

# أ.ك. زهير السندي

## استاذ القانون الدولي

بغداد - العراق

### مقدمة

إذا كانت الحرب ظاهرة انسانية فماذا تعني انسنتها الا الحد من الخسائر في الارواح والاموال عن طريق تهذيب طرق ووسائل الحرب بالامتناع عن استخدام ما من شأنه التسبب في المعاناة والآلام غير الضرورية للمحاربين وغير المحاربين بغية الاجهاز على المجهود الحربي للخصم ليس الا، ولكن التقدم التقني دفع الى ساحات القتال احدث آلات الفتك والتدمير لانزال اشد الضربات العسكرية بالخصم فماذا يبقى من الانسنة الا ان تكون قضية فلسفية ؟

تعتبر الانسنة حلاً مسيحياً حيث كان المسيح (عليه السلام) ينظر اليها باعتبارها قضية مفهومية *Conceptual* بقوله: "مملكتي ليست على هذه الارض"، وكانت المسيحية تنظر الى العلاقات بين افراد البشر من منظور اخلاقي يرفض العنف حتى ولو كان للرد على العنف وهذا مما لا يتألف مع الواقع القائم على تعارض المصالح بين الافراد الى درجة يكون العنف وسيلة لحل هذا التعرض، وهذا هو مصدر الحروب التي هي ردود فعل مسلحة لا يمكن

السيطرة عليها. وامتنع المسيحيون عن اداء الخدمة العسكرية في روما مما ادى بنيرون الى حرق اجسادهم احياء سنة (٦٤) للميلاد. ولم تعتق روما المسيحية الا في نهاية عهد الامبراطور كونستيان حوالي (٣٣٧) للميلاد. وتلبية لحاجة الامبراطورية في التوسع على حساب جاراتها شرّع القديس اوغسطين الحرب العادلة *Jus feetiale* للرد على الحرب غير العادلة للاخرين.

اما الاسلام فينظر الى الحرب كواقعة اجتماعية يمكن معالجتها بشكل قانوني بضبط ايقاعاتها عن طريق تنظيم طرق ووسائل الحرب وحماية ضحاياها. وبذلك تكون انسنة الحرب قضية قانونية *Juridique* تتم من خلال دلالات النصوص الشرعية وبالشكل الآتي:

اولاً: المباديء الحاكمة لقانون السلام، وهي المباديء التي تقوم عليها العلاقات الدولية وهي:

١. التعاون الدولي، في قوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ \* ﴾ {المتحنة/٨} وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَآفَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ \* ﴾ {البقرة/٢٠٨}

٢. الدعوة الى السلام عن نشوب الحرب، في قوله تعالى ﴿ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ \* ﴾ {الأنفال/٦١}

٣. الدفاع الشرعي لرد العدوان في قوله تعالى ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ \* ﴾ {البقرة/١٩٠}

ثانياً: انسنة الحرب بحماية ضحايا المنازعات المسلحة، وزلم بحماية الحق في الحياة والمعاملة الانسانية لمن هو خارج المجهود الحربي وكالاتي:

١. تحريم قتل الاسرى، في قوله تعالى ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ \* ﴾ {الأنفال/٦٧} والاثخان هو القتل.

٢. تحرير الاسرى، في قوله تعالى ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثَخِنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِن لِّيَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَن يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ \* ﴾ {محم/٤} والمن والفاء بعد انتهاء الحرب قائم بقياس الاولى.

٣. تحريم الابادة *quarter*، في قوله تعالى ﴿..... وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّمَّ تَعَلَّمُوهُمْ أَن تَطَّوُّوهُمْ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ لِّيُدْخِلَ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ مَن يَشَاءُ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا \* ﴾ {الفتح/٢٥}

ولانرى التعويل على فتى الفقهاء بجواز قتل السبايا لتعارضها والدلالة المنطقية لايتي (الانفال/٦٧) و (محم/٤) أنفتي الذكر ولا دلالة على نسخهما كما جاء في باب من اهل الحرب من ابواب السير الكبير (فقرة ١١٥ من كتاب الاصل او المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني المعروف بالسير الكبير، تحقيق مجيد خدوري، بيروت، ١٩٧٥، ص ١٣٤). بل يذكر الشيباني ان الحسن (البصري) وعطاء بن رباح قالوا في الاسير لا يقتل ولكن يفادى او يمنّ عليه (المصدر ذاته ص٩٩).

ثالثاً: انسنة الحرب، طرقها ووسائلها. عنيت النصوص من السنة الشريفة بتفاصيل الحرب مبنية بعض احكامها فيما يأتي:

١. طرق الحرب، وهي:

أ- حرمة الغدر والغلو والتمثيل، لصراحة النصوص بشأنها، ومنها ماجاء في وصايا رسول الله (ﷺ) قوله (اغزوا في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لاتغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا.....) باب ماروي عن آداب الغزو من السير الكبير. المصدر ذاته ص ٩٣. ولايجوز التمثيل بالقتلى انتقاما حتى ولو فعل المشركون ذلك.

ب- الترس. لو تترس المشركون بالصبيان والمجانين والنساء والحرب قائمة ولايمكن الفتح الا بقتلهم جاز ضرب الترس بشرط ان لا يقصد الترس ذاته، وانما يقصد المشركون فلا يكفّ عن قتالهم لأجل الترس، ولا خلاف في ذلك.

٢. وسائل الحرب. الاصل في جواز المحاربة بكل مايرجى به الفتح كهدم الحصون ورمي المجانيق والتحريق بالنار ونحو ذلك مع الضرورة وتوقف الفتح عليه او عدمه وان كره بعضها بدونها مع التقيد بما يأتي:

أ- عدم اتلاف القوت. وذلك لقوله (ﷺ) (لتغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدا ولا متبتلا في شاهق ولا تحرقوا ولا تغرقوا بالماء ولا تقطعوا شجرة بثمر ولا تحرقوا زرعاً لانكم لاتدرون لعلكم تحتاجون اليه ولا تعرقبوا من البهائم مايؤكل لحمه الا ما لابد لكم من أكله). (رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالدلائل. كتاب الجهد ١٢٨٤ هج). والحديث حسن وهو صريح في دلالة على الحرمة. ولا عبرة بأقوال الفقهاء بحمل الدلالة على الكراهة حيث لا قرينة صارفة الى الكراهة كما لا يصح مواجهة الحسن بالمراسيل.

ب- عدم استخدام السم. نهى الرسول (ﷺ) ان يلقي بالسم في بلاد المشركين ولذا يحرم المحاربة به، وبه نطقت النصوص ومنها حديث السكوني القوي سندا والدال على الحرمة متنا لعدم القرينة الصارفة الى الكراهة. (الطباطبائي. المصدر ذاته).

وعندما هاجمت قريش المسلمين في بدر لم يكن امام رسول الله (ﷺ) الا انتظار الوحي ولم يبدأ القتال الا بعد نزول قوله تعالى ﴿ اُدِّنْ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ \* ﴾ {الحج/٣٩}. فكانت معركة بدر اول حرب دفاعية للمسلمين، وعندها بدأت عملية انسنة الحرب في تاريخ الحرب.

ومن هنا يمكن ملاحظة الفرق بين الاسلام والمسيحية. فالمسيحية الاولى التي حرمت الحرب ابتداءا انتهت الى تشريع الحرب العادلة ثم مطلق الحرب بعد القديس اوغسطين (٣٤٠ - ٣٥٤). بينما كره الاسلام الحرب وافر الحرب الدفاعية اضطرارا في قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَن تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ \* ﴾ {البقرة/٢١٦}.

وتجلت مظاهر انسنة الحرب لدى المسلمين اثناء الحرب الصليبية (١٠٩٥ - ١٢٧٠ للميلاد) عندما امتنع المسلمون عن قتل اسرى الصليبيين مقابل المذابح التي ارتكبتها الصليبيون بين المدنيين المسلمين بما فيهم الحجاج، وذلك عندما انحرفت الحملات الصليبية عن المباديء التي اعلنتها واصبحت وسيلة للتوسع الاقليمي والاحتلال الاجنبي.

ولم يظهر مفهوم الاسير في كتابات رجال النهضة الاوربية بما فيهم فيتوريا (١٤٨٠ - ١٥٤٦ للميلاد) ولا سواريس (١٥٤٨ - ١٦١٧ للميلاد) ولا حتى غروسويس ابو القانون الدولي الاوربي (١٥٨٣ - ١٦٤٥ للميلاد) رغم اقامته في الاستانة واطلاعه على السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني.

الا ان مبادئ الثورة الفرنسية التي تجلت في كتابات مونتسكيو (١٦٨٩- ١٧٥٥ للميلاد)، اعتبرت الحبرب علاقة بين دولة ودولة وان الامتيازات التي يمنحها قانون الحرب للمتحاربين فيما بينهم تقتصر على منع المتحاربين من مواصلة العمليات العدائية عند اسرهم لا قتلهم. وهكذا ظهر مفهوم الاسير في الفكر السياسي الاوربي، ثم انتقل الى القانون الوضعي في قرار الجمعية الوطنية الفرنسية بتاريخ ١٧٩٢/٥/٤، عندما وضع هذا القرار اسير الحرب تحت حماية الشعب الفرنسي. واقرت مدونة ليبر الصادرة بموجب الامر العام رقم ١٠٠ بتاريخ ١٨٦٣/٤/٢٤ المبدأ نفسه اثار حرب الانفصال الامريكية. وبعدها اصبحت انسة الحرب عملية قانونية دولية اقرتها اتفاقية جنيف الاولى بتاريخ ١٨٦٤/٨/٢٢ بشأن تحسين مصير العسكريين الجرحى في الميدان والتي اضحت الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية بحماية اسير الحرب وعدم قتله ولا معاملته بقسوة.

يعتبر القانون الوضعي نظام الاسر اجراء احتياطيا ازاء المحارب الذي تخلى عن سلاحه واصبح تحت سلطة الخصم وخارج المجهود الحربي وليس تدبيراً قمعياً او انتقامياً لانسان لايقدر على القتال. ذلك ان الحماية المطلوبة للاسير غير مرتبطة بسلسلة الاعمال العدائية بين المتحاربين وانما هي فجوة *gap* بين الحرب والسلم. فالخارج عن دائرة القتال بسبب عجزه عنه او جرحه او مرضه او بسبب وقوعه في قبضة الخصم، انما يخرج من نطاق المجهود الحربي للخصم وتعتبر عملية الأسر مصداقاً لذلك، هكذا يأسس النظام القانوني لحماية الاسير ومعاملته معاملة حسنة كعملية انسانية.

وبتطور العلاقات الدولية وقيام نظام المؤسسات الوطنية الحكومية، نشأ نظام الانضباط العسكري الحديث الذي لم يكن معروفاً في تاريخ الدولة الاسلامية. وهو نظام حل محل نظام الاسترقاق السائد في القرون الوسطى. ذلك ان انعدام نظام الانضباط العسكري في تلك العصور كان مدعاة لاسترقاق الاسير كوسيلة عملية للتحكم به ومنعه من الالتحاق بالخصم ثانية عن طريق الهروب الى ثكناته. اما وقد قامت معسكرات احتجاز الاسرى كوسيلة فعالة للسيطرة على الاسير من جهة ومفاداته من جهة اخرى، فلم يعد للاسترقاق أي مسوغ استراتيجي او قانوني. بل ونجد مصداق ذلك في قوله تعالى ﴿..... فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا.....﴾ {محمد/٤} ولانجد في نصوص القرآن الكريم ولا السنة الصحيحة ما يشرع للاسترقاق وان اقوال الفقهاء اجتهاد مقابل النص بل

يحث القرآن الكريم على تحرير الرقيق في قوله تعالى ﴿ فَكُ رَقَبَةً ﴾ {البلد/١٣} أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْعَبَةٍ\* {البلد/١٤} . ومن هنا نستطيع القول بان اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩ تترجم الحكم الشرعي في معاملة الاسير ويعضد ذلك عضوية جميع الدول العربية والاسلامية في هذه الاتفاقية.

لقد تطورت الاحكام القانونية لحماية اسير الحرب منذ مدونة لير لسنة ١٦٨٣ مرورا باتفاقية ١٩٢٩ والاتفاقية الثالثة بجنيف ١٩٤٩ وحتى البروتوكولين الاضافيين ١٩٧٧، يشكل يساعد على توسيع عملية حماية الاسير في القانون الدولي الوضعي وذلك بالعمل على تطوير النصوص الدولية الحالية وبالكيفية الآتية:

أ- اعادة تصنيف الافراد الذين يتمتعون بالمركز القانوني لاسرى الحرب وذلك بالتمييز بين المقاتلين الذين يرتبطون بطرف النزاع فتشملهم الحماية بموجب هذا الارتباط، نظامين كانوا ام غير نظاميين من جهة وبين المقاتلين الذين لا يرتبطون بطرف النزاع فلا يتمتعون بهذه الحماية بسبب عدم وجود هذا الارتباط من جهة اخرى، لانهم لا يعتبرون مقاتلين قانونيين كالجواسيس والمرترقة.

ب- اعادة صياغة معيار الاسير لا على اساس مشاركته في القتال وانما على اساس مشاركته في المجهود الحربي وبموجب هذه الصياغة تتم حماية مقدمي الخدمات الطبية والدينية واطقم الدفاع المدني رغم عدم مشاركتهم في الاعمال العدائية.

ج- اعادة صياغة المركز القانوني لاسرى الحرب بالتمييز بين المبادئ الاساسية للحماية وبين حقوق الاسرى المستندة على هذه المبادئ. وتتجلى فائدة هذا التمييز في ان مبادئ الحماية تعتبر من القواعد الآمرة فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولا تكون موضوعا للتحفظات او الاستثناءات. وتعتبر الالتزامات القائمة بموجبها التزامات لتحقيق غاية وهي الحفاظ على حياة الاسير وعدم اساءة معاملته. اما حقوق الاسير فتقوم على اساس القانون الدولي الاتفاقي الذي يفرض التزامات ببذل عناية في منح الاسير المزايا المادية والمعنوية التي يستحقها كإنسان من جهة وفي انهاء حالة الاسر بمجرد انتهاء الاعمال العدائية من جهة اخرى. وذلك لان الوفاء بالالتزامات لبذل عناية متوقف على قدرة واستعداد الطرف الحاجز للامتثال لها،

وبالتالي فهي التزامات قابلة للتحفظات او الاستثناءات مما يحول دون اعتبارها جزءا من القانون الدولي العرفي.

اما الفائدة الاخرى لهذا التمييز فتتجلى في عملية التوفيق بين متطلبات الحماية ومقتضيات السيادة. فالاولى مقدمة على الثانية لان الحماية تقوم على التزام لتحقيق غاية وهي الحق في الحياة وفي المعاملة الانسانية، بينما تقتضي السيادة حماية المصالح العليا للدولة وهي مقدمة على المزايا المادية والمعنوية التي يتمتع بها الاسير بموجب القانون الدولي الاتفاقي ولكن لا على حساب الاعتبارات السياسية والامنية للطرف الحاجز. وهذا يعني ان على الطرف الحاجز بذل عنايته لتوفير افضل الظروف لمتع الاسير بحسن المعاملة.

(زهير الحسني. تقديم لاطروحة الدكتوراه لمحمد العسبلي. النظام القانوني للاسير للقانون الدولي الانساني. جامعة قاريونس ٢٠٠٢).

ان تطور وسائل الحرب بسبب التقدم العلمي والعملياتي يؤثر على عملية الانسنة لانه يزيد من معاناة ضحايا الحرب بما فيهم الاسرى الذين يجدون انفسهم امام ضرورتين متناقضتين، الاولى وهي الواجب الوطني الذي يقتضي مواصلة المجهود الحربي غير القتالي عند تعامل الاسير مع سلطات الطرف الحاجز والثانية وهي الانضباط الذي يقتضيه احترام قوانين وتعليمات الطرف الحاجز التي تحظر على الاسير التواصل مع الخصم. ولذا اقتضى التمييز بين مبادئ الحماية المقدمة على مقتضيات السيادة وبين الحقوق التفصيلية للاسير الخاضعة لاعتبارات دعم المجهود الحربي والمصلحة الوطنية العليا.

ومن خلال المقارنة بين الالتزامات الدولية لحماية ضحايا النزاعات المسلحة ومقتضيات السيادة الوطنية يمكن بحث الاشكالات التي تواجه انسنة الحرب ومضاعفاتها في القانون الدولي الوضعي من حيث نطاقها (مبحث تمهيدي) ومصادرها (مبحث اول) وآلياتها (مبحث ثان).

مبحث تمهيدي

نطاق الانسنة في القانون الدولي الانساني

ان اية عملية لانسنة الحرب تقتضي التوسع في حماية المقاتلين وغيرهم من ضحايا المنازعات المسلحة (فرع اول) كما ان تحديد آلية هذه الانسنة تستدعي تحديد الوعاء القانوني لها (فرع ثان).

### الفرع الاول

انسنة حماية المقاتلين وضحايا المنازعات المسلحة من غير المقاتلين يسعى كل نظام قانوني الى توسيع دائرته ازاء الاشخاص التي يخاطبها ويستوي القانون الدولي في ذلك مع القانون الداخلي، حيث تسعى المجموعة الدولية الى نقل بعض اختصاصات القانون الداخلي الى القانون الدولي بما في ذلك حماية حقوق الانسان الاساسية وحماية ضحايا المنازعات المسلحة. واذا كانت الحرب تأبى بطبيعتها انسنة طرقها ووسائلها (قانون لاهاي)، فقد يسوغ على الاقل انسنة جانب من الحرب وذلك بضمان حماية ضحاياها (قانون جنيف). وقد حقق قانون جنيف تقدما في هذا المجال عن طريق التوسع في مفهوم المقاتلين الى المقاتلين غير النظاميين. وبقي هناك نقص ينبغي تداركه بشأن بعض اصناف المقاتلين وبالشكل الآتي:

اولاً: عدم شمول افراد المقاومة المسلحة في الاراضي المحتلة بالحماية لعدم تغطيتهم باحكام المادة ٢ المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩. فاذا كانت المادة ٦/٤ من الاتفاقية الثالثة تحمي افراد الانتفاضة المسلحة الذين يحملون السلاح عند اقتراب العدو من اقليمهم، فان هذه الحماية تتوقف اذا ماتم احتلال هذا الاقليم حيث يصبح افراد مدنيين مشمولين بحماية المادة ٤ من الاتفاقية الرابعة، فلا يجوز لهم حمل السلاح لمقاومة المحتل وتحرير بلادهم من الاحتلال. ويمكن معالجة هذا النقص بتعديل الاتفاقية الثالثة باعتبار مقاومة الاحتلال بمثابة كفاح مسلح ضد الاحتلال الاجنبي طبقا لقرار الجمعية العامة ١٥١٤/١٩٦٠ وقرارها ٣٣١٤/١٩٧٤ او شمولهم باحكام المادة ٤/١ من البروتوكول الاول الاضافي لسنة ١٩٧٧ باعتبار هذه المقاومة نزاعا دوليا مسلحا.

وبالنظر لعدم انضمام بعض الدول للبروتوكول الاول الضافي، فان تعديل الاتفاقية الثالثة في هذا الاتجاه يضيف مزيداً من الضغط على الدولة الحاجزة لمنح افراد هذه المقاومة المركز القانوني لاسرى الحرب، خاصة وان قراري الجمعية العامة المذكورين قد بلغا قوة القاعدة

العرفية كما جاء في فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الوجود غير الشرعي في ناميبيا في ١٩٧١ وفي حكمها في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا في ١٩٨٦.

ثانياً: عدم التفريط بالمركز القانوني لمقاتلي حركات التحرير الوطني بدعوى تصفية الاستعمار وانتهاء دور الحركات. ذلك ان المادة ٤/١ من البروتوكول الاول الاضافي لا تقتصر على حماية المقاومة المسلحة ضد الاستعمار، بل تمتد لتشمل المقاومة ضد النظم العنصرية والاحتلال الاجنبي الذي هو سمة دائمة في العلاقات الدولية عبر العصور.

ثالثاً: شمول الخبراء والفنيين الخواص الذين يتعاقدون مع طرف النزاع بالحماية باعتبارهم تابعين لطرف النزاع هذا بموجب عقود بيع، حيث يعهد اليهم مهام التدريب والصيانة بل والمشاركة في الاعمال القتالية احيانا. وهم ليس من المرتزقة الذين يتخذون الحرب مهنة لهم مع من يدفع لهم لغرض الارتزاق.

رابعاً: سلّطت احداث ١١ ايلول ٢٠٠١ الضوء على نوع جديد من المنازعات الدولية التي احد اطرافها حركات دولية مسلحة غير حكومية تستخدم السلاح ضد اهداف عسكرية ومدنية من خلال حرب سرية تشبه حرب العصابات. اما الطرف الاخر فهو دول او منظمات دولية تواجه تلك الحرب السرية بقوات نظامية او بعمليات مخبرانية سرية كذلك. وقد نوهنا الى هذا النوع من المنازعات في دراستنا عن التدابير المضادة في القانون الدولي العام منذ ١٩٨٨. ونعتبر عناصر هذه الحركات السرية مقاتلين قانونيين اذا كانوا تابعين لطرف النزاع ومشمولين بالحماية الدولية تبعا لذلك والا فلا. ولكن الحكومة الامريكية اعتبرت هذه الحركات منظمات ارهابية وخارجة عن القانون. ولا يتمتع مقاتلوها بالمركز القانوني لاسرى الحرب عند وقوعهم في قبضة الخصم وذلك بسبب اجواء احداث ١١ ايلول ٢٠٠١ وبناءا عليه اعتبرت مقاتلي حركة طالبان وهي الحكومة الفعلية سابقا في افغانستان وكذلك عناصر القاعدة التي حاربت بجانبها هناك سنة ٢٠٠٠ عناصر خارجة عن القانون واحتجزتهم في قاعدة غوانتانامو الامريكية في كوبا حتى لاتشملهم بحماية القانونين الامريكي والدولي لا باعتبارهم اسرى حرب او مشمولين بالمعاملة الانسانية بموجب المادة ٣ المشتركة ولحين البت في مركزهم القانوني من قبل محاكم مختصة كما تقضي بذلك احكام القانون الدولي

الانساني. رغن نداءات اللجنة الدولية للصليب الاحمر ومنظمة العفو الدولية وغيرها من المنظمات غير الحكومية التي طالبت باعتبارهم اسرى حرب حسب المعايير الامريكية التي تعتبر الحرب ضد الارهاب الدولي حربا دوليا.

اما اعمال العنف التي تقوم بها هذه الحركات ضد المدنيين وبدون الارتباط بطرف النزاع فلا تعتبر نزاعا دوليا مسلحا وانما هي عمليات ارهابية كمثل التي كانت ترتكبها بدرماينيهوف والجيش الاحمر الياباني والالوية الحمراء في ايطاليا وغيرها خلال القرن العشرين. فعمليات التفجير التي ترتكب ضد البعثات الدبلوماسية ومكاتب المنظمات الدولية والمراكز السياحية والتجارية بما فيها برجى وول ستريت في نيويورك في ٢٠٠١ تعتبر جميعا عمليات ارهابية ولايتمتع الافراد الذين يقتربونها بالمركز القانوني لاسرى الحرب.

خامساً: شمول المقاتلين الذين لم يبت بعد في مركزهم القانوني بالحماية الدولية التي يتمتع بها اسرى الحرب حتى تثبت المحاكم المختصة في امرهم. ذلك لان المقاتل يخضع عند القبض عليه لمبدأين هما، انه لايلحق ولايعاقب بسبب مشاركته في الاعمال العدائية من جهة وانه يعامل معاملة انسانية عند وقوعه في قبضة الخصم من جهة اخرى. ويسري هذان المبدءان على المقاتل الذي يشك في صفته كمقاتل قانوني لحين البت في صفته هذه. وعليه فانه يمنح المركز القانوني لاسرى الحرب ابتداءا لانه باحتجازه من قبل الخصم يصبح من العناصر الهشة *vulnerable* التي تحتاج الى الحماية. ولهذا الغرض وضعت المادة ٥ من الاتفاقية الثالثة قرينة لمعالجة حالة الشك هذه بقولها "وفي حالة وجود أي شك بشأن انتماء اشخاص قاموا بعمل حربي وسقطوا في يد العدو... فان هؤلاء الاشخاص يتمتعون بالحماية التي تكفلها هذه الاتفاقية لحين البت في وضعهم بواسطة محكمة مختصة". وقد ورد مثل هذا النص في القوانين العسكرية الوطنية بما يشكل مدعاة لقيام عرف دولي به، ومنها النظام العسكري الامريكي لسنة ١٩٧٧ / القسم ١-٦ / المادة ٢/٥.

(*yasmin naqvi, doubtful prisoner of war status.in:icrc.review.Sept.2002pp.575.ss.*)

واعتربت المادة ٤٥ / من البروتوكول الاول الاضافي هذه القرينة مفترضة في حالة:

أ- طلب المقاتل استحقاقه للحماية،

ب- او تبين انه يستحق ذلك،

ج- او ادعى الطف الذي يتبعه بذلك نيابة عنه.

ومن هنا يتبين ان عبء الاثبات *burden of proof* ينتقل الى المحكمة المختصة لاثبات العكس وان المقاتل المشكوك في مركزه القانوني يكتسب صفة الاسير اذا لم تثبت المحكمة على عكس ادعائه.

## الفرع الثاني

### تحديد القانون الدولي الانساني من حيث الموضوع

اضحى تعبير القانون الدولي الانساني فضفاضا بسبب شيوع استعماله حتى خرج عن معناه الاصطلاحي مما يتعين معه ضبط المعنى القانوني لهذا التعبير من حيث الموضوع وذلك بالتمييز بين فرعيه من جهة وبينه وبين مايقاربه من جهة اخرى.

اولاً: التمييز بين قانون لاهاي وقانون جنيف. يميل العديد من المؤلفين الى الغاء التمييز التقليدي بين هذين القانونين وذلك بسبب شيوع استعمال القانون الدولي الانساني الذي يضم هذين القانونين من جهة واضمحلال الفوارق التي كانت قائمة بينهما من جهة اخرى. والواقع فان الابقاء على التمييز بين فرعي القانون الدولي الانساني مفيد لاسباب قانونية وعملية:

١. من الناحية القانونية. يختص قانون لاهاي بتنظيم طرق ووسائل الحرب الواردة في اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩ و ١٩٠٧. بينما يختص قانون جنيف بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الواردة ابتداء في اتفاقية جنيف في ١٨٦٤ وما بعدها.

وبالرغم من وجود اتفاقيات موقعة عليه في جنيف تخص طرق ووسائل الحرب كبروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن تحريم استخدام الغازات السامة والحارقة وتضمن اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٩٩ نصوصا لحماية ضحايا الحرب، فان كل منهما قد احتفظ بخصوصيته على العموم. وبدأت الدعوة بالغاء هذا التمييز بعد ابرام اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩ بحجة ان هذه الاتفاقيات جمعت بين قانوني لاهاي وجنيف مما لاينبغي الاستمرار بالتمييز بينهما. واشتدت هذه الدعوة بعد ابرام البروتوكولين الاضافيين الاول والثاني لسنة ١٩٧٧ في جنيف واستخدام تعبير القانون الدولي الانساني بدلا عنهما وخاصة بعد تضمين الباب الثالث من البروتوكول الاول نصوصا تتعلق بطرق الحرب بتحريم الغدر.

٢. من الناحية العملية. ان استخدام تعبير القانون الدولي الانساني لايلغي التمييز بين فرعيه قانون لاهاي وقانون جنيف. وذلك لان معيار التمييز بين هذين الفرعين ليس معيارا شكليا كما يعتقد دعاة التمييز بينهما، بل هو معيار موضوعي قائم على التمييز بين موضوعين مستقلين احدهما عن الاخر وهما تنظيم طرق ووسائل الحرب في قانون لاهاي وحماية ضحايا الحرب في قانون جنيف ولم يكن التمييز اصلا قائما على مكان ابرام الاتفاقيات المتعلقة بهما.

وفي الحقيقة فان التمييز بين القانونين لايتعارض مع الجمع بينهما في اطار القانون الدولي والانساني. اما المفيد في التمييز بينهما فراجع الى قانون لاهاي لايحتمل الانسنة خاصة وان طرق ووسائل الحرب تتطور نحو المزيد من الفتك والتدمير وزيادة معاناة ضحايا الحرب، بينما ينشد قانون جنيف توفير المزيد من سبل حماية ضحايا المنازعات المسلحة وهو ماتم في اطار البروتوكولين الاضافيين الاول والثاني سنة ١٩٧٧ فيما يتعلق بتشديد الرقابة الدولية على انتهاكات هذا القانون سواء كان بموجب لجنة تقصي الحقائق او اعطاء دور المبادرة للمنظمات الدولية غير الحكومية وفي مقدمتها اللجنة الدولية للصليب الاحمر في تقديم الاغاثة لضحايا المنازعات الدولية.

ثانياً: التمييز بين القانونين الدولي الانساني وبين غيره من فروع القانون المقاربة له.

١. قانون حقوق الانسان. وهو مجموعة القواعد القانونية الحاكمة للحقوق الاساسية للانسان وقت السلم في مواجهة السلطة الحاكمة في بلده او بلد الاقامة. وهي الحقوق المدنية والسياسية من جهة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة اخرى. والتي تضمنها العهدان الاول والثاني للامم المتحدة لسنة ١٩٦٦ وغيرها من الصكوك الدولية ذات الصلة. ويتم حماية هذه الحقوق بموجب القانون الداخلي. ولكن هذه الحماية تخضع لرقابة عدد من الاجهزة الدولية كلجنة حقوق الانسان التابعة للجمعة العامة للامم المتحدة. اما حماية هذه الحقوق اثناء الحرب فتخضع للقانون الدولي الانساني مباشرة ولرقابة الطرف الحامي وليس لرقابة لجان حقوق الانسان.

ولايصح الادعاء بتوسع نطاق القانون الدولي الانساني ليغطي قانون حقوق الانسان، لان الحماية في الاول تقوم في مواجهة الدولة الحاجزة وهي دولة العدو بينما الحماية في الثاني

فتتم في مواجهة السلطة الوطنية او دولة الاقامة والفرق كبير بين الحالتين.  
(Commentaire Convention IV. P.397 et ss). يضاف الى ذلك الازدواجية  
الوظيفية بين الامم المتحدة التي اختصت بحقوق الانسان باعتبارها مختصة بقانون السلام  
وبين اللجنة الدولية للصليب الاحمر التي اختصت بالقانون الدولي الانساني الذي يتعلق  
بقانون المنازعات المسلحة

*(Robert Kolb. Relations enter le droit international humanitaire et  
les droits de l`home.Revue.Croix-Rouge Sept. 1988 No.831.p439)*

وفي حيثيات فتوى محكمة العدل الدولية في قضية مدى مشروعية التهديد بالاسلحة النووية  
او استخدامها الصادرة في ٨/٧/١٩٩٦، قالت المحكمة ان القانون المطبق في القضية هو  
قانون المنازعات المسلحة فقط وليس العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لتقرير  
ما اذا كان الموت الذي تسببه هذه الاسلحة يعتبر حرمانا تحكيميا من الحياة انتهاكا للمادة ٦  
من العهد (*cij.Recueil 1996. par.25*).

وتسري احكام العهدين الدوليين لسنة ١٩٦٦ في الاراضي المحتلة بعد انتهاء العمليات  
العسكرية

*cij.Consequences juridiques de l`edification d`un mur dans le  
territoire palestinien occupe.Recueil.avi consultativ9.7 2004par.101*

وبالتالي فان الاراضي المحتلة وفقا لاحكام اتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ باعتبارها  
اراضي محتلة (قانون المنازعات المسلحة) ولقانون حقوق الانسان بسبب انتهاء العمليات  
العسكرية (قانون السلام). ولا حاجة بعد هذا للقول بسريان قانون حقوق الانسان في حالة  
الحرب كما توحى حيثيات فتوى المحكمة بشأن الجدار العازل (*par.110*).

٢. قانون اللاجئين. وهو مجموعة القواعد القانونية التي تضمن حماية ضحايا الكوارث  
الانسانية كالحروب والقمع السياسي الذين يضطرون بسببها طلب المأوى في بلد اجنبي  
لحمايتهم من بطش السلطة الحاكمة، طبقا لاتفاقية جنيف لسنة ١٩٥١ المعدلة ببروتوكول  
جنيف لسنة ١٩٧٦.

وبالرغم من ان طلب اللجوء ليس بحق في مواجهة بلد اللجوء، فان الاخير ملزم بعدم اعادة  
طالب اللجوء الى بلده طالما توجد مبررات بالخوف من الاضطهاد فيه. وهكذا يظهر الفرق

بين قانون اللاجئين الذي يوفر الحماية في بلد اللجوء لضحايا الاضطهاد بينما يوفر القانون الدولي الانساني الحماية لضحايا المنازعات المسلحة في الدولة الحاجزة.

## المبحث الاول

### تحديد مصادر القانون الدولي الانساني

مازال تعبير مصادر القانون يثير الغموض في كتابات المؤلفين بسبب الخلط بين المصادر الشكلية (الرسمية) والمصادر الموضوعية (المادية).

وفي علوم القانون يؤخذ بالمصادر الشكلية (الرسمية) لان القانون الدولي الوضعي هو قانون ارادي يقتضي ان اشخاصه لا تلتزم الا بناء على ارادتها الصريحة المعبر عنها بالقانون الدولي الاتفاقي او على ارادتها الضمنية المعبرة عنها بالقانون الدولي العرفي. وبالنظر لغياب المشرع الدولي يصبح الكلام عن أي مصدر اخر للقاعدة القانونية الدولية من غير المعاهدات والعرف نوعا من التمني. وقد سبق ان اوضحنا في كتابنا مصادر القانون الدولي العام بان المادة ٣٨/١/ج تخص المبادئ العامة للقانون المقارن لا مبادئ القانون الدولي العام. اما ما يعلن من مبادئ عامة في العلاقات الدولية من خلال قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدبلوماسية فانها يمكن ان تكون عنصرا من عناصر الركن المادي للقاعدة العرفية ولكنها لا تبلغ العقيدة القانونية *opinion juris* الا بعد العمل بها من قبل الاغلبية الساحقة لاشخاص القانون الدولي.

ولا يمكن الزام هذه الاشخاص بهذه المبادئ في حد ذاتها باعتبارها قواعد قانونية لان القانون الدولي قانون بين الدول وليس قانونا فوق الدول. وما زالت بعض المبادئ العامة في القانون الدولي محل اخذ ورد لعدم وجود تعامل مضطرد بشأنها كالقاعدة الآمرة والتراث المشترك للانسانية.

اما على صعيد القانون الدولي الانساني فان البحث عن مصادره خارج القانون الدولي الاتفاقي يثير مشاكل عملية مناطها ان القانون الدولي الانساني قائم على اساس الاتفاقي وهو مستمر على هذا الاساس لحد الان على الاقل كما نوضحه فيما يأتي:

## الفرع الاول

## القانون الدولي الانساني الاتفاقي

بدأ هذا القانون باتفاقية جنيف الاولى في ١٨٦٤/٨/٢٢ بمبادرة لجنة جنيف السويسرية لعقد مؤتمر دبلوماسي لحماية العسكريين الجرحى في الميدان. هذا على صعيد قانون جنيف. اما قانون لاهاي فتعود بدايته الى تصريح باريس في ١٨٥٦/٤/١٦ بشأن الحرب البحرية وحدود تسليح السفن التجارية وتنظيم الحصار البحري ثم اعلان سان بتسبرغ في ١٨٦٨/١٢/١١ بشأن تحريم الرصاص المتفجر وتحديد عياره باربعمئة غرام. بينما لم ينل تصريح بروكسل في ١٨٧٤/٨/٢٧ في تحديد اصناف المقاتلين المشمولين بالمركز القانوني لاسرى الحرب درجة الالتزام لانه لم ينل التصديق الكافي من قبل الدول الاطراف، وحال ذلك دون بلوغه القاعدة الدولية العرفية.

### الفرع الثاني

#### القانون الدولي الانساني العرفي

يكاد يكون من المسلم به فقها ان قانون الحرب بفرعيه، قانون لاهاي وقانون جنيف، هو قانون عرفي او هكذا يقول الفقهاء.

(*Charles Rousseau: le droit des conflits armes. Pedone. 1983.p.20*)

ولكن التعامل الدولي لايؤيد هذا الادعاء. ففي الحرب البحرية تم تحريم تسليح السفن التجارية واستخدامها في الحرب بتصريح باريس في ١٨٥٦ مار الذكر، ولكن الولايات المتحدة وعددا اخر من الدول البحرية الكبرى، لم تنضم اليه بسبب عدم اقراره مبدأ عدم انتهاك الملكية الخاصة لهذه السفن مما حال دون دخوله القانون الدولي العرفي. ولم تنضم اسبانيا اليه الا في ١٩٠٨/١/١٩ ولا المكسيك الا في ١٩٠٩/٢/١٣. بينما رفضت كلا من الولايات المتحدة والصين هذا التصريح كما رفضت التوقيع على اتفاقية لاهاي السابعة في ١٩٠٧/١٠/١٨ للسبب نفسه. وعليه فاذا كان التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين خاضعا لقاعدة دولية عرفية فلماذا بقي تصريح بروكسل ١٨٧٤ غير ملزم حتى للموقعين عليه، ولماذا تأخر ذلك حتى ابرام لائحة لاهاي الملحقة باتفاقية لاهاي الرابعة في ١٩٠٧ واعادة صياغته في اتفاقية جنيف في ١٩٢٩/٧/٢٧ ثم في اتفاقية جنيف الثالثة في ١٩٤٩/٨/١٢ فالبروتوكول الاضافي الاول في ١٩٧٧/٦/١٠. واذا كان تصريح باريس لسنة ١٨٥٦ بشأن

تسليح السفن التجارية ملزما عرفا فما معنى رفض الولايات المتحدة والصين وغيرهما لهذا التصريح. (Rousseau.p221)

ولكي يتضح دور العرف في القانون الدولي العام عموما وفي القانون الدولي الانساني خصوصا، ينبغي التمييز بين ماهو من المبادئ القانونية والقانون العرفي من جهة وبين القانون الدولي الاتفاقي من جهة اخرى وذلك بالتمييز بين المفهوم القانوني الدولي والبنية القانونية الدولية فيما يأتي:

أ- المفهوم القانوني *Concept Juridique*. وهو المعنى الكلي للواقعة القانونية منتزعا منها على وجه الاجمال ودون تحديد مسبق للحقوق والالتزامات الناجمة عنها. فمفهوم الاسير وهو المقاتل الذي يخرج عن دائرة العمليات العدائية، لم يظهر الا في نهاية القرن السابع عشر. بينما حماية الاسير من القتل والاسترقاق لم تبدأ الا في نهاية القرن الثامن عشر ولم تستقر في القانون الدولي الاتفاقي الا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وذلك في اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤. وهكذا يبدو الفرق بين الاسير كمفهوم قانوني وبين الحماية كمركز قانوني فالاول يقوم على اساس مبدأ من مبادئ القانون العرفي بينما يقوم الثاني على قاعدة من قواعد القانون الاتفاقي.

ب- البنية القانونية *Structure Juridique*. وهو الواقعة القانونية التي تحدد نطاق الحقوق والالتزامات الناجمة عن المفهوم القانوني. فالاسير مفهوم قانوني مجرد بينما تعتبر حماية الاسير مركزا (بنية قانونية) محددا للمفهوم القانوني للاسير. واذا كان المفهوم القانوني قائما على تصور عام مجرد لايقيد الدول بالتزامات محددة، فانه يمكن ان يستند على اساس عرفي. بينما يندر ان يقوم المركز القانوني على اساس عرفي لان تحديد نطاق حقوقه والتزاماته لا يتم الا باتفاق صريح بين اشخاص القانون لكي تكون على علم مسبق بما يترتب عليه من حقوق والتزامات حتى يمكن لها ان تتصرف بموجبها ازاءه. ومن المفارقة ان نلاحظ ان المركز القانوني للاسير ظهر في القانون الوضعي من خلال القانون الداخلي ابتداءا كما ظهر من قرار الجمعية الوطنية الفرنسية لسنة ١٩٧٢ ومدونة لبير لسنة ١٨٦٣ بينما تأخر ظهوره في

القانون الدولي الاتفاقي في معاهدة الصداقة بين الولايات المتحدة وبروسيا في ١٠/٩/١٧٨٥ ووصولاً الى اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤.

والظاهر ان الغالب في القواعد القانونية الدولية انها تبدأ في شكل مفهوم قانوني من خلال نظريات او مقترحات دبلوماسية او قوانين وطنية ثم تدخل القانون الدولي العرفي او الاتفاقي في شكل مركز قانوني لتكون بهذه المثابة بنية قانونية لهذا المفهوم القانوني. فمفهوم الاسير ظهر في كتابات مونتسكيو وجان جاك روسو والبحر الاقليمي بدأ من خلال بنكرشوك في ١٧٠٣ وجلياني ١٧٨٣ والبحر العالي وضح في كتابات غروسيوس في ١٦٠٩ والمنطقة الاقتصادية الخالصة برزت في تصريحات ممثلي كينيا وكولومبيا ومن خلال منظمة الوحدة الافريقية بين ١٩٧٣/١٩٧١ اما المنطقة الدولية الواقعة خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية فقد اعلنت امام الجمعية العامة للامم المتحدة بتصريح ارفيد باردو في ١٩٦٧ وهكذا.

وزبدة القول، ان المفهوم القانوني يدخل في القانون الوضعي من خلال القانون الاتفاقي او القانون العرفي على حد سواء بالنظر لعدم ترتيبه التزامات دولية بتحقيق غاية على الدول. اما البنية القانونية فانها تثير حفيظة الدول ازاءها لما يربته من التزامات معينة تؤثر على اختصاصاتها الوطنية، مما يجعل دخوله في القانون الوضعي على القانون الاتفاقي دون القانون العرفي لكي تعلم الدول مسبقاً حدود مليترتب على هذا المركز القانوني من حقوق والتزامات في مواجهتها. ومن المعلوم ان مفهوم التراث المشترك للانسانية للمنطقة الدولية خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية قد قبلته الدول الاعضاء في الامم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة ٢٧٤٩ في ١٧/١٢/١٩٧٠ الخاص باعلان المبادئ التي تحكم نظام قاع البحار والمحيطات خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية. اما البنية القانونية لهذا النظام فلم يدخل القانون الوضعي بسهولة وكاد يؤدي الى فشل مؤتمر الامم المتحدت الثالث لقانون البحار لولا محاولات التوفيق التي ادت الى التوقيع على اتفاقية مونتيجو باي في ١٠/١٢/١٩٨٢. ولكن امتناع الولايات المتحدة وغيرها من قبول هذه الاتفاقية حال دون دخولها حيز التنفيذ. الامر الذي ادى الى قيام مشاورات غير رسمية في ١٩٩٠ ادت الى ابرام الاتفاق التنفيذي بتاريخ ٢٨/٧/١٩٩٤ الذي يقضي بدخوله حيز النفاذ المؤقت في ١٦/١١/١٩٩٤ بغية دخول الاتفاقية حيز النفاذ بموجبه، وذلك بعد تعديل الجزء الحادي

عشر منها تحقيقا لرغبات الولايات المتحدة والدول البحرية الكبرى في تغيير المركز القانوني للنظام المذكور بما يحقق مصالحها الوطنية (الاصل المفهومي والاصل البنوي في القانون الدولي العام. زهير الحسني. المجلة المصرية للقانون الدولي ٢٠٠٥).

ولكي يكتسب المفهوم القانوني مركزا قانونيا فيكون بمثابة بنية قانونية فلا بد من تصرفات قانونية دولية تحدد حقوق والتزامات هذا المركز وذلك بموجب القانون الدولي الاتفاقي الذي يمكن ان يتحول الى القانون الدولي العرفي بشيوع التصرفات القانونية الناجمة عنه على نطاق واسع حتى يكون نافذا في مواجهة الجميع *Erga omnes*. حيث تتخرط الدول الباقية خارج القانون الاتفاقي فيه من خلال نشوء القاعدة العرفية وذلك من خلال اجتماع ركني هذه القاعدة على مرحلتين وبالشكل الآتي:

المرحلة الاولى. قيام التصرفات القانونية. وتأخذ شكل تصرفات قانونية دولية انفرادية كتصريح ترومان بشأن حقوق الولايات المتحدة في جرفها القاري في ١٩٤٥/٩/٢٨ او تشريعات وطنية ذات اثر دولي مثل قوانين الذئاب البحرية الانكليزية *Hovering Acts* بين ١٧١٨ و ١٧١٩ لقمع المخالفات المرتكبة في البحر الاقليمي والمنطقة المتاخمة. وقد تأخذ شكل معاهدات ثنائية كمعاهدة *Gand* بين انكلترة والولايات المتحدة في ١٨١٨/١٠/٢٤ بشأن تحديد ٣ ميلا بحريا كحد اقصى لعرض البحر الاقليمي او شكل معاهدة متعددة الاطراف بشأن المرور العابر في المضائق الدولية في اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار في ١٩٨٢/١٢/١٠ والاستخدام السلمي للفضاء الخارجي في معاهدة واشنطن في ١٩٦٧/١/٢٧.

ويعتبر اثر هذا المركز القانوني اثرا نسبيا مقتصر على الدول الاطراف في المعاهدة المنشئة لهذا المركز. وتعتبر هذه المعاهدة بمثابة ركن مادي لقاعدة عرفية في مرحلة النشوؤها شأنها شأن التصرفات القانونية الدولية الانفرادية وهذا هو الركن الاول لهذه القاعدة.

المرحلة الثانية. شيوع التصرفات القانونية الدولية النسبية الاثر. وهو توالي التعامل الدولي بالتصرف القانوني نسبي الاثر ليمتد الى الاشخاص الدولية التي بقيت خارج هذا التعامل والتي لم تعرب عن معارضتها لهذا التصرف القانوني بل فضلت السكوت والترقب. وكلما تضاءل عدد الاشخاص غير المعارضة كلما اقتربنا من درجة التواتر وينقلب الالتزام النسبي الاتفاقي الى التزام عام يسري في مواجهة الاقلية الصامتة حيث يعتبر صمتها بمثابة قبول

*acquiescement*. ولذا فلا غرابة في القول ان العرف هو سريان التصرف القانوني في مواجهة الاقلية وليس في مواجهة الاكثرية لان الاخيرة قد التزمت ابتداءا بهذا التصرف القانوني وبفضلها وصل التعامل به درجة العرف. وقد اوضحنا تحليلنا هذا في دراستنا عن مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في المجلة المصرية للقانون الدولي لسنة ١٩٨٩. وبناءا على ذلك اعتبرت محكمة نورمبرغ ان اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ نافذة في مواجهة جيكوسلوفاكيا رغم عدم توقيعها على تلك الاتفاقيات وذلك لانها قانون عرفي وذلك في حكمها في ١٩٤٩/١٠/١ وبالرغم من شرط التضامن *si omnes* الوارد في اتفاقيات لاهاي المذكورة والذي يقضي ان الالتزام بالعمل باتلاتفاقية من قبل طرف فيها ازاء الغير متوقف على مدى التزام الغير بها. وبذلك حكمت المحكمة الدولية للشرق الاقصى في طوكيو في قضية *hirota* في ١٩٤٨/١١/١٢.

وإذا كانت محكمتا نورمبرغ وطوكيو قد حكمتا بالطبيعة العرفية لقواعد معينة في اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ وهما محكمتا المنتصرين، فاننا لانجد في احكام هاتين المحكمتين اشارة الى قانون جنيف والقواعد العرفية فيه. ووجه ذلك انه اذا كانت كثير من قواعد قانون لاهاي تتضمن قواعد قانونية عامة مفهومية كقواعد عرفية بسبب هذه العمومية، فان اكثر قواعد قانون جنيف تتضمن احكاما تفصيلية تحدد مراكز قانونية لاتعرف الا من خلال القانون الدولي الاتفاقي التي عادة ماتكون عرضة للتحفظات التي بطبيعتها تحول دون بلوغ هذه القواعد الاتفاقية الدرجة العرفية، لان التحفظات تمنع سريان القواعد المتحفظ عليها في مواجهة الدول المتحفظه من جهة وان التعامل الدولي غي المتناسق وغير المطرد يحول دون قيام القاعدة الدولية العرفية من جهة اخرى.

### الفرع الثالث

#### الركن الشرعي العرفي للقانون الدولي الجنائي

بالنظر لعدم وجود مشروع دولي وبالتالي عدم وجود مدونة جنائية دولية فقد سعى الفقه الى الدعوة الى اقامة الركن الشرعي للجرائم الدولية على القانون العرفي وخاصة بعد النقد الموجه لمحكمة نورمبرغ من ان احكامها لم تستند الى نصوص تجريبية دولية. وذكر *Glaser* ان كل مخالفة تستمد خصوصيتها بعدم الشرعية او الجرمية من العرف الدولي

بالدرجة الاولى وليس من القانون الدولي الاتفاقي فقط، كما هو مقرر في المادة ٦ من النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ والمادة ٥ من النظام الاساسي لمحكمة طوكيو. ف جرائم الحرب المذكورة فيهما هي انتهاكات قوانين واعراف الحرب.

(Stafan Glaser: Introduction a l'etude du Droit international penal. Bruylant. Sirey. 1954. p37)

ويبرر Glaser قوله الذي لا يخلو من فلسفة بان القانون الدولي الجنائي، عرفي لانه يستمد وجوده من العقل والقيم والعدالة العليا ومصادره المعاهدات والمبادئ العامة والفقهاء والقضاء وهو فوق ارادة الدولة وان مبدأ الشرعية (لاجريمة ولا عقوبة الا بنص) لا ينطبق على القانون الدولي الجنائي.

(Glaser. Droit international penal. Bruylan. 1970. pp.23-24)

ورغم زوال مسوغات هذه الدعوة بابرام اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ والملحقين الاضافيين لسنة ١٩٧٧ والاتفاقيات الجماعية الاخرى الخاصة بالجرائم الدولية، الفقه مازال مغرماً بمفهوم القانون الجنائي العرفي كما يظهر من كتاب تيودور ميرون بعنوان: حقوق الانسان والمعاهدات الانسانية باعتبارها قانوناً عرفياً. منشورات جامعة اوكسفورد ١٩٩١.

وبناء عليه فان التفسير الضيق للانتهاكات الخطيرة يحدد من نطاق الاتهام بالادانة بانتهاك القانون الدولي الانساني كما يعتقد انصار الركن الدولي العرفي الجنائي.

وحاولت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقاً الاستناد الى المفهوم العرفي للركن الشرعي في قضية المدعي العام ضد Tadic لسنة ١٩٩٥ بشأن الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ وذلك بتطبيق المادة ٢ المشتركة لهذه الاتفاقيات الخاصة بالنزاع المسلح الدولي على النزاع المسلح غير الدولي عملاً بالتفسير الغائي للنصوص لغرض تجريم Tadic. ولكن دائرة الاستئناف في المحكمة رفضت هذا التوسع بالتفسير والزمّت المحكمة الابتدائية بالتقيد بادانة المتهم بموجب المادتين ٣ و ٥ من النظام الاساسي للمحكمة لعدم وجود عرف دولي بالعمل بالمادة ٢ المشتركة في النزاع المسلح غير الدولي وحصره بالنزاع المسلح الدولي فقط. وبناءاً عليه حكمت الدائرة الثانية من المحكمة في ١٩٩٧ بعدم تطبيق احكام الانتهاكات الخطيرة عليه والاقتصار بالحكم عليه باحكام النظام الاساسي.

(Natalie Wagner. The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the international criminal

*tribunal for the former Yugoslavia. Internatioal review of the Red Cross. No.850.2003.p.372)*

وهكذا قطعت دائرة الاستئناف الطريق امام الدائرة الابتدائية من بناء حكمها على الركن الشرعي العرفي واحترام قاعدة لاجريمة ولاعقوبة الا بنص وهي القاعدة التي كرسها الصكوك الدولية ومنها المادة ٢٢ الفقرة ١ و ٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع عليه في روما في ١٨/٧/١٩٩٨.

وقد عالجت المادة ٨/ج من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ هذه المشكلة بالنص على ان اللانتهاكات الواردة في المادة ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩، تعتبر بمثابة جرائم حرب بالرغم من وقوعها في اطار نزاع مسلح غير دولي، وذلك جنبا الى جنب مع الانتهاكات الخطيرة التي تقع في نزاع مسلح دولي، وانها بالتالي تقع ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة. وبهذا يكون القانون الدولي الاتفاقي قد سد النقص في القانون *lacune de droit* الذي لايمكن معالجته الا بالقانون الاتفاقي وقطع بالتالي حجج دعاة الركن الشرعي العرفي للجرائم الدولية.

وهكذا اخفقت محاولة غرفة المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا سابقا في الترويج للركن الجنائي لادانة *Tadic Dusco* لارتكابه انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الانساني ضد مسلمي البوسنة في حكمها في ١٠/٨/١٩٩٥ بتوسيع مفهوم الانتهاكات الخطيرة الواردة في المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة المنقول عن المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩ والخاص بالنزاع المسلح الدولي، على النزاع المسلح غير اتدولي وتفسير المادة هذه تفسيراً موسعاً على اساس عرفي باعتبار ان هذا المفهوم وارد في هذه المادة على انه زعلان *declarator* لقانون دولي عرفي مطبق على النزاع المسلح غير الدولي. بل ان المواد ٢ و ٣ و ٥ من النظام الاساسي تؤهل المحكمة الحكم بناء على هذا المفهوم دون الحاجة لوجود نزاع مسلح دولي او حتى تحديد طبيعة النزاع الدائر في البوسنة والهرسك.

*(prosecuter v. Tadic. Decision of the defence. Tadic Jurisdiction.10.8.1995par.46-83)*

ووجه استدلال الغرفة ان النزاع في منطقة *Prijedor* هو نزاع مسلح غير دولي لان جيش حكومة يوغسلافيا الاتحادية قد انسحب فعلا من البوسنة والهرسك اعتباراً من ١٩/٥/١٩٩٢ وانه اعتباراً من ذلك التاريخ لاتمارس هذه الحكومة رقابة فعالة على صرب البوسنة شأنها في ذلك شأن الوضع في نيكاراغوا حينما رفضت محكمة العدل الدولية في حكمها في

١٩٨٦/٦/٢٦ في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا اعتبار الكونترا خاضعة لرقابة الولايات المتحدة وان النزاع هناك كان نزاعا مسلحا غير دولي. وحيث ان النزاع المسلح غير الدولي محكوم ابتداءا بالمادة ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة لسنة ١٩٤٩ وان هذه المادة لاتنص على المسؤولية الجنائية للانتهاكات التي ترتكب فيه، ولكي تتمكن المحكمة من ادانة تاديك، فان عليها ان تنقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة الى نطاق المادة ٣ المشتركة لكي تؤسس مسؤوليته الجنائية لانتهاكه المادة ٣ من النظام الاساسي للمحكمة. وتوصلا الى هذه النتيجة تبنت الغرفة مفهوم الركن الجنائي العرفي بالنظر لعدم اشتمال المادة ٣ اساسي على مفهوم الانتهاكات الخطيرة.

. ولكن محكمة الاستئناف نقضت الحكم مبينة ضرورة التمييز بين النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير الدولي لمعرفة القانون الواجب التطبيق من جهة وان تدخل دولة اجنبية في نزاع مسلح غير دولي يحول هذا النزاع الى نزاع مسلح دولي مادام هذا التدخل يجعل المتمردين تحت رقابة تلك الدولة فعلا *de facto* وبذلك يخضع النزاع المسلح لقانون الحرب من جهة اخرى. وبقدر ماتبين ان صرب البوسنة يخضعون لاشراف حكومة يوغسلافيا الاتحادية، فان النزاع المسلح بين صرب البوسنة وجمهورية البوسنة والهرسك هو نزاع مسلح دولي. اما تكييف النزاع في نيكاراغوا فلم يكن في خلد محكمة العدل الدولية معرفة ما اذا كان ينبغي تطبيق القانون الدولي على النزاع ام لا، وانما كان هدفها تطبيق المادة ٣ المشتركة على النزاع بقطع النظر عن طبيعته. كما لم يكن في خلد المحكمة بيان ما اذا يمكن تطبيق مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني لان النزاع المرفوع امامها يتعلق بمسؤولية الولايات المتحدة المدنية عن انتهاك القانون الدولي العام وليس عن المسؤولية الجنائية الفردية عن انتهاك القانون الدولي الانساني.

*(Marco Sassol and Laura M. Olsen. The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. RICR.2000.No839.p.739)*

. وترى محكمة الاستئناف وخلافا لرأي محكمة العدل الدولية ان النزاع المسلح يكون دوليا اذا كانت الدولة الاجنبية تمارس رقابة فعالة على المتمردين الذي يحاربون عنها بالوكالة *proxy* وان الانتهاكات التي ارتكبها تاديك ضد مسلمي البوسنة تدخل تحت مفهوم

الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني. كما ترى المحكمة عدم جواز التوسع في هذا المفهوم خارج القانون الدولي الاتفاقي سواء اكان ذلك بموجب المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقا او بموجب المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ *Tadic (Decision 1995. par. 64-38)* ولا يوجد قانون دولي عرفي بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني قائما بذاته. وهكذا تأخذ محكمة الاستئناف بالمعنى الضيق لهذا المفهوم وترفض معناه الموسع، وهذا ما يقتضيه مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الذي يفترض تفسير النصوص الجنائية تفسيراً ضيقاً. وهكذا تؤسس محكمة الاستئناف اداة تاديك باعادة تكييف النزاع وليس بالتوسع في تفسير النصوص حيث لايجوز نقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة والمسؤولية الجنائية الفردية الى المادة ٣ من النظام الاساسي ولا الى المادة ٣ المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩، كما لايجوز التوسع في تعريف الاشخاص المحميين بموجب هذه الاتفاقيات بشمولهم بالمادة ٣ المشتركة وتتفق الغرفة والاستئناف في هذا على حد سواء. *(Natale Wagner. Op.cite. p. 358)* وهكذا، فان المحكمة ترى بان القانون العرفي يخصص الانتهاكات الخطيرة بالمنازعات المسلحة الدولية فقد (الفقرة ٨٤ من الحكم) وهو ما اقره النظام الاساسي لمحكمة نورمبرغ.

*(John Dugard. Combler la lacun entre droit de l'home et droit humanitaire. Revue Croix-Rouge. Sept. 1998.No.831.p.482)*

. وينبغي التتويه الى اننا لاننفي تطور القانون الدولي على اساس عرفي اذا اعитеه وانما نميز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الانساني. فالقانون العرفي مصدر من مصادر القانون الدولي العام ولايريب ولكنه ليس كذلك ازاء تحديد الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني أي اننا عندما نميز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، فاننا موقفنا هذا نؤكد مبدأ قانونياً جنائياً وهو لا جريمة الا بنص. وان الركن الشرعي في القانون الدولي الجنائي يستبعد التجريم على اساس عرفي كما ان كلا من الغرفة والاستئناف لم يكرس الطبيعة العرفية لقواعد لم تذكر صراحة في المادة ٣ المشتركة او البروتوكول الثاني. وان هذا هو موقف المحاكم الجنائية الوطنية التي تمتنع عن تطبيق قاعدة قانونية جنائية اتفاقية ليست طرفاً فيها، على اساس عرفي كما تبين من رفض محكمة الاستئناف العسكرية

السويسرية في حكمها في ايار ٢٠٠٠ في قضية طلب الادعاء نقض حكم الدائرة الابتدائية بادانة المواطن الرواندي فولجنس نيونتييز بسبب ادانته بتهمة ابادة الجنس البشري والجرائم ضد الانسانية بالنظر الى ان سويسرا ليست طرفا في اتفاقية منع وقمع جريمة ابادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ في ذلك الوقت وهكذا لايمكن مواجهة القضاء الوطني بالركن الشرعي العرفي.

وإذا كان ثمة تطور في القانون الدولي الانساني على اساس عرفي فان هذا التطور يقتصر على المبادئ العامة الحاكمة للمنازعات المسلحة. وقد احتاطت محكمة الاستئناف ازاء هذا التطور للتأكيد على:

- أ- ان تطور القانون العرفي لايتعلق الا بجزء صغير من هذه المبادئ العامة.
- ب- ان هذا التطور لايمثل نقلا كاملا واليا لقواعد خاصة بالمنازعات المسلحة الدولية الى المنازعات المسلحة غير الدولية، وانما هو نقل انتقائي يتعلق بهذه المبادئ من حيث الجوهر essence وليس في نظمها المحددة والتفصيلية.

(Jean-Francois Queguiner: *Dix ans après la creation du Tribunal international l`ex Yougoslavie .ricr .2003 .No. 850 . p.297*)

وعليه، فمن الصعب القول بان القانون الدولي العام يقر اختصاص المحاكم الدولية لجرائم الحرب المرتكبة في المنازعات المسلحة غير الدولية

(John Dugard. *Comblent la lacune.p.484*)

. ولسد النقص الملحوظ في القانون الدولي الاتفاقي قضى النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ١٧/٧/١٩٩٨ بتوسيع مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني الى النزاعات المسلحة الدولية في حالتين هما:

الاولى. تضمين مفهوم الانتهاكات الخطيرة للمادة ٣ المشتركة لاتفاقيات جنيف الرابع لسنة ١٩٤٩ بموجب نص المادة ٨/٢/ج باعتبارها جرائم حرب وذلك لغرض حماية الاشخاص غير المشتركين فعليا في الاعمال العدائية وهو موضوع قانون جنيف.

الثانية. تضمين مفهوم الانتهاكات الخطيرة لقوانين واعراف الحرب بموجب نص المادة ٨/٢/هـ باعتبارها من جرائم الحرب وذلك لتنظيم طرق واساليب الحرب الواردة في قانون لاهاي.

وفي الحالتين تكون تلك الانتهاكات الخطيرة موضوعا للمسؤولية الجنائية الفردية دون ان يؤثر ذلك على المركز القانوني لاطراف النزاع حسب المادة ٣ المشتركة.

#### الفرع الرابع

##### المعاهدات المقننة للعرف الدولي

تتداخل العلاقة بين المعاهدات والعرف الدولي من خلال تأثير احدهما في الاخر فهل تتم عملية انسنة القانون الدولي الانساني عرفا ام لابد من تدخل القانون الدولي الاتفاقي، واذا كانت الانسنة عملية فعلية في نطاق حماية ضحايا المنازعات المسلحة فهل تتحقق على صعيد مباديء الحماية فقط ام يمتد نطاقها الى الحقوق التي يحصل عليها ضحايا هذه المنازعات فعلا، هذا مانحاول معرفته من خلال العلاقة بين المعاهدات والعرف في القانون الدولي الانساني:

اولاً. المعاهدات التي تطور القانون الدولي العام. ويخضع نفاذها لمبدأ نسبية اثار المعاهدات فلا تسري الا على من صادق عليها او انضم اليها. وهي قابلة للتحفظات قبل اتمام اجراءات النفاذ سواء كان ذلك عند التوقيع او التصديق او الانضمام، متى ما كانت هذه التحفظات غير منصوص عليها بشرط الا تمس روح ومباديء هذه المعاهدات التي تكون بهذه المثابة غير قابلة للتحويل الى قواعد عرفية طالما بقيت التحفظات عليها نافذة.

ثانياً. المعاهدات المقننة للقواعد العرفية للقانون الدولي العام. وهي بهذه المثابة تسري في مواجهة المجموعة الدولية باعتبارها قواعد عرفية لا باعتبارها مجرد معاهدة. وطالما ادعت لجنة القانون الدولي انها تقوم بتقنين العرف الدولي ضمن برنامجها لتقنين وتطوير القانون الدولي العام. الا ان هذا الادعاء يتعارض مع التعامل، فقد تحفظت فرنسا على اتفاقية جنيف للجرف القاري لسنة ١٩٥٨ رغم نص الاتفاقية على عدم جواز التحفظ على المواد الاساسية فيها بما في ذلك المادة الثانية منها. واضطرت الدول الاعضاء في هذه الاتفاقية قبول فرنسا بالانضمام اليها وهي مصررة على تحفظها على المادة الثانية في ١٤/٦/١٩٦٥ معتبرة هذا التحفظ على انه تحفظ تفسيري. ولم تدخل اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ حيز النفاذ الا في ١٩٨٩ رغم الادعاء بان هذه الاتفاقية تقنن القواعد العرفية المرعية في ابرام ونفاذ المعاهدات. ولذا ينبغي توخي الحذر في وصف مثل هذه المعاهدات

باعتبارها تقنيناً للعرف الدولي وان سريانها في مواجهة الجميع محل تأمل، خاصة وان دخول مثل هذه المعاهدات حيز النفاذ متوقف على تصديق او انضمام عدد معين من الدول كما توضحه الاحكام الختامية في المعاهدة.

ثالثاً. المعاهدات المختلطة. وهي المعاهدات التي تتضمن نصوصاً لتطوير القانون الدولي العام واخرى لتقنين العرف الدولي. فتخضع النصوص الاولى في نفاذها لمبدأ نسبية الاثر بينما تكون النصوص الثانية سارية فيب مواجهة الجميع باعتبارها عرفاً دولياً لا باعتبارها قانوناً اتفاقياً، وحيث يمكن التحفظ على النصوص الاولى فانه لايقبل التحفظ على الثانية لانها عرف دولي. والمشكلة التي تثيرها هذه المعاهدات هي التمييز بين ماهو اتفاقي وبين ماهو عرفي وبالتالي مايمكن التحفظ عليه وما لايمكن وبين مايمكن الانسحاب منه وما لايمكن. وتعتبر معاهدات قانون لاهاي وقانون جنيف من المعاهدات المختلطة. وقد يتعذر الاتفاق على معرفة ماهو اتفاقي وماهو عرفي من بين نصوصها. وبالنظر لاستمرار عمليات التصديق والانضمام الى اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ ولبروتوكولين الاضافيين الاول والثاني لسنة ١٩٧٧، فان نصوص هذه الصكوك الدولية ليست جميعها عرفية. كما اثن جواز الانسحاب من هذه الصكوك مقبول فيها كما هو شأن المادة ١٤٢ من اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩. ورغم تأكيد هذه المعاهدات على نفاذ شرط مارتنز بعد الانسحاب منها. فان الشك في امكانية تحولها الى نصوص عرفية يبقى قائماً خاصة وان المادة ٩٩ من البروتوكول الاول لسنة ١٩٧٧ لاتشترط نفاذ هذا الشرط بعد الانسحاب من البروتوكول. وتوضح المشكلة بشكل اكبر عند الاحتجاج بالصكوك الدولية للقانون الدولي الانساني كعرف دولي في مواجهة الدول التي لم ترتبط بها لحد الان او الدول التي تتسحب منها.

ويتجلى تأثير التحفظات في منع تحول النصوص الدولية الى قواعد عرفية في البروتوكول الاول الاضافي على وجه الخصوص. فمن بين ١٥٠ اعلاناً فردياً بالتحفظات يعتبر ٣٤ منها تحفظاً في مفهوم اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩.

ويعود سبب وجود هذه التحفظات الى تعارض بعض نصوص البروتوكول للقوانين الوطنية او لمعارضتها للقانون العرفي كالمادتين ٥١ و ٥٢ بشأن حماية المدنيين من الانتقام والهجمات العشوائية والمادة ٧٠ المتعلقة بحرية مرور عمليات الاغاثة اثناء الاعمال العدائية

والمادة ٣٩ بخصوص احترام العلامات والازياء العسكرية للخصم او للدول المحايدة والمادة ٥٦ بشأن حماية المنشآت المحتوية على قوى خطرة. فوجود هذه التحفظات وغيرها يحول دون صيرورة المواد المتحفظ عليها كقاعدة دولية عرفية نافذة في مواجهة الجميع بما فيهم الدول المتحفظة.

## الفرع الخامس

### المبادئ العامة للقانون الدولي العام

تشير المبادئ العامة للقانون الدولي العام عددا من المشاكل القانونية يهمنها منها ما يتعلق بالتمييز بين المفهوم القانوني والبنية القانونية من جهة وبين هذه المبادئ كمصدر للقانون الوضعي ومبادئ القانون الطبيعي كمصدر من المصادر غير المشتقة من جهة اخرى. اولاً. المفهوم والبنية في المبادئ العامة للقانون الدولي العام. كما لاحظنا في القاعدة العرفية فان التمييز بين هذين المصطلحين مفيد لمعرفة ما اذا كانت هذه المبادئ تتضمن مجرد التزام بالسلوك ام هي التزامات محددة ببذل عناية ام تحقيق غاية وبالتالي معرفة ما اذا كنا امام مبادئ عامة يمكن ان تقوم على اساس عرفي كمبدأ حسن النية في العلاقات الدولية ومبدأ الالتزام باللجوء الى الطرق الدبلوماسية لحل المنازعات الدولية ام هي مبادئ محددة تفرض التزاما تفصيليا على اساس اتفاقي وهو ما توصلت اليه محكمة الاستئناف في قضية تاديك انفة الذكر.

لقد تعرضت محكمة العدل الدولية لهذا الامر في فتاها في ١٩٩٦/٧/٨ بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها في كافة الظروف بما فيها ظروف الدفاع الشرعي، وميّزت بين ما هو موضوع لترخيص عام ام لتحريم محدد بالذات، وذلك في كل من قانون السلام وقانون المنازعات المسلحة:

١. قانون السلام. ميزت المحكمة بين حالات ثلاث:

. افتت المحكمة بالاجماع بانه لا يوجد في القانون الدولي العرفي ولا في القانون الدولي الاتفاقي ما يجيز التهديد بالاسلحة النووية او باستخدامها.

. افتت المحكمة باغلبية ١١ صوتا مقابل ٣ أصوات بان ليس في القانون الدولي العرفي ولا القانون الدولي الاتفاقي أي حظر شامل بالتهديد بالاسلحة النووية بالذات او باستخدامها.

. ولكنها افتت بالاجماع بان التهديد بالقوة او باستخدامها بواسطة الاسلحة النووية الذي يتعارض مع المادة ٤/٢ من ميثاق الامم المتحدة والذي لايفي بمقتضيات المادة ٥١ منه، بانه غير مشروع.

وبالتمييز بين ماهو محدد وما هو عام لانجد تعارضا بين الاجزاء الثلاثة من الفتوى. ففي الفقرتين (أ) و (ب) تفتي المحكمة بعدم وجود ترخيص محدد او حظر محدد بالتهديد بالاسلحة النووية او استخدامها، وهذا افتاء لمركز قانوني بنيوي. بينما الفقرة (ج) تعتبر التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها غير مشروع في اطار المفهوم القانوني العام لتحريم التهديد بالقوة واستخدامها لحل المنازعات الدولية لا على اساس تحريم التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بالذات. وبناءا عليه يمكن القول بعدم وجود حظر شامل للتهديد بالاسلحة النووية واستخدامها على وجه الخصوص كما يمكن القول بان التهديد بالقوة واستخدامها باستعمال الاسلحة النووية بما يتعارض والمادة ٤/٢ ومقتضيات المادة ٥١، غير مشروع، لانه يتعلق بعموم عدم جواز التهديد بالقوة واستخدامها وليس بخصوص التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بالذات.

٢. قانون المنازعات المسلحة. اما في قانون المنازعات المسلحة حيث تقع الحرب، فيتغير الامر من مجرد تحريم التهديد بالقوة واستعمالها الى بيان ما اذا كان استخدام القوة المسلحة يتطابق مع قوانين الحرب واعرافها وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق. وتواجه المحكمة هنا مشكلة لم تواجهها في قانون السلام، ففي الفقرة د من الفتوى اقرت المحكمة بالاجماع ان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب ان يتماشى ومقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في اوقات النزاع المسلح ولاسيما مع مقتضيات مبادئ القانون الدولي الانساني وقواعده وكذلك مع الالتزامات المحددة بموجب معاهدات او غيرها من التعهدات التي تتعلق صراحة بالاسلحة النووية. ولكن بدلا من ان تقول القانون في خصوص التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة معرضا للخطر، تفتي المحكمة في الفقرة (٥) من الفتوى باغلبية ٧ ضد ٧ مع ترجيح صوت الرئيس برأيين متعارضين وذلك بالقول اولاً، بانه وبناءا على المقتضيات الواردة في الفقرة د فان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مخالف (بصورة عامة) لقواعد القانون

الدولي المطبقة في اوقات النزاع المسلح وخاصة مبادئ القانون الانساني وقواعده، وهذا تحريم عام على اساس المفهوم.

وثانياً بان المحكمة وباتلنظر لحالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الواقعية المتوفرة لديها، ليس في وسعها ان تخلص الى (نتيجة حاسمة) بشأن ما اذا كان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مشروعاً او غير مشروع في اقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضاً للخطر، وهذا افتاء في اطار قانون محدد على اساس بنيوي لا على اساس مفهومي. ولعلاج هذا التعارض بين وجود القانون وعدمه في الفقرة ذاتها فان المحكمة تفتي مرة في اطار المفهوم العام بحرمة التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها اذا كان ذلك مخالفاً لقانون المنازعات المسلحة. وهذا مما لا يرب فيه. ولكنها في اطار موقف محدد وهو حالة الدفاع الشرعي تمتنع عن الافتاء بالحرمة بدعوى عدم وجود قانون وان المحكمة لاتستطيع التصريح بجواز التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها لانها خرجت في فتاها باغلبية الصوت المرجح للرئيس. والمشكلة المطروحة هنا هي هل يوجد فعلاً نقص في القانون وهذا ماسنبيته تباعاً:

١. في القانون الدولي الاتفاقي. ما دامت المحكمة قد افتت بعدم مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها بموجب المادة ٤/٢ من الميثاق وعندما لايفي ذلك بمقتضيات المادة ٥١ من الميثاق، فان الدفاع الشرعي من اجل البقاء يكون مشروعاً عند الوفاء بمقتضيات هذه المادة وذلك عندما يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الملاذ الوحيد من اجل البقاء. وبالتالي لا يوجد نص في القانون الاتفاقي.

٢. في المبادئ العامة لقانون المنازعات المسلحة. اقرت المحكمة في حالة نشوب الحرب ان يكون التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها متوافقاً مع مبادئ هذا القانون، ولا يخفى ان ذلك يتعارض معه مبدأ عدم التمييز بين المحاربين وغير المحاربين من جهة والاستعمال المفرط للسلاح المسبب لآلام مفرطة من جهة ثانية اضافة الى وجوب التناسب في الرد من جهة ثالثة. ولما كان التناسب شرطاً اساسياً في الدفاع الشرعي فان الرد النووي على العدوان النووي كمالاً اخير من اجل البقاء وبقدر مات يتعلق بشرط التناسب متوافق مع المادة ٥١ من الميثاق والمبادئ العامة للقانون الانساني في هذا الاطار.

ولكن المحكمة لم تميز بين حالات التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها وذلك في حالة الرد النووي على هجوم بالاسلحة غير النووية كالاسلحة السامة والجرثومية.

وهنا يكمن موطن الضعف في فتوى المحكمة بعدم وجود قانون. ولتوضيح ذلك ينبغي التمييز بين الدفاع الشرعي والانتقام. فاستخدام الاسلحة النووية لأول مرة للرد على عدوان بالاسلحة غير النووية هو انتقام وليس دفاعا شرعيا لانه يتعارض مع شرط التناسب وهو اساس في الدفاع الشرعي والانتقام محرم بموجب القانون العرفي اضافة الى المادة ٢٠ من البروتوكول الاول الاضافي لسنة ١٩٧٧.

اما الرد بالاسلحة النووية على العدوان النووي كملاذ اخير من اجل اتلبقاء فهو مشروع لانه دفاع شرعي. ولكن المحكمة وبسبب عدم هذا التمييز وجدت نفسها في اختيار صعب للتوفيق بين متطلبات القانون الانساني التي تحرم استخدام الاسلحة النووية وبين الدفاع الشرعي الذي هو ملاذ اخير للدفاع من اجل البقاء. وحيث ان الاختيار صعب في موقف كهذا فان المحكمة لم تكن قادرة على الترجيح بين الامرين وبالتالي القول بعدم وجود قانون.

. والواقع انه لا يمكن تصور قيام التعارض على مستوى المبادئ القانونية المفهومية لان مبادئ القانون لا تتعارض فيما بينها وانما يقع التعارض على مستوى التفاصيل والالتزامات المحددة وبالتالي لا يوجد تعارض بين تحريم الاسلحة النووية على العموم وبين الدفاع الشرعي على الخصوص وفق احكام المادة ٥١ من الميثاق. الا ان المحكمة لم تبين حالات الدفاع الشرعي واحجمت عن الخوض والافتاء فيه لصعوبة اخضاع هذه الحالات لقول واحد. اما عند التفصيل فانه يمكن القول بان الرد النووي على عدوان غير نووي غير مشروع لانه ليس دفاعا شرعيا وانما هو انتقام كما لا يكون الرد النووي على عدوان نووي مشروعاً اذا كان الرد بالاسلحة غير النووية كافياً للرد على العدوان النووي لان غرض الدفاع الشرعي هو رد العدوان وليس الانتقام لتدمير العدو.

فلا يوجد دفاع شرعي اذا لم يكن الرد النووي ضروريا واذا تجاوز الرد شرط التناسب وكل ذلك خاضع لرقابة مجلس الامن او المحاكم الدولية وليس لمطلق تقدير الدولة ضحية العدوان والا كانت هي الخصم والحكم.

وكان على المحكمة ان تبين ان الرد النووي غير الضروري وغير المتناسب غير مشروع لانه انتقام وان الرد النووي الضروري والمتناسب كملاذ اخير من اجل البقاء مشروعاً لانه

دفاع شرعي وبذلك يمكن للمحكمة قول القانون والظاهر ان احتجاج المحكمة يسير نحو الترخيص بالتهديد بالاسلحة النووية او استخدامها وليس باتجاه نفي تحريمها وهو ما يفهم من طريقة استدلال المحكمة الاتي:

- أ- ان سياسة الردع النووي التي تمارسها الدول النووية تعني الترخيص باستخدامها وهي سياسة تقر بها المحكمة ولا تنفيها.
- ب- ان فشل مفاوضات نزع الاسلحة النووية قرينة على عدم اتفاق الدول على تحريم الاحتفاظ بها لغرض التهديد بها او استخدامها عند الاقتضاء.
- ج- ان قرار الجمعية العامة للامم المتحدة ١٦٥٣ في ١١/٢٤/١٩٦١ والقرارات اللاحقة والتي تدعو الدول الاعضاء الى نزع الاسلحة النووية لانتشيء عرفا بتحريم الاحتفاظ بها وبالتالي التهديد بها او استخدامها خاصة وان الدول النووية قد صوتت ضدها بحيث ان هذا الرفض ينشيء حالة من التوتر بين عرف في طريق النشوء وسياسة الردع التي تمنع قيام هذا العرف.
- د- ان التحفظات على تحريم الاسلحة النووية وعلى معاهدي تلاتولكو وروتونجا بشأن المناطق المنزوعة السلاح النووي وعدم الاعتراض على هذه التحفظات لاتحظر الاحتفاظ بهذه الاسلحة وامكانية اللجوء اليها عند الاقتضاء.

وزبدة القول.

. ان المحكمة مؤهلة بقول القانون بمعناه المفهومي *conceptual* حيث لاختلاف في المفاهيم العامة وغير قادرة على قول القانون بمعناه البنوي *structural* لعدم قيام المحكمة بالتمييز بين التفاصيل وهو ما تقتضيه العملية القضائية بالقدر الذي تقتضيه اصول البحث العلمي.

. ان المحكمة تلتزم بقواعد التفسير الضيق لنصوص القانون الانساني بما في ذلك قانون المنازعات المسلحة عملا بالقاعدة الجنائية التي تقضي بالتفسير الضيق للقانون. ولذا فانها امتنعت عن اخضاع الاسلحة النووية لاحكام تصريح سان بتسبرغ لسنة ١٨٦٨ بشأن الالتزام بعيار ٤٠٠ غراما للقوة التدميرية للاسلحة واعلان لاهاي الثاني لسنة ١٨٩٩ بشأن تحريم الاسلحة الحارقة وبروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن تحريم الاسلحة السامة، على الاسلحة النووية لعدم النص عليها. وهذا يعني ان المحكمة لاتريد ان تقول ان الاسلحة

النوية يتجاوز عيارها ٤٠٠ غراما ولا انها اسلحة حارقة ولا انها اسلحة سامة في حين ان المحكمة تقر بان مبادئ القانون الانساني تنطبق على الاسلحة النووية رغم عدم النص عليها (فقرة ٨٧ من الفتوى). ومن هنا نفهم سبب قصور مبادئ القانون الانساني للحكم على اتلاسلحة النووية امانت ضيق النصوص سواء اكان من باب تخصيص الخاص للعام او من باب عدم التوسع في تفسير النصوص.

. ان القول بعدم وجود القانون هو اهمال للمبادئ العامة للقانون الدولي الانساني المفهومية والمركزية على حد سواء وهو استتلاف لا لعدم وجود القانون بل لعدم قول القانون.

ذلك ان قول المحكمة بعدم وجود القانون يعني عدم انطباق المبادئ العامة للقانون الدولي الانساني على المنازعات المسلحة بالرغم من شرط مارتنز الذي يسري في حالة انعدام النصوص وهذا تعطيل للشرط وبالتالي تعطيل للقانون. وهذا ناجم عن عدم التمييز بين الدفاع الشرعي والانتقام الذي اوقع المحكمة في حرج القول بان الدفاع الشرعي مشروع بالاسلحة النووية عند توفر شروطه خشية التيه بين الرد المشروع والرد غير المشروع. وعليه كان على المحكمة ان تقول القانون ليرتب عليه ما يأتي:

أ- ان استخدام الاسلحة النووية في الدفاع الشرعي ممكن في العلاقة بين الدول النووية فيما بينها للرد على عدوان نووي من احداها ضد الاخرى كمالاذا اخير من اجل البقاء.

ب- لايجوز استخدام الاسلحة النووية من قبل الدول النووية للرد على عدوان تشنه دول غير نووية، لان هذا الرد يعتبر انتقاما لا دفاعا شرعيا ولكي يكون دفاعا شرعيا فيجب الا يكون نوويا.

ج- لا دفاع شرعي بالاسلحة النووية بين الدول غير النووية لبداهة عدم تملكها للاسلحة النووية ولايحق لها الاستعانة بدول نووية للرد بالاسلحة النووية على عدوان غير نووي لان مثل هذا الرد هو انتقام لا دفاع شرعي (عبد العزيز مخيمر. مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية في نزاع مسلح، المجلة المصرية ٢٠٠٢، ص ١٩٥).

ثانياً: التمييز بين المبادئ العامة للقانون الدولي العام ومبادئ القانون الطبيعي. تعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي العام جزءا من القانون الوضعي اما مبادئ القانون الطبيعي

فهي ليست كذلك لأنها لاتعدو ان تكون مباديء افتراضية باعتبارها مباديء معيارية عقلية لما يجب ان يكون عليه السلوك الدولي. واذا كان القانون الطبيعي مصدرا للقاعدة القانونية في القانون الداخلي على اساس من نص تشريعي لمواجهة النقص في القانون فان الامر ليس كذلك في القانون الدولي العام. لان القانون الداخلي يحظر على القاضي عن الاستكاف في حالة النعدام نص او عرف وبالتالي يحيله على مباديء القانون الطبيعي والعدالة لسد النقص في القانون، بينما لايستطيع القاضي الدولي حل النزاع المرفوع امامه في حالة عدم وجود مصدر من مصادر القانون الواردة في المادة ١/٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية. لان اختصاص القاضي الدولي يقوم على رضا الخصوم بينما يقوم اختصاص القاضي الداخلي على اساس تشريعي، الامر الذي يحمل القاضي اتدولي على الاستكاف عند عدم وجود القانون No liquet. وهو ما اعتقدت به محكمة العدل الدولية بشأن التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها. ولايجوز للقاضي الدولي اللجوء الى القانون الطبيعي الا بترخيص من الخصوم وهو ماقتضت به المادة ٢/٣٨ من النظام الاساسي للمحكمة وذلك بالاحالة على مباديء العدالة والانصاف ex eaquo et bono وهي ليست من القانون الدولي الوضعي مما يجعل وظيفة القاضي اقرب الى التسوية منها الى قول القانون. وينبغي التنويه الى ان مباديء القانون العامة الواردة في المادة ١/٣٨ ج من النظام الاساسي تقتصر على المباديء العامة للقانون المقارن الخاصة بقواعد التفسير المستفادة من القانون الداخلي ولا علاقة لها بالمباديء العامة للقانون الدولي كما هو مبين في كتابنا مصادر القانون الدولي العام (صفحة ٢٢٣ وما بعدها).

وبناء عليه، وعندما يستشهد القاضي الدولي بالمباديء العامة للقانون الدولي العام، فانه ينبغي التمييز ما بين المباديء الوضعية منها عن مباديء القانون الطبيعي. وحيث ان المادة ١/٣٨ ج لاتتصرف الى المباديء العامة للقانون الدولي العام الوضعي التي لاتقوم بحد ذاتها لعدم وجود مشرع دولي يمنحها القوة القانونية الالزامية، لذا فأنها تستمد هذه الصفة من خلال القانون الدولي الاتفاقي او العرفي خلافا عما هو الحال في القانون الداخلي حيث يمنح المشرع المباديء القانونية صفة الالزام. ومن هنا نلاحظ الاختلاف بين هذه المباديء في التشريعات الوطنية التي يقوم عليها النظام العام فيها.

ومن المفيد القول ان المبادئ العامة للقانون الدولي الوضعي هي مبادئ مشتقة وان المبادئ العامة غير المشتقة من القانون الدولي الاتفاقي او العرفي، هي من مبادئ القانون الطبيعي المجردة من الالزام القانوني. وهذا مانلاحظه في حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في قضية كورفو ١٩٤٩/١١/٩ حيث ميّزت المحكمة بين المبادئ العامة المعترف بها كمبدأ حرية المواصلات البحرية ومبدأ عدم جواز استخدام الدولة اقليمها لاغراض تخل بحقوق الدول الاخرى (*cij.Recueil.1949.pp.18 et ss.*)، وهذه مبادئ مشتقة لانها معترف بها من قبل المجموعة الدولية، وبين المبادئ الاساسية كالاقتبارات الانسانية التي اشارت اليها المحكمة لاحقا في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارغوا (*dij.Recueil.27.6.1986.par.218 etss*)

ويبدو ان محكمة العدل الدولية عاملت المبادئ العامة شرط *Martens* المنصوص عليه في اتفاقية لاهاي الثانية لسنة ١٨٩٩ والبروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧، معاملة المبادئ العامة للقانون الطبيعي خاصة وان هذا الشرط قد تضمن النص على مبادئ الانسانية ومتطلبات الضمير العام *des exigences de la conscience publique* وهذه هي من مفردات القانون الطبيعي. وحيث ان شرط مارتنس يحمي المدنيين والمقاتلين في الحالات التي لاينص عليها القانون الاتفاقي بان يجعلهم تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي العرفي ومبادئ الانسانية ومايمليه الضمير العام، وحيث انه لا يوجد نص او عرف بتحريم الاسلحة النووية، فان المحكمة لاتجد في مبادئ شرط مارتنس قانونا بالتحريم المطلق لهذه الاسلحة يسد النقص الحاصل في القانونين الاتفاقي والعرفي بتحريم الاسلحة النووية في حالة الدفاع الشرعي، خاصة وان المحكمة قد افتت بان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب ان يكون متوافقا مع متطلبات القانون الدولي المطبق في المنازعات المسلحة، كما اقرت في الوقت نفسه ان شرط مارتنس لازال نافذا (فقرة ٨٦ من الفتوى).

ولم تعتبر المحكمة حالة الضرورة من مبادئ القانون الوضعي في حكمها في قضية كورفو عندما احتجت بها انكلترة لتبرير قيامها بتنظيف مضيق كورفو دون إذن السلطات اللبنانية المنتهكة بذلك سيادتها، حماية للملاحة الدولية. بل واعتبرت المحكمة الاحتجاج بحالة الضرورة كذريعة لتبرير انتهاك الدول لقاعدة عدم جواز استخدام القوة في العلاقات الدولية (*cij.Recueil.1949.p35*) ويبدو ان المحكمة في رفضها لشرط الصفة لكل من ليبيريا

والحبشة في قضية اقليم جنوب افريقيا (ناميبيا)، انكرت على مبدأ تحريم التمييز العنصري الوارد في اتفاقية نيويورك لازالة كافة اشكال التمييز العنصري في ١٩٦٦/٣/٧ الصفة القانونية الوضعية بدعوى عدم دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ قبل صدور حكم المحكمة في القضية في ١٩٦٦/٧/١٨. علما بان هذه الاتفاقية تمنح شرط الصفة باقامة دعوى عامة لجميع الدول الاطراف فيها وذلك عندما اقرت المحكمة بذلك عند تداركها النقد الموجه ضد حكمها الذي تغاضى عن انتهاك جنوب افريقيا لحقوق الانسان في ناميبيا في هذه القضية والذي صدر بأغلبية صوت الرئيس المرشح، في حكمها في قضية برشلونة تراكسيون في ١٩٧٠/٢/٥ الذي اقر في حيثياته وجود التزامات نافذة في مواجهة المجموع الدولية على العموم *erga omnes* وبالتالي يمكن لجميع الدول الاحتجاج بها في مواجهة من ينتهك الالتزامات الواردة فيها (1970.p.31).*cij.Recueil*.

## المبحث الثاني

### آليات الانسنة في المعاهدات الدولية

اما الآليات التي تثيرها الانسنة في القانون الدولي الانساني فتتعلق بكيفية تطبيق هذه الآليات بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي (فرع اول) وبين امكانية التخلص منها بالتقادم او الحصانة او العفو (فرع ثان).

### الفرع الاول

#### النفاذ والتنفيذ

يتميز التعامل الدولي بين نفاذ المعاهدات وتنفيذها. فالنفاذ *entrée en vigueur* هو بلوغ المعاهدة درجة الالتزام النهائي ازاء اطرافها ودخولها في النظام القانوني الدولي بحيث يتعين على هذه الاطراف الوفاء بها في مواجهة بعضها البعض الاخر وان عدم الوفاء مدعاة لاثارة المسؤولية.

اما التنفيذ *execution* فهو قيام اجهزة الدولة المهنية بالوفاء بالالتزامات الناجمة عن المعاهدة بسبب نقل هذه المعاهدة من النظام القانوني الدولي الى القانون الداخلي بحيث يحق للأشخاص العامة والخاصة الاحتجاج بالمعاهدة امام القضاء الداخلي لضمان هذا

الوفاء بحيث ان انكار العدالة *deni de justice* مدعاة للاجنبي للمطالبة بالحماية الدبلوماسية.

ولكن كل من النفاذ والتنفيذ يثير مشاكل عملية منها:

اولاً. النفاذ. تختلف المعاهدات من حيث طريقة نفاذها بين معاهدات شكلية (رسمية) ومعاهدات تنفيذية (ذات شكل مبسط) بالشكل الآتي:

١. المعاهدات الشكلية (الرسمية). وهي لاتدخل حيز النفاذ الا بعد اتمام الاجراءات الدستورية التي يقتضيها القانون الداخلي عن طريق السلطة التشريعية في حالة التصديق والانضمام وعن طريق السلطة التنفيذية عند الموافقة والقبول. واغلب معاهدات القانون الدولي الانساني معاهدات شكلية (رسمية) والسفر في ذلك ان الاجراءات الدستورية توفر ضمانات قانونية للدول الاطراف بحيث تجعلها على بينة من الاعباء التي تلقيها هذه المعاهدات على عاتقها سواء فيما يخص سيادتها او ميزانياتها الوطنية خاصة وان الامر يتعلق بقانون الحرب وبأمنها الوطني.

٢. المعاهدات التنفيذية. وهي التي تدخل حيز النفاذ بمجرد التوقيع عليها بحيث لاتحتاج الى أي اجراء مادي او قانوني فالتوقيع اجراء رسمي كاف لالزام الدول بالمعاهدات التنفيذية التي توقع عليها.

ويمكن التمييز بين المعاهدات الشكلية والمعاهدات التنفيذية في الاحكام الختامية في المعاهدة. ولكن المشكلة تثور في حالة سكوت الاحكام الختامية عن بيان نوع المعاهدة. ولحل هذه المشكلة يتنازع رأيان هما:

الاول. افتراض المعاهدة التنفيذية. يحتج انصار هذا الرأي بمبدأ "السكوت في معرض الحاجة الى بيان يكون قبولاً".

أ- ان سكوت المعاهدة عن تحديد هويتها يفيد الاستغناء عن اقتضاء أي اجراء اضافي لتحديد هذه الهوية. ولو كانت المعاهدة تقتضي التصديق عليها لوجب النص على ذلك ومن يدعي خلاف ذلك ان يقدم البينة على ادعائه.

ب- ان سهولة التعامل الدولي تقتضي افتراض المعاهدة الساكتة بانها معاهدة تنفيذية، لان الادعاء بخلاف ذلك يؤدي الى تأخير دخول المعاهدة حيز النفاذ بانتظار

الاجراءات الدستورية الطويلة التي قد تؤدي احيانا الى رفض السلطات التشريعية الاذن بالتصديق.

الثاني. افتراض المعاهدة الشكلية. ويستند هذا الافتراض الى مبدأ "لاينسب لساكت قول" وذلك:

أ- ان الاصل في المعاهدات انها نشأت كمعاهدات شكلية. وعند الشك في تحديد هوية المعاهدة الساكتة يقتضي استصحاب الاصل. والمعاهدة التنفيذية استثناء على هذا الاصل ولاينبغي التوسع في الاستثناء على حساب الاصل. ومن يدعي الاستثناء ان يقدم البينة على ادعائه.

ب- ان اخضاع المعاهدة الساكتة للاجراءات الدستورية لكي تدخل حيز النفاذ امر تقتضيه ممارسة السلطات التشريعية الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية، خاصة اذا كانت المعاهدة ترتب التزامات مالية تقتضي الوفاء بها موافقة السلطة التشريعية عليها والا يتعذر على الدولة الوفاء بهذه الالتزامات. اما اذا تعلق الامر بالسيادة فان موافقة السلطة التشريعية على التصديق ضروري للحفاظ على الاستقلال السياسي والامن الوطني الذي يوفره تدخل ممثلي الشعب للاذن بالتصديق على هذه المعاهدة. ولذا فان التصديق يشترط في المعاهدات من الدرجة الاولى التي ترتب التزامات هامة بل خطيرة احيانا. اما المعاهدات من الدرجة الثانية التي لا تتضمن مثل هذه الالتزامات فانها عادة ما تكون معاهدات تنفيذية ولاتهتم السلطة التشريعية بمراقبتها ويمكن اعتبارها نافذة بمجرد التوقيع عليها.

الثالث. اما في القانون الوضعي، فتقتضي المادة ١٢ من اتفاقية فيينا في ١٩٦٩ بان رضا الدولة للالتزام بمعاهدة بواسطة التوقيع عليها يتم في الحالات الاتية:

١. عندما تنص المعاهدة على ذلك.
٢. عندما يتضح ذلك في المفاوضات بان الدول التي شاركت فيها قد ارتضت ان يكون للتوقيع هذا الاثر.
٣. عندما تتجه ارادة الدولة الى بيان ذلك بوثيقة تخويل ممثلها.
٤. يعتبر توقيع الدولة بقيد الاستشارة توقيعاً نهائياً للمعاهدة اذا تم تأكيده من قبل هذه الدولة.

٥. يكون الالتزام نهائياً بواسطة تبادل المذكرات عندما تنص هذه المذكرات على ذلك او عندما يتبين ذلك من قبل الدول الاطراف.

وبمفهوم المخالفة يتبين انه فيما عدا هذه الحالات الخمس التي تظهر الدول رغبتها في الالتزام بالمعاهدة بمجرد التوقيع عليها، فان المعاهدة المسكوت فيها عن هوية هذه المعاهدة لا بد ان تكون معاهدة شكلية مهما كان رأي الفقه في ذلك.

ثانيا. التنفيذ. اذا كان تنفيذ المعاهدة يتم بالامتثال للالتزامات الواردة فيها، فان هذا الامتثال لا يتم الا بجعل هذه المعاهدة جزءا من القانون الداخلي. لان اجهزة الدولة لاتخضع للقانون الدولي مباشرة وانما عن طريق القوانين الداخلية المفترض ان تكون موافقة في القانون الدولي. ولكي تكون المعاهدة جزءا من القانون الداخلي فانه يلزم اتخاذ اجراء ما يتم بموجبه نقل المعاهدة من القانون الدولي الى القانون الداخلي ويتم هذا الاجراء بطريقتين هما:

١. نقل المعاهدة بطريق الاستقبال *reception*. وتتم باجراء قانوني وهو اصدار المعاهدة *promulgation* بقانون او بقرار رئاسي او غير ذلك، او باجراء مادي وهو نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية *publication*. ويتفق الاستقبال مع نظرية القانون المزوج *dualisme* بين القانونين الدولي والوطني والتي تفترض ان هذين القانونين منفصلان احدهما عن الاخر وان الاستقبال ينقل المعاهدة من القانون الدولي الى القانون الداخلي لتكون نافذة فيه.

٢. انتقال المعاهدة تلقائية التنفيذ *self-exeutive* بشكل تلقائي الى القانون الداخلي دون أي اجراء قانوني او مادي ويكون النشر في الجريدة الرسمية وسيلة للاعلام وليس اداة للتنفيذ. ويتفق الانتقال الانتقالي للمعاهدة مع نظرية القانون الموحد *monisme* التي لا ترى انفصالا بين القانونين الدولي والداخلي بحيث ان المعاهدة تلقائية التنفيذ تكون نافذة في القانون الداخلي بمجرد نفاذها في القانون الدولي. وتقضي المادة ١٩ من دستور منظمة العمل الدولية بدعوة الدول الاطراف في المعاهدة المبرمة بموجب هذا الدستور، لاتخاذ الاجراءات الضرورية لتنفيذ هذه المعاهدات بما في ذلك تعديل تشريعاتها الوطنية لتكون منسجمة مع احكام هذه المعاهدات حسب ما جاء في فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية تبادل السكان الاتراك واليونانيين في ٢١/٥/١٩٢٥. وتحاول محكمة عدل الاتحاد الاوربي عبر احكامها اعتبار المعاهدات المبرمة بين دول الاتحاد والتصرفات القانونية

المتفرعة عن هذه المعاهدات، بمثابة معاهدات تلقائية التنفيذ ترتب اثارها القانونية في مواجهة من تخاطبه من الاشخاص داخل هذه الدول.

اما المشكلة التي يثيرها تنفيذ المعاهدات سواء اكان بالاستقبال او بالتنفيذ التلقائي فهي مدى سريانها في مواجهة الافراد الذين ينتهكون المعاهدات التي تجرم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني اذا لم تكن هذه المعاهدات منشورة في الجريدة الرسمية او في اية وثيقة حكومية اخرى. اذ درجت بعض الدول على عدم نشر نصوص تلك المعاهدات رغم اقتضاء القانون لهذا النشر كما هو حال المادة ٣ من المرسوم الفرنسي في ١٤/٣/١٩٥٣، فهل يمكن ملاحقة مرتكبي هذا الانتهاكات الخطيرة التي تجرمها تلك المعاهدات وهل يمكن لهؤلاء الافراد الدفع بالجهل بالقانون لنفي المسؤولية الجنائية الناجمة عن الانتهاكات ؟

الواقع ان هذه المشكلة لاتخص النفاذ لان تلك المعاهدات اصبحت جزءا من القانون الداخلي تلقائيا او بطريق الاستقبال، وانما تخص التنفيذ. واذا كان الاصل هو عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون فهل يعتبر عدم نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية سببا للجهل بالقانون، وذا كان الامر كذلك فهل يشكل امتناع المحاكم الداخلية عن ملاحقة المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية بسبب الدفع بالجهل بالقانون نكوصا عن الوفاء بالقانون الدولي، واذا امتنعت المحاكم الداخلية عن تجريم هؤلاء المتهمين فهل تكون ملزمة بالتسليم ؟

حسنت المادة ٣٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الامر بشأن الدفاع باطاعة اوامر الرئيس الاعلى بقولها انه "لايشكل الغلط في القانون - اذا كان نوع معين من انواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة - سببا لامتناع المسؤولية الجنائية".

وتقضي المادة ١/٣٣ من النظام المذكور بان اوامر الرئيس الاعلى قرينة على العلم بالقانون وذلك بقولها انه "في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، فلا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية اذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قم تم امتثالا لامر حكومة او رئيس عسكريا كان ام مدنيا. ولكن هذه المادة تلغي هذه القرينة في

الاحوال الاتية:

. اذا كان على الشخص التزام قانوني باطاعة اوامر الحكومة او الرئيس المعني،

. اذا لم يكن الشخص على علم بان الامر غير مشروع،

. اذا لم تكن عدم المشروعية ظاهرة.

وهذا يعني امكانية الدفع بعدم العلم بالقانون اذا لم يكن المتهم على علم بعدم المشروعية او لم يكن عدم المشروعية ظاهرا وذلك اذا كان المتهم ملزما باطاعة امر الرئيس الاعلى قانونا. وهذا خروج عن الاصل اقتضاه تأثير بعض الدول التي تدعي ان عليها التزامات للقيام بعمليات حفظ السلام خارج حدود اراضيها ولا تريد تعريض اتباعها للمسؤولية الجنائية لذا كان هؤلاء الاشخاص عرضة للملاحقة القضائية. ولكن الفقرة الثانية من المادة ٣٣ تتدارك الامر عندما تعتبر عدم المشروعية ظاهرة في حالة ارتكاب جريمة الابادة الجماعية او الجرائم ضد الانسانية، فلا يمكن الدفع بالجهل بالقانون عند ذلك للهروب من المسؤولية الجنائية حتى في حالة اطاعة اوامر الرئيس الاعلى وفي جميع الاحوال.

وقد عبر مجلس الحرب البلجيكي عند ادانته هريفاً في الجيش البلجيكي في كونغو في ١٩٦٠ متهما اياه بتنفيذ اوامر ضابط اعلى بقتل مدني، بالقول بان الفعل المرتكب يشكل ليس فقط قتلا بموجب قانون العقوبات البلجيكي والكونغولي وانما يشكل انتهاكا صارخا لقوانين واعراف الحرب وقوانين الانسانية... ولم تكن عدم المشروعية محل شك وكان على المتهم ان يرفض تنفيذ الامر.

وقياسا على ذلك لا يمكن الدفع بالجهل بالقانون اذا كان عدم المشروعية ظاهرا في حالة الانتهاك الخطير للقانون الدولي الانساني حتى مع عدم النص. وقضى القاضي *Cory* في قضية *finta* امام المحكمة العليا في كندا في ١٩٩٤ بان طريقة الدفاع هذه لا يمكن الدفع بها عندما تكون الجرائم المرتكبة تنفيذا لاوامر الرئيس الاعلى من الفضاة بحيث تتجاوز حدود التصرف العسكري المقبول وتصدم ضمير المجتمع.

وهكذا فانه لايقبل الدفع بالجهل بالقانون بالقياس على عدم الدفع بالغلط في القانون، اذا كان عدم المشروعية ظاهرا في حالة الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني حتى مع عدم النص على تجريم هذه الانتهاكات في القانون الداخلي كما يبدو من تعامل المحاكم الدولية وخاصة بعد قيام الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية حيث تجد المحاكم الداخلية نفسها بين خيار المحاكم والتسليم، لان الدولة الطرف في معاهدة التجريم مسؤولة عن الوفاء بالتزاماتها الدولية امام القانون الدولي وبقطع النظر عن وضع النظام القانوني الداخلي.

## الفرع الثاني

## عدم تقادم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني او الحصانة منها او العفو عنها

بالنظر لخطورة بعض الانتهاكات للقانون الدولي الانساني على السلم والامن الدوليين وعلى مستقبل العلاقة بين الامم والشعوب وبسبب عدم وجود قضاء دولي جنائي الى عهد قريب ولتأثير المتغيرات السياسية داخل الدولة الواحدة وبين الدول، فقد حرص القانون الدولي الاتفاقي على ضرورة ملاحقة مرتكبي تلك الانتهاكات وعدم افلاتهم من العقاب بسبب مرور الزمن او الحصانة او العفو كما هو مبين فيما يأتي:

اولاً. عدم تقادم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني *imprescriptibilite*. ترجع عدم تسوية جميع مشاكل المتهمين الالمان عن الجرائم التي اقترفوها اثناء الحرب العالمي الثانية الى سببين هما:

أ- خصوصية محكمة نورمبورغ من حيث اقتصار اختصاصها على المتهمين الالمان دون غيرهم من جهة ولكون المحكمة عسكرية خاصة *ad hoc* ومؤقتة من جهة اخرى بحيث لم تتمكن من معاقبة جميع المتهمين بارتكاب تلك الانتهاكات الخطيرة في حينه.

ب- اختفاء عدد من المتهمين الالمان في مناطق متفرقة من العالم بحيث بقوا مطلقي السراح ودون محاكمة.

وكان لصدور القانون الفرنسي في ١٩٦٤/١٢/٢٦ بشأن عدم تقادم الجرائم ضد الانسانية دورا مهما في اهتمام الامم المتحدة بهذا الامر. حيث تبنت الجمعية العامة في ١٩٦٨/١١/٢٦ اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية بصورة مطلقة ودون الاقتصار على الجرائم التي ارتكبت اثناء الحرب العالمية الثانية. وتنفيذ ١١ للقانون الفرنسي المذكور جرت محاكمة عدد من المتهمين عدد من المتهمين عن جرائم الحرب العالمية الثانية من غير الالمان كما في قضية *legay* في ١٩٨٢/١٠/٢١ وقضية *touvier* في ١٩٨٤/١/٢٦ وقضية *Barbie* في ١٩٨٣/١١/٦.

وينبغي عدم الخلط بين عدم تقادم الجرائم الدولية وبين عدم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم التي ارتكبت قبل دخول النظام الاساسي لهذه المحكمة حيز النفاذ في ٢٠٠٢/٧/١، لان التقادم شيء والاختصاص شيء اخر. فيحق لاية محكمة وطنية او دولية

اخرى محاكمة المتهمين بجرائم الحرب العالمية الثانية او غيرها اذا بقي احد منهم على قيد الحياة لحد الان دون التقيد بالاختصاص الزمني بسبب عدم التقادم.

ثانياً: الحصانة *imuntie*. وهي الغطاء القانوني الذي يكتنف الاشخاص الذين يتمتعون بصفة رسمية خاصة والذي يمنع تحريك الدعوى الجنائية ضدهم امام المحاكم الوطنية او الدولية او انزال العقوبة عليهم بسبب ارتكابهم انتهاكات خطيرة للقانون. وتمهيدا لمحاكمة مجرمي الحرب الالمان بعد خسارة المانيا الحرب العالمية الثانية، قضت المادة ٧ من النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ "بان المركز الرسمي للمتهمين سواء عند اعتبارهم رؤساء دول او باعتبارهم كبار الموظفين لايعتبر عذرا يعفو من المسؤولية او سببا من اسباب تخفيف العقوبة". واعتبر هذا النص كاساس سارت عليه السياسة الجنائية في القانون الدولي الجنائي الحديث، كما تجلى في المادة ٣ من اتفاقية منع ومعاقبة جريمة ابادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ والمادة ٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية ليوغسلافيا سابقا والمادة ٢/٦ لكل من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية لرواندا وسيراليون والمادة ٣٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وينبغي التمييز بين الحصانة الموضوعية التي لايجوز التدرع بها للاعفاء من المسؤولية الجنائية والعقاب وبين الحصانة الاجرائية التي تحول دون التسليم او تحريك الدعوى الجنائية مادام المتمتع بالحصانة الموضوعية باقٍ في منصبه الرسمي. فاذا تعذر على المتهم الدفع بالحصانة الموضوعية بسبب النصوص الجنائية فانه يتمكن من الدفع بالحصانة الاجرائية طالما بقي المتهم في منصبه الرسمي. وهو الذي تبنته المادة ٩٨ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تتيح لدولة الطرف الامتناع عن تسليم المتهم لمحكمة اذا ترتب على ذلك اخلال باحدى الالتزامات الدولية المقررة بموجب القانون الدولي الاتفاقي.

وبذلك قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٢/١٤ في قضية بروديا ابولاي ندومباس بين الكونغو الديمقراطية وبلجيكا في قولها في حيثيات الحكم بان الحصانة القضائية التي يتمتع بها وزير الخارجية وهو في منصبه الرسمي لاتعني انه يبقى في منجى من العقاب عن الجرائم التي يمكن ان يرتكبها ويقطع عن خطورتها. ويمكن للحصانة القضائية ان تكون عائقا امام الملاحقة خلالفترة معينة او في مواجهة بعض الانتهاكات ولكنها لاتعفي الشخص الذي يتمتع بها من اية مسؤولية جنائية. وعليه فان

الحصانات التي يتمتع بها وزير الخارجية او وزير خارجية سابق في القانون الدولي، لا تكون عائقاً فعلياً من المسؤولية الجنائية التي يمكن قيامها في بعض الظروف وذلك عندما يمثل امام القضاء في بلده او عندما تقرر الدولة التي يمثلها رفع الحصانة عنه او عندما يكون المعني بعد فقدته لمنصبه غير متمتع باية حصانة في بلد اخر او عندما يكون موضوعاً للملاحقة الجنائية امام بعض المحاكم الجنائية الدولية المختصة (cij.Recuei.2002.par.55). وعليه فان الشخص المتمتع بصفة رسمية خاصة يفقد الحصانة الاجرائية متى مازالت عنه هذه الصفة ويخضع بالتالي للاختصاص القضاء الوطني لدولة ما تبعا لمبادئ الاختصاص الجنائي او للقضاء الدولي المختص.

ثالثاً. العفو عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني *amnistie*.

لم يرد في الصكوك الدولية القديمة مبدأ العفو عن الجرائم الدولية سواء كان في النظام الاساسي لمحكمة نورمبرغ او في اتفاقية منع وقمع جريمة ابادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨. وتقضي المادة ٢٨ منها بان الشخص المدان اذا امكنه الاستعادة من عفو او تخفيف للعقوبة بموجب قانون الدولة المسجون فيها، تخطر هذه الدولة المحكمة. ويفصل رئيس المحكمة بالتشاور مع اعضائها الامر بموجب مصالح العدالة والمبادئ العامة للقانون. اما في الصكوك الدولية الحديثة فقد قضت المادة ١١٠ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية بانه لايجوز لدولة التنفيذ ان تفرج عن الشخص المدان قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة. وللمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة والبت في الامر بعد الاستماع الى الشخص المدان. ويمكن للمحكمة النظر في حكم العقوبة لتقرير ما اذا كان ينبغي تخفيفه وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة او خمسا وعشرين سنة في حالة السجن المؤبد ويجب الا تعيد المحكمة النظر في الحكم قبل انقضاء المدد المذكورة.

وبناء عليه لا تملك الدولة التي تحتجز المدان منحه عفو خاصاً عن العقوبة التي يقضيها كلاً او جزءاً بدون قرار المحكمة الدولية الخاصة. ولذا ووفقاً للصكوك المذكورة يندر ان يتمتع المدان بانتهاكات خطيرة للقانون الدولي الانساني بالعفو الخاص عما تبقى من مدة عقوبته فيما عدا قضية وليام كالي، العقيد الامريكي المدان بقتل ١٠٠ فييتامي في سنة ١٩٦٨ في فييتام. حيث حكمت عليه محكمة عسكرية امريكية في ولاية جورجيا بالسجن

لمدة ٢٠ سنة والطرء من الخدمة وذلك في ١٩٧١/٣/٢١. وبعد محاولات عديدة من محاميه قضت المحكمة الاتحادية لولاية جورجيا في ١٩٧٤/٢/٢٧ باطلاق سراحه بعد قضاء ٣٥ شهرا من مجموع العقوبة المقررة واصدر الرئيس نيكسون امرا بالغاء المدة المتبقية من العقوبة.

وقد ادت الحرب الاهلية في سيراليون الى ارتكاب انتهاكات خطيرة للقانون الانساني ضد المدنيين. وكان تدخل الامم المتحدة حاسما لحمل اطراف النزاع على تسويته بموافقة المتمردين على القاء السلاح مقابل مشاركتهم في الحكم واصدار عفو عام عنهم بما في ذلك فؤادي سنكوح المحكوم عليه بالاعدام سنة ١٩٩٨. وتم لهذا الغرض توقيع لومي للسلام في ١٩٩٩/٧/٨. ويقضي هذا الاتفاق بأثناء لجنة تحري الحقيقة والمصالحة الوطنية والعفو العام عن جميع الانتهاكات الخطيرة المرتكبة قبل توقيع الاتفاق المذكور. الا ان الممثل الخاص للامين العام للامم المتحدة ثبت تحفظا مفاده ان احكام العفو الواردة في الاتفاق لا تنطبق على جريمة ابادة الجنس البشري والجرائم المرتكبة ضد الانسانية وجرائم الحرب وسائر الانتهاكات الخطيرة لقانون الدولي الانساني.

واصدر مجلس الامن القرار ١٢٨٩ في ٢٠٠٠ يقضي بان العفو الممنوح بموجب اتفاق السلام لا يشمل الانتهاكات الخطيرة المرتكبة بعد تاريخ التوقيع عليه. ولكن المجلس قضى بقراره ١٣١٥ في ٢٠٠٠/٨/١٤ انشاء محكمة مختلطة مؤلفة من قضاة سيراليون ومن قضاة دوليين لاحالة المتهمين بانتهاك قوانين سيراليون والقانون الدولي الانساني اليها، وعدم شمول العفو الوارد في اتفاق لومي للجرائم الدولية المرتكبة في سيراليون. وقد تم انشاء هذه المحكمة في فريتاون في ٢٠٠٢/١/١٦ دون النص على امكانية العفو الوارد في اتفاق لومي انف الذكر، وهذا يعني عدم سريان العفو العام على المتهمين الذين تقاضيههم المحكمة. ومما يعيب هذه المحكمة عدم شمول نظامها الاساسي لجريمتي الاسترقاق و ابادة الجنس، غير ان الامين العام للامم المتحدة يستبعد امكانية وقوع الجريمة الاخيرة في سيراليون اثناء النزاع المذكور

*(Avril McDonland.Sirra Leon `s Shoestring.Special Court.Review Red Cross.mars.2002.p.140)*

## خاتمة

تعتبر عملية انسنة الحرب حلقة من حلقات تطور التفكير الانساني نحو عقلنة علاقاته الاجتماعية في المجتمعين الاهلي والدولي. والعقلنة عملية تنظيمية، بينما الانسنة فهي مسألة اخلاقية. فاذا كان من المتعذر حصول التوافق بين البشر (كان الناس امة واحدة فاختلّفوا) فانه لايعدم السعي للحد من المتناقضات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية من خلال التقريب بين المصالح بين المتناقضة كضرورة حياتية. والمسألتان مرتبطتان ارتباطا وثيقا بحيث لا يحصل تقدم في احدها الا وترك اثره على الاخرى.

فالقانون وعاء تنصب فيه القيم الاخلاقية فتأخذ اطارا تأسيسيا تنبثق عنه قواعد نافذة في مواجهة الجميع على سبيل الالتزام لا على سبيل الوعد.

والحرب حالة من الاندهاشية الانسانية التي تسعى الى تجاوز الواقع الى عالم من اللاوعي يوهم بالانتصار عن طريق زهق الارواح وتخريب الممتلكات والبنى التحتية التي بنالها الانسان وذلك على اكوام من جماجم القتلى وزفرات الثكالى واليتامى والجرحى. فاذا كان من المتعذر انسنة الحرب من حيث وسائلها بسبب استخدام احدث التقنيات في صناعة اشد واقوى وسائل التدمير، فان مجالات الانسنة تتسع في اتجاه حماية الاشخاص المنازعات المسلحة من مقاتلين وغير مقاتلين. كما يمكن ان تمتد الى طرق الحرب التي يمكن ان تتعقلن في ضوء القيم الاخلاقية الدولية وفي مقدمتها تحريم وسائل الحرب التي تسبب معاناة وآلام غير ضرورية لضحايا هذه المنازعات. ولقد كانت فتوى محكمة العدل الدولية في ١٩٩٦ بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها في كافة الظروف، مخيبة للأمال بسبب عدم قول القانون من قبل المحكمة. ولاتقتصر عملية الانسنة على حسن معاملة ضحايا المنازعات المسلحة، وانما تتناول آليات الصناعة القانونية نفسها. ففي ظل القانون الدولي العام الممتدة قواعده في سلسلة تبدأ اعتبارا من اتفاقية حظر ومعاقبة جريمة ابادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ وحتى نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨، فان عملية الانسنة هذه تخرج من خصوص حماية ضحايا المنازعات المسلحة الى حظر الانتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي العام مشرعة الباب لاقامة نظام قانوني دولي جنائي يعاقب هذه الانتهاكات الخطيرة.

ويعتبر هذا البحث محاولة لاختصاص عملية الانسنة داخل فروع القانون العام، الدولي منه والداخلي من اجل لفت نظر الباحثين نحو انسنة القانون العام برمته بغية تحقيق نوعين من الحماية لضحايا المنازعات المسلحة الاولى وقائية لحظر الانتهاكات الخطيرة لهذا القانون والثانية علاجية لمعاقبة مرتكبي هذه الانتهاكات الخطيرة، الى جانب حماية ضحايا هذه الانتهاكات. وكما نوهنا منذ البدء فأن وظيفة الانسنة تقع في طريق التوفيق بين متطلبات هذه الحماية من جهة ومقتضيات السيادة الوطنية من جهة اخرى، توظيفات من شأنه ان يخفف من معاناة ضحايا الحرب اولاً، ومن اجل الحيلولة دون استخدام طرق ووسائل الحرب غير ضرورية التي تسبب مزيداً من المعاناة والآلام للعناصر الهشة من هذه الضحايا ثانياً. وهذا يقتضي بالضرورة توسيع مواضع القانون الدولي الانساني عن طريق تدويل حماية حقوق الانسان توصلنا الى تجفيف مصادر العنف مهما كان مصدرها، لان الانسان هو القيمة الاولى في الارض باعتباره هو خليفة الله تعالى فيها، وان حماية الانسان من بطش اخيه الانسان هي هدف الرسالات السماوية والبشرية عبر التاريخ، فالانسان اما هو اخ للانسان في الدين او نظير له في الخلق، والانسنة هي تهذيب للسلوك الانساني من العنصرية النفسية التي تنتاب الانسان وفي مقدمتها نبذ الكراهية توطئة لعلاقات انسانية بدون عنف مسلح.