كلية الحقوق

إرساء المحكمة الجنائية الدولية لمبدأ الشرعية الجنائية

الباحث

مشعل محمد فهيد صبيح

المقدمة:

يعبر عن مبدأ الشرعية الجنائية باصطلاح لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ULLUM CRIMEN. MULL A POENA, SINE PRAVEVIA LEGE POENALI"ومؤداها أنه لا يجوز أن يحاكم شخص عن فعل لا يعتبره القانون النافذ وقت ارتكابه جريمة بنص صريح، يحدد أركانها وشروطها وكل ما يرتبط بها من مشاكل قانونية.(١).

وهو مبدأ أساسي تورده غالبية الدول في صلب وثائقها الدستورية(٢).

كما أن له أساس في الشرائع السماوية فقد قال تعالى " وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا"(٣) وقال العلي القدير " رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ (٤)" وهو يعد ضمانة أساسية من ضمانات العدالة الجنائية ويرتب نتائج قانونية ضرورية وتعد مكملة له وهي أنه لا يجوز القياس في المواد الجنائية أي مد العقوبة الجنائية عن سلوك معاقب عليه لسلوك آخر غير معاقب عليه لاتحادهم في علة التجريم والعقاب كما لا يجوز للقاضي الجنائي التوسع في التفسير، أو إغفال قاعدة عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي(٥).

أهمية دراسة الموضوع:

ترجع أهمية دراسة الموضوع إلى حداثة التوصل إلى تقنين دولي حول الجرائم الدولية عبر نجاح المجتمع الدولي في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بموجب إبرام نظامها الأساسي في روما عام ١٩٩٨ وما ترتب على ذلك من إنهاء الجدل القانوني من الفقه حول وجود مبدأ الشرعية على صعيد المحاكمات عن الجرائم الدولية منذ محاكمة مجرمي الحرب العامية الأولى ومحاكمات مجرمي الحرب العالمية الثانية في نورمبرج وطوكيو عام ١٩٤٥، أو حتى في المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة مثل المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا السابقة عام ١٩٩٣ أو المحكمة الدولية الجنائية لرواندا عام ١٩٩٤، حيث كان يشكك في شرعية كل هذه المحاكمات بسبب أن نظمها الأساسية تم إبرامها بما تشتمل من النص على الجرائم الدولية والعقوبات المقررة لها عقب وقوع هذه الجرائم بالمخالفة لمبدأ الشرعية الجنائية والذي ورود النص على هذه الجرائم

---

(١) د/ أحمد أبو الوفا – الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني – القانون الدولي الإنساني – إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر – القاهرة ٠ ٢٠٠٦ – ص ١٤٩.

(٢) أحمد جويد، الدولة الدستورية وسلطة القضاء، بحث منشور في مركز الأمام الشيرازي للدراسات والبحوث، إنظر الموقع على شبكة الأنترنت:www.shrsc.com.

(٣) الآية رقم ١٥ من سورة الإسراء

(٤) الآية رقم ١٦٥ من سورة النساء

(٥) راجع د/ محمد سامي الشوا – شرح قانون العقوبات – القسم العام – طبعة ٢٠١٩ – ص ٧٦

وعقوباتها قبل وقوعها وليس بعده مما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الفضل في إرساء مبدأ الشرعية على الصعيد الدولي بذات الصورة المعمول بها في القانون الداخلي.

خطة البحث:

وعلى ذلك سوف أناقش هذا البحث في فصلين: أتناول في أولهما الفصل الأول مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الداخلي بينما اتناول في الفصل الثاني إرساء مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الفصل الأول
مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الداخلي

المبحث الأول
المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية
وبيان قيمته القانونية

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية وتاريخه:

يمثل مبدأ الشرعية الجنائية أحد الدعائم التى ترتكز عليها السياسة الجنائية المعاصرة ويقصد بمبدأ الشرعية فى القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» أى أنه لا يمكن توجيه أى اتهام من قبل السلطة القضائية ضد شخص لارتكاب فعلا معينا ما لم يكن منصوصا على تجريم هذا الفعل فى القانون» كما لا يمكن تطبيق عقوبة ما لم تكن محددة سلفا.(١)

ويرتكز مبدأ الشرعية الجنائية على عدة ركائز: الركيزة الأولى هى (المفهوم الأخلاقي للمسئولية الجنائية) فالإنسان كي يسأل جنائيا يجب. أن يتمتع بملكتي التمييز أو الإدراك ثم الإرادة أو الاختيار» ويسبق ذلك أن ينذره المشرع بالعقاب حتى يمكن التحقق من وجود الإثم الجنائي. فلا يسأل الشخص جنائيا عن فعل أو امتناع ما لم يكن المشرع قد أنذره بأن ذلك يعد جريمة(٢).

والركيزة الثانية هى مبدأ الفصل بين السلطات الذى نادى به مونتسكيو فالسلطة التشريعية مهمتها إصدار القوانين» ووظيفة القضاء هى تطبيق هذه القوانين. والركيزة الثالثة هى أن العقوبة لا يمكن أن تؤدى وظيفتها سواء فى مجال الردع العام أو الردع الخاص إلا إذا كان الشخص يعلم بها سلفا وبأنها ستوقع عليه إذا ثبت ارتكابه لجريمة معينة» والركيزة الرابعة هى أن مبدأ الشرعية يضمن ويحقق المساواة بين البشر جميعا على اعتبار أن النص الجنائي قد حدد الجريمة والعقوبة سلفا بطريقة مجردة وعامة تطبق على كل من يرتكب جريمة فى المستقبل أيا كان مركزه الاجتماعى.

وترجع الأصول التاريخية لهذا المبدأ إلى القانون الرومانى حيث ظهرت بعض "تطبيقاته فى العصر الجمهورى ثم ما لبث أن فقد هيمنة فى عهد الامبراطورية السفلى نتيجة لإلغاء المحاكم وقيام موظفوا الإمبراطورية الرومانية من تلقاء أنفسهم بمحاكمة الأشخاص عن أفعال لم

---

(١) راجع د/ حسين حنفي عمر – حصانات الحكام ومحاكمتهم عن جرائم الحرب والابادة الجماعية – طبعه ٢٠٠٦– دار النهضة العربية – القاهرة – ص ١١٧

(٢) راجع د/ محمد سامي الشوا – شرح قانون العقوبات – القسم العام – طبعة ٢٠١٩ – ص ٧٦

يصدر فى شأنها قوانين وانتهى الأمر إلى التدنل والتحكم وعدم المساواة فى تقرير الجرائم وتحديد العقوبات (١).

ولقد عاد مبدأ الشرعية الجنائية إلى دائرة الضوء فى ١٢١٥ فى انجلترا فى عهد الملك جون وذلك بمقتضى الوثيقة التى أصدرها فى هذا العام والتى عرفت بوثيقة العهد الأعظم حيث أشارت فى مادتها التاسعة والثلاثين على أنه لا يمكن توقيع أية عقوبة على أى شخص حر إلا بمحاكمة قانونية طبقا للقانون (٢).

ثم انتقل المبدأ إلى الولايات الأمريكية على يد المهاجرين الإنجليز وظهر فى إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٧٤ على أنه لم يبدأ تقنين مبدأ الشرعية الجنائية فى التشريعات الأوروبية وتأكيد دوره فى ضمان حريات الأفراد إلا فى القرن الثامن عشر تحت تأثير حركة الإصلاح التى. قادها عدد من الفلاسفة منهم روسو ومنتسكيو وفولتير» والتى أسفرت عن صياغة أول تشريع جنائي يؤكد مبدا شرعية الجرائم والعقوبات والذى أشرف على إعداد بكاريا وصدر فى بيزا عام ١٧٨٦ ثم أخذ المبدأ صياغة واضحة ومحددة غداة إعلان الوثيقة الأساسية للثورة الفرنسية الخاصة بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ٢٦ أغسطس عام ١٧٨٩ حيث أكدت مواده الخامسة والسابعة والثامنة على مبدأ شرعية. الجرائم والعقوبات» وتأكيد الضمانات الخاصة بالحريات الشخصية والعامة، وتجريد العقاب من القسوة التى لا مبرر لها(٣).

وحرص الدستور الفرنسى الصادر عام ١٧٩١ على النص، على مبدأ الشرعية فى المادتين الثامنة والعاشرة؛ وكذلك فعل دستور ١٨٩٣ حيث أشار إليه فى المادة الرابعة عشر، والتى قررت أن الأثر الرجعى للقانون يعتبر جريمة، وقد نص على مبدأ الشرعية فى مدونة نابليون الصادرة عام ١٨٠٤ومنذ ذلك الحين والشارع الفرنسي حريص على الإشارة إليه.

وقد ظهر مبدأ الشرعية فى التشريع المصرى منذ بدأت مصر حركة التقنين فى المدونات العقابية وأولها فى قانون العقوبات الصادر عام ١٨٨٧ ثم انتقل. بعد ذلك إلى المادة الخامسة من قانون العقوبات الحالى رقم ٥٨ الصادر في ٢١ يوليو عام ١٩٣٧، التى نصت على أنه

---

(١) راجع د/ محمود السقا – فلسفة وتاريخ القانون المصري ومراحل تطوره – القسم العام –المعهد العالي للدراسات الإسلامية – طبعة ٢٠١٥ – ص ٧٦

(٢) وتعتبر وثيقة الماجنا كارتا Magna carta – عند فقهاء الغرب – هي أول وثيقة دستورية في التاريخ وهي وثيقة ملكية بريطانية منحها الملك جون لكي تكون الخطوة الأولى صوب الديمقراطية البرلمانية.

(٣) راجع/ د. نبيل أحمد حلمي – القانون الدولي العام – طبعة ٢٠٢٠– ص ٢١.

د/ هادي شلوف– القانون الجنائي الدولي بين النظرية والتطبيق – منشورات الحلبي الحقوقية – طبعة ٢٠٢١ – ص ٦٥.

يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم. وقد حرص واضعوا الدستور المصرى الأول الصادر عام ١٩٢٣ على تسجيل هذا المبدأ فى المادة السادسة فى الباب الثانى الخاص ببيان حقوق المصريين وواجباتهم. وقد أعاد الدستور الصادر عام ١٩٧١ النص على المبدأ فى المادة الخامسة الواردة بالباب الرابع منه.

وأخيراً تم تكريس هذا المبدأ في الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤. (المعدل لدستور ٢٠١٢) في الباب الرابع وعنوانه 'سيادة القانون" حيث قررت المادة ٩٥ منه أنه 'ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون» ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"(١).

تقدير مبدأ الشرعية:

تعرض مبدأ الشرعية لحملة من الانتقادات مردها:

١- أن الاحترام المطلق لهذا المبدأ وما يؤدى إليه من نتائج وما يرتبه من التزامات على كل من المشرع والقاضي يؤدى إلى جمود التشريع وقعود العدالة الجنائية عن القيام بواجباتها فى الدفاع عن مصلحة المجتمع. ذلك:أنه من المسلم به أن المشرع لا يستطيع أن يحيط سلفا بكل شئ علما خاصة وأن هناك تطور دائم ومستمر فى أساليب الإجرام وأنواعه يزداد تنوعا كل يوم ويرتبط بالحاجات الاجتماعية المتزايدة(٢).

ولكن يرد على ذلك بأن نصوص القانون ليست جامدة أو أنها نصوص جوفاء ولكنها نصوص يمكن تعديلها كلما دعت الضرورة إلى التعديل وكلما حدت ظروف يترتب عليها وجود أفعال ضارة بالمجتمع. تتطلب تدخل المشرع بوضع النصوص الكفيلة. بحماية المجتمع من هذه الأفعال عن طريق تجريمها... ووضع العقوبة المناسبة لها. وتطبيقا لذلك فقد أوصى المؤتمر الدولى الرابع للقانون الجنائي الذى عقد بباريس عام ١٩٥٥ إلى إقرار وتأكيد مبدأ الشرعية الجنائية كضمانة ضرورية للحقوق الفردية وأن يراعى عند صياغة النصوص الجنائية أن تكون عامة بقدر الإمكان بحيث يستطيع القضاء أن يوائم بينها وبين الضرورات الاجتماعية(٣).

---

(١) راجع د/ علي عبد القادر القهوجي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – ص ١٢١.

(2) J.Pardel, conclusion du colloquesurl'informatique et droitpenal, cujas PARIS 1983 P155 .

(٣) د/ محمد سامي الشوا – شرح قانون العقوبات – القسم العام – مرجع سابق – ص ٧٧.

يؤخذ على مبدأ الشرعية عدم انسجامه ومبدأ تفريد العقاب: فالسياسة الجنائية – والتى تتطور كل يوم نتيجة للمعطيات التى تقدمها العلوم الجنائية المساعدة– تنادى بوجوب تفريد العقاب وفقا لشخصية كل مجرم ودرجة خطورته لا تبعا لجسامة جريمته؛ وهذا ما أكدته المدرسة الوضعية فى إيطاليا حيث نادت بضروري تقسيم المجرمين بدلا من تقسيمها لجرائم وانتهت' إلى القول بأن تقدير العلاج المناسب لكل مجرم أمر لا يتسنى للمشرع تحديده مقدما وإنما يستدعي بالضرورة إعطاء صلاحيات واسعة للقاضى.

وهذا التصور لا يستقيم ومفهوم مبدأ الشرعية الذى يفترض الجريمة كيانا قانونيا متجردا عن شخص مرتكبها ويحدد العقوبة وفق الأضرار المادية للجريمة لا وفق الخطورة الكامنة فى شخص مرتكبها(١).

والرد على هذا النقد ميسور ذلك أن التشريعات المعاصرة تمنح للقاضي سلطة تقديرية يمكن بواسطتها أن ينطق بالعقوبة التى تتلاءم وشخصية كل مجرم فالعديد من النصوص، الجنائية تضع حدا أدنى وحدا أقصى للعقوبة ولا نود التبديل فيها بالزيادة أو بالنقصان ولا يمكن تعديل نصها أو وقف تنفيذها.

وبالإضافة إلى ذلك فهناك العديد من النظم المستحدثة التي تعين القاضي على تطبيق مبدأ تفريد العقاب في إطار مبدأ الشرعية كنظام. والظروف القضائية المخففة» ونظام وقف تنفيذ العقوبة» والاختبار القضائي؛ ونظام قاضي التنفيذ» (٢).

وإعطاء رئيس الدولة الحق. فى العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، وتخويل السلطة المختصة بتنفيذ العقوبة سلطة الإفراج الشرطي وفقا لشروط محددة(٣).

مفهوم مبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية:

ننوه بداية أن الشريعة الإسلامية الغراء كانت أول من وضع أساسا صريحا لمبدأ الشرعية منذ حوالي أربعة عشر قرنا. فأكدت ذلك في قوله تعالى في سورة الإسراء (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا) وقوله تعالى في سورة الملك (كُلَّمَا أُلْقِيَ فِيهَا فَوْجٌ سَأَلَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ...) وفى سورة النساء (وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا..) وفى سورة النساء (لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ).

---

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد– الأحكام العامة في قانون العقوبات – الطبعة الرابعة – ١٩٦٢– دار النهضة العربية – القاهرة – ٧٨.

(٢) راجع: د/ رءوف عبيد– مبادئ القسم العام من التشريع العقابي – دار الفكر العربي – القاهرة – طبعة ١٩٧٩– ١٤٥ وما بعدها.

(٣) د/ عوض محمد – قانون العقوبات – القسم العام – دار المطبوعات الجامعية ص ٢٦٢.

وتقسم الشريعة الإسلامية الجرائم إلى أنواع ثلاثة: جرائم الحدود وجرائم القصاص وجرائم التعزير.

أولا: جرائم الحدود:

وهى الجرائم المقررة فى الشريعة الإسلامية التى تجب حقا خالصا لله تعالى» وهذه الجرائم محظورات شرعية» أى ترتكب بالمخالفة للحدود التى وضعها الله تعالى فى كتابه العزيز أذ يثبت بها سنة نبوية» والعقوبات المقررة على ارتكاب هذه الجرائم هى عقوبات معينة مقررة بنص فى القرآن أو فى السنة(١).

والحدود مبينة فى القرآن والسنة على سبيل القطع والحصر فلا وجهْ لتقرير حد غيرها وجرائم الحدود سبع هى: حد الزنا وحد السرقة وحد شرب الخمر وحد الحرابة وحد القذف وحد الردة وحد البغي وهناك خلاف حول حد البغي. ولكن جمهور الفقهاء يجعلها ضمن الحدود.

والحدود إذا ثبتت لا تجوز فيها الشفاعة بأى حال من الأحوال ويستدل على أى ذلك بقول الرسول الكريم لأسامة بن زيد عندما تشفع فى شأن المخزومية التى سرقت "أتشفع فى حد من حدود الله؛ والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" (٢).

كما منع القياس فى الحدود لأنها واردة على سبيل الحصر ويروى عن النبي "صلى الله عليه وسلم – أنه قال "ليس على خائن ولا منتهب، ولا مختلس قطع" والمراد بالخائن هو من يأخذ المال خفية ويظهر النصح للمالك؛ والمنتهب هو من ينتهب المال على سبيل القهر والغلبة» والمختلس الذى يسلب المال عن طريق الخلسة"" وإن كانت تطبق على هذه الأحوال عقوبة التعازير(٣).

ثانيا: جرائم القصاص أو الدية:

وهى جرائم الاعتداء على النفس ويطلق عليها بعض الفقهاء لفظ الجنايات وهي تشمل جرائم القتل والجرح والضرب. وقسمها الفقهاء عادة إلى ثلاث جرائم هي:

جرائم القتل وهى الجناية على النفس مطلقا سواء كانت قتل عمد أو غيره.

جرائم الضرب والجرح وهى الجرائم التي تمس سلامة جسم الإنسان وتسمى جناية على ما دون النفس مطلقا؟

---

(١) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠- ص ٧٨.

(٢) د/ محمد علي محجوب – القانون الجنائي الإسلامي – المسئولية الجنائية في الشريعة والقانون – القسم الثاني ص ١٧ .

(٣) د/ عبد الوهاب خلاف – أصول الفقه – ص ٩١ وما بعدها .

جريمة الإجهاض وتسم جناية على ما هو نفس من وجه دون وجه يجيز للقاضي أن يحكم بأي منهما أو يختار بينهما وفقا لظروف الجاني. (١)

حيث قال سبحانه وتعالى في سورة البقرة (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (*) وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ" (٢).

وقال سبحانه وتعالى فى سورة المائدة (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (٣).

والقصاص مقرر لولي الدم إن شاء أخذ به فهذا حقه وإن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا جرائم الحدود أو من عفا وأصلح فأجره على الله وفى حديث عن الرسول – صلى الله عليه وسلم– أنه قال "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفتدى وإما أن يقتل"(٤).

وإذا وقع القتل أو وقعت الإصابات عن غير عمد، استحقت الدية وحدها دون القصاص. ويظهر ذلك من قوله تعالى (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) (٥).

ثالثا: جرائم التعزير:

يعرف الفقه الإسلامي التعذير بأنه عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمي فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة(٦).

---

(١) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠– ص ٧٨.

(٢) الآية رقم ١٧٨ورقم ١٧٩ من سورة البقرة

(٣) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة.

(٤) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠– ص ٧٨.

(٥) بعض من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٦) د/ محمد علي محجوب – القانون الجنائي الإسلامي – المسئولية الجنائية في الشريعة والقانون – القسم الثاني ص ١٧.

والتعذير لغة من أسماء الأضداد لأنه يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى المنع والتأديب.. فيقال عزرته بمعنى وقرته وهو طريق إلى التوقير» إذا امتنع به وصرف عن الدناءة حصل له الوقار والنزاهة. ويسمى تعزيرا لأنه يمنع من الجناية. والأصل فى التعزير المنع» ومنه التعزير بمعنى النصرة؛ لأنه منع عدوه من أذاه(١).

وجرائم التعذير يقصد بها تلك الجرائم التي لم ينص الشارع الإسلامي في شأنها على عقوبة معينة بحد وقصاص مع ثبوت النهي عليها وترك للولي تقدير عقوبتها وقفا لظروف الزمان أو المكان» وكذلك يدخل في جرائم التعذير جرائم الحدود أو القصاص التي لم تكتمل شروطها أو الجرائم التي تنشأ من ترك الواجبات(٢).

وبخصوص مقدار العقوبة فى جرائم التعذير ولاسيما بالنسبة للجرائم التنهى أصلا من جرائم الحدود أو القصاص ولكن لم تكتمل شروطها فلقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا.فى حد من حدود الله' ويري البعض أن هذا النص عام يسرى على جميع المعاصي بصفة مطلقة» والبعض الآخر يرى أنه يطبق فى حالة الجرائم التي قدر الشارع فيها عددا معينا من الجلد مثل الزنا والقذف. وقال آخرون أن هذا الحديث مقصور على زمن النبي الكريم حيث كان يكفي الجاني من التعذير هذا القدر(٣).

وفي قول آخر عن أبي حنيفة أن التعزير لا يجب أن يبلغ به أدني حد| مشروع. وعلى ذلك فلا يبلغ. اربعين سوطا لأنها حد العبد فى شرب الخمر وَالقذف وهذا قول أبى حنيفة» وإن قلنا أن حد شرب المر أربعين فلا يجب أن يبلغ بالتعزير عشرين سوطا فى حق العبد ولا أربعين سوطا فى حق الحر فلا يزيد عن تسعة عشر سوطا فى الحالة الأولى وتسعة وثلاثين سوطا فى الحالة الثانية وهذا هو رأى الشافعي(٤).

---

(١) راجع: د/ يوسف قاسم – نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي الجنائي والقانون الجنائي الوضعي– دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة (١٤٠١هـ ١٩٨١م) – ص ١٤.

(٢) د/ محمد علي محجوب – القانون الجنائي الإسلامي – المسئولية الجنائية في الشريعة والقانون – القسم الثاني ص ١٧ .

(٣) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠– ص ٧٨.

(٤) د/ محمد علي محجوب – القانون الجنائي الإسلامي – المسئولية الجنائية في الشريعة والقانون – القسم الثاني ص ١٩.

وفى قول آخر أن الممنوع هو أن يبلغ التعزير فى جناية الحد المشروع فى جنسها ويجوز أن يزيد على حد مقرر لجناية أخرى من غير جنسها وفى حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين"(١).

وفى رأى المالكية أنه يجوز أن يزيد التعزير عن الحد المقرر لجنس الجريمة؛» بل أجازوا الوصول بها إلى القتل الذى يستوجب درء الفساد»

فالتعذير ليس له مقدار محدد ويجوز أن يبلغ به الإمام ما يرى وإن جاوز به الحدود بالغا ما بلغ ومن أمثلة العقوبات التى قررها النبي الكريم والصحابة فى جرائم التعزير ما روى عن رسول الله أنه قد عزر رجلا قال لغيره مخنث؛ وأنه حبس الرجل بالتهمة؛ كذلك اشتهر عن عمر بن الخطاب أنه كان يحلق الرأس وينفي ويضرب واتخذ دار للسجن(٢).

ومن أمثلة جرائم التعذير: جريمة الربا: فقد حرم الله الربا وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ (*) فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾(٣) وفى قوله تعالى أيضا ﴿يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (٤).

ونهي الله عن شهادة الزور بقوله تعالى ﴿وَأُحِلَّتْ لَكُمُ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (٥) وفى قوله تعالى. فى سورة النساء ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ (٦).

---

(١) راجع: د/ يوسف قاسم – نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي الجنائي والقانون الجنائي الوضعي– دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة (١٤٠١هـ ١٩٨١م) – ص ١٢.

(٢) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠– ص ٧٨.

(٣) الآياتان رقمي ٢٧٨ و٢٧٩ من سورة البقرة.

(٤) الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٥) د/ محمد علي محجوب – القانون الجنائي الإسلامي – المسئولية الجنائية في الشريعة والقانون – القسم الثاني ، ص ٢٣ .

(٦) راجع: د/ يوسف قاسم – نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي الجنائي والقانون الجنائي الوضعي– دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة (١٤٠١هـ ١٩٨١م) – ص ١١.

وجاء تجريم الغش فى المكاييل والموازين فى قوله تعالى ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ (*) الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ (*) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ (١).

وحرم الله الرشوة فى قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ وقال الرسول الكريم "لعن الله الراشي والمرتشي والرائش"(٢).

وحرم الله انتهاك حرمة المسكن فى قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ (٣).

---

(١) الآية الأولى والثانية من سورة المطففين.

(٢) د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠- ص ٧٨.

(٣) راجع: د/ يوسف قاسم – نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي الجنائي والقانون الجنائي الوضعي- دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة (١٤٠١هـ ١٩٨١م) – ص ١١.

المبحث الثاني
نتائج مبدأ الشرعية الجنائية

يترتب على مبدأ الشرعية الجنائية نتيجتان: الأولى خاصة بتحديد مصادر القاعدة الجنائية والثانية تعلق بتنسيد

أولا- مصادر القاعدة الجنائية:

وتعني ان للقاعدة الجنائية مصدران: مصدر مباشر ومصدر غير مباشر»

المصدر المباشر للقاعدة الجنائية:

أول نتيجة منطقية تترتب على مبدأ الشرعية الجنائية هي أن المشرع هو صاحب السلطة الأساسية فى التجريم» ومعنى ذلك أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون صادر عن السلطة التشريعية. ومن ثم فإن النص التشريعى هو المصدر الوحيد المباشر للقاعدة الجنائية. وهذا النص التشريعى قد يتمثل فى الدستور أو فى القانون وقد يكون القرارات بقوانين وقد يكون اللوائح العامة.

الدستور: وهو أسمى القوانين فى الدولة وأعلاها مرتبة ولا يجوز من الدستور لينص على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح". فإذا تبين للمحكمة أن القانون أو اللائحة قد خالفت الإجراءات التيتطلبها الدستور أو خالفت الأحكام الموضوعية التى يتضمنها قضت المحكمة بعدم دستورية القانون (١).

القانون: وهو المصدر الأساسى للتجريم والعقاب والذى يلي الدستور مباشرة وهو يتضمن قانون العقوبات والقوانين المكملة له وبعض النصوص الجنائية الأخرى الموجودة فى بعض القوانين العقابية كقانون الضرائب وقوانين النقد وغير ذلك.

القرارات بقوانين: قد تقوم في غيبة مجلس النواب حالة ضرورة توجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير. لذلك أجازت المادة ١٥٦ من الدستور لرئيس الجمهورية - اذا كان المجلس غير قائم - " اصدار قرارات بقوانين» على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد» فاذا لم تعرض وتناقش أو اذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون» دون حاجة الى

---

(١) راجع: د/ محمد راجح حمود نجاد - حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - ١٩٩٤ - دار المنار للطبع والنشر والتوزيع - ص ٩٥ وما بعدها

اصدار قرار بذلك الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة؛ أو تسوية ما ترتب عليها من آثار"(١).

اللوائح العمومية: هذه اللوائح هىالتى خول: الدستور لرئيس الوزراء حق إصدارها. فلرئيس الوزراء وفقا لما نصت عليه المادة ١٧٠ من الدستور المصري إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل أو تعديل أو اعفاء من تنفيذها. وله أن يفوض غيره فى إصدارها الا اذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه.

كما أن لرئيس الوزراء حق إصدار لوائح الضبط وفقا للمادة ١٧٢ من القانون. ومن أمثلتها اللوائح المنظمة للمرور وللمحلات العمومية والخطرة والمّضرة بالصحة أو المقلقة للراحة واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية.

وقد نصت المادة ١٠م عقوبات والمعدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩/١ على أن 'من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط أن تزيد على خمسين جنيها فإذا كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها.

ونظرا لأن القانون أعلى مرتبة من اللائحة لذا فإنه لا يتقيد بهاء فقد يصدر لأغيا للائحة أو مخالفا لأحكامها وهو لا يتقيد بأحكام قانون سابق فقد ينسخه أو يلغيه. ولكن اللوائح لا يجوز أن تخالف القانون وتعتبر معيبة إن تعارضت معه؛ كما أنها تتقيد بأحكام اللائحة الأخرى الأعلى منها درجة؛ ذلك تطبيقا لفكرة "تدرج القواعد القانونية" (٢).

المصادر غير المباشرة للقاعدة الجنائية:

تتمثل المصادر غير المباشرة للقاعدة الجنائية فى: العرف؛ والشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية والعرف الدولى وأيضا القانون الأجنبى وسوف نعالج ذلك بشيء من التفصيل على النحو التالى:

---

(١) راجع: د/ محمد سامي الشوا – القانون الإداري الجزائي – ظاهرة الحد من العقاب – دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ١٩٩٦ – ص ٥٢ وما بعدها.

M.Delmas- marty, la jurprudence du conseil constitutional et les principles fondamentaux du droit penal procalmes par les declaration des droits de l,homme et la jurprudence، p.u.f 1989 p. 131.

(٢) راجع: د/ محمد عاطف البنا – الرقابة على دستورية القوانين واللوائح – دار المطبوعات الجامعية – القاهرة – طبعة ١٩٨٥ – ص٧٨.

العرف:

يجمع الفقه الجنائي على عدم جواز اعتبار العرف مصدرا للتشريع الجنائي بخلاف الحال فى القوانين غير الجنائية حيث يعتبر مصدرا أساسيا كما هو الحال فى القانون المدنىوالتجارى» فالعرف لا يجوز أن يكون خالقا لجريمة جديدة لم ينص عليها قانون العقوبات ولا يجوز أيضا أن يلغي جريمة. منصوص عليها لتعارض ذلك ومبدأ الشرعية(١).

إلا أن العرف دور غير مباشر فى مجال قانون العقوبات قد يستعين الشارع مباشرة بالعرف لتحديد عناصر بعض الجرائم» فعنصر "الإخلال بالحياء" والذى يجب أن يتوافر للفعل حتي تقوم به جريمة الفعل الفاضح" لا يمكن تحديده بدون الرجوع إلى العرف» وهناك أيضا العرف القضائي الذى يستعان به لتحديد بعض الأفكار القانونية التى لم يراع المشرع تحديدها والتى تعتمد عليها عناصر بعض الجرائم ومن أمثلتها فكرة "المحرر" "وفكرة "الضرر" فى جرائم التزوير» وفكرة الاختلاس فى جريمة السرقة.

أيضا للعرف دوره الواضح فى مجال الإباحة» والتى. قد يكون مصدرها المباشر العرف. ومن أهم أمثلة حالات الإباحة التى تستند إلى العرف تأديب المخدوم لخادمه ومباشرة الألعاب الرياضية والظهور على الشواطئ بملابس الاستحمام.

دور الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب:

أشارت المادة الثانية من الدستور إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع؛ ومن ثم يتعين على المشرع الوضعي أن يراعي ذلك وهو بصدد عملية التجريم والعقاب بل والإباحة أيضاء فقد قررت المادة ٧ من قانون العقوبات أنه "لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة" وهكذا تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المباشر لأفعال تأديب الزوجة والأولاد وفى بعض الفروض الأخرى تكون الشريعة الإسلامية مصدرا غير مباشر لقواعد التجريم وذلك إذا كانت الواقعة المكونة للجريمة ترتكز على عناصر مستمدة من الشريعة الإسلامية. وعلى سبيل المثال جريمة الزنا يشترط لوجودها عنصر قانونى يتمثل فى قيام رابطة لزوجين؛ والشريعة هى المصدر الأساسفى مجال الأحوال الشخصية والتى يتحدد على أساسيا نشأة رابطة الزوجية من عدمه.

القانون يعاقب بمقتضي أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكب فيه.

---

(١) راجع: د/ محمد سامي الشوا – القانون الإداري الجزائي – ظاهرة الحد من العقاب – دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ١٩٩٦ – ص ٤٧.

ثانيا: تفسير النصوص الجنائية:

(أ) تعريف التفسير وأنواعهْ

يقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التى يمكن بها التوصل إلى المعنى الحقيقى للنص القانونى وشرحه. ليتسنى للقاضى تطبيق النص على الواقع المعروضة أمامه. فالتفسير هو استجلاء المعنى الذى يقصده الشارع من النص إذا لم يكن واضحاء ذلك أن النص القانونى عادة ما يكون مختصرا وعاما ومجردا فإذا كان واضحا لا لبس فيه كان دور القاضى أو الفقيه فى تفسيره سهل اميسرا أما إذا كان غامضا فإنه يحتاج إلى جهد كبير فى تفسيره للوقوف على معناه ومحتواه(١).

ويقسم الفقه التفسير من حيث مصدره إلى أنواع ثلاثة: التفسير التشريعى والتفسير الفقهي والتفسير القضائي.

ويقصد بالتفسير التشريعى ذلك الذى يصدر عن المشرع نفسه وان كان ذلك وقت صدور النص أو بعد صدوره. ومن أمثلة التفسير التشريعفى قانون العقوبات المصري تعريف المشرع لعبارة البلاد فى المادة ٥٨ أولاً وتفسيره لعبارة أسرار الدفاع عن البلاد فى نفس المادة ثانياً وتفسيره للمراد بالمفرقعات فى المادة ٧١٠ (أ)؛ وتعريف المقصود بسبق الإصرار والترصد فى المادتين.

والتفسير التشريعى يلحق بالقاعدة القانونية الأصلية ويصبح جزءا منها ومن ثم فإنه يكون ملزما حتى بالنسبة للوقائع السابقة على صدوره ما دامت هذه الوقائع قد حدثت بعد النص الأصلي وقبل الحكم النهائي فيها وطالما أنها لا تتضمن حكما جديدا أو تنص على عقوبة أشد ولا يعتبر من قبيل التفسير التشريعى ما تصدره بعض الجهات الإدارية من منشورات دورية» كالتعليمات التى تصدرها النيابة العامة لأعضائها ولو كان الهدف منها تحديد مضمون بعض القواعد القانونية؛ لأن التفسير التشريعى لا يكون إلا من الجهة التى أصدرته.

والتفسير الفقهي هو الذى يقوم به فقهاء القانون وشراحه وغايته إنارة الطريق أمام رجال. القضاء والباحثين وهذا التفسير ليس ملزما للقضاء وإنما تبدو فائدته فى إعانة القضاء على تطبيق القانون وفى توجيه الشارع لاستكمال ما به من نقص أو عدم وضوح(٢).

---

(١) د. عبد القادر القهوجي،شرح قانون العقوبات، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٨،ص٥٤.

J.Pardel, conclusion du colloquesurl'informatique et droitpenal, cujas PARIS 1983،P. 155

(2) M.Delmas- marty la jurprudence du conseil constitutional et les principles fondamentaux du droit penal procalmes par les declaration des droits de l,homme et la jurprudence، p.u.f 1989 p. 141.

والتفسير القضائي هو الذى يصدر عن القاضى وهو بصدد الفصل فى دعوى معروضة عليه. والأصل أن التفسير القضائي غير ملزم» حتى ولو كان صادرا من محكمة النقض بل إنه لا يلزم نفس القاضى فله أن يعدل عنه إلى تفسير آخر إذا عرّضت عليه واقعة مماثلة للواقعة التى أصدر بسببها التفسير السابق.

وقد أورد الشارع استثناء على هذا الأصل وذلك إذا كان التفسير صادرا. عن المحكمة الدستورية العليا. فقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من القانون رقم. ١٨ لسنة ١٩٧٢ إلى اختصاص هذه المحكمة بتفسير النصوص القانونية التى نستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما(١).

وقد نصت المادة ٤٧ من القانون سالف الذكر على أن "أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير. ملزمة لجميع سلطات الدولة.

(ب) وسائل التفسير:

للتفسير وسيلتان: لغوية ومنطقية» والوسيلة اللغوية أو اللفظية هىالتى تعتمد على الفاظ النص لتحديد معناه وهى الخطوة الأولى الثى يتعين البدء بهاء فأي لفظ وارد فى النص لابد وأن يكون له مغزى ولا يجوز اعتباره من قبيل التزيد فالمشرع منزه عن اللغو وإذا كانت عبارة واضحا لاغموض فيها فإنه يجب الاعتداد بها على أساس أنها تعبر تعبيرا صادقا عن إرادة المشرع ولا يجوز الإنحراف عنها عن طريق التفسير لأن تغيير معنى النص يعد خلقا للقانون وليس تفسيرا له. وإذا كان النص يتضمن عبارات ذات مدلول اصطلاحي فيجب التقيد بهذا المدلول(٢).

والوسيلة المنطقية أو العقلية هي التى تستعين بالمنطق للتوصل إلى المعنى العميق للنص ومعرفة قصد المشرع والمصلحة التى توخى حمايتها غالبا ما يلجأ إلى هذه الوسيلة إذا كانت ألفاظ النص لا تكشف بوضوح وبدقةْ عن صحة معناه.

والواقع فإن كلا من الوسيلتين تكمل إحداهما الأخري ويصعب عملاْ الفصل بينهما فالأخذ بالوسيلة اللفظية وحدها تجعل من التفسير مجرد عمليةْ آلية ونحوية وتؤدى فى بعض الأحيان إلى.نتائج غير منطقية خصوصا إذا أدركنا أن النصوص القانونية ليست ألفاظ جوفا وإنما هى تعبير عن مصالح اجتماعية حية ومتطورة. كما أن الاعتماد على الوسيلة المنطقية 'وحدها قدا يؤدى فى نهاية الأمر إلى الخروج عن قصد الشارح؛ والوصول إلى التجريم عن طريق التفسير وهو ما تأباه النصوص الجنائية. ولذا فإن التفسير الصحيح هو الذى يجعل من التفسير اللغوى

---

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

(2) J.Pradel،droit penal –tome 1-8 edition- Paris 1992.p. 129.

نقطة البداية والتفسير المنطقى نقطة الوصول أو. بعبارة أخرى فإنه يجب الاعتماد أولاً على ألفاظ النص فى إيضاح قصد الشارع وتحديد علة النص ثم نستعين بعد ذلك بالمنهج المنطقي كي نحدد معنى الألفاظ التى استعملها الشارع وبهذا ننتهى إلى أن التفسير يجب أن نهتدى إليه بالأسلوبين اللغوى والمنطقي معاً للوصول إلى قصد الشارع؛ وهناك العديد من الوسائل التى يمكن الاستعانة بها لتحقيق هذا الهدف فهناك أولاً الأعمال التحضيرية للقانون أي أن المشروع التمهيدى للقانون ومتابعته فى كل مراحل تطوره حتى أصبح تشريعا "ساريا ومراجعة التقرير الوزارى الذي رافق المشروع النهائي والمذكرة التفسيرية التى صاحبت القانون.

والجدير بالإشارة أن الأعمال التحضيرية ليست لها قوة ملزمة فى تفسير القانون وتبدو فائدتها فى كثير من الأحيان فى أنها تلقّي الضوء على كثير من المعاني المبهمة والأفكار المستحدثة فى القانون والوصول إلى علة التشريع (١).

وهناك ثانيا المصدر التاريخى للنص؛ أى الرجوع إلى المصدر الذى استقي منه سواء أكان تشريعا وطنيا سابقا أو تشريعا أجنبيا. ويفضل فى هذا المجال الاستعانة بالقانون المقارن للوقوف على الاتجاهات والمبادئ التى تحكم تفسير النصوص المشابهة له.

وأخيرا يجب على المفسر أن يراعي الظروف الاجتماعية والسياسية الدولة فالتنظيم القانونى وحدة متكاملة» وينبغي الحفاظ على التجانس بين مختلف القواعد القانونية التى تساهم فى خلق هذا التنظيم. ويتعين عليه تبعا لذلك ألا يقف عند الهدف المقصود تحقيقه من هذا النص بمفرده» بل يجب عليه أن يفسره فى ضوء سائر نصوص القانون حتى يتجنب أن يناقض بعضهم البعض (٢).

(ج) قواعد التفسير الجنائي

تنحصر قواعد التفسير الجنائي فى قاعدتين الأولى الالتزام بالتفسير الكاشف أو المقرر والثانية حظر القياس فى المواد الجنائية:

١- الالتزام بالتفسير الكاشف:

يقسم الفقه التفسير إلى نوعين بحسب النتيجة التى ينتهى إليها المفسر أحدهما التفسير الواسع والآخر التفسير الضيق. ويقصد بالتفسير الواسع الحالة التى يعطي المفسر فيها لألفاظ النص معنى أوسع مما أراده المشرع. أما التفسير الضيق فيكون عندما يعطى المفسر للنص

---

(1) Delmas –Marty M., pour des principesdirecteures de legislation penale R.S.C.1985 P.225

(٢) د. عبد القادر القهوجي،شرح قانون العقوبات، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٨،ص٦١

معنى أقل مما تؤدى إليه ألفاظ النص وعباراته إذا كان ضد مصلحة المتهم وواسعا إذا كان فى مصلحته وذلك للحفاظ على مبدأ الشرعية الجنائية وعدم المساس به. أى أنه يتعين على القاضي الجنائي أن يمتنع عن التوصل عن طريق التفسير إلى العقاب على أفعال لم ينص الشارع على عقابها وهذا ما عبر عنه البعض بضرورة مراعاة التفسير الضيق فى تفسير النصوص الجنائية.

وجهة نظري في الموضوع:

ولا نؤيد هذا الرأى: وذلك لأن التفسير الضيق لمصلحة المتهم سوف يؤدى إلى أن يكون التفسير حرفيا ومن ثم يكون قاصرا عن حماية المصلحة التى أراد المشرع تحقيقها من وراء النص الجنائي» ويصبح عاجزا عن ملاحقة تطور المجتمع وأيضا فإن التفسير الواسع لمصلحة المتهم غير صحيح: لأن غاية التفسير ليست التسهيل على المتهم وإنما غايته الوصول إلى الهدف الذى أراد المشرع تحقيقه وبصرف النظر عما إذا كانت نتيجة التفسير فى صالح المتهم أو العكس.

ونرى أن التفسير الواجب الإعتداد به هو التفسير الكاشف أى الذى يكشف عن قصد المشرع لا بالتزيد أو بالتقييد وهو الذى يتحقق عندما ينجح التفسير فى إيجاد توافق بين ألفاظ النص ويبين مضمونه.

وبهذا النوع من التفسير يسلم مبدأ الشرعية مما أخذ عليه من كونه يؤدى إلى قصور التشريع الجنائي عن ملاحقة المجرمين الذين يبادرون على تطوير أساليبهم الإجرامية ويتحايلون بذكائهم لابتكار صور من الإجرام لا تنالها ألفاظ النصوص الجنائية.

ويميل القضاء إلى الأخذ بالتفسير الكاشف فى العديد من أحكامه» فقد طبق المادة ١١" عقوبات على سرقة التيار الكهربائى واعتبر أن المنقول يتسع ليشمل الطاقة» فيعاقب مختلسها بوصف سارقا وتوسع أيضا فى فهم "الطرق الاحتيالية" فى جريمة النصب وفقا للمادة ٧ع فعد من هذه الطرق 'ادعاء المتهم أن فى استطاعته شفاء الناس من الأمراض واستعانته فى تأييد زعمه بنشر إعلانات عن نفسه ووضعه لوحة على بابه وارتداء ملابس بيضاء باعتبار أن هذه المظاهر مما تؤثر فى عقلية الجمهور» ومن ثم فلا يمكن اعتباره مجرد كذب عادى(١).

وتوسع أيضا فى مفهوم المنزل المسكون أو المعد للسكنى فى جريمة الحريق العمد حيث ساوى الملحقات كالجاراج وبيوت الدجاج – بالمنزل المسكون حتى ولو كانت غير مسكونة ولكن

---

(١) راجع د/ محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ٩٨.

بشرط أن تكون متصلة به وذلك قياسا.على النصوص لواردة فى باب السرقة والتى تنص صراحة على الملحقات من قبيل ما ذكر(١).

وقد طبق القضاء أيضا المادة ١١٧ من قانون العقوبات والخاصة بجريمة السرقة التى تتم بين الأصول أو الفروع على جرائم النصب وخيانة الأمانة والغصب والتهديد وذلك على الرغم من أن الإعفاء كان قاصرا على السرقة(٢).

٧- حظر القياس فى المواد الجنائية:

يقصد بالقياس فى المواد الجنائية إلحاق واقعة لم ينص الشارع على تجريمها بواقعة أخرى منصوص على تجريمها لتشابه الواقعتين أو اتحادهما فى العلة. والقياس على هذا النحو لا يختلط بالتفسير الواسع وأن بدا شبيها به فالحكم الذى يتم الوصول إليه عن طريق التفسير الواسع هو حكم القانون مباشرة فى ذات الواقعة. أما فى القياس فإن الحكم الذى يهتدى إليه المفسر لا يدخل إطلاقا فى إطار أى نص قانونى» وإنما يطبق على الواقعة المعروضة أمامه حكم ورد بخصوص واقعة أخرى تتحد معها فى العلة(٣).

والقياس إجراء مقبول لاستنباط الأحكام فى: غالبية أفرع القانون بوجه عام وغايته تدارك أوجه القصور وسد ما بالتشريع من ثغرات تخول دون تحقيق أهدافه. وهكذا نص القانون المدنىفى مادته الأولى بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه يحكم القاضى بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية» فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. ومن هنا يجوز للقاضى المدني- عن طريق القياس سد الثغرات الموجودة فى المسائل المدنية» باعتبار أن ذلك أمر لا حيلة للمشرع من دفعه أو اجتنابه مهما احترز لاسيما إذا وضعنا فى الاعتبار أوجه التطور الإقتصادى والاجتماعي المتزايدة والتى يجب على المجتمع ملاحقتها(٤).

---

(١) د/ أحمد فتحي سرور – المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية – مجلة القانون والإقتصاد عدد ١٩٨٣ –٦٨.

(٢) راجع د/ إبراهيم سيد احمد، الارتباط المادي والمعنوي بين الجرائم فقهاً وقضاءً، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٩.

(٣) د/ عبد الحميد الشواربي- أثر تعدد الجرائم في العقاب – دار الفكر الجامعي –الأزاريطة- طبعة ١٩٨٩- ص ٣٥

(٤) د/ محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ٩٨.

وإعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يؤدى إلى حظر القياس فى النصوص الجنائية. ولذلك فإنه لا يجوز قياس سلوك لم يرد نص بتجريمه على سلوك آخر ورد بشأنه نص مهما كان الشبه قويا بين السلوكين» ومهما كانت المُصلحة التى تتحقق بتجريم السلوك الأول (١).

وعلى هذا الأساس لم يكن من الجائز عقاب من يمتنع عن دفع ثمن طعام أو شراب تناوله فى محل معد لذلك أو من يمتنع عن سداد ثمن وقود أفرغه فى سيارته من محطة بنزين أو من يمتنع عن سداد أجرة سيارة قد استأجرها نقول لم يكن من الجائز عقاب مثل هذه الأفعال جميعها بالقياس على جريمة السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة. وظلت هذه الأفعال غير مجرمة إلى أن أضيفت المادة ٧٤ مكررا بالقانون رقم ٧٥١ لسنة ١٠٧١ والتى نصت على أنه "يعاقب بالحبس مده لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين» كل من يتناول طعاما أو شرابا فى محل معد لذلك ولو كان مقيما فيه» أو شغل غرفة أو أكثر فى فندق أو نحوه أو استأجر سيارة معدة للإيجار، مع علمة أنه يستحيل عليه دفع الثمن أو الأجرة أو امتنع بغير مبرز عن دفع ما استحق من ذلك أو فر دون الوفاء به (٢).

وبالمثل أيضا كانت المادة ٤٤ من قانون العقوبات قبل تعديلها لا تعاقب إلا على إخفاء الأشياء "المسروقة"» وعلى هذا لم يكن فى إمكان القاضى أن يقيس على حالة الأشياء المسروقة حالة الأشياء المتحصلة من النصب أو من خيانة الأمانة بالرغم من وجود تشابه بين هذه الأفعال وبين السرقة. 'وظل الأمر هكذا حتى تدخل المشرع بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٤ والذى استبدل بالمادة ٧٧" المادة ٤٤ مكررا ونص فيها على عقاب إخفاء الأشياء المتحصلة من أية جناية أو جنحة(٣).

وإذا كان القياس محظورا فى النصوص الجنائية التى تتعلق بالتجريم فإن استعمال القياس جائز بالنسبة للنصوص التى تتعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو موانع العقاب أو موانع رفع الدعوى الجنائية» وكذلك أيضا الأعذار القانونية والظروف المخففة. فكل هذه النصوص مانعة من التجريم لا مقررة له. وتطبيقا لذلك استقر القضاء على أن الدفاع الشرعى سبب عام لإباحة جميع الجرائم على الرغم من أن القانون قد نص عليه بشأن جرائم القتل والجرح والضرب.

---

(١) راجع د/ محمد سامي الشوا – مبادئ علم العقاب – طبعة ٢٠٢٢/٢٠٢١ – ص ٣٢١.

(٢) راجع د/ يسر أنور علي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – طبعة ٢٠١٠ – ص ١٣٤.

(٣) راجع د/ محمد سامي الشوا – مبادئ علم العقاب – طبعة ٢٠٢٢/٢٠٢١ – ص ٣٢١.

.إبراهيم سيد احمد، الارتباط المادي والمعنوي بين الجرائم فقهاً وقضاءً، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٩

٣ – كذلك يقاس حالة الإكراه المادى على حالة الضرورة التى نص الشارع على حكمها كسبب مانع للمسئولية الجنائية» وامتناع مسئولية الشريك قياسا على حالة الفاعل إذا توافر لهذا الأخير سبب من أسباب الإباحة مثل الدفاع الشرعى.

واستقر قضاء محكمة النقض على أن تقييد حرية النيابة العامة فى رفع الدعوى الجنائية فى جريمة السرقة التى تقع اضرارا بأصل الجاني أو فروعه أو بمن تربطه بالجاني صلة الزوجية؛ بتقديم شكوى المجنى عليه؛ هذا القيد "ينطبق على جرائم النصب وخيانة الأمانة ما دام الشارع يهدف فى نهاية الأمر إلى حماية الأواصل العائلية من التفكك بسبب جرائم المال(١)

ومما هو جدير بالإشارة أن استعمال القياس جائز فيما يتعلق بالنصوص الإجرائية حتى ولو ترتب عليه أن ساء مركز المتهم لأن غايتها كفالة حسن سير العدالة لا تحقيق مصلحة– لأحد من خصوم الدعوى الجنائية.

---

(١) د/ محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ١٠١ .

الفصل الثاني
مبدأ الشرعية
في المحكمة الجنائية الدولي

تمهيد وتقسيم:

لا شك أن المجتمع الدولي في حاجة ماسة لتناول مبدأ الشرعية بذات المفهوم السابق المنصوص عليه في القانون الداخلي بمعنى أن يبين المشرع الدولي الجرائم الدولية على وجه التحديد والعقوبات الدولية المقررة لكل جريمة وبشكل واضح وقاطع لا يقبل التجهيل أو التعميم أو الغموض وهو الأمر الذي نجح المجتمع الدولي في التوصل لإبرامه عند التوقيع على اتفاقية روما المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

ولذلك سوف يتناول هذا الفصل مبدأ الشرعية في ثلاثة مباحث، الأول ماهية ركن الشرعية ومبرراتها، والثاني السمة المميزة لركن الشرعية، والثالث ركن الشرعية في محاكمات نورمبرغ.

المبحث الأول
ماهية الشرعية ومبرراتها

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

المطلب الأول
تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في
القانون الجنائي الدولي مقارنة بالقانون الداخلي

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

الأولى: حصر التجريم بالنص المكتوب(١).

الثانية: استبعاد العرف والمبادئ العامة للقانون أو بشكل اعم استبعاد أي مصدر أخر من مصادر القانون غير التشريع(٢) كما إن المبدأ بذاته يمكن شطره من جهة أخرى إلى شطرين:

الأول: لا جريمة إلا بنص

الثاني: لا عقوبة إلا بنص

وإذا كان الجزء الأول من مبدأ الشرعية قد خضع لاعتبارات فقهية ونصوص اتفاقية واسعة الجدل بشأنه فان الجزء الأخر من المبدأ والمتضمن الإقرار بان لا عقوبة إلا بنص يكاد يخضع لذات الجدل ولعل الجدل يبدأ من اتفاقية لندن لسنة ١٩٤٥ ومرورا بميثاق نورمبرغ الذي

---

(1) Steven and J.Stone،legal controls of international conflicts, Sons limited، London،1959,p371.

(٢) د. سوسن تمر خانه، الجرائم ضد الإنسانية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٦،ص ١٢٣

أهمل هذا المبدأ صراحة في المادة ٢٧ منه حيث منح المحكمة سلطة الحكم بأي عقوبة ترى أنها عادلة(١).

كما أشارت المادة ٢٣ إلى عدم جواز عقاب أي شخص تقوم المحكمة بإدانته بارتكاب إحدى الجرائم الداخلة في اختصاصها إلا وفقا لنظامها الأساس. وقد تضمن نص كل من المادتين ٧٧ و٧٨ من النظام الأساس القواعد العامة الأساسية للعقوبات الواجبة التطبيق بموجب هذا النظام إضافة للقواعد العامة الأساسية الواجب إتباعها عند فرض هذه العقوبات ولم يتضمن النظام عرضا تفصيليا للحدود الدنيا والقصوى في عقاب كل من الجرائم الثلاث التي تدخل في اختصاصا المحكمة، الأمر الذي كان متعذرا مع العدد الكبير لهذه الجرائم(٢).

كذلك يمتد مبدأ الشرعية الجنائية إلى أي إجراء من الإجراءات المتعلقة بملاحقة المتهم والتحقيق معه ومحاكمته غير تلك التي حددها المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية أو القوانين المكملة له.

ويثير ركن الشرعية حتى على المستوى الداخلي الكثير من الجدل فهناك العديد من الفقهاء ممن يرى إن للجريمة ركنين فقط هما الركن المادي والركن المعنوي ولا حاجة لاعتبار النص الذي يسبغ التجريم على الفعل المجرم ركنا فيها لأن ذلك النص خالقا للجريمة وليس ركنا فيها. (٣)

ولكن هل يطبق مبدأ الشرعية على الجرائم الدولية الواقع أن المشكلة ثارت فجأة عندما قرر المجتمع الدولي عقب الحرب العالمية الأولى معاقبة من تسبب في اندلاع الحرب العالمية الأولى ومحاكمتهم عن انتهاك قوانين الحرب أو بالأحرى ارتكاب جرائم حرب أثناء اندلاع العمليات العسكرية وخاصة إمبراطور ألمانيا وليم الثاني وكبار مجرمي الحرب الألمان وتم تشكيل محكمة ليبزج لمحاكمتهم فأثير الدفع بمبدأ الشرعية، وانه لا يجوز محاكمة أشخاص عن أفعال لم يكن معاقباً عليها في القوانين النافذة وقت ارتكابها وأدى هذا الدفع إلى تناول مبدأ الشرعية على صعيد القضاء الدولي الجنائي، ثم أثير هذا الدفع مرة أخرى في محاكمات نورمبرج وطوكيو عقب الحرب العالمية الثانية حيث أثارت هيئة الدفاع عن المتهمين بارتكاب جرائم حرب مبدأ الشرعية فقالوا أن عدم وجود تشريع دولي للجرائم الدولية يؤدي إلى "عدم مشروعية " المحاكمات الجرائم

---

(1)Steven and J.Stone،legal controls of international conflicts, Sons limited، London،1959,p371

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

(٣) راجع د/ حسنين عبيد – الجريمة الدولية – طبعة ١٩٧٩ – ص ١٤: ١٥ – دار النهضة العربية – القاهرة

المقدم عنها المتهمون، على أساس أن تلك الجرائم لم تكن قائمة قبل إبرام ميثاق نورمبرج أي على أساس تخلف الركن الشرعي للجريمة من جهة، ولعدم سابقة تحديد العقوبة الواجبة التطبيق على من يرتكب تلك الأفعال من جهة أخرى أي أن حجة الدفاع كانت ترتكز على مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون"(١)

الاتجاه الأول: والواقع إن هذه الدفوع كان لها صدى واسع منذ إثارتها سواء في محكمة ليبزج بعد الحرب العالمية الأولى أو في محاكمات نورمبرج وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية، بل وحتى يومنا هذا ولأجل ذلك ذهب أنصار هذا الاتجاه أمثال البارون ديسكامب الذي تقدم بمشروع إلى لجنة الفقهاء في ١٣ يوليو ١٩٢٠ يدعو فيه إلى التخلي عن مبدأ الشرعية على صعيد القضاء الدولي الجنائي بل أنه خول المحكمة الدولية في المادة الرابعة من مشروعه سلطة تقدير الصفة الإجرامية للفعل المرتكب وتحديد نوع العقوبة الممكن توقيعها وكيفية تنفيذها(٢).

وبالرغم من الانتقادات التي تعرض لها هذا الاتجاه باعتباره ينكر لمبدأ المشروعية والذي يعد الركن الشرعي للجريمة وأحد الضمانات الأساسية للعدالة الجنائية باعتباره الخط الفاصل بين المباح والمحظور إلا أنه يبدو أن محاكما الحروب العالمية سواء الأولى أو الثانية قد سارت عليه، فمثلاً محكمة ليبزج التي انعقدت لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الأولى أشارت أن الجرائم التي يحاكم عن المتهمين ترجع إلى مخالفة القوانين الإنسانية الواردة في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧.

كما أن لائحة لندن لعام ١٩٤٥ التي تنظم قواعد المحاكمة لمحاكمات نورمبرج وطوكيو تم وضعها بعد ارتكاب الجرائم وبعد مثول المتهمين أمام المحكمة مما أدى إلى الطعن في شرعيتها لمخالفتها لمبدأ الشرعية(٣).

---

(١) راجع د / عبدالواحد الفار – الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها – طبعة ١٩٩٦ – ص٤٩ مرجع سابق

(٢) وقد جاءت صياغة المادة الرابعة من مشروع ديسكامب كما يلي:

LA COUR POSSEDERA UN POUVOIR APPRIECIATEUR POUR CARACTERSISER DELIT FIXER LA PEINE ET DETERMINER LES MOYENS APPROPRIES A L'EXECUTION DE LA SENTENCE.ELLE DETERMINERA LA PROCEDURE A SUVRE DANS CE CAS PAR SON REGLEMENT D'ORDRE INTERIEUR.

(٣) راجع د / محمود شريف بسيوني – المحكمة الجنائية الدولية – ص١٣ – طبعة ٢٠٠١ – نادي القضاة – مصر

الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى وجوب انتقال مبدأ الشرعية إلى صعيد القانون الدولي الجنائي، لأن خلوه من هذا المبدأ أمر يؤدي إلى خلق تحكمي لجرائم دولية يعاقب عليها القانون الدولي دون أن يكون لها أي أساس أو سند في القانون(١) بل في ظل اعتقاد بأنها مباحة وتدخل في إطار ما للحكام من سيادة وسلطة دستورية، كما أنه يقوض العدالة الجنائية التي تقتضي أن يحاسب الإنسان عن أفعال وهو يعلم مسبقاً أنها مجرمة ومؤثمة و يكون عقابه على إصراره على مخالفة القانون وهو أمر يستلزم وجوده قبل عقابه، كما أن غرض العقوبة الأساسي هو تحقيق الردع العام للكافة بعدم إتيان السلوك المعاقب عليه والردع الخاص للجاني يعاقبه عن سلوكه حتى لا يعود إلى ارتكابه ثانية، لا يتحقق هذا الغرض إلا بوجود مبدأ.

والملاحظ أن لجنة الاتهام في هذه المحكمة استندت إلى الصياغة العامة الواردة فيما يسمى ببند مارتنز والوارد في ديباجة معاهدة لاهاي ١٩٠٧ والذي ينص على " حتى صدور قانون أكثر إلماماً بقوانين الحرب فإن الأطراف الموقعة على هذه المعاهدة تعتبر أنه من الضروري إعلان أنه في الحالات غير المنصوص عليها في اللوائح المعمول بها لديهم فإن المحاربين والسكان يبقون تحت حماية قواعد ونصوص قانون الدول حسبما جرت العادة التي نشأت بين الشعوب المتحضرة بما يمليه الضمير العام وقوانين الإنسانية " الشرعية، كما أن هذا المبدأ يمنع التعسف والطغيان في محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم دولية، ولذلك ينادي فقهاء القانون الدولي الجنائي بإدخال مبدأ الشرعية في صلب هذا القانون، فمثلاً الأستاذ فسبسيان بيلا VESSPESSIAN PELLA يعترض على اختصاص أي محكمة دولية بالحكم في الجرائم الدولية قبل أن يوضع قانون دولي جنائي للأمم يحدد بنصوص صريحة وواضحة – الأفعال التي يعتبر إتيانها بمثابة جرائم دولية مع بيان عقوبة كل فعل أي الآخذ بمبدأ الشرعية بمعناه الحرفي(٢).

ويتفق مع بيلا العديد من الفقهاء كالفقيه الإسباني سلدانا حيث بذل محاولة ذاتية لوضع مشروع قانون جنائي دولي اقترح في المادة الثالثة منه النص على مبدأ الشرعية حيث تنص على " لا يجوز الحكم بالإدانة عن فعل غير منصوص على أنها جناية أو جنحة دولية " كما اقترح

---

(١) راجع د/عبدالواحد الفار – الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها – ص٤٩ – طبعة ١٩٩٦ – مرجع سابق

(2) VESSPESSIAN PELLA، LA CRIMINALITE COLLECTIVE DES ETATS ET LE DROIT PENAL INTERNATIONAL DE L'AVENIR، P.211, PARIS.148

في المادة الرابعة أنه " لا يجوز توقيع العقاب على أي جريمة دولية بعقوبات لم يكن منصوصاً عليها في تشريع دولي وقت ارتكابها(١).

الأخذ بمعنى خاص لمبدأ الشرعية في إطار القانون الدولي الجنائي وفقاً لرأي جانب من هذا الاتجاه:

يذهب جانب من أنصار هذا الاتجاه القائل بضرورة تواجد مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي باعتباره ضمانة للعدالة الدولية، ولحقوق الأفراد وحرياتهم.

إلى الأخذ بمفهوم خاص لمبدأ الشرعية في إطار القانون الدولي حيث قالوا بأن المقصود بمبدأ الشرعية فيه أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية دولية " بمعنى أنه على القاضي الذي ينظر جريمة دولية أن يبحث في تحديد الصفة الإجرامية للسلوك المكون لها في جميع مصادر تلك القاعدة من معاهدات وعرف ومبادئ عامة للقانون المتعارف عليها بين الأمم المتمدينة وغيرها من المصادر الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية(٢).

ويبرر هذا الجانب رأيه بالقول بأنه يجب الأخذ بمبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي باعتبارها قاعدة مسلم بها من جميع القوانين الداخلية بحيث لا يمكن لأحد أن يشك في أنها تعد من المبادئ الأساسية للقانون المعترف بها من جميع النظم القانونية الداخلية(٣) ولكن يجب تبنى مبدأ الشرعية في إطار القانون الدولي الجنائي بمفهوم مغاير عما هو في القانون الداخلي يتناسب مع طبيعته كقانون لم يكتمل بعد تقنينه(٤) فما زالت السمة الأساسية لهذا القانون ذا طابع عرفي كالقانون الدولي العام الذي يتفرع عنه، وهذا يحتم على القاضي أن يبحث في جميع مصادر هذا القانون فإن لم يجد حكماً يجرم الفعل المطروح أمامه فعليه أن يحكم بانتفاء الجريمة الدولية(٥).

---

(1) SALDANA، Q: LA JUSTICE PENAL INTERNATIONAL R.C.A.D.I. DE LA – HAY– TOME.1–1925, P.227

(٢) راجع:

GLASER.S. INTERDUCTION L'CTUDE DU DROIT INTERNATIONAL – PENAL BRUXELLES، RECUEIL SIREY 1954 P. 81 PARIS

(٣) راجع د / عبدالعزيز سرحان – الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية – طبعة ١٩٦٦ – ص ٣٠٦ – دار النهضة العربية – القاهرة

(٤) راجع د/ محمد صافي يوسف – الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية – الطبعة الأولى ٢٠٠٢ – ص٩٦ دار النهضة العربية – القاهرة.

(٥) راجع د / محمد محي الدين عوض – دراسات في القانون الدولي الجنائي – مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٥ العدد الثالث – ص ٨٤٧: ٩٧٢ – كلية حقوق – جامعة القاهرة.

ويستشهد هذا الجانب بما جرى عليه العمل في محكمة نورمبرج عندما تصدت لبحث الدفع بانتفاء مسئولية المتهمين بحجة عدم توافر مبدأ الشرعية للأفعال المرتكبة، فإنها لم تنكر هذا الدفع وإنما ردت عليه بأن الركن الشرعي للجرائم ضد السلام يستمد من العرف المستقر في القانون الدولي العام على تجريمها، والى الاتفاقيات الدولية السابقة على ميثاق نورمبرج وخاصة ميثاق بريان كيلوج ومعاهدة المساعدة المتبادلة لعام ١٩٢٣ وبروتوكول جنيف لعام ١٩٢٤ وكلها كانت تحرم الحرب مما يجعل شنها جريمة دولية(١).

وجهة نظر الباحث في الموضوع:

لا شك أن مبدأ الشرعية أمر لا غنى عنه في إطار القانون الدولي الجنائي حيث يشكل الركن الشرعي للجريمة وبدونه لا تقوم للجريمة قائمة ولا تنهض سلطة العقاب للمعاقبة عنها، ولا يجب أن يتغير مفهوم الركن الشرعي في النظام القانوني الداخلي عنه في النظام القانوني الدولي فهو ضمان لتحقيق العدالة الجنائية أينما وجدت، وضمانه لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم بألا يعاقبوا عن سلوك لم يكن مجرماً بقانون وقت ارتكابه، كما أنه ضمانة لحياد القضاة فلا تتحكم فيهم الأهواء السياسية، وردود فعل الرأي العام، أو الخضوع لسلطة سياسية أعلى، أو الانحراف وراء العنصرية.

وإذا كنا نتفق مع الاتجاه الثاني في ضرورة مبدأ الشرعية إلا إننا لا نتفق معه في الأخذ بمفهوم خاص لمبدأ الشرعية حيث يقول بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون الدولي بكل ما له من مصادر "لأن القول بذلك من شأنه تقويض مبدأ الشرعية من جديد فالتوسع في مفهوم مصادر القانون الدولي لتشمل كافة مصادره الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي من شأنه توسيع نطاق التجريم والعقاب للحد الذي سيتم البحث فيه دائماً عن النص القانوني الذي يحكم السلوك حتى ولو كان نص مرن فضفاض وارد في اتفاقية دولية كما حدث في محكمة ليبزجلمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الأولى حيث استندوا إلى المادة الرابعة " بند مارتنز " الوارد في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ والتي تتكلم عن مخالفة " القوانين الإنسانية " وهو لفظ واسع فضفاض لا ينسجم مع أصول التجريم والعقاب.

الواقع في رأينا:

أن مبدأ الشرعية يجب أن يكون وارداً في نص قانوني واضح بشكل لا مراء فيه، فالتجريم والعقاب عنصرين متلازمين لا يصح النص على أحدهما دون الأخر، وبالتالي لا يصلح

---

(١) راجع د / عبدالواحد الفار – أسرى الحرب – رسالة دكتوراه – طبعة ١٩٧٥ – ص ٤٠: ٤٨ – عالم الكتب – القاهرة.

ركناً شرعياً للجريمة النص على كون السلوك مخالفاً للقوانين الإنسانية أو الدولية أو أنه يشكل جريمة بل يجب كذلك النص على العقوبة المقررة والتي تكون قرين هذا السلوك المؤثم، ولا يلزم أن يأتي العقاب والتجريم في نص واحد ما دام يجمعها مجموعة قانونية واحدة كأن يتم تعداد الجرائم ثم يأتي نص لاحق ويقرر العقوبة لهم جميعاً ما دام تتماثل في الخطورة وتستطيع المحكمة تنويع العقوبة بحسب جسامة الجريمة وفقاً للحد الأدنى والأقصى المقررة لها.

فإذا توافر النص القانوني الدولي – أياً كان مصدره – الذي يقرر الجريمة بعناصرها وأركانها الواضحة، والعقوبة المقررة لها، وهنا فقط يمكن أن يقال أنه تم احترام مبدأ الشرعية ولا يصح النص على أحدهما دون الأخر، فإذا تم النص على الجريمة فقط فإننا نكون قد أطلقنا سلطة المحكمة إلى ما لا نهاية فتقرر العقوبة التي تراها مما قد يعصف بها الاستبداد والتعسف أو التخفيف في غير محل، وإذا تم النص على العقوبة فقط، فإننا نكون قد أعطينا المحكمة سلطة جزاء على بياض تلاحق بها كل من ترى هي أن سلوكه مؤثم دون معقب عليها يراقب الضوابط التي استندت إليها.

ومن أجل ذلك فلا مناص من تقنين القانون الدولي الجنائي حتى يتم احترام مبدأ الشرعية والنص بصورة واضحة على الجرائم والعقوبات المقررة لها، فالقانون الدولي الجنائي ليس – كما يقول أنصار الاتجاه الثاني – كأي فرع آخر من فروع القانون الدولي، بل يتميز بأن قواعده تشكل جميعها قواعد قانونية دولية آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وأنها تنتمي إلى النظام العام الدولي، ولهذا ينبغي أن تكون قواعده واضحة، ولا يوجد ما يمنع من اللجوء إلى مصادر القانون الدولي خاصة الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون – شريطة أن – تشمل هذه النصوص على عناصر التجريم والعقاب بصورة واضحة، ويجب استبعادها إذا كانت تحتوي على نصوص عامة مرنة لا تتفق مع أصول وفن التجريم والعقاب، وخاصة فى جرائم خطيرة كالجرائم الدولية.

ولذلك لا نتفق مع الرأي القائل بأن محاكمات نورمبرج وطوكيو قد تمت المحاكمة فيها في ظل احترام كامل لمبدأ الشرعية(١) حيث أنه– وإن صح – أن محاكمة كبار مجرمي الحرب العالمية الثانية تمت عن جرائم تجد مصدر تجريمها في قواعد قانونية دولية عرفية واتفاقية سابقة في وجودها على ارتكاب هذه الأفعال وليس في النظام الأساسي لهاتين المحكمتين كما في ميثاق بريان كيلوج لعام ١٩٢٨، ومعاهدة المساعدة المتبادلة لعام ١٩٢٣ وبوتوكول

---

(١) راجع د/ عبدالعزيز سرحان – الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان – طبعة ١٩٦٦– ص٣٠٧– مرجع سابق، وكذلك د/ عبدالواحد الفار – الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها – طبعة ١٩٩٦ – ص٥١ مرجع سابق، وكذلك د/ محمد صافي يوسف – الإطار العام للقانون الدولي الجنائي – طبعة ٢٠٠١ – ص٩٧ مرجع سابق.

جينيف سنة ١٩٢٤، إلا أنه – من غير الصحيح – أن هذه النصوص قد اشتملت على عناصر وأركان الجريمة كما أنها خلت تماماً من بيان العقوبات المقررة لها، فهي كانت عبارة عن نواهي ومحظورات عامة تنأى عن الحسم والتحديد الذي يتميز به فن التجريم والعقاب، وهي نواهي خالفها قادة الدول المنتصرة – التي تحاكم – من قبل أن تخالفها الدول المهزومة والتي تمت محاكمة قادتها.

ويبدو أن العمل الدولي وما جرى فيه من محاولات تقنين – وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ينتصر لرأينا حيث قررت المادة ٢٢ من النظام الأساسي أنه "لا جريمة إلا بنص" وأكدت ذلك فقرتها الأولى التي تقول " لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة "كما أكملت المادة ٢٣ مبدأ الشرعية حيث قالت بأنه "لا عقوبة إلا بنص" حيث قالت أنه "لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي"(١).

كما أن العمل الدولي يؤيد ذلك، حيث أن منظمة الأمم المتحدة تعمل جاهدة منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية، وإثارة الدفع بمبدأ المشروعية أمام محاكمات نورمبرج وطوكيو على تدوين وتقنين" الجرائم الدولية وتقرير العقاب عليها حتى يتحقق لمجموعة تلك الجرائم مبدأ الشرعية الذي حرص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغالبية دساتير العالم على النص عليه(٢).

ولأجل ذلك كلفت منظمة الأمم المتحدة لجنة القانون الدولي بموجب القرار رقم ١٧٧الصادر بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٤٧ بوضع مشروع قانون خاص" بالجرائم ضد السلام وأمن البشرية" وقد قامت اللجنة بعمله، وأقرت صياغة المشروع في ٢٨ يوليو ١٩٥٤ وقدمته إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة إلا أنه لم يتم إقراره بسبب عدم التوصل لتعريف العدوان، وحتى بعد التوصل لتعريف العدوان، لم يتم إقرار المشروع لاختلاف التكتلات الدولية في الرأي حوله.

يتكون هذا المشروع من أربع مواد تناولت ما يلي:

المادة الأولى: وتنص على أن الجرائم ضد السلام وأمن البشرية المنصوص عليها في هذا التقنين تعتبر جرائم دولية، تستوجب معاقبة الأفراد المسئولين عنها"

المادة الثانية: وتنص على أن الأفعال التي تعتبر جرائم ضد السلام وأمن البشرية هي:

---

(١) راجع نصوص المواد ٢٣،٢٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في عام ١٩٩٨

(٢) وفي ذلك يقول الدكتور / أحمد أبو الوفا – بحق – أن المحاكمة والعقاب عن الجرائم الدولية غرضها النهائي هو صون حقوق الإنسان واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني – راجع مقاله – الملامح الأساسية للمحاكمة الجنائية الدولية ص ١٦ المحكمة الجنائية الدولية ٠٠ م / شريف عتلم – ٢٠٠٣ – اللجنة الدولية للصليب الأحمر – القاهرة.

كل فعل من أفعال العدوان يتضمن استخدام سلطات الدولة لقواتها المسلحة ضد أخرى لأغراض غير الدفاع الشرعي الوطني أو الجماعي، أو تنفيذاً للقرار أو تطبيقاً لتوصية أحد الأجهزة المختصة لمنظمة الأمم المتحدة.

كل تهديد باللجوء إلى العدوان تقوم به سلطات إحدى الدول ضد دولة أخرى.

قيام سلطات الدولة بالتحضير لاستخدام قواتها المسلحة ضد دولة أخرى لغايات غير الدفاع الشرعي الوطني أو الجماعي، أو تنفيذاً لقرار أو تطبيقاً لتوصية صادرة عن منظمة الأمم المتحدة.

قيام سلطات إحدى الدول بتنظيم أو تشجيع عصابات مسلحة على إقليمها بقصد شن غارات على أراضي دولة أخرى، أو التأهل بشأن تنظيمها على إقليمها، أو السماح لهذه العصابات المسلحة باستخدام إقليمها كقاعدة لعمليات، أو كنقطة انطلاق للإغارة على أراضي دولة أخرى، ويدخل في ذلك أية مشاركة أو مساهمة تقوم بها سلطات الدولة في عملية الإغارة.

قيام سلطات إحدى الدول بمباشرة أو تشجيع أي نوع من أنواع الأنشطة التي ترمي إلى إثارة حرب أهلية في دولة أخرى أو السماح بتنظيم نشاط يرمى إلى تحقيق هذا الهدف.

قيام سلطات إحدى الدول بمباشرة نشاط إرهابي ضد دولة أخرى أو تشجيعها لمثل هذا النشاط، أو التساهل في قيام تنظيم إرهابي بهدف القيام بأعمال إرهابية في دولة أخرى.

قيام سلطات إحدى الدول بارتكاب أفعالاً تعد انتهاكاً لتعهداتها الدولية الاتفاقية – بضمان السلم والأمن الدولي عن طريق الحد من التسلح، والتجهيز العسكري، والتحصينات، وغير ذلك من القيود ذات الطبيعة المماثلة.

قيام سلطات إحدى الدول بضم إقليم أو جزء من أراضي دولة أخرى، أو إقليم خاضع لنظام دولي عن طريق أفعال منافية للقانون الدولي.

تدخل سلطات دولة في الشئون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى، عن طريق اتخاذ تدابير قسرية MESURCS DE COEYCITION ذات طابع اقتصادي أو سياسي، بقصد التأثير في إرادتها، والحصول منها على مزايا أو منافع من أي نوع كان.

قيام سلطات إحدى الدول أو أفراد تابعين لها بارتكاب أفعال تهدف إلى إبادة جماعية قومية DESTIONAL أو عرقية ETHNIQUE أو عنصرية RACIAL أو دينية RELIGIEUX – كلياً أو جزئياً – ويدخل في هذه الأفعال: –

الأفعال اللاإنسانية كالقتل والإبادة والاسترقاق والإبعاد والاضطهاد الموجه من سلطات الدولة أو من أفراد يعملون بتحريض أو تشجيع من تلك السلطات ضد عناصر من السكان المدنيين، لأسباب اجتماعية أو أساسية أو عرقية أو دينية أو ثقافية.

الأفعال المرتكبة إخلالاً بقوانين وعادات الحرب.

الأفعال التي تشكل ما يلي:

التآمر بقصد ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا التقنين التحريض المباشر لارتكاب إحدى هذه الجرائم الاشتراك فيها الشروع في ارتكاب إحداها.

المادة الثالثة: وتنص على أن " تصرف الشخص باعتباره رئيساً للدولة أو حاكماً، لا يعفيه من المسئولية في حالة ارتكابه أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا التقنين.

المادة الرابعة: وتنص على أن " ارتكاب المتهم جريمة من الجرائم المنصوص عليها في التقنين – بناء على أمر من حكومته أو رئيسه الأعلى – لا يعفيه من المسئولية الدولية، متى كان في إمكانه عدم الامتثال لذلك الأمر، وفي الظروف القائمة وقت ارتكاب الفعل ".

ولما فشلت محاولات عمل تقنين للقانون الدولي الجنائي اتجه الرأي نحو عمل تجميع جزئي للجرائم الدولية، فتم إبرام اتفاقيات جنيف الأربعة عام ١٩٤٩ وهي تعني بالقانون الدولي الإنساني والجرائم التي تقع خلال الحرب، واتفاقية إبادة الجنس البشري GENOCIDE سنة ١٩٤٨، والإعلان الصادر عن الأمم المتحدة بشأن تحريم أشكال التمييز العنصري في نوفمبر ١٩٦٣ واتفاقية مكافحة المخدرات سنة ١٩٣٦، واتفاقية تحريم الاتجار بالرقيق سنة ١٩٥٦، واتفاقية مكافحة الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير سنة ١٩٥٠، واتفاقية حظر تداول المطبوعات الشائنة سنة ١٩٤٣ واتفاقية تزييف النقود سنة ١٩٢٩، واتفاقية الجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات الموقعة في لاهاي سنة ١٩٧٠، اتفاقية مونتريال لقمع الاعتداء على سلامة الطيران المدني سنة ١٩٧١، وكذلك الجرائم التي ورد النص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة ١٩٨٢، وهي التلوث البحري والقرصنة البحرية، والاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل، والبث الإذاعي غير المصرح به من أعالي البحار.

وأخيراً تم التوقيع على النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية في روما عام ١٩٩٨ وتقنين أخطر الجرائم الدولية وهي الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجرائم الإبادة الجماعية والتطهير العرقي، وجريمة العدوان وهو ما يعد انتقالاً فعلياً إلى مرحلة التقنين لقواعد القانون الدولي الجنائي بمعناها الشامل أي النص على القواعد التي تحمي السلام العالمي وأمن البشرية جمعاء والنظام الدولي والذي يشكل انتهاكاً لجرائم دولية معروفة الشروط والأركان وإجراءات محاكمتها، ليس هذا فحسب بل العقوبات المقررة عليها، كما أنه ورد فيه إنشاء المحكمة الجنائية الدولية التي تختص بالمحاكمة عنها وهي مشكلة بصورة دائمة لها مدعي عام يختص بسلطة الاتهام على من يرتكب الجرائم الدولية، ولا شك أن ذلك هو الحلم الذي ظل يراود الكثيرين من فقهاء القانون الدولي العام بصورة عامة وفقهاء القانون الدولي الجنائي بصورة خاصة.

ولا شك أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية حقق حلماً – لأنها – بالإضافة إلى ما ذكرناه تبنت المبادئ التقليدية للعدالة الجنائية السائدة في النظم القانونية الداخلية، بل زادت عليها مبادئ خاصة بالنظام القانوني الدولي وذلك كما يلي:

مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:-

تناولت المادة ٢٢ من النظام الأساس للمحكمة والتي تحمل عنوان " لا جريمة إلا بنص " والمادة ٢٣ والتي قالت " لا عقوبة إلا بنص " ثم فصلت المادة ٢٢ من مبدأ الشرعية حيث قالت الفقرة الأولى منها " لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة " أي لا بد أن يشكل السلوك المقدم المتهم بسببه إلى المحكمة جريمة دولية وفقاً لنظامها الأساسي وليس وفقاً لأي نصوص قانونية أخرى دولية كانت أو داخلية، وبالتالي انتهى عصر محاكمة لبيزجونورمبرج وطوكيو والتي تعتمد على إنشاء المحكمة ومثول المتهمين أمامها ثم البحث عن القواعد القانونية التي تجرم سلوكها!! أما الآن فالجرائم محدودة سلفاً وكذلك عقوباتها والمحكمة المختصة بها والقانون الذي يحكمها وهو الأمر الذي يتفق مع فن التجريم والعقاب والذي تتبعه الأصول الجنائية السليمة.

وننوه إلى أن النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لم يفوته ذكر أنه ليس هو النظام القانوني الوحيد للتجريم والعقاب عن الجرائم الدولية، بل أنه يعترف بكل القواعد القانونية الدولية من اتفاقيات أو عرف دوليين أو مبادئ عامة للقانون التي تجرم بعض السلوكيات الآثمة والمجرمة ولكنها لن تخضع لاختصاص المحكمة الذي يقتصر على الجرائم التي وردت فيه دون غيره وهذا يستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة رقم ٢٢ حيث تقول " لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي"(١).

ثم أكملت المادة ٢٣ الشق الآخر لمبدأ الشرعية المتعلق بالعقاب حيث حملت عنوان " لا عقوبة إلا بنص "ثم فسرت ذلك وقالت" لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي " وبذلك نكون قد أنهينا عصر العقوبات على بياض وإعطاء المحكمة الدولية المنشأة للمحاكمة عن جرائم الحرب وغيرها من الجرائم الدولية سلطة تقديرية مطلقة في تقدير العقوبة

---

(١) راجع:

Pierre MARIE DUPOY، Action publique et crime international de l' etat، a' propos de l'artiele 19 du projet de la commission de droit international sur la responsabilite des Etats " A.F.D.I., 1979- P.539 ET SUIV

.

وفقاً لما تراه دون قيد ولا شرط، وهو ما كان يتنافى مع مبدأ الشرعية والذي لا يمكن القول بوجوده لمجرد النص على التجريم، كما حاول بعض الفقهاء تبرير شرعية محاكمات نورمبرج وطوكيو – بل يجب النص كذلك على العقوبات المقررة للجرائم حتى تقيد سلطة المحكمة فلا يعبث بها الهوى وتتحقق العدالة المنشودة، ويعرف المتهم وغيره من المخاطبين، العقوبة التي تنتظره – في حال ارتكابه للجريمة – فنحقق بذلك الأغراض النفعية للعقوبة وهي الردع الخاص للمجرم، وروع غيره من الناس فيحجمون عن ارتكاب الجريمة وهو ما يعرف بالردع العام(١).

ونوه – أخيراً – أن لمبدأ الشرعية الجنائية – على الصعيد الدولي – له أهمية كبيرة خاصة عندما تخاطب قواعده الأفراد لارتكابهم جرائم دولية، ويتسع نطاق المخاطبين به من نطاق الدول إلى شتى أفراد المعمورة حيث دون وجوده لا بد وأن يسمح بدفع " جواز الجهل بالقانون " أما مع وجوده فتستقيم قاعدة عدم جواز الجهل بالقانون أو أن الجهل به ليس بعذر.

المطب الثاني
مبررات مبدأ الشرعية

يسوق الفقه تبريرات عديدة لمبدأ الشرعية غير إن أسس هذا المبدأ يمكن حصرها في اتجاهين، الأول يقوم على أساس اعتبارات العدالة إذ ليس من العدالة في شيء معاقبة شخص على فعل لم يسبقه المشرع بتجريمه، والثاني يستند إلى خلفيات تاريخية وسياسية مردها إنكار الصفة المطلقة التي كان يتمتع بها القضاة في التجريم والإباحة وما يعزز ذلك من سلطة التحكم بتجريم التصرفات والسلوك أو إسناد العقوبات لها(٢).

غير إن التبريرات التي يمكن إن تساق في إطار القانون الجنائي الدولي تتركز بشكل أساس إلى حماية الحقوق والحريات الفردية كما انه يعمل على إنذار الإفراد أولا فيما هو محظور عليهم ارتكابه من الأفعال فلا يفاجئون بأمور تقيد من حرياتهم وتنال من حقوقهم(٣).

---

(١) راجع يسر أنور على – د / أمال عبدالرحيم عثمان – علم الإجرام والعقاب – طبعة ٢٠٠٢ – ص٢٢١ – دار النهضة العربية – القاهرة.

راجع د/ محمد سامي الشوا – مبادئ علم العقاب – طبعة ٢٠٢٢/٢٠٢١ – ص ٣٢١.

(٢) د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦٧.

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

ذلك أن عدم اصطدام تصرف الفاعل بنص تجريم يجعل من المستحيل إضفاء الطابع ألجرمي على تصرفه ومع التسليم أن نص التجريم لا يمكن اعتباره عنصرا في الجريمة، لكن الصفة الجرمية للتصرف لا يمكن إغفالها فالتصرف لا يمكن أن يبلغ مبلغ الجريمة إلا أذا تولد شعور قانوني لدى الجماعة (وطنية كانت أم دولية) بأن واقعة ما أضحت مصدر تهديد لا منها ومصالحها، فينتقل هذا الشعور إلى عالم القانون، هذا الشعور أو الصفة الجرمية للواقعة هو الذي يدخل في العناصر المكونة للجريمة، أما بالنسبة لنص التجريم فهو عنوان أو مظهر لهذا الشعور يستدل به على الصفة الجرمية للتصرف، لهذا فأن عدم المشروعية لا يمكن حذفه من قائمة العناصر الأساسية في الجريمة. والحال نفسه بالنسبة للجرائم الدولية مع فارق بسيط وهو أن تلك الجرائم تجد مصدر تجريمها في نص اتفاقي أو في أصل عرفي(١).

كما أن أهمية هذا المبدأ تبرز من جهة أخرى في تدعيم فكرتي العدالة والاستقرار بسيادة القانون وأخيرا فأن لهذا المبدأ دور وقائي من الجريمة وهو الهدف الاسمي للسياسية الجنائية في حين ينتقد معارضو هذا المذهب في أنه يقف حائلا دون مواجهة الأفعال الخطرة التي تلازم التطور وفي أمكانية الاستفادة من التقدم العلمي والفني فقد يفرز التقدم العلمي والتطور التكنولوجي أفعال تنال من الأمن والسلم لايستطيع القاضي تجريمها والعقاب عليها احتراما لمبدأ الشرعية كما أن الدراسات الحديثة أثبتت ما يسمى بمبدأ تقرير الجزاء الجنائي أي دراسة خطورة المجرم استنادا إلى شخصيته أكثر من التركيز على فعله حيث يترتب على تطبيق هذا المبدأ اختلاف الجزاء نوعا ومقدارا بالنسبة للفعل الواحد تبعا لخطورة كل من ساهم في ارتكابه(٢).

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

- قانون الإجراءات الجنائية لسنة ٢٠٠٢.
- قانون سياسة الإصلاح لسنة ٢٠٠٢.
- قانون العدالة الجنائية لسنة ٢٠٠٣(٣).

---

(١) د.عبد الحميد الشواربي – الحكم الجنائي في ضوء القضاء والفقه- دار الفكر الجامعي – القاهرة- ١٩٨٨ -ص٣٢٢- د /عبد الرؤوف مهدي- مرجع سابق- ص٣٣٩

-.د.عدلي امير خالد- احكام قانون الاجراءات الجنائية- دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية-.- ٢٠٠٠- ص ٢٣٠.

(2) John wheeler Essential of the English legal system، second ed Pearson Longman England 2006 p175.

(٣) د. عبد الرحمن توفيق احمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص١٠٠ . ١٠٣.==

على الرغم من أن المادة ١١ الفقرة ٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ كانت قد نصت على أن ((لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل ألا أذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب)) كما أن المادة ٩٩ من اتفاقية جنيف الثالثة كانت قد نصت على (محاكمة أسرى الحرب أو الحكم عليهم عن جرم لا يحظره قانون الدولة الحاجزة و القانون الدولي الذي يكون نافذا وقت اقتراف الجرم)(١).

ومع ذلك فإن مراجعة بعض النصوص المتعلقة بالضمانات القانونية والقضائية للإنسان الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ أو في بعض الاتفاقيات الإقليمية تبيح التجريم استنادا إلى أسس أخرى غير التشريع كالمادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ التي نصت الفقرة الثانية منها على ((ليس في هذه المادة ما يحول دون محاكمة أو معاقبة أي شخص عن أي فعل أو امتناع إذا كان ذلك يعتبر وقت ارتكابه تصرفا جرميها طبقا للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحضرة))(٢).

وجاءت المادة الخامسة من مشروع تقنين الجرائم ضد امن وسلم البشرية الذي وضعته لجنة القانون الدولي بنص مماثل يمنح المحكمة سلطة اختيار العقوبة عند محاكمة المتهم بارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في التقنين أخذة في الاعتبار خطورة الجريمة)) ومع ذلك فغلبة المذهب الاشتراكي شكلت هي الأخرى إيذانا بتراجع هذا المبدأ مع تزايد الدعوات لتغليب المصلحة الجماعية على مصلحة الفرد حيث تجاهلت قوانين عديدة هذا المبدأ منها القانون الجنائي الروسي الصادر في ١٩٢٧ والقانون الألماني الصادر في ١٩٣٥ وهذا يعني إن مبدأ الشرعية لا يمكن عده مبدأ مطلقا في التشريعات المعاصرة بل يجوز تجاهله لمصلحة الفرد تارة ولمصلحة الجماعة تارة أخرى(٣).

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

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

(٢) د. محمد ثامر السعدون،حقوق الإنسان المدنية، ط١،مطبعة العاتك، القاهرة، ٢٠١٢، ص٦٥.

(٣) د.عبد الحميد الشواربي – الحكم الجنائي في ضوء القضاء والفقه- دار الفكر الجامعي – القاهرة- ١٩٨٨ -ص٣٢٢ - د.عبد الرؤوف مهدي- مرجع سابق- ص٣٣٩

-.د.عدلي امير خالد- احكام قانون الاجراءات الجنائية- دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية- ٢٣٠ص-٢٠٠٠.

المبحث الثاني
عوامل تميز ركن الشرعية
في القانون الدولي الجنائي

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

المطلب الاول
التداخل بين القواعد القانونية

قد يقال إن الغموض الذي يكتنف عنصر التجريم في القانون الدولي الجنائي يتماشى مع ما يطلق عليه الآن الغموض الايجابي أي الوسائل الدبلوماسية التي يتم من خلالها تجاوز الاختلافات بين وجهات النظر المختلفة أو احتوائها(١).

لقد أثار اعتماد المبدأ خاصة فيما يتعلق بالشق الأول منه ((لا جريمة إلا بنص)) كثيرا من النقاش في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة انه يسير جنبا إلى جنب مع المبدأ القانوني القائل بعدم جواز الاستناد إلى العرف كمصدر للتجريم(٢).

مما يعني وجوب التنسيق بين مبدأ لا جريمة إلا بنص وفكرة عدم الاعتماد على العرف لا نشاء القاعدة القانونية الدولية وهو الذي يعد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة انه لم يكن ممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساس للمحكمة بدون إن يتضمن الإشارة لمبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها(٣).

إن القانون الدولي الجنائي لا ينكر مبدأ الشرعية ولكنه يقره بطريقة مختلفة تبعا لاختلاف طبيعة قواعد القانون الدولي عن طبيعة قواعد القانون الداخلي وبالتالي فان مبدأ الشرعية في إطار القانون الدولي إنما يوجد بصورة تتفق مع طبيعة قواعد هذا القانون وهذه الصورة تعني إن الفعل لا يشكل جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة

---

(١) عباس هاشم الساعدي، جرائم الإفراد في القانون الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص٢٧

(٢) د. إبراهيم سلامة، الجرائم ضد الإنسانية، المحكمة الجنائية الدولية، إعداد شريف عتلم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط٥، ٢٠٠٨، ص٩٧.

(٣) د. سوسن تمر خاب بكه. مصدر سبق ذكره، ص١٣٨.

ولا يتطلب إن تأخذ هذه القاعدة شكلا معينا بل يكفي مجرد التحقق من وجودها ولذلك يمكن التعبير عن مبدأ الشرعية في القانون الدولي بالإشارة إلى انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية(١).

إذ إن السمة العرفية لقواعد القانون الدولي ألقت بضلالها على ركن الشرعية فحولته من مبدأ يستند أساسا إلى الكتابة والشكلية إلى مبدأ ذو صفة عرفية بحسب الأصل في قواعد القانون الدولي العام حيث لا وجود لفكرة الجريمة الدولية في نصوص مقننة وإنما يمكن الاهتداء إليها عن طريق استقراء ما تواتر عليه العرف الدولي وحتى التسليم بوجود هذه القواعد في اتفاقيات دولية ومواثيق وأنظمة للمحاكم الدولية فان أساس هذه القاعدة والوجه الأول لظهورها مرده العرف الدولي وينحصر دور تلك المواثيق كونها كاشفة ومؤكدة ومقننة لما استقر من تلك القواعد العرفية.

أضف إلى ذلك إن مفهوم القاعدة العرفية أو مفهوم القاعدة الناشئة من مبادئ القانون العامة في القانون الدولي الجنائي تتخذ طابعا أخر قائما على أساس إن الدول عندما ترغب في إعطاء قاعدة معينة نظرا لأهميتها أو مخافة انتهاكها مجالا واسعا في التطبيق فإنها تطلق عليها وصف القاعدة العرفية وكذلك الحال مع أي مبدأ أخر إذا توافر فيه السببان حتى إن بعض القواعد التي تجد أساسها في نص مكتوب يصر الفقه على القول أنها دخلت العرف الدولي أو أنها تحولت إلى عرف دولي رغبة في إن يمتد عنصر الإلزام الذي يسودها إلى دولا لم توقع على النص المكتوب وبالتالي فان اعتماد هذه الحقيقة يؤكد انحراف معنى العرف الدولي من معناه التقليدي إلى معنى جديد يقوم على رغبة المجتمع الدولي في امتداد عنصر الإلزام.

المطلب الثاني
غياب سلطة التشريع المركزية
في المجتمع الدولي

لعلى افتقار المجتمع الدولي لوصف المشرع الواحد أو المشرع المركزي هو الذي أغدق صفة الخصوصية على ركن الشرعية في القانون الدولي الجنائي ذلك إن النصوص الاتفاقية

---

(١) د. إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية،.بيروت، ٢٠٠٥، ص١٢١- ١٢٢
- د.عبد الحميد الشواربي – الحكم الجنائي في ضوء القضاء والفقه- دار الفكر الجامعي – القاهرة- ١٩٨٨ -ص٣٢٢ .
- د.عبد الرؤوف مهدي- مرجع سابق- ص٣٣٩

ذاتها حتى وان حظيت بنسبة عالية من المصادقة فإنلانعكس إلا اتجاها توافقيا لوجهات نظر متباينة(١).

فالفقه الجنائي الدولي حينما يحاول استظهار إحكام القانون الدولي فهو لا يبحث عنها في النصوص المكتوبة وحدها، ولكنه يهتم أولا بتحديد النحو الذي جرت وفقا له العلاقات بين الدول واستقرت عليه ويجتهد في استخلاص القواعد العرفية التي نشأت بذلك والى جانب العرف الدولي فهناك مصادر أخرى تكمل العرف وتحدده وشان الفقه في ذلك شأن القضاء الجنائي الدولي فحينما يطلب من القاضي تحديد الصفة الإجرامية لفعل ما فهو يبحث عن قواعد التجريم في العرف الدولي أولا ثم في مصادر القانون الدولي الأخرى فأن تأكد له خضوع الفعل لهذه القواعد اعترف له بهذه الصفة الإجرامية دون إن يعنيه إذا كانت القواعد قد أفرغت في شكل مكتوب أو بأي صورة أخرى فركن الشرعية يعني إن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا ثبت خضوعه لقاعدة من قواعد القانون الدولي تقرر له هذه الصفة دون الإصرار على إن تتخذ هذه القاعدة شكلا مكتوبا بل الاكتفاء بمجرد التحقق من وجودها غير إن احترام هذا الركن قد يتضح بصورة أخرى مفادها إن القاضي الدولي لا يستطيع إن يعتبر الفعل جريمة إذا تبين له انه لا يناقض أية قاعدة دولية ولكن ليس مخالفة أي قاعدة دولية هي مناط التجريم بل المعيار هو الاختلاف في مقدار الأهمية ومقياس هذه الأهمية هو قيمة الحق أو المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية بالنسبة للمجتمع الدولي وهنا يبرز أيضا دور القاضي الدولي في تحديد هذه الأهمية فنص التجريم لا ينشئ الصفة الإجرامية ولكنه يكشف عنها الأمر الذي يبيح مرة أخرى الخروج عن مبدأ الشرعية الذي وجد أصلا لانتزاع سلطة التجريم من يد القضاء(٢).

---

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

(2)H. Baade, Individual responsibility in the future of the international legal order، Vol.1V, Princetion University Press, New Jersey,1972, P324.

راجع د/ محمد سامي الشوا – مبادئ علم العقاب – طبعة ٢٠٢٢/٢٠٢١ – ص ٣٢١.

المطلب الثالث
إرساء ركن الشرعية
في محاكمة نورمبرغ

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

الفرع الاول
الانتقادات الموجهة للمحكمة الدولية لنورمبرج

كانت قضية انتهاك مبدأ الشرعية في محاكمات نورمبرج واحدة من أكثر المسائل جدلا إذ إن معظم لوائح الدفاع استندت إلى انعدام ركن الشرعية بمعنى انه ليس هناك قانون يجرم على سبيل التحديد تلك الأفعال ولكن المحكمة رفضت هذه الحجة مدعية انه ليس بالضرورة إن يكون الفعل مجرما وفق نص مسبق مادام مخالفا لكل المواثيق الدولية وكان بالإمكان اكتشاف طبيعته الجرمية استنادا لمخالفته لتلك المواثيق واستنادا أيضا إلى انه يشكل فعلا ضار(١).

ومن جملة الانتقادات التي وجهت لمحاكمة نورمبرغ فيما يتعلق بركن الشرعية أنها أهملت القانون الواجب التطبيق وهو القانون الألماني والذي يحدد على سبيل الحصر الجرائم التي يعاقب عليها والجرائم والمحددة لها وطبقت بدلا عنه النظام الأساسي لها(٢).

وكذلك من الانتقادات التي واجهتها المحكمة حتى مع التسليم بالتزامها باتفاقية لندن وتجريم تلك الأفعال استنادا إلى نص مكتوب في تلك الاتفاقية فأنها لم تلتزم نتائج مبدأ الشرعية ومن ضمنها التقيد بعدم تفعيل النصوص التجريمية بأثر رجعي وعدم شمولها كافة المتهمين بل تم التركيز على فئة معينة واستطاع الكثير من المتهمين التخلص من ملاحقة المحكمة بالفرار أضف إلى ذلك أن بعض العقوبات كانت تافهة(٣).

---

(1) Benjamin B.Ferencz، from Nuremberg to Rome، Germany،1998،P2

(2.) International military tribunal، trail of the major war criminals before the international military tribunal، Vol. I، Nuremberg، Germany، 1947، p8.

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

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

الفرع الثاني

رد الانتقادات الموجهة لمحكمة نورمبرج

أولى التبريرات التي سيقت بشأن تبرير سلوك المحكمة إزاء مبدأ الشرعية هي أن الأفعال التي تقوم بها جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية هي من قبيل أفعال القتل والضرب والجرح والخطف والحبس والحريق والإتلاف وهي أفعال تجرمها القوانين الجنائية الوطنية في الأمم المتمدنة ومن بينها بطبيعة الحال القانون الألماني كما نلاحظ أن من القواعد المستقرة في الفقه والقضاء الألمانيين أن الجنود لا يستفيدون من سبب إباحة حين يباشرون العمليات الحربية ألا أذا كان سلوكهم متفقا مع القواعد الدولية التي تنظم سير الحرب فإذا خرجوا عليها قامت مسؤولياتهم الجنائية الكاملة(١).

كما قيل أيضا إن مبدأ المشروعية في القانون الدولي الجنائي يعني إذا قرر القانون الدولي لفعل معين الصفة غير المشروعية وكان هذا الفعل مشروعا طبقا للقانون الداخلي تغلبت في هذا التنازع القواعد الدولية وتعين التسليم للفعل بالصفة غير المشروعة ونظرا لما يمتاز به ركن الشرعية من طبيعة خاصة في فقه القانون الجنائي الدولي لذا يذهب جانب كبير من فقهاء

---

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

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

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

هذا القانون إلى الدعوة إلى الاستغناء عن ركن الشرعية في أطار هذا القانون والاكتفاء بتحديد الجريمة الدولية بثلاثة أركان هي الركن المادي والركن المعنوي والركن الدولي(١).

وقد برر هذا الجانب من الفقه ذلك أولا بأن ركن الشرعية أو نص التجريم هو الوعاء الذي يحدد أركان الجريمة وبالتالي فهو ليس ركنا فيها بل هو سابق في الوجود عليها وبغيره لا يمكن القول أننا أمام جريمة بالمعنى القانوني للكلمة(٢).

وثانيا بأن القواعد التي تعاملت مع هذا الركن اتسمت بطابع المرونة ودخلت فيما يدعى في الفقه الدولي المعاصروهي سمة تحتاج التوقف كثيرا إذ ليس من المعقول أن يدخل جزء من هذا القانون في أطار هذا النوع من قواعد القانون الدولي.

وقد سبق للجنة القانون الدولي الإشارة إلى مبدأ الشرعية حين اقترحت في المادة ٣٩ من التقنين الدولي . قانون الشعوب . ما يلي ((لا يعد الشخص مسئولا جنائيا بناء على هذا القانون:

إذا ما أتهم في جريمة من تلك الجرائم التي تنص عليها المادة (٢٠ / أ . ج) ولم يشكل الفعل جريمة طبقا للقانون الدولي.

إذا ما أتهم في جريمة من تلك المنصوص عليها في المادة (٢٠ / هـ) ولم يكن هناك تطبيق للاتفاقية الخاصة على الفعل وقت حدوث الجريمة.

وقد رأى البعض أن صياغة مبدأ الشرعية على هذا النحو يشوبه الغموض وعدم الدقة الأمر الذي يثير الخلاف على بعض الأوصاف والصياغات ويثير القلق لدى الفقه الجنائي خاصة عند تحسس الرغبة لدى البعض بعدم احترام هذا المبدأ(٣).

الفرع الثالث
خصوصية مبدأ الشرعية
في القضاء الجنائي الدولي

لا يمكن القول بأن مبدأ القانونية يمكن تطبيقه بالشكل السابق في القانون الدولي الجنائي بحكم أن قواعد القانون الجنائي الدولي ليست مدونة كما هو الحال في التشريعات الجنائية

---

(١) د. ضاري محمود خليل، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، ع ٢، بغداد، ١٩٩٩، ص٦.

(٢) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٥٥.

(٣) د. عباس هاشم الساعدي، جرائم الأفراد في القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص٥٣-٦١.

الداخلية إذ تجد الجرائم الدولية أصل التجريم في النصوص الإتفاقية والعرفية وهذا يؤدي بالقاضي الدولي إلى التوسع في حكمه ليس إعتماداً على النصوص فقط وإنما بالتفسير والقياس، كما يمكن للقاضي أن يطبق نصاً إتفاقياً لتجريم تصرف سابق مما يجعله ذا أثر رجعي في السريان، وإن الرأي الراجح هو السماح بالتطبيق لان المهم هو وجود نص يُجرم أ كان سابقاً أم لاحقاً أو غامضاً إن عدم وجود سلطة تشريعية مركزية في تلك الفترة جعل الباب مفتوحاً للقضاء للجوء إلى التفسير الواسع والقياس إكمالاً للنواقص، وهذا خلاف ماموجود في التشريعات الوطنية التي تفصل بين المجرَم والمباح من الأفعال، وإن الأمر بقى على هذه الحال إلى أن أنشأت المحكمة الجنائية الدولية.

وسنعرض لما كان موجود فيما يلي:

المحكمة الجنائية الدولية في نورمبرغ نصت على الأفعال التي تعد جنايات وتدخل ضمن إختصاصها إلا أنها ذكرتها على سبيل المثال لا الحصر بحجة منع إفلات أي من رجال الدولة الالمانية من العقاب، وهذا يعد خرقاً لمبدأ (لا جريمة إلا بنص)، من ناحية العقوبات فإن ميثاق المحكمة لم يعينها تاركاً لها حرية إختيار العقاب الذي تراه عادل وفقاً لوجهة نظرها(١)، وهذا ما خالف مبدأ (لا عقوبة إلا بنص) كما إن لائحة المحكمة لم تضع ضوابطاً وحدوداً يتقيد بها القضاة عند إنزال العقوبة، أي أن للقاضي السلطة المطلقة في تقدير العقاب، وهذا ما حصل أيضاً على وفق محكمة طوكيو ولائحتها(٢).

وكان من بين الدفوع التي أثارها محامو الدفاع هو مخالفة مبدأ القانونية بشقيه المتعلقين بالجرائم والعقوبات، كما وأُنتقدت محاكمات نورمبرغ بحجة رجعية نصوص لائحهنورمبورغ إلى ما قبل صدورها. وإن ذلك مخالفة لمبدأ مقرر لدى الأمم المتحضرة في القوانين الجنائية والتي تمنع سريان القانون على وقائع سابقة لنفاذها(٣). غير أن هذه الإنتقادات تم تجاوزها على إعتبار أن الأفعال التي تمت محاكمة مجرمي الحرب عنها كانت قد إكتسبت صفتها الجنائية الدولية من إستقرار العرف الدولي على حضرها، كما كشفت العديد من الإتفاقيات عن مضمون هذه القواعد

أما عن محكمة يوغسلافيا وفق النظام الأساسي الصادر في ١٩٩٣ فإنها نصت على الجرائم الخاضعة لإختصاصها في المواد (٢،٣،٤،٥) إذ تحاكم كل من أنتهك إنتهاكاً جسيماً إتفاقيات جينيف ١٩٤٨ وكذلك إنتهاكات قوانين وأعراف الحرب و جريمة إبادة الجنس البشري والجرائم المناهضة للإنسانية أما عن العقوبات فقد نص نظام المحكمة الأساسي عليها في المادة

---

(١) المادة ٦ من لائحة محكمة نورمبرغ.

(٢) المادة ٢٧ من لائحة محكمة نورمبرغ والمواد ٥ و١٦ من لائحة محكة طوكيو.

(٣) د. حسين الشيخ محمد طه الباليساني، القضاء الدولي الجنائي، مطبعة الثقافة، اربيل، ٢٠٠٤، ص١٩١.

٢٤ وقد ذكر العقوبات على سبيل الحصر،لا المثال، وهذه العقوبات هي عقوبات سالبة للحرية متمثلة بالسجن المؤقت والسجن المؤبد وعقوبات مالية متمثلة بمصادرة الأموال المتأتية من الجرائم التي يدان بها الشخص.أما عن تقدير العقوبة، أي العوامل التي يأخذ بها القضاة عند تحديدهم العقوبة المناسبة للشخص المدان فيلاحظ إن الفقرة (ب) من القاعدة (١٠١) من قواعد الإجراءات لمحكمة يوغسلافيا ذكرت هذه العوامل على سبيل المثال لا الحصر ليسترشد بها القضاة عند تحديدهم العقوبة، ومنها: خطورة الجريمة التي أقترفها الشخص، والظروف الشخصية وتعاون الشخص مع المدعي العام. وأخذ نظام محكمة يوغسلافيا بمبدأ رجعية القانون الجنائي وذلك في المادة (١) منه التي نصت (للمحكمة الدولية سلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الأنتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ ١٩٩١ وفقاً لإحكام هذا النظام الأساسي).

ومحكمة رواندا نصت على الجرائم على سبيل الحصر في المواد (٢،٣،٤) من النظام الأساسي لسنة١٩٩٤، ونصت على العقوبات فيها على سبيل الحصر في المادة (٢٣) ويلاحظ على الجرائم والعقوبات، تشابهها مع ماجاء في نظام محكمة يوغسلافيا، كما وأخذ النظام بمبدأ رجعية القانون الجنائي إلى الماضي في المادة (١) منه عندما نص على (للمحكمة الدولية سلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الإنتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم رواندا والمواطنين الروانداين المسؤولين عن إرتكاب هذه الإنتهاكات في أراضي الدول المجاورة بين "١ يناير ١٩٩٤ و ٣١ ديسمبر ١٩٩٤ " وفقاً لإحكام هذا النظام الأساسي).

ويلاحظ على المحاكم الدولية التي سبقت المحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨،إنها خالفت مبدأ القانونية من حيث التوسع في القياس والأخذ بمبدأ الرجعية، فضلا عن مخالفة محكمة نورمبرغ وطوكيو جوهر مبدأ القانونية عندما لم تنص على الجرائم والعقوبات على سبيل الحصر[١] [٢].

أما عن المحكمة الجنائية الدولية فسنتناول موقفها من المبدأ بالتفصيل في المبحث الاتي.

---

(1) **G. ABI SAAB، les principes generaux du droit humanitaire selon la cour international de Justice، Revue internationale de la croix – rouge، 1986.p.476.**

المبحث الثاني
تطبيق مبدأ االشرعية
في المحكمة الجنائية الدولية

نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ القانونية في المادتين (٢٢ و٢٣)، وجاء النص على المبدأ بعد عهود طويلة كان فيها مصدر التجريم والعقاب في القانون الجنائي الدولي (قاعدة قانونية) ونقول قاعدة قانونية لإن مصادر التجريم والعقاب ليست كلها مكتوبة، إذ إن أكثرها قواعد عرفية، أي أن شكل هذا المبدأ ليس كالموجود داخلياً، ولكن يوجد بصورة أخرى تتفق وطبيعة القانون الدولي الذي لم تتبلور قواعده لتكون مكتوبة بالكامل. لذلك يرى بعضهم أن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون الداخلي، تكون صورتها كالآتي في القانون الدولي: لا جريمة ولا عقوبة إلا بقاعدة قانونية(١).

لكن هذا الأمر كان قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، لكن بإنشائها تغير الأمر وأصبح المبدأ واضح، وهناك نصوص في النظام الأساسي تحدد كل شيء من جرائم وعقوبات، ولغرض الإحاطة بالموضوع سنقسم البحث على ثلاثة مطالب، المطلب الأول يتناول تطبيق مبدأ قانونية التجريم في المحكمة الجنائية الدولية، والمطلب الثاني يتناول تطبيق مبدأ قانونية العقاب في المحكمة الجنائية الدولية، أما المطلب الثالث فيتناول التطبيق العملي للمبدأ أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول
تطبيق قانونية التجريم
في المحكمة الجنائية الدولية

لقد كانت المصادر التي يتم بموجبها تحديد الجرائم الدولية هي القواعد العرفية والإتفاقيات والمعاهدات، وبناءاً على ذلك أُعطيت صفة الجريمة الدولية لبعض الأفعال مثل الإتجار بالرقيق الأبيض والنساء والأطفال والأرهاب وغير ذلك(٢)، لكن الأمر تغير عندما قامت الأمم المتحدة بإنشاء قضاء جنائي دولي متخصص دائم لمحاكمة المتهمين بإرتكاب جرائم دولية، المتمثل بالمحكمة الجنائية الدولية في عام ١٩٩٨، التي إعتمد نظامها الأساسي عدة مبادئ من أهمها مبدأ القانونية.

---

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٢) ٣٧- معاذ جاسم العسافي، مرجع سابق، ص ٥٠.

أشارت المادة (٢٢) من النظام الأساسي إلى مبدأ قانونية التجريم (لا جريمة إلا بنص) حيث جاء في الفقرة (١) من النظام (لا يُسال الشخص جنائياً بموجب أحكام هذا النظام الأساسي مالم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في إختصاص هذه المحكمة) فعلى وفق هذه يكون الجاني غير مسؤول مالم يكن سلوكه الإجرامي يمثل جريمة حسب هذا النظام الأساسي، وحسب المادة (٥) من النظام الأساسي فإن المحكمة تختص بالجرائم الآتية على سبيل الحصر:

١- جرائم الإبادة الجماعية. ٢- الجرائم ضد الإنسانية. ٣- جرائم الحرب.

٤- جريمة العدوان.

وفي حالة كون الفعل غير داخل في إختصاص المحكمة فإنه يبقى مباحاً، وهذا يشكل ضمانة للمتهم. أما الفقرة ٢ من المادة ٢٢ فنصت على (يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس وفي حالة الغموض يكون التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة) بذلك تم التأكيد على وجوب عدم تجاوز القاضي في تطبيقه النص التجريمي على الفعل المرتكب، الحدود الدقيقة والفاصلة التي وضعها النظام الأساسي بشأن أركان وعناصر الفعل الجرمي، إذ إن جميع الجرائم التي ذكرتها المادة (٢٢) بإستثناء جريمة العدوان قد تحددت أوصافها في المواد (٦، ٧، ٨) من النظام الأساسي تحديداً دقيقاً، فعلى سبيل المثال حددت المادة (٦) جريمة الإبادة الجماعية، وتعني أن أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها إهلاكاً كلياً أو جزئياً: قتل أفراد الجماعة، إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى(١) (٣٨).فإذا لم يتصف الفعل بأي مما حدد من النماذج في المادة ٦، لا يمكن للقاضي أن يطبق النص المذكور، هذا ولم يُترك للقاضي سلطة تقديرية لوصف الفعل، كذلك الحال بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية التي لا يتطلب النظام الأساسي ان ترتكب الجريمة أثناء النزاع المسلح بل يمكن أن ترتكب وقت السلم وبهذا يؤكد النظام الأساسي على مبدأ حماية السكان من عسف الأنظمة الدكتاتورية والقمعية(٢) (٣٩)، ويقصد بها أي فعل من الأفعال المدرجة في المادة ٧ متى ما أُرتكبت في

---

(١) المادة ٦ من النظام الأساسي.

(٢) د. محمد يوسف علوان، التكامل بين القضائين الدولي والداخلي، بحث منشورفي مجلة الميزان (العدد الخاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، عمان، ٢٠٠٠، ص ٢٤.

أطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم تعد جريمة ضد الأنسانية، وعليه يجب أن تتوفر الشروط الآتية في هذه الجرائم:

١- أن تكون هناك سياسة متبعة من الدولة أو من قبل منظمة غير حكومية.

٢- أن تكون الجريمة من الجرائم المذكورة والمحصورة في المادة ٧ فقرة ١ وتشمل (القتل، الإبادة، الإسترقاق، إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان، السجن أو الحرمان الشديد من الحرية على وجه مخالف للقواعد الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الإغتصاب، الإستبعاد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي الخطير، إضطهاد أي جماعة محددة أو مجموعة من السكان لإسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو إثنية أو متعلقة بتحديد نوع الجنس لإسبابلايجيزها القانون الدولي، الإختفاء القسري، الفصل العنصري، الأفعال اللاإنسانية التي تسبب المعاناة الشديدة أو أذى خطير يلحق الجسم أو الصحة العقلية أو البدنية).

٣- أن ترتكب الجريمة على نطاق واسع أو على أساس منهجي.

أما بخصوص جرائم الحرب فقد فصلتها المادة ٨ من النظام الأساسي وتشمل الجرائم التي تمثل إنتهاكاًلإتفاقيات جنيف ١٩٤٩، والإنتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، والإنتهاكات الجسيمة للمادة ٣ المشتركة بين إتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩ إذا كان النزاع المسلح غير ذي طابع دولي، والإنتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات طابع دولي. كل ذلك إذا أُرتكبت الجرائم في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية إرتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم(١).

أما جريمة العدوان فلم يحددها النظام الأساسي ولم يبين وصفها أو النماذج الإجرامية التي تندرج في ظلها، وأشارت الفقرة (٢) من المادة (٥) ((تمارس المحكمة الأختصاص على جريمة العدوان متى أُعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين ١٢١ و ١٢٣ يعرف جريمة العدوان وسأضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة)).

وبذلك تكون الجريمة محل إختصاص المحكمة بعد تعريفها والموافقة عليها من قبل جمعية الدول الأطراف وفقاً للمادة ٥ فقرة ٢ سالفة الذكر، أما بالإجماع أو بأصوات أغلبية الثلثين للدول التي قامت بالتصديق على التعديل بعد عام من إيداع مستندات التصديق (المادة

---

(١) أنظر تفصيل المادة ٨ من النظام الأساسي ود. محمود شريف بسيوني المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي، مطابع روز اليوسف الجديدة، ٢٠٠١، ص١٥٨-١٥٩.

١٢١ فقرة ٥)، ولن تصبح جريمة العدوان قابلة للتطبيق على الرغم من ذلك بالنسبة للدول الأطراف التي لم توافق على التعديل وعلى أية حال إن جريمة العدوان سوف تسري بصورة مستقبلية على وفق قاعدة قانونية(١).

لقد جرت محاولات عديدة ظهرت على الصعيد الدولي لتعريف جريمة العدوان منذ عهد عصبة الأمم، واستمرت المحاولات أثناء المداولات الأولى لأنشاء المحكمة الجنائية الدولية وشُكلت لجنة لدراسة إمكانية وضع مشروع لتأسيس المحكمة، وكان من بين المعضلات التي تحول دون التأسيس عدم إتفاق الأطراف على تعريف العدوان، ورغم صدور القرار رقم ٣٣١٤ في عام ١٩٧٤ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي عرف العدوان إلا أن المسألة لازالت محل خلاف حول التعريف(٢).

إن التحديد الدقيق للجرائم وأركانها يجعل المتهم على علم كامل بحدود جريمته ووصف ما هو متهم به، بحيث يستطيع أن يواجه شدة الإتهام بما يناسبه من دفاع وإنه غير متهم بما لا أساس له أو سند.

وتشير الفقرة ٢ من المادة ٢٢ من النظام الأساسي إلى ضمانة أخرى، هي عدم جواز التوسع في تفسير النص التجريمي أو القياس عليه، على اعتبار أن في ذلك ضرر بمصلحة المتهم، فأي توسع في التفسير يؤدي إلى إدخال أفعال في نطاق نصالتجريم، وعلى العكس من ذلك إن التضييق في التفسير يتسبب بإخراج أفعال من نطاق التجريم وكلا الأسلوبين محل إنتقاد، فالتوسع في التفسير يؤدي إلى إدخال البريء إلى ساحة التجريم، بينما التضييق فيه يؤدي إلى إخراج المجرم من ساحة التجريم إلى ساحة البراءة، وعليه يجب أن يكون تفسير النصوص مقرراً وكاشفاً للقصد الحقيقي لمشرعي النظام الأساسي(٣). ومع ذلك يفسر الغموض في نصوص النظام الأساسي لمصلحة الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الأدانة، الأمر الذي يؤدي الى أطمئنان الشخص محل المقاضاة، فأولى ضماناته في حالة غموض النص تأتي بالتفسير لصالحه.

---

(١)المادة ٢٢ فقرة ١ من النظام الأساسي.

(٢) نص القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة على (المادة الأولى: العدوان هو أستعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الأقليمية أو أستقلالها السياسي، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الامم المتحدة، وفقا لنص هذا التعريف. المادة الثانية:المبادأة بأستعمال القوة من قبل دولة ما خرقا للميثاق تشكل بينة كافية مبدئيا على إرتكابها عملا عدوانياً وان لمجلس الامن طبقا للميثاق أن يخلص إلى أنه ليس هناك ما يبرر الحكم بأن عملاً عدوانياً قد أرتكب وذلك في ضوء ملابسات أخرى وثيقة الصلة بالحالة، بما في ذلك أن تكون التصرفات محل البحث أو نتائجها ليست ذات خطورة كافية).

(٣) د. ضاري خليل محمود، مرجع سابق، ص٧.

وعليه فإن الفقرة ٢ أشارت إلى قاعدتين، هما حظر القياس في التفسير الخاص بتعريف الجريمة، والقاعدة الثانية هي أن الشك يفسر لصالح المتهم.

تجدر الإشارة إلى أن الفقرة ٣ من المادة ٢٢ تجيز إستعارة النص التجريمي وتكييف السلوك على أنه فعل إجرامي على وفق للقانون الدولي أي خارج إطار النظام الأساسي، عندما نصت على (لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج هذا النظام الأساسي)، وأن هذا الإستثناء يؤدي إلى نتائج خطيرة، على إعتبار أنه يؤدي إلى إنتهاك مبدأ قانونية التجريم فيترك مجالا لإدخال نصوصاً تجريمية بحجة أنها كذلك على وفق القانون الدولي، ولا يستطيع بذلك الفرد أن يعرف المباح والمحظور من الأفعال، أضف لذلك إنه لا يوجد هناك نصوص تجريمية في القانون الدولي، إذ إنه يعتمد على الأعراف والإتفاقيات والمعاهدات الدولية، ونرى أن من الأفضل أن ترفع الفقرة الثالثة من المادة ٢٢ لتعارضها مع مبدأ قانونية التجريم، وأنها سلاح ذو حدين فهي من جهة ضد المتهم وحقوقه، ومن جهة أخرى قد تقوي مركز الدفاع ضد القضاء لخلو القانون الدولي من نص يجرم الأفعال التي توصف بإنها جرائم دولية(١).

وبما أن مبدأ عدم الرجعية يعد من أهم النتائج المترتبة على مبدأ القانونية على وفق القواعد العامة للقوانين الجنائية فإنه يعد كذلك على وفق القانون الدولي، وجاء النص عليه في المادة ٢٤ من النظام الأساسي فنصت الفقرة ١ على (لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدأ نفاذ النظام)، وبهذا يكون حكم النص يقتضي سريان أحكام النظام الأساسي على الاشخاص عن الوقائع التي تنسب اليهم بعد نفاذ هذه الأحكام وبالتالي لا تطبق على الوقائع التي سبق أن وقعت قبل نفاذها حتى وإن كان هذا السلوك يشكل جريمة على وفق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. والقول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار مبدأ القانونية، وذلك لأن الجاني سوف يعاقب بقانون لم يكن معمولاً به وقت إقتراف جريمته، الأمر الذي يعني إعمال قواعد النظام الأساسي بأثر رجعي على نحو يخالف مبدأ قانونية التجريم.

نصت الفقرة٢ من المادة ٢٤ على (في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي، يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الادانة)، وعلى ذلك فإن القاعدة العامة هي سريان أحكام النظام الأساسي بأثر فوري ومباشر على الوقائع التي ترتكب منذ بدء سريان أحكامه، ومع ذلك فإنه متى كان هناك قانون أصلح للمتهم – غير القانون المطبق – في قضية معينة فإن هذا القانون هو الذي سيطبق دون غيره مع ملاحظة إن ذلك لا يطبق على نص التجريم إذ إن النظام الأساسي هو المطبق

---

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٦٥-٦٦.

وحده دون غيره بنص صريح من النظام الأساسي وإن كان النظام أيضاً قد أضاف في الفقرة ٣ من المادة ٢٢ سالفة الذكر إمكانية تطبيق وإستعارة نص التجريم من القانون الدولي، لكن ما القانون الذي سيطبق على الدعوى المنظورة ويكون أصلح للمتهم؟

حصرت المادة ٢١ من النظام الاساسي القانون الواجب التطبيق بما يلي:

١- في المقام الأول، هذا النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

٢- في المقام الثاني، حيثما يكون ذلك مناسباً، المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

٣- وإلا، فالمبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم، بما في ذلك القوانين الوطنية للدول التي من عادتها أن تمارس ولايتها على الجريمة، شرط أن لا تتعارض هذه المبادئ مع النظام الأساسي ولا القانون الدولي ولا مع المعايير والقواعد المعترف بها دولياً.

٤- وللمحكمة أن تطبق مبادئ وقواعد القانون كما هي مفسرة في قراراتها السابقة، أي السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية وحدها دون غيرها.

ووفقاً للمادة ٢١ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق والمادة ٢٢ الخاصة بقانونية الجريمة، فإنه لا يجوز اللجوء الى العرف كوسيلة لإسباغ صفة الجريمة على فعل ليس له هذا الوصف وفقاً للنظام الأساسي، ذلك لأن قواعد التفسير القانوني السليم تقتضي بإن (لا إجتهاد مع صراحة النص) ونصوص النظام ذكرت صراحة بإن لا جريمة إلا تلك المحددة في النظام الأساسي وبالتالي ليس للعرف دور بشأن مصادر التجريم، وحتى العقاب، لكن دوره يبرز في تفسير وتطبيق القانون الجنائي الدولي(١).

كما إن سؤالاً آخر يطرح، هو متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية ؟

ورد الحكم عاماً في المادة ٢٤ فقرة ٢ من النظام الأساسي، بأن يطبق القانون الأصلح المتهم الذي صدر قبل صدور الحكم على الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الأدانة.

وعليه يشترط حتى يطبق القانون الأصلح للمتهم ما يلي:

١- أن يصدر النص الجديد قبل أن يصير الحكم نهائياً.

---

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٦٥-٦٦.

- د. محمد يوسف علوان، التكامل بين القضائين الدولي والداخلي، بحث منشورفي مجلة الميزان (العدد الخاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٤.

٢- أن يكون القانون الجديد أو القاعدة القانونية الجديدة أصلح للمتهم بإنشائها مركزاً للمتهم أو وضعاً أفضل من القانون الجديد، كأن تلغي بعض الجرائم أو بعض العقوبات أو تخفضها أو تقرر وجهاً للإعفاء من المسؤولية الجنائية دون أن تلغي الجريمة ذاتها.

أما فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات فإنها تسري على الماضي إستثناءاً أيضاً في حال إعتمادها بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف، حسب ما قررته المادة ٥١ فقرة ٤ من النظام الأساسي، التي أُقرت إستثناءاً لما فيه مصلحة المتهم.

المطلب الثاني
قانونية العقاب
في المحكمة الجنائية الدولية

إن قانونية العقاب لا يقل أهمية عن قانونية التجريم، لإنه يؤدي إلى ضمان العدالة للمجتمع الدولي، ويدفع عنه الظلم ويمنع تعسف القضاة بفرضهم عقوبات غير منصوص عليها.

نص نظام روما الأساسي في المادة ٢٣ على قانونية التجريم ((لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي)) ويحمد هذا النص لحصره مصدر العقاب بالنظام الأساسي فقط.

لكن ما هي العقوبات التي أعتمدها النظام الأساسي؟

تضمنت المادة (٧٧) من النظام الأساسي على أنواع العقوبات التي يجوز للمحكمة فرضها على من تثبت إدانته عن إرتكاب جريمة من الجرائم الداخلة في إختصاصها في المادة (٥) منه وهذه العقوبات محددة حصراً وليست على سبيل المثال وهي:

١- العقوبات السالبة للحرية، وهي على نوعين هما:

أ- السجن المؤقت، ولا تزيد مدته عن (٣٠) سنة.

ب- السجن المؤبد (مدى الحياة) وتفرض هذه العقوبة على من ثبت إرتكابه جريمة بالغة الخطورة.

٢- العقوبات المالية وهي على نوعين، هما:

أ- الغرامة، التي يتحدد فرضها بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الأثبات للمحكمة الجنائية الدولية، وضمن القاعدة (١٤٦) التي حددت موجبات فرضها بالآتي:

١- القدرة المالية للشخص المدان.

٢- الدافع إلى الجريمة هو الكسب المالي للشخص وإلى أي مدى كان أرتكابها بهذا الدافع.

٣- ما ينجم عن الجريمة من ضرر وأصابات، فضلاً عن المكاسب النسبية التي تعود على الجاني من إرتكابها. ولا تتجاوز بأي حال من الأحوال ما نسبته ٧٥% من قيمة ما يمكن تحديده من أصول، سائلة أو قابلة للتصريف، وأموال يملكها الشخص المدان، بعد خصم مبلغ مناسب يفي بالإحتياجات المالية للشخص المدان ومن يعولهم.

ب- المصادرة، وتعني مصادرة الأموال المتأتية من الجرائم التي يدان بها الشخص ولو بصورة غير مباشرة دون المساس بحقوق الأشخاص حسني النية(١).

وينص النظام الأساسي للمحكمة على إنشاء صندوق إستئمان تحول اليه العائدات من الغرامات المحكوم بها والأصول والممتلكات المصادرة، وتصرف لفائدة الضحايا وعائلاتهم وتأذن المحكمة بتحويل المال وغيره من الأصول إلى الصندوق على أن تحدد الدول الأطراف في نظام المحكمة معايير إدارته(٢).

ومن الملاحظ على العقوبات التي نص عليها النظام الأساسي:

١- يبدو جلياً إن العقاب طبق نظام روما الأساسي يتجاوز العقوبات السالبة للحرية ليمتد إلى الذمة المالية للمتهمين، ويعد هذا إنصافاً للضحايا من جهة ووضع حد لإستفادة الجناة من عائدات جرائمهم من جهة أخرى، فضلاً عن إقرار مبدأ أخلاقي هام وهو عدم حمل المجتمع الدولي على جبر أضرار متصلة بجرائم شديدة الخطورة صادرة عن أشخاص بصفتهم الفردية، علماً أن العدد الكبير عادة لضحايا هذه الجرائم قد يجعل هذا المبدأ الأخلاقي يخضع لإستثناءات تدعو الدول الأعضاء في المحكمة إلى رصد أموال بصندوقها كفيلة بتغطية التعويضات المحكوم بها لفائدة الضحايا أو أسرهم وهذا في حد ذاته مبدأ أخلاقي يرتقي لقيم التراضي والتعاطف.

٢- قساوة عقوبة السجن المؤقت بحدها الأعلى والبالغة ٣٠ سنة على الرغم من أن القوانين الجنائية تجعل الحد الأعلى لا يتجاوز ٢٠ سنة، وإن نظام روما الأساسي إعتمد بجل مواده على ما تضمنته القوانين الجنائية الوطنية من أحكام، غير أن النظام الأساسي قد تدارك قساوة هذه العقوبة عندما نص في المادة ١١٠ منه على ((تعيد المحكمة النظر في حكم العقوبة لتقرير فيما إذا كان ينبغي تخفيضه وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة، أو ٢٥ سنة في حال السجن المؤبد ويجب الا تعيد المحكمة النظر في الحكم قبل إنقضاء المدد المذكورة)) وهذا النص يشكل ضمانة للشخص بالشروط المذكورة، كذلك فإن السجن المؤبد يفيد سلب حرية المدان مدى الحياة خلافاً لما معروف في أغلب التشريعات العقابية التي تجعل السجن المؤبد لاتزيد مدته عند تنفيذه في المؤسسة العقابية عن ٢٠ سنة.

---

(١) المادة ٧٧ من النظام الاساسي.

(٢) المادة ٧٩ من النظام الاساسي.

٣- أن النظام الأساسي ذكر في المادة ٧٧ فقرة ٢ ((بالإضافة للسجن للمحكمة أن تأمر بالغرامة....أو المصادرة....)) والمفهوم من النص أن العقوبة الأصلية هي السجن وأن العقوبات الأخرى هي تبعية.

٤- إن عقوبة الإعدام لم يكن لها ذكر بين العقوبات التي تضمنها النظام الاساسي، إذ دار نقاش طويل بخصوصها في مؤتمر روما وظهر هناك رأيان:

رأي أول تبنته الدول الغربية يدعو إلى رفض عقوبة الإعدام في النظام الأساسي رفضاً مطلقاً، وحجتهم أن النص عليها يخالف نصوصاً دستورية في دولهم الغت عقوبة الإعدام، فضلاً عن وحشية العقوبة وعدم تدارك الخطأ فيها، وعدم تحقيق الردع الخاص والعام.

أما الرأي الثاني الذي تبنته الدول الإسلامية ودول أخرى من العالم محتجة بانها نصت على تطبيقها على من يرتكب جريمة فردية في قوانينها الداخلية، فكيف لا تطبق على من يرتكب جريمة دولية كالإبادة الجماعية وغيرها، وأيماناً بما جاء به القران الكريم من قوله تعالى ((من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل إنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساداً في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً)).

٥- نصت المادة ٨٠ من النظام الأساسي وتحت عنوان (عدم المساس بالتطبيق الوطني للعقوبات والقوانين الوطنية) على ((ليسع في هذا الباب من النظام الأساسي ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب))، وبالتالي يمكن أن تطبق عقوبة الإعدام وفقاً لهذا النص رغم عدم وجودها ضمن النظام الأساسي للمحكمة، والواضح من هذا النص إن فيه إنتهاك لمبدأ قانونية العقاب، إذ من جهة نجد المادة ٢٣ من النظام تشير لعدم معاقبة أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي، على وفق العقوبات المنصوص عليها في المادة ٧٧، ومن جهة أخرى تأتي المادة ٨٠ لتجيز للدول أن تطبق العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الداخلية، ونرى ضرورة الغاء المادة ٨٠ لمخالفتها مبدأ قانونية العقاب وعدم تطبيق أي عقوة مالم يكن منصوصاً عليها في النظام الأساسي(١).

٦- على القاضي أن يقَدر العقوبة قبل إنزالها بحق المدان وأن يأخذ بالحسبان ما يلي:

أ- خطورة الجريمة التي يدان بها الشخص من حيث أثرها على المجموعة الدولية ونتائجها.

ب- مدى الضرر المادي والمعنوي الذي حل بالمجني عليه وأسرته.

---

(١) المادة ٧٨ من النظام الاساسي القاعدة ١٤٥ من القواعد الاجرامية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية.

ج- الظروف الشخصية للشخص المدان، والمتمثلة بسنه وحظه من التعليم، وحالته الأجتماعية والأقتصادية ودوافع أرتكابه الجريمة.

د- الجهود التي بذلها الشخص المدان بعد أرتكابه الجريمة، كتعويض المجني عليه أو تعاونه مع المحكمة.

هـ- تحديد عقوبة عن كل جريمة أرتكبها الجاني ثم إصدار الحكم المشترك الذي يتضمن تحديد المدة الإجمالية للسجن.

و- عدم نزول مدة السجن الإجمالية عن مدة الحد الأقصى لكل جريمة.

ز- عدم تجاوز مدة السجن الإجمالية على مدة ٣٠ سنة أو السجن المؤبد.

٧- يلاحظ أن النظام الأساسي لم يأخذ بمبدأ تنفيذ العقوبات بالتداخل وإنما إعتمد مبدأ التنفيذ المتعاقب المشروط بعدم نزول مجموع الأحكام المتعددة عن الحد الأقصى لكل جريمة وبعدم زيادة مجموع الأحكام المتعددة على ٣٠ سنة أو السجن المؤبد(١).

٨ - إن هناك ظروفاً مخففة وظروفاً مشددة على المحكمة أن تأخذ بها عند الأقتضاء، ومن أمثلة الظروف المخففة قصور القدرة العقلية أو الإكراه، وإذا كان الجاني قد بذل جهوداً بعد أرتكابه الجريمة كأن تعاون مع المحكمة أو عوَض المجني عليه.

ومن الظروف المشددة إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية أو تعدد المجني عليهم أو ارتكاب الجريمة بقسوة وغير ذلك(٢)إن المحكمة جعلت ظروف التشديد بقائمة مفتوحة، أي أن بإمكان المحكمة تطبيق ظروف تشديد العقوبة على المتهم، على الرغم من أنها غير منصوص عليها في القواعد الإجرائية، بينما نظمت الظروف المخففة بقائمة مغلقة وهذا يمس بضمانة مهمة من ضمانات المتهم ويخل بمبدأ القانونية.

رغم العيوب الموجودة في بعض نصوص النظام الأساسي، إلا أنه ممالا شك فيه أن النص على المبدأ يعد ضمانة للمتهم وللمجني عليهم والعدالة الجنائية بشكل عام

---

(١) د. عبد الستار الكبيسي، العقوبات دراسة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، عدد١، مطبعة الحكمة بغداد،٢٠٠٠،ص٩٠

(٢) القاعدة ١٤٥ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الثالث

التطبيق العملي

للمبدأ أمام المحكمة الجنائية الدولية

مارست المحكمة الجنائية الدولية عملها منذ ٢٠٠٣ وكانت القضايا المعروضة عليها هي جمهورية الكونغو الديمقراطية وأوغندا وجمهورية أفريقيا الوسطى، وقد أحيلت من قبل الدول نفسها الى المحكمة، وتعد هذه الدول أطرافاً في نظام روما الأساسي.

أما الجرائم المرتكبة في دارفور بالسودان فقد أحيلت من مجلس الأمن الدولي، وكانت ست حالات أخرى عرضت على المحكمة وتخضع لتحليل أولي من جانب مكتب المدعي العام وهي: أفغانستان، جورجيا، كوت يفوار،كولومبيا، كينيا، وفلسطين. ولم يتخذ قرار بشأن فتح تحقيق في هذه القضايا(١). ومؤخراً عرضت حالة ليبيا بقرار من مجلس الأمن الدولي، وينتظر أن تُحال حالة سوريا اليها ايضاً.

ومن الأمثلة على الجرائم المعروضة على المحكمة:

أحيلت إلى المحكمة حالة (أوغندا) من قبل تلك الدولة الطرف في نظام روما الأساسي في ٢٩ كانون الأول ٢٠٠٤ وفتح المدعي العام تحقيقاً بشأن الحالة في ٢٩ تموز ٢٠٠٤، وأصدرت أوامر لإلقاء القبض في ٢٠٠٥ ضد خمسة أفراد من جيش (الرب) للمقاومة بتهمة إرتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب وهؤلاء هم (جوزيف كوني – فنسنت أوتي – أوكوتأوديامبو – راسكالوكويا – دومنيك أونغوين)(٢).

كما أحيلت إلى المحكمة الحالة في السودان من قبل مجلس الأمن الدولي بموجب القرار رقم ١٥٩٣ في ٢٠٠٥ وفتح المدعي العام تحقيقاً في الحالة في حزيران ٢٠٠٥ وصدر أمرين بألقاء القبض على (أحمد هارون) و (علي كوشيب) في ٢٠٠٧ لأرتكاب الأول ٢٠ جريمة ضد الأنسانية و٢٢ جريمة من جرائم الحرب أما الثاني فقد أتهم بإرتكاب ٢٢ جريمة ضد الأنسانية و٢٨ جريمة من جرائم الحرب(٣).

---

(١) تقرير المحكمة الجنائية الدولية المقدم إلى الامم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة ٦٤، البند ٧٧، رقم الوثيقة A/64/ 356 في سبتمبر ٢٠٠٩، ص١-٢.

– د. محمد يوسف علوان، التكامل بين القضائين الدولي والداخلي، بحث منشورفي مجلة الميزان (العدد الخاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، عمان، ٢٠٠٠، ص ٢٤.

(٢) تقرير المحكمة الجنائية الدولية المقدم الى الامم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة ٦٢، البند ٧٢، رقم الوثيقة A/62/314في ٣١ 2007/ / August، ص٩.

(٣) المصدر السابق نفسه، ١٠.

هذا وأصدرت الدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة الجنائية الدولية أمراً بالقبض على الرئيس (عمر حسن البشير) في ٢٠٠٩ لإرتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية ويشتبه بأن (عمر البشير) مسؤول جنائياً بإعتباره مرتكباً غير مباشر أو شريكاً غير مباشر، عن تعمد توجيه هجمات ضد جزء كبير من السكان المدنيين في دارفور بالسودان وعن القتل والإبادة والإغتصاب والتعذيب والنقل القسري لإعداد كبيرة من السكان المدنيين ونهب ممتلكاتهم، وهذه هي المرة الأولى التي تصدر فيها المحكمة الجنائية الدولية أمراً بالقبض على رئيس دولة حالي، وأشارت الدائرة التمهيدية الأولى إلى أن منصب البشير كرئيس دولة لا يعفيه من المسؤولية الجنائية ولا يمنحه حصانة من المقاضاة أمام المحكمة الجنائية الدولية، والتهم الموجهة ضد البشير هي سبعة (خمس تهم متعلقة بجرائم ضد الإنسانية وتهمتان متعلقتان بجرائم الحرب).

وفي ديسمبر ٢٠٠٩ بدأت جلسة إستماع لإقرار التهم الموجهة ضد (جان بيير غومبو) نائب رئيس جمهورية الكونغو سابقاً ورئيس حركة تحرير الكونغو عن جرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي يزعم أنه إرتكبها في جمهورية أفريقيا الوسطى للفترة من ٢٠٠٢-٢٠٠٣، وأقرت الدائرة التمهيدية الثانية ثلاث تهم بإرتكاب جرائم حرب (قتل وإغتصاب وسلب ونهب) وتهمتين بإرتكاب جرائم ضد الأنسانية (قتل وإغتصاب) ووجهت التهم ضد (غومبو) بإعتباره قائداً عسكرياً(١).

هذا وخاطب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية مجلس الأمن الدولي حول التقدم المحرز في تحقيقاته في أحداث العنف في ليبيا، وقد أعلن المدعي العام إن مكتبه سيقدم طلبات لأصدار مذكرات إعتقال ضد ثلاثة أشخاص لإرتكابهم جرائم ضد الأنسانية التي أرتكبت في ليبيا منذ ١٥ شباط ٢٠١١، وبالفعل صدرت الأوامر بالقبض على كلاً من الرئيس الليبي معمر القذافي وأبنه سيف الأسلام ورئيس جهاز الأستخبارات عبد الله السنوسي(٢).

من هذه الأمثلة نلاحظ أن المحكمة قد عملت بمبدأ قانونية التجريم لإنها تقوم بالتحقيق وإصدار أوامر بالقبض على كل من تجده أرتكب جريمة تدخل بإختصاص المحكمة المحدد

---

(١) تقرير المحكمة الجنائية الدولية المقدم الى الامم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة ٦٤، مرجع سابق، ص٩.

(٢) نشرة تحالف المحكمة الجنائية الدولية، عدد ٢٠ في ٣/ ٤ / ٢٠١١.- د. محمد يوسف علوان، التكامل بين القضائين الدولي والداخلي، بحث منشورفي مجلة الميزان (العدد الخاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، عمان، ٢٠٠٠، ص ٥٤.

G. ABI SAAB، les principes generaux du droit humanitaire selon la cour international de Justice, Revue internationale de la croix – rouge, 1986.p.476

بالمادة ٥ من النظام الأساسي، وأيضا ليس للمحكمة أختصاص على الجرائم المرتكبة قبل إنشائها (أي ليس لها أثر رجعي) وهذا أيضاً يتفق مع المبدأ.

أما بالنسبة لمبدأ قانونية العقاب فلم يصدر من المحكمة حكماً لغاية اليوم لنعرف هل أن المحكمة التزمت بالمبدأ المذكور ؟

الخاتمة

كان إنشاء المحكمة الجنائية الدولية عام ١٩٩٨ الحلم الذي ظل يراوض فقهاء القانون منذ بدء محاكمات مجرمي الحروب العالمية الأولى في محكمة ليبزج والحرب العالمية الثانية في محاكمات نورمبرج وطوكيو، حيث تم الدفع أمامها بإفتقار تلك المحاكمات لمبدأ الشرعية الجنائية وما ينبثق عنه من مبادئ جنائية مثل مبادئ عدم رجعية القوانين الجنائية إلا إذا كانت أصلح للمتهم، ومبدأ عدم جواز القياس في المواد الجنائية وغير ذلك من مبادئ، وكل ذلك بسبب عدم وجود تقنين جنائي دولي يدون كتابة وصراحة الجرائم الدولية والعقوبات المقررة لها، ولذلك تم الدفع من هيئة الدفاع عن المتهمين ببطلان تلك المحاكمات، ولما التفتت تلك المحاكمات عن ذلك الدفاع، تم اتهامها بأنها محاكمات المنتصر للمهزوم والتي تفرض عليه إرادته وتفتقد إلى الشرعية.

ولكن حاولت تلك المحاكمات وماتلاها من محاكم دولية جنائية مؤقتة حيث تم إنشائها بموجب قرارات من مجلس الأمن الدولي مثل المحكمة الجنائية الدولية لرواندا عام ١٩٩٣ والمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة لعام ١٩٩٤ تسبيب شرعية إجراءاتها وأحكامها بالتوصل إلى مفهوم خاص بمبادئ القانون الجنائي الدولي تتميز عن المبادئ المماثلة لها في القانون الجنائي الداخلي بزعم أنه يكفي أن تكون تلك الجرائم الدولية مقننة ومستقرة بموجب الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون وهي المصادر الأصلية للقانون الدولي، ولذلك أخذت بمفهوم جديد لمبدأ الشرعية الجنائية مفاده أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون) وليس مبدأ الشرعية بمفهومه المستقر في القوانين الجنائية الوطنية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بمعنى أنه لا يلزم أن يوجد نص مكتوب يقنن الجرائم والعقوبات الدولية وهو الأمر الذي كان محل جدل وانتقاد الفقه الجنائي.

ولأجل ذلك جاء نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية حاسماً لهذا الجدل حيث أوضح المفهوم الخاص لمبدأ الشرعية الجنائية قائلاً أن مصدر الجرائم والعقوبات الدولية قد يكون النظام الأساسي للمحكمة الدولية والذي أحال بدوره إلى الإنتهاكات الجسيمة في اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩ والتي قننت بدورها قواعد العرف الدولي فيما يعد جرائم دولية.

النتائج والتوصيات:

نخلص من دراستنا لهذا الموضوع إلى أهم النتائج التالية:

إن مبدأ الشرعية له أهمية على النطاق الوطني كما له الأهمية ذاتها على النطاق الدولي، لكن ليس بالشكل نفسه وإنما بشكل آخر يتفق وطبيعة القانون الدولي الذي يجد مصدره بالعرف (قواعد غير مكتوبة) والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، لذلك فإن شكلها في القانون الدولي (لاجريمة ولاعقوبة إلابقاعدة قانونية)، غير أن الامر تغير بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية إذ نصت على المبدأ صراحة في المادتين ٢٢ و ٢٣ من النظام الأساسي.

وجدنا أن هناك اختلافا في التسمية التي تطلق على المبدأ فبعضهم يسميه مبدأ القانونية أو الشرعية أو النصية أو المشروعية ووجدنا إنه ليس هناك اختلاف في مضمون هذه التسميات.

يُحصر مصدر التجريم على النطاق الداخلي بالنصوص التشريعية المكتوبة فقط وهذا من أهم النتائج المترتبة على مبدأ قانونية التجريم وبالتالي لا يمكن أن يكون العرف او الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي مصدر للتجريم داخلياً، وفي المحكمة الجنائية الدولية إن مصدر التجريم هو النظام الأساسي فقط حسب المادة ٢٢ فقرة ١، إلا إن الفقرة ٣ أجازت استعارة نص التجريم من قواعد القانون الدولي وهذا يشكل اعتداء على مبدأ القانونية ويؤدي إلى إدخال نصوص تجريميه بحجة أنها كذلك وفقاً للقانون الدولي وبذلك لا يستطيع المتهم أن يعرف المباح أو المحظور من الأفعال.

لا يجوز للقاضي أن يجرم فعل لم ينص عليه القانون ولا يجوز أن يفرض عقوبة غير منصوص عليها أو يستبدل بعقوبة أخرى لأن ذلك يشكل اعتداء على مبدأ القانونية.

رغم أهمية المبدأ وجدنا أن هناك من ينتقده ويضع حججاً لانتقاداته وبالمقابل دافع أنصار المبدأ عنه بشدة ومما يدعم حججهم هو التأكيد على المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق والاتفاقيات الدولية، فضلاًعن تأكيد المؤتمرات الدولية عليه ودساتير الدول وقوانينها الداخلية.

يحمد على النظام الأساسي للمحكمة حصره مصدر العقاب بالنظام الأساسي فقط وفقاً للمادة ٢٣، إذ حددت العقوبات في المادة ٧٧ من النظام على سبيل الحصر.

هناك نوعان من العقوبات المنصوص عليها في نظام روما الأساسي هما العقوبات السالبة للحرية والعقوبات المالية،و العقوبات السالبة للحرية نوعان هما السجن المؤقت والسجن المؤبد، أما العقوبات المالية هي الغرامة والمصادرة.

إن عقوبة الإعدام ليس لها وجود ضمن العقوبات التي اعتمدها النظام الأساسي.

نرى أن قانونية العقاب قد انتهك كما أنتهك قانونية التجريم في نظام المحكمة، وذلك لوجود نص المادة ٨٠ الذي أجاز للدول أن توقع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الداخلية بعيداً عن العقوبات المنصوص عليها في النظام الأساسي.

على القاضي أن يقدر العقوبة حسب جسامة الجريمة وأثرها على المجتمع الدولي، ومدى الضرر المادي والمعنوي الذي حل بالمجني عليه وظروف الجاني الشخصية وجهوده المبذولة بعد ارتكابه الجريمة،ومعنى ذلك أن النظام الأساسي أخذ بتفريد العقوبة.

١٠- ليس للمحكمة اختصاص على الجرائم المرتكبة قبل إنشائها (أي ليس لها أثر رجعي) وهذا أيضاً يتفق مع المبدأ.

ثانيا: التوصيات:

نرى ضرورة إلغاء الفقرة ٣ من المادة ٢٢ لانتهاكها مبدأ قانونية التجريم، لآنها تجيز استعارة النص التجريمي من القانون الدولي وعدم اعتمادها على النصوص التجريمية في النظام الأساسي فقط.

نرى ضرورة الغاء المادة ٨٨ من النظام الأساسي لانتهاكها مبدأ قانونية العقاب لآنها تجيز للدول الأعضاء أن تطبق العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الداخلية بعيداً عن العقوبات التي نص عليها النظام الأساسي.

نرى ضرورة جعل الظروف المشددة للعقاب وفق نظام روما الأساسي على سبيل الحصر لان العكس يؤدي إلى انتهاك مبدأ قانونية العقاب.

توضيح موقف نظام روما الأساسي من قاعدة علانية التحقيق.

– تضمين النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية نصا يتيح للمتهم أو محاميه الحق في الاطلاع على أوراق الدعوي.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العامة

١- أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦ القاهرة.

٢- د. أحمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – الكتاب الأول – دار النهضة العربية – القاهرة- طبعة ٢٠١٤.

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

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

٥- عبد الوهاب حومد:، "شرح قانون الجزاء الكويتي – القسم العام الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٥ – جامعة الكويت.

٦- د. فاضل نصر الله – د. أحمد حبيب السماك – شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي – الطبعة الأولى ٢٠٠٧.

٧- د/ يسر أنور علي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – طبعة ٢٠١٠

ثانياً- البحوث والمقالات:

١- د. إبراهيم سلامة، الجرائم ضد الإنسانية، المحكمة الجنائية الدولية، إعداد شريف عتلم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط٥، ٢٠٠٨.

٢- أحمد بشارة موسى: المسؤولية الجنائية للفرد، دار هومة للطبعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة ٢٠٠٩.

٣- د/ أحمد أبو الوفا – الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني – القانون الدولي الإنساني – إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر – القاهرة ٠ ٢٠٠٦

٤- د/ أشرف توفيق شمس الدين – مبادئ القانون الجنائي الدولي – طبعة ١٩٩٨ – دار النهضة العربية – القاهرة .

٥- د/ أكرم نشأت ابراهيم – الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة – دار الثقافة للنشر والتوزيع.

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

٧- إيهاب عبد المطلب – الموسوعة الحديثة في شرح قانون الجزاء الكويتي وأحكام محكمة التمييز مقارنة بأحكام محكمة النقض المصرية – المجلد الأول -٢٠١٥.
٨- جهاد علي القضاة: درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٠.
٩- حسام الدين محمد أحمد: حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة مصر، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٣.
١٠- د/ حسنين عبيد – الجريمة الدولية – طبعة ١٩٧٩ – دار النهضة العربية – القاهرة
١١- د. حسين الشيخ محمد طه الباليساني، القضاء الدولي الجنائي، مطبعة الثقافة، اربيل، ٢٠٠٤،
١٢- د/ حسين حنفي عمر – حصانات الحكام ومحاكمتهم عن جرائم الحرب والابادة الجماعية – طبعه ٢٠٠٦- دار النهضة العربية – القاهرة.
١٣- زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطوير القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة، ٢٠٠٩.
١٤.د.رمزي رياض عوض- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤.
١٥- سامي عبد الحليم سعيد: المحكمة الجنائية الدولية الاختصاصات والمبادئ العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة، ٢٠٠٨.
١٦- سعيد عبداللطيف حسين، المحكمة الجنائية الدولية تطبيق القضائي الدولي الجنائي – دار النشر النهضة، ط٢، القاهرة مصر لسنة ٢٠٠٤م
١٧- د. سوسن تمر خانه، الجرائم ضد الإنسانية،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦
١٨- شريف سيد كامل – اختصاص المحكمة الجنائية الدولية تطبيقات الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، ط١، قاهرة مصر، ٢٠٠٤م.
١٩- د. ضاري محمود خليل، المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، ع ٢، بغداد، ١٩٩٩.
٢٠- طلال ياسين العيسى وعلي جبار الحسيناوي: المحكمة الجنائية الدولية دراسة قانونية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، طبعة سنة ٢٠٠٩.
٢١- د. عبد الرحمن حسين علام، المسؤولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، دار نهضة الشرق،القاهرة، ١٩٨٨.

٢٢- د/ عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي – دار الكاتب العربي – بيروت – الطبعة الرابعة – ٢٠١٠
٢٣- د/ عبد المهيمن بكر سالم- الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي – طبعة ١٩٧٢ – الناشر- جامعة الكويت.
٢٤- علاء باسم صبحي بني فضل: ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة أمام جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا نابلس فلسطين.
٢٥- عمر محمود المخزومي: القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى الإصدار الأول سنة ٢٠٠٨.
٢٦- د/ فاضل نصر الله عوض – دراسة معمقة في معاملة الاحداث المنحرفين والمعرضين لخطر الانحراف وفقا لقانون الاحداث الكويتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر – كلية الحقوق – جامعة الكويت ١٩٩٧.
٢٧- د/ فاضل نصر الله عوض – ضمانات المتهم أمام سلطتي الإستدلال والتحقيق في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى – مطبعة حنان الدولية – طبعة ٢٠٠٠.
٢٨- لندةمعمر يشوي: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن الطبعة الأولى، الإصدار الأول، سنة ٢٠٠٨.
٢٩ د. محمد ثامر السعدون،حقوق الإنسان المدنية، ط١،مطبعة العاتك، القاهرة، ٢٠١٢.
٣٠- د/ محمد سامي الشوا – القانون الإداري الجزائي – ظاهرة الحد من العقاب – دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ١٩٩٦.
٣١- د/ محمد سامي الشوا – ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات – دار النهضة العربية – القاهرة طبعة ٢٠٠٣.
٣٢- د/ محمد سامي الشوا – شرح قانون العقوبات – القسم العام – طبعة ٢٠١٩.
٣٣- د/ محمد صافي يوسف – الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دار النهضة العربية – القاهرة الطبعة الأولى ٢٠٠٢.
٣٤- د/ محمد محي الدين عوض – دراسات في القانون الدولي الجنائي – مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٥ العدد الثالث – ص ٨٤٧: ٩٧٢ – كلية حقوق – جامعة القاهرة.
٣٥- د. محمد يوسف علوان، التكامل بين القضائين الدولي والداخلي، بحث منشورفي مجلة الميزان (العدد الخاص عن الندوة العربية الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، عمان، ٢٠٠٠.
٣٦-د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤

ثانياً-المراجع الاجنبية

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

2-.Chambon – Le jeigedinstruction- Dalloz- Paris – 1980.

3-.ElieDaskalakis- Criminal procedure penal- Paris- 1975.

4-.Danniel J. Capra – American Criminal procedure- Fifth edition – New Woirk- 2001

5. Besson A. Le project de reforme de La procedure penaleDalloz – Paris- 1956.

6. Celia Hampton- Criminal procedure and Eridence-Sweet and Maxwell- London- 1973.

7 -Delmas –Marty M., pour des principledirecteures de legislation penal R.S.C.1985

8-GLASER.S. INTERDUCTION L'CTUDE DU DROIT INTERNATIONAL – PENAL، BRUXELLES، RECUEIL SIREY، 1954 PARIS.

9- John wheeler، Essential of the English legal system، second ed، Pearson Longman، England، 2006،

10-Ministry of Higher Education and Scientific Research University of Babylon College of Law Principle of Dcular Criminal Case (Comparative Study) Dr. HassonAubaidHajeej

11- M.Delmas- marty la jurprudence du conseil constitutional et les principles fondamentaux du droit penal procalmes par les declaration des droits de l,homme et la jurprudence، p.u.f 1989.

12-Pierre MARIE DUPOY Action publique et crime international de l' etat، a' propos de l'artiele 19 du projet de la commission de droit international sur la responsabilite des Etats " A.F.D.I., 1979

Pradel،droit penal –tome 1-8 edition- Paris 1992.

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

ABI SAAB les principes generaux du droit humanitaire selon la cour international de Justice Revue internationale de la croix – rouge 1986