



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود

"دراسة مقارنة"

أطروحة مقدمة من

محسن عبد المنعم هادي الزبيدي

إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل ، وهي جزء من متطلبات نيل درجة

الدكتوراه فلسفة في القانون - القانون الخاص

بإشراف

أ. د. فراس كريم شيعان البيضاني

أستاذ القانون الدولي الخاص

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

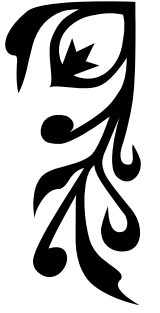
﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ
وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا
أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا
مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۚ
وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾

صَلَّى
الْعَظِيمُ

المائدة الآية (٣٣)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إلى من ... علمني العزة وكحل عيني بالكبرياء ... إلى من جعل
مشوار العلم ممكناً والدي ... تَعْمَدُهُ اللهُ بِرَحْمَتِهِ.

إلى من ... تحت قدميها تكمن الجنة ... إلى من علمتني كيف أقف
أمامكم في لحظة تنسابق فيها الدموع لمقلتي ... إمي الغالية .

إلى ... من شد الله لهم أزري ... أخوتي وأخواتي وفقهم الله .

إلى نصفي الآخر زوجتي رعاها الله .

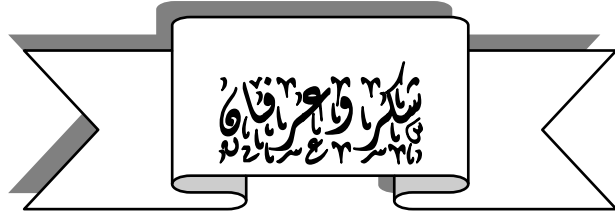
إلى أصدقائي ورفقاء قلبي أدامهم الله .

أهدي هذا الجهد المنواضع .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ ﴾

الحمدُ والشكرُ لله رب العالمين حمداً وشكراً يليق بعظيم سلطانه ، وجلال وجهه الكريم ومن نعمه التي لا تُعد ولا تُحصى ، لعونه تعالى وتوفيقه لي في إعداد هذه الأطروحة التي زادتني فخراً واعتزازاً أن تكون تحت إشراف أستاذي الجليل ، الأستاذ الدكتور فراس كريم شيعان البيضاني الذي تفضل مشكوراً بالإشراف في إعدادها ، ولقد كان لآرائه السديدة وسعة صدره أثراً واضحاً في إثراء هذه الدراسة وإعدادها لتبصر النور بشكلها الحالي ، فأمدني بذاخر علمه وبرعايته واهتمامه ، وكان في نصحه لي واطلاعه على تفاصيل أطروحتي أن زادها وضوحاً بعد غموض وإكمالاً بعد قصور فإنني أقدر إجلالاً وإكباراً شخصه الكريم فجزاه الله عن ذلك خير الجزاء .

وأرى من واجب العرفان أن أتقدم بالشكر والمودة والامتنان لجميع أساتذتي لجنة المناقشة وكذلك أقدم الشكر لجميع أساتذتي على طوال سنين دراستي ، الذين زرعوا فينا فلسفة المنهج العلمي ورسخوا إيماننا المطلق بالعلم وزكوا في نفوسنا أصول التعامل مع معطياته والذي عجزت عن رد جميلهم ، فدعوت الله أن يحفظهم بعينه التي لا تنام وأن يجزيهم خير الجزاء وأن يسدد خطاهم أنه ولي ذلك والقادر عليه .

وأنتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي الافاضل في عمادة كلية القانون - جامعة بابل لاسيما الذين بذلوا جهدهم وزودونا بعلومهم ولم ييخلوا علينا بمعلوماتهم واخص بالذكر الاستاذ الدكتور عبد الرسول الاسدي والأستاذ الدكتور خير الدين أمين فجزاهم الله عني خير جزاء المحسنين .

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى كل من مدَّ لي يد العون والدعم ، وأخص بهذا الشكر موظفي مكتبة كليتنا العريقة وكذلك موظفين مكتبة كلية القانون / جامعة كربلاء فجزاهم الله عني خير الجزاء .

وأنتقدم بشكري العميق إلى كل من أرشدني وساعدني بكلمة أو كتاب أو قدم لي أي لون من ألوان المساعدة ، ومن عجزت عن شكره بقلمني فإنني أحتفظ بشكره في قلبي .

وأختم شكري كما ابتدأته بشكر الله فله سبحانه مني الشكر ما بقيت وبقي الليل والنهار سائلة العلي القدير أن يمن عليهم خير الدنيا والآخرة والسداد ، ومن الله التوفيق .

المحتويات

الموضوع		رقم الصفحة
من	الى	
أ		الآية
ب		الإهداء
ج		شكر وعرفان
د - ز		المحتويات
ح - ط - ي		المستخلص
١ - ٨		المقدمة
٩ - ١٨٦		الباب الأول : الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود
١٢ - ٩٧		الفصل الأول : التكييف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود والمسؤولية المدنية للدولة
١٤ - ٦٠		المبحث الأول : التكييف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود
١٦ - ٤٤		المطلب الأول : تحديد ماهية الأعمال الإرهابية
١٧ - ٣٣		الفرع الأول : مفهوم الإرهاب التقليدي
٣٣ - ٤٤		الفرع الثاني : مفهوم الإرهاب الإلكتروني
٤٤ - ٦٠		المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق في مسائل تكييف الأعمال الإرهابية
٤٦ - ٥٢		الفرع الاول : الاتجاه التقليدي في مسائل القانون الذي يخضع له التكييف
٥٢ - ٦٠		الفرع الثاني : الاتجاه المُرَجَّح في تحديد القانون الذي يخضع له تكييف الأعمال الإرهابية
٦٠ - ٩٦		المبحث الثاني : مفهوم المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية عبر الحدود

الموضوع		رقم الصفحة
من	الى	
٦١ - ٧٨		المطلب الاول : تعريف المسؤولية المدنية للدولة وتأصيلها
٦٢ - ٦٨		الفرع الاول : تعريف المسؤولية المدنية للدولة
٦٨ - ٧٨		الفرع الثاني : تأصيل المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية
٧٩ - ٩٦		المطلب الثاني : أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية
٨٠ - ٨٧		الفرع الاول : الخطأ أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية
٨٨ - ٩٦		الفرع الثاني : المخاطر أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية
٨٧ - ١٨٥		الفصل الثاني : معايير تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود
٩٨ - ١٣٩		المبحث الأول : معيار جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة
٩٩ - ١١٦		المطلب الأول : حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها
١٠٠ - ١٠٧		الفرع الأول : أساس مبدأ الدولة حرة في تنظيم مادة جنسيتها(من حيث المبدأ)
١٠٧ - ١١٦		الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية الدولة إزاء غيرها من الدول في تنظيم مادة جنسيتها
١١٧ - ١٣٩		المطلب الثاني : مشكلات معيار جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة
١١٨ - ١٣١		الفرع الاول : إشكاليات تعدد جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة
١٣٢ - ١٣٩		الفرع الثاني : إشكاليات انعدام جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة
١٤٩ - ١٨٥		المبحث الثاني : معيار موطن مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة
١٤١ - ١٦٢		المطلب الاول : التعريف بالمواطن

الموضوع		رقم الصفحة
من	الى	
١٤١ - ١٥١		الفرع الأول: تعريف الموطن
١٥١ - ١٦٢		الفرع الثاني : عناصر الموطن
١٦٢ - ١٨٥		المطلب الثاني : مشكلات معيار الموطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية
١٦٣ - ١٧١		الفرع الاول : اشكالية تنازع المواطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية
١٧١ - ١٨٥		الفرع الثاني : اشكالية اثبات الموطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية
١٨٦ - ٣٢١		الباب الثاني : تحديد الاختصاص التشريعي للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود
١٨٩ - ٢٥٤		الفصل الأول : الاتجاه التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
١٩٠ - ٢١٧		المبحث الأول : ماهية القانون المحلي
١٩١ - ٢٠٤		المطلب الأول : مفهوم القانون المحلي
١٩٢ - ١٩٧		الفرع الأول : المعنى التقليدي للقانون المحلي
١٩٨ - ٢٠٤		الفرع الثاني : المعنى الحديث للقانون المحلي
٢٠٤ - ٢١٧		المطلب الثاني : التأصيل القانوني للقانون المحلي
٢٠٦ - ٢١١		الفرع الأول : التأصيل القانوني للقانون المحلي في القوانين العربية
٢١١ - ٢١٧		الفرع الثاني : التأصيل القانوني للقانون المحلي في القوانين الغربية
٢١٨ - ٢٥٤		المبحث الثاني : مضمون تطبيق القانون المحلي
٢٢٠ - ٢٤٠		المطلب الأول : مسوغات ومشكلات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية
٢٢١ - ٢٢٧		الفرع الأول : مسوغات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية
٢٢٧ - ٢٤٠		الفرع الثاني : مشكلات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية
٢٤٠ - ٢٥٤		المطلب الثاني : نطاق تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية
٢٤٢ - ٢٥٠		الفرع الأول : نطاق تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القوانين المقارنة
٢٥١ - ٢٥٤		الفرع الثاني : نطاق تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القانون العراقي
٢٥٥ - ٣٢١		الفصل الثاني : الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

الموضوع		رقم الصفحة
من	الى	
٢٥٨ - ٢٨٨		المبحث الأول : المعيار الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق
٢٥٩ - ٢٧١		المطلب الأول : تطبيق قانون الإرادة على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٢٦٠ - ٢٦٥		الفرع الأول : معنى قانون الإرادة
٢٦٦ - ٢٧١		الفرع الثاني : الدعوة الى اختصاص قانون الإرادة بشأن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٢٧٢ - ٢٨٨		المطلب الثاني : تطبيق القانون الشخصي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٢٧٣ - ٢٧٩		الفرع الأول : المقصود بالقانون الشخصي
٢٨٠ - ٢٨٨		الفرع الثاني : المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق
٢٨٩ - ٣٢١		المبحث الثاني : المعيار الموضوعي في تحديد القانون الواجب التطبيق
٢٩١ - ٣٠٢		المطلب الأول : تطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٢٩٢ - ٢٩٨		الفرع الأول : كيفية تطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٢٩٩ - ٣٠٢		الفرع الثاني : الحجج المؤيدة لتطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية
٣٠٢ - ٣٢١		المطلب الثاني : تطبيق قانون الوسط الاجتماعي على المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعمال الارهابية
٣٠٣ - ٣١١		الفرع الأول : معنى قانون الوسط الاجتماعي
٣١١ - ٣٢١		الفرع الثاني : موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الوسط الاجتماعي
٣٢٢ - ٣٢٧		الخاتمة
٣٢٨ - ٣٥٧		المصادر
A-B-C		Abstract

المستخلص

يعد موضوع دراستنا (المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود) من أهم المواضيع التي يكون فيها المجتمع الدولي ضحية لعمل إرهابي ولاسيما في حالة الصراعات التي تنساب المجتمعات في ظل الإرهاب الدولي بنية الحد من هذه الظاهرة والقضاء عليها نهائياً.

فالواقع العملي افرز لنا ظاهرة عالمية وكذلك جريمة دولية متعدية الأثر وهذه الجريمة تستهدف الموارد البشرية والموارد الاقتصادية بغض النظر عن الاعتبارات الدينية او الطائفية أو القومية كون المجتمع الدولي يمر بهذه المرحلة الخطيرة امام تحديات الإرهاب وبما أن لكل دولة إقليم وسلطة وشعب فيكون بذلك على كل منها مسؤولية تمتد ضمن هذا الإقليم وعلى افراد معينين هم الشعب وبموجب هذه المسؤولية ستسأل الدولة امام المجتمع الدولي الداخلي والدولي فهي تسأل أمام المجتمع الداخلي عن تصرفاتها امام مواطنيها اما أنها تسأل امام المجتمع الدولي عن تصرفات ونشاطات مواطنيها عبر حدودها التي تكون ذات طابع سلبي على أساس معايير دولية وهي الجنسية والموطن فهما وسيلتان يتقرر من خلالهما مسؤولية الدولة وانتقالها الى الوسط الخارجي فالجنسية مثلاً تضمن استمرار العلاقة بين الفرد والدولة عبر الحدود ولا يمكن أن تتغير بالمكان أو بتقادم الزمان ومثلما تستمر مسؤولية الدولة عن مواطنيها عبر الحدود والمتمثلة بالدفاع عنهم من كل ما يصيبهم تحت ذريعة الحماية الدبلوماسية فمفهوم المخالفة لمبدأ الحماية الدبلوماسية يجب ان تتحمل دولة هؤلاء المواطنين المسؤولية المدنية كاملة عن كل ضرر يمكن ان يسببه مواطنيها فهي بهذه الحالة تكون مسؤولة منهم وعليهم بناء على المعايير أعلاه فهي مسؤولة عنهم في الأفعال الضارة التي يرتكبونها عبر الحدود وكون الأعمال الإرهابية تعد الأكثر خطورة والاشد ضرراً لأنها تستهدف الامن والسلم الدوليين وتستهدف مساحة اكبر من البشر والموارد الاقتصادية والتي يحرص المجتمع الدولي على حمايتها والدفاع عنها بكافة الطرق والوسائل عليه فلا بد ان تسأل دولة هؤلاء الارهابيين مدنياً عن الأفعال التي يرتكبها مواطنيها واذا ما ثبتت هذه المسؤولية عليها فلا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية وبالتالي ملئ الفراغ التشريعي وتحقيق الالية المنشودة من البحث كذلك سد جميع الطرق

المشروعة التي من خلالها يعبر هؤلاء الإرهابيين عبر حدود دولهم لتحقيق غاياتهم الغير مشروعة .

ولما كان الإرهاب قضية عالمية فقد بات من الوظائف المعقّدة والتي كانت محط اهتمام الباحثين كون الدولة تتعرض لهذه الظاهرة مهما كانت محصنة امنياً فضلاً عن كون الشخص المضروب بات ضعيفاً أمام الدولة وبذلك ظل بحاجة الى الرعاية كون الدولة هي صاحبة السيادة وصاحبة الامن فمسؤولية الدولة حماية هذا الطرف الضعيف وتوفير له التعويض إذا ما أصابه ضرر اثناء العمليات الإرهابية الذي ليس بيده حيلة سوى الانقياد الى قواعد المسؤولية التقليدية لذلك سعت الدول لوضع الحلول والتي كان من بينها دستورنا العراقي لعام ٢٠٠٥ ومن خلال إقراره بتكفل الدولة بتعويض عادل الى عوائل الشهداء والمصابين نتيجة العمليات الإرهابية لكون أن نشاط الدولة لم يعد يقتصر على وظائفها التقليدية في الوقت الحاضر وإنما تطور ليغطي كافة جوانب الحياة حيث أصبح من واجبات الدولة هو كفالة وحماية مواطنيها وذلك بدفع الأذى عنهم أياً كانت صورته ووسيلته وذلك عن طريق توقيع مختلف العقوبات على مرتكب هذه الاعمال أو بإزالة اثار تصرفه الضار. ومن هنا جاء الاهتمام المتزايد للعاملين في حقل العلوم القانونية فقد انتقل الاهتمام الى الأنظمة القانونية والتي لم تكتف بما قرر بالقواعد العامة التقليدية من الزام الجاني بالتعويض وإنما وسعت دائرة الملزمين بأداء هذا التعويض في حال تماثل المحكوم عليه بسبب وضعه المالي أو مجهوليته وبهذا تلتزم الدولة صاحبة الرعاية عن عمل هذا الإرهابي لما سببه من أضرار للدولة وافرادها إذا ما قام بتحقيق عمله الإرهابي فالعملية الإرهابية تشكل جريمة بالمعنى القانوني لهذا المصطلح والتي تستهدف الامن والاستقرار في المجتمع سواء محلياً أو دولياً عن طريق قتل الافراد واتلاف الأموال والممتلكات فأعمال العنف والتفجير يكون الركن المادي لهذه الجريمة أما التصميم والعمدية وكذلك زعزعة الامن والاستقرار هو ركنها المعنوي أما إحداثها فعلاً هو النتيجة الجرمية لهذه الجريمة وهذه النتيجة لا يتحملها الافراد بقدر ما تتحملها الدول التي تنصدر قائمة الدول الأكثر عدداً في تسويقها للإرهابيين فهي بهذا الوضع تكون بعيدة كل البعد عن هذه الظاهرة بعكس الدول المتضررة والتي تكون اقرب لهذه الظاهرة مما يحصل بها من عمليات إرهابية ولم يعد الإرهاب مقتصر على مساحة الدولة التي يحمل رعاياها الإرهابيين جنسيتها بل يمكن وضع ضابط اسناد آخر عن طريقه يمكن تحديد المسؤولية

المدينة للدولة عن طريق رعاياها إذا ما ارتكبوا عمل إرهابي خارج الحدود ألا وهو ضابط المواطن حيث بعد الاطلاع على اغلب القرارات الدولية والمعنية بمكافحة ظاهرة الإرهاب نجدها تركز على مواجهة الإرهابيين تاركة ورائها مواجهة الدول التي يحمل الارهابيون جنسيتها أو يستوطنوا فيها في حين أعتمد هذين المعيارين في مناسبات أقل خطورة من مواجهة الإرهاب فكان الأولى والأجدر الاستناد على هذين المعيارين لتحديد المسؤولية المدنية للدول عن الاعمال الإرهابية التي يقومون فيها رعاياها خارج حدود دولتهم لتحقيق مصالح دولتهم الأم وإذا ما حددنا المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الإرهابية كان لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية فهل هو قانون موقع الجريمة أو يمكن تحديده عن طريق قوانين حديثة يمكن أن تحدد به هذه المسؤولية عليه فسوف يكون هذا هو محور دراستنا الذي من خلاله يمكن أن نحدد المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال التي يقوم بها مواطنيها عبر حدود دولتهم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾^(١) وصلى الله على سيد المخلوقات والمرسلين سيدنا محمد القائل " من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً من طرق الجنة " وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين.

أولاً :- التعريف بموضوع البحث وأهميته

تزامنت المسؤولية المدنية للدولة مع تطور كل من مفهوم الدولة ومفهوم المسؤولية المدنية وذلك انعكس جلياً مع نمو الإرهاب الشرس بمفهومه الحديث كظاهرة أشغلت العالم منذ خمسينيات القرن الماضي حيث تم معالجة ما يفرز عن هذه الظاهرة من إضرار عن طريق إصدار مجموعة من التشريعات والأنظمة والأوامر .

والمسؤولية المدنية تُعرّف بأنها الالتزام بالتعويض عن ضرر ترتب عن إخلال بالتزام أصلي سابق والالتزامات الاصلية قد ينشأ بعضها من العقد والبعض الآخر ينشأ من القانون لذلك جرى الفقه على التمييز بين هذين النوعين من المسؤولية المدنية حيث تُعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي بمسؤولية عقدية أما المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام قانوني بمسؤولية تقصيرية والنوع الأول من المسؤولية وهو المسؤولية العقدية حيث يفترض هذا النوع قيام الرابطة العقدية بين المسؤول والمضرور أما النوع الثاني من المسؤولية لا يفترض قيام هذه الرابطة حيث لا توجد رابطة بين المسؤول والمضرور وبهذا المعنى ما أخل شخص بأي التزام مقرر في ذمته وفقاً لأحد نوعي المسؤولية المدنية المذكورة أعلاه وترتب عن هذا الإخلال

(١) سورة المجادلة : الآية (١١) .

ضرر للغير فبهذا أصبح الشخص مسؤولاً قبل المضرور وكذلك ملتزماً بتعويضه عما أصابه من ضرر جراء الاخلال بهذا الالتزام ، ولما كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة وهي عقاب المخطئ في ظل الشرائع البدائية وكذلك القانون الروماني والفرنسي القديم ثم بعد ذلك بدأ التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية والتي تهدف الى جبر الضرر وهذا ما حصل فعلاً في ظل الشريعة الإسلامية وكذلك ما خاض اليه القانون الفرنسي القديم لتصبح هذه الوظيفة هي الوحيدة للتعويض بوضع التقنين المدني الفرنسي وبذلك تتفصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية. وكون الإرهاب أضحى ظاهرة العصر على الرغم من جذوره القديمة لكنه اتسع كمّاً وكيفاً حيث أصبح الإرهابيون يمتلكون السلاح والمال وكذلك يستخدمون الوسائل التكنولوجية الحديثة لذلك فهو يعتبر ظاهرة خطيرة تهدد حياة المجتمعات وتهز استقرارها وكذلك تؤثر على الحياة الاقتصادية وخطط التنمية وعرقلة السياحة وتقليل الاستثمارات الأجنبية.

وما يميز الإرهاب عن غيره من اشكال العنف هو أن هذا الإرهاب يحتضن أفعالاً ترتكب بطريقة دراماتيكية وذلك لجذب الانتباه العام وكذلك خلق مناخ من الرعب والذعر يتجاوز حتى الضحايا الذين تعرضوا له والجدير بالذكر أن هوية الضحايا تكون ثانوية أو تكون غير مهمة للإرهابيين بسبب أن عنفهم يتجه الى الناس الذين يشاهدون ذلك العنف فالإرهاب يتمثل باستعمال منظم للعنف من قبل افراد أو مجموعات أدنى من الدولة وذلك خدمة لأغراض سياسية أو دينية أو اجتماعية بحيث يتجاوز وقعه النفسي المعقود النتائج المادية الى حد بعيد ، كذلك يوصف الإرهاب بأنه أحد أخطر الظواهر الاجرامية التي عرفتھا المجتمعات الحديثة لما يمثلھ من تهديد خطير للفكرة والعقيدة وكذلك الكيان الحضاري والسياسي للشعوب ويوصف بأنه واحد من المتغيرات المؤثرة في طبيعة العلاقات الدولية اليوم حيث شكلت التنظيمات الإرهابية عنصراً مهماً ومؤثراً في حياة الدول واستقرارها، وعليه ففضية الإرهاب اليوم تشغل العالم لما تخلفه هذه الظاهرة القاضية من آثار مشهودة على منظومة المجتمع بأفراده وكذلك مؤسساته بسبب تعدد اشكاله وتنوع دوافعه فضلاً عن استخدامه من قبل الدول والتشجيع عليه بسبب اختلاف المصالح ومحاولة كل مجموعة إرهابية فرض وجهة نظرها استناداً الى أجندات سياسية كذلك اختلاف الدول على تحديد مفهوم موحد للإرهاب فبعض الدول تعدّه ارهاباً أما البعض الآخر تعدّه دفاعاً مشروعاً عن النفس وبهذا فقد تباينت المعطيات واختلفت المفاهيم بين الدول وازداد العنف والتمرد

لذلك ولدت اثار جانبية وهي تواجد حالة من التوتر في منظومة العلاقات الدولية واثارة النزاعات وكثرة التدخلات الدولية الذي أدى إلى احتلال الدول بحجة قصف بؤر الإرهاب الذي محصلته كثرة الضحايا وانتهاك حقوق الانسان المعترف بها من قبل الشرعية الدولية لحقوق الانسان.

ولهذه الأسباب فقد أخذت ظاهرة الإرهاب وما تولده من آثار سلبية المجال الواسع من عمل المنظمات الدولية المتمثلة بالأمم المتحدة وعديد من لجانها المختصة لمفوضية حقوق الانسان وكذلك المنظمات غير الحكومية لذلك قامت الدول بإنشاء الكثير من الأجهزة وأنفقت الأموال وجددت وسائلها وشرعت قراراتها لمحاربة هذا الوحش الكاسر بالعمل على تحجيم أنواعه والقضاء عليها لصون حياة الأبرياء وحفظ سيادة الدول كون الإرهاب ما هو الا وسيلة بائسة لمن لا يملك سوى قاعدة قتل المجتمع من اجل اشباع نشوة فارغة حيث ترك الإرهاب بصمات مشهودة وخصوصاً في القرن التاسع عشر مثل التطرف والعنصرية وهذا ما شهدته كلمات الاديب الفرنسي (فكتور هوجو) في رواية البؤساء (لا استبداد ولا إرهاب نريد التقدم بهدوء) ولكن على الرغم من الاطار الذي ينمو به الإرهاب والمسار الذي يسير نحوه فجوهر الإرهاب هو ممارسة العنف أو الذعر أو التهديد بغية اثاره الخوف والفرع بالنفوس سواء استخدم هذا الوحش من قبل الدولة نفسها أو استخدم عن طريق من ينوب عنها موجهاً بذلك الى دولة أخرى لغرض تحقيق أهدافها المنشودة أو قد يستخدم الإرهاب على نحو فردي أو من قبل جماعات ضد الدولة كردة فعل ضد الدولة بسبب الإرهاب الذي تفرضه الدولة على هذه الافراد أو الجماعات لإجبار الدولة على تغيير سياستها بما يخدم هذه الطائفة. ولهذا تقوم الدولة سواء بعمل فردي أو جماعي لمعالجة الإرهاب وبأساليب مختلفة تتباين في تدرجها فقد يكون عن طريق المنظمات الدولية أو الإقليمية ويكون أساس ذلك هو بسط احترام القانون الدولي هي المسؤولية المدنية للدولة المخالفة باعتبار الدولة هي الشخص الرئيسي في ميدان المسؤولية المدنية القانونية .

مما تقدم يتبين لنا أن المسؤولية المدنية هي علاقة قانونية قائمة بين الافراد والدولة وتشتط لقيامها ان يستند الاخلال بالالتزام المدني أو العمل الارهابي الى الدولة حيث أن هذه المسؤولية لا تنشأ الا حين وقوع ضرر او يلحق شخص من اشخاص القانون الدولي أو الأفراد فإذا ما وقع هذا الضرر بدولة أو أحد رعاياها فلا شك أن هذا الضرر يكون عاملاً لانعقاد المسؤولية المدنية واذا ما أصاب هذا الضرر شخصاً من اشخاص القانون الداخلي فحق هؤلاء

الحصول على التعويض بسبب ما قد أصابهم من ضرر نتيجة لفعل ضار أو إمتناع عن فعل من الدول أو احد رعاياها ولذلك فإن المسؤولية المدنية للدولة قد تقوم إزاء الدولة والتي تقتترف أعمالاً إرهابية سواء كانت هذه الاعمال مباشرة بواسطة الدولة نفسها أو بطريقة غير مباشرة بقيام أحد رعاياها بإعمال إرهابية ضد دولة أخرى فهذا تتعهد الدولة الأولى بإصلاح الأضرار التي سببتها جميعها والتي تلحق برعايا أو مصالح الدولة الثانية لما تركته تلك الاعمال الإرهابية والمعروف أن اصلاح هذه الاضرار يكون على شكل إعادة الحال الى ما كان عليه سابقاً أو يكون عن طريق التعويض المالي أو الترضية أو يكون الإصلاح باستخدام أكثر من وسيلة وتبعاً لظروف كل حالة على حدة أو طبيعة الاضرار الواجب إصلاحها.

ثانياً :- إشكالية الدراسة

تتمحور إشكالية دراستنا في الفرضية الآتية (إذا ما علمنا أن المسؤولية الدولية تثار عندما تقوم الدولة بفعل غير مشروع دولياً فالتساؤل هنا هل يمكن أن تثار المسؤولية المدنية عندما تقوم الدولة أو أحد رعاياها عبر حدودها بعمل إرهابي (بصورة مباشرة أو غير مباشرة) يقع على دولة أخرى أو رعاياها ؛ ومدى هذه المسؤولية وما هو أساس هذه المسؤولية وماهي المعايير التي تحدد بها هذه المسؤولية وأخيراً ما هو القانون الواجب التطبيق اذا ما ثبتت المسؤولية على الدولة او على احد مواطنيها؟) . للإجابة عن هذه الفرضية تثار العديد من التساؤلات أهمها :

١. ما هو موقف الدول في تحقيق قواعد المسؤولية المدنية عن الأعمال الإرهابية الصادرة عن رعاياها ووضع قوانين تحد من هذه الأفعال ؟
٢. ما هو القانون الواجب التطبيق في مسائل تكيف الأعمال الإرهابية ؟
٣. ما هو موقف الدول من العمليات الإرهابية في الوقت الراهن ؟
٤. كيفية تحديد المسؤولية بصورة عامة وكيفية تحديد المسؤولية المدنية بصورة خاصة ؟
٥. ما أساس المسؤولية المدنية للدولة عن اعمال مواطنيها عبر الحدود وهل هو اساس قانوني أم اجتماعي ام على أساس التضامن واعتبارات العدالة وما مدى هذا الالتزام ؟
٦. كيف يمكن استثمار الجنسية والموطن في ربط المسؤولية المدنية للدولة بأعمال مواطنيها الإرهابيين عبر الحدود ؟

٧. إذا ما نشئت المسؤولية ؛ ما هي معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية ؟

ثالثاً :- منهجية البحث

بالنظر لتشعب وكثرة المسائل التي تطرقت لها موضوع دراستنا ولكي لا تقصر دراستنا الى عنصر الشمول والتحليل الموضوعي الدقيق لذلك استندت دراستنا بشكل أساس على المنهج التحليلي الوصفي فقد اعتمدنا في هذا البحث على **منهجين** .:

أ- **المنهج التحليلي** : أي تحليل النصوص القانونية والمواثيق الدولية أو الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة كالجمعية العامة ومجلس الأمن فضلاً عن الاحكام الصادرة عن المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية كذلك اعتمدت المنهج التطبيقي وذلك من خلال استعراض أهم القضايا الدولية والتي اثير بصدها العديد من الإشكاليات التي هي في صلب موضوع دراستنا لغرض الإحاطة بكافة جوانب الموضوع وتحقيق الهدف المنشود منه قدر الإمكان .

ب- **المنهج المقارن** : والذي يتم عبر إجراء مقارنة بين مختلف القوانين وخاصة العراقي والمصري والفرنسي وغيرهما من القوانين ذات الصلة ، فضلاً عن ذلك فإن هذا المنهج يجمع بين الجانب النظري والجانب التطبيقي ، وذلك عبر إبراز آراء الفقه والأحكام القضائية ذات الصلة قدر الإمكان .

ثالثاً :- نطاق الدراسة

يتحدد نطاق دراستنا في **الجانب الموضوعي** وهو دراسة المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود أي في نطاق الاعمال الإرهابية التي تمارس من قبل مواطنوا دولة ضد دولة او رعايا دولة أو دول أخرى الأمر الذي يتبع معه تحقق المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية التي تقوم بها رعاياها فيما لو استوفت تلك المسؤولية شروطها الرئيسية .

رابعاً :- الدراسات السابقة

أ- الكتب القانونية

- ١- د. عاطف عبد الحميد حسن ، الإرهاب والمسؤولية المدنية، تعويض الاضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ٢- د. محمد سالم النمر و محمد محروس متولي ، تعويض المضرور من الاعمال الارهابية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .
- ٣- د. مصطفى خالد فهمي تعويض المتضررين من الأعمال الإرهابية ، دار الفكر الاسكندرية ط١ ٢٠٠٧.
- ٤- م. م . وليد زامل زغير ، المسؤولية المدنية عن العمليات الإرهابية في القانون العراقي والبراني مؤسسة تائر العصامي ، ٢٠١٩ .
- ٥- د. أحمد شوقي أبو خطوة ، تعويض المجني عليهم من الاضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب القاهرة دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .
- ٦- د. رمضان خضر شمس الدين، تعويض ضحايا الارهاب (دراسة مقارنة) دار مصر للنشر والتوزيع القاهرة ، ٢٠١٩ .
- ٧- د. طارق محمد قطب ، مكافحة الإرهاب وتعويض ضحايا الحوادث الإرهابية في النطاق الدولي والمصري دار النهضة العربية ، ٢٠١٥.

ب_ الرسائل والأطاريح

- ١- علي كاطع حاجم ، مسؤولية الدولة المدنية عن الجرائم الارهاب (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير جامعة كربلاء ٢٠١٣ .
- ٢- فاتن يونس حسين ، المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الارهابية في القانون العراقي دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ٢٠١٤ .
- ٣- ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الارهابية ، دراسة مقارنة ،إطروحة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة بلبايد- تلمسان ٢٠١٦ .

- ٤- جريمة الارهاب عبر الوسائل الالكترونية "دراسة مقارنة بين التشريعين الاردني والعراقي" رسالة ماجستير ، للطالب مصطفى سعد محمد ، كلية الحقوق - جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٧ .
- ٥- جريمة الارهاب الالكتروني ، اسراء طارق جواد ، رسالة ماجستير الى كلية الحقوق جامعة النهريين .٢٠١٢ .
- ٦- مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، رساله ماجستير ، هشام محمد علي ، الى كلية الدراسات العليا ، جامعه نايف العربية للعلوم الاولى .٢٠٠٥ .
- ٧- مسؤوليه الدولة عن تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية ، رساله ماجستير ، في الحقوق جامعه محمد خيضر بسكره ، ٢٠١٧ .

ج_ البحوث

1- STATE RESPONSIBILITY FOR INVOLVEMENT OF NATIONALS AND RESIDENTS IN ACTS OF TERRORISM ABOARD: IRAQ AS A CASE STUDY. ARTICLES BY DR. KHALED RAMADAN BASHIR AND DR. ABDULRASOOL A.S. ALASADI IN FLORIDA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW.

- ٢- د. بشير موسى ، الاساس القانوني لترتيب مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم الارهابية بحث منشور في مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد الثالث ، المجلد الثاني.
- ٣- تعويض الاضرار الناجمة عن الاعمال الارهابية ، د. بيرك فارس حسين / مجلة ، جامعة تكريت للحقوق ، السنة الاولى - المجلد الاول ، العدد ٢ الجزء ١ ، ٢٠١٦ .
- ٤- مدى تعويض الاضرار الناتجة عن افعال الارهاب التحول من قانون المسؤولية الى قواعد خاصه بحث مقدم من عمران السيد محمد السيد ، مجله كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية جامعه الاسكندرية كلية الحقوق ، ٢٠١٠ .
- ٥- مدى كفاله حق مضروري الاعمال الارهابيه في التعويض في القانون المدني المصري ممدوح احمد السعيد كلية الحقوق جامعه المنصورة ، قسم القانون المدني .

٦- مدى مسؤولية الدولة عن تعويض التعويض ضحايا الجريمة الاساس والنطاق دراسة في الفقه والتشريع المقارن الدكتور عبد الرحمن خلفي ، مجله الشريعة والقانون ، العدد ٤٧ ، ٢٠١٠.

٧- مسؤولية الدولة في تعويض المضرورين عن اعمال العنف والارهاب ، إ. نذير امير كليه الحقوق جامعه نشوري ، قسنطينة الجزائر مجله العلوم الإنسانية عدد ٣٦ ، ٢٠١١.

خامساً :- هيكلية الدراسة

لغرض الإحاطة بالموضوع من جوانبه المختلفة ارتأينا تقسيمه الى بابين وكل باب تحتوي على فصلين تسبقهم مقدمة سنتناول في الباب الأول الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود، وتم تقسيمها الى فصلين الفصل الأول نتحدث فيه عن التكليف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود والمسؤولية المدنية للدولة ، والفصل الثاني نبحت فيه معايير تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الإرهابية عبر الحدود.

أما الباب الثاني فسوف نكرسه لبحث تحديد الاختصاص التشريعي للمسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود ، ونقسمه على فصلين ، يخصص الفصل الأول لتناول الاتجاه التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية للدولة عبر الحدود ، أما الفصل الثاني فسنوضح الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية للدولة.

ونختم هذه الرسالة بتحديد مجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل أن يؤخذ بها.

ونسأل الله التوفيقَ

الباب الأول

الإطار القانوني للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود

تمهيد وتقسيم /

لا يختلف أحد على أن الإرهاب بتوصيفه آفة عالمية حيث بات قضية شغلت العالم بأسره لما لهذه الآفة من إنكار لحقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم إضافة الى تنوع آثاره المترتبة على المجتمع والتي تعتبر من أهم العوامل في تنوع أشكاله ودوافعه ولهذا الحال لا يمكن لاحد ان ينكر هذه الظاهرة كونها بتزايد مستمر سواء على مستوى مرتكبيها ام على مستوى ضحاياها ولهذا الأسباب أعلاه لم تظفر الجهود الدولية وعلى نحو عام من الحد من هذه الظاهرة الشرسة ولا حتى التخفيف منها كون تقدم الإرهاب الدولي تستتر خلفه أسباب عديدة سواء على مستوى طرق ارتكابه ام على مستوى الأشخاص المستهدفين لذلك كانت هذه الظاهرة تستند الى دوافع قوية وهي تنتشر الذعر والرعب في انحاء العالم ولكن يمكن القول بانه على الرغم من الاطار الذي يتمحور حوله الإرهاب وكذلك الستار الذي يستتر به يبقى جوهر هذا العدوان الشرس هو ممارسة العنف واثارة الفزع والخوف والهلع بين النفوس سواء استخدم من قبل الدولة نفسها او استخدم ممن ينوب عنها لغرض تحقيق أهدافها فقد يكون على نحو فردي او قد يكون على مستوى جماعات منظمة كردة فعل لما تمارسه الدول من إرهاب او قد يكون كوسيلة لإجبار الدولة على تغيير سيادتها بما يخدم متطلبات تلك الجماعات ، لذلك تلجأ الدولة لمعالجة هذه الآفة سواء بعمل فردي ام بعمل جماعي ولكن بأساليب مختلفة حيث تتباين تدرجها لمعالجة ذلك عن طريق الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتي يكون هدفها هو بسط احترام القانون الدولي واساس عمل هذه الاتفاقيات لبسط هذا الاحترام هو المسؤولية المدنية والتي أضحت من أهم المرتكزات والتي لا غنى عنها في كل نظام قانوني وهذه المسؤولية لا تنشأ إلا حين وقوع الضرر الذي يلحق بشخص من الأشخاص سواء طبيعياً ام معنوياً فلا شك تتحقق هذا الضرر يكون عاملاً لانعقاد المسؤولية المدنية فحق المضرور هنا هو الحصول على تعويض لجبر هذا الضرر الذي حصل له نتيجة العمل الضار وعليه تقوم هذه المسؤولية بإزاء الدولة نتيجة قيام الأشخاص الذين

هم من رعايا الدولة عن اقترافهم لإعمال إرهابية سواء أكانت مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة ضد رعايا دولة أخرى وعلية فالدولة الأولى تتعهد بإصلاح الأضرار جميعها التي تلحق برعايا ومؤسسات الدولة المضرورة وإصلاح هذه الأضرار يكون بإعادة الحال الى ما هو عليه سابقاً أو التعويض المالي أو الترضية وقد يكون بوسائل أخرى حسب ظروف الحالة وكذلك طبيعة الأضرار المراد إصلاحها .

ولما كانت ظاهرة الإرهاب عالمية لذلك باتت الأعمال الإرهابية من المواضيع المعقدة والتي كانت محط اهتمام الباحثين كون الدول ومهما كانت قوتها قد تتعرض الى الإرهاب فضلاً عن ذلك فان المتضرر هو طرف ضعيف امام الدولة فهذا الطرف يحتاج الى التعويض ولكن لا بد له من الانقياد الى قواعد المسؤولية التقليدية لذلك كانت التشريعات ساعية الى وضع قواعد حديثة ومتطورة تسير التطور الحاصل في القوانين ومنها دستورنا العراقي لعام ٢٠٠٥ من خلال إقراره بتكفل وتعويض أسر المضرورين من جراء العمليات الإرهابية ،علية فموضوع تعويض الأضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية يثير معرفة مدى كفاية قواعد المسؤولية المدنية والتأمين لتوفير حماية فعالة لتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأعمال كذلك يثير موضوع التزام الدولة بتعويض هؤلاء الضحايا وبصفة عامة على أساس وجود التزام يقع على عاتق الدولة وهو توفير الحماية والامن لإفراد المجتمع فإذا ما عجزت الدولة عن ذلك عليها ان تدفع تعويضاً لكل شخص تضرر من جراء تلك الجريمة ، واذا ما سلمنا بأن الدولة مسؤولة عن تعويض المضرور من الجريمة وبصورة عامة فما هو هذا الأساس ؟

فمسؤولية الدولة بتعويض المضرور وخصوصاً عندما يكون الفاعل مجهولاً او إثبت عدم قدرته على الوفاء بمبلغ التعويض فأساس هذه المسؤولية يمكن ان يكون على أساس خطأ صادر من جانب الدولة وأصاب هذا الشخص او قد يكون على أساس المخاطر او على أساس فكرة المساواة امام الأعباء العامة كل هذا التساؤلات يمكن الإجابة عنها في هذا الباب والتي من خلالها يمكن ان نحمل الدولة هذه المسؤولية كون القائم بالضرر هو احد رعاياها أي مرتبط بهذه الدولة سواء عن طريق الجنسية او مستوطن فيها فهناك التزامات متبادلة بين الفرد والدولة فيكون لزاماً على الدولة مثلما تلتزم بحماية مواطنيها والذين يحملون جنسيتها أو يقيمون فيها فعلياً عبر الحدود إذا ما أصابهم ضرر في الخارج بموجب نظام الحماية الدبلوماسية وبمقابل ذلك لا بد أن

تتحمل عنهم أي عمل يقومون به وكذلك الحيلولة دون ارتكاب أي أعمال أو أضرار تلحق بدولة أخرى أو بمواطني تلك الدولة ومن هذه الأعمال هي الأعمال الإرهابية التي نحن بصددتها وبالتالي تتحمل الدولة المسؤولية عن مواطنيها إذا ما فشلت بذلك عليه فنقسم هذا الباب الى فصلين الأول نبحث فيه التكييف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود والمسؤولية المدنية للدولة والفصل الثاني نعهده لدراسة معايير تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية التي تقوم بها مواطنيها عبر الحدود وعلى النحو الآتي :-

الفصل الأول

التكيف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود والمسؤولية المدنية

للدولة

يُعدُّ الفعل الضار من مصادر الالتزام ويطلق عليه اصطلاحاً (المسؤولية التقصيرية) فالمسؤولية الناجمة عن الاعمال الإرهابية هي مسؤولية مدنية تقصيرية مصدرها العمل الضار ولا مجال للمسؤولية المدنية العقدية في هذه الحالة وحتى تتحقق تلك المسؤولية المدنية التقصيرية تستلزم أن يسبب شخص ضرر للغير سواء بفعله الشخصي أو بفعل شخص مسؤول عليه قانوناً ومن هنا تنشأ مسؤولية الشخص في التعويض وإزالة الضرر الواقع على المتضرر.^(١) وأساس تحقق تلك المسؤولية هو الضرر الذي يصيب الغير فإذا لم يتحقق الضرر فلا مسؤولية عليه فالمشرع يتطلب لنشوء الالتزام وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية نشوء ثلاثة أركان ألا وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وتتحقق المسؤولية المدنية في الجريمة الإرهابية من خلال الفعل الذي يرتكبه الإرهابي والذي يمثل بالنسبة لنا الخطأ في المسؤولية المدنية ولأن ظاهرة الإرهاب قد اتسعت أوصالها وبدأت تضرب بلا تمييز وبلا هدف وبعشوائية وأوقعت العديد من الضحايا بالإضافة الى عدم وضع الدولة تدابير وقائية وعلاجية لتعويض المتضررين عن الاعمال الإرهابية مع وجود فراغ تشريعي واضح في هذه الناحية من غير ان تفرض هذه التشريعات الحالية على المشرع وضع الضوابط والأسس اللازمة لتعويض ضحايا هذه الجريمة.^(٢) ولانتشار هذا الوحش الكاسح الا وهو الإرهاب اذ أكدت الاحصائيات أن ظاهرة الإرهاب تزداد في كافة دول العالم وأن أي دولة في العالم مهما كانت قوتها وكانت تعتقد أنها بمنئى عن الجرائم الإرهابية قد انتقلت عدواها اليها مثالها الولايات المتحدة الامريكية ، حيث ان هذه الظاهرة تتمثل بمثابة تهديد للأمن والنظام في المجتمع فضلاً عن ظهور ضحايا من جراء هذه الأفعال ولا شك أن اتساع دائرة العنف والأنشطة الإرهابية قد تجاوزت حدود الدولة الواحدة

(١) د. نبيلة أرسلان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، جامعة طنطا ، ٢٠٠٣ ، ص٣٣.

(٢) د. خالد مصطفى فهمي ، تعويض المضرورين من الاعمال الإرهابية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي

ليمتد الى أنظمة مختلفة ويتصاعد وينتشر ويختلط بغيره من الجرائم وتتعدد مسمياته وتنبأين مبرراته ومسبباته و أدى الى خلط واضح بين مختلف الجرائم لتشابهها فيما تنسم به من عنف ووحشية وقهر للإرادة الإنسانية ومُغالات في سفك الدماء بما تخلفه من جو يتسم بالرعب والفرع.^(١) فلا بد من وجود رادع لتكف هذه الاعمال الإرهابية عن سفك الدماء وازهاق روح الأبرياء وحماية للبنى التحتية وكذلك لتحديد المسؤولية المدنية للمتسبب عن هذا العمل الإرهابي من اجل تحديد المقصر وبالتالي تعويض المتضرر سواء أكان شخص معنوي او شخص طبيعي وكذلك معرفة النظريات التي قيلت بصدد المسؤولية المدنية كالاكتفاء على نظرية الخطأ او تحمل التبعة ، كذلك يمكن القول ان مسائل المسؤولية الناشئة عن الأفعال الضارة ليست بمنأى عن مشكلة تنازع القوانين فهذه المشكلة في مسائل المسؤولية عن الالتزامات التقصيرية تنور في حالات عدة عندما يكون لأحد عناصرها طابع دولي ، ولحل التنازع بين القوانين في مسائل الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار فهذا الامر انصب على البحث عن قاعدة الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية التي ترتكب خارج الحدود ولكن على الرغم من المحاولات العديدة لتحديد هذه القاعدة كانت الهيمنة لقانون موقع الفعل الضار أي قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار الذي يتوجب التعويض وقد ثبتت هذه القاعدة منذ عهد نظرية الأحوال الإيطالية وخصوصا عند فقهاء مدرسة المحشيين اللاحقين في أوائل القرن الرابع عشر.^(٢) لذلك صار لزاماً علينا ان نبحث في مفهوم هذه الأفعال الإرهابية ومن ثم تكييفها لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي على غرار تحديد المسؤولية المدنية للدولة ولهذا فقد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول التكيف القانوني للأعمال الإرهابية ومن ثم نتناول في المبحث الثاني مفهوم المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية عبر الحدود وكالاتي:

(١) د. احمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء احكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٧.

(٢) د. عبد الكريم عبد الرزاق مولاي ارشيد ، اليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ١ مطبعة المعارف الجديدة الرباط ٢٠٠٧ ص ٧٢

المبحث الأول

التكيف القانوني للأعمال الإرهابية عبر الحدود

في السنوات الأخيرة تعرضت المجتمعات البشرية لظاهرة من أخطر الظواهر الاجرامية التي يعرفها العالم المعاصر وهي ظاهرة الإرهاب إذ لا يتصور أن يمر يوماً في حياة البشرية دون أن تنتشر وسائل الاعلام المختلفة أخبار الاعمال الإرهابية في كل أنحاء العالم سواء العالم المتقدم أو العالم النامي عليه يتوضح لنا أن الإرهاب خطر داهم يهدد البشرية والامن العام.^(١) وخطورة ظاهرة الإرهاب لا تقاس بعدد الضحايا والمتضررين الذين يسقطون في العمليات الإرهابية أو بعدد مرتكبيها وإلا تراجعت خطورتها لتمثل مركزاً ثانوياً لا يتناسب مع القلق العام للإرهاب إذ عدد القتلى في حوادث القتل والعنف أو في حوادث السيارات من الدول يفوق عدد الضحايا الذين يلقون حتفهم في جميع أنحاء العالم من جراء الاعمال الإرهابية ولكن خطورة الإرهاب تقاس بقدرته على نشر الخطر فكل انفجار وحشي جديد في أي مكان في العالم يولد احساساً بالخوف والرعب والقلق ليس على مستوى البلد الذي وقع فيه فحسب وإنما على مستوى العالم بأسره.^(٢) ويصور لنا خطورة الإرهاب الحديث من حيث ارتفاع عدد المنظمات الإرهابية وعدد الذين ينظمون اليها فضلاً عن زيادة نسبة العمليات الإرهابية وما ينتج عنها من فقد أرواح كثير من الضحايا المواطنين العاديين والأفراد الرسميين، إضافة الى الخسائر المادية كتهدم المباني وتخريب الممتلكات والاضرار المعنوية التي تصيب المضرورين.^(٣)

كذلك يشهد العالم اليوم تطوراً كبيراً في وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات حتى يطلق على هذه العصر (عصر الثورة المعلوماتية) بسبب التغيرات السريعة والمتلاحقة المترتبة على التقدم العلمي والتقني التي أحاطت بمعظم جوانب الحياة وكانت اشبه بالثورة في حياة البشرية وأسلوب حياة الناس وعليه ترتب على هذا التطور العلمي الهائل ظهور مصطلح الإرهاب

(١) د. نور الدين هندواي ، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ، ص ٧.

(٢) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٣.

(٣) د. عاطف عبد الحميد حسن، الإرهاب والمسؤولية المدنية تعويض الأضرار الناشئة عن الاعمال الإرهابية في القانون المصري والقانون الفرنسي ، دار النهضة العربية ، ٣٢ شارع عبد الخالق ثروت ، القاهرة، ٢٠٠٦ ص ٨ .

الالكتروني(الإرهاب الرقمي) كشكل جديد من أشكال الإرهاب الذي يعتمد على استخدام التقنيات الرقمية الحديثة لنشر الخوف والرعب لتحقيق اغراضه المختلفة أي هي جريمة الكترونية عابره للحدود الوطنية وتتسم بالخطورة وتمس بأمن الدول خاصة المتقدمة منها التي تستعمل بشكل كبير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في معظم المجالات وهو الأمر الذي دعا ثلاثين دولة الى التوقيع على أول اتفاقية دولية لمكافحة الاجرام المعلوماتي في العاصمة المجرية بودابست عام ٢٠٠١ عقب الهجمات الإرهابية التي تعرضت لها الولايات المتحدة الامريكية في الحادي عشر من سبتمبر من العام نفسه وقد كشفَ خبير الإرهاب الدولي الأمريكي (جابريل ويمان) عن زيادة كبيرة في عدد المواقع الالكترونية التي تديرها المنظمات الإرهابية على شبكة الانترنت العالمية فقد قفز عدد تلك المواقع من (12) موقع ١٩٩٨ الى (5100) موقع في الوقت الحالي ١٠% منها في الدول العربية.^(١) كذلك أن عملية اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي محل بحثنا الى القانون المختص والذي تحدده قواعد الاسناد لتحديد المسؤولية المدنية فقبل ذلك كله لابد من توصيف طبيعة العلاقة موضوع المنازعة كون قواعد الاسناد هي قواعد إجرائية فهي لا تحسم النزاع وانما تشير القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار الذي حدث مكان الواقعة لهذا لابد من تكيف هذه الواقعة لتحديد طبيعة هذه العلاقة للوصول الى القانون المختص الذي تحدد المسؤولية على غرار .

وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول نبحث فيه تحديد ماهية الاعمال الإرهابية وفي المطلب الثاني نتناول القانون الواجب التطبيق في مسائل تكيف الأعمال الإرهابية وكالاتي :

(1) Gabriel Weimann – Terror on the Internet – by Gabriel Weimann –March2006 – p28.

نقلاً عن د سعيد علي بحبوح ، المواجهة الجنائية للإرهاب في ضوء الاحكام الموضوعية والاجرائية للقانون الدولي والداخلي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠١١ دار النهضة العربية ص ٦٠٣ .

المطلب الأول

تحديد ماهية الأعمال الإرهابية

عند التأمل في تأريخ البشرية وكذلك تحري احوالها الاجتماعية يمكن ان ندرك ان الإرهاب بتوصيفه عمل اجرامي وجد مع مَهْد البشرية الأولى وقد مضى بعض البشر على هذا النهج مقتنعين أثره وبنفس الوقت متخذين من الوسائل الإرهابية وسيلة لنيل متطلباتهم ، وجدير بالذكر أن وحش الإرهاب فردياً كان أو ضمن مجموعات متشعبة وكذلك امشاج متفرقة في مظان متباعدة حيث كان جل مبنغى هذه المجموعات الإرهابية هو إثارة الفرع والخوف في صفوف الكافة إضافة الى المكاسب المادية ، وبعد ذلك تطور النمط الإرهابي مع تطور المجتمع وكذلك ظهور التكنولوجيا في العمليات الإرهابية والتي انتشرت في عموم انحاء العالم واكتسبت بذلك طابعاً دولياً حيث شهد القرن العشرين الكثير من الجرائم الإرهابية بالغة الخطورة والتي خلفت خسائر بالأرواح والممتلكات الحيوية حيث غدت ظاهرة الإرهاب ظاهرة دولية كونها تمارس ضمن أجنادات إقليمية ولتحقيق غايات ايدلوجية واقتصادية وسياسية ، بعد ان كان العمل الإرهابي يرتكب من قبل اشخاص معدودين اليوم اصبح يرتكب من قبل جماعات ومنظمات محلية ودولية اذ وصل الامر الى ضلوع الدول في ارتكاب هذه الاعمال الإرهابية سواء بصورة مباشرة او غير مباشرة فلا بد هنا من التعرف على هذا الوباء المتفشي ما كان منه التقليدي او الحديث عليه فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الارهاب التقليدي ومن ثم نتناول في الفرع الثاني مفهوم الإرهاب الحديث وكالآتي :

الفرع الأول

مفهوم الإرهاب التقليدي

سنخصص هذا الفرع لتوضيح مفهوم الإرهاب التقليدي لذلك سوف نبحت هذا الفرع بفقرتين الأولى تعريف الإرهاب التقليدي ومن ثم في الفقرة الثانية نتناول صور هذا الارهاب وكالاتي :

أولاً / تعريف الإرهاب التقليدي

الإرهاب كلمة ليست بالحديثة في اللغة كما أقرها المجتمع اللغوي وأساسها رَهَبَ بمعنى أخاف.^(١) و أوضح المجتمع اللغوي أن وصف الإرهابيين يطلق على الذين يسلكون طريق العنف لتحقيق أهداف سياسية.^(٢) كما عرّف الارهاب في الموسوعة السياسية بأنه " إستخدام العنف _ غير القانوني _ او التهديد به بإشكاله المختلفة بغية تحقيق هدف سياسي معين مثل كسر روح المقاومة والالتزام عند الافراد وهدم المعنويات عند الهيئات والمؤسسات أو كوسيلة من وسائله الحصول على معلومات او مال وبشكل عام استخدام الاكراه لإخضاع طرف مناوئ لمشئئة الجهة الإرهابية ".^(٣) و جاء في قاموس اللغة الإنكليزية كلمة إرهاب (Terrorism) المشتقة من كلمة (Terror) أي الرعب.^(٤) وعرّف الإرهابي (Terrorist) بأنه " الشخص الذي يلجأ الى العنف والرعب بغية تحقيق أهداف سياسية غالباً تتضمن الإطاحة بالنظام القائم " ، كما

(١) مختار الصحاح للشيخ الامام ، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، طبعة ٢٠٠٤ ، دار الحديث القاهرة ، ص ١٥١ .

(٢) مجمع اللغة العربية ، المجمع الوسيط ، الجزء الأول، ص ٣٩٠ .

(٣) لسان العرب، ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، دار صادر ودار بيروت ١٩٥٥ - ١٣٧٤ هـ .

(4) Elliott : Florence summers kill , Michael A Dictionary of politics U.S.A. Penguin Boots , 1961, mp, 329.

عرّف قاموس أكسفورد الإرهابي بأنه " الشخص الذي يستخدم العنف لإحداث حالة من الفزع لتحقيق أغراض سياسية".^(١)

و عرّف قاموس اللغة الفرنسية (Petit Ropert).^(٢) الإرهاب بأنه " الاستخدام المنظم لوسائل استثنائية للعنف من أجل تحقيق هدف سياسي كالاستيلاء أو الممارسة أو المحافظة على السلطة وعلى وجه الخصوص فهو مجموعة من أعمال العنف اعتداءات فردية أو جماعية أو تخريب تنفذها منظمة سياسية للتأثير على السكان وخلق مناخ من الفوضى وانعدام الامن ولعل كلمة (Terreur) الفرنسية تشير الى استخدام السلطة لإجراءات التخويف والرعب كأداة للسلطة أما كلمة (Terrorisms) فتشير الى استخدام الإرهاب من جانب الافراد والمجموعات.^(٣)

و جاء تعريف الإرهاب في دائرة المعارف الامريكية عام ١٩٣٤ على أنه " تعبير يستخدم لوصف منهج أو أسلوب أو النظرية أو الفكرة التي تقف خلف ذلك المنهج والذي تحاول من خلاله مجموعة منظمة أو حزب أن تحقق أهدافها المعلنة باستخدام العنف المنظم بصفة أساسية ولوصف الأفعال ضد الأشخاص الذين بصفاتهم الشخصية أو كوكلاء أو ممثلي للسلطة".^(٤) كما ظهرت محاولات لتعريف الإرهاب من خلال بعض الاتفاقيات الدولية التي عيّنت بالإرهاب وحاولت اعطائه مفهوم بسيط مبين حجم العنف والرعب والرغبة التي يولدها الإرهاب ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف الخاصة بمنع الإرهاب لعام ١٩٣٧ اذ تعد هذه الاتفاقية المحاولة الأولى والتي مهدت الطريق للتعاون الدولي من أجل القضاء على الإرهاب اذ قنّنت هذه الاتفاقية تعريفين للإرهاب أولهما تعريف معياري والآخر تعدادي او تبياني لبعض مظاهر الارهاب .

(1) Oxford Adranced Learneris Dictionary of current English 1974 Terrorism (use of Violence and Intimidetion Especially for political purposes) . Terrorist (Person who uses violence to couse Terror for political ends).

(٢) د. عبد الوهاب الكيلاني ، موسوعة السياسة ، الجزء الأول ، ط ٢ ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٥ .

(٣) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٩ .

(4) Yonah Alexender , (ed). International Terronism , National Regional and Global perspective . New York publisher , 1976, p.6.

فالتعريف المعياري وكما بيّنته المادة الأولى من الاتفاقية في فقرتها الثانية حيث بيّنت بأن " الإرهاب يتطرق الى الأفعال الاجرامية الموجهة ضد دولة والتي من شأنها اثاره الفزع لدى شخصيات معينة أو جماعات من الناس أو لدى الجمهور " بينما نلاحظ في التعريف التعادلي للإرهاب من نفس الاتفاقية حيث قررت المادة الثانية بتعداد الاعمال الارهابية أو غيرها كجرائم إرهاب وعلى الدول الأطراف بالاتفاقية أن تدرج هذه الأفعال الإرهابية في تشريعاتها الجنائية ومن هذه الأفعال :

أ. الأفعال العمدية الموجهة ضد الحياة، أو السلامة الجسدية ، أو صحة ، أو حرية الفئات التالية :

▪ رؤساء الدول، ومن له اختصاصات رئيس الدولة، وخلفائهم بالمرث أو بالتعيين.

▪ أزواج الأشخاص السابقين.

▪ الأشخاص المكلفين بوظائف أو أعباء عامة، إذا ارتكب الفعل بسبب الوظائف أو الأعباء التي يؤديونها .

ب. الفعل العمدي المتمثل في التخريب أو الاضرار بالأموال العامة أو المخصصة للاستعمال العام والتي تخص دولة طرف أخرى أو تخضع لها .

ج. الفعل العمدي الذي من طبيعته تعريض الحياة الإنسانية للخطر لإنشاء وضع خطير عام .

د. محاولة ارتكاب الجرائم السابقة (المقصود هنا بالشرع) .

هـ. تصنيع أو الحصول على ، أو حيازة، أو تقديم الأسلحة والذخائر والمتفجرات ، أو المواد الضارة بهدف تنفيذ إحدى الجرائم السابقة في أي بلد كان .

ولكن بالنظر الى تعريف الإرهاب كما أورده المادتان الأولى والثانية من اتفاقية ١٩٣٧ يتبين لنا أن التعريف المعياري والوارد في المادة الأولى قد جاء تعريفاً قاصراً كونه قصر التجريم الدولي للفعل الإرهابي على ذلك الذي يوجه ضد دولة أخرى كونه عدّ أن ركن الدولية في الجريمة يوجد لكون المضرور أو المجني عليه دولة ، بمعنى أن هذه الأفعال الإرهابية والتي

توجه ضد الافراد من دول أخرى ليسوا دوليا المحددين في المادة الثانية ، فلا تدخل في إطار التجريم الدولي وان انطوى الفعل على اضرار بالمصالح أو النظام العام الدولي .

أما فيما يخص البيان التعدادي لإفعال الإرهاب كما ذكر في المادة الثانية فإنه لم يأت هنا حصرا لهذه الأفعال وانما جاء هنا على سبيل المثال لبعض نماذج الإرهاب المهمة وهذا الربط بين الأفعال يؤكد والتعريف المعياري العام الذي ورد في المادة الأولى حيث يمكن ان يضم في إطاره العديد من الأفعال الأخرى التي قد يظهرها العمل الدولي.^(١)

كذلك نذكر من الاتفاقيات الدولية والتي حاولت وأجادت في تعريف الإرهاب وكان لها دور فعال في هذا المجال وهي (الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب ١٩٩٨) والتي تم التوقيع عليها في القاهرة في ٢٢/٤/١٩٩٨ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية على تعريف الإرهاب بأنه " كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيّا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف الى القاء الرعب بين الناس وترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر أو الحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة واحتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر " ، ويفهم من التعريف أعلاه بأن الاتفاقية ارتكزت على محورين بالتعريف المحور الأول مادي والآخر معنوي فالمحور المادي يتمثل في عمل العنف والتهديد والايذاء أو تعريض حياة الأشخاص وحرياتهم الى الخطر وكذلك الضرر الذي يلحق بالأملاك العامة ، أما المحور الثاني فهو معنوي ويتمثل في القاء الرعب بين الناس أو ترويعهم.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي للإرهاب فقد اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف جامع مانع للإرهاب رغم المحاولات المميزة والعميقة في إعطاء نظرية شاملة تصور دوافع الإرهاب ومن أهم الآراء الفقهية لتعريف الإرهاب هو تعريف الفقيه واتسون اذ عرف الإرهاب بأنه "استراتيجية

(١) د. جمال زايد هلال أبو عين ، الإرهاب واحكام القانون الدولي ، جدار للكتاب العالمي ، الطبعة الأولى

أو طريقة تحاول عن طريقها منظمة أو حزب من أجل الانتباه لأهداف هو فرض التنازلات لأغراضه من خلال الاستعمال المنظم للعنف".^(١)

وكذلك عرفه الفقيه الفرنسي سوتيل بأنه " العمل الاجرامي المصحوب بالرعب أو العنف أو الفرع بقصد تحقيق هدف معين ".^(٢) كذلك عرفه الفقيه جوليان فروند بأنه " استراتيجية عنف منظم لأعمال القتل والاغتيال وخطف الطائرات أو التهديد بها لأجل تحقيق أهداف سياسية ".^(٣) كذلك هنالك تعريف لاحد الفقهاء للإرهاب بأنه " ينصرف على تخويف الناس باعتباره العنف المؤدي الى انتهاك الحقوق ".^(٤)

أما بالنسبة للتعريف القانوني للإرهاب في التشريع الوطني والمقارن نجد أن المشرع العراقي قد تطرق الى مصطلح الإرهاب في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وكذلك قام بسن قانون خاص بالإرهاب وهو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ وبالرجوع الى قانون العقوبات العراقي نجد ان المشرع لم يورد تعريف لمصطلح الإرهاب سواء كان جريمة مستقلة أو ظرفاً مشدداً وحسب الجرائم القائمة في قانون العقوبات العراقي أو القوانين الأخرى على الرغم من ذكر تعبير أو مصطلح الإرهاب أو الجريمة الإرهابية في بعض مواد قانون العقوبات مثل نص المادة (٢١) والمادة (٢٠٠/ف٢).^(٥)

وبعد ما استعرضنا مواد القانون العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والخاصة بالإرهاب تبين لنا بأنه لا يوجد تعريف محدد للإرهاب أو العمل الإرهابي او مفهوم واضح للإرهاب

(١) هيفاء احمد محمد، ظاهرة العنف السياسي في الوطن العربي ، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص ٨.

(٢) د. محمد عزيز شكري ، الإرهاب الدولي، دار العلم للهداية، بيروت، ١٩٩١، ص ١١.

(٣) د. احمد جلال، مكافحة الإرهاب، مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦.

(4) Geroges Burdeau , Les L. bertes publiques , Quarieme , Paris : L. G. J. 1972, pp. 97, et,s.

(٥) نصت المادة(٢١) عقوبات على أنه " أ.... ومع ذلك لا تعتبر الجرائم التالية سياسية ولو كانت قد ارتكبت بباعث سياسي ٥-الجرائم الإرهابية" ونصت المادة (٢٠٠/ف٢) عقوبات " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس كل من جند أو روج أياً من المذاهب التي ترمي الى تغيير مبادئ الدستور الأساسية أو النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية .. متى كان استعمال القوة أو الإرهاب أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة ملحوظاً في ذلك ".

وبعد عام ٢٠٠٣ وبعد زيادة الأعمال الإرهابية التي اثارت الرعب والفرع في عموم العراق صدر الامر رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ وهو قانون السلامة الوطنية الذي حدد إجراءات حالة الطوارئ عند حدوث اعمال إرهابية كذلك صدر الامر رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بتعويض الشهداء والمصابين نتيجة الاعمال الإرهابية. كذلك لا ننسى الموقف القانوني لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ تجاه محاربة الإرهاب والاعمال الإرهابية حسب ما جاء في المبادئ الأساسية التي احتواها الباب الأول منه في المادة السابعة بفقرتها إذ نصت أولاً " يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي.. " ثانياً "تلتزم الدولة بمحاربة الإرهاب بجميع اشكاله.. " وقد انتهى موضوع تعريف الارهاب بصور قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ حيث عرفته المادة الأولى من القانون بنصها على أنه " كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدف فرداً أو مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أوقع الاضرار بالملمتلكات العامة أو الخاصة بغية الاخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب والخوف والفرع بين الناس أو إثارة الفوضى تحقيقاً لغايات إرهابية " (١) وما لاحظناه في التعريف أعلاه الذي أورده المشرع العراقي للإرهاب والعمليات الإرهابية بأن جوهرها أو مركز هذه الاعمال هو الإخلال بالوضع الأمني والاستقرار والوحدة الوطنية أو ادخال الرعب والفوضى بين الناس وكما هو واضح من التعريف كذلك لاحظنا تعداد الجرائم التي تعد إرهابية دون وضع معيار منضبط ومحدد لمصطلح الإرهاب بالرغم من محاولة المشرع العراقي في حصر الاعمال الإرهابية وكذلك لصعوبة الامر في وضع معيار واضح للإرهاب والاعمال الإرهابية كذلك لاحظنا في نفس الوقت الذي حاول المشرع العراقي حصر الاعمال الإرهابية لاحظنا سعة النص بمكان من خلال ذكره عبارة "أوقع الضرر بالملمتلكات العامة أو الخاصة .."

(١) منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٩ .

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة حيث عرف المشرع المصري الاعمال الإرهابية وحسب ما جاء بنص المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب رقم ٩٤ الصادر بتاريخ ١٦/٨/٢٠١٥^(١) وكما هو واضح من تعريف المشرع المصري للإرهاب حسب قانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ بأن المشرع المصري قد توسع في تعداد وتعريف الاعمال الإرهابية وبالتالي نلاحظ أنه شمل بالتعريف أعمال وأفعال إرهابية يمكن أن تشكل جرائم عادية بحيث يمكن معالجتها في التشريعات الجنائية.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فإنه لم يشرع قانون خاص لمكافحة الإرهاب إنما عالج مسألة تعريف الإرهاب ضمن نصوص قانون العقوبات كونه قام بتحديد افعالاً محرمة معينة اخضعها لقواعد أكثر صرامة باعتبارها جرائم إرهابية إذا تواصلت بمشروع إجرامي فردي أو جماعي لتحقيق هدف معين ألا وهو الاخلال بالنظام العام بصورة جسيمة عن طريق نشر التخويف والترديد^(٢). وبالتالي جاء تعريف الإرهاب في القانون الفرنسي بموجب القانون رقم ١٠٢٠/٨٦ المؤرخ في ٩ سبتمبر ١٩٨٦ بشأن مكافحة الإرهاب والاعتداء على أمن الدولة بأنه " خرق للقانون، يُقدم عليه فرد من الافراد أو تنظيم جماعي بهدف إثارة اضطراب خطير في النظام العام عن طريق التهديد بالترهيب ".^(٣) ويرى البعض بما هو واضح من التعريف السابق بأن

(١) " يقصد بالعمل الإرهابي كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع في الداخل أو الخارج لغرض الاخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر أو إيذاء الافراد أو القاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم وحياتهم أو حقوقهم العامة أو الخاصة أو أمنهم للخطر أو غيرها من الحريات والحقوق التي كفلها الدستور والقانون أو الاضرار بالوحدة الوطنية أو السلامة الاجتماعية أو الامن القومي أو الحاق الضرر بالبيئة أو بالموارد الطبيعية أو بالآثار أو بالأموال أو بالمباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة السلطات العامة أو الجهات أو الهيئات القضائية أو مصالح الحكومة أو الوحدة المحلية أو دور العيادة أو المستشفيات أو مؤسسات ومعاهد العلم أو البعثات الدبلوماسية والقنصلية أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في مصر من القيام بعملها أو ممارستها لكل أو بعض أوجه نشاطها أو مقاومتها أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح".

(٢) د. احمد شوقي أبو خطوة ، تعويض المجني عليهم من الاضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٢ ، ص ٥٥.

(٣) د. محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن ، دمشق ، بلا سنه طبع ، ص ٩٦.

جرائم الإرهاب وحسب التعريف السابق بأنها تعد من جرائم القانون العام وأن كانت إجراءات رفع الدعوى عن الجرائم المذكورة بالتعريف وإجراءات اثباتها والحكم فيها إجراءات استثنائية من قواعد قانون العقوبات.^(١) وترجع الصعوبة في وضع تعريف محدد للأعمال الإرهابية الى أنه ليس لهذا المصطلح محتوى قانوني متفق عليه بسبب تطوير وتغيير معناه على مر السنين، كما أنه قد يختلط الأمر بين الجماعات الارهابية وبين غيرها من الجماعات فمثلاً الاعمال التي تقوم بها المنظمات العديدة في كل أنحاء العالم والتي يكون الغرض منها تحرير جزء محتل من أراضيها أو تلك التي ترى أن لها الحق في الانفصال عن الدولة الام بجزء من الإقليم وتعتمد بحسب أهدافها أنه جزء يجب أن يكون مستقلاً عن الدولة، هذه المنظمات تعتبر إرهابية في نظر السلطة السياسية ولو أنها تعتبر منظمات شرعية في نظر أعضائها بل قد تكون بطولية من وجهة نظر أفراد المجتمع الذين يؤيدونها.^(٢) وتكمن صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للأعمال الإرهابية كون الإرهاب متشعباً وذا أشكال وأهداف متعددة كذلك تعدد البواعث والدوافع لارتكاب هذه الجريمة.^(٣) اذ يعد الإرهاب أحد أساليب الصراع السياسي الذي يمكن أن تلجأ اليه كافة القوى السياسية مثال ذلك حيث استخدمته الثورة الفرنسية بمعنى العدالة كذلك استخدمه الثوار الشيوعيون في روسيا عام ١٩١٧.^(٤)

أذن فما زال تعريف الاعمال الإرهابية من الأمور الصعبة لدى كثير من فقهاء القانون ورجال السياسة إذ ينظر كل منهم الى هذه الاعمال من وجهة نظر مختلفة ، فقهاء القانون ينظرون الى الاعمال الإرهابية من الجانب التشريعي ، أي ارتكاب أفعال تعتبر جرائم طبقاً

(١) نقلاً عن د. عاطف عبد الحميد حسن ، الإرهاب والمسؤولية المدنية، تعويض الاضرار الناشئة عن الاعمال الإرهابية في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥.

(٢) د. نور الدين هندواي ، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٧.

(٣) د. طارق سرور، الجماعة الاجرامية المنظمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٠٠.

(٤) د. محمد مؤنس محي الدين، الإرهاب في القانون الجنائي، دراسة قانونية على المستويين الوطني والدولي مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٨٧، ص ٢٥١.

للقانون ، بينما ينظر رجال السياسة الى هذه الاعمال باعتبارها تهديداً للأنظمة السياسية الموجودة وفقاً للدستور والقوانين.^(١)

ثانياً / صور الإرهاب التقليدي

الإرهاب التقليدي بتنوعه ويتعدد التعريفات المقدمة له ومئات المحاولات الجادة المتعارضة لتحديد مفهومه وكذلك لتطور الاعمال الإرهابية ومواكبتها لحقب زمنية كل هذا كان له الدور الكبير في تطور صور الإرهاب وكذلك تطور المعايير المصنفة للأعمال الإرهابية وتعددتها لتصنيف صور الإرهاب كذلك بتعدد الأهداف والدوافع للمجموعات الإرهابية يجعلها تستخدم عدة صور للإرهاب لتنفيذ مطامعها، فمن خلال بحثنا رأينا بأنه يمكن تقسيم الإرهاب وفقاً لمرتكبيه الى إرهاب دولة وإرهاب افراد أو جماعات كذلك يمكن تقسيمه من حيث النطاق الزمني الى إرهاب زمن السلم وإرهاب زمن الحرب كذلك تقسيمه من حيث النطاق المكاني الى إرهاب دولي والى إرهاب محلي كذلك رأينا بأنه يمكن تقسيمه من حيث الموضوع الى إرهاب سياسي وإرهاب عسكري وإرهاب اقتصادي وإرهاب ديني أو إرهاب اجتماعي وإرهاب ديكتاتوري.^(٢) وإرهاب فكري وإرهاب نفسي.^(٣) وكذلك يمكن تقسيمه الى إرهاب مادي وإرهاب معنوي ، وبعد هذه اللمحة البسيطة عن تعدد صور وتقسيمات الإرهاب يمكن أن نخرج بنتيجة بسيطة الا وهي اعطاء صوره للإرهاب من حيث معيار وسائله وصور أخرى للإرهاب من حيث معيار أسبابه عليه سوف نقسم هذه الفقرة على النحو الآتي :

(١) د. عاطف عبد الحميد حسن، المصدر السابق، ص ٢٠.

(٢) محمود عبد العزيز محمد، الإرهاب النفق المظلم في تاريخ البشرية، دار الكتب ، مصر، الامارات، ٢٠١٣ ص ٤٦.

(٣) د. هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥ ص ٩٢.

١- صور الإرهاب التقليدي وفقاً لمعيار وسائله

كان لشبوع بعض وسائل العمليات الإرهابية وصورها في مناطق العالم أثره في تشريعات بعض الدول إذ لكثرة هذه الوسائل جعلت التشريعات تعيد النظر بتعريفها للإرهاب وبالتالي تم ادخال صوراً علمية كثيرة لم تكن معروفة من قبل وهذا ما أخذ به مشرعنا العراقي بإصدار قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ حيث كان قبل ذلك قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ والذي يعالج هذه الجرائم كونها جرائم ماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي ويصدر قانون مكافحة الإرهاب آنف الذكر فقد ورد في نص المادة الثانية منه^(١) تعداد لأبرز صور العمليات الإرهابية وعدها المشرع من الأفعال الإرهابية وبعد ملاحظة نص المادة تبين لنا أن المشرع العراقي اعتمد الوسيلة المستعملة في العمل الإرهابي سياسة ومعيار لتجريم الإرهاب

(١) نصت المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ على الآتي " تعد الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية ١. العنف أو التهديد الذي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو تعرض حياتهم وحرياتهم وأمنهم للخطر وتعريض أموالهم وممتلكاتهم للتلف أيأ كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إرهابي منظم فردي أو جماعي. ٢. العلم بالعنف والتهديد على تخريب أو هدم أو إتلاف أو اضرار عن عمد مباني أو أملاك عامة أو مصالح حكومية أو مؤسسات أو هيئات حكومية أو دوائر الدولة والقطاع الخاص أو المرافق العامة والأماكن العامة المعدة للاستخدام العام أو الاجتماعات العامة لارتياح الجمهور أو مال عام ومحاولة احتلال أو الاستيلاء عليه أو تعريضه للخطر أو الحيلولة دون استعماله للغرض المعد له ببيع زعزعة الأمن والاستقرار ٣. من نظم أو ترأس أو تولّى قيادة عصابة مسلحة إرهابية تمارس وتخطط له وكذلك الإسهام والاشتراك في هذا العمل ٤. العمل بالعنف والتهديد على إثارة فتنة طائفية أو حرب أهلية أو اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين أو حملهم على تسليح بعضهم بعضاً وبالتحريض أو التمويل ٥. الاعتداء بالأسلحة النارية على دوائر الجيش أو الشرطة أو مراكز التطوع أو الدوائر الأمنية أو الاعتداء على القطاعات العسكرية الوطنية أو إمداداتها أو خطوط اتصالاتها أو معسكراتها أو قواعدها بدافع إرهاب. ٦. الاعتداء بالأسلحة النارية وبدافع إرهابي على السفارات والهيئات الدبلوماسية في العراق كافة وكذلك المؤسسات العراقية كافة والمؤسسات والشركات العربية والأجنبية والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية العاملة في العراق وفق اتفاق نافذ ٧. استخدام بدوافع إرهابية أجهزة متفجرة أو حارقة مصممة لإزهاق الأرواح وتمتلك القدرة على ذلك أو بث الرعب بين الناس أو عن طريق التفجير أو إطلاقه أو نشر أو زرع أو تفخيخ آليات أو أجسام أيأ كان شكلها أو بتأثير المواد الكيميائية السامة أو العوامل البايولوجية أو المواد المماثلة أو المواد المشعة أو التوكسنات ٨. خطف أو تقييد حريات الأفراد أو احتجازهم أو لابتزاز المالي لأغراض ذات طابع سياسي أو طائفي أو قومي أو ديني أو عنصر نفعي من شأنه تهديد الأمن والوحدة الوطنية والتشجيع على الإرهاب.

بغض النظر عن النتيجة والقصد من الفعل الإرهابي.^(١) مما تقدم يتضح لنا أن صور الإرهاب وفقاً لمعيار وسائله خارج نطاق الحصر إلا أن أبرز هذه الصور الإرهابية والظاهرة للعيان تتمثل باستعمال المواد المتفجرة في القتل والتخريب والاعتقالات وخطف الأشخاص واختطاف وسائل النقل والتحريرض على الفتنة الطائفية وعليه سوف نورد الصور أعلاه بشيء من التفصيل :-

أ- القتل والتخريب بواسطة القنابل والمواد المتفجرة

ذكر المشرع العراقي هذه الصور في الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ واعتبرها من أبشع الصور للأفعال الإرهابية وأخطرها لأثرها الكبير في إحداث الرعب والفرع بين المواطنين والجماعات الآمنة عن طريق قتل المواطنين الأبرياء أو عمليات اغتيال بعض الشخصيات المهمة كذلك استهداف المنشآت العامة والمؤسسات الحكومية ذات الأهمية من الناحية الاقتصادية والسياسية سواء كانت هذه الوسائل داخلية أو خارجية، وتسمى كذلك هذه الصورة من صور الإرهاب بالإرهاب المادي أو الحربي هو ذلك الإرهاب الذي يتخطى الحدود السياسية وعادة ما يصطبغ بالصبغة السياسية وعلى هذا فإن الإرهاب الحربي قد يأتي تعبيراً بأئس عن أوضاع وصلت الى نهاية مسدودة أو بلغت حداً من التدهور.^(٢) إن هذا النوع من الإرهاب وحسب ما ذكرنا بأنه يسمى بالإرهاب الحربي أو المادي قد تمارسه الدولة ويطلق عليه الإرهاب المادي الرسمي ويتحقق هذا الإرهاب من خلال استخدام الدولة نفسها أو جماعات تعمل باسمها أو أجيرة عندها بهدف نشر الرعب بين المواطنين أو قد تكون الاعمال الإرهابية موجهة الى دولة أو الى جماعات أو الى افراد أو باستخدام القوة الاقتصادية أو السياسية أو العسكرية أو الإعلامية وعليه فإن الإرهاب يعني "السياسات والاعمال الإرهابية التي ترعاها وتدعمها الدول بشكل مباشر أو غير مباشر".^(٣) ويمكن تقسيم إرهاب الدولة

(١) م. م. وليد زامل زغير ، المسؤولية المدنية عن العمليات الإرهابية في القانون العراقي والإيراني ، مؤسسة نائر العصامي ، ٢٠١٩ ، ص ٤٦ .

(٢) د. محمد الحسني الياسري، الإرهاب العسكري، ط ١ ، المركز الإسلامي العالمي للمنشورات الثقافية ، النجف الاشرف، ٢٠٠١ ، ص ١٤ .

(٣) طشطورش، هایل عبد المولى ، الإرهاب ومعناه دراسة تحليلية للإرهاب من حيث المعنى والخلفية التاريخية الدوافع والأسباب ، الاشكال والأنواع، الإرهاب المعاصر، اريد : دار الكندي للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨ ص ١٥٢ .

الى إرهاب داخلي وإرهاب خارجي وبشكل مباشر أو غير مباشر فيكون إرهاب الدولة على المستوى الداخلي من خلال التعسف في السلطة مثل اعمال التعذيب والمعاملة اللاإنسانية والوحشية وتقييد الحريات الأساسية ومن ثم فهنا الإرهاب يرتدي ثياب الشرعية ذلك بقيام الدولة بإصدار قوانين مطاطية وواسعة لممارسة سلطتها الإرهابية على الافراد الأبرياء.

أما على المستوى الخارجي فالدولة تمارس الإرهاب على صورتين أحدهما مباشرة والأخرى غير مباشرة فالصورة المباشرة لإرهاب الدولة على المستوى الخارجي المقصود بها تلك العمليات التي يقوم بها بالنيابة عن الدولة أو لمصلحتها موظفيها أو من في حكمهم مثل الاستخبارات أو القوات المسلحة أو عملاء مستأجرون سواء مواطنين أو غير مواطنين أو بشن هجوم على دولة أخرى لخلق الرعب والفرع بين مواطنيها تحقيقاً لأهداف سياسية.^(١) أما بالنسبة للإرهاب غير المباشر فيكون بإدارة الدولة ولكن بصورة غير مباشرة عن طريق تدريب الافراد أو الجماعات الإرهابية وتقديم المساعدات لهم للقيام بالأعمال الإرهابية المطلوبة منهم من قبل الدولة.^(٢) وبالتالي تعتبر هذه الصور من أخطر واشرس صور الإرهاب كون الدولة تكون راعية بما تمتلكه من سلطة وقوة ونفوذ وقدرة على استخدام التكنولوجيا واستخدام القوة العسكرية ضد اعدائها بحسب تصورها. أما بالنسبة لإرهاب الافراد والجماعات ويطلق عليه اسم الإرهاب غير السلطوي ينفذ من قبل الافراد أو الجماعات المناوئة للدولة.^(٣) حيث ترتكب هذه الاعمال الإرهابية من قبل اشخاص سواء بشكل فردي أو بشكل جماعي ويوجه عادة إرهاب الافراد أو الجماعات الى الدولة من قبل افراد أو مواطنين تلك الدولة كرد فعل للعنف والإرهاب الذي تمارسه الدولة على الافراد وعلى هذا الأساس يطلق عليه البعض إرهاب الضعفاء.^(٤) كونه مضاد لأخطر أنواع الإرهاب ألا وهو إرهاب الدولة صاحبة القوة والامكانيات، ونتيجة لحالة

(١) خالد عبيدان، الإرهاب يسيطر على العالم ، دراسة موضوعية سياسية علمية نافذة غير منحازة ، عمان مركز عمان لدراسات حقوق الانسان، ٢٠٠٣ ، ص١٠٦.

(٢) امام حسانين خليل ، الإرهاب وحروب التحرير الوطنية ، دراسة تحليلية نقدية، القاهرة، دار مصر المحروسة، ٢٠٠٢، ص١٣٩.

(٣) محمد عوض الترتوري، واغدير عرفان جويجان، علم الإرهاب الأسس الفكرية والنفسية والاجتماعية والتربوية لدراسة الإرهاب، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦، ص٤٧.

(٤) د. محمد عوض الهزيمة، قضايا دولية تركة قرن مضى حمولة قرن أتى، عمان ، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠١٠ ، ص٤٨.

اليأس والإحباط يقوم هؤلاء الافراد للمخاطرة بأرواحهم من أجل زعزعة النظام السياسي لتلك الدولة كذلك توصف اعمال هذه الفئة بالأعمال اللاعقلانية أو الانتحارية كونهم يقومون بهذه الأعمال لإرغام الدولة على تغيير سياسة معينة أو من أجل الافراج عن المعتقلين لدى الدولة أو الانفصال عن الدولة المركزية ولذلك فإن هذا الإرهاب يقاوم الظلم والاستبداد من قبل الدولة وبذلك يعتقدون بأن أهدافهم واعمالهم شرعية موجهة الى سلطة مستبدة وغير شرعية.^(١)

ب- الخطف واحتجاز الرهائن

خير ما فعل المشرع العراقي في قانون مكافحة الإرهاب بأنه عد جرائم الخطف والاحتجاز التي تقع لغرض النفع المادي جرائم إرهابية لو لم يكن الدافع لارتكاب هذه الجريمة ارهابياً وذلك لخطورة هذه الجريمة التي تهدد الامن والوحدة الوطنية وتشجع على الإرهاب فالاحتجاز يتحقق بتقييد الحركة والتنقل كأن يفرض على المجني عليه البقاء في منزله رغم ارادته مع حرمانه من حرية التنقل ولا يشترط وسيلة معينة وتقوم هذه الجريمة بمجرد ارتكاب الجاني نشاط في الخطف.^(٢) كذلك خطف وسائل النقل من الطرق الإرهابية القديمة وكثيراً ما يلجأ اليها الارهابيون أما لتدبير أموال أو اختطافها بقصد اللجوء السياسي أو بقصد طلب فدية أو اطلاق سراح مسجونين سياسيين ونظراً الى الدور الهام لوسائل النقل على كافة المستويات لذا نجد أن وسائل النقل المواصلات تجد من الحماية الجنائية على الصعيدين المحلي والدولي كما أن دائرة الحماية التي يقرها القانون الجنائي في ذلك المجال اتسعت لتشمل كافة وسائل المواصلات.^(٣) وخير

(١) سلطان عناد إبراهيم، الآلية الدولية لمكافحة الإرهاب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ٢٠١٨، ص ٣٨.

(٢) م. م. وليد زامل زغير ، المصدر السابق ، ص ٤٨.

(٣) د. سعيد علي بحبوح النقيب، المواجهة الجنائية للإرهاب في ضوء الاحكام الموضوعية والاجرائية للقانون الدولي والداخلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، ٢٠١١، ص ٥٧٩. كذلك المرسوم بقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مكافحة جرائم الإرهاب في دولة الامارات العربية المتحدة يعتبر أن خطف أي وسيلة مواصلات سواء كانت برية أو بحرية أو جوية من اعمال الإرهاب وفقاً لنص المادة ١٥ من المرسوم بقانون اتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ بشأن مكافحة الجرائم الإرهابية الصادر بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤١٧ في ٢٠٠٤/٨/١١. ونصها "يعاقب بالسجن المؤبد كل من اختطف بأي وسيلة من وسائل النقل الجوي أو البري أو البحري أو المائي بهدف ارتكاب عمل إرهابي وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب على الفعل المذكور جرح أو إصابة أي شخص كان داخل الوسيلة أو خارجها أو إذا قاوم الجاني بالقوة أو العنف السلطات العامة أثناء

مثال على ذلك هو قيام الإرهابيين باختطاف الطائرات وتغيير مسارها بالقوة والامثلة على ذلك كثيرة يمكن ان نتعرض أهمها في مسار بحثنا مثال ما حدث للطائرة المصرية عام ١٩٨٥ في اثناء رحلتها من مطار أثينا الى مطار القاهرة اذ تم اجبارها على الهبوط بمطار فاليتا وتم قتل عدد كبير من ركابها مما أدى الى قيام قوات الصاعقة المصرية بالتدخل واقتحام الطائرة لتخليص ركابها وطاقمها من ايدي الإرهابيين مما ترتب عليه قتل حوالي ستون شخصاً.^(١) وكذلك ما حدث للطائرة الكويتية التي اختطفها مجموعة من الإرهابيين عام ١٩٨٨ والذي هو أطول حادث اختطاف للطائرات وكان يستقلها حوالي ثلاثة وخمسون راكباً يتوقعون الموت كل لحظة من بينهم ثمانية من طاقم الطائرة وسبعة من المختطفين ركابها وثلاثة من افراد الاسرة الحاكمة بالكويت وكان الهدف منها هو الضغط على الدولة لإطلاق سراح معتقلين كويتيين عددهم سبعة عشر معتقلاً متهمون بجرائم تخريب وتدمير وتوجهوا الى مطار لارناكا في قبرص ثم انتقلت المأساة الى عدة مطارات بالعالم وانتهت بالجزائر بعد مرور ستة عشر يوماً من الاختطاف ويعتبر هذا الحادث هو أطول حادث في تاريخ اختطاف الطائرات حيث نجحت الجزائر وبعد مفاوضات بين الخاطفين دامت حوالي أسبوعين في اقناع الخاطفين بالاستسلام للسلطات الجزائرية بعدما فشلوا في إجبار الحكومة الكويتية من تحقيق مطالبهم.^(٢) وأشار البعض.^(٣) الى أن الأفعال الإرهابية ضد وسائل النقل لم تقتصر على عمليات الخطف والاستيلاء على الطائرات بل أصبحت تشمل الاعتداءات التي يمكن أن تتعرض لها الطائرات وهي رابطة على أرض المطار ، وأيضاً المنشآت الأرضية في المطار ومكاتب شركات الطيران. وكذلك يذهب بعض الفقه بأن العمليات الإرهابية لا تقتصر على الاستيلاء على الطائرات وهي رابطة على أرض المطار أو مهاجمتها أو مهاجمة المنشآت المدنية بل

تأدية وظيفتها في استعادة الوسيلة من سيطرته وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على فعل الجاني موت شخص داخل الوسيلة أو خارجها" .

(١) د. سلامة إسماعيل محمد، مكافحة الإرهاب، دار النهضة العربية للنشر ، سنة ٢٠٠٥، ص ١٨٣.

(٢) د. طارق محمد قطب، مكافحة الإرهاب وتعويض ضحايا الحوادث الإرهابية في النطاق الدولي والمصري دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٥٠.

(٣) د. أسامة محمد بدر، مواجهة الإرهاب دراسة في التشريع المصري المقارن، دار النسر الذهبي للطباعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣.

شملت الاستيلاء على السفن في عرض البحر وتوجهها الى أي مكان يريده الخاطفون ، ومن الأمثلة المهمة على ذلك العملية الإرهابية التي وقعت على السفينة الإيطالية (اكيلي لاورو) حيث قامت مجموعة فلسطينية بالاستيلاء عليها في عرض البحر وتم قتل أحد ركابها الأمريكيين مما ترتب عليه توتر شديد في العلاقات الدولية بين مصر وأمريكا وإيطاليا حيث قام سلاح الجو الأمريكي بإجبار الطائرة المدنية المصرية التي كانت تحمل افراد هذه المجموعة الإرهابية والتي كانت متجهة الى تونس بالهبوط في جزيرة صقلية وتمكنت السلطات الإيطالية من القبض عليهم وتقديمهم للمحاكمة وكانت هذه العملية عقب قيام الطائرات الإسرائيلية بالاعتداء على مقر منظمة التحرير الفلسطينية في تونس في أكتوبر عام ١٩٨٥.^(١)

٢- صور الإرهاب التقليدي وفقاً لمعيار أسبابه

أ- الإرهاب الاقتصادي

إن التفاوت الطبقي والاجتماعي وحالات الفقر والفساد المالي والإداري وانخفاض دخول الافراد والكساد والبطالة والتوزيع غير العادل للثروات والرواتب والامتيازات وفقدان العدالة في التنمية الاقتصادية وتفاوت درجات المشاريع العمرانية والخدمية الجاذبة للسكان من مكان الى آخر تعد من العوامل المساعدة على نشوء هذا النوع من الإرهاب.^(٢) حيث أن تردي الواقع الاجتماعي والوضع الاقتصادي على المستوى الدولي للدول من الأسباب المباشرة التي تؤثر بشكل مباشر في عملية حفظ الامن والاستقرار الدولي وتشجع من جهة أخرى اتجاه بعض الدول والجماعات نحو الإرهاب.^(٣) كون تأثير العامل الاقتصادي على عدد الجرائم أو نوعية الجرائم المرتكبة وتنوع مظاهر العمل الاقتصادي ذات الصلة بحركة الاجرام في المجتمع كالتوزيع الطبقي للمجتمع الصناعي ودور النقابات الاقتصادية فهذه العوامل مساعدة على ارتكاب الجريمة وقد ركز الباحثون في مجال ظاهرة الإرهاب على العامل الاقتصادي باعتباره محركاً ودافعاً للجريمة الإرهابية ويربط بعضهم بين الحالة الاقتصادية للمجتمع وبين ظهور بؤر إجرامية في

(١) د. سلامة إسماعيل محمد، المصدر السابق ، ص ١٨٥.

(٢) د. فاروق عبد، دور المحكمة الدستورية المصرية في ضمان الحقوق والحريات ، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٦٠.

(٣) د. عصام العطية، القانون الدولي العام، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ط ٥، ص ٣٤٣.

بعض المناطق العشوائية.^(١) كما قد تستخدم المساعدات الاقتصادية لبعض الدول كذريعة للتدخل في شؤونها الداخلية أو المحافظة على الاستقرار الدولي وحماية الأقليات الأمر الذي يقابل بالرفض من جانب البعض ويدفعه إلى الوقوف ضده من خلال اعمال العنف والإرهاب وطالما ان للجانب الاقتصادي من تأثير مباشر سلباً وإيجاباً على الجانب الاجتماعي فإنه بإمكان القول أن العلاقة بين الجانبين علاقة طردية سواء على الجانب الوطني أو الدولي تبرز من خلال تأثير الأوضاع الاجتماعية الدولية وما ينتج عن هذا التأثير من نتائج سلبية قد تدفع إلى الإرهاب للتخلص من الأوضاع المذكورة باعتبارها ظالمة.^(٢)

ب- الإرهاب الأيديولوجي

كان أول ظهور للأيديولوجية على يد الفرنسي ديستوت دوتراسي (١٧٥٤ - ١٨٣٦) حيث ورداها في كتابه (حول ملكة التفكير) وتتكون الكلمة من مقطعين (idea) وتعني فكرة و (logos) وتعني علم أو راسة وعند تركيب اللفظين يصبح المصطلح (علم الأفكار) الذي يعرفه دوتراسي على أنه (العلم الذي يدرس الأفكار، بالمعنى الواسع لكلمة أفكار أي مجمل واقعات الوعي من حيث صفاتها وقوانينها وعلاقتها بالعلام التي تمثلها).^(٣) وكذلك تعطي الايديولوجية معنى العقيدة وعليه يسمى الإرهاب الايديولوجي بالإرهاب العقائدي وفيه يقاتل الارهابيون بهدف تحقيق ايديولوجية معينة يؤمنون ويندرون أنفسهم لانجازها وهو من اشد أنواع الإرهاب لأن كل مجموعة تسعى الى تدمير النظام الموجود وتغييره بآخر وحسب معتقداته وميوله السياسية والأيولوجية ، وخير مثال على هذه الصورة ما مارسه ثوار روسيا للوصول الى هدفهم حتى نجحت الثورة البلشفية.^(٤)

فالارهاب الأيديولوجي نابع عن اعراف ونظريات موضوعة أو أفكار قد تدفع صاحبها للموت لإثباتها فأكثر الايديولوجيات المنتجة للعنف الايديولوجي هي الايديولوجية الشيوعية والفكر الأيديولوجي الذي يصفه البعض بالمتحجر يدفع الإرهابيين الباحثين عن آيديولوجية غير دينية لرفع رايتهم بأسلوب القتل والتدمير المنافي للأخلاق الإنسانية بحق كل من يخالفه في السابق وقد كان

(١) د. امام حسانين خليل ، المصدر السابق ، ص١٣٣.

(٢) د. امام حسانين خليل، المصدر السابق ، ص١٤٢.

(٣) منشور على موقع (ida2at.com) يوسف محمد ١٧/١/٢٠١٦.

(٤) د. امام حسانين خليل، المصدر السابق ، ص٨٥.

أصحاب هذا النوع من الإرهاب لا يتورعون عن قتل المدنيين ولكن في أيامنا هذه فهم ينتهجون نفس نهج الإرهاب الديني المتعصب فيفجروا أنفسهم ويقتلوا المدنيين من دون أي اعتبار.^(١) وبالتالي نلاحظ تعصب هذه الجماعات بأفكارهم والذين غالباً ما يحملون طموحاً للاستقلال وبناء كيان ذاتي خاص بهم مما يدفعهم الى العنف باستخدام القوة للوصول الى غاياتهم لشعورهم بالمهانة والاضطهاد من قبل الأكرثية العرقية.^(٢)

الفرع الثاني

مفهوم الإرهاب الإلكتروني

وبعد ما ذكر عن الإرهاب التقليدي لابد من التعرف على النوع الحديث من الإرهاب الا وهو الإرهاب الالكتروني (السيبراني) لهذا فسوف نقسم هذا الفرع الى فترتين نخصص الاولى لتعريف الإرهاب الالكتروني ونتناول في الفقرة الثانية صور هذا الإرهاب وكالاتي :

أولاً / تعريف الإرهاب الإلكتروني

ينطلق تعريف الإرهاب الالكتروني من الوسيلة المستخدمة حيث يعرف بأنه " ذلك النوع من الإرهاب الحديث الذي وظف وبث تقنيات المعلومات والاتصالات في العصر الراهن بشكل يلائم متطلباته ببث الخوف وزعزعة الاستقرار في البلاد ويعد هذا النوع من الإرهاب أحد الظواهر الحديثة التي ظهرت مؤخراً".^(٣) وكذلك عرفه بعضهم الى أنه "الاستخدام غير الأمثل للشبكة العالمية بما يؤدي الى ترويع المواطنين بشكل خطر أو يسعى الى زعزعة الأمن والاستقرار أو تقويض المؤسسات السياسية أو الدستورية أو الاقتصادية أو الاجتماعية لإحدى الدول أو المنظمات الدولية عن طريق استعمال لغة

(١) د. عبد علي الجسماني، علم النفس وتطبيقاته التربوية والاجتماعية، مكتبة الفكر العربي، بغداد، ١٩٨٤ ص٢٩.

(٢) د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، مجلد القومية، دار الكتاب النفائسي، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢٠٠.

(٣) د. عبد الجليل إسماعيل حسن، الإرهاب الالكتروني في القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤ ص٥٢.

التهديد والعدوان".^(١) وكون أكثر من نصف البلدان في العالم يفرز حاليا مقاتلين إرهابيين أجنب وهؤلاء المقاتلون الموزعون على مختلف الجماعات المرتبطة بتنظيم القاعدة في أنحاء العالم بما في ذلك المجموعة المنشقة المسماة (تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام) المدرج في القائمة تحت اسم تنظيم القاعدة في العراق يزيد عددهم عن 25000 مقاتل يخرجون من أكثر من 100 دولة عضو ويتجاوز معدل التدفقات هذا أي معدلات شوهدت من قبل وتتركز هذه التدفقات بشكل رئيسي على الحركة المتجهة إلى داخل الجمهورية العربية السورية والعراق وأخذت ليبيا أيضا تشهد مشكلة متنامية وبشكل هؤلاء الأفراد وشبكاتهم تهديدا فوريا وطويل الأجل فمن عادوا أو سيعودون، منهم إلى دولهم الأصلية أو إلى بلدان ثالثة قد يمثلون تهديدا دائما للأمن القومي والدولي وفي حين أن الكثيرين منهم قد يندمجون في المجتمع من جديد وينبذون العنف، فإن بعضهم قد شرع بالفعل في تدبير المزيد من الهجمات الإرهابية، بينما يعتزم غيرهم القيام بذلك في المستقبل ولا يوجد حل بسيط واحد لهذه المشكلة المتعددة الأوجه ، فوقف تدفق المقاتلين الإرهابيين الأجانب والتهديد الذي يشكلونه يطرح تحديا لم يسبق له مثيل، وسوف يكلف الدول الأعضاء الكثير ومن أهم الأمور لفعالية إجراءات التصدي على الصعيد العالمي منع التطرف من البداية، والنجاح في فرز العائدين أو رصددهم أو إعادة تأهيلهم ، وينطبق ذلك أيضا على الضرورة العاجلة لتحسين الفهم التحليلي للمشكلة وتبادل المعلومات والاستخبارات المتعلقة بالعمليات داخل الحكومات الوطنية وفيما بين الدول الأعضاء ولا سيما من خلال اتخاذ المزيد من الخطوات من أجل تبادل المعلومات الواردة في قائمة المراقبة والمتعلقة بالأشخاص المعنيين وتثير اعتبارات الخصوصية وحماية البيانات وحساسية المعلومات تعقيدات فيما يتعلق بهذه الأولوية الحيوية ومن شأن التنفيذ الكامل للتدابير الوقائية المحددة بموجب قرار مجلس الأمن 2178 (2014) (أن يشكل خطوة كبيرة على هذا الطريق ومن الأمور التي لها أهمية بالغة تكثيف الجهود فيما يتعلق بالوقاية والسياسات الخاصة بالعائدين، بما يشمل مواصلة الأعمال المتصلة بشبكة الإنترنت

(١) محمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الآلي والانترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب،

الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٢هـ، ص ٢٢.

وسائل التواصل الاجتماعي ومما له نفس الأهمية التعجيل بإقامة قنوات لتبادل المعلومات التنفيذية بين الدول الأعضاء، بما في ذلك ما يتعلق منها بالأشخاص المعنيين والبيانات الخاصة بالركاب).^(١)

أما بالنسبة لتعريف الموسوعة السياسية للإرهاب الإلكتروني فقد عرفت أنه " استخدام العنف غير القانوني أو التهديد به بأشكاله المختلفة كالاغتيال والتشويه والتعذيب والتخريب والنسف بغية تحقيق هدف سياسي معين مثل كسر روح المقاومة والالتزام عند الافراد وهدم المعنويات عند الهيئات والمؤسسات أو كوسيلة من وسائل الحصول على المعلومات أو مال وبشكل عام هو استخدام الاكراه لإخضاع طرف مناوئ لمشئئة الجهة الإرهابية".^(٢)

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فلم يورد تعريف للإرهاب الإلكتروني وإنما اعطى تعريفاً عاماً وشاملاً للإرهاب في المادة (١) من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ بأنه (كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة تستهدف فرداً أو مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أوقع الاضرار بالملكات العامة أو الخاصة بغية الاخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار و الوحدة الوطنية أو ادخال الرعب أو الخوف والفرع بين الناس أو اثاره الفوضى تحقيقاً لغايات إرهابية) وأخيراً يمكن أن نعرفه متواضعين " بأنه التفكير والتخطيط والتنفيذ لعمل إرهابي باستخدام الحاسوب وشبكة الانترنت العالمية" ، وفي الواقع أن الفقهاء والمتخصصين بالإرهاب الإلكتروني غير قادرين على الاتفاق على تعريف جامع ومانع للإرهاب الإلكتروني ، كما قال ويمان مولينز (Mullins Wayman) أن الإرهاب "مفهوم من الصعب للغاية تحديده وأن الجهات الفاعلة تتخبط في الإرهاب لمجموعة من الأهداف والدوافع والايديولوجيات"، فالإرهاب ما هو الا تكتيك وليس عدواً واضحاً أو جماعة ولا حتى فئة سياسية أو عقائدية مثل (الإسلام أو الشيوعية أو الرأسمالية) لذلك يوجد أكثر من مائة تعريف للإرهاب ومن الملاحظ أنه قد تستند بعضها الى طبيعة الفعل أو على ضحايا الفعل أما البعض الآخر رأيناها تستند الى هدف الإرهابيين وخصائص مرتكب الاعمال الإرهابية، وتضامناً مع ما سبق فقد أشار مولينز (Mullins) الى نقطة مهمة ألا وهي الخوف من الإرهاب وهذه تعتبر نقطة مهمة وتعتبر كشرط يسبق

(١) الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، رسالة مؤرخة في 19 أيار/ مايو 2015 موجهة إلى رئيس مجلس الأمن من رئيس لجنة مجلس الأمن المنشأة عملاً بالقرارين 1267 (1999) و 2011 بشأن تنظيم القاعدة وما يرتبط به من أفراد وكيانات 1989.

(٢) الكيالي ، عبد الوهاب ، الموسوعة السياسية ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، ج ٧ ، ١٩٩٤

الذي يهدف الإرهاب اليه وبالتالي لا يمكن أن يكون هنالك ارهابياً دون خوف وأن الخوف الذي يصفه الجماعات الإرهابية هو ناتج من قدرتهم والرغبة في استعمال العنف.^(١)

ثانياً / صور الإرهاب الإلكتروني

أصبحت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أداة أساسية في الحياة اليومية وشاملة لكافة القطاعات والأنشطة الاقتصادية إضافة الى فعاليتها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ولقد كان للتطور التكنولوجي كانتشار شبكة الانترنت والأجهزة النقلة وتوافر الحزمة العرضية للانترنت عبر الأجهزة النقلة دور كبير في ارتفاع مستخدمي الانترنت إلا أن الانفتاح الموجود في شبكة الانترنت والفضاء السيبراني جعلهم عرضة للانتهاكات والأنشطة الاجرامية والتعدي على حقوق الناس مما يؤثر سلباً على جميع المستخدمين من افراد وشركات ومؤسسات حكومية ومنظمات.^(٢)

وينطلق الإرهاب الالكتروني من عالين العالم المادي (Physical world) والعالم الافتراضي (Virtual world) والذي من خلاله تتم عمليات الإرهاب الالكتروني والتدمير والتخريب ويشير العالم المادي الى قضايا وظواهر متعددة مثل الطاقة والضوء والظلام والبرودة والحرارة وجميع الأمور المادية والحيز الذي يعيش فيه المجتمع ويمارس الوظائف والأدوات من خلاله أما العالم الافتراضي فيشير الى التمثيل الرمزي والمجازي للمعلومات وهو المكان الذي تعمل به البرامج والأنظمة الالكترونية وتنتقل فيه البيانات.^(٣)

(1) Gabriel Weimann, Terror on the interent , the New Arena the New challenges, (U.S.A. : in statute of peace press first published Washington D.C. , 2006, P21).

(٢) الأمن في الفضاء السيبراني ومكافحة الجرائم السيبرانية في المنطقة العربية ، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا، الأمم المتحدة ٢٠١٥، ص٧. ينظر : كريم حمود فحل الجبوري، المصدر السابق، ص١٣٥.

(٣) م. علي عدنان الفيل الاجرام الالكتروني ، جامعة الموصل، كلية الحقوق ، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠١ ص٧٧.

لذلك سوف نقسم هذه الفقرة على النحو الاتي لاستعراض أهم صور الإرهاب الإلكتروني :-

١ - تبادل المعلومات الإرهابية ونشرها من خلال الشبكة المعلوماتية

يتم تبادل المعلومات عبر شبكة الانترنت بطرق مختلفة وسرية تامة يصعب تعقبها في أحيان كثيرة بل ويصعب قراءة المعلومات المتبادلة من خلال خاصية تشفير الرسائل المتبادلة بين الطرفين (المرسل والمستقبل) كما في برنامج الواتساب والفايبر حيث سهلت هذه الشبكة (Internet) التقاء الإرهابيين وتبادل الآراء والأفكار إذ يمكن التقاء عدة اشخاص في أماكن متعددة من العالم في زمن واحد وبالتالي بإمكانهم تبادل الحديث فيما بينهم كذلك بإمكانهم أن يجمعوا لهم أنصار من خلال نشر أفكارهم ومبادئهم على المواقع والمنتديات وغرف الحوار الالكترونية وهو أمر يصعب أو يستحيل في بعض الأحيان تحقيقه واقعاً بعيداً عن شبكة المعلومات، وعلى الرغم من أن البريد الالكتروني (E-mail) أصبح من أكثر وأهم الوسائل استخداماً في مختلف القطاعات والأعمال لكونه يتميز بالسهولة والأمان وسرعة إيصال الرسائل إلا أنه يعد من افضل الوسائل المستخدمة بالإرهاب الالكتروني.^(١) وذلك عن طريق استخدام البريد الالكتروني وتبادل المعلومات بينهم ، نجد أن كثيراً من العمليات الإرهابية التي وقعت في الحقبة الأخيرة كان للبريد الالكتروني الدور الكبير والعظيم في تبادل المعلومات وتناقلها بين الفاعلين بهذه العمليات وكذلك يقوم الارهابيون باستغلال البريد الالكتروني والاستفادة منه في نشر أفكارهم والترويج لها في سبيل تكثير اتباعهم وأنصارهم والمتعاطفين معهم عبر الرسائل الالكترونية.^(٢) فمن خلال شبكة الانترنت تستطيع الجماعات الإرهابية نشر أفكارهم المتطرفة والدعوة الى مبادئها المنحرفة والسيطرة على عقول الافراد واحاسيسهم واستغلال ضعفهم وفقرهم من أجل تحقيق أهدافهم الغير مشروعة والتي تتعارض مع مصلحة المجتمع أو يستخدم

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٧، ص ٧١ .

(٢) د. عبد الرحمن المسند، رسائل الإرهاب الالكتروني، حكمها في الإسلام وطرق مكافحتها، السجل العلمي لمؤتمر موقف الإسلام من الإرهاب، الجزء الأول، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٢٢٨.

الإرهابيون الشبكة العالمية للمعلومات بشكل يومي لنشر أفكارهم الهدامة ولتحقيق أهدافهم السيئة.^(١) ومن الممكن إبراز أهم مظاهر هذه الصورة وهي :-

أ- جمع المعلومات الإرهابية .

إن أفضل ما يميز شبكة المعلومات هي وفرة المعلومات المخزنة فيها كما انها تعتبر موسوعة أو مكتبة الكترونية شاملة متعددة الثقافات ومتنوعة المصادر وغنية بالمعلومات الحساسة والتي يسعى الإرهابيون الحصول عليها ومن هذه المعلومات المهمة هي مواقع المنشآت النووية ومصادر توليد الطاقة وأماكن القيادة والسيطرة والاتصالات ومواعيد الرحلات الجوية والمعلومات الاستخباراتية المهمة والمختصة بالقضاء على الإرهاب وسبل ملاحقته الإرهابيين وكثير من المعلومات التي تعتبر بمثابة الكنز الثمين للخلايا الإرهابية لما تحتويه هذه الشبكة من معلومات تفصيلية مدعمة بالصور الضوئية.^(٢)

ب- الاتصال والتخفي .

إن الجماعات والمنظمات الإرهابية تستخدم شبكة المعلومات العالمية في الاتصال والتنسيق فيما بينها وذلك بسبب قلة تكاليف الاتصال وسهولة استخدام شبكة المعلومات مقارنة بالوسائل الأخرى كما أن الانترنت للإرهابيين فرصة ثمينة في الاتصال ذات الطابع الخفي وذلك عن طريق البريد الالكتروني أو المواقع والمنديات وغرف الدردشة (الحوار الالكتروني) من خلال وضع رسائل مشفرة تأخذ طابع لا يلفت الانتباه من دون أن يُعرف الإرهابي عن هويته كما أنها لا تترك أثراً واضحاً يمكن أن يدل عليه.^(٣)

(١) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣ ص ٢٦٥.

(٢) نعيم مغيب، حماية برامج الكمبيوتر، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٣١. ينظر : كريم حمود فحل، المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٣) د. علي عسيري، الإرهاب والانترنت، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٦، ص ٦٣.

ج- التخطيط والتنسيق للعمليات الإرهابية .

تعتبر العمليات الإرهابية عمل على جانب من التعقيد والصعوبة فهي تحتاج الى تخطيط محكم ومدرّوس جيداً وكذلك تحتاج الى تنسيق شامل وبالتالي تعتبر شبكة الانترنت وسيلة اتصال بالغة الأهمية للجماعات الإرهابية حيث تتيح لهم حرية التخطيط الدقيق والتنسيق الشامل لشن الهجمات الإرهابية المحددة في جو مريح وبعيداً عن أعين الناظرين والمراقبة الاستخباراتية مما يسهل على الإرهابيين ترتيب تحركاتهم وتوقيت هجماتهم بالصورة التي تضمن نجاح عملياتهم الإرهابية.^(١)

د- التعبئة وتجنيد الإرهابيين .

إن الجماعات والمنظمات الإرهابية تستخدم شبكة المعلومات العالمية في نشر ثقافة الإرهاب والترويج لها بين الأفكار والفلسفات التي تنادي بها كما تسعى هذه الجماعات الى توفير أكبر عدد ممكن من الراغبين في تبني أفكارها ومبادئها كذلك يقوم الارهابيون عبر شبكة الانترنت وعبر البيانات الإحصائية ومن خلال المعلومات الشخصية التي يدخلها المستخدمون على الشبكة المعلوماتية بالتعرف على الأشخاص ذو الميل والانحياز لهم بحيث لم يطلبوا منهم مشاركتهم في اعمال إرهابية وانما استجدهم بدفع تبرعات مالية لأشخاص اعتباريين يكونون واجهة لهؤلاء الإرهابيين ويتم ذلك بواسطة رسائل البريد الالكتروني أو من خلال مساحات الحوار الالكتروني بطريقة ذكية وأسلوب مخادع بحيث لا يشك المتبرع بفساد اعتقادهم وبطلان عملياتهم وتعارضها مع المبادئ المتعارف عليها.^(٢)

إن تجنيد واستخدام عناصر جديدة داخل التنظيمات الإرهابية يحافظ على بقائها واستمرارها لذا فإن الإرهابيين يقومون باستغلال تعاطف بعض افراد المجتمع مع قضاياهم فيقومون بجذبهم بأسلوب عاطفي وعبارات حماسية براقية وذلك عبر هذه الشبكة.^(٣)

(١) د. محمد المتولي، التخطيط الاستراتيجي لمكافحة الإرهاب، مطابع جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص ٢٩٧ ينظر : كريم حمود، المصدر السابق ، ص ١٣٩.

(٢) د. عبد القادر شهيب، ممولو الإرهاب في مصر، دار الهلال للطباعة، ط ١، ١٩٩٤، ص ٨٨.

(٣) د. عدنان هاشم سلطان، صناعة الإرهاب، المكتب المصري الحديث، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣١.

٢- إنشاء المواقع الإرهابية

من الممكن إنشاء مواقع إرهابية وحسابات وهمية على شبكة المعلومات العالمية والتي يمكن من خلالها بث أفكار إرهابية تعمل على غسل عقول الناشئة وتمير الفكر الإرهابي ونشره في المجتمع ليأخذ الصفة الشرعية وتجنيب اتباع لهذا الفكر مما يؤدي إلى خلق قاعدة خفية داخل المجتمع تؤمن بالفكر الإرهابي التكفيري وتروج له، فقد أنشأت مواقع إرهابية الكترونية لبيان كيفية صناعة القنابل والمتفجرات والأسلحة الكيميائية الفتاكة وكذلك شرح طرق اختراق البريد الالكتروني وكيفية اختراق وتدمير المواقع الالكترونية والدخول الى المواقع المحجوبة ولتعليم طرق نشر الفيروسات.^(١) والموقع عبارة عن معلومات مخزنة بشكل صفحات وكل صفحة تشمل على معلومات معينة تشكلت بواسطة مصمم الصفحة باستعمال مجموعة من الرموز تسمى لغة تحديد النص الأفضل ولأجل رؤية هذه الصفحات يتم طلب استعراض شبكة الانترنت العالمية ويقوم بحل رموز (html) وإصدار التعليمات لإظهار الصفحات المكتوبة وإذا كان الحصول على مواقع افتراضية أو وسائل إعلامية كالقنوات التلفزيونية والإذاعية صعباً بالنسبة للإرهابيين فإن إنشاء مواقع خاصة بهم على شبكة الانترنت لخدمة أهدافهم وترويج أفكارهم الضالة أصبح سهلاً وممكناً ولذا فإن معظم المنظمات الإرهابية لها مواقع الكترونية وهي بمثابة المقر الافتراضي لها.^(٢) إن الوجود الإرهابي النشط على شبكة الانترنت متنوع ومراوغ بصورة كبيرة فإذا ظهر موقع إرهابي اليوم فسرعان ما يغير عنوانه الالكتروني غداً ثم يختفي ليظهر مرة أخرى بشكل جديد وتصميم مغاير وعنوان الكتروني مختلف بل نجد لبعض المنظمات الإرهابية آلاف المواقع حتى تضمن انتشاراً أوسع لأفكارها وحتى تضمن تحقيق ما تروم اليه من أهداف وحتى لو تم منع الدخول على بعض هذه المواقع أو تعرض بعضها للتدمير تبقى المواقع الاخرى ويمكن الوصول اليها وقد وجد الارهابيون غايتهم في تلك الموارد المعلوماتية والوسائل الالكترونية التي جلبتها

(١) محمود داود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب (دراسة تحليلية تأملية مقارنة)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية لبنان، ط٢، ٢٠١٢، ص٤٢٩.

(٢) د. عبد الرحمن المسند، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الرواق للطباعة، الرياض، ٢٠٠٦ ص٩٣.

حضارة التقنية في عصر المعلومات فأصبح للمنظمات العديد من المواقع على الشبكة العالمية وصارت تلك المواقع من أبرز صور وأشكال الإرهاب الإلكتروني.^(١)

٣- تدمير المواقع والبيانات الإلكترونية والنظم المعلوماتية

يقصد بتدمير المواقع والبيانات الإلكترونية والنظم المعلوماتية والحاق الضرر بالبنية المعلوماتية التحتية وتدميرها اذ تقوم المنظمات الإرهابية بشن هجمات الكترونية عبر الشبكات المعلوماتية.^(٢) وتستهدف الهجمات الإرهابية في عصر المعلومات غالباً ثلاثة أهداف أساسية وهي الأهداف العسكرية والسياسية والاقتصادية وعلى رأسها مراكز القيادة والتحكم العسكري ثم مؤسسات المنافع كمؤسسات الكهرباء والمياه ومن ثم تأتي المصارف والأسواق العالمية وذلك لإخضاع إرادة الشعوب والمجتمعات الدولية.^(٣) والمقصود بتدمير المواقع هنا "هو الدخول غير المشروع على نقطة ارتباط أساسية أو فرعية متصلة بالشبكة المعلوماتية من خلال نظام (server-pc) (مجموعة نظم مترابطة شبكياً internet) بهدف تخريب نقطة الاتصال

(١) كريم حمود فحل الجبوري، المصدر السابق ، ص ١٤٤.

(٢) يعتمد الارهابيون من خلال هذا الشكل من أشكال الإرهاب الإلكتروني الى شن هجمات الكترونية واختراق أنظمة المعلومات الخاصة بالمؤسسات الحكومية وغير الحكومية أو الشركات العالمية أو الافراد بهدف تدمير وتخريب نقطة الاتصال ومسح واتلاف كامل الأصول والبيانات والمعلومات الموجودة على الشبكة وقواعد البيانات ويأخذ هذا النوع من الإرهاب الإلكتروني ثلاثة أشكال هي:

أولاً - تدمير المواقع : هو الهجوم غير المشروع على نقطة ارتباط أساسية او فرعية متصلة بشبكة الكترونية من خلال نظام آلي بهدف تخريبها عبر ضخ آلاف من الرسائل الإلكترونية الى الموقع المستهدف وبالتالي زيادة الضغط مما يؤدي الى تقجير الموقع وتشتت البيانات والمعلومات.

ثانياً - تشويه الموقع : ويتم من خلال تغيير الصفحات الرئيسية وتعويضها بصفحات من تصميم المخترق ويتم هذا العمل الإرهابي عن طريق استغلال الثغرات الأمنية في مزودات الويب وأنظمة التشغيل.

ثالثاً - حجب الموقع : ويعني جعل الوصول الى الموقع الإلكتروني أمراً مستحيلاً وتعطيله عن العمل ويتم عن طريق توجيه حزم بيانات شبكية كثيفة جداً الى الموقع بهدف إيقافه.

د. خالد بن سليمان الفثير ومحمد عبد الله القحطاني، أمن المعلومات بلغة ميسرة، مركز التميز لأمن المعلومات جامعة الملك سعود، الرياض، ط ٢٠٠٩، ص ٨.

Susan Brenner, Cybecime : criminal treats from cyberspace 1st edition Praeger, USA, 2010, p101.

ينظر : كريم حمود فحل ، المصدر السابق ، ص ١٤٥.

(٣) د. عبد الرحمن المسند، المصدر السابق ، ص ٢٢٥.

أو النظام.^(١) ولا يوجد هناك وسيلة تقنية أو تنظيمية يمكن تطبيقها وتحول تماماً دون تدمير المواقع أو اختراقها بشكل دائم فالمتغيرات التقنية والماد الماخترق بالثغرات في التطبيقات والتي بنيت في معظمها على أساس التصميم المفتوح لمعظم الاجزاء جعلت الحيلولة دون الاختراقات صعبة جداً، فضلاً عن هناك منظمات إرهابية يدخل من ضمن عملها ومسؤولياتها الرغبة في الاختراق وتدمير المواقع ومن المعلوم أن لدى المؤسسات الإمكانيات والقدرات ما ليس لدى الافراد ومن ثم يستطيع قراصنة الحاسبة الالكترونية التوصل إلى المعلومات السرية والشخصية واختراق الخصوصية وسرية المعلومات بسهولة وذلك راجع الى التطور المذهل في عالم الحاسب الآلي والشبكات المعلوماتية يصحبه تقدم أعظم في الجرائم المعلوماتية وسبل ارتكابها ولاسيما وأن مرتكبيها ليسوا مستخدمين عاديين بل قد يكونون خبراء في مجال الحاسب الآلي.^(٢) إن عملية الاختراق الالكتروني تتم عن طريق تسريب البيانات الرئيسة والرموز الخاصة بشبكة الانترنت وهي عملية تتم في أي مكان في العالم دون الحاجة إلى وجود شخص الماخترق في الدولة التي يتم اختراق مواقعها فالبعد الجغرافي لا أهمية له في الحد من الاختراقات المعلوماتية ولا تزال نسبة كبيرة من الاختراقات لم تكتشف بعد بسبب التعقيد الذي يتصف به نظم تشغيل الحاسبة الالكترونية والشبكات المعلوماتية.^(٣)

٤- التجسس الإلكتروني

التجسس يعني القدرة على الدخول غير المشروع والاطلاع على شبكات الخصم من دون أن يصاحب ذلك تدمير أو تخريب للبيانات والمعلومات بل لهدف الحصول على هذه المعلومات والتي تشمل خططاً عسكرية دفاعية كانت أو هجومية أو مخططات سرية حربية أو سلمية و دراسات فضلاً عن استطلاعات سياسية واستخباراتية كما يمكن كذلك من عملية التجسس اعداد خرائط لشبكات الحاسب الآلي واستخدامها مستقبلاً في تنفيذ عمليات إرهابية في الفضاء الالكتروني كما يمكن ترك بعض الثغرات لحقن الشبكة بالفيروسات والقيام بمهام معينة مثل نقل

(١) د. حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات ، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٠، ص٥٤.

(٢) د. سهير حجازي، التهديدات الاجرامية للتجارة الالكترونية، مركز البحوث والدراسات، شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، العدد ٩١. ينظر د. علي عدنان الفيل، المصدر السابق ، ص٨٧.

(٣) موزه المزروعى، الاختراقات الالكترونية خطر كيف نواجهه، مجلة آفاق اقتصادية، الامارات العربية المتحدة العدد ٩، ٢٠٠٠، ص٤٥.

البيانات إلى أجهزة المتجسس.^(١) إذ يقوم الإرهابيون بالتجسس على الأشخاص أو الدول أو المنظمات ويتميز التجسس الإلكتروني بالطريقة العصرية المتمثلة في استخدام الموارد المعلوماتية والأنظمة الإلكترونية التي جلبتها حضارة التقنية في عصر المعلوماتية وتستهدف عمليات التجسس الإرهابي في عصر المعلومات ثلاثة أهداف رئيسة هي : التجسس العسكري والسياسي والاقتصادي.^(٢) أن في عصر المعلومات ومع وجود وسائل التقنية الحديثة فإن حدود الدولة مستباحة بأقمار التجسس والبنث الفضائي وقد تحولت وسائل التجسس من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية مع ظهور الشبكات المعلوماتية وانتشارها عالمياً ومع توسع التجارة الإلكترونية عبر الشبكة العالمية للمعلومات تحولت مصادر المعلومات التجارية إلى أهداف للتجسس الاقتصادي.^(٣) وتتم أعمال إرسال نظم التجسس الإلكتروني بعدة طرق ومن أشهرها البريد الإلكتروني حيث يقوم الضحية بفتح المرفقات المرسلة ضمن رسالة غير معروفة المصدر ومن الأساليب الحديثة للتجسس الإلكتروني أسلوب إخفاء المعلومات داخل المعلومات.^(٤)

ويتلخص هذا الأسلوب في لجوء المجرم إلى إخفاء المعلومات الحساسة المستهدفة داخل معلومات أخرى عادية داخل الحاسب الآلي ومن ثم يجد وسيلة ما لتهريب تلك المعلومات العادية في مظهرها بذلك لا يشك احد بأن هنالك معلومات حساسة مهمة يتم تهريبها حتى ولو تم ضبط الشخص متلبساً ، كما قد يلجأ إلى وسائل غير تقليدية للحصول على المعلومات السرية هكذا وتجدر الإشارة إلى أن الطرق الفنية للتجسس المعلوماتي سوف تكون أكثر الطرق استخداماً في المستقبل من قبل التنظيمات الإرهابية نظراً لأهمية المعلومات الخاصة بالمؤسسات

(١) Dennis M. murphy, in formation operation primer, 1st edition, carlish us. Army war college, USA, 2010, p169.

ينظر : كريم حمود فحل، المصدر السابق ، ص ١٦٠.

(٢) فائزة محمود شاكر المشهداني، الإرهاب الرقمي (ضريبة التطور الإلكتروني)، بحث منشور على موقع جامعة بابل بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١١ على الموقع <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٩ .

ينظر : كريم حمود فحل ، المصدر السابق ، ص ١٦١.

(٣) عبد الاله محمد النواسية وممدوح حسن العدوان، جرائم التجسس الإلكتروني في التشريع الأردني (دراسة تحليلية)، مجلة دراسات كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٦ ، العدد ١ ملحق ١ ٢٠١٩ ص ٤٦٩.

(٤) د. عبد الرحمن المسند، المصدر السابق ، ص ٢٢٧.

والقطاعات الحكومية وخصوصاً العسكرية والسياحية والاقتصادية وهذه المعلومات اذا ما تعرضت الى التجسس والحصول عليها فسوف يبدأ استخدامها من اجل الاضرار بحماية المجتمع والوطن.^(١) وتتراوح خطورة التجسس بحسب أهمية المعلومات الملتقطة ودرجة سربيتها سواء أكانت سيادية أو أمنية أو اقتصادية أو الجهة التي قامت بمهمة التجسس منظمة إرهابية أو فرد أو حتى دولة فضلاً عن الغرض التي تنتقل فيه هذه المعلومات المسروقة.^(٢) ومن أمثلة عمليات التجسس الالكتروني التي مارستها بعض الجهات الإرهابية للحصول على المعلومات العسكرية المخزنة في ذاكرة الحاسبات الآلية التابعة لوزارة الدفاع بالدول المستهدفة ما حدث صيف ١٩٩٤ عندما تمكنت إحدى هذه الجهات الإرهابية من سرقة معلومات عسكرية تتعلق بالسفن التي تستعملها الجيوش التابعة لدول أعضاء حلف شمال الأطلسي من أنظمة الحاسبة الآلية الخاصة بسلاح البحرية الفرنسية مما اثار حفيظة قيادة اركان الحلف وحمل السلطات العسكرية الفرنسية على تصميم برنامج جديد لحماية حاسباتها الآلية.^(٣)

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في مسائل تكيف الأعمال الإرهابية

تتنوع اليات حلول تنازع القوانين واكثر هذه الحلول مصدرها المشرع الوطني الذي يضطلع بوضع قواعد يصطلح عليها بقواعد الاسناد وهذه القواعد تتضمن عدة عناصر (فكرة الاسناد القانون المسند اليه وضابط الاسناد) ويشكل ضابط الاسناد مرتكز هذه القواعد من خلالها يتم أسناد العلاقة

(١) محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة ، دون مكان نشر، ط٤، ١٩٧٨، ص٣٨٠. ينظر كريم حمود فحل ، المصدر السابق ، ص١٦٣.

(٢) د. عبد الصبور عبد القوي ، الجريمة الالكترونية ، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٩٢.

(٣) مهران زهير المصري ، الإرهاب الالكتروني ، مجلة باحثون العلمية :

www.abahethon.com/?page=showdet&id=1320 . ينظر: كريم محمود فحل، مرجع سابق

المشوبة بعنصر اجنبي الى قانون معين قد يكون هذا القانون وطنيا وقد يكون اجنبياً ومن ثم تقوم القواعد الموضوعية في هذا القانون المشار اليه لحل هذا التنازع.^(١)

وقد ظهرت في الآونة الاخيرة قواعد تشريعية مشتركة باتفاق عدّة دول لتحكم العلاقات القانونية المشوبة بالعنصر الاجنبي تكون على شكل قواعد إسناد او قواعد موضوعية ، فالأولى تتجه الى توحيد قواعد تنازع القوانين عن طريق تبني قواعد إسناد موحدة وذلك ليعلم اصحاب الشأن مقدماً اي قانون سوف يحكم علاقاتهم القانونية ، اما الثانية فتهدف الى الاتفاق على قواعد تشريعية مشتركة أيضاً لتوحد بموجبها الاحكام الموضوعية لمسألة معينة في القانون الدولي الخاص كالاتفاقات في مجال الملكية الادبية مثلاً وان إعمال القواعد اعلاه الاولى والثانية يتطلب في بادئ الامر التعرف على طبيعة العلاقة القانونية وذلك لتحديد قاعدة الاسناد والتي بمقتضاها يستطيع القاضي ان يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية موضوع النزاع ليحكمها موضوعياً.^(٢)

وبهذا فعند تحديد القانون المختص يلزم هنا معرفة فيما اذا كانت العلاقة المختلف بشأنها يمكن ان تكون من مسائل الاهلية فيكون الاختصاص هنا الى قانون الدولة والتي ينتمي اليها الشخص بجنسيته وقد تكون العلاقة من مسائل شكل التصرف فترجع هنا لقانون البلد الذي تحقق فيه ، وعليه فمسألة تحديد طبيعة العلاقة المعروضة وارجاعها الى نظام قانوني تكفل قواعده الموضوعية حل النزاع وكذلك انهائه يطلق عليها تسمية التكيف^(٣) والتكيف ليس مسألة خاصة في القانون الدولي الخاص حصراً وإنما يوجد في جميع فروع القانون كون القاضي يحتاج الى اجراء عملية التكيف عند النظر في أي نزاع ما كان منها نزاع مدني او جزائي او اداري.^(٤) فالتكيف هو مفتاح قانوني اذا ما اتبعه القاضي على المنازعة المعروضة واستطاع ان يحكم اعماله للوصول الى الحكم في النزاع.^(٥) وبهذا يعتبر التكيف همزة الوصل بين الوقائع المطروحة والقانون الذي يطبق عليها. لهذا سوف نقسم هذا

(١) حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين - المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١١ ، ص ٤٩ .

(٢) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين المصدر السابق ، ص ٥٠ .

(٣) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ١٠٦ .

(٤) د. كريم مزعل شبي ، التكيف في تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٧ ، ص ٣٣ .

(٥) محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكيف ، بحث منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية الدار العربية للموسوعات ، العدد ١٩٧ ، ١٩٨٣ ، ص ٤ .

المطلب الى فرعين نبحت في الفرع الأول الاتجاه التقليدي في مسائل القانون الذي يخضع له التكييف وفي الفرع الثاني نبحت الاتجاه المرجح في تحديد القانون الذي يخضع له تكييف الأعمال الإرهابية وكالاتي :-

الفرع الأول

الاتجاه التقليدي في مسائل القانون الذي يخضع له التكييف

التكييف بصورة عامة هو تحديد الوصف القانوني ويقصد به في تنازع القوانين تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيداً لإسناده لقانون معين.^(١) لذلك فلا يمكن تطبيق قواعد الاسناد في دولة القاضي المعروض امامه النزاع مالم يتم هذا القاضي بعملية أولية سابقة الا وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح للنزاع المعروض امامه وارجاعه الى احدى النظم او الطوائف التي حدد المشرع لكل منها قاعدة اسناد تخصصها كالمسؤولية التقصيرية والشروط الموضوعية للعقد وهكذا ، عليه فالتكييف اذن هو قيام القاضي بتحديد قاعدة الاسناد في النزاع المعروض امامه والتي تشير الى ضابط الاسناد المتضمن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع ، ويمكن القول ان التكييف استناداً للمعنى السابق يعتبر نتاج العديد من الحوادث القضائية والتي شهدتها الساحة العملية ، وكذلك ذكرت في معظم مؤلفات القانون الدولي الخاص.^(٢) ولهذا سوف نبحت في هذا الفرع النظريات التي جاءت في تحديد القانون الذي تتم به عملية التكييف وكالاتي :-

(١) د. ايناس محمد البهجي ود. يوسف المصري ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ٢٠١٣ ص ٦٠ .

(٢) أذكر منها على سبيل المثال كل من قضية تركة مالناندو و ميراث المالطي، وتتخلص القضية الأولى في ان أسبانياً يدعى مالناندو توفي في إنجلترا دون وارث، تاركا وراءه أموالاً في إنجلترا ، فقامت الحكومة الأسبانية بالمطالبة بهذه التركة على أساس أنها وارثة لكل أسباني ليس له وارث، فواجهت المحكمة الإنجليزية مشكلة في تكييف هذه القضية تتمثل في معرفة، هل الحكومة الأسبانية قريبة للمتوفى برابطة النسب كما الحال وفقاً للمفهوم الإنجليزي وهو الشرط المطلوب لقيام حالة الإرث ؟ أم أننا بصدد قضية وضع يد على أموال لا مالك لها ويمكن للدولة هو بما لها من سيادة وسلطة من تملكها ؟! وفي كلا الفرضين فان الحال يختلف، حيث إذا كنا بصدد إرث آلت هذه الأموال للحكومة الأسبانية ، أم إذا كنا بصدد تملك لأموال لا مالك لها فإن هذه الأموال ستؤول بالتالي للناج البريطاني؟! أما القضية الثانية فتتلخص في ان زوجاً مالطياً كان يعيش وزوجته في الجزائر إبان اعتبارها جزءاً من فرنسا عام ١٨٨٩، وعند وفاته قامت زوجته بالمطالبة أمام المحكمة الفرنسية بما كان سائداً في القانون المالطي والذي كان يعرف "بنصيب الزوج الفقير المحتاج"، فكان على هذه المحكمة القيام أولاً بتحديد طبيعة هذا

أولاً / نظرية إخضاع التكيف للقانون الذي يحكم المنازعة

نادى بهذه النظرية جانب من الفقهاء في دول أوربية مختلفة والتي تقضي بخضوع التكيف الى القانون المختص والذي تشير اليه قواعد الإسناد الوطنية في دول المحكمة لأن هذا القانون المشار اليه هو الاقدر من غيره من القوانين بإعطاء التكيف والتفسير والتحليل القانوني الصحيح لحل المنازعة.^(١) وعلى رأسهم الفقيه (دسبانييه) فيرى هذا الجانب الفقهي بأن تحديد طبيعة العلاقة او تحديد المركز محل النزاع يجب ان يتم ذلك وفقاً للقانون المختص بالمنازعة ، فاذا ما قرر المشرع بإخضاع شكل التصرفات لقانون بلد ابرامها فتحديد مفهوم فكرة الشكل امر يتعين الرجوع في تفسيره الى قانون بلد ابرام التصرف أي يتم الرجوع الى القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد بتطبيقه على موضوع المنازعة ، فالفكرة الاساسية لهذا الجانب هي انه اذا ما اشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانون اجنبي معين على المنازعة المعروضة فبهذه الحالة يتم الرجوع الى هذا القانون بجملة لتحديد طبيعة المسألة لأنه اذا رجعنا الى قانون اخر كقانون القاضي مثلاً أدى ذلك الى نتيجة غير مقبولة ومؤدى هذه النتيجة اما تطبيق القانون الاجنبي والذي يجب ان لا يطبق او الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبي الذي يجب تطبيقه هنا.^(٢) فمثلاً لو رجع القاضي الفرنسي الى قانونه لتكييف المنازعة المعروضة وانتهى هذا القاضي الى اعتبار هذه المنازعة بانها تتعلق بالشكل وبهذا فأنها تخضع لقانون بلد ابرام فقد يؤدي ما سبق الى تطبيق هذا القانون ولكن في خارج الحدود التي رسمها له مشرعه عندما يكون القانون المذكور يعتبر ان هذه المنازعة داخلية في مضمون فكرة اخرى مثلاً بالأهلية ، وعلى العكس من ذلك فقد يرتب على الرجوع الى قانون القاضي في المثال السابق اعتبار المنازعة المعروضة داخلية في مضمون فكرة الاهلية فالنتيجة المترتبة هنا هو تطبيق قانون الجنسية مع العلم ان قانون بلد ابرام التصرف يعتبر هذه المنازعة مسألة تتعلق بالشكل والتي تستوجب اختصاصه بحكم النزاع ، عليه يمكن القول ان إخضاع التكيف وحسب وجه هذا الاتجاه لغير القانون المختص قد يؤدي الى تعطيل تطبيق قانون معين في الوقت الذي يجب ان يطبق فيه هذا القانون بمعنى اخر ان هذا الاتجاه يوجه

النزاع وهل هو يدخل ضمن مسائل الميراث ، أم انه يدخل ضمن النظام المالي المشترك للزوجين والمعروف في فرنسا. مشار اليه د.عمر محمد الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١٠ هامش ٢ ص ٩٩.

(١) د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ص ٤٢

(٢) ينظر مقال Despagne المنشور في clunet ١٨٩٨ ، ص ٢٦٢ مشار اليه في د. هشام علي صادق تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ط ٢ ، ١٩٧٤ ، ص ١٣٨ .

الى ضرورة اخضاع التكيف للقانون المختص بالمنازعة ولو كان هذا القانون اجنبياً كونه لا يمكن للقاضي ان يضمن سلامة هذا القانون بمعزل عن التكييفات والافصاف الذي يتضمنها ، وبمعنى اخر ان قواعد التكيف المقررة في القانون الذي سيحكم المنازعة المعروضة تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية ويبرر انصار هذا الاتجاه الفقهي رايهم بالقول ان القانون اذ ما اشار الى وجوب حل النزاع وفقاً لقانون معين فهذا القانون يجب ان يحكم العلاقة بمجملها بما في ذلك تكييف العلاقة وكذلك وصفها لكي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الاجنبي المختص بالمنازعة ويوعز ذلك ان تحقيق العدالة لا يمكن ان تتم الا بإعطاء القانون المشار اليه صفه الاختصاص الكامل للقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة ويعطي الاختصاص ايضاً الى القواعد والافكار التي تتعلق بالتكيف.^(١) لان اعطاء الاختصاص في موضوع التكيف الى قانون اخر يختلف عن القانون الذي سيحكم المنازعة فيؤدي ذلك الى عدم تطبيق القانون المذكور بسبب اختلاف الدول في توصيف العلاقة القانونية ، كذلك السماح لقانون اخر غير القانون الذي سيحكم العلاقة بالتدخل في تكييفها قد يضعها في مجموعه اخرى غير ما هي عليه في القانون الذي سيحكم المنازعة ، فقد ترتأي محاكم دولة معينة بأن العلاقة من الاهلية وبناء على ذلك سوف تخضعها لقانون الجنسية ولكن مقابل ذلك فهذه العلاقة تعتبر متعلقة بالشكل بمقتضى قواعد التكيف في القانون المشار اليه وبهذا يجب اخضاعها لقانون المحل الذي نشأت فيه ، وهذا الاختلاف في التكيف بين قانون القاضي المطروح امامه النزاع وقانون القاضي المختص بالنزاع يسبب خرقاً في القانون كذلك سبب تطبيق قانون غير التطبيق الذي اراده المشرع الاجنبي وهذا ما لا يتفق مع ما تتطلبه العدالة القانونية من تطبيق صحيح للوقائع ولتلافي هذا الخرق القانوني ارتأى اصحاب هذا الاتجاه بإعطاء الاختصاص في التكيف للقانون الواجب التطبيق على المنازعة.^(٢) ولكن الرد على هذا التوجيه بسيط كبساطة حججهم كون تحديد طبيعة العلاقة القانونية تمهيداً لإخضاعها لقانون معين تعتبر هذه من قبل المسائل الاولى والتي لا بد من الفصل فيها أولاً وبعد ذلك يأتي دور عملية الاسناد لهذه المنازعة لقانون معين فهذه العمليتان متتاليتان فتبدأ بالتكيف أولاً ومن ثم بعد ذلك يتم الاسناد والعكس غير صحيح لان الاخذ بتوجيه الاتجاه سالف الذكر سيضعنا في حلقة مفرغة لا خروج منها وكذلك سيعرضنا الى تساؤل ألا وهو

(١) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص ٥٥.

(٢) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص ٥٦.

كيف لنا ان نحدد القانون الواجب التطبيق على منازعة قانونية معينة قبل ان نتعرف على طبيعة هذه العلاقة. (١)

كذلك فإن عملية التكيف تهدف الى اعطاء قانوني للمنازعة المعروضة ليتسنى للقاضي اختيار القانون المختص من بين القوانين المتنازعة كون القانون الاجنبي المختص لا يمكن تطبيقه الا عندما تشير عليه قاعدة الاسناد فالمثال اعلاه المتعلق بالأهلية لا يمكن للقاضي تطبيق قانون الجنسية الا اذا كانت المسألة تتعلق بالأهلية والحالة اي لا بد ان يحصل تكيف للمنازعة المعروضة أولاً لتحديد طبيعة النزاع المعروض وبهذا فلا يمكن عملياً تطبيق قانون الجنسية أولاً وتحديد طبيعة النزاع ثانياً فهذا مصادرة على المطلوب كون المطلوب معرفة القانون الواجب التطبيق والذي هو هنا قانون الجنسية كون المفروض هو ان تجري الامور بصورة تسلسلية ومنطقية في نفس الوقت لتحديد طبيعة النزاع فهذه هي عملية التكيف ثم بعد ذلك يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وهذه هي عملية الاسناد فالمسألة تتابعية اي عملية بعد اخرى ولا يمكن ان نقفز الى العملية الثانية دون المرور بالعملية الاولى لان الامر يؤدي الى الدخول في حلقة مفرغة بسبب عدم وجود اساس لترجيح قانون دون الاخر. (٢)

اضافة الى الانتقاد العملي آنف الذكر هنالك انتقاد نظري يمكن ان ينسف النظرية ومستمد هذا الانتقاد من طبيعة تنازع القوانين ذاتها فالمعروف ان قواعد الاسناد هي قواعد وطنية اذن هي قواعد من وضع المشرع الوطني وتتصدى هذه القواعد لعلاقات في النطاق الدولي وعليه فلا يمكن تقبل القول بأن نعطي تحديد هذه القواعد الى المشرع الاجنبي فمثلاً قواعد الاسناد عندما تعطي الاختصاص لقانون الجنسية لحكم منازعة متعلقة بالأهلية فمن البديهي ان الاهلية تعني هنا كما يتصورها المشرع الوطني اي يتم تفسيرها وفق المفاهيم والاحكام الموجودة في قانونه الوطني او كما يمكن القول بأن قواعد الاسناد تكمن في طبيعتها موضوع التكيف كذلك تكمن الاشارة الى القانون الواجب التطبيق هذا من جهة ومن جهة اخرى فالمشرع الوطني عندما اعطى الاختصاص الى قانون الجنسية فهذا لا يعني انه اعطى هذا الاختصاص لغرض تقدير المنازعة بانها تتعلق بالأهلية من عدمه لان المشرع لا يعطي هذا الاختصاص مطلقاً وانما فقط حكم المنازعة التي تتعلق بالأهلية من الناحية الموضوعية اي تكون

(١) د. عامر محمد الكسواني ، المصدر السابق ص ١٠٢ . وينظر كذلك بنفس المعنى د. منصور مصطفى منصور ، خلاصة دروس في القانون الدولي الخاص ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٥٥ ، ص ٧٠ . مشار اليه في المصدر السابق .

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الثالث في تنازع القوانين مشار اليه في د. كريم مزعل شبي ، التكيف في تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٨٤.

وفق الحدود التي رسمها للقاضي من أجل تحقيق الهدف من قواعد الاسناد والذي اراده المشرع الوطني دون غيره.^(١)

ثانياً / نظرية اخضاع التكيف للقانون المقارن

وفقا لهذا التوجه الذي قاده بعض الفقهاء الفرنسيين بقيادة الفقيه روبل الذي يعود اليه الفضل بإعطاء الدراسة المقارنة اهمية فائقة لتنازع القوانين حيث يرى هذا الفقيه ان الغرض من قواعد تنازع القوانين هو سد حاجة المعاملات الدولية ولهذا يجب اتباع الفكرة المجردة المستقاة من قوانين الدول المختلفة حيث يتم إعطاء الاختصاص في تحديد طبيعة المنازعة محل النظر الى القانون المقارن بمعنى اخر فأن تحديد الاختصاص للنزاع المعروض يتم من خلال مجموعة القواعد القانونية العالمية من دون الوقوف على المفاهيم الداخلية او التقيّد بإحكام قانون دولة معينة من الدول^(٢). كون التكيف مهمة قانونية ولا يجوز ان يكون وفق قانون دولة معينة من الدول وذلك لان قواعد تنازع القوانين تتعامل مع قوانين العالم وعلى أساس ذلك يجب ان تكون الحلول على هذا المستوى الدولي وذلك عن طريق البحث عن الحل وفق عدد كبير من قوانين الدول فمثلا الكتابة في الوصية هل هي للانقضاء او للإثبات فهنا يجب الرجوع الى أمهات قوانين العالم للمقارنة وبعد ذلك يتعين على القاضي ان يطبق على المنازعة الرأي الأقوى والاغلب ليقوم بتطبيقه.^(٣)

فالتكيف بحسب هذه النظرية يجب ان يخضع لقواعد القانون المقارن أي على القاضي ان يقوم بتوصيف العلاقة محل المنازعة في ضوء مفاهيم عالمية تكون بمعزل عن المفاهيم الوطنية الواردة في قانونه أي يجب على القاضي الذي يعرض عليه النزاع ان يقوم بعملية التكيف بصورة منفصلة ومستقلة عن مفاهيم الدولة الداخلية كذلك عدم التقيّد بقانون دولة معينة^(٤). ولهذا النظرية جنبه جيدة الا وهي تؤدي الى توحيد اوصاف المنازعات القانونية كونها تجعل لقواعد الاسناد معناً عالمياً فضلاً عن ان هذه النظرية يمكن من خلالها تقليل الصعوبات التي

(١) د. سامية راشد ، قاعدة الاسناد امام القضاء ، بحث في القانون الدولي الخاص والمقارن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، العدد الثاني ، السنة الرابعة عشر ، ١٩٧٢ ، ص ٤١١ .

(٢) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين ، المصدر السابق ص ١٠٢

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ص ٤٣

(٤) د. عزيز أطويان ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية السنة الجامعية ٢٠١٦-٢٠١٧ ص ٩

تواجه القاضي عند تكيف منازعة معينة تتعلق بنظام قانوني لا يوجد له في التشريع الداخلي كذلك فأن انصار هذه النظرية أرادوا تحقيق مثل عليا لكن رغبتهم لم تأخذ طريقها الى التطبيق الفعلي لان الوصول الى هذه الغاية ليس بالأمر السهل لان قواعد القانون المقارن لم تنتهياً بعد ولم ينجح القانون المقارن في ان يوفق في اوصاف العلاقة القانونية إضافة الى ذلك فأن المحاكم عند مواجهتها قضايا لم يتطرق اليها تشريعها الداخلي لم تعان صعوبة في تكيفها بحجة بأن هذه القضايا لم يتطرق اليها التشريع.^(١)

كذلك يصعب تطبيق هذه النظرية من قبل بعض القضاة كونهم يحتاجون الى وقت طويل لفهم ودراسة مقارنة وكذلك معرفة الكثير من اللغات وهذا ما يتعذر القيام به خاصة عند فئة القضاة الذين يتجهون الى الجانب العلمي تاركين ورائهم القوانين الأجنبية والمبادئ ، فضلاً على ان هنالك بعض القضاة يميلون إلى بعض القوانين التي تكون متفقة مع وجهات نظرهم ويدعون بعد ذلك إلى انها تمثل حكم القانون المقارن.^(٢) ومع ذلك وهذه المثالية التي جاءت بها هذه النظرية يكمن اهم نقد وجه الفقه الحديث اليها فالرأي الذي جاءت به كما يقول الأستاذ موري بأنه عسير المنال ويعتذر كذلك تحقيقه من الوجهة العملية في الوضع الراهن كون فقهاء القانون المقارن انفسهم لم يستطيعوا لحد الان ان يستخلصوا مفاهيم مشتركة للأفكار التي يتضمنها القانون الدولي الخاص الا من حالات محدودة بسبب الطابع الوطني الذي يتميز به القانون الدولي ، كذلك التناظر الواضح بين النظم القانونية في مختلف البلدان حول الكثير من المسائل مازال هذا عائقاً يقف في طريق المشتغلين بالدراسات المقارنة بل ان هؤلاء الباحثين انفسهم قد تأثروا بالطابع الوطني لنظم الدول التي يتبعونها والذي يعد السبب المباشر لتفسير الحلول المتعارضة بين النظم القانونية للبلدان المختلفة والتي استخلصوها من دراستهم المقارنة وهذا ما يؤكد ابتعاد نظرية رابل عن الواقع العلمي.^(٣) لكن يمكن القول انه مع الاعتراضات والانتقادات أعلاه لا يمكن ان ينكر الدور الفعال الذي قامت به هذه النظرية كونها نبهت الاذهان الى أهمية اتباع النهج المقارن ليتمكن القاضي من توسعة مفهومه استجابة للاعتبارات الدولية . وبعد الانتهاء من هذه النظريتان بقي عندنا النظرية الراجعة في القضاء التكيف الاعمال الضارة الا وهي نظرية اخضاع التكيف لقانون المحكمة والتي سوف نبحثها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(١) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ص ٥٥ .

(٢) د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ص ٤٣ .

(٣) نقلا عن د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ص ١٤٢

الفرع الثاني

الاتجاه المرجح في تحديد القانون الذي يخضع له تكييف الأعمال

الإرهابية

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف كما لرأينا مسبقا فيرى بعضهم بضرورة إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع أي إخضاع التكييف الى القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد في قانون القاضي حتى وان كان هذا القانون اجنبيا كذلك رأينا بأن هناك جانب من الفقه يرى بضرورة إخضاع التكييف للقانون المقارن ، عليه فسوف نقصر بحثنا في هذا الفرع على النظرية المرجحة والتي اخذ بها غالبية التشريعات تقريبا الا وهي نظرية إخضاع التكييف لقانون المحكمة المعروض امامها النزاع ومن ثم نبين التكييف في القانون العراقي فيما يخص العمل الإرهابي في فقرتين مستقلتين وكالاتي :

أولاً / إخضاع التكييف لقانون المحكمة

وضع هذه النظرية الفقيه الألماني بارتن والذي لاحظ بأن القضاء في فرنسا وفي غيرها من الدول يرجع عادة عند تحديد طبيعة المنازعة المعروضة الى القانون الوطني.^(١) فالواقعة الإرهابية التي تعرض على القاضي يكون تكييفها وفقا لقانون المحكمة التي تنتظر هذا النزاع فالمحاكم عندما تفعل ذلك لا تبرر مسلكها كونها تقوم بإجراء التكييف بطريقة ضمنية وغير محسوسة أي ان القضاة لا يشيرون الى قاعدة إخضاع التكييف الى قانون القاضي المعروض عليه النزاع بل

(١) ينظر المادة (١٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وقد نصت على انه " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين ... " وكذلك المادة (١١) من القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ اذ نصت على انه " القانون الاردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين ... " وكذلك المادة (١١) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ والتي نصت على انه " القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين ... " والمادة (١٠) من القانون المدني الليبي والتي نصت على انه " القانون الليبي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين ... "

يقوم كل قاضٍ من هؤلاء القضاة معتمداً على قانونه ضمناً وعلى غير قصد وسواء أكان قانون القاضي من بين القوانين المتنازعة لحكم المنازعة أو كان هذا التنازع بين قوانين أجنبية أي لا يحظر هنا قانون القاضي فإن القاضي يكيف المنازعة وفقاً لقانونه الوطني. ومن التطبيقات القضائية للمحاكم الخاصة تمثل اختصاصها الموضوعي لجريمة الإرهاب الدولي هي المحكمة الخاصة بلبنان والتي تولت التحقيق في قضية التفجير الإرهابي والذي أودى بحياة رئيس الوزراء الأسبق رفيق الحريري وآخرين (رحمهم الله جميعاً) كونها محكمة ذات طابع دولي وقد تبين ذلك في المبادئ العامة لإنشاء المحكمة ذات الطابع الدولي وكذلك الأشخاص والمواضيع الداخلة ضمن اختصاصها وتكوينها وكذلك موقعها وهذا كله جاء استناداً إلى المشاورات والمباحثات التي جرت بين الأمانة العامة للأمم المتحدة والسلطات اللبنانية.^(١) حيث يسري على هذه المحكمة الخاصة قانون ذو طابع دولي فنصت المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة على أنه " رهنا بأحكام هذا النظام الأساسي يسري ما يلي على الملاحقة القضائية والمعاقبة على الجرائم المشار إليها في المادة الأولى من هذا النظام الأساسي " أ. أحكام قانون العقوبات اللبناني المتعلقة بالملاحقة والمعاقبة على الأعمال الإرهابية والجرائم والجنح التي ترتكب ضد حياة الأشخاص وسلامتهم الشخصية والتجمعات غير المشروعة وعدم الإبلاغ عن الجرائم والجنح بما في ذلك القواعد المتعلقة بالعناصر المادية للجريمة والمشاركة فيها والتآمر لارتكابها " ب. المادتان ٦ و ٧ من القانون اللبناني المؤرخ في ١١ كانون الثاني ١٩٥٨ بشأن تشديد العقوبات على العصيان والحرب الأهلية والتقاتل بين الأديان " ^(٢).

عليه فإن المحكمة تطبق القانون الوطني أي قانون العقوبات اللبناني على أن يستثنى منه بنص العقوبات أمثال عقوبتي الإعدام والاشغال الشاقة والذين يتبقيان فيما عدا ما ذكر أعلاه ساريتين بموجب القانون اللبناني وللمحكمة الخاصة كذلك سلطة فرض عقوبات قد تصل إلى السجن المؤبد وتنفيذ العقوبات أعلاه يكون في دولة يختارها رئيس هذه المحكمة تكون من بين قائمة الدول التي أبدت استعدادها لقبول تنفيذ عقوبات المدانين من المحكمة.^(٣) حيث تعد هذه

(١) ينظر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن انشاء محكمة خاصة بلبنان بتاريخ ١٥ / ١١ / ٢٠٠٦.

(٢) ينظر المادة (١ و ٢) من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بلبنان وكذلك المادتان (٦ و ٧) من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٥٨ .

(٣) ينظر موقع المحكمة الخاصة بلبنان "http://www.stl-tsl.org"

المحكمة الخاصة بلبنان هي اول محكمة تكون ذات طابع دولي وكذلك صاحبة اختصاص في جرائم الإرهاب في زمن السلم " جريمة بحد ذاتها " وان جريمة الإرهاب وحسب ما وصفها في قرار لمجلس الامن التابع للأمم المتحدة المرقم ١٧٥٧ بأنها تشكل " تهديدا للسلم والامن الدوليين " وكذلك ان المحكمة الخاصة بلبنان تطبق تعريف القانون اللبناني للإرهاب والذي احد عناصر هذا التعريف استخدام وسائل " من شأنها ان تحدث خطرا عاما ".^(١) والوسائل التي تحدث خطرا في القانون اللبناني هي الأدوات المتفجرة والمواد الملتهبة والمنتجات السامة او المنتجات المحرقة وكذلك الوبائية وعلية فالمتضررين الذين عانوا نتيجة ضرر مباشر للاعتداءات الحاصلة المشاركة في الإجراءات لغرض عرض وجهات نظرهم كون النظام الأساسي للمحكمة لا يجيز للمتضررين طلب التعويض لدى هذه المحكمة الخاصة ولكن بعد الفصل في القضية محل النزاع يترك لهم الحرية في استخدام الحكم الصادر عن المحكمة في رفع مطالبهم لدى المحاكم الوطنية وكذلك في وسع هؤلاء المتضررين المشاركين فور انتهاء مرحلة التحقيق وتصديق قرار الاتهام اما بالنسبة لوحدة المتضررين والتابعة لقلم المحكمة فهذه الوحدة تقوم بتزويد المتضرر المشارك في الإجراءات او تزويد ممثله القانوني بجميع المواد المساعدة القانونية اللازمة.^(٢)

وبالرجوع الى صلب الموضوع فقد استند بارتن في تبرير نظريته في اجراء التكيف وفقا لقانون المحكمة الى فكرة السيادة كون المشرع عندما يضع قواعد الاسناد يتوخى من ذلك ضبط حدود سيادة الدولة لأنه عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي على اقليم دولته في بعض المنازعات فهذا الامر يجتري من السيادة الإقليمية لقانون هذه الدولة فهذه الأمور المتعلقة بتحديد طبيعة المنازعات ما هو الا توضيح للحالات التي تسمح بها الدولة للحد من سيادتها عند افساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي.^(٣)

(١) ينظر المادة (٣١٤) من قانون العقوبات اللبناني .

(٢) قريمش مصطفى ، المحكمة الخاصة بلبنان بين السيادة والحصانة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة مولود المعمري كلية الحقوق ، الجزائر ٢٠٠٦ ص ١١٦ وكذلك ينظر القرار (١٧٥٧) والخاص بالمحكمة الخاصة بلبنان .

(٣) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ١٩٦٩ ص ١١٩ .

فالمشرع الوطني هو الذي يضع قواعد التنازع التي تنص على الطوائف القانونية والتي يمكن هنا ان تخرج من اختصاص التشريع الوطني ليتم اخضاعها لحكم القانون الأجنبي بسبب ان توضيح الطوائف القانونية التي يحملها كل من القانون الوطني او القانون الأجنبي لا تكفي وحدها لتطبيق القانون الأجنبي لابل يتعين لهذا التطبيق تحديد القواعد والتي بمقتضاها ادخال كل منازعة من المنازعات المعروضة على القضاء في احدى الطوائف والتي قدر لها المشرع قاعدة تنازع وهذا التحديد ولا يجوز ان يتم الا وفقا لقانون المحكمة والكلام بعكس ذلك سيعطي الفرصة لقانون اخر غير قانون المحكمة لتحديد الاطار الذي تمارس فيه الدولة سيادتها التشريعية.^(١) لكن الفقه الحديث اختلف مع بارتان حول الأساس الذي بنى عليه نظريته كون هذا الفقه يرى انه من الصحيح القول بأن تنازع القوانين هو تنازع بين السیادات كون هذا الأساس (تنازع السیادات) يعدّ غامضا في الوقت الحاضر لأنه يتعلق بمخلفات الماضي فيما يتعلق بدراسات القانون الدولي الخاص.^(٢) اما الأساس الثاني والذي بنى عليه الفقيه بارتان هذه النظرية فهو القول بانه من غير المقبول ان يوجد داخل النظام القانوني الواحد لدولة تكيفان للمنازعة نفسها وعلية فالطريقة الأمثل لضمانه عدم تغيير التكيف من منازعة الى اخرى سواء اكانت وطنية ام ذي طابع دولي هو اخضاع التكيف لقانون المحكمة.^(٣) ولكن الفقيه بارتن استدرک امر النظرية وأورد تحفظا عليها وملخص هذا التحفظ هو ان التكيف الذي تم وفقا لقانون المحكمة انما هو التكيف الاولي الذي تحدد فيه طبيعة المنازعة ومن ثم بعد ذلك يتعين القانون الذي يحكمها بمعنى ان المنازعة متى ما استندت الى قانون معين فإن هذه التکيفات اللاحقة والتي أعمال القواعد الموضوعية الى القانون الواجب التطبيق فإنها تتم وفق لقواعد ذلك القانون وبهذا فلا دخل للقاضي فيها كون قانون القاضي لا يتولى الا التكيف الذي تشير عليه قواعد الاسناد اما بالنسبة للتکيفات اللاحقة او كما تسمى بالثانوية والتي يتطلبها الفصل بالمنازعة

(١) د. فؤاد عبد المنعم ، د. محمد خالد الترجمان ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية ١٩٩٨-١٩٩٩ ص ٥٩.

(٢) د. كريم مزعل شبي ، التكيف في تنازع القوانين ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ١٩٩٢ ص ٥١ .

(٣) د. فؤاد عبد المنعم ، د. سامية راشد ، أحوال تنازع القوانين ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٦-١٩٩٧ ص ١٠٢ .

المعروضة فينفرد بها القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد.^(١) وأضاف الدكتور جمال محمود الكردي الى ذلك وقال " ان السبب وراء القصر في مجال نظرية بارتان على التكيف الاولي هو نفس السبب الذي دفع بالقضاء للاستعانة بقانون المحكمة في تحديد طبيعة النزاع المعروض قبل ظهور النظرية والسبب ذلك يمكن في ان الرجوع الى القانون الوطني في اجراء التكيف الاولي يعد السبيل الوحيد للوصول الى معرفة القانون الواجب التطبيق وبعد الوصول الى هذا القانون على المنازعة المعروضة فلا يبقى هناك حاجة للتكيف وفقا لقانون المحكمة وبعد ذلك لابد من الاخذ بالقانون المختص لحسم مختلف المسائل والتي قد تطرح عند تطبيقه والتي من بينها التكييفات اللاحقة والتي تعتبر جزء من الحكم الموضوعي الذي يتضمنه ". اما ما يتعلق بالاستثناءات التي وصفها الفقيه بارتان على هذه النظرية فهي استثناءان الأول يتعلق بالالتزامات التعاقدية كونه يخرجها من قاعدة خضوع التكيف لقانون المحكمة بسبب خضوعها لقانون الإرادة فلا يمكن ان يفرض على الافراد تكيف معين للتصرفات التي يبرمونها ويعزى ذلك بانه اذا كانت قواعد التنازع تترك مجال للأفراد باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم فمن باب أولى ان تترك لهم مجالا في اختيار هذا القانون الذي يحدد طبيعة هذه التصرفات وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الاستثناء بالمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي.^(٢) اما بالنسبة للاستثناء الثاني الذي أورده بارتان على هذه النظرية هو ما يتعلق بتكييف المال كون تحديد طبيعة المال سواء ما كان منه عقارا ام منقولا لا يخضع الى قانون المحكمة وانما يخضع الى القانون المختص بموقع المال فهذا الاستثناء تقتضيه استقرار المعاملات وهذا المبدأ يتفق مع مبدأ الفقيه مانشيني والذي استثنى القوانين التي تتعلق بالملكية العقارية من شخصية القوانين لكن الفقه وجه انتقادا الى هذا الاستثناء كونه لا يقوم على أساس قانوني وانما يبرره اعتبار عملي ويضيفون الى انتقادهم بان تقسيم الأموال الى منقولة وغير منقولة هو تقسيم صناعي لا يخلو من التحكم ويعطون مثالا هنا كأسهم بنك فرنسا كانت لوقت قريب تعامل على انها عقارات يجوز رهنها رهنا تأمينياً في حين المحل التجاري يعامل على انه منقول كذلك فالمنقول يمكن ان ينتقل من مكان الى اخر ومن ثم

(١) د. جمال مرسي بدر التكيف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة الاربعون ، العدد الأول ١٩٥٩ ص ١٨٦ .

(٢) د. إبراهيم احمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٧٩ كذلك ينظر نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي .

يخضعه ذلك الى تكيفات متعاقبة.^(١) وبالرغم من هذه الانتقادات بقية هذه النظرية هي الراجحة عند الفقهاء والتي اخذت بها غالبية قوانين الدول كما رأينا ولاسيما القانون العراقي الذي سنبحثه في الفقرة الثانية .

ثانياً / تكيف الأعمال الإرهابية في القانون العراقي

اما بالنسبة للقانون العراقي فقد اخذ بنظرية التكيف واخضعها لقانون المحكمة وبهذا فالقانون العراقي قد عوّل على نظرية اخضاع التكيف لقانون القاضي والتي قال بها بارتان وهذا واضح من نص المادة (١٧) من القانون المدني العراقي الا وهو " القانون العراقي هو المرجع في تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة ... " وتبين لنا من هذا النص ان المشرع سار على نهج هذه النظرية وذلك لتكييف المنازعة المعروضة امامه وبالتالي فالمقصود به هنا هو التكيف الاولي اما بالنسبة للتكيفات الثانوية او اللاحقة فتخرج من اختصاص القانون العراقي ليحكمها القانون المختص بحكم المنازعة وحسب ما حددته قواعد الاسناد.^(٢) وبهذا فالقاضي العراقي يرجع الى الأنظمة الواردة في قانونه كالقانون المدني او قانون العقوبات ولكن بأفق واسع لتكييف وتحديد المنازعة المعروضة امامه ليتم بعد ذلك التعرف على قاعدة الاسناد العراقية التي بدورها سوف تعين القانون الواجب التطبيق ، أي ان القاضي العراقي يكيف المنازعة المعروضة وفقاً للأنظمة القانونية الموجودة في التشريع العراقي لكن بأفق واسع بالاطلاع على التكيف العالمية ليتمكن من اختيار قاعدة الاسناد المثالية التي ترشد الى القانون الواجب التطبيق.^(٣) وهنا يثور التساؤل الاتي والذي مقتضاه بأن القاضي العراقي قد أعطى الاختصاص في التكيف لقانونه العراقي اعتماداً بانه اخذ بنظرية اخضاع التكيف لقانون القاضي في حالة اذا ما رفعت امام القاضي العراقي المنازعة ، لكن ما الحل اذا كانت هذه المنازعة قد رفعت امام محكمة اجنبية هل يعترف عندئذ القانون العراقي بإعطاء التكيف لقانون ذلك القاضي المرفوع امامه المنازعة بناءً على اختصاص قانون القاضي وحسب التوجيه الذي تتوجه اليه المشرع العراقي

(١) د. عبد الحميد محمود حسن السامرائي ، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون ١٩٩٠ ص ٢٤ .

(٢) عبد الحميد السامرائي ، مصدر سابق ص ٣٦ .

(٣) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، طبعة ٢ مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧٢ ص ٨٥ .

في التكيف ام يبقى القانون العراقي في هذه الحالة مختص أيضاً بالتكيف ؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول انه لو تأملنا جيداً في نص المادة (١٧) من القانون العراقي لوجدنا انها اخضعت التكيف للقانون العراقي لكن " عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة ... " والواضح من كلمة يطلب والتي يفهم منها بأن قصد المشرع العراقي بان يعطي الاختصاص في التكيف الى القانون العراقي عندما يكون النزاع معروض امامه ويطلب منه تكيف هذه المنازعة اما غير ذلك فان الاختصاص يكون راجع لقانون القاضي المرفوع امامه النزاع لان اصبح من المبادئ المسلم بها بان القاضي المرفوع امامة النزاع هو الذي يكيف الحالة ولا سيما ان المشرع العراقي قد نص على وجوب العمل وفق مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً حسب ما نص مشرعنا في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي هذا يعتبر مأخذ على القانون العراقي كونه وقع في الخطأ نفسه الذي وقع فيه القانون المصري عندما نص في قانونه رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ في المادة العاشرة انفة الذكر " القانون المصري هو المرجع عندما يطلب ... " كون رجوع القاضي العراقي الى قانونه الوطني عند اجراء التكيف لا يتوقف هذا على طلب احد الخصوم او طلب غيرهم بس يعتبر هذا لازماً مادام كان تحديد نوع العلاقة ضروري لتطبيق قاعدة الاسناد .^(١)

وعلى الرغم من اخضاع التكيف للقانون العراقي لكن هذه المادة تحمل في طياتها استثناء الأول وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٧) بقولها " ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقاراً او منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها الشيء ... " وبهذا يعتبر استثناء على اختصاص التكيف للقانون العراقي لكن بعض الفقه يعترضون على هذا الاستثناء بقولهم بأنه " لا محل من الاخذ بهذا الاستثناء كون بارتين يقول بهذا الاستثناء بحجة ان التكيف في هذه الحالة يتصل بنظام الملكية وكذلك نظام الأموال في كل دولة والقول بذلك سيؤدي الى ان نظام التكيف ممكن ان يهدم كله من أساسه كذلك ان قواعد الاسناد في قانون القاضي قد يحد من تطبيقها كثيراً .^(٢) كذلك قال بعض الشراح بأن بان النص على هذا الاستثناء في القانون العراقي لا يقوم على أساس كون المال سواء اكان منقولاً او عقاراً يخضع منطقياً لقانون

(١) د. مصطفى كامل ياسين مذكرات في القانون الدولي الخاص مطبعة المعارف بغداد ١٩٥٢ ص ١٧٨ .

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، شرح القانون الدولي الخاص ، شرح القانون الدولي الخاص الجزء الثاني مطبعة التقيض الاهلية بغداد ١٩٤٥-١٩٤٦ ص ٦٥٢ .

موقعهما وهذا الحال يختص بها من الطبيعي قانون موقع المال .^(١) اما الاستثناء الثاني والذي أورده المادة (٢٩) من القانون المدني بقولها " احكام المواد السابقة لا تطبق اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذه في العراق " وبهذا اصبح نص المادة (١٧) مقيداً بهذا الاستثناء فاذا ما تحقق هذا الاستثناء فيجب إعطاء الاختصاص التكيف الى القانون الذي تشير عليه المعاهدة الدولية او القانون الخاص .

كذلك عاد المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) منه فقيّد العمل في القانون الأجنبي بشرط نص عليه وهو "على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". أي أن هناك شروط أو قيود على نطاق التكيف في القانون العراقي حالة وجود شرط ازدواجية عدم مشروعية الفعل الضار في كل من قانون محل وقوع الفعل وقانون القاضي بالنسبة للفعل الضار حيث إن الأصل هو تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار غير انه يشترط هنا عدم مشروعية الفعل في قانون القاضي أيضاً فإذا كان الفعل الضار غير مشروع في قانون محل وقوعه ، غير انه مشروع في القانون العراقي فهنا يستبعد تطبيق قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة وهذا ما نصت عليه المادة آتفة الذكر أي يمكن القول هنا بأنه كون الفعل يعد ضار حسب ما هو مقرر في القانون الأجنبي (قانون البلد الذي وقعت به الواقعة) فهذا لا يعد كافياً لاستكمال عناصر المسؤولية بل يشترط هنا بالإضافة الى أنه غير مشروع في الخارج يكون غير مشروع في القانون العراقي وهذا هو شرط ازدواج عدم المشروعية فمثلاً الزواج الثاني وتأديب الزوجة في الحدود المرسومة فإذا ما وقع في دولة أخرى يمكن أن يكون غير مشروع على العكس من القانون العراقي فإنه يكون مشروعاً.^(٢) " فلو ان شخص فرنسي الجنسية قام بعمل إرهابي في دولته وبعد ذلك تسلل بطريقة غير شرعية ودخل الحدود العراقية لكي يقوم بعمل إرهابي أيضاً لكن قبل تنفيذه العمل الإرهابي تم القاء القبض عليه من قبل القوات العراقية وبهذه الحالة فان هذا الفرنسي قد قام بعمل غير مشروع سواء في دولته الام او الدولة العراقية عليه فهذا ينطبق عليه احكام الفقرة الثانية من المادة (٢٧) من القانون

(١) عبد الحميد محمود السامرائي المصدر السابق ص ٣٩ .

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٩٣ .

المدني العراقي فهنا يمكن تطبيق القانون الفرنسي عليه او تطبيق القانون العراقي باعتباره قانون محل وقوع العمل الإرهابي او يمكن ان يسلم الى السلطات الفرنسية لمعاقبته اذا كان هناك اتفاقية دولية بين فرنسا والعراق لتسليم المجرمين وهنا حصل فعلا شرط الازدواجية في العمل غير المشروع الذي هو العمل الإرهابي وهنا يمكن معاقبة الإرهابي حسب القانون الفرنسي او القانون العراقي لتطبيق ما ورد في الفقرة الثانية من المادة انفة الذكر".

المبحث الثاني

مفهوم المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية عبر الحدود

برزت فكرة المسؤولية المدنية للدولة مع تطور مفهوم كل من الدولة والمسؤولية المدنية وانعكس ذلك جلياً مع نمو مفهوم الارهاب كظاهرة اشغلت العالم بأسره منذ مطلع القرن الماضي حيث حاولت جاهدة البلدان معالجة هذه الظاهرة المرعبة بمجموعة تشريعات وأوامر وانظمة نظراً لاتساع ظاهرة الارهاب دولياً فقد نتج عن ذلك نشوء قاعدة واسعة للتشريعات والتي يمكن باستقراءها ايضاح نوع المسؤولية التي تضمن حق المتضررين من جراء العمليات الارهابية والتي تراوحت بين النصوص الواضحة الصريحة التي تعوض المتضرر مادياً ومعنوياً وجسدياً وبأوقات تكون معها التعويضات مجدية تعود الى تشريعات قاصرة يحكمها كثير من التفاصيل ، فقد عانى العالم من عوز كبير في المؤامة بين نمو التشريع الخاص بالتعويض عن العمليات الإرهابية مع استفحال الارهاب في الحياة اليومية ووصوله في بعض الاحيان الى مستوى الكارثة وبالتالي ظلت التشريعات بحالة وسطية ولم تحسم بشكل واضح وصريح المسؤولية المدنية للدولة عن تعويض المتضررين وظلت تستعين بفقرات من قوانينها المدنية كذلك يمكننا القول ان ما ينظمه القانون كأجراء وتطبيق فعلي للتعويض عن الاعمال الارهابية انما يتم بطريقة معقدة وبمبالغ غير مناسبة وغير متكافئة للضرر الحقيقي . عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نعتقد المطلب الاول لبيان تعريف المسؤولية المدنية للدولة وتأصيلها ومن ثم نعتقد المطلب الثاني لبيان الأساس القانوني لهذه المسؤولية وكالاتي:-

المطلب الاول

تعريف المسؤولية المدنية للدولة وتأصيلها

ان محاولة إعطاء تعريف للمسؤولية المدنية وكذلك إيجاد مفهوم جديد لها هذه محاولة تقليدية وعليه فلا تأتي بشي جديد ولكن البحث عن تأصيل هذه المسؤولية يعتبر محل خلاف وخصوصا في اطار بحثنا اذ اختلف الفقه حول تأصيل مسؤولية المدنية للدولة كونهم انقسموا إلى اتجاهين الأول يرجع بهذه المسؤولية الى التأصيل القانوني بحيث يؤكد هذا الاتجاه بأنه هنالك التزاماً قانونياً يقع على عاتق الدولة تجاه المجني عليهم فتكون الدولة بهذه الحالة مكلفة بحمايه هؤلاء من مخاطر الجريمة فهذا الامر الذي يثير مسؤوليتها اذا ما فشلت في منع وقوع هذه الجريمة اما الاتجاه الثاني فيأصل المسؤولية الى التأصيل الاجتماعي كونهم يرون انصار هذا الاتجاه بأن الدولة حينما تبادر بصرف التعويض للمجني عليهم من جراء العمليات الإرهابية فأنها تفعل ذلك بدافع من نفسها وبناء على قواعد التضامن الاجتماعي فالدولة هنا هدفها مشاركة المعاناة التي يشعر بها المتضررين كذلك تخفيف الام عنهم.^(١)

وفي هذا المطلب نحاول ان نعطي تعريف للمسؤولية المدنية للدولة ومن ثم نتناول تأصيل هذه المسؤولية وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نعقد الفرع الاول لدراسة تعريف المسؤولية المدنية للدولة ومن ثم نعقد الفرع الثاني لدراسة تأصيل هذه المسؤولية وكالاتي:-

(١) حقوق المجنى عليه في الاجراءات الجنائية ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ١٩٨٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ١٩٩٠ ص ٦١١ .

الفرع الأول

تعريف المسؤولية المدنية للدولة

المسؤولية في الاصطلاح عُرِفَتْ تعاريف كثيرة منها ((الزام شخص بضمان الضرر الواقع بالغير نتيجة تصرف قام به)) وعرفت كذلك ((الزام شخص بضمان النتائج الضارة التي تصيب الغير والمتربة على فعل من افعاله))^(١). اما تعريف المدنية في الاصطلاح فالمسؤولية المدنية كما تم تعريفها بأنها ((التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع او هي نتيجة اقتراف امر يوجب مواخذة فاعله))^(٢). علما ان كثيرا من المسؤوليات تترتب على اعمال اخرى كالقتل الخطأ لاتدخل تحت هذا التوصيف ، فالمسؤولية بشكل عام هي الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل اتاه وهذا العمل يفترض فيه الاخلال بقاعدة ملزمة فأن كانت القاعدة نظامية فالاخلال بها يتبع مسؤولية نظامية يقابلها جزاء حدده النظام او عين شروطه وان كانت القاعدة اخلاقية او ادبية فالمسؤولية تكون ادبية وليس لها جزاء مادي ملموس وانما جزاء اخلاقي يتمثل في لوم النفس وتأنيب الضمير.^(٣) وقد عُرِفَتْ كذلك ((بأنها التزام بموجب قد يندرج من موجب ادبي او أخلاقي او طبيعي الى موجب مدني متمثل بمصلحة مالية او بعمل او بإمتناع عن عمل معين))^(٤). فالمسؤولية المدنية اذاً صورة من صور المسؤولية النظامية ومضمونها التزام المسؤول بتعويض الاضرار الحادثة بسببه للغير فهي مسؤولية نظامية لأنها ترتب أثراً محدداً هو الالتزام بالتعويض الذي يكفل تنفيذه بالجزاءات النظامية وتعتبر المسؤولية مدنية اذا كانت اخلالاً بالالتزام نظامي لا يخاف شرع الله او اخلالاً بالنظام العام والأداب الإسلامية.^(٥)

(١) مصطلحات قانونية اقترتها ندوة دمشق عام ١٩٧٣ ص ٥٠

(٢) حسن علي الذنون . المبسوط في المسؤولية المدنية ،الضرر ،ج ١ ، ١٩٩١ ص ١١.

(٣) سليمان مرقس . المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، معهد البحوث العربية القاهرة ج ١ ص ١.

(٤) مصطفى العوجي ، المسؤولية المدنية الجزء الثاني القانون المدني ، منشورات الحلبي ، الطبعة الثانية ٢٠٠٤

بيروت ص ٩.

(٥) محمد محمد قتا، تعريف المسؤولية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الاسلامي / مجله جامعة الامام محمد

بن سعود الاسلامية العدد السادس محرم ١٤١٣ هـ ص ١٨٩.

وهذا الالتزام بالتعويض عن الضرر هو العنصر الذي يتجلى به تعريف المسؤولية المدنية وبه يتضح المراد بها. ^(١)

ان تحديد معنى للمسؤولية تحديداً جامعاً مانعاً ليس بالأمر الهين ويرجع ذلك لتعدد انواعها واختلاف كل نوع منها عن الآخر، سواء في احكامها او اثارها او نطاقها. ^(٢) فكلمة مسؤولية تعني ((ان فعلاً ضار يوجب مواخذه فاعله)) ^(٣). يتضح من تعريفها انه عند وقوع خطأ يجب مجازاة مرتكبه والخطأ يعني هنا بالعمل المحظور الذي يرتكبه الشخص عمداً عن علم بحظره وقصد إلى نتائجه. ^(٤) وقد عرفها القانون المصري بالعمل غير المشروع اما بالنسبة للقانون الاردني فقد عرفها بالفعل الضار ، وعليه فالمسؤولية المدنية هي من صور المسؤولية القانونية الناتجة عن فعل الشخص الذي ينتج عنه ضرر للغير.

وتعرف المسؤولية المدنية كذلك بانها ((التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على اخلاله بالالتزام يقع عليه)) ^(٥) وعرفت ايضا بانها ((الالتزام بتعويض واصلاح الضرر الذي يسببه اخلال المدين بالتزامه)) ^(٦). كما عرفها قضاء محكمة النقض المصرية بأن ((المسؤولية المدنية لا تقوم الا بتوافر اركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسؤول عن ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث يثبت ان هذا الضرر قد نشأ عن ذلك الخطأ ونتيجة لحدوثه. ^(٧) وقولها كذلك ((لما كان الحكم قد بين اركان المسؤولية من خطأ وضرر

(١) محمد بن عبيد الدوسري ، دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية ، رسالة دكتوراه (غير منشورة) المعهد العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن سعود ، الرياض ١٤٢٤هـ ص ٤٤ ينظر منصور بن صالح المسلمي ، المسؤولية المدنية لانتهاك الخصوصية في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة رسالة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الامنية ، كلية الدراسات العليا الرياض ١٤٣١هـ ص ٧.

(٢) عماد حمدي حجازي ، بحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى الاسكندرية ٢٠٠٨ ص ٢٤٠.

(٣) حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية دار المعارف ، الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٣.

(٤) مصطفى احمد الزرقاء ، الفعل الضار والضمان فيه ، دار العلم ، دمشق ١٩٨٨ ص ٥٩.

(٥) عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ٤٢٨.

(٦) فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٩ ص ١٠.

(٧) عماد حمدي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٢٤١.

وعلاقة سببية فإنه يكون قد احاط بعناصر المسؤولية المدنية احاطة كاملة)) ويتضح ان ما انتهت اليه محكمة النقض ان المسالة بالتعويض قوامها خطأ المسؤول عن الضرر الواقع في حق المضرور والعلاقة السببية بينهما وبالتالي ففي حالة يكون الفاعل قد اخل بالتزام مقرر في ذهنه وترتب على هذا الاخلال ضرر للغير فيصبح بالتالي مسؤولاً قبل المضرور وملتزمًا بتعويضه عما اصابه من ضرر ويكون المضرور وحده له الحق في التعويض ويعتبر حقاً خالصاً له وبالتالي تحققت المسؤولية المدنية. وبالرغم من اختلاف الفاظ التعريفات السابقة الا انها تعني بصفة عامة ان فعلاً ضاراً قد وقع كما يستوجب مؤاخذه فاعله وتحمله تبعة ما اقترفه فالغرض منها تعويض المضرور دون ان تنطرق الى عقاب المسؤول عليه فالمسؤولية المدنية هي اخلال بالتزام ناجم عن عقد او ارادة منفردة او فعل ضار.^(١)

ويعد استعراضنا لأهم التعاريف للمسؤولية المدنية لابد ان نرجع الى صلب الموضوع الا وهو المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الارهابية حيث تمتاز فكرة مسؤولية الدولة امام ضحايا الجرائم بصفة عامة والجرائم الارهابية بصفة خاصة بانها من الافكار القديمة التي تطورت في العصر الحديث وكذلك تم البيان عنها في العديد من المؤتمرات الدولية الهامة والتي انعقدت بهذا الخصوص للنهوض بواقع مسؤولية الدولة المدنية. ان مسألة التزام الدولة بتعويض ضحايا الارهاب لها جذور قديمة ترجع الى الحضارات القديمة كقانون حمورابي وقانون الالواح الاثني عشرة حيث يتألف قانون حمورابي من اثني عشر قسماً ويتضمن (٢٨٤) مادة قانونية تناولت بالنظم احكاماً ومسائل مختلفة.^(٢) حيث نصت المادة ٢٣ منه على انه ((في حالة ارتكاب جريمة سرقة ولم يعرف مرتكبها يلتزم حاكم المدينة بتقديم التعويض للمجنى عليه)) وكذلك نصت المادة ٢٤ منه ((بالتزام الحاكم ان يدفع لورثة المجنى عليه في جريمة القتل مبلغاً كاملاً من الفضة وذلك في حالة عدم معرفة القاتل)).^(٣)

(١) بشير احمد صالح ، مسؤولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة ٢٠٠١ ص ١٩٥.

(٢) محمد يعقوب حياتي، تعويض الدولة للمجنى عليه في جرائم الاشخاص دراسة مقارنة في علم المجنى عليه رسالة دكتوراه في الحقوق ،جامعة الاسكندرية ١٩٧٧ ص ٢٧ ينظر م. وليد زامل المصدر السابق ، ص ٦٧.

(٣) احمد عبد اللطيف الفقهي، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة ، تطبق على ضحايا جرائم الارهاب وجرائم الايدز بسبب نقل الدم الملوث ، دار الفجر للنشر والتوزيع القاهرة ٢٠٠٣ ينظر وليد زامل مرجع سابق ص ٦٧.

ومن نص المادتين ٢٣ و ٢٤ من قانون حمورابي تبين انهما لم تقتصر على مسؤولية الدولة في تعويض ضحايا الجرائم على شخص المضرور والمجنى عليه بالتحديد وإنما امتد التعويض الى ورثة المجنى عليه كونهم تضرروا ايضاً ثم تبلورت معالمها في ظل أحكام الشريعة الاسلامية من خلال تطبيق مبدأ (لا يبطل دم في الاسلام) حيث قررت وجوب الدية من بيت المال وكذلك في اوائل القرن التاسع عشر بدا الفكر الغربي في الانتعاش من خلال الفلسفة ومختلف المدارس الفقهية التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية للدولة واستمر الحال الى ان جاءت الحرب العالمية الثانية التي كانت سبباً في اندثار مسؤولية الدولة بسبب انشغال العالم بالحرب واثارها المدمرة حتى ظهرت المصلحة الاجتماعية (مارجري فراي) والتي أحييت الفكرة من جديد من خلال كتابها الشهير (أسلحة القانون).^(١) كون الضحية كانت في النظم القديمة محور اهتمام اصحاب الحق في معاقبة الجناة او العفو عنهم مقابل التعويض او بدونه في ظل غياب تام لسلطة الدولة او مسؤوليتها وكان يطلق تسمية من قبل بعض الفقهاء على هذه المرحلة بالعصر الذهبي للضحية اذ وصل الامر الى استرقاق الجاني واستعباده لدى اهل الضحية.^(٢) وكان للمصلحة الاجتماعية (مارجري فراي) دور كبير بانتقال فكرة التعويض (المسؤولية) من المجال الفطري الى المجال التشريعي وذلك بنشر المقالات التي من اشهرها المقالة الموسومة (انصاف المجنى عليه) كذلك شهدت حركة ظهور الدراسة الفقهية الجنائية امثال المدرسة التقليدية الاولى ومؤسسها الفيلسوف الانكليزي (جريمي بنتام) ويعتبر من الاوائل الذين نادوا بتعويض ضحايا الجرائم من قبل الدولة وظهر بعد ذلك المدرسة الايطالية وكذلك تسمى المدرسة ((الوصفية)) والتي مضت بنفس اراء المدرسة التقليدية وكان متبني فقهاء هذه المدرسة تحميل الدولة جبر ضرر ضحايا الجرائم من خزائنها العامة عندما يكون الجاني معسراً او غير معروف على اساس ان المجتمع الذي تقاعس في حماية المجنى عليه والمحافظة عليه فصار لزاماً عليه ان يبادر الى تعويض المتضررين من مختلف الجرائم وبسبيل هذا انعقدت مؤتمرات دولية نادت بضرورة تحمل الدولة مسؤوليتها في تعويض المضرورين ومن هذه المؤتمرات هو مؤتمر

(١) احمد عبد اللطيف الفقي المصدر نفسه، ص ٦٤.

(٢) محمد ابو العلا عقيدة ، المبادئ التوجيهية لحماية ضحايا الجريمة في التشريعات العربية وكلية العلوم الاقتصادية وجامعة عين شمس ١٩٩٢ ص ١٠٨ وكذلك مصطفى خالد فهمي تعويض المتضررين من الاعمال الارهابية ،دار الفكر الاسكندرية، ط ١ ٢٠٠٧ ص ٤٩ ينظر م. وليد زامل المصدر السابق ص ٦٧.

بودابست لتعويض المجنى عليه والذي انعقد في بودابست والذي يعتبر المؤتمر الحادي عشر لقانون العقوبات والذي ناقش موضوع تعويض ضحايا الجرائم في الفترة الممتدة بين ٩-١٥/أيلول/١٩٧٤ وحسب اهتمام المؤتمر على توسيع الأشخاص الذين تقع عليهم الجريمة لتمتد الى الأشخاص الذين يتضررون من هذه الجريمة وهم أولئك الذين يعولهم القتل وبالتالي عدم اقتصار الاهتمام على من تقع عليه الجريمة مباشرة اي المجنى عليه.^(١) اذ قرر المؤتمر بأن تكون طبيعة مسؤولية الدولة اتجاه ضحايا الارهاب اصلية وليس تبعية او احتياطية فعندما يكون الجاني مجهولاً او معسراً فعندئذ يجب ان تتحمل الدولة بمواردها العامة تعويض المجنى عليه لان تعويض المجنى عليه يمثل جزءاً ضرورياً من الجزاء الجنائي خاصة فيما يتعلق بموضوع اصلاح الجاني من الناحية الاجتماعية فهو بذلك يهدف إلى إعادة التوازن القانوني والاجتماعي الذي اخلت به الجريمة من ناحية والبحث عن وسيلة اصلاح تتماشى مع السياسة الجنائية الحديثة من ناحية أخرى، وقد حث المؤتمر على التطبيق العملي لهذا الموضوع والذي يعد بدوره واجب عاماً يقوم على قواعد عصرية لمبدأ التضامن الاجتماعي وخاصة في الاحوال التي يكون فيها الجاني مجهولاً او معسراً وعليه ذهب اغلب المشاركين بالمؤتمر الى ضرورة تأسيس نظام يكفل تعويض المجنى عليه من الاموال العامة للدولة.^(٢) كذلك لا ننسى مؤتمر لوس انجلس الذي انعقد في مدينة لوس انجلوس في ولاية كاليفورنيا في شهر كانون الاول ١٩٦٨ بخصوص تعويض الدولة لضحايا الجريمة ومن بين التوصيات التي خرج بها المؤتمر هو ضرورة اصدار تشريع فدرالي بهذا الشأن وتحميل وزارة العدل والكونغرس التزام بدفع تعويض فوري لكل من تضرر مدنياً بسبب انتهاك قانون الحقوق المدنية الفدرالي وعدّ المؤتمر التعويض حقاً للمجنى عليهم في مختلف الجرائم.^(٣)

(١) م. وليد زامل الساعدي ، المصدر السابق ص ٧٣.

(٢) د. ذنون يونس صالح المحمدي، تعويض الاضرار الواقعة على حياة الانسان وسلامة جسده ،دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية ٢٠١٣ ص ٤٦٢.

(٣) م. م. وليد زامل الساعدي، المصدر السابق ص ٧٤.

ولما كانت الدولة هي التي تضع القواعد القانونية وتسن القوانين المختلفة عن طريق السلطة التشريعية وتسهر على تطبيقها بواسطة المحاكم لذا فهي تدخل في نطاق القانون الخاص تارة بصفتها التشريعية واخرى بصفتها القضائية فضلاً عن وجودها المادي العملي من خلال السلطة التنفيذية.^(١) اما فيما يخص الأعمال الإرهابية فان الموضوع مختلف ذلك كما لاحظنا تطور المسؤولية المدنية عبر تطور الشرائع كون هذه الشرائع تعتبر من المصادر التاريخية للقوانين الوضعية في العصر الحديث والذي استلزم معه تطور المسؤولية المدنية للدولة وتميزها عن غيرها من المسؤوليات بحيث تستوعب الاعمال الارهابية احد ابرز الفقرات التي تتم مسائلة الدولة عنها مدنياً.^(٢) فالمسؤولية المدنية للدولة وكما عرفها احد الفقهاء بانها ((المسؤولية التي تلزم الدولة او المسؤول قانوناً بتعويض المتضررين عن الضرر الجسدي او الضرر الذي اصاب ممتلكاتهم حتى ولو لم تقترب الدولة اي خطأ او يصدر عنها اي نشاط مدرك))^(٣). وبالتالي ان الذي يحصل في العمليات الارهابية نجد الدولة وحدها تلتزم بالتعويض عنه كون رجوع المضرور من العمل الارهابي على محدث الضرر يصطدم بعدة عقبات تحول دون حصوله على التعويض وتجعل حق المضرور في التعويض فارغاً من مضمونه اذ الاعمال الارهابية التي يرتكبها شخص او اشخاص معسرين مثلاً، كما ان استخدام المسؤول عن الاعمال الارهابية لأحدث اجهزة التكنولوجيا في تنفيذ الجرائم الارهابية يؤدي الى عدم وجوده على مسرح الجريمة بحيث قد تصبح الجريمة في بادئ الامر بلا مسؤول معروف ومحدد وكذلك ان مرتكبي الاعمال الارهابية قد ينتمون لأكثر من دولة الامر الذي يؤدي الى قيام مسؤولية الدولة التي تؤدي الارهاب طبقاً لقواعد المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ اذا استطاع المضرور اثبات خطأ الدولة المسؤولة ولكن هذا الاثبات امراً صعباً وعسيراً وبافتراض معرفة المسؤول عن العمل الارهابي والقبض عليه وتقديمه للمحكمة الجنائية فانه يلزم الا يكون معسراً بمعنى اموال

(١) حسن محمد الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية ،التعاقدية) في القانون الفرنسي والقانون العراقي (المقارن) مطبعة الحداد، البصرة ١٩٥٥ ص ١٠٤ ينظر فائق يونس حسين، المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الارهابية في القانون العراقي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ،جامعة بغداد ٢٠١٤ ص ١٥.

(٢) د. عباس زيون العبودي، تاريخ القانون ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، مطبعة الموصل ١٩٨٨ ص ١٠٧.

(٣) عباس العبودي (النظرية المادية) من بحوث المؤتمر العلمي القسم القانون الخاص ، كلية القانون جامعة بغداد في ٢٩-٣٠/١١/٢٠١٠ ص ٥.

للتنفيذ عليها عند حصول المضرور على حكم من المحكمة المدنية بإلزامه بالتعويض ولكن الواقع العملي يشهد ان مرتكب العمل ارهابي غالباً ما يعاني من اوضاع اقتصادية واجتماعية متدهورة فيكون المضرور من هذا العمل الإرهابي في موقف لا يُحسد عليه اذ القواعد العامة في المسؤولية المدنية غير كافية لتعويضه عما اصابه من اضرار.^(١) كذلك هنالك مشاكل اخرى بالتدخل الحاصل في مسؤولية الدولة حتى قيل انه ((ليست من المشاكل الجديدة التحدي الذي تتم مواجهته في مختلف الازمان والاقطار والمتمثل في ما تواجهه الادارات التي تصارع الارهاب وما يضيفه عليها من عبء إضافياً يتمثل فيما يتطلبه موقفها من الموازنة بين التنفيذ الكفوء للقانون واحترام الحقوق المدنية للمواطن)) من ذلك فإن الدولة تتعرض لمواقف متناقضين يتمثلان بالتزامها بتطبيق القانون ومتطلباته التنفيذية وما يرافق ذلك التنفيذ من الحد لحرية المواطن.^(٢)

الفرع الثاني

تأصيل المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

يمكن ان تتخيل ان احد المواطنين وهو متوجه الى عمله شاء حظه المتعثر ان يمر بمكان وقوع العمل الارهابي فأصيب بتشوهات في جسده او لقي حتفه فالسؤال هنا هل نتركه هو او ورثته في حالة مماته يعانون من معاناة الحياة دون ان تمتد يد لمساعدتهم ؟

وهكذا يصبح هولاء المواطنين تعساء وقد انقضت من حولهم مصادر الاغاثة ويصبح العبء الاجتماعي للجريمة عليهم ثقیلاً لو قورن بعبئها على من عاشوا وشاءت لهم الاقدار أن يظلوا بمنجاة العمل الإرهابي.^(٣) وتزداد الاهمية كذلك في حالة اغتيال الأبرياء والأمينين من احاد الناس والذي يمثل هدفاً رئيسياً للجماعات الارهابية لبث الرعب والخوف بين الناس وعدم

(١) محمد سالم النمر ومحمد محروس متولي، تعويض المضرور عن الاعمال الارهابية ((الزام الدولة بتعويض المضرور)) منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠١٨ ص ٨٦.

(٢) فاتن يونس حسين، المصدر السابق، ص ١٦.

(٣) رمسيس بهتام، مشكلة التعويض المجنى عليه في الجريمة، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي القاهرة ١٣-١٤/مارس/١٩٨٩، دار النهضة العربية ص ٤٤٦.

الاستقرار.^(١) وبالتالي تبدو الحاجة ملحة الى وضع نظام او مبدأ قانوني يكفل تعويض المضرورين من الاعمال الإرهابية. وقد أثار مبدأ التزام الدولة بتعويض ضحايا الاعمال الاجرامية عموماً وضحايا الأعمال الإرهابية على وجه الخصوص جدلاً واسعاً في الاوساط الفقهية حول مدى التزام الدولة بهذا المبدأ والاساس الذي يستند اليه.^(٢)

فقد ذهب جانب من الفقه الى انكار وعدم تأييد فكرة التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم بوجه عام وجرائم الاعمال الارهابية بوجه خاص وذلك لكفاية القواعد العامة في التعويض التي تقضي بالتزام الجاني بدفع التعويض للمضرور كذلك لا ينسى ما تقدمه الدولة من خدمات جوهرية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحياة الافراد ومعيشتهم مثل التأمينات الاجتماعية والضمان الصحي والمساعدات العامة التي تقدمها الدولة اثناء الكوارث الطبيعية كما ان الدولة مثقلة بكثير من الالعباء والتكاليف ، الامر الذي يؤدي الى ارهاق ميزانية الدولة وتحميلها بأعباء مالية قد لا تحتملها الخزنة العامة عند قيامها بصرف التعويض لكل شخص اصابه ضرر من جريمة.^(٣) وامام القصور في القواعد العامة كان لابد من البحث عن حلول او وسائل اخرى اكثر جدوى وفاعلية في اسعاف ضحايا الاعمال الارهابية وهنا برزت فكرة التزام الدولة بتعويض ضحايا الارهاب والتي نالت قدراً كبيراً من الدراسة والتحليل من حيث فاعليتها وقدرتها على الاستجابة لأكبر مطالب ضحايا الاعمال الارهابية وهو سرعة اسعافهم وجبر اضرارهم عن طريق تقرير وتقدير التعويض المناسب للضحايا وكل هذا بسبب ما تتمتع به الدولة من سلطان وما تمتلكه من امكانيات مادية وبشرية تسمح لها بتعويض مختلف الاضرار واذا اصبحت الدولة مسؤولة عن تعويض المضرور من الجريمة الارهابية فقد اختلف الفقه حول تأصيل اساس هذا الالتزام بالتعويض فذهب رأي الى ان مسؤولية الدولة عن تعويض المضرور اساسه التزام قانوني بينما ذهب رأي فقهي اخر اسس هذا الالتزام على اساس اجتماعي وبعد هذا وذاك سوف نقسم فرعنا الى فقرتين لنبحث كل اساس منفرد في فقرة مستقلة وكالاتي:-

(١) ابراهيم نافع ، كابوس الارهاب وسقوط الاقنعة ، مركز الاهرام للترجمة والنشر ١٩٩٤ ص ٦١ .

(٢) د. رمضان خضر شمس الدين، تعويض ضحايا الارهاب (دراسة مقارنة) دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ٢٠١٩ ص ٤٧ .

(٣) د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق ص ١٢٥ .

أولاً / التأصيل القانوني للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى ان التزام الدولة بتعويض المضرور من الجريمة الارهابية في حالة عدم حصوله على تعويض من طرف اخر يرجع الى اساس قانوني بحيث ان المضرور يطالب الدولة بالتعويض باعتباره حقاً مقررأ له وليس منحة من جانب الدولة وذلك بصرف النظر عن حاجة المضرور الى هذا التعويض او وقوع خطأ من الدولة ادى الى حدوث هذا الضرر.^(١) وعليه يجب ان تصدر الدولة تشريعاً تلتزم بمقتضاه بدفع التعويض للمضرور.^(٢) وهذا الرأي استند الى فكر العصر الحديث حيث يقرر هذا الفكر بعدم جواز قيام الافراد بتحقيق العدالة لأنفسهم بأنفسهم بحيث ان مسؤولية الدولة حماية النظام والمحافظة على الامن العام فإذا ما وقعت جريمة واصابت بعض الافراد بأضرار تعتبر دليلاً على اخلال الدولة بالتزاماتها بتوفير الامن للأفراد فتلزم بدفع التعويض للمضرورين عن الجريمة ، ويمكن ان نستشف بأن التزام الدولة بالتعويض في حالة حصول اضرار لا يبدأ الا اذا ظل الجاني مجهولاً أو ظهر الجاني ولكن ثبت عدم قدرته على الوفاء بمبلغ التعويض المحكوم به، كون الجاني هو المسؤول الاول والملتزم بدفع التعويض فأساس مسؤولية الدولة في هذه الحالة هو جبر الضرر باعتبارات الدولة حامية الولاية العامة فهي وارثة لمن لا وراث له فيجب ان تكون ضامنه لمن لا ضامن له عندما يصاب بإضرار من جريمة.^(٣) فالتعويض إذن في هذه الحالة هو حق خالص لضحايا الجريمة ويستطيعون مطالبة الدولة بالوفاء به دون ان تحتج بكثرة اعبائها المالية

(١) د. محمد عادل الفقي، حقوق المجنى عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشرعية الاسلامية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٤ ص ٢٨٥ ينظر د. عاطف عبد الحميد حسن ، المصدر السابق ص ١٢٩.

(٢) نصت المادة (١٣٢/ ب) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥)) تتكفل الدولة بتعويض اسر الشهداء والمصابين نتيجة الاعمال الإرهابية ((.

(٣) د. خيرى احمد الكباش، مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليهم اساسه -عناصره-ضماناته المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٢-١٤/مارس/١٩٨٩ بعنوان حقوق المجنى عليه من الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ ص ٥٨٠ ينظر علي كاطع حاجم مسؤولية الدولة المدنية عن الجرائم الارهاب (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير جامعة كربلاء ٢٠١٣ ص ١٩٩.

او اي سبب اخر يؤدي الى حرمان المضرورين من التعويض وبالتالي يكون لهم الحق في التعويض من دون النظر الى حاجتهم المالية.^(١)

ويعد القانون الفرنسي الصادر في ٣/يناير/١٩٧٧ هو اول تشريع لإلزام الدولة بتعويض المضرورين في جرائم العنف عندما يكون الجاني مجهولاً او معسراً ثم بعد ذلك جاء القانون الصادر في ٢/يناير/١٩٨١ ليجعل التعويض شاملاً لضحايا جرائم السرقة والنصب وخيانة الامانة وكذلك اصدر المشرع الفرنسي قانون ٧/يناير/١٩٨٣ في شأن مسؤولية الدولة الناتجة عن التجمهر والتجمع واخيراً اصدر قانون رقم ٨٦-١٠٢٠ الصادر في ٩/ سبتمبر ١٩٨٦ لتعويض الاضرار الناشئة عن الاعمال الارهابية وعهد الى صندوق الضمان بمهمة دفع التعويض.^(٢) اذ يذهب انصار هذا الاتجاه الى ان تلتزم الدولة بتعويض المضرور من الجريمة في حالة عدم حصوله على تعويض من طريق اخر يرجع الى اساس قانوني بحيث ان المضرور يطالب الدولة بتعويض باعتباره حقاً مقررأ له وليس منحة من جانب الدولة.^(٣) ويستند هذا الاتجاه الى فكرة العقد الاجتماعي الذي تم ابرامه ضمناً بين الفرد والدولة والذي بمقتضاه يلتزم الفرد بدفع الضرائب والرسوم في مقابل ان تتحمل الدولة مهمة حماية المواطنين من اخطار الجريمة والسهر على تطبيق القانون فاذا ما اخلت الدولة بالتزامها في توفير الامن للأفراد من خلال عدم استطاعتها منع الجريمة جاز للأفراد مطالبة الدولة بالتعويض عن الاضرار الناشئة عن الجريمة التي لم تستطع الدولة منعها.^(٤)

(١) د. محسن العبودي ، اساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليه في القانون الجنائي والاداري والشرعية الاسلامية بحث مقدم المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ١٩٧٥ ص ٤٥ و د. محسن العبودي اساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليه في القانون الجنائي والاداري والشرعية الاسلامية دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٩ ص ٤ ينظر ذنون يونس صالح ، تعويض الاضرار الواقعة على حياة الانسان وسلامه جسده (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ٢٠٠٩ ص ٣٧٣ .

(٢) د. عاطف عبد الحميد حسن ، المصدر السابق ، ص ١٢٦.

(٣) د. محسن العبودي، اساس مسؤولية الدولة ، المصدر السابق ، ص ٥١٦.

(٤) د. عاطف عبد الحميد حسن، المصدر السابق ، ص ١٢٩.

كذلك يستند انصار هذا الاتجاه الى فكرة العدالة اذ ان العدالة تقضي انه مقابل ضعف موارد الجاني المالية بسبب ان الدولة تفرض عليه عقوبات مالية كالغرامة او المصادرة فيعجز عن دفع التعويض المستحق للمضرور ، ان تحل الدولة محل الجاني في تعويض المضرور من الجريمة.^(١) ومن ناحية ثالثة فأصحاب هذا الرأي الفقهي يستندون الى مبدأ المساواة وتحمل الاعباء الا وهو قيام الدولة بتعويض المضرور من الجريمة في حالة معرفة الجاني او اعساره في حالة القبض عليه حتى لا يتفاوت حظ المضرور وفقاً لظروف الجاني.^(٢) وبالتالي واستناداً للحجج التي قالها اصحاب هذا الرأي نرى بان التعويض عن الاعمال الارهابية اصبح واجب وفرض على الدولة لابد من القيام به عند تعرض الافراد لمثل هذه الحالات وبالتالي فهو حق للمواطن وليس منحة من جانب الدولة او تبرعاً كذلك الحال بالتزام الدولة بتغطية جميع الاضرار كونها يقع على عاتقها حماية الافراد وتوفير الامن لهم ويتم الفصل بالموضوع عن طريق الجهات القضائية ويدق الامر هنا فبالرغم من وجهة هذا الرأي والاسانيد التي قال بها انصاره لكنه لم يسلم من النقد ومن هذه الانتقادات التي وجهت اليه هو أن فكرة وجود العقد الاجتماعي الضمني المبرم بين الافراد والدولة هي فكرة خيالية ولا سند لها من الحقيقة والقانون كذلك من الانتقادات التي وجهت الى هذا الرأي بأن الضرائب التي يدفعها المواطنون الى خزانة الدولة ماهي الا تنفيذ واجب قانوني والزامي حدده الدستور اما الانتقاد الثالث انه في حالة وجود اخلال من جانب الدولة في حالة منع الجريمة وبالتالي الزامها بالتعويض هذا امر لا يمكن التسليم به على اطلاقه لأن الاخذ بهذا الاتجاه يوجب على الدولة التزامها بالتعويض بالنسبة لجميع الجرائم وبالتالي يشكل عبئاً كبيراً على عاتق الدولة وبالرغم من هذه الانتقادات فقد اخذت به بعض الدول كما هو الحال في ولاية ماسالشير سيتي الامريكية ١٩٦٨ فحولت المحاكم العادية في الولاية الحق في القضاء بالتعويض لكل مواطن لم يجد علاجاً لما اصابه من اضرار.^(٣)

(١) د. محمد ابو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة ، دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة والنظام الجنائي الاسلامي الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ٢٩.

(٢) د محمود محمود مصطفى ، حقوق المجني عليه في القانون المقارن الطبعة الاولى ١٩٧٥ ص ١٣٠.

(٣) د. احمد عبد اللطيف الفقهي ، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة ، دار الفجر للنشر والتوزيع القاهرة الطبعة الخامسة ٢٠٠٣ ص ٨٢.

وكذلك قررت دولة فلندا بان هناك حق لضحايا الجريمة بالتعويض دون النظر لمراكزهم المالية.^(١) ووجب بلجيكا بدفع التعويض بصرف النظر عن جنسية الضحية او مرتكب الجريمة.^(٢) و ان المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات الذي عقد في بودابست سنة ١٩٧٤ اوصى بدفع التعويض للمجنى عليه كحق وليس منحة.^(٣) ولما في هذا الاساس من ضمان قانوني للمتضرر من العمليات الارهابية وبالرغم من صدور القانون الاخير للمشرع العراقي الا وهو (قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية العسكرية) رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ لكن لم نجد اشارة بان المشرع العراقي قد تبني هذا الاتجاه ونشيد بالمشرع العراقي ان يتبنى هذا الإتجاه إسوة ببعض الدول لما فيه ضمان قانوني للمتضررين من جراء العمليات الإرهابية.

ثانياً / التأصيل الاجتماعي للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

إن الاتجاه الحديث في العالم الان يتوجه نحو الانتقال بالمسؤولية عن التعويض للمتضررين من الاعمال الإرهابية من الفردية الى الجماعية بحيث هنا يجد المضرور ذمة جماعية تلتزم هي بتعويضه اذا ما حصل له ضرر وتكون هذه الذمة بجانب المسؤول و احيانا أخرى تكون بديله عنه.^(٤) لذلك ظهرت الأنظمة الجماعية في تعويض المضرور استجابة لنداء توفير حماية للمضرورين الذين تصيبهم اضرار جراء الاعمال الإرهابية وتعاضمت الاخطار التي يتعرض لها الضحايا في عصر التقدم الصناعي الهائل.^(٥) أن التطور نحو المسؤولية الموضوعية تعتبر احدى الوسائل التي لجأ اليها القضاء من اجل توفير حماية فعالة للمضرورين لكن التطور لم يقف الى هذا الحد كون القانون لازال يتطور ليثبت دائما انه قادراً على مباشرة

(١) ينظر القانون الفنلندي الصادر في ١٩٧٣/١٢/٣١ .

(٢) ينظر المرسوم الملكي البلجيكي لعام ١٩٧٦ .

(٣) محمود محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ١٣١ .

(٤) د محمد نصر الرفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٨ ص ٥٨١ .

(٥) د محمد نصر الدين منصور ، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن

الاجتماعي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص ١٧١ .

ومواكبة حركة الحياة المستمرة والتي لم تكف عن التطور وكانت من ثمار هذا التطور هو ظهور أنظمة اجتماعية وقانونية تتجه نحو تدعيم المتضررين وحتى مع انعدام الخطأ وكذلك عدم وجود المسؤول عن الضرر وتجلت في صور كثيرة منها ظهور تأمين الاضرار وكذلك تأمين المسؤولية وصولاً الى التأمينات الاجتماعية حتى ظهرت لنا الصناديق القومية للضمان كالصندوق القومي للتأمين من حوادث السيارات وكذلك الصندوق القومي لتأمين المزارعين ضد الخطر من الجفاف والتصحّر في مصر.^(١)

ان فكرة ((التضامن القومي)) هي أساس المسؤولية الجماعية عن تعويض المتضررين عن الاعمال الإرهابية حيث تعد فكرة التضامن من المسلمات والتي تتخذ من اجل المصلحة القومية حيث تمثل شأنا عاليا وبارزا ضمن مجموعة القيم السائدة في العصر الحديث كون التضامن ليس هو الهدف في حد ذاته بل ان الشعور الإنساني والذي يمثل دستور الامة والاساس الذي تتركز عليه الإجراءات والتي تتخذ من إقامة المصلحة القومية.^(٢) فالتضامن هو شعور لذات الجماعة كونه تعبير عن الأساس الذي تستند اليه المسؤولية تجاه فئة معينة اذ تواجه هذه الفئة صعوبة او مشقه في حالة الازمة الحادة ، واهمية فكرة التضامن القومي في شأن تعويض ضحايا الإرهاب تكون اكثر من غيرها من الجرائم وذلك بسبب ان المجنى عليه في جريمة الإرهاب لا ذنب له ولا جريمة في وقوع الجريمة عليه كذلك النقطة الثانية بأن هذا المجني عليه لا تربطه بالجاني ادنى علاقة وراء اختياره ضحية للجريمة ومعنى كلامنا هذا بأن أي فرد من افراد المجتمع يمكن ان يكون هو الضحية لو شاعت الاقدار بأن مروره او جلوسه يكون في هذا المكان المخطط له عليه فيعتبر هذا الضحية هو كبش الفداء لكي يحقق الإرهابي مبتغاه فيستحق هذا الضحية التعويض هو وورثته.^(٣)

(١) د محمد نصر الدين منصور ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .

(٢) د فؤاد محمد موسى عبد الكريم ، فكرة التضامن القومي وحقوق ضحايا الحوادث الارهابية (نحو اساس جديد للمسؤولية الادارية) القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص ٨١ .

(3) PONTIER(g.m):-de lo sqldorile , r.d.p. 1983 ,p 900.

أما في العراق فقد ظهرت صناديق الضمان أيضا منها صندوق ضمان الأطباء الصادر بموجب القانون رقم ٩ لعام ١٩٨٦ وصندوق ضمان لرجال الصحافة ومثله للمحامين وكذلك لذوي المهن الصحية ، أما في فرنسا فقد ظهر صندوق لتعويض ضحايا الاعمال الإرهابية.^(١) يرى القائلون.^(٢) بنظرية التضامن الاجتماعي باعتبارها أساس لتعويض متضرري العمليات الإرهابية ، انه من الضروري وجود تكافل وكذلك وجود تعاون بين الافراد لمواجهة ما يصيب بعضهم من اضرار ولما كانت الدولة هي التي تمثل الجماعة فلزام عليها ان تكون اول من يبادر في تفعيل نظام التكافل فعليها ان تقوم بتقديم يد العون الى هؤلاء المتضررين من الفعل الإرهابي وكذلك تدفع لهم التعويضات تساعدهم على ما تعرضوا له من ضرر فبهذه الحالة يقع على عاتق الدولة واجب هذا التضامن وكذلك التعاون مع الافراد في كل ما يواجهونه من اضرار جراء العمليات الإرهابية فالدولة عندما تتحمل هذا التعويض عن الافراد فهي تتحمل هذا التعويض والعبء المالي من باب الواجب الاجتماعي وليس من باب المسؤولية القانونية ويستند هذا القول الى الفكرة التي تقول بأن الدولة ملزمة بمنع وقوع الجريمة الإرهابية فإذا ما فشلت الدولة في منعها فعليها معرفة فاعل الجريمة وكذلك الزامه بالتعويض للمضرور اما اذا أخفقت مرة أخرى في معرفة الجاني وتقديمه للعدالة فهنا يقع عليها عاتق المسؤولية الاجتماعية في دفع التعويض للمضرور من العمل الإرهابي.^(٣) وكون أصحاب هذه النظرية يرون ان التزام الدولة بمنح التعويض ومساعدة المتضررين هو من منطلق وظيفتها الاجتماعية والنتيجة المترتبة على منح هذا التعويض للضحية هو مجرد اعانة اجتماعية وليس حقا خالصا للفرد يمكنه المطالبة به واذا أعطت الدولة تعويضا للمتضرر من جراء الاعمال الإرهابية فعليها ان تراعي في تقديرها الظروف المادية وكذلك مدى كفاية هذا التعويض لتغطية الضرر الذي أصاب المضرور. ويرى كذلك انصار هذا الاتجاه ان التزام الدولة بتعويض المضرور من الجريمة هو التزام اجتماعي وليس قانوني أساسه الانصاف والتضامن الاجتماعي بحيث ان الدولة تساعد المضرور من الجريمة بالقدر الذي تسمح به ميزانيتها العامة شأنه في ذلك شأن فئات أخرى من

(١) د حسن علي الذنون ، المبسوط ، الضرر ، شركة تايمس للطبع والنشر والمساهمة ص٣٧٦ .

(٢) د زكي حسين زيدان "حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس " دار الفكر الجامعي الاسكندرية دون تاريخ نشر ص١٩٢ نقلا عن د حمدي ابو النور السيد عويس ، مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الكوارث دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠١٦ ص ٤٦ .

(٣) د. احمد الفقي ، الدولة وضحايا الجريمة ، دار الفجر للنشر والتوزيع القاهرة ط٢٠٠٣ ص٨١.

أفراد المجتمع تحتاج الى رعاية مثل المرضى والشيوخ والمتضررين من الكوارث الطبيعية تساعد الدولة بإصدار تشريعات ذات طابع اجتماعي لحمايتهم وتحسين أوضاعهم.^(١)

وأيّد جانب من الشراح هذه النظرية والتي تعد التضامن الاجتماعي هو أساسا للمسؤولية المدنية للدولة بتعويضهم عن الاعمال الإرهابية بكافة اشكالها مؤكدا بأنه يجب على الدولة ان ترسخ وتعمق هذا الأساس المتضامن المتجسد بالمضمون الإنساني مع الضحايا امرا حتميا وضرورة اجتماعية ، لكن انصار هذا الاتجاه يختلفون مع القائلين بأن التزام الدولة بأبداء المساعدة للمتضررين هو مجرد التزام أدبي فهو حسب وجه انصار هذا الاتجاه ليس كذلك وانما هو التزام دستوري وقانوني كون الدساتير نصت عليه أي على مبدأ التضامن الاجتماعي وكذلك ألزمت الدول بتحقيقه واعمال اثاره.^(٢) ولإكمال هذه المساعدة الاجتماعية من جانب الدولة عليها ان تنشأ صندوقاً عاماً لتعويض المضرورين من الجريمة الذين حالت الظروف دون حصولهم على تعويض عند اصابتهم بإضرار ناتجة عن ارتكاب الجريمة بحيث يمول هذا الصندوق من قيمة الاموال المصادرة والغرامات التي تحصلها الدولة من الجرائم وعندما تقوم الدولة بتعويض المضرور من الجريمة فان فعلها هذا لا تفعله على اساس مسؤوليتها القانونية وانما على اساس اجتماعي في مواجهة خطر الجريمة فيجب على الدولة معرفة الجاني وتقديمه للمحاكمة والزامه بتعويض المضرور فان عجزت عن معرفة الفاعل او ظهرانه معسر كانت الدولة ملزمة ادبياً واجتماعياً بتعويض المضرور من منطلق وظيفتها الاجتماعية واحساسها العالي بالمضرورين وتقديم المساعدة لهم.^(٣) وبذلك ظهرت نظرية المخاطر اذ تقوم مسؤولية الدولة وفقاً لهذه النظرية على ركنين فقط لا ثالث لهما وهما الضرر والعلاقة السببية بين فعل الدولة والضرر الذي نشأ عن الفعل وبذلك دون الحاجة إلى اثبات ان فعل الدولة تمخض عن خطأ او هنالك خطأ موجه الى شخص معين.^(٤) وهنالك نتائج على الاخذ بهذا الاتجاه ما نلاحظه بان التعويض الذي تدفعه الدولة الى المضرور ليس حقاً يطالب به وانما هو منحة او مساعدة اجتماعية تقدمه الدولة

(١) احمد شوقي ابو خطوه ، تعويض المجنى عليهم عن الاضرار الناشئة عن جرائم الارهاب ، مرجع سابق ص ٢٣.

(٢) د . حمدي ابو النور السيد عويس ، المصدر السابق ، ص ٤٧.

(٣) محمد أبو العلا عقيدة ، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة ، المصدر السابق ، ص ٣٤.

(٤) د. محمود ابراهيم احمد، الاتجاهات الحديثة في المسؤولية المدنية التقصيرية ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق المنصورة ٢٠١٦ ، ص ٣٥٢ وما بعدها.

للمتضرر من الجريمة مما يعني ان الدولة غير ملزمة على الاطلاق بتعويض اي متضرر عن اي ضرر ناتج من اي جريمة وهذا لا يمكن ان يقبل مع الوظيفة التي يحفظ بها الدولة والتي هي اساساً لالتزام بكل ما يحقق مصالح الرعية.^(١) كذلك يمكن للدولة ان تقتصر التعويض على نوع معين من الجرائم ولا يعطى الا للمضرور المحتاج الى المساعدة بحيث اذا كان موسراً فلا يكون هناك التزام على عاتق الدولة بتعويضه كما يجوز للدولة ان تضع حداً اقصى للمبلغ الواجب دفعه للمضرور وذلك لان الجرائم لا حصر لها فلا يمكن ان تعوز الدولة جميع الجرائم.^(٢) كذلك من النتائج المترتبة على الاخذ بهذا المبدأ هو ان الدولة تنتظر في طلبات التعويض وتقدير المبلغ الواجب دفعه للمضرور من الجريمة يكون من اختصاص جهة ادارية ولا يعهد به الى جهات قضائية فان الدولة لها مطلق الحرية في ان توكل امر القيام لدفع التعويض لمن تشاء فهي التي تحدد الجهات الادارية التي تشرف على صرف التعويض للمستحقين من المتضررين.^(٣) وقد أخذت بهذا الاساس بعض التشريعات واعتبرته نظاماً لدفع التعويضات عن الجرائم على اساس انه برنامج خيري.^(٤) كما هو الحال في قانون ولاية نيويورك التي اعتبرت التعويض بمثابة مساعدة او تبرع ولا يمنح للمجنى عليه الا اذا تسبب له ضائقة مالية.^(٥)

اما على المستوى الاقليمي فقد اخذت به تقريباً اغلبية الدول العربية مثالها السعودية حيث نص القانون الاساس للمملكة العربية السعودية على التزام الدولة ودورها في التعامل الاجتماعي وكذلك اخذت مصر بهذا الاساس كما هو واضح ما جاء بدساتيرها المتعاقبة بانها اكدت على واجب الدولة الاجتماعي تجاه مواطنيها فقد كان دستور ١٩٧١ حيث قرر في المادة ٧ من على انه " يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي " وكذلك ما جاء بدستور ٢٠١٢ في نص المادة ٨ من حيث نصت على انه " تكفل الدولة وسائل تحقيق العدل والمساواة والحرية وتلتزم بتفسير سبل التراحم والتكافل الاجتماعي والتضامن بين افراد المجتمع ... " ثم جاء أخيراً الدستور النافذ في المادة ٨ منه ليؤكد على هذا المبدأ بقولها " يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي " أما

(١) محمود مصطفى القللي، شرح قانون العقوبات من جرائم الاموال الطبعة الاولى ١٩٣٩ ص ١٣٦.

(٢) محمود محمود مصطفى ، حقوق المجنى عليه ، المصدر السابق ، ص ١٣١.

(٣) يعقوب محمد حياتي، تعويض الدولة للمجنى عليهم في جرائم الاشخاص ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ١٩٧٧ ص ١٢١ ، ينظر فائق يونس حسين ، المصدر السابق ، ص ٣٠.

(٤) قانون رقم ٥ ولاية كاليفورنيا ١٩٦٥.

(٥) قانون رقم ٤ ولاية نيويورك ١٩٦٧.

بالنسبة للمشرع الكويتي فإنه اخذ بمبدأ التضامن الاجتماعي مستمداً أحكامه من الدين الاسلامي وبحسب مفهوم المشرع للشرعية.^(١)

اما بالنسبة لموقف مشرعنا العراقي فقد اخذ بهذا الاساس في قانون تعويض الاعمال الارهابية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ الملغي وذلك باستخدامه كلمة (يمنح) بكل فقراتها وكذلك ما نلاحظه في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ حيث نص على أنه ((تكفل الدولة تعويض الشهداء والمصابين نتيجة الاعمال الإرهابية)) وكذلك ما لاحظناه في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ في المادة ٢ منه في الفقرة الثالثة على اساس تشكيل لجان ادارية تقوم بالنظر بطلبات التعويض مع الملاحظة هنا ان التزام الدولة هو التزام تبعي وليس اصلي وعليه فأن مرتكب الجريمة يبقى هو المسؤول الاصلي عن تعويض الاضرار الناشئة عن تلك الجرائم وبهذا يتوضح لنا ان مشرعنا العراقي قد اخذ بالاساس الاجتماعي لالتزام الدولة بتعويض المتضررين من العمليات الارهابية وعلى الرغم من ان الاساس الاجتماعي لالتزام الدولة بالتعويض يعبر عن الوظيفة الاجتماعية للدولة الا ان هذا الاساس لم يخل من توجيه النقد اليه اذ يترك انطباع لدى الرأي العام بان التعويض الذي تدفعه الدولة للمضرور من الجريمة هو نوع من الشفقة والاحسان وليس دفع ما هو واجب على الدولة.^(٢) وعليه فنحن نميل الى ان مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم الإرهابية يجب ان يستند على اساس قانوني كون الدولة مسؤولة عن الرعاية ومسؤولة عن حفظ الامن للرعية وكون التعويض هو حق للشعب وليس منحة ، كذلك كون الأعمال الإرهابية تقع في نطاق هذه الدولة عليه فلا بد أن تكون الدولة مسؤولة عن كل ما يحصل في كنفها باعتبارها صاحبة السيادة .

(١) قانون المساعدات العامة الكويتي الملغي رقم ٣٠ لسنة ١٩٧١ .

(٢) عادل محمد الفقي، حقوق المجنى عليه في القانون الوضعي، المصدر السابق ، ص ٤٨٥ .

المطلب الثاني

أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

يقصد هنا بأساس المسؤولية أي "السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين".^(١) فأساس المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الإرهابية هو السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر عن تلك الجرائم على شخص (الدولة) لكونها الشخص المعنوي والموكل اليها واجب حفظ النظام والامن داخل البلد وقد قيل في الأساس القانوني للمسؤولية المدنية للدولة عدة نظريات ولكن يمكن ارجاعها الى مجموعتين حيث الأولى اتخذت من الخطأ أساس لها وهذه النظريات الشخصية اما المجموعة الثانية فإنها اتخذت الضرر هو الأساس فيها وتسمى النظريات الموضوعية .

وعلى هذا الاساس فإن القاء عبء المسؤولية على عاتق الشخص الذي ارتكب الفعل غير المشروع يجعله مسؤولاً عن تعويض من اضر به هذا الفعل حيث ان اهم واجبات الدولة الحديثة في مختلف الدساتير هو توفير الامن للمواطن وحمايته من الجريمة بكافة الوسائل بل اصبح من واجبات الدولة تعويض المضررين الذين تضرروا من اثر الجريمة الارهابية وشاء القدر دون حصولهم على تعويض من الجاني لإعساره او لكونه اصبح اشلاء فالمسؤولية في مفهومها الحديث تستند الى مبدأ المساواة امام الالعباء العامة ويترتب على ذلك احساس المضرور بالعدالة من قبل الدولة وبعد التطور والاعتراف بمسؤولية الدولة على وفق ضوابط معينة تحول الاهتمام الى المتضرر من الجريمة واقتضى الامر تحول كذلك في اساس المسؤولية فلم يعد كالسابق الخطأ كافياً لتغطية جميع صور واشكال المسؤولية فظهرت نظرية حديثة الا وهي نظرية بلا خطأ تسمى (نظرية المخاطر) ثم نشأت وتبلورت بموازاتها نظريات أخرى هما مبدأ المساواة امام الالعباء العامة.^(٢) عليه سوف نقسم المطلب الى فرعين لبحث هذه النظريتين كل منها في فرع مستقل وكالاتي :

(١) د محمد لبيب شنب ، الموجز في مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية للنشر بيروت ، ١٩٦٩ ص ١٠٢ .
(٢) د. الجيلاني بو زيد الدين، اساس مسؤولية الادارة الموضوعية ، منشور في مجلة الادارة العامة ، العدد الثاني ٢٠٠٤ ينظر د. رمضان خضر شمس الدين ، المصدر السابق ، ص ٦٤ .

الفرع الأول

الخطأ أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

انشأ الفقيهان الفرنسيان دوما و بوتيه في القانون الفرنسي القديم نظرية الخطأ والتي بموجبها تكون الدولة مسؤولة عن اعمالها على اساس الخطأ الصادر من قبلها حيث تتبنى المسؤولية المدنية للدولة عن تعويض ضحايا الارهاب في هذه الحالة على اساس المسؤولية التقليدية (الخطأ) والتي تقوم على ثلاثة اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة بين الخطأ والضرر وحتى تتحمل الدولة المسؤولية المدنية لابد من اثبات العلاقة بين نشاطها والضرر اي اثبات الخطأ المرفقي وعلى ذلك فان اساس المسؤولية في هذه الحالة ليس الضرر وانما من كان سبباً مباشراً في حدوث الضرر ، فلا يمكن لشخص معين ان يحمل الدولة المسؤولية وبالتالي المطالبة بتعويض لانه تضرر بل ينبغي عليه في بادئ الامر ان يثبت ان سلوك ما سبب له ضرراً كان مخالفاً للقانون.^(١)

وبناءً على ما تقدم من الضروري علينا ان نميز بين فكرة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية عن فعل الغير وبين فكرة الخطأ بوصفه أساساً تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير الذي يسأل عنه شخص اخر ومن ثم يجب ان يكون فعله الضار فعل خاطئ والخطأ الذي يرتكبه الغير خطأ بسيط واجب الاثبات ابتداء في جانبه كما لو كان هو المسؤول عنه شخصياً اما الخطأ الذي هو اساس لقيام المسؤولية عن فعل الغير فهو خطأ يقترحه المشرع في جانبه وهو اما يكون خطأ في الاختيار او خطأ في الرقابة والتوجيه او انه خطأ مفترض في الاختيار او النقص في الرقابة والتوجيه.^(٢) وعلى العموم يعتبر الخطأ تبعاً للتعريف الكلاسيكي لبلانيول ((PLANIOL)) ((اخلال بالتزام سابق)) ويقول الاستاذ ((Chopus)) : نكون مرتكبين الخطأ

(١) د. يحيى احمد البناء، الارهاب والتعاون والمسؤولية الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ١٩٩٨ ص ١١ .

(٢) د. رمضان خضر شمس الدين ، المصدر السابق ، ص ٦٧ .

عندما لا نتصرف كما كان علينا ان نفعله، اي عندما يكون الفعل او الامتناع عن الفعل من طبيعة تبرير لوم ما ((^(١).

وبناءً على ما تقدم فإن المسؤولية المدنية للدولة عن الاضرار الناتجة عن الاعمال الارهابية تقوم على اساس الخطأ المباشر الراجع الى الخلل في تنظيم المرافق العامة او الاهمال في الرقابة والاشراف عليها او يرجع الى تقصير المرفق في اداء واجباته لذلك فإن مناهم مسؤولية الدولة وفق هذا المبدأ هو حدوث الخطأ في مرفقها والذي يلحق الضرر بالشخص المعين ولا بد ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي حصل.^(٢) لذلك يتطلب على المتضرر ان يثبت ما اصابه من ضرر راجع الى سوء تنظيم المرفق او تقصيره لان في هذه الحالة نلاحظ ان المسؤولية تترتب على الخطأ الواجب اثباته ، بحيث يمكن من الناحية النظرية ان تكون الدولة مسؤولة عن تعويض الاضرار الناشئة عن الاعمال الارهابية على اساس الخطأ اذا استطاع المضرور اثبات الخطأ في مسلكها كون ركن الخطأ يعتبر بمثابة حجر الزاوية في المسؤولية المدنية للدولة بحيث تقوم هذه المسؤولية بوجوده وتنتفي بانتفائه وعليه فقد اكدت المحكمة الادارية العليا على هذا الاتجاه في احد قراراتها ((بأن الادارة لا تسأل عن القرارات التي تصدر منها الا في حالة وقوع خطأ من جانبها بأن تكون هذه القرارات غير مشروعة ، اي مشوبة بعيب او اكثر من العيوب المنصوص عليها فاذا برأت من هذه العيوب كانت سليمة مشروعة مطابقة للقانون فلا تسأل الادارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها لانتفاء ركن الخطأ اذا لا مندوحة (لاغنى) من ان يتحمل الافراد في سبيل الطاعة نتائج نشاط الادارة (المشروع اي المطابق للقانون)).^(٣) واذا كانت الدولة لا تكون مسؤولة عن الخطأ الشخصي الذي يرتكبه الموظف العام فإنها تعتبر مسؤولة عن الخطأ المرفقي وفي هذا الصدد فقد اعتبر القضاء

(١) ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الارهابية ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون كلية الحقوق جامعة بلقايد- تلمسان ٢٠١٦ ص ٢٣٤ .

(٢) احمد الرفاعي، النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية ، رسالة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥ ص ٥٧ .

(٣) المحكمة الادارية العليا للطعن ١٧٥٥ / ٢-٢٩/٦/١٩٥٧ مجموعة س ٢ ١٣١٠ وفي المعنى نفسه نقض ٣ يناير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض س ١٨- رقم ٣ امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفه يعتبر خطأ تترتب عليه مسؤولية اذا مالح ذلك ضرراً بالغير ينظر د. احمد سعيد الزقرد، تعويض الاضرار الناشئة عن جرائم الارهاب ، دراسة الجامعة الجديدة ٢٠٠٧ ص ٦٩ .

الاداري في بداية الامر نشاط الشرطة من ضمن نشاطات السلطة العمومية التي لا تكون الدولة مسؤولة عنها اعمالاً بمبدأ سيادة الدولة واستقر القضاء على هذا الموقف حتى بداية القرن العشرين.^(١) إلا ان مجلس الدولة الفرنسي كان له رأي في هذا الصدد حيث خفف من هذه القاعدة حينما اشترط ضرورة اثبات الخطأ الجسيم حتى تقوم مسؤولية مرفق الشرطة وكان هذا الرأي واضحاً وموثقاً عام ١٩٠٥ في قضية توماسو كريكو.^(٢) وبناء على ما تقدم فقد ظهرت الحاجة الملحة للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي فالمسؤولية المدنية لا تنثر الا في حالة الخطأ المرفقي وإذا كانت الدولة لا تكون مسؤولة عن الخطأ الشخصي الذي يرتكبه الموظف العام فانها تعتبر مسؤولة عن الخطأ المرفقي الذي يتمثل في عدم قيام المرفق تماماً بالخدمة سواء اداء المرفق للخدمة او تأخر المرفق في اداء الخدمة.^(٣) وعليه تقوم المسؤولية المدنية للدولة اذا اثبت المضرور ركن الخطأ المتمثل بعدم قيام مرفق الشرطة بالخدمة المطلوبة والمثال في هذه الحالة كقيام مجموعة ارامية بتهديد شخص ما بالقتل اذا لم يحمى بإداء عمل ما ويقوم هذا الشخص بإبلاغ الشرطة والتي لن تحرك ساكناً فتقوم المجموعة الارهابية بقتله وكذلك يمكن ان يكون الخطأ في صورة سوء اداء المرفق كأن يقتل احد رجال الشرطة احد المارة اثناء الاشتباكات ضائعاً انه إرهابي وكذلك من صور الخطأ في المرفق هو التباطؤ في عمل المرفق عن اداء الخدمة المطلوبة ومثال الحال كما في احتجاز مجموعة ارامية لمجموعة من

(١) رشيد خلوفي ، المسؤولية الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ١٩٩٤ ص ٦٦ .

(٢) وتتلخص هذه القضية في ان هناك ثور هائج وهرب من سوق العرياس في تونس وانطلق الجمهور في اثره واطلق عيار ناري جرح على اثره السيد (توماسو كريكو) وهو في داخل منزله فطالب المصاب الدولة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه ناسباً اطلاق الرصاصة الى احد رجال الدرك وان مرفق الضبط الاداري في جميع الاحوال قد ارتكب خطأ لعدم كفاءة النظام العام بطريقة تمنع مثل هذه الحوادث . الا ان مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب توماسو كريكو مشيراً الى انه لم يبين ان الطلقة التي اصابته قد صدرت من الدرك كما لم يبين ان الحادثة تعود الى الخطأ المصلحي لكن على الرغم من ذلك فأن اسباب الرفض التي ابدتها مجلس الدولة الفرنسي تدل وتقر بصفة ضحيته بزوال قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن نشاط الضبط . وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية توماسو كريكو بمسؤولية مصالح الشرطة على اساس الخطأ الجسيم مراعيّاً في ذلك مهمة ومشاق هذا المرفق في تحقيق النظام العام الذي يجب ان نعذر الاخطاء المنسوبة اليه فلا يسأل الا عن الخطأ الجسيم وتكون الدولة ملزمة بتعويض الضحية بمجرد اثبات وجود هذا الخطأ ((ينظر د بشير موسى ، الاساس القانوني لترتيب مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم الارهابية، بحث منشور في مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد الثالث، المجلد الثاني.

(٣) انور احمد رسلان ، مسؤولية الدولة غير التعاقدية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ٢٢٣.

الرهائن والتهديد بقتلهم واحد تلو الآخر وفعلاً تتدخل الشرطة لإنقاذهم ولكن بعد مقتل عدد كبيراً منهم عليه يثبت ان الشرطة لو تدخلت بسرعة اكبر لتم انقاذهم جميعاً ومن دون خسائر بشرية.^(١) وهنا يظهر التساؤل الاتي الا وهو التساؤل حول درجة الخطأ اللازم لانعقاد المسؤولية المدنية للدولة فهل يكفي الخطأ البسيط ام يلزم ان يتوافر الخطأ الجسيم؟

تشدد مجلس الدولة الفرنسي في درجة جسامه الخطأ المطلوبة لتقرير المسؤولية المدنية للدولة حيث كلما كانت الالعباء والواجبات الملقاة على عاتق المرفق جسيمة وثقيلة كما هو الحال في مرفق الشرطة نظراً لجسامه اعباءه ومن ثم يستلزم الخطأ الجسيم لإمكان الرجوع على الدولة بالمسؤولية وكما هو معروف ان مرفق الشرطة هو المكلف بالسهر على حماية وسلامة المواطنين من خطر وقوع الجرائم وقد بين مجلس الدولة الفرنسي موقفه في حكمه الصادر في ١٠/فبراير/١٩٨٢ في قضية ((COMPAGNIE AIRLINTER)) حيث رفض اقرار مسؤولية الدولة المدنية عن تفجير احدى الطائرات التابعة لشركة الطيران الداخلي بمطار ((Bastia - Poretta)) بواسطة مجموعة تابعة لحركة استقلال اقليم بعد زيارة رئيس الوزراء للإقليم كون الشركة مستندة في طلب التعويض إلى عدم كفاية الاجراءات الامنية المتخذة من جانب المحافظ لتأمين سلامة المطار الا ان مجلس الدولة الفرنسي ومن خلال قراره فإنه لم يجد ذلك خطأ جسيماً ومؤكداً لكي يمكن ان نقيم عليه المسؤولية عن الاضرار التي حصلت في هذا المجال.^(٢) وعليه فلا يعتبر كل خطأ يرتكبه مرفق الشرطة في حالة وقوع عمل ارهابي خطأ جسيماً كون الامر يتوقف على ظروف كل حالة بحيث ان القاضي يضع في اعتباره عند تقديره جسامه خطأ مرفق الشرطة في مواجهة الأعمال الإرهابية الظرف العام الذي ارتكب فيه هذه الاعمال وكذلك يدخل في اعتباره ما اذا كان الحادث متوقع او غير متوقع كذلك في تقديره لدى توقع الحادث يعتمد على زمان ومكان وقوعه والمعلومات الموضوعة تحت يده وكذلك وقوع حوادث مماثلة من عدمه كون القاضي يتشدد اذا ثبت ان المضرور نفسه سبق وان اخبر الشرطة في وقت مناسب عن احتمال وقوع حوادث ارهابية لكن مرفق الشرطة لن يحرك ساكناً كذلك فان

(١) فؤاد محمد موسى، فكرة التضامن القومي وحقوق ضحايا الحوادث الارهابية ، نحو اساس جديد للمسؤولية الادارية دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ٧١.

(٢) محمد عبد الواحد الجميلي ،ضحايا الارهاب بين انظمة المسؤولية والانظمة التعويضية ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٨٢.

القاضي يضع على عاتقه جميع الامكانيات والوسائل والاليات الموضوعة تحت يد عمل مرفق الشرطة لمواجهة الاعمال الإرهابية.^(١) كذلك من بين الاحكام التي قرر فيها القضاء الفرنسي مسؤولية الدولة في ظل الظروف الاستثنائية على اساس الخطأ الجسيم حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية السير (Bernard) اذ قرر مجلس الدولة الفرنسي (انه مادام ان مصلحة السجون لم تتخذ الاجراءات اللازمة لحماية سلامة المعتقل داخل السجن وبالنظر لغياب الاشراف الفعلي برجال البوليس في الرقابة على المعتقلين ، الشيء الذي ترتب عليه تعرض السير (Bernard) لاعتداء وحشي فان ذلك يشكل اهمالاً وتراخ من طرف مرفق البوليس وعدم اتخاذه الاجراءات الامنية اللازمة لحماية الشخص المعتقل اثناء فترة اعتقاله وهو ما من شأنه ان يؤدي الى قيام الخطأ الجسيم الذي يبرر قيام مسؤولية الدولة في ظل الظروف الاستثنائية.^(٢) وفيما يخص النشاط المادي التنفيذي لمرفق الشرطة فانه يمثل في جميع النشاطات والعمليات التي تقوم بها مرفق الشرطة لحفظ الامن والنظام العام والتي تكون بناء على اوامر او نصوص قانونية فأنها تنقسم الى نوعين :-

الاول / نشاط مادي تنفيذي بدون استعمال سلاح : فبهذه الحالة كما يعتبره القضاء انه لا مسؤولية على الدولة الا في حالة توافر الخطأ الجسيم وهذه قاعدة ثابتة ولا تتحمل استثناء ولصعوبة هذه الاعمال وما تتطلبها من مشاكل في مراقبة حركة المرور وتنظيمها جعلت مجلس الدولة الفرنسي يشترط وجود الخطأ الجسيم حتى تقوم مسؤولية الدولة.

ثانياً / نشاط مادي تنفيذي باستعمال سلاح ناري : وفي هذه الحالة يجب ان نميز بين فرضين اما ان يكون المضرور شخصاً معيناً بالعملية التي ستنفذها الشرطة والتي استعملت فيها اسلحة خطيرة مسؤولية الشرطة تقوم هنا على اساس الخطأ الجسيم كقاعدة عامة والخطأ البسيط كاستثناء، واما ان يكون المضرور شخصاً غير معين وبنفس الوقت غير مقصود بالعمليات التي تقوم بها الشرطة في هذا الوقت فإن مسؤولية الدولة تقوم على اساس المخاطر ونظراً لكثرة المخاطر الاستثنائية والتي تصيب الافراد من جراء العمليات التي يقومون بها الشرطة وكذلك

(١) رباب عنتر السيد ابراهيم ، تعويض المجنى عليهم عن الاضرار الناشئة عن جرائم الارهاب ، مصدر سابق ص٤١٧.

(2) C.E.30 Janvier 1948 , Bernard , Rec. C.E.P.47 .

الآليات والأسلحة المستخدمة في تلك العمليات فقد طور وعدل موقفه مجلس الدولة الفرنسي من اشتراط الخطأ الجسيم لتأمين المسؤولية مبنياً فكرة المخاطر اساس للمسؤولية.^(١) والتي سوف نتكلم عنها لاحقاً. وعلى العكس من ذلك فلم يأخذ القضاء المصري بفكرة تدرج الخطأ ورفض انعقاد مسؤولية الدولة على اساس الخطأ الجسيم بحيث اعتبر ان الخطأ واقعة مجردة متى تحققت اوجبت مسؤولية فاعلها عن تعويض الضرر الناشئ إياً كان درجة جسامة الخطأ وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه ((وان كان لجهة الادارة حرية ادارة المرفق العام _ من بينها مرفق الامن _ وصف تنظيمها والاشراف عليها الا ان ذلك لا يمنع القضاء من حق التدخل لتقدير مسؤولية الادارة من الضرر الذي يصيب الغير متى كان ذلك راجعاً الى اهمالها او تقصيرها في تنظيم شؤون المرفق العام او الاشراف عليه.^(٢) وعليه فإن اي درجة من الخطأ تكفي لقيام مسؤولية الدولة بحيث اذا استطاع المضرور من العمل الارهابي ان يثبت تقصير مرفق الشرطة في حماية المواطنين من مخاطر هذه الاعمال كأن يثبت عدم كفاية الاجراءات المتخذة بسبب اهمال او تباطؤ فبهذه الحالة يجوز للمضرور ان يطالب الدولة بالتعويض عن الاضرار الناشئة عن الاعمال الإرهابية.^(٣) ولكن وبالرغم من كل ذلك الا ان القضاء المصري لا يقدم فائدة للمتضررة من الاعمال الارهابية اذ ان هناك صعوبة في اثبات الخطأ من جانب مرفق الشرطة حتى وان كان يسيراً ان لم يكن اثبات الخطأ مستحيلاً نظراً للظروف التي يرتكب بها الحادث الارهابي والصعوبات التي تحيط بالعمل الفوضوي مما يجعل التجاء المضرور الى مسؤولية الدولة القائمة على اساس الخطأ بلا فائدة.^(٤)

(١) MarcelL manin ; Arrets fondamentaux du droit administrative

ينظر د. ديش موسى الاساس القانوني ، المصدر السابق ، ص ٦٧١ Ellipses, 1995, P555 .

(٢) نقض مدني ١٩٦٥/٥/٢٠ ، مجموعة احكام النقض / السنة ١٦ق، ص ٦١٤ رقم ٩٩ ينظر د. محمد سالم النمر و محمد محروس متولي ،تعويض المضرور من الاعمال الارهابية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠١٨ ص ١٠٨.

(٣) محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق ، ص ٣٨.

(٤) د. محمد سالم النمر و محمد محروس متولي ، المصدر السابق ، ص ١٠٨.

اما بالنسبة لموقف القانون العراقي قد نص في المادة (٢٣١).^(١) منه والذي اخذ بالقرينة البسيطة التي تفترض خطأ الحارس الذي كان تحت تصرفه الاشياء وبنفس الوقت تعطيه الحق بإقامة الدليل على عكس ذلك وبهذه الحالة فأن التزامه هو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية ويتوضح من ذلك ان الحارس الذي تحت تصرفه يمكن له ان يدفع عن نفسه مسؤولية الاضرار الناشئة عن الاشياء الخطرة اذا ثبت انه اتخذ التدابير الكافية لمنع وقوع الضرر واما ان يثبت ان الضرر حصل نتيجة القوة القاهرة او خطأ المتضرر نفسه بعبارة اخرى عليه ان يقيم دليل على وجود السبب الاجنبي اضافة الى ذلك ما جاء في المادة (٢١٩).^(٢) فأن مسؤولية الدولة عن اخطاء تابعيها قائمة اذا وقع منهم تعدي اثناء قيامهم بخدماتهم وتعد الدولة مخطئة في سوء ادارة المرفق او امتناعها عن تقديم الخدمات الامنية بالصورة المطلوبة.^(٣) ووفقاً للنص اعلاه فأن مسؤولية الدولة تقوم على اساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس اذا يستطيع المتبوع ان يتخلص من المسؤولية المترتبة عليه اذا ثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر وان الضرر كان لابد ان يقع حتى لو بذلت هذه العناية .

وبناءً على ما تقدم يتوضح لنا ان موقف المشرع العراقي جاء خلافاً لموقف المشرع الفرنسي والمشرع المصري حيث اخذ بنظرية الخطأ المفترض بقرينه بسيطة تقبل اثبات العكس بينما جاء موقف المشرع المصري والمشرع الفرنسي الذي أخذ بفكرة الخطأ المفترض ولكن بقرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس وفي ضوء ما تقدم وبعد ما تبين لنا ان المسؤولية المدنية للدولة

(١) المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ ((كل من كان تحت تصرفه الآلات الميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة)).

(٢) المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ((١- الحكومات والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم .

٢- ويستطيع المخدم ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية)).

(٣) وحسب قرار مجلس الدولة العراقي المرقم ٢٠١١/١١٦ بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٢ حيث بين المقصود بالأجهزة الامنية والتي نص عليها قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ حيث نص في المادة الاولى منه ((ويعني كل جهاز في المحافظة ينصب عمله على استتباب الامن والنظام ويترأسه موظف بدرجة مدير عام)) مجلة القانون والقضاء ، العدد ١٠ بغداد ٢٠١٢ ، ص ١٩٥.

عن الاعمال الارهابية يمكن ان تبنى على اساس المسؤولية التقليدية (الخطأ) فقد لاحظ بعض الفقه بأن هذا الاتجاه لا يصلح كأساس كافي و ملائم لتعويض ضحايا هذه الاعمال لإسباب كثيرة والتي منها هو الصعوبة في بادي الامر اسناد الخطأ الى الدولة حتى وان امكن ذلك فمن الصعوبة اثبات هذا الخطأ فضلاً عن المبدأ السائد في القانون الا وهو التفرقة ما بين الظروف الاعتيادية والظروف الاستثنائية (الطارئة) حيث كما نعرف ان تصرف الدولة في حالة الظروف الاستثنائية تكون في قدر كبير من الحرية وبالتالي فان تصرفها في مثل هذه الظروف مباحاً من الناحية القانونية وبالتالي فمن الصعب اثبات الخطأ من جانب الدولة وعليه فإن الحوادث الارهابية وهي حوادث طارئة واستثنائية والتي يصعب اخفاء نسبة الخطأ على الدولة فيها الا اذا كان الخطأ الذي ارتكبته جسيم كما هو مقرر مثلاً في التشريع الفرنسي وعليه فإن المتضرر او الضحية من هذه الحوادث يبقى بلا حماية لأن العمل الإرهابي وفقاً لما تقدم يعد ظرفاً استثنائياً^(١) وجدير بالذكر الى ان المسؤولية المدنية للدولة عن جرائم الارهاب قد تمتد لتشمل تعويض الدولة وليس فقط تعويض الافراد وهذا التعويض نشأ عن خطأ الدولة المفترض من الوقاية من الجرائم الارهابية باعتبار ان مسؤولية الدولة هنا مسؤولية مزدوجة من حيث تعويض افرادها وكذلك تعويض الدول التي يمتد اليها اثار تلك الجرائم بسبب خطأ الدولة المفترض وتلتزم الدولة بدفع التعويض الى الدول المتضررة^(٢) وبعد عجز نظرية الخطأ واعتمادها كأساس للمسؤولية بدء البحث عن اساس اخر وجديد ليساهم مع الخطأ في قيام المسؤولية المدنية للدولة عن جرائم الارهاب حيث كما توضح لنا انه يمكن قيام المسؤولية المدنية للدولة على اساس الخطأ ولكن الصعوبة تكمن في إثبات الخطأ من جانب الدولة وعدم وجوده تارة اخرى الامر الذي يدق في البحث عن اساس اخر يتمكن فيه المضرور من الحصول على حقه بالتعويض عليه لقد استحدث الفقه الفرنسي نظرية جديدة الا وهي نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية وهذا ما سنبحثه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(١) د. رمضان خضر شمس الدين ، المصدر السابق ، ص ٧٤.

(٢) د. فايز الهندي ، الاعلام القانوني دار اسامه للنشر ، عمان الطبعة الاولى ٢٠١٢ ، ص ٨٦.

الفرع الثاني

المخاطر أساس المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية

لما كانت المسؤولية المدنية للدولة عن الاضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية تقوم على اساس الخطأ وبالتحديد (الخطأ الجسيم) فهذا الاساس لا يكفل الحد لحماية المتضررين من الاعمال الارهابية لذلك فهناك تساؤل يطرح نفسه الا وهو (هل يمكن قيام المسؤولية المدنية للدولة عن الاضرار الناجمة عن الاعمال الارهابية حتى ولو لم يكن هناك اي خطأ ينسب اليها بمعنى اخر هل يمكن تأسيس المسؤولية المدنية للدولة على أساس الضرر بدون حصول خطأ من جانبها؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن لنا ان نقول ان المسؤولية المدنية تقوم هنا على أساس المخاطر اذا ثبت ان الضرر كان نتيجة نشاط الاجهزة الامنية المختصة عن مكافحة الجريمة والاعمال الارهابية مثال هذه الحالة كأن يصاب شخص بعيار ناري اثناء المطاردة او يتم تفجير منزل تابع لشخص معين يختبئ فيه الجناة كذلك الحال بالنسبة لرجال الامن انفسهم ومن يتعاون معهم في مكافحة الجريمة الارهابية. ونتيجة لما تقدم فقد قام الفقيهان الفرنسيان (سالي و جوسران) ببناء نظرية جديدة لتكون اساساً للمسؤولية المدنية بعيدة عن نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية وهذه النظرية اطلق عليها نظرية تحمل التبعة وفحواها ((من خلق تبعات يفيد من مغانمها، وجب عليه ان يحمل عبء مغارمها))^(١) وبذلك ظهرت نظرية المخاطر (تحمل التبعة) الى النور اذ تقام المسؤولية المدنية للدولة وفقاً لهذه النظرية على ركنين فقط الا وهما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الدولة وبين الضرر، والذي يحصل هنا استغناء عن الركن الثالث الا وهو الخطأ اي دون الحاجة الى اسناد هذا النشاط الى خطأ معين سواء من الدولة او الموظف التابع للدولة اذ ان بعض الفقه يؤكد ان جميع الاضرار التي تحصل والمرتبطة بالنشاط العام يمكن ان تجد سندها في مبدأ مساواة الافراد امام الابعاء العامة ولأن في

(١) د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام بوجه عام الجزء الاول مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، مصر ١٩٦٨ ص٧٣٦.

هذه الحالة سواء كان نشاط الدولة مشروع او غير مشروع فلا بد على المواطنين جميعاً تحمل مخاطر هذا النشاط اذا اصاب بعضهم لان الدولة عندما تقوم بنشاط معين وكما هو معروف فأنها تقوم بهذا النشاط لحماية مصالح الافراد وعليه فيجب ان تتوزع اعباء تلك الاضرار بينهم بناء على مبدأ (الغنم بالغرم) عليه فإن مسؤولية الدولة في اطار المسؤولية الموضوعية وعلى اساس المساواة امام الالعباء العامة او على اساس الاخلال فإنها تقوم اذا ما اخلت التوازن بين الافراد في تحمل الالعباء العامة المترتبة على نشاط الدولة.^(١) وعليه يمكننا ان نقول ان الحقوق والحريات يحكمها مبدأ اساسي الا وهو مبدأ المساواة بين الافراد بهذه الحالة نعتبر الافراد متساوون بالحقوق والحريات العامة ويقابل ذلك في الكفة الثابتة انهم متساوون في تحمل التكاليف والالعباء العامة التي تفرضها الحياة في المجتمع وفي مجال حفظ الامن والسكينة العامة فأن الدولة تقوم بعمليات واجراءات استثنائية وذلك من اجل المصلحة العامة حيث ينتفع من هذه الاجراءات والعمليات الاستثنائية والرامية الى حفظ الامن والسكينة العامة لجميع افراد المجتمع ولكن في نفس الوقت يمكن ان يتضرر بعض الافراد من هذه الاجراءات الامر الذي يدق ويتطلب تحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين بحيث يجب على الدولة السماح لهذه الفئة التي تضررت بالمطالبة بالتعويض عما اصابها من اضرار من جراء الاجراءات التي استفاد منها اغلب شرائح المجتمع.^(٢) ويقصد كذلك بهذه الفكرة اي فكرة المساواة امام الالعباء العامة باعتبارها اساساً للمسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الارهابية بأن المواطنين جميعاً يساهمون بالتكاليف والالعباء المترتبة على ادارة المرافق ولكن كل واحد في حدود امكانياته وطبقاً لما يحدده القانون ولكن في مقابل عدم جواز تحميلهم اي اعباء خارج هذه الحدود اي الحدود المرسومة قانوناً والا عدّ ذلك اخلاً بهذه الفكرة ومن ثم على الدولة ان تعوض المضرورين من المال العام والتي تجنيه من الضرائب والرسوم ومن ثم يعيد لمبدأ المساواة توازنه.^(٣)

(١) د. وهيب عبد سلامة، مسؤولية الادارة بدون خطأ عن اعمالها المادية، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات القضاء في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩ ص ١١٣ .

(٢) د. احمد فوزي حتوت، المسؤولية الادارية عن الاخلال بمبدأ المساواة امام الالعباء العامة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٧ ص ٤٣ .

(٣) انور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ١٩٨٢، ص ٢٦٧ .

ويثور التساؤل حوله مدى التزام الدولة على أساس فكرة المساواة امام الاعباء العامة للتعويض الاضرار الناشئة عن الاعمال الارهابية؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من تتوافر شرطين في الضرر الذي يحصل وكذلك لتحقيق فكرة المسؤولية على أساس المساواة امام الاعباء العامة فأول الشرطين هو ان يكون الضرر خاصاً وغير عادي كون مسؤولية الدولة وفقاً لهذا الأساس ذات طبيعية احتياطية وليست مطلقة ، ولا يثير شرط خصوصية الضرر صعوبة بالنسبة للإعمال الارهابية اذا غالب ما يصيب الحادث فرداً او مجموعة من الافراد لان خصوصية الضرر تعتبر من اولويات العمل الارهابي كذلك الحال بالنسبة للصفة غير العادية والتي هي من شروط الضرر لا تثير صعوبة ايضاً لان الضرر من الاعمال الارهابية غالباً ما يصاب بإضرار جسيمة تفوق الضرر الذي يجب ان يتحملة الفرد نتيجة وجوده في المجتمع والثاني والذي نعقد أساس المسؤولية على أساسه الا وهو ان يكون الفعل الضار في صورة تكليف عام بحيث ان تطلب هذا الشرط يظهر صعوبة الزام الدولة بالتعويض على هذا الأساس لان السلطة العامة تفرض عبء عام على الافراد بهدف تحقيق الصالح العام فإذا كان المتضرر من الاعمال الارهابية يتحمل عبء الا انه لا يمكن ارجاع هذا العبء على نشاط السلطة العامة.^(١) وعليه يمكن اقامة المسؤولية المدنية للدولة على أساس فكرة المساواة امام الاعباء العامة في بعض الحالات مثال ذلك عندما تضحي الدولة ببعض الرهائن الذين تم احتجازهم من قبل مجموعة ارهابية لإنقاذ حياة بعض الافراد المختطفين وعليه فإنه لا يمكن للمتضرر من العمل الجرمي الارهابي في غير بعض الحالات النادرة الاسناد الى هذا الأساس لانعقاد المسؤولية المدنية للدولة وذلك كون الاضرار التي اصابته لم تكن ناتجة عن نشاط الدولة كون القول بغير ذلك يعني الخلط بين الاعباء العامة والاعباء الاجتماعية وبعبارة اخرى ان ضحايا الارهاب يسعون لإيجاد مسؤول ميسور مثل الدولة لكي تلتزم بتعويضهم على أساس بأن هؤلاء الضحايا قد تحملوا اضراراً استثنائية ومن نوع خاص الا انه يصعب اسناد هذه المسؤولية الى نشاط الدولة بحيث يمكن ان يتحملون الضحايا اعباء للمصلحة العامة الا اذا كنا سوف نخلط تماماً بين الاعباء العامة والاعباء الاجتماعية كما لا يمكن القول بمسؤولية الدولة اعتباراً بان ضحايا الاعمال الارهابية يتعرضون لمخاطر او اضرار تفوق سائر الجرائم الاخرى اوانه

(١) عاطف عبد الحميد حسن، المصدر السابق ، ص ١٥٤.

قد ضحى بهم من أجل انقاذ حياة الآخرين فلا بد من تعويضهم.^(١) ويمكن تقبل هذا القول في احتجاز الرهائن مثلاً لكن لا يمكن تعميمه على سائر الاحداث الارهابية كما ان الخوف من المسؤولية الملقاة على الدولة سوف تقف حجر عثرة للسلطة العامة للقيام بمهمتها الرئيسية الا وهي بسط الامن والمحافظة على كيان المجتمع وسلامته والتي يسعى الارهابي الى النيل منها، وهو ما يتجه اليه مجلس الدولة الفرنسي فقد قضى بأنه ((في حالة عدم وجود نصوص تشريعية صريحة فانه لا يمكن اقامة مسؤولية الدولة عن الاعمال الارهابية التي تحدث على الاقليم الفرنسي على اساس مساواة المواطنين امام الاعباء العامة))^(٢).

وفي صدد الموضوع فقد طرح الفقه تساؤل اخر حول رفع شخص بريء زج باسمه في اجراءات الاتهام والمحاكمة الجنائية في عمل ارهابي وذلك كون الفاعل الاصلي قام بتضليل العدالة فهل يمكن لهذا الشخص ان يلزم الدولة بتعويضه ؟ للإجابة على هذا التساؤل فقد ذهب رأي في الفقه الى ان المتهم البريء الذي زج في اجراءات التحقيق بغير حق نتيجة تضليل العدالة من قبل الجاني الحقيقي هو ضحية اخرى من ضحايا الجريمة الارهابية والتي لحقه الضرر بسببها.^(٣) ولخطورة الاتهام الا وهو ارتكاب الجريمة الارهابية من قبل شخص بريء مما ادى ذلك الى اصابته وافراد أسرته بإضرار جسيمة فبهذه الحالة فإن الدولة تلتزم بتعويضه عن الاضرار التي لحقت به من اجراء اتهمه بغير حق على اساس توافر الخطأ من جانب الدولة كونه بريء ولم يرتكب هذا العمل الاجرامي فهناك قصور في مرفق الشرطة في القبض على المتهم الحقيقي فصار لزاماً على الدولة ان تلتزم بتعويضه بناء على اساس توافر ركن الخطأ في اجهزة الدولة اما اذا لم يثبت هناك قصور في اجهزة الدولة وعليه فإن ركن الخطأ لا يتحقق من جانب الدولة فيكون التزام الدولة بتعويض على اساس المساواة امام الاعباء العامة باعتبار الشخص البريء قد تحمل ضرراً خاصاً وجسيمياً ومرتبطة بأجهزة الدولة اثناء قيامها بواجباتها

(١) د. احمد السعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص ٧٦.

(٢) ينظر د. محمد سالم النمر، المصدر السابق ، ص ١١١ (conseil d'Etat, 28 mai 1984, D.1986,) ops, P.22, Som).

(٣) البشري الشوريجي، دور النيابة العامة في كفالة حقوق المجني عليه في مصر، بحث منشور في المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة من ١٢-١٤ / مارس / ١٩٨٩ بعنوان حقوق المجني عليه في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ ص ١٩٩ ، ينظر د. عاطف عبد الحميد حسن المصدر السابق ، ص ١٥٥.

الا وهي الكشف عن من قام بالعمل الإرهابي.^(١) لقد تعددت المفاهيم التي طرحت من قبل الفقهاء الفرنسيين للدلالة على مضمون هذه النظرية فيما ذهب اتجاه في توصيفه لهذه المسؤولية بمصطلح نظرية المخاطر وذهب اتجاه آخر من الفقه الى توصيفها بمصطلح المسؤولية من دون خطأ وهذا ما يؤيده اكثر الفقهاء وحجتهم على ذلك هي ان تعد المسؤولية من دون خطأ مصطلح جامع لكافة فروض تلك المسؤولية سواء ما يتعلق منها بالانشطة الادارية ذات الطابع الخطر او تلك التي يتقدم او يتضائل بشأنها عنصر الخطورة.

اما بالنسبة للفقهاء العرب فقد اختلفت المفاهيم التي طرحت من قبلهم للدلالة على نظرية المخاطر فلم يتفقوا بدورهم على تسمية واحدة فالدكتور سليمان الطماوي ((استخدم مصطلح المخاطر الذي اقترن بالبداية الحقيقية لهذه المسؤولية اذ استعمل تعبير المسؤولية من دون خطأ لتفسير عبارة المسؤولية على اساس المخاطر)).^(٢) اما بالنسبة للأستاذ شيهوب مسعود فقد ((ميز بين فكرة المخاطر وبين المسؤولية الادارية من دون خطأ اذ عدّ المسؤولية على اساس المخاطر ماهي الا احدى التطبيقات او الحالات التي تقوم عليها المسؤولية من دون خطأ والتي تشمل تصرف الادارة المادي المحفوف بالمخاطر الى جانب حالة المسؤولية من دون خطأ على اساس مبدأ المساواة امام الاعباء العامة التي تشمل التصرفات القانونية المشروعة)).^(٣) وواضح مما تقدم باستعراض الآراء الفقهية اعلاه سواء على المستوى الغربي والعربي فلاتزال نظرية المسؤولية على اساس المخاطر غير مستقرة فهي تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي فتارة ترمي الى تحقيق فكرة الصالح العام والظروف والاعتبارات المحيطة به وتارة لتحقيق العدالة وحماية حقوق الافراد وحررياتهم من ناحية اخرى وعلى الرغم من تعدد المفاهيم والتسميات التي قيلت للدلالة على اساس المخاطر فان الامر المستقر بين غالبية الفقه هو انعقاد المسؤولية وقيامها وتحققها على اساس المخاطر ووفقاً لتوافر ركنين فقط هما الضرر بشروطه الخاصة والعلاقة السببية بين الضرر ونشاط الدولة المشروع وعلى هذا الاساس يمكن

(١) د. فؤاد محمد موسى عبد الكريم ، فكرة التضامن القومي وحقوق ضحايا الحوادث الارهابية ، نحو اساس جديد للمسؤولية الإدارية ، دار النهضة العربية ١٩٩٨ ، ص ٧٨.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الاداري، مطبعة عين شمس القاهرة ١٩٨٢ ، ص ٢٠٦ .

(٣) مسعود شيهوب ، المسؤولية على المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية ص ٤٥.

ان تعرف ((بانها تلك المسؤولية التي تتعقد بقوة القانون رغم غياب الخطأ استناداً الى الضرر الناجم عن اعمال وممارسات الدولة)).^(١) ولابد من التفرقة بين المسؤولية على اساس المخاطر والمسؤولية الادارية دون خطأ وذلك لان فكرة المخاطر ماهي الا اساس ثانوي للمسؤولية من دون خطأ واعتبارها على النحو السابق يجعلها تقتصر على حالات المخاطر دون الحالات التي اقراها مجلس الدولة التي تقوم على فكرة المساواة امام الالعباء العامة.^(٢) أن ظهور المسؤولية على اساس المخاطر اصلاً في القانون الخاص بازدهار الصناعة والاقتصاد في القرن التاسع عشر وكذلك بسبب ازدياد الحوادث وسبب اصابات العمال وحوادث المرور والتلوث البيئي وبعد ان ظهرت هذه المسؤولية في القانون الخاص تطورت وانتشرت في القانون العام على يد مجلس الدولة الفرنسي بعد ان شاهد هذا المجلس هنالك قضايا يكون اشتراط الخطأ فيها منافياً للعدالة فقد نصب بعض الافراد نشاطات الدولة الخطرة وقد تكون هذه النشاطات مسببة اضرار جسيمة تصيب فئة معينة من افراد المجتمع وللاسباب المذكورة فقد قرر المجلس انه ليس من العدالة ان تتحمل فئة معينة من المجتمع اضرار قاسية وانما يجب ان يتوزع الضرر على افراد المجتمع كافة. وما يجدر الاشارة اليه وحسب رأي الفقه هو ان المشرع الفرنسي قد سبق مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال بحيث قرر مسؤولية الدولة من دون خطأ على اساس المخاطر وذلك في قانون (٢٨ بلوفيز) حتى فبراير ١٨٠٠م والذي كرس اقدم نظام للمسؤولية بدون خطأ بفعل الاشغال العمومية التي تتضمن مخاطر استثنائية للأفراد ، وبعد ذلك توالى التشريعات الفرنسية مثال ذلك قانون ١٩٤٥ والذي ينظم مسؤولية الدولة على اساس مخاطر النشاطات الصناعية والتجارية والزراعية وقانون ١٩٢٤ والذي ينظم قيام المسؤولية على اساس مخاطر الطيران وقانون ١٩١٩ وقانون ١٩٢١ والذي ينظم مسؤولية الدولة عن ضحايا الإرهاب والمصانع الحربية.^(٣) وبالرغم مما تقدم بالنسبة لقرارات المشرع الفرنسي التي تنظم على اساس المسؤولية على نظرية المخاطر الا انه لا يمكن لنا ان ننكر الدور المهم الذي قام به مجلس الدولة الفرنسي ومن التطورات التي قام بها لتطوير نظرية المخاطر اضافة الى القرارات والاحكام التي اصدرها

(١) م. م. وليد زامل زغير ، المصدر السابق ، ص ٩٠.

(٢) م. م. وليد زامل زغير، المصدر نفسه ، ص ٩٠ و قضية Contio النظام القانوني لتعويض ضحايا الارهاب ص ٢٥٦.

(٣) م. م. وليد زامل زغير، المصدر السابق ، ص ٨٩.

حيث ان مجال استخدام الاسلحة النارية تعتبر مجال خصب زج فيه مجلس الدولة الفرنسي احكامه والتي طبق فيها نظرية المخاطر كون الاسلحة النارية تعتبر من الوسائل التي تنثير الخطورة بطبيعتها . وكما هو ملاحظ سابقاً ان مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط الخطأ الجسيم لانعقاد المسؤولية على المرفق لكن في هذه الحالة اي حالة استخدام الاسلحة النارية والتي تكون خطرة بطبيعتها يكون استثناء هاماً على القاعدة وبالتالي فان استخدام الاسلحة من قبل الدولة كذلك التطور الذي حصل على هذه الاسلحة والاوضاع التي اختلفت توازنها اضافة الى الهجمات الارهابية التي تعرضت لها فرنسا في بداية الثمانينات كل هذه الامور والاسباب التي دفعت مجلس الدولة الفرنسي الى اقرار المسؤولية دون خطأ ، وتعد الاحكام شاهد عيان على صحة ما تطور اليه مجلس الدولة في هذه النظرية حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الافراد عن الاضرار التي لحقت بهم على اساس نظرية تحمل التبعة عند عدم وجود نص تشريعي.^(١) كذلك الحال بالنسبة للموقف القضائي الفرنسي فقد ايد هذه النظرية وسار باتجاهها فقد قضت محكمة باريس في ١٥ / مارس / ١٩٩٠ حكماً صريحاً يأخذ بمبدأ تحمل التبعة حيث جاء في القرار ((وسواء اكان الضرر ناشئاً عن شئ أم عن فعل تابع او خادماً لغير من كان ضحية هذا الضرر فإن العدالة تقضي في هذه الحالة بأن تحمل النتائج المادية لهذا الضرر لا من كان ضحية له او ورثته وهم غرباء تماماً عن الحادث او عن الفعل الضار وانما يتحملها من كان الشيء او عمل التابع او الخادم يعود عليه بالفائدة والنفع))^(٢).

كذلك قضت محكمة النقض وسارت بمسار النظرية اذ جاء في احد قراراتها ((المخاطر تسبب اضرار تتجاوز اعبائها وبالمقابل يحصلوا على المزايا الناجمة عن تدخلات أنشطة الضبط القضائي))^(٣). اما في مصر فإن المشرع عندما اصدر قانون رقم ٨ لسنة ٢٠١٥ قانون مكافحة الارهاب المصري الحالي فإنه لم ينص على مبدأ المساواة امام الاعباء

(١) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الالغاء) دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٠، قرار مجلس الدولة الفرنسي ٢٩ / ١٠ / ١٩٣٥ ص ٤٥٧.

(2) Conseil d'Etat, 28 mai 1948 , D.1986 , somm, p.22, obs

ينظر د. عاطف عبد الحميد حسن ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ Modern(f.) et Bon (p.)

(٣) نقض مدني ١٩٧٧/٣/٢٢ ، الطعن رقم ٣٥٢ ، السنة ٤١ ، اشار اليه سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني في التعويض ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٥٩ .

العامة كأساس لمساءلة الدولة عن اعمالها المادية في ظل الظروف الاستثنائية خاصة وان الدولة تواجه اعمال ارهابية متكررة لذا فإن القضاء المصري لم يعتمد على هذا الاساس في احكامه وقراراته ولم يشر اليه حتى لمساءلة مرافق الدولة في حالة الطوارئ وبمناسبة مكافحة الارهاب ومع ذلك يمكن ان تلمس بعض القضايا القليلة يمكن تأسيسها على اساس مبدأ المساواة امام الاعباء العامة كتلك القضايا المتعلقة بإطلاق سراح بعض المواطنين بعد زجهم بالسجن بسبب الاشتباه بانهم ينتمون الى مجموعات إرهابية.^(١) كذلك فإن القضاء المصري بالنسبة لنظرية تحمل التبعة كان اكثر تشدداً من القضاء الفرنسي في تطبيق هذه النظرية وتحمل الدولة المسؤولية بالرغم من انه نص على ذلك في المذكرة الايضاحية اذ اشار الى ان اساس مسؤولية الدولة هم تحمل التبعة اي اساسها على اساس نظرية المخاطر وسار بهذا الاتجاه في العديد من قراراته.^(٢)

اما بالنسبة لموقف القانون العراقي فنلاحظ انه جاءت نصوص في القانون المدني مثل المادة (٢١٥) الفقرة الثانية تنص على ((٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به ...)) كذلك ما لاحظناه في المادة (٢١٩) من القانون نفسه حيث نصت الفقرة الاولى منها على أن ((الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى.....مسؤولون عن الضرر)) حيث يمكن ان نلاحظ على هذه المواد انها تشير الى عنصر الضرر الذي هو الاساس الذي تتركز عليه نظرية المخاطر كأساس لقيام المسؤولية وبعد الاطلاع على قانوننا المدني فقد شرع مشرنا العراقي مجموعة قوانين تأييدا لهذه النظرية منها قانون التقاعد والضمان الاجتماعي المرقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ كذلك اصدر قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات المرقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ والذي جاء في اسبابه الموجبة لتشريعه (أعتمد القانون نظرية تحمل التبعة كأساس للالتزام المؤمن بدفع التعويض بدلا من اعتماده المسؤولية القائمة على اساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس)) وبعد سقوط النظام فقد اصدر مشرنا العراقي مجموعة تشريعات تماشياً مع الحالة والظروف الطارئة التي مربها البلاد وكذلك تزايد العمليات الارهابية التي سفكت دماء العراقيين الابرياء ومنها قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ وهذا القانون خاص

(١) د رمضان خضر شمس الدين ، المصدر السابق ، ص ٧٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني الطبعة الثانية الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧ ص ٤٦١.

بتعويض ضحايا الارهاب وبعد ذلك اصدر قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ المعدل وسمي (قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والعسكرية)) وبعد القانون الاخير الذي اصدره مشرعنا العراقي فيما يخص قضايا الارهاب وتحميل الدولة مسؤولية على اساس تحمل التبعة حماية المضوررين من الأعمال الإرهابية . اما بالنسبة لموقف قضائنا العراقي وخاصة في إطار اقامة الدعوى ضد مؤسسات الدولة فنلاحظ ان القضاء لا يسمع تلك الدعاوي وخاصة ما يتعلق بجرائم الارهاب والعمليات الإرهابية حيث اوكل ذلك من خلال استلام الطلبات الى لجان ادارية في كل محافظة من محافظات القطر وذلك وفقاً لإحكام القانون الاخير قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ المعدل سالف الذكر .

وبعد استعراض هذه النظرية يمكن ان نعتبرها برأينا المتواضع اصلح النظريات التي يمكن بها ان تقوم مسؤولية الدولة بتعويض ضحايا الاعمال الارهابية من حيث الموائمة بين نظرية المخاطر (تحمل التبعة) والتزام الدولة بدفع التعويضات للمتضررين نتيجة اخطاء موظفي الدولة في حفظ الامن وسلامة المجتمع استناداً لقانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ المعدل وكما ذكرنا فإن التزام الدولة بموجب نظرية تحمل التبعة هو التزام ذو طبيعة خاصة الا وهو دفع التعويضات كما اشار اليه القانون السابق ، عليه فالتزامها وكما ذكرنا سابقاً هو التزام اخلاقي واجتماعي اكثر من كونه التزام قانوني.^(١) وهذا هو موقف مشرعنا العراقي وبهذا نلاحظ أن مشرعنا قد سار باتجاه هذه النظرية من خلال تشريعه للقوانين السالفة الذكر وكذلك التعويضات التي تدفع للمضوررين من العمليات الارهابية والتي اسسها على اساس الضرر استناداً لهذه النظرية الا وهي نظرية (تحمل التبعة) .

(١) د. مصطفى الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، دار شهاب، اربيل العراق ، ٢٠١١ ، ص ١١ .

الفصل الثاني

معايير تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها

عبر الحدود

إن أي عمل إرهابي يشكل جريمة بالمعنى القانوني ولكون الإرهاب يستهدف المجتمع من خلال زعزعة أمنه واستقراره (محلياً ودولياً) سواء بقتل الافراد أو اتلاف الممتلكات فالركن المادي فيه يتمثل بأعمال العنف والتفجير أما ركنها المعنوي للجريمة الإرهابية يشمل احداث الفرع وزعزعة الامن والاستقرار في المجتمع أما النتيجة فتتمثل بحصول وإتمام هذا العمل الجرمي وبالأخذ بالحسبان نلاحظ تزايد في عدد الإرهابيين والضحايا اذ تكشف الاحصائيات بالعالم تزايد عدد الإرهابيين والتي يقابلها في نفس الوقت زيادة في عدد الضحايا وكما نلاحظ أن نتيجة العمل الإرهابي لا يتحملها الافراد بقدر ما تتحمله الدولة والتي تحتوي على اعداد كبيرة من الإرهابيين فتكون هذه الدولة في مأمن من الإرهاب على عكس الدول الأخرى المتضررة والتي تكون اقرب الى الحالة كون الإرهاب توسع في العالم وبالتالي لم يقتصر على ساحة الدولة التي يحمل هؤلاء الإرهابيين جنسيتها فأصبحت هذه الظاهرة متعايشة مع المجتمع الدولي وعليه لا بد من التصدي لها بتقنيات حديثة توازي التطور الذي وصل اليه هذا الوحش الكاسح ^(١) وبعد الاطلاع على المعاهدات الدولية إضافة الى القرارات وجدنا أن هذه الأعمال كلها تصب في مواجهة الإرهابي والعمل الذي يقوم به والحد منه ولكن في الدفة الثانية وهي الأهم وجدنا إهمال جسيم بعدم ذكر مسؤولية الدولة التي يحمل هذا الإرهابي جنسيتها أو تعتبر موطن له في حين نلاحظ أن الضابط الشخصي قد اعتمد في مناسبات كثيرة وهذه المناسبات إذا ما قارناها بالإرهاب فإنها تعتبر أقل خطورة ومنها على سبيل المثال الحماية الدبلوماسية وكذلك مبدأ الشخصية السلبية واستخدامه في مكافحة الإرهاب الدولي فهو يعد اساس لتمديد قوانين الدولة على الأفعال المرتكبة في الخارج والذي استخدمته الدول لحماية مواطنيها في الخارج ولكن بالرغم من أهمية هذا المبدأ لفقه القانون الدولي فهناك الكثير من يجادل بنطاق الجرائم التي ينطبق عليها هذا المبدأ فالمذكورة المنشورة في مجلة فوردهام تؤكد بأن يمكن استخدام مبدأ الشخصية السلبية في جميع البلدان بطريقة

(١) د. إبراهيم محمد العناني، قضية لوكربي ومستقبل النظام الدولي ، الابعاد السياسية والاستراتيجية والقانونية ط١، مركز دراسات العالم الإسلامي ، سلسلة الدراسات السياسية والاستراتيجية، ١٩٩٢ ص ١٢٣ .

موحدة من أجل مكافحة الإرهاب الدولي الحديث فالجزء الأول فيها يحل مبدأ الشخصية السلبية والقبول التدريجي لها من قبل المجتمع الدولي. جزء الثاني فهو يحدد الأساليب التي تستخدمها البلدان المختلفة فيما يتعلق بالوقت الذي يمكن فيه استخدام مبدأ عدم فاعلية الشخص اما الجزء الثالث فهو يجادل بالحاجة الملحة لتطبيق مبدأ الشخصية السلبية على أساس موحد اما الجزء الرابع فهو يجادل بأنه يجب أن يقتصر هذا المبدأ بشكل منفرد على أعمال الإرهاب الدولي الموجهة ضد أفراد معينين بسبب جنسيتهم لذلك فهذه المذكرة تشير إلى أنه هناك ردًا على نوع الأعمال الإرهابية الدولية في مجتمع اليوم كذلك هناك حاجة إلى تطبيق فعال وموحد لمبدأ الشخصية السلبية. (١)

عليه سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول معيار الجنسية باعتباره من أهم المعايير التي يمكن عن طريقها أن تحدد المسؤولية المدنية للدولة عبر الحدود ومن ثم نتناول في المبحث الثاني معيار موطن الإرهابي كونه كذلك يعتبر المعيار الثاني في تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود وكالاتي :

المبحث الأول

معيار جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

بما أن الجنسية نظام تحدد بواسطته الدولة أفراد شعبها وبالتالي يكون لها القابلية على تحديد الاختصاص القانوني للدولة وكذلك ممارسة هذا الاختصاص في العلاقات التي تحصل على اقليمها أو خارج اقليمها والتي تتعلق بمواطنيها وبهذا يكون لها اختصاص إقليمي يتحدد عبر اقليمها واختصاص قانوني شخصي يتجاوز حدودها ينطبق على وظيفتها وعليه فإن الجنسية سوف تؤدي وظيفة مزدوجة سواء في تحديد الاختصاص القانوني للدولة ومن ثم ممارسة هذا الاختصاص وبما أن الدولة صاحبة الحق المنشئ للجنسية فهي وحدها تنظم أحكامها ومصالحها العليا بما لها من سلطة وحرية في تنظيم جنسيتها وعليه تعد الدولة صاحبة الحق في

(١) مبدأ الشخصية السلبية واستخدامه في مكافحة الإرهاب الدولي مذكرة منشورة في مجلة فورد هام للقانون الدولي

المجلد ١٣ العدد ٣ السنة ١٩٨٩ <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj>

ترتيب هذا النظام والتكفل به الا وهو الجنسية ^(١) والذي من خلاله يمكن أن تتكفل الدولة برعاياها والذين يحملون جنسيتها عن طريق هذا التنظيم لحماية مصالحهم سواء داخل البلد أو خارجه كون أن كل دولة تحمي مواطنيها وإن تأثير تلك الحماية يمتد خارج حدودها وهذا الامتداد سند به أن هؤلاء الافراد يحملون جنسيتها مما يجعلهم مرتبطين بالدولة ويدينون لها بالولاء هذا كله من باب الحماية الدبلوماسية ومن باب المخالفة إذا ما قام أحد افرادها بعمل إرهابي مثلاً فلا بد أن تتحمل هذه الدولة والتي يحمل هذا الفرد جنسيتها المسؤولية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من خلال رابطها بهذا الإرهابي عن طريق المعيار الشخصي ألا وهو الجنسية ولكن في نفس الوقت قد يعرقل تحمل هذه المسؤولية أي المسؤولية المدنية التي تتحملها الدولة عن الإرهابي الذي يحمل جنسيتها مشكلات ويطلق عليها مصطلح " مشكلات الجنسية " فهذه المشكلات أو الإشكاليات في الجنسية تؤثر في مصلحة المضرور من حيث معرفة من الدولة المقصرة والتي يحمل الإرهابي جنسيتها فهذه الإشكاليات تنقرر في حالة ازدواج أو تعدد الجنسيات للإرهابي كذلك هناك إشكالية في تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن مواطنيها عبر الحدود والتي تتجسد في معيار الجنسية في حال انعدام هذ المعيار أي في حال انعدام جنسية الإرهابي وبالتالي لا يمكن تحديد المقصر بهذا العمل وبسبب هذه الإشكاليات عليه سوف نتعرف في هذا المبحث على المشكلات التي تواجه معيار الجنسية والتي تؤثر على تحديد المسؤولية التي تتحملها الدولة في مطلب ثاني من بعد أن نستعرض حرية الدولة في تنظيم جنسيتها في مطلب أول وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها

إن حق الدولة في تنظيم مادة جنسيتها يستند الى قواعد القانون الدولي وبالتالي يعطي لهذه الدولة الحق في وضع التنظيم والتشريعات الضرورية في تنظيم الجنسية وهذا ما قرره المادة الأولى من اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٢ ابريل ١٩٣٠ وهذه الاتفاقية خاصة بتنازع

(١) د. أحمد أبو الوفاء، المسؤولية الدولية للدول واصمة الألغام في الأراضي المصرية، دراسة في اطار القواعد المنظمة للمسؤولية الدولية والالغام البرية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٢٤ .

القوانين في مجال الجنسية ، وعليه فإن اختصاص الدولة في هذا الإطار يدخل ضمن المجال المحجوز لها على المستوى الدولي ويترتب على ذلك عدم جواز قيام الدولة بأن تحدد طبقاً لتشريعاتها شروط اكتساب جنسيات الدول الأخرى أو شروط فقدها، وحيث تعتبر حرية الدولة في تنظيم جنسيتها من القواعد الأساسية في مادة الجنسية وهو نتيجة لازمة لمبدأ سيادة الدولة ولكن الاسراف في هذه الحرية قد يتعارض مع مصلحة الدول من جهة وقد يضر بمصالح الافراد من جهة أخرى وبالتالي ولوجود مثل هذه الإشكاليات فقد قيدت حرية الدولة في تنظيم جنسيتها ببعض القيود التي تكون من مصالح الدول أو الافراد. ولهذه الاعتبارات وغيرها فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين تتضمن دراستنا الفرع الأول أساس مبدأ الدولة حرة في تنظيم مادة جنسيتها (من حيث المبدأ) والفرع الثاني خصصناه لدراسة القيود الواردة على حرية الدولة إزاء غيرها من الدول في تنظيم مادة جنسيتها وكالاتي :

الفرع الأول

أساس مبدأ الدولة حرة في تنظيم مادة جنسيتها(من حيث المبدأ)

من الأمور الثابتة في القانون الدولي الخاص أن سيادة الدولة تقضي بوجود انفرادها بتحديد ما ينتمي اليها من الأفراد، والدولة لا تمتلك إقرار تمتع شخص بجنسية دولة أخرى على خلاف ما يقرره قانون هذه الأخيرة . وهذا المبدأ الراسخ في تحديد الجنسية وتنظيمها القانوني للأفراد وبالتالي لا يمتلك شروع دولة ما أن تقرر كيفية اكتساب الفرد لجنسية دولة أجنبية وإلا اعتبر ذلك اعتداء على سيادة الدولة الأجنبية في تحديد ما ينتمي اليها من مواطنين.^(١) إن هذا المبدأ يتولد من مبدأ سيادة الدولة على إقليمها وعليه فإن الدولة لا تمارس سيادتها على بقعة أرضها فقط بل أنها تمارس سيادتها على مجموعة الناس كون الجنسية هي أداة الشعب ولا يتصور أن يشاركها في تحديد شعبها غيرها من الدول، عليه فإن الدولة حرة في اختيار الأساس الذي تبنى عليه جنسيتها فقد تتخذ من حق الدم أساساً لجنسيتها وكذلك لها أن تأخذ حتى الإقليم أساساً عليه جنسيتها ولا تنقيد في ذلك إلا ما تراه مناسباً لها ويصب في مصلحتها

(١) د. أبو العلا، علي أبو العلا النمر ، د. احمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، ص ١٦٩ .

الوطنية.^(١) كون أن الجنسية تتمتع بأهمية كبيرة في حياة الدولة والأفراد على حد سواء حيث أنها أي الجنسية تنشأ رابطة بين الفرد والدولة من حقوق والتزامات ولا يقتصر هذا الشأن على نظام الدولة الداخلي بل يمتد الى ابعد من ذلك ليشمل نظام المجتمع الدولي أيضاً ومن ثم تعتبر الجنسية من أكثر المواضيع الحيوية التي يتلاقى عندها هذان النظامان، حيث أن اعتراف الدولة بدولة أخرى يقتضي اعترافها بحرية الدولة الأخرى بسلطتها في تحديد عنصر شعبها وعليه فإن التوزيع على هذا الأساس المذكور هو موضع لاختلاف المصالح السياسية لمختلف هذه الدول على جميع الأصعدة وعلى هذا الأساس يمكن أن يثور البحث في مدى حرية الدولة في تنظيم جنسيتها إزاء غيرها من الدول الأخرى فيما إذا كانت هذه الحرية مطلقة أم مقيدة.^(٢)

حيث أن فكرة الجنسية قد ارتبطت نشأتها بفكرة الدولة وعلى هذا الأساس ففكرة الجنسية تعتبر حديثة النشأة وقد تناولها الفقه بأكثر من مفهوم وبالتالي فقد اختلقت الجنسية بأفكار كان من الواجب تمييزها عنها ومن هذه الأفكار هي الشعور بالقومية والجنس مثلاً، إن سيادة الدولة عندما تمارسها فهي لا تمارسها على مستوى النطاق الترابي على الإقليم بل تمارس هذه السيادة على عناصر السكان الموجودين على هذا الإقليم الذي يقع ضمن سيادتها حيث أن تحديد هذه العناصر السكانية هو الذي يرسم الى الدولة الحدود الكاملة التي تمارس فيها هذه السيادة كون الدولة معنية بتحديد وصون سيادتها الترابية عليها كذلك تحديد عائق تحديد وصون سيادتها الشخصية والمقصود به تحديد وصون ركن الشعب كون أمر هذا التحديد متروك لسلطاتها دون أن تخضع مبدئياً لرقابة أي جهة أجنبية أو دولية فهي التي تخلق جنسيتها وبالتالي تمنحها وبناء على مبدأ سلطة الدولة على اقليمها وأفراد شعبها فإن هذا المبدأ يفرز مبدأ حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها.^(٣)

(١) م. م. قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية بالإضافة الى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية ، ص ٣٧.

(٢) فيصل على الشامخ ، حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، أم درمان، ٢٠٠٤، بحث منشور على الموقع : <http://search.mandumah.com/Record/56/440> . ص ٥

(٣) د. سعيد يوسف البستاني، الجنسية القومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٣، ص ١٠٦.

إن القصد بمبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها هو تحديد ركن الشعب فيها بإرادتها المنفردة وبما يتلائم مع مصالحها المختلفة.^(١) وبعبارة أخرى عند بعض الفقه "الأصل العام في مجال الجنسية أن للدولة حرية واسعة في تحديد الأحكام المنظمة لجنسيتها وبالتالي تحديد من يعتبرون مواطنين لها ومن يعتبرون أجانب عنها".^(٢) وبما أن الجنسية كما قلنا تهم النظام الداخلي والدولي على حد سواء فهي تعتبر أساساً لتحديد صفة العضوية في شعب الدولة كونها أداة لتوزيع الأفراد توزيعاً جغرافياً دولياً، وعندما نقول أن الدولة حرة في تحديد مواطنيها وفي تنظيم جنسيتها لا نعني أن الجنسية لا تهتم بالنظام الدولي ولا تدخل في مسؤولياته بل تهتم إلى حد كبير كون توزيع الأفراد دولياً قد يكون سبباً لتخالف المصالح الأساسية بين الدول وبنشأ عن ذلك نشوب نزاعات بينها في بعض الحالات ، لذلك يجب أن تستند الدولة في تنظيم جنسيتها كذلك في توزيع أفرادها توزيعاً دولياً جغرافياً إلى الأسس التي يمكن أن تحول دون نشوب أي اضطراب أو تخالف في المصالح بين أعضاء الأسرة الدولية.^(٣) كذلك يقصد بهذا المبدأ أن يكون للدولة وحدها الحق بتقرير الأحكام الخاصة بكسب جنسيتها أو فقدانها لما تراه مما يحقق مصالحها وكذلك ملائماً لظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية وعليه فإن الدولة تستطيع أن تؤسس جنسيتها على أساس حق الدم أو على أساس حق الإقليم والأمر لا يختلف هنا بالنسبة لسحب أو إسقاط الجنسية بالنسبة للأحكام التي تصدرها الدولة بهذا الشأن وفقاً للأهداف التي تسعى إليها الدولة بمقتضى سيادتها التشريعية.^(٤)

إن مبدأ حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها في الواقع يعد نتيجة لازمة لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وإن كانت الدولة حرة في تنظيم جنسيتها إلا أنها لا يمكنها أن تتحرر من اعتبار جوهرى هو أنها لا توجد وحدها على اليابسة وإنما يشاركها غيرها من الدول كونها جزء في

(١) د. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٠. ود. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، ط ٤، ص ٣٣.

(٢) د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج ١، الجامعة الدولية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٩٧.

(٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) ج ١، ط ١٠، دار النهضة العربية، ص ١٣٩.

(٤) د. هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣ ص ٣٨.

مجتمع دولي تنشأ بين مكوناته سواء على المستوى الفردي أو المستوى الدولي فهناك تشابك العلاقات والروابط. وبناء على هذا المبدأ فإن الدولة يقتصر تشريعها على تنظيم جنسيتها فقط ولا تتدخل ولو بصفة إيجابية للتشريع في جنسية دولة ثانية وبعبارة أخرى لا يمكن للدولة أن تضع قواعد لكسب أو فقد جنسية لدولة أخرى غير جنسية دولتها ولكون مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها متفق عليه من قبل الهيئات ومجمع عليه من قبل المجاميع العلمية والفقهاء في مختلف الدول وبناء على هذا الاجماع فقد اعطته المعاهدات الدولية الشرعية والصفة القانونية. ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ التقليدية في القانون الدولي ولقد تأكد في المادة الخامسة عشرة من ميثاق عصبة الأمم المتحدة فقد نصت على أنه " إذا إدعى أحد أطراف النزاع وقضى بذلك المجلس، بأن النزاع ناشئ عن مسألة هي بموجب القانون الدولي ، كلياً ضمن السلطان الداخلي لذلك الطرف ترتب على المجلس أن يذكر في تقريره، وإلا يقدم أية توصية لتسويته".^(١)

وتأكد هذا المبدأ بفتوى صادرة عام ١٩١٩ لمحكمة العدل الدولية الدائمة فأصدرت هذا الرأي الافتائي بصدد تفسير معاهدة الأقليات والمبرمة بين بولندا والحلفاء عام ١٩١٩ حيث أفتت المحكمة بأن "الدولة تتمتع بحق تحديد الأشخاص الذين لا يمكن اعتبارهم من رعاياها".^(٢) وكذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الدائمة في ٧ شباط ١٩٢٣ في قضية (مراسيم الجنسية الفرنسية في تونس والمغرب) وتتلخص وقائع هذه القضية "في قيام فرنسا بإصدار عدة مراسيم في ٨ تشرين الثاني عام ١٩٢١ تفرض الجنسية الفرنسية على من يولد في تونس أو المغرب من ابوين احدهما على الأقل أيضاً ولدا فيها، فاعتزضت بريطانيا على ما لهذا المراسيم من صفة جبرية على الرعايا البريطانيين ورفعت الأمر لمجلس العصبة استناداً للمادة الخامسة عشرة من ميثاق عصبة الأمم وتلخص دفاع بريطانيا أمام المحكمة في وجود معاهدات دولية بين بريطانيا وكل من تونس ومراكش، تقرر منح الرعايا البريطانيين امتياز عدم الخضوع للقوانين المحلية، في حين ركزت فرنسا دفاعها بعدم اختصاص عصبة الأمم بهذا النزاع لتعلقه بمسائل

(١) د. ثامر داود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد واثاره القانونية (دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط١، ٢٢٠، ص٦٥.

(٢) د. محمد الروبي ود. جابر سالم عبد الغفار، ود. خالد عبد الفتاح محمد، أحكام الجنسية ومركز الأجانب دار النهضة العربية، ص٥٧.

الجنسية التي تعد من المجال الخاص لكل دولة مما يمنع أي هيئة دولية من التدخل فيه".^(١) وجاء في الرأي الاستشاري الذي أفتت به المحكمة "إن النزاع يقع كلياً ضمن السلطان الداخلي لفرنسا وأن لكل دولة الحرية في تشريع المسائل التي تدخل ضمن سلطاتها الداخلي ومنها تشريعات الجنسية".^(٢) كذلك تأكد هذا المبدأ في اتفاقية لاهاي المبرمة عام ١٩٣٠ في لاهاي في هولندا حيث دخلت دور السريان منذ أول تموز ١٩٣٧ وقد وقعت عليها ٣٧ دولة في ١٢ نيسان ١٩٣٠ المتعلقة بنزاع الجنسيات حيث نصت في المادة الأولى منها على أنه "لكل دولة الحق في تحديد رعاياها بتشريع داخلي محلي" وبالتالي فإنها اقرت حق كل دولة في تحديد مواطنيها بتشريع تحترمه الدول لكن بشرط أن يكون هذا التشريع متفقاً ومتوازناً مع المعاهدات والأعراف والمبادئ القانونية الدولية المعروفة في موضوع الجنسية.^(٣) ثم عادت محكمة العدل الدولية الكرة مرة أخرى بالتأكيد على هذا المبدأ في قضية (نوتيبوم) عام ١٩٥٥ حيث قضت بأنه "يحق لكل دولة أن تنظم جنسيتها بمقتضى تشريعاتها الداخلية".^(٤) كذلك تأكد هذا المبدأ في المادة الثانية في فقرتها الأولى من ميثاق الأمم المتحدة حيث نصت "تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها" وكذلك الفقرة السابعة من نفس المادة والتي أكدت على ممنوعة تدخل الأمم المتحدة في الشؤون التي تكون في صميم السلطان الداخلي للدولة.^(٥) وعليه فإن الدولة هي الوحيدة التي تتفرد بتنظيم أحكام جنسيتها ولا يمكن أن تتدخل دولة من الدول أو الهيئات والكلام بغير ذلك سوف يكون هنالك مساس كبير وخطير على سيادة الدولة وبالتالي

(١) د. ثامر داود عبود الشافعي، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجانب في القانون وفي تشريع الجنسية المصرية الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٣.

(٣) د. هشام خالد، دروس في الجنسية ومركز الأجانب، ج ١، الجنسية، ١٩٩١/٩٠، ص ١١.

(٤) د. محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٨٢.

(٥) نصت الفقرة ٧ من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة على أن "تعمل الهيئة وأعضائها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية ٧- ليس في هذا الميثاق ما يسوغ الأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع".

تجريد الدولة من هذا الحق ألا وهو تنظيم جنسيتها وفرضها على اشخاص تعتبرهم مواطنيها كون هذا الاختصاص بتنظيم الجنسية يأخذ قوته من القانون الدولي.^(١)

أما على الصعيد الدولي فقد أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١٢/٢٨ حيث قضت بما يلي "ويتفرع عن مبدأ انفراد كل دولة بتنظيم جنسيتها عدم استطاعة أية دولة تطبيق قوانينها الخاصة لتحديد جنسية الأشخاص الداخلون في جنسية غيرها من الدول، بل يتعين عليها الرجوع إلى أحكام قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها لمعرفة ما إذا كان هذا الشخص يحمل جنسية هذه الدولة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يضيع على الافراد جنسية لا تقرها بهم الدولة صاحبة الجنسية أو أن ينكر عليهم جنسية تقرها لهم هذه الأخيرة".^(٢) واستناداً لهذا المبدأ وكذلك الاتجاه الفقهي القضائي الذي يتفق على أن موضوع الجنسية هو من مسائل القانون العام الداخلي عليه فمن غير المتصور أن يحصل تنازع بين القوانين فيما يخص موضوع الجنسية كون الدولة عندما تنظم مادة جنسيتها فإنها تنظمها على أساس قانونها الداخلي وهذا القانون لا يتحدد بمقتضى قاعدة تنازع القوانين وإنما عن طريق القانون الدولي العام فمثل هذا الالتباس قد لا يغيب التميز الواضح بين تنازع الجنسيات وتنازع القوانين.^(٣)

وجدير بالذكر بما أنه الجنسية تعتبر أداة لتوزيع الأفراد دولياً فبهذه الحالة أنها تعتبر حداً فاصلاً بين المجتمع الوطني الداخلي والمجتمع الدولي الخارجي وحسب ما جاء بديباجة اتفاقية لاهاي ١٩٣٠ والخاصة بمسائل تنازع القوانين بشأن الجنسية.^(٤) إن الذي يسيطر على الجنسية في ظل النظام القانوني الدولي مبدآن الأول: حرية كل دولة في تنظيم جنسيتها والثاني: وحدة جنسية الفرد في المجتمع الدولي فنجد هناك حدية تتعلق بتطبيق هذين المبدئين في ظل غياب

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ ص ٧٠.

(٢) الحكم منشور في مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري س ٢٠ ص ٦٧٣ . ينظر د. ثامر داود عبود الشافعي المصدر السابق، ص ٦٧.

(٣) د. سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٠٩.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الجنسية المصرية ، دراسة مقارنة، ١٩٩٠، دار النهضة العربية، ص ٢٢.

القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي وكذلك تكمن الصورة في قلة الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا الموضوع وتترتب على هذه الصعوبة مشاكل بمادة الجنسية من أهمها المشاكل الخاصة بمبدأ وحدة الجنسية حيث تظهر لدينا مشكلتي تعدد الجنسية وانعدامها.^(١) وعلى هذا الأساس قد نجد أشخاص يتمتعون بأكثر من جنسية وقد نجد أشخاص لا يتمتعون بجنسية أي دولة على الإطلاق وبالتالي يطلق عليهم عديمي الجنسية ويترتب على هذه الظاهرة مشكلات كثيرة من ناحية المعاملة الدولية لهذا الشخص وكذلك ترتيب وضعه على إقليم دولة معينة مثلاً ويصطلح هنا على ظاهرة انعدام الجنسية (التنازع السلبي للجنسية) ويرى بعض الفقه.^(٢) إن في هذا المصطلح تجاوز كبير كون المفترض أن الشخص عديم الجنسية لا يتمتع بأي جنسية على الإطلاق وبالنتيجة فإن لا يوجد أي قانون من قوانين الدول ينطبق عليه ولا أي جنسية تقبله ولذلك لا يمكن القول بوجود تنازع بين الجنسيات لأنه لا يمكن وجود تنازع بين العدم والمعدم.

وبناء على ما تقدم يتوضح لنا أن للدولة الحرية الواسعة في وضع القواعد الخاصة بمادة جنسيتها بناءً على مبدأ المساواة في السيادة بين الدول ولكن هذا الحال لا يعني أن الدولة لها حقاً سيادياً مطلقاً في تفعيل هذا المبدأ وإنما هنالك محددات وقيود سواء كانت هذه القيود متمثلة بالاتفاقيات أو المعاهدات الدولية أو هنالك قيود يفرضها العرف الدولي كون الأخذ بهذا المبدأ وفتح الباب على مصراعيه يؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار بين المجتمع الدولي نتيجة تطبيق هذا المبدأ من قبل كل دولة على حدة ويبدو الأمر بأن تقيد الدولة بالتزاماته الدولية أمام باقي الدول بما تنص به الاتفاقيات والعرف الدولي لا يعني أنها تنازلت عن هذه السيادة المرسومة لها ضمن المجتمع الدولي وإنما هو تنازل من جزء بسيط من حريتها في تنظيم مادة جنسيتها لتتلافى هذه الفوضى التي ممكن أن تحصل في المجتمع الدولي.^(٣) وعليه فإن المبادئ الوضعية السائدة في القانون الدولي قد أكدت على مبدأ حرية الدول في تنظيم أحكام جنسيتها فإن نفس هذه

(١) د. أبو العلا النمر، النظام القانوني في الجنسية المصرية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٦.

(٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص بجنسية الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، المؤسسة الثقافية الجامعية، ص ١١٠.

(٣) د. جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الأول في الجنسية، ١٩٥٨، ص ١٩.

المبادئ قد أوردت مع ذلك على جهة الدولة في هذا المجال عدة قيود.^(١) وسوف نتعرف عليها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

القيود الواردة على حرية الدولة إزاء غيرها من الدول في تنظيم مادة جنسيتها

برر الفقهاء وجود هذه القيود على مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها وكونها مستمدة من القانون الدولي الى ضرورات النظام الدولي وكذلك الى اخلاقيات مبادئه الإنسانية فهذه الضرورات تتمثل في تماشي فوضى الجنسيات "من تعدد أو ازدواج وكذلك انعدام الجنسية" وكذلك التناقض والتخالف الذي يحصل بين الدول، عليه تكفل كل دولة نفاذ تشريع جنسيتها بما يفيد مصالحها وتوازنه مع المصالح الدولية فهذه المبادئ هي التي تجعل الجنسية حقاً من حقوق الإنسان والتي يلتزم تطبيق هذا الحق ألا وهو الحق في الجنسية تطبيق هذه المبادئ والحقوق الطبيعية للفرد كونها مقررة دولياً ، عليه ولتلك الضرورات أعلاه وجدت المبادئ الدولية ولحصول التوازن بين مصالح الدولة وجد نوعين من القيود تفرض على الدولة عند تنظيم جنسيتها كون حرية الدولة في تنظيم جنسيتها ليست مطلقة وإنما محددة بقيود وهذه القيود هي مجموعتين قيود اتفاقية وقيود غير اتفاقية وسنتناول هذين النوعين من القيود كل واحدة منها في فقرة مستقلة وكالاتي :

أولاً / القيود الاتفاقية التي تحدُّ من مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها

القيود الاتفاقية يقصد بها " المعاهدات التي تبرمها الدولة مع غيرها من الدول بشأن مسائل الجنسية سواء أكانت هذه المعاهدات معاهدات ثنائية أو معاهدات جماعية".^(٢) إن مصدر الحرية

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، المدخل الى الجنسية ، مركز الأجانب ، منشورات الحلبي القانونية، ط ٢٠١٠ ص ٥٧.

أي حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها هو القانون الدولي ولكن لم يعد القول أن حرية الدولة هي حرية مطلقة ومجردة في توجهها عن التأثيرات الدولية والخارجية، فيمكن للدولة أحياناً أن تستقل استقلالاً مجرداً في بعض فروع القانون الخاص وحتى في بعض مسائل القانون العام الداخلي ، ولكن هذا الاستقلال لا يكون ممكناً عندما تكون الدولة بصدد تنظيم صور أو مسائل هي في تطبيقها تتعدى الحدود الوطنية وهذا الحال ينطبق على مسائل القانون الدولي الخاص وكذلك ينطبق على أغلب موضوعاته من أهمها الجنسية.^(١) وهذا ما أكدته اتفاقية لاهاي إذ بعد أن يثبت بأن "لكل دولة الحق في تحدد تشريعها الداخلي وجنسيتها" فقد قررت "على الدول جميعها أن تحترم هذا التشريع وتلتزم به..". إذ يتوضح للقارئ أن قوة هذا الالتزام يمكن أن ينظر له من جهتين أو منظارين المنظار الأول هو المعاملة المتبادلة بين الدول أي مبدأ المعاملة بالمثل ، أما المنظار الثاني هو ما يتضمنه هذا المبدأ من عناصر أخلاقية دولية، كذلك الهيئات والمؤتمرات والقرارات القضائية أيضاً نجدها أكدت على اختصاص الحصري للمشرع الوطني في تنظيم مادة جنسيته ولكن في نفس الوقت بنيت على وجود قيود تحد من حرية الدولة في تنظيم هذا الأمر ألا وهو الجنسية.^(٢) كذلك قررت وجوب احترام الدول لكل "الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة المتعارف عليها في مجال الجنسية" كما أكدت على هذا القيد ما جاء بالاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية لعام ١٩٩٧ في المادة الثالثة/ الفقرة الثانية كذلك على المستوى الإقليمي فقد أكدته القوانين الداخلية لبعض الدول فقد أكد على هذا القيد قانون الجنسية الجزائري رقم ٧٠ - ٨٦ الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ في المادة الأولى منه.^(٣) ويمكن القول بأن الدولة عندما تبرم معاهدات أو اتفاقيات ثنائية متعددة فإن هذه الاتفاقيات أو المعاهدات لا تتعارض مع مضمون حق السيادة للدولة كون الدولة عندما تلزم نفسها بمعاهدة أو اتفاقية فإنها لا تلزم نفسها إلا بما قبلته إرادتها بحيث لم تسمح بأن تتدخل أي دولة في تحديد التزامات

(١) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطبعة دمشق ١٩٩٩، ص ٥٩. د. موسى عبود، دروس في القانون الدولي الخاص المغربي، ١٩٨٦، ص ٢٨.

(٢) د. طلال ياسين العيسى، الأحوال العامة في الجنسية، دراسة قانونية مقارنة في القانون العراقي والأردني القانون المقارن، ٢٠٠٨، ص ٤٩.

(٣) نصت المادة الأولى من قانون الجنسية الجزائري رقم ٧٠ - ٨٦ الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ على أنه ((شروط التمتع بالجنسية الجزائرية ثابتة بمقتضى هذا القانون كما أنه من الممكن أن يتقرر أيضاً بمقتضى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صدقت عليها الدول وتم نشرها" .

الدولة الأخرى وعليه فإن الالتزامات أو المعاهدات كما متعارف عليه تشكل التزاماً ارادياً يقيد حرية الدولة في تنظيم جنسيتها وعليه يتوجب على الدولة مراعاة واحترام الالتزام الي وضعته على نفسها وهذا ما يؤكد سيادتها في مواجهة الدول الأخرى.^(١) ولا ريب في أنه يجوز لدولة أن تحد من حريتها في تنظيم مادة جنسيتها ما تبرمه من الاتفاقيات الدولية وبالتالي فحريتها تقيد بهذا المجال بقاعدة من قواعد القانون الدولي والتي تقضي باحترام اتفاقياتها وتعهداتها الدولية ومثالنا هنا ((إذا ما أبرمت الدولة (أ) اتفاقاً دولياً مع الدولة (ب) فإنه يتعين على كلا الدولتين اعمال هذا الاتفاق وإنفاذه)) وهذا المثال تأكيداً كذلك على الاتفاقية أعلاه ألا وهي اتفاقية لاهاي عام ١٩٣٠ والمتعلقة في شأن تنازع القوانين في مادة الجنسية والتي اعدّها مؤتمر تقنين القانون الدولي كذلك أكد على ذات المعنى الرأي الاستشاري (لمحكمة العدل الدولية الدائمة) كما اسلفنا سابقاً حيث قررت "بأن الاختصاص التشريعي لكل دولة في تنظيم الجنسية، يحد من اطلاقه كافة الارتباطات الدولية التي تتعهد بها في مواجهة غيرها من الدول". فمن الاتفاقيات أو المعاهدات التي تعتبر قيداً على حرية المشرع في تنظيم مادة جنسيته ألا وهي معاهدة لوزان بتاريخ ٢٤ تموز ١٩٢٣ حيث تشكل قيداً لحرية المشرع في الدول التي انفصلت عن الدولة العثمانية بموجب هذه المعاهدة وهذا واضح في أن المشرع العراقي اتبع هذا المبدأ باعتباره من الدول التي انفصلت عن الإمبراطورية العثمانية فعند وضع المشرع العراقي لقانون الجنسية العراقي لعام ١٩٢٤ قيد احكامه جميعها بما يتفق مع أحكام معاهدة لوزان الصادرة في عام ١٩٢٣ وخاصة في المواد (٣٠ - ٣٦) كون هذا القانون نظم جنسية الأهالي التي انسلخت عن الإمبراطورية العثمانية.^(٢) كذلك من هذه الاتفاقيات هي اتفاقية الاكوادور واسبانيا عام ١٩٤٠ مع تشيلي ١٩٤٤ والتي قضت بعدم فرض جنسية الاكوادور على أطفال الرعايا الاسبانيين الذين يولدون في إقليم دولة الاكوادور، بالرغم من اعتماد الأخيرة على حق الإقليم كأساس في منح جنسيتها.^(٣) وكذلك اتفاقية ٢٣ أيلول ١٩٥٢ بين بعض دول الجامعة العربية بشأن جنسية أبناء

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص ، المستوى الرابع - فصل دراسي ثاني (٤٢٢)، منشور على موقع :

(٢) د. حيدر ادهم عبد الهادي، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة كلية التربية الإسلامية المجلد ٢٠، العدد ٨٦، ٢٠١٤، ص ٤٠٣.

(٣) د. نبراس ظاهر جبر الزيايدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري للطباعة، بيروت، ٢٠١٨، ص ٣٣.

الدول العربية المقيمين في بلاد غير التي ينتمون اليها بأصلهم كذلك اتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١ وكذلك البروتوكول الاختياري في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ بشأن منع فرض الجنسية على افراد البعثة الدبلوماسية وأولادهم.^(١) كذلك من الاتفاقيات الأخرى هي اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ ، أما على المستوى الإقليمي فقد أسلفنا الذكر ما نصت عليه المادة الأولى من القانون الجزائري فقد تخطى بخطاه المشرع العربي في قانون جنسيته لعام ١٩٥٨ اذ نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول منه على أنه "إن مقتضيات المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها والموافق على نشرها ترجع الى أحكام القانون الداخلي".^(٢) وقد سعى سعيهم المشرع المصري في قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ في المادة ٢٦ منه حيث أكدت على وجود تقييد سلطة الدولة في تنظيم جنسيتها وفقاً للمعاهدات المبرمة والأحكام الواردة في هذا الخصوص حتى لو تعارضت مع تشريع هذا القانون الوطني.^(٣)

أما على المستوى الدولي نلاحظ ما جاء في المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي والتي تقضي "المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تم التصديق عليها ونشرها تكون أعلى منزلة من القوانين مع مراعاة تطبيقها بواسطة الطرف الآخر".^(٤) عليه نلاحظ أن غالبية قوانين الجنسية قد استجابت وخضعت لهذا القيد وقد قررت العمل بأحكام جميع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تكون خاصة بالجنسية التي ابرمتها مع باقي الدول ولو خالف أحكام القانون الوطني منها.^(٥)

(١) نص المادة الثانية من البروتوكول الاختياري لعام ١٩٦١ على أنه (لا يجوز لأفراد البعثة الدبلوماسية الذين يحملون جنسية الدولة المعتمدة لديها وأفراد أسرهم من أهل بيتهم اكتساب جنسيتها بحكم تشريعها وحدة) ينظر: د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١١. علماً أن العراق صادق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢ الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٤/٧ . ينظر : د. نبراس الزيايدي، المصدر السابق، ص٣٣.

(٢) سحر جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ط١، ٢٠١٥، ص٨٦.

(٣) د. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، طبعة مختصرة ومخصصة للطلبة ، ٢٠١٦ ، ص٣٠.

(٤) د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص٣٠.

(٥) د. احمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٣٧.

ولكن يبقى تساؤل أخير ألا وهو ما الحكم إذا وجد تعارض بين أحد نصوص قانون الجنسية لإحدى الدول وبين أحد النصوص الواردة في اتفاقية دولية تكون هذه الدولة طرفاً فيها ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول إن مبادئ القانون الدولي وكما أسلفنا الذكر وتبين لنا بأنها تقضي بضرورة تغليب حكم الاتفاقية أو المعاهدة لأن عدم تطبيق المعاهدة أو الاتفاقية من قبل الدولة فسوف يثير مسؤوليتها الدولية أمام باقي الدول أعضاء الاتفاقية وبالتالي يجب عليها تعديل قوانينها الداخلية بما يتفق مع المعاهدة أو الاتفاقية لكي تكون موفية وصادقة في التزاماتها الدولية.

ثانياً / القيود غير الاتفاقية التي تحد من حرية الدولة في تنظيم جنسيتها

إذا كان الفقه قد أجمع على اعتبار المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية من أهم القيود الاتفاقية والتي تعتبر قيد على إرادة الدولة في تنظيم جنسية مواطنيها فإن الأمر يدق بالنسبة للقيود غير الاتفاقية على خلاف ما ذكر سابقاً بالنسبة للقيود الاتفاقية والتي يرجع الالتزام بها إلى إرادة الدولة بموجب المعاهدات التي تلتزم بها فالسؤال هنا إذا كانت هنالك ثمة قيود غير اتفاقية فما هي هذه القيود وما هو مصدرها وهل توجد قيمة ملزمة لها بين الدول ؟

"يقصد بالقيود غير الاتفاقية هي تلك القيود التي تقرها قواعد القانون الدولي والتي تعتبر العرف الدولي أو الاجتهاد القضائي الدولي من أهم مصادرها وهذه القيود بالرغم من قلتها اختلف الفقهاء في حصرها وتحديدها".^(١) تتبثق القيود غير الاتفاقية من (قواعد القانون الدولي الأخلاقي) أي عن القواعد الدولية غير الملزمة أي أنها عبارة عن مجموعة من المبادئ ذات القيمة الأدبية والتي تحولت في بعض الأحيان إلى توصيات دولية.^(٢) وأهم هذه المبادئ والتوجهات هي التي جعلت الجنسية حقاً من حقوق الإنسان كون هذا الحق مستمد بالأصل من مبادئ القانون الطبيعي وهذا ما كرسته ديباجة معاهدة جنيف لعام ١٩٣٠ الخاصة بتنزع الجنسيات وكذلك كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠/١٢/١٩٤٨ في الفقرة الأولى من المادة ١٥ من

(١) د. فؤاد ديب، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٢) خوار عقله محمد العيطان، موقف المشرع الأوروبي من ازدواج الجنسية، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق ٢٠١٨، ص ٢٩.

الإعلان حيث نصت على انه "لكل إنسان حق في أن يكون له جنسية" ويعتبر هذا الحق من الحقوق الأساسية للإنسان.^(١) فقد اتجه جانب من الفقهاء الى القول أن مبدأ حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها لا يرد عليه أي قيد إلا ما يمليه القانون الطبيعي وليس القانون الدولي الوضعي وحسب ما متعارف عليه أن قواعد القانون الدولي الطبيعي لا تحمل معنى الالتزام بالرغم من التسليم بها فإن مضمونها ومحدداتها ما زال الأمر غير متفق عليه دولياً وعليه فهذه المشكلة تتعلق بالقانون الدولي العام.^(٢) لكن هنالك جانب آخر من الفقه اتجه إلى القول بأن حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها بأنها مقيدة ولكن ليس بقواعد القانون الدولي الطبيعي فقط وإنما أيضاً بقواعد القانون الدولي الوضعي وكذلك سلم هذا الفقه بأن قواعد القانون الوضعي ما زالت محدودة لذلك ساقوا عدة أعراف دولية تتضمن المبادئ المعترف بها دولياً وحيث أطلقوا عليها (الحد الأدنى لمبادئ القانون الدولي) فيما يخص الجنسية ويجب على الدولة الاعتراف بها ومراعاتها وتضمينها في تشريعاتها وهذا ما أكدت عليه اتفاقية لاهاي في ١٣/مارس/١٩٣٠ الخاصة بتنازع القوانين في الجنسية والتي اعدتها مؤتمر تقنين القانون الدولي والتي قررت بأن حرية الدولة في تنظيم جنسيتها مقيدة بالاتفاقيات الدولية والعرف الدولي وكذلك مبادئ القانون الدولي المعترف بها في تنظيم الجنسية.^(٣) وبنفس الصدد هنالك جانب من الفقه يشير الى أن العرف الدولي لم يفرض قيوداً ومحددات على حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها وإنما اكتفى العرف برسم بعض من الموجهات العامة التي **تعين** على الدولة أن تأخذ بها في هذا الشأن كون هذه الموجهات لا تتعكس مع مبدأ سيادة الدولة وحريتها في تنظيم مادة جنسيتها.^(٤) وبناء على ما تقدم إن القانون الدولي قد قرر بعض القيود التي يجب على الدولة أن تراعيها أو تأخذ بها عند تنظيم جنسيتها ومن أهم هذه القيود هي "مبدأ حسن النية، ومبدأ الجنسية الفعلية وعدم جواز فرض الدولة لجنسيتها على أبناء الدبلوماسيين العاملين بها". فبالنسبة لمبدأ حسن النية فلا بد على الدولة أن تلتزم بمراعاة مبدأ حسن النية وخاصة في الموضوع الذي نحن بصدده ألا وهو عند تنظيم الاحكام المتعلقة بالجنسية سواء من حيث اكتسابها أو فقدها كون الدولة عندما تسعى

(١) د. حفيظة السيد الحداد، دروس في الجنسية المصرية، طبعة عام ١٩٤٤، ص ٩٥.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٣) د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص، ١٩٨٦ ، ص ٦١.

(٤) د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ١٩٨٦ ، ص ٦١.

لتحقيق أهدافها وكذلك تراعي مصالحها العليا والتي تعد حجر الزاوية في تنظيم مسائل مادة جنسيتها فلا يمكن للدولة أن تستمد من هذه الأهداف والمصالح حجة أو ذريعة للأضرار بغيرها من الدول فلا يجوز للدولة مثلاً أن تفرض جنسيتها بطريقة متسلطة على بعض المقيمين في أراضيها فهذا الفعل يعتبر اعتداء على السيادة الشخصية للدول الأجنبية وتأسيساً على ذلك فقد أبطلت السلطة التشريعية في ألمانيا وكذلك المجلس الأعلى للحلفاء عام ١٩٤٩ قانون أصدرته حكومة الرايخ عام ١٩٤٣ يقضي بفرض الجنسية الألمانية جبراً على بعض الطوائف من مناطق الألزاس واللورين ولوكسمبورج.^(١) كذلك لا يجوز للدولة أن تجرد بعض رعاياها من جنسيتها بمجرد أنهم يحملون جنسية دولة معينة وبالتالي تسلب الدولة الأخرى حقها في معاملتهم معاملة الأعداء كونهم يحملون جنسية الدولة المعادية الأولى.^(٢) وعليه فمن مبادئ حسن النية في وضع الدولة لجنسيتها هو عدم تجاوز المشرع حدود اختصاصه ليتعد على اختصاص دولة أجنبية أخرى ومثال هذه الحالة في القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٣ في المادة (١٩) منه والتي تقرر بأن "الأجنبية التي تتزوج من فرنسي تكتسب الجنسية الفرنسية، أما الفرنسية التي تتزوج من أجنبي فتكتسب جنسيته".^(٣) كذلك بالنسبة للقانون المدني البوليفي في المادة (١١) منه حيث تنص على أن "المرأة البوليفية التي تتزوج من أجنبي تكتسب جنسيته" والمفهوم من هذين النصين أنه إذا تزوجت امرأة فرنسية أو بوليفية من شخص أجنبي مثلاً فإنها تكتسب جنسية هذا الشخص دون مراعاة لأحكام قانونه وهذه النتيجة غير مقبولة، وكذلك المثال الآخر هي ما جاء بنص المادة (٢/١/٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون ٢٦ يوليو ١٨٨٩ والتي قررت بأن "الطفل الطبيعي الذي أقيم الدليل على نسبه عندما كان قاصراً يكتسب جنسية من أقيم الدليل على ثبوته إليه أولاً من الوالدين" وبالتالي قضت محكمة النقض الفرنسية بناء على النص أنفاً إلى اكتساب أحد القصر للجنسية البلجيكية، وقضت في حالة أخرى مماثلة باكتساب قاصراً

(١) أستاذنا الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة، ط ١ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٤٢.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن وفي تشريع الجنسية المصرية الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٥.

(٣) Fulch iron, Lanationalite Franeaise , op. cit. P. 100

ينظر : د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٢٨.

آخر للجنسية البولونية.^(١) أما على المستوى الإقليمي فنلاحظ فمثلاً المادة العاشرة من قانون الجنسية الكويتية لعام ١٩٥٩ والتي تنص على "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي تدخل في جنسية زوجها إذا كان قانون الزوج يقضي بذلك" والحال نفسه بالنسبة لقانون الجنسية القطرية لعام ١٩٦١ في المادة ١٢ منه والتي تنص بأن "المرأة القطرية التي تتزوج من أجنبي تدخل في جنسية زوجها إذا كان قانون هذا الزوج يقضي بذلك". كذلك من مبادئ حسن النية هي على الدولة أن تراعي إرادة الأفراد عندما تنظم قواعد جنسيتها وتجعل إرادتهم بالحسبان ومثال هذه الحالة أن يكون مثلاً للفرد الحق في رد الجنسية عندما يبلغ سن الرشد التي اكتسبها تبعاً لوالديه المتجنسين.

أما بالنسبة للقيود غير الاتفاقية الثاني ألا وهو مراعاة مبدأ الجنسية الفعلية وعليه يجب على الدولة أن تستند في فرض جنسيتها إلى أساس حقيقي ويكون هذا الأساس مستمد من الواقع وكذلك وجود الصلة الحقيقية بين الفرد والدولة وبالتالي إمكانها فرض جنسيتها على هذا الأساس وعليه لا بد أن تكون صلة حقيقية بين الدولة والفرد الذي تفرض جنسيته عليه لكي يحصل كما يعبر عليه بعض الفقه "بضرورة التطابق بين جنسية القانون Nationalite' de droit وجنسية الواقع Nationalite' de fait".^(٢) وعليه إذا خرجت الدولة عن هذا المبدأ فبالتالي فإن جنسيتها أصبحت غير مطابقة للحقيقة والواقع ويمكن ان يطلق عليها بالجنسية الكاذبة التي لا يمكن ان تكون محترمة وتأخذه على المستوى الدولي. وعليه فالدولة التي تقوم بتشريع أو تنظيم قواعد جنسيتها بأن تفرضها على رعايا الدول الأخرى دون توفر الصلة الفعلية فيها فمثلاً كالتوطن أو الولادة على أراضيها وكذلك كل تعدي من قبل أية دولة يقابله تعدي آخر من قبل الدول الأخرى أي معاملة بالمثل بإصدار مثلاً تشريعات تفرض هذه الدولة جنسيتها على رعايا الدولة الأولى وهذا التناقض والتنافر في الأحكام بين الدول يؤدي الى خلق الفوضى والتنازع بين

(١) Mayer et Heuze , Droit international Drive , Op. cit. , n 843 , p. 564=

=Lagard, La nationalite francaise , op. cit, 213, p.1148.

ينظر : د. عبد المنعم زمزم ، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية رقم ١٥١، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ ص ١٢١.

الجنسيات لهذه الدول.^(١) والحقيقة بأن يشترط على الدولة أن تكون هنالك رابطة حقيقية فعليه مادية كانت ام معنوية بينها وبين الشخص الذي تفرض عليه جنسيتها لا يعتبر مجرد قيد على حرية الدولة بل هو يعتبر الأساس الفعلي باعتباره الدستور الذي يمكن أن ترجع اليه جميع القواعد التي تنظمها الدولة في تحديدها للأفراد الداخلين في جنسيتها، وهذا ما لمسناه في قضية نوتيبوم.^(٢) عندما دفعت جواتيما لا بأن تجنس نوتيبوم بجنسية دولة ليشنتشتين يعد مخالفاً لأحكام القانون الدولي كونه لا يستند الى روابط حقيقية وعليه أخذت محكمة العدل الدولية بهذا الدفع وقضت بأن "دخول نوتيبوم في جنسية ليشنتشتين لم يكن مؤسساً على روابط حقيقية ومن ثم لا تستجيب هذه الجنسية للأسس المتعارف عليها في القانون الدولي والتي تقضي بضرورة ارتباط الفرد بالدولة اجتماعياً ووجدانياً وهذا ما لا يتوافر في هذه الحالة وعليه قضت المحكمة برفض طلب دولة ليشنتشتين بالتدخل لبسط حمايتها الدبلوماسية على نوتيبوم". ومما تقدم يتوضح لنا بأن الدول عندما لا تلتزم بالأسس والمعايير التي يفرضها ويقرها القانون الدولي في خصوص الجنسية مثلاً يؤدي ذلك الى عدم الاعتراف بجنسيتها وكذلك الآثار المترتبة على هذه الجنسية وكما هو واضح في المثال أعلاه.

أما بالنسبة للقيد الثالث ألا وهو عدم فرض الدولة جنسيتها على أبناء الدبلوماسيين العاملين فيها وجاء هذا القيد غير الاتفاقي ليحد من هذه الحالة ألا وهوي فرض جنسية الدولة على الدبلوماسيين العاملين فيها بناء على حق الإقليم كون هنالك كثير من الدول تمنح جنسيتها بناء على حق الإقليم وبالتالي فإنها تقض في قانون جنسيتها بأنها تفرض جنسيتها على كل من يولد على اقليمها دون تميز وإطلاق هذا النص يؤدي الى فوضى والى نتيجة غير مرضية وخاصة فيما يحدث بالنسبة لأبناء البعثات الدبلوماسية على اقليمها فلا يمكن للدولة أن تفرض جنسيتها بناء على حق الإقليم على أبناء الدبلوماسيين لهذا استقرت أحكام القانون الدولي على تلافي هذه النتيجة باستثناء أبناء الدبلوماسيين الأجانب العاملين في الدولة من فرض جنسيتها

(١) د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط٤، بدون دار نشر وبدون سنة طبع، ص ٢٧.

(٢) قضاء محكمة العدل الدولية بالتأكيد على هذا المبدأ في قضية (نوتيبوم) عام ١٩٥٥ حيث قضت بأنه " يحق لكل دولة أن تنظم جنسيتها بمقتضى تشريعاتها الداخلية " . د. محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، مصدر سابق، ص ٨٢ .

عليهم على أساس حق الإقليم وتأكيداً على هذا فقد جاء في اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٢ ابريل ١٩٣٠ في المادة ١٢ منها بأن "الاحكام القانونية المتعلقة بمنح جنسية إحدى الدول بسبب الميلاد على اقليمها لا تطبق بقوة القانون على الأولاد الذين يتمتع آبائهم بالحصانات الدبلوماسية في بلد الميلاد".^(١) لذلك فقد أكدت دساتير الدول هذا الحكم وأيدته ومثال واضح في الدستور البرازيلي لعام ١٩٤٦ فقد نصت المادة ١٢٩ منه على أن "الأشخاص الآتي ذكرهم يكونون برازيليين ١- الأشخاص المولودون في البرازيل ، وذلك فيما عدا أولاد الأجانب المقيمين في البرازيل في خدمة بلادهم" . وكذلك ما جاء في الدستور البوليفي الصادر عام ١٩٤٥ والمعدل عام ١٩٤٧ في ٢٩ منه كذلك المادة ٥ من دستور شيلي الصادر عام ١٩٢٥.^(٢) أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كان موقفه واضح في السير بهذا الاتجاه وتأييد الاحكام أعلاه فقد قرر في المادة ٢٠ / ٥ من القانون المدني الفرنسي بأن "الأحكام المنصوص عليها في المواد ٣/١٩ و ٤/١٩ (وهي الأحكام المتعلقة بالميلاد المضاعف كسبب لاكتساب الجنسية الفرنسية) غير واجبة التطبيق على الأطفال المولودين في فرنسا للدبلوماسيين القناصل الأجانب".^(٣)

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن الدولة إذا كانت تتمتع بسلطة تنظيم مادة جنسيتها وبحرية كاملة لكن هذه الحرية أو السلطة ليست مطلقة وإنما محددة بقيود ومحددات سواء قيود اتفاقية متمثلة بما تبرمه الدول من معاهدات واتفاقيات دولية أو قيود غير اتفاقية متمثلة بالقانون الطبيعي والقانون الدولي الوضعي وكذلك العرف الدولي وما يحمل في طياته من مبادئ وقواعد عرفية وإن كانت هذه القيود لا تزال محددة والكلام بغير ذلك يؤدي إلى الفوضى ويخلق التنازع في الجنسيات وما يترتب على ذلك من مشاكل على المستوى الدولي.

(١) د عبد المنعم زمزم ، المصدر السابق، ص ٣٢.

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والوطن ومركز الأجانب ، ج ١، مطبعة عين شمس ١٩٦٠، رقم ٦٦، ص ١٦٠.

(٣) فقد خول المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة هؤلاء الأطفال إمكانية اكتساب الجنسية بداية من بلوغ سن ١٦ سنة وفقاً لأحكام المادة ١١/٢١ من القانون نفسه. ينظر : د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٣٢.

المطلب الثاني

مشكلات معيار جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

قبل التطرق الى موضوع مشكلات معيار الجنسية وتأثيره في تحديد المسؤولية المدنية للدولة ينبغي علينا تحديد المفهوم القانوني الحديث للجنسية والتي هي "انتماء الشخص الى دولة معينة قانونياً وسياسياً أو هي رابطة سياسية تنشأ الدولة للشخص وتجعله رعية لها أو هي عبارة عن انتماء الشخص الى الشعب المكون للدولة من الناحية القانونية أو يمكن وصفها بأنها تلك الصلة التي تربط الدولة بأفراد شعبها بل هي التعبير القانوني عن الرابطة بين الفرد والدولة التي منحت جنسيته". ونلاحظ أن هذه الأفكار جميعها السابقة الذكر عن مفهوم الجنسية الحديث لا تخرج عن كون الجنسية هي انتماء بمفهومها الحديث. ولما للدولة من حرية في تنظيم جنسيتها تحقيقاً لسياستها السكانية التي تتفرد بها كون اختلاف الأسس التي تبنى عليها قواعد الجنسية لدى الدول من حيث فرضها أو اكتسابها وكذلك استردادها وفقدانها كل هذه الاختلافات في الأسس أدت الى افرار مشكلتين أو ظاهرتين ألا وهما ((تعدد الجنسية)) و ((انعدام الجنسية)) ويطلق عليها الفقه بتنازع الجنسيات (Conflict of Nationalities) بشقيه السلبي والايجابي عليه إن تعدد الجنسية أو انعدامها لفرد ما لا يحصل إلا بتوافر أسباب أو شروط معينة ولعل السبب الرئيسي كما ذكرنا سابقاً هو حرية الدولة في تنظيم مادة جنسيتها، وبالتالي لتحقيق التعدد للفرد في جنسيته إذا ثبت له جنسيتين أو أكثر في وقت واحد والحالة العكسية لذلك بأن الفرد لا يتمتع بجنسية أي دولة وهنا نتحقق عندنا المشكلة الثانية ألا وهي (انعدام الجنسية) وعليه فإن هاتين المشكلتين تؤثران في هذا المعيار أي معيار الجنسية من حيث تحديد المسؤولية المدنية للدولة عن العمل الإرهابي الذي هو عنوان المطلب . عليه سوف نقسم المطلب الى فرعين يسعى الأول الى بيان اشكاليات تعدد جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية أما الفرع الثاني يسعى الى بيان اشكاليات انعدام جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية وكالاتي :

الفرع الأول

إشكاليات تعدد جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

الذي يهمننا هو بالامر الكيفية التي يتعامل بها مع الإرهابي إذا ما كان هذا الإرهابي متعدد الجنسيات ومن ثم تحديد القانون الواجب تطبيقه عليه ومن ثم تحديد المحكمة المختصة ، فيؤدي تمتع الشخص بأكثر من جنسية في آن واحد الى أن يواجه هذا الشخص معضلتين الأولى، منها تتعلق بتحديد مركزه القانوني كون الفرد يقع تحت سيادة اكثر من دولة تدعي أنه من مواطنيها مما يتطلب تعدد الحقوق والواجبات التي تواجه هذا الشخص وفي مواجهة كل دولة يحمل جنسيتها كالحماية الدبلوماسية مثلاً ، أما المعضلة الثانية ألا وهي ترتبط بتحديد النظام القانوني لحامل الجنسيات المختلفة باعتبار الجنسية هي ضابط إسناد شخصي كما هو معروف مما يجعل هذا التعدد صعوبة في تحديد أي دولة من الدول التي حامل هذا الفرد جنسيتها صاحبة الاختصاص في مسائل الجنسية.^(١) وبالتالي يقوم تنازع الجنسيات ويحصل هذا التنازع عندما تتنازع دولتان أو أكثر السيادة على شخص معين بحيث تدعي كل واحدة من هذه الدول بأنه أحد مواطنيها وعليه يمكن تعريف التنازع الإيجابي للجنسيات معناه "أن تثبت للفرد الواحد جنسيتان أو أكثر في الوقت نفسه، أي أن ذلك الفرد يعتبر وفقاً لقوانين الجنسية السارية في دولتين أو أكثر متمتعاً بجنسيات تلك الدول جميعها في وقت واحد".^(٢) وغالباً ما يكون التعدد ثنائياً يطلق عليه (ازدواج الجنسية) ويمكن كذلك أن يتمتع الشخص بثلاث جنسيات أو أكثر في وقت واحد.^(٣)

(١) د. أياد مطشر صيهود، دراسة القانون الدولي الخاص، دار السنهوري للنشر والطباعة، بيروت، ٢٠١٨ ص ١١٠.

(٢) د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠١٣ ص ١٠٢.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية ، المصدر السابق، ص ٩.

عليه سوف نقسم هذا الفرع إلى فقرتين سنبحث في الفقرة الأولى معاملة هذا الإرهابي المتعدد الجنسيات إذا كان وطني ومن ثم نتناول في الفقرة الثانية معاملة الإرهابي متعدد الجنسيات إذا كان أجنبي وكالآتي :

أولاً / معاملة الإرهابي الوطني المتعدد الجنسيات

إن لتحديد المسؤولية المدنية لمرتكب العمل الإرهابي المتعدد الجنسيات مسألة حساسة تثار أمام القضاء الدولي والتي تتعلق بتحديد جنسية هذا الإرهابي التي يمكن من خلال تحديد الدولة التي ينتمي إليها والتي لها الحق في حمايته وفي نفس الوقت تكون مسؤولة عنه وفي هذا الغرض يمكن لنا أن نفرق بين رأي الفقه التقليدي المناهض لترجيح أي جنسية يحملها هذا الإرهابي لتحمل على عاتق الدولة المسؤولية وبين الفقه المؤيد بترجيح جنسية الدولة التي يحملها ومن هذا المنطلق إذا كان بإمكاننا تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية من خلال الجنسية التي يحملها الفرد فبالإمكان ان تعتمد هذه الجنسية في مواجهة العدو الكاسح الذي يسمى بالإرهاب والهدف من ذلك الحد منه وتخفيف وطئته على العالم بأجمعه وهذا كله من خلال إثارة المسؤولية المدنية الدولية للدولة التي يتبعها هذا الإرهابي كونه حامل جنسيتها وإيماناً بمبدأ الحماية الدبلوماسية فمفهوم المخالفة لهذا المبدأ يكون لازماً على الدولة التي يحمل جنسيتها هذا الإرهابي تحمل المسؤولية كونها مسؤولة منه وعليه في عين الوقت ويمكن أن نسند كلامنا عن الحماية الدبلوماسية للجنسية التي يحملها هذا الوطني الى نظرية تكافؤ السيادة أو تعادل السيادة فإذا ما تعددت الجنسيات التي يحملها هذا الإرهابي فالسؤال هنا بأنه هل بإمكاننا أن نوظف هذه القاعدة لمواجهة ظاهرة الإرهاب وبصيغة أخرى فالنسبة للإرهابي الذي يحمل أكثر من جنسية من أجل تحديد الدولة المسؤولة عن مواطنيها وكذلك تملك السيطرة القانونية عليهم وإن كانت السيطرة الفعلية محدودة ؟ ^(١) للإجابة على التساؤل يمكن القول بأنه لا يوجد هنالك مانع قانوني يحول دون ذلك وهذه هي الحقيقة فإذا ما أصاب أحد الأفراد ضرر في الخارج وكونه لم يحصل على التعويض المناسب من الدولة التي تضرر فيها فبهذه الحالة بإمكان الدولة التي يحمل جنسيتها أن تتدخل لحمايته عن طريق مبدأ الحماية الدبلوماسية والمطالبة بالتعويض

(١) د. محمود داود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب، دراسة تحليلية مقارنة، دار زين الحقوقية، بيروت، لبنان ٢٠١٠، ص ١١٢.

لمواطنها المتضرر ونجد بالمقابل أن الدولة نفسها تتهرب عن المسؤولية عن الشخص الذي يحمل جنسيتها في حال ارتكابه لعمل إرهابي.^(١) لكن نلاحظ وكما قلنا سلفاً أن معيار الجنسية لا يمكن تجزئته عليه نقول أن الدولة التي تطالب بحقوق رعاياها فالمقابل لذلك أن تكون مسؤولة عنهم إذا ما حصل أي ضرر في المجتمع الدولي أي عبر حدودها وهذا كله أيماناً بمبدأ الحماية الدبلوماسية وبالرجوع الى صلب الموضوع نقول أن معاملة الوطني المتعدد الجنسية إذا ما قام بعمل إرهابي ونقصد هنا بالوطني هو الذي تكون جنسية قاضي النزاع من ضمن الجنسيات التي يحملها هذا الإرهابي. إن المقصود من معاملة متعدد الجنسية هو بيان الوضع القانوني للفرد أي المركز القانوني له بين الدول التي يحمل جنسيتها سواء فيما يتعلق بممارسة حق معين أو ما يفرض عليه من التزام إزاء هذه الدولة التي يحمل جنسيتها كونه من الصعب معاملة متعدد الجنسية بوضعين أو صفتين كما قلنا سابقاً بأن معيار الجنسية غير قابل للانقسام بين أكثر من دولة وبالتالي فهناك مشكلة في الحقوق والالتزامات على هذا الفرد.^(٢) حيث إن المعيار الأساسي في تحديد معاملة متعدد الجنسية يركز على أساس ترجيح إحدى هذه الجنسيات التي يحملها الفرد وما عداها من الجنسيات الأخرى وذلك لفض التنازع الإيجابي الحاصل في تلك الجنسيات وبالتالي اعتبار هذه الجنسية الراجعة هي الأساس المعتمد الذي يعامل به الفرد دولياً من حيث تحديد الحقوق والالتزامات مقابل سائر الدول كذلك تعتمد كأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك تحديد جهة الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية لاسيما في مواجهة ظاهرة الإرهاب.^(٣) كون هذه المسألة ألا وهي مسألة متعدد الجنسيات تعرض عادة أمام السلطات القضائية أو التنفيذية في هذه الدولة التي يحمل جنسيتها هذا الإرهابي مثالنا أن يحصل شخص معين على الجنسية الفرنسية والعراقية ويطرح موضوع النزاع أمام السلطات القضائية أو التنفيذية العراقية. إن الرأي الغالب لدى فقهاء القانون الدولي الخاص من شراح ومقننون وكذلك الاتفاقيات الدولية يؤكد الأخذ بمبدأ معاملة متعدد الجنسيات باعتباره مواطناً في إحدى الدول التي يتمتع

(١) د. إبراهيم محمد العناني، قضية لوكربي ومستقبل النظام الدولي، الابعاد السياسية والاستراتيجية والقانونية المصدر السابق، ص ١٥٠.

(٢) د. احمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٥٢.

(٣) د. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، المصدر السابق، ص ٣٤.

بجنسيتها.^(١) بعبارة أخرى إنه هذا المبدأ أي مبدأ الأفضلية لجنسية الدولة المطروحة أمامها مسألة النزاع هو مبدأ أخذت به الغالبية العظمى من القوانين العربية والأجنبية وكذلك الاتفاقيات والمعاهدات الدولية كما سنرى، إذ أن هذا الفرض يستند على قاعدة مستقرة ألا وهي تفضيل الجنسية الوطنية عن غيرها من الجنسيات التي يحملها الفرد المعروضة على السلطات القضائية أو التنفيذية في نفس الدولة التي يحمل متعدد الجنسيات جنسيتها والتي كما قلنا معروضة عليها مسألة النزاع ومتعلق بهذا الفرد الوطني نفسه وعليه فإن قاضي النزاع يعتبر هذا الفرد وطنياً وبغض النظر عن باقي الجنسيات التي يحملها الفرد ، فيعتبر هذا الفرد وطنياً ولا يلتفت الى أي جنسية يحملها هذا الفرد ويعتبره وطنياً ويعامله على هذا الأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه المشكلة وهي مشكلة تعدد الجنسيات.^(٢) ومن الجدير بالذكر أن مبدأ الأفضلية للجنسية الوطنية لدولة القاضي على بقية الجنسيات الأجنبية لا يستند في الحقيقة كما قلنا سابقاً الى قاعدة تتنازع القوانين لأنه لا يوجد في الواقع تنازع بين قانون جنسية القاضي وقانون الجنسية الأجنبية ولكن يتعلق الأمر في أن هنالك تعارض وتناظر بين عدة مراكز قانونية يقع فيها هذا الفرد المتعدد الجنسيات عليه فلا بد من ترجيح إحدى هذه المراكز القانونية التي يتمتع فيها الفرد لترجيح إحد الجنسيات لأن قوانين الجنسية وكما هو معروف في النظام العام وكذلك في القانون العام فهي عامة تسري على كل شيء يوجد على الإقليم.^(٣) وكون مسألة الجنسية الوطنية هي من صميم عمل الدولة وكونها من الاختصاصات القاصرة للدولة لما للجنسية من صلة وثيقة بالدولة بكيانها وسيادتها وبالتالي لا يمكن تفضيل الجنسية الأجنبية على الجنسية الوطنية في شتى الأمور لأن هذا الاختصاص هو حصري للدولة فقط ، وبالتأكيد على ذلك فقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها "إن تغليب الجنسية المصرية عند تزامنها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد هو مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة، ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها".^(٤)

(١) د. جمال سلامة احمد الوقيد، تعدد الجنسية ، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، المصدر السابق، ص ١٩٧.

(٤) ينظر : الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، ص ١٣٠ وما بعدها.

وأكد القانون المصري هذا المبدأ في المادة ٢٥ من قانونه المدني (١) - يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد

٢- على الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة الى دول أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه". وكما قلنا سابقاً بما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري بالتأكيد على تغليب الجنسية المصرية حيث جاء فيها أيضاً "إن الأخذ بهذا الحكم فيه تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد (هو) مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدول في شأنها لغير قانونها".^(١) وعلى هذا الأساس يشير رأي من شراح القانون الدولي الخاص الى ان المقنن المصري قد وضع هذا الحكم أي حكم تغليب الجنسية بمناسبة تحديد الجنسية كضابط اسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية لذلك يشير رأي من الآراء لشراح القانون الدولي الخاص الى (أن هذا المسلك يمكن تعميمه بحيث يكون سارياً على كل فروض "التنازع" الذي تكون فيه جنسية الدولة هي احدى الجنسيات المتعددة).^(٢) وعلى هذا الاساس يمكن استخدام هذا الحكم لتحقيق فرضنا ألا وهو استخدام جنسية الفرد لتحديد المسؤولية عن طريق تحميل دولة الجنسية لتتحمل المسؤولية المدنية عن الاضرار التي يسببها أحد رعاياها كذلك ما جاء بالمادة (٣٤) من القانون المدني اليمني المنظم لتنازع القوانين المرقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ حيث نصت على أنه "يعين القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته أو تكون له جنسيات متعددة في وقت واحد، ومع ذلك إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة هي اليمنية فإن القانون اليمني وحده هو الذي يطبق"، وكذلك أخذ بهذا المبدأ التقنين المدني السوري في المادة (٢/٢٧) منه وكذلك التقنين المدني الليبي في المادة (٢/٢٥) والمادة (٢٦) من التقنين المدني الأردني، والمادة ٢٢ من التقنين المدني الجزائري والمادة (٢/٧) من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١.^(٣) وكذلك المادة ٧٠ من المرسوم الاميري رقم ٥

(١) د. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، المصدر السابق، ص ٥٥

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، ط ١، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٢١.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

لسنة ١٩٦١م الكويتي والذي ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي تنص على أنه "القانون الكويتي لا يعترف للكويتي متعدد الجنسية في الكويت بأية صفة أخرى غير اعتباره كويتيًّا ولكل الأغراض"، أما بالنسبة لموقف قانونا العراقي فهو واضح وحسب نص المادة (٢/٣٣) منه التي تنص على أنه "على الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه"، وهذا ما سارت عليه المادة العاشرة فقرة ٢ من قانون الجنسية النافذ بقولها "تطبق القوانين العراقية القانون العراقي...". أما بالنسبة للقوانين الأجنبية فقد اخذت بهذا المبدأ فريق من القوانين منها المادة ١/٨٤٩ من قانون العائلة السنغالي والمادة ٣١ من القانون اليوناني والمادة ٥٢ من القانون المكسيكي والمادة (١١/٣) من القانون الهنغاري لعام ١٩٧٩م وكذلك المادة ٢٧ من قانون الجنسية البرتغالي التي نصت على أنه "إذا كان لأحد جنسيتان أو أكثر وكانت أحدهما الجنسية البرتغالية فلا يؤخذ بالاعتبار إلا هذه الأخيرة في مواجهة القانون البرتغالي".^(١)

أما فيما يخص وضع متعدد الجنسية أمام القضاء الدولي وبعبارة أخرى في فرض أن النزاع المتعلق في الشخص المتعدد الجنسيات مرفوعاً أمام القضاء الدولي فنهالك صعوبة في تحديد معيار منضبط لترجيح إحدى هذه الجنسيات التي يحملها الفرد كون هذا الأخير لا ينتمي الى سيادة دولة معينة ومعروفة ولكن فقهاء القانون الدولي الخاص قد ميزوا بين فرضين :

الأول / إذا كانت هنالك اتفاقية دولية بين الدولتين اللتين يحمل هذه الفرد جنسيتها في هذه الحالة ما على القضاء الدولي إلا تطبيق نصوص الاتفاقية المبرمة ما بين الدولتين.

الثاني / هو أنه لا توجد اتفاقية.

وما تجدر الإشارة اليه انه في نفس الوقت أنكر فريق من فقهاء القانون الدولي الخاص على القضاء الدولي الحق في ترجيح إحدى الجنسيات المتعددة التي يحملها الفرد استناداً الى مبدأ تكافؤ السيادة السالف الذكر ، ولكن كان هنالك دور لمحكمة التحكيم الدولي بلاهاي فقد

(١) د. محمد كمال فهمي، أحوال القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية، مصر

أعطت هذه المحكمة لنفسها الحق بالقيام بالترجيح بين هذه الجنسيات المتعددة وأخذت بفكرة الجنسية الفعلية أو الواقعية والتي يعيش في كنفها هذا الفرد بالفعل . وخير دليل على كلامنا هذا ما حدث في القضية المعروفة باسم (قضية كانيفارو Canevaro) عام ١٩١٢م وتتلخص وقائع هذه القضية في أن "كانيفارو كان قد ولد في بيرو لأب إيطالي، فحصل عند ميلاده على جنسيتين أصليتين. الجنسية الإيطالية بناء على حق الدم من جهة الأب وذلك بتطبيق نص المادة ٣٤ من القانون المدني الإيطالي وجنسية البيرونية بناء على حق الإقليم تطبيقاً لنص المادة ٣٤ من الدستور البيروني ، ثم طالبت دولة بيرو بدفع الضرائب الواجبة عليه بوصفه مواطناً بيرونيّاً إلا أنه رفض دفعها محتجاً بكونه إيطاليّاً ومن ثم فقد لجأ الى طلب الحماية الدبلوماسية من جانب الحكومة الإيطالية بوصفه من رعاياها، فرفعت الحكومة الإيطالية النزاع أمام محكمة التحكيم الدولية وقضت هذه الأخيرة بأن (كانيفارو) قد عاش في بيرو وارتبط بها من الناحية الواقعية ومارس حقوقه السياسية فيها ورشح نفسه لعضوية مجلس الشيوخ فيها ومن ثم فإن الجنسية الفعلية هي الجنسية البيرونية". استناداً الى نص المادة (٣/٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية اذ تنص المادة على أنه "إذا أمكن لشخص أن يُعد فيما يتعلق بعضوية المحكمة متمتعاً بالمواطنة أكثر من دولة واحدة اعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية".^(١)

أما على مستوى المواثيق الدولية فقد أبدى رأي فقهاء القانون الدولي الخاص وهو الرأي الغالب بالأخذ "بمبدأ افضلية تطبيق قانون جنسية دولة القاضي على القوانين الأخرى" وتأكيداً لكلامنا هذا فقد نصت المادة (٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ على أنه "مع مراعاة أحكام الاتفاقية فإن الشخص الذي يكون له جنسيتان يمكن أن تعتبره كل دولة ينتمي إليها أحد رعاياها".^(٢) ومفهوم هذا النص بأن متعدد الجنسيات يعتبر في نظر كل دولة يحمل جنسيتها هو أحد رعاياها والحكمة من ذلك هي المحافظة على أمن وسلامة الدولة وكذلك بالنسبة للمواثيق الدولية فقد نصت المادة (٢) من مشروع المعاهدة الافرو آسيوية لعام ١٩٦٤ على هذا المبدأ فقررت بأن "المسائل الخاصة في حالة كون الشخص من وطني دولة معينة تقرر بموجب أحكام

(١) د. جمال سلامة احمد الوقيد، تعدد الجنسية، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٢) محمد السيد عرفة، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١١٢.

قانون تلك الدولة".^(١) ولكن إذا ما لاحظنا المادة (٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠م سألنا الذكر عبارة "مع مراعاة أحكام الاتفاقية" يتوضح لنا أن هنالك قيود على هذا المبدأ ألا وهو مبدأ (أفضلية تطبيق قانون جنسية القاضي) ومن هذه القيود في حالة وجود معاهدة بين الدول التي يحمل هذا الفرد جنسياته ففي هذه الحالة لا بد من تطبيق المعاهدة لما لها من قوة الزامية بين أطرافها وقد يؤدي هذا القيد الى ترجيح جنسية أجنبية من الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسيات عليه فسيعامل الفرد معاملة الأجانب في دولة يحمل جنسيتها.^(٢)

أما القيد الثاني والذي يتعلق بترجيح جنسية العدو إذا ما وجدت بين الجنسيات المتعددة للفرد الأمر الذي يؤدي الى معاملته معاملة الأجانب في دولة يتمتع بجنسيتها إذا ما كان هنالك حرب بين الدولتين وهذا كله حفاظاً على أمن الدولة وقد يؤثر الأمر الى تصفية نشاطه ووضع أمواله تحت الحراسة.^(٣) أما القيد الأخير ألا وهو ما نصت عليه المادة (٤) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ والتي تنص على أنه "لا يسوغ لدولة تمارس حمايتها الدبلوماسية لمصلحة أحد وطنيها ضد دولة يعد هذا الفرد أيضاً من وطنيها" ومفهوم هذه المادة هو أنه لا يسمح لأحدى الدول التي يتمتع هذا الفرد بجنسيتها مثلاً بأن تطالب بحمايته دبلوماسياً أمام دولة يحمل هذا الفرد جنسيتها أيضاً وبالرغم من هذه القيود فقد ظلت هذه النظرية هي الغالبة إذا ما كان فاعل الضرر يحمل جنسية من الجنسيات المتعددة أو احدى هذه الجنسيات التي يحلمها هي جنسية قاضي النزاع فإنه يعامل معاملة الوطني إذا ما حصلت هذه القيود. وبعد دراسة هذا الفرض سوف ننقل الى الفرض الثاني الذي هو معاملة مرتكب العمل الإرهابي إذا كان لا يحمل جنسية من الجنسيات التي تعود احداهن لدولة قاضي النزاع .

(١) استاذنا د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠١٨ ص ١٣٨.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المبسوط، المصدر السابق، ص ٢٣١.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، تعدد الجنسية وحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، ٢٠٠١، ص ٥٨.

ثانياً / معاملة الإرهابي الأجنبي المتعدد الجنسيات

الفرض هنا هو أن النزاع معروض على قاضي دولة لا يحمل الفرد متعدد الجنسيات جنسيتها الوطنية فمثلاً يحمل هذا الفرد الجنسية الإيطالية والإسبانية ويعرض النزاع على قاضي دولة ثالثة ولتكن كندا لا يحمل جنسيتها أي من الغير، وبالتالي يكون الأمر متعلق بمشكلة هذا الفرد لأي دولة ينتمي لكون في هذه الحالة تفرض أن جنسية الفرد هنا هي ضابط الاسناد المعتمد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق وهنا يقع على عاتق الدولة الثالثة التي لا يحمل هذا الفرد جنسيتها وتسمى (الغير) أن تقوم بترجيح إحدى الجنسيات التي يحملها الفرد وذلك لتحديد المركز القانوني أو تحديد القانون الشخصي حتى يمكن معاملة هذا الفرد متعدد الجنسيات وفقاً لإحكامه وعليه فقد ذهب جانب من الفقه القانوني الى القول بأعمال نظرية تكافؤ السيادة والتي معناها القانوني والتي سبق وأن اشرنا اليه بأنه لا يمكن لأي دولة أن تنكر على هذا الفرد أي جنسية تثبت له وفق أحكام وضوابط دولة أخرى بل يجب عليها أن تعترف لهذا الفرد بجميع الجنسيات التي يحملها وهنا الفرد وحده هو الذي يتمسك بالجنسية التي يختارها، ولكن إذا ما تعلق النزاع بالمصالح السياسية للدولة الغير (الثالثة) فبهذه الحالة ينعقد للدولة الثالثة الاختصاص باختيار الجنسية التي تحقق بها مصالحها ومثال هذه الحالة عندما تطبق الدولة الإجراءات الاستثنائية على رعايا الدولة المعادية.^(١)

والذي يؤخذ على هذا الرأي بأنه لا يقدم لنا معياراً ثابتاً ومنضبطاً لحل هذه المشاكل بعيداً عن مصلحة الدولة السياسية أو مصلحة الافراد ومن ثم لا يقدم لنا هذا الرأي أو الاتجاه معالجة كاملة لتحديد المركز القانوني للفرد ولا تحديد جنسيته التي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق وعلى هذا الأساس فقد اتجهت بعض التشريعات الوطنية الى القول بتحويل القاضي لتحديد القانون الذي يراه مناسباً لتطبيقه على هذا الفرد متعدد الجنسيات، ولكون الرأي السائد فقهاً وقضاءً في حالة فض النزاع لدى قاضي الدولة الثالثة أو الغير يعد من مسائل الواقع وليس من مسائل القانون لأنه وكما هو معروف أن سلطان قانون القاضي في الجنسية يقف عند حد معين ألا وهو بيان وتحديد مواطني دولته كون الفرد متعدد الجنسيات والتي تثبت له هذه الجنسيات بشكل سليم وقانوني فالقاضي في هذه الحالة لا يمتلك في سبيل فض هذا التنازع بين تلك

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٥٢.

الجنسيات سوى البحث عن الجنسية التي يرتبط بها الفرد أكثر من باقي الجنسيات من جهة الواقع والأساس القانوني لهذه الحالة صحيح أن القانون الدولي العام يعطي حرية للدولة في تنظيم مادة جنسيتها إلا أن هذا التنظيم لا يكون له أثر في المجال الدولي إذا ما أخذ بعين الاعتبار اشخاصاً لا ينتمون للدولة أو لا يرتبطون بها من جهة الواقع.^(١) وتأكيداً لهذا الكلام فقد نصت المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي سنة ١٩٣٠ على أنه "في الدولة الغير يجب أن يعامل الشخص الذي يحمل عدة جنسيات وكأنه لا يمتلك إلا جنسية واحدة".^(٢)

أما على مستوى القوانين فقد أبدت الاتجاه الذي يقول بقابلية القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان الفرد متعدد الجنسية ومن هذه القوانين المقارنة هو القانون المدني المصري في المادة (١/٢٥) حيث نصت على "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، وكذلك القانون المدني اليمني المنظم لتنازع القوانين المرقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م في المادة ٣٤ منه حيث نصت على "يعين القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته أو تكون له جنسيات متعددة في وقت واحد".^(٣) أما بالنسبة للقانون العراقي فهو واضح وصريح وأيد هذا الاتجاه أيضاً بأنه أعطى الحرية للقاضي بتحديد جنسية الفرد الأجنبي فقد نص في المادة ١/٣٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه "١- تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، أما بالنسبة لآراء شراح قوانين الجنسية المقارنة في شأن وضع معيار منضبط لترجيح إحدى الجنسيات المتنازعة التي يحملها الفرد في فرض أن تيار النزاع بشأن الفرد ومتعدد الجنسية في دولة ليست جنسيتها محل النزاع فقد اتجه الفقه عدّة اتجاهات يمكن أن نورد بعض منها باختصار للوصول الى الحل المتفق عليه فقهاً وقانوناً وكالاتي :

(١) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية ، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٣) د. جمال سلامة احمد الوقيد، تعدد الجنسيات، المصدر السابق، ص ١٠٧.

الاتجاه الأول / الاعتداد بالوقت الذي تمتع فيه الفرد بالجنسية.

انقسم أنصار هذا الاتجاه الى فريقين في تحديد الوقت الذي يعتد به للاعتماد على الجنسية التي يتمتع بها الفرد.

الفريق الأول : ذهب أنصار هذا الفريق بضرورة الاعتداد بالجنسية الأولى التي يتمتع بها الفرد تأسيساً على فكرة الحقوق المكتسبة، ولكن تعرض هذا الرأي الى انتقاد كونه في رأيه يفترض الرجوع الى مبدأ الولاء الدائم في الجنسية وبالتالي يحظر على الفرد بناء على هذا المبدأ تغيير جنسيته الى أخرى كذلك ويؤخذ على هذا الرأي هو أن الاحتجاج بفكرة الحق المكتسب هو من الأمور التي تترك لصاحب هذا الحق ولا يمكن أن تفرض عليه كذلك النقد الأخير لرأي هذا الفريق هو أن الأخذ بهذا المعيار هو فض مشكلة تعيين جنسية أصلية وجنسية طارئة لكنه لا يمكن الأخذ به في حسم التنازع بين الجنسيات المتعددة في فرض بأن هذا التنازع يقوم على أساس حمل الفرد للجنسيات الأصلية التي اكتسبها الشخص لحظة الميلاد.^(١)

أما الفريق الثاني : فقد ذهب أنصار الفريق بضرورة الاعتداد بالجنسية الأخيرة التي اكتسبها الفرد بمحض ارادته كون هذه الجنسية تمثل الرغبة الحقيقية لهذا الفرد وإيمانه الواضح بها أما على فرض أن هذه الجنسية قد فرضت على هذا الفرد فلا يمكن الأخذ بها إطلاقاً وتعرض هذا الرأي إلى انتقاد أيضاً من جهة أولى إلى أن الأخذ بهذا الاتجاه يترتب عليه إخضاع الدولة لمشينة هذا الفرد بحيث يمكن له الخروج من جنسيته دون رغبتها وبنفس الوقت من غير أن يكون لها حق الاعتراض ولا سيما وأن هذا الفرد قد خرج من جنسية هذه الدولة بطريق غير صحيح.^(٢) أما من جهة ثانية فإن الأخذ بهذا الاتجاه لا يحسم مشكلة التنازع في تعدد الجنسيات إذا ما اكتسب الفرد جنسيتين لحظة ميلاده.^(٣)

الاتجاه الثاني / الاعتداد بالجنسية الأقرب لأحكام جنسية القاضي.

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى وجوب الاعتداد بالجنسية التي تكون أحكامها الأكثر اتفاقاً مع أحكام قانون جنسية دولة القاضي كون القاضي هو الأكثر قدرة وممارسة بأن يطبق قواعد

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية المصرية، ٢٠٠٨، ص ٣٩٦.

(٢) د. سالم حماد الدحود، الوجيز في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المصدر السابق، ص ١٧١.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المصدر السابق، ص ٣٩٦.

قانونية شبيهة بقواعد قانون دولته.^(١) اذ لانصار هذا الاتجاه وجهتان للاعتداد بهذا الرأي وهي خاصة وأخرى عامة فبالنسبة للوجهة الخاصة هي أن يكون هناك تقارب بين أحكام وقواعد الفرد المتعدد الجنسيات وجنسية القاضي المطروح أمامه النزاع فالتقارب يكون في الأسس التي يأخذ بها جنسية القاضي من حيث اكتساب الجنسية أو الخروج منها ومثالنا على هذه الحالة إذا كان قانون إحدى الجنسيات من الجنسيات المتعددة التي يحملها الفرد يؤسس الجنسية على أساس حق الإقليم وقانون الجنسية الأخرى يؤسسها على حق الدم وبنفس الوقت قانون دولة القاضي يأخذ بحق الإقليم وبهذه الحالة يتوجب على القاضي تفضيل الجنسية المبنية على أساس حق الإقليم، أما بالنسبة للوجهة الثانية لأصحاب هذا الرأي وهي الوجهة العامة والتي تقضي هنا بوجود تقارب في الأحكام وقواعد النظام العام في جنسية دولة القاضي وكذلك موجودة في النظام العام لجنسية واحدة من الجنسيات التي يحملها هذا الفرد وتأكيد لهذا الكلام فقد اتجهت بهذا الاتجاه محكمة بروكسل المدنية في ١٩٥٦/٦/٩ فقد نصت على أنه "يجب الاعتداد بجنسية الدولة التي يكون قانونها في مبادئه الموجهة أو المهيمنة أكثر اقتراباً من القانون البلجيكي".^(٢) وقد تعرض هذا الاتجاه الى النقد كونه يجعل من قانون دولة القاضي نموذجاً للقوانين وبذلك يخل (بمبدأ تكافؤ السيادة).^(٣)

الاتجاه الثالث / الاعتداد بحرية الفرد باختيار جنسيته.

فقد ذهب أنصار هذا الفريق إلى الاعتداد بحرية الفرد باختيار جنسيته اذ يحق للفرد أن يختار جنسيته اليعتد بها من باقي الجنسيات التي يحملها إذا كان بالغاً عاقلاً حراً في الإرادة أما إذا كان غير بالغ فينظر اختياره لحين بلوغه وعليه فإن هذا الاتجاه يحترم رغبة الشخص وحرية في اختيار جنسيته وهذا ما أكدت عليه المادة (٦) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ اذ أعطت الفرصة لمتعدد الجنسية بالاختيار.^(٤) ولكن ما يؤخذ على رأي هذا الاتجاه هو بأنه تناسى

(١) د. فؤاد رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٠٧.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، مرجع سابق، ص ١١٠. ينظر : د. ثامر داود، تعدد جنسية الفرد المصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٣) د. عبد الرسول عبد الرضا، المصدر السابق، ص ١٤١.

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا، المصدر السابق، ص ١٤١.

بأن الجنسية ذات رابطة وثيقة الصلة بكيان الدولة وكذلك سيادتها وعلى هذا الأساس لا يمكن ترك تحديد أمر الجنسية للأفراد وكذلك احلالهم محل القاضي في هذا الاجراء كذلك ما يؤخذ على هذا الرأي بأن يجعل الجنسية مجال للتلاعب والغش من قبل الأفراد كون الفرد قد يستخدم هذه الحرية وفق مصالحه المتغيرة دون أن يكثرث للجنسية التي يباشر فيها حياته القانونية.

الاتجاه الراجح/ الاعتداد بالجنسية الفعلية.

بعد استعراض الاتجاهات السابقة جلها اتجه الرأي السائد عند الفقهاء الى وجوب الاعتداد بترجيح الجنسية الفعلية أو (الواقعية) أو كما سماها بعض الفقهاء بالجنسية الإيجابية وهي الجنسية التي تكشف عن ظروف الحال والواقع أنها من بين الجنسيات المتعددة تلك التي تعبر عن التصادق للفرد وارتباطه بها أكثر من سواها.^(١) وكذلك تعرف بأنها "جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلاً في جماعتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوق التابع لها وتحمل التزاماته بحدودها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون ويستخدمها وسيلة لتفضيل احدى الجنسيات المتنازعة على الأخرى".

إن نظرية الجنسية الفعلية أو ما تسمى بالواقعية تقوم على ترجيح أو تفضيل الجنسية التي تكون بالنسبة للشخص أكثر اتفاقاً مع واقعه العملي وذلك من خلال ظروف هذا الشخص المحيطة به التي يمكن للقاضي من خلال ما يتمتع بسلطة تقديرية أن يقوم باستخراج الجنسية الواقعية من خلال المعطيات المعروضة أمامه وكذلك الظروف والملابسات التي يكتشفها عن واقع حال هذا الفرد المتعدد الجنسيات مثلاً ميلاده أو توطنه بعد ذلك في هذا البلد وكذلك وجود مصالحه أو وظيفته وروابطه العائلية وكذلك مزاولته لحقوقه العامة والسياسية أو تأدية الخدمة العسكرية أو لغته هي لغة البلد المتوطن فيه الى غير ذلك من الوقائع والظروف والملابسات التي تكشف عن ارتباط هذا الشخص بجنسية هذا البلد وتدل على أن هذه جنسيته الفعلية.^(٢) كما أكدت اتفاقية لاهاي عام ١٩٣٠ على الاتجاه بهذا الرأي باعتباره الرأي الصائب بقولها بالمادة (٥) منها على أنه "للدولة الغير في حالة تعدد الجنسيات التي يتمتع بها الشخص، أن تعتمد بصورة منفردة أما بجنسية الدولة التي يقع فيها محل اقامته المعتادة والرئيسية أو بجنسية

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٢) د. احمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

الدولة التي تبين من الظروف أنها هي التي يرتبط بها الشخص أكثر من حيث الواقع". وهذا ما أكدته كذلك محكمة العدل الدولية في أحكامها الصادرة في ٦ ابريل عام ١٩٥٥ في قضية نوتباوم المعروفة والشهيرة بحيث يعد هذا الحكم على رأي بعض الفقه "هو دستور حل مشكلة الترجيح والتفضيل بين الجنسيات في حالة تعدد الجنسية والمقنن الحقيقي للجنسية الفعلية أو لمبدأ الجنسية الواقعية في القضاء المعاصر".^(١) كذلك في حكمها في قضية (مانيسون) عام ١٩٠٣ بين بريطانيا وفرنزا والتي انتهت في حكمها الى اعتماد الجنسية الفنزولية كونها الجنسية الفعلية لما تنطوي عليه من مواصفات الجنسية الواقعية للفرد، كذلك من أحكام محكمة العدل الدولية المؤيدة لهذا الاتجاه حكمها في عام ١٩٨١ في قضية ناصر الاصفهاني اذ ذهبت الى اعتماد الجنسية الامريكية باعتبارها الجنسية الفعلية كما أخذت بهذا الرأي التشريعات المقارنة سواء الأجنبية منها والعربية ومن هذه التشريعات على سبيل المثال قانون الجنسية البرتغالي رقم (٨١/٣٧) الصادر في ١٩٨١/١٠/٣ اذ نصت المادة (٢٨) منه على أنه "في حال التنازع الإيجابي بين اثنين أو أكثر من الجنسيات الأجنبية فيجب أن تؤخذ في الاعتبار فقط جنسية الدولة التي يكون له بها أكثر الروابط وثوقاً" وكذلك القانون الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧/١٢/١٨ فقد نصت المادة (٢/٢٣) منه على أنه "عندما يكون للشخص جنسيات متعددة فيعد فقط بجنسية الدولة التي يكون له معها أكثر العلاقات وثوقاً لتحديد القانون الواجب التطبيق...".^(٢) أما بالنسبة لموقف القوانين العربية فقد أكد على هذا المبدأ وهو مبدأ أفضلية الجنسية الواقعية التشريع المصري في قانونه المدني في المادة (١/٢٥) اذ نصت على أنه "يعين على القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت له جنسيات متعددة في وقت واحد" كذلك أكد على هذا المبدأ قانوننا المدني العراقي في المادة (١/٣٣) حيث نصت على "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد". صحيح أن المشرع العراقي لم يصرح على اعتماد الجنسية الفعلية لكننا يمكن ان نستدل على اعتماده هذا الرأي من خلال اعتماده على مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً والتي يلتزم باتباعها بناء على النص الصريح وحسب ما جاء بنص المادة (٣٠) من القانون المدني حيث نصت على أنه "يتبع في كل ما لم

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٢٢٦.

يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً^(١) وعليه يمكن أن تكون أحد وسائل الحل لمشكلة تنازع القوانين الشائعة عالمياً^(٢) ومن الجدير بالذكر أن فقه القانون الدولي الخاص قد طرح فكرة بديلاً عن مبدأ الاعتماد على الجنسية الفعلية ألا وهو (فكرة الحل الوظيفي) وعلى هذا أن أساس هذه الفكرة إن متعدد الجنسيات إذا حظر أمام قاضي النزاع وهذا القاضي ينتمي لدولة لا علاقة لها بالنزاع أو لها علاقة بالنزاع فهذه الحالة على القاضي تطبيق الجنسية التي تحقق أهداف ومصالح هذا الفرد وإن تخطى عن جنسية دولته في تطبيق مصلحة هذا الفرد كون هذه الفكرة هي التي تركز على قصد المشرع عندما وضع القاعدة القانونية.

الفرع الثاني

إشكاليات انعدام جنسية مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

عرفت اتفاقية نيويورك المبرمة في ٢٨ سبتمبر عام ١٩٥٤ والمتعلقة بحالة عديمي الجنسية في المادة (١/١) منها بأن عديم الجنسية "هو الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً لها بمقتضى تشريعاتها"^(٢) أو "هو شخص لا ينتمي الى دولة معينة بجنسيته ومحروم قانوناً من حمايتها". وكذلك عرف بأنه "فرد لا يتوافر بشأنه أي شرط من شروط اكتساب أية جنسية في العالم اجمع"^(٣) وعرف أيضاً "هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده او في تاريخ لاحق على ميلاده مجرداً من حمل جنسية أي دولة من الدول"^(٤).

كذلك عرف عديم الجنسية بأنه "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أي دولة على الاطلاق"^(٥) وكذلك عرف بأنه "يعد الشخص عديم الجنسية حينما تتخطى عنه قوانين الجنسية

(١) د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٤٤.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية، المصدر السابق، ص ٣١.

(٣) د. ناصر عثمان محمد عثمان، آثار انعدام الجنسية على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط ٢٠١١، ص ١٩.

(٤) د. حفيظة السيد الحداد، المدخل الى الجنسية ومركز الأجانب، المصدر السابق، ص ٦٨.

(٥) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط، المصدر السابق، ص ٢٣٨.

في كل الدول فلا تصدق عليه صفة الوطني في أي دولة".^(١) وقد عرفت مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين الشخص عديم الجنسية بأنه "الشخص الذي لا يرتبط بموجب القوانين الوطنية بالرابطة القانونية للجنسية مع أي دولة" أي في حالة الفرد الذي لا يعتبر مواطناً من قبل أي دولة وبما ان الدولة هي الطرف الآخر في رابطة الجنسية إلى جانب الفرد فإن وجود طرف دون الآخر كوجود الفرد دون دولة يرتبط بها برابطة الجنسية يجعله بلا دولة وبالتالي بلا جنسية".^(٢)

أما بالنسبة للمركز القانوني لعديم الجنسية فهو لا يعد من الوطنيين ولا يعد من الأجانب العاديين وبالتالي فهو ذو مركز قانوني مختلف كون الافراد الذين تم ذكرهم يحملون جنسيات متفرقة أما هذا الفرد ما يسمى بالأجنبي بشكل مطلق فهو لا يحمل أي اثبات لهويته وهذا ما نجده مؤكد في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٨ يناير ١٩٥٥ والذي جاء فيه "إذا صح أن عديم الجنسية ينطوي على المدلول العام لمعنى الأجنبي فلا ريب أن صفة الأجنبي بالنسبة اليه ليست نسبية كما هو الحال فيما يتعلق بالأجنبي العادي وإنما هي صفة مطلقة، إذ الواقع أنه أجنبي عن جميع الدول وهو بهذا الوصف لا يتمتع بأي نظام قانوني دولي مما يتمتع به الأجنبي العادي لكون الأخير عضواً أصيلاً في مجتمع معين يستمد منه الرابطة القانونية القائمة على انتمائه الى هذا المجتمع ولا يعني اعتبار عديم الجنسية أجنبياً أن يصبح هو وغيره من الأجانب على حد سواء في المركز القانوني ومن هنا فلا الزام على الدولة التي يقيم في أراضيها بأن تمنحه جواز سفر دون أن يكون من رعاياها أو أن تراعي مصالحه وتحمل عنه خارج اقليمها ما تتصلت عنه الدولة التي كان منتبهاً اليها بجنسيته قبل فقدها".^(٣) إن ظاهرة انعدام الجنسية تؤدي الى حالة شاذة وسلبية كون هذا الفرد لا ينتمي لأي دولة كذلك وصفه

(١) د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠، ص ١٣٣.

(٢) المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، متاح على الموقع الالكتروني الرسمي للأمم المتحدة

www.un.orgav/events/refugeeday/definitions.shtml

(٣) د. شمس الدين الوكيل، المصدر السابق، ص ١٣٤.

القانوني مهدد وغير طبيعي مما يقلل من قيمته وحرمانه من كل الحقوق ومن ثم لا يعترف به كمواطن بالنسبة لتشريعات كل الدول.^(١)

أن القانونيين الدولي الخاص والعام ينظمان الحياة القانونية للفرد بالنظر الى جنسيته التي يحملها إذا كان يقيم في دولة غير دولته الأم ولكن هنا يثور التساؤل الآتي : من هو الذي ينظم حياة الفرد عديم الجنسية ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول إن انعدام جنسية الفرد تثير العديد من الإشكاليات وكذلك الصعوبات سواء على المستوى المحلي أو المستوى الدولي حيث من أهم هذه الإشكاليات ألا وهي مشكلة تحديد دولة المأوى أو البحث عن موطن كون الجنسية حياة وانعدامها موت حكمي ، كون الدولة التي يقيم على اقليمها هذا الفرد عديم الجنسية فإنها ليست ملزمة في بقاءه على اقليمها إذا ما دخل فيه هذا الفرد ولكن يجوز لها أن تبعده عن اقليمها وكذلك الدول الأخرى غير ملزمة بالقبول في دخول هذا الفرد في اقليمها وبالنتيجة يجد عديم الجنسية نفسه في مأزق كبير لا مخرج منه كون أبعده الدول الموجود على اقليمها بنفس الوقت رفضت الدول الأخرى قبول دخوله الى اقليمها ، وهذه المشكلة الكبيرة التي من خلالها لا يمكن معرفة المركز القانوني لهذا الفرد كونه يقع في مركز سلبي بالنسبة للحقوق والواجبات التي يتحملها هذا الفرد كذلك هنالك إشكاليات أخرى لظاهرة انعدام الجنسية ألا وهي مشكلة تحديد الدولة التي تحمي هذا الفرد عديم الجنسية أي بعبارة أخرى كيفية تحديد الحماية الدبلوماسية لهذا الفرد وبالتالي تمارسها الدولة بالنيابة عنه إذا ما تعرض لأي اعتداء سواء على نفسه أو ماله كونه عديم الجنسية يفتقد ولا يتمتع بالحماية التي يتمتع بها المواطن التي توفرها دولته في المجتمع الدولي لأنه أجنبياً بالنسبة لجميع الدول وقد شبهه أحد الفقهاء باليتيم في هذا المجتمع الكبير أو شبه كذلك بأنه كالسفينة التي تبحر عبر البحر ولكن لا يوجد علم ترفعه وبالتالي فهي دون حماية.^(٢) ولما كان الفرد متعدد الجنسيات يعاني من كثرة الدول التي يحمل جنسياتها في التصدي لحمايته دبلوماسياً فبمفهوم المخالفة فالفرد عديم الجنسية يعاني من انعدام الدول تماماً التي توفر له هذه الحماية من حيث المبدأ وذلك لكونه لا ينتمي الى أي دولة محددة.^(٣) وبما أن

(١) براج هيثم، الوضعية القانونية لمعدومي الجنسية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي ام السواقي، كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص ٧.

(٢) قال بهذا التشبيه (اوينهايم) نقلاً عن د. حسام الدين فتحي، مشكلات الجنسية، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

الجنسية هي من أهم شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية كون الجنسية كما قلنا سابقا هي الرابطة النفسية بين الفرد والدولة وعن طريق هذه الرابطة يمكن أن توفر الحماية للفرد من قبل الدولة التي يحمل جنسيتها لكن في حال فقدان هذه الرابطة فلا يمكن لأي دولة أن تتدخل دبلوماسياً لحماية هذا الفرد عند الاعتداء على نفسه ، أو ماله بسبب عدم وجود الرابطة التي تخول الدولة والصفة في التدخل لحماية رعاياها على المستوى الدولي مما يجعل أحكام القانون الدولي الخاص قاصرة على تحقيق الحماية الكاملة لعديم الجنسية، ولكن ذهب رأي آخر من الفقه بأنه لا يمكن بقاء عديم الجنسية بدون حماية دبلوماسية ولذلك عقدت الاتفاقيات الدولية والمؤتمرات للتصدي لمثل هذه الحالة والاقبال منها بأن تجعل هناك حماية دبلوماسية لعديم الجنسية استناداً بالاعتماد على دولة الموطن أو الإقامة لهذا الفرد ومثال هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف المنظمة لحالات اللاجئين لعام ١٩٥١ و ١٩٥٣ فقررت هذه الاتفاقيات بأن على الدول التي تمارس الحماية الدبلوماسية عن الفرد عديم الجنسية هي الدولة التي يتخذها هذا الفرد موطناً له أو محل إقامة له ويتضح لنا بناء على ما تقدم بأن الدول التي تمارس الاختصاص التشريعي على الفرد عندما تكون دولة الموطن أو الإقامة فيكون لها في الوقت نفسه ممارسة الحماية الدبلوماسية لهذا الفرد كونه عديم الجنسية متضرر ولا يوجد من يميز الضرر عنه وعليه نرجع الى صلب موضوعنا ألا وهو الإشكاليات التي تحصل بسبب انعدام الجنسية للفرد الإرهابي وبالتالي ما يؤثر على من يتحمل المسؤولية المدنية ومما تقدم تبين لنا بأنه بإمكان الدولة التي يقيم فيها هذا الإرهابي أو يتخذها موطن له وحسب الاتفاقيات والآراء الدولية بأنه يمكن أن تمارس هذه الدول التي يتخذها الإرهابي العديم الجنسية موطناً يمكن أن تمارس بدل عنه الحماية الدبلوماسية أي إذا ما حصل عليه ضرر سواء بماله أو بنفسه فهي تكون الدولة المدافعة عنه لاسترجاع حقوقه وبمفهوم المخالفة يجب أن تكون هذه الدولة مسؤولة عنه إذا حصل منه تصرف يضر المجتمع الدولي كون الاضرار الإرهابية إذا حصلت في دولة معينة فهي تضر بالمجتمع الدولي بأجمعه عليه فهذه المشكلة التي تسببها هذه الظاهرة يمكن الاعتماد على هذا الحل لسد النقص في القانون الدولي لمعالجة مثل هذه الحالات كذلك هنالك إشكالية تحصل من جراء هذه الظاهرة التي تخص صلب موضوعنا في تحديد المقصر عن الفعل الإرهابي ، وبالتالي تحديد المسؤول ومن ثم التعويض عن هذا الضرر كون التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية هو نهاية المطاف عليه لا بد من استعراض المشكلة الثالثة التي تسببها ظاهرة انعدام الجنسية ألا وهي تحديد

القانون الواجب التطبيق على هذا الفرد العديم الجنسية إذا ما قام بعمل إرهابي فلا بد من قانون يحكم أفعاله الإرهابية لأنه لا يمكن أن يفلت هذا بحجة عدم وجود قانون يرجع إليه كونه لا يحمل جنسية ولا يوجد له أي رابطة بينه وبين أي دولة لانعدام هذه الرابطة ولأن الدول مختلفة من حيث ضابط الاسناد والمعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق كون الدول الانكلوسكسونية تأخذ الموطن كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق مثل بريطانيا ولكن هناك دول تأخذ بالنظام اللاتيني مثل العراق ومصر والتي تستخدم الجنسية ضابطاً اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ولكن الإشكالية هنا تكمن في حالة انعدام الجنسية للفرد الإرهابي إذا ما حصل عمل إرهابي بهذه الحالة كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق ليتمكن بعد ذلك تحديد الدولة المسؤولة عن هذا الإرهابي والتي ينتمي إليها وبالتالي تحديد التعويض المناسب للمتضرر سواء الدولة أو الأفراد وعليه فقد اختلف الفقهاء في آراءهم لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الفرد عديم الجنسية ولأن المشاكل التي تظهر عن ظاهرة الانعدام كثيرة لكن تكاد تكون أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما قام هذا الفرد عديم الجنسية بعمل إرهابي في الدول التي تعتمد الجنسية كضابط للإسناد ولكن في هذه الحالة ستكون الجنسية معدومة فلا يمكن الاعتماد على هذا الضابط المعدوم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق وبالتالي يجب علينا أن نبحث عن ضابط احتياطي للوصول من خلاله إلى القانون الواجب التطبيق لحل هذه الإشكالية كون عديم الجنسية تتخلى عنه الدول جميعها وبالتالي فهو في موقف سلبي ومن ثم يكون أجنبي بشكل مطلق وبالنسبة لجميع دول العالم ونتيجة لهذا الشيء فيكون معيار الجنسية غير فعال لقياس مدلوله ، واختلفت آراء الفقهاء في البحث عن المعيار البديل الذي من خلاله يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق فالرأي الأول فقد ذهب فقهاء إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس نظرية التقادم المكسب والتقادم المسقط لذلك اتجهوا إلى اتجاهين :

فالالاتجاه الأول وهو الذي يطبق نظرية التقادم المكسب في تحديد القانون الواجب التطبيق بالاعتماد على تطبيق قانون الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية وبالتالي يعتمد هذا القانون لحل هذه الإشكاليات ولكن ما يؤخذ على هذا الاتجاه هو أنه قد تكون الولادة حدثت عن طريق الصدفة في هذا الإقليم فلا يمكن أن يكتشف الارتباط به كذلك يمكن أن تكون الدولة التي ولد

فيها هذا الفرد هي الدولة نفسها هي الدولة الأخيرة بالإقامة بالنسبة له في هذه الحالة يصعب تقدير وجود صلة انقطعت بالواقع.^(١)

أما بالنسبة للاتجاه الثاني من الرأي الأول فقد اتجه الى الأخذ بتطبيق قانون آخر دولة كان ينتمي اليها عديم الجنسية كون هذا القانون أقرب القوانين صلة بهذا الفرد.^(٢) كذلك من المبررات للأخذ بهذا الرأي كون هذا الفرد عديم الجنسية قد عاش فترة من حياته في كنف هذا القانون وبالتالي لا يمكن أن يكون غريب عليه بأحكامه وكون الفرد منسجم ومتأقلم مع توقعاته ومعاملاته وقد أخذت بهذا الحل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادة (١) والتي نصت على "إذا لم يسبق حمله لجنسية يعتمد قانون مكان ميلاده" ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي هو القانون المدني الألماني فقد نص بمادته (٢٩) على أنه "إذا لم ينتم شخص الى أية دولة فإن روابطه القانونية عندما تكون القوانين الوطنية واجبة التطبيق تحكمها قوانين آخر دولة كان ينتمي اليها هذا الشخص" ، ولكن ما يؤخذ على هذا الرأي أنه يعطي أهمية ودوراً لقانون دولة لا يرتبط بها هذا الفرد العديم الجنسية كذلك يؤخذ على هذا الاتجاه بأنه من الصعوبة التعرف على هذا الفرد إذا كان هذا الفرد لا يحمل ولا يتمتع باي جنسية بالأصل منذ ولادته.^(٣) كذلك من الانتقادات على هذا الرأي كونه لم يحسم هذه المشكلة لتحديد القانون الواجب التطبيق لا سيما في حالة تبرأ من فيها انعدام جنسية الفرد مع لحظة ميلاده كذلك لا يمكن الاعتماد على قانون دولة كان ينتمي لها هذا الفرد ولكنه غادرها وبالتالي انقطعت بها الصلة وكذلك قوانينها وجنسيته.^(٤) وللانتقادات أعلاه فقد طرح الفقه رأياً ثانياً ألا وهو الاعتماد على قانون القاضي الذي ينظر في القضية المطروحة أمامه إذا ما قام عديم الجنسية بعمل إرهابي مثلاً فالقانون الذي يحكم القضية هو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع وقد ايد هذا الرأي في المادة (١/٢٧) من القانون المدني المصري سالت الذكر وكذلك المادة (١/٣٣) من القانون المدني العراقي سالت الذكر أيضاً لكن ما يؤخذ على هذا الرأي بأنه لا يمكن تطبيق قانون القاضي في

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية مطبعة بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢٦٠.

(٢) د. سالم حماد الدحود، الوجيز، المصدر السابق، ص ١٥٨.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية، المصدر السابق، ص ١٢٤.

أغلب الأحيان سيما أن القضية المطروحة أمام القاضي قد لا تكون ملائمة لتطبيق قانونه سواء ما يتعلق منها بالنظام العام مثلاً كذلك من المؤشرات على هذا الرأي أنه قد يكون هذا الإرهابي مثلاً لا يقيم في دولة القاضي وإنما يقيم في دولة أخرى عليه فلا بد من تطبيق قانون دولته وإزاء هذه الآراء المنتقدة والتي لا يمكن من خلالها التوصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما قام بفعل إرهابي فرد عديم الجنسية فقد توصل الفقه إلى رأي راجح يكون هذا الرأي بالاعتماد على قانون الدولة التي اتخذها هذا الفرد العديم الجنسية موطناً له أي أنه يقيم بها بصورة مستمرة وبنية الاستقرار وكذلك فإذا لم يكن له موطناً محدداً في دولة معينة فيطبق قانون الدولة التي بها محل إقامته باعتبار أن الموطن وكذلك محل الإقامة معيار بديل يمكن الالتجاء اليه إذا ما تحقق لنا معيار الجنسية وقد شبه الفقهاء أن الأخذ بهذه الفكرة أو هذا الرأي أعلاه بالاعتماد على قانون دولة الموطن أو دولة محل الإقامة بالنسبة لهذا الفرد عديم الجنسية هو الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسية فهذا الرأي يشبها الى حد بعيد (والذي مشار اليه سابقاً) أي أن الحل الراجح على مستوى الفقه والقضاء والتشريع هو الاعتماد على قانون دولة موطن أو إقامة الفرد وحجج هذا الرأي هو الاعتماد على الصلة القوية لهذا الفرد عديم الجنسية بالدولة التي يقيم فيها كونها هي تعتبر دولة جنسيته المفترضة وهي تشبه كما قلنا سلفاً دولة الجنسية الفعلية كونه أقام فيها ومارس مختلف شؤون حياته واستعمل فيها مثلاً أدنى مستوى من الحقوق كونه عديم الجنسية وبالتالي يعتبر قانون هذه الدولة هو قانون التطبيق سواء في حقوقه أو التزاماته أو نظامه القانوني ومعرفة مركزه القانوني.^(١)

أخذت معظم التشريعات بهذا الرأي سواء منها العربية أو الاوربية، فبالنسبة للتشريعات الاوربية نذكر منها التشريع الدولي الخاص الاسباني في العام ١٩٧٤ حيث ذكر في المادة (١٠/٩) منه والتي نصت على أنه "قانون محل الإقامة المعتادة يعتبر هو القانون الشخصي لأولئك الذين ليست لهم جنسية أو كانت جنسيتهم غير محددة" كذلك نذكر من التشريعات الأجنبية التي اخذت بهذا الرأي لحل مشكلة عديم الجنسية هو التشريع النمساوي فقد جاء في القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٤ والذي نصت المادة (٢/٩) منه على أنه "إذا كان شخص عديم الجنسية ، أو كانت جنسيته غير ممكن اثباتها كان قانونه الشخصي هو قانون

(١) د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٤٦.

الدولة التي تكون اقامته العادية فيها" ، أما بالنسبة للتشريعات العربية فعلى سبيل المثال نذكر القانون المدني المصري فقد نص في المادة (١/٢٥) منه على أنه "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو يثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" أما بالنسبة لموقف مشرعنا العراقي فقد أخذ بهذا الرأي في المادة (١/٣٣) من القانون المدني فقد نص على أنه "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" كذلك نص مشرعنا العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على هذا الحل عندما شبه عديم الجنسية بالمواطن العراقي وذكر هذه الحالة في المادة (١/١٩) والتي نصت على أنه "في تطبيق أحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر تراعي التعاريف التالية ما لم يوجد نص على خلاف ذلك ١- المواطن هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعد في حكم المواطن من لا جنسية له إذا كان مقيماً في الجمهورية".^(١)

وعلى هذا الأساس فموقف مشرعنا العراقي واضح في حالة عديم الجنسية إذا كان هذا الإرهابي مثلاً مقيم في العراق يعاقب وفق القانون العراقي لحل مثل هذه الإشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

كذلك نذكر موقف الاتفاقيات الدولية والمواثيق الدولية التي نهجت على أساس هذا الرأي الفقهي مثال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الأشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤ فقد نصت في المادة (١/١٢) منها على أنه "تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد الموطن أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن..." كذلك الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ فقد نصت في المادة (١/١٢) منها على أنه "تخضع أحوال اللاجئين الشخصية لقانون بلد موطنه أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن..."^(٢) وبالتالي يمكننا القول أن الدول التي تمارس اختصاصها التشريعي على هذا الفرد عديم الجنسية كونه توطن فيها فبالإتالي يمكن لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية على هذا الفرد كونه يعتبر أحد رعاياها لتوطنه فيها واندماجه في

(١) د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص ١٤٧.

(٢) د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط ١ دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١١٩.

مجتمعها فتكون مسؤولية منه لحد ما إذا ما حصل له ضرر فيجب عليها جبر هذا الضرر كون عديم الجنسية أضعف مخلوق بشري في العالم وبمفهوم المخالفة لهذا الرأي بأن الدولة تكون مسؤولية عنه كونه أحد رعاياها لكونه يقيم فيها إذا ما صدر منه فعل إرهابي بالمجتمع الدولي مثلاً لتحديد المقصر وبالتالي الزام هذه الدولة بالمسؤولية المدنية لتحديد تعويض الضرر الذي حصل . ومما تجدر الإشارة إليه أن الدولة التي يقيم فيها الشخص عديم الجنسية غير ملزمة بالاعتراف له بجنسيته مثلاً لكنها تكون ملزمة ومسؤولة عنه كونه مقيم فيها ومتوطن ومندمج مع مجتمعها ويقوم بكل أعماله من التزامات وحقوق فيها فلا بد أن تكون هذه الدولة من باب أولى مسؤولة عنه .

المبحث الثاني

معيار موطن مرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

أن كلمة الموطن كلمة شائعة وكذلك مألوفة في فروع القانون المختلفة ومن هنا يثار التساؤل الآتي فيما إذا كان مفهوم الموطن في مجال فروع القانون الداخلي يختلف عن مفهوم الموطن في مجال القانون الدولي الخاص أم هناك مفهوماً للموطن موحداً في كلا المجالين ؟

وفي بادئ الأمر يمكن ان نقول إن الذي يدخل في دراستنا هو الموطن الدولي ولكن لا يمكن أن تكون الدراسة بعيدة عن التعرف عن أحكام الموطن الداخلي وذلك لأن فكرة الموطن أصلاً نشأت في بداية الأمر في مجال القانون الداخلي والسبب الثاني إن المشرع قد انصرف اهتمامه الى تنظيم قواعد الموطن بالنظر الى العلاقات الداخلية القانونية، حيث يمكن وصف الموطن بأنه فكرة تفيد ارتباط الشخص بمكان معين وبما للموطن من دور هام في إطار العلاقات الوطنية الداخلية فإن دوره لا يقل في مجال العلاقات الخاصة الدولية والتي تنظمها أحكام القانون الدولي الخاص فقد يكون دوره في هذه الحالة أخطر شأنًا، ففي الإطار الداخلي ينظر للموطن باعتباره المقر القانوني للفرد فيما يتعلق بعلاقاته مع الأفراد وتكون هذه العلاقة على الدوام ولو حصلت انقطاعات فيها لكن هذه الانقطاعات مؤقتة وبناء على استقرار الفرد في مكان معين فقد يرتب القانون على وجوده آثار مهمة ، وكذلك الحال بالنسبة للعلاقات الدولية فقد

سبق القول بأن للموطن أثراً واضحاً وخطيراً حيث أن الموطن بهذا المقام يبين بأنه حالة واقعية بأنه ارتباط فرد بإقليم دولة معينة وعلى هذا الأساس فإن فكرة الموطن تكون اسبق في الظهور من فكرة الجنسية في مجال القانون الدولي الخاص وإن كان للجنسية مدلول سياسي أعمق من الموطن فإن للموطن مدلول واقعي هو ارتباط الفرد بإقليم دولة معينة عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتعرف في المطلب الأول على مفهوم الموطن بصورة عامة ، أما بالنسبة للمطلب الثاني سوف نعقده لدراسة أهم المشكلات التي يتعرض لها هذا المعيار لغرض تحديد المسؤولية المدنية المترتبة على الدولة وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

التعريف بالموطن

يعد الموطن من موضوعات القانون الدولي الخاص المهمة كونه الأداة أو الوسيلة التي تعمل الى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافياً عبر الحدود وكما قلنا هو الأسبق في الظهور ليتكفل في هذا الدور وبما أن الجنسية أداة لتوزيع الأفراد سياسياً فالموطن هو أداة لتوزيع الأفراد واقعياً أي مكانياً ونتيجة لهذا فالجنسية تعتبر رابطة قانونية روحية بينما الموطن يعتبر رابطة قانونية واقعية كما قلنا فإنه يلعب دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق وخاصة في الدول التي تعتمد عليه اعتماداً كلياً ألا وهي الدول الانكلوأمريكية كونها الدول السباقة في تنظيم أحكام الموطن الدولي والداخلي كذلك بالمقابل اي في الجهة الأخرى فهناك الدول التي جعلت من الموطن ضابطاً احتياطياً كونها لا تنظمه على المستوى الدولي أي لم تنظم أحكام الموطن الدولي وإنما اعتمدت على أحكام الموطن الداخلي في حل العلاقات الخاصة الدولية وللأهمية المذكورة التي يحتلها الموطن سواء بالاعتماد عليه كضابط أساسي أو الاعتماد عليه كضابط احتياطي في قضايا التنازع مثلاً للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في هذه القضايا خصصنا هذا المطلب لدراسة تعريف الموطن في فرع أول ومن ثم بيان عناصره في فرع ثاني وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

تعريف المـوطن

إن التنظيم القانوني لحقوق الفرد وكذلك التزاماته يقتضي منه التركيز في مكان معين وبالنتيجة يعد ذلك موطناً فعلياً ومكاناً للوفاء بالتزاماته تجاه الغير كون الفرد قد يرتبط روحياً أو سياسياً بدولة معينة ولكن يستقر ويعمل في دولة أخرى فتكون له في هذه الحالة جنسية الدولة الأولى وتكون الدولة الثانية موطناً له كون الأشخاص في تنقل مستمر بين الأقاليم والدول المختلفة لأغراض علمية أو تجارية مثلاً وبالنتيجة يؤدي ذلك الى التوطن والاستقرار في دولة غير دولتهم الأم والتي يحملون جنسيتها لأن تمتعهم بجنسية دولة معينة مثلاً لا يعني ذلك بقائهم في هذه الدولة مدى الحياة ولكن يكون لهم حق المغادرة من إقليم دولة الى إقليم دولة أخرى لغرض الاستقرار بصورة دائمة أو مؤقتة أو حتى عرضية، مقابل هذه الحرية للأفراد في الحق في التنقل فالدولة كذلك حرة في تنظيم مفهوم موطنها وعلى هذا الأساس فقد اختلفت الأوطان بين الدول نتيجة لمبدأ حرية الدولة وهذا ما نلاحظه في تعريف الموطن .

قبل التطرق الى تعريف الموطن لا بد من التنويه الى الحالة المتعلقة بين الموطن والجنسية فبالرغم من الدور الذي يعلبه الموطن في الجنسية إلا أن هذا الأمر لا يفهم منه أن أحدهما يطوي الآخر بل بالعكس فيمكن أن نجد الفرد بأنه يحمل جنسية دولة معينة ولكن نجده توطن في دولة أخرى كالعراقي مثلاً الذي يتوطن في بريطانيا فهو يحمل الجنسية العراقية ولكن موطنه بريطانيا لكون الفرد يحب التنقل سعياً لكسب العيش فحمله جنسية دولة معينة مثلاً لا يعني ذلك بقاءه في إقليم هذه الدولة التي يحمل جنسيتها مدى الحياة فالقانون الدولي الخاص يهتم بمثل هذا الفرد لتحديد موطنه كون موطن هذا الفرد قد يكون ظرفاً أو ضابطاً اسناداً لتحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما حصل نزاع معين كذلك لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية كون هذا محل خلاف بين القوانين.^(١) كذلك يمكن القول بالنسبة لأهمية الموطن فهي لا تقتصر على الحياة القانونية الدولية للأفراد بالعكس فهو ذات أهمية كبيرة للحياة القانونية الداخلية لكون التنظيم القانوني يستوجب تركيز الأفراد في مكان معين بحيث يكون هذا المكان

(١) د. نبراس ظاهر الزيايدي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٦٢.

موطناً له وبالتالي يعد متوطن فيه وإن لم يكن مقيم فيه فعلاً وكذلك يكون للمحاكم اختصاص كونها واقعة ضمن الاختصاص الإقليمي لهذا الموطن وبالتالي فإنها تخاطبه على أساس موطنه فهذا المكان الذي يتخذه الفرد ويعتبر موطن له فهو مكان لممارسة حقوقه القانونية أيضاً فهو مكان للوفاء بالتزامه تجاه الآخرين وكذلك بنفس الوقت مكان أو موطن لاستيفاء حقوقه من الغير.^(١) ولهذا فقد وردت تعاريف كثيرة للموطن سواء على المستوى الفقهي أو على المستوى التشريعي فبالنسبة لتعاريف الموطن على مستوى الفقهاء فقد عرفه الفقيه الألماني سافيني بأنه "المحل الي اختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً ويكون مركز العلاقة القانونية واشغاله"، كما عرفه الفقيه دايسي بأنه "البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص ولكنه يجوز أن يكون في بعض الأحيان البلد الذي يعده القانون مأوى سواء كان مقيماً فيه أو لا".^(٢) وكذلك عرفه الفقيه الأمريكي ستوري بأنه "الجهة التي اتخذها الإنسان مأوى له بصفة حقيقية وثابتة ومستمرة وجعل فيه مركز اشغاله وإذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه".^(٣) عليه فإن القانون يعتد بموطن الأفراد وكذلك يرتب عليه اثار قانونية وخاصة في المنازعات الخاصة الدولية فمثلاً في حالة تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي فالأفراد قد ينتمون الى جنسية دولة معينة ولكنهم يتوطنون في إقليم دولة أخرى فالقانون الدولي هو الذي يهتم في تحديد موطنهم لحل هذه المشاكل المتعلقة بالتنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على أحوالهم الشخصية وكذلك لتحديد المحكمة المختصة التي هي محكمة الموطن.

و عُرِف كذلك بأنه " المكان الذي يباشر فيه الشخص أعماله ونشاطاته ويخاطبه الغير فيه بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط".^(٤) عليه فهذا الموطن يعد المكان الذي يباشر فيه الفرد اعماله سواء التجارية والقانونية وما يتعلق بها من حقوق والتزامات التي على أساسه يمكن أن يخاطبه الأشخاص الآخرين لكون التنظيم القانوني للفرد وكما قلنا سابقاً يفرض على الفرد أن يتركز في مكان معين وهذا المكان يعتبر موطناً فعلياً له وكذلك يعتبر متوطناً فيه وإن لم يكن

(١) د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٢٤ ص ٨٢.

(٢) د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ط ٢ منقحة ومزودة، الإسكندرية ١٩٧٦، ص ٦٩٩.

(٣) د. عبد الحميد أبو هيف، المصدر السابق، ص ٨٢.

(٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٤٥٦.

هذا الفرد مقيماً به بالفعل وكذلك يكون لمحاكم هذا المكان أو الإقليم على الفرد ذات اختصاص لأنه يقع ضمن دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحاكم وبالتالي يمكن للأشخاص الآخرين مخاطبته على هذا الأساس كون الموطن حالة واقعية في الأصل حاله حال الجنسية وكذلك يعتبر فكرة قانونية لها أهمية بالنسبة للفرد ومن ناحية تنظيمه القانوني فهو أساس لتوزيع الأفراد دولياً ولما له من أهمية في موضوعات القانون الدولي كافة سواء الجنسية أو مركز الأجانب وكذلك تتنازع الاختصاص التشريعي والقضائي كونه رابطة قانونية وواقعية بين الفرد والدولة التي يمكن فيها كذلك تعتبر مقر لشخصيته القانونية ليباشر هذا الفرد كافة أعماله القانونية.

وكذلك عرف بأنه "المكان المعين الذي يكون للشخص صلة به بحكم استقراره فيه أو بحكم اتخاذه مركزاً لأعماله ومصالحه وصلاته العائلية".^(١) وعرف بأنه "المكان التابع لدولة معينة والذي يقيم فيه الشخص لبقية حياته".^(٢) كون الموطن صلة واقعية بين الفرد والمكان الذي يرتب عليه القانون آثار معينة ويتضح من هذا التعريف أن مجرد التواجد والإقامة في مكان معين لا يحقق لنا الموطن ولكن لا بد أن يقترن مكان الوجود بقصد الاستقرار، كذلك عرف بأنه "المكان المعين الذي تكون للشخص صلة به بحكم استقراره فيه أو بحكم اتخاذه مركزاً لأعماله ومصالحه وصلاته العائلية، وهو كذلك يكون أداة للتوزيع الجغرافي". ولكن هذا لا يعني على رأي أحد الفقهاء بأنه من الضروري أن ينحصر النشاط القانوني لهذا الفرد في مكان معين لأن بالأصل أن الفرد يتمتع بحرية كاملة عندما يباشر تصرفاته وأعماله القانونية وفي أي مكان يشاء وإن لم يكن هذا المكان هو موطنه أو محل إقامته حتى كون الأعمال والتصرفات القانونية لا تشترط أن يباشرها الشخص في محل إقامته حتى يتم الاعتراف بها فالموطن هو مكان مفترض لمباشرة الأعمال وهذا الافتراض لصالح الغير والفرد المعني في ذات الوقت، ومن الجدير بالذكر أن صلة الوطني بدولته أوثق من أن يقتصر على الارتباط المكاني وإن تحقق فهو وطني وبلده وطن له لا مجرد وطن، بينما يختلف الحال بالنسبة للفرد الأجنبي فالتوطن أمر خاص به كذلك في صلته في الدولة التي يروم التوطن فيها لذلك يمكن القول أنه قليلاً

(١) د. غالب علي الداوودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠١٧، ص ٢٣٤.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص والعربي، ج٢، الموطن ومركز الأجانب في البلاد العربية معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠، ص ٩.

ما تحصل مشكلة في أمر توطن الفرد الوطني في دولته ولكن كثيراً ما تحصل مشكلة إقامة الأجنبي في الدولة ذاتها.^(١)

وكذلك عرف بأنه " المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام حتى ولو تغيب عنه بصورة مؤقتة"، وبعبارة أخرى فهو المقر للفرد أي المكان الذي يضع فيه القانون للفرد بحيث يمكن الوصول إليه عند الحاجة.^(٢) كالأعمال والتصرفات القانونية كالوفاء بالحقوق والالتزامات والتي ليس لها محل معين بالذات فيكون في هذا المكان الذي يوجد فيه المدين أو اعلان الفرد بالأوراق القضائية.^(٣) كون التحديد المكاني للفرد ليس بالموضوع الهين لأن من طبيعة الانسان هو حب التنقل من مكان الى مكان آخر لكن في نفس الوقت هنالك مكان يستقر به الفرد يعتبر موطن له حتى لو تركه لفترة من الزمن بعيدة أو قريبة كذلك لا يمكن أن يكون للفرد في نفس الوقت أكثر من مكان للإقامة لذلك علق بعض الفقه وقال أنه بإمكانية أن تندمج فكرة الموطن في الإقامة العادية ولهذا السبب يكون المحل الذي يقيم به الفرد بشكل اعتيادي موطنه له، كذلك عرفه الفقيه الكاساني بأنه "وطن الإنسان في بلده أو بلدة أخرى اتخذها داراً للتوطن بها مع أهله وولده وليس من قصده الارتحال عنها بل العيش فيها".^(٤) وبعد استعراض التعاريف الفقهية أعلاه يتوضح لنا بأن الموطن يظهر بمظهرين : الأول بأن الموطن هو المكان الذي يقيم به الفرد بنية البقاء لمدة غير محددة والمظهر الثاني هو أن الموطن يعتبر مقر إدارة الأعمال التي تتركز فيه صلات الفرد المهنية، كما يطلق البعض على الموقع الالكتروني عبر الشبكة العالمية (الانترنت) بالموطن المفترض أو الافتراضي لأنه من خلال الموقع يمكن للفرد أو الشركة أو المؤسسة تكشف للجمهور ما يراد لتحقيق غرض (مادي أو معنوي) وبالتالي فإن هذا الموقع يمكن أن يكون متاح للجمهور أي يمكن الدخول إليه عبر الشبكة العالمية من خلال المحرك (www.google.com) ولكن قد لا يكون هذا الموقع متاح للجمهور في أغلب الأحيان لكن

(١) د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٢٨٢.

(٢) د. علي اعبودة الكوني، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل الى علم القانون (الحق) المركز القومي للبحوث والدراسات، ١٩٦٦، ص ١١٣.

(٣) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٧٠٠.

(٤) د. علي اعبودة الكوني، المصدر السابق، ص ١١٣.

يمكن الدخول إليه عن طريق ادخال (Password) أو دفع مبلغ الاشتراك.^(١) عليه فقد شرعت بعض الدول تشريعات تنظم أحكام هذه المعاملات أي المعاملات الالكترونية ومن هذه الدول السباقة بهذه التشريعات هي الولايات المتحدة الأمريكية والأردن والامارات أما بالنسبة لموقف مشرعنا العراقي لم يصدر مثل هذه التشريعات.^(٢) لذلك فقد اختلف موقف التشريعات فقد تفرقت بين الدول الى فرقتين ، فالفرقة الأولى حددت معنى المواطن بأنه مقر الأعمال الرئيسي للشخص ومن هذه التشريعات هو القانون الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل حيث نصت المادة (١٠٢) منه على أنه "يكون موطن كل فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية في المكان الذي يكون فيه مركز اعماله الرئيسي" أي ما مفهوم من هذه المادة بانه إذا تعدد المواطن للفرد فتكون العبرة بالمركز الرئيسي وكذلك من هذه التشريعات القانون المدني الإيطالي لعام ١٨٤٢ حيث نص في المادة ٤٣ منه على أنه "يكون موطن الشخص في المكان الذي اتخذ فيه المركز الرئيسي لإشغاله ومصالحه" ومن هذه الفرقة أيضاً القانون البريطاني والذي يعطي تعريف للمواطن لكنه يظهره بثلاث مظاهر فالمظهر الأول هو المواطن الأصلي والذي يثبت للشخص فور الميلاد فهو موطن والديه أما إذا كان مجهول الأب فهو موطن والدته أما المظهر الثاني فهو المواطن الاختياري والذي يكتسبه الفرد عندما يكون كامل الأهلية أما المظهر الثالث فهو المواطن الحتمي فهو ما يسمى بمواطن التابعين وهم الصغار غير البالغين وكذلك المعتوهين واشباههم فهم يعتبر مواطنهم تبعاً للمتبوع، أما الفرقة الثانية من التشريعات فهي حددت مفهوم المواطن بمحل الإقامة ومن هذه التشريعات القانون البرازيلي حيث نص في المادة الثالثة منه على أنه "يكون موطن الشخص في المكان الذي يجعل فيه إقامته بنسبة البقاء" ومن هذه التشريعات أيضاً القانون المدني السويسري والذي وضع هذا المفهوم في المادة (٣٢) منه كذلك سار بنفس الاتجاه القانون المدني التركي في المادة (١٩) منه كذلك القانون المدني الألماني في المادة (٧) أما بالنسبة للقانون الليبي فقد عرف المواطن في المادة (٤٠) من القانون المدني بأنه "هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" وكذلك عرفه القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ في المادة (٤٢) منه بأنه "مجرد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" أما بالنسبة لموقف التشريع المصري فقد

(١) د. فائق حسني حسوني، المواقع الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ٢٠١٠، ص ٦٤.

(٢) استاذنا د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٦٣.

عرفه بالمادة (٤٠) من قانونه المدني بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فهو منظم الى هذه الفرقة فقد عرف الموطن في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي بقوله الموطن "هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد".^(١) والجدير بالذكر أن مفهوم الموطن ليس موحدًا في كافة انحاء العالم ، إذ إن الموطن في النظام اللاتيني "يعني مكان السكن المعتاد" أما بالنسبة للموطن بالنظام الانكلوسكسوني فإنه "يعتبر مرادف الى اصطلاح وطن الشخص الدائم" أما بالنسبة لتعريف الموطن الدولي فعرف بأنه "هو ذلك المكان (دولة من الدول) والتي يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد وليس له نية مؤقتة لتركه، أي السكن فيه لمدة غير محدودة".^(٢)

عليه فمفهوم الموطن الدولي يختلف عن مفهوم الموطن الداخلي على الرغم من القانون الدولي الخاص قد استمد أحكام الموطن الدولي من القانون الوطني الداخلي ولكون القانون الدولي الخاص هو الصورة المعكوسة للأحكام الوطنية للبلدان وكون الدول حرة في وضع أحكامها على هذا الأساس غير هنالك اختلافات فيما بينهما، فالموطن الدولي يعرف بأنه رابطة قانونية بين فرد ودولة معينة أي بين فرد وإقليم دولة معينة كونه أداة توزيع الافراد دولياً فلا يختلف عن دور الجنسية بهذه الوضعية وبالتالي فإن الموطن الدولي يتحد بالحياة القانونية الدولية لإقليم دولة معينة فمثلاً إذا اريد تحديد موطن فرد معين من حيث وجوده في العراق أو مصر فالموطن الدولي في هذه الحالة يعتبر الإقليم لدولة معينة والتي يقيم فيها الشخص ولكن بنية البقاء سواء كان يحمل جنسيتها هذا الفرد أم لا وعلى هذا الأساس سوف تترتب آثار قانونية كونه يخضع لسيادة هذه الدولة، كذلك الحال بالنسبة للقانون الدولي العام عندما يعترف للأجانب بحق معين في التوطن على إقليم غير دولته فهذا الحق ليس مطلق وإنما ينظم بقانون بناء على سيادة الدولة ومصالحها كون هذه الحقوق هي استثناء على سيادة الدولة وخير دليل هو قانون إقامة الأجانب العراقي رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ النافذ فقد نظم المشرع العراقي في هذا القانون توطن الأجنبي في العراق وهذا ما يجعل فكرة الموطن قريبة من فكرة الجنسية باعتبار

(١) استاذنا د. عبد الرسول الاسدي، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة بغداد، ١٩٧٧، ص ١٦٤.

الموطن من أنظمة القانون العام كون الإقامة وترتيب حق توطن الأجنبي تخضع لسيادة الدولة العامة.^(١)

أما بالنسبة لمفهوم الموطن الداخلي فيمكننا القول بأنه رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين في إقليم دولة معينة وكذلك يتخذ الحياة القانونية الداخلية بالمكان المعين بالذات من إقليم الدولة وكذلك يترتب آثار قانونية داخلية كما لو أريد تحديد الموطن الداخلي لفرد معين ضمن إقليم الدولة العراقية فيتخذ من بغداد أو الديوانية موطناً مثلاً وبالتالي فالموطن الداخلي يعتبر من أنظمة القانون الخاص وبالتالي ينظمه القانون المدني لكونه يخضع لقواعده كما هو الحال في العراق فإن الموطن ينظمه القانون المدني فهو يخضع للأحكام المنصوصة فيه.^(٢) كذلك لا بد علينا أن نفرق بين الموطن الدولي ومحل الإقامة حيث يعرف محل الإقامة بأنه المكان الذي يقيم فيه الفرد مدة من الزمن أما بصورة دائمة أو بصورة مؤقتة ، ومحل الإقامة يتحدد بالوجود المادي للفرد في مكان معين من إقليم الدولة بوصفه موطناً داخلياً لهذا الفرد وعليه يمكننا القول بأن المشرع في بعض الدول لم ينظم أحكام الموطن في العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد لأنه اعتمد اعتماداً أساسياً على فكرة الجنسية وجعل من الموطن ضابط احتياطي يعتمد عليه في حالة غياب الجنسية ومن هذه الدول هو العراق والذي نظم الإقامة كما قلنا بقانون إقامة الأجانب ولكن هذا القانون لم ينظم الاذن بالتوطن وإنما نظم دخول وإقامة وخروج الأجانب بتطبيق الشروط الواجب توافرها بهذا الأجنبي عندما يدخل أو يقيم أو يخرج من الإقليم العراقي.^(٣) وبهذه الحالة فإن المشرع العراقي الذي يعتبر بلده من البلدان اللاتينية فهو لم ينظم أحكام الموطن الدولي وإنما نظم أحكام الموطن الداخلي وهذه الاحكام والقواعد تنعكس على العلاقات الخاصة الدولية خلافاً للدول الانكلوسكسونية والتي تعتبر بريطانيا واحدة منها فقد احتفظ الموطن بمكانته في هذه الدول في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة دون أن تؤثر عليه الجنسية.^(٤)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٨٣.

(٢) المواد (٤٢ - ٤٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط١، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٠٦.

(٤) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢١٣.

ويتبين لنا مما تقدم بأن الفقه قد اتجه اتجاهين أيضاً فالاتجاه الأول^(١) والذي يقول بأن أساس فكرة الموطن في العلاقات الداخلية مختلف عن أساس فكرة الموطن في العلاقات الخاصة الدولية على الرغم من أن فكرة الموطن في الحالتين هي تعبر عن ارتباط الفرد بمكان معين لكن مفهوم الموطن في القانون الدولي الخاص هو ارتباط الشخص بإقليم دولة معينة، أما مفهومه في القانون الداخلي يكون بارتباط الفرد بمكان معين ولكن داخل هذه الدولة المعنية وبذلك يمكن توضيح موطن الفرد في إطار العلاقة الخاصة الدولية بتعيين إقليم الدولة التي تعتبر الفرد مستوطن فيها وبعد ذلك لا يهم تعيين المكان الذي يعتبر الفرد متوطن فيه من هذا الإقليم، وبذلك قضت محكمة النقض المصرية^(٢) بأن "الموطن وفق المادة (٤٠) من القانون المدني إنما يتناول معناه في نطاق القانون الداخلي بوصفه رابطة بين الشخص ومكان معين بالذات في الإقليم الذي يقيم فيه عادة دون اعتداد بما إذا كان الشخص الذي يحدد موطنه بمقتضاها ينتمي الى جنسية الدولة التي توطن فيها أم لا، ويختلف عن فكرة الموطن في القانون الدولي الخاص التي تبنى على صلة تقوم بين الشخص وبين إقليم دولة معينة مؤسسة على الجنسية تغلب عليها العلاقة الروحية وتخضع لمبدأ السيادة الإقليمية وتراعي فيها الاعتبارات السياسية ويترتب عليها اثر في تمتع الأجانب بالحقوق أو بيان القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين وهي آثار مغايرة لما تحققه للأجانب فكرة الموطن في سائر فروع القانون الداخلي". وعلى هذا الأساس فإن مفهوم الموطن الدولي يكون مرتبط بفكرة السيادة الإقليمية للدولة فهو الرابطة بين الفرد والسلطة والدولة التي تمارسها على اقليمها فقد تنقطع هذه الرابطة أصلاً عندما تمنع دخول الأجنبي الى اقليمها او تنتهي هذه الرابطة بعدما نشأت كما هو الحال في ابعاد الأجنبي عن اقليمها^(٣).

كذلك الآثار القانونية التي تترتب على الموطن في الحياة الخاصة الدولية تختلف بدورها كونها تتأثر باعتبار سيادة الدول على العكس من الآثار القانونية التي تترتب على الموطن في

(١) د. هشام علي صادق، موجز القانون الدولي الخاص، ج١، تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية، الدار الجامعية للطباعة، ١٩٨٧، ص٤٤٥.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٧٧/٦/١ نقلاً عن د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ٢٠٠٨ ص١٤.

(٣) د. هشام علي صادق، موجز القانون الدولي الخاص، ج١، تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية، الدار الجامعية للطباعة، ١٩٨٧، ص٤٤٦.

الحياة الداخلية فهي لا تخضع لاعتبار السيادة كتحديد الاختصاص المحلي مثلاً.^(١) أما الاتجاه الفقهي الثاني.^(٢) فهو يميل الى توحيد الموطن سواء في نطاق القانون الداخلي أو في نطاق القانون الدولي الخاص وبالتالي هذا الاتجاه الفقهي يرفض تصدير فكرة الموطن في اطار العلاقات الدولية على أساس أنه رابطة بين الفرد وإقليم دولة معينة وكذلك يرفض بأن ما يتيح عن هذه الرابطة بأن الموطن يخضع لاعتبارات السيادة الإقليمية ما بين الفرد والدولة وبالتالي يترتب على هذه الرابطة حقوق والتزامات تساوي فكرة الجنسية كون الموطن محتفظاً بكيانه بكونه حالة واقعية يترتب عليها القانون اثار معينة وبالتالي فإن الموطن في القانون الدولي الخاص يحقق اغراضاً غير تلك التي يحققها في كافة فروع القانون الداخلي ولكن تبقى الفكرة الأساسية في الموضوع هو أن فكرة الموطن الدولي هو ما ينعكس عن أحكام الموطن الداخلي والواضح من هذا الاتجاه أنه يؤيد بأن الموطن هو فكرة واقعية وبالتالي فإن القانون يترتب عليها آثار معينة ولكن مع اختلاف دور الموطن في العلاقات الدولية عن دور الموطن في القانون الداخلي وحسب ما عرضنا آنفاً قد يستتبع هذا الاختلاف تصوير فكرة الموطن في كلا النطاقين نعني النطاق الأول فإن الموطن في القانون الداخلي هو المكان الذي يرتبط به الشخص داخل الدولة أما في نطاق الموطن في القانون الدولي الخاص فإن الموطن ما هو الا تعبير عن ارتباط الفرد بإقليم دولة معينة وبهذا فالموطن فكرة وظيفية وتهدف هذه الفكرة الى تحقيق أهداف معينة وبالتالي فإن مفهوم هذه الفكرة يختلف بحسب الهدف الذي تسعى اليه.^(٣) عليه فالموطن في العلاقات الدولية هو ما يعبر عنه بعض الفقه (بالموطن الدولي) أو (التوطن الدولي) ولكن هذا المصطلح لا يمس الحقيقة بشيء لأنه يوحي الى وجود فكرة دولية موحدة أو مفهوم موحد ومشارك للموطن في القانون المقارن وهذا ما لم يصل إليه بعد كون لكل دولة فكرتها ومفهومها للموطن وبالتالي فعلى هذا الأساس فإن الفكرة الداخلية للموطن في كل دولة ينعكس على المفهوم

(١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ج ١، في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣١٧.

(٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص ٢٥٥.

(٣) د. أبو العلا علي أبو العلا النمو، المصدر السابق، ص ١٧.

الدولي للموطن ومن ثم فإن الأفضل استعمال مصطلح (الموطن في العلاقات الخاصة الدولية).^(١)

بهذا يتبين لنا أنه لا يوجد تعريف موحد للموطن وفقاً للقانون الدولي الخاص وإنما يعرف المواطن وفقاً للتشريع الداخلي للدول والذي اختلفت في تحديد مفهومه كما بينا سواء كان مفهوماً لاتينياً أم انكلوسكسونياً فهذه التعاريف وإن أظهرت العلاقة بين فرد معين ومكان معين لكنها لم تظهر الإطار القانوني لهذا المكان فمن هذه التعاريف ما يحدد علاقته الاجتماعية والأسرية ومنها ما يحدد تسلطه العام والخاص وكذلك صلاته فلا يوجد تعريف جامع يجمع كل هذه المحددات بل كل تعريف يعتمد على تحديد جزء منها ، ومما تجدر الإشارة إليه بأنه في تعريف المواطن وحسب رأي بعض الشراح.^(٢) بأن المواطن هو رابطة قانونية وليس علاقة قانونية ما بين الفرد ودولة كون الروابط القانونية تنشأ بين الأفراد وبين مكان الإقامة باعتبار الرابطة أقوى من العلاقة باحترام العهد والوفاء وما يحتاجه المواطن كونه علاقة نفعية وقانونية واجتماعية تنظمها الدولة استناداً لسيادتها وما تمليه عليه مصالحها وبالتالي فالرابطة أوسع مفهوماً من العلاقة لأنها تؤدي الى اندماج الفرد في المجتمع باعتباره عنصر فيه ومن العناصر المكونة للدولة وبالتالي فهذا الفرد يخضع للحقوق والالتزامات التي ترتبها الدولة عليه باعتباره عنصر مندمج مع المجتمع وكذلك باعتباره مقيم فيه انطلاقاً من الشخصية القانونية ومن ثم فكلمة الرابطة أوسع من العلاقة لكن المشرع العراقي عرف المواطن في المادة (٤٢) من القانون المدني بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص دون الإشارة الى العلاقة، كذلك جاء في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي وعرف (الحق الشخصي) بأنه رابطة قانونية بين شخصين لذا فالصواب هو تعريف المواطن بأنه رابطة قانونية وليس علاقة ما بين الفرد وإقليم الدولة باعتباره رابطة كرابطة الحق الشخصي او رابطة الدم والاقليم فهي اقوى من العلاقة.

(١) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٠٤. ويقرر سيادته "أن المواطن حالة واقعية تتجاوب مع حالة قانونية ألا وهي ربط بين الفرد وبقعة من بقاع الأرض برباط قانوني وبعبارة أخرى بضرورة تقرير مقر قانوني للفرد حتى يتيسر تنظيم الحياة القانونية ولذلك فإن القانون يعتد بتلك الحالة الواقعية ويجعل منها فكرة قانونية في المواطن بالمعنى القانوني وهو كونه رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين" نقلاً عن أبو العلا علي أبو العلا النمر مرجع سابق، هامش ٢٢ ص ١٧.

(٢) د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص ج ١ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بغداد، ١٩٨٦، ص ٢١٨.

الفرع الثاني

مناصر المـوطن

من المفهوم المقترح للموطن الدولي في العلاقات الخاصة الدولية للأفراد يبرز لنا الركنين أو العنصرين المنشئين للموطن ، أحدهما مادي يتمثل بالإقامة المعتادة في إقليم الدولة وثانيهما معنوي أو يسمى نفسي يتمثل بوجود نية البقاء أو الاستقرار في أقاليم الدولة عليه فإن للموطن ركنان أو عنصران يعتمد عليهما لأثبات الوطن وكالاتي :

أولاً / العنصر المادي

وهو الإقامة في إقليم دولة معينة والإقامة هذه إن كانت ابتداء للموطن إلا أنها لا تعد موطناً لأن فكرة الوطن هذه لا تحتم أن يكون للفرد مأوى أو مسكن خاص في الدولة التي يعتبرها موطناً كذلك إن هذا الوجود المادي بتوصيفه ركناً للموطن يختلف كل الاختلاف عن محل وجود الفرد. عليه فالعنصر المادي يتجسد بالوجود المادي للفرد والي يتخذه له بوصفه حيزاً جغرافياً معيناً في وقت معين بحيث يصبح له صلة مادية به فإذا غاب عنه الفرد كان له نية العودة فإذا كان تواجد الفرد في مكان معين عرضياً أو طارئاً فلا يتحقق عنصر التواجد المادي كذلك الغياب المؤقت أو العرضي للفرد لا يؤثر على العنصر المادي.^(١) بعبارة أخرى يتحقق هذا الركن عندما يقيم الفرد بصفة مستمرة في إقليم الدولة والقصد من ذلك تحقيقاً للغرض الاجتماعي من نظام التوطن بمعنى آخر أن هذا الفرد يشغل حيزاً مكانياً في وقت ما وكذلك يكون له صلة مادية بهذا المكان فإن غاب الفرد عن هذا المكان فترة معينة كان للفرد نية العودة الى هذا الحيز المكاني ولا ينتفي هذا الركن بانقطاع الفرد عنه مؤقتاً ، أما في حالة إذا ما كان وجود الفرد في مكان معين وكان هذا الوجود طارئاً أو عرضي فلا يصلح لهذا الوجود ان يكون ركناً مادياً لأن الركن المادي يفترض الوجود المادي للفرد بحيث أما أن يتخذه مقاماً له أو محل لعمله وهذا ما لا يتوفر في حالة الوجود العرضي أو الاضطراري للفرد إلا في حالة ألا وهي أن تتغير نية الفرد في الوجود بحيث يصبح هذا المكان مستقراً له أو محلاً لإقامته مثال هذه الحالة (وجود الفرد في مكان معين لغرض الزيارة ثم يختار هذا المكان للاستقرار بقصد الإقامة) ومما تقدم يمكن أن

(١) د. اياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، المصدر السابق ، ص ١٣٤.

يتبين لنا أن الإقامة العرضية لا يمكن أن تحقق الوجود المادي بعكس الإقامة الدائمة أو المؤقتة هي التي تشكل العنصر المادي للموطن.^(١) إذا فالوجود المادي للفرد في دولة معينة هو الذي يمثل الركن المادي أي إقامة الفرد في إقليم دولة معينة ومما تجدر الإشارة إليه بأن هذه الإقامة إذا كانت لازمة للتوطن إلا أنها ليست موطناً فهناك كما قلنا سابقاً اختلاف كبير بين موطن الشخص ومحل إقامته والذي هو مكان يقيم فيه الفرد مدة من الزمن بصورة دائمية أو مؤقتة.^(٢) تأكيداً على ذلك يمكن القول بأن هذا الوجود المادي للفرد والذي يمثل أحد عناصر الموطن يختلف عن محل وجود هذا الشخص كون محل الوجود يقصد به الجهة التي يوجد فيها الشخص حتماً في وقت من الأوقات ولكن على غير استقرار وكذلك بدون نية البقاء.^(٣) كلحظة وجود الشخص في قاعة المطالعة مثلاً فلولا هذا التعارض بين الموطن ومحل وجود الشخص لكان موطن الشخص يفقد بمجرد مغادرته لأي سبب كان ولو كانت المغادرة بصورة مؤقتة ولتحقيق هذا العنصر يجب على الفرد أن يقيم بصفة مستمرة بإقليم هذه الدولة بحيث يمكن في هذه الحالة اعتباره مستقراً بهذا الإقليم كون التوطن لا يتحقق بمجرد وجود الفرد على إقليم الدولة لكن يجب أن يكون هذا الوجود بقصد الاستقرار لتحقيق الغاية الاجتماعية من نظام التوطن.^(٤) عليه فإذا كان يشترط لتوافر عنصر الإقامة أن يكون وجود الفرد بإقليم دولة معينة ولكن على سبيل الاستقرار فلا حاجة لتحقيق هذا الشرط أن يكون لهذا الشخص منزل معين وكذلك مقر ثابت في أية جهة من جهات هذا الإقليم وبالتالي فيمكن اعتبار هذا الشخص مقيماً في إقليم هذه الدولة وعلى سبيل الاستقرار ولو كان هذا الشخص لا يقيم في مدينة أو قرية معينة وكذلك دائم التنقل بين أجزاء الإقليم ومثال هذه الحالة كالشخص الذي ليس له سكن ثابت أو محل ثابت وينتقل بين الفنادق كذلك البدو الرحل طالما أن هذا الفرد يعيش داخل حدود إقليم هذه الدولة ويتخذ هذا الإقليم مقراً له.^(٥)

(١) د. غالب الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ج ١، المكتبة القانونية، ٢٠٠٩، ص ١٧٢.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثاني في الموطن الدولي ومركز الأجانب في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٨٦، ص ١٠.

(٣) د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٤) د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٦، ص ٢٨٢.

(٥) د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩، ص ٢٧٢.

إن الإقامة المعتادة هي شرط لتحقيق الركن المادي ولا يتطلب استمرار الإقامة دون انقطاع بإقليم الدولة فمثلاً يجوز الغياب في الخارج لفترات من الزمن فقد تطول أو تقصر لكن بشرط توفر الاعتبار على هذه الإقامة الاختيارية لأن الإقامة الجبرية أو الاضطرارية لا تحقق الموطن مهما طالت مدة إقامة الشخص ومثالنا هنا المسجون أو المهاجر السياسي، ومن ناحية أخرى فإن الإقامة المعتادة بإقليم دولة معينة لا تمنع الأجنبي من التنقل داخل هذا الإقليم فالبدو الرجل مثلاً يعتبرون مقيمون بالدولة التي ينتقلون بإقليمها، حيث في القانون الإنكليزي يعتبر هذا الأجنبي متوطناً في إنكلترا وإن كان منتقلاً بين الفنادق أي لم يكن له مسكن محدد أو محل إقامة معين وتجدر الإشارة هنا إلى أن المدة الزمنية للإقامة من حيث طولها وقصرها غير معتبرة في وجود وتحقيق الركن المادي لكنها تعد قرينة قانونية على توفير الاستقرار في هذا الإقليم.^(١) وعلى هذا الأساس فالوجود المادي كنعصر للموطن يختلف عن محل وجود هذا الفرد كون الوجود المادي هذا حقيقة تتطلب استقرار الفرد مقاماً كذلك عملاً في إقليم دولة معينة ولو لم يوجد فيه فعلاً هذا الشخص بصورة دائمة أو في وقت من الأوقات، بينما محل وجود الفرد مختلف فهو الجهة التي يوجد الشخص فيها فعلاً وفي وقت من الأوقات ولكن بدون نية البقاء مثالنا هنا إقامة شخص في إقليم دولة معينة لغرض المعالجة، ونؤكد ما قيل أعلاه فلولا هذا الاختلاف بين الموطن ومحل وجود الفرد لكان الموطن يفقد بمجرد مغادرة هذا الشخص منه ولو بصورة مؤقتة ولأي سبب من الأسباب وبهذا فإن الفرد له مطلق الحرية في التنقل من مكان إلى آخر دون أن يفقد موطنه الأصلي ما دامت إقامة هذا الفرد مستمرة وبنية العودة إليه ونتيجة لهذا وتأكيدها لما قيل فالركن المادي لا يتحقق بمحل الوجود ما لم يقتزن هذا بالإقامة الاعتيادية لمدة غير محدودة، حيث أن الفرد إذا اكتسب موطناً فيه فإنه يستمر على هذا الموطن إلى أن يغير ذلك الموطن بالفعل.^(٢)

كذلك فإذا اكتسب الشخص موطناً في إقليم دولة معينة مثلاً فليس من الضروري أن تكون هذه الإقامة في هذا الإقليم من الدولة بهدف اكتساب جنسية هذه الدولة، أما من حيث طول مدة الإقامة وكذلك اعتبارها دليلاً على توطن الشخص فقد انقسم الفقه إلى رأيين : الرأي الأول يذهب

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، المركز القومي للإصدارات القانونية، مطبعة بغداد ٢٠٠٨، ص ٣٢٧.

(٢) د. غالب الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ج ١، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

الى القول بأن طول المدة أو الزمن يستمر به الوجود المادي للشخص على إقليم دولة معينة يعد هذا قرينة كافية على نية الاستقرار.^(١) أما الرأي الثاني يذهب الى أن طول مدة الإقامة على الإقليم لا تعني بالضرورة أن هذه الدولة موطن الشخص لأنه دليل قابل لإثبات العكس لذا قد تكون الإقامة قصيرة جداً لكن يمكن عدّها دليل على التوطن وتسهيلاً للإثبات فهناك افتراضاً بأن الفرد الي يسكن فوق إقليم دولة معينة فهذه الدولة تكون موطنه وإن قصر طول مدة إقامة الفرد في إقليم الدولة لا تفيدنا بالضرورة أن تكون هذه الدولة موطنه لأن الإقامة في إقليم دولة ما يعتبر دليل قابل لإثبات العكس وبهذا يمكن أن تكون الإقامة القصيرة جداً للشخص دليلاً على التوطن ولأن التوطن يعتمد على الظروف السابقة للإقامة كونها الوحيدة التي تكشف عن طبيعة الوجود المادي للشخص في الدولة التي يعيش بها، فمثلاً إقامة فرد لمدة (٢٠ سنة) في إقليم دولة معينة لا تؤسس له موطناً بسبب أنه كان دائماً يدعي أنه عائد ألى وطنه الأصلي وهذه إقامة مؤقتة، بالمقابل يمكن أن تكون الإقامة القصيرة جداً دليلاً حازماً على التوطن ومثالها الشخص الذي ينقل كل ما يتعلق به ونيته وكذلك افراد عائلته الى مكان آخر ثم يذهب الى المكان الجديد الذي اقام فيه لساعات ويرجع الى مكان اقامته الأصلي والغرض من ذلك حضور حفلة توديعية له ولعائلته وشاء القدر بأن يموت بهذه الحفلة فبهذه الحالة فالموقع الجديد يعتبر مكاناً للإقامة والتوطن دون النظر الى مدة اقامته القصيرة في المكان الجديد.^(٢) وهناك مثال آخر يوصف هذه الحالة ألا وهو (قضية ليشنس) لتمتعه ببعض الحقوق وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه "كان ليشنس موطنه الأصلي اسكتلندا، ثم التحق بالجيش البريطاني وخدم خارج البلاد لسنين عدة وبعد تسريحه من الخدمة قضى حياته متنقلاً بين الفنادق والشقق المفروشة في إنكلترا، لحين وفاته في إحداها وعلى أثر ذلك حكمت غرفة اللوردات البريطانية سنة ١٨٨٥ بأن ليشنس لم يكتسب موطناً في إنكلترا وإن موطنه لا يزال في اسكتلندا باعتبار ان إقامة الشخص مدة طويلة في بلاد ما لا تجعل له موطناً فيها ما دام أنه لم يتخذ منها موطناً له".^(٣)

(١) د . احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤، ص٢٨٢.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق ، ص١٦٤.

(٣) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج١، ط١، بلا دار نشر، ١٩٤٩، ص٢١٥. نقلاً عن

قصص علوم جامعة العالم ، سليمانية ، ص١ الرقم ١ ص ١١١ هامش ٢٨.

ثانياً / العنصر المعنوي

يتطلب الركن المعنوي توفر نية الاستقرار في إقليم دولة معينة فيجب ألا تكون الإقامة المعتادة للشخص معينة بمدة سلفاً وإلا انعدم الركن المعنوي فتكون الإقامة مؤقتة ولغرض معين وإذا كانت طول الإقامة المعتادة للشخص قرينة على تحقيق الركن المادي فإن صور الاندماج المتنوعة كذلك تعد قرينة لتحقيق الركن المعنوي ومثالنا هنا كاتخاذ الشخص من إقليم دولة معينة مقراً للأعمال الحرفية وكذلك الاجتماعية أو العائلية.^(١) أذن فالركن المعنوي يتمثل بنية بقاء الفرد في إقليم دولة معينة لمدة غير محدودة بعد قيام وجوده المادي في الإقليم، بعبارة أخرى لاكتساب الموطن بسبب الإقامة في مكان معين يتطلب ارتباط الشخص في المكان المعين كذلك نية البقاء لمدة غير محددة وكذلك عدم تركه وإن تركه لمدة مؤقتة مثلاً فيجب أن تكون عند هذا الشخص نية الرجوع أو العودة إليه بإقامة الفرد في إقليم معين لمدة عشر سنوات لا تعتبر كافية لقيام الموطن بسبب عدم توفر نية البقاء في هذا الإقليم، ومثالنا هنا طالب العلم الذي يكمل دراسته في دولة أجنبية ولكن في نيته العودة إلى بلده بعد التخرج وترك البلاد التي كان يدرس فيها وكذلك المريض الذي يرقد في المستشفى ولكن بدولة أجنبية ولمدة طويلة لغرض العلاج مع استمرار نيته بالعودة إلى بلده وموطنه الأصلي وترك البلاد التي يتعالج فيها بعد الشفاء التام وجدير بالذكر هنا أن نية البقاء هذه لا تعني بالضرورة وجود الفرد في موطنه على الدوام وإنما يتخللها فترات للغياب المؤقت ما دام لديه نية العودة إليه وكذلك الحال في طول مدة الإقامة في بلد معين لا يكون دليلاً لقيام الموطن ما لم يقترن ذلك بنية البقاء في هذا البلد مدة غير محدودة فقد لا تعتبر مدة خمس سنوات في دولة معينة دليلاً على قيام موطن له في هذا البلد إذا لم توجد لهذا الشخص نية البقاء لمدة غير محدودة، لكن لو كان لهذا الشخص مدة إقامة في بلد معين لمدة سنة واحدة تكون هذه السنة كافية لقيام موطن له إذا توافرت لهذا الشخص نية البقاء لمدة غير محدودة ولكن على وجه الاستقرار، فهذه النية بالبقاء هي التي تكشف عن طبيعة الوجود المادي للفرد في الإقليم الذي يقيم فيه من حيث أن هذا الوجود المادي للشخص لمدة محدودة أو وجود مادي لمدة غير محدودة أي في مستمراً نية البقاء ومن ثم التوطن به ، لكن هذه النية قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية ويمكن أن نستخرجها من واقع حال الفرد أو من إقراره، وبناء

(١) د. بدرالدين عبد المنعم شوقي احكام الجنسية والموطن، المصدر السابق ، ص٣٢٧.

على ما تقدم أنه لا بد من تحقق الركن المعنوي والذي يعتبر النية الى جانب الركن المادي في إقليم معين من الدولة أو مكان معين من الإقليم لكي يمكن بهذا الحالة اعتبار ذلك المكان موطناً دولياً للشخص.^(١)

إن الركن المعنوي أو الركن القصدي حسب ما يسمى للموطن "يتحقق بتوافر عنصر الاستقرار ونية الاستيطان في إقليم دولة معينة".^(٢) ويلزم لقيام الموطن هو تحقق هذا الركن إذ لا يمكن الاعتماد على الركن المادي وحده ، فحسب رأي أحد الشراح "بأن الإقامة مهما طالب لا تكفي وحدها لتكوين الموطن إذ لا بد ايضاً ان يتوافر لدى الشخص نية البقاء بإقليم الدولة لمدة غير محدودة بحيث إذا غادر الإقليم فإنما يغادره بنية الرجوع إليه". بيد أن الركن المعنوي هذا وإن اقتضى ان تكون النية إيجابية بالسلوك الإيجابي من قبل الأجنبي المتوطن في إقليم دولة معينة بهذا يعد قرينة على قصده باستيطانه إلا أن هذه النية قد تكون سلبية إذا تعلق الأمر بالوطنيين وتكون عادة بعدم سعيهم بترك إقليم الدولة التي ولدوا فيها.^(٣) وحتى لو فرضنا أنهم تركوا هذا الإقليم فتمتعهم بجنسية هذه الدولة تفرض فيهم روح العودة اليها وعليه فقد نجد التشريعات كما هو الحال في مصر والعراق تعتبر تحقق الركن المادي للموطن قرينة على تحقق الركن المعنوي بحيث تعتبر هذه التشريعات أن عنصر النية أو الركن المعنوي تبعياً يستخلص من استقرار الإقامة "فيكفي أن تستقر الإقامة حتى تفترض النية افتراضاً".^(٤) ولكن بالمقابل من ذلك فقد نجد تشريعات كالتشريع الفرنسي اذ يستلزم توافر نية الاستيطان وبالتالي فإن ما يترتب على ذلك هو عدم الاعتراف بالإقامة الوقتية أو العابرة كما يقرر هذا التشريع بأنه "إذا توافرت نية التحايل استبعدت نية الاستيطان".^(٥) والبحث عن هذه النية تعتبر ضمن توطين

(١) د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق ، ص ٢٤٠.

(٢) في نية الاستيطان ، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٤ يونيو ١٩٨١ مجموعة احكام النقض س ٣٢ ج ٢ ق. ٣٠٤ ، ص ١٦٩٨ . نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، المجلد ٣٦، العدد ٢٠ في ١٩٩٤ ص ١٢.

(٣) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص ٢٧٣.

(٤) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص ٢٥٩.

(٥) Muir – Watt : Le domicile dans Les rapports internationaux , juris – class, dr.int.

نقلاً عن: حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ١٣. 1983 fasc 543A

صلات الأجنبي والتي تكشف اندماجه الحقيقي في المجتمع للتحقق بأن الإقليم أصبح مركزاً دائماً لمصالحه.

ومما تقدم يمكن أن نستنتج نية الاستيطان من الظروف المحيطة بإقامة الشخص كوجود الروابط العائلية وكذلك صلاته الوظيفية وما يحصله من منافع مالية في هذا الإقليم.^(١) وهكذا ففي حالة قصور الركن المادي فيلزم الأمر البحث على النية، وإذا كانت النية هي الأساس في هذا الاتجاه التشريعي فهذه الحالة يكفي توافر أي صورة من صورها سواء كانت صريحة أو ضمنية فعلى القاضي أن يتقصى هذه النية كما يتقصى الإرادة عند تحديد القانون الذي يحكم العقد فيتحرى القاضي نية الشخص الصريحة أو الضمنية في اتخاذه مقراً لروابطه ومصالحه في دولة معينة فإن تأكدت للقاضي هذه النية عدّ متوطناً في هذا البلد وإن لم تقترن هذه النية بالتواجد المادي المعتاد بحيث إذا غاب الفرد عن هذا الإقليم يفترض به بأنه تركه بنية العودة إليه.^(٢) وإذا لم تكتشف نية الفرد الصريحة أو الضمنية فالمشرع في هذه الحالة يفترض انصراف نية الفرد الى التوطن في مكان معين من إقليم دولته لأهمية الموطن في تحديد مركزه القانوني.^(٣) إذاً نستشف من ما قيل أعلاه بأن الإقامة مهما طالب أو قصرت فلا تكفي وحدها لتكوين الموطن فلا بد من أن تتوفر لدى الفرد نية البقاء في إقليم دولة معينة ولمدة غير محدودة بحيث أن هذا الفرد إذا غادر الإقليم فإنه يغادره بنية العودة إليه، لكن التساؤل الذي يطرح هنا هو ما المقصود بنية البقاء وما نوع هذه النية ؟ بمعنى آخر هل يجب أن تكون هذه النية فعلية بمعنى آخر لا بد أن ينوي الفرد أن يتخذ من إقليم الدولة الذي يقيم فيه وطناً له ؟ وهل النية المقصودة هنا هي نية البقاء أو الإقامة لمدة غير محدودة أم هي نية العودة إذا غاب عنه الشخص ؟ كذلك هل يكفي أن تكون النية سلبية للشخص بمعنى هل يكفي أن يكون هذا الشخص مقيماً في بلده دون أن تكون له النية بتركه؟ ومما تجدر الإشارة إليه هو أن عنصر النية هو عنصر التمييز بين الموطن بمعناه القانوني عن محل الإقامة الذي يعتبر بأنه المكان الذي ينزل فيه الفرد بصورة

(١) حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن "نية الفرد في تحديد فرنسا مقراً لاقامته الرئيسة ناتجة بالضرورة عن كونه يحيا ويعمل في هذا البلد " . نقلاً عن : حسام الدين فتحي ناصف، المصدر السابق ، ص ١٣.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، المصدر السابق، ص ١٤.

(٣) د. فؤاد رياض، المصدر السابق ، ص ٢٧٢.

وقتية كالإقامة في مصيف لمدة مؤقتة، وللإجابة عن هذه التساؤلات أعلاه فيقول بعض الفقه^(١) إن النية موجودة عند جميع الأفراد المقيمين في بلدهم الأصلي لكن هذه النية هي سلبية بالضرورة والمثال هنا كالمواطن المصري المقيم في مصر أو العراقي المقيم في العراق لا يفكر هذا المصري أو العراقي عادة في أن يجعل مصر أو العراق موطناً له ولا توجد لديه نية أصلاً ولكن توجد لديه النية الإيجابية أو ما تسمى بالفعللية عندما يفكر هذا الشخص في مغادرة مصر أو العراق بقصد الهجرة الى دولة اجنبية للتوطن فيها، ولكن بالنسبة للفرد الذي سافر من بلده ويقيم كذلك في دولة أجنبية فالقاضي في هذه الحالة يبحث في حالتين : الأولى هو أنه هل كان سفر هذا الشخص بقصد الإقامة على الدوام في إقليم الدولة التي انتقل منها ؟ أما الثانية فهي تكمن في أن هل إقامة هذا الشخص في هذه الدولة الأجنبية لها طابع عرضي أي هل لديه نية العودة الى بلده بعد انتهاء سبب الغياب ومن ثم يكفي أن يتحقق القاضي مما يدور في ذهن الشخص في الحالتين أعلاه ليتعرف على موطن هذا الشخص وعليه نلاحظ أن النية تختلف حسب ظروف الشخص^(٢) إن تعيين موطن الشخص مسألة موضوعية متعلقة بالواقع وبالتالي فإن قاضي الموضوع يستقل في الفصل فيها وعليه كذلك أن يسبب حكمه "تسبباً كافياً" وكذلك على القضاة أن لا يتغاضوا عن المبدأ القائل بضرورة الموطن وأهميته كون أن كل إنسان حر في اختيار موطنه عليه فلا يجوز حرمان احد من موطنه، لهذا فاثبات توفر ركني الموطن هي مسألة واقع وكما قلنا يختص فيها قاضي الموضوع بحيث يستعين بالظروف المحيطة بالشخص وكذلك القوانين كيفما استقر عليه القضاء والفقه مع الاخذ بنظر الاعتبار الملاحظتين الاتيتين الأولى هو أن ثبوت توطن الفرد في إقليم دولة معينة وفي وقت معين يقيم ذلك قرينة على أنه متوطن فيه ما لم يثبت أنه غير موطنه وجعله في إقليم آخر. والثانية هي العبرة في تحديد الاختصاص للمحكمة الوطنية دولياً بنظر المنازعات الخاصة بالمواطن وقت وقوع الدعوى حتى وإن تم تغييره أثناء تداولها^(٣).

(١) د. علي الزيني ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٨ ص ٥١٩.

(٢) أبو العلا علي أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والاعتباري ، المصدر السابق ، ص ٢٢.

(٣) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، المصدر السابق ، ص ٣٢٨.

وتأسيساً لما سبق فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن استخلاص ثبوت الموطن بعنصرية الإقامة ونية الاستقرار مما يدخل في سلطة المحكمة التقديرية ونقلت المسألة بهذا الوصف على حد قولها من رقابة محكمة النقض^(١).

كذلك يمكن القول بأن على الشخص الأجنبي لكي يثبت موطناً سواء في مصر أو العراق الى جانب توافر النية الفعلية في أي بلد من البلدين وكذلك توافر نية البقاء والاستمرار يجب أن يكون دخول هذا الأجنبي الى أي من البلدين صحيح كذلك يجب أن تكون اقامته صحيحة وحسب القوانين الداخلية المعمول بها في البلدين ألا وهما قانون الإقامة المصرية رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٨ وكذلك قانون الإقامة العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩١٧ النافذ والذي ينظم دخول وإقامة وخروج الأجنبي ولكن في حقيقة الأمر أنه قليل ما يتصور اكتساب هذا الأجنبي موطناً في مصر أو العراق إذا كان دخوله اليهما غير صحيح أو أن هذا الشخص لم يحصل على ترخيص بالإقامة وفقاً للقوانين الداخلية لما للجهة المستفيدة في البلدين من سلطة في ابعاد هذا الأجنبي مع عدم الاخلال بالعقوبات الجنائية التي تنص عليها قوانين البلدين ولكن يمكن أن يبعد الخيال بنا بأن نتصور بأن شخص أجنبي اقام في مصر أو العراق إقامة فعلية وكذلك مستمرة بالرغم من عدم حصول هذا الشخص على ترخيص بالإقامة وفقاً لأحكام القوانين الداخلية فهل يمكن أن تنكر السلطات واقع توطنه هذه كونها إقامة مستمرة وبنية البقاء على أساس مخالفته لأحكام القوانين الداخلية ؟ يجيب بعض الفقه^(٢) على هذا التساؤل بقوله "إن الموطن لا يعد كما قلنا مسبقاً بأنه رابطة سياسية بين الفرد والدولة وإنما هو رابطة واقعية بين الشخص وإقليم دولة معينة وبالتالي يرتب القانون على ذلك آثار قانونية كذلك حق الدولة محفوظ في أن تستقبل الأجنبي

(١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٢ يناير ١٩٥٦ مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة (٧) ١٩٥٦ ص ٧٤ - ٩٣ . حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة القواعد القانونية الصادرة من الدائرة المدنية في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ١٠١٠ حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٧/٥/١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠ رقم ١٢٧ ص ٨٠٦ حكم محكمة النقض الصادر في أول يونيه ١٩٧٧ مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة المدنية س ٢٨ - ١٣٥٤ حكمها الصادر في ١٢ يناير ١٩٧٧ : س ٢٨ - ٢٣٢ نقلاً عن د. ابو العلا علي أبو العلا النمر، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٢) د. هشام صادق ، موجز القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والمواطن في العلاقات الخاصة الدولية ، الدار الجامعية ١٩٨٧ ، ص ٤٧٤ . نقلاً عن د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، المصدر السابق ص ٢٤.

أو تستبعده وبحسب ما يخدم مصالحها كذلك حقها في ترتيب الآثار القانونية على إقامة هذا الأجنبي أو عدم ترتب أي أثر قانوني إذا ما كانت إقامة هذا الأجنبي غير صحيحة ومخالفة للقوانين ولكن في نفس الوقت إذا كان هذا الكلام بترتيب الدولة آثارها أو منع ترتيب آثارها في حالة استقبال أو استبعاد الأجنبي فهذا ليس معناه بأنها تنكر إقامته المعتادة في إقليمها فلا يكون بمقدور الدولة أن تنكر هذه الإقامة وإن كانت غير صحيحة ومخالفة للقوانين الداخلية فهذه الإقامة هي واقعة حصلت فعلاً وحدثها في حد ذاته يفيد في توطن هذا الأجنبي فهذا التوطن يعد واقعي في إقليم الدولة وبعيداً كل البعد عن الطابع السياسي كونها مسألة واقعية تتجرد من كل شيء وبهذا الاتجاه يظهر لنا نتيجة بأن الإقامة حصلت فعلاً ونتيجة واقعية بغض النظر بأن هذا الأجنبي حصل على ترخيص أو لم يحصل كذلك بالنسبة لترتيب الآثار القانونية على هذه الإقامة فهذا شيء آخر فليس لها أن تنكر حدوث الواقعة هذه فلا يمكن تجاهل المركز الواقعي المترتب على إقامة الشخص الأجنبي المعتادة والمستمرة في الدولة وإن كانت بدون ترخيص عليه فقد فرق هذا الاتجاه بين الموطن القانوني للشخص عن الموطن الفعلي.

ويطرح تساؤل أيضاً هو ما هو الوقت المطلوب لتحديد النية أي نية بقاء الشخص أو الإقامة لمدة غير محددة ؟ إن تحديد وقت النية يختلف من حالة إلى أخرى فنية البقاء قد تسبق الإقامة للشخص أو قد تلحقها وبالتالي يصعب وضع قواعد بالإمكان الاستناد عليها لتحديد هذه النية كذلك تختلف النية والأمر تماماً إذا كان الشخص متوفي أو حياً فإذا كان القصد البحث عن نية توطن شخص متوفي فبهذه الحالة يجب الرجوع الى تاريخ حياته وكذلك سماع شهادة الآخرين بحيث يجوز قبول الشهادة على الشهادة ولا يمكن في هذه الحالة اهمال أي حقيقة لغرض التوصل الى اثبات موطنه، أما في حالة حياة الشخص المتوطن فإن الاهتمام في هذه الحالة يجب أن يكون مركزاً على حالة التفكير الواقعية لديه لكي يتوصل الى نية كذلك متابعة وضعه المالي ومشاريعه وأهدافه وأفعاله كذلك التحري عن عائلته وكل اهتماماته فمثلاً شراء دار للسكن أو شراء لمقبرة يدفن فيها وكذلك ممارسته للحقوق السياسية وكذلك يمكن أن يفصح الشخص عن إقامته في هذه الدولة بصورة دائمية فالاعتماد على هذه الأفعال والتصرفات كلها

تكون معيار لتحديد نية الفرد بالتوطن ومن ثم لا يجوز ترك أي عمل من أعمال الإنسان أثناء حياته إلا وأن يأخذ لها قيمة في حالة إثبات وتحديد موطن الشخص.^(١)

وأخيراً يجب أن تكون هذه النية مقترنة بإرادة حرة سليمة خالية من أي عيب يعيب ركن الرضا فلا يعد بنية البقاء إذا كانت معيبة فمثلاً أن تكون إقامة الفرد في دولة معينة تحت ظروف قاسية كما لو اندلعت حرب أهلية أو كوارث طبيعية أدت بالشخص أن يغادر بلاده الى بلاد أخرى هروب من هذه الكوارث كذلك السجناء الذي يسجنون في دولة غير دولتهم أو الهاربون من وجه العدالة في دولتهم كذلك اللاجئين أو المدينون الهاربون من دائنيهم أو المرضى المقيمون في بلاد أجنبية لغرض المعالجة أو الأشخاص الذين يقدمون خدمة لبلدهم كأعضاء السلك الدبلوماسي فلولا خدمات هذا الشخص لما بقي في اقليم تلك الدولة الأجنبية فهؤلاء الأشخاص لا يستطيعون عادة الحصول على موطن دولي جديد وإن كانت مدة إقامتهم طويلة بسبب انتقاء عنصر النية عندهم بالبقاء لأنها غير صادرة عن إرادة حرة مختارها سليمة وإنما إرادة معيبة بالإكراه.

المطلب الثاني

مشكلات معيار الموطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية

المدنية للدولة

اختلفت التشريعات في أسس تعيين الموطن أو تصوير فكرة الموطن فنلاحظ الدول الانكلو أمريكية قد اخذت بالتصوير الحكمي وعلى هذا الأساس فإن الموطن يتعين في الدولة أو الإقليم الذي يوجد فيه للشخص مقر الادارة الرئيسي كون هذا الأساس ينطوي على تصوير حكمي افتراضي للموطن إذ أن القانون يفترض حكماً بأن لكل شخص موطن في الدولة التي يتواجد فيها مقر أعماله كالمكان الذي يوجد فيه مكتب رجل الاعمال.^(٢) اما الدول اللاتينية فأنها اخذت بالتصوير الواقعي أي انها تقوم بتعيين الموطن على أساس الاقامه والوجود المادي والواقعي للشخص.

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق، ص ١٦٥.

(٢) د. غالب الداودي، وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٤١.

ملخص القول إن ما قيل آنفاً يعتبر من أهم المشاكل التي تثور عند التصدي الى مفهوم المواطن في القانون الدولي الخاص ألا وهي ما هو القانون الواجب التطبيق في شأن تحديد المواطن كذلك من المشاكل الأخرى التي تثار عند اعمال مفهوم المواطن أوهي ظهور ظاهرتين هي تعدد المواطن وكذلك انعدامه والمشكلة الأخيرة والتي تتعلق بإثبات موطن الشخص عليه فسوف نخصص بحثنا في هذا المطلب للبحث في أهم المشاكل التي تواجه معيار المواطن ونحن هنا بصدد موطن الإرهابي فنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الفرع الأول مشكلة تنازع المواطن الإيجابي والسلبي للفرد اذا ما ارتكب عملاً إرهابياً وذلك لتحديد المسؤولية والفرع الثاني نخصصه لدراسة مشكلة اثبات المواطن لهذا الارهابي وكالاتي :

الفرع الاول

إشكالية تنازع المواطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

إذا كانت الدولة حرة ومستقلة في تنظيم مادة جنسيتها سواء اكتساباً أو فقداناً وكذلك استرداداً وهذا ما يسفر عنه تعدد جنسيات الشخص أو انعدام جنسيته، فهذا الاستقلال ينعكس أيضاً على الدولة بشأن تنظيم موطنها وتحديد أحكامه فيفرز لنا هاتين الظاهرتين المذكورتين الشاذتين كذلك أن لتعدد المواطن أو انعدامها أثره الذي يخفي للفرد مركزه القانوني (خاصة في الأحوال التي يعتمد فيها على المواطن لتحديد هذا المركز) فلا بد أن نبين أسبابها وكذلك الحلول المناسبة لكل منهما ، بمعنى آخر لما كانت أحكام تنظيم المواطن من حيث كسبه أو فقدانه تختلف من دولة الى أخرى فيمكن أن يؤدي ذلك الى ظهور مشكلتين ألا وهما مشكلة انعدام المواطن أي ان الشخص لا يتوطن في أي دولة والمشكلة الأخرى هي مشكلة تعدد المواطن أي أن الشخص يعد متوطن في أكثر من دولة في ذات الوقت عليه سوف نبحث هاتين الظاهرتين الشاذتين تباعاً وبيان كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق وكالاتي :-

أولاً / مشكلة تعدد المواطن للإرهابي

مر بنا سابقاً أن فكرة المواطن تقوم على ركنين مادي ومعنوي، يعني هذا أن المواطن يدور وجوداً وعدمًا مع اركانه فإذا ما تحقق وجود هذين الركنين تحقق وجود المواطن وبالمثل فإذا تحقق وجود هذين الركنين في أكثر من دولة فإنه يؤدي إلى تعدد المواطن بتعدد الدول التي تحققت فيها اركانه ويعبر الفقه عن هذه الحالة بمصطلح التنازع الإيجابي في المواطن.^(١) فتعدد المواطن يعني أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وفي أكثر من دولة ووفقاً لقانون كل منها وبمعنى آخر (أن تكون أكثر من دولة تعتبر هذا الشخص نفسه متوطناً في اقليمها) وتعدد المواطن هذا لا ينشأ منذ الميلاد، لكون صلة الدم هي أساس التمتع بالمواطن الأصلي أما بالنسبة لحق الإقليم فهو يعتبر أساس ثانوي يلجأ إليه عندما يكون الابوان مجهولين كذلك فإن تعدد المواطن ينشأ في تاريخ لاحق على الميلاد وغالباً بعد بلوغ الفرد طالب المواطن لسن الرشد ولا يشترط تعدد المواطن أن تكون المواطن المتعددة مكتسبة كلها كذلك لا يمكن أن تكون كلها مواطن أصلية فأقصى ما يمكن أن يكون بين هذه المواطن المتعددة هو موطناً واحداً أصلياً وما عدا هذا المواطن الأصلي هو موطن مكتسب.^(٢) و أن تعدد إقامات الشخص في إقليم الدولة الواحدة فليس هذا المقصود بتعدد المواطن في إطار القانون الدولي الخاص كون هذا الوضع لا يثير وبحسب الأصل أي مشكلة خاصة في نطاق تنازع القوانين، عليه فهذا الشخص مثلاً يعد متوطناً في أكثر من دولة ووفقاً لقانون كل منها فتبدو أهمية حل هذه المشكلة أي في مجال تنازع القوانين ذو أهمية كبيرة أكثر من أهميتها في سائر موضوعات القانون الدولي الخاص فمثلاً تعدد المواطن هذا لا يمنح أحد الدول والتي يتوطن فيها الشخص من منحه جنسيتها بالتجنس وعلى أساس قانونها مع أن لهذا الشخص موطن آخر وفي دولة أخرى والأمر كذلك بالنسبة لمركز الأجانب فمثلاً الأجنبي المتوطن في إقليم دولة معينة سيتمتع بالحقوق التي تمنحها هذه الدولة للمتوطن وبصرف النظر عن كون هذا الشخص متوطن في دولة ثانية أو لا.^(٣) أما في مجال الاختصاص القضائي الدولي فتعتبر كل محكمة يتوطن في إقليم دولتها هذا الشخص مختصة بالنزاع وبمعنى آخر أن عرض النزاع أمام محكمة دولة معينة واعتبرته

(١) د. نيراس ظاهر الزيايدي، المصدر السابق ، ص ٢٠٣.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، أحكام المواطن في القانون الدولي، المصدر السابق ، ص ٧٨.

(٣) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مصدر سابق، ص ٣٥٢.

هذه الدولة متوطن فيها فهذه الدولة ستقرر اختصاصها ينظر هذا النزاع دون أن تبالي بأن هذا الشخص له موطن في دولة أخرى.^(١) فأخذاً بالفكرة الواقعية وكذلك الحياة العملية ولسهولة الأمر على المحكمة أخذ المشرع العراقي والمصري وكذلك السوري والألماني بهذه الفكرة أي فكرة جواز تعدد المواطن للشخص الواحد على خلاف كل من المشرع الإنكليزي والفرنسي، وعلى هذا الأساس إذا كان لفرد ما سكن ومحل إقامة وكذلك مركز أعمال في بغداد فهذه الحالة يعتبر العراق موطنه الأصلي وكذلك الحال بالنسبة لهذا الشخص فإن كان له محل إقامة وسكن في دمشق فإن سوريا تعتبر موطناً دولياً له أيضاً فهذا الشخص لديه موطنان هما العراق وسوريا بسبب أن عناصر الموطن في هذين المكانين متوفرين لهذا الشخص وفي وقت واحد لهذا فإن المشرع العراقي قد أخذ بالفكرة الواقعية لتعدد المواطن للشخص أي حسب القانون العراقي بأنه يمكن أن يكون للشخص أكثر من موطن لأن المشرع العراقي قد ركز على الركن المادي ألا وهو الإقامة وافترض الركن المعنوي الذي هو نية البقاء وهذا ما ركزه في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت "... ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد".

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد بينت المذكرة الايضاحية نقلاً عن كتاب البدائع "يجوز أن يكون الموطن الأصلي واحداً أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل إلى أهل في السنة حتى إنه خرج مسافراً من بلده فيها أهله ودخل في أية بلدة من البلاد التي فيها أهله فيصير مقيماً من غير نية الإقامة".^(٢) وهذا ما ركزه المشرع المصري في المادة (٢/٤٠) من قانونه المدني اذ نصت "يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن" وهذا ما يدل على أن المشرع المصري قد اعتنق الفكرة الواقعية للموطن أسوة بالمشرع العراقي وأخذ بها وهذا واضح في النص عليها في تشريعه المدني.

إن الموضوع الذي بصده الآن هو ما يتعلق بظاهرة تعدد الموطن أو ما يسمى بالتنازع الإيجابي في الموطن وما تجدر الإشارة إليه هو وجوب استبعاد من هذا الموضوع الفرض الذي

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ص ٣٥٣.

نقلاً عن د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

(٢) نقلاً عن د. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، المصدر السابق، ص ١٧٣.

يتعدد فيه الموطن للفرد وهو داخل الدولة الواحدة كون هذا الموضوع وبحسب الأصل لا يثير أي مشكلة في مجال تنازع القوانين إلا في حالة قانون الموطن والتي أشارت إليه قاعدة الاسناد في دولة القاضي وبتطبيقه هو قانون في دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً وكون الضوابط المكانية والتي تضمنتها هذه القواعد قادرة في حد ذاتها على تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق بمعنى آخر قانون هذه الدول هو الذي يقرر إنه أية شريعة من هذه الشرائع يجب أن يطبق وهذا ما جاء فعلاً في المادة (٢/٣١) من القانون المدني العراقي حيث نصت المادة "إذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها" وهذا ما يسمى بحد ذاته التفويض والمعمول به في الدول التي تتعدد فيها الشرائع مثل الولايات المتحدة الأمريكية، أما في غير هذه الحالة أي في الدول التي لا تتعدد فيها الشرائع فإن هذه الظاهرة أي ظاهرة تعدد المواطن داخل هذه الدولة الواحدة لا تثير أي مشكلة كونها لو أشارت قاعدة القاضي مثلاً إلى تطبيق قانون الموطن ثم تبين لهذا الشخص أكثر من موطن داخل هذه الدولة الواحدة ونقص بالدولة الواحدة "هي الدولة التي لا تتعدد فيها الشرائع إقليمياً" فبهذه الحالة أن قانون هذه الدولة هو الواجب تطبيقه بهذا النزاع المشوب بشأن الموطن، دون الاكتراث إلا ان هذا الشخص يتوطن في أماكن كثيرة داخل هذه الدولة الواحدة.^(١) لكن الوضع يختلف إذا كان للشخص الواحد أكثر من موطن واحد وفي دول مختلفة لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الفرض هو عن المقصود بقانون الموطن والذي يوجب تطبيقه على المشكلة المطروحة تطبيقاً لقاعدة التنازع والتي اتخذت من الموطن ضابطاً للإسناد؟ حيث أن هذه الظاهرة ألا وهي تعدد المواطن تتحقق في أكثر من دولة وعلى هذا النحو وعند الأخذ بالاتجاه الفقهي نحو الرجوع الى القانون الإقليمي في تحديد الموطن لا بد ان نبين بأن هذا الاتجاه بتطبيق القانون الإقليمي يؤدي الى تطبيق أكثر من قانون واحد في شأن تحديد الموطن وبالتالي يترتب عليه باعتبار هذا الشخص متوطناً بأكثر من دولة ووفقاً لقانون كل منها، وهذا ما جعل شراح هذا الاتجاه يذهبون عند بحثهم عن الحلول الخاصة بتنازع المواطن في حالة تعددها الى اجراء تفرقة أساسية لهذه المواطن وعلى غرار الوضع الخاص بتنازع الجنسيات وبعبارة أخرى فإذا كان القانون الواجب التطبيق هذا على النزاع هو قانون الموطن فكيف في هذه الحالة يحدد القاضي والمعرض عليه النزاع هذا القانون والفرد صاحب الشأن متعدد المواطن كونه توجد عدة

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٥٨.

قوانين صالحة للتطبيق بسبب كل منها يعتبر قانون الوطن؟^(١) يرى الشراح أن المعمول به في حل التنازع الإيجابي في الوطن يكون بنفس الأسلوب المتبع في حل التنازع الإيجابي في الجنسيات وهذا الحل يقوم على أساس التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول / عندما يكون النزاع المعروض على قاضي إحدى الدول التي تتنازع قوانينها على توطن الشخص فيها .

أما الفرض الثاني / عندما يكون النزاع المعروض على قاضي إحدى الدول التي لا تتنازع قوانينها توطن الشخص بها أي دولة من الغير.^(٢)

ففي **الفرض الأول** عندما يكون النزاع معروضاً أمام قاضي إحدى الدول والتي يعتبر الشخص متوطناً فيها وفقاً لقانونها فالحل المتبع في هذه الحالة هو أن تعتمد المحكمة بأن هذا الشخص متوطناً في دولتها وعلى هذا الأساس يطبق القاضي قانونه دون النظر إلى قانون دولة أخرى والتي يعتبر هذا الشخص متوطناً فيها وفقاً لقوانينها ، وهذا الحل ما قننته المادة (٢/٢٥) من القانون المدني المصري في شأن تعدد الجنسيات حيث نصت على أنه "الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون المصري هو الذي يجب أن تطبقه"، كذلك سائر هذا الاتجاه المشرع العراقي حيث نص على ذلك في قانونه المدني وتحديدًا في المادة (٢/٣٣) على أنه "على الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه". لكن الأمر يدق في **الفرض الثاني** أي عندما يكون النزاع المعروض أما قاضي دولة غير الدولة التي تتنازع قوانينها توطن هذا الشخص فيها ففي هذه الحالة فقد اقترح الفقه بعض الحلول للوصول إلى نتيجة ألا وهي تحديد الموطن عند تعدده والحلول هي :

١- إذا كان التنازع المعروض بين موطن قانوني وموطن إرادي أو اختياري كما في حالة الشخص ناقص الأهلية فمثلاً موطنه قانوني في دولة معينة كون هذا الموطن قانوني بموجب

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، المصر السابق، ص ٣٥٢.

(٢) أبو العلا علي أبو العلا، المصدر السابق ، ص ٩٨.

قانون هذه الدولة وموطن آخر إرادي أو اختياري حسب قانون الدولة هذه أيضاً وحصل التنازع أمام قاضي محكمة دولة غير عن الموضوع أي قاضي دولة ثالثة، ففي هذا الفرض يكون الحل بتفضيل الموطن القانوني وعليه يعتبر هذا الشخص متوطن في الدولة الأولى في فرضنا هذا على أساس أن الموطن القانوني يدخل في مجال حماية ناقص الأهلية.^(١)

٢- أما إذا كان التنازع المعروض بين موطنين قانونيين لدولتين مختلفتين ومثال هذه الحالة أن يعتبر شخصاً موطنه القانوني في دولة معينة وحسب قانونها ولكن يعتبر ذا موطن قانوني بموجب قانون دولة أخرى فإذا ما عرض هذا النزاع أمام محكمة دولة ثالثة فبهذه الحالة ستعتبر المحكمة أن هذا الشخص متوطن في الدولة التي يقيم فيها إقامته فعلية.^(٢) ولكن الأمر يدق هنا ويزداد تعقيداً في حالة إذا كان هذا الشخص يقيم إقامة فعلية في دولة غير هاتين الدولتين اللتين يعتبر له في كل منهما موطن قانوني وفي هذه الحالة لا تفيد الإقامة الفعلية لحل مثل هذا التنازع وكذلك تفضيل موطن على آخر ولذلك يذهب اتجاه لبعض الفقه بأنه على القاضي أن يفضل الموطن الأقرب الى فكرة الموطن في قانونه.^(٣)

٣- أما الحالة الثالثة وهي الحالة التي يكون فيها التنازع بين موطنين اختياريين فالحل هنا يكون على أساس الإقامة الفعلية وبالنتيجة تفضل المحكمة الموطن الثابت في الدولة والتي يعيش فيها هذا الشخص فعلاً، وإذا حدث أنه كان هذا الشخص يقيم في دولة غير تلك الدولتين اللتين له في كل منهما موطن فالقاضي في هذه الحالة يفضل الموطن الأقرب الى تصويره في فكرة الموطن لقانونه كما هو الحال في الحالة السابقة.^(٤)

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يوجد حل تشريعي مجمع عليه في الفرض السابق ونحن برأينا المتواضع نؤيد الرأي الذي ذهب إليه التشريع المصري وكذلك التشريع العراقي والمتبع في حالة تعدد الجنسيات فيمكن أن نطوع هذا النص ليعمل عندنا في حالة تعدد المواطن كون العلة واحدة ألا وهو معرفة القانون الواجب التطبيق اذ نص التقنين المدني المصري في المادة (١/٢٥)

(١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ج ١، في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣٣٦.

(٢) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٥٩.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المصدر السابق، ص ١٠٠.

(٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، المصدر السابق، ص ١٠٠.

على أنه "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" أما بالنسبة للتشريع العراقي فرأيه مشابه للقانون المصري حيث نصت المادة (١/٣٣) من قانونه المدني على أنه "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد". ونحن بدورنا متواضعين نؤيد هذا الحل في شأن تحديد موطن الشخص في حالة التنازع الإيجابي للموطن لما للقاضي دور وسلطة تقديرية في هذا الحال وإيماناً بنص المادة (٣٠) من قانوننا المدني بأنه " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

ثانياً / مشكلة انعدام الموطن للإرهابي

إن فكرة الموطن تقوم على ركنين أو عنصرين مادي ومعنوي وهذا معناه أن الموطن يدور وجوداً وعدمًا مع أركانه فإذا تخلف هذين الركنين انعدم الموطن وبهذا يصبح الشخص عديم الموطن فأما انعدام الموطن أذن هو عدم إمكانية تمتع الشخص بأي موطن وفي أية دولة وحسب قوانين الدول المختلفة.^(١) وبمعنى آخر إنها حالة الشخص الذي لا يعد أن يكون متوطناً في إقليم أية دولة فهو بلا موطن ، ويطلق عليها بعض الفقه التنازع السلبي للموطن وفي حقيقة الأمر أن هذه التسمية هي لفظاً مجازياً وكذلك اسم على غير مسمى كون واقع الحال يوضح لنا بأنه لا يوجد تنازع في المواطن أصلاً (بين قوانين الدول التي يتوطن فيها الشخص) كون قوانين الدول كافة تتخلى عنه لأنه ليس لديه موطن في أية دولة منها وبالتالي أصبح الشخص عديم الموطن.^(٢) فحالة عديم الموطن تشبه حالة الشخص عديم الجنسية فمثلما قوانين الجنسية في مختلف دول العالم قد تتخلى عن هذا الشخص فلا يتمتع بأي جنسية لأية دولة فذلك الحال في هذا الفرض فقد تتخلى عنه القوانين المنظمة للموطن فيصبح بلا موطن.^(٣) عليه نجد قوانين كافة الدول تتخلى عن هذا الشخص وعن عدّه متوطناً فيها وبالتالي أصبح عديم الموطن ويدق الأمر هنا لما يترتب عليه من صعوبات عدة كعدم التمكن من تطبيق قانون الموطن عليه في مسائل

(١) حسام الدين فتحي ناصف، المصدر السابق ، ص ٨٠.

(٢) د. محمد عبد المنعم رياض بك، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٤٣، ص ٣٨٥.

(٣) د. أبو العلا علي أبو العلا، المصدر السابق ، ص ١٠١.

الأحوال الشخصية وذلك لعدم وجود له موطن أصلاً، وكذلك الحال بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائي إذا كان مبني على ضابط الموطن أو أعمال قواعد الاسناد كانت تقضي بتطبيق قانون الموطن وذلك لحكم العلاقة هذه ، كذلك تحديد الاختصاص القضائي الدولي على الموطن فلا بد في هذه الحالة أيجاد حلول معتمدة لمعالجة هذا الخلل وذلك للوصول الى القانون الواجب التطبيق إذا ما نشب نزاع يخص هذا الشخص عديم الموطن او ارتكب عملاً ارهابياً فما هو الحل المعمول به.^(١)

ويبدو أن الراي الراجح في الفقه هو الاتجاه الى إحلال الإقامة محل موطن الشخص وهذا ما أخذت به بعض التشريعات ولاشك بسلامة الحل هذا عندما لا تشير قاعدة تنازع القوانين الى ضابط احتياطي غير الموطن يمكن أن يحل محل الموطن في اسناد النزاع المطروح أمام المحكمة لكن التساؤل هنا في الحالة التي يتضح فيها للقاضي بأن هذا الشخص عديم الموطن لا يوجد له محل إقامة محدد في نفس الوقت الذي لا تتضمن قاعدة التنازع والتي تتخذ من الموطن ضابط اسناد لحل التنازع أي ضابط احتياطي آخر في هذا الحل ، فما هو الحل في هذه الحالة؟

يذهب الفقه.^(٢) إلى أن الحل في مثل هذه الحالة هو لا مناص من تطبيق قانون القاضي على النزاع المطروح عليه، وهذا الحل يعلّق تطبيق قانون القاضي على شرط هو أن يكون على صلة منطقية بالنزاع المعروض أمامه أما إذا كان هنالك قانون ثاني أكثر ملائمة لطبيعة العلاقة أو النزاع المعروض فإن هذا القانون هو الذي يتوجب تطبيقه وليس قانون القاضي كون هذا الحل يتمشى مع حكمة التشريع كون المشرع يخضع العلاقات الدولية الخاصة إلى أكثر القوانين ملائمة لطبيعة العلاقة والنزاع المعروض فإذا تقدر لتطبيق هذا القانون فيتوجب تطبيق القانون الأقرب الى حكمة التشريع ألا وهو القانون الأكثر ملائمة وارتباطاً بالعلاقة المطروحة أمام أنظار القاضي بعد القانون والذي تعذر تطبيقه.^(٣) ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الفرض والذي يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة للبحث عن قاعدة اسناد احتياطية وذلك قياساً مع سلطته التقديرية

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، المصدر السابق ، ص ٣٥٢.

(٢) د. هشام علي صادق، المصدر السابق ، ص ١٦٣.

(٣) د. أبو العلا علي أبو العلاء، المصدر السابق، ص ١٠٣.

عندما يسكت التشريع عن بيان قاعدة للإسناد تكون واجبة الاتباع في النزاع المطروح وإعمالاً بنص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "يتبع بينما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص" وجاء النص العراقي مشابهاً في المادة (٣٠) من قانونه المدني عليه فلا يصح القول به في الحالة التي يتعدد بها الموطن كونه في هذه الحالة يتوجب تطبيق قانون إحدى الدول والتي يتوطن فيها الشخص لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد والتي تنص على تطبيق قانون الموطن أما في حالة انعدام الموطن فليس هنالك ما يمنع من إعطاء السلطة التقديرية الواسعة للقاضي للبحث عن قاعدة اسناد احتياطية وذلك بسبب اعمال قاعدة الاسناد الأصلية أصبح مستحيلاً بسبب انعدام الموطن والذي يعتبر ضابط اسناد لهذه القاعدة.^(١) عليه يمكن القول أنه من الممكن بدلاً من الحلول التي قيلت أعلاه في حالة تعدد المواطن أو انعدامها كون هذه الحلول مختلفة بين دولة وأخرى وذلك بسبب الحرية والاستقلالية التي تتمتع بها الدول في تنظيم موطنها فيمكن أن تتفق الدول فيما بينها لتضع الحلول بقوالب قانونية تتمثل بالمعاهدات والاتفاقيات والهدف منه تجنب حدوث مثل هذه المشاكل وبالفعل عقدت معاهدة بين كل من فرنسا وبلجيكا في عام ١٩٣٦ الغرض منها انشاء موطناً مشتركاً للفرنسيين والبلجيكين ويعمل به في المسائل المالية بصفة خاصة باعتبار الموطن هو محل الإقامة العادي وعقدت معاهدة أخرى لوضع بعض الحلول الجاهزة في مثل هذه النزاعات حيث عقدت بين إيطاليا وفرنسا عام ١٩٣٠ والغرض من هذه المعاهدة هو توحيد القواعد الخاصة في الموطن المشترك بين رعايا كل من الدولتين حيث عرفت الموطن بأنه "المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لأعمال الشخص".^(٢)

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٦٩.

الفرع الثاني

إشكالية اثبات الموطن لمرتكب العمل الإرهابي في تحديد المسؤولية المدنية للدولة

لما كانت الجنسية حالة قانونية فالموطن إذًا حالة واقعية ومع هذا فالحالة الواقعية تتجاوب مع الحالة القانونية متمثلة بضرورة الربط ما بين هذا الفرد وبقعة من بقاع الأرض برباط قانوني وبكلمة أخرى هي ضرورة تقدير مقر هذا الفرد لكي تسير الحياة القانونية لهذا الفرد من خلال تنظيمها وعلى أساس هذا التصور فإن إثبات الموطن هو "إقامة الشخص الدليل أمام القضاء لإثبات توطنه أو فقده أو اكتسابه أو تغييره ويكون الإثبات وفقاً للوسائل القانونية المعتمدة في قانون الدولة التي يدعي التوطن والانتماء إليها".^(١) عليه فإن إثبات الموطن يتحقق بإثبات ركنيه المادي والمعنوي عليه سوف نبحث في هذا الفرع إثبات الركن المادي للموطن وكذلك نبحت إثبات الركن المعنوي له بغية القضاء على هذه الإشكالية لتحديد المسؤولية:

أولاً / إثبات الركن المادي للموطن

الركن المادي للموطن يقصد به الإقامة الفعلية أو الوجود المادي للفرد على سبيل الدوام والاستقرار في إقليم دولة معينة ولا تتطلب بالضرورة هذه الإقامة أن يكون لهذا الفرد مقر ثابت في إقليم الدولة لكي يمكن اعتباره متوطناً فيها حتى لو لم يتخذ له هذا الفرد مكاناً معيناً يقيم فيه طالما أنه يقيم داخل الإقليم كأن يكون ليس لهذا الفرد دار يسكن فيها وإنما يسكن في دكان أو قد يسكن بفندق ويتنقل من مكان إلى آخر وكذلك ليس معنى الإقامة الدائمة أن تستمر دون مغادرة هذا الفرد من هذا الإقليم لذا يستطيع هذا الفرد أن ينتقل من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى لغرض الدراسة أو العلاج مثلاً.^(٢) وفي هذا الصدد لا بد من التفرقة ما بين الوجود المادي لهذا الفرد والذي يعتبر الركن المادي للتوطن وبين محل وجود هذا الفرد كون الوجود المادي للفرد

(١) د. عباس العبودي، إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٢٥، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٥٨.

(٢) د. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٧.

يتطلب استقراره من حيث عمله أو مقامه في إقليم دولة معينة وإن لم يوجد فيها هذا الفرد فعلاً في وقت من الأوقات أو بصورة دائمة لكن نجد أن محل وجود الشخص يعرف بأنه المكان الذي يوجد فيه الشخص مثلاً وفي وقت معين لكن على غير نية الاستقرار والبقاء كأن يكون هذا البقاء للعلاج أو الدراسة أو السياحة مثلاً وعليه نلاحظ أن الركن المادي لا يفقد لأي سبب من الأسباب ولا يفقد كذلك بالمغادرة المؤقتة وهذا معناه أن الركن المادي لا يتحقق للموطن بمحل الوجود ما لم يقترن بالإقامة الاعتيادية ولمدة غير محدودة عليه فالإقامة لا تعد موطن ولكنها تعد بداية للتوطن.^(١) فالعنصر المادي في الموطن الدولي هو عنصر السكن أو المعيشة أو الإقامة كذلك يجب أن يثبت الفرد بأنه أسس مكاناً للسكن في دولة معينة وإن هذا العنصر يعبر عن حقيقة ألا وهي إثبات الإقامة أو المعيشة في إقليم دولة معينة فقد تثير مشكلة في الإثبات وتسهيلاً للإثبات في هذا المجال فهناك افتراضاً بأن الفرد الذي يسكن أو يقيم فوق إقليم دولة معينة فهذه الدولة تكون موطنه.^(٢) ولا تفيد بشيء مدة الإقامة لهذا الفرد سواء طال أو قصرت حتى يمكن اعتبار هذه الدولة هي موطن هذا الفرد وذلك كون الإقامة في إقليم دولة معينة يعتبر دليل قابل لإثبات العكس، وفي بعض الحالات يمكن أن تكون الإقامة القصيرة جداً لهذا الفرد دليلاً على توطنه وذلك كون التوطن هذا يعتمد الظروف السابقة للإقامة لأنها هي الوحيدة التي تكشف عن طبيعة وجود الشخص المادي في هذه الدولة التي يعيش فيها، فمثلاً إقامة شخص لمدة (٢٥) سنة في دولة معينة لم تؤسس له موطناً لأن هذا الشخص كان دائماً يدعي - أثناء إقامته - أنه راجع إلى وطنه الأصلي لا محالة وهذه الإقامة التي يقيمها هي إقامة عارضة أو مؤقتة ولكن في نفس الوقت يمكن أن تعتبر الإقامة القصيرة سابقاً هي دليل على التوطن كحالة الشخص الذي ينقل كل متعلقات بيته وكذلك أفراد عائلته إلى مكان آخر ثم يترك هذا المكان الجديد والذي مكث فيه لساعات ليرجع إلى مقامه الأصلي ليحضر حفل توديعه من هذا المكان ولكن شاعت الأقدار أن يموت في هذه الحفلة فبهذه الحالة يعتبر المكان الجديد هو مكاناً للإقامة والتوطن وبغض النظر إلى مدة إقامته القصيرة فيه.^(٣)

(١) د. حسن الهداوي، وغالب الداودي ، القانون الدولي الخاص (الجنسية)، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢، ص ١٧٥.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم ، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٣) د. ممدوح عبد الكريم، المصدر السابق، ص ١٦٤.

وهنا يمكن القول أن إثبات الركن المادي للموطن يختلف ما بين التشريعات التي تأخذ بالتصوير الواقعي عن إثباته في التشريعات التي تأخذ بالتصوير الحكمي كذلك يمكن القول بأن الركن المادي للموطن باعتباره واقعة مادية وإثباته يكون بكافة طرق الإثبات ولا سيما القرائن وعليه فإن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي توطنه. فالركن المادي للموطن وفقاً للتصوير الواقعي يتمثل هذا الركن بالإقامة المعتادة للفرد في مكان معين وكذلك يقيم فيه بصفة دائمة أو مؤقتة وحسب ما جاء بنص المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة..." فالإقامة المعتادة هنا هي واقعة مادية ويمكن إثبات هذه الواقعة بطرق الإثبات ومنها الشهادة وذلك بحسب ما جاء في المادة (٧٦) من قانون الإثبات النافذ ذو الرقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) اذ نصت على أنه "يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية" وعلى هذا الأساس فإنه يمكن إثبات الركن المادي للموطن عن طريق إثبات وقائع مادية والتي ابرزها هنا هي واقعة الإقامة حيث يمكن اعتبارها واقعة ملموسة نتمكن من خلالها اثبات تحقق الركن المادي لتوطن الفرد في إقليم دولة معينة وابرز ظواهر الاستدلال على واقعة الإقامة هو وجود منزل مثلاً لهذا الشخص يسكن فيه في هذه الدولة وكذلك توظيفه في إحدى دوائر هذه الدولة أو دفعه للضرائب وكذلك ممارسته لمهنة معينة فيها.

يمكن القول هنا أن هنالك أهمية كبيرة لإثبات الإقامة الفعلية في كنف القانون المدني وذلك لأن القانون المدني العراقي والواضح من نصوصه أنه دمج فكرة الموطن بالإقامة المعتادة وهذا ما يؤكد بأن إثبات الإقامة هي إثبات للركن المادي للموطن كذلك هنالك أهمية لإثبات الموطن باعتباره ضابط من ضوابط الاسناد والذي من خلاله يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وهذا ما لمسناه في نص المادة (٢٥) من قانوننا المدني في فقرتها الأولى والتي اختصت بإثبات الموطن في القانون الدولي الخاص في العراق إذا ما اشترك موطن المتعاقدين.^(١)

(١) نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه".

أما بالنسبة لإثبات الركن المادي للموطن وفقاً للتصوير الحكمي حيث يعتبر الركن المادي هنا باتخاذ الفرد مكان معين باعتباره مركز رئيسي له وهذه المسألة هي مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع والذي يستعرض ظروف الحالة وملابساتها للوصول الى المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لهذا الفرد ولما كان الموطن وفقاً للتصوير الحكمي وحسب ما بينا مسبقاً بأنه المكان الذي يتواجد فيه المركز الرئيسي لأعمال الفرد "فهذه الحالة لا بد من اثبات عمل هذا الفرد في دولة معينة لكي يمكن اعتبار هذه الدولة التي يعمل فيها هذا الفرد هي موطناً له وهذه المسألة يسهل اثباتها عن طريق الوقائع التي تدل على عمل هذا الفرد في الدولة التي يتوطن فيها فمثلاً افتتاح محل تجاري وكذلك احترافه للتجارة في هذه الدولة وغيرها من الوقائع المتيسرة والتي من خلالها يمكن إثبات الركن المادي للتوطن.^(١) إن الركن المادي للموطن باعتباره واقعة مادية يمكن اثباته بكافة طرق الإثبات حيث يمكن إثباته بالوقائع وكذلك القرائن ويقع عبء الإثبات هذا وطبقاً للقواعد العامة المعمول فيها على من يدعي توطنه في دولة معينة أو أنه يدعي تغيير موطنه فالوقائع هي الظروف أو الأدلة المادية التي يمكن عن طريقها إثبات الموطن، حيث يطلق عليها في إنكلترا (بالدليل الظرفي) وكذلك تعتبر بأنها الإقامة الفعلية، وتعد واقعة مادية ملموسة يمكن من خلالها إثبات إقامة الفرد الفعلية مثلاً وجود منزل لهذا الفرد وكذلك محل أعماله ومركز ثروته وكذلك دفع ضرائبه في دولة معينة بحيث تكفي هذه الوقائع لإثبات إقامته في هذه الدولة.^(٢) كذلك من الوقائع والتي اعتبرها القضاء اللبناني أدلة للإثبات أي اثبات إقامة الشخص في لبنان مثلاً نزوح هذا الشخص من بيروت مع تركه مؤسسة صناعية فيها وبنفس الوقت ينشأ مؤسسة أخرى في فرنسا باعتبارها فرعاً للأولى كذلك من الوقائع في القضاء اللبناني لإثبات إقامة الشخص تأسيس منزل حقيقي وأشغال أصلية في بيروت كذلك الدخول في شركة تضامنية مع حق التوقيع عنها وكذلك التصريح عن الإقامة في لبنان مع معاملة تسجيل الشركة والاحتفاظ بالجنسية اللبنانية.^(٣) أما القضاء الفرنسي فقد اعتبر أن موطن هذا الشخص في المكان الذي أقام فيه لسنوات طويلة وياشر كذلك فيه مهنته ودفع الضرائب التي بذمته وكذلك

(١) د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط ١ الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨١، ص ١٠٥.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، طبع بغداد، ١٩٤٧، ص ٢٣٦.

(٣) د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان، بيروت، ١٩٦١، ص ٣٣.

ولد هو وأولاده فيه. كما اعتبر القضاء الفرنسي توافر السكنى العادية ومزاولة الصناعة أو التجارة في هذا المكان نفسه دليل على قيام الموطن أما إذا كان لهذا الشخص عدة أماكن سواء للتجارة وأخرى للصناعة وهذه الأماكن تكون متساوية من حيث الأهمية فهذه الحالة يكون موطنه العام في المكان الذي يقيم فيه علاوة على مباشرة صناعته أو تجارته فيه.^(١)

أما بالنسبة لإثبات الركن المادي للموطن بالقرائن فالقضاء يستعين بالقرائن عند عدم توفر الركن المادي للموطن وبعبارة أخرى عند عدم التحقق أو عند عدم قيام دليل صريح بأن هذا الشخص كان مقيماً في دولة معينة وأكد بعض الفقه على وجود قرينتين يمكن ان يستدل منهما لتحقيق الركن المادي للشخص وهما:-

القرينة الأولى / (وهي وجود الشخص في بلد معين وهذا ما يعبر عن توطن هذا الشخص فيه الى أن يثبت العكس) فمن يوجد مثلاً في إقليم دولة معينة يعتبر وجوده قرينة قانونية على توطنه في هذه الدولة الى أن يثبت خلاف ذلك وعلى من يدعي خلاف الظاهر عليه الاثبات.

أما القرينة الثانية / (هي توطن هذا الشخص في بلد وفي وقت معين حيث يعتبر قرينة على أن الشخص هذا ظل متوطن في هذا البلد حتى يثبت أنه غير).^(٢) عليه يمكن القول هنا بأن كل الظروف والوقائع والتي تدل على إقامة هذا الشخص الفعلية في بلد معين تستخدم كدليل على إثبات الركن المادي كدفع الرسوم والضرائب وكذلك انشاء متجر أو استعمال الحقوق السياسية وكذلك التجنس، ولكن في بعض الأحيان لا يكون للإقامة الفعلية أي أثر بالنسبة لإثبات الركن المادي للموطن كونها تكون نافية لقرينة البقاء وكذلك الاستقرار مدة غير محدودة وخاصة في الإقامة والتي تتعارض طبيعتها مع فكرة الموطن ولا تتفق مع نية الاستقرار وكذلك البقاء مدة غير محدودة، كإقامة الأسير مثلاً أو المسجون في بلد أجنبي أو الهارب من وجه العدالة وكذلك السفراء والقناصل والطلاب الذين يكملون دراستهم في بلد أجنبي وكذلك المرضى الذين يعالجون في غير بلادهم كون إقامة هؤلاء السابق ذكرهم ما هي إلا توطن اضطراري بحيث لا يمكنهم من اكتساب موطن اختياري في هذا البلد الذي يتواجدون فيه مهما كانت مدة إقامتهم إلا في حالة زوال سبب توطنهم الاضطراري واستمروا بالبقاء والإقامة فيه كما لو اكتمل

(١) د. جابر عبد الرحمن، المصدر السابق ، ص ٢٣٦.

(٢) د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٤٣، ص ١٦٢.

علاج المريض أو اطلق سراح السجين أو الأسير ولم يرجع إلى بلاده بل اتخذوا هؤلاء البلد الذي كانوا مسجونين فيه أو معتقلين فيه مركزاً لمؤسسة صناعية أو تجارية أسسها في هذا البلد أو محلاً لإقامته المعتادة.^(١) ويذهب بعض الفقه.^(٢) إلى أن مسألة اثبات الركن المادي في الموطن بطرق الإثبات المحددة في قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ قد تقيّد بقيود وهذه القيود هي النصوص الخاصة في قانون إقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ١٩١٧ النافذ لأن هذا القانون قد حتم على الأجنبي والذي يروم الإقامة في العراق بالحصول على وثيقة الإقامة والتي عرفها هذا القانون في المادة الأولى بفقرتها الثانية بأنها "الوثيقة التي تتضمن الأذن بالإقامة في العراق صادرة من سلطة عراقية مختصة" فهذه المادة تدل دلالة واضحة على أنه عدم الإمكان بإثبات الإقامة المشروعة والتي تمثل بدورها الركن المادي للموطن بالطرق المحددة للإثبات في قانون الإثبات وإن المنفذ الوحيد للإثبات هو وثيقة الإقامة والصادرة من السلطة العراقية المختصة والتي بدورها تعتبر قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس كون المشرع العراقي قد أدمج فكرة الموطن في الإقامة المعتادة، وعلى هذا الحال فإن مشروعية الإقامة في العراق تعتبر هي الدليل الوحيد لإثباتها وبالتالي فإن إثبات توطن الأجنبي يكون عن طريق وثيقة الإقامة الرسمية وليس بكل طرق الإثبات وبعبارة أخرى فإن نص المادة (٢٣) من قانون الإقامة النافذ بقولها "تعد المدة التي يمضيها الأجنبي في جمهورية العراق من فترة التقديم للحصول على الإقامة ولغاية الحصول عليها إقامة مشروعة بعد إكمال الشروط كافة المنصوص عليها في القانون" والواضح من هذه المادة أنه لا يمكن للأجنبي إثبات توطنه في العراق إلا من خلال وثيقة الإقامة أما المستثنون من إجراءات إقامة الأجانب فيتم إثبات موطن هؤلاء في العراق بكافة طرق الإثبات والتي أهمها القرائن.^(٣)

(١) د. غالب الداودي وحسن الهداوي، المصدر السابق ، ص ٢٧٥.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والمواطن والمركز القانوني للأجانب)، ط ١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦، ص ٢٩١.

(٣) ينظر المادة (٣/٤٥) حيث نصت على أنه "٣. لا يجوز اثبات الموطن المختار الا بالكتابة" حيث جعل المشرع العراقي اثبات الموطن المختار لا يتم إلا بالكتابة.

ثانياً / إثبات الركن المعنوي للموطن

إن الركن المعنوي وكما ذكرنا سابقاً يتمثل في النية أي نية بقاء الشخص في دولة معينة وكذلك العيش فيها لمدة غير محدودة، فالشخص الذي يقيم في دولة معينة لغرض معين كالدراسة مثلاً أو العلاج ويبقى فترة طويلة في هذه الدولة ولكن كانت في نيته العودة الى وطنه الأصلي ولا توجد له أدنى نية في البقاء في هذه الدولة التي يدرس أو يتعالج فيها فهذه الحالة فإن هذا الشخص لا يكتسب موطن في دولة الدراسة وإن طالت إقامته فيها وذلك لأن نيته انصرفت الى العودة الى وطنه الأصلي.^(١) فهذه الحالة يثبت لنا أن العنصر المادي وحده غير كافٍ لاعتبار هذا الشخص متوطن ومهما طالت مدة الإقامة أي لا بد أن تتوافر لدى الشخص علاوة على العنصر المادي هو توافر العنصر المعنوي أي نية البقاء ولمدة غير محدودة لكن هذا المنطق لا يمنع الشخص من التجول والانتقال من بلد إلى آخر وكذلك الإقامة بصفة عارضة وذلك لأن موطن هذا الشخص يتحدد بذلك المكان الذي يقيم فيه وبنية البقاء وليس هذا المكان الذي يقيم فيه بصفة عارضة ويدق الأمر هنا بحيث يجب أن تكون نية الإقامة وكذلك الاستقرار لهذا الشخص بإرادته الحرة الصحيحة أي ليس أن تكون هذه الإقامة مفروضة عليه ومثالنا هنا اللاجئين كون ظروف بلادهم ألجأتهم إلى الإقامة في غير دولتهم أي في بلد غير بلادهم طالما كانت نيته هي العودة الى بلادهم الأصلي إلا في حالة أنهم فضلوا البقاء في دولة اللجوء هذه فهذه الحالة فإن إقامتهم هنا تقتن مع نيته في البقاء في دولة اللجوء هذه وبالتالي يتحقق هنا لهم الموطن الاختياري.^(٢) إضافة إلى ذلك يجب أن يكون العنصر المعنوي أي نية البقاء والاستقرار للشخص مستمر لمدة غير محدودة فإذا ما غادر هذا الشخص من إقليم إلى آخر فيجب أن تكون نيته منصرفة إلى العودة إلى هذا الإقليم كذلك بالنسبة للوقت المطلوب لتحديد نية البقاء هذه حيث تختلف في حالة كون هذا الشخص حي أو متوفي كون نية البقاء مسألة كامنة في النفس فمن الصعوبة تحديدها فمثلاً إذا كان هذا الشخص المراد إثبات موطنه متوفي فإنه يمكن الرجوع إلى سيرة حياته وكذلك تاريخه وسماع شهادة الأشخاص القريبين الآخرين أي

(١) د. علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣ ص ١١١.

(٢) د. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٨.

لا يجوز إهمال أي دليل بسيط للتوصل لإثبات موطنه أما في الحالة التي يكون فيها هذا الشخص على قيد الحياة فيكون التحري عن معلوماته من خلال عمل هذا الشخص ومركزه ووصفه المالي وغيرها من حالته الواقعية.^(١) إن إثبات الركن المعنوي للموطن يختلف إثباته في التصوير الواقعي عن إثبات هذا الركن في التصوير الحكمي كذلك نلاحظ يمكن إثبات الركن المعنوي للموطن بالقرائن والوقائع اذ يستعين بها عند عدم التحقق من توافر ركني الموطن أي عند قيام دليل صريح على أن هذا الشخص كان مقيماً في هذه الدولة المعينة وكذلك بنية التوطن فيها، فالركن المعنوي وفقاً للتصوير الواقعي يمثل بنية البقاء وكما هو معروف أن هذه النية هي مسألة كامنة في النفس فيواجه القاضي صعوبة في إثبات كون هذا الإثبات ينصب على عنصر النية وهذه مسألة نفسية تكمن في ضمير الإنسان وفي أعماقه ولا يمكن استجلاها أو استخراجها إلا إذا اقترنت هذه النية بسلوك أو تصرف من قبل الشخص يدل على هذه النية فليس من السهل على القاضي التأكد من هذه النية وعلى نحو جازم لاستنباطها واستخراجها يقوم على مظهرين هما الاحتمال والترجيح إلا أن القاضي هنا يمكن أن يكتشفها عندما يستعين بنفس الوقائع المادية والمستعملة في إثبات الركن المادي ألا وهي امتلاك هذا الشخص لدار سكن في هذه الدولة التي يقيم فيها كذلك ممارسته للحقوق السياسية أو تجنسه بجنسية هذه الدولة ويرى بعض الفقه أن وجود الشخص في بلد معين يعد قرينة على توطنه في هذا البلد إلى ان يثبت العكس.^(٢) كذلك الإقامة التي اعتبرها القضاء في إنكلترا أنه دليل على توافر نية الشخص في التوطن في بلد معين هو التجنس وذلك شراء دار للسكن وشراء مكان للدفن في مقبرة وكذلك تأسيس مشروع صناعي فيه وإشراك الأولاد فيه وكذلك التصريح القانوني بالإفصاح عن نية البقاء في إنكلترا وبصورة مستمرة.^(٣)

(١) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٦٥.

(٢) د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط ١، مطبعة جامعة بغداد للعراق، ١٩٨١، ص ٩٨.

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، المصدر السابق، ص ١٦٥.

أما القضاء في لبنان فقد اعتبر أن نية الشخص متوافرة للتوطن في لبنان عندما يترك مؤسسة صناعية في بيروت وكذلك إنشاء مؤسسة أخرى في فرنسا بوصفها فرعاً للأولى وكذلك حكم القضاء في لبنان بأن إقامة الشخص في بيروت وتنظيم سند إيجار لبيت مفروش في لبنان ولوقت محدود لا يثبت هذا نية تبديل محل إقامة هذا الشخص الأصلية.^(١) فالدليل الكتابي يعتبر من أهم ما يمكن الاستناد عليه هنا لإثبات الركن المعنوي وفق التصوير الواقعي حيث يمكن الاستناد في الإثبات على بعض المستندات الرسمية كمثالنا السابق وكذلك الاستدلال بالوثائق على نية البقاء ومن أهم الأدلة الكتابية هي شهادة الجنسية وكذلك جواز السفر خصوصاً الجنسية المكتسبة لأن هذه الجنسية اختارها الشخص بإرادته واختياره حيث يعتبر من شروط اكتساب الجنسية المعروفة مسبقاً ألا وهي الإقامة المعتادة المقترنة بنية البقاء.^(٢) إن الركن المعنوي للشخص والمزعوم إثباته يجب أن يكون صادراً من شخص كامل الأهلية أي يجب أن هذا الشخص كامل الإرادة والاختيار وتكون إرادته صحيحة وغير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة فالشخص ناقص الأهلية وكذلك عديمها فهذان لا تصدر عنهما إرادة يعتد بها القانون في تحديد موطنهما الاختياري وذلك لعدم وجود نية البقاء لديهما وهذا ما أكدته المادة (٤٣) من القانون المدني العراقي والتي وضحت أن موطن ناقصي الأهلية هو موطن من ينوب عنهم قانوناً.^(٣) حيث أن وجود الشخص خارج دولته وبدون إرادته لا يمكن اعتبار هذا المكان موطناً له حتى وإن استمرت مدة إقامته لفترة طويلة من الزمن طالما هذا الشخص مضطر وليس لديه نية البقاء كالسفراء والدبلوماسيين كون الغرض من بقائهم في الدول الأجنبية هو لغرض أداء مهامهم وواجباتهم ولكن من دون توافر نية البقاء لديهم لكن هؤلاء يمكن أن يكتسبوا موطناً اختيارياً بمجرد ان يزول عنهم سبب اضطرارهم بالبقاء كما هو حال السجين في دولة أجنبية وانتهت مدة عقوبته فإذا ما أقام في هذه الدولة وتحولت نيته للبقاء فيكتسب موطن اختياري في هذه الدولة.^(٤) أما بالنسبة لإثبات الركن المعنوي وفق التصور الحكمي نلاحظ على هذا التصوير أنه يقوم على أساس تغليب الركن المعنوي على الركن المادي إذاً فهذا التصوير يعتد بعنصر النية أكثر من

(١) د. ادمون نعيم، المصدر السابق ، ص ٣٤.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي، المصدر السابق ، ص ٢٩٤.

(٣) نصت المادة (٤٣) في فقرتها الأولى على أنه "موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً".

(٤) د. يونس صلاح الدين علي، المصدر السابق ، ص ٢٨٠.

اعتداده بعنصر الإقامة فالفرد يعتبر متوطن في هذا البلد بمجرد انصراف نيته سواء كانت هذه النية صريحة أو ضمنية الى اتخاذ موطن له في هذا البلد .

أما مسألة التحقق من قيام الركن المعنوي فهي مسألة موضوعية يستخرجها قاضي الموضوع من الوقائع المعروفة أمامه دون أن يخضع رأيه إلى رقابة محكمة التمييز، لكن هنالك حالات تطرح أمام القاضي حيث لا يكون للنية أي دور يذكر في اختيار الموطن كما هي حالة الطفل حيث أنه يكتسب موطن أبويه دون إرادته وقد يتغير موطنه دون إرادته أيضاً إذا ما غير أبيه موطنه أو أنه هذا الطفل انتقل تحت وصاية شخص آخر ولكن في موطن آخر فهناك نوعان للموطن الاختياري ألا وهما الموطن الخاص والموطن القانوني واللذان يكونان للإرادة دور مؤثر فيهما ، فالموطن الخاص يعرف بأنه "الموطن الذي يحدده القانون لتحقيق غرض معين" كالموطن الضريبي والانتخابي وكذلك الموطن المختار، أما بالنسبة للموطن القانوني فإنه يعرف بأنه " الموطن الذي ينسب إلى الشخص وعلى وجه الافتراض" مثل موطن التاجر والمهجور فهذان موطنهما هو موطن من ينوب عنهما قانوناً، فهذه التقسيمات من الموطن هي مسألة وقائع وعند اثباتها يجب على المحكمة أن تستخرجها من الوقائع المعروضة أمامها وتكون سلطتها هنا تقديرية.^(١) وما تجدر الإشارة إليه إن القانون البريطاني وكما ذكرنا سابقاً يأخذ بالتصوير الحكمي للموطن عليه فالركن المعنوي هنا يتمثل بعنصر النية أي نية البقاء والمتمثلة بالإقامة ولكن لمدة غير محدودة حيث يجب أن تتوفر هنا نية البقاء كونه لا يعتد بإقامة الشخص مهما طالمت إذا لم تكن مقترنة بنية البقاء فقد يقيم الفرد بضعة أسابيع وتتوافر لديه نية البقاء ولكن نلاحظ فرد آخر وحسب تصوير القانون البريطاني بأنه يقيم لعدة سنوات لكن لا توجد لديه النية في البقاء وقد عرفت نية البقاء من قبل القاضي اللورد (CHELMSFORD) في قضية (MOOR HOVSE V.LORD 1863) بأنها "قصد الشخص في اتخاذ بيت دائم من دون أي قصد آخر غير الاستمرار بالبقاء في ذلك المكان ودون التطلع الى تغيير الإقامة الدائمة".^(٢) كذلك يلاحظ أن القضاء البريطاني يتشدد في إثبات تغيير الموطن الأصلي إلى الموطن الاختياري لكون أن الموطن الأصلي يثبت للفرد بقوة القانون في حين أن اكتساب الموطن الاختياري للفرد يكون

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق ، ص ١٠٦ .

(٢) د. يونس صلاح الدين علي ، المصدر السابق ، ص ٣١٩ .

بإرادته أي تكون هنالك نية للبقاء والإقامة الدائمة وبعبارة أخرى توافر ركني الموطن.^(١) ومثالنا هنا قضية (Vdnyv Vdny. HL1869) والتي نظرها القانون البريطاني وتتلخص وقائع هذه القضية "بولادة الكولونيل بودفي في دولة اسكتلندا وعند ميلاده حصل على الموطن الاسكتلندي إلا أنه فيما بعد اكتسب موطناً اختيارياً في بريطانيا واتجهت نيته كذلك للإقامة في لندن حيث قام بتأجير منزل فيها بالرغم من أنه يمتلك قلعة في اسكتلندا وعلى الرغم من تردده الكثير الى اسكتلندا لكنه لم يسكن في هذه القلعة وبناء على هذه الوقائع قرر مجلس اللوردات بأن الكولونيل اكتسب موطناً اختيارياً في بريطانيا وقد قام القاضي اللورد (ويستبرج) بالتعبير عن الموطن من خلال هذه الوقائع بأن الشخص باختياره حدد مكان معين للإقامة وكذلك بنية البقاء والإقامة لمدة غير محدودة لأن مجرد الإقامة لا تكفي بدون توافر النية كذلك النية لا تكفي وحدها لهذا الفرض وعلى هذا الأساس فإن فقدان الشخص للموطن يتم بالتوقف عن الإقامة فيه وكذلك بنية عدم العودة إليه وهذا معناه أنه لا توجد إجراءات رسمية أساسية ومعينة لاكتساب الموطن.^(٢) لأن الموطن يثبت بمجرد الإقامة مع نية بقاء الشخص وهذه النية كما هو معروف لا تتوافر عند القاصر والمجنون لأنها تثبت عند بلوغ سن الرشد.

ومن خلال ما تقدم في أحداث القضية أعلاه يتبين لنا أن تأثير الركن المعنوي في التصوير الحكمي أكثر من تأثيره في التصوير الواقعي كون التصوير الواقعي يعتمد على الركن المادي أكثر من اعتماده على الركن المعنوي عليه فالنية يمكن أن تستخلص وكذلك يمكن اثباتها عن طريق القرائن الواضحة وكذلك الوقائع الملموسة والتي تخضع لسلطة المحكمة التقديرية فإثبات الموطن يتم بإثبات عنصريه بقرائن قانونية ووقائع الدعوى، أما بالنسبة للإثبات بالقرائن فيستعان بهذه الأدلة عند عدم التحقق من توافر عناصر الموطن أي عندما لا يوجد دليل صريح على أن الشخص كان مقيماً في دولة معينة وبنية التوطن فيها بسبب اختلاف ظروف حياة الشخص المجهولة لمن يريد إثبات موطنه فهنا تظهر أهمية القرائن لإثبات موطن هذا الشخص ويمكن حصر هذا الدليل في قرينتين يستدل بهما على الموطن ألا وهما :

(1) Raleigh C. minor-conflict Laws – or privet international Law – general books 2010. P. 98.

(2) د. يونس صلاح الدين علي، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

القرينة الأولى وهي وجود هذا الشخص المراد إثبات موطنه في دولة معينة يعتبر هذا الوجود قرينة على توطنه فيها حتى يثبت العكس، كون وجود الشخص في دولة معينة مثلاً دليلاً أولاً على توطنه في هذه الدولة إلى أن يثبت من يدعي عكس دعواه ونتيجة لذلك أن الشخص إذا لم يعلم عنه شيء أصلاً إلا أنه ولد في هذه الدولة المعينة فإن هذه الدولة تعتبر موطن هذا الشخص إلى أن يثبت العكس وكذلك الأمر في حالة أن هذا الشخص المراد إثبات موطنه قد توفي في هذا البلد ولكنه لم يعلم عنه شيء وعن موطنه فيعتبر هذا الشخص كان متوطن في هذا البلد الذي مات فيه حتى يثبت العكس وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار موطن اللقيط في البلد الذي ولد فيه إذا علم بولادته أو في البلد الذي وجد فيه إذا لم يعلم عن ولادته شيء.^(١)

أما القرينة الثانية وهي توطن هذا الشخص في دولة معينة يعتبر هذا التوطن قرينة على أنه بقي متوطن فيها إلى أن يثبت العكس، فإذا ما ثبت أن هذا الشخص متوطن في بلد معين وفي وقت من الأوقات فيعتبر هذا الشخص أنه بقي متوطن بالبلد ما دام لم يثبت أنه قد غير هذا البلد.^(٢) فالقارئ إذاً تعتبر غالباً بأنها أقوى الاسانيد في إثبات الموطن وقد تصلح الجنسية كقرينة إثبات الموطن العام وخصوصاً الجنسية اللاحقة والتي ينبغي لاكتسابها بالتجنس إقامة هذا المتجنس في إقليم الدولة المانحة للجنسية وبصورة معتادة ولمدة من الزمن وتكون بنية التوطن وكذلك تخليه عن الموطن الأصلي وبالتالي فهذه القرينة تقوى إذا لم تتوافر قرائن أخرى تراحمها.^(٣) أما بالنسبة لإثبات الركن المعنوي بالوقائع فمن المعروف أن إثبات النية مسألة صعبة وكذلك محفوفة بالعقبات كونها مسألة نفسية ومن المتعذر التأكد منها على نحو قاطع ولكن يمكن الاستعانة بالوقائع المادية لاستخراج نية الإقامة عند الشخص كاحتراف الأجنبي للتجارة في دولة معينة وكذلك دفعه الضريبة فيها وبصفة خاصة الضرائب الشخصية فيكفي هذا لاعتبار هذه الدولة موطن له كذلك تجنس هذا الشخص بجنسية البلد المقيم فيه وتعلم أولاده فيه كذلك شراءه مقبرة لغرض دفنه فيها كل هذه قرائن على نيته التي إذا أضيفت إلى إقامته تحقق الموطن لديه في هذه الدولة.^(٤)

(١) د. علي الزيني ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٨ ص ٥٣٢.

(٢) د. علي الزيني ، المصدر السابق، ص ٥٣٢.

(٣) د. غالب الداودي د. حسن الهداوي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٧.

(٤) د. علي الزيني، المصدر السابق، ص ٥٣٣.

خلاصة القول أن إثبات الموطن للشخص مسألة تتصل بالواقع والظروف فبالتالي أنها تخضع إلى السلطة التقديرية للمحكمة مع ملاحظة قانون دولة المحكمة فقد تستفيد المحكمة بشروط يتطلبها قانونها فعليها مراعاة ذلك كما هو في نص المادة (٣/٤٥) من القانون المدني العراقي بقولها "٣- ولا يجوز اثبات الموطن المختار إلا بالكتابة" عليه فالعبرة إذاً بأحكام القانون النافذ الساري في البلد محل النزاع فإذا ادعى مثلاً شخصاً معين بأنه اكتسب موطن في مصر فتكون العبرة بأحكام القانون العراقي أما إذا ادعى هذا الشخص بأنه اكتسب موطن في دولة أجنبية فتكون العبرة بأحكام القانون الأجنبي الذي ادعى هذا الشخص بأنه اكتسب الموطن وفق أحكامه.^(١) فحسب القانون العراقي فلا يمكن اثبات توطن الأجنبي إلا بوثيقة الإقامة وذلك لأن قيام الموطن وفق القانون العراقي والذي يستند على الركن المادي لا يمكن إثباته بغير الإقامة العادية المشروعة وفقاً لقانون إقامة الأجانب العراقي النافذ كون القانون العراقي دمج بين فكرة الموطن في الإقامة العادية سواء بصورة دائمة أو مؤقتة وعليه تشترط أن تكون هذه الإقامة وحسب القانون العراقي مشروعة وحسب ما نصت المادة (٢٣) منه على أنه "تعد المدة التي يمضيها الأجنبي في جمهورية العراق من فترة التقديم للحصول على الإقامة ولغاية الحصول عليها إقامة مشروعة بعد إكمال الشروط كافة المنصوص عليها في القانون" فيتضح مما تقدم أن انعدام المشروعية في الإقامة العادية في العراق يترتب عليه عدم إمكانية اكتساب موطن فيه أما بالنسبة لتوطن المواطنين العربيين أو الأشخاص المستثنين من إجراءات إقامة الأجانب فمن الممكن اثبات توطنهم بكافة طرق الاثبات كالبينة الشخصية وكذلك القرائن القانونية حيث تعتبر القرائن هي أقوى الاسانيد في هذه الحالة لإثبات الموطن.^(٢) والجدير بالذكر أخيراً وهو بيان موقف بعض القوانين كالقانون الفرنسي والقانون المصري من نظام الأذن بالتوطن وبيان موقف القانون العراقي من هذا النظام ، فالقانون الفرنسي قد أخذ بنظام الاذن بالتوطن لأنه كان يشترط لحصول الأجنبي على موطن في فرنسا أن يحصل هذا الأجنبي على اذن بالتوطن من السلطة الإدارية نتيجة لذلك فالقانون الفرنسي لا يطبق على كل اجنبي مستوطن في فرنسا إلا أن يكون هذا الأجنبي قد حصل على اذن بالتوطن ومن سلطة إدارية.^(٣)

(١) أبو العلا علي أبو العلا، المصدر السابق ، ص ١٠٩.

(٢) غالب الداودي ود. حسن الهادي، المصدر السابق ، ص ٢٧٨.

(٣) المادة (١٣) من قانون الجنسية الفرنسي سنة ١٩٢٧ الملغي.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أخذ بنظام التوطن في قانون الجنسية الملغي المرقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ وهذا ما جسده في نص المادة (٦) منه حيث نصت على أنه "يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الجنسية المصرية لكل اجنبي توافرت فيه شروط المادة السابقة إذا كان قد حصل على إذن من وزير الداخلية بالتوطن في الجمهورية المصرية بقصد التجنس وأقام فيها فعلاً مدة خمس سنوات متتاليات بعد هذا الاذن...." فنلاحظ هنا على الراغب بالتجنس بالجنسية المصرية أن يقضي مدة الإقامة المطلوبة منه لغرض التجنس فهي شرط لقبول الطلب كذلك حصوله على إذن مسبق بالتوطن حتى تتمكن الإدارة وبعد إعطاء الاذن بالتوطن مراقبة هذا الشخص الذي يرغب بالتجنس وكذلك التحري عليه من اقترابه من الجماعة الوطنية خلال فترة اقامته وهنا الإقامة تعني معنى التوطن القائم على توفر الركن المادي والركن المعنوي بحيث لا تكون الإقامة معتادة إذا ما كانت على قدر من التتابع والتتالي ويعتبر هذا التتابع في ارتباط الفرد بالإقليم ولا يؤثر على هذه الصفة الانقطاع المؤقت كالدراسة والعلاج.^(١) أما موقف القانون العراقي من نظام الاذن بالتوطن فنلاحظ أن القانون العراقي لم يأخذ بنظام الاذن بالتوطن وإنما أخذ بنظام الاذن بالإقامة فقانون إقامة الأجني رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ النافذ قد نظم حالة الأجني منذ لحظة دخوله الأراضي العراقية الى لحظة خروجه منها ولكن بصورة شرعية وهذا يعتبر مأخذ على القانون العراقي وذلك فمن الأفضل وجود نص قانوني في قانون الإقامة يمنح فيه الاذن بالتوطن للأجنبي الذي يرغب بالتوطن في الأراضي العراقية، كون وثيقة الإقامة تمنح للأجنبي لمدة سنة واحدة وحسب ما ذكرتها المادة (١٩) بفقرتها الأولى حيث نصت على أنه "على الأجني الذي يرغب بالبقاء في جمهورية العراق أكثر من المدة المسموح له بها في السمة الاعتيادية أن يحصل قبل انتهاء تلك المدة على بطاقة الإقامة من ضابط الإقامة لمدة لا تزيد على (١) سنة واحدة وله قبل (٣٠) يوماً من تاريخ انتهائها أن يطلب تمديدتها لمدة سنة أخرى ويجوز أن يتكرر ذلك لعدة مرات ما دام مبرر منح الإقامة موجوداً".

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق ، ص٢١٦.

الباب الثاني

تحديد الاختصاص التشريعي للمسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال

الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود

تمهيد وتقسيم :

لا تعد الاعمال التعاقدية الدولية هي وحدها من أسباب نشوء المسؤولية عبر الحدود بل توجد أيضاً الى جوارها الأعمال الضارة (Tortious acts) والتي تستوجب المسائلة المدنية على فاعلها وتعترف مختلف القوانين وتنظم كذلك المسؤولية المدنية للأشخاص ليس فقط عما يحدثونه من ضرر بأعمالهم الشخصية بل تنظم كذلك عما يترتب على أعمال من يعتبرون أنهم مسؤولين عنهم وكذلك على فعل الأشياء التي في حراستهم.^(١)

وتثير المسؤولية عن الأعمال الضارة مشكلة ألا وهي مشكلة تنازع القوانين إذا ما تطرق الى أحد عناصرها العنصر الأجنبي أو تكون ذات طابع دولي، حيث أن الواقع العملي يدل على تزايد عدد دعاوى المسؤولية ذات العنصر الأجنبي وكذلك تنوع أنماطها بتزايد وتنوع مظاهر المدنية الحديثة وكذلك تنوع العلاقات التي تتم عبر الحدود.^(٢)

عليه يضع المشرع في كل دولة من دول العالم قاعدة اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة أو واقعة قانونية محددة وتقتصر قاعدة الاسناد هذه على الإشارة لنظام قانوني محدد يكون عن طريق ضوابط وتستمد هذه الضوابط من معطيات العلاقة ذاتها.^(٣)

وتمثل الأفعال الضارة خرقاً لقواعد السلوك في المجتمع الدولي وخصوصاً المجتمع الذي وقعت فيه وإن مسألة مدى اعتبار هذه الأفعال مخالفة لقواعد السلوك في ذلك المجتمع تتحدد بحسب الأحكام التي ينص عليها قانون ذلك المجتمع الذي ارتكبت فيه هذه الأفعال الضارة،

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١١٦٧.

(٢) B. Bourel : Les conflits de Lois en matière d'obligations extracon tractuelles ,
نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١١٦٧. The'se , e'd , L. G.D.J 1961.

(٣) د. سامية راشد، قاعدة الاسناد أمام القضاء ، بحث في القانون الدولي الخاص والمقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة عشرة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٢، ص ٢.

فيحدد قانون هذا المجتمع مقدار وحجم هذه المخالفة كذلك يحدد مقدار التعويض الواجب دفعه لجبر هذا الضرر وكذلك إصلاحه.^(١)

ويبدأ التنازع بين مجموعة من القوانين عندما تقع الأفعال الضارة في دولة وتقام الدعوى الخاصة بالتعويض أو إصلاح هذا الضرر في محكمة دولة أخرى الامر الذي يثير التساؤل حول أي القوانين سوف يحكم هذه الحالة؟ وقد نصت أغلب قوانين الدول على إخضاع مسألة المسؤولية التقصيرية الى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار أي الواقعة المنشئة للالتزام كما هو الحال في مصر والعراق والأردن وإيطاليا وألمانيا وكذلك تركيا واليابان كون المحكمة التي تنظر في المسؤولية التقصيرية تُلزم بدورها الفاعل بدفع التعويض لجبر هذه الأضرار التي حصلت وتقدر هذه الأضرار بحسب الظروف المحلية السائدة كما هو الحال بالنسبة لحوادث السير.^(٢)

وعلى الرغم من الاتجاه السابق نحو إخضاع مسائل الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي إلا أن هنالك جانب من الفقه قد انتقد هذا الاتجاه معللاً ذلك على أساس أن تسمية القانون الواجب التطبيق على مسائل الالتزامات غير التعاقدية بالقانون المحلي قد يثير بعض الملاحظات والتي تؤدي بدورها الى الاعتقاد بأن المقصود بهذه التسمية هو ما يشير الى معناها التقليدي والمتمثل بقانون القاضي المحلي الذي ينظر في النزاع المطروح ولهذا السبب فقد نادى جانب من الفقه إلى ضرورة اعتبار أن المقصود بالقانون المحلي هو قانون الوسط الاجتماعي أو البلد الذي حدث فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام.^(٣)

(١) د. حسن الهداوي، والدكتور غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب واحكامها في القانون العراقي، الجزء الأول، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل ١٩٨٢، ص ١٥٩.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مطبعة الحكومة، بغداد ١٩٧٢، ص ٢٣٩، ومن التشريعات العربية القانون المدني المصري في المادة (٢١) منه والقانون المدني السوري في المادة (٢٢) منه والقانون المدني الأردني في المادة (٢٢) والقانون المدني الليبي في المادة (٢١) أما بالنسبة للمشرع اللبناني فقد بحث الموضوع في زاوية الاختصاص القضائي لا من حيث الاختصاص التشريعي ومن التشريعات الغربية المادة (٩/١٠) من القانون المدني الاسباني لعام ١٩٧٤ وكذلك نص المادة (٤٨) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ والمادة (١/٣٢) من القانون الخاص المجري لعام ١٩٧٩ والمادة (٢٥) من القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ والمادة (١٠٧) من القانون الدولي الخاص الروماني ١٩٩٢ والمادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥ .

(٣) د. مهند الصانوري، القانون الدولي الخاص، ملزمة مقررة على طلبة كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية عمان، ٢٠٠٧، ص ٨٨.

وعلى الرغم من كل ما قيل فلم تكن هذه القاعدة أي قاعدة تطبيق القانون المحلي هي الوحيدة لإخضاعها على مسائل الالتزامات غير التعاقدية بل ظهرت الى جانبها قواعد أخرى للتطبيق على مثل هذه المسائل منها قانون الدولة الأكثر صلة بالحادث وكذلك تطبيق القانون الذي تختاره الإرادة الأفراد حيث أصبح للإرادة دور حتى في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية خلاف لما هو معروف بأنه لم يكن للإرادة مجالاً إلا في نطاق القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية كذلك يمكن تطبيق القانون الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق وأخيراً يمكن تطبيق الضابط الاحتياطي ألا وهو قانون القاضي الذي يعرض عليه النزاع باعتباره صاحب السيادة على النزاع المعروض لهذا وذاك ولجمود القاعدة التقليدية والذي تقر بتطبيق القانون المحلي ليحكم هذه المسؤولية المدنية لابد هنا من بيان موقف الأحكام الجديدة والتي جاء فيها الفقه والقضاء في حكم هذه المسؤولية عليه سوف نقسم هذا الباب الى فصلين نعد الفصل الأول لدراسة الاتجاه التقليدي والذي يذهب الى تطبيق القانون المحلي على مسائل المسؤولية التقصيرية ومن ثم نعد الفصل الثاني لدراسة الاتجاه الحديث والتي يتجه إلى تطبيق الاحكام الجديدة على المسؤولية التقصيرية وكالاتي :

الفصل الأول

الاتجاه التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية

للدولة الناشئة عن الأعمال الإرهابية

منذ وقت بعيد والبحث جاري عن قاعدة التنازع والتي تحدد القانون الواجب التطبيق أي القانون الذي يحكم المسؤولية المدنية عن الفعل الضار الذي يرتكب عبر الحدود، وبهذا الصدد ظهرت الكثير من المحاولات لتحديد وبيان هذه القاعدة وقد تدرجت مقبولة كل محاولة وحسب منطقية الحل الذي جاءت به، من حيث خصوصية الوزن الموضوعي لكل عنصر من عناصر هذه المسؤولية وكذلك اعتبار المصالح التي يجب حمايتها حيث أن البادئ هو هيمنة وكذلك استمرارية القاعدة التي تقرر أن الاختصاص التشريعي في مسائل المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الضارة يكون لقانون الدولة والتي وقع فيها الفعل الضار والمنشئ للالتزام بالتعويض.^(١)

كون هذه الأفعال تشكل خرقاً في قواعد سلوك الأفراد في المجتمع الدولي والداخلي الذي حدثت فيه وما تمثله من خرق لقواعد الأمن المدني المتعلقة بالنظام العام وعليه فإن هذه القواعد توصف بأنها قواعد أمره وبالتالي لا يجوز استبدالها بأي قانون آخر غير قانونها ألا وهو قانون محل حدوثها كونه يعتبر المكان الذي اختلت فيه مصالح الافراد في المجتمع فضلاً عن ذلك فالقانون المحلي يعتبر بأنه القانون الذي يتأثر جغرافياً بالاختصاص في هذه الأفعال لأنه يعتبر القانون الأقرب من أي قانون يمكن تطبيقه في هذه الحالة كونه يمتاز بأنه يعتبر الأفضل في تقدير وتحديد مقدار التعويض المناسب للمتضرر من الأفعال الضارة وبالتالي يعتبر ضمان لتحقيق عدالة الاحكام فيها ومن ثم ضمان تنفيذها على المستوى الدولي بعد صدورها نهائياً واكتسابها الدرجة القطعية لتحقيق العدالة الاجتماعية.

ولأجل الإحاطة بهذا الموضوع لابد من التعرف على هذا القانون وبيان معناه ومن ثم التعرف على التأصيل القانوني لتطبيقه ومن ثم بعد ذلك التعرف على مبررات تطبيقه على الأفعال الناجمة عن الاعمال الارهابية وكذلك دراسة محتوى تطبيقه وكذلك معرفة المشاكل

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٦٩.

المحيطة بتطبيقه وأخيراً دراسة نطاق تطبيقه لهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نتعرف في المبحث الأول على ماهية القانون المحلي ومن ثم نتعرف بالمبحث الثاني على مضمون القانون المحلي وكالاتي :

المبحث الأول

ماهية القانون المحلي

يعتبر الفعل الضار (الفعل غير المشروع) "هو كل عمل مادي أو امتناع يقوم به الشخص ويقع على المال".^(١) ومنه الاتلاف والحرق ومنه القتل والجرح ويلحق الضرر بشخص آخر فبهذه الحالة يرتب القانون عليه المسؤولية المدنية وكذلك المسؤولية الجنائية والتي يحق للمتضرر من جرائمها أن يطالب مرتكب الفعل الضار بالتعويض على الضرر الذي أصابه من جراء الفعل على أساس المسؤولية التقصيرية.

حيث أن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والناشئة من الفعل الضار وفقاً لعلم تنازع القوانين هو سريان القانون المحلي عليها أي على مسائل المسؤولية التقصيرية فقد أستقر على هذا المبدأ منذ العصور الوسطى وكذلك إصرار فقه الأحوال الإيطالية القديم وإن لم يكن قبل ذلك على تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار أي قانون الدول التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.^(٢)

وترجع نشأة هذا المبدأ للمدرسة الإيطالية القديمة وتحديداً في القرن الثالث عشر حيث قام فقهاء هذه المدرسة بإخضاع الفعل الضار إلى القانون الذي اسموه بـ (قانون محل وقوع الجريمة) كما تبني هذا المبدأ فقهاء المدرسة الفرنسية وتحديداً في القرن السادس عشر وتبناه فيما بعد فقهاء المدرسة الهولندية وتحديداً في القرن السابع عشر وذلك تنظيماً للقاعدة العامة في فقههم ألا وهي قاعدة "إقليمية القوانين" وبعد ذلك وتحديداً في القرن التاسع عشر أخذ به الفقيه "مانشيني" فأخضع الفعل الضار لقانون محل الحادث باعتبار أن هذا المبدأ هو استثناء عن

(١) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ٢٢٩.

(٢) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوربي (رما ٢) بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥٣.

نظريته والتي تقضي على مبدأ (شخصية القوانين) وكذلك أخذ بهذا المبدأ الفقيه "سافيني" تأسيساً على أن مكان وقوع الفعل الضار هو المكان الذي يكون ويتم فيه تركيز العلاقة الناشئة من هذا الفعل وهذا كله فيما عدا الحالة التي يتمسك فيها المدعي بتطبيق قانون القاضي باعتبار هذا القانون أكثر حماية لمصالحه.^(١) وبعد هذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحت في المطلب الأول المقصود بالقانون المحلي ونبحث في المطلب الثاني التأصيل القانوني له وكالاتي :

المطلب الأول

مفهوم القانون المحلي

إن من نتائج نمو العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الدول وكذلك زيادة حركة الافراد عبر الحدود أدى ذلك الى زيادة اهتمام المشرع بما تثار من مشكلات على صعيد التنازع الدولي للقوانين وكان من البديهي أن يسلط المشرع اهتمامه على كافة مجالات نشاط الأشخاص عبر الحدود وكذلك مواجهة المشكلات التي يثيرها العمل الضار أو غير المشروع والذي يرتكبه أحد المواطنين خارج الحدود أو يرتكبها أحد الأجانب في إقليم دولته.^(٢)

إن القاعدة العامة والتي تحكم المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الضارة تخضع للقانون المحلي والمقصود هنا به قانون الدولة التي فيها حدثت الواقعة المنشئة للالتزام، إذ أن قاعدة اختصاص القانون المحلي تعد من المبادئ القانونية والتي ترجع الى عهد فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية وخصوصاً فقهاء مدرسة الحواشي في أوائل القرن الرابع عشر.^(٣)

(١) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٥١.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٣٤٧.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، النسر الذهبي للطباعة ، شارع عبد العزيز، الهدارة، عابدين، ١٩٩٦، ص ١١٦٩.

اذ اتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية بحيث نجد أن بعض الدول قد حرصت أن تنص على ذلك صراحة في تشريعاتها على هذا الحل.^(١)

ويشير بعض الفقه إلى أنه بالإضافة إلى هذا الحل فقد وجدت حلول عديدة لكنها لم تلق تقبلاً كبيراً أو تفاعلاً من غالبية المشرعين ولا حتى الفقه وذلك لعدم واقعيتها ونتيجة لأنها لا يعبر عليها الوقت الكافي لغرض استقرارها بالنفوس وكذلك ضعف الأساس الذي تقوم عليه هذه الحلول.^(٢)

وان بالرغم من هيمنة هذا الحل واستمراره أي بتطبيق قانون الدولة والتي وقع فيها الفعل الضار والمنشئ للالتزام لكن نلاحظ أن هذا الحل قد لحقه التطور في مفهومه وبما يتلائم مع الأنماط المعاصرة وذلك لتطور الحياة وكذلك تطور الأعمال التي تستوجب المسؤولية والتعويض أي وجود الحاجة الملحة للخروج عن الجمود في هذه النظرية ومن ثم تطويع مبادئ القانون المحلي ليساير تطور الحياة العملية ، عليه فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول المفهوم التقليدي للقانون المحلي أما الفرع الثاني فنبحث فيه المفهوم الحديث للقانون المحلي وكالاتي :

الفرع الأول

المعنى التقليدي للقانون المحلي

عرّف الفقه القانون المحلي بأنه " مجموعة القواعد القانونية السارية على كل شخص يقيم في إقليم دولة محددة أو يمر به حيث يخضع لسلطة الأمن تتولاها هذه الدولة بالنسبة لعلاقات القانون الخاص".^(٣)

(١) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٤٠٣.

(٢) اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة عشر، ج ١، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ٢٠١٣، ص ٣٢٨.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥.

كذلك عرّفه جانب من الفقه بأنه " المكان الذي يوجد فيه ذلك الشخص وتحدث فوقه تلك المعاملة أو التصرف أو الاجراء حيث أن الشخص يجب أن يخضع لسيادة قانون ذلك المكان الموجود فيه فعلاً وقت حدوث المعاملة ".^(١)

وعرّفه جانب آخر وقال.^(٢) " يراد باصطلاح القانون المحلي بأنه تلك الطائفة من القواعد القانونية التي تحكم امضاء التصرفات أو الأفعال الضارة أو تنظم في النهاية بعض المهن من وجهة القانون الخاص".

كذلك عرّفه آخرون.^(٣) بأنه " اصطلاح يقصد به مجموعة القواعد القانونية السارية على كل شخص يقيم في إقليم دولة معينة أو يمر به حيث يخضع لسلطة الأمن التي تباشرها هذه الدولة في هذا الإقليم بالنسبة لعلاقات القانون الخاص".

وعرّفه بعض الفقه.^(٤) بقوله " اننا لا نريد بقانون المحل أو القانون المحلي مجموعة التشريعات الوطنية في بلد وإنما نقصد به القواعد القانونية التي يخضع لها الأجنبي إذا ما وجد في بلد فتصرف في هذا البلد تصرفاً قانونياً تنشأ منه حقوق وتترتب عليه واجبات أو صدر منه عمل يوجب عليه مسؤولية مدنية".

كذلك يقصد بالقانون المحلي قانون محل حدوث الأفعال الضارة أي خضوع هذه الأفعال لقانون الدولة التي حدثت فيها هذه الأفعال الضارة، ويقوم هذا التوجه على أساس أن الأفعال الضارة تشكل خرقاً لقواعد سلوك الأفراد في المجتمع والذي حدثت فيه فعلاً كذلك أن هذه القواعد تعد من قواعد الأمن المدني كونها متعلقة بالنظام العام وعليه توصف بأنها قواعد أمرة وبالتالي لا يجوز أن يستبدل الاختصاص فيها إلى قانون آخر غير قانونها ألا وهو قانون محل حدوثها كما أنه يعتبر المكان الذي اختلفت فيه مصالح الأفراد فضلاً عن أن قانون هذا المكان يوصف بأنه القانون الذي يتأثر جغرافياً بالاختصاص في الأفعال كونه الأقرب لها من أي قانون آخر فضلاً عن أنه يعتبر الأقدر والأجدر على تقدير الأضرار وتحديد مقدار التعويض الملائم

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق ص ٣٠٢.

(٢) د. حامد زكي، دروس في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة التقيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٢ ص ١٥٢.

(٣) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج ٢، (في تنازع القوانين ، تنازع الهيئات، تنازع الاختصاص)، مطبعة الهلال، بغداد، ١٩٤٩، ص ١٩١.

(٤) د. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٠، ص ٢٣٤.

وبالتالي تضمن للمتضرر تحقيق عدالة الاحكام وكذلك ضمان تنفيذها على المستوى الدولي بعد إصدارها من محكمة مختصة.^(١)

فالمسؤولية أو ما يسمى بالعمل غير المشروع تعدُّ مصدراً للالتزام بالتعويض حيث ينشأ على عاتق من ينسب إليه هذا العمل الغير مشروع إذا سبب ضرراً للغير في ماله أو في شخصه وسواء كان هذا محدث الضرر يقصد إحداث الضرر أو لا يقصد إحداثه ما دام يعد محدث الضرر مهماً (أو مخطئاً) وإذا كان العمل غير المشروع ينشأ عنه دعوى جنائية وقد يلزمها في الأعم دعوى مدنية بالتعويض فإن هذه الدعوى المدنية هي التي تهّم نظرية تنازع القوانين وبالدرجة الأولى حيث أن المسؤولية المدنية عن العمل الخاطئ تخضع للقانون المحلي أي قانون محل وقوع الفعل الضار والمنشئ للالتزام بالتعويض ويرجع هذا المفهوم الى عهد فقهاء نظرية الأحوال في أواخر القرن الثاني عشر وقد انتقل العمل بهذه النظرية الى فقهاء نظرية الأحوال الفرنسية في القرن السادس عشر والذي نادوا بإقليمية القوانين فكل ما يقع على الإقليم يخضع لقانونه، وإذا كان اخضاع المسؤولية المدنية والمتمثلة هنا بالمسؤولية التقصيرية إلى قانون محل وقوع الفعل الضار فإن ما يبرره مفهومه قديماً مبدأ الإقليمية أي سريان القوانين لكل دولة داخل حدودها الإقليمية وبالتالي تطبق على كل ما يحصل داخل هذا الإقليم فمفهومه الآن يستند الى اعتبارات تتصل بالواجب المقدس للمشرع عن طريق كفالة الأمن والاستقرار لكل الأفراد الموجودين في اقليمه والذي يمارس فيه سلطانه التشريعي، كذلك يستند اخضاع المسؤولية التقصيرية الى محل وقوع الفعل الضار الى اعتبارات موضوعية جوهرها حيث أنه من الصعب تركيز المسؤولية التقصيرية في مكان محدد غير المكان الذي وقع فيه الفعل، فإذا كان مثلاً عنصر الأطراف يلعب دوراً مهماً في خصوصية اسناد المسائل المتعلقة بالأشخاص وكذلك يلعب عنصر المحل دوراً بارزاً في اسناد مسائل الأموال فهنا يعتبر عنصر السبب في الرابطة القانونية والذي يشكل مركز الثقل في خصوصية المسؤولية التقصيرية فهنا يرجع الى مكان نشأة هذا السبب وبالتالي يكون قانون هذا المكان أي مكان وقوع الفعل هو القانون الواجب التطبيق.^(٢)

(١) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢ ص ١٢٦-١٢٧.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، المصدر السابق، ص ٣٤٩.

فالفقه المؤيد للمفهوم التقليدي للقانون المحلي قد أجمع على تطبيقه في حالات التنازع كقانون معتمد وواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية فهو يحقق نوع من التوازن ما بين الحقوق ومراكز الأفراد في البلدان المختلفة وذلك بتطبيق القانون المحلي بمفهومه التقليدي أي تطبيق قانون الدولة على مختلف الأضرار والحوادث التي تقع على اقليمها كون المفهوم التقليدي لهذا القانون يتسم بالوضوح والسلاسة فالعمل بالقانون المحلي إضافة الى تطبيقه على المسؤولية التقصيرية يمثل في حقيقته توافقاً مع المنطق السليم مقارنة مع غيره من القوانين الأخرى والتي يمكن أن يحصل بينها تنازع لحل هذا التنازع فالحاجة المؤدية الى الأخذ بالقانون المحلي تكون من خلال الحاجة الأمنية داخل الدولة حيث إن تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار على المسؤولية التقصيرية لا بد هنا أن يحقق البعد الأمني والبوليسي للدولة تحديداً الدولة التي وقعت الأفعال غير المشروعة على أرضها فالمفهوم التقليدي يتفق مع مبدأ تركيز العلاقات القانونية والمنشئة لتحقيق المسؤولية التقصيرية بسبب أن تركيز العلاقة القانونية لا يمكن ولا يتصور تحقيقها إلا في الموقع الذي وقعت فيه هذه الأفعال الغير مشروعة والتي أدت بدورها إلى قيام المسؤولية لا بد من إخضاع هذه الأفعال الى القانون الذي وقعت في أرضه وعليه فالمفهوم التقليدي للقانون المحلي تمثل بالنظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار أي المسؤولية التقصيرية، وقد كان هذا الرأي الفقهي في ظهوره مخالفاً لما اجمع عليه المشرعون إضافة إلى انتقاد جانب من الفقه لهذا الاسناد بسبب أن تسمية القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية (بالقانون المحلي) كون ذلك يؤدي الى الاعتقاد بأن المقصود من التسمية السابقة هو القانون المحلي للقاضي والذي ينظر النزاع وهذا هو المعنى التقليدي للقانون المحلي وبناء على هذا الأساس فقد نادى فريق من الفقه بضرورة تقدير أن ما يقصد بعبارة القانون المحلي ألا وهو (التركيز المكاني) أو البلد الذي حدث فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام وهذا ما يتم العمل به في جميع الحالات والتي تنشأ عنها مسؤولية تقصيرية وذات طابع دولي، وقد أكد بعض الفقه بعدم دقة هذه المخاوف المطروحة من قبل هذا الجانب الفقهي كونها مخاوف هشة الواقع لا يمكن الاعتماد عليها حيث ما نلاحظه أن المشرع العراقي وأغلب المشرعين الذين نصّوا في قوانينهم على خضوع الأفعال الضارة الى موقع حدوثها فقد نصّوا على تطبيق قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام على أساس المسؤولية التقصيرية وهذا كله يدل على أنهم لم يستعملوا كلمة أو تسمية القانون المحلي المرادف إلى تعبير القانون

الواجب التطبيق على هذه المسؤولية لذلك يرى هذا الجانب الفقهي بأنه لا أساس لهذا النقد كونه لا يدل سوى على الرغبة في التأكيد على ما هو مؤكد.^(١)

وقد ذهب جانب فقهي أمثال الفقيه (Batiffol) الى أن تطبيق القانون المحلي يستجيب الى الرغبة في تحقيق التوازن المطلوب بين حقوق كل من المسؤول والمتضرر من العمل الضار لكون أحكام المسؤولية التقصيرية تهدف من ناحية إلى فرض مفهوم محدد للحيلة أو الحرص اللازمة والتي ينبغي على الأفراد مراعاتها أما من ناحية ثانية فإن أحكام هذه المسؤولية تهدف إلى توفير الثقة المتطلبة في حماية القانون ولكل من أصابه ضرر نتيجة عدم اتخاذ الحيلة والتي يفرضها القانون وهنا يمكن القول بأن هذا المفهوم الخاص لا يتأتى بكل الأحوال من هذا الحرص وتلك الثقة إلا بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في هذه الدولة التي وقع الفعل الضار المنشئ للالتزام على أرضها.^(٢)

فالقانون الذي يعتمد مفهوماً محدداً مثلاً في توزيع مخاطر حوادث السير بين المشاة والسائقين لا يكون لوضعه أي معنى إذا لم يكن عاماً يمثل الإقليم كله لذلك يتطلب من المشاة وكذلك المارة التأنّي والتصبر وبالمقابل يتطلب من السواق الحيلة والحذر وهذا التوازن بين الالتزامات لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان هناك قانون عام وشامل في البلاد فيخضع له كل من حوادث السير التي تقع في إقليم الدولة دون الاكتراث إلى الأطراف في الحادث وكذلك طبيعته.^(٣)

وسوّغ (Batiffol) رأيه هذا بأنه نتيجة منطقية لنظرية تنازع القوانين والتي تقوم على فكرة التركيز المكاني للعلاقات ذات الطابع الدولي فيرى هذا الفقيه بأن تركيز العلاقة الناجمة عن الفعل الضار يجب هنا أن يتم النظر إلى السبب المنشئ للعلاقة أي يتم تحديد الموقع الذي وقع

(١) د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٠، ص ٢١٩-٢٢٠.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، منشأة المعارف الإسكندرية، من دون سنة طبع، ص ١٩.

(٣) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص (طرق حل النزاعات الدولية، الحلول الوضعية لتنازع القوانين، الجنسية، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية)، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة طبع ص ٣٤٦-٣٤٧.

فيه الفعل الذي قامت عليه علاقة الأطراف حيث لا تكفي كأساس لتركيز العلاقة وذلك لأنه لا يتصل بالعلاقة إلا بشكل عرضي وغير مباشر كذلك بالنسبة لعنصر الموضوع ألا وهو التزام مرتكب الفعل الضار فإنه قليل الجدوى في تركيز العلاقة وذلك بسبب عدم إمكان ضبط حدوده من الناحية المكانية.^(١)

فاختصاص القانون المحلي يتفق وحماية تلك التوقعات المشروعة لأطراف المسؤولية (المضروب وفاعل الضرر) فمثلاً من يوجد في إقليم لدولة معينة ويقوم هذا الفرد بتصرف أو يرتكب عملاً فعلياً عليه الالتزام واحترام قوانين هذا الإقليم لأنه يتوقع تطبيقه عليه دون أي قانون آخر ولا سيما إذا كانت القوانين آمرة كالقوانين المنظمة للأضرار عن المسؤولية وبالتالي فإن تطبيق القانون المحلي يؤدي إلى حفظ التوازن بين مصالح الأفراد كافة.^(٢)

وبهذا يجب أن نلاحظ من الآن أن أعمال القانون المحلي قاصرة على المسؤولية غير التعاقدية والمرتبة على أفعالها سواء أكانت هذه الأفعال غير مشروعة أو مشروعة وبعبارة أدق على المسؤولية التقصيرية والأثر بلا سبب وعليه فلا يسري على ما عداها من مصادر هذا النوع من المسؤولية ، وقد أفصحت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري عن ذلك وفي عبارة واضحة ودقيقة ولا لبس فيها ولا ابهام أذ قالت وتعليقاً على المادة (٢١) من القانون المدني المصري.^(٣) " تنحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الأثر دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام... ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة في نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذي يتكفل بتقديرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة ".

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤١٠.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي المصدر نفسه ص ٤١٠.

(٣) المادة (٢١/١) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...". د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية ١٩٦٩ ص ٤٨٩-٤٩٠.

الفرع الثاني

المعنى الحديث للقانون المحلي

لا يوجد من يجادل في سيادة مبدأ اختصاص القانون المحلي لحكم مشكلات المسؤولية المدنية ولكن في نفس الوقت وجد من يجادل في مدى ملائمة أعمال القانون المحلي في كل الفروض والأحوال، حيث أن مقتضيات تأمين المعاملات عبر الحدود وكذلك تأكيد الفعالية الدولية للأحكام القضائية بدورها تفرض عدم الاعتراف باختصاص القانون المحلي إذا لم يكن هذا القانون هو المناسب والملائم كذلك عند النظر الى وقائع وظروف الحال.^(١)

وبعبارة أدق يمكن القول هنا أنه على الرغم من استقرار المبدأ القائل بأن الاختصاص للقانون المحلي وكذلك التأكيد على هذا المبدأ من قبل جانب القضاء والتبريرات الفقهية فهناك جانب من الفقه يسلم بتطبيق مبدأ اختصاص القانون المحلي فقط عندما تتجمع عناصر الواقعة القانونية الضارة ألا وهما الخطأ والضرر في إقليم واحد فيجب أن يحصل هنا رابطة جدية وكذلك ذات دلالة بين الوضع الناشئ عن العمل الضار وإقليم الدولة التي حدث فيها.^(٢)

أما بالنسبة للفروض المعقدة كحالات المسؤولية التقصيرية فهذه الفروض وبلا شك تحتاج الى اجراء عملية تطويع لهذا القانون وكذلك ادخال نوع من المرونة عليه كون الإصرار على تطبيق القانون المذكور وبجموده الحالي مجافياً للمنطق والعدالة اذ هناك أمثلة عملية قد نبأت بوضوح على عدم ملائمة تطبيق القانون المحلي عليها، وعلى ضرورة تطويعه وكذلك تطويره ولعل تعدد الاتجاهات الفقهية التي حاولت البحث عن حلول للوقائع القانونية الضارة وكذلك المعقدة تعبر بصدق عن ثورة الفقه الحديث التي قام بها ضد المفهوم التقليدي في شأن اسناد أحكام المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي وهذه الثورة نجد أساسها في جمود هذا المفهوم وكذلك

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨١.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المطلوبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١١.

خلوه من المرونة المطلوبة لمواجهة تنوع العلاقات والتي يمكن أن يتحقق الفعل الضار في كنفها.^(١)

ولتوضيح هذه الفروض المعقدة لحالات المسؤولية التقصيرية والتي ينبغي تطويع القانون المحلي وكذلك تطويره بشأنها فيمكن أن نحصرها بثلاث مسائل، الأولى والتي لا يكون للقانون المحلي فيها أي صلة بالواقعة الضارة إلا بكونه قانون الإقليم الذي وقعت فيه وهذا معناه أن تلك الواقعة قد حصلت على هذا الإقليم بالصدفة أو بطريقة عرضية، أما الثانية فيكون فيها النشاط الضار قد تجزأ بحيث تتفرق عناصر المسؤولية فيه فيحدث الخطأ في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى، أما المسألة الثالثة وتعتبر بكونها أكثر تعقيداً حيث تتعلق بالحالات التي يصعب فيها توطين عناصر المسؤولية أو الواقعة سواء كان في ذلك الخطأ أم الضرر في إقليم دولة محددة وتندرج في إطارها تلك الجرائم المرتكبة في عدة دول أو تكون جرائم المساس بالشخصية وعن طريق وسائل الاعلام (الصحافة، الإذاعة، التلفزيون) والمعبر عنها باصطلاح الـ (Medias).^(٢) أو تلك الجرائم المرتكبة بطريق النشر وفي هذا الفرض الأخير يكون هنا الضرر أدبياً ومعلوم أن الضرر من هذه الطبيعة يمكن التعويض عنه لكن يصعب تركيزه أو توطينه في دولة محددة بالإضافة الى ذلك فإن الأخطاء قد تتعدد في عدة دول وتسبب لنفس هذا الشخص ضرراً في دولة واحدة ويمكن أن نعكس هذا الفرض بأنه يمكن القول بأن فعل خاطئ واحد يرتكب على إقليم دولة واحدة لكن هذا الخطأ يصيب الشخص بأضرار متوالية في عدة دول.^(٣)

ومن الأمثلة العملية على ذلك هو استخدام المواقع الالكترونية من قبل اشخاص إرهابيين في التحريض على الإرهاب وتجنيب الأشخاص لإشراكهم في عمليات إرهابية فكيف يصار الى بيان محل وقوع الفعل الضار وهو يستخدم موقع إفتراضي على الشبكة العنكبوتية فهل يكون موقع مزود الخدمة أم موقع الشركة الرئيسية أم محل وقوع الضرر؟

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة بين قانون العقوبات الدولي والقانون الدولي الخاص، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٧٣.

(٢) Bourel : Du rattachement de quelques de'lits spe'ciaux. Rec cours. Lit Haye. 1989. II. P. 261. Ets. Sp. No 170. P. 391.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي، المصدر السابق، ص ١٣.

وعليه يتبين لنا أن ملائمة أو مناسبة القانون المحلي تتحقق في الفرض عندما توجد فيه رابطة جدية وذات دلالة ووزن ما بين الوضع الناشئ عن الفعل الضار وبين النظام القانوني والاقتصادي وكذلك الاجتماعي للدولة التي حدث فيها ومدى ملائمة القانون المحلي هذا لحكم دعوى المسؤولية مثلاً، فمرجعها تقدير القاضي حيث ينزل المنزل التي يراها ويريدها ويقدرها التقدير الذي يطمئن إليه هذا كله من ظروف وعناصر الدعوى ، وإذا كان هذا التقدير من إطلاق قاضي الموضوع إلا أنه في هذه الحالة لا يجب أن يستند إلى اعتبارات خاصة وبشكل المسؤول عن الفعل الضار أو ظروفه النفسية بل إلى اعتبارات موضوعية واضحة تملئها عليه ظروف وعناصر الدعوى كحالة قانونية.^(١)

ويمكن أن يكون القانون المحلي غير مناسب وغير ملائم إذا كان ضعيف الصلة بالوضع الناشئ عن الواقعة الضارة وذلك بسبب المركز القانوني للخصوم المدعي والمدعي عليه من خلال النظر إلى جنسيتهم أو محل إقامتهم بحيث يتصور اختصاصه وكأنه بني على أساس أمر عارض أو مصادفة ونوع الفعل الضار وكذلك تحقق الضرر في الدولة التي يسري فيها فمثلاً أن يصدم عراقي عراقياً آخر بسيارته في إيطاليا أثناء تواجدهما هناك لغرض السياحة أو لمهمة مؤقتة ثم يعودا إلى العراق حيث يقوم المتضرر برفع دعوى بالتعويض أمام المحاكم العراقية وهنا لا شك أن أعمال قاعدة التنازع العراقية (م ٢٧/١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه : "١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام " حيث يقود أعمال هذه القاعدة إلى الاعتراف باختصاص القانون الإيطالي لحكم المسؤولية باعتباره القانون المحلي لكن هذا الاختصاص قد أوجدته الصدف العابرة وإن النظام الإيطالي قد تأثر بوقوع الحادث فهذا ما يبرر وبمنطقية اختصاص القانون الإيطالي على ما يقع على الإقليم الإيطالي انطلاقاً وتطبيقاً من مبدأ الإقليمية، ولكن السؤال هنا هو هل مساس المسألة المعروضة في هذا الفرض بالنظام الإيطالي يكون بذات الدرجة التي يمس فيها النظام العراقي فالإجابة هنا تكون بالنفي وهذه الإجابة أقرب إلى المعقول وكذلك المقبول فهنا المسؤول والمضروب في هذا الفرض كلاهما عراقياً ومتوطنان بالعراق ومن ثم سوف تتحمل ذمة المسؤول وأمواله الكائنة في العراق بالتعويض التي سيقضي به القضاء كونها محاكم مختصة بهذا الغرض

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨١.

وبهذا يطرح تساؤل آخر هنا ألا وهو هل يلتزم القاضي المختص بالطاعة العمياء لاختصاص القانون المحلي ؟

للإجابة على هذا التساؤل أنه يمكن القول هنا بأن المسؤولية المدنية أضحت كغيرها من سائر النظم القانونية المتمثلة بنظام التأمين والملكية ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى لذلك فقد لا يتلاءم تطبيق القانون المحلي مع الطبيعة الذاتية والجوهرية للمسؤولية المدنية باعتبارها ذات وظيفة اجتماعية فتجد أساسها في أمرين، الأمر الأول أنه بسبب التطور الصناعي المعاصر تزايدت الأنشطة الخطرة وبالتالي يجب وقاية الأفراد منها، أما الأمر الثاني يتمثل بأن الإنسان المعاصر لم يعد كما كان في السابق حيث كان يكفي بحكم القضاء والقدر ولكن هذا الكائن الحي يبحث عن مسؤول يعوضه بالإضافة الى الخطر الذي يهدده لم يكون باقياً على الخطر الفردي بل أصبح في الساحة الخطأ المشترك والذي يأتي من الظروف التي يفرضها المجتمع بنفسه.^(١)

إن التطور الذي حصل في المسؤولية المدنية يدعو ذلك الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها انطلاقاً من (تركيز اجتماعي) نسبة الى ظروفها ووقائعها وملابساتها المحيطة دون الاعتماد على (تركيز مادي أو جغرافي) والتركيز الاجتماعي معناه البحث عن البيئة الاجتماعية (L'environnement social) والتي ترتبط وتتأصل بها تلك الوقائع وكذلك الظروف والملابسات، وعند النظر مثلاً الى الموطن المشترك لأطراف المسؤولية او الى الإقامة المشتركة لهما قد يكون ذلك مؤشراً على ارتباط الوضع الناشئ عن هذه المسؤولية بقانون دولة الموطن أو الإقامة وكذلك حتى بالنسبة للجنسية المشتركة لهما يكون هذا كله أكثر من ارتباطه بالدولة التي وقع فيها الفعل الضار بينما يبرر ذلك تفضيل هذا القانون على قانون تلك الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه إذا كان الفعل المنشئ للالتزام بتعويض المضرور قد حدث في دولة معينة من أحد الأشخاص ورتب ذلك الفعل ضرر لشخص آخر والصدفة جعلت كلاهما يتوطنان في بلد واحد أو يقيمان فيه أو يحملان جنسيته فقد يكون هنا من المناسب طرح القانون المحلي الجغرافي واعمال قانون بلد الموطن أو بلد الإقامة أو الجنسية المشتركة للأطراف كما هو موضح في المثال آفأ (إصطدام العراقي بعراقي في ايطاليا) حيث في ذلك المثال يكون من المنطقي توقع الطرفان أو على أقل احتمال

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي في القوانين، المصدر السابق، ص ١١٨٣.

توقع مرتكب الفعل الضار بتطبيق القانون الإيطالي ومع ذلك فإن تطبيق القانون العراقي لا ينافي ذلك التوقع بل بالعكس قد يكون هذا القانون أكثر إقامة للتوازن بين مصلحة الأطراف وبطبيعة الحال فهما اعلم بأحكامه من غيره من القوانين.^(١)

إن إخضاع الاختصاص في الفعل الضار الى قانون محل وقوعه قد لا ينسجم والنظام القانوني للطرف الاجتماعي الذي وقع فيه، فمثلاً وجود مجموعة متجانسة بسفرة أو في مخيم لقضاء العطلة في دولة أخرى غير دولتهم وكذلك الحال بوجود وسائط نقل في بلد غير البلد الذي ينتسب اليه وتعرض أحد افراد المجموعة أو احدى وسائط النقل للضرر في البلد الذي وجدوا فيه ما كان هذا إلا لمجرد الصدفة، فإعطاء الاختصاص هنا لقانون ذلك البلد الذي وقعت فيها الواقعة المنشئة للالتزام قد لا يسعف المتضرر وقد يكون من الأحسن في مثل هذه الحالات أن يولي الاختصاص للقانون الذي تنتسب اليه المجموعة، وعلى هذا الأساس فقد ظهر اتجاه جديد في الولايات المتحدة الامريكية مناصر لبعض الفقهاء الفرنسيين والذي ينادي بإخضاع الاختصاص التشريعي للفعل الضار الى قاعدة تكون أكثر مرونة ألا وهي (تطبيق القانون الملائم للعمل غير المشروع) ويتم هذا بإسناد الاختصاص التشريعي لقانون محل وقوع العمل الضار آخذين بعين الاعتبار عوامل اسناد أخرى كالجنسية والموطن وكذلك محل الإقامة الاعتيادية.^(٢)

إن نظرية قانون الوسط الاجتماعي أو كما يطلق عليه الفقهاء (قانون البيئة الاجتماعية أو قانون المحيط الاجتماعي) حيث تنسب هذه النظرية للفقهاء (Binder) والتي طرحت في ألمانيا لمواجهة جمود مبدأ اختصاص القانون المحلي، إن نقطة البدء لهذه النظرية قد عرضت مفهومها على أساس الإبقاء على اختصاص القانون المحلي مع فسخ المجال للخروج عن هذا القانون ولكن بصفة استثنائية لصالح القانون المشترك للأطراف.^(٣)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق ، ص ١١٨٤.

(٢) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ١٦٠-١٦١.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المطلوبة في تطبيق القانون المحلي، المصدر السابق، ص ٣٧.

وعلى هذا الأساس فإن وجهة نظر انصار هذه النظرية هو امكان وقوع الفعل الضار (أي الفعل المنشئ للالتزام) بتطابق مع البيئة الاجتماعية وكذلك المحيط الاجتماعي مع الأخذ بعين الاعتبار أن البلد الذي وقع فيه مثل هذا الفعل يعتبر في نفس الوقت هو البيئة الاجتماعية وكذلك المحيط الاجتماعي في ضوء ذلك يتحقق التركيز الاجتماعي وكذلك الصلة الوثيقة مع طبيعة العلاقة القانونية، إلا أنه في بعض الأحيان وعن طريق الصدفة قد ينتفي هذا التطابق بين المكانين أي المكان الذي حصل فيه الفعل المنشئ للالتزام والمكان الآخر وهو مكان البيئة الاجتماعية لذلك الفعل الضار وبناء على ذلك يبقى تطبيق قانون البيئة الاجتماعية والذي تحقق العمل الضار في كنفه، فبهذا يتحدد مفهوم قانون الوسط الاجتماعي على أساس أنه القانون الذي يحكم هذه البيئة والتي حدثت فيها الواقعة التي ترتب الالتزام عليها.^(١)

وهذا ما جعل قاعدة الاسناد هذه تحقق وظيفتها انطباقاً للغاية التي تروم اليها من التنسيق بينها وبين قواعد الاسناد الأخرى.^(٢)

وهذه النظرية **حُصِّتْ** بتأييد الفقه الفرنسي وكذلك المصري وذلك بإسناد المسؤولية التقصيرية الى قانون البيئة الاجتماعية أو ما يسمى بقانون الوسط الاجتماعي بهدف كشف الجمود في القاعدة التقليدية واستبعاد تطبيقها العشوائي واساس هذا الاتجاه هو الإبقاء على القانون المحلي في فض النزاعات لكن مع فتح المجال للخروج عن هذا القانون ولكن بصفة استثنائية وهذا كله لصالح اطراف الدعوى وتفسير هذا بأن مكان ارتكاب الجريمة يتمثل بتركيز جغرافي مادي طبيعي للجريمة ولكن هذا التركيز يحتاج الى إضفاء نوع من المرونة، فالتركيز هنا والذي يحدد الصلة الأكثر ثباتاً مع المصالح محل القضية المعروضة لا يجب أن يكون تركيزاً مكانياً فقط، وإلا كان هذا التركيز مجرداً ويعزل الجريمة عن مضامينها الخاصة المتمثلة بجنسية الأطراف أو موطنهما وكذلك موقع مال المسؤول وكذلك العلاقات القانونية والسابق وجودها بين أطراف الدعوى وكذلك طبيعة المسؤولية الناشئة عنها فإذا ما كشفت تلك المضامين أو تلك الضوابط على أن واقعة الفعل الضار تتركز في بيئة اجتماعية محددة ومتميزة عن تركيزها المادي أو الجغرافي فبهذه الحالة يجب الاعتداد بهذا التركيز الاجتماعي عند تحديد

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ، المصدر السابق ، ص ٢٧.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨، ص ٣٦.

القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية وتفضيله على القانون محل التركيز المادي وكذلك الجغرافي لواقعة الفعل الضار، أي قانون البلد الذي ارتكب فيه الفعل وتحقق فيه الضرر.^(١)

فلو افترضنا جدلاً بأنه وقع حادث إرهابي وأطراف هذا الحادث من نفس الجنسية أو يتوطنان في بلد واحد أو يقيمان في اقليمه ولكن دون أن تتدخل أية عوامل أخرى أجنبية تابعة للبلد الذي ارتكبت فيه الواقعة الإرهابية على اقليمه فهذه الحالة نجد الجريمة جذورها في البلد الذي ينتمي إليه الفاعل والمتضرر وكأن هذه الجريمة الإرهابية قد وقعت في هذا الإقليم أي منطقة النفوذ القانوني لهذا الإقليم فهنا يجب أن تدخل مرونة القانون المحلي وتأخذ دورها والتي تقضي بالتجاوز على قانون المحل الجغرافي للواقعة التي حصلت بالصدفة ومن ثم ينبغي أعمال مبدأ تطويع القانون المحلي أي تطبيق القانون المحلي لكن بمفهومه الجديد ألا وهو تطبيق قانون الوسط الاجتماعي على الواقعة الإرهابية التي حدثت المنشئة للالتزام.

المطلب الثاني

التأصيل القانوني للقانون المحلي

تعد قاعدة خضوع الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) الى القانون المحلي من القواعد التقليدية القديمة في فقه تنازع القوانين لكون أن أصول هذه القاعدة ترجع إلى القانون الروماني أي أوروبا وخصوصاً في إيطاليا.^(٢) ففي القرن الثالث عشر اخضع فقهاء مدرسة الأحوال

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى الناشئة عن الجريمة، المصدر السابق ، ص ١٩٥.

(٢) وهناك تأصيل تاريخي لمفهوم القانون المحلي ويكمن في نظريتين الأولى هي نظرية الأحوال الإيطالية حيث يرجع الأصل في مبدأ اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوعها الى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر، حيث اخضع فقهاء هذه المدرسة الفعل الضار لما أسموه بـ (قانون محل وقوع الجريمة Lex loci delicti commissi) حيث تعتبر هذه القاعدة هي النواة والتي استخلص الفقه منها بعد ذلك مبدأ اخضاع الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) لقانون محل وقوعه وإن اخضاع الالتزام غير التعاقدى لدى هؤلاء الفقهاء سواء ترتب على الفعل الضار أو الفعل النافع للقانون المحلي يبدو أكثر منطقية فهذا الأساس يتماشى مع نظريتهم في التنازع أما النظرية الثانية فهي نظرية الأحوال الفرنسية حيث برزت هذه النظرية في طيات القرن السادس عشر وكان من ابرز فقهاءها الفقيهان ديمولان (Dumoulin) والفقيه دار جنتريه (Dargentre) فبالنسبة للفقيه ديمولان فقد اعتنق الكثير من الحلول والتي توصل اليها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة مما حدى ببعض =

الإيطالية الالتزامات والتي تنشأ عن الجرح وشبه الجرح الى قانون موقع الفعل الضار أي قانون البلد الذي ارتكبت فيه تلك الجرائم الجنائية وبعد ذلك طبقت هذه القاعدة على الجرائم المدنية لذلك فإن أصل القاعدة مستمدة من تطبيقها على القانون الجنائي.^(١) ومن ذلك الحين فقد استقر العمل بهذه القاعدة وقد أخذت به غالبية التشريعات العربية والأجنبية.^(٢)

ولعل هذا السبب الذي أدى بجانب من الفقه الى القول بخضوع الالتزامات غير التعاقدية الى القانون المحلي حيث يعتبر هو الحل الوحيد والممكن تصوره لحل مسألة تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.^(٣) ولكن تباين موقف القانون المقارن وكذلك الاتفاقيات الدولية في تبنيتها لمبادئ الاختصاص التشريعي بغية الأمر لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الفعل الضار عليه فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين لبيان التأصيل القانوني للقانون المحلي نتناول في الفرع الاول موقف القوانين العربية ومنها القانون العراقي أما في الفرع الثاني سوف نتناول موقف القوانين الغربية وكالاتي .:

= الشراح اعتباره من اتباع تلك المدرسة ولكن هنالك فريق آخر من الفقهاء اعتبر الفقيه ديمولان هو أول ممثل للمدرسة الفرنسية كونه قدم نظريته التي تقوم على أساس تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ولكن بطريقة ثانوية.

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ٧٢٦.

(٢) من التشريعات العربية القانون المدني المصري في المادة (٢١) منه والقانون المدني السوري في المادة (٢٢) منه والقانون المدني الأردني في المادة (٢٢) والقانون المدني الليبي في المادة (٢١) أما بالنسبة للمشرع اللبناني فقد بحث الموضوع في زاوية الاختصاص القضائي لا من حيث الاختصاص التشريعي. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٩٥، ص ٣٤٥.

أما بالنسبة للدول الغربية التي اخذت بهذه القاعدة التشريع الإيطالي والياباني والقانون البولوني الصادر في عام ١٩٢٦. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج ١، ط ٢، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٣٧٧.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٨٢٦.

الفرع الأول

التأصيل القانوني للقانون المحلي في القوانين العربية

في هذا الفرع سوف نبحث نماذج من القوانين العربية بما فيها قانونا العراقي لبيان التأصيل القانوني لتطبيق القانون المحلي وفق قواعد التنازع التي تبنتها هذه القوانين وكالاتي :-

أولاً - موقف القانون المدني المصري

نصت قاعدة التنازع والخاصة بالفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) في الباب التمهيدي من ضمن مواد تنازع القوانين من حيث المكان والتي كرستها المادة (٢١) في القانون المدني المصري والتي جاء فيها : "١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".^(١)

يتبين من النص أعلاه أن المشرع المصري وضع في الفقرة الأولى من المادة أعلاه القاعدة العامة في شأن اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي حدث فيه الفعل المنشئ للالتزام أي أن هذه القاعدة وبصريح العبارة ترشد الى تطبيق القانون المحلي وهو القانون الواجب التطبيق على هذا الالتزام غير التعاقدي سواء نشأ هذا الالتزام عن فعل ضار أو نافع.

ثانياً - موقف القانون المدني الأردني

تبنى القانون المدني الأردني مبدأ اختصاص القانون المحلي وذلك في المادة (٢٢) منه وذلك لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على العمل إذ نصت المادة على انه: "١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. ٢- ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة الى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع

(١) القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته، نشر في الوقائع المصرية ذي العدد ١٠٨ في

التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ^(١).

يتبين لنا من النص أعلاه بالنسبة للمادة (٢٢) من القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ أن هذه المادة مشابهة تماماً من حيث الحكم والمضمون للمادة (٢١) من القانون المدني المصري كون القانون المدني الأردني قد أخذ بالقاعدة العامة في الفقرة الأولى بتطبيق قانون بلد الفعل الضار فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على وقوع الفعل الضار أما بالنسبة لما ذكره في الفقرة الثانية من المادة نفسها هو لزاماً مراعاة شرط عدم المشروعية وذلك وفقاً لقانون البلد الذي وقع فيه العمل الضار والمنشئ للالتزام وقانون المملكة الأردنية الهاشمية وإذا ما عرض ذلك النزاع الخاص بخصوص الفعل الضار أمام القضاء الأردني المختص أما في حالة عدم تحقق شرط عدم المشروعية فهنا صار لزاماً العزوف عن تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار باعتباره مكان الواقعة المنشئة للالتزام فهنا يطبق القانون الأردني باعتباره القانون الواجب التطبيق وهذا ما سارت عليه أغلب قوانين الدول العربية ^(٢).

(١) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ يسمى هذا القانون بالقانون المدني لسنة ١٩٧٦ ويعمل به من ١٩٧٧/١/١.

(٢) القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ في المادة ٢٢ منه حيث نصت "١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سورية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم (١٠-٥٠) في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ حيث نصت المادة ٢٠ منه على أنه "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة بالفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون غير مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلاد التي وقعت فيه".

- القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٣ وفي المادة ٢١ منه حيث نصت أنه "١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في ليبيا وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

- أما بالنسبة للقانون المدني اليمني رقم ١٤ لعام ٢٠٠٢ فقد اتجه المشرع اليمني اتجاهاً مغايراً لما درجت عليه أغلب التشريعات العربية وذلك بسبب تبنيه مبدأ الاختصاص التشريعي لتحقيق القانون الواجب التطبيق على صنف الالتزامات غير التعاقدية ومنها الفعل الضار إذا ما حدثت الواقعة في الخارج حيث نص في المادة (٣١) منه على أنه "يرجع في ما ينشأ من فعل غير تعاقدية أو في غرامة أذا وقع في الخارج الى القانون اليمني" =

ثالثاً - موقف القانون المدني العراقي

وفقاً للنظام القانوني في العراق لم يتحدد مفهوم القانون المحلي ولم يبدو واضحاً
الا بصدر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١^(١).

وقد أشار هذا القانون الى قاعدة الاسناد الخاصة بحكم الالتزامات غير التعاقدية وهذا
ما كرسته المادة (٢٧) من هذا القانون بقولها "١- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون
الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. ٢- على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما
يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون
مشروعة في العراق وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

ومن خلال نص المادة أعلاه يتبين لنا أن المشرع العراقي قد نص في الفقرة الأولى على
القاعدة العامة ألا وهي اخضاع الالتزامات غير التعاقدية بصورة عامة سواء كان منها فعل ضار
أو نافع الى قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة وترتب عليها الالتزام بالتعويض أما بعد ذلك
قد استدرك نفسه المشرع العراقي في الفقرة الثانية وفي المادة نفسها إذ خصص الحكم بهذه الفقرة
بالفعل الضار تحديداً كونه بين أن القانون المحلي (أي قانون حدوث الفعل) لا يمكن تطبيقه
هنا على الفعل الضار تحديداً والذي يحصل في الخارج إذا كان هذا الفعل مشروعاً وفقاً للقانون
العراقي وبعد هذا الأمر لا تستدعي الأهمية فيما إذا كان هذا الفعل الضار في الدولة التي حدث
فيها هذا الفعل وعليه فلا يطبق هنا القانون المحلي وبعبارة أخرى أن المادة (٢٧) من القانون
المدني العراقي قد جاءت مطلقة كونها ضمننت شقيّ الالتزامات غير التعاقدية (الفعل الضار
والفعل النافع) عليه فمن الضروري أن نبين أن المشرع العراقي قد قيد اطلاق الفقرة الأولى بشأن
تبني القاعدة العامة بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار وفي القضايا المشوبة
بعنصر أجنبي وذلك باشتراطه وجود مراعاة شرط عدم المشروعية بالنسبة للفعل الضار أي الفعل

= وقد تعرض هذا الموقف الى انتقاد من الفقه كونه لم يبرر الحكمة من التطبيق القانوني اليميني على طائفة
الالتزامات غير العقدية ومنها الفعل الضار إذا ما وقعت تلك الأفعال في الخارج، عليه إن موقف اغلب القوانين
العربية هو الأرجح والأفضل بأنها أخذت بالقاعدة العامة مع مراعاة عدم المشروعية المزدوج بشأن تحديد القانون
الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص
والمقارن ج ١، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٢٨.

(١) د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، جامعة بغداد، ١٩٧٩ - ١٩٨٠، ص ٢١.
وان القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته نشر في الوقائع العراقية ذي العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩.

المنشئ للالتزام ووفقاً للقانونين أي قانون مكان وقوع الواقعة المنشئة للالتزام وكذلك القانون العراقي تحديداً عندما يكون هذا النزاع قد رفع أمام المحكمة العراقية المختصة وهذا ما كرسته فعلاً الفقرة الثانية من المادة أعلاه ، عليه نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة أعلاه قد حددت اختصاصها بالفعل الضار دون الفعل النافع.

إلا أن هنالك تساؤلاً يثار عن طبيعة الحكم المقرر في الفقرة الثانية سواء في المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي أو في تلك المواد المقابلة لها التي لاحظناها في التشريعات الأخرى. والسؤال هو "هل طبيعة الحكم المقرر في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي استثناء من القاعدة العامة التي تقول بتطبيق القانون المحلي أي قانون بلد الفعل الضار أم أنها شرط من شروط تطبيق هذه القاعدة؟ " .

للإجابة عن ها التساؤل نجد هناك خلافاً فقهيّاً فعند الرجوع الى الفقه العراقي حول طبيعة الحكم المقرر في الفقرة الثانية من المادة أعلاه فنرى جانب من الفقه اعتبر ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي هو استثناء من القاعدة العامة التي وردت في الفقرة الأولى من نفس المادة.^(١)

أما الجانب الفقهي الآخر فقد اعتبر الحكم الوارد في الفقرة (٢) من المادة (٢٧) أعلاه يعتبر شرط من شروط تطبيق النص وليس استثناءً على قاعدة أصلية.^(٢) وبناءً على هذا الرأي الفقهي الأخير يشترط لتطبيق القانون المحلي على الفعل الضار الذي ارتكب في الخارج وأقيمت الدعوى هنا في العراق للمطالبة بالتعويض هو أن يكون الفعل غير مشروع أيضاً وفقاً للقانون العراقي أو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار أما في الحالة التي يكون فيها الفعل مشروعاً بالنسبة للقانون العراقي فلا يطبق هنا القانون المحلي (أي قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار) وإن كان الفعل غير مشروع بالنسبة لقانون ذلك البلد.

(١) د. صلاح الدين الناهي (التعليقات الواقعية على متون القوانين الشرعية في العراق، شرح القانون المدني العراقي)، مطبعة المعرفة، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٦٩ ، ود. حسن الهداوي مشاراً اليه في بحث الدكتور رياض القيسي بعنوان (العمل غير المشروع في تنازع القوانين - دراسة مقارنة) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد ١٢ ، السنة العاشرة ، مطبعة عين شمس، ١٩٦٨، ص ٥٨٣. نقلاً عن استاذنا د. فراس كريم شيعان القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير جامعة بابل، ٢٠٠٠، ص ٩٢.

(٢) د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص ٥٨٥ وما بعدها.

وما يؤيد هذا الكلام هنالك جانب فقهي لا يتفق مع هذا الاتجاه الفقهي^(١) والذي يكيف مثل هذا الشرط بأنه استثناء على تطبيق القانون المحلي وبالمقابل يؤيد هذا الفقه رأي أغلبية الفقه^(٢).

والذي منهم فقهاء القانون الدولي الخاص في العراق حيث يرى هذا الفقه بأن هذه القاعدة تمثل شرطاً والذي يمكن بمقتضاه الرجوع الى قانون القاضي وكذلك القانون المحلي للتحقق من عدم مشروعية الفعل المرتكب خارج العراق ، بسبب إمكانية رفع الدعوى أمام القاضي العراقي بموجب هذا النص وعلى هذا الأساس أطلق عليه تسمية شرط ازدواجية عدم مشروعية العمل في قانون القاضي وكذلك القانون المحلي ولتوضيح هذه الحالة يمكن إعطاء المثال الآتي :

فلو أن شخص عراقي قام بدهس شخص عراقي أيضاً بسيارته في تركيا، عندما كان هذا الشخص الثاني يهم بعبور الشارع من منطقة مخصصة للعبور وهنا تعرض لإضرار وكان السائق هنا ملتزماً بالسرعة المحددة والمقررة له وفقاً للقانون التركي ولم يصدر عن هذا السائق أي اهمال وبعدها اتفق طرفا الدعوى على اقامتها امام محكمة عراقية هنا اذا تبين للقاضي الوطني بأن حالة الدهس لهذا الشخص حصلت خارج المنطقة المخصصة للعبور فهنا يعد هذا الفعل ضار وموجباً للمسؤولية التقصيرية وفقاً للقانون التركي لكنه لا يعد كذلك أي الفعل وفقاً للقانون العراقي الذي يلزم الفرد بعبور الشارع في المنطقة المخصصة للعبور فالقاضي الوطني سوف لن ينظر في مثل هذه الدعوى لكون الفعل وإن كان غير مشروع وفقاً للقانون التركي لكنه يعد مشروعاً بالنسبة للقانون العراقي أيضاً^(٣).

فالقاضي الذي ينظر في النزاع سوف يرجع الى احكام كل من القانونين العراقي والتركي كون القانون التركي هو قانون البلد الذي حدث فيه الفعل وذلك للتأكد من مشروعيته ، عليه سيجد القاضي أن الفعل غير مشروع وفقاً للقانون التركي إلا أنه مشروعاً وفقاً للقانون العراقي وعلى هذا الأساس فالقاضي لا يطبق القانون التركي (باعتباره القانون المحلي والذي اشارت اليه قاعدة الاسناد في الفقرة الأولى من المادة ٢٧ منه) وإنما هنا يطبق القانون العراقي وعليه سوف

(١) د. هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨، ص ٣٤٩.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق ، ص ١١٧٧.

(٣) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٤١٩.

يقضي برد الدعوى لعدم توافر الأساس الذي تقوم عليه استناداً للقانون العراقي ، أما إذا وجد القاضي العراقي أن الفعل غير مشروع وفقاً للقانون التركي والقانون العراقي فسوف يطبق قاعدة الاسناد في الفقرة الأولى من المادة أعلاه والتي تقضي بتطبيق القانون المحلي والذي هو هنا القانون التركي.^(١)

وهنا يمكن عدّ الأفعال الإرهابية من الأفعال الضارة التي يطبق بصدها القاعدة العامة والتي تقضي بتطبيق القانون المحلي كونها تعتبر غير مشروعة بكل قوانين العالم أي تطبيق قانون البلد الذي تقع فيه لذلك قيل أن كلاً من الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي هما وجه واحد لقاعدة اسناد مزدوجة والتي توجب الرجوع الى القانون العراقي بغية تحديد مشروعية الواقعة المنشئة للالتزام.^(٢) ونؤيد هذا الرأي لأن طبيعة الحكم المقرر في الفقرة الثانية من المادة أعلاه يأتي شرطاً وليس استثناءً كونه الرأي الراجح .

الفرع الثاني

التأصيل القانوني للقانون المحلي في القوانين الغربية

نكرس دراستنا في هذا الفرع لنبين نماذج من بعض قوانين الدول الغربية والتي اعتمدت على مبدأ اختصاص القانون المحلي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه نتناول في هذا الفرع النظام القانوني الإنجليزي كنقطة أولى ومن ثم القانون الأمريكي كنقطة ثانية ومن ثم نبين موقف اتفاقية روما الثانية لعام ٢٠٠٣ إنموذجاً في نقطة ثالثة وكالاتي :-

أولاً - موقف النظام القانوني الإنجليزي

نلاحظ أن النظام الإنجليزي قد تضمن مبادئ الاختصاص التي تحكم الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) كون قواعد الاسناد الخاصة والمشار إليها في النظام القانوني الإنجليزي تتشابه الى حد ما مع ما هو مقرر في المانيا وفرنسا واليابان والدول العربية المشار إليها سابقاً وهذا ما يمكن أن نستشفه من القاعدتين القضائيتين بالرقم (١٧١ و ١٧٢) كون هاتين القاعدتين مستمدة من السوابق القضائية في مجال تنازع القوانين لأنه كما هو معروف أن النظام القانوني الإنكليزي من النظم التي تعتمد على السوابق القضائية ولا يوجد هنالك قانون مقنن يذكر حيث

(١) استاذنا د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٩٣.

(٢) د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص ٥٧٨.

نصت القاعدة رقم (١٧١).^(١) على أنه " أي فعل قد تم في دولة أجنبية أو كونه يعد ضاراً أو غير ضار كأن يكون ضرراً بموجبه يمكن أن ترفع بشأنه دعوى في إنكلترا يعتمد على الأثر المرتبط مع قانون الدولة التي وقع فيها الفعل (قانون مكان وقوع الفعل الضار) وقانون إنكلترا (بحسبانه قانون المحكمة) أو ظروف استثنائية أخرى يعتمد اثره على قانون دولة أخرى إذا كانت هذه الدولة لها الارتباط الأكثر أهمية مع الحادثة والأطراف " .

و نصت المادة (١٧٢).^(٢) على أنه "١- كقاعدة عامة، فعل تم في دولة أجنبية وكونه فعلاً ضاراً يثير مسؤولية تقصيرية ويكون قابلاً لرفع دعوى في إنكلترا بهذه الصفة ، وذلك فقط إذا كان هذا الفعل الضار يعد كذلك معاً. آ. قابل لرفع دعوى المسؤولية التقصيرية تبعاً إلى القانون الإنجليزي أو بعبارة أخرى يكون فعلاً قد وقع في إنكلترا يثير مسؤولية تقصيرية. ب. قابل لرفع الدعوى بموجب القانون الأجنبي للدولة التي وقع فيها ذلك الفعل. ٢- ولكن القضية

(١) نص القاعدة (١٧١) وفقاً للقانون الإنجليزي

Rule 171

"Whether an act done in forriegen country is or is not atort Li –e. a. wrong for which can action can be brought in England depends up on the combined effect of the Law the country where the act is done (Lex Loci delicit commissi) and the Law of England (Lex fori) or in exceptional circumstances on the Law of another country if this has the most signify cant relation ship with the occurrence and parties"=

نقلاً عن الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج١، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ١٩٩٨، ص١٢٨.

(٢) نص القاعدة (١٧٢) وفق القانون الإنجليزي

Rule 172

1) As a general rule , an act done in a foreign country is atort and actionable as such in England only if it is both

a – actionable as atort according to English Law , or in other words is an act which if done in England, word be atort, and .

b – actionable according to the Law of the foreign country where it was done (2) But aparticular issue between the parties may be govoned by the Law of the country which , with respect to that issue , Has the most signifi cant relation ship .

نقلاً عن د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، المصدر السابق، ص١٢٩.

الخاصة (المعنية) ما بين الأطراف يجوز أن تخضع بموجب قانون دولة وذلك بخصوص تلك القضية الواقعة يكون لها الارتباط الأكثر علاقة مع الحادثة والأطراف".

ومن القاعدتين أعلاه فقد صرح بعض الفقه^(١) بأنه يمكن أن نجد تشابه للنصوص القانونية إلا أن هذا التشابه الملموس لا يتوسع ليشمل التطبيق العملي كونه تشابه شكلي من حيث الصياغة فقط لأن غالبية التشريعات اللاتينية ومن تأثر بها من التشريعات العربية تركز على أن القاعدة العامة والمعمول بها هي تطبيق القانون المحلي أما الاستثناء عليها هو تطبيق قانون القاضي باعتباره القانون الاحتياطي والتكميلي لتحديد القانون الواجب التطبيق.

إما فيما يتعلق بموقف النظام القانوني الإنجليزي فقواعد الاسناد الخاصة بالتنازع تقضي بتطبيق القانون الإنجليزي أي تطبيق قانون القاضي وليس تطبيق قانون محل حدوث الفعل الضار المنشئ للالتزام والرجوع هنا الى القانون المحلي للتأكد من مشروعية أو عدم مشروعية الفعل الذي ارتكب في تلك الدولة ليس إلا^(٢). وأخيراً فالملاحظ على القانون الإنجليزي من خلال نصه للقاعدتين القضائيتين أعلاه أنه قد تبنى اختصاص قانون مكان حدوث الفعل الضار وكذلك تبنى قانون القاضي (Lex fori) وأخيراً تبنى نظرية القانون الملأتم لحكم الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية).

ثانياً – موقف القانون الأمريكي

نجد أن المجموعة الأولى لتنازع القوانين للقانون الأمريكي في الولايات المتحدة الأمريكية وتحديداً في المادة (٣٧٨) والتي تنص على إخضاع الفعل الضار للقانون المحلي أسوة بباقي الدول الغربية^(٣).

(١) د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، تنازع القوانين، ١٩٦٢، ص ٨. نقلاً عن استاذنا د. فراس كريم شيعان، المصدر السابق، ص ٩٥.

(2) Martin wolff private International Law, 2nd, Oxford 1950, P.486.

(٣) المادة (٩/١٠) من القانون المدني الاسباني لعام ١٩٧٤ وكذلك نص المادة (٤٨) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ والمادة (١/٣٢) من القانون الخاص المجري لعام ١٩٧٩ والمادة (٢٥) من القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ والمادة (١٠٧) من القانون الدولي الخاص الروماني ١٩٩٢ والمادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥ . د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ص ٤٠٨.

اذ نصت المادة على أنه "على المحكمة تطبيق قانون المكان الذي حدث فيه الخطأ عندما تواجه قضايا تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن عدد وطبيعة الاتصالات التي تربط الأطراف بالسلطات القضائية الأخرى وعادة مكان الخطأ هو المكان الذي حدثت فيه الإصابة".^(١)

وعلى سبيل المثال هنا محاكم ولاية الاسكا كانت تطبق قبل عام ١٩٦٨ قانون مكان الخطأ على المسؤولية التقصيرية وبطريقة تتناغم مع القواعد الإقليمية والتي اتبعتها المجموعة الأولى لتتنازع القوانين ولكن بعد التاريخ أعلاه اخذت هذه المحكمة بتطبيق ما ورد في المجموعة الثانية لتتنازع القوانين أي تطبيق القانون الأكثر صلة بالحادث بغية تحديد القانون الواجب التطبيق.^(٢)

وهذا كله ما يؤيد الطلب الذي قدمه معهد تقنين القانون الدولي الخاص في الولايات المتحدة الأمريكية بتعميم قاعدة القانون الأكثر ملائمة (Proper Law) وتم الموافقة على هذا الطلب وتحقق للمعهد مبعثه وذلك ما كرسته المادة (٣٧٩).^(٣) من تقنين القانون الدولي الخاص

(1) JAMES A. MESCHEWSKI, CHOICE OF LAW IN ALASKA ASURVIVAL GUIDE FOR USING THE SECOND RESTATEMENT, 1999, P. 3

(2) Marine constr. V. Vessel tim, 434 p.2d 683, 686 (Alaska) 1967. See James A. MESCHEWSKI, Op, cit , p.5.

(٣) نص المادة (٣٧٩) وفقاً للمدونة الأمريكية:

Rwstatent second, conflict of Law, Tentative Draft. No. (1963)

1 – The local Law of the state which has the most significant relation ship with the occurrence and with the parties determines their rights And libilities in – tort .

2 – Imprtant contacte that the forum will consider in determining the state of the most sign ificant relation ship include.

(a) The – Place where the injury occurred.

(b) The – Place where the conduct occurred .

(c) The domicile , nationality , Place in corporation and place of business of the parties, and .

(d) The place where the relation ship if any, between the parties is centred.

3 – In determining the relative importance of the contacts the forum will consider the issues, the character of the tort and the relevant purposes of tort rules in volved.=

في الولايات الأمريكية المتحدة عام ١٩٦٣ اذ نصت المادة على أنه "١- إن القانون المحلي للدولة الذي له العلاقة الأكثر أهمية بالحادثة والأشخاص يقرر الحقوق والمسؤوليات في العمل الضار . ٢- الارتباطات المهمة التي سوف تلاحظها المحكمة عند تقديرها الدولة التي لها العلاقة الأكثر أهمية تشمل آ- المكان الذي وقع فيه الضرر ب- المكان الذي وقع فيه التصرف ج- دولة الموطن أو الجنسية أو مكان التأسيس أو مكان تعاطي الأعمال للطرفين د- مكان العلاقة (في حال وجودها) الذي يتوسط الأفراد ٣- المحكمة عند تقديرها أهمية الروابط النسبية سوف تعد النتائج طبيعة الفعل الضار، والأغراض الملائمة لقواعد المسؤولية التقصيرية المتضمنة".

وعلى غرار نظرية القانون الملائم للعقد فقد اتجه القضاء الأمريكي الى التقرير بعدم ملائمة تطبيق القانون المحلي على علاقات المسؤولية التقصيرية وذلك واضح في قضية (Babcock V. Jackson) لعام ١٩٦٣ كون المحكمة قررت أن من العدل والانصاف تحقيق افضل النتائج فيجب في هذه الحالة إعطاء الفرصة لقانون البلد الذي يعد أكثر صلة بالعلاقة مع الحادثة والأطراف.^(١)

ومما تجدر الإشارة اليه هنا اذ نصت المدونة الامريكية للتنازع غي عام ١٩٧١ على خضوع الأفعال الضارة الى القانون الملائم وهذا ما جسده في المادة (١٤٥) حيث نصت على أنه "إن حقوق ومسؤوليات الأطراف بخصوص تلك القضية المتعلقة بالفعل الضار تتقرر بموجب

= نقلاً عن الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق ص ٣٠٦.

(١) د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شخصاً كان مقيم في مدينة نيويورك دعى صديقه المقيم في نفس المدينة للانضمام معه في القيام بسفرة بعطلة نهاية الأسبوع بسيارته الى كندا والسيارة كانت تحمل لوحات أمريكية والاجازة كذلك صادرة من نيويورك كما أنها مؤمن عليها هناك وبينما كان هذا الشخص يقود سيارته في اونتاريو حصل حادث كان نتيجة لإهمال سائق السيارة وهو المدعي عليه وأدى ذلك الحادث الى إصابة صديقه باضرار شديدة ولما كان قانون ولاية اونتاريو في كندا يتضمن نصاً بموجبة يعفي مالك السيارة أو سائقها من المسؤولية عن الاضرار الشخصية التي تلحق بالمسافر المجاني بينما قانون ولاية نيويورك لا يتضمن مثل هذا النص لذلك قررت محكمة ولاية نيويورك رفضها لتطبيق القانون الكندي الذي لا يسمح بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت الضيف وطبقت قانون ولاية نيويورك.

القانون المحلي للدولة التي يكون لها مع تلك القضية العلاقة الأكثر ارتباطاً بالحادثة والأطراف".^(١)

عليه يتبين هنا أن مبدأ الاختصاص الذي يحكم الفعل في حالات التنازع ذات الطابع الخاص الدولي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق يتبلور هنا بمفهوم مبدأ اختصاص القانون الملائم أي القانون الأكثر صلة بالواقعة.

ثالثاً – موقف اتفاقية روما الثانية لعام ٢٠٠٣

نبين هنا موقف نظام البرلمان الأوروبي وكذلك المجلس الأوروبي كونه تبنى مبادئ اختصاص تشريعية متعددة بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية.^(٢) فمثلاً ما جاء في المادة (٣) الفقرة الأولى من الفصل الثاني قد تضمنت (مبدأ اختصاص القاعدة العامة) ألا وهو قانون البلد الذي يقع فيه الضرر أو ينشأ فيه أو من المحتمل أن ينشأ فيه.^(٣)

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة أعلاه تضمنت مبدأ اختصاص قانون الوسط الاجتماعي حيث نصت على انه " وعلى كل حال وعندما شخص يطالب لكونه مسؤولاً، وأن الشخص قد وقعت عليه اضرار فكلهما (صاحب الضرر والمتضرر) لهما مكان مسكن معتاد في تلك الدولة التي يقع فيها الضرر، فإن الالتزامات غير التعاقدية في هذه الحالة تكون محكومة بموجب قانون ذلك القطر".^(٤)

(١) نص المادة (١٤٥) وفقاً للمدونة الأمريكية للتنازع لعام ١٩٧١.

Restatement (Second) conflict of Law (1971)

The place of injury , The place of conduct, residence, antinationality, place of incorporation and place of business of the parties. As well as the place where the relation ship , if any , between the parties is centred.

نقلاً عن د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٢) اتفاقية روما الثانية التي تحمل العدد (RomII) com/2003/0427 find – CoD 2003/0/68/.

منشورة على الموقع الالكتروني

<http://eur-Lex.europa.eu/Lex uriserv/site/en/com/2003/com2003, 0427en01.pdf>.

(٣) منشور في الموقع الالكتروني

<http://eur-Lex.europa.en/Lex uriserv/site/en/com/2003/com2003, 0427en01.pdf>.

(٤) نص الفقرة ٢ من المادة ٣ من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٣

يتبين من هذه الفقرة أنه إذا كان مرتكب الفعل الضار وكذلك المتضرر يسكنون مسكن معتاد في بلد واحد فإن قانون ذلك البلد هو الذي يطبق بشأن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار كذلك نذكر ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة آنفة الذكر حيث نصت على أنه "برغم الفقرات ١ و ٢ السالفة الذكر عندما يكون واضحاً من ظروف القضية بأن الالتزامات غير التعاقدية هي من الوضوح بمكان تعد متعلقة أو متصلة بصورة أكثر مع دولة أخرى ، فإن قانون تلك الدولة الأكثر علاقة يكون واجب التطبيق، إن الأفعال الأكثر علاقة والأكثر وضوحاً مع دولة أخرى يمكن أن يؤسس على وجه التحديد على علاقات تسبق هذا الالتزام ما بين الأطراف مع ذلك مثلاً العقد الذي هو أكثر ارتباطاً مع الالتزامات غير التعاقدية موضوع المسألة".^(١)

2 – However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country when the damage occurs the non – contractual obligation shall be governed by the Law of that country.

الموقع الإلكتروني

<http://eur-Lex.europa.eu/Lex uriserv/site/en/com2003/com/2003,0427en01.pdf>.

^(١) نص الفقرة ٣ من المادة ٣ من اتفاقية روما الثانية لعام ٢٠٠٣

3 – Not with standing paragraphs 1 and 2 , where it is clear form all the circumstances of the case that the non – contractual obligation is manifestly more closely connected with another country, the Law of that other country shall apply a manifestly closer connection with another country may be based in particular on a pre – existing relation ship between the parties , such as a contract that is closely connected with the non – contractual , obligation in question.

الموقع الإلكتروني

<http://eur-Lex.europa.eu/Lex uriserv/site/en/com/2003/com2003,0427en01.psf>.

المبحث الثاني

مضمون تطبيق القانون المحلي

تتضمن معظم التشريعات وعلى نحو ما اشرنا اليه سلفاً نصوصاً تقضي بسرمان (قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).^(١) أو (قانون الدولة التي وقع فيها السلوك الذي سبب الضرر).^(٢) أو (قانون المكان الذي ارتكب فيه العمل).^(٣) وأخيراً (قانون المكان الذي حدث فيه العمل الذي نشأت عنه الالتزامات غير التعاقدية).^(٤) وذلك كله بغية تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأفعال الضارة حيث درجت هذه التشريعات المقارنة على استخدام هذه التعبيرات بإرادتها لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات المسؤولية المدنية وبصفة عامة، وكذلك في نطاق المسؤولية عن الاضرار المترتبة عن التلوث البيئي بصفة خاصة.^(٥)

وقد أجمع القائلين على تطبيق القانون المحلي في حالات التنازع كقانون واجب التطبيق كونه يحقق نوعاً من التوازن ما بين حقوق ومراكز الافراد في مختلف الأوطان بسبب تطبيق قانون الدولة أو البلد على مختلف الأضرار، وكذلك الحوادث والتي تقع في إقليمه كذلك سيتم تطبيق القانون المحلي بالسهولة والبساطة فتطبيقه على المسؤولية التقصيرية يمثل في حقيقته توافقاً وتناغماً مع المنطق السليم بالمقارنة مع تطبيق غيره من القوانين الأخرى والتي يمكن أن تتنازع فيما بينها لحكم هذه العلاقة فضلاً عن تلبية الحاجة الأمنية داخل الدولة بسبب أن تطبيق قانون محل أو مكان الفعل الضار على المسؤولية التقصيرية يقتضية هنا البعد البوليسي وكذلك الأمني للدولة التي وقعت فيها تلك الاضرار.^(٦)

(١) ينظر على سبيل المثال نص م ٢٧ من القانون المدني العراقي ونص المادة ١/٢١ مدني مصري.

(٢) ينظر على سبيل المثال نص م ٤٨ من القانون المدني النمساوي .

(٣) ينظر على سبيل المثال نص م ٢٥ من القانون الدولي التركي .

(٤) ينظر على سبيل المثال نص م ٩/١٠ من القانون المدني الاسباني .

(٥) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٤٥.

(٦) د. محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

٢٠٠٩، ص ١٩٧-١٩٨. د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول

(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٢٢.

وبالرغم من هذا كله فنلاحظ أن غالبية التعبيرات والألفاظ المشار إليها آنفاً على القانون المحلي أن هذه الألفاظ يعترئها الغموض وكذلك عدم التحديد وخاصة إذا ما كان السلوك أو النشاط الخاطئ قد ارتكب بدولة ولكن حصل الضرر في دولة أخرى .

مع الأخذ بالحسبان أن كلا اللفظين (النشاط أو السلوك الضار، النتيجة أي الضرر) ينصرفان لغة إلى كل ما يعمل أو يمكن أن يعمل الإنسان وبمعنى آخر أن العمل قد يحمل على أنه السلوك أو يحمل على أنه اثر العمل أو النتيجة المترتبة على هذا السلوك.^(١)

وعلى هذا الأساس فإن تطبيق قانون مكان وقوع الضرر يواجهه صعوبات أو مشاكل أبرزها هي حالة توزيع عناصر الضرر على إقليم دول متعددة كحاله وقوع الفعل الضار في دولة معينة ومن ثم يترتب الضرر الناجم على ذلك الفعل في دولة أخرى، إضافة إلى أن قانون المحل أو مكان وقوع الضرر له نطاق محدد ومعين يدور فيه حيث يحكم هذا القانون أركان المسؤولية إضافة إلى آثار هذه المسؤولية لكن بالرغم من ما يحتمل هذا القانون من مبررات واعتبارات الداعية لتطبيقه لمعرفة القانون الواجب التطبيق فقد وجه إليه بعض الانتقادات من الفقه المعاكس لتطبيقه.

عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نبحت فيه مسوِّغات تطبيق القانون المحلي ومشكلاته على الأعمال الإرهابية والثاني نبحت فيه نطاق تطبيقه وكالاتي :-

(١) أما في مجال المسؤولية عن مزار التلوث البيئي العابر للحدود مثلاً يحدث أن يتم تلويث المياه أو الهواء في إقليم دولة معينة بفعل نشاط معين زراعي أو صناعي أو عسكري وتلحق الاضرار من جرائه بصحة الأشخاص أو ممتلكاتهم الكائنة في دولة أو دولاً أخرى، فبالنظر إلى مكان وجود النشاط المحدث أو المتسبب في التلوث غالباً ما يوجد في دولة بينما يلحق الضرر الناتج عنه بالأشخاص والممتلكات المتواجدة في إقليم دولة أو دولاً أخرى، مشار إليه في تنازع القوانين . د. جمال الكردي، ص ٥٤٦، هامش ٦٠٨.

المطلب الأول

مسوّغات ومشكلات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية

إذا كانت الالتزامات غير التعاقدية والناشئة عن العمل الإرهابي تخضع وفق القاعدة السالفة الذكر للقانون المحلي لكن تحديد المقصود بهذا القانون قد يشير الى بعض الصعوبات أو المشكلات فهناك فريق^(١) يرى أن خضوع الأعمال الإرهابية لقانون محل وقوعها يعتبر كنتيجة منطقية للصلة الوثيقة والتي تربط هذه الاعمال التي تقع بإقليم بلد ما بحياة مجتمع هذا البلد وكذلك نظامه فالفعل الذي يقع في إقليم بلد معين إنما ينعكس أثر هذا الفعل على مجتمع هذا البلد وعليه فقانون هذا المجتمع أكثر القوانين قدرة على تحديد الأثر الذي يتأسس على هذا الفعل الضار بالنسبة لمجتمع هذا البلد، كذلك الحال فإن قانون هذا البلد الذي وقع فيه الفعل الارهابي بكونه معروفاً من قبل كافة الأطراف فمن الطبيعي هنا أن يحكم هذا القانون سلوكهم فتطبيق قانون مكان أو محل وقوع الفعل الضار يعد نتيجة كون هذا القانون أكثر ملائمة للعلاقة الدولية الخاصة عليه فلا توجد صعوبة أو مشكلة في تحديد هذا القانون إذا وقع العمل الضار وتحقق الضرر في إقليم بلد واحد بسبب أن دعوى التعويض هنا تخضع لقانون بلد القاضي^(٢).

لكن في نفس الوقت قد يثير قانون محل حدوث العمل الارهابي والمنشئ للالتزام مشكلات عديدة بسبب عدم كفاية النصوص القانونية لحكم الكثير من حالات المسؤولية على الفعل الضار وكذلك عدم قدرته على حل هذا التنازع المتعلق بالمسؤولية فقد يتبين أحياناً أن العمل الارهابي يتوزع في عدة دول ينتج عنه عدة أفعال تم ارتكابها في بلدان عدة أو يقع هذا الفعل الضار في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لأي بلد كما لو وقع على ظهر سفينة في عرض البحر أو تحطم طائرة في الفضاء الجوي^(٣).

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣٥٢.

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهاوري ٢٠١٥، ص ١٩٤.

(٣) د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، مكتبة الجامعة، اثناء للنشر والتوزيع ٢٠٠٨، ص ٤٧١-٤٧٢.

عليه سوف نبحث في هذا المطلب المبررات والاعتبارات التي أدت الى تطبيق القانون المحلي على الاعمال الارهابية ومن ثم نبحت في أهم الصعوبات والمشاكل عند تطبيق هذا القانون وبهذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نبحت في الأول مسوغات الأخذ بالقانون المحلي ومن ثم نبحت في الفرع الثاني مشكلات تطبيق القانون المحلي وكالاتي :-

الفرع الأول

مسوغات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية

إن الاجماع الفقهي حول تبني قانون محل وقوع الفعل الضار (اختصاص القانون المحلي) لم يأت من فراغ فلم يعتمد فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة لتبرير اختصاص القانون المحلي لحكم حالات الالتزامات غير التعاقدية إلا على الرابطة أو الصلة الطبيعية الموجودة بين الفعل المادي وقانون مكان أو محل وقوع الفعل.^(١) وإنما استند الفقه الى اعتبارات ومسوغات شتى فمن ناحية هناك اعتبار فني وخلاصة هذا أن مادة المسؤولية عن الفعل الضار لا تقوم هذه على أي عنصر موضوعي يمكن الإقلاع منه لتركيز الرابطة التي تنشأ عن هذه المسؤولية في هذا المكان ومن ثم لنتمكن التعرف على القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية.^(٢)

فإذا كان مثلاً عنصر الأطراف يلعب دور مهم في خصوص تحديد ضابط الاسناد في مسائل الأحوال الشخصية وكذلك بالنسبة الى عنصر المحل يلعب الدور نفسه في مسائل الأموال عليه لا بد من اعتبار عنصر السبب أو ما يسمى الواقعة القانونية كونه العنصر الذي يشكل مركز الثقل في تحديد المسؤولية عن العمل الارهابي بحيث يكون هنا مكان أو محل حدوث هذا السبب هو الضابط المعتبر في تركيز المسؤولية وعليه يكون قانون المحل هو القانون الملائم لحكم النظام القانوني لهذه المسؤولية.^(٣)

(١) بحث ودراسة عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، استشارات قانونية مجانية منشورة على موقع ص ٥

الزيارة ٢٠٢١/٣/٣١ <https://www.mohomah.net/Law/>

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٢.

(٣) ينظر BATIFFOL and LAGRDE الجزء الثاني، طبعة ١٩٨١ ، ص ٣٣ وما بعدها. مشار اليه في

د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٣.

وبعبارة أخرى أن مكان أو محل حدوث الواقعة القانونية أو السبب يعتبر هو العنصر الذي يشكل مركز الثقل في خصوص المسؤولية عن العمل الارهابي وبالتالي من المنطقي أن يكون هذا المكان هو المعتبر في توطين وكذلك تركيز المسؤولية وبالتالي يكون قانون هذا المحل أو المكان هو القانون الملائم لحكم النظام القانوني لعلاقة المسؤولية.^(١)

إن السبب في تبني ضابط مكان وقوع الواقعة المنشئة للالتزام وذلك لإسناد المسؤولية التقصيرية ذات الطابع الدولي الى قانون مكان أو محل وقوع العمل الارهابي بسبب أن التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية والمشوبة بالعنصر الأجنبي والمترتبة كذلك على الالتزام غير التعاقدي يكون هنا بالاستناد الى مصدرها أو الاستناد على واقعها المنشئة فمحل أو مكان حصول الواقعة المنشئة للالتزام يعتبر عنصر من عناصر التركيز في العلاقة ويعتبر كذلك مركز الثقل في العلاقة الدولية الخاصة والتي تتطوي على المسؤولية عن الفعل الضار وبالنتيجة يتم التركيز الموضوعي لهذه العلاقة في بلد محل حصول الواقعة المنشئة للالتزام وإسنادها كذلك إلى قانون ذلك البلد باعتباره القانون الأكثر ملائمة وصلة لحكم النظام القانوني للمسؤولية عن العمل الارهابي وكذلك لأنه قانون الوسط الاجتماعي أو ما يسمى البيئة الاجتماعية للواقعة المنشئة للالتزام وما يعزز كلامنا هذا عن المبرر الذي استند عليه هذا الفقه هو أن ضابط محل وقوع الفعل الضار يعتبر من الضوابط الراسخة والتي ظهرت في فقه نظرية الأحوال الإيطالية كما مر ذكرها سابقاً واستقر العمل عليها في جميع النظريات اللاحقة فكما هو معروف أن الالتزام هو رابطة قانونية وليس من السهولة توطين أو تركيز هذا الالتزام موضوعياً إلا عن طريق مصدره ويتم ذلك بالخصوص في محل حدوثه كذلك من المسلمات أن العمل الإرهابي هو إخلال بالالتزام قانوني سابق ألا وهو عدم الاضرار بالغير كون وقوعه يلحق ضرراً بالمجتمع والدولة التي وقع فيها وهذا ما يخل بقواعد الأمن المرعية في هذه الدولة فمن المنطقي وكذلك المعقول إعطاء الاختصاص لقانون تلك الدولة لحكم قواعد المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار باعتبار أن هذه الدولة هي احق من غيرها في حكم مجتمعا.^(٢)

(١) د. حمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٥٤٣.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦، ص ٤١٦.

إن اسناد المسؤولية غير التعاقدية الى القانون المحلي يعتبر أمراً طبيعياً لأنه ليس بالإمكان تركيز العلاقة القانونية في هذا الجانب لا بحسب موضوعها بحيث يمكن اخضاعها للقانون الإقليمي كون هذا الموضوع هو حق دائنية والديون تقترب عن الأموال المادية ولا تحسب كذلك بحسب أطرافها كونها علاقات تتصل بأمور مالية ولا تتعلق بالأفراد الا بطريقة غير مباشرة عبر تصرفاتهم وكذلك افعالهم ولهذا يجب أن يكون تركيزها بحسب سببها المنشئ أي الواقعة القانونية التي تولدها.^(١)

كذلك يرى بعض الفقه ان اخضاع الأفعال القانونية لقانون محل وقوعها انما هو كنتيجة منطقية وطبيعية للصلة والعلاقة الوثيقة التي تربط الأفعال والتي تقع في إقليم بلد ما بحياة مجتمع هذا البلد ونظامه كون الفعل الذي يقع في إقليم بلد معين انما يعكس اثره على المجتمع ومن ثم فإن قانون هذا المجتمع يعتبر أكثر القوانين قدرة على تحديد الأثر الذي رتبته هذا الفعل بالنسبة لمجتمع هذا البلد كذلك يمتاز قانون البلد والذي فيه العمل الارهابي بكونه قانون معروف من كافة اطراف النزاع وعليه فمن الطبيعي أن يحكم سلوكهم.^(٢)

كذلك ذهب بعض الفقه الى أن مكان وقوع الضرر يحقق مختلف المصالح عند تطبيقه قانونه أي تطبيق قانون هذا المكان فهو يحقق المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق، كذلك ينطوي مكان وقوع العمل الارهابي على سهولة في الاثبات والتحقق وغالباً ما يكون القضاء المختص لفصل هذا النزاع هو قضاء محل وقوع الفعل الضار لذلك فيتوحد الاختصاصان التشريعي والقضائي مع الإيجابية في ذلك، كذلك يمكن القول أن الفعل الجرمي وشبه الجرمي هو نتيجة للإخلال بنظام قانوني في مجتمع معين وعندما يفرض ذلك النظام قواعد سلوكية فيتجاوزها مرتكب الفعل تترتب هنا المسؤولية عند اكتمال عناصرها فمن الطبيعي هنا لمعرفة هنالك تجاوز لقواعد السلوك هذه أو اكتمال العناصر المولدة للمسؤولية فهنا يجب الرجوع الى قانون مكان حدوث العمل الارهابي المحرك لهذه المسؤولية.^(٣)

(١) باتيفول ، بند ٢٨٥، ص ٣٣٣-٣٣٤ . أشار اليه د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٤٩٠.

(٢) د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٩٥-١٩٦.

(٣) د. سامي بديع منصور ود. نصري أنطوان دياب ود. عبدة جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٥٨٦.

كذلك من التبريرات التي يردّها الفقيه (Batiffol) لتطبيق القانون المحلي بأنه اعتبره نتيجة طبيعية لنظرية تنازع القوانين إذ تقوم هذه النظرية على التركيز المكاني للعلاقات ذات الطابع الدولي كونه يرى هذا الفقيه بأن تركيز العلاقة الناجمة عن العمل الضار يجب أن يتم بالنظر الى سببها المنشئ وذلك بتحديد المكان أو المحل الذي وقع فيه الفعل الذي قامت عليه العلاقة كون عنصر الأطراف لا يكفي لتركيز هذه العلاقة كون هذا العنصر لا يتصل إلا بشكل غير مباشر كذلك بالنسبة لعنصر الموضوع فهو قليل الجدوى في تركيز العلاقة بسبب عدم ضبط حدوده من الناحية المكانية.^(١)

و ذهب الفقه الى أن تطبيق القانون المحلي يحقق التوازن بين مصالح الأطراف كونه يتفق وحماية التوقعات المشروعة للأطراف، فمن يوجد في إقليم بلد معين ويقوم هذا الفرد بتصرف أو يرتكب عملاً إرهابياً فهو يقوم بهذا التصرف وفقاً لقوانين البلد المتواجد فيه فعليه احترام قوانين المكان المتواجد فيه ومن الطبيعي هنا يتوقع تطبيقها عليه دون أي قانون آخر ولاسيما هنا إذا كانت هذه القوانين أمراً كالقوانين التي تنظم الاضرار عن المسؤولية وهنا يتحقق التوازن للطرفين.^(٢)

ومن المبررات أيضاً لتطبيق القانون المحلي بأنه يحقق التوازن بين الأطراف كون تطبيق قانون وقوع الجرم أو شبه الجرم يحقق العدالة بين حقوق مرتكب العمل الإرهابي والضحية لأنه يعتبر (مكان وقوع الفعل) ضابط الاسناد الحيادي الوحيد مقارنة مع ضوابط الاسناد الأخرى مثل جنسية الضحية أو الفاعل وحتى مكان اقامتهما فمن العدالة أن يحاسب المذنب حسب القانون الذي ارتكب في كنفه جرمه، كذلك فإن هذا القانون وحده الذي يحدد شروط هذه المسؤولية ونطاقها من أجل حصول الضحية على التعويض المناسب حسب هذا القانون ووفقاً للمركز القانوني الذي يمنحه هذا القانون للمسؤولية.^(٣)

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤١٠.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ص ٤٠٩.

(٣) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٢١٣.

إن تحقيق التوازن بين الأطراف والذي يحققه هذا القانون ، فالتوازن هذا لا يحدث إلا إذا أخضعت كافة الوقائع المادية هذه والتي تحصل في مكان معين الى قانون ذلك المحل أو المكان فالقانون الذي يعتمد مفهوماً محدداً في توزيع المخاطر مثلاً في حوادث السير بين المشاة والسائقين فلا يكون من معنى لوصفه إلا إذا كان هذا القانون عاماً يشمل كل الإقليم عليه فيتطلب من المشاة والمارة الحكمة والتبصر وبالمقابل يتطلب من السائقين الحذر والحيطة وهذا التوازن والعدالة لا يمكن الوصول إليها إلا إذا كان للقانون الذي يهدف الى التوازن تطبيق شامل في حدود إقليم الدولة كلها.^(١)

حيث ذهب الفقيه (Batiffol) في أحد مبرراته لتطبيق القانون المحلي إلى أن تطبيقه يستجيب الى الرغبة في تحقيق التوازن المطلوب سواء بين حقوق المسؤول والمضرور كون أحكام المسؤولية التقصيرية من ناحية تهدف الى فرض مفهوم معين للحرص وكذلك الحيطة اللازمة والتي يجب على الافراد جميعهم مراعاتها ومن ناحية أخرى فإن احكامها تهدف الى توفير الثقة المتطلبة في حماية القانون لكل شخص أصابه ضرر نتيجة عدم اتخاذ الحيطة والحرص التي يفرضها القانون على الجماعة ولا يأتي هذا المفهوم الخاص من الحرص والحيطة في كفه والثقة التي تزرعها بالأفراد في كفة ثانية إلا بتطبيق القانون الذي وقع الفعل في ظله.^(٢) ومن زاوية أخرى فإن مسوّغ اختصاص القانون المحلي كونه متفقاً مع توقعات الأطراف المعنية بالأمر وتفسير هذا بأن الشخص الذي يقيم في بلد معين ويقوم بتصرف ما فإنه يعلم جيداً أنه يخضع للقوانين السارية في هذا البلد ومن ثم هنالك مغبة تحصل لهذا الفرد وكذلك الغاء جميع توقعاته المشروعة إذا ما قام بتصرف وخضع الى قانون بلد آخر.^(٣)

ومن زاوية أخرى أيضاً إن لتطبيق القانون المحلي اعتبار قانوني يمثل بمبدأ الإقليمية كون الأصل في تطبيق القوانين هي الإقليمية، فالقانون الذي تشريعه الدولة يسري على كل الأشخاص والأشياء والوقائع داخل اقليمها فمن الطبيعي إذن ينطبق ويسري على الأعمال الارهابية والمرتبكة

(١) د. سامي ربيع منصور ود. نصري أنطوان دياب ود. عبدة جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، المصدر السابق، ص ٥٨٧.

(٢) د. هشام على صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، منشأة المعارف الإسكندرية، ص ١٩.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي، المصدر السابق، ص ٩.

في كنفه أي يسري على هذه الأعمال قانون الدولة التي ارتكب على إقليمها وإن ما يدعم مبدأ الإقليمية لاسيما في مسألة المسؤولية المدنية مسوغات شتى تتصل بواجب الدولة في كفالة الأمن والاستقرار لكل الأفراد المتواجدين على الإقليم الوطني وهذا ما أكدته المادة (١/٣) من القانون المدني الفرنسي بقولها " إن قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم " فكان لدولة مكان وقوع العمل الارهابي مصلحة مشروعة في سريان قانونها وهذا الجذب الإقليمي يدعم الاختصاص القضائي فإنه يكون للدولة التي حصل فيها الفعل الضار.^(١)

وبعبارة أخرى فهذه الزاوية القانونية تدعم الأخذ بالقانون المحلي في نطاق المسؤولية المدنية هو لتحقيق أمران الأول: المصلحة المشروعة للدولة التي يقع فيها العمل الارهابي في تطبيق قانونها على هذه المسؤولية لأن من واجب الدولة هو أن تكفل الأمن والاستقرار لكل الأفراد المتواجدين على إقليمها والأمر الثاني : بالنسبة للاختصاص القضائي بشأن دعاوى المسؤولية عن العمل الارهابي فإنها عادة ما تثبت لمحاكم الدولة التي وقع على إقليمها هذا العمل.^(٢)

كذلك إن تطبيق القانون المحلي على المسؤولية الناشئة عن الاعمال الارهابية تركز على مبدأ الإقليمية وبمعناه الواسع وهذا معناه أن سيادة الدولة على إقليمها توجب أن تخضع كل الأفعال الضارة والتي تقع على إقليمها لقانونها وكذلك يرجع الى هذا القانون لما يترتب من آثار قانونية على ما يحدث من وقائع مادية تحت سلطته ويبرر (Bartin) تطبيق القانون المحلي هو أن قواعد المسؤولية التقصيرية تدرج تحت قوانين الامن المدني والبوليس والمعروف أن تلك القوانين تهدف الى المحافظة على النظام في إقليم كل دولة وأن توفير الأمن الذي يحتاجه الأفراد لا يكون إلا بأن تحظى قواعد المسؤولية بتطبيق عام وعلى كل الوقائع الجنائية التي ترتكب على هذا الإقليم وبغض النظر عن جنسية أو موطن المسؤول أو المضرور وعلى هذا الأساس فالقانون المحلي بالنسبة للمسؤولية المترتبة عن الاعمال الارهابية يدخل كنص من النصوص الآمرة للأمن المدني كون هذا النص يهدف الى تأمين الافراد بشأن اقامتهم بمنع إرتكاب أي

(١) VANDER FLST القانون الدولي الخاص البلجيكي، ج١، ص٢١٦. مشار اليه د. احمد عبد الكريم سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص١١٧٣، هامش ٢٢.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، أصول المرافعات المدنية الدولية، ص١٥٧، مشار اليه د. احمد عبد الكريم سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص١١٧٣، هامش ص٢٤.

أعمال ضارة ضدهم فإن ارتكبت مثل هذه الأعمال ألزم مرتكبها التعويض وعليه فالقانون المحلي المختص في مثل هذا الفرض أي القانون الذي يفرض الجزاء والفصل في التعويض هو قانون المكان أو المحل الذي خولف فيه الأمر بالامتناع عن القيام بالأعمال غير المشروعة.^(١) بقي أن نشير أخيراً إلى أن أحد مسوغات تطبيق القانون المحلي هو الأساس الأخلاقي والذي يركز عليه التزام المسؤولية بالتعويض للمضروور من جراء سلوكه الخاطئ فهذا الأساس يبرر الرجوع على المسؤول في شأن التعويض لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام وتأكيداً لهذا الكلام هو أنه إذا كان السلوك المخالف للقاعدة القانونية في نفس الوقت يتضمن مخالفة لقواعد الاخلاق فإن المعمول عليه في هذه المسؤولية القانونية إنما هو مخالفة للقاعدة القانونية كونها هي التي تستتبع الجزاء القانوني.^(٢)

وفي النهاية يمكن القول أن ما يبرر تطبيق القانون المحلي يمكن القول هنا بأن الدولة ليست حرة في رد الأجانب عن بلادها وكذلك ابعادهم دون قيد أو شرط بل على العكس عليها ان تلتزم بفتح أبوابها أمام الأجانب وتعاملهم كما تعامل الوطنيين والمحافظة على حياتهم وتأمين اقامتهم ومن ثم ترتب المسؤولية المدنية على ما يصيبهم وبالمقابل وحتى تستطيع الدولة أن تقوم بكل ما ذكر فيجب أن تطبق عليهم جميع الأنظمة المحلية والقواعد القانونية التي وضعتها وذلك للوصول الى غايتها الأساسية هي المحافظة على سيادتها وكذلك حماية الوطنيين القاطنين على اقليمها.

الفرع الثاني

مشكلات تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية

لا يثير اختصاص قانون محل أو مكان وقوع العمل الارهابي أي مشكلة إذا ما وقع كل من الفعل والضرر في مكان أو محل واحد كأن يقوم شخص بعمل إرهابي الا وهو إطلاق النار على شخص آخر بمحفل عام فيرديه قتيلاً وذلك لإثارة الذعر عند المواطنين لكن الصعوبة أو المشكلة تظهر عندما يختلف وقوع العمل الارهابي عن محل تحقق الضرر أو ما تسمى النتيجة الجرمية أولاً أو يقع العمل الضار في محل لا يخضع لأي سيادة ثانياً ، عليه سوف نقسم

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي ، المصدر السابق، ص ٧.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ٢ في الالتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الاحكام العامة، ط ٢، مطبعة السلام ، القاهرة ١٩٨٨، ص ٣.

هذا الفرع الى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى توزيع عناصر الأسناد بين أكثر من دولة أما الفقرة الثانية فسنبحث فيها غياب عناصر الأسناد الى دولة محددة وكالاتي :-

أولاً - توزيع عناصر الاسناد بين أكثر من دولة

يوماً بعد يوم تتزايد الحالات والتي تتمثل في وقوع الاعمال الارهابية في بلد يختلف عن البلد الذي حصلت فيه النتيجة الجرمية ومن الأمثلة على ذلك نشر مواد ضارة وخطرة وذلك عن طريق ارسالها من دولة الى عدة دول أخرى وكمثال كإحالة المنافسة غير المشروعة المرتكبة بحق أحد التجار المتواجدين في دولة أخرى.^(١)

وأيضاً التشهير عن طريق الصحافة أو التلفزيون أو الراديو أو عن طريق الانترنت بحيث يقع هذا العمل الارهابي في مكان ويقع الضرر في كل دولة يتم فيها نشر الصحف وتوزيعها وأيضاً في كل مكان يصل اليه البث التلفزيوني وفي كل مواقع الانترنت التي في جميع أنحاء العالم.

وما تجدر الإشارة اليه هو أن حالات جرائم التلوث تشكل مجاًلاً خصباً لتنازع القوانين بين الدول والتي يحصل فيها رمي للمواد الملوثة والدول التي يقع فيها الضرر كجريمة التلوث التي يرتكبها مصنع قائم على ضفاف نهر دولي وذلك بإلقاء نفاياته فيه فيلحق هذا ضرراً بالدول التي يمر بها أو كجريمة التلوث البحري بمادة (الهيدروكربيد) والتي تخلفها سفن نقل البترول سواء عند غرقها أو بسبب تسرب البترول منها أو وضع قنبلة زمنية في طائرة وانفجارها في دولة أخرى ومن الأمثلة على ذلك هو التلوث الي يسببه انفجار نووي في احدى المراكز النووية وما يخلفه هذا الانفجار من انتشار للإشعاعات النووية في عدة دول وتستمر نتائجه بالظهور على مدى سنوات طويلة كالانفجار الذي حدث في تشرنوبيل في التسعينات وبالتالي ألحق ضرراً بالدول الاسكندنافية بشكل خاص.^(٢)

(١) د. بيشوف " المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص " أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٩ - ١٩٧١ ، ص ٥٣ . نقلاً عن د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(٢) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢١٨.

وفي أغلبية هذه الحالات يقع الخطأ في عدة أماكن كجريمة التشهير مثلاً يستمر وقوع الفعل الضار في جميع الدول التي يبيت فيها البرنامج التلفزيوني أو جريمة التلوث فقد يقع الفعل المنشئ للالتزام في كل دولة تنتشر فيها المادة الملوثة فما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالات ؟

وبعبارة أخرى يمكن القول أن العمل الإرهابي قد تنقسمه مجموعة من الدول فقد يقع الفعل في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى فعلى سبيل المثال يكون التخطيط للفعل الضار في دولة ثم بعد ذلك يتم الاستعداد والتحضير له من مستلزمات هذا الفعل وأدواته في دولة أخرى وبعد ذلك يتم التنفيذ في دولة ثالثة ، هكذا تتوزع المسؤولية المترتبة على هذا العمل الضار على هذه الدول طالما كانت علاقة السببية ما بين العمل الأول (المنشئ للالتزام) وحدث الضرر متحققة.^(١)

وعليه يثار التساؤل عن كيفية تحديد هذه الدول التي تعتبر محلاً أو مكاناً لوقوع هذا العمل الإرهابي وما هو القانون الذي يطبق هل هو قانون الدولة التي وقع فيها العمل الأول المنشئ للضرر أم قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن الفقه اختلفوا في حل هذا التساؤل فمنهم من ذهب إلى الأخذ بقانون محل وقوع الفعل الأول (المنشئ للالتزام) حتى وإن كان ذلك الفعل متمثلاً بالخطأ وهذا هو حال الفقه الفرنسي.^(٢) أما الفريق الآخر فقد ذهب إلى الاعتداء بقانون المحل الأخير لوقوع الضرر ولهذا سوف نبحث في الرأيين على النحو الآتي :

الرأي الأول / قانون مكان الفعل الضار

ذهب هذا الفريق المؤيد لقانون محل وقوع العمل الإرهابي كون قواعد قانون محل وقوع الفعل تهدف إلى وقاية مجتمع الدولة من الأفعال أو الأعمال الضارة التي تقع في إقليم هذه

(١) د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ١٢٧.

(٢) د. هشام على صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٢، منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٧٦٩. مشار إليه د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٢٧.

الدولة وكذلك تهدف قواعد هذا القانون الى منع الأفعال التي تخل بأمن المجتمع قبل أن تهتم بتحديد التعويض اللازم عند حصول هذه الأضرار الناجمة عن الاعمال غير المشروعة.^(١)

كما يضيف الدكتور جابر جاد عبد الرحمن.^(٢) بأن بعض الفقهاء اللذين ذهبوا بهذا الرأي بسبب أن القانون المحلي بالنسبة للمسؤولية المدنية الناشئة عن الاعمال الارهابية يتدخل هنا باعتباره نص من نصوص الأمن المدني الآمرة كون هذه النصوص ترمي الى تأمين حياة الناس وإقامتهم وذلك بمنع ارتكاب الأفعال الضارة غير المشروعة ضدهم فإن ارتكبت مثل هذه الأفعال وجب على مرتكبيها التعويض وعليه فإن القانون المحلي المختص في مثل هذا الفرض بتقرير الجزاء والفصل في التعويض هو قانون المحل أو المكان الذي خولف فيه الأمر بالامتناع عن إتيان الفعل الضار وبالرغم من الخطر الوارد فيه، أما قانون البلد الذي حدث فيه الضرر أو انتشر فيه فليس له أي صفة في الفصل بالتعويض ولا أثر له في تحديد اركان المسؤولية لأن نصوصه الخاصة بالأمن المدني ليست هي التي انتهكت وحدث الضرر في اقليمها قد يكون لأسباب مستقلة عن أرادة فاعل الجرم ويمكن أن تكون الجريمة المدنية مصاحبة لجريمة جنائية فهنا العبرة تكون بتحديد محل ارتكاب هذه الأخيرة هو دائماً محل أو مكان ارتكاب الفعل المعاقب عليه ولا أهمية تذكر لمحل الضرر، عليه فيبدو من الغريب أن نركز القانون المحلي والذي يحكم الفعل المنشئ للضرر وكذلك يحدد تعويضه في مكان أو محل غير المكان الذي حدث فيه الفعل المعاقب عليه وإذا فرض أن المحكمة الجنائية قد فصلت في الجريمة الجنائية وبعد ذلك رفع الأمر للمحكمة في نفس الوقت مستقلاً للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ظهر في الخارج هنا كيف تستطيع هذه المحكمة التوفيق بين الأفعال المادية المكونة للجريمة التي فصلت فيها المحكمة الجنائية وتعتبر هي مقيّدة بالنسبة لها وذلك بقوة الأمر المقضي وبين تلك الأفعال المادية المكونة للجريمة المدنية إذا كانت المحكمة ستلجأ الى قانون آخر؟ مجمل القول هنا هو أن القانون المحلي يتحدد في هذا الباب بمكان أو محل ارتكاب الفعل الضار، لكن قد يترتب عن تطبيق هذا القانون ظهور بعض العيوب وذلك بتقويت الحق على صاحبه أحياناً كأن هذا القانون

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣٥٥.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٤٩٦ .

لا يقرر أي تعويض عن العمل الضار والذي ظهر ضرورةً في دولة أجنبية ولكن يمكن نقادي هذا العيب وذلك بتطبيق قانون القاضي استناداً الى فكرة النظام العام.^(١)

يذهب انصار الرأي أعلاه الى أن العبرة دائماً في اعتبار الأشياء بمقدماتها في شأن المسؤولية المدنية يعني تكون الأولوية لعنصر النشاط أو السلوك وعليه فقانون الدولة التي يقع فيها هذا السلوك يكون هو القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية أياً كان المحل أو المكان الذي تحققت فيه النتيجة أي الضرر، وقد ذهب الفقه الفرنسي في هذا الاتجاه.^(٢) أي بوجوب الاعتداد بقانون المكان أو المحل الذي وقع فيه الفعل لكون أن قواعد المسؤولية تهدف في المقام الأول الى حماية المجتمع من الأفعال غير المشروعة وعليه فمحل وقوع الفعل يعتبر هو المعيار الذي يجب في ضوءه أن تتركز الالتزامات الناشئة عن الاعمال الإرهابية.

وقد ذهب فريق من الفقه المصري.^(٣) بهذا الاتجاه أي الاعتداد بمكان وقوع الخطأ بقولهم "مهما قيل من أن عناصر المسؤولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر فما لا شك فيه أن الخطأ هو العمد الرئيسي الذي تقوم عليه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له" وعلى هذا الأساس فهذا الفريق يؤسس على قانون محل وقوع الفعل وبهذا يعتد به ليكون هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسؤولية الشخص على عمله او عمل الغير، هذا الفريق يركز على أن الخطأ هو العمد الرئيسي والذي تقوم عليه المسؤولية المدنية أما بالنسبة للضرر فهو نتيجة له ليس إلا. كذلك إن القواعد التي تحكم الاعمال الارهابية ترمي وفي المقام الأول الى وقاية المجتمع وبهذا ندخل بتلك المثابة في نطاق قواعد الأمن المدني فقواعد الإقليم والذي وقع فيه النشاط هي التي خولفت كذلك ان اختصاص قانون ذلك المكان هو الذي يتفق مع توقعات الأطراف الإرهابي

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤٩٦.

(٢) ينظر: بارتن، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج ٢، ص ٤١٦. مشار اليه في د. احمد محمد الهواري الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، مصدر سابق، ص ٤٧٠، هامش ٢. وتدعم بعض القوانين المقارنة في مجال المسؤولية في الواقع هذا الاتجاه الفقهي فقد تبنى القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ هذا الرأي حيث نصت المادة (١/٤٨) منه على أنه " القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية هو قانون الدولة التي وقع فيها السلوك الذي سبب الضرر". د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق ص ٥٤٧-٥٤٨.

(٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، الطبعة السابعة، ص ٥١٤. مشار اليه في د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج ٢ تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٥٦ هامش (٢).

والمتضرر وبهذا يكون مرتكب العمل الارهابي على علم او يجب ان يعلم بقانون البلد الذي اقترف فيه نشاطه كونه اقترف عملا غير مشروع ويجب ان يحاسب عليه بقانون هذا المكان الذي اقترف به عمله الارهابي.^(١)

فالخطأ هنا واستناداً للفقهاء القائلين بهذا الرأي يعد الأساس الذي لا يتصور قيام المسؤولية بدونه وعليه فلا بد من إعطاء الاختصاص لقانون محل أو مكان وقوع العمل الارهابي حيث اطلق على هذه النظرية (النظرية الشخصية).^(٢)

فأنصار هذه النظرية استندوا الى تطبيق قانون محل ارتكاب الفعل الخاطئ أو ما يسموه السلوك الضار وهو هنا العمل الارهابي الى اعتبارات عديدة لعل أهمها هي أن الغاية من تطبيقه تتمثل في الأساس قبل أن تكون متمثلة في الاجبار على اصلاح الاضرار التي حصلت جراء الاعمال غير المشروعة والتي تتجسد بمنع ارتكاب تلك الأفعال كذلك الحال في وقوع الأخطاء مثلاً في إقليم دولة معينة فيكون من الطبيعي أن تكون قواعده هي السارية كونها هي القواعد التي تم خرقها لذلك لا بد من تطبيق قانون نفس هذه الدولة التي خرقت قواعدها بارتكاب الاعمال الارهابية وبما أن عنصر الخطأ يعد العماد الرئيسي والذي تقوم عليه المسؤولية لذا لا بد من تطبيق قانون الدولة التي وقعت فيها هذه الأفعال الخاطئة.^(٣)

الرأي الثاني / قانون مكان تحقق الضرر

أما هذا الرأي فقد أيده جانب من الفقه في فرنسا ومصر واخذت به العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص المعاصرة.^(٤)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٩٥.

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٥١٨.

(٤) لقد لقي هذا الاتجاه رواجاً في الفقه والقضاء الأمريكي والفرنسي وكذلك الفقه المصري وكل ذلك اخذت به العديد من التشريعات المعاصرة كالقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ والذي كان قد اعتمد اختصاص قانون محل السلوك أو النشاط إلا أنه مع ذلك قرر اختصاص " قانون الدولة التي ترتب الضرر على اقليمها إذا كان هذا القانون اصلح للمضرور " في المادة (٢/٣٢) وكذلك القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة

وتميل إليه أيضاً العديد من الدول كألمانيا وفرنسا وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية إذ يذهب هذا الرأي الى ضرورة الاعتداد بقانون الدولة التي تحقق فيها الضرر، ويستند أصحاب الرأي هذا الى أن قواعد المسؤولية تهدف في المقام الأول إلى اصلاح الضرر الذي ترتب على النشاط أي في النهاية حماية المضرور كون الضرر هو العنصر الخارجي والاساسي في دعوى المسؤولية بل إن الضرر يمثل الشرط الأول لقيام المسؤولية بحيث ان انتفى هذا الشرط لما أمكن التكلم عن مسألة صاحب النشاط وعلى ذلك فهو يعتبر الأولى والأجدر بأن يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المسؤولية.^(١) ويطلق على هذا الرأي أو الاتجاه (بالنظرية الموضوعية).^(٢)

اذ جاء أصحاب هذه النظرية بمبادئ عكس المبادئ التي جاء بها أصحاب (النظرية الشخصية) أي أنهم لم يأخذوا بقانون دولة ارتكاب العمل الارهابي وإنما أخذوا بقانون دولة تحقق الضرر وكذلك الاعتداد به لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ولقد لاقى هذا الاتجاه تقبلاً في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري وسبب التقبل هذا هو أن عنصر الضرر يتمثل بالاستجابة للواقعية المطلوبة في تحديد القانون المختص أي أن هذا الرأي يرمي الى الابتعاد عن المجاز

(٢٥) منه حيث بعد أن قررت باختصاص قانون محل الخطأ جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة لتتنص على انه "عندما ينتج العمل المنشئ للمسؤولية والضرر في دول مختلفة فيطبق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر" وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري وان نص على اختصاص قانون محل الإقامة المشتركة للفاعل والمضرور وان كان يقيمان في دول مختلفة يختص قانون محل ارتكاب العمل غير المشروع إلا إنه أضاف (م١٣٣/٢) "ومع ذلك اذا ترتبت النتيجة في دولة أخرى فيكون واجب التطبيق قانون تلك الدولة إذا كان على الفاعل ان يتوقع ترتيب النتيجة فيها " كما نص بخصوص المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة على أن " يسري على الادعاء المؤسسة على أحد اعمال المنافسة غير المشروعة قانون الدولة التي تحققت النتيجة على سوقها ٢ - وإذا اثر العمل فقط على مصالح مشروع منافس محدد فيكون واجب التطبيق قانون مركز المنشأة المتضررة". كذلك يتجه هذا الاتجاه القانون المدني البرتغالي لعام ١٩٦٦ حيث نص في المادة (م٤٥/٢) على أنه " إذا كان قانون الدولة التي تحقق فيها الأثر الضار يعتبر مسؤولاً في حين أنه لا يعتبر كذلك في قانون الدولة التي وقع فيها نشاطه فإن القانون الأول من بينها يكون هو الواجب التطبيق حيث يتعين على الفاعل أن يتوقع نشوء الضرر في هذه الدولة لفعله أو لامتناعه". مشار إليه في د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص١٩٧.

(١) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص٥٤٨.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مبدا الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى مصر، القاهرة، ١٩٨٩، ص١٣٠.

والتصوير في تركيز العلاقات ذات العنصر الأجنبي وبالتالي اللجوء الى العناصر ذات الطابع المادي كون عنصر الضرر في هذه المسؤولية يحتل مكاناً يتجسد فيه بالظهور الخارجي وعلى هذا الأساس يكون مكان وقوع الضرر هو المكان الأولي بالاعتبار مقارنة بالمكان الذي وقع فيه العمل الارهابي والذي قد لا يتخذ مظهراً مادياً ملموساً وبالتالي يمكن الاعتماد عليه كما هو الحال في المسؤولية عن الاعمال السلبية.

فضلاً عن ذلك كون الغاية من وضع قواعد المسؤولية المدنية هي التعويض وليس العقوبة على ارتكاب السلوك الخاطئ وبهذا فهي تهدف الى حماية المتضررين لذلك فهي تتسم بالطابع الموضوعي وليس الطابع الشخصي.^(١)

وقد ذهب الفقيه الفرنسي مايير الى ابعد من ذلك فهو يعتبر أن مركز الثقل في العلاقة يتركز في مكان وقوع الضرر والذي يشكل قرينة لا تستبعد إلا في حالتين، الأولى بسبب الصفة العارضة لمكان حصول الضرر (كحالة حصول حادث لمركبة بسبب عيب في صناعتها فقط) أما الحالة الثانية لأن الضرر الحاصل هو معنوي بحت وبالتالي لا يمكن تركيزه في حيز مادي ملموس (كالاعتداء على الحياة الخاصة للفرد) فجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة بواسطة الصحف تقع في مكان النشر (العمل الارهابي) كذلك يتم في هذا المكان أيضاً افشاء الأسرار الخاصة بالغير (وقوع الضرر).^(٢)

كذلك يؤيد هذا الاتجاه جانب آخر من الفقه المصري بسبب (التزايد المستمر لصور المسؤولية والذي قد يضعف من اقامتها على فكرة الخطأ وفقاً لمفهومها التقليدي مثل المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء وذلك فضلاً عن أن الضرر يعد العنصر الجوهرى في المسؤولية في هذه الصور).^(٣)

إذن فالعبرة هنا بقانون محل أو مكان تحقق الضرر وإن اختلف عن محل العمل الارهابي كون عنصر الضرر يستجيب للواقعية في تحديد القانون واجب التطبيق كون الواقعية تعني الابتعاد عن التصور والمجاز في تركيز العلاقات ذات العنصر الأجنبي ومن ثم اللجوء الى

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٩٦.

(٢) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، ص ٧٧١. مشار اليه في د. فؤاد عبد المنعم رياض

ود. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج ٢، المصدر السابق، ص ٢٥٧. هامش (١).

عناصر ذات طابع مادي، ولأن في المسؤولية المدنية نلاحظ أن الضرر هو العنصر الذي يتجسد خارجياً وكذلك يحتل مكاناً يظهر به ومن ثم يكون قانون ذلك المحل هو الأجدر بالاعتبار، أما بالنسبة لعنصر السلوك وحسب رأي هذا الاتجاه فهو لا يتخذ مظهراً ملموساً ولا يتجسد خارجياً كما هو الحال في الأعمال السلبية أو المتمثلة بالامتناع عن القيام في الفعل لتحقق المسؤولية كذلك من ناحية ثانية فهذا الرأي يرجح عنصر الضرر بسبب غاية قواعد المسؤولية المدنية هي التعويض وليس العقوبة وهذا ما يدعمه التطور الحديث والذي يؤكد على الاستقلال الفني بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية كون المسؤولية الجنائية غايتها الأولى هي عقاب المسؤول وتفريد الجزاء بالنظر الى حالة المسؤول وظروفه لكن بالمقابل ان المسؤولية المدنية ترمي إلى اصلاح الضرر الناتج من السلوك الخاطئ وبالتالي حماية المضرور وبالنتيجة فهي تتسم بالطابع الموضوعي لا الطابع الشخصي.^(١)

وأضاف الدكتور منصور مصطفى منصور بتأييده الى مكان تحقق الضرر وقال " بالنظر الى الهدف من نظام المسؤولية نجد أن هذا النظام لا يهدف الى توقيع الجزاء على الخطأ بل إلى تعويض المضرور وهو ما يرجح الاعتداد بقانون محل وقوع الضرر ففي هذا المكان تحقق الاخلال بالمصالح التي يرمي القانون الى حمايتها ".^(٢)

فضلا عن ما سبق هناك جانب قوي في الفقه الفرنسي يؤيد هذا الاتجاه ومبررات هذا الجانب هو أنه في مكان تحقق الضرر تكتمل عناصر المسؤولية المدنية كون الضرر هو محور المسؤولية ففي مكان تحققه تظهر الحاجة واضحة الى التعويض عن هذا الضرر لذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية بهذا المعنى وفي حكمها الصادر عام ١٩٦٩ في شأن دعوى رفعها فنان فرنسي على أحد المجلات الألمانية مطالبا بالتعويض وذلك عن نشر صورته الفوتوغرافية من دون الحصول على إذن من عنده مهما سبب اضرار له، فبنت المحكمة اختصاص القانون

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٩٦.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، ص ٣٢٨. مشار اليه في د. عبد المنعم رياض ود. سامية راشد تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٥٦.

الفرنسي وعلى أساس أنه الضرر قد ترتب في فرنسا وأكدت المحكمة أن الفعل الضار قد ارتكب فعلاً في ألمانيا لكن النشر للصحيفة حدث في فرنسا وقد رتب الضرر فيها.^(١)

ويؤيد الدكتور احمد عبد الكريم سلامة هذا الاتجاه ويرفض بدوره الرأي القائل بتطبيق قانون المحل أو المكان الذي وقع فيه العمل الارهابي وأضاف الى رأيه بأنه حقيقة أن العمل الخاطيء هو العماد الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية وما الضرر هنا إلا نتيجة له كما يزعم البعض كذلك ليس من الملائم لاستقرار المعاملات أن يحاسب شخص على فعله على أساس قانون أجنبي لا يعرفه في اللحظة التي يقع فيها الخطأ كذلك لم يكن يتوقع أن فعله هذا سيقدر على أساسه فالواقع أن غاية قواعد المسؤولية المدنية هي التعويض لا العقوبة عن الفعل الخاطيء عليه فالضرر هو الشرط الأول لقيام المسؤولية المدنية وإمكانية المطالبة بالتعويض فمن ناحية نرى أن مدعي المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه كما أن محكمة النقض المصرية قضت في حكم لها في ٢٧ مارس ١٩٤٧ بأنه " إذا لم يثبت وقوع الضرر فلا محل هنا للبحث في المسؤولية أصلاً ".^(٢)

ومن ناحية أخرى فالمسؤولية تنشأ في الواقع وقت تحقق الضرر فعلاً أو في الوقت الذي يصير فيه الضرر محقق الوقوع فوقوق الضرر يعتبر الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير مسألة من يتسبب فيه ومن ناحية ثالثة فإن وقت تحقق الضرر هو الذي تبدأ منه مدة تقادم دعوى المسؤولية ولو كان الخطأ الذي سبب الضرر سابقاً على ذلك بمدة طويلة.^(٣)

وهذا ما أخذ به فعلاً القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها أن امرأة قد وضعت طفلاً في فرنسا نتيجة لاغتصابها في البرتغال فاعتبرت المحكمة أن الضرر قد وقع بولادة الطفل في فرنسا وكذلك اعتبرت أن القانون الفرنسي هو قانون مكان تحقق الضرر.^(٤)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ ص ٣٥٢.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

(٤) د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص ١٦٣.

كذلك الحال بالنسبة لإرسال كتاب سب أو شتم من دولة الى دولة أخرى يعد الضرر هنا قد وقع في المحل أو المكان الذي يتم فيه تسلم هذا الكتاب وبالتالي يعد قانون هذا المكان هو المختص.^(١) وهذا ما يؤكد بوجوب الاعتداد بقانون مكان تحقق الضرر لأن دعوى المسؤولية لا تُقبل لانعدام المصلحة إذا لم يكن رافع الدعوى قد أصابه ضرراً يطالب بتعويضه.

أما بالنسبة لموقف قانوننا العراقي فلم يقيّدنا المشرع العراقي في المادة (١/٢٧) من القانون المدني برأي دون آخر في حالة توزع عناصر الأعمال الإرهابية كونه اكتفى بإعطاء الاختصاص إلى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام دون وضع ضابط يستند عليه ليحدد بمقتضاه الفعل المنشئ للالتزام أي أن المادة أعلاه لا تتضمن صراحة آلية معينة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي ظل توزع عناصر العمل الارهابي بين عدة دول وبهذا الرأي نلاحظ أن المشرع ترك فرصة الاجتهاد للقضاء من أجل تطبيق القانون الاصلح للمضررين ألا وهو قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام أي ان الإلتزام بالتعويض يحدد على أساس المكان الذي وقعت فيه الواقعة وهذا ما أكدت عليه المادة آنفاً.^(٢)

أما رأينا المتواضع فيما قيل آنفاً فنحن نرجح كفة القانون المحلي الاجتماعي أي قانون الوسط الاجتماعي والتي عرضناها آنفاً أي تطويع مبادئ القانون المحلي التقليدي ليتجانس مع التطور الحاصل في أحكام المسؤولية المدنية أي هنا على القاضي المختص في القضية أن يتحرى عن الوسط أو البيئة الاجتماعية الملائمة والتي تتركز فيها أكثر الروابط وثوقاً وجدية بأطراف الدعوى فقد يكون هنا قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإقامة المشتركة للأطراف دون الولوج في قانون محل ارتكاب السلوك الضار ولا قانون مكان تحقق الضرر الناتج عنه.

ثانياً - غياب عناصر الاسناد الى دولة محددة

ففي هذا الفرض فإن الفعل الارهابي يقع في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة محددة كما لو وقع الفعل الإرهابي على ظهر سفينة في عرض البحر أو وقع في شكل تصادم بين

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مطبعة الحكومة، بغداد ١٩٧٢، ص ٢٩٥.

(٢) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٩.

سفينتين في عرض البحر أو في شكل تصادم بين طائرتين في الفضاء الجوي والذي يعلو أعالي البحار.^(١)

بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن تصادم السفن في عرض البحر بفعل إرهابي فقد ذهب فريق من الفقهاء الى الأخذ بقانون السفينة التي صدر منها العمل الارهابي كون تلك السفينة هي التي تشكّل محل أو مكان وقوع العمل غير المشروع، وهنالك فريق آخر ذهب الى وجوب تطبيق قانون السفينة التي لحقها الضرر بسبب هذا الفعل كون هذه السفينة تشكّل مكان تحقق الضرر وأيدّ بعض الفقه الرأي الأول وأسس رأيه على أن تطبيق قانون السفينة والتي ارتكبت العمل الارهابي حيث يسمح لمالك السفينة فرصة العلم مقدماً بنطاق هذه المسؤولية في حين أن اخضاع مالك السفينة لقانون السفينة والتي لحقها الضرر يفرض عليه التزامات لا يتسنى له العلم بها مسبقاً وبالمقابل هنالك فريق من الفقهاء يؤيد الرأي الثاني وذلك تأسيساً على أنه " أحكام المسؤولية التقصيرية في نطاق القانون المدني تهدف بدورها الى غاية كبيرة وأساسية ألا وهي تعويض المضرور كذلك إن احكام المسؤولية ترمي بالأساس إلى حماية المضرور".^(٢)

وهنالك فريق ثالث من الفقهاء ذهب الى أن للمضرور أن يختار أي من القانونين.^(٣) بينما هنالك فريق رابع من الفقهاء ذهب الى وجوب سريان القانونين معاً أي قانون السفينة التي ارتكب العمل الارهابي والثاني قانون السفينة التي لحق بها الضرر بحيث يتعين هنا توافر شروط المسؤولية وفقاً للقانونين.^(٤)

وهنالك رأي آخر للفقه ذهب إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على المسؤولية وذلك تأسيساً على رفع النزاع أمام محكمة محددة يستفاد منه ضمناً الرضا بتطبيق قانون هذا القاضي كون أن مؤدى التصادم في رأي هذا الفقه " أن ينشأ نوع من العقد أو شبه العقد القضائي بين

(١) أما التصادم الذي يقع في المياه الإقليمية أو في الفضاء الجوي للدولة فلا يثير اشكالا إذ تخضع المسؤولية لقانون الدولة التي وقع التصادم في مياهها الإقليمية أو في فضاءها الجوي، نقلاً عن د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٢) د. هشام صادق ، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٧٨٠.

(٣) ينظر مقال الأستاذ Pillet منشوراً في Clunet سنة ١٨٩٥ ص ٥١٣ . مشار اليه في د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٤) د. منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٢٩.

الطرفين يلتزم المدعي عليه بمقتضاه بقبول اختصاص المحكمة التي يرفع أمامها الدعوى، كما يلتزم بقبول تطبيق قانون الدولة والتي تتبعها هذه المحكمة^(١).

إن غالبية الفقه تتجه الى الأخذ بقانون القاضي وحجتهم في اتخاذهم بهذا الرأي هو أن قانون القاضي يعتبر صاحب الاختصاص الطبيعي في الأحوال التي يعتذر فيها اعمال ضابط الاسناد^(٢).

ولا يستثنى من هذا الرأي سوى حالة التصادم بعمل اراهابي الذي يقع بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي العام بحيث ينتمي كل من السفينتين أو الطائرتين الى بلد واحد فقانون هذا البلد يكون في هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم هذه المسؤولية المترتبة على هذا التصادم.

ويفضل بعض الفقه الأخذ بهذا الاتجاه أي تطبيق قانون القاضي بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي علماً أن المشرع العراقي لم ينظم احكام مثل هذه الحالات ومن ثم يمكنه الاعتماد على هذا الرأي من قبل القضاء العراقي بسبب تعذر التوصل الى القانون الواجب التطبيق هنا لغياب أسبابه في منطقة تنتهي فيها السيادة كذلك بالنسبة للقاضي ستكون له هنا مكنة وسلطة تقديرية للتفتيش عن القانون الأصلح للطرف المضرور بين قانون السفينة التي تسببت بالضرر وقانون السفينة التي ترتب عليها الضرر وهذا ما يعكس نفس آلية البحث والتفتيش عند توزيع عناصر الفعل الضار بين عدة بلدان^(٣).

ومن الجدير بالذكر بأن هنالك اتفاقية تحدد القانون الواجب التطبيق يمكن الاعتماد عليها في هذه الحالة مثل اتفاقية بروكسيل لعام ١٩١٠ والتي صادقت عليها مصر بخصوص التصادم البحري، أما بالنسبة للقضاء الإنكليزي فهو يعتمد مبدأ القانون البحري العام في تصادم السفن في أعالي البحار عندما يكون هو جهة عرض النزاع والمقصود بهذا القانون هي مجموعة العادات والأعراف البحرية^(٤).

(١) د. هشام صادق ، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٨٧٢.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٨٧٣.

(٣) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا، أحكام التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا، أحكام التنازع الدولي للقوانين، المصدر نفسه، ص ١٣٠.

أما بالنسبة للأعمال الإرهابية التي تقع على ظهر السفينة وفي عرض البحر أو على الطائرة في الفضاء غير التابع لإقليم أي دولة فهنا يسري عليها وفقاً للرأي الغالب قانون العلم تأسيساً على الأخذ بالفكرة التقليدية والتي تقضي باعتبار السفينة وكذلك الطائرة جزءاً من إقليم البلد الذي ترفع علمه ، أما لو وقع العمل الإرهابي على ظهر سفينة معينة ولكن في المياه الإقليمية لبلد معين أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوي لبلد من البلدان فالفقه في هذه الحالة يتجه الى تطبيق قانون البلد صاحب الإقليم باعتباره مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام وبهذا يطبق القانون المحلي للبلد الذي حدث هذا الفعل أما هنالك فريق آخر من الفقه الحديث يفضل تطبيق قانون العلم في هذه الحالة وذلك نظراً لصعوبة تحديد هذه الواقعة المتمثلة بالعمل الإرهابي بأن وقعت بالمياه الإقليمية فعلاً أو وقعت في البحر العام أو أنها وقعت في الفضاء الجوي العام أو خارجه وهذا فضلاً على ان قانون العلم (هو القانون الذي يعلمه كل من الطاقم والركاب أو هو القانون الذي على الأقل يعلمونه أكثر من علمهم بقوانين البلدان المختلفة والتي تمر بها السفينة أو الطائرة بصورة عابرة).^(١)

المطلب الثاني

نطاق تطبيق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية

كما هو معلوم مسبقاً أن مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية ينحصر في كل من المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) والمسؤولية عن (الفعل النافع) أو كما تسمى الاثراء بلا سبب وعلى هذا الأساس يخرج من مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية المسؤولية العقدية والمرتبة نتيجة الخطأ في تنفيذ عقد معين وحيث أن هذه المسؤولية تخضع لقانون الإرادة المشتركة لكونها تدخل في تنفيذ عقد معين وحيث أن هذه المسؤولية تخضع لقانون الإرادة المشتركة لكونها تدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وبهذا لا تخضع لفكرة الالتزامات غير التعاقدية والتي تظهر نتيجة الخطأ في تنفيذ التزام محدد وليس عقد، كذلك تخرج من مضمون الفكرة المسندة للالتزامات غير التعاقدية المترتبة على نص القانون مباشرة كون القانون

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٥٩.

نفسه هو الذي يتكفل بتقريرها وتعين من يلتزم بها من دون أن يضع لذلك ضابطاً محدداً أو قاعدة عامة.^(١)

وأما مسألة تحديد ما إذا كان الخطأ البشري يرتب المسؤولية العقدية أم التقصيرية وكذلك مسألة فيما إذا كان الخطأ يخضع لقانون العقد أو للقانون الذي تخضع له الالتزامات غير التعاقدية وهو هنا القانون المحلي، فهذه المسألة بالأساس مسألة تكييف حيث تخضع لقانون قاضي النزاع والذي بصفته يحدد ماهيتها تمهيداً لإخضاعها الى قانون محدد، وحيث أن تحديد ماهية الالتزامات غير التعاقدية وكذلك حصرها في المسؤولية التقصيرية يقودنا هذا الى تحديد مضمون هذه المسؤولية (المسؤولية عن العمل الارهابي) وذلك لتأطير مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية وكذلك حصر أفكارها التي تكوّن بمجموعها الفكرة المسندة لهذه الالتزامات ومن ثم يسهل بعدئذ تطبيق القانون المحلي عليها.^(٢) والذي يشمل بدوره أسباب المسؤولية المتمثلة بالعمل الشخصي وعمل الغير وما ينجم عن الأشياء والحيوانات وكذلك يشمل شروط المسؤولية كوجود الخطأ وكذلك تحديد فكرة الخطأ ويحدد أسباب دفع المسؤولية القاهرة والحادث الفجائي وتدخل الغير وكذلك تحديد الاهلية اللازمة للمسألة وكذلك يحكم الضرر وتقديره والتعويض اللازم مادياً كان أو معنوياً وكذلك العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.^(٣)

وبعد هذه الفكرة عن نطاق القانون المحلي على الأعمال الإرهابية كونها من مضامين المسؤولية التقصيرية فسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين الأول نتناول فيه نطاق أو مجال تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القوانين ومن ثم في الفرع الثاني نبين نطاق تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القانون العراقي وكالاتي :

(١) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ٣٠٠. مشار إليها في د. عامر محمد الكسواني موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٣٥.

(٢) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

(٣) د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار العربية للقانون ٢٠١٠، ص ١٦٤.

الفرع الأول

نطاق تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القوانين المقارنة

يختص القانون المحلي وحده في الفصل في أركان المسؤولية ومنها أهلية الشخص عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية التعاقد له كون الأهلية تعني هنا صلاحية من يقع منه الفعل للتكليف أو المسائلة فهي هنا ليست سوى شرط من شروط المسؤولية غير التعاقدية ومن ثم فلا علاقة لها بالأهلية التعاقدية التي هي صلاحية الالتزام بالتصرفات الارادية.^(١)

و يختص هذا القانون بالفصل في آثار هذه المسؤولية ومداها حيث تختلف القوانين بالنسبة لهذه الأمور جميعاً اختلافاً بيّناً، فهنا بالنسبة للمسؤولية غير التعاقدية المترتبة على العمل الارهابي فنجد مثلاً بالنسبة للقانون الفرنسي ان لا يقرر هذه المسؤولية إلا إذا كان الفاعل مميزاً في حين نجد أن التشريع الألماني.^(٢) وكذلك التشريع العراقي حتى عهد قريب.^(٣) فالقانونين لا يشترطان هذا الشرط أما بالنسبة للقانون المصري فقد جعل من التمييز صفة مبدئية مناطاً للأهلية في المسؤولية التقصيرية ومع ذلك نرى ان هذا القانون قد قرر مسائلة غير المميز اذا لم يكن له من هو مسؤول عنه وكذلك إذا تعذر الحصول على تعويض من المسؤول.^(٤)

كذلك هناك اختلاف بين التشريعات بالنسبة لمسألة التعويض فهل يشمل هذا التعويض الضرر الادبي ؟ وهل يتناول التعويض الضرر المادي غير المباشر؟ وكذلك الاختلاف في مقدار التعويض وهل يسأل مرتكبوا العمل الارهابي بالتضامن ؟ وكذلك هل يمكن الاعفاء من التعويض أو تخفيضه في بعض الحالات؟ وهل للمجني عليه أن يدعي مباشرة ضد من آمن

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المصري، الجزء الأول، ص ٣٠١. نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤٩١، هامش ٤.

(٢) المادة (٨٢٩) من القانون المدني الألماني . نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق ص ٤٩٢، هامش ٢.

(٣) فالقانون العراقي هنا هو الشريعة الإسلامية كما جاء في مجلة الاحكام العدلية وتقرر هذه الشريعة مسؤولية الطفل حديث الولادة عن الضرر الذي أحدثه حسب ما نصت على انه " لو ان طفلاً انقلب على شيء فافسده لزمه الضمان " كذلك تنص المادة (٩١٦) من المجلة على أنه " إذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله فإن لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه " نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين مصدر سابق ص ٤٩٢. هامش ٣.

(٤) ينظر المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري، نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين المصدر السابق، ص ٤٩٢، هامش ٤.

المسؤول ؟ تلك الأسئلة يمكن أن تختلف فيها جميع التشريعات في الرد عليها اختلافاً بيّناً ولكن القول والفصل فيها يرجع للقانون المحلي . يتبين لنا مما تقدم أن نطاق القانون المحلي يتحدد في أركان المسؤولية وأنواع هذه المسؤولية ومن ثم آثارها والتي سوف نبحثها بالتتابع :-

أولاً - فيما يتعلق بأركان المسؤولية عن الأعمال الإرهابية

ينطبق القانون المحلي كقاعدة عامة على أركان المسؤولية الثلاث وهي الخطأ (العمل الإرهابي) والضرر وعلاقة السببية فيحدد القانون المحلي :-

١ - ركن الخطأ (العمل الإرهابي) وأنواع المسؤولية

يخضع لقانون محل وقوع العمل الارهابي تعريف الخطأ وبيان عناصره كالعنصر المادي ويقصد به الاخلال بواجب قانوني وكذلك العنصر النفسي ويقصد به القصد أو على الأقل التمييز وكذلك أنواع الخطأ العمدي وخطأ الإهمال والخطأ الإيجابي والخطأ السلبي ويشمل أيضاً أحوال انعدام الخطأ وشروط المسؤولية عن الخطأ الذي يقوم به الغير وعن خطأ الحيوان وكذلك المسؤولية عن فعل الأشياء فيبين القانون المحلي هنا من هو الحارس أو متولي الرقابة وكذلك حالات نفي الخطأ المفترض.^(١)

أي أن القانون المحلي يحدد ركن الخطأ في المسؤولية فيبين أنواعه سواء كان عمدي أو عن إهمال أو سلبي أو إيجابي، وكذلك يحدد درجات الخطأ سواء أكان تافه أو يسير أو جسيم وكذلك يحدد ما إذا كان الفعل يعد مشروعاً أو انه ارتكب في احداث وظروف ترفع عنه وصف الخطأ لحالة الشخص الذي يرتكب فعلاً غير مشروع وهو في حالة دفاع شرعي وكذلك يحدد هذا القانون مدى امكان قيام المسؤولية دون اشتراط وجود خطأ ويبين الحالات التي يمكن أن يحقق هذا النوع من المسؤولية.^(٢)

فهذا القانون يبين صورة هذا الخطأ وكذلك درجة جسامته ويبين أيضاً مدى ارتباطه بالضرر الذي ينتج عنه ويبين مدى توافر عنصري العلم والإرادة لدى محدث العمل الارهابي كذلك يحدد القانون المحلي فيما إذا كان فعل الشخص يشكل خطأ يستوجب هنا انعقاد مسؤوليته عن تعويض المتضرر من جراء فعل هذا الخطأ كذلك انه يحدد الوقت الذي يعتبر فيه الشخص

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، المرافعات المدنية الدولية، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

(٢) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٥٦٥.

متعدياً ومدى هذا التعدي وكذلك مدى مشروعيته من عدمها أو عدّه من قبيل اعمال الدفاع عن النفس أو يمكن أن تكون هنا تنفيذاً لأوامر رب العمل أو استجابة لحالة ضرورة فهذه الأفكار كلها تخضع للقانون المحلي وتطور في نطاقه.^(١)

فالنطاق الموضوعي للقانون المحلي يتجسد في أركان المسؤولية والتي يعتبر الخطأ من الأركان اللازمة لقيام هذه المسؤولية لكن هذا الخطأ يتجسد أيضاً في حالات التي يختص فيها القانون المحلي والتي تدور في مجاله **فالحالة الأولى** والتي يلزم فيها الخطأ الثابت أي هنا يختص القانون المحلي ببيان العمل الارهابي وعناصره وهما المادي المتمثل بالإخلال بواجب قانوني والعنصر النفسي وهو القصد أو على الأقل الادراك أو ما يسمى هنا بالأهلية للمساءلة التقصيرية حيث يرجع الى القانون المحلي ووفقاً للرأي الغالب في الفقه لتحديد مدى اشتراط الادراك في ارتكاب العمل الارهابي حتى يمكن هنا مساءلة الشخص من عدمه والتي تسمى بأهلية المسألة التقصيرية.^(٢)

فبخصوص هذه الاهلية قد يقال بأن الأمر هنا يتعلق بالأهلية عموماً وهي هنا من الأحوال الشخصية وبالنتيجة يحكمها القانون الشخصي لكن هذا القول لا يمكن تقبله لأن الأمر هنا لا يتعلق بالأهلية بالمعنى الفني المعروف وإنما يتعلق بنوع من القابلية لإسناد العمل الارهابي الى فاعله فهي هنا تتصل بتنظيم المسؤولية عن ذلك الفعل لا بحماية إرادة الفاعل ويمكن القول هنا بأنه لا يلزم الاهلية المتعارف عليها في نطاق التصرفات الإرادية بسبب أن الالتزام بالتعويض في المسؤولية عن العمل الارهابي ليس مصدره الاتفاق الصريح أو الاتفاق الضمني بتعويض من أصابه الضرر وإنما القانون الذي يجبر فاعل الخطأ على تحمل الالتزام الناشئ عن عمله الارهابي من دون أن يكون له في قبول ذلك أو رفضه وعليه لا يلزم هنا أهلية التصرف القانوني بواقع الحال.^(٣)

أما الحالة الثانية فهي حالة المسؤولية المفترضة فمن ناحية أولى هي المسؤولية عن فعل الغير كمسؤولية متولي الرقابة وكذلك مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه فيختص القانون المحلي هنا بتحديد توفر الالتزام بالرقابة سواء بالنسبة للأب أو للأم وبالنسبة للمعلم وكذلك يختص

(١) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

(٢) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص ٥٦٥.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٣.

بأساس هذه المسؤولية وانتقائها كما يختص ايضاً ببيان أساس مسؤولية المتبوع وشروط مسألته لكن يخرج هنا من نطاق القانون المحلي تنظيم حق متولي الرقابة أو المتبوع عند الرجوع على من هو تحت رقابته وكذلك التابع بما أدى من تعويض للمضرور فهذه الحالة لا ينظمها القانون المحلي كون تنظيم هذه الحالة يخضع الى النظام القانوني الذي يحكم العلاقة الاصلية بين الأطراف بقدر تعلق هذا الأمر بتنظيم تلك العلاقة.^(١)

أما الناحية الأخرى فالشيء بالشيء يذكر فالمسؤولية الناشئة عن الأشياء كالمسؤولية عن فعل الحيوان وكذلك مسؤولية حارس البناء والمسؤولية عن الأشياء فيختص القانون المحلي بتحديد أساس هذه المسؤولية عن الحيوان وما يحدثه من ضرر للغير هل الخطأ الذي مؤداه النقص في رقابة الحيوان أو الخطأ المفترض الذي لا يقبل العكس كذلك يختص القانون المحلي ببيان شروط المسؤولية وحالات عدمها ويدخل أيضاً في نطاقه تحديد مسؤولية حارس البناء كحالة نشوء الضرر عن تهدم البناء وحالة وجود عيب في البناء أو إهمال في صيانته وكون هذا البناء بحراسة المدعى عليه أما في المسؤولية عن الأشياء فيختص القانون المحلي بتحديد أسس هذه المسؤولية وكذلك شروط انعقادها ويلاحظ هنا بخصوص مسؤولية حارس البناء وكذلك المسؤولية عن الأشياء أن قانون الموقع يتطابق مع القانون المحلي أي أن هذا التطابق يكون بقدر تعلق الأمر بتعويض الأضرار التي تسببها هذه الأشياء وليس التطابق بالنظام القانوني لها كأحد الأموال.^(٢)

٢ - ركن الضرر الناشئ عن الأعمال الإرهابية

كذلك يرجع للقانون المحلي لبيان مدى توفر الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية ألا وهو الضرر حيث أن هذا القانون يبين لنا ماهية هذا الركن سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً كذلك يبين لنا مدى ارتباطه بالعمل الإرهابي وهل الضرر ناتج عن عمل إرهابي نفسه كذلك يبين لنا مدى مسؤولية هذا الإرهابي عن الأضرار فيما لو تعاقبت.^(٣)

(١) ينظر BOUREL رسالته ص ٢٢٣، وبحته في المسؤولية المدنية ، موسوعة القانون الدولي بند ٨٢ . مشار

اليه في د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص ١٢٣٣ ، هامش ١٨٠.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٤.

(٣) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين ، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

أي أن القانون المحلي وما يسمى بقانون محل وقوع العمل الإرهابي يبين لنا تعريف ركن الضرر من حيث أنواعه وبيان شروط التعويض عن الضرر الأدبي وكذلك طرق اثبات الضرر وقوة الأدلة المقدمة.^(١)

كذلك يحدد القانون المحلي ماهية الضرر الحاصل والأضرار التي يتعين التعويض عنها وهل يمكن التعويض عن الأضرار الأدبية أم لا كذلك يبين لنا ما يتعلق بالأضرار المستقبلية أو الاحتمالية وغير المباشرة.^(٢)

وبما أن ركن الضرر هو الركن الرئيسي في المسؤولية التقصيرية المتمثلة بالأعمال الإرهابية حيث لا يتصور أن تتعدد المسؤولية من دون الضرر حيث أن نظام الضرر يدخل بالنطاق الأصل للقاء القانون المحلي فهو يحدد أنواع الضرر فبالنسبة للضرر المادي فيحدد ماهيته أي ما يلحق بالشخص من مساس بجسمه أو ماله وكذلك انتقاص حقوقه المالية أو بتقويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية كذلك يبين شروط التعويض عنه وهل يمكن التعويض عن الضرر المستقبلي كما اسلفنا والضرر الاحتمالي وتقويت الفرصة وكذلك الضرر المباشر وغير المباشر.^(٣)

أما بخصوص الضرر الأدبي الناتج عن الأعمال الإرهابية فيختص القانون المحلي ببيان ماهيته هذا الضرر أي يبين ما يمس الجانب الاجتماعي من الذمة الأدبية للمرء كالمساس بالسمعة والشرف والشعور والعواطف وكذلك يبين القانون المحلي شروط التعويض عن الضرر الأدبي وطرق اثباته وقوة الأدلة المقدمة وذلك لأن طرق الإثبات هذه أو قوتها تؤثر على نطاق الحق في التعويض وهذه مسألة موضوعية تخضع الى القانون المحلي.^(٤)

٣ - ركن السببية بين الأعمال الإرهابية والضرر الناتج عنها

يخضع مفهوم رابطة السببية الى القانون المحلي حيث ينبغي أن يكون الضرر كنتيجة للعمل الإرهابي الذي اقترفه فاعل الضرر عليه وهذه هي علاقة السببية والتي تكون بين ذلك

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

(٢) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٥٦٥.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٤.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية ١٩٨٤ ص ٣٦٤ ، مشار اليه في

د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٥ هامش ١٨٣ .

العمل الإرهابي والضرر كذلك يخضع الى القانون المحلي تحديد معنى السببية المباشرة وحالات تعدد الأسباب وكذلك تسلسل الاضرار.^(١)

والجدير بالذكر أن القانون المحلي يوضح حالة تعدد الأسباب وحكم هذا التعدد وتعريف السبب الأجنبي وعناصره وكذلك بيان الأسباب الأجنبية كالحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل المصاب أو فعل الغير وبيان طرق أو أدلة اثبات السببية أو نفيها وقوة كل دليل وبيان من الذي يقع عليه عبء اثبات رابطة السببية.^(٢)

ثانياً - فيما يتعلق بأثار المسؤولية عن الأعمال الإرهابية

يترتب على المسؤولية التقصيرية عند توافر أركانها المادية والمعنوية والقانونية وهي كلا من العمل الإرهابي والضرر والرابطة السببية بينهما وجوب جبر هذا الضرر الحاصل وذلك من خلال التزام المتسبب بتعويض المضرور التعويض العادل والشامل فالتعويض إذاً هو الأثر الذي يترتب على المسؤولية التقصيرية فوفقاً للرأي الراجح أن هذا التعويض يخضع لحكم وتنظيم القانون المحلي والذي يحدد مقداره وطريقة دفعه أي هل يجب أن يتم عيناً أو نقداً ولو تم نقداً فهذا لا بد من معرفة ذلك بان يتم بدفعة واحدة أو أقساطاً.^(٣)

كذلك هنا يبين القانون المحلي كيفية احتساب التعويض عن الأعمال الإرهابية وهل يقاس هذا التعويض بالضرر المباشر والمتوقع كذلك يدخل في حسابه الأضرار غير المباشرة والمتعاقبة كذلك يبين هل يدخل في هذا التعويض الضرر المعنوي أم أنه قاصر على الضرر المادي فقط كذلك يبين القانون المحلي ضمانات هذا التعويض والمتمثلة في قدرة المضرور في الرجوع على المؤمن في الحالة التي يتقاعس ويتعنت المؤمن له عن الدفع كذلك يحكم القانون المحلي مسألة التعديلات التي قد تطرأ على المسؤولية من زيادة أو نقصان أو تشديداً أو تخفيفاً.^(٤)

كذلك يبين القانون المحلي أطراف دعوى التعويض عن الاضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية ومسألة تعددهم بعبارة أخرى يتكفل قانون محل وقوع العمل الإرهابي ببيان حكم تعدد المسؤولين وتحديد مسؤولية كل منهم كما يبين نوع المسؤولية ما إذا كانت تضامنية أو غير

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٥.

(٢) د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، ٢٠٠٨، المصدر السابق، ص ٤٧٣.

(٣) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٤) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

تضامنية، كذلك يحكم مسألة التقادم على سماع هذه الدعوى حتى وإن كانت هذه الدعوى مقترنة بدعوى جزائية مرفوعة أمام محكمة جزائية.^(١)

كذلك يتعين الرجوع الى قانون محل العمل الإرهابي لتحديد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض فإذا ما نتج عن هذا العمل وفاة المضرور فإن قانون مكان وقوع العمل هو الذي يبين من هم الأقارب الذين يحق لهم هنا المطالبة بالتعويض وكذلك يبين الى أي درجة من القرابة يجوز المطالبة بالتعويض فالقانون المحلي يحدد إذا كانت المصاهرة تكفي للمطالبة بالتعويض ويحدد أيضاً إذا كانت الخطبة كافية لإمكانية المطالبة بالتعويض.^(٢)

وما تجدر الإشارة اليه بخصوص الاتفاقيات التي تحدثت قبل أو بعد العمل الإرهابي فالقانون المحلي يحكم الاتفاقات الخاصة بالمسؤولية سواء وردت على الاعفاء من المسؤولية أو على تحديد مداها وقت تتم هذه الاتفاقات قبل حدوث الضرر مثلاً يتفق الشخص مع من سبب فيه بضرر على عدم مسؤولية هذا الشخص على نوع معين من الاضرار أو الاتفاق على الضرر الذي يحدث في ظروف معينة أو الاتفاق على تحديد المسؤولية بقدر من الضرر أو بقدر من التعويض وقد تتم تلك الاتفاقات بعد حدوث الضرر وفي هذا الفرض الأخير تكون تلك الاتفاقات كنوع من الصلح الذي يحسم النزاع بين الأطراف المتنازعة.^(٣)

والجدير بالذكر أن هذه الاتفاقات تدخل في صميم الالتزامات والحقوق الناشئة عن الفعل الضار ولأهمية هذه الاتفاقات فإن الذي ينظمها هو القانون المحلي فهذا القانون يحكم إيقاف

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٦١.

(٢) كذلك يذهب بعض الفقه الى وجوب اشراك قانون القاضي في تحديد قيمة التعويض وذلك حماية للمضرور فإذا كان قانون محل وقوع الفعل يقرر تعويضاً اقل مما يقضي به قانون القاضي تعين الاخذ بالتعويض المقرر في قانون القاضي . ينظر:

Bourel; Les conflits de lois en matière d' obligation extra contractuelles .

نقلاً عن د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٦١، هامش ٢ .

(٣) المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري تنص على انه " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً او يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما عن جزء من إدعائه "

الاعفاء من تلك المسؤولية ولنوع الخطأ الذي يجوز الاعفاء عنه وكذلك يحكم نظام الاتفاقات التي تحد من هذه المسؤولية.^(١)

والملاحظ أنه اغلب القوانين وبخصوص المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف منها ولو كان هنا الخطأ يسيراً أو تافهاً وبالتالي يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من هذه المسؤولية والمرتبة على العمل غير المشروع لمخالفة هذا الأمر للنظام العام.^(٢)

ومعنى هذا أن القانون الأجنبي واجب التطبيق على تلك المسؤولية يتعين هنا استبعاده إذا كان يجيز مثل ذلك الاتفاق وتطبيق القانون المحلي مكانه وإبطال كل اثر له وعلة ذلك بأن بطلان الاتفاقات الخاصة بالإعفاء من المسؤولية أو الحد منها هو ارتباطها بالنظام العام ألا وهو حماية المضرور وكذلك ردع مرتكبي الأعمال الإرهابية لأن ذلك يمس أمن الأفراد وسيادة النظام في المجتمع بعكس الاتفاقات التي تشدد من المسؤولية كتلك التي تحمل المسؤول تبعه الحادث المفاجئ وكذلك القوة القاهرة والتي ينظمها ويقرها القانون المحلي فهذه تظل خاضعة للقانون المحلي ولا تعد مخالفة للنظام العام.^(٣)

والجدير بالذكر أن ما يخرج عن نطاق القانون المحلي هو تحديد صفة الخلف العام كوارث المتوفي في حال انتقال اليه الحق في التعويض كون هذه المسألة تخضع للقانون الذي يحكم الميراث، كما يخرج عن نطاق القانون المحلي كل ما يتعلق بإجراءات الدعوى وكذلك الاختصاص القضائي بشأنه حيث يخضع هنا كل ما يتعلق بهاتين المسألتين الى قانون القاضي كونها من الإجراءات.^(٤)

لكن بالرغم من هذا النطاق الذي يتمتع به القانون المحلي فلا بد في نهاية الأمر أن نبين أن القانون المحلي مقيد بعدم اصطدامه بقواعد النظام العام في قانون القاضي وبعبارة أخرى إذا تبين أن القانون يتجافى في أحكامه وتنظيماته مع مفهوم العدالة كما يفهمها بلد القاضي فهنا

(١) ينظر Mayer المختصر، ص ٤٨٢ و Bourel رسالة ، ص ٢٦٠. مشار اليه في د. احمد عبد الكريم سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٩. هامش ١٩٧.

(٢) المادة (٣/٢١٧) من القانون المدني المصري والمادة (٣/٢٥٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٤٠.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٣٦.

يجب استبعاد القانون المحلي لذلك فتطبيقات هذه الفكرة في القانون المقارن مختلفة باختلاف مفهوم العدالة في كل دولة ففي فرنسا مثلاً (حيث الميل في الوقت الحاضر هو الى العطف على المجني عليه) حيث تعتبر الحماية الواردة في القانون الفرنسي بمثابة حد أدنى وبهذه الحالة يجب أن يتقرر استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا كان هذا القانون يقرر حماية أدنى من هذا الحد.^(١) أما بالنسبة للتشريع الألماني.^(٢) فإنه يقرر في المادة (١٢) من قانون إصدار التفويض الألماني حلاً عكسياً فهو يعتبر الحماية الواردة فيه بمثابة حداً أعلى فيما يتعلق بالتعويض الواجب على الفرد الألماني أدائه بالنسبة لجريمة ارتكبها في خارج البلد كذلك يذهب القضاء الإنكليزي الى أبعد من هذا فيشترط القضاء لإمكانية الحكم بالتعويض أن يكون هذا التعويض مقررًا في قانون مكان ارتكاب الجريمة والقانون الإنكليزي على حد سواء أي أن المدعى عليه يستطيع دائماً أن يتمسك بحماية القانون الإنكليزي ، لكن نلاحظ العكس فمحاكم الدول الأخرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا وسويسرا وبلجيكا والدنمارك والنرويج تترك هذه المسألة للقانون المحلي.

أما في مصر فالتعويض عن الأفعال غير المشروعة متعلق بالنظام العام حيث تشهد الاعمال التحضيرية للقانون المدني بذلك فقد كان مشروع هذا القانون ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة (٥٠) إذ تنص على أنه ".... إذا كانت ... الوقائع التي حدثت في الخارج تعتبر غير مشروعة في مصر فليس للمصاب مع ذلك أن يطالب بالتعويض أكبر مما يخوله إياه القانون المصري في مثل هذه الحالة" وكذلك جاء في مذكرة المشروع التمهيدي تعليقاً على هذه الفقرة "..... إن مدى التعويض عن الأفعال غير المشروعة يتعلق بالنظام العام وعلى هذا النحو قرر المشروع هذين الاستثناءين" أي يعني بذلك هذا الاستثناء والاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٥٠) والذي أصبح فيما بعد بمثابة الفقرة الثانية للمادة (٢١) من القانون المصري النافذ.^(٣)

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤٩٨.

(٢) ينظر الاحكام المشار اليها في باتيفول بند ٥٥٩ ص ٦٠٥ - ٦٠٦ . نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤٩٨ . هامش ١.

(٣) د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٤٩٨.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق قانون محل وقوع العمل الإرهابي في القانون

العراقي

أما بالنسبة لقواعد الاسناد العراقية فيمكن القول هنا أن قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام يسري على الأركان الثلاثة للمسؤولية أو ما تسمى المسؤولية عن العمل الضار والضرر وعلاقة السببية فيبين القانون معنى التعدي وأنواعه كذلك يبين العمد أو التعمد كما بين شروط تحقق الضرر وأنواع الضرر المادي والأدبي وكيفية انتقال الحق في التعويض عن الضرر الى الغير كالورثة ، كون القانون المدني العراقي يجيز انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي الى الغير من دون الحاجة الى اتفاق بين المضرور والمسؤول عن الضرر أو صدور حكم قضائي يحدد مقداره كونه يمثل قيمة مالية، أما بالنسبة للضرر الأدبي في القانون العراقي لا ينتقل بالميراث إلا بطريقتين الأولى هي الاتفاق بين المضرور والمسؤول فإذا مات المضرور قبل الاتفاق مع المسؤول يزول هنا الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي من قبل الورثة أما الثانية فهي بصدور حكم قضائي نهائي بالتعويض عن هذا الضرر وبهذا فإذا المضرور قد رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر ثم توفي قبل صدور الحكم النهائي فهنا لا ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة كون الحق في التعويض في هذا الضرر هو حق متعلق بشخص المضرور ولا يمثل قيمة مالية الا بالطريقتين المذكورتين.^(١) كذلك يحكم القانون المحلي حالات انتفاء المسؤولية وذلك لانقضاء التعدي أو التعمد كحالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة والحالة الثانية حالة تنفيذ أمر صادر عن رئيس من الواجب طاعته وكذلك يحكم القانون مكان العمل الإرهابي علاقته السببية وكذلك يحكم وسائل نفيها بين الفعل الضرر والضرر وذلك لقيام السبب الأجنبي كالقوة القاهرة والآفة السماوية وكذلك الحادث الفجائي وفعل الغير وخطأ المتضرر وهذه هي أسباب دفع المسؤولية وكذلك يحكم أنواع المسؤوليات التقصيرية كالمسؤولية عن الاعمال الشخصية والمسؤولية عن اعمال

(١) في حين يخضع تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم لقانون جنسية المورث وقت وفاته لا لقانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام. نقلاً عن د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٤١٧

الغير وكذلك المسؤولية عن الأشياء كذلك يسري هذا القانون على جزاء المسؤولية التقصيرية ألا وهو التعويض وأنواعه كالتعويض النقدي وغير النقدي وكيفية تقديره وعناصره وكذلك مدا التعويض عن الضرر كونه من المعروف أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر (المتوقع وغير المتوقع) خلافاً للمسؤولية العقدية والتي نقصد بها التعويض على الضرر المادي المباشر المتوقع فحسب

إلا في حالة الخطأ الجسيم والغش أما بالنسبة للضرر غير المباشر فلا يشمل بالتعويض في المسؤوليتين.^(١)

إذن فالقانون العراقي وإن أعطى الاختصاص في كل ما تقدم ذكره الى البلد الذي تمت به الواقعة المنشئة للالتزام إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) منه فقيّد العمل في القانون الأجنبي بشرط نص عليه وهو "على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". أي أن هناك شروط أو قيود على نطاق القانون المحلي في القانون العراقي وهي :

أولاً - حالة وجود شرط ازدواجية عدم مشروعية الفعل الضار

في كل من قانون محل وقوع الفعل وقانون القاضي بالنسبة للفعل الضار حيث إن الأصل هو تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار غير انه يشترط هنا عدم مشروعية الفعل في قانون القاضي أيضاً فإذا كان الفعل الضار غير مشروع في قانون محل وقوعه غير انه مشروع في القانون العراقي فهنا يستبعد تطبيق قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة وهذا ما نصت عليه المادة آنفة الذكر أي يمكن القول هنا بأنه كون الفعل يعد غير مشروع حسب ما هو مقرر في القانون الأجنبي (قانون البلد الذي وقعت به الواقعة) فهذا لا يعد كافياً لاستكمال عناصر المسؤولية بل يشترط هنا بالإضافة الى أنه غير مشروع في الخارج يكون غير مشروع في القانون العراقي وهذا هو شرط ازدواج عدم المشروعية فمثلاً الزواج الثاني وتأديب الزوجة في الحدود المرسومة فإذا ما وقع في دولة أخرى يمكن أن يكون غير مشروع على العكس من القانون العراقي فإنه يكون مشروعاً.^(٢)

(١) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٤١٧.

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٩٣.

ويمكن أن نعطي مثلاً على هذه الحالة "فلو أن عراقياً تزوج للمرة الثانية في إنكلترا لكن بناء على الغش والتحايل وكما هو معروف أن تعدد الزوجات في النظام الإنكليزي يعاقب عليه ويعتبره غير مشروع إلا أنه كما هو ملاحظ في القانون العراقي يعتبر الزواج للمرة الثانية مشروعاً وبشروط حسب ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ النافذ تحديداً في المادة (٤/٣) منه فبهذه الحالة إذا رفعت الدعوى أمام القضاء العراقي للمطالبة بالتعويض فإن القاضي هنا لا ينظر في النزاع لأنه سوف يرجع الى كل من القانون العراقي والقانون الإنكليزي كونه قانون البلد الذي حدث فيه الفعل وذلك للتأكد من مشروعيته فسيجد القاضي أن الفعل غير مشروع وفقاً للقانون الإنكليزي لكنه مشروع وفقاً للقانون العراقي وبالنتيجة فالقاضي هنا لا يطبق القانون الإنكليزي (باعتباره القانون المحلي والذي أشارت اليه قاعدة الاسناد العراقية) ولكن يطبق القانون العراقي وبهذا فسيقضي القاضي العراقي برد الدعوى لعدم توافر الأساس القانوني الذي تقوم عليه وفقاً للقانون العراقي كون القانون العراقي هو الذي يحدد الأفعال وكذلك الأشخاص الذين ينطبق عليهم وكذلك يحدد الأسس التي تقوم عليها كأن تكون وقائع قانونية أو تصرفات قانونية. والجدير بالذكر أن مجال تطبيق الفقرة الثانية من المادة الآتفة الذكر إنما يقتصر على تقدير مشروعية أو عدم مشروعية العمل الواقع في الخارج ووفقاً للقانون العراقي ولكن متى ما تبين لنا أن الفعل غير مشروع وفقاً للقانون العراقي يقرر هنا القاضي العودة الى قانون البلد الذي حدث فيه الفعل غير المشروع ويطبق كل يتعلق بالمسؤولية التقصيرية من حدوث ضرر وخطأ وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر لتعويض المضرور.^(١)

ثانياً - حالة مخالفة قاعدة تطبيق القانون المحلي للنظام العام العراقي

ففي هذه الحالة لا تطبق قاعدة القانون المحلي الذي وقع فيه العمل غير المشروع والمنشئ للالتزام إذا كان مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ولا ريب في حالة استبعاد تطبيق القانون المحلي استناداً للنظام العام وهذه حالة عامة يتدخل فيها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي كونه مخالف له ولذلك جاء مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ خلوا من هذا الشرط أو القيد ولم ينص عليه.^(٢)

(١) د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المصدر السابق ص ١٦٤.

(٢) ينظر : المادة (٣٨) من مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ والمادة (٣٢) من القانون المدني العراقي النافذ والتي تنص على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق".

كذلك فبخصوص المسؤولية التقصيرية لا يجوز هنا الاتفاق على الاعفاء منها أو التخفيف ولو كان الخطأ يسيراً أو تافهاً وبالتالي يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع لمخالفة النظام العام في العراق.^(١)

ومعنى هذا أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذه المسؤولية يتوجب استبعاده إذا كان هذا القانون يجيز هذا الاتفاق وتطبيق القانون العراقي مكانه وإبطال كل اثر للقانون الأجنبي كون علّة البطلان لمثل هذه الاتفاقات (كالاتفاق بالإعفاء من المسؤولية أو الحد منها) هو ارتباطها بالنظام العام والذي غرضه حماية المضرور وردع كل مرتكبي الأفعال الضارة كون مثل هذه الاتفاقات تمس أمن الأفراد وسيادة النظام في المجتمع أما بالنسبة للاتفاقات التي تشدد من المسؤولية فمثلاً تلك التي تحمّل المسؤول نتيجة الحادث المفاجئ وكذلك القوة القاهرة والتي يقرها القانون المحلي فهذه الاتفاقات تظل خاضعة للقانون المحلي كونها لا تعد مخالفة للنظام العام العراقي.^(٢)

(١) المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي تنص على أنه "٣- يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٢٤٠.

الفصل الثاني

الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية

للدولة عن الأعمال الإرهابية

إن نظام المسؤولية يعد من الركائز الأساسية لأي نظام قانوني أي سواء كان على الصعيد الداخلي أو الصعيد الدولي وبالنتيجة فهو يتطور تبعاً لتطور الدول والمجتمعات وبالتالي يمكن عدّ المسؤولية المدنية من المرتكزات الأساسية والتي تحكم العلاقات الدولية وما ينشأ عن هذه العلاقات من التزامات وحقوق بين الدول ولهذا فقد تطور نظام المسؤولية المدنية بشكل مضطرب وقد كان أحد معالم هذا التطور هو ظهور نظرية العمل الضار دولياً والتي جاء بها الفقيه (انزليوتي) وتناولتها بالدراسة والتطوير لجنة القانون الدولي عبر نصف قرن من الزمان بما يجعلها تتلائم والمفهوم المعاصر للمسؤولية المدنية ، وحيث أن مختلف النظم القانونية تنظم المسؤولية المدنية للأفراد عما يحدثونه من ضرر بأعمالهم الشخصية وكذلك أعمال من هم مسؤولون عنهم كذلك فضلاً عن الأشياء التي في حراسة هؤلاء الأفراد ولا جدال هنا بأن القانون الداخلي للدولة هو الذي ينظم كافة الأمور المتعلقة بهذه الأنواع من المسؤولية ما دام أن هذه العلاقة وطنية بجميع عناصرها.^(١)

أما إذا ما تطرق العنصر الأجنبي الى علاقات هذه المسؤولية عن الاعمال الارهابية فإنها تثير مشكلة تنازع القوانين وبالتالي يتطلب هنا تحديد القانون الواجب التطبيق عليها. ^(٢) وهنا تزداد أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق مع تزايد عدد دعاوي المسؤولية الناشئة عن الاعمال الارهابية ذات العنصر الأجنبي وتنوع انماطها كذلك تنوع مظاهر المدنية الحديثة وكذلك تنوع العلاقات التي تتم عبر الحدود ومن ذلك دعاوي التعويض التي ترفع على دولة (أ) وذلك عما أحدثه مواطنيها من أعمال إرهابية اضرّت بالأشخاص والأموال في دولة أخرى ولتكن دولة (ب) عبر حدود الدولة الأولى.

(١) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٣٨.

(٢) د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية، دروس على الالة الكاتبة مُلقاة على طلبة الدكتوراه ، كلية عين شمس (١٩٦٩ - ١٩٧٠) نقلاً عن د. جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق ص ٥٣٨.

وكما ذكرنا سابقاً بأن النظم القانونية قد اجمعت على تبني قانون محل وقوع الفعل الارهابي - المنشئ للالتزام - بأن يحكم هذا القانون المسؤولية والتعويض عن هذا العمل في نطاق العلاقات ذات الطابع الدولي، كذلك أن مجمع القانون الدولي لم يتردد عن التأكيد عليها وذلك في دور انعقاده بمدينة (أدنبرة) لعام ١٩٦٩ وذلك بمناسبة بحث القانون الواجب التطبيق الذي يطبق على الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية.^(١)

وقد تأكد الأخذ بالقاعدة المذكورة في العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي المبرمة في ١٩٧١/٥/٤ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق كذلك لا يوجد في علمنا من يجادل في سيادة هذه النظرية من حيث المبدأ في حكم المسؤولية المدنية ذات الطابع الدولي ولكن وجد من يجادل في ملائمة اعمال القانون في كل الفروض والأحوال كون مقتضيات تأمين المعاملات التي تنمو عبر الحدود وتأكيد الفعالية الدولية للأحكام القضائية تفرض عدم تطبيق القانون المحلي إذا لم يكن هذا القانون هو القانون المناسب وبالتالي فإن تحقق ملائمة تطبيق القانون المحلي في الفرض الذي توجد فيه علاقة جدية وذات دلالة بين الوضع الناشئ عن العمل الارهابي وإقليم الدولة التي وقع هذا العمل وعليه فإن مدى ملائمة القانون المحلي لحكم دعوى المسؤولية عن الاعمال الإرهابية مثلاً مرجعه هنا تقدير قاضي الموضوع حيث ينزله المنزلة التي يراها ويقدره التقدير الذي يطمئن اليه الذي يستوحاه من ظروف وعناصر الدعوى ولكن إذا كان هذا التقدير من اطلاقات قاضي الموضوع فيجب أن لا يستند الى اعتبارات خاصة بشخص المسؤول أو المضرور أو ظروفه النفسية ولكن يجب أن يستند الى اعتبارات موضوعية واضحة تملئها ظروف وعناصر الدعوى كذلك هنالك مثالب تؤخذ على القانون المحلي منها مثلاً ما هو الحل الواجب اتباعه إذا كان القانون المحلي عارضاً أو فجائياً أو أنه غير ملائم لحكم دعوى المسؤولية ؟ كذلك قد يكون القانون المحلي ذات صلة جدية بالوضع الناشئ عن الواقعة حين النظر الى المركز القانوني للأطراف سواء المخطئ والمضرور أي بالنظر هنا إلى حياتهم أو موطنهم وكذلك محل اقامتهم ولكن هنا يبدو اختصاص القانون المحلي كأنه مبني على أمر عارض أو صدفة وقوع الفعل الارهابي أو تحقق الضرر في إقليم الدولة التي يسري فيها وفي هذا الفرض وغيره من الفروض هل يلتزم القاضي عند الحكم بالطاعة العمياء لمبدأ اختصاص القانون المحلي بحيث يطبق القانون المحلي بطريقة آلية وجامدة ؟ .^(٢)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١١٧١.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

ولهذه المثالب وغيرها فقد وجدت اتجاه حديثاً الى جانب الاتجاه السابق عرضه وهو تطبيق القانون المحلي على المسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الإرهابية، ولكن هذه الاتجاه يعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على معيارين وهما الأول المعيار الموضوعي وهو المعيار الذي لا يتعلق بالأشخاص (المضرور والمسؤول عن الضرر) لا من حيث ارادتهما في تحديد القانون قانون القاضي او تطبيق قانون الوسط الاجتماعي اما المعيار الثاني فهو المعيار الشخصي والذي يتعلق بالأشخاص (المضرور والمسؤول عن الضرر) تارة فيما يتصل بإرادتهما وتارة فيما يتصل بقوانينهما ويشير هذا المعيار الى اعتماد قانون الإرادة او القانون الشخصي. عليه فسوف نبحث في هذا الفصل هذا الاتجاه الحديث الذي تضمن بجنبته معيارين للوقوف على افضل القوانين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال الإرهابية ذات الطابع الدولي لذلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول المعيار الشخصي أما المبحث الثاني فتناول فيه المعيار الموضوعي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على الاعمال الإرهابية والتي تحرك المسؤولية المدنية للدولة عبر الحدود وكالاتي :-

المبحث الأول

المعيار الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق

يتعلق المعيار الشخصي بالأشخاص (المضرون والمسؤول عن الضرر) تارة فيما يتصل بإرادتهما وتارة فيما يتصل بقوانينهما ويشير هذا المعيار الى اعتماد قانون الإرادة او القانون الشخصي وحيث إن المستقر في مختلف النظم القانونية هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفي الحدود التي ينشأ فيها وفقاً للقانون كون العقود والاتفاقات تعتبر من أنسب الوسائل لتحقيق العدل في المعاملات المالية لكافة الافراد لأن من الطبيعي أن يرتضى الفرد المتعاقد كلما كان العقد في مصلحته إذ فالرضا هو دليل على العدل وإن كان غير بات وذلك في حدود المصلحة العامة التي تركها القانون للأفراد حيث اعطاهم الحرية في تنظيم عقودهم وتضمينها كافة الشروط التي تكفل تحقيق مصالحهم وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي، لكن القانون لم يقف عند هذا الحد وإنما ارتأى بأنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة الى ميدان العلاقة وكذلك الاتفاقات ذات العنصر الأجنبي فكما للمتعاقدين الحرية في بناء وإنشاء عقودهم فلم الحرية أيضاً باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الارادية فإذا كانت تلك التصرفات تتصل بالتنظيم القانوني لأكثر من دولة فلا يعني هذا أنها توجد في فراغ قانوني بل لا بد أن تخضع هذه التصرفات في تكوينها وشروطها وكذلك آثارها لتنظيم قانوني معين وإن تحديد هذا التنظيم القانوني هو من عمل المتعاقدين أنفسهم فلم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم وهذا هو مبدأ قانون الإرادة.^(١)

وانطلاقاً من هذا المبدأ نفسه ذهب جانب من الفقه الى جعل الاختصاص يحكم المسؤولية للقانون المختار وما يسمى بقانون الإرادة والذي تتجه إرادة الأطراف اليه وأساس هذا الاتجاه الفقهي بأنه إذا كان للأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية فيكون للأفراد كذلك اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم غير التعاقدية الناتجة عن الفعل الضار والمتمثل هنا بالعمل الإرهابي كون القانون هو الذي يترتب الاثار على ذلك العمل لاعتبارات عامة بينما يقوم الأفراد برسم آثار عقودهم كون الأمر يتعلق بمصالحهم الخاصة كذلك فإن قواعد المسؤولية عن الفعل الضار في النهاية ترمي إلى تحقيق مصالح الأفراد وحفظ التوازن المطلوب فيها.^(٢) لأنه في حقيقة الأمر أن العمل بقانون الإرادة وفي نطاق المسؤولية التقصيرية فيه نوع من إقامة التوازن بين مصالح أطراف المسؤولية لأنه يستطيع كلا طرفي المسؤولية أن يحددوا

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١٠٥٧.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر نفسه، ص ١١٧٦.

القانون والذي يعتقدونه أكثر القوانين ملائمة وأكثر قدرة على تحقيق التوازن فيما بينهم فضلاً عن تحقيق مصالحهم المشروعة.^(١)

إضافة الى تطبيق قانون الإرادة فقد وجد من ينادي بتطبيق القانون الشخصي للوصول الى القانون الذي يحكم الالتزامات الناشئة عن الاعمال الضار عليّة فسوف نقوم بالبحث في قابلية تطبيق قانون الإرادة لحكم الالتزامات غير التعاقدية والمتمثلة بالعمل الارهابي كذلك إمكانية تطبيق القانون الشخصي على المسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الإرهابية عليه فسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين الأول لدراسة تطبيق قانون الارادة ومن ثم نبحت في المطلب الثاني إمكانية تطبيق القانون الشخصي على احكام المسؤولية التقصيرية بغية الوصول الى القانون الواجب التطبيق وكالاتي :

المطلب الأول

تطبيق قانون الإرادة على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

إن قوانين غالبية الدول تقضي بتطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية والمتمثلة هنا بالأعمال الإرهابية ومع تطور النظم القانونية ظهرت مجادلات فقهية والتي تنادي بمبدأ العمل بقانون الإرادة والمعمول به في شأن العقود الدولية وبالتالي تطبيق هذا القانون على ما ينشأ من التزامات ناجمة عن الفعل الضار اذ تأثرت بعض الدول حديثاً بقانون الإرادة وذلك في مجال الالتزامات غير التعاقدية وتبنته بدلاً عن القانون المحلي.^(٢)

وهذا الرأي يستند إلى وجوب أن يفسح المجال أمام إرادة أطراف المسؤولية لتلعب دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات مادامت في إطار الحقوق والمصرح الاتفاق بها في مجال المسؤولية التقصيرية فهنا لا يجوز التنازل عن الحق في التعويض قبل حدوث الفعل الضار كون ان الكثير من مسائل المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام عليه فلا يجوز في هذا الاطار الاتفاق على تنظيم مسائل المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاعمال الضارة لأن النظام العام يشكل قيداً على حرية الإرادة أما بخلاف ذلك يمكن الاتفاق بين طرفي المسؤولية من مرتكب الفعل والمضروب على تنظيم ما ترتبه بينهم المسؤولية وهنا تحديداً بمحض إرادة أطراف المسؤولية على تطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية إقتناعاً منهم بأن هذا القانون يتفق مع رغباتهم ويحقق مصالحهم التي يريدونها.^(٣)

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٢٨٣.

(٢) د. احمد أبو المجد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨٦.

(٣) د. احمد أبو المجد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر نفسه، ص ١٨٧.

علية سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الأول معنى قانون إرادة المتعاقدين ومن ثم نبحث في الفرع الثاني الدعوة الى اختصاص قانون الإرادة بشأن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال الإرهابية وكالاتي :

الفرع الأول

معنى قانون الإرادة

يقصد باصطلاح قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص " بأنه في مجال تنازع القوانين بشأن العقود يؤخذ بالقانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً ^(١) ".
وحيث أن قاعدة اتباع قانون المتعاقدين تعتبر تطبيقاً لمبدأ كفاية الإرادة والتي قال بها ديمولان في القرن السادس عشر وذلك للحد من سلطان القانون الإقليمي والذي كان هو السائد في ذلك العهد وكذلك اخراج من نطاقه بعض المواد لإخضاعها الى قوانين دول أخرى فحتى الوقت الذي ظهر فيه ديمولان كانت الفكرة السائدة هي أن العقود تستمد قوتها من القانون وعليه يجب ان تخضع لقانون الجهة التي عقدت فيها وتمت في ظلاله لذلك قرر ديمولان أن مصدر هذه العقود هي إرادة عاقيدها فيجب أن تخضع هنا الى القانون الذي يختارونه صراحة أو ضمناً أو افتراضاً وقد طبق ديمولان هذا المبدأ في بادئ الأمر على مشارطات الزواج ثم عممه على كافة العقود الأخرى، وفي الحقيقة أن هذا المبدأ لم يصادفه نجاحاً كبيراً بعد ديمولان كونه أصيب بنكسة ولكنها مؤقتة ثم عاد بعد ذلك للانتعاش من جديد والفضل في ذلك الى كتابات الفلاسفة وعلماء الاجتماع والمتشرعين في القرن الثامن عشر كونهم جمّلوا على الشكليات وتشبّعوا بالميول الفردية وأعلنوا سيادة مبدأ الإرادة وحلول الإرادة محل الشكليات الخارجية ومن نتيجة هذا أنهم أعلنوا بأن الملكية بمجرد التراضي بين الطرفين وقد كان لهذا التصور اثره في ميدان القانون الدولي الخاص فعندما ظهر سافيني ومانشيني في القرن التاسع عشر حيث جعل كل منهما لإرادة اطراف المصلحة دخلاً كبيراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي وتأيّدت هذه الحركة من جانب التشريع والقضاء في مختلف الدول فتطبق مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات ذات العنصر الأجنبي نصت عليه تشريعات بعض الدول كالمادة (٧ من التشريع البولوني لعام ١٩٢٦) والمادة (٩ من التشريع الإيطالي القديم والمادة ١٥ من التشريع الجديد) ، أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد نصت عليها في المادة (١٩/١ من القانون

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، تنازع القوانين، الجزء الثالث، ١٩٦٢ ، ص ٥٤.

المدني المصري) حيث نصت على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين..." وهكذا فإن هذا المبدأ أصبح عالمياً.^(١)

وإن أساس أعمال قانون الإرادة هو احترام تلك الإرادة كونه من الطبيعي والمعقول أن يصبح في مقدور المتعاقدين إذا ما أنشأ بينهم رابطة هو اختيار القانون الذي يحكم هذه الرابطة من حيث الصحة ومن حيث الآثار.^(٢)

فكما أن المشرع في أي بلد يحمي الأفراد وذلك بتطبيق قانون جنسيتهم على مسائل أحوالهم الشخصية وكذلك يحمي أرواحهم ومصالحهم وذلك بتطبيق القانون المحلي أو بتطبيق قانون موقع المال فيجب عليه هنا أن يحمي إرادتهم ويحترمها أيضاً وذلك عن طريق السماح لهم بتطبيق القانون الذي يقع اختيارهم عليه ليحكم التزاماتهم التعاقدية.^(٣)

إن نطاق تطبيق قانون إرادة المتعاقدين على العموم هو الالتزامات التعاقدية وعليه فإذا اختار المتعاقدان قانون محدد صراحةً أو ضمناً فهنا يجب تطبيق هذا القانون على العقد من كافة نواحيه فيما عدا الأهلية والشكل وهاتين المسألتين لا تدخلان في نطاق العقود فيسري هذا القانون بالنسبة لأركان الانعقاد وشروط الصحة والاثبات وكذلك ترتيب الآثار كون حرية المتعاقدين أوسع في القانون الداخلي كونها في هذا الأخير مقيدة بقواعد آمرة والتي لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على عكسها وقاصرة فقط على قواعد القانون الداخلي المفسرة والمخيرة والتي يجوز للأفراد مخالفتها أما بالنسبة للعلاقات القانونية للأفراد ذات العنصر الأجنبي فحريتهم هنا في اختيار القانون الواجب التطبيق لا تعرف هذه القيود فعلاقات الأفراد القانونية هنا تجمع بين دفتيها مبدأ حرية التعاقد وتمتد إلى أبعد من ذلك فتشمل هنا القواعد المتعلقة بالسبب والموضوع وعيوب الرضا كون المقصود من ذلك تشجيع الاتجار والعلاقات الاقتصادية الخاصة الدولية.^(٤)

لكن بالرغم من وضوح هذه الحرية للمتعاقدين لكنها تخضع لجملة قيود فمن ناحية هناك عقود لا تخضع للقانون الذي يريده المتعاقدان وهذه العقود ينظمها المشرع تنظيمًا دقيقاً وتخضع للرقابة الإدارية فالقانون الذي ينظم هذه العقود يعتبر من قوانين البوليس مثالنا عقد التأمين حيث يجب على المنظمات الأجنبية التي تتعاطى مهنة التأمين في البلد العربي أن تكون لهذه

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، المصدر السابق، ص ٥٧.

(٢) ليفي أولمان ص ١٦٨. وقد أضاف الأستاذ أيضاً أن هذه القاعدة ثابتة بحكم العادة بحيث لا تحتاج إلى تبرير. نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ص ٥٨.

(٣) حامد زكي طبعة ١٩٣٦ بند ٢٨٨ ص ٣١٨. نقلاً عن د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي المصدر السابق، ص ٥٨.

(٤) د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، المصدر السابق، ص ٦٠.

المنظمات مؤسسات قادرة على توفير مستلزمات ومقتضيات هذه الرقابة كذلك الحال بالنسبة لعقد الشركة بإرادة المتعاقدين هنا قاصرة على إنشاء مركز قانوني يتكفل القانون بتحديد مضمون هذا المركز لكن على سبيل الالتزام وليس للأطراف حرية في اختيار قانون معين أما في الناحية الثانية فهناك قيد ثاني حيث أنه يستبعد القانون الواجب التطبيق اعمالاً بإرادة المتعاقدين إذا ما تم ثبت أن اعماله قد تم بناءً على غش أو نحو ذلك أو كان القانون الأجنبي الذي اختير من قبل الأطراف لا يتماشى مع الأنظمة الأساسية في قانون القاضي وهذا كله اعمالاً لفكرة النظام العام.^(١)

إن مبدأ قانون الإرادة يعد الأساسي في مجال التصرفات الإرادية، فعلى سبيل مستوى قواعد القانون الدولي الخاص مثلاً تعد إرادة الأطراف هي المعول عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق كونه من الثابت أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها وعلى هذا الأساس فلا يقيد الإنسان إلا بإراداته الحرة.^(٢) ولأن الإرادة تعتبر هي أساس التصرف القانوني كونها هي التي تنشئ وهي التي تحدد آثاره وهذا ما يعبر عنه عند الفقه بمبدأ سلطان الإرادة.^(٣) ويحتوي مبدأ سلطان الإرادة على فكرتين أساسيتين الأولى هي أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة للأطراف أما الثانية هي أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام لا بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.^(٤) وحيث أن مبدأ سلطان الإرادة يعد نتاج الفلسفة السياسية الفردية والتي سادت في القرن الثامن عشر وكذلك الحرية الرأسمالية في الاقتصاد والتي بلغت اقصى حدودها منذ القرن التاسع عشر.^(٥)

أي أنها تعتبر نتيجته طبيعية وملازمة للنزعة الفردية والتي تقدر إرادة الفرد وتقرر السيادة الكاملة لها ، عليه اصبح مبدأ سلطان الإرادة وكذلك ما ينتج عنه من حرية في التعاقد مبدأ ثابتاً في القانون بسبب اعتراف كل الأنظمة القانونية به وكذلك اعتراف قواعد التجارة الدولية وكذلك

(١) ومن أمثلة ذلك التصرف التركات المستقبلية فإذا كان هذا التصرف جائزاً وفقاً لقانون المتعاقدين فإن هذا القانون يجب أن يستبعد المخالفة للنظام العام عندما إذ جاء في المادة ٢/١٣١ من القانون المدني المصري والليبي والمادة ٢/١٣٢ سوري والمادة ١/١٢٩ عراقي "إن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه...". د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي، المصدر السابق ، ص ٦١ هامش ١.

(٢) د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٥٥١.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة ومعمقة، ١٩٨٤، ص ٤١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد قام بتقسيمها المستشار مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٨٥ وما بعدها.

(٥) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة في الالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الرحمن وهبة، بدون سنة طبع ص ٥٠.

يعد مبدأً عاماً ومُعترف به من قبل الأمم المتحدة وفقاً لما نصت عليه المادة (١/٣٨) من لائحة محكمة العدل الدولية.^(١) كما أن ظهور مبدأ سلطان الإرادة أثر على جانبيين من جوانب العقد ألا وهما الشكل والموضوع.

فمن ناحية الشكل فقد لحق العقد تطور كبير وكذلك عن طريق مبدأ الرضائية والذي يعد الدعامة التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة وبناء على ذلك أن الإرادة كافية بذاتها للقيام بإبرام التصرفات القانونية دون ضرورة إلى أن توضع الإرادة بشكل معين أما **من ناحية موضوع العقد** فإن مبدأ سلطان الإرادة والذي يقضي بأن الأطراف احرار في ابرام ما يشاؤون من العقود وكذلك هم احرار في تحديد المضمون لهذه العقود وكذلك احراراً في اختيارهم للشروط التي تلائمهم ولهم الحق ايضاً في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على عقودهم كونه المستقر في جميع النظم القانونية بأنه لا أحد يجبر على التعاقد لأنه له الحق في رفض التعاقد وفي قبوله أيضاً، أما في حالة قبوله للعقد فله الحق في مناقشة محتوى العقد وكذلك مناقشة شروطه سواء عند ابرامه أو عند تنفيذه مع المتعاقد الآخر.^(٢)

لكن القانون قد أرتأى بأنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى العلاقات الدولية الخاصة فيما أن للمتعاقدين في مجال القانون الداخلي الحرية في إنشاء عقودهم فلهم أيضاً الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم الدولية فلهم الحق في أن يخضعوا عقودهم إلى القانون الوطني أو يخضعوه إلى أكثر من قانون وهذا ما يطلق عليه الفقه مصطلح (تجزئة العقد) وكذلك للأطراف الحق في استبعاد القانون الوطني واخضاعه لحكم المبادئ العامة في القانون واعراف التجارة الدولية وهذا ما يطلق عليه مبدأ قانون الإرادة.^(٣)

ومن الناحية العملية فإن المشاكل لا تنثور إذا ما كانت الإرادة صريحة بيد أن المشاكل تنشأ حينما تكون الإرادة ضمنية ويتم التعبير الصريح عن الإرادة وذلك عن طريق اتفاق الطرفين على النص صراحة في العقد وذلك على اختيار قانون دولة ما لحكم منازعاتهم وأن التعبير الصريح عن الإرادة يتميز في أنه يمكن الأطراف في أنهم يكونوا على دراية تامة ومسبقة بأحكام القانون الذي سيحل المنازعات إذا ما اسفرت عند تنفيذ عقودهم وعليه فالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يعد أمراً مرغوباً به وذلك على أساس أنه يجنب أطراف العقد تطبيق قانون

(١) د. حسن عبد الباسط جمبجي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٠ ص ١٠.

(٢) د. صالح المندلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٨، ٢٥٩.

(٣) احمد رزق محمد خضير، القانون الواجب التطبيق على المعاملات المصرفية الالكترونية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠١٩، ص ١٣٥.

لا يرغبون في انطباقه على العقد كذلك إذا قام أطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق عن طريق التعبير الصريح عن الإرادة فهناك نتيجة هامة وضرورية ألا وهي احترام القاضي لإرادتهما ويتحقق ذلك عندما يتقيد القاضي ليس فقط بنصوص القانون المختار وإنما يتقيد كذلك بالتفسير المعطى لهذه النصوص في الدولة الأجنبية الصادر عنها هذا القانون، أما بالنسبة للتعبير الضمني للإرادة فهو يتحقق عندما لا يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق فيمكن أن تستخلص هذه الإرادة من نصوص العقد وكذلك من وقائع القضية وأن القاضي سيهتدي عادة على توافر هذه الإرادة الضمنية من خلال مجموعة من القرائن كاستخدام شكل معين للعقد مصحوباً بلغة معينة لدولة معينة أو الإحالة على نص قانوني خاص أو عادة تجارية خاصة بدولة معينة وهكذا.^(١)

فالإرادة الضمنية المقترحة هي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة حيث أن القاضي يستخلصها من ظروف الحال كون تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة كافة تؤكد على الإرادة الضمنية للمتعاقدين حيث نصت المادة (٢/١٢١) من القانون المدني الروسي الصادر عام ٢٠٠١ على أنه " اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحاً أو يمكن إستنتاجه بشكل واضح من نصوص العقد أو مجموع ظروف الموضوع " كذلك ما نصت عليه المادة (١/١٣١١) من القانون المدني الكندي للأقاليم الكييك على أنه " التصرف القانوني سواء انطوى على عنصر أجنبي أو لا يكون محكوماً بالقانون المحدد في العقد بوضوح أو بواسطة القانون الذي يمكن إستنتاجه بشكل مؤكد من أحكام هذا العقد " كذلك هنالك العديد من الاتفاقيات الدولية والتي إكتفت النهج الواسع لفكرة قانون الإرادة منها اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات في عام ١٩٥٥ والتي نصت في المادة (١/٢) على أنه " البيع يكون منظماً بواسطة القانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة " كذلك سارت على هذا النهج اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ في شأن الإحالة الى إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع كذلك سارت على هذا النهج قوانين التحكيم ومنها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥.^(٢)

(١) د. اشرف وفا حمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية ، ط١، ١٩٩٩ ص١٩٥.

(٢) د. صالح المندلاوي، الاختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ص٥٧.

وبما أن التصرفات القانونية في محيط الالتزامات هي النطاق الطبيعي للإرادة وهي التي يتعلّق فيها سلطان الإرادة على أوسع ما يكون غير أن سلطان الإرادة في هذا النطاق ليس مطلقاً لا بل ترد عليه قيود فمن ناحية الرضائية وهي كفاية الإرادة وحدها لإنشاء التصرف القانوني حيث ترد عليها قيود آتية من الشكل والذي يفرضه القانون بالنسبة لبعض التصرفات كذلك من القواعد التي تتعلق بالشهر أو التي تتعلق بالإثبات فهناك تصرفات شكلية يجب لانعقادها أن تكون مكتوبة وتكون هذه الكتابة رسمية كما هو الحال في الرهن الرسمي وبيع السفينة أو قد تكون كتابة عرضية كما هو الحال في الجمعيات والمؤسسات وكذلك عقد المرتب لمدى الحياة إذا كان بعوض والملاحظ هنا بأن هذه الشكلية يفرضها المشرع استثناء وذلك لحماية التصرف وتنبيه المتعاقدين إلى خطورة ما هو مقدم عليه كذلك بالنسبة للشهر فهو يعد قيداً على الإرادة قرره المشرع لحماية الغير الحسن النية كذلك يفرض الكتابة للإثبات وإن لم تكن شكلاً لانعقاده أو انما تعتبر قيداً على الإرادة كون تخلفها يؤدي إلى ضياع الحقوق إذا لم يتيسر الإثبات بالإقرار أو اليمين.

أما من الناحية الثانية فهو قدرة الإرادة على تحديد اثار التصرف ويعتبر هذا الشق الثاني للمبدأ فيرد عليه قيوداً أيضاً ويكون مصدرها النظام العام والآداب وأن تدخل المشرع في العقد وينصوص أمرة وذلك مراعاة للمصالح العام وكذلك حماية الطرف الضعيف وكذلك القضاء له نصياً بهذه القيود حيث يتولى تطبيق نظرية عيوب الإرادة ويراقب مشروعية السبب كذلك يتوسع في فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف فضلاً عن ذلك فقد ظهرت ما تسمى بالعقود النموذجية.^(١)

ومما تقدم يتبين أن قدرة الإرادة بذاتها على انشاء التصرفات وتحديد شروطها وآثارها هي القاعدة العامة لكن هذه القاعدة ترد عليها قيوداً من بينها الشكل كون فعالية مبدأ سلطان الإرادة يرتبط إلى حد كبير بالفلسفة أو النزعة السائدة في المجتمع فنطاق تطبيق مبدأ سلطان الإرادة يتسع في نفس الوقت يضيق لقيود التي ترد عليه في ظل التشريعات التي تقوم على المذهب الفردي أما في ظل التشريعات التي تقوم على المذاهب الاشتراكية فنرى دائرة تطبيق المبدأ تتكشم كذلك بكبل بشتى القيود.^(٢)

(١) د. عاطف عبد الحميد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٩٨.

(٢) د. احمد حشمت أبو سنيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٤٠.

وإذا كان معنى الرضائية هي قدرة الإرادة بذاتها على انشاء التصرفات هي المبدأ السائد حالياً في كافة التشريعات المعاصرة والشكل يمثل استثناء على هذا المبدأ فإنه على العكس من ذلك فقد كانت الشكلية هي المبدأ السائد في القانون الروماني وإن اعترف هذا القانون في أواخر عصره بأنه هنالك دور استثنائي للإرادة في انشاء بعض العقود فالأمر الذي يثور التساؤل بأنه هل القانون الروماني قد عرف الرضائية ؟

الفرع الثاني

الدعوة الى اختصاص قانون الإرادة بشأن المسؤولية الناشئة

عن الأعمال الإرهابية

بعد أن تكلمنا في الفرع السابق عن أهمية الإرادة ودورها الخلاق في إنشاء الالتزامات التعاقدية فهنا يطرح التساؤل الآتي بأنه إذا ما كانت إرادة الأطراف والتي تعد ضابط اسناد أصيل في مجال الالتزامات التعاقدية فهل يمكن أن تلعب هذه الإرادة دوراً في تعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والتي نعني بها الاعمال الإرهابية مدار البحث ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن هناك جانباً فقهيّاً ذهب إلى وجوب أن يفسح المجال لإرادة الافراد أن تلعب دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية حيث إذا ما أتفق أطراف المسؤولية بملى إرادتهم على تطبيق قانون دولة محددة على الالتزامات الغير التعاقدية اقتناعاً منهم بان تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم وتبين كذلك لكل منهم أن هذا القانون يكلل له مسعاها بالنجاح ويحقق مبتغاه الى الوصول الى حل عادل وفعال في المسالة لذلك يرى هذا الجانب الفقهي أنه على المشرع في مثل هذه الحالات أن يقر لهم هذا الاختيار وكذلك يحترم هذا التعيين وبالتالي يفصل القاضي بمقتضاه متى ما تبين له أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا غش فيه ولا تعسف وكذلك لا يمس حقوق الغير ، ولا يفتئت على المجال الاستثنائي للقوانين الأخرى ذات الصلة بالمنازعة.^(١)

ويستند هذا الاتجاه الفقهي إلى أنه وإن كانت الالتزامات غير التعاقدية لا تنشأ العقد وكذلك لا تدخل إرادة الأطراف في انشائها وتحديد مداها وتحديد الالتزامات لكل طرف فيها على غرار ما هو موجود في الالتزامات التعاقدية لكنها تنصب على مصالح خاصة وتهدف ايضاً الى حماية مصالح الافراد وتحقيق الأمان القانوني لهم عبر الحدود وهذه هي الأهداف الرئيسية

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٨٨.

للقانون الدولي الخاص ، عليه يجب عدم الحيلولة بين هؤلاء وكذلك اختبار القانون الواجب التطبيق عليها متى ما اتفق كافة الأطراف على قانون بعينه ورأوا أيضاً بأنه يحقق مصالحهم ويحمي حقوقهم فيجب هنا اقرارهم على هذا الاختيار وموافقتهم على هذا التحديد.^(١)

كذلك صرح هذا الاتجاه الفقهي بأنه إذا كان قانون الإقامة المشتركة لأطراف المنازعة أضحى إستثناء على تطبيق قانون المحلي بسبب الصلة الوثيقة بالمنازعة وكذلك تماشياً مع توقعات الأطراف مما يجعله افضل القوانين بحكمها واجدتها إقامة للتوازن بين مصالح الأطراف فهنا يدق الأمر بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية فلا يقبل اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية كونهم اقدر من غيرهم على تقدير مصالحهم حق قدرها وكذلك أكثر من غيرهم حرصاً على حماية حقوقهم ويبدو لهذا الاتجاه الفقهي بأن المنطق القانوني السليم وكذلك العمل على تحقيق أهداف القانون الدولي الخاص لحماية مصالح الأفراد وتحقيق الأمان القانوني لهم عبر الحدود والذي يقتضي افساح المجال لإرادتهم متى رغبوا في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم الغير التعاقدية المتمثلة بالأعمال الضارة وتأسيساً على ذلك فيرى هذا الاتجاه الفقهي بأنه إذا ما تحققت الضوابط السابقة فإنه يجب أن يمنع القانون المختار من أطراف المتنازعة بأولية التطبيق على القانون المحلي بمفهوميه الاجتماعي والجغرافي.^(٢)

ومع مراعاة للاعتبارات سالفة الذكر فقد ذهب اتجاه من الفقه الحديث الى وجوب تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات الغير التعاقدية والناشئة عن الفعل الضار اذ اخذت بعض التشريعات بهذا الرأي كالقانون الدولي الخاص السويسري في المادة (٤/١٣٣) والقانون الدولي الخاص التونسي في المادة (٧١) والقانون الألماني الصادر عام ١٩٩٩ بشأن الالتزامات غير التعاقدية والأموال في القانون الدولي الخاص وذلك في المادة (٤٢) وكذلك القانون الدولي الخاص الروسي الصادر في عام ٢٠٠١ في المادة (٣/١٢١٩).^(٣)

وفي هذا الصدد أيضاً فقد نادى جانب آخر من الفقه على العمل بقانون الإرادة المعمول بها بشأن العقود الدولية الى مجال المسؤولية المدنية والاستفادة منها في هذا الصدد بسبب ما حققه مبدأ قانون الإرادة في مجال المعاملات المالية والتجارية عبر الحدود بما حققه من ازدهار في العلاقات الاقتصادية وكذلك نمو التجارة الدولية ما بين مختلف الدول عليه فبالنسبة لرأي هذا الاتجاه الفقهي فإن الأخذ بمبدأ الإرادة في مجال المسؤولية المدنية يستجيب لعدة اعتبارات مهمة

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٢) المصدر نفسه ، ص ٨٩.

(٣) المصدر نفسه ، ص ٩٠.

كإقامة التوازن بين مصالح طرفي المسؤولية كون الأطراف سيختار كل منهما دون شك القانون الذي يعد أكثر ملائمة لتحقيق التوازن فيما بينها وكذلك يحمي مصالحهم بشأن التعويض حيث يقدم هذا الاتجاه على فكرة منطقية وهي أنه إذا كان لأطراف العلاقة العقدية أن يختاروا القانون الذي يحكم عقدهم مثلاً فلا يوجد هناك مانع من اختيار القانون الذي يحكم التزاماتهم غير التعاقدية والناجمة عن العمل الضار كون الموضوع يهم كلا الطرفين وهما المضرور والمسؤول عن الضرر فإن الاختيار هنا مبني على إرادتهم فلم الحق في أن يختاروا هذا القانون أو ذاك.^(١)

وتأييداً لهذا الاتجاه الفقهي فقد ورد المشروع الاتفاقية الأوروبية والتي صدرت بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير التعاقدية النص على أنه بالإمكان لطرفي المسؤولية اختيار القانون الواجب التطبيق بشأنها فبعد أن نصت المادة (٣) بفقراتها الخمس على القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية عن تعويض الاضرار جاء في المادة (٨) من المشروع على أنه "يستطيع الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزام الغير التعاقدية وذلك باتفاق لاحق على نشأة النزاع ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً ولا يضر بحقوق الغير".^(٢) وتجدر الإشارة هنا إلى ما يفضل به بعض التشريعات وذلك بالاعتداد بالقانون المختار بشأن الالتزامات غير التعاقدية وعلى نحو ما فعل المشرع السويسري في المادة (١٣٢) من مجموعة القانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٧ حيث قصر الاختيار على قانون القاضي وحده وحسب ما نصت المادة السالفة الذكر على أنه "يكون للأطراف الاتفاق في أي وقت بعد الحادث الضار على تطبيق قانون القاضي"، كذلك خول ذات المشرع المضرور "امعناً منه في تقدير هذا الطرف باعتباره الضعيف والأولى بالرعاية" الحق في أن يختار القانون الواجب التطبيق بشأن بعض المسائل المهمة كالتعويض عن الأضرار التي تلحق بشخصية الأفراد عبر وسائل الاعلام.^(٣) وقد نقل القانون الدولي الألماني المعدل لعام ١٩٩٩ هذا الحكم وذلك بعد تعديل نص المادة (٤٢) من مقدمة القانون المدني وذلك بقانون ١٩ ديسمبر لعام ١٩٩٨ حيث جاءت هذه المادة لتتنص بكل وضوح على مبدأ قانون الإرادة في مجال المسؤولية عن تعويض الأفراد حيث نصت على أنه "ويستطيع الأطراف بعد حدوث الواقعة المنشئة لرابطة الالتزام غير التعاقدية اختيار القانون واجب التطبيق على تلك الرابطة وذلك دون المساس بحقوق الغير".^(٤)

(١) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ٥٥٧.

(٢) ينظر المادة ٤٢ من القانون الدولي الخاص الألماني عام ١٩٩٩.

(٣) ينظر المادة ١٣٩ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

(٤) وحيث جاء بالنص الفرنسي =

كون هذا الاتجاه الحديث في اخضاع المسؤولية المدنية عن تعويض الاضرار الناشئة عن الفعل الضار عن طريق الإخلال بواجب قانوني غير تعاقدية فإنه يستجيب الى اعتبار الفلسفة الحديثة لمبدأ التعويض عن هذه الاضرار التي سببها الشخص لغيره وهذه الفلسفة تقوم على أن التعويض هنا لا يقصد من وراءه توقيع العقوبة على المحكوم عليه لأجل أنه يعتبر وظيفة اجتماعية وكذلك تحقيق نوع من التضامن الاجتماعي بين افراد المجتمع كافة ولا سيما إذا كان تضامناً مع الطرف الضعيف كالشخص المضرور في مجال المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة.^(١)

إن غالبية قوانين الدول قد قضت بتطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية وأصبح ذلك من المسلمات لغالبية الدول ولكن ظهرت محاولات فقهية تناشد بالعمل بقانون الإرادة والمعمول به في شان العقود الدولية ومن ثم تطبيقه على ما يشاء من التزامات ناجمة عن العمل الضار لذلك تأثرت حديثاً بعض الدول بالأخذ بهذا الاتجاه الفقهي وتبنيه بدلاً عن القانون المحلي والحجة في ذلك هو إعطاء دور للإرادة لتمارس دورها في هكذا التزامات ما دام في الاطار المصرح الاتفاق به في مجال المسؤولية التقصيرية فمثلاً لا يجوز التنازل عن الحق في التعويض قبل حدوث العمل الضار كون الكثير من مسائل المسؤولية التقصيرية متعلق بالنظام العام وعلى هذا الأساس ففي هذا المجال لا يجوز الاتفاق على تنظيم مسائل المسؤولية التقصيرية لأن النظام العام يشكل قيداً على حرية الإرادة بخلاف هذا يجوز الاتفاق بين طرفي المسؤولية من مرتكب الفعل والمضرور على تنظيم ما ترتبه المسؤولية بينهم وبالتحديد بمحض إرادة الأطراف تطبيق قانون دولة محددة على الالتزامات غير التعاقدية بسبب كونهم مقتنعين بأنه يحقق رغباتهم وطموحاتهم فمن التطبيقات القضائية على ذلك هو ما حدث في فرنسا حيث اعطي القانون الوضعي الحديث للإرادة دوراً فعالاً في مجال المسؤولية التقصيرية وبالتالي قيد من اطلاق القانون المحلي وحصل ذلك في حكم (Roho) والذي صدر في ١٩ / ابريل ١٩٨٨ عندما ثار النزاع بين شخصين من أفراد القوات المسلحة الفرنسية المرابطة في جيبوتي وذلك لما سببه أحدهما للآخر في جيبوتي من ضرر وحيث كان القانون المطبق لحكم قواعد الاسناد هو القانون الجيبوتي وذلك طبقاً لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق البرية في ٤ مايو ١٩٧١ ومع ذلك طبقت المحكمة المختصة في المنازعة القانون

"Les Pasties peuuent , apre's La survenance de L'e've'ne ,ment donnna'nt Lieu a' unrapport d'obligation tracontuel, choisir Le droit applicable a' celui – ci Les droits des tiers n'en sont pas affecte's"

نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، ٢٠٠٠، ص ٢٨٥، هامش ١.

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

الفرنسي وذلك طبقاً للمادة (٥/١٢) من تقنين الإجراءات المدنية الجديد كون محكمة النقض الفرنسية قد اعترفت بأنه لطرفي المسؤولية أن يعتدوا التقاضي باتفاق صريح وكذلك يحدد نطاق الحقوق فيما بينهما وهذا ما صرح لهما في المنازعة المنظورة حيث تم استبعاد قاعدة التنازع والتي تشير الى تطبيق القانون الجيبوتي والاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي^(١).

لكن يرى بعض الفقه بأن هذا الحكم وإن أعطى للإرادة دوراً فعالاً إلا أن هذا لا يعني بأنه يتعين صياغة قاعدة التنازع المحددة مرة أخرى إذ لا يعتبر الحكم أنه قد عدل قاعدة التنازع في مجال الفعل الضار ولكن أجاز للطرفين مخالفتها كذلك الأمر إذا اتفق أطراف المنازعة على تطبيق قانون محدد خلافاً للقانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع فيجب هنا أن تسمح القواعد الإجرائية في قانون القاضي بهذا الاتفاق أما إذا لم تجزه القواعد الإجرائية فلا تكون هنا لإرادة الطرفين أي أثر يذكر، ففي حكم (Roho) مثلاً لم يطبق القاضي قاعدة التنازع المنصوص عليها في قانونه وإنما اكتفى بالرجوع الى النظام القانوني له وذلك للتأكد من أن حق الاختيار مصرح به من عدمه علاوة على ذلك يشترط بأنه إذا اختير قانون مخالف لما تشير اليه قاعدة التنازع فيجب أن يكون الاختيار صريحاً وليس ضمناً كونه لا يعتد بالإرادة الضمنية في هذا الصدد^(٢).

والتساؤل الذي يثار هنا هو من يختار القانون الواجب التطبيق عندما يرتكب فعل ضار بعبارة أخرى هل يختاره مرتكب الفعل أم المضرور؟

يمكن القول أن الأصل إن الأمر يهم طرفا المنازعة (مرتكب العمل الضار والمضرور) وعليه فيكون الاختيار منعقداً بإرادتهما فيتفقان على تطبيق قانون معين ، أما في حالة عدم الاتفاق على تحديد قانون معين فمن المنطق الاعتراف بحق الاختيار للطرف المضرور وحده لكونه الطرف الضعيف وكذلك الأولى بالرعاية^(٣). ولكن التساؤل الذي يطرح أيضاً هل أن للإرادة مطلق الحرية في اختيار أي قانون يكون واجب التطبيق على المنازعة ؟ للإجابة عن هذا التساؤل هنالك رأيين فقهيين بالموضوع الأول يرى انه لا يجوز لأطراف المنازعة تجنب قاعدة التنازع إلا باختيار تطبيق قانون القاضي ولأسباب تتعلق بالملائمة^(٤).

(١) د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير التعاقدية، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٢٠٤.

(٢) د. محمد حمدي بهنسي، المصدر السابق، ص ٢١.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٦.

(٤) L equette "Y." "L,abandon de La Jurisprudence Bisbal, Rev. 1989, P. 315.

أما الثاني فيرى بأنه لا مجال للتمييز بين قانون القاضي وغيره من القوانين كون لأطراف المنازعة اختيار قانون القاضي أو اختيار أي قانون آخر بحيث تتحقق المصلحة من الاختيار وذلك إذا تم لمصلحة القانون الذي يرتبط به المركز القانوني وهذا ما تحقق به حكم (Roho) المذكور سلفاً كون القانون الفرنسي والذي كان قانون القاضي قد ارتبط بالحادث ارتباطاً وثيقاً لأنه القانون الوطني المشترك للطرفين بخلاف القانون الجيبوتي والذي يمثل قانون الدولة التي وقع فيها الحادث عرضياً إلا أن القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة قد يكون هو القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع ولا يكون قانون القاضي وإنما قد يكون قانون دولة ثالثة.^(١)

ويتبين أن هذا الرأي يعطي للإرادة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق إذا ما تحققت المصلحة من هذا الاختيار بالنسبة للأطراف المتنازعة ولكن بالرغم من وجهة هذا الرأي الفقهي لكنه تعرض للانتقاد كون أن التزام مرتكب الفعل الضار بالتعويض وكذلك اصلاح الضرر الناتج عن هذا العمل يجد مصدره في القانون وليس في إرادة الأطراف بسبب أن هنالك اختلاف بين كل من الالتزامات التعاقدية والتي تقوم على فكرة الإرادة وبين الالتزامات القانونية المفروضة من قبل المشرع وعليه فلا يمكن القول أن تطبيق قانون الإرادة والساري في مجال العقود على الالتزامات غير التعاقدية وذلك لتعلق تلك القواعد للمسؤولية بالنظام العام وهذا ما لا يتفق مع اعمال قانون الإرادة وكذلك إنه يقوم بخلط واضح بين الالتزامات غير التعاقدية والالتزامات التعاقدية كون الاولى تقوم على فكرة الالتزامات غير العقدية الناشئة عن الاعمال الضارة أما الثانية تقوم على فكرة الإرادة.^(٢)

(١) وهو رأي د. محمد حمدي بهنسي، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٢) د. احمد أبو المجد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٩٠.

المطلب الثاني

تطبيق القانون الشخصي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

إن الحقوق والواجبات المكونة لشخصية الإنسان هي صفات يتصف بها على وجه الدوام فمن حيث المبدأ ليس من العدل وليس من المبادئ الطبيعية في شيء أن تتغير هذه الحقوق والواجبات عندما يختلف القانون الواجب التطبيق أو اختلاف المحكمة التي يطلب منها الحكم أو بمعنى آخر هنالك مظاهر معينة من نشاط الفرد يجب أن تكون محكومة بموجب قانون الدولة التي يكون فيها الفرد أكثر تعلقاً وكذلك أكثر ثباتاً وعليه فلا يجوز أن يحكم نشاط هذا الفرد بقوانين مختلفة فلربما قد يكون هذا الفرد متواجداً في حدود دولة معينة عن طريق الصدفة المحضة أو بصورة عارضة.^(١)

ولذلك اقرت العديد من التشريعات الوضعية مبادئ معينة وان اختلفت فيما بينها اختلافاً يسيراً لكنها ترمي جميعها الى جعل الشخص خاضعاً في حالته وبصورة دائمة الى قانون واحد الذي هو قانون الشخص والذي على المحاكم تطبيقه في كل بلاد العالم وذلك احتراماً لشخصه وكذلك تقديساً للحقوق والواجبات والتي التصقت به فأصبحت قطعة منه لا تتغير بتغير الجهة التي ترفع فيها القضية.^(٢)

ويمكن القول أن الاتجاه التقليدي القائل بإختصاص القانون المحلي لحكم المسؤولية وجد من يجادل في ملائمته محل كل الفروض ويمكن القول أن القانون المحلي أضحي غير مناسب وكذلك غير ملائم لحل قضية معينة اذا كان صلته ضعيفة بالوضع الناشئ عن الواقعة الضارة وذلك بالنظر الى المركز القانوني للخصوم أو بالنظر إلى المركز القانوني للخصوم المدعي أو المدعى عليه أو بالنظر الى جنسيتهم أو محل اقامتهم وبهذا ظهر اتجاه يؤيد تطبيق القانون الشخصي على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاعمال الارهابية أي سواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية ام قانون الموطن وحيث يفضل البعض تطبيق القانون الشخصي للمضروب والبعض الآخر يفضل تطبيق القانون الشخصي للمسؤول عن الضرر وبالمقابل هنالك من يفضل

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٧٤.

(٢) د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، الطبعة الثانية، مطبعة بسعادة مصر، ١٩٢٧، ص ٧٧.

تطبيق قانون الموطن أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف ومعنى هذا تطبيق القانون الذي يمارس الشخص فيه حقوقه ويتحمل الالتزامات المفروضة عليه من قبله.^(١) عليه فسوف نبحت في هذا المطلب تطبيق القانون الشخصي على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الاعمال الإرهابية بغية الوصول الى القانون الواجب التطبيق لكونه يعتبر من ضمن الاتجاه الحديث لزعة استقرار القانون المحلي بشأن القانون المختص لحكم المسؤولية التقصيرية وبهذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نعقد الفرع الأول لدراسة المقصود بالقانون الشخصي والذي هنا يعتبر القانون الواجب التطبيق على الاعمال الارهابية أما الفرع الثاني فنعده لبيان المفاضلة بين أيهما أصلح قانون الجنسية أم قانون الموطن كضابط ثابت للأخذ به لتحديد القانون الشخصي على أساسه والذي يطبق على المسؤولية عن الاعمال الارهابية وكالاتي :-

الفرع الأول

المقصود بالقانون الشخصي

يقصد بالقانون الشخصي هو ذلك القانون والذي يتضمن القواعد القانونية التي تتبع الفرد من دولة الى أخرى أي انه القانون الذي له اثر في خارج إقليم الدولة التي أصدرته.^(٢) استخدم مصطلح القانون الشخصي في إيطاليا منذ زمن الشراح على المتون ولكن اريد في استعماله معاني مختلفة وحتى يومنا هذا لا يمكن الاتفاق على تحديد معناه، وعلى الرغم من هذه الاختلافات فهناك مظاهر معينة من نشاط الفرد يجب أن تكون محكومة بموجب قانون الدولة التي يعتبر بها الفرد أكثر تعلقاً وأكثر ثباتاً كون هذا النشاط لا يجوز أن يكون محكوماً بقوانين مختلفة فلربما قد يكون هذا الفرد موجود في حدود دولة معينة عن طريق الصدفة المحضة أو قد يكون تواجد بصورة عرضية وحيث أن هذا الرأي يتألف من شطرين فالشرط الأول يتمثل بما للفرد من صفات موصوف بها على وجه الدوام، أما الشرط الثاني يتمثل بأن هذه الصفات الدائمة لا بد أن تنقرر بقانون واحد لكافة الأغراض والقضايا، وحيث أن القوانين مختلفة في شمول المسائل التابعة الى القانون الشخصي فقد حاول بعض الفقهاء ورجال القضاء تحديد هذه الأمور ولكنهم لم يوفقوا تماماً اذ حاول الكاتبان الفرنسيان (اوبري ورو) في كتابيهما من ضرب الأمثال وبينا أنه لا بد من الرجوع الى طبيعة الأشياء.^(٣)

(١) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨١.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق ص ٢٧٣.

(٣) د. جابر عبد الرحمن، تنازع القوانين، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٥٧.

وما تجدر الإشارة إليه أن القوانين الانكلوسكسونية تختلف عن القوانين اللاتينية المدنية في المسائل الخاصة بالقانون الشخصي حيث أن القوانين الانكلوسكسونية تخضع المسائل الخاصة بالقانون الشخصي إلى قانون الموطن بينما تخضع القوانين اللاتينية المسائل المتعلقة بالقانون الشخصي إلى قانون الجنسية والتي سنبينها فيما بعد، أما في العراق وكذلك معظم الدول العربية والأوربية والتي تعتبر من الدول اللاتينية فإن القانون الشخصي هو القانون الذي يشمل كل ما له علاقة بالأحوال الشخصية والمتعلقة بحالة الإنسان وبالرجوع إلى القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية فإن المسائل الداخلة ضمن القانون الشخصي هي الحالة والأهلية والميراث والوصية... الخ والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مصطلح (الأحوال الشخصية) وإنما هذا المفهوم هو من مفاهيم الغرب وقد جملت المادة (١٣) من قانون نظام القضاء المصري رقم (١٤٧ لعام ١٩٤٩) المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين ويمكن أن يكون هذا الاجمال مثلاً طيباً يحتذى به عندنا في بلدنا مثلاً أو في بقية بلدان العالم.^(١)

إن الأنظمة القانونية تتجه إلى اسناد الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى القانون الشخصي وعلى هذا الأساس فإذا كان الاتفاق على الاسناد إلى القانون الشخصي فالاختلاف هنا بين هذه الأنظمة فيكون بتحديد المقصود بالقانون الشخصي فالبعض يفضلون الأخذ بقانون الجنسية ، أما البعض الآخر يفضلون الأخذ بقانون الموطن وعلى أساس هذا الاختلاف فإن بعض الأنظمة القانونية تتجه إلى اعتبار أن القانون الشخصي هو قانون جنسية الفرد وعليه فإن هذه النظرة تسود في القوانين اللاتينية كما سبق القول والبلدان التي سايرتها كما هو الحال في البلدان العربية وقد نص المشروع المصري على هذا الاستثناء في المادة (١/١١) من القانون المدني المصري والتي قررت أن " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " وبالمقابل هناك بعض الأنظمة القانونية الأخرى تتجه إلى اعتبار قانون الموطن هو القانون الشخصي ويسود هذا الضابط في الدول الانكلوسكسونية مثال المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وهذه الخلافات بين الدول في تحديدها للقانون الشخصي على أساس الضابط التي تستند عليه حسب ما سبق فإن ذلك الاختلاف يترتب عليه إمكانية وجود بعض الصعوبات في حالة الخلاف بين الدول فإذا ما انفصل جزء من إقليم الدولة السلف وكوّن هذا الجزء دولة جديدة وكان القانون الشخصي يختلف في كل منهما فهنا يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في نطاق الحالة، فمن قبيل ذلك فإن قانون دولة السلف يأخذ بمعيار الجنسية وبالمقابل قانون الدولة الخلف يأخذ بمعيار الموطن وكون الشخص الارهابي

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق

متوطناً في الإقليم الذي انتقلت السيادة بشأنه الى الدولة الخلف ، وقد تتحد دولتان وتكونان دولة واحدة وبعد اتحادهما هذا تتبنى الدولة الخلف معياراً للقانون الشخصي يختلف عن المعيار الذي كانت الدولتان السلف تأخذ به بعبارة أخرى فقد تأخذ الدولتان بمعيار الموطن ثم بعد اتحادهما كدولة واحدة فإنها تتبنى معيار الجنسية ويعتقد بعض الشراح أن التمكن على مثل هذه الصعوبات لا يثير أي إشكالية فإذا ما قمنا مثلاً بتطبيق قواعد التنازع الزمني بين القوانين الصادرة في الدولة الواحدة وذلك يكون بتطبيق قانون الدولة السلف على المراكز القانونية والتي تكونت بصورة صحيحة قبل حدوث الخلافة وبالمقابل يطبق قانون دولة الخلف على تلك المراكز المتكونة في تاريخ لاحق لحدوث الخلافة والقبول بهذا الحل من شأنه اختلاف القانون الشخصي الذي يعامل به ذات الفرد ووفقاً إذا كان التصرف الذي اجراه هذا الفرد قد تم قبل أو بعد حدوث الخلافة بين الدول.^(١)

أما في العراق فيقصد بالقانون الشخصي هو قانون الجنسية أو القانون الذي يشير بتطبيقه هذا القانون كما جاء في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب كون المشرع العراقي قد أخذ بنظام قانون الجنسية ولم يأخذ بنظام قانون الموطن المتبع في بعض البلدان.^(٢)

وبحكم هذا القانون مواد الأحوال الشخصية وذلك طبقاً للمادة الأولى السالفة الذكر فالأجانب يخضعون بالنسبة لهذه المواد لقانون جنسيتهم وكذلك العراقيون ولكن قانون الجنسية هنا هو قانون الديانة أو الملة ولكن من المقصود بهذه المواد؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنه من الصعوبة تحديدها كون اصطلاح الأحوال الشخصية ولو أنه قديم عرف منذ نظرية الأحوال القديمة إلا أن هذا الاصطلاح جديد في العراق حيث لم تعرفه الشريعة الإسلامية ولم يعرف إلا منذ التشريعات الوضعية ومع ذلك فلم يحاول المشرع العراقي وضع تعريف لهذا المصطلح وإنما اكتفى بذكر امثلة للمواد التي تحكم هذه الأحوال.^(٣)

(١) د. اشرف وفا محمد، اثار التوازن بين الدول على اعمال قواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٩٢.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، ١٩٤٧-١٩٤٨ ص ٥٤٧.

(٣) فقد استعمل مصطلح الأحوال الشخصية في العراق لأول مرة في المادة ١١ من بيان المحاكم الصادر في ٢٨ كانون الأول سنة ١٩١٧ ثم في البيانات والأنظمة اللاحقة ومن أهمها بيان ما يس المعدل للبيان السابق كذلك استعمله قانون المحاكم الشرعية الصادر في ٣٠ حزيران ١٩٢٣ كما نص عليه في بعض مواد القانون الأساس (المواد ٧٤ - ٨٠) وقانون الأحوال الشخصية للأجانب عام ١٩٣١. نقلاً عن د. جابر عبد الرحمن القانون الدولي الخاص، ج ٢، ص ٥٤٨.

ولكن كُتِّب القانون المدني في الدول الغربية وخاصة فرنسا حاولوا ان يبينوا مداه فلم يوفقوا الى ذلك فمثلاً عرفها بوتييه.^(١) بأنها " القوانين أو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالولاية والوصاية " .

أما بالنسبة للفيهان (اوبري و رو) فقد لمسا صعوبة وضع تعريف شامل جامع للأحوال لذلك اكتفيا بضرب الأمثال وفي نهاية المطاف حرصا بضرورة الرجوع الى طبيعة الأشياء ويا حبذا الأخذ بأفكار داجنتريه في هذا المجال كذلك حاولت المحاكم لوضع تعريف عام وشامل للأحوال الشخصية فلم توفق.^(٢) كذلك المعاهدات الدولية حاولت جاهدة لوضع مقياس لتمييز الأحوال الشخصية عن الفنية فلم توفق تمام التوفيق.^(٣) كذلك لاحظ الفقيه أبو هيق بك أن اصطلاح الأحوال الشخصية اصطلاح نسبي يختلف بوصفه وحكمه باختلاف البلدان وإن قوانين العالم لا تختلف في موضوع أكثر من اختلافها في موضوع هذه الأحوال فما يعتبر من الأحوال الشخصية في بلد قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر والواقع أن الصعوبة في تحديد معنى للأحوال الشخصية يرجع الى سببين الأول أن هذا الاصطلاح لا يقوم على عناصر دقيقة محددة تحدياً واضحاً أما الثاني حيث أن هذا الاصطلاح يشعر لأول مرة أن القوانين التي تحكم المسائل للصيقة بشخص الإنسان كحالته مع أنه يشمل ايضاً بعض المسائل ذات الصبغة المالية الظاهرة كالموارث والوصايا.^(٤)

إن هذه النظرية تسند الالتزامات غير التعاقدية الى القانون الشخصي حيث أن تطبيق هذا القانون سواء كان مبدأ أساسياً أو تطبيقه مبدأً مساعداً لحل التنازع فإنه مستوحى مباشر من فقه (مانشيني) والذي جعل الأصل شخصية القوانين.^(٥) إلا أن هناك وجهتين مختلفتين يجب التمييز بينهما في هذا النطاق فالوجهة الأولى تنطلق من مفهوم شخصية القانون الدولي الخاص ففقهاء

(١) د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، ص٥٤٨.

(٢) فقد حاولت محكمة التمييز المصرية وضع تعريف للأحوال الشخصية فقالت "إن المقصود بها هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون اثرًا قانونياً في حياته الاجتماعية لكون الإنسان ذكر أو انثى أو كونه زوجاً أو ارملاً أو مطلقاً أو اباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية". د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، ص٥٤٨.

(٣) فمعاهدة مونترو المعقودة عام ١٩٣٧ بين مصر والدول صاحبات الامتياز حاولت تحديد مسائل الأحوال الشخصية فقالت المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي المختلطة أنها تمثل "المنازعات والمسائل المتعلقة بحماية الأشخاص وأهليهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين...الخ". د. جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، ص٥٤٩.

(٤) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، ص٥٥٠.

(٥) Batiffol. Op cit. p332.

هذه الوجهة يجعلون القانون الشخصي حلاً مبدئياً فقد عدّ الأوائل أمثال الفقيهان (Zitelmann) و (Frankenstein) وبشكل عام إن القانون الشخصي وحده له السلطة بفرض الواجبات على مواطني بلد معين وإن هذين الفقيهين قد طبقا هذه القاعدة على مختلف مصادر الالتزامات غير التعاقدية مصرحين الاختصاص في هذه المسألة الى قانون الطرف فاعل العمل.^(١)

أما بالنسبة للوجهة الثانية فقد اختص بها الفقهاء البلجيكي أمثال (Rolin) و (Poullet) وقد اعتمد هذين الفقيهين على القانون الشخصي باعتباره مبدأً مساعداً لذلك لم يعطيان الأولوية الى القانون الشخصي كونهما اعتبرا أن القانون الوطني يجب أن يرجح على قانون محل وقوع الفعل فقط في حالتين الأولى: هي حالة سكوت قانون محل وقوع الفعل غير المشروع أما الحالة الثانية: هي حالة وجود تنافس تشريعي بين القانونين وفي هذه الحالة يجب أن يطبق القانون الشخصي للمدين.^(٢)

وبالمقابل هنالك فريق آخر اتجه الى تطبيق قانون جنسية الدائن كون هذا الفريق استند على أن قانون جنسية الدائن يكفل أكثر حماية ولهذا فقد تأثر هذا الرأي بفكرة شخصية القوانين.^(٣) كذلك نادى جانب من الفقه إلى اخضاع أحكام المسؤولية التقصيرية إلى القانون الشخصي وخصوصاً على ما ينجم من أضرار بسبب استعمال شبكة المعلومات الدولية أي بهذه الحالة يتم اخضاعها الى قانون جنسية الفرد أو قانون موطنه إلا أن القائلين بهذا الرأي لم يتفقوا على عقد الاختصاص لقانون الجنسية أم لقانون الموطن علاوة على ذلك هو عدم الاتفاق حول تحديد من هو الطرف الذي يعتد بقانونه الشخصي وذلك لحكم هذه المسؤولية ، هل يأخذ بالقانون الشخصي للمسؤول أم يؤخذ بالقانون الشخصي للمضرور الذي تم الاعتداء على حقوقه وحرمة عبر الشبكة الدولية ؟

اذ تتميز شبكة الانترنت بكونها تربط بين دول العالم وكذلك الحكومات والمنظمات ومؤسسات القطاع الخاص وبالتالي فهي عرضة لأية اعتداء أو انتهاك من قبل أصحاب النفوس الضعيفة.^(٤)

(1) Frankenstiein (E) – Tendances Nouvelles Du Droit international prive R.CA.D.I Tome II– Tome 33-1930- p.245.

(2) Poullet – Monuel De Drait intemational prive Belge-3 edit. Bruxelles . pee 1947 p.363. Bourel. Op cit. p. 18.

(٣) د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ج٢، دار الفكر الجامعة، الاسكندرية ، ١٩٩٩، ص٣٩٩.

(٤) د. محمد فؤاد حمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص١٥١.

وما يترتب ذلك نشوء المسؤولية عن الاعمال الارهابية من جراء مثلاً عملية البث وما تسببه من اضرار أخرى تصيب الغير والذي لا تربطه هنا أي علاقة قانونية تعاقدية مع المتسبب لهذا الضرر سواء كانت هذه العلاقات وطنية أم علاقات ذات طابع دولي.^(١)

وحسب هذا الرأي الفقهي يطبق القانون الشخصي باعتباره قانون جنسية أم موطن القائم بالعمل غير المشروع أو تطبيق مبدأ اختصاص القانون الشخصي للمتضرر ولكن يؤخذ هنا بمعناه الواسع من دون الاقتصار على قانون الجنسية فقط ، بل يتسع ليشمل قانون الموطن أو قانون محل اقامته المعتاد كون النشاط الالكتروني الذي يتم عبر الشبكة العالمية يتميز بكونه يتم عبر وسط افتراضي ولعدم كفاية القواعد العامة لتحديد القانون الواجب التطبيق فيمكن هنا الاعتماد على تطبيق القانون الشخصي في حالة حصول الاعمال الارهابية والتي تنطوي على المساس بالحياة الخاصة وتتضمن كذلك أفعال السب والشتم كون هذه الحقوق مكفولة بالدساتير ولا يمكن المساس بها.^(٢)

كذلك الحال بالنسبة للبيانات المخزونة على أجهزة الحواسيب وبنوك المعلومات فهذه البيانات تكون عرضة للانتهاك أو التلف أو التدمير وذلك عن طريق ادخال فايروس معين والذي يسمى بالإرهاب الالكتروني وبالتالي يمكنه غزو المواقع الموجودة فيها هذه البيانات ويتم استدعائها آلياً عن طريق البريد الالكتروني ومن ثم الاستيلاء عليها واستخدامها لأغراض إرهابية بعيدة كل البعد عن الأغراض المخصصة لها وبالتالي الإضرار بصاحبها سواء كان فرد أو مؤسسة أو دولة بسبب التقدم العلمي الذي يعتبر من أهم العوامل الرئيسية على ازدياد هذه الحالات كون الضرر الحاصل أصبح عالمياً ولم ينحصر بفرد أو مؤسسة أو دولة من الدول وإنما على مستوى العالم فهذه الاعمال الارهابية والتخريب والتي تخص الاعتداء على الشبكة الدولية كلها يمكن جمعها في مصطلح واحد ألا وهو (الإرهاب الالكتروني السيبراني) وما يترتب عليه كذلك زيادة في ارتفاع في التعويضات عن الاضرار التي سببها للمستخدمين.^(٣)

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، ط١، مكتب التنمية للطباعة والنشر، ٢٠٠٣، ص ٩٥.

(٢) أكدت الداستير وكذلك القوانين العامة أو الخاصة على حماية الحياة الخاصة للفرد ومنها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في مواد عدة وردت الإشارة إليها في الباب الثاني الفصل الأول تحت عنوان (الحقوق) حسب ما جاء بالمادة ١٥ على أنه "لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة" كذلك نصت المادة ١٦ الفقرة أولاً على أنه "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة".

(٣) د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة (في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٨٤.

ومن صور الاعمال الارهابية المساس بالحياة الخاصة للفرد أو كما تسمى الخصوصية الفردية ونقصد بها التلاعب بالبيانات الشخصية فعند جمع المعلومات عن افراد فهذه المعلومات تحفظ في الفيش الالكترونية فعند الاطلاع عليها يمكن في هذه الحالة أن يعطي صورة واضحة عن الشخص فهذه البيانات لا تتناول الشخص من الناحية المادية فقط بل كذلك من الناحية الشخصية ايضاً فعند اجراء اية تحويلات أو تعديلات في هذه البيانات فهذا من شأنه أن يؤدي الى الحاق الضرر بصاحب هذه البيانات كذلك من الاعمال الإرهابية حالة استعمال بيانات كاذبة من قبل الافراد المخولين بجمعها أو استخدامها كأن تتعلق هذه البيانات أو المعلومات بالمركز المالي أو التجاري للفرد فتظهر أنه مثلاً على وشك الإفلاس أو قد يعتمد فرد على معلومات يتم بثها عن طريق مواقع الشبكة العالمية من اتخاذ القرار المالي ويتضح بعد ذلك أن هذه المعلومات كاذبة ومزيفة وغير صحيحة مما يؤدي الى الحاق الضرر به.^(١)

كذلك من الأعمال الإرهابية جمع معلومات حقيقية عن أحد الافراد لكن بدون ترخيص فهذه الحالة هي من حالات المساس بالحياة الخاصة وبعد ذلك نشر هذه المعلومات عن طريق الشبكة العالمية فهذا بحد ذاته يعتبر اعتداء على الفرد الذي تعلق به هذه الصور والأفعال والتي تتم عبر الشبكة العالمية يمكن معها أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للمتضرر.^(٢)

إلا أن القائلين بهذا الرأي لم يتفقوا حول عقد الاختصاص هنا لقانون الجنسية أم لقانون الموطن فضلاً على عدم الاتفاق حول تحديد من هو الطرف الذي يأخذ بقانونه الشخصي لحكم المسؤولية هل هو القانون الشخصي للإرهابي أم يؤخذ القانون الشخصي للمضرور من هذا العمل الذي تم الاعتداء عليه ؟ فهذه الأسئلة جميعها يمكن الإجابة عنها في الفرع الثاني من هذا المطلب .

(١) د. احمد محمد عطية محمد، التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الانترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

(٢) د. نعيم مغبغب، حماية برامج الكمبيوتر الأساليب والثغرات، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦ ص ١٩٥ وما بعدها.

الفرع الثاني

المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن لتحديد القانون الواجب

التطبيق على الأعمال الإرهابية

يتضح مما سبق أن القانون الشخصي هو ذلك القانون الذي يتضمن قواعد قانونية تتبع الفرد من دولة الى أخرى أي أنه ذلك القانون الذي له اثر خارج إقليم الدولة التي أصدرته.^(١)

فالشوايط التي يتم من خلالها تحديد القانون الشخصي تتمثل بالموطن أو الجنسية أو المعيار المختلط من الموطن والجنسية وتدرج فقه القانون الدولي الخاص على وصف القانون الشخصي على ضوء المعيار المتبع في تحديده كأن يوصف هذا القانون بقانون الموطن إذا كان ضابط تحديده هو الموطن الذي يقيم فيه وكأن يوصف بقانون الجنسية إذا كان الضابط الذي استخدم في تحديد القانون الشخصي هو الجنسية التي يحملها الشخص وبعد ظهور الاتجاه الذي يؤيد تطبيق القانون الشخصي في مجال الأفعال الضارة سواء أكانت تطبيق قانون الجنسية أم قانون الموطن وبهذا فقد أضاف هذا الاتجاه الفقهي ناحيتين ففي الناحية الأولى كان اختلافهم حول تطبيق القانون الشخصي للمضروور أم المسؤول عن الضرر أما من الناحية الثانية فكان اختلافهم حول تطبيق قانون الموطن أم قانون الجنسية المشتركة للأطراف وعليه فإن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا في الواقع بشأن تحديد ماهية القانون الشخصي الذي يقصدونه هل هو قانون الجنسية حسب ما يرى بعضهم أم هو قانون الموطن حسب ما يرى البعض الآخر ولذلك سنبين في هاتين الفقرتين اختلاف الرأيين ونبين الأساليب والحجج التي تمسك بها كل رأي ومن ثم نبين موقف المشرع العراقي وكالاتي :

أولاً / القانون الشخصي هو قانون الموطن

إن أصحاب هذا التوجه هم رجال مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة والذي استقر العمل لديهم على اخضاع حالة الشخص المدنية إلى قانون موطنه منذ القرن الخامس عشر وأساس هذا الخضوع لديهم هو تقسيمهم للقوانين إلى قسمين الأول يتعلق بالشخص والثاني يتعلق بالمال ولأن الحالة المدنية للشخص من الأمور المتعلقة بالشخص فإنها تبعاً لذلك تكون خاضعة للقانون الشخصي لهذا الشخص الأخير سواء أكان هذا القانون الأخير هو قانون الجنسية أم قانون الموطن.^(٢)

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، تنازع القوانين بين القانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٠، ص ٣٩٢.

أما في غضون القرن السادس عشر فقد سابر الفقيه دارجنتره والذي يمثل المدرسة الفرنسية القديمة التوجه السابق وعلى الرغم من اعتناقه لمبدأ إقليمية القوانين أي بمعنى انطباق القوانين على جميع الأشخاص في داخل الإقليم وبصرف النظر عن جنسيته أو موطنه حيث اعتبر هذا الفقيه أن قاعدة اخضاع الحالة المدنية للفرد لقانونه الشخصي هو استثناء على مبدأ إقليمية القوانين.^(١)

أما في القرن الثامن عشر فقد أقر الفقه الإنجليزي موقف المدارس الإيطالية والفرنسية وكذلك الهولندية والتي نادى باعتماد قانون الموطن كقانون واجب التطبيق على الحالة المدنية وما تجدر الإشارة إليه أن موقف الفقه الإنجليزي باقي على حاله إلى يومنا هذا الأمر الذي أدى إلى تأثير العديد من الدول بهذا الاتجاه أمثال كندا والنرويج والولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين.^(٢)

كذلك هنالك اتجاه يميل إلى تطبيق قانون الموطن أو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المؤسسة التي قامت بمعالجة البيانات إلكترونياً (Loi du pays ou s'effectue le traitement des données) وهذا الأمر أخذ به التوجيه الأوربي رقم ٤٦/٩٥ الصادر في ١٩٩٥/١٠/٢٤ والخاص بحماية الأشخاص الطبيعيين بمناسبة المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي وكذلك حرية التداول للبيانات وطريقة نقلها.^(٣)

وبالحقيقة إن هذا التوجه تضمن عدداً من القواعد الموضوعية الرامية التي تحقق هذه الحماية مثلاً حظر جمع أو معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي من قبل المؤسسات التجارية إلا بموافقة صاحب تلك البيانات أو ممكن بنص صريح في القانون ولا بد أن تتضمن هذه الموافقة أشكال المعالجة المصرح بها وكذلك الأشخاص الذين يغطيهم جمع البيانات وتتضمن كذلك التوجيه بضرورة أن تكون هذه البيانات قد تمت معالجتها بطريقة مشروعة ولأهداف صريحة ومشروعة وألا تُستغل بعد ذلك بطريقة تخالف هذه الأهداف وإلى جانب هذه القواعد الموضوعية تضمن التوجيه قاعدة اسناد تعقد الاختصاص لحكم المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على البيانات الشخصية لقانون الدولة التي يكون بها مقر منشأة المسؤول عن المعالجة أو عن الوسائل الآلية وغير الآلية التي استخدمت في المعالجة ما لم تكن هذه الوسائل قد استخدمت لأغراض العبور على إقليم الاتحاد الأوربي والسبب في تبني التوجيه الأوربي لقانون الموطن بالرغم من اعتماد الدول الأوروبية على الجنسية وكذلك عدّها الأساس في تحديد القانون الشخصي

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٣٩٢.

(٢) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٤٧.

(٣) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨٢.

كون الجنسية تعتبر ضابط ضعيف في تحديد القانون كذلك ليس من شروط الأخذ بقانون الجنسية أن تكون هناك علاقة وطيدة بين النزاع والقانون الواجب التطبيق أيضاً بسبب عالمية شبكة الانترنت وعدم اعتمادها على المرتكزات السياسية والجغرافية.^(١)

أما الحجج التي استند عليها هذا الرأي والذي يقرر بأن القانون الشخصي هو قانون الموطن فمن الناحية السياسية يرى انصار هذا الاتجاه بأن سيادة الدولة بوصفها شاملة لكل أقاليم الدولة حيث يتطلب هنا تطبيق قوانين الدولة على كافة الافراد المستقرين بهذا الإقليم كون اخضاع هؤلاء الافراد لقانون دولة أخرى فيه انتهاك لسيادة الدولة الإقليمية.^(٢)

كذلك فإن موطن الفرد يعتبر مركز مصالحه ومقره القانوني فهو المكان الذي يباشر فيه حقوقه ومصالحه كونه الأكثر ارتباطاً به عليه فقانون الموطن يضمن مصلحة الفرد ويجنبه الخضوع الى قانون يختلف عن نظامه القانوني ولاسيما أن بعض المهاجرين الذين تنقطع صلتهم بوطنهم فهؤلاء يندمجون مع الأهالي في الموطن الجديد فأحسن وسيلة هنا هو تطبيق قانون اقامتهم عليهم حتى لا يبقوا مهمشين، كذلك من الناحية السياسية فالغالب أن قانون الموطن يعتبر قانون القاضي كون تطبيقه اسهل مقارنة مع قانون الجنسية والذي يعد أجنبياً فقد يخطئ القاضي في تفسيره وتحديد فضلاً عن صعوبة تحديده إذا ما كان اطراف الدعوى ينتمون الى دول مختلفة.^(٣)

فضلا عن ذلك ان الاعتماد على الجنسية في البلاد التي يكثر فيها الأجانب يؤدي الى تكوين جاليات أجنبية تضر بسيادة الدولة وتقلل من مجال تطبيق قوانينها على اقليمها بينما تطبيق قانون الموطن يحافظ على المصالح العليا لدول الهجرة كفرنسا حيث تتجه سياستها لاندماج المهاجرين فلو طبق مثلاً في دولة يكثر فيها الأجانب قانون جنسيتهم كالولايات المتحدة الامريكية مثلاً لضاق هنا مجال تطبيق القانون الوطني الى حد كبير كون في ذلك اهدار لسيادة الدولة وسيادة قانونها.^(٤)

(١) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٢) د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية، كلية الشرطة، اكااديمية مبارك للأمن، ٢٠٠٨، ص ٢٠٣.

(٣) أمحمدي بو زينة أمنه، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعية الجديدة، ٢٠١٩ ص ١٩٩.

(٤) موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، اعمال الملئقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجابه يومي ٢٣/٢٤ ابريل ٢٠١٤، ص ١٧.

كما إنه إذا كان تطبيق قانون الجنسية يتصف بالسهولة وخصوصاً في الدول التي تتوحد فيها القوانين فإن من الصعب تطبيقه على الدول المتعددة الشرائع أو الدول التي لم تُقنن قوانينها كأ إنجلترا^(١).

يمكن القول كذلك من الناحية السياسية فإن تطبيق قانون الموطن من مصلحة القاضي كونه قانونه الذي يعرفه حق المعرفة بدلاً أن يبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق ولا سيما قد يكون الأجانب من دول مختلفة وعديدة فيجب هنا على القاضي أن يرجع الى قانون كل منهم وفي هذا الأمر صعوبة كبيرة على القاضي^(٢). فهذا الأمر من جهة يسهل على القاضي تطبيق قانون الموطن إذ غالباً ما يكون هو قانون بلاده ويعرف أكثر من غيره ومن جهة أخرى فإنه يسهل عملياً تحديد الموطن كونه من الامور المادية الواقعية الملموسة بالإضافة الى ذلك فإن تطبيق قانون المكان لا يصطدم بالصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية في حالة الاسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع أو حال تعدد أو انعدام الجنسيات^(٣).

ومن الناحية السياسية كذلك يؤكد انصار هذا الاتجاه بأحقية الحكم بقانون الموطن كونه يؤدي الى المحافظة على حقوق الغير واستقرار المعاملات في البلاد والاطمئنان على الحقوق المقررة بموجبه سياسياً أما من الناحية الاجتماعية فيرى انصار تطبيق قانون الموطن بأن تأثر الفرد بالمجتمع الذي يعيش فيه يكون اقوى من تأثيره بمجتمع الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته كون الشخص الذي يستقر في إقليم ويرتبط بمجتمعه ويجعل منه مركزاً لحياته الاجتماعية والاقتصادية وكذلك يخضع للأفكار السائدة به ويتطبع بطباعه فهذه الحالة ينفصل تدريجياً عن المجتمع الذي ينتمي اليه بجنسيته^(٤). كذلك من مصلحة الأسرة من الناحية الاجتماعية أن يتوحد القانون الذي يحكم حالتها الشخصية فمن السهل توحيد موطن العائلة لكن من الصعب توحيد جنسيتها كذلك فبالنسبة للرأي الراجح بتطبيق قانون الموطن على الأشخاص عديمي الجنسية فلا يستقيم اعتماد قانون الجنسية لمثل هذه الفئة البشرية ومن جهة أخرى فليس صحيحاً أن تغيير الشخص لموطنه هو أمر يسير في جميع الأحوال كما ظنَّ انصار تطبيق قانون الجنسية كون الموطن لا يخضع في تغييره لسلطان الإرادة وحدها كما أن تحديد الموطن ليس أمراً عسيراً وإنما من اليسير التعرف على الموطن وتحديد كذا يمكن القول أن هنالك حجة هامة مؤداها أن

(١) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط ٢، ٢٠٠٣ ص ٥٧.

(٢) د. امحمدي بوزينه امنه، إشكالات تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٠١.

(٣) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق جامعة دمشق، ٢٠١١، ص ١٧٥.

(٤) د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

وحدة النظام القانوني والذي تخضع له الأسرة يقضي الاعتراد بضابط الموطن باعتبار ان هذه الاسرة تتوطن عادة في مكان واحد وإن اختلفت جنسية الزوجين.^(١)

وأخيراً قال أنصار تطبيق قانون الموطن بأن صلة الفرد بالوسط الاقليمي هي اقوى من صلته بالوسط الاجتماعي الذي ينتمي اليه عن طريق جنسيته فمصالحه الشخصية والاقتصادية تتمركز فيه كذلك روابطه الاسرية والاجتماعية علاوة على ذلك فإن قانون الموطن يعتبر النظام التقليدي الأصيل والذي لا يزال متبعاً كونه أكثر توافقاً وملائمة مع حاجات علاقات الافراد ذات الطابع الدولي.^(٢)

ثانياً / القانون الشخصي هو قانون الجنسية

أما صاحب هذا التوجه فهو الفقيه الإيطالي (مانشيني) والذي نادى باعتماد قانون الجنسية ليكون مرادف للقانون الشخصي الواجب التطبيق على كافة مسائل الحالة المدنية بالرغم من وجود اتجاه فقهي له ثقله وهو فقه المدرسة الهولندية والذي نادى بضرورة استمرار التمسك بأسس الموطن لخضوع الحالة المدنية للقانون الشخصي للفرد كما كان الحال في عهد المدرستين الإيطالية والفرنسية القديمتين إذ أسس (مانشيني) رأيه على أساس بأن الجنسية هي أساس القانون الدولي الخاص وإن الأصل في هذا الاطار هو شخصية القوانين أما الاستثناء فهو اقليميتها كون القانون لم يوضع ليطبق على إقليم معين لكنه وضع ليطبق ويحكم الأشخاص التابعين في هذا الإقليم وساد هذا التوجه في العديد من الدول الغربية عموماً وفرنسا وبلجيكا وألمانيا.^(٣)

كذلك اعتبر انصار قانون الجنسية إن الجنسية تعتبر عنصراً دائماً ومميزاً للفرد كونها تعتبر أكثر تماشياً مع القانون الطبيعي فعلاقة الجنسية أكثر قوة وصلابة من علاقة الموطن المؤقتة كونه لا يخفى أن الموطن خاضع للإرادة ولذلك فتغييره أمر محتمل الوقوع كثيراً أما بالنسبة لتغيير الجنسية فهو أمر نادر وعليه فالأخذ بقانون الجنسية أولى بالنسبة للحالة الشخصية كونها تتطلب نوعاً من الاستقرار للقوانين التي تحكمها ولا يمكن أن ننشر هذا الاستقرار إلا في قانون الجنسية حيث يقول انصار هذا الاتجاه أن قوانين الدولة وخاصة قوانين الأحوال الشخصية وضعت لرعايا هذه الدولة الذين هم من كيانها إذاً فهذه القواعد تتبعهم الى أية جهة وجدوا كونهم متحدون في الجنس ولا يمكن أن تقارن اقامتهم في بلد ما بدم الجنس الذي يجري في عروقهم كذلك الأخذ بقانون الجنسية يؤدي إلى انتشار مبدأ المقابلة بالمثل أو التبادل

(١) د. امحمدي بوزينه آمنه، إشكالات تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٠١.

(٢) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٣) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٤٨.

بين الدول إذا ما بدء كل منهما في احترام قوانين الدول الأخرى كما ينمو الشعور القومي في نفوس الأفراد فتظل علاقتهم قريبة بدولتهم رغم بعدهم عنها.^(١)

كذلك الحال فيما يتعلق بالأعمال الإرهابية التي على البيانات الشخصية للحق في الخصوصية عبر الانترنت فقد ذهب بعض الفقه الى تفضيل تطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته كون الأمر يتعلق بشخصية هذا الفرد والذي يتعلق به هذه المعلومات والبيانات فضلاً على أن قواعد تنظيم تلك البيانات ذات الطابع الشخصي تهدف من حيث الأصل الى حماية الأفراد في حياتهم الخاصة.^(٢)

عليه فهذا الاتجاه الفقهي الذي يسند القانون الشخصي الى الجنسية لم يسنده من فراغ وإنما بناءً على حجج وإسناد فمن الناحية السياسية يرى هذا الاتجاه بأن سيادة الدولة ليست سيادة إقليمية فحسب بل انها سيادة شخصية تنصب على الأفراد كذلك وعليه فكما أن إقليم الدولة يخضع للقوانين التي تصدرها هذه الدولة فإن الأشخاص التابعين لجنسية الدولة فهم يخضعون لقوانين هذه الدولة كون اخضاعهم الى قانون آخر فيه اعتداء على السيادة التشريعية لدولتهم.^(٣)

فالدولة تضع قوانين الأحوال لرعاياها وحدهم دون الأجانب بسبب أن الرعايا هم كيانها وكذلك اصدارالسياسية وهذه القوانين يجب أن تتبعهم لأي مكان وجدوا فيه فيقول الفقيه (مانشيني) " أن القوانين يجب أن تكون مرآة عاكسة لأخلاق الرعايا وتقاليدهم ومشاعرهم أينما كانوا".^(٤)

كذلك تعتبر الجنسية عبارة عن رابطة روحية بين الافراد والدولة وهذه الرابطة أهم من رابطة الموطن المادية المؤقتة فالأخذ بالجنسية كضابط اسناد بدوره يُنمّي الشعور القومي لنفوس رعايا الدولة يجعلهم وكذلك مرتبطين بوطنهم رغم بعدهم عنه كذلك إن الدولة في الخارج بواسطة سفاراتها وقنصلياتها توفر الحماية القانونية لرعاياها فيجرون تصرفاتهم وفقاً لقانون جنسياتهم فمن حق هؤلاء الرعايا الذين يحملون معهم قانون جنسيتهم أن يرجعوا في كل تصرف يتصرفونه إلى سفارات دولتهم وقنصلياتهم وذلك لتدافع عن حقوقهم وتحميهم.^(٥)

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٦٦. ص ٢٥٩.

(٢) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية، المصدر السابق، ص ١١١.

(٣) د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٢.

(٤) د. امحمدي بوزينه امنه، إشكالات تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٥) موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق المصدر السابق، ص ١٦.

كذلك من حجج هذا الاتجاه بأنهم يقولون بأن التحقق من انتماء الشخص الى دولة معينة فهذا الأمر ليس بالعسير بخلاف حالة معيار الموطن حيث أن من السهل على الفرد تغييره ويترتب على ذلك نتيجة جداً مهمة إذا ما دام تغيير الفرد لموطنه أكثر يسراً من تغييره لجنسيته فيكون من الخير هنا الاعتداد بضابط الجنسية بوصفه أكثر استقراراً من ضابط الموطن.^(١)

أما من الناحية الاجتماعية فيرى أنصار هذا الاتجاه تطبيق قانون الجنسية أن هذا القانون يُعبر عن تاريخ وتقاليد المجتمع وتراثه أيضاً وبدوره يعكس عادات هذا المجتمع واخلاقه عليه فمن الأفضل تطبيق قانون كل دولة على الافراد المنتمين الى مجتمع هذه الدولة كونها أقرب القوانين إليهم وأكثرها تعبيراً عن مشاعرهم.^(٢)

كذلك من الناحية الاجتماعية فإن الأخذ بمعيار الجنسية يضمن الاستقرار للقانون المطبق ولا يشكل صعوبة في تحديده حيث يقول الاستاذان لاجارد وباتيفول في شرح هذه الحجة هو أنه " إذا كان القانون الشخصي هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة وبالتالي لا يشك أحد بأن الجنسية تعتبر احسن عامل للإسناد من الموطن كون هذا الأخير يمكن تغييره بسهولة بخلاف الجنسية عليه فإن استقرار الأحوال الشخصية وثباتها تستقر بالاعتماد على ضابط الجنسية كون القانون الذي يرتبط بها يكون اثبت وأصلح لحكم الحالة الشخصية ".^(٣)

كذلك يرى أنصار هذا الاتجاه بأن صعوبات تطبيق قانون الجنسية لا تؤدي الى هجره كون تطبيق قانون الموطن يصطدم هو الآخر بصعوبات مماثلة كحالة الإسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً كذلك في حالة عدم التعرف على الموطن (جهالة الموطن أو انعدامه).^(٤)

واقعاً إن ظروف كل دولة هي التي تتكفل في اغلب الأحيان بتحديد أي من القانونين هو الواجب التطبيق سواء الأخذ بقانون الجنسية أو قانون الموطن ويمكن القول بصورة عامة أن الدول التي تكثر فيها الهجرة تجد في مصلحتها أن تأخذ بقانون الجنسية وعلة ذلك لتكفل عدم اندماج افراد شعبها بشكل كامل في مجتمعات الدول والتي استقروا فيها وكذلك لتبقى على الرابطة الروحية بينها من جهة وبين رعاياه في المهجر من جهة أخرى، أما بالنسبة للدول التي تزداد اليها الهجرة فهذه الدول تجد مصلحتها عادة بالأخذ بقانون الموطن وعلة ذلك ليتسنى لهذه

(١) د. هشام علي صادق، وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٤٧.

(٢) د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

(٣) د. امحمدي بوزينه امنه، إشكالات تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٤) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١٧٦.

الدول تطبيق قانونها على كافة الأجانب والذين استقروا بإقليمها ومن ثم تحقيق التجانس القانوني داخل اقليمها.^(١)

وبالمقابل هنالك اتجاه حديث يهدف هذا الاتجاه الى الجمع بين كل من قانوني الموطن والجنسية وأخذ بهذا الاتجاه مشروع القانون المدني الفرنسي كونه يقضي بأعمال قانون الجنسية بالنسبة للمواطنين كذلك يقضي في نفس الوقت الى اعمال قانون الموطن بالنسبة للأجانب المستقرين بإقليم الدولة وكذلك يهدف الى التوسيع في حالات تطبيق القانون الفرنسي عن طريق اخضاع الأجانب المقيمين بإقليم الدولة لهذا القانون فضلاً عن ذلك اخضاع الفرنسيين إلى القانون الفرنسي أياً كان موطنهم.^(٢)

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد أخذ بقاعدة خضوع حالة الشخص لقانون جنسيته كونه فضل قانون الجنسية على قانون الموطن في جميع الحالات كذلك توسع في تحديد مفهوم فكرة الحالة وكذلك المراكز القانونية المرتبطة بها وهو بهذا خالف ما تأخذ به العديد من النظم القانونية من اخضاع المراكز القانونية ذات الصلة الشخصية البحتة الى القانون الشخصي وهو قانون الجنسية أو قانون الموطن وعلى هذا الأساس فإن المشرع المصري لم يقتصر على تطبيق قانون جنسية الفرد على المراكز القانونية ذات الصلة الشخصية البحتة وإنما جعل نطاق تطبيق هذا القانون ليشمل كذلك المراكز القانونية والحقوق المالية المتكوّنة عن الحالة والمتفرعة عن رابطة الأسرة.^(٣)

أما بالنسبة للقانون العراقي فإنه أخذ بصريح العبارة بقانون الجنسية في كل مسائل الأحوال الشخصية لكنه لم يستقر على مصطلح واحد بهذا الخصوص فمثلاً يستعمل (قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته).^(٤) ومرة أخرى يستعمل (قانون كل من الزوجين).^(٥) وتارة أخرى يستعمل مصطلح (قانون الدولة التي ينتمون اليها).^(٦) وبهذا فالقانون العراقي حسم امره وفضل استخدام قانون الجنسية كون العراق دولة بسيطة وليس فيها كثرة الأجانب كما هو الحال في الدول الانكلوسكسونية، وعليه فالمشرع العراقي اختار في القانون المدني قانون الجنسية ليحكم الأحوال بصورة عامة واعرض عن تطبيق قانون الموطن واهمل التنفيذ الذي ينطوي عليه حكم

(١) د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٢) ينظر المادة ٢٧ من المشروع الأول للقانون الدولي الخاص الملحق بالقانون المدني الفرنسي نقلاً عن

د. محمد خالد الترجمان، القانون المدني الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. محمد خالد الترجمان، القانون الخاص، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٤) المادة ١٨ الفقرة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) المادة ١٩/الفقرة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٦) المادة ٢٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب ونص على الغائها ولذلك فلن تساهم بعد نفاذة قواعد الاسناد في قانون الجنسية بتعيين القانون الشخصي بل يلزم الرجوع مباشرة الى القواعد الموضوعية فيه والحق ان قانون الجنسية اصلح بنظرنا لحكم الأحوال فالأدلة على تفضيله ظاهرة الواجهة ثم أن مشكلة السكان في العراق لا تحول دون القول بالأخذ به اذ ان عدد الأجانب فيه قليل واغلبهم من بلاد شرقية تقتبس من الشريعة الإسلامية القواعد التي تنظم الأحوال الشخصية فيها.

ولكن في النهاية تعرض هذا الاتجاه الفقهي الى انتقادات كون الالتزامات الناشئة عن الاعمال الارهابية تدخل في نطاق الالتزامات المالية وعليه فإنها لا تدخل بفكرة الأحوال الشخصية بل أن الفقه المؤيد لهذا الاتجاه يرى أنه ليس للقانون الشخصي اية صفة في نطاق الالتزامات غير التعاقدية بالإضافة الى ذلك قد يؤدي تطبيق قانون الدولة والتي ينتمي اليها الفرد الى الاضرار بالطرف الآخر فيجب هنا أن لا يتحمل أحد اطراف النزاع بإعطاء أكثر مما يفرضه عليه قانونه الشخصي.^(١)

بعبارة أخرى إن هذا الاتجاه انتقد على أساس أن الالتزامات غير التعاقدية المترتبة عن الاعمال الارهابية بوصفها من المسائل المالية والتي لا تندرج تحت مفهوم الأحوال الشخصية ولهذا السبب فإنها لا تخضع للقانون الشخصي بل إن الفقيه مانشيني نفسه لم يشر إطلاقاً على تطبيق القانون الشخصي على الالتزامات غير التعاقدية.^(٢)

(١) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨٤.

(٢) عبد الحميد السامرائي، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية الحقوق ١٩٩٠، ص ١٥٣.

المبحث الثاني

المعيار الموضوعي في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن المعيار الموضوعي هو المعيار الذي لا يتعلق بالأشخاص (المضرور والمسؤول عن الضرر) لا من حيث ارادتهما في تحديد القانون الواجب التطبيق ولا من حيث ارتباط القانون بشخص أي منهما، فالانفتاح الدولي وتطور وسائل المواصلات وكذلك التكنولوجيا الحديثة التي عرفها العالم في العصر الحديث كل هذا أدى إلى تسهيل التنقل والتعامل وكذلك التبادل بين الشعوب ونتيجة لذلك فإن معظم الدول أصبحت فضلا عن شعبها فإنها تحتوي على عنصر الأجانب سواء كان هؤلاء مقيمين أم غير مقيمين حيث يبرمون علاقات قانونية فيما بينهم أو يبرموا بينهم وبين مواطنين الدولة المضيفة أو مع الدولة المضيفة نفسها، ولذلك وجدت قواعد قانونية تحكم هذا النوع من العلاقات والمشتمة على عنصر أجنبي، ولكن هذه القواعد تثير صعوبات من حيث معرفة القانون الذي يحكم هذه العلاقات وذلك بسبب أن كل دولة تتفرد بنظام قانوني خاص بها يخضع له هذا النوع من العلاقات وبذلك يجب أن تخضع افراد هذا النظام في علاقاتهم الى قواعد وأنظمة تتلائم وطبيعة هذه العلاقات وكذلك تختلف باختلافها. ^(١)

وحتماً يؤدي هذا الاختلاف في قوانين الدول الى تنازع بين قوانينها كلما تعلق الأمر بمركز أو علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي وبعبارة أخرى تدخل قانونين أو أكثر لحكم هذه العلاقة مما يجعل العنصر الأجنبي يكتسب أهمية بالغة في العلاقة القانونية كون من خلاله تتصل هذه العلاقة بدولتين أو أكثر وهذا ما يثير التنازع وعليه فإن مسألة العلاقات غير التعاقدية لا تخرج عن هذا الواقع لاحتمال اكتسابها الصفة الدولية بما يجعل هذه العلاقة تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ولأن المسؤولية التقصيرية هي تلك الأفعال التي تنشأ عنها التزامات من غير أن تتدخل الإرادة في انشائها ويقصد بها هنا الاعمال الإرهابية بكافة أنواعها وكما عرفنا سابقاً بأنه يسري على هذه العلاقات غير العقدية قانون محل وقوعها وحيث أن غالبية التشريعات اتفقت على الأخذ بهذه القاعدة وقد ولدت هذه القاعدة في القرون الوسطى لدى المدرسة الإيطالية القديمة والتي كانت لا تفصل بين المسئوليتين الجنائية والمدنية حيث تخضع هذه المدرسة الجريمة الجنائية برمتها الى قانون محل وقوع العمل الارهابي ولذلك اخذ الفقه الفرنسي على يد الفقيه (داجنتره) كتطبيق لمبدأ إقليمية القوانين لكن الفقيه (سافيني) على الرغم من تأييده لهذه النظرية إلا أنه أعطى الحق للمضرور في أن يأخذ بقانون القاضي إذا كان هذا القانون يحقق له مصالح أكثر وأخذ بهذه القاعدة القانون الفرنسي " بحيث إنه إذا كان قانون

(١) نرجس إجميط، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الدولية، المصدر السابق، ص ٢.

المحل يعطي للمضرور تعويضاً يساوي على الأقل الحد الأدنى الذي يضمنه القانون الفرنسي استبعد قانون المحل وطبق بدله القانون الفرنسي وهذا ما تأخذ به كثير من دول الاتحاد الأوروبي".^(١) والأمر نفسه فبعد أن أدركنا بأن القانون المحلي هو الذي يحكم المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار لكن في من الصعب أن ندرك بأن اختصاص القانون المحلي مبني على تركيز جغرافي للمسؤولية وقد لا يتلائم هذا مع الطبيعة الجوهرية والذاتية للمسؤولية كونها أضحت كغيرها من سائر التنظيمات القانونية كنظام الملكية مثلاً ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى وهذه الوظيفة الاجتماعية نجد أساسها في أمرين الأول أنه مع النمو في المجتمع وكذلك تقدمه تزايدت الأنشطة الخطرة والتي يجب الحفاظ على الأفراد منها أما الثاني هو أن الإنسان المعاصر لم يعد كالسابق يقبل في القضاء والقدر فهو الآن يبحث عن المسؤول الذي يعوضه إذا ما أصابه ضرر كذلك التطور الملحوظ في المسؤولية المدنية يدعو الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وانطلاقاً من تركيز اجتماعي وليس تركيز مادي أو جغرافي كون التركيز الاجتماعي للمسؤولية يعني هنا البحث عن البيئة الاجتماعية والتي تنشأ وترتبط بها المسؤولية بالنظر الى كافة عناصر وظروف الحال التي أحاطت بها أي البحث عن الواقع الذي يعتبر أكثر اتصالاً بالمسؤولية دون غيره من الضوابط والمعايير.^(٢)

ويشير هذا المعيار الى تطبيق قانون القاضي او تطبيق قانون الوسط الاجتماعي لذلك فسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في المطلب الأول تطبيق قانون القاضي ومن ثم نبحث في المطلب الثاني تطبيق قانون الوسط الاجتماعي بغية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية المترتبة على الدولة إذا ما قام أحد مواطنيها بأعمال إرهابية عبر الحدود وكالآتي :-

(١) قواعد التنازع المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية، بحث منشور على

<https://www.elmizaine.com/2021/01/blog-post14.html>

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣١

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٣ .

المطلب الأول

تطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

تُعبّر القواعد الآمرة في قانون القاضي الذي ينظر في النزاع عن النظام العام ولكن لم تكن وظيفتها دفاعية موجهة ضد الاسناد لا بل للتجاوز الحاصل في الأحكام الواردة في القانون الواجب التطبيق كون هذه القواعد تعتبر جزءاً من القوانين التنظيمية ومشتقة من القانون العام عليه يجب ان يكون تطبيقها فوري على المسائل المرتبطة بها ويقصد بها هي مجموعة القواعد التي تنطبق بشكل مباشر وبصرف النظر عن القانون الذي حددته قواعد الاسناد وبهذا تكون مهمتها هي حماية المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية في بلاد القاضي الذي يعرض النزاع أمامه لذلك اشارت بعض التشريعات الوطنية والدولية الى أنه يجب مراعاة القواعد الآمرة والمنصوص عليها في قانون البلد الأجنبي عندما تكون هنالك علاقة وطيدة بين القانون الأجنبي والقضية المتنازع عليها ومن ناحية أخرى فإن تمتع القواعد المكرسة لحماية المضرور بصفة أمرة فهذه الصفة تجعل هذه القواعد تفرض هيبتها ومن ثم تطبيقها رغم تحديد القانون الذي ينظم علاقات المضرورين وفق قواعد الاسناد الخاصة.^(١)

فالاتجاه نحو تطبيق قانون القاضي قد أخذت به عدد غير قليل من التشريعات في دول العالم وايدته آراء الفقهاء وأحكام القضاء والذي دعى الى تطبيق الاحكام الموضوعية في قانون القاضي الوطني الذي ينظر النزاع بشأن الفعل العمل الارهابي ومن المبررات للأخذ بهذا الرأي هو أن تطبيق قانون القاضي ينسجم مع هدف وغاية الدفع بالنظام العام فضلاً على أن قانون القاضي يتمثل في الاختصاص التشريعي الاحتياطي لسد النقص ولهذا خصصنا هذا المطلب لدراسة قانون القاضي وإمكانية تطبيقه على الالتزامات غير التعاقدية أي على الاعمال الارهابية اذ يرى جانب من الفقه.^(٢) بإخضاع الالتزامات الناتجة عن الأفعال الضارة بالالتزامات غير التعاقدية لقانون القاضي المدعى أمامه عن الأضرار الناتجة عن الفعل الارهابي حتى وإن كان الفعل المنشئ للالتزام (الخطأ والضرر) قد وقع في دولة أجنبية عليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين الأول منها لدراسة معنى تطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال

(١) م. د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت لتكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع) لكلية الحقوق جامعة تكريت، أيلول ، الجزء الثاني، ص ٣٥٦.

(2) Boutel, op.cit, p.18.

وكذلك د. هشام على صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٢، بلا سنة طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٤٩.

الإرهابية أما الثاني نخصه لدراسة الحجج والاسانيد التي استند عليها أنصار هذا الرأي وكالاتي :-

الفرع الأول

كيفية تطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

يقصد بقانون القاضي^(١) " بأن القاضي عندما يعرض عليه نزاعاً ويكون هذا النزاع مشوب بعنصر أجنبي فإن القاضي يقوم بتطبيق قانونه الوطني على النزاع المعروض أمامه لكونه قانون القاضي الذي عرض عليه النزاع، ويعتبر الفقيه الألماني (سافيني) مؤسس هذه القاعدة وله الفضل في تطويرها". وقد كان يرى هذا الفقيه بأن نظرية الفعل الضار يجب أن ترتبط بقانون القاضي وذلك بعد أن أصبحت نظرية القانون المحلي تلاقي قبولاً عالمياً^(٢) وعدم القبول هذا يعتبر السبب المباشر والرئيسي الذي دفع الفقه الى البحث عن بدائل جديدة يمكن اللجوء اليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية المتمثلة بالأعمال الإرهابية^(٣).

لذلك ظهرت عدة اتجاهات ويعتبر قانون القاضي هو أحد هذه الاتجاهات لذلك اقترح جانب من الفقه في فرنسا^(٤) مسaire في ذلك ما كان سائداً في إنكلترا وكذلك بعض الدول التي تأثرت بها كاستراليا والهند وهو أن يسري قانون القاضي على مسائل المسؤولية التقصيرية وقد ساد هذا الرأي في فرنسا إبان رواج الفكرة القائلة " بأن أحكام المسؤولية التقصيرية تعد من قبيل قواعد البوليس والأمن المدني استناداً الى المادة (١/٣) من التقنين المدني الفرنسي " وعليه فلا يتصور بشأن هذه الفكرة مزاحمة من قبل القانون الأجنبي للقانون الفرنسي في حكمها ، وبعبارة

(1) Morris, The conflict of Laws , 3rd ed ., London, 1984, p.302.

(2) Dicye and Morris, Conflicf of Laws, Op.cit., p.938.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٤٨. دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين.

(٤) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي (روما ٢) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٦٦.

أخرى وفقاً لهذا الرأي يكون هنالك تلازماً بين الاختصاصين القضائي والتشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية.^(١)

لذلك وجدت هذه القاعدة ارض منبسطة في طريقها إلى النظام الفرنسي وكذلك القوانين التي تأثرت بهذا النظام ألا وهي القوانين اللاتينية حيث ينادي هذا الاتجاه بضرورة اخضاع مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة عن الاعمال الإرهابية إلى قانون القاضي وإن كان وقوع الخطأ أو تحقق الضرر قد حصل في بلد أجنبي غير بلد القاضي.^(٢)

وما تجدر الإشارة إليه أن غالبية التشريعات قد صاغت القاعدة الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية الأمر الذي يجعل منه بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل وقوع الفعل الارهابي كذلك قررت هذه التشريعات استثناء على هذه القاعدة وهي تطبيق قانون القاضي وهذا الاستثناء قد قرر بناءً على معطيات النظام المعمول وقواعد الأمن المدني.^(٣) وهذا المعطى يعني أن دور القاضي وفقاً لهذه التشريعات هو دور احتياطي اذ يتم اللجوء اليه عند تعلق الأمر بالنظام العام وفقاً لقانون القاضي.^(٤)

أما الأمر بالنسبة للقانون الإنكليزي فهو مختلف فهناك من الفقه من يرى بأن تطبيق قانون القاضي في ظل النظام الإنكليزي إنما هو نتيجة لحيلة قضائية لجأ إليها القضاء الإنكليزي وكان الهدف منها هو منع القاضي من تطبيق قاعدة الاسناد وذلك عن طريق افتراض التطابق الحاصل ما بين أحكام القانون الأجنبي والقانون الإنكليزي لذلك على القاضي الإنكليزي هنا أن يطبق أحكام القانون الإنكليزي الموضوعية على الواقعة الارهابية.^(٥)

فذهب اتجاه أول الى القول باختصاص قانون القاضي (La Lox fori) والذي ينظر في دعاوي المسؤولية التقصيرية ويرتكز هذا الاتجاه على أنه من ناحية تعتبر الاعمال الارهابية نوع من السلوك الاجرامي والتعويض هنا هو نوع من العقاب الذي يوقعه القاضي بمحدث الفعل

(١) Loussouarn (y) et Bourel (p) "Droit international prive" Li e'dition Dalloz 1993 p.174.

نقلاً عن د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، المصدر السابق، ص ٦٧.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين، ص ٧٤٩.

(٣) د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول مركز الأجانب وتنازع القوانين، مكان الطبع بلا، ١٩٩٢، ص ٥٧٦.

(٤) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين، المصدر السابق ص ٧٤٩.

(٥) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ١١٦.

الإرهابي والمعروف هو في المجال الجنائي يتلزم الاختصاص القضائي مع الاختصاص التشريعي فالأمر هنا يتعلق بالتعويض ودعوى التعويض هنا هي دعوى جنائية ومصدر الحق في التعويض هو حكم القاضي وليس الفعل الخاطئ كذلك أن القوانين التي تنظم المسؤولية عن الأضرار تعد من قوانين البوليس والأمن المدني وهذه القوانين غير قابلة لتطبيق فكرة التنازع فيما يتعلق بقواعدها والتي يتم تفسيرها بشكل مباشر لذلك بقي القضاء الفرنسي يستند على هذا الأساس ليبرر تطبيق القانون الفرنسي حتى صدور حكم عام ١٩٤٨ من محكمة النقض الفرنسية في قضية (LAUTOUR) الذي صاغ مبدأ اختصاص القانون الإقليمي وذلك بصورة قاعدة تنازع مزدوجة وهجر قاعدة التنازع المنفردة الخاصة بقوانين البوليس والأمن المدني.^(١)

وعليه فإن قانون القاضي يسري على دعاوي المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية والتي ترفع أمامه ما دامت هذه الدعاوي تدخل في نطاق تطبيق قواعد القاضي المنظمة للمسؤولية وقد ساد هذا الفكر لدى بعض النظم القانونية حتى بُعيد النصف الثاني من القرن التاسع عشر لذلك صدرت التقنيات المدنية لعدة دول خالية من أي نص يحدد القانون الواجب التطبيق على الأعمال غير المشروعة ومن تلك التقنيات هو القانون المدني الروسي لعام ١٧٩٤ ، والقانون المدني النمساوي لعام ١٨١١ والقانون المدني اليوناني لعام ١٨٥٦ والقانون المدني الإيطالي لعام ١٨٦٥ والقانون المدني الأرجنتيني لعام ١٨٦٩ حيث جاءت هذه القوانين خالية من أي نص يحدد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية كونها يسري عليها بدايةً قانون القاضي.^(٢)

ويرى جانب فقهي فرنسي إخضاع الأعمال الإرهابية الى قانون القاضي حتى وإن كان الفعل المنشئ للالتزام (الخطأ والضرر) قد وقع في دولة أجنبية وهذا الرأي يستند الى حجة مؤداها هو أن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض في هذه الحالة مع الفكرة القائلة بأن القانون الفرنسي هو التعبير السليم عن العدالة ومن ناحية أخرى فإن قانون القاضي وفقاً لهذا الرأي هو حل يتسم بالبساطة فضلاً على ما يحققه تطبيق قانون القاضي من تلافي للمشاكل التي قد تنشأ عند تحديد مكان وقوع العمل الإرهابي أو فيما لو وقع العمل على إقليم أكثر من دولة واحدة.^(٣) ولا يتفق الدكتور هشام علي صادق مع هذا النظر كون تطبيق قانون القاضي بدعوى انه التعبير السليم عن العدالة هو اتجاه ينبع من الايمان المطلق بالاقليمية البغيضة كذلك وان هذا الاتجاه يتضمن خطأ واضحاً بين إجراءات وموضوع الدعوى التي تخضع لقانون القاضي

(١) للمزيد ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٤.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٥.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين، المصدر السابق ص ٧٤٩.

والذي لا يصح أن يتوقف الاسناد في شأنه على ظروف عرضية مثلاً رفع دعوى أمام هذه المحكمة أو تلك ومن ناحية أخرى فإن هذا الحل سيؤدي الى التحايل كونه يخول للمضرور من العمل الارهابي الفرصة برفع الدعوى أمام المحكمة والتي يعلم أن تطبيق قانونها أكثر تحقيقاً لمصالحه بل وإن تطبيق قانون القاضي وبحجة أن مخالفة أحكامه تصطدم بالنظام العام الدولي كما يظن البعض فهو قول مردود يدور مع علته ذلك فالأصل ان النظام العام هو وسيلة استثنائية لاستبعاد أحكام القانون الأجنبي وفي الحدود التي يتعارض فيها تطبيق هذا القانون والأسس الجوهرية في المجتمع لكن مجرد أن تختلف قواعد القانون الأجنبي مع قواعد القانون الوطني في شأن الالتزامات غير التعاقدية المتعلقة بالعمل الارهابي فلا يصطدم القانون الأجنبي بفكرة النظام العام في جميع الأحوال ومهما كان الأمر فالملاحظ هو أن معظم دول العالم وإن كان قضائها حريصاً على التأكيد بخضوع المسؤولية عن الفعل الارهابي للقانون المحلي إلا أن هذا القضاء يفسح المجال أمام قانون القاضي لينطبق على أحكام هذه المسؤولية وذلك مراعاة للنظام العام.^(١)

ويؤكد القضاء الفرنسي في أحكامه دائماً على أن مقدار الحماية التي تقرها قواعد القانون الفرنسي للمضرور تعتبر الحد الأدنى والتي لا يجوز النزول عنها، عليه فإذا كانت الحماية المقررة بموجب القانون المحلي تقل عن تلك التي يقرها قانون القاضي فوفقاً لهذا الاتجاه فهنا يتعين استبعاد القانون المحلي وتطبيق أحكام القانون الوطني باسم النظام العام، وعلى العكس من هذا الأمر فقد حرص المشرع الألماني وحسب المادة (١٢) من قانون إصدار القانون المدني على عدم جواز مطالبة المواطن الألماني والذي ارتكب عملاً دولة أجنبية بأكثر مما يحمله به القانون الألماني.^(٢)

أما بالنسبة للقانون الإنكليزي فهو يعرض حلاً مشابهاً فهذا القانون لا يكتفي لإمكان رفع دعوى المسؤولية على العمل الضار والواقع في دولة أجنبية أن يكون هذا الفعل غير مشروع وفقاً لقانون الدولة الأجنبية لا بل يشترط فوق ذلك التحقق من عدم مشروعية الفعل وذلك تطبيقاً لأحكام القانون الإنكليزي نفسه.^(٣)

(١) ينظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين، المصدر السابق ص ٧٥١.

(٢) ينظر Buttiffol المطول ص ٦٠٥.

(٣) ينظر رسالة Bourel, op.cit, p23 وهو يشير الى أن موقف القضاء الإنكليزي على هذا النحو وإن اقترب من الحل المنصوص عليه في المادة (١٢) من قانون الإصدار الألماني إلا أنه لم يبق مع ذلك فارق هام بينهما فالمشرع الألماني قد خول المدعي عليه في دعوى المسؤولية عن الفعل الضار قدر من الحماية على شرط أن=

وبالمثل من ذلك فالمشرع المصري نفسه وإن كان قد أقر مبدأ خضوع الاعمال الضارة للقانون المحلي وحسب ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (٢١) من القانون المدني المصري إلا أن المشرع عاد فأكد في الفقرة الثانية من نفس المادة على ضرورة مراعاة أحكام القانون المصري عند تقرير مدى مشروعية الفعل الذي حدث في الخارج بالنسبة للالتزامات المترتبة على العمل الضار وقد سائر المشرع العراقي في رأيه للمشرع المصري فبعد أن اقر مبدأ خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي إلا أنه عاد فأكد في فقرتها الثانية على ضرورة مراعاة أحكام القانون العراقي عند تقرير مدى مشروعية العمل الواقع في الخارج اذ نصت على أنه "٢- على أنه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج ...". وتبين لنا مما تقدم بالنسبة لرأي الفقه انه معلق رفضه الغالب للاتجاه الذي يسعى الى اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون القاضي ومع هذا فإن هذه الحقيقة لا تعني تجاهل قانون القاضي تجاهلاً تاماً فإنه على الرغم من اعتداد الفقهاء والمشرعين بتطبيق القانون المحلي على الاعمال الارهابية لكن هذا لم يحل دون افساح المجال أمام تطبيق قانون القاضي.

أما على مستوى القضاء فقد أخذ جانب من القضاء الفرنسي وكذلك القضاء الألماني بتطبيق قانون القاضي وذلك بإعتناقة في بعض الاحكام القضائية ويستند القضاء لاتخاذ هذا الرأي على حجة عملية مؤداها أن القاضي يعلم بمضمون قانونه أكثر من أي قانون آخر، ومن ناحية أخرى فإن هذا الرأي يتفق مع اعتبارات العدالة لأن أحد الخصوم على الأقل وهو المدعي قد ارتضى تطبيق هذا القانون كون أن رفع النزاع أمام محكمة معينة يستفاد من هذا ضمناً بالرضا بتطبيق قانون هذه المحكمة بل وقد ذهب بعض القضاة إلى ابعد من ذلك بأن مؤدى التصادم الواقع بين سفينتين في عرض البحر أن ينشأ نوع من العقد أو شبه العقد القضائي بين الطرفين يلتزم المدعي عليه بمقتضى هذا العقد بقبول اختصاص قانون المحكمة التي يرفع المدعي أمام دعوته كذلك يلتزم بقبول تطبيق قانون الدولة التي تتبعها هذه المحكمة.^(١)

= يكون المانياً، أما القضاء الإنكليزي فهو يبسط حمايته على المدعي عليه ولو كان أجنبياً فيشترط في جميع الأحوال لإمكان مسألتته عن الفعل المرتكب في الخارج أن يكون هذا الفعل غير مشروع وفقاً للقانون الإنكليزي.

(١) ينظر رسالة Bourel, op.cit, p97.

وقد قيل في الرد على هذه الحجج أن القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي إسوة بالقانون الوطني ومن ثم فلا يصح تطبيق القانون الوطني بدعوى افتراض العلم بإحكامه كذلك من الردود على حجج القضاء هو أنه من العسير ان يقام اختصاص قانون القاضي على أساس رضا الخصوم بتطبيقه فشبه العقد القضائي هو مجرد وهم وافتراض لا يجاور الحقيقة. كذلك فإن مؤدى الرأي السالف هو تخويل المضرور فرصة الغش والتحايل وذلك بسبب أنه سوف يقوم برفع دعواه أمام المحكمة التي يعلم مقدماً أن تطبيق قانونها يحقق أكثر رعاية لمصالحه وهنا ما تبدو خطورة الأمر وبصفة خاصة في حالة وقوع التصادم بخطأ مشترك وبالتالي فيتسابق كل طرف على رفع الدعوى أمام المحكمة التي يتضمن قانونها قواعد أكثر رعاية لمصالحه التي يسعى الى ادراكها خاصة في حالة تحديد مسؤولية مالك السفينة.^(١)

والجدير بالذكر أن بعض أحكام القضاء والتي طبقت قانون القاضي على دعوى المسؤولية المترتبة على التصادم الواقع في المياه العامة حتى في حالة الاشتراك في العلم فقد استندت في ذلك الى فكرة النظام العام وقد مضت الإشارة إلى ما تضمنه مثل هذا الرأي من توسع غير مقبول في عمل فكرة النظام العام وذلك بإخراجها من دورها المعتاد كأداة استثنائية لاستبعاد القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد وبالتالي استخدامها كوسيلة أصلية للإسناد الى قانون القاضي لكن البعض يظن أن الحجة السليمة التي يمكن القول بها لتبرير تطبيق قانون القاضي هي ان القانون هو صاحب الاختصاص الأصيل في الأحوال التي يتعذر اعمال ضابط الاسناد كما هو الحال في هذا الفرض، ويرى بعض الفقه.^(٢) بأنه لا يجوز تطبيق قانون القاضي لمجرد تقدر اعمال ضابط الاسناد ذلك أنه ليس من الصحيح القول بأن قانون القاضي هو صاحب الاختصاص العام لحكم علاقة القانون الخاص ولو تضمنت هذه العلاقة عنصراً اجنبياً، فقد نادى بهذا الرأي الأستاذ (باتيفول) في مجال قريب وتبريراً لتطبيق قانون القاضي عندما يتعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المختص في النزاع المعروض أمامه فالأصل في شأن هذه العلاقات هو تطبيق القانون المختص سواء كان وطنياً أم أجنبياً فإذا تعذر الكشف عن القانون الأجنبي فيضطر القاضي الى تطبيق قانونه ولكن يبقى هذا الامر استثناء مشروطاً بعدم وجود قانون أكثر ملائمة لطبيعة النزاع أو على الأقل مشروطاً بأن لا يكون قانون القاضي

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العام وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، بلا سنة طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٤٨.

(٢) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٣٠١-٣٠٢. نقلاً عن د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري المصدر السابق، ص ١٤٩.

غريب تماماً عن طبيعة المسألة المعروضة ولهذا فقد فضل بعض الفقه تطبيق قانون القاضي في الحدود التي له من اختصاص احتياطي لحكم النزاع.

ويؤكد القانون المدني المصري هذا المعنى وخاصة في نص المادة (٢٤) منه والتي نصت على أنه " تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تتنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص " وعلى هذا الأساس فقد رفض المشرع المصري مبدأ تطبيق القانون المصري باعتباره قانون القاضي على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي والعلة في ذلك هو عدم وجود قاعدة اسناد تشريعية أو عرفية تقرر الحل الواجب الاتباع في شأن قضية معينة ولكن اوجب المشرع في هذه الحالة على القاضي أن يرجع الى المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص أي الرجوع الى الأحوال العامة المشتركة في مواد التنازع والتي يجري اتباعها في غالبية دول العالم، وعلى هذا الأساس فإن موقف القانون المصري على هذا النحو يؤكد إيمانه الحق بخطأ الرأي الذي يقول بالاختصاص العام لقانون القاضي لحكم علاقات القانون الخاص وان تضمنت هذه العلاقة عنصراً اجنبياً، أما بالنسبة لموقف قانوننا العراقي فهو واضح من نص المادة (٣٠) حيث نصت على أنه "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السالفة من أحوال تتنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" عليه نلاحظ أن مشرعنا العراقي قد ساير المشرع المصري في رأيه في إمكانية تطبيق قانون القاضي على بعض العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي عندما تحصل الأفعال الضارة في منطقة لا تخضع إلى السيادة وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه ما دام التشريع يخلو من قاعدة اسناد تشير إلى القانون المختص في حالة وقوع الفعل الارهابي المنشئ للالتزام في إقليم لا يخضع إلى السيادة الإقليمية لدولة من الدول فبالتالي ينبغي على القاضي أن يكشف عن القانون الواجب الاتباع على هذه المسألة وذلك من خلال تطبيقه النصوص أعلاه أي البحث في مبادئ القانون الدولي الخاص المتعارف عليها بين الدول ولكن بالرغم من ذلك يتبقى للقاضي الحق في الالتجاء إلى تطبيق قانونه الوطني في الفروض الاستثنائية في الحالة التي يتعذر فيها الكشف عن قاعدة اسناد تقررها المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص أو لا يوجد هنالك قانون أكثر ملائمة لتطبيقه على الواقعة الحاصلة لذلك يضطر القاضي لتطبيق قانونه الوطني.

الفرع الثاني

الحجج المؤيدة لتطبيق قانون القاضي على المسؤولية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

يرى جانب من الفقه^(١) اخضاع الالتزامات الناتجة عن الأفعال الضارة لقانون القاضي المدعى أمامه عن الاضرار الناتجة عن الأعمال الإرهابية وإن كان الفعل المنشئ للالتزام (الخطأ والضرر) قد وقع في دولة أجنبية وقد استند هذا الرأي الفقهي للحجج الآتية :-

فالحجة الأولى تقول بأن القوانين المنظمة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال الإرهابية تتعلق بالنظام العام وتعد كذلك من قبل قوانين البوليس والأمن المدني في دولة القاضي عليه فإن تلك القوانين لا تقبل عند البعض فكرة التنازع بين القوانين ولكن يستلزم اعمال قانون القاضي على دعاوي المسؤولية التقصيرية التي ترفع أمام القاضي ما دامت تلك الدعاوي تدخل في نطاق سريان قواعد دولته المنظمة للمسؤولية^(٢). كذلك يبرر هذا الاتجاه الأخذ بقانون القاضي لحكم الالتزامات غير التعاقدية عن الأعمال الإرهابية بتعلق هذا النوع من الالتزامات بالنظام العام في دولة القاضي كون هذا الرأي الفقهي يرى بأن المسؤولية التقصيرية تكون قريبة من المسؤولية الجنائية كما أنها ترتبط وبشكل مباشر مع المبادئ الأساسية للسياسة العامة المطبقة في بلد المحكمة مما يجب القول معه أن ترتبط هذه المسؤولية بقانون المحكمة المعروض أمامها النزاع وذلك لاعتبارات النظام العام^(٣).

كذلك من الحجج التي يتكئ عليها هذا الاتجاه هو اعتبار ما يرتكب من أعمال إرهابية تصيب الغير نوعاً من السلوك الاجرامي وكذلك التعويض عما يتم من هذه الاعمال هو نوع من العقاب الذي يوقعه القاضي فالمعروف في المجال الجنائي هو التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي فالأمر يتعلق بجريمة ودعوى التعويض هي دعوى جنائية خاصة ومصدر الحق في التعويض هو حكم القاضي وليس الخطأ^(٤).

(1) Bourel, op.cit, p18.

(2) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعية الجديدة، ٢٠١٧، ص ١٨٥.

(3) Dicye and Morris, conflict of Law, op. cit. , p.933.

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٤.

كذلك من الحجج التي تتسم بها قاعدة تطبيق قانون القاضي كونه يتسم بالبساطة والوضوح وبذلك يتلافى المشاكل التي قد تثور عند تحديد مكان وقوع العمل الارهابي أو أنه يقع في دول متعددة وكذلك عندما يكون مكان الحادث الارهابي غير محدد بمكان معين.^(١) كذلك ذهب هذا الرأي المؤيد لتطبيق قانون القاضي على الاعمال الإرهابية الى ابعد من ذلك وذلك بقولهم أن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع الفكرة القائلة بأن القانون الفرنسي هو التعبير السليم عن العدالة كما إنه أيسر على القاضي بالتطبيق لأنه يعلم بقانونه جيداً مما يجنبه ذلك عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد.^(٢)

لكن بالرغم من وجهة هذا الرأي إلا أن الفقه قد قنّد الحجج التي اخذ بها الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي فبالنسبة **للحجة الأولى** فقد كان الرد عليها بأنه يتمثل بالترقية بين قواعد النظام العام وبين قواعد القانون الوطني الأمره فبالنسبة للنظام العام فيعد وسيلة استثنائية لاستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالفه للأسس الجوهرية للمجتمع أما أنه مجرد مخالفة القانون الأجنبي لقواعد القانون الوطني الأمره في شأن الاعمال الضارة فهو لا يصطدم بفكرة النظام العام في جميع الأحوال والقول بغير ذلك يضمن خطأ واضحاً بين المفهومين أي بين فكرة النظام العام في القانون الداخلي وفكرته في القانون الدولي الخاص.^(٣)

أما بالنسبة لتفنيد **الحجة الثانية** فقد يرى بعض الفقه أن حق الضرر في التعويض يجد مصدره في سلوك مرتكب الفعل الارهابي ذاته ولا يجد مصدره في حكم القاضي والدليل على هذا الكلام فيما يتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان فإن القانون المطبق هنا هو القانون المعمول به وقت حدوث الفعل الارهابي وليس القانون المعمول به وقد صدور الحكم من القاضي لذلك فالاعتقاد بأن أساس المسؤولية هو حكم القاضي وليس السلوك الاجرامي " لا يتماشى مع المبادئ العامة السائدة في كل من مصر وفرنسا بالنسبة لأساس المسؤولية التقصيرية ".^(٤) كذلك يمكن القول بأن تطبيق قانون دولة القاضي قد يكون فيه ظلم للمسؤول عن الفعل الارهابي في حالة كون العمل الذي قام به يعاقب عليه بدولته بعقوبة أخف من عقوبة دولة القاضي.

أما بالنسبة لتفنيد **الحجة الرابعة** فالدكتور احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي لا يتفق مع هذا النظر كون تطبيق قانون القاضي يتسم بالبساطة والوضوح فهذا ليس كافياً لاستبعاد القانون

(١) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٨٤.

(٢) استاذنا د. فراس كريم شعبان، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق ص ١٤٠.

(٣) Bourel (p) , These citee , p.21.

(٤) د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق

المحلي فالصعوبات التي يثيرها القانون المحلي وهو بصدد تحديد مكان وقوع الفعل الارهابي لا تبرر استبعاد مبدأ خضوع حقوق المضرور للقانون المحلي.^(١)

والحقيقة أن الفقه يرفض وبشدة فكرة اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون القاضي لأنه من المتعذر قبول منطق ذلك الاتجاه فمن جهة فإن هذا الاتجاه سيفتح باب التحايل على القانون وكذلك على الاختصاص كون المضرور يستطيع اختيار القانون الواجب التطبيق عن طريق رفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يرى أن قانونها أفضل بالنسبة له، ومن جهة أخرى يؤدي الأخذ بهذا الاتجاه الى ظلم المسؤول كأن يعاقب على عمله بدولته بعقوبة أخف من عقوبة دولة القاضي كون القاضي في هذه الحالة لن يرجع الى القانون الأجنبي لتحديد وبيان شروط تطبيق قانونه ذي التطبيق الضروري ومن جهة ثالثة فإن القول بأن قواعد المسؤولية تعد من قواعد البوليس والأمن في العلاقات ذات الطابع الدولي ليس صحيحاً كذلك مع عدم وضوح الفرق بين فكرة النظام العام وفكرة البوليس والأمن لذلك فالرأي بالأخذ بقانون القاضي محل البحث يؤدي الى توسيع النطاق لتطبيق قانون القاضي بناء على الفكرة الأولى وكذلك اعتبار النظام العام ضابطاً للإسناد لصالح ذلك القانون بما يضر ذلك في نهاية المطاف بالتعايش المشترك بين النظم القانونية ويخرج النظام العام عن دوره التقليدي المرسوم له في مجال تنازع القوانين كونه أداة استثنائية لتعطيل القانون الأجنبي واحلال مكانه قانون القاضي.^(٢)

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه رفض الاعتداد بتطبيق قانون القاضي بشأن الاعمال غير المشروعة لا يعني هذا تجاهل هذا القانون تماماً وذلك لأن الأخذ بالقانون المحلي لا يمنع من الاستناد والأخذ بقانون القاضي في بعض الحالات ولاسيما إذا ما استلزمت ذلك مقتضيات حماية الطرف المضرور لذلك فقد أكد القضاء الوطني في العديد من الدول على قدر الحماية التي تقرها قواعد القانون الوطني للمضرور حيث تعتبر الحد الأدنى والتي لا يجوز النزول عنها كونه إذا كانت الحماية التي يقرها القانون المحلي تقل عن تلك الحماية التي يقرها قانون القاضي فبهذه الحالة يجب استبعاد قواعد القانون المحلي وتطبيق بدلاً عنه قواعد قانون القاضي وبأسم النظام العام.^(٣)

كذلك يمكن القول بأن اعتداد القضاء بل والمشرعين أنفسهم في بعض الدول بمبدأ اخضاع الالتزامات غير التعاقدية المترتبة عن الاعمال الارهابية للقانون المحلي لكن هذا لم يحل دون افساح المجال لتطبيق قانون القاضي وأيد هذا الاتجاه الفقهاء الامريكان منهم (currie,

(١) د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ١١٧٥.

(٣) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص ٥٥٦.

(westlake) حيث أن هذه النظرية تقوم على فكرة ظروف الحياة المعاصرة أي يجب أن تقوم على تنسيق المصالح الاقتصادية وكذلك الاجتماعية وأن تكون العدالة موزعة وليس كونها عقابية على أفعال ارتكبت في الخارج أي أنها مسألة إمكانية ومنفعة أكثر من كونها اخلاقاً أو قيماً اجتماعية لهذا فإذا ما وجدت فروقاً ما بين دول المحكمة وقانون المكان الذي وقع فيه الفعل الارهابي فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بحسب أحكام القانون الأجنبي لوحده.^(١)

المطلب الثاني

تطبيق قانون الوسط الاجتماعي على المسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الإرهابية

إذا كانت التطبيقات السابقة لم تفلح في اقضاء القانون المحلي عن التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية كما يشهد على ذلك واقع الفقه والقضاء لكنها قد نجحت في أن تلقي بظلالها على أنصار القانون المحلي فذهبوا مع تمسكهم بالابقاء على هذا القانون كونه ضابط الاسناد الأصيل في مجال الالتزامات غير التعاقدية بسبب المبررات القانونية والمنطقية التي تسوغه فأرادوا أنصار القانون المحلي أن يخففون من جموده وكذلك يضيفون عليه نوعاً من المرونة حتى يكون هذا القانون ملائماً لكافة الحالات ومتماشياً كذلك مع التطورات الحديثة التي شهدتها العلاقات الدولية الخاصة وكذلك تماشياً مع نمو واضطراب ظاهرة الانتقال عند الأفراد عبر الحدود ومواكبة التقدم المذهل في المخترعات والتقنيات الحديثة في وسائل الاتصالات والمواصلات كونه يتبين في بعض الحالات أن الرابطة بين المسؤولية التقصيرية وقانون الدولة التي حدث على اقليمها الفعل الضار قد تكون رابطة عرضية أو ثانوية وقد تكون واهية إذا ما قورنت بكافة الروابط التي تحيط بالمسألة لتربطها بقانون آخر.^(٢)

لذلك يرى البعض أنه ثمة وسائل جديدة ظهرت على تطبيق قانون مكان الحادثة فمن هذه الوسائل هي نظرية الوسط الاجتماعي وحيث تعني هذه النظرية هي البحث في البيئة الاجتماعية والتي تنشأ وترتبط بها الحادثة والبحث عن الظروف والملابسات المختصة فهذه النظرية تقوم على أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية من وسط اجتماعي

(١) د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(٢) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص ٧١-٧٢.

أو تركيز اجتماعي لواقعها وظروفها وكذلك ملاساتها المحيطة بها من دون البحث على التركيز المادي أو الجغرافي للقانون المحلي.^(١)

عليه فسوف نبحت في هذا المطلب هذه النظرية وإمكانية تطبيقها على الالتزامات غير العقدية الناشئة عن الأفعال الضارة لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين الأول نبحت فيه معنى قانون الوسط الاجتماعي أما الفرع الثاني فنبحث فيه موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من هذه النظرية وكالآتي :

الفرع الأول

معنى قانون الوسط الاجتماعي

تنسب نظرية قانون الوسط الاجتماعي أو ما تسمى قانون البيئة الاجتماعي أو المحيط الاجتماعي الى الفقيه (BINDER) والتي طرحت في ألمانيا لمواجهة حالات جمود مبدأ اختصاص القانون الإقليمي وتم الأخذ بفكرة الوسط الاجتماعي في فرنسا على يد الاستاذ (BOUREL) والذي عبر بقوله عنها " بأن مكان وقوع الحادث بعيداً عن المفهوم الجامد والجمود له هو الوسط الاجتماعي الذي سيتم منه الفعل المنشئ للالتزام اصوله " وأساس هذه النظرية هو الإبقاء على اختصاص القانون الإقليمي مع فسخ المجال وذلك للخروج عليه وبصفة استثنائية لصالح القانون المشترك للأطراف.^(٢)

وتقتضي هذه النظرية وحسب وجهة أنصارها ومؤيديها الى أن مكان وقوع الفعل الضار يتطابق مع البيئة الاجتماعية أو المحيط الاجتماعي كون الإقليم الذي وقع فيه الفعل غير المشروع يعد في ذات الوقت البيئة الاجتماعية أو المحيط الاجتماعي في ضوء هذا يتحقق التركيز الاجتماعي وكذلك الصلة الوثيقة مع طبيعة العلاقة القانونية (أي العمل غير المشروع) إلا أنه قد يختفي هذا التلازم والتطابق بين المكانين أي الإقليم الذي وقع فيه الفعل الضار ومكان البيئة الاجتماعية لذلك الفعل وهذا الاحتمال يتحقق في حالات الصدفة أو الحالة العرضية لمكان التركيز الجغرافي للحادثة وعليه فأن قانون البيئة الاجتماعية واجب التطبيق هنا كون الفعل

(١) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص ١٩٩.

(٢) نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٧. كذلك

Bourel (P), The're cit'e, P. 54.

نقلاً عن د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية ، المصدر السابق، ص ١٩٢.

الضار قد تحقق في إطاره لذلك يتخذ مفهوم قانون الوسط الاجتماعي بانه القانون الذي يحكم البيئة الاجتماعية والذي حدثت الحادثة والتي ترتب عليها القانون الالتزام^(١).

وهذا ما يجعل لقاعدة الاسناد أن تحقق وظيفتها بناءً على الغاية التي ترمي اليها في إطار من التنسيق بينها وبين غيرها من قواعد الاسناد الأخرى^(٢).

حيث يميل جانب من الفقه الحديث إلى التحرر من فكرة تطبيق قانون محدد يطبق على الالتزامات غير التعاقدية وهذا الاتجاه الفقهي يرمي الى تحقيق المرونة اللازمة في الاسناد وذلك بتصور تطبيق أكثر من قانون على الالتزامات غير التعاقدية وفقاً لظروف كل حالة على حدة فعند ملاحظة التطبيقات المختلفة للمسؤولية التقصيرية يفهم منه أنه من النادر أن يتحقق الفعل الضار بصفة معزولة عن الروابط المختلفة والناشئة بين الأشخاص كون الوضع المعتاد عليه أن تتحقق المسؤولية عن العمل الضار في إطار العلاقات المتنوعة كمثال الروابط الأسرية أو الميراث أو الروابط التعاقدية مثلاً ولذلك يبدو لهذا الرأي الفقهي أنه من الأفضل أن يطبق القانون المختص بكل علاقة على المسؤولية عن الفعل في إطار هذه العلاقة بسبب أن القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية يعتبر أكثر القوانين مناسبة لحكم المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع والمتصل بهذه العلاقة^(٣).

ونتيجة للتطور الحديث للمسؤولية المدنية فقد دعى جانب من الفقه الى تحديد القانون الواجب التطبيق بخصوصها وذلك بالاستناد الى فكرة التركيز الاجتماعي (Localisation Sociale) للمسؤولية المدنية ولا سيما في الأحوال والفروض التي يقدر بها القاضي عدم ملائمة قانون دولة النشاط المسبب للضرر وكذلك قانون الدولة التي وقع فيها الضرر ذاته لحكم دعوى المسؤولية وطبعاً ذلك يحصل عندما تختلف دولة الارهابي عن دولة الضرر^(٤).

لذلك تركت المحاكم الممارسة الجامدة لنظرية قانون مكان وقوع الفعل الضار وكذلك نظرية قانون المحكمة لصالح هذه القاعدة المرنة والتي تعرف بتطبيق القائم الملائم والتي اشتقت من نظرية العقد للحد من القاعدة الجغرافية الجافة والتي لا تعطي أي أهمية لمكان إقامة الأطراف وكذلك طبيعة وظروف وملابسات القضية أمام المحكمة ،عليه فظهرت هذه النظرية

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٢٧.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨، ص ٣٦.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٢، منشأة المعارف، ص ٧٥٣.

(٤) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥٦٠.

والتي تتطلب منها تطبيق قانون أكثر ارتباطاً وأكثر صلة مع موضوع الدعوى والأطراف كونها تتجنب المحكمة مشكلة تحديد مكان وقوع الفعل من حيث الزمان والمكان والذي يقع أحياناً ما بين عدة دول أو أقاليم وكذلك عندما يكون الفعل مثلاً أو وقوع الخطأ في مكان وتحقق الأثر في مكان آخر وكذلك قد يكون عن إهمال أو رعونة فقد يقع في دولة ويظهر الأثر في دولة أخرى فيكون التأكيد على القانون الذي يمثل الوسط الاجتماعي^(١).

فمن وجهة بعض الفقه هي عدم ملائمة تطبيق القانون المحلي إذا ما كان هذا القانون وبالنظر الى الحثيات الخاصة بالشخص المسؤول أو المضرور (جنسيتهم أو موطنهم أو محل إقامتهم) أو حتى النظر الى الحثيات الموضوعية (والتي تقوم على ظروف وعناصر الدعوى) عرضياً أو فجائياً أو حتى مجرد صدفة ففهي مثل هذه الأحوال فإن مقتضيات تأمين المعاملات عبر الحدود وكذلك تأكيد الفعالية الدولية للأحكام يفرضان ويؤكدان على عدم تطبيق القانون المحلي ما دامه غير ملائم لحكم الدعوى وذلك لانتفاء الرابطة الجدية بينه وبين عناصرها لذلك يكون من المناسب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية انطلاقاً من فكرة التركيز الاجتماعي لها.^(٢)

فالتركيز الاجتماعي يعني البحث عن البيئة الاجتماعية والتي تنشأ وترتبط وتتأصل بها الوقائع والظروف وكذلك الملابسات المحيطة بالمسؤولية وفقاً لعناصر وظروف الحال والتي أحاطت بميلادها والابتعاد عن التركيز الجغرافي والذي يقوم عليه اختصاص القانون المحلي بشأن المسؤولية لعله أنه لا يتلائم مع الطبيعة الذاتية والجوهرية لها كون الموطن أو محل الإقامة أو الجنسية لأطراف المنازعة يتغيران كمؤشرات مهمة نحو ارتباط الوضع الناشئ عن هذه العلاقة بقانون دولة الجنسية المشتركة أو الموطن أو محل الإقامة أقوى من ارتباطه بدولة موقع الفعل أو تحقق الضرر مما يبرر النتيجة ألا وهي تطبيق قانون الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة في دعوى المسؤولية هذه وتفضيله عن غيره باعتباره أقرب الى الحالة من أي قانون ممكن أن يطبق وعلى هذا الأساس فإن تواجد الفعل المسبب للضرر في دولة وكذلك تحقق الضرر بالشخص أو أمواله في دولة أخرى لكن المسؤول عن الفعل الضار والمضرور كلاهما يتوطنان في دولة واحدة أو انهما يقيمان فيها أو أنهما يحملان جنسيتها ففي هذا الفرض يكون من الأنسب طرح قاعدة اختصاص القانوني المحلي الجغرافي ومن ثم تطبيق نظرية التركيز الاجتماعي للمسؤولية عن طريق اعمال قانون دولة الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة، ففي الواقع أن لبساطة هذا الحل القائم على فكرة التركيز الاجتماعي للمسؤولية قد يجعل لهذا الاتجاه

(١) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(٢) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة، ٢٠٠٥، ص ٥٦١.

من الفقه الغلبة في المستقبل كونه يكفي على القاضي المعروض عليه دعوى المسؤولية أن يتحقق من وجود جنسية مشتركة لأطراف المنازعة أو موطن أو محل إقامة حتى تسمح له الفرصة من أن يتجنب تطبيق القانون المحلي بشأن هذه المنازعة ومن ثم يطبق عليها احكام الجنسية المشتركة أو الموطن حسب ظروفها وملابساتها كون الحاجة إلى الاخذ بهذه النظرية تزداد في حالة تعدد الأنشطة المنتجة للضرر كذلك في حالة إذا ما تفرقت أو انتشرت الأضرار في أكثر من دولة وهذا السبب الذي جعل من معظم التشريعات المعاصرة بشأن تنازع القوانين أن تتبنى فكرة التركيز الاجتماعي كاستثناء على القاعدة العامة ألا وهي تطبيق القانون المحلي ووضعا في قالب جديد يسمى (القانون المحلي الاجتماعي).^(١)

وما يؤكد هذا الكلام أنه بالرغم من تأكيد الصدارة للقانون المحلي لكن الحاجة العملية تدعو الى محاولة إضفاء قدر من الملائمة على القانون المحلي وتطويعه أي التحول في التركيز المكاني للعلاقة الى التركيز الاجتماعي للمسؤولية ونظراً للصعوبات المتعلقة بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار فتزداد الحاجة الى هذا الحل ومن هذه الصعوبات هي حالات تعدد الأفعال المسببة للخطأ أو حالة تفرق الاضرار في أكثر من بلد لذلك ظهر هذا المبدأ ألا وهو الأخذ بالقانون المحلي الاجتماعي أو بمعنى أوسع فكرة الوسط الاجتماعي حيث أكد أنصار هذا الاتجاه على ضرورة تبني هذا المفهوم كتوجيه جديد لفكرة قانون محل وقوع الفعل الضار بما يحقق له المرونة في التطبيق لكن مع الاحتفاظ بالأصل والذي يعتبر القانون المحلي مما يجعل منه مبدأ عام يطبق على مسائل المسؤولية عن الفعل الضار وبهذا يفهم هنا القانون المحلي بأنه قانون الوسط الاجتماعي والذي حصلت فيه الواقعة الضارة والتي ترتب عليها الالتزام وليس فهمه على أساس مكان جغرافي بحت ويفسر هذا الكلام بأن مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام أو الفعل بأنه يمثل تركيزاً مكانياً مادياً طبيعياً لكن هذا التركيز يحتاج الى إضفاء عليه قدر من المرونة والملائمة كون التركيز الذي يحدد الصلة الأقوى ثباتاً مع المصالح محل المنازعة لا يجب أن يكون مكانياً وإلا كان هذا التركيز مجرداً يعزل الواقعة الضارة عن حيثياتها الخاصة مثل الجنسية أو محل الإقامة أو الموطن لأطراف المنازعة أو قد يكون موقع المال فإذا ما كشفت هذه الضوابط بأن الواقعة تتركز في بيئة اجتماعية أوفي وسط اجتماعي معين يتميز عن تركيزها الجغرافي فهذه الحالة يتعين هنا الاعتماد على هذا القانون وهو قانون الوسط الاجتماعي كونه أقرب الى الحالة من أي قانون كون تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار يصبح غير مناسب كونه ضعيف الصلة وكذلك الروابط التي بينه وبين الحادثة بسيطة كذلك بالنظر الى المركز القانوني لأطراف المسؤولية بحيث يبدو اختصاص القانون المحلي هنا مبني

(١) د. جمال محود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥٦٢-٥٦٣.

على محض الصدفة أو على أمر عارض بوقوع الفعل الضار أو بتحقيق الضرر في إقليم البلد التي يسري فيه.^(١)

وقد انقسمت آراء الفقهاء في هذا الصدد الى قسمين فالرأي الأول وهو يرمي الى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار تطبيقاً جامداً عليه فإن القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون دولة الحادثة المنشئة للالتزام أي المكان المادي لموضوع الفعل ولا يؤيد الدكتور احمد أبو المجد محمد هذا التوجه والعلّة في ذلك هو انقطاع الصلة وكذلك الآثار الناتجة عن ذلك كون الأمر يعتمد على مجرد الصدفة أو على أمر عارض.^(٢)

اما الرأي الثاني والذي يرمي الى تطبيق القانون الاجتماعي باعتباره قانون البيئة الاجتماعية أو قانون الوسط الاجتماعي والذي تحققت فيه جميع الروابط القوية بالمنازعة المنظورة كونه الأقرب الى طبيعة العلاقة من القانون المحلي بمفهومه الجامد.^(٣)

وهنا يمكن ان نعطي المثال الآتي فلو أن فرنسيان يقضيان عطلةتهما في شرم الشيخ المصرية وأثناء تواجدهما هناك تشاجرا فأصاب أحدهما الآخر إصابات خطيرة وقد تلقى المصاب علاجه الأولي في مصر وبعد ذلك نُقِلَ الى بلاده لإكمال علاجه حيث أنه قام برفع دعوى على مرتكب الفعل الضار مطالباً إياه بالتعويض عما أصابه من أضرار جسدية ومعنوية فهنا لو أخذت المحكمة بقاعدة سريان القانون المحلي فهنا القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق على الرغم من أن رابطة الحادث هي رابطة عرضية كذلك فإن تطبيق القانون المصري لا يتفق وتوقعات أطراف المنازعة كذلك قد لا يحقق مصلحة للمضروب كونه قد يحصل على تعويض أقل من التعويض الذي سيحصل عليه إذا ما طبق القانون الفرنسي على الواقعة ففي هذا المثال - ولا سيما بعد التطور الهائل والذي شهدته وسائل المواصلات وكذلك الاتصالات والذي كان له الأثر على حركة الأفراد عبد الحدود - نلاحظ هنا أن تطبيق القانون المحلي غير ملائم وهذا ما دفع فيه الفقه الحديث والذي تبني مفهوماً جديداً لفكرة هذا القانون أي انتشاره من جموده وعدم الربط بطريقة صماء بين الفعل الضار والحيز الجغرافي الذي وقع فيه الفعل في نطاقه ، ولكن يجب تحديد مفهوم القانون المحلي على ضوء روابط والصلة القوية بالواقعة المنشئة للالتزام وفي سبيل الوصول الى هذا الهدف فلا يجوز الاكتفاء على العناصر المادية والمكونة للمسؤولية وإنما يجب أن تأخذ في عين الاعتبار العوامل والظروف والملابسات للواقعة وذلك في الحدود التي تبين لنا فيها ان التعويل على العناصر الأكثر ارتباطاً بالمسألة

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨١.

(٢) د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٩٣.

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري، المصدر السابق، ص ٢٧.

المعروضة وبهذا يتبين لنا مركز النّقل في المسألة المعروضة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق حيث ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار مختلف الروابط والتي توجد بين الواقعة المنشئة للالتزام وبين النظام القانوني وكذلك الاجتماعي والاقتصادي لبلد معين فإذا تبين تحقق هذه الروابط في جانب القانون المحلي بمعناه الجغرافي والغالب هنا يطبق هذا القانون أما في الحالة التي تبين فيها أن تلك الروابط قد تحققت لكن من جانب قانون آخر وهذا ما يتصور حدوثه في الفرض أعلاه فيطبق هنا القانون المحلي المطوّع أي قانون الوسط الاجتماعي باعتباره القانون الأكثر صلة بالواقعة المنشئة للالتزام وبهذا يؤيد الدكتور محمد الروبي الإبقاء على مبدأ سريان القانون المحلي على مسائل المسؤولية التقصيرية على أنه يرى ضرورة فك جمود هذا القانون وتلبيّن صلابته من خلال تطويعه وكذلك إضفاء عليه نوع من المرونة عبر تقرير بعض الاستثناءات والتي تعتبر بمثابة الوسائل التصحيحية لما قد تفرزه الأعمال الجامدة أو التطبيق الآلي للقانون المحلي بمعناه المكاني من شذوذ في بعض الحالات والعلّة في ذلك هو تطبيق قانون مناسب في كافة الفروض بما يحقق هدف قاعدة التنازع وكذلك احترام توقعات الأطراف ومن ثم تحقيق مصالحهم المشروعة عبر الحدود ويكفل معه تحقق هدف المسؤولية المدنية ألا وهو جبر الضرر.^(١)

لقد حظي هذا الاتجاه الفقهي بتأييد من قبل الفقه الفرنسي والمصري كون اسناد المسؤولية التقصيرية إلى قانون الوسط الاجتماعي قد عرضها في المانيا الفقيه Binder كما ذكرنا سلفاً وذلك بهدف كشف جمود القاعدة التقليدية واستبعاد تطبيقها العشوائي كون هذا الاتجاه يقرّ بتطبيق القانون المحلي كقاعدة عامة مع فتح المجال للخروج عليه بصفة استثنائية لصالح القانون المشترك للأطراف فلو افترضنا أنه قد وقع حادث لكن أطرافه من نفس الجنسية أو انهما يتوطنان في دولة واحدة أو يقيمان في دولة واحدة والحادث وقع دون تدخل أية عوامل أخرى أجنبية تابعة للدولة التي ارتكبت الواقعة على إقليمها فهذه الواقعة نجد جذورها في الدولة التي ينتمي إليها الفاعل والمضروب وكأنها حدثت في منطقة النفوذ القانوني لهذه الدولة لذلك تقضي المرونة هنا التجاوز عن قانون المحل الجغرافي والذي وقعت فيه الحادثة حقيقة وأعمال القانون المحلي بمفهومه الجديد غير الجامد أي تطبيق قانون الوسط الاجتماعي كونه يحقق بعض المزايا الهامة فمن ناحية يعتبر قانون الوسط الاجتماعي أكثر انسجاماً مع توقعات الأفراد ففي المثال السالف الذكر يتوقع محدث الضرر أي الطرف المسؤول هو تطبيق القانون المصري مع ذلك فإن تطبيق القانون الفرنسي يكون داخلاً في توقعاتهم وكذلك أكثر مراعاة لمصالحهم وكذلك أكثر دراية فيه من أي قانون آخر وعلى هذا الأساس فيحقق لهم قانون الوسط الاجتماعي

(١) د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، المصدر السابق، ٧٥-٧٧.

المصلحة التي تفوق المصلحة التي يحققها لهم القانون المحلي والذي ارتكبت في نطاقه الواقعة المنشئة للالتزام والأخذ بقانون الوسط الاجتماعي يوفّر للأطراف خبرة العلم المسبق بالقاعدة الواجبة التطبيق من الناحية الأولى لسببين الأول كون القاضي لا يتوسع في الأخذ بالمفهوم الحديث للقانون المحلي بدون مقتضى كون التجربة العملية أثبتت أن القاضي غير مولع بالابتكار وكذلك الخروج عن المبادئ التقليدية إلا في الحدود التي تقضيها طبقة النزاع وكذلك عليها اعتبارات المنطق والعدالة.^(١)

أما الثاني فهو الأضرار في تطبيق المفهوم الحديث للقانون المحلي أي قانون الوسط الاجتماعي على الفروض غير العادية للمسؤولية هذا من شأنه أحداث استقرار في الحلول القضائية.^(٢)

ومن الناحية الثانية فإن الأخذ بقانون الوسط الاجتماعي سيسهل على القاضي مهمة الفصل في دعوى المسؤولية بسبب أن تركيز العلاقة محل المسؤولية اجتماعياً يعني هذا تركيزها في مجتمع الدولة التي يرتبط بها أطراف الدعوى من خلال الضوابط المشتركة بينهم سواء ضابط الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة وهذه الضوابط يتحقق منها القاضي بسهولة فهذا الأمر لا يمكن الوصول إليه ولا يكون بهذه السهولة عند تطبيق القانون المحلي خاصة في حالة المسؤولية الناشئة عن فعل سلبي أو امتناع في حالات تعدد الأفعال الخاطئة أو حصول الأضرار في أكثر من دولة.^(٣)

أما من الناحية الثالثة فهو الاعتداد بالضوابط الشخصية لأطراف دعوى المسؤولية وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الدعوى كون تطبيق القانون المحلي بمفهومه التقليدي غير ملائم حيث له تطبيق آخر غير موجود في مجال القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تفسيره أنه في الحالة التي يتعذر فيها تطبيق قانون الإرادة والذي يمثل القاعدة العامة في هذا المجال يمكن هنا تطبيق قانون الموطن المشترك كضابط بديل فهنا المشرع أراد أن يحقق نوعاً من المرونة في تطبيق القاعدة عبر الضوابط الشخصية لأطراف العقد في حالة تعذر اتفاق الإرادة على قانون معين ولا غبار عليه عند أعمال هذه الفلسفة بالنسبة لتطويع القانون المحلي

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المصدر السابق، ص ٤٠.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥ ص ١٩٩.

ولا مانع من ادخال عليه نوع من المرونة في المجالين بحيث إذا لم تجد القاعدة مجالها يتم هنا تطبيق الوجه البديل.^(١)

أما من الناحية الرابعة لقانون الوسط الاجتماعي ألا وهي ان الاعتداد بقانون الوسط الاجتماعي يجنب القاضي اجراء عملية التكييف القانوني لدعوى المسؤولية وهذه العملية لا يمكن تفاديها إذا لم تخرج من اطار المفهوم التقليدي للقانون المحلي والذي يؤكد على التركيز المادي للمسألة وعلى هذا الأساس يمكن أن نتفادى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق بسبب الاختلاف بين الدول التي تتولى حل مشكلة التكييف.^(٢)

وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي الفقهي لكن هنالك تحفظات من قبل بعض الفقه على تطبيق قانون الوسط الاجتماعي فالتحفظ الأول يدعي بأن قانون الوسط الاجتماعي هو علاج مخفف لجمود المبدأ التقليدي في تطبيق القانون المحلي ومعنى هذا أن تطبيق قانون الوسط الاجتماعي استثنائياً وفي الحالات التي يرى فيها القاضي المختص أن تطبيق القانون المحلي لا يتلائم والظروف المحيطة بالمنازعة المعروضة وعلى هذا الأساس يبقى اختصاص القانون المحلي قاعدة أصلية.^(٣)

أما التحفظ الثاني هو إذا ما فهمنا أن القانون الاجتماعي على أنه القانون الشخصي والمعروف أن هذا القانون يركز على الضوابط الشخصية التي تربط أطراف المنازعة بدولة معينة فهنا يجب حدوث نوع من التدرج أو الأولوية في شأن هذه الضوابط فمثلاً يفضل قانون دولة الموطن المشترك على قانون الجنسية المشتركة وإذا ما تعلق الأمر بالمفاضلة بين قانون دولة الموطن المشترك أو قانون دولة محل الإقامة العادية المشتركة لأطراف المسألة المعروضة فهنا يفضل قانون دولة الإقامة العادية كون الموطن أو محل الإقامة يعبران عن التركيز الحقيقي للأطراف المتنازعة وكذلك لتحقيق مصالحهم بالمقابلة مع ضابط الجنسية والذي لا يعبر عن تركيز الأطراف المتنازعة في الدولة التي منحها إياهم، وهذا المفهوم المتقدم لا يعني ابتلاع الأحوال الشخصية للمسؤولية المدنية كون الأمر لا يتعدى مجرد استخدام هذا الضابط الشخصي المشترك للأطراف المتنازعة والذي يعبر عن التركيز الأفضل للوقائع محل المسؤولية التقصيرية.^(٤)

(١) د. حسام الدين فتحي، المرونة المطلوبة في تطبيق القانون المحلي، المصدر السابق، ص ٤١.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ٣١.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

(٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المطلوبة في تطبيق القانون المحلي، المصدر السابق، ص ٤٣.

أما بالنسبة للتحفظ الثالث فهو أن استبدال قانون الوسط الاجتماعي بالقانون المحلي أمر يتولاه القاضي المرفوعة أمامه المنازعة بحيث لا يجوز ترك أمر هذا الاستبدال لمحض إرادة أطراف المنازعة لأن اختيار القاضي لقانون الوسط الاجتماعي لا يتم بشكل سابق وإنما يتم بناءً على اختيار لاحق أي يقوم على ظروف وملابسات من الوضع الحقيقي لمصالح الأطراف محل النزاع كذلك النية القانونية والتي تنمو فيها آثار المسؤولية عن العمل غير المشروع.^(١)

كذلك هنالك تحفظ مفاده بأن الفعل الضار قد يصل بعدة علاقات متنوعة في ذات الوقت ففي هذه الحالة تثور الصعوبة بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار كذلك من ناحية أخرى قد يقع الفعل دون أن يتصل ذلك مع ذلك بأي رابطة سابقة كعدم وجود أي علاقة سابقة بين مرتكب العمل الضار وبين من لحقه الضرر كذلك هذا الاتجاه تجاهل بأن الفعل المنشئ للالتزام هو الأساس العقلي لدعوى التعويض والتي يرفعها المدعي بصرف النظر عن أي علاقة مسبقة بينه وبين فاعل الضرر. ومهما كان من أمر فإن النقد السابق والموجه الى هذا الاتجاه محل البحث فإن الملاحظ أنه يكون من الأفضل في بعض الفروض اسناد الالتزام غير التعاقدى للقانون الذي يحكم العلاقة الأصلية ويبدو ذلك بصفة خاصة وفي الفروض التي يرتبط كل من المضرور ومرتكب الفعل غير المشروع بعلاقة سابقة وهذه المسألة هي مسألة تكليف يرجع بها الى القاضي الذي يرى ادخال دعوى التعويض عن العمل الضار مثلاً في نطاق فكرة مسندة أخرى غير فكرة الالتزامات غير التعاقدية.^(٢)

الفرع الثاني

موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون

الوسط الاجتماعي

اعتمدت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية على القانون المحلي كقاعدة عامة في مسائل المسؤولية التقصيرية وكذلك إضفاء مفهوم مرن على القانون المحلي بإيراد استثناءات على هذا المبدأ والعلة في ذلك عندما يكون هنالك قانون آخر يكون أوثق صلة وكذلك أشد ارتباطاً بعناصر الواقعة وكذلك محاولة من التشريعات والاتفاقيات الدولية فك جمود القانون المحلي.

عليه فالمشاكل في التقنيات المعاصرة من تشريعات واتفاقيات دولية في مادة تنازع القوانين يدرك بأنها افسحت مكاناً رحباً لفكرة الوسط الاجتماعي وعليه سوف نتعرف على أهم التشريعات والاتفاقيات الدولية والتي أخذت بفكرة قانون الوسط الاجتماعي لذلك سوف نقسم هذا الفرع الى

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

(٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٢، دون سنة طبع، ص ٧٥٤.

فقرتين في الفقرة الأولى موقف التشريعات أما الفقرة الثانية نبين فيها موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الوسط الاجتماعي كآتي :

أولاً / موقف التشريعات من قانون الوسط الاجتماعي

لا تخفي التشريعات والأنظمة الحديثة الرغبة في العمل في قانون الوسط الاجتماعي فمن هذه التشريعات أوردت استثناءات تخفف من جمود مبدأ اختصاص القانون المحلي الجغرافي لصالح قانون الوسط الاجتماعي نذكر منها :

١ - القانون الدولي الخاص البولندي لسنة ١٩٦٥م حيث كانت الفقرة الأولى من المادة (٣١) قد قررت الاختصاص الى قانون دولة الواقعة المنشئة للالتزام أما الفقرة الثانية من نفس المادة لم تهمل الحالة التي يكون فيها أطراف المنازعة من جنسية واحدة أو انهما يتوطنان في دولة واحدة ومع ذلك قررت " إذا تمتع الأطراف بذات الجنسية وكان موطنهما في ذات الدولة فإن قانون تلك الدولة يكون هو المطبق".^(١)

٢ - القانون البرتغالي في المادة (٢/٤٥) من القانون المدني لعام ١٩٦٦ والنافذ في أول يونيو ١٩٦٧ نصت على اختصاص قانون محل وقوع الفعل الضار اذ قررت في الفقرة الثالثة من ذات المادة حكماً يتعلق بالحالة والتي يكون فيها مرتكب الفعل والمضرور من جنسية واحدة أو قد تكون إقامتهم العادية في دولة واحدة وبهذا يكون قانون الجنسية أو قانون دولة محل الإقامة المشتركة واجب التطبيق من دون المساس بالقواعد الآمرة في القانون المحلي والتي تطبق على جميع الأشخاص من دون تفرقة.

٣ - القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ فقد نص في المادة (٢/٣٢). ^(٢) على أنه "عندما يكون موطن كل من فاعل الضرر والشخص المضرور في دولة واحدة فإن قانون تلك الأخيرة يكون هو الواجب التطبيق" دون قانون مكان النشاط أو الامتناع الضار.

(١) نص المادة (٢/٣١) :

"Si... Les parties posse dent la meme nation alitee'et ont Leur domicile dans Le meme Etat . la Loide cet Etat est applique'."

منشور بالمجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٦ ص ٣٢٣ نقلاً عن د. احمد أبو المجد محمد، المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص ١٩٤.

(٢) نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٢) من القانون المجري على أنه "ما لم يوجد نص مخالف في هذا الرسوم بقانون يسري على المسؤولية غير التعاقدية القانون النافذ في مكان وزمان النشاط أو الامتناع الضار". نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٧١.

٤- مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٤ حيث نصت المادة (١/٤٨)

على أنه "إذا وجدت مع ذلك بالنسبة للأطراف رابطة قوية مع قانون دولة واحدة أخرى فيكون هذا القانون هو المطبق" أي لا يطبق قانون الدولة التي وقع فيها السلوك والذي سبب الضرر والمنصوص عليه في صدر المادة المذكورة آنفاً وحيث أن الصياغة التي جاء بها النص فمن الواضح فيه المرونة والانتساع بما يسمح تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن أو الإقامة المشتركة لأطراف النزاع.^(١)

٥ - مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ حيث قررت المادة (٣٥).^(٢)

في فقرتها الأولى والثانية على اختصاص القانون المحلي وبعدها أضافت في فقرتها الثانية على أنه "في الحالة التي يكون فيها الرابطة القانونية الناتجة عن العمل غير المشروع على صلة وثيقة ببلد آخر يصير من الممكن تطبيق هذا القانون".

٦- مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ حيث نصت المادة (١٣٣)

^(٣) منه على أنه "إذا لم يختار الأطراف قانون القاضي لحكم دعوى المسؤولية فيكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للفاعل والمضروب فإن لم يكن محل إقامتهما في دولة واحدة فيسري قانون الدولة التي ارتكب فيها العمل غير المشروع" والواضح من هذه المادة أنها فضلت قانون محل الإقامة العادية المشتركة على القانون المحلي الجغرافي والذي هو قانون محل ارتكاب الفعل غير المشروع.

٧- أما في الدول الانجلو أمريكية يمكن القول أن فكرة قانون الوسط الاجتماعي قد ظهرت

أصلاً في الفقه والقضاء الأمريكي وذلك في قضية (بايكوك ضد جاكسون) والتي قضت فيها محكمة استئناف نيويورك لعام ١٩٦٣ وقد قننها في الحقيقة تقنين تتنازع القوانين الأمريكي الثاني من قانون الولايات المتحدة الأمريكية نص المادة (١٤٥).^(٤) والذي نص على أنه " تتحدد حقوق

(١) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨٥.

(٢) والمعلوم أن الفقرة الأولى من المادة ٣٥ قد تعطي الاختصاص لقانون محل ارتكاب العمل أو السلوك بينما الفقرة الثانية تعطي الأولوية لقانون ترتب الضرر في الفرض الذي جعلت فيه مكان وقوع السلوك عن مكان تحقق الضرر. نقلاً عن الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق ص ٢٧٨.

(٣) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨٥.

(٤) وهذه الفقرة نصت على الحالات التي تشكل روابط وثيقة بالواقعة . نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق، ص ١١٨٦.

حقوق ومسؤوليات الأطراف في دعوى الاضرار وفقاً للقانون المحلي للدولة التي لها أكثر الروابط وثوقاً بالنظر الى تلك الدعوى، بالوضع وبالأطراف حسب المبادئ المذكورة في الفقرة السادسة ". وإذا كان البعض من الفقه الأمريكي لا يعتقد فكرة القانون المحلي الاجتماعي إلا أن الاتجاه المعتمد هو تطبيق لتلك الفكرة، أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص الإنكليزي الصادر عام ١٩٩٥ فقد نصت المادة (١٢) منه على أنه " إمكانية تجنب القاعدة العامة في تطبيق قانون مكان الحادث ليطبق القاضي قانون الدولة الأكثر صلة " .

٨- القانون الألماني الشرقي والذي صدر قبل الوحدة الألمانية في عام ١٩٩٠ فقد قررت المادة ١٧ في فقرتها الثالثة من القانون الصادر في عام ١٩٧٥ والذي عمل فيه عام ١٩٧٦ حكماً يخرج على اختصاص القانون المحلي والذي نصت عليه المادة (١٧) ^(١). في فقرتها الأولى والتي نصت على أنه " إذا كان فاعل الضرر والمجني عليه ينتميان لدولة واحدة أو يتوطنان في ذات الدولة فإن قانون تلك الدولة يكون واجب التطبيق".

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص لألمانيا الفيدرالية الجديدة والصادر عام ١٩٩٩ حيث قررت المادة (١/٤٠) من القانون المدني المعدلة على اختصاص قانون الدولة والتي وقع فيها العمل الضار أو قانون الدولة والتي ترتب فيها الضرر عند طلب المضرور ذلك فقد جاءت بعدها المادة (٤١) ونصت على أنه "١- إذا وجدت رابطة أكثر وثوقاً وبنحو كبير مع قانون دولة غير قانون الدولة المنصوص عليها في المواد من (٣٨) حتى (٢/٤٠) كذلك القانون هو الواجب التطبيق . ٢- ويمكن أن نستخلص الرابطة الأكثر وثوقاً وبنحو كبير خصوصاً من : أ- وجود علاقة قانونية أو واقعية بين الأطراف والتي على صلة برابطة الالتزام أو ب- في حالة المادة (٢/٣٨ و ٣) والمادة (٣٩) من وجود محل الإقامة العادية للأطراف في ذات الدولة لحظة وقوع الحادث...".^(٢)

٩ - القانون الدولي الخاص الإيطالي الصادر عام ١٩٩٥ حيث نصت المادة (٢/٦٢) منه على أنه " حينما لا يتعلق الفعل غير المشروع إلا بأشخاص ينتمون الى جنسية دولة واحدة وحيث يقيمون فيها فيطبق قانون تلك الدولة ".^(٣)

(١) "Si La'uteur du dommage et La victime sont nationaux d'un m'eme etat ou ant leur domicile dans un me'me Etat, Le Droit de cet etat estt applicable" .

نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٧.

(٢) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

ثانياً / موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الوسط الاجتماعي

يبدو أن مفهوم فكرة القانون المحلي الاجتماعي كان أخذاً وكذلك مقنعاً حتى لدى الهيئات وكذلك الاتفاقيات الدولية حيث نذكر مثلاً :

١ - مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أدنبرة لعام ١٩٦٩ فقد بحث مسألة

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الأفعال الضارة وقد مال أعضاؤه الى تضمين في توصياتهم فكرة مرنة تسمح بعدم تطبيق القانون المحلي الجغرافي وذلك لإفساح المجال لتطبيق قانون آخر ويكون أكثر ارتباطاً بعناصر الوضع الناشئ عن الفعل الضار، فقد عبر المجمع القانون الدولي في ديباجة قراره عن فكرة قانون الوسط الاجتماعي أصدّق تعبير حيث جاء في الديباجة على أنه " لا ريب أن المبدأ الذي يقضي بتطبيق قانون مكان وقوع الجريمة يجب أن يبقى معمولاً به، بيد أن هذا المبدأ يجب أن يرد عليه استثناءات عندما يتبين أن مكان وقوع الجريمة يتسم بأنه عرضي محض أو عندما تختلف البيئة الاجتماعية للأطراف عن البيئة الجغرافية للجريمة".^(١)

كذلك جاء في المادة (٢) من توصياته وقراراته على أنه " تعتبر الجنحة (المدنية) قد ارتكبت في المكان الذي يتصل به الوضع اتصالاً وثيقاً بالنظر إلى كل الظروف التي ترتبط بين الجنحة وواقعة معينة وذلك منذ بدء السلوك الخاطئ وحتى تحقق الضرر".^(٢)

وتأسياً على هذا فبعد أن اجمع المجمع على تطبيق القانون المحلي على مسائل الالتزامات غير التعاقدية كمبدأ في المادة الأولى من قراره الصادر في هذا الشأن وكذلك حددت المادة الثانية الأنفة الذكر فالمقصود بمكان الجريمة نجد المجمع قد قرر في مادته الثالثة على أنه " استثناء من الاحكام المقررة في المادتين (١ و ٢) فإنه عند غياب كل رابطة جوهريّة بين مكان أو أماكن وقوع الجريمة يسري القانون الذي يتحدد على أساس وجود علاقة خاصة بين الأطراف أو بينهم وبين الواقعة :-

أ- وأعمالاً لذلك فإن قانون الإقامة المشتركة والمعتادة يمكن ان يسري بين أعضاء الاسرة الواحدة وقانون مقر الشركة يمكن أن يسري على المسؤولية بين ارباب العمال والعمال وكذلك عمال نفس الشركة بعضهم بعضاً.

(١) نقلاً عن د. محمد الروبي ، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، المصدر السابق، ص ٧٨.

(٢) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨٨.

ب- وكذلك الأمر فإن قانون مكان تسجيل المركبة يمكن أن يسري على المسؤولية بين قائدها أو مالكيها والراكب وذلك سواء أكان النقل بمقابل أو بالمجان وكذلك بين الركاب أنفسهم وقانون مكان تنظيم الرحلة على الجرائم المرتكبة اثنائها.

وفي نفس السياق يمكن أن يسري قانون العلم على الجرائم المرتكبة على ظهر سفينة توجد في مياه إقليمية أجنبية وقانون مكان التسجيل على الجرائم المرتكبة على متن الطائرة^(١).

٢- اتفاقية لاهاي الخاصة بالمسؤولية غير التعاقدية والناشئة عن حوادث سير الطرق

المبرمة في ٤ مايو ١٩٧١ والتي دخلت في فرنسا حيز التنفيذ في ٣ يونيو ١٩٧٥ ، فقد نصت هذه الاتفاقية على أنه يكون القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية هو القانون الوطني للبلد الذي وقع الحادث في اقليمه.

فإذا كانت هذه الاتفاقية تنص في مادتها الثالثة على أنه القانون الداخلي للدولة والتي وقعت على اقليمها الحادثة يطبق على دعوى المسؤولية والتعويض فالمادة الرابعة من الاتفاقية قد أوردت استثناء، يمكن الخروج بمقتضاه عن ذلك القانون وكذلك مبدأ اختصاص القانون المحلي عموماً فقررت على أنه في حال وقوع الحادث من جانب سيارة واحدة والسيارة مسجلة في دولة غير تلك الدولة التي وقع فيها الحادث وكان المجني عليه قد تواجد في مكان الحادث إقامة عادية في دولة التسجيل فبهذه الحالة يكون قانون هذه الدولة هو القانون واجب التطبيق حيث نصت المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه :- " أ- عندما تكن سيارة واحدة متورطة في حادث وتكون مسجلة في دولة أخرى غير الدولة التي وقع الحادث على اقليمها فالقانون الوطني لدولة التسجيل هو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية. ب- في حالة تعدد السيارات المتورطة في الحادث لا يطبق حكم الفقرة (أ) إلا إذا كانت جميع السيارات مسجلة في نفس الدولة وهذا يعني أنه عندما يختلف مكان تسجيل السيارات ترجع الى تطبيق القانون المحلي (قانون الدولة التي وقع الحادث على اقليمها). ج - عندما يكون للأشخاص الموجودين في مكان الحادث إقامة معتادة في دولة التسجيل يكون قانون هذه الدولة هو القانون الواجب التطبيق ".^(٢)

(١) نقلاً عن د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، المصدر السابق، ص ٧٩.

(٢) نقلاً عن د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية ، المصدر السابق، ص ١٩٦.

أما بالنسبة للمادة السادسة من نفس الاتفاقية أوردت استثناء ألا وهو إذا كانت السيارة الداخلة في الحادث غير مسجلة أو أنها مسجلة في أكثر من دولة لم يكن للمالك أو لقائد السيارة لحظة حصول الحادث إقامة عادية في دولة التسجيل فيكون قانون دولة الوقوف المعتادة للسيارة هو القانون الواجب التطبيق دون تطبيق قانون البلد الذي حصل فيه الحادث.^(١)

أما بالنسبة لاتفاقية لاهاي والخاصة بالمسؤولية غير التعاقدية عن الأشياء المنتجة والمبرمة في ٢ أكتوبر لعام ١٩٧٣ والتي دخلت في فرنسا حيز التنفيذ في ١ أكتوبر عام ١٩٧٧ فقد طبقت هذه الاتفاقية قانون محل وقوع الفعل الضار بوصفه قانون الوسط الاجتماعي أو البيئة الاجتماعية فمكان الواقعة الضارة لا يؤخذ به إلا إذا اتحد مع رابطة اتصال أخرى وهذه الرابطة قد تكون إقامة المضرور أو موطنه.^(٢)

٣- مشروع الاتفاقية الأوروبية حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير

التعاقدية والذي أُعد خلال اجتماعات لكسمبرج في الفترة من ٢٥ - ٢٧ سبتمبر لعام ١٩٩٨ فقد نصت المادة الثالثة من مشروع الاتفاقية على أنه " ١- الالتزام غير التعاقدية الناشئ عن الفعل الضار يخضع لقانون البلد الذي يكون له بها أكثر الروابط وثوقاً . ٢- ويفترض أن الالتزام يكون له أكثر الروابط وثوقاً مع الدولة التي يكون لكل من مرتكب الفعل الضار والشخص المضرور محل اقامتها العادية لحظة وقوع الفعل الضار . ٣- وعندما تكون الإقامة العادية لكل من مرتكب الفعل الضار والشخص المضرور في بلاد مختلفة لحظة وقوع الفعل الضار فيفترض أن يكون للالتزام أكثر الروابط وثوقاً مع البلد الذي حدث فيه الفعل الضار وترتب فيه الضرر أو يتم التهديد بترتيبه فيه . ٤- على أنه لا محل للقارئ المنصوص عليها في الفقرتين ٢ ، ٣ إذا تبين من مجموع الظروف أن للالتزام أكثر الروابط وثوقاً ببلد آخر . ٥- ويمكن أن يؤخذ في الاعتبار عند تقرير الروابط الأكثر وثوقاً بالعلاقة السابقة أو القائمة بين الأطراف".^(٣)

٤- اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٣ .

تبنى النظام البرلماني الأوروبي وكذلك المجلس الأوروبي مبادئ اختصاص تشريعية متعددة بمناسبة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية والتي نذكر منها :

(١) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر السابق، ص ١١٨٨ .
(٢) تنص اتفاقية لاهاي في المادة (٤) على الفقرة (a/b/c) على "ان مكان الواقعة لا يؤخذ به إلا إذا اتحد مع إقامة المضرور أو مع دولة المنشأ الرئيسية للشخص المطالب بالمسؤولية أو الدولة التي على اقليمها تم اقتناء المنتج بواسطة المضرور المباشر على اقليمها". نقلاً عن د. احمد أبو امجد محمد، المسؤولية التقصيرية المصدر السابق، ص ١٩٧ .

(٣) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المصدر السابق، ص ٢٧٩ .

أ- المادة الثالثة بفقرتها الأولى من الفصل الثاني قد تضمنت مبدأ اختصاص القاعدة العامة ألا وهو قانون الدولة التي يقع فيها الضرر أو ينشأ فيها أو من المحتمل أن ينشأ فيها كذلك نصت المادة نفسها بفقرتها الثانية مبدأ اختصاص قانون الوسط الاجتماعي والتي جاءت فيها " وعلى كل حال وعندما شخص يطالب بكونه مسؤولاً وإن الشخص قد وقعت عليه أضراراً فكلهما (اطراف المنازعة) لهما مكان سكن معتاد في تلك الدولة التي يقع فيها الضرر فإن الالتزامات غير التعاقدية في هذه الحالة تكون محكومة بموجب قانون ذلك القطر".^(١) وهذه المادة توضح أنه إذا كان مرتكب الفعل الضار وكذلك المتضرر لهما مكان سكن معتاد وفي دولة واحدة فبهذه الحالة يطبق قانون تلك الدولة كونه يعد واجب التطبيق بشأن المسؤولية.

ب- الفقرة الثامنة من المادة نفسها قد فسحت المجال أمام الخروج على القاعدة العامة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وبالتالي قضت بتطبيق قانون الدولة الأكثر علاقة بظروف المنازعة حيث نصت على أنه "برغم الفقرات (١ و ٢) السالفة الذكر عندما يكون واضحاً من ظروف القضية بأن الالتزامات غير التعاقدية هي من الواضح بمكان تعد متعلقة أو متصلة بصورة أكثر مع دولة أخرى، فإن قانون تلك الدولة الأكثر علاقة يكون واجب التطبيق إن الأفعال الأكثر علاقة والأكثر وضوحاً مع دولة أخرى يمكن أن يؤسس على وجه التحديد على علاقات تسبق هذا الالتزام ما بين الأطراف مع ذلك مثلاً العقد الذي هو أكثر ارتباطاً مع الالتزامات غير التعاقدية موضوع المسألة".^(٢)

^(١) نص الفقرة (c) من المادة (٣) وفقاً لنص اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٣ :

"2 – However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country when the damage occurs the non – contractual obligation shall be governed by the Law of that country"

منشور على الموقع الإلكتروني :

<http://eur-lex.europa.eu//lexunServ/sit/en/com/2003/com2003ou27en01.pdf>

^(٢) ينظر نص الفقرة ٣ من المادة (٣) من اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٣

"3 – Not with standing paragraphs 1 and 2 , where it is clear form all the circumstances of the case that the non – contractual obligation is manifestly more closely connected with another country, the Law of that other country shall apply a manifestly closer connection with another country may be based in particular on a pre – existing relation ship between the parties , such as a contract that is closely connected with the non – contractual , obligation in question.

المصدر <http://eur-lex.europa.eu//lexunServ/sit/en/com/2003/com2003ou27en01.pdf>

السابق

٥- اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧

اقترح الأستاذ (كان فروند) أن يحل قانون البيئة الاجتماعية محل قانون المكان الذي حدث فيه الفعل الضار وإن هذا الرأي يتطلب قاعدة حرة وعملية وبناء على نص صريح.^(١)

فيبدو أن المشرع الأوروبي قد اتجه للتخفيف من جمود القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية وقد عول على التركيز الاجتماعي وكذلك الظروف والملابسات التي لها صلة بالمنازعة وبالتالي عولت هذه الاتفاقية على التركيز الاجتماعي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية فقد نصت بفقرتها الثالثة من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه " إذا كان واضحاً من ظروف الواقعة - مسؤولية أو جنحة - بأنها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة أخرى غير التي تم تحديدها في الفقرة ١ و ٢ فإن قانون هذه الدولة هو الذي يكون واجب التطبيق وإن هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الأخرى قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة " وعليه فالمشرع لم يكتف بهذا النص بخصوص المادة الرابعة آنفة الذكر وإنما أكد على ذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة الخامسة والذي تبني فيها نفس الصياغة واللغة لدرجة تكاد مطابقة للمادة الرابعة.^(٢)

وحيث يرى بعض الفقه أن اتفاقية روما الثانية قد جسدت فكرة الوسط الاجتماعي أفضل تجسيد وذلك عن طريق اختيار أنسب القوانين لحكم المنازعة من حيث تطبيق البلد الذي يبين من مجموع الظروف أن الفعل الضار المرتكب ينطوي على روابط ببلد آخر أكثر ارتباط مما يربطه بلد مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام وهذا يعد خروجاً بعينه عن المفهوم التقليدي للقانون المحلي.^(٣)

وما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقه يلاحظ بأن هنالك مأخذ على اتفاقية روما الثانية بأنها اعتمدت مفهوم الوسط الاجتماعي فقط بالنسبة للفعل الضار ولم تأخذ بمفهوم الوسط الاجتماعي بالنسبة للفعل النافع وحجة هذا الفقه هي أن علة تقرير تطبيق قانون الوسط الاجتماعي بصدد الالتزامات غير التعاقدية والناشئة عن الفعل الضار هي نفسها في الالتزامات

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٠٦.

(٢) د. حسين عبد الله الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية (دراسة في نطاق اتفاقية روما الثانية)، ص ١٠، منشور على الموقع الإلكتروني :

<https://www.researchgate.net/publication/325019964-alatjahat-fy-thdyd-alqanwn-wajb-alttbyq-ly-alaltzamat-ghyr-altaqdyt>.

تاريخ الزيارة ٢٤/٥/٢٠٢١

(٣) د. اميد صباح عثمان القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، ٢٠٠١، ص ١٢٧.

غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع وهذا الأمر يقتضي توحيد الاحكام في هاتين الحالتين المتمثلتين في رأي هذا الفقه ولكن هذا الرأي غير مقبول به فإذا كان هذا الكلام مقبولاً بالنسبة للتشريعات الداخلية لكنه غير مقبول بالنسبة لاتفاقية روما الثانية وخصوصاً وأنها نصت في فقرتها الرابعة من المادة الحادية عشر من الاتفاقية نفسها على أنه " إذا كان واضحاً من ظروف الواقعة بأن الالتزامات غير التعاقدية قد نشأت عبر السلطات الممنوحة لشخص من قبل شخص آخر وقد اثرى الأول على حساب الثاني وإن هذه الواقعة لها صلة بدولة أخرى غير منصوص عليها في الفقرة ١ - ٣ فإن قانون تلك الدولة سيكون واجب التطبيق "(١).

وهذا ما يبدو وأن المشرع الأوربي قد أخذ بقانون الوسط الاجتماعي وهذا ما وضحته المادة أنفة الذكر حيث أخذ به في الفعل الضار والفعل النافع بدلاً من الأخذ بالقانون المحلي المكاني الجغرافي والذي يكون صلته حقيقية بالواقعة المنشئة للالتزام غير ما هو عليه بالنسبة لقانون الوسط الاجتماعي الذي يكون ذا صلة قوية وكبيرة في الواقعة المنشئة للالتزام.

وما تجدر الإشارة اليه بأن هنالك جانب فقهي ذهب الى الاخذ بقاعدة القانون **الاصح للمضرور** باعتباره حلاً احتياطياً وذلك عند تعذر اعمال فكرة القانون المحلي سواء أكان بمعناه الجغرافي او الاجتماعي كون القاضي يبحث عن القانون الاكثر ملائمة للواقعة لذلك عليه ان يأخذ بجملة من العناصر التي تعبر عن ارتباطها بالعلاقة الخاصة الدولية ، وهذا التوجيه ظهر في التوجيه الاوربي بشأن القانون الواجب التطبيق على احكام المسؤولية التقصيرية حيث جاءت المادة الرابعة بهذا التوجه مشيرة بتطبيق القانون الاكثر اتصالاً بالنزاع وذلك بمناسبة عدم تطبيق قانون تحقق الضرر باعتباره الضابط الاول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وكذلك الحال يمكن ان ينعكس ذلك على الصحافة الالكترونية باعتبارها شكل جديد من اشكال الارهاب السيبراني الحديث فمن الصعوبة ربط هذه المسؤولية باختصاص معين عليه يمكن القول ان هذا الضابط يناسب هذه المنازعات والتطور الحاصل فيها اذ يحدد القانون الواجب التطبيق اذا لم تكن هنالك صلة ببلد معين او اذا كان هناك ارتباط بعدة دول فالقانون الاوثق صلة بالقضية هو الذي يطبق ويحدد القاضي نسبة الصلة بينه وبين الواقعة عبر النزاع المعروض امامه، وهذا الامر هو تطبيق لنظرية قديمة وهي نظرية القانون الملائم اي تطبيق القانون الاكثر والاوثق صلة بالواقعة ومثالنا هنا الصحافة الالكترونية كونها تمثل نوع من انواع الارهاب الحديث .

(١) د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية، المصدر السابق، ص ١٢٨.

هذه المحاولات لبيان الضوابط والقواعد التي يمكن الارتكاز عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على ما ينشأ من مسؤولية تقصيرية عن الالتزامات غير التعاقدية فقد رأينا انه لا يحول دون الالتفات إلى قانون الارادة والذي يتم اختياره من قبل الاطراف المتنازعة وفي حال غياب قانون الارادة يظهر لنا ضابط وقوع الفعل الضار والذي نواجه صعوبة في تحديده في ضوء تعدد الدول التي يقع فيها الضرر الناشئ عن هذا الارهاب الالكتروني ، عليه نلاحظ هنالك دعوات للمشرع لوضع ضابط قانوني يتواءم مع مشكلات المسؤولية التقصيرية الحديثة .

وأخيراً يمكن أن نعطي رأينا متواضعين بالنسبة للاتجاه الحديث والمطبق على المسؤولية المدنية المتمثلة بالالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الأفعال الضارة فيمكن هنا أن نميل الى تطبيق قانون الوسط الاجتماعي وذلك للمزايا التي يحققها فمن ناحية يمكن من خلال تطبيق قانون الوسط الاجتماعي هي تفادي مشكلة التكيف القانونية المعقدة والتي يترتب عليها اختلاف القانون الواجب التطبيق على المنازعة ومن ناحية ثانية فالحل بالأخذ بقانون الوسط الاجتماعي يمتاز بالبساطة وكذلك البعد عن التحكم بالقاضي الذي يطرح عليه النزاع فمن السهولة أن يتحقق من جنسية الأطراف المشتركة وكذلك موطنهم أو محل إقامتهم وهذا الأمر لا يمكن ادراكه في حال تطبيق القانون المحلي خصوصاً في حالات المسؤولية الناشئة عن فعل سلبي أو أمتناع عن فعل وكذلك في حالات تعدد الأفعال أو تفرقها في أكثر من دولة ومن ناحية أخيرة التي يمتاز بها هذا القانون وهي حالة الأخذ بجنسية الأطراف أو موطنهم أو إقامتهم فهذه الحالة الشخصية إذا ما أخذت بالحسبان عند تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية تعتبر علاجاً للحالات التي يبدو أن القانون المحلي عاجزاً عن تقديم الحل المناسب لها.

واستناداً لما تقدم فإن اعمال القانون الملائم لا يمنع من تطبيق القانون المحلي في شأن الفعل الضار وخاصة عندما يكون تطبيق هذا القانون ملائماً لظروف الدعوى وملايساتها.

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع " المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال الإرهابية لمواطنيها عبر الحدود " ومن خلال الدراسة التي تمت حول مختلف الجوانب لهذا الموضوع استطعنا أن نتوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي نراها ضرورية لاستكمال البحث وأهم تلك النتائج والتوصيات ما يأتي :-

أهم النتائج :-

١. تتحمل الدولة المسؤولية المدنية عن الأفعال الإرهابية والتي ترتكب من قبلها أو لحسابها الخاص حيث ان المسؤولية المدنية لا تنشأ الا حين وقوع الضرر سواء للدولة نفسها او لرعاياها من جراء الاعمال الإرهابية فإذا لم تكن هناك اضرار مادية او معنوية فلا تقوم المسؤولية المدنية فالضرر الحاصل هنا ركن وليس نتيجة للمسؤولية والجدير بالذكر ان العمل الإرهابي ينسب الى دولة مستقلة كون الدولة ناقصة السيادة لا تسأل عن أعمالها وذلك لكونها لا تزال حقوق الدولة تامة السيادة بل تسأل الدول القائمة بالحماية او الانتداب او الوصايا هي المسؤولة عن ذلك .

٢. ان الدولة مسؤولة مسؤولية مدنية باعتبارها ملزمة او مسؤولة قانوناً عن تعويض المضرور عن الضرر المادي او المعنوي الذي تقوم به او عن طريق أحد رعاياها (أي بصورة مباشرة او غير مباشرة) وان لم تقترب خطأ فتكون ملزمة بالتعويض لا سيما مجهولية الإرهابي او هلاكه حيث ان الأساس لإلزام الدولة يكون قانوني باعتباره حق خالص للمتضرر وليس منحة باعتباره أساس اجتماعي لاسيما في الدول النامية والتي تكثر فيها العمليات الإرهابية فلا يكون هنالك تأمين منصف لتقدير الضرر لان الذي تدفعه الدولة هو حقاً وليس منحة .

٣. عدم صلاحية النظرية الخطئية كأساس للمسؤولية المدنية للدولة كون الخطأ لم يصدر من الدولة مباشرة اما بالنسبة للنظرية القائمة على الضمان فهي ممكن ان تصلح اساساً لجميع المسؤوليات كونها تتطلب علاقة بين الخطأ والضرر وهذا ما لا يمكن تحقيقه في حالة الاضرار

الناشئة عن الاعمال الإرهابية لذلك فالأجدر الاعتماد على النظرية الموضوعية المادية والتي تهتم بالضرر أولاً وأخراً كونها الأقل خطأ بالتطبيق.

٤. ان اعتماد معيار الجنسية في مواجهة الاعمال الإرهابية لم يأتي من فراغ وإنما بنى على عدة أسس تتمثل بوجود السوابق التاريخية المتمثلة بنظام الامتيازات الأجنبية في عهد الدولة العثمانية وكذلك وجود سوابق قانونية والمتمثلة بقضية الممرضات البلغاريات وكذلك قضية لوكربي التي تعتبر كقرائن إضافة الى وجود ممارسات تشريعية متمثلة بقانون جاستا الأمريكي فضلاً عن ذلك صدور قرار مجلس الامن الدولي ذو العدد ٢١٧٨ في ٢٤/٩/٢٠١٤ والذي يشير ضمناً الى الاعتماد على معيار الجنسية وذلك لتذكير الدول بمسؤوليتها بتنقيف رعاياها ولتقرير كلامنا هو مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية للدول عن الاعمال الغير مشروعة دولياً والتي عدت الاغفال مبرراً لتحقيق مسؤولية الدولة ولهذا يكون من باب أولى وكمبرر لمسؤولية الدولة المدنية إغفالها في متابعة رعاياها عبر الحدود وما يترتب عن ذلك الحاق الضرر بالأفراد او الدول الأخرى عبر الحدود كون الإرهاب يستهدف الامن والسلام الدوليين .

٥. وإذا ما اعتمدنا على المعيار الثاني وهو الموطن فيؤدي ذلك الى رفع سقف الحرص والعناية الشديدين للدولة في متابعة مواطنيها في داخل حدودها ومنع من لديه القدرة على الانضمام للمجموعات الإرهابية ومنع سفره خارج حدودها وإذا ما سافر وقام بعمل إرهابي فتسأل الدولة مدنياً عن اعمال مواطنيها كونها تعد موطن لهم وعليها اخذ الحيطة والحذر ومتابعة مواطنيها داخل الحدود وعبر الحدود.

٦. إن العبرة بقانون محل أو مكان تحقق الضرر وإن اختلف عن محل ارتكاب السلوك الضار كون عنصر الضرر يستجيب للواقعية في تحديد القانون واجب التطبيق كون الواقعية تعني الابتعاد عن التصور والمجاز في تركيز العلاقات ذات العنصر الأجنبي ومن ثم اللجوء الى عناصر ذات طابع مادي، ولأن في المسؤولية المدنية نلاحظ أن الضرر هو العنصر الذي يتجسد خارجياً وكذلك يحتل مكاناً يظهر به ومن ثم يكون قانون ذلك المحل هو الأجدر بالاعتبار أما بالنسبة لعنصر السلوك وحسب رأي هذا الاتجاه فهو لا يتخذ مظهراً ملموساً ولا يتجسد خارجياً كما هو الحال في الاعمال السلبية أو المتمثلة بالامتناع عن القيام في الفعل لتحقيق المسؤولية

كذلك من ناحية ثانية فهذا الرأي يرجح عنصر الضرر بسبب غاية قواعد المسؤولية المدنية هي التعويض وليس العقوبة وهذا ما يدعمه التطور الحديث والذي يؤكد على الاستقلال الفني بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية كون المسؤولية الجنائية غايتها الأولى هي عقاب المسؤول وتفريد الجزاء بالنظر الى حالة المسؤول وظروفه لكن بالمقابل أن المسؤولية المدنية ترمي الى اصلاح الضرر الناتج من السلوك الخاطئ وبالتالي حماية المضرور وبالنتيجة فهي تتسم بالطابع الموضوعي لا الطابع الشخصي.

٧. لم تتضمن معظم قوانين الدول العربية ومنها العراق النص صراحةً على الحكم في حالة تفرق ركني الفعل الضار او عناصر أي من ركنيه في ضوء صياغة قاعدة الإسناد الخاصة بطائفة الالتزامات غير التعاقدية .

٨. لم يسن المشرع العراقي قاعدة قانونية ومباشرة عند حالة تفرق عناصر ركني الفعل الضار ضمن قاعدة الاسناد والخاصة بطائفة الالتزامات غير التعاقدية والتي صرحت بها المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي وبالتالي فالسبيل هنا امام القضاء العراقي وفقا للمادة انفة الذكر هو التفسير وذلك لتلافي القصور الحاصل في المادة المذكورة بسبب عدم وجود قاعدة واضحة وصريحة في القانون العراقي في حالة (تفرق عناصر أي من الخطأ أو الضرر للفعل الضار).

٩. توجه المشرع الأوربي نحو تطبيق قانون الوسط الاجتماعي بالمادة الرابعة من اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٧ وهذا ما وضحته المادة آنفه الذكر حيث أخذ به في الفعل الضار والفعل النافع بدلاً من الأخذ بالقانون المحلي المكاني الجغرافي والذي يكون صلته حقيقية بالواقعة المنشئة للالتزام غير ما هو عليه بالنسبة لقانون الوسط الاجتماعي الذي يكون ذا صلة قوية وكبيرة في الواقعة المنشئة للالتزام.

١٠. أن هنالك طائفة من الفقهاء من يعطي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية والمتمثلة بحوادث المسؤولية التقصيرية وهذا موقف بعض القوانين المقارنة والملاحظ على هذا الامر هو صعوبة الاتفاق مثل وقوع الضرر في المسؤولية التقصيرية الناجمة عن العمل الإرهابي ولكن يمكن الاتفاق بعد ذلك ويكون اقرب الى الصلح وكما لاحظنا

ان القوانين التي اجازت هذا الرأي قيّدته باختيار قانون القاضي فقط دون غيره من القوانين وقد ايدّ الفقه ذلك حيث ذهب الفقه قائلاً بأن هذا الاتجاه قد يحقق المصلحة في حالة كان الاختيار لمصلحة القانون الذي يرتبط به المركز القانوني بروابط أكثر وثقاً وهذا المعنى لتحقيق تطبيق قانون البلد الأكثر ارتباطاً بالحادث الإرهابي من دون الحاجة الى إعطاء الحق للطرفين في اختيار القانون الذي يحكم مسألتهم .

١١. إن التعويل على المفهوم الجغرافي او المكاني للقانون المحلي يمكن له بعض الحالات ان يعصف بسبب قاعدة التنازع في إختيار اوثق القوانين صلة بالمسألة وكذلك أكثرها ملائمة خصوصاً عندما يتبين إن الاخذ بالفكرة السابقة سوف تؤدي الى تطبيق قانون ضعيف الصلة واهي الارتباط بالمسؤولية اذ ما قورن بينها وبين قانون بلد آخر من تواجد الروابط القوية والمثبتة لذلك اتجه الفقه الى ضرورة الاخذ بالمفهوم الاجتماعي للقانون المحلي أي تطويع القانون المحلي وتطبيق قانون الوسط الاجتماعي والذي يعتبر القانون الأكثر صلة بالحادث وهذا ما ايدته التشريعات والاتفاقيات الدولية .

١٢. يرتكز مبدأ إختصاص القانون المختار على أساس مبدأ سلطان الإرادة ويرتكز مبدأ إختصاص قانون الوسط الاجتماعي على فكرة التركيز الاجتماعي للواقعة المنشئة للالتزام اللذان يعدان من أهم ثمار النظريات الحديثة في العلاقات والمراكز القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي.

١٣. وجدنا في الدراسة اتجاه فقهي ما زال متمسك بقانون دولة تحقق الضرر واعتباره ضابطاً ملائماً لتحديد القانون الواجب التطبيق على احكام المسؤولية التقصيرية بصورة عامة والمسؤولية التقصيرية الالكترونية بصورة خاصه وبنفس الوقت لا يحول دون الارتكاز على قانون الإرادة بوصفه الضابط الأول لتحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك يمكن الارتكاز على القانون الأكثر صلة بالنزاع في حالة غيبة قانون الإرادة ومن ثم صعوبة تحديد الضرر فيها .

١٤. يعوّل معظم قوانين الدول الغربية وكذلك موقف اتفاقية روما الثانية الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية لسنة ٢٠٠٣ على مكان قانون تحقق الضرر للواقعة بغية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تفرق ركني الفعل الضار من حيث المكان.

أهم التوصيات :-

نقترح على المشرع العراقي مايلي:

١. مفاتحة مجلس الوزراء لكي يقوم بدوره بمفاتحة وزارة الخارجية العراقية لإبلاغ ممثلنا في مجلس الامن للعمل والتحقيق لإصدار قرار دولي يدين الدولة التي لها رعايا إرهابيين بالعراق وبالتالي ترتيب المسؤولية عليها والزامها بالتعويض لجبر الاضرار المادية والبشرية التي خلفوها رعاياها الإرهابيين في العراق منذ عام ٢٠٠٣ وبتشكيل لجنة على ضوء القرار أعلاه تتابع طلبات الدول المتضررة اتجاه الدول المسؤولة عن الإرهاب التي يحمل الإرهابيين جنسيتها او يستوطنون فيها للنظر في هذه الطلبات وتسيير الإجراءات وتقدير التعويض الملائم على غرار ما حصل عندما شكلت اللجنة في مجلس الامن لمواجهة طلبات الدول عندما اجتاح العراق الكويت عام ١٩٩٠ .
٢. بما إن القانون العراقي وبعض القوانين العربية والغربية تنص على تطبيق قانون البلد الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام على الالتزامات غير التعاقدية ولا ينكر احد أهمية هذه القاعدة في حالة الالتزامات غير التعاقدية وانطباقها على المسؤولية التقصيرية ولكن يثور التساؤل اذا ما حدثت الواقعة في بلد يكون ذات صلة عرضية فكان الاجدر والأولى تطبيق قانون البلد الذي يكون اكثر صلة بالحادث لذا ندعو المشرع العراقي بإضافة فقرة للمادة ٢٧ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ((٢. إضافة إلى ما جاء في الفقرة الأولى فإذا تبين من حيثيات الواقعة المنشئة للالتزام وظروفها انها على رابطة اقوى مع قانون بلد اخر فالقاضي بهذه الحالة يطبق قانون هذا البلد)).
٣. إيراد نص صريح وواضح يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشأن المسؤولية التقصيرية يقضي بتطبيق قانون الجنسية المشتركة او الموطن المشترك لاطراف العلاقة بوصفه قانون وسطهم الاجتماعي . وذلك في الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي سالف الذكر.

اما على المستوى الدولي فنوصي مايلى :

١. يقتضي من جميع الدول الأعضاء أن تنص قوانينها على تفويض الحكومة احقية مطالبة دولة الارهابيين بتعويضات عن الاعمال الارهابية للمقاتلين الاجانب تتيح إمكانية محاكمة المقاتلين الأجانب الإرهابيين ومعاقبتهم كما ان ذلك سيعزز من الطريقة التي يمكن بها لمجلس الأمن تعزيز الإجراءات الدولية ضد المقاتلين الأجانب الإرهابيين في التنفيذ الفعال للقرارات التي اتخذت ومنها القرار 2178 لعام ٢٠١٤.

٢. الاسراع بعقد اتفاقية تقضي بتقرير المسؤولية الدولية للدول التي لديها رعايا ارهابيين على اراضي دول اخرى لما لهذه الاتفاقية من تاثير في الحد والتخفيف من الارهاب الدولي.

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر

أولاً / المصادر باللغة العربية

أ- المعاجم اللغوية :-

- ١- لسان العرب ، ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، دار صادر ودار بيروت ١٩٥٥ - ١٣٧٤ هـ .
- ٢- مجمع اللغة العربية ، المجمع الوسيط ، الجزء الأول .
- ٣- مختار الصحاح للشيخ الامام ، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، طبعة ٢٠٠٤ ، دار الحديث القاهرة .

ب- الكتب القانونية :-

- ١- د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول مركز الأجانب وتنازع القوانين، مكان الطبع بلا، ١٩٩٢.
- ٢- إبراهيم محمد العناني ، قضية لوكربي ومستقبل النظام الدولي ، الابعاد السياسية والاستراتيجية والقانونية ، ط ١ ، مركز دراسات العالم الإسلامي، سلسلة الدراسات السياسية والاستراتيجية ، ١٩٩٢.
- ٣- د. ابراهيم نافع ،كابوس الارهاب وسقوط الاقنعة ، مركز الاهرام للترجمة والنشر، ١٩٩٤
- ٤- د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ٥- د. أبو العلا النمو، النظام القانوني في الجنسية المصرية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.
- ٦- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.
- ٧- د. أبو العلا، علي أبو العلا النمر ، د. احمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية .

- ٨- د. احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧.
- ٩- د. أحمد أبو الوفا، المسؤولية الدولية للدول واطاعة الألغام في الأراضي المصرية، دراسة في اطار القواعد المنظمة للمسؤولية الدولية والألغام البرية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- ١٠- د. احمد الفقي ، الدولة وضحايا الجريمة ، دار الفجر للنشر والتوزيع القاهرة ط٢٠٠٣ .
- ١١- د. احمد جلال، مكافحة الإرهاب ، مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٨٧.
- ١٢- د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط٢، القاهرة، ١٩٥٤.
- ١٣- د. احمد سعيد الزقرد ، تعويض الاضرار الناشئة عن جرائم الارهاب ، دراسة الجامعة الجديدة ٢٠٠٧ .
- ١٤- د. احمد شوقي أبو خطوة ، تعويض المجني عليهم من الاضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب القاهرة دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .
- ١٥- د. احمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٧ .
- ١٦- د. احمد عبد الكريم سلامة ، مبدا الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ، مصر، القاهرة ، ١٩٨٩.
- ١٧- د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- ١٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة بين قانون العقوبات الدولي والقانون الدولي الخاص، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥.
- ١٩- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٢.
- ٢٠- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢١- د. احمد عبد الكريم سلامة ، المبسوط في شرح نظام الجنسية رقم (١٥١) ، دار النهضة العربية ١٩٩٨.

- ٢٢-د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى النسر الذهبي للطباعة ، شارع عبد العزيز، الهدارة، عابدين، ١٩٩٦.
- ٢٣-د. احمد عبد اللطيف الفقهي ، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة ، تطبق على ضحايا جرائم الارهاب وجرائم الايدز بسبب نقل الدم الملوث ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
- ٢٤-د. احمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ١٩٨٧.
- ٢٥-د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، مكتبة الجامعة، اثراء للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨ .
- ٢٦-د. احمد محمد رفعت ، الإرهاب الدولي في ضوء احكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ٢٧-د. احمد محمد عطية محمد، التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الانترنت، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٢٨-د. احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤.
- ٢٩-د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان، بيروت، ١٩٦١.
- ٣٠-د. أسامة محمد بدر، مواجهة الإرهاب دراسة في التشريع المصري المقارن، دار النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
- ٣١-د. إسماعيل غانم ، في النظرية العامة في الالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الرحمن وهبة بدون سنة طبع .
- ٣٢-د. اشرف وفا حمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف ، دار النهضة العربية ، ط١ ١٩٩٩ .
- ٣٣-د. اشرف وفا محمد ، اثار التوازن بين الدول على اعمال قواعد القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥.
- ٣٤-د. اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الثالثة عشر ، ج١، دار همومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠١٣.

- ٣٥- امام حسانين خليل ، الإرهاب وحروب التحرير الوطنية ، دراسة تحليلية نقدية، القاهرة، دار مصر المحروسة ، ٢٠٠٢.
- ٣٦-د. اميد صباح عثمان القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، ٢٠٠١.
- ٣٧-د. انور احمد رسلان ، مسؤولية الدولة غير التعاقدية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ١٩٨٢
- ٣٨-د. أياد مطشر صيهود ، دراسة القانون الدولي الخاص، دار السنهوري للنشر والطباعة ، بيروت ٢٠١٨ .
- ٣٩-د. ايناس محمد البهجي ود. يوسف المصري ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٣ .
- ٤٠-بارتن ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ج٢.
- ٤١-د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مطبعة بغداد، ٢٠٠٨.
- ٤٢-د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي .
- ٤٣-براج هيثم، الوضعية القانونية لمعدومي الجنسية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي ام السواقي ، كلية الحقوق ، ٢٠١٧.
- ٤٤-د. بيشوف " المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص" أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٩ - ١٩٧١ .
- ٤٥-د. ثامر داود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد واثاره القانونية (دراسة في القانون الدولي والمقارن)، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط١، ٢٢٠ .
- ٤٦-د. جابر إبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، جامعة بغداد، ١٩٧٩ - ١٩٨٠
- ٤٧-د. جابر إبراهيم الراوي ، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الأول في الجنسية ، ١٩٥٨.
- ٤٨-د. جابر إبراهيم الراوي ، شرح أحكام قانون الجنسية وفقاً لآخر التعديلات دراسة مقارنة ، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠١ .

- ٤٩- د. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦.
- ٥٠- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، تنازع القوانين ، الجزء الثالث ١٩٦٢-١٩٥٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد .
- ٥١- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الثاني في الموطن الدولي ومركز الأجانب في البلاد العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٨٦.
- ٥٢- د. جابر جاد عبد الرحمن ، شرح القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، مطبعة التقيض الاهلية بغداد ، ١٩٤٥-١٩٤٦.
- ٥٣- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج١، ط١، بلا دار نشر، ١٩٤٩.
- ٥٤- د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، (في تنازع القوانين ، تنازع الهيئات، تنازع الاختصاص)، مطبعة الهلال، بغداد، ١٩٤٩.
- ٥٥- د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦.
- ٥٦- د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، جامعة الزقازيق كلية الحقوق ، ٢٠٠١.
- ٥٧- د. جمال زايد هلال أبو عين ، الإرهاب واحكام القانون الدولي ، جدار للكتاب العالمي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ .
- ٥٨- د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.
- ٥٩- د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، مجلد القومية، دار الكتاب النفائسي ، بيروت ، ٢٠٠٨.
- ٦٠- د. الجيلاني بو زيد الدين، اساس مسؤولية الادارة الموضوعية ، منشور في مجلة الادارة العامة العدد الثاني ، ٢٠٠٤ .
- ٦١- د. حامد زكي ، دروس في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة التقيض الأهلية ، بغداد، ١٩٤٢
- ٦٢- د. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٠.

- ٦٣-د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٦٤-د. حسام الدين فتحي ناصف، تعدد الجنسية وحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، ٢٠٠١.
- ٦٥-د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية المصرية، ٢٠٠٨.
- ٦٦-د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص ، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، ١٩٨٦.
- ٦٧-د. حسن الهداوي و د. غالب الداودي، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢.
- ٦٨-د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط٤، بدون دار نشر وبدون سنة طبع .
- ٦٩-د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١١.
- ٧٠-د. حسن الهداوي، والدكتور غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب واحكامها في القانون العراقي، الجزء الأول، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل ١٩٨٢.
- ٧١-د. حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات ، الطبعة الأولى ، الرياض ، ٢٠٠٠.
- ٧٢-د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شرط العقد، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .
- ٧٣-د. حسن علي الذنون . المبسوط في المسؤولية المدنية ،الضرر ، ج١ ، ١٩٩١ .
- ٧٤-د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، الضرر ، شركة تايمس للطبع والنشر والمساهمة .
- ٧٥-د. حسن محمد الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية ،التعاقدية) في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن (مطبعة الحداد، البصرة ١٩٥٥ .

- ٧٦-د. حسن محمد الهداوي ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين وتتازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية)، ج٢، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ١٩٨٨.
- ٧٧-د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط١، مطبعة جامعة بغداد العراق، ١٩٨١.
- ٧٨-د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٧٩.
- ٧٩-د. حفيظة السيد الحداد، المدخل الى الجنسية، مركز الأجانب، منشورات الحلبي القانونية ط٢٠١٠.
- ٨٠-د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- ٨١-د. حفيظة السيد الحداد، دروس في الجنسية المصرية، طبعة عام ١٩٤٤..
- ٨٢-د. حمدي ابو النور السيد عويس، مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الكوارث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦.
- ٨٣-د. خالد عبيدان، الإرهاب يسيطر على العالم، دراسة موضوعية سياسية علمية نافذة غير منحازة عمان، مركز، عمان، لدراسات حقوق الانسان، ٢٠٠٣.
- ٨٤-د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين من الاعمال الإرهابية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.
- ٨٥-د. خالدين سليمان الفثير ومحمد عبد الله القحطاني، أمن المعلومات بلغة ميسرة، مركز التميز لأمن المعلومات جامعة الملك سعود، الرياض، ط٩، ٢٠٠٠.
- ٨٦-د. خوار عقله محمد العيطان، موقف المشرع الأوربي من ازدواج الجنسية، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، ٢٠١٨.
- ٨٧-د. عباس زيون العبودي، تاريخ القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، مطبعة الموصل ١٩٨٨.
- ٨٨-د. عبد الصبور عبد القوي، الجريمة الالكترونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة.

- ٨٩-د. عزيز أطوبان ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء كلية العلوم القانونية والاقتصادية السنة الجامعية ، ٢٠١٦-٢٠١٧ .
- ٩٠-د. ذنون يونس صالح المحمدي ، تعويض الاضرار الواقعة على حياة الانسان وسلامة جسده دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٣ .
- ٩١-د. رشيد خلوفي ، المسؤولية الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٤ .
- ٩٢-د. رمضان خضر شمس الدين، تعويض ضحايا الارهاب (دراسة مقارنة) دار مصر للنشر والتوزيع القاهرة ، ٢٠١٩ .
- ٩٣-د. زكي حسين زيدان "حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس " دار الفكر الجامعي الاسكندرية دون تاريخ نشر .
- ٩٤-د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص (طرق حل النزاعات الدولية الحلول الوضعية لتنازع القوانين، الجنسية ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية)، الدار الجامعية ، بيروت دون سنة طبع .
- ٩٥-د. سامي بديع منصور ود. نصري أنطوان دياب ود. عبدة جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، ج ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩ .
- ٩٦-سحر جاسم معن ، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، ط ١، ٢٠١٥ .
- ٩٧-د. سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني في التعويض ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .
- ٩٨- د. سعيد علي بحبوح النقبي، المواجهة الجنائية للإرهاب في ضوء الاحكام الموضوعية والاجرائية للقانون الدولي والداخلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠١١ .
- ٩٩- د. سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ .
- ١٠٠-د. سعيد يوسف البستاني ، الجنسية القومية في تشريعات الدول العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، ٢٠٠٣ .

- ١٠١- د. سلامة إسماعيل محمد، مكافحة الإرهاب، دار النهضة العربية للنشر ، سنة ٢٠٠٥.
- ١٠٢- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الالغاء) دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٦.
- ١٠٣- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الاداري، مطبعة عين شمس ، القاهرة ١٩٨٢ .
- ١٠٤- د. سليمان مرقس . المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، معهد البحوث العربية ، القاهرة ج ١ .
- ١٠٥- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ٢ في الالتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الاحكام العامة، ط٢، مطبعة السلام ، القاهرة ١٩٨٨ .
- ١٠٦- د. سهير حجازي، التهديدات الاجرامية للتجارة الالكترونية ، مركز البحوث والدراسات ، شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، العدد ٩١.
- ١٠٧- د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠.
- ١٠٨- د. صالح المندلاوي، الاختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات عقود التجارة الالكترونية دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ١٠٩- د. صالح المندلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .
- ١١٠- د. صلاح الدين الناهي (التعليقات الواقعية على متون القوانين الشرعية في العراق، شرح القانون المدني العراقي) ، مطبعة المعرفة، بغداد، ١٩٥٣.
- ١١١- د. طارق سرور ، الجماعة الاجرامية المنظمة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.
- ١١٢- د. طارق محمد قطب ، مكافحة الإرهاب وتعويض ضحايا الحوادث الإرهابية في النطاق الدولي والمصري دار النهضة العربية ، ٢٠١٥.
- ١١٣- د. طشطورش، هایل عبد المولى ، الإرهاب ومعناه دراسة تحليلية للإرهاب من حيث المعنى والخلفية التاريخية الدوافع والأسباب ، الاشكال والأنواع ، الإرهاب المعاصر، اريد ، دار الكندي للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- ١١٤- د. طلال ياسين العيسى، الأحوال العامة في الجنسية، دراسة قانونية مقارنة في القانون العراقي والأردني القانون المقارن، ٢٠٠٨.

- ١١٥-د. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب
تتازع الاختصاص ، تتازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٤١٧ - ١٤١٨ هـ .
- ١١٦-د. عاطف عبد الحميد حسن ، الإرهاب والمسؤولية المدنية، تعويض الاضرار الناشئة عن
الاعمال الإرهابية في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ١١٧-د. عاطف عبد الحميد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون
محل ابرامها" دراسة مقارنة في تتازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.
- ١١٨-د. عامر محمد الكسواني موسوعة القانون الدولي الخاص، تتازع القوانين، دار الثقافة للنشر
والتوزيع ، ٢٠١٠.
- ١١٩-د. عباس العبودي، تتازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية مكتبة
السنهوري ، ٢٠١٥.
- ١٢٠-د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز
الأجانب ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢.
- ١٢١-د. عبد الجليل إسماعيل حسن، الإرهاب الالكتروني في القانون الدولي، منشورات الحلبي
الحقوقية ، ٢٠١٤.
- ١٢٢-د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف
الإسكندرية ١٩٢٤ .
- ١٢٣-د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، الطبعة الثانية، مطبعة
بسعادة ، مصر، ١٩٢٧.
- ١٢٤-د. عبد الرحمن المسند ، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية ، دار الرواق للطباعة ، الرياض
٢٠٠٦ .
- ١٢٥-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الطبعة الثانية ، الجزء الاول
نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ١٢٦-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام الجزء
الاول مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، مصر ، ١٩٦٨.

- ١٢٧-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد قام بتقسيمها المستشار مصطفى محمد الفقي ، دار النهضة العربية ١٩٨١.
- ١٢٨-د. عبد الرسول الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري للطباعة والنشر، بيروت ٢٠١٨.
- ١٢٩-د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١٢.
- ١٣٠-د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة، ط١ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ١٣١-د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٣٢-د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشرعية الإسلامية، ط١ دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٣٣-د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة ومعمقة، ١٩٨٤.
- ١٣٤-د. عبد القادر شهيب، ممولو الإرهاب في مصر، دار الهلال للطباعة، ط١، ١٩٩٤ .
- ١٣٥-د. عبد الكريم عبد الرزاق مولاي ارشيد ، اليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي ط١ ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط ، ٢٠٠٧ .
- ١٣٦-د. عبد الله عز الدين ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والوطن وتمتع الأجانب بالحقوق ، ط١١، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٨٧.
- ١٣٧-د. عبد المنعم زمزم ، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن طبعة مختصرة ومخصصة للطلبة ، ٢٠١٦ .
- ١٣٨-د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .
- ١٣٩-د. عبد الوهاب الكيلاني ، موسوعة السياسة ، الجزء الأول ، ط٢ ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت ، ١٩٨٥.

- ١٤٠- د. عبد علي الجسماني ، علم النفس وتطبيقاته التربوية والاجتماعية ، مكتبة الفكر العربي ، بغداد ١٩٨٤ .
- ١٤١- د. عدنان هاشم سلطان، صناعة الإرهاب ، المكتب المصري الحديث ، ط١ ، ٢٠٠٨ .
- ١٤٢- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) ج١، ط١٠، دار النهضة العربية .
- ١٤٣- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ .
- ١٤٤- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .
- ١٤٥- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ط٥،
- ١٤٦- د. عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٧ .
- ١٤٧- د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨ .
- ١٤٨- د. علي إعبودة الكوني، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل الى علم القانون (الحق) المركز القومي للبحوث والدراسات، ١٩٦٦ .
- ١٤٩- د. علي الزيني ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٨ .
- ١٥٠- د. علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣ .
- ١٥١- علي عدنان الفيل الاجرام الالكتروني ، جامعة الموصل، كلية الحقوق ، منشورات زين الحقوقية ٢٠٠١ .
- ١٥٢- د. علي عسيري، الإرهاب والانترنت، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٦ .
- ١٥٣- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٢ ٢٠٠٣ .

- ١٥٤- عليوش قريوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج١، ط٢، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، ٢٠٠٧ .
- ١٥٥- د. عماد حمدي حجازي ، بحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي، دار الفكر الجامعي الطبعة الاولى الاسكندرية ٢٠٠٨ .
- ١٥٦- د. غادة نصار ، الإرهاب والجريمة الالكترونية ، العربي للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ٢٠١٧.
- ١٥٧- د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط١، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
- ١٥٨- د. غالب الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ج١، المكتبة القانونية، ٢٠٠٩.
- ١٥٩- د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١١.
- ١٦٠- د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، دار العربية للقانون، ٢٠١٠ .
- ١٦١- د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ١٦٢- د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، المكتبة القانونية بغداد ٢٠١٧.
- ١٦٣- د. فاروق عبد، دور المحكمة الدستورية المصرية في ضمان الحقوق والحريات ، القاهرة ٢٠٠٤.
- ١٦٤- د. فايز الهندي ، الاعلام القانوني دار اسامه للنشر، عمان ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢ .
- ١٦٥- د. فائق حسني حسوني، المواقع الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ٢٠١٠.
- ١٦٦- د. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٩ .

- ١٦٧- د. فؤاد الديب ، القانون الدولي الخاص ، مطبعة دمشق ، ١٩٩٩ .
- ١٦٨- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، ٢٠١١ .
- ١٦٩- د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٦ .
- ١٧٠- د. فؤاد رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٥ .
- ١٧١- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الجنسية المصرية ، دراسة مقارنة، ١٩٩٠، دار النهضة العربية .
- ١٧٢- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩ .
- ١٧٣- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن وفي تشريع الجنسية المصرية الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦ .
- ١٧٤- د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧ .
- ١٧٥- د. فؤاد عبد المنعم رياض ودكتورة سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .
- ١٧٦- د. فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجانب في القانون وفي تشريع الجنسية المصرية الجديدة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩ .
- ١٧٧- د. فؤاد عبد المنعم ، د. محمد خالد الترجمان ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية ، ١٩٩٨-١٩٩٩ .
- ١٧٨- د. فؤاد محمد موسى عبد الكريم ، فكرة التضامن القومي وحقوق ضحايا الحوادث الارهابية ، نحو اساس جديد للمسؤولية الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .
- ١٧٩- قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية بالإضافة الى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية .

- ١٨٠-د. كريم حمود فحل الجبوري، جريمة الإرهاب الالكتروني ما بين النص التشريعي والتقدم التكنولوجي واستراتيجيات المواجهة (دراسة تحليلية)، مكتبة القانون المقارن، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.
- ١٨١-د. كريم مزعل شبي ، التكيف في تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ٢٠١٧،
- ١٨٢-د. الكيالي ، عبد الوهاب ، الموسوعة السياسية ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت ج ٧ ١٩٩٤ .
- ١٨٣-د. محسن العبودي اساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليه في القانون الجنائي والاداري والشريعة الاسلامية دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
- ١٨٤-د. محمد ابو العلا عقيدة ، المبادئ التوجيهية لحماية ضحايا الجريمة في التشريعات العربية وكلية العلوم الاقتصادية وجامعة عين شمس ١٩٩٢ .
- ١٨٥-د. محمد ابو العلا عقيدة ، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة ، دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة والنظام الجنائي الاسلامي الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .
- ١٨٦-محمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الالي والانترنت، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٢هـ.
- ١٨٧-د. محمد الحسني الياسري، الإرهاب العسكري، ط ١ ، المركز الإسلامي العالمي للمنشورات الثقافية ، النجف الاشرف ، ٢٠٠١ .
- ١٨٨-د. محمد الروبي ود. جابر سالم عبد الغفار، ود. خالد عبد الفتاح محمد، أحكام الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية .
- ١٨٩-د. محمد الروبي ، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥.
- ١٩٠-د. محمد الروبي ، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوربي (روما٢) بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وعلم تنازع القوانين والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ١٩١-د. محمد الفاضل ، الجرائم الواقعة على أمن الدولة ، دون مكان نشر، ط٤، ١٩٧٨.
- ١٩٢-د. محمد المتولي ، التخطيط الاستراتيجي لمكافحة الإرهاب ، مطابع جامعة الكويت، ٢٠٠٨.

- ١٩٣-د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الالكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر ، ١٩٨٧ .
- ١٩٤-د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية . ٢٠٠٣ .
- ١٩٥-د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير التعاقدية، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .
- ١٩٦-د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية، كلية الشرطة، اكااديمية مبارك للأمن، ٢٠٠٨ .
- ١٩٧-د. محمد سالم النمر و محمد محروس متولي ،تعويض المضرور من الاعمال الارهابية ،منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .
- ١٩٨-د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج١، الجامعة الدولية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨١ .
- ١٩٩-د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، ط١، مكتب التنمية للطباعة والنشر، ٢٠٠٣ .
- ٢٠٠-د. محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة الإرهاب ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٤ .
- ٢٠١-د. محمد عبد المنعم رياض بك، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ، ١٩٤٣ .
- ٢٠٢- د. محمد عبد الواحد الجميلي ، ضحايا الارهاب بين انظمة المسؤولية والانظمة التعويضية دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
- ٢٠٣-د. محمد عزيز شكري ، الإرهاب الدولي ، دار العلم للهداية ، بيروت ، ١٩٩١ .
- ٢٠٤-د. محمد عزيز شكري ، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن ، دمشق ، بلا سنه طبع .
- ٢٠٥-د. محمد عوض الترتوري ، واغدير عرفان جويجان، علم الإرهاب الأسس الفكرية والنفسية والاجتماعية والتربوية لدراسة الإرهاب ، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦ .

- ٢٠٦-د. محمد عوض الهزايمة، قضايا دولية تركة قرن مضى حمولة قرن أتى، عمان ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ .
- ٢٠٧-د. محمد فؤاد حمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص١٥١.
- ٢٠٨-د. محمد كمال فهمي، أحوال القانون الدولي الخاص ، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية ،الإسكندرية مصر ، ١٩٨٥ .
- ٢٠٩-د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص بجنسية الموطن ، مركز الأجانب، مادة التنازع ، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، المؤسسة الثقافية الجامعية .
- ٢١٠-د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
- ٢١١-د. محمد لبيب شنب ، الموجز في مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية للنشر ، بيروت ١٩٦٩ .
- ٢١٢-د. محمد محمد قتنا، تعريف المسؤولية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الاسلامي / مجله جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية العدد السادس محرم ١٤١٣.
- ٢١٣-د. محمد مؤنس محي الدين، الإرهاب في القانون الجنائي، دراسة قانونية على المستويين الوطني والدولي مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٨٧.
- ٢١٤-د. محمد نصر الدين منصور ، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ٢٠٠١ .
- ٢١٥-د. محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.
- ٢١٦-د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
- ٢١٧-د. محمدي بو زينة أمنه، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعية الجديدة ، ٢٠١٩ .

- ٢١٨-د. محمود داود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب (دراسة تحليلية تأملية مقارنة)، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، لبنان ، ط٢، ٢٠١٢.
- ٢١٩-د. محمود عبد العزيز محمد، الإرهاب النفق المظلم في تاريخ البشرية، دار الكتب ، مصر الامارات ، ٢٠١٣ .
- ٢٢٠-د. محمود محمود مصطفى ، حقوق المجني عليه في القانون المقارن ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٥
- ٢٢١-د. محمود مصطفى القللي ، شرح قانون العقوبات من جرائم الاموال ، الطبعة الاولى، ١٩٣٩ .
- ٢٢٢-مسعود شيهوب ، المسؤولية على المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية .
- ٢٢٣-د. مصطفى احمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم ، دمشق ١٩٨٨ .
- ٢٢٤-د. مصطفى الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة ، دار شهاب، اربيل العراق ٢٠١١ .
- ٢٢٥-د. مصطفى العوجي ، المسؤولية المدنية الجزء الثاني القانون المدني، منشورات الحلبي ،الطبعة الثانية ٢٠٠٤ بيروت .
- ٢٢٦-د. مصطفى خالد فهمي تعويض المتضررين من الاعمال الارهابية ،دار الفكر الاسكندرية ط ١ ٢٠٠٧.
- ٢٢٧-د. مصطفى كامل ياسين ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، مطبعة المعارف ، بغداد ١٩٥٢.
- ٢٢٨-د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الأجنبية) دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
- ٢٢٩-د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٧.
- ٢٣٠-د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة ، بغداد .
- ٢٣١-د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج١، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨.

- ٢٣٢- د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٥.
- ٢٣٣- د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
- ٢٣٤- د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة (في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- ٢٣٥- د. منصور مصطفى منصور خلاصة دروس في القانون الدولي الخاص ، جامعة الاسكندرية ١٩٥٥.
- ٢٣٦- موزه المزروعى، الاختراقات الالكترونية خطر كيف نواجهه، مجلة آفاق اقتصادية، الامارات العربية المتحدة العدد ٩، ٢٠٠٠.
- ٢٣٧- د. موسى عبود، دروس في القانون الدولي الخاص المغربي، ١٩٨٦.
- ٢٣٨- د. ناصر عثمان محمد عثمان، آثار انعدام الجنسية على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية ، ط ، ٢٠١١.
- ٢٣٩- د. نبراس ظاهر جبر الزيايدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري للطباعة ، بيروت ٢٠١٨ .
- ٢٤٠- د. نبيل احمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ٢٤١- د. نبيلة أرسلان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، جامعة طنطا ، ٢٠٠٣ .
- ٢٤٢- د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- ٢٤٣- نعيم مغيب ، حماية برامج الكومبيوتر الأساليب والثغرات، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٦ .
- ٢٤٤- د. نور الدين هنداي ، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .
- ٢٤٥- د. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٢٤٦- د. هشام خالد، دروس في الجنسية ومركز الأجانب، ج ١، الجنسية ، ١٩٩١/٩٠ .

- ٢٤٧-د. هشام صادق ، موجز القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية ، الدار الجامعية ١٩٨٧ .
- ٢٤٨-د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام ١٩١٠، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- ٢٤٩-د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط٢، بلا سنة طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية .
- ٢٥٠-د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، ١٩٨٣ .
- ٢٥١-د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ج٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ١٩٩٩، ص٣٩٩.
- ٢٥٢-هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨.
- ٢٥٣-د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ط٢ منقحة ومزودة، الإسكندرية ١٩٧٦.
- ٢٥٤-د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط١ن الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨١.
- ٢٥٥-د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الإسكندرية، ١٩٦٨.
- ٢٥٦-د. هشام علي صادق، موجز القانون الدولي الخاص، ج١، تنازع القوانين والموطن في العلاقات الخاصة الدولية، الدار الجامعية للطباعة، ١٩٨٧.
- ٢٥٧-د. هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشريعة الإسلامية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٥.
- ٢٥٨-م. وليد زامل زغير ، المسؤولية المدنية عن العمليات الإرهابية في القانون العراقي والإيراني مؤسسة تائر العصامي ، ٢٠١٩ .

- ٢٥٩-د. وهيب عبد سلامة، مسؤولية الادارة بدون خطأ عن اعمالها المادية، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات القضاء في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٩ .
- ٢٦٠-د. يحيى احمد البنا ، الارهاب والتعاون والمسؤولية الدولية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، ١٩٩٨.
- ٢٦١-د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والمواطن والمركز القانوني للأجانب)، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٦.
- ٢٦٢-د. مهند الصانوري ، القانون الدولي الخاص، ملزمة مقررة على طلبة كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية ، عمان، ٢٠٠٧.

ت- الرسائل والأطاريح :-

١- الرسائل

- ١- سلطان عناد إبراهيم ، الالية الدولية لمكافحة الإرهاب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٨.
- ٢- علي كاطع حاجم ، مسؤولية الدولة المدنية عن الجرائم الارهاب (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ .
- ٣- فاتن يونس حسين ، المسؤولية المدنية للدولة عن الاعمال الارهابية في القانون العراقي دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ٢٠١٤ .
- ٤- فراس كريم شيعان القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير جامعة بابل، ٢٠٠٠.
- ٥- قريش مصطفى ، المحكمة الخاصة بلبنان بين السيادة والحصانة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة مولود المغمري كلية الحقوق ، الجزائر ٢٠٠٦ .
- ٦- كريم مزعل شبي ، التكيف في تنازع القوانين ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ١٩٩٢.
- ٧- منصور بن صالح المسلمي ، المسؤولية المدنية لانتهاك الخصوصية في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي دراسة تأصيلية مقارنة رسالة ماجستير ،جامعة نايف للعلوم الامنية ، كلية الدراسات العليا الرياض ١٤٣١ هـ .

- ٨- نرجس اجعيط ، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ، رسالة مكملة لشهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون دولي خاص ، كلية الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ، ٢٠١٧.
- ٩- هيفاء احمد محمد، ظاهرة العنف السياسي في الوطن العربي ، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية جامعة بغداد، ١٩٨٩.

٢ - الأطاريح

- ١- احمد الرفاعي ، النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية ، رسالة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- ٢- احمد رزق محمد خضير، القانون الواجب التطبيق على المعاملات المصرفية الالكترونية أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، ٢٠١٩.
- ٣- احمد فوزي حتوت، المسؤولية الادارية عن الاخلال بمبدأ المساواة امام الاعباء العامة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٧ .
- ٤- بشير احمد صالح ، مسؤولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة ٢٠٠١ .
- ٥- ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الارهابية ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة بلقايد- تلمسان ٢٠١٦ .
- ٦- دنون يونس صالح ، تعويض الاضرار الواقعة على حياة الانسان وسلامه جسده (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٩.
- ٧- سامي جاد عبد الرحمن واصل ، إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٣.
- ٨- عبد الحميد السامرائي، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية الحقوق ، ١٩٩٠.
- ٩- محمد بن عبيد الدوسري ، دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية ، اطروحة دكتوراه ،المعهد العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن سعود ، الرياض ، ١٤٢٤.

- ١٠- محمد عادل الفقي ، حقوق المجنى عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٤ .
- ١١- محمد نصر الرفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
- ١٢- محمد يعقوب حياتي ، تعويض الدولة للمجنى عليه في جرائم الأشخاص دراسة مقارنة في علم المجنى عليه رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٧ .
- ١٣- محمود ابراهيم احمد ، الاتجاهات الحديثة في المسؤولية المدنية التقصيرية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، المنصورة ، ٢٠١٦ .
- ١٤- يعقوب محمد حياتي ، تعويض الدولة للمجنى عليهم في جرائم الأشخاص ، أطروحة دكتوراه جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٧ .

ث - البحوث والمقالات :-

- ١- الإرهاب والجرائم المعلوماتية ، بحث منشور في مجلة المعلوماتية العدد ٨٠ ت صدر عن المركز العربي للمعلومات ، بيروت- لبنان ، تموز ، ٢٠١٠ .
- ٢- البشري الشوريجي ، دور النيابة العامة في كفالة حقوق المجني عليه في مصر، بحث منشور في المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة من ١٢-١٤ / مارس / ١٩٨٩ بعنوان حقوق المجني عليه في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .
- ٣- د. بشير موسى ، الاساس القانوني لترتيب مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم الارهابية بحث منشور في مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد الثالث ، المجلد الثاني.
- ٤- د. حسام الدين فتحي ناصف ، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، المجلد ٣٦ ، العدد ٢ في ١٩٩٤ .
- ٥- د. حسن الهداوي ، مشاراً اليه في بحث الدكتور رياض القيسي بعنوان (العمل غير المشروع في تنازع القوانين - دراسة مقارنة) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد ١٢ ، السنة العاشرة ، مطبعة عين شمس ، ١٩٦٨ .
- ٦- حقوق المجنى عليه في الاجراءات الجنائية ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩٠ .
- ٧- د. جمال مرسي بدر ، التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة الاربعون ، العدد الأول ، ١٩٥٩ .

- ٨- د. حيدر ادهم عبد الهادي، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة كلية التربية الإسلامية المجلد ٢٠، العدد ٨٦، ٢٠١٤.
- ٩- د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق ، مجلد ٩ السنة الثانية عشرة ، العدد ٣٢ ٢٠٠٧.
- ١٠- د. خيرى احمد الكباش ، مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليهم اساسه - عناصره- ضماناته ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٢-١٤/مارس/١٩٨٩ بعنوان حقوق المجنى عليه من الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- ١١- رمسيس بهتام ، مشكلة التعويض المجنى عليه في الجريمة ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ١٣-١٤/مارس/ ١٩٨٩، دار النهضة العربية .
- ١٢- د. سامية راشد ، قاعدة الاسناد أمام القضاء ، بحث في القانون الدولي الخاص والمقارن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة عشرة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧٢.
- ١٣- د. عباس العبودي (النظرية المادية) من بحوث المؤتمر العلمي القسم القانون الخاص ، كلية القانون جامعة بغداد في ٢٩-٣٠/١١/٢٠١٠ .
- ١٤- د. عباس العبودي ، اثبات الموطن في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٥، العدد الثاني ، ٢٠١٠.
- ١٥- عبد الاله محمد النواسية وممدوح حسن العدوان، جرائم التجسس الالكتروني في التشريع الأردني (دراسة تحليلية) ، مجلة دراسات كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٦ ، العدد ١ ملحق ١ ، ٢٠١٩ .
- ١٦- عبد الرحمن المسند، رسائل الإرهاب الالكتروني، حكمها في الإسلام وطرق مكافحتها ، السجل العلمي لمؤتمر موقف الإسلام من الإرهاب ، الجزء الأول ، الرياض ، ٢٠٠٤.
- ١٧- عبد الله بن عبد العزيز بن فهد العجلان، الإرهاب الالكتروني في عصر المعلومات، بحث مقدم الى المؤتمر الأول حول (حماية أمن المعلومات والخصوصية في قانون الانترنت) والمنفذ بالقاهرة في المدة من ٢ - ٤ / ٦ / ٢٠٠٨ .

- ١٨- د. محسن العبودي ، اساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجنى عليه في القانون الجنائي والاداري والشرعية الاسلامية ، بحث مقدم المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ١٩٧٥ .
- ١٩- محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف ، بحث منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات ، العدد ١٩٧ ، ١٩٨٣ .
- ٢٠- موري سفيان ، إشكالية الاختلاف حول ضابط الاسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، بحث منشور في اعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية ، المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة بجابه يومي ٢٣/٢٤ ابريل ٢٠١٤ .
- ٢١- د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع) لكلية الحقوق ، جامعة تكريت ، أيلول ، الجزء الثاني .

ج- الاتفاقيات والمواثيق الدولية والرسائل :-

١. ميثاق الأمم المتحدة .
٢. اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٢ ابريل ١٩٣٠ .
٣. البروتوكول الاختياري لعام ١٩٦١ .
٤. اتفاقية روما الثانية لسنة ٢٠٠٣ .
٥. اتفاقية روما الثانية لعام ٢٠٠٧ .
٦. الأمم المتحدة ، مجلس الأمن ، رسالة مؤرخة في 19 أيار/ مايو 2015 موجهة إلى رئيس مجلس الأمن من رئيس لجنة مجلس الأمن المنشأة عملاً بالقرارين (1999) 1267 و 2011 بشأن تنظيم القاعدة وما يرتبط به من أفراد وكيانات 1989 .

ج- التشريعات :-

١- الدساتير

- ١- دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ .

٢ - القوانين

- ١- القانون البولوني الصادر في عام ١٩٢٦.
- ٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٣- القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ . .
- ٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠
- ٥- قانون رقم ٥ ولاية كاليفورنيا ١٩٦٥.
- ٦- قانون رقم ٤ ولاية نيويورك ١٩٦٧.
- ٧- قانون الجنسية الجزائري رقم ٧٠ - ٨٦ الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠.
- ٨- قانون المساعدات العامة الكويتي الملغي رقم ٣٠ لسنة ١٩٧١.
- ٩- القانون الفنلندي الصادر في ١٩٧٣/١٢/٣١ .
- ١٠- القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ .
- ١١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٩٦.
- ١٢- القانون المدني اليمني رقم ١٤ لعام ٢٠٠٢ .
- ١٣- قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ .
- ١٤- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم (١٠-٠٥) في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ .
- ١٥- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ .
- ١٦- القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٣ .
- ١٧- القانون المدني الاسباني لعام ١٩٧٤ .
- ١٨- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
- ١٩- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ .
- ٢٠- القانون الخاص المجري لعام ١٩٧٩ .
- ٢١- القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢

٢٢- القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

٢٣- القانون الدولي الخاص الروماني ١٩٩٢ .

٢٤- القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥ .

٢٥- القانون الدولي الخاص الألماني عام ١٩٩٩.

خ- المصادر من الأنترنت :-

١- منشور على موقع (ida2at.com) يوسف محمد ٢٠١٦/١/١٧ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/١٣ .

www.wired.com 2007/08/twitter-apparently-down2007 lepicercenter أغسطس (٧٥) تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٦ .

٢- فائزة محمود شاكر المشهداني، الإرهاب الرقمي (ضريبة التطور الالكتروني)، بحث منشور على موقع جامعة بابل بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١١ على الموقع <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٩ .

٣- مهران زهير المصري ، الإرهاب الالكتروني ، مجلة باحثون العلمية : www.abahethon.com/?page=showdet&id=1320 . تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/١٣

٤- المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، متاح على الموقع الالكتروني الرسمي للأمم المتحدة www.un.orgav/events/refugeeday/definitions.shtml تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٥ .

٥- فيصل على الشامخ ، حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، أم درمان، ٢٠٠٤، بحث منشور على الموقع : <http://search.mandumah.com/Record/56/440> . تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٣ .

٦- د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص ، المستوى الرابع - فصل دراسي ثاني (٤٢٢) منشور على موقع : www.pdfactory.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٥ .

٦- بحث ودراسة عن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، استشارات قانونية مجانية منشورة على موقع <https://www.mohomah.net/Law> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣١ .

٧- الثالث المقدس في خطاب من الاباطرة جراسيان وفالنتاين وتودرو منشور على الموقع (<https://almerig.com/readingphp?idm>) تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٠ .

٨- قواعد التنازع المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية ، بحث منشور على الموقع الاتي :-

(<https://www.elmizaine.com/2021/01/blog-post14.html>) تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣١ .

٩- الأمان في الفضاء السيبراني ومكافحة الجرائم السيبرانية في المنطقة العربية ، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا، الأمم المتحدة، ٢٠١٥. (<https://archive.unescwa.org/ar/publications>) تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٧ .

١٠- د. حسين عبد الله الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية (دراسة في نطاق اتفاقية روما الثانية)، ص١٠، منشور على الموقع الالكتروني : <https://www.researchate.net/> . تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٢٤ .

١١- مبدأ الشخصية السلبية واستخدامه في مكافحة الإرهاب الدولي مذكرة منشورة في مجلة فورد هام للقانون الدولي المجلد ١٣ العدد ٣ السنة ١٩٨٩ <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj> .

ثانياً / المصادر باللغة الأجنبية

- 1- Elliott : Florence summers kill , Michael A Dictionary of politics U.S.A. Penguin Boots , 1961.
- 2- Oxford Adranced Learneris Dictionary of current English 1974 Terrorism (use of Violence and Intimidetion Especially for political purposes) . Terrorist (Person who uses violence to couse Terror for political ends).
- 3- Yonah Alexender , (ed). International Terronism , National Regional and Global perspective . New York publisher , 1976.
- 4- Geroges Burdeau , Les L. bertes publiques , Quarieme , Paris : L. G. J. 1972.
- 5- Gabriel Weimann – Terror on the Internet – by Gabriel Weimann – March2006 .

- 6- Tom forester : Esseutial problens to hig – techsociety first mit edition Cambridge Massachusetts, 1989.
- 7- Gabriel Weimann, Terror on the interent , the New Arena the New challenges, (U.S.A. : in statute of peace press first published Washington D.C. 2006) .
- 8- Susan Brenner, Cybecime : criminal treats from cyberspace 1st edition Praeger, USA, 2010,
- 9- Dennis M. murphy, in formation operation primer, 1st edition, carlish us. Army war college, USA, 2010.
- 10- MarceL manin ; Arrets fondamentaux du droit administrative Ellipses, 1995.
- 11- Conseil dEtat,28 mai 1948 , D.1986 .
- 12- Mayer et Heuze , Droit international Drive .
- 13- Lagard, La nationalite francaise .
- 14- Muir – Watt : Le domicile dans Les rapports internation aux , juris – class, dr.int. 1983 .
- 15- Raleigh C.mimor–conflictl Laws – or privet international Law – general books 2010.
- 16- B. Bourel : Les conflits de Lois en matière d'obligations extracon tractuelles , The'se , e'd , L. G.D.J 1961 .
- 17- Morris, The conflict of Laws , 3rd ed ., London, 1984.
- 18- Dicye and Morris, Conflicf of Laws.
- 19- Loussouarn (y) et Bourel (p) "Droit international prive" Li e'dition Dalloz 1993 .

- 20- Bourel (p) , These citee .
- 21- Batiffol.
- 22- Frankenstiein (E) – Tendances Nouvelles Du Droit international prive .
- 23- Pouillet – Monuel De Drait intemational prive Belge-3 edit. Bruxelles .
pee 1947 .
- 24- L equette "Y." "L,abandon de La Jurisprudence Bisbal, Rev. 1989.
- 25- Bourel : Du rattchement de quelques de'lits spe'ciaux. Rec cours. Lit
Haye. 1989
- 26- Cremien C. D. I .
- 27- Batifool 1967 .
- 28- Martin wolff private International Law, 2nd , Oxford 1950.
- 29- JAMES A. MESCHEWSKL, CHOICE OF LAW IN ALASKA
ASURVIVAL GUIDE FOR USING THE SECOND RESTATEMENT, 1999.
- 30- Marine constr. V. Vessel tim, 1967.

Abstract

The subject of our study (the civil responsibility of the state for the terrorist acts of its citizens across the border) is one of the most important topics in which the international community is a victim of a terrorist act, especially in the case of conflicts in which societies flow under international terrorism with the intention of limiting and eliminating this phenomenon once and for all. The practical reality has produced for us a global phenomenon as well as an international crime with a transcendental impact, and this crime targets human resources and economic resources regardless of religious, sectarian or national considerations, as the international community is going through this dangerous stage in the face of the challenges of terrorism, and since every state has a territory, authority and people, so each of them has a responsibility. It extends within this region and on certain individuals who are the people. Under this responsibility, the state will be questioned before the internal and international international community. It will ask before the internal community about its behavior in front of its citizens. Either it will ask before the international community about the behavior and activities of its citizens across its borders, which are of a negative nature on the basis of international standards, namely Nationality and domicile are two means through which the responsibility of the state is decided and its transfer to the external environment. The concept of violating the principle of diplomatic protection must be borne by the state of these citizens. Civilian responsibility is full for every harm that may be caused by its citizens. In this case, it is responsible for them and them based on the above criteria. It is responsible for them in the harmful acts they commit across borders, and the fact that terrorist acts are the most dangerous and most harmful because they target international peace and security and target a larger area of people and resources. The economic situation, which the international community is keen to protect and defend in all ways and means, must ask the state of these terrorists, civilly, about the acts committed by its citizens. All the legitimate ways through which these terrorists cross the borders of their

countries to achieve their illegal ends And since terrorism is a global issue, it has become one of the complex functions that have been the focus of researchers' attention because the state is exposed to this phenomenon no matter how fortified it is in security, in addition to the fact that the injured person has become weak before the state and thus remained in need of care because the state is the owner of sovereignty and the owner of security, the state's responsibility is to protect this party The weak and providing him with compensation if he is harmed during terrorist operations, who has no choice but to comply with the rules of traditional responsibility. Therefore, the countries sought to develop solutions, among which was our Iraqi constitution of 2005 and through its recognition of the state's guarantee of a fair compensation to the families of the martyrs and the injured as a result of terrorist operations, because that The activity of the state is no longer limited to its traditional functions at the present time, but has evolved to cover all aspects of life, as it has become one of the state's duties to ensure and protect its citizens by paying harm from them, whatever its form and means, by imposing various penalties on the perpetrator of these acts or by removing the effects of his harmful behavior Hence the growing interest for workers in the field of legal sciences. The interest has shifted to legal systems, which were not satisfied with what was decided by the traditional general rules of obligating the offender to compensate, but also expanded the circle of those who are obligated to pay this compensation in the event that the convict procrastinates because of his financial situation or his unknownness. The terrorist act constitutes a crime in the legal sense of this term, which targets security and stability in the community, whether locally or internationally by killing individuals and destroying money and property. Acts of violence and bombing are the material pillar of this crime. Determination and willfulness, as well as destabilizing security and stability, is its moral pillar As for its actual creation, it is the criminal result of this crime This result is not borne by individuals as much as the countries that top the list of countries with the most number of countries marketing terrorists, in this situation they are far from this

phenomenon, unlike the affected countries, which are This phenomenon is closer to the terrorist operations that take place in it, and terrorism is no longer limited On the area of the country whose nationals are terrorists, it is possible to place another support officer through which the civil responsibility of the state can be determined through its nationals if they commit a terrorist act outside the borders, which is the domicile officer Confronting terrorists, leaving behind them confronting the countries whose nationality terrorists hold or settle in. While these two criteria were adopted on less dangerous occasions than confronting terrorism, it was the first and most appropriate to rely on these two criteria to determine the civil responsibility of states for terrorist acts in which their nationals carry out outside the borders of their country to achieve the interests of their mother country. If we determine the civil responsibility of the state for terrorist acts, it is necessary to specify the law applicable to this responsibility Is it the law of the crime scene or can it be determined through modern laws by which this responsibility can be determined on him? This will be the focus of our study through which it can be determined We define the civil responsibility of the state for the actions of its citizens across the borders of their state.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
And Scientific Research
University of Babylon
College of Law



The civil responsibility of the state for the terrorist acts of its citizens across the border

(Comparative study)

A Thesis Submitted By :

MUHSUN ABDULMUNEEM HADI ALZUBIADI

TO THE COUNCIL OF COLLEGE OF LAW / UNIVERSITY OF BABYLON
IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENT for Ph.D. Degree of
PRIVATE Law

Supervised By :

Professor of private international law
FIRAS KAREEM ALBAIDANI