

تطور مبدأ المشروعية الجنائية (دراسة قانونية جنائية على النطاقين الوطني والدولي)

أ.م.د. فاضل عواد محميد

جامعة الانبار – كلية القانون

fadawd57@uoanbar.edu.iq

تاريخ الاستلام 2025/5/2 تاريخ القبول 2025/5/19 تاريخ النشر 2025/6/22

الملخص:

أن ما يمر به القانون الجنائي على المستويين الوطني والدولي من أزمة حقيقية في مواجهة الظواهر المضرة والخطرة على حياة ومصالح الناس، يشكل تحديات فريدة نظراً لتكبير القاضي الجنائي بمبدأ المشروعية الجنائية، إذ تناول البحث اشكالية جمود هذا المبدأ ومدى خضوع قواعد القانون الجنائي لمعطياته وتحليل مدى توافق المشروعية الجنائية على المستوى الدولي مع نظيرتها في القوانين الجنائية الوطنية، كما يقيم المحاولات القضائية في مواجهة النقص التشريعي ويستعرض مفهوم وطبيعة مبدأ المشروعية الجنائية وتمييزها عن الشرعية الجنائية، ومدى العلاقة بين القوانين الجنائية الدولية والداخلية ويناقش ما قيل من نظريات فقهية حول هذه العلاقة، كما حدد البحث اسباب النقص في قواعد المشروعية الجنائية وخصوصاً الدولية منها، وقدم تحليلاً لمواجهة أزمة التشريع الجنائي في ضوء مبدأ المشروعية في الفترات التي سبقت تشريع نظام روما (النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998) أو لاحقت هذا التشريع مع التركيز على المصادر المختلفة التي يمكن لها ان تمد المشروعية الجنائية بالحلول اضافة الى التشريع المكتوب.

الكلمات المفتاحية: مبدأ المشروعية، أزمة المشروعية، معطيات مبدأ المشروعية.

Evolution of the principle of criminal legality (criminal legal study at the national and international level)

Assist. Prof. Dr. Fadhel Awad Mohimed

University of Anbar - College of Law

Abstract:

The present crisis that criminal law is going through on the national and international level, in the face of phenomena that are harmful and dangerous to human life and interests, poses unique challenges due to the fact that of the criminal judge is subject to the principle of criminal legality. The present

study investigates the issue of the rigidity of this principle and the extent to which the rules of criminal law are subject to its parameters. Moreover, the present study undertakes an analysis of the compatibility of criminal legality at the international level with its counterpart in national criminal law. The objective of this research is to evaluate judicial attempts to address the legislative deficit. The following research questions will be examined: firstly, what is meant by the concept of criminal legality and how does it differ from the related concept of criminality? Secondly, it is imperative to establish the relationship between international and domestic criminal law. The present discussion encompasses the jurisprudential theories surrounding the aforementioned relationship. The study also identifies the causes of the shortcomings of the rules of criminal legality, particularly international ones, and presents an analysis of how to address the crisis of criminal legislation in the light of the principle of legality in the periods preceding the enactment of the Rome Statute (Statute of the International Criminal Court, 1998) or following this legislation. The study focuses on the various sources that can provide solutions to criminal legality, in addition to written legislation.

Keywords: Principle of legality, crisis of legality, implications of the principle of legality.

المقدمة

أثار مبدأ المشروعية بوصفه العام ازمة في تحديد الإطار القانوني لهذا المصطلح سواء على مستوى الفقه القانوني الغربي او العربي، وكثر الجدل بهذا الموضوع في اطار دراسات القانون العام وتحديداً القانونين الدستوري والإداري، لكنه شهد صمت رهيب من جانب القانون الجنائي اذ اتفق الفقه الجنائي وبالتحديد الغربي على استخدام مصطلح الشرعية الجزائية بدلاً عن مصطلح المشروعية دون سبل اغوار الخلاف بين هذين المصطلحين، كذلك ارتسمت علامات النقص والقصور على جبين مبدأ المشروعية فيما يتعلق بأحكام القانون الجنائي وخصوصاً القانون الجنائي الدولي باعتباره قانون حديث النشأة، في مواجهة وقائع جعلت من القضاء يقف مكتوف اليدين اذ ما التزم بمبدأ المشروعية المتفق على معطيائه قانوناً وفقهاً من حيث مبدأ عدم الرجعية لأحكام القانون الجنائي ومبدأ التجريم المسبق للأفعال، مما حدا بالقضاء الجنائي سعياً منه في مواجهة جرائم جنائية وطأت حقوق الإنسانية في الحياة الخاصة والحرية وقواعد الاشتباك في الحروب الى التوجه بمبدأ

المشروعية نحو مصادر اخرى غير التشريع المقنن، فذهب القاضي الى روح القانون والعرف والمبادئ العامة للقانون والتشريعات الجنائية الوطنية في حالة القصور على المستوى الدولي وهذا جزء مما يظهر اهمية الموضوع.

1. أهمية وأهداف الدراسة:

تهدف الدراسة الى إبراز مدى التوافق ما بين القانون الجنائي وبين نظام المشروعية المتفق عليه، وهل يمكن الاسترشاد بما معمول فيه لمواجهة أية قصور يكتنف احكام التشريعات الجنائية، كذلك إبراز مدى استقلالية الفكرة المتطورة لمبدأ المشروعية الجنائية، فضلاً عن تقييم الآليات والأدوات التي استعان بها القضاء الجنائي في مواجهة ازمة مبدأ المشروعية، ولا تخفى قيمة الأهمية لموضوع الدراسة بالنسبة للباحث وللقارئ من حيث توسيع المعرفة فيما يخص المفاهيم قيد الدراسة.

2. مشكلة الدراسة:

ان فكرة تطور مبدأ المشروعية الجنائية أحاطت بها مشاكل عديدة على النطاقين الوطني والدولي، اظهرها الواقع العملي عند عجز القضاء الجنائي في مواجهة حالات خطرة ومضرة لم يقررها النص التجريمي، مما دفع بالقاضي الى ضرورة الفصل بالبراءة او التخفيف من وطأة مبدأ المشروعية الجنائية بتعزيده مصادر أخرى للقانون الجنائي، وهنا بدأت حالات الخلاف الفقهي تتواجه وتتناحر فيما بينها، مما أثار عدة اسئلة في ذهن الباحث أظهرت إشكالية الدراسة والتي سنحاول الإجابة عليها في ثنايا البحث وهي كما يأتي:

- ما مدى خضوع قواعد القانون الجنائي لمعطيات مبدأ المشروعية الجنائية؟
- هل نجحت محاولات القضاء الجنائي من مواجهة النقص في احكام القانون الجنائي؟
- هل لا زالت فكرة التطور ترافق مبدأ المشروعية الجنائية أم أنها توقفت بعد ان قننت تشريعات وطنية ودولية ساعدت في ملئ الفراغ التشريعي؟
- ما هي الحدود لمساهمة القانون الجنائي الوطني في احكام القانون الجنائي الدولي؟

3. نطاق الدراسة:

جاءت دراستنا (تطور مبدأ المشروعية الجنائية) في إطار القانون الجنائي الوطني (الداخلي) والقانون الجنائي الدولي، وهي محاولة في اظهار عناصر الاختلاف ما بين كلا القانونين في التعامل ما بين

معطيات مبدأ المشروعية، فضلاً عن تقرير فكرة التكامل بينهما في مواجهة الوقائع المجرمة وفقاً لنطاق أحد القانونين دون الآخر، وهذا ما كان قبل وبعد تشريع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

4. منهجية الدراسة:

لدراسة موضوع البحث وتحقيق الهدف المرجو منه تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي والمقارن بين احكام القانون الجنائي على مستوييه الوطني والدولي، والذي يستند على الاطلاع السابق والمعاصر للوقائع من اجل بيان خطوات التطور لفكرة المشروعية الجنائية الدولية مقارنة بالمشروعية الجنائية الوطنية، فضلاً عن استخدام المنهج التحليلي للنصوص القانونية والمواقف القضائية للوصول الى اهم نتائج ومقترحات الدراسة.

5. خطة الدراسة:

في ضوء المشكلة التي ينطلق منها موضوع البحث والتساؤلات التي يمكن لها ان تثار بشأنه، قسمت خطة الدراسة بعد المقدمة الى مبحثين: الاول منها تعلق بتوضيح الإطار القانوني للمشروعية الجنائية والازمة التشريعية التي يمر بها وذلك في مطلبين: المطلب الأول درس التعريف بمبدأ المشروعية الجنائية من حيث المفهوم والطبيعة والتمييز بين المصطلحات كذلك تحديد العلاقة بين شقي القانون الجنائي (الوطني والدولي)، والمطلب الثاني تناول ازمة النقص في قواعد القانون الجنائي من حيث التعريف بالأزمة وأسبابها وموقف القضاء الجنائي منها، وجاء المبحث الثاني مهتماً في بيان وسائل مواجهة ازمة المشروعية الجنائية في مطلبين: تناول المطلب الأول الفترة التي سبقت صدور النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998، والمطلب الثاني تناول المدد الزمنية المعاصرة للنظام الأساسي اعلاه وحتى يومنا هذا.

المبحث الاول

ماهية مبدأ المشروعية الجنائية وأزمة أحكامه

يمتاز القانون الجنائي بسمات خاصة تفرقه عن باقي التشريعات القانونية بفروعها المختلفة، ومن اهم هذه السمات المميزة هو مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص او بناء على قانون) حتى ان الكثير من فقهاء القانون الجنائي يعدون مبدأ المشروعية ركناً من اركان الجريمة، او تثمر

الاختلافات الفقهية عن نتيجة واحدة وهي حصر تجريم السلوك بيد السلطة التشريعية فقط بوصفها نتيجة منطقية جاءت كردة فعل تجاه تعسف القضاة، فغلت يد القاضي وشلت سلطته التقديرية فيما يتعلق بإنشاء سلوك جرمي او تقرير عقوبة عليه، اذ يجد القاضي نفسه مجبراً على الحكم بالبراءة او الإدانة حسب الأدلة المعروضة أمام المحكمة. وعند التعمق في دراسة دور هذه المبدأ نجد قد خرج من مستوى التشريع العادي الى مستوى التشريع الدستوري، اذ اتفقت غالبية دساتير الدول على تضمين هذه المبدأ في صلب التشريع الدستوري، وإذا كانت الدولة ما هي الا تنظيم قانوني تلاقت فيه أذهان الأفراد حول فكرة هدف معين لا يمكن تحقيقه إلا بإنشاء هيئات (تشريعية، تنفيذية، قضائية) ترأب وتشرع على التنظيم وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية، لأنها ليست الكيان المعنوي الوحيد الذي يحظى بالتنظيم القانوني في المجتمع بل توجد فضلاً عنها تنظيمات اخرى اما تخضع للدولة كالشركات والجمعيات والنقابات، او تخضع لها الدولة كالمنظمات الدولية التي تسير بمقتضى معاهدة شارعه كمنظمة الامم المتحدة، او تكون الى جوار الدولة فتعترف بها أحياناً كتنظيم مستقل او تتكر ذلك عليه (1) كاعتراف الدولة بدولة اخرى مثل الاعتراف بإسرائيل او الدول في معاهدة منشئة لمنظمة دولية إقليمية او متخصصة في نشاط محدد. من ذلك فان الجريمة خرجت عن مفهومها التقليدي بأن يكون جانبيها شخصاً طبيعياً فقط وانما الشخص المعنوي مهما كانت مرتبته (منظمة، دولة، مؤسسة، وزارة) له صفة الجاني عن سلوك مجرم، لكن الإشكالية أحياناً تكون فيمن يقرر طبيعة هذا السلوك المجرم على مستوى ابعد من محيط الدولة الوطني، ذلك ما حدا بنا الى دراسة هذا المبحث بمقتضى مطلبين انبرياً في تحديد ماهية مبدأ المشروعية الجنائية وماهية الأزمة التشريعية التي تمر بها احكام القانون الجنائي، سعياً وراء إيقاع الجاني على المستوى الوطني او غير الوطني تحت مطرقة التقاضي الجنائي وكما يأتي:

المطلب الاول

التعريف بمبدأ المشروعية الجنائية ومدى العلاقة بين القوانين الجنائية (الوطنية - الدولية)

تطور الفكر الجنائي ليكون نظريته العامة مخلفاً القوانين الوضعية المعاصرة، نتيجة لمعطيات مذاهب فلسفية متعددة لا يمكن قراءة القانون الجنائي بالوضع الواضح والمفهوم الا من خلال التعرف عليها وعلى نتائجها(2)، وهذه المذاهب عبر عنها الفكر الجنائي بثلاثة هي : المذهب التقليدي ومن

ابرز نتائجه مبدأ الشرعية الجنائية، والمذهب العلمي (الوضعي) واهم نتائجه فكرة الخطورة الإجرامية، والمذهب الاجتماعي ونتيجته نظرية بدائل العقوبة، وهذا ما انعكس على حجم ونطاق الجريمة حتى تجاوزت حدود الدولة الإقليمية، فأصبحت ضرورة رسم معالم المشروعية من حيث مفهومها وطبيعتها وتميزها عن غيرها من المصطلحات التي تختلط بها و دراسة علاقة القوانين الجنائية على المستويين الوطني والدولي متطلب لا يمكن الحياد عنه ومجافاته:

الفرع الاول/ الإطار القانوني للمشروعية الجنائية

لازال المذهب التقليدي (الشرعية الجنائية) يحتل المركز المتقدم على بقية المذاهب الفلسفية السائدة في الفكر الجنائي، اذ يركز عليه بنيران القانون الجنائي الوضعي على الأغلب لأن طابعه القانوني يتفق ومخرجات ذهن رجل القانون، فهو مذهب يستند على التصور النظري والعمومية والتجريد.

أولاً/ مفهوم مبدأ المشروعية الجنائية

يطلق مصطلح المبدأ على كل أصل وأساس للقاعدة القانونية، وفيما نحن بصدده فيكون الاستنتاج قد أصبح يشكل أصلاً كلياً وأساسياً في كل تشريع عقابي بعد ان ثبتت صحته على مرور الأزمان وتعدد الأماكن، فقد بين المؤتمر الدولي لرجال القانون 1959 ان مبدأ المشروعية يستند على ركيزتين أساسيتين⁽³⁾: الأولى تقوم على فكرة ان سلطات الدولة جميعها هي نتاج القانون وعليها ان تعمل في سياقه ووفقاً له، والثانية تخاطب رجل القانون (مشرع، قاضي، منفذ، باحث) في ان الشرعية الجنائية مبدأ عام فرضته العدالة الجنائية لحماية الفرد وتمكينه من التمتع بحقه في الكرامة الإنسانية، بذلك فان المشروعية الجنائية يمثلها مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) بمعنى ان يكون المخاطب قد أحيط علماً بقواعد التجريم من حيث أنماط السلوك المحظورة والعقوبات المفروضة قانوناً بشكل مسبق⁽⁴⁾، فغياب الشرعية الجنائية عند إي تشريع وضعي توصمه بعيب عدم المشروعية ويكون هذا التشريع بحكم عدم من أساسه⁽⁵⁾، ومن ثم يكون لكل مواطن ان لا يتقيد به او يولي له الاحترام لأنه ينتهك إحدى معاني الذات البشرية السامية، فمبدأ المشروعية يقوم على أسس فلسفية قوامها حماية الحرية الشخصية ضد مختلف اشكال التحكم التي جردت العدالة الجنائية من مضمونها زمنياً طويلاً، فأصبح كل فرد يعرف مساحته في حرية التصرف والعمل بعد تحديد

صور التجريم للأفعال قبل ارتكابها، كما يقوم هذا المبدأ على حماية المصلحة العامة من خلال حصر وظيفة وسم الأفعال بصفة التجريم وتقرير عقوباتها والإجراءات الجنائية لاقتضاءها بيد المشرع، ويستند مبدأ المشروعية على اساس دستوري أكدته غالبية الدساتير الوطنية ان لم تكن جميعها وأقرت مضمونه المحاكم الدستورية⁽⁶⁾، فحتى الدساتير القديمة التي لم تنص عليه ومنها الدستور الفرنسي القديم الذي سبق دستوري 1946 وعام 1958، اجمع الفقه الجنائي الفرنسي على اعطاءه القيمة الدستورية لمبدأ المشروعية الجنائية مستنداً على فكرة ان هذا المبدأ يشكل جزء من القانون العرفي العام في فرنسا⁽⁷⁾.

ثانيا / طبيعة المشروعية الجنائية

اتجهت غالبية التشريعات ومواقف الفقه الجنائي صوب الأخذ بالمعيار الشكلي في تقرير مشروعية الأفعال وذلك متى ما كانت متفقة مع النص الجنائي، لكن الاختلاف الفقهي الكبير برز عند تحديد طبيعة الفعل الذي يكيف بعدم المشروعية، وهذا الاختلاف مرجعه نظريتين أساسيتين هما: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

1- **النظرية الشخصية** : وتقوم على فكرة أساسية مفادها ان القانون يعبر عنه بمجموعة قواعد تلزم الأشخاص باتخاذ أنماطاً معينة للسلوك، فالقانون بنظرهم ليس تنظيمياً موضوعياً للحياة المجتمعية وانما هو مجموعة قواعد امرّة تعمل على توجيه الأشخاص، فوفقاً لهذه النظرية يكيف الفعل بعدم مشروعيته لا باعتباره يشكل اعتداء على مصلحة او مصالح محمية قانوناً وانما لكونه اعلاناً للمظهر الخارجي والمباشر للإرادة الآثمة، ولذلك يقول (بندنج) بأن الفعل الذي يكون معارضاً للقاعدة الجنائية يجب ان يتصف بالإثم فلا وجود لصفة عدم المشروعية للفعل غير الإثم⁽⁸⁾.

2- **النظرية الموضوعية** : وفكرتها ان الواقعة تكيف بعدم المشروعية اذا ما خالفت قواعد القانون الموضوعية اي قواعد التنظيم الموضوعي لحياة المجتمع، واساس هذه الطبيعة الموضوعية يرجع الى ان شخصية مرتكب السلوك المجرم قانوناً ليس لها نصيب من تقدير مشروعية الفعل من عدمه، لان القاعدة الجنائية غير موجهة الى الافراد وانما الى هيئات الدولة والجهات المكلفة بتطبيق القانون فحسب⁽⁹⁾، وفي تقديرنا ان هذه النظرية هي الاجدر بالتأييد مع التحفظ على فكرة التطرف في توجيه القاعدة الجنائية، فاذا كان الفعل يوصف بعدم المشروعية متى ما كان

متعارضاً مع القاعدة الجنائية دون اي قيمة الى جانب الفاعل النفسي لأن في ذلك خلط بين ركن الجريمة الشرعي والركن المعنوي، فأن شق التكليف في القاعدة الجنائية يتنازع طرفان: الاول يتمثل في الضرورة التشريعية التي دفعت بالمشرع الجنائي في اتخاذ موقفه من سياسية جنائية هدفها حماية مصلحة جديرة بذلك وهذا موجه الى سلطات الدولة وهيئاتها، اما الطرف الاخر فهو صورة الأمر او النهي الذي يوجه للأفراد ويخاطبهم بحالات الوضع الملزم بغية اسباغ الحماية لهذه المصلحة.

ثالثاً/ تمييز مبدأ المشروعية عن مبدأ الشرعية

ان كلا المصطلحين الشرعية والمشروعية من المفاهيم القانونية التي ترتبط باتجاهات أخلاقية ودينية وقانونية وإدارية، والتي يمكن لها ان تلتقي او تتعارض في تطبيقاتها تبعاً لتوافق القوانين واللوائح مع الاحكام الشرعية، فيذهب جانب من الفقه الدستوري والإداري ومنهم د. ماجد راغب الحلو ود. محمد رفعت، الى أن اهم ما يميز بين الشرعية والمشروعية هو اختلاف أساس كل منهما، حيث تستند الشرعية على احكام الشريعة الإسلامية لدى الدول التي يكون الإسلام دينها، اما المشروعية فأنها تعتمد على القوانين الوضعية واللوائح التنظيمية في الدولة، كما ان أساس الشرعية يتعلق بعناصر دينية وأخلاقية ونطاقها يشمل العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، اما المشروعية فعناصرها قانونية وإدارية ويقتصر نطاقها بحدود ذلك. وهذا يعني ان الشرعية والمشروعية لا يترادفان في احكام القانون الجنائي الا في التشريعات التي يكون مصدرها غير مقتصر على النص المكتوب وانما يستند القانون الجنائي فيها على الاحكام الدينية والأخلاقية (العرف) فضلاً عن النص الموضوع، فهذا النموذج من التشريع يكاد ان يكون نادراً جداً بعد سيادة أفكار الثورة الفرنسية وانكباب المشرع نحو تدوين النصوص الجنائية وخصوصاً الموضوعية حتى يذهب بالفرصة عن كل محاولات اختراق عناصر التجريم والعقاب. وهناك رأي (10) نرى انه سديد ونؤيده يقرر عدم التلازم بين عدم الشرعية وعدم المشروعية، لأن الفعل غير الشرعي لا يتجه به مرتكبه نحو الاعتداء على مصلحة الغير او تعريضها للخطر، وانما يكون باتجاه مصلحته الذاتية التي يحول بتصرفه الى عدم توافر العناصر او الشروط التي يتطلبها القانون حتى يكون فعله صحيحاً منتجاً لأثاره القانونية، كما أن عدم الشرعية هي نتيجة منطقية تتحقق كأثر لتخلف بعض العناصر او الشروط القانونية للفعل

ويظهر ذلك في القوانين المدنية بوضوح فضلاً عن القواعد السلبية في القانون الجنائي كأسباب الاباحة. وبالنسبة لعدم المشروعية الجنائية فأنها تتحقق عند تعارض السلوك مع التكليف الجنائي عندما يتجه مرتكب الفعل اللامشروع اتجاه مضاد للتكليف الجنائي، كما أن اللامشروعية هي نتيجة قانونية تتحقق بسبب السلوك الذي يعتدي به مرتكبة على مصلحة الغير او تعريضها للخطر.

الفرع الثاني: العلاقة بين القوانين الجنائية (الدولية والداخلية)

يقتضي رسم معالم العلاقة بين القانون الجنائي الدولي والقانون الجنائي الوطني تحديد الاطار الرابط بين معاهدة روما (النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998)⁽¹¹⁾ والقانون الجنائي الداخلي، على اساس ان قواعد القانون الجنائي الدولي هي جزء من احكام قواعد القانون الدولي العام، فاذا كانت هناك مناطق للتأثير والعلاقة المتبادلة في مسائل معينة كمفهوم الجنسية وتقرير الصفة الدبلوماسية لمن يتمتع بها، فإن كل منهما يتمتع بطبيعة قانونية تميز نصوصه وتتطلب تفسيراً يتفق واهداف وخصوصية النظام ذاته، ونحن في خضم بيان اوجه الترابط والافتراق ما بين كلا القانونين سندرس هذا المسار من كلا جانبيه (النظري والعملي) وكما يأتي:

اولاً/ الناحية النظرية: ويتنازع على توضيح اركان العلاقة بين القانون الجنائي الدولي والقانون الجنائي الداخلي اتجاهاً، اتخذ كل منهما مذهباً يشق طريقة في التنظير الفقهي القانوني.

1- نظرية ازدواج القانونين: ويرى انصار هذا الاتجاه ان كلا القانونين نظامين متساويين ومنفصلين عن بعضهما باستقلال تام، فيتبع ذلك انه في حالة تعارض قاعدة جنائية وطنية مع قاعدة جنائية دولية، قدم القاضي الوطني القاعدة الداخلية وتفيد بقانونه الذي يستمد منه ولايته في القضاء، وذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في أن "على المحكمة عند تطبيق القانون الجنائي على جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها، ان تتقيد بإرادة الشارع في هذا القانون الداخلي، ومراعاة احكامه التي خاطب بها المشرع القضاء الجنائي، فهي الأولى في الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولي من قواعد ومبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء في الجماعة الدولية"⁽¹²⁾، أذ استند القضاء الى امور عدة: وهي الاختلاف من حيث مصادر القانونين فاذا كان مصدر القانون الوطني هو ارادة السلطة التشريعية المنفردة فإن القانون الدولي مصدره ارادة الدول الاعضاء، كذلك الاختلاف من حيث الاشخاص المحكومين

بالقانونين وهيئات وسلطات مباشرة كل منهما، وأخيراً ان القاعدة الدولية لا يمكن تطبيقها الا بعد استقبالها وادخالها في قالب التشريع الداخلي⁽¹³⁾.

2- **نظرية وحدة القانونين⁽¹⁴⁾**: ويذهب انصارها الى ان قواعد القانونين ينضويان تحت تنظيم قانوني واحد لوجود وحدة طبيعية ومنطقية بينهما، ولكن ما يتنازع فقه هذه النظرية هي مسألة الاولوية او السمو لأي من القانونين، **فالاتجاه الاول** يقدم القانون الداخلي على الدولي باعتبار ان القانون الجنائي الدولي هو جزء من النظام القانوني للدولة ويظهر فيه بصورة عرضية طابع دولي لتوافر العنصر الاجنبي في الواقعة الجرمية، أي انه قانون ينظم الافعال الجنائية ذات الصبغة الدولية فيقرر حالات اختصاص القضاء الجنائي الوطني، والقانون الجنائي واجب التطبيق بالنسبة للجرائم المرتكبة في دولة اجنبية، وحالات تنفيذ الاحكام الاجنبية داخل اقليم الدولة، وتنظيم احكام تسليم المجرمين والتعاون الدولي في مواجهة انماط معينة من الجرائم ومدى الزام الدول بالاتفاقيات الخاصة بالتجريم والعقاب⁽¹⁵⁾، وبالتالي فإن الفرع يلحق الاصل ولا يمكن تقرير الاحكام الدولية ألا باعتمادها من قبل دستور الدولة. **والاتجاه الثاني** يعطي الاصل والاساس للقانون الجنائي الدولي⁽¹⁶⁾، فالعلاقة ما بين القانونين تشبه العلاقة ما بين القوانين الفيدرالية للدولة والقوانين التي تحكم الولايات التي تدخل في تكوينها حيث تكون الاولوية للقوانين الفدرالية. وبالرجوع الى دستور العراق لعام 2005 نجد انه لم يقرر موقفه من مسألة العلاقة بين القوانين الدولية والقانون الداخلي، على خلاف ما قرره الدستور المصري في المادة (151) من ان دولة مصر اعتمدت نظرية ازدواجية (ثنائية) القانونين، فلا تكون المعاهدة او القاعدة القانونية جزء من نظام الدولة القانوني الا بعد الاخذ بإجراءات الابرار والتصديق والنشر.

ثانياً/ الناحية العملية

ان التطبيق العملي لأية فكرة يشكل برهاناً لمدى امكانية ايداع مضمونها النظري في الواقع عملياً، وهذا ما يُظهر في موضع مشكلة العلاقة التي نحن في صلب دراستها:

1- **تطبيق المحكمة الدولية لقواعد القانون الداخلي**: اذ يكون للقاضي الدولي تطبيق قواعد القانون الدولي وفقاً لأحكام المادة (38) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية، الا انه احيانا قد تحتم ظروف القضية تطبيق القانون الداخلي على ان لا يتعارض مع كيفية التطبيق المتبع

بواسطة المحاكم الداخلية، اذ ينظر الى القانون الوطني بأنه وقائع يستهدي بها في تقدير مدى الالتزامات الدولية التي تقع على عاتق الدول المعنية (17).

2- تطبيق المحاكم الداخلية للقانون الدولي: وهذا لا يثير اية مشكلة عندما يتم ادراج القاعدة الدولية في القانون الداخلي لأنها تعتبر قاعدة وطنية يلزم القاضي الوطني بتطبيقها (18)، لكن الجدل يحتدم عندما يكون الامر على خلاف ذلك، فتظهر الآراء حول تكييف القاعدة الدولية ما إذا كانت مبدأ عام للقانون او عرفاً ملزماً للقاضي الوطني وهكذا.

3- التعارض بين القانونين الدولي والداخلي: وهنا يثار التساؤلات حول اعطاء الحل الكافي لهذه الحالة، فبمقتضى احكام المادة (27) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات 1969 وما قررته احكام القضاء الدولي، تكون الأولوية المتقدمة للقاعدة والاتفاقات الدولية فلا يكون للدولة التذرع بدستورها او القانون الداخلي للتملص من الالتزامات الدولية، وهذا منطق قاعدة وفاء الدولة بالعهد وعدم التحلل منه بارتدتها المنفردة.

4- القانون الوطني احدى مصادر القانون الدولي: فالمادة (38/1 ج) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية تسمح للمحكمة من ان تستهدي وتستعين بالقواعد القانونية الداخلية لمعرفة المبادئ القانونية العامة التي اقرت بها الامم المتحدة، وهذا ما لا يسمح باستقاء النص الوطني جملة بل تراعى الطبيعة الدولية للنظام القانوني.

5- الاحالة المتبادلة بين القانونين (الدولي والداخلي): فقد يحيل القانون الوطني في مسألة معينة على القانون الدولي، مثل الامتيازات وحصانات القناصل والدبلوماسيين التي يكون موطنها الاصلي هو القواعد الدولية في تحديد الافراد الذين تنطبق عليهم هذه الصفات، وبالعكس قد تكون الاحالة من القانون الدولي الى القانون الداخلي عندما يستلزم الرجوع الى قانون الدولة الداخلي في امر يتطلب تنفيذه عمل ذلك كمعاهدات تسليم المجرمين والاعتراف بالأحكام الاجنبية والاشخاص الذين يتمتعون بجنسية الدولة (19).

المطلب الثاني

أزمة النقص في قواعد التشريع الجنائي

ان ازمة القواعد القانونية مشكلة تعتري النظام القانوني بشكل عام سواء كان هذا النظام وطني في حدود اقليم الدولة ام دولي، وما علينا سوى الخوض في غمار طبيعة هذه الازمة والاسباب الرئيسية التي آلت اليها او زادت منها تفاقمًا، وتحديد موقف محاكم القضاء منها:

الفرع الأول/ التعريف بالأزمة التشريعية للقواعد الجنائية

ان النقص الكبير الذي يضيف على احكام القانون الدولي حتى نعت بأنه نظام قانوني غير متكامل ويسود أحكامه سمة التخلف والركود من حيث تطوره، ألقى بظلاله على القانون الجنائي الدولي باعتباره فرعاً حديثاً لم ترتكز وتستقر أحكامه ومبادئه، وانما هو محل للتعديل والزيادة بالاستقاء من احكام القانون الدولي العام والقوانين الوطنية، ولا خلاف يذكر في تقسيمه الى قسم عام يبين نطاق سريان (زمان ومكان) القاعدة الجنائية الدولية والاحكام العامة للجريمة الدولية من حيث اركانها العامة وعناصر المساهمة فيها، وقسماً خاص يقرر صور التجريم الدولي للأفعال وكيفية اوضاع العقوبة الجنائية⁽²⁰⁾، لكن الخلاف والافتراق قد ظهر بارزاً عندما طرحت الآراء الفقهية حول معالجة مشكلة ازمة قواعد القانون الدولي بشكل عام والقواعد الجنائية الدولية بشكل خاص، اذ يكاد الفقه الدولي ان يجمع على تثبيت اوجه القصور في حالات عدم وجود او تحديد القواعد القانونية الدولية القابلة للتطبيق من جانب، ومن جانب اخر سكوت القواعد النافذة وعدم كمالها⁽²¹⁾. وعن كيفية مواجهة ازمة قصور الاحكام الدولية، يكون لدى بعض الفقه باللجوء الى منطق النظام القانوني الذي يتضمن بطبيعته بعض القواعد والمبادئ الاساسية التي يمكنها ان تحتوي اية نقص تشريعي ظاهر بالتوصل الى معالجته وحله⁽²²⁾، بينما يذهب اتجاه فقهي اخر الى منطق مغاير تماماً للرأي الاول وينظر الى القانون بوصفه مجموعة قواعد تعبر عن حاجات وضروريات حياة الجماعة، فالقانون ليس بالنظام المنطقي وبالتالي يعتري قواعده النقص وعدم الكمال⁽²³⁾، الامر الذي يبقي مشكلة ازمة القانون واقع وفكرة تثار على الصعيد النظري والتطبيقي في اي نظام قانوني.

وفيما يتصل بالقانون الجنائي الداخلي فان مبدأ المشروعية الجنائية جاء كردة فعل ضد مختلف أوجه التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية زمناً طويلاً، اذ تبصر الافراد من خلال النصوص القانونية

بالأفعال المجرمة قبل ارتكابها ولا يملك القاضي ادانة احد الا من خلال القانون الذي ينسب الجريمة قانوناً لفاعلها، وهذا ما أكدّه (بيكاريا) بأن "القوانين وحدها التي تحدد عقوبات الجرائم وهذه السلطة لا يمكن ان تكون الا للمشرع بذاته والذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي"⁽²⁴⁾، فكان لمبدأ المشروعية مكانة دستورية ارتقت به ليلزم المشرع والقاضي في آن واحد، لكن ذلك اضى الجمود على قانون العقوبات وعوق مسيرته لتطور الحياة السريع، مما ادخله في ازمة لا يمكن تجاهلها بل فرض سبل تحاول مواجهتها قدر الإمكان.

الفرع الثاني / اسباب الازمة التشريعية

تعزى اسباب ازمة التشريع في القانون الجنائي الى عدة أسباب أهمها:

أولاً: ما تملكه السلطة التنفيذية احياناً من تفويض تشريعي لسن قرارات لائحية توضح بعض الجوانب التجريبية لا يعني انها جاءت مطلقة، وانما مقيدة في تنفيذ إرادة المشرع بمعالجة المسائل ذات الطابع الفني⁽²⁵⁾.

ثانياً: التطور الحثيث والمتسارع للحياة حالة من شأنها ان اوجدت وقائع واحداث جديدة، اظهرت الخلل الشائع في قواعد التجريم والعقاب اما بقصور النص في مواجهة جميع حيثيات الواقعة الجرمية او السكوت التام للمشرع في الافصاح عن مواجهة تلك الحالات، والتي ادرك المجتمع توافر واقع الضرورة التشريعية لردعها كالجرائم المعلوماتية، كما ان ما قرره المادة الخامسة من نظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) بأن حصرت اختصاص المحكمة ليشمل اربعة انماط للتجريم فقط وهي : (جرائم الحرب، جرائم الابادة الجماعية، جريمة العدوان، الجرائم ضد الإنسانية)، اذ ظهرت وقائع جرمية جديدة افرزها تقدم المجتمع وحادثة وسائل وادوات الجريمة مثل جرائم الارهاب التي لم تأخذ صفة التجريم على المستوى الدولي.

ثالثاً: تحديد سلطة القضاء بتطبيق القانون دون انشاء قواعد من شأنها التجريم او العقاب في حالة غياب النص التشريعي، وهذا ما يعود الى سحب المحاذير المرتبطة تاريخاً بتعسف القضاة على مستوى القضاء الداخلي الى النطاق الدولي، كذلك رغبة المجتمع الدولي في تقوية الفرصة على اي دولة تحاول استغلال ذلك في فرض ارادتها محتجة بصلاحيات الاجتهاد القضائي في خلق قواعد للجريمة الدولية.

رابعاً: عدم وجود هيئة تشريع جنائية مركزية على المستوى الدولي حتى يومنا هذا، فغياب المشرع الدولي الذي يمكنه ايجاد قواعد جزائية دولية قابلة للتطبيق والتنفيذ على اشخاص القانون الدولي (دول، منظمات دولية، افراد)، يعبر عن اهم اسباب ازمة القواعد الجنائية الدولية.

خامساً: حادثة نشأة القانون الجنائي الدولي باعتباره فرعاً استحدثت الحاجة الملحة اليه على مستوى العلاقات الدولية في مواجهة افعال جرمية ذات أثر دولي وعالمي، فبدأ يتكئ على التشريعات الوطنية للدول او الاعراف السائدة في الحكومات المتمدنة والمبادئ العامة للقانون.

الفرع الثالث / موقف القضاء الجنائي من ازمة التشريع

ان الخوض في دراسة مبدأ المشروعية لا يعني حتماً ان القاضي الجنائي ملزم بفكرة التفسير الضيق او الحرفي للنص الجنائي، فأنصار هذا الاتجاه ذاتهم من اسند سلطة التفسير للمشرع حتى لا يمر من خلالها القضاة الى مكنة التشريع⁽²⁶⁾، وانما يعني ان على عاتق القاضي واجب التفسير الصحيح والسليم للقانون والذي لا يوسع او يضيق معنى او يخرج عن الإرادة التشريعية، فالقاضي الجنائي في تفسيره للقانون لا يمكنه ابداء رأيه الشخصي بل يبحث عن المعنى الحقيقي لعبارة المشرع، واتباع أسلوب التفسير الضيق او الحرفي يجد مبرراته في العصر الذي اوجده كردة فعل يواجه فيه تحكم القضاة، لكن هذا المنهج بحد ذاته تنقصه الحقيقة الواقعية في أن تعبيرات المشرع يجب ان يكتنفها الصياغة الدقيقة وهذا امر غير موجود، فكثيرا ما تأتي الصياغات مشوبة بالتناقضات⁽²⁷⁾، كما ان الإرادة التشريعية المنصوص عليها ليست بالمبدأ الجامد وانما هي إرادة قابلة للتطور وفقاً للوقائع الاجتماعية المستحدثة طالما انها تتفق مع المصلحة المحمية المقررة قانوناً، لان القانون لم يوضع لمواجهة الظواهر الاجرامية السابقة والمعاصرة فحسب وانما جاء من اجل الوقائع المستقبلية وفقاً للتغيرات والتحويلات الاجتماعية، دون ان يفترض القاضي إرادة القانون بحجة تحقيق الاستقرار القانوني، ومنها تفسير ظاهرة الابتزاز الالكتروني بأنها من حالات التهديد المصحوب بطلب م (430) عقوبات عراقي.

وفي المجال الدولي ما يقتصر على اظهاره في هذا المحل هو الموقف المتقدم لمحكمة العدل الدولية، من التصدي لإرهابيات المجتمع الدولي في مواجهة احداث ووقائع اثارته ضجة وهزت الكيان الدولي، واهمها جرائم الحرب التي رافقت الحرب العالمية الثانية (1939-1943) والانتهاكات

الجسيمة لأحكام القانون الدولي الانساني المرتكبة في يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991، والتي شملت ابشع الممارسات الهادفة الى التطهير العرقي من طرد اجباري واعدامات بلا محاكمة والاغتصاب الجماعي للإناث واعتقال المدنيين تعسفاً...الخ من الافعال الجرمية التي كانت النصيب الرئيسي الاكبر من حصة اقليمي البوسنة والهرسك سابقاً⁽²⁸⁾، كذلك مسلسل المجازر الذي ارتكبه قبيلة الهوتو الحاكمة في رواندا ضد زعماء وأبناء قبيلة التوتسي وخاصة في إقليمي (بوتار وجيكونجورو) ومدينة كيجالي عام 1994⁽²⁹⁾، فكان دور محكمة العدل الدولية واضحاً في كشف وتفسير بعض القواعد المتعلقة بالقانون الجنائي الدولي، مسترشدة بشكل اساسي بالعرف الدولي المستقى من التشريعات القانونية للدول المتقدمة، اذ أظهرت وفسرت القواعد الأساسية المتصلة بالقانون الدولي الإنساني، مثل عدم قانونية استخدام الاسلحة التي لا تميز بين العسكريين والمدنيين، والأسلحة التي تسبب بضرر غير لازم ومستقبلي للمقاتلين⁽³⁰⁾، وهذا الموقف القضائي الدولي يعد بالمحكمة انها قد دفعت بخطاها القانون الجنائي الدولي نحو التطور، على الرغم من الضغوطات التي كانت تواجهها سواء من الخارج بواسطة الدول الخمس دائمة العضوية بمجلس الامن الدولي، او الضغط الداخلي الذي يداعب مكامن النفس لقضاة المحكمة فيما يخص مصالح بلدانهم.

المبحث الثاني

مواجهة ازمة التشريع الجنائي وفقاً لمعطيات مبدأ المشروعية الجنائية

لكي يكيف السلوك قانوناً بعدم المشروعية يجب ان يكون محل للتجريم في القانون الجنائي، فقاعدة التجريم هي ما ينقل السلوك المحدد من نقطة المشروعية الى مركزه الجديد قانوناً وهو عدم المشروعية وذلك ما يطلق عليه بالعنصر الإيجابي، اما العنصر السلبي لتحقيق عدم المشروعية فيكون عند غياب سبب او اكثر من الاسباب المبيحة للسلوك المجرم، وكلا العنصرين (الايجابي والسلبي) يقرهما النص التشريعي في القانون الجنائي الداخلي، وفقاً لأهم النتائج المترتبة على مبدأ المشروعية وما استقرت عليه دساتير الدول، لكن الحال في القانون الجنائي الدولي يختلف فيه الامر وفقاً للمراحل التي مر بها رسم الكيان المادي لهذا القانون حديث العهد، وذلك ما سنكون في خضم دراسته ما بين ثنايا هذا المبحث وكما يأتي :

المطلب الأول

مبدأ المشروعية الجنائية قبل تشريع النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998 والنافذ 2002

أن المشروعية الجنائية على النطاق الدولي في هذه المرحلة ذات مفهوم خاص تختلف فيه عن مفهوم المشروعية في القانون الداخلي، سواء فيما يتعلق بمدلول مبدأ المشروعية ليشمل القاعدة التشريعية غير المكتوبة كونه يستند على فكرة العدالة، او بالنسبة لنتائج المبدأ التي يحدد مضمونها وفقاً للتوسع في مفهومه، فاذا أردنا مقصود المشروعية بناءً لرؤى الفقه الجنائي حينها وجدنا مصدرها فيما يأتي:

الفرع الأول/ التشريع المكتوب

ان مبدأ المشروعية الجنائية يستند على اختصاص السلطة التشريعية في تحديد ما هو مجرم ومعاقب عليه، وذلك تأكيداً على سيادة الشعب بعد ان كانت الطبقات الحاكمة (الارستقراطية) هي من تستأثر بجميع السلطات ومنها التشريع، هذا ما يتعين عليه تحديد نشاط السلطة التشريعية مقارنة بنشاط السلطة التنفيذية في انشاء قواعد قانونية تأخذ صورة التشريع او اللوائح، في اطار مبدأ المشروعية (سيادة القانون) الذي يكفل الحقوق والحريات التي لا يمكن سلبها الا عن طريق ممثلي أصحاب هذه الحقوق والحريات، وذلك ما عبر عنه المجلس الدستوري الفرنسي فيما ذكره كمبرر لقراره الصادر في 28 نوفمبر 1973 بأن ((سلب الحرية يتعلق بالمشروع وحده))⁽³¹⁾.

بالتالي ان مبدأ انفراد التشريع على المستوى الداخلي للدول يعني انه ليس للسلطة التنفيذية التدخل في اختصاص المشرع، كما لا يمكن للمشرع ان يفلت من مسؤوليته في مواجهة الظواهر التي تمس مصالح جوهرية للمجتمع مع مراعاة مسألة الحقوق والحريات، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن "الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق هو اطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه انسبها لفحواه واحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، واكفلها لأكثر المصالح وزناً في مجال انفاذها"⁽³²⁾. ويخرج عن حالة تدخل السلطة التنفيذية بعمل السلطة التشريعية عندما تفوض الأولى بقانون صادر من السلطة الثانية، بالتالي يعد تشريعاً يصلح ان يكون

مصدراً للتجريم والعقاب⁽³³⁾ على الرغم من محذور ذلك، فتقوم السلطة التنفيذية بوضع الأنظمة والتعليمات لتأمين تنفيذ القوانين وأحياناً يقرن الامر بوجود أجزيه جنائية، كما يصح التفويض في تحديد نطاق التجريم بحصر الأفعال التي تشكل اعتداء على المصلحة المحمية⁽³⁴⁾، وقد طبق المشرع العراقي فكرة التفويض في عدة قوانين منها قانون اصلاح جنس الحيوان رقم(116) لسنة 1976 المادة (7)، وقانون تنظيم التجارة رقم (20) لسنة 1970.

وعلى المستوى الدولي ولتجنب الانتقادات التي وجهت الى المحاكمات العسكرية والاستثنائية ومنها محكمتي (نورمبرغ وطوكيو)، بأنها قد خالفت مبدأي المشروعية والعدالة عندما أنشئت تطبيقاً للرغبة في الانتقام، تنبعت الأمم المتحدة الى ضرورة تقنين ما يمس السلام والامن الإنساني من جرائم، وبالفعل شكلت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر عام 1950 لجنة متخصصة بكتابة مشروع نظام قانوني لمحكمة جنائية دولية تتسم بالديمومة في ممارسة اختصاصاتها، واسفرت جهود اللجنة الخاصة عن تقديم مشروع قانون وتقرير للجمعية العامة في أغسطس عام 1951 كان يتضمن 55 مادة يراها البعض مشروعاً متكامل⁽³⁵⁾ للمحكمة الجنائية المقترح انشاءها، لكن الجمعية العامة قررت في ديسمبر 1952 تشكيل لجنة ثانية عكفت على دراسة الموضوع بصورة اكثر دقة، وقدمت مشروعها المكون من 54 مادة في 20 أغسطس عام 1953 لكن اللجنة الخاصة بدراسة المشروع رفضت اقراره لحين تعريف العدوان الذي لم يرى النور حتى عام 1974 بموجب قرار الجمعية العامة رقم (3314)، وفي ديسمبر سنة 1989 وبموجب ما قرره الجمعية العامة بتكليف لجنة القانون الدولي في بحث موضوع تشكيل محكمة جنائية دولية او اقتراح آلية قانونية لها صفة دولية بالعقاب في مواجهة اشخاص طبيعيين يتهمون مستقبلاً في ارتكاب جرائم بموجب احكام قانون للتجريم الدولي⁽³⁶⁾، حتى ادركت اللجنة المذكورة عقدة سير المنشار في النص على عقوبات لا يقررها نص قانوني جنائي دولي ينشئ شقي القاعدة الجنائية بالتجريم والجزاء في آن واحد، فاقترح مقرر اللجنة العام منح سلطة العقوبة للمحكمة ابتداءً ووفقاً لما تقدر بأنها عقوبة عادلة، وهنا ننتهي الى القناعة التامة بعدم وجود النص الجنائي العقابي على المستوى الدولي طيلة الفترة الزمنية التي سبقت نظام روما الأساسي عام 1998، لذا لا يمكننا اعتبار التشريع المكتوب (النص القانوني) احدى مصادر المشروعية الجنائية الدولية آنذاك خلافاً للوضع الداخلي في تشريع الدولة الجنائي.

الفرع الثاني/ العرف التشريعي

يمكن تحديد مفهوم العرف بأنه مجموعة من المواقف والمفاهيم وقواعد السلوك التي اعتاد عليها الناس بحكم العادة والممارسة حتى اكتسبت طابع الشعور بالإلزام، وبموجب احكام القانون الجنائي للدولة فإن أثر العرف يبقى ضعيفاً في اطار تجريم الأفعال كونه خارج قاعدة تقنين القاعدة الجنائية⁽³⁷⁾، لكن هذا لا يمنع من الإحالة اليه في تحديد الصفة الاجرامية لبعض الأفعال كما في تحديد مفهوم الفعل الفاضح المخل بالحياء او حدود التأديب، بالتالي فإن العرف لا يمكن له ان يكون مصدراً للتجريم او العقاب ولكن يجوز الرجوع اليه في الاوضاع التالية :

1- اسباب الاباحة لأن القاعدة المقررة هي الاصل في الافعال الاباحة ما لم يرد نص يقيدھا او يمنعھا، وإذا ارید الرجوع الى الاصل بإباحة الفعل بعد تجريمه يمكن اللجوء الى العرف.

2- تحديد العناصر المكونة للسلوك الجرمي، فاذا كان مبدأ المشروعية يحضر الاستناد الى مصدر غير التشريع في تحديد حالات التجريم والعقاب، فإن ذلك لا يتعارض مع فكرة الرجوع الى العرف في تحديد عناصر بعض الأفعال التي كان نصيها في التجريم قد جاء بموجب النص التشريعي⁽³⁸⁾.

3- اشتراك العرف في انشاء التكليف الجنائي، حيث يسهم احياناً على النحو الذي تملیه طبيعة التكليف ذاته، وذلك في حالة التكليف على بياض او التكليف الذي يرد في قالب حر⁽³⁹⁾، فبالنسبة للحالة الأولى تكون عندما يحدد المشرع الجنائي شق الجزاء فقط ويحيل الى قاعدة قانونية غير جنائية في تحديد شق التكليف لتلك القاعدة الجنائية، ومنها فكرة الجريمة الإيجابية المرتكبة بوسيلة سلبية في أن يكون هناك التزام قانوني او اتفاقي على عاتق الجاني، بأن يتدخل للحيلولة دون تحقق نتيجة الجريمة لكنه احجم عن ذلك مريداً لتلك النتيجة ان تتحقق مع توافر رابط السببية ما بين فعل الامتناع والنتيجة الجرمية، فمن يتولى تحديد الالتزام القانوني او الاتفاقي قاعدة غير جنائية وهذه القاعدة الأخيرة قد يكون مصدرها العرف، وفي ذلك قضت المادة (34) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 "تكون الجريمة عمدية اذا توفر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك : أ- اذا فرض القانون او الاتفاق واجباً على شخص وامتنع عن ادائه قاصداً احداث الجريمة التي نشاء مباشرة عن هذا الامتناع".

اما الحالة الثانية فتكون عندما يتعذر على المشرع الإحاطة الشاملة بوصف الفعل المكون للجريمة، بهذا يقرر تحديد الجريمة بنتيجتها ويترك للقاضي صلاحية تحديد ما يطابق من الأفعال لوصف الجريمة القانوني ومنها جريمة السب والقذف، اذ يحال الى العرف في تقرير ممن الأفعال مؤدياً الى فكرة الاحتقار عند أبناء وطنه، ويلجأ الى العرف أيضاً بالنسبة للأفعال ذات المفهوم المتغير والمتطور بتطور واقع المجتمع ومنها مفهوم الفعل المخل بالحياء، والذي يكون مسألة نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان المواد (401،400) عقوبات عراقي والمادة (278) عقوبات مصري.

4- اسهام العرف في تحديد نتيجة جرمية معينة، ويكون دور العرف هنا غير مقتصر على تفسير القاعدة الجنائية وانما منصّباً على بنیان القاعدة الجنائية، ومن امثلتها ما نشرته احدى الصحف الفرنسية من أن اكاديمية العلوم الفرنسية اعتبرت ان المريض يكون ميتاً من الناحية الطبية اذا اصبح دماغه في حالة عجز مطلق في ان يؤدي اية من الوظائف العضوية والعصبية، وهذا الرأي لم تؤيده الجهات الطبية الرسمية في فرنسا، ولكن اذا اصبح عرفاً طبياً ملزماً فإن اثره على تحديد حالة ازهاق روح الانسان في جريمة القتل يكون جوهرياً، اذ يكون معنى القتل وفقاً لمفهوم ازهاق روح انسان حي حالياً مقتصر على تعطيل الوظائف العضوية لجسم الانسان دون الوظائف العصبية وذلك ما يضيف حالة أخرى لمعنى القتل⁽⁴⁰⁾. اما عن اثر العرف في العقاب فإن ما جاءت به المدرسة التقليدية من مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات)، اذهب على القاضي اية محاولة في قياس تطبيق العقوبة على واقعة لم يستدركها المشرع بالتجريم، وهذا ما جاءت به المادة الثامنة من الوثيقة المسماة (اعلان حقوق الانسان والمواطن) عام 1789 بأن "لا يجوز البتة عقاب أي شخص الا بموجب قانون يصدر سابقاً على ارتكاب الجريمة وليس للقانون أن ينص الا على العقوبات الضرورية بصورة مؤكدة"، وتبناه قانون العقوبات الفرنسي عام 1791 والى اللحظة يعد ذلك مذهباً عاماً مطرداً في اغلب تشريعات القانون الجنائي، مما لا يترك للعرف اية مجال للعقاب ضمناً لأفكار الحرية الإنسانية⁽⁴¹⁾.

وعن قوة العرف الإنشائية في اطار القواعد الدولية ومنها قواعد القانون الجنائي الدولي، يرى بعض الفقه⁽⁴²⁾ ان مبدأ المشروعية يحكم القانون الجنائي الدولي لأنه يقوم على فكرة العدالة التي

يستند اليها العرف الدولي في الوقت ذاته، فلا تكون الضرورة متوافرة في صراحة الناس على مبدأ قانونية او مشروعية الجرائم والعقوبات، لأن روح وجوهر مبدأ المشروعية يقرها القانون الجنائي الدولي في اطار ما يضيفه القانون العرفي او الاتفاقي من وصف للأفعال وقت ارتكابها، وهذا هو الاصل الذي لا يغير من وجود نصوص دولية للتجريم كون النص التشريعي دوره كاشف للجريمة لا منشأ لها⁽⁴³⁾، لكن هذا الرأي يصطدم بالمعوقات الجمة التي تواجه تطبيقه العملي في صعوبة تحديد ما يعتبر من الجرائم الدولية، التي غالباً ما يستحيل معها الاجماع بين الدول، فيكتفي بالأفعال التي لا تحظى بالخلاف الكبير حول وصفها الاجرامي ويمكن الاستناد فيها الى العناصر التي تمد العرف بأساس الزامه، كفكرة صالح المجتمع الدولي العام وفكرتي الاخلاق والعدالة، التي اعطت الوصف الجرمي للحرب العدوانية وافعال تعذيب وقتل اسرى الحرب والافعال ضد الانسانية واستخدام الأسلحة شاملة التدمير، كذلك تبرز المشكلة في مجال مطابقة الفعل المرتكب مع النموذج القانوني للجريمة⁽⁴⁴⁾، في ظل وضع يغيب فيه النص التشريعي الذي يرسم اركان وعناصر الجريمة، وهذا ما كان حاضراً اثناء محاكمة نورمبرغ لكبار مجرمي الحرب عام (1945-1946) في الاحتجاج بعدم وجود النص القانوني وعدم وضوح صفة التجريم، لكن المحكمة رفضت الدفع بذلك لغلبة الجانب العاطفي والسياسي على المحاكمة، كما ظهرت مشكلة المطابقة في تحديد حالات العدوان التي كان يخلفها عدم الاتفاق على تعريف موحد للعدوان حتى عام 1974⁽⁴⁵⁾، بعد ان اعتمدت الامم المتحدة على مشروع اللجنة الخاصة لهذا الغرض، والذي بدوره لم يلقى قناعة مشرعي نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لقصور التعريف في شمول الصور المستحدثة للعدوان، حتى عدلت عليه اللجنة الخاصة وادخلت جريمة العدوان ضمن نطاق سريان المحكمة النوعي عام 2010. مما تقدم فإن منطق القانون لا يقرر لمبدأ المشروعية في إطار القانون الجنائي الدولي نتائج محددة وفقاً للمنظور المجرد للقانون والمعمول به في القوانين الداخلية، ويعود سبب مرونة نتائج المبدأ في غياب النص المكتوب، مما يرتب اثار تتفق مع طبيعته العرفية في زوال هالة القدسية عن مبدأ المشروعية وهذا ما سيتم توضيحه في الآتي:

اولاً / اعتبار التشريع المصدر الوحيد للتجريم : ان فلسفة الفكرة ترتكز على وحدة الاساس الذي يقوم عليه مبدأ المشروعية و العرف، فكلاهما يؤسس على لبنة الصالح العام وتحقيق العدالة فاذا

كانت المعاقبة على جريمة دولية تستلزم ان يكون الفعل قبل اقترافه محلاً للتجريم، فإن الامر يستوي سواء أكان مصدر التجريم يعود الى العرف او النص الدولي في معاهدة، وهذا ما يعد امعاً لمبدأ المشروعية بالنص او المعنى، والمثال على ذلك يكون في اطار الانتقاد الموجه لمحاكمات كبار مجرمي الحرب العالمية الثانية (نورمبرغ)، بأنها لم تقرر في تشريع داخلي لدول المتهمون او تشريع دولي تلتزم به الدول، فيرد بأن افعال مجرمي الحرب قد لبست واتصفت بجرميتها من حظرها فيما استقر عليه العرف الدولي، كما انها افعال جرمية لا يمكن الاعتذار بجهل وصفها الواضح بإجرامه، ودونتها اتفاقيات سابقة على المحاكمة كشفت عن المضمون المستقر للأعراف الدولية، ومنها اتفاقية لاهاي 1907 وجنيف 1864 و 1929، ومع ذلك فإن مبدأ المشروعية يحظى بذات القدسية التي تطوقه في القانون الداخلي اذا ما تم تدوينه في نص قانوني دولي صريح، يمنع فيه صور التجريم والعقاب الا بموجبه وهذا ما تمسك به مشرع نظام روما الاساسي في اعمال مبدأ المشروعية نصاً وروحاً.

ثانياً / عدم الرجعية الى الماضي : بمعنى انه لا يجوز لقاعدة التجريم الدولية ان تكون ذات اثر رجعي والمفروض ان يبدأ سريانها من وقت النص عليها، فاذا كان العرف المجرم قد كسب طابع الاستقرار سواء بالنص عليه باتفاقية او معاهدة دولية شائعة او لا زال مجرد قاعدة عرفية حتى لحظة ارتكاب الفعل، فلا يشكل النص عليه نقطة لبداية العمل به وانما يكون للنص دور كاشف على وجوده فقط⁽⁴⁶⁾، بمعنى ان ذلك النص التجريمي كان يسبقه عرف دولي يوصف الفعل بعدم المشروعية، وجاء دور النص مقتصرراً على تدوين مضمون العرف، وذلك ما يختلف عن فكرة التطبيق بأثر رجعي لقاعدة جنائية دولية. تطبيقاً لذلك فإن من المقبول اضعاء الوصف الجرمي على الحرب العدوانية او الافعال التي تخرق المفاهيم الانسانية او قواعد الحرب التي نص عليها في نظام المحاكم العسكرية الدولية، اذ يبدو لأول وهلة انها طبقت على خلاف مبدأ عدم الرجعية بالنسبة للتشريع الجنائي، لكن حقيقة الامر لم تكن سوى تدويناً لإحكام عرفية دولية سابقة، كما يمكن الارتكاز الى فكرة القانون الطبيعي في التجريم على الافعال التي يبدو فيها طابع الجريمة واضحاً، حتى لا يقبل الادعاء ممن يرتكبها بالجهل في العلم بها وقت الارتكاب، وهذا ما كانت عليه مجموعة

الجرائم التي ارتكبها الالمان ابان الحرب العالمية الثانية فيما بلغت من تجاوز لحدود القسوة والوحشية ووصفها بسابقة الفظائع.

ثالثاً /القياس والتفسير الواسع للنص التجريمي : خرجت بعض التشريعات الجنائية عن مبدأ المشروعية تحت ذريعة مخالفته للأخلاق، على اعتبار عدم امكانية المشرع من حصر الافعال المخلة بالنظام العام للمجتمع، ومن هذه التشريعات هو القانون الدنماركي عام 1930 والذي قضت المادة (1) منه بأن "يقع تحت طائلة العقاب كل فعل يعاقب عليه القانون الدنماركي وكل فعل اخر يشابه الفعل المنصوص عليه تمام المشابهة"، بهذا فإن هذا القانون يقرر استخدام القياس في نصوص التجريم علماً ان النص السالف ذكره لا زال معمولاً به حتى يومنا هذا، ولدينا في هذا الموضوع ملاحظة تعلقت بالمادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (12) لسنة 2005 والتي جاء نصها بان "تعد الأفعال الاتية من الأفعال الإرهابية"، وهذا ما يوحي ان ما ورد من تعداد الأفعال الإرهابية في المادة أعلاه لم يكن على سبيل الحصر، ويمكن الإضافة اليه اذا ما اتحدت العلة في التجريم ما لم يصرح المشرع بخلاف ذلك، كذلك قانون العقوبات السوفيتي لعام 1922 و 1926 وبموجب نص المادة (16) بأنه "اذا كان اي فعل خطراً اجتماعياً لم ينص عليه في هذا القانون، فإن اساس المسؤولية عن هذا الفعل وحدودها تتقرر وفقاً لمواد هذا القانون التي تعالج اكثر الجرائم شبيهاً به من حيث طبيعتها"، والقانون الالمانى الصادر عام 1935 الذي جرم الافعال التي تستحق العقاب ولا يوجد نص يعاقب عليها طبقاً للنصوص التي تعاقب على اقرب فعل اليها⁽⁴⁷⁾، فالنظره الدقيقة والمتفحصة للقانون الجنائي تظهر انه قانون ملتحم بإطاره الاجتماعي عندما تحتوي نصوص القانون على مصطلحات لا يمكن تحديد مفهومها الا بالرجوع الى ما تقضي به النظم الاجتماعي السائدة، فواقع النصوص الجنائية من حيث الايجاز والوضوح لا يبعد القاضي الجنائي عن دوره في اداء مهمته بالتفسير وكشف مقاصد الشارع لجعل النص ممكن التطبيق وحسب الحالة المعروضة امامه⁽⁴⁸⁾.

واذا كان القانون الجنائي الداخلي يحضر التوسع في تفسير نصوص التجريم والعقاب فإن القانون الجنائي على المستوى الدولي يسمح بذلك، نظراً للطبيعة العرفية السائدة على قواعده واستنادا لفكرة ان قاعدة التجريم التي يكون مصدرها هو العرف مباشرة او النص الذي كشف عن العرف لا يتحدد

فيها غالباً اركان الجريمة او صور السلوك الجرمي، مما يمكن استيعاب الافعال الجرمية المستحدثة التي لم تكن مدركة في فترة نشأة العرف او وضع النص التجريمي، وتطبيق ذلك نجده في تطور مفهوم جرائم الحرب بالتوافق مع تغير اسلحة الحرب وتطور فنونها التقنية، حتى استجدت الأسلحة التي تخلف الدمار الشامل وتترك اثاراً للتعذيب الانساني، وهذا ما يجعل التمسك بحرفية التجريم عرفاً او نصاً متناقضاً مع مقتضيات العدالة فأنت بعدها اشكال التخفيف في عدة اوجه منها :

1. ايراد وصف الافعال بالتجريم على سبيل المثال دون الحصر مما يسمح ضمناً بالقياس عليها عندما تتحد العلة في التجريم، مثال ذلك ما ورد في المادة (6) لنظام محكمة نورمبرغ التي اعطت بعض الأمثلة لأفعال الجرائم ضد الإنسانية وهي الاسترقاق والإبادة واثارة الحرب والاضطهاد المذهبي وافعال جرائم الحرب بقتل المدنيين او الاسرى والاكره على العمل.

2. النص الصريح في بعض المواثيق الدولية على القياس والتفسير الواسع، مثلما ورد في ديباجة اتفاقية لاهاي الرابعة عام 1907 بخصوص جرائم الحرب من أنه "تطبق مبادئ قانون الامم كما جاءت من التقاليد التي استقر عليها الحال بين الشعوب المتمدنة وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام"(49).

3. لاستدراك التطور الهائل في نطاق الجرائم الدولية، اصبحت قواعد التجريم تصاغ بطريقة مرنة من شأنها ان تتيح للقاضي فرصة تفسيرها بما يحقق الغاية من تشريعها.

الفرع الثالث /المبادئ العامة للقانون

ذكر بعض الفقه الدولي انه لا يمكن لمبادئ القانون العامة ان تكون مصدراً للقاعدة القانونية ما لم يكن المبدأ معمولاً به في الانظمة القانونية دون استثناء، والا يعد مصدراً للالتزامات دون القواعد القانونية فيما بين الدول المعترفة به (50)، والمادة (38) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية قررت بأن المبادئ العامة للقانون التي اقترتها الامم المتمدنة هي من المصادر الرئيسية التي يمكن استعمالها لحل اي نزاع دولي. فالرأي السائد يذهب الى ان المبادئ العامة هي مبادئ مشتركة في مختلف الانظمة القانونية في العالم، وتحظى بقدر من العمومية على ان يشترط لتطبيقها عدم تعارضها مع القواعد المستقرة في القانون الدولي، ومنها مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) الذي أصبح سائداً في النظم القانونية الداخلية لكنه لم يسود على احكام القانون الدولي في بعض الاحوال،

معنى ذلك ان المبادئ العامة تساعد في سد النقص لإحكام القانون الدولي متى ما تعذر وجود القاعدة الاتفاقية او العرفية (51)، والقضاء الدولي قد لجأ الى المبادئ العامة في العديد من القضايا منها الانشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها، حماية الاشخاص الدبلوماسيين والقنصليين في طهران...الخ.

الفرع الرابع / القضاء

لجأ القضاء الجنائي الدولي الى مصادر متعددة لحل مشكلة عدم وجود النص التجريمي، وهذا مسار باشرته جميع المحاكم الجنائية الدولية لمواجهة الانتهاكات الكثيرة على مستوى دول العالم، ومنها المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة التي انشأت بموجب قرار مجلس الامن للرقم (857) في 20 اب اغسطس 1993، بهدف محاكمة المسؤولين عن ممارسات التطهير العرقي في البوسنة والهرسك، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا بموجب قرار مجلس الامن بالرقم (955) في 18 تشرين الثاني نوفمبر 1994، لمحاكمة المسؤولين عن اعمال الابادة العرقية الجماعية للمعتدلين من قبائل الهوتو والاقلية العرقية لقبائل التوتسي عام 1994(52)، وكانت اولى الجلسات في 9 كانون الثاني يناير 1997 في قضية (بول اكايسو)، الذي وجهت له (12) تهمة اباداة جماعية وجرائم ضد الانسانية وانتهاكات للمادة (3) المشتركة من اتفاقيات جنيف 1949، عن طريق الاعمال اللاإنسانية والاغتصاب وهتك العرض، على اعتبار ان تكييف الاغتصاب وهتك العرض من عناصر الإبادة الجماعية من سوابق القضاء الجنائي الدولي، عندما تصدت تلك المحكمة الى توضيح الاغتصاب بأنه "انتهاك بدني ذو طبيعة جنسية يرتكب بحق شخصاً في ظروف قهرية"، وأن الاعتداء الجنسي يمثل صورة للإبادة الجماعية شأنه كأي فعل اخر متى ما تم اقترافه بقصد محدد للقضاء كلاً او جزءاً على جماعة معينة، وقضية (الاعلام) بمواجهة المتهمون (فردينايد ناهيماننا، جان بوسكو، بارايا غويزا، حسن نغيزي)، الذين ادينوا بتهمة الابادة الجماعية وجرائم ضد الانسانية والتحريض المباشر والعلمي على ارتكاب اعمال الابادة الجماعية بواسطة محطة الاذاعة والتلفاز وصحيفة (كانغورا) (53). والتطور الاهم هو شمولية مفهوم جرائم الحرب للانتهاكات الواقعة اثناء النزاع المسلح غير الدولي، باعتبار ان اتفاقيات جنيف الاربعة لجرائم الحرب 1949 والبروتوكولين الملحقين بها 1977 لم تحسم الامر، فباتت صعوبة تحديد مسؤولية الافراد الجنائية امر مدرك (54).

المطلب الثاني

مبدأ المشروعية الجنائية في ظل النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998 والنافذ عام 2002

قرر نظام روما الاساسي المشروعية المكتوبة بالنص الصريح، لإظهار الطبيعة الجنائية للقانون الجنائي الدولي اسوة بالتشريعات الجنائية الداخلية وبهدف تذليل معوقات انشاء محكمة جنائية تتمتع بصفه الديمومة، اذ كان الاعتراض الاكثر أثراً على قيامها هو غياب النص الجنائي المكتوب ليشكل قانون المحكمة المطبق (55)، وهذا ما يدفع بنا الى السير في فلك فكرة التطور لمبدأ المشروعية الجنائية ومدى التقيد حرفياً بانفراد التشريع كمصدر لأحكام القانون الجنائي:

الفرع الأول/ النص كتابة على مبدأ المشروعية الجنائية

بما ان هذا المبدأ أصبح من بديهيات ما يستهل به كل قانون جنائي داخلي تقريباً، فأن القانون الجنائي على المستوى الدولي لم يذكره بصراحة الا فيما نصت عليه المواد (22 - 24) من نظام روما الاساسي، اذ قررت المادة (22/ف3) مبدأ لا جريمة الا بنص بقولها "لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الاساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، وهذا لا يمنع من اضافة وصف لسلوك بأنه اجرامي وفق قواعد القانون الدولي على ان يقرر النص التجريمي بموجب وثيقة دولية"، وقررت المادة (23) مبدأ لا عقوبة الا بنص بقولها "لا يعاقب اي شخص ادانته المحكمة الا وفقاً لهذا النظام الأساسي"، وهذا ما يجعل فكرة تجزئة القاعدة الجنائية حاضرة هنا ولا تستلزم صياغة النص اجتماع شقي القاعدة الجنائية (التجريم والعقاب) في نص واحد، مما يسمح قانوناً ان يجرم سلوك معين في المستقبل ويدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لتكون العقوبة عليه مقرره في النظام الاساسي، وهذه الحالة مقترنة بفكرة (القاعدة الجنائية على بياض) المعمول بها في التشريعات الجنائية الداخلية، ذلك ما دفع بعض الفقه القانوني (56) الى الاقرار بزوال الطبيعة العرفية لقواعد القانون الجنائي الدولي واقتصارها على القواعد الجنائية ذات الصبغة غير المجرمة، بعد ان تحولت الى قواعد تشريعية تترتب عليها نتائج مبدأ المشروعية الجنائية:

اولاً: قررت المادة (5) من النظام الاساسي الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على سبيل الحصر، وهي الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجريمة

العدوان، وما ذكرته الفقرة الثالثة من المادة (22) من ذات النظام من امكانية اضافة وصف جرمي لسلوك بعينه في وثيقة دولية مكتوبة لا يتعارض مع مبدأ المشروعية، على اعتبار مبدأ لا جريمة الا بنص جاء ليشمل مطلق الجرمية حتى وان لم ترد في نظام روما.

ثانياً: نصت المادة (24) من النظام الاساسي على قاعدة عدم رجعية احكام القانون الجنائي على الماضي الا إذا كانت أصلح للمتهم، بمعنى عدم تجريم سلوك لم يكن معاقباً عليه لحظة ارتكابه او تشديد عقوبته عما كانت عليه وقت الارتكاب.

ثالثاً: قررت الفقرة الثانية من المادة (22) من نظام روما بأن يفسر تعريف الجريمة بشكل دقيق ولا يجوز توسيع نطاقه، بمعنى حظر التفسير الواسع لأي نص تجريمي وارد في النظام.

رابعاً: قررت الفقرة الثانية من المادة (22) حظر القياس في النص التجريمي.

خامساً: أن ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة (22) يوحي ضمناً تحقق مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم في حالة عدم القطع بانطباق سلوك المتهم مع النص التجريمي.

الفرع الثاني/ العرف

أشارت المادة (31) من نظام روما الاساسي الى دور العرف في مجال ما تسمى بالنصوص الجنائية السلبية، فقررت ان "للمحكمة ان تنظر اثناء المحاكمة في اي سبب لامتناع المسؤولية الجنائية بخلاف الاسباب المشار اليها في الفقرة (1) في الحالات التي يستمد فيها هذا السبب من القانون الواجب التطبيق على النحو المنصوص عليه في المادة 21"، على اعتبار ان القواعد العرفية المستقرة او المبادئ العامة للقانون الدولي العام هي ما يمكن لها ان تشكل القانون الواجب التطبيق، بهذا فإن نطاق المشروعية الجنائية بغير حالات التجريم والعقاب يمكن له ان يستعين بالعرف بما لم يرد به نص صريح⁽⁵⁷⁾. من ذلك فإن دور العرف الجنائي على المستوى الدولي هو ذات الدور المعمول به على المستوى الوطني، ويزيد عن ذلك انه قد يلجأ الى العرف في تحديد اركان بعض الجرائم، ومنها تحديد ما هو مقصود بجرائم الحرب بمقتضى احكام المادة (8) من نظام روما الاساسي التي اصبحت تشمل الانتهاكات الخطيرة للقوانين الأخرى، دون ان يقتصر الامر على ما هو مقرر من انتهاكات جسيمة بموجب اتفاقيات جنيف الإنسانية م (3) المشتركة، او يكون دور العرف غير مباشراً في التجريم والعقاب عندما يستلزم تحديد بعض العناصر للجريمة الدولية اللجوء

الى قواعد قانون يكون العرف مصدره، ومنها الجرائم ضد الإنسانية التي يحيل فيها نظام روما الاساسي الى ما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي، بشأن سجن الافراد او حرمانهم الشديد من الحرية او اضطهاد اية جماعة او ابعاد السكان عن مناطقهم دون مبرر، وهناك ممارسة مفادها أن استخدام الأسلحة البيولوجية محظور حتى وان كانت الدولة المعنية ليست طرفاً في اتفاقية الأسلحة البيولوجية او مسجلة في بروتوكول جنيف بشأن الغازات، على اعتبار ان هذا الحظر هو جزء من القانون العرفي ويلزم جميع الدول بهذا التكليف⁽⁵⁸⁾.

الفرع الثالث/ التقيد بالمشروعية الجنائية في قرارات مجلس الامن

ان الجزاءات الجنائية من المفروض لها ان تصدر عن جهة قضائية بمواجهة افراد او اشخاص معنوية (دول، منظمات)، ولكن ما جاء استثناء عن هذا الاصل هو ايقاع أجزيه جنائية دولية ذات طابع خاص عن طريق جهة تنفيذية (مجلس الامن)، تلك الاجزية التي سمح ميثاق الامم المتحدة لمجلس الامن اصدارها على اية دولة او مؤسسة او فرد حفاظاً على الامن والسلم الدوليين م (39) الميثاق. وما دما في إطار المشروعية بالقانون الجنائي فان احكام هذا القانون لا تقتصر على ما جاء به نظام روما الأساسي، وانما في تقديرنا تمتد الى شمول ما جاءت به المادة (39) الميثاق بشأن بعض الأجزية ذات الصبغة الجنائية حتى وان خول مجلس الامن (السلطة التنفيذية) بدلاً من الجهة القضائية (محكمة العدل الدولية) في ايقاعها، وإذا كان الامر كذلك فأن السؤال الذي يثار يكون مدى مشروعية العقوبات التي يفرضها مجلس الامن بموجب احكام ميثاق الامم المتحدة؟

ان الفكر الراجح في تقرير مشروعية قرارات مجلس الامن بالجزاءات الجنائية، يكون عند وجود نصوص قانونية ملزمة تحت مضمون وشكل الجزاء الدولي، لكن بعض الفقه يورد عده اسباب تبرر عدم تقيد المجلس بالمشروعية الجزائية الدولية.

اولاً: ان التقيد الحرفي بمبدأ المشروعية يعوق عمل مجلس الامن في اصدار القرارات الجزائية، ويرد على ذلك ان من يعوق اصدار القرارات هي الدول الخمس دائمة العضوية في المجلس عند استخدامها لحق النقض (الفيتو)، وهذه الدول ذاتها هي من يفترض تحملها مسؤولية حفظ الأمن والسلم الدوليين.

ثانياً: يؤدي التمسك بمبدأ المشروعية الى فشل مجلس الامن في اصدار قرارات قوية وملزمة، وهذا ما يرد عليه بأن قوة الالتزام يكتسبها القرار من قانونيته التي يكون مصدرها الفصل السابع من الميثاق، كذلك ان قوة القرار نسبية ليست بعباراته القوية التي غالباً ما دلت التجارب على حيولة الدول الفاعلة بمجلس الامن عن استخدام لغة صريحة وواضحة في قرارات المجلس.

ثالثاً: يؤدي الالتزام بالمشروعية الى اتباع ممارسات من شأنها اضعاف مجلس الامن (59).

رابعاً: من شأن التقيد بمبدأ المشروعية ان يجعل تحرك الدول في دعم تنفيذ القرارات الجزائية بطيئاً (60).

الفرع الرابع/ التكامل بين القوانين

بعد ان وصل عدد الدول التي صادقت على نظام روما الاساسي (121) دولة حتى ديسمبر 2012، عملت معظمها محاولات مختلفة نحو تحقيق التوافق بين النظام الاساسي والقوانين الداخلية وفي مقدمتها الدساتير، فمن الطبيعي لكل دولة عضو ان تقوم بتفحص النظام الاساسي وان تنتهي الى احد الامور: اما تفسير النظام في اطار النص الدستوري او القطع بالتعارض بين النظام واحكام الدستور (61)، وعلى مستوى القانون الجنائي ظهر نظام (التجريم المزدوج)، الذي ينطلق من فكرة ان القانون الجنائي الوطني يتضمن بالفعل عقوبات متناسبة مع الافعال الجرمية التي تنتهك احكام القانون الجنائي الدولي، واذا ظهر في موضع ما اية تناقض بين احكام كلا القانونين، فإنه ينبغي ازالة اي تنازع على اساس سمو القانون الدولي على القانون الوطني، بهذا يمكن تطبيق العقوبات المقررة لجرائم القتل او الاتلاف وطنياً على ذات الجرائم التي تشكل انتهاك جسيم لاتفاقيات جنيف الاربع والبروتوكولين الاضافيين بشأن جرائم الحرب او الإبادة الجماعية، وجاءت الفقرة الأولى من المادة (105) من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 بشأن معاملة الاسرى لتحديد بصراحة قائمة بجرائم الحرب وبما يتفق مع مبدأ المشروعية، دون ان تحدد عقوبة لكل جريمة وانما ترك لكل مشرع وطني تقرير العقوبة المناسبة على صعيد دولته (62)، ومن جانب اخر يمكن تجريم الافعال التي تحقق انتهاكات القانون الجنائي الدولي عن طريق احالة القانون الوطني الى الاحكام ذات الصلة في القانون الدولي، او عن طريق نقل ذات الصور الجرمية وبنفس العبارات الواردة في المعاهدات الى

القانون الوطني مع تغيير العقوبات التي تسري عليها، كذلك يمكن اعادة صياغة الجرائم وتحديد اركانها والعقوبة عليها وفق ما يتسق مع المصطلحات التشريعية المقررة في التشريع الوطني.

الفرع الخامس/ التكامل بين القضاء

يعد التكامل من المبادئ العامة للقانون الجنائي مثلما اقره الباب الثالث لنظام روما الاساسي، اذ يقضي هذا المبدأ بعدم امكانية حلول القضاء الدولي بدلاً من القضاء الجنائي الوطني، فلا يكون للمحكمة الجنائية الدولية النظر فيما سبق للقضاء الداخلي ان وضع يده عليها من الجرائم، وهذه القاعدة ليست مطلقة وانما يخرج عنها حالات: إذا كانت الدولة المختصة وطنياً في القضية غير قادرة او راغبة في ممارسة اختصاصها الوطني، او كانت الجريمة خطرة جداً او ان القضاء الوطني لم يجري محاكمة المتهم بعد⁽⁶³⁾. من هذا يبدو ان الاختصاص التكميلي جاء لتأكيد سيادة الدولة على ما يرتكب على اقليمها او يرتكبه رعاياها من جرائم تم ايرادها في نظام المحكمة الاساسي⁽⁶⁴⁾، الامر الذي يعني ان مبدأ التكامل بين القضاء لا يوجد مجالاً للخروج عن مبدأ المشروعية في حالة عدم النص على أحد الافعال التي تشكل انتهاكاً خطيراً وجسيماً لحق او مصلحة وعلى المستويين الوطني والدولي، وانما اقراره يظهر تعاوناً قضائياً في مواجهة ما تم تعريفه في نظام روما الاساسي. وهذا ما يجعل اللجوء الى الحلول السابقة أوفى وأكثر اتفاقاً مع غاية مبدأ المشروعية الجنائية، دون المساس بأصل الفكرة التي بني عليها هذا المبدأ.

الخاتمة

مما تم بحث من مفردات تعلقت بمبدأ المشروعية الجنائية من حيث مفهومه وأزمة احكامه وكيفية تطوره، لمواجهة الحالات المستقبلية عن طريق الإحالة ما بين القوانين او التفويض التشريعي او اللجوء الى العرف التشريعي، فضلاً عن دور القضاء الدولي ومجلس الامن يبرز لنا عدة استنتاجات ويضع في الذهن بعض التوصيات.

أولاً: الاستنتاجات:

1- ان مبدأ المشروعية الجنائية يختلف عما هو متداول من مصطلح الشرعية الجنائية، اذ ان مصطلح المشروعية أكثر دقة واتفاقاً مع مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)، على اعتبار ان المشروعية هي التطابق مع التشريع (النص المكتوب) دون ان يكون للتجريم والعقوبة مصدر

اخر، غير ان مصطلح الشرعية يمكنه ان يتفق مع مصادر اخرى بالإضافة الى التشريع المكتوب.

2- لا يمكن إطلاق الوصف على مبدأ المشروعية الجنائية بأنه مبدأ جامد ومحاط بقيود تكبل خروجه عن حروف النص التشريعي، فهو وان جاء لمواجهة استبداد القضاء وهيمنة الطبقة السياسية والاجتماعية السائد قبل قيام الثورة الفرنسية، ألا أنه لم يكن وسيلة لإفلات المجرمين واداة لانتشار الظواهر السلبية التي تمس مصالح أساسية للمجتمع الوطني والدولي.

3- ان المشرع الجنائي لا يمكنه دائماً الإحاطة بعنصر التكليف في القاعدة الجنائية باعتبار ان ذلك يحتاج الى جهة فنية مختصة، مما حدا بالمشرع الى النص على العقوبة الجنائية فقط وترك للجهة المختصة تحديد شق التكليف في بعض الحالات.

4- ان مبدأ المشروعية الجنائية لم ينشأ بمعزل عما هو متداول ودرجت عليه الناس من مصطلحات مستخدمة، لذلك لا يمكن للمشرع ان يورد في نصوصه بشكل دائم التعريفات للمصطلحات المستخدمة في صياغة نصوصه، فيكون العرف هو الكفيل في تقرير معنى هذا المصطلح او ذاك لا سيما إذا ظهرت سلوكيات جديدة يمكن لها ان تتضوي تحت مفهوم مصطلح منصوص عليه سابقاً، كما في حالة الابتزاز الالكتروني التي دخلت تحت مفهوم التهديد او اغتصاب الاموال وحسب الأحوال.

5- يواجه المشرع الجنائي في نصوصه حالات في المستقبل، بهذا يكون سعيه في ايراد نصوص جامعة مانعة يكتب لها الاستقرار التشريعي اطول مدة، لكن ذلك يصطدم بنقد المجتمعات وتطور مناحي الحياة مما يجعل التقيد الحرفي بالنص التشريعي سلاح ذو حدين، اما يجعل القانون عاجزاً عن مواجهة حالات مستحدثة وخطيرة، او تجريم افعال كان يمكن الاستناد الى تفسير اخر في أعادتها الى أصلها الاباحة او خروجها عن نطاق المسؤولية الجنائية.

6- لا يمكن لمبدأ المشروعية الجنائية قبل وجود النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ان يتطابق على المستويين الدولي والوطني، فكان قبل وجود النظام يتفق مع مصطلح الشرعية الجنائية باعتبار تعدد مصادر التجريم والعقاب، اما بعد نفاذ النظام الاساسي للمحكمة الجنائية

الدولية فإن الامر أصبح شبه متطابق واخذت مجالات التكامل والتعاون على المستويين تأخذ فرصتها إذا ما اتاحت.

7- للتخفيف من وطأة مبدأ المشروعية في تحديد دور القاضي في التجريم والعقاب، فإن القاضي يبرز دوره بالمقابل في القواعد الجنائية السلبية التي تقرر الاباحة وامتناع المسؤولية، كذلك سلطته التقديرية في وزن الادلة بالإدانة او البراءة والتأرجح بنوع ومقدار العقوبة، كلها عناصر من شأنها ان تعالج اثار الغلو في التجريم او العقاب وجعل الاجزية الجنائية أكثر اتساقاً مع العدالة.

ثانياً: التوصيات:

1) نوصي باستعمال مصطلح (المشروعية الجنائية) بدلاً من الشرعية الجنائية، حتى يشكل مبدأً متفق مع النصوص التي تقرر هذا المعنى، وهذه الدعوة موجهة الى الفقه ودارسين القانون على اعتبار ان المشرع قد قرر هذا المبدأ بصورة النص بأن (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون او بناء على قانون)، وذلك ما يقتصر على فكرة المشروعية دون الشرعية، لأن الاولى هي التناظر مع النص القانوني التشريعي بينما الثانية فيكون النص التشريعي إحدى مصادرها، فضلاً عن الفوارق الأخرى من حيث منطقية فكرة الشرعية وقانونية فكرة المشروعية.

2) حتى تكون المشروعية الجنائية هي المبدأ السائد في التجريم والعقاب، ندعو الى جمع النصوص الجنائية العقابية وعدم بعثرتها ليتسنى للمخاطبين العلم الكافي بها وعدم الادعاء بالجهل فيها.

3) نوصي المشرع الجنائي وخصوصاً المشرع العراقي بعدم الاسهاب في نصوص التجريم والعقاب، وخصوصاً الافعال الاقل خطورة والتي يمكن مواجهتها عن طريق القوانين الاخرى غير الجنائية، حتى لا نخرج عن فكرة الاصل في الافعال الاباحة ويصبح الاصل هو التجريم والعقاب والاستثناء من الافعال اباحتها.

4) حتى نبعد القضاء الجنائي عن الحرج في مواجهة بعض جرائم المخالفات وإلزام الضرورة العملية بمنح بعض اشخاص السلطة التنفيذية صلاحيات قاضي جنح فيها، ندعو المشرع

الجنائي العراقي الى اخراج تلك المخالفات من احكام القانون الجنائي وترك امر مواجهتها لقانون اخر (اداري).

(5) نوصي السلطة التشريعية في حالة الاضطراب لفكرة التفويض التشريعي لصالح السلطة التنفيذية، ان تقصره على الامور التي تحتاج لاختصاص فني دقيق وحالات الطوارئ، مثل ما مرت به دول العالم من جائحة كورونا التي استوجب تدخل السلطة التنفيذية لمواجهة مخاطرها.

(6) ندعو المجتمع الدولي الى التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في سعيها نحو مواجهة صور التجريم المقررة بنظامها الأساسي، وذلك لإرضاء الشعور العالمي بأن ليس هناك من مجرم يفلت من العقاب مهما كان شأنه او وضعه، وذلك ما يعني ان مبدأ المشروعية الجنائية ليس مجرد فكرة نظرية وانما الواقع العملي افرز تطبيقها.

(7) ان القول بأن مبدأ المشروعية الجنائي هو ردة فعل لاستبداد القضاء اصبحت مقولة لها ما يبرر سوادها آنذاك، فالقاضي الجنائي ملزم بإنفاذ القانون وفق مقاصد الشارع وروح القانون التي تتفق مع غاية وجوده، لاسيما ان المفارقة تكون في الدول التي لا تأخذ بتخصص القاضي الجنائي، اذ يكون ذات شخص القاضي محلاً للثقة عندما ينظر الدعاوى الاخرى غير الجنائية وتهتز الثقة به حينما يباشر الدعوى الجنائية، من ذلك ندعو جميع المختصين في القانون الى عدم القسوة في كتاباتهم على القضاء الجنائي الذي يجب ان نحسن الظن فيه وهو يمارس دوره الإيجابي في الدعوى الجنائية.

الهوامش

- (1) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر 1977، ص 9.
- (2) للتعريف بالمذاهب الفلسفية التي استند اليها الفكر الجنائي ينظر: د. عبد الرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي (دراسة تأصيلية في الفكر الفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا، ص 195-261.
- (3) د. عصام عفيفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 10-11.
- (4) د. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب)، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 152-

- 153؛ د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 4، س31، ديسمبر 1977، ص 5 وما بعدها.
- (5) د. عبد الرحيم صدقي، المصدر السابق، ص 266.
- (6) قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم 49 لسنة 6 في 16 ابريل 1991، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج 4، ص 19؛ والقضية رقم 21 لسنة 11، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج 4، ص 324.
- (7) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 3، دار الشروق، القاهرة 2004، ص 31-35؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم العام، المجلد الأول، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 109-110.
- (8) د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 3 و 4، س41، سبتمبر - ديسمبر 1971، مطبعة جامعة القاهرة، 1972، ص 64-65.
- (9) للتفصيل أكثر ينظر: المصدر نفسه، ص 56-63.
- (10) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية (دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر)، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت 1967، ص 101.
- (11) دخل نظام روما الى حيز التنفيذ في الأول من تموز - يوليو 2002، وكانت مادة الأولى قد رسمت نطاق سريان القانون الجنائي الدولي بولاية المحكمة الجنائية الدولية بأنها ستكون مكملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، ويستنتج البعض ان انشاء هذه المحكمة جاء لإنهاء حالة الحصانة التي يتمتع بها كبار المسؤولين عسكريين او سياسيين في جميع بقاع العالم وبدون استثناء يخضعون لنظام الملاحقة والمعاقبة الدولية، د. عيسى محمود عبيد، محكمة العدل الدولية ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي الجنائي، دار امجد للنشر والتوزيع، الأردن 2017، ص 71.
- (12) نقض 13 مايو 1958، مجموعة احكام النقض، سنة 9، رقم 139، ص 505.
- (13) د. فتوح عبدالله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، ط2، كلية الحقوق/ جامعة الإسكندرية، 2016، ص 220-226.
- (14) للتفصيل ينظر: د. احمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة 2010، ص 51-53.
- (15) د. عيسى محمود عبيد، المصدر السابق، ص 74.
- (16) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1984، ص 194-196؛ ويذهب اخرون انه إذا كان الدستور المصري لم يحسم هذه المشكلة، فالثابت ان القضاء قد انتهى الى

حلول عملية هي أقرب ما يكون الى منطق القائلين بالوحدة مع علو القانون الدولي. د. محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1995، ص 116.

(17) C. Santulli: Le statut international. L'ordre juridique étatique. Pedone, Paris, 2001. p 240 de I .

(18) د. فتوح عبدالله الشاذلي، المصدر السابق، 230.

(19) د. احمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص 60.

(20) د. عيسى محمود عبيد، المصدر السابق، ص 1.

(21) Ahmed Abu Al-Wafa, La Cour internationale de justice et le problème des lacunes du droit international public. Revue Égyptienne de Droit International, Vol. 51, 1995, p 1-55.

(22) يقرر البعض ان القياس المنطقي (Reason) يعني عدم القصور والنقص في احكام القانون الدولي، وذلك عن طريق اللجوء الى السوابق والمبادئ، فالقانون الدولي نظام كامل لا نقص فيه وعلى القاضي واجب حل أي نزاع يعرض عليه. Brierly, the law of nations, Oxford, Univ. Press, 1963. p 66-67.

(23) يقول بعض الفقه ان مشكلة الفراغ في احكام القانون الدولي ليست بالمشكلة الاصلية فيه، لان الأصل في الأشياء الإباحة، فكل ما سكت عن حكمه يعتبر مباحاً طبقاً لهذا الأصل. د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1973، ص 399.

(24) Beccaria, Des délits et des peines, librairie Dalloz, Genève, 1965, p9 أشار الية د. عصام عفيفي، مبدأ الشرعية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 8.

(25) المصدر نفسه، ص 35-36.

(26) Becaria : Traité des délits et des peines, 1966, p 68 ets.

(27) د. عصام عفيفي حسيني، المصدر السابق، ص 38.

(28) اخلاص بن عبيد، اليات مجلس الامن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2009، ص 148.

(29) المصدر نفسه، ص 149.

(30) د. عيسى محمود عبيد، المصدر السابق، ص 135.

(31) La privation de liberté relevée de La loi, cons, const. 28 novembre 1973. P 269 أشار ، اليه د. عصام عفيفي حسيني، المصدر السابق، ص 29.

(32) القضية رقم 31 لسنة 17، دستورية عليا في يناير 1999، أشار اليه د. عصام عفيفي، المصدر السابق، ص 31.

- (33) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات/ القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد 1992، ص 40.
- (34) د. محروس نصار الهيتي، النظرية العامة للجرائم الاجتماعية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص 302-306.
- (35) د. فتوح عبدالله الشاذلي، المصدر السابق، هامش ص 168.
- (36) وهذا ما يطلق عليه في الاصطلاح الجنائي الوطني بالقاعدة الجنائية على بياض، للتفصيل ينظر د. عصام عفيفي حسيني، القاعدة الجنائية على بياض (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي)، دار أبو المجد للطباعة، مصر 2002-2003، ص 98-116.
- (37) د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، ج 1، مؤسسة نوفل، بيروت، ص 5.
- (38) د. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 39.
- (39) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المصدر السابق، ص 220.
- (40) المصدر نفسه، ص 223.
- (41) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، الدار الجامعية، بيروت 1993، ص 26.
- (42) د. فتوح عبدالله الشاذلي، المصدر السابق، هامش ص 318.
- (43) ومن امثلة العرف التشريعي على المستوى الدولي، يقدم الفقه عدة اتفاقيات كانت اقراراً للأعراف الدولية المستقرة بشأن حظر بعض الأفعال، ومنها أفعال الإرهاب الدولي التي عاقبت عليها اتفاقية جنيف 1937، أثر اغتيال ملك يوغسلافيا ووزير خارجية فرنسا في مرسيليا، كذلك ما نص عليه نظام نورمبرغ الملحق باتفاقية لندن سنة 1945 من تجريم حرب الاعتداء والافعال المخلة بقوانين الحرب واعرافها، د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص 319.
- (44) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة 1991، ص 38-40.
- (45) د. عيسى محمود عبيد، المصدر السابق، ص 115-116.
- (46) د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص 326.
- ؛ د. Sir I vor Jennings, The law and the constitution, London, 5th, Ed. 1960, P52. (47)
- محروس نصار الهيتي، المصدر السابق، ص 160 وما بعدها.
- (48) د. أبو اليزيد علي المتيت، البحث العلمي عن الجريمة، ط 2، مؤسسة شباب الجامعة، 1980، ص 268-269.
- (49) د. فتوح عبدالله الشاذلي، المصدر السابق، ص 328-329.

- (50) د. محمد سامي عبد الحميد، المصدر السابق، ص 162؛ د. احمد أبو الوفاء، المصدر السابق، هامش ص 206.
- (51) د. احمد أبو الوفاء، المصدر السابق، ص 208-209.
- (52) مايكل ب شارف، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، على الويب WWW.un.org/law/avl p1.
- (53) المصدر نفسه، ص 2-3.
- (54) اخلاص بن عبيد، المصدر السابق، ص 159.
- (55) د. فتوح عبدالله الشاذلي، المصدر السابق، ص 330.
- (56) المصدر نفسه، ص 332.
- (57) المصدر نفسه، ص 268-270.
- (58) جون- ماري هنكرتس، لوييز دوزوالد- بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول- القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة 2007، ص 228-229.
- (59) د. سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014-2015، ص 403.
- (60) المصدر نفسه، ص 402.
- (61) القاضي عمر مكي، القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص 259.
- (62) المصدر نفسه، ص 237.
- (63) ذلك ما قرره المادة (1) من نظام روما الأساسي، وحددت المادة 2/17 الحالات التي تكون الدولة فيها غير راغبة في ممارسة اختصاصها الوطني وهي: أ. عندما تتخذ الدولة الإجراءات القانونية بهدف حماية المتهم من المسؤولية الجزائية. ب. حالة التأخر غير المبرر في إتمام الإجراءات القانونية بحق المتهم. ج. غياب الاستقلالية والنزاهة في مباشرة الإجراءات الجزائية.
- وتعتبر الدولة غير قادرة على ممارسة اختصاصها القضائي وفق المادة (3/17): أ. إذا كان نظامها القضائي معدوم أو منهاراً بشكل كامل أو جوهري. إذا كان القضاء عاجزاً عن احضار المتهم أو تحصيل أدلة الإدانة. أية سبب آخر يحول دون قيام القضاء الداخلي بالإجراءات القانونية اللازمة للعقاب.
- (64) د. محمد عزيز شكري، المحكمة الجنائية الدولية في القانون الدولي الإنساني (افاق وتحديات)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، ص 242.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب والمؤلفات:

- 1- د. أبو اليزيد علي المتيت، البحث العلمي عن الجريمة، ط2، مؤسسة شباب الجامعة، 1980.
- 2- د. احمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.
- 3- د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 3، دار الشروق، القاهرة 2004.
- 4- جون- ماري هنكرتس، لويز دوزوالد- بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول- القواعد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة 2007.
- 5- د. سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014- 2015.
- 6- د. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.
- 7- د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.
- 8- د. عبد الرحيم صدقي، فلسفة القانون الجنائي (دراسة تأصيلية في الفكر الفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا.
- 9- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية (دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر)، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت 1967.
- 10- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة 1991.
- 11- د. عصام عفيفي حسيني، القاعدة الجنائية على بياض (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار أبو المجد للطباعة، مصر 2002-2003.
- 12- د. عصام عفيفي حسيني، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- 13- القاضي عمر مكي، القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بلا.

- 14-د. عيسى محمود عبيد، محكمة العدل الدولية ودورها في تطوير قواعد القانون الدولي الجنائي، دار أمجد للنشر والتوزيع، الأردن 2017.
- 15-د. فتوح عبدالله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، ط2، كلية الحقوق/ جامعة الإسكندرية، 2016.
- 16-د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات/ القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد 1992.
- 17-د. محروس نصار الهيتي، النظرية العامة للجرائم الاجتماعية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.
- 18-د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، الدار الجامعية، بيروت 1993.
- 19-د. محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1995.
- 20-د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1973.
- 21-د. محمد عزيز شكري، المحكمة الجنائية الدولية في القانون الدولي الإنساني (افاق وتحديات)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005.
- 22-د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر 1977.
- 23-د. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب)، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- 24-د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المجلد الأول، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 25-د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، ج 1، مؤسسة نوفل، بيروت.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح:
1. خلاص بن عبيد، اليات مجلس الامن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2009.

ثالثاً: الدراسات والبحوث:

1. د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 3 و4، س41، سبتمبر - ديسمبر 1971، مطبعة جامعة القاهرة، 1972.

2. د. محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 4، س31، ديسمبر 1977.

رابعاً: التشريعات والقوانين:

- 1) ميثاق الأمم المتحدة عام 1945.
- 2) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية عام 1945.
- 3) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.
- 4) الدستور العراقي لعام 2005.
- 5) الدستور المصري لعام 2014 والمعدل عام 2019.
- 6) قانون العقوبات المصري رقم (58) لعام 1937.
- 7) قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
- 8) قانون اصلاح جنس الحيوان رقم (116) لسنة 1976.
- 9) قانون تنظيم التجارة رقم (20) لسنة 1970.
- 10) قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (12) لسنة 2005.

خامساً/ القرارات القضائية:

1. مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج 4، مصر 1991.
2. مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج 4، مصر مايو 1958.
3. مجموعة احكام النقض المصرية سنة (9) رقم 139.

سادساً: المواقع الالكترونية:

1. مايكل ب شارف، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، على الويب

WWW.un.org/law/avl

سابعاً: المؤلفات الأجنبية:

1. Ahmed Abu Al-Wafa, La Cour internationale de justice et le problème des lacunes du droit international public. Revue Égyptienne de Droit *International*, Vol. 51, 1995.
2. Beccaria : Traité des délits et des peines, 1966.
3. Brierly, the law of nations, Oxford, Univ. Press, 1963.
4. C. Santulli: Le statut international. L'ordre juridique étatique. Pedone, Paris, 2001.
5. Sir Ivor Jennings, The law and the constitution, London, 5th, Ed. 1960.