المعهد العراقي للحوار
Iraqi Institute For Intellectual Dialogue

منطقة الفراغ في القانون الدولي الانساني و اثرها في تطويره

أ.د زهير الحسني

مجلة حوار الفكر
بغداد
العدد : 17
سنة الاصدار: 2011

07905400123
Head@hewariraq.com

مقدمة

تعتبر الظاهرة القانونية من اشد الظواهر الاجتماعية حركة لانها المكلفة بضبط ايقاعاتها كي تستطيع تحقيق السلم الاهلي عبر صراعات القوة وتناقض المصالح وباختلاف الاناسي والامم بسببها (وما كان الناس الا أمة واحدة فاختلفوا...) 19/ يونس و(كان الناس امة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وانزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه . وما اختلف فيه الا الذين اوتوه من بعد ما جاءهم البينات) 213/ البقرة. وما تتابع الشرائع السماوية الا نتيجة التطورات التي تعرضت لها المجتمعات البشرية عبر التاريخ من خلال تطور النظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها ويصدق هذا على الشرائع الوضعية التي تعددت تبعا لتلك التطورات كذلك .

وهذا ما يميز الظاهرة الاجتماعية عن غيرها من الظواهر الكونية الطبيعية التي تخضع لايقاعات مادية وكهرومغناطيسية منتظمة لا يكتنفها تدخل الانسان في حركتها ولا تناقض المصالح البشرية في ديمومتها. فالقانون الكوني واحد ومستقربينما القانون الاجتماعي متعدد ومتغير ، ولذا فانه يكتنفه النقص المستمر بسبب التغير الذي يصيبه بسبب تغير مناحي الحياة الاجتماعية للانسان . ولكن الشرائع السماوية وصلت غاية التطور باكمال الدين بنزول اخر وحي بقوله تعالى (اليوم اكملت لكم دينكم واتمت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) المائدة /3

ولكن الكمال الذي بلغه الاسلام هو كمال في القواعد العامة الحاكمة للعلاقات الانسانية وبعض القواعد التفصيلية دون غيرها مما لا يمكن حصرها بسبب عملية التطور المستمر للعلاقات الاجتماعية. ومن هنا ياتي النقص في الاحكام الشرعية الاجتهادية والفقاهتية بسبب عدم مواكبة مراكز البحث والاجتهاد لتلك التطورات ، مما ينشى فراغا في النظام الاجتماعي يمكن ان نطلق عليه منطقة الفراغ في الفقه الاسلامي. وذلك لان النصوص مهما كانت راقية فهي متناهية بينما الوقائع غير متناهية , ويصدق هذا ايضا على القانون الوضعي فهو غير كامل لا من حيث القواعد العامة لانها متطورة بتطور العلاقات الاجتماعية من جهة ولان نصوصها التفصيلية متناهية من جهة اخرى.

ولمواجهة هذا التفاوت بين القانون والوقائع الاجتماعية ينبغي البحث في حقيقة هذا النقص من جهة (مبحث اول) وكيفية معالجة هذا النقص من اجل تطوير القانون وفق متطلبات التطور الاجتماعي من جهة اخرى (مبحث ثاني) .

المبحث الاول

منطقة الفراغ في القانون الوضعي والفقة الاسلامي

لما كان القانون الوضعي من وضع الانسان فانه يتميز بظاهرة النقص الفطري في القانون ، حيث ان القدرات الانسانية مما بلغت من الرقي تبقى قاصرة عن مواكبة كل التطورات الاجتماعية فضلا عن توقعها . والواقع انه لا يمكن الاحاطة والالمام بكل مشاكل العلاقات الاجتماعية او وضع صيغ نهاية لحلها ، ولذا فان ظاهرة النقص في الاحكام الاسلامية تقف واضحة جنبا الى جنب مع القانون الوضعي مع فارق اساسي يكمن في قدرة المشرع الاسلامي في معالجة

هذه القضية. حيث عقد الصلة بين القواعد العامة للمعاملات المالية والاقتصادية من جهة والقواعد العامة والتفصيلية وقانون الاسرة من جهة ثانية بشرط ربط الاثنين معا بقواعد السلوك الشخصية والاجتماعية المبنية على القيم وقواعد الاخلاق من جهة ثالثة، باعتبارها صمام الامان للسلم الاهلي مع باعث الحصول على الثواب اوالخوف من العقاب الدنيوي والاخروي ، وان كان اثر هذا الربط من الانواع الثلاثة من قواعد السلوك يزداد قوة وضعفا مع نجاح النموذج الاقتصادي الذي يكفل الحد الادنى من مستوى المعيشة للطبقة محدودة الدخل ، ومن هنا يفهم قول على بن ابي طالب (ع) يكاد الفقر يكون كفرا ، اذ لا فائدة للقيم اذا لم توفر هذا الحد الادنى من اشباع الحاجات الرئيسة طبقا لمعدلات الدخل . وسواء نجح الربط بين هذه القواعد ام لا فان النقض في النصوص امر لا يمكن تحاشيه استنادا الى مبدا ان المتناهي لا يمكن ان يسد اللا متناهي ، سواء تعلق الامر بالاحكام الاسلامية ام الاحكام الوضعية وهذا ما يسمى بالنقص الفطري في القانون ويمكن ها هنا التمييز بين نوعين من النقص فيما ياتي:

المطلب الاول: نقص القانون Lacune du droit

وهو فراغ في القانون vide du droit وهو نقص غير مقصود ومرده عدم قدرة المشرع الوضعي توقع كل انواع العلاقات الاجتماعية ليقوم بتنظيمها من جهة وعدم ارادة المشرع الاسلامي وضع احكام تفصيلية غير دائمة ووقائع متطورة تحتاج في حركتها الى احكام تتناسب مع درجة تطورها من جهة اخرى، الا ما يراه المشرع الاسلامي بالنص على بعض الاحكام الثابته او التي يمكن تؤيلها حسب الظروف ، وهذا هو النقص الفطري في القانون الوضعي Lacune paeeter legem وهو الفراغ الفقهي في التشريع الاسلامي ومفاده ان الشارع الاسلامي بما هو له حكم في كل واقعة فردية ام اجتماعية ولكنه لا يمكن ان يبينه تفصيلا لتعذر بيان ذلك لجميع الوقائع في الزمان والمكان، ويكتفي بوضع القواعد العامة التي تساعد الفقيه على استنباط الاحكام منها سواء اكانت على شكل نصوص من القران الكريم او حديث شريف او بقياس ما ليس له حكم باخر فيه حكم لاشتراكهما في العلة ذاتها .

ولذا فلا يصح القول بان الفراغ هو فراغ في التشريع الاسلامي لبداهة ان لكل واقعة حكم من الشارع المقدس وهو مفاد اية اكمال الدين (المائدة /3) ومفاد الحديث الشريف (حلال محمد حلال الى يوم القيامة وحرامه حرام الى يوم القيامة)

(الكافي للكليني 58/1) وانما الفراغ هو في العلم بالاحكام الشرعية جميعا وفي ان واحد وهو الفراغ في الفقه وليس الفراغ في التشريع. ولا نرى حاجة في الدخول في سجالات وجود او عدم وجود الفراغ في التشريع (جواد احمد البهادلي ، الثابت والمغير في الشريعة الاسلامية ، مطبعة مجمع اهل البيت. النجف(2009 ص 303 -351) لان الفراغ هو في الفقه لا في التشريع .

ويسد الفراغ الفقهي باستنباط الحكم الشرعي من ادلته التفصيلية النقلية والعقلية وهو مفاد الاجتهاد في الشريع الاسلامي اما فراغ القانون الوضعي فيعالج بالتشريع الذي تقوم به السلطة التشريعية .

ولا يعتبر من الفراغ الفقهي كل من الاتي :

07905400123
Head@hewariraq.com

1- الحكم الثانوي ، وهو الحكم الذي يستنبطه الفقيه بلحاظ حكم اولى يختلف عنه بسبب ظروف طارئة او استثنائية ترد عليه كجواز اكل الميته خشية الهلال من الجوع لعدم وجود طعام غيره بل وجوبه من اجل البقاء .

2- المباح ، وهو حكم شرعي وليس فراغا شرعيا وهو احد الاحكام الخمسة في التشريع الاسلامي ومفاده ان المكلف مخير في عمل الشئ او عدم القيام به.

3- الحكم الظاهري وهو الذي يستنبطه الفقيه في مورد الشك في الدليل الشرعي وفي مقام الوظيفة العلمية وهو حكم وليس فراغا في الحكم لانه حكم فقاهتي وليس حكما اجتهاديا .

4- الحكم الحكومتي ، وهو حكم صادر بناء على دليل اجتهادي او فقاهتي يقوم به الفقيه الولي بناء على وظيفته الولايتية الى جانب وظيفيته الاجتهادية . اما منطقة الفراغ الفقهي فهي المنظومة من الاحكام التي استحدثت منذ الغيبة الصغرى عند الامامية او غلق باب الاجتهاد عند الجمهور والتي لم يسدها الفقهاء اما لتركها للحاكم الوضعي الذي سد الفراغ الذي نجم عن عدم اهتمام الفقهاء بها والتي يقتضيها التعامل اليومي للمسلم. وتشمل هذه المنظومة الوضعية على احكام القانون الدستوري والاداري والعقوبات والمالي وغيرها من فروع القانون التي انحسر عنها الاجتهاد، عدا ما اهتم به الفقهاء لشدة الابتلاء فيه ومنها ما يتعلق بانواع جديدة من العقود كالشركات والمصارف والبورصة والاستثمار في المجال الاقتصادي وما طرا على تقدم العلوم واستخدام التكنولوجيا كما في الاستنساخ واطفال الانابيب والتلقيح- الصناعي والتشريح وبيع اعضاء الانسان الميت او التبرع بها الى جانب ما يستطيع ان يستغنى عنه الانسان الحي كالكلية والعين وغيرها . وقد صدرت احكام متهاودة في هذا المجال .

وهكذا تبين ان سد باب الاجتهاد لدى الجمهور وانحسار دائرة الاجتهاد عند الامامية قد خلق منطقة واسعة من الفراغ الفقهي سده القانون الوضعي بكفاءة في ميادين متعددة بما فيها احكام القانون الدولي الانساني . وقد عمدت الدولة العثمانية الى تقنين مدونات جديدة مقتبسة من القانون الوضعي الاوربي بعد ان اضحت مجلة الاحكام العدلية غير مواكبة للتطور الحاصل في ميدان التجارة العالمية فشرعت قانون التجارة العثماني سنة 1850 في اطار ما سمي بالتنظيمات وتتابعت عملية التشريع بعد ذلك. ومن المفارقة الاشارة الى تحكيم ابو ظبي سنة 1951. حيث افاد المحكم (سكوت) بان قوانين المملكة العربية السعودية لا تلائم القانون التجاري الدولي مما يستدعي استبعاد القانون السعودي كقانون واجب التطبيق في النزاع وتطبيق القانون السويسري مكانه باعتباره القانون الانسب و الاكثر صلة بالنزاع.

اما ما يقوم به الكتاب والفقهاء في مجال المقارنة بين فقه الجهاد او الحرب والقانون الدولي الانساني الوضعي فهو اقرب للدراسات التاريخية المقارنة وليس من باب الاستنباط ، بل وهناك احكام كثيرة يتعارض فيها الفقه الاسلامي مع القانون الوضعي كقتل الاسير والاسترقاق وملك اليمين وتوزيع الغنائم الحربية وغيرها ، الامر الذي يستدعي فتح باب الاجتهاد لعموم الفقهاء لاستنباط الاحكام الشرعية التي تتلائم وطبيعة العلاقات الدولية المعاصرة دون الاكتفاء بالاحكام الصادرة في عصر الدولة الاسلامية حيث كانت طبيعة الفقه انذاك بانه(فقه المنتصرين) في فترة الفتوحات الاسلامية، اما اليوم فلا توجد هذه المكانة التي كان فيها المسلمون يتمتعون بها انذاك. ولا يوجد اليوم دار حرب مع

الامم والشعوب غير المسلمة فالدول جميعها تتمتع اليوم بالمساواة في السيادة وتضم الامم المتحدة الاغلبية الساحقة من الدول في عضويتها وتبادل الاعتراف فيما بينهما على وجه العموم .**المطلب الثاني**

ثانيا : النقص في القانون Lacune en droit .

ومفاده ان الشرع الاسلامي او الوضعي يمتنع عن قصد في وضع حكم شرعي او قانوني لواقعة او مجموعة من الوقائع التي يمكن ان تنظم بنص تشريعي ، ويعود السبب في ذلك الى صعوبة التوصل الى اتفاق سياسي او اجتماعي لتنظم مثل هذه الوقائع او ان الصياغة التي يمكن التوصل اليها تشتمل على توافقات صعبة تقدم انصاف الحلول لمشكلة الوقائع المذكورة ، خاصة وان الهيئات التشريعية تضم مشرعين ينتمون الى فعاليات سياسية تمثل مصالح متعارضة من الصعب التوفيق بينها .

اما على صعيد التشريع الاسلامي فلعل الشارع الحكيم يترك مساحة من السلوك الاجتماعي يعم اكبر عدد من المكلفين الذين قد يصعب عليهم الامتثال لحكم شرعي ينظم هذا السلوك على وجه الوجوب ، وهذا ما يفهم من قوله تعالى (يأيهاالذين امنوا لا تسألوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم وان تسالوا عنها حين ينزل القران تبد لكم .عفا الله عنها والله عفوّ رحيم. قد سالها قوم من قبلكم ثم اصبحوا بها كافرين) .المائدة /101و.102ويقال ان سبب نزول هذه الاية الشريفة هو سوال عاتكه بن محصن الاسدي النبي (ص) أ في كل عام نجح يا رسول الله؟ فقال النبي لو قلت نعم لوجبت . (محمد حسين الطباطبائي .الميزان في تفسير القران. قم. ص 242) .

وفي هذا عسر لا يتفق والسياسة الشرعية القائمة على اليسر وعدم جعل الدين في حرج. ولعل من اليسير معرفة ما هو نقص القانون الفطري والنقص الاداري في القانون وذلك بفضل السياسة التشريعية الوضعية القائمة على وجود المشرع الوضعي الذي يتولى السياسة التشريعية بنفسه وهو حاضر في الوسط الاجتماعي ويمكن ان يتجاوب معه بسهولة ، اما في التشريع الاسلامي فان انسداد باب العلم العلمي والعملي يلقى عبئا ثقيلا على الفقيه الذي قد يصعب عليه الافتتاء في واقعة تدخل في باب نقص القانون او النقص في القانون وذلك في كل موارد الشك، مما يجعل العملية الاجتهادية صعبة بسبب فقدان الدليل النقلي خاصة في ظل الحذر في التعامل مع الدليل العقلي مما ينقل الفقيه من الدليل الاجتهادي الى الدليل الفقاهتي ويحكم بالبراءة بناء على قاعدة قبح العقاب بلا بيان ولا يحكم بالاباحة لعدم الدليل .

اما على صعيد القانون الدولي الانساني فقد دابت اللجنة الدولية للصليب الاحمر على القيام بدور استشاري مهم لتطوير هذا القانون. ونجحت في انشاء منظومة قانونية تولت شمول قانوني لاهاي وجنيف لمعظم جوانب النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية .على ان عملها الدؤوب لا يخلو من عراقيل فنية وسياسية تمنع اكتمال البنية القانونية لهذين القانونين. ويعتبر التوصل الى البروتوكول الثالث الاضافي لاتفاقيات جنيف الاربع بخصوص حماية الشارة نموذجا للسجالات التي يخوضها ممثلو الدول في المؤتمرات الدبلوماسية لتطوير القانون الدولي الانساني والتي انتهت الى التوصل الى توافق ما لحل مشكلة النجمة السداسية. ويمكن وصف هذه الصعوبات باعتبارها نقصا في القانون ناجما عن

صعوبة الاتفاق على حل ينال رضا الاغلبية المطلوبة لدخول الاتفاق حيز النفاذ ، دون ان ننسى جوانب نقص القانون الناجمة عن صعوبة تنظيم كل تفاصيل قانوني لاهاي وجنيف.

وكما اشرنا انفا فان هذا التطور في القانون الدولي الانساني الوصفي لم يرافقه تطور على صعيد الفقه الاسلامي بسبب غلق باب الاجتهاد من جهة واتجاه الدول الاسلامية الى تبني القانون الوضعي في تشريعاتها الوطنية والانضمام للمعاهدات الدولية المنظمة للعلاقات بين الدول من جهة اخرى .

المبحث الثاني

اثر الفراغ في تطوير القانون الوضعي والفقه الاسلامي

Impact de la vacun zone sur le development du D.I.H

لما كانت الظاهرة القانونية ظاهرة متحركة لمعالجة مقتضيات العلاقات الاجتماعية المتطورة فان اية مساحة من الفراغ تكون مدعاة لشغلها من قبل ادوات التشريع اما بطبيعتها المفهومية (مطلب اول) او بطبيعتها البينوية (مطلب ثاني)

المطلب الاول: الوسائل المفهومية لسد الفراغ في القانون الدولي الانساني

Moyens conceptuals de combler les lacunes en D.I.H

تحتاج الواقعة الاجتماعية لكي تكتسب صفة الواقعة القانونية الى عناصر تميزها عن غيرها من الوقائع بواسطة مفهوم ينتزع منها على وجه الاجمال دون تحديد مسبق لما يترتب عليها من حقوق والتزامات . فالنزاع المسلح باستخدام القوة المسلحة ولكي يكون نزاعا دوليا ينبغي ان يكون اطرافه اشخاصا دولية من دول او محاربين او غيرهم والا كان نزاعا مسلحا غير دولي. فالاول يخضع لاحكام المادة 2 المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 بينما الثاني يخضع للمادة 3 المشتركة لهذه الاتفاقيات. وقد خضع النزاع المسلح غير الدولي للقانون الوطني مطلقا وكان يطلق عليه الحرب الاهلية .الا ان اتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 شملت ضحاياه بحماية القانون الدولي بموجب المادة 3 المشتركة التي وفرت حدا ادنى من الحماية يكاد يقترب من النزاع المسلح الدولي . فمهوم النزاع المسلح غير الدولي اوجد نظاما قانونيا للحماية وسد فراغا لم يعالجة القانون الوطني الذي يخضع له المحاربون الذين يقاتلون القوات الحكومية. فالاصل المفهومي للقاعدة القانونية هو الذي يحدد عناصر هذه الواقعة كمقدمة لبيان الحكم القانوني لها في شكل حقوق والتزامات تترتب على اشخاص هذه الواقعة .

وقد خضعت الاسلحة النارية للتنظيم في قانون لاهاي ولاول مرة منذ اعلان سان بتسبرغ في 1868/11/29 عندما حرم استخدام هذه الاسلحة ابتداء من عيار 400 غرام وهي الاسلحة التي تسبب جروحا وحروقا للمحاربين مما يجعلها اسلحة فتاكة يتنافى استخدامها والمبادى الانسانية في القانون الدولي. فعيار 400 غرام اصل مفهومي في قانون لاهاي من شانه ان يرتب التزامات على المتحاربين بعدم استخدامها كوسيلة من وسائل الحرب.

ولكن الاصل المفهومي (Origine conceptual) للواقعة القانونية لا يكفي لسد الفراغ التي تقع فيها هذه الواقعة ، وانما ينبغي ان تنقل الى الاصل البنيوي لها (origine structural) لكي يكون لها نظام قانوني خاص بعد ان كانت تقتصر على نظام مفهومي وحسب . ومن هنا نفهم ان السلاح الابيض كان مباحا قبل استخدام البارود في صناعة الاسلحة ولكن البارود انشا نظاما مفهوميا جديدا للسلاح وهو السلاح الناري الذي بقي في دائرة الفراغ القانوني وغير خاضع للتنظيم حتى صدور تصريح سان بتبسبورغ لسنة 1864 انف الذكر لينشى لها نظاما قانونيا بنيويا بتحريم استخدامه في القتال.

ويعتبر كل من قانون لاهاي وقانون جنيف منطقة فراغ في الفقه الاسلامي في الوقت الحاضر لانهما يخضعان للقانون الدولي الانساني الوضعي الذي انضمت اليه دول المجموعة الدولية بما فيها الدول الاسلامية . اما محاولات المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانوني الوضعي فهي من باب المقارنة الافتراضية لانه لا يوجد فراغ في القانون الوضعي الذي يمكن سده باحكام الفقه الاسلامي. والمطلوب في هذا الصدد امكانية سد الفراغ في القانون الوضعي في مجالات ما زالت محكومة بالقانون المفهومي ومسكوت عنها في القانون البنيوي الوضعي .

وهذا هو الاشكال الذي وقعت فيه محكمة العدل الدولية في فتواها في 1996/7/8 بشان مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها في حالة الدفاع الشرعي عندما يكون وجود الدولة معرضا للخطر. حيث انتهت المحكمة الى القول بعدم وجود قانون يحكم هذه الحالة اقرارا منها بوجود منطقة فراغ في اطار قانون المفهومي للاسلحة النووية يتمثل بعدم وجود قانون بنيوي يحكم مسالة التهديد بهذه الاسلحة او استخدامها في القضية المعروضة على المحكمة. وكانت محاولة جني Jeny في اوائل القرن الماضي في التمييز بين المعطيات donnees والبنى construits جيدة للتفرقة بين الاصل المفهومي للقانون كمجموعة من المعطيات القانونية التي تشتمل على المبادى المجردة للقانون والاصل البنيوي الذي يتضمن الاحكام التفصيلية لهذه المبادئ والتي اطلق عليها اسم القواعد القانونية باعتبارها تحدد حقوق والتزامات اشخاص الواقعة القانونية .ويلعب الفقه الوضعي دورا مهما في نشوء الاصل المفهومي للقاعدة القانونية باعتباره مصدرا ماديا للقاعدة القانونية يتضمن معطيات مفهومية تحتوي على فراغ من الحقوق والالتزامات التي لا يمكن سدها الا بواسطة النظام القانوني البنيوي .

والغالب في القواعد القانونية في القانون الدولي انها بدات في شكل مفهوم قانوني concept juridique من خلال نظريات او مقترحات دبلوماسية او قوانين وطنية تم تتحول الى بنى قانونية Structures Juricliques

فمفهوم الاسير ظهر في كتابات مونتسكيو وجان روسو والبحر الاقليمي في ابحاث بنكرتسوك وجليا بي والبحر العالي في كتابات غروسيوس والجرف القاري في اعلان ترومان 1945 والمنطقة الاقتصادية الخالصة في اعمال منظمة الوحدة الافريقية 1973 والمنظمة الدولية خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية في تقديم تصريح ارفيد باردو امام الجمعية العامة للامم المتحدة 1967 . وقد احتاج مفهوم الايسو الى اتفاقية 1846 لياخذ بنيته القانونية وكذلك البحر الاقليمي الى اتفاقية جنيف الاولى لسنة 1958 والبحر العالي الى اتفاقية الرابعة لسنة 1958 والجرف القاري الى اتفاقية الثانية

لسنة 1958 والمنطقة الاقتصادية الى اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 وكذلك المنطقة الدولية(زهير الحسني الاصل المفهومي والاصل البنيوي للقانون الدولي العام مجلة العلوم القانونية كلية القانون ، جامعة بغداد 2008/خ ص 136).

وهكذا تبقى منطقة الفراغ قائمة في ظل النظام المفهومي حتى ينشا النظام البنيوي لسد هذا الفراغ بما يتم التوصل اليه من اتفاقيات دولية يسعى اليها القانون الوصفي ليحدد حقوق والتزامات اشخاص العلاقات القانوني الدولية المفهومية وقد كان رفض الولايات المتحدة الاتفاقية 1982 انفه الذكر الى عدم دخولها حيز النفاذ بسبب اعتراضها على الجزء الحادي عشر منها الخاص بنظا

استغلال المنطقة الدولية الامر الذي ادي الى قيام مشاورات غير رسمية سنة 1995 ادت الى ابرام الاتفاق التنفيذي في 1994/7/28ودخوله حيز النفاذ الموقت في 1994/10/16.

المطلب الثاني: الوسائل البنيوية لسد الفراغ في القانون الدولي الانساني

Moyens structural de comblerr les lacunes en . D.I.H

لا يملك اي نص فقهي او وضعي صفة الخلود لان هذا النص متاه والوقائع الاجتماعية غير متناهية والمتناهي لا يحيط باللامتناه ولا تسطيع اية مدولة مهما بلغت الرقي ان تصل درجة الكمال ولا بد ان يكتنفها الفراغ ولا بد من احد يسد مثل هذا الفراغ وما من نظام من الانظمة القانونية الا ويسعى لذلك ففي الشريعة الاسلامية يقوم نظام الاجتهاد باستنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية ولا ينبغي سد هذا النظام الان تمكينا لاحكام الشريعة من اداء وظيفتها في تنظيم العلاقات الاجتماعية الوطنية والدولية وفق الاجتهادات الحديثة لا الفتوى القديمة في هذا المجال وذلك لمواكبة التطورات العميقة في العلاقات الدولية منذ غلق باب الاجتهاد في اوائل القرن السادس.

وينبغي العمل بالعقل والقياس لاستنباط الاحكام الشريعية في حالة فقدان الدليل النقلي والاستفادة من القواعد الفقهية في التشريع في الحكم الشرعي حسب مقتضى الحال وبذلك يمكن العمل على تضيق موارد الشك سعيا وراء الحصول على الحكم الاجتهادي الواقعي بالنظر لعدم تحديد الاصول العملية على الاستجابة لحاجات التعامل الدولي ولا ينبغي حصر استنباط الاحكام الشرعية الاجتهادية يولي الامر او بطلب منه لان الاجتهاد في الاسلام مفتوح لكل من يملك القدرة عليه سواء ما يتعلق بتشخيص الموضوعات او تشخيص الامم او اختيار الحكم المناسب عند عند التزامهم بين الادلة الشرعية فمنطقة الفراغ ليست مستنبطة من مبدا وجوب طاعة ولي الامر وانما هي مستفادة من مبدا انسداد باب العلم العلمي والعملي خلافا لراي البعض (علي اكبر الحائري منطقة الفراغ في التشريع الاسلامي /دراسات ص 115) ولذا فانه يجوز للفقيه الجامع للشرائط ومجلس النواب يسد منطقة الفراغ بما يتلائم ومصلحة البلد ومتطلبات الوقت في كافة ميادين الدولة وباشراف الفقية (توجهات حول ما يناسب العراقيين من حكومة موقع المرجع الشيخ الفياض 30 صفر 1426.

ولكي يمكن سد الفراغ بالوسائل البنيوي لابد من الاستناد على اساس شرعي وقانوني فيما ياتي :

اولا: القانون الدولي الاتفاقي تداركت اتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 منطقة الفراغ الناجمةعن اكتمال النصوص في هذا الاتفاقيات وذلك بالاستناد على شرط مارتنس Clause Martens باسم وزير خارجية روسيا القيصرية خرودريتشن فون مارتسن (1845-1909) والذي ادرج ضمن ديباجة اتفايات لاهاي لتسوية النزاعات الدولية بالطرق السليمة في سنة 1859-1907 وينص الشرط على الاتي :-

(بانتظار صدور مدونة كاملة لقوانين الحرب ، تعتقد الاطراف المتعاقدة السامية انه من المناسب التحقق من ان السكان والمحاربين يبقون في حماية وتحت سلطان مبادى قانون الشعوب في الاحوال التي لا تتضمنها الاحكام التنظيمية التي اتفقت عليها ، كتلك الناجمة عن التعامل القائم بين الامم المتمدنة وقوانين الانسانية ومقتضيات الضمير العام.

وقد جاء هذا الشرط في تصريح للمثل الروسي امام فموتمر لاهاي لسنة 1899 بسبب عدم توصل المؤتمر الى اتفاق حول وضع المدنيين الذين يحملون السلاح ضد قوات الاحتلال فقد كان من راي الدول الكبرى معاملة هولاء المدنيين كقناصة France- Tireurs ويمكن اعدامهم ، بينما تؤيد الدول الصغرى معاملتهم كمحاربين نظاميين ، وقد اخذ شرط مارتسن بعدا اوسع فيما بعد في نصوص القانون الدولي الوضعي.

ويفهم من شرط مارتس بالمعنى الواسع بان قواعد القانون الدولي العرفي تبقى سارية بعد تبينها في قواعد اتفاقية بالنظر لانه قليل من المعاهدات المتعلقة بقانون النزاعات المسلحة ما هو كامل ، وبان شرط مارتنس يفيد بان كا مه هو ليس ممنوعا طرحه في معاهدة (لا يعني انه مسموح به وان سلوك المحاربين في النزاعات المسلحة لا يحكم فقط بموجب المعاهدات والعرف وانما بموجب مبادى القانون الدولي التي وردت في شرط مارشس .

وبالنظر لادراج شرط مارتس في متن اتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 ثم في البروتوكولين الاضافيتين لسنة 1977 ، فهذا يعني اعطاء المزيد من الاهمية لهذا الشرط الذي كان مدرجا في ديباجة اتفاقيات لاهاي لسنة 1899 و 1907 حيث اصبح الشرط جزءا من القانون الوضعي بحيث يمكن ان يكون اداة بنيوية لسد الفراغ الناجم عن عدم احاطة القانون الدولي الانساني بكل المشاكل التي يثيرها قانون النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية .

غير ان مفاد هذا الشرط ما زال غير محدد في شكل النزاعات وحقوق معينة على الدول الاطراف في القانون الدولي الانساني ، حيث ان تعابير مثل مبادى الانسانية وقوانين الانسانية والضمير العام لا تعدوا ان تكون ضوابط معيارية regales Normative وليس قواعد قانونية وضعية واضحة ، واذا اردنا مزيدا من التوضيح في هذه الضوابط المعيارية دون تحميل الشرط اكثر مما فيه فاننا يمكن ان نذهب مذهب Jean Pictet في تفسيره بان الانسانية تعتني تقديم الاسير على الاصابة بجرح والاصابة على الموت وتحاش استهداف غير المحاربيين وان الاصابة بجرح ان تتم باقل ضرر وان المصاب يمكن ان يعالج وبشكل اقل من الالام وان الاحتجاز قابل للتحمل ويمكن جمع هذه المعايير المقدمة بمعيار عام يتمثل في مبدا اساسي من مبادى القانون الدولي الانساني وهو (تحريم استخدام الوسائل والطرق الحربية التي تسبب معاناة غير ضرورية للتوصل الى تحقيق الاهداف العسكرية) وهذا هو المبدا الذي نص عليه صراحة تصريح سان بتسبرغ في 1968/11/29 بقولة ان يجب ان يكون من شان تقديم المدينة التخفيفف بقدر الامكان من كوارث

الحرب ويجب ان يكون الغرض الشرعي الوحيد الذي تستهدفه الدول اثناء الحرب هو اضعاف قوات العدو العسكرية ويكفي لهذا الغرض عزل اكبر عدد ممك من الرجال عن القتال وقد يتم تجاوز هذا الغرض اذا استعملت اسلحة من شانها ان تفاقم دون اي داع الام الرجال المعزولين عن القتال او تؤدي حتما ال قتلهم ويكون استعمال مثل هذه الاسلحة بالتالي مخالفا لقوانين الانسانية .

ومع هذا فان هذا النص يبقى عاما وغير محدد بالتزام معين بحد ذاته خاصة وان الدول الكبرى التي تمتلك اسلحة التدمير الشامل انما تستند الى القانون الوضعي القائم على الاساس الاداري الاتفاقي بحيث لا يمكن الزامها الا بارادتها الصريحة كما لا يمكن الزامها بقواعد التعامل الدولي على اساس عرفي اذا اعربت صراحة عن معارضتها لمثل هذا التعامل والذي يتمثل في الغالب بعدم التصديق او الانظمام الى المعاهدات الخاصة بالزاعات المسلحة او الصتريح بعدم الالتزام بها بحيث لا يمكن للقواعد القانونية التي (يجب ان تكون Lege Ferenda ان تتحول الى قواعد قانونية (كما هي كائنة) Lege lata وقد اعربت الولايات المتحدة امام محكمة العدل الدولية في قضية مشروعية استخدام الاسلحة النووية للدفاع الشرعي من اجل البقاء بقولها بان القواعد العرفية لا يمكن ان تنشا مقابل اعتراضات الدول المعنية بها ، حيث ان القانون الوضعي لا يعتمد على ارادات الدول فقط بل على ارادات الدول الاكثر معينة بها ، وهذا يعني في قانون النزاعات المسلحة ان الدول التي تمتلك الاسلحة الاكثر تعقيدا وتقدما تستطيع منع نشوء قاعدة قانونية عرفية من شانها ان تمنع استخدام تلك الاسلحة ، علما بان الولايات المتحدة والحلفاء استندوا على القانون الطبيعي في تجريم ومعاقبة مجرمي الحرب الالمان اليابانيين امام محكمة نورمبورغ سنة 1945 وطوكيو سنة 1946 وهذا يعني ان مواقف الدول وخاصة الدول الكبرى تعتمد على مصادرها الوطنية (raison d Etat بقطع النظر عن مدى حجية القاعدة القانونية التي تتعامل بها فتلجا للقانون الوضعي عندما نتعامل بالمعنى الضيق (Strircto sense us) مع القاعدة القانونية كما تلجأ للقانون الطبيعي عندما نتعامل مع القائمة القانونية بالمعنى الواسع (Lato Sensus) ومن هنا تنشأ منطقة الفراغ في القانون عندما يراد لهذه المنطقة ان تبقى فارغة كي تسطيع الدول التعامل بمرونة مع القاعدة القانونية وهذا هو النقص الارادي في القانون(Lacune en droit) ومع هذا فان شرط مارتنس يلعب دورا مهما في الربط بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي من اجل تطوير القانون الوضعي عن طريق سد الفراغ فيه بواسطة نقل قواعد القانون الطبيعي الى قواعد القانون الوضعي اي الانتقال من الوسائل المفهومية لسد الفراغ في القانون الى الوسائل البنيوية وتلعب الدول الكبرى الدور الاساس في اطار القانون الدولي الانساني.

والواقع ان وجود منطقة الفراغ يمكن ان تثير مشاكل تتعلق بوجودها فعلا وليس بامكان القاضي سد الفراغ بما هو تشريع فالمادة 4 من القانون المدني الفرنسي تلزم القاضي بالحكم في نزاع وليس بسد الفراغ ، حيث يمكن له التحقق من وجود الفراغ اولا وليس هذا انكار للعدالة اما في القانون الانكليزي فان العدالة هي التي تسد الفراغ بناء على قدرة القاضي القيام بذلك.

والتحقق من الفراغ انما يتم بملاحظة سكوت القانون او في حالة الشك في وجود حكم القانون، وفي هذا الاطار يستوي القانون الوضعي والفقه الاسلامي في هذا المجال مع ملاحظة الفرق في الاداء ، فالفقه الاسلامي يسد دائرة

07905400123
Head@hewariraq.com

الفراغ فيه بفتوى الفقيه الجامع للشرائط او الفقيه الولي او السلطة التشريعية تحت اشراف الفقيه ، اما في القانون الوضعي فلابد من تدخل السلطة التشريعية بحد ذاتها في القانون الداخلي او عن طريق القانون الدولي الاتفاق او العرف احيانا وقد افتت محكمة العدل الدولية في قضية مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها في حالة الدفاع الشرعي كملاذا اخير من اجل البقاء في 1996/7/8 حسب الاساسين المفهومي والبنيوي للقانون الدولي العام بالاتي:

أ- الاساس المفهومي حيث يتمثل الاتجاه فيه نحو تحريم التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بموجب الفقرات الثلاث من الفتوى وبما لا يقبل بوجود مجال للشك في القانون الوضعي .

- الفقرة أ من الفتوى وبالاجماع بعدم وجود ما يجيز في قانون السلام التهديد بهذه الاسلحة او استخدامها لافي القانون الدولي ولا الاتفاقي .
- الفقرة ج من الفتوى وبالاجماع بعدم مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بمقتضى م/ح/4 من ميثاق الامم المتحدة وشروط المادة 51 الخاصة بالدفاع الشرعي.
- الفقرة د من الفتوى وبالاجماع بان يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها متماشيا مع مقتيضات مبادى القانون الدولي الانساني ومعاهدات قانون النزاعات المسلحة اي بفرضية البدء فعلا بالتهديد بهذه الاسلحة او استخدامها

ب-الاساس البنيوي ، وتتجة الفتوى نحو الحذر في التوصيف القانوني الحكم التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها لان التوصيف البنيوي لا ينحصر بالعموميات كما هو شأن الاساس المفهموي بل يتعلق بوقائع قانونية محددة ، ولايخفى ان التوصيف العمومي هو توصيف نظري من السهل الافتاء فيه بينما الاساس البنيوي يحاكي الاسلحة النووية كواقع حقيقي بيد الدول الكبرى بشكل رادعا حقيقيا سواء جرى التهديد به ام لا وسواء تم استخدامه او لا ، وهنا تاتي الفتوى باغلبية قوية تارة وضعيفة اخرى بدل الاجماع في التوصيف القانوني لحكم هذه الاسلحة فيما ياتي.

-الفقرة ب من الفتوى باغلبية 11 ضد 3 بان ليس في القانون الدولي العرفي ولد القانون الدولي الاتفاقي اي ضطر (شامل) بالتهديد بالاسلحة النووية (بالذات) او باستخدامها .

-الفقرة هـ من الفتوى باغلبية 7 ض 7 مع ترجيح صوت رئيس المحكمة بانه وبناء على المقتضيات الواردة في الفقرة د فان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مخالف (بصورة عامة)لقواعد القانون الدولي المنطقة في اوقات النزاع المسلح وخاصة مبادى القانون الانساني ، ولكن وبالنظر لحالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الواقعية المتوفرة لدى المحكمة ، فليس في وسعها ان تخلص الى (نتيجة حاسمة) بشأن ما اذا كان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مشروعا او غير مشروع في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضا للخطر.

والواقع ان عرض المشكلة في قانون النزاعات المسلحة يعني استبعاد حل المشكلة بالمعنى المفهومي في قانون السلام ففي الوقت الذي يحرم استخدام هذه الاسلحة او التهديد بها في قانون السلام ، فان الامر يختلف في قانون لاهاي حيث الحرب قد وقعت فعلا وفي هذه الحالة ينبغي تكييف شرعية استخدام هذه الاسلحة او التهديد بها في اطار هذا القانون اي من حيث امكان تطابق ذلك مع الشروط اللاوم مراعاتها في وسائل وطرق الحرب وليس من حيث شرعية او عدم شرعية الاستخدام او التهديد له من حيث المبدا ولا نرى وجود نقص في القانون في ظل قانون لاهاي حيث ان استخدام الاسلحة النووية او التهديد بها عند وقوع الحرب انما ينظر اليه في اطار احترام قواعد القانون الدولي الانساني من حيث حرمته عدم التمييز بين المحاربين وغيرهم من جهة وحرمة الاستخدام المفرط للسلاح بما يسبب الام مفرطة بما لا تقتضيه الضرورة العسكرية من جهة ثانية واحترام مبدا التناسب في الرد من جهة ثالثة .

ويبدو انه من الصعب عمليا وبسبب طبيعة الاسلحة النووية التي لا يمكن فيها مراعاة القواعد الانسانية في قانون النزاعات المسلحة فيما يتعلق بمبدا عدم التمييز والاستخدام المفرط لهذا النوع من الاسلحة فيما عدا المبدأ الثالث وهو التناسب ، فانه هو المبدأ المهم في هذه القضية الذي يلزم مراعاة والذي يلزم فيه التمييز بين الدفاع الشرعي وهو امر مشروع والانتقام وهو الحرم بموجب م/ 20 من البروتوكول الاضافي لسنة 1977 فالانتقام ينتهك مبدا التناسب ويجعل استخدام الاسلحة بموجبه محرما دوليا ومن هنا جاء تهافت فتوى المحكمة بالقول بعدم وجود قانون بسبب عدم تمييزها بين باستخدام السلاح النووي كدفاع شرعي كملاذا وحيد من اجل البقاء وبين الانتقام الذي يخرج عن حدود الدفاع الشرعي، فاستخدام السلاح النووي لاول مرة للرد على عدوان غير نووي لا يستوفي شرط الدفاع الشرعي ويكون انتقاما ما دام بالامكان الرد باي نوع اخر من الاسلحة وهو محرم بينما الرد النووي على العدوان النووي كملاذ وحيد من اجل البقاء وبشكل متناسب فهو دفاع شرعي تم بموجب القانون وليس خارج القانون فلا يوجد فراغا قانونيا في هذه الحالة ، وكان على المحكمة ان تقول القانون عن طريق التمييز بين الدفاع الشرعي الذي يسوغ الرد بالسلاح النووي على عدوان بالسلاح النووي وبشكل متناسب في الرد من حيث الكم والنوع وبين الانتقام الذي ينتهك مبدا التناسب كان يكون ردا نوويا على عدوان غير نووي او ردا نوويا شاملا على عدوان نووي او ردا نوويا شاملا على عدوان نووي جزئي وهكذا .

وعليه فانه يمكن القول بعدم وجود فراغ لا في الاصل المفهومي للقانون الدولي ولا في الاصل البنيوي وان المحكمة بقولها بان ليس في وسعها ان تخلص الى نتيجة حاسمة بمشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضا للخطر والذي جاء باغلبية صوت واحد وهو صوت الرئيس في الفقرة هـ بعد تعادل الاصوات ، هو قول غير دقيق لوجود قانون بذلك وان قولها بعدم وجود خطر شامل على التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بالذات وباغلبية (11) ض (3) في الفقرة ب من الفتوى غير دقيق كذلك في اطار قانون السلام لان المحكمة اهملت مراعاة القيود المفروضة في القانون الدولي الاتفاقي على الاسلحة السامة والحارقة ابتداء من تصريح سان تبسبرغ في 1868 ومروا ببروتوكول جنيف لسنة 1925 بشان الاسلحة السامة والحارقة والكيمياوية

والجرثومية هذا على صعيد القانون البنيوي اما على صعيد القانون المفهومي فانه شرط مارتنس يفرض قيدا رئيسا على طرق واستخدام وسائل الحرب بما يفيد عدم التسبب بالام مفرطة ومعاناة غير ضرورية للمحاربين ولغير المحاربين وهو ما تسبب الاسلحة النووية التي لا تتميز في اثارها بين المحاربين وغير المحاربين لانها اسحلة عشوائية وحارقة وكان المحكمة لا تريد ان تدخل الاسلحة النووية ضمن هذه الانواع المحرمة من الاسلحة(د. زهير الحسني الاصل المفهوميوالاصل البنيوي للقانون الدولي العام) (مجلة العلوم القاونية كلية القانون جامعة بغداد 2008 /2 ص150 وما بعدها وانظر) حازم تعلم مشروعية الاسلحة النووية في ضوء الراي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 يوليو 1996 في دراسات فيالقانون الدولي الانساني والمستقل ص 306 وبعدها .

نخلص ما تقدم ان سد الفراغ في القانون الدولي الانساني هو من اهتمام الجماعة الدولية منذ اول تدوين شامل للقانون الدولي العام في اتفاقيات لاهاي 1899 و 1907 بالنص على شرط مارتنس في القانون الدولي الاتفاقي وان عملية سد الفراغ لا ينبغي ان تناط بالقاضي لعدم قدرته على صنع القانون فضلا عن الفقيه، بل ينبغي ان تستمر اللجنة الدولية للصليب الاحمر في الدعوة الى المؤتمرات الدبلوماسية لهذا الغرض.

اما على صعيد الفقه الاسلامي فان الفقهاء الاسلاميون مخاطبون بشرط مارتنس شانهمشان فقهاء ودبلوماسي القانون الوضعي وان زمام المبادرة هو في يد الفقهاء الاسلاميين للمشاركة في مساعي اللجنة الدولية للصليب الاحمر لتطوير القانون الدولي الانساني لان المبائ العامة في الشريعة الاسلامية تشكل جزءا من مبادئ الانسانية والضمير العالمي .

ثانيا: القانون العرفي ، لا يخفى على المختصين في القانون الدولي العام بانه هذا القانون عرفي المنشأ وخاصة في مجال قانون المعاهدات والعلاقات الدبلوماسية وقانون البحار قبل ان تدون قواعد في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 واتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 واتفاقية فينا للعلاقات القنصليه لسنة 1963 واتفاقيات قانون البحار الاربع لسة 1958 بينما يصعب علينا القول بان القانون الدولي الانساني عرفي المنشأ بدليل ان اتفاقية جنيف الاولى لتحسين حال العسكرين الجرحى في جيوش الميدان (البوية) جاءت كرد فعل على ممارسات القوات المتحاربة غير الانسانية التي ادت الى موت الجرحى الجرحى في ميدان معركة سلفارنيو سنة 1959 وهذا يعني ان القانون الدولي الانساني منذ نشاته الاولى جاء لمكافحة اعراف تميزت بالوحشية في ميادين القتال . ويصدق ذلك على تصريح سان تبسبورع لسنة 1868 بشان الحد من نطاق الاسلحة النارية ومنع وسائل وطرق الحرب التي تسبب معاناة غير ضورية للمحاربين ولغير المحاربين وتطون القانون الدولي الانساني بفرعيه قانون جنيف وقانون لاهاي بشكل جيد في اتفاقيات لاهاي لسنة 1899 – 1907 من اجل ارساء قواعد قانونية جيدة تخالف الاعراف السائدة في النزاعات المسلحة وهذا يعني ان تطوير القانون الدولي الانساني جاء عن طريق القانون الاتفاقي لا القانون العرفي ان لم يكن لتغير العرف الدولي لقانون الحرب باتجاه معاكس ويؤيد ذلك مرة اخرى السياسة التي درجت عليها اللجنة الدولية للصليب الاحمر منذ ابرام بروتوكولي جنيف الاضافيين لسنة 1977 بتطوير القانون الدولي الانساني اي بايجاد قواعد جديدة تختلف عن القواعد التقليدية وليس بتعيين قواعد هذا القانون على اساس عرفي . وذلك بعكس الاتجاه الذي

سارت عليه لجنة القانون الدولي بتقين قواعد القانون الدولي العام العرفي عن طريق القانون الاتفاقي . بل وبالرغم من ابرام اتفاقية 1864 فقد اندلعت حروب شرسة اخرى منها حرب شلذويغ سنة 1864 وحرب بروسيا ضد النمسا سنة 1866 وحرب فرنسا ضد بروسيا سنة 1870 وكانت حروبا محزنه اظهرت محاسن هذه الاتفاقية بقدر ما ظهرت نواقصها وضرورة اصلاح هذه النواقص (محمد عزيز شكري . تاريخ القانون الولي الانساني وطبيعية في دراسات في القانون الدولي الانساني دار المستقبل العربي . القاهرة / 2000ص 19) , مما يفهم منه بان التعامل الدولي (العرفي) في الحرب كان مخالفا للمبادى الانسانية التي يقوم عليها القانون الدولي الانسانية وبالرغم من عملية انسنة هذه القواعد في القانون الدولي الاتفاقي وكانت المآسي التي خلفتها الحربان العالميتان 19143-1918و 1939 -1945 سببا لابرام اتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 وكذلك الفضائح التي نجمت عنها حروب التحرير الوطنية ضد الاستعمار والتي كانت وراء تطوير القانون الدولي الانساني في بروتوكولي جنيف الاضافيتين لسنة 1977 وخاصة شمول النزاعات المسلحة غير الدولية بقواعد القانون الدولي الانساني.

نفهم مما تقدم ان التعامل الدولي للمحاربين في النزاعات المسلحة الدولية منها وغير الدولية يتعارض مع المبادى الانسانية وان عملية التدوين والتطوير تبتغي انسنة هذا التعامل وتوجيه المحاربين توجيها مخالفا لطبائع الحرب الوحشية وبناء عليه فاننا لا نذهب مذهب اللجنة الدولية للصليب الاحمر المثالي في البحث عن المبادى الانسانية في القانون العرافي للحرب ومساعيها في البحث عن هذه المبادى من خلال اعمال المؤتمر الدولي لحماية ضحايا الحرب المنعقد في جنيف بين اب /ايلول 1993والذي ادى الى تكليف خبراء حكوميين من خلال فريق دولي مفتوح العضوية لدراسة وسائل عملية لتعزيز الاحترام الكامل للقانون الدولي الانساني واعداد تقرير الى الدورة التالية للمؤتمر التي انعقدت في جنيف في كانون الثاني 1995 والتي اعتمدت توصيات لهذا الغرض بما في ذلك تامين معرفة افضل وتنفيذا اكثر فعالية للقانون الدولي الانساني وتكليف اللجنة الدولية لاعداد تقرير عن القواعد العرفية للقانون الدولي الانساني وفي سنة 2005 نشرت اللجنة الدولية التقرير بعنوان دراسة عن القانون الدولي الانساني العرفي وذلك لسد الفراغ في القانون الدولي الاتفاقي من ناحيتين .

أ- عدم سريان القانون الدولي الانساني الاتفاقي على الدول التي لم تصادق او تنضم الى المعاهدات المبرمة في هذا الميدان بسبب الاثر النسبي للمعاهدات فبالرغم من انضمام الاغلبية الساحقة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة 1949 فان عددا لاباس به من الدول لم ترتبط لحد الان بالبروتوكولين الاضافيتين لسنة 1977.

ب- عدم شمول النزاعات المسلحة غير الدولية باحكام النزاعات المسلحة الدولية في الوقت الذي تفاقمت فيه مشاكل الاولى التي ادت الى كثير من الضحايا حيث لا ينطبق عدد من المعاهدات على هذه النزاعات وان المادة 3 المشتركة لا تقدم معالجة كافية للنزاعات المذكورة ، كما ان البروتوكول الثاني الاضافي يتضمن سادة فقط بينما تزيد مواد البروتوكول الاول الاضافي على 80 مادة مما يعكس التفاوت الكبير في القانون الاتفاقي بين هذين النوعين من النزاعات (جون – ماري هنكرتس) ولويز دوزوالد – بك – القانون الدولي الانساني المجلد الاول) القواعد اللجنة الدولية للصليب الاحمر – القاهرة 2007 ص 7 XX وما بعدها) .

ونعتقد اللجنة الدولية ان كثيرا من القواعد الاتفاقية في البروتوكولين الاضافيتين الاول والثاني اصبحت قواعد عرفية ووضعت جدولا ب /6/ قاعدة في دراستها انفة الذكر على انها اضحت قواعد عرفية دون تحديد الطابع العرفي لكل قاعدة باتفاقية ، والواقع فان التعامل الدولي لا يتفق مع النظرة المتفائلة اللجنة الدولية ويحول دون نشوء قواعد عرفية تسد الفراغ في القانون الدولي الاتفاقي في الاسباب الاتية :-

1- ان كثرة الانتهاكات التي ترد على القانون الدولي الانساني الاتفاقي وان كانت لا تحل بحجة القواعد الاتفاقية الا انها تمنع تحولها الى قواعد عرفية لانعدام التناسق والعقيدة القانونية .

2- ان عدم التصديق او الانضمام للقانون الدولي الاتفاقي يعني عدم قيام العقيدة الثانونية للقواعد الاتفاقية من جهة نظر الدول الممتنعة عن التصديق او الانضمام وبالتالي عدم عرفيتها

3- ان معارضة الدول غير المنضمة للقانون الدولي الاتفاقي صراحة اوضحا يعني عدم التزامها بحجية تلك القواعد في مواجهتها .

4- ان الممارسات المتناقصة من قبل بعض الدول ازاء القواعد الانسانية الاتفاقية يفيد عدم وجود تعامل دولي عام متناسق ومنتظم مما يعيق توفر الركن المادي في القاعدة القاونية العرفية وتتجلى الممارسات المتناقضة كذلك في تعامل الجماعات المعارضة المسلحة في النزاعات المسلحة غير الدولية والتي .

تلجأ الى الارهاب لمواصلة معارضتها المسلحة ، مما يفوض نشوء قواعد انسانية عرفية في هذا النوع من النزاعات المسلحة (المرجع السابق ص xxx1) وعليه فان القانون الاتفاقي هو الذي يتضمن المبادى الانسانية بخلاف التعامل الدولي الذي ينتهك هذه المبادى وما تعانيه اللجنة الدولية من كثرة هذه الانتهاكات ومساعيها لتطوير القانون الدولي الانساني لدليل قاطع على عدم وجود قانون دولي انساني عرفي .

ويقوم شرط مارتنس باتجاه سد الفراغ في القانون الدولي الانساني لا على اساس عرفي لانه شرط تطويري وليس شرطا تعامليا ، وعن طريقه يمكن ان يساهم الفقه الاسلامي في عملية التطوير هذه بالنظر للمبادى الانسانية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي.

الخاتمة

1-تنكب دراسات الاسلاميين في قانون النزاعات المسلحة على المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الدولي الانساني الاتفاقي ذي النزعة الاوربية الغربية على سبيل ايجاد التناغم بين الاثنين عن طريق الاوصاف الجامدة والطريقة الانتقامية من جهة وعلى شئ من الاشتراق الذي يتخذ القانون الاوربي مقياسا لمدى انسانية الاحكام الاسلامية من جهة اخرى (جيمسن كوكين الاسلام والقانون الدولي الانساني ، من صدام الحضارات الى الحوار بينها مقالات في القانون الدولي الانساني والاسلام – اللجنة الدولية للصليب الاحمر . جمع وترتيب عامر الزمالي ط 2/ 2007 ص 167) وفي الوقت الذي لا ينكر احد اثر الفقه والتعامل الاسلاميين في نشأة القانون الدولي الانساني وتاثير هو جوغروسيوس بهما

من خلال كتاب السير الكبير للشيباني اثناء وجودة في الاستانة ، فان جمود الفقه الاسلامي ادى الى تطورالقانون الدولي الاتفاقي باتجاه المبادى الانسانية وعدم مواكبة الاول للتطورات الرسيعة في هذا الميدانوتمثل هذا الجمود بانعدام دور المسلمين في تطوير هذا القانون منذ قبول تركيا في الجماعة الدولية في معاهدة باريس لسنة 1865 وحتى مؤتمر السلام في لاهاي سنة 1899 واخذت الدول الاسلامية تنضم الى الاتفاقيات الاوربية بشأن القانون الدولي الانساني في اتفاقية جنيفالاولى لسنة 1864 ابتداءا بتركيا سنة 1863 وفارس في 1874 وشاركت تركيا في مؤتمر سان بتسبورغ سنة 1868 ولم يكن للدبلاوماسيين المسلمين الا دورا ثانويا في مثل هذه الاتفاقيات وكان لاختيار الصليب كشعار اللجنة الدولية عقبة امام التعاون بين اللجنة وتركيا بسبب تعود الجنود المسلمين بالرر الديني للصليب وتبليغ الحروب الصليبية التي ارتكبت فيها مخالفات خطيرة لقواعد قانون الحرب ولم يتم قبول شارة الهلال الاحمر والشمس والاسد الاحمر بشكل رسمي الى جانب الصليب الاحمر الا في المادة 18 من اتفاقية جنيف في 1929/7/27.

ولم يلعب الممثلون المسلمون دورا مهما في المؤتمرات الدبلوماسية للقانون الدولي الاتفاقي الا ابتداء من سنة 1945 وحتى 1977 ولكن دورهم لم يكن في اطار الفقه الاسلامي وانما من خلال القانون الوضعي ، وكانت الخلافات بين المسلمين وغيرهم تقوم على اعتبارات سياسية وطنية كالنزاع الغربي الاسرائلي سنة 1948 وحرب السويس سنة 1956 والنزاع الهندي الباكستاني سنة 1965 وحرب التحرير الوطني الجزائرية منذ 1954 حيث رفضت فرنسا شمول المحاربين الجزائريين بقانون الحرب بل ان خطاب الممثلين المسلمين كان متميزا بالعلمانية لا بالدينية وذلك لترويج ارائهم ومواقفهم في دعم حركة التحرير الوطني ضد الاستعمار وضد اسرائيل على وجه الخصوص .

2-وكان لنجاح الثورة الاسلامية في ايران سنة 1979 اثر مهم في احياء الفكر الاسلامي كلاعب في العلاقات الدولية واتماد ايران شعار الهلال الاحمر بدلا من الاسد والشمس الاحمرين وجاءت الحرب العراقية – الايرانية لتذكي الصراع بين الاسلام والعلمانية ، وتوجه الخطاب الايراني لادانة استهداف المدنيين باعتباره مخالفا للقيم الاسلامية والانسانية والذي لم ينل تعاطفا في المحافل الدولية اما على صعيد العلاقات السياسية والثقافية فان مبدأ الحوار بين الحضارات كان متميزا في الخطاب الايراني في عهد السيد محمد خاتمي وزيارة بابا الفاتيكان سنة 2007(كوكين الاسلام والقاون الدولي الانساني في موقع سابق ص 174- 178)

وانطلاقا من هذا المبدا يمكن للفقهاء المسلمين المساهمة عن طريق فتح باب الاجتهاد لاستنباط الحكم الشرعي الواقعي من مظافة الشرعية بالوسائل الاتية :-

أ- تشكيل مجلس فقهي اسلامي عالمي يضم كبار الفقهاء من المجامع الاسلامية المعاصرة في النجف الاشرف وقم والازهر والزيتونة وجدة وغيرها للافتتاء في احكام النزاعات المسلحة .

ب- مشاركة الفقهاء في عضوية مؤتمرات اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدبلوماسية وغير الدبلوماسية تمكينا لهم للاطلاع على الفقه الغربي ودورة في تطوير القانون الدولي الاسلامي والمقارنة بالفقه الاسلامي.

07905400123
Head@hewariraq.com

ت- اقامة مؤتمرات دولية اكاديمية فقهية عن طريق المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني تضم فقهاء واكاديمين من مختلف الثقافات والاديان للمساهمة في تطوير القانون الدولي الانساني.

ث- اصدار مجلة علمية فقهية عن طريق المجلس الفقهي الاسلامي العالي للبحوث والافتاء للغرض المذكور بمشاركة اقلام الفقهاء الاسلامين والوضعيين والانتقال من اساليب المقارنة النمطية الى اسباط الحكم الشرعي من الدليلين النقلي والعقلي مباشرة دون الاقتصاد على نقل اراء الفقهاء المسلمين الواردة في المصنفات الفقهيةالقديمة

هـ - التوصية بانعقاد اول موتمر اكاديمي فقهي ودعوة الاكاديمين والفقهاء من مختلف ارجاء العام وثقافاتة واديانة واللجنة الدولية للصليب الاحمر للتتحضر لهذا الموتمركخطوة اولي للعمل على سد الفراغ في القانون الدولي الانساني.