P-ISSN: 2789-4533
E-ISSN: 3005-6640
DOI Prefix: 10.56599
OJS / PKP

حکومەتا هەرێما
کوردستانێ - عێراق
وەزارەتا خواندنا بلند و
ڤەکولینێن زانستی
زانکۆیا دهۆك
کولیژا یاسا

مجلة يَقين
للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر
عن كلية القانون - جامعة دهوك

گوڤارا یقین
یا خواندنێن یاسایی

كانون الأول
كانينا ئيكێ
2024

السنة (سال) : 1
العدد (ژمارا) : 2

P-ISSN 2789-4533
E-ISSN 3005-6640
DOI Prefix: 10.56599
OJS/PKP

مجلة يقين
للدراسات القانونية

Web Site
https://clp.uod.ac/yaqeen

Email
yaqeen.jls@uod.ac

PHONE
+9647515199009

دهوك شارع زاخو,38 1006AJ
اقليم كوردستان – العراق

السنة الاولى
العدد: (٢)

كانون الأول
كانينا ئيكێ
٢٠٢٤

سەرنڤیسەر

پ.د. قاسم أحمد قاسم

زانکویا دهوک

سکرتێرێ نڤێسینێ

پ. هـ.د. فرهاد سعيد سعدي

زانکویا دهوک

ئەندامێن دەستەیا نڤێسینێ:

1- پ.د. أكرم ياملكي، زانكويا جيهان، ياسا بازرگانی.

2- پ.د. عصمت عبدالمجيد بكر، زانكويا جيهان، ياسا شارستانی.

3- پ.د. فخري عبدالرزاق الحديثي، زانكويا بەغداد، ياسا تاوانی.

4- پ.د. حسين توفيق فيض الله، زانكويا سەلاحەددين، ياسا بازرگانی ومافێ هزروبيران.

5- پ.د. اكرم محمود حسين البدو، زانكويا مووسل، ياسا شارستانی.

6- پ.د. خلوق ضيف الله اغا، زانكويا زانستێن ئيسلامی يا جيهانی- ئوردن، شەريعەتا ئيسلامی وبارێ كەسايەتی.

7- پ.د. هيثم حامد خليل المصاروة، زانكويا پاشا عبدالعزيز- سعوديه، ياسا شارستانی.

8- پ.د. أيمن سعد عبدالمجيد سليم، زانكويا قاهرە-كومارا ميسر يا عەرەبی، ياسا شارستانی.

9- پ.د. عبدالكريم صالح عبدالكريم، زانكويا دهوك، ياسا شارستانی.

10- پ.د. علي يونس اسماعيل، زانكويا دهوك، ياسا كارگێری.

11- پ.هـ.د. نجدت صبري العقراوي، زانكويا تيشك يا نيڤ دەولەتی، عيراق، ياسا نيڤ دەولەتی يا گشتی.

12- پ.هـ.د. محمد عمر مولود ، زانكويا تيشک يا نيڤ دەولەتی- عيراق، ياسا دەستوری.

13- پ.هـ.د. ايمان يوسف نوري، زانكويا دهوك، ياسا شارستانی.

ئەندامێن دەستەیا راوێژکاری:

1. پ.د. عبدالله علي عبو، زانکویا دهوك، یاسا نیڤ دەولەتی یا گشتی.
2. پ.د. هادي نعيم المالكي، زانکویا بەغداد، یاسا نیڤ دەولەتی یا گشتی.
3. پ.د. اسماعيل ابابكر علي، زانکویا دهوك، شەریعەتا ئیسلامی وبارێ کەسایەتی.
4. پ.د. محمد رشيد الجاف، زانکویا سلێمانی، یاسا تاوانی.
5. پ.د. حماد مصطفى عزب، زانکویا اسیوط، میسر، یاسا بازرگانی.
6. پ.ھ.د. هادي مسلم يونس، ئەنجومەنی راوێژکاریا هەرێما کوردستانێ، یاسا بازرگانی.
7. پ.ھ.د. عثمان علي ويسي، پەرلەمانێ هەرێما کوردستانێ، یاسا دەستوری.
8. پ.ھ.د. احسان أحمد رشيد، زانکویا دهوك، یاسا شارستانی.
9. پ.ھ.د. احمد محمود حمدان الفضلی، زانکویا عجمان، میرنشینێت عربی یین ئیکگرتی –امارات، یاسا نیڤ دەولەتی یا تایبەت.
10. پ.ھ.د. بییر مالیه مالیه، زانکویا عجمان، میرنشینێت عربی یین ئیکگرتی – امارات، یاسا شارستانی.
11. پ.ھ.د. احمد بن صالح بن ناصر البروانی، زانکویا الشرقیة، سەلتنا عومان، یاسا تاوانی.

لیژنا پێداچوونا زمانی:

1. پ.د. عابد حسن جميل
2. پ.ھ.د. سردار عماد الدين محمد سعيد
3. پ.ھ.د. اسماعيل عبد الرحمن نجم الدين
4. پ.ھ.د. زوزان صادق سعيد
5. د. عرفان عمر خالد محمود
6. د. بيوار طيب افدل
7. م. زيرفان سليمان صديق
8. م. سلطان احمد الروژبیانی

لیژنا پێداچوونێ و دەرهێنانا هونەری:

1. پ.ھ. د. إيمان يوسف نوري.
2. م. سلطان احمد الروژبیانی.
3. خانم زینی عادل توفیق.
4. بەرێز نزار صادق سعید.
5. بەرێز اڤراز سردار إبراهيم.

رئيس التحرير

أ.د. قاسم احمد قاسم

جامعة دهوك

سكرتير التحرير

أ.م. د. فرهاد سعيد سعدي

جامعة دهوك

هيئة التحرير:

1. أ.د. اكرم ياملكي، جامعة جيهان، القانون التجاري.
2. أ.د. عصمت عبدالمجيد بكر، جامعة جيهان، القانون المدني.
3. أ.د. فخري الحديثي، جامعة بغداد، القانون الجنائي.
4. أ.د. حسين توفيق فيض الله، جامعة صلاح الدين، القانون التجاري والملكية الفكرية.
5. أ.د. اكرم محمود حسين البدو، جامعة الموصل، القانون المدني.
6. أ.د. خلوق ضيف الله آغا، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن، الشريعة الاسلامية والاحوال الشخصية.
7. أ.د. هيثم حامد خليل المصاروة، جامعة الملك عبدالعزيز، السعودية. القانون المدني.
8. أ.د. ايمن سعد عبدالمجيد سليم، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية. القانون المدني.
9. أ.د. عبدالكريم صالح عبدالكريم، جامعة دهوك، القانون المدني.
10. أ.د. علي يونس اسماعيل، جامعة دهوك، القانون الاداري.
11. أ.م.د. نجدت صبري العقراوي، جامعة تيشك الدولية، كلية القانون– العراق، القانون الدولي العام.
12. أ.م.د. محمد عمر مولود، جامعة تيشك الدولية– العراق، القانون الدستوري.
13. أ.م.د .ايمان يوسف نوري، جامعة دهوك، القانون المدني.

الهيئة الاستشارية:

1. *أ.د. عبدالله علي عبو، جامعة دهوك، القانون الدولي العام.*
2. *أ.د. هادي نعيم المالكي، جامعة بغداد، القانون الدولي العام.*
3. *أ.د. اسماعيل ابابكر علي، جامعة دهوك، الشريعة الاسلامية– الاحوال الشخصية.*
4. *أ.د. محمد رشيد الجاف، جامعة السليمانية، القانون الجنائي.*
5. *أ.د. حماد مصطفى عزب، جامعة اسيوط، مصر، القانون التجاري.*
6. *أ.م.د. هادي مسلم يونس، مجلس شورى اقليم كوردستان- العراق، القانون التجاري.*
7. *أ.م.د. عثمان علي ويسي، برلمان اقليم كوردستان، القانون الدستوري.*
8. *أ.م. د. احسان احمد رشيد، جامعة دهوك، القانون المدني.*
9. *أ.م.د. احمد محمود حمدان الفضلي، جامعة عجمان، الامارات العربية المتحدة، القانون الدولي الخاص.*
10. *أ.م.د. بيير ماليه ماليه، جامعة عجمان، الامارات العربية المتحدة، القانون المدني.*
11. *أ.م.د. احمد بن صالح ناصر البروانى، جامعة الشرقية،سلطنة عمان، القانون الجنائي.*

المراجعة اللغوية:

1. أ.د. عابد حسن جميل
2. أ.م.د. سردار عماد الدين محمد سعيد
3. أ.م.د. اسماعيل عبد الرحمن نجم الدين
4. أ.م.د. زوزان صادق سعيد
5. د. عرفان عمر خالد محمود
6. د. بيوار طيب افدل
7. م. زيرفان سليمان صديق
8. م. سلطان احمد الروژبيانى

لجنة التنضيد والاستلال والإخراج الفني :

1. أ.م د. إيمان يوسف نوري.
2. م. سلطان احمد الروژبيانى.
3. السيدة زينى عادل توفيق.
4. السيد نزار صادق سعيد.
5. السيد اڤراز سردار إبراهيم.

قواعد النشر

مجلة يقين للدراسات القانونية

مجلة يقين مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن كلية القانون- جامعة دهوك، تعنى بنشر البحوث والدراسات في مجال القانون، ويقبل النشر فيها باللغات الثلاث، الكوردية، العربية، والإنكليزية، وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

أولاً: القواعد العامة:

1- أن يتسم البحث بالعمق والأصالة وفيه إضافة جديدة إلى حقل المعرفة القانونية، وذلك من خلال اتباع المنهجية العلمية، سواء من ناحية الفرضيات أم من ناحية استخدام المداخل النظرية والنظريات التي جاء البحث أو الدراسة ليؤكدها، أو أن يضفي البحث عليها بعض التغييرات أو ربما يبرز تناقضاتها، وعدم تماسكها، وأن يراعي الباحث الجانب المتعلق بالإشارة إلى المصادر سواء تعلق الأمر بالاقتباس أم بنقل فكرة معينة.

2- يراعي الباحث الآراء والتصحيحات والتصويبات التي ترد بصيغة تعديلات من قبل المحكمين.

3- يتعهد الباحث كتابياً بكون بحثه لم يسبق أن نشره ورقياً أو إلكترونياً، وأن لا يكون مقدماً للنشر الى أية جهة أخرى بالتزامن مع تقديمه للمجلة.

4- يجب أن يكون محتوى البحث مستوفياً لشروط السلامة الفكرية بشكل يضمن عدم المساس بالنظام العام والآداب العامة.

5- تحتفظ المجلة بجميع حقوق الطبع والترجمة والنشر ورقياً وإلكترونياً بعد تسلم الباحث قبول النشر. ولا يجوز له عندئذ نشر البحث في مجلة علمية أخرى أو بأي صيغة أخرى إلا بعد الموافقة التحريرية لرئيس التحرير.

6- أن لا يزيد عدد كلمات البحث على (8) آلاف كلمة.

7- تقدم البحوث بشكل إلكتروني على موقع المجلة حسب الخطوات والآليات المبينة فيه مع مراعاة استيفاء متطلبات كل خطوة، علماً أن المجلة تعتمد نظام المجلات المفتوحة (OJS).

8- ينبغي إرفاق ملخص للبحث باللغات الثلاث المبينة أعلاه مع ترجمة العنوان الرئيسي والكلمات المفتاحية، وعلى أن لا تزيد على(250) كلمة.

9- الآراء والأفكار التي تتضمنها البحوث والدراسات تعبر عن رأي أصحابها، والمجلة غير مسؤولة عنها.

ثانياً: القواعد الخاصة:

على الباحث الالتزام بإصول البحث العلمي وقواعده العامة ومراعاة الآتي:

1-يستخدم للكتابة في (المتن والهوامش) التنسيقات الآتية:

a) خط Ali-K-ALwand للغة الكوردية.

b) خط Simplified Arabic للغة العربية.

c) خط Times New Roman للغة الانكليزية.

2-أن يكون حجم الخط (18) للعناوين الرئيسية، و(16) للعناوين الفرعية، و(14) للمتن، و(12) للهوامش.

3-ترك مسافة (2.5) سم للجهات الأربع للصفحة، و(1.15) سم ما بين الخطوط.

4-يشار الى الهوامش بأرقام متسلسلة لكل صفحة على حدة، بحيث يتم كتابة مصادر ومراجع كل صفحة في حاشيتها السفلى.

5-تكتب الهوامش بالطريقة الاتية:

a) اسم المؤلف (الباحث)، عنوان المصدر، رقم الجزء، رقم الطبعة (الثانية فما فوق)، جهة النشر، مكان النشر، سنة النشر، رقم الصفحة او الصفحات.

b) في حال كون المصدر الذي يتم الاقتباس منه بحثاً في دورية علمية، فيذكر فيه التالي: اسم الباحث، عنوان البحث، اسم الدورية، الجهة التي تصدر عنها، العدد، المجلد، السنة، رقم الصفحة او الصفحات.

c) بخصوص رسائل الماجستير والأطاريح، فيكتب عنوان الرسالة او الاطروحة، اسم الباحث، الكلية او الجامعة المانحة للشهادة، السنة، رقم الصفحة او الصفحات.

d) عند الإشارة الى المصادر المأخوذة من المواقع الإلكترونية الموثوقة، ينبغي كتابة المصدر بالصيغة السابقة حسب نوع المصدر المشار إليه اعلاه، ثم كتابة العنوان الإلكتروني كاملاً وتاريخ نشر المصدر على الشبكة إن وجد، وتاريخ زيارة الباحث للموقع.

6-ادراج قائمة مصنفة بالمصادر في نهاية البحث تتضمن جميع المصادر المستخدمة في البحث.

7-تخضع البحوث المقدمة للاستلال وبالنسبة المعتمدة ووفقا للبرنامج المعمول به في جامعة دهوك وهي 20%. على أن يتقيد الباحث بضوابط الاقتباس الحرفي والمعنى على وفق سياقات اصول البحث القانوني بأن لا يزيد النص المنقول على ستة اسطر ويوضع بين قوسين مزدوجين.

المحتويات

1- استدراج المجني عليه في جريمة القتل العمد 11-33

م. سلطان أحمد الروژبياني

2- دعوى جنوب افريقيا وموقف المجتمع الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة 2023-2024، دراسة قانونية سياسية في أحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023.....33-67

د.عمرو سيد مرعي شلقامي

3- المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة 67-93

م. م. مراد عبدالله بيشو

4- مفهوم القيد العقاري وأثره في ملكية الحقوق العقارية 93-117

أ. م. د. أصالة كيوان كيوان

5- القانون الرياضي في ميزان القانون- دراسة وصفية تحليلية.....117-153

م.د. إبراهيم عمر خوشناو

6- وسائل التواصل الإجتماعي بين مبدأ الحق في الخصوصية ومبدأ الحق في الإثبات 153-195

عبد القادر فواز فرحان و أ. م. د. سجى عمر شعبان

7- الحماية الجنائية للمرأة من العنف الأسري بين القوانين الاتحادية وقانون إقليم كوردستان- العراق 195-234

م.م بيناك عبدالله عبد القادر

8- Certain Pressing Legal Issues of Social Media Account..... 7-36

Dr. Nazar Ameen Mohammed

استدراج المجني عليه في جريمة القتل العمد

Murder by luring a Victim

م. سلطان أحمد الروژبياني

القانون العام/ القانون الجنائي

كلية القانون، جامعة دهوك، إقليم كوردستان– العراق

Lecturer. Sultan Ahmed Rojbayani
Public Law/Criminal law

College of Law / University of Duhok
Kurdistan Region- Iraq

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.63

تاريخ إستلام البحث 4-8-2024، تاريخ القبول بالنشر 8-9-2024

ملخص البحث

يناقش هذا البحث استدراج المجني عليه من قبل الجاني بقصد قتله، حيث ان الجاني لايعاقب بعقوبة الاعدام في قانون العقوبات العراقي بمجرد قيامه بقتل انسان آخر بل لابد ان يصطحب القتل بظرف من الظروف المشددة الواردة على سبيل الحصر، والتي يدل على الخطورة الاجرامية العالية لديه. و لم يورد المشرع العراقي استدراج المجني عليه من قبل الجاني بقصد قتله من قبيل هذه الظروف. لسد هذا النقص التشريعي ولكثرة وقائع ارتكاب جريمة القتل عن طريق الاستدراج في الآونة الاخيرة؛ ودلالته على الخطورة الاجرامية للجاني كونه يستخدم هذه الوسيلة الغادرة والمفاجأة لضمان تحقيق تنفيذ نتيجته الاجرامية لقد خصصنا بحثنا هذا في ايجاد التكييف القانوني المناسب لحالة الاستدراج، وفي نهاية بحثنا توصلنا الى ان حالة استدراج المجني عليه تتحقق فيه جميع عناصر الترصد بالاضافة الى تحقق جميع مبررات علة تشديد العقاب فيه بل احيانا مبررات استدراج المجني عليه لتشديد العقاب يفوق ظرف الترصد بمفهومه التقليدي.

الكلمات المفتاحية: استدراج، المجني عليه، القتل العمد، الظروف المشددة، الترصد.

.....

پوختە

دئەڤێ ڤەکولینێدا، گەنگەشە وڕاکێشانا تاوانلێکرییە ژ لایێ تاوانباری ڤە ب مەرەما کوشتنا وی. ل گۆر یاسا سزادانا عێراقێ سزایێ سێدارەدانێ بۆ تاوانباری ب کوشتنا کەسەکی ناهێتە دان، بەلکو پێدڤییە کریارا کوشتنێ یا هەڤالبەندبیت ب ئێك ژ وان کاودانێن توند یێن سزادانێ ئەوێن دیاسایێدا هاتینە دیارکرن. ویاسا دانەرێ عێراقی ئاماژە ب شێوازێ ڕاکێشانا تاوانلێکری ژ لایێ تاوانباری ڤە ب مەرەما کوشتنا وی نەکرییە وەکو ئێك ژ کاودانێن تۆندکرنا سزایێ ئاماژەپێکری. و ژبۆ چارەسەرکرنا ڤێ کێماسییا یاسایی و ژبەر زێدەبوونا ئەنجامدانا تاوانێن کوشتنێ ب ڕێکا ڕاکێشانا تاوانلێکری ژ لایێ تاوانباری ڤە ب مەرەما گوشتنا وی وئاماژا وی ب مەترسییا ئەنجامدانا تاوانێ وجێبەجێکرنا ئەنجامێ تاوانێ بکاردئنیت.

ژبۆ پڕکرنا ئەڤێ ڤالاتییا یاسایی و زێدەبوونا تاوانییێن کوشتنێ ل ڤێ دۆماهیێ ب ڕێکا ڕاکێشانێ و وەکو ئاماژەك بۆ مەترسییا تاوانێ، کو تاوانبار ئەڤێ ڕێکا ژ نشکەکێ ڤە و یا خیانەتکار بکاردئینیت ژ بۆ گەرەنتیکرنا ئەنجامێ تاوانا خۆ. دئەڤێ ڤەکولینێدا لایەك هاتییە تەرخانکرن ژ بۆ دیتنا گونجاندنا یاسایێ یا دەمێ ڕاکێشانێ. و ل دۆماهییا ڤەکولینێ ڤەکولەر گەهشتییە ئەوی ئەنجامی، کو دۆخێ ڕاکێشانا تاوانلێکری یا جودایە ژ کاودانێن پلان دارێژییا پێش وەخت؛ ئانکو ڕاکێشانا تاوانلێکری هەمی ئەلەمێنتێن چاڤدێریکرنێ دگەل هەمی بەهانە و ئەگەرێن تۆندییا سزای ب خۆڤە دگریت، بەلکو هندەك جارا بەهانەیێن ڕاکێشانا تاوانلێکری لدویف تێگەهێن خۆ یێن کلاسیك ژ تۆندکرنا سزای بلندتر لێدهێت.

پەیڤێت دەسپیکێ: ڕاکێشان، تاوانلێکری، کوشتنا ب ئەنقەست، کاودانێن تۆندکرنا سزایی، کاودانێن تۆندکرنا سزایی، کاودانێن چاڤدێرییێ.

Abstract

This research discusses murder by luring a victim. Murder by itself does not necessarily qualify the murderer for the death penalty; it must be accompanied by one of the aggravating circumstances, which is exclusively stated in the Iraqi Penal Code. Yet, Murder by luring the victim is not considered one of these aggravating circumstances. To fulfill this legislative inefficiency and due to the fact that murder by luring the victim, which indicates perpetrators have high criminal dangerousness, has increased recently, and perpetrators resort to deceptive methods and surprise attacks to implement their crimes, we dedicated this research to find a suitable legal characterization for murder by luring the victim. At the end of this research, we concluded that, while murder by luring differs from premeditation in its gist, its elements resemble laying and wait as an aggravating circumstance. Additionally, sometimes justifications of murder by luring the victim to be considered as an aggravating circumstance exceed the justifications of laying and wait in murder in its traditional narrow concept.

Keywords: Luring, Victim, Murder, Aggravating Circumstances, Laying in wait.

.....

المقدمة

ان الظروف المشددة تُقسَم بشكل عام الى: ظروف مشددة عامة والتي تنطبق على جميع انواع الجرائم ومنها العود والباعث الدنيء. وظروف مشددة خاصة والتي تتعلق بنوع او انواع محددة من الجرائم ومن ابرزها ظرفا سبق الاصرار والترصد في جريمة القتل العمد. وجميع هذه الظروف توجب على القاضي او تجيز له بفرض عقوبة تتجاوز الحد الاقصى لعقوبة الجريمة وذلك لتعلق تلك الظروف بشكل مباشر بالواقعة الاجرامية لتكشف عن جسامة الفعل احياناً، او النتيجة الاجرامية او خطورة الجاني مما يستوجب عقوبته بعقوبة أشدُ. وفي الاونة الاخيرة كثرت حالة استدراج المجني عليه لغرض قتله وان القضاء لا يعتبر استدراج المجني عليه من قبيل الظروف المشددة المستوجبة لعقوبة الإعدام ولا يعتبره من ضمن حالات ظرف سبق الاصرار او الترصد، وهذا يعتبر نقصا تشريعا وقضائيا يجب تلافيه وذلك لمواجهة كثرة حالات الاستدراج ودلالته على الخطورة الاجرامية لدى الجاني بما يفوق بعض الظروف المشددة الاخرى.

أولا/ أهمية البحث

تكمن اهمية هذه الدراسة في اعتبار حالة استدراج الجاني للمجني عليه كاحد حالات تحقق ظرف الترصد للوصول الى غاية المشرع من تشديد العقاب عند اقتران جريمة القتل العمد بالترصد، وكذلك تكمن في اسعاف القاضي في بناء قناعته وتحقيق العدالة الجنائية عند اصدار الحكم الجزائي، لاسيما عندما لايستطيع الوصول الى اثبات يقيني لظرف سبق الاصرار كون هذا الظرف يكمن في نفسية الجاني وان ظرف الترصد يكمن من وقائع خارجية يمكن اثباتها بشتى طرق الاثبات.

ثانيا/ إشكالية البحث

ان اشكالية الدراسة تكمن في ان المشرع العراقي لم يعتبر الاستدراج من قبيل الظروف المشددة الموجبة لعقوبة الإعدام في جريمة القتل العمد بشكل صريح ومستقل، ولكثرة حالات الاستدراج ولسد الثغرة التشريعية والقضائية والوصول الى احكام قضائية تحقق العداله بموجبه كان لابد من ايجاد تكييف قانوني لإدراج الاستدراج ضمن نطاق حالات الظروف المشددة في جريمة القتل العمد.

ثالثا/ الدراسات السابقة

بالرغم من وجود مراجع ومصادر كثيرة تناولت البحث في الظروف المشددة، غير اننا لم نجد اي مصدر او مرجع يتناول البحث في موضوع استدراج الجاني للمجني عليه وبيان طبيعته القانونية وتكييفه سواء بشكل مباشر او غير مباشر. لذلك توجب علينا الاستعانة ببعض القرارات القضائية المتضمنة لحالة استدراج المجني عليه من قبل الجاني وتحليل ومناقشة هذه القرارات للوصول الى بيان ماهية الاستدراج وكذلك الوصول الى مبررات قانونية ومنطقية وتطبيقية لتكييفه القانوني.

رابعا/ نطاق البحث

ان نطاق الدراسة تقتصر على بيان ماهيَة الاستدراج في ظل التطبيقات القضائية في الوقائع الجرمية الصادرة من محكمة جنايات دهوك ومن ثم تكييفه في ظل ظرف الترصد كاحد الظروف العينية المشددة التي جاء بها قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

خامسا/ منهجية البحث

تتناول الدراسة موضوع استدراج المجني عليه من قبل الجاني لغرض قتله، وفي ظل غياب تنظيم احكامه في قانون العقوبات العراقي اتبعنا المنهج التحليلي التطبيقي المقارن، وذلك من خلال تحليل ماهيَة الاستدراج وبيان عناصره وصوره مقارنة مع بعض التشريعات الاخرى، وكل ذلك على ضوء الوقائع الجرمية التطبيقية في محكمة جنايات دهوك.

سادسا/ هيكلية البحث

لقد قسمنا دراستنا الى مبحثين مستقلين، نركز في المبحث الاول على ماهيَة الاستدراج وعلاقته بسبق الاصرار، لنفصل القول في المبحث الثاني في صور الاستدراج من خلال التطبيقات القضائية وكذلك في التكييف القانوني.

المبحث الاول

ماهية الاستدراج في جريمة القتل العمد

ان الجاني لارتكاب فعله الاجرامي يحاول ان يلجأ الى شتى الطرق الاجرامية ومن ضمنه إستدراج المجني عليه بقصد قتله. ولبيان ماهية الاستدراج في جريمة القتل العمد لقد خصصنا هذا المبحث للخوض في ذلك من خلال مطلبين مستقلين، نركز في المطلب الاول منها على تعريف الاستدراج ، وفي المطلب الثاني نمييز ما بين الاستدراج وسبق الاصرار.

المطلب الاول

تعريف استدراج المجني عليه

للإحاطة بتعريف إستدراج المجني عليه يقتضي الرجوع الى مفهومه اللغوي والاصطلاحي؛ ومن المعروف أن المفهوم اللغوي للمصطلح عادة يختلف باختلاف المجال الذي يستخدم فيه اللفظ، فمن ضمن المجالات التي يستخدم فيها الاستدراج: هو الأخذ بالتدريج او التقريب منزلة، ومن معانيه ايضا المكر والخداع، بمعنى استدرجه الى القتال او الكلام اي حمله على القتال او الكلام[1]. كذلك ياتي بمعنى أخذهم درجة، أي شيئاً فشيئاً[2]، كقوله تعالى((سنستدرجهم من حيث لايعلمون)) [3]. ان سبحانه وتعالى يستدرج الكفار قليلا الى ما يهلكلهم . وذلك بادرار النعم عليهم، وانسائه شكرها، ينهمكون في الغواية[4].

اما فيما يتعلق بتعريف الاستدراج في جريمة القتل العمد اصطلاحاً، فلا يوجد تعريف صريح له في قانون العقوبات العراقي كون المشرع لم يعتبره من قبيل الظروف المشددة بشكل صريح. وكذلك لم نجد تعريفاً فقهياً ولا قضائياً في المؤلفات القانونية و في القرارات القضائية. وفي ظل غياب التعريف التشريعي والفقهي

---

[1] لسان العرب، ابن منظور، ج12 ، دار صادر للطباعة، بيروت، 1990 ، ص 455.

[2] مفردات الفاظ القران ، العلامة الراغب الاصفهاني، ط1، دار القلم ، دمشق 1996، ص 355.

[3] سورة الاعراف، الآية (182).

[4] للمزيد حول تفسير هذه الأية ينظر فتح القدير، محمد بن علي بن محمد الشوكاني،ج2، دار الوفاء، منصورة ودار ابن حزم، بيروت للنشر،2005، ص 387.

والقضائي للإستدراج في جريمة القتل العمد يمكننا أن نعرف الاستدراج في جريمة القتل العمد بانه: إيقاع الجاني بأي وسيلة كانت للمجني عليه في جهل من شأنه انتقال الاخير من مكان الى أخر سواء برفقته او بدون رفقته وذلك بقصد قتله.

و من خلال تعريفنا للاستدراج نستطيع ان نستنتج عناصر إستدراج المجني عليه في جريمة القتل العمد كالتالي:-

العنصر الاول: ايقاع المجني عليه في الاستدراج باي وسيلة كانت، وهذا يعني ان الجاني قد يستخدم اي وسيلة لجعل المجني عليه ينتقل من مكان الى اخر، والغالب ان الجاني يستخدم وسائل الخداع والمكر في ذلك.كأن يطلب الجاني من سائق اجرة ان ينقله من مكان الى أخر أو أن يطلب الجاني من المجني عليه ان يصاحبه الى مكان معين لغرض مساعدته لاداء عمل معين. أما المكان المستدرج اليه فقد يحدده الجاني مسبقاً وفي احيانا اخرى يستدرج الجاني المجني عليه دون ان يحدد المكان بل يحدد اثناء الاستدراج المكان المناسب للقيام بتنفيذ جريمته. وفيما يتعلق بعملية الاستدراج فان الجاني قد يكون بمرافقة المجني عليه ويستدرجه الى مكان معين ويقوم بقتله وهذا هو الشائع. أو أن تكون عملية الاستدراج من دون مرافقة الجاني للمجني عليه، اي ان الجاني لايكون مرافقاً للمجني عليه كما في حالة طلب او خداع الجاني للمجني عليه عن طريق الاتصال، او التقنيات الحديثة كجهاز تحديد الموقع، للتواجد في مكان معين ومن ثم ينتظره ويقوم بقتله. او قد يساهم اكثر من شخص لايقاع المجني عليه في الاستدراج من دون المرافقة التواجدية منذ البداية ، على سبيل المثال ان تتصل امراءة برجل لكي يتواجد معها في منزلها بإحدى الوسائل الخداعية او الاغرائية وهي شريكة في الجريمة بالاتفاق مع رجل اخر للقيام بقتله. فهنا عملية الاستدراج لم تتحقق بمرافقة الرجل- الجاني- لكونه حضر بعد تواجد المجني عليه ولم يتحقق بمرافقة المراءة ايضاً بل هي استدرجته الى منزلها عن طريق الاتصال.

العنصر الثاني: يتمثل العنصر الثاني للاستدراج بجهل المجني عليه بقصد الجاني في قتله. أي أن المجني عليه يجب ان يجهل ان الجاني يقصد من ألاستدراج قتله، وأن جهله هذا يجب ان يكون يقينياً . أما مجرد ان يشك المجني عليه بأن الجاني قد يقصد إيذاه او قتله فهذا لاينفي الاستدراج لان كثير من الحالات ان المستدرج يدور في ذهنه بان الجاني في حالة مريبة خاصة عندما يتواجدون في مناطق بعيدة عن الانظار او المناطق النائية. وكذلك الحال عندما تكون طبيعة العلاقة بين الجاني والمجني عليه غير طبيعية أو قد سبق

.....

وان حصل مشاجرة بينهم أو هدده بالقتل فهذا لا ينفي من تحقق الاستدراج لان عنصر التجهيل بغرض الجاني يقتضي أن يكون يقينياً. ونعتقد أن معيار الجهل اليقيني هو توقع المجني عليه فاذا توافر اسباب حقيقة من ظروف وملابسات الواقعة او من طبيعة علاقة المجني عليه مع الجاني يدفع المجني عليه ان يتوقع بان الجاني يقصد قتله فهنا عليه اللجوء الى الوسائل الاخرى لتجنب وقوعه كضحية كأن يخبر السلطات العامة او أن يعترض على استدراجه. وجدير بالذكر بأن عنصر التجهيل مقتضاه الجهل بقصد الجاني وليس بمكان المستدرج اليه لان في اغلب الحالات ان المجني عليه يكون على دراية بمكان المستدرج اليه ولكن بسبب استعمال الجاني وسائل الخداع والغدر يوافق على انتقاله الى المكان المحدد.

المطلب الثاني

تمييز الاستدراج عن سبق الاصرار

لقد فصلنا القول بان عناصر الإستدراج تتمثل بايقاع المجني عليه في الاستدراج من مكان الى اخر باي وسيلة كانت وكذلك بجهله اليقيني بالقصد الجرمي لدى الجاني. أما سبق الاصرار فقد عرفه قانون العقوبات العراق بانه " التفكير المصمم عليه في ارتكاب الجريمة قبل تنفيذها بعيداً عن ثورة الغضب الآني او الهياج النفسي[1]. من خلال تعريف المشرع نجد ان عناصر سبق الاصرار تتمثل ب العنصر النفسي وهو حالة تصميم الجاني لارتكاب الجريمة وهو في حالة هدوء نفسية الجاني بعيدا عن الغضب والهياج النفسي و يتمثل العنصر الثاني بالعنصر الزمني وهو مرور مدة مابين التفكير واقدام الجاني لتنفيذ مشروعه الاجرامي [2]. وان هذه المدة لا يمكن تحديدها بل تبقى خاضعه للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[3]. ومن خلال التعريف المذكورة نجد ان المشرع العراقي اعتبر سبق الاصرار من قبيل الظروف المشددة الموجبة لعقوبة الاعدام. اما الاستدراج فلم يعتبره المشرع من قبيل الظروف المشددة بشكل صريح ومستقل، وهذا ما نتناوله

---

[1] الفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل. وفي بعض قوانين الدول الاخرى يستخدم مصطلح "ظرف العمد" مرادفا لمصطلح ظرف سبق الاصرار كما هو في الفقرة الاولى من المادة (549) من قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943 المعدل في 1983.

[2] Dressler, J., R, Frank and Michaels, A.C. Understanding criminal law. New Providence, Nj: Lexisnexis,2012,P. 506.

[3] د.محمد رشيد حسن الجاف، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، 2017، ص 144-145.

في المبحث الثاني بالتفصيل. بالاضافة الى ان ظرف سبق الاصرار ظرف شخصي يتعلق بالركن المعنوي للجريمة كونه يتعلق بقصد الجاني ولا علاقة له بآلية تنفيذ الجريمة في حين ان الإستدراج ظرف عيني يتعلق بكيفية تنفيذ الجاني لجريمته ولاصلة بين الاستدراج بحد ذاته وبين قصد الجاني[1]. ويترتب على ذلك من جهة اخرى ان اثر الإستدراج يمتد الى جميع المساهمين باعتباره ظرف عيني وان ظرف سبق الاصرار لايمتد للغير ممن يتوافر لديه سبق الاصرار[2]. وعليه يخضع اثبات سبق الاصرار لقواعد قريبة من قواعد اثبات القصد الجنائي كونه يتعلق بحالة الذهنية للجاني والتي يمكن استخلاص سبق الاصرار كالقصد الجنائي من وقائع خارجية تكون بمثابة قرائن تكشف عن نيته كأن تكون اقوال صدرت من الجاني واعلن فيه عزيمته او عندما يهدد المجني عليه [3]. في حين ان ألإستدراج واقعة مادية تتمثل باستخدام الجاني وسائل غادرة لانتقال المجني عليه من مكان لاخر برفقته او دون ذلك وبالتالي تستطيع المحكمة اثبات قيامه بجميع وسائل الاثبات ومن ضمنها الشهادة.[4]. واخيرا، فان المجني عليه قد يعلم بان الجاني سبق وخطط وصمم لقتله وهذا لا ينفي من تحقق ظرف سبق الاصرار على غرار الإستدراج فاذا علم المجني عليه بان الجاني يستدرجه لغرض قتله فلا يتحقق عنصر التجهيل وبالتالي ينتفي قيام تحقق الإستدراج.

وبالرغم من هذه الاختلافات بين سبق الاصرار والإستدراج إلاَ أن كلاهما قد يتوافرا في واقعة جريمة واحدة. على سبيل المثال عندما يصمم الجاني وهو في حالة هدوء البال لقتل المجني عليه ومن ثم لتنفيذ خطته يستدرجه الى مكان معين ويقوم بقتله. غير انه لايوجد تلازم تام بينهم فقد يستدرج الجاني المجني عليه لغرض قتله بتخطيط مسبق او بشكل آني اثناء المرافقة يخطط لقتله ولكن لايكون في حالة هدوء البال بل يكون تحت تاثير الظروف ولكن يمتص غضبه او حالته النفسية لتنفيذ جريمته وتحقيق الغاية المرجوة منها.

---

[1] عادل الشهاوي، القتل العمد فقها وقضاءا، الطبعة 1،دار النهضة العربية، القاهرة، 2009, ص 15.

[2] د. ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات الخاص ، شركة العاتك ، طبعة جديدة ومنقحة ، 2009، ص 156.

[3] Kadish, S. H., Schulhofer, S. J., Steiker, C. S., & Barkow, R. E. Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials ,Aspen Casebook Series, 9th Edition(2012) ,p 435.

[4] د. أحمد محمود خليل، جرائم القتل وعقوبة الإعدام ،المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2020، ص 49 و 52.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للاستدراج وموقف القضاء منه

لقد كثرت في الآونة الاخيرة استخدام الجاني وسيلة استدراج المجني عليه بقصد قتله، وان صور استخدامها تختلف من واقعة جرمية الى اخر. ولكن في جميع صوره لم تستطيع المحاكم اعتبار الاستدراج من قبيل الظروف المشددة بشكل مستقل وكذلك لم تستطيع اعتباره من ضمن احدى حالات الظروف المشددة الواردة في قانون العقوبات ايضا. لبيان ذلك لقد خصصنا هذا المبحث لعرض التطبيقات القضائية وصور الاستدراج في المطلب الاول واعطاء التكييف القانوني المناسب للاستدراج في المطلب الثاني.

المطلب الاول

التطبيقات القضائية للإستدراج

ان إستدراج المجني عليه من قبل الجاني بقصد قتله كثرت في الآونة الاخيرة باستخدام الجاني لوسائل الخداع او استغلال الثقة بينه وبين المجني عليه للوصول الى غايته في تنفيذ الجريمة بطريقة سهلة وبعيدة عن الانظار. ولكن تختلف صور التطبيقات القضائية للاستدراج باختلاف ظروف الواقعة الجرمية ولكن تجمع مابين كل هذه الصور ان الجاني يستدرج المجني عليه الى مكان معين لغرض قتله من دون ان يعلم المجني عليه بهذا القصد. من ضمن هذه التطبيقات، استدراج المجني عليه من قبل الجناة الى مكان محدد لغرض قتله. كما جاء في قرار محكمة جنايات دهوك/2 التي ادانت متهمين وفقا للمادة 1/406/أ و ج على اساس أن كل من المتهمة زوجة المجنى عليه والمتهم صديقها قاموا بالاتفاق والتخطيط المسبق وقسموا الادوار لاستدراج المجنى عليه –زوج المتهمة – لكونه لايجيد قيادة السيارة الى منطقة نائية لغرض قتله وسرقة امواله وزواجهما بعد ذلك. وقامو بتنفيذ جريمتهم بحجة ان المتهم على اساس هو فاعل خير قد عثر على محفظة المجني عليه التي فقدها وتتضمن مستمسكاته ومستعد لارجاعها. وعند وصولهم الى المكان المقرر صعد المتهم في المقعد الخلفي وإدعى بان المحفظة في المنزل وليس بحوزته، وبعد استدراجه اثناء الطريق النائية اطلق صديقها النار على المجني عليه من الخلف بمسدسه وقتله وهرب المتهم وبحوزته المبلغ و قدروه عشرون مليون دينار عراقي وبقت المتهمة تطلب النجدة من الماريين وادعت ان شخص مجول قد

.....

قتل زوجها[1]. ومن صور التطبيقات الاخرى للاستدراج ان الضحية قد لايكون محدداً بل الجاني يستدرج اي شخص يراه فريسة سهلة ولا يحدد الجاني مكان معين لتنفيذ جريمته بل يستدرج الجاني المجني عليه الى اماكن عدة ومن ثم اتخذ القرار بقتله في اي مكان يراه مناسباً. وغالبا في هذه الحالة يكون قبول المجني بالاستدراج يرجع الى الثقة بين الجاني والمجني عليه سواء بسبب طبيعة عملهم او علاقتهم او بسبب قيام المجني عليه بعمل انساني لصالح الجاني. ومن ضمن هذه الحالة جاء في قرار محكمة جنايات دهوك/2 ادانت المتهمين وفق المادة 1/406/أ و ح وذلك لقيامهم بالاتفاق والاشتراك عمدا وعن سابق تخطيط لقتل المجنى عليه واخذ سيارته وبيعها لكون احد المتهمين كان يمر بظروف مادية صعبة وللحصول على مبلغ معين لتسديد الديون المترتبة في ذمته. ولكون المجني عليه كان يعمل سائق اجرة طلبوا المتهمين منه ايصالهم الى منطقة معينة خارج مركز محافظة دهوك وقاموا باستدراجه الى طريق ترابي وعندما وصلو الى منطقة بعيدة عن الانظار قام احد المتهمين بطعن السائق المجنى عليه بعدة طعنات في رقبته و عند مقاومة المجني عليه قام المتهم الاخر بطعنه في انحاء اخرى من جسمه لشل حركته بسكين سبق تحضيرها من قبلهم[2]. واخيرا، ان المجني عليه المستدرج قد يشك بان الجاني لديه نية قتله بسبب شجار حاصل بينهم او اي خلاف اخر ولكن لايكون متيقنا من ان الغرض في استدراجه هو لغرض قتله. وان هذه القدر من العلم لدى المجني عليه– سبق وشرحه في عناصر الاستدراج– لا ينفي تحقق الإستدراج لان توقع المجني عليه لايكون يقينيا في قصد الجاني وكذلك لكونه لايعلم باي لحظة وباي مكان ينفذ الجاني جريمته. ومن تطبيقات هذه الحالة القرار الذي اصدرته محكمة جنايات دهوك/1 بادانة المتهم حسب المادة 1406/أ وذلك بسبب قتل اخيه المتحول جنسيا من الذكر الى الانثى من خلال عدة عمليات تجميل بعدما استدرجه بالسيارة الى طريق بعيد عن انظار الناس عن تخطيط وتصميم سابق لتنفيذ جريمته واطلق عياريين ناريين في رأسه وارداه قتيلا وابلغ والده بذلك بعد تنفيذ جريمته. وهذا بعد ما سبق وهدده بقتله مؤيدة ذلك بافادات شهادات الشهود بان المجني عليه اخبرهن بذلك[3].

وان المحكمة في جميع التطبيقات المذكورة لم تعتبر الاستدراج ظرف مشدد بموجبه يستحق الجاني عقوبة الاعدام لكون المشرع لم يجعله من قبيل الظروف المشددة بشكل صريح ولم يعتبره حالة من حالات الترصد

---

[1] قرار محكمة جنايات دهوك/2، العدد 497/ج/2021 في 2021/10/24، غير منشور.

[2] قرار محكمة جنايات دهوك/2، العدد 232/ج/2022 في 2022/3/9، غير منشور.

[3] قرار محكمة جنايات دهوك/1، العدد 296/ج/2022 في 2022/12/6، غير منشور.

.....

ايضاً لكون المحاكم تاخذ بالتعريف الضيق للترصد. بل اكتفت فقط باثبات ظرف سبق الاصرار وفرض عقوبة الاعدام على الجاني، وهذا ما لانؤيده لكون الإستدراج من وجهة نظرنا يعتبر حالة من حالات تحقق الترصد وهذا ما سوف نفصل القول فيه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لاستدراج المجني عليه بقصد قتله

بداية لابد ان نشير الى ان الظروف المشددة جاءت في قانون العقوبات العراقي على سبيل الحصر وحكمها يكون حكم اركان الجرائم وكذلك خاضع لحكم قاعدة الشرعية الجزائية [1]. ويترتب على ذلك لا تستطيع المحكمة ان تضيف اي ظرف مشدد لم ينص عليه القانون. وبما ان المشرع العراقي لم يعتبر الاستدراج من قبيل الظروف المشددة في جريمة القتل العمد، فلا يمكن للمحاكم الاجتهاد في اعتباره ظرف مشدد مستقل. وكذلك سبق ميزنا بين الاستدراج وسبق الاصرار ولوجود اختلافات جوهرية قانونية وعدم شمول التعريف التشريعي لسبق الاصرار للاستدراج فلا يمكن اعتبار الاستدراج من ضمن مفاهيم سبق الاصرار او حالة من حالاته. ولسد هذه الثغرة التشريعية ومواجهة كثرة حالة الاستدراج في جريمة القتل العمد نؤيد قولنا باعتبار الاستدراج من ضمن مفاهيم الترصد. وهذا لايتعارض مع قولنا بان المحاكم لاتستطيع اضافة ظرف مشدد لكون الترصد لم يعرف من قبل الشرع ولوجود مبررات قانونية وقضائية ومنطقية تبرر ذلك ايضاً.

بالرجوع الى تعريف الترصد لغة نجد بأنه ياتي بمعنى انتظار أمراً وتوقع حدوثه ، ترقبَ ، تربصَ، تراقب جيشانِ، ينتظر ويلحظ بانتباه ويقضة متابعا كل حركة، والمترصد هو من يقوم بترصد امر او شخص ما[2]. وكذلك ياتي بمعنى الاستعداد للترقب[3]. اما في الاصطلاح فان المشرع العراقي لم يعرف الترصد كما فعل بخصوص ظرف سبق الاصرار بل اكتفى باعتباره من قبيل الظروف المشددة في جريمة القتل العمد بشكل

---

[1] د.فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان 2010 ، ص 84.

[2] المنجد في اللغة العربية المعاصرة، انطوان نعمة واخرون، ط2، دار الشرق ، بيروت ، ص 559.

[3] العلامة الراغب الاصفهاني ، المصدر السابق، ص 355.

مستقل عن سبق الاصرار[1]. وان هذا التشديد من قبل المشرع بسبب مصاحبة الواقعة الجرمية لظرف الترصد ليس بامر اعتباطي بل قائم على اعتبارات معينة تبناها المشرع في مواجهة الظاهرة الاجرامية لجريمة القتل العمد. ومن ضمن هذه الاعتبارات ان الترصد يعتبر وسيلة غادرة يفاجئ المترصد المجني عليه في وقت يكون هذا الاخير على غفلة و يكون على غير الاستعداد من الدفاع عن نفسه وهذا يسهل ويضمن تحقيق نتيجة فعل الجاني الاجرامي. وكذلك يدل الترصد على النفسية الخطرة لشخص الجاني و الخسة و الغدر في سبيل تنفيذ الجريمة واغتيال المجني عليه[2]. في حين ان بعض التشريعات الاخرى مثل قانون العقوبات المصري عرف الترصد بانه " تربص الإنسان لشخص فى جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتل ذلك الشخص أو إلى إيذائه بالضرب ونحوه[3]." وكذلك بعض الفقهاء عرفوا الترصد بانه تربص الانسان لشخص من جهة او جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة او كانت قصيرة ليتوصل الى قتل ذلك الشخص[4]. وان تعريفات الفقهية الاخرى وكذلك تحديد مفهوم الترصد من قبل القضاء العراقي لايخرج من نطاق تعريف المذكور للترصد. ومن خلال هذا المفهوم للترصد يتبين لنا لتحقق الترصد يجب ان يتوافر عنصران. العنصر الاول يتمثل بالعنصر المكاني اي انتظار الجاني في مكان معين او عدة اماكن وترصده للمجني عليه لتنفيذ جريمته. اما العنصر الثاني يتمثل بالعنصر الزماني ويقصد به ان ينتظر الجاني في المكان الذي يختاره مدة من الزمن قد تكون طويلة او قصيرة لمراقبة المجني عليه وتنفيذ جريمته[5]. وفي بعض التشريعات الاخرى كما جاء في بعض قوانين الولايات المتحدة اضافوا عنصر أخر من العناصر

---

[1] يذهب رأي الى ان ظرف الترصد لايختلف عن ظرف سبق الاصرار لان الترصد يتضمن سبق الاصرار دائما مبررا بان من ينتظر المجني عليه لقتله فقد فكر فيها وصمم لذلك مسبقا وهذا هو مضمون سبق الاصرار. ولكن هذا الراي منتقد لان قد يترصد الجاني المجني عليه ويقتله وهوفي حالة الغضب وبعيدا عن حالة الهدوء النفسي الذي يتطلبه سبق الاصرار. كما هو في حالة قيام الجاني الذي لا يزال يكون تحت تأثير الهياج النفسي و ثورة الغضب بترصد المجني عليه وقتله بعدما قام الاخير بقتل والديه . وكما يمكن ان يتحقق ظرف سبق الاصرار دون الترصد كما هو في حالة تصميم وتخطيط الجاني لقتل شخص معين ثم واجه صدفة فقام بقتله. للمزيد حول هذا الرأي ينظر Dressler,*supra note*. P.504

[2] د .ابراهيم جمال الحيدري، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط1 ، بغداد ، 1992، ص 216.

[3] المادة (232) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل بقانون رقم 95 لسنة 2003.

[4] د.ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص 156.

[5] عادل الشهاوي ، المصدر السابق، ص 13

.....

السابقة وهو الخفاء والمفاجأة، اي ان يكون الشخص مخفيا عندما يراقب ضحيته ويفاجئه[1]. بالرغم من ان هذا العنصر لم يتطرق اليه من قبل الفقهاء والقضاء العراقي ولكن حسب ما هو معلوم ان هذا العنصر يكون من ضمن العنصر المكاني والزماني وذلك عندما يراقب المترصد ضحيته ويقوم بمفاجئته وقتله. وبهذا المفهوم القانوني والقضائي والفقهي فان معنى الترصد يكون محدودا وضيقا في نطاق تحقق عناصره ولا يشمل حالة استدراج المجني عليه من قبل الجاني الى مكان معين لغرض قتله. وهذا ما نعتقده قصرا قانونيا وقضائيا لان حالة الاستدراج ايضا يجب ان يكون من ضمن حالات تحقق الترصد ايضا وفقا لمبررات عدة.

فمن ناحية تحقق عناصر الترصد في الاستدراج، فان عنصر الترقب في الترصد يتحقق عندما يختار الجاني مكان محدد لمراقبة المجني عليه او عدة اماكن سواء كان المكان مكانا عاما او خاصا، او كان الجاني مختفيا ام غير مختفي ويتحقق حتى اذا اخطا الجاني في تحديد المكان وواجه المجني عليه صدفة[2]. وفي حالة الاستدراج ايضا يتحقق هذا الترقب لكون المراقبة لا يشترط فيه ان يكون الجاني بعيدا عن المجني عليه او مخفيا عنه بل يتحقق ولو كان الجاني مع المجني عليه راقبه دون علمه الى ان يتيح له فرصة تنفيذ فعله الاجرامي. بالاضافة الى ان في الترصد يوجد نوع من الضمان لدى الجاني لتحقق نتيجته الاجرامي لكون الجاني يختار مكان معين وينتظر المجني، وان تواجد او مرور المجني عليه في المكان المحدد لقتله راجحة [3]. اما في حالة الاستدراج تحقق النتيجة الاجرامية لتكون اكثر ضماناً لكون الجاني يكون على علم يقيني بوجود المجني عليه معه او تحت سيطرته الترقبية في حالة عدم المرافقة. ومن ناحية تحقق العنصر الزمني، ففي الترصد يتطلب مرور مدة زمنية على مراقبة الجاني للمجني عليه وهو في حالة انتظاره له، فان العنصر الزماني في الاستدراج يعتبر متحققا طوال فترة المرافقة الى لحظة تنفيذ الجريمة ايضا، وكذلك في حالة الاستدراج دون المرافقة ايضا يتحقق العنصر الزمني لكون الجاني يؤكد تحركات ومكان المجني عليه

---

(1) Merril K. Albert, Murder by Lying in Wait, 42 CAL. L. REV. 337, 341CAL. L. REV. 1954, ولكن اغلبية قوانين للولايات المتحدة يذهب الى ان عنصر الخفاء في الترصد غير مطلوب للمزيد راجع:
Davis v. States, 477 N.E.2d 889,897(1985), westlaw. 337, 341.

(2) د. عبدالحميد الشورابي ، شرح قانون العقوبات، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1991، ص 707.

(3) المسشتارعادل المشهاوي و محمد الشهاوي، الظروف المشددة في جرائم الاعتداء على النفس ، دار النهضة العربية ، ط1 ، القاهرة، 2019 ، ص 11 وما بعدها.

.....

بشكل مباشر عن طريق وسائل الاتصال والمراقبة. بالاضافة الى ان خلال هذه المدة فان ارادة المجني عليه في حالة الترصد تكون ارداة حرة كأن يقرر بان لا يمر بطريق معين او لايخرج من محله او منزله، اما في حالة الاستدراج فان ارادته تكون مقيدة نوعاً ما لان تكون تحت تاثير ارادة الجاني الذي استدرجه الى مكان معين بمبررات معينه دون علمه بقصد الجاني في قتله. وعليه فان في حالة الاستدراج يكون تواجد المجني عليه يقينياً لدى الجاني وليس راجحا كما في حالة مفهوم الترصد الضيق. وبالنسبة لعنصر الخفاء كما تعتبره بعض القوانين من عناصر الترصد، فلا يتفق الباحث مع هذا الاتجاه لكون الخفاء لايكون متحققا في جميع حالات الترصد، بل قد يرى المجني عليه الجاني وهو يراقبه ولكن لاتكون لديه وسيلة للدفاع عن نفسه او التمكن من الهروب. بالاضافة الى ذلك ان العبرة بالخفاء هي بوضعية الجاني بحيث يكون باستطاعته مهاجمة المجني عليه وقتله وقصده الجرمي يكون مخفيا. ومن الاعتبارات الاخرى في جعل الترصد من قبيل الظروف المشددة هي سهولة ارتكاب الجاني لجريمته لكون المجني عليه يكون على غفلة ويعتمد على غدر الجاني والمباغتة وهذا متحقق اكثر في الاستدراج لان عنصر الغفلة والمباغتة والخداع والغدر والطعن من الخلف يتحقق اكثر لكون الترصد قد ياخذ المجني احتياطاته اما في الاستدراج غالبا يثق المجني عليه بالجاني وبالتالي لاياخذ احتياطاته للدفاع عن نفسه[1]. وكذلك القول بان ظرف الترصد يدل على خطورة شخصية للجاني[2]. فان وجود الخطورة الاجرامية في الاستدراج يكون اكثر لكون اخفاء الجاني غرضه الاجرامي من الاستدراج طوال فترة مرافقته للمجني عليه دون ان يعلم به هذا الاخير او استدراجه عن طريق وسائل الاتصال الى مكان معين بحد ذاته يدل على خطورته الاجرامية العابرة للحدود فأنه يستحق العقوبة بغية الوصول الى تحقيق اغراض العقوبة في الجرائم[3].

واخيرا فيما يتعلق بمبررات الاثبات بما ان ما ينطبق على القصد الجنائي في الاثبات هو ما ينطبق على سبق الاصرار فان اثبات سبق الاصرار من عدمها تعتبر من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع

---

[1] د.علي رسن الدراجي، نظرية الظروف المشدة في الجريمة ، ط، 1مكتبة زين الحقوقية، 2017، ص 137.

[2] د. عبدالحميد الشورابي، المصدر السابق، ص 708.

[3] للمزيد حول اهداف العقوبة ينظر: د.احمد فتحي سرور، اصول السياسة الجنائية، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 204 وينظر: Criminal Justice in Islam, Muhammed Abdulhaleem, I.B.,Tauris & Co. Ltd, 2003, p 32.

وتستخلصها من الوقائع والظروف والملابسات التي احاطت بالجريمة وهذا هو اتجاه محكمة التمييز في العراق ومصر[1]. وبالتالي لا يمكن اثبات سبق الاصرار عن طريق الشهود او استخلاصه من قرائن قابلة للتأويل[2]. وعليه يمكن اللجوء الى حالة توفر الترصد في حالة عدم استطاعة المحكمة اثبات سبق الاصرار او لكي تصبح قناعتها اكثر باثبات الظرفين معا. وفي هذه الحالة اي عندما يجتمع ظرف الترصد باعتباره ظرف مادي وظرف سبق الاصرار باعتباره ظرف شخصي فعلى المحكمة ان لا ترجح احدهما على الاخر كما هو الحال في القرارات المذكورة وانطباق احدهم لا يحول دون انطباق الظرف الأخر مادامت هناك عناصر كلا الظرفين متوافرة بل من الافضل والاسهل للمحكمة ان تبدأ بتطبيق الظرف المادي اي الترصد اولا لان ذلك يتم اثباته بجميع طرق الاثبات حتى بالشهود ومن ثم البحث في تحقق عناصر ظرف سبق الاصرار ، وفي حالة اعتبار الاستدراج من ضمن حالات تحقق الترصد فيكون اثباته للمحكمة اكثر تيسيرا.

وبالرجوع الى القرارات المذكورة، نجد ان المحكمة اكتفت بتطبيق ظرف سبق الاصرار دون الترصد وذلك لعدم تحقق العنصر المكاني للجاني المتمثل بانتظاره في مكان معين والعنصر الزماني بمرور وقت معين على انتظاره لتنفيذ جريمته. و بالرغم من ان تكييف قرارات المحكمة جاءت صحيحة كونها استندت في حكمها على تطبيق المادة 406 /1/أ والتي تتطلب توافر احد الظرفين –ظرف سبق الاصرار او الترصد– لفرض عقوبة الاعدام ، فان المحكمة لم تبين في قراراتها تحقق ظرف الترصد بل اكتفت بتحقق وتسبيب ظرف سبق الاصرار فقط. وهذا يعتبر نقصاً في حكم المحكمة فعند تطبيق المادة المذكورة بشكل مطلق فعليها ان تبين في قراراتها الظروف والقرائن التي تستند اليها لإستظهار الظرفين معا. والسبب في ذلك ان الظروف المشددة تُعد في حكم اركان جريمة قتل العمد من حيث وجوب بيانها في الحكم بيانا واضحاً وكافيا لكون هذه الظروف تغير من الوصف القانوني للجريمة وتشدد عقوبتها الى عقوبة الاعدام[3]. لذلك كانت على المحكمة ان تاخذ باحدى الفرضيتين. الفرضية الاولى، كانت على المحكمة ان تبين في قراراتها بتوافر ظرف سبق الاصرار فقط دون الترصد لان حسب المفهوم الضيق للترصد لم تتحقق في القرارات الثلاثة حالة الترصد لكون هذا المفهوم لايشمل حالة الاستدراج. اما الفرضية الثانية كانت على المحكمة ان تبين في

---

[1] د.ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص 152.

[2] د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط2، العاتك للنشر، القاهرة، 2010، ص 301.

[3] د.فهد يوسف الكساسبة، المصدر السابق، ص 83.

.....

تسبيب قراراتها تحقق ظرف الترصد وذلك بالاستناد الى توافر حالة الاستدراج والاخذ بالمفهوم الواسع لظرف الترصد، استنادا الى تفسير النصوص الجنائية على اساس دلالة النص، وهذا ما يميلُ إليه الباحث وخاصة في حالة غياب التعريف التشريعي للترصد وكثرة حالات الاستدراج لغرض القتل، بالاضافة الى ازدياد القناعة الذاتية للقاضي وشعور اطراف الدعوى والافراد بتحقيق العدالة العقابية[1].

[1] للمزيد حول تفسير النصوص الجنائية في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ينظر: د. عبود السراج ، التشريع الجزائي المقارن، ج1، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق ، 1993، ص 92 و 100.

.....

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة حول استدراج المجني عليه في جريمة القتل العمد توصل الباحث الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التالية:

أولا/ الاستنتاجات:

1- ان الاستدراج لغة هو الأخذ بالتدريج او التقريب منزلة باستخدام طرق الخداع. وفي ظل غياب التعريف التشريعي والقضائي والفقهي للاستدراج في جريمة القتل العمد فيمكن تعريفه بانه إيقاع الجاني، بأي وسيلة كانت للمجني عليه في جهل من شأنه انتقال الاخير من مكان الى أخر سواء برفقته او بدون رفقته وذلك بقصد قتله. وبهذا يتمثل عنصراً الاستدراج بايقاع المجني عليه في الاستدراج باي وسيلة كانت وكذلك جهله بان الغرض من الاستدراج هو قتله.

2- قد يحصل الاستدراج والجاني برفقة المجني عليه هذا هو الشائع وقد يحصل الاستدراج وان كان الجاني غير مرافق له بشكل مباشر بل يستدرجه عن طريق وسائل الاتصال وتقنيات الحديثة او يستدرجه عن طريق مساهم اخر في الجريمة قد لا يتواجدا في الاستدراج في الوهلة الاولى.

3- ان جهل المجني عليه بغرض الجاني الجرمي هو جهل يقيني ومعيار ذلك هو توقع الجاني بغرض القتل لدى الجاني من خلال ظروف وملابسات الاستدراج وطبيعة العلاقة بينه وبين الجاني.

4- ان استدراج المجني عليه يختلف عن سبق الاصرار بان الاول على غرار الثاني لايعتبر من قبيل الظروف المشددة في قانون العقوبات العراقي، بالاضافة الى ان الاستدراج يعتبر من الوقائع العينية يمكن اثباته بجميع طرق الاثبات على عكس سبق الاصرار يعتبر من الظروف الشخصية يتطلب اثباته ما يتطلب في اثبات القصد الجنائي. ويترتب على ذلك سريان سبق الاصرار على من يتوفر لديه فقط من المساهمين وسريان الاستدراج على جميع المساهمين.

5- بالرغم من وجود اختلافات جوهرية بين الاستدراج وسبق الاصرار الا ان كلاهما قد يتحدا في واقعة إجرامية واحدة عند توافر عناصرهما ولكن هذا ليس بتلازم حتمي.

6- ان التطبيقات القضائية للاستدراج كثرت في الآونة الاخيرة وتاخذ صور عديدة تختلف باختلاف الواقعة الجرمية وطبيعة العلاقة بين الجاني والمجني عليه والغرض المرجو من قتل المجني عليه. وما يجمع بين جميع صورالتطبيقات القضائية هو عملية استدراج المجني عليه من قبل مساهم واحد او عدة مساهمين وقتله

ولكن في جميع هذه التطبيقات القضائية لم تستطيع المحكمة الاعتماد عليه لا كظرف مستقل يستوجب العقاب ولم تعتبره حالة من حالات تحقق الترصد.

7- ان محكمة الموضوع من المستحسن في حالة توافر الاستدراج ان تثبت الاستدراج وتعتبره كاحد حالات تحقق الترصد ومن ثم ان تثبت سبق الاصرار ولا تكتفي باثبات وتسبيب سبق الاصرار فقط لكون اثبات كلاهما يزيد من تكوين قناعتها وكذلك يؤدي الى تحقيق العدالة ويولد الطمأنينة لدى الجاني والافراد في فرض العقاب المناسب.

8- وأخيراً توصل الباحث الى نتيجة أنه، لسد الثغرة التشريعية بعدم شمول الترصد للاستدراج ومواجهة كثرة حالة الاستدراج في جريمة القتل العمد يجب اعتبار الاستدراج من ضمن مفاهيم وحالات تحقق الترصد، لكون عنصرا المكان والزمان للترصد والعلة من اعتباره ظرف مشدد يتحقق في الاستدراج بل احيانا يفوق تحقق عناصره وعلة تشديد العقاب فيه مقارنة بمفهوم الترصد الضيق.

ثانيا/ التوصيات:

1- ان تشديد العقاب من قبل المشرع بسبب مصاحبة جريمة القتل العمد لظرف الترصد ليس بامر عبثي بل يعتبر صورة من صور السياسة التشريعية التي تبناها المشرع لمواجهة جريمة القتل العمد وتحقيق الردع. ولكثرة حالة استدراج المجني عليه وقتله من قبل الجاني وردع الاخرين نقترح اعتبار حالة الاستدراج من قبل المحاكم من ضمن حالات الترصد وذلك في ظل غياب تعريف تشريعي للترصد و ضمن شروط معينة. وهذه الشروط تتمثل بتحقق عناصر ظرف الترصد المتمثل بالعنصر المكاني والزماني بالاضافة الى تحقق شرط الاستدراج.

2- يوصي الباحث، باعطاء تعريف للترصد من قبل المشرع العراقي وان يتضمن المفهوم الواسع للترصد بدلاً من مفهومه الضيق للتخلص من الاجتهادات الفقهية والقضائية وللمواجهة التشريعية لحالة استدراج الجاني للمجني عليه وقتله. والتعريف المقترح من قبل الباحث للترصد في جريمة القتل العمد يكون على الشكل الاتي: الترصد هو تربص الإنسان أو استدراجه لشخص آخر فى مكان معين بالذات اوعدة أماكن لفترة من الزمن بقصد قتله.

المصادر

اولا/ القران الكريم

ثانيا/ القواميس والمعاجم

1. ابن منظور، لسان العرب، ج12 ، دار صادر للطباعة، بيروت،. 1990 .
2. العلامة الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القران، ط1، دار القلم ، دمشق 1996.
3. انطوان نعمة واخرون، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط2، دار الشرق ، بيروت.

ثالثا/ الكتب القانونية باللغة العربية

1. د. ابراهيم جمال الحيدري، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط1 ، بغداد ، 1992.
2. د.احمد فتحي سرور ، اصول السياسة الجنائية،دارالنهضة العربية ،القاهرة،1972.
3. د.أحمد محمود خليل، جرائم القتل وعقوبة الإعدام ،المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2020.
4. عادل الشهاوي، القتل العمد فقها وقضاءا، الطبعة 1،دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
5. عادل الشهاوي و محمد الشهاوي، الظروف المشددة في جرائم الاعتداء على النفس ، دار النهضة العربية ، ط1 ، القاهرة، 2019 .
6. د.عبدالحميد الشورابي ، شرح قانون العقوبات، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1991.
7. د.عبود السراج ، التشريع الجزائي المقارن، ج1، ط5، منشورات جامعة دمشق، دمشق ، 1993.
8. د.علي رسن الدراجي، نظرية الظروف المشدةة في الجريمة ، مكتبة زين الحقوقية، ط1، 2017.
9. د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط2، العاتك للنشر، القاهرة، 2010.
10. د.فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان 2010.
11. د. ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات الخاص ، شركة العاتك ، طبعة جديدة ومنقحة ، 2009.
12. د. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ،ج2، دار الوفاء، منصورة ودار ابن حزم، بيروت للنشر،2005.
13. د. محمد رشيد حسن الجاف، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، ،2017.

رابعا/ الكتب القانونية باللغة الانكليزية

1. Dressler, J., R, Frank and Michaels, A.C. Understanding criminal law. New Providence, Nj: Lexisnexis,2012.
2. Criminal Justice in Islam, Muhammed Abdulhaleem, I.B.,Tauris & Co. Ltd, 2003.
3. Kadish, S. H., Schulhofer, S. J., Steiker, C. S., & Barkow, R. E. Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials ,Aspen Casebook Series, 9th Edition(2012)
4. Merril K. Albert, Murder by Lying in Wait, 42 CAL. L. REV. 337, 341CAL. L. REV.1954.
5. Davis v. States, 477 N.E.2d 889,897(1985), westlaw.

خامسا/ القوانين

1. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
2. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 19 المعدل بقانون رقم 95 لسنة 2003.
3. قانون العقوبات اللبناني لسنة 1943 المعدل في 1983.

سادسا/ القرارات القضائية

1. قرار محكمة جنايات دهوك/2، العدد 497/ج/2021 في 2021/10/24، غير منشور.
2. قرار محكمة جنايات دهوك/2، العدد 232/ج/2022 في 2022/3/9، غير منشور.
3. قرار محكمة جنايات دهوك/1، العدد 296/ج/2022 في 2022/12/6، غير منشور

.....

دعوى جنوب أفريقيا وموقف المجتمع الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة 2024/2023

-دراسة قانونية سياسية في أحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023-

South Africa's Lawsuit and the International Community's Position on Genocide and the 2023/2024 Gaza War

- A legal & political study of the events after October7,2023-

د.عمرو سيد مرعي شلقامي

القانون الخاص/ القانون المدني

كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر

Dr. Amr Sayed Marei Shalgami
Private law/Civil law
College of Law
Assiut University/ Egypt

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.53

تاريخ تسلم البحث 17-4-2024، تاريخ القبول بالنشر 6-10-2024

ملخص البحث

تحدثنا في هذه الدراسة عن دعوى جنوب أفريقيا و موقف المنظمات والمجتمعات الدولية من المجازر والإبادات الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني في الفترة التالية للسابع من أكتوبر 2023 ، وقسمت هذه الدراسة إلى مبحثين، تحدثت في أولهما عن تعريف ابادة الشعوب جماعياً وأهم مظاهرها في ضوء الدعوى التي قامت جمهورية دولة جنوب أفريقيا برفعها أمام محكمة العدل الدولية في 29 ديسمبر 2023 وتوصلنا إلى أن كافة أوجه الإبادات الجماعية الواردة في الإتفاقية الخاصة بمنع جرائم الإبادة الجماعية، قد توافرت في شأن الإحتلال الصهيوني عند قيامه بإرتكاب هذه الجريمة بعد أحداث السابع من أكتوبر 2023، كما تحدثنا في المبحث الثاني عن موقف المجتمع الدولى من الإبادة الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني مبيناً موقف محكمة العدل الدولية من هذه الأحداث وأهم القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية في الدعوى المقامة من قبل جنوب أفريقيا وتوصلنا إلى مدى إيجابية القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية في الدعوى المقامة من قبل جنوب افريقيا على الرغم من وجود معوقات تشريعية قد تحول دون تنفيذ هذه القرارات، وتحدثنا أيضاً عن موقف مجلس الأمن من الإبادة الجماعية ضد شعب غزة التي حدثت في الفترة التالية للسابع من أكتوبر 2023.

الكلمات المفتاحية: الإبادة الجماعية، غزة، جنوب إفريقيا، العدل الدولية، الإحتلال.

.....

پوختە

دڤێ ڤەکولینێ دا بەحس ل داخوازییا باشۆرێ ئەفریقیا وهەلۆیستێ ڕێکخراوێن نێف دەولی بەرامبەر وان کوشتارگەھ وژنافبرنێن ب کوم(جینۆسایدێ) دکەت ئەوا داگیرکەریيا صەهیونی ل دژی گەلێ فەلستینی دماوێ حەفتێ ئوکتوبەرا 2023 دا هاتی کرن. ڤەکولین لسەر دوو دەروازا هاتییە دابەشکرن، د یا ئێکێ دا بەحس ل پێناسا (جینۆسایدێ) یان بنبڕکرنا خەلکی ب کوم کریە وئەو سیمایێن ب خۆڤە دگریت لبەر سیبەرا ڤێ داخوازیێ ئەوا کۆمارا وەلاتێ باشۆرێ ئەفریقیا ئەوا ل بەرامبەر دادگەھا دادوەرییا نێف دەولی ل 29 دیسەمبەرا 2023 ێ، ئەم گەھشتینە وێ چەندێ کو ھەمی شێوەیێن جینوسایدێ ئەوا درێککەفتنێن تایبەت پێن گرێدای نەھێلانا تاوانێن جینوسایدێدا تێدا ھاتینە. و ئەوا داگیرکەریيا سەھیونی دئەنجامدانا ڤێ تاوانێ دا پشتی رووداندێن حەفتی ئوکتوبەرا 2023 کری یا دیاربوو. ددەروازا دووێ دا بەحسێ ھەلویستێ جڤاکێ نێف دەولی بەرامبەر ئەڤێ کریارا جینوسایدا داگیرکەریيا سەھیونی کری ھاتیە کرن وتێدا ھەلویستێ دادگەھا دادوەری یا نێف نەتەوەی بەرامبەر ڤان رووداندا ھاتییە کرن وئەو بریارێن ژ دادگەھا دادوەری یا نێف نەتەوەی دەرکەتی بەرامبەر وێ داواکارییا باشۆرێ ئەفریقیا کری. سەرەرای ھەبوونا ئاستەنگێن یاسای ئەڤ بریارە نەکەتە بواری جێبەجێکرنێ، دیسان بەحسێ ھەلویستێ جڤاتا ئاسایشێ بەرامبەر جینوسایدێ ھاتە کرن ئەوا لدژی گەلێ غەزە د ماوێ حەفتی ئوکتوبەرا 2023 دا ھاتی ئەنجامدان.

پەیڤێت دەسپیکێ: ژنافبرنێن ب کوم(جینۆسایدێ) – غەزە – باشۆرێ ئەفریقیا – دادوەریا نیف نەتەوەیی– داگیرکەری.

Abstract

In this study, we talked about South Africa's lawsuit and the position of the international community regarding the genocide committed by the Zionist occupation against the Palestinian people in the period following the seventh of October 2023. This study was divided into three sections. In the first section, we talked about the concept of genocide and its most important manifestations in light of the lawsuit that The Republic of South Africa filed it before the International Court of Justice on December 29 ,2023 ,and we found that all aspects of genocide mentioned in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were present in the case of the Zionist occupation when it committed this crime after the events of October 7, 2023, as we talked about in the section. The second is about the position of the international judiciary on the genocide committed by the Zionist occupation, indicating the position of the International Courts of Justice and the International Criminal Courts on this crime and the most important decisions issued by the International Court of Justice in the case filed by South Africa. We reached the extent of the positivity of the decisions issued by the International Court of Justice in the case filed by South Africa .Despite the presence of legislative obstacles that may prevent the implementation of these decisions, we also spoke in the third section about the position of international organizations towards this issue, indicating the position of the United Nations General Assembly and the United Nations Security Council, as well as the position of the League of Arab States regarding the genocide against the people of Gaza that occurred in the following period. For October 7, 2023.

Keyword: Genocide, Gaza, South Africa, International Justice, Occupation.

.....

المقدمة

بادئ ذي بدء يمكن القول بأنه مازالت القضية الفلسطينية قضية شائكة وتمكن الإحتلال الصهيوني من الدولة الفلسطينية ومحاصرة الأماكن المقدسة فيها، وفي الأحداث التالية للسابع من أكتوبر عام 2023 ازدادت شراسة الإحتلال الصهيوني مستهدفاً كل طوائف الشعب الفلسطيني ولا يرعى فيهم إلاً ولاذمة فقتل الأطفال والشيوخ والنساء والشباب، وقام بتدمير المنشآت والمباني السكنية والمرافق الحيوية والجهات الحكومية والخاصة بما فيها المدارس والجامعات بل والمستشفيات، وبلغت شراسته لدرجة قيامه بحرق المرضى والمصابين في المؤسسات الصحية وقطع الكهرباء عن هذه المؤسسات، وإزداد فجره أيضاً بمنعه الأطباء والممرضين وغيرهم من الكوادر الطبية من معالجة وتداوى المرضى والمصابين وقيامه بمنع كل سبل الإغاثة الإنسانية الموجهة إلي الشعب الفلسطيني من كل حدب وصوب وعدم إيصال المساعدات الإنسانية لأهل غزة، في الوقت ذاته. نجد أن المجتمع الدولي يقف موقف المتفرج لهذه الأحداث المؤلمة في ظل إنتهاك الإحتلال الصهيوني لكافة التشريعات الدولية .

ومن الجدير بالذكر أنه طالما أن العنصر المحتل مستمر في إنتهاكاته ضد الشعب الفلسطيني فلن يتم حل الدولتين مهما طال الزمان فيتعين تحرير الدولة الفلسطينية من هذا الكيان الغاصب وتحرير المسجد الأقصى المبارك.

ونرى بأن أقوى دولة في العالم تقف بجانب هذا الإحتلال الغاشم وتدعمه بكل ما أوتيت من قوة، في الوقت الذي كان يتعين على الولايات المتحدة الأمريكية إدانة هذا الإختلال الصهيوني وما يرتكبه من جرائم ضد الشعب الفلسطيني صباحً ومساءً والوقوف بجانب الفلسطينيين المستضعفين المدنيين العُزل الذين لا حول لهم ولا قوة، وفي المقابل نجد أن الدول العربية تقف موقفاً سلبياً من هذه الأحداث المؤلمة وهي ترى بعينها قتل وإبادة الشعب الفلسطيني بإستثناء بعض الدول التي وقفت موقفاً إيجابيا على قدر إستطاعتها، كل هذا يشكل إبادة جماعية لأهل غزة وفقا للإتفاقيات الدولية المنظمة لمنع جرائم الإبادات الجماعية، ونحن نتساءل أين موقف الأمم المتحدة وموقف القضاء الدولي المختص والمنظمات الدولية المعنية وكذلك موقف جامعة الدول العربية وأين هو القانون الدولي الذي يدرس في كافة كليات القانون في الوطن العربي وغيرها من الدول الأجنبية من كل هذه الأحداث المؤلمة.

لذا جاءت هذه الدراسة بعنوان (دعوى جنوب أفريقيا وموقف المجتمع الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة 2024/2023) دراسة قانونية سياسية في أحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023 م.

أولا/ مشكلة البحث

تثير هذه الدراسة العديد من المشكلات التي ينبغي معالجتها من الناحية التشريعية وذلك في ضوء أحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023 والعدوان الصهيوني على قطاع غزة ومن بين هذه المشكلات، وضع آليات لوقف العدوان السافر من الإحتلال الصهيوني على قطاع غزة، وإيجاد ضمانات حمائية للشعب الفلسطيني من الإبادة الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني، وكذلك ضمان تنفيذ الأوامر الصادرة من محكمة العدل الدولية في ضوء الدعوى المقامة من جنوب افريقيا .

ثانيا/ فرضيات البحث

يثير هذا البحث العديد من التساؤلات والتي من بينها :

1- ماهي مظاهر الإبادات الجماعية المرتكبة من الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطسني بعد أحداث 7 أكتوبر سنة 2023 في ضوء الدعوى التي أقامتها دولة جنوب أفريقيا أمام المحكمة المختصة دولياً؟

2- هل هناك إشكاليات قانونية في تنفيذ الأوامر التي تصدر عن محكمة العدل الدولية في الدعوى المقامة من جنوب أفريقيا ومدى إلتزام إسرائيل بتنفيذها ؟

3- ما مدى تنفيذ القرارات التي تصدر عن مجلس الأمن بشأن الإبادة الجماعية وحرب غزة 2024/2023 ؟

4- ماهو موقف جامعة الدول العربية والجمعية العامة للأمم المتحدة من الإبادة الجماعية في غزة في ضوء الأحداث التالية للسابع من أكتوبر 2023؟

ثالثا/ منهج البحث

اتبعت هذه الدراسة المنهج التأصيلي التحليلي لكافة التشريعات والإتفاقيات الدولية المتعلقة بها من أجل الوصول إلى معرفة موقف المحاكم القضائية الدولية والمنظمات الدولية من الإبادات الجماعية وحرب غزة بالنسبة لأحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023، وذلك بتوثيق وتحليل كافة النصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية المنظمة للإبادة الجماعية، وجمعت هذه الدراسة بين القانون والسياسية فيما يتعلق بالدعوى المقامة من جنوب أفريقيا وموقف النظم والمنظمات الدولية من هذه الإبادات الجماعية المرتكبة ضد الشعب الفلسطيني صباحً ومساءً.

.....

رابعا/ أهمية البحث

لهذه الدراسة أهمية كبرى تكمن في وضع الوسائل الحمائية للشعب الفلسطيني من الإبادات الجماعية المرتكبة من الإحتلال الصهيوني وحرب غزة بالنسبة لأحداث ما بعد السابع من أكتوبر 2023، والتأكيد على مدى حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن الهيئات الدولية بشأن هذا الموضوع ، وضرورة إلتزام اسرائيل بتنفيذها، من أجل وقف العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة، وحماية الأطفال والنساء والمدنيين العُزل في القطاع بشكل عام .

خامساَ/ خطة البحث

نتناول موضوع البحث من خلال مبحثين ، ونتطرق في المبحث الأول تعريف ابادة الشعوب جماعياً بتقسيمه الى مطلبين ، يختص المطلب الأول ببيان مفهوم الإبادات الجماعية في القانون الدولي .والمطلب الثاني يتضمن توضيح مظاهر الإبادة الجماعية في قطاع غزة في ضوء دعوى جنوب أفريقيا .أما المبحث الثاني فيتناول موقف المجتمع الدولي من الإبادة الجماعية في غزة 2024/2023 .وينقسم الى مطلبين ،المطلب الأول موقف محكمة العدل الدولية من الإبادة الجماعية في قطاع غزة في ضوء دعوى جنوب أفريقيا.والمطلب الثاني موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة من الإبادة الجماعية في غزة 2024/2023 . بينما المطلب الثالث يتعلق بموقف مجلس الأمن الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة بعد السابع من أكتوبر 2023.والمطلب الرابع يختص بموقف جامعة الدول العربية من الإبادة الجماعية وحرب غزة بعد السابع من أكتوبر 2023 .

المبحث الأول

ماهية الإبادة الجماعية

من المقرر قانوناً، وفق أحكام القانون الدولي، أن للإنسان الحق في العيش الكريم وأنه لا يمكن الإعتداء على المدنيين في أوقات الحرب، وجرم القانون الدولي أيضاً الإعتداء على الممتلكات العامة والخاصة دون مسوغ قانوني، لذا سنتحدث في هذا المبحث عن مفهوم الإبادة الجماعية في مطلب أول، ثم نعقبه بالحديث عن مظاهر تلك الإبادة في ضوء الدعوى التي أقامتها جمهورية دولة جنوب أفريقيا أمام المحكمة المختصة دولياً بشأن الإعتداء الصهيوني على الشعب الفلسطيني بعد السابع من أكتوبر 2023 وذلك في مطلب ثان .

المطلب الأول

مفهوم الإبادة الجماعية

إن جريمة الإبادة الجماعية لها تطور تاريخي عبر العصور ومنها الإبادة الجماعية التي مارستها الإمبراطورية الرومانية (قرطاج) ومذابح جنكيز خان وأحفاده، كما ارتكبت هذه الجريمة على أرض السودان وكندا واليابان والعراق ورواندا [1].

وعرفت الإبادة الجماعية بأنها :إتيان أحد الأفعال التالي ذكرها والتي ترتكب بغرض الدمار الكلي أو الجزئي لشعب أو لجماعة وطنية أو عنصرية أو دينية[2] :

1- القيام بقتل جماعة أو شعب معين.

2- إصابة الشعب أو جماعة منه بأذى جسدي أو معنوي خطير.

3- إجبار الشعب أو جماعة منه على أن يعيشوا ظروفاً معيشية صعبة ويكون الهدف من ذلك التدمير المادي لتلك الجماعة بشكل كلي أو جزئي.

4- القيام بفرض تدابير معينة الهدف منها عدم حدوث إنجاب أطفال لشعب أو جماعة منه .

---

[1] د.عبد العظيم أحمد عبد العظيم، الإبادة الجماعية في فلسطين، دراسة في جغرافية الجريمة، بحث مقدم إلى ندوة جغرافية الجريمة، قسم الجغرافيا – كلية الآداب – جامعة المنيا، 10 مارس 2014، ص 2.

[2] ينظر نص المادة رقم (2) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها والمصدق عليها بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 كانون الأول – ديسمبر 1948 م، تاريخ بدء النفاذ 12 كانون الأول 1951، وانظر المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

.....

5- القيام بنقل أطفال من شعب أو جماعة معينة إلى شعب أو جماعة أخرى ويكون ذلك بشكل عمدي وبالقوة الجبرية .

والمتأمل في هذا التعريف نجده قد إرتكز على عدة عناصر وذلك على النحو التالي [1]:

أ- أن الإبادة قد تقع على الجسد بقصد القتل أو الإصابة، ويتحقق ذلك بإستخدام الغاز المسيل للدموع أو السام أو القتل النووي أو القتل وهم احياء أو إنتهاك الشعب أو الجماعة بالدبابات والطائرات .

ب- أن الإبادة قد تقع عند فصل الشعب أوالجماعة عن العالم من حيث قطع جميع مظاهر الحياة عنه .

ومن الجدير بالذكر أن محكمة العدل الدولية سبق وأن أقرت بأن الإبادات الجماعية هي من الجرائم المعاقب عليها دولياً سواء تم إرتكابها في أوقات الحروب أو السلام ومن ثم يتعين العمل على منعها وإقرار العقاب عليها[2].

وذهب بعض الفقه إلى أن حكم محكمة العدل الدولية السابق الإشارة إليه يعني أن الإتفاقية الخاصة بمنع جرائم الإبادات الجماعية والمعاقبة عليها تكون هي الواجبة التطبيق دون النظر إلى الملابسات المرتبطة بالطبيعة القومية أو الدولية للنزاع وذلك حال إتيان أحد الأفعال غيرالمشروعة والتي تضمنتها هذه الإتفاقية[3] . ونحن نرى من جانبنا أن مفهوم الإبادة الجماعية يعني: قيام شخص أو دولة بقتل أو إصابة شعب أو جماعة منه وإلحاق الأذي والضرر بهم وإضطهادهم والتعدي عليهم، والإتيان بكافة التصرفات التي من شأنها أن تؤدي إلى القتل البطيء لهذا الشعب أو الجماعة كل ذلك بهدف إحتلال الأرض أو الإنتقام من هذا الشعب أو تلك الجماعة أو بقصد أهداف أخرى يسعى إليها المعتدي المرتكب لتلك الجريمة التي تجريمها وتجرمها كل الشرائع والأديان السماوية .

---

[1] د. أمجد محمد منصور و د. محمد نصر القطري، المسؤولية الجنائية والمدنية والدولية لمرتكبي جرائم الإبادة أمام القضاء، بدون دار نشر، مارس 2017، ص 812 وما بعدها .

[2] ينظر حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 11 يوليو 1996 (مشار إليه لدى د. ياسمين أحمد إسماعيل صالح، دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني وضمان الإلتزام بمبادئه، بحث منشور في مجلة كلية السياسية والإقتصاد، جامعة بني سويف، العدد الثالث، يوليو 2019 ، ص 183.

[3] د. ياسمين أحمد إسماعيل صالح، دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني وضمان الإلتزام بمبادئه، بحث منشور في مجلة كلية السياسية والإقتصاد، جامعة بني سويف، العدد الثالث، يوليو 2019 ، ص 183.

المطلب الثاني

مظاهر الإبادة الجماعية في قطاع غزة في ضوء دعوى جنوب أفريقيا

بادئ ذي بدء يمكن القول بأن الشعب الفلسطيني لم يكن ليتعرض للإبادة الجماعية من قبل الإحتلال الصهيوني المتطرف بعد السابع من أكتوبر 2023 لأول وهلة وإنما نعلم جميعا وكما تعلم جميع شعوب العالم بأن الشعب الفلسطيني يتعرض لتلك الإبادة من قبل هذا الكيان المحتل الغاصب منذ عام 1948 وحتى الآن، تلك هي الجريمة النكراء التي عاقبت عليها جميع التشريعات الدولية .

ويمكننا الحديث في السطور التالية عن أهم مظاهر الإبادة الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطسني بعد أحداث 7 أكتوبر 2023 .

في التاسع والعشرون من شهر ديسمبر2023 أقامت دولة جنوب أفريقيا دعوى قضائية ضد الكيان الصهيوني الغاصب أمام محكمة العدل الدولية إتهمت فيها إسرائيل بإرتكاب الإبادة الجماعية ضد الشعب الفلسطيني الأفراد المدنيين العُزل، بعد نشوب الحرب بين حركة حماس والإحتلال الصهيوني في السابع من أكتوبر عام 2023 وتجلت في تلك الدعوى مظاهر الإبادة الجماعية وذلك على النحو التالي[1] :

أولاً : القيام بقتل الشعب الفلسطيني سيما في قطاع غزة مستهدفا جميع طوائف الشعب بما فيه من الأطفال والشيوخ والنساء والشباب، حيث راح جراء هذه الاحداث مايقرب من عشرون ألف شهيد.

ثانياً : إلحاق الضرر والأذى النفسي والجسدي والعقلي بالشعب الفلسطيني المدني وإجبارهم على الحياة الضنكة والظروف الحياتية الصعبة في ظل البرد القارص خاصة أن إندلاع الحرب جاء في بداية فصل الشتاء وذلك كله بقصد تدميره والإنتقام منه والتنكيل به .

ثالثا: قيام الكيان المحتل بطرد الشعب الفلسطيني من منازله وإجباره على الهجرة القسرية .

رابعاً : قطع جميع مصادر الحياة عن الشعب الفلسطيني (الغذاء – الدواء – الماء –الإنترنت ووسائل الإتصال – الكهرباء – إلخ).

خامسا: قيام الكيان المحتل بمعاقبة الشعب الفلسطيني وذلك بحرمانه من المأوى المناسب وإرتداء الملابس والنظافة والصرف الصحي .

---

[1] د. محمد خفاجي، مقال منشور على موقع جريدة المصري اليوم www.almasryalyoum.com في https:// 2024/1/11 ، تاريخ الزيارة في 2024/2/2 .

.....

سادسا: قيام الكيان المحتل بحرمان الشعب الفلسطيني من المساعدات الطبية الصادرة من جميع الدول المجاورة وبعض الدول الأخرى.

سابعا: قيام الكيان المحتل بتدمير المنازل والمجمعات السكنية والأحياء والقرى والمدن والجهات الحكومية والقضاء على أُسر بأكملها .

ثامنا: قيام الكيان المحتل بفرض الإجراءات التعسفية التي تهدف إلى منع الولادات الفلسطينية .

ونحن نرى من جانبنا أن عناصر الإبادة الجماعية الواردة في المادة (2) من الإتفاقية الخاصة بمنع جرائم الإبادة الجماعية قد توافرت في شأن الإحتلال الصهيوني والذي أباد الشعب الفلسطيني وقطاع غزة بعد أحداث السابع من أكتوبر 2023 وقتل الأطفال والشباب والنساء والشيوخ والمرضي عامدا متعمدا، بل وقام بقطع كل وسائل الإتصالات والكهرباء من المرافق الطبية لا سيما ماحدث في المستشفى المعمداني في السابع عشر من أكتوبر 2023 والمجزرة التي ارتكبها الكيان المحتل متثلاً في سلاح الجو الإسرائيلي والذي نفَذ تلك المذبحة في الساعات الأولى من يوم السابع عشر من أكتوبر 2023 والتي راح ضحيتها عشرات الجرحى والمصابين وجعلتهم أشلاءً متقطعة وجثثاً هامدة محترقة، وما كان من الإحتلال الغاصب إلاَ أن ينكر إرتكابه لهذه الجريمة زاعماً بأن ماحدث كان بسسبب قيام حركة الجهاد الإسلامي بإطلاق صاروخ وقامت تللك الحركة بنفي هذا الإتهام جملة وتفصيلاً، وجاء موقف الولايات المتحدة الأمريكية مخزياً لهذه المذبحة وشاهدت جميع شعوب العالم ماقاله الرئيس الأمريكي جون باين عند زيارته للكيان المحتل في تل أبيب في الثامن عشر من شهر أكتوبر عام 2023 حيث قال، معلقاً على هذه المذبحة، إن ماحدث في مستشفى المعمداني يبدو أن مافعله هو الفريق الأخر يقصد حركة حماس وليس أنتم يقصد تل أبيب .

المبحث الثاني

موقف المجتمع الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة 2024/2023

إذا كنا قد تحدثنا عن ماهية الإبادة الجماعية وفق أحكام القانون الدولي وتوصلنا إلى أن هذا المفهوم يشمل القتل والتدمير وإلحاق الضرر والأذي النفسي والبدني بالشعب الفلسطيني من قبل الإحتلال الصهيوني في الفترة التي تلت السابع من أكنوبر 2023 ، فجدير بنا أن نتحدث عن المحاكم المختصة بنظر هذه الأحداث وموقف مجلس الأمن منها، لذا سنخصص المطلب الأول للحديث عن موقف محكمة العدل الدولية من الإبادة الجماعية في غزة وذلك في ضوء الدعوى التي أقامتها دولة الجنوب أفريقيا أمامها، كما سنتحدث في المطلب الثاني عن موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة من تلك الأحداث في مطلب ثان، ثم نتحدث عن موقف مجلس الأمن في مطلب ثالث، ونختتم حديثنا في هذا المبحث بالحديث عن موقف جامعة الدول العربية من هذه الإبادة في مطلب رابع .

المطلب الأول

موقف محكمة العدل الدولية من الإبادة الجماعية في غزة في ضوء دعوى جنوب أفريقيا

إذا كنا قد تحدثنا فيما سبق عن مفهوم الإبادات الجماعية ومدى تطورها تاريخيا وإستعراضنا لأهم مظاهر المجازر والإبادة الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني بعد أحداث السابع من أكتوبر عام 2023، فيمكن القول بأنه من المقرر قانونا أن من إرتكب جريمة بحق شخص أو أشخاص معينين فلا بد وأن يطبق عليه حكم القانون إعمالا لمبدأ الردع العام والخاص، فكذلك الحال فإنه ثبت إدانة الإحتلال الصهيوني في إرتكابه لجرائم الإبادات التي ترتكب بشكل جماعي ضد أهل غزة وذلك في ضوء توافر كافة مظاهر الإبادة الجماعية سالفة الذكر والمقررة بموجب الإتفاقية الخاصة بمنع جرائم الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها كما سبق وأن ذكرنا من قبل، فمن ثم يتعين اللجوء للمحاكم الدولية لمحاكمة إسرائيل على هذه الجريمة، وهاهي جنوب أفريقيا قد أقامت قضية ضد الكيان الغاصب أمام المحكمة المختصة دولياً لمحاكمتها دوليا على مايفعله بحق الشعب الفلسطيني، لذا يدعونا الحديث عن موقف محكمة العدل الدولية تجاه هذه القضية وأهم القرارات الصادرة عنها، وما ردود أفعال الإحتلال الصهيوني من الدعوى المقامة من جنوب أفريقيا، وإشكاليات تنفيذ أحكام هذه المحكمة، وما رد فعل جنوب أفريقيا تجاه القرارات الصادرة عن

.....

المحكمة، وكذلك معرفة ردود أفعال حركة حماس من هذه القرارات، ومدى إلتزام الإحتلال الصهيوني بتنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية من عدمه، كل هذه التساؤلات نستعرضها في السطور التالية :

أولاً : موقف محكمة العدل الدولية من الإبادة الجماعية المرتكبة من الإحتلال الصهيوني بحق الشعب الفلسطيني في ضوء الدعوى التي أقامتها جمهورية جنوب أفريقيا .

بادئ ذي بدء يمكن القول بأن محكمة العدل الدولية بإعتبارها من الأجهزة الرئيسة للأمم المتحدة تختص بنظر دعاوى فرض أوامر متعلقة بالإبادات التي ترتكب بشكل جماعي من إحدى الدول فتتولى الفصل في النزاع ومحاكمة الدولة المرتكبة لهذه الجريمة فهي تحاكم الدول وليس الأفراد[1]، على خلاف المحكمة الجنائية الدولية التي تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالإبادة الجماعية المرتكبة من الأفراد ومن ثم فإنها تحاكم أفرادا معيينين فقط [2].

جدير بنا أن نستعرض الطلبات التي قدمتها دولة جنوب أفريقيا أمام المحكمة المختصة دوليا وهي محكمة العدل الدولية في 29 ديسمبر 2023 وذلك على النحو التالي[3] :

قيام المحكمة بإصدار أمر بإتخاذ تدابير بشكل مؤقت من شأنها حماية الشعب الفلسطيني من البطش والإنتقام الصادر من الإحتلال الصهيوني بحقه على أن تتضمن هذه التدابير ما يلي :

1- وقف وتعليق كافة العمليات العسكرية في فلسطين سيما في أراضي غزة .

2- إلزام إسرائيل بعدم الإعتداء على شعب غزة وإلزام الوحدات المسلحة التابعة لها بتنفيذ هذا الإلتزام .

3- وقف جميع عمليات الإبعاد ومغادرة البلاد والتهجير القسري ومنع الغذاء والدواء والمياه وإعاقة دخول المساعدات الإنسانية المقدمة من دول الجوار .

4- إلتزام إسرائيل بضمان وصول المساعدات الصحية لأهالي غزة وذلك بشكل دائم .

---

[1] ينظر نص المادة (9) من إتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية .

[2] ينظر نص المادة (25) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الصادر في السابع عشر من تموز – يوليه 1998 والذي دخل حيز النفاذ في 1 تموز – يوليه 2002م ، وكذلك نص المادتين (5،7) من هذا النظام ، كما يراجع: د. عبد الحميد محمد عبد الحميد حسين، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية وتعزيز حقوق الإنسان بمواجهة الجرائم ضد الإنسانية، بحث مقدم إلى مؤتمر في إسطنبول، تركيا في الفترة من 6 – 7 ديسمبر 2018 تحت عنوان (إعادة النظر في حقوق الإنسان)، ص 7 – ص 9 .

[3] ينظر عريضة الدعوى التي قدمتها دولة جنوب أفريقيا الى محكمة العدل الدولية ص 82 – ص 84 من هذه العريضة والمنشورة على الموقع التالي https://www.icg

5- إلتزام إسرائيل بايقاف التدمير الشامل لكافة المنشآت والجهات الحيوية في قطاع غزة .

ثانياً : تعقيب إسرائيل على الدعوى المرفوعة من جمهورية جنوب أفريقيا

في الثاني عشر من يناير 2024 طلب الكيان المغتصب من محكمة العدل الدولية أن تقضي برفض دعوى الإبادات التي ترتكب بشكل جماعي و التي أقامتها دولة جنوب أفريقيا وأن ما زعمته جنوب أفريقيا نحو المطالبة بوقف هجماتها ضد حركة حماس في قطاع غزة عار تماماً من الصحة ولا سند له من الواقع، كما بررت إسرائيل هذا العدوان بأنه دفاع شرعي عن نفسها تجاه الهجمات التي شنتها حركة حماس والجماعات الإرهابية في غزة، وأن ماتطالب به جنوب أفريقيا نحو وقف الهجمات العسكرية الإسرائيلية من شأنه أن يجعل دولة إسرائيل عاجزة عن الدفاع عن نفسها وأن حركة حماس تسعى جاهدة نحو تدمير وإبادة الشعب الإسرائيلي، وأعلن فريق الدفاع الإسرائيلي أمام محكمة العدل الدولية أن إسرائيل ستقدم تقريرا تقول فيه أنها تسمح بإدخال الغذاء والماء والدواء لشعب غزة حتى يمكن نفي المزاعم التي تدعيها جنوب أفريقيا[1] .

ونحن نرى من جانبنا أن ماورد في تعقيب إسرائيل على الدعوة المقامة من جنوب أفريقيا أمام محكمة العدل الدولية من أن هجماتها تعد من قبيل الدفاع الشرعي عن النفس يخالف ميثاق الأمم المتحدة ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واللذان حددا الشروط الواجب توافرها للدفاع الشرعي، وإذا نظرنا في هذه الشروط نجدها غير متوافرة فيما أدعته إسرائيل حيث يشترط في الدفاع الشرعي الدولي أن يكون الإعتداء الواقع عليها غير مشروع وهذا لم يحدث حيث أنها هي الدولة الغاصبة المحتلة لأرض فلسطين وحماس تدافع عن أرضها وشعب فلسطين[2] .

---

[1] العدل الدولية : اسرائيل ترفض اتهامات الإبادة في غزة وتعتبر شكوى جنوب افريقيا تشويها للحقائق، منشور على موقع www.frqnce24 https:// بتاريخ 12 يناير 2024، تاريخ الزيارة في 2024/2/16 . وكذلك انظر موقع العربية نت المتضمن ذات الشأن في 2024/1/12.

[2] د.أحمد مازن إبراهيم و د. هه وارد نور الدين حسين، شروط الإعتداء الموجب لحق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي، بدون دار نشر ولا سنة طبع، ص 560 وما بعدها . أنظر أيضا نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة ، ونص المادة (31) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

.....

ثالثاً : الأوامر التى أصدرتها محكمة العدل الدولية تجاه القضية المرفوعة من جنوب أفريقيا

في السادس والعشرون من شهر يناير 2024 أصدرت محكمة العدل الدولية أوامرها المتمثلة في[1]:

1- ضرورة إتخاذ إسرائيل كافة السبل اللازمة لعدم الإتيان بأي من الأفعال الإجرامية التي اشتملت عليها إتفاقية منع الإبادات التي ترتكب بشكل جماعي ضد الشعب الفلسطيني .

2- على إسرائيل أيضاً إتخاذ الإجراءات الفورية من أجل توفير كافة الخدمات الأساسية وتهيئة الظروف المعيشية المناسبة للشعب الفلسطيني في قطاع غزة .

3- إلتزام إسرائيل بعدم إعتداء قواتها المسلحة على شعب غزة .

4- يتعين على إسرائيل عدم طمس وإتلاف الأدلة التي تتعلق بالإتهامات الموجهة لها وفقا لنص المادتين الثانية والثالثة من الإتفاقية الخاصة بمنع جرائم الإبادات الجماعية .

5- ضرورة قيام إسرائيل بتقديم تقرير يتضمن كافة التدابير الواجب اتخاذها لتنفيذ هذه القرارات خلال شهر من تاريخ صدورها .

6- طالبت المحكمة بضرورة الإفراج عن كافة الرهائن المحتجزة لدى حركة حماس والكتائب المسلحة في قطاع غزة .

7- رفض الطلب المقدم من إسرائيل بشأن رد الدعوى المقامة من جنوب أفريقيا .

ونحن نرى من جانبنا أنه كان يتعين على محكمة العدل الدولية أن تصدر أمراً بوقف إطلاق النار في قطاع غزة لا سيما وأن كافة القرارات التي أصدرتها المحكمة لا يمكن تنفيذها إلا بوقف إطلاق النار، على الرغم من أن دولة جنوب أفريقيا طالبت بوقف تعليق الهجمات العسكرية على قطاع غزة في عريضة دعواها أمام المحكمة كما سبقت الإشارة إلى ذلك من قبل، ومن ثم فلا نجد مبرراً حول عدم قيام المحكمة بإصدار مثل هذا الأمر ، ونرى من وجهتنا الشخصية أن القرارات الصادرة عن المحكمة لا تعد نصراً للشعب الفلسطيني ولا هزيمة للإحتلال الصهيوني وذلك لعدم قيام المحكمة بإصدار أمر واضح وصريح بأن ما تفعله إسرائيل تجاه الشعب الفلسطيني يشكل إبادة جماعية بالمعنى الدقيق على الرغم من توافر كافة الأدلة على إرتكاب هذه الجريمة وهو ماشاهده العالم بأسره في الشاشات والفضائيات ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة

---

[1] ينظر قرارات محكمة العدل الدولية بشأن قضية جنوب أفريقيا المقامة ضد إسرائيل نتيجة إرتكابها الإبادة الجماعية ضد شعب غزة والصادرة في 26 يناير 2024 والمنشورة على الموقع التالي : news.un.org (موقع الأمم المتحدة) تاريخ الزيارة في 2024/2/16 .

والمقروءة، فكان ينبغي أن تتضمن قرارات المحكمة إدانة إسرائيل بإرتكاب جرائم الإبادات التي ترتكبها بشكل جماعي بحق الشعب الفلسطيني، لا سيما أنه لايوجد في الإتفاقية الخاصة بمنع جريمة الإبادة الجماعية، ولا في النظام الأساسي للمحكمة و ميثاق الأمم المتحدة ما يمنع المحكمة من تضمين قراراتها بوقف إطلاق النار وأن ماتفعلة الدولة المرتكبة للجرائم الدولية يشكل إبادة جماعية .

رابعاً: تعقيب دولة جنوب أفريقيا على القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية

تلقت دولة جنوب أفريقيا الأحكام أو الأوامر التي تصدرت عن محكمة العدل الدولية بكل أريحية ووصفت هذه القرارات بأنها إنتصار حاسم لسيادة القانون الدولي، وأضافت بأن هذه القرارات تمهد لوقف إطلاق النار في قطاع غزة ومن ثم فإن هذا الأمر سيكون لازماً وضرورياً، وأن قرار المحكمة فيما يتعلق بضرورة السماح لإدخال كافة المساعدات الإنسانية في قطاع غزة، يستلزم ضرورة وقف إطلاق النار في القطاع، كما أنه يتعين على الاحتلال الصهيوني الإهتمام بالبحث عن الرهائن وكذلك البحث عن مقاتلي حركة حماس الذين قاموا بالهجوم على إسرائيل في السابع من أكتوبر 2023 [1].

خامساً: تعقيب حركة حماس على القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية

تلقت حركة حماس الأحكام أو الأوامر التي صدرت من محكمة العدل الدولية بكل ترحاب وطالبت الحركة المجتمع الدولي بضرورة تنفيذ هذه القرارات والمطالبة بإيقاف أفعال العنف والتدمير والعدوان المستمرة والإبادة الجماعية لأهل غزة، وأكدت الحركة على ضرورة قيام المحكمة المشار إليها بإصدار المزيد من القرارات التي من شأنها إدانة الإحتلال الصهيوني على ما يرتكبه من جرائم، ومحاكمة قيادات الكيان الصهيوني على هذه الجرائم أمام المحكمة المختصة جنائياً بنظر هذه الجرائم[2] .

سادساً: إشكالية تنفيذ الأحكام أو القرارات التي تصدر عن محكمة العدل الدولية ومدى إلتزام إسرائيل بتنفيذها

---

[1] ينظر: نصر حاسم، حكومة جنوب افريقيا: قرار محكمة العدل، متاح على الموقع الإلكتروني https://arabic.cnn.com ، تاريخ الزيارة في 2024/2/16، وكذا موقع سكاي نيوز عربية متضمنا ذات المنشور المشار إليه .

[2] ينظر الموقع الإلكتروني المشار إليه .

.....

من المقرر قانونا أن أحكام وقرارات محكمة العدل الدولية وكافة المحاكم الدولية الأخرى لها حجية وقوة ملزمة لكن هذه الحجية نسبية وليست مطلقة بمعنى أنها ملزمة لأطراف النزاع فقط وهناك إستثناءات ترد على هذه النسبية لا مجال لذكرها في هذا المقام لعدم جدواها في دراستنا، لذا فإن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في الدعوى المقامة من قبل جنوب أفريقيا يتمتع بحجية الأمر المقضي به في مواجهة إسرائيل وكافة أجهزتها ومؤسساتها المعنية(1) .

ونحن نرى من جانبنا إنه إذا كانت هناك حجية للأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية وكما أنها ملزمة لأطرافها إلا أن هناك صعوبات قد تحول دون تنفيذ هذه الأحكام ومنها العقبات التشريعية المتمثلة في أن الأمم المتحدة هي المنوط بها تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الدولية وفقا لنص المادة (94) من ميثاق الأمم المتحدة وذلك بمعرفة مجلس الأمن حيث أنه هو الجهاز الدولي المعني بتنفيذ هذه الأحكام، فقد يفشل مجلس الأمن في تنفيذ هذه القرارات نظراً لعدم وضوح الصياغة التشريعية لنص المادة المشار إليها حيث منحت مجلس الأمن السلطة التقديرية في تنفيذ هذه الأحكام وتقرير ما إذا كان عدم تنفيذ الأحكام والقرارات الدولية من شأنه أن يؤدى إلى تهديد الأمن والسلم الدوليين من عدمه، كما أن من أهم العقبات التشريعية أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تعتبر مجرد توصيات ولا تعد ملزمة وذلك وفقاً لما جاء بميثاق الأمم المتحدة، كذلك أيضا من ضمن هذه العقبات التشريعية أن محكمة العدل الدولية لا تملك ضمان تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة عنها ويرجع ذلك إلى أن ضمان تنفيذ هذه القرارات وآليات تنفيذها لم تدرج في النظام الأساسي للمحكمة، لكننا نرى بأن منح مجلس الأمن السلطة التقديرية في تنفيذ الأحكام والقرارات الدولية يتعارض مع القوة الإلزامية وحجية الأمر المقضي به لكافة الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية المنصوص عليه في النظام الأساسي للمحكمة وفقا لنص المادة (59) من هذا النظام وأنه يتعين إعادة النظر في صياغة نص المادة (94) من ميثاق الأمم المتحدة على نحو يخول لمجلس الأمن السلطة الإلزامية وليست التقديرية في تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الدولية حفاظاً على مصالح الدول المتضررة أو المجني عليها، كما أنه يتعين على أمريكا التوقف عن دعم ومساندة الأحتلال الصهيوني

---

(1) د. نويس نبيل، القوة الإلزامية لأحكام محكمة العدل الدولية، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني السياسي، المجلد السادس، العدد الأول، **2022**، ص 732 وما بعدها . وأنظر أيضا نص المادة (59) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

وإجبار إسرائيل على تنفيذ القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية وماعدا ذلك لا يكون للقرارات الصادرة عن هذه المحكمة أي جدوى ومن ثم، ولبالغ الأسف، تعتبر هي والعدم سواء .

المطلب الثاني

موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة من الإبادة الجماعية في غزة بعد السابع من أكتوبر 2023

تعتبر الجمعية العامة للأمم المتحدة من الأجهزة الرئيسة للأمم المتحدة ويأتي ترتيبها في المستوى الثاني بعد مجلس الأمن، ولهذه الجمعية أهمية بالغة لا سيما في هيكلها الداخلي والذي يضم كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ولكل عضو فيها صوت واحد فقط في التصويت دون تمييز بين الدول على خلاف مجلس الأمن الذي يتمتع فيه الاعضاء الدائمين بإستخدام حق الفيتو دون بقية أعضاء المجلس، وتصدر قرارات الجمعية بحيادية بعيدا عن المصالح والإملاءات السياسية على خلاف ما يحدث في مجلس الأمن[1].

وبعد هذه التوطئة يمكننا إستعراض موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة من الإبادة الجماعية المرتكبة من الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني بعد أحداث السابع من أكتوبر 2023 في السطور التالية :

أولاً : قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ES-10/21 لسنة 2023

في السابع والعشرين من أكتوبر 2023 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً يحمل رقم ES-10/21 يتضمن الوقف الفوري والمستدام وكافة الأعمال العدوانية وضرورة الهدنة الإنسانية في عمليات القتال المستمرة في فلسطين، وأدان القرار الإحتلال الصهيوني لما يرتكبه من عنف وإستهداف لكافة المدنيين الفلسطينيين وكذلك إستهداف المدنيين الإسرائيليين من جانب حركة حماس مطالبة طرفي النزاع بإحترام القانون الدولي الإنساني [2].

---

[1] د. بلمديوني محمد، دور الجمعية العامة في إصدار التوصيات والقرارات الملزمة خاصة في مجال حفظ السلم والأمن الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، المجلد السادس، العدد الثاني، ديسمبر 2020، ص 1 .

[2] ينظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ES-10/21 الصادر في 27 /2023/10 بشأن هدنة إنسانية فورية ومستدامة في قطاع غزة .

.....

وجاء هذا القرار بعد ما تقدمت به دولة الأردن وذلك بأغلبية 121 صوتاً لصالح القرار في مقابل 14 صوت ضد هذا القرار، مع إمتناع 44 عضو عن التصويت على هذا القرار، وغياب 14 عضو عن التصويت وفيما يلي يمكن إستعراض مواقف بعض الدول من هذا القرار[1] :

1- موقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل من هذا القرار

صوتت الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وإنضمت إليهما إثنا عشر دولة ضد هذا القرار كالنمسا والمجر غواتيمالا وتشيك وكرواتيا وباراغوي، وأدان ممثل إسرائيل في الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا القرار قائلا بأن الأمم المتحدة فقدت الشرعية وليست لها أية أهمية، وقال ممثل الولايات المتحدة الأمريكية إن هذا القرار هو قرار شائن وأنه معيب للغاية .

2- موقف سويسرا من هذا القرار

جاء موقف سويسرا من هذا القرار مختلطاً حيث أبدى ممثل الدولة السويسرية في الجمعية العامة للأمم المتحدة إدانته للهجمات التي تشنها حركة المقاومة الإسلامية حماس ضد الإحتلال الصهيوني، لكنه في الوقت ذاته أيد هذا القرار حيث أنه يهدف إلى السماح بوصول كافة المساعدات الإنسانية للشعب الفلسطيني المحاصر.

ثانياً : القرارات الخمسة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 7 ديسمبر 2023

في السابع من شهر ديسمبر 2023 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بأغلبية الأعضاء خمسة قرارات تتعلق بالحرب على غزة وجاءت هذه القرارات على النحو التالي[2] :

1- القرار الأول : يتعلق بضرورة تقديم كافة المساعدات إلى اللاجئين الفلسطينيين وقامت مائة وستون دولة بتأييد هذا القرار، وإعترضت دولة واحدة عليه، كما إمتنعت عشر دول عن التصويت كالولايات المتحدة الأمريكية والباراجوي، والكاميرون وجواتيمالا.

---

[1] ينظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ES10/21 ، متاح على الموقع الإلكتروني : ar.m.wikipedia.org، تاريخ الزيارة في 2024/2/20 .

[2] ينظر: الجمعية العامة للأمم المتحدة تعتمد 5 قرارات لصالح فلسطين بأغلبية ساحقة، متاح على الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع : m.youm7.com في 7 ديسمبر 2023، تاريخ الزيارة في 2024/2/20.

.....

2- القرار الثاني : يتعلق بعمليات وكالة غوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين (الأنروا) والذي حصل على الأغلبية بعدد مائة وخمسة وستون دولة ، وإعترضت أربع دول على هذا القرار ومن بينهم الولايات المتحدة الأمريكية .

3- القرار الثالث : يتعلق بالأموال والممتلكات الخاصة باللاجئين الفلسطينيين وكافة الإيرادات الناتجة عنها والذي حصل على تأييد مائة وستون دولة، واعترضت خمس دول على هذا القرار ومن بينهم الولايات المتحدة الأمريكية، وامتنعت تسع دول عن التصويت على هذا القرار .

4- القرار الرابع : يتعلق بالمستوطنات الخاصة بالإحتلال الصهيوني على أرض فلسطين والقدس الشرقية والجولان السوري المحتل والذي حصل على تأييد مائة وتسعة وأربعون دولة في مقابل اعتراض ست دول على هذا القرار ومن بينهم الولايات المتحدة الأمريكية، وامتنعت عن التصويت سبعة عشر دولة.

5- القرار الخامس: يتعلق بمهام اللجنة المشكلة والمعنية بالتحقيق في كافة الإنتهاكات الصهيونية ضد الشعب الفلسطيني وغيره من العرب المتواجدين في الاراضي المحتلة والذي حصل على تأييد ست وثمانين دولة في مقابل اعتراض إثنا عشر دولة ، وامتنعت عن التصويت على هذا القرار خمس وسبعون دولة .

المطلب الثالث

موقف مجلس الأمن الدولي من الإبادة الجماعية وحرب غزة بعد السابع من أكتوبر 2023

حديثنا في هذا المقام سيقتصر على استعراض موقف مجلس الأمن من الإبادة الجماعية في غزة بالنسبة للأحداث التالية للسابع من أكتوبر 2023 .

أولاً : قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2712 لسنة 2023

يمكننا أن نستعرض فيما يلي أبرز ماجاء في قرار مجلس الأمن السابق الإشارة إليه :

1- ضرورة إلتزام طرفي النزاع بالإلتزامات المقررة بموجب إتفاقية جنيف المؤرخة في 12 آب- أغسطس 1949 م والخاصة بشأن حماية الأطفال في النزاعات المسلحة وكذلك الإلتزامات الخاصة بهذه الإتفاقية المؤرخة في 1977 م، وغيرها من الإتفاقيات الخاصة بحماية الأطفال[1].

[1] ينظر: نص الفقرة الثالثة من قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2712 لسنة 2023 الصادر في 15 تشرين الثاني – نوفمبر 2023 في جلستة رقم 9479 والمنشور على الموقع الرسمي للأمم المتحدة news.un.org .

.....

2- رفض التهجير القسري للمدنيين في قطاع غزة ولاسيما الأطفال منهم، حيث أن ذلك يخالف القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان [1].

3- ضرورة إمتثال طرفي النزاع للإلتزامات المقررة بموجب التشريعات الدولية ومن بينها القانون الدولي الإنساني خاصة فيما يتعلق بحماية المدنيين لاسيما الأطفال منهم [2].

4- ضرورة توفير ممرات إنسانية عاجلة لمدة معينة في كافة أنحاء قطاع غزة وذلك من أجل تمكين وكالات الأمم المتحدة المعنية وكذلك اللجنة الدولية للصليب الأحمر وغيرها من المنظمات الدولية الإنسانية المحايدة لقيامها بتقديم وتوفير الحد الأدنى من الخدمات الأساسية لكافة المدنيين في قطاع غزة وذلك بإدخال المياه والكهرباء والغذاء والوقود والمساعدات الصحية[3] .

5- الإفراج عن جميع الرهائن الذين هم لدى حركة حماس بشكل عاجل دون وضع قيود أو شروط [4].

6- ينبغي على طرفي النزاع ضرورة الإمتناع عن حرمان الأفراد المدنيين في قطاع غزة من الخدمات الأساسية والمساعدات الإنسانية وذلك وفقا للقانون الدولي الإنساني، حيث أن هذا الحرمان له أثر كبير على الأطفال[5].

7- ضرورة التشديد على أهمية آليات التنسيق والإخطار الإنساني وذلك من أجل حماية الهيئة الطبية المساعدة وتوفير السيارات كسيارات الإسعاف [6].

ونحن نرى من جانبنا أن قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2712 لسنة 2023 تحدث بشكل كبير في مجمله عن أهمية حماية الأطفال المدنيين في قطاع غزة نظرا لأن هؤلاء الأطفال لا يشتركون في الحروب، ولكننا نرى أن هذا القرار قد شابه بعض العوار القانوني حيث أنه لم يتضمن ضرورة إلتزام طرفي النزاع بوقف الحرب ووقف إطلاق النار في كافة الأنحاء الإسرائيلية والفلسطينية حيث أن ذلك يمثل حماية كافية للمدنيين في قطاع غزة، فكان يتعين على مجلس الأمن أن يتخذ مثل هذا القرار ويلقي إلتزاما على عاتق الأمين العام بضرورة تنفيذ هذا القرار.

---

(1) ينظر: نص الفقرة الخامسة من ذات القرار المشار إليه.

(2) ينظر: نص البند رقم (1) من ذات القرار المشار إليه .

(3) ينظر: نص البند رقم (2) من ذات القرار المشار إليه .

(4) ينظر: نص البند رقم (3) من ذات القرار المشار إليه .

(5) ينظر : نص البند رقم (4) من ذات القرار المشار إليه .

(6) ينظر : نص البند رقم (5) من ذات القرار المشار إليه .

ثانياً : قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2720 لسنة 2023

يمكننا أن نستعرض فيما يلي أبرز ماجاء في قرار مجلس الأمن السابق الإشارة إليه :

1- ضرورة قيام الأمين العام للمجلس بتعيين كبير لمنسقي الشؤون الإنسانية وشؤون إعادة الأعمال في قطاع غزة يتولى تيسير ورصد جميع شحنات الإغاثة الإنسانية المتجهة إلى غزة، ويلتزم طرفي النزاع بالتعاون مع هذا المنسق حتى يمكنه القيام بالمهام الموكولة إليه على النحو المطلوب[1] .

2- ضرورة تزويد المنسق المشار إليه بما يحتاجه من موظفين ومعدات في قطاع غزة وذلك تحت سلطة ورقابة الأمم المتحدة، على أن يلتزم المنسق بتقديم تقرير وافي عن المهام الموكولة إليه وذلك في غضون عشرين يوما، ثم كل تسعون يوما حتى 30 سبتمبر 2024[2] .

3- ضرورة التأكيد على حل الدولتين كما سبق وأن أقر المجلس بذلك في قراراته السابقة حتى يمكن العيش بين فلسطين وإسرائيل جنباً إلى جنب في سلام وضمن حدود معترف بها دوليا مع ضرورة التشديد على توحيد قطاع غزة مع الضفة الغربية تحت قيادة السلطة الفلسطينية [3].

4- ضرورة إلتزام طرفي النزاع بعدم التعرض لموظفي الأمم المتحدة المتواجدين على أرض غزة وكافة المشاركين في تقديم الدعم والإغاثة الإنسانية دون المساس بحريتهم في التنقل[4].

---

[1] ينظر: نص البند رقم (4) من قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2720 لسنة 2023 الصادر في 22 كانون الأول – ديسمبر 2023 في جلسته رقم 9520 والمنشور على الموقع الرسمي للأمم المتحدة news.un.org .

[2] ينظر: نص البند رقم (6) من ذات القرار المشار إليه .

[3] ينظر : نص البند رقم (12) من ذات القرار المشار إليه .

[4] ينظر: نص البند رقم (13) من ذات القرار المشار إليه .

.....

5- التأكيد على ضرورة تنفيذ القرار رقم 2712 لسنة 2023 على أن يقوم الأمين العام بتقديم تقرير خطي إلى مجلس الأمن في خلال خمسة أيام عمل من اتخاذ هذا القرار على أن يتضمن التقرير مدى التزام الأطراف المتنازعة بتنفيذ القرار رقم 2712 لسنة 2023 من عدمه [1].

وفي ذات السياق جاءت رد فعل حركة حماس والجانب الإسرائيلي من هذا القرار، حيث أكدت حركة حماس أن هذا القرار غير كافي ولا يلبي للمتطلبات الكارثية في غزة، كما أن الولايات المتحدة الأمريكية كرست جهودها لإفراغ القرار من مضمونه على نحو يساعد الإحتلال الصهيوني على التدمير والتخريب وقتل الأطفال والنساء والشيوخ، فيما أعرب الجانب الصهيوني عن أن إسرائيل ستقوم بفحص كافة المساعدات الإنسانية في قطاع غزة وفقا لأسباب أمنية [2].

ونحن نرى من جانبنا أن قرار مجلس الأمن رقم 2720 لسنة 2023 جاء على نحو غير ذي جدوى حيث أنه لم يأت بجديد ولم يختلف كثيرا عن ماتضمنه قراره السابق رقم 2712 لسنة 2023 فجاء تكرارا لما تضمنه القرار الأخير، لكن في المقابل نرى أن هذا القرار أكدَ وثمنَ جهود جمهورية مصر العربية ودولة قطر في تقديم المساعدات الإنسانية في قطاع غزة وفتح المعابر .

ثالثاً : قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2728 لسنة 2024

في 25 مارس 2024 أصدر مجلس الأمن في جلسته رقم 9586 القرار رقم 2728 لسنة 2024 بشأن الأحداث الجارية في غزة وتضمن هذا القرار ضرورة الوقف الفوري لإطلاق النار في شهر رمضان بما يؤدي إلى وقف دائم ومستدام لإطلاق النار، وكذلك المطالبة بالإفراج الفوري غير المشروط عن جميع الرهائن ووصول كافة المساعدات الإنسانية اللازمة لتلبية إحتياجات قطاع غزة وضرورة إحترام الأطراف لأحكام القانون الدولي[3] .

ونحن من جانبنا نرى أن هذا القرار قد إعتراه بعض النقص حيث لم يتضمن وقف إطلاق النار بشكل دائم وإنما جاءت عباراته مجملة، كما أنه تضمن الإشارة إلى وقف إطلاق النار بشكل فوري في شهر رمضان وهو ما يصمه بالعوار البيّن وهو ما يدل دلالة واضحة على عدم وقف إطلاق النار بشكل مستمر،

---

[1] ينظر: نص البند رقم (14) من ذات القرار المشار إليه .

[2] ينظر: الموقع الإلكتروني التالي : https://www.aJnet.me .

[3] ينظر: البند رقم (1) من قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2728 لسنة 2024 الصادر في 25 مارس / آذار 2024 في جلسته رقم 9586 والمنشور على الموقع الرسمي للأمم المتحدة news.un.org .

فكان يتعين أن تأتي عبارات القرار متضمنة إلزام أطراف النزاع بالوقف الفوري والدائم لإطلاق النار في شهر رمضان وغيره من الشهور الأخرى، وهو ما دعى الدولة الأمريكية إلى التذرع بعدم إلزامية هذا القرار ومن ثم عدم تنفيذه على أرض الواقع حيث بررت زعمها بعدم إلزامية القرار بأن القرار لم يستخدم عبارة (مطلوب وقف إطلاق النار) بدلا من استخدام عبارة (ضرورة وقف إطلاق النار) الواردة في القرار المشار إليه [1].

نرى أنه يتعين على مجلس الأمن تفعيل سلطاته الممنوحه له بموجب ميثاق الأمم المتحدة طبقا لنص المادة (41) من هذا الميثاق في توقيع العقوبات بكافة صورها على الإحتلال الصهيوني نتيجة العدوان على غزة، وتتعدد أنواع العقوبات فهناك عقوبات إقتصادية فتتعدد صور العقوبات الإقتصادية فمن الممكن أن يستخدم مجلس الأمن أسلوب المقاطعة وهو ما يتحقق بوقف العلاقة الإقتصادية الدولة التي لم تقم بتنفيذ قرار مجلس الأمن مع دول أخرى بقصد إراغامها على تنفيذ قرارات المجلس، وذلك على غرار مافرضه مجلس الأمن ضد جنوب أفريقيا بسبب التمييز العنصري عام 1966 وذلك بموجب القرار رقم 232 لسنة 1966، ويستطيع مجلس الأمن أن يتخذ الحصار بكافة أنواعه كعقوبة إقتصادية للدولة التي لم تستجب لقراراته كما فعل مجلس الأمن عام 1990 عندما أصدر القرار رقم 661 لسنة 1990 في 1990/8/6 والخاص بشأن منع أي تعامل تجاري أو مالي مع جمهورية العراق وذلك لحين قيامها بتفيذ القرارات الدولية [2].

المطلب الرابع

موقف جامعة الدول العربية من الإبادة الجماعية وحرب غزة بعد السابع من أكتوبر 2023.

بادئ ذي بدء يمكن القول بأن مجلس جامعة الدول العربية قام بعقد دورة غير عادية برئاسة مملكة المغرب بناءً على طلب فلسطين ودعم الدول الأعضاء في المجلس وذلك في 22 يناير 2024 بشأن بحث الأوضاع وجرائم الإبادة الجماعية المرتكبة من قبل الإحتلال الصهيوني ضد قطاع غزة ودراسة كافة الجوانب القانونية والإقتصادية والسياسية التي يجب اتخاذها ضد الإحتلال الصهيوني ومايرتكبه من جرائم حرب وإبادة جماعية في فلسطين، وانتهت الدورة إلى إصدار القرار رقم 8990 لسنة 2024، والتي أبرز ماجاء فيه :

---

[1] ينظر الموقع الإلكتروني التالي : www.bbc.com، تاريخ الزيارة 2024/4/2 .

[2] د. إبراهيم مجاهدي، النظام القانوني للجزاءات الإقتصادية الدولية في ميثاق الأمم المتحدة، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الجنائية والإجتماعية بالقاهرة، المجلد الرابع والستون، العدد الأول، مارس 2021، ص 90 وما بعدها .

.....

1- إدانة جرائم الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني وقتل الآلاف من المدنيين ومحاصرتهم وتدمير المناطق السكنية والمؤسسات الصحية وكافة المرافق العامة كالمدارس والجامعات، ومن ثم فإن كل هذه الإنتهاكات تعتبر إبادة جماعية ضد الشعب الفلسطيني [1].

2- مناشدة مجلس الأمن بإتخاذ القرارات الملزمة وذلك لوقف جرائم العدوان الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني حيث أن هذه الجرائم من شأنها تهديد الأمن والسلم الدوليين والإقليميين لمخاطر جمة [2].

3- مناشدة أمريكا والتي تقوم بدعم ومساندة الإحتلال الصهيوني إلى تبني مواقف تنسجم مع التشريعات الدولية الإنسانية ينتج عنها وقف العدوان ووقف اطلاق النار [3] .

4- رفض فكرة التهجير القسري للشعب الفلسطيني والذي يقدر بنحو مليوني مواطن [4].

5- عدم السماح بتكرار سيناريو النكبة التي حدثت عام 1948 م [5].

6- ضرورة تنفيذ ماجاء في قرار مجلس الأمن رقم 2720 لسنة 2023 والسماح بإدخال المساعدات الإنسانية لقطاع غزة [6].

7- إدانة مايرتكبه الإحتلال الصهيوني من جرائم في الضفة الغربية[7] .

8- رفض الحصار الصهيوني على المسجد الأقصى المبارك والذي استمر أكثر من 100 يوم ، حيث لايمكن منع المصلين من الدخول فيه وتقويض حرية العبادة في المسجد[8] .

---

[1] ينظر: البند رقم (1) من قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 8990 لسنة 2024 الصادر في 2024/1/22 بشأن عقد دورة غير عادية بشأن بحث الأوضاع في قطاع غزة، والمنشور على الموقع الإلكتروني التالي : www.elbalad.news

[2] ينظر: البند رقم (2) من ذات القرار المشار إليه .

[3] ينظر: البند رقم (3) من ذات القرار المشار إليه .

[4] ينظر: البند رقم (4) من ذات القرار المشار إليه .

[5] ينظر: البند رقم (5) من ذات القرار المشار إليه .

[6] ينظر: البند رقم (8) من ذات القرار المشار إليه .

[7] ينظر: البند رقم (9) من ذات القرار المشار إليه .

[8] ينظر: البند رقم (10) من ذات القرار المشار إليه .

.....

9- مناشدة كافة الدول التي تقوم بدعم الإحتلال الصهيوني ومده بالأسلحة والذخائر لقتل المدنيين العزل في قطاع غزة بالتوقف عن هذا الأمر[1] .

10- مناشدة الدول التي لديها مواطنين مشتركين في جيش العدوان الصهيوني ومشاركتهم في قتل المدنيين في قطاع غزة لإتخاذ الإجراءات المناسبة نحو محاكمتهم ومنعهم من المشاركة في مثل هذه الجرائم [2].

11- دعم وتثمين موقف دولة جنوب أفريقيا لمقاضاة الإحتلال الصهيوني أمام محكمة العدل الدولية لإنتهاكه الإتفاقية الدولية المتعلقة بمنع جريمة الإبادة الجماعية، كما تثمنت الجامعة انضمام الجماهيرية العربية الليبية إلى فريق الدفاع القانوني لجمهورية جنوب افريقيا[3] .

12- دعم وتثمين الموقف الذي اتخذته بعض الدول لمحاكمة الاحتلال الصهيوني أمام المحكمة الجنائية الدولية لما يرتكبه من جرائم حرب وابادة جماعية [4].

13- مناشدة المنظمات الحقوقية ونقابات المحامين العربية والدولية لمقاضاة الإحتلال الصهيوني على ما يرتكبه من جرائم على أرض فلسطين [5].

14- دعم وتثمين المواقف القطرية المصرية التي تهدف إلى وقف اطلاق النار [6].

15- دعم ما تقوم به مصر من اجراءات لمواجهة التبعات المترتبة على الإحتلال الصهيوني على شعب فلسطين وقيامها بإدخال العديد من المساعدات الإنسانية عبر معبر رفح[7] .

16- تشكيل لجنة مؤقتة مفتوحة العضوية من المندوبين الدائمين والأمانة العامة تتولى دراسة الإجراءات القانونية والسياسية والدبلوماسية والإقتصادية من أجل تنفيذ وتفعيل هذا القرار، على أن تقوم بإعداد تقرير بذلك خلال أسبوع من تاريخ صدور هذا القرار[7] .

---

[1] ينظر: البند رقم (11) من ذات القرار المشار إليه .

[2] ينظر: البند رقم (12) من ذات القرار المشار إليه .

[3] ينظر: البند رقم (13) من ذات القرار المشار إليه .

[4] ينظر: البند رقم (14) من ذات القرار المشار إليه .

[5] ينظر: البند رقم (16) من ذات القرار المشار إليه .

[6] ينظر: البند رقم (20) من ذات القرار المشار إليه .

[7] ينظر: البند رقم (21) من ذات القرار المشار إليه .

.....

ونحن نرى من جانبنا أن هذا القرار جاء كسابقه من القرارات الأخرى التي لا جدوى من صياغتها وذلك نظرا لعدم حجية قرارات جامعة الدول العربية على الدول الأجنبيه كإسرائيل فإذا كانت قرارات الجامعة غير ملزمة لأعضائها في بعض المواطن وذلك وفقا لميثاق جامعة الدول العربية [1] فماهو الحال بالنسبة لقراراتها لدول ليست أعضاء في الجامعة، فنأمل ضرورة تعديل ميثاق الجامعة على نحو يخول لمجلس الجامعة سلطة تنفيذ القرارات الصادرة عنه وجعلها ملزمة لكافة الدول الأعضاء حيث أن قرارات الجامعة تتسم بعدم الإستقلال وعدم الفاعلية نظرا لان ليس لها جهازا تنفيذياً يتولى تنفيذ قراراته، وضرورة النص على تكاتف جميع الدول الأعضاء في الجامعة مع القضية الفلسطينية من الإحتلال الصهيوني في قطاع غزة بحيث أنه في حالة ما إذا تقاعست دولة من الدول الأعضاء تجاه القضية الفلسطينية ولم تقدم الدعم اللازم ماديا أو إقتصادياً فيتعين على مجلس الجامعة فرض عقوبات على الدولة المتقاعسة وذلك على غرار القرارات الصادرة عن مجلس الأمن وسلطته في توقيع العقوبات والجزاءات المناسبة على الدولة المعتدية.

[1] د. محمد ربيع محرم الديهي و د. هاني محمد عبد الرسول، دور جامعة الدول العربية في حل القضايا السياسية والإقتصادية، بدون دار نشر، 2018، ص 14 .

الخاتمة

إنتهينا بفضل الله وعونه من الحديث عن دعوى جنوب أفريقيا و موقف المجتمعات والمنظمات الدولية من الإبادات التي ترتكب بشكل جماعي من قبل الإحتلال الصهيوني ضد الشعب الفلسطيني في الفترة التالية للسابع من أكتوبر 2023، وتوصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي :

أولاً/ الاستنتاجات:

1- أن عناصر الإبادة الجماعية الواردة بالمادة (2) من الإتفاقية الخاصة بمنع جريمة الإبادة الجماعية، قد توافرت في شأن الإحتلال الصهيوني والذي أباد الشعب الفلسطيني وقطاع غزة بعد أحداث السابع من أكتوبر 2023 وقتل الأطفال والشباب والنساء والشيوخ والمرضى عامداً متعمداً، بل وقام بقطع كل وسائل الإتصالات والكهرباء في المرافق الطبية لا سيما ماحدث في المستشفى المعمداني في السابع عشر من أكتوبر 2023، ومن ثم فإن عناصر الإبادات التي ترتكب بشكل جماعي قد تجلت في الدعوى المقامة من قبل دولة جنوب أفريقيا أمام محكمة العدل الدولية في 29 ديسمبر 2023 .

2- أن لمحكمة العدل الدولية دوراً مهماً في منع الإبادة الجماعية المرتكبة في غزة، فإذا كانت الأوامر الصادرة عنها في الدعوى المقامة أمامها من قبل جنوب أفريقيا قد اتسمت من حيث المبدأ بالإيجابية إلا أنها لم تصدر قرارا بوقف إطلاق النار في قطاع غزة، على الرغم من أن دولة جنوب أفريقيا طالبت بوقف تعليق الهجمات العسكرية على قطاع غزة في عريضة دعواها أمام المحكمة لا سيما وأن كافة القرارات التي أصدرتها المحكمة لا يمكن تنفيذها إلا بوقف إطلاق النار.

3- أن قرار مجلس الأمن رقم 2712 لسنة 2023 تحدث بشكل كبير في مجمله عن أهمية حماية الأطفال المدنيين في قطاع غزة نظرا لأن هؤلاء الأطفال لا يشتركون في الحروب، لكن هذا القرار قد شابه بعض العوار القانوني حيث أنه لم يتضمن ضرورة إلتزام طرفي النزاع بوقف الحرب ووقف إطلاق النار في كافة الأنحاء الإسرائيلية والفلسطينية حيث أن ذلك يمثل حماية كافية للمدنيين في قطاع غزة من الأطفال وغيرهم، فكان يتعين على مجلس الأمن أن يتخذ مثل هذا القرار ويلقي إلتزاما على عاتق الأمين العام بضرورة تنفيذ هذا القرار، وأن قرار مجلس الأمن رقم 2720 لسنة 2023 جاء على نحو غير ذي جدوى حيث أنه لم يأت بجديد ولم يختلف كثيرا عن ماتضمنه قراره السابق رقم 2712 لسنة 2023 فجاء تكراراً لما تضمنه القرار الأخير.

.....

4- كما أن قرار مجلس الأمن رقم 2728 لسنة 2024 قد إعتراه بعض النقص حيث لم يتضمن وقف إطلاق النار بشكل دائم وإنما جاءت عباراته مجملة، كما أنه تضمن الإشارة إلى وقف إطلاق النار بشكل فوري في شهر رمضان وهو ما يصمه بالعوار البيّن وهو ما يدل دلالة واضحة على عدم وقف إطلاق النار بشكل مستمر، فكان يتعين أن تأتي عبارات القرار متضمنة إلزام أطراف النزاع بالوقف الفوري والدائم لإطلاق النار في شهر رمضان وغيره من الشهور الأخرى .

5- أن قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 8990 لسنة 2024 الصادر في 2024/1/22 بشأن عقد دورة غير عادية بشأن بحث الأوضاع في قطاع غزة جاء كسابقه من القرارات الأخرى التي لا جدوى من صياغتها وذلك نظرا لعدم حجية قرارات جامعة الدول العربية على الدول الأجنبيه كإسرائيل فإذا كانت قرارات الجامعة غير ملزمة لأعضائها في بعض المواطن وذلك وفقا لميثاق جامعة الدول العربية فماهو الحال بالنسبة لقراراتها لدول ليست أعضاء في الجامعة.

ثانياً/ التوصيات:

1- ضرورة تعديل النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وميثاق الأمم المتحدة على نحو يخول للمحكمة سلطة تنفيذ الأوامر والأحكام الصادرة عنها حيث أن ذلك يشكل عقبة تشريعية نحو تنفيذ هذه الأحكام كما شاهدنا ذلك في القرارات الصادرة عن المحكمة في الدعوى المقامة من جنوب أفريقيا ، حيث خلا هذا النظام من منح المحكمة هذه السلطة وعهد ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن الدولي سلطة تنفيذ كافة القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية .

2- يتعين على مجلس الأمن تفعيل سلطاته الممنوحه له بموجب ميثاق الأمم المتحدة طبقا لنص المادة (41) من هذا الميثاق في توقيع العقوبات بكافة صورها على الإحتلال الصهيوني نتيجة العدوان على عزة ، وذلك على غرار مافرضه مجلس الأمن ضد جمهورية جنوب أفريقيا بسبب التمييز العنصري عام 1966 وذلك بموجب القرار رقم 232 لسنة 1966، وكما فعل مجلس الأمن عام 1990 عندما أصدر القرار رقم 661 لسنة 1990 في 1990/8/6 والخاص بشأن منع أي تعامل تجاري أو مالي مع جمهورية العراق وذلك لحين قيامها بتفيذ القرارات الدولية .

3- نأمل ضرورة تعديل ميثاق جامعة الدول العربية على نحو يخول لمجلس الجامعة سلطة تنفيذ القرارات الصادرة عنه وجعلها ملزمة لكافة الدول الأعضاء وضرورة إنشاء جهاز تنفيذي للجامعة يتولى تنفيذ

القرارات الصادرة عنها، حيث أن قرارات الجامعة تتسم بعدم الإستقلالية وعدم الفاعلية نظراً لان ليس لها جهازا تنفيذياً يتولى تنفيذ قراراتها.

4- ضرورة تضمين ميثاق جامعة الدول العربية نصاً على تكاتف جميع الدول الأعضاء في الجامعة مع القضية الفلسطينية من الإحتلال الصهيوني في قطاع غزة بحيث أنه في حالة ما إذا تقاعست دولة من الدول الأعضاء تجاه القضية الفلسطينية ولم تقدم الدعم اللازم مادياً أو إقتصادياً فيتعين على مجلس الجامعة فرض عقوبات على الدولة المتقاعسة وذلك على غرار القرارات الصادرة عن مجلس الأمن وسلطته في توقيع العقوبات والجزاءات المناسبة على الدولة المعتدية .

المصادر

أولاً / الكتب العلمية

1- د.أحمد مازن إبراهيم و د. هه وارد نور الدين حسين، شروط الإعتداء الموجب لحق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي، بدون دار نشر ولا سنة طبع .

2- د.أمجد محمد منصور و د. محمد نصر القطري، المسؤولية الجنائية والمدنية والدولية لمرتكبي جرائم الإبادة أمام القضاء، بدون دار نشر 2017.

3- د.محمد ربيع محرم الديهي و د. هاني محمد عبد الرسول، دور جامعة الدول العربية في حل القضايا السياسية والإقتصادية، بدون دار نشر، 2018 .

ثانياً/ الدوريات العلمية

1- د.إبراهيم مجاهدي، النظام القانوني للجزاءات الإقتصادية الدولية في ميثاق الأمم المتحدة، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الجنائية والإجتماعية بالقاهرة، المجلد الرابع والستون، العدد الأول، مارس 2021 .

2- د.بلمديوني محمد، دور الجمعية العامة في إصدار التوصيات والقرارات الملزمة خاصة في مجال حفظ السلم والأمن الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، المجلد السادس، العدد الثاني، ديسمبر 2020 .

3- د.نويس نبيل، القوة الإلزامية لأحكام محكمة العدل الدولية، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني السياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022 .

4- د.ياسمين أحمد إسماعيل صالح، دور محكمة العدل الدولية في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني وضمان الإلتزام بمبادئه، بحث منشور في مجلة كلية السياسية والإقتصاد، جامعة بني سويف، العدد الثالث ، يوليو 2019 .

ثالثاً/ المؤتمرات والندوات العلمية

1- د.عبد الحميد محمد عبد الحميد حسين، دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية وتعزيز حقوق الإنسان بمواجهة الجرائم ضد الإنسانية، بحث مقدم إلى مؤتمر في إسطنبول، تركيا في الفترة من 6 – 7 ديسمبر 2018 تحت عنوان (إعادة النظر في حقوق الإنسان).

2- د.عبد العظيم أحمد عبد العظيم، الإبادة الجماعية في فلسطين، دراسة في جغرافية الجريمة، بحث مقدم إلى ندوة جغرافية الجريمة، قسم الجغرافيا – كلية الآداب – جامعة المنيا ، 10 مارس 2014 .

رابعاً/ التشريعات الدولية

1- ميثاق الأمم المتحدة .

2- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الصادر في السابع عشر من تموز – يوليه 1998 والذي بدء حيز النفاذ في 1 تموز – يوليه 2002م.

3- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

4- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها والمصدق عليها بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 كانون الأول – ديسمبر 1948 م – تاريخ بدء النفاذ 12 كانون الأول 1951 .

5- عريضة الدعوى التي قدمتها دولة جنوب أفريقيا امام محكمة العدل الدولية .

6- قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2712 لسنة 2023 الصادر في 15 تشرين الثاني – نوفمبر 2023 في جلستة رقم 9479 .

7- قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2720 لسنة 2023 الصادر في 22 كانون الأول – ديسمبر 2023 في جلسته رقم 9520 .

8- قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2728 لسنة 2024 الصادر في 25 مارس – آذار 2024 في جلسته رقم 9586 .

9- قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 8990 لسنة 2024 الصادر في 2024/1/22 بشأن عقد دورة غير عادية بشأن بحث الأوضاع في قطاع غزة .

10- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ES-10/21 الصادر في 27 /2023/10 بشأن هدنة إنسانية فورية ومستدامة في قطاع غزة.

.....

خامساً/ الأحكام والقرارات الدولية

1- حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 11 يوليو 1996 .

2- قرارات محكمة العدل الدولية بشأن قضية جنوب أفريقيا المقامة ضد إسرائيل نتيجة إرتكابها الإبادة الجماعية ضد شعب غزة والصادرة في 26 يناير 2024 والمنشورة على الموقع التالي : news.un.org (موقع الأمم المتحدة) .

سادساً/ المواقع الإلكترونية

1- الموقع الرسمي للأمم المتحدة news.un.org .

2- موقع العربية نت www.alarabiya.net// :https .

3- https://arabic.cnn.com .

4- الموقع الإلكتروني للعربية نيوز اسكاي www.skynewsarapia.com// :https.

5- https://ar.m.wikipedia.org .

6- الموقع الإلكتروني لجريدة اليوم السابع : m.youm7.com في 7 ديسمبر 2023 .

7- https://www.aJnet.me .

8- www.france24.com.

9- موقع جريدة المصري اليوم www.almasryalyoum.com// :https .

10- www.elbalad.news .

11- https://www.icg . .

12- www.bbc.com.

13- ar.m.wikipedia.org .

.....

.....

المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة

-دراسة تحليلية مقارنة-

Civil liability for Damages Caused by Loose Dogs

-Analytical study-

م. م. مراد عبدالله بيشو

القانون الخاص/ القانون المدني

كلية القانون، جامعة دهوك، إقليم كوردستان- العراق

Assist. Lecturer. Murad Abdullah Bisho

Private law/ Civil law

College of Law

University of Duhok

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.64

تاريخ إستلام البحث : 2024/8/20 ؛ تاريخ القبول بالنشر 2024/10/8

.....

ملخص البحث

إنَّ الأضرار الناجمة عن ظاهرة الكلاب السائبة في العراق تثير التساؤل بشأن المسؤولية المدنية عن هذه الأضرار، لاسيما في ظل القصور في القواعد القانونية المنظمة للمسؤولية عن فعل الحيوان في القانون المدني العراقي. وتوصلنا في نهاية البحث إلى مجموعة من النتائج منها: إذا تجمعت الكلاب السائبة في منطقة مؤهلة بالسكان وكان اسباب هذا التجمع هي التغذية المتكررة لها وبالتالي الحقت هذه الكلاب ضرراً بالأفراد يكون مغذي هذه الكلاب سبباً في تجمعها وبالتالي يكون مسبباً للأضرار التي لحق بالأفراد وهو ما يثير مسؤوليته المدنية تجاه المتضرر. وكذلك تتحقق المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار الكلاب السائبة، وذلك بالرجوع على الدوائر التابعة لها لإقامة مسؤوليتها على أساس نقص الخدمة وعدم قيام الجهات المعنية بمراقبة ومكافحة الكلاب السائبة، وحماية المواطنين من خطر هذه الكلاب، اذا ما تعذر معرفة المالك السابق للكلاب السائبة، وعدم قيام مسؤولية مغذي الكلاب السائبة لعدم توفر الشروط اللازمة لقيام مسؤوليته. لذلك اوصينا بقيام مسؤولية الدولة عن أضرار الحيوانات السائبة ومنها الكلاب التي لا حائز لها ولا مالك.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، مغذي الكلاب السائبة، حارس الكلاب، التعويض، الكلاب السائبة.

.....

پوختە

ئەو زیانانەی لە دەرئەنجامی دیاردەی سەگی بێسەرپەرشت لە عیراقدا هاتووە، برسیار لەبارەی بەرپرسیارێتی مەدەنی بۆ ئەو زیانانە، دەورۆژێنێت بەتایبەتی لەبەر رۆشنایی ئەو کەموکوریانەی لە پەیرەوی یاسایی رێکخستنەوەی بەپرسیاێتی کاری ئاژەلان لە یاسای مەدەنی عێرقدا هەیە..

لە کۆتایی توێژینەوەکەدا گەیشتینە کۆمەلێگ ئەنجام، لەوانە: ئەگەر سەگی بێسەرپەرشت لە ناوچەیەکی دانیشتوودا کۆببنەوە و هۆکارەکانی ئەم کۆبوونەوەیە دووبارە خۆراکدانەوەیان بووبێت، وبەم جۆرە ئەم سەگانە زیانیان بە تاکەکان گەیاندووە ئەوا خۆراکدەری سەگەکان دەبنە هۆکاری کۆبوونەوەیان، و بەم جۆرە دەبنە هۆکاری زیانگەیاندن بە تاکەکان، ئەمەش بەرپرسیارێتی مافە مەدەنییەکانی بەرامبەر بەلایەنی بریندار بەرز دەکاتەوا.

بەهەمان شێوە بەرپرسیارێتی مەدەنی دەولەت زیانەکانی سەگی بێسەرپەرشت بە ئاماژەدان بە بەشەکانی سەربەخۆی بۆ دامەزراندنی بەرپرسیارێتی خۆیان لەسەر بنەمای کەمی خزمەتگوزاری و شکستی لایەنە پەیوەندیدارەکان لە چاودێری و بەرەنگاربوونەوەی سەگی بێسەرپرشت، و پاراستنی هاوولاتیان لەمەترسی ئەم سەگانە بەدی دێت، ئەگەر نەتوانریت خاوەنی پێشووی سەگی بێسەربەرشت بناسرێت، و نەدانی بەرپرسیارێتی خۆراکدانی سەگی شل بە هۆی نەبوونی مەرجی پێویست بۆ ئەنجامدانی بەرپرسیارێتیەکەی. بو پێشنارمان کرد دەولەت بەرپرسیار بیت لە زیانەکانی ئاژەلە بێسەرپەرشتەکان، لەوانەش ئەو سەگانەی کە خاوەن وخاوەنیان نییە.

پەیڤێت دەسپێکێ: بەرپرسیارێتی مەدەنی، خۆراکدەری سەگی شل، پاسەوانی سەگی قەرەبووکردنەوە، سەگی شل.

Abstract

The damages resulting from the stray dogs phenomenon in Iraq raise questions about civil liability for these damages, especially in light of the shortcomings in the legal rules regulating liability for animal actions in Iraqi civil law. At the end of the research, have we reached a set of results, including: If stray dogs gather in a populated area and the purpose for such gathering is to feed them repeatedly , and is result these dogs cause harm to individuals, the one who feeds these dogs is the reason for their gathering and thus is the cause of the harm that befell individuals, which raises her civil liability towards the injured party. The state's civil liability for the damages caused by stray dogs is also achieved by referring to its affiliated departments to establish its liability on the basis of lack of service and the failure of the concerned authorities to monitor and combat stray dogs, and to protect citizens from the danger of these dogs, in case of imposidility to identify the previous owner of the stray dogs, and the lack of responsibility of the one who feeds the stray dogs due to the lack of the necessary conditions for his liability. Therefore, we recommended that the state to be responsible for the damages caused by stray animals, including dogs that have no owner or possessor.

Keywords: Dog guard, Compensation, Stray dogs, Civil liability, Stray dog feeder.

.....

المقدمة

أولاً/ مدخل تعريفي بموضوع البحث

يحتل موضوع المسؤولية المدنية مكان الصدارة بين المسائل القانونية في الوقت الحاضر؛ لأن الإنسان يعيش في بيئة اجتماعية وفقا لقواعد وانظمة معينة تحدد الحقوق والواجبات التي يجب الالتزام بها من اجل ضمان الاستقرار والتوازن الاجتماعي، وهو ما يقتضي تدخل القانون ووضع قواعد لضمان الأضرار التي تنجم عن فعل الإنسان والحيوان، مثل مسؤولية مالك البناء عن الحريق والآلات الميكانيكية والمنتوجات وغيرها. وفي هذا الأطار، يتناول هذا البحث المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها الكلاب السائبة للإنسان، بإعتبار أن هذه الأضرار ناجمة عن الاخلال بالتزام قانوني أو اتفاقي مما يستوجب تعويض المتضرر.

إن اختيارنا لهذا الموضوع يرجع إلى أهميته البالغة ومدى حسن فرض أصحاب الحيوانات رقابتهم على تلك التي هي تحت حراستهم، فالأضرار التي تسببها الحيوانات الفارة وخاصة الكلاب هي بالغة بالنسبة للمصاب المتضرر، كون أغلب الحيوانات المشردة في الطريق والتي كانت في السابق ملكا لأصحابها تعد خطراً حقيقياً على حياة الأفراد في المجتمع، فقد يصل أضرار هذه الحيوانات وخاصة الكلاب إلى إزهاق الأرواح، نتيجة إهمال أصحابها المكلفين بحراستها. وعليه فرض القانون تحمل تبعة هذه المخاطر وجعل الحارس مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي يكون تحت حراسته. ولكن هل يبقى الحارس أو المالك مسؤولاً حتى لو ضلت أو فرت كلابه أم يعفى من المسؤولية؟ وإن أعفي من المسؤولية فمن الذي يتحمل تعويض المتضرر؟

تعتبر ظاهرة الكلاب السائبة من الظواهر المنتشرة في المدن والبلدات الآمنة، حيث أصبحت تشكل خطراً على ساكنيها، وتبعث الرعب بين الناس وتثير الفزع، وقد أضحت اليوم ظاهرة تستوجب وضع القواعد التي تحكمها، ابتداء من معرفة أسباب الظاهرة حتى يمكن التصدي لها، والحد من آثارها الضارة، إلى معالجة آثارها سواء على المستوى الاجتماعي والنفسي، أو على المستوى المادي بإصلاح الأضرار المادية، التي لحقت الأشخاص والتي تستدعي وقفة من المشرع والجهات الحكومية ذات العلاقة للعمل على الحد من آثارها، خاصة وأن توفير الأمن للمواطن وحمايته من الأضرار بكافة الوسائل، يعد من أهم واجبات الدولة

الحديثة، بل أصبح من واجب الدولة تعويض الضحايا الذين حالت الظروف دون حصولهم على تعويض لأي سبب من الاسباب.

ثانياً/ مشكلة موضوع البحث

تتمثل مشكلة موضوع البحث في وجود قصور تشريعي في القانون العراقي بخصوص المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الكلاب السائبة وكيفية التعويض عنها، وتحديد الجهة المسؤولة عن التعويض. كما يثير موضوع المسؤولية المدنية عن أضرار الكلاب السائبة، إشكالية عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية، لتحديد الشخص المسؤول عن تعويض الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة، وكذلك عدم تطبيق القواعد القانونية الخاصة بمعالجة هذه الظاهرة.

ثالثاً/ أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في تحديد الجهة المسؤولة عن أضرار الكلاب السائبة، وضمان حصول المتضرر على التعويض، لا سيما أنَّ هناك إهمالاً وتقصيراً من قبل الجهات المعنية في معالجة هذه الظاهرة المنتشرة في مدن العراق الأمر الذي يقتضي البحث فيه في ضوء القوانين النافذة.

رابعاً/ فرضيات البحث

1- ملاءمة القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني بشأن المسؤولية المدنية لسريانها على المسؤولية عن أضرار الكلاب السائبة.
2- تحمل أصحاب الكلاب المسؤولية القانونية عن تصرفات كلابهم عندما تضل.
3- المسؤولية المدنية للسلطات المحلية عن إدارة مجموعات الكلاب السائبة ومنع إلحاق الضرر بالجمهور.
4- ايجاد الية مناسبة لضحايا هجمات الكلاب السائبة للمطالبة بالتعويض عن إصاباتهم وأضرارهم.
5- الحاجة إلى تدخل تشريعي وتعديل بعض الأحكام العامة للمسؤولية المدنية لجعلها أكثر مرونة واتساعاً.

.....

خامساً/ أهداف البحث

يهدف البحث إلى إيجاد وسيلة فعالة وسريعة وعادلة، لمعالجة ظاهرة انتشار الكلاب السائبة في المناطق السكنية، وعدم ترك الناس فريسة لمجموعات من هذه الكلاب. كما يهدف البحث الى بيان القصور التشريعي بشأن المسؤولية المدنية عن فعل الحيوان في القانون المدني العراقي، وكيفية معالجتها، وكذلك تحديد الشخص المسؤول عن أضرار الكلاب السائبة. بالإضافة إلى البحث في مدى مسؤولية الدولة عن تعويض المتضررين وإبداء التوصيات المناسبة في معالجة المشكلة.

سادساً/ منهج البحث:

اعتمدنا المنهج التحليلي والمقارن لتحقيق أهداف البحث من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة في القانون العراقي ومقارنتها مع القانون الفرنسي، بغية الوصول إلى أنسب الحلول القانونية لمعالجة إشكالية البحث واقتراح النصوص القانونية البديلة لمعالجة هذه الظاهرة.

سابعاً/ هيكلية البحث:

لأجل الإحاطة بمحاور البحث وفقراته وفق المنهجية المتبعة ارتأينا تقسيم البحث الى مبحثين. في المبحث الاول سنتناول المسؤولية المدنية لحارس الحيوان وينقسم الى مطلبين، سنخصص المطلب الأول للمسؤولية المدنية لمغذي الكلاب السائبة، أما المطلب الثاني فسنخصصه للمسؤولية المدنية لحائز الكلاب الخارجة من سيطرته. وفي المبحث الثاني سنتناول مسؤولية الدولة المدنية عن أضرار الكلاب السائبة وسبل معالجتها، وينقسم بدوره الى مطلبين، خصصنا المطلب الاول للمسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة، أما المطلب الثاني فسنخصصه لمعالجة ظاهرة الكلاب السائبة.

.....

المبحث الاول

المسؤولية المدنية لحارس الحيوان

نصت المادة (221) من القانون المدني العراقي على أن "جناية العجماء جبار فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر"[1]. من خلال قراءة هذا النص يتضح ان المشرع العراقي يضع قرينة الخطأ على عاتق صاحب الحيوان، ولكن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس أي اثبات حارس الحيوان أنه قد أتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر، بمعنى آخر إمكانية نفي الخطأ من جانبه، كذلك يمكنه التخلص من المسؤولية بأثبات السبب الأجنبي. ويعني ذلك أن حارس الحيوان يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية الناشئة عن الحيوانات التي تحت تصرفه أذا استطاع أن يثبت انه قد اخذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر، وبذلك ينفي قرينة الخطأ وكذلك إذا ثبت إنَّ الضرر كان نتيجة قوة قاهرة ، أو حادث فجائي، أو خطأ المتضرر نفسه أي انه يقيم الدليل على وجود السبب الاجنبي.

فالمسؤول عن الحيوان هو كل من له السلطة الفعلية في التوجيه والرقابة، وفي الأصل للحارس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه وكذلك الاستعمال سواء كان مالكاً أو حائزاً بطريقة مشروعة أو غير مشروعة كالسارق[2]. ولكن من هو المسؤول إذا لم يكن هناك مالك للكلاب المسببة للضرر، هل يكون مالك الكلب الذي ضل أو فر منه كلبه، ام مغذي الكلاب السائبة؟. للإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنبحث في المطلب الأول المسؤولية المدنية لمغذي الكلاب السائبة، وفي المطلب الثاني سنتناول المسؤولية المدنية لحائز الكلاب التي ضلت أو فرت منه كلابه.

---

[1] القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الوقائع العراقية، العدد3015، تاريخ 1951/9/8.

[2] د. محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي الدراسة مقارنة، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1994م، ص242.

.....

المطلب الاول

المسؤولية المدنية لمغدي الكلاب السائبة

لقد دفعت التنمية الاقتصادية المزيد من الأسر إلى الاحتفاظ بالحيوانات الأليفة، كما أدى التخلي عنها إلى زيادة عدد الحيوانات السائبة في المجتمع ومنها الكلاب، وغالباً ما تحدث حالات عض المارة، ويوضح القانون المدني العراقي فقط مسؤولة الحارس الأصلي[1]، وكذلك لم ينص القانون المدني الفرنسي على مسؤولية مغذي الكلاب السائبة بشكل صريح، وفي الواقع يصعب تطبيق مسؤولية حارس الحيوان في كثير من الحالات لأنه غالبا ما يصعب العثور على الحارس الأصلي، حين يتضرر شخص من قبل كلاب سائبة. فعادة ما يُطلب من الجهات المغذية ذات النية الحسنة تجاه الكلاب السائبة أن تتحمل المسؤولية عن الضرر[2]، وليس من الواضح في القانون المدني العراقي متى يتعين على هذه الأشخاص أن تتحمل المسؤولية وما نوع المسؤولية التي تتحملها.

إنَّ أصحاب النوايا الطيبة يتحملون المسؤولية إذا اصبحوا حائزين أو حراساً جدداً للحيوانات السائبة، وحتى يكون لديهم صفة حارس الحيوان ينبغي أن يكون في يده زمام الحيوان، فتكون له السيطرة الفعلية عليه رقابةً وتوجيهاً، ويكون هو المتصرف في أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، وسواء كانت هذه السيطرة شرعية أم غير شرعية، ما دامت سيطرة فعلية تامة[3]. أما المغدي العادي أو العرضي للكلاب السائبة وفي أوقات غير منتظمة لا يتحملون المسؤولية، لأنهم ليسوا مربيين ولا مديرين، ولكنهم يقومون فقط بالتغذية من منطلق القيم الحميدة، ويمكن أن يلحق بهم الضرر الذي تسببه الكلاب السائبة، لأن سلوك التغذية العرضي يُظهر أن المُغذي لا يملك هذه الحيوانات، ولكن التغذية المنتظمة ومحددة التوقيت ستدفع الحيوانات الضالة إلى التجمع في منطقة عامة معينة خلال وقت معين، مما يجعلها تكتسب عادة[4].

---

(1) ينظر القانون المدني العراقي من المادة (221- 226).

(2) يقصد بالكلاب السائبة: الكلاب التي ليس لها مالك ولا المأوى وهي كلاب شاردة في الساحات العامة والشوارع المدن والقصبات وأطرافها.

(3) سيليا نبالي و ليندة عيسات، المسؤولية المدنية لحارس الحيوان، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2021-2022، ص28.

(4)-3朱晓峰. "比较法上动物侵权责任主体的界定标准及启示." 比较中国学术期刊2018年第3期，第84-85页.

.....

ويرى الباحث أنَّ تجمع الكلاب السائبة في منطقة مؤهلة بالسكان أو قريبة منها يشكل خطراً حقيقياً على الأفراد، مما يستوجب التدخل من قبل الجهات المعنية لمنع مثل هذه الحالات سواء كان ذلك عن طريق التوعية بالتوجيه والإرشاد أم عن طريق التدخل القانوني ومحاسبة المتسبب إن لزم الأمر؛ لأن تجمع الكلاب السائبة وانتشارها في المناطق السكنية يرجع إلى التغذية المتكررة لها، واذا ما الحقت هذه الكلاب ضرراً بالأفراد فكان مغذي هذه الكلاب سبباً في تجمعها وبالتالي يكون مسبباً للأضرار التي لحقت بالأفراد.

وفي هذا السياق، نصت المادة(186) في الفقرة الثانية على أنه "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعدي أو المتعمد منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في التضامن"[1]، فالذي يضمن في القانون المدني العراقي في حالة اجتماع المباشر والمتسبب هو وجود التعدي أو التعمد، فمن كان متعمداً أو متعدياً منهما في حالة اجتماعهما يضمن، وإن كان كلاهما معتدٍ أو متّعمدٍ فتكون المسؤولية بينهما مشتركة بالتضامن، وإن كانت المادة أعلاها تتحدث عن الاتلاف إلا أن الاضرار الجسدية أولى بالحماية من الأضرار التي تلحق بالمال، وهنا ربط المشرع مسؤولية المتسبب بالتعدي أو التعمد، واذا رجعنا الى مغذي الكلاب السائبة قد لا نستطيع اثبات أن المغذي للكلاب السائبة تعمد أو تعدى للأضرار بالغير وقد يضيع حق المتضرر في هذه الحالة. فالمتسبب لا يكفي فعله لحدوث النتيجة وانما يجب وجود وضع يترتب على وجوده وجود الضرر الا انه لا يستقل بأحداث النتيجة وانما تشترك معه عوامل اخرى، فاذا استقل الفعل بمفرده في احداث الضرر يكون مباشرةً وليس تسبباً، اما إذا لم يكن كذلك كان الفعل تسبباً وفاعله متسبب وتقديره من حيث يؤدي إلى النتيجة أو لا يؤدي اليه هو امر فني يعود تقديره للخبراء ولا رقابة لمحكمة التمييز فيه على محكمة الموضوع. وعندما يتصرف الشخص دون اعتبار الاحتياطات الواجبة عليه عدم التحرز في اتيان السلوك هي اكثر مسائل التسبب وهي جميعاً تندرج تحت الاعمال التي يقترفها الإنسان اختياراً وقصداً دون التبصر الكافي في النتائج الضارة التي تتأتى منها[2]، مثال ذلك مغذي الكلاب السائبة يقوم بتغذيتهم رفقا بهذه الحيوانات ولكن دون التبصر الكافي وعدم التحرز في التسبب بأضرار الغير من خلال هذه الكلاب.

---

(1) القانون المدني العراقي.

(2) د. صالح احمد محمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2004، ص 31-33.

وعند الرجوع الى القواعد العامة لقد نصت المادة (202) من القانون المدني العراقي على أن "كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او أي نوع آخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر". وكذلك نصت المادة (204) من نفس القانون على أن "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض". وكذلك نص المادة (1241) من القانون المدني الفرنسي على أن (كل شخص مسؤول عن الضرر الذي يسببه، ليس فقط بسبب افعاله، ولكن ايضاً بسبب إهماله أو حماقته)[1].

فهذه النصوص تفرض على كل فرد أن يمتنع عن الأعمال التي من الممكن أن تلحق ضرراً بالغير وغالباً ما تكون هذه الأعمال إيجابية، فالقانون المدني بشكل عام جاء بقاعدة عامة وهي عدم الأضرار بالغير. في هذه الحالة وإن لم تقم مسؤولية مغذي الكلاب السائبة في القانون المدني العراقي والمقارن، وكذلك في مجتمعنا من يقوم بأعمال مثل تغذية الحيوانات السائبة بحسن النية ورفقاً بالحيوانات يصعب محاسبته على هذه الاعمال ولكن إذا كان لدى المغذي نية ذاتية للاستيلاء على الحيوان وتوفرت لديه شروط الحيازة فسوف يكون مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه هذه الحيوانات، وعمله في تغذية الكلاب السائبة بشكل مستمر أو منتظم في مناطق سكنية أو قريبة منها يؤدي الى تجمع الكلاب السائبة في هذه المناطق وبالتالي إذا ما الحقت هذه الكلاب أضراراً بالسكان فيكون مغذي الكلاب متسبباً في تجمعها في المنطقة وبالتالي يكون مسبباً للضرر ولو لم يكون السبب مباشراً.

[1] Code civil français, 1804, modifié.

.....

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية لحائز الكلاب الخارجة من سيطرته

إنَّ قيام مسؤولية الحارس هو تولي شخص عملية الحراسة للحيوان، والحراسة هنا إن يتولى هذا الشخص زمام الحيوان فتكون له السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة على الحيوان وأن يكون هو المتصرف كما يشاء[1]. ويكون حارس الحيوان هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحيوان فالمسؤولية تدور مع الحراسة وجوداً وعدماً، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في(1941/10/2م) بأن حارس الحيوان هو من يستعمل الحيوان بنفسه أو بواسطة تابع له، وبذلك فأن مالك الحيوان لا يكون حارساً في حالة السرقة، أو في الاستعارة أو الإيجار، فالحراسة تنتقل إلى السارق أو المستعير والمستأجر، لأنه هو الذي يمتلك السيطرة الفعلية حين وقوع حادث الاعتداء من الحيوان على الغير[2].

ويتضح مما سبق أنه يشترط لقيام مسؤولية الحارس أن يتوفر شرطان هما:- أولاً- أن يتولى شخص حراسة الحيوان. وثانياً- أن يتسبب الحيوان في إحداث الضرر بالغير. وإن فعل الكلاب يتطلب تدخلاً مادياً، على أنه لا يستوجب عند تدخل الكلاب في إحداث الضرر أن يكون هناك اتصال مادي مباشر بين الكلاب ومحل الضرر، أي تلامس بينهما، فقد ينسب الضرر لفعل الحيوان بمجرد إصابة الضحية بذعر نتيجة خروجه المفاجئ ومهاجمته له. وتجدر الإشارة إلى أنه قد يشترك أكثر من كلب في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة، إذا كانت هذه الكلاب تحت حراسة نفس الشخص، كان هذا الشخص هو المسؤول عن الضرر الذي تحدثه للغير، أما إذا تعددت الأشخاص الذين تقع الحيوانات تحت حراستهم، كان هؤلاء جميعهم مسؤولين عن تعويض الضرر بالتضامن تجاه الضحية[3].

والسؤال الذي يطرح في هذا السياق هو هل تقوم مسؤولية الحارس الذي فرت أو ضلت منه كلابه؟

وللإجابة نقول أن القانون المدني العراقي لم ينص على مسؤولية الحارس أو المالك الذي ضلت أو فرت منه

---

(1) د. حمود محمد إسماعيل الشاحذى، المسؤولية الناشئة، عن فعل الحيوان في القانونين اليمني والمصري، مجلة جامعة الملكة أورى العلمية المحكمة، صنعاء، العدد (24)، 2020، ص134.

(2) نقلاً عن د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ج1، ط1، الذاكر للنشر والتوزيع، بغداد، 2011، ص 672.

(3) د. جميلة تماني، المركز القانوني للحيوان في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون- جامعة الجزائر، المجلد60،العدد04، السنة 2023، ص112.

.....

كلابه وما هي المدة التي يبقى فيها المالك أو الحارس مسؤولاً عن الأضرار التي تحدثها كلابه في حالة خروج هذه الكلاب من سيطرته. ومع ذلك، نصت المادة (25) من قانون الصحة الحيوانية على أنه "أولا. يلتزم أصحاب الكلاب والقطط بما يأتي: . أ. ربطها بقيد وتحرير اسمائهم وعناوينهم في رباطها وتقوم السلطة الصحية البيطرية بقتل أو حجز السائبة منها التي ليس لها كمام دون تعويض ..."[1]. يمكننا القول بأنَّ هذا النص يلزم أصحاب الكلاب بأن يضع على كلابها بطاقة تعريفية عن أسمها وعنوانها، ولو كان هذا النص منطبقاً في العراق كان من السهل معرفة مالك الكلب أو حارسه أذا كان الكلب ضالاً أو فاراً، وهذا يشير الى تقصير الجهات المعنية بهذا الصدد. بينما نصت المادة (1243) من القانون المدني الفرنسي[2] على إن "صاحب الحيوان أو من يستعمله يكون مسؤولاً عن أي ضرر يحدث الحيوان سواء كان الحيوان تحت رعايته أم أنه فقد أو هرب".

نلاحظ أن المشرع الفرنسي أقام مسؤولية صاحب الحيوان ومن يستعمله على أساس الخطأ المفترض غير قابل لأثبات العكس ولا يستطيع صاحب الحيوان التخلص من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي، يخالف الحال في القانون العراقي[3] الذي أقام المسؤولية تارة على اساس الخطأ الثابت الى جانب المتضرر وتارة أخرى على أساس الخطأ المفترض القابل لأثبات العكس وكذلك نرى بان المشرع الفرنسي اشار الى مسؤولية حارس الحيوان إن كان الحيوان ضالاً أو هارباً منه ولكن دون تحديد المدة التي يبقى فيها الحارس مسؤولا عن الحيوان الضال أو الهارب، ولم يشر المشرع العراقي الى مسؤولية الحارس في حالة هروب الحيوان أو ضياعه.

إنَّ وقائع تضرر الأفراد من الكلاب السائبة كثيرة وتحدث في دول عدة، من ذلك ما وقع في جمهورية الصين، في أحد أيام شهر آذار 2014، كان القروي "لي مو" يسير بالقرب من منزل زميله القروي "هي مو"، فتعرض للعض في ساقه اليمنى من قبل كلب مطلق العنان، وأنفق أكثر من 800 يوان في النفقات الطبية واعتقد "لي" أن الكلب كان يطعمه "هي مو" في الأصل، لذلك رفع دعوى قضائية ضده أمام المحكمة للحصول على تعويض عن الخسائر الاقتصادية المختلفة يبلغ مجموعها أكثر من 8600 يوان. وقال "هي

---

[1] قانون الصحة الحيوانية العراقي رقم (32) لسنة 2013، وقائع العراقية، العدد 4295، تاريخ 2013/10/28.

[2] Code civil français, 1804

[3] ينظر المواد (221- 226) من القانون المدني العراقي.

.....

مو" خلال جلسة المحكمة إنه قام بتربية الكلب لعدة أشهر في عام 2013 وتوقف عن تربيته بعد ذلك، لكن الكلب كان يتنقل في كثير من الأحيان في فناء منزله، وكان يعتقد أن الكلب أصبح كلباً برياً ولا يجب أن يتحمل المسؤولية. بعد المحاكمة، رأت المحكمة أنه وفقًا للمادة (82) من قانون المسؤولية عن الضرر لجمهورية الصين الشعبية "إذا تسبب حيوان مهجور أو هارب في ضرر للآخرين خلال فترة الهجر أو الهروب، يتحمل مربي الحيوانات أو مديرها الأصلي الضرر" وعلى الرغم من أنه تخلى عن تربية الكلب، إلا أنه لم يسلم الكلب الى الجهات المعنية أو أعلامهم بذلك[1]. هذه احدى الوقائع في جمهورية الصين الشعبية، أما في العراق فهناك الاف الحالات التي تعرضوا لعضة الكلاب السائبة ولا يعرف المسؤول لعدم قيام الجهات المعنية بمراقبة هذه الكلاب وعدم تطبيق القانون وعدم معرفة المسؤول وبالتالي ضياع حق المتضرر للحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به.

إنَّ مسؤولية المالك السابق ستستمر حتى يملك أي شخص آخر الحيوان الضال أو الهارب إلا في حالة التخلي عنه بطريق لا ينصب اليه الخطأ في التخلية [2]، وأن الطرف المتضرر قد يرفع دعوى قضائية ضد المالك السابق، باعتباره مذنباً للتخلي عن الحيوان، ووجوب إثبات علاقة السببية بين الخطأ في هروب الكلب أو التخلي عنه والأضرار الناجمة عن الكلب الضال أو الهارب[3].

---

[1] نقلا عن شبكة المحكمة الشعبية لمنطقة فنغتاى ببكين المنشورة على الرابط التالي ، www.chinacourt.org ، تاريخ الزيارة 2024/4/29.

[2] - DE BARANDA, Yolanda Bergel Sainz. La regulación inglesa de la responsabilidad por los daños causados por animales. Un estudio comparado con el Derecho español. pág.36., 2013,InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET

[3]- JAURETCHE, Karina María de Lujan. *La Responsabilidad Extracontractual en el Daño causado por Animales. Nuevas Regulaciones sobre Perros Potencialmente Peligrosos y Tenencia Responsable de Mascotas*, PhD Thesis, UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21, Española, 2016, s 28.

وفيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الحيوانات المفقودة أو المهجورة، نصت الفقرة الثالثة من المادة (6) من قانون الحيوانات الإنكليزي رقم 22 لسنة 1971على أنه إذا الحيوان في أي وقت لم يكون تحت ملكية شخص ما، لأنه هرب منه أو تم التخلي عنه، فإن الشخص الذي كان حارسًا له قبل ذلك هو الحارس، وبالتالي سيكون مسؤولاً عن أي ضرر يحدثه حتى الوقت الذي يصبح فيه شخص آخر حارسًا للحيوان. فيبقى الشخص مسؤولاً عن الحيوان الذي تم التخلي عنه حتى يمارس شخص آخر سيطرة مستقلة عليه أو يصبح حارسًا له.

.....

استنادا على ما ذكر، نقترح أن يضيف المشرع العراقي مادة الى القانون المدني العراقي قسم المسؤولية عن الاشياء تكون كالاتي " 1- حارس الحيوان يكون مسؤولا عن الأضرار التي يحدثه الحيوان بالغير ، إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. 2. في حال هروب الحيوان أو التخلي عنه يكون الحارس الاخير هو المسؤول عن الأضرار التي يحدثها هذا الحيوان ما لم يقم بإبلاغ الجهات المعنية بالتخلي عن الحيوان أو يصبح شخص اخر حارساً للحيوان"، وعليه نوصي بإلغاء نصوص المواد (221-226) من القانون المدني العراقي، وإحلال النص المقترح مكانها.

المبحث الثاني

مسؤولية الدولة المدنية عن أضرار الكلاب السائبة وسبل معالجتها

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة، وفي المطلب الثاني سوف نتناول معالجة ظاهرة الكلاب السائبة.

المطلب الاول

المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة

إنَّ قواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي لا تحقق الفعالية الكاملة لجبر الأضرار الحاصلة من الكلاب السائبة ولا يمكن من خلالها للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي الحقت به هذه الكلاب، ومن واجب الدولة حفظ الامن والسلامة المواطنين، وحق المتضرر في الحصول على التعويض. ويمثل الأخير أثر المسؤولية المدنية حيث يهدف إلى إزالة الضرر في حد ذاته، وبهذا فإنه يمثل الجانب العلاجي، حيث يراد منه تحقيق عدالة اجتماعية وإقرار لمبدأ التكافل الاجتماعي، ولاسيما أنَّ هنالك ذمة مالية قد افتقرت من خلال الضرر الذي تعرضت له، وبذلك يستحق المتضرر الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي اصابته، إلا أنَّ الواقع العملي يثبت أنَّ هنالك صعوبات وعقبات عديدة تكتنفها عملية التعويض بحيث تؤدي في كثير من الأحيان إلى إهدار حق المتضرر بالحصول على تعويض، ففي

.....

الفرضية التي يقع بها ضرر دون العلم بالشخص المسؤول، في هذه الحالة سنكون أمام مشكلة تتمثل بتعذر معرفة محدث الضرر، على الرغم من وجود متضرر، وبذلك سيضيع حق المتضرر في الحصول على التعويض المناسب لجبر الضرر وهذا ما يتعارض مع مبدأ العدالة التعويضية [1]. عليه اذا ما تعذر معرفة المالك السابق للكلاب السائبة، وعدم قيام مسؤولية مغذي الكلاب السائبة لعدم توفر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، يتم الرجوع على الدولة بالرجوع على الدوائر التابعة لها لإقامة مسؤوليتها على أساس نقص الخدمة وعدم قيام الجهات المعنية بمراقبة ومكافحة الكلاب السائبة، وحماية المواطنين من خطر هذه الكلاب.

كما ذكرنا فإن نص المادة (25) من قانون الصحة الحيوانية العراقي يلزم أصحاب الكلاب والقطط بربطها بقيد وتحرير اسمائهم وعناوينهم في رباطها وتقوم السلطة الصحية البيطرية بقتل أو حجز السائبة منها التي ليس لها كمام دون تعويض، وكما نصت المادة (26) من ذات القانون على أنه "اولا: تشكل لجنة في مركز كل محافظة تتألف من أ. المحافظ او من يخوله رئيسا. ب . مدير بلديات بغداد (فيما يخص محافظة بغداد عضواً. جـ . ممثل عن كل من الدوائر التالية في المحافظة لا تقل وظيفة اي منهم عن مدير اعضاء. 1- الصحة 2- الزراعة 3- البيئة 4- الشرطة 5- امانة بغداد (فيما يخص محافظة بغداد) 6- البلدية. ثانياً- تتولى اللجان المنصوص عليها في البند (اولا) من هذه المادة الإشراف على تنفيذ حملات مكافحة الكلاب والحيوانات السائبة. ثالثا. تجتمع اللجنة مرة واحدة في الاقل كل شهر". وكذلك نصت المادة (27) من ذات القانون على أنه "تتولى الجهات العسكرية مكافحة الكلاب والحيوانات السائبة في حدود معسكراتها بالتنسيق مع الجهة المعنية". وأيضا جاء في المادة (28) من القانون المذكور بأن "للمحافظ بناءً على اقتراح من اللجنة الفرعية التعاقد مع مختصين بمكافحة الكلاب والحيوانات السائبة في الطرقات العامة وخارج المنازل والمناطق الريفية بالتنسيق مع الجهات المختصة".

ونصت المادة (46) من قانون إدارة البلديات العراقي على "اولا- يقرر المجلس القيام بالوظائف والخدمات والاعمال الرئيسية التالية: 9- القبض على الحيوانات السائبة والتخلص من الضار منها بالتعاون مع الجهات المسؤولة... ثانيا- تعتبر الوظائف المذكورة كحد أدنى للخدمات التي تقدمها البلدية وعلى المجلس إقرارها واعتماد المبالغ اللازمة لها ولرعايتها وصيانتها وإدامتها في ميزانيتها لكل سنة إذا اقتضى القيام بها على نفقة البلدية"[2].

---

[1] د. حيدر حسين كاظم الشمري و سارة مجيد ضاحي، التعويض عن ضرر الشخص المجهول، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد (13)، العدد (46)، سنة 2023، ص226.

[2] قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 المعدل، وقائع العراقية، العدد 1033، تاريخ 1964/11/22.

.....

ونظرا لعدم نفاذ قانون الصحة الحيوانية العراقي رقم (32) لسنة 2013 في إقليم كوردستان – العراق، لعدم صدور قانون إنفاذه منً قبل برلمان كوردستان – العراق، فإن قانون مكافحة الكلاب السائبة رقم (48) لسنة 1986 الملغى في العراق لا يزال نافذاً في إقليم كوردستان – العراق. ونصت المادة (6) منه على أنه "أولا– تكافح الكلاب السائبة في الطرقات العامة وخارج المنازل في المدن والقصبات والمناطق الريفية بالقتل أو القنص أو أية طريقة أخرى ولوزير الزراعة والاصلاح الزراعية اصدار تعليمات بناء على اقتراح الدائرة المختصة لتنظيم ذلك، ثانيا– تتولى الجهات المختصة جمع الكلاب الهالكة والتي تهلك بالمكافحة وحرقها في أماكن بعيدة تخصص لهذا الغرض".

وكذلك نصت المادة (السابعة والعشرون) من قانون إدارة بلديات إقليم كوردستان – العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل على أنه "1– يقرر المجلس بالتنسيق مع الجهات ذات الاختصاص القيام بالوظائف والخدمات التالية.... ز –القبض على الحيوانات السائبة والتخلص من الضارة منها بالتعاون مع الجهات ذات الاختصاص...".

ونصت المادة L211–22 من قانون الصيد الريفي والبحري الفرنسي على أن "يتخذ رؤساء البلديات جميع التدابير اللازمة لمنع الكلاب والقطط من التجول، ويمكنهم أن يأمروا بإبقاء هذه الحيوانات مقيدة وتكميم أفواه الكلاب، وينصون على نقل الكلاب والقطط الضالة على أراضي البلدية ليتم الاحتفاظ بها للمدد المنصوص عليها في هذا القانون.[1]"من خلال تكليف رئيس البلدية بمسؤولية ممارسة الشرطة البلدية داخل بلديته من أجل ضمان الحفاظ على النظام العام، فإن المادتين L. 2212–1 و L. 2212–2 من لقانون السلطات العامة المحلية الفرنسي[2] تمكنه بشكل عام من التدخل لوضع حد للإزعاج الذي تسببه الحيوانات الضالة أو المتجولة. وقد تكون البلدية مسؤولة على أساس الخطأ عندما تلحق الكلاب الضالة أضرارا بالمواطنين بسبب عدم كفاية التدابير المنصوص عليها للمنع من هذه الحيوانات من التجول أو بسبب الإهمال الجسيم المرتكب في تنفيذ هذه التدابير.

يلاحظ من خلال النصوص القانونية أعلاها أن المشرع العراقي حاول معالجة هذه الظاهرة من خلال قانون الصحة الحيوانية وقانون ادارة البلديات دون أن ينص على انشاء اماكن لإيواء الحيوانات السائبة، إلا أن هناك قصوراً من قبل الجهات المختصة بمعالجة هذه المشكلة في العراق، ولو طبقت هذه النصوص من

(1) Loi française sur la pêche rurale et marine, n° 24 de 2024.
(2) Code général des collectivités territoriales, France,17/7/2024.

قبل الجهات المعنية وقاموا بواجباتهم حتى وإن لم تسيطر على ظاهرة الكلاب السائبة بشكل كامل لتمت معالجة تسعين بالمئة من هذه الظاهرة، وأن قصور الدوائر المعنية وعدم قيامها بواجباتها وتقديم الخدمة اللازمة رغم الحالات الكثيرة التي تعرضت لعضة الكلاب السائبة تجعل هذه الدوائر مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالمواطنين.

في احدى القطاعات الصحية في قضاء سنجار – محافظة نينوى– العراق خلال عام 2023 سجلت (192) حالة عضة كلاب منها حالتين وفاة[1]، احدى هذه الحالات طفلة بالغة من العمر خمس سنوات، بتاريخ 2023/9/10 حيث هاجمت الكلاب السائبة داخل مجمع "خانصور" السكني مجموعة من الاطفال الذين كانون يلعبون خارج منازلهم واصيب اكثر من طفل بجروح، وكان من بينهم الطفلة (ج، ج، هـ) التي تعرضت لعضات في راسها ووجهها مما ادى الى وفاتها[2].

والدليل على عدم اهتمام الجهات المعنية المتمثلة بالدولة بأرواح الناس ومعالجة ظاهرة الكلاب السائبة التي تشكل خطراً كبيراً على ارواح الناس رغم العدد المتزايد من الحالات، هو عدم وجود انخفاض في الحالات التي تعرضت لأضرار الكلاب السائبة في عام 2024 حيث وصلت الحالات التي سجلت في نفس القطاع من الذين تعرضوا لعضة الكلاب السائبة الأشهر الخمسة الاولى من هذا العام الى (75) حالة[3].

ولا تقتصر هذه الظاهرة على قطاع أو مدينة أو محافظة معينة، بل تنتشر في المناطق والمحافظات العراقية كافة، حيث تفيد تقارير وإحصائيات غير رسمية أن عدد الكلاب السائبة في العاصمة بغداد تتراوح من 150 الى 200 الف كلب سائب وهذا يشكل خطراً كبيراً على المواطنين كما تهدد ظاهرة انتشار الكلاب السائبة بمشاكل صحية وبيئية واجتماعية ونفسية كثيرة في العراق[4].

يرى الباحث أن الدولة متمثلة بالدوائر التابعة لها المختصة بمعالجة هذه لظاهرة مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالمواطنين وذلك لعدم قيام الدوائر المعنية بمتابعة ومكافحة الكلاب السائبة، وعدم القيام بواجباتها وعدم تقديم الخدمة اللازمة لمنع وقوع الاضرار بالمواطنين، وكذلك عدم تطبيقهم للقوانين ذات

(1) لقاء مع مدير قطاع خانصور المعاون الطبي بركات حاجو ادو، بتاريخ 2024/5/9.
(2) مسجل في استمارة التحري عن عضة الحيوانات وداء الكلب رقم(145)، بتاريخ 2023/9/10، في مركز صحي خانصور، قضاء سنجار، محافظة نينوى، العراق.
(3) لقاء مع مدير قطاع خانصور المعاون الطبي بركات حاجو ادو، تاريخ 2024/5/9.
(4) وكالة الانباء العراقية، تاريخ التقرير 2022/6/19، المنشورة على الموقع الالكتروني https://www.ina.iq/158845--.html، تاريخ الزيارة 2024/6/12.

العلاقة. عليه نقترح اضافة نص الى القانون المدني العراقي يقضي بقيام مسؤولية الدولة عن أضرار الحيوانات السائبة ومنها الكلاب، ونوصي أن يكون النص كما يأتي: "تكون الدولة مسؤولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن الحيوانات السائبة التي لا حائز لها ولا مالك، مالم تثبت أن الضرر كان بسبب اجنبي".

المطلب الثاني

معالجة الأضرار الناجمة عن الكلاب السائبة

كثرت الدعوات من أجل وضع حد لظاهرة انتشار الكلاب السائبة التي تتجول في الأحياء والشوارع في المدن الكبرى والصغرى على حد سواء، وتثير الهلع والرعب لدى العديد من فئات السكان، وخاصة الأطفال والنساء، هذه الدعوات تنشر في الصحافة الورقية والمواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي، سواء كانت مكتوبة أو في شكل فيديوهات،وأنّ انتشار الكلاب السائبة في المناطق السكنية يشكل إزعاجاً للسكان بما تحدثه من ضوضاء ناتج عن النباح ليلا والاقتتال في ما بينها للاستحواذ على الأكل، وخاصة خلال فترات التناسل، حيث تجلب الإناث أسرابا من الذكور، تطوف الشوارع، وتشكل خطراً حقيقياً على السكان. وبما أن القانون يهدف إلى حماية ارواح الناس وهي غاية مقدمة على عدم قتل الكلاب السائبة والمريضة، ولا يجب ان يؤخذ الرفق بالحيوان ومنها الكلاب على اطلاقها من دعاة او منظمات لا تبالي بردود فعل المجتمع والناس من ظاهرة انتشار الكلاب السائبة، والغريب في الامر ان نرى الدولة تدعو إلى عدم قتل الكلاب السائبة، وهي بذاتها لا تستطيع أن تحمي الناس من خطر هذه الكلاب.

هناك عدة طرق بإمكانها الحد من ظاهرة أنتشار الكلاب السائبة دون اللجوء الى قتلها، على سبيل المثال: تكوين فريق ميداني يتصدى لهذه الظاهرة، يضم جميع المختصين بمكافحة الكلاب السائبة، وايجاد مكان لإيوائها وابعاد الخطر عن السكان. وكذلك تعقيم إناث الكلاب لمنع عملية التكاثر وإخصاء الذكور وأيضاً تطعيمها من مرض السعار الذي قد يسبب في كارثة حقيقية.[1]

[1] جريدة أيلاف الالكترونية، المغرب، العدد 8449، 2024/6/14، الموقع الالكتروني https://elaph.com/، تاريخ الزيارة 2024/6/19.

.....

وكذلك أوضح مدير المستشفى البيطري في البصرة (د. رياض محمد علي هادي) أن هناك طرقاً أخرى للحد من مخاطر الكلاب السائبة منها إنشاء محميات خاصة بها، أو إخصائها وقطع نسلها للحد من مخاطرها وتلقيحها بالعيادات البيطرية بدلا من قتلها كون طريقة القتل لا تجدي نفعاً في مجاميعها التي قد لا تتناول الطعوم المسمومة إلا بنسب قليلة[1].

شرعت المديرية البيطرية في أربيل، يوم السبت 21 أيار 2023، بجمع الكلاب السائبة في مدينة أربيل عاصمة إقليم كوردستان. ويأتي هذا للحد من ظاهرة انتشار الكلاب السائبة في شوارع المدينة والحدّ من أضرار ومخاطر اعتداءاتها على المواطنين، وحيث بلِغ في أربيل شهر آذار من عام 2023 ، 124 حالة اعتداء للكلاب السائبة على المواطنين. ووفق إحصائيات محافظة أربيل، يوجد نحو 20 ألف كلب سائب بالمدينة وضواحيها. وتبلغ تكلفة بناء المأوى 455 مليون دينار ويغطي مساحة 49 ألف متر مربع، أي ما يعادل 20 فداناً من الأرض، وعن أهمية المشروع قال المشرف على بناء مأوى الكلاب السائبة لدائرة الاعلام والمعلومات، ان المأوى سيقلل من مخاطر اعتداء الكلاب السائبة على المواطنين بما يحفظ سلامتهم. وتأتي فكرة انشاء مأوى للكلاب السائبة بعد أن باتت هذه الظاهرة تشكل قلقاً لدى سكان المدينة. ويوجد بالفعل مأوى للكلاب في أربيل، لكنه لا يفي بالعدد المتزايد للكلاب المنتشرة في المنطقة[2]. وبالإضافة الى ذلك هناك ايضاً مأوى في السليمانية واخر في دهوك وهذا قد يقلل من الكلاب السائبة في اقليم كوردستان وبالأحرى يقلل من مخاطر هذه الكلاب وأن لم تتم السيطرة عليها بشكل كامل في الوقت الحالي.

واوجبت المادة الثامنة من قانون الحيوانات الخطرة والضالة وحماية الحيوان الفرنسي[3] على أن يكون لكل بلدية مكان حجز مناسب لاستقبال ورعاية الكلاب والقطط التي يتم العثور عليها ضالة أو هائمة إلى نهاية الآجال المنصوص عليها في هذا القانون، أو تقديم خدمة لمكان الحجز أو الايواء أنشئت على أراضي بلدية أخرى بموافقة هذه البلدية. ويتم مراقبة الأمراض التي تعتبر معدية في اماكن الحجز والإيواء من قبل

---

(1) شبكة راديو مربد البصرة في 2024/6/19 منشورة على الرابط التالي،
https://www.youtube.com/watch?v=JWMNlpYhw04 تاريخ الزيارة 2024/6/23.

(2)- محرر الصحفي سوار احمد، شبكة كردستان 24، 2023/4/26، على الرابط التالي،
ttps://www.kurdistan24.net/ar/tag/%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%84%D8%A7%D8%A8%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D8%A8%D8%A9، تاريخ الزيارة، 2024/7/17.

(3) Loi n° 5-99 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection du cheptel animal français.

.....

طبيب بيطري يعينه مدير المأوى. وعند التعرف على الكلاب والقطط الواردة الى المأوى بارتداء طوق يحمل اسم وعنوان صاحبها، يقوم مدير المحتجز بإبلاغ صاحب الحيوان بأسرع ما يمكن، وفي نهاية فترة الحضانة الواضحة البالغة ثمانية أيام، إذا لم تتم المطالبة بالحيوان من قبل صاحبه، فإنه يعتبر مهجورا ويصبح ملكا لمدير المحتجز، الذي يمكنه التصرف فيه وفقا للشروط المحددة في القانون. وبعد انتهاء فترة الحضانة، إذا رأى الطبيب البيطري ذلك ضروريًا، يقوم بالقتل الرحيم للكلاب المصابة بداء الكلب.

يرى الباحث بأن هناك قصوراً في التشريع العراقي لمعالجة ظاهرة الكلاب السائبة لدا نوصي المشرع العراقي بإضافة مادة الى قانون الصحة الحيوانية ويكون كالاتي "1- أن يكون لكل بلدية مكان حجز مناسب لاستقبال ورعاية الكلاب والقطط السائبة على ارض البلدية. 2- يتم مراقبة الأمراض التي تعتبر معدية في اماكن الحجز والإيواء من قبل طبيب بيطري يعينه مدير المأوى. 3- وبعد انتهاء فترة الحضانة، إذا رأى الطبيب البيطري ذلك ضروريًا، يقوم بالقتل الرحيم للكلاب المصابة بداء الكلب".

الخاتمة

أولاً/ الاستنتاجات:

1- إذا تجمعت الكلاب السائبة في منطقة مؤهلة بالسكان وكان اسباب هذا التجمع هي التغذية المتكررة لها وبالتالي الحقت هذه الكلاب ضرراً بالأفراد يكون مغذي هذه الكلاب سبباً في تجمعها وبالتالي يكون مسبباً للأضرار التي لحقت بالأفراد وهو ما يثير مسؤوليته المدنية تجاه المتضرر.

2- يلزم قانون الصحة الحيوانية في العراق، أصحاب الكلاب بأن تحمل هذه الكلاب بطاقة تعريفية عن أسمائها وعناوينها، ليسهل معرفة مالك الكلب أو حارسه إذا كان الكلب ضالاً أو فاراً، وهذا يشير الى تقصير الجهات المعنية لعدم تطبيق هذا القانون نظراً لانتشار الكلاب السائبة في مختلف المدن والقصبات العراقية.

3- تتحقق المسؤولية المدنية للدولة عن أضرار الكلاب السائبة، وذلك بالرجوع على الدوائر التابعة لها لإقامة مسؤوليتها على أساس نقص الخدمة وعدم قيام الجهات المعنية بمراقبة ومكافحة الكلاب السائبة، وحماية المواطنين من خطر هذه الكلاب، اذا ما تعذر معرفة مالك السابق للكلاب السائبة، وعدم قيام مسؤولية مغذي الكلاب السائبة لعدم توفر الشروط اللازمة لقيام مسؤوليته.

4- إنَّ الجهات المختصة بمعالجة ظاهرة انتشار الكلاب السائبة، لو طبقت نصوص القانون العراقي المتعلقة بالكلاب السائبة والمالكة وقاموا بواجباتهم حتى وأن لم يتمكنوا من السيطرة على ظاهرة الكلاب السائبة بشكل كامل لامكن معالجة نسبة كبيرة من هذه المشكلة.

ثانياً/ التوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي بإعادة تنظيم أحكام المسؤولية المدنية عن أضرار الحيوان في القانون المدني، من خلال إلغاء نصوص المواد (221-226) من القانون المدني العراقي، وإحلال نص جديد مكانها. يكون كالاتي "1- حارس الحيوان يكون مسؤولا عن الأضرار التي يحدثه الحيوان بالغير، إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. 2. في حال هروب الحيوان أو التخلي عنه يكون الحارس الاخير هو المسؤول عن الأضرار التي يحدثه هذا الحيوان ما لم يقم بإبلاغ الجهات المعنية بالتخلية عن الحيوان أو يصبح شخص اخر حارساً للحيوان ."

.....

2- نقترح اضافة نص الى القانون المدني العراقي يقضي بقيام مسؤولية الدولة عن أضرار الحيوانات السائبة ومنها الكلاب، يكون النص كما يأتي: "تكون الدولة مسؤولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن الحيوانات السائبة التي لا حائز لها ولا مالك، مالم تثبت أن الضرر كان بسبب اجنبي".

3- نوصي المشرع العراق بإضافة مادة الى قانون الصحة الحيوانية ويكون كالاتي "1- أن يكون لكل بلدية مكان حجز مناسب لاستقبال ورعاية الكلاب والقطط السائبة على ارض البلدية. 2- يتم مراقبة الأمراض التي تعتبر معدية في اماكن الحجز والإيواء من قبل طبيب بيطري يعينه مدير المأوى. 3- بعد انتهاء فترة الحضانة، إذا رأى الطبيب البيطري ذلك ضروريًا، يقوم بالقتل الرحيم للكلاب المصابة بداء الكلب".

4- نقترح على الجهات المختصة بمكافحة الكلاب السائبة اتخاذ التدابير اللازمة وذلك لمنع الخطر الذي تشكله هذه الكلاب على المواطنين. ومن هذه التدابير على سبيل المثال لا الحصر:

أ- حملات التوعية: إذ ينبغي أن تقوم السلطات المحلية وبتعاون مع الجمعيات والمنظمات الغير حكومية بتوعية السكان حول المخاطر التي تسببها الكلاب السائبة وكيفية التعامل معها وعدم تغذيتها في الاماكن المؤهلة بالسكان .

ب- مراقبة الكلاب: تقوم الجهات المختصة بمراقبة الكلاب المملوكة وغير المملوكة والتأكد من توفر جميع الشروط الصحية والبيئية للكلاب والحيوانات الأخرى.

ت- تنظيم ملكية الكلاب: تقوم الجهات المختصة بتنظيم ملكية الكلاب وتحدد الشروط اللازمة لامتلاك الكلاب، بما في ذلك الأصولية والاستمرار في تطعيمه وتطبيق إجراءات الحماية اللازمة من خلال تطبيق قانون الصحة الحيوانية.

ث- حملات الاحتواء: تقوم الحكومة بتنظيم حملات لاحتواء الكلاب السائبة والتقاطها ووضعها في ملجأ آمن.

ج- التطعيم والتعقيم: يتم تنفيذ برامج لتطعيم وتعقيم الكلاب السائبة للحد من انتشار الامراض .

ح- التحكم بتكاثر الكلاب: تتخذ السلطات إجراءات للحد من تكاثر الكلاب بشكل غير منضبط عن طريق برامج التعقيم .

المصادر

أولاً/ الكتب

1- د. صالح احمد محمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2004.

2- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ج1، ط1، الذاكر للنشر والتوزيع، بغداد، 2011.

3- د. محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي الدراسة مقارنة، ط1 مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1994.

ثانياً/ الرسائل الجامعية

1- سيليا نبالي و ليندة عيسات، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2021-2022.

ثالثاً/ البحوث

1- د. جميلة تماني، المركز القانوني للحيوان في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون- جامعة الجزائر، المجلد60،العدد04، السنة 2023.

2- - د. حمود محمد إسماعيل الشاحذى، المسؤولية الناشئة، عن فعل الحيوان في القانونين اليمني والمصري، مجلة جامعة الملكة أورى العلمية المحكمة، صنعاء، العدد (24)، 2020.

3- د. حيدر حسين كاظم الشمري و سارة مجيد ضاحي، التعويض عن ضرر الشخص المجهول، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كربلاء، العراق، المجلد (13)، العدد (46)، سنة 2023.

رابعاً/ القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الوقائع العراقية، العدد3015، تاريخ 1951/9/8.

2-قانون الصحة الحيوانية العراقي رقم (32) لسنة 2013، وقائع العراقية، العدد 4295، تاريخ 2013/10/28.

3- قانون مكافحة الكلاب السائبة رقم (48) لسنة 1986، الملغى.

4- قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 المعدل، وقائع العراقية، العدد 1033، تاريخ 1964/11/22.

5-قانون إدارة بلديات إقليم كوردستان- العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل.

6-قانون الحيوانات الإنكليزي رقم 22 لسنة 1971.

خامساً/ المصادر الاجنبية

1- Code civil français, 1804.
2- Loi française sur la pêche rurale et marine, n° 24 de 2024..
3- -Code général des collectivités territoriales, France,17/7/2024.
4- - Loi n° 5-99 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection du cheptel animal français.
5- 朱晓峰. "比较法上动物侵权责任主体的界定标准及启示." 比较中国学术期刊2018年第3期.
6- DE BARANDA, Yolanda Bergel Sainz. La regulación inglesa de la responsabilidad por los daños causados por animales. Un estudio comparado con el Derecho español. InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET, 2013.
7- – JAURETCHE, Karina María de Lujan. La Responsabilidad Extracontractual en el Daño causado por Animales. Nuevas Regulaciones sobre Perros Potencialmente Peligrosos y Tenencia Responsable de Mascotas, PhD Thesis, UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21, Española, 2016, s 28.

سادساً/ المواقع الالكترونية

1- وكالة الانباء العراقية، تاريخ التقرير 2022/6/19، المنشورة على الموقع الالكتروني https://www.ina.iq/158845--.html، تاريخ الزيارة 2024/6/12.

.....

2- جريدة أيلاف الالكترونية، المغرب، العدد 8449، 2024/6/14، الموقع الالكتروني https://elaph.com/، تاريخ الزيارة 2024/6/19.

3- شبكة راديو مربد البصرة في 2024/6/19 منشورة على الرابط التالي، https://www.youtube.com/watch?v=JWMNlpYhw04 تاريخ الزيارة 2024/6/23.

4- المحكمة الشعبية لمنطقة فنغتاى ببكين المنشورة على الرابط التالي ، www.chinacourt.org.

5- محرر الصحفي سوار احمد، شبكة كردستان 24، 2023/4/26، على الرابط التالي، ttps://www.kurdistan24.net/ar/tag/%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%84%D8%A7%D8%A8%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D8%A8%D8%A9، تاريخ الزيارة، 20/7/17

مفهوم القيد العقاري وأثره في ملكية الحقوق العقارية

– دراسة تحليلية في القانون السوري–

The Concept of Property Registration and Its Impact on the Ownership of Real Property Rights:

–An Analytical Study in Syrian Law–

أ.م.د. أصالة كيوان كيوان

القانون الخاص/ القانون المدني

كلية الحقوق– جامعة الشام الخاصة– اللاذقية–

الجمهورية العربية السورية

Assist. Prof. Dr. Asala Kewan

Private law/ Civil law

Faculty of Law/ Al-Sham Private University

Syrian Arab Republic

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.65

تاريخ إستلام البحث 2024/9/8 ؛ تاريخ القبول بالنشر 2024/10/10

ملخص البحث

تكتسب العقارات أهمية بالغة في حياة الأفراد والمجتمعات، إذ تشكل أحدى الأسس الرئيسية للاقتصاد الوطني ووسيلة لضمان الاستقرار والسلم الاجتماعي. ولذلك يهدف هذا البحث إلى توضيح مفهوم القيد العقاري وفقاً للقانون السوري، من خلال تسليط الضوء على نظام التسجيل العيني وخصائصه، الذي يُعد ضرورياً لتوثيق الحقوق والممتلكات بطريقة قانونية تضمن حماية الأفراد. كما يتناول البحث حقوق التسجيل اللازمة، موضحاً أهمية تسجيل الحقوق العقارية لضمان حمايتها القانونية من التعدي أو النزاع. علاوة على ذلك، يستعرض البحث تأثير القيد العقاري في نقل الملكية وفقا للقانون السوري، موضحاً كيفية إسهام التسجيل في تسهيل عمليات نقل الملكية وترتيب أثرها. وبالاضافة، يتناول البحث تأثير القيد في الحقوق العينية، مما يعزز من تأكيد حماية هذه الحقوق وضمان إثباتها. ومن خلال ذلك، يتضح أن القيد العقاري لا يُعد مجرد إجراء قانوني، بل هو أداة حيوية تسهم في تعزيز الثقة في المعاملات العقارية وتوفير بيئة قانونية ملائمة للاستثمار.

الكلمات المفتاحية: القيد العقاري، السجل العيني، الحقوق العينية، حق الملكية.

.....

پوختە

ئەرد وخانیا گرنگیەکا تایبەت د ژیان تاکەکەس وجڤاکاندا یا هەی، کو ب ئێك ژ شەنگستێن سەرەکی یێن ئابووورا وەلاتی و رێکەك ژ رێکێن گەرەنتیکرنا جێگیربوون وئاشتییا جڤاکی دهێت دانان. لەوما ئەڤ ڤەکولینە ئاماژە ب روونکرنا تێگەهێ گرێدانا خانوبەرا لدوویف یاسایا سوریێ دکەت. ئەوژی ب رێکا ئێخستنا تیشکێ لسەر سیستەمێ تومارا نموونەی وساخلەتێن وێ ئەوا ب خالەکا گرنگ دبەلگاندنا ماف ودەستکەفان، وگەرەنتیکرنا پاراستنا تاکەکەسی ب رێکەکا یاسای دهێت دانان، هەروەسا ڤەکولین بەحسێ مافێ پێدڤی بۆ تومارکرنێ دکەت. وگرنگییا تومارکرنا مافێن خانوبەرا دیاردکەت ژبۆ گەرەنتیکرنا پاراستنا وان یا یاسایی بەرامبەر تەعداکەر یان لێوەرگرەکی. دسەر ڤێ چەندێ ڕا ڤەکولین بەحسێ کاریگەرییا تومارا خانوبەرا دڤەگوهاستنا مولکێ لدوویف یاسایا سوریێ دکەت، تێدا دیاردکەت چاوە تومارکرن هاریکارییا ئاسانکرنا ڤەگوهاستن ورێکخستنا شینوارێن وێ دکەت. زێدەباری وێ چەندێ ڤەکولین بەحسێ کاریگەرییا تومارێ د مافێن نموونەی دا دکەت دەمێ بیتە پالپشتیەك بۆ داکوکیکرن وپاراستنا ڤان مافان وگەرەنتیکرنا چەسپاندنا وان، دمیانا ڤێ چەندێ دا تومارا خانوبەرا بتنێ وەکو روونکرن نامینیت بەلکو رێکارەکا یاسایی، و ئامرازەکێ ئەکتیڤە بەشداریێ د چێکرنا باوەری هەبوون د مامەلاتێن خانوبەراندا و دابینکرنا ژینگەهەکا یاسای یا گونجایە بو وەبەرهێنانێ دکەت.

پەیڤێت دەسپێکێ : تومارا خانوبەرا، تومارا نموونەی، مافێن نموونەی، مافێ ملکیەتێ.

Abstract

Real estate holds significant importance in the lives of individuals and communities، as it forms one of the fundamental pillars of the national economy and serves as a means to ensure stability and social peace. Therefore، this research aims to clarify the concept of property registration under Syrian law by highlighting the system of land registration and its characteristics، which are essential for legally documenting rights and properties to ensure individual protection. The research also addresses the necessary registration rights، emphasizing the importance of registering property rights to guarantee their legal protection against encroachment or disputes. Additionally، the study explores the impact of property registration under Syrian law on the transfer of ownership، illustrating registration facilitates and enhances the effectiveness of ownership transfers.

Furthermore، the research examines the impact of registration on real rights، reinforcing the protection and proof of these rights. Through this، it becomes clear that property registration is not merely a legal procedure but a vital tool that contributes to enhancing trust in real estate transactions and providing a favorable legal environment for investment

Keywords: Real estate registration, Cadastral register, Real Rights, Right of Ownership.

.....

المقدمة

تعد القيود العقارية من الركائز الأساسية التي تنظم حقوق الملكية في الأنظمة القانونية المختلفة. فهي تمثل الإطار القانوني الذي يضمن تنظيم العلاقة بين المالكين والمستفيدين من العقارات. ومن خلال هذا الإطار، يتم توثيق الحقوق العينية وتحديد المسؤوليات والالتزامات المتعلقة بالعقار، مما يعزز من وضوح العلاقات القانونية بين الأطراف. كما يبرز نظام التسجيل العيني كأداة فعالة لتعزيز الأمان القانوني في المعاملات العقارية. فهذا النظام يقوم على أساس تسجيل جميع الحقوق المتعلقة بالعقار في سجل رسمي يعتمد عليه الجميع، وهو ما يوفر درجة عالية من الأمان والموثوقية في المعاملات.

ويتميز نظام التسجيل العيني عن الأنظمة الأخرى، مثل النظام الشخصي، بكونه يربط الحقوق بالعقار نفسه بدلاً من الأشخاص، مما يجعل من السهل تتبع الملكية وتجنب تعقيدات التغيير المستمر في مالكي العقار. هذا يتيح للأفراد والشركات تسجيل ممتلكاتهم بشكل رسمي وموحد، ويضمن استمرارية وثبات الحقوق القانونية المتعلقة بالعقارات عبر الزمنية. بالإضافة إلى ذلك، يسهم نظام التسجيل العيني في تعزيز الشفافية في السوق العقاري من خلال توفير معلومات دقيقة ومحدثة حول حالة الملكية، مما يقلل بشكل كبير من فرص النزاعات القانونية المحتملة نتيجة لعدم وضوح الملكية.

أولاً/ أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في تحليل دور القيود العقارية ونظام التسجيل العيني في تحقيق الأمان القانوني والاستقرار في السوق العقاري السوري. ويتمثل هذا الدور في تنظيم المعاملات العقارية وضمان حماية حقوق الملكية من خلال توفير آليات واضحة وشفافة لتوثيق الحقوق العينية.

ثانياً/ مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة في التحديات القانونية والإدارية التي يواجهها نظام التسجيل العيني في سورية، بما في ذلك تعقيدات تحديد المالك الفعلي للعقارات في حالات النزاع. هذه التحديات قد تؤدي إلى تعقيدات في تحديد الملكية وتضارب الحقوق، مما يزيد من احتمال النزاعات القانونية.

.....

ثالثاً/ هدف البحث:

يهدف البحث إلى تحليل تأثير نظام التسجيل العيني على حماية حقوق الملكية العقارية في سورية، وتوضيح الفروقات بينه وبين نظام التسجيل الشخصي. بالإضافة إلى ذلك، يسعى البحث إلى استكشاف كيفية تعزيز فعالية نظام التسجيل العيني في ظل الظروف الحالية.

رابعاً/ منهجية البحث:

يتبع البحث منهجاً علمياً يعتمد على التحليل والدراسة النقدية للأحكام القانونية السورية المتعلقة بالقيود العقارية، مع التركيز على المقارنة بين نظامي التسجيل العيني والشخصي، بهدف فهم التحديات القانونية والإدارية التي تواجه النظام العيني.

خامساً/ فرضية البحث:

يفترض البحث بأن نظام التسجيل العيني أكثر كفاءة في ضمان حقوق الملكية وحمايتها مقارنة بالنظام الشخصي. كما أن تعزيز فعالية النظام العيني يتطلب تحسين الإطار القانوني وتطوير الإجراءات الإدارية لضمان حماية حقوق الملكية.

سادساً/ خطة البحث:

نتناول موضوع البحث من خلال مبحثين، نتطرق في المبحث الأول لمفهوم القيد العقاري في القانون السوري بتقسيمه الى مطلبين: يختص المطلب الأول، ببيان مفهوم نظام التسجيل العيني. والمطلب الثاني، يتضمن الحقوق الواجبة التسجيل. أما المبحث الثاني، فيتناول أثر القيد العقاري في الملكية العقارية. وينقسم الى مطلبين: يتخص المطلب الأول، الأثر المنشئ للقيد العقاري. والمطلب الثاني، يختص، بالقوة الثبوتية للقيد العقاري.

.....

المبحث الأول

مفهوم القيد العقاري في القانون السوري

سنوضح في هذا المبحث مفهوم القيد العقاري في القانون السوري من خلال التركيز على نظام التسجيل العيني. وسنستعرض تعريف هذا النظام وخصائصه الأساسية، مما يعكس دوره الحيوي في تنظيم حقوق الملكية. كما سنناقش الحقوق التي يتطلب القانون تسجيلها، لتسليط الضوء على أهمية التسجيل في حماية حقوق الأفراد وضمان استقرار المعاملات العقارية، وذلك من خلال مطلبين الأول يتحدث عن تعريف نظام التسجيل العيني وخصائصه والثاني عن الحقوق الواجبة التسجيل كما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم نظام التسجيل العيني

سنناقش أولاً تعريف نظام التسجيل العيني ثم ننتقل إلى الخصائص كما يأتي:

الفرع الأول

تعريف نظام التسجيل العيني

يُعرّف السجل العقاري العيني بأنه سجل رسمي يُدار من قبل دائرة التسجيل العقاري، ويحتوي على مجموعة شاملة ودقيقة من البيانات المتعلقة بالعقارات، ومن ذلك تحديد هوية العقارات، ووصفها، وتسجيل الحقوق العينية المرتبطة بها[1] مثل حق الملكية، وحق الرهن، وحق الانتفاع، وحق الحبس. لا يقتصر دور هذا السجل على مجرد توثيق الحقوق العينية، بل يتعداه إلى كونه أداة حيوية لضمان الشفافية في المعاملات العقارية.

يعد السجل العقاري العيني حجر الزاوية في النظام القانوني العقاري، حيث يمثل قاعدة بيانات قانونية محكمة توفر أدلة قطعية على ملكية العقارات. هذا الأمر يُسهم بشكل مباشر في حماية حقوق الملكية ويقلل من النزاعات القانونية المتعلقة بالعقارات[2]. كما أن السجل العقاري يعزز الثقة في السوق العقاري من خلال

---

[1] المادة (1) من القرار (188) لعام 1926 تنص على: " إن السّجلّ العقاريّ هو مجموعة الوثائق التي تبيّن أوصاف كلّ عقار وتعيّن حالته الشرعيّة، وتنصّ على الحقوق المترتّبة له وعليه، وتبيّن المعاملات والتّعديلات المتعلّقة به. يتألّف هذا السّجلّ من دفتر الأملاك والوثائق المتمّمة (دفتر اليوميّة، محاضر التّحديد والتّحرير، خرائط المساحة، الرسوم المصوّرة بواسطة الطيارات، ورسوم المسح، والأوراق المثبّتة)"

[2] عفيف شمس الدين (1997)، الوسيط في القانون العقاري ج1(التحديد والتحرير – السجل العقاري)، بيروت، ص 10.

توفير معلومات موثوقة حول العقارات، ما يتيح للأفراد والشركات اتخاذ قرارات مستنيرة عند شراء أو بيع العقارات.

إضافة إلى ذلك، يُسهّل السجل العقاري العيني التعاملات العقارية من خلال توفير نظام موحد لتسجيل وتوثيق كافة الحقوق العقارية. هذا النظام يقلل من التعقيدات القانونية ويوفر إطاراً قانونياً مستقراً يمكن الاعتماد عليه في إدارة العقارات[1]. كما يُسهم السجل العقاري في دعم النمو الاقتصادي من خلال تعزيز الاستقرار في السوق العقاري، إذ يُعتبر هذا السجل الضمانة القانونية التي تحمي حقوق الملاك والمستثمرين على حد سواء. وترتكز عملية التسجيل العقاري وفقاً للقرارات السورية 186، 188، و189 لعام 1926، على تنظيم شامل ودقيق للعقارات بما يضمن تثبيت الحقوق العقارية بشكل نهائي وشفاف. فتتكون هذه العملية من مرحلتين أساسيتين[2]:

المرحلة الأولى: مرحلة التحديد والتحرير

تبدأ عملية التسجيل العقاري بمرحلة إدارية وفنية تحضيرية تُعرف بمرحلة "التحديد والتحرير". هذه المرحلة تهدف إلى جمع كل المعلومات والبيانات الضرورية لتحديد هوية العقار بشكل كامل. وتتضمن الإجراءات الآتية:

1. **التحديد المادي والقانوني للعقار** :يقوم القضاة العقاريون بالتعاون مع مهندسين مختصين بإجراء عمليات التحديد والتحرير. ويتضمن ذلك تحديد موقع العقار، وحدوده، وأوصافه المادية. ويتم أيضاً تحديد هوية المالك وأسباب تملكه، إضافة إلى توثيق الحقوق العينية المترتبة على العقار أو تلك التي يتضمنها.
2. **إعداد الوثائق والمخططات:** بعد جمع البيانات المطلوبة، يتم تنظيم وثائق ومخططات دقيقة تظهر الوصف القانوني والمادي للعقار. هذه الوثائق تشمل الخرائط والمخططات الهندسية التي توضح تفاصيل العقار بدقة.

---

[1]- **Dr. habil. Christoph U. Schmid، Ph.D**، "Real Property Law and Procedure in the European Union-General Report- "، European University Institute (EUI) Florence 2005، p43. www.eui.eu/.../Law/.../EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Gen16/2/2016

[2] أصالة كيوان كيوان (2017)، آلية انتقال الملكية العقارية في التشريع السوري، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ص 25-30.

.....

3. **محاضر التحديد والتحرير** :يتم إعداد محاضر رسمية تشمل جميع البيانات التي تم جمعها والتحقق منها. هذه المحاضر تعتبر الوثيقة الرسمية التي تعكس الوصف الكامل للعقار ومن ذلك جميع الحقوق المتعلقة به.

المرحلة الثانية: إدراج البيانات في السجل العقاري

بعد الانتهاء من مرحلة التحديد والتحرير، تبدأ المرحلة التنفيذية حيث يتم إدراج البيانات التي تم جمعها في السجل العقاري الرسمي. وتتضمن هذه المرحلة الإجراءات الآتية:

1. **إحالة محاضر التحديد والتحرير:** يتم إحالة المحاضر والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بعمليات التحديد والتحرير إلى أمين السجل العقاري. بعد ذلك يقوم أمين السجل بمراجعة هذه الوثائق والتأكد من استيفائها لجميع المتطلبات القانونية.
2. **فتح السجل العقاري وتدوين البيانات:** يقوم أمين السجل العقاري بفتح سجلات جديدة للعقارات التي تم فحصها وتحريرها. ويتألف السجل العقاري من مجموعة من الوثائق التي تشمل دفتر الأملاك، ودفتر اليومية، ومحاضر التحديد والتحرير، وخرائط المساحة، والرسوم المصوّرة. فيتم تسجيل كل الحقوق والتصرفات المتعلقة بالعقار بشكل دقيق في هذه السجلات.
3. **إعلان السجل العقار:** بعد تدوين البيانات، يصبح السجل العقاري متاحاً للجميع. فيتمكن الأفراد من الاطلاع على محتوى السجل العقاري في أي وقت للتحقق من حالة العقار والحقوق المرتبطة به. هذا الإعلان يضمن الشفافية ويعزز الثقة في التعاملات العقارية.

ومن المعلوم أنَّ هذه الإجراءات تجمع بين الدقة الفنية والقانونية لضمان جميع الحقوق المتعلقة بالعقار مسجلة ومحمية بشكل قانوني، الأمر الذي يسهم في الاستقرار العقاري والأمن القانوني في سورية.

الفرع الثاني

خصائص نظام التسجيل العيني في القانون السوري

يعد نظام التسجيل العيني من الأنظمة القانونية المتقدمة التي تعنى بتوثيق حقوق الملكية العقارية بأسلوب دقيق ومنظم. يتميز هذا النظام بمجموعة من الخصائص التي تجعله يتفوق على غيره من أنظمة التسجيل الأخرى. وفيما يأتي عرض مفصل لأهم هذه الخصائص:

.....

1_ تعزيز ضمانات الملكية العقارية: يعتمد نظام التسجيل العيني للعقارات على إطار قانوني دقيق ومنظم يهدف إلى ضمان الحقوق العقارية وتثبيتها بشكل واضح وقاطع. فيتيح هذا النظام توثيق جميع السجلات العقارية وفقاً للقوانين النافذة، مما يعزز من استقرار الملكية العقارية ويحول دون وقوع أية حالات تلاعب أو تزوير.

2_ الدقة والوضوح في التعامل العقاري: يرتكز نظام التسجيل العيني على العقار نفسه كمرجع أساسي لتسجيل الحقوق والالتزامات المتعلقة به. فيتم تقسيم السجلات العقارية إلى صحائف عينية مخصصة لكل عقار على حدة. ويشمل كل صحيفة جميع الحقوق والتصرفات المرتبطة بالعقار، مما يسهل تتبع تاريخ العقار القانوني ويضمن وضوح المعاملات المتعلقة به[1]. هذا التخصيص يتيح سهولة الوصول إلى البيانات الدقيقة حول العقار، فيقلل من احتمالية النزاعات.

3_ إثبات الحقوق العقارية: يعد نظام التسجيل العيني المصدر الحصري لإثبات الحقوق العينية. وفقاً لهذا النظام، ولا تعتبر أية حقوق عينية صحيحة إلا إذا تم تسجيلها في السجل العقاري[2]. هذا يعني أن نقل الملكية أو أي حق عيني آخر لا يكون له أثر قانوني إلا بعد تسجيله[3]. هذه الخاصية تمنح النظام قوة قانونية كبيرة وتساهم في حماية حقوق الملاك وضمان استقرار الملكيات العقارية.

4_ الثقة في التعامل بالحقوق العقارية: أحد أبرز المبادئ التي يقوم عليها نظام التسجيل العيني هو مبدأ العلنية. يتميز هذا النظام بإتاحة الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالعقارات لأي شخص يرغب في ذلك[4]. فتتيح هذه الشفافية لأي مهتم الاطلاع على الوضع القانوني للعقار قبل الدخول في أية معاملة عقارية، مما يزيد من ثقة المستثمرين والمتعاملين في السوق العقاري ويحد من المخاطر المرتبطة بالتعامل مع عقارات ذات وضع قانوني غير واضح.

5_ المشروعية الصارمة ومبدأ التخصيص في التسجيل: يشترط نظام التسجيل العيني أن يكون كل تصرف عقاري مسجل مستوفياً للشروط القانونية المحددة، الأمر الذي يضمن صرامة قانونية تهدف التأكد من صحة

---

[1] أسعد دياب، طارق زيادة (1994)، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص21

[2] محمد صياح النشواتي (1993)، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، ج1، دمشق (د.ن)، ص313.

[3] مصطفى أحمد أبو عمرو (2010)، الموجز في شرح نظام السجل العقاري، ط1، منشورات الحلي الحقوقية، ص20

[4] فؤاد ضاهر (2002) ، السجل العقاري في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص331.

.....

الإجراءات وتطابقها مع المتطلبات المنصوص عليها في التشريعات ذات الصلة. هذه الصرامة تساهم بشكل كبير في تقليل النزاعات العقارية وضمان سلامة الصفقات المسجلة. إضافة إلى ذلك، يعتمد النظام على مبدأ التخصيص، حيث تُخصص لكل عقار صحيفة عينية منفصلة تضم جميع التصرفات والحقوق المتعلقة به، وهذا يسهل تتبع سجل العقار والتحقق من أي تغييرات تطرأ عليه بمرور الوقت[1]. هذا التنظيم الدقيق يعزز من فعالية النظام في توثيق وتحديد الملكية، ويقلل من التعقيدات القانونية المرتبطة بالملكية العقارية.

6_ القوة الثبوتية للسجلات العقارية: يتمتع نظام التسجيل العيني بقوة ثبوتية. فالبيانات الواردة في السجلات العقارية تتمتع بحجية قانونية قوية، وتعتبر صحيحة ما لم يثبت عكس ذلك بطرق محددة قانوناً[2]. هذا المبدأ يجعل من السجلات العقارية مصدراً موثوقاً ومرجعياً لحسم النزاعات المتعلقة بالعقارات، ويسهم في توفير الاستقرار في السوق العقاري.

المطلب الثاني

الحقوق الواجبة التسجيل

نستنتج من خلال نصوص المواد (9-10-12) من قانون السجل العقاري رقم (188) لعام 1926وتعديلاته [3] أن المشرع السوري أوجب تسجيل جميع الحقوق المتعلقة بالعقارات، بحيث يتمكن الغير

---

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو (2010) ، مرجع سابق، ص21.

[2] إدوار عيد (1996)، الأنظمة العقارية (التحديد والتحرير – السجل العقاري)، ط2، مطبعة المتنبي، ص 12.

[3] المادة 9 من القرار رقم 188: " إن الحقوق العينية غير المنقولة المرخص بإنشائها في القانون والتقييدات العقارية والحجوز. وكذلك الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار أو بمال غير منقول مسجل. يجب حتماً أن تدون في الصحيفة المخصصة لكل عقار أو مال غير منقول في سجل الملكية. ولا تعتبر موجودة تجاه الغير إلا بقيدها في السجل العقاري. وابتداء من هذا القيد يجب أيضاً حتماً أن تقيد في صحيفة العقار الأساسية جميع التحويرات التي تحدث في الحدود. وجميع حقوق الارتفاق التي تحدث على أثر بناء أو على أثر تقويم الطرقات ومجاري المياه والأقنية والخطوط الحديدية. حتى يمكن الاعتراف بها تجاه الغير. ويجب أيضاً قيد الحالة الحادثة التي حصلت للعقار على أثر تشييد بنايات حديثة. أو على أثر تغيير في البنايات الموجودة أو على أثر ضبط الحدود. على المالكين والإدارات العمومية ذات الشأن أن تبلغ لهذه الغاية أمين السجل العقاري جميع التغييرات التي تطرأ على العقارات"

المادة 10 من القرار رقم 188: "كل اتفاق بين فريقين سواء كان مجانياً أو ببدل. وكل حكم مكتسب الدرجة القطعية. وبصورة عمومية كل فعل يرمي إلى إحداث حق عيني أو نقل ذلك الحق. أو إعلانه أو إبطاله يجب أن يسجل في دفتر الأملاك وكذلك

.....

المتعامل بالعقار من معرفة الوضعية الحقيقية له عند إقدامه على التعاقد بشأنه تحقيقاً لمبدأ العلنية التي تتمتع بها قيود السجل العقاري، فاشترط تسجيل جميع الحقوق العينية سواء أكانت أصلية أم تبعية وجميع التقييدات والدعاوى والأحكام القضائية المتعلقة بها حتى تكون نافذة بين المتعاقدين أو الغير. بينما جعل المشرع تسجيل بعض الحقوق الشخصية التي يكون محلها عقاراً أمراً اختيارياً إلا أنه رتب على عدم تسجيلها عدم نفاذها تجاه الغير. ولذلك سنوضح الحقوق التي أوجب المشرع السوري تسجيلها كما يأتي:

الفرع الأول

الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تخول صاحبها سلطة مباشرة على شيء معين، مما يتيح له الانتفاع به واستغلاله بكل الطرق القانونية المتاحة. ويأتي على رأس هذه الحقوق حق الملكية، الذي يعتبر أكثر الحقوق شمولاً واتساعاً. فوفقاً للمادة (768) من القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949، يتيح حق الملكية لصاحبه ممارسة جميع السلطات الممنوحة على الشيء، ومن ذلك حق الاستغلال والتصرف.

ويطلب المشرع السوري تسجيل جميع الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري لضمان نفاذها بين الأطراف المتعاقدة أو تجاه الغير. كما يتعين تسجيل كل تعديل أو تغيير يطرأ على وصف العقار، مما يجعل التسجيل ليس فقط خطوة إجرائية بل شرطاً ضرورياً لصحة التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار[1].

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية التبعية هي تلك الحقوق التي ترتبط بحقوق الدين وتمنح للدائن ضماناً على ممتلكات المدين. وتشمل هذه الحقوق الرهن، والامتياز، وحقوق الانتفاع المرتبطة بالعقارات. فتعتبر الحقوق العينية التبعية وسيلة ضمان أساسية في المعاملات المالية، حيث يتيح الرهن العقاري مثلاً للدائن أن يحتفظ بحق في

الأحكام التي يعلن بها الإفلاس والأحكام التي يعلن بها افتتاح التصفية القضائية. فيما يختص بالحقوق العينية غير المنقولة الداخلة في أموال المفلسين".

المادة (12) من القرار (188): "إن عقود الضمان والإيجار وكل مخالفة أو تسوية بحق مبلغ معادل لأكثر من أجرة أو بدل ضمان سنة غير مستحقة يمكن قيدها في السجل العقاري"

[1] المادة (825) من القانون المدني السوري تنص على: " تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري"

.....

العقار المرهون لضمان استيفاء دينه. ويعامل المشرع السوري الحقوق العينية التبعية في المادة (825) من القانون المدني مثل الحقوق العينية الأصلية، فيجب تسجيلها في السجل العقاري لضمان نفاذها وحماية مصالح الدائنين.

ويسقط حق الدائن في التنفيذ على العقار في حال إذا لم يقم بتسجيل حقه، الأمر الذي يشير إلى الأهمية القصوى لعملية التسجيل كشرط لنفاذ هذه الحقوق تجاه الغير. كما أن التسجيل يسهم في تنظيم العلاقة بين الأطراف ويضمن ترتيب الأولويات في حال تعدد الدائنين، حيث يتم ترتيب حقوقهم وفقًا لتواريخ التسجيل.

الفرع الثالث

التصرفات والوقائع المتعلقة بالحقوق العينية والدعاوى المرتبطة بها

تشمل التصرفات والوقائع المتعلقة بالحقوق العينية جميع الإجراءات القانونية والتصرفات الفعلية التي تؤثر في ملكية أو استخدام الممتلكات، ومن ذلك نقل الملكية، والرهن، والحجز، والاستيلاء، إضافة إلى القيود المفروضة عليها، والدعاوى القانونية المرتبطة بحماية هذه الحقوق؛ فقد أوجبت المادة العاشرة من القرار (188) لعام 1926 تسجيل جميع الوقائع المادية التي يمكن أن تقع على العقار من تعديل أو تقسيم أو هدم أو تشييد أو إلحاق حتى تكون نافذة تجاه الغير، وعليه فلابد من كون المطابقة مستمرة بين قيود الصحيفة العينية والوضعية الحقيقة للعقار[1]. كما أوجب المشرع تسجيل الدعاوى المتعلقة بالملكية العقارية أوبالحقوق العينية العقارية حتى تكون نافذة تجاه المتعاقدين والغير؛ فلا يمكن سماع أية دعوى متعلقة بحق عيني قبل تسجيل إشارتها بالصحيفة العينية للعقار[2].

الفرع الرابع

الحقوق الشخصية الواجبة التسجيل

أخضع المشرع السوري بعض الحقوق الشخصية التي ترد على عقار للتسجيل حتى تكون نافذة تجاه الغير ومن ذلك عقود الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات وعقود الضمان والمخالصات والتسوية لمدة تزيد

---

[1] محمد شمس الدين (1987) ، نظام التسجيل العقاري في لبنان وسوريا، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص115.

[2] إدوار عيد (1996) ، الأنظمة العقارية (التحديد والتحرير – السجل العقاري)، ص2 مطبعة المتنبي، ص 269.

.....

عن سنة فقد نصت المادة (16) من القرار (188) لعام 1926 المعدل على أن (عقود الإيجار التي أعلنت بقيدها في السجل العقاري بحسب أحكام المادة الثانية عشر تعارض الحقوق التي تسجل بعدها أما إذا لم تسجل فلا تعارض حق الغير في كل مدة لا تتجاوز إيجار ثلاث سنين". بناء عليه أوجب المشرع تسجيل عقد الإيجار الذي تتجاوز مدته ثلاث سنوات حتى يكون نافذاً تجاه الغير، وفي حال عدم تسجيله فإنه لا يسري على الغير إلا لمدة ثلاث سنوات بشرط ألا يكون صورياً[1].

ويتم تسجيل الحقوق عن طريق قيد أهم البيانات التي يتضمنها العقد أو التصرف في السجل العقاري على اعتبار أن السجل العقاري يحتفظ بجميع الوثائق والتصرفات التي يتم التسجيل على أساسها، وباستطاعة أي شخص أن يطلب صورة كاملة عن العقد أو أية وثيقة أخرى يريد الاطلاع عليها، وفقا لما أشارت إليه المادة (87) من القرار رقم (188) دون حاجة إلى تدوين كامل محتويات العقد أو التصرف في السجل العقاري.

المبحث الثاني

أثر القيد العقاري في الملكية العقارية

تتجلى أهمية القيد العقاري في أثره الكبير في نشوء وتثبيت الحقوق العقارية، إذ يعدّ القيد العقاري أداةً أساسيةً لتحقيق الأمان القانوني وضمان عدم التعارض في حقوق الملكية. وسيتناول هذا المبحث أثر القيد العقاري من خلال مطلبين رئيسين. يتناول المطلب الأول الأثر المنشئ للقيد العقاري، والذي يُعنى بدور القيد في إحداث أثر قانوني مباشر في ملكية العقار أو الحقوق المتعلقة به، مما يجعله نقطة التحول التي يتم عندها إقرار الحق بشكلٍ قانوني. أما المطلب الثاني، فيُركز على القوة الثبوتية للقيد العقاري، حيث يتم تحليل مدى قوة هذا القيد في إثبات الحقوق العقارية ومواجهة الأطراف الأخرى، الأمر الذي يعزز من مصداقيته القانونية ويُثبت الحقوق أمام القضاء. كما يأتي:

المطلب الأول

الأثر المنشئ للقيد العقاري

سيتم في هذا المطلب أولاً استعراض مفهوم الأثر المنشئ للقيد العقاري، وذلك لفهم دوره في تأسيس الحقوق العقارية وترسيخها. ثم سنتطرق إلى الاستثناءات المقررة على مبدأ الأثر المنشئ للقيد العقاري، حيث سنستعرض الحالات التي تُستثنى من تطبيق هذا المبدأ. كما يأتي:

[1] إدوار عيد (1996) ، مرجع سابق، ص 277.

.....

الفرع الأول

مفهوم الأثر المنشئ للقيد العقاري

نصت المادة (9) من القرار رقم (188) لعام 1926 بوضوح على أن الحقوق العينية غير المنقولة لا تُنشأ ولا تُنقل بين الأحياء إلا بتسجيلها في السجل العقاري. وهذا يعني أن الملكية العقارية والحقوق المرتبطة بها لا يمكن أن تنتقل أو يُعترف بها قانونياً إلا إذا تم تسجيلها بشكل رسمي في السجل العقاري.

ويشدد القانون السوري على أهمية هذا القيد من خلال النص في المادة (10) من القرار رقم 188 لعام 1926 على أنه لا يمكن لأية عقود أو اتفاقات تتعلق بالعقارات أن تُعطي مفعولها القانوني إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري. فالتصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية، مثل البيع أو الرهن، تبقى غير نافذة وغير معترف بها قانونياً إلا بعد قيدها في السجل. وتبرز هذه النصوص القانونية أهمية التسجيل في حماية الأطراف المتعاقدة وضمان استقرار المعاملات العقارية، حيث يمنع القانون نقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية بدون هذا القيد. إلى جانب ذلك، استندت الأحكام القضائية السورية إلى هذه النصوص لتؤكد أن القيد العقاري لا يقتصر أثره على إنشاء الحقوق العينية فقط، بل يمتد ليكون وسيلة لحماية الملكية وضمان عدم تعرضها للمنازعات[1].مما يؤكد أن أي طعن في هذه الحقوق يجب أن يتم وفقاً للإجراءات القانونية الصارمة المتعلقة بنظام السجل العقاري.

كما تطرقت بعض التشريعات المقارنة، مثل التشريع المغربي، إلى مبدأ الأثر المنشئ للقيد من خلال الربط بين نقل الحق وتاريخ التسجيل في السجل العقاري، وهذا يؤكد ضرورة التسجيل كشرط جوهري لنفاذ العقود العقارية[2]. كما أن مبدأ الأثر المنشئ لا ينحصر بمسألة اعتبار القيد مصدر الحق العيني بل أنَّ الحق العيني ينشأ بالقيد ويستمر باستمراره، ويسقط بسقوطه، أي أن هناك تلازماً بين القيد والحق المقيد في السجل العقاري من ناحية النشوء والاستمرار والانقضاء[3]. وفي ضوء ذلك، يعد الأثر المنشئ للقيد العقاري أحد المبادئ الأساسية التي تضمن حماية الحقوق العينية واستقرار المعاملات العقارية في النظام القانوني

---

[1] حسين مصطفى أتش أوغلي، عبد القادر مصطفى أتش أوغلي (2012)، الموسوعة العقارية، السجل العقاري، ط1، حلب، سورية، ص99.

[2] محمد خيري (1997)، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، ط3، دار نشر المعرفة، ص427.

[3] زهدي يكن (1969)، عقد البيع، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ص36.

السوري. كما يعد القيد العقاري في السجل العقاري الأداة القانونية الوحيدة لإنشاء الحقوق العينية العقارية في القانون السوري.

الفرع الثاني

الاستثناءات المقررة على مبدأ الأثر المنشئ للقيد العقاري

على الرغم من أن القيد العقاري يُعد شرطاً أساسياً لإثبات الملكية وحماية الحقوق العينية وفقاً للقانون السوري، فقد نص المشرع في المادة (825) من القانون المدني[1] على بعض الاستثناءات من هذه القاعدة. ففي حالات محددة مثل الإرث، ونزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، أو تنفيذ الأحكام القضائية، يُنقل الحق العقاري إلى الشخص المستحق قبل إتمام عملية التسجيل. وتهدف هذه الاستثناءات إلى تحقيق توازن بين أهمية التسجيل في تأمين الحقوق القانونية وبين الحاجة إلى مرونة في بعض الحالات التي تستدعي حلولاً سريعة، كما هي الحال مع الورثة الذين يرثون العقارات دون الحاجة إلى انتظار إتمام إجراءات التسجيل. ومع ذلك، يظل أثر هذا الانتقال غير نافذ تجاه الغير إلا من تاريخ التسجيل، الأمر الذي يضمن استمرار فعالية السجل العقاري في إعلام الأطراف الثالثة بحقوق الملكية[2].

المطلب الثاني

القوة الثبوتية للقيد العقاري

سيتم في هذا المطلب تسليط الضوء أولاً على القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري، باعتبارها الأساس القانوني الذي يمنح القيد العقاري قوة ملزمة لا يمكن الطعن بها. ثم سنتناول الاستثناءات المقررة على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري، والتي تُحدد الحالات التي يجوز فيها تجاوز هذه القوة الثبوتية.

---

[1] المادة 825 في فقرتها الثالثة تنص على: " 3- كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً له قبل تسجيله، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل"

[2] حسين عبد اللطيف حمدان (2002)، نظام السجل العقاري، ط2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 399.

.....

الفرع الأول

القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري

لا يمكن اكتساب حقّ ملكيّة الأراضي المسجّلة في السّجلّ العقاريّ أو بإدارة أملاك الدّولة ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحميّة هذا ما أكّدته المادّة (835) من القانون المدنيّ السوريّ[1]، وبناء عليه فإن صاحب ملكيّة العقار المسجّل بالسّجلّ العقاريّ يتمتّع بملكيّة دائمة على عقاره لا يمكن انقضاؤها إلا بإرادته أو إذا نصّ القانون على سبب للانقضاء كنزع الملكية للمنفعة العامّة مثلاً. وكذلك تنصّ المادّة (13) من القرار لعام 1926 على أنّ: " كلّ من يكتسب حقّاً في مال غير منقول مستنداً على قيود وبيانات السّجلّ العقاريّ يبقى له هذا الحقّ المكتسب. فإن أسباب نزع هذا الحقّ منه الناشئة عن الدعاوى المقامة وفقاً لأحكام المادّة (31) من القرار (186) الصادر في 15 آذار سنة 1926م، والمادّة (17) من هذا القرار، لا يمكن أن يعترض بها تجاهه، ولا يمكن أن تقرر الأحكام المتعلّقة بهذه الدعاوى، إلغاء الحقّ المكتسب بالطّريقة القانونيّة. غير أنّه لا يمكن أن يتذرّع بمفعول القيود، الأشخاص الآخرون الّذين عرفوا، قبل اكتساب الحقّ، وجود عيوبٍ أو أسبابٍ داعيةٍ لإلغاء هذا الحقّ أو لنزعه من مكتسبه. وفي جميع الأحوال، يحتفظ الفريق المتضرّر بحقّ إقامة دعوى شخصية بمادّة عطل وضرر على مسبّب الضرر."

فالواضح من نصّ هذه المادّة أنّ المشرّعَ السّوري منح قيود السّجلّ العقاريّ قوّة ثبوتيّة مطلقة[2] لا يمكن إثبات عكسها إلا في حال سوء النية. فكلّ من يكتسب حقّاً على مالٍ غيرِ منقول مُستنِداً إلى تلك القيود يبقى له هذا الحقّ، فاكتساب الحقّ في ظلّ نظام السّجلّ العينيّ يحصّن القيد من أيّ عيب يعتري سند المكتسب

---

[1] المادة 835 من القانون المدني: "لا يخول الاستيلاء اكتساب أي حق من الحقوق العينية على عقار مسجل في السجل العقاري، أو بإدارة أملاك الدولة، ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحمية."

[2]"لصاحب الحق العيني المسجل في السجل العقاري حق رفع دعوى استرداد الحيازة لأن للتسجيل قوة مطلقة لا يمكن المساس بها وعلى واضع اليد بدعوى استرداد الحيازة تبرير وضع يده بسبب التزام أو بموجب ينفي عنه صفة الغصب ويتوجب عليه إثبات ذلك"(نقض مدني، أساس 1006 قرار 490 لعام 1994) مجلة القانون لعامي 1994-1995، ص205.

وكذلك القرار: (نقض مدني، أساس2193 قرار2946 تا2010/7/19) مجلة المحامون، الأعداد 7-8-9-10-11-12 لعام 2012، ص878.

حسن النيّة، والبيانات المدوّنة في السّجلّ العينيّ تتمتّع بقوّة إثباتٍ مطلقة، فيما يتعلّق بالوقائع والحقوق المدوّنة فيها، حتّى يصبح هذا القيد هو المنطلق لحياة العقار المستقبليّة[1].

فالتّسجيل في حدّ ذاته يمنح حقّ التصرّف، بغضّ النّظر عن حسن نيّة الطرف الآخر في الصّفقة، لذلك يُشترَط التسجيل لإنشاء أو نقل الحقّ وإلا يعتبر الإنشاء أو النقل ملغيّاً، هذا ما نصّت عليه المادّة السابعة في فقرتها الأولى من قانون التّسجيل العقاريّ في إنكلترا لعام 2002، وكذلك أكّدت المادّة (23) من القانون نفسه في فقرتها الأولى: سلطة المالك المسجّل في السّجلّ العقاريّ وحقّه بالتّصرّف في العقار المسجّل بكل أنواع التّصرف ضمن شروط محدّدة[2].

الفرع الثاني

الاستثناءات المقررة على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري

ويعتبر سوء النيّة من أهمّ الاستثناءات من مبدأ القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري، لأنّ توافره يجعل قوّة القيود العقاريّة قوّةً نسبيةً وليست قوّة ثبوتيّة مطلقة، فيمكن لصاحب الحقّ الأساسيّ أن يطالب بإلغاء قيدٍ سيّئ النيّة الّذي أهدر الحماية القانونيّة له بسوء نيّته هذا ما هو واضح في نصّ المادّة (14) من القرار (188) لعام 1926 الّتي تنصّ على أنّه:" يعتبر التّسجيل مغايراً للأصول إذا أجري بدون حقّ. وكل من يتضرّر من معاملة التّسجيل يمكنه الادعاء مباشرة بعدم قانونيّة ذلك التّسجيل على الشّخص الثّالث السيّئ النيّة."

وكذلك الفقرة الأولى من المادّة (15) من القرار نفسه تنصّ على أنَّ: "لكلّ شخص قد تضرّر في حقوقه بسبب قيد أو تحوير أو ترقين حدث دون سبب مشروع، أن يحصل على إلغاء ذلك أو تحويره."

فالمشرّع قرّر حماية مكتسب الحقّ العقاريّ بالاستناد إلى القيود العقاريّة، إذ افترض حسن نيّة هذا المكتسب، أمّا إذا كان الأمر على خلاف ذلك؛ أي إذا كان الحقّ المكتسب معيباً أو يوجد سبب يؤدّي إلى

---

[1] أسعد دياب، طارق زيادة، أبحاث في التحديد والتحرير، مرجع سابق، ص76.

[2]- **Art.7, par.1**from Land Registration Act2002: "If the requirement of registration is not complied with, the transfer, grant or creation becomes void as regards the transfer, grant or creation of a legal estate."

Art.23, par.1 from Land Registration Act 2002: "Owner's powers in relation to a registered estate consist of - (a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a mortgage by demise or sub-demise, and
(b) power to charge the estate at law with the payment of money."

.....

نزعه ممن هو مُقيَّد على اسمه وكان من قيد الحقّ على اسمه عالماً بهذا العيب أو السبب فلا يحقّ له الاحتجاج بالقوّة الثبوتيّة لقيود السّجلّ العقاريّ، هذا ما أكّدته محكمة النّقض السّوريّة بقراراتها، ونذكر منها: "ولا يمكن للأشخاص الآخرين أن يتذرّعوا بالقوّة الثبوتيّة لقيود السّجلّ العقاريّ إذا ثبت أنّهم عرفوا قبل اكتساب الحقّ بوجود عيوب داعية لإلغائه كأن يَثبُتَ علمُ المشتري الثّاني بوقوع البيع الأوّل"[1].

فالمشرّع العقاريّ أخذ بالحجّيّة المطلقة لقيود السّجلّ العقاريّ، وأعطى الثّقة لكلّ من يتعامل بحقٍّ عقاريٍّ مسجّلٍ في السّجلّ العقاريّ، وقرّر أنّ هذا الحقّ سيكتسب حمايةً ضدّ أيّ نزاعٍ، ولكن عاد ليؤكّد أنّ هذه الثّقة لا تُطبَّقُ إلا إذا كانت بحسن نيّة ولا تستعمل كوسيلةٍ لتحقيق مكاسب غير قانونيّة، ولذلك قرّر معاقبة سيّئ النّيّة بحرمانه من الحقّ الّذي اكتسبه بسوء نيّة والتعويض على المتضرر[2].

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أنّ العقار مملوك لشخص آخر، وأنّ بائعه قد قام بمسح العقار على اسمه دون حقّ، فلا يكون له أن يحتمي وراء قيد العقار على اسمه في السّجلّ العقاريّ، لأنه يُعدُّ سيّئ النيّة، يعلم بأسباب نزع الحقّ، إذ للمالك الحقيقيّ دعوى الاسترداد ضدّ مَن مسح العقار على اسمه دون حقّ، وبذلك يتعرّض المشتري لنزع الملكيّة من بين يديه. ومن ناحية أخرى إذا كان المالك لا يتمتّع بأهليّة التعاقد، أو كان رضاه معيباً بعيبٍ ما، وباع عقاره إلى آخرَ بمقتضى عقدٍ مسجّل، وقيّدَ العقار في دفتر الملكيّة على اسم المشتري، فإذا قام هذا المشتري ببيع العقار بعد ذلك إلى مشترٍ آخرَ، وكان هذا الأخير يعلم وقت شرائه بالعيب الذي يعيب عقد سلَفِه، فإنه يعتبر سيّئ النية، وتبعاً لذلك لا يكون له أن يتذرّع بمفعول القيود، ويتعرّض لنزع ملكيّته، إذا ما أبطل العقد الّذي تملّك سلَفه على أساسه.

وسوء النيّة لا يعتبر الاستثناء الوحيد من مبدأ القوّة الثبوتيّة المطلقة لقيود السّجلّ، بل هناك استثناءات مهمة أخرى، منها القيود الاحتياطيّة المنصوص عليها في المادّة (25) من القرار 188،

---

[1](نقض مدني، أساس 110 قرار 364 لعام 1994) مجلة القانون لعامي 1994-1995، ص339.

"وجود التسجيل العقاري لا يمنع المداعاة بالحقوق، ومن عرف قبل اكتسابه الحق العيني المسجل بوجود عيوب أو أسباب داعية لإلغائه ليس له أن يتذرع بمفعول هذا التسجيل"(نقض سوري رقم 669 أساس 689 تاريخ 25/ 1965/3) مشار إليه عند: أ. شفيق طعمه وأديب استانبولي، ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية، المكتبة القانونية، دمشق د.ت، ص676.

[2] الفقرة الأخيرة من المادة (13) من القرار (188) لعام 1926: "وفي جميع الأحوال، يحتفظ الفريق المتضرر بحق إقامة دعوى شخصية بمادة عطل وضرر على مسبب الضرر."

.....

والّتي تجيز لكل من يدعي بحقّ على العقار أن يطلب تسجيل قيد مؤقّت لحفظ حقّه، هذا فضلاً عن الاستثناء المنصوص عليه في المادّة (825) من القانون المدنيّ السوري والّتي تقول: إنّ كلّ من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكيّة أو بحكم قضائيّ يكون مالكاً له قبل التّسجيل، على أنّ أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل.

وإجمالاً، فإن لكلّ من تضرّر بأيّ تسجيل بدون حقّ أن يطالب بحقه إمّا عن طريق اتّفاق خطّي يعيد الأمور إلى نصابها وإمّا عن طريق دعوى تقام أمام المحكمة المختصّة، ويبقى في كلّ الأحوال للغير حسن النيّة حقوقه التي لا يمكن المسّ بها.

.....

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، وجدنا أن النظام العقاري يلعب دوراً محورياً في ضمان استقرار وحماية الملكية العقارية من خلال آليات قانونية واضحة. ومع ذلك، فإن التطورات المستمرة في المجال العقاري تفرض تحديات تتطلب مزيداً من التحسينات على مستوى الكفاءة الإدارية والإجراءات القانونية. وقد توصلنا في هذا البحث إلى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات سنعرضها كما يلي:

أولاً/ الاستنتاجات:

1_ رغم أن النظام العقاري السوري يستند إلى قوانين قديمة تعود لعام 1926، إلا أنه لا يزال يوفر ضمانات قانونية قوية تساهم في حماية حقوق الملكية العقارية وتعزيز استقرار المعاملات العقارية.

2_ يتميز هذا النظام بحجية القيود العقارية وعلنية السجل العقاري، مما يعزز الثقة والطمأنينة في عمليات البيع والإرث ونقل الملكية.

3- ومن أبرز التحديات التي يواجهها النظام العقاري السوري هي طول فترة التسجيل العقاري، بالإضافة إلى التكاليف المالية المرتفعة المرتبطة بهذه العمليات.

4_ كان للصراع المستمر في سورية أثر كبير في تعطيل عمليات التسجيل العقاري، حيث أدت الظروف الأمنية والسياسية والاقتصادية إلى تأخير تحديث النظام وإتمام التسجيل، إضافة إلى تأثير هذه الظروف على البنية التحتية والمؤسسات المعنية.

ثانياً/ التوصيات:

1_ تسريع إجراءات التسجيل العقاري وذلك بالاعتماد على التكنولوجيا وتبسيط الإجراءات الإدارية، ومن ذلك اعتماد النظم الإلكترونية للتسجيل العقاري.

2_ تقليل التكاليف من خلال إعادة النظر في الرسوم الحكومية وتطوير آليات دعم للمواطنين لتخفيف الأعباء المالية.

3_ التعامل مع تأثيرات الوضع الراهن وذلك بتوفير برامج طارئة لإعادة تأهيل السجل العقاري في المناطق المتضررة من الصراع وإعادة بناء المؤسسات المعنية بالتسجيل العقاري.

4_ توسيع نطاق التوعية من خلال حملات تهدف إلى تعريف المواطنين بأهمية التسجيل العقاري وضماناته القانونية، خاصة في ظل الظروف الراهنة التي تتطلب حماية حقوق الملكية العقارية.

.....

وعلى الرغم من التحديات الكبيرة، يبقى تطوير النظام العقاري في سورية ضرورياً لتحقيق الاستقرار الاقتصادي والتنمية المستدامة، وهو أمر يتطلب تحديثاً للبنية التحتية بما يتناسب مع الأوضاع الراهنة في البلاد.

.....

المصادر

أولاً/الكتب القانونية

1- إدوار عيد (1996)، الأنظمة العقارية (التحديد والتحرير – السجل العقاري)، ط2، مطبعة المتنبي.

2- أسعد دياب، طارق زيادة (1994)، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

3- حسين عبد اللطيف حمدان (2002)، نظام السجل العقاري، ط2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.

4- حسين مصطفى أتش أوغلي، عبد القادر مصطفى أتش أوغلي (2012)، الموسوعة العقارية، السجل العقاري، ط1، حلب، سورية.

5- زهدي يكن (1969)، عقد البيع، بيروت، منشورات المكتبة العصرية.

6- شفيق طعمه وأديب استانبولي، ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية، المكتبة القانونية، دمشق د.ت.

7- عفيف شمس الدين (1997)، الوسيط في القانون العقاري ج1(التحديد والتحرير – السجل العقاري)، بيروت.

8- فؤاد ضاهر (2002)، السجل العقاري في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.

9- محمد صياح النشواتي(1993)، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري ج1، دمشق (د.ن).

10- محمد شمس الدين (1987)، نظام التسجيل العقاري في لبنان وسوريا، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب.

11- محمد خيري (1997)، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، ط3، دار نشر المعرفة.

12- مصطفى أحمد أبو عمرو (2010)، الموجز في شرح نظام السجل العقاري، ط1، منشورات الحلي الحقوقية.

ثانياً/ الرسائل الجامعية

1- أصالة كيوان كيوان (2017)، آلية انتقال الملكية العقارية في التشريع السوري، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق.

ثالثاً/ المراجع الإلكترونية

……

[1]- **Dr**. **habil**. **Christoph U**. **Schmid**، **Ph**.**D**، "Real Property Law and Procedure in the European Union-General Report- "، European University Institute (EUI) Florence 2005. www.eui.eu/.../Law/.../EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Gen16/2/2016

القانون الرياضي في ميزان القانون

-دراسة وصفية تحليلية-

Analyzing Sports Law Through Legal Perspectives

Descriptive and Analytical Study

م.د. إبراهيم عمر خوشناو

القانون الخاص/ القانون المدني

قسم القانون ، كلية العلوم الإنسانية

جامعة راپەرين، إقليم كوردستان- العراق

Dr. Ibrahim Omar Ibrahim

Private Law- Civil Law

Department of Law- College of Humanities

University of Raparin- Kurdistan Region- Iraq

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.77

تاريخ إستلام البحث 2024/10/1 ؛ تاريخ القبول بالنشر 2024/12/1

ملخص

القانون كعلم من العلوم الإنسانية يعتني بتنظيم حياة الإنسان، وبأموره المختلفة، ونظرًا لتشعب أمور الحياة في هذا العصر ولدت فروع مختلفة لعلم القانون، يختص كل واحدة منها بأمر ما كالقانون التجاري، والقانون الجوي، والقانون البحري وغيرها. وبما أن النشاط الرياضي أضحى أمرًا لا مفر منه في المجتمع بل في العالم تَدخل القانون في هذا الأمر لغاية تنظيمه، وأدى ذلك إلى ولادة فرع آخر للقانون سمي القانون الرياضي (sports law). وكما هو معلوم فإن القانون يولد من مصادر متنوعة، وعليه لا يوجد قانون دون وجود مصدر، ومن هنا تختلف مصادر القانون الرياضي، فتعينها أمر سهل ممتنع نظرًا لطبيعته الخاصة، خصوصًا أنَّه يعني بتنظيم النشاط الرياضي ذي الطبيعة المتنوعة والمختلفة فضلًا عن أنَّه ذوطابع عالمي.

إذن يتناول هذا البحث مدلول القانون الرياضي وذلك من خلال الإجابة على الأسئلة المتعددة بشأنه: هل يوجد بالفعل شيء باسم القانون الرياضي؟ إن وجد كيف ولد؟ وهل القانون الرياضي له خصائص تميزه عن غيره؟ وهل للقانون الرياضي مصادر معينة؟ هل بالإمكان تعيين مصادره؟ وغيرها.

الكلمات المفتاحية: ***القانون الرياضي، العالمي، المصادر الرسمية للقانون الرياضي، فقه القانون الرياضي، القضاء الرياضي، التقنين الرياضي.***

.....

پوختە

یاسا وەك زاستێكی مرۆڤایەتی هەڵدەستێت بەڕێكخستنی ژیانی مرۆڤ، وكاروبارە جیاوازەكانی. وبەهۆی فرە لایەنی كاروباری ژیان لەم سەردەمەدا لقی جیاواز لە زانستی یاسا لەدایك بوون، هەر لقێكیان پەیوەستە بەلایەنێك وەك یاسای بازرگانی، ویاسای ئاسمانی، ویاسای دەریایی وهیتر، ولە بەر ئەوەی چالاكی وەرزشی بووە كایەیێك لەكۆمەڵگا كەدەربازبوون لێی ئەستەمە، بەڵكو لە جیهاندا بوویە یاسای هاتەناو ئەو چالاكییە بەمەبەستی رێكخستنی، ئەمەش بوە هۆی لەدایك بوونی لقێكی تر لە یاسادا كەبریتیە لەیاسای وەرزشی. هەر وەك زانراوە كە یاسا لەسەرچاوە جیاوازەوەكان لە دایك دەبێت، بەمەش بەبێ سەرچاوە یاسامان نابێت، لەم سۆنگەوە سەرچاوەكانی یاسای وەرزشی جیاواز دەبن، ودیاریكردنیان كارێكی ئاسانی دەستگیرە بەهۆی سرۆشتی تایبەتیەوە، بەتایبەت یاسای وەرزشی گرینگی دەدات بەڕێكخستنی چالاكی وەرزشی، سەرەڕای ئەوەی چوارچێوەیەكی جیهانی هەیە بەلام سرۆشتێكی جیاواز بە خۆ دەگریت.

ئەم توێژینەوەیە مانای یاسای وەرزشی لە خۆدەگرێت ئەویش لە چوارچێوەی ولاّمدانەوی پرسیاری فرە چەشن لەمبارەوە: ئایا شتێك بەناوی یاسای وەرزشی هەیە ؟ ئەگەر هەیە چوون لەدایك بوو؟ وئایا یاسای وەرزشی خەسڵەتی تایبەتی هەیە لەیاسای تر جیابكاتەوە؟ وئایا یاسای وەرزشی سەرچاوەی دیاریكراوی هەیە؟ وئایا دەتوانین رِیزبەندی بۆ سەرچاوەكانی بكەین ؟

پەیڤێت دەسپێكێ: یاسای وەرزشی، جیهانی، سەرچاوە فەرمیەكانی یاسای وەرزشی، فقهی یاسای وەرزشی، دادگای وەرزشی، نوسینەوەی (یاسای) وەرزشی.

Abstract

Law as one of the human sciences regulates human behavior in various aspects, and due to the complexity of life matters in this era, different branches of the science of law were born. Each of them specializes in specific subject such as commercial law, aviation law, maritime law e.tc... Since sports activity has become inevitable in society and even in the world, the law intervened in this matter in order to regulate it, in the consequence new branch of law is born called sports law. The law, as it is known, born from a variety of sources, which means there is no law without the presence of the source. The sports derived from different sources; determining these sources is not difficult due to its special nature, and in particular it means the organization of sports activity of a different nature and also because of its global nature.

Therefore, this research deals with the meaning of sports law by answering multiple questions about it, including: Is there really something in the name of sports law? If any, how was it born? Does sports law have distinct characteristics? Does sports law have certain sources? Is it possible to sort out its sources? In addition to some others questions.

Keywords: Sports law, Global, Official sources of sports law, Sports jurisprudence, Sports judiciary, Sports codification.

.....

المقدمة

أولًا/ مدخل تعريفي بموضوع البحث

من البديهي في علم القانون، إنه لا يولد من تلقاء نفسه وإنما يولد لضرورة تنظيم جانب من جوانب الحياة البشرية، والقانون كالطائرة لها جسم يتكون من أجزاء مختلفة ولكل جزء مهمة يمثل مصدراً من مصادره، وعليه فمزاولة النشاط الرياضي بشكل محترف أدى إلى ولادة فرع آخر للقانون، وهو القانون الرياضي ذو المصادر المتعددة.

ثانيا/ مشكلة البحث

نظراً لحداثة القانوني الرياضي، وعدم تشريعه في تشريع واحد فإن معالمه التشريعية مبهمة إلى حد ما. لذا فإن مشكلة البحث تكمن في الجدل القانوني حول وجود القانون الرياضي من عدمه، ومدى إمكانية تعيين مصادره القانونية وفضلا عن مدى امكانية تقنينه في مجموعة واحدة.

ثالثًا/ اسئلة البحث

تتمثل اسئلة البحث فيمايلي:

هل بالفعل هناك شيء بمعنى القانون الرياضي؟ ومن هذا السؤال نطرح أسئلة فرعية أخرى منها: إذا كان القانون الرياضي موجود فكيف ولد؟ وهل هو قائم بذاته؟ وهل يتوافر فيه مقومات القانون المستقل؟ وهل له مصادر قانونية؟ وهل المُشَرِّع الوطني له بصمة في القانوني الرياضي؟ وهل لفقه القانون الرياضي، والقضاء، والتحكيم الرياضي دور في سَنِّ القانون الرياضي؟، وتطويره؟ وغيرها من الأسئلة.

رابعًا/ فرضية البحث (Hypothesis)

القانون الرياضي قائم بذاته على الرغم من تشعب مصادره وعدم تقنينه في مجموعة واحدة.

خامسًا/ أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره

نظرًا لحداثة القانون الرياضي وعدم تقنينه في مجموعة واحدة فإن معالمه التشريعية والمقومات اللازمة لاستقلاليته غيرواضحة، فضلا عن تعيين مصادره القانونية من الأمور القانونية المبهمة، وإن توضيح هذه الأمور في القانون الرياضي أمر في غاية الأهمية، إذ أنَّ توضيح هذه الأمور له دور كبير في نمو وتطوير القانون الرياضي، وتعتبر في الوقت نفسه عاملاً مساعدًا لمُشَرِّع القانون الرياضي عند صياغة نصوص القانون الرياضي.

.....

سادسًا/ منهج البحث

لإتمام هذا البحث اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي، من خلال جمع ووصف وتحليل النصوص القانونية، والأحكام القضائية والتحكيمة، وآراء الفقه، المعاهدات الأقليمية والدولية المتعلقة بموضوع البحث، ولقد ركزنا على اللوائح الرياضية العالمية، والتشريعات الوطنية، والمعاهدات الأوربية، وأحكام القضاء الفرنسي، وقرارات محكمة التحكيم الرياضية العالمية.

سابعًا/ خطة البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم القانون الرياضي عن طريق مطلبين، ركزنا في المطلب الأول على تعريف القانون الرياضي، وفي المطلب الثاني على خصائص القانون الرياضي، أمّا في المبحث الثاني بيَّنّا مصادر القانون الرياضي عن طريق مطلبين، تحدثنا عن المصادر الرسمية للقانون الرياضي في المطلب الأول، والمطلب الثاني خصصناه لبيان المصادر غير الرسمية له، تلحقهما الخاتمة.

.....

المبحث الأول

مفهوم القانون الرياضي

نظرًا لأن القانون الرياضي هو حديث الولادة فإن توضيح مفهومه يتطلب منا أن نقسم هذا المبحث على مطلبين، كالآتي:

المطلب الأول

تعريف القانون الرياضي

نبدأ هذا المطلب بسؤال: هل يوجد شيء باسم القانون الرياضي في علم القانون؟

في الحقيقة هناك أكثر من اتجاه بهذا الشأن؛ الأول هو الاتجاه التقليدي، والذي يرى بأن القانون الرياضي لا يمثل سوى دمج المجالات الموضوعية المختلفة للقانون ذي الصلة بنطاق الرياضة. وفقا لهذا الاتجاه، فإن تسمية القانون الرياضي هي تسمية خاطئة؛ لأن الرياضة تمثل شكلًا من أشكال النشاط والترفيه، ويتم تطبيق القوانين المختلفة على المواقف الرياضية مثل قانون العقود والقانون الإداري وقانون العمل وغيرها. إذ لا يوجد ما يطلق عليه القانون الرياضي؛ لأنه لا توجد مجموعة فريدة من القواعد التي يمكن تحديدها بشكل منفصل وتصنيفها كقانون رياضي[1] .

وقد واجه هذا الاتجاه انتقادات من أنصار الاتجاه المعتدل (الاتجاه الثاني) على رأسهم كينيث شروبشاير (Kenneth Shropshire) و كارتيل (Burlette Carter) و(John Wei start and Cym Lowell) إذ أنّ أنصار هذا الاتجاه (المعتدل) أقروا بأن القانون الرياضي قد يتطور إلى مجال القانون؛ لأنّه توجد مشكلات خاصة في الرياضة تتطلب فيها تحليلًا متخصصًا، فضلًا عن ذلك هناك ظاهرة أخرى تأثر على فكرة وجود القانون الرياضي؛ وهي الدراسات القانونية الكثيرة المختصة بموضوعات القانون الرياضي، وعليه سيكون قانونًا مستقلًا في المستقبل القريب، ولكن حاليًا لا يمثل مجالًا مستقلًا من القانون. أي لم يصل القانون الرياضي إلى نقطة النضوج. ولذلك يقترحون مصطلح "الرياضة والقانون" بدل تسمية القانون الرياضي على الروابط القانونية التي تظهر في نطاق الرياضة[2].

---

[1] See ibid.

[2] See Kenneth L. Shropshire, Introduction; sports law? American Business Law Journal, Volume 35, Issue 2 p. 181-184. And, W. Burlette Carter, Introduction: What Makes a Field a Field, 1 VA. J. SPORTS & L. 235 (1999).

.....

أمَّا في الاتجاه الحديث فقد تطورت وجهات النظر على القانون الرياضي، إذ استخدم أنصار هذا الاتجاه "القانون الرياضي" كمجال منفصل للقانون (''Sports Law'': A Separate Field of Law)، وعلى رأسهم الفقيه البريطاني غاردينر (Simon Gardiner)، إذ أشار غاردينر إلى زيادة عدد الهيئات التشريعية والقضائية الخاصة بالرياضة، وعليه يرى غاردينر أنّه يوجد مزيج من أحكام القوانين الواردة في القانون الرياضي كأحكام العقود، وأحكام قانون العمل[1]،إلا أنَّ هذه التشريعات في نطاق الرياضة تعتبر بعيدة عن تلك الفروع بل وقد تطورت هذه الأحكام عن طريق السوابق التحكيمية والقضائية في نطاق القانون الرياضي، وأضحت مادة خامة للدراسات العلمية، وعليه فإن الوقت قد حان لقبول ولادة مجال قانوني جديد وهو القانون الرياضي[2]. ونرى بأن الاتجاه الحديث بخصوص اعتبار القانون الرياضي كقانون مستقل هو صائب للأسباب الآتية:

إن تطبيق أحكام القوانين الأخرى على النشاط الرياضي لا يعني أنَّ القانون الرياضي جزء من تلك القوانين، إذ وجدت قوانين مستقلة سابقا ولا تزال تطبق في نطاقها أحكام القوانين الأخرى كالقانون التجاري، فإنه في الكثير من الحالات يطبق أحكام القانون المدني[3].فضلا عن ذلك إن استعار أحكاماً القوانين الأخرى لا تأتي بمعنى فقد الاستقلالية من قبل القانون المستعير، لأننا نرى قوانين كثيرة بالرغم من استعارتها لأحكام القوانين الأخرى، إلَّا أنهَا مستقلة بحد ذاتها كالقانون الإداري، فهذا الأخير استعار أحكام متعلقة بأركان العقد، والتعويض، وغيرهما من القانون المدني[4].فضلًا عن المبررات التي قدمها الفقيه الإنكليزي (Simon Gardiner) بشأن وجود القانون الرياضي كما بيناه، كوجود خصائص مميزة للأنشطة الرياضية، ووجود نهج خاص في إصدار القرارات وتنظيم العلاقات في مجال القانون الرياضي، وقبوله كمجال خاص لدى كليات القانون، إضافة إلى أنه يتضمن القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية الصادرة لدى الهيئات الرياضية وبالأخص الهيئات الرياضية العالمية الخاصة[5] .

---

(1) See Gardiner, sports Law, 2ed., Cavendish Publishing Limited, 2001, p.74.

(2) See ibid, p.74.

(3) إذ تنص الفقرة (2) من المادة (4) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) على انه "يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر".

(4) لاحظ: د . محمود حممي، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1977، ص6.

(5) See Ken Foster, Lex Sportiva: What is Sports Law? T.M.C. Asser Institute, the Hague, the Netherlands, 2012, p. 39.

مما سبق ذكره يمكن القول، بأن القانون الرياضي أصبح قانونًا مستقلًا بحد ذاته، نظرًا لوجود المقومات المطلوبة فيه، منها؛ القواعد القانونية الخاصة[1] ،والقضاء الخاص مثل محكمة التحكيم الرياضية العالمي[2] ،فضلا عن وجود مواضيع خاصة به كعقود اللاعبين وغيرها[3].ومن هنا فمن الأفضل أن نعرف القانون الرياضي بأنّه:

جملة قواعد قانونية أنشأتها الهيئات الرياضية الخاصة، وهي غير مقننة في تشريع واحد تعنى بتنظيم النشاط الرياضي أو المعاملات المتعلقة به بمختلف جوانبها، وله بعد عالمي.

المطلب الثاني

خصائص القانون الرياضي

يقصد بخصائص القانون الرياضي السمات والمميزات التي يتميز بها القانون الرياضي عن غيرها من القوانين، سنوضح هذه الخصائص عن طريق فرعين كالآتي:

الفرع الاول

خصائص القانون الرياضي المتعلقة بطبيعة تكوينه

تتمثل هذه الخصائص في المصادر التي يتكون منها القانون الرياضي، ومدى شرعنة هذا القانون، وطبيعته القانونية. إذن سنوضح هذه الخصائص كالآتي:

أولاً: إنه قانون ذو مصادر متنوعة: يهتم القانون الرياضي بالمواضيع المتشعبة، ومنها ما يعنى بتنظيم الجانب الفني للأنشطة الرياضية كقوانين اللعبة[4] ،والبعض الآخر يهتم بتنظيم الجانب الإداري والتنظيمي[5] ،والبعض الآخر يختص بتنظيم المعاملات المالية المتعلقة بالرياضة أو التي تتم بسببها[6].وعليه فإن مصادر

---

(1) See FIFA Legal Hand Book, Edition 2024.

(2) See Ian Blackshaw, the Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport', Entertainment Law, Vol.2, No.2, Summer 2003, published by Frank Cass, London, pp.61–83.

(3) لاحظ استاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، دار الثقافة، عمان، 2001، ص35 ومابعدها.

(4) See Laws of the Game 2021-2022, issued by International Football Association Board (The IFAB).

(5) See Fédération Internationale de Basketball (FIBA) general statutes.

(6) See FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players.

.....

تلك القواعد تكون مختلفة منها وطنية كالتشريعات الوطنية[1] ،وأخرى داخلية كاللوائح التي تصدر من الاتحادات الرياضية الوطنية كالنظام الأساسي للاتحاد العراقي لكرة القدم[2] ،والبعض الآخر يكون دوليًا[3] ،وآخر عالميًا[4] .

ثانيًا: إنه قانون غير مقنن في تقنين واحد على المستوى العالمي: نظرًا لتشعب الرياضة فإن تقنين القانون الرياضي في مجموعة تشريعية واحدة أمر في غاية الصعوبة على الأقل في النطاق العالمي، ومع ذلك فإنه في بعض النظم القانونية تم تشريعه في مجموعة تشريعية واحدة كالنظام القانوني المصري[5] ،والفرنسي[6] ،وغيرهما، أمّا في نظام القانون العراقي توجد تشريعات مختلفة للرياضة كقانون اللجنة الأولمبية الوطنية العراقية رقم (29) لسنة (2019)، وقانون الاتحادات الرياضية الوطنية رقم (24) لسنة (2021). أمَّا على المستوى العالمي، فإنه لم يقنن في مجموعة تشريعية واحدة على الرغم من وجود الميثاق الأولمبي الدولي الذي يكون ذا طابع دستوري[7] ،ولكن هذا الميثاق يتعلق بالدورة الأولمبية فقط، وعليه فإنه لا ينظم الرياضة خارج الدورة الأولمبية. إذ توجد الاتحادات الرياضية العالمية خارج الدورة الأولمبية، إذ كل اتحاد يعنى بتنظم لعبة واحدة كالفيفا، وكل اتحاد رياضي عالمي له نظام قانوني خاص به، كالنظام القانوني للفيفا[8] ،والنظام القانوني للاتحاد الدولي لكرة السلة[9] .

وعليه يمكن القول بأن هناك تشريعات رياضية متشعبة على المستوى العالمي. ومن أجل توفير مستلزمات الأمن واليقين القانوني، ومن أجل اطمئنان المعنيين بالرياضة والاستقرار على القواعد المنظمة للأنشطة الرياضية أو المعاملات المتعلقة أو المرتبطة بها نقترح على اللجنة الأولمبية العالمية والاتحادات الرياضية العالمية سنّ قواعد القانون الرياضي في مجموعة تشريعية واحدة على الأقل القواعد العامة وترك تنظيم الجزئيات للاتحادات الرياضية المعنية.

---

(1) كقانون الاحتراف الرياضي العراقي رقم (60) لسنة(2017).

(2) لاحظ النظام الأساسي للاتحاد العراقي لكرة القدم: النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدمpdf.

(3) كالمبادئ العامة للقانون التي تنتج من وجهات النظر المشتركة لأنظمة القانون المقارنة كالعقد شريعة المتعاقدين.

(4) See Ken Foster, op.cit., pp. 1–18.

(5) نظم المشرع المصري الأنشطة الرياضية ضمن تشريع واحد وهو قانون الرياضة المصري رقم (71) لسنة (2017).

(6) See France Code du sport Version en vigueur au 19 août 2024.

(7) See paragraph (a) of the introduction to the Olympic charter 2021.

(8) See FIFA legal hand book; FIFA_Legal_HB_EN.pdf.

(9) See FIBA General Statutes; FIBA General Statutes 2021.pdf

.....

ثالثًا: إنه قانون ذو طبيعة عقدية: القانون لا يساوي التشريع، فبالرغم من أن هذا الأخير يصدر من السلطة التشريعية إلّا أن القانون قد لا يصدر من السلطة التشريعية ومع ذلك فإنه يتمتع بأهم صفة يتمتع بها التشريع وهي صفة الإلزام كالعرف؛ فهو قانون غير مكتوب له صفة الإلزام[1] ،وكذلك السوابق القضائية في النظام الأنكلوسكسوني كنظام القانون الإنكليزي، على سبيل المثال قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي (The Law of Torts[2]،وقانون الأحكام العامة (Common Law)[3] ،وقانون العقد الإنكليزي(The Law of Contracts)[4] ،والقانون البريتوري في القانون الروماني والقانون الفرنسي الجديد في عصرنا هذا كما سمَّاه الفقه الحديث[5] . وعلى أية حال، يعد القانون الرياضي ذا طبيعة عقدية منذ وضعه حجر الأساس حتى اكتمال بنائه؛ لأن قواعده سُنَّت من قبل أشخاص القانون الخاص، أي مُشرعه وهو الهيئات الرياضية العالمية الخاصة، وهذه الهيئات تعد شخصًا من أشخاص القانون الخاص كاللجنة الأولمبية الدولية والاتحادات الرياضية العالمية كالفيفا[6] .وتأسست هذه الهيئات بناء على الرابطة العقدية التي ترتبط بأعضائها[7] .

---

[1] د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السابعة، الجزء 1، المنشورات الحقوقية صادر، 2019، 104.

[2] وهو قانون غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، فإنه يقابل النظام القانوني للمسؤولية التقصيرية السائد في العائلة القانونية اللاتينية. لاحظ: د. يونس صلاح الدين علي، الوجيز في شرح قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2018، ص5.

[3] وهو مجموعة الأحكام العامة التي تعد كموجهات أو قواعد أو مبادئ عامة أقرتها القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الإنكليزية، وقانون الأحكام العامة هو أيضًا قانون غير مكتوب مبني على السوابق القضائية. لاحظ: المصدر السابق.

[4] قانون العقد الإنكليزي بدوره أيضًا قانون غير مكتوب، وهو نظام قانوني يحكم العقد في القانون الإنكليزي ويقابل النظرية العامة للعقد السائد في العائلة القانونية اللاتينية التي تبنت نظام القانون المدني المقنن للنصوص التشريعية، خلافًا لقانون العقد الإنكليزي غير المكتوب والمبني على السوابق القضائية التي تضمنها قانون الأحكام العامة. لاحظ: المصدر السابق، ص6.

[5] لاحظ: د.عدنان ابراهيم سرحان، الإنعقاد (دراسة في قانون الإلتزامات والعقود الفرنسي الجديد)، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، اقليم كوردستان – العراق، 2024، ص64.

[6] عرف النظام الأساسي للفيفا في ديباجته الفيفا بأنه "جمعيّة مسجّلة في السجل التجاري في مقاطعة زيورخ في سويسرا وفقًا لأحكام المادة (60) من القانون المدني السويسري".

[7] مثلا هناك إرادات متبادلة بين كل الأجزاء المكونة للحركة الأولمبية الدولية ومن ضمنها إرادة الفيفا والاتحادات الرياضية الدولية الأخرى، وبالتالي فإنَّ هذا التبادل للإرادات تشكل منه الميثاق الأولمبي الدولي. لاحظ التفاصيل: حول الطبيعة القانونية لعلاقات الفيفا باللجنة الأولمبية الدولية: النظام القانوني للاتحاد الدولي لكرة القدم، د. إبراهيم عمر إبراهيم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة السليمانية، 2023، ص122.

.....

وعليه فإن اللوائح الرياضية العالمية كالميثاق الأولمبي الدولي ذي طبيعة عقدية[1] ،لأنَّه ناتج عن تبادل وارتباط إرادات المكونات الأساسية للجنة الأولمبية الدولية وهي: اللجنة الأولمبية الدولية والاتحادات الرياضية الدولية، واللجان الأولمبية الوطنية، فضلاً عن اللجان المعنية بالحركة الأولمبية[2] .كما أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي، إذ أقر المجلس لائحة احتراف كرة القدم الفرنسية الصادرة من الاتحاد الفرنسي لكرة القدم المعروف بـ(F.F.F.) ذات طابع الاتفاق الخاص[3] .

وعليه فإن قواعد القانون الرياضي الواردة في صلب اللوائح الرياضية هي نتيجة تبادل الإرادات بين أعضاء الهيئات الرياضية العالمية، وبالتالي هي ذات طبيعة عقدية.

الفرع الثاني

خصائص القانون الرياضي المتعلقة بنطاق تطبيقه

تتمثل هذه الخصائص في عالمية القانون الرياضي، وإنه قانون مختلط بين القانون الخاص والقانون العام، وإنه قانون خاص بالرياضة، وعليه سنركز على هذه الخصائص كالآتي:

أولاً: إنه قانون ذو طبيعة عالمية وليست دولية: في الحقيقة، يعد القانون الرياضي نوعًا من قوانين عبر الحدود (Transnational Law)[4]، ولكن لا يدخل ضمن القانون الدولي العام، ولا ضمن القانون الدولي الخاص؛ لأنه في كلا القانونين تتدخل الدول في سنهما سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. أمَّا في القانون الرياضي لا تتدخل الدولة في سنّه، وإنّما يصدر القانون الرياضي من الهيئات الرياضية العالمية ويتم تطبيقه في كل بقعة من بقاع العالم[5] .ومن هنا لابدَّ أن نميز بين القانون الرياضي العالمي والقانون الرياضي الدولي. إذ يميز فقه القانون الرياضي بينهما، ويعرف القانون الرياضي الدولي بأنه مبادئ القانون الدولي

---

(1) See Ken Foster, op.cit., P.17.

(2) See the Introduction to the Olympic Charter 2021.

(3) لأن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم هو شخص من أشخاص القانون الخاص. نقلا عن د. عبدالحميد عثمان الحفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، العدد4، السنة 19، 1995، ص20.

(4) *استخدم الفقه والقاضي الأمريكي (*Philip Jessup*) لأول مرة هذا المصطلح كمعيار لتمييز قوانين أو الأحداث التي تتجاوز الحدود الوطنية.*

(5) على سبيل المثال قوانين اللعبة في كرة القدم والتي يصدرها مجلس الاتحاد الدولي لكرة القدم المعروف بـ(IFAB)، إذ جاء في ديباجة هذه القوانين "تعتبر كرة القدم أعظم لعبة على وجه الأرض، فهي تُمارس في كل بلدان العالم، وعلى مختلف المستويات، وتعد قوانينها هي ذاتها في أرجاء العالم كافة بدءًا من كأس العالم الذي تنظمه الفيفا ووصولًا إلى المباريات التي يلعبها الأطفال في القرى النائية،...".

مطبقة على الرياضة. أمّا القانون الرياضي العالمي فهو عبارة عن نظام قانوني مستقل عابر للحدود الوطنية أنشأته المؤسسات العالمية الخاصة التي تحكم الرياضة الدولية[1] .ويرى الفقه بأن القانون الرياضي هو عالمي وليس دولي، لأن قواعده سُنّت من قبل الهيئات الرياضية عبر الحدود دون تدخل الدولة كما أشرنا إليه سابقًا، ويطلق عليه قانون بلا دولة[2] .

ثانيًا: إنه قانون ذو طبيعة مختلطة تتنوع أحكامه بين النصوص التي تنظم العلاقة التعاقدية بالإضافة إلى القواعد المنظمة لسلوك الأطراف والعقوبات الناجمة عن مخالفة القانون: هناك تقسيم تقليدي للقانون، وهو القانون العام والقانون الخاص[3] .وبالنظر إلى المواضيع التي ينظمها القانون الرياضي يمكن القول بأنّه نظم بعض مواضيع القانون العام والخاص. إذ أنّه نظم مواضيع القانون الخاص كالعقد، مثل العقود الرياضية الكثيرة في الوسط الرياضي كعقد الاحتراف الرياضي[4] ،وفي الوقت نفسه نظم بعضًا من مواضيع القانون العام كقواعد تنظيم سلوك الرياضيين، والعقوبات التأديبية، والمالية على من يخالف تلك القواعد[5] .

وعليه فإن موضوعات القانون الرياضي لا تنحصر في موضوعات القانون الخاص، كمدني وتجاري، بل يدخل فيها بعض القوانين التي قد توصف بقوانين البوليس[6] ،كقانون العمل والقانون الاداري وقانون العقوبات[7] .ويلاحظ أن هذه الخاصية للقانون الرياضي تأتي بمعنى أن القانون الرياضي يغطي مواضيع القانون العام والقانون الخاص المتعلقة بالرياضة فقط؛ لأن القانون الرياضي يعنى بتنظيم النشاط الرياضي والمعاملات المتعلقة به أو المرتبطة به فقط.

---

(1) See Foster, op.cit., P.2.

(2) See Foster, op.cit., P.1.

(3) فالقانون العام ينظم شؤون الدولة الداخلية والسلطات العامة التي تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها كالقانون الإداري وقانون العقوبات والقانون المالي. أمّا القانون الخاص فينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد كالقانون المدني والقانون التجاري.لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة الجزيرة، بغداد، 1936، ص90 وما يليها.

(4) See FIFA regulations on the status and transfer of players 2022.

(5) مثلا تنص المادة (51) في فقرتها (2) من النظام الأساسي للفيفا على أنه: "يجوز للجنة التأديبية أن تعلن العقوبات الموضحة في هذا النظام الأساسي ومدونة الفيفا التأديبية على الاتحادات الأعضاء والأندية والمسؤولين واللاعبين ووكلاء كرة القدم ووكلاء المباريات".

(6) لاحظ استاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص19.

(7) See FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal 2022.

.....

ثالثًا: إنه قانون خاص بالرياضة: كما بيّنا في السطر الأخير في الخاصية الثانية في الأعلى، فإن شرط سريان قواعد القانون الرياضي على الروابط والحوادث القانونية هو الصفة الرياضية لتلك الروابط أو الحوادث، وألّا تخضع الروابط والحوادث القانونية إلى الأحكام الواردة في القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري والعقوبات. وعليه فإن الصفة الرياضية تعتبر أن الخطأ في الوسط الرياضي لا يستوجب التعويض إلّا إذا كان خطأً موصوفًا[1]. وكذلك فلولا الصفة الرياضية لما خضع عقد الاحتراف الرياضي وانتقال اللاعبين وغيرهما إلى اللوائح الرياضية (القانون الرياضي)[2] .وعليه فإن الصفة الرياضية المضافة على الرابطة القانونية سواء كانت عقدية أم غير عقدية هي التي تجعل هذه الرابطة تخرج من نطاق تطبيق القانون العام (القانون المدني، والتجاري، والعقوبات، وغيرها) وتخضع إلى القانون الرياضي.

المبحث الثاني

مصادر القانون الرياضي

إن النظام القانوني للأنشطة الرياضية فريد من نوعه من حيث خضوعه لأنواع مختلفة من القواعد المنشأة، والطبيعية. فالقواعد المنشأة هي القواعد المنبثقة عن الرياضة والغرض منها تعيين شروط تنظيم وإجراء البطولات، فهي تشكل القواعد الرياضية بالمعنى الدقيق. أما القواعد الطبيعية فهي القواعد العامة المطبقة على الأنشطة الرياضية، لأن النشاط الرياضي يكون خاضعًا للقانون العام كما تخضع له الأنشطة الاجتماعية الأخرى. وعليه فإن مصادر القانون الرياضي تتنوع وتختلف من حيث أصلها وطبيعتها[3].إذًا

---

[1] إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن الخطأ الرياضي لا يساوي الخطأ المدني بل لابدّ أن يكون موصوفًا عن طريق إخلال بقواعد اللعبة بطريقة غير مألوفة وإلّا لا يستوجب التعويض.

[2] See FIFA regulations on the status and transfer of players 2022.

[3] See G. Simon, « Les sources du droit du sport », Gaz. Pal., Droit du sport n° 1, n° 311 à 312, 7 et 8 novembre 2007.

للقانون الرياضي مصدر رسمي، وغير رسمي أو تفسيري مثله مثل أي قانون آخر لديه هذان المصدران[1] . فسنركز على مصادر القانون الرياضي من خلال مطلبين، كالآتي:

المطلب الأول

المصادر الرسمية للقانون الرياضي

يقصد بالمصدر الرسمي للقانون الرياضي الطريقة التي تولد منها القاعدة القانونية الرياضية لكي تكون واجبة الاتباع. وقمنا بتعيين مصادر القانون الرياضي حسب أولوية المصدر في التطبيق عند حسم النزاع الرياضي. وعلى الرغم من أن تعين المصادر الرسمية للقانون الرياضي في الوهلة الأولى أمر سهل، ولكنه ممتنع نظرًا لعدم وجود نص تشريعي خاص بصدده، إلاّ أنَّه من خلال البحث حول هذه المسألة يمكن أن نرتب هذه المصادر من خلال الفروع الآتية:

[1] المصدر الرسمي هو السلطة التي تعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة كالتشريع والعرف، والدين. أما مصدر غير رسمي أو تفسيري يقصد به المصدر المنشئ للقاعدة القانونية، لأنه يسهم في إنشائها، ولكن ليس له القدرة على اكتساب القاعدة قوة الإلزام كالفقه والقضاء لاحظ: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص102 وما بعدها.

.....

الفرع الأول

القاعدة التشريعية الرياضية

إن المقصود بالقاعدة التشريعية الرياضية هي التي تصدر من السلطة المختصة، سواء كانت وطنية كالسلطة التشريعية، أو جمعية خاصة كالاتحادات الرياضية، والتي تعني بتنظيم الأنشطة الرياضية أو المعلامات المالية التي ترتبط بالأنشطة الرياضية أو التي تتم بسببها. ويمكن تصنيف القاعدة التشريعية الرياضية على أسس مختلفة قياساً بالمنازعات الرياضية، منها: الأساس الجغرافي، وطبيعة الموضوع الذي ينظمه[1].

فعلى الأساس الجغرافي تقسم القاعدة التشريعية الرياضية إلى قاعدة وطنية، وقاعدة عالمية. تتمثل الأولى في التشريعات الوطنية للرياضة واللوائح الرياضية للهيئات الرياضية المحلية. فبالنسبة للتشريعات الرياضية الوطنية توجد تشريعات متشعبة في النظام القانوني العراقي بشأن الرياضة كما بيّناه سابقًا. مهما يكن الأمر، فإنّ القواعد القانونية التي تتضمنها هذه التشريعات تكون مصدرًا رسميًا للقانون الرياضي، وكذلك الحال بالنسبة لما تضمنها اللوائح الرياضية المحلية واللوائح الرياضية العالمية (الدولية)، بل تكون اللوائح الرياضية العالمية بمثابة نصوص دستورية في نطاق الرياضة على الصعيدين المحلي والعالمي؛ لأنّه لا يجوز أن يوجد نص في التشريعات واللوائح المحلية يتعارض مع نص موجود في اللوائح الرياضية العالمية نظرًا لتنظيم الأنشطة الرياضية على أساس الهرم التنظيمي الإداري[2] .

أما تقسيم القواعد التشريعية الرياضية على أساس الموضوع فإنّها تقسم إلى قواعد اللعبة كقوانين اللعبة[3] ،والقواعد التأديبية والأخلاقية للرياضة كمدونة الأخلاقيات للفيفا[1] ،والقواعد القانونية الناظمة

---

[1] لاحظ حول تصنيف المنازعات الرياضية: د. ابراهيم عمر ابراهيم، التأطير القانوني لمركز التسوية والتحكيم الرياضي العراقي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثامن للقضايا القانونية، ومنشور في مجلة كلية القانون في جامعة تيشك الدولية – اربيل في عدد خاص بالمؤتمر، ص102.

[2] See Arnout Geeraerts, op.cit., p.52.

[3] لكل لعبة قواعد خاصة، وتتم ممارسة هذه اللعبة وفقا لقواعدها الخاصة، ولا يمكن ممارسة اللعبة بدون القواعد، وعليه يمكن القول بأن تلك القواعد بمثابة الحجر الأساسي للنشاط الرياضي، لأن لا يوجد نشاط رياضي بمعناه العلمي دون قواعد خاصة به. وتصدر الاتحادات الرياضية العالمية هذه القواعد وتكون واجبة الاتباع في جميع أنحاء العالم أينما يتم فيها اللعبة، ويطلق عليها قوانين اللعبة كقوانين لعبة كرة القدم التي صدرت من (IFAB).

للمعاملات المالية المرتبطة بالرياضة أو التي تتم بسببها كلوائح الفيفا لأوضاع وانتقال اللاعبين التي نظمت عقود اللاعبين[2] .

مما سبق ذكره يمكن القول بأنّ نصوص التشريعات الرياضية تعتبر مصدرًا رسميًا للقانون الرياضي سواء كانت واردة في اللوائح الرياضية العالمية، أو في اللوائح الرياضية الإقليمية، أو في اللوائح الرياضية المحلية، أو في التشريعات الوطنية الرياضية.

الفرع الثاني

القواعد القانونية في التشريعات الوطنية غير الرياضية

تعد القواعد القانونية الواردة في التشريعات الوطنية غير الرياضية كالقانون المدني، والقانون التجاري، وغيرهما مصدرًا ماديًا للقانون الرياضي، ونأخذ القانون المدني، والقانون التجاري كنموذج:

أولاً: القانون المدني: هو مجموعة قواعد قانونية تنظم علاقات الأفراد المالية والشخصي[3] .إذ يعد القانون المدني قانونًا أساسيًا في تنظيم النشاط المالي للأفراد والأشخاص في المجتمع، ومن ضمنه المعاملات المالية الواردة على الأنشطة الرياضية مالم يرد نص خاص في التشريعات الرياضية[4] ،لأن الرياضة أصبحت جزءاً من علاقات الأشخاص في المجتمع. فإذا وجد نص خاص في التشريعات الرياضية فإنّه يقدم على قواعد القانون المدني. ومن هنا تم تطبيق أحكام القانون المدني في أوجه كثيرة في ميدان القانون الرياضي نظرًا للفراغ التشريعي في هذا الأخير منها أحكام المسؤولية التقصيرية[5] .

---

[1] تتمثل هذه الفئة في القواعد التي تقوم بتنظيم الجانب التأديبي، والتنظيمي، والإداري، ونزاهة الرياضة كالمخالفات المتعلقة بالمنشطات، والإهانات التي يتعرض لها الحكام أو اللاعبين أثناء اللعبة، سواء سلوك اللاعبين والمسؤولين، وغيرها. وأطلق فقه القانون الرياضي على هذه الفئة من القواعد بروح الرياضة.

[2] تختص هذه القواعد بتنظيم المعاملات المالية أو الاقتصادية المرتبطة بالرياضة أو التي تتم بسببها كعقود انتقال اللاعبين وعقود احترافهم وتعويض عن تدريب اللاعبين وكذلك التعويض عن إصابة اللاعبين وغيرها، إضافة إلى ذلك تختص هذه القواعد بتنظيم آلية قانونية لاستغلال الحقوق المالية التي تنبثق من الرياضة ككيفية بيع حق البث التلفزيوني وحقوق الرعاية الرياضية وغيرها.

[3] لاحظ د. عبدالمجيد الحكيم، أ.عبدالباقي البكري، وأ.م. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب في القاهرة، التوزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص3.

[4] قضت محكمة التحكيم الرياضية العالمية في القضية (CAS 98/200 AEK Athens and SK Slavia) بأن الهيئات الرياضية الدولية والوطنية يجب أن تلتزم بالمبادئ العامة للقانون، المستمدة من القراءة المشتركة للأنظمة القانونية المختلفة.

[5] هناك قرارات كثيرة لمحكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص منها ما قضت بأن الخطأ الرياضي الموجب للخطأ المدني هو الخطأ الموصوف عن طريق الإخلال بقواعد اللعبة.

.....

مما سبق ذكره يمكن القول بأنّ القانون المدني هو قانون عام بالنسبة للقوانين الخاصة كالقانون التجاري، والقانون الرياضي في نطاق موضوعات القانون الخاص، بل ونرى بأنّه أكثر من ذلك بالنسبة للقانون الرياضي[1] ،لأنّه إذا اعتبرناه قانونًا عامًا، فتكون الأولوية للقانون الرياضي عند تعارضه مع القانون المدني، ولكن هذا ليس مطلقًا في ميدان القانون الرياضي؛ لأنه توجد قواعد عامة (المبادئ العامة) في القانون المدني تتعلق بالمصالح والقيم العليا في المجتمع وأطلق عليها بعض من النظم القانونية تسمية النظام العام كالنظام القانوني العراقي[2] ،وفي البعض الآخر تسمية السياسة العامة كنظام القانون السويسري[3] ،ومن هذه القواعد: العقد شريعة المتعاقدين، والوفاء بالعقود، والمسؤولية الشخصية، وغيرها. فهذه القواعد تكون ثابتة لا يجوز مخالفتها، كما اعترف بهذه الحقيقة كلُ من محكمة التحكيم الرياضية العالمية[4] ،والمحكمة الاتحادية السويسرية العليا[5] .

وعليه فإنّ الارتباط بين القانون المدني والقانون الرياضي ظل قائمًا.

---

[1] لأن إذا كان قانونا عاما مما يعني إبعاد نصوصه من التطبيق عندما تعارض مع نص القانون الرياضي، إستنادا إلى مبدأ القاضي بأن "النص الخاص يقييد النص العام".

[2] تنص في هذا القبيل الفقرة (2) من المادة (130) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[3] See Article (27) of Swiss civil code of 10 December 1907.

[4] الغت محكمة التحكيم الرياضية العالمية قرارها في القضية (CAS 2010/A/2261 & 2263) بناء على قرار محكمة الاتحادية السويسرية العليا، لأنه يكون مخالفا لسياسة العامة، وبالأخص لنص الفقرة (2) من المادة (27) من القانون المدني والتي تقتضي بان "لا يجوز لأي شخص أن يتنازل عن حريته أو يقيد استخدامها بدرجة تخالف القانون أو الآداب العامة".

[5] إلغت محكمة الاتحادية السويسرية العليا قرار محكمة التحكيم الرياضية نتيجة الطعن الاستئنافي المقدم إليها لمخالفته قواعد المتعلقة بالسياسة العامة، في القضية (Matuzalem)، نظرًا لأنَّ القرار المطعون فيه يكون مخالفًا لأحكام الفقرة (2) من المادة (27) من القانون المدني السويسري، لأنَّ القرار المطعون فيه حرَّمَ اللاعب المستأنِف من ممارسة كرة القدم في أنحاء العالم لوقت غير محدد، لذا فقد ذهبت محكمة الاتحادية السويسرية العليا بأنَّ قرار محكمة التحكيم الرياضية يكون مخالفًا للسياسة العامة (النظام العام) والذي يكون من المبادئ القانونية الأساسية الواردة في القانون المدني السويسري والقانون الدولي الخاص السويسري.

See the Swiss Supreme Court decisions, (ATF 4A_558/2011/ Judgment of March 27, 2012), the Matuzalem. Published on BGE/ATF 138 III 322, it is available on this link; case famous for (visited 15-8-2024) https://www.servat.unibe.ch/dfr/c3138322.html.

.....

ثانيًا: القانون التجاري: تجري معاملات تجارية كثيرة في نطاق الرياضة منها ما تتعلق بحق بيع البث التلفيزيوني، وبيع التذاكر، والرعاية الرياضية، والتأمين، والدعاية وغيرها[1].

وعليه يبرز دور القانون التجاري في ميدان القانون الرياضي؛ لأنّ القواعد الواردة في القانون التجاري تكون بمثابة قواعد عامة فيما لم يرد نص خاص في القانون الرياضي بشأن الأعمال التجارية، على سبيل المثال تم تطبيق نصوص قانون المنافسة في استغلال الحقوق التجارية الرياضية[2].

وعليه عند وجود فراغ تشريعي في القانون الرياضي بشأن استغلال الحقوق التجارية في الرياضة أو المرتبطة بها فتطبق القانون التجاري استنادًا إلى سلسلة ترتيب مصادر القانون الرياضي كاستغلال حقوق التسجيل السمعي والبصري والإذاعي، وحقوق الاستنساخ والبث، وحقوق الوسائط المتعددة، وحقوق التسويق والترويج، والحقوق المعنوية مثل الشارات والحقوق الناشئة بموجب قانون حق المؤلف[3].

مماسبق ذكره يمكن القول، بأنّ المصادر الرسمية للقانون الرياضي تتمثل فيما يلي على الترتيب: اللوائح الرياضية العالمية كالميثاق الأولمبي، ولوائح الفيفا، وتأتي بعدها التشريعات الرياضية الوطنية

([1]) See L a p š a n s k ý, L., Media coverage of sport from the perspective of antimonopoly law, Právny obzor, 104, 2021, special edition, pp. 22-43 https://doi.org/10.31577/pravnyobzor.

[2] مثلا وضعت المفوضية الأوربية عدة معايير لإبرام الاتفاق الرأسي الذي لا يضر بالمنافسة، على وجه الخصوص أن يتفق الإتفاق الرأسي مع ماو وردة في المادة (101) من معاهدة العمل الأوربية، وعلى الاتحادات الرياضية أن تتمسك بها منها بيع حقوق البث من خلال مزايدة مفتوحة لكل من يرغب في شرائها، وعدم بيع حقوق بث عدة بطولات رياضية لمشترٍ واحد، وأن لا يزيد مدة العقد الحصري على ثلاث سنوات، وذلك بالنسبة للبطولات الداخلية، أمّا بشأن البطولات الموسمية فلا يجب أن تحصل القناة على أكثر من ثلاث بطولات حصرية، وعدم وجود بند في العقد يسمح بتجديده تلقائيًا. وعليه يجب أن لا تشكل هذه الاتفاقية وضعًا يحد من المنافسة في السوق، لأنَّ الهدف من المادة (101) من معاهدة العمل الأوربية هو توفير الضمان بأن المشاريع لا تستخدم الاتفاقات، سواء كانت أفقية أو رأسية، لمنع المنافسة في السوق أو تقييدها أو تشويهها على حساب المستهلكين. ومن أجل مراعاة أحكام قانون المنافسة قام الفيفا ببيع حقوق بث المباريات لبطولة كأس العالم الفيفا قطر (2022) وفقًا للمعايير المذكورة أعلاه، أي الفيفا قام ببيع حقوق البث الحصري لمباريات كأس العالم الفيفا قطر (2022) إلى قنواة البث المتعددة والموزعة على قارات وبلدان مختلفة، بصورة نظم الفيفا آلية التعاقد لبيع تلك الحقوق ومن خلالها فتح باب التفاوض لجميع قنواة البث ولجميع بلدان الكوكب، وعليه أبرم الفيفا عقد بيع حقوق بث المباريات لكأس العالم الفيفا قطر (2022) مع (458) قناة تليفزيونية وراديو والبث على الموبايل لتغطية مباريات كأس العالم في (225) منطقة جغرافية مختلفة في العالم.

-15See Bid Evaluation Report: FIFA world cup Qatar 2022™. It is available on this link, (visited 2024-8-15); https://digitalhub.fifa.com/m/3041e390c9c0afea/original/fd4w8qgexnrxmquwsb7h-pdf.pdf. And FIFA World Cup Qatar 2022™ Media Rights Licensees, it is available on this web, (visited 2024-8-15); FWC2022 Media Rights Overview 131122.pdf.

([3]) See Article (66) paragraph (1) of FIFA statutes 2022.

كالقوانين العراقية الرياضية، وبعد ذلك القوانين الوطنية غير الرياضية كنصوص القانون المدني والتجاري، وفي كل هذه المصادر تكون الأسبقية للمبادئ العامة المشتركة في النظم القانونية المتمدنة كالعقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الثاني

المصادر غير الرسمية للقانون الرياضي

بجانب المصادر الرسمية المذكورة يمكن الإشارة إلى بعض الجهود الحرفية (Profession Efforts) والمساعي المحمودة للبحث عن الحلول للمشاكل الرياضية المختلفة يمكن أن يطلق عليها المصادر غير الرسمية أو التفسيرية للقانون الرياضي، وتتمثل هذه المصادر بالدرجة الأولى في القضاء (من ضمنه التحكيم الرياضي)، والفقه، والمواثيق الإرشادية الدولية والإقليمية. وعليه سنركز على هذه المصادر من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

القضاء والتحكيم الرياضي

للقضاء دور مهم في بناء القواعد القانونية الرياضية في صلب القانون الرياضي، وبالأخص في نصوص اللوائح الرياضية. كما شاهدنا ذلك في القضايا القانونية الرياضية المختلفة منها قرارات محكمة العدل الأوربية، ومحكمة النقض الفرنسية. إذ ساهمت محكمة العدل الأوربية بشكل كبير في بناء القواعد القانونية الرياضية، خاصة في القضايا المتعلقة بلعبة كرة القدم. إذ تم تغيير النظام القانوني للفيفا وبالتحديد لوائحها الخاصة بأوضاع وانتقال اللاعبين نتيجة لقرار محكمة العدل الأوربية في القضية المشهورة بـ(Bosman case)؛ لأنّ اللوائح الرياضية آنذاك لم تسمح للاعب أن يتعاقد من عدمه مع الأندية الرياضية بمحض إرادته على الرغم من إنهاء عقده مع ناديه الحالي، بل الذي يقرر بأنّ اللاعب يتعاقد من عدمه مع نادٍ آخر هو ناديه الحالي، أي: إن النادي الحالي هو الذي يعين مصير اللاعب الكروي[1].

(1) لأنّه وفقا للوائح انتقال اللاعبين للاتحاد الأوربي لكرة القدم 1990، والمادة (14) من لوائح الفيفا لأوضاع وانتقال اللاعبين (1994) على الرغم من انتهاء عقد عمل اللاعب مع ناديه الحالي، فإن النادي الجديد لابد أن يدفع للنادي القديم مبلغًا كتعويض عن تدريب اللاعب، فإذا لم يصل الناديان إلى اتفاق حول تعويض عن التدريب فإن اللاعب يبقى على كشوف ناديه

.....

وعليه أقرت محكمة العدل الأوربية مبدأ مفاده "تنتهي علاقة اللاعب بناديه بمجرد انتهاء مدة عقده" [1] .بناء عليه فقد غير كل من الاتحاد الأوربي لكرة القدم، والفيفا نظامهما لانتقال اللاعبين وفقًا لما يقتضيه قرار محكمة العدل الأوربية، فأصبح للاعب الحرية في أن يتعاقد من عدمه في اللوائح الرياضية العالمية والداخلية.إذ تنص الفقرة (3) من المادة (18) من لوائح الفيفا لأوضاع اللاعبين وانتقالهم (2022) على أنّه "يجب على النادي الذي يعتزم إبرام عقد مع محترف إبلاغ ناديه الحالي كتابيًا قبل بدأ المفاوضات مع اللاعب. لا يكون المحترف حرًا في إبرام عقد مع نادٍ آخر إلّا بعد انتهاء عقده مع ناديه الحالي أو كان من المقرر أن ينتهي في غضون ستة أشهر، وأي خرق لهذا الحكم سيخضع المخالف للعقوبات المناسبة". وفقًا لهذا النص يكون اللاعب حرًا بعد انتهاء عقده مع ناديه الحالي أو قبل انتهاء عقده في غضون ستة أشهر من انتهائه في أن يتعاقد من عدمه مع مراعاة الخصوصية الرياضة. ومن جانب آخر لعبت محكمة النقض الفرنسية دورًا مهمًا في القضايا الرياضية الكثيرة منها تعيين الخطأ الرياضي الموجب للمسؤولية التقصيرية، لأنّ الخطأ الرياضي لا يساوي الخطأ المدني الموجب للمسؤولية، أي فإن الخطأ الرياضي لا يكون مطابقًا للخطأ المدني، إذ أنّ الخطأ في القانون الرياضي لا ينبثق منه المسؤولية المدنية بمجرد الإخلال الرياضي بالواجب الذي تفرضه قوانين اللعبة، لأنّ طبيعة المنافسة، على وجه الخصوص في بعض الرياضات كالملاكمة وكرة القدم وغيرهما، تقتضي احتكاك واشتباك بين الرياضيين وبالتالي إصابة اللاعب نتيجة لمخالفة اللاعب الآخر لقواعد اللعبة، وهذه نتيجة لا مفر منها في الرياضات المختلفة[2] ،بل يخضع

الحالي طالما أنه لم يتفقا على التسوية، إضافة إلى ذلك، فإن نقل اللاعب من بلد إلى آخر يتطلب إصدار شهادة براءة ذمة صادرة عن اتحاد كرة القدم الذي يتبع له النادي السابق تشير إلى براءة اللاعب من جميع التزاماته تجاه ناديه السابق بما في ذلك التعويض عن التدريب والتطوير، وهذا يعني أن اللاعب لم يتمكن من إبرام عقده واللعب مع ناديه الجديد دون موافقة ناديه الحالي على الرغم من انتهاء عقده معه.

(1) عليه أصبحت قضية بوسمان نقطة تحول من نظام العبودية للاعب تجاه ناديه إلى نظام الانتقال المعاصر والمدني، لأنَّ بسببه ترتب عليها تعديل نظام الانتقال بشكل كلّي بعد أن كانت اللوائح تقيد عملية انتقال لاعبي كرة القدم المحترفين على نحو يجعل من مصير اللاعب مرتبطًا بإرادة النادي والتي كانت تتمتع بها نتيجة سلطة التحكم بمصير اللاعبين، وعليه بينت قضية بوسمان بالنسبة للرياضات الجماعية على وجه الخصوص أن اللاعب المحترف أجيرًا يخضع إلى أحكام قانون العمل بوجه عام. لاحظ قرار محكمة العدل الأوربية.

Kesenne, Stefan, the Bosman Case and European Football. Handbook on the Economics of Sport, 2006. 636-642. 10.4337/9781847204073.00081.

(2) على سبيل المثال، وصلت الاصابات الرياضية داخل الولايات المتحدة الامريكية إلى (3.7) مليون في سنة 2001 حسب احصائات غرفة الطوارى. لاحظ التفاصيل:

.....

الرياضي لعقوبة رياضية جراء ذلك، وعليه لا تعد الإصابة بحد ذاتها موجبة للمسؤولية التقصيرية[1] ؛ لأنّه إذا اعتبرنا كل خطأ رياضي خطأ مدنيًا يكون بمثابة القضاء على الرياضة، وهذه النتيجة لا تستقيم مع طبيعة الرياضة، لكثرة الأخطاء الرياضية في أوساطها[2] .ومن هنا قامت محكمة النقض الفرنسية بوضع معايير معينة كتعيين الخطأ الرياضي الموجب للمسؤولية، إذ لم تأخذ بعين الاعتبار الأخطاء البسيطة والمألوفة في نطاق الرياضة من المسؤولية التقصيرية، وإنّما فقط الأخطاء الجسيمة[3] .

وبعد توضيح دور القضاء العام (التابع للدولة أو الدول) نوضح دور القضاء الرياضي الخاص (التحكيم) في بناء القواعد القانونية الرياضية، وبالأخص قرارات محكمة التحكيم الرياضية العالمية[4] :نظرًا للدور المهم الذي تلعبها في تكفل حقوق المعنيين بالرياضة عن طريق الرقابة القانونية السليمة ومواءمة القوانين المختلفة والتوفيق بين الفلسفات المختلفة[5].ومن أجل تحقيق أهدافها فإنّ لمحكمة التحكيم الرياضية الاختصاص بموجب شرط التحكيم الوارد في اللوائح الرياضية العالمية[6] ،أو مشارطة التحكيم في العقد لفض النزاعات ذات الطبيعة الخاصة المتعلقة بالرياضة[7].وتتمثل في دور كاس فيما يلي:

Catharine W. Burt & Mary D. Overpeck, Emergency Visits for Sports Related Injuries, 37 Annals Emergency Med. 301, 2001, p. 306.

(1) وهذا ليس بمعنى أن اللاعب المصاب لا يستحق أي مبلغ مالي، لأن القانون الرياضي ألزم نادي اللاعب بصرف رواتبه إليه فضلا عن استفادته من مبالغ التأمين عن إصابته.

(2) See Jean-Pierre Vial, La faute grossière du joueur de football : faute de jeu ou faute civile ?, Actu-Juridique.fr. visit history (20-8-2024). https://www.actu-juridique.fr/droit-du-sport/la-faute-grossiere-du-joueur-de-football-faute-de-jeu-ou-faute-civile/

(3) لاحظ قرارات محكمة النقض الفرنسية بهذا الشأن:

Cass. 2e civ. 10 juin 2004, no 02-18649, R.T.D. Civ. 2005, p. 137. Visit history (20-8-2024); https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046931/

And Cass. 2e Civ. 28 janv. 1987, Bull. Civ. II, no 210. Visit history (20-8-2024); https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018038

(4) تأسست محكمة التحكيم الرياضية المستقلة الخاصة (CAS) من قبل اللجنة الأولمبية الدولية بناءً على اقتراح كلٍّ من خوان أنطونيو سامارانش (Juan Antonio Samaranch) رئيس اللجنة الأولمبية الدولية سابقًا، والقاضي كيبا مباي (Keba Mbaye) عضو اللجنة الأولمبية الدولية والقاضي في محكمة العدل الدولية في عام (1983).

(5) كان هذا هو التحدي الذي واجهته محكمة التحكيم الرياضية (CAS) منذ البداية. لاحظ للتفاصيل:

See Richard H. McLaren. https://law.uwo.ca/about_us/faculty/richard_mclaren.html (visit history 21-8-2024).

(6) See Article 56 par. 1 of FIFA Statutes, and Bye-law to Rule 44 par.6 of Olympic charter.

(7) See M Reeb, op.cit. p.37.

.....

بالرغم من الدور الهائل الذي تقوم به (CAS) لكن الفقه صنف قراراته ضمن المصادر غير الرسمية (الإرشادية) للقانون الرياضي؛ لأنّ (CAS) لا تعتمد على السوابق التحكيمية [1] ونحن نرى أيضًا بأنّ كاس لا يعتمد على السوابق التحكيمية، أي المحكمين ليسوا ملزمين باتباعها، ولكن هذا ليس بمعنى إبعاد ما ذهبت إليها محكمة التحكيم الرياضية العالمية في قضايا سابقة، بل المحكمة المذكورة وضعت قيمة كبيرة لقراراتها السابقة، وتتردت في الابتعاد عنها، وعادة تتبع الحلول الناشئة عن هذه السوابق[2] ،وذلك لصالح فعالية التحكيم وبناء المبادئ والقواعد القيمة لكي تساهم في بناء القانون الرياضي، كما أدلت بها المحكمة الاتحادية السويسرية العليا.[3] وعليه يمكن القول بأن قرارات كاس لها اعتبار أدبي، لأنّ المحكمين يضعون اعتبارًا لها بالرغم من كونها غير ملزمة في القضايا القانونية اللاحقة على صدروها. وعليه تكون قرارات محكمة التحكيم الرياضية كقاعدة مصدرًا غير مباشر للقانون الرياضي، وفي بعض الأحيان مصدرًا مباشرًا للقانون الرياضي، نظرًا للدور الكبير الذي تؤديه كاس في معالجة النواقص أو غموض اللوائح الرياضية منها:

مراعاة مبدأ الإجرائية (الشكلية) عند إصدار القرارات من قبل الهيئات الرياضية[4] ،وفقًا لما تقتضيه محكمة التحكيم الرياضية بهذا الخصوص، وعليه أخذت الهيئات الرياضية بهذا المبدأ في صلب لوائحها منها مدونة مكافحة المنشطات[5] ،ولوائح الفيفا الخاصة بعمل محكمة كرة القدم الفيفا[6] .

وعليه اعتبر فقه القانون الرياضي هذه الجهود بأنها عملية تشابه سنّ القانون الرياضي من قبل محكمة التحكيم الرياضية[7] .ومن جهة أخرى، فإن محكمة التحكيم الرياضية جعلت مبدأ (حق الاستماع كمبدأ القانون

---

[1] لاحظ: أ.د. عدنان احمد ولي العزاوي، دراسات في القانون الرياضي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر والامارات، 2017، ص87.

[2] See CAS 2004/A/ 628. (visit history 21-8-2024);
https://www.doping.nl/media/kb/720/CAS%202004_A_628%20IAAF%20vs%20USATF%20%26%20Jerome%20Young%20(OS).pdf

[3] See Switzerland federal tribunal, judgment 4A_400/2008 of 9 February 2009, at 3.1, ASA Bull (2009) 495, 498–500. (Visit history 21-8-2024);
https://academic.oup.com/jids/article/1/1/217/879395

[4] إذ قامت كاس بمقارنة قرارات الهيئات الرياضية بالقرارات الإدارية التي تصدرها دوائر الدولة من الناحية الإجرائية (الشكلية)، ولهذا السبب أصدرت العديد من القرارات، وعليه أدخلت (CAS) هذا المبدأ (مبدأ الإجراءات القانونية الواجبة) في القانون الرياضي كحق أساسي لمن صدر القرار ضده، ومن هذه القرارات، قرارها في قضة السباق جنوب أفريقيا أوسكار بيستوريوس، ضد قرار الاتحاد الدولي لألعاب القوى للهواة (the Pistorius v. IAAF).

[5] See FIFA anti – doping regulations 2021.

[6] See FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal 2022.

[7] See Lorenzo Casini, The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport, German Law Journal (GLJ) 2011 Vol. 12 No. 05, pp. 1317–1340, p. 159.

العام) بأنّه من المبادئ العامة ولا يجوز مخالفتها، ليس فقط من قبل كاس عند إصدار قراراته بل من قبل الهيئات الرياضية أيضًا[1] .ومن جانب آخر أقرت محكمة التحكيم الرياضية بالمبادئ العامة للقانون في الفضاء الرياضي[2] . وتظهر بصمات محكمة التحكيم الرياضية في وضع عدة مبادئ خاصة بالرياضة واجبة الاتباع وأطلق عليها المبادئ الرياضية (principia sportiva) على سبيل المثال اللعب النظيف (Fair Play) أو المسؤولية الصارمة (strict liability) المطبقة على المنشطات، وكذلك مبدأ العدالة والنزاهة في المسابقات الرياضية الدولية (fairness and integrity of international competitions) وغيره[3] .

مما سبق ذكره يمكن القول: بأنه على الرغم من أنّ كاس لا يعتمد على مبدأ السوابق التحكيمية في قرارتها إلّا أنّ لقراراتها تأثيرًا كبيرًا في سنّ اللوائح الرياضية لدى الهيئات الرياضية (القانون الرياضي الخاص بهم)؛ نظرًا للمبدأ الأخلاقي الذي تتبعه كاس بين المحكمين وغرف كاس (غرفة التحكيم العادي، وغرفة التحكيم الاستئنافي) عند إصدار القرار وهو مراعاة اتجاه كاس في القرار السابق لها (مراعاة السوابق التحكيمية)، وهذا الأمر أدى إلى سن القواعد القانونية الرياضية على نهج اتجاه قرارت محكمة التحكيم الرياضية[4] .

أمّا الوظيفة الثانية لـ(CAS) التي لابدَّ علينا أن نلتفت إليها هي وظيفة التنسيق المعياري. إذ تلعب (CAS) دورًا مهمًا في تنسيق القانون الرياضي العالمي؛ لأن اللوائح الرياضية المختلفة تظهر نتيجة لتنوع الرياضة. وتقوم كاس بهذه المهمة عن طريق إصدار القرارات الموحدة في التحكيم الاستئنافي (الطعن الاستئنافي المقدم إليها). في الحقيقة تعتبر (CAS) محكمة عليا في النظام العدلي للقانون الرياضي، وعليه فإنها تتمتع بالسلطة الكاملة لمراجعة الوقائع والقانون، إذ يجوز لها إصدار قرار جديد يحل محل القرار

---

(1) See CAS 2001/A/317. Visit history (21-8-2024); https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/317.pdf

(2) قضت محكمة التحكيم الرياضية بانه؛ يجب ان تلتزم الهيئات الرياضية الدولية والوطنية جميعاً، بالمبادئ العامة للقانون، سواء في قواعدها الاجرائية ام الموضوعية، مثل العقد شريعة المتعاقدين، والوفاء بالعقود، التناسب، والانصاف، والمسؤولية الشخصية، وحظر الاثراء غير المشروع، لا يجوز الامتناع عن تطبيق تلك المبادئ او تفسيرها كما تشاء، إذ إن استقلال تلك الهيئات تجاهها محدودة. لاحظ للتفاصيل:

CAS 98/200 AEK Athens and SK Slavia Prague. Visit history (21-8-2024); https://jurisprudence.tas-cas.org/shared%20documents/200.pdf

(3) See Janwillem Soek, the strict liability principle and the human rights of athletes in doping cases, ter verkrijging van de graad van doctor an de Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006, 305.

(4) See Raj Bhala, the precedent setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication, 9 J. transnational L Policypp, 1999, 845.

.....

المطعون فيه أو إلغاء القرار وإحالة القضية مرة أخرى إلى الحالة السابقة[1] .هذا النوع من النظام يخلق آلية مركزية للمراجعة تبدو فعالة للغاية في صنع مبادئ قانونية موحدة في فضاء القانون الرياضي.

وأخيرًا وليس آخرًا، هناك نشاط آخر يوضح الدور الذي تلعبه محكمة التحكيم الرياضية في سنِّ القانون الرياضي وهو إصدار آراء استشارية استجابة لطلبات الهيئات الرياضية[2] . فعلى الرغم من أنّ هذه الآراء ليست ملزمة، إلَّا أنّها تتمتع بقوة الإقناع الأخلاقي ويمكن أن تؤثر على خيارات الكيانات الرياضية. في هذه الحالة، تعمل (CAS) كمجلس الدولة الفرنسي، والذي لا يعمل فقط كقاضي، ولكنه ملزم بتقديم المشورة للهيئة التشريعية، وهذه وظيفة أساسية لهذ المجلس[3] .

---

[1] See Karaquillo J-P, Le rôle du Tribunal du sport en tant qu'instance d'appel externe aux fédérations sportive, the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV conference lausanne 2006, Weblaw, Berne.

[2] من الجدير بالذكر أنه تم إلغاء هذه المهمة لمحكمة التحكيم الرياضية العالمية وفقًا للمواد (R60، R61، R62، R66) من قانون التحكيم الرياضي، والذي صدر من مجلس التحكيم الرياضي (ICAS) التابع له محكمة التحكيم الرياضية.

[3] see Lorenzo Casini, op.cit., p.161.

.....

الفرع الثاني

فقه القانون الرياضي

الفقه بشكل عام في علم القانون له معنيان، أولهما مجموعة آراء علماء القانون، أمّا معناه الثاني فهو علماء القانون الذين يقومون بشرح القانون وتفسيره وانتقاده[1] . والذي يهمنا هنا المعنى الأول للفقه. إذ أنّه للفقه دور في غاية الأهمية؛ لأنّه بالرغم من دوره النظري لعلم القانون إلّا أنّه أيضًا يمثل جانباً علمياً للقانون من خلال استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون مناقشة علمية، ووضع النظريات العامة التي تنطبق على الجزئيات الكثيرة منسقًا بين حلولها[2] .وإذا كان للفقه دور في بناء القواعد القانونية في القانون بشكل عام فإن له دورًا أكبر في نطاق القانون الرياضي حديث الولادة ولم يقنن في تشريع واحد بعد، بل هو في حالة نمو مستمر، ولا يستمر في النمو بدون مساهمة فعلية للفقه؛ لأنّ مهمة الفقه هي شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته واستنباط الآراء العلمية التي تبين ما يجب أن يكون عليه القانون، وتساعد في تفسير النصوص المعمولة بها وتطبيقها، وتنير السبل أمام كل من المُشَرِّع والقاضي[3] .ومن هنا يظهر لنا دور فقه القانون الرياضي في القانون الرياضي، إذ إنه ينير السبل أمام كل من مشرع القانون الرياضي وبالأخص الهيئات الرياضية العالمية، والقضاء العادي لحسم المنازعات الرياضية، والتحكيم الرياضي حيث كان هناك آراء مختلفة حول عقد الاحتراف الرياضي، حيث كان البعض يرى بأنّه عقد مقاولة[4] ،والبعض الآخر اعتبره عقد إيجار، والآخرون يرونه عقد عمل[5] ، وفي نهاية المطاف اجتمعت الآراء على أنّه عقد من عقود العمل الوارد على الرياضة، وأخذ بهذا الاجماع الفقهي كل من محكمة التحكيم الرياضية العالمية[6] ،القانون الرياضي[7] . والأمثلة كثيرة بشأن مساهمة الفقه في تلبية النواقص

---

[1] د. عبدالباقي البكري والمدرس زهير البشير، مصدر سابق، ص158.

[2] لاحظ: د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص272.

[3] لاحظ: د. سليمان مرقس، نفس المصدر، ص273.

[4] لاحظ أ.د علي حسين هاشم الزاملي وأ.د اسعد علي سفيح السراي، عقد الإحتراف الرياضي، بحث منشور في مجلة المستنصرية لعلوم الرياضة، العدد 5، بوقائع المؤتمر العلمي الدولي الرابع المقام في الفترة (24-26-1-2023)، ص556 ما بعدها.

[5] لاحظ استاذنا الدكتور محمد سليمان الاحمد، مصدر سابق، ص37 وما يليها.

[6] See CAS 2018/A/5624 Dominique Cuperly v. Club Al Jazira. Visit history (23-11-2024); https://jurisdeportiva.com/wp-content/uploads/2022/06/5624.pdf

[7] See Article 22 of the FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players (RSTP).

.....

الواردة في القانون الرياضي، منها أنّه وضع المعايير لبيان مدى وقوع الخطأ الرياضي الشخصي تجاه الرياضي الآخر، وكيفية التمييز بين الخطأ الرياضي الموجب للخطأ المدني من عدمه[1] ،وبنيت محكمة النقض الفرنسية قراراتها على هذه المعايير[2] . وعليه للفقه دور في غاية الأهمية في بناء القواعد القانونية، على الرغم من أن آرائه ليست ملزمة، ولكن لها وزن كبير في إصلاح عيوب القانون، وفي ميدان القانون الرياضي فإنّ دوره أكثر من ذلك؛ لأنه يبين كيفية ولادة القانون الرياضي، أي يلعب دورًا أساسيًا في تكوين قناعة جماعية بولادة هذا القانون، وأطلق عليه (LexSportiva)[3] .

ومما سبق ذكره يمكن القول بأن للفقه دورًا بارزًا في تعزيز وتطوير وتوضيح موضوعات القانون الرياضي منذ ولادته إلى الآن (النمو المستمر)، وعلى وجه الخصوص الفقه الغربي؛ لأنّ القانون الرياضي هو قانون حديث الولادة من جهة، ومن جهة أخرى التطور الفني للرياضة في الغرب وبالتحديد في القارة الأوربية جعلت موضوعاته محل اهتمام فقه القانون الغربي، وبالتالي فإنّ أدبيات فقه القانون الرياضي العربي تعاني فقرًا واضحًا في الكتب والدراسات المختصة في موضوعات القانون الرياضي، ولكن يلاحظ – في الوقت الحالي – أن موضوعات القانون الرياضي بدأت تستحوذ على اهتمام الباحثين والمؤسسات الأكاديمية، وهو ما يبشر بوجود زيادة ملحوظة في فقه القانون الرياضي في الآونة الأخيرة[4] .

---

[1] إذ وضع الفقه عدة معايير لتعين الخطأ الرياضي الموجب للمسؤولية التقصيرية: المعيار الأول الذي بموجبه يعين الفقه الخطأ الرياضي المكون للخطأ المدني هو تميز بين القاعدة الفنية والقاعدة الأمنية الأولى هي التي تتعلق بالجانب الفني للعبة، ومخالفتها لا يوجب الخطأ المدني، أما الثاني توجب الخطأ المدني، لأن تهدف إلى الحفاظ على سلامة الرياضيين، فمخالفتها مكون للخطأ المدني، ويقيم مسؤولية الرياضي المخطئ متى نتج عنه ضرر للاعب آخر. لم يأخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار نظرًا لصعوبة تعيين بين القاعدة الفنية والأمنية، ولأنهما تتداخلان في كثير من الأحيان. وعليه وضع الفقه معيارًا آخر، بموجبه ميز الفقه بين الخطأ ضد اللعب، وخطأ اللعب، والأول يتمثل في الإخلال الإرادي غير الأمين بقواعد اللعبة، فهو يشمل عنف متعمد، أو فعل بسوء نية، سلوك يتعارض مع الروح الرياضة. أمّا الثاني فهو مخالف لقواعد اللعبة لا تحركها الإرادة و لا يخلطها العنف وهو مجرد الرعونة، والخطأ في الأول مطابق للخطأ المدني بخلاف الثاني.

[2] لاحظ قرارات محكمة النقض الفرنسية بهذا الشأن:

And Cass. 2e Civ. 28 janv. .Cass. 2e civ. 10 juin 2004, no 02-18649, R.T.D. Civ. 2005, p. 137
1987, Bull. Civ. II, no 210, op.cit.

[3] See Carter B, and Foster Ken., op.cit.

[4] لاحظ أحمد الورفلي، المختصر في القانون الرياضي، دار الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص34.

.....

الفرع الثالث

المواثيق الرياضية الصادرة عن الاتحاد الأوربي

لم يهتم الاتحاد الأوربي بالرياضة حتى دخول معاهدة لشبونة حيز التنفيذ عام (2009)، إذ تقتضي المادة (165) من الاتفاقية الخاصة بمهام الاتحاد الأوربي(TFEU) بأنّ يساهم الاتحاد في تعزيز القضايا الرياضية الأوربية، مع مراعاة الطبيعة الخاصة للرياضة، وإلزام دول الأعضاء بمراعاة الطبيعة الخاصة للرياضة، والنقطة الأهم إقرار الاتفاقية بالتنظيم الذاتي للهيئات الرياضية واستقلاليتها في تنظيم وإدارة شؤون الرياضة وحقها في اتخاذ القرارات اللازمة. وعليه بما أن للرياضة خصوصية وطبيعة خاصة فإنها لن تكون خاضعة للقواعد القانونية الواردة في الاتفاقية مثلما تخضع لها الأعمال التجارية الأخرى؛ لأنّ هيكلة الاتحادات الرياضية تقوم على أساس النشاط الطوعي ووظيفتها الاجتماعية والتعليمية[1] .ومن غايات الاتحاد الأوربي المعينة في الفقرة (2) من المادة المشار إليها من المعاهدة هي تطوير البعد الأوربي في الرياضة، من خلال تعزيز العدالة والانفتاح في البطولات الرياضية والتعاون بين الهيئات المسؤولة عن الرياضة، وحماية السلامة البدنية والمعنوية للرياضيين والرياضيات، وخاصة صغار الرياضيين والرياضيات. وتقتضي الفقرة (3) منها بأنّ الاتحاد ودول الأعضاء يعملون على تعزيز التعاون مع البلدان الثالثة، والمنظمات الدولية المختصة في مجال التعليم والرياضة، لا سيما مجلس أوربا. بناء عليه أصدرت محكمة العدل الأوربي عدة قرارات في قضايا مختلفة مقدمة إليها بشأن الخصوصية الرياضية منها في قضية اللاعبين (David Meca–Medina and Igor Majcen)، إذ ذهبت بأنَّ فرض العقوبة التأديبية عليهم لا يخضع لأحكام معاهدة عمل الاتحاد الأوربي (TFEU) نظرًا لكونها رياضية بحتة، وتمَّ فرض العقوبة عليهم من أجل الحفاظ على الرياضة المعنية وتطويرها، وذهبت المحكمة بأنَّ قواعد مكافحة المنشطات الرياضية للجنة الأولمبية الدولية على الرغم من أنَّها قيدت صلاحية اللاعبين (David Meca–Medina and Igor Majcen) من المشاركة في البطولة، إلّا أنها لم تفقد شرعيتها مادامت الغاية منها الحفاظ على صحة الرياضيين وسمعة الرياضة وتحقيق المنافسة العادلة[2] . وبجانب اتفاقية لشبونة توجد اتفاقيات إقليمية أخرى ضمن الاتحاد

---

[1] See Article (165) paragraph (1) of (TFEU) 2012.

[2] See Judgment of the Court (Third Chamber) of 18 July 2006, David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities. Visti history (22-8-2024); https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0519

الأوربي منها اتفاقية (نيس) في عام (2000)[1] ،والورقة البيضاء في الرياضة (The 2007 White Paper on Sport) في عام (2007)[2] ،والورقة البيضاء الإضافية (White Paper Plus) في عام (2011)[3] .كل هذه الاتفاقيات أكدت على خصوصية الرياضة ووجبت على الدول الأعضاء في الاتحاد أن تأخذ بعين الاعتبار الوظائف الاجتماعية والتعليمية والثقافية والتربوية للرياضة، مع التعاون والتضامن لترسيخ دورها الاجتماعي. ومن أجل ترجمة هذه الاتفاقيات على واقع عملي فقد أصدرت محكمة العدل الأوربية عدة قرارات في القضايا المختلفة المقدمة إليها منها في قضية (Walrave & Koch)[4] ،وقضية (Donà v Mantero)[5] ، إذ ذهبت محكمة العدل الأوربية (ECJ) بأنّ اللوائح (القوانين) الوطنية القائمة على الجنسية والتي تحد من تنقل الرياضيين وعليه لا تتوافق مع مبدأ حرية تنقل العمال في المنطقة الأوربية[6] .وفي قرار آخر للمفوضية الأوربية ومحكمة العدل الأوربية بهذا الشأن هو في القضية (Players' Agents (Piau Case)، حيث أكدت المفوضية الأوربية ومحكمة العدل الأوربية بأنَّ لوائح الفيفا لتنظيم أنشطة وكلاء اللاعبين لا تخضع لقانون المنافسة ومنع الاحتكار الأوربي، وتكون ضرورية لأداء الأنشطة الكروية، والمحافظة على نزاهة الرياضة وتطورها، وبالتالي تكون رياضية بحتة[7].

---

(1) See R. C. R. Siekmann, Introduction to International and European Sports Law, T.M.C. Asser Press, the Hague, the Netherlands, and the author 2012, p.71.

(2) See the white paper of Commission of the European Communities site; https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/white-paper-on-sport.html (visit history 22-8-2024).

(3) See the European Parliament, ''Developing the European Dimension in Sport'', Brussels 18.1.2011, COM (2011) 12 final, pp. 10–11.

(4) See the Case 36/74. (visit history 22-8-2024); https://www.biicl.org/files/2066_c-36-74.pdf

(5) See the Case 13/76. (visit history 22-8-2024); https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=13/76

(6) See The Practical Application of the 'Sport Specificity' Concept in Commission Practice and ECJ Jurisprudence, R. C. R. Siekmann, op.cit., p82.

(7) See Court of Justice of the European Union 2005. Laurent Piau v. Commission of the European Communities, Case T-193/02. (visit history 22-8-2024); https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002TJ0193

.....

الخاتمة

وفي النهاية، نوضح أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها والتوصيات المقدمة في ضوئها، كالآتي:

أولاً/ الاستنتاجات:

1. القانون الرياضي أصبح قانونًا مستقلًا بحد ذاته، نظرًا لوجود المقومات المطلوبة فيه، على الرغم من تطبيق أحكام القوانين الأخرى في ميدانه، إلّا أنّ هذا لا يعني أنّه فقد استقلاليته، وجزأً من تلك القوانين المستقلة، ولكن لا تزال تطبق في نطاق أحكام القوانين الأخرى.
2. للقانون الرياضي عدة خصائص ومميزات يتميز بها عن غيرها من القوانين، منها، أنّه قانون خاص بالرياضة، وأنه ذو طبيعة تعاقدية، وذو طبيعة عالمية وليس دوليًا، وأنّه مزيج من مواضيع القانون الخاص والعام، وقانون غير مقنن في تقنين واحد على المستوى العالمي، وأنّه قانون ذات مصادر متنوعة.
3. نظرا لتشعب الأنشطة الرياضية وجدت قواعد قانونية مختلفة في نطاق القانون الرياضي، وبالتالي تنوعت مصادره.
4. تتمثل المصادر الرسمية للقانون الرياضي في اللوائح الرياضية العالمية، وتأتي بعدها التشريعات الرياضية الوطنية، ومن ثم القوانين الوطنية غير الرياضية، وفي كل ذلك تكون الأسبقية للمبادئ العامة المشتركة في النظم القانونية. وبجانب تلك المصادر يظهر بعض الجهود الحرفية (Profession Efforts) والمساعي المحمودة للبحث عن حلول للمشاكل الرياضية المختلفة يمكن أن يطلق عليها المصادر غير الرسمية أو التفسيرية للقانون الرياضي، وتتمثل هذه المصادر بالدرجة الأولى في القضاء (من ضمنه التحكيم الرياضي)، والفقه، والمواثيق الإرشادية الدولية والإقليمية.

ثانيًا/ التوصيات:

1. من أجل توفير مستلزمات الأمن واليقين القانوني ومن أجل اطمئنان المعنيين بالرياضة واستقرارها في القواعد المنظمة للأنشطة الرياضية أو المعاملات المتعلقة بها أو المرتبطة بها نقترح على اللجنة الأولمبية العالمية والاتحادات الرياضية العالمية سنّ قواعد القانون الرياضي في مجموعة تشريعية واحدة على الأقل القواعد العامة، وترك تنظيم جزئياتها للاتحادات الرياضية المعنية.

.....

2. نقترح على مشرع القانون الرياضي العالمي، والمحلي أن يضع نصًا قانونيًا في صلب التشريع الرياضي يوضح فيه مصادر القانون الرياضي بشكل صريح.

المصادر

اولاً/الكتب باللغة العربية

1. .د. عدنان احمد ولي العزاوي، دراسات في القانون الرياضي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر والامارات، 2017.
2. أحمد الورفلي، المختصر في القانون الرياضي، دار الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
3. الاستاذ الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، مطبعة الجزيرة، بغداد، 1936.
4. استاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
5. استاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، دار الثقافة، عمان، الادرن، 2001.
6. د . محمود حممي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977.
7. د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السابعة، الجزء 1، المنشورات الحقوقية صادر، 2019.
8. د. يونس صلاح الدين علي، الوجيز في شرح قانون الأخطاء المدنية الإنكليزي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2018.
9. د.عدنان ابراهيم سرحان، الإنعقاد (دراسة في قانون الإلتزامات والعقود الفرنسي الجديد)، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، اقليم كوردستان – العراق، 2024.

ثانيا/ الأطاريح والرسائل

1- د. ابراهيم عمر ابراهيم، النظام القانوني للاتحاد الدولي لكرة القدم، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة السليمانية، 2023.

ثالثاً/ المجلات والدوريات

1- د. ابراهيم عمر ابراهيم، التأطير القانوني لمركز التسوية والتحكيم الرياضي العراقي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثامن للقضايا القانونية، ومنشور في مجلة كلية القانون في جامعة تيشك الدولية –اربيل في عدد خاص بالمؤتمر

2- أ.د علي حسين هاشم الزاملي وأ.د اسعد علي سفيح السراي، عقد الإحتراف الرياضي، بحث منشور في مجلة المستنصرية لعلوم الرياضة، العدد الخامس بوقائع المؤتمر العلمي الدولي الرابع المقام في الفترة (24-26-1-2023).

3- د. ساجر حميد الخابور، وطارق عبد العزيز حمودي، أثار قضية بوسمان في تعديل نظام الانتقال الدولي للاعبي كرة القدم المحترفين، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين، العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (3)، المجلد (41)، 2019.

رابعًا/ القوانين واللوائح

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).
2. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984).
3. قانون اللجنة الاولمبية الوطنية العراقية رقم (29) لسنة (2019).
4. قانون الاتحادات الرياضية الوطنية رقم (24) لسنة (2021).
5. قانون الاحتراف الرياضي العراقي رقم (60) لسنة (2017).
6. لائحة الاحتراف واوضاع اللاعبين وانتقالاتهم للاتحاد السعودي لكرة القدم (2024).

خامساً/ المصادر والمراجع باللغة الاجنبية

أ.الكتب

1. Alan Tomlinson, FIFA (Fédération Internationale de Football Association) The Men, the Myths and the Money, first edition, published by Routledge, London.
2. Arnout Geeraerts, The EU in International Sports Governance, a principal-Agent Perspective on EU Control of FIFA and UEFA, First published by Palgrave Macmillan in the UK, 2016.
3. Beloff M, Kerr T, Demetriou M, Sports law. Hart, Oxford, 1999.
4. Catharine W. Burt & Mary D. Overpeck, Emergency Visits for Sports Related Injuries, 37 Annals Emergency Med. 301, 2001.
5. Gardiner et al. sport Law, second edition, Cavendish Publishing Limited, 2001.
6. Karaquillo J-P, Le rôle du Tribunal du sport en tant qu'instance d'appel externe aux fédérations sportive. In: Rigozzi A, Bernasconi M (eds) The

proceedings before the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV conference Lausanne, 2007.

7. Ken Foster, Lex Sportiva: What is Sports Law? T.M.C. Asser Institute the Hague, The Netherlands, 2012.
8. M Reeb, 'The Role of the Court of Arbitration for Sport', in W P Heere, ed, International Law and the Hague's 750th Anniversary (The Hague,TMC Asser Press, 1999.
9. R. C. R. Siekmann, Introduction to International and European Sports Law, T.M.C. Asser press, the Hague, The Netherlands, and the author 2012.
10. Robert C. R. Siekmann & Janwillem Soek, Lex Sportiva: What is Sports Law? Asser International Sports Law Centre T.M.C. Asser Institute the Hague, The Netherlands, 2012.
11. Sunstein CR, Due process traditionalism. 106 Michigan Law Rev, 2008.
12. Weiler PC, Roberts GR ,Sports and the law: text, cases, problems, west group, 2nd edition, 1998.

ب. البحوث والرسائل

1. Carter B. Introduction: what makes a ''field'' a field? Va J Sports L 1:234, 1999.
2. Cozzillio MJ, Levinstein MS, Sports law: cases and materials. Carolina Academic Press, Durham, 1997.
3. G. Simon, « Les sources du droit du sport », Gaz. Pal., Droit du sport n° 1, n° 311 à 312, 7 et 8 novembre 2007.
4. Gaëlle LERAUD, L'ASSURANCE DES ACTIVITES SPORTIVES, MEMOIRE DE RECHERCHE, Université Jean Moulin – Lyon, Faculté de Droit.
5. Ian Blackshaw, The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport', Entertainment Law, Vol.2, No.2, Summer 2003, published by Frank cass, London.
6. Kesenne, Stefan. The Bosman Case and European Football. Handbook on the Economics of Sport, 636-642, 2006. 10.4337/9781847204073.00081.
7. Lorenzo Casini, The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport, German Law Journal (GLJ) 2011 Vol. 12 No. 05.
8. Philip C. Jessu, Transnational Law, chapter II a basic introduction to transnational Law New Haven: Yale University Press, 1956.

9. Shropshire KL. Introduction: sports law? Am Bus L J 35:181, 1998.

ت. القوانين واللوائح

1. France Code du sport
2. Swiss civil code of 10 December 1907.
3. FIFA statutes 2022.
4. FIFA Governance Regulations (FGR).
5. The Olympic Charter 2021.
6. FIFA regulations on the status and transfer of players 2022.
7. FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal June 2022.
8. Fédération Internationale de Basketball (FIBA) GENERAL STATUTES.
9. FIFA Disciplinary Code 2023.
10. The treaty on the functioning of the European union (TFEU) 2012.
11. FIFA anti – doping regulations 2021.

ث. مجموعة الاحكام والقرارات القضائية والتحكيمية

1. Judgment of the Court (Third Chamber) of 18 July 2006, David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities.
2. Court of Justice of the European Union (2005). Laurent Piau v. Commission of the European Communities, Case T-193/02.
3. Cass. 2e civ. 10 juin 2004, no 02-18649, R.T.D. Civ. 2005.
4. Cass. 2e Civ. 28 janv. 1987, Bull. Civ. II, no 210.
5. Switzerland federal tribunal, judgment 4A_400/2008 of 9 February 2009, at 3.1, ASA Bull (2009) 495, 498–500.
6. Arbitration CAS 2018/A/5624 Dominique Cuperly v. Club Al Jazira, award of 17 December 2018.
7. CAS decision 2010/A/2261 & 2263
8. Cas decision; CAS 2004/A/ 628
9. CAS 2008/A/1480, especially paras. 56 et seq.
10. CAS decision; CAS 2001/A/317 A./Fédération Internationale de Luttes Associées (FILA), 9 July 2001, citing CAS 91/53 G. v/FEI, award of January 15, 1992, Digest, pp. 79, 86 f.

---

11. CAS decision; Arbitration CAS 98/200 AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA), award of 20 August 1999.

ج. مواقع الانترنت

1. Jean-Pierre Vial, La faute grossière du joueur de football : faute de jeu ou faute civile ?, Actu-Juridique.fr.https://www.actu-juridique.fr/droit-du-sport/la-faute-grossiere-du-joueur-de-football-faute-de-jeu-ou-faute-civile/
2. Laws of the Game 2021-22_Arabic.pdf
3. النظام الأساسي للاتحاد العراقي لكرة القدم: النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدمpdf.
4. the Swiss Supreme Court decisions, (ATF 4A_558/2011/ Judgment of March 27, 2012) The case famous for Matuzalem. Published on BGE/ATF 138 III 322, it is available on this link; https://www.servat.unibe.ch/dfr/c3138322.html .
5. See Bid Evaluation Report: FIFA world cup Qatar 2022™. It is available on this link, https://digitalhub.fifa.com/m/3041e390c9c0afea/original/fd4w8qgexnrxmquwsb7h-pdf.pdf.
6. FIFA World Cup Qatar 2022™ Media Rights Licensees, it is available on this web, FWC2022 Media Rights Overview 131122.pdf.
7. EC Court of Justice, JUDGMENT OF 15. 12. 1995 — CASE C-415/93, ASBL v Jean-Marc Bosman. https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0415&rid=1
8. the white paper of Commission of the European Communities site; https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/white-paper-on-sport.html

وسائل التواصل الإجتماعي بين مبدأ الحق في الخصوصية ومبدأ الحق في الإثبات– دراسة مقارنة

Social Media: Balancing the Right to Privacy and the Right to Proof

A Comparative Study

عبدالقادر فواز فرحان

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

أ.م.د. سجى عمر شعبان

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

Abdulqader Fawaz Farhan

College of Law, University of Mosul

Assist.Prof.Dr Saja Omar Shaaban

College of Law, University of Mosul

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.84

تاريخ استلام البحث: 2024/10/3، تاريخ القبول بالنشر: 202/12/3

الملخص

إن ظهور مُصطلح " وسائل التواصل الإجتماعي " في ظل التطور الكبير في مجال تُكنلوجيا الاتصال يُعد من المفاهيم الجديدة والمستحدثة في وقتنا الحاضر وأصبح يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعدة حقوق سامية كرستها القوانين والتشريعات ومن أهمها " الحق في الخصوصية " " والحق في الإثبات ".

فإن وسائل التواصل الإجتماعي تهدف الى إتاحة خدمة التواصل بين مستخدميها، وأصبح لها الأثر الكبير في النشاطات الاجتماعية والاقتصادية لما توفر من مظاهر وخدمات، مثل أرسال الرسائل وتبادل الصور وإجراء المحادثات، فان ما تحتويه هذه الوسائل من بيانات ومعلومات المستخدمين وإمكانية التمسك بها كأدلة في الإثبات، يحتم الأمر ضرورة إيجاد التوازن بين " الحق في الإثبات " وحق الخصوصية في إطار " وسائل التواصل الاجتماعي ".

وان الخصوصية تغطي جوانب من ابرزها خصوصية المسكن والحياة الأسرية وخصوصية المعلومات والاتصالات والمراسلات واحترام العناصر الشخصية الأخرى المميزة للشخص كاسمه وصورته ، وهو حق أساسي يحمي الأفراد من الوصول غير المصرح به إلى معلوماتهم الشخصية، وان هذا الحق يحظى بحماية فعالة في العديد من النظم القانونية، لكن الصعوبة تكمن في كيفية إيجاد توازن بين " الحق في الخصوصية " والمحافظة على سرية الحياة الخاصة وبين الحق في الإثبات الذي نقصد منه قدرة الأفراد على تقديم الأدلة لدعم ادعاءاتهم أمام المحاكم، خاصتا اذا كانت هذه الأدلة رقمية.

عليه وفي ظل التطورات التقنية في مجال تكنلوجيا الاتصالات وتأثيريها المباشر على مجال القانون وما توفره وسائل التواصل الاجتماعي من أدلة غنية في نطاق الإثبات المدني، وبسبب عدم وجود نظام قانوني واتفاق تشريعي وتوجه قضائي واضح حول مقبوليتها؛ كان لابد من النظر في مدى مقبولية الأدلة المتحصلة من " وسائل التواصل الاجتماعي " في ظل ضرورة حق الخصوم في الإثبات وضرورة عدم انتهاك مبدأ الحق في الخصوصية والتجاوز على سرية بيانات الأفراد.

الكلمات المفتاحية: وسائل التواصل الاجتماعي، الحق في الخصوصية، الحق في الإثبات.

پوختە

دەرکەوتنی چەمکی " تورە کۆمەلایەتییکان" لە سەردەمی پێشکەوتنی گەورەی تەکنەلۆژیای پەیوەندیکردن، یەکێکە لە چەمکە نوێ و سەردەمییەکان. ئەم چەمکە پەیوەندییەکی راستەوخۆی بە چەندین مافی گرنگەوە هەیە کە لە یاسا وڕێساکاندا پارێزراون، لەوانە مافی نهێنی و مافی سەلماندن.

تۆرە کۆمەلایەتییەکان کاریگەرییەکی گەورەیان لەسەر چالاکییە کومەلایەتی و ئابووریییەکان هەیە، بەهۆی ئەو خزمەتگوزاری و تایبەتمەندییانەی کە دابینی دەکەن، وەك ناردنی نامە، هاوبەشکردنی وێنە و ئەنجامدانی گفتوگۆ. بەلام ئەو زانیاری و داتایانەی کە لەم تورانەدا لە لایەن بەکارهێنەرانەوە هەلگیراون و ئەگەری بەکارهێنانیان وەك بەڵگە لە دادگاییکردندا، پێویستی بە دۆزینەوەی هاوسەنگی نێوان مافی سەلماندن و مافی نهێنی لە چوارچێوەی تۆرە کۆمەلایەتییەکاندا هەیە.

مافی نهێنی مافێکی سەرەکییە کە تاکەکان لە دەستڕاکەیشتنی نایاسایی بۆ زانیارییە تایبەتیەکانیان دەپارێزیت. ئەم مافە لە زۆربەی یاساکاندا بە شێوەیەکی کاریگەر پارێزراوە. بەلام سەختیەکە لە چۆنیەتی دۆزینەوەی هاوسەنگی نێوان مافی نهێنی و پاراستنی ژیانی تایبەتی لە گەل مافی سەلماندن، کە مەبەست لێی توانای تاکەکانە بۆ پێشکەشکردنی بەڵگە بۆ پشتگیریی داواکارییەکانییان لە دادگاکاندا، بە تایبەتی کاتێك ئەم بەڵگانە دیجیتال بن.

لە ئەنجام دا، بەهۆی پێشکەوتنە تەکنەلۆژییەکان لە بواری تەکنەلۆژیای پەیوەندیکردن و کاریگەرییە ڕاستەوخۆکانیان لە سەر یاسا، و ئەو بەڵگانەی کە تورە کۆمەلایەتییەکان لە بواری دادگاییکردنی مەدەنیدا دابینی دەکەن، و بەهۆی نەبوونی یاسایەکی تایبەت و یەکگرتوویی لە یلساکان و ڕێنماییە دادوەرییەکاندا سەبارەت بە قبولکردنی ئەم بەڵگانە، پێویستە گرنگی بە ڕادەی قبولکردنی بەڵگەکانی بەدەستهاتوو لە تورە کۆمەلایەتییەکان بدرێت لە ژێر ڕۆشنایی مافی سەلماندنی ڕەوای ڕکابەران و پێویستییەکانی پاراستنی مافی نهێنی و نەشکاندنی نهێنییەکانی ژیانی تایبەتی تاکەکان.

پەیڤێت دەسپێکێ: *تورە کۆمەلایەتییەکان، مافی نهێنی، مافی سەلماندن.*

Abstract

The emergence of the term" social media" in the field of communication technology is one of the new and innovative concepts at the present time, it has become closely linked to several magnificent rights devoted in laws and legislations, The most important right from them is the right of privacy and the right of proof.

Social media has had a major impact on social and economic activities by providing features and services, such as sending messages, exchanging photos, and conducting conversations.The data and information in these media contained, of users and the possibility of adhering to them as evidence, this matter should adhere finding a balance between the right of proof and the right of privacy within the framework of social media.

The privacy right is a fundamental right that protects individuals from unauthorized access to their personal information, and this right is effectively protected in many legal systems. However, the difficulty lies into how to find a balance between the right of privacy, confidentiality of private life, and the right of proof. By which we mean the ability of individuals to provide evidence to support their claims before the courts, especially if this evidence is digital.

Accordingly, within the technical developments in the field of communications technology and its direct impact on the field of law, the strong evidence provided by social media in the scope of civil proof, and due to the absence of a legal system, legislative agreement and clear judicial orientation on their admissibility. It was necessary to highlight on the extent of the admissibility of evidence obtained from social media in light of the necessity of the opponents' right of proof and the necessity of not violating the principle of the right of privacy and encroaching on the confidentiality of individuals' data.

Keywords: Social media, Right of privacy, Right to proof.

.....

المقدمة

الحق في الإثبات والحق في الخصوصية هما من الحقوق المهمة التي تتفاعل وتتكامل في النظم القانونية، فبالنظر مع تزايد استخدام " وسائل التواصل الاجتماعي " في التفاعل والتواصل بين الأفراد، ظهرت الحاجة إلى النظر في قبول الأدلة المتحصلة منها في الإثبات المدني، ويتطلب هذا الأمر مراعاة المبادئ العامة للإثبات، والتي تشكل الأساس لقبول هذه الأدلة في النظام القانوني، وان حجية الأدلة المتحصل عليها من الرسائل والمحادثات والصور يشير إلى مدى موثوقية وقبول هذه الأدلة المقدمة من قبل الخصوم كجزء من ممارستهم للحق في الإثبات.

بالنظر أن هذا الأمر يصطدم بعدة مبادئ واهمها: مبدأ الحق في الخصوصية الذي ينضوي تحته حق حماية البيانات، مما يستلزم أن تكون الأدلة المقدمة للقضاء موثوقة وآمنة وقد تم الحصول عليها وتخزينها بطريقة تمنع التلاعب أو التزوير بعيدا عن انتهاكات الخصوصية ، وفي ضوء تعدد مظاهر وصور الخصوصية مثل المراسلات والبيانات والصور يخلق الإمر ضرورة وجوب أن تكون الأدلة المتحصلة من " وسائل التواصل الاجتماعي " قد تم الحصول عليها بطرق قانونية، الى جانب ضرورة التوازن بين الحق في الإثبات والحق في الخصوصية من خلال الاستثناءات التي ترد على " الحق في الخصوصية " ونسبيته في نطاق الإثبات.

اولاً/ أهمية البحث

يكتسب البحث أهميته في نطاق الإثبات المدني من أهمية الإثبات وحق الخصوم في الإثبات عندما يكون محل النزاع وسيلة تواصل حديثة في ظل الخصوصية الرقمية، وأيضاً محاولة النظر في مدى مقبولية الأدلة المتحصلة من " وسائل التواصل الاجتماعي " ، مثل الرسائل والمحادثات والصور ، في ظل اصطدام مبدأ الحق في الإثبات وحاجة الأفراد الى ممارسة هذا الحق مع مبدأ " الحق في الخصوصية " وعدم انتهاك نطاق الحياة الخاصة بمستخدمي وسائل التواصل وما يكتنفها من رسائل وحادثات وصور واستغلالها في النزاعات القضائية وتقديمها بشكل غير مشروع.

ثانياً/ مشكلة البحث

أن التحدي الأساسي يكمن في إيجاد كيفية نحقق بها توازنًا بين الحق في الخصوصية والحق في الإثبات، ففي بعض الحالات، قد يتم تقديم أدلة من " وسائل التواصل الاجتماعي " دون علم الشخص المعني أو حتى دون موافقته كجزء من ممارسة الخصم حقه في الإثبات، مما قد يشكل الأمر انتهاكًا لحق الخصم الأخر في الخصوصية، السؤال المطروح هنا: هل يمكن قبول هذه الأدلة إذا كانت قد تم الحصول عليها بطرق تنتهك الخصوصية؟

ثالثاً/ تساؤلات البحث

1. ما هو مفهوم الحق في الخصوصية والحق في الإثبات؟
2. إلى أي مدى يمكن استخدام المعلومات والبيانات الشخصية كدليل في الإثبات من خلال المنصات الرقمية مثل فيسبوك وماسنجر وواتس أب، وتويتر، وإنستغرام؟

.....

3. هل يمكن السماح للخصوم بالاستناد على الرسائل والمحادثات الخاصة إذا كانت تمثل دليلًا حاسمًا في القضية؟ وما هي الحدود التي يجب أن توضع لِضمان عدم التعّدي على خصوصيات الأفراد بحجة الحصول على أدلة؟
4. هل يتعارض " الحق في حماية الخصوصية " مع مبدأ " الحق في الإثبات " ضمن قواعد القانون؟ وهل تمت معالجة المسالة في التشريعات بنصوص صريحة؟
5. ماهي سلطة القاضي في عمل موازنة بين الحقين؟

رابعاً/ منهجية البحث

انتهج الباحث المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية لأنظمة قواعد الإثبات المدنية وحماية الخصوصية " البيانات الشخصية " والقوانين ذات الصلة للوصول الى القواسم المشتركة بما يخدم إشكالية البحث محل الدراسة، بالإضافة الى التعويل على المنهج المقارن من اجل التعرف على موقف التشريعات المعتمدة وهي كل من القانون الإماراتي والأردني والفرنسي، مع تحليل الآراء الفقهية بهذا الصدد، بالإضافة الى إلقاء الضوء على اجتهادات القضاء في هذا الصدد كمنهج تطبيقي عملي.

خامساً/ هيكلية البحث

للإحاطة بموضوع البحث سوف يتم تقسيم البحث الى مبحثين ، نتناول المبحث الأول التعريف بمبدأ الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي، في مطلبين: المطلب الأول، مفهوم الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي ، وفي المطلب الثاني، مظاهر الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي. أما المبحث الثاني فيتناول إشكالية حقي الإثبات والخصوصية في وسائل التواصل الاجتماعي. وينقسم الى مطلبين: المطلب الأول ، يتعلق بمفهوم مبدا الحق في الإثبات. والمطلب الثاني، يختص بنطاق الحق في الإثبات ومبدأ حرمة سرية المراسلات والاتصالات

المبحث الأول

التعريف بمبدأ الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي

إن مصطلح الخصوصية عموما من المفاهيم المرنة التي تتغير بتغير الزمان والمكان، وذلك حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وبظهور وسائل التواصل الاجتماعي أُعطي لمبدأ الحق في الخصوصية وحماية البيانات اهتمام خاص نظرا للانتشار المذهل للمعلومات الشخصية على شبكة الأنترنيت ممَّا يهدد حرمة الحياة الخاصة، فبحثت التشريعات عن آليات قانونية وتقنية تكفل الحماية لهذا الحق، وتبرز أهمية هذا المطلب في بيان مفهوم هذا المبدأ ومظاهره وحقوق المستخدم في المحافظة على أسرار حياته الخاصة وبياناته الشخصية وجعلها بعيدة عن العلنية ودور القوانين في تخصيص الحماية له وبعث الثقة والأمان في نفسيته، وهذا ما سنتناوله في مطلبين، وكالاتي:

المطلب الأول

مفهوم الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي

للوقوف عند المفهوم الخاص للحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي لابد من الوقوف عند مفهومه العام في الفقه القانوني والتشريع.

على الصعيد التشريعي، يرى الباحث خلو النصوص التشريعية العراقية والتشريعات المقارنة من وضع تعريف معين "للحق في الخصوصية" رغم تكريسها لهذا الحق في مجمل قوانينها وحرصها على حمايته، في ما يخص التشريع العراقي فانه لم يتطرق لتعريف الحق في الخصوصية عموما والخصوصية المعلوماتية في أي من القوانين والأنظمة الصادرة ،على الرغم من إقراره لهذا الحق وتكريسيه في دستور سنة 2005 [1]، وذلك لعدم وجود قانون خاص وحديث لحماية المعلوماتية وهذا نقص تشريعي ندعو المشرع العراقي لتداركه بإيراد قانون خاص ينظم "الخصوصية المعلوماتية" وحماية البيانات ليواكب عجلة التطور في هذا المجال [2].

---

[1] فقد نصت المادة (17) من الدستور العراقي لسنة 2005 الى أن (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين أو الآداب العامة).

[2] من الجدير بالذكر أن مشروع قانون الجرائم الإلكترونية لتنظيم استخدام الأنظمة الإلكترونية وشبكات المعلومات الذي تمت قراءته الأولى أمام مجلس النواب العراقي في (27 تموز 2011) أتى أيضا خاليا من تعريف الحق في الخصوصية على الرغم من معالجته لجرائم الإعتداء على الخصوصية.

.....

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة، فالمشرع الإماراتي، لم يتطرق الى تعريف "الحق في الخصوصية" في أي من أنظمته أو تشريعاته [1]، ألا انه كرس هذا الحق في أكثر من قانون لحماية حقوق الأفراد، وفي مقدمتها دستورها الصادر في 18 يوليو 1971 [2] .

وكذلك الحال بالنسبة لموقف المشرع الأردني، فهو الأخر لم يعرف الحق في الخصوصية لا في قانون حماية البيانات الشخصية ذي الرقم (24) لسنة (2023) والمعني بحماية البيانات والمعلومات الإلكترونية، ولا في أي من الأنظمة والقوانين الصادرة في الأردن، ألا أن الدستور الأردني هو الأخر قد كرس هذا الحق في دستوره لسنة 1952 المعدل [3] .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي [4]هو الأخر لم يعطي تعريفا للحق في الخصوصية أو "الحياة الخاصة" كما أن الدستور الفرنسي أتى خاليا من أي نص يكفل حماية الحق في الحياة الخاصة ألا أن المشرع الفرنسي حمى هذا الحق في أكثر من قانون [5] .

وما تجدر الإشارة له فقد ذهب القضاء الفرنسي بصورة صريحة الى شمول "البيانات الشخصية" ضمن مفهوم الحياة الخاصة فقد ذهب في احدى قراراته الى أن "الصور الفوتوغرافية الحاملة لكل أوصاف الشخص

---

[1] أن المشرع الإماراتي هو الأخر كرس هذا الحق في المادة (1) من قانون حماية البيانات الشخصية المرسوم بقانون اتحادي رقم (45) لسنة 2021. من خلال تعريف أمن البيانات الشخصية بانها (مجموعة من التدابير والإجراءات والعمليات التقنية والتنظيمية المحددة وفقا لأحكام هذا المرسوم بقانون التي من شأنها الحفاظ على حماية خصوصية وسرية، وسلامة، ووحدة البيانات الشخصية، وتكاملها وتوافرها).

[2] فقد نصت المادة (26) من الدستور الإماراتي على أن (الحرية الشخصية مكفولة لجميع المواطنين، ولا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حجزه إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرَّض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة).

[3] فقد نصت المادة (7) من الدستور الأردني ذي الرقم 1952 المعدل بانه (1- الحرية الشخصية مصونة، (2-كل اعتداء على الحقوق والحريات العامة أو حرمة الحياة الخاصة للأردنيين جريمة يعاقب عليها القانون).

[4] أن المشرع الفرنسي كرس هذا الحق من خلال المادة (9) من القانون المدني رقم 643-70 لسنة 1970 ولتي نصت على انه: (لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة)، والتي تعد المرجع القانوني الأساسي فيما يخص الحياة الخاصة، تنظر المادة (9) من القانون المدني الفرنسي والتي نصها الأصلي باللغة الفرنسية كالاتي:

(Article 9) (Chacun a droit au respect de sa vie privée)(2) هامش رقم .

[5] منها القانون المتعلق بتكنلوجيا المعلومات والحريات المدنية رقم 78-17 المؤرخ في 6 كانون الثاني / يناير 1978 والمعدل بالقانون رقم 801 لسنة 2004.

.....

الذاتية بما فيها من ملامح وقسمات وأبعاد جسدية، تعتبر من أهم أشكال البيانات المرئية التي من شأنها أن تحمل الشخص الواقع تصويره معروفا بصفة مباشرة بمجرد رؤيته والاطلاع على تلك الصور" [1] .

وخلاصة المواقف التشريعية يتضح أن التشريعات المقارنة وخاصتا التشريع الإماراتي والأردني والفرنسي واكبت التطور الحاصل في وسائل الاتصال الإلكترونية وتكنلوجيا المعلومات وذلك بقيامها بإعادة النظر في قوانينها أما بسن قوانين جديدة أو تعديل قوانينها القائمة لحماية حقوق الأفراد، وبالرغم من عدم إيرادها تعريف محدد "للحق في الخصوصية" أو "البيانات" ألا أنها كرست حق الأشخاص في حماية حياتهم الخاصة ومنع انتهاكها أو إساءة استخدامها.

بالمقابل فان التشريع العراقي لازال متأخر عن مواكبة هذه التطورات التشريعية فهنالك نقص واضح في التشريع لانعدام قانون خاص يواجه التحديات التي تفرزها تقنيات الاتصالات الحديثة وحماية حق الأفراد في الخصوصية.

اما بالنسبة لموقف الفقه، بدءًا لابد من القول إن تعريف الحق في " الخصوصية " أو الحياة الخاصة كان مدار جدل بين الفقهاء، فقد اختلفوا في وضع تعريف شامل ودقيق لأنه مفهوم يصعب تحديده تحديدا دقيقا وكاملا، فقد اسند جانب من الفقه " الحق في الخصوصية " لفكرة الحق في العزلة والخلوة التي هي من الحقوق الأساسية للإنسان والتي تعبر عن ضرورة إنسانية، فهي ضرورة إنسانية وجزء من ماهية الفرد، فالإنسان لا يستطيع أن يحيى بغير حرية " حرية الانسحاب عن الأخرين وحرية الاندماج في الأخرين " [2] .

وعلى هذه الأساس يعرف الحق في الخصوصية بمفهومه الواسع بانه " احترام الطبيعة الخاصة للشخص والحق في الهدوء والسكينة دون تعكير لصفو حياته "، أو هو " حق الشخص في أن يحدد كيفية معيشته كما يروق ويحلو له ذلك ومع أقل قدر ممكن من تدخل الغير في حياته " [3] ، ويذهب جانب أخر من الفقه الى

---

[1] قرار تعقيبي مدني 62127/2011، مؤرخ في 2012/6/19، أشار له الفة المنصوري، حماية المعطيات الشخصية في مواقع التواصل الاجتماعي، المجلة الدولية للقانون، المجلد (9)، العدد (3)، 2020، ص 100.

[2] د. هانية محمد علي فقيه، مبدا الاستقامة في الإثبات في النظام القانوني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 291.

[3] عذراء ياسر عبيد، انتهاك الحق في الخصوصية، مجلة الجامعة العراقية، العدد (60) الجزء (2)،2023، ص 259.

تعريف الحق في الخصوصية بشكل أكثر عمومية إذ عرف بانه " رغبة الأنسان في الوحدة والألفة والتخفي والتحفظ " [1] .

ويرى البعض الأخر أن هذا الحق يُترجم بصفة أساسية من خلال واجب الامتناع الذي يُفرض على الغير ما مقتضاه أن يترك الأنسان هادئاً من غير ما يعكر صفوة هذا الهدوء بشكل يهدف الى التوفير لكل شخص في أن يحيط بكل ما يتعلق بشخصه سياج من السرية، أي أن يكون للفرد الحق " في عدم ملاحقة الأخرين له في حياته الخاصة " [2] .

أما مفهوم الخصوصية في نطاق دراستنا، أي خصوصية مستخدمي " وسائل التواصل الاجتماعي " أو ما يطلق عليه بالخصوصية المعلوماتية أو خصوصية المعلومات، فقد ذهب راي الى أنها تعني " حق الفرد المستخدم في أن يقرر بنفسه متى، وكيف، وإلى أي مدى ممكن أن تصل المعلومات الخاصة به إلى الآخرين من المستخدمين أو القائمين عليها " [3] ، أو هو " حق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه، وعملية معاملتها آلياً، وحفظها، وتوزيعها، واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه "[4] .

وأيضاً عُرفت " الخصوصية المعلوماتية " في هذا النطاق بانها (تأمين الفرد في حماية حرمة حياته الخاصة سواء ما يتعلق بأحاديثه الخاصة أو صورة خاصة أو بالأوضاع التي يتخذها لنفسه في حياته الخاصة) [5] ، وأيضاً عرفت بانها "قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم" [6]، أي أن احترام الحياة الخاصة تفرض على الغير الالتزام بهذه السرية الواقعة على عاتق الغير، وذلك بعدم إفشاء الأسرار التي تمس

---

[1] ئافان عبد العزيز رضا، الحق في الخصوصية وحمايتها المدنية من وسائل الأعلام، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد (5)، العدد (2)، 2021، ص 364.

[2] د. هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص 292–293.

[3] د. تومي فضيلة، إيديولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد/ العدد 30، 2017، ص 44.

[4] د. سوزان زهير السمان، الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي في التشريع الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، المجلد 36، العدد 123، 2019 ص 466.

[5] إيناس غيث سالم بسيم، الحق في الخصوصية في مرحلة ما قبل المحاكمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2020، ص 6.

[6] عائشة بن قارة مصطفى، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد (2)، العدد (2)، 2016، ص40.

.....

حياة الشخص الخاصة ومعلوماته من غير موافقته، بما له حقوق تحفظ أسرار مراسلاته وأحاديثه الشخصية [1] .

وأيضا عرفت بانها "حق الأفراد أو المجموعات أو المؤسسات أن يحددوا لأنفسهم متى وكيف، والى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل إلى الآخرين"، وأيضا عرفت الخصوصية المعلوماتية في نطاق "وسائل التواصل الاجتماعي" بانها "حق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه، وعملية معالجتها أليا وحفظها وتوزيعها واستخدامها في صنع القرار الخاص به والمؤثر فيه" [2] .

يتضح أن الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي يرتبط مفهومها ارتباطا وثيقا بسرية الحياة الخاصة وحماية البيانات لمستخدمي وسائل التواصل ومعلوماتهم عموماً، التي تتمثل في صورة بيانات أو معلومات في الهاتف الذكي أو الحاسب الشخصي أو أنها مخزنة في وسيلة التواصل المستخدمة التي قد يتم اعتراضها أو الاطلاع عليها أو إفشاء أسرارها [3] ، بمعنى أن الحق في الخصوصية يتمثل بحماية المعلومات أو البيانات التي لا يرغب الفرد الاطلاع عليها من الغير، فالبيانات جزء من الخصوصية وصوره لها، وأن الخصوصية بشكل عام تنطوي على خصوصية البيانات، وأيضا خصوصية الاتصالات، وخصوصية المراسلات الإلكترونية، وان كل هذه المفاهيم تقترن معا في إطار حق واحد هو "الحق في الخصوصية" [4] .

ما تجدر الإشارة له أن جانب من الفقه يرى انه هنالك ترادف بين مصطلح "البيانات الشخصية" و "الخصوصية المعلوماتية" و"المعلومات الاسمية"، وأنها تعطي معنى واحد، وهي انفراد الشخص في الحق بان يتحكم بمعلوماته وبياناته الشخصية اللصيقة به [5] .

ألا انه بالمقابل يرى جانب أخر بان هذا الترادف ليس بين مصطلح الخصوصية وبين مصطلح حماية البيانات ، وانه غالبا ما يتم استخدام مصطلح "الخصوصية" بشكل منفصل ومنفرد عن البيانات الإلكترونية للدلالة على "حماية البيانات"، وذلك يعزو الى شيوع استخدام مصطلح الخصوصية في ظل المخاطر التقنية

---

[1] إيناس غيث سالم بسيم، مصدر سابق، ص 10.

[2] ليلى بن برغوث، الخصوصية الفردية في مواقع التواصل الاجتماعي بين الانتهاك والكشف الإرادي دراسة ميدانية على الفيسبوك، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد (5)، العدد (1)، 2022، ص 596.

[3] د. تومي فضيلة، مصدر سابق، ص 44.

[4] عائشة بن قارة مصطفى، مصدر سابق، ص 41.

[5] د. كافي زغير شنون، الحماية القانونية للبيانات الشخصية الإلكترونية، جامعة الموصل كلية الحقوق، مجلة الرافدين للحقوق المجلد (23) العدد (84)،2023، ص 295، وأيضا عائشة بن قارة مصطفى، مصدر سابق، ص 39.

السائدة ، وعلى أي حال فان مصطلح الخصوصية في نطاق "وسائل التواصل الإجتماعي" يشير الى حماية البيانات التي هي صورة من صور الخصوصية أو حماية الخصوصية المعلوماتية ، وفي كل الأحوال نقصد بالخصوصية في نطاق وسائل التواصل الإجتماعي هو أن يكون للفرد الحق في أن يقرر بنفسه الكيفية والوقت والمدى الذي تصل في بياناته الخاصة الى الأخرين سواء كان هذا الوصول من قبل مستخدمين أخرين أو القائمين على الوسيلة المستخدمة لتواصل ، من اجل التحكم وحماية المستخدم لمعلوماته الخاصة به [1] .

وفق ما تقدم يتبين "الحق في الخصوصية وحماية البيانات" في "وسائل التواصل الاجتماعي" هي جزء وصورة من "الحق في خصوصية الحياة الخاصة" بمفهومها التقليدي، وان مفهومي الحق في الخصوصية التقليدي والخصوصية المعلوماتية يجتمعان بنفس الأهداف، إذ يسعى الفرد من خلال "الحق في الخصوصية" التقليدية الى حماية حياته الخاصة وما يكتنفها، وتمتد الى أي بيانات وصور ومراسلات الإلكترونية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وعليه تمتد حماية خصوصية الأفراد بمفهومها التقليدي ليشمل الخصوصية المعلوماتية للأفراد من خلال استخدام "وسائل التواصل الاجتماعي".

بمعنى أخر أن "خصوصية المعلومات هي حماية البيانات، فالأخيرة جزء من الخصوصية، وتتعلق بمواجهة الاعتداءات على البيانات الشخصية، في حين أن الخصوصية على إطلاقها تنطوي على خصوصية البيانات، وخصوصية الاتصالات، وأيضاً خصوصية المكالمات والمراسلات العادية والإلكترونية، وكل هذه المفاهيم ترتبط معا في نطاق حق واحد هو الحق في الخصوصية" [2]، يتبين أن الأصل أو الكل هو "الحق في الخصوصية" في حين أن مفهوم حماية البيانات هو الجزء وصورة من صور الخصوصية.

المطلب الثاني

مظاهر الحق في الخصوصية على وسائل التواصل الاجتماعي

من اهم مظاهر الحق في الخصوصية الحق في سرية "المراسلات والاتصالات" والحق في الصورة، لما لها قيمة قانونية لإرتباطها بكيان الأنسان والتصاقها بشخصه وذلك لما يتمتع به الفرد من حق دفع أي اعتداء يطال حقوقه، فان كل شخص يتمتع بحق حماية خصوصية اتصالاته ومراسلاته وصورته، بل لا يمكن التحدث عن حرمة الحياة الخاصة بدون التحدث عن سرية المراسلات والاتصالات والحق في الصورة لما

[1] د. تومي فضيلة، مصدر سابق، ص 44.

[2] عائشة بن قارة مصطفى، مصدر سابق، ص 41.

.....

تمثله من انعكاس للحق في الخصوصية، ولا يمكن خرق هذا الحق ألا بطريقة مشروعة، عليه سنتناولها في هذا المطلب وذلك وفق التقسيم الاتي:

أولا: الحق في سرية المراسلات والاتصالات

الحق في سرية "المراسلات والاتصالات" يدخل ضمن إطار حق الأفراد في الخصوصية حيث أن الرسائل تعتبر ترجمة الأفكار وأراء صاحبها ولا يجوز لغير منشئها أو مرسلها أو المرسل اليه الاطلاع على فحواها، وفي حال الإطلاع عليها تعتبر انتهاكا لحرمة هذا الحق مما تشكل انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة [1] .

فعلى صعيد التشريعات فالمشرع العراقي لم يُعَرِف الحق في "سرية المراسلات والاتصالات" وكذألك الأمر بالنسبة للمشرع الأردني والإماراتي والفرنسي، ألا أن دساتير هذه الدول وأنظمتها القانونية كرست لهذا الحق ونصت على حمايته بشكل صريح.

ألا ان دستور العراق لسنة 2005 الذي تبنى من خلاله المشرع العراقي المفهوم الواسع للمراسلات والاتصالات نص على هذا الحق في الباب الثاني المكرس للحقوق والحريات في المادة (40) على أن "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، ألا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار قضائي" [2] ، فلم يقتصر على المراسلات البرقية والكتابية فقط بل تجاوزها لتشتمل على المراسلات الشفوية مثل الاتصالات الهاتفية وتبادل الرسائل من خلال وسائل التواصل الحديثة ، والتي من ضمنها وسائل التواصل الاجتماعي [3] .

وتأكيدا على السرية فقد اقر المشرع العراقي صراحة مبدأ سرية المراسلات البريدية، وذلك من خلال نص المادة (٥) من قانون البريد العراقي [4] .

---

[1] ثامر خليل، مداح محمد لمين، حماية الحق في الحياة الخاصة على منصات التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2021، ص 35.

[2] المادة (40) من الدستور العراقي لسنة 2005.

[3] ومن الجدير بالذكر أن قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان–العراق رقم 6 لسنة 2008 قد أتى بتطبيقات مهمة توفر نوعا ما من الحماية لخصوصية المراسلات والاتصالات، إذ تناولت المادة الأولى من هذا القانون بعدم جواز انتهاك حرمة الاتصالات الإلكترونية والمكالمات الهاتفية وعدها تدخل في نطاق الحياة الخاصة إذ نصت بان (المكالمات الهاتفية والاتصالات البريدية والإلكترونية من الأمور الخاصة لا يجوز انتهاك حرمتها).

[4] نصت المادة (٥) من قانون البريد العراقي رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٣، الى أن "سرية المراسلات البريدية مكفولة ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن ....".

.....

وهو الحال بالنسبة للمشرع الإماراتي الذي نص على هذا الحق أسوة بباقي التشريعات في دستوره لسنة 1971 من خلال نص المادة (31) [1] ، وقد أكد المشرع الأردني على هذا المبدأ في نص المادة (18) من دستوره لسنة 1952 [2] .

أما فيما يخص المشرع الفرنسي وبالرغم من عدم تعريفه للحق في سرية المراسلات والاتصالات ألا انه نص في المادة (34) من القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والملفات والحريات المدنية على إلزام الحفاظ على سرية البيانات الشخصية من المخاطر التي تمثلها المعالجة للحفاظ على امنها وعدم وصولها الى أطراف ثالثة فقد نصت المادة على انه (تفرض على الأشخاص المسؤولين عن معالجة البيانات اتخاذ جميع التدابير الضرورية لضمان سرية البيانات الشخصية وعدم كشفها لأطراف غير مخولين) [3] .

كذلك يتعامل المشرع الفرنسي معها وفق مجموعة من القوانين التي تشدد على ضرورة خصوصية حياة الأفراد والتي تشمل المراسلات والاتصالات التي تدخل بدورها ضمن مفهوم الحياة الخاصة.

---

[1] تنص المادة (31) من الدستور الاماراتي لسنة 1971 والنافذ بنفس التاريخ والمعدل وفق أخر تحديث لسنة 2023 منه على أن (حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولة وفقًا للقانون)، وفي نفس السياق ذهب المشرع الإماراتي في قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021 الى تجريم إفشاء الأسرار والاعتداء على الخصوصية سواء تم من خلال استخدم إحدى وسائل تقنية المعلومات أو عن طريق نظام معلوماتي إلكتروني، أو الشبكة المعلوماتية، من خلال الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية سواء كان من خلال استراق السمع ، أو اعتراض أو تسجيل ، أو نقل ، أو بث ، أو إفشاء محادثات ، أو اتصالات، أو مواد صوتية ،أو مرئية، أو عن طريق التقاط الصور في أماكن عامة أو خاصة أو أعداد صور الكرتونية أو نقلها ، أو نشرها ، أو نسخها ، أو الاحتفاظ بها ، ، تراجع المواد(2) و(6) و(44) من قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الإماراتي المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021.

[2] تنص المادة (18) من دستوره لسنة 1952 والمعدل لسنة 2016، على انه "تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال سرية لا تخضع للمراقبة أو الاطلاع أو التوقيف أو المصادرة إلا بأمر قضائي وفق أحكام القانون"، ما تجدر الإشارة لها أن المشرع الأردني وفر الحماية اللازمة لهذا الحق في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (17) لسنة 2023 أيضا والمعني بتقنية المعلومات والاتصالات تنظر على سبيل المثال كل من المواد (3) و (4) و (5) و (6) من هذا القانون، وكذلك هذا الحق محمي بموجب قانون البيانات الشخصية رقم (24) لسنة 2023 تنظر المادة (4) من هذا القانون

[3] المادة (34) من القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والملفات والحريات المدنية ذي الرقم (78-17 المؤرخ 6 كانون الثاني 1978 والمعدل بالقانون رقم 801 لسنة 2004 والمعدل لسنة 2016) ، والتي نصها الأصلي باللغة الفرنسية كالاتي:
(Article 34), (Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès).

.....

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الفرنسي قد ذهب في الفقرة الثالثة من المادة (3-32) من قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية الفرنسي تناولت التزام مشغلي ومقدمي خدمات الاتصالات العامة عبر الأنترنت باحترام سرية المراسلات الإلكترونية إذ نصت على انه (المعالجة الآلية للتحليل لأغراض إعلانية أو إحصائية أو لتحسين الخدمة المقدمة للمستخدم لمحتوى المراسلات عبر الإنترنت، وهوية المراسلين، وعند الاقتضاء، العنوان أو الوثائق المرفقة محظور ، ما لم يتم الحصول على موافقة صريحة من المستخدم على فترات تحددها اللوائح ، والتي لا يجوز أن تتجاوز سنة واحدة) [1] .

من الملاحظ أن المشرع صرَح في هذا النص الى توفير شروط السرية والحياد فيما يخص الرسائل المرسلة والمعلومات المتعلقة بالاتصالات من خلال تحديد مدة يستوجب الحصول فيها على موافقة صريحة من المستخدم.

اما بالنسبة لموقف الفقه، فقد عرَف البعض الحق في سرية المراسلات والاتصالات بانها " عدم جواز الكشف على محتوياتها بين الأفراد، لأنها تعد بمثابة الوعاء المادي للأفكار، فإذا قام أحد بالاطلاع عليها دون إذن أعتبر ذلك بمثابة انتهاك لحرمة للمراسلات والاتصالات وسريتها " [2] .

وعرفها البعض الأخر بانه: (الحق في البقاء على سرية مراسلات الأشخاص البريدية والبرقية والاتصالات الهاتفية وعدم إطلاع أية جهة عليها إلا وفقا للقانون) [3] ، ويقصد بالسرية أن يكون للأفراد الحق بإضفاء طابع السرية على المعلومات والبيانات والرسائل التي تكون نتاج ممارسته لحياته الخاصة، أي أن السرية هي الأساس الذي يتمحور حوله مبدا سرية المراسلات [4] .

---

[1] تنظر المادة (3-32) من قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية الفرنسي رقم (1597 لسنة 2016 والتي أصبحت سارية في 31 أذار 2017) والتي نصها الأصلي بالغة الفرنسية كالاتي:
(Article L32-3) (III. - Les I et II du présent article ne font pas' obstacle au traitement automatisé d'analyse, à des fins d'affichage, de tri ou d'acheminement des correspondances, ou de détection de contenus non sollicités ou de programmes informatiques malveillants, du contenu de la correspondance en ligne, de l'identité des correspondants ainsi que, le cas échéant, de l'intitulé ou des documents joints mentionnés aux mêmes I et II).

[2] مكيد نعيمة، بن سالم رضا، ضمانات حماية سرية المراسلات والاتصالات الهاتفية والإلكترونية على الصعيدين الدولي والوطني، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد (9) العدد (2)، 2021، ص 66.

[3] كوثر عبد الهادي محمود الجاف، التنظيم الدستوري لعلاقة الدولة بالفرد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2007، ص 54.

[4] د. علي السيد حسين أبو دياب، أضواء على حجية الرسائل في الإثبات في مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد (32)، ج (2)، 2017، ص 977.

.....

وأيضا ذهب جانب أخر الى تعريف "سرية المراسلات" بانها "عدم جواز مصادرة سرية المراسلات بين الأفراد، لما يتضمنه ذلك من اعتداء على حق ملكية الخطابات التي تتضمنها، ولما في ذلك من انتهاك لحرية الفكر" [1] .

وعليه فحرمة المراسلات حق متفرع من الحق في السرية ، وهو أن يكون للإنسان الحق بان يحافظ على أسراره الخاصة بمنأى عن وصول الأخرين وفضولهم وخاصةً اذا كانت من المسائل التي تستدعي قدرًا كبيرًا من الكتمان والتي لا يجوز الاطلاع عليها بدون موافقة صاحبها وأذنه [2] ، وقد وسع جانب من الفقه هذه السرية لتستوعب بذلك كافة المراسلات المكتوبة سواء كانت بريدية أو برقية أو هاتفية، وفسرها هذا الاتجاه بانها تلك الرسائل التي تكون مكتوبة والمرسلة من خلال وسائل الاتصالات المتطورة مثل تطبيقات التواصل الاجتماعي أو من خلال البريد الإلكتروني أو عن طريق شخص ما [3] .

وبناء على ما تقدم ورغم تباين هذه التعريفات واختلاف ألفاظها في تحديد مضمون الحق سرية المراسلات والاتصالات من حيث تضييقه أو توسيعه، فأنها تجمع على حرمة هذا الحق وعدم جواز انتهاكه.

عليه إذا كان لنا تعريف الحق في سرية المراسلات والاتصالات في نطاق وسائل التواصل الاجتماعي نستطيع القول بانه (حق الفرد في حماية جميع أنواع المراسلات والاتصالات الخاصة به المكتوبة أو الصوتية عبر وسائل التواصل الحديثة، مثل الرسائل النصية والمكالمات الهاتفية والفيديو من الاطلاع أو التجسس أو الإفشاء غير المصرح به من قبل الغير، بدون أذن مسبق أو اتفاق أو نص القانون).

ثانيا: الحق في الصورة

أما الحق في الصورة الشخصية فهي من مظاهر الحق في الخصوصية، التي تعتبر ذات صلة وثيقة بحرمة الحياة الخاصة، وهي نتاج عملية التصوير التي تعتبر من الأدلة العملية المهمة في الإثبات.

فعلى صعيد التشريعات، وبالنسبة لموقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، فلم نجد تعريفاً للحق في الصورة، الا انه حق محمي ومكرس في اغلب القوانين والأنظمة، بالنسبة لموقف المشرع العراقي نجد أن الدستور العراقي يذهب الى أن لكل فرد الحق بالتمتع بالخصوصية الشخصية، وذلك من خلال ما ذهبت اليه

---

[1] ئافان عبد العزيز رضا، مصدر سابق، ص 225.

[2] د. يونس صلاح الدين علي، المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الحق في الخصوصية في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، مجلد (16)، عدد (29-30)،2017، ص 20.

[3] كوثر عبد الهادي محمود الجاف، مصدر سابق، ص 55.

المادة (17/أولا) من الدستور العراقي [1] ، ويدخل ضمن هذه الخصوصية الحق في الصورة على اعتبار انه من العناصر المكونة للحق في الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية التي تهدف بالدرجة الأساس الى حماية كيان الأنسان الأدبي بالتالي فهي من مظاهر الحماية الشخصية [2] .

أما بالنسبة لموقف المشرع الأردني، وبالرغم من عدم تعريف المشرع لهذا الحق ألا أن الدستور الأردني قد كرس الحق في الحياة الخاصة في دستورها لسنة 1952 المعدل من خلال نص المادة (7) سالف الذكر، فقد وفر هذا النص الحماية للحريات الشخصية والحقوق والحياة الخاصة والتي يدخل ضمنها مفهومها الحق في الصورة، لكن وبالرغم من أن المشرع لم ينص على الحق في الصورة بشكل صريح في قانون معين، ولكن يمكن القول إن الحق في الصورة محمي بشكل غير مباشر من خلال القوانين التي تعنى بالخصوصية والبيانات الشخصية، منها قانون حماية البيانات الشخصية رقم (24) لسنة 2023 [3] .

وبالنسبة للمشرع الإماراتي فقد ذهب في المادة (26) من الدستور على أن الحريات الشخصية مكفولة والتي يدخل في مفهومها الحق في الصورة، وبالرغم من أن المشرع الإماراتي هو الأخر لم ينص بصورة صريحة على الحق في الصورة ألا انه يتعامل معها ضمن قانون حماية البيانات الشخصية المرسوم بقانون اتحادي رقم (45) لسنة 2021، حيث يمنح الأفراد الحق في السيطرة على كيفية استخدام صورهم وحمايتها من الاستخدام غير القانوني [4] .

---

[1] وان المشرع العراقي نص على الحماية الجزائية للحق في الصورة وذلك في قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 من خلال نص المادة (438) (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: 1- من نشر بإحدى طرق العلانية أخبارا أو صورا أو تعليمات تتصل بإسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم).

[2] د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية–القاهرة، بدون رقم الطبعة 2010، ص 247.

[3] وأيضا المشرع الأردني وفر الحماية الجنائية لهذا الحق بشكل صريح في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (17) لسنة 2023، تنظر المادة (20) من هذا القانون.

[4] ولقد كرس المشرع الإماراتي هذا الحق في الفقرة الخامسة من المادة (44) من قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021.

.....

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فلم ينص على الحق في الصورة بشكل صريح، ألا أن المشرع الفرنسي كرس هذا الحق من خلال نص المادة (9) من القانون المدني بنصه (لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة...) [1] .

بالنسبة لتعريف الحق في الصورة الشخصية فقهاً، فقد تباينت التعريفات في خصوصها، فذهب جانب من الفقه الى تبني المفهوم الواسع لها فتم تعريفه بانه (حق الأنسان في عدم التقاط الصورة له دون موافقته) بالشكل الذي توفر لصاحبها إمكانية رفض بث الصورة أو نشرها أو استغلالها من غير رضاه أو أذن مسبق منه والاعتراض على أي مساس بصورته من خلال استغلالها دعائيا أو إعلانيا أو تحريفها أو تغيير ملامحها بوسائل الإنتاج [2] .

ويذهب جانب أخر في هذا النطاق الى تعريف الحق في الصورة الشخصية بانه (حق الشخص في الاعتراض على تصويره دون اذنه كما انه لا يجوز نشر صورته دون اذنه) [3] .

ويذهب البعض الى تعريف الحق في الصورة بشكل أكثر دقة فتم تعريفه بانه (صلاحية الشخص للاستئثار بمنع غيره من أن يقوم بنشر صورته دون الحصول على إذن منه؛ وذلك باستخدام أي وسيلة تم بها نشر الصورة؛ وما يترتب على ذلك من حقه في الاعتراض على نشر الصورة) [4] .

ومن التعاريف التي وردت في هذا الحق أيضاً بانه (حق الأنسان في أن يعترض على إنتاج صورته أو نشرها بدون رضائه، يستوي في ذلك إنتاج الصورة بالطرق التقليدية، كالرسم بأنواعه على الورق أو القماش، أو بالوسائل الميكانيكية أو التكنولوجية) [5] .

أن الصورة تتميز بمجموعة من المميزات أهمها أنها تعتبر أدلة معنوية تتمثل في ذبذبات كهربائية داخل الوسيط التقني الذي يترجمها بشكل مرئي، كما أن طبيعتها الديناميكية فائقة السرعة عبر شبكات الاتصال

---

[1] المادة (9) من القانون المدني الفرنسي، ونصها باللغة الفرنسية كالاتي:
Code civil, (Article 9), (Chacun a droit au respect de sa vie privée).

[2] د. هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق ص 362.

[3] د. ماروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، المجلد (4)، العدد (7)، 2003، ص 111-112.

[4] د. محمد احمد المعداوي، حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد (33)، العدد (4)، 2018، ص 2006.

[5] د. احمد محمد عطية، جوهر الحق في الصورة (مشاكل الحاضر وتحديات الغد) دراسة مقارنة ، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (43)، العدد (43)، 2020، ص 205.

.....

العابرة لحدود الزمان والمكان يجعلها من الأدلة الفنية العلمية التي تتشكل في بيانات غير ملموسة تستمد قيمتها من أراء واستنتاجات علمية من خلال الاستعانة بأجهزة ومعدات تقنية [1] .

يتضح مما سبق وعلى الرغم من تباين هذه التعريفات واختلاف الفظها في تحديد مضمون الحق في الصورة من حيث تضييقه أو توسيعه، فأنها تجمع على أنّ هذا الحق يخول صاحبه الاعتراض ومنع نشر صورته من غير موافقته مهما كانت الوسيلة المستخدمة للنشر سواء بطريقة تقليدية أو من خلال "وسائل التواصل الاجتماعي".

عليه إذا كان لنا تعريف الحق في الصورة في نطاق وسائل التواصل الاجتماعي نستطيع القول بانه هو (حق الفرد في السيطرة على كيفية التقاط، استخدام، ونشر صوره الشخصية عبر "وسائل التواصل الاجتماعي"، بما يضمن حماية خصوصيته وسمعته، ويمنحه الحق في الموافقة المسبقة على أي تداول أو مشاركة لصوره، مع إمكانية اتخاذ إجراءات قانونية في حال انتهاك هذا الحق).

أما بالنسبة لتعريف الحق في الصورة على المستوى التشريعي وبعد بحثنا في ثنايا التشريعات والقوانين العراقية ومثلها محل المقارنة فلم نجد تعريفا للحق في الصورة ألا انه حق محمي ومعترف به كجزء من حقوق الحياة وتعالجها التشريعات وفق أنظمة قانونية متعددة.

---

[1] بلكرم أميمة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي–تبسة 2022، ص 45–46.

.....

المبحث الثاني

إشكالية حقي الإثبات والخصوصية في وسائل التواصل الاجتماعي

ظهور صور عديدة لحق الخصوصية واستخدامها في وسائل التواصل الاجتماعي كان له الأثر الواضح على قواعد الإثبات المدني، ففي نطاق الإثبات يمكن أن تُنتهك حرمة المراسلات بين الأفراد باستغلال أحدهم بالكشف عن محتوى الرسائل المرسلة والإستناد عليها كدليل للإثبات لمصلحته مما يثير التساؤلات حول مدى أثر وسائل التواصل الإجتماعي على مبدأ الحق في الإثبات في ظل ظهور طرقٌ جديدة في الإثبات لم يتعرض لها المشرع واهمها المراسلات والمحادثات والصور؟ ومدى مشروعية هذا الأدلة في الإثبات ومدى تعارضها مع مبدأ حرمة المراسلات والاتصالات الخاصة والحق في الصورة؟ وهل هنالك استثناءات تحد هذه المبادئ في الإثبات المدني؟، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم مبدا الحق في الإثبات

يقصد بالحق في الإثبات "تمكين المُدعي من أثبات الوقائع التي يدعيها بالطرق المحددة قانونا، والسماح له بالحصول من خصمه أو حتى من الغير على أدلة الإثبات التي تنقصه" [1] ، أو بمعنى أخر أن الإثبات يعتبر حق للخصوم، وأية ذلك عندما يفرض الإثبات على المدعي ويكون عبئً عليه بتقديم ما يسند ادعائه ففي نفس الوقت هو حق له فلا يستطيع القاضي حرمانه من هذا الحق ، فعندما تتوفر في الواقعة محل عبئ الإثبات، شروط إثباتها فان الأمر ينشئ للمدعي الحق في إقامة الدليل لإثبات هذه الواقعة للوصول الى الأثر القانوني الذي يبتغيه ، وللخصم الأخر الحق في إثبات عكس الواقعة وحتى استبعادها ونفيها عند انتفاء شرطها كمحل للأثبات ، وفي الحالتين على القاضي أن يمكن الخصم من استعمال حقه في الإثبات سواء

[1] د. محمد المرسي زهرة، أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي رقم (10) لسنة 1992 م في المعاملات المدنية والتجارية، مطبوعات العين جامعة الأمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2005، ص 22.

.....

كان سلباً أو إيجاباً، فنطاق السجال بين حق الخصوم في الإثبات يتسع ليتضمن كافة الوسائل المتاحة للوصول الى الأثر القانوني [1] .

وبالنسبة لموقف التشريعات من هذا المبدأ ومظاهره فقد أتت بتطبيقات له جاءت متناثرة في ثناياها منها ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (80) من قانون الإثبات العراقي بالقول " إذا أحضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه، يجوز لخصمه أن يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى" [2] ، ونفس الحكم نجده في المادة (31) من قانون البينات الأردني [3] ، تقابلها المادة (72) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي [4] .

وكذلك من تطبيقات هذا الحق ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية من خلال نص المادة (200) من الفصل الرابع من قسم الشهادات من هذا القانون التي نصت على انه "يتم تقديم الشهادات من قبل الأطراف لدعم دعواهم أو بناء على طلب القاضي" [5] .

ويعتبر هذا المبدأ أحد مظاهر الدور الإيجابي لمبدأ حياد القاضي فالدعوى ملك للخصوم وهو حَقٌّ خالصٌ لهم ، ومما يؤكد إحترام حق الإثبات وحق النفي بالنسبة للخصوم ، ما يوجبه القانون من اتخاذ إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم، وتمكينهم من مناقشة وتفنيد الأدلة المقدمة في الدعوى، وهذا ما يُعرف " بمبدأ المجابهة بالدليل " ، حيث تجب مباشرة إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم بعضهم البعض، بحيث

---

[1] د. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1995، ص 22.

[2] المادة (80) من قانون الإثبات العراقي ذي الرقم (107) لسنة (1979) المعدل، ومن الجدير بالذكر نجد تطبيقات مبدا المواجهة بالأدلة أيضا في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل منها ماورد في المادة (157) من هذا القانون.

[3] تنص المادة (31) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 المعدل بموجب القانون رقم (22) لسنة 2017 " الإجازة لاحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود تقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في دفعها بهذا الطريق"

[4] تنص المادة (72) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 " إذا أذنت المحكمة أو القاضي المشرف بحسب الأحوال، لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود، كان للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق".

[5] تنظر المادة (200) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (1123 لسنة 1975 المعدل بالمرسوم رقم 1319، 2023) ، والتي نصها الأصلي باللغة الفرنسية كالاتي:

Article 200, (Les attestations sont produites par les parties ou à la demande du juge).

يجب أن يحاط الخصم علماً بأدلة خصمه ليتمكن من مناقشتها والرد عليها، وهو ما يمكن القاضي من تكوين عقيدته، وذلك استجلاء للحقيقة وإقامة للعدالة [1] .

وعليه فان مبدا المجابهة بالأدلة يعد من اهم مظاهر الحق في الإثبات، بل يذهب البعض الى القول بان مبدأ المجابهة بالأدلة هو الوجه الأخر للحق في الإثبات [2] ، ويستلزم وجوب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم بالشكل الذي يتيح لهم الوقوف على فحواها ومعرفتها سواء من خلال أجرائها في حضورهم أو عن طريق إعلانها لهم ليتسنى لهم مناقشتها والاطلاع عليها، ويعد هذا المبدأ من اهم المبادئ في العمل القضائي من حيث تمكينه حق الخصوم في المواجهة، وما يؤكد أهميته عدم جواز الحكم على الخصم بغير سماع دفعه ودفاعه عن نفسه [3] .

ومن تطبيقات هذا المبدأ في القضاء فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها " إذا رافقت أنشاء الدليل الكتابي غش وتدليس فيجوز للخصم أن يثبت خلاف هذا الدليل بكافة وسائل الإثبات بما فيها الشهادات والقرائن القضائية" [4] .

وفي قرار أخر ذهبت المحكمة الى انه "وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن المحكمة لم تستجب لطلب المدعي عليهما لانتخاب ثلاثة خبراء لتقدير التعويض للمغالاة في تقديره من قبل الخبير الواحد، ولم تحقق في دفع المدعى عليه الأول بأن مدة توقف السيارة عن العمل لأغراض التصليح هي 15 يوم حسب الطلب المقدم من قبل المدعي وليس 60 يوم كما ورد في تقدير الخبير فيكون الحكم المميز قد صدر مخالف للقانون فقرر نقضه" [5] ، وقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها الاستئنافية في حق

---

[1] ينظر: د. محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري، دار الجامعة الجديدة ،2004، ص 48-50.

[2] د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1986، ص 17.

[3] د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، تيماء محمود فوزي الصراف، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة الموصل كلية الحقوق، 2019، ص 53.

[4] رقم القرار 196/م2/972 أشار له القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المكتبة القانونية –بغداد، مركز البحوث القانونية–وزارة العدل، مطبعة العمال المركزية، ص 16.

[5] رقم القرار 1715/ م3/ 2000 في 30/ 10/ 2000 (غير منشور). أشار اليه د. سجى عمر شعبان، دور الخصوم في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر ،2012، ص 57.

.....

الخصم في الإثبات بشهادة الشهود في قرار لها حيث جاء فيه: "وكان على المحكمة فسح المجال له بتقديم شهوده كونه قد حدد المبلغ المطلوب" [1] .

وفي قرار أخر ذهبت فيه محكمة التمييز الاتحادية انه "إذا احضر أحد الخصمين شهوداً لأثبات دعواه جاز لخصمه أن يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى وتقوم المحكمة بترجيح احدى البينتين وتمنح من تعتبره عاجزاً عن أثبات دعواه أو دفعه اليمين الحاسمة" [2] .

وكما يُعد الإثبات حقاً للخصوم فهو أيضاً واجبٌ عليهم لما يقتضيهِ الأمر أن يُقيم الخصم الدليل على ادعاءاته والا عد خاسرا لها، وذلك بتقديم الدليل الى المحكمة بما يراه سندا لدعواه، ويستتبعه حق الخصم الأخر بتفنيد هذا الدليل ونقضه وأثبات عكس ما يدعيه خصمه، ولا يكون أثبات الخصم لما يدعيه ألا بالمسار الذي حدده القانون [3] .

وهذا ما نصت عليه المادة (7) الفقرة اولاً من قانون الإثبات العراقي النافذ بانه "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " ، ويقابل ذلك المادة (2) قانون البينات الأردني [4] ، وتقابلها المادة (1/ف1) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية [5] ، تقابلها المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي [6] ، وفي

---

[1] رقم القرار 499/ب/99 في 1999/11/11 (غير منشور) أشار اليه د. سجى عمر شعبان، المصدر نفسه، ص 58.

[2] محكمة التمييز الاتحادية، أثبات، 2631/سماع بينة /2008، 2008/11/10، متوفر على موقع مجلس القضاء الأعلى، عبر الرابط الإلكتروني الاتي:

https://www.sjc.iq/qview.933/

تاريخ الزيارة: 2024/10/5، هامش رقم (5).

[3] د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص 17.

[4] تنص المادة (2) قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 المعدل بموجب القانون رقم (22) لسنة 2017، على أن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

[5] تنص المادة (1/ف1) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 منها على انه (على المدعي أن يثبت ما يدعيه من حق، وللمدعى عليه نفيه).

[6] تنص المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي التي عدلت بموجب الأمر رقم (2016–131 المؤرخ 10 شباط 2016 المادة 4) على أن (يجب على كل من يدعي تنفيذ التزام أن يثبت ذلك. وعلى العكس من ذلك يجب على الشخص الذي يدعي أنه تم إبراء ذمته أن يبرر الدفع أو الحقيقة التي أدت إلى سقوط التزامه)، ونصها باللغة الفرنسية كالاتي:
(Article1353),(Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation).

.....

ذات المعنى ذهبت المادة (9) من قانون الإجراءات المدينة حيث نصت على انه (يقع على كل طرف عبء إثبات الوقائع الضرورية لدعم ادعاءاته وفقاً للقانون [1] .

وفي هذا السياق قد يثار تساؤل حول الأساس القانوني للحق في الإثبات والحقوق المتفرعة عنه وأثره على الخصوم، ففي تحديد الأساس القانوني لهذا الحق، ذهب جانب من الفقه الى انه حق ملازم لعبء الإثبات ونتيجة طبيعية له فمن يقع عليه عبء الإثبات لا بد أن يكون لديه ما يساعده من وسائل للنهوض بهذا العبء، أي لا بد أن يوفر القانون الوسائل اللازمة الكافية للقيام بهذا الالتزام عند القاءه على عاتق شخص معين ، ألا أن هذا الراي لم يسلم من النقد ، الى جانب الانتقادات الموجهة لفكرة عبء الإثبات نفسها ، فالأخذ بهذا التبرير سيؤدي الأمر الى قصر حق الإثبات على المدعي من غير المدعى عليه وهي نتيجة يصعب التسليم لها لما يتمتع به خصم المدعي من دور إيجابي في الإثبات وضرورة تمكنيه من أثبات ما يدعيه بنص القانون ، وبرغم ذلك أن الراي الغالب أن الحق في الإثبات يبدو كضمان ملازم وملاصق بكل حق فهو مستفاد منه بطريق التلازم من النصوص القانونية المقرة للحقوق الموضوعية لأصحابها فان فاعلية كل حق تتوقف بالضرورة على مكنة إثباته عند التنازع عليه [2] .

وبناء على ما تقدم وفي ظل غياب نصا عاما يكرس مبدا الحق في الإثبات والمجابهة بالأدلة ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون الإثبات وإضافة نص يعالج مسالة مجابهة الأدلة بين الخصوم وعدم الاكتفاء بالنص الخاص بالشهادة وذلك ضمن القواعد العامة وبما يستوعب جميع أدلة الإثبات، وخاصة ما يستجد من مخرجات وسائل التواصل الحديثة، فاذا كان لنا اقتراح نص فيكون كالاتي: (إذا قدم أحد الخصمين دليلا لإثبات دعواه جاز لخصمه أن يقدم دليلا لنفي هذا الادعاء).

---

[1] تنظر المادة (9) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي نصها الأصلي باللغة الفرنسية كالاتي:
Article 9, (Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa pretention).

[2] ينظر: د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص 28

.....

المطلب الثاني

نطاق الحق في الإثبات ومبدأ حرمة سرية المراسلات والاتصالات

أن حق الخصوم في الإثبات ليس مطلقا، وإنما ترد عليه قيود وحدود يتحدد بها، أولها أن الخصوم يتقيدون بالطرق المحددة قانونا لأثبات دعواهم، بالإضافة الى أن هذا الحق يتقيد بالإجراءات والأوضاع التي يرسمها القانون من اجل تقديم الدليل وان يكون قد تحصل عليه بوسيلة مشروعة، كذلك من هذه القيود السلطة تقديرية لدى قاضي الموضوع في تقدير الأدلة وما يتمتع به من سلطة إيجابية في إجراءات الإثبات [1] ، فحق الخصم في الإثبات يكون عائداً إلى السلطة التقديرية للمحكمة فإذا رأت من الضروري منح الخصم الحق في الإثبات فلها أن تمنحه إياه فإذا لم يكن له وسيلة أخرى لإثبات ما يدعيه فيجب على المحكمة إجابة طلبه وإلا كان حكمها قابلاً للنقض أو لها أن ترفض منح حق الخصم في إثبات مالا يفيد إثباته في الدعوى ولكن يجب أن يكون رفض المحكمة بأسباب مشروعة ومقنعة [2] .

وبالرجوع الى التشريعات المنظمة للإثبات فلم تأت بنص عام يحدد نطاق الحق في الإثبات ومبدا السرية بل جاءت بنصوص متناثرة ، فعلى صعيد قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) المعدل جاء ليؤكد على عدم جواز إفشاء احد الزوجين بدون رضى الزوج الأخر ما يحدث من وقائع أثناء قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد انتهائها، إذ نصت المادة (87) من قانون الإثبات العراقي بانه "لا يجوز لاحد الزوجين أن يفشي بغير رضى الأخر ما ابلغه اليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها" [3] ، أي أن الحظر يستمر ولو بعد حل الرابطة الزوجية وذلك حفاظا على حرمة خصوصية الطرفين وعدم المساس بكرامة احدهما في ظل هذه المادة ممكن خرق السرية وإفشائها اذا رضي الأخر وفي وسائل التواصل الاجتماعي بات معلوما أن المرسل يعلم مسبقا بتخزين الرسالة أو البصمة الصوتية مما يفترض معه الرضا والموافقة.

وهو نفس النهج الذي اتخذه المشرع الأردني، فقد نص في قانون البينات وتحديدا المادة (39) على انه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضى الآخر ما أبلغه اليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصامها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهم بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر"

---

[1] د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 23-24.

[2] د. سجى عمر شعبان، مصدر سابق، ص 58-59.

[3] نصت المادة (87) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) المعدل.

.....

[1] ، ألا أن المشرع الأردني وضع استثناءً وهو حالة رفع أحدهما دعوى ضد الأخر، عكس المشرع العراقي الذي أتى بنص مطلق وصريح وهو أثناء قيام الرابطة الزوجية أو حتى بعد حلها وجعل المعيار وجود الرضى أو انتفاءه.

ونفس المبدأ نجه في قانون المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي حيث نصت المادة (71) منه على انه (لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ولو بعد افتراقهما) [2] بل أن المشرع الإماراتي انفرد بوضع استثناءات من سرية الرسائل وخاصة في نطاق المراسلات التجارية ، ذلك في نص المادة (35) من قانون الإثبات أن (للخصم في الدعاوى التجارية أن يطلب من خصمه تقديم محرر ذي صلة بالدعوى أو الاطلاع عليه، وتأمر المحكمة بذلك وفق الضوابط الآتية: .....(ج) ألا يكون من شأن الاطلاع عليه انتهاك أي حق في السر التجاري أو أي حقوق متصلة به، ما لم تر المحكمة خلاف ذلك بقرار مسبب)، كما هو واضح أن المشرع جعل الأصل هو عدم كشف المراسلات التي تتضمن أسرار تجارية أو حقوق خاصة بالتاجر، رغم الحماية المبدئية للأسرار التجارية في هذه الفقرة، ألا انه يمكن للمحكمة أن تقرر استثناءً خلاف ذلك إذا رأت أن الإفصاح ضروري لتحقيق العدالة في القضية، وذلك وفق السلطة التقديرية الممنوحة لمحكمة الموضوع.

وبناءً على ما تقدم وبالنظر لطبيعة وسائل التواصل الإجتماعي نجد أن الرسائل التي يتم أرسالها عبر تطبيقات التواصل مثل واتساب وتليجرام وماسنجر تثير العديد من التساؤلات حول خصوصية المعلومات ومدى سريتها التي يتم أرسالها واستغلالها كدليل في القضاء، فاذا احتوت الرسالة المرسلة عبر واتساب أو تيليجرام أو ماسنجر أي معلومات أو أسرارًا خاصة وصورا فهل يحق للمرسل اليه الاحتجاج بها أمام القضاء كدليل؟ وما هو المعيار الذي يبرر من خلالها استخدام هذه الرسائل كأدلة قانونية رغم تضمنها معلومات سرية؟ وهل أن احتواءها على سر يمنع بصورة مطلقة تقديمها الى القضاء؟ ومدى إمكانية تطبيق مبدا الحق في الإثبات والمجابهة بالأدلة بين الخصوم في نطاق الإثبات عبر وسائل التواصل الاجتماعي؟ أي هل في استخدام الحق في الإثبات بها يعد خرقا لمبدأ السرية ويعد الخصم متعسفا في استخدام حقه في الإثبات؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات لابد أولا من التطرق الى الأساس الذي يستند له "الحق في سرية المراسلات والاتصالات" والصور أي الطبيعة القانونية له، فبالنسبة الى الحق في سرية المراسلات أثارت خلافاً بين فقهاء القانون، مما أدى الى انقسامهم الى فريقين: ذهب جانب الى اعتبارها من قبيل الحقوق العينية ويقع

---

[1] المادة (39) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 المعدل بموجب القانون رقم (22) لسنة 2017.

[2] المادة (71) من قانون المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022.

.....

ضمن حقوق الملكية، فيما ذهب الفريق الأخر الى اعتبارها من قبيل الحقوق الشخصية التي تكون لصيقة بالشخص.

من ابرز انصار الاتجاه المنادي باعتبار "الحق في سرية المراسلات والمحادثات الخاصة" بانه يدخل ضمن مفهوم حقوق الملكية الفقيه الفرنسي **(Edelman)** فقد أسس رأيه على فكرة المراسلات والمحادثات جزء من كيان الشخص على اعتبارها معبرة عن أراءه وأفكاره وان الشخص يمتلك الحق في ملكيتها بالتالي هو مالك لها مما يعطيه الأمر الحق في الاستغلال والاستعمال والتصرف ، بالإضافة أنها تسري عليها ما يسري على حقوق الملكية من أحكام منها عدم جواز نشرها من غير أذن أو التنازل عنها بمقابل، وان المراسلات والمحادثات الصوتية تخضع لأحكام ما تخضع له حقوق الملكية [1] .

اما الاتجاه الثاني ومنه غالبية الفقه الفرنسي الحديث الذي يرى أن هذا الحق شبيه بالحقوق الشخصية التي تكون لصيقة بشخص الأنسان مثل الحق في الخصوصية والسمعة والاسم والاعتبار، والحق الشخصي يشمل كل ما يرتبط بكيان الأنسان الشخصي وأبرزها الحق في سرية المراسلات والاتصالات، مما يمنح لصاحبه بان ينفرد بحق الاستئثار به دون أن يطلع عليه أحد ألا بأذنه مما يرتب على الغير احترام هذا الحق كذلك إمكانية دفع الاعتداء الذي قد يقع عليه ومراجعة القضاء لوقف هذا الاعتداء [2] .

ونؤيد الاتجاه الذي ذهب الى عدم اعتبار الحق في السرية من قبيل حقوق الملكية بالرغم من أهميته، لان الخصائص التي يتميز بها لا تتلاءم مع حق الملكية بالإضافة الى اختلاف طبيعتهما عن بعض، فكما هو معلوم بان أي حق عيني يتطلب وجوده عنصرين أساسيين هما موضوع الحق وشخص يمارس سلطته المباشرة على هذا الحق، فاذا ما اتحد هذين العنصرين تصبح من الاستحالة التحكم وممارسة السلطة على هذا الحق ، ولا يمكن اعتبار الحق في الخصوصية ألا أنها حق شخصي يرتبط بوجود الأنسان وكيانه لما له من ميزات توفر لصاحبه حماية المصلحة الأدبية بالإضافة الى الزام الجميع بعدم التدخل في هذا الحق باعتباره من الحقوق اللصيقة بشخصه وكذلك إمكانية اللجوء الى القضاء ومنع الاعتداء الواقع على هذا الحق وإيقافه.

---

[1] د. جواد كاظم سمسيم، زينب محمود شاكر، الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية ونطاقه، مجلة الكوفة للعلوم، جامعة الكوفة، العدد (1/50) 2021، ص 81.

[2] سلامة فضل الشامي، جرائم الاعتداء على الحق في الخصوصية في ضوء التطور التكنلوجي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الأقصى، 2018، ص 35.

.....

وبالرجوع الى القواعد العامة، فان وصول الرسالة الى المرسل اليه ، من الممكن أن تأخذ حكم هبة المنقول التي لا تتم ألا بالقبض وتصبح ملكه باعتبارها وصلت من هاتف المرسل الى المرسل اليه ، ألا أن الأمر مقيد بعدم إفشاء ما تتضمنه من أسرار، وعليه يكون للمرسل اليه حق الاحتجاج بها على مرسلها أمام القضاء متى ما كانت له مصلحة في ذلك مثل أن يكون هنالك إقرار بدين على ذمته أو إقرار كلي أو جزئي بالوفاء أو بوجود مال في حيازته تعود للمرسل اليه ففي هذه الأحول تكون للمرسل اليه مصلحة مشروعة للاحتجاج بها أمام القضاء وهذا الاحتجاج لا يكون مقيدا ألا في حالة إحتوائها على أمور سرية خاصة تمس الُمرسل على اعتبار الأسرار الخاصة من المسائل الشخصية التي تفرض على الغير احترامها [1] .

وقد ذهب جانب من الفقه [2] الى جواز تمسك المرسل اليه بالرسالة حتى لو احتوت على أمور سرية طالما له مصحة مشروعة وان الأخذ بعدم جواز تقديمها الى القضاء لاحتوائها على سر يجعل الاحتجاج بيد المرسل فقط مما يؤدي الى هدر حق المرسل اليه بالتمسك بدليل مشروع، ومن اجل التوفيق بين مصلحة الإثبات وحرمة سرية المراسلات هو وجوب إنذار المرسل من قبل المرسل اليه عند رغبته بالاعتماد على الرسالة التي تتضمن مسائل سرية كدليل في الإثبات في حال لم ييسر له المرسل سبيلا أخر له غير الرسالة ، ولذلك قيل أن في ذلك توفيق بين مصلحة المرسل بعدم إفشاء ما يتعلق بأسراره الخاصة ، وبين مصلحة المرسل اليه في عدم حرمانه من احدى وسائل الإثبات.

وما تجدر الإشارة له، أن الرسالة السرية هي التي لا تعد لان تذاع، ولا توجد قاعدة عامة لتحديد صفة السرية فالبحث عن كون الرسالة سرية أم لا هي مسألة من مسائل الواقع بالتالي يتم خضوعها لسلطة القاضي التقديرية ويتم استخلاصها في كل قضية على حدة وما تحيط بها من ظروف تستخلص ذلك من مضمون الرسالة ومحتواها على حدة لتقرير سريتها من عدمه [3] .

بالإضافة الى ذلك أن "المستندات الإلكترونية" لا بد أن تحاط بالسرية اللازمة والكافية من اجل عدم إشاعة وإذاعة ما تحتويها من معلومات قد تكون سرية ومهمة ، وهذا ما فعله المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني الذي اعطى الحق في الإثبات الإلكتروني ووازنه مع الحق في السرية وذلك بالنص في

---

[1] حسين المؤمن، الرسائل بين حق الإثبات وحرمة الأسرار، مجلة القضاء العراقية، المجلد (28) العدد (2)، 1973، ص 61-62.

[2] حسين المؤمن، المصدر أعلاه، ص 63.

[3] حسين المؤمن، المصدر نفسه، ص 63-64.، د. سجى عمر شعبان، مصدر سابق، ص 224.

.....

المادة (12) على انه "ثانيا: مع مراعاة أحكام البند (أولا) من هذه المادة تكون بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائل الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى جهة التصديق سرية ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اطلع عليها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله" [1] .

ومن تطبيقات هذا الحق ما ذهبت محكمة النقض في فرنسا من خلال نقض قرار لمحكمة الاستئناف في مسالة تتعلق بالميراث وحول رسالة تقدمت بها زوجة المتوفى على أساس أن تقديمها ينتهك خصوصية الحياة الخاصة وسرية مراسلاته، وانه كان يجب على محكمة الموضوع، كما تقول الغرفة المدنية الأولى البحث فيما إذا كانت الأدلة المتنازع عليها ضرورية لممارسة حق الشخص في الإثبات، ومدى تناسبها مع المصالح المتعارضة ، وكانت هذه هي المرة الأولى التي تعترف فيها محكمة النقض بحق أحد الأطراف في تقديم دليل، حتى وإن كان تقديم هذا الدليل يمس بالحق في احترام الحياة الخاصة [2] .

وأكد القضاء الفرنسي في قرار أخر لمحكمة النقض أن الحق في الإثبات لا يمكن أن يبرر تقديم أدلة تنتهك "الخصوصية إلا بشرط أن يكون هذا التقديم ضرورياً لممارسة هذا الحق وأن يكون الانتهاك متناسباً مع الهدف المنشود" [3] .

وفي قرار جديد صادر عن محكمة النقض الفرنسية حول قبول الأدلة التي تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة، فقد أصدرت محكمة النقض قرارًا هامًا أعاد تشكيل قواعد قبول الأدلة في المحاكم المدنية، كان هذا القرار محور نقاش طويل حول إمكانية قبول الأدلة التي يتحصل عليها بطرق غير نزيهة ومشروعة، وهي مسألة أثارت اهتمامًا واسعًا في الأوساط القانونية، ، حيث تتمحور القضية حول اطلاع صاحب العمل على محادثة من حساب فيسبوك لأحد الموظفين، بعدما ترك الحساب مفتوحًا على جهاز العمل والمحادثة تضمنت

---

[1] المادة (12) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012.

[2] (كاس. المدنية الأولى. 5 نيسان 2012)، القرار منشور على الجريدة الرسمية الفرنسية (Journal official– Legifrance)، متوفر على شبكة الأنترنت على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025662234/

تاريخ الزيارة 2024/9/26، هامش رقم (2).

[3] (محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، 25 شباط 2016، رقم 15–12.403) القرار مشار اليه لدى أوريليان بامدي، الحق في الإثبات، مقال منشور على موقع (LE DROIT DANS TOUS SES ETATS)، تاريخ نشر المقال 2 تموز 2023، متوفر على شبكة الأنترنت عبر الرابط الإلكتروني الاتي:

https://aurelienbamde.com/2023/07/02/le-droit-a-la-preuve-regime/

تاريخ الزيارة: 2024/9/7، هامش (3).

تصريحات مهينة ضد زميل، وهي انه تمت ترقية زميله بسبب توجهاته الجنسية المفترضة، ولقد قررت المحكمة أن هذه الأدلة لا يمكن أن تُستخدم كسبب للطرد لأن المحادثة كانت جزءًا من الحياة الشخصية للموظف، وهنا بدأت المحكمة تعيد النظر في مواقفها السابق بشأن قبول الأدلة لتي يتم الحصول عليها بطرق غير مشروعة ، ففي السابق كانت محكمة النقض الفرنسية ترفض استخدام الأدلة المتحصلة بطرق غير عادلة في المحاكم المدنية على سبيل المثال كانت تعتبر التسجيل السري لمكالمة هاتفية بدون علم الطرف الآخر غير مقبول كدليل في المحكمة وهذا ما يعرف بـ "مبدأ النزاهة في جمع الأدلة"، الذي كان يتطلب أن تكون الأدلة المقدمة في المحكمة قد تم جمعها بطرق أخلاقية وشفافة [1] .

لكن محكمة النقض رأت في قرارها الجديد أن التمسك الصارم بمبدأ النزاهة قد يقف عائقًا أمام تحقيق العدالة، ففي بعض الحالات، قد تكون الأدلة المتحصلة بطرق غير عادلة هي السبيل الوحيد لكشف الحقيقة وإثباتها، ومن هذا المنطلق، قررت المحكمة أن مبدأ النزاهة لا ينبغي أن يكون مطلقًا، بل يجب موازنته مع الحق في الإثبات، ، كما المحكمة أكدت أن هذا المبدأ ليس مطلقًا في المسائل المدنية، ويجب أن يتم تقييم كل حالة على حدة، فإذا كانت الأدلة غير المشروعة ضرورية لتحقيق العدالة، ويمكن أن تساهم في كشف الحقيقة، فقد يتم قبولها بشرط أن تكون الأضرار الناجمة عن هذا القبول متناسبة مع الهدف، وقد وضعت المحكمة في هذا القرار الحق في الإثبات في مركز التوازن مع الحقوق الأخرى، مثل حق الخصوصية، ففي بعض الحالات يمكن أن يتفوق الحق في تقديم الأدلة حتى لو تم الوصول لها بطريق غير مشروع، لكن بشرط أن تكون هذه الأدلة فعالة ومنتجة لتحقيق العدالة، وأن يكون انتهاك حقوق الطرف الآخر متناسبًا مع المصلحة المراد تحقيقها، وان هذا القرار لا يقتصر فقط على القانون المدني، بل يمتد تأثيره إلى مجالات أخرى مثل قانون العمل والقانون التجاري والإداري، وعلى سبيل المثال، في السابق كان يُمنع أصحاب العمل من استخدام تسجيلات صوتية أو فيديوية تم استخدامها بدون علم الموظفين كأدلة في النزاعات، الآن، قد

---

[1] (محكمة النقض – الجلسة العامة 22 كانون الأول 2023 / رقم 21–11.330)، مشار له لدى فريديريك غيومارد، الحق في الإثبات، مقابل الحق في الأدلة العادلة، مقال منشور على موقع، (Dalloz Étudiant)، تاريخ نشر المقال 18 كانون الثاني 2024، متوفر على الرابط التالي:

https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/droit-a-la-preuve-vsdroitalaloyautedespreuves/h/1ffc9bcc1bfce3b7e102e8ea67d5e374.html

تاريخ الزيارة 2024/9/11، هامش رقم (1).

.....

يتم قبول مثل هذه الأدلة إذا كانت ضرورية لحل النزاع أو لتحقيق العدالة [1] ، يتبين من هذا الاجتهاد القضائي الفرنسي أن هنالك شرطين عامين لممارسة الحق في الإثبات لإعطاء الأولوية لهذا الحق عند تعارضه مع الحق في الخصوصية، وهو شرط الضرورة، أي يجب أن تكون الأدلة المتنازع عليها ضرورية لممارسة حق الشخص في الإثبات، وتكون الوسيلة الوحيدة المتاحة للمدعي لإثبات ادعاءاته، وشرط التناسب، أي يجب أن تكون الانتهاكات الناتجة عن تقديم الدليل متناسبة مع الهدف المنشود، ويجب على القاضي التأكد من أن الانتهاك ليس مفرطاً مقارنة بالمصلحة التي يجب حمايتها [2] .

أما فيما يخص الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية، فلقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لهذا الحق، مما ثار جدل فقهياً حول ما إذا كان الحق في الصورة يدخل في إطار الحياة الخاصة من عدمه وهل هي جزء منه أم لا.

فقد ذهب راي من الفقه [3] الى أن الصورة من قبيل الحق في الحياة الخاصة لما تبرزه من ملامح وتراسيم الشخص وارتباطها بحياته اليومية، فهي تعد عنصراً ومظهراً من مظاهر الحياة الخاصة وجزءاً منها، وان الاعتداء على صورة الشخص هي اعتداءٌ على احدى مقومات خصوصيته، ويذهب هذا الجانب من الفقه [4] بانه عنصر وصورة من صور الحياة الخاصة شأنها شان الحياة العاطفية والزوجية والمراسلات الخاصة، وان احترام الحياة الخاصة ترتبط بصاحب الصورة بشكل وثيق بما يعكس شخصيته بالتالي أي نشر أو تصرف

---

[1] (محكمة التمييز – الغرفة الاجتماعية، 30 أيلول 2020 / رقم 19-12.058)، القرار منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية (Journal official- Legifrance)، على شبكة الأنترنت متوفر على الرابط الإلكتروني التالي:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042579783#:~:text=Cour%20de%20cassation%20-%20Chambre%20sociale.%20N%C2%B0%20de

تاريخ الزيارة 2024/9/26، هامش رقم (2).

[2] ينظر: أوريليان بامدي، الحق في الإثبات، مقال منشور على موقع LE DROIT DANS TOUS SES ETATS، تاريخ نشر المقال 2/تموز/2023، متوفر على الرابط التالي:
/https://aurelienbamde.com/2023/07/02/le-droit-a-la-preuve-regime

تاريخ الزيارة 2024/9/7، هامش رقم (1).

[3] سلامة فضل الشامي، مصدر سابق، ص 27، د. فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (28)، العدد (56)، 2012، ص 13.

[4] د. هانية محمد علي فقيه، مصدر سابق، ص 362، د. ماروك نصر الدين، مصدر سابق، ص 111-112.

للصورة دون أذن صاحبها يمثل مساس "بالحياة الخاصة" التي تبرر لصاحب الحق في الصورة إمكانية الرفض والاعتراض على التقاط الصورة الخاصة به أو تداولها [1] .

وبالمقابل يذهب راي ثاني [2] الى أن لكلا الحقين مميزات يختلفان عن بعض وان الحق في الصورة حق مستقل، وهي تثبت للشخص سواء كانت أثناء ممارسة الحياة الخاصة أو خارجها، بمعنى أن الحقين مستقلين عن بعضهما، وان مجرد نشر الصورة الشخصية من الممكن أن ترتب أثاراً قانونية وتثير المسائلة حتى ولو لم ينتج من ذلك خرقاً للخصوصية، مثل نشر صورة التقطت في محل عام.

ومن اجل التوفيق بين الاتجاهين السالفين ظهر راي ثالث [3] يرى أن "الحق في الصورة" ذو طبيعة مزدوجة، فهي من مظاهر "الحياة الخاصة" متى ما كان التصوير يكشف جانبا من حياة الفرد الخاصة، بينا يكون حق مستقل بذاته متى ما كانت الصورة لا ينتج منها مساس في "الحياة الخاصة"، بمعنى إذا ما كانت تمثل جزءا من حياته العامة.

وعليه يتفق الباحث على أن هذا الحق يتمتع بطبيعة مزدوجة ، فقد يكون مظهراً من الخصوصية ، أو حقاً مستقلاً قائماً بذاته، وان اعتباره "ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية" يعطيه خاصية مهمة بشموله بالحماية الوقائية التي بموجبها يتمكن الشخص الذي تم الاعتداء على صورته اللجوء الى القضاء ويطلب إيقاف هذا الانتهاك ، وان يطالب بالتعويض دون الحاجة إلى إثبات ما أصابه من ضرر و ذلك لأن فعل تصوير الغير أو نشر صورته من غير موافقته يعد انتهاك للحق في الصورة مما يؤدي الى افتراض توافر الضرر، والفعل الضار، ومن ثم يستطيع الشخص الذي تم الاعتداء على صورته بان يرفع دعواه على أساس انه تم المساس بحق من الحقوق التي تكون لصيقة بشخصيته.

وفيما يخص القضاء العراقي من "الحق في الصورة" فقد أصدرت محكمة بداءة أربيل بإحدى قراراتها بإلزام احدى الشركات (شركة جاي جيهان) دفع تعويض لاحد الأشخاص وذلك لاستخدام صورته في إعلان دعائي لغرض الترويج لمنتجاتها ألا أن قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان نقضت هذا الحكم على اعتبار أن ظهور المدعي في الفلم الدعائي لعدة مرات هو قبول منه لعملية تصويره، إذ نص القرار على أن ".. رأت المحكمة

---

[1] د. ممدوح خليل بحر، مصدر سابق، ص 237.

[2] د. فهيد محسن الديحاني، مصدر سابق، ص 13.

[3] د. خالد حسن احمد، الحق في خصوصية البيانات الشخصية بين الحماية القانونية التحديات التقنية، دار الكتب والدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2020، ص 39، وأيضا د. فهيد محسن الديحاني، مصدر سابق ص 13.

.....

عند عرض الفلم الدعائي أمامها أن المدعي كان جالساً في الكازينو وبيده قدح شاي يشربه وكان عالماً بالتصوير وان التقاط صور المدعي بالوضعية الموصوفة أعلاه لا يعتبر تعديا على حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي لكي تنهي مسؤولية المدعى عليه حسب أحكام المادة (205/1) من القانون المدني " [1] ، إذ يتبين وفق ما تقدم أن القضاء العراقي يحمي "الحق في الصورة" في نطاق الحق الحياة الخاصة وليس على اعتباره حقا قائما بذاته.

وقد أكد القضاء الفرنسي في قرار صادر من محكمة النقض أن "للفرد حماية بياناته الشخصية، بما في ذلك الحق في الصورة، ويمنع استخدامه لأي غرض تجاري أو إعلاني في أي وسيلة إعلامية، تشمل المسألة أيضًا المراسلات إلكترونية التي تعتبر بيانات شخصية تقع خارج سياق المعالجة المشروعة" [2] ، يلاحظ على هذا القرار بان القضاء الفرنسي جعل الصورة جزءًا من "الحقوق الشخصية" ويقر الاعتراف بها وهي تكرس لمبدأ مهم وهو عدم تصوير الشخص من غير موافقته أو استخدامها أو نشرها من دون أذنه، عليه لا يمكن استخدام الصور والاحتجاج بها اذا ما تم التقاطها بشكل غير قانوني وبشكل يمس خصوصيته أو من غير موافقة من التقطت له أي لا بد أن تكون قد تم الحصول عليها بشكل مشروع .

وما تجدر الإشارة له أن الفقه والقضاء الفرنسي [3] يتفق على أن مكان العمل الذي قد يحتوي على كاميرات تصوير تعتبر مكاناً خاصا إذ لا يمكن الدخول اليها من غير أذن رب العمل ويستثنى من ذلك أماكن العمل التي تكون متاحة للجمهور الدخول اليها من غير أذن، بالتالي أن اماكن البيع الخاصة لهذا الغرض والتي يستطيع الجمهور الدخول إليها لا تعد مكاناً خاصاً، والأماكن التي لا يستطيع الجمهور الدخول فيه مثل المكاتب والمخازن فهي أماكن خاصة.

بالنظر الى هذه القيود الواردة على هذا الحق، يتضح انه هنالك استثناءات على الأصل العام في الحق على الصورة، وهي أن يكون هنالك اتفاق بين الأطراف عن كيفية استغلال الصورة وان يكون هنالك أذن مسبق يبيح استغلال أو استعمال الصورة، بمعنى لا يمكن استخدام الصورة التي تدل على الشخص دون موافقته المسبقة في أي سياق أو نطاق من الممكن أن ينتهك خصوصيته، ومن الاستثناءات التي أكدها

---

[1] قرار محكمة إقليم كردستان عدد 176–هيئة مدنية – في 2000/8/7 أشار اليه سامان فوزي عمر، المسؤولية المدنية للصحفي (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 80.

[2] قرار تعقيبي مدني 2011/62127، مؤرخ في 19/6/2012، أشار له الفة المنصوري، مصدر سابق، ص 100.

[3] د. هانية محمد علي الفقيه، مصدر سابق، ص 363.

القضاء الفرنسي أيضاً هي أن الناشر لا يلتزم بالحصول على موافقة أو أذن طالما جرى التقاط الصورة أثناء الأداء الوظيفي [1] .

وكذلك ما يبيح تداول الصورة دون أذن صاحبها صور الذين يحضرون حوادث أو مناسبات تقع بشكل علني مثل المؤتمرات والندوات وغيرها من المحافل الرسمية التي يفترض علم المشارك فيها بحضور وسائل الأعلام، بالإضافة الى جواز نشر الصور المتعلقة بشخصيات عامة أو مشهورة التي تتناول الجانب الخاص بالأعمال العامة بهم، أما الصور التي تكون ذات طابع عائلي أو التي تأخذ جانب من الحياة الخاصة يحق لصاحبها الاعتراض على نشرها، وفي كل الأحوال لا يجب أن يؤدي تداول الصورة الى أي مساس بسمعة وشرف صاحبها [2] .

خلاصة ما تقدم ، فعندما يقوم الشخص باستغلال خدمة إلكترونية، مثل "وسائل التواصل الاجتماعي" المعدة للمراسلة مثل واتساب وماسنجر وفايبر، غالبًا ما يوافق على شروط الخدمة التي تنص على أن محتوى هذه المراسلات يمكن تخزينه أو معالجته أو حتى مشاركته مع أطراف اخرى تحت ظروف معينة، مما يدفعنا الى القول أن هذا الرضا يعتبر موافقة ضمنية على أن هذه المراسلات والصور ليست خاصة تمامًا، مما يجعل استخدامها كأدلة في القضايا المدنية أمراً مقبولاً بشكل عام ولا يعد الخصم متعسفا في استخدام حقه في الإثبات، فإذا كانت المراسلات أو البصمات الرقمية محفوظة ويعلم المستخدم بذلك مسبقًا، فإن استخدامها كدليل لا يُعتبر انتهاكًا للخصوصية، بل يُعتبر جزءًا من الأدلة المقبولة التي يمكن استخدامها لإثبات الحق أو دفع الدعوى، ففي القضايا المدنية، يكون "مبدأ الحق في الإثبات" أكثر مرونة، حيث يمكن للطرفين استخدام الأدلة المتاحة، بما في ذلك المراسلات المخزنة أو البصمات الرقمية، طالما كان ذلك في إطار قانوني وموافق عليه مسبقًا من قبل الأطراف، ولا يُعتبر استخدام هذه الأدلة خرقًا لمبدأ الحق في الإثبات، لأن الأطراف المعنية تكون قد وافقت ضمنيًا على أن هذه البيانات والمعلومات قد تُستخدم عند الحاجة.

وبناء على ما سبق، نرى أنه من الضروري أن يتم توفير الحماية الفعالة للمعاملات الإلكترونية التي تتم من خلال "وسائل التواصل الاجتماعي"، خاصة عندما يتعلق الأمر بسرية المعلومات والبيانات والحفاظ على الخصوصية، من خلال إعادة التشريعات النظر في قوانينها أو تعديل وتوسيع نطاق التشريعات القائمة لعمل موازنة بين مبدا الخصوصية ومبدأ الحق في الإثبات، مما سيساهم في حماية المستخدمين أو المتخاصمين

[1] أشار له د. محمد احمد المعداوي، مصدر سابق، ص 2014.

[2] د. فهيد محسن الديحاني، مصدر سابق، 13.

.....

من خلال منع استغلال البيانات والمعلومات في الدعاوى المدنية بشكل غير مستقيم، مع الحفاظ على مبدأ الحق في الإثبات.

الخاتمة

بعد انتهائنا من دراسة مبدأ الحق في الخصوصية والحق في الإثبات والنظر في مدى مقبولية الأدلة المتحصلة من وسائل التواصل الاجتماعي نختم بجملة من الاستنتاجات والتوصيات توصلنا لها، وذلك من خلال الفقرات الأتية:

اولاً: الاستنتاجات

1. هناك تعارض بين "الحق في الخصوصية" و "الحق في الإثبات"، خاصة في المسائل المرتبطة بالأدلة الرقمية والبيانات الشخصية مما يشكل ذلك تحديا قانونيا أمام القاضي المدني للتوفيق بين الحقين.

2. هنالك ترادف بين مصطلح الخصوصية وبين مصطلح حماية البيانات وانه غالبا ما يتم استخدام مصطلح الخصوصية بشكل يدل على البيانات الرقمية للدلالة على حماية "البيانات".

3. أن مفهوم حماية الخصوصية المعلوماتية هو حماية "البيانات" التي تخص مستخدم وسيلة "التواصل الاجتماعي" أي أن الحياة الخاصة للمستخدم تتمحور حول سرية المعلومات والبيانات التي تخصه.

4. لم يتفق الفقه حول الطبيعة القانونية للحق في "حرمة المراسلات والاتصالات" والحق في الصورة فهناك من اعتبرها من تدخل ضمن حقوق الملكية بينما ذهب جانب أخر الى أنها من الحقوق الشخصية لعدم ارتباطها بالحقوق العينية والتجارة كما حصل في نهاية القرن العشرين

5. لم تعرف التشريعات العراقية وأيضا المقارنة مصطلح "الحق في الخصوصية وحماية البيانات" أو مصطلح سرية المراسلات والمحادثات ألا أنها كرست لها حماية في الدساتير والتشريعات الخاصة.

6. لم ينص المشرع العراقي وأيضا التشريعات المقارنة على مبدا الحق في الإثبات بنصوص عامة بل جاءت متناثرة في ثنايا قوانين الإثبات.

7. لم تنص قوانين الإثبات في التشريعات المقارنة ولا في قانون الإثبات العراقي على مبدا الخصوصية أو الحق في السرية ألا أن الأصل وفق التشريعات انه لا يجوز انتهاك سرية المراسلات والاتصالات والصور الخاصة مهما كانت طريقة أرسالها وباي وسيلة ألا عند نص القانون على ذلك أو وجود اتفاق مسبق بين الأطراف.

8. انفرد المشرع الإماراتي عن بقية التشريعات بوضع استثناءات من سرية الرسائل في إطار المراسلات التجارية في قانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية.

9. واكبت القوانين المقارنة التطورات التقنية في مجال وسائل الاتصالات الإلكترونية وتكنلوجيا المعلومات بقيامها بإعادة النظر في قوانينها وسن قوانين جديدة والخاصة بحماية "الخصوصية المعلوماتية" عبر "وسائل التواصل الاجتماعي" عكس موقف المشرع العراقي المتأخر في هذا النطاق ألا أن هنالك مشروع لقانون "الجرائم الإلكترونية" لتنظيم استخدام "الأنظمة الإلكترونية" وشبكات المعلومات الذي تمت قراءته الأولى أمام مجلس النواب العراقي في (27 تموز 2011) والذي لم يقنن حتى هذه اللحظة كتشريع خاص أسوة بالتشريعات المقارنة.

ثانياً: التوصيات

.....

1. ضرورة توجيه البرلمان في العراق الى إيراد قانون خاص ينظم "الخصوصية المعلوماتية" وحماية البيانات ليواكب القوانين المقارنة في هذا المجال بسبب عدم وجود تشريع خاص وحديث "لحماية الخصوصية المعلوماتية والبيانات الشخصية" أو إيراد نص عام في قانون الإثبات ينظمها، والمضي بمشروع قانون الجرائم الإلكترونية وتقنينه لتنظيم استخدام الأنظمة الإلكترونية وشبكات المعلومات كتشريع خاص أسوة بالتشريعات المقارنة بعد تعديله.

2. ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون الإثبات وإضافة نص يعالج مسالة مجابهة الأدلة بين الخصوم وذلك ضمن القواعد العامة وبما يستوعب جميع أدلة الإثبات وخاصتا ما يستجد من مخرجات وسائل التواصل الحديثة، فاذا كان لنا اقتراح نص فيكون كالاتي: (إذا قدم أحد الخصمين دليلا لإثبات دعواه جاز لخصمه أن يقدم دليلا لنفي هذا الادعاء).

3. إعطاء القاضي سلطة واسطة في قبول الأدلة الإلكترونية لتكييف النظام القانوني مع التحولات التكنولوجية في وقتنا الحاضر، مع الحفاظ على التوازن بين تحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد، خصوصًا فيما يتعلق بالخصوصية.

المصادر

اولاً/ الكتب

1. د. خالد حسن احمد، الحق في خصوصية البيانات الشخصية بين الحماية القانونية التحديات التقنية، دار الكتب والدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2020.

2. د. سامان فوزي عمر، المسؤولية المدنية للصحفي (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2007.

3. د. سجى عمر شعبان، دور الخصوم في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر ،2012.

4. د. محمد المرسي زهرة، أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي رقم (10) لسنة 1992 م في المعاملات المدنية والتجارية، مطبوعات العين جامعة الأمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2005.

5. د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1986.

6. د. محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري، دار الجامعة الجديدة ،2004.

7. د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية–القاهرة، بدون رقم الطبعة 2010.

8. د. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1995.

9. د. هانية محمد علي فقيه، مبدا الاستقامة في الإثبات في النظام القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2017.

10. د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، تيماء محمود فوزي الصراف، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة الموصل كلية الحقوق، 2019.

ثانياً/ الرسائل والاطاريح

1. إيناس غيث سالم بسيم، الحق في الخصوصية في مرحلة ما قبل المحاكمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2020.

2. بلكرم أميمة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي–تبسة 2021–2022.

3. ثامر خليل، مداح محمد لمين، حماية الحق في الحياة الخاصة على منصات التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2021، ص 35.

4. سلامة فضل الشامي، جرائم الاعتداء على الحق في الخصوصية في ضوء التطور التكنلوجي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الأقصى، 2018.

5. كوثر عبد الهادي محمود الجاف، التنظيم الدستوري لعلاقة الدولة بالفرد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2007.

.....

ثالثاً/ البحوث والدوريات

1. د. احمد محمد عطية، جوهر الحق في الصورة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (43)، العدد (43)، 2020.

2. الفة المنصوري، حماية المعطيات الشخصية في مواقع التواصل الاجتماعي، المجلة الدولية للقانون، المجلد (9)، العدد (3)، 2020.

3. د. تومي فضيلة، إيديولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية المجلد/العدد 30، 2017.

4. د. جواد كاظم سمسيم، زينب محمود شاكر، الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية ونطاقه، جامعة الكوفة، العدد (1/50) 2021.

5. د. حامد شاكر محمود الطائي، حجية المراسلات التجارية في ظل التطور التقني الحديث، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية – كلية القانون، المجلد (9)، العدد (30)، 2017.

6. حسين المؤمن، الرسائل بين حق الإثبات وحرمة الأسرار، مجلة القضاء العراقية، المجلد (28) العدد (2)، 1973.

7. د. سوزان زهير السمان، الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي في التشريع الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، المجلد 36، العدد 123، 2019.

8. د. عائشة بن قارة مصطفى، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد (2)، العدد (2)، 2016.

9. عذراء ياسر عبيد، انتهاك الحق في الخصوصية، مجلة الجامعة العراقية، العدد (60) الجزء (2)،2023.

10. د. علي السيد حسين أبو دياب، أضواء على حجية الرسائل في الإثبات في مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد (32)، ج (2)، 2017.

11. د. فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (28)، العدد (56)،2012.

12. د. كافي زغير شنون، الحماية القانونية للبيانات الشخصية الإلكترونية، جامعة الموصل كلية الحقوق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (23) العدد (84)، 2023.

13. ليلى بن برغوث، الخصوصية الفردية في مواقع التواصل الاجتماعي بين الانتهاك والكشف الإرادي دراسة ميدانية على الفيسبوك، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد (5)، العدد (1)، 2022.

14. د. محمد احمد المعداوي، حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد (33)، العدد (4)،2018.

15. د. ماروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، المجلد (4)،

العدد (7)، 2003.

16. مكيد نعيمة، بن سالم رضا، ضمانات حماية سرية المراسلات والاتصالات الهاتفية والإلكترونية على الصعيدين الدولي والوطني، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد (9) العدد (2)، 2021.

17. ئافان عبد العزيز رضا، الحق في الخصوصية وحمايتها المدنية من وسائل الأعلام، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد (5)، العدد (2)، 2021.

18. د. يونس صلاح الدين علي، المسؤولية المدنية الناجمة عن التعدي على الحق في الخصوصية في القانون الإنكليزي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، مجلد (16)، عدد (29-30)،2017.

رابعاً/ الدساتير والقوانين

1. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2. دستور الأمارات العربية المتحدة الصادر في 18 يوليو 1971.

3. دستور المملكة الأردنية الهاشمية ذي الرقم 1952 المعدل.

4. قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

5. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

6. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

7. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012.

8. قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان-العراق رقم 6 لسنة 2008.

9. مشروع قانون الجرائم الإلكترونية العراقي.

10. قانون البريد العراقي رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٣ المعدل.

11. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي المرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022.

12. قانون حماية البيانات الشخصية الإماراتي المرسوم بقانون اتحادي رقم (45) لسنة 2021.

13. قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الإماراتي المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021.

14. قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم (17) لسنة 2023.

15. قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 المعدل بموجب القانون رقم (22) لسنة 2017.

خامساً/ القوانين والمراسيم الفرنسية

اولاً: القوانين

1. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (1123-1975 المرسوم بقانون رقم 1391-2023 في 2023/12/29).

.....

2. القانون المدني الصادر في (15 أذار لسنة 1803) المعدل وفق أخر تعديل في (14 أيلول 2024).

3. القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والملفات والحريات المدنية رقم (78–17 المؤرخ 6 كانون الثاني 1978) والمعدل بالقانون رقم (801 لسنة 2004).

4. قانون الاتصالات البريدية والإلكترونية رقم (1597 لسنة 2016) والتي أصبحت سارية في (31 أذار 2017).

5. القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي رقم (575 لسنة 2004 في 21 حزيران 2004).

ثانياً: المراسيم

1. تعليمات فرنسية تتعلق بتسويق واقتناء أو حيازة مواد تتيح انتهاك خصوصية الحياة الخاصة أو سرية المراسلات (بدون رقم) وألمؤرخ في (5 أيلول 2006).

2. 1. الرأي الصادر من هيئة تنظيم الاتصالات الإلكترونية والبريد الفرنسي رقم (1597 لسنة 2016 المؤرخ في 6 كانون الأول 2016) المتعلق بمشروع مرسوم يتعلق بسرية المراسلات الإلكترونية الخاصة.

سادساً/ مواقع الأنترنت

1. أوريليان بامدي، الحق في الإثبات، مقال منشور على موقع (**LE DROIT DANS TOUS SES ETATS**)، تاريخ نشر المقال 2 تموز 2023، متوفر على الرابط التالي:

https://aurelienbamde.com/2023/07/02/le-droit-a-la-preuve-regim /

2. فريديريك غيومارد، الحق في الإثبات مقابل الحق في الأدلة العادلة، مقال منشور على موقع، (**Dalloz Étudiant**)، تاريخ نشر المقال 18 كانون الثاني 2024، متوفر على الرابط التالي:

https://actu.dallozetudiant.fr/lebillet/article/droitalapreuvevsdroitalaloyautedespreuves/h/1ffc9bcc1bfce3b7e102e8ea67d5e374.html

3. الجريدة الرسمية الفرنسية (**Journal official- Legifrance**)، متوفر على الرابط التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr /

4. (كاس. المدنية الأولى. 5 نيسان 2012)، القرار منشور على الجريدة الرسمية الفرنسية (**Journal official- Legifrance**)، متوفر على شبكة الأنترنت على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025662234/

5. (محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، 25 شباط 2016، رقم 15–12.403) القرار مشار اليه لدى أوريليان بامدي، الحق في الإثبات، مقال منشور على موقع (LE DROIT DANS TOUS SES ETATS)، تاريخ نشر المقال 2 تموز 2023، متوفر على شبكة الأنترنت عبر الرابط الإلكتروني الاتي:

https://aurelienbamde.com/2023/07/02/le-droit-a-la-preuve-regime /

6. (محكمة النقض – الجلسة العامة 22 كانون الأول 2023 / رقم 21–11.330)، مشار له لدى فريديريك غيومارد، الحق في الإثبات، مقابل الحق في الأدلة العادلة، مقال منشور على موقع، (Dalloz Étudiant)، تاريخ نشر المقال 18 كانون الثاني 2024، متوفر على الرابط التالي:

……

https://actu.dallozetudiant.fr/lebillet/article/droitalapreuvevsdroitalaloyautedespreuves/h/1ffc9bcc1bfce3b7e102e8ea67d5e374.html

7. (محكمة التمييز – الغرفة الاجتماعية، 30 أيلول 2020 / رقم 19–12.058)، القرار منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية (Journal official– Legifrance)، على شبكة الأنترنت متوفر على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042579783#:~:text=Cour%20de%20cassation%20-%20Chambre%20sociale.%20N%C2%B0%20de

8. (محكمة التمييز الاتحادية، أثبات، 2631/سماع بينة /2008، 2008/11/10)، متوفر على موقع مجلس القضاء الأعلى، عبر الرابط الإلكتروني الاتي:

https://www.sjc.iq/qview.933/

الحماية الجنائية للمرأة من العنف الأسري بين القوانين الاتحادية وقانون إقليم كوردستان– العراق

Criminal Protection of Women from Family Violence Between Federal Laws and Kurdistan Regional- Iraq law

م.م بيناك عبدالله عبد القادر

القانون العام/ القانون الجنائي

كلية القانون، جامعة دهوك، أقليم كوردستان– العراق

Assist. Lecture. Binak Abdulla Abdulqader

Public law/ Criminal Law

College of Law

University of Duhok

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.69

تاريخ إستلام البحث: 11-09-2024 ، تاريخ القبول بالنشر: 16-12-2024

الملخص

لقد حظي موضوع حماية المرأة من العنف باهتمام بالغ من لدن المجتمع الدولي والمحلي على حد سواء، لذلك سعى العديد من الدول إلى توفير الحماية اللازمة للمرأة من صور العنف، وذلك إما من خلال التطرق إلى تلك الحماية في تشريعات أو قوانين خاصة على نحو مباشر، أو من خلال التطرق إلى تلك الحماية في سياق القوانين العامة وما توفر تلك القوانين من حماية (غير مباشرة) ففي العراق، نلاحظ أن المشرع العراقي لم يقم بوضع قانون خاص بحماية المرأة من العنف وإنما عمل على توفير تلك الحماية ضمناً في إطار قانون العقوبات رقم (111) لسنة (1969)، وقانون الأحوال الشخصية رقم (188) لعام (1959) المعدل، ولم يختلف الوضع في إقليم كوردستان الذي اكتفى هو الآخر في توفير الحماية ضد العنف الأسري بشكل عام دون أن يخصصها للمرأة وهذا يمكن ملاحظته من خلال قانون مناهضة العنف ضد الأسرة رقم (8) لسنة (2011)، الأمر الذي يستوجب في نهاية المطاف العمل الدؤوب في سبيل التوصل إلى وضع قانون خاص يعمل على توفير الحماية للمرأة من العنف على نحو خاص .

الكلمات المفتاحية: العنف الأسري، الحماية الجنائية، المرأة.

.....

پوختە

بابەتی پاراستنی ژنان لە تووندوتیژی، جێگایەکی گرنگ لە ناو کۆمەڵگای نێف نەتەوەی وناوخۆی بەدەست هێناوە، لە بەر ئەوە زۆربەی وەلاتەکان هەوڵییاندا بە دابینکردنی پاراستنێکی پێویست بۆ ژنان لە هەموو شێوەکانی تووندوتیژی، ئەوش یان لە مینانەی ئاماژەکرن بە شێوازی پاراستن لە یاساکاندا یان ئەو یاساییە تایبەتیەکان کە راستەوخۆن ، یان لە میانەی ئاماژەکردنیان لە رێرەوی یاسا گشتییەکان (بەشێوەی نەراستەوخۆ). لە عێراقیش، یاسادانەری عێراقی هیچ یاسایەکی تایبەت بۆ پاراستنی ژنان لە تووندوتیژی دانەنراوە، بەلکو کاری پاراستنیان لە رێگای دابینکردنی پاراستن لە چوارچێوەی یاسای سزادان ژمارە (111) ی سالی (1969) و یاسای بارێ کەسێتی ژمارە (188) سالی (1959) راستکراودا هاتووە، لە هەرێمی کوردستانیش دۆخەکەی گۆراو نەبوو، ئەوانیش ئاماژە بە پاراستنی خێزان لە تووندوتیژی بە شێوەیەکی گشتی کردوە دوور لە تایبەتمەندێتیکردن بۆ ژنان، ئەمەش لەمیانای یاسای تووندوتیژی دژی خێزان ژمارە (8) سالی (2011) تێبینیدەکریت. لە کوتایدا پێویستە کار لە سەر دانانی یاسایەکی تایبەت بە پاراستنی ژنان لە تووندوتیژا بکرێت.

وشەی سەرەکی: تووندوتیژی خێزان ، ژن، پاراستنی ژن.

Abstract

The issue of protecting women from domestic violence has received great attention from the international and local community alike. So many countries have sought to provide the necessary protection for women form forms of violence. This protection either is addressed in general code of criminal law or by special laws directly. Notably, the Iraqi legislator has not adopted the latter rather it provided this protection within the framework of the Penal Code No. (111) of (1969), and the Amended Personal Status Law No. (188) of (1959). The situation is not different in the Kurdistan law because it has issued law that protects individuals from domestic violence not specified for women. This can be observed from the Anti-Violence against the Family Law No. (8) of (2011). Eventually, this requires hard work in order to reach the development of a special law that protect women .from violence

Keywords: Domestic violence , Criminal protection, Women

المقدمة

أولاً/ أهمية البحث

إن ظاهرة العنف بأشكاله وأنماطه المختلفة تعد من الظواهر العامة، التي تسود المجتمعات الإنسانية كافة، فإن العنف ضد المرأة يأخذ هذا الطابع العام أيضاً، فنراه منتشراً في المجتمعات الإنسانية، إلا أن أنماطه ودرجاته ومستوياته تأخذ طابعاً نسبياً وتختلف باختلاف بنائه الاجتماعي والثقافي، وإن تعدد وتزايد حالات وأشكال العنف الأسري الموجه ضد المرأة عبر دورة حياتها سواءً أكانت أماً أو أختاً أو ابنةً أو زوجةً، سواءً في محافظات إقليم كوردستان أو في المحافظات العراقية الأخرى بشكل لافت للنظر، إضافة إلى وجود اختلاف في التشريعات ما بين الإقليم والقوانين الاتحادية لوجود قانون مناهضة العنف الأسري في الإقليم واكتفاء المشرع الاتحادي بالقواعد العامة والنصوص التقليدية، فضلاً عن أن هذا الموضوع لا يزال يثير الجدل في مدى دستورية المادة (41) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لعام 1969 (المعدل)، بالرغم من أن المحكمة الاتحادية العليا قضت بأنها موافقة للدستور، فضلاً عن وجود الكثير من الجرائم التي بدأت تهز الرأي العام في العراق من خلال تناولها عبر مواقع التواصل الاجتماعي والتي تبين مدى بشاعة هذه الجرائم.

ثانياً/ إشكالية البحث

يثير البحث في هذا الموضوع العديد من الإشكاليات القانونية لعل من أهمها:

1- ما هي السياسة الجنائية الأنجع في مكافحة جرائم العنف الأسري ضد المرأة؟
2- هل النصوص الجنائية التقليدية كافية لتوفير الحماية اللازمة للمرأة من العنف الأسري، أم أنها تحتاج إلى تعديل؟ وهل التعديل يعد كافياً لسد القصور في النصوص التقليدية، أم أن الأمر يتطلب إصدار تشريعات جنائية خاصة وجديدة تتصدى لجرائم العنف ضد المرأة؟
3- هل أن هناك نصوصاً قانونية مباشرة تعالج ظاهرة العنف ضد المرأة؟
4- هل حدد المشرع جرائم العنف الأسري؟ وهل تضمن تجريماً لصور جديدة من العنف الأسري؟

هذه الإشكاليات سنحاول الإجابة عنها في بحثنا، والذي نسعى فيه إلى تشخيص مكامن الخلل، لنخلص إلى استنتاجات وتوصيات نأمل أن تسهم في الحد من هذه الجرائم في المجتمع العراقي.

ثالثاً/ نطاق البحث

يتحدد نطاق بحثنا في القواعد الموضوعية دون الإشارة إلى التشريعات المقارنة، وذلك لأن البحث في القوانين المقارنة وفي الجانب الإجرائي يحتاج إلى بحث ودراسة معمقة من عشرات الصفحات، لذا ستكون دراستنا وفق نصوص قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل وقانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة (1959) المعدل، وقانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان– العراق رقم (8) لسنة (2011).

رابعاً/ منهجية البحث

سنتبع في مضامين بحثنا المنهج التحليلي النقدي لنصوص قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 (المعدل)، وقانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة (1959) (المعدل)، وقانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان– العراق رقم (8) لسنة (2011) بقصد بيان جوانب النقص فيها واقتراح سبل تفعيلها.

خامساً/ هيكلية البحث

بقصد الإحاطة بمفردات البحث من جوانبه كافة قُسِّم على مبحثين يتضمن كل منهما مطلبين، سنخصص المبحث الأول لمفهوم العنف الأسري، وهذا المبحث ينشطر إلى مطلبين: سنتناول في المطلب الأول تعريف العنف الأسري، والمطلب الثاني أسباب العنف الأسري ضد المرأة، أما المبحث الثاني فسنخصصه للمواجهة الجنائية للعنف الأسري ضد المرأة، وينشطر هذا المبحث إلى مطلبين أيضاً، الأول يتناول تجريم العنف الأسري ضد المرأة في القوانين الاتحادية، والمطلب الثاني نعرض فيه العنف الأسري ضد المرأة في قانون مناهضة العنف الأسري الكوردستاني.

المبحث الأول

مفهوم العنف الأسري

لا مراء في أن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء الإنسان والمجتمع، وتؤدي دوراً اساسياً في تكوين وتشكيل شخصية الإنسان وسلوكهِ في مراحل حياته المختلفة، وتعد الأسرة مؤسسة اجتماعية تقوم بوظائف اجتماعية ونفسية وتربوية، ومن خلالها يكتسب الأبناء المعايير العامة التي تفرضها الأنماط الثقافية السائدة في المجتمع، ومن هذا المنطلق سنتناول في هذا المبحث تعريف العنف الأسري ضد المرأة، وأسباب العنف الأسري ضد المرأة، من خلال مطلبين.

المطلب الأول

تعريف العنف الأسري

لا تعد جرائم العنف الأسري من الجرائم المستحدثة[1]، بل يمكننا القول إنها قديمة قدم البشرية ذاتها إلا أنها كانت تتخذ صوراً وأشكالاً مختلفة باختلاف الزمان والمكان، وللوقوف على ما يعنيه العنف الأسري كان ولا بد من البحث في تعريفه لغةً واصطلاحاً، وهذا ما سنتناوله تباعاً في فرعين مستقلين وكما يأتي:

[1] الجرائم المستحدثة: هي الجرائم التي لم يخبرها المجتمع في السابق، وهي جرائم جديدة في نوعها ونمطها وحجمها، أي انها الأنماط الجديدة التي ظهرت حديثاً ولم تكن معروفة من قبل نتيجة التوسع في استخدام التقنية المتطورة بجانب الأساليب الحديثة لارتكاب الجرائم التقليدية.

للمزيد عن الجرائم المستحدثة ينظر: عبد الكريم الردايدة، الجرائم المستحدثة واستراتيجية مواجهتها، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص28.

.....

الفرع الأول

معنى العنف الأسري لغةً

من الواضح أن العنف الأسري هو مصطلح مركب يتكون من مقطعين هما (العنف والأسرة) وكما هو معلوم أن المعنى اللغوي لا يمكن أن يستقيم بالنسبة لهذا المصطلح إلا بعد الفصل بينها وهذا ما أخذنا على عاتقنا القيام به كما يأتي:

فقدر تعلق الأمر بالعنف فهو مصدر الفعل عنف بمعنى الشدة والقسوة، وهو ضد الرفق واللين والتعنيف هو الشديد في اللوم.[1] ويعرف العنف لغةً بأنه الخوف من الأمر وقلة الرفق به، واعترف الأمر: أخذه بشدة، وهو ضد الرفق، والتعنيف: التوبيخ واللوم، وهو عنيف إذا لم يكن رفيقاً في أمره [2]

وكلمة عنف"Violence" مشتق من الكلمة الإنكليزية "Violate"، بمعنى ينتهك أو يعتدي، وتعني كذلك القوة والصرامة والإكراه[3] أما الأسرة لغةً: فهي جمع أُسر: الأقارب الأدنون والعشيرة والعائلة[4] ، والأسرة في لسان العرب: عشيرة الرجل وأهل بيته.[5]

الفرع الثاني

العنف الأسري اصطلاحاً

اختلفت التشريعات والاتفاقيات والفقهاء في تعريفهم للعنف الأسري، وذلك لتعدد أشكاله ودوافعه، وسنحاول ذكر بعض التعاريف حول هذا المصطلح:

أولاً/ تعريف العنف الاسري على المستوى الدولي:

---

[1] معجم الرائد، جبران مسعود، ط7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992، ص567.

[2] لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1957، ص257.

[3] أنطوان الياس، القاموس المصري، المكتبة الجامعية، القاهرة، 1979، ص777.

[4] جبران مسعود، المصدر السابق، ص71.

[5] محمد بن مكرم ابن منظور، المصر السابق، مادة (أسر) ، ص 263 .

.....

عرفت اتفاقية منع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي[1]، العنف الأسري (العنف المنزلي) بأنه "جميع أعمال العنف الجسدية، أو النفسية، أو الاقتصادية التي تحدث في محيط العائلة أو المنزل أو بين الأزواج أو الشركاء السابقين أو الحاليين، سواء كان المعتدي يتشارك السكن نفسه مع الضحية أو لا"، وبتقديرنا فإن هذا التعريف لا يأخذ في الاعتبار الفروقات الثقافية والاجتماعية بين المجتمعات المختلفة، فما يُعدُه مجتمع ما "عنفاً" قد لا يُعدُ كذلك في مجتمع آخر بسبب الفروقات الثقافية والتقاليد، ولذلك بات من الضروري أن يؤخذ بعين الاعتبار السياقات الاجتماعية والثقافية عند تطبيق هذا التعريف، وكذلك فإن الاتفاقية عرفت العنف ضد المرأة بأنه "يمثل انتهاكاً لحقوق الإنسان، وإحدى صور التمييز ضد المرأة، ويشير إلى جميع الانتهاكات القائمة على نوع الجنس، والتي يرتب عليها، أو قد يترتب عليها، إيذاء جسدي، أو جنسي، أو نفسي، أو اقتصادي، أو معاناة للمرأة، بما في ذلك التهديد بهذه الأفعال أو الإكراه أو الحرمان التعسفي من الحرية، وذلك في الحياة العامة أو الخاصة"[2]، وهذا التعريف يشمل التهديد بالعنف والإكراه كجزء من العنف ضد المرأة، وقد يكون إثبات أو معاقبة التهديد والإكراه أصعب مقارنةً بالعنف الجسدي، مما يؤدي إلى مشكلات في التطبيق القانوني.

أما المادة الأولى من إعلان القضاء على العنف ضد المرأة لعام (1993) فقد عرف العنف ضد المرأة بأنه "أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه، أو يرجح أن يترتب عليه، أذىً أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة"[3].

ولم تقتصر تلك التعاريف على ما أصدرته الاتفاقيات و الإعلانات الدولية، فقد قامت بعض المنظمات الدولية بوضع تعريف للعنف الاسري، فمنظمة الصحة العالمية عرفته على أنه: "كل سلوك يصدر في إطار علاقة حميمية يسبب ضرراً أو آلاماً جسمية أو نفسية، أو جنسية لأطراف تلك العلاقة

---

(1) اتفاقية المجلس الأوروبي لمنع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي أو اتفاقية إسطنبول لعام 2011، متاح على الرابط الالكتروني: https://2u.pw/4PjqD50O

(2) المصدر نفسه.

(3) إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة متاح على الرابط الالكتروني:
https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women.

.....

"[1].وهذا التعريف لم يحدد نوع العلاقة الحميمية، هل يقصد بها العلاقة الزوجية أم غيرها من العلاقات خارج نطاق العلاقة الزوجية، إذ هذا النوع الأخير من العلاقات لا يتناسب مع واقع مجتمعاتنا.

كما عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي العنف الأسري بأنه: " أفعال أو أقوال تقع من أحد أفراد الأسرة على أحد أفرادها يتصف بالشدة والقسوة، يلحق الأذى المادي أو المعنوي بالأسرة أو بأحد أفرادها، وهو سلوك محرم لمجافاته لمقاصد الشريعة في حفظ النفس والعقل، على النقيض من المنهج الرباني القائم على المعاشرة بالمعروف والبر".[2] ونرى أن هذا التعريف يعتمد على مصطلحات عامة مثل "الشدة والقسوة" و"الأذى المادي أو المعنوي"، وهي مصطلحات مفتوحة للتأويل، قد تمثل مشكلة في سياق قانوني حيث يتطلب تحديد العنف الأسري أدلة واضحة وحالات محددة، فالقوانين عادة تقدم قوائم واضحة للأفعال التي تشكل عنفاً، مثل الضرب، الإهمال، الاعتداء اللفظي، أو العنف الاقتصادي، وبدون هذه التفاصيل، قد يصبح من الصعب التفريق بين أنماط السلوك الطبيعية أو النزاعات اليومية داخل الأسرة وتلك التي تعد فعلاً عنيفاً.

ثانياً/ تعريف العنف الاسري في الفقه القانوني:

اختلفت التعريفات التي وضعها الفقه القانوني للعنف الاسري إذ هناك من عرفه بأنه:" كل سلوك عنيف متعمد يقع بين أفراد تربطهم وشائج القرابة أو صلة الدم أو الرابطة القانونية ويتضمن إيذاءً مادياً أو معنوياً بصورة منتظمة أو متقطعة يهدف ذلك لإجبار الضحايا على إتيان أفعال تناقض رغباتهم وباستخدام غير مشروع مما يعاقب عليها القانون في حال ثبوتها".[3] ونجد أن هذا التعريف واسع لعدم تحديده درجات القرابة على وجه دقيق.

---

[1] منظمة الصحة العالمية، التقرير العالمي حول العنف والصحة (عمان: المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، ٢٠٠٢م)، ص ١٠٢. نقلاً عن أحمد مصطفى علي وياسر محمد عبد الله، جرائم العنف الأسري وسبل مواجهتها في التشريع العراقي: دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق المجلد ١٥، العدد ٥٥، للسنة ١٧، الموصل العراق ٢٠١٢م)، ص ٣٥٣.

[2] القرار رقم 180 في الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، متاح على الرابط الالكتروني:
https://iifa-aifi.org/ar/2304.html ، تاريخ الزيارة: 2024/6/1.

[3] د. الاء عدنان الوقفي، الحماية الجنائية لضحايا العنف الاسري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2014، ص31.

.....

كما ذهب أتجاهٌ آخر الى تعريفه بأنه "الإساءة المتعمدة بين أشخاص تربطهم علاقات ضمن حدود العائلة الواحدة أو يؤدون وظيفة الأسرة، كعنف الزوج ضد زوجته، وعنف الزوجة ضد زوجها، وعنف أحد الوالدين أو كليهما تجاه الأولاد، أو عنف الأولاد تجاه والديهم، أو العنف بين الأشقاء"[1].

وقد يخلط البعض بين العنف الاسري بمعناه الواسع وبين العنف ضد المرأة الذي : "هو سلوك أو فعل عدواني ينتج عن وجود علاقة قوة غير متكافئة بين الرجل والمرأة، وما يترتب على ذلك من تحديد الأدوار ومكانة كل فرد من أفراد الأسرة، تبعاً لما يفرضه النظام الثقافي والاقتصادي والاجتماعي القائم في المجتمع، والعنف ضد المرأة يشمل أي فعل عدواني يقع على المرأة من الرجل، سواءً كان هذا الفعل طبيعياً أم اجتماعياً أم نفسياً أم اقتصادياً أم سياسياً، ويقصد به إلحاق الضرر أو الأذى وفقاً للمفهوم السائد في المجتمعات الإنسانية".[2] غير أن مفهوم العنف الأسري أوسع من مفهوم العنف ضد المرأة، فقد يكون الذكر، كبيراً كان أم صغيراً، ضحية للعنف الأسري، والنتيجة فإن العنف الأسري أوسع نطاقاً من مفهوم العنف ضد المرأة.

ثالثاً/ تعريف العنف الاسري في التشريعات الوطنية:

أمتد الاختلاف في تعريف العنف الاسري الى التشريعات الوطنية، إذ عرفه المشرع الإماراتي في المادة (4) المرسوم بقانون اتحادي رقم (13) لسنة (2024) في شأن الحماية من العنف الأسري على أنه:" كل فعل أو امتناع عن فعل أو قول أو التهديد بأي منهم، أو الإهمال أو الاستغلال الجنسي أو الاقتصادي الذي يرتكبه فرد أو عدد من أفراد الأسرة ضد فرد أو يساهم فيه ضد فرد آخر متجاوزاً ما له من ولاية أو وصاية أو سلطة أو مسؤولية، وينتج عنه أو يهدف منه إلحاق أذى أو ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي ". ونجد أن المشرع الإماراتي قد توسع في مفهوم العنف الأسري عن المفهوم الوارد في المادة (3)[3] المرسوم بقانون اتحادي رقم (10) لسنة (2019) في شأن الحماية من العنف الأسري. ونحن نتفق

---

[1] العنف الأسري. أكثر الجرائم التي لا يتم التبليغ عنها، متاح على الرابط الالكتروني:
https://shorturl.at/loGut ، تاريخ الزيارة: 2024/6/1.

[2] د. منير كرادشة، العنف الاسري، ط1، عالم الكتب الحديث، اربد– الأردن، 2009، ص32.

[3] يقصد بالعنف الأسري حسب المادة (3): كل فعل أو قول أو إساءة أو إيذاء أو تهديد، يرتكبه أحد أفراد الأسرة ضد فرد آخر منها متجاوزاً ما له من ولاية أو وصاية أو إعالة أو سلطة أو مسؤولية، وينتج عنه أذىً أو ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي.

مع تعريف العنف الأسري في القانون رقم (13) لسنة 2024 الوارد أعلاه، إذ إن هذا التعريف يغطي أنواعا متعددة من الأفعال سواءً أكان فعلاً مباشراً أو امتناعاً عن فعل مما يجعله شاملاً للعديد من الأشكال المحتملة للعنف، كذلك فإن التعريف يتضمن الأذى النفسي والجسدي والجنسي والاقتصادي، مما يعكس الوعي بالأشكال المختلفة التي قد لا تكون ظاهرة لكنها لا تقل خطورة، بالإضافة إلى استهداف نية الأضرار من خلال تمييزه الأفعال التي تهدف إلى إلحاق الأذى عن الأفعال العادية التي قد لا تكون مقصودة.

أما في العراق فنلاحظ أن المشرع لم يقم بتعريف العنف الأسري في القوانين الاتحادية، وهو أمر جديرة بالثناء لأنه ليس من مهمة المشرع في الأصل تعريف الإصطلاح، لأن من صفات التعريف أن يكون جامعاً مانعاً، ويصعب تحقيقه مع التعريف الذي يمكن أن يقدمه المشرع؛ لأن المشرع مهما اجتهد لن يتمكن من الخروج بتعريف يشمل الحقائق كلها التي قد تنشأ مستقبلاً، وبالنتيجة تظهر عيوب هذا التعريف، لذا فالأفضل ترك هذا الأمر للفقه، لكن يبدو أن المشرع الكوردستاني قد حاد عن ذلك وقدم تعريفاً للعنف الأسري في المادة(1/الفقرة 3) بقولهِ العنف الأسري:" كل فعل أو قول أو التهديد بهما على أساس النوع الاجتماعي في إطار العلاقات الأسرية المبنية على أساس الزواج والقرابة إلى الدرجة الرابعة ومن تم ضمه إلى الأسرة قانوناً من شأنه أن يلحق ضرراً من الناحية الجسدية والجنسية والنفسية وسلبا لحقوقه وحرياته".[1] وهذا التعريف عليه بعض الملاحظات ومنها تأثر المشرع الكوردستاني بالصكوك الدولية كتعريف العنف الأسري الوارد في الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة لعام (1993)، وكذلك استخدام عبارة (النوع الاجتماعي) دون بيان المقصود منها، وكان الأجدر بالمشرع عدم إدراج هذه العبارة، كذلك نجد أن هناك تكراراً لا مبرر له في عبارة " في إطار العلاقات الأسرية المبنية على أساس الزواج والقرابة إلى الدرجة الرابعة ومن تم ضمه إلى الأسرة قانوناً "، حيث إن هذه العبارة قد نص عليها في المادة (الأولى/الفقرة 2) من قانون مناهضة العنف الأسري، وكان بإمكان المشرع الاكتفاء بعبارة: "في إطار العلاقات الأسرية "، كما هو الحال في تعريف العنف الأسري في المادة (4) من قانون الحماية من العنف الأسري الإماراتي التي أشرنا إليها سابقاً والتي اكتفى فيها المشرع بعبارة " أحد أفراد الأسرة "[2] .

---

[1] قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان– العراق رقم (8) لسنة 2011.

[2] تنص المادة (3) المرسوم بقانون اتحادي رقم (13) لسنة 2024 بشأن الحماية من العنف الأسري في تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون، يُقصد بالأسرة مجموعة من الأفراد الذين تربطهم رابطة النسب أو المصاهرة أو المسؤولية القانونية، وتشمل الآتي:

.....

المطلب الثاني

أسباب العنف الأسري

للعنف الأسري ضد المرأة أسباب كثيرة ومعقدة سنتناول في هذا المطلب أهم تلك الأسباب وكما يأتي:

الفرع الأول

الأسباب الشخصية

إن الأسباب الشخصية يحملها الإنسان منذ تكوينهِ أو تتشكل لديهِ نتيجة للظروف الخارجية المحيطة به[1] ، ومنها ضعف الوازع الديني، والجهل بالأسس التربوية والأخلاقية السليمة، وعدم الاستقرار والاتزان الانفعالي، وقد ترجع الأسباب الشخصية الى الجاني، وقد تعود في بعض الأحيان الى المجنى عليه ذاته وهذا ما سنبينه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً/ أسباب شخصية تتعلق بالجاني: تعرّف الأسباب أو الدوافع الذاتية بأنها الدوافع التي تنبع من داخل الإنسان وتدفعه نحو ممارسة العنف، وذلك نتيجةً لسوء التربية والنشأة في بيئة عنيفة في تعاملها، ومن هذه الدوافع، ضعف الثقة بالنفس أو الثقة الزائدة، والحساسية المفرطة تجاه كلام وسلوك أفراد الأسرة وصعوبة التحكّم بالغضب، وتدنّي احترام الذات، والشعور بالنقص[2] . وقد أظهرت الدراسات أن معظم من يمارسون العنف نشأوا في بيئات تفتقر إلى التفاهم والحوار، مما أدى إلى نقص في التربية السليمة، ويعد الأطفال الذين شهدوا عنفاً بين آبائهم يميلون إلى ممارسة العنف أكثر من غيرهم، كذلك شعور الزوج بتهديد سيادته يدفعه

---

1. الزوج والزوجة والأبناء.
2. زوج الأم أو زوجة أو زوجات الأب.
3. أبناء أحد الزوجين من زواج آخر.
4. الأقارب بالنسب أو المصاهرة حتى الدرجة الرابعة.
5. من تجمع بينهم رابطة الحضانة أو الوصاية أو الولاية.
6. الطفل المشمول بحضانة أسرة حاضنة وفقاً للتشريعات المعمول بها في هذا الشأن.

[1] د. عباس أبو شامة و د. محمد الأمين البشري، العنف الاسري في ظل العولمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص45.

[2] العنف الأسري. أكثر الجرائم التي لا يتم التبليغ عنها، https://shorturl.at/loGut تاريخ الزيارة: 2024/6/1.

للعنف كوسيلة للحماية، كما تسهم مشاكل الإنجاب، الضعف الجنسي، وسوء العلاقة الجنسية في زيادة العنف الأسري، مما يحول الجنس من عنصر يُثري العلاقة إلى مصدر نفور منها .[1]

ولعل من أبرز الأسباب التي قد تدفع الجاني الى ارتكاب العنف الأسري هو إدمان الكحول والمخدرات والمؤثرات العقلية، إذ يُعد تعاطي الزوج للكحول أو المخدرات أحد العوامل الاجتماعية المؤدية إلى العنف ضد المرأة، إذ إن نسبة كبيرة من حوادث العنف الأسري يكون للكحول والمخدرات دورٌ كبيرٌ فيها، فالكثير من الزوجات قد يتعرضن للضرب عندما يعود الزوج مخموراً أو تحت تأثير المخدرات، نتيجة لفقدانهِ توازنه العقلي وهذا التعاطي لا يؤثر فقط على الصحة العقلية والبدنية للزوج، بل ينعكس سلباً على أفراد أسرته وعلاقته بهم. فالزوج المتعاطي يشكل تهديداً خطيراً للشخصية الإنسانية من النواحي جميعها، وقد يتعرض لآثار مدمرة تؤثر في صحته، وتجعله غير قادر على القيام بأدواره بفعالية، كما يمكن أن يؤثر تعاطيه على الجانب الاجتماعي، مما يضعف قدرته على التكيف الاجتماعي، ويؤدي إلى إهمال مظهره وتزايد مشاعره العدائية تجاه الآخر[2] .

ثانياً/ أسباب شخصية تتعلق بالمجنى عليه: يمكن أن تكون الضحية نفسها أحد العوامل التي تسهم في استمرار ممارسة العنف ضدّها، حيث قد تدفعها مشاعر الخوف من الرجل أو من المجتمع الذي تعيش فيه إلى الصمت والخضوع للعنف والاستسلام لأشكال العنف البسيطة كالسخرية من أجل تجنّب العنف الجسدي الأشدّ، فتضطر للسكوت عن العنف المُمارَس ضدّها والخضوع له، وتخشى العديد من النساء اللجوء إلى المحاكم وتقديم شكاوى بسبب اعتقادهن بعدم وجود قوانين كافية لردع المُعنف، يُضاف إلى ذلك الضغط العائلي الذي قد يواجه المرأة عند تقديم شكوى ضد الرجل، وأحياناً يُجبرها الزوج على التنازل عن حقوقها القانونية أو الشرعية فتلك الأمور مجتمعةً لا تُشجّع المرأة على اللجوء للمحاكم لردّ العنف عنها .[3]

---

[1] د. آلاء عدنان الوقفي، مصدر سابق، (ص36–37).

[2] محمد قاسم عبد الله و د. موح عراك عليوي، العنف ضد المرأة العوامل والاثار، مجلة الآداب، المجلد (3)، العدد (141)، حزيران 2022، ص430.

[3] أسباب العنف ضد المرأة، متاح على الرابط الالكتروني:https://2u.pw/7CAj7FJj ،آخر زيارة في 24/ 6/2024.

.....

الفرع الثاني

الأسباب الموضوعية

يقصد بالأسباب الموضوعية الأسباب غير المرتبطة بالشخص الممارس للعنف الأسري أو الضحية بقدر ما هي أسباب موضوعية محيطة بهم، منها ما قد يكون اجتماعياً أو اقتصادياً أو إعلامياً وغيرها من الأسباب. وهذا ما سنبينه في الفقرات الآتية:

اولاً/ الأسباب الاجتماعية: تتمثل الأسباب الاجتماعية في العادات والتقاليد المتوارثة عن الآباء والأجداد، وأحياناً تكون مرتكزة على الفهم الخاطئ للدين، والتي تركز على قيادة الرجل لأسرته بالعنف والقوة، ومن هذه المعتقدات حق الرجل في السيطرة على شريكة حياته، وأنه من الواجب إعطاء رب الأسرة قدراً كبيراً من الهيبة، والاعتقاد بأن مقدار رجولته يتمثل في مدى قدرته على السيطرة على عائلتهِ وإرهابها، بينما تقل هذه الدوافع كلما زادت نسبة الثقافة والوعي في المجتمع، وبالرغم من أن بعض الأفراد لا يؤمنون بهذه التقاليد، إلا أن الضغط الاجتماعي من حولهم يدفعهم إلى تعنيف عائلاتهم.[1]

إن منح الأفضلية للذكور ومنح الأخ سلطة الولاية، وإن كان أصغر سناً من الأنثى، وعدم المساواة في المسؤوليات والواجبات بين المرأة والرجل، والارتفاع النسبي في مستوى ثقافة وتعليم المرأة، وما يرتبط به من تغير مفهومها وتقديرها لذاتها، وصعوبة تقبلها في أن تكون في مرتبة أدنى من الزوج، كلها أسباب تؤدي إلى زيادة العنف ضد المرأة[2]

ثانياً/ الأسباب الاقتصادية: تدفع ظروف المعيشة الصعبة والضغط النفسي الناتج عن فقدان الوظيفة والبطالة، أو تراكم الديون، إلى ممارسة الفرد العنف تجاه أفراد أسرته، وذلك نتيجة مشاعر الإحباط والخيبة والتوتر بسبب حالة الفقر التي يعيشها. وتشترك هذه الدوافع مع أشكال العنف قاطبةً ومنها العنف الأسري، لكن الفرق بين الأخير وبين أشكال العنف الاخرى يكمن في الأهداف التي يسعى وراءها العنف بدافع اقتصادي. وفي الوسط العائلي، لا يرغب الأب في الحصول على منافع اقتصادية من جراء استخدامه للعنف تجاه أسرته، بل يعد ذلك متنفساً لشحنة الخيبة والفقر التي تنعكس آثارهُ في عنف الأب تجاه الأسرة، أما في

---

[1] د. هبة عيسوي، العنف الأسري وآثاره على الأسرة والمجتمع، متاح على الرابط الالكتروني: 0https://2u.pw/r0moSkA ، آخر زيارة في 2024/7/1.

[2] د. آلاء الوقفي، مصدر سابق، ص46,

.....

غير حالات العنف الأسري، فإن الهدف من استخدام العنف هو الحصول على منفعة مادية، مثل إجبار الأطفال على العمل من أجل الحصول على منفعة مادية، وقد يؤدي اختلاف المستوى الاقتصادي بين الزوجين إلى حدوث خلافات بينهما، مما يدفع أحدهما إلى ممارسة العنف ضد الآخر، وأحيانا يكون الدافع الاقتصادي مؤقتاً ومن الممكن أن يتغير إذا تحسن الوضع الاقتصادي للأسرة.[1]

ثالثاً/ وسائل الإعلام: إن وسائل الاعلام بنوعيه التقليدي و الالكتروني قد تكون عاملاً مؤثراً في زيادة العنف الأسري ، **إذ** أظهرت بعض الدراسات أن البرامج الإعلامية وما تحتويه من رسائل يتعرض لها أفراد المجتمع، بما في ذلك المشاهدات والصور المتكررة للعنف ضد المرأة من قبل الذكور، وثقافة التبرير التي تصاحب هذه المشاهدات والصور، تعطي الذكور الشعور بإمتلاك الحق في ممارسة العنف، حيث كان لهذه الوسائل الإعلامية دور كبير في تأسيس ثقافة العنف في المجتمع وبلورة العديد من المواقف والاتجاهات المتأصلة في هذه الظاهرة، كما ساهمت في ترسيخ مفهوم الذكورة وتفوق قيمها على قيم الأنوثة في المجتمع، وساهمت في كثير من الأحيان في تكريس أهمية خضوع المرأة والأطفال للرجل كحق طبيعي له وحقه في معاقبة المرأة وسائر أفراد أسرته، في حالة العصيان والخروج عن سيطرته .[2]

---

[1] د. كاوان إسماعيل إبراهيم و د. مسعود حميد إسماعيل، شرح قانون مناهضة العنف الاسري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، 2018، ص60.

[2] د. منير كرادشة، مصدر سابق، ص78–79.

.....

المبحث الثاني

المواجهة الجنائية للعنف الأسري ضد المرأة

لبيان كيفية التصدي الجنائي لهذهِ الظاهرة سنتناول في هذا المبحث ومن خلال مطلبين المواجهة الجنائية للعنف الأسري ضد المرأة، حيث سنخصص الأول لتجريم العنف الأسري ضد المرأة في القوانين الاتحادية، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه العنف الأسري ضد المرأة في قانون مناهضة العنف الأسري الكوردستاني.

المطلب الأول

تجريم العنف الأسري ضد المرأة في القوانين الاتحادية

رغم استمرار ارتفاع معدلات العنف الأسري ضد المرأة، إلا أن العراق لا يزال يفتقر إلى قانون لمناهضة العنف الأسري، علماً أن الحكومة العراقية صوتت في شهر آب من عام 2020، على مسودة مشروع قانون الحماية من العنف الأسري واحالته الى مجلس النواب ، إلا أن هذا المشروع لا يزال ينتظر المصادقة وسط تجاذبات حادة حولهُ تشريعياً وسياسياً، ولكن غياب قانون خاص بالعنف الأسري لا يعني عدم وجود حماية للمجنى عليه، إذ يمكن العثور على بعض النصوص القانونية المتناثرة في القوانين العراقية، خاصةً في قانون العقوبات الذي يجرم معظم مظاهر الإساءة بشكل عام، تنص على عقوبات خاصة بجرائم القذف والسب والتهديد بالإضافة إلى الجرائم التي تقع على الجسد والتي يمكن تطبيقها على المرأة في حال الاعتداء عليها، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين كالآتي:

.....

الفرع الأول

تجريم العنف الأسري ضد المرأة في قانون العقوبات العراقي

لم يتناول قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 (المعدل) الجرائم المتعلقة بالعنف ضد المرأة على نحو مباشر، لكنه عالجها بشكل غير مباشر من خلال نصوص قانونية تتضمن تمييزاً واضحاً بين الذكر والأنثى في بعض الحالات، كما أن أغلبها جاءت بصياغة عامة لا يتقيد التجريم والعقاب فيها بوقوعها من قبل أحد أفراد الأسرة أو خارجها، وأبرز هذه النصوص تشمل:

أولاً/ الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة: تتضمن المواد من (393[1]–397) جرائم مثل الاغتصاب، هتك العرض، والتحرش، وهي جرائم تمثل أشكالاً من العنف الجنسي، التي تناولتها هذه النصوص بالرغم من أنها لم تتضمن تمييزاً واضحاً بين الذكر والأنثى إلا في بعض النصوص والفقرات منها: (الفقرة394/3): والتي جاء فيها "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سبع سنوات أو بالحبس من واقع بغير زواج أنثى برضاها....3– إذا كان المجنى عليها بكراً فعلى المحكمة أن تحكم لها بتعويض مناسب"، والمادة (395) التي يعاقب بموجبها بالحبس من يواقع أنثى أتمت الثامنة عشرة من عمرها بعد إغوائها بوعد الزواج ثم يرفض التزوج بها، يتضح لنا أن قانون العقوبات العراقي يولي اهتماماً خاصاً بحماية الإناث من الاعتداءات الجنسية، ويشدد العقوبات عندما تكون الضحية أنثى، خاصة إذا كانت قاصراً، هذه النصوص تهدف إلى حماية الإناث من الاستغلال الجنسي والاعتداء بكافة أشكاله، سواء باستخدام العنف أو الحيلة أو استغلال حالات الضعف النفسي أو الاجتماعي.

---

[1] عدلت فقرات من المادة 393 بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 488 في 1978/4/11

– يعاقب بالإعدام:

1 – كل من واقع أنثى من أقاربه الى الدرجة الثالثة بدون رضاها، وكانت قد أتمت الخامسة عشرة من العمر، وافضى الفعل الى موتها، أو أدى الى حملها أو إزالة بكارتها.

2 – كل من واقع أنثى من أقاربه الى الدرجة الثالثة بدون رضاها إذا كانت لم تتم الخامسة عشرة من العمر.

3 – كل من واقع أنثى من أقاربه الى الدرجة الثالثة برضاها وكانت لم تتم الخامسة عشرة من العمر، وأفضى الفعل الى موتها أو أدى الى حملها أو ‘زالة بكارتها.

ثانياً – يعاقب بالسجن المؤبد مرتكب فعل الوقاع أو اللواط ذكراً أو أنثى، إذا تم الفعل برضاهما وكانا قد أتما الثامنة عشرة من العمر وكانت درجة القرابة إلى الدرجة الثالثة.

.....

ثانياً/ الجرائم الماسة بالأسرة (جرائم الزنا والتحريض عليه): وضع المشرع العراقي في قانون العقوبات فصلاً خاصاً بالجرائم الماسة بالأسرة، ومن أهم هذه الجرائم جريمتا زنا الزوجية، والتحريض عليه.

1- جريمة زنا الزوجية:

جرم قانون العقوبات العراقي زنا الزوجية، ونظم أحكامه، فاستناداً إلى المادة (377) من قانون العقوبات فإنه:" 1-تعاقب الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه أنه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها.

2- ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنا في منزل الزوجية"، ويتضح من هذا النص أن المشرع العراقي عَدَّ العلاقة الزوجية ركناً مفترضاً في جريمة الزنا، لأنه لا يجرم سوى زنا الأزواج، فجريمة الزنا لا تقوم إلا في حالة قيام علاقة زوجية حقيقةً وحكماً بين الزاني أو الزانية والزوج الآخر وقد اعتبر المشرع العراقي الزنا في منزل الزوجية جريمة وفقاً للفقرة (2) من المادة (377)، ولكي يدخل فعل الزوج في نطاق جريمة الزنا، يجب أن يتم الاتصال الجنسي مع غير زوجته في منزل الزوجية[1]، وهذا يعني أن ارتكاب الزوج لفعل الزنا خارج منزل الزوجية لا يُعد جريمة زنا بموجب قانون العقوبات، مما يمنحه حرية جنسية خارج نطاق منزل الزوجية[2]، مع إمكانية انطباق نصوص تجريمية أخرى على السلوك إذا ما توافرت عناصرها القانونية كأغواء قاصر وجريمة الوعد بالزواج أو جريمة الاغتصاب .

ونرى بأنه يتوجب على المشرع أن يُجرّم أي اتصال جنسي بين الزوج وامرأة أخرى سواء في داخل منزل الزوجية أو خارجه، تماماً كما هو الحال بالنسبة للزوجة؛ لأن الفعل يُعد خيانة للعلاقة الزوجية سواءً حدث داخل أو خارج منزل الزوجية. وقد يُثار نقاش حول مدى توافق هذه المادة مع مبدأ المساواة المنصوص

---

(1) المقصود بمنزل الزوجية: كل مكان يقيم فيه الشخص عادة مع زوجته وكل مكان يتخذه الزوج مسكناً يطلب فيه الزوجة للإقامة فيه ويكون للزوجة أن تدخله من تلقاء نفسها، كما لا يشترط الإقامة الدائمة فيه بل أنه يعد كذلك ولو أقام فيه الزوج مع زوجته إقامة مؤقتة كالبيت في الريف أو في مصيف أو ... ، ولا تعد الملكية شرطاً لاعتبار المسكن منزل زوجية، فيعد منزل زوجية سواء أكان ملكاً له أو كان قد استأجره للإقامة فيه. ينظر: محمد عبد الرؤوف محمد احمد، أثر الروابط الاسرية على تطبيق القانون الجنائي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،2009، ص162.

(2) أثرُ العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي في العراق، متاح على الرابط الالكتروني: https://shorturl.at/1GS6X ، آخر زيارة في 2024/7/1.

عليه في المادة (14)[1] من الدستور العراقي لعام (2005). فالقانون هنا يعامل جريمة الزنا بتمييز واضح بين الزوج والزوجة على أساس الجنس، حيث تنص المادة (377) على عقوبات تختلف بين الزوج الزاني والزوجة الزانية وبالتالي، نرى بأنه ينبغي على المشرع حذف عبارة "إذا زنا في منزل الزوجية" الواردة في الفقرة 2 من المادة (377) من قانون العقوبات، كما نلاحظ أن المشرع لم يعاقب المرأة التي يزني بها الزوج، بينما عاقب الرجل الذي يزني مع المرأة المتزوجة، وكان من الأنسب معاقبتها إذا كانت تعلم بقيام الزوجية.

2- جريمة التحريض على زنا الزوجية

جرم المشرع التحريض على زنا الزوجية في المادة (380)[2]، مما يعكس العنف المادي والمعنوي؛ نظراً للآثار السلبية التي تمس أخلاقيات الزوجة وتحرضها على الفجور، بالإضافة إلى العنف المادي الجنسي الذي تتعرض له بسبب هذا التحريض، قد تجد الزوجة نفسها منحدرة إلى هذا الطريق غير الأخلاقي خوفاً من تعنيف الزوج، مما يدفعها إلى ارتكاب الرذيلة للتخلص من العذاب الجسدي أو المعنوي أو كليهما. ونجد أن نص المادة (380) يعاقب على التحريض وليس فقط ارتكاب الجريمة، مما يعني أن فعل التحريض ذاته يعتبر جريمة، مما يساعد على الردع ومنع الأشخاص من محاولة التأثير في الآخرين لارتكاب جريمة، ولكننا نجد أن النص قد يُنتقد على عدم وضوح مفهوم التحريض فيه، فمصطلح التحريض يمكن أن يكون فضفاضاً ويشمل عدة أفعال أو أقوال، مما قد يؤدي إلى تفسيره بمعاني مختلفة من قبل القضاة، فقد يكون التحريض مباشراً (مثل الحث الصريح على الفعل) وقد يكون غير مباشر (مثل التأثير النفسي أو الاجتماعي)، وهذا قد يفتح الباب لتأويلات متعددة، كذلك نجد أن النص لا يميّز بين التحريض البسيط والتحريض بالإكراه أو التهديد، مما يجعل المعاملة القانونية لهذه الحالات متساوية، على الرغم من أن الإكراه يتضمن خطورة أكبر من التحريض العادي، وقد يؤدي ذلك إلى عدم تناسب العقوبة مع خطورة الفعل في بعض الحالات.

وقد يرى البعض أن جريمة زنا الزوجية وجريمة التحريض لا تعد من جرائم العنف الاسري لأنها قد لا تتضمن عنفاً مادياً ضد الضحية، غير أننا نرى أن أنماط السلوك المجرم هذه تشكل عنفاً وايذاءً معنوياً بحق الضحية قد يفوق الأذى المادي الذي تتركه جرائم أخرى كالضرب والجرح والإيذاء.

[1] العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي

[2] تنص المادة (380) على انه: "كل زوج حرض زوجته على الزنا فزنت بناء على هذا التحريض يعاقب بالحبس".

.....

ثالثاً/ جرائم الإجهاض[1] وحق الأمومة : حيث جرم قانون العقوبات الإجهاض في المواد (417-419)، فعد تعمد إجهاض المرأة لنفسها جنحة في المادة (417)، وعدّ إجهاضها من الغير عمداً بلا رضاها جناية في المادة (418)، والحمل هو الركن المفترض لهذه الجريمة، حيث إن الحمل هو محل الاعتداء في جريمة الإجهاض، أي إن الجنين الذي لا يزال في رحم الأم هو موضوع الجريمة، والحماية مقررة للجنين، فالمشرع يحمي حق الجنين في الحياة المستقبلية، وفي الأصل هذا الحق هو المقصود بالحماية، أما حق الحامل في سلامة جسمها فلا يعد محلاً للحماية؛ لأن هذا الحق تكفله النصوص الخاصة بالضرب والجرح والقتل، ولم يعتد المشرع برضى الحامل بالإجهاض، بمعنى أن رضى الأم بإجهاض حملها لا يعفيها من العقاب سواءً كانت هي التي أسقطت حملها أو رضيت بقيام شخص آخر بإجهاضها، حيث إن حق الجنين في الحياة من الحقوق التي لا تملك الأم التنازل عنها فهو حق خالص للجنين، وحق للمجتمع في ضمان وسائل التكاثر للمحافظة على النسل بشكل طبيعي، وعليه فرضى الحامل بالإجهاض لا يبيح القتل[2]. واعتبر المشرع في (الفقرة 3 من المادة 417) صفة الجاني ظرفاً مشدداً إذا كان الشخص الذي أجهض الحامل "طبيباً أو صيدلياً أو كيميائياً أو قابلةً أو أحد معاونيهم"، واعتبر في الفقرة 4 من المادة نفسها إجهاض الحامل نفسها أو إجهاضها من قبل أحد أقاربها إلى الدرجة الثانية (الأب، الأم، الأخ، الأخت، الابن) ظرفاً مخففاً إذا كان الإجهاض اتقاءً للعار إذا كانت قد حملت سفاحاً، بالإضافة إلى ذلك فإن جريمة إبعاد الطفل عن أمه في المادة (381)، وجريمة الحرمان من حق الحضانة في المادة (382) تمثلان صوراً للعنف ضد حق المرأة في الأمومة أو الحرمان منها.

رابعاً/ الجرائم الماسة بحرية المرأة: جرم المشرع سلوك الخطف في المواد (422 و423). إذ اعتبرت المادة (422) خطف أنثى حدث لم تتم الثامنة عشرة من العمر جناية لا تزيد عقوبتها عن خمس عشرة سنة إذا تمت الجريمة بغير إكراه أو حيلة، أما إذا وقع الخطف على أنثى أتمت الثامنة عشرة من العمر بطريق الإكراه أو الحيلة فيعاقب الخاطف بالسجن مدة لا تزيد عن خمس عشرة سنة، إلا إذا صحب الخطف مواقعة

---

[1] الإجهاض: إسقاط جنين المرأة قبل ان تستكمل مدة حملها، سواءً كان قبل نفخ الروح أو بعده، وسواءً كان بفعل من الحامل أو بفعل من غيرها. للمزيد ينظر: د. عبد الفتاح بهيج عبد الدايم العواري، جريمة اغتصاب الاناث والاثار المترتبة عليها، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010، ص423.

[2] د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، د.س، ص216.

المجنى عليها أو الشروع فيه فتكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد حسب نص المادة (423)، ولم تشترط هذه النصوص أن يكون الفاعل ذا صفة أومن أقارب المرأة.

خامساً/ الجرائم المتعلقة بالسلامة الجسدية : وتشمل جرائم القتل، الضرب، والإيذاء في المواد (405- 416)، ويعد الجرح والضرب والإيذاء العمد ظرفاً مشدداً إذا كان المجنى عليه من أصول الجاني.[1] ولم تشترط هذه النصوص أن يكون الفاعل ذا صفة أو أن يكون من أقارب المرأة، إنما أشارت للأصول (الأب والأم) باعتبارها ظرفاً مشدداً للعقاب.

وأثارت المادة (1/41)[2] جدلاً كبيراً حول إباحة المشرع لحق التأديب، حيث يرى البعض أن المشرع سمح للآباء والمعلمين بتعنيف الأولاد، وللزوج بتعنيف زوجته، مخالفاً بذلك لقوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كان عَلِيًّا كَبِيرًا)[3]، مما يعني أن المشرع العراقي أباح الضرب كرخصة يستخدمها الرجل سواءً كان أباً أو أخاً أو زوجاً ضد الأنثى في أي وقت وبأي طريقة، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً، بل هو حق مقيد بما تتطلبه العدالة الجنائية من وراء إقراره، وهذه القيود التي تجسد مظاهر العدالة الجنائية إما نجدها مقررةً شرعاً أو عرفاً أو قانوناً، ونرى إن كلمة العرف التي وردت في عجز الفقرة (1) من المادة (41): (....في حدود الشرع والقانون والعرف)[4]، يقصد بها المشرع ما يكون في حدود ضوابط الشرع والقانون والعرف و بتقديرنا فإن الواو هنا جاءت على سبيل الجمع، وبالنتيجة يجب أن تجتمع كل تلك المحددات سوية، فالعرف المخالف للشريعة أو المخالف للقانون لا يعتد به لإباحة التأديب. ووفقاً للحدود فإن الضرب المباح هو الضرب الذي لا يؤذي ولا يكون جارحاً، والذي يكون بعيداً عن التحقير. لأنه يخرج عن كونه ضرباً تأديبياً، فالغرض من النص التشريعي هو تحقيق غاية ونتيجة معينة وهذا لا يتحقق في الضرب الجارح أو المؤذي أو القاتل أو الذي يؤدي إلى إصابة الزوجة بعاهة تفقدها منفعة من منافع أعضائها أو الضرب المهين.

---

[1] الفقرة (3) من المادة (414) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

[2] (لا تعد جريمة في حال كان الفعل استعمالًا لحق مقرر قانونياً، ويعد استعمالاً للحق الظروف الآتية: ضرب الزوج لزوجته وضرب الآباء والمعلمين والمربيين في حكمهم للأولاد الصغار (القصر) في حدود الشرع والقانون والعرف).

[3] سورة النساء الآية (34)

[4] المشرع في إقليم كوردستان وبموجب المادة (1) من القانون رقم (7) لسنة (2001) استثنى الزوجة من أحكام الفقرة (1) من المادة (41) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل

.....

علماً أن الشريعة الإسلامية اباحت الضرب بشروط وجعلته الحل الأخير في حالة نشوز الزوجة، أي عندما تكون بحالة من التكبر والارتفاع على زوجها، فقد بين الحكم الشرعي الخطوات الوقائية للحفاظ على كيان الأسرة من الانهيار، والإبقاء على ديمومتها وصيانتها من التفكك والانحلال من خلال قيام الزوج بوعظ المرأة فإن لم تتعظ، فيعمل على هجرها في المنزل من دون أن يتكلم معها فأن لم ترضخ له، فله اللجوء إلى الضرب بشروط: فهو ليس ضرباً ككل ضرب، وليس حقاً مطلقاً لكل رجل، وليس حقاً يستخدمه الرجل مع كل النساء، وليس حقاً يستخدمه الرجل لكل غرض وغاية، بل هو حق له غاية وغرض محدود فإن تجاوزه كان ذلك ممنوعاً، ولا يجوز أن يترك أثراً ولا يكون في المقاتل ولا يكون مؤذياً[1]، أي أن يكون ضرباً صورياً أو رمزياً غير مبرح، وأن يكون بقصد التأديب لا بقصد الانتقام للحفاظ على كيان الأسرة بثباتٍ واستقرار. فإذا خالف الزوج القواعد المرسومة لحقه في تأديب زوجته يدخل في نطاق التجاوز على ما هو مشروع له، ويندرج فعله في نطاق التجريم وإذا كان تجاوزه عمداً كانت الجريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال[2]. ومن هنا نستنتج أن القيد الذي يقتضيه العدل في هذه الحالة هو نشوز المرأة، فإذا لم تكن المرأة ناشزاً، فلا يمكن تصور العدالة في ضربها أو انتهاك حق من حقوقها، بمعنى آخر يثبت حق الزوج في تأديب زوجته، ومن خلاله تتحقق العدالة الجنائية، إذا آنس فيها نشوزاً في الحياة الزوجية العادية، لكن إذا وصلت هذه العلاقة بينهما إلى حد السوء وبدأ كل من الزوجين بالاعتداء على الآخر وتهديده وتقديم شكوى ضده، مما يجعل الرابطة الزوجية مفقودة والاحترام الزوجي معدوماً، ولا تراعى فيها أحكام الشرع، فلا مجال للاحتجاج بحق التأديب، وتنهض مسؤولية الزوج عن تصرفات حق التأديب، لانتفاء الغرض من اللجوء إليها[3].

---

[1] د. إسماعيل أبابكر علي البامرني، المختصر المساعد في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي مع تعديلات برلمان إقليم كوردستان، ط1، د.ن، 2022، ص96.

[2] دلال وردة، أثر القرابة الاسرية في تطبيق القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2015_2016، ص121.

[3] د. أحمد مصطفى علي، العدالة الجنائية، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2016، ص71.

.....

الفرع الثاني

تجريم العنف الأسري ضد المرأة في قانون الأحوال الشخصية

عند صدور قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة (1959)، كان يتضمن جريمة تعدد الزوجات فقط وذلك في (الفقرة السادسة من المادة الثالثة منه)[1] ، ولكن بعد تعديلهِ بقانون التعديل الثاني رقم (21) لسنة (1978)، أضيفت إليه ثلاث جرائم وهي: الإكراه على الزواج وجريمة المنع من الزواج المنصوص عليهما في (الفقرة 1/ المادة 9)،و جريمة إجراء الزواج خارج المحكمة المنصوص عليها في (الفقرة 5 من المادة 10)، إلا أننا سنقتصر في هذا الفرع على جريمتي الإكراه على الزواج والمنع من الزواج، علماً ان هاتين الجريمتين من الناحية القانونية قد تقعان على الرجل أو المرأة أو كليهما، ولكن من الناحية العملية فان المرأة غالبا ما تكون هي الضحية في هاتين الجريمتين.

اولاً- الإكراه على الزواج: من الأساسيات التي يقوم عليها عقد الزواج هو ضرورة توافر رضا الطرفين[2]، أي (الرجل والمرأة). فلا يجوز إكراه أي شخص على الزواج، إذ يُعد الرضا الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو ما يؤكده كل من الشرع والقانون.

ولكن قد يحصل وأن يُعْقَد الزواج نتيجة إكراه يتعرض له كلا طرفي العقد أو أحدهما، لذلك نجد أن المشرع العراقي منع الزواج بالإكراه في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية النافذ حيث نص على أنه: "1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول، ..."، وفي الفقرة الثانية من المادة نفسها حدد المشرع العقوبة لمن يخالف أحكام الفقرة أعلاه:" يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات "، ويلاحظ أن المشرع في الفقرة الأولى من هذهِ المادة جعل الإكراه باطلاً قبل الدخول، أما بعد الدخول فإنه اعتبر العقد صحيحاً وأعطى حق طلب التفريق للطرف الذي تعرض للإكراه وذلك في

---

[1] جريدة الوقائع العراقية، العدد (280)، بتأريخ 12/30/ 1959.

[2] لا يعتد القانون بالرضا إلا إذا كان صادراً من شخص يتمتع بالأهلية الكاملة، واهلية الزواج تتحقق بالعقل واتمام الثامنة عشرة من العمر كما نص عليه في المادة السابعة/1 من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 (المعدل).

.....

الفقرة الرابعة من المادة (40) من القانون ذاته [1]. لقد أحسن المشرع العراقي حينما جرم الإكراه على الزواج، مما يحفظ حق الإنسان في الزواج برضاه، وبما أن المرأة تتعرض للإكراه على الزواج أكثر من الرجل، فإن المشرع العراقي بتجريمهِ لهذا الفعل قد وفر حماية لحق المرأة في الزواج برضاها الكامل.

ثانياً- المنع من الزواج: ورد النص على جريمة المنع من الزواج في الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على أنه: "، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج "، ويتضح من خلال هذا النص وجوب توافر أركان لهذه الجريمة وهي:

1- الركن المادي: يتمثل هذا الركن في الفعل المادي للمنع، والذي يشمل أي سلوك إيجابي يهدف إلى منع الذكر أو الأنثى أو كليهما من الزواج. يتكون هذا الركن من الفعل، والنتيجة، والعلاقة السببية. فإذا لم يتحقق المنع الفعلي من الزواج، فلا يُعتبر الركن المادي قائماً.

2- الركن المعنوي: وهو القصد الجنائي الذي يتطلب وجود نية وعلم الجاني بفعلته، بالإضافة إلى إرادة تنفيذ الفعل على نحو مباشر ومحدد.

3- الركن الخاص: يتمثل هذا الركن في أهلية الشخص للزواج[2]، حيث يجب أن يكون الشخص الذي يُمنع من الزواج مؤهلاً للزواج بموجب قانون الأحوال الشخصية.[3]

عاقب المشرع العراقي على جريمة المنع من الزواج بذات العقوبة المقررة للإكراه على الزواج التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة التاسعة -السابق ذكرها-.

ونجد ان المشرع العراقي أراد من هذا التجريم حفظ حق الإنسان في عدم منعه من الزواج، إلا أنه في الوقت ذاته قيد حق الشخص بشروط معينة إذا لم يكن أهلاً للزواج؛ لأن المنع في هذهِ الحالة لا يشكل

---

[1] لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احج الأسباب الآتية: (... 4- إذا كان الزواج قد تم خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول.)

[2] المؤهلون للزواج هم من نصت عليهم المادة السابعة والثامنة من قانون الأحوال الشخصية النافذ: (1-العاقل الذي أكمل الثامنة عشر. 2- المريض مرضاً عقلياً إذا ثبت بتقرير طبي إن زواجه لا يضر بالمجتمع وإنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً)، (الشخص الذي أكمل (15) عاماً واذن له القاضي والشخص الذي بلغ (15) وأذن له القاضي لضرورة قصوى).

[3] د. تافگة عباس توفيق البستاني، حماية المرأة في القانون الجنائي، ط1، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2017، ص111.

جريمة، إنما هو حماية للشخص نفسه من أعباء تحمل مسؤولية أسرة وهو غير مؤهل، ويؤخذ على المشرع أنه لم يحدد نطاق المنع بجلاء، فكيف يمكن مثلاً الحكم إذا منع الولي ابنتهُ من الزواج من رجلٍ سيئ الأخلاق وذى سوابق إجرامية؟ أليس في هذا المنع ضمان لمصلحة البنت والأسرة؟

المطلب الثاني

العنف الأسري ضد المرأة في قانون مناهضة العنف الأسري الكوردستاني

خطا المشرع في إقليم كوردستان–العراق خطوة جديدة بإصدار قانون مناهضة العنف الأسري رقم (8) لسنة (2011)، ليحقق بذلك سبقاً على التشريعات الاتحادية، وحدد القانون في الفقرة الأولى من المادة الثانية[1] جملة من الأفعال على سبيل المثال لا الحصر عنفاً أسرياً[2] . بعض هذه الجرائم تقع على المرأة فقط والبعض الآخر يقع على أفراد الأسرة بشكل عام، وللوقوف على التصدي الجنائي للعنف الأسري ضد المرأة في هذا القانون سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول الجرائم المتعلقة بالزواج والطلاق، والفرع الثاني نخصصه للجرائم المتعلقة بسلامة الجسد والاعتبار.

---

[1] أولا: يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً اسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة، وتعتبر الافعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً: (الاكراه في الزواج. – زواج الشغار وتزويج الصغير. – التزويج بدلا عن الدية. – الطلاق بالإكراه – قطع صلة الأرحام. – إكراه الزوج للزوجة على البغاء وامتهان الدعارة. – ختان الإناث. –إجبار أفراد الأسرة على ترك الوظيفة أو العمل رغماً عنهم. –إجبار الأطفال على العمل والتسول وترك الدراسة. – الإنتحار إثر العنف الأسري – الإجهاض إثر العنف الأسري– ضرب افراد الأسرة والأطفال بأية حجة. – الإهانة والسب وشتم الاهل وإبداء النظرة الدونية تجاهها وايذائها وممارسة الضغط النفسي عليها وانتهاك حقوقها والمعاشرة الزوجية بالإكراه).

[2] بالرغم من أن هذه الصيغة من التجريم وتعداد صور السلوك على سبيل المثال تستخدمها أحيانا بعض التشريعات إلا أنها صيغة منتقدة فهذه الصيغة تتجاوز على أحد ثوابت وأصول القوانين العقابية وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأن الافعال الجرمية بأي حال من الاحوال لا تضرب على سبيل المثال، فاذا كان القياس ممنوعاً في إطار التجريم والعقاب فمن باب أولى تحديد الافعال الجرمية على سبيل المثال يشكل خرقاً لهذا المبدأ لكونه يفسح المجال للقاضي للإجتهاد في مجال نصوص التجريم والعقاب مما يخلق جريمة وعقوبة. د. أحمد مصطفى علي، العنف الاسري بين الاسباب والحلول، ورقة عمل مقدمة الى الندوة التي يقيمها مركز الملا الكبير/ جامعة كويه بتاريخ 2022/12/1، ص2.

.....

الفرع الأول

الجرائم المتعلقة بالزواج والطلاق

تشمل هذه الجرائم كما وردت في المادة (1/2) من القانون المذكور الإكراه على الزواج، زواج الشغار وتزويج الصغير، التزويج بدلاً عن الدية، الطلاق بالإكراه، إكراه الزوج زوجته على البغاء وامتهان الدعارة، والمعاشرة الزوجية بالإكراه (الاغتصاب الزوجي)

اولاً/ الإكراه على الزواج: سبق أن تكلمنا عن هذه الجريمة في المطلب السابق من هذا المبحث وما تضمنته المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية النافذ في العراق، وبموجب المادة (2/اولاً/الفقرة 1) من قانون مناهضة العنف الأسري إذا صدر الإكراه من أحد أفراد الأسرة (الأبوين، الزوج، الأقارب إلى الدرجة الرابعة، ومن تم ضمه إلى الأسرة قانوناً) بحق فرد آخر من الأسرة (ذكراً أم أنثى) يعد مرتكباً لعنف أسري. وعدل المشرع في إقليم كوردستان– العراق، كلاً من حكم الزواج بالإكراه والعقوبة المقررة له، حيث اعتبر العقد باطلاً قبل الدخول وموقوفاً على إجازة الزوجة بعد الدخول، والعقوبة بالنسبة للقريب من الدرجة الأولى هي الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات[1] .

ثانياً/ زواج الشغار وتزويج الصغير: الشغار هو: أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك، وأزوجك أختي، ولا مهر بينهما، أو بينهما مهر لأجل الحيلة، أو يقال: اختصاراً: إنكاح البضع بالبضع[2]. وهذا النكاح باطل شرعاً لقوله (صلى الله عليه وسلم): "لا شغار في الإسلام"[3] ، ويُعدّ زواج الشغار (الزواج بالتبادل) من الأمور السلبية التي قد تحصل في المجتمع، وما يترتب على هذا الزواج من ظلم للمرأة وإهانة لكرامتها؛ لأنه ضياع لحقها الشرعي والقانوني المتمثل بالمهر، أي تكون فتاة مقابل فتاة بدون أي مهر، وهذا الشيء مخالف للشرع والقانون، لأن المهر من حقوق الزوجة[4] . وعليه فبموجب قانون

---

[1] المادة السادسة الفقرتان (1و2) من القانون رقم (15) لسنة (2008) قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل في إقليم كوردستان– العراق.

[2] عبد الله بن صالح الفوزان، منحة العلام في شرح بلوغ المرام، ط1، ج7، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.، ١٤٣٥ هـ، ص.241.

[3] الجامع الصحيح سنن الترمذي، رقم الحديث (1123)، ص324.

[4] مريم مالك زباله، زواج الشغار دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفقه الإسلامي، مجلة المعهد، العدد (14)، 2023، ص587.

مناهضة العنف الأسري، تنهض المسؤولية الجنائية بحق الشخص الذي يقوم بهذا الأمر من أفراد الأسرة وقد يرى البعض أن هذه الصور لا تعد عنفاً أسرياً ولكن بتقديرنا فإن المشرع الكوردستاني قد أحسن صنعاً بإضافتها إلى قانون مناهضة العنف الأسري، إذ أن العنف قد يكون عنفاً معنوياً أو قد يكون عن طريق الحرمان المتعمد للمرأة من بعض الحقوق المادية المقررة لها شرعاً وقانوناُ.

أما تزويج الصغير (الزواج المبكر أو زواج القاصرات) هو انتهاك لحقوق الإنسان ويؤثر على نحو خاص على النساء والفتيات، مما يعيق تعليمهن ويعرضهن للعنف والتمييز، هذه الممارسات تهدد حياتهن ومستقبلهن وتمنعهن من المشاركة الكاملة في المجتمع، كما يؤدي الزواج المبكر إلى حمل وولادة مبكرة، مما يزيد من مخاطر الأمراض والوفيات بين الأمهات.

ثالثاً/ التزويج بدلاً عن الدية: "زواج الفصلية" أو "زواج الدية": ويقصد به: "تزويج إحدى بنات العشيرة المعتدية إلى الشخص المعتدى عليه أو أحد أقاربه بعنوان (الثأر) في أغلب الأحيان، وهذه المرأة تعيش خلال هذا الزواج في الغالب تحت ضغط نفسي صعب جداً، أدى في بعض الحالات إلى انتحار بعضهن"، وهو عرف عشائري كان منتشراً في عموم العراق[1] ، رغم اختلاف عادات العشائر في كوردستان عن نظيراتها في الوسط والجنوب، وهذه الظاهرة آخذة طريقها إلى الزوال في إقليم كوردستان بسبب الوعي بين الناس حول مضارها .

رابعاً/ الطلاق بالإكراه: هو إجبار الزوج على تطليق زوجته، أو إجبار الزوجة المفوضة بالطلاق على تطليق نفسها من زوجها، ويُعد هذا الفعل جريمة عنف أسري إذا صدر عن أحد أفراد الأسرة، بغض النظر عن الدوافع والمبررات، وبغض النظر عمن تعرض للإكراه سواء كان الزوج أو الزوجة. ولا يشترط أن يكون الإكراه مباشراً؛ إذ يمكن أن يتحقق العنف الأسري أيضاً إذا كان الإكراه غير مباشر، مثل قيام الابن الأكبر من زواج سابق بإيذاء ابن زوجة أبيه من زواج آخر لإجبارها على تطليق نفسها[2].

---

[1] "زواج الفصلية": عرف عشائري في العراق ضحيته المرأة، متاح على الرابط الالكتروني: https://2u.pw/mp7IeMdb ، آخر زيارة في 24 /7/2024.

[2] رحيم حسن العكيلي، شرح قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان – العراق رقم 8 لسنة 2011، ط2، هولير – بختياري، 2012، ص27.

.....

خامساً/ إكراه الزوج زوجته على البغاء[1] وامتهان الدعارة[2]: أحسن المشرع في تصنيف هذه الأفعال كجرائم عنف أسري فعاقب عليها (المادة الثانية/ اولاً/ 6) من قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان، فإضافة إلى أنها أفعال مخزية وتتنافى مع الكرامة الإنسانية، فإنها تدمّر الأسرة من خلال نشر الرذيلة والفحشاء، مما يؤدي إلى نشوء أسرة فاسدة بعيدة عن الأسس السليمة والقيم الحسنة[3]، ويُثني على المشرع الكوردستاني لإقراره بأن إكراه الزوج لزوجته على ممارسة البغاء وامتهان الدعارة يُعد عنفاً أسرياً، لأنها تُهين المرأة وتقوض قدسية العلاقة الزوجية، فضلاً عن تأثيرها السلبي على القيم الأسرية وانعكاساتها السلبية على الأبناء من الناحيتين النفسية والأخلاقية وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة تُعد قائمة بذاتها، وتتحقق بمجرد وقوع فعل الإكراه، بغض النظر عن تحقق النتيجة المتمثلة في ممارسة البغاء أو الدعارة، حيث لا تُعد هذه الممارسة جزءًا من عناصر الجريمة، بل مجرد نتيجة للإكراه.

ويُؤخذ على المشرع الكوردستاني اقتصاره على توصيف الجريمة في إطار العلاقة بين الزوج والزوجة فقط، دون شمولها باقي أفراد الأسرة. فعلى سبيل المثال، إذا أقدم الأب على إكراه ابنته على ممارسة البغاء، أو أكره الأخ أخته على ذلك، فإن هذه الأفعال لا تُعد جريمة عنف أسري وفقاً لقانون مناهضة العنف الأسري، رغم خطورتها البالغة على الأسرة وما تمثله من سمسرة بجسد المرأة وآثارها السلبية العميقة[4]. لذلك، كان من الأجدر بالمشرع الكوردستاني توسيع نطاق النص القانوني ليشمل إكراه أي فرد من أفراد الأسرة من الإناث على البغاء وامتهان الدعارة، لما يوفره هذا التوسع من حماية للمرأة من الاستغلال والاتجار بجسدها. ويلاحظ أن هذه الجريمة تختلف عن جريمة تحريض الزوجة على الزنا الواردة في المادة (380) من قانون العقوبات العراقي النافذ التي اشترطت وقوع الزنا نتيجة لهذا التحريض.

---

(1) البغاء: هو تعاطي الزنا او اللواطة باجر مع أكثر من شخص. المادة (1) من قانون مكافحة البغاء العراقي رقم 8 لسنة 1988. والبغاء: هو مباشرة الإناث أو الذكور لأفعال الفحش بقصد إرضاء شهواتهم، أو شهوات الغير مباشرة وبغير تمييز، وهذه الأفعال تعرف بالفجور إذا ارتكبه ذكر، بينما تعرف بالبغاء إذا ارتكبتها انثى، ووفقاً لهذا المفهوم فإن البغاء يشمل الفجور والدعارة. للمزيد ينظر: محمود احمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجنى عليه، ط7، اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،2015، ص151.

(2) الدعارة: هو استخدام الجسم إرضاءً لشهوات الغير مباشرة نظير أجر أو بغير أجر. عبد الحكيم فودة، الجرائم الجنسية في ضوء فقه وقضاء النقض، مكتبة الشعاع، الإسكندرية، 1997، ص17.

(3) د. وعدي سليمان المزوري، المواجهة التشريعية لجرائم العنف الأسري في إقليم كوردستان –العراق، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل–كلية القانون، المجلد (7)، العدد (4)، 2015، ص309.

(4) د. كاوان اسماعيل و د. مسعود حيدر اسماعيل، مصدر سابق، ص80.

.....

سادساً/ المعاشرة الزوجية بالإكراه (الاغتصاب الزوجي): يُعد تجريم المعاشرة الزوجية بالإكراه التشريع الأول من نوعهِ في التشريعات العراقية خلافاً للمفهوم السائد بأن للرجل حقاً في إجبار زوجته على المعاشرة الزوجية، وذلك كأثر من آثار عقد الزواج[1] . إنَّ قانون مناهضة العنف الأسري يجرم الإكراه على المعاشرة الزوجية بشكل مطلق، حتى في حال كانت المرأة ناشزاً، فلا تُعتبر المرأة مسؤولة أمام القضاء إذا امتنعت عن الجماع، سواء كان ذلك الامتناع مبنياً على عذر شرعي أم لا، لذلك، كان من الأفضل أن يقوم المشرع الكردستاني بضبط هذا النص ودراسته بدقة قبل إقراره، فالنص الحالي يشير إلى الإكراه على المعاشرة الزوجية كجريمة دون تقييد ذلك بوصف المكره، مما قد يشمل حالات يكون فيها المكره غير الزوجين، مثل الإكراه من قبل الابن، أو الكنة، أو والد أحد الزوجين، أو أي عضو آخر من الأسرة حتى الدرجة الرابعة. [2]

ونجد أن التجريم في هذا السياق يتعلق بالتعسف في المعاشرة الزوجية، مثل امتناع أحد الزوجين عن الجماع دون مبرر، أو الإكراه على الجماع رغم وجود عذر شرعي لدى الطرف الآخر (كالحالة الصحية أو الإرهاق أو الأعذار الشرعية المتعلقة بالمرأة مثل الحيض والنفاس). ونقترح على المشرع تعديل النص على النحو الآتي:" يعد عنفاً أسرياً إكراه أحد الزوجين الآخر على المعاشرة الزوجية بالرغم من وجود عذر شرعي لدى الطرف الآخر ".

نخلص من كل ما تقدم أن هذه الجرائم أعلاه تتضمن عنفاً اسرياً ذا طبيعة معنوية على الاغلب لما له من اثار سلبية على نفسية الضحية محل التعنيف.

الفرع الثاني

الجرائم المتعلقة بسلامة الجسد

سنتطرق في هذا الفرع إلى جريمة ختان الإناث والانتحار والإجهاض إثر العنف الأسري وكما يأتي:

اولاً/ ختان الإناث: الختان لغةً هو الاسم من ختن الولد، التطهير، والختان موضع القطع من الذكر والأنثى[3]. ويسمى الخفض للأنثى وهو بتر أو إزالة جزء من الأعضاء التناسلية للمرأة إزالة كاملة أو بتر

---

[1] رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص29.

[2] عارف علي عارف القره داغي ورضوان حازم خالد الكوجري، مناهضة العنف الاسري كوردستان العراق انموذجاً، مجلة الموارد للشريعة الإسلامية، المجلد. الخامس عشر، العدد 1، أغسطس 2015، ص39.

[3] جبران مسعود، مصدر سابق، ص328.

.....

جزئي.[1] يتجسد الختان في قطع القلفة التي تدنو الحشفة بالنسبة للذكر، وقطع القلفة التي تعلو البظر بالنسبة للأنثى[2]. وعرفت منظمة الصحة العالمية تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية "الختان" بأنه: "الممارسات التي تنطوي على استئصال الأعضاء التناسلية الخارجية بشكل جزئي أو تام، أو إلحاق أضرار أخرى بتلك الأعضاء بدواع لا علاقة لها بالعلاج"[3]. تطرق المشرع لختان الإناث في المادة (الثانية/ اولاً/7) من قانون مناهضة العنف الأسري التي تنص على أنه: "يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة، وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسريا: ...-ختان الإناث".

وحسب هذا النص فإن المشرع في إقليم كوردستان جعل ختان الإناث جريمة عنف ولكن داخل نطاق الأسرة فقط، وبهذا فإن المشرع لم يكن دقيقاً في معالجة هذا الأمر، فإذا كان ختان الإناث جريمة وفقاً لهذا القانون فإنه يكون داخل نطاق الأسرة فقط، بمعنى أن الفعل لا زال مباحاً خارج نطاق الأسرة، لعدم وجود نص صريح في قانون العقوبات بتجريم هذا الفعل، وعليه فإنه من السهل التحايل على أحكام هذا النص من قانون مناهضة العنف الأسري وعمل الختان خارج إطار الأسرة ، إلا أننا نجد أن المشرع في المادة السادسة من ذات القانون نص على عقوبات تطبق على كل من حرض أو ساهم أو أجرى عملية ختان للأنثى، واكتفى بعقوبة الغرامة بالنسبة للمحرض والحبس أو الغرامة بالنسبة لمن ساهم أو أجرى عملية الختان، وبعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن ثلاث سنوات لمن أجرى أو ساهم في عملية ختان أنثى قاصر، ونرى أن هذه العقوبة لا تتناسب مع بشاعة الجريمة التي ترتكب بحق الأنثى القاصر، ويعد كذلك ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان الفاعل طبيباً أو صيدلياً أو قابلة أو أحد معاونيهم، وعلى المحكمة أن تأمر بمنعه من مزاولة مهنته أو عمله مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ونرى أن المشرع لم يكن دقيقاً في تعدد المسميات في المادة الواحدة (محرض مساهم وفاعل) وقد يكون الجميع من خارج الأسرة وبذلك قد يخرج من نطاق قانون العنف الأسري لذلك ندعو المشرع الكوردستاني أن يكون أكثر دقة في الصياغة والألفاظ خشية

---

[1] رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص34

[2] محمود احمد طه، مصدر سابق، ص107.

[3] تشويه الأعضاء التناسلية الانثوية. متاح على الرابط الالكتروني: https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation تاريخ الزيارة: 2024/10/10

التعارض بين النصوص النافذة المتعلقة بموضوع الختان مما يولد إرباكاً قضائياً وإجرائياً، وعلى الرغم من عدم وجود نص في قانون العقوبات العراقي النافذ يجرم عملية ختان الإناث، إلا ان التكييف القانوني لهذه الجريمة يقع ضمن الجرائم الواردة المادة (1/412) من قانون العقوبات العراقي، ويمكن الإستعانة بها لمعالجة جميع حالات الختان سواء داخل الأسرة أم خارجها، فقد عالجت هذه المادة مسألة العاهة المستديمة كجريمة وعاقبت عليها بعقوبة أشد عما هي عليه في قانون مناهضة العنف الأسري واعتبارها جناية قد تصل عقوبتها إلى السجن (15)، سواءً أكان الفاعل من داخل الأسرة أم خارجها لورود النص بشكل مطلق.[1] خاصة مع ورود النص على عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين النافذة في الإقليم" في المادتين السادسة والسابعة[2] من قانون مناهضة العنف الأسري.

ثانياً/ الانتحار إثر العنف الأسري: الانتحار هو الإجهاز على النفس بأي طريق كان[3]، والانتحار(نحر): هو أن يقتل الإنسان نفسه[4]. وفي الفقه القانوني عرف بأنه: "موت المجنى عليه بفعله هو" [5]. ويبدو ان قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان جاء بجريمة جديدة وهي مساءلة الشخص الذي يتسبب في انتحار أحد أفراد الأسرة سواءً بالإساءة إليه أو الضغط عليه نفسياً، أو بالتهديد وغيرها[6] ، ويلاحظ أن صياغة الفقرة (10) من المادة الثانية من قانون مناهضة العنف الأسري جاءت غير دقيقة فعبارة (يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً..... وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفا أسرياً:10. الانتحار...) توحي بأن الانتحار هو الذي يكون عنفاً أسرياً، وكان من الأجدر جعل الصيغة بالشكل الآتي: (التسبب بالانتحار)، ونجد بأن المعالجة التشريعية في نص المادة (408) من قانون العقوبات العراقي هي أدق وأشمل مما ورد في نص الفقرة 10 من المادة الثانية من قانون مناهضة العنف الأسري، حيث نصت الفقرة (1) من هذه المادة (408) على: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات

---

[1] د. وعدي سليمان المزوري، مصدر سابق، ص310.

[2] تنص المادة (7) على انه: (مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد تنص عليها القوانين النافذة في الإقليم: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على خمسة ملايين دينار أو احدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عنفاً اسرياً)

[3] محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ص75.

[4] جبران مسعود، مصدر سابق، ص132.

[5] فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، مطبعة الزمان، بغداد، 199نص114

[6] رحيم العكيلي، مصدر سابق، ص40

.....

من حرض شخصاً أو ساعده بأي وسيلة على الانتحار إذا تم الانتحار بناءً على ذلك. وتكون العقوبة الحبس إذا لم يتم الانتحار ولكن شُرِع فيه.

إلا أن هذه الفقرة شهدت تعديلاً في إقليم كوردستان – العراق بموجب قانون رقم (42) لسنة 2004، إذ أُوقِف العمل بالفقرة (1) من المادة (408) واستبدل بها النص: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات من حرض شخصاً أو ساعده بأي وسيلة على الانتحار أو تسبب فيه إذا ما تم الانتحار بناءً على ذلك، وتكون العقوبة الحبس في حالة الشروع." يظهر من النص المعدل أن المشرع الكوردستاني أضاف جريمة جديدة وهي التسبب في الانتحار، باعتبارها جريمة أصلية مستقلة عن جريمتي التحريض أو المساعدة، هذه الجريمة ليست صورة من صور المساهمة التبعية كما في الجرائم الأخرى، وإنما عُدَّت جريمة قائمة بذاتها، ولم يحدد المشرع الكوردستاني تعريفاً واضحاً لمفهوم "التسبب في الانتحار"، كما لم يبين طبيعته أو صوره أو الوسائل التي تُرتكب بها هذه الجريمة، وأدى هذا الغموض إلى صعوبة فهم حدود الجريمة وأركانها، مما أثر في تفسير النص وتطبيقه من قبل الفقهاء والقضاة[1].هذا ولم يتضمن القانون المعدل الأسباب الموجبة للتعديل، مما أوجد فراغاً تشريعياً أضاف صعوبة في تفسير نية المشرع عند إضافة عبارة "أو تسبب فيه"، ويُعتبر هذا قصوراً في صياغة النص القانوني، حيث يُفترض أن تتضمن التعديلات أسباباً موجبة لتوضيح الأهداف التشريعية ،وعليه فإن التعديل الذي أجراه المشرع الكوردستاني أضاف بُعداً تشريعياً جديداً من خلال تجريم التسبب في الانتحار، إلا أن غياب التعريف والتفصيل اللازم للجريمة، وعدم بيان الأسباب الموجبة، أثار إشكالات تفسيرية قد تؤدي إلى تباين في تطبيق النص من قبل الجهات القضائية، مما يستوجب تدخل المشرع لإعادة صياغة النص بشكل أكثر دقة ووضوحاً.

ثالثاً/ الإجهاض إثر العنف الأسري: الإجهاض هو:" إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي، عمداً وبلا ضرورة، بأي وسيلة من الوسائل، وقيل هو إسقاط الجنين بفعل أمه أو بفعل غيرها، بناء على طلبها أو رضاها [2]" بالرغم من أن هذه الجريمة نظمها المشرع في قانون العقوبات العراقي النافذ كما أسلفنا، إلا المشرع في إقليم كوردستان أدخل هذه الجريمة في عداد جرائم العنف الأسري إذا ما ارتكبها أحد أفراد الأسرة ضد امرأة حامل من أفرادها، وقد يكون الجاني في هذه الجريمة رجلاً (كالزوج، الأب، الأخ،

---

[1] د. كاوان إسماعيل و د. مسعود حميد إسماعيل، مصدر سابق، ص101.

[2] الدكتور محمد سلام مدكور، حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي، مجلة العربي، العدد 177، آب 1973، ص50.

.....

الابن، الولد المضموم أو غيرهم من الأقارب إلى الدرجة الرابعة)، وقد يكون الجاني امرأة (كالأم، الأخت، الابنة، الزوج أو غيرهن من أفراد الأسرة).[1]

إن ما ورد في المادة (ثانياً/أولاً/الفقرة 1-13) من قانون العنف الأسري في إقليم كوردستان، والمتعلق بتحديد أفعال تُعد عنفاً أسرياً، يشمل أفعالاً سبق أن نظمها قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 والقوانين المكملة له. وبالتالي، فإن النصوص التي أوردها المشرع في هذا القانون لا تضيف حماية جديدة للفئة المستهدفة، إذ إنها مشمولة بالفعل بالحماية الجنائية العامة والخاصة المنصوص عليها في التشريعات القائمة، وعليه فإن ما أورده المشرع في هذا القانون يمثل تزيداً على النص لا مبرر له خصوصا أن المشرع في المادة (ثامناً) من القانون نفسه يؤكد على تطبيق أحكام قانون العقوبات العراقي المعدل وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971، وقانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (15) لسنة 2008، إضافة إلى القوانين الأخرى النافذة في الإقليم، في حال عدم وجود نص خاص في هذا القانون ومن ثم، فإن هذه الإضافة تبدو غير ضرورية وتفتقر إلى مبرر تشريعي.

[1] القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي...- أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر. المادة (39) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

الخاتمة

بعدما انتهينا من البحث في موضوع (الحماية الجنائية للمرأة من العنف الأسري بين القوانين الاتحادية وقانون إقليم كوردستان)، فقد توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات والتي سنبينها على وفق فقرتين وكالآتي:

اولاً/ الاستنتاجات:

1- تبين لنا أن المشرع الاتحادي العراقي قد تجنب وضع تعريف محدد للعنف الأسري أو العنف ضد المرأة وهي نقطة إيجابية تسجل لصالحه حيث أن مهمة وضع التعاريف هي من اختصاص الفقه وليس المشرع، ولم يجارِ المشرع الكوردستاني المشرع العراقي الاتحادي في هذا السياق بل إنه اتبع ما ذهبت إليه الاتفاقيات والإعلانات الدولية وتحديداً الإعلان العالمي للعنف ضد المرأة لعام 1993 ووضع تعريفاً للعنف ضد المرأة وقد جاء هذا التعريف مماثلاً إلى حد كبير للتعريف الذي تبناه الإعلان.

2- تبين لنا أن المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم (111) لسنة (1969) لم يعالج جرائم العنف ضد المرأة على نحو مباشر، وإنما عالج هذا الموضوع في سياق عام وضمن إطار المعالجة العامة لبعض الجرائم، مثل الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

3- عند رجوعنا الى قانون الأحوال الشخصية العراقي تبين لنا أن هذا القانون بصيغته المعدلة قد تناول بالتنظيم بعض الأفعال التي اعتبرها من قبيل العنف ضد المرأة وبالتالي توصف بأنها جرائم ومن أهم تلك الأفعال أو الجرائم هي (جريمة الإكراه على الزواج، وجريمة المنع من الزواج).

4- تبين لنا أن المشرع الكوردستاني وتحديداً في قانون مناهضة العنف الأسري رقم (8) لسنة (2011) قد جرم أفعالاً لم يجرمها المشرع الاتحادي وبالتالي فإن هذا التجريم شكل توسيعاً في نطاق الحماية المقررة للمرأة ولعل من الأفعال التي عدها المشرع الكوردستاني جريمة بحق المرأة في هذا السياق هي (زواج الشغار وتزويج القاصرات والتزويج بدل الدية وختان الاناث).

ثانياً/ التوصيات:

1- هناك حاجة ملحة لتعزيز وعي المرأة بحقوقها وتوفير الدعم اللازم لها من خلال مؤسسات الحماية والقوانين الرادعة، كما يجب نشر الوعي المجتمعي حول خطورة العنف ضد المرأة وأهمية مواجهته بفعالية.

2- ندعو المشرع العراقي إلى وضع قانون خاص بالعنف ضد المرأة، إذ سيعمل هذا القانون على توفير حماية خاصة للمرأة ويعمل دون حصول تداخل بينه وبين النصوص التي تعمل على حماية الأسرة بشكل عام، فضلاً عن فك الارتباط والتداخل الموجود في النصوص الواردة في قانون العقوبات وقانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تعمل على توفير حماية عامة للرجل والمرأة على حد سواء.

3- إعادة صياغة الفقرة (10) من المادة الثانية من قانون مناهضة العنف الأسري وإضافة عبارة (التسبب بالانتحار) يُعد عنفًا أسرياً.

4- تعديل قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان لضبط النص المتعلق بالإكراه على المعاشرة الزوجية بدقة أكبر، لتفادي سوء الفهم وضمان أن الجريمة تشمل الإكراه بين الزوجين فقط، وتحديد شروط الإكراه، والمسوغات الشرعية المقبولة للامتناع عن المعاشرة الزوجية بجلاء.

5- نقترح على المشرع الاتحادي تعديل نص المادة (1/412) من قانون العقوبات بإضافة جريمة ختان الإناث كصورة من صور العاهة المستديمة فقد عالجت هذه المادة مسألة العاهة المستديمة كجريمة وعاقبت عليها بعقوبة أشد عما هي عليه في قانون مناهضة العنف الأسري ولورود النص بشكل مطلق.

المصادر

القرآن الكريم

اولاً/ الكتب:

أ- كتب اللغة:

1- أنطوان الياس، القاموس المصري، المكتبة الجامعية، القاهرة، 1979.

2- جبران مسعود، معجم الرائد، ط7، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1992.

3- عبد الله بن صالح الفوزان، منحة العلام في شرح بلوغ المرام، ط1، ج7، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ١٤٣٥هـ.

4- محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1957.

ب- الكتب القانونية:

1- الاء عدنان الوقفي، الحماية الجنائية لضحايا العنف الاسري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2014.

2- احمد مصطفى علي، العدالة الجنائية، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2016.

3- إسماعيل أبابكر علي البامرني، المختصر المساعد في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي مع تعديلات برلمان إقليم كوردستان، ط1، د. ن، 2022.

4- تافگة عباس توفيق البستاني، حماية المرأة في القانون الجنائي، ط1، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2017.

5- د. عباس أبو شامة و د. محمد الأمين البشري، العنف الاسري في ظل العولمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005 .

6- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، د.س.

7- د. منير كرادشة، العنف الاسري، ط1، عالم الكتب الحديث، اربد- الأردن، 2009.

8- رحيم حسن العكيلي، شرح قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان – العراق رقم 8 لسنة 2011، ط2، هولير –بختياري، 2012.

9- عبد الحكيم فودة، الجرائم الجنسية في ضوء فقه وقضاء النقض، مكتبة الشعاع، الإسكندرية، 1997.

10- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم العواري، جريمة اغتصاب الاناث والاثار المترتبة عليها، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.

11- عبد الكريم الردايدة، الجرائم المستحدثة واستراتيجية مواجهتها، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013،

12- فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، مطبعة الزمان، بغداد، 1999.

13- كاوان إسماعيل إبراهيم و د. مسعود حميد إسماعيل، شرح قانون مناهضة العنف الاسري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، 2018.

14- محمد عبد الرؤوف محمد احمد، أثر الروابط الاسرية على تطبيق القانون الجنائي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،2009.

15- محمود احمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجنى عليه، ط7، اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،2015.

ثانياً/ الرسائل والاطاريح الجامعية:

1- دلال وردة، أثر القرابة الاسرية في تطبيق القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2015_2016.

ثالثاً/ البحوث والدوريات:

1- أحمد مصطفى علي وياسر محمد عبد الله، جرائم العنف الأسري وسبل مواجهتها في التشريع العراقي: دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق المجلد ١٥، العدد ٥٥، للسنة ١٧، الموصل العراق ٢٠١٢م.

2- د. أحمد مصطفى علي، العنف الاسري بين الاسباب والحلول، ورقة عمل مقدمة الى الندوة التي يقيمها مركز الملا الكبير/ جامعة كويه بتاريخ 2022/12/1.

3- عارف علي عارف القره داغي ورضوان حازم خالد الكوجري، مناهضة العنف الاسري كوردستان العراق انموذجاً، مجلة الموارد للشريعة الإسلامية، المجلد. الخامس عشر، العدد 1، أغسطس 2015.

4- محمد سلام مدكور، حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي، مجلة العربي، العدد 177، آب 1973.

5- محمد قاسم عبد الله و د. موح عراك عليوي، العنف ضد المرأة العوامل والاثار، مجلة الآداب، المجلد (3)، العدد (141)، حزيران 2022.

6- مريم مالك زباله، زواج الشغار دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفقه الإسلامي، مجلة المعهد، العدد (14)، 2023.

7- وعدي سليمان المزوري، المواجهة التشريعية لجرائم العنف الأسري في إقليم كوردستان –العراق، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل–كلية القانون، المجلد (7)، العدد (4)، 2015.

رابعاً/ القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 (المعدل).

3- قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 (المعدل).

4- القانون رقم (7) لسنة (2001) في اقليم كوردستان.

5- القانون رقم (15) لسنة (2008) قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل في إقليم كوردستان- العراق.

6- قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان- العراق رقم (8) لسنة 2011.

7- القانون الاتحادي رقم (13) لسنة 2024 بشأن الحماية من العنف الأسري.

8-

خامساً/ الاتفاقيات والاعلانات الدولية:

1- إعلان بشأن القضاء على العنف1993.

2- اتفاقية المجلس الأوروبي لمنع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي أو اتفاقية إسطنبول لعام 2011

سادساً/ المواقع الالكترونية :

1- العنف الأسري. أكثر الجرائم التي لا يتم التبليغ عنها، https://shorturl.at/loGut

2- أسباب العنف ضد المرأة، متاح على الرابط الالكتروني: https://2u.pw/7CAj7FJj

.....

3- د. هبة عيسوي، العنـف الأسـري وآثاره على الأسرة والمجتمع، متاح على الرابط الالكتروني: 0https://2u.pw/r0moSkA

4- القرار رقم 180 في الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، متاح على الرابط الالكتروني:
https://iifa-aifi.org/ar/2304.html

5- العنف الأسري. أكثر الجرائم التي لا يتم التبليغ عنها، متاح على الرابط الالكتروني:
https://shorturl.at/loGut

6- أثرُ العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي في العراق، متاح على الرابط الالكتروني
https://shorturl.at/1GS6X

7- "زواج الفصلية": عرف عشائري في العراق ضحيته المرأة، متاح على الرابط الالكتروني:
https://2u.pw/mp7IeMdb

8- تشويه الأعضاء التناسلية الانثوية. متاح على الرابط الالكتروني:
https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation

3. Santa Prauliņa, Copyright Issues on Social Media (2021) Master thesis presented to the Riga Graduate School of Law 14. Available at:
<https://dspace.lu.lv/dspace/bitstream/handle/7/56516/Praulina_Santa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

E- Terms of Service

1. *Meta* Terms of Service, clause 4. (Disputes) Available at:
< https://www.facebook.com/legal/terms?_rdr>
2. *X Twitter* Terms of Service, 6. General Available at:
< https://x.com/en/tos/previous/version_15>
3. *Tiktok* Terms of Service, 11. Other Terms. Available at:
< https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/en >
4. *LinkedIn* Terms of Service. Available at:
< https://www.linkedin.com/legal/user-agreement-summary >
5. *YouTube* terms of Service Available at;
< https://www.youtube.com/static?template=terms >

F- Iraqi Legislation

1. *The Iraqi Civil Law (40) 1951.*
2. *The Iraqi Patents and Industrial Designs Law, Undisclosed Information and Integrated Circuits and Plant Varieties No. (65) of 1970, (as amended in 2004).*
3. *The Iraqi Copyright Protection Law No. (3) of 1971.*
4. *The Iraqi Commerce Law No. (30) of 1984.*
5. *The Consumer Protection Law No. (1) of 2010.*
6. *The E-signature and E-Transactions Law No. (78) of 2012.*
7. *The Iraqi Labor Law No. (37) of 2015.*

G- English Legislation

1. *Directive 2011/83/Eu of The European Parliament and of the Council of 25 October 2011*
2. *Directive (Eu) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019*
3. *The English Copyright, Designs and Patents Act 1988.*
4. *The English Consumer rights Act 2015.*
5. *The English Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018* [1]

.....

<https://www.huntonak.com/hunton-retail-law-resource/bang-goes-the-gavel-ownership-of-social-media-accounts >

5. Lawrence W. Gallick and Aaron P. Rubin, Owned: Second Circuit Holds That Traditional Principles Of Property Law Apply To Social Media Accounts (2024) legal article available at:
< https://www.jdsupra.com/legalnews/owned-second-circuit-holds-that-1724633/ >
6. Michael Masri and Pedram Tabib, Social Media at Work Raises Issues of Account Ownership (2012) legal article available at:
<https://meltzerlippe.com/wp-content/uploads/2014/04/pedram-tabibi-michael-masri-social-media.pdf>
7. Stewart McKelvey, Employer or employee: who owns social media accounts or contacts? (2019) Legal article available at;
< https://stewartmckelvey.com/thought-leadership/client-update-employer-or-employee-who-owns-social-media-accounts-or-contacts/ >
8. Thomas C. Mahlum and Andrew J. Pieper, 'From the Experts: Company vs. Employee Ownership of Social Media Assets' (2012) legal article published on An ALM Website- Corporate Council August 20, Available at:
<https://www.robinskaplan.com/-/media/pdfs/from-the-experts-company-vs-employee-ownership-of-social-media-assets.pdf >

C. Case Law

1. *Fairstar Heavy Transport N.V. v. Adkins, Justice Edwards-Stuart [2012] EWHC 2952 (TCC)*
2. *Phonedog V. Kravitz, 2011 U.S*
3. *JLM Couture, Inc. v. Gutman No. 21-2535 (2d Cir. 2024)*
4. *Re CTLI, LLC, No. 14-33564, 528 B.R. 359 (Bankr. S.D. Tex. 2015)*
5. *Hays Specialist Recruitment v. Ions, [2008] EWHC 745 (Ch)*
6. *Whitmar Publications Ltd. v. Gamage, [2013] EWHC 1881 (Ch)*

D- Thesis

1. Louise Lundell, 'Copyright and Social Media: A Legal Analysis of Terms for Use Of Photo Sharing Sites' (2015) Thesis in Commercial and Tax Law (Intellectual Property Law) presented to the University of Jönköping 5. Available at:
< https://hj.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A883305&dswid=2253 >
2. Moses Kwame Kumah, 'The Role of Social Media as a Platform for E-Commerce' Vaasan Ammattikorkeakoulu, PhD Thesis submitted to University of Applied Sciences, International Business 3. Available at:
< https://www.theseus.fi/handle/10024/142134 >

745 (2013) That Operate Them, 47 J. Marshall L. Rev. 745 (2013) (2013) 47 (2) UIC Law Review UIC Law Review.

16. Rivaldi Aka Akbar, Aji Mulyana, Mia Amalia, 'Legal Challenges in the Age of Social Media: Protecting Citizens from Misuse of Information' (2023) 3 (1) Golden Ratio of Law and Social Policy Review.
17. Ryan Garcia, Thaddeus A. Hoffmeister 'Social Media Law in a Nutshell' (2017) School of Law Faculty Publications.
18. Susan Park, Patricia Sánchez Abril, 'Digital Self-Ownership: A Publicity-Rights Framework for Determining Employee Social Media Rights' (2016) 53 (3) American Business Law Journal.
19. Tom Galvin, 'Who Owns the Meme?: Establishing a Definitive Framework to Who Owns the Meme?: Establishing a Definitive Framework to Resolve Disputes in Social Media Account Ownership Between Employers and Employees' (2022-2023) 14 (1) William & Mary Business Law Review.
20. Zankova, Bissera, and Valeriy Dimitrov, 'Social Media Regulation: Models and Proposals' (2020) 10 (2) Journalism and Mass Communication.
21. Zoe Argento, 'Whose Social Network Account: A Trade Secret Approach to Allocating Rights' (2013) 19 (2) Michigan Telecommunications and Technology Law Review.

B- Legal Articles

1. Aylix K. Jensen, Whose Followers Are They? Establishing Ownership of Company Social Media Accounts, legal article available at; <https://www.lawmoss.com/publication-moss-and-barnett-advocate-establishing-ownership-of-company-social-media-accounts >
2. Deborah J. Enea, Ch. 11 Ruling Informs on Social Media Ownership Rights, Law360 on July 28, 2023, legal article available at: <https://www.troutman.com/insights/ch-11-ruling-informs-on-social-media-ownership-rights.html>
3. Dyan Finguerra-DuCharme, Felicity Kohn and Abla Belhachmi, Social Media Account Ownership: When a Business Relationship Breaks Down, Who Gets the Accounts? (2024) 3. Legal Article available at: <https://www.pryorcashman.com/publications/social-media-account-ownership-when-a-business-relationship-breaks-down-who-gets-the-accounts >
4. John Gary Maynard, III & Daniel A. Schultz, Bang" Goes the Gavel: Ownership of Social Media, Accounts Hunton Retail Law Resource Hunton Retail Law Resource Analysis and Insight in Retail Law Analysis and Insight in Retail Law (2023) legal article available at:

.....

6. References

A- Journals

1. Clark, Will, 'Copyright, Ownership, And Control of User-Generated Content on Social Media Websites' (2010) 5 (2) Journal of Business & Technology Law.
2. Dan E. Stigall, 'From Baton Rouge to Baghdad: A Comparative Overview of the Iraqi Civil Code' (2004) 65 (1) Louisiana Law Review.
3. Daniele Battista, and Gabriele Uva, 'Exploring the Legal Regulation of Social Media in Europe: A Review of Dynamics and Challenges-Current Trends and Future Developments' (2023) 15 (5) Sustainability.
4. Edina Harbinja, 'Legal Nature of Emails: A Comparative Perspective' (2015) 14 (1) Duke Law & Technology Review.
5. Elena Anatolyevna Kirillova, Albert V. Pavlyuk, Oleg Evgenyevich Blinkov, Elena Victorovna Blinkova, Elina Leonidovna Sidorenko, 'Digital Inheritance of Social Media Accounts' (2019) 8 (4) International Journal of Engineering and Advanced Technology.
6. Gebicka, Aleksandra, and Andreas Heinemann, 'Social Media & Competition Law' (2014) 37 (2) World Competition.
7. Hugh McLaughlin, 'You're Fired: Pack Everything but Your Social Media Passwords' (2015) 13 (1) Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property.
8. Hu Ying, 'Private and Common Property Rights' (2021) 33 Singapore Academy of Law Journal.
9. Jasmine McNealy, 'Who Owns Your Friends?: *Phonedog V. Kravitz* And Business Claims of Trade Secret In Social Media Information' (2013) 39 (21) Rutgers Computer & Technology Law Journal.
10. Kateryna Nekit, 'Legal Aspects of The Use of Social Media Accounts: Current State and Perspectives' (2020) 10 (3) The lawyer Quarterly.
11. Kathleen McGarvey Hidy, J.D., Mary Sheila E. McDonald, J.D, 'Risky Business: The Legal Implications of Social Media's Increasing Role in Employment Decisions' (2013) 18 (1) Journal of Legal Studies in Business.
12. Kathleen McGarvey Hidy, 'Let Them Eat Cake: Social Media Accounts Property Rights, and the Digital Rights Revolution' (2021) 71 (1) Depaul Law Review.
13. Dr. Mahmood Mohammed Abo-frwa, 'Social Media Platforms and Its legal liability over Illegal Content' (2022) 10 (3) Kuwait International College of Law Journa.
14. Mateusz Grochowski, 'Inheritance of the Social Media Accounts in Poland' (2019) 27 European Review of Private Law.
15. Michael Furlong, 'Putting a Price on Friendship: Examining the Ownership Battle Putting a Price on Friendship: Examining the Ownership Battle between a Business' Social Media Networks, and the Humans That Operate Them, 47 J. Marshall L. Rev.

The critical issue is found in relation to the case where a person uses his personal account for business promotion of another person. Then, a dispute arises over the ownership of the account if the account user quits the business or his relationship is terminated with the business under any reason. In pursuance to prevailing legislation, it is concluded that this case can be dealt with in two case scenarios. First, if the user is an employee and the business has designated him to create the account and use it for business promotion. Hence, it is found that pertinent Iraqi labour laws and comparative labour laws give the business the ownership right over the account. This is found obvious as long as these accounts enable users to know clints of the business. Second, if the user is not an employee but decides to use his personal account for business promotion of a person. Here, rules are not clear enough to rely on in dissolving the dispute. However, there are factors that may help the court to find solutions if taken into consideration. First factor is conducting an examination to the content of the account to see the portion posted in relation to the business compared to the personal portion. Then, whichever is bigger would be a source to give its owner the ownership. It is also found crucial looking at written agreements between users and business to see whether there is any clause that determines the ownership of the account. In addition, the name of the account whether is the name of the user or business, as well as determination of the person who has control of the account, are important for solving this dispute.

Based on that, this research study recommends the following remarks;

- The Iraqi legislature is recommended to enact a law that defines digital services to fill the gap found in this context,
- The Iraqi Legislature is recommended to enact laws and policies that regulate the relationships between users and providers. This is to avoid leaving issues completely to terms of service of providers.
- Special laws and policies are recommended to force business as well as users to imply written clauses in their agreements on determining the ownership of the account following the termination of the contract between them.

---

agreement".[1] Therefore, the court may review the type of connection between the parties to see if there was a documented property interest in the account.[2]

5. Conclusion

This paper concludes that social media policies through terms of service have clearly designed the type of relations between the users and providers. First, creation of an account would require singing an agreement between the user and the provider through acceptance of terms of service. Through this binding agreement, the user and provider agree on the law that should be considered in cases of disputes. Then, it is likely that the law accordingly considers the user's relation with the account as type of ownership. This might be understood from the exclusive control granted to the user over the account, as well as through the rules that obliges the user not share the account access with anyone else. Although, this digital based-ownership might not yet be recognised by Iraqi laws and comparative laws, it gives the owner the three capabilities that are provided by laws for any physical based ownership, use, exploitation, and transfer. With considering intellectual property laws in Iraq and other countries, it is found that the connection between the user and the content is likely to be determined as a matter of the intellectual property. As explained, the user often spends time and invests efforts in designing and editing post- materials on social media accounts. Therefore, the content mostly qualifies for intellectual property, although allegations might not be easy to be filed in that context, especially when a new user holds the account.

[1] See this case reported in; Jensen (n 50)

[2] Deborah J. Enea, Ch. 11 Ruling Informs on Social Media Ownership Rights, Law360 on July 28, 2023, legal article available at: <https://www.troutman.com/insights/ch-11-ruling-informs-on-social-media-ownership-rights.html> Last visit May 15, 2024.

considered bigger then the account should be owned by the company and vice versa. In *re CTLI, LLC, 528 B.R. 359, 367 74 (Bankr. S.D. Tex. 2015)* the US court relied on this parameter when concluded that "Vital is the account owner because an overwhelming portion of the social media posts associated with the CEO accounts, approximately 75% (206 out of 284 posts), explicitly or implicitly promote Bang products. And an additional 15% of posts subtly market Bang products by highlighting aspects of Mr. Owoc's persona that align closely with Vital's marketing strategy. Only 10% of the posts were purely personal in nature. Thus, there was no genuine dispute of material fact that Vital owns the rights".[1] In addition, it is useful to see whether the name of the account is the name of the employee or employer, and whether it was created by using personal or employer resources. Finally, who is considered having the access to the account through the password and who has the right to post on the account.[2]

Furthermore, written agreement between the business and the person might also be a source to overcome the dispute. In *Ardis Health, LLC v. Nankivell, No. 11 Civ. 5013, 2011 WL 4965172 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2011)*, the US court "found that the employer indisputably owned the rights to the social media account access information pursuant to the written employment

[1] See this case reported in; John Gary Maynard, III & Daniel A. Schultz, Bang" Goes the Gavel: Ownership of Social Media, Accounts Hunton Retail Law Resource Retail Law Resource Analysis and Insight in Retail Law Analysis and Insight Hunton in Retail Law (2023) legal article available at: <https://www.huntonak.com/hunton-retail-law-resource/bang-goes-the-gavel-ownership-of-social-media-accounts > Last visit March 17, 2024.

[2] Dyan Finguerra-DuCharme, Felicity Kohn and Abla Belhachmi, Social Media Ownership: When a Business Relationship Breaks Down, Who Gets the Account Accounts? (2024) 3. Legal Article available at: <https://www.pryorcashman.com/publications/social-media-account-ownership-when-a-business-relationship-breaks-down-who-gets-the-accounts > Last visit April 7, 2024; Michael Masri and Pedram Tabib, Social Media at Work Raises Issues of Account Ownership (2012) legal article available at: <https://meltzerlippe.com/wp-content/uploads/2014/04/pedram-tabibi-michael-masri-social-media.pdf> Last visit May 28, 2024.

.....

Similar cases can be seen from the English Case Law. For instance, in *Hays Specialist Recruitment v. Ions, [2008] EWHC 745 (Ch),* the court ordered an employee to own a *LinkedIn* account after leaving a business. Giving the employer the right to own inform on the account. Similarly, *in Whitmar Publications Ltd. v. Gamage, [2013] EWHC 1881 (Ch),* the employer, *Whitmar*, successfully won an allegation against three ex-employees who used the company's LinkedIn group contacts to market for arival business. [(1)]

4.3. Using Personal Social Media Account for Business Promotion

In this scenario, a person creates a personal social media account then agrees with a businessman to use that account for his business. In this case, it is possible that the person would have two types of content, one is reflection on his personal life and another one is related to the business promotion. In practice, such cases are common to occur especially if the person is a well-known influencer and has considerable number of followers. Hence, if the person terminates his relationship with the business, the question arises is to whom it should belong?

To begin with, the case in this situation cannot be puzzled out through terms of service, nor through provisions of the labor legislation. As explained, terms of service explicitly give the ownership of the account to the person who created it. On the other hand, provisions of the labor legislation may be relied on to tackle the issues in favor of the business exclusively in cases where the account is created upon the request of the company.

In literature, there have been many indicators on which the court may rely to settle down such cases. First, the court may look at the content of the account and make a comparison between the portion made in favor of the company and the personal portion. If the business-related content is

[(1)] See this case reported in; Stewart McKelvey, Employer or employee: who owns social media accounts or contacts? (2019) Legal article available at; <https://stewartmckelvey.com/thought-leadership/client-update-employer-or-employee-who-owns-social-media-accounts-or-contacts/ > Last visit February 10, 2024.

Couture, Inc. v. Gutman there was a dispute over the control and use of social media accounts between a business designer, *Gutman*, and the manufacturer who from whom she had recently resigned. The court ruled that *Gutman* who was in charge of the account had to turn over control of the account and other social media accounts to JLM. Adding, this social media account is counted important asset of the company.(1) In *PhoneDog v.Kravitz*, the court dismissed the allegation brought forward by an employee regarding the use of *X Twitter* following his resignation from a company, requesting him to return the password to the company based on the fact that it is considered trade secret.(2) In *Re CTLI, LLC, No. 14-33564, 528 B.R. 359 (Bankr. S.D. Tex. 2015)*, a business company had bankrupted and the owner refused to hand over the account, claiming that he had invested his time and personality in developing the account. However, the court determined that the social media account is the property of the business and not the business owner.(3)

(1) See this case and other similar cases reported in; Tom Galvin, 'Who Owns the Establishing a Definitive Framework to Who Owns the Meme?: Establishing Meme?: a Definitive Framework to Resolve Disputes in Social Media Account Ownership Between Employers and Employees' (2022-2023) 14 (1) William & Mary Business Law Review 191-192; Clark, Will, 'Copyright, Ownership, And Control of User-Generated Content on Social Media Websites' (2010) 5 (2) Journal of Business & Technology Law 266-267. See this case in details reported in; Lawrence W. Gallick Aaron P. Rubin, Owned: Second Circuit Holds That Traditional Principles Of and Property Law Apply To Social Media Accounts (2024) legal article available at: < https://www.jdsupra.com/legalnews/owned-second-circuit-holds-that-1724633/ > Last March 12, 2024.

(2) See also, Michael Furlong, 'Putting a Price on Friendship: Examining the Battle Putting a Price on Friendship: Examining the Ownership Battle Ownership between a Business' Social Media Networks, and the Humans That Operate Them, 47 J. Marshall L. Rev. 745 (2013) That Operate Them, 47 J. Marshall L. Rev. 745 (2013) (2013) 47 (2) UIC Law Review UIC Law Review 749-751.

(3) See this case reported in; Aylix K. Jensen, Whose Followers Are They? Establishing Ownership of Company Social Media Accounts, legal article available at; <https://www.lawmoss.com/publication-moss-and-barnett-advocate-establishing-ownership-of-company-social-media-accounts > Last visit June 10, 2024.

the control of the employee, as part of performing his obligations, should belong to the company, and therefore, it should be handed over to the company if the person terminates his relationship with the company under any reason.

This is in comply with labor contracts and labor legislation that grants the employers the power to designate employees in conducting duties. In Iraq, Article 42 of *the Iraqi Labor Law No. (37) of 2015* entitles the employer the right to organize business activities, as well as distribute tasks and liabilities among employees. The rise of social media sites has turned the media part of the business to a critical issue. In return, Article 909 (1) of *the Iraqi Civil Law* obliges the employee to (comply with the orders of the employer concerning execution of the work subject of the agreement…, [as well as] preserve the things that handed over for performing his duties). More precisely, Article 910 of *the Iraqi Civil Law* stated; (If the work assigned to the worker enables him to know the clients [social media accounts most probably allow employees to know clients of the employers] or to have access to the secret of the business, both parties may agree that the worker after the expiration of the contract [or under any early termination of the contract] may not compete or participate in a project with compete with the employer). This provision implicitly requires the employees to hand over the account upon the termination of the contract, as long as it contains list of business clients.

In addition, the content of the business account has generally connection with the business promotion. This makes the company the owner of the exclusive right of copyright.[1] In the US case law, there have many cases where the court ruled in favor of the company. For instance, in JLM

[1] Hu Ying, 'Private and Common Property Rights' (2021) 33 Singapore Academy of Law Journal 197; Louise Lundell, 'Copyright and Social Media: A Legal Analysis of Terms for Use of Photo Sharing Sites' (2015) Thesis in Commercial and Tax Law (Intellectual Property Law) presented to the University of Jönköping 5. Available at: < https://hj.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A883305&dswid=2253 > Last visit May 10, 2024.

company allows people to use their service account on behalf of other business but with having a permission from the company.[1]

All these rules determine the type of relationships between users with others. In consequence, the account is a personal ownership and specially dedicated to the person who creates the account. It is likely that after his death the account is considered part of succession and can be transferred to the successors.[2] Under any circumstances, he is not allowed to share or transfer his personal account to another person. No matter whether this action to be carried out under sale or lease contract, or any other manner. In practice, if there is any breach to these rules the company is not liable for any damages or compensations.[3]

Then, how would we solve this issue if occurs? The following paragraphs attempt to answer;

4.2. Social Media Accounts made by a Person at Companies Request

In case if a company has requested a person, and most likely would be one of the company's employees, to create a business account for business promotion. Although, the designated person will be using his personal information in creating the account, the ownership of the account belongs to the company. Then, the relationship between the company and the person will be subject to labor law. Meaning that, anything or asset that is put under

[1] According to *YouTube* terms of Service; (If you are using the Service on behalf of a company or organization, you confirm to us that you have authority to act on behalf of that entity, and that entity accepts this Agreement). Available at;
< https://www.youtube.com/static?template=terms > Last visit May 10, 2024.

[2] See, Elena Anatolyevna Kirillova, Albert V. Pavlyuk, Oleg Evgenyevich Blinkov, Elena Victorovna Blinkova, Elina Leonidovna Sidorenko, 'Digital Inheritance of Social Media Accounts' (2019) 8 (4) International Journal of Engineering and Advanced Technology 965-966; Mateusz Grochowski, 'Inheritance of the Social Media Accounts in Poland' (2019) 27 European Review of Private Law 1199-1201.

[3] See, McLaughlin (n 4) 94-97.

directs a person to create a social media account for the company, and designates him as the person in charge of the account. Second. when a person creates his personal social media account but latter agrees with a company to use the account for the business on its behalf.

The issue arises when the company terminates the person relationships with the company, or when the person resigns from the company. The question then, to whom should the ownership of the social media account belong? The company or the person? Before offering legal analysis, it is important to shed light on terms of service in that context.

4.1. Ownership of the Social Media Account under Terms of Service

As mentioned earlier, at the time a person creates a social media account he enters a contract with the providers. Then, that contract determines the relationships between the company and the user and the users and others, including duties and rights. For instance, *Meta* terms of service (*Facebook* and *Instagram* provider) do not allow user to "buy, sell, or transfer any aspect of [his] account (including [his] username); solicit, collect, or use login credentials or badges of other users; or request or collect Instagram usernames, passwords, or misappropriate access tokens". Also, the user is not allowed to share his password, give access to his *Facebook* account to others, or transfer his account to anyone else (without the *Facebook* permission).(1) Similarly, *X Twitter* terms of service do not give the user the right to sell his username.(2) In addition, *LinkedIn* company obliges users not to share their usernames and passwords with any other person. It furthers obliges users to keep their passwords secret.(3) On the other hand, *YouTube*

(1) *Meta* Terms of Service (n 18).
(2) *X Twitter* Terms of Service (n 19).
(3) See, *LinkedIn* Terms of Service. Available at:
< https://www.linkedin.com/legal/user-agreement-summary > Last visit March 15, 2024.

the hand of a new holder. Then, the new holder may delete the content or claim that the content is his own work.[1] Besides, it might be hard in question for the account holder to prove that the content is a result of his personal efforts and never had been taken from another account.

4. Business Social Media Accounts: Dispute over the Ownership

The rise of social media sites along with the increasing influence they have on individuals' behaviors in the community have led companies to utilize these platforms for business promotion. This trend towards social media accounts brings outstanding benefits to the companies. First, creating such accounts do not require the company more than setting up a username and password, and likely designating a person from the company, or hiring a person from the public to lead the account and manage the content. Perhaps, this model of promotion is cost-effective if compared with other models. Secondly, social media sites have proven their crucial role in spreading information among individuals in a quick manner as well as they cover a wide geographical location in short time. Thus, user generated content through text, recording, photos and links moves from one profile to other profiles.[2]

Hence, almost all companies have social media account through which they constantly promote their business. Since the account is run by a person, no matter to what a legal bound he may be allowed to do so, the question is to whom it should belong? The person who is responsible for the account or the company. For such case, there are two scenarios that may connect the person running the social media account with the company. First, when a company

[1] Argento (n 29) 233.

[2] Argento (n 29) 207-208; Thomas C. Mahlum and Andrew J. Pieper, 'From the Experts: Company vs. Employee Ownership of Social Media Assets' (2012) legal article published on An ALM Website- Corporate Council August 20, Available at: <https://www.robinskaplan.com/-/media/pdfs/from-the-experts-company-vs-employee-ownership-of-social-media-assets.pdf > Last visit March 10, 2024.

along with other valuable business elements should be considered as one package and should be protected under business assets.(1) This idea can be accepted under the Iraqi Law, where any aspects that can add financial value to the overall picture of the business in the market are counted as part of the business.(2) No matter whether these aspects are materials objects such as business location, products, or non- material objects such as business name, patent, and business address. To this end, business account is increasingly used in today's dealings as a tool to find best markets for business products, as well as find costumers and contact them.

3.2. Legal Ownership Classifications over Content of Social Media Accounts

Perhaps, what makes social media account valuable is not the account per se, but rather the content. This content may take different shapes such as posting various texts, recording various moments, sharing photos of different occasions. In most of these cases, the owner should have spent time and efforts to make it visible and subject to viewers attentions. At this point, *Zoe* claims that the content is likely to be considered original, and that much of the content is likely to qualify for copyright protection.(3)

In most legal systems in the West and East, this legal approach is likely to be accepted. In this regard, the content published on social media accounts might be subject to protection provided by Article 2 of *the Iraqi Copyright Law No. (3) of 1971 (as amended)*.(4)

However, this does not mean that the owner has a safe path to protect his copyright against any violation. Due to the nature of social media accounts, sometimes it is hard to claim for copyright infringement. It is possible that some posts on social media are available for a certain time of period then disappears. In other cases, the social media account might be lost and fell in

(1) Nekit (n 3) 307.
(2) See, Article 33 of *the Iraqi Commerce Law No. (30) of 1984*.
(3) Argento (n 29) 233.
(4) See also, Sections (2 and 3) of *the English Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

entitlement to protection for commercially valuable information in cases where information is not disclosed through patent applications.(1)

The trade secret argument, however, depends on analyzing the legal elements of secret trade. In the Iraqi Law, a secret trade is conceptualized in certain elements. First, it must be a secret piece of information that is exclusively confined to a person or a group of people. Second, it must have a trade value due to its secrecy. Finally, the owner must have spent due diligence in keeping it secret.(2) These are elements of providing protection for undisclosed information in most developed countries.(3) Having these elements in mind, the business account is not something that a person may obtain out of spending a level of personal efforts. Indeed, it is a result of an easy going-through process that is in reach to everyone. It is further criticized that having secrecy matter with the password alone does not give an independent economic value. Otherwise, it would be true to grant that protection to any social media user based on the fact that he has a password. Thus, this argument is widely criticized and found improper basis for any form of legal protection in this context.(4)

Therefore, *Kateryna* argues that even if the theory of trade secrecy in this scenario has some valid points, it would rather be true that the subject should be classified as a business asset. Meaning that, the social media passwords

(1) See, Jasmine McNealy, 'Who Owns Your Friends?: *Phonedog V. Kravitz* And Business Claims of Trade Secret In Social Media Information' (2013) 39 (21) Rutgers Computer & Technology Law Journal 36.

(2) Chapter 2, Article 1 of *the Iraqi Patents and Industrial Designs Law, Undisclosed Information and Integrated Circuits and Plant Varieties No. (65) of 1970, (as amended in 2004).*

(3) According to Section 2 of *the English Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018* a secret trade (means information which (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among, or readily accessible to, persons within the circles that normally deal with the kind of information in question, (b) has commercial value because it is secret, and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret). See also, Nekit (n 3) 306.

(4) Park (n 28) 15.

and information on it. Adding, conceptually is the main challenge before any attempts to recognize property in information.(1)

Further ideas are discussed when the account is *Business Account* used for business purposes. First, it is arguably said that the account represented by username and password is a trade secret. It is further claimed that not only username and password are trade secret but also the list of followers on the account. This argument has been widely claimed within the US case law.(2) This idea was first argued by Zoe Argento who claims that having access to the social media account through password is a secret matter and should be protected as a trade secret. Adding, when the account grants the holder exclusive access to the links on the account, it then adds to the account economic value. This is however can be limited to only protect access to the account, and cannot extend to any other content otherwise available to the public, he concluded.(3)

In the USA Case law, there are cases where the court ruled that social media account can be treated as trade secret. As reported, that federal district court in California refused to dismiss a trade secret brought by a claimant in *PhoneDog, 2011 U.S*. Accordingly, the court ruled that the social media password (*X Twitter*) along with followers could constitute protectable trade secrets.(4) This trend of the US courts has begun following the enactment of the Uniform Trade Secrets Act (UTSA) that broadly allows business to gain

(1) See this case reported in; Edina Harbinja, 'Legal Nature of Emails: A Comparative Perspective' (2015) 14 (1) Duke Law & Technology Review 230-231.

(2) Susan Park, Patricia Sánchez Abril, 'Digital Self-Ownership: A Publicity-Rights Framework for Determining Employee Social Media Rights' (2016) 53 (3) American Business Law Journal 15.

(3) Zoe Argento, 'Whose Social Network Account: A Trade Secret Approach to Allocating Rights' (2013) 19 (2) Michigan Telecommunications and Technology Law Review 205.

(4) See this case reported in; Kathleen McGarvey Hidy, 'Let Them Eat Cake: Social Media Accounts Property Rights, and the Digital Rights Revolution' (2021) 71 (1) Depaul Law Review 58.

intangible things, and usually they are mixed with each other. However, intellectual property rights are deemed to be subject to what is called *End User License Agreements*. It can further be considered as one separate component of the virtual property beside avatars, domain names, and virtual movables.(1) Therefore, social media accounts consist of many legal aspects, each legal aspect is supposed to be protected by a certain law. Laws that are relevant to be applicable here are; contract related provisions, intellectual property rights laws, provisions related to property rights, as well as data protection and privacy regulations.(2)

The concept of *Virtual Property* is closer to be accepted in the Iraqi Law than the idea of the intellectual property rights. For any intellectual innovation to be protected by the intellectual property rights, it must be the outcome of an intellectual act, original as well as presented in an external tangible form.(3) These three elements are not available in the case of the account. First, the usernames and passwords are to be made through few steps available for all people and without any innovative efforts. Second, the account is also not original by all means as it does not represent any new idea that may serve community in a way or another. Otherwise, it would lead to too many reparative ideas, then too many claims for protection. Finally, elements of the social media account, username and password, should not appear to people as part of confidentiality.

In English Law, however, courts are currently not prepared to accept the idea of property under any categories. This approach has been clear in the *Fairstar Heavy Transport N.V. v. Adkins, Justice Edwards-Stuart,* where a company closely to the idea of social media accounts, claimed that emails should not be protectable as property under English Law. Nevertheless, the court in making the ruling made a distinction between the physical medium

(1) Nekit (n 3) 205.
(2) Nekit (n 3) 308.
(3) See, Articles (2-6) of *the Iraqi Copyright Protection Law No. 3 of 1971* (as amended).

passwords with others, considering them part of confidentiality. This exclusive control opens discussions about whether this exclusive control over the account can be considered a type of ownership. In practice, the user is legal capable to utilize the account for whatever personal purposes, make use of it for others' purposes, and transfer the control over it to another person, as will be explained later. These are the well-known three legal capabilities that any ownership can give to a person. To support this argument, Article 1048 of *the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951* defines the right to ownership as (Perfect ownership vests onto the owner a right to dispose absolutely of that which he owns, through use, enjoyment, and exploitation he shall enjoy).

In Civil Law systems like Iraq, there are different kinds of ownerships recognized by laws. First type is corporeal ownership embodied into material things that are capable of being possessed materially by a person. Second type is incorporeal ownership that the subject thereto is incapable of being materially possessed by a person.(1) Thus, incorporeal property or ownership is closer to be accepted in the case of the tie between the user and the social media account.

In literature, the concept of *Virtual Property* has evolved to analyze the relationship between the user and account. This approach is presented to deny the idea of intellectual property for this relationship, as it might be considered at first glance. In this regard, *Kateryna* points out that virtual property is set up to "act more like land or mobility than ideas". She further elaborates that virtual property should meet three characteristics: rivalrousness, persistence, interconnectivity. She concludes that "virtual property is a persistent computer code stored by a non-remote resource system, where one or more persons are empowered to control the computer code, including the removal of all other persons".(2) Thus, intellectual property and virtual property are both rights granted to a person over

(1) See, Dan E. Stigall, 'From Baton Rouge to Baghdad: A Comparative Overview of the Iraqi Civil Code' (2004) 65 (1) Louisiana Law Review 145-149.
(2) Nekit (n 3) 202-204.

Rules of the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC Rules")' as the law applicable to "Any dispute arising out of or in connection with these terms, including any question regarding existence, validity or termination of these Terms".[1]

3. Legal Conditioning of the Social Media Account

The creation of social media accounts often requires few easy steps depending on providing personal information about the user. When required pieces of information are submitted, the account is made with a username chosen by the user and a password to use in log-in and log-out the account. Hence, two main aspects are grey areas and important to be highlighted. First, how do laws consider the relationship between the user and the account? Second, how about the relationships between users the content of such accounts? Answers to these two questions are presented as follows;

3.1. Legal Ownership Classifications over Social Media Accounts

Perhaps, the account is no more than a username and a password granted to users out of an online agreement made with providers. Technically speaking, social media account is a relationship that is created between a user and a provider through a computer, network or information service. Accordingly, a user can be identified by a username and password, which are deemed to be optional for computers and networks, but compulsory at the time of registration and subscription on which provision of the online services are mainly based.[2]

In practice, social media providers offer users two types of accounts, personal account and business account. In pursuance to the terms of service, users are allowed to exclusively use their personal accounts and they are encouraged 'and legally not allowed' to share their usernames and

[1] See, *Tiktok* Terms of Service, 11. Other Terms. Available at:
< https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/en > Last visit March 9, 2024.
[2] Nekit (n 3) 306.

.....

Pertaining to the second question, it is certainly true that any action or inaction touches on a right of consumers will make national laws relevant to apply. Some social media companies have used this approach. For instance, *Meta company* (*Facebook* provider) has clearly given national laws the jurisdiction in some cases, along with determining selective laws to apply in other cases. Firstly, if the contracting party is consumer, "The laws of the country in which [he] resides will apply to any claim, cause of action, or dispute [he has] against [*Meta*] that arises out of or relates to these Terms or the Meta Products". If the contracting party is not a consumer, "and for any claim, cause of action, or dispute that *Meta* files against [him], [he] and *Meta* agree that any such claim, cause of action or dispute must be resolved exclusively in the U.S. District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County". (1)

Nevertheless, this not the case with contracts made with all social media providers. As explained earlier, terms of service are unilaterally standardized by social media providers on which consumers have no chance to negotiate or request changes, they either have to take them all or leave them all. Therefore, social media companies are used to include these terms with a clause determining the law applicable on issues arise between them and consumers. With having the contract made, it would be understood that the consumer has agreed to the law stated within the terms of service. For instance, *X Twitter* specifies the laws of the State of California for contracting parties living in the US and outside Europe and United Kingdom. For other cases, the subject is left to be determined according to the choice of law provisions.(2) Likewise, *TikTok* defines 'the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") in accordance with the Arbitration

---

2019/770, which applies to contracts for the supply of digital content or digital services under which the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader).

(1) See, *Meta* Terms of Service, clause 4. (Disputes) Available at:
< https://www.facebook.com/legal/terms?_rdr> Last visit March 10, 2024.

(2) See, *X Twitter* Terms of Service, 6. General Available at:
< https://x.com/en/tos/previous/version_15> Last visit March 15, 2024.

On the contrary, developed countries have adopted another approach in elaborating consumers' issues in the digital world via specific legislation and regulations. This approach provides a better understanding for consumers' issues, as well as better solutions for such issues in that context. In the UK, *the Consumer Rights Act of 2015* recognizes digital content in Section 2 (9), making it relevant to apply in this context. In Europe countries in general, two main directives have been implemented in the EU member states since 2011.

The first one is *Directive 2011/83/Eu of The European Parliament and of the Council of 25 October 2011*. This directive is enacted based on full-harmonization that had given EU member states no choice to maintain or introduce provisions diverging from those laid down in these directives, as stated in Article (4). As a result, all EU members' states would have the same model following the implementation. The scope of this directive is defined in Article 3 (1) to apply (to any contract concluded between a trader and a consumer). It also makes clear that contracts for services, distance selling contracts, and contracts for digital services(1) are included with its provisions. In this way, most common actions and activities that may be conducted via social media platforms, and especially services contracts which are supplied on intangible medium under which the consumer pays or undertakes to pay price, are subject to this directive.(2) The second directive is *Directive (Eu) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019*. This directive has made it clear that this directive extend protection to include digital content and digital services contracts which the trader supplies or undertakes to supply a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data.(3)

(1) Article 2 (11) of the Directive 2011/83/Eu stated: (digital content' means data which are produced and supplied in digital form).

(2) See, Article 2 (6, 7, and 12) of *the Directive 2011/83/Eu*.

(3) According to Clause 32 of *the Directive (Eu) 2019/2161*: (Consistency should be ensured between the scope of application of *Directive 2011/83/EU* and *Directive (EU)*

down by social media providers to an agreement or contract between providers and their users at the time these rules are accepted. The core of the agreement is the provision of services in a digital environment.(1) Two questions arise here; one is regarding the types of laws that may cover these relationships between the two parties. The other question has connection with the country law that may govern these relations, especially if we take into consideration the fact that these services are provided in a digital environment across geographical boarders.

Generally speaking, any action related to social media accounts, no matter whether creating rights or imposing duties, are subject to laws that are enacted to protect consumers in the digital environment. In Iraq, for long time *the Iraqi Civil Law (40) 1951* has jurisdiction to deal with matters related to financial aspects of the individuals' private relationships. Furthermore, this law is yet the main resource on which the Iraqi courts should rely when latter private laws are lack of providing proper treatments.(2) As consumers' aspect, *the Iraqi Consumer Protection Law No.(1) of 2010*(,3) as well as *the Iraqi E-signature and E-Transactions Law No.(78) of 2012*(4) are in force to provide a general legal jurisdiction for issues may arise from social media activities. However, these laws are yet too general and unable to delve deeply into the areas where the emphasis should have been on digital services.

(1) Santa Prauliņa, Copyright Issues on Social Media (2021) Master thesis presented to Riga Graduate School of Law 14. Available at: the <https://dspace.lu.lv/dspace/bitstream/handle/7/56516/Praulina_Santa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Last visit January 9, 2024.

(2) Article 3 (1) of *the Iraqi Civil Law* (40) 1951 reads; (The legislative provisions shall apply to all matters covering these provisions in letter trend and content).

of *the Iraqi Consumer Protection Law* No. (1) of 2010 stipulates; (This law (3) Article 3 applies to all natural and legal persons who may produce, supply, sell, purchase, market, import, present services or advertise about it).

the Iraqi E-signature and E-Transactions Law (78) 2012 provides; (This law (4) Article 3 applies to: A- E- transactions which are caried out by natural or legal persons, B- Transactions on which the parties agreed to conduct over electronic means, C- Electronic financial and commercial papers).

users the space to create online communities to share information, ideas, personal messages, and other content".[1]

These platforms enable users to share written statuses on their own profile, videos, images, private messages.[2] Provided, social media is considered part of social media networking. Platforms like *Facebook* and *X Twitter* are classified as social media networking that provide certain set of functions such as creating profiles, posting and sharing content, and the ability to connect with other profiles. However, social media networking is just a huge part of the social media that may encompass any technologies that enable users to make online conversations, including blogs, wikis, chat room, and may others.[3]

In literature, it is not well- established whether these social media accounts are media platform or not. In 2020, the Council of Europe reported that these platforms along with information providers are reconstituting the nature of what media are, but they do not necessarily work within standards of media accountability, independence and transparency.[4]

2.2. Terms of Service and Applicable Laws

Terms of service are a set of rules and instructions provided by social media providers. Accordingly, at the time these rules are accepted by users, they govern the legal shape of relations between social media users and its providers. As *Santa* clarified, terms of service turn from a set of rules laid

[1] Kathleen McGarvey Hidy, J.D., Mary Sheila E. McDonald, J.D, 'Risky Business: The Legal Implications of Social Media's Increasing Role in Employment Decisions' (2013) 18 (1) Journal of Legal Studies in Business 69.

[2] Gebicka, Aleksandra, and Andreas Heinemann, 'Social Media & Competition Law' (2014) 37 (2) World Competition 152.

[3] Ryan Garcia, Thaddeus A. Hoffmeister 'Social Media Law in a Nutshell' (2017) School of Law Faculty Publications 3-4.

[4] The Council of Europe's background report on media freedom, regulation and trust issued on the eve of the ministerial conference on the media in Nicosia, Cyprus, cited in; Zankova, Bissera, and Valeriy Dimitrov, 'Social Media Regulation: Models and Proposals' (2020) 10 (2) Journalism and Mass Communication 76. In this regard, Dr. Mahmood argues that these platforms can function as social media channel when they are used for such purpose by media institutes, then they would be subject to laws and regulations that cover media. See, Mohammed Abo-frwa (n 5) 168.

.....

Second: To whom should the social media account belong in cases when the account is used for commercial purposes?
Third: do individuals have rights to sell their social media account in the first place?

1.4. Research Methodology:

This paper attempts to explore rules and conditions set up by social media companies for creating and dealing with social media accounts. It is also significant that we examine the social media case in the light of *the Iraqi Law* and laws of developed countries in Europe and USA supported by judicial rulings, where necessary.

1.5. Research Structure:

This research is structured over three sections; firstly, attempts will be made to analyze terms of service of major social media providers. Secondly, the legal nature of the relationships between concerned parties will be thoroughly discussed. Finally, the paper will place emphases on the dispute between the user and providers over the ownership of the account.

2.Terms of Service of Social Media Accounts

2.1. Social Media: General definition Broadly speaking, social media is defined as a group of applications that are built upon Internet based on the ideological and technological foundations of web. Accordingly, users are allowed to create and exchange the content.(1) To say it differently, social media sites are not more than web-based services that give individuals space to create a public or semi-public account within a limited shape, allowing them to form a list of other users with whom they would share a connection, including *Facebook*, *Instagram*, and many others. Further definition, social media is no more than "forms of electronic communication which give the

(1) Moses Kwame Kumah, 'The Role of Social Media as a Platform for E-Commerce' Vaasan Ammattikorkeakoulu, PhD Thesis submitted to University of Applied Sciences, International Business 3. Available at:
< https://www.theseus.fi/handle/10024/142134 > Last visit January 2024.

social media account. This action might be construed as a mere personal reflection on a social aspect. It is also likely that the person was hired to promote pizza business through a personal social media account.

This rapid development gives rise to many legal problems which prevailing legislation are not well prepared to deal with. It is important at first place that rules and regulations, as known terms of service, are clear for users in the sense of granting rights and imposing duties. Besides, all actions that are carried out over these platforms should have been shaped through proper legal conditioning. These issues can be considered real challenges that may affect the function of these platforms, as well as they may leave effect on their legal conditioning.[1]

1.2. Statement of Research Problem:

From legal perspective, it is arguably not clear the rules that govern social media accounts. This is true when the talk is on the relationships between users and providers, as well as their relationships with others. The same argument is relevant in cases where social media accounts are created by individuals but subsequently used for businesses upon bilateral consent. It is also a concern giving the account's owner the legal capability to transfer the control over the social media account to another person, whether via sale, lease or donation contract, without considering rights of the followers who might have followed the account based on certain purposes. For instance, a person may follow a football social media account and he might not feel happy to see the content of the account has suddenly changed from sports to food.

1.3. Research Questions:

This research paper poses three main questions;

First: What are the rules that govern social media accounts? are they clear enough to tackle issues related to the legal shape of relationships between parties engaged?

[1] Dr. Mahmood Mohammed Abo-frwa, 'Social Media Platforms and Its legal liability over Illegal Content' (2022) 10 (3) Kuwait International College of Law Journal 165.

.....

1. Introduction

1.1. General Background:

Nowadays, social media accounts are known for their crucial influence on effective communication and interaction among individuals around the globe.(1) Originally, these engaging platforms were created to offer online users' space for sharing personal and social experiences. Platforms like *Facebook*, *Instagram*, and *Snapchat* have millions of subscribers who share, exchange information and experiences on daily basis. Perhaps, these platforms have rapid as well as essential impact on spreading information among individuals, affecting almost every aspect of individuals' life.(2) With this crucial feature, business and enterprises have begun to use social media platforms as tools for commercial purposes such as business promotion, marketing, and most importantly selling their products and services.

As a result, '*Social Media Commerce'* has evolved in reference to the type of commerce that is conducted online through social media accounts. Indeed, this commercial use of social media accounts is not confined to companies, but also individuals through their personal accounts. Perhaps, these media accounts have turned into important legal object that generate income for their users and adding economic value.(3) Provided, it is sometimes difficult to draw a line between social aspects and commercial aspects of the social media accounts.(4) For instance, imagine a person recording his best moment at a pizza shop and posting it on his personal

(1) Rivaldi Aka Akbar, Aji Mulyana, and Mia Amalia, 'Legal Challenges in the Age of Social Media: Protecting Citizens from Misuse of Information' (2023) 3 (1) Golden Ratio of Law and Social Policy Review 16-17.

(2) Daniele Battista , and Gabriele Uva, 'Exploring the Legal Regulation of Social Media in Europe: A Review of Dynamics and Challenges-Current Trends and Future Developments' (2023) 15 (5) Sustainability 4148.

(3) Kateryna Nekit, 'Legal Aspects of The Use of Social Media Accounts: Current State and Perspectives' (2020) 10 (3) The lawyer Quarterly 305.

(4) Hugh McLaughlin, 'You're Fired: Pack Everything but Your Social Media Passwords' (2015) 13 (1) Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 90.

پوختە

دگەل زێدەبوونا پێگەهێت پەیوەندییێت جڤاکی (سۆشیال میدیایێ) تێکهەلیا مرۆڤی ب شێوەیەکێ مەزن هاتییە گۆهورین ژ چارچوڤەیێ بەرجەستەیی بۆ چارچوڤەیێ ژمارەیی (دیجیتالی). ئەڤ گۆهورینە بوویە هوکار کو پێزانین بهێنە ڤەگۆهاستن وگرێدان ب هژمارەیەکا مەزن یا تاکەکەسان ب رێکا پرۆبایلێن وان و د دەمەکێ کورتدا. ب رێکا ڤان پێگەهێت پەیوەندییێت جڤاکی، د شیانێت مرۆڤان دا هەیە پێزانین وشارەزاییا لێك ب گۆهورن د هومی بیاڤێت ژیانێدا. وشیانێت ڤان پێگەها نە د سنووردار کرینە د گەهشتنێ دا بۆ تاکەکەسا وجهێت جیۆگرافی، ژ بەر ڤێ چەندێ بازرگانان دەست ب کارئینانا ڤان پێگەها کرییە پێخەمەت باشناڤ کرنا بازرگانی. و ب کارئینانا زێدە یا جۆرەك ژ ڤان پێگەهێت جڤاکی بوویە ئەگەرێ دروست بوونا هندەك ئاریشێت یاسایی. و ئەو رێسایێت کو ئەڤ پێگەهە پێ کار دکەن تا نوکە د ڕوون نینن. زێدەباری وێ چەندێ، پەیوەندی د ناڤبەرا ب کارهێنەر وپێشکێشکەرێ خزمەتگۆزاییا پێگەهێ پەیوەندییێ، وهەروەسا ب کاهێنەر ونافەرۆکێ، و ب کارهێنەر وبازرگانی پێدڤی ب ڕوون کرنێ هەیە. ژ بەر ڤێ چەندێ گەلەك یا گرنگە دانەنیاسینەکا یاسایی یا گۆنجای بۆ ب کارئینانا تاکەکەسان بۆ ڤان پێگەهان هەبیت. ئەڤ چەندە پێدڤی ب شرۆڤەکرنەکا یاسایی وڕیشەیی هەیە بۆ وان سیاسەتێت ڤان پێگەها ب رێڤەدبەن. زێدەباری یاساییت شولەژێ چ ل عیراقێ یان وەلاتێت پێشکەفتی. وان یاساییت سەرەدەریێ دگەل ئاریشێت پێگەهێت پەیوەندییێت جڤاکی ل دەمێ پەیدابوونێ. ئەڤ جۆرە ئاریشە ب شێوەیەکێ گشتی دهێنە چارەسەرکرن ب رێکا وان گرێبەستێت دهێنە گرێدان دناڤبەرا بازرگان وتاکەکەسان دا.

پەیڤێت دەسپێکێ: هژمارا پەیوەندییا جڤاکی، مافێ خاوەندارەتییا هزری، مافێ چاپ کرنێ، گرێبەستا کاری، مەرجێت خزمەتێ، مافێت ب کاربەری.

ملخص البحث

إن انتشار مواقع التواصل الاجتماعي قد حول التفاعل البشري بشكل كبير من الحيز المادي الى الحيز والشكل الرقمي. هذا التغير الكبير قد ساعد المعلومات الى الانتقال والاتصال بعدد كبير من الاشخاص من خلال بروفايلاتهم وخلال وقت قصير. من خلال هذه المنصات التفاعلية، اصبح بمقدور الافراد تبادل المعلومات والخبرات تقريبا في كل جانب من جوانب الحياة. وهذه المنصات ليست لها قدرات محدودة في الوصول الى الاشخاص وكذلك المواقع الجغرافية. لهذا بدأت المواقع التجارية باستخدام هذه المنصات الاجتماعية لغرض الترويج التجاري. وان الاستخدام المتزايد لنمط من هذه المنصات ادى الى بعض من المشاكل القانونية. وعلية، لا تزال القواعد التي تعمل بها هذه المنصات غير واضحة. اضافة الى ذلك، العلاقة بين المستخدم والمزود، والمستخدم والمحتوى وكذلك المستخدم والتجار تحتاج الى توضيح. لذلك من المهم جدا أن يتم وضع توصيف قانوني ملائم لتفاعل الافراد مع هذه المنصات. وهذا يتطلب التحليل الجذري القانوني للسياسات التي تحكم هذه المنصات. بالاضافة الى القوانين المعمولة بها سواء في العراق او الدول المتقدمة، تلك القوانين التي تتعامل مع المشاكل التي تظهر مع هذه المنصات. وهذه المشاكل بصورة عامة قابلة للحل من خلال الاتفاقات التي تبرم بين التجار والافراد.

الكلمات المفتاحية: *حساب التواصل الاجتماعي، حق الملكية الفكرية، حق المؤلف، عقد العمل، شروط الخدمة، حقوق المستهلك.*

Abstract

The rise of social media sites has dramatically transformed humans' interaction from material shape to digital shape. This dynamic change has helped information to fly and interconnect with enormous number of profiles in a short time. Through these engaging platforms, individuals can easily share information and exchange experiences in almost every aspect of life. These platforms have no limit capabilities in reaching out people, as well as geographical locations. Thus, businesses have started to utilize these social platforms for commercial promotion. The increasingly use of these patterns of social interaction gives rise to certain legal issues. Yet, the functioning rules of these platforms are not clear. Furthermore, the relations between the users and providers, the users and the content, as well as the users and businesses need legal clarification. Therefore, it is significant that the engagement of individuals is shaped in a proper legal conditioning. This requires thorough analysis and deep-rooted legal examination of the social media policies that govern these platforms, as well as prevailing legislation, whether in Iraq or developed countries, that are pertinent to deal with such issues when arise. These issues to large extend are found capable of being solved by agreements between businesses and individuals.

Keywords: ***Social Media Account, Intellectual Property Right, Copyright, Labor Contact, Terms of Service, Consumers' Rights*.**

Certain Pressing Legal Issues of Social Media Accounts

A Comparative Study in the Context of the Iraqi Law and Laws of Developed Countries

بعض القضايا القانونية الملحة المتعلقة بحسابات وسائل التواصل الاجتماعي

دراسة مقارنة في سياق القانون العراقي و قوانين الدول المتقدمة

Dr. Nazar Ameen Mohammed
Private law/ Civil law

Presidency of the University of Duhok

د. نزار امين محمد

القانون الخاص/ القانون المدني

رئاسة جامعة دهوك

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v2i1.61

تاريخ استلام البحث 26-4-2024 ، تاريخ القبول بالنشر 28-7-2024

---

contexts of the legal research principles. In any case, the quoted text should not exceed six lines and should be put between double brackets.

3-A space of (2.5) cm should be left for the four sides of the page, and (1.5) cm between the lines.

4- Footnotes are indicated by sequential numbers for each page separately, so that the sources and references of each page are written in its footnote.

5- Write the footnotes in the following ways:

a- The name of the author (the researcher), the source's title, the part number, the publishing body, the edition number (the second and above), the place of publication, the year of publication, the page number or pages.

b- In case that the source is taken from which the citation is a research in a scientific journal, the following shall be stated: the name of the researcher, the title of the research, the name of the journal, the number, volume, year, page number or pages.

c- The title of the thesis or dissertation, the name of the researcher, the college or university awarding the certificate, the year, the page number or pages. d- When referring to sources taken from reliable websites, the source should be written in the previous format according to the type of source referred to above, then write the full electronic e-link, the date the source was published on the site, and the date of the researcher's visit to the site.

6- At the end, the research paper should include a categorized list of sources of the research including all the sources and materials used in the research.

7- The Research submitted is subject to (Plagiarism) in pursuance with the approved percentage and in accordance with the programs in place at the University of Duhok in the rate of 20%. To this end, the researcher should adhere to the rules of the literal quotation (exact wording) and meaning according to the

5-The journal preserves all copyright, translation and publishing rights, both in paper and electronic format, after its publication has been accepted. It is not permissible to publish the research or the article in another scientific journal or in any other format without the written approval of the editor of the journal

6- The word count for the search or article should not exceed 8 thousand words.

7-Researches are submitted electronically on the journal's website according to the steps and mechanisms stated therein, taking into account the fulfillment of the requirements of each step. To be noted, the journal adopts the (OJS) system.

8-Summaries of the research papers should be attached in three languages indicated above, along with the translation of the main title and keywords as well, provided that the word count of the abstract should not be less than 150 words and no more than 250 words.

9- Opinions and ideas stated in research and studies express the opinion of their owners, and the journal is not responsible for any ideas published therein.

B- Specific rules:

The researcher must abide by the principles and general rules of scientific research and further take into account the following specific rules:

1- Research papers are written to include (body + Footnotes) with the following norms: A- Ali-K-ALwand font for the Kurdish language.

B- Simplified Arabic Font for the Arabic language. C- Times New Roman font for the English language.

2- The font size should be (18) for the main headings, (16) for the sub-headings, (14) for the body, and (12) for the footnotes.

Publication Rules
Yaqeen Journal for Legal Studies

Yaqeen journal is a scientific peer-reviewed journal, issued from the College of Law- University of Duhok on a semi- annual base. The journal publishes research papers, articles and comments on the judicial rulings and summaries of thesis and university dissertations, and in three languages, Kurdish, Arabic, and English, with the following general and specific rules in place:

A- General Rules:

1- The research should be in depth and has originality to add novelty to the field of legal knowledge, via following scientific methodology, whether in terms of hypothesis or using theoretical inductions to prove the study and affirm it, or add some amendments and changes which may show contradictions or inconsistency or a failure, then interpreting the phenomenon subject to the study, with paying regards to the aspect of using the sources properly whether in terms of quotations or transferring an idea.

2- The researcher should adhere to the opinions and corrections made on his/her research by reviewers who are known for their expertise and scientific reputation.

3- The researcher should undertake in writing that his/her research has never been published on paper or electronically, and that it has not been submitted for publication to any other party in line with its submission to the journal.

4-The content of the research or the article must meet the requirements of intellectual integrity in a way that ensures that public order and morals are not violated.

Advisory Board :

1- Prof. Dr. Abdullah Ali Abbu, University of Duhok, Public International Law.

2- Prof. Dr. Hadi Naim Al-Maliki, University of Baghdad, Public International Law.

3- Prof. Dr. Ismail Ababaker Ali, University of Duhok. Islamic law - Personal Status.

4- Prof. Dr. Muhammad Rashid Al-Jaf, University of Sulaymaniyah, Criminal Law.

5- Prof. Dr. Hammad Azab,Assiut University, Egypt,Commercial Law.

6- Assist. Prof. Dr. Othman Ali Waysi, Parliament of Kudistan region, Constitutional law.

7- Assist. Prof. Dr. Hadi Muslim Younis, the Advisory Council of the Region, Commercial Law.

8- Assist. Prof. Dr. Ihsan Ahmed Rashid, University of Duhok, Civil law.

9- Assist. Prof. Dr. Ahmmed Mahmmoud Alfadli, Ajman-UAE, Private International Law.

10- Assist. Prof. Dr. Pierre Mallet, Ajman-UAE, Civil Law.

11- Assist. Prof. Dr. Ahmmed Albarwani,Asharqyah University,Sultanate of Oman, Criminal Law.

Editor: Prof. Dr. Qassim Ahmed Qassim

Editorial Secretary: Assist. Prof. Dr. Farhad Seaid Saadi

Editorial Board:

1- Prof. Dr. Akram Yamulki, Cihan University. Commercial Law.

2- Prof. Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, Cihan University. Civil law.

3- Prof. Dr. Fakhri Al-Hadithi, University of Baghdad. Criminal Law.

4- Prof. Dr. Hussein Tawfiq Faydallah, Salahaddin University, Commercial Law and Intellectual Property.

5- Prof. Dr. Akram Mahmoud Hussein Al-Bado, University of Mosul. Civil law.

6- Prof. Dr. Khallouq Dhaifullah Agha, International University of Islamic Sciences, Jordan. Islamic Law and Personal Status.

7- Prof. Dr. Haitham Hamed Khalil Al-Masarwa, King Abdulaziz University, Saudi Arabia. Civil law.

8- Prof. Dr . Ayman Saad Abdel-Meguid Selim, Cairo University. The Egyptian Arabic Republic. Civil law.

9- Prof. Dr. Abdulkareem Saleh Abdulkareem, University of Duhok. Civil law.

10- Prof. Dr. Ali Younus Ismael, University of Duhok, Administrative Law.

11- Assist. Prof. Dr. Najdat Sabri Al-Aqrawi, Tishk International University - Iraq , Public International Law.

12- Assist. Prof. Dr. Muhammad Omar Mouloud, Tishk International University - Iraq. Constitutional law.

13- Assist. Prof .Dr. Iman Yousif Noori, University of Duhok, Civil law.

P-ISSN 2789-4533
E-ISSN 3005-6640
DOI Prefix: 10.56599
OJS/PKP

Yaqeen Journal
for legal studies

Web Site
https://clp.uod.ac/yaqeen

Email
yaqeen.jls@uod.ac

PHONE
+9647515199009

Zakho Street 38 ,1006AJ Duhok
Kurdistan Region – Iraq

FIRST YEAR
ISSUE (2)

DECEMBER
2024

Kurdistan Regional Government - Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Duhok
College of Law

P-ISSN: 2789-4533
E-ISSN: 3005-6640
DOI Prefix: 10.56599
OJS / PKP

Yaqeen Journal

FOR LEGAL STUDIES

Scientific Peer-Reviewed, Semi-Annual Journal

UNIVERSITY OF DUHOK

College Of Law

1ST YEAR
ISSUE : 2

DECEMBER
2024