دور قواعد القانون الدوليّ الخاص في مواجهة الفساد

"دراسة مقارنة"

أطروحة تقدم بها الطالب

ماجد كاظم حمزة النافعي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات

نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

أياد مطشر صيهود

أُستاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٨هـ تمّوز/ ٢٠٢٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ ۖ
وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا ۖ
وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا
تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ ۖ إِنَّ اللَّهَ
لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴿٧٧﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة القصص: ٧٧

الإهداء

الحمد لله ربِّ العالمين وأشرف الصلاة والتسليم على المبعوث رحمة للعالمين شفيعنا يوم الدّين نبينا "محمد"، وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين ... أما بعد:

إلى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم.

إلى بقية الله في أرضه وحجتهِ على عبادهِ .. الحجة المنتظر (عج)...

إلى روح والدي .. رحمهُ الله .. عهداً ووفاءً..

إلى والدتي .. أطال اللهُ في عُمرها .. رمز التضحية والعطاء

إلى أساتذتي الكرام وكل رفقاء الدراسة ..

إلى الأصدقاء والأحباب كلهم من دون استثناء ..

أُقدّم هذا الجهد المتواضع ..

الباحث

شكر وعرفان

قال تعالى " لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ "

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله الطاهرين وصحبه المنتجبين، ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

اتقدم بجزيل الشكر وعظيم الإمتنان إلى جميع اساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا، لمدهم يد العون لنا طوال دراستنا في المعهد.

واتقدم بالشكر الجزيل إلى رئيس واعظاء لجنة المناقشة المحترمون وإلى استاذي الموقر الأستاذ الدكتور أياد مطشر صيهود لقبوله الإشراف على الأطروحة، وإعانته لنا في إتمام هذا العمل المتواضع فجزاه الله خير الجزاء.

ولا يفوتني أن اشكر كل من قدّم لنا المساعدة في إنجاز هذه العمل من قريبٍ أو بعيد.

نسأل الله أن يُسددنا، ويُلهمنا السداد في القول إنّه سميع الدعاء قريب مجيب.

المستخلص

تُعد ظاهرة الفساد من المواضيع المهمة، والخطيرة العابرة للحدود، و لها جذور تاريخية انتشرت في مجتمعاتنا الحاضرة سواء النامية منها والمتقدمة, وشاعت في كل النظم السياسية باختلاف أشكالها. والفساد يؤدي إلى عرقلة النمو الاقتصادي، والاجتماعي ويعوق التنمية الاقتصادية ويقوض الشرعية السياسية, ممّا يؤدي إلى زيادة حدة الفقر وعدم الاستقرار الاقتصادي والأجتماعي . كما ويسفر عنه إنتهاك لحقوق الإنسان وتفاقم التفاوت الطبقي . ويمثل بالسلوك غير القانوني للمفسَّد كأستغلال الصلاحيات، والنفوذ، والابتزاز واستغلال الأموال العامة في خدمة المصالح الشخصية وغيرها.

وتقف وراء الفساد الإداري، والمالي العديد من الأسباب التي قد تكون سياسية، واجتماعية، واقتصادية، وثقافية, وقد تكون داخلية، أو خارجية ممّا يترك تأثيرات عميقة في بنية الدول،- النامية، والمتقدمة على حدّ سواء، وتكمن مشكلة البحث في أنّ القانون الدولي الخاص يتكون من قواعد متنوعة في طبيعتها ومجالها، وهذا ينعكس على تنوع المواجهة مع تنوع أوجه الفساد. وسنعتمد في دراستنا المنهج المقارن المبتني على مقدمات ترتبط بالتحليل والمناقشة والموازنة بين الآراء الفقهية والنصوص الداخلية ٠

إنَّ دراسة هذا الموضوع تستوجب تقسيم البحث لثلاثة فصول يخص الأول منها لبيان الدور التأسيسي لقواعد القانون الدولي الخاص في مكافحة الفساد، ويتعلق الفصل الثاني بمواجهة الفساد في ضوء أصول قواعد القانون الدولي الخاص، فيما يتطلب الفصل الأخير بيان نطاق مواجهة الفساد في ظل قواعد القانون الدولي الخاصالذي يُعدّ قانوناً مستقلاً بذاته وذلك لأساليبه وقواعده المتميزة لمعالجة التنازع الدولي في ضوء العلاقات الخاصة الدولية، ويتطلب ذلك وضع خطة شاملة واستراتيجية واضحة للآليات المناسبة لمكافحة فضلاً

عن مرونته وارتباطه ببيئات قانونية متعددة غير منحصرة بالبيئة الداخلية الوطنية وتضافر الجهود في سبيل إنجاحها.

كما أن الفساد قد يكون داخلياً وقد يكون خارجياً عالمياً يتخطى الحدود وتتعدد أطرافه وانواعه وتتشابك المصالح بين اطرافه، كما قد يشمل القاع الخاص او القطاع العام، وانه يشمل القضايا المدنية والجزائية التي تقع ضمن فرعي القانون الخاص والعام، وجرائم الفساد من الجرائم العمدية التي ترتكب بالاشتراك في الغالب ولم تعد فردية، ومن ثم يتوجب على المشرع العراقي القيام بوضع خطة شاملة واستراتيجية واضحة للآليات المناسبة لمكافحة الفساد الإداري والمالي وتضافر الجهود في سبيل إنجاحها من خلال تعديل النصوص القانونية في التشريعات ذات الصلة،فضلاً عن اصداره قوانين تحاكي التطور التكنولوجي العالمي وما رافقه في تطور أساليب جرائم الفساد، أستثماراً للنتائج التي نسعى إلى التوصل اليها في اليها هذه الدراسة.

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	الآية القرآنية	أ
٢	الإهداء	ب
٣	الشكر والعرفان	ج
٤	المستخلص	د
٥	قائمة المحتويات	هـ
٦	المقدمة	١-٥
٧	الفصل الأول: الدور التأسيسي لقواعد القانون الدولي الخاص في مواجهة الفساد	٦
٨	المبحث الأول: تأصيل المفاهيم في بنية قواعد القانون الدولي الخاص	٧
٩	المطلب الأول: توصيف القانون الدولي الخاص	٨
١٠	الفرع الأول: التوصيف المتعارف	٩-١٦
١١	الفرع الثاني: التوصيف غير المتعارف	١٧-٢٨
١٢	المطلب الثاني: طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص	٢٩

١٣	الفرع الأول: الطبيعة الخاصة	٣٠-٣٤
١٤	الفرع الثاني: الطبيعة الشاملة	٣٥-٤٤
١٥	المبحث الثاني: تجذير التصورات في تكوين الفساد	٤٥
١٦	المطلب الأول: تشكيل مفهوم الفساد	٤٦
١٧	الفرع الأول: التطور التاريخي لظاهرة الفساد	٤٧-٥٨
١٨	الفرع الثاني: التنظيم التشريعي لمفهوم الفساد	٥٩-٧٠
١٩	المطلب الثاني: تكاملية مفهوم الفساد	٧١
٢٠	الفرع الأول: اشكال مفهوم الفساد	٧٢-٧٦
٢١	الفرع الثاني: نطاق مفهوم الفساد	٧٧-٨٢
٢٢	الفصل الثاني: مواجهة الفساد في ضور اصول قواعد القانون الدولي الخاص	٨٣-٨٤
٢٣	المبحث الأول: دور العدالة في القانون الدولي الخاص في مواجهة الفساد	٨٥
٢٤	المطلب الأول: العدالة في البناء المعرفي	٨٥
٢٥	الفرع الأول: مفهوم العدالة	٨٦- ٩٥
٢٦	الفرع الثاني: صيرورة العدالة	٩٥-١٠٠
٢٧	المطلب الثاني: العدالة مانعة للفساد	١٠١
٢٨	الفرع الأول: العدالة ومنع الفساد الداخلي	١٠١-١٠٨

٢٩	الفرع الثاني: العدالة ومنع الفساد الدولي	١٠٩-١١٢
٣٠	المبحث الثاني: المنهج الشامل في القانون الدولي الخاص ومواجهة الفساد	١١٢
٣١	المطلب الأول: التعريف بالمنهج الشامل في القانون الدولي الخاص	١١٣
٣٢	الفرع الأول: تكون المنهج الشامل	١١٣-١١٦
٣٣	الفرع الثاني: حقيقة المنهج الشامل	١١٦-١٢١
٣٤	المطلب الثاني: قيمة المنهج الشامل في مواجهة الفساد	١٢١
٣٥	الفرع الأول: تفعيل المنهج الشامل في الاطر المرتبطة بمركز الشخص" جنسية ، موطن ، مركز اجانب"	١٢١-١٢٨
٣٦	الفرع الثاني: تفعيل المنهج الشامل في مسارات التنازع الدولي	١٢٨-١٣٩
٣٧	الفصل الثالث: مواجهة الفساد في ضوء تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص	١٤٠
٣٨	المبحث الأول: مواجهة الفساد في القواعد العامة للقانون الدولي الخاص	١٤١
٣٩	المطلب الأول: مواجهة الفساد في ضوء مفهوم الجنسية والموطن	١٤٢
٤٠	الفرع الأول: دور الجنسية في مواجهة الفساد	١٤٣-١٤٨

٤١	الفرع الثاني: دور الموطن في مواجهة الفساد	١٤٩-١٥٢
٤٢	المطلب الثاني: مواجهة الفساد في ضوء قواعد مركز الأجنبي	١٥٣
٤٣	الفرع الأول: الاعتبارات المؤثرة في مركز الأجنبي ومواجهة الفساد	١٥٣-١٥٩
٤٤	الفرع الثاني: أحكام مركز الأجنبي ومواجهة الفساد	١٦٠-١٧٢
٤٥	المبحث الثاني: مواجهة الفساد في قواعد تنازع القانون الدولي الخاص	١٧٣
٤٦	المطلب الأول: قواعد تنازع الاختصاص التشريعي ومواجهة الفساد	١٧٤
٤٧	الفرع الأول: دور قواعد الاسناد في مواجهة الفساد	١٧٤-١٨٨
٤٨	الفرع الثاني: دور القواعد غير الاسنادية في مواجهة الفساد	١٨٩-١٩٥
٤٩	المطلب الثاني: قواعد تنازع الاختصاص القضائي ومواجهة الفساد	١٩٥
٥٠	الفرع الأول: دور قواعد الاختصاص القضائي المباشر في مواجهة الفساد	١٩٥-٢٠٠
٥١	الفرع الثاني: دور قواعد الاختصاص القضائي غير المباشرة في مواجهة الفساد	٢٠٠-٢٠٦
٥٢	الخاتمة	٢٠٧

	أولاً- الاستنتاجات	٢٠٦-٢١٥
	ثانياً- المقترحات	٢١٦-٢١٩
٥٣	المصادر والمراجع	٢٢٠-٢٣٨

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

إنّ الفساد ظاهرة عالمية عابرة للحدود الدولية، وهي ظاهرة قديمة قدم المجتمعات وليس وليدة اليوم، وقد غزت دول العالم بنسب متفاوتة، وأصبحت تحدياً يواجه الدول في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويمس الديمقراطية وسيادة الدولة.

وتمثل ظاهرة الفساد تهديداً واضحاً للأمن العالمي في المجتمع الدولي، حيث ازدادت وتيرة هذه الظاهرة خلال السنوات الاخيرة بفعل العولمة والتكنولوجيا الحديثة فانتقلت الى مجال اوسع يتعدى الإطار الإقليمي لدولة معينة ليشمل الأعتداء على القيم الانسانية في المجتمع الدولي عامة، فكان لابد من مواجهة هذه الظاهرة وايجاد الحلول، والسبل المناسبة التي تحول دون وقوعها, أو معالجة آثارها بعد وقوعها وإعادة الحقوق إلى أصحابها.

لا سيما وأنّ الكثير من الدول تفتقر إلى السبل الحديثة والآليات القانونية الكفيلة بمواجهة الفساد سواء كانت هذه المواجهة قبل وقوعه، أم لمعالجة آثاره بعد الوقوع, غير أنّ هذه الآليات وإنّ وجدت إلَّا أنها غير مجدية، وخاصة عندما يكون هذا الفساد عابراً للحدود, فتتضارب المصالح الاقتصادية للدول فما يميز الفساد أنه مشكلة دولية تعاني منها الكثير من الدول؛ لذلك قد لا تكون التشريعات الوطنية كافية لمواجهتها.

فحل هذه المشكلة الدولية يتطلب فضلاً عمّا تتضمنه التشريعات الوطنية من اليات لمواجهة الفساد في إطار الحدود الوطنية, يتطلب ايضاً قواعد وآليات قانونية تكفل مواجهة الفساد عبر الحدود, كما أنّ عبور هذه الظاهرة للحدود يفضي إلى تداخلها مع موضوع القانون الدولي الخاص ومنها إختلاف جنسية أو موطن مرتكب الفساد عن جنسية، أو موطن الدولة المستضيفة،

وكـذلك هـذا ينسـحب علـى احـداث تنـازع بـين قـوانين الدولـة التـي تـرتبط بالفسـاد أو بين المحاكم.

وإزاء مـا تفرضـه ظـاهرة الفسـاد ومحاولـة مواجهتهـا مـن إشـكاليات متعـددة ومتنوعـة كـان لا بـد مـن التعـرف علـى أبعـاد هـذه الظـاهرة والبحـث عـن آليـات مواجهتهـا فـي أطـار قواعـد القـانون الـدولي الخـاص, لتحديـد صـلاحية هـذه القواعـد فـي مواجهـة الفسـاد جزئيـاً او كليـاً، لـذا فـأن مكافحـة الفسـاد سـواء بمنعـه قبـل وقوعـه أم بعـد تحققـه, فإنـه يـؤدي إلـى حرمـان الفاسـدين مـن المنـافع، أو الأمـوال المتحصـلة مـن فسـادهم, حتـى وإنّ هُربـت تلـك الأمـوال إلـى خـارج حـدود الدولـة التـي حـدث فيهـا الفسـاد، لـذلك نظمـت العديـد مـن الأتفاقيـات الدوليـة والإقليميـة المتعلقـة فـي ميـدان مكافحـة الفسـاد، والتعـاون الـدولي فـي مواجهتـه وهنـا يمكـن تفعيل قواعد تنازع القوانين بشقيها الاسنادية والموضوعية في المواجهة.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تتجلـى أهميـة الدراسـة فـي معرفـة مـدى إمكانيـة توظيـف قواعـد القـانون الـدولي الخـاص فـي مواجهـة الفسـاد, بعـد تحديـد صـلاحية هـذه القواعـد لمواجهـة الفسـاد وخصوصـاً العـابر للحـدود, والتعـرف علـى الإطـار القـانوني الـذي يـنظم الجهـود المبذولـة، والوسـائل الدوليـة المتبعـة فـي مكافحـة جـرائم الفسـاد بمختلـف انواعها،

مـع الإقـرار بـأن لمسـاهمة هـذه القواعـد فـي مواجهـة الفسـاد بشـكل فعَـال لـه أهميـة اقتصـادية وتنمويـة ولاسـيما إذا نجحـت فـي إسـترداد الأمـوال والمنـافع المتحصـلة مـن الفسـاد والتـي هرَّبـت عبـر الحـدود؛ وذلـك يكـون بطريـق تفعيـل قواعـد القانون الدولي الخاص عموماً .

لـذلك تكمـن أهميـة الموضـوع فـي الحاجـة القصـوى لتفعيـل مواجهـة الفسـاد؛ لأنه يتميز بطبيعته العابرة للحدود الوطنية وخاصة في مجال الفساد المالي.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في أنّ القانون الدولي الخاص يتكون من قواعد متنوعة في طبيعتها ومجالها، وهذا ينعكس على تنوع المواجهة مع تنوع أوجه الفساد، وحيث أنّ قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد موضوعية تقدم حلولاً فورية مباشرة للعلاقة المعروضة والمشوبة بعنصر أجنبي, إلا أن بعض القواعد تكون غير مباشرة ومنها القواعد الأسنادية، والتي تكتفي بإسناد العلاقة المعروضة الى قانون معين وفق ضابط اسناد تتضمنه القاعدة.

عليه فالإشكالية المحورية تنهض عن طريق البحث في قواعد غير متخصصة لمواجهة الفساد واستظهار فاعليتها، وتنشيطها بهذا الأتجاه من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ مواجهة قواعد القانون الدولي الخاص لظاهرة الفساد تتوزع على صورتين الأولى تتعلق بالقواعد المرنة المتكيفة مع مواجهة الفساد والثانية بالقواعد الجامدة وغير المتكيفة مع مواجهة الفساد, لذلك سنحاول معالجة هذه الاشكاليات من خلال تتبع قواعد القانون الدولي الخاص وتشخيص القواعد الصالحة لمواجهة الفساد بشكل فاعل ومرن وامكانية تطويع وتمييزها عن ما هو جامد منها.

رابعاً: اهداف البحث

تهدف الدراسة إلى تحقيق عدة اهداف منها تنشيط وتفعيل قواعد القانون الدولي الخاص في مواجهة الفساد من خلال تحديد نوع القواعد التي تتناسب مع كل نوع من أنواع الفساد، وصلاحية البعض منها لمواجهة كل أنواع الفساد بشكل مباشر، أو غير مباشر, وبعد ذلك توظيفها في هذه المواجهة بشكل فاعل.

وكذلك تشخيص النقص والثغرات التي تعتري التشريعات العراقية ذات الصلة في مجال مكافحة الفساد، أو ضعف أسس تنظيم قواعد القانون الدولي الخاص

كما يمكن إستهداف القواعد الجامدة غير المتكيفة مع المواجهة وإمكانية تليينها وبيان مدى فاعليتها ومدى توافقها مع الأتفاقات والمعاهدات والمنظمات الدولية التي عالجت موضوع الفساد لتكون ركيزة أخرى تضاف إلى اهداف الدراسة.

خامساً: منهجية البحث

سنعتمد في دراستنا المنهج المقارن المبتني على مقدمات ترتبط بالتحليل والمناقشة والموازنة بين الآراء الفقهية والنصوص الداخلية، أو الأتفاقيات ذات الصلة بالموضوع.

سادساً: خطة البحث :-

من أجل المواجهة الناجحة للفساد بكافة أنواعه وصوره عبر قواعد القانون الدولي الخاص، وللتمكن من بلوغ ذلك الهدف قسمنا الموضوع على ثلاثة فصول، سنتناول في **الفصل الأول** بيان الدور التأسيسي لقواعد القانون الدولي الخاص في مكافحة الفساد، وسنقسمه على مبحثين، سنخصص المبحث الأول منه: لبيان تأصيل المفاهيم في بنية قواعد القانون الدولي الخاص في مطلبين، ونستعرض في المبحث الثاني منه لتجذير التصورات الخاصة بتكوين الفساد وذلك في مطلبين ايضاً .

وسنتطرق في **الفصل الثاني** إلى مواجهة الفساد في ضوء أصول قواعد القانون الدولي الخاص وذلك في مبحثين، سنبين في المبحث الأول: دور العدالة في القانون الدولي الخاص في مكافحة الفساد وذلك في مطلبين، وندرس في المبحث الثاني: المنهج الشامل في القانون الدولي الخاص في مطلبين ايضاً.

وخصصنا **الفصل الثالث** لبيان نطاق مواجهة الفساد في ظل قواعد القانون الدولي الخاص، وقسمنا الفصل على مبحثين سندرس في المبحث الأول منه: النطاق المعتاد في مواجهة الفساد، وذلك في مطلبين، أما المبحث الثاني:

فسنتطرق فيه لبيان النطاق غير المعتاد في المواجهة، وذلك في مطلبين أيضاً، وبعدها سنشرع في بيان الأستنتاجات والمقترحات في خاتمة الدراسة.

والله ولي التوفيق..