

منطقة الفراغ في القانون الدولي الإنساني وأثرها في تطويره

أ.د زهير الحسني

استاذ القانون الدولي - مستشار

مقدمة

تعتبر الظاهرة القانونية من اشد الظواهر الاجتماعية حركة لأنها المكلفة بضبط إيقاعاتها كي تستطيع تحقيق السلم الأهلي عبر صراعات القوة وتناقض المصالح وباختلاف الأناسي والأمم بسببها (وما كان الناس إلا أمة واحدة فاختلّفوا...) ١٩/يونس و(كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وانزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه. وما اختلف فيه إلا الذين اوتوه من بعد ما جاءهم البينات) ٢١٣/البقرة. وما تتابع الشرائع السماوية إلا 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 م الظواهر الكونية الطبيعية التي تخضع لإيقاعات مادية وكهر ومغناطيسية منتظمة لا يكتنفها تدخل الإنسان في حركتها ولا تناقض المصالح البشرية في ديمومتها. فالقانون الكوني واحد ومستقر بينما القانون الاجتماعي متعدد ومتغير، ولذ فانه يكتنفه النقص المستمر بسبب التغير الذي يصيبه بسبب تغير مناحي الحياة الاجتماعية للإنسان. ولكن الشرائع السماوية وصلت غاية التطور بإكمال الدين بنزول آخر وحي بقوله تعالى (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضَيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا) المائدة/ ٣ ولكن الكمال الذي بلغه الإسلام هو كمال في القواعد العامة الحاكمة للعلاقات الإنسانية وبعض القواعد التفصيلية دون غيرها مما لا يمكن حصرها بسبب عملية التطور المستمر للعلاقات الاجتماعية. ومن هنا يأتي النقص في الأحكام الشرعية الاجتهادية والفقهية بسبب عدم مواكبة مراكز البحث والاجتهاد لتلك التطورات، مم ينشئ فراغا في النظام الاجتماعي يمكن ان نطلق

علي منطقة الفراغ في الفقه الإسلامي. وذلك لان النصوص مهما كانت راقية فهي متناهية بينما الوقائع غير متناهية، ويصدق هذا أيضا على القانون الوضعي فهو غير كامل لا من حيث القواعد العامة لأنها متطورة بتطور العلاقات الاجتماعية من جهة ولان نصوصها التفصيلية متناهية من جهة أخرى. ولمواجهة هذا التفاوت بين القانون والوقائع الاجتماعية ينبغي البحث في حقيقة هذا النقص من جهة (مبحث أول) وكيفية معالجة هذا النقص من اجل تطوير القانون وفق متطلبات التطور الاجتماعي من جهة أخرى (مبحث ثاني).

المبحث الأول

منطقة الفراغ في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

لما كان القانون الوضعي من وضع الإنسان فانه يتميز بظاهرة النقص الفطري في القانون، حيث إن القدرات الإنسانية مهما بلغت من الرقي تبقى قاصرة عن مواكبة كل التطورات الاجتماعية فضلا عن توقعها. والواقع انه لا يمكن الإحاطة والإلمام بكل مشاكل العلاقات الاجتماعية أو وضع صيغ نهائية لحلها، ولذا فان ظاهرة النقص في الاحكام الإسلامية تقف واضحة جنبا إلى جنب مع القانون الوضعي مع فارق أساسي يكمن في قدرة المشرع الإسلامي في معالجة هذه القضية. حيث عقد الصلة بين القواعد العامة للمعاملات المالية والاقتصادية من جهة والقواعد العامة والتفصيلية وقانون الأسرة من جهة ثانية بشرط ربط الاثنين معا بقواعد السلوك الشخصية والاجتماعية المبينة على القيم وقواعد الإخلاص من جهة ثالثة، باعتبارها صمام الأمان للسلم الأهلي مع باعث الحصول على الثواب او الخوف من العقاب الدنيوي والأخروي، وان كان اثر هذا الربط من الأنواع الثلاثة من قواعد السلوك يزداد قوة وضعفا مع نجاح النموذج الاقتصادي الذي يكفل الحد الأدنى من مستوى المعيشة للطبقة محدودة الدخل، ومن هنا يفهم قول علي بن أبي طالب (ع) يكاد الفقر يكون كفرا، إذ لا فائدة للقيم إذا لم توفر هذا الحد الأدنى من إشباع الحاجات الرئيسة طبقا لمعدلات الدخل. وسواء نجح الربط بين القواعد أم لا فان النقص في النصوص امر لا يمكن تحاشيه استنادا الى مبدأ 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 يأتي:

المطلب الاول. نقص القانون droit du lacune

وهو فراغ في القانون droit vide du وهو نقص غير مقصود ومردده عدم قدرة المشروع الوضعي توقع كل انواع العلاقات الاجتماعية ليقوم بتنظيمها من جهة وعدم ارادة المشروع الاسلامي وضع احكام تفصيلية غير دائمة ووقائع متطورة تحتاج في حركتها الى احكام تتناسب مع درجة تطورها من جهة اخرى، الا ما يراه المشروع الاسلامي بالنص على بعض الاحكام الثابتة او التي يمكن تأويلها حسب الظروف، وهذا هو النقص الفطري في القانون الوضعي legem paeeter lacune وهو الفراغ الفقهي في التشريع الاسلامي ومفاده بان الشارع الاسلامي بما هو له حكم في كل واقعة فردية ام جماعية 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 نصوص من القرآن 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 لبداية ان لكل واقعة حكم من الشارع المقدس وهو مفاده ايه اكمال الدين (المائدة/٣) ومفاد الحديث الشريف (حلال محمد حلال الى يوم القيامة وحرامه حرام الى يوم القيامة) (الكافي للكليني ١/٥٨) 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 سجلات وجود او عدم وجود الفراغ في التشريع (جواد احمد البهادلي، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية، مطبعة مجمع اهل البيت النجف (٢٠٠٩ ص ٣٠٣-٣٥١) لان الفراغ هو في الفقه لا في الشريعة.

ويسد الفراغ الفقهي باستنباط الحكم الشرعي من ادلته التفصيلية النقلية والعقلية وهو مفاد الاجتهاد في التشريع الاسلامي ام فراغ القانون الوضعي فيعالج بالتشريع الذي تقوم به السلطة التشريعية . ولا يعتبر من الفراغ الفقهي كل من الاتي:

- الحكم الثانوي، وهو الحكم الذي يستنبطه الفقيه بلحاظ حكم اولي يختلف عنه بسبب ظروف طارئة او استثنائية ترد عليه كجواز اكل الميتة خشية الهلاك من الجوع لعدم وجود طعام غيره بل وجوبه من اجل البقاء.
- الباح، وهو حكم شرعي وليس فراغا شرعيا وهو احد الاحكام الخمسة في التشريع الاسلامي ومفاده ان المكلف مخير في عمل الشيء او عدم القيام به.

- الحكم الظاهري، وهو الذي يستنبطه الفقيه من مورد الشك في الدليل الشرعي وفي مقام الوظيفة العلمية وهو حكم وليس فراغا في الحكم لانه حكم فقاھتي وليس حكما اجتھاديا.
- الحكم الحكومتي، وهو حكم صادر بناء على دليل اجتھادي او فقاھتي يقوم به الفقيه الولي بناء على وظيفته الولائية الى جانب وظيفته 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 ام 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 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 يستغني 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 ١٨٥٠ في اطار ما سمي بالتنظيمات وتتابع عملية التشريع بعد ذلك. ومن المفارقة الاشارة الى تحكيم ابو ظبي سنة ١٩٥١. 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 والاكثر صلة بالنزاع. اما ما يقوم به الفقهاء 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 ام اليوم فلا توجد هذه المكانة التي كان فيها المسلمون يتمتعون انذاك ولا يوجد اليوم دار حرب مع الامم والشعوب غير المسلمة فالدول جميعها تتمتع اليوم بالمساواة والسيادة وتضم الامم المتحدة الاغلبية الساحقة من الدول في عضويتها وتبادل الاعتراف فيما بينهما على وجه العموم.

المطلب الثاني

ثانياً: النقص في القانون droit en lacune .

ومفاده ان الشرع الاسلامي او الوضعي يتمتع 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: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلَ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ) (١٠١) قَدْ سَأَلَهَا قَوْمٌ مِنْ قَبْلِكُمْ ثُمَّ أَصْبَحُوا بِهَا كَافِرِينَ . (المائدة / ١٠١-١٠٢) ويقال ان سبب نزول هذه الآية الشريفة هو سؤال عاتكة بن محصن الاسدي النبي (ص) افي كل عام نحج يا رسول الله؟ فقال النبي لو قلت نعم لوجبت. (محمد حسين الطباطبائي. الميزان في تفسير القرآن. قم. ص ٢٤٢).

وفي هذا عسر لا يتفق والسياسية الشرعية القائمة على اليسر وعدم جعل الدين في حرج ولعل من اليسير معرفة ما هو نقص القانون الفطري والنقص الاداري في القانون وذلك بفضل السياسية التشريعية الوضعية القائمة على وجود المشرع الوضعي الذي يتولى السياسية التشريعية بنفسه وهو حاضر في الوسط

الاجتماعي ويمكن ان يتجاوب معه بسهولة. اما في التشريع الاسلامي فان انسداد باب العلم العلمي والعملية يلقي عبئا ثقيلا على الفقيه الذي قد يصعب عليه الافتناء 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 ضل 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 بالإباحة لعدم الدليل. اما على صعيد القانون الدولي الانساني فقد دأبت 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 اكمال البنية القانونية لهذين القانونين ويعتبر التوصل الى البروتوكول الثالث الاضافي لاتفاقيات جنيف الاربع بخصوص حماية الشارة نموذجا للسجلات التي يخوضها ممثلوا 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 الإسلامي

H.I.le developement due d sure zone vacun Impact de la
لما كانت الظاهرة القانونية ظاهرة متحركة لمعالجة مقتضيات العلاقات الاجتماعية المتطورة فأن أية مساحة من الفراغ تكون مدعاة لشغلها من قبل أدوات التشريع أما بطبيعتها المفهومية (مطلب أول) أو بطبيعتها البيئية (مطلب ثاني)

المطلب الأول

الوسائل المفهومية لسد الفراغ في القانون الدولي الإنساني

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

تحتاج الواقعة الاجتماعية لكي تكتسب صفة الواقعة القانونية إلى عناصر تميزها عن غيرها من الوقائع بواسطة مفهوم ينتزع منها على وجه الإجمال دون تحديد مسبق لما يترتب عليها من حقوق والتزامات. فالنزاع المسلح باستخدام القوة المسلحة ولكي يكون نزاعاً دولياً ينبغي أن يكون أطرافه أشخاصاً دولية من دول أو محاربين أو غيرهم وإلا كان نزاعاً مسلحاً غير دولي. فالأول يخضع لأحكام المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩ بينما الثاني يخضع للمادة ٣ المشتركة لهذه الاتفاقيات. وقد خضع النزاع المسلح غير الدولي للقانون الوطني مطلقاً وكان يطلق عليه الحرب الأهلية. إلا أن اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩ شملت ضحاياها بحماية القانون الدولي بموجب المادة ٣ المشتركة التي وفرت حداً أدنى من الحماية يكاد يقترب من النزاع المسلح فمفهوم النزاع المسلح غير الدولي اوجد نظاماً قانونياً للحماية وسد فراغاً لم يعالجه القانون الوطني الذي يخضع له المحاربون الذين يقاتلون القوات الحكومية. فالأصل المفهومي للقاعدة القانونية هو الذي يحدد عناصر هذه الواقعة كمقدمة لبيان الحكم القانوني لها في شكل حقوق والتزامات تترتب على أشخاص هذه الواقعة. وقد خضعت الأسلحة النارية للتنظيم في قانون لاهاي ولأول مرة منذ إعلان سان بتسبرغ في ٢٩/١١/١٨٦٨ عندما حرم استخدام هذه الأسلحة ابتداءً من عيار ٤٠٠ غرام وهي الأسلحة التي تسبب جروحاً وحروقاً للمحاربين مما يجعلها أسلحة فتاكة يتنافى استخدامها والمبادئ الإنسانية في القانون الدولي. فعيار ٤٠٠ غرام أصل مفهومي في قانون لاهاي من شأنه أن يرتب التزامات على المتحاربين بعدم استخدامها كوسيلة من وسائل الحرب. ولكن الأصل المفهومي (conceptual origine) للواقعة القانونية لا يكفي لسد الفراغ التي تقع فيها هذه الواقعة، وإنما ينبغي إن تنتقل إلى الأصل البنوي لها (structural origine) لكي يكونوا لها نظام قانوني خاص بعد إن كانت تقتصر على نظام مفهومي وحسب. ومن هنا نفهم إن السلاح الأبيض كان مباحاً قبل استخدام البارود في صناعة الأسلحة ولكن البارود انشأ نظاماً مفهوماً جديداً للسلاح وهو السلاح الناري الذي بقي في دائرة الفراغ القانوني وغير خاضع للتنظيم حتى صدور تصريح سان بتسبرغ لسنة ١٨٦٤ انف الذكر لينشئ لها نظاماً قانونياً بنوياً بتحريم استخدامه في القتال. ويعتبر كل من قانون لاهاي وقانون جنيف منطقة فراغ في الفقه الإسلامي في الوقت

الحاضر لأنهما يخضعان للقانون الدولي الإنساني الوضعي الذي انضمت إليه دول المجموعة الدولية بما فيها الدولة الإسلامية. أما محاولات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي فهي من باب المقارنة الافتراضية لأنه لا يوجد فراغ في القانون الوضعي الذي يمكن سده بأحكام الفقه الإسلامي. والمطلوب في هذا الصدد إمكانية سد الفراغ في القانون الوضعي في مجالات مازالت محكومة بالقانون المفهومي ومسكوت عنها في القانون البنيوي الوضعي. وهذا هو الإشكال الذي وقعت فيه محكمة العدل الدولية في فتاها في ٨/٧/١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها في حالة الدفاع الشرعي عندما يكون وجود الدولة معرضاً للخطر. حيث انتهت المحكمة إلى القول بعدم وجود قانون يحكم هذه الحالة إقراراً منها بوجود منطقة فراغ في إطار قانون المفهومي للأسلحة النووية يتمثل بعدم وجود قانون بنيوي يحكم مسألة التهديد بهذه الأسلحة أو استخدامها في القضية المعروضة على المحكمة. وكانت محاولة جني Jeny في أوائل القرن الماضي في التمييز بين معطيات donnees والبني construits جيدة للفرقة بين الأصل المفهومي للقانون كمجموعة من المعطيات القانونية التي تشتمل على المبادئ المجردة للقانون والأصل البنيوي الذي يتضمن الأحكام التفصيلية لهذه المبادئ والتي أطلق عليها اسم القواعد القانونية باعتبارها تحدد حقوق والتزامات أشخاص الواقعة القانونية. ويلعب الفقه الوضعي دوراً مهماً في نشوء الأصل المفهومي للقاعدة القانونية باعتباره مصدراً مادياً للقاعدة القانونية يتضمن معطيات مفهومية تحتوي على فراغ من الحقوق والالتزامات التي لا يمكن سدها إلا بواسطة النظام القانوني البنيوي.

والغالب في القواعد القانونية في القانون الدولي إنها بدأت في شكل مفهوم قانوني concept juridique من خلال نظريات أو مقترحات دبلوماسية أو قوانين وطنية ثم تتحول إلى بني قانونية guricliques structures فمفهوم الأسير ظهر في كتابات مونتسكيو وجان روسو والبحر الإقليمي في أبحاث بنكر تسوك وجليا بي والبحر العالي في كتابات غروسيوس والجرف القاري في إعلان ترومان ١٩٤٥ والمنطقة الاقتصادية الخالصة في أعمال منظمة الوحدة الأفريقية ١٩٧٣ والمنظمة الدولية خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية في تقديم تصريح أرفيد باردو أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٩٦٧. وقد احتاج مفهوم الايسو إلى اتفاقية ١٨٤٦ ليأخذ بنيته القانونية وكذلك البحر الإقليمي إلى اتفاقية جنيف الأولى لسنة ١٩٥٨ والبحر العالي إلى اتفاقية الرابعة لسنة ١٩٥٨ والجرف القاري إلى اتفاقية الثانية لسنة ١٩٥٨ والمنطقة

الاقتصادية إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقانونية البحار لسنة ١٩٨٢ وكذلك المنطقة الدولية (زهير الحسني الأصل المفهومي والأصل البنيوي للقانون الدولي العام مجلة العلوم القانونية كلية القانون ،جامعة بغداد ٢٠٠٨/خ ص ١٣٦). وهكذا تبقى منطقة الفراغ قائمة في ظل النظام المفهومي حتى ينشأ النظام البنيوي لسد هذا الفراغ بما يتم التوصل إليه من اتفاقيات دولية يسعى إليها القانون الوصفي ليحدد حقوق والتزامات أشخاص العلاقات القانوني الدولية المفهومية وقد كان رفض الولايات المتحدة الاتفاقية ١٩٨٢ أنفة الذكر إلى عدم دخولها حيز النفاذ بسبب اعتراضها على الجزء الحادي عشر منها الخاص بنظام استغلال المنطقة الدولية الأمر الذي أدى إلى قيام مشاورات غير رسمية سنة ١٩٩٥ أدت إلى إبرام الاتفاق التنفيذي في ٢٨/٧/١٩٩٤ ودخوله حيز النفاذ المؤقت في ١٦/١٠/١٩٩٤ .

المطلب الثاني

الوسائل البنيوية لسد الفراغ في القانون الدولي الإنساني

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

لا يملك أي نص فقهي أو وضعي صفة الخلود لأن هذا النص متناهية والوقائع الاجتماعية غير متناهية والمتناهي لا يحيط باللامتناه ولا تستطيع أية دولة مهما بلغت الرقي إن تصل درجة الكمال ولا بد إن يكتنفها الفراغ ولا بد من احد يسد مثل هذا الفراغ وما من نظام من الأنظمة القانونية إلا ويسعى لذلك ففي الشريعة الإسلامية يقوم نظام الاجتهاد باستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ولا ينبغي سد هذا النظام الآن تمكيناً لأحكام الشريعة من أداء 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 أوائل القرن السادس. وينبغي العمل بالعقل والقياس لاستنباط الأحكام الشرعية في حالة فقدان الدليل النقل والاستفادة من القواعد الفقهية في التشريع في الحكم الشرعي حسب مقتضى الحال وبذلك يمكن العمل على تضيق موارد سعياً وراء الحصول على الحكم الاجتهادي الواقعي بالنظر لعدم تحديد الأصول العملية على الاستجابة لحاجات التعامل الدولي ولا ينبغي حصر استنباط الأحكام الشرعية الاجتهادية بولي الأمر أو بطلب منة لأن الاجتهاد في الإسلام مفتوح لكل من يملك القدرة عليه سواء ما يتعلق بتشخيص الموضوعات أو تشخيص الأمم أو اختيار الحكم المناسب عند التزامهم بين الأدلة الشرعية فمنطقة الفراغ ليست مستنبطة من مبدأ وجوب

طاعة ولي الأمر وإنما هي مستفادة من مبدأ انسداد باب العلم العلمي والعملية خلافاً لرأي البعض (علي أكبر الحائري منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي/دراسات ص ١١٥) ولذا فإنه يجوز للفقهاء الجامع للشرائط ومجلس النواب يسد منطقة الفراغ بما يتلاءم ومصلحة البلد ومتطلبات الوقت في كافة ميادين الدولة وبأشراف الفقيه (توجيهات حول ما يناسب العراقيين من حكومة موقع المرجع الشيخ الفياض ٣٠ صفر ١٤٢٦ . ولكي يمكن سد الفراغ بالوسائل البنوية لابد من الاستناد على أساس شرعي وقانوني فيما يأتي :

أولاً: القانون الدولي الاتفاقي تدارك اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩ منطقة الفراغ الناجمة عن اكتمال النصوص في هذه الاتفاقيات وذلك بالاستناد على شرط مارتنس clause martens باسم وزير خارجية روسيا القيصرية خرودرينتشون فون ماتسن (١٨٤٥-١٩٠٩) والذي أدرج ضمن اتفاقيات لاهاي لتسوية النزاعات الدولية بالطرق السلمية في سنة ١٨٥٩-١٩٠٧ وينص الشرط على الآتي :-

(بانتظار صدور مدونة كاملة لقوانين الحرب ،تعتقد الأطراف المتعاقدة السامية انه من المناسب التحقق من إن السكان والمحاربين يبقون في حماية وتحت سلطان مبادئ قانون الشعوب في الأحوال التي لا تتضمنها الأحكام التنظيمية التي اتفقت عليها ،كتلك الناجمة عن التعامل القائم بين الأمم المتمدنة وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام . وقد جاء هذا الشرط في تصريح للممثل الروسي إمام مؤتمر لاهاي لسنة ١٨٩٩ بسبب عدم توصل المؤتمر إلى اتفاق حول وضع المدنيين الذين يحملون السلاح ضد قوات الاحتلال فقد كان من رأي الدول الكبرى معاملة هؤلاء المدنيين كقناصة Tireurs-France ويمكن إعدامهم ،بينما تؤيد الدول الصغرى معاملتهم كمحاربين نظاميين ،وقد اخذ شرط مارتنس بعداً أوسع فيما بعد في نصوص القانون الدولي الوضعي. ويفهم من شرط مارتنس بالمعنى الواسع بأن قواعد القانون الدولي العرفي تبقى سارية بعد تبنيها في قواعد اتفاقية بالنظر لأنه قليل من المعاهدات المتعلقة بقانون النزاعات المسلحة ماهو كامل ،وبأن شرط مارتنس يفيد بان كما هو ليس ممنوعاً طرحه في معاهدة (لا يعني انه مسموح به وان سلوك المحاربين في النزاعات المسلحة لا يحكم فقط بموجب المعاهدات والعرف وإنما بموجب مبادئ القانون الدولي التي وردت في شرط مارشس . وبالنظر لأدراج شرط مارتنس في متن اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩ ثم في البروتوكولين الإضافيتين لسنة ١٩٧٧، فهذا يعني إعطاء المزيد من الأهمية لهذا الشرط كان

مدرجاً في ديباجة اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩ و ١٩٠٧ حيث أصبح الشرط جزءاً من القانون الوضعي بحيث يمكن إن يكون أداة بنوية لسد الفراغ الناجم عن عدم إحاطة القانون الدولي الإنساني بكل المشاكل التي يثيرها قانون النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية. غير إن مفاد هذا الشرط مازال غير محدد في شكل النزاعات وحقوق معينة على الدول الأطراف في القانون الدولي الإنساني، حيث إن تعابير مثل مبادئ الإنسانية وقوانين الإنسانية والضمير العام لاتعدوا إن تكون ضوابط معيارية Regales Normative وليس قواعد قانونية وضعية واضحة، وإذا أردنا مزيداً من الواضح في هذه الضوابط المعيارية دون تحميل الشرط أكثر مما فيه فإننا يمكن إن نذهب مذهب pictet Jean في تفسيره بأن الإنسانية تعني تقديم الأسير على الإصابة بجرح والإصابة على الموت وتحاش استهداف غير المحاربين وان الإصابة بجرح إن تتم بأقل ضرر وان المصاب يمكن جمع هذه المعايير المقدمة بمعيار عام يتمثل في مبدأ أساسي من مبادئ القانون الدولي الإنساني وهو (تحرير استخدام الوسائل والطرق الحربية التي تسبب معاناة غير ضرورية للتوصل إلى تحقيق الأهداف العسكرية) وهذا هو المبدأ الذي نص عليه صراحة تصريح سان بتسبرغ في ١٩٦٨/١١/٢٩ بقوله إن يجب إن يكون من شأن تقديم المدينة التخفيف بقدر الإمكان من كوارث الحرب ويجب إن يكون الغرض الشرعي الوحيد الذي تستهدفه الدول أثناء الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية وكفي لهذا الغرض عزل أكبر عدد ممكن من الرجال عن القتال وقد يتم تجاوز هذا الغرض إذا استعملت أسلحة من شأنها إن تفاقم دون أي داع إلأم الرجال المعزولين عن القتال أو تؤدي حتماً إلى قتلهم ويكون استعمال مثل هذه الأسلحة بالتالي مخالفاً لقوانين الإنسانية. ومع هذا فإن هذا النص يبقى عاماً وغير محدد بالتزام معين بحد ذاته خاصة وان الدول الكبرى التي تمتلك أسلحة التدمير الشامل إنما تستند إلى القانون الوضعي القائم على الأساس الإداري الاتفاقي بحيث لايمكن إلزامها إلا بإرادتها الصريحة كما لايمكن إلزامها بقواعد التعامل الدولي على أساس عرفي إذا أعربت صراحة عن معارضتها لمثل هذا التعامل والذي يتمثل في الغالب بعدم التصديق أو الانضمام إلى المعاهدات الخاصة بالنزاعات المسلحة أو التصريح بعدم الالتزام بها بحيث لا يمكن للقواعد القانونية التي (يجب إن تكون Ferenda Lege إن تتحول إلى قواعد قانونية (كما هي كائنة) Lata Lege وقد أعربت الولايات المتحدة إمام محكمة العدل الدولية في قضية مشروعية استخدام الأسلحة النووية للدفاع الشرعي من أجل البقاء بقولها بان القواعد العرفية لايمكن ان تنشأ مقابل.

اعتراضات الدول المعنية بها، حيث أن القانون الوضعي لا يعتمد على إرادات الدول فقط بل على إرادات الدول الأكثر معينة بها، وهذا يعني قي قانون النزاعات المسلحة ان الدول التي تمتلك الاسلحة الاكثر تعقيداً وتقدماً تستطيع منع نشوء قاعدة قانونية عرفية من شأنها أن تمنع استخدام تلك الاسلحة، علماً بأن الولايات المتحدة والحلفاء أستندوا على القانون الطبيعي في تجريم ومعاقبة مجرمي الحرب الالمان اليابانيين أمام محكمة نورمبورغ سنة ١٩٤٥ وطوكيو سنة ١٩٤٦ وهذا يعني أن مواقف الدول وخاصة الدول الكبرى تعتمد على مصادرها الوطنية (ETAT RAISON D) بقطع النظر عن مدى حجية القاعدة القانونية التي تتعامل بها فتلجأ للقانون الوضعي عندما نتعامل بالمعنى الضيق (sense us strircto). مع القاعدة القانونية كما تلجأ للقانون الوضعي عندما نتعامل مع القائمة القانونية بالمعنى الواسع (sensus lato) ومن هنا تنشأ منطقة الفراغ في القانون عندما يراد لهذه المنطقة أن تبقى فارغة كي تستطيع الدول التعامل بمرونة مع القاعدة القانونية وهذا هو النقص الارادي في القانون (droit en lacune) ومع هذا فإن شرط مارتنس يلعب دوراً مهماً 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 أي الانتقال من الوسائل المفهومية لسد الفراغ في القانون الى الوسائل البنائية وتلعب الدول الكبرى الدور الاساس في إطار القانون الدولي الانساني.

Rupert Ticehurst La Clause de Martemss et le droit des corflts armes.Revmes international de la Rong No p.133-142 824 . والواقع ان وجود منطقة الفراغ يمكن ان تثير مشاكل تتعلق بوجودها فعلاً وليس بإمكان القاضي سد الفراغ بما هو تشريع فالمادة (٤) من القانون المدني الفرنسي تلزم القاضي بالحكم في نزاع وليس بسد الفراغ، حيث يمكن له التحقق من وجود الفراغ أولاً 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 أو في حالة الشك في وجود حكم القانون، وفي هذا الاطار يستوي القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي في هذا المجال مع ملاحظة الفرق في الاداء، فالفقهاء الاسلامي يسد دائرة الفراغ فيه بفتوى الفقيه الجامع للشرائط أو الفقيه الولي أو السلطة التشريعية تحت اشراف الفقيه، أما في القانون الوضعي فلا بد من تدخل السلطة التشريعية بحد ذاتها في القانون الداخلي او عن طريق القانون الدولي الاتقاق او العرف احياناً وقد افنت محكمة العدل الدولية في قضية مشروعية التهديد بالاسلحة النووية

- واستخدامها في حالة الدفاع الشرعي كماً لاذاً أخيراً من البقاء في ١٩٩٦/٧/٨ حسب الاساسين المفهومي والبنوي للقانون الدولي العام بالاتي:
- الاساس المفهومي حيث يتمثل الاتجاه فيه نحو تحريم التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بموجب الفقرات الثلاث من الفتوى وبما لايقبل بوجود مجال للشك في القانون الوضعي.
 - الفقرة أ من الفتوى وبالإجماع بعدم وجود مايجيز في قانون السلام التهديد بهذه الاسلحة او استخدامها لافي القانون الدولي ولا الاتفاقية.
 - الفقرة ج من الفتوى وبالإجماع بعدم مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بمقتضى م/ح/٤ من ميثاق الامم المتحدة وشروط المادة ٥١ الخاصة بالدفاع الشرعي.

الفقرة د من الفتوى وبالإجماع بأن يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها متمشياً مع مقتضيات القانون الدولي الانساني ومعاهدات قانون النزاعات المسلحة أي بفرضية البدء فعلاً بالتهديد بهذه الاسلحة او استخدامها.

ب- الاساس البنوي، وتتجه الفتوى نحو الحذر في التوصيف القانوني الحكم التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها لان التوصيف البنوي لاينحصر بالعموميات كما في شأن الاساس المفهومي بل يتعلق بوقائع قانونية محددة، ولايخفى ان التوصيف العمومي هو توصيف نظري من السهل الاقتاء فيه بينما الاساس البنوي يحاكي الاسلحة النووية كواقع حقيقي بين الدول الكبرى بشكل رادعاً حقيقياً سواء جرى التهديد ب هـام ام لا وسواء تم استخدامه او لا، وهنا تأتي الفتوى بأغلبية قوية تارة وضعيفة اخرى بدل الاجماع في التوصيف القانوني لحكم هذه الاسلحة فيما يأتي.

-الفقرة ب من الفتوى بأغلبية ١١ ضد ٣ بأن ليس في القانون الدولي العرفي ولد القانون الدولي الاتفاقي أي ضطر(شامل) بالتهديد بالاسلحة النووية(بالذات) او باستخدامها.

- الفقرة هـ من الفتوى بأغلبية ٧ ضد ٧ مع ترجيح صوت رئيس المحكمة بأنه وبناء على المقتضيات الواردة في الفقرة د فإن التهديد بالاسلحة النووية أو استخدامها مخالف (بصورة عامة) لقواعد القانون الدولي المنطقة في اوقات النزاع المسلح وخاصة مبادئ القانون الانساني، فليس في وسعها أن الدولي الراهنة والعناصر الواقعية المتوفرة لدى المحكمة، فليس في وسعها أن تخلص إلى (نتيجة حاسمة) بشأن ما اذا كان التهديد بالاسلحة النووية او

استخدامها مشروعاً وا غير مشروع في أقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضاً للخطر.

والواقع ان عرض المشكلة في قانون النزاعات المسلحة يعني استبعاد حل المشكلة بالمعنى المفهومي في قانون السلام ففي الوقت الذي يحرم استخدام هذه الأسلحة أو التهديد بها في قانون السلام، فإن الامر يختلف في قانون لاهاي حيث الحرب قد وقعت فعلاً وفي هذه الحالة ينبغي تكييف شرعية استخدام هذه الأسلحة أو التهديد بها في إطار هذا القانون أي من حيث امكان تطابق ذلك مع الشروط للزم مراعاتها في وسائل وطرق الحرب وليس من شرعية أو عدم شرعية الاستخدام أو التهديد له من حيث المبدأ والانرى وجود نقص في القانون في ظل قانون لاهاي حيث ان استخدام الاسلحة النووية أو التهديد بها عند وقوع الحرب انما ينظر اليه في اطار احترام قواعد القانون الدولي الانساني من حيث حرمة عدم التمييز بين المحاربين وغيرهم من جهة وحرمة الاستخدام المفرط للسلاح بما يسبب الام مفرطة بما لا تقتضيه الضرورة العسكرية من جهة ثانية واحترام مبدأ التناسب في الرد من جهة ثالثة. ويبدو انه من الصعب عملياً وبسبب الاسلحة النووية التي لا يمكن فيها مراعاة القواعد الانسانية في قانون النزاعات المسلحة فيما يتعلق بمبدأ عدم التمييز والاستخدام المفرط لهذا النوع من الاسلحة فيما عدا المبدأ الثالث وهو التناسب، فإنه هو المبدأ المهم في هذه القضية الذي يلزم مراعاة والذي يلزم فيه التمييز بين الدفاع الشرعي وهو أمر مشروع والانتقام وهو الحرم بموجب م/٢٠ من البروتوكول الاضافي لسنة ١٩٧٧ فالانتقام ينتهك مبدأ التناسب ويجعل استخدام الاسلحة بموجبه محرماً دولياً ومن هنا جاء تهافت فتوى المحكمة بالقول بعدم وجود قانون بسبب عدم تمييزها بين استخدام السلاح النووي كدفاع شرعي كملاً وحيد من اجل البقاء وبين استخدام الانتقام الذي يخرج عن حدود الدفاع الشرعي، فاستخدام السلاح النووي لأول مرة للرد على عدوان غير نووي لا يستوفي شرط الدفاع الشرعي ويكون انتقاماً مادام بالأمكان الرد بأي نوع اخر من الاسلحة وهو محرم بينما الرد النووي على العدوان النووي كملاً وحيد من اجل البقاء وبشكل متناسب فهو دفاع شرعي تم بموجب القانون وليس خارج القانون فلا يوجد فراغاً قانونياً في هذه الحالة، وكان على المحكمة ان تقول القانون عن طريق المميز بين الدفاع الشرعي الذي يسوغ الرد بالسلاح النووي على عدوان بالسلاح النووي وبشكل متناسب في الرد من حيث الكم والنوع وبين الانتقام الذي ينتهك مبدأ التناسب كأن يكون رداً نووياً على عدوان غير نووي أو رداً نووياً شاملاً على عدوان نووي أو رداً نووياً شاملاً على عدوان نووي جزئي وهكذا. وعليه فإنه يمكن

القول بعدم وجود فراغ لا في الاصل المفهومي للقانون الدولي ولا في الاصل البنوي وان المحكمة بقولها بأن ليس في وسعها ان تخلص الى نتيجة حاسمة بمشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضاً للخطر والذي جاء بأغلبية صوت واحد وهو صوت الرئيس في الفقرة ه بعد تعادل الاصوات، هو قول غير دقيق لوجود قانون بذلك وان قولها بعدم وجود خطر شامل على التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها بالذات وبأغلبية (١١) ضد (٣) في الفقرة ب من الفتوى غير دقيق كذلك في اطار قانون السلام لأن المحكمة أهملت مراعاة القيود المفروضة في القانون الدولي الاتفاقي على الاسلحة السامة والحارقة ابتداء من تصريح سان تبسبرغ في ١٨٦٨ ومروا ببروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن الاسلحة السامة والحارقة والكيميائية والجرثومية هذا على صعيد القانون البنوي اما على صعيد القانون المفهومي فانه شرط مارتنس يفرض قيلاً رئيساً 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 اسلحة عشوائية وحارقة وكأن المحكمة لا تريد ان تدخل الاسلحة النووية ضمن هذه الانواع المحرمة من الاسلحة (د. زهير الحسني الاصل المفهومي والاصل البنوي للقانون الدولي العام) (مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد ٢٠٠٨ / ٢ ص ١٥٠ وما بعدها وانظر) حازم تعلم مشروعية الاسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في ٨ يوليو ١٩٩٦ في دراسات في القانون الدولي الانساني والمستقل ص ٣٠٦ 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 ١٨٩٩ و ١٩٠٧ بالنص على شرط مارتنس في القانون الدولي الاتفاقي وان عملية سد الفراغ لا ينبغي ان تنطاط بالقاضي لعدم قدرته على صنع القانون فضلاً عن الفقيه، بل ان تستمر اللجنة الدولية للصليب الاحمر في الدعوة الى المؤتمرات الدبلوماسية لهذا الغرض. اما على صعيد الفقه الاسلامي فأن الفقهاء الاسلاميون مخاطبون بشرط مارتنس شأنهم شأن فقهاء ودبلوماسي القانون الوضعي وان زمام المبادرة هي في يد الفقهاء الاسلاميين للمشاركة في مساعي اللجنة الدولية للصليب الاحمر لتطوير القانون الدولي الانساني لان المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية تشكل جزءاً من مبادئ الانسانية والضمير العالمي.

ثانياً: القانون العرفي، لا يخفى على المختصين بالقانون الدولي العام بان هذا لاقانون عرفي المنشأ وخاصة في مجال قانون المعاهدات والعلاقات الدبلوماسية وقانون البحار من قبل ان تدون قواعد في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ واتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١ واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لسنة ١٩٦٣ واتفاقيات قانون البحار الأربع لسنة ١٩٥٨ بينما يصعب علينا القول بان القانون الدولي الانساني عرفي المنشأ بدليل ان اتفاقية جنيف الاولى لتحسين حال العسكريين الجرحى في جيوش الميدان (البوية) جاءت كرد فعل على ممارسات القوات المتحاربة غير الانسانية التي ادت الى موت الجرحى في ميدان معركة سلفارنيو سنة ١٩٥٩ وهذا يعني ان القانون الدولي الانساني منذ نشأته الاولى جاء لمكافحة اعراف تميزت بالوحشية في ميادين القتال ويصدق ذلك على تصريح سان تبسبورغ لسنة ١٨٦٨ بشأن الحد من الاسلحة النارية ومنع وسائل وطرق الحرب التي تسبب معاناة غير ضرورية للمحاربين ولغير المحاربين وتطور القانون الدولي الانساني بفرعية قانون جنيف وقانون لاهاي بشكل جيد في اتفاقية لاهاي لسنة ١٨٩٩-١٩٠٧ 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 لتغيير العراف الدولي لقانون الحرب باتجاه معاكس ويؤيد ذلك مرة اخرى السياسة التي درجت عليها اللجنة الدولية لصليب الاحمر منذ ابرام بروتوكولي جنيف لاضافيين لسنة ١٩٧٧ بتطوير القانون الدولي الانساني أي بايجاد قواعد جديدة تختلف عن القواعد التقليدية وليس بتعيين قواعد هذا القانون على اساس عرفي وذلك بعس الاتجاه الذي سارت عليه لجنة القانون الدولي بتقييد قواعد القانون الدولي العرفي عن طريق القانون الاتفاقي بل وبالرغم من ابرام اتفاقية ١٨٦٤ فقد اندلعت حروب شرسة اخرى منها حرب شلذويغ سنة ١٨٦٤ وحرب روسيا ضد النمسا سنة ١٨٦٦ وحرب فرنسا ضد بروسيا سنة ١٨٧٠ وكانت حروبا محزنة اضرحت محاسن هذه الاتفاقية بقدر ما اضرحت نواقصها وضرورة اصلاح هذه النواقص (محمد عزيز شكري تاريخ القانون الدولي الانساني وطبيعته في دراسة القانون الدولي الانساني. دار المستقبل العربي/ القاهرة ٢٠٠٠ ص ١٩) مما يفهم منه بان التعاون الدولي (العرفي) في الحرب كان مخالفا للمبادئ الانسانية التي يقوم عليها القانون الدولي الانساني من عملية انسنة هذه القواعد في القانون الدولي الاتفاقي وكانت المأسي التي خلفتها الحربان العالميتان ١٩١٤-١٩١٨ و ١٩٣٩-١٩٤٥ سببا لابرام اتفاقيات جنيف

الاربع لسنة ١٩٤٩ وكذلك الفضائح التي نجمت عنها حروب التحرير الوطنية ضد الاستعمار والتي كانت وراء تطوير القانون الدولي الانساني في بروتوكولي جنيف الاضافيتين لسنة ١٩٧٧ 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 المبادئ الانسانية وان عملية التدوين والتطوير تبتغي انسنة هذا التعامل وتوجيه المحاربين توجيهها مخالفا لطبائع الحرب الوحشية وبناء عليه فاننا لا نذهب مذهب اللجنة الدولية للصليب الاحمر المثالي في البحث عن المبادئ الانسانية في القانون العرفي للحرب ومساعدتها في البحث عن هذه المبادئ من خلال اعمال المؤتمر الدولي لحماية ضحايا الحرب المنعقد في جنيف بين اب/ايلول ١٩٩٣ والذي 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 ١٩٩٥ والتي اعتمدت توصيات لهذا الغرض بما في ذلك تامين معرفة افضل وتنفيذ اكثر فعالية للقانون الدولي الانساني وفي سنة ٢٠٠٥ نشرت اللجنة الدولية التقرير بعنوان دراسة عن القانون الدولي الانساني العرفي وذلك لسد الفراغ في القانون الدولي الاتفاقي من ناحيتين:

- عدم سريان القانون الدولي الاتفاقي على الدول التي لم تصادق او تنضم الى المعاهدات المبرمة في هذا الميدان بسبب الاثر للمعاهدات فبالرغم من انضمام الاغلبية الساحقة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ فان عددا لا بأس به من الدول لم ترتبط بالبروتوكولين الاضافيين لسنة ١٩٧٧ .
- عدم شمول النزاعات المسلحة غير الدولية باحكام النزاعات المسلحة الدولية التي تفاقمت فيه مشاكل الاولى التي ادت الى كثير من الضحايا حيث لا ينطبق عدد من المعاهدات على هذه النزاعات وان المادة ٣ المشتركة لا تقدم معالجة كافية للنزاعات المذكورة، كما ان البروتوكول الثاني الاضافي يتضمن سادة فقط بينما تزيد مواد البروتوكول الاول الاضافي على ٨٠ مادة مما يعكس التفاوت الكبير في القانون الاتفاقي بين هذين النوعين من النزاعات (جون-ماري هنكرتس) ولويس دوزوالد بك-القانون الدولي الانساني المجلد الاول) القواعد اللجنة الدولية للصليب الاحمر - القاهرة ٢٠٠٧ ص ٧ وما بعدها).

وتعتقد اللجنة الدولية ان كثيرا من قواعد الاتفاقية في البروتوكولين الاضافيين الاول والثاني اصبحت قواعد عرفية ووضعت جدولا ب/٦/قاعدة في دراستها

انفة الذكر على انها اوضحت قواعد عرفية دون تحديد الطابع العرفي لكل قاعدة باتفاقية والواقع فان التعاون الدولي لا يتفق مع النظرة المتفائلة للجنة الدولية ويحول دون نشوء قواعد عرفية تسد الفراغ في القانون الدولي الاتفاقي في الاسباب التالية:

- 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.
 - ان عدم التصديق او الانضمام الى القانون الدولي الاتفاقي يعني عدم قيام العقيدة الثانوية للقواعد الاتفاقية من وجهة نظر الدول الممتنعة عن التصديق او الانضمام وبالتالي عدم عرفيتها.
 - ان معارضة الدول غير المنظمة للقانون الدولي الاتفاقي صراحة اوضح يعني عدم التزامها بحجية تلك القواعد في مواجهتها.
 - ان الممارسات المتناقضة من قبل بعض الدول ازاء القواعد الانسانية الاتفاقية يفيد عدم وجود تعاون دولي عام متناسق ومنظم مما يعيق توفر الركن المادي في القاعدة القانونية العرفية وتتجلى الممارسات المتناقضة كذلك في تعامل الجماعات المتعارضة 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 ١) وعليه فان القانون الاتفاقي هو الذي يتضمن المبادئ الانسانية بخلاف التعامل الدولي الذي ينتهك هذه المبادئ وما تعانيه اللجنة الدولية من كثرة هذه الانتهاكات ومساعدتها 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 للمبادئ الانسانية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي.

الخاتمة

١. 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 (جيمس كوكين - الاسلام والقانون الدولي الانساني من صدام الحضارات الى الحوار بينهما مقالات في القانون الدولي الانساني والاسلام- اللجنة الدولية للصليب الاحمر جمع وترتيب عامر الزمالي ط ٢٠٠٧/٢ ص ١٦٧) وفي الوقت الذي لاينكر احد اثر الفقه والتعامل الاسلاميين في نشأة القانون الدولي الانساني وتأثير هو جوغروسوسوس بهما من خلال كتاب السير الكبير للشيباني اثناء وجوده في الاستانة فأن جمود الفقه الاسلامي ادى الى تطور القانون الدولي الاتفاقي باتجاه المبادئ الانسانية وعدم مواكبة الاول للتطورات السريعة في هذا الميدان وتمثل هذا الجمود بانعدام دور المسلمين في تطوير هذا القانون منذ قبول تركيا في الجماعة الدولية في معاهدة باريس لسنة ١٨٦٥ وحتى مؤتمر السلام في لاهاي سنة ١٨٩٩ واخذت الدول الاسلامية تنظم الى الاتفاقيات الاوربية بشأن القانون الدولي الانساني في اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤ ابتداءا بتركيا سنة ١٨٦٣ وفارس في سنة ١٨٧٤ وشاركت تركيا في مؤتمر سان بتسبورغ سنة ١٨٦٨ ولم يكن للدبلوماسيين المسلمين الا دورا ثانويا في مثل هذه الاتفاقيات وكان لاختيار الصليب الاحمر 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 ١٨ من اتفاقية جنيف في ١٩٢٧/٧/٢٧.

ولم يلعب الممثلون المسلمون دورا مهم في المؤتمرات الدبلوماسية للقانون الدولي الاتفاقي الا ابتداءا من سنة ١٩٤٥ وحتى ١٩٧٧ 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 الاسرائيلي سنة ١٩٤٨ وحرب السويس سنة ١٩٥٦ والنزاع الهندي الباكستاني سنة ١٩٦٥ وحرب التحرير الوطني الجزائرية ١٩٥٤ حيث

رفضت فرنسا شمول المحاربين الجزائريين بقانون الحرب بل ان خطاب الممثلين المسلمين كان متميزا بالعلمانية لا بالدينية وذلك لترويج ارائهم ومواقفهم لدعم حركة التحرير الوطني ضد الاستعمار وضد اسرائيل على وجه الخصوص.

٢. وكان لنجاح الثورة الاسلامية في ايران سنة ١٩٧٩ اثر مهم في احياء الفكر الاسلامي كلاعب في العلاقات الدولية واعتماد ايران شعار الهلال الحمر بدلا من الاسد والشمس الاحمرين وجائت الحرب العراقية الايرانية لتذكى الصراع بين الاسلام والعلمانية وتوجه الخطاب الايراني لادانة استهداف المدنيين باعتباره مخالفا للقيم الاسلامية والانسانية والذي لم ينل تعاطفا في المحافل الدولية ام على صعيد العلاقات السياسية والثقافية فأن مبدأ الحوار بين الحضارات كان متميزاً في الخطاب الايراني في عهد السيد محمد خاتمي وزيارة باب الفاتيكان سنة ٢٠٠٧ (كوكين الاسلام والقانون الدولي الانساني في موقع سابق ص ١٧٤-١٧٨) وانطلاقاً من هذا المبدأ يمكن للفقهاء المسلمين المساهمة عن طريق فتح باب الاجتهاد لاستنباط الحكم الشرعي الواقعي في مضافة الشرعية بالوسائل الاتية :-

- تشكيل مجلس فقهي اسلامي عالمي يضم كبار الفقهاء من المجامع الاسلامية المعاصرة في النجف الاشرف وقم والازهر والزيتونة وجدة وغيرها للافتاء في احكام النزاعات المسلحة.
- مشاركة الفقهاء في عضوية اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدبلوماسية وغير الدبلوماسية تمكينا لهم للاطلاع على الفكر الغربي ودوره في تطوير القانون الدولي الاسلامي والمقارنة بالفقه الاسلامي.
- اقامة مؤتمرات دولية اكااديمية فقهية عن طريق المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني تضم فقهاء واكاديميين من مختلف الثقافات والاديان للمساهمة في تطوير القانون الدولي الانساني.
- اصدار مجلة علمية فقهية عن طريق المجلس الفقهي الاسلامي العالي للبحوث والافتاء للغرض المذكور بمشاركة اعلام الفقهاء الاسلاميين والوضعيين والانتقال من اساليب المقارنة النمطية الى اسباط الحكم الشرعي من الدليلين النقلية والعقلي مباشرة دون الاقتصاد على نقل اراء الفقهاء المسلمين الواردة في المصنفات الفقهية القديمة.
- ٣. التوصية بانعقاد اول مؤتمر اكااديمي فقهي ودعوة الاكاديميين والفقهاء من مختلف ارجاء العالم وثقافته واديانه واللجنة الدولية للصليب الاحمر للتحضر لهذا المؤتمر كخطوة اولية للعمل على سد الفراغ في القانون الدولي الانساني.