

مفهوم الاتفاق والتعارض بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية – العراق نموذجا –

الأستاذ المساعد	الأستاذ
الدكتورة أوزدن حسين دزه يي	المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش
كلية القانون والعلوم السياسية	رئيس محكمة استئناف الاسكندرية
جامعة صلاح الدين	مصر

المقدمة

من حيث إن حقيقة المشكلة في قضية حقوق الإنسان أنما تتمثل في كيفية حماية حقوقه من عدوان السلطة العامة ، أما عدوان الفرد على الفرد لا إشكال فيه إذ يمكن صده باللجوء إلى السلطة العامة ، ويكمن حل هذه المشكلة في وضع معيار يحدد المعالم الفاصلة بين تدخل الدولة اللازم لإنجاز وظائفها بما يقتضيه من وضع قيود على الحرية الفردية ، وبين التدخل الذي يعد عدواناً على هذه الحرية، وهو ما يساعد في وضع سياسة جنائية تتبنى هذه المصادر ، وتحدد ضوابطها^١ ويفسر في ذات الآن المفهوم الحقيقي للحماية الجنائية المقصودة في مجال حماية حقوق الإنسان دولياً وداخلياً ، وهو ما أكدت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان " محكمة ستراسبورج" عندما تعرضت للحكم في إحدى القضايا المنظورة أمامها ضد دولة إيطاليا بقولها:-

١- الاستاذ الدكتور محمد زكي أبو عامر- ندوة حقوق الإنسان العربي- مجلة خريجي حقوق الاسكندرية - ابريل ١٩٨٥- ص١٠.

" إن موضوع معاهدة حقوق الإنسان لم يكن لحماية الدولة، وإنما كان لحماية الإنسان وحقوقه الأساسية ، وهو ما يلزمنا بفهم قواعد المعاهدة بما يحقق تمتع الأفراد بهذه الحقوق بالفعل ، وبصورة إيجابية بعيداً عن مجرد الفهم النظري للنصوص ، فيتعين على الدولة علاوة على احترامها وحمايتها لهذه الحقوق أن تعمل ما يؤدي إلى تحقيقها للإنسان بالفعل حتى يتمكن من التمتع بها فعلاً"^١ ، فالتزام الدولة هنا التزام فوري وحاسم ؛ لأنه في حقيقته التزام بتحقيق غاية، وليس مجرد التزام ببذل عناية^٢ .

ويعتبر وجود تعارض بين النصوص الجنائية المكونة للنظام القانوني الوطني وبين قواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان أو ما يسمى في الفقه الدولي بالشرعة الدولية من بين أخطر الانتهاكات القانونية لحقوق الإنسان المحكوم، وعدواناً صريحاً من السلطة العامة على حقوق الإنسان يتعين فضه لصالح قواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان " الشريعة الدولية " لكون هذه القواعد تمثل الحد الأدنى لهذه الحماية لا يجوز لأية دولة النزول عنه من ناحية ، كما تمثل القاسم المشترك بين بني البشر من دون تفرقة بينهم لأي سبب من الأسباب سواء بسبب الجنسية أو الجنس أو العقيدة أو الدين أو المذهب السياسي أو اللون .

وهذا التعارض قد يكون جزئياً وقد يكون تعارضاً كلياً ففي الحالتين يسمى تعارضاً تنتهك بسببه حقوق للإنسان يجب أن تتم حمايتها ولن تتحقق هذه الحماية إلا إذا حدث اتفاق تام بين النصوص القانونية الوطنية النافذة وبين قواعد الشريعة الدولية ، فما المقصود بالاتفاق بين النصوص الجنائية الداخلية وبين قواعد الشريعة الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان ؟ وما المقصود بالتعارض بينهما سواء كان تعارضاً جزئياً

١- انظر في تفصيل ذلك: المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ ، ص٤ وما بعدها .

٢- الاستاذ الدكتور محمد العيد الدقاق ، التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان ، بحث منشور في المجلد الثاني لحقوق الإنسان ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص٧٥ .

أو تعارضاً كلياً؟ وما كيفية فض هذا التعارض؟ وما المقصود بمصطلح الشريعة الدولية؟ وما هي حقيقة التشريعين العراقي والمصري من حماية حقوق الإنسان، ومدى اتفاقهما أو تعارضهما مع قواعد وأحكام الشريعة الدولية؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تمثل منهج هذا البحث من ناحية، وتقسيماته الرئيسية من ناحية أخرى، وتوضح في ذات الآن أهمية هذه الدراسة، ومدى حاجة كل من المشرع والفقهاء والقضاء إليها لتكون شعاعاً ينير الطريق لكل منهم عندما يولي وجهه شطر تحقيق حماية فعلية لحقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة ومن ثم تقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول وخاتمة على النحو التالي:

الفصل الأول: لبيان المقصود بالشريعة الدولية والآثار المترتبة على نفاذ قواعدها دولياً وداخلياً.

والفصل الثاني: في حكم الاتفاق والتعارض بين النصوص الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية.

والفصل الثالث: لبيان بعض مظاهر الاتفاق والتعارض مع قواعد الشريعة الدولية في التشريعين المصري والعراقي.

وخاتمة الدراسة التي تضم بعض التوصيات اللازمة للمشرع لتحقيق الغاية من حماية حقوق الإنسان دولياً وداخلياً وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

الفصل الأول

المقصود بالشريعة الدولية والآثار المترتبة على نفاذ قواعدها دولياً وداخلياً

يتعين بداية تحديد المقصود بالشريعة الدولية التي يتكون منها القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يتميز بمقوماته عن باقي مكونات القانون الدولي العام والقانون

الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي^١ وذلك في المبحث الأول، ثم نوضح الآثار القانونية المترتبة على نفاذه دولياً وداخلياً في المبحث الثاني، وعلى النحو التالي:

المبحث الأول

المقصود بالشرعة الدولية

ظهر مصطلح الشريعة الدولية في المجتمع الدولي عقب إصدار الأمم المتحدة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ والمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ والبروتوكولين الملحقين بها^٢ والمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦ كاختصار متفق عليه في الفقه الدولي والداخلي لكافة المواثيق والمعاهدات الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الإنسان، وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدتين الدوليتين سالفتي البيان والبروتوكولات الملحقة بها^٣.

ويمكن القول أن كافة المعاهدات الدولية التي أصدرتها لاحقاً الجماعة الدولية لحماية حقوق الإنسان الأكثر ضعفاً والأكثر حاجة إلى حماية حقوقه كالنساء والأطفال والسجناء تعتبر - في نظرنا - تشريعات دولية مكملة لمنظومة القانون الدولي لحماية حقوق الإنسان ومفسرة لها، وجزء لا يتجزأ من هذه الشريعة الدولية، ومن هذه المواثيق الدولية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والبروتوكول الاختياري

١- انظر في التمييز بين القانون الدولي لحقوق الإنسان وبين ما قد يشتمل به في النظام القانوني الدولي : المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش، المرجع السابق ، ص ١٣٠ وما بعدها .

٢- جدير بالذكر أن البروتوكول الثاني الخاص بإلغاء عقوبة الإعدام اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم ٤٤ / ١٢٨ بتاريخ ١٥ / ديسمبر / ١٩٨٩ وبأنفاذه دولياً .

٣- انظر في ذلك صحيفة الوقائع رقم "٢" تنقيح، الحملة العالمية لحقوق الإنسان ، مطبوعات الأمم المتحدة ، مركز حقوق الإنسان ، جنيف بسويسرا بعنوان " الشريعة الدولية لحقوق الإنسان " عام ١٩٦٦ .

لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية حقوق الطفل، واتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام ١٩٦٦، والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ... إلخ .

فالحماية التي فرضها المشرع الدولي للأفراد ضد المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة وردت أولاً في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ثم تم التأكيد عليها وتناولها بالتفصيل في العهد الدولي لحماية حقوق الإنسان المدنية والسياسية، ثم جاءت اتفاقية مناهضة التعذيب عام ١٩٨٤- أي بعد ١٨ سنة- فوضعت أسس التجريم والعقاب لمرتكبي هذه الجرائم^١ وهو ما يقطع أن المعاهدة الأخيرة جزء لا يتجزأ من قواعد الشرعة الدولية بمعناها الضيق سالف البيان ولا تعد أن تكون مكملة لها أو مفسرة لمجملها.

ونخلص من ذلك أن للشرعة الدولية لحماية حقوق الإنسان معنيان أحدهما ضيق ويشمل كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الدولي والمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية والبروتوكولين الملحقين بها، والمعاهدة الدولية لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

والمعنى الثاني واسع ويشمل بجانب ما سبق كافة المعاهدات الدولية اللاحقة عليها والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان من عدوان السلطة العامة سواء كان الإنسان الأكثر ضعفاً أو كانت لحماية الحقوق الأكثر انتهاكاً داخلياً كالمعاهدات الدولية التي أصدرتها الجماعة الدولية لحماية حقوق المرأة بصفة عامة وحماية حقوق الطفل سواء

١- انظر كل من الاستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني والقاضي خالد محي الدين أحمد: الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٥ ، ص ٥ .

كان متهماً أو مجنياً عليه وحماية حقوق العمال والمهاجرين والمسجونين فجميعها مكمل ومفسر لمكونات الشريعة الدولية بمعناها الضيق^١ .

وتسمى هذه المعاهدات بالاتفاقيات العامة ذات التطبيق الخاص^٢ ومنها جميعاً تتكون الشريعة الدولية بمعناها الواسع، والتي تشكل في مجموعها ما يسمى بالقانون الدولي لحقوق الإنسان والذي يمكن تعريفه في - نظرنا- بأنه " مجموعة القواعد القانونية المتصفة بالعمومية والتجريد التي ارتضتها الجماعة الدولية وأصدرتها في صورة معاهدات وبروتوكولات دولية ملزمة بقصد حماية حقوق الإنسان المحكوم بوصفه إنساناً وعضواً في المجتمع من عدوان السلطة العامة أو من تقصيرها ، وتمثل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز للدول الأعضاء النزول عنها مطلقاً ، أو التحلل من بعضها من غير الاستثناءات المقررة فيها"^٣ .

ومما سبق يمكن القول أن مصطلح الشريعة الدولية يُعد مرادفاً لمصطلح القانون الدولي لحماية حقوق الإنسان وأنه يجب العلم ان كافة القواعد القانونية الدولية التي تتكون منها هذا القانون هي لحماية حقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة، وليست لإنشاء حقوق جديدة للإنسان بوصفه إنساناً وبسبب إنسانيته أو بوصفه عضواً في المجتمع الذي ينتمي إليه حيث لا يمكن لأحد أن يدعي أنه آتى بحق للإنسان لم يكن له بسبب إنسانية، وإنما ما يمكن أن يدعيه المجتمع الدولي بأسره أنه آتى بقواعد قانونية وآليات دولية لحماية حقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة ، ومن

١- انظر في تفصيل ذلك: المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش- المرجع السابق ، ص١١٨ وما بعدها .

٢- أ. د محمود شريف بسيوني والقاضي خالد محي الدين أحمد ، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ ، ص ١١١ .

٣- انظر في تعريف القانون الدولي لحقوق الإنسان وأهم الخصائص المميزة له وتميزه عن كل من القانون الدولي للإنسان والقانون الدولي الجنائي: المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ وما بعدها .

ثم فان لهذه القواعد القانونية الدولية أو ذات المصدر الدولي آثار هامة عند نفاذها دولياً وداخلياً على ما هو نافذ من قواعد قانونية داخلية للدول الأعضاء من ناحية وعلى سلطة المشرع الوطني فيما يصدره لاحقاً من تشريعات، فما المقصود بكل من النفاذ الدولي والنفاذ الداخلي لقواعد الشريعة الدولية؟ وما الآثار المترتبة عليه؟ هذا ما سنوضحه بعون الله فيما يلي :

المبحث الثاني

المقصود بالنفاذ الدولي والداخلي لقواعد الشريعة الدولية والآثار القانونية المترتبة عليه

إن قواعد الشريعة الدولية في حقيقتها قواعد قانونية ذات مصدر دولي، وتختلف عن باقي قواعد القانون الدولي العام بما انفردت به من المعاهدات الدولية المكونة للشريعة الدولية - على نحو ما سلف- من نفاذ دولي بعد استيفاء الشرط الوارد في كل معاهدة على حدة ، وذلك بخلاف النفاذ الداخلي لقواعدها في النظام القانوني للدولة التي صادقت عليها بعد استيفاء شرط النفاذ ، فما المقصود بكل من النفاذ الدولي والنفاذ الداخلي لقواعد الشريعة الدولية؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة على هذا النفاذ؟ هذا ما سنوضحه بعون الله فيما يلي:

المطلب الأول

المقصود بالنفاذ الدولي والداخلي لقواعد الشريعة الدولية

يمكن القول ان المعاهدات الدولية التي تتكون منها الشريعة الدولية "القانون الدولي لحقوق الإنسان" انفردت بنص في كل منها يحدد شرط دخولها النفاذ الدولي ويُقصد بالنفاذ الدولي هنا صيرورة المعاهدة ملزمة لأشخاص القانون الدولي المعاصر، ولا يجوز لأي منهم الاعتذار بالجهل بأحكامها، ومن ثم لا يجوز مخالفة أي قاعدة أو

مبدأ تضمنته المعاهدة النافذة، فلكل قاعدة قانونية "داخلية أو دولية" مراحل لاكتمال كيانها القانوني هي:

الوجود ، النفاذ ، القابلية للتطبيق الذاتي فقد تكون موجودة لكنها غير نافذة، وقد تكون نافذة ولكنه غير قابلة للتطبيق الذاتي ، فإذا صدر القانون الداخلي ولم ينشر في الجريدة الرسمية فهو موجود لكنه غير نافذ، وإذا تم نشره في الجريدة الرسمية أصبح موجود ونافذ في النظام القانوني للدولة.

فإذا كان النص القانوني مُعلق على لائحة تنفيذية أو قرار يصدر من جهة مختصة ولم تُصدر هذه اللائحة أو لم يُصدر القرار كان النص القانوني غير قابل للتطبيق بذاته ، وإذا صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة باعتماد المعاهدة الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان أصبحت القواعد القانونية التي تضمنتها هذه المعاهدة موجودة ضمن النظام القانوني الدولي لكنها غير نافذة فإذا اكتمل عدد التصديقات الموجودة لدى الأمين العام للأمم المتحدة بما يحقق النصاب الوارد في المعاهدة صارت نافذة في النظام القانوني الدولي ، والنصاب القانوني لعدد التصديقات التي تدخل كل من المعاهدات الدولية والبروتوكولات المكملة لها حيز النفاذ الدولي يختلف من معاهدة لأخرى بحسب طبيعة الحقوق محل الحماية فيها ونطاق الانتهاكات التي تتعرض لها.

ففي الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادر باعتبارها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٠١٦/ألف (د - ٢٠٠) بتاريخ ٢١ /ديسمبر/ ١٩٦٥ نصت المادة ١٩ منها على انه يبدأ نفاذ الاتفاقية في اليوم الثلاثين التالي لتاريخ إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام السابعة والعشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة وبدأ نفاذها الدولي في ٤/يناير/ ١٩٦٩ ، ونصت المادة رقم ٢٧ من العهد الدولي الخاص بحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٠/ألف (د-٢١) بتاريخ ١٦ /ديسمبر/ ١٩٦٦ على انه "يبدأ نفاذ هذا العهد بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك الانضمام أو التصديق الخامس والثلاثين لدى الأمين العام للأمم المتحدة" وبدأ نفاذ هذا

العهد دولياً بتاريخ ٣ / يناير/ ١٩٧٦، ونصت المادة رقم ٤٩ من العهد الدولي لحماية حقوق الإنسان المدنية والسياسية الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم ٢٢٠٠ /ألف (د-٢١) بتاريخ ١٦ /ديسمبر/ ١٩٦٦ على أن يبدأ نفاذ هذا العهد بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك الانضمام أو التصديق "الخامس والثلاثين" لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

هذا ودخل هذا العهد النفاذ الدولي في ٢٣ /مارس/ ١٩٧٦، أما البروتوكول الاختياري الأول الملحق بهذه المعاهدة فنصت المادة رقم ٩ منه على انه " ورهنأ ببدء نفاذ العهد ، يبدأ نفاذ هذا البروتوكول بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العاشر لدى الأمين العام للأمم المتحدة " ودخل حيز النفاذ الدولي في ٢٣ /مارس/ ١٩٧٦ بينما صدر البروتوكول الاختياري الثاني بهدف العمل على إلغاء عقوبة الإعدام في ١٥ /ديسمبر/ ١٩٨٩، ونصت المادة ٨ منه على أنه يبدأ نفاذ الدولي بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العاشر لدى الأمين العام للأمم المتحدة ، وقد بدأ نفاذه بتاريخ ١١ /يوليو/ ١٩٩١ وهكذا كان نهج الجماعة الدولية بصدد النفاذ الدولي للمعاهدات المكونة للشرعة الدولية .

فقد دخلت المعاهدة الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادر في ١٨ /ديسمبر / ١٩٧٩ النفاذ الدولي بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين بتاريخ ٣ /سبتمبر/ ١٩٨١ عملاً بنص المادة ٢٧ منها ودخل البروتوكول الاختياري الملحق بها والصادر في ٩ /أكتوبر/ ١٩٩٩ حيز النفاذ الدولي في ٢٢ /ديسمبر/ ٢٠٠٠ وفقاً لأحكام المادة ١٦ منه .

كما دخلت اتفاقية حماية حقوق الطفل المعتمدة بتاريخ ٢٠ /نوفمبر/ ١٩٨٩م حيز النفاذ الداخلي بتاريخ ٢ /سبتمبر/ ١٩٩٠ وفقاً للمادة ٤٩ منه بعد إيداع صك التصديق "العشرين" .

ودخل البروتوكول الاختياري الملحق بها "بشأن منع اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة" والمعتمد بتاريخ ٢٥/مايو/ ٢٠٠٠ حيز النفاذ الدولي بتاريخ ٢٣/فبراير/ ٢٠٠٢ بعد إيداع صك التصديق "العاشر" وفقاً للمادة ١٠ منه .

بينما دخل البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بذات المعاهدة والمعتمد بتاريخ ٢/مايو/ ٢٠٠٠م حيز النفاذ الدولي بتاريخ ١٨/يناير/ ٢٠٠٢ بعد إيداع صك التصديق "العاشر" وفقاً للمادة ١٤ منه ، وهكذا كان حال كافة المعاهدات الدولية أو الإقليمية والبروتوكولات الملحقة بها خاصة المكونة للشريعة الدولية^١ .

وجدير بالذكر أن كافة الإعلانات الدولية أو المبادئ التوجيهية المتعلقة ببعض حقوق الإنسان محل الحماية الدولية لا تتضمن مثل هذ النصوص وليس لها نفاذ دولي ملزم كالمعاهدات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة ، ويمكن اعتبارها بمثابة مذكرة إيضاحية للحماية الدولية للحقوق محل هذه الحماية، أو باعتبارها النموذج التفصيلي لكيفية الحماية الواجبة لدى الدول المتحضرة والصادقة في حماية حقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة، ومن ثم لا تخلو من فائدة عظيمة في مجال هذه الحماية لمن أراد لذلك سبيلاً ومن ثم لزم التتويه^٢ .

١- انظر على سبيل المثال كل من :

المادة ٣٥ من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠/ديسمبر/ ٢٠٠٦ .

والمادة ٢٧ من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المعتمد بتاريخ ١٠/ديسمبر/ ١٩٨٤ .

والمادة رقم ٢/٦٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في روما بتاريخ ٤ /نوفمبر/ ١٩٥٠ .

والمادة ٨ من اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية المعتمدة بتاريخ ١٦ /نوفمبر/ ١٩٦٨ .

٢- انظر على سبيل المثال لا الحصر =

وبلاحظ ان الاختلاف في عدد صكوك التصديق التي تُدخل المعاهدة أو البروتوكول الملحق بها إلى حيز النفاذ الدولي بحسب طبيعة الحقوق محل الحماية الدولية من الانتهاكات الداخلية لها، وبحسب مدى انتشار ظاهرة انتهاكها، له دلالاته الواقعية والقانونية، وربما الإحجام المتوقع من الدول غير الصادقة في احترام حقوق الإنسان عن التصديق على هذه المعاهدات أو البروتوكولات الاختيارية الملحقة بها كان وراء تخفيض عدد التصديقات اللازمة لإدخال المعاهدات أو البروتوكولات حيز النفاذ الدولي بحسب طبيعة الحق محل الحماية والأكثر انتهاكاً من هذه الدول، فيتم التعجيل بإدخالها النفاذ الدولي لما له من أثار قانونية حتى تؤتي ثمارها المرجوة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان ، وهو ما يتضح فيما يلي :

المطلب الثاني

الأثار القانونية المترتبة على النفاذ الدولي والداخلي لقواعد

الشرعة الدولية

مما لا شك فيه ان حرص الجماعة الدولية على النص صراحة في كل معاهدة دولية أو بروتوكول ملحق بها على نفاذها الدولي بعد إيداع عدد معين من تصديقات الدول لدى الأمين العام للأمم المتحدة نقل كلما كانت الحقوق محل الحماية الدولية أساسية وأكثر تعرضاً للانتهاكات من قبل سلطات الدول الأقل احتراماً لحقوق الإنسان فيها ، لا شك في ان هذا النهج له دلالاته القوية من حيث مدى وجوب حماية هذه الحقوق محل الحماية الدولية، ومن حيث مدى إلزامية الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بأحكام ومبادئ هذه القواعد الدولية، ومن حيث إثبات علم كافة الدول الأعضاء

= - المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية المعتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٢/٤٠ بتاريخ ٢٩/نوفمبر/ ١٩٨٥ .

- المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة العامة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من ٢٧/ اغسطس إلى ٧ / سبتمبر / ١٩٩٠ .

بنفاذ هذه القواعد القانونية في النظام القانوني الدولي لمنع الاعتذار بالجهل بها وبأحكامها، وقد تختلف الآثار القانونية لقواعد الشريعة الدولية بالنسبة للدول الأعضاء في المعاهدة الدولية النافذة عنها بالنسبة للدول التي لم تصدق عليها بعد، ويتضح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: بالنسبة للدول الأعضاء في المعاهدة الدولية النافذة

يترتب على النفاذ الدولي للمعاهدة الدولية أو البروتوكول الملحق بها التزام الدول الأعضاء فيها "التي صدقت عليها" وأودعت صك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة بالأحكام والمبادئ التي أرسنتها المعاهدة أو البروتوكول حتى ولو لم تنشرها في جريدتها الرسمية ، وتخضع لرقابتها المقررة دولياً على مدى احترامها وتنفيذها لهذه القواعد القانونية النافذة دولياً حال كون هذه القواعد تلزم هذه الدول بعد نفاذها بعدم انتهاك الحقوق محل الحماية فيها، وبوجوب احترام السلطات العامة الممثلة للدولة لها سواء التشريعية أو التنفيذية أو القضائية لكافة قواعد هذه الحماية الدولية لحقوق الإنسان بوصفه إنساناً وبسبب إنسانيته .

فلا يجوز للسلطة التشريعية فيها أن تصدر تشريع يتعارض مع الأحكام والمبادئ التي أرسنتها هذه المعاهدة النافذة في مجال حماية حقوق الإنسان سواء كان هذا التعارض جزئي أم كلي ، بل ويتعين على المشرع الوطني أن يلغي كل نص نافذ في نطاق القانون ويتعارض مع هذه القواعد الدولية النافذة حال كون الدولة صادقة في تصديقها على قواعد الشريعة الدولية وتقوم بعرض كافة تشريعاتها النافذة وعلى رأسها الدستور على قواعد المعاهدة الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان قبل التصديق عليها بغية تعديلها وإلغاء ما يتعارض منها مع هذه القواعد الدولية^١.

١- انظر في تفصيل ذلك: أ. د. عبدالعزيز محمد سرحان - الإطار القانوني لحقوق الإنسان - المصادر والحقوق - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧ - .

وما النفاذ الداخلي لهذه المعاهدة الدولية في النظام القانوني الوطني للدول الأعضاء إلا تأكيداً لهذه الالتزامات واعتبار القواعد القانونية التي تتضمنها المعاهدة الدولية جزء لا يتجزأ من النظام القانوني النافذ وتنسخ كل ما يتعارض معه من قواعد قانونية نافذة في نظامها القانوني، ولا تُنسخ قواعدها إلا بالانسحاب من المعاهدة وفقاً للإجراءات القانونية المقررة في هذا الشأن .

ويترتب على النفاذ الداخلي أيضاً التزام جميع المخاطبين بها بأحكامها ومبادئها، ولا يعذر أحد بجهله بها بحسبانها قد صارت جزء لا يتجزأ من النظام القانوني الوطني النافذ كما يلتزم القضاء الوطني بتطبيق قواعدها طالما كانت قابلة للتطبيق بذاتها، فإذا لم تكن كذلك وجب على السلطة التشريعية في الدولة التدخل تشريعاً لجعلها قابلة للتطبيق أمام القضاء الوطني، وإلا خضعت للمساءلة الدولية المقررة في هذا الشأن .

فإذا كان النص الوارد في الشريعة الدولية يتضمن تجريم فعل لحماية حق من حقوق الإنسان، ولكنه جاء خالياً من شق العقاب، فإن القاضي الجنائي لا يمكنه تطبيقه لخلو النص من شق العقاب، وليس من وظيفة القضاء التشريع، حال كون مبدأ الشرعية يقضي انه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، ومن ثم يظل النص الوارد في قواعد الشريعة الدولية النافذة غير قابل للتطبيق الذاتي عندئذ ليس على القضاء الوطني إلا اعتبار الفعل محل التجريم في النص الدولي النافذ غير مشروع ويمكن الاستناد إليه في الحكم بالتعويض لمن تضرر منه^١ ، ويعتبر هذا أثر مباشر من آثار النفاذ الداخلي لقواعد الشريعة الدولية في النظام القانوني للدول الأعضاء ومن قبله النفاذ الدولي ، فما هي

=انظر أيضاً في التعليقات التي أدت إلى سحب فرنسا للتحفظ السابق إبداءه: نص المادة ١٥ من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية دليلاً على صدقها في التصديق على هذه المعاهدات وكذلك: CCPR/C/2/Rev.4.p.151.GE.94.18775.
١- انظر في تفصيل ذلك : المستشار الدكتور خيرى احمد الكباش , المرجع السابق, ص ١٦٤ ومابعدها .

الأثار القانونية لهذا النفاذ بالنسبة للدول غير الاعضاء ، هذا ما سنوضحه بعون الله فيما يلي :

الفرع الثاني : بالنسبة للدول غير الأعضاء

بداية لن يكون هناك نفاذ داخلي لدى هذه الدولة لأن هذا النفاذ لا يكون إلا بالتصديق على المعاهدة الدولية أو البروتوكول الملحق بها ونشرها في الجريدة الرسمية ، ومن ثم يثور التساؤل حول مدى التزام الدولة التي لم تصدق على المعاهدة الدولية المتعلقة بحماية حق أو اكثر من حقوق الإنسان محل الحماية الدولية في حال دخول هذه المعاهدة النفاذ الدولي على نحو ما سلف ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل توضح الأثار القانونية المترتبة على النفاذ الدولي للمعاهدات الدولية المكونة للشريعة الدولية فإذا كان النفاذ يعني الإلزام بالقواعد القانونية النافذة لافتراض العلم بأحكامها ومبادئها بعد دخولها حيز النفاذ ولا يجوز للمخاطبين بهذه القواعد - وهم في حالة النفاذ الدولي جميع أعضاء الحماية الدولية - الاعتذار بجهلهم بها ، يضاف إلى ذلك ان قواعد الشريعة الدولية تحقق عند نفاذها وتطبيقها أمران ولا يسمح لأي دولة المساس بهما أو بأحدهما وهما :

أ- إنها تمثل الحد الأدنى من حماية حقوق الإنسان الأساسية فلا يجوز مطلقا النزول عن هذا الحد من الحماية.

ب- إنها تمثل القاسم المشترك بين بني البشر فلا يجوز التمييز في تحقيقها بين الناس لأي سبب من الأسباب.

وإعمالا لهذه المبادئ الأساسية فإن دخول المعاهدات الدولية والبروتوكولات المكتملة لها - والتي تتكون منها الشريعة الدولية - حيز النفاذ الدولي تلزم كافة الدول الأعضاء في الجماعة الدولية باحترام قواعد وتنفذها في نظامها القانوني والقضائي والتنفيذي، ولا يجوز لأي منها الاعتذار بجهله لهذه القواعد طالما دخلت حيز النفاذ الدولي، ولا ينال من هذا الالتزام كونها لم تصدق عليها ومن ثم تم نشرها في جريدتها

الرسمية، فلا يقبل من دولة عضو في الأمم المتحدة أن تمارس التمييز وعدم المساواة بين مواطنيها بسبب الجنس أو العرق أو الدين أو المذهب السياسي أو لأي سبب آخر ، وتدعى انها ليست عضو في المعاهدات الدولية والبروتوكولات المكملة لها والمكونة للشرعية الدولية، وأنها لذلك غير ملزمة بإحكامها طالما كانت هذه المعاهدات التي تتضمن القواعد التي تحمي هذا الحق "المساواة وعدم التمييز" قد دخل حيز النفاذ الدولي من دون اعتبار لكونها عضو فيها من عدمه.

ومن الجدير بالذكر أيضا في هذا الصدد أن دخول هذه القواعد حيز النفاذ الدولي هو الذي يعطي سندا شرعيا لتدخل مجلس الأمن الدولي لهذه الدولة التي يتبين لديه انتهاكات حقوق الإنسان بصورة تعد نهجا لدى النظام الحاكم فيها وليست مجرد سلوك فردي من بعض موظفيها^١.

هذا ومن الثابت في مجال الشريعة الدولية ومكوناتها القانونية من معاهدات وبروتوكولات دولية أن جميعها قد دخل حيز النفاذ الدولي بإيداع العدد المطلوب والمحدد من كل منها من التصديقات عليها لدى الأمين العام للأمم المتحدة ووفقا لما سبق وإعمالا له يمكن القول أنه لا يجوز لأي دولة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تبقى في تشريعاتها النافذة أي نص يتعارض تعارضا جزئيا أو كليا مع قواعد الشريعة الدولية، كما لم يعد جائزا لها أن تصدر السلطة التشريعية فيها أي نص يتعارض مع قواعد الشريعة الدولية حتى لا تنتهك حق أو أكثر من حقوق الإنسان الأساسية محل هذه الحماية الدولية ، ولها ان تُبقى فقط من تشريعاتها الوطنية ما يكون

١- هذا ما يجب أن يكون عليه الحال داخل مجلس الأمن إن كان صادقا في حماية محايدة للسلم والأمن الدوليين ولكن ما هو كائن يقطع بعدم حياده ، وانه يكيل بأكثر من مكيال في مواجهة الدول الأعضاء فإن كانت للدولة المنسوب إليها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان من المقربين لإحدى الدول الخمس ذات العضوية الدائمة بالمجلس شملتها بحمايتها ، واستخدم حق " الفيتو" اللعين لمنع محاسبتها والعكس صحيح ، فتحول مجلس الأمن بذلك إلى عبء ثقيل على الدول وليس ناصرا للحق في المجتمع الدولي .

في حالة اتفاق مع قواعد الشريعة الدولية، فماذا يعني هذا الاتفاق؟ وماذا يعني ذلك التعارض؟ هذا ما سنوضحه بعون الله فيما يلي :

الفصل الثاني

حكم الاتفاق والتعارض بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد

الشريعة الدولية

بادئ ذي بدء يتعين الإشارة إلى أن الاتفاق أو التعارض في مجال حماية حقوق الإنسان بين النصوص المكونة للتشريع الجنائي الوطني وبين قواعد الشريعة الدولية لا تعني من قريب أو من بعيد الاتفاق في الحروف والمعاني بين النصوص ولكن تعني مدى تحقيق الحماية الفعلية للحق المعترف به من عدمه وبالقدر المعترف حد أدنى لهذه الحماية كما أقره المجتمع الدولي في صورة القواعد النافذة للشريعة الدولية.

الأمر الذي يقتضي أولاً إيضاح المنهج الواجب إتباعه من قبل المشرع الوطني حتى لا يقع في شائبة التعارض مع قواعد الشريعة الدولية فتنسجم تشريعاته بعدم المشروعية ، ثم نحدد المقصود بكل من الاتفاق والتعارض محل الدراسة ليتضمن بعد ذلك الفصل الثالث من هذه الدراسة بيان بعض مظاهر الاتفاق والتعارض مع قواعد الشريعة الدولية في التشريعين المصري والعراقي ، ويتضح ذلك فيما يلي :

المبحث الأول

ماهية الاتفاق بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية وأحكامه

للقوف على ماهية الاتفاق وأحكامه في الموضوع محل الدراسة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبيين في الأول ماهية الاتفاق بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية وفي المطلب الثاني أحكام الاتفاق بينهما :

المطلب الأول

ماهية الاتفاق

يقصد بهذا الاتفاق أن يكون النص الجنائي النافذ في النظام القانوني الوطني يحقق عند تطبيقه ذات الحماية الدولية للحق محل الحماية سواء من حيث نوع الحماية أو من حيث نطاقها في إطار من المساواة وعدم التمييز بين المخاطبين بإحكامه لأي سبب من الأسباب.

فإذا خلى القانون الجنائي الوطني نهائياً من نص يحمي حق محلاً للحماية الجنائية الدولية - أي بقواعد الشريعة الدولية - فإن هذا التشريع لا يكون متفقاً معها، وإذا تقرر حقاً للإنسان ضمن حقوقه محل الحماية الدولية النافذة فلا يجوز للمشرع الوطني أن يقرر عقوبة جزائية على أعمال هذا الحق والتمتع به، وإن جاز له تنظيم استعمال هذا الحق وتقرر عقوبة جزائية على من يخل بالقواعد المنظمة لهذا الاستعمال شريطة ألا يصل من خلال تنظيمه الاستعمال الحق إلى منعه وإهداره.

فتجريم الخروج على قواعد استعمال الحق المقررة قانوناً والعقاب عليه جنائياً لا ينال بذاته من توافر الاتفاق بين هذه النصوص الجنائية الوطنية وبين قواعد الشريعة الدولية طالما لم تهدر الحق ذاته أو تمنع عند تطبيقها التمتع به.

وقد يكون الاتفاق بين النظامين القانونيين اتفاقاً جزائياً كأن تكون حماية الحق وفقاً للقانون الجنائي الوطني النافذ لا تشمل كامل عناصر الحق، أو تقل عن الحد الأدنى المقرر بقواعد الشريعة الدولية.

وقد يكون الاتفاق بينهما كلياً عندما تتحقق حماية الحق محل الحماية الدولية بكامل عناصرها وفي إطار الحد الأدنى المقرر فيها، ويتحقق هذا الاتفاق سواء كانت الحماية بتجريم المساس بالحق محل الحماية وعقاب فاعله، أو بمنع تجريمه والعقاب عليه حتى يتمكن الإنسان من ممارسته.

الاتفاق من قبيل القياس من باب أولى:

ومن قبيل القياس من باب أولى يتوافر الاتفاق كاملاً إذا تضمن النص الداخلي درجة من الحماية القانونية للحق محل الحماية أعلى من تلك التي وردت لذات الحق في قواعد الشريعة الدولية، فإن النص على نحو ما سبق يكون متفقاً من - باب أولى - مع قواعد الشريعة الدولية وغير متعارض معها لأن هذه القواعد قررت الحد الأدنى من الحماية ومنعت الدول من النزول عن هذا الحد، لكنها لم تضع حد أقصى لحماية حقوق الإنسان بوصفه إنساناً، بل منحت الدول التي تتضمن تشريعاتها - وقت نفاذ قواعد الشريعة الدولية - مستوى حماية أفضل للحقوق أن تتدرج بهذا الحد الأدنى وتنزل بمقدار الحماية أو بنطاقها إليه، وألزمته بالإبقاء على ما لديها من مستوى أفضل لهذه الحماية^١.

١- وهذا الاستخلاص هو ما أكدت عليه المادة (٢/٥) من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية حيث نصت على أنه "لا يقبل فرض أي قيد أو أي تضيق على أي من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها أو النافذة في أي بلد تطبيقاً لقوانين أو اتفاقيات أو أنظمة أو أعراف بذريعة كون هذا العهد لا يعترف بها أو كون اعترافه بها أضيق مدى"، هذه الترجمة العربية منشورة في مطبوعات الحملة العالمية لحقوق الإنسان عام ١٩٩١ صحيفة وقائع رقم ١٥ بعنوان "الحقوق المدنية والسياسية" اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، ص ٢٣.

المطلب الثاني

أحكام الاتفاق بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية

يتضح مما سبق ان الاتفاق بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية النافذة وجوبي على الدولة متمثلة في السلطات العامة فيها " التشريعية والقضائية والتنفيذية " كل في نطاق اختصاصه, ويترتب على ذلك عدة أحكام يمكن إيضاحها فيما يلي :

١- تنقية التشريع الجنائي الوطني من كل نص يخالف قواعد الشريعة الدولية وأحكامها.

٢- تحصين النصوص الوطنية التي تحقق حماية لحقوق الإنسان الأساسية من عبث المشرع بها بصورة تنال من هذه الحماية بصفة عامة أو تقلل من نطاقها, فلا يجوز للمشرع إلغاء نص يحقق حماية فعلية لأي حق من حقوق الإنسان ولا يجوز أيضا إصدار أي نص لاحق لنفاذ الشريعة الدولية يخالف أحكامها استنادا لقواعد التفسير القانونية "اللاحق ينسخ السابق " ؛ لأن عدم الالتزام بقواعد الشريعة الدولية أو الامتناع عن تطبيق قواعدها أمام القضاء الوطني ليس له طريق سوى الانسحاب من المعاهدة الدولية التي تعمم هذه القواعد وفقا لإجراءات الانسحاب من المعاهدة المقررة دوليا أو عن طريق إبداء التحفظات من قبل الدولة عند تصديقها على هذه المعاهدات أو البروتوكولات المكمل لها^١.

١- انظر في مدى جواز التحفظ على قواعد المعاهدات الدولية المكونة للشريعة الدولية أو ما يسمى "بالقانون الدولي لحقوق الإنسان" المستشار الدكتور خيرى احمد الكباش - المرجع السابق - ص١٩٦ وما بعدها .

٣- ضرورة التدخل التشريعي اللاحق على نفاذ قواعد الشريعة الدولية دولياً وداخلياً لجعل كامل قواعدها قابلة للتطبيق الذاتي أمام القضاء الوطني، مع مراعاة الحد الأدنى لحماية حقوق الإنسان التي تتضمنها هذه القواعد وعدم النزول عنها.

٤- عدم تدرع الدولة بالحد الأدنى لحماية حقوق الإنسان الوارد في قواعد الشريعة الدولية والنزول بمقدار أو نطاق الحماية النافذة لديها إلى هذا الحد الأدنى، بل عليها الالتزام بالإبقاء على ما لديها من حماية أعلى للحق محل هذه الحماية.

المبحث الثاني

ماهية التعارض بين القوانين الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية وأحكامه

ذكرنا في المبحث الأول مفهوم الاتفاق بين القوانين الجنائية الداخلية وبين قواعد الشريعة الدولية النافذة، وأحكامه، فما المقصود بالتعارض بينهما؟ وما هي أحكام هذا التعارض؟ هذا ما سنوضحه بعون الله في هذا المبحث وذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول

ماهية التعارض

يقصد بهذا التعارض عدم توافر نصوص في النظام الجنائي الوطني لحماية حق أو أكثر من الحقوق محل الحماية في قواعد الشريعة الدولية، ومن باب أولى وجود نصوص في التشريع الجنائي الوطني تنتهك حق أو أكثر من حقوق الإنسان محل الحماية في هذه القواعد الدولية.

فالتعارض المقصود هنا يدور وجوداً وعدمياً مع توافر الحماية لحق أو أكثر من حقوق الإنسان من عدمه، فإذا توافرت ذات الحماية المقررة في قواعد الشريعة الدولية

للحق محل الحماية باعتبارها الحد الأدنى للحماية - انتفى التعارض بين النظاميين القانونيين .

أما إذا لم تتوافر هذه الحماية نهائياً في التشريع الجنائي الوطني للحق محل الحماية الدولية فهذا تعارض كلي بين النظامين, ومثال ذلك في التشريع الجنائي المصري النافذ حكم الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨١ من قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على أنه " لا يجوز الطعن في أحكام محاكم الجنايات إلا بطريقة النقض أو إعادة النظر" فهذا النص يتعارض تعارضاً كلياً مع نص المادة ١٤ من المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية التي دخلت النفاذ الدولي بتاريخ ٢٣/ مارس/ ١٩٧٦ , ودخل حيز النفاذ الداخلي في التشريع المصري بعد التصديق عليه ونشره في الجريدة الرسمية في أبريل سنة ١٩٨٢ وصار جزء لا يتجزأ من نظامها القانوني, والذي يوجب على الدول الأعضاء إيجاد درجة أعلى من درجات التقاضي لكي ما تعيد النظر في أمر الإدانة أو مقدار العقوبة المتضمن بها باعتبارها ضمن العناصر اللازمة لتحقيق العدالة المنصفة والناجزة كحق أساسي من حقوق الإنسان المتهم, فغياب هذه الدرجة الأعلى من درجات التقاضي في الجنايات هو تعارض كلي مع قواعد الشرعة الدولية يجب فضه لصالحها بالإقرار الفوري لاستئناف الجنايات^١ .

وقد يكون التعارض بين القوانين الجنائية الوطنية وبين قواعد الشرعة الدولية تعارضاً جزئياً, كأن تتوافر حماية لبعض الحق محل الحماية الدولية من دون البعض الآخر لذات الحق, يتوافر الاتفاق بين النظامين في الجزء "البعض" محل الحماية,

١- ولا ينال من ذلك كما ورد في نص المواد ٩٦, ٢٣٩, ٢٤٠ من الدستور المصري النافذ منذ ١٨/ يناير/ ٢٠١٤, من إقراره أولاً باستئناف الأحكام الصادرة في الجنايات لأنه جاء في أحكامه الانتقالية ومنح المشرع مهلة مقدارها عشر سنوات من تاريخ نفاذ هذا الدستور ليحقق هذه الحماية للإنسان المتهم, لعدم توافر كامل عناصر المحاكمة المنصفة والناجزة خلال تلك المهلة, ولانتفاء حق المساواة بين الإنسان المتهم الذي لن تطبق عليه هذه الضمانة القانونية والقضائية الهامة جداً أو بين الإنسان المتهم الذي ستظله هذه الضمانة.

ويحدث التعارض بينهما في الجزء "البعض" غير مشمول بالحماية القانونية في التشريع الداخلي .

ومثاله ما جاء في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ النافذ انه "يندب رئيس محكمة الجنايات محامياً للمتهم في الجنايات ان لم يكن قد وكل محامياً عنه وتحدد المحكمة أتعاب المحامي عند الفصل في الدعوى ويعتبر قرار الندب بمنزلة الوكالة..."^١ ، وهذا النص يتعارض مع الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي يوجب تواجد المحامي في الجنايات والجنح بالنص على انه "تنتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محامٍ يدافع عنه وعلى نفقة الدولة"^٢ ، ويتفق المشرع الكوردستاني مع الدستور العراقي في ذلك بالنص " قبل استجواب المتهم على حاكم التحقيق أو المحقق العدلي اخذ رايه فيما اذا كان لديه رغبة في توكيل محامي ينوب عنه فاذا رغب المتهم في ذلك ، على حاكم التحقيق أو المحقق العدلي عدم استجوابه لحين توكيل محامي أو تعيين محامي له من قبل المحكمة في جرائم الجنح أو الجنايات"^٣.

لذا نرى ضرورة إعادة النظر في النصوص الثلاثة - النص الدستوري ونص قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ونص القانون الكوردستاني - من خلال شمول جميع الجرائم سواء أكانت من الجنايات أو الجنح ، بما يحقق الانسجام مع قواعد الشريعة الدولية .

ونورد مثال آخر في موضوع محل البحث وهو ما ورد في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة من وجوب انتداب محام للدفاع عن

١- المادة (١٤٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

٢- المادة(١٩-١١) من الدستور العراقي.

٣- تعدلت هذه المادة في اقليم كوردستان بموجب قانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٣ ايقاف العمل بمواد من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .

المتهم في جنائية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد إذا لم يكن له محام للدفاع عنه في مرحلة المحاكمة^١.

فهذا القدر من الحماية لحق المتهم في محاكمة منصفة وناجزة يتفق جزئياً مع ما ورد في قواعد الشريعة الدولية، المادة (١٤) من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، والتي عدت سبل هذه الحماية كحد أدنى لا يجوز النزول عنه ويتعارض جزئياً مع هذه القواعد لعدم النص على وجوب حضور محام للدفاع عن الإنسان المتهم في كافة مراحل الدعوى، كما هو حال في التشريع المصري النافذ "الدستور وقانون الإجراءات الجنائية"، فقد ورد في الدستور المصري النافذ نص المادة (٥٤٠) من أهمها "ولا يبدأ التحقيق مع كل من تقييد حريته إلا في حضور محاميه، فإن لم يكن له محام وكل له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لهم، وفقاً للإجراءات المقررة في القانون"، وقوله أيضاً "وفي جميع الأحوال لا يجوز محاكمة المتهم في الجرائم التي يجوز الحبس فيها إلا بحضور محام موكل أو منتدب"، وهكذا يتضح أن الحماية المنصوص عليها في كل من الدستور المصري وقانون الإجراءات الجنائية في هذا الصدد متكاملة وتشمل جميع الجرائم وفي كافة مراحل الدعوى الجنائية، بينما الحماية الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات جاءت في هذا الصدد قاصرة على مرحلة المحاكمة وفي بعض الجنايات التي عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت وفي ذلك تعارض جزئي مع قواعد الشريعة الدولية.

١- فقد ورد في المادة (٤) من قانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ انه "يجب أن يكون لكل متهم في جنائية معاقبة عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد محام للدفاع عنه في مرحلة المحاكمة، فإذا لم يوكل المتهم محامياً عنه نذبت له المحكمة محامياً تتكفل الدولة بمقابلته لجهده وذلك على النحو المبين في القانون، وللمتهم في جنائية معاقب عليها بالسجن المؤقت ان يطلب من المحكمة أن توكل له محام للدفاع عنه إذا تحققت من عدم قدرته المالية لتوكيل محام...".

وإذا كان ما تقدم يوضح لنا ماهية التعارض بنوعية - الكلي والجزئي - بين قواعد التشريع الجنائي الوطني وبين قواعد الشريعة الدولية النافذة , فما هي أحكام هذا التعارض؟ هذا ما سنوضحه بعون الله فيما يلي :

المطلب الثاني

أحكام التعارض بين القوانين الجنائية الوطنية وبين قواعد

الشريعة الدولية

يتضح من بيان ماهية هذا التعارض أن انتفاء الحماية القانونية لأي حق من حقوق الإنسان محل الحماية الدولية وفقاً لقواعد الشريعة الدولية سواء في صورتها الكلية أو الجزئية يتحقق معها التعارض بين النظامين القانونيين بمعناه - سالف البيان ، فإذا ما تحقق على نحو ما سلف ترتب على ذلك عدة أحكام يجب مراعاتها ليتصف التشريع الوطني بالمشروعية , وأهم هذه الأحكام ما يلي :

١- اعتبار النصوص القانونية الجنائية الوطنية النافذة والتي في حالة تعارض مع قواعد الشريعة الدولية منسوخة "ملغاة" من تاريخ كل من النفاذ الدولي والداخلي لقواعد الشريعة الدولية.

٢ - عدم جواز تطبيق هذه النصوص الجنائية الوطنية المتعارضة مع قواعد الشريعة الدولية بواسطة القضاء الوطني, إن كانت في مجال التجريم والعقاب, مع اعتبار الفعل محل التجريم والعقاب في القانون الوطني غير مجرم وغير معاقب عليه بعقوبة جنائية فإذا كانت في مرحلة التحقيق يصدر حاكم التحقيق قرار برفض الشكوى وغلق الدعوى نهائياً إذا وجد ان الفعل المنسوب إلى المتهم لا يعاقب عليها القانون، أما إذا كانت في مرحلة المحاكمة فان المحكمة تقضي بالبراءة للسبب نفسه^١.

١- وهو ما حكمت به محكمة جنايات مرسي مطروح التابعة لمحكمة استئناف الإسكندرية جمهورية مصر العربية برئاسة الباحث في الجناية رقم ٥٩٤ لسنة ٢٠٠٢ مطروح المقيدة برقم ٣٨١٣ كلي =

٣- إذا كان النص الوارد ضمن قواعد الشريعة الدولية غير قابل للحكم ببراءته فيجب على المشرع الوطني التدخل فور نفاذه بتشريع يجعله قابلاً للتطبيق الذاتي مع مراعاة قدر الحماية التي يحققها هذا النص للحق محل الحماية فلا يجوز للمشرع الوطني أن ينزل عن قدر الحماية الدولية للحق محل هذه الحماية بحسبانها تمثل الحد الأدنى لهذه الحماية.

٤- يتعين فهم الحق محل الحماية الدولية على ضوء النظام العام والآداب في المجتمع الوطني فلا يعتبر من قبيل الحقوق محل الحماية كل ما يحل حراماً أو يحرم حلالاً في المجتمع الإسلامي بحسبان أن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع فيه.

٥- كما يتعين التفرقة بين التعارض الظاهري لقواعد الشريعة الدولية والتعارض الحقيقي لها، فحرية الزواج مثلاً الواردة في قواعد الشريعة الدولية قد يقول بتعارض منع المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم مع قواعد الشريعة الدولية، ولكن سرعان ما ينتفي هذا التعارض بإثبات أن المرأة المسلمة حال كونها مسلمة لها الحق في حريتها في الزواج في إطار احكام ومبادئ الشريعة الإسلامية والخروج على ذلك يحل حراماً ويتعارض مع النظام العام والآداب في المجتمع الإسلامي وهو ما يحتاج من الدول

=غرب الإسكندرية بجلسة ٢٠٠٨/٥/١٩. وفيها حكمت المحكمة غيابياً ببراءة المتهم المسند إليه من قبل النيابة العامة الجنائية المؤتممة بمقتضى المادتين ١١٦ مكرراً ١/١١٩ من قانون العقوبات بوصف أنه في غضون الفترة ١٩٩٣/١/١٢ وحتى اغسطس ١٩٩٤ بدائرة قسم شرطة مرسى مطروح (أخل عمداً بتنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية التي يفرضها عليه عقد المقاوله المؤرخ في ١٢/١٠/١٩٩٣.....) .

وهذا النص سند الاتهام يعتبر في حالة تعارض مع نص المادة رقم ١١ من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية النافذة في النظام القانوني المصري منذ ابريل ١٩٨٢ والقاضي بانه (لا يجوز قيد حرية الإنسان بسبب إخلاله بالتزام تعاقدي حال كون النص الوطني يجرم ويعاقب على الإخلال بالتزام تعاقدي ومن ثم يعتبر منسوخاً بنص المعاهدة الدولية النافذة لتعارضه معه تعارضاً كلياً، فوجب الحكم بالبراءة) .

الإسلامية عند تصديقها على المعاهدات أو البروتوكولات الدولية المكونة للشرعة الدولية ان تبدي مع وثيقة التصديق ما يسمى بالتحفظ التفسيري وهو إجراء مقبول دولياً ولا يتعارض مع موضوع قواعد الشريعة الدولية^(١).

٦- مواجهة حالة التعارض سألقة البيان على ضوء أنه لا يجوز أن تتخلص الدولة من التزاماتها الدولية عندما تتضمن تشريعاتها الوطنية بصفة عامة والجنائية منها بصفة خاصة نصوص وقواعد تتعارض - على نحو ما سلف - مع قواعد الشريعة الدولية النافذة إلا بأحد أمرين:

أ- التدخل التشريعي فور نفاذ قواعد الشريعة الدولية بتعديل تشريعاتها الداخلية ومنها الدستور بما يجعلها في حالة اتفاق تام معها في حماية حقوق الإنسان محل الحماية.

ب- أو تتخذ إجراءات الانسحاب من المعاهدة الدولية وفقاً لما هو مقرر في المعاهدة ذاتها لتكون صادقة في تصديقها على قواعد الشريعة الدولية بمختلف صورها.

٧- يتعين العلم أنه يجوز للدولة في حالات الظروف الاستثنائية أو الطارئة ان تتحلل رسمياً من بعض التزاماتها التي مصدرها قواعد الشريعة الدولية وذلك ما قرره هذه القواعد صراحة كما هو الحال فيما جاء في العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية انه " في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد"^٢.

١- انظر في تفصيل مشكلة التحفظات ومدى اعتبارها قيماً على نطاق المصدر الدولي للحماية الجنائية لحقوق الإنسان- المستشار الدكتور خيرى احمد الكباش - المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

٢- المادة (١/٤) من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية =.

وهو ما يعني أن الجماعة الدولية تعترف وتقدر ما قد تمر به الدول من ظروف استثنائية أو حالات طارئة تستتبع مواجهتها اتخاذ بعض الإجراءات التي قد تتعارض مع أحكام بعض قواعد الشريعة الدولية لحين انتهاء هذه الظروف، فأوردت في نصوصها ما تمكن الدول من مواجهة هذه الظروف بقدر ما تحت رقابة شكلية وموضوعية من الجهات المعنية بهذه الرقابة دولياً، وهو ما يحقق التوازن بين الحفاظ على حماية فعلية لحقوق الإنسان الأساسية وبين حماية أمن واستقرار الدول الأعضاء، فلا يجوز للدول التذرع باحتمال تعرضها لظروف طارئة أو استثنائية وتبقى على قواعد داخلية تتعارض مع قواعد الشريعة الدولية طالما أن الأخيرة أباحت لها التدخل من بعض التزاماتها إذا ما تعرضت بالفعل لهذه الظروف الطارئة أو الاستثنائية.

الفصل الثالث

مظاهر الاتفاق والتعارض بين النصوص الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية

بعد أن فرغنا من تحديد ماهية كل من الاتفاق والتعارض بين التشريعات الجنائية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية وأحكامها، فإن تناول بعض مظاهر هذا الاتفاق وذلك التعارض في التشريع الجنائي العراقي بصفة عامة والكوستاني بصفة خاصة وكذلك التشريع المصري، يحقق الفائدة المرجوة من هذه الدراسة، وهو ما سنتناوله بفضل الله في هذا الفصل وذلك بتقسيمه على مبحثين:

المبحث الأول

مظاهر الاتفاق مع قواعد الشريعة الدولية في التشريعين المصري والعراقي وقواعد الشريعة الدولية

=وانظر في تفصيل ذلك الدكتور سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، رسالة الدكتوراه مقدمة لجامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٩٤، ص ٢٣ وما بعدها.

جاء في ديباجة الاعلان العالمي لحقوق الإنسان انه "ولما كانت الدول الأعضاء قد تعهدت بالتعاون مع الأمم المتحدة على ضمان إطراد مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها".

لذا فإن الاتفاق هو السمة العامة والغالبة بين القوانين الوطنية والشريعة الدولية، ومع هذا هناك بعض أوجه التعارض فيما بينهما، فمن خلال الاطلاع على التشريع الجنائي العراقي والمصري بشقيهما الموضوعي والإجرائي يتكشف لنا الكثير من أوجه الاتفاق والبعض من أوجه التعارض بين نصوصهما وقواعد الشريعة الدولية وسنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على نماذج من الاتفاق والتعارض بينهما وفي المطالبين الآتيين:

المطلب الأول

في قانون العقوبات والقوانين الملحقة به

١- من المبادئ المهمة التي جاء بها كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية هو مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" ومبدأ "عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي" حيث نص على انه "لا يدان أي شخص من جراء أداة عمل أو الامتناع عن أداة عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكاب، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة"^١.

وتبنى المشرع العراقي المبدئين بالنص "لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون"^٢ ونص على انه "يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها

١- المادة (٢/١١) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأكد على ذلك المادة (١/١٥) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٢- المادة (١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتائجها" ^١ .

كما تبني المشرع العراقي مبدأ "القانون الأصلح للمتهم" وذلك بالنص على انه "إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائياً فيطبق القانون الأصلح للمتهم" ^٢ ، وهذا المبدأ من المبادئ المهمة التي جاء به العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بانه "لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي ، كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي يتفق مع ما كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة ، وإذا حدث ، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف" ^٣ ، وفي القانون المصري ذات الضمانات دستورياً وتشريعياً ^٤ .

٢- اعتبر المشرع العراقي من قبيل جريمة القذف، إسناد واقعة إلى الغير بإحدى الطرق العلنية من شأنها لو صحت أن توجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه من ^٥ ، وهذا يتفق مع ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بانه لا يجوز أن يعرض أحد لحملة على شرفه وسمعته، وكل شخص له الحق في الحماية القانونية من مثل تلك الحملات ^٦ .

١- المادة (١/٢) من نفس القانون .

٢- نفس المادة والقانون .

٣- المادة (١٥-١) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٤- ومن بينها المواد (٥ ، ٦ ، ٧) من قانون العقوبات المصري النافذ رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .

٥- المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات العراقي .

٦- المادة (١٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأكد على ذلك المادة (١٧) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

وفي إطار ذلك وانطلاقاً من نهج حكومة إقليم كردستان في إقامة مجتمع مدني متحضر على اسس سليمة وبغية معاقبة مسيئ استعمال أجهزة الاتصالات ومنعهم من التأثير على حريات الأفراد وإفشاء أسرارهم الشخصية والإساءة إلى الأخلاق والنظام العام والآداب العامة فقد أصدر قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات رقم (٨) لسنة ٢٠٠٦ حيث اعتبر المكالمات الهاتفية والاتصالات البريدية والالكترونية من الأمور الخاصة التي لا يمكن انتهاك حرمتها^١ ، ونص على معاقبة كل من إساءة استعمال الهاتف الخليوي أو أية أجهزة اتصالات سلكية ولاسلكية أو الانترنت أو البريد الإلكتروني وذلك عن طريق التهديد والقذف والسب ، أو إسناد امور خادشه للشرف ، أو نشر معلومات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ، إذا كان من شأن نشرها أو تسريبها أو توزيعها الإساءة اليهم أو إلحاق الضرر بهم^٢ .

وفي القانون المصري تبنى المشرع ذات النهج سواء دستورياً أو تشريعياً وخاصة ما ورد في الباب الرابع عشر من قانون العقوبات المصري النافذ تحت عنوان الجرائم التي تقع بواسطة الصحف وغيرها ، وما ورد في الباب السابع من الكتاب الثالث من ذات القانون تحت عنوان القذف والسب وإفشاء الأسرار .

٣- منعت المادة (٩٢/ رابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ كل أشكال العنف والتعسف في الاسرة والمدرسة والمجتمع، كما ان المشرع استخدم مصطلح العنف في أكثر من مادة من مواد قانون العقوبات^٣ سواء كجريمة^٤ أو كظرف مشدد للعقوبة^١ .

١- انظر المادة (١) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الكوردستاني - العراق .

٢- انظر المادة (٢) من نفس القانون .

٣- للتفصيل انظر: د. كاوان اسماعيل ود. مسعود حميد إسماعيل - شرح قانون العنف الأسري في إقليم كردستان - العراق رقم (٨) لسنة ٢٠١١ - مطبعة شهاب - أربيل- عراق - ٢٠١٥ - ص ١٦ .

٤- مثال على ذلك انظر المادتين (٤١٠) و(٢١٢) من قانون العقوبات العراقي .

وهذا يتفق مع مبادئ وأحكام الشريعة الدولية فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بانه لا يجوز أن يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة^٢.

أما في إقليم كوردستان فلم يكتف المشرع بما جاء من أحكام التجريم والعقاب لكل أشكال العنف والإكراه والتعسف في قانون العقوبات بل أصدر قانون خاص بمناهضة العنف الأسري رقم ٨ لسنة ٢٠١١، وفي معرض ذلك نصت المادة (٢) - أولاً) منه على ان " يحظر على اي شخص يرتبط بعلاقة اسرية ان يرتكب عنفاً اسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الاسرة، وتعتبر الافعال الاتية على سبيل المثال عنفاً اسرياً:

- ١- الاكراه في الزواج.
- ٢- زواج الصغار وتزويج الصغير.
- ٣- التزويج بدلاً عن الدية.
- ٤- الطلاق بالإكراه.
- ٥- قطع صلة الارحام.
- ٦- اكراه الزوج للزوجة على البغاء وامتهان الدعارة
- ٧- ختان الاناث.
- ٨- إجبار افراد الاسرة على ترك الوظيفة أو العمل رغماً عنهم.
- ٩- اجبار الاطفال على العمل والتسول وترك الدراسة.
- ١٠- الانتحار اثر العنف الاسري.
- ١١- الاجهاض اثر العنف الاسري.
- ١٢- ضرب أفراد الاسرة والاطفال بأية حجة.

١- مثال على ذلك انظر المادتين (٢٣٧) و(٢٦٣) من نفس القانون .
٢- المادة (٥) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأكد على ذلك المادة (١٧) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

١٣- الإهانة والسب وشتم الأهل وابداء النظرة الدونية تجاهها وايدائها وممارسة الضغط النفسي عليها وانتهاك حقوقها والمعاشرة الزوجية بالإكراه".

وفي القانون المصري صدر قانون الأسرة في مجال الأحوال الشخصية محققاً لهذه الحماية بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية باعتباره وفقاً للدستور المصدر الرئيسي للتشريع فلا يجوز للمشرع أن يحل حراماً أو يُحرم حلالاً.

٤- قرر وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ان لكل شخص الحق في التعبير عن أفكاره وفي إعطاء المعلومات وتلقيها بحيث يشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية^١.

وترتبط حرية التجمع السلمي بالحق في حرية الرأي والتعبير ارتباطاً وثيقاً باعتبارها مظهراً من مظاهر التعبير عن الرأي ، بالاحتجاج السلمي بوساطة كتابة العرائض وجمع التوقيعات والتظاهر والاعتصام والاضراب عن العمل، علاوة على كونها حقاً من حقوق الإنسان الأساسية كما جاء في الإعلان العالمي بانه لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية^٢.

وكان المشرع العراقي تقييد حق أفراد الشعب في حرية التعبير والحق في التجمع السلمي ويعاقب عليه بموجب المواد (٢٢٠ - ٢٢٢) من قانون العقوبات العراقي رقم

١- المادة (١٩) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأكد على هذا الحق المادة (١٩/١، ٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٢- المادة (١/٢٠) من نفس الإعلان السابق . وتأكيداً على ذلك نصت المادة (٢١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان "يكون الحق في التجمع السلمي معترف به ولا يجوز ان يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق الا تلك التي تفرض طبقاً للقانون، وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الامن القومي، او السلامة العامة، او النظام العام، او حماية الصحة العامة، او الآداب العامة او حماية حقوق الآخرين وحرياتهم" .

١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل ولكن بعد عام ٢٠٠٣ تم تعليق تلك المواد من قبل سلطة الائتلاف المؤقتة، وأقر الدستور العراقي ذلك الحق بالنص على "حرية الاجتماع والنظام السلمي، وتنظم بقانون"^١، حرية التعبير عن الرأي وهناك مشروع قانون محل دراسة في برلمان العراق وهو "قانون الرأي والاجتماع والتظاهر السلمي"، ونأمل أن يصبح هذا المشروع قانوناً في أقرب وقت، آخذاً أحكام الشريعة الدولية بنظر الاعتبار.

ولعدم وجود قانون خاص لتنظيم المظاهرات والاعتصام والإضراب في العراق فقد شرع المشرع الكوردستاني "قانون تنظيم المظاهرات رقم ١١ لسنة ٢٠١٢" واعترف ان التظاهر هو حق دستوري وضمانة لتحقيق حياة ديموقراطية والحفاظ على التحول إلى المجتمع المدني واحترام حقوق الإنسان ومن أجل ضمان تعبير الجماهير عن رأيها وبيان مطالبها المشروعة بشكل سلمي ومباشر بعيداً عن إثارة الفوضى وحماية للمصالح العامة والخاصة من الأضرار والأخذ بنظر الاعتبار المبادئ والقواعد الدولية الخاصة بالحقوق والحريات^٢.

وفي النظام القانوني المصري يوجد اتفاق تام بين ما تضمنه الدستور المصري النافذ والصادر في يناير سنة ٢٠١٤ من حماية تامة لحقوق الإنسان المنوه عنها سلفاً وبين قواعد الشريعة الدولية، فقد جاء الباب الثالث من هذا الدستور تحت عنوان الحقوق والحريات والواجبات العامة داخراً بنصوص دستورية ملزمة للكافة تؤدي عند تطبيقها حماية كافية لحقوق الإنسان بوصفه إنساناً وبسبب إنسانيته، ولم تتعارض النصوص الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي مع قواعد ومبادئ هذا الدستور في حمايتها بالقدر الذي تتفق فيه مع قواعد الشريعة الدولية إلا بالقدر المنوه عنه في موضعه مع مظاهر التعارض في هذا النظام القانوني مع قواعد الشريعة الدولية.

المطلب الثاني

١- المادة (٣٤/ثالثاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢- انظر الأسباب الموجبة لقانون تنظيم المظاهرات رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ الكوردستاني.

في قانون أصول المحاكمات الجزائية

١- جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان انه "لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً"^١، وأكد على ذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بانه "لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه"، وهذا ما سار عليه القانون العراقي بالنص "لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه إلا بمقتضى أمر صادر من قاض أو محكمة أو في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك"^٢.

ولم يتعارض النظام القانوني المصري في جملته مع هذه الحماية الدولية، فتضمن الدستور ما يحقق هذه الحماية^٣، وتضمن قانون الإجراءات الجنائية النافذ ما يحقق هذه الحماية بما يتفق وقواعد الشريعة الدولية^٤.

٢- يتفق القانون العراقي مع ما جاء في الاعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه لا يجوز أن يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة^٥، وأكد على هذا الحق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^٦، وفي معرض هذا نص المشرع العراقي على انه "لا يجوز استعمال اية وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على اقراره، ويعتبر من الوسائل غير المشروعة

١- المادة (٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (١/٩) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٢- المادة (٩٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .

٣- المواد (٥٢ ، ٥٤ ، ٥٥) من الدستور المصري .

٤- المادة (٤٠) من قانون الاجراءات المصري

٥- المادة (٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

٦- المادة (٧) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

إساءة المعاملة والتهديد بالإيذاء والاعتراف والوعد والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير^١ .

وفي القانون المصري جاء نص المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية قاطع الدلالة على تكامل هذه الحماية بقولها " لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطات المختصة بذلك قانوناً ، كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً " .

٣- أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبدأ علنية جلسات المحاكمة ، ويقصد به السماح للجمهور من غير أطراف الدعوى بالحضور في جلسات المحاكمة أي في جلسات التحقيق النهائي دون التحقيق الابتدائي اذ نص على "ولكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه"^٢ ، واعترف الدستور العراقي بهذا المبدأ بالنص " جلسات المحاكمة علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية"^٣ ، وجاء في قانون اصول المحاكمات الجزائية انه "يجب ان تكون جلسات المحاكمة علنية ما لم تقرر المحكمة ان تكون كلها أو بعضها سرية لا يحضرها غير ذوي العلاقة بالدعوى مراعاة للأمن أو المحافظة على الآداب ولها ان تمنع من حضورها فئات معينة من الناس"^٤، إذن هناك تقارب واضح بين الإعلان العالمي وبين القانون العراقي فقد أكد الدستور على علنية الجلسات مع فسح المجال للمحكمة التي تنظر في الدعوى جعلها سرية وذلك في حالات محددة نصت عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية وهي للمحافظة على الآداب العامة والنظام العام ،

١- المادة (١٢٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

٢- المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٣- المادة (٧ / ١٩) من الدستور العراقي .

٤- المادة (١٥٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

وفي القانون المصري حقق كل من المشرع الدستوري والجنائي هذه الحماية كاملة بما يتفق وقواعد الحماية في الشريعة الدولية^١.

٤- من الحقوق التي وردت في المواثيق الدولية هي حق الطعن في الأحكام، إذ جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية انه "لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني"^٢ وبأن "لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه"^٣، وتم تنظيم هذا المبدأ في القانون العراقي وحدد المشرع طرق الطعن في الأحكام بأربعة طرق هي:

أ- الاعتراض على الحكم الغيابي.

ب- التمييز

ج- تصحيح القرار التمييزي

د- إعادة المحاكمة^٤.

والقانون المصري يتفق مع ما ورد في التشريع العراقي ومع قواعد الشريعة الدولية بشأنها عدا استثناء الأحكام الصادرة في الجنايات، فقد قررها الدستور عام ٢٠١٤ ولكنه منح المشرع مهلة عشر سنوات لتحقيق هذه الحماية مما يُعد انتهاكاً لهذا الحق.

المبحث الثاني

١- للمزيد من التفصيل في تلك الحالات راجع المواد (٩٤، ٩٥، ٩٦) من الدستور المصري النافذ

منذ يناير ٢٠١٤ والمواد (٢٦٨، ٢٦٨، ٣٧٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ.

٢- المادة (٩-٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

٣- المادة (١٤-٥) من نفس العهد.

٤- (المواد ٢٤٣-٢٧٩) والمواد (١٥٢-١٥٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

مظاهر التعارض مع قواعد الشريعة الدولية في التشريعين المصري والعراقي

في هذا المطلب نبين بعض من نصوص التشريعين الجنائي العراقي والمصري، سواء الموضوعية أو الشكلية منهما، ومدى تعارضهما مع الشريعة الدولية:-

المطلب الأول

قانون العقوبات والقوانين الملحقه به

- ١- أكد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على الدول التي لم تلغ عقوبة الإعدام، أن لا تحكم محاكمها الجنائية بهذه العقوبة إلا بالشروط الآتية:
 - أ- أن تكون عقوبة الإعدام جزاء على أشد الجرائم خطورة وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة.
 - ب- أن لا تكون هذه العقوبة مخالفة لأحكام العهد واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.
 - ج- لا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلا بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة^١.

ولكن المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل خالف أحكام الشريعة الدولية ، فقد بالغ في اعتماد عقوبة الإعدام في جرائم كثيرة البعض منها ليست على درجة عالية من الخطورة واستمر الحال كذلك لحد عام ٢٠٠٣ عندما أصدرت سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق الامر المرقم (٧) في ١٠ حزيران من ذلك العام بتعليق عقوبة الاعدام الواردة في القوانين العقابية العراقية، ولكن اعيد العمل بعقوبة الاعدام في ظل الحكومة المؤقتة الذي أعقب سلطة الائتلاف المؤقتة واستمر

١- المادة (٢/٦) من الجزء الثالث من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

العمل بها في ظل الحكومات المتعاقبة ولحد الان، فقد صدرت تشريعات مجحفة تفرض عقوبة الاعدام، كقانون مكافحة الارهاب الذي تضمن نصوص مبهمة وفضفاضة، اي انها لم تحدد الجرائم بشكل دقيق بحيث لا تقبل الشك أو التأويل مما يتعارض ذلك مع مبدأ الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" الذي جاء به الاعلان العالمي لحقوق الإنسان وأوجبته جميع التشريعات الجنائية الدولية والوطنية وبما فيها القانون الجنائي العراقي^١.

أما في إقليم كردستان ومسايرة لقواعد الشريعة الدولية فقد تم تعليق النصوص التي بالغت في اعتماد عقوبة الإعدام والتي تتعلق بأغلب جرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي^٢.

وفي القانون المصري يتعارض نص المادة (١٦ مكرر/ ج) من قانون العقوبات النافذ مع نص المادة (١١) من المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لتجريمه الإخلال بعقد توريد ومقاولة بالرغم من عدم جواز ذلك بقواعد الشريعة الدولية على نحو ما سلف، أما عن عقوبة الإعدام فلم تصدق مصر على البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية الخاص بإلغاء عقوبة الإعدام ومن ثم لا يوجد تعارض، وتضمن قانون الإجراءات الجنائية النافذ ضمانات قوية للحكم بعقوبة الإعدام لا تتعارض مع قواعد الشريعة الدولية.

١- د. طارق علي الصالح - حول عقوبة الإعدام - المرصد العربي لمناهضة عقوبة الإعدام - دراسة منشورة على العنوان الالكتروني الاتي: <http://www.dp.achrs.org/reborts/29.html> تاريخ الزيارة ٢٠١٦/١١/٣٠.

٢- المواد (١٥٧-١٩٥) وكذلك المواد (٢٠١، ٢٠٠، ٢٢٣) التي أغلبها تتضمن عقوبة الإعدام فقد اوقف العمل بهذه المواد في إقليم كردستان بموجب قانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٣، أما المادة (١٦٥) فقد اوقف العمل بها في إقليم كردستان بموجب المادة (١) من قانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٣ وحلت =محل عقوبة الإعدام عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت يفرض على كل من ارتكب عمداً فعلاً بقصد المساس بأمن واستقرار وسيادة مؤسسات إقليم كردستان بأية كيفية كانت وكان من شأنه أن يؤدي إلى ذلك.

٢- تضمن قانون العقوبات العراقي عدداً من النصوص التي أجمعت بحقوق المرأة ، وفرق بين الرجل والمرأة عند حصول حالة الزنا بمعاقبة المرأة الزانية، بينما لا يعاقب الزوج الزاني إلا إذا زنا في منزل الزوجية وذلك بالنص " ١ - يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها. ٢ - ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية"^١، وكأن المشرع أراد بذلك أن يعطي تمييزاً لخيانة الزوج بشكل مشروع فقد قيده بمنزل الزوجية!! فمن الواضح ان هناك تفاوتاً صارخاً في الحماية القانونية بين الرجل والمرأة في هذه الجريمة، وهذا يتناقض مع مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على المساواة بين الرجال والنساء بالنص على انه "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس ...، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء....."^٢ ، ويوجد ذات التعارض في قانون العقوبات المصري^٣ .

أما في إقليم كردستان فقد اوقف العمل بالفقرة (٢) من هذه المادة بموجب قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١ وحل محلها النص الاتي: "يعاقب الزوج الزاني ومن زنى بها بالعقوبة الواردة في الفقرة (١) من المادة ٣٧٧".

وصدور هذا النص كان نقلة نوعية في إطار التدابير الضرورية لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، وإضفاء الحماية القانونية لها وإلغاء التفاوت في الحماية الجنائية بينها وبين الرجل والتصدي للقيم غير الإنسانية تجاه المرأة والتي توارثناها بناءً على تقاليد غير سليمة^٤ .

١- المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي .

٢- المادة (٢) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٣- انظر المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري .

٤- ويرى بعض الفقه الجنائي - وبحق - ان الحل الأمثل لإنهاء هذا التمييز هو إلغاء النص كاملاً وترك الامر لقاضي الموضوع لإعمال أسباب التخفيف المقررة عند توافرها لعدم القدرة على معرفة

٣- كما ان قانون العقوبات العراقي النافذ لم ترد فيه أية نصوص قانونية خاصة لعقوبة المرأة عندما تضبط زوجها متلبسا بالزنا بينما يحمى القانون المذكور الرجل القاتل بدافع غسل العار بعقوبة لا تتناسب مع جريمته عندما يضبط زوجته بنفس الوضع، ولم يحم القانون المذكور الزوج القاتل فقط لدواعي الشرف، بل منح أقارب المرأة حق قتلها غسلا للعار، وحدد القانون عقوبة الرجل الذي يقتل زوجته أو إحدى محارمه عندما يفاجئها في حالة تلبس بالزنا بالحبس لمدة ثلاث سنوات كحد أقصى^١، واعتبر القتل غسلا للعار من أهم تطبيقات الباعث الشريف وعد ذلك عذرا مخففا لأغراض تطبيق المواد(١٣١، ١٣٠، ١٢٨)عقوبات وهذا ما عبرت عنه باستمرار قرارات محكمة التمييز .

أما في إقليم كردستان ، وانطلاقا من حرص القيادة السياسية للإقليم على حماية المرأة من جميع أشكال الظلم والعنف التي تحصل بحها في العائلة وفي بيت الزوجية فقد أوقف العمل بحكم المادة(٤٠٩) بموجب المادة (١) من قانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ ، ولم يكتفِ المشرع الكوردستاني بذلك بل منع إيقاف تنفيذ عقوبة المحكوم عليه في الجرائم التي ترتكب بحق المرأة وذلك بموجب قانون رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٤ حيث جاء في المادة(١) منه " لا يسري إيقاف تنفيذ العقوبة الوارد في المادة (١٤٤) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على الجرائم التي ترتكب بحق المرأة" ، وبذلك ساير المشرع الكوردستاني مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على المساواة بين الرجال والنساء .

حقيقة المرأة التي ظنت الزوجة عند رؤيتها مع زوجها أنا ليست زوجة أخرى له ؛ لجواز تعدد الزوجات في التشريع الإسلامي بخلاف عدم جواز ذلك للمرأة فرما تكون هذه المرأة زوجة أخرى شرعية وليست زانية .

١- المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات .

٤- نصت المادة (٤١) من قانون العقوبات على انه "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق :١- تأديب الزوج لزوجته ... في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً" .

وفقاً لهذا النص منح القانون للزوج حقاً يخوله فيها استخدام الضرب في عملية التأديب ويعتبره سبباً من أسباب الإباحة وحقاً للزوج يستخدمه حين يوجب الأمر ذلك واشترط أن يكون بحسن نية وبالحدود المقررة شرعاً وقانوناً ، والواقع يكشف على نحو خطير إلى ان هناك انتهاكات وتعسف تجري ضد الزوجات تحت هذه المادة ، الامر الذي يتطلب تدخلاً من جانب المشرع لمواجهة ، في الوقت التي تشكل محتوى هذا النص انتهاكاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على انه لا يجوز أن يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة^١ .

وبما أن نص هذه المادة تنتهك حقوق المرأة بشكل سافر وتهين كرامتها ، ولا يراعي إحساسها وشعورها وهو ما يعارض حالة المساواة بين الرجل والمرأة التي تؤكد عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية ، فان المشرع الكوردستاني استثنى الزوجة من أحكام الفقرة (١) من هذه المادة في إقليم كوردستان بموجب قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢ .

أما القانون المصري لم يرد في القانون المصري النافذ نص صريح يبيح تأديب الزوج لزوجته باعتباره استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون وإنما جاء نص المادة رقم ٦٠ من قانون العقوبات المصري عاماً من دون تحديد بقوله " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة " ، ولكن بعض الفقهاء أعطى للزوج حق تأديب زوجته استناداً لهذا النص شريطة أن يكون هذا التأديب بالصورة المتعارف عليها شرعاً من دون إيذاء للمرأة " وهو ما يسمى بالضرب

١- المادة (٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأكد على ذلك المادة (٧) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

اعتباراً وليس ضرب حقيقي " بالسواك " تعبيراً عن الغضب وفي إطار حديث سيدنا رسول الله عليه وسلم " لا يكرمهن إلا كريم ولا يظلمهن إلا لئيم " وفي هذا الإطار لا يتعارض التشريع المصري مع قواعد الشريعة الدولية .

المطلب الثاني

في قانون اصول المحاكمات الجزائية

وضع المشرع العراقي مجموعة من الإجراءات بيد السلطة التحقيقية لكي تستطيع الوصول إلى حقيقة الواقعة الإجرامية محل التحقيق من حيث الجناة وظروف وملابسات الجريمة وكل ما يمكن أن يؤدي إلى كشف الحقيقة ومن تلك الاجراءات الاستجواب واستدعاء الشهود والتفتيش^١ ، ومن الإجراءات التي لم يتعرض إليها قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ النافذ هو إجراء ضبط الرسائل والمكالمات الهاتفية ، ولكن غالبية الفقه^٢ يرى ان القانون أجاز ذلك ويستدلون في ذلك إلى المادة (٤٠) من الدستور التي جاء فيها " حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها ، الا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار قضائي " ، وهذا يتناقض مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على حرية المراسلات وذلك بان لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو

١- للمزيد من التفصيل عن تلك الإجراءات راجع: الاستاذ الدكتور زكار محمد قادر ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١، مؤسسة O.P.C. للطباعة والنشر ، أربيل ، عراق ، ص ١٧٨ وما بعدها .

٢- د. سعيد حسب الله عبدالله ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط٢ ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٨ ، ص ١٩٧ ، الاستاذ الدكتور عبد الامير العكيلي والدكتور سليم حرية ، اصول المحاكمات الجزائية ، ج١ ، ١٩٨٠ ، ص ٣٥٠ .

لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات^١.

وفي النظام القانوني المصري قطع الدستور النافذ بحماية هذا الحق للإنسان وجعل حماية المرسلات البريدية والبرقية والإلكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة كما جعل سريتها مكفولة كما جعلها ضمن حماية الحياة الخاصة للإنسان باعتبارها حرمة ومصونة لا تمس، بل وجعلها جرائم لا تسقط الدعوى الجنائية الناشئة عنها بالتقادم وأجاز للمجني عليه فيها إقامة الدعوى الجنائية الناشئة عنها بالطريق المباشر^٢.

٢- أعطى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الحق لكل شخص في الحصول على تعويض إذا كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني^٣، وبخلاف ذلك فإن القانون العراقي ورغم انه قد راعى حق الإنسان في حرته ووضع ضمانات كثيرة لاحترام هذا الحق بنصوص واضحة في الدستور وقانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات وغيرها من القوانين الاخرى التي منعت تقييد حرية الأشخاص إلا بموجب نصوص قانونية معينة ووفق ضوابط للتوقيف وفي حالات ذكرت في نصوص قانونية معلومة^٤، إلا انه لم يقر ما جاء في العهد الدولي بتعويض المادي والادبي عن تلك الاجراءات المخالفة للقانون في حين ان التوقيف يمس أعلى ما يملكه الإنسان ويتمسك به وهو حرته الشخصية.

وساير المشرع الكوردستاني العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتشريع قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ وذلك بغية

١- المادة (١٢) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٢- انظر في ذلك المادتان (٥٧ ، ٩٩) من الدستور المصري النافذ .

٣- المادة (٩-٥) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٤- للمزيد من التفصيل عن التوقيف وضماناته راجع : الاستاذ الدكتور زكار محمد قادر - المرجع السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها .

معالجة حالات تعويض المحجوزين والموقوفين والمحكومين دون سند قانوني ودفعاً لكل تجاوز على حريته واستمرار عيشه بكرامة ولرفع الحيف عن المتضرر وبغية التعويض عما لحقه من الأضرار المادية والأدبية من جراء هذا التجاوز على حريته^١، وجاء في هذا القانون بأنه "كل من تم حجزه أو توقيفه تعسفياً أو تجاوزت مدة موقوفيته الحد القانوني أو حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية من قبل الجهات القضائية المختصة دون سند قانوني، ثم صدر قرار برفض الشكوى أو الإفراج عنه وغلق الدعوى أو الحكم ببراءته واكتسب القرار درجة البتات بموجب القوانين النافذة، له حق المطالبة بالتعويض المادي والمعنوي عن الأضرار التي لحقت به جراء الحجز أو التوقيف أو الحكم"^٢، على أنه " لا تسمع طلبات التعويض بموجب هذا القانون بعد مضي سنة واحدة على اكتساب قرار الافراج أو الحكم بالبراءة درجة البتات"^٣، و" ينتقل حق التعويض عند وفاة صاحب الحق إلى الزوج والأولاد والوالدين فقط"^٤.

وفي القانون المصري حرص الدستور على النص صراحة على حماية هذا الحق على أن ينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي ومدته وأسبابه وحالات استحقاق التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الاحتياطي أو عن تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذة بموجبه - إلا أنه لم يصدر قانون ينظم ذلك إلا أننا نرى القضاء الوطني يمكنه الاستناد إلى هذا النص الدستوري مباشرة للحكم بالتعويض المناسب إذا توافرت شروطه المنوه عنها بالنص وعلى ضوء ظروف كل حالة على حده من دون انتظار للمشرع لتحقيق هذه الحماية .

١- الأسباب الموجبة لصدور قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج في اقليم كوردستان- العراق رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ .

٢- المادة (٢) قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج في اقليم كوردستان- العراق.

٣- المادة (٤- ثانياً) من نفس القانون .

٤- المادة (٤- ثالثاً) من نفس القانون .

٥- انظر الفقرة قبل الأخيرة من نص المادة (٥٤) من الدستور المصري .

٣- من المبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو مبدأ "افتراض براءة المتهم" فقد نص على انه "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"^١ ، وأكد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ان "من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً"^٢ .

أما التشريع العراقي فنجد قانون اصول المحاكمات الجزائية جاء خالياً من مبدأ افتراض براءة المتهم ، مع ان الدستور العراقي نص بشكل صريح على هذا المبدأ بالقول "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة..."^٣ .

وفي الدستور المصري نص صريح لحماية هذا المبدأ " أصل البراءة في الإنسان"^٤ منه وكان وما زال للمحكمة الدستورية العليا موقفاً حازماً في حماية هذا الأصل في الإنسان حيث قضت في العديد من أحكامها بعدم دستورية كل نص تشريعي ينتهك هذا الحق ، ويُلقى بعبء إثبات البراءة على الإنسان المتهم ؛ لأنها الأصل فيه وعلى من يدعي عكس ذلك أي على من يدعي إدانته إثبات هذه الإدانة بأدلة قطعية الثبوت وقطعية الدلالة^٥ .

١- المادة (١١-١) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٢- المادة (١٤-٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

٣- المادة (١٩-٥) من الدستور العراقي .

٤- المادة (٩٦) من الدستور المصري .

٥- انظر في تفصيل مبدأ أصل البراءة في الإنسان والأثار المترتبة عليه وموقف المحكمة الدستورية الدستورية العليا في مصر من حماية هذا المبدأ ، المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش، المرجع السابق ، ص ٩٠٨ وما بعدها .

خاتمة الدراسة

يمكن القول أن الإنسان هو الإنسان في كل مكان وزمان وانه مُكرم من خالقه فلا يجوز لأحد أن يهينه فلقد سخر له ربه سبحانه وتعالى كل ما في الكون لخدمته ، ولم يُسخره لأحد من خلقه " فمتى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً" .

وبعد الانتهاء من هذه الدراسة فان من الضروري الإشارة إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي خرجنا منها في هذه الدراسة :

أولاً: الاستنتاجات

١- مما لا شك فيه أن حماية حقوق الإنسان الأساسية التي له بوصفه إنساناً وبسبب إنسانيته والتي لم تُمنح له من أحد صارت واجبة على الكافة من دون تمييز في قدر ونطاق هذه الحماية لأي سبب من الأسباب " الجنس أو الجنسية أو اللون أو العقيدة أو المذهب السياسي ... " .

٢- قواعد الشريعة الدولية جعل من قدر ونطاق حماية حقوق الإنسان الحد الأدنى والقاسم المشترك بين بني البشر ، فلا يجوز لأي دولة أن تتال من هذا القدر بالنزول عنه في حماية الحقوق والحريات في نظامها القانوني ، أو بانتهاك هذه الحقوق سواء بإصدار تشريعات تنتهك أيّاً منها كلية أو بصورة جزئية ، بل وألزم الدول بعدم التذرع بهذا الحد الأدنى من الحماية والنزول بما قد يكون لديها من حماية أفضل لأي حق من الحقوق إلى هذا القدر المتفق عليه في قواعد الدولية لأنه يمثل الحد الأدنى من الحماية وليس الأقصى لها .

٣- إذا ما تحقق الاتفاق بين القواعد القانونية الوطنية وقواعد الشريعة الدولية امتنع على المشرع الوطني العبث بقواعده لأنها تحصنت بقواعد الشريعة الدولية فلا يجوز له النزول بقدر الحماية عن الحد المقرر دولياً ومن باب أولى لا يجوز له انتهاك الحق بكامله بإلغاء النص الذي يحميه أو بإصدار نص يتيح انتهاك الحق ولا يحميه .

٤- إذا كان التشريع الوطني يتضمن نصوصاً تتعارض مع قواعد الشريعة الدولية سواء تعارضاً كلياً أو جزئياً وفقاً للمعيار سالف البيان فإن مثل هذه النصوص يجب إلغاؤها وتعتبر منسوخة بالنفاذ الدولي لقواعد الشريعة الدولية ، ومن باب أولى بالنفاذ الداخلي لقواعدها بنشر المعاهدات المتضمنة لها في الجريدة الرسمية للدولة بعد التصديق عليها بالطرق المقررة قانوناً .

٥- الاتفاق هو السمة العامة والغالبة بين القانون الجنائي العراقي وقواعد الشريعة الدولية ، فمن المبادئ المهمة التي جاء بها كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية هو مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" ومبدأ "عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي ومبدأ "القانون الأصلح للمتهم" ومبدأ " علنية جلسات المحاكمة" وغيرها من المبادئ ، وكل هذه المبادئ تبنته المشرع العراقي في القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي .

٦- خالف المشرع العراقي أحكام الشريعة الدولية ، فقد بالغ في اعتماد عقوبة الإعدام في جرائم كثيرة البعض منها ليست على درجة عالية من الخطورة ، أما في إقليم كردستان ومسايرة لقواعد الشريعة الدولية فقد تم تعليق النصوص التي بالغت في اعتماد عقوبة الإعدام والتي تتعلق بأغلب جرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي .

٧- تضمن قانون العقوبات العراقي عدداً من النصوص التي أجحفت بحقوق المرأة منها جريمة الزنا وقتل المرأة في حالة تلبسها بالزنا واعتبار تأديب الزوج لزوجته من أسباب الإباحة ، حيث هناك تفاوتاً صارخاً في الحماية القانونية بين الرجل والمرأة ، وهذا يتناقض مع مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على المساواة بين الرجال والنساء .

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون خاص بتنظيم المظاهرات على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي قرر لكل شخص الحق في التعبير عن أفكاره ،

وهذا ما دفع المشرع الكوردستاني إلى تشريع " قانون تنظيم المظاهرات رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ .

٢- نهيب بالمشرع العراقي تعديل المادة (٢/٣٧٧) من قانون العقوبات الخاصة بجريمة الزنا وذلك عملاً بما جاء في مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على المساواة بين الرجال والنساء ، وسائر المشرع الكوردستاني الشريعة الدولية بإيقافه العمل بالفقرة (٢) من هذه المادة بموجب قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١ والحل محلها النص الآتي: "يعاقب الزوج الزاني ومن زنى بها بالعقوبة الواردة في الفقرة (١) من المادة ٣٧٧ .

٣- نوصي المشرع العراقي بإيقاف العمل بحكم المادة (٤٠٩) المتعلقة بقتل المرأة في حالة تلبسها بالزنا ، وانطلاقاً من ذلك فقد أوقف العمل بحكم هذه المادة في إقليم كوردستان وذلك بموجب المادة (١) من قانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٥ ، ولم يكتفي المشرع الكوردستاني بذلك بل منع إيقاف تنفيذ عقوبة المحكوم عليه في الجرائم التي ترتكب بحق المرأة .

٤- نهيب بالمشرع العراقي التدخل لمواجهة حالة اعتبار ضرب الزوج لزوجته بحجة التأديب من أسباب الإباحة ، وهذا ما عمل به المشرع الكوردستاني فقد أصدر قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢ وبموجبه استثنى الزوجة من أحكام اعتبار تأديب الزوج لزوجته من أسباب الإباحة .

٥- نوصي المشرع العراقي بإصدار قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج ، وهذا ما جاء به العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، وسائر المشرع الكوردستاني ذلك بتشريع قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ .

٦- نوصي المشرع العراقي بالنص في قانون اصول المحاكمات الجزائية على مبدأ "افتراض براءة المتهم" ، باعتباره من المبادئ المهمة التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٧- نقترح على المشرع الوطني عند سنه لتشريعات أن يكون خالية من شائبة التعارض مع قواعد الشرعة الدولية التي تحقق عند تطبيقها - ومن دون تسييسها دولياً أو داخلياً - حماية فعلية ولازمة لحقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة حيث أنه في الصديق لحماية حقوق الإنسان بوصفه إنساناً وبسبب إنسانيته تتمثل الحضارة المعاصرة للمجتمعات كافة ، فالحضارة الحقيقية تدور وجوداً وعدمياً مع مدى احترام حقوق الإنسان وتمتعه بها في المجتمع الذي يعيش فيه من دون تمييز بين الناس بأي سبب من الأسباب .

قائمة المصادر

أولاً: الكتب وأطاريح الدكتوراه والبحوث

- ١- المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان- دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية , منشأة المعارف بالإسكندرية, الطبعة الثانية، ٢٠٠٨ .
- ٢- أ. د محمود شريف بسيوني والقاضي خالد محي الدين أحمد ، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ .
- ٣- أ. د. عبدالعزيز محمد سرحان ، الإطار القانوني لحقوق الإنسان - المصادر والحقوق- الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .
- ٤- د. سعيد حسب الله عبدالله ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط٢ ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٨.
- ٥- أ.د عبد الامير العكيلي والدكتور سليم حربة ، اصول المحاكمات الجزائية ، ج١ ، ١٩٨٠ .
- ٦- أ.د رزكار محمد قادر ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١ ، مؤسسة O.p.c.a للطباعة والنشر ، أربيل ، عراق ، ٢٠٠٣ .
- ٧- د. كاوان اسماعيل ود. مسعود حميد إسماعيل ، شرح قانون العنف الأسري في إقليم كردستان - العراق رقم (٨) لسنة ٢٠١١ ، مطبعة شهاب ، أربيل ، عراق ، ٢٠١٥ .
- ٨- د. سعيد فهيم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، رسالة الدكتوراه مقدمة لجامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٩٤ .

- ٩- أ.د محمد العيد الدقاق، التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان، بحث منشور في المجلد الثاني لحقوق الإنسان ، دار العلم للملايين ، بيروت .
- ١٠- أ.د محمد زكي أبو عامر، ندوة حقوق الإنسان العربي، مجلة خريجي حقوق الاسكندرية ، ابريل ١٩٨٥.

ثانياً: الدساتير والقوانين

- ١١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .
- ١٢- الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٤ .
- ١٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ١٤- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٥- قانون العقوبات المصري النافذ رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .
- ١٦- قانون الاجراءات الجنائية المصري .
- ١٧- قانون الاسرة المصري .
- ١٨- قانون الإجراءات الجزائية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ .
- ١٩- قانون تنظيم المظاهرات الكوردستاني- العراق رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ .
- ٢٠- قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج في اقليم كوردستان- العراق رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ .
- ٢١- قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الكوردستاني - العراق رقم (٨) لسنة ٢٠٠٦.
- ٢٢- قانون مناهضة العنف الأسري الكوردستاني- العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١ .
- ٢٣- مجموعة قوانين اخرى صادرة في إقليم كوردستان - العراق .

ثالثاً - المعاهدات والاتفاقيات والمؤتمرات

- ٢٤- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ .
- ٢٥- العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية ١٩٦٦ .
- ٢٦- العهد الدولي لحقوق الإنسان الاجتماعية والاقتصادية والثقافية ١٩٦٦ .
- ٢٧- البروتوكولين الملحقين بالعهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية.
- ٢٨- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في روما بتاريخ ٤ / نوفمبر / ١٩٥٠ .
- ٢٩- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المعتمد بتاريخ ١٠/ديسمبر/ ١٩٨٤ .
- ٣٠- الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠/ديسمبر/ ٢٠٠٦ .
- ٣١- اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية المعتمدة بتاريخ ١٦ / نوفمبر / ١٩٦٨ .
- ٣٢- مؤتمر الأمم المتحدة العامة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من ٢٧ / اغسطس إلى ٧ / سبتمبر / ١٩٩٠ .

رابعاً: المصدر الالكتروني

- ٣٤- د. طارق علي الصالح - حول عقوبة الإعدام - المرصد العربي لمناهضة عقوبة الإعدام - دراسة منشورة على العنوان الالكتروني الاتي:
<http://www.dp.achrs.org/reports/29.html> تاريخ الزيارة ٣٠/١١/٢٠١٦

المخلص:

الاتفاق هو السمة الغالبة بين القوانين الوطنية والشرعة الدولية، ومع هذا هناك بعض أوجه التعارض فيما بينهما ، ويعتبر وجود هذا التعارض من بين أخطر الانتهاكات القانونية لحقوق الإنسان المحكوم، لكون هذه القواعد تمثل الحد الأدنى للحماية الدولية لحقوق الإنسان لا يجوز لأية دولة النزول ، كما تمثل القاسم المشترك بين بني البشر من دون تفرقة بينهم .

وفي هذه الدراسة حاولنا الإجابة على الأسئلة التالية: ما المقصود بالاتفاق بين النصوص الجنائية الداخلية وبين قواعد الشرعة الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان ؟ وما المقصود بالتعارض بينهما سواء كان تعارضاً جزئياً أو تعارضاً كلياً ؟ وما كيفية فض هذا التعارض ؟ وما المقصود بمصطلح الشرعة الدولية ؟ وما هي حقيقة التشريع العراقي والمصري من حماية حقوق الإنسان، ومدى اتفاقهما أو تعارضهما مع قواعد وأحكام الشرعة الدولية ؟

وتوصلنا في الدراسة إلى جملة استنتاجات انه إذا كان التشريع الوطني يتضمن نصوصاً تتعارض مع قواعد الشرعة الدولية سواء تعارضاً كلياً أو جزئياً فإن مثل هذه النصوص يجب إلغاؤها وتعتبر منسوخة بالإنفاذ الدولي لقواعد الشرعة الدولية .

وقدمنا للمشرع العراقي بعض التوصيات منها عند سنه لتشريعات أن يكون خالية من شائبة التعارض مع قواعد الشرعة الدولية التي تحقق عند تطبيقها - ومن دون تسييسها دولياً أو داخلياً - حماية فعلية و لازمة لحقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة .

ABSTRACT :

Agreement is the dominant feature of national laws and the International Bill, however, there are some inconsistencies between them, is the existence of this conflict among the most serious legal violations of Human Rights ruled, the fact that these rules represent a minimum of international protection of human rights is not permissible for any state to get off, as represented the common denominator among human beings without distinction among them.

In this study, we tried to answer the following questions: What is meant by agreement between the domestic criminal provisions and the International Bill rules in the field of protection of human rights? What is meant by the incompatibility between the two whether partial contradiction or conflict entirely? And how to resolve this conflict? What is meant by the International Bill? What is the reality of the Iraqi and Egyptian pieces of legislation to protect human rights, and the extent of their agreement or Tardahma with international norms and the provisions of the Bill? We reached in the study to inter conclusions that if national legislation contains provisions that are incompatible with the rules of the International Bill whether a conflict whole or in part, such texts should be canceled and considered abrogated international access to the rules of the International Bill. We have provided the Iraqi lawmaker some recommendations which when enacted legislation to be free from reproach conflict with the rules of the International Bill investigating when applied - and without Tzeysha internationally or internally - the protection of actual and necessary for Human Rights condemned the aggression of the public authority.