دور العرف في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني

د. احمد فاضل حسين

دور العرف في تكوين قواعد القانون الدولي الانساني

تعتبر المعاهدات الشارعة والعرف الدولي المصدرين الرئيسيين للقانون الدولي الانساني .

ان القانون الدولي الانساني مجموعة الاعراف التي توفر الحماية لفئات معينة من الافراد والممتلكات اثناء الصراعات المسلحة الدولية او غير الدولية وان هذه الاعراف اما ان يكون مصدرها القانون التعاهدي للصراعات المسلحة و يطلق عليه (قانون جنيف) او يكون مصدرها القانون العرفي للصراعات المسلحة ويطلق عليه (قانون لاهاي) والعرف قانون ملزم لكنه غير مكتوب وهذا ما يميزه عن القانون المكتوب الذي يتمثل في الاتفاقيات او المعاهدات الدولية وقد كان العرف هو الاسبق في تكوين القواعد القانونية الدولية ثم تزايد دور المعاهدات في النظام القانون الدولي .وبعض قواعد القانون الدولي التقليدي قواعد عرفية في البداية والعرف الدولي هو اعتياد اشخاص القانون الدولي على تصرف معين في صورة عمل او امتناع عن عمل وهذا يسمى بالركن المادي وثبوت الاعتقاد بإلزاميه هذا التصرف اي الاعتقاد باعتبار هذا التصرف قانون(الركن المعنوي) فالسلوك المتواتر أي تكرار تصرفات معينه لا يكفي بمفرده لوجود العرف ذلك انه يلزم لوجود العرف عنصر اخر هو الاعتقاد بالزامية التصرف وقد وصفه النظام الاساسي لمحكمه العدل الدولية في القانون الدولي العرفي على انه ممارسة عامة مقبولة كقانون . ويحتل العرف الدولي في القانون الدولي الانساني مكانا خاصا فقد ساهم في تكوين معظم احكام وقواعد هذا القانون وفي اطار العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الانساني نجد ان هناك ما يطلق عليه الاعراف الحتمية او القطعية للقانون الدولي (القوانين المسلم بها لدى الشعوب) والتي تعكس احساس عام وشامل للسلوك الشائن . ومن بين الجرائم الدولية التي تصنف ضمن هذه الفئه ، الإبادة الجماعية ، الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب .وسنتناولها تباعا.

أولا: جرائم الإبادة الجماعية:

وفقا لاتفاقية منع وقمع جريمة الإبادة الجماعية سنة ١٩٤٨ تخضع الجماعات القومية والعرقية والدينية للحماية عند ارتكاب هذه الجريمة. بينما تسمى هذه الحماية للجماعات السياسية والاجتماعية.

. هذا بالإضافة إلى أن الإتفاقية تتطلب قصدا خاصا لتقرير المسئولية الجنائية يتمثل في قصد تدمير أو إبادة الجماعة المحمية، ويجب أن يتوافر هذا القصد لدى المنفذين الكبار لهذه الجريمة.

ومن ثم فإنه يثار التساؤل ماهى مسئولية المنفذين المبتدئين لهذه الجريمة، وهل تتساوى مع المسئولية الجنائية للمنفذين الكبار؟

في حقيقة الأمر لم تجيب إتفاقية الإبادة الجماعية على هذا التساؤل ويعود ذلك إلى رغبة الأطراف القوية أو الدول القوية في هذا الوقت إلى سد هذه الثغرة وذلك حتى يترك للنظم السياسية الحاكمة فيها مساحة أكبر من الحرية للتنكيل بخصومها التي تناوي وتعارض نظام الحكم فيها .

- يضاف إلى هذا صعوبة العثور على دليل كتابي يشير إلى دور المنفذين المبتدئين لهذه الجريمة.

- ويلاحظ أن المعاهدات الشارعة والأدوات القانونية الدولية لم تتمكن من سد الثغرة الموجودة في جريمة الإبادة الجماعية والتي يلعب العرف دورا هاما وكبيرا فيها ويتبين ذلك من الاطلاع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لجرائم الحرب في رواندا سنة ١٩٩٣، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث تم إدراج جريمة الإبادة الجماعية ضمن هذه الأدوات القانونية وذلك دون أي تعديل في هذا الشأن، ومن ثم تظل الجماعات المحمية هي الجماعات القومية والعرقية والدينية دون الجماعات السياسية والاجتماعية.

ثانيا: الجرائم ضد الإنسانية:

وقد عرفت هذه الجرائم في ظل إتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٧ بالجرائم التي ترتكب ضد القوانين الإنسانية، وقد ظهر فيها دور العرف باعتباره القاعدة الأساسية الواجبة التطبيق فيما يتعلق بقوانين الحروب.

فقد أشارت ديباجة إتفاقية لاهاي إلى أنه " حتى صدور منظومة قانونية كاملة لقوانين الحرب فإن الدول المتعاقدة ترى الفرصة مناسبة لإعلان أن السكان والمتحاربين يظلوا تحت حماية وسلطان قواعد ومبادئ قانون الأمم المؤسسة على ماهو مستقر بين الشعوب المتمدنية وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام.

كما تضمن ميثاق لندن سنة ١٩٤٥ الإشارة إلى أن الجرائم ضد الانسانية

تشمل تحديدا القتل عمدا، والنفي والإستبعاد، وغير ذلك من الأعمال اللاإنسانية التي ترتكب ضد السكان المدنيين قبل وأثناء الحرب، أو أي أحكام تبنى على أسس سياسية أو عنصرية أو دينية. أو فيما يتعلق بأي جريمة داخل ضمن اختصاص المحكمة سواء كونت أم لم تكون انتهاكات للقانون الوطني للدولة التي وقعت فيها مثل هذه الجرائم والانتهاكات.

- ويلاحظ أنه نظرا لغموض القواعد العرفية المشار إليها في المواثيق . فلم تقم معظم الدول بمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم، ومن ثم فإنه وترتيبا

لما سبق . تبقى ممارسة الدول (العرف) عنصرا هاما بجانب عنصر الشرعية لإنشاء القانون الدولى العرفي.

. وتجدر الإشارة إلى أنه مع تطور الأحداث والوقائع فإن الجرائم ضد الانسانية ظلت محتفظة بشرطها المتعلق باشتراط حدوثها إبان صراع مسلح ذو صبغة داخلية أو دولية وذلك فعندما أصدر مجلس الأمن النظام التشريعى للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة تضمنت المادة الخامسة منه اشارة إلى هذا الشرط.

. وعلى الرغم من أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا ضمن الإشارة إلى الارتباط بالحرب، إلا أن الإنتهاكات الداخلية التي

وقعت اصطبغت بصفة الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وذلك اعتمادا على أنها تدخل ضمن نطاق القانون العرف خاصة وأنه لا توجد معاهدة خاصة بالجرائم ضد انسانية

. هذا بالإضافة إلى أنه إذا تم إدراج هذا الشرط ضمن تشريع المحكمة الجنائية الدولية لروندا، فإن هذا يعني انتفاء المسئولية الجنائية لمرتكبي هذه الجرائم لأن ذلك الصراع كان صراعا داخليا خالصا.

ثالثا: جرائم الحرب

حيث يلاحظ أنه بداية من عام ١٨٩٩ ثم بعد ذلك في عام ١٩٠٧ تم تصنيف وإدراج القانون العرف الخاص بالصراعات المسلحة في إتفاقية لاهاى الممثلة لقوانين وأعراف الحرب البرية.

- وبالإضافة إلى هذا القانون العرف الخاص والخاص بالصراعات المسلحة، نجد أن عددا من الأدوات الدولية تدخل في إطاره وذلك لوحدة الهدف والعلة وتشمل هذه الأدوات عملية استخدام أو حظر استخدام أسلحة معينة وقت الحرب، أو استخدام أو حظر استخدام البعض الآخر في جميع الأوقات، وأيضا تمنع عملية وضع هذه الأسلحة في أماكن معينة في أي وقت، بالإضافة إلى الحماية من الدمار وعمليات النهب للأعيان الثقافية وبخاصة في وقت الحروب.

. إذا كنا قد انتهينا إلى أن جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب هي جرائم ذات صلة وثيقة بالقانون الدولي الإنساني وبالمصدر الأول له وهو العرف الدولي أو مايطلق عليه العرف الحتمي أو القطعي للقانون الدولي إلا أنه يلاحظ أن هناك جرائم أخرى قد ترقى إلى هذا المستوى ويصير اعتبارها جرائم قطعية حتمية دولية وذلك إذا توافرت لها شروطا معينة وهذه الجرائم هي:

١. جرائم الامتلاك غير المشروع للسلاح واستخدامه ووضعه في موقع محددة

٢. جرائم سرقة المواد النووية.

٣. جرائم الاستبعاد: والممارسات المصاحبة له.

٤- جرائم التعذيب.

٥-الجرائم الخاصة بتجارب الاختبار العلمي الغير قانونية والخاصة بالجنس البشري.

٦- جرائم اختطاف الطائرات والأعمال غير المشروعة ضد الأمن الجوى الدولي.

٧ - جرائم القرصنة والأعمال غير المشروعة ضد الأمن البحرى.

٨- جرائم أخذ الرهائن.

٩- جرائم الإتجار غير المشروع في المخدرات.

١٠- الجرائم الخاصة بالتمييز العنصري.

أهمية العرف الدولي في القانون الدولي الإنساني

إذا كانت اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ والبروتوكولان الملحقان بها لعام ١٩٧٧ تعد خطوة هامة من أجل تطور القانون الدولي الإنساني، وتقنين قواعد العرفية، إلا أن ذلك لا يعد في نهاية المطاف، لأن مثل هذه الوثائق بعيدة عن الكمال، علاوة على القصور الذي يشوب بعض نصوصها بسبب النقص أو الغموض، لذا فأن للعرف أهمية بالغة إذا إنه يشمل أمورا لا تغطيها معاهدات القانون الدولي الإنساني بشكل كاف، وتكمن أهميته أيضا في قواعد التفسير المطبقة، وقد تكون له نتيجة مفيدة في تقييد قدرة الدول على إبداء تحفظات على معاهدات القانون الدولي الإنساني ذات المضمون القانوني العرفي الرفيع أو إدانتها، ولا تستطيع دولة التهرب من واجبها الذي يفرض عليها طاعة القانون الدولي العام، فالاعتراف بأن اية معاهدة من معاهدات القانون الدولي الإنساني تشهر قانونا عرفيا يقوي مطلب المجتمع الدولي الأخلاقي بالتقيد به، وذلك بالتشديد على طابعه الأخلاقي وتجذره العميق في قيم المجتمع.

ومن جانب آخر في حين تتمتع اتفاقيات جنيف بانضمام عالمي لها في أيامنا هذه، ليست الحال كذلك، حتى الآن، بالنسبة لمعاهدات رئيسية أخرى، من ضمنها البروتوكولان الاضافيان، وفي حين تطبق هذه المعاهدات فقط بين الدول التي صدقت عليها، تلتزم قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي، التي يشار إليها أحيانا بالقانون الدولي (العام) كافة الدول، وحيث يقتضي الأمر جميع أطراف النزاع، ودون الحاجة إلى انضمام رسمي.

وكذلك يعجز القانون الدولي الإنساني المنطبق على النزاعات المسلحة الدولية عن توفير الحماية المطلوبة الناشئة عن هذه النزاعات. وكما أقرت المؤتمرات الدبلوماسية التي اعتمدت اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الاضافيين، لا تمثل المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني إلى هذه الاتفاقيات، إلا مجموعة أولية من القواعد. وتتخطى ممارسة الدول ما مثلت به هذه الدول في المؤتمرات

الدبلوماسية إذ يتفق معظمها على أن جوهر القواعد العرفية التي تحكم سير العمليات العدائية ينطبق على كافة النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

وقد عبرت عن أهمية العرف الدولي في القانون الدولي الإنساني ديباجة اتفاقية لاهاي عام ١٨٩٩ التي نصت على ما يلي:

((يبقى المحاربون والأفراد تحت حماية مبادئ القانون الدولي الذي نشأ بحكم العادة بين الأمم المتحضرة من خلال قوانين الإنسانية ومبادئ الضمير العام فيما بين المحاربين والمواطنين لحين استكمال قانون الحرب)).

وقد عرف هذا الشرط (بشرط مارتنز) وتبدو أهمية هذا الشرط في أنه يعبر صراحة عن النقص الذي يمكن أن يشوب قانون الحرب، وكذلك عن أهمية العرف الدولي في سد هذا النقص.

ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد تواترت اتفاقيات القانون الدولي الإنساني على النص عليه: المادة ٦٣): من اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٤٩، والمادة (٦٢) من اتفاقية جنيف الثانية، والمادة (٤٤) من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة (١٥٨) من اتفاقية جنيف الرابعة، والمادة الأولى من البروتوكول الأول، وديباجة البروتوكول الثاني

كما جاء النص على العرف في اتفاقية الأمم المتحدة في شأن تحريم استخدام بعض الأسلحة التقليدية لعام ١٩٨١، وذلك بإلزام الدول الأطراف في الاتفاقية بمراعاة المبادئ العامة للأمم المتحضرة المستقاة مباشرة من القوانين الإنسانية والضمير العام.

القوة الإلزامية للعرف الدولي

هناك نقاش في الفقه الدولي حول الأساس القانوني لما يتصف به العرف من إلزام، ومدى سريان هذا الإلزام على دول لم تشارك في تكوين القاعدة العرفية. ولعل النقاش في نطاق القانون الدولي الإنساني

يبدو أكثر سجالا في ظل وجود قاعدة أساسية في إطار القانون الجنائي وهي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبتعبير آخر هل يمكن الاستناد إلى العرف الدولي في مجال وصف الجرائم الدولية والعقاب عليها في القانون الدولي الإنساني.

فيما يتعلق بالشق الأول من التساؤل وهو مدى سريان الزام القاعدة القانونية العرفية إلى دول لم تشارك في تكوينها فقد برز في الفقه اتجاهان، اتجاه يذهب إلى العرف لا يلزم الا الدول التي اشتركت في تكوينه والتي ثبت من تصرفات رجالها رضا بالقاعدة القانونية العرفية وهذا الاتجاه يمثل الأقلية.

إلا أن الاتجاه الغالب جميع الدول وحتى الدول التي لم تشارك في تكوين القاعدة العرفية، ذلك لأنه ليس من الضروري أن تشارك جميع الدول في تكوين القاعدة العرفية، كما هو الحال في إصدار أي تشريع داخلي فالقاعدة القانونية في التشريع تصدر أما بالأغلبية النسبية والمطلقة مع موجود من هو غير موافق على ذلك.

ومن ثم لا يمكن معرفة الدول وتحديد الدول التي ساهمت في تكوين القاعدة العرفية، ومع ذلك فإنه لا يمكن تجاهل رضا الدول بالقاعدة العرفية بصورة مطلقة، وكما يمكن للدول أن تعبر عن رضاها حال تكوين القاعدة القانونية العرفية، وكذلك يمكنها أن تبدي رفضها حال تكوين القاعدة وفي حالة عدم تحقق ذلك ينسب إليها الرضا الضمني. لذا يمكن أن نستخلص أن القاعدة العرفية تسري على جميع الدول.

أما فيما يتعلق بالشق الثاني من التساؤل حول إمكانية تطبيق القاعدة العرفية في القانون الدولي الإنساني مع وجود قاعدة: «لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) في النظام القانوني الداخلي وهل يمكن سريان هذه القاعدة في نطاق القانون الدولي الإنساني وفي ثم هل يشترط للتجريم والعقاب وجود نص مكتوب؟

انقسم الفقه أيضا إلى اتجاهين رئيسيين، اتجاه يشترط وجود نص للتجريم والعقاب وانه لا يجوز الحكم بالإدانة على فعل غير منصوص

على أنه جناية أو جنحة دولية لأنه لا يجوز توقيع العقاب على أي جريمة دولية بعقوبات لم يكن منصوص عليها في تشريع دولي وقتي ارتكابها.

ويرى اتجاه آخر أنه يمكن أن يستند التجريم والعقاب إلى العرف أي أنه لا يشترط في القانون الدولي وجود نص مكتوب لهذه المسألة. ويؤيد قسم من الكتاب هذا الاتجاه مستشهدا بمحاكمات نورمبرغ الذي استشهد الدفاع بمبدأ عدم المحاسبة بأثر رجعي حيث ردت المحكمة بأن قانون الحرب لا يستمد في المعاهدات فحسب بل من اعتراف وممارسات الدول التي اكتسبت تدريجيا اعترافا عالميا.

وقد بذلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر جهودا كبيرة في البحث عن القواعد العرفية في القانون الدولي الإنساني، فأصدرت في عام ٢٠٠٥ دراسة عن القانون الدولي الإنساني العرفي في مجلدين، الأول عن القواعد، والثاني عن الممارسات، ومما لاشك فيه أن مثل هذه المهمة من شأنها تطوير القانون الدولي الإنساني من عدة نواح، ياتي في مقدمتها:

. إذا تم التوصل إلى اثبات وجود قواعد عرفية دولية فأن ذلك سوف يكون بمثابة القانون الملزم لكافة الدول، حتى للدول التي لم تصدق على اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩.

. تساهم القواعد العرفية في توجيه سلوك الدول وتصرفاتها في العلاقات الدولية .

يمكن الاستناد إلى القواعد العرفية لإعداد التعليمات العسكرية والقوانين العسكرية.