العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز

International custom According to Martinez's condition

اسم الباحث: م.م. نور عبد الرضا صبر

جهة الإنتساب: الجامعة العراقية – كلية القانون والعلوم السياسية

Auther's name: Assistant teacher: Nour Abdul Reda Sabr

Affiliation: Iraqi University - College of Law and Political Science

E-mail: Nour.abd.sabr@aliraqia.edu.iq

نوع العمل العلمي: بحث

مجال العمل: القانون العام - قانون دولي

work type: research paper

discipline: public law ,International Law

Doi. https://doi.org/10.61279/ekrc3v84

رقم العدد وتاريخه: العدد الرابع والعشرين - نيسان - ٢٠٢٤

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٤/٢/١٠

تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٣/٢٢

تاريخ النشر: ٢٥ نيسان ٢٠٢٤

Issue No. & date: Issue 24 - April 2024

Received: 10/2/2024

Acceptance date: 22/3/2024

Published Online: 25 April 2024

حقوق الطباعة محفوظة لدى مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية

حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلف

حقوق النشر محفوظة للناشر (كلية القانون والعلوم السياسية - الجامعة العراقية)

نَسب المُصنَّف - غير تجاري - منع الاشتقاق ٤,٠ دولي

للمزيد من المعلومات يرجى مراجعة الحقوق والترخيص

Printing rights are reserved to the Journal of the College of Law and Political Science at Aliraqia University

Intellectual property rights are reserved to the author

Copyright reserved to the publisher (College of Law and Political Science - Aliraqia University)

Attribution – NonCommercial - NoDerivs 4.0 International

For more information, please review the rights and license

CC BY-NC-ND 4.0 DEED

تاريخ التقديم ٢/١٠ تاريخ القبول ٣/٢٢
تاريخ النشر ٤/٢٥

العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز

International custom
According to Martinez's condition

م.م. نور عبد الرضا صبر
الجامعة العراقية – كلية القانون والعلوم السياسية
Assistant teacher: Nour Abdul Reda Sabr
Iraqi University - College of Law and Political Science
Nour.abd.sabr@aliraqia.edu.iq

المستخلص:

أن الحرب والانسانية كلمتان لا تتساويان ولا تلتقيان فالحرب نزاع ودمار والانسانية رحمة ووئام واذا كانت الحرب نزعة بشرية منذ بدء حياة الانسان على الارض فلا يلجأ الى القتال الى الضرورة لدفع العدوان ولا ينبغي الاستمرار في النزاع أن حلت بوادر السلام واذا دارت رحى الحرب فلا تتنزع من القلوب الرحمة والانسانية فيجب أيثار الاسرى بالطعام على الاحتياج اليه.

وانما جاء خوفا من الله وعقابه انطلاقا من مبادئ القانون الدولي الانساني والتي ترسخت في شرط مارتينز والتي نصت عليها الاعراف الدولية وذلك بسبب الدور الذي تلعبه الاعراف الدولية في سبيل ترسيخ مبادئ القانون الدولي الانساني تعمل على احترامه عند دول العالم وانطلاقا من أهمية دور العرف في ترسيخ مبادئ القانون الدولي الانساني .

الكلمات المفتاحية: الدولي الانساني، العرف الدولي، قانون الحرب، شرط مارتينز، الصرعات المسلحة الدولية

Abstract:

War and humanity are two words that are not equal and do not meet .War is conflict and destruction ,and humanity is mercy and harmony .If war has been a human tendency since the beginning of man's life on earth ,fighting should not be resorted to if necessary to repel aggression .Conflict should not continue if signs of peace occur .If war breaks out ,do not give up on peace .Hearts are compassionate and humane ,so prisoners must prefer food to their need.

Rather ,it came out of fear of God and His punishment ,based on the principles of international humanitarian law ,which were established in the Martinez Condition and stipulated by international norms .This is because of the role that international norms play in establishing the principles of international humanitarian law ,working to respect it among the countries of the world ,and based on the importance of the role of custom in establishing the principles .International humanitarian law.

key words: International Humanitarian، International custom, Law of war, Martins condition, International armed conflicts

المقدمة

أن الحرب و الانسانية كلمتان لا تتساويان ولا تلتقيان فالحرب نزاع ودمار والانسانية رحمة ووئام واذا كانت الحرب نزعة بشرية منذ بدء حياة الانسان على الارض فلا يلجأ الى القتال الى الضرورة لدفع العدوان ولا ينبغي الاستمرار في النزاع أن حلت بوادر السلام واذا دارت رحى الحرب فلا تتنزع من القلوب الرحمة والانسانية فيجب أيثار الاسرى بالطعام على الاحتياج اليه.

وانما جاء خوفا من الله وعقابه انطلاقا من مبادئ القانون الدولي الانساني والتي ترسخت في شرط مارتينز والتي نصت عليها الاعراف الدولية وذلك بسبب الدور الذي تلعبه الاعراف الدولية في سبيل ترسيخ مبادئ القانون الدولي الانساني تعمل على احترامه عند دول العالم وانطلاقا من أهمية دور العرف في ترسيخ مبادئ القانون الدولي الانساني .

ويعتبر العرف الدولي من المصادر القانون الدولي الانساني وفقا لشرط مارتنز واغزرها مادتا كون شرط مارتينز هو أكثر مبادئ القانون الدولي الانساني تأثرا بالعرف الدولي .

واصل نشاة شرط مارتينز قبل عام ١٨٩٩ كان عرفا ثم اصبح اتفاق دولي بين الدول وتم النص عليه في عدة اتفاقات دولية وهذا ما سنتناوله تباعا من خلال الفقرات الاتية:

اولا : اهمية البحث :

تكمن أهمية القانون الدولي الانساني بأن قواعده العرفية لم تكن بنت اليوم وانما تضرب جذورها في أعماق التاريخ البشري ومنذ اندلاع الحرب الاولى فوق هذه الارض عليه ، فأهمية العرف الدولي والمبادئ الانسانية هو ما يمليها الضمير العام فيما يخص سير العمليات الحربيه .

وما يمكن الحاقه بالعدو من أذى أو بالأشخاص الذين يتأثرون بويلات النزاعات المسلحة وعليه فأن العرف الدولي مصدر مهما من مصادر القانون الدولي الانساني لا يمكن أنكاره في أطار القانون الدولي الانساني وعليه فأن أهمية العرف الدولي جاءت من خلال المعروف عرفا كالمشروط شرطا الثابت بالعرف كالثابت بالنص والعادة محكمة بمعنى في حال خو القانون أو الاتفاقية من نص يعالج المسألة المطروحة فأن لا سبيل لدينا سوى الرجوع للقاعدة العرفية والتي أساسها شرط مارتينز كونه جاء كوسيلة لتفسير الغموض في المعاهدات الدولية .

ثانيا : فرضية البحث :

تكمن فرضية البحث في موضوع العرف الدولي من خلال طرح عدة تساؤلات؟

كيف نشأ العرف الدولي وما هي اهميته في القانون الدولي الانساني ؟ وماهي القوة الالزامية للعرف الدولي في القانون الدولي الانساني وفقا لشرط مارتينز وما هي أركان العرف الدولي؟

ثالثا : منهجية البحث:

لقد أتبعنا المنهج التحليلي الوصفي للأعراف الدولية التي تم الاخذ بها من قبل الدول ومعرفة أراء فقهاء القانون الدولي الانساني فيما يخص العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز.

رابعا : خطة البحث:

المبحث الاول: ماهية العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز في القانون الدولي الانساني .

المطلب الاول : تعريف العرف الدولي ونشوئه .

المطلب الثاني : أهمية العرف الدولي .

المطلب الثالث : أطار العرف الدولي .

المبحث الثاني : أركان العرف الدولي الانساني وفقا لشرط مارتينز وقوته الالزامية في القانون الدولي الانساني .

المطلب الاول :أركان العرف الدولي .

المطلب الثاني : نطاق تطبيق العرف الدولي .

المطب الثالث : القوة الالزامية للعرف الدولي .

المبحث الاول
ماهية العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز في القانون الدولي الانساني

العرف قانون ملزم ولكنه غير مكتوب وهذا ما يميزه عن القانون المكتوب الذي يتمثل في الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية وقد كان العرف حتى وقت قريب يمثل المصدر الاساسي لقواعد القانون الدولي فمعظم قواعد القانون الدولي التقليدي قواعد عرفية في البداية،

ان سبب التطور الذي حدث في ميدان العلاقات الدولية والعرف الدولي هو اعتماد أشخاص القانون الدولي على تصرف معين في صورة عمل أو أمتناع عن عمل (الركن المادي) وثبوت الاعتقاد بالالزامية هذا التصرف أي الاعتقاد بأعتبار هذا التصرف قانونا (الركن المعنوي) فالسلوك المتواتر أي تكرار تصرفات معينة لا يكفي بفرده لوجود العرف ذلك أنه يلزم لوجود العرف عنصر أخر هو الاعتقاد بالالزامية التصرف يصف النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية القانون الدولي العرفي على أنه ممارسة عامة مقبولة كقانون وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول تعريف العرف الدولي ونشوئه وفي المطلب الثاني اهمية العرف الدولي والمطلب الثالث اطار العرف الدولي وكالاتي :

المطلب الاول: تعريف العرف الدولي ونشوئه

ان مجموعة من القواعد الدولية والداخلية ساهمت في تكوين العديد من القواعد العرفيه منها موقف الدول المتحاربة في مواجهة بعضها البعض والحروب السابقه وقرارات المنظمات الدولية الحكومية والغير حكومية و تعليمات الدول التي تصدرها للجيوش لكي تطبقها أثناء الحروب وقرارات القضاء الدولي وهيئات التحكيم في المنازعات المتعلقة بالحروب [1] .

ان مبدأ الفروسية لعب دورا مهما في تكوين العديد من القواعد العرفية المعروفة لنا اليوم ان هذا المبدأ ظهر في العصور الوسطى وهو يؤصل صفة النيل في المقاتل والفارس التي تمنعه من الاتيان على جريح أو أسير أو مواجهة الممتلكات الخاصة للاشخاص المدنيين غير المشاركين في العمليات القتالية .

وقد أطلق على مبدأ الفروسية فكرة الشرف العسكري وهو يستلزم احترام العهد المقطوع وتحريم استعمال السلاح الذي لا يتفق استعماله مع الشرف أو القيام بعمل من أعمال الخيانة . كانت تحكمها ان قاعدة المساواة او ما يسمى بالمعاملة بالمثل هي التي

١ الدكتور علي زعلان نعمة ، القانون الدولي الانساني ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٩٧ وما بعدها .

كانت تحكم قواعد الفروسية فاذا تخلي عنها طرف في القتال أقتضى ذلك تخلي الطرف الاخر عنها[٢] .

ان المضي بقواعد الفروسية يكمن في أن كان سببا في محاربة التلطف من ويلات الحرب وتجنب غير المشاركين في القتال من شرورها وهي مبادي عرفيه النشاة غذت عالمية التطبيق ويعاد التذكير بهذه المبادىء في كل حرب والى الان وبعدها نمت القواعد الخاصة بمواساة المرضى و الجرحى وتوفير العناية المطلوبه لهم من جميع الاطراف المتحاربه وكذلك عدم التعرض بصفة عامة لسكان دولة العدو الغير المقاتلين أومسهم بضرر أثناء النزعات المسلحة ان هذه القوانين الوطنية والتعليمات التي تصدر من الدول للجيوش المشاركه في الميدان ساهمت في تكوين الكثير من القواعد العرفية .

ان قانون ليبرياتي في مقدمة هذه القوانين وفي أثناء حرب الانفصال الامريكية عام ١٨٦٣ وضعت تعليمات تعتبر بمثابة تقدم حاسم للفكرة القانون الدولي الانساني كونها منحت الجرحى مثلا ان مادة ٤٧ تنص على معالجة الوضع الصعب للانسان والممتلكات في هذه الظروف وهي ايضا حرمت وسائل التي يمكن أن يستخدمها الجندي الامريكي ضد المدنيين في أرض العدو كالقتل والحرق والجرح والتمثيل والضرب والاختلاس والسرقة والخطف[٣] .

ان هذه التعليمات هي جزء من التشريع الوطني الامريكي ولكنها لا تدخل في مجال أصول قواعد الاتفاقية وعلى الرغم ان هذه الوثيقه لم تتمتع بقيمه دوليه في الواقع لكنها تمثل الترجمة الواقعية للقواعد العرفية المعروفه انذاك المتعلقة بادارة الاعمال العدائية كما يجعل لأحكامها ما بقواعد العرفية الدولية من أهمية وقيمة وعدت هذه التعليمات مرتكزا أساسيا على المستوى العالمي .

حيث القى بظلاله باداره الحرب على كل الاتفاقيات الدولية و على المعاهدات ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن تعليمات ليبر اتسمت بالطابع الوطني الذي يعد حلقة أساسية في نشأت العرف الدولي في مجال قوانين الحرب بصفة عامة وصاغت تعليميات ليبر مجموعة من القواعد المهمة في مجال القانون الدولي الانساني وايضا فقد ظهر شرط مارتينز لاول مرة في عام ١٨٩٩ وقد سمي بهذا الاسم نسبة الى اللورد فيورد فيورج مارتينز الروسي وجاء كحل للمشاكل التي تواجه المدنيين في الحروب[٤]. وساعدت على تطور العرف الدولي في مجال القانون الدولي الانساني من أهمية التفرقة بين المواطنين المدنيين للدولة العدو

٢ الدكتور علي زعلان نعمة ، مصدر سابق ، ص ٩٨ وما بعدها .

٣ الدكتور عامر الزمالي ، المدخل الى القانون الدولي الانساني ، دار العلم ، العراق ، ٢٠١٠ ، ص ٢١ .

٤ الدكتور احمد عبيس الفتلاوي ، مشكلة الاسلحة التقليدية بين المجتمع الدولي والقانون الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،٢٠١١ ، ص٩٦ وما بعدها .

وبين الدولة العدو ذاتها وعدم الحاق الاذى بالاسكان المدنيين والالتزام بأخطار العدو بالاماكن التي سيتم تدميرها حتى يتسنى لها له أخلاءها من السكان المدنيين حماية الاماكن الدينية والنساء والاطفال تحريم استخدام السموم في الحروب وتنظيم سلطات الاحتلال .أما هيئات التحكيم والقضاء الدولي فقد ساهمت هي الاخرى في تكوين العرف الدولي في قانون الدولي الانساني على الرغم من دور المحاكم يعود الى تاريخ حديث كما أشار الى ذلك بعض الكتاب أن الاحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية تسهم في فهم قيم المجتمع الدولي الاساسية المعبر عنها في قانون الدولي الانساني[٥] وعلى هذا النحو لا تعد أحكام المحاكم مصدر للقانون لكنها أراء المحاكم الدولية تعبر بالاجماع بأفضل صياغة لمضمون القانون الدولي الساري المفعول ، لذلك ومن المنظور القانون الدولي العام يتسم القانون الدولي للدعوى بأهمية قصوى في تحديد الاطار القانوني للقانون الانساني .هناك العديد من المحاكم الجنائيه الدوليه المسجله لمحاكمه مجرمين الحرب وذلك بدأ من عام ١٤٧٩ في محاكمة بيتر فون هاجن باخ عندما قامت الامبراطورية الرومانية بمحاكمته في محكمه دوليه مكونه من ٢٨ قاضيا وذلك نظرا للجرائم التي ارتكبت اثناء الحروب الاوربيه كالاغتصاب والقتل .ومنذ عام ١٨١٥ قررت الدولة الاوربية في فينا بمقاضاة نابليون؟ وذلك على الاثر الحروب النابليونية التي أدت الى أضرار بالغة في اوربا واستمرت ١٤ عاما وهذه تشير الى أمكانية مقاضاة كبارالرؤساء و القادة العسكريين متى أخلوا بأمن البشيرة وسلامتها[٦] .وللمحكمة العدل الدولية دورا في تحديد عرفية أحكام القانون الدولي الانساني وبالتالي دورها في أنشاء القواعد العرفية ففي أول حكم لها صدر في ٩/نيسان /١٩٤٩ في قضية (قناة كوروفه) سيق لمحكمة العدل الدولية أن أشارت بشكل غير مباشر الى الطبيعة العرفية للمعاهدات القانون الدولي الانساني كانت المسألة تكمن في اتفاقية لاهاي الثامنة لعام ١٩٠٧ تضمن التزاما بعينة انذار بوجوب حقول الغام وما على ذلك لم تكن البانيا المدعي عليه طرفا في ذلك وعلاوة على ذلك تنطبق هذه الاتفاقية في زمن الحرب وهو ما يمكن الوضع[٧] .وان قرارات المنظمات الدولية دورا هاما في تكوين قواعد للقانون الدولي الانساني وان الجهود المبذولة من اللجنة القانونية للصليب الاحمر تأتي في مقدمه ذلك,وذلك من خلال أدل أنماء وتطوير القانون الدولي الانساني منذ صدورها في النصف الثاني للقرن التاسع و حتى الان وذلك من خلال ابرام المعاهدات الدولية وعقد المؤتمرات الدولية وتشكيل لجان من الخبراء المتخصصين في القانون الدولي الانساني وايضا عملها المحايد اثناء النزاعات المسلحه من اجل تنفيذ هذا القانون ويأتي

٥ الدكتور عامر الزمالي ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

٦ الدكتور مريم ناصري ، فعالية العقاب على انتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الانساني ، دار الفكر الجامعي ،مصر ٢٠١١ ، ص ١٢١ وما بعدها .

٧ الدكتور سعيد جويلي ، المدخل الى القانون الدولي الانساني ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ٤٧ .

في مقدمة الجهود التي قامت بها اللجنة الدولية للصليب الاحمر من تدوين الاعراف المنازعات المسلحة ذلك المؤتمر الدولي الذي تم عقده تحت رعاية الحكومة السويسرية في عام ١٩٦٤ والذي أسفر عن توقيع اتفاقية دولية متعلقة بحماية المرضى والجرحى وهي أول اتفاقية في سلسلة اتفاقيات الصليب الاحمر . والتي يمكن اعتبارها بمثابة حجر الاساس لجهود الصليب الاحمر في مجال القانون الدولي الانساني ثم جهودها من أجل أبرام اتفاقيات جنيف الاربع لعام ١٩٤٩ التي تعد نقطة تحول جذرية في القانون الدولي الانساني وكذلك البروتوكولان الملحقان بهذه الاتفاقية لعام ١٩٧٧ وكللت اللجنة الدولية للصليب الاحمر جهودها في مجال تدوين الاعراف الدولية في القانون الدولي الانساني[٨] .يعرف العرف الدولي بانه مجموعة الاحكام القانونية التي نشات من تكرار التزام الدلو بها في تصرفها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد تثبت لها الوصف القانوني في اعتقاد الغالبية العظمى من الدول[٩].

المطلب الثاني: أهمية العرف الدولي

اكدت اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكولان الملحقان بها لعام ١٩٧٧ تعد خطوة هامة من أجل تطور القانون الدولي الانساني والتي من أهم ركائز شرط مارتينز وايضا تقنين قواعد العرفية الا انه لا يعد نهاية المطاف لان هذه الوثائق تكون بعيدة عن الكمال وبالإضافة الى القصور الذي يكون في بعض نصوصها بسبب الغموض او النقص لذلك فأن للعرف أهمية بالغة اذ انه يشمل امورا لا تغطيها معاهدات القانون الدولي الانساني بشكل كاف وتكمن أهميته أيضا في قواعد التفسير المطبقة وقد تكون له نتيجة مفيدة في تقييد الدول على ايداء تحفظات على معاهدات القانون الدولي الانساني ذات المضمون القانوني العرفي الرفيع أو أدانتها[١٠].

ولا تستطيع دولة الهروب من واجباتها اتي تفرض عليها طاعة للقانون الدولي العام فان الاعتراف بأن أي معاهدة من معاهدات القانون الدولي الانساني تشهر قانونا عرفيا يقوي مطلب المجتمع الدولي الاخلاقي بالتقييد به وذلك بالتشديد على طابعه الاخلاقي وتجذره العميق في قيم المجتمع ومن جانب أخر ان اتفاقيات جنيف تتمتع بانضمام عالمي لها في أيامنا هذه ليس الحال كذلك حتى الان بالنسبة الى معاهدات رئيسية أخرى من ضمنها البروتكولان الاضافيان وفي حين تطبق هذه المعانات فقط في الدول التي صدقت

٨ الدكتور علي يوسف الشكري ، القضاء الجنائي الدولي في العالم المتغير ، دار الفكر الجامعي ،عمان ، ٢٠١٤ ، ص ٢٢١ وما بعدها .

٩ الدكتور احمد فتحي سرور ، القانون الدولي الانساني ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢٥.

١٠ الدكتور علي يوسف الشكري ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

عليها تلتزم قانون الدولي الانساني العرفي التي يشار اليها أحيانه في القانون الدولي العام كافة الدول وحيث يقتضي الامر جميع أطراف النزاع دون الحاجة الى انضمام رسمي[١١].

ويعجز القانون الدولي الانساني المنطبق على النزاعات المسلحة الدولية عن توفير الحماية المطلوبة التي تنشأ عن هذه النزاعات .وكما أقرت المؤتمرات الدبلوماسية اتفاقيات والتي اعتمدتها جنيف وبرتوكولا تالها الاضافيان لا تمثل المادة المشتركه في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الاضافي الثاني الى هذه الاتفاقيات الا مجموعة أولية من القواعد وتتخطى ممارسة الدول ما مثلت به هذه الدول في المؤتمرات الدبلوماسية أذا يتفق معضمها على أن القواعد العرفية التي تحكم سير العمليات الاعدائية تنطبق على كافة النزاعات المسلحة الدوليه وغير الدوليه وقد عبرت عن أهمية العرف الدولي في القانون الدولي الانساني ديباجة اتفاقية لاهي عام ١٨٩٩ التي نصت على مايلي (ان الافراد والمحاربون يبقون تحت مبادئ القانون الدولي الذي نشأ بحكم العادة بين الامم المتحضرة من خلال مبادئ الضمير العام والقوانين الانسانية بين المواطنين و المحاربين لحين استكمال قانون الحرب)[١٢].

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 اتفاقية القانون الدولي الانساني على النص « المادة٦٣» من اتقافية جنيف الاولى من علم ١٩٤٩ والمادة ٦٢ من اتفاقية جنيف الثانية والمادة ٤٤ من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة ١٥٢ من اتفاقية جنيف الرابعة والمادة الاولى من البرتوكول الاول وديباجة البرتوكول الثاني[١٣].

المطلب الثالث: اطار العرف الدولي

لقد شهد عام ١٩٩٨ الاحتفال بالعام الخمسين لاعلان العالمي للحقوق الانسان واتفاقية منع ومعاقبة مرتكبي جريمة الابادة الجماعية حيت في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨ تم اقرار الاعلان وفي التاسع من ديسمبر من نفس العام تم اقرار الاتفاقيه كما شهد عام ١٩٩٨ م ميلاد المعاهدة لأنشاء المحكمه الجنائيه الدوليه في روما في ١٧ /١٩٩٨/٧/ من الاهمية أن نذكر النجاحات التي تحققت على مستوى القانون الدولي وفي هذه المناسبة وهذا من أجل الوقوف على القاعده الصلبه التي بدأت تتوافق للقانون الدولي وأيضا لتحديد المطالب والاحتياجات الاخرى بموجب توافرها ليصبح القانون أكثر فعالية

١١ الدكتور احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

١٢ الدكتور احمد سي علي ، دراسات في القانون الدولي الانساني ، دار الاكاديمية ، الامارات ،٢٠١٧ ، ص ١١٩ و ١٢٠ .

١٣ الدكتور صلاح الدين احمد ،العدوان في القانون الدولي الانساني ، دار الكتب ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ٩٧ ومابعدها .

وخاصة من ناحيتي التحكم و المنع ولان الجزء الاكبر من الانتهاكات يتم ضد نصوص القانون الدولي التي تنص على الجرائم ضد الانسانية و جرائم الحرب والابادة الجماعية فسوف يتناول هذا المقال نقاط الضعف في الاطار النمطي لهذه الجرائم الثلاثة والغرض هنا هوالتخلص من الثغرات القانونية أو على الاقل تضيقها أمام مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية والابادة الجماعية الذين يفلتون من مسؤولياتهم عن هذه الجرائم الدولية وذلك يقومون بانتهاكات واسعة ضد أسس حقوق الانسان[١٤].

أن القانون الدولي الانساني هو عباره عن مجموعة من الاعراف التي توفر الحماية لمجموعه معينه من الافراد والممتلكات وتحرم أي هجمات او صراعات سواء اكانت دوليه او غير دوليه قد يتعرضون لها أثناء الصراعات المسلحة وهذه الاعراف تستمد من القانون الاتفاقي والقانون الدولي العرفي يشار اليهما في الترتيب بقانون جنيف[١٥] .

وان القانون الاتفاقي للصرعات المسلحة وقانون لاهي أو (القانون العرفي للصراعات المسلحة) وقانون لاهي لا يعد قانونا عرفيا بأكمله لان جزء منه يعد قانونا تعاهديا كما أن قانون جنيف ليس بأكمله قانونا تعهديا حيث أن يشمل أيضا قانونا عرفيا ومن ثم فأن التفرقة التقليدية بين القانون التعاهدي والقانون العرفي تتلاشى الى حد كبير بالاضافة الى ماسبق فأن القانون التعاهدي الذي ينطبق على الاسلحة يستمد من القانون التعاهدي والقانون الاتفاقي كما أن بعض قواعده الخاصة أصبحت جزءا من القانون العرفي وعلى مدار المائة عام الماضية فأن صدور المصادر الثنائية للقانون الدولي الانساني والتي يتضمن القانون والعرفي و الاتفاقي أصبح متداخلا و متشابكا الى الحد الذي يجعلنا نقول بأنهم أصبحوا وجهان للعملة واحدة لهذا السبب فأن مسميات (قانون جنيف وقانون لاهي) أسمان مختصران واضافة الى ذلك التتبع التاريخي ثنائي المسار لقانون الصراعات المسلحة[١٦] .

وهناك تطورين أخريين زادا من النظره العامة لمصطلح قانون الدولي الانساني بالتحديد نقصد بذلك الاجراءات المتخذه ضد الجرائم ضد الانسانية وجرائم الابادة الجماعية جاء الاول نتيجة لجرائم الحروب بالرغم من أصبح بعد فئة قائمة بذاتها من الجرائم الدولية والثاني وبالرغم فأنه مقصودا به مواجهة الجرائم ضد الانسانية أخذ هو الاخر شكلا منفصلا ومتميزا من فئات الجرائم الدولية أن الاعراف الموجودة في هذه الجرائم الدولية الرئيسة الثلاثة جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية وجرائم الابادة الجماعية أصبحت

١٤ الدكتور احمد سي علي ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ .

١٥ الدكتور صلاح الدين احمد ،مصدر السابق ، ص ٩٩.

١٦ الدكتور شبر ابراهيم الوادعي ، جرائم ضد الانسانية ، دار العلم ، مصر ، ٢٠١٧ ، ص ١٣٠ .

جزءا من القانون الوضعي القوانين المسلم بها لدى الشعوب[١٧] .

ان الاعراف أستقت ما جاء فيها من عدة مصادر قانونية نجد أنها جاءت متداخلة ومتشابكة من حيث محتواها وسياقها وغرضها ومجال تطبيقيها وأهدافها ومصالحها المحمية فضلا عن هذا الاعتراف تنطوي أيضا على غموض وثغرات يرجع سبب وجودها بصفة أساسية لعاملين أولهما ذلك الظهور العشوائي للقانون الجنائي الدولي .

وثانيهما أن الحكومات المسيطرة على العمليات التشريعية الدولية ليست حريصة تماما على رفع أي لبس أو تداخل وسد الثغرات ويرجع هذا الى أسباب مختلفة وأن كانت أسبابا سياسية وهذه الحقيقة ليست مفاجئة حيت أن فئتين من هذه الفئات الثلاثة وهي الجرائم ضد الانسانية والابادة الجماعية تتم عن عمد من جانب بعض الدول وهذه الحكومات لا ترغب في تجريم ما يقدم عليه كبار المسؤولية فجرائم الحرب قد تأتي أيضا نتيجة لتصرفات أو لسياسة حكومة ولا لكنها غالبا ما تتم من قبل أفراد مقاتلين يتصرفون على هواهم الامر الذي قد يفسر أنه هناك تردد أتجاه تجريم مثل هذه الافعال الاجرامية الفردية أن الجرائم ضد الانسانية والجرائم الابادة الجماعيه تعتبران جرائم دولة في اولا كما أنها في احيانا تعتبر ايضا جرائم حرب حيث أنها تستلزم وجود الدليل لتورط مباشر من لأجهزة الدوله بما فيها والشرطة الجيش والجماعات شبه العسكرية (المليشيات المسلحة) والجهاز الاداري للدولة هذه الجرائم ما زالت تخلف ورائها الكثير من الضحايا .

ومن اهم التطبيقات القضائية لشرط مارتينز في المحاكم الدولية الحكم الصادر من المحكمة الولايات المتحدة الامريكية العسكرية في نورمبرغ بقضية كرب سنة ١٩٤٨ والتي صدر فيها قرار بادانة المتهمين الالمان كونهم ارتكبو جرائم وحشية في المناطق التي احتلتها المانيا في وقتها[١٨].

١٧ الدكتور عادل عزام ، العدوان في القانون الدولي الانساني ، دار الفكر العربي ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٦٧ ومابعدها .

١٨ الدكتور احمد عبيس الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ١٠١ ومابعدها .

المبحث الثاني
أركان العرف الدولي وفقا لشرط مارتينز وقوته الالزامية في القانون الدولي الانساني

ان العرف الدولي كان له دورا بارز في تنظيم جوانب عديدة للحرب ويمنح حماية لفئات واسعة من الاشخاص والتي لايمكن تعرضها لاي عمل عدائي وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى عدة نتناول في المطلب الاول أركان العرف الدولي وفي المطلب الثاني القوة الالزامية للعرف الدولي وفي المطب الثالث نطاق تطبيق العرف العرف الدولي وكالاتي :

المطلب الاول: اركان العرف الدولي

ان العرف قانون ملزم ولكنه غير مكتوب وهذا ما يميزه عن القانون المكتوب الذي تمثل في الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية وقد كان العرف حتى وقت قريب يتمثل المصدر الاساسي لقواعد الدولي فمعظم قواعد القانون الدولي التقليدي قواعد عرفية في البداية وبسبب التطور الذي حدث في ميدان العلاقات الدولية تراجع دور العرف أمام دور كل من المعاهدات وقرارات المنظمات الدولية حيث أحتل هذان المصدران مكان الصدارة في قواعد القانون الدولي خاصة الاقتصادي والانساني والعرف الدولي هو اعتياد أشخاص القانون الدولي على تصرف معين في صورة عمل أو أمتناع عن عمل وثبوت الاعتقاد بإلزامية هذا التصرف أي الاعتقاد باعتبار هذا التصرف قانونيا فالسلوك المتواتر أي تكرار تصرفات معينة المعروف بالسوابق لا يكفي بمفرده لوجود العرف وان اركان العرف كالاتي[١٩].

الفرع الاول: الركن المادي

يعرف بانه السلوك معين من قبل أشخاص القانون الدولي الانساني وينبغي أن يتوافر في هذا السلوك الشروط التالية ؟

١. ينبغي أن يصدر هذا السلوك عن الاجهزة القانونية المختصة بمعالجة الشؤون الدولية حكومية كانت أم دولية (ومن الامثلة هذا السلوك التصرفات الصادرة عن أجهزة الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية)المعينة بالنواحي الدولية (المراسلات الدبلوماسية والتعليمات الحكومية والوزارية والقوانين والاحكام ....الخ) .

٢. ينبغي أن يكون هذا السلوك عاما والمقصود بالعمومية هنا ليس الاجماع أو أن يشمل السلوك مختلف المناطق الجغرافية فمن الممكن أن يكون السلوك متعلقا بمنطقة جغرافية معينة أو خاصا بعدد معين من الدول.

٣. ويجب أن يكون السلوك تبادليا وليس من جانب دولة واحدة فتكرار السلوك من جانب دولة بمفردها لا يكون عرفا.

١٩ الدكتور شبر ابراهيم الوادعي ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

٤. ويجب أن يمتد هذا السلوك فترة زمنية وليس المقصود هنا أن تمتد التصرفات فترة زمنية طويلة أو لمدة معينة فليس هناك تحديد دقيق لهذه الفترة الزمنية وهي مسألة تقديرية تختلف من حالة لأخرى[٢٠].

الفرع الثاني: الركن المعنوي

يعرف بانه ذلك ثبوت الاحساس أو الاعتقاد لدى أشخاص القانون الدولي عند أتباعها على سبيل التكرار لسوابق معينة بأن هذه السوابق ذات قوة قانونية ملزمة وهذا العنصر هو الذي يميز العرف عن المادة لا ترتب أي الزام قانوني على أشخاصها وقد أختلف الفقه الدولي في شأن ضرورة توافر هذا الركن فذهب البعض الى عدم ضرورة وجوده في نشأة العرف في حين أتجه البعض الاخر الى القول بأنه الركن الوحيد لقيام القوانين العرفية وان الركن المادي ليس الا بمجرد وسيلة أثبات واين كان الرأي هذا الركن يعد ضروريا لنشوء القاعدة العرفية وقد عبرت عن ذلك المادة (٣٨) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية عندما أشارت الى العرف الدولي ذكرت أنه المقبول بمثابة قانون ويحتل العرف الدولي من القانون الدولي الانساني مكانا خاصا فقد ساهم في تكوين معظم أحكام وقواعد هذا القانون منذ القدم الامر عبرت عنه الاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي والفقه الدولي أيضا[٢١].

ففي عام ١٨٧٤ أنعقد في بروكسل مؤتمر دولي دعت اليه الحكومة السويسرية وأعتمد الاعلان الدولي بشأن قوانين الحرب واعرافها وهو وثيقة تضمنت أحكاما كثيرة من أجل الحرب البرية أكثر أنسانية الا أنه لم يدخل حيز النفاذ لعدم اكتمال العدد اللازم العدد اللازم من تصديقات الدول لكن أصبح بعد ذلك أحد المصادر التي استخدمت في وضع اللوائح الملحقة باتفاقية عام ١٨٩٩ (الثانية) المتعلقة بقوانين الحرب البرية واعرافها والتي أعدها المؤتمر الدولي الاول للسلام لاهاي[٢٢] .

المطلب الثاني: نطاق تطبيق العرف الدولي

سوف نتطرق الى مجال تطبيق العرف الدولي من حيث الزمان والمكان وكالاتي :

الفرع الاول: نطاق تطبيق العرف الدولي من حيث الزمان

يبدأ تطبيق العرف الدولي من حيث الزمان منذ لحظة اكتساب هذا العرف للصفة

٢٠ الدكتور محمد المجذوب ، القانون الدولي الانساني وشرعية المقاومة ضد الاحتلال ، دار الفكر القانوني ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٣٣ وما بعدها .

٢١ الدكتور امل يازجي ، القانون الدولي الانساني وحماية النساء والاطفال ، دار العلم ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ١٧٨ وما بعدها .

٢٢ الدكتور محمد المجذوب ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥ .

الالزامية أي منذ لحظة اكتساب السلوك أو القاعدة للركن المعنوي وهو توافر نية الاعتقاد بأن هذا السلوك أو هذه القاعدة ملزمة ويجب أتباعها على أساس أنها قانون وذلك أذا نص حكم قضائي دولي قاعدة عرفية معينة أعتبر تاريخ هذا الحكم الحد الادنى لبداية تكوين القاعدة العرفية الجديدة وذلك ما لم يثبت بالطبع نشأتها وتكرينها قبل التاريخ[٢٣].

الفرع الثاني: نطاق تطبيق العرف الدولي من حيث المكان

يختلف نطاق تطبيق العرف الدولي من حيث المكان بحسب طبيعة ونوع هذا العرف فاذا كان عرفا عاما فأن نطاق تطبيقه المكاني يشمل كافة أجراء المجتمع الدولي أي في كل أنحاء العالم أما أذا كان عرفيا إقليميا أي قام ونشأ في ظل مجموعة دول معينة تربطهم رابطة خاصة توجد الاقليم أو وحدة الدين أو الروابط الثقافية فأن هذا العرف يطبق على الدول التي تخضع لهذه الظروف الخاصة بشرط الا يتعارض هذا العرف الاقليمي مع العرف العام باعتبار أن الاخير هو الاشمل والاعم[٢٤].

المطلب الثالث: القوة الالزامية للعرف الدولي

هناك نقاش في الفقه الدولي حول الاساس القانوني لما يتصف به العرف من الزام ومدى سريان هذا الالزام على دول لم تشارك في تكوين القاعدة العرفية ؟ ولعل النقاش في نطاق القانون الدولي الانساني يبدو أكثر سجالا في ظل وجود قاعدة أساسية في أطار القانون الجنائي وهي لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وبتعبير أخر هل يمكن الاستناد الى العرف الدولي في مجال وصف الجرائم الدولية والعقاب عليها في القانون الدولي الانساني ؟

فيما يتعلق في الشق الاول من التساؤل وهو مدى سريان الزام القاعدة القانونية العرفية الى دول لم تشارك في تكوينها فقد برز في الفقه أتجاهان أتجاه يذهب الى العرف لا يلزم الا الدول التي اشتركت في تكوينه والتي ثبت من تصرفات رجاله رضا بالقاعدة القانونية العرفية وهذا الاتجاه يمثل الاقلية الا أن أتجاه الغالب جميع الدول وحتى الدول التي لم تشارك في تكوين القاعدة العرفية ذلك لانه ليس من الضروري أن تشارك في جميع الدول في تكوين القاعدة العرفية كما هو الحال في اصدار أي تشريع داخلي فالقاعدة القانونية في التشريع تصدر أما بالاغلبية النسبية والمطلقة مع وجود من هو غير موافق على ذلك[٢٥] .

٢٣ الدكتور امل يازجي ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ وما بعدها .

٢٤ الدكتور محمد المجذوب ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨.

٢٥ الدكتور محمد سامح عمرو ، القانون الدولي الانساني ، مكتبة القانونية الحديثة ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ٢١١ وما بعدها .

ومـن ثـم لا يمكـن معرفـة الـدول وتحديـد الـدول التـي سـاهمت في تكويـن القاعـدة العرفيـة ومـع ذلـك فأنـه لا يمكـن تجاهـل رضـا الـدول بالقاعـدة العرفيـة بصـورة مطلقـة وكـما يمكـن للـدول أن تعـبر عـن رضاهـا حـال تكويـن القاعـدة القانونيـة العرفيـة وكذلـك يمكنهـا أن تبـدي رفضهـا حـال تكويـن القاعـدة وفي حالـة عـدم تحقـق ذلـك ينسـب اليهـا الرضـا الضمنـي لـذا يمكـن أن نسـتخلص أن القاعـدة العرفيـة تـسري عـلى جميـع الـدول .

أمـا في يتعلـق في الشـق الثـاني مـن التسـاؤل حـول أمكانيـة تطبيـق القاعـدة العرفيـة في القانـون الـدولي الانسـاني مـع وجـود قاعـدة (لا جريمـة ولا عقوبـة الا بنـص)في النظـام القانـوني الداخـلي وهـل يمكـن سريـان هـذه القاعـدة في نطلـق القانـون الـدولي الانسـاني وفي ثـم هـل يشـترط للتجريـم والعقـاب وجـود نـص مكتـوب ؟.

نقسـم الفقـه الى أتجاهـين رئيسـيين أتجـاه يشـترط وجـود نـص للتجريـم والعقـاب وأنـه لا يجـوز الحكـم بالإدانـة عـلى فعـل غـير منصـوص عـلى أنـه جنايـة أو جنحـة دوليـة لانـه لا يجـوز توقيـع العقـاب عـلى أي جريمـة دوليـة بعقوبـات لم يكـن منصـوص عليهـا في تشريـع دولي وقـت ارتكابهـا .

ويـرى أتجـاه أخـر أنـه يمكـن أن يسـتند التجريـم والعقـاب الى العـرف أي أنـه لا يشـترط في القانـون الـدولي وجـود نـص مكتـوب بهـذه المسـألة ويؤيـد قسـم مـن الكتـاب هـذا الاتجـاه مستشـهدا بهـذا محاكـما نورمـبرغ الـذي أستشـهد الدفـاع بمبـدأ عـدم المحاسـبة بأثـر رجعـي حيـث ردت المحكمـة بـأن قانـون الحـرب لا يسـتمد في المعاهـدات فحسـب بـل مـن الاعـتراف وممارسـات الـدول التـي اكتسـبت تدريجيـا اعترافـا عالميـا ولقـد بذلـت اللجنـة الدوليـة للصليـب الاحمـر جهـودا كبـيرا للبحـث في القواعـد العرفيـة في القانـون الـدولي الانسـاني[٢٦] .

٢٦ الدكتور محمد سامح عمرو ، مصدر سابق ، ص ٢١٣ وما بعدها

الخاتمـــــــــة

قد خلصنا من هذا البحث المتبع به المنهج التحليلي الوصفي الى مجموعة من النتائج والمقترحات التي يمكن أجمالها بالاتي.

أولا : الاستنتاجات:

١. يعتبر العرف الدولي من اقدم المصادر في القانون الدولي الانساني بل انه يعتبر اساسا لشرط مارتنز قبل عام ١٨٩٩ وقبل النص الاتفاقي بين الدول .

٢. هناك عدة عوامل ساعدت في نشوء العرف الدولي وهي عديدة وابرزها التعليمات التي يصدرها قادة العسكر في الميادين القتل والحروب .

٣. ان اهم تطور طرا على العرف الدولي هو تقنين القواعد العرفية في اتفاقيات جنيف الاربعة ١٩٤٩ والبرتوكولان سنة ١٩٧٧ .

٤. ان للعرف دولي نطاقا مكاني وزماني معا في سبيل تحديد نطاق سريانه على دول في ظل القانون الدولي الانساني .

٥. أن أهم الركائز الاساسية والقانونية التي يقوم عليها شرط مارتينز هي المبادى الانسانية اولها والعادات الراسخة ثانيها والضمير العام ثالثها .

٦. أن شرط مازتينز يطبق على كافة الاطراف في حالة النزاع سواء كانوا اطراف في الاتفاقيات التي ورد فيها شرط أو كانوا ليس كذلك .

ثانيا : الاقتراحات

١. نقترح على المشرع الدولي ان يتم تقنين كل الاعراف الدولية القديمة والحديثة كنصوص اتفاقية حتى تكون ملزمة للدول اذا كان فيها نفعا للبشر في زمن السلم والحرب .

٢. نقترح على المشرع الدولي اعطاء اهمية اكبر للعرف الدولي عند فض النزاعات الدولي امام المحاكم الدولي المختصصة كونه اسبق من الاتفاقيات الدولية من حيث النشوء والتطبيق ومن اهم تلك الاعراف الدولية شرط مارتينز .

٣. نقترح على المشرع الدولي مراعاة الدولي ضعيفة امام الدول القوية في مجالات تطبيق الاعراف الدولية عليها .