

التحول في مبادئ الجنسية في ظل الدستور العراقي

وقانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦

بحث مقدم من قبل

أ.م.د. احمد سلمان شهيب السعداوي

د.حسن فضاله موسى حسن

المقدمة

أفرزت التجارب التاريخية معانٍ مختلفة للمواطنة من حيث الفكرة التي تؤسس عليها أو الممارسات الفعلية لها إذ تنوعت إفرزات مفهوم المواطنة بحسب التيارات الفكرية السياسية والاجتماعية التي لا يمكن قراءتها وفهمها ونقدها بمعزل عن الظروف المحيطة بها أو بعيداً عن الزمان والمكان بكل أبعادهما الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأيدولوجية والتربوية ، ومن ثم لا يمكن التأسيس السليم لمفهوم المواطنة باعتباره نتاجاً لفكر واحد مبسط وإنما باعتبار نشأته في ظل حواضن فكرية متعددة تنوعت نظرياتها وعقائدها بل وظروف تشكلها على المستوى المحلي والقومي والدولي

وحيث ان الجنسية أضحت تمثل المظهر الحديث في الكشف عن المواطنة لذا باتت أهمية الجنسية تكمن في إنها ليست وثيقة رسمية بل إنها تعبر عن تلك الرابطة القانونية التي تمثل علاقة الدولة بالشخص وهي الوجه المستحدث الذي تظهر من خلاله مواطنة الشخص ويبدو إن للجنسية معنيان معنى اجتماعي ويفيد انتماء الشخص لأمة معينة، ومعنى سياسي وقانوني ويفيد الانتماء الى دولة من الدول وهذا المعنى الأخير هو المقصود من بحثنا فالجنسية اذن هي علاقة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، فالأشخاص الحقيقيون هم الذين يتمتعون وحدهم بالجنسية ومع ذلك جرى الواقع القانوني على منح الشخصية المعنوية جنسية دولة من الدول لغرض تحديد العلاقة القانونية بين الدولة وهذه الشخصية .

وان هذه الجنسية مرت بتطورات وتغييرات على اصل المبادئ الحاكمة لها ففي الوقت الذي كان فيه المبدأ الدولي يقضي

بأنه لكل شخص جنسية واحدة وانه لا يجوز تعدد او ازدواج الجنسيات نجد اليوم انقلاباً حقيقياً على هذا المبدأ إذ أصبح لكل شخص الحق في ان يحمل اكثر من جنسية ولا ضير من تحديد الجنسية التي تعبر عن انتمائه وهي الجنسية الفعلية التي تعتبره اكثر فعالية في إحدى الدول التي يحمل جنسيتها دون الأخرى ، وان تغير هذه المبادئ يحتم على المشرع الوطني أن يحدث إصلاحات

تشريعية في مجال الجنسية تسمح بانسجام القانون الداخلي للجنسية مع المبادئ الدولية وإلا فإن هذا القانون لن يحظى بالاحترام والقبول الدولي.

واضح من كل ما تقدم اننا نفترض ان قانون الجنسية العراقية قد واكب تلك المستحدثات بغية اتفاهه مع المبادئ الدولية إلا إن التمعن في تشريعات الجنسية العراقية قد يبدو نقيضا لما سبق لحين صدور دستور ٢٠٠٥ حيث كان قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ يعبر عن الشذوذ التشريعي في قواعد الجنسية إن صح التعبير فهو سابقة في تشريعات الجنسية لم نجد لها نظير في التشريعات المقارنة إذ إن هذا القانون خالف المبادئ الدولية التي تحظر إسقاط الجنسية من خلال جعل الجنسية أداة من ادوات السلطة تستخدمها حيثما تشاء لإسقاط الجنسية عن الوطني مهما كانت منزلة جنسيته كما انه حظر ازدواج وتعدد الجنسيات ومنع القضاء من الرقابة على أحكام الجنسية لتبقى حبيسة القرارات الادارية الجائرة وإزاء هذه الأحكام كان لابد من إصلاح الوضع القانوني للجنسية وهذا ما حصل في ظل التحول الديمقراطي الذي شهده العراق بعد عام ٢٠٠٣ وتحديدا بعد نفاذ الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي غير جملة المبادئ المهيمنة على الجنسية على الرغم من كونه اطلق العنان في هذا المجال وهو ما انعكس بدوره على قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ حيث تم نسف احكام الجنسية التي رسخت في قانون الجنسية العراقية لسنة ١٩٦٣ والمجيء باحكام أكثر انسجام مع مبادئ الديمقراطية ون ذلك (فرض الجنسية العراقية للمولود من ام عراقية وحق التقاضي من احكام الجنسية وجواز تعدد الجنسيات) وغيرها من الإحكام مما سيتم ذكره تفصيلا لدى البحث

وتأسيسا لما تقدم فأنا سنقسم بحثنا هذا الى ثلاثة مباحث سيكون المبحث الأول لحق الدم المنحدر من إلام والذي سينقسم إلى مطلبين سيكون الاول للجنسية الاصلية اما الثاني سيكون للجنسية المكتسبة بسبب حق الدم المنحدر من الام اما المبحث الثاني سيكون لتعدد الجنسيات والذي سينقسم الى مطلبين الاول لتعدد المعاصر للميلاد والثاني لتعدد اللاحق للميلاد اما المبحث الثالث سيكون للرقابة على منازعات الجنسية والذي سينقسم الى مطلبين احدهما سيكون للرقابة في ظل احكام قانون الجنسية العراقية لسنة ١٩٦٣ والمطلب الثاني سيكون للرقابة القضائية في ظل قانون الجنسية العراقية لسنة ٢٠٠٦ وبعدها ننهي بحثنا بخاتمة تتناول اهم النتائج والتوصيات التي استخلصت من بحثنا .

المبحث الاول

حق الدم المنحدر من الام

تضمن قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ منح الجنسية العراقية على اساس حق الدم المنحدر من الام في صورتين احدهما للجنسية الاصلية والاخرى للجنسية المكتسبة

المطلب الاول

الجنسية الاصلية بسبب حق الدم المنحدر من الام

يقصد بحق الدم هو تمتع الفرد بجنسية الدولة التي ينتمي إليها إباؤه وذلك بمعنى إن يكون أساس تمتع الفرد بجنسية الدولة بناء على نسبه لإبائه الذين يحملون أو كانوا يحملون ذات الجنسية ويختلف هذا الأساس باختلاف الثقافات والحضارات ففي حالة الاختلاف بين جنسية الأب وجنسية إلام نجد إن كثيرا من تشريعات الدول العربية تعول على جنسية الأب وتوليها أهمية كبيرة^١.

وفي قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغى كان ينص في المادة (١/٤) منه على انه (يعتبر عراقيا من ولد في العراق او خارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية) وفي هذا القانون لم يكن الحق لمن ولد لام عراقية حق الحصول على الجنسية العراقية بشكل مباشر الا ضمن قيود مشددة لا مجال لذكرها^٢.

^١ ينظر د. وليد رمضان عبد التواب ، الجنسية ومركز الأجانب ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ٢٠١٢ ، ص ٦٤

^٢ - ينظر د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الاول ، بغداد: مكتبة السنهوري ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٧ ينظر كذلك د. حسن الهداوي ، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ، ط ٣ ، مطبعة الإرشاد - بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٦٣

اما في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ فان الأمر كان فيه مختلفا إذ يتضح إن المشرع تأثر كثيرا بمجريات التحولات الديمقراطية والأصوات الداعية إلى مساواة الرجل مع المرأة في كافة الحقوق وبضمنها الحق في الحصول على الجنسية العراقية إذ نصت المادة (٣/أ) على انه (يعتبر عراقيا المولود لاب عراقي او لام عراقية) فيستشف من هذا النص إن المبدأ الجديد يجيز للمولود لام عراقية الحصول على الجنسية العراقية بقوة القانون وبصرف النظر عن جنسية الأب يضاف الى ذلك ان الجنسية في هذه الحالة لا تتوقف على طلب الحصول عليها من قبل المولود لدى بلوغه سن الرشد بل انه يحصل عليها دون طلب بمجرد ان إلام تحمل الجنسية العراقية . وفي حقيقة الأمر إن هذا النص يجد أساسه في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي نص في المادة (١٨/ثانيا) على انه (يعد عراقيا كل من ولد لأب عراقي أو لام عراقية وينظم ذلك بقانون) وبهذا فان حق المولود أصبح محميا بموجب احكام الدستور ولا يمكن سلب هذا الحق من خلال تعديل احكام قانون الجنسية العراقية .

وعلى الرغم من ان النص على الحكم السابق اريد منه تحقيق التكافؤ في الحقوق بين الرجل والمرأة وتكريس مبادئ الديمقراطية في ظل مطالبات النساء اعادة حقوقهن التي سلبت في المرحلة السابقة وهو جزء من التزامات العراق الدولية بإزالة كل أشكال التمييز ضد المرأة بموجب اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة المصادق عليها بموجب قانون ١٩٩٢ إلا ان إطلاق الحكم بهذا الشكل ربما يقود الى نتائج غير محمودة فلو افترضنا ان امرأة عراقية متزوجة من رجل انكليزي الجنسية فأن المولود وفقا لهذا النص ستفرض عليه بموجب القانون جنسيتان احدهما انكليزية

عن طريق الأب والأخرى عراقية عن طريق الدم المنحدر من إلام ، وبهذا سيحمل هذا الشخص في الوقت ذاته جنسيتين اصليتين ، بينما لو كان بالامكان ان تكون احدهما اصلية والاخرى مكتسبة فلا مانع في تصورنا من حملهما لا ان تكون كلتا الجنسيتين مفروضة بحكم القانون .

وايا كان الامر فان للحصول على الجنسية العراقية وفقا لما سبق يشترط فيه ان يكون المولود هو من ام عراقية لحظة ولادة الولد^٣ سواء كانت جنسية الام جنسية اصلية او مكتسبة كما انه لا علاقة لحق الاقليم بهذا الحكم فسواء حصلت الولادة على اقليم العراق بما يعنيه هذا المصطلح او خارج

^٣ ففي فرنسا مثلا يرى البعض تفضيل جنسية الوالد وقت الحمل لان دوره في تكوين الولد ينتهي في ذلك الوقت في حين يرى البعض الاخر تفضيل جنسية الوالد وقت الولادة لان الولد لا يعتبر موجودا الا في هذا الوقت وهو وقت ثابت يمكن تحديده بخلاف وقت الحمل فتحيده من الصعوبة بمكان ادراكه .

الاقليم فأن المولود يعد عراقيا والجنسية التي تثبت للمولود في هذه الحالة هي جنسية اصلية لا مكتسبة كما ينبغي ان تكون علاقة البنوة او النسب قائمة وفقا لاحكام القانون العراقي (قانون الأحوال الشخصية) فأن لم يكن كذلك بأن كان الأولاد غير شرعيين فلا يتمتع هؤلاء بالجنسية العراقية حتى لو اعترفت قوانين البلاد التي يقيمون فيها بوجود علاقة النسب لهؤلاء الأولاد^٤.

المطلب الثاني

الجنسية المكتسبة بسبب حق الدم المنحدر من الام

ان المشرع العراقي افترض صورة اخرى للحصول على الجنسية العراقية لكن ذلك لا يكون بقوة القانون انما من خلال رغبة المولود من ام عراقية وبعد اكماله سن الرشد حرية الاختيار من خلال تقديم طلب الى وزير الداخلية يلتزم فيه الحصول على الجنسية العراقية اذ نصت المادة (٤) على انه (لوزير ان يعتبر من ولد خارج العراق من ام عراقية واب مجهول او لاجنسية له عراقي الجنسية اذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد الا اذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط ان يكون مقيما في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية)

يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي وقع في تناقض صريح عندما وضع هذا الحكم اذ انه من الواضح مثلما سلف القول ان المولود لام عراقية يعد عراقيا وحتى لو كان الأب لا جنسية له اذ لا يؤثر انعدام الجنسية للأب على حالة المولود لام عراقية فهو يعد عراقيا متى ما ثبتت رابطة النسب، وهو ما يفسر ان النص السابق يفترض ان يعالج حالة انعدام الجنسية للمولود لام عراقية والذي

^٤ - ينظر في شروط الجنسية المفروضة بسبب حق الدم د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص (النظرية العامة واحكام الجنسية العراقية) ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٤ ، ص ٢٦٦

كانت له مبرراته في القانون الملغى الذي لم يكن يمنح الجنسية العراقية الا لمن يولد لأب عراقي مع وجود حق الدم المنحدر من إلام الذي يفرض بموجبه الجنسية العراقية للمولود ليصبح من النص المذكور لغو لا قيمة له مع إمكانية التسليم بضرورة ان يتم وضع حكم خاص لمن يولد من أم عراقية وأب مجهول وسواء حصلت الولادة في العراق ام خارجه.

من جهة أخرى لم نجد ان هناك مبررا للنص على امكانية تقديم الطلب للمولود خارج العراق فقط اذ انه من الأولى ان يتم معالجة المولود داخل العراق أيضا وبهذا نعتقد ان الحكم الوارد في المادة (٤) من القانون المنوه عنه أعلاه ينبغي إن يتم إعادة النظر بإحكامه بما يحقق الانسجام مع حكم المادة (٣) من ذات القانون.

المبحث الثاني

تعدد الجنسية

كان السائد لدى الفقه ان لكل انسان الحق في جنسية واحدة وعليه فأن تجاوز الشخص في الحصول على أكثر من جنسية سيعد خروجاً عن هذا المبدأ وسيثير إشكالا في تحديد القانون الواجب التطبيق او لربما سيكون مدعاة للتهرب من نظام قانوني الى نظام قانوني آخر^٥.

الا انه في ظل اتساع وسائل لاتصال وإتاحتها لجميع الأفراد مما سهل عملية الانتقال والسفر من دولة إلى دولة أخرى باقل كلفة واسرع وقت ممكن وهذا أدى بدوره إلى تزايد حجم العلاقات بين أفراد ينتمون الى جنسيات دول مختلفة مما أصبح لزاماً معه أن يكتسب الكثير من هؤلاء جنسية تلك الدول وبالتالي أصبحنا أمام حالة من التعدد او الازدواج في الجنسية^٦. ولعل من المناسب ان نوضح أسباب التعدد لنعرج فيما بعد على الكيفية التي عالج بها المشرع العراقي هذه الحالة . اذ تنشأ ظاهرة تعدد الجنسيات نتيجة لأسباب معاصرة للميلاد وأخرى لاحقة عليه سنوضح كل منها في مطلب مستقل.

المطلب الاول

التعدد المعاصر للميلاد

يتحقق تعدد الجنسية المعاصر للميلاد نتيجة لاختلاف الاسس التي تأخذ بها الدول في منح جنسيتها او قد تتحد الأسس الا انه تشترك عوامل أخرى تقود الى الازدواج^٧ ومن ذلك : ان يكون هناك تعدد في الجنسية اذا اختلفت الاسس التي تقوم عليها كما لو انه يولد شخص في دولة تستند الى حق الاقليم في ثبوت جنسيتها الاصلية وفي ذات الوقت هو ينتسب الى اب ينتمي الى دولة تاخذ بحق

^٥ - د. غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ ي

^٦ - ينظر في هذا المعنى سلطان محمد الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، اطروحة دكتوراة ، جامعة الموصل - كلية القانون ، ٢٠٠٤ ، ص ١-٢

^٧ - د. أحمد عبد الكريم سلامة ، د. محمد الروبي ، قانون الجنسية المصرية ومركز الأجانب ، مطبعة الإسرائي ، ٢٠٠٣ ، ص ١٦١

الدم فمثل هذا الشخص ستزدوج جنسيته لاختلاف أسس فرض الجنسية^٨. كما انه من الممكن ان تتعدد الجنسية اذا اتحدت الأسس التي تأخذ بها الدولة في منح جنسيتها لكنها تختلف في طريقة اعمال هذه الاسس كما لو اتحدت دولتان مثل العراق ومصر في الاخذ بحق الدم كأساس لوجود الجنسية الأصلية ولكنهما تختلفان في الطرف الذي يستمد منه حق الدم فيأخذ العراق بحق الدم من جهة الأب وتأخذ مصر بحق الدم من جهة الام فيترتب على ذلك تعدد جنسية المولود فيكون له في نفس الوقت الجنسية العراقية والجنسية المصرية^٩.

فضلا عن ذلك قد يتحقق التعدد في طريقة إعمال الأسس السابقة فعلى سبيل إن القانون الفرنسي والقانون البلجيكي يتفقان في أسس كسب الجنسية حيث يأخذ كل منهما بحق الدم من ناحية الأب وبحق الاقليم للمولود من أب أجنبي اذا طلب ذلك خلال سنة من

بلوغه سن الرشد وعلى الرغم فأن ما حدث هو ان شخصا يدعى (كارلييه) كان قد ولد في بلجيكا من أب فرنسي الجنسية وعند بلوغه سن الرشد طلب الدخول في الجنسية البلجيكية فأصبح بذلك مزدوج الجنسية وادي الخدمة العسكرية في بلجيكا وطلب إعفائه منها في فرنسا وحصل نزاع بين الدولتين تم حسمه من خلال عقد اتفاقية ثنائية بين الدولتين^{١٠}.

وقد وضع المشرع العراقي نصا في المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ يقضي بأن المولود لام عراقية يعد عراقيا وفي هذا الحكم فإنه لا منازع من حصول حاله ازدواج الجنسية او تعددها فلو تزوجت امرأة عراقية من شخص يحمل الجنسية المصرية فأن المولود سيكون في حالة التعدد المعاصر للميلاد اذ انه سيحصل على الجنسية المصرية من جهة الأب وفقا لأحكام المادة (٢) من قانون الجنسية المصري^{١١} وسيحصل في الوقت ذاته على الجنسية العراقية وفقا لأحكام القانون العراقي وهذا التعدد في حقيقة الامر محل نظر لانه لا يتوقف على ارادة الشخص اذ يلزم الشخص باكثر من جنسية دون أرادته وبقوة القانون.

^٨ ينظر د.غالب علي الداودي ، اسباب حالات زدواج الجنسية في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة الرياض ، ع ٢ ، ١٩٧٢ ، ص ٤٠

^٩ - ينظر د. عبد الحميد عمر ، القانون الدولي الخاص في العراق ، بلا مكان نشر ، ص ٥٩١

^{١٠} ينظر د.جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٩ ، ص ٩٣ .

^{١١} اذ تنص المادة (١/١) من قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المعدل على انه (يكون مصرياً من ولد لآب مصري او لام مصرية)

المطلب الثاني

التعدد اللاحق على الميلاد

ان التعدد اللاحق يحصل نتيجة استخدام الشخص الرخصة المخولة له في تغيير جنسيته او كسب جنسية دولة أخرى كما لو تجنس الشخص بجنسية دولة اجنبية ثم رفضت دولته الاصلية خروجه من جنسيته فسوف يصبح في حاله الازدواج ويبدو ان هذه الحالة في ظل القانون الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ غير واردة اذ كانت تنص المادة (١١) على انه (١) - كل عراقي اكتسب جنسية اجنبية في دولة اجنبية باختياره يفقد جنسيته العراقية. ويجوز لوزير الداخلية استثناء بعض الأشخاص من الحكم المذكور بعد موافقة وزير الخارجية .^{١٢} كما ان هذا الحالة لم يرد النص عليها في ظل القانون النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ اذ تنص المادة (١٠/اولا) على انه (يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية اجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريرا عن تخليه عن الجنسية العراقية .) وعليه فإن المشرع العراقي يسمح لمن يكتسب جنسية دولة اجنبية حق التخلي عن الجنسية العراقية بأرادته وبشكل تحريري .

كما انه من الممكن في بعض التشريعات ان يكون من أسباب ازدواج الجنسية هو اكتساب الزوج جنسية دولة ما اذ يصبح تبعا لذلك زوجته وأولاده غير البالغين سن الرشد جنسية هذه الدولة واذا ما رجعنا الى القانون العراقي نجد انه لم يلحق الزوجة بجنسية زوجها الا اذا أرادت هي الحصول عليها بإرادتها اما فيما يتعلق بالأولاد القاصرين فإن الحكم من الممكن ان ينطبق عليهم في القانون العراقي اذ تنص المادة (١٤/اولا) على انه (اذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح اولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق .) وما يلحظ على النص المذكور ان المشرع الحق الاولاد غير البالغين سن الرشد بالاب ذلك لعدم اكتمال ارادة هؤلاء مما يكون صعبا عليهم الحصول على الجنسية من خلال الآليات الأخرى التي تستوجب تقديم طلب لوزير الداخلية .

^{١٢} - وفي هذا المجال نستعرض قانون الجنسية الأردني رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ حيث نصت المادة (١٥) منه على انه (لكل أردني أن يتخلى عن جنسيته الأردنية ، ويتجنس بجنسية دولة أجنبية بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء) ونص المادة (١٦) (لكل أردني أن يتخلى عن جنسيته الأردنية ، ويتجنس بجنسية دولة عربية) ونصت المادة (١٧) على (يبقى الأردني الذي حصل على جنسية دولة أجنبية محتفظا بجنسيته الأردنية ما لم يتخلى عنها وفقاً لأحكام هذا القانون) .

في حين ان المشرع تجاهل اصلا ان بلوغ سن الرشد لا يعني اكتمال الإرادة وعليه فأن المجنون الذي بلغ سن الرشد لكنه مصاب بعارض من عوارض الاهلية لايمكن ان يلحق بابيه وفقا للنص السابق ولا يمكن في نفس الوقت ان يتقدم بطلب الحصول على الجنسية العراقية وهنا ندعو مشرعا الى إحلال مصطلح (عدم كمال الأهلية بدلا من عدم بلوغ سن الرشد).

من جهة أخرى من الممكن ان يحصل التعدد عندما تسمح الدول لمواطنيها بالحصول على جنسية دولة أجنبية دون أن يؤثر ذلك على جنسيته وفي هذا السياق نجد ان مشرعا العراقي اتبع هذا المبدأ ليجاري به التحول الديمقراطي دون إن يلزم الأشخاص بالتخلي عن جنسيتهم العراقية، الا اذا كان ذلك بناء على رغبتهم . ومثلما سلفت الإشارة إلى المادة (١٠) التي تجيز احتفاظ العراقي بجنسيته مهما اكتسب من جنسيات لاحقة الا انه يلاحظ ان المشرع العراقي نص مرة أخرى في المادة (١٢) على انه (اذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها فإنها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تعلن تحريريا تخليها عن الجنسية العراقية .)

ويبدو من خلال هذا النص انه لم يكن الا تكراراً غير مبرر لما سبقت الإشارة إليه في المادة (١٠) التي تنطبق على كل من الرجل والمرأة وكان الأولى ألا يعيد مشرعا ما سبق النص عليه ان كان يفي بالغرض المقصود من الحكم ، ويتضح لنا ان المشرع العراقي اراد ان يتجنب صرامة الاحكام التي كانت قائمة وقت نفاذ قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ ليؤكد على إمكانية ممارسة هذه الرخصة بلا قيود والتي تم سلبها في القانون الملغي .

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على احكام الجنسية

يعد مبدأ الرقابة القضائية على احكام الجنسية من اهم الضمانات التي تكفل حقوق المواطنة اذ ان الحق في التقاضي يفترض الا يحرم منه أي شخص ومن باب اولى ان نولي اهتماما خاصا من خلال توفير تلك الحماية للوطني بالدرجة الاساس ، وحيث ان السلطة التنفيذية عندما تمارس نشاطها القانوني فأنها تقوم بإصدار قرارات إدارية مختلفة تنفيذا للمهام الموكولة أليها فيما يتعلق بقضايا الجنسية وتحث هذه القرارات مرتبة أدنى من القواعد الدستورية والقواعد القانونية في تدرج الهرم القانوني لذا فهي لا تقوى على تعطيل ، أو تعديل ، أو إلغاء القواعد التي تعلوها مرتبة.

وتعد هذه القرارات سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية مما قد يمس أهم حق من حقوق الأشخاص وهو الحق في الجنسية ويعرضه للانعدام والخطر ، الأمر الذي يستتبع معه ضرورة توافر ضمانات عند اللجوء إلى هذه القرارات ، وتعد الضمانة الأكثر فعالية في هذا الميدان هي الرقابة القضائية.^{١٣}

ان الرقابة القضائية على أعمال الجنسية يمكن توضيحها في مطلبين أحدهما للرقابة في ظل قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ والآخر لقانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

^{١٣} فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠٠٣ ، ص ١

المطلب الاول

الرقابة القضائية في ظل احكام قانون الجنسية

العراقية لسنة ١٩٦٣

يسود القانون العام مبدأ المشروعية بأعتبره الأساس القانوني في خضوع الدولة حكماً ومحكومين لسيادة القانون والضمان الشرعي لحقوق الافراد وحررياتهم الدستورية والذي بغيابه لا نكون أمام دولة قانونية ولا يوجد بالتالي قانون عام بمعناه الحقيقي. ومن متطلبات هذا المبدأ في صورته الضيقة خضوع القرارات والأعمال كافة التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها مصدر الخطر الأكبر^{١٤} على الحريات العامة لرقابة القضاء للتحقق من مدى موافقتها لنص القانون وروحه وتقرير إلغائها أو التعويض عن أضرارها الضارة بحق الأفراد أو بكليهما معاً كلما تعمّدت تلك السلطة الخروج على أحكام القانون وهذا ما يتفق مع النظام القانوني حيث تسأل الدولة فيه دائماً عن جميع أعمالها أمام القضاء وتحدد مسؤوليتها بموجبه أعمالاً لمبدأ المشروعية وضماناً له^{١٥} وتحقيقاً للعدالة الإدارية^{١٦} وأيجاد التوازن بين مقاصد الادارة في تحقيق الصالح العام وبين حماية حقوق وحرريات الأفراد. من دون أنحياز لا للإدارة ولا للأفراد.

^{١٤} - يقول الدكتور عثمان خليل عثمان في هذا الصدد (...فيما يتعلق بالسلطة التنفيذية هنا مصدر الخطر الأكبر على الحريات العامة وذلك لأسباب عدة كون الأصل الغالب في عمل السلطة التنفيذية هو مباشرة تنفيذ القانون بقرارات فردية ينقصها حياد القواعد العامة التي تتسامى عن الاعتبارات الفردية ثم أن لدى رجال السلطة التنفيذية من الاختصاصات التقديرية ومن المهام المتعلقة بسلامة الدولة والسيادة والضرورة والتنفيذ المباشر وصيانة الأمن العام والصحة العامة والدفاع والبوليس وغيرها مما يجعل مجال المحاربة والمحاباة أوسع من السلطتين الأخريين ويجعلها أكثر خطراً منها على الحريات وأولى بالرقابة والأحتياط) أنظر مؤلفه- الاتجاهات الدستورية الحديثة- دروس ألفت على طلاب الدراسات العليا- جامعة بغداد- طبع روني- عام ١٩٦٨- ص ١٩٦-١٩٧

^{١٥} - أنظر د. ماهر صالح الجبوري- مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - كلية القانون جامعة بغداد - ١٩٩٦- ص ١٩٧

^{١٦} - د. جابر جاد عبد الرحمن، الرقابة القضائية في مسائل الجنسية- بحث منشور في مجلة العلوم الاداريه والاقتصادي- العدد الثاني سنة ١٩٦٤ ص ٨٨

حيث أستنتج منها طائفة من القرارات التي أطلق عليها أسم " أعمال السيادة" بعلّة تميّزها بصفات معينة تجعلها تتمتع بحصانة لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية^{١٧}. ومن ثم تخرجها من ولاية القضاء العادي والإداري رغم اتصافها بالخصائص ذاتها التي تتصف بها القرارات الإدارية الأخرى الخاضعة لرقابة القضاء. وتبعاً لذلك لا يملك الفرد الذي لحق به الضرر جراء أعمال السيادة أن يدفع هذا الضرر لا عن طريق الألغاء ولا عن طريق التعويض الذي توجبه مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة العامة مهما كانت درجة عدم مشروعيتها وبالغاً ما بلغ من الضرر المترتب عليه. ولقد دأبت بعض الدساتير على منح القائمين باتخاذ هذه الاعمال سلطة تقديرية واسعة غلبت فيها الصبغة السياسية على الصبغة القانونية بحيث يتمتع القضاء من النظر فيها وبكتفي برد الدعوى التي تقام للطعن في مثل هذه الأعمال بحجة عدم الأخصاص تبعاً لطبيعتها السيادية^{١٨}، الا ان الملاحظ ان تطبيق هذه النظرية ينبغي ان يكون في اضيق الحدود وضمن قيود معينة لامجال لذكرها والا يؤدي ذلك الى المساس بالحقوق الاساسية للأفراد.

ويبدو ان قانون الجنسية العراقية الملغى انقلب على المبدأ المذكور ونسف قيود أعمال السيادة على الرغم من خطورة الحقوق التي ينظمها هذا القانون ، اذ صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل والذي عدل أحكام قانون الجنسية المنوه رقم ٤١٣ لسنة ١٩٧٥ حيث جاء فيه (تتمتع المحاكم من النظر في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام قانون الجنسية العراقية . ويسري هذا الحكم على الدعاوى التي لم تكتسب قرارات المحاكم فيها الدرجة القطعية).

وتأسيساً لما سبق نجد المشرع العراقي وضع سابقة خطيرة من خلال منع المحاكم من سماع دعاوى الجنسية اذ لو تم اسقاط الجنسية عن الوطني المولود لام عراقية او اب عراقي بقرار من وزير الداخلية فلا مجال للقول ان له ان يلجأ الى المحاكم لإلغاء قرار الوزير بل له ان يهيج حقيبة سفره ليغادر موطنه الأصلي عسى ان يجد دولة تخصه باهتمام ورعاية لتمنحه الجنسية العراقية لانه لا

^{١٧} وهذا ما أنتهت اليه بشكل صريح أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر ومنها حكمها الصادر في ١٩٧٦/٧/٦ و١٩٧٦/١١/٦ قولها(الأصل أن كل قرار إداري يصدر من السلطة التنفيذية يخضع لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون إلا أنه أستنتج من هذا الأصل قرارات تتعلق بسيادة الدولة الداخلية والخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لدعوى قضائية ومن ثم تخرج من ولاية القضاء) أشار اليه د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة(قضاء الالغاء) – الجزء الاول، الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص ٤٣٠

^{١٨} - انظر د. سعد عصفور ومحسن خليل-القضاء الإداري- الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية- من دون سند نشر - ص ١١٣.

سبيل أمامه ولا يمكن ان يوفر القانون ضمانا له باسترداد الحق الذي سلبه وزير الداخلية ، وهكذا
فأن المعايير الدولية التي سبق ان اشرنا اليها وأوضحنا بان على المشرع عليه ان يحترمها ومن
ضمنها مبدأ عدم جواز إسقاط الجنسية عن الوطني ومعالجة حالة انعدام الجنسية اذ لم يوكل المشرع
أي قيمة لتلك المبادئ فالحكم المذكور يشكل تعارضا واضحا وصريحا مع المبادئ الدولية.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية في ظل قانون الجنسية العراقية

رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ النافذ

ان دراسة هذا المطلب تقودنا الى البحث عن الاصول الدستورية لاحكام الرقابة القضائية في قانون الجنسية العراقية النافذ ومن ثم نوضح تفصيلا اهم المبادئ المستحدثة في هذا القانون من خلال تقسيم المطلب هذا الى فرعين

الفرع الاول

الاصول الدستورية للرقابة على احكام الجنسية

ازاء الصرامة في الاحكام الواردة في قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ حصلت ردت الفعل لدى القائمين على وضع الدستور من خلال التفكير في انشاء النصوص الدستورية التي تحسن حقوق المواطنين وتحافظ عليها من بطش السلطة الحاكمة فقد جاء دستور ٢٠٠٥ بإحكام تتعلق بالجنسية ليخرج عن الأصل الذي تبنى عليه طبيعة القواعد الدستورية فأورد تفصيلا للجنسية كان من الممكن إيرادها في قواعد التشريع العادي بل الأكثر من ذلك انه لم يكن ألا تكرار في ذات نصوص الدستور فعلى سبيل المثال نصت المادة (١٨/سادسا) على انه (تنظم أحكام الجنسية بقانون وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة)

فالمنتبع للحكم السابق يجد انه لامبرر للنص على انه تنظم احكام الجنسية بقانون ذلك لان المادة (١٨) نصت في اكثر من ثلاث (بنود) على انه تنتظر مسائل الجنسية بقانون وبالإمكان الاكتفاء بموضع واحد للإشارة الى هذا الحكم .

كما ان النص على ولاية القضاء في النظر في دعاوى الجنسية غير مسوغ اذ انه في ظل الدستور النافذ لا يجوز تحصين أي عمل او قرار إداري من رقابة القضاء وان كان ذلك من أعمال السيادة

وفقا لنص المادة (١٠٠) من الدستور^{١٩} . ويبدو ان المشرع بدت له المخاوف التي كانت قائمة في حقبة النظام السابق مما اضطره إلى التعبير عنها من خلال التأكيد الذي هو في حقيقته لا يعبر عن اصول وفن الصياغة الدستورية ولا يمكن ان نسوغ إي مبررات لذلك .

الفرع الثاني

المبادئ المستحدثة للرقابة على احكام الجنسية

لا تثير مسألة تنازع الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية أي مشكلة بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد ، اما تلك الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج ونخص منها العراق فان الامر يقتضي توضيح تلك الجهة المختصة بمنازعات الجنسية .

ان المادة (١٩) من قانون الجنسية العراقية تنص على انه (تختص المحاكم الإدارية بالدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون)

ان ما يلاحظ على هذا النص انه منح المحاكم الإدارية سلطة النظر بإحكام هذا القانون لكن هذا الحكم يثير في أذهاننا التساؤل الآتي : من هي المحكمة الإدارية هل هي جزء من تشكيلات مجلس القضاء الاعلى ام انها جزء من تشكيلات مجلس شورى الدولة المؤسس بموجب قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩؟

يبدو ان مشرعا العراقي لم ينتبه الى انه لا يوجد في تشكيلات المحاكم العراقية سواء ضمن مجلس شورى الدولة او ضمن مجلس القضاء الاعلى ما يسمى بالمحاكم الإدارية ، اذ ان هذه المحاكم كانت مشكلة بموجب قانون المحاكم الإدارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ حيث كانت تختص بموجب المادة (٢) منه (١-الدعاوى المدنية التي تقيمها الوزارات ومؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي البعض منها على البعض الآخر، مهما كانت قيمة الدعوى .

^{١٩} - اذ تنص المادة (١٠٠) من دستور ٢٠٠٥ على انه (يحظر النص على تحصين أي عمل او قرار اداري من رقابة القضاء)

٢- لا يؤثر على اختصاص المحكمة الادارية، ان يدخل القطاع الخاص مع احد اطراف الدعوى الادارية .

٣- القضاء المستعجل والاوامر على العرائض (القضاء الولائي) بما فيه الحجز الاحتياطي في الدعاوى المختصة بها (

الا ان هذه المحاكم الغيت بموجب قانون الغاء قانون المحاكم الادارية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٨ ويؤسفنا ان مشرنا العراقي لم يلتفت الى قانون سبق ان تم الغائه وكان الاولى ان يعقد الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بنص القانون .وهنا من الممكن ان يطرح تساؤل اخر لماذا الاختصاص وفق التصور اعلاه يعقد لولاية القضاء الاداري

لعل الاجابة على ذلك تكمن في ان الجنسية هي علاقة بين الفرد والدولة وان المسائل المتعلقة بها ترتبط بالقانون الإداري ومن ثم من الطبيعي ان يعهد بها الى القضاء المختص بالنظر بهذه الدعاوى ، والقول بخلاف ذلك سيهدر الغاية من الاخذ بنظام القضاء المزدوج .

وفي هذا الصدد نود نوضح موقف التشريعات المقارنة ونعطي نموذجا في القانون المصري حيث كان قد اخذ بذات الاتجاه إذ نصت المادة (١٠) من قانون الجنسية رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على انه (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالنظر في المسائل الاتية : دعاوى الجنسية)

وقد اكد القضاء المصري ذلك اذ جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بانه (ان الجنسية رابطة تقوم بين شخص ما والدولة باعتباره منتما اليها سياسيا ومن الطبيعي ان يصدر الحكم في الجنسية في مواجهة الجهة الادارية المختصة من قبل المحكمة الادارية)^{٢٠}

وايا كان الامر فأننا نؤمن ان القضاء الإداري في العراق الجهة القضائية المعنية بقضايا الجنسية حتى ولو لم ينص القانون على ذلك الا انه مع كل ما سبق لنا ان نتساءل هل ان قرار محكمة القضاء الاداري نهائي ام انه قابل للطعن فيه واذا صح ذلك فمن هي الجهة المختصة بالنظر في تلك الدعاوى ؟

ان المشرع العراقي في المادة (٢٠) من قانون الجنسية نص على انه (يحق لكل من طالبي التجنس والوزير اضافة الى وظيفته الطعن في القرار الصادر من المحاكم الادارية لدى المحكمة الاتحادية .)

^{٢٠} - مجموعة ابو شادي القضائية ، المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمس سنوات ١٩٦٥-١٩٧٠ ، ص١٤٦

وفي هذا النص قد يتصور ان الطعن بقرارات محكمة القضاء الاداري يكون امام المحكمة الاتحادية العليا في حين ان تسمية هذه المحكمة في المادة (٨٩) من الدستور نصت على انه (تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الاعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيئة الاشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الاخرى، التي تنظم وفقا للقانون .) وان النص اعلاه لا يشير الى هذه المحكمة وانما ورد النص على المحكمة الاتحادية وقد يدل هذا الحكم الى انها محكمة التمييز الاتحادية او المحكمة الاتحادية العليا او الاستئناف الاتحادية وبذلك يظهر ان هناك نقص في حكم المادة اعلاه لانه لم يحدد الجهة القضائية الاتحادية المختصة كان الاولى بيانه لا اغفاله .

الخاتمة

ان في خاتمة بحثنا هذا امل الا تكون إعادة مختصرة لما تم البحث عنه فيما سبق انما أريد أن اعرض رؤيا عامة عن التحولات المستحدثة في قضايا الجنسية وبالشكل الآتي :

اولا : النتائج :

١. ان الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ نص في المادة ١٨ منه على احكام تفصيلية في قضايا الجنسية لا تعد من القواعد التي تتسم بطبيعة دستورية بحيث يزج بها في متن الدستور ، الا ان ما يلاحظ أن من أهم المسائل المتعلقة بقضايا الجنسية والتي اصبحت محمية بقواعد الدستور هي (منح المولود لام عراقية الجنسية العراقية الأصلية شأنه شأن المولود من اب عراقي ، السماح بازدواج وتعدد الجنسيات ، وكفالة الرقابة القضائية على الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام الجنسية).

٢. ان قانون الجنسية العراقية اكد ما ورد باحكام الدستور فيما يتعلق بالمولود لام عراقية اذ يعد عراقيا بغض النظر عن جنسية الاب وبصرف النظر عن مكان الولادة سواء في العراق او داخله وهذا الحكم يعد سابقة تشريعية لم ترد في تشريعات الدولة العراقية منذ تأسيسها .

٣. ان قانون الجنسية العراقية لم يكن موفقا في صياغة احكام فرض الجنسية العراقية للمولود من ام عراقية وبين منح الجنسية المكتسبة للمولود من ام عراقية واب مجهول او لا جنسية له . اذ حصل نوع من عدم الانسجام بين حكم المادتين (٣) و (٤) اذ ان المولود من ام عراقية واب مجهول الجنسية يعد عراقيا بالولادة ولا داع لطلبه الجنسية العراقية من وزير الداخلية وفق ما جاء بحكم المادة (٤) من قانون الجنسية العراقية .

٤. ان قانون الجنسية العراقية اقر صراحة في المادة (١٠) منه مبدأ مستحدثا من مبادئ الجنسية وهو في ذلك يحذو حذوا التشريعات المقارنة التي تسمح بتعدد

الجنسيات وازدواجها الا لمن يشغل منصبا امنيا او سياديا اشترط عليه ان يتخلى عن جنسيته الاجنبية قبل توليه منصبه وعليه فأن من عين بتلك المناصب وكان حاملا لجنسية اخرى الى جانب جنسيته العراقية فأن إجراءات تعيينه تعد باطله لان هذا الحكم يضيف شرطا الى شروط التعيين في الوظائف الحكومية فضلا عما هو وارد في قوانين الخدمة المدنية.

٥. ان الحق في التقاضي الذي يعد من الحقوق الدستورية والذي تمت مصادرتة في ظل التشريعات السابقة قبل عام ٢٠٠٣ والمتعلق بقضايا الجنسية أضحي اليوم حقا مكفولا باحكام الدستور فضلا عن تضمن قانون الجنسية العراقية الإشارة الى اختصاص المحاكم الادارية النظر في دعاوى الجنسية بموجب النادة (١٩) وقد اشرنا الى ان المحاكم الإدارية ألغيت بموجب قانون ٢٠ لسنة ١٩٨٨ وبالتالي فأن القواعد العامة تقضي بأن القضاء الإداري هو المختص في منازعات الجنسية .

ثانيا : المقترحات :

ان مقترحاتنا تتجه صوب اعادة النظر في قانون الجنسية العراقية في ضوء ما تم بحثه وبالتحديد نرتأي :

١. تعديل نص الفرة (١) من المادة (٣) المتعلقة باعتبار المولود لام عراقية عراقي بموجب القانون وذلك بوضع قيد يسمح بتجنب حالة ازدواج جنسية المولود لتكون لديه جنسيتين أصليتين احدهما من جهة الاب والآخرى من جهة الام .

٢. تعديل المادة (٤) بالنسبة للمولود من ام عراقية واب لاجنسية له اذ اشرنا الى انه يعد عراقيا بموجب المادة (١/٣) ولا داعي لوضع حكم يقضي بان له طلب الحصول على الجنسية العراقية المكتسبة فمن كان عراقيا لا يطلب الجنسية العراقية لتعارض ذلك مع المنطق القانوني .

٣. تعديل المادتين (١٩ و ٢٠) اللتان يتعلقان بالجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الجنسية اذ لا توجد مثلما أسلفنا محكمة إدارية حسب ما نصت عليه المادة (١٩) انما محكمة قضاء اداري وكذلك تعديل المادة (٢٠) وذلك بتوضيح من هي المحكمة الاتحادية هل هي المحكمة الاتحادية العليا ام انها محكمة التمييز الاتحادية .

المصادر

اولا : الكتب العربية :

١. د. وليد رمضان عبد التواب ، الجنسية ومركز الأجانب ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ٢٠١٢.
٢. د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الاول ، بغداد: مكتبة السنهوري ، ٢٠٠٩.
٣. د. حسن الهداوي ، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ، ط ٣ ، مطبعة الإرشاد - بغداد ، ١٩٧٢
٤. د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص (النظرية العامة واحكام الجنسية العراقية (، الطبعة الاولى ، ١٩٧٤)
٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، د. محمد الروبي ، قانون الجنسية المصرية ومركز الأجانب ، مطبعة الإسراء ، ٢٠٠٣.

٦. د. عبد الحميد عمر ، القانون الدولي الخاص في العراق ، بلا مكان نشر.
٧. د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٩
٨. د. عثمان خليل عثمان، الاتجاهات الدستورية الحديثة- دروس أقيمت على طلاب الدراسات العليا- جامعة بغداد- طبع رونيوي- عام ١٩٦٨.
٩. د. ماهر صالح الجبوري- مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - كلية القانون جامعة بغداد - ١٩٩٦
١٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الالغاء) - الجزء الاول ، الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩
١١. د. سعد عصفور ومحسن خليل- القضاء الاداري- الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية- من دون سند نشر

ثانيا : الكتب الفرنسية

Garay Revue de droit international , et de diplomatiques, 1926

ثالثاً : الاطاريح والبحوث

١. سلطان محمد الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، اطروحة دكتوراة ، جامعة الموصل - كلية القانون ، ٢٠٠٤
٢. فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠٠٣
٣. د. جابر جاد عبد الرحمن، الرقابة القضائية في مسائل الجنسيه- بحث منشور في مجلة العلوم الاداريه والاقتصاديّه- العدد الثاني سنة ١٩٦٤

رابعاً : الاحكام القضائية

مجموعة ابو شادي القضائية ، المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمس سنوات ١٩٦٥-١٩٧٠

خامساً : الاتفاقيات والقوانين:

١. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
٢. اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة المصادق عليها من قبل العراق بموجب قانون ١٩٩٢.
٣. قانون الجنسية الأردني رقم ٦ لسنة ١٩٥٤
٤. قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣
٥. قانون الجنسية المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢
٦. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٤١٣ لسنة ١٩٧٥
٧. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦

التجريم استنادا إلى العرف
في القانون الدولي الجنائي

الأستاذ المساعد الدكتور

محمد ثامر مخاط

المقدمة

تتصدر أهمية هذا البحث في اتجاهين ، الأول محاولة اكتشاف الميزة الخاصة لركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي واثـر ذلك على النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية أو على بعض نصوص هذا النظام ، والثاني الدور الذي يؤديه العرف في التجريم ، بمعنى آخر إن هذا البحث يحاول الإجابة على سؤال في غاية الأهمية ، هو هل إن القضاء الجنائي الدولي يستطيع إن 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 الانكلوسكسوني يشكل الصعوبة الأكثر تعقيدا التي واجهت البحث إذ إن هناك اختلاف واضح بين مدلول هذا المبدأ في كلا 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 الانكلوسكسوني 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 أخرى تعترض البحث فعلى الرغم من الترابط الحتمي والوطيد بينهما لم يجرؤ الفقه على التماس هذا الترابط أو الوقوف على مدلول هذا الترابط الذي يشكل أثرا واضحا 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 اغلب الأحيان باستعراض نصوص المواد وأحيانا الخط بين القانون الواجب التطبيق والسمة المميزة لركن الشرعية .

لقد حاول البحث جاهدا القضاء على إشكالية مفادها هل إن الاستناد إلى العرف في التجريم يشكل خروجاً عن ركن الشرعية أم إن هذا الخروج هو تعديل لركن الشرعية لكي يتلاءم مع طبيعة

القانون الدولي العام الذي يشكل القانون الدولي الجنائي جزء منه وإذا تم التسليم بالخروج أو التعديل فما هو اثر ذلك على الضمانات القضائية الجنائية للمتهم التي تعد ركيزة أساسية من ركائز حقوق الإنسان .

استند البحث إلى فرضية واحدة عززها بالأدلة والأسانيد وأراء 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 و ٢٢ من النظام الأساس بعد تلكم المادتين أكثر تعلقا بهذا الركن ثم حاول البحث الوقوف على الفيصل في حقيقة هذه الميزة وهو دور العرف في التجريم وبناء على ذلك تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث :-

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 . لان هذه النتائج سوف تتغير حتما وتأخذ طبيعة مميزة استنادا 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 إن المبدأ بذاته يمكن شطره من جهة أخرى 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 بشأنه فإن الجزء الآخر من المبدأ والمتضمن الإقرار بان لا عقوبة إلا بنص يكاد يخضع لذات الجدل ولعل الجدل يبدأ من اتفاقية لندن لسنة ١٩٤٥ ومرورا بميثاق نورمبرغ الذي أهمل هذا المبدأ صراحة في المادة ٢٧ منه حيث منح المحكمة سلطة الحكم بأي عقوبة ترى أنها عادلة، كما أشارت المادة ٢٣ إلى عدم جواز عقاب أي شخص تقوم المحكمة بإدانته بارتكاب إحدى الجرائم الداخلة في اختصاصها إلا وفقا لنظامها الأساس. وقد تضمن نص كل من المادتين ٧٧ و ٧٨ من النظام الأساس للقواعد العامة الأساسية للعقوبات الواجبة التطبيق بموجب هذا النظام إضافة للقواعد العامة الأساسية الواجب إتباعها عند فرض هذه العقوبات ولم يتضمن النظام عرضا تفصيليا للحدود الدنيا والقصى في عقاب كل من الجرائم الثلاث التي تدخل في اختصاصا المحكمة ، الأمر الذي كان متعذرا مع العدد الكبير لهذه الجرائمⁱⁱ ويقترح جانب من الفقه إطلاق تسمية الشرعية الجنائية بدل مبدأ الشرعية مبررا 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 أيضا 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 لهⁱⁱⁱ 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 ركنا فيها لأن ذلك النص خالقا للجريمة وليس ركنا فيها^{iv}.

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^v. غير إن التبريرات التي يمكن إن تساق في إطار القانون الجنائي الدولي تتركز بشكل أساسي إلى حماية الحقوق والحريات الفردية كما انه يعمل على إنذار الأفراد أولا فيما هو محظور عليهم ارتكابه من الأفعال فلا يفاجئون بأمور تقيد من حرياتهم وتقال من حقوقهم^{vi}.

ذلك أن عدم اصطدام تصرف الفاعل بنص تجريم يجعل من المستحيل إضفاء الطابع الجرمي على تصرفه ومع التسليم أن نص التجريم لا يمكن اعتباره عنصرا 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 ، أما بالنسبة لنص التجريم فهو عنوان أو مظهر لهذا الشعور يستدل به على الصفة الجرمية للتصرف ، لهذا 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^{vii}.

كما أن أهمية هذا المبدأ تبرز من جهة أخرى في تدعيم فكرتي العدالة والاستقرار بسيادة القانون وأخيرا فأن لهذا المبدأ دور وقائي من الجريمة وهو الهدف الاسمي 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 أفعال تنال من الأمن والسلم لا يستطيع القاضي تجريمها والعقاب عليها احتراما لمبدأ الشرعية كما أن الدراسات الحديثة أثبتت ما يسمى بمبدأ تقرير الجزاء الجنائي أي دراسة خطورة المجرم استنادا إلى شخصيته أكثر من التركيز على فعله حيث يترتب على تطبيق هذا المبدأ اختلاف الجزاء نوعا ومقدارا بالنسبة للفعل الواحد تبعا لخطورة كل من ساهم في ارتكابه .^{viii}

يميل الفقه الجنائي المعاصر في انكلترا إلى ضرورة تقنين القانون الجنائي بشقيه الموضوعي و الإجرائي ويشيدون بالتشريعات التي صدرت بهذا الشأن خصوصا : .

١ . قانون الإجراءات الجنائية لسنة ٢٠٠٢ .

٢ . قانون سياسة الإصلاح لسنة ٢٠٠٢ .

٣ . قانون العدالة الجنائية لسنة ٢٠٠٣ .^{ix}

على الرغم من أن المادة ١١ الفقرة ٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ كانت قد نصت على أن ((لا يدان أي شخص من جزاء أوامر عمل أو الامتناع عن أداء عمل ألا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا 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 نافذا وقت اقتراف الجرم)) . إلا إن 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 استنادا إلى أسس أخرى 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 تصرفا جرميا طبقا للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحدة))^x وجاءت المادة الخامسة من مشروع تقنين الجرائم ضد امن 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 أخذة في الاعتبار خطورة الجريمة ((ومع ذلك فغلبة المذهب الاشتراكي شكلت هي الأخرى إيدانا 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 إن مبدأ الشرعية لا يمكن عده مبدأ مطلقا في التشريعات المعاصرة بل يجوز تجاهله لمصلحة الفرد تارة ولمصلحة الجماعة تارة أخرى .^{xi}

المطلب الثاني

عوامل تميز ركن الشرعية

يمكن حصر هذه العوامل باتجاهين الأول يعود إلى التداخل بين القواعد القانونية وعدم إمكان تفردا 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 ألان الغموض الايجابي أي الوسائل الدبلوماسية التي يتم من خلالها تجاوز الاختلافات بين وجهات النظر المختلفة أو احتوائها .^{xii} لقد أثار اعتماد المبدأ خاصة فيما يتعلق بالشق الأول منه ((لا جريمة إلا بنص)) كثيرا من النقاش في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة انه يسير جنبا 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 لا نشاء القاعدة القانونية الدولية وهو الذي يعد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة انه لم يكن ممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساس للمحكمة بدون إن يتضمن الإشارة لمبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها .^{xiii} إن القانون الدولي الجنائي لا ينكر مبدأ الشرعية ولكنه يقره بطريقة مختلفة تبعا لاختلاف طبيعة قواعد القانون الدولي عن طبيعة قواعد القانون الداخلي وبالتالي فأن 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 إن تأخذ هذه القاعدة شكلا معيناً بل يكفي مجرد التحقق من وجودها ولذلك يمكن التعبير عن مبدأ الشرعية في القانون الدولي بالإشارة إلى انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية^{xiv}

إذ إن السمة العرفية لقواعد القانون الدولي ألقت بضلالها على ركن الشرعية فحولته من مبدأ يستند أساساً إلى الكتابة والشكلية إلى مبدأ ذو 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 الدولية فإن أساس هذه القاعدة والوجه الأول لظهورها مرده العرف الدولي وينحصر دور تلك المواثيق كونها كاشفة ومؤكدة ومقننة لما استقر من تلك القواعد العرفية.^{xv} أضف إلى ذلك إن مفهوم القاعدة العرفية أو مفهوم القاعدة الناشئة من مبادئ القانون العامة في القانون الدولي الجنائي تتخذ طابعاً آخر قائماً على أساس إن الدول عندما ترغب في إعطاء قاعدة معينة نظراً لأهميتها أو مخافة انتهاكها مجالاً واسعاً في التطبيق فإنها تطلق عليها وصف القاعدة العرفية وكذلك الحال مع أي مبدأ آخر إذا توافر فيه السببان حتى إن بعض القواعد التي تجد أساسها في نص مكتوب يصير الفقه على القول أنها دخلت العرف الدولي أو أنها تحولت إلى عرف دولي رغبة في إن يمتد عنصر الإلزام الذي يسودها إلى دولاً لم توقع على النص المكتوب وبالتالي فإن اعتماد هذه الحقيقة يؤكد انحراف معنى العرف الدولي 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 المصادقة فإنها لانعكس إلا اتجاهها توافقيا لوجهات نظر متباينة^{xvi} فالفقه الجنائي الدولي حينما يحاول استظهار إحكام القانون الدولي فهو لا يبحث عنها في النصوص المكتوبة وحدها ، ولكنه يهتم أولا بتحديد النحو الذي جرت وفقا له العلاقات بين الدول واستقرت عليه ويجتهد في استخلاص القواعد العرفية التي نشأت بذلك وإلى جانب العرف الدولي فهناك مصادر أخرى تكمل العرف وتحدده وثمان الفقه في ذلك شأن القضاء الجنائي الدولي فحينما يطلب من القاضي تحديد الصفة الإجرامية لفعل ما فهو يبحث عن قواعد التجريم في العرف الدولي أولا ثم في مصادر القانون الدولي الأخرى فأن تأكد له خضوع الفعل لهذه القواعد اعترف له بهذه الصفة الإجرامية دون إن يعنيه إذا كانت القواعد قد أفرغت في شكل مكتوب أو بأي صورة أخرى فركن الشرعية يعني إن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة دون الإصرار على إن تتخذ هذه القاعدة شكلا مكتوبا بل الاكتفاء بمجرد التحقق من وجودها غير إن احترام هذا الركن قد يتضح بصورة أخرى 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 أيضا دور القاضي الدولي في تحديد هذه الأهمية فنص التجريم لا ينشئ الصفة الإجرامية ولكنه يكشف عنها^{xvii} الأمر الذي يبيح مرة أخرى الخروج عن مبدأ الشرعية الذي وجد أصلا 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 جدلاً 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 مجرماً وفق نص مسبق مادام مخالفاً لكل المواثيق الدولية وكان بالإمكان اكتشاف طبيعته الجرمية استناداً لمخالفته لتلك المواثيق واستناداً أيضاً إلى أنه يشكل فعلاً ضاراً^{xviii} 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 والمحددة لها وطبقت بدلاً منه النظام الأساسي لها .^{xix}

وكذلك من الانتقادات التي واجهتها المحكمة حتى مع التسليم بالتزامها باتفاقية لندن وتجريم تلك الأفعال استناداً إلى نص مكتوب في تلك الاتفاقية فأنها لم تلتزم بنتائج مبدأ الشرعية ومن ضمنها التقيد بعدم تفعيل النصوص التجريبية بأثر رجعي وعدم شمولها كافة المتهمين بل تم التركيز على فئة معينة واستطاع الكثير من المتهمين التخلص من ملاحقة المحكمة بالفرار أضف إلى ذلك أن بعض العقوبات كانت تافهة .^{xx}

ويذكر أن المادة السادسة الفقرة ب 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 إذا 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 سيقّت 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 والحرق 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 ألا إذا كان سلوكهم متفقاً مع القواعد الدولية التي تنظم سير الحرب فإذا خرجوا عليها قامت مسؤولياتهم الجنائية الكاملة .^{xxi}

كما قيل أيضاً إن مبدأ المشروعية في القانون الجنائي الدولي يعني إذا قرر القانون الدولي لفعل معين الصفة غير المشروعية وكان هذا الفعل مشروعاً طبقاً للقانون الداخلي تغلبت في هذا التنازع القواعد الدولية وتعين التسليم للفعل بالصفة غير المشروعة .^{xxii}

ونظراً 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 .^{xxiii} مبررين ذلك أولاً بأن ركن الشرعية أو نص التجريم هو الوعاء الذي يحدد أركان الجريمة وبالتالي

فهو ليس ركنا فيها بل هو سابق في الوجود عليها وبغيره لا يمكن القول أننا أمام جريمة بالمعنى القانوني للكلمة .^{xxiv} وثانياً بأن القواعد التي تعاملت مع هذا الركن اتسمت بطابع المرونة ودخلت فيما يدعى في الفقه الدولي المعاصر soft law .^{xxv} وهي سمة تحتاج التوقف كثيراً 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 مسؤولاً جنائياً بناء على هذا القانون : .

١ . إذا ما أتهم في جريمة من تلك الجرائم التي تنصص عليها المادة (٢٠ / أ . ج) ولم يشمل الفعل جريمة طبقاً للقانون الدولي .

٢ . إذا ما أتهم في جريمة من تلك المنصوص عليها في المادة (٢٠ / هـ) 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 .^{xxvi}

المبحث الثاني

اثر الطابع المميز لركن الشرعية على

المادتين ٢١ و ٢٢ من النظام الأساس

قد يكون لركن الشرعية بميزته الخاصة اثر على العديد من نصوص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ولكن البحث سيقصر هنا على اثر هذه السمة على نص المادتين ٢١ و ٢٢ وايضا 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 تلك المادتين .

المطلب الأول

اثر 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 الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة .

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

ت-- وإلا ، فالمبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم ، بما في ذلك ، حسبما يكون مناسباً ، القوانين الوطنية للدول التي من عاداتها إن تمارس ولايتها على الجريمة ، شريطة إن لا تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي ، ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً .

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

٣- يجب إن يكون تطبيق وتفسير القانون عملاً بهذه المادة متسقاً مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً ، وإن يكونا خاليين من أي تمييز ضار يستند إلى أسباب مثل نوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة ٣ من المادة ٧ أو السن أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الأثني 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 تدريجياً بمعنى إن 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 استنفاد الثاني وإلى جانب هذه المنابع الأصلية يوجد منبع استدلائي يجوز للمحكمة إن تسترشد به^{xxvii} ويلاحظ إن لفظ الاتفاقيات الدولية الواجبة التطبيق الذي أشارت له المادة ٢١ يشمل مصادر متنوعة لكنها في حقيقتها اتفاقيات دولية بما في ذلك القرارات ٨٢٧ في ٢٠٠٣ والقرار ٩٥٥ في ٢٠٠٤ الصادرين من مجلس الأمن^{xxviii} أو بعبارة أخرى إن القانون الواجب التطبيق في المقام الأول هو نظام روما الأساسي وأركان الجرائم و القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وهو مصدر رئيسي أو أساسي ثم تأتي المصادر المكملة ويمكن إجمالها بمصدرين رئيسيين هما قواعد القانون الدولي والمبادئ العامة المستخلصة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم^{xxix} ويجوز للقضاة بعد اعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في الحالات العاجلة 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 إن تكون القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأية قواعد مؤقتة يتم وضعها متسقة مع النظام الأساسي ولا تطبق أية تعديلات يتم اتخاذها بشكل رجعي يضر بالشخص محل التحقيق أو المحاكمة وفي حالة النزاع بين النظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات يعتد بالنظام الأساسي^{xxx} 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 ب من الفقرة ١ من المادة ٢١ المذكورة التي تسمح للمحكمة الجنائية الدولية إذا لم تجد في نظام روما الأساسي نصاً أيضاً واجب التطبيق إن تطبق المعاهدات الدولية ومبادئ القانون الدولي وقواعده ثم ذهبت الفقرة الفرعية ج من الفقرة ١ من المادة ٢١ ذاتها إن 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 عاداتها إن تمارس ولايتها على الجريمة . ومهما قيل بشأن مبررات تعدد مصادر النص الجنائي الدولي فإن مبررات وجوب عدم المساس بمبدأ الشرعية للنص الجنائي الوطني والدولي معا يبقى اقوي وأكثر شرعية وعدالة وإن مما يمكن إن يقال عن القانون الواجب التطبيق من قبل المحكمة الجنائية الدولية على النحو الوارد في المادة ٢١ من نظام روما الأساسي انه مفرط في المرونة وغامض إلى الحد الذي لا يتفق مع مبدأ الشرعية ويشكل خطراً حقيقياً على حقوق وحريات الأفراد بشكل عام والمتهمين إمام هذه المحكمة بشكل خاص^{xxxi} ويبدو إن هناك احتمال آخر للتعارض قد ينشأ بين مصادر القانون الواجب التطبيق في المادة ١٠ والأوجه الخاصة للمادة ٢١ وطبقاً لقواعد تفسير معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ فإن قصد الأطراف هو المعول عليه وفي هذه الحالة فإن الأطراف لم يقصدوا إن يحددوا مصادر القانون الدولي المشار إليها في المادة ١٠ والواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وبناء 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 ٩ بشأن عناصر الجريمة ذلك إن المادة ٢١ تدرج عناصر الجريمة كمصدر للقانون واجب التطبيق بينما تذكر المادة ٩ على وجه التحديد إن عناصر الجريمة يجب إن تساعد المحكمة في تفسير وتطبيق المواد ٧ و ٨ ويجب ملاحظة إن عناصر الجريمة ((التي تساعد المحكمة)) يجب إن تعتبر مصدر للقانون الذي يمكن تطبيقه بطريق تعدل من إحكام النظام الأساسي ((المادتين ٨ و ٦)) ويجب تبني عناصر الجريمة من قبل جمعية الدول الأطراف وفقاً للمادة ١١٢ في جلستها الأولى بعد سريان المعاهدة وبصفة عامة فإن جمعية الدول الأطراف لا يمكن إن تعدل من النظام الأساسي عن طريق تبني عناصر الجريمة حيث إن تعديل النظام الأساسي يتطلب أغلبية ثلثي الحاضرين والذين لهم حق التصويت بشرط وجود الأغلبية المطلقة من الدول الأطراف الذين يشكلون النصاب القانوني للتصويت كما ورد في المادة^{xxxii} 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 إمام المحاكم الجنائية الوطنية التي غالبا 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^{xxxiii} إن النص في المادة ٢١ على منح المحكمة سلطة الفصل في النزاع استنادا إلى تطبيق المبادئ والقواعد القانونية التي أخذت بها في قراراتها السابقة تفتح المجال إمام فكرة السوابق القضائية في إن تجد مجالا للتطبيق على عكس الحال بالنسبة لمحكمة العدل الدولية والذي ينص نظامها الأساسي على ذلك صراحة^{xxxiv} بل إن المادتين ٥٩ و ٣٨ من نظامها الأساسي تمنع صراحة الأخذ بفكرة السوابق القضائية وهذا بحد ذاته يشكل مفترق طرق آخر بين مصادر كل من النظامين^{xxxv}.

إن إجراء مقارنة بين صياغة هذه المادة و صياغة المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية- على أساس إن كلا المادتين حددتا القانون الواجب التطبيق وبالتالي مصادر كلا 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 ملزمة بكل مصادر الالتزام الدولي خصوصا ما يتعلق منها بالمصالح المشتركة والاعتبارات الإنسانية فأن المعادلة تبقى لصالح المادة ٣٨ أيضا ، ولعل مرد ذلك عدت أسباب منها :-

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

٢- حرص الدول على التوافق بشأن نصوص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بحيث نص النظام على استبعاد السوابق القضائية من مصادر هذا القانون صراحة

في المادتين ٣٨ و ٥٩ في حين عجزت الدول عن اتخاذ موقف مشابه تجاه نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

٣- اختلاف أشخاص القانون الدولي العام - المحصورة بالدول والمنظمات الدولية والفاثيكان - عن أشخاص القانون الدولي الجنائي الذي يشكل الفرد المجرّد 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 أن 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 العام 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 فعلا - مفادها توافر الغموض والدقة والتحديد في نصوص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي هي ببساطة يمكن القول إلى أنها لا تحتاج 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 جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي مالم يشكل السلوك المعني و وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة .

٢- يؤول تعريف الجريمة تعريفا دقيقا 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 انه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي .))

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 عموما أي خارج إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ونتيجة لذلك يذهب جانب كبير من الفقه إلى انه لا يمكن للمحكمة الاعتماد في التجريم على المبادئ العامة للقانون التي جاءت على ذكرها المادة ٢١ من النظام الأساسي كأحد أنواع القانون واجب التطبيق نظرا 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 سابقتها من المحاكم الجنائية الدولية من انتقادات تتعلق بتعارض نصوصها مع مبدأ الشرعية والتي اشرنا لها سلفا خاصة أنها كلها قد أنشأت بعد ارتكاب جرائم دولية التي تدخل في اختصاصها الموضوعي ، إلا إن من الضروري ، ملاحظة التعارض الذي يظهره ، نص المادة (٢٢ / ٢) مع نص المادة (٣١ / ٣) والتي تسمح ضمنا بالاستعانة بالقياس لإيجاد أسس أخرى ، للاستبعاد من المسؤولية الجنائية غير تلك المذكورة في

نص المادة (٣١)^{xxxvi} وعلى الرغم من أن المحكمة حاولت حسم سياستها الجنائية بالنص في المادة (٢٢) صراحة على تبنيها مبدأ (لا جريمة ألا بنص) وسلكت نفس المسلك في المادة ٢٣ بنصها صراحة على تبني مبدأ (لا عقوبة ألا بنص) مما لا يدع مجالا حول موقف النظام الأساسي للمحكمة من هذا المبدأ ألا أن التفصيل الذي أوردته المادة ٢٢ يدعو إلى مراجعة هذا النص بغية تحديد موقفها بدقة من هذا المبدأ فحسب المادة الخامسة فأن المحكمة تختص بثلاث جرائم محددة على سبيل الحصر هي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وهي معرفة استنادا للمواد ٦ و ٧ و ٨ وهي متوافقة مع القانون الجنائي القائم هذا بالإضافة إلى جريمة العدوان التي لم يتم تعريفها وتحديد أركانها بعد وتختص المحكمة أيضا بالجرائم التي ترتكب ضد إقامة العدالة ولها أن تقضي بعقوبات في هذا الصدد استنادا للمادتين (٧٠ و ٧١) ويمكن إدخال جرائم جديدة حسب المادة ١٢١ بشرط تعديل النظام الأساسي 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 مكرسا في أن اختصاص المحكمة قد ورد على سبيل الحصر في المواد ٦ و ٧ و ٨ من النظام الأساسي فضلا عن الجرائم الأخرى التي يسري عليها الاختصاص ومنها جريمة العدوان.^{xxxvii}

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

١ . تجريم الإرهاب الدولي حسب اتفاقية جنيف لمكافحة الإرهاب لسنة ١٩٣٧ . وكذلك وفقا 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 وفقا 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 الأساسي لا قرارها بموجب معاهدات دولية خاصة بها .^{xxxviii}

ويؤكد اتجاه آخر أن الحرص على حسن تطبيق نصوص المواد التي تشكل جرائم وفقا لأحكام نظام روما الأساسي قضت المادة (٢٢ (٢)) من النظام بأنه : ((يؤول تعريف الجريمة تأويلا دقيقا 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 و ٦ و ٧ و ٨) من نظام روما الأساسي ، بنصها على أن : ((لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي)) ويشير هذا النص إلى أنه يمكن الاعتراف باختصاص المحكمة الجنائية الدولية على أي سلوك يمثل جريمة وفقا 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 الأساسي التي حددت القانون الواجب التطبيق بالمعاهدات الدولية السارية والعرف الدولي كمصادر تالية لنظام روما الأساسي ، لسد ما قد يظهر في التطبيق العملي من ثغرات ، كما إنها تضمن عدم إفلات أي جاني من العقاب يستخدم وسيلة أو طريقة في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي ، دون أن تكون هذه الوسيلة واردة ضمن الحصر الوارد في نصوص النظام الأساسي . إلا أنه يجب ملاحظة إن هذا الحكم مقيد بضرورة أن يكون الفعل مجرما بموجب القانون الدولي ، ولكنه خارج إطار النظام الأساسي 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 الأساسي والقانون الدولي غير أنه يتعين الانتباه إلى أن عبارة ((خارج إطار هذا النظام الأساسي)) لا تعني أن يكون السلوك مكونا لجريمة أخرى غير تلك الجرائم المحددة في نظام روما الأساسي والداخلية 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 الأساسي والحدود التي رسمها لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم محددة على سبيل الحصر .^{xxxix}

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 لنظر في هذه الجرائم وهاتان الاتفاقيتان 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 ٨ آب ١٩٤٥ بشأن ملاحقة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب ، والميثاق الملحق بإعلان 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 أنشأ 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 رتباً أدنى^{xi}.

المطلب الثالث

أثرها على العلاقة بين المادتين

أن أجراء 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 دوليا وأن يكون خاليا من أي تمييز 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 الأساسي 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 المتحدة ، وفي هذه الحالة فإن المحكمة ستلجأ إلى التجريم والعقاب استنادا 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 فأنها من جهة أخرى تنتهك قواعده خصوصا 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 ثم لا 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 أن 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 .^{xli} وإذا كان من المتفق عليه فقها وعملا ، أن المبادئ العامة للقانون هي المبادئ التي أقرتها النظم القانونية الرئيسية في العالم ، وما يتفق منها مع طبيعة المجتمع الدولي والعلاقات الدولية ولا يتعارض مع النظام العام الدولي يعد مصدرا للقاعدة القانونية الدولية ، فإن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية (المادة ٣٨

(قد نص على اعتبارها ضمن مصادر القاعدة التي تطبقها المحكمة . ومن جهته نص النظام الأساسي 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 ج) من النظام تحديدا لنطاق هذه المبادئ بأنها تلك التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم ، بما في ذلك كلما كان مناسباً ، 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 الأساسي ، أو القانون الدولي ، أو القواعد والمعايير المعترف بها دولياً . يندرج تحت مظلة القيد العام في القانون الدولي فيما يتصل باللجوء إلى مبادئ القانون العام

xlii .

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 الأساسي 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 الجنائي 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 ابتداءً بأجازة القياس أولاً ثم يرفضه في التجريم وأباحته في العقاب خصوصاً القواعد التي تتعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو الإعفاء من العقاب ويبرر الفقه موقفه هنا بأن ذلك الاتجاه لا يمس مبدأ الشرعية ألا أن الفقه الجنائي ثالثاً التي رفض اللجوء إلى القياس جملة وتفصيلاً وأياً كان مبرر ذلك .^{xliii} إما بخصوص قاعدة إن الشك يفسر لمصلحة المتهم فإنها هي 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 الأساسي 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 قضى بها ضده ،^{xliv}

وكان ينبغي على المحكمة في تفسيرها لأحكام النظام الأساسي 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 من كانت لتدخل لولا هذا التوسع على العكس فأن التطبيق في التفسير يؤدي إلى أخراج أفعال من نص التجريم ما كانت لتخرج لولا هذا التطبيق والصحيح أن تحرص المحكمة على أن يكون تفسيرها للنصوص مقرا وكاشفا لقصد المشرع الحقيقي من تشريعها .^{xlv}

أما بخصوص الإشارة إلى القرارات السابقة للمحكمة فأن من الطبيعي أن ترد الإشارة إلى قرارات المحكمة الجنائية الدولية السابقة بوصفها مصدر تفسيري لمبادئ وقواعد القانون التي تطبقها المحكمة ويكون للأخيرة سلطة تقرير اللجوء إليها حينما يكون ذلك مناسبا 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 .^{xlvi}

أن نظام روما اعترف بقيمة القانون الوطني وعده مكمل 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 معا فعلا من الأفعال باعتباره جريمة ولكن الصعوبة تكمن إذا كان القانون الوطني يبيح الفعل ويجرمه القانون الدولي فأن مرتكبه يخضع للمسؤولية الجنائية الدولية ولا يجوز له أن يتذرع بقواعد القانون الوطني في هذه الحالة لذلك فأن المشرع الوطني مطالب بإصدار تشريعات جنائية جديدة لكي تتماشى مع القواعد الجنائية الدولية الراسخة سواء أكانت وليدة المعاهدات الدولية النافذة أو مستقاة من العرف الدولي ومبادئ القانون العامة .^{xlvii}

المبحث الثالث

العرف كمصدر للتجريم

يتناول هذا المبحث دور العرف في توصيف أركان الجرائم ودوره في تحديد العقوبات المقررة لها ثم موقف الفقه من هذا الدور وعليه سيكون هذا المبحث بثلاثة 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 دولية 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 أساسي للمحكمة الجنائية الدولية سنة ١٩٢٦ وكان ينصص على أن العرف الدولي برهان على عرف عام مقبول له قوة القانون ثم عادت الرابطة عام ١٩٨٤ في مشروع آخر وضعته بهذا الصدد لتتخصص 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)) .^{xlvi}

أما وعلى الصعيد الفقهي فقد سبق للوترباخت منذ عام ١٩٤٤ أن ذهب إلى تقرير وجوب التفرقة بين مخالفات قوانين الحرب وجرائم الحرب مقترحا تعريفا 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 الإستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في حكمها في قضية تاديش Tadic إلى ضرورة توافر الشروط التالية في الجريمة حتى يمكن أن تكون محلا للاتهام طبقا للمادة الثالثة من نظام المحكمة (انتهاكات قوانين وأعراف الحرب) :

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

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

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

د- يجب إن يكون انتهاك القاعدة مؤديا في ضوء القانون العرفي والاتفاق إلى ترتيب المسؤولية الجنائية الفردية بالنسبة للشخص المنسوب إليه الفعل وبناء 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 لازال يعرف التفرقة بين النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح الغير دولي فان جرائم الحرب يمكن أن تقع في إطار كلا النوعين من النزاعات المسلحة .

٤- إن تحديد قاعدة القانون الدولي الإنساني التي جرى انتهاكها أمر مهم ولازم لتوفر ركن أساسي في جريمة الحرب فإذا كانت هذه القاعدة قاعة عرفية فليست هناك مشكلة من أي نوع إما إذا كانت القاعدة تنتمي إلى القانون المكتوب فهذا يتعين أن تتوفر شروط الالتزام بالقاعدة بالنسبة للدول الأطراف فيها . مع ملاحظة أن القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي تعد جميعا من القانون العرفي حسبما انتهت إليه محكمة نورمبرغ، كما إن الفقه الدولي المعاصر مستقر على اعتبار اتفاقيات لعام ١٩٤٩ بكاملها قانون عرفي إما البروتوكولان الإضافيان لسنة ١٩٧٧ فان جانب من الفقه لازال 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 .^{xlix}

إن العمل بشأن توصيف أركان الجرائم يستند إلى ما أورده المادة ٩ من النظام الأساسي والتي تنصص على إن تحديد أركان الجرائم سيساعد المحكمة في تفسير وتطبيق المواد ٦ (الإبادة الجماعية) والمادة ٧ (الجرائم ضد الإنسانية) والمادة ٨ (جرائم الحرب) وهو ما يوضح إن وثيقة أركان الجرائم سيتم استخدامها كأداة مساعدة للتفسير ولن تكون ملزمة للقضاة مع العلم بان تلك الوثيقة يجب إن تكون متسقة مع النظام الأساسي .

وقد تركزت مفوضات مجموعة العمل الدولية بالذات على وثيقة شاملة قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية ومقترحات مشتركة من جانب سويسرا والمجر وكوستاريكا ووثائق أخرى قدمتها الوفود اليابانية والاسبانية والكولومبية . وقد أعدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دراسة تتصل بكل جرائم الحرب وتم تقديم تلك الدراسة بناء على طلب سبع دول هي (بلجيكا ، كوستاريكا ، فنلندا المجر ، كوريا الجنوبية ، جنوب إفريقيا ، 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 ليزغ بعد الحرب العالمية الأولى ومحاكمات نورمبرغ وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية، قوانين الدعوى ، قرارات المحاكم الخاصة ad hoc Tribunals بيوغسلافيا السابقة ورواندا واستقادت الوثيقة أيضا من أدوات قانون حقوق الإنسان وقوانين الدعوى الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ، والمحكمة الأمريكية المتبادلة لحقوق الإنسان¹ وإذا كان من المقرر إن 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 إن 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 أثاره من خلافات خير شاهد على ذلك .¹¹

المطلب الثاني

دور العرف في توصيف العقوبات

وفيما يتعلق بالجزء الآخر من مبدأ الشرعية أي ((لا عقوبة ألا بنص)) فإن المبدأ هو ذاته بالنسبة لشرعية العقوبة فلا عقوبة ألا بقاعدة قانونية عقابية أي أن القاعدة الدولية سواء 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 نوعا وكما أما 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 الموثيق الخاصة لمحاكمات الحرب العالمية الثانية فالمادة ٢٧ من نظام المحكمة نورمبرغ المشار إليها سابقا تنصص على أن المحكمة تستطيع أن تقضي بمعاينة المتهمين الذين يتوفر لديهم الخطأ أما بالإعدام أو بأية عقوبة أخرى تراها مناسبة ، ولكن هذا النص لم يحدد المعيار الذي يتم على ضوءه اختيار تلك العقوبة المناسبة ، ومع ذلك ، فقد كشف التطبيق لعملي لمحاكمات نورمبرغ وطوكيو عن أن المحكمة قد أنزلت عقوبة السجن ببعض المتهمين ، كما إن 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 سواء أكان مقترن بالإشغال الشاقة أم غير مقترن بها .

٣ . الغرامة والسجن سواء أكان مقترن 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 لازالت 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 وفقا 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 يساهم في زيادة الغموض الذي يكتنف مبدأ شرعية العقوبة في مجال القانون الدولي الجنائي ويزداد هذا الغموض إذا خلت الاتفاقيات الدولية تماما حتى من النص على أنواع العقوبات التي يمكن اللجوء إليها وهو ما وقعت فيه اتفاقية إبادة الجنس البشري حيث تعدد في مادتها الرابعة الأشخاص الذين يمكن أن يرتكبوا الجرائم دون أن تحدد العقوبات التي يمكن توقعها عليهم .ⁱⁱⁱ

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 فأنها تلجأ إلى المقارنة والوقوف على الاختلاف بين تلك المبادئ والمبادئ المستقاة على الصعيد الوطني ، ولذلك يمكن القول أن كلا 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 فوراندرج ، ومع ذلك فإن ما يثير الانتباه في هذا الصدد أن الأمر ليس بالبساطة التي يمكن تصورهما 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 وذلك فأنها تصنف بأنها آخر الخيارات أمام المحكمة ، فطالما حرصت المحكمة في مرات عديدة على التأكيد بأن مثل هذه القواعد لم تصل حد من العمومية يجعلها تصل حد القاعدة العامة القابلة للتطبيق . ويذكر انه عند صياغة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة رد الأمين العام للأمم المتحدة بنبرة منفصلة على الانتقادات التي واجهها هذا النظام نتيجة تخليه عن مبدأ الشرعية بالقول ((إن تطبيق مبدأ الشرعية يقضي بان المحاكم الدولية ملزمة بتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني والتي هي بدون أدنى شك تشكل جزءا من العرف لذلك فالمشكلة التي تثيرها بعض الدول ، وليس كلها ، حول ضرورة اعتماد اتفاقيات معينة للتجريم ليس لها أساس من الصحة ، وإن

هذا الأمر يحظى بأهمية خاصة في نطاق عمل المحاكم الدولية عند توجيه التهمة لأشخاص ارتكبوا انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني ((^{liii} ويرى ستون إن القانون الجنائي الدولي غالبا ما يجد إحصامه ومبادئه في العرف وهذه السمة بالذات هي التي تجعل هذا القانون يشبه القانون العمومي الانكليزي ((Public Law))^{liv} ويتجه جانب من الفقه إلى الاعتراف صراحة للعرف بوصفه مصدرا مباشرا بل في الفترات المبكرة لتطور القانون الجنائي الدولي كان المصدر الأول والوحيد للتجريم خصوصا إذا ما تعلق الأمر بجرائم بعينها مثل جريمة التطهير العرقي^{lv} مبررين ذلك بالطبيعة الخاصة لركن الشرعية في القانون الجنائي الدولي وبالقول إن قواعد القانون الجنائي الدولي يغلب عليها الطابع العرفي كما إن 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 وغالبا ما تتم بوعي أو تكليف من الغير فلا يرتكبها الجاني لتحقيق غرض شخصي ولا لحسابه الخاص وهذا الأمر بحد ذاته كفيل بأن يعزز القصد الاحتمالي.^{lvi}

وتجدر إلاءة إلى إن 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^{lvii}

المطلب الثالث

موقف الفقه من التجريم استنادا إلى العرف

لقد اثار مبدأ الشرعية الكثير من النقاشات في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة انه يسير جنبا 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 إنشاء القاعدة القانونية

الدولية وهو الذي يعد احد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة انه لم يكن من الممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساسي للمحكمة دون إن يتضمن الإشارة إلى مبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها^{lviii} وتشير المادة الأولى من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية إلى :

((تصادق الأطراف المتعاقدة على إن الإبادة الجماعية سواء ارتكبت في أيام السلم أو إثناء الحرب هي جريمة بمقتضى القانون الدولي وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها)) ويبدو من صياغة هذه المادة إن النص الانجليزي استخدم كلمة Confirm بدلا من كلمة تصادق الواردة في النسخة العربية لان الغرض من هذه الاتفاقية كان إقرارا لتلك الجريمة وليس منشأ 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 ووفقا لهذا المنظور فأن هذه الجريمة تجد مصدرها في العرف وهو ما يجعل إحكام هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الدول حتى التي لم تصادق عليها^{lix}.

لم يكن القانون الدولي الجنائي القائم ألان وليد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بل كان وليد شبكة قضائية مختلفة تعتمد على مصادر متنوعة أكثر من اعتمادها على النظام الأساسي 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 إمام المحكمة بأن تمارس وظيفة إنشاء قواعد قانونية جديدة . إن طبيعة اختلاف أجناس مصادر القانون الدولي الجنائي يفتح الباب واسعا إمام الجدل القانوني والبحث والتقصي حيث انعكست النظريات والمفاهيم الحديثة على أنواع القانون الجنائي وشكلت بذلك مقدمة أو فاتحة لهذا الجدل .^{lx} وبناء على ذلك يمكن إن نحدد الإجابة الصحيحة وهي إن نميز بين مرحلة ما قبل نظام ١٩٩٨ وما يعد اكتمال هذا النظام قبل ولادة المحكمة الجنائية الدولية عد العرف كمصدر أساسي 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 أثارت 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^{lxi} وقد سبق للجنة القانون الدولي أن رأت عند وضع بنود النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنه لا بد عند وضع النصوص التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق أن تراعي الطبيعة الخاصة للإجراءات التي تتخذ إمام الهيئة التي هي بلا شك ذات طابع قضائي . فمحاكمة شخص متهم بارتكاب جريمة تدخل في اختصاص مثل تلك المحكمة لا تشكل نزاعا دوليا بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام بل هي بالأحرى إلية دولية لمحاسبة شخص متهم بارتكاب جريمة خطيرة ذات طابع دولي تدخل في اختصاص المحكمة فلن تنشأ محكمة لكي تنظر في مسائل قليلة الأهمية ولا في مسائل تدخل في نطاق الاختصاص الاستثنائي لأي دولة^{lxii} .

وعلى العكس من ذلك يذهب اتجاه آخر إلى أن النظام الأساسي لم ينصص على العرف كمصدر من مصادر القانون الجنائي الدولي التي تطبقها المحكمة لأن المحكمة تحكمها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وطبقا 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 أن العرف فقد موقعه فالدول تحتاج العرف الدولي في علاقاتها الدولية كما أن العرف الدولي المصدر الأساسي الذي تستمد منه المعاهدات الدولية نصوصها^{lxiii} .

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 كلا من القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني من جهة والقانون الجنائي الدولي من جهة أخرى وهي علاقة متلازمة ومتداخلة حتى إن بعض نصوص النظام الأساسي أقرتها واعترفت بها صراحة إن مثل هذه العلاقة - ووفقا 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 الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي حددت على سبيل الحصر مصادر القانون الدولي العام منح العرف الترتيب الثاني من المصادر الرئيسية لهذا القانون بعد المعاهدات الدولية العامة والخاصة وكثيرا 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 أن الغالبية العظمى من الفقه الدولي التقليدي

والمعاصر تذهب إلى إن هذا القانون برمته بدء ولازال قانونا عرفيا وان ما استقر من إحكامه في نصوص دولية أخذت شكل الاتفاقيات الدولية أو بروتوكولات ما هي في الحقيقة إلا تدوين لعرف دولي لا بل إن بعض هذه الاتفاقيات تنص صراحة على إن نصوصها و إحكامها المكتوبة تشكل جزءا من العرف الدولي رغبة منها في إلزام الدول التي لم تصادق على هذه الاتفاقيات أضف إلى ذلك - وفي علاقة مباشرة أخرى بين القانونين- إن الانتهاكات الجسيمة لقواعد هذا القانون تشكل جرائم دولية تخضع لإحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهذه هي صيغة الترابط الثانية بين هذين القانونين هذا إذا ما تجنبنا الخوض في إن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان تشكل هي الأخرى جرائم دولية وإذا ما تجنبنا الخوض أيضا فيما يحتله العرف الدولي في مصادر هذا القانون اتضحت لنا الحقيقة التي تحدثنا عنها في بداية هذه الفقرة وهي إن الترابط والتداخل بين هذه القوانين حتم نتيجة لا مفر منها هي امتداد الدور 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 الأساسي 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 سواء 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 إن تفسر التطور أو التحول الذي طرأ على هذا المبدأ في ظل القانون الدولي الجنائي كما من شأنها إن توضح اتساق مصادر هذا القانون مع مصادر القانون الدولي العام الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

ليس هناك ثمة شك إن 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 الأمران ينطوي 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 لازالت 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 مرورا بالمبحث الثاني الذي أكد اثر هذه السمة على المادتين ٢١ و ٢٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ثم انتهاء بالمبحث الثالث الذي اثبت انه يمكن الاستناد إلى العرف كأساس للتجريم . إن استعراض المباحث الثلاث التي حفل بها البحث يمكن إن يوصل إلى جملة من الاستنتاجات التي توصل لها البحث :-

١- وجود ترابط بين المادتين ٢١ و ٢٢ من النظام الأساسي حاول جانب من الفقه إن يصوره بصيغة أخرى 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 استنادا لحكم المادة ٢١ وهذا يكشف عن تناقض آخر مع المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .
- ٥- إن وصف قاعدة ما بأنها عرفية في إطار القانون الدولي الجنائي لا يعني بالضرورة إن 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 إن يوسع بشكل مفرط من تجريم السلوك بموجب المواد ((٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨)) من النظام الأساسي .
- 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 كافة الأدلة ومناقشتها شفويا في حين يقتصر الأسلوب التحقيقي على أدلة مختارة .

-
- i J.Stone ,legal Steven and Sons limited , London ,1959,p371.
- ii - د. سوسن تمر خاب بكه ، الجرائم ضد الإنسانية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤٠ .
- iii - د. عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٦ .
- iv - د. محمود صالح العادلي ، الجريمة الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٧ .

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

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

vii . د . يونس العزاوي ، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي ، مطبعة شفيق ،
بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٥٣ .

viii . د. عبد القادر القهوجي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٦ . ٦٧ .

ix . John wheeler , Essential of the English legal system , second ed , Pearson
Longman , England , 2006 , p175 .

للمزيد من التطبيقات القضائية

المعاصرة لركن الشرعية أنظر .

د . عبد الرحمن توفيق احمد ، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات ، الجزء الأول ، دار
وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص ١٠٠ . ١٠٣ .

x – د. محمد ثامر السعدون ، حقوق الإنسان المدنية ، ط ١ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٢ ،
ص ٦٥ .

xi – عباس هاشم ألساعدي ، جرائم الأفراد في القانون الدولي ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية
القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٢٧ .

xii – د . إبراهيم سلامة ، الجرائم ضد الإنسانية ، المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ،
اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ط ٥ ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٧ .

xiii – د . سوسن تمر خاب بكه . مصدر سبق ذكره ، ص ١٣٨ .

xiv – د . إبراهيم الدراجي ، جريمة العدوان ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ،
ص ١٢١ - ١٢٢ .

xv – د. عبد الرحمن حسين علام ، المسؤولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي ، الجزء
الأول ، دار نهضة الشرق ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٠١ .

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

xvii - د . محمود نجيب حسني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٧ . ٦٨ .

xviii -Benjamin B .Ferencz , from Nuremberg to Rome , Germany ,1998 ,P2.

xix . International military tribunal , trail of the major war criminals before the international military tribunal , Vol . 1 , Nuremberg , Germany , 1947 , p8 .

xx . د . حسنين إبراهيم صالح ، القضاء الدولي الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٩٦ .

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 كافة الأدلة ومناقشتها شفويا في حين يقتصر الأسلوب التحقيقي على أدلة مختارة ومعينة يتم التوصل إليها أثناء التحقيق . . . للمزيد أنظر

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

xxi . د . محمود نجيب حسني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٩ .

xxii . نفس المصدر ، ص ٦٠ .

xxiii . أنظر : .

د . السيد أبو عطية ، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٥١ .

د . ضاري محمود خليل ، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، ع ٢ ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٦ .

د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، الجزء الأول ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٢٥٥ .

xxiv . عبد الله علي عبد سلطان ، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٣ .

xxv . د . محيي الدين عوض ، دراسات في القانون الدولي الجنائي ، دار الفكر العربي ، بدون سنة طبع ، القاهرة ، ص ٢٢١ .

وللمزيد حول موضوع الصياغة المرنة انظر

. د . 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 ، ص ٢٩ وما بعدها .

xxvi . د . إبراهيم محمد زيد ، المحكمة الجنائية الدولية في النظام العالمي الجديد ، ص ٢١ .

xxvii . د . إبراهيم محمد العناني ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، المجلس الأعلى للثقافة ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧٦ .

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

xxix - جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، الدورة الأولى ، مطبوعات الأمم المتحدة ، نيويورك ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢ .

xxx - انظر المادة ٥١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

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

xxxii - د . محمد شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، دار الشروق القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤ .

xxxiii - د . ضاري خليل وباسيل يوسف ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤ .

xxxiv - د . احمد أبو ألوف ، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية ، المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ط ٥ ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤ .

xxxv -Greet – Jan Alexander Knoops , Theory and practice of international and internationalized criminal proceedings ,C. J. A .Knoops ,United Kingdom,2005,P81 .

- xxxvi . سوسن تمر خاب بكه ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤٠ .
- xxxvii . د . عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٦ . أنظر أيضا
- Silvia A – Fernandez de Gurmendi , An Insiders view , The International Court and the crime of Ayyrsson , mauro politi and Giuseppe nesi , England , p 188 .
- xxxviii . د . سعد عبد اللطيف حسن ، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٢ .
- xxxix . بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي ، مبدأ التكامل في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٦ .
- xl . د . عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٦ . أنظر أيضا
- Silvia A – OP, cit, p 188 .
- xl . د . سعد عبد اللطيف حسن ، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٢ .
- xl . بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي ، مبدأ التكامل في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٦ .
- xl . د . زياد عيناوي ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٣١ .
- xli . - Ian Brown lie, Principles of public International Law ,7th ed ,Oxford , 2008,p13. حيث يرى جانب من الفقه الدولي المعاصر 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 وإن كانت ترتبط ارتباطا 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 سواء أكانت مبادئ أو حتى قواعد قانونية وردت في العديد من ديباجة الاتفاقيات الدولية كما وردت في توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ووردت أيضا في الممارسات الدولية ولكن المثال التقليدي عليها ورد في إحكام القضاء الدولي كما في الاعتراف بحق المرور في قضية مضيق

كورفو . كما تضمن الميثاق نصوص تتعلق بحماية تلك الاعتبارات مثل احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتي عدت فيما بعد أساسا صلبا برر ظهور وتعزيز مبادئ إنسانية أخرى مثل حق تقرير المصير أو مناهضة التعذيب ، إما المصالح المشروعة فهي تصطف مع غيرها من المعايير مثل ((حسن النية)) و ((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 أخرى مبادئ قانونية مسلم بها مثل الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة

xlvi . إبراهيم محمد العناني ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٦٨ .

xlvi . أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ١١٤

xlvii - عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٠ .

xlviii . د . ضاري خليل وباسيل يوسف ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤٧ .

xlix . إبراهيم محمد العناني ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٦٩ .

l . بهاء الدين عطية عبد الكريم الجنابي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٨٤ .

li . د . زياد عيناوي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٣١ .

lii - د . صلاح الدين عامر ، المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، ط ٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢١-١٢٣ . انظر أيضا .

liii - د . سهيل حسين الفتلاوي ، القضاء الدولي الجنائي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١١ ، ص ١٣٠ .

1 - كنوت دورمان ، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية - أركان جرائم الحرب و المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، ط ٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٥ .

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

lii . نفس المصدر ، ص ١٧٨ . ١٣٩ .

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

- J . Stone , OP,Cit, P396 .

liv

lv - د . محمد عادل محمد سعيد ، التطهير العرقي ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٣١ - ٧٣٢ .

lvi - نسرین عبد الحمید نبیه ، الجريمة الدولية والانتربول ، المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ١٨٣ .

lvii

- Glaser , OP , Cit, P33.

lviii - د. سوسن تمر خاب بكه ، مصدر سبق ذكره ، ص ٨٦ .

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

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

lxi - د . علي محمد جعفر ، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥ .

lxii - د. زياد عيتاني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٢٨ .

lxiii - د . سهيل حسين الفتلاوي ، جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الانسانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ب .

المصادر

أ - الكتب.

- ١- د . إبراهيم الدراجي ، جريمة العدوان ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
- ٢- د . إبراهيم سلامة ، الجرائم ضد الإنسانية ، المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ط ٥ ، ٢٠٠٨ .
٣. د . إبراهيم محمد زيد ، المحكمة الجنائية الدولية في النظام العالمي الجديد ، .
- ٤- د . إبراهيم محمد العناني ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، المجلس الأعلى للثقافة ، القاهرة ، ٢٠٠٦ . .
- ٥- د. احمد أبو ألوف ، الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية ، المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ط ٥ ، ٢٠٠٨ .
٦. د . احمد 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. د . حسنين إبراهيم صالح ، القضاء الدولي الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
- ٩ - د . حسين إبراهيم صالح ، الجريمة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
١٠. د . 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 ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
- ١٢- د. سهيل حسين الفتلاوي ، القضاء الدولي الجنائي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١١ .

- ١٣- د . 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 ، ط ٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، ٢٠٠٨
١٥. د . ضاري خليل محمود ، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، ع ٢ ، بغداد ، ١٩٩٩ .
- ١٦- د . ضاري خليل محمود وباسيل يوسف ، المحكمة الجنائية الدولية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٣ .
- ١٧ . د . زياد عيناني ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
- ١٨- د . عبد الرحمن توفيق احمد ، 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 ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
- ٢٢- د . علي محمد جعفر ، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
- ٢٣- كنوت دورمان ، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية - أركان جرائم الحرب و المحكمة الجنائية الدولية ، إعداد شريف عتلم ، ط ٥ ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، ٢٠٠٨ .
- ٢٤- د. محمد ثامر السعدون ، حقوق الإنسان المدنية ، ط ١ ، مطبعة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
- ٢٥ . د . 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 .
- ٢٦- د. محمد شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية ، ط ١ ، دار الشروق القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٢٧- د . محمد عادل محمد سعيد ، التطهير العرقي ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .

٢٨- د. محمود صالح العادلي ، الجريمة الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

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

ب - الاطاريح والرسائل .

٣٢. بها الدين عطية عبد الكريم الجنابي ، مبدأ التكامل في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٦ .

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

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

ج - التقارير الدولية .

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

د - المواثيق الدولية.

-
- ٣٦- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
- ٣٧- اتفاقية لندن الموقعة في ٨ آب 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 فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ .
- ٤٣- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لسنة ١٩٤٥ - اتفاقية جنيف لمكافحة الإرهاب لسنة ١٩٣٧ .
- ٤٤- اتفاقية مكافحة اخذ الرهائن لسنة ١٩٧٩ .
- ٤٥- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاتجار غير المشروع بالمخدرات لسنة ١٩٦١ .

ثانيا- المصادر الأجنبية

46- Antonio Cassese , International law, second ed , Oxford University press, New York, 2005 .

47-Benjamin B .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. A .Knoops ,United Kingdom,2005 .

52

- Ian Brown lie, Principles of public International Law ,7th ed ,Oxford , 2008.

53-J .Stone ,legal Steven and Sons limited , London ,1959,. lxiii

54-John wheeler , Essential of the English legal system , second ed , . lxiii
Pearson Longman , England , 2006 .

55-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. S .A, 2001 . lxiii

57-Theodore Meron , War Crimes in Yugoslavia and the Development of international law , A. J.I.L,1994.

58- Silvia A – 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 , lxiii
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.