهدايا العمال، "وإن أهدى له من غير هذين الوجهين أحد من أهل ولايته فكانت تفضلاً عليه في المعاملة فلا يقبلها، وإن قبلها كانت في الصدقات، لا يسعه عندي غيره إلا أن يكافئه عليه بقدرها فيسعه أن يتمنلها"⁽⁵⁰⁾، وتطبيقاً فإن كل الهدايا التي تقدم لموظفي القطاع العام على اختلاف مسمياتهم ومراتبها، وكذلك الهدايا المقدمة لموظفي القطاع الخاص يجوز قبولها إذا كافأ الموظف المهدى باذلها بمثل هديته أو خير منها. يستوي في ذلك جميع أنواع الهدايا. وإذا قدم للموظف هدية لم تتوافر فيها أسباب الإباحة أو كانت محل اشتباه في جواز قبولها فإنه يحل له قبولها شريطة أن يكافأ الموظف المهدى الذي بذلها بمثل هديته. فمثلاً ما يقدم للمعلمين من الهدايا التي لا يجوز لهم قبولها إلا لصلاحه شريطة أن يكافئهم عليها بمثلها، وإنها لا تحل لهم.

• كل ما يقدم للموظف حكم هدايا الموظفين حلالاً وحرمة منعاً وإباحة. وكل ما يستفيده الموظف من غير رب العمل عدم الجواز⁽⁵¹⁾. وينعى الموظف من قبول الهدية بسبب الوظيفة "ويظهر المنع في المنافع المقابلة بالأموال كدار يسكنها ودابة يركبها ونحو ذلك بخلاف ما لا يقابل غالباً...ولم تجر العادة ببذل المال في مقابلته كاستعارة كتب العلم ونحو ذلك". وإن الدعوة الخاصة التي تقام لأجل القاضي كالهدية في الحكم. و"الصيافة والهبة كالهدية والعارية إن كانت مما يقابل بأجرة فحكمها كالهدية". وبمثيل هذا" حكم ضيافة خص بها القاضي حكم هدية". وأن "محاباة الولاة في المعاملة من المبايعة والمؤاجرة والمضاربة والمساقة والمزارعة ونحو ذلك هو من نوع الهدية. ولهذا شاطر عمر بن الخطاب رضي الله عنه من عماله من كان له فضل ودين لا ينتمي بخيانة وإنما شاطرهم لما كانوا خصوا به لأجل الولائية من محاباة وغيرها"، وتطبيقاً لكل ما يقدم لموظفي القطاع العام على اختلاف مسمياتهم، والهدايا المقدمة لموظفي القطاع الخاص لها حكم الهدايا في الحال والحرمة. وما يقدم لموظفي القطاع العام أو الخاص يعامل معاملة الهدايا وفق ما تقدم من ضوابط.

• جواز هدايا الموظف بشرط السلامة من مظنة التهمة والخيانة، فكل ما يجوز للموظف من الهدايا فجوازها مقييد بأن لا تؤدي إلى خيانة ومظنة تهمة ورببة في الإهداء أو قدره أو جنسه وصفته. فالعلة في منع هدايا الموظفين مظنة تهمة: تفضي غالباً إلى ضياع الأمانة وفساد الولاية «الهدايا متى لم يقصد بها معنى الرشوة ولا كانت في وقت خصومة، ولا تضمنت إزراء بمنصب القضاء، ولا تهمة، أو ميلاً بل كانت مكارمة بين الأكفاء أنه لا يمتنع قبولها، ولكنه ينظر للمعنى الباعث لصاحها على الإهداء». ولهذا منع الحاكم والقاضي من قبول الهدية دفعاً للتهمة ونفياً للريبة، "الحاصل أن الهدية لا يملكتها الحاكم، وأما تحرير أخذها فحيث أوجبت ريبة حرم عليه قبولها". و"لا يقبل- أي القاضي- الهدية من أحدهما إلا إذا لا يتحقق به تهمة"⁽⁵²⁾، الولي والقاضي والشافع ممنوع من قبول الهدية، وهو أصل فساد العالم، وإسناد الأمر إلى غير أهله، وتولية الخونة والضعفاء والعاجزين، وقد دخل بذلك من الفساد ما لا يحصيه إلا الله، وما ذاك إلا لأن قبول الهدية من لم تجر عادته بمهاداته ذريعة إلى قضاء حاجته، وحبك الشيء يعمي ويسقم، فيقوم عنده شهوة لقضاء حاجته مكافأة له مقرونة بشره وإغماض عن كونه لا يصلح". ومثله في المعنى من اعتبار مظنة التهمة في منع قبول الهدية

(46) الميسوط، السرخيسي، أبي محمد بن أحمد (ت490هـ)، الميسوط، ط-1، مطبعة البيان، القاهرة، 1324هـ، (82/16).

(47) بن تيمية ، مرجع سابق، (175/4).

(48) فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء (553/23).

(49) رواه البخاري في كتاب الهدية -باب المكافأة على الهدية -، رقم (2585)، (232/2).

(50) نبيل الأيوطار شرح متنقى الأخبار الشوكاني، محمد بن علي (ت1255هـ)، ط-1، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، (8/6).

(51) موهاب الجليل لشرح مختصر خليل ، الخطاب ، أبي عبد الله محمد (ت954هـ) ، ط-1 ، مطبعة نصطفى الحلي ، القاهرة ، 1367هـ ، (253/4).

(52) الكاساني، علاء الدين أبي بكر (ت587هـ)، بداع الصنائع، ط-1، مطبعة المجلة، القاهرة، 1383هـ، (9/7).

والإذن فيما لا تهمة فيه ما علل بجواز قبول النبي صلى الله عليه وسلم الهدية مع كونه كان والياً على المسلمين "وتحل له الهدية مطلقاً بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور لاتفاق التهمة عنه دوهم" ، ومن إباحة الضيافة للقاضي ومن ليس له خصومة منظورة قال في درر الحكم شرح مجلة الأحكام: "للقاضي أن يذهب إلى ضيافة غير المتخاصمين إذا كانت عامة لأنه ليس فيها تهمة". ومثله في المعنى من اعتبار مطنة التهمة في منع قبول الهدية والإذن فيما لا تهمة فيه قال ابن تيمية رحمة الله: "وأما الرجل المسموع الكلام، فإذا أكل قدرًا زائداً عن الضيافة الشرعية، فلا بد له أن يكفي المطعم بمثل ذلك، أو لا يأكل القدر الزائد، وإلا فقبوله الضيافة الزائدة مثل قبوله للهدية، وهو من جنس الشاهد والشافع إذا أدى الشهادة وأقام بالشفاعة ضيافة أو جعل، فإن هذا من أسباب الفساد".

وتطبيقاً فإن الهدايا لموظفي القطاع العام على اختلاف مسمياتهم، وما يقدم لموظفي القطاع الخاص لا تجوز إذا خشي أن تؤدي إلى الخيانة أو مطنة التهمة، والهدايا المقدمة من الطلبة لمعلميهم أو مدارسهم أو إدارتها، وما يقدم لمنسوبي المهن الصحية من أطباء وممرضين لأجل زيادة عنايتهم بالمريض ونحو ذلك. ويندرج في ذلك الهدايا التي تقدم لمندوبي المبيعات في الجهات الحكومية أو الخاصة فإنها مطنة المحاباة في الاختيار أو التسعيرات ، ويقول ابن باز في الهدايا التي تعطى للمندوبيين «هذا محرم وهذا خيانة وأنه لا يبالي بالسعر المناسب الذي ينفع به الشركة وما يحصل له من هذا البائع».

المطلب الثاني: تقييم ضوابط تقديم الهدايا للموظفين:

ولما تقدم، إن تقديم الهدايا لموظفيها بضوابط قانونية وفقهية، تجوز الهدايا لهم إذا أذنت جهة العمل، ويحرم قبول هدية جاءته بحكم مسؤوليته تلك أو وظيفته ويمنع الموظف من قبول الهدية بسبب الوظيفة" ويشير المنع في المنافع المقابلة بالأموال كدار يسكنها ودابة يركبها ونحو ذلك بخلاف ما لا يقابل غالباً، ولم تجر العادة ببذل المال في مقابلته كاستعارة كتب العلم ونحو ذلك". وإن الدعوة الخاصة التي تقام لأجل القاضي فيكون هو المقصود بالحضور هي كالهدي في الحكم. و"الضيافة والهبة كالهدي والعارية إن كانت مما يقابل بأجرة فحكمها كالهدي" ، وكذا حكم ضيافة خص بها القاضي حكم هدية". وأن "محاباة الولاة في معاملة المباعة والمأجورة والمضاربة والمساقاة والمزارعة وهو من نوع الهدية.

الخاتمة:

تتضمن الخاتمة نتائج موضوع البحث وتوصياته وفقاً للآتي:

أولاً: النتائج:

فبعد دراسة بعد الدراسة تبين النتائج الآتية:

- أن الحكم في الهدايا الإباحة.
- أن العبرة سبب الهدية والباعث لها.
- مشروعية قبول الهدايا مالم يقم مانع.
- أن رد الهدية دون سبب فيه إساءة للمهدى.
- الأصل في هدايا البنوك لموظفيها في القرض التحرير.
- جواز الهدية إذا كافأ عليها، شرط إنتفاء التهمة في جواز قبول الهدية.

ثانياً: التوصيات:

تتمثل توصيات موضوع البحث بالآتي:

- أن تكون ممارسة الخدمات المصرفية وتقديم الهدايا للموظفين وفقاً لرؤى الرقابة الشرعية.
- تقديم الهدايا من قبل البنوك للموظفين فيها وفقاً للضوابط القانونية والشرعية بعدها عن الربا.
- تعزيز قيم الشفافية لدى موظفي البنوك وترسيخ الرقابة الذاتية لديهم.
- ترسیخ مناهج الحكومة الراسدة وخلق التنافسية المشروعة من خلال حواجز من قبل جهة العمل.
- الحرص على توافر تدابير الوقاية والمعالجة ومنع أسباب الفساد والرشوة بوضع نظم التأديب الداخلية وتفعيل المسائلة العقابية في اللوائح الداخلية تحقيقاً للردع العام والخاص.

المراجع:

• القرآن وعلومه:

1. الجصاص، أبو بكر. (د.ت.)..، *أحكام القرآن*. دار الكتاب العربي، بيروت.

- **الحديث وعلومه:**
 1. الشوكاني، محمد بن علي. (1402هـ). نيل الأوطار. ط 1، دار الفكر، بيروت.
 2. العسقلاني، ابن حجر. (1980). فتح الباري. ط 2، تحقيق: ابن باز، الرياض.
- **اللغة:**
 1. الزبيدي، محمد المرتضى. (1414هـ). تاج العروس. ط 1، دار الفكر، بيروت.
 2. بن منظور، محمد بن مكرم. (1414هـ). لسان العرب. ط 3، دار صادر، بيروت.
- **الفقه الحنفي:**
 1. الزبيدي، فخر الدين. (1313هـ). تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق. ط 1، المطبعة الأميرية، القاهرة.
 2. السرخسي، أبي محمد بن أحمد. (1324هـ). المبسوط. ط 1، مطبعة البيان، القاهرة.
 3. الكاساني، علاء الدين أبي بكر. (1383هـ). بدائع الصنائع. ط 1، مطبعة المحلة، القاهرة.
 4. ابن عابدين، محمد أمين. (1386هـ). رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأ بصار. ط 2، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
- **الفقه المالكي:**
 1. الحطاب، أبي عبد الله محمد الرعيني. (1367هـ). موهب الجليل لشرح مختصر خليل. ط 1، مطبعة نصطفى الحلبي، القاهرة.
 2. القرافي، شهاب الدين أبو العباس. (1366هـ). الفروق. ط 1، دار إحياء الكتب، القاهرة.
- **الفقه الشافعي:**
 1. البجيري، سليمان. (1284هـ). حاشية البجيري. ط 1، المطبعة الأميرية، القاهرة.
 2. الرملي، شمس الدين محمد. (1304هـ). نهاية المحتاج. ط 1، المطبعة المهنية، القاهرة.
 3. الغزالى، محمد أبي حامد. (1993). إحياء علوم الدين. ط 3، دار الخير، بيروت.
 4. الهيثى، شهاب الدين أحمد بن حجر. (1282هـ). تحفة المحتاج. ط 1، المطبعة الذهبية، القاهرة.
- **الفقه الحنفي:**
 1. بن تيمية، أحمد بن عبد الحليم. (1997). مجموع الفتاوى الكبرى. ط 1، دار الوفاء، المنصورة.
 2. بن قدامة، أبي محمد عبد الله بن أحمد. (1377هـ). المغني. ط 1، مطبعة الإمام، القاهرة.
 3. بن قيم الجوزية، شمس الدين أبي بكر. (1977). إعلام الموقعين. ط 2، دار الفكر، بيروت.
- **الفقه الظاهري:**
 1. ابن حزم، أبي محمد بن علي. (1972). المحلى. ط 1، المطبعة المحمودية، القاهرة.
- **المراجع الحديثة:**
 1. إسماعيل، عمر. (د.ت). ضمادات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة. ط 1، دار النفائس ، عمان.
 2. الأمين، حسن. (د.ت). الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام. ط 1، دار الشروق، جدة.
 3. بخضور، محمد بن سالم. (د.ت). التكثيف الفقهي للخدمات المصرفية. ط 1، دار النفائس، عمان.
 4. الجنيدى، محمد، (2008) التعامل المالي والمصرفي من منظور إسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة.
 5. السالوس، علي. (د.ت). حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي. د.ط، قصر الكتب.
 6. أبو غدة، عبد الستار. (2010). الجوائز على أنواع الحسابات المصرفية. ط 1.
 7. القحطاني، فواز. (2013). القواعد الضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية. ط 1، مؤسسة الرسالة.
 8. المزروع، عبد الواحد حمد. (1993). استغلال الموظف العام لسلطته ونفوذه. ط 1، دار المقتبس، الرياض .
 9. مهنا، محمد فؤاد. (1973). مبادئ وأحكام القانون الإداري. ط 1، دار شباب الجامعة، الإسكندرية.
- **المقالات والبحوث:**
 1. فهري، حسين كامل. (د.ت). الودائع المصرفية حسابات المصارف. بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 9، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- **المجلات:**
 1. مجلة نقابة المحامين الأردنيين. (2000). المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج 2.



Restrictions of the Gifts Offered by Banks to their Employees (A Comparative Jurisprudential Legal Study)

Hasan Harb Allasassmeh

Assistant professor, department of judiciary and legal politics collage of the judiciary and legal politics, Islamic university of Minnesota, the main branch of distance education
 Lawyer, Legal Consultant. Former Judges of Amman Court of Appeal.
 hasan428842@yahoo.com

Received: 7/5/2022 Revised: 30/7/2022 Accepted: 9/8/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.2.5>

Abstract: Development shall be promoted by instigating the production of the employees of the banks to encourage the clients to purchase the development services in order to support their activities which matter is done by offering gifts according to the legal and Sharia restrictions in order to achieve the development but without breaching the governance for which the gifts offered by the banks to their employees. This should be defined as well as classified by types in addition to stating at the Sharia opinion for gifting and accepting the gift as well as the source of the gifts of the employees and their restrictions legally and jurisprudentially by establishing restrictions for offering the same in addition to evaluating them through the recent applications on which they are downloaded in order to arrive at their Sharia opinion and the identification of their counterparts. Further, the results and recommendations of the study of the same shall be stated.

Keywords: *Restrictions of the Gifts; Offered by Banks; Gifts Banks to Employ.*

References:

1. Alamyn, Hsn. (D.T). Alwda" Almsrfyh Alnqdyh Wastthmarha Fy Aleslam. T1, Dar Alshrwq, Jdh.
2. Bkhdr, Mhmd Bn Salm. (D.T). Altkyyf Alfqhy Llkhdmat Almsrfyh. T1, Dar Alnfa's, 'man.
3. Esma'yil, 'mr. (D.T). Dmanat Alastthmar Fy Alfqh Aleslamy Wtbyqatha Alm'asrh. T1, Dar Alnfa's, 'man.
4. Abw Ghdh,'bd Alstar. (2010). Aljwa'z 'la Anwa' Alhsabat Almsrfyh. T1.
5. Aljnydy, Mhmd, (2008). Alt'aml Almaly Walmsrfy Mn Mnzwr Eslamy, Dar Alfkr Al'rby, Alqahrh.
6. Mhna, Mhmd F'ad. (1973). Mbad' Wahkam Alqanwn Aledary. T1, Dar Shbab Aljam'h, Aleskndryh.
7. Almzrw', 'bdalwahd Hmd. (1993). Astghlal Almwzf Al'am Lslth Wnfwdh. T1, Dar Almqtbs, Alryad .
8. Alqhtany, Fwaz. (2013). Alqwa'd Aldwabt Alfqhyh Alm'thrh Fy Alm'amlat Almsrfyh Aleslamyh. T1, M'sst Alrsalh.
9. Alsalws, 'ly. (D.T). Hkm Wda" Albnwk Wshhadat Alastthmar Fy Alfqh Aleslamy. D.T, Qsr Alktb.