

مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

د. سليمان النحوي

جامعة عمار ثليجي الأغواط

مقدمة:

مبدأ الشرعية هو مبدأ ريباني أصيل استقته التشريعات الوضعية ليكون مصدر الاستقرار فيها، هذا الاستقرار الذي يشمل كل مناحي الحياة لدى الأفراد فتركن إليه النفوس التواقفة إلى الاطمئنان والعدل والنظام؛

وبقي هذا المبدأ محافظاً على قيمه وقيمه في التشريعات الوطنية منذ ظهوره على عكس الكثير من المبادئ القانونية التي لم تستطع الصمود مثل مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حرمة الجسد وغيرها من المبادئ فهو وإن كان قد تطور عبر التاريخ والحقب التاريخية المختلفة إلا أن تطوره كان لمصلحة ترسيخ المبادئ والقيم التي ظهر من أجلها ولهذا فقد أولته التشريعات الوطنية اهتماماً خاصاً من خلال ترقيته إلى مصاف المبادئ الدستورية وهو ما كرّسته أيضاً العهود والإعلانات والمواثيق الدولية بحسب ما سنرى ولكن الأمر يدق عندما نعود إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتصورها لهذا المبدأ؛ والإشكال هنا: هل بقي مبدأ الشرعية محافظاً على هاته القيمة القانونية والأخلاقية في هذا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟ للإجابة على هذا الإشكال اخترنا الخطة التالية:

المبحث الأول: مقومات مبدأ الشرعية

المبحث الثاني: الالتزام بمبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية
المبحث الثالث: الخروج على مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

المبحث الأول - مقومات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

مبدأ الشرعية هو ذلك المبدأ الأصيل في القانون الجنائي وهو يحتل أهمية خاصة في كل المنظومة القانونية ففي مجال التجريم والعقاب المقصود هو حصر مصادر التجريم والعقاب في مجال ونطاق النصوص القانونية المكتوبة واستبعاد كل المصادر الأخرى¹.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد أولته التشريعات الوطنية والعالمية أهمية خاصة من خلال تكريسه وخلق كل الآليات والضوابط والضمانات لحمايته؛ خاصة في ظل مبدأ التكامل بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الجنائية الوطنية، وهو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أهمية المبدأ في التشريعات الداخلية والدولية

المطلب الثاني: مبدأ التكامل بين النظام الأساسي والتشريعات الوطنية

المطلب الأول - أهمية المبدأ في التشريعات الداخلية والدولية

لقد أولى المشرع الجزائري هذا المبدأ أهمية خاصة فهو لم يكتفي بما جاء في نص المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص أنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون" بل كرّسه أيضا في دستور سنة 1996 من خلال النصوص 29، 45، 46، 47، 140، 142، حيث تنص المادة 142 أنه "تخضع العقوبات الجزائرية إلى مبدأي الشرعية والشخصية"².

والحقيقة أن أهمية هذا المبدأ تتجلى في ما يلي:

1 - أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو الذي يحدد لنا الحدود الفاصلة بين الأفعال المباحة والأفعال المجرمة ذلك أنه لا توجد منطقة رمادية بين ما هو مجرم وما هو مباح فالأفعال إما أن تكون مباحة وذلك هو الأصل في الأفعال وإما أن تكون مجرمة.

2 - إلزام القضاء الجزائري بتطبيق نص القانون الخاص بالتجريم والعقاب ويمتنع عليه بأي حال إصدار أحكام تتضمن تجريم أفعال أو سلوكات لم تجرم بنصوص القانون ولذلك قرّر المشرع حظر القياس في التشريع الجزائري .

كما يحضر التفسير أيضا ذلك أن القياس والتفسير يؤديان بالقاضي إلى خلق وإنشاء نصوص قانونية جديدة وهو بذلك يحل محل السلطة التشريعية المختصة بالتشريع أصلا ويخرج عن مهنته المخولة له وهي مهنة القضاء .

3 - يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من أهم ضمانات حماية الحقوق والحريات الفردية من حيث توفير فكرة الطمأنينة للأفراد في مواجهة السلطة العامة، لأن عدم وجود هذا المبدأ سيخول للسلطة العامة سلطة تقديرية واسعة في مجال التجريم حيث يتم مفاجأة الأفراد بتجريم ما كان بالأمر مباحا والفكرة أساسا

مقتبسة من وجود عقد اجتماعي مفترض بين الأفراد والدولة حيث يتوجب على الأخيرة الإعلان مسبقا وبقوانين مكتوبة عما تقرر كونه جريمة أو عقوبة، وهذا أمر منطقي نظرا أن ضبط سلوكيات الأفراد يكون في العادة مسبقا بوضع قواعد للسلوك تبين ما هو فعل مجرم وما هو غير ذلك...³.

و الواضح أن مؤدى مبدأ الشرعية أن المشرع وحده فقط هو الذي يحتكر سلطتي التجريم والعقاب في المجتمع، ولقد مرّ المبدأ بمراحل تاريخية طويلة جدا قبل أن يستقر على وضعه الحالي ليصبح أحد أهم ركائز التشريعات الجنائية المعاصرة؛ فإذا رجعنا إلى جذوره الإنسانية نجد بأن مجتمعنا الإسلامي قد طبق هذا المبدأ الذي استنبطه من القرآن الكريم من قوله تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " وغيرها من الآيات القرآنية الكريمة⁴ التي تدلّ أنه لن يكون هناك جزاء إلا بوجود قاعدة يعتمد عليها لتقرير ذلك الجزاء.

أما في المجتمعات الأخرى فقد أجبر الملك جون على توقيع وثيقة العهد الأعظم " المكناكارتا " سنة 1215 حيث تنازل عن صلاحياته ذات الصبغة القضائية وأصبح لا يمكن القبض أو حبس الأشخاص أو إيقافهم إلا بموجب قرار صادر طبقا للقانون. وفي سنة 1789 أصدرت الجمعية الوطنية الفرنسية وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي بعدما أفرزته الثورة الفرنسية ليعتبر الإعلان أحد أهم مفرزاتها كأفضل وثيقة تدلّ على الحماية التي أولاها المشرع الفرنسي لحماية الحقوق والحريات الفردية وفي ذلك تنص المادة 07 منه أنه " لا يجوز اتهام شخص أو توقيفه أو سجنه إلا في الحالات والأشكال التي يحددها القانون".

وهو ما أكدته المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 بخصوص حماية الحريات الشخصية حيث أورد النص أنه " لكل شخص الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية". كما أكدت المادة على الضمانات القضائية ومبدأ أن الأصل في الإنسان براءة ذمته⁵.

وهو ما كرّسته المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي قرّرت بعض الحقوق كالحق في الحياة والحق في المحاكمة العادلة وعدم الإدانة دون المحاكمة وتحريم الاسترقاق .

و من ذلك أيضا نص المادة 14 الفقرة الثانية التي جاء فيها أنه " من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت الجرم عليه".
و تجسد ذلك أيضا من خلال ما قرّرته المادة 15 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 السالفة الذكر⁶.

المطلب الثاني - مبدأ التكامل

انقسم الفقه الجنائي بخصوص مبدأ التكامل على نفسه إلى اتجاهين:
الأول: يرى فيه الكثير من الفقهاء ضرورة نص التشريعات العقابية الوطنية على هاته الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية والواردة في اتفاقية روما وكذا كل الجزاءات المقررة لها بشكل متوازي حتى يرفع الحرج على القضاء الوطني خاصة وأن النظام الأساسي للمحكمة وينص المادة الأولى والتي أكدت ما جاء في الديباجة أيضا ليصبح المعنى واضحا وهو أن الاختصاص لنظر هاته الجرائم ينعقد حصرا للمحاكم الوطنية أصلا⁷.
الثاني: يرى البعض أن مجرد التصديق من الدول على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعني الإقرار باختصاص المحكمة حصرا لنظر الجرائم المقررة بموجب نظام روما وبالتالي تستعد القوانين الوطنية من التطبيق ليصبح المخاطب بتطبيق هذه الجرائم والعقوبات هو هاته المحكمة دون غيرها⁸.

أما عن رأينا في الموضوع فإنه لا يمكن الأخذ بالرأي الثاني لأسباب عديدة:
الأول: سيادة الدولة على إقليمها وما يخوله مبدأ السيادة من فرض القوانين الوطنية لتعلقها به.

الثاني: هو إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأن الاختصاص ينعقد أصلا للمحاكم الوطنية ويفهم ذلك بما ورد في الديباجة التي جاء فيها " إذ تؤكد المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية"⁹.

الثالث: وهو ما يتبادر بخصوص تلك الدول التي لم تصدق على النظام الأساسي لاتفاقية روما وبالتالي فهي ليست أطرافا في نظام روما الأساسي وكونها كذلك فهذا يعني أنها غير معنية من الناحية القانونية بمبدأ التكامل أصلا¹⁰، مع أنها قد

تصدر أحكامها في جرائم تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ونحن نعتقد أنه سواء قامت هاته الدول بتضمين تشريعاتها الوطنية تلك الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الدولية أو لا، فإن الإشكال لا يثور وذلك لسببين:

أ - أنه إذا ضمنت قوانينها تلك الجرائم الدولية فإن الاختصاص ينعقد لها أصلاً.
ب - إذا لم تضمن قوانينها تلك الجرائم الدولية فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية وهو إقرار ضمني بالإحالة إليها هذا من جهة ومن جهة أخرى وبالرجوع لنص المادة 13(ب) التي خولت مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة إحالة أي حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت دون تحديد مكان ارتكاب هذه الجرائم مما يعني أنه لا عبرة بمكان ارتكاب هاته الجرائم¹¹.

المبحث الثاني - الالتزام بمبدأ الشرعية

لقد قرر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ككل التشريعات الوطنية الالتزام بمبدأ الشرعية استجابة لرغبة الدول الموقعة على النظام والحقيقة أن الالتزام بمبدأ الشرعية يظهر جلياً على مستويين رئيسيين الأول: على مستوى التجريم من خلال نص المادة 22 منه والثاني على مستوى العقاب من خلال نص المادة 23.
و الحقيقة أن مضمون المستويين السابقين لا يثير أي مشاكل حتى في ظل اختلاف هاته المضامين ماعدا ما أثارته عقوبة الإعدام من ضرورة إدراجها في النظام الأساسي من عدمه وهو أمر لا يثير المشكل بذاته بقدر ما هو أمر جدير بالإهتمام والدراسة؛

و هو ما سوف نتناوله من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: في مجال التجريم

المطلب الثاني: في مجال العقاب

المطلب الثالث: عقوبة الإعدام

المطلب الأول - على مستوى التجريم

ونظراً لأهمية هذا المبدأ فقد نصت عليه وكرسته المادة 22 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بفقراتها الثلاث، حيث أورد النص " لا جريمة إلا بنص" كما أورد نص المادة 23 " لا عقوبة إلا بنص".

تنص المادة 22 في فقرتها الأولى أنه " لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة..."

يبدو لنا أن هاته الفقرة لم تكن موفقة من جانبيين:

الأول: من حيث إيرادها في نص المادة 22 ذلك أن نص المادة جاء بعنوان أنه " لا جريمة إلا بنص " وهذا من حيث الشكل والمضمون يدلل بذاته على قيام مبدأ الشرعية (شرعية التجريم) وليس هناك حاجة لتوضيح هذا المبدأ إن كان مبدأ الشرعية ذاته يقيمه وجود عبارة " لا جريمة إلا بنص " حيث أن وجود النص ذاته هو الذي يقيم مبدأ الشرعية وفي عموم النصوص التجريبية إذا استعمل المشرع عبارة " لا جريمة " يعني أن الأصل في الفعل أنه جريمة أضفى عليه المشرع صفة المشروعية وهاته المشروعية نسميها بالمشروعية الإستثنائية:

الثاني: أنه تم استعمال مصطلح " لا يسأل " وهذا التعبير يستعمل عادة للدلالة على موانع المسؤولية وموانع المسؤولية كما هو معروف لا تنفي عن الفعل وصف الجريمة¹² فهو يبقى مجرما بالرغم من انتفاء المسؤولية لتوافر أسبابها، وبالتالي فإن مشرعي المحكمة يناقضون أنفسهم فمن جهة يقرون بالإباحة ومن جهة أخرى يرون بأن الأفعال المرتكبة قبل نفاذ النظام الأساسي للمحكمة تعتبر جرائم وهذا التناقض لا نجده في النظام الجزائي الجزائري .

كما أن نص المادة 22 في الفقرة الثانية يحظر على قضاء المحكمة الأخذ بالقياس أو التفسير بصفة صريحة وواضحة، وقد يعتقد البعض بأن فكرة الحظر هذه فكرة بديهية بحيث أن الأخذ بالقياس يؤدي إلى خلق نصوص جديدة، فنقول بأن الأمر ليس بهاته السهولة ذلك أن رفض القياس والتفسير سيؤدي إلى جمود القضاء ويصبح القاضي مجرد آلة مصدرة للعقاب دون إعمال للفكر والبحث بجدية عن الحقيقة التي قد تغيب في جزئيات وتفصيل بعض الوقائع التي لا يمكن للقاضي استخلاصها إلا بإعمال اجتهاده الخاص¹³ .

ويبدو أنه من الخطأ الشائع القول بأنه يجب دائما تفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا، فهذا القول يكون صحيحا فقط عندما يتعلق الأمر بحظر القياس في مجالي التجريم والعقاب.

أما بالنسبة لنظام المحكمة فيبدو أنه لا يفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية، حيث وبالرجوع لنص المادة 31 منه المعنونة بأسباب امتناع المسؤولية الجنائية نجده يقرر بأن موانع المسؤولية الجنائية هي:

أ - المرض والقصور العقلي.

ب - حالة السكر.

ج - حالة الدفاع الشرعي.

د - حالة الإكراه.

كما تحيل الفقرة الثالثة من المادة 31 الأنفة الذكر إلى إمكانية إضافة أسباب أخرى غير المنصوص عليها في هذه المادة تستمدّها المحكمة من القانون الواجب التطبيق سواء من مبادئ القانون الدولي أو المعاهدات أو القوانين الوطنية¹⁴.

والمعلوم في هذا الخصوص أن الدفاع الشرعي من التشريع الجزائري وطبقا لنص المادة 39 لفقرة الثانية يعد سببا من أسباب الإباحة حيث جاء في النص أنه " إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحائلة للدفاع ...".

وهناك فرق بين أن نعتبر فعل الدفاع عن النفس أو عن المال سببا للإباحة أو مانعا للمسؤولية، فأسباب الإباحة تخرج الفعل من دائرة التجريم أصلا وموانع المسؤولية لا تنفي عن الفعل وصف الجريمة لتعلق السبب بالشخص وليس بالجريمة مما يعدم نفيها عنه¹⁵.

وبالرجوع للنظام الأساسي للمحكمة نجد الكثير من النصوص التي تصب في ذات المعنى والتي تعد بذاتها انتهاكا صارخا لمبدأ الشرعية ومن ذلك:

- نص المادة 07 التي أريد بها توضيح معنى الجرائم ضد الإنسانية حيث تم إيراد جملة من صور هاته الجرائم الموصوفة بأنها ضد الإنسانية والتي منها جرائم القتل العمد والإبادة والاسترقاق... وكان مشرعي المحكمة موفقين في إيراد هاته الصور من الصورة (أ) وحتى الصورة (ي) التي تتكلم عن جريمة الفصل العنصري بما يتلاءم ومبدأ الشرعية.

إلا أن الفقرة (ك) من نص المادة 07 شكلت استثناءا خطيرا وتعديا على مبدأ الشرعية حيث أعطت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في إضفاء وصف الجريمة ضد

الإنسانية على أفعال أخرى مجهولة الهوية سماها النص "الأفعال اللاإنسانية الأخرى" وهذا المصطلح واسع الدلالة ولا يتوافق مع مبدأ وجود النص لإضفاء الشرعية . ولهذا فقد تحفظت الكثير من دول العالم على نص هاته الفقرة ورأت فيه بأنه لم يراعي الخصوصية الثقافية والاجتماعية والدينية لبعض الدول لأنه قد يكون من ضمن "الأفعال اللاإنسانية الأخرى" في مفهوم النظام الأساسي ما هو غير مجرم بموجب التشريعات الداخلية المستقاة من مرجعية ثقافية أو دينية خاصة في بعض الدول .

ولهذا فإن التعبير الذي حملته الفقرة (ك) "الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات طابع المتماثل التي تسببت عمدا في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية" تحفظت عليه بعض الدول لأنها توجست خيفة من أن يستعمل ضدها خاصة إذا كانت أنظمتها القضائية تشترع عقوبات "الجلد أو قطع اليد أو غير ذلك من العقوبات الحدية الشرعية التي تطبقها المملكة العربية السعودية أو الجمهورية الإيرانية الإسلامية..¹⁶ .

و كذلك اعترض البعض على الفقرة (1/هـ) لأنها تدل على رفض الإعتقال الإداري¹⁷ .

كما أن هاته الفقرة تتناقض مع المبدأ العام المقرر في نفس المادة وهو أنه " لا جريمة إلا بنص"

لأن عدم تأثير هذا المبدأ على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي وخارج إطار النظام الأساسي للمحكمة سوف يهدم مبدأ الشرعية لأنه ينشئ أوضاعا يعد مبدأ الشرعية فيها منعدما تماما .

- نص المادة الثامنة الفقرة (ب) التي تتكلم عن الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين و... السارية على المنازعات الدولية المسلحة .

والحقيقة أن مبدأ الشرعية من أهم خصائصه المميزة له والتي يكون وجوده سليما هو وضوح النصوص الخاصة بالتجريم والجزاء بحيث لا مجال مع ذلك الوضوح للقياس أو التفسير وهذا الوضوح الذي أتكلم عنه يبدو أنه غائب تماما في نص المادة الثامنة في فقرات متعددة أوردها على التوالي:

1 - بالنسبة للفقرة (ب) البند (4) حيث تم اعتبار أنه من الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية "تعهد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية..."

هاته الفقرة فكرة المسؤولية فيها لا تقوم بوجود الركن المادي فيها وهو تحقق خسائر تفوق بشكل واضح المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة " وإنما تقوم بتوافر عنصر شخصي وهو العلم بذلك، أي العلم بأن الهجوم يسبب خسائر أو أضرار واسعة النطاق، والعلم كما هو معروف هو من العناصر الأساسية المكونة للركن المعنوي ولا يقوم هذا الركن إلا به، والمشكل هنا أن المشرع عندما يتطلب العلم يعني أنه ليس مفترض ولا يمكن أيضا استخلاصه من واقع الحال وإنما يتطلب إثباته، فالفاعل المادي في هاته الحالة يكفيه فقط إنكار علمه والقول بأنه لم يكن يعلم وبالتالي يقع عبء الإثبات كاملا على عاتق الهيئات المكلفة بالتحقيق لاستحالة إثباته من طرف الضحايا .

وكان الواجب في هاته الفقرة أن يكون العلم مفترض في هاته الحالات ذلك أن المؤكد أن شن هجوم على مناطق أهلة بالمدينين سيؤدي حتما إلى لأضرار بشرية مدنية واسعة النطاق¹⁸ .

2 - بالنسبة للفقرة (ب) البند (13) حيث يعتبر من الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية " تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليهما ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب؛

وهذا المصطلح الخير " ضرورات الحرب" يبدو أنه اصطلاح فضفاض واسع الدلالة وهو يتيح سلطة تقديرية واسعة لسلطة عسكرية ما، بخصوص ما يعتبر من ضرورات الحروب وما لا يعتبر كذلك؛

وهاته العبارة في حد ذاتها تؤدي إلى الإفلات من العقاب من خلال إدخال الكثير من الجرائم والتي تعتبر انتهاكات للقانون الدولي في إطار ضرورة الحرب .

المطلب الثاني - على مستوى العقاب

المقصود بمبدأ شرعية العقوبة هو ضرورة وجود نص العقوبة قبل وقوع الجريمة بمعنى أن العقوبة اللاحقة عن الفعل المجرم لابد أن يكون النص الذي يحتويها سابقا على وقوع ذلك السلوك حتى نستطيع أن نطمئن إلى علم الجاني بنص القانون.

و الحقيقة أن مبدأ شرعية العقوبة لا يشذ عن فكرة مبدأ شرعية الجريمة من حيث الأهمية حيث تظهر أهميته من وجوه عدة أهمها:

الأول: أن وجود نص العقوبة يخدم بصفة أساسية مبدأ شرعية الجريمة فمبدأ الشرعية بالأساس يقوم على ركنين لا غنى عنهما التوصيف والعقوبة فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا عقوبة.

فالمشرع عندما يحدد الأفعال المجرمة فإن التحديد لا يكفي بذاته لردع الجناة عن ارتكاب جرائمهم إلا إذا ارتبط هذا التحديد بجزاء جنائي رادع.

الثاني: أن مبدأ افتراض العلم بالقانون وعدم العذر للجهل به لا يمكن أن يجد مداه إلا بقيام مبدأ الشرعية في شقي التجريم والعقاب بل الأكثر من ذلك أن فكرة العقوبة هي التي تترسخ في أذهان الناس أكثر من فكرة الجريمة ولهذا نجد دائما أن الجرائم المشددة العقوبة تكون معلومة لدى الناس أكثر من غيرها (هذا ليس دعوة لتشديد العقاب).

الثالث: أن وجود نص العقاب يؤدي إلى اطمئنان الجميع ويجعل القانون مقبولا لدى العامة لا طمئنانهم بأنه يطبق على الجميع بدون تمييز.

الرابع: أن وجود نص العقوبة يؤدي إلى اطمئنان الجميع إلى عدم تحكم وتسلط القضاة بتفسير نصوص العقاب .

ونظرا لكل ما قيل سابقا ونظرا للقيمة الكبيرة التي توليها التشريعات العالمية لهذا المبدأ فقد أولته المحكمة الجنائية الدولية أهمية خاصة من خلال إيرادها بنص المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي جاء فيها أنه " لا يعاقب شخص أدانته المحكمة إلا وفقا لهذا النظام الأساسي".

وبالرجوع لنص المادة 22 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن كل ما ينطبق على شق التجريم ينطبق على شق العقاب بخصوص عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب والتزام التفسير الضيق وعدم النطق بعقوبة غير موجودة أو لم ينص عليها القانون لأن القاضي ليس مشرع وليس من حقه إنشاء نصوص للتجريم والعقاب جديدة إلا في الأطر الضيقة التي يسمح بها القانون وقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم ..

و ما يمكن ملاحظته بداية أن نص المادة 23 وبحسب مشرعي هاته المحكمة هو أنها حصرت مصادر العقاب بالنظام الأساسي دون غيره. وبالرجوع للنظام الأساسي للمحكمة نجد أنه اعتمد مجموعة من العقوبات ضمنها بنص المادة 77 منه وهي مذكورة على سبيل الحصر¹⁹ بمعنى أنه لا يجوز الخروج عليها لأن فكرة الحصر هنا لا يراد منها تقييد سلطة القضاء لأن القاضي ليس هناك ما يقيده فهو يستطيع أن يقوم بما يراه مناسباً وفق ما يميله عليه ضميره وإنما المراد هو تأكيد مبدأ الشرعية خاصة في شق العقاب خاصة وأننا أكدنا أن المبتغى هو الردع وليس العقاب في ذاته.

و لقد وردت العقوبات وفق نص المادة 77 بالشكل التالي:

أولاً: العقوبات السالبة للحرية: ووردت على نوعين هما:

1 - السجن المؤبد (و تفرض هاته العقوبة على الجرائم بالغة الخطورة).

2 - السجن المؤقت والذي لا تزيد مدته عن 30 سنة.

ثانياً: العقوبات المالية: وهي على نوعين أيضاً وهما:

1 - الغرامة: حيث أنه وبالرجوع لنص المادة 146 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية نجدها تحدد جملة من المعايير لتوقيع هاته العقوبة يمكن إجمالها كالآتي²⁰:

أ - ملاءة الذمة المالية للشخص الذي تدينه المحكمة بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها بموجب نص المادة 05 من النظام الأساسي.

ب - أن يكون الدافع لارتكاب الجريمة هو الكسب المالي المبتغى أو بسببه.

ج - الأثار الضارة للجريمة وعاد على الجاني من ورائها.

2 - المصادرة: وهي مصادرة الأموال التي مصدرها الجريمة أو متأتية منها بصورة مباشرة أو غير مباشرة مع حفظ حقوق الأشخاص حسني النية²¹.

و ما يمكن ملاحظته على هاته العقوبات بالمقارنة بما هو موجود في قانون العقوبات الجزائري نجد أن هناك اختلافات يمكن إجمالها في الآتي:

بالنسبة للعقوبات الأصلية:

فالعقوبات الأصلية المقررة بموجب نص المادة 05 من قانون العقوبات الجزائري في مادة الجنايات هي: الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين 05 سنوات وعشرين (20) سنة.

و بالمقارنة بما أوردته المادة 77 من نظام المحكمة نجد أن الحد الأقصى لعقوبة الحبس المؤقت والتي تصل إلى 30 سنة تفوق نظيرتها في المادة 05 من قانون العقوبات الجزائري. وهذا الاختلاف لا يوجد له مبرر في ظل مبدأ التكامل لأنه لا تكامل مع الاختلاف ويعتبر تهديدا للحريات الفردية للأفراد حين إحالة الحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية ليصبح الفرد معرضا لخطر الحد الأقصى للعقوبة التي تصل إلى 30 سنة سجن. وبالتالي فإن تمسك الدولة بتطبيق قانونها الوطني لا يتعلق فقط بمبدأ السيادة وإنما أيضا بحماية مواطنيها ضد كل ما يخالف أو يجاوز ما هو موجود في القانون الوطني.

و السؤال: هل يعد القانون الجزائري أصح للمتهم فيكون من الضروري تطبيق القانون الجزائري دون غيره حتى ولو تعلق الأمر بجريمة من الجرائم المنصوص عليها بنص المادة 05 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟

الإجابة تكون بحسب نوع العقوبة، لماذا؟

لأن نص المادة 2/24 من النظام الأساسي للمحكمة أورد أنه " في حالة تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي يطبق القانون الأصح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة".

و المقصود أنه بوجود قانون أصح مما ورد بنص المادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية²² فإن ذلك القانون هو الذي يطبق ولا بد أن نشير أن ترتيب المادة 21 للقوانين بخصوص القانون الأصح للمتهم ليس ترتيب أولوية لأن فكرة الأولوية تتناقض مع فكرة القانون الأصح تماما. و لما كانت القاعدة واضحة أن القانون الذي ينزل بالحد الأقصى دائما هو القانون الأصح²³. فإن القانون الجزائري يكون دائما هو الأصح بالنسبة للجرائم المعاقب عليها بالحبس المؤقت.

و بالنسبة للجرائم المعاقب عليها بالإعدام والتي نص عليها المشرع الجزائري ابتداء من نص المادة 61 عقوبات فلا يوجد لها نظير في النظام الأساسي ضف إلى ذلك أن النظام الأساسي لا يعترف بعقوبة الإعدام كما سنرى في المطلب التالي:

المطلب الثالث - عقوبة الإعدام

لم يتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عقوبة الإعدام وكان السبب هو رفض بعض الدول الغربية لوجودها في النظام الأساسي وحجتهم في ذلك أن النص عليها في النظام الأساسي يخالف ما قامت به هاته الدول وتحت ضغط شعوبها من إلغاء لعقوبة الإعدام ؛

و الواقع أنه قد ثار جدل كبير بخصوص هاته الجريمة في مؤتمر روما ويمكن إجمال هذا النقاش من خلال رأيين أساسيين:

الأول: تبنته الدول الغربية: وهو الرفض المطلق للنص على عقوبة الإعدام في النظام الأساسي للمحكمة بالاعتماد على الحجج التالية:

- 1- أن النص عليها يعد مخالفة صريحة لما قرره دساتير هاته الدول من إلغاء للعقوبة
- 2- أن عقوبة الإعدام عقوبة لا يمكن تدارك الخطأ بخصوصها عند تنفيذها.
- 3- أن عقوبة الإعدام لا تحقق أي ردع كان ولا يمكن قياس هذا الردع في حالة وجوده. وهو ما أثبتته الواقع لديهم بالإضافة إلى أنها عقوبة تتسم بالقسوة والوحشية وتؤدي إلى استهجان المجتمع.

الثاني: رأي تبنته بعض الدول العربية والدول الإسلامية وبعض الدول الأخرى وذلك بالاعتماد على الحجج التالية:

- 1- أن النص على العقوبة في الأنظمة الداخلية موجود فعلا وهو مقرر لجرائم فردية تمس بالنظام العام فكيف لا تطبق على جرائم تمس بالنظام العام العالمي وأمن واستقرار المجتمع الدولي كجرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية .
- 2- بعض الدول الإسلامية تعتمد على حجج مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة حيث يعد تطبيق هاته العقوبة أمرا مبررا من الناحية الشرعية (القصاص).

و من بين الأدلة النصية من القرآن الكريم قوله تعالى: " من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا"²⁴.

و قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى".
و قوله تعالى: " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون"²⁵.

و في قوله صلى الله عليه وسلم: " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين. إما أو يودي، إما أن يقاد"²⁶. و هاته الآيات والأحاديث في قتل الفرد الواحد أما إذا اجتمع قوم لقتل واحد قتلوا به جميعا ودليل الجمهور قول سيدها عمر بن الخطاب بما جاء في الموطأ من انه قتل نفرا برجل واحد قتلوه وقال " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا"²⁷.

المبحث الثالث - الخروج على مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

إن الخروج على مبدأ الشرعية الذي تعرفه التشريعات الجزائرية الوطنية بالنسبة للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتعلق بنقطتين هامتين: الأولى تتعلق بركن الشرعية حيث يميل جانب كبير من فقهاء القانون الدولي إلى أن أركان الجرائم الدولية تتميز بخصوصية عن نظيراتها في التشريعات الوطنية ؛ الثانية: وهو الاعتماد الكبير على العرف كمصدر أصيل للتجريم في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مما يفتح المجال واسعا لإعمال القياس والتفسير والخروج الغير مبرر عن مبدأ الشرعية وهو ما سوف نتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: صلاحية العرف كمصدر للتشريع في القانون الدولي

المطلب الثاني: خصوصية الركن الشرعي في التجريم الدولي

المطلب الأول - صلاحية العرف كمصدر للتشريع في القانون الدولي

بمناسبة قضية تاديش Tadic ذهبت الدارة الاستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا إلى وجوب إضفاء وصف الجرائم التي تعد انتهاكات لقوانين وأعراف

الحرب²⁸ والتي كان الاعتماد عليها في توجيه الاتهام فقط إلى تكلم الجرائم التي تتوافر على الشروط التالية:

- 1 - أن يكون هناك خرق لقواعد القانون الدولي الإنساني كلها أو بعضها .
 - 2 - أن تكون القواعد العرفية المعتمد عليها قواعد عرفية بطبيعتها وليست ناتجة عن اتفاقات ثنائية وغيره ولهذا فقد تقرر أن القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي تعد كلها من القواعد العرفية، ضف إلى ذلك أن الفقه الدولي المعاصر مستقر على إضفاء صفة العرفية على اتفاقيات سنة 1949 .
 - 3 - أن يكون الانتهاك على درجة كبيرة من الجسامه ويؤدي إلى نتائج جد خطيرة، حيث أن قيام المسؤولية الجنائية حيال هذا الانتهاك سوف يكون تحصيل حاصل في مواجهة مرتكب تلك الأفعال.
- ورغم أن الفقهاء في القانون الدولي يبحثون في تلك المبررات التي تخدم مبدأ الشرعية بخصوص التجريم والعقاب ورغم قبولنا بتلك الضمانات المذكورة آنفا إلا أن هناك مشاكل أخرى تتبادر بدورها منها:
- أ - عدم وجود حصر لتلك الجرائم العرفية ولهذا تقرر أن كل انتهاك لقواعد قوانين أعراف الحرب في قواعد القانون الدولي الإنساني يعتبر جريمة حرب.
 - ب - أن جرائم الحرب يمكن أن تقع في النزاعات الدولية المسلحة كما تقع في نزاعات مسلحة غير دولية.
 - ج - إن الاحتكام إلى مفاهيم العدالة والأخلاق والمصلحة العامة الدولية هي ذاتها لا تبرر الاعتماد على القواعد العرفية وهي مفاهيم يعتبرها العرف قاعدة أساسية يرتكز عليها ليصبح مصدرا للتجريم والعقاب²⁹ .
 - د - إن تقرير وإنشاء نصوص مكتوبة دولية يعتمد عليها في إطار التجريم والعقاب يعتبره الكثير من الفقه أنه مجرد كشف لتلك القواعد العرفية فقط بالتالي فإن هاته النصوص سواء في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو في الاتفاقيات لم تقم ولم تلعب دور المنشئ لتلك النصوص ما يجعلها مصدرا أصليا للقانون الدولي وإنما كان دورها فقط كاشفا والدليل أن نصوص التجريم لا تقوم إلا بمجرد الكشف عن الصفة غير المشروعة للفعل دون توضيح وبيان ما تقوم عليه تلك الأفعال غير المشروعة من أركان وشروط وعناصر صالحة لقيام الركن المادي .

المطلب الثاني - خصوصية الركن الشرعي في التجريم الدولي

هناك من يرى بأن اعتماد العرف كمصدر للتجريم في القانون الدولي تعديل ضروري لركن الشرعية لكي يتلاءم وطبيعة القانون الدولي العام ومن ذلك أن القانون الدولي لا ينكر مبدأ الشرعية ولكنه ينظر إليه بشكل مختلف فقط والدليل على عدم إنكاره هو أن اعتماد المبدأ أثر حيزا كبيرا من النقاش في اجتماعات اللجان التحضيرية وكان من الواضح أن الكثير من الدول لم تكن لتقبل التصديق على النظام الأساسي للمحكمة في حالة جاءت نصوصها خالية من الإشارة لمبدأ الشرعية بصياغة (لا جريمة إلا بنص) وما يستتبع ذلك من استبعاد اللجوء للعرف كمصدر للتجريم وحظر القياس والتفسير الضيق للنصوص .

ولهذا وجد الكثير من الفقهاء يعتقدون أن الشرعية في القانون الدولي تختلف بالضرورة عن الشرعية في القوانين الداخلية وبالتالي فهي ذات طبيعة خاصة تتفق مع طبيعة هذا القانون الذي ينظر إلى الأفعال ولا يضيف عليها وصف الجريمة إلا إذا ثبت خضوعها لقاعدة من قواعد القانون الدولي.

والميزة التي تميز قواعد القانون الدولي أنها لا يشترط فيها أن تأخذ شكلا معيناً، بل يكفي فقط إثبات وجودها والتحقق من وجود العرف، فليست هناك جريمة دولية معروفة خارج نظام روما الأساسي وبالتالي فإنه يستهدى لها عن طريق العرف الدولي، وحتى تلكم الجرائم الواردة سواء في النظام الأساسي أو وجدت في الاتفاقيات والمواثيق الدولية فمصدرها العرف الدولي وهي مجرد كاشف لوجود تلك القواعد العرفية.

ضف إلى ذلك أن الشرعية في التشريعات الداخلية يعتمد في وجوده على سلطة تشريعية واحدة وهي غير موجودة في القانون الدولي الذي تتعدد أطراف وجوده حتماً³⁰.

ولكن الواضح بالنسبة لنا أن كل التبريرات للاعتماد على العرف كمصدر للتجريم في القانون الدولي هي مبررات مغلوطة للأسباب التالية:

1 - أن وجود النص هو المصدر الأصيل للتجريم وما عدا وجود النص فهو افتئات على مبدأ الشرعية.

2 - أنه مادامت هاته الأعراف معلومة فكان الأولى كتابتها.

3 - أنه بالنسبة إلى حجة أن هناك سلوكيات تهدد وتعد انتهاكات وخروقات تهدد الإنسانية بخطر جسيم وغيرها من التعابير المطاطة والفضفاضة فأقول بأن المشرع لا يستطيع السيطرة على مجال التجريم لأنه مرتبط بتطور فكر الإنسان.

4 - أن البحث عن العدالة في طيات العرف لا يخدم الحقيقة في شيء، بالإضافة إلى إمكانية صدور الأحكام المتناقضة نتيجة اعتماد القياس والتفسير وإعمال السلطة التقديرية الواسعة.

كما يذهب أغلب فقهاء القانون الدولي إلى أنه عند تعارض قواعد القانون الدولي الجنائي مع التشريعات الجنائية الوطنية بخصوص مجال التجريم تغلب القواعد الدولية فإذا انطبقت الصفة المشروعة للفعل وأصبح مجرماً بموجب قواعد القانون الدولي فهو سيبقى حاملاً لهذا الوصف حتى ولو كان الفعل مشروعاً في التشريع الوطني الداخلي.

ولهذا فهم يأخذون بتلك الفكرة المعروفة قديماً في الفقه الجنائي والتي مفادها أن مبدأ الشرعية ليس ركناً في الجريمة بمعنى أنه لا يمكن للنص الذي أنشأ الجريمة أن يكون ركناً فيها وبالتالي فإن الركن الشرعي هو ليس النص في ذاته وإنما الصفة غير المشروعة للفعل فالنص يفترض فيه أنه موجود قبل وجود الجريمة وبالتالي كيف يقبل أن يكون عنصراً فيها³¹.

خاتمة:

كخاتمة لهذا المقال يتضح لنا جلياً أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يشوبه القصور بشكل واضح بخصوص تقرير مبدأ الشرعية لتصبح أفكار مثل مبدأ التكامل وحصر الجرائم والعقوبات لا معنى لها ؛

كما أننا وقفنا على أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالرغم من المرونة التي يتميز بها على مستوى التجريم والعقاب فإنه لم يستطع السيطرة على المجالين مما أدى به إلى الاستعانة بالعرف واعتبره مصدراً أصيلاً للمجالين؛

كما أن أخذ مشرعي المحكمة الجنائية الدولية بمبدأ الشرعية شابه الكثير من القصور ويرجع ذلك في اعتقادنا إلى سببين أساسيين:

الأول: يتعلق بتقرير مبدأ التكامل وإعطاء الأولوية في الغالب الأعم إلى أعمال

النصوص الوطنية

الثاني: اختلاف الرؤى الدولية بخصوص تفعيل المبدأ وآليات وكيفيات هذا التفعيل بما يتوافق مع السياسات الجنائية المختلفة للدول.

من كل هذا وجب علينا إيراد مجموعة من التوصيات يمكن إجمالها كالآتي:

- 1 - ضرورة الالتزام بالنصوص المكتوبة للنظام الأساسي وتضمنين هذا النظام كل الجرائم التي تهدد الأمن والسلم العالميين كلما تطلب الأمر ذلك؛
- 2 - ضرورة تحديد المصطلحات واستعمال المصطلحات الدالة على معانيها دون استعمال تلك المصطلحات الفضفاضة التي تفتح باب التأويل والتفسير
- 3 - تحديد المقصود بمبدأ التكامل خاصة في ظل الاختلاف البين بين النظام الأساسي والتشريعات الوطنية بما يخدم حماية الحقوق والحريات الفردية.
- 4 - تعديل نصوص المواد 05 و07 و08 و22 و23 و77 والمادة 80 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهو تعديل نراه أكثر من ضرورة لإيجاد ذلك التناسق بين النظام ومبدأ الشرعية.

الهوامش:

- 1 - أنظر أستاذنا الدكتور : عبد الله أوهابيه: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، بدون طبعة، الجزائر، 2009، ص 93
- 2 -تنص المادة 43 من دستور 23 /2/ 1989 أنه " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المحرم" نص علما في دستور 63، المادة 11 ونص ... أيضا في دستور 76/11/19 في المادة 45 بالقول(لا يحرم غلا بقانون صادر قبل ارتكاب العمل الإجرامي)
- 3 -د. أحمد عوض بلال : مبادئ قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، سنة 2006/2007، ص 40 وما يليها.
- نص الفقرة الأخيرة من نص المادة 22 " لا تؤثر هذه المادة هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار النظام الأساسي."
- 4 -و من ذلك الآيتين 35،36 من سورة البقرة والآية 15 من سورة الإسراء والآية 59 من سورة القصص.
- 5 -تنص المادة 11 الفقرة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 " لا يدان شخص من جراء أوامر عمل أو الامتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب".

وهذا أيضا ما كرسته المادة 99 من اتفاقية جنيف الثالثة التي جاء فيها " محاكمة أسرى الحرب أو الحكم عليهم من جرم لا يحظره قانون الدولة الحائزة أو القانون الدولي الذي يكون نافذا وقت اقتراف الجرم".

6 - ومع ذلك إلا أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وفي المادة 07 منه والتي نعتبرها المرجع الأصيل انص المادة 22 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعد انتهاكا لمبدأ الشرعية حيث تنص المادة أنه " ليس في هذه المادة ما يحول دون محاكمة أو معاقبة أي شخص عن أي فعل أو امتناع إذا كان ذلك يعتبر وقت ارتكابه تصرفا مجرما طبقا للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحدة".

وأخذت بهذا التصور المادة 05 من مشروع تقنين الجرائم ضد أمن وسلم البشرية المعد من قبل لجنة القانون الدولي.

7 - د. أحمد فتحي سرور: مداخلة من افتتاح المؤتمر 10 للجمعية المصرية للقانون الجنائي حول المحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الوطنية، القاهرة 21 . 12 . 2001.

8 - د. رنا إبراهيم سليمان العطور: الالتزام بالشرعية الجنائية في الجزائر الدولية. مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون ، أبريل 2011، ص 101.

9 -المعلوم أن انضمام الدولة إلى اتفاقية دولية تجرم أفعالا معينة فإن التصديق على هذه الاتفاقية وإن أعطاها قوة التشريع الداخلي فإنه لا يكفي بذاته لاعتبار الاتفاقية مصدرا للتحريم والعقاب، خاصة إذا كانت الاتفاقية تحيل على القانون الداخلي سواء لتحديد أركان الجرائم أو عقوباتها. انظر في ذلك:

VERDEMEN MARC « concours et enjeux du droit constitutionnel pénal »

10 -أنظر: ضاري خليل محمود، باسل يوسف: المحكمة الجنائية الدولية (هيمنة القانون أم قانون المهيمنة، المعارف الإسكندرية، 2008 ص 241 وما يليها .

11 -أنظر أيضا، لؤي محمد حسن الناييف: العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 28 - العدد 3 - 2011، ص 539 وما يليها .

12 -أحمد عوض بلال: المرجع السابق، 39.

13 -ويبدو أنه من الخطأ القول بأنه يجب دائما تفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا، فهذا القول يكون صحيحا فقط عندما يتعلق الأمر بحظر القياس في مجالي التجريم والعقاب.

14- L'article 122-5.1er alinéa du code pénal: N'est pas pénalement responsable la personne qui devant une attaque injustifiée envers elle-même ou autrui accompli; dans le même temps ; un acte commandé par la légitime

défense d'elle-même ou autrui e, sauf s'il y'a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

Jean Clandé Soyer, droit pénal et procédure pénale ; 12^{ème} édition- LGDJ-1995, p 119.

15 - سواء في التشريع الفرنسي أو المصري فإن الدفاع الشرعي وإن كان يعتبر سبب من أسباب الإباحة عند توافر شروطه إلا المشرع الفرنسي بنص المادة 5/122 ومن المشرع المصري بنص المادة 245 عقوبات قد خانها التعبير فالأول استعمل مصطلح " لا يسأل جنائيا " والثاني استعمل مصطلح " لا عقوبة " وكان الأول استعمال مصطلح " لا جريمة " أنظر : أوهابية عبد الله المرجع السابق ص 195، ما يليها.

16 - حيث نص الفقرة (ب) من نص المادة 8 " الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي " يرى البعض بأن نص المادة 8 بالرغم من كل ما يعتره مما يهدد الشرعية إلا أن النص جاء شاملا بشكل جد واسع لكل ما يدخل في معنى المخالفات المشكلة لجرائم الحرب. أنظر في ذلك:

William Bourdon et Emmanuelle Duverger, la cour pénale internationale : France – Edition du Seuil. 2000.p.70.

أنظر أيضا في تقييم نص المادة 8: خلف الله صبرينة : جرائم الحرب أمام المحكمة الجنائية الدولية في القانون والقضاء الدوليين الجنائيين، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2007/2006، ص 169 وما يليها .

17 -ناصر أمين، أسباب اعتراف البعض على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بث منشور على الموقع <http://www.acicc.org/ar/nasser%20amin.asp>

18 - غني عن البيان أن قضاة المحكمة الجنائية الدولية يستخلصون حالة الضرورة في جرائم الحرب من طبيعة النزاع المسلح وطبيعة الأشخاص المتهمون بارتكاب جرائم حرب خاصة إذا كانوا من القادة العسكريين وأيضا من ظروف ضحايا هاته الحروب.

أنظر في التفصيل أكثر : د. محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، ط1، 2006 ص 292.

19 - لدينا نص المادة 80 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي هناك من يرى بكونها خرقا لمبدأ الشرعية وذلك يستشف من خلال التناقض الواضح بين نص المادة 80 ونص المادة 23 الألفه الذكر هاته الأخيرة التي تحصر مصادر العقاب في العقوبات الواردة في النظام الأساسي فقط بينما نص المادة 80 يسمح للدول بتطبيق القواعد العقابية الداخلية ؛ والحقيقة فإن الأمر وإن كان

- يدخل في إطار مبدأ التكامل إلا أنه ليس هناك مبرر لوجود نص المادة 80 وكان الأولى إدماج هذا النص في المادة 23 ذاتها مثلما هو عليه الأمر في نص المادة 22.
- 20 - على ألا تتجاوز ما نسبته 75 % من قيمة الأصول والأموال التي يملكها الشخص المدان وبعد خصم مبلغ مناسب يقي الشخص المدان ومن يعولهم ذل الحاجة والسؤال.
- 21 - يوجد على مستوى المحكمة " صندوق استئمان " حيث تحال كل العائدات من الغرامات والأصول والأموال المصادرة إليه وتستوفى حقوق الضحايا منه وتحدد إجراءات الاستيفاء لتلك الحقوق من طرف الدول الأعضاء.
- أنظر: م. علا كريم رحيم: قانونية التجريم والعقاب في المحكمة الجنائية الدولية: المرجع السابق
- 22 - المادة 21 من النظام الأساسي تحصر القانون الواجب التطبيق في النظام الأساسي بالدرجة الأولى ثم المعاهدات ومبادئ القانون الدولي ثم المبادئ العامة المستخلصة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم.
- 23 - جدير بالذكر أيضا أن المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة تعطي للقضاء سلطة تقديرية بخصوص تخفيض العقوبة بتوافر أحد شرطين أساسيين:
الأول: انقضاء ثلثي مدة العقوبة؛
الثاني: انقضاء مدة 25 سنة. ولا يمكن للمحكمة النظر في التخفيض إلا بمرور هاته المدد.
- 24 - سورة البقرة الآية 178.
- 25 - سورة المائدة الآية 45.
- 26 - رواه البخاري ومسلم: فتح الباري، ج12، ص 201، شرح النووي، ص 165.
- 27 - المغني: ج8، ص 290. أنظر في معنى القصاص وصوره:
الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 78 وما يليها.
- أنظر أيضا: عبد الله بن سالم الحميد: التشريع الجنائي الإسلامي المقارن بالقوانين الوضعية، ط1، 1979، ص 44.
- 28 - يرجع تاريخ الاعتماد على العرف كمصدر للقانون الجنائي الدولي في العام 1926 في إطار مشروع وضعته رابطة القانون الدولي كمشروع نظام أساسي للمحكمة الجنائية الدولية وجاء في المشروع أن " العرف الدولي برهان على عرف عام مقبول له قوة القانون وتم تكريس ذلك سنة 1984 تنص المادة 22 من مشروع إنشاء المحكمة؛
أنظر في التفصيل: د. زياد عيناني، المحكمة الجنائية الدولية، ط1، منشورا... الحقوقية. بيروت 2009، ص 331.

29- بالرجوع للفقهاء الدولي المعاصر هناك من يرى أن هناك مصادر إضافية لمتد في نص المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مثل (الاعتبارات الإنسانية والمصالح المشروعة) فالاعتبارات الإنسانية هي تلك القيم الإنسانية المحمية بموجب مبادئ قانونية مرعية وإن كانت ترتبط ارتباطاً وثيقاً مع مبادئ القانون العامة.

أنظر في تفصيل أكثر: د. محمد ثامر مخاط: التجريم استناداً إلى العرف في القانون الدولي الجنائي، كلية القانون، جامعة ذي قار، ص15

30- على المستوى الداخلي تنكر الكثير من المحاكم الطبيعية القانونية للعرف وتعتبره من مسائل الواقع وهي بذلك تخالف المتعارف عليه قانونياً وهو أن القواعد العرفية قواعد قانونية وهي ليست محلاً للإثبات ويفترض على القاضي بها ولا يطلب إثبات وجودها، ولكن خطر الصعوبة التعرف عليه في واقع الحال عملياً فإن الأطراف يتعاونون في التحقق من وجوده.

أنظر سمير عبد السيد تناغو: المدخل لعلم القانون، ص 445 وما يليها

31- حتى ولو أخذنا بهذا الرأي واعتبرنا بأن النص ركن في الجريمة فإن يتوجب العلم لقيام القصد الجنائي وكان الجهل به يعني القصد واتجاه النية إلى الفعل فإن هذا الأمر غير مقبول من الناحية القانونية نظراً لأنه يعذر الجهل بالقانون.

أنظر في تفصيل أكثر: د. أحمد عوض بلال: المرجع السابق، ص107 وما يليها .