التجريم استنادًا إلى العرف في القانون الدولي الجنائي

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د. محمد ثامر مخاط

كلية القانون- جامعة ذي قار

d.moha68@yahoo.com

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

تاريخ تسلم البحث: ٢٠١٣/٠٣/٠٣م

تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٣/١١/٣١م

التجريم استنادًا إلى العرف في القانون الدولي الجنائي

أ. د. محمد ثامر مخاط

كلية القانون- جامعة ذي قار - العراق

الملخص

يتناول هذا البحث تطور القاعدة العرفية في القانون الدولي العام وبشكل خاص في القانون الدولي الجنائي، ويتناول من جانب آخر تطور مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي، الذي يعد دعامة أساسية من دعائم التشريع الجنائي الدولي والداخلي، ويعرض بشكل موجز أبرز الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ في محاكمات نورمبرغ، وأبرز الردو، حيث تركزت هذه الانتقادات على خرق مبدأ الشرعية وان المحاكمات جرت دون تقنين جنائي يحدد على سبيل الحصر الافعال التي تشكل الجرائم والعقوبات المقررة لها. لقد حاول البحث جاهدًا القضاء على إشكالية مفادها هل إن الاستناد إلى العرف في التجريم يشكل خروجًا عن ركن الشرعية أم إن هذا الخروج هو تعديل لركن الشرعية؛ لكي يتلاءم مع طبيعة القانون الدولي العام الذي يشكل القانون الدولي الجنائي جزءًا منه، وإذا تم التسليم بالخروج أو التعديل فما هو أثر ذلك على الضمانات القضائية الجنائية للمتهم التي تعد ركيزة أساسية من ركائز حقوق الإنسان في ضوء نصوص المادتين ٢١ و٢٢ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

استند البحث إلى فرضية واحدة عززها بالأدلة والأسانيد وآراء الفقهاء وقرارات المحاكم الجنائية الدولية، وعرض للحجج والبراهين والأدلة التي تأتي في النهاية لصالح الفرضية التي ساقها البحث والتي تتعلق بالسمة المميزة لركن الشرعية في القانون الجنائي الدولي وإمكانية الاستناد إلى العرف في التجريم والعقاب.

إن الإحاطة بالموضوع والدراسة الشاملة له تقتضي تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول الميزة الخاصة لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي. والثاني الأثر الذي تتركه هذه السمة على المادتين ٢١. ٢٢ من النظام الأساس بعد تلكم المادتين أكثر تعلقًا بهذا الركن، ثم حاول البحث الوقوف على الفيصل في حقيقة هذه الميزة وهو دور العرف في التجريم، وبناءً على ذلك تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الطابع الخاص لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي.

المبحث الثاني: أثر الطابع الخاص لركن الشرعية على المادتين ٢١ و٢٢ من النظام الأساس.

المبحث الثالث: العرف كمصدر للتجريم

الكلمات الدالة: التجريم، العرف، القانون الدولي الجنائي.

Criminalization Based on Custom in the Field of International Law

Dr. Mohammed Thamer Makhat
Faculty of Law, University of Deeqar, Iraq

Abstract

This study deals with the custom in the International law, especially International Criminal Law. On the other hand, it deals with the principle of legality considered as a basic rule in the International Criminal Law and Criminal Law of the country. This study brings to light a problem which indicates that the criminalization, based on custom, is treated as a violation of legality. But the question is whether this violation happens by being out of legality or by amending it according to the nature of International Law which is a part of International Criminal Law, and how this phenomenon affects the judicial guarantees for the accused.

This study is based on one assumption supported by the evidence and judicial opinion and the judgments of International Criminal Court. This assumption is related to the legality and the problem of the criminalization based on custom.

Keywords: Criminalization, Custom, International Criminal Law.

المقدمة

تنحصر أهمية هذا البحث في اتجاهين: الأول محاولة اكتشاف الميزة الخاصة لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي، وأثر ذلك على النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية أو على بعض نصوص هذا النظام. الثاني: الدور الذي يؤديه العرف في التجريم، بمعنى آخر إن هذا البحث يحاول الإجابة عن سؤال في غاية الأهمية: هو هل إن القضاء الجنائي الدولي يستطيع أن يركن إلى قاعدة عرفية لتجريم سلوك المتهمين، وإن كان ذلك يصح بالنسبة للتجريم: فهل يصح بالنسبة للعقاب؟

إن اختلاف مفهوم ركن الشرعية في الفقه اللاتيني عنه في الفقه الأنكلوسكسوني يشكل الصعوبة الأكثر تعقيدًا التي واجهت البحث إذ إن هناك اختلافًا واضحًا بين مدلول هذا المبدأ في كلًا الفقهين. وإذا ما اتضح إن الكتب العربية التي تناقش موضوع ركن الشرعية في الفقه الانكليزي شحيحة جدا إن لم تكن منعدمة أضحت الصعوبة أكثر بأسا إذ يجب الاستعانة بالمصادر الأجنبية التي تحدد موقف هذا الفقه من هذا المبدأ، وإن هذا الأمر يصح حتى على مستوى البحوث أو مجرد التعليقات التي يمكن إن تتناول بالشرح والتأصيل والمقارنة موقف الفقه الأنكلوسكسوني من هذا الموضوع كما يمكن القول إن تركيز الفقه الجنائي الدولي على شرح القانون الواجب التطبيق الوارد في المادة ٢١ وإهمال العلاقة بين تلك المادة والمادة ٢٢ يشكل صعوبة آخر. تعترض البحث، فعلى الرغم من الترابط الحتمي والوطيد بينهما لم يجرؤ الفقه على التماس هذا الترابط أو الوقوف على مدلول هذا الترابط الذي يشكل أثرًا واضحًا من آثار تبني الفقه لسمة مميزة لركن الشرعية .

أسهبت معظم المصادر التي تناولت ركن الشرعية في الحديث عن مفهوم هذا الركن في القوانين الجنائية الداخلية وإبعاده ومبرراته وخلفيته التاريخية ولم تتطرق للمعنى المعاصر لهذا الركن في القانون الدولي الجنائي، وحتى المصادر التي تناولت هذا الموضوع من جهة القانون الجنائي الدولي تناولته بحذر شديد واكتفت في أغلب الأحيان باستعراض نصوص المواد وأحيانا الخلط بين القانون الواجب التطبيق والسمة المميزة لركن الشرعية .

لقد حاول البحث جاهدًا القضاء على إشكالية مفادها: هل إن الاستناد إلى العرف في التجريم يشكل خروجًا عن ركن الشرعية أم إن هذا الخروج هو تعديل لركن الشرعية لكي يتلاءم مع طبيعة القانون الدولي العام الذي يشكل القانون الدولي الجنائي جزءًا منه؟ وإذا تم التسليم بالخروج أو التعديل فما هو أثر ذلك على الضمانات القضائية الجنائية للمتهم التي تعد ركيزة أساسية من ركائز حقوق الإنسان .

استند البحث إلى فرضية واحدة عززها بالأدلة والأسانيد وآراء الفقهاء وقرارات المحاكم الجنائية الدولية، وعرض للحجج والبراهين والأدلة التي تأتي في النهاية لصالح الفرضية التي

ساقها البحث والتي تتعلق بالسمة المميزة لركن الشرعية في القانون الجنائي الدولي وإمكانية الاستناد إلى العرف في التجريم والعقاب .

إن الإحاطة بالموضوع والدراسة الشاملة له تقتضي تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث يتناول المبحث الأول الميزة الخاصة لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي، والثاني الأثر الذي تتركه هذه السمة على المادتين ٢١. ٢٢ من النظام الأساس بعد تلكم المادتين أكثر تعلقًا بهذا الركن ثم حاول البحث الوقوف على الفيصل في حقيقة هذه الميزة وهو دور العرف في التجريم، وبناءً على ذلك تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: الطابع الخاص لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي .

المبحث الثاني: أثر الطابع الخاص لركن الشرعية على المادتين ٢١ و٢٢ من النظام الأساس .

المبحث الثالث: العرف كمصدر للتجريم .

المبحث الأول

الطابع الخاص لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي

سوف يتناول هذا المبحث ركن الشرعية في ثلاثة مطالب. الأول ماهية ركن الشرعية ومبرراتها، والثاني السمة المميزة لركن الشرعية، والثالث ركن الشرعية في محاكمات نورمبرغ .

المطلب الأول

ماهية الشرعية ومبرراتها

سوف يركز هذا المطلب على تحديد مفهوم الشرعية بشكل موجز، ثم الاطلاع على آخر المستجدات في الفقه والقضاء منه، وذلك في فرعين: الأول لتعريف ركن الشرعية: والثاني لتحديد مبرراتها .

الفرع الأول

تعريف ركن الشرعية

ستقتصر الدراسة -هنا- على ماهية ركن الشرعية ذاته دون الالتفات إلى النتائج التي تترتب عليه وهي تفسير نصوص التجريم أو عدم رجعية نصوص التجريم ونطاق تطبيق نصوص التجريم من حيث المكان. لأن هذه النتائج سوف تتغير حتما وتأخذ طبيعة مميزة استنادًا إلى ركونها إلى العرف ومبادئ القانون العامة، وهو ما يعطيها طبيعة خاصة ومن مراجعة كتب الفقه الجنائي يتبين إن ركن الشرعية يمكن حصره بنقطتين :

الأولى: حصر التجريم بالنص المكتوب .

الثانية: استبعاد العرف والمبادئ العامة للقانون أو بشكل اعم استبعاد أي مصدر آخر من مصادر القانون غير التشريع .كما أن المبدأ بذاته يمكن شطره من جهة آخر. إلى شطرين :

الأول: لا جريمة إلا بنص .

الثاني: لا عقوبة إلا بنص .

وإذا كان الجزء الأول من مبدأ الشرعية قد خضع لاعتبارات فقهية ونصوص اتفاقية واسعة الجدل بشأن، فإن الجزء الأخر من المبدأ والمتضمن الإقرار بأن لا عقوبة إلا بنص يكاد يخضع لذات الجدل، ولعل الجدل يبدأ من اتفاقية لندن لسنة ١٩٤٥، مرورًا بميثاق نورمبرغ الذي أهمل هذا

المبدأ صراحة في المادة ٢٧ من، حيث منح المحكمة سلطة الحكم بأي عقوبة ترى أنها عادلة[١]، كما أشارت المادة ٢٣ إلى عدم جواز عقاب أي شخص تقوم المحكمة بإدانته بارتكاب إحدى الجرائم الداخلة في اختصاصها إلا وفقًا لنظامها الأساس. وقد تضمن نص كل من المادتين ٧٧ و٧٨ من النظام الأساس القواعد العامة الأساسية للعقوبات الواجبة التطبيق بموجب هذا النظام إضافة للقواعد العامة الأساسية الواجب إتباعها عند فرض هذه العقوبات ولم يتضمن النظام عرضًا تفصيليًا للحدود الدنيا والقصوى في عقاب كل من الجرائم الثلاث التي تدخل في اختصاصًا المحكمة. الأمر الذي كان متعذرا مع العدد الكبير لهذه الجرائم[٢] ويقترح جانب من الفقه إطلاق تسمية الشرعية الجنائية بدل مبدأ الشرعية مبررًا ذلك بالقول إن هذا المبدأ لا يقتصر على العقوبات بل يمتد ليشمل العقوبات والتدابير الاحترازية، ومن ثم لا يجوز للقاضي إن يقضي بغير التدابير التي نص عليها المشرع، كما يغطي أيضًا قواعد أصول المحاكمات الجزائية فلا يجوز اتخاذ إجراء من الإجراءات المتعلقة بملاحقة المتهم والتحقيق معه ومحاكمته غير تلك التي حددها المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية أو القوانين المكملة له[٣] ويثير ركن الشرعية حتى على المستوى الداخلي الكثير من الجدل فهناك العديد من الفقهاء ممن يرى إن للجريمة ركنين فقط هما الركن المادي والركن المعنوي ولا حاجة لاعتبار النص الذي يسبغ التجريم على الفعل المجرم ركنًا فيها، لأن ذلك النص خالقًا للجريمة وليس ركنًا فيها[٤].

الفرع الثاني

مبررات ركن الشرعية

يسوق الفقه تبريرات عديدة لمبدأ الشرعية غير إن أسس هذا المبدأ يمكن حصرها في اتجاهين، الأول يقوم على أساس اعتبارات العدالة إذ ليس من العدالة في شيء معاقبة شخص على فعل لم يسبقه المشرع بتجريمه. والثاني يستند إلى خلفيات تاريخية وسياسية مردها إنكار الصفة المطلقة التي كان يتمتع بها القضاة في التجريم والإباحة وما يعزز ذلك من سلطة التحكم بتجريم التصرفات والسلوك أو إسناد العقوبات لها[٥]. غير إن التبريرات التي يمكن أن تساق في إطار القانون الجنائي الدولي تتركز بشكل أساس إلى حماية الحقوق والحريات الفردية، كما أنه يعمل على أنذار الأفراد أولًا فيما هو محظور عليهم ارتكابه من الأفعال فلا يفاجأون بأمور تقيد من حرياتهم وتنال من حقوقهم[٦].

ذلك أن عدم اصطدام تصرف الفاعل بنص تجريم يجعل من المستحيل إضفاء الطابع الجرمي على تصرفه، ومع التسليم أن نص التجريم لا يمكن اعتباره عنصرًا في الجريمة، لكن الصفة الجرمية للتصرف لا يمكن إغفالها، فالتصرف لا يمكن أن يبلغ مبلغ الجريمة إلا إذا تولد

شعور قانوني لدى الجماعة، وطنية كانت أم دولية، بأن واقعة ما أضحت مصدر تهديد لا منها ومصالحها، فينتقل هذا الشعور إلى عالم القانون، هذا الشعور أو الصفة الجرمية للواقعة هو الذي يدخل في العناصر المكونة للجريمة، إما بالنسبة لنص التجريم فهو عنوان أو مظهر لهذا الشعور يستدل به على الصفة الجرمية للتصرف، لهذ، فإن عدم المشروعية لا يمكن حذفه من قائمة العناصر الأساسية في الجريمة. والحال نفسه بالنسبة للجرائم الدولية مع فارق بسيط وهو أن تلك الجرائم تجد مصدر تجريمها في نص اتفاقي أو في أصل عرفي .[٧]

كما أن أهمية هذا المبدأ تبرز من جهة آخر. في تدعيم فكرتي العدالة والاستقرار بسيادة القانون، وأخيرًا، فإن لهذا المبدأ دورًا وقائيًا من الجريمة وهو الهدف الأسمى للسياسية الجنائية في حين ينتقد معارضو هذا المذهب في أنه يقف حائلا دون مواجهة الأفعال الخطرة التي تلازم التطور، وفي أمكانية الاستفادة من التقدم العلمي والفني فقد يفرز التقدم العلمي والتطور التكنولوجي أفعالاً تنال من الأمن والسلم لا يستطيع القاضي تجريمها والعقاب عليها احترامًا لمبدأ الشرعية، كما أن الدراسات الحديثة أثبتت ما يسمى بمبدأ تقرير الجزاء الجنائي أي دراسة خطورة المجرم استنادًا إلى شخصيته أكثر من التركيز على فعل، حيث يترتب على تطبيق هذا المبدأ اختلاف الجزاء نوعًا ومقدارًا بالنسبة للفعل الواحد تبعًا لخطورة كل من ساهم في ارتكابه .[٨]

يميل الفقه الجنائي المعاصر في أنكلترا إلى ضرورة تقنين القانون الجنائي بشقيه الموضوعي، الإجرائي، ويشيدون بالتشريعات التي صدرت بهذا الشأن خصوصًا:

١. قانون الإجراءات الجنائية لسنة ٢٠٠٢ .
٢. قانون سياسة الإصلاح لسنة ٢٠٠٢ .
٣. قانون العدالة الجنائية لسنة ٢٠٠٣ .[٩]

على الرغم من أن المادة ١١ الفقرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ كانت قد نصت على أن ((لا يدان أي شخص من جراء أوامر عمل أو الامتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرمًا وفقًا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب. .)) كما أن المادة ٩٩ من اتفاقية جنيف الثالثة كانت قد نصت على ((محاكمة أسرى الحرب أو الحكم عليه عن جرم لا يحظره قانون الدولة الحاجزة أو القانون الدولي الذي يكون نافذًا وقت اقتراف الجرم)). إلا أن مراجعة بعض النصوص المتعلقة بالضمانات القانونية والقضائية للإنسان الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ أو في بعض الاتفاقيات الإقليمية تبيح التجريم استنادًا إلى أسس آخر. غير التشريع كالمادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ التي نصت الفقرة الثانية منها على ((ليس في هذه المادة ما يحول دون محاكمة أو معاقبة أي شخص عن أي فعل أو امتناع إذا كان ذلك يعتبر وقت ارتكابه تصرفًا جرميًا طبقًا للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحضرة))[١٠] وجاءت المادة الخامسة من مشروع

تقنين الجرائم ضد أمن وسلم البشرية الذي وضعته لجنة القانون الدولي بنص مماثل يمنح المحكمة سلطة اختيار العقوبة عند محاكمة المتهم بارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في التقنين آخذة في الاعتبار خطورة الجريمة، ومع ذلك فغلبة المذهب الاشتراكي شكلت هي الأخرى إيذانا بتراجع هذا المبدأ مع تزايد الدعوات لتغليب المصلحة الجماعية على مصلحة الفرد، حيث تجاهلت قوانين عديدة هذا المبدأ منها القانون الجنائي الروسي الصادر في ١٩٢٧ والقانون الألماني الصادر في ١٩٣٥، وهذا يعني أن مبدأ الشرعية لا يمكن عده مبدأً مطلقًا في التشريعات المعاصرة بل يجوز تجاهله لمصلحة الفرد تارة ولمصلحة الجماعة تارة آخر. [١١]

المطلب الثاني
عوامل تميز ركن الشرعية

يمكن حصر هذه العوامل باتجاهين، الأول يعود إلى التداخل بين القواعد القانونية وعدم إمكان تفردها بصفة معينة، والثاني غياب سلطة التشريع المركزية على مستوى القانون الدولي الجنائي، ويمكن دراسة كل عامل من هذه العوامل بفرع مستقل.

الفرع الأول
التداخل بين القواعد القانونية

قد يقال إن الغموض الذي يكتنف عنصر التجريم في القانون الدولي الجنائي يتماشى مع ما يطلق عليه، إلا أن الغموض الايجابي أي الوسائل الدبلوماسية التي يتم من خلالها تجاوز الاختلافات بين وجهات النظر المختلفة أو احتوائها .[١٢] لقد آثار اعتماد المبدأ خاصة فيما يتعلق بالشق الأول منه ((لا جريمة إلا بنص)) كثيرًا من النقاش في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة انه يسير جنبًا إلى جنب مع المبدأ القانوني القائل بعدم جواز الاستناد إلى العرف كمصدر للتجريم، مما يعني وجوب التنسيق بين مبدأ لا جريمة إلا بنص وفكرة عدم الاعتماد على العرف لإنشاء القاعدة القانونية الدولية، وهو الذي يعد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة أنه لم يكن ممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساس للمحكمة بدون أن يتضمن الإشارة لمبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها .[١٣] إن القانون الدولي الجنائي لا ينكر مبدأ الشرعية ولكنه يقره بطريقة مختلفة تبعًا لاختلاف طبيعة قواعد القانون الدولي عن طبيعة قواعد القانون الداخلي، وبالتالي، فإن مبدأ الشرعية في إطار القانون الدولي إنما يوجد بصورة تتفق مع طبيعة قواعد هذا القانون، وهذه الصورة تعني إن

الفعل لا يشكل جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة، ولا يتطلب أن تأخذ هذه القاعدة شكلًا معينًا بل يكفي مجرد التحقق من وجودها، ولذلك يمكن التعبير عن مبدأ الشرعية في القانون الدولي بالإشارة إلى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قاعدة قانونية [١٤]

إذ إن السمة العرفية لقواعد القانون الدولي ألقت بظلالها على ركن الشرعية فحولته من مبدأ يستند أساسا إلى الكتابة والشكلية إلى مبدأ ذي صفة عرفية بحسب الأصل في قواعد القانون الدولي العام، حيث لا وجود لفكرة الجريمة الدولية في نصوص مقننة، وإنما يمكن الاهتداء إليها عن طريق استقراء ما تواتر عليه العرف الدولي وحتى التسليم بوجود هذه القواعد في اتفاقيات دولية ومواثيق وأنظمة للمحاكم الدولي، فإن أساس هذه القاعدة والوجه الأول لظهورها مرده العرف الدولي وينحصر دور تلك المواثيق كونها كاشفة ومؤكدة ومقننة لما استقر من تلك القواعد العرفية.[١٥]أضف إلى ذلك إن مفهوم القاعدة العرفية أو مفهوم القاعدة الناشئة من مبادئ القانون العامة في القانون الدولي الجنائي تتخذ طابعا آخر قائما على أساس إن الدول عندما ترغب في إعطاء قاعدة معينة نظرًا لأهميتها أو مخافة انتهاك مجال واسع في التطبي، فإنها تطلق عليها وصف القاعدة العرفية وكذلك الحال مع أي مبدأ آخر إذا توافر فيه السببًان حتى إن بعض القواعد التي تجد أساسها في نص مكتوب يصر الفقه على القول أنها دخلت العرف الدولي أو أنها تحولت إلى عرف دولي رغبة في أن يمتد عنصر الإلزام الذي يسودها إلى دولٍ لم توقع على النص المكتوب، وبالتالي، فإن اعتماد هذه الحقيقة يؤكد انحراف معنى العرف الدوليٍ من معناه التقليدي إلى معنى جديد يقوم على رغبة المجتمع الدولي في امتداد عنصر الإلزام.

الفرع الثاني

غياب سلطة التشريع المركزية

لعل افتقار المجتمع الدولي لوصف المشرع الواحد أو المشرع المركزي هو الذي أغدق صفة الخصوصية على ركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي، ذلك إن النصوص الاتفاقية ذاتها حتى وإن حظيت بنسبة عالية من المصادق، فإنها لانعكس إلا اتجاهًا توافقيًا لوجهات نظر متباينة[١٦]، فالفقه الجنائي الدولي حينما يحاول استظهار أحكام القانون الدولي فهو لا يبحث عنها في النصوص المكتوبة وحدها، ولكنه يهتم أولًا بتحديد النحو الذي جرت وفقًا له العلاقات بين الدول واستقرت عليه ويجتهد في استخلاص القواعد العرفية التي نشأت بذلك، وإلى جانب العرف الدولي فهناك مصادر آخر. تكمل العرف وتحدده، وشأن الفقه في ذلك شأن القضاء الجنائي الدولي فحينما يطلب من القاضي تحديد الصفة الإجرامية لفعل ما فهو يبحث عن قواعد التجريم

في العرف الدولي أولًا ثم في مصادر القانون الدولي الأخر، فإن تأكد له خضوع الفعل لهذه القواعد اعترف له بهذه الصفة الإجرامية دون أن يعنيه إذا كانت القواعد قد أفرغت في شكل مكتوب أو بأي صورة آخر.، فركن الشرعية يعني إن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة دون الإصرار على أن تتخذ هذه القاعدة شكلًا مكتوبًا بل الاكتفاء بمجرد التحقق من وجودها، غير إن احترام هذا الركن قد يتضح بصورة آخر. مفادها إن القاضي الدولي لا يستطيع إن يعتبر الفعل جريمة إذا تبين له انه لا يناقض أية قاعدة دولية ولكن ليس مخالفة أي قاعدة دولية هي مناط التجريم بل المعيار هو الاختلاف في مقدار الأهمية ومقياس هذه الأهمية هو قيمة الحق أو المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية بالنسبة للمجتمع الدولي، وهنا يبرز أيضًا دور القاضي الدولي في تحديد هذه الأهمية فنص التجريم لا ينشئ الصفة الإجرامية ولكنه يكشف عنها[١٧] الأمر الذي يبيح مرة آخر. الخروج عن مبدأ الشرعية الذي وجد أصلًا لانتزاع سلطة التجريم من يد القضاء .

المطلب الثالث

ركن الشرعية في محاكمات نورمبرغ

على الرغم من أن الفترة التي ظهرت فيها محاكمات نورمبرغ كانت فترة بدائية في تكوين القانون الجنائي الدولي إلا أن أسلوب المحكمة وميثاقها قد تعرض لانتقادات فيما يتعلق بموقفها من ركن الشرعية في الجريمة الدولية، كما أن هذه الانتقادات هناك من يعطيها المبرر والمسوغ، ولذلك سوف نحدد هذه الانتقادات في الفرع الأول، ونعرض لحجج الرد في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الانتقادات الموجهة للمحكمة

كانت قضية انتهاك مبدأ الشرعية في محاكمات نورمبرغ واحدة من أكثر المسائل جدلًا إذ إن معظم لوائح الدفاع استندت إلى انعدام ركن الشرعية بمعنى أنه ليس هناك قانون يجرم على سبيل التحديد تلك الأفعال ولكن المحكمة رفضت هذه الحجة مدعية أنه ليس بالضرورة أن يكون الفعل مجرمًا وفق نص مسبق مادام مخالفًا لكل المواثيق الدولية، وكان بالإمكان اكتشاف طبيعته الجرمية استنادًا لمخالفته لتلك المواثيق، واستنادًا أيضًا إلى أنه يشكل فعلًا ضارًا[١٨] ومن جملة الانتقادات التي وجهت لمحاكمة نورمبرغ فيما يتعلق بركن الشرعية أنها أهملت القانون الواجب التطبيق وهو القانون الألماني والذي يحدد على سبيل الحصر الجرائم التي يعاقب عليها والجرائم

المحددة لها، وطبقت بدلًا عنه النظام الأساس لها .[١٩]

وكذلك من الانتقادات التي واجهتها المحكمة حتى مع التسليم بالتزامها باتفاقية لندن وتجريم تلك الأفعال استنادًا إلى نص مكتوب في تلك الاتفاقي، فإنها لم تلتزم بنتائج مبدأ الشرعية ومن ضمنها التقيد بعدم تفعيل النصوص التجريمية بأثر رجعي وعدم شمولها المتهمين كافة بل تم التركيز على فئة معينة واستطاع الكثيرون من المتهمين التخلص من ملاحقة المحكمة بالفرار، أضف إلى ذلك أن بعض العقوبات كانت تافهة .[٢٠]

ويذكر أن المادة السادسة الفقرة. من النظام الأساس للمحكمة العسكرية في نورمبرغ كانت تنص على أن جرائم الحرب هي مخالفة قوانين وعادات الحرب، وهي تشمل على سبيل المثال لا الحصر((أفعال القتل وسوء المعاملة)). وهذا يعني أن هذه المادة خرجت عن مبدأ الشرعية بشقيه إذ أنها سمحت للمحكمة بالقياس على الأفعال المجرمة ولم تحصرها كما هي من ضرورات عنصر التقيد في ركن الشرعية، كما أنها سمحت للمحكمة بأن تجري عقوباتها وفق منهج القياس ذاته .

الفرع الثاني

رد الانتقادات الموجهة للمحكمة

أولى التبريرات التي سيقت بشأن تبرير سلوك المحكمة إزاء مبدأ الشرعية هي أن الأفعال التي تقوم بها جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية هي من قبيل أفعال القتل والضرب والجرح والخطف والحبس والحريق والإتلاف، وهي أفعال تجرمها القوانين الجنائية الوطنية في الأمم المتمدنة ومن بينها بطبيعة الحال القانون الألماني، كما نلاحظ أن من القواعد المستقرة في الفقه والقضاء الألمانيين أن الجنود لا يستفيدون من سبب إباحة حين يباشرون العمليات الحربية إلا إذا كان سلوكهم متفقًا مع القواعد الدولية التي تنظم سير الحرب، فإذا خرجوا عليها قامت مسؤولياتهم الجنائية الكاملة .[٢١]

كما قيل أيضًا إن مبدأ المشروعية في القانون الجنائي الدولي يعني إذا قرر القانون الدولي لفعل معين الصفة غير المشروعية، وكان هذا الفعل مشروعًا طبقًا للقانون الداخلي تغلبت في هذا التنازع القواعد الدولية وتعين التسليم للفعل بالصفة غير المشروعة .[٢٢]

ونظرًا لما يمتاز به ركن الشرعية من طبيعة خاصة في فقه القانون الجنائي الدولي، لذا يذهب جانب كبير من فقهاء هذا القانون إلى الدعوة إلى الاستغناء عن ركن الشرعية في إطار هذا القانون والاكتفاء بتحديد الجريمة الدولية بثلاثة أركان، هي الركن المادي، والركن المعنوي والركن الدولي،[٢٣] مبررين ذلك أولًا بأن ركن الشرعية أو نص التجريم هو الوعاء الذي يحدد أركان

الجريمة، وبالتالي فهو ليس ركنًا فيها بل هو سابق في الوجود عليها وبغيره لا يمكن القول أننا أمام جريمة بالمعنى القانوني للكلمة،[٢٤] وثانيًا بأن القواعد التي تعاملت مع هذا الركن اتسمت بطابع المرونة ودخلت فيما يدعى في الفقه الدولي المعاصر soft law [٢٥] وهي سمة تحتاج التوقف كثيرًا إذ ليس من المعقول أن يدخل جزء من هذا القانون في إطار هذا النوع من قواعد القانون الدولي .

وقد سبق للجنة القانون الدولي الإشارة إلى مبدأ الشرعية حين اقترحت في المادة ٣٩ من التقنين الدولي قانون الشعوب ما يلي ((لا يعد الشخص مسئولًا جنائيًا بناءً على هذا القانون:

١. إذا ما أتهم في جريمة من تلك الجرائم التي تنص عليها المادة. ٢٠. أ. ج. ولم يشمل الفعل جريمة طبقًا للقانون الدولي .

٢. إذا ما اتهم في جريمة من تلك المنصوص عليها في المادة. ٢٠هـ ولم يكن هناك تطبيق للاتفاقية الخاصة على الفعل وقت حدوث الجريمة.

وقد رأى البعض أن صياغة مبدأ الشرعية على هذا النحو يشوبه الغموض وعدم الدقة، الأمر الذي يثير الخلاف على بعض الأوصاف والصياغات، ويثير القلق لدى الفقه الجنائي خاصة عند تحسس الرغبة لدى البعض بعدم احترام هذا المبدأ .[٢٦].

المبحث الثاني
أثر الطابع المميز لركن الشرعية على المادتين ٢١ و٢٢من النظام الأساس

قد يكون لركن الشرعية بميزته الخاصة أثر على العديد من نصوص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، ولكن البحث سيقتصر -هنا- على أثر هذه السمة على نص المادتين ٢١ و٢٢ وأيضًا على العلاقة بينهما. وعليه سيكون هذا المبحث بثلاثة مطالب، يخصص المطلب الأول لأثر هذه السمة على المادة ٢١ والمطلب الثاني لأثرها على المادة ٢٢، والمطلب الثالث لأثرها على العلاقة بين تلكم المادتين .

المطلب الأول
أثر السمة المميزة لطابع الشرعية على المادة ٢١

حددت المادة ٢١ من النظام الأساس مصادر القاعدة القانونية التي تطبقها المحكمة الجنائية الدولية على ما يعرض عليها من جرائم دولية تدخل في اختصاصها، وقد نصت المادة على ما يلي:

١- **تطبق المحكمة :**

أ- في المقام الأول هذا النظام الأساس وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة .

ب- في المقام الثاني، حيث يكون ذلك مناسبًا. للمعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة .

ج- وإلا فالمبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم -بما في ذلك- حسبما يكون مناسبًا. القوانين الوطنية للدول التي من عادتها إن تمارس ولايتها على الجريمة. شريطة أن لا تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساس، ولا مع القانون الدولي، ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دوليًا .

٢- يجوز للمحكمة أن تطبق مبادئ وقواعد القانون كما هي مقررة في قراراتها السابقة .

٣- يجب أن يكون تطبيق وتفسير القانون عملًا بهذه المادة متسقين مع حقوق الإنسان المعترف بها دوليًا، وأن يكونا خالتين من أي تمييز ضار يستند إلى أسباب مثل نوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة. من المادة. أو السن أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر.

ومفاد هذا النص وجود ثلاثة منابع أصلية تستقي منها المحكمة القواعد التي تطبقها، وهذه المنابع مرتبة تدريجيًا بمعنى أن يكون الأخذ منها أو الرجوع إليها حسب الترتيب الذي أوردته المادة ٢١ فلا يلجأ إلى المنبع الثاني قبل اللجوء إلى المنبع الأول ولا إلى الثالث قبل استنفاذ الثاني، وإلى جانب هذه المنابع الأصلية يوجد منبع استدلالي يجوز للمحكمة أن تسترشد به[٢٧] . ويلاحظ أن لفظ الاتفاقيات الدولية الواجبة التطبيق الذي أشارت له المادة ٢١ يشمل مصادر متنوعة لكنها في حقيقتها اتفاقيات دولية بما في ذلك القرارين ٨٢٧ في ٢٠٠٣ والقرار ٩٥٥ في ٢٠٠٤ الصادرين من مجلس الأمن[٢٨]، أو بعبارة آخر. إن القانون الواجب التطبيق في المقام الأول هو نظام روما الأساس وأركان الجرائم. القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وهو مصدر رئيس أو أساس ثم تأتي المصادر المكملة، ويمكن إجمالها بمصدرين رئيسين هما قواعد القانون الدولي والمبادئ العامة المستخلصة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم[٢٩]. ويجوز للقضاة بعد اعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في الحالات العأجلة التي يوجد فيها نص في تلك القواعد على حالة محددة معروضة على المحكمة إن يضعوا بأغلبية الثلثين قواعد مؤقتة تطبق لحين اعتمادها أو تعديلها أو رفضها في الدورة العادية أو الاستثنائية التالية لجمعية الدول الأطراف، ولابد أن تكون القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأية قواعد مؤقتة يتم وضعها متسقة مع النظام الأساس ولا تطبق أية تعديلات يتم اتخاذها بشكل رجعي يضر بالشخص محل التحقيق أو المحاكمة، وفي

حالة النزاع بين النظام الأساس والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات يعتد بالنظام الأساس[٣٠].
إن ما يلفت النظر وجود عدد من الأحكام القانونية في المادة ٢١ على نحو يتسم بالمرونة المفرطة أو الغموض الذي لا يتلاءم مع وجوب وضوح النصوص الجنائية من ذلك ما نصت عليه الفقرة الفرعية. من الفقرة. من المادة ٢١ المذكورة التي تسمح للمحكمة الجنائية الدولية إذا لم تجد في نظام روما الأساس نصًا أيضًا واجب التطبيق. أن تطبق المعاهدات الدولية ومبادئ القانون الدولي وقواعده ثم ذهبت الفقرة الفرعية. من الفقرة. من المادة ٢١ ذاتها أن ترجع المحكمة بعد ذلك إلى المبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم بما في ذلك القوانين للدول التي من عادتها إن تمارس ولايتها على الجريمة. ومهما قيل بشأن مبررات تعدد مصادر النص الجنائي الدول، فإن مبررات وجوب عدم المساس بمبدأ الشرعية للنص الجنائي الوطني والدولي معا يبقى اقوي وأكثر شرعية وعدالة، وإن، مما يمكن أن يقال عن القانون الواجب التطبيق من قبل المحكمة الجنائية الدولية على النحو الوارد في المادة ٢١ من نظام روما الأساس أنه مفرط في المرونة وغامض إلى الحد الذي لا يتفق مع مبدأ الشرعية، ويشكل خطرًا حقيقيا على حقوق وحريات الأفراد بشكل عام والمتهمين أمام هذه المحكمة بشكل خاص[٣١]
ويبدو إن هناك احتمال آخر للتعارض قد ينشأ بين مصادر القانون الواجب التطبيق في المادة ١٠ والأوجه الخاصة للمادة ٢١ وطبقًا لقواعد تفسير معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦، فإن قصد الأطراف هو المعول عليه، وفي هذه الحال، فإن الأطراف لم يقصدوا أن يحددوا مصادر القانون الدولي المشار إليها في المادة ١٠ والواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية. وبناءً على ذلك، فإن التحديد الوارد في المادة ٢١ يخضع لعمومية المادة ١٠ بسبب قصد من صاغوها. وإذا لم تكن الحالة كذلك، فإن التحديد الوارد في المادة ٢١ قد يقيد العمومية الواردة في المادة ١٠. وقد ينشأ تعارض آخر بين المادة ٢١ والمادة. بشأن عناصر الجريمة ذلك إن المادة ٢١ تدرج عناصر الجريمة كمصدر للقانون واجب التطبيق، بينما تذكر المادة. على وجه التحديد إن عناصر الجريمة يجب أن تساعد المحكمة في تفسير وتطبيق المواد ٦و٧ و٨ ويجب ملاحظة أن عناصر الجريمة ((التي تساعد المحكمة)) يجب أن تعتبر مصدر للقانون الذي يمكن تطبيقه بطريق تعدل من إحكام النظام الأساس ((المادتان ٦و٨))ويجب تبني عناصر الجريمة من قبل جمعية الدول الأطراف وفقًا للمادة ١١٢ في جلستها الأولى بعد سريان المعاهدة وبصفة عام، فإن جمعية الدول الأطراف لا يمكن إن تعدل من النظام الأساس عن طريق تبني عناصر الجريمة، حيث إن تعديل النظام الأساس يتطلب أغلبية ثلثي الحاضرين والذين لهم حق التصويت بشرط وجود الأغلبية المطلقة من الدول الأطراف الذين يشكلون النصاب القانوني للتصويت كما ورد في المادة [٣٢] ١١٢. لقد حظيت صياغة المادة ٢١ التي حددت القانون الواجب التطبيق بنقاشات عديدة تركزت على وجوب صياغة مفردات هذه المادة بدقة متناهية، ذلك لأن من شأن هذه

الصياغة الخيارات التي قد تبدو مرنة وغامضة وصعبة من حيث قابليتها للتحديد من الخيارات الأخرى المتاحة أمام المحاكم الجنائية الوطنية التي غالبًا ما تكون أكثر قابلية للتحديد من قبل المشرع الوطني ولا سيما بالنسبة للقانون الجنائي وبالأخص بالنسبة إلى قواعد التجريم والعقاب إذ يكون التشريع هو المصدر الوحيد لها[٣٣] إن النص في المادة ٢١ على منح المحكمة سلطة الفصل في النزاع استنادًا إلى تطبيق المبادئ والقواعد القانونية التي أخذت بها في قراراتها السابقة تفتح المجال أمام فكرة السوابق القضائية في أن تجد مجالًا للتطبيق على عكس الحال بالنسبة لمحكمة العدل الدولية والذي ينص نظامها الأساس على ذلك صراحة[٣٤] بل إن المادتين ٥٩. ٣٨ من نظامها الأساس تمنع صراحة الأخذ بفكرة السوابق القضائية، وهذا بحد ذاته يشكل مفترق طرائق أخرى بين مصادر كل من النظامين [٣٥].

إن إجراء مقارنة بين صياغة هذه المادة. صياغة المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية- على أساس أن كلًا المادتين حددتا القانون الواجب التطبيق، وبالتالي مصادر كلًا القانونين. تكشف عن الفرق الواضح بين دقة الصياغة التي اتسمت بها المادة ٣٨ والغموض واللبس الذي اعترى المادة ٢١ وحتى لو سلمنا بالانتقادات التي يسوقها الفقه الدولي المعاصر للمادة ٣٨ والقائمة على أساس إن هذه المادة غير ملمة بكل مصادر الالتزام الدولي خصوصًا ما يتعلق منها بالمصالح المشتركة والاعتبارات الإنساني، فإن المعادلة تبقى لصالح المادة ٣٨ أيضًا. ولعل مرد ذلك عدة أسباب منها:

١- طول الفترة الزمنية التي تبلورت فيها قواعد القانون الدولي العام والممتدة من ١٦٤٨ تأريخ معاهدة وستفاليا وحتى سنة ١٩٢٠ تأريخ صياغة النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية الدائمة، حيث إن المادة ٣٨ تم تبنيها بالكامل في النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية سنة ١٩٤٥. وهي فترة كافية وكفيلة بأن تنضج قواعد هذا القانون، وتتضح إلى الدرجة التي لا تدع أي مجال للبس أو الغموض أو التضاد مقارنة بحداثة قواعد القانون الدولي الجنائي التي ترجع إلى فترة معاصرة ابتدأت من محاكمات نورمبرغ وطوكيو سنة ١٩٤٥ .

٢- حرص الدول على التوافق بشأن نصوص النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية بحيث نص النظام على استبعاد السوابق القضائية من مصادر هذا القانون صراحة في المادتين ٣٨ و٥٩ في حين عجزت الدول عن اتخاذ موقف مشابه تجاه نصوص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية .

٣- اختلاف أشخاص القانون الدولي العام. المحصورة بالدول والمنظمات الدولية والفاتيكان. عن أشخاص القانون الدولي الجنائي الذي يشكل الفرد المجرد شخصه الوحيد. وعلى الرغم من الأهمية المتزايدة التي يحظى بها الفرد في القانون الدولي العام إلا أنه لا يرقى إلى مستوى شخص من أشخاص هذا القانون. واختلاف أشخاص كل من القانونين من شأنه إن يجعل القواعد

التي تخاطب هذه الأشخاص وتنظم هذا السلوك تختلف هي الأخرى، ففي الوقت الذي تبدو فيه واضحة على مستوى الدول إذ إن الدول لا يحكمها غير القانون الدولي العا، فإنها تبدو متداخلة على مستوى الأفراد الذين يحكمهم القانون الجنائي الداخلي والقانون الجنائي الدولي.

٤- اختلاف طبيعة العلاقة التي ينظمها القانون الدولي العام والتي تمتاز بأنها ذات طابع مدني تنتهي في أغلب الأحيان بالتعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه عن العلاقة التي ينظمها القانون الدولي الجنائي والتي تمتاز بأنها ذات طابع جنائي تنتهي فيها المحكمة إلى الحكم إما بعقوبة الإعدام أو بعقوبة سالبة للحرية.

إن هذه الأسباب توصل بالمحصلة إلى نتيجة غير منطقية. وهي واقعة فعلًا. مفادها توافر الغموض والدقة والتحديد في نصوص النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية التي هي ببساطة يمكن القول أنها لاتحتاج إلى هذه الدرجة العالية منها، وعلى العكس غياب هذه الدقة والوضوح والتحديد عن نصوص النظام الجنائي الدولي الذي ببساطة هو نص جنائي أحوج ما يكون إلى مثل هذه الصفات.

المطلب الثاني

أثرها على المادة ٢٢

نصت المادة ٢٢ على ما يلي :

((١- لا يسأل الشخص جنائيًا بموجب هذا النظام الأساس مالم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة .

٢- يؤول تعريف الجريمة تعريفًا دقيقًا ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس. وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة .

٣- لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساس .))

وكما هو واضح جاءت هذه المادة بتسوية هامة يتفق بموجبها حكم الفقرتين الأولى والثانية بدقة مع مضمون مبدأ لا جريمة إلا بنص في معظم القوانين الجنائية الوطنية خاصة تلك التي تأخذ بالنظام اللاتيني والتي لا تقبل بالعرف كمصدر للتجريم كما لا تقبل بالقياس في التجريم أو تفسير أركان الجرائم بينما تقضي الفقرة الثالثة بالاعتراف للعرف بصفته الأساسية كمصدر للتجريم فيما يتعلق بالجرائم الدولية عمومًا أي خارج إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ونتيجة لذلك يذهب جانب كبير من الفقه إلى أنه لا يمكن للمحكمة الاعتماد في التجريم على المبادئ العامة للقانون التي جاءت على ذكرها المادة ٢١ من النظام الأساس كأحد أنواع القانون

واجب التطبيق نظرًا لطبيعتها العرفية، وان كان من الممكن الاعتماد عليها في تفسير ما قد يثيره تحديد أركان الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من إشكاليات أي حصر تطبيقها في التفسير دون الإنشاء. وبهذا الإقرار تكون المحكمة قد تجنبت ما تعرضت له سابقًاتها من المحاكم الجنائية الدولية من انتقادات تتعلق بتعارض نصوصها مع مبدأ الشرعية والتي اشرنا لها سلفًا خاصة أنها كلها قد أنشئت بعد ارتكاب جرائم دولية التي تدخل في اختصاصها الموضوعي. إلا أن من الضروري ملاحظة التعارض الذي يظهره، نص المادة. ٢٢. ٢. مع نص المادة. ٣١. ٣. والتي تسمح ضمنًا بالاستعانة بالقياس لإيجاد أسس آخر.، للاستبعاد من المسؤولية الجنائية غير تلك المذكورة في نص المادة. ٣١)[٣٦] وعلى الرغم من أن المحكمة حاولت حسم سياستها الجنائية بالنص في المادة. ٢٢. صراحة على تبنيها مبدأ «لا جريمة إلا بنص»، وسلكت المسلك نفسه في المادة ٢٣ بنصها صراحة على تبني مبدأ «لا عقوبة إلا بنص»، مما لا يدع مجالًا للشك حول موقف النظام الأساس للمحكمة من هذا المبدأ إلا أن التفصيل الذي أوردته المادة ٢٢ يدعو إلى مراجعة هذا النص بغية تحديد موقفها بدقة من هذا المبدأ، فحسب المادة الخامسة، فإن المحكمة تختص بثلاث جرائم محددة على سبيل الحصر هي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وهي معرفة استنادًا للمواد. وهي متوافقة مع القانون الجنائي القائم هذا بالإضافة إلى جريمة العدوان التي لم يتم تعريفها وتحديد أركانها بعد وتختص المحكمة أيضًا بالجرائم التي ترتكب ضد أقامة العدالة ولها أن تقضي بعقوبات في هذا الصدد استنادًا للمادتين. ٧٠. ٧١. ويمكن إدخال جرائم جديدة حسب المادة ١٢١ بشرط تعديل النظام الأساس والموافقة عليها حسب آلية أوضحتها المادة نفسها مثل الإرهاب والاتجار بالمخدرات، وقد صدر قرار للتأكيد على مراجعتها في المستقبل، وبذلك يبدو مبدأ الشرعية استناد لهذه الفقرة مكرسًا في أن اختصاص المحكمة قد ورد على سبيل الحصر في المواد. و. و. من النظام الأساس فضلًا عن الجرائم الأخرى التي يسري عليها الاختصاص ومنها جريمة العدوان .[٣٧]

ويفسر جانب من الفقه نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢ من النظام الأساس تفسيرا يقوم على أساس أن قاعدة شرعية الجريمة المنصوص عليها في النظام الأساس للمحكمة لا تمنع من وجود جرائم آخر. في نطاق القانون الجنائي الدولي وحسب قواعد تجريم آخر. تخرج عن نطاق النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ومنها:

١. تجريم الإرهاب الدولي حسب اتفاقية جنيف لمكافحة الإرهاب لسنة ١٩٣٧. وكذلك وفقًا للاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب عام ١٩٧٧ .

٢. جريمة أخذ الرهائن حسب الاتفاقية الدولية المبرمة عام ١٩٧٩ .

٣. الاتفاقية الدولية بشأن مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات وفقًا لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٦١ .

٤. جرائم خطف الطائرات .

٥. الجرائم المنظمة مثل جرائم غسيل الأموال والرقيق الأبيض .

فمثل هذه الجرائم ثم استبعادها من مشروع نظام روما الأساس لإقرارها بموجب معاهدات دولية خاصة بها .[٣٨]

ويؤكد اتجاه آخر أن الحرص على حسن تطبيق نصوص المواد التي تشكل جرائم وفقًا لأحكام نظام روما الأساس قضت المادة. ٢٢ (٢). من النظام بأنه. ((يؤول تعريف الجريمة تأويلًا دقيقًا ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس، وفي حالة الغموض، يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة)). غير أن الفقرة الثالثة من المادة نفسها قد أضافت حكما من شأنه أن يوسع من تجريم السلوك في إطار المواد. ٥. ٦. ٧. ٨. من نظام روما الأساس، بنصها على أن. ((لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساس)) ويشير هذا النص إلى أنه يمكن الاعتراف باختصاص المحكمة الجنائية الدولية على أي سلوك يمثل جريمة وفقًا لإحكام المعاهدات الدولية السارية، أو العرف الدولي، وذلك بحكم أنها تمثل انتهاكا لأحكام القانون الدولي، وذلك بالرغم من أن هذا السلوك لم ترد صورته ضمن النماذج التي حددتها المواد المذكورة أنفا الخاصة بنطاق التجريم. وهذا النص يتفق مع نص المادة. ٢١. من نظام روما الأساس التي حددت القانون الواجب التطبيق بالمعاهدات الدولية السارية والعرف الدولي كمصادر تالية لنظام روما الأساس، لسد ما قد يظهر في التطبيق العملي من ثغرات، كما أنها تضمن عدم إفلات أي جاني من العقاب يستخدم وسيلة أو طريقة في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساس، دون أن تكون هذه الوسيلة واردة ضمن الحصر الوارد في نصوص النظام الأساس. إلا أنه يجب ملاحظة إن هذا الحكم مقيد بضرورة أن يكون الفعل مجرمًا بموجب القانون الدولي، ولكنه خارج إطار النظام الأساس. ولعل هذا القيد يتطلب أن يكون السلوك قد سبق تجريمه بموجب معاهدة دولية أو عرف دولي وهذا القيد يمثل بحد ذاته تطبيقا لمبدأ التكامل بين نظام روما الأساس والقانون الدولي غير أنه يتعين الانتباه إلى أن عبارة ((خارج إطار هذا النظام الأساس)) لا تعني أن يكون السلوك مكونا لجريمة آخر. غير تلك الجرائم المحددة في نظام روما الأساس والداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وإلا فتح الباب أمام التفسيرات الواسعة التي تمنح اختصاصات مطلقة للمحكمة الجنائية الدولية على حساب اختصاصات القضاء الوطني، وهو ما يتنافى مع الفلسفة التي بني عليها نظام روما الأساس والحدود التي رسمها لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم محددة على سبيل الحصر .[٣٩]

ويشير جانب من الفقه إلى أن مبادئ القانون وقواعده تحصر باتفاقيات ومبادئ القانون الدولي الإنساني، ويبرر هذا الرأي ما يذهب إليه بالقول أن هناك اتفاقيتين دوليتين تنطليان

صراحة الولاية القضائية بمحاكمة جنائية دولية للنظر في هذه الجرائم، وهاتين الاتفاقيتين هما اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس والمعاقبة عليها. المادة السادسة. والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها. المادة الخامسة. وقبل هاتين الاتفاقيتين كان الميثاق الملحق باتفاقية لندن للمحور الأوربي المؤرخ في. أب ١٩٤٥ بشأن ملاحقة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب، والميثاق الملحق بالإعلان الخاص للقائد الأعلى للدول المتحالفة الصادر في طوكيو في ١٩ كانون الثاني ١٩٤٦ يوفران الأساس القانوني لإنشاء محكمتي نورمبرغ وطوكيو العسكريتين الدوليتين على التوالي بهدف معاقبة كبار «مجرمي الحرب» وقد انشأ القانون رقم ١٠ مجلس الرقابة التابع للحلفاء بدوره محاكم دولية في مناطق الاحتلال لمعاقبة مجرمي الحرب الآخرين الذين كانوا يشغلون في هرم الوظائف العسكرية والإدارية أو المدنية رتبًا أدنى .[٤٠]

المطلب الثالث

أثرها على العلاقة بين المادتين

إن إجراء مقارنة بين نص الفقرة الثالثة من المادة ٢١ ونص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢ تكشف عن تناقض وتعارض صريح وواضح. فالأولى تشير إلى أن تطبيق وتفسير المحكمة لنظامها الأساس يجب أن يكون متسقا مع مبادئ حقوق الإنسان المعترف بها دوليًا، وأن يكون خاليًا من أي تميز في حين تشير الفقرة الثالثة إلى أن حكم هذه المادة لا يؤثر على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساس والذي يثير الإرباك أو الغموض هو المقصود بعبارة «بموجب القانون الدولي». فهل المقصود هو مصادر هذا القانون، وهذا هو الرأي الأرجح، وعندها لا بد من العودة إلى المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية التي حددت على سبيل الحصر مصادر هذا القانون والتي من ضمنها العرف ومبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة، وفي هذه الحال، فإن المحكمة ستلجأ إلى التجريم والعقاب استنادًا إلى مصادر هذا القانون وبشكل خاص المصادر العرفية أو المصادر المستقاة من مبادئ القانون العامة. ولا يخفى ما في هذا الأمر من سلطة تحكمية واسعة للمحكمة في حرية التجريم وحرية اختيار العقاب ذلك أن واحدة من عيوب هذه المصادر التي جعلتها تتراجع أمام التشريع أو الاتفاق هو عدم قابليتها للتحديد ولكن المحكمة في الوقت الذي تطبق فيه مصادر هذا القانون، فإنها من جهة آخر. تنتهك قواعده خصوصًا تلك القواعد المستقرة منذ وقت بعيد بشأن الضمانات القضائية للمتهم التي استقرت في الإعلانات الأولى لحقوق الإنسان واستقرت كقواعد عرفية، ثم قننت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية. ولا يخفى النقص الذي تعاني منه هذه الصياغة إذ أن الفقه الدولي الحديث أصبح ينتقد بإصرار

المادة ٣٨ ويعدها عاجزة عن مواكبة التطورات التي تنتاب القانون الدولي بوتيرة متسارعة، حيث إن أشخاص القانون الدولي قد تجد نفسها ملزمة بمصادر التزام تخرج عن المصادر المحددة على سبيل الحصر في هذه المادة، وأهم هذه المصادر الحديثة هي الاعتبارات الإنسانية والمصالح الاقتصادية المشتركة .[٤١] وإذا كان من المتفق عليه فقهًا وعملًا، أن المبادئ العامة للقانون هي المبادئ التي أقرتها النظم القانونية الرئيسة في العالم، وما يتفق منها مع طبيعة المجتمع الدولي والعلاقات الدولية ولا يتعارض مع النظام العام الدولي يعد مصدرًا للقاعدة القانونية الدولي، فإن النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية. المادة ٣٨. قد نص على اعتبارها ضمن مصادر القاعدة التي تطبقها المحكمة. ومن جهته نص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية على اعتبار المبادئ العامة للقانون مصدرا للقانون الذي تطبقه المحكمة، وذلك في المقام الثالث من المصادر الأصلية التي نص عليها النظام. وقد وضعت المادة. ٢. ١.) من النظام تحديدًا لنطاق هذه المبادئ بأنها تلك التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم، بما في ذلك كلما كان مناسبًا، القوانين الوطنية للدول التي جرت على ممارسة ولايتها على الجريمة محل النظر، أي التي تعطى قوانينها الوطنية الاختصاص لمحاكمها لنظر الجريمة، وقد قيد النظام اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون، بشرط عدم التعارض مع أحكام النظام الأساس، أو القانون الدولي، أو القواعد والمعايير المعترف بها دوليًا. يندرج تحت مظلة القيد العام في القانون الدولي فيما يتصل باللجوء إلى مبادئ القانون العام .[٤٢]

والمقصود بمبادئ القانون الدولي هو مصدر عام يشمل مبادئ القانون الدولي وقواعده التي تستمد قوتها الملزمة من مصادر القاعدة القانونية الدولية وبشكل خاص مبادئ القانون الدولي الإنساني بعدها المصدر الأساس لجرائم المنازعات المسلحة التي تختص بنظرها المحكمة .

أما الفقرة الثانية من المادة ٢٢، فالذي يتضح من صياغتها أنها تتحدث عن نتائج تطبيق مبدأ الشرعية أو بعض من هذه النتائج فهي تحرم اللجوء إلى القياس، وتوجب أن يكون تفسير الشك لصالح المتهم، وفيما يخص رفض اللجوء إلى القياس في القانون الجنائ، فإنه نتيجة طبيعية لإقرار مبدأ الشرعية لأن اللجوء إلى القياس يعني منح القاضي سلطة تجريم فعل لم يجرم وفق إرادة المشرع وإذ كان الفقه الجنائي قد ابتدأ بأجازة القياس أولًا ثم يرفضه في التجريم وإباحته في العقاب خصوصًا القواعد التي تتعلق بأسباب الاباحه أو موانع المسؤولية أو الإعفاء من العقاب ويبرر الفقه موقفه –هنا– بأن ذلك الاتجاه لا يمس مبدأ الشرعية ألا أن الفقه الجنائي ثالثا الذي رفض اللجوء إلى القياس جملة وتفصيلًا وأيا كان مبرر ذلك .[٤٣] إما بخصوص قاعدة الشك فهي تفسر لمصلحة المتهم، وهي الأخرى نتيجة من النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية لأن القول بخلاف ذلك يعني الإدانة على الشك وهو ما يزعزع الثقة بتطبيق النص أو حتى بوجوده وفاعليته. ولكن تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم حسب النظام الأسا، فإنه يفسر لمصلحة المتهم الذي

يجري التحقيق معه أو محاكمته هو أمر مقبول ولكن تطبيقها بالنسبة لمن تمت إدانته هو أمر غير مقبول إلا إذا ترتب على تطبيق القاعدة وقف تنفيذ العقوبة التي قضي بها ضده. (٤٤)

وكان ينبغي على المحكمة في تفسيرها لأحكام النظام الأساس أن تستخدم الأساليب المقررة لأحكام التفسير بشكل دقيق من دون توسع في التفسير أو تطبيق فيه، ذلك لأن التوسع في تفسير النص يؤدي إلى إدخال أفعال إلى نطاق نص التجريم، ما كانت لتدخل لولا هذا التوسع على العكس، فإن التطبيق في التفسير يؤدي إلى إخراج أفعال من نص التجريم ما كانت لتخرج لولا هذا التطبيق والصحيح أن تحرص المحكمة على أن يكون تفسيرها للنصوص مقررًا وكاشفًا لقصد المشرع الحقيقي من تشريعها .(٤٥)

أما بخصوص الإشارة إلى القرارات السابقة للمحكم، فإن من الطبيعي أن ترد الإشارة إلى قرارات المحكمة الجنائية الدولية السابقة بوصفها مصدرًا تفسيريًا لمبادئ وقواعد القانون التي تطبقها المحكمة ويكون للأخيرة سلطة تقرير اللجوء إليها حينما يكون ذلك مناسبًا وغاية ذلك تجنب الاختلاف أو التعارض في التفسير للمبدأ والقاعدة في قرارات المحكمة المتعاقبة والإشارة -هنا- قاصرة على القرارات السابقة للمحكمة دون أن تمتد إلى أحكام المحاكم الأخرى، وأن كان ذلك لا يمنع المحكمة من التأثر بتوجهات المحاكم الوطنية والدولية فيما يتصل بتفسير قواعد القانون الوطني في النظم القانونية في العالم وكذلك تفسير مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني .(٤٦)

إن نظام روما اعترف بقيمة القانون الوطني وعده مكملًا لمصادر النظام مع اختلاف الدرجة، ولا شك في أنه ليست هناك مشكلة يمكن أن تثار في حالة ما إذا كان القانون الوطني والقانون الدولي يؤثمان معًا فعلًا من الأفعال باعتباره جريمة ولكن الصعوبة تكمن إذا كان القانون الوطني يبيح الفعل ويجرمه القانون الدول، فإن مرتكبه يخضع للمسؤولية الجنائية الدولية ولا يجوز له أن يتذرع بقواعد القانون الوطني في هذه الحالة لذلك، فإن المشرع الوطني مطالب بإصدار تشريعات جنائية جديدة لكي تتماشى مع القواعد الجنائية الدولية الراسخة سواءً أكانت وليدة المعاهدات الدولية النافذة أو مستقاة من العرف الدولي ومبادئ القانون العامة .(٤٧)

المبحث الثالث

العرف كصدر للتجريم

يتناول هذا المبحث دور العرف في توصيف أركان الجرائم، وكذلك في تحديد العقوبات المقرر لها، ثم موقف الفقه من هذا الدور وعليه سيكون هذا المبحث في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: دور العرف في توصيف أركان الجرائم.

المطلب الثاني: دور العرف في توصيف العقوبات.

المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من العرف كمصدر للتجريم.

المطلب الأول

دور العرف في توصيف أركان الجرائم

يعود الاعتماد على العرف كمصدر من مصادر القانون الجنائي الدولي إلى عام ١٩٤٨، وذلك في مشروع الاتفاقية المنشئة لمحكمة جنائية دولي، حيث وضعت هذه الاتفاقية العرف على رأس قواعد القانون التي يمكن أن يطبقها القضاء الجنائي الدولي إلى أن يعتمد في حينها اتفاقية تحدد المبادئ الكبرى للقانون الجنائي الدولي وتصنف الجرائم وتسن العقوبات. وكان العرف قد ظهر قبل هذا التاريخ في مشروع وضعته رابطة القانون الدولي كمشروع نظام أساس للمحكمة الجنائية الدولية سنة ١٩٢٦ وكان ينص على أن العرف الدولي برهان على عرف عام مقبول له قوة القانون، ثم عادت الرابطة عام ١٩٨٤ في مشروع آخر وضعته بهذا الصدد لتنص في المادة ٢٢ منه على ((تأخذ المحكمة بتعريف جريمة محددة على النحو المنصوص عليه في الاتفاقيات السارية في الدول المتعاقدة المعنية، وتطبق المحكمة القانون الدولي بما في ذلك المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الدول)).[٨٤]

وعلى الصعيد الفقهي فقد سبق للوترباخت منذ عام ١٩٤٤ أن ذهب إلى تقرير وجوب التفرقة بين مخالفًات قوانين الحرب وجرائم الحرب مقترحًا تعريفًا لجرائم الحرب يستند إلى أنها انتهاك لقواعد أساسية مقبولة أو على أساس أنها انتهاك لمبادئ القانون الجنائي، مما يوجب تغلبه الطابع العرفي لقواعد هذا القانون على قواعده المكتوبة، وقد ذهبت الدائرة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في حكمها في قضية تاديش Tadic إلى ضرورة توافر الشروط التالية في الجريمة حتى يمكن أن تكون محلًا للاتهام طبقًا للمادة الثالثة من نظام المحكمة انتهاكات قوانين وأعراف الحرب. :

أ. يجب أن ينطوي الانتهاك على خرق لقاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني .

ب. يجب أن تكون القاعدة العرفية عرفية بطبيعتها، فإذا كانت جزءًا من القانون ألتعاهدي فيجب توافر الشروط اللازمة في هذا الشأن

ج- يجب أن يكون الانتهاك خطير بمعنى إن يشكل خرقا لقاعدة تحمي قيما هامة كما يجب أن يكون الخرق مؤديا إلى نتائج خطرة بالنسبة للضحية .

د- يجب أن يكون انتهاك القاعدة مؤديا في ضوء القانون العرفي والاتفاق إلى ترتيب المسؤولية الجنائية الفردية بالنسبة للشخص المنسوب إليه الفعل وبناءً على ذلك يمكن القول :

١- إن كل انتهاك لقواعد قوانين وأعراف الحرب في قواعد القانون الدولي الإنساني يعد جريمة حرب .

٢- إن جرائم الحرب ليست محصورة بعدد معين بذاته من الجرائم لأن كل انتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني يعد جريمة .

٣- انه إذا كان القانون الدولي الإنساني لا يزال يعرف التفرقة بين النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير الدولي، فإن جرائم الحرب يمكن إن تقع في إطار كلًا النوعين من النزاعات المسلحة .

٤-إن تحديد قاعدة القانون الدولي الإنساني التي جرى انتهاكها أمر مهم ولازام لتوفر ركن أساس في جريمة الحرب، فإذا كانت هذه القاعدة قاعدة عرفية فليست هناك مشكلة من أي نوع إما إذا كانت القاعدة تنتمي إلى القانون المكتوب فهنا يتعين توافر شروط الالتزام بالقاعدة بالنسبة للدول الأطراف فيها. مع ملاحظة إن القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي تعد جميعًا من القانون العرفي حسبما انتهت إليه محكمة نورمبرغ، كما أن الفقه الدولي المعاصر مستقر على اعتبار اتفاقيات لعام ١٩٤٩ بكاملها قانونًا عرفيًا، إما البروتوكولان الإضافيان لسنة ١٩٧، فإن جانب من الفقه لا يزال يشكك في طابعهما العرفي .

٥- إن القانون الدولي الإنساني لا يضع عقوبة لكل جريمة حرب وإنما يترك هذه المهمة لتشريعات الدول المختلفة في إطار مسئوليتها بالعمل على قمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني والعقاب عليها .[٤٩]

إن العمل بشأن توصيف أركان الجرائم يستند إلى ما أوردته المادة. من النظام الأساس والتي تنص على أن تحديد أركان الجرائم سيساعد المحكمة في تفسير وتطبيق المواد. (الإبادة الجماعية. والمادة.) الجرائم ضد الإنسانية. والمادة.. جرائم الحرب. وهو ما يوضح أن وثيقة أركان الجرائم سيتم استخدامها كأداة مساعدة للتفسير، ولن تكون ملزمة للقضاة مع العلم بأن تلك الوثيقة يجب أن تكون متسقة مع النظام الأساس .

وقد تركزت مفوضات مجموعة العمل الدولية بالذات على وثيقة شاملة قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية ومقترحات مشتركة من جانب سويسرا والمجر وكوستاريكا ووثائق آخر. قدمتها الوفود اليابانية والأسبانية والكولومبية. وقد أعدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دراسة تتصل بكل

جرائم الحرب وتم تقديم تلك الدراسة بناءً على طلب سبع دول، هي: بلجيكا. كوستاريكا. فنلندا المجر. كوريا الجنوبية. جنوب أفريقيا. وسويسرا. وقد استندت وثيقة جرائم الحرب المكونة من سبعة أقسام إلى مراجع ذات الصلة بالموضوع وبحث وتحليل مستفيض لأدوات القانون الدولي الإنساني وقانون الدعوى case law المستمد من المحاكمات السابقة الخاصة بجرائم الحرب على المستوى الدولي والقومي مثل محاكمات ليبزغ بعد الحرب العالمية الأولى ومحاكمات نورمبرغ وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية،قوانين الدعوى. قرارات المحاكم الخاصة ad hoc Tribunals بيوغسلافيا السابقة ورواندا، واستفادت الوثيقة أيضًا من أدوات قانون حقوق الإنسان وقوانين الدعوى الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان. والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. والمحكمة الأمريكية المتبادلة لحقوق الإنسان[٥٠] وإذا كان من المقرر أن القانون الدولي الجنائي هو فرع من فروع القانون الدولي العام فمن الواجب إن تكون له خصائص هذا الأخير وفي مقدمتها الصفة العرفية لقواعده وتترتب على هذه الصفة العرفية الدولية نتيجتان

الأولى: صعوبة التعرف على الجريمة الدولية ذلك أن مثل هذا التعريف إنما يتطلب الاستقراء الدقيق للعرف الدولي وهو أمر تكتنفه صعوبات عديدة. ومع ذلك، فإنه يجب الاحتكام إلى الأفكار التي يقوم عليها العرف وهي العدالة والأخلاق والصالح الدولي العام، وهذه الأفكار هي التي أسبغت صفة الجريمة على حرب الاعتداء وعلى الجرائم ضد الإنسانية .

الثانية: غموض فكرة الجريمة الدولية ويرجع هذا الغموض إلى كونها غير مكتوبة، مما يجعل من العسير على القاضي الدولي إن يتحقق من تطابق الفعل المرتكب للنموذج العرفي لتلك الجريمة وحتى على فرض النص عليها ضمن نصوص معاهدة أو اتفاقية دولية، فإن مثل هذا النص لا يفعل أكثر من الكشف عن الصفة غير المشروعة للفعل دون تحديد ما ينهض عليه من أركان وعناصر وشروط، ولعل تعريف العدوان وما آثاره من خلافات خير شاهد على ذلك .[٥١]

المطلب الثاني

دور العرف في توصيف العقوبات

وفيما يتعلق بالجزء الآخر من مبدأ الشرعية أي ((لا عقوبة إلا بنص)، فإن المبدأ هو ذاته بالنسبة لشرعية العقوبة فلا عقوبة إلا بقاعدة قانونية عقابية أي إن القاعدة الدولية سواءً تعلقت بشق التجريم أو العقاب، فإنها تجد أساسها في مصادر القانون الدولي الجنائي التي يحتل العرف بينها مكان الصدارة. غير أن العقوبة على الجريمة الدولية تبقى مع ذلك غامضة، فالأمر يقف عند تقرير الصفة الإجرامية دون تحديد العقوبة على نحو حاسم كما هو الحال في القانون الداخلي على أن يترك أمر التحديد نوعًا وكما إما إلى الدول المعنية التي تضطلع بتشريع

الأحكام في قوانينها متضمنة العقوبات المناسبة، وأما إلى القضاء الجنائي، وقد أخذت الاتفاقيات الدولية بالمنهج الأول بينما أخذت بالمنهج الثاني المواثيق الخاصة لمحاكمات الحرب العالمية الثانية، فالمادة ٢٧ من نظام المحكمة نورمبرغ المشار إليها سابقًا تنص على أن المحكمة تستطيع أن تقضي بمعاقبة المتهمين الذين يتوافر لديهم الخطأ إما بالإعدام أو بأية عقوبة آخر. تراها مناسبة، ولكن هذا النص لم يحدد المعيار الذي يتم على ضوئه اختيار تلك العقوبة المناسبة، ومع ذلك، فقد كشف التطبيق لعملي لمحاكمات نورمبرغ وطوكيو عن أن المحكمة قد أنزلت عقوبة السجن ببعض المتهمين، كما أن قانون مجلس الرقابة على المافيا رقم ١٠ الصادر في ٢٠ كانون الثاني ١٩٤٥ والذي أشار إليه حكم محكمة نورمبرغ بشأن المنظمات الإرهابية قد نص على أن العقوبات الواجبة التطبيق على أعضاء المنظمات الإرهابية تنحصر في:

١. الإعدام .
٢. السجن المؤبد أو المؤقت سواءً أكان مقترنًا بالأشغال الشاقة أم غير مقترن بها .
٣. الغرامة والسجن سواءً أكان مقترنًا بالعمل أو غير مقترن كما في حالة دفع الغرامة .
٤. مصادرة الأموال ورد ما يتحصل منها بطريقة غير مشروعة.
٥. الحرمان من الحقوق المدنية بصفة كلية أو جزئية.

ولعل فكرة الغموض تجد أصولها في أن فكرة الجريمة الدولية لا تزال بدورها غامضة ولا تنعم بذلك القدر من التحديد المنضبط الذي يحدد نموذجها القانوني بما يتصف عليه من عناصر أساسية. الأركان. والتبعية والظروف. وتحديد العقوبة الملائمة لكل جان وفقًا لمعايير مادية وشخصية ولم يقدم نظام محاكمتي نورمبرغ وطوكيو غير معيار جسامة الجريمة الذي يستطيع القاضي الاستعانة به في تقدير العقوبة المناسبة ومن شأن كل هذا أن يسهم في زيادة الغموض الذي يكتنف مبدأ شرعية العقوبة في مجال القانون الدولي الجنائي، ويزداد هذا الغموض إذا خلت الاتفاقيات الدولية تمامًا حتى من النص على أنواع العقوبات التي يمكن اللجوء إليها وهو ما وقعت فيه اتفاقية إبادة الجنس البشر، حيث تعدد في مادتها الرابعة الأشخاص الذين يمكن أن يرتكبوا الجرائم دون أن تحدد العقوبات التي يمكن توقعيها عليهم .[٢٥]

لقد لجأت المحكمة الجنائية الخاصة في يوغسلافيا السابقة إلى المبادئ العامة للقانون لتعزيز ما توصلت إليه في بحثها عن قواعد قابلة للتطبيق على القضية من قواعد القانون الدولي، ولقد اتسم تعامل المحكمة بمزيد من الحذر خشية الاعتماد على المبادئ العامة المستقاة على صعيد المحاكم الداخلية، ولذلك فإنها تلجأ إلى المقارنة والوقوف على الاختلاف بين تلك المبادئ والمبادئ المستقاة على الصعيد الوطني، ولذلك يمكن القول أن كلًا من المحكمة الجنائية السابقة في يوغسلافيا ورواندا لجأت إلى القوانين الوطنية لتأكيد تلك المبادئ وتحديد مبادئ القانون الدولي من خلال تلك المصادر وكما حرصت المحكمة على ذلك في قرارها في قضية فورًاندزج.

ومع ذلك، فإن ما يثير الانتباه في هذا الصدد أن الأمر ليس بالبساطة التي يمكن تصورها في أغلب الأنظمة القانونية في العالم ((فالمحاكم الدولية يجب أن تأخذ بالحسبان المفاهيم العامة والمؤسسات القانونية العامة في جميع الأنظمة القانونية القائمة في العالم)) وعلاقة كل ذلك بالقانون الدولي الجنائي، فالمبادئ العامة للقانون لا ينطبق عليها وصف التكامل، وذلك يرجع إلى طبيعتها وعموميتها، لأنها تصنف آخر الخيارات أمام المحكمة، فطالما حرصت المحكمة –في مرات عديدة– التأكيد بأن مثل هذه القواعد لم تصل حد من العمومية بجعلها تصل حد القاعدة العامة القابلة للتطبيق. ويذكر انه عند صياغة النظام الأساس للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة رد الأمين العام للأمم المتحدة بنبرة منفعلة على الانتقادات التي واجهها هذا النظام نتيجة تخليه عن مبدأ الشرعية بالقول: ((إن تطبيق مبدأ الشرعية يقضي بأن المحاكم الدولية ملزمة بتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني والتي هي بدون أدنى شك تشكل جزءًا من العرف لذلك فالمشكلة التي تثيرها بعض الدول، وليس كلها. حول ضرورة اعتماد اتفاقيات معينة للتجريم ليس لها أساس من الصحة. وان هذا الأمر يحظى بأهمية خاصة في نطاق عمل المحاكم الدولية عند توجيه التهمة لأشخاص ارتكبوا انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني))[٥٣] ويرى ستون إن القانون الجنائي الدولي غالبًا ما يجد أحكامه ومبادئه في العرف وهذه السمة بالذات هي التي تجعل هذا القانون يشبه القانون العمومي الانكليزي ((common Law))[٥٤]. ويتجه جانب من الفقه إلى الاعتراف صراحة للعرف بوصفه مصدرًا مباشرًا بل في الفترات المبكرة لتطور القانون الجنائي الدولي كان المصدر الأول والوحيد للتجريم خصوصًا إذا ما تعلق الأمر بجرائم بعينها مثل جريمة التطهير العرقي [٥٥]. مبررين ذلك بالطبيعة الخاصة لركن الشرعية في القانون الجنائي الدولي وبالقول إن قواعد القانون الجنائي الدولي يغلب عليها الطابع العرفي، كما أن عناصر الجريمة غير محددة بطريقة دقيقة، ولذلك يصعب الوقوف على الحالة النفسية لفاعلها ولكفالة التطبيق السليم لقواعد القانون الدولي ينبغي اللجوء إلى توافر الاحتمالات أضف إلى ذلك إن الجريمة الدولية تقع مستندة إلى بواعث من نوع خاص وغالبًا ما تتم بوحي أو تكليف من الغير فلا يرتكبها الجاني لتحقيق غرض شخصي ولا لحسابه الخاص، وهذا ألأمر بحد ذاته كفيل بأن يعزز القصد الاحتمالي .[٥٦]

وتجدر إلا شارة إلى أن واحدة من الأسس التي اعتمدها الفكر الليبرالي في مساندة مبدأ الشرعية هو عدم الاستناد للعرف كمصدر للتجريم إذ إن الغموض الذي يكتنف القواعد العرفية من شأنه إن يوفر للقاضي سلطة تكاد تكون مطلقة في خلق التجريم وإسناد العقاب.[٥٧]

المطلب الثالث

موقف الفقه من التجريم استنادًا إلى العرف

لقد أثار مبدأ الشرعية الكثير من النقاشات في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة أنه يسير جنبًا إلى جنب مع المبدأ القانوني القائل بعدم جواز اعتماد العرف كمصدر للتجريم، مما يعني وجوب التنسيق بين مبدأ لا جريمة إلا بنص وفكرة عدم الاعتماد على العرف في أنشاء القاعدة القانونية الدولية وهو الذي يعد احد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة انه لم يكن من الممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساس للمحكمة دون أن يتضمن الإشارة إلى مبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها[٨٥] وتشير المادة الأولى من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية إلى :

((تصادق الأطراف المتعاقدة على أن الإبادة الجماعية سواءً ارتكبت في أيام السلم أو أثناء الحرب هي جريمة بمقتضى القانون الدولي وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها)) ويبدو من صياغة هذه المادة إن النص الإنجليزي استخدم كلمة Confirm بدلًا من كلمة تصادق الواردة في النسخة العربية لأن الغرض من هذه الاتفاقية كان إقرارا لتلك الجريمة وليس منشئا لها أي إن الأطراف الذين صاغوا هذه الاتفاقية انصرفت إرادتهم إلى تقنين جريمة موجودة بالفعل وهو المنطق الذي يستقيم مع الجهود الدولية التي بذلت بهذا الصدد لتعريف جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ووفقًا لهذا المنظور، فإن هذه الجريمة تجد مصدرها في العرف وهو ما يجعل أحكام هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الدول حتى التي لم تصادق عليها[٥٩].

لم يكن القانون الدولي الجنائي القائم الآن وليد النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية بل كان وليد شبكة قضائية مختلفة تعتمد على مصادر متنوعة أكثر من اعتمادها على النظام الأساس بمفرده لأن هذا الأخير نفسه يشير صراحة إلى القوانين الجنائية الوطنية والنظم الجنائية الداخلية في العالم كما يشير إلى القانون الدولي العام بشكل عام ويفسح المجال أمام المحكمة بأن تمارس وظيفة إنشاء قواعد قانونية جديدة. إن طبيعة اختلاف أجناس مصادر القانون الدولي الجنائي يفتح الباب واسعًا أمام الجدل القانوني والبحث والتقص، حيث انعكست النظريات والمفاهيم الحديثة على أنواع القانون الجنائي وشكلت بذلك مقدمة أو فاتحة لهذا الجدل .[٦٠] وبناءً على ذلك يمكن إن نحدد الإجابة الصحيحة، وهي أن نميز بين مرحلة ما قبل نظام ١٩٩٨ وما بعد اكتمالًا لهذا النظام فقبل ولادة المحكمة الجنائية الدولية عد العرف كمصدر أساس لقواعد التجريم والعقاب في النطاق الدولي. ، وبالتالي احتل مكانة هامة لجهة إصدار القانون الدولي الجنائي فمعظم الجرائم التي تشكلت في هذا الإطار مرجعها العرف ثم اعتمدها المجتمع الدولي

في نصوص المعاهدات والمواثيق الدولية كجرائم ماسة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. لقد آثارت القواعد القانونية المبنية على أساس العرف إشكالات كثيرة من أهمها اعتبار هذه القواعد غير المحددة المعالم والمضمون، مما يعني الصعوبة في إثباتها ومن ثم عدم الاعتماد عليها بشكل ثابت وواضح وعادل في تقرير المسؤولية عنها. ورغم هذا الواقع الذي كان سائدا قبل ولادة نظام المحكمة فقد جرى الاجتهاد على التوسع في المحاكم التي تشكلت لهذا الغرض أي إعطاء التفسير المرن لهذا السلوك غير المشروع والذي يمكن أن يكون أكثر عدالة في مجال المحاكمات الدولية [٦١] . وقد سبق للجنة القانون الدولي إن رأت عند وضع بنود النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية انه لا بد عند وضع النصوص التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق إن تراعي الطبيعة الخاصة للإجراءات التي تتخذ أمام الهيئة التي هي بلا شك ذات طابع قضائي. فمحاكمة شخص متهم بارتكاب جريمة تدخل في اختصاص مثل تلك المحكمة لا تشكل نزاعًا دوليًا بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام بل هي بالأحرى إلية دولية لمحاسبة شخص متهم بارتكاب جريمة خطرة ذات طابع دولي تدخل في اختصاص المحكمة فلن تنشأ محكمة لكي تنظر في مسائل قليلة الأهمية ولا في مسائل تدخل في نطاق الاختصاص ألاستئثاري لأي دولة[٦٢].

وعلى العكس من ذلك يذهب تجاه آخر إلى إن النظام الأساس لم ينص على العرف كمصدر من مصادر القانون الجنائي الدولي التي تطبقها المحكمة لأن المحكمة تحكمها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وطبقًا لذلك لا يجوز الرجوع إلى العرف الدولي في تحديد الجرائم وفرض العقوبات دون أن يعني ذلك إنكار ما للعرف من دور مهم في تطور القانون الدولي الجنائي ولكن إذا كانت المحكمة لا تطبق العرف فلا يعني ذلك إن العرف فقد موقعه فالدول تحتاج إلى العرف الدولي في علاقاتها الدولية كما أن العرف الدولي المصدر الأساس الذي تستمد منه المعاهدات الدولية نصوصها [٦٣] .

إن نظرة فاحصة للاتجاهات الفقهية التي تحدثت عن العرف الدولي ودوره في التجريم تكشف عن حقيقة اكتشفها هذا الجدل ولم يشخصها تقوم على أساس العلاقة الجوهرية بين كلًا من القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني من جهة والقانون الجنائي الدولي من جهة آخر. وهي علاقة متلازمة ومتداخلة حتى إن بعض نصوص النظام الأساس أقرتها واعترفت بها صراحة. إن مثل هذه العلاقة. ووفقًا لما تتصف به. هي التي أخرجت مبدأ الشرعية من طابعه الخاص في القوانين الداخلية، وأدخلته في إطار القانون الدولي العام وهي التي أباحت. نتيجة لذلك. الركون إلى العرف كمصدر للتجريم فنص المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية والتي حددت على سبيل الحصر مصادر القانون الدولي العام، منح العرف الترتيب الثاني من المصادر الرئيسة لهذا القانون بعد المعاهدات الدولية العامة والخاصة، وكثيرًا ما لجأت محكمة العدل الدولية إلى العرف أو استشهدت به لتعزيز أحكامها. هذا بالنسبة لمكانة العرف في القانون

الدولي العام إما بالنسبة لمكانته في القانون الدولي الإنساني فيكفي القول إلى إن الغالبية العظمى من الفقه الدولي التقليدي والمعاصر تذهب إلى إن هذا القانون برمته بدأ ولا يزال قانونًا عرفيًا وان ما استقر من أحكامه في نصوص دولية أخذت شكل الاتفاقيات الدولية أو بروتوكولات ما هي في الحقيقة إلا تدوين لعرف دولي بل إن بعض هذه الاتفاقيات تنص صراحة على أن نصوص أحكامها المكتوبة تشكل جزءًا من العرف الدولي رغبة منها في إلزام الدول التي لم تصادق على هذه الاتفاقيات أضف إلى ذلك. وفي علاقة مباشرة آخر. بين القانونين- إن الانتهاكات الجسيمة لقواعد هذا القانون تشكل جرائم دولية تخضع لإحكام النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، وهذه هي صيغة الترابط الثانية بين هذين القانونين. هذا إذا ما تجنبنا الخوض في أن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان تشكل هي الأخرى جرائم دولية وإذا ما تجنبنا الخوض أيضًا فيما يحتله العرف الدولي في مصادر هذا القانون اتضحت لنا الحقيقة التي تحدثنا عنها في بداية هذه الفقرة. وهي أن الترابط والتداخل بين هذه القوانين حتم نتيجة لا مفر منها هي امتداد للدور الذي يؤديه العرف من هذه القوانين إلى القانون الدولي الجنائي إلى الدرجة التي يمكن معها القول إن العرف يؤدي في هذا القانون ما يؤديه من دور في تلك القوانين- إذا ما أخذنا بالحسبان محاكمات نورمبرغ ونصوص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

الخاتمة

يتميز ركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي بميزة خاصة تجعله لا يتوقف عند حدود النص المكتوب بل يتعداه ليستند إلى كل قاعدة قانونية دولية سواءً أكان مصدرها العرف أم مبادئ القانون العامة الأمر الذي يمكن معه القول إن قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)) أضحت في القانون الدولي الجنائي تعني ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاعدة قانونية)) إن هذه الصياغة من شأنها أن تفسر التطور أو التحول الذي طرأ على هذا المبدأ في ظل القانون الدولي الجنائي، كما من شأنهاأن توضح اتساق مصادر هذا القانون مع مصادر القانون الدولي العام الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية.

ليس هناك ثمة شك في أن الإقرار بمثل هذا التحول أو التطور في المبدأ ينطوي على خطورة لا تتوقف عند تجريم سلوك معين بل يتعدى ذلك إلى تقدير عقوبات لهذه الجرائم لم يرد نص بشأن تحديدها. وكلا الأمرين ينطويان على خطورة بالغة تهدد ضمانات حقوق الإنسان رغم التبريرات التي قيلت بهذا الصدد والتي مردها إن القواعد العرفية لا تختلف بشيء من حيث الإلزام عن قواعد القانون الدولي الأخرى، وكذلك إن قواعد القانون الدولي الإنساني والتي يشكل انتهاكها جرائم دولية لا تزال قواعد عرفية .

لقد شكل البحث ثلاث حلقات متصلة يمكن القول معها إن كل حلقة أثبتت نتيجة معينة ابتدأت بالمبحث الأول الذي أكد إقرار ركن الشرعية في القانون الدولي ولكن بسمة مميزة مرورًا بالمبحث الثاني الذي أكد أثر هذه السمة على المادتين ٢١. ٢٢ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ثم انتهاء بالمبحث الثالث الذي أثبت انه يمكن الاستناد إلى العرف كأساس للتجريم .

إن استعراض المباحث الثلاثة التي حفل بها البحث يمكن إن يوصل إلى جملة من الاستنتاجات التي توصل لها البحث :

١- وجود ترابط بين المادتين ٢١ و٢٢ من النظام الأساس حاول جانب من الفقه أن يصوره بصيغة آخر. مثل التعارض أو التسوية أو المرونة ولكن التسمية الأصح هي الترابط، ولكن وعلى الرغم من الإقرار بهذا الترابط، فإن الصياغة لم تكن موفقة.

٢- ندرة المؤلفات التي تحدثت عن هذا الموضوع على الرغم من خطورته .

٣- إن السمة المميزة لركن الشرعية قد تكون ناجمة عن محاولة التوفيق بين الفقه اللاتيني والفقه الانكلو سكسوني .

٤- إن هناك فرصة لتطبيق السوابق القضائية استنادًا لحكم المادة ٢١ وهذا يكشف عن تناقض آخر مع المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية .

٥- إن وصف قاعدة ما بأنها عرفية في إطار القانون الدولي الجنائي لا يعني بالضرورة أن هذه القاعدة غير مدونة فقد تكون القاعدة مدونة ولكن رغبة الدول في إعطائها مزيدا من الإلزام في مواجهة الدول التي لم تصادق عليها .

٦- إن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢ من شأنه أن يوسع بشكل مفرط من تجريم السلوك بموجب المواد ((٥،. ٧، ٨)) من النظام الأساس .

٧- إن اعتماد المحاكم الجنائية الدولية للنظام الاختصاصي وليس للنظام التحقيقي في توجيه التهمة زاد من حدة الانتقادات الموجهة لتلك المحاكم إذ يتطلب هذا النظام تفحص جميع الأدلة ومناقشتها شفاهةً في حين يقتصر الأسلوب التحقيقي على أدلة مختارة.

الهوامش

. Steven and Sons limited. London ,1959,p371.. .Stone ,legal controls of international conflicts ,

٢ . د. سوسن تمر خاب بكه. الجرائم ضد الإنسانية ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ،٢٠٠٦،ص١٤٠ .

٣ . د. عبد القادر القهوجي ،شرح قانون العقوبات. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت. ٢٠٠٨ ،ص٦٦.

٤ . د. محمود صالح العادلي. الجريمة الدولية. دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. ٢٠٠٤. ص٦٧.

5. Glaser ,Nullm crimes Sine legal› ,journal of comparative legislation and international law ,Vol.xxiv, part .1,1942 ,p33.

6. Catherine Elliott and Frances Quinn. Criminal law. fifth ed ,Pearson Longman ,Great Britain ,2004,p4.

٧ . د. يونس العزاوي، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠، ص٥٣ .

٨ . د.عبد القادر القهوجي، مصدر سبق ذكره، ص٦٦. ٦٧ .

9. John wheeler. Essential of the English legal system. second ed. Pearson Longman. England. 2006. p175. .للمزيد من التطبيقات القضائية المعاصرة لركن الشرعية انظر

د. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص١٠٠. ١٠٣.

١٠ . د. محمد ثامر السعدون ،حقوق الإنسان المدنية. ط١ ،مطبعة العاتك. القاهرة. ٢٠١٢، ص٦٥ .

١١ . عباس هاشم الساعدي . جرائم الأفراد في القانون الدولي. رسالة ماجستير غير منشورة. كلية القانون. جامعة بغداد ،١٩٧٦ ،ص٢٧ .

١٢ . د. إبراهيم سلامة. الجرائم ضد الإنسانية. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. ط٥. ٢٠٠٨. ص٩٧ .

١٣ . د. سوسن تمر خاب بكه. مصدر سبق ذكره. ص١٣٨ .

١٤ . د. إبراهيم الدراجي. جريمة العدوان. ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ،.بيروت. ٢٠٠٥. ص١٢١- ١٢٢ .

١٥ . د. عبد الرحمن حسين علام. المسؤولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي. الجزء الأول. دار نهضة الشرق ،القاهرة. ١٩٨٨ ،ص١٠١.

16 -H.Baade. Individual responsibility in the future of the international legal order. Vol .1V. Princetion University Press, New Jersey ,1972. P324 .

17 . د. محمود نجيب حسني. مصدر سبق ذكره. ص67. 68 .

18)Benjamin . .Ferencz. from Nuremberg to Rome. Germany ,1998 ,P2.

19 ـInternational military tribunal. trail of the major war criminals before the international military. tribunal. Vol. l. Nuremberg. Germany. 1947. p8.

٢٠ . د. حسنين إبراهيم صالح، القضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٩٦.

للمزيد حول الانتقادات التي وجهت للإجراءات الجنائية التي تتبعها تلك المحاكم منها ما يتعلق بتطبيقها للنظام الاختصاصي وليس النظام التحقيقي في توجيه التهمة وهو ما يستوجب فحص الأدلة كافة ومناقشتها شفاهيًا في حين يقتصر الأسلوب التحقيقي على أدلة مختارة ومعينة يتم التوصل إليها أثناء التحقيق. .. للمزيد انظر

ـ Antonio Cassese. International law, second ed. Oxford University press, New York, 2005. p261. 262.

٢١ . د. محمود نجيب حسني، مصدر سبق ذكره، ص٦٩.

٢٢ . المصدر نفسه، ص٦٠ .

٢٣ . انظر. .

. السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢٥١ .

. ضاري محمود خليل، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة،. ٢، بغداد، ١٩٩٩، ص٦ .

. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٥٥.

٢٤ . عبد الله علي عبد سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراة غير منشورة، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص٧٣ .

٢٥ . د. محيي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، القاهرة، ص٢٢١ .

وللمزيد حول موضوع الصياغة المرنة انظر

. محمد ثامر السعدون، الصياغة المرنة في القانون الدولي وتطبيقاتها في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية. العدد ١٨. السنة السادسة. ٢٠١٢، ص٢٩ وما بعدها .

٢٦ . د. إبراهيم محمد زيد، المحكمة الجنائية الدولية في النظام العالمي الجديد ،، ص٢١ .

٢٧)د .إبراهيم محمد العناني. المحكمة الجنائية الدولية. ط١ ،المجلس الأعلى للثقافة. القاهرة. ٢٠٠٦. ص١٧٦ .

28)Theodore Moron. War Crimes in Yugoslavia and the Development of international law. A. J.I.L,1994,P68..

٢٩ . جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساس للمحكمة الجنائية الدولية. الدورة الأولى. مطبوعات الأمم المتحدة. نيويورك ،٢٠٠٢،ص١٢ .

٣٠ . انظر المادة ٥١ من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية .

٣١ . د. ضاري خليل محمود وباسيل يوسف ،المحكمة الجنائية الدولية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة. بيت الحكمة. بغداد. ٢٠٠٣. ص ١٤١- ١٤٢ .

٣٢ . د. محمد شريف بسيوني. المحكمة الجنائية الدولية. ط١ ،دار الشروق القاهرة ،٢٠٠٤. ص٢٤ .

٣٣ . د. ضاري خليل وباسيل يوسف. مصدر سبق ذكره. ص١٤ .

٣٤ . د. أحمد أبو الوفا. الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. ط٥ ،٢٠٠٨. ص٣٤ .

35)Greet. Jan Alexander Knoops. Theory and practice of international and internationalized criminal proceedings ,C. J.. .Knoops ,United Kingdom,2005,P81 .

٣٦ . سوسن تمر خاب بكه، مصدر سبق ذكره، ص١٤٠ .

٣٧ . د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٦. انظر أيضًا

- Silvia. – Fernandez de Gurmendi. An Insiders view. The International Court and the crime of. Ayyrssion. mauro politi and Giuseppe nesi. England. p 188.

٣٨ . د. سعد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٣٢ .

٣٩ . بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي، مبدأ التكامل في نظام روما الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراة غير منشورة. كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٨٦.

٤٠ . د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٦. انظر أيضًا - Silvia. –OP,cit,. 188.

. د. سعد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٣٢ .

. بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي، مبدأ التكامل في نظام روما الأساس للمحكمة الجنائية

الدولية، أطروحة دكتوراة غير منشورة. كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٨٦.

. د. زياد عيناني، المحكمة الجنائية الدولية،. ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٣٣١.

41) Ian Brown lie, Principles of public International Law ,7th ed ,Oxford. 2008,p13.

حيث يرى جانب من الفقه الدولي المعاصر أن هناك مصادر إضافية لم ترد في المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية مثل الاعتبارات الإنسانية والمصالح المشروعة، حيث تعني الأولى مجموعة من القيم الإنسانية المحمية بموجب مبادئ قانونية مرعية، وان كانت ترتبط ارتباطًا وثيقا مع مبادئ القانون العامة أو اعتبارات العدالة إلا أنها تختلف وتتميز وتستقل عنها بأنها لا تحتاج لممارسة تبرر إسباغ وصف الشرعية عليها. إن الاعتبارات الإنسانية سواءً أكانت مبادئ أم حتى قواعد قانونية وردت في العديد من ديباجة الاتفاقيات الدولية كما وردت في توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ووردت أيضًا في الممارسات الدولية، ولكن المثال التقليدي عليها ورد في أحكام القضاء الدولي كما في الاعتراف بحق المرور في قضية مضيق كورفو. كما تضمن الميثاق نصوصًا تتعلق بحماية تلك الاعتبارات مثل احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتي عدت فيما بعد أساسًا صلبًا برر ظهور وتعزيز مبادئ إنسانية آخر. مثل حق تقرير المصير أو مناهضة التعذيب. إما المصالح المشروعة فهي تصطف مع غيرها من المعايير مثل((حسن النية)) . ((المعقول)) لتشكل أساسا لنصوص اتفاقيات دولية ولكن المصالح المشروعة بما في ذلك المصالح الاقتصادية أدت دورا ملحوظا في التقدم المضطرد للقانون الدولي كما أنها تبرر من جهة آخر. مبادئ قانونية مسلم بها مثل الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة .

٤٢ . إبراهيم محمد العناني، مصدر سبق ذكره، ص١٦٨ .

٤٣ . أحمد عبد العزيز الألفي ،ص١١٤

٤٤ . عبد الفتاح بيومي حجازي. مصدر سبق ذكره. ص٤٠ .

٤٥ . د. ضاري خليل وباسيل يوسف، مصدر سبق ذكره، ص١٤٧ .

٤٦ . إبراهيم محمد العناني، مصدر سبق ذكره، ص١٦٩ .

٤٧ . بهاء الدين عطية عبد الكريم الجنابي، مصدر سبق ذكره، ص٨٤ .

٤٨ . د. زياد عيناني، مصدر سبق ذكره، ص٣٣١ .

٤٩ . د. صلاح الدين عامر. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. ط٥. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. جنيف. ٢٠٠٨،ص١٢١-١٢٣. انظر أيضًا .

- د. سهيل حسين الفتلاوي. القضاء الدولي الجنائي. ط١. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠١١. ص١٣٠ .

٥٠ . كنوت دورمان. اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية. أركان جرائم الحرب.

المحكمة الجنائية الدولية ،إعداد شريف عتلم . ط٥، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. جنيف. ٢٠٠٨. ص٧٥ .

٥١ . د. حسين إبراهيم صالح. الجريمة الدولية. دار النهضة العربية . القاهرة. بدون سنة طبع. ص ٢١. ٢٢ .

٥٢ . المصدر نفسه، ص١٧٨. ١٣٩ .

53 Robert Cryer. An Introduction to Criminal Law and procedure. Cambridge University ,New York ,2008 ,p14 .

54 . J. Stone. OP,Cit, P396 .

٥٥ . د. محمد عادل محمد سعيد. التطهير العرقي. ط١. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. ٢٠٠٩. ص٧٣١. ٧٣٢.

٥٦ . نسرين عبد الحميد نبيه. الجريمة الدولية والإنتربول ،المكتب الجامعي الحديث. بيروت. ٢٠١١. ص١٨٣ .

57 . Glaser. OP. Cit, P33.

٥٨ . د. سوسن تمر خاب بكه. مصدر سبق ذكره. ص٨٦ .

59)Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide ((Advisory Opinion)). 1951. I .C .J, Report ,16, P23.

60 . Maro Politi and Giuseppe Nesi. The Rome Statute Of The International Criminal Courts. Ashgate. U.. .A, 2001. p256

٦١ . د. علي محمد جعفر. الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي. ط١. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت. ٢٠٠٧. ص١٥ .

٦٢ . د. زياد عيتاني. مصدر سبق ذكره ،ص٣٢٨ .

٦٣ . د. سهيل حسين الفتلاوي. جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ٢٠١١، صب .

المصادر

أولًا- المصادر العربية:

أ- الكتب:

١- إبراهيم الدراجي. جريمة العدوان. ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ،.بيروت. ٢٠٠٥ .
٢- إبراهيم سلامة. الجرائم ضد الإنسانية. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. ط٥. ٢٠٠٨ .
٣. إبراهيم محمد زيد، المحكمة الجنائية الدولية في النظام العالمي الجديد ،.
٤- إبراهيم محمد العناني. المحكمة الجنائية الدولية. ط١ ،المجلس الأعلى للثقافة. القاهرة. ٢٠٠٦ . .
٥- د. أحمد أبو الوفا. الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. اللجنة الدولية للصليب الأحمر. ط٥ ،٢٠٠٨ .
٦- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ .
٧- د. السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١ .
٨- حسنين إبراهيم صالح، القضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧ .
٩ - حسين إبراهيم صالح. الجريمة الدولية. دار النهضة العربية . القاهرة. بدون سنة طبع .
١٠- سعد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية ،
١١- د. سوسن تمر خاب بكه. الجرائم ضد الإنسانية ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ،٢٠٠٦ .
١٢- د. سهيل حسين الفتلاوي. القضاء الدولي الجنائي. ط١. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠١١ .
١٣-. . سهيل حسين الفتلاوي. جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ٢٠١١ .
١٤- د. صلاح الدين عامر. المحكمة الجنائية الدولية. إعداد شريف عتلم. ط٥. اللجنة الدولية

للصليب الأحمر. جنيف. ٢٠٠٨

١٥.. . ضاري خليل محمود، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة،. ٢، بغداد، ١٩٩٩ .

١٦-. . ضاري خليل محمود وباسيل يوسف ،المحكمة الجنائية الدولية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة. بيت الحكمة. بغداد. ٢٠٠٣ .

١٧ . د. زياد عيناني، المحكمة الجنائية الدولية،. ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٨-. . عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦

١٩- د. عبد الرحمن حسين علام. المسؤولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي. الجزء الأول. دار نهضة الشرق ،القاهرة. ١٩٨٨ .

٢٠. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .

٢١- د. عبد القادر القهوجي ،شرح قانون العقوبات. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت. ٢٠٠٨ .

٢٢-. . علي محمد جعفر. الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي. ط١. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت. ٢٠٠٧.

٢٣- كنوت دورمان. اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية. أركان جرائم الحرب. المحكمة الجنائية الدولية ،إعداد شريف عتلم . ط٥، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. جنيف. ٢٠٠٨ .

٢٤- د. محمد ثامر السعدون ،حقوق الإنسان المدنية. ط١ ،مطبعة العاتك. القاهرة. ٢٠١٢ .

٢٥. د. محمد ثامر السعدون، الصياغة المرنة في القانون الدولي وتطبيقاتها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد ١٨، السنة السادسة،، ٢٠١٢ .

٢٦- د. محمد شريف بسيوني. المحكمة الجنائية الدولية. ط١ ،دار الشروق القاهرة ،٢٠٠٤ .

٢٧-. . محمد عادل محمد سعيد. التطهير العرقي. ط١. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. ٢٠٠٩.

٢٨- د. محمود صالح العادلي. الجريمة الدولية. دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. ٢٠٠.

. د. محيي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، القاهرة.

٣٠- نسرين عبد الحميد نبيه. الجريمة الدولية والانتربول ،المكتب الجامعي الحديث. بيروت. ٢٠١١ .

٣١.. . يونس العزاوي، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠ .

ب. الأطاريح والرسائل:

٣٢. بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي، مبدأ التكامل في نظام روما الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراة غير منشورة. كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٨٦ .

٣٣- عباس هاشم الساعدي . جرائم الأفراد في القانون الدولي. رسالة ماجستير غير منشورة. كلية القانون. جامعة بغداد ،١٩٧٦ .

. . عبد الله علي عبد سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراة غير منشورة، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.

ج- التقارير الدولية:

٣٥- جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساس للمحكمة الجنائية الدولية. الدورة الأولى. مطبوعات الأمم المتحدة. نيويورك ،٢٠٠٢ .

د- المواثيق الدولية:

٣٦- النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .

٣٧- اتفاقية لندن الموقعة في أب ١٩٤٥ .

٣٨- ميثاق نورمبرغ ١٩٤٥ .

٣٩- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ .

٤٠- اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩.

٤١- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ .

٤٢- اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ .

٤٣- النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية لسنة ١٩٤٥. اتفاقية جنيف لمكافحة الإرهاب لسنة ١٩٣٧ .

٤٤- اتفاقية مكافحة أخذ الرهائن لسنة ١٩٧٩.

٤٥- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاتجار غير المشروع بالمخدرات لسنة ١٩٦١.

ثانيًا- المصادر الأجنبية:

46- ـ Antonio Cassese. International law, second ed. Oxford University press, New York, 2005 .
47-Benjamin . .Ferencz. from Nuremberg to Rome. Germany ,1998.
48- Catherine Elliott and Frances Quinn. Criminal law. fifth ed ,Pearson Longman ,Great Britain ,2004.
49-H.Baade. Individual responsibility in the future of the international legal order. Vol .1V. Princeton University Press, New Jersey ,1972 .
50 --Glaser ,Nullm crimes Sine legal› ,journal of comparative legislation and international law ,Vol.xxiv, part .1,1942.
51-Greet. Jan Alexander Knoops. Theory and practice of international and internationalized criminal proceedings ,C. J.. .Knoops ,United Kingdom,2005.
52 . Ian Brown lie, Principles of public International Law ,7th ed ,Oxford. 2008.
.Steven and Sons limited. London ,1959,.53 -J .Stone ,legal
54 .-John wheeler. Essential of the English legal system. second ed. Pearson Longman. England. 2006 .
55ـ-International military tribunal. trail of the major war criminals before the international military. tribunal. Vol. 1. Nuremberg. Germany. 1947 .
56- Maro Politi and Giuseppe Nesi. The Rome Statute Of The International Criminal Courts. Ashgate. U.. .A, 2001 .
57-Theodore Meron. War Crimes in Yugoslavia and the Development of international law. A. J.I.L,1994..
58- Silvia. – Fernandez de Gurmendi. An Insiders view. The International Court and the crime of. Egression. Mauro politi and Giuseppe nesi. England .
59-Robert Cryer. An Introduction to Criminal Law and procedure ,Cambridge University ,New York ,2008 .
60-Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide ((Advisory Opinion)). 1951. I .C .J, Report ,16.