

الأصل المفهومي و الأصل البنيوي للقانون الدولي العام

د. زهير الحسني

المقدمة

نشأت قواعد القانون الدولي الوضعي في قانون الحرب *jus in bello* عندما كانت الحرب من أكثر وسائل الاتصال بين الشعوب . وفي البدء كان مصير أسير الحرب الاسترقاق أو القتل لانه عنصر من ع ناصر الجهد الحربي للمعدو يصعب قيده في ظل أوضاع الحرب في العصور الوسطى . ولذا فانه عبء ينبغي التخلص منه وحرمانه من أية حماية، بل هكذا كان شأن الأجنبي غير المحارب في قانون روما .

ولكن المسيح عليه السلام قد حرم الحرب فامتنع المسيحيون عن أداء الخدمة العسكرية في روما مما أثار غيظ الحكام عليهم وحرق نيرون أحياءهم في المدينة سنة ٦٤ للميلاد . وحرّم على اليهود كما على المسيحيي ن نشر معتقداتهم ما بين ٢٠٢ الى ٣١٣ للميلاد حتى صدور قرار ميلانو بالسماح للمسيحيين ممارسة شعائرهم الدينية علانية . ولم تعتنق روما المسيحية الا في نهاية عهد الإمبراطور كونستان حوالي ٣٣٧ للميلاد .

وسعى من روما لتوحيد المدينة والسيطرة على الأقاليم المجاورة ، فكان لابد من تبرير الحرب وابطاحتها . وتم ذلك على يد سان اوغسطين (٣٤٠-٣٥٤) الذي شرّع الحرب العادلة *jus fetiale* التي تبيح للمسيحيين شنّها على غير المسيحيين ، بينما لا تكون الحرب عادلة إذا جرت بين المسيحيين، إلا إذا كانت ردا على حرب غير عادلة وبإذن الكنيسة أو لغرض الحصول على تعويضات .

وبذلك اعتبر الانتقام **represailles** مشروعاً باعتباره رداً على عمل غير مشروع.

وهكذا عادت الحرب من جديد كوسيلة للصراع بين الأمراء رغم محاولات الكنيسة للحدّ منها بإعلان هدنة الرب **treve de Dieu** المقررة لبعض الأيام في السنة وسلام الرب **paix de Dieu** الذي يحرم مهاجمة أماكن العبادة والحجاج. وعاد الأسير ليكون عرضة للاسترقاق أو القتل كضرورة من ضرورات السياسة التي تسكت القانون عند الحرب **inter arma silent leges**. وبذلك أضحي الأسير مجرداً عن الحماية التي تقتضيها الأديان التي تنظر إلى البشر كأخوة في الدين فإن لم يكونوا فهم نظراء في الخلق ، فكلهم لآدم وادم من تراب.

وعندما جاء الإسلام يدعو بالحكمة والموعظة الحسنة، تعرض المسلمون للاضطهاد في مكة كما تعرض له المسيحيون سابقاً في روما . فاضطروا للهجرة إلى يثرب فلحققتهم قريش في بدر . ولم يكن الرسول محمد (ص) مأذوناً له بالحرب وكان لابد من المواجهة . فنزلت آية " أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وأن الله على نصرهم لقدير " ٣٩/الحج. فكانت الحرب دفاعية وبقيت هكذا في النصوص اللاحقة التي منها : " وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين " ١٩٠/البقرة . ومنها : "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وأتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين " ١٩٤/البقرة.

وكانت معركة بدر في السنة الثانية للهجرة مدعاة لقيام أول قاعدة في أنسنة قانون الحرب حيث قضى القرآن الكريم بأنه " ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم " ٦٧،٦٨ /الأنفال . والإثخان هو القتل فليس للنبي أن يقتل الأسرى كما أفتى عليه

بعض الصحابة وهنا مورد العتب في هذه الآية . وفضل النبي (ص) أخذ الفداء وكان هذا هو حكم الإسلام الذي أوضحه لاحقاً قوله تعالى : " فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها " ٤/القتال . أما وجه العتب الآخر في الآية ٦٨ فهو أخذ الفداء قبل نزول القرآن في الآية الأخيرة.

ومن هنا يكمن الفرق بين المسيحية الأولى التي حرمت الحرب وبين المسيحية السياسية التي أباحت الحرب فيما بعد ولكنها حرمت الأسير من الحماية، كما يكمن الفرق بين هذه المسيحية وبين الإسلام الذي كره الحرب فأقر الحرب الدفاعية ولكنه أقر حماية الأسير من القتل : "كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لا تعلمون " ٢١٦/البقرة

وأوضح ذلك أثناء الحروب الصليبية التي بدأت الحملة الأولى منها في سنة ١٠٩٥ وانتهت الحملة الأخيرة منها في سنة ١٢٧٠، حيث تجلت مبادئ الفروسية والتسامح لدى المسلمين مقابل القسوة التي ابداهها الصليبيون، عندما انحرفت الحملات الصليبية عن المبادئ التي أعلنتها ، وأصبحت وسيلة للاحتلال وارتكاب المذابح في أوساط المدنيين بما فيهم الحجاج.

وتتميز التاريخ الدبلوماسي خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر بالحروب الدينية بين الأمراء الأوربيين وخاصة حرب المائة عام التي دارت بين ١٣٣٧ - ١٤٥٣ والتي عرفت بشدتها التي لم تتغير حتى مع عصر النهضة وظهور الدول الحديثة وضمور نفوذ الكنيسة . فلم يحظ الاسير بمركز قانوني لا في كتابات فيتوريا ١٤٨٠-١٥٤٦ ولا سواريس ١٥٤٨-١٦١٧ ولا غروسيوس ١٥٨٣-١٦٤٥ وهو الملقب بأبي القانون الدولي الحديث رغم اطلاعه على الفقه الاسلامي خلال فترة اقامته في الاستانة.

ولم يظهر "مفهوم" أسرى الحرب في القانون الاوروبي الحديث الا بعد منتصف القرن السابع عشر وبعد حرب الثلاثين التي انتهت بمعاهدتي مونستير وأوسنابروك المعروفتين بمعاهدة وستفاليا في ١٢ و ٢٤ /١٠/ ١٦٤٨ اللتين أنهتا سلطة كلا من البابا والامبراطورية الجرمانية وظهور الملكيات الجديدة التي أقرت الحرية الدينية ومبدأ المساواة بين الدول. وفي أثناء هذه التطورات السياسية أوضحت كتابات مونتسكيو ١٦٨٩- ١٧٥٥ وجان جاك روسو ١٧١٢-١٧٧٨ ، أن الحرب هي علاقة بين دولة ودولة وإن الامتيازات التي يمنحها قانون الحرب للمتحاربين في مواجهة المقاتلين تقتصر على منع المقاتلين من الاستمرار في العمليات العدائية وليس قتلهم. الا ان تقدما حصل على صعيد القانون الوضعي حين جعل قرار الجمعية الوطنية الفرنسية الصادر في ٤/٥/١٧٩٢ أسير الحرب تحت حماية الشعب الفرنسي ومنع المعاملة السيئة والأعمال القاسية التي ترتكب ضده . وأقر المبدأ نفسه في مدونة لبير الصادرة بموجب الامر العام رقم ١٠٠ في ٢٤/٤/١٨٦٣ أثناء حرب الانفصال الامريكية.

اما في القانون الدولي الوضعي فان مفهوم الاسير بقي خاضعا لتقدير الدول المتحاربة بحيث ان مصير الاسير يتوقف على مجريات العمليات الحربية ونتائج المعارك في الميدان من دون حقوق تضمن بقاءه على قيد الحياة . ومن هنا بدأ التفكير في حمايته من القتل في اول محاولة للاصل المفهومي للحماية في القانون الدولي العام . ولم ينتقل الاسير من مرحلة المفهوم الى النظام القانوني الذي يحمي الاسير من القتل او الاسترقاق الا في ظل القان ون الدولي الاتفاقي حيث اقرت اتفاقية جنيف الاولى في ٢٢/٨/١٨٦٤ بشأن تحسين مصير العسكريين الجرحى في الميدان ولاول مرة ، النظام القانوني لاسير الحرب والتي اوضحت فيما بعد الركن المادي للقاعدة العرفية لهذا النظام وذلك بحماية الاسير وعدم قتله ولا معاملته بقسوة.

وعملا بذلك تم تنفيذ حكم الاعدام بالكابتن wirz في ١٨٦٤ بسبب قتله اسرى الحرب الجنوبيين في مدينة Andersonville في جورجيا اثناء حرب الانفصال الامريكية.

اما على الصعيد الدبلوماسي فقد دفعت اليابان تعويضات لثلاث عشرة دولة قدرها اربعة ملايين ونصف من الدولارات الامريكية عن ضحايا الحرب وذلك بموجب الاتفاق المبرم مع الحلفاء في ١٩٥٤/١١/٣٠. اما ألمن وهو اطلاق سراح الاسير من دون مقابل فلم يعمل به الا بعد صدور المرسوم الامبراطوري الفرنسي في ١٨١١/٨/٤ وادرج بلانحة لاهاي الملحقة باتفاقية لاهاي الرابعة في ١٩٠٧/١٠/١٨. وفي اثناء الحرب العالمية الاولى أبرمت عدة اتفاقات بين المتحاربين لحماية الاسرى منها الاتفاق الانكلو- الماني في ١٩١٧/٧/٥ والاتفاق الانكلو- تركي في ١٩١٧/١٢/٢٨ والاتفاق الفرنسي الالماني في ١٩١٨/٤/٢٦ والاتفاق الامريكي الالماني في ١٩١٨/١١/١١.

ويقوم النظام القانوني الوضعي على ان الاسر ليس تدبيراً قمعياً وانما هو اجراء احتياطي ازاء المحارب الذي يتخلى عن سلاحه فلا يعد عند ذلك عنصراً محارباً. ووجه ذلك ان الحماية المطلوبة للاسير ليست جزءاً من الاعمال العدائية بل هي فجوة gap تقع بين الحرب والسلم . فالخارج عن دائرة القتال بسبب عجزه او جرحه او مرضه او بسبب وقوعه في قبضة الخصم ، انما يخرج من نطاق المجهود الحربي للعدو . وتعتبر عملية الاسر مصداقاً لذلك . وعلى هذا الاساس يتمتع الاسير بالحماية القانونية الدولية في حقه في الحياة وفي المعاملة الانسانية.

وهكذا ظهر تعبير الاسير كمفهوم قانوني مجرد د قبل ان يتخذ مركزاً قانونياً محدداً يبين ما يترتب له من حقوق او يفرض عليه من واجبات . ذلك ان لأية واقعة قانونية ملامح عامة تبدو مظاهرها عند بدء التعا مل معها ثم تتطور هذه الملامح لتأخذ شكل اطار قانوني معين تترتب ازاءه جملة من الالتزامات

النافذة في مواجهة من تخاطبه هذه الواقعة. وهذا يعني ان الواقعة القانونية تمر في مرحلتين، احداها المفهوم القانوني والثاني البنية القانونية. ولا بد من ان ترتبط هذه الواقعة عند نشوئها بواحد من مصادر الالتزام او القاعدة القانونية. اما الالتزام فمصدره الاتفاق او الارادة المنفردة او العمل غير المشروع يضاف الى ذلك الاثراء بلا سبب والقرارات الملزمة الصادرة عن المنظمات الدولية . اما مصادر القاعدة القانونية فهي المعاهدات و العرف و المبادئ القانونية العامة المشتقة منها.

ولكن تعبير مصادر القاعدة القانونية يثير الغموض في كتابات المؤلفين بسبب الخلط بين المصادر الشكلية (الرسمية) والمصادر الموضوعية (المادية). ففي علوم القانون يؤخذ بالمصادر الشكلية (الرسمية) لان القانون الدولي الوضعي هو قانون ارادي يقتضي ان اشخاصه لا تلتزم الا بناء على ارادتها الصريحة المعبر عنها بالقانون الدولي الاتفاقي او على ارادتها الضمنية المعبر عنها بالقانون الدولي العرفي. وبالنظر لغياب المشرع الدولي يصبح الكلام عن أي مصدر اخر مستقل بحد ذاته للقاعدة القانونية الدولية من غير المعاهدات والعرف نوعا من التمني . وقد سبق ان اوضحنا في كتابنا مصادر القانون الدولي العام بان المادة ٣٨ / ١/ ج تخص المبادئ العامة للقانون المقارن لامبادئ القانون الدولي العام. اما ما يعلن من مبادئ عامة في العلاقات الدولية من خلال قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدبلوماسية فانها يمكن ان تكون عنصرا من عناصر الركن المادي للقاعدة العرفية ولكنها لاتنال العقيدة القانونية *opinio juris* إلا بعد العمل بها من قبل الاغلبية الساحقة لاشخاص القانون الدولي . ولا يمكن الزام هذه الاشخاص بهذه المبادئ في حد ذاتها باعتبارها قواعد قانونية لان القانون الدولي قانون بين الدول وليس قانونا فوق الدول حيث لاتوجد سلطة تشريعية تفرض ارادتها على الدول. وما زالت بعض المبادئ العامة في القانون الدولي محل أخذ ورد لعدم وجود تعامل مضطرد بشأنها

كالقاعدة الأمرة والتراث المشترك للإنسانية وحسن النية وحسن الجوار والالتزام بالتفاوض لحل المنازعات الدولية.

ولكي يتضح دور العرف في القانون الدولي العام عموماً وفي القانون الدولي الإنساني خصوصاً، ينبغي التمييز بين ما هو من القانون العرفي من جهة وبين القانون الدولي الاتفاقي من جهة أخرى وذلك بالتمييز بين المفهوم في القانون الدولي والبنية القانونية الدولية للواقعة القانونية الدولية كما لاحظنا ذلك من التطور القانوني لمركز الأسير و فيما يأتي:

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

ب. البنية القانونية **Structure juridique**. هي الواقعة القانونية التي تحدد نطاق الحقوق والالتزامات الناجمة عن المفهوم القانوني. فالأسير مفهوم قانوني مجرد بينما تعتبر حماية الأسير بنية قانونية ذات مركز قانوني محدد للمفهوم القانوني للأسير . واذا كان المفهوم القانوني قائماً على تصور عام مجرد لا يقيد الدول بالتزامات محددة، فإنه يمكن أن يستند على أساس عرفي . بينما يندر أن يقوم المركز القانوني للبنية القانونية على أساس عرفي لان تحديد نطاق حقوقه والتزاماته لا يتم الا باتفاق صريح بين أشخاص القانون لكي تكون على علم مسبق بما يترتب عليها من حقوق والتزامات حتى يمكن لها

أن تتصرف بموجبها إزاءه . ومن المفارقة ان نلاحظ ان البنية القانونية للمركز القانوني للاسير قد ظهرت في القانون الوضعي من خلال القانون الداخلي ابتداءا كما ظهر من قرار الجمعية الوطنية الفرنسية لسنة ١٧٩٢ ومدونة لير لسنة ١٨٦٣ بينما تأخر ظهوره في القانون الدولي الاتفاقي حتى معاهدة الصداقة بين الولايات المتحدة وبروسيا في ١٠/٩/١٧٨٥ ووصولاً الى اتفاقية جنيف الاولى لسنة ١٨٦٤ .

والظاهر ان الغالب في القواعد القانونية الدولية انها تبدأ في شكل مفهوم قانوني من خلال نظريات أو مقترحات دبلوماسية أو قوانين وطنية ثم تدخل القانون الدولي الاتفاقي في شكل بنية قانونية. فمفهوم الأسير ظهر في كتابات مونتسكيو وجان جاك روسو والبحر الاقليمي بدا من خلال ابحاث بنكرشوك في ١٧٠٣ وجلياني في ١٧٨٣ والبحر العالي وضح في كتابات غروسيوس في ١٦٠٩ والمنطقة الاقتصادية الخالصة برزت في تصريحات ممثلي كينيا وكولومبيا ومن خلال منظمة الوحدة الافريقية بين ١٩٧١/١٩٧٣ اما المنطقة الدولية الواقعة خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية فقد أعلنت أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة بتصريح أرفيد باردو في ١٩٦٧ وهكذا.

وزبدة القول، ان المفهوم القانوني يدخل في القانون الوضعي من خلال القانون الاتفاقي أو القانون العرفي على حدّ سواء بالنظر لع دم ترتيبه التزامات دولية بتحقيق غاية على الدول، اما البنية القانونية فانها تثير حفيفة الدول إزاءها لما ترتبه من التزامات معينة تؤثر على اختصاصاتها الوطنية، مما يقتصر دخولها في القانون الوضعي على القانون الاتفاقي دون القانون العرفي وذلك لكي تعلم الدول مسبقا حدود ما يترتب على هذا البنية القانونية من حقوق والتزامات في مواجهتها . ومن المعلوم أن مفهوم التراث المشترك للانسانية للمنطقة الدولية خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية قد قبلته الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة ٢٧٤٩ في ١٧/١٢/١٩٧٠

الخاص باعلان المبادئ التي تحكم نظام قاع البحار والمحيطات خارج الولاية الوطنية للدول الساحلية . اما البنية القانونية لهذا النظام فلم تدخل القانون الوضعي بسهولة وكاد عدم الاتفاق عليها ان يؤدي الى فشل مؤتمر الامم المتحدة الثالث لقانون البحار لولا محاولات التوفيق التي ادت الى التوقيع على اتفاقية مونتيفو باي في ١٠/١٢/١٩٨٢ . ولكن رفض الولايات المتحدة وغيرها هذه الاتفاقية حال دون دخولها حيز النفاذ، الأمر الذي أدى الى قيام مشاورات غير رسمية في ١٩٩٠ أدت الى إبرام الاتفاق التنفيذي بتاريخ ٢٨/٧/١٩٩٤ الذي يقضي بدخوله حيز النفاذ المؤقت في ١٦/١١/١٩٩٤ ودخول الاتفاقية حيز النفاذ بموجبه، وذلك بعد تعديل الجزء الحادي عشر منها تحقيقا لرغبات الولايات المتحدة والدول البحرية الكبرى في تغيير البنية القانونية للنظام المذكور في نصه الاصلي قبل التعديل بما يحقق مصالحها الوطنية.

وقد ظهر هذا التطور في الاصل المفهومي و الاصل البنوي في القانون الدولي العام من خلال القانون الدولي الانساني بالنظر لقدم قانون الحرب ، ولذا فان البحث عن مصادره خارج القانون الدولي الاتفاقي يثير مشاكل عملية مناطها ان القانون الدولي الانساني قام على اساس ا تفاقي وهو مستمر على هذا الاساس لحد الان في الاقل . واما على نطاق القانون الدولي الجنائي المرتبط اساسا بالقانون الدولي الانساني، فان البحث فيه يقتضي معرفة موقف المحاكم الدولية من مصادره من خلال كل من الاصل المفهومي والاصل البنوي مما يستدعي دراسة الموضوع من جهة القانون الدولي العام على وجه العموم (مبحث اول) ومن جهة القانون الدولي العام على وجه الخصوص (مبحث ثاني).

المبحث الاول

الاصل المفهومي والاصل البنوي في القانون الدولي العام

على وجه العموم

نميز في الاصل المفهومي والاصل البنيوي للقانون الدولي العام بين القانون الاتفاقي والقانون العرفي في فرعين:

الفرع الاول

القانون الدولي الاتفاقي

بدأ هذا القانون باتفاقية جنيف الاولى في ١٨٦٤/٨/٢٢ بمبادرة لجنة الصليب الاحمر السويسرية لعقد مؤتمر دبلوماسي لحماية العسكريين الجرحى في الميدان. هذا على صعيد قانون جنيف . اما قانون لاهاي فتعود بدايته الى تصريح باريس في ١٨٥٦/٤/١٦ بشأن الحرب البحرية وحدود تسليح السفن التجارية وتنظيم الحصار البحري ثم الى اعلان سان بتسبرغ في ١٨٦٨/١٢/١١ بشأن تحريم الرصاص المتفجر وتحديد عياره باربعمئة غرام . بينما لم ينل تصريح بروكسل في ١٨٧٤/٨/٧٢ بشأن تحديد اصناف المقاتلين المشمولين بالمركز القانوني لأسرى الحرب درجة الالتزام لانه لم ينل التصديق الكافي من قبل الدول الاطراف، وحال ذلك دون بلوغه القاعدة الدولية العرفية. والملاحظ في هذه المرحلة من تطور القانون الانساني ان المجموعة الدولية سعت الى تحديد الالتزامات الدولية ازاء المشاكل العملية التي خلقتها الحروب الدموية خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر بسبب القوة التدميرية العالية للأسلحة النارية الجديدة من جهة وبسبب توسع ميدان المعارك ليمتد خارج نطاق المقاتلين ليشم ل الدولة المحاربة في جميع ارجائها ومرافقها من جهة اخرى، مما دفع الدول الى وضع قيود على المقاتلين سواء على صعيد وسائل الحرب او على طرقها وذلك من خلال الاتفاقيات المبرمة في باكورة نشوء القانون الانساني باعتبارها الم صدر البنيوي في القانون الاتفاقي . اما القانون العرفي فقد اخلى الساحة القانونية للقانون الاتفاقي حيث حثت

اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدول الي الانخراط في مؤتمرات دبلوماسية لابرار معاهدات شكلت ما يسمى بقانون جنيف.

الفرع الثاني

القانون الدولي العام العرفي

يكاد يكون من المسلم به فقها ان قانون الحرب بفرعيه، قانون لاهاي وقانون جنيف، هو قانون عرفي أو هكذا يقول الفقهاء^(١)

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

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

بشأن تسليح السفن التجارية ملزما عرفا فما معنى رفض الولايات المتحدة والصين وغيرهما لهذا التصريح^(١)

ولكي يكتسب المفهوم القانوني البنية القانونية فلا بد من تصرفات قانونية دولية تحدد نطاق حقوق والتزامات هذا المفهوم وذلك بموجب القانون الدولي الاتفاقي الذي يمكن ان يتحول الى القانون الدولي العرفي بشيوع التصرفات القانونية الناجمة عنه على نطاق واسع حتى يكون نافذا في مواجهة الجميع *Erga omnes* ، حيث تنخرط الدول الباقية خارج القانون الاتفاقي فيه من خلال نشوء القاعدة العرفية وذلك من خلال اجتماع عنصري هذه القاعدة على مرحلتين وبالشكل الاتي:

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

ويعتبر أثر هذه البنية القانونية أثرا نسبيا مقتصرًا على الدول الاطراف في المعاهدة المنشئة لها بموجب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وتعتبر هذه البنية

(١)(Rousseau. p. 221).

بمثابة ركن مادي لقاعدة عرفية في مرحلة الن شوء شأنها شأن التصرفات القانونية الدولية الانفرادية وهذا هو الركن الاساسي لهذه القاعدة. المرحلة الثانية . شيوع التصرفات القانونية الدولية النسبية الاثر . وهو توالي التعامل الدولي بالتصرف القانوني نسبي الاثر ليمتد الى الاشخاص الدولية التي بقيت خارج هذا التعامل والتي لم تعرب عن معارضتها لهذا التصرف القانوني بل فضلت السكوت والترقب . وكلما تضاعل عدد الاشخاص غير المعارضة كلما اقتربنا من درجة التواتر وينقلب الالتزام النسبي الاتفاقي عند ذاك الى التزام عام يسري في مواجهة الاقلية الصامتة حيث يعتبر صمتها بمثابة قبول acquiescement. ولذا فلا غرابة في القول ان العرف هو سرعان التصرف القانوني في مواجهة " الاقلية " وليس في مواجهة " الاكثرية " لان الاخيرة قد التزمت ابتداء بهذا التصرف القانوني وبفضلها وصل التعامل به درجة العرف. وقد اوضحنا تحليلنا هذا في دراستنا عن مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في المجلة المصرية للقانون الدولي لسنة ١٩٨٩ .

وبناء على ذلك اعتبرت محكمة نورمبرغ ان اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ نافذة في مواجهة جيكوسلوفاكيا رغم عدم توقيعها على تلك الاتفاقيات وذلك لانها اضحت قانونا عرفيا وذلك في حكمها في ١٠/١/١٩٤٩ وبالرغم من شرط التضامن si omnes الوارد في اتفاقيات لاهاي المذكورة والذي يقضي ان الالتزام بالعمل بالاتفاقية من قبل طرف فيها ازاء الغير متوقف على مدى التزام الغير بها. وبذلك ايضا حكمت المحكمة الدولية للشرق الاقصى في طوكيو في قضية hirota في ١٢/١١/١٩٤٨ .

وإذا كانت محكمتا نورمبرغ وطوكيو قد حكمتا بالطبيعة العرفية لقواعد معينة في اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ وهما محكمتا المنتصرين، فاننا لانجد في احكام هاتين المحكمتين اشارة الى قانون جنيف والقواعد العرفية فيه . ووجه ذلك انه اذا كانت كثير من قواعد قانون لاهاي تتضمن قواعد قانونية عامة

"مفهومية" كقواعد عرفية بسبب هذه المفهومية، فان اكثر قواعد قانون جنيف تتضمن احكاما تفصيلية تحدد مراكز قانونية " بنويوية " لاتعرف الا من خلال القانون الدولي الاتفاقي التي عادة ماتكون عرضة للتحفظات التي بطبيعتها تحول دون بلوغ هذه القواعد الاتفاقية الدرجة ال عرفية، لان التحفظات تمنع سريان القواعد المتحفظ عليها في مواجهة الدول المتحفظه من جهة وان التعامل الدولي غير المتناسق وغير المطرد يحول دون قيام القاعدة الدولية العرفية من جهة اخرى.

المبحث الثاني

الاصل المفهومي والاصل البنويوي في القانون الدولي العام

على وجه الخصوص

يمكن التمييز في الاصل المفهومي والاصل البنويوي في القانون الدولي العام بين مشكلتين، هما الركن الشرعي للقانون الدولي الجنائي من جهة والمبادئ العامة للقانون الانساني من جهة اخرى.

الفرع الاول

الركن الشرعي للقانون الدولي الجنائي

بالنظر لعدم وجود مشرع دولي وبالتالي عدم وجود مدونة جنائية دولية، فقد سعى الفقه الى الدعوة الى اقامة الركن الشرعي للجرائم الدولية على القانون العرفي وخاصة بعد النقد الموجه لمحكمة نورمبرغ من ان احكامها لم تستند الى نصوص تجريمية دولية. وذكر Glaser ان كل مخالفة تستمد خصوصيتها بعدم الشرعية او الجرمية من العرف الدولي بالدرجة الاولى وليس من القانون الدولي الاتفاقي فقط ، كما هو مقرر في المادة ٦ من النظام الاساسي لمحكمتي

نورمبورغ وطوكيو والمادة ٥ من النظام الاساسي لمحكمة طوكيو .فجرائم الحرب المذكورة فيهما هي انتهاكات قوانين واعراف الحرب^(١).

ويبرر Glaser قوله الذي لا يخلو من فلسفة بان القانون الدولي الجنائي ، قانون عرفي لانه يستمد وجوده من العقل والقيم والعدالة العليا ومصادره المعاهدات والمبادئ العامة والفقه والقضاء وهو فوق ارادة الدولة وان مبدا الشرعية (لاجريمة ولاعقوبة الا بنص) لا ينطبق على القانون الدولي الجنائي^(٢).

ورغم زوال مسوغات هذه الدعوة بابرام اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ والملحقين الاضافيين لسنة ١٩٧٧ والاتفاقيات الجماعية الاخرى الخاصة بالجرائم الدولية، فان الفقه ما زال مغرما بمفهوم القانون الجنائي العرفي كما يظهر من كتاب تيودور ميرون بعنوان (حقوق الانسان والمعاهدات الانسانية باعتبارها قانونا عرفيا. منشورات جامعة اوكسفورد ١٩٩١).

الا ان التعامل القضائي الدولي لا ينحو منحى الفقه ويعمل وفق السياسة الجنائية المقررة في القانون الجنائي المقارن التي تقوم على التفسير الضيق للانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني الواردة في القانون الاتفاقي .وستتناول تحليل كل من التفسير الواسع والتفسير الضيق للقانون الدولي الجنائي لدى الدائرة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا فيما ياتي:

المطلب الاول

التفسير الواسع للقانون الجنائي الدولي

(١) Stafan Glaser :Introduction a l'etude du Droit international penal. Bruylant.Sirey. 1954.p.37

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

حاولت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا الاستناد الى المفهوم العرفي للركن الشرعي في قضية المدعي العام ضد Tadic لسنة ١٩٩٥ بشأن الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ وذلك بالعمل على تطبيق المادة ٢ المشتركة لهذه الاتفاقيات الخاصة بالنزاع المسلح الدولي على النزاع المسلح غير الدولي عملا بالتفسير الغائي للنصوص لغرض تجريم Tadic. ولكن دائرة الاستئناف في المحكمة رفضت هذا التوسع بالتفسير والزمّت المحكمة الابتدائية بالتقيد بادانة ا لمتهم بموجب المادتين ٣ و٥ من النظام الاساسي للمحكمة فقط لعدم وجود عرف دولي بالعمل بالمادة ٢ المشتركة في النزاع المسلح غير الدولي وحصره بالنزاع المسلح الدولي فقط . وبناءا عليه حكمت الدائرة الاستئنافية في المحكمة في ١٩٧٧ بعدم تطبيق احكام الانتهاكات الخطيرة عليه والاقتصار بالحكم عليه باحكام النظام الاساسي للمحكمة. (١)

وهكذا قطعت دائرة الاستئناف الطريق امام الدائرة الابتدائية من بناء حكمها على الركن الشرعي العرفي واحترام قاعدة لاجريمة ولا عقوبة الابنص وهي القاعدة التي كرستها الصكوك الدولية ومنها المادة ٢٢ الفقرة ١ و٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع عليه في روما في ١٧/٧/١٩٩٨..

اما مبررات حكم الغرفة الابتدائية للمحكمة الدولية الجنائية ليوغوسلافيا سابقا لادانة Tadic Dusco فقد قام على اساس ارتكابه انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الانساني ضد مسلمي البوسنة وذلك في حكمها في ١٠/٨/

(١)Natalie Wagner.The development of the grave breaches regime and individual criminal responsibility by the international criminal tribunal for the former Yugoslavia.International review of The Red Cross .no .850.2003.p. 372.

١٩٩٥ بتطبيق مفهوم الانتهاكات الخطيرة الوارد في المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة المنقول عن المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ والخاص بالنزاع المسلح الدولي، على النزاع المسلح غير الدولي و تفسير هذه المادة تفسيراً موسعاً على اساس عرفي . وهذا مما يجعل المحكمة مؤهلة للقول بان هذا المفهوم وارد في هذه المادة على اساس انه اعلان declaratoir لقانون دولي عرفي مطبق على النزاع المسلح غير الدولي . بل ان المواد ٢ و ٣ و ٥ من النظام الاساسي تؤهل المحكمة الحكم بناءً على هذا المفهوم دون الحاجة لوجود نزاع مسلح دولي او حتى تحديد طبيعة النزاع الدائر في البوسنة والهرسك^(١).

ووجه استدلال الغرفة ان النزاع في منطقة Prijedor هو نزاع مسلح غير دولي لان جيش حكومة يوغوسلافيا الاتحادية قد انسحب فعلاً من البوسنة والهرسك اعتباراً من ١٩/٥/١٩٩٢ وانه اعتباراً من ذلك التاريخ لاتمارس هذه الحكومة رقابة فعالة على صرب البوسنة ش أنها في ذلك ش أن الوضع في نيكارغوا حينما رفضت محكمة العدل الدولية في حكمها في ٢٦/٦/١٩٨٦ في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارغوا اعتبار الكونترا خاضعة لرقابة الولايات المتحدة وان النزاع هناك كان نزاعاً مسلحاً غير دولي. وحيث ان النزاع المسلح غير الدولي محكوم ابتداءً بالمادة ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ وان هذه المادة لاتنص على المسؤولية الجنائية للانتهاكات التي تؤكّب فيه، ولكي تتمكن المحكمة من ادانة tadic فان على المحكمة ان تنقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة الى نطاق المادة ٣ المشتركة لكي تؤسس مسؤوليته الجنائية لانتهاكه المادة ٣ من النظام الاساسي للمحكمة. وتوصلاً الى هذه النتيجة تبنت الغرفة مفهوم الركن الجنائي

(١)prosecutor v. Tadic. Decision of the defence. Tadic Jurisdiction.10. 8. 1995 par.46-83)

العرفي بالنظر لعدم اشتمال المادة ٣ المشتركة على مفهوم الانتهاكات الخطيرة

المطلب الثاني

التفسير الضيق للقانون الجنائي الدولي

وخلافا لمذهب الغرفة الابتدائية المتقدم ، نقضت محكمة الاستئناف حكم الغرفة مبينة ضرورة التمييز بين النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير الدولي لمعرفة القانون الواجب التطبيق من جهة وان تدخل دولة اجنبية في نزاع مسلح غير دولي يحول هذا النزاع الى نزاع مسلح دولي ما دام هذا التدخل يجعل المتمردين تحت رقابة تلك الدولة فعلا *de facto* وبذلك يخضع النزاع المسلح لقانون الحرب من جهة اخرى . ويقدر ما تبين ان صرب البوسنة يخضعون لاشراف حكومة يوغوسلافيا الاتحادية ، فان النزاع المسلح بين صرب البوسنة وجمهورية البوسنة والهرسك هو نزاع مسلح دولي. اما تكييف النزاع في نيكارغوا فلم يكن في خلد محكمة العدل الدولية معرفة ما اذا كان ينبغي تطبيق القانون الدولي على النزاع ام لا ، وانما كان هدفها تطبيق المادة ٣ المشتركة على النزاع بقطع النظر عن طبيعته . كما لم يكن في خلد المحكمة بيان ما اذا يمكن تطبيق مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني على النزاع المسلح غير الدولي لان النزاع المرفوع امامها يتعلق بمسؤولية الولايات المتحدة المدنية عن انتهاك القانون الدولي العام وليس عن المسؤولية الجنائية الفردية عن انتهاك القانون الدولي الانساني^(١).

وترى محكمة الاستئناف وخلافا لرأي محكمة العدل الدولية ان النزاع المسلح يكون دوليا اذا كانت الدولة الاجنبية تمارس رقابة فعالة على المتمردين الذين يحاربون عنها بالوكالة *proxy* وان الانتهاكات التي ارتكبتها *tadic* ضد

(1) (Marco Sassol and Laura M. Olson. The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. RICR. 2000. No 839 , p. 739.)

مسلمي البوسنة تدخل تحت مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني كما ترى المحكمة عدم جواز التوسع في هذا المفهوم خارج القانون الدولي الاتفاقي سواء اكان ذلك بموجب المادة ٢ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا أو بموجب المادة ٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩^(١) ولا يوجد قانون دولي عرفي بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني قائم بذاته . وهكذا تأخذ محكمة الاستئناف بالمعنى الضيق لهذا المفهوم وترفض معناه الموسع، وهذا ما يقتضيه مبدأ الشرعية في القانون الجنائي `princip de legalite` الذي يفترض تفسير النصوص الجنائية تفسيراً ضيقاً.

- و تؤسس محكمة الاستئناف اداة tadic باعادة تكييف النزاع وليس بالتوسع في تفسير النصوص حيث لايجوز نقل مفهوم الانتهاكات الخطيرة والمسؤولية الجنائية الفردية الى المادة ٣ من النظام الاساسي ولا الى المادة ٣ المشتركة في اتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ ، كما لايجوز التوسع في تعريف الاشخاص المحميين بمو جب هذه الاتفاقيات بشمولهم بالمادة ٣ المشتركة وتتفق الغرفة والاستئناف في هذا المجال على حد سواء^(٢). وترى المحكمة ان القانون العرفي يختص بالانتهاكات الخطيرة بالمنازعات المسلحة الدولية دون غيرها (الفقرة ٨٤ من الحكم). وهو ما اقره النظام الاساسي لمحكمة نورمبورغ^(٣) وينبغي التنويه الى اننا لا ننفي تطور القانون الدولي على اساس عرفي اذا أعيته النصوص ولكننا نَمَيِّز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي

(١) Decision Tadic 1995. par.64-38

(٢) (Natalie Wagner.Op.cite.p358).

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

الانساني . فالقانون العرفي مصدر من مصادر القانون الدولي العام ولا ريب ولكنه ليس كذلك ازاء تحديد الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني . فعندما نميز بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، فاننا في موقفنا هذا نؤكد مبدأ قانونيا جنائيا وهو لاجريمة الابنص . وان الركن الشرعي في القانون الدولي الجنائي يستبعد التجريم على اساس عرفي كما ان كلا من الغرفة والاستئناف لم يكرس الطبيعة العرفية لقواعد لم تذكر صراحة في المادة ٣ المشتركة أو البروتوكول الثاني.

وهذا هو موقف المحاكم الجنائية الوطنية التي تمتنع عن تطبيق قاعدة قانونية جنائية اتفاقية ليست هي طرفا فيها على اساس عرفي، كما تبين من رفض محكمة الاستئناف العسكرية السويسرية في حكمها في أيار ٢٠٠٠ في قضية طلب الادعاء نقض حكم الدائرة الابتدائية بادانة المواطن الرواندي فولجنس نيونتييز بسبب ادانته بتهمة اباداة الجنس البشري والجرائم ضد الانسانية، بالنظر لان سويسرا ليست طرفا في اتفاقية منع وقمع جريمة اباداة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨ في ذلك الوقت . وهكذا لا يمكن مواجهة القضاء الوطني بالركن الشرعي العرفي.

واذا كان ثمة تطور في القانون الدولي الانساني على اساس عرفي فان هذا التطور يقتصر على المفهوم القانوني للمبادئ العامة الحاكمة للمنازعات المسلحة وليس على البنية القانونية لهذه المبادئ. وقد احتاطت محكمة الاستئناف ازاء هذا التطور للتأكيد على:

أ. ان تطور القانون العرفي لا يتعلق الا بجزء صغير من هذه المبادئ العامة ،
ب. ان هذا التطور لا يمثل نقلا كاملا وأليا لقواعد خاصة بالمنازعات المسلحة الدولية الى المنازعات المسلحة غير الدولية، وانما هو نقل انتقائي يتعلق بهذه

المبادئ من حيث الجوهر essence (المفهوم القانوني) وليس في نظمها المحددة والتفصيلية (البنية القانونية)^(١).

وعليه، فمن الصعب القول بان القانون الدولي العام يقر باختصاص المحاكم الدولية بجرائم الحرب المرتكبة في المنازعات المسلحة غير الدولية^(٢) ولسد النقص الملحوظ في القانون الدولي الاتفاقي قضى النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية بتوسيع مفهوم الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني الى النزاعات المسلحة غير الدولية في حالتين هما:
الاولى.تضمن مفهوم الانتهاكات الخطيرة للمادة ٣ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع لسنة ١٩٤٩ بموجب نص المادة ٨ /٢/ ج باعتبارها جرائم حرب وذلك لغرض حماية الاشخاص غير المشتركين فعليا في الاعمال العدائية وهو موضوع قانون جنيف.

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

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

الفرع الثاني

المبادئ العامة للقانون الانساني

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

(٢) John Dugard .Combler la lacune.p.484.

تشير المبادئ العامة للقانون الانساني عددا من المشاكل القانونية يهمنها منها ما يتعلق بالتمييز بين المفهوم القانوني والبنية القانونية من جهة وبين هذه المبادئ كمصدر مشتق للقانون الوضعي و بين مبادئ القانون الطبيعي كمصدر من المصادر غير المشتقة من جهة اخرى.

المطلب الاول

المفهوم القانوني والبنية القانونية في المبادئ العامة للقانون

الدولي العام

وكما لاحظنا في القاعدة العرفية فان التمييز بين هذين المصطلحين مفيد لمعرفة ما اذا كانت هذه المبادئ تتضمن مجرد التزام بالسلوك ام هي التزامات محددة ببذل عناية او تحقيق غاية وبالتالي معرفة ما اذا كنا امام مبادئ عامة يمكن ان تقوم على اساس عرفي كمبدأ أ حسن النية في العلاقات الدولية ومبدأ الالتزام بالجوء الى الطرق الدبلوماسية لحل المنازعات الدولية ام هي مبادئ محددة تفرض التزاما تفصيليا على اساس اتفاقي وهو ما توصلت اليه محكمة الاستئناف في قضية *tadic* انفة الذكر.

وقد ميّزت محكمة العدل ال دولية في فتاها في ٨ / ٧ / ١٩٩٦ بشأن

مشروعية التهديد بالاسلحة النووية واستخدامها في كافة الظروف بما فيها ظروف الدفاع الشرعي، بين ما هو موضوع لترخيص محدد او لتحريم محدد بالذات وبين المفاهيم العامة ، وذلك في كل من قانون السلام وقانون المنازعات المسلحة ، مبينة حكم القانون بالمعنى البنيوي بينما امتنعت عن قول القانون بالمعنى المفهومي فيما ياتي:

اولا. عدم قول القانون بالمعنى المفهومي . افتت محكمة العدل الدولية بعدم

جواز التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها على وجه التحديد في قانون

السلام ، بينما لم تتوصل الى القول بوجود قانون يجيز او يمنع استخدام هذه الاسلحة في حالة الدفاع الشرعي حسب التفصيل الاتي :

١. قانون السلام . ميزت المحكمة بين حالات ثلاث :

أ- أفتت المحكمة بالاجماع بانه لا يوجد في القانون الدولي العرفي ولا في القانون الدولي الاتفاقي ما يجيز بالتحديد التهديد بالاسلحة النووية أو باستخدامها.

ب- أفتت المحكمة باغلبية ١١ صوتا مقابل ٣ أصوات بان ليس في القانون الدولي العرفي ولا القانون الدولي الاتفاقي أي حظر شامل بالتهديد بالاسلحة النووية بلذات أو باستخدامها.

ج- ولكنها أفتت بالاجماع بعدم مشروعية التهديد بالقوة أو باستخدامها بواسطة الاسلحة النووية الذي يتعارض مع المادة ٤/٢ من ميثاق الامم المتحدة والذي لا يفي بمقتضيات المادة ٥١ منه..

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

٢- قانون المنازعات المسلحة . اما في قانون المنازعات المسلحة حين تقع الحرب ، فيتغير الامر من تحريم التهديد بالقوة واستعمالها الى بيان ما اذا كان استخدام القوة المسلحة يتطابق مع قوانين الحرب واعرافها وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق . وتواجه المحكمة هنا مشكلة لم تواجهها في قانون السلام . ففي الفقرة د من الفتوى اقرت المحكمة بالاجماع ان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب أن يتماشى ومقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في أوقات النزاع المسلح ولاسيما مع مقتضيات مبادئ القانون الدولي الانساني وقواعده وكذلك مع الالتزامات المحددة بموجب معاهدات أو غيرها من التعهدات التي تتعلق صراحة بالاسلحة النووية . ولكن وبدلا من أن تقول القانون في خصوص التهديد بالاسلحة النووية أو استخدامها في أقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة معرضا للخطر، تفتي المحكمة في الفقرة هـ من الفتوى باغلبية ٧ ضد ٧ مع ترجيح صوت الرئيس ب رأيين متعارضين وذلك بالقول اولا ، بانه وبناءا على المقتضيات الواردة في الفقرة د فان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مخالف (بصورة عامة) لقواعد القانون الدولي المطبقة في أوقات النزاع المسلح وخاصة مبادئ القانون الانساني وقواعده، وهذا تحريم عام على اساس مفهومى ، وثانيا بان المحكمة وبالنظر لحالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الواقعية المتوفرة لديها ، ليس في وسعها أن تخلص الى (نتيجة حاسمة) بشأن ما اذا كان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها مشروعاً او غير مشروع في أقصى ظروف الدفاع الشرعي عندما يكون بقاء الدولة ذاتها معرضا للخطر ، وهذا افتاء في اطار قانون محدد على أساس بنيوي لا على اساس مفهومى . ولعلاج هذا التعارض بين وجود القانون وعدمه في الفقرة ذاتها فان المحكمة تفتي مرة في اطار المفهوم العام بحرمة التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها اذا كان ذلك مخالفا لقانون المنازعات المسلحة - وهذا مما لا ريب فيه ولكنها وفي اطار موقف محدد وهو حالة

الدفاع الشرعي تمتنع عن الافتاء بالحرمة بدعوى عدم وجود قانون وان المحكمة لا تستطيع التصريح بجواز التهديد بالاسلحة النووية أو استخدامها في حالة الدفاع الشرعي لانها خرجت في فتواها باغلبية الصوت المرجح للرئيس .
ثانيا.نقص القانون بالمعنى المفهومي . والمشكلة المطروحة هنا هي هل يوجد فعلا نقص في القانون وهذا ماسنبيته تباعا :

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

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

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

وهنا يكمن موطن الضعف في فتوى المحكمة بقولها بعدم وجود قانون.

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

أما الرد بالاسلحة النووية على العدوان النووي كملأذ أخير من أجل البقاء فهو مشروع لانه دفاع شرعي . ولكن المحكمة وبسبب عدم هذا التمييز وجدت نفسها في اختيار صعب بين م تطلبات القانون الانساني التي تحرم استخدام الاسلحة النووية وبين الدفاع الشرعي الذي هو ملاذ أخير للدفاع من أجل البقاء . وحيث أن الاختيار صعب في موقف كهذا فان المحكمة لم تكن قادرة على الترجيح بين الامرين وبالتالي اضطرت الى القول بعدم وجود قانون .

- والواقع انه لا يمكن تصور قيام التعارض على مستوى المبادئ القانونية المفهومية لان مبادئ القانون لا تتعارض فيما بينها وانما يقع التعارض على مستوى التفاصيل والالتزامات المحددة وبالتالي لا يوجد تعارض بين تحريم الاسلحة النووية على العموم وبين الدفاع الشرعي على الخصوص وفق احكام المادة ٥١ من الميثاق . الا ان المحكمة لم تبين حالات الدفاع الشرعي واحجمت عن الخوض والافتاء فيه لصعوبة اخضاع هذه الحالات لقول واحد . اما عند التفصيل فانه يمكن القول بان الرد النووي على عدوان غير نووي غير مشروع لانه ليس دفاعا شرعيا وانما هو انتقام كما لا يك ون الرد النووي على عدوان نووي مشروعا اذا كان الرد بالاسلحة غير النووية كافيا للرد على العدوان النووي لان غرض الدفاع الشرعي هو رد العدوان وليس الانتقام لتدمير العدو . فلا يوجد دفاع شرعي اذا لم يكن الرد النووي ضروريا واذا تجاوز الرد شرط التناسب . وكل ذلك خاضع لرقابة مجلس الامن او المحاكم الدولية وليس لمطلق تقدير الدولة ضحية العدوان والا كانت هي الخصم والحكم .

وكان على المحكمة ان تبين ان الرد النووي غير الضروري وغير
المتناسب غير مشروع لانه انتقام وان الرد النووي الضروري والمتناسب كمالذ
اخير من اجل البقاء مشروع لانه دفاع شرعي وبذلك يمكن للمحكمة قول
القانون.

والظاهر ان طريقة احتجاج المحكمة تسير نحو الترخيص بالتهديد
بالاسلحة النووية او استخدامها وليس باتجاه نفي تحريمها وهو ما يفهم من
طريقة استدلال المحكمة الاتي:

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

ثالثا. قول القانون بالمعنى البنوي. وبناءا على ما تقدم يمكننا القول :

- ١- ان المحكمة مؤهلة بقول القانون بمعناه المفهومي **conceptual** حيث لاخلاف
في المفاهيم العامة وغير قادرة على قول القانون بمعناه البنوي **structural**

لعدم قيام المحكمة بالتمييز بين مفردات القضية وهو ما تقتضيه العملية القضائية بالفدر الذي تقتضيه اصول البحث العلمي.

٢- ان المحكمة تلتزم بقواعد التفسير الضيق لنصوص القانون الانساني بما في ذلك قانون المنازعات المسلحة عملا بالقاعدة الجنائية التي تقضي بالتفسير الضيق للقانون . ولذا فانها امتنعت عن اخضاع الاسلحة النووية لاحكام تصريح سان بتسبرغ لسنة ١٨٦٨ بشأن الالتزام بعيار ٤٠٠ غراما للقوة التدميرية للأسلحة و اعلان لاهاي الثاني لسنة ١٨٩٩ بشأن تحريم الاسلحة الحارقة وبيروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ بشأن تحريم الاسلحة السامة ،على الاسلحة النووية لعدم النص عليها . وهذا يعني ان المحكمة لا تريد ان تقول ان الاسلحة النووية يتجاوز عيارها ٤٠٠ غراما وانها اسلحة حارقة وانها اسلحة سامة في حين ان المحكمة تقر بان مبادئ القانون الانساني تنطبق على الاسلحة النووية رغم عدم النص عليها (فقرة ٨٧ من الفتوى) . ومن هنا نفهم سبب قصور مبادئ القانون الانساني للحكم على الاسلحة النووية امام ضيق النصوص سواء اكان من باب تخصيص الخاص للعام او من باب عدم التوسع في تفسير النصوص .

٣- ان القول بعدم وجود القانون هو اهمال للمبادئ العامة للقانون الدولي الانساني المفهومية والبنوية على حد سواء وهو استنكاف لا لعدم وجود القانون بل لعدم قول القانون.

ذلك ان قول المحكمة بعدم وجود القانون يعني عدم انطباق المبادئ العامة للقانون الدولي الانساني على المنازعات المسلحة بالرغم من شرط مارتنز الذي يسري في حالة نقص النصوص وهذا تعطيل للشرط وبالتالي تعطيل للقانون . و موقف المحكمة هذا ناجم عن عدم التمييز بين الدفاع الشرعي والانتقام الذي اوقع المحكمة في حرج القول بان الدفاع الشرعي مشروع

بالاسلحة النووية عند توفر شروطه خشية التيه بين الرد المشروع والرد غير المشروع .

٤ - وعليه كان على المحكمة ان تقول القانون ليرتب عليه ما يأتي :

١. أن استخدام الاسلحة النووية في الدفاع ا لشرعي ممكن في العلاقة بين الدول النووية فيما بينها للرد على عدوان نووي من احداها ضد الاخرى كمالذ أخير من أجل البقاء.

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

ج. لا دفاع شرعي بالاسلحة النووية بين الدول غير النووية لبداهة عدم تملكها للاسلحة النووية ولا يحق لها الاستعانة بدولة نووية للرد بالاسلحة النووية على عدوان غير نووي لان مثل هذا الرد هو انتقام لا دفاع شرعي^(١).

المطلب الثاني

التمييز بين المبادئ العامة للقانون الدولي العام و مبادئ القانون

الطبيعي

تعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي العام جزءا من القانون الوضعي

اما مبادئ القانون الطبيعي فهي ليست كذلك لانها لاتعدو ان تكون مبادئ

افتراضية باعتبارها مبادئ معيارية عقلية لم ا يجب ان يكون عليه السلوك

الدولي *lex ferenda* . واذا كان القانون الطبيعي مصدرا للقاعدة القانونية في

القانون الداخلي على اساس من نص تشريعي لمواجهة النقص في القانون فان

(١) عبد العزيز مخيمر . مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية في نزاع مسلح

المجلة المصرية ٢٠٠٢ صفحة ١٩٥

الامر ليس كذلك في القانون الدولي العام . لان القانون الداخلي يحظر على القاضي الاستتكاف في حالة انعدام نص او عرف وبالتالي يحيله على مبادئ القانون الطبيعي والعدالة لسد النقص في القانون ، بينما لايستطيع القاضي الدولي حل النزاع المرفوع امامه في حالة عدم وجود مصدر من مصادر القانون الواردة في المادة ١/٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية . لان اختصاص القاضي الدولي يقوم على رضا الخصوم بينما يقوم اختصاص القاضي الداخلي على اساس تشريعي، الامر الذي يحمل القاضي الدولي على الاستتكاف عند عدم وجود القانون *No liquet* وهو ما اعتقدت به محكمة العدل الدولية بشأن التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها . ولا يجوز للقاضي الدولي اللجوء الى القانون الطبيعي الا بترخيص من الخصوم وهو ما قضت به المادة ٣٨ / ٢ من النظام الاساسي للمحكمة وذلك بالاحالة على مبادئ العدالة والانصاف *ex aequo et bono* وهي ليست من القانون الدولي الوضعي مما يجعل وظيفة القاضي اقرب الى التسوية منها الى قول ال قانون ومن خلال هذا التمييز ينبغي استكشاف موقف المحكمة في فتاوها فيما ياتي:

١. المبادئ العامة للقانون. ينبغي التنويه الى ان مبادئ القانون العامة الواردة في

المادة ١/٣٨ ج من النظام الاساسي تقتصر على المبادئ العامة للقانون المقارن الخاصة بقواعد التفسير المستفاد من القانون الداخلي ولا علاقة لها بالمبادئ العامة للقانون الدولي كما المحنا الى ذلك في كتابنا مصادر القانون الدولي العام (صفحة ٢٢٣ وما بعدها).

وبناء عليه، وعندما يستشهد القاضي الدولي بالمبادئ العامة للقانون الدولي العام، فانه ينبغي عليه ان يميز ما بين المبادئ الوضعية منها عن مبادئ القانون الطبيعي . وحيث ان المادة ١/٣٨ ج لاتنصرف الى المبادئ العامة للقانون الدولي العام الوضعي التي لاتقوم بحد ذاتها لعدم وجود مشرع دولي يمنحها القوة القانونية الالزامية ، لذا فانها تستمد هذه الصفة من خلال

القانون الدولي الاتفاقي او العرفي خلافا عما هو الحال في القانون الداخلي حيث يمنح المشرع المبادئ القانونية صفة الالزام . ومن هنا نلاحظ الاختلاف بين هذه المبادئ في التشريعات الوطنية التي يقوم عليها النظام العام فيها. ومن هنا يمكن القول بان المبادئ العامة للقانون الدولي الوضعي هي مبادئ مشتقة من القانون الدولي الاتفاقي او العرفي وان المبادئ العامة غير المشتقة من القانون الدولي الاتفاقي او العرفي هي من مبادئ القانون الطبيعي المجردة من الالزام القانوني.

وهذا ما نلاحظه في حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في قضية كورفو في ١١/٩/١٩٤٩. حيث ميّزت المحكمة بين المبادئ العامة المعترف بها كمبدأ حرية المواصلات البحرية ومبدأ عدم جواز استخدام الدولة اقليمها لاغراض تخلّ بحقوق الدول الاخرى ^(١)، وهذه مبادئ مشتقة لانها معترف بها من قبل المجموعة الدولية ، وبين المبادئ الاساسية كالاقتبارات الانسانية التي اشارت اليها المحكمة لاحقا في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارغوا ^(٢). ويبدو ان محكمة العدل الدولية عاملت المبادئ العامة الواردة في شرط Martens المنصوص عليه في اتفاقية لاهاي الثانية لسنة ١٨٩٩ والبروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ ، معاملة المبادئ العامة للقانون الطبيعي خاصة وان هذا الشرط قد تضمن النص على مبادئ الانسانية ومتطلبات الضمير العام *des exigences de la conscience publique* وهذه هي من مفردات القانون الطبيعي . وحيث ان شرط مارتنس يحمي المدنيين والمقاتلين في الحالات التي لاينص عليها القانون والاتفاقي بان يجعلهم تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي العرفي ومبادئ الانسانية وما يمليه الضمير العام، وحيث انه لا يوجد نص او عرف بتحريم الاسلحة

(١) cij.Recueil.1949.pp.18 et ss.

(٢) cij.Recueil.27.6.1986.par.218.

النووية ، فان المحكمة لا تجد في مبادئ شرط مارتنس قانونا بالتحريم المطلق لهذه الاسلحة يسد النقص الحاصل في ا لقانونين الاتفاقي والعرفي بتحريم الاسلحة النووية في حالة الدفاع الشرعي، خاصة وان المحكمة قد افقت بان التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها يجب ان يكون متوافقا مع متطلبات القانون الدولي المطبق في المنازعات المسلحة وان شرط مارتنز موظف لعلاج النقص في القانون الاتفاقي، كما اقرت في الوقت نفسه ان شرط مارتنس لازال نافذا (فقرة ٨٦ من الفتوى) فكيف والحالة هذه ان تقول المحكمة بعدم وجود قانون.

ويمكن تفسير موقف المحكمة هذا على اعتبار شرط مارتنس مبدا قانونيا مفهوما لايتضمن بالضرورة احكاما تفصيلية يمكن تطبيقها على قضية الاسلحة النووية ومن هنا يمكن الاستفادة من التمييز بين ماهو مفهومي وما هو بنيوي لفهم فتوى المحكمة بعدم وجود قانون بنيوي وان القانون المفهومي غير كاف عند صمت النصوص.

٢. مبادئ القانون الطبيعي . لم تعتبر المحكمة حالة الضرورة من مبادئ القانون الوضعي في حكمها في قضية كورفو عندما احتجت بها انكلترة لتبرير قيامها بتنظيف مضيق كورفو دون اذن السلطات الالبانية منتهكة بذلك سيادتها، حماية للملاحة الدولية . بل واعتبرت المحكمة الاحتجاج بحالة الضرورة كذريعة لتبرير انتهاك الدول لقاعدة عدم جواز استخدام القوة في العلاقات الدولي ة^(١) . كما انكرت المحكمة في قضية Gabcikovo-Nagymaros بين هنغاريا وسلوفاكيا في حكمها في ١٩٩٧/٩/٢٥، على هنغاريا الاحتجاج بحالة الضرورة بعد ١٩٨٩ للتحلل من التزاماتها الاتفاقية بموجب معاهدة ١٩٧٧^(٢).

(١) cij.Recueil.1949.p.35

(٢) cij.Recueil.1997.par.59

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

ونفهم من حكم محكمة العدل الدولية في قضية اقليم جنوب غرب افريقيا انف الذكر ان انكار المحكمة لشرط الصفة على كل من الحبشة وليبيريا قائم على انكار المحكمة لكل من الوصف المفهومي والوصف البنوي لاعتبار التمييز العنصري انتهاكا خطيرا للقانون الدولي لعام و على اعتبار هذا الانتهاك انتهاكا للقانون الطبيعي وليس للقانون الوضعي وبناءا عليه ردت المحكمة الدعوى في حكمها في ١٩٦٦ .

الخاتمة

نخلص مما تقدم ، ان القانون الدولي العام يشترك مع بقية فروع القانون في مواجهة مشكلة النقص الفطري للقانون . ذلك ان الظاهرة القانونية ظاهرة اجتماعية ظاهرية *phenomonologiste* يلعب فيها الجانب الطري *Soft Law* دورا مهما خلافا للظاهرة الطبيعية الفيزيائية الخاضعة لقانون صلب *Hard* . وبدلا من ان يكون دور القضاة الدوليين موضوعيا في تكييف النزاع الدولي والفصل فيه ، فإنهم يخضعون لاعتبارات ثقافية وسياسية مختلفة يتوسلون بسببها وبوسائل مختلفة للوصول الى تكوين عقيدتهم القانونية وذلك بتعاملهم مع مصادر القانون الدولي العام بصورة انتقائية .

وقد يساعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون الدولي العرفي على تضيق دائرة الخلاف بين القضاة ، ففي الاول يلعب النص دورا في تطيف المزاج القانوني كما يفرض التواتر نفسه في الثاني كركن موضوعي مناطه شيوع التعامل الدولي . هذه الصورة هي التي تبدو في اطار القانون الدولي البنوي حيث تدور عمليتنا الاستنباط في الاتفاقي والاستقراء في العرفي حول تحديد حقوق والتزامات اطراف النزاع وكذلك الحال مع المبادئ العامة للقانون الدولي العام المشتقة من الاتفاقي والعرفي لان مناط وجودهما قائم فيهما .

اما القانون الدولي المفهومي فانه يعرض علينا احتمالين قسريين هما :-

الاول ، البحث في القانون المفهومي الذي يتأطر به النزاع وذلك في حالة صيرورة هذا المفهوم متأرجحا بين القانون الكائن *Lex Lata* والقانون الذي يجب ان يكون *Lex Ferenda* كما هو حال المبادئ الجديدة في القانون الدولي العام كالقاعدة الامرة و التراث المشترك للانسانية وحماية البيئة الدولية وغيرها مما يجعل هذا المفهوم في دائرة القانون الطري الذي لا تتميز فيه بوضوح حقوق والتزامات .

الثاني ، البحث عن دائرة الفراغ في القانون البنيوي والصعوبة التي يواجهها القضاة لسد هذا الفراغ ، الامر الذي يضطر المحكمة الى عدم الحكم اما لعدم وجود القانون او لعدم القدرة على قول القانون بسبب اتساع دائرة الخلاف بين القضاة .

وهذا يعني لجوء القاضي الى القانون المفهومي لمعالجة النقص الحاصل في القانون البنيوي كذريعة لتبرير سعة الخلاف الذي ينعكس في نتيجة التصويت على الحكم التي يتقارب فيها عدد المثبتين مع عدد النافين . وهذا ما حصل في قضيتي مشروعية استخدام الاسلحة النووية والتهديد بها في سنة ١٩٩٦ واقليم جنوب غرب افريقيا في سنة ١٩٦٦ .
ففي القضية الاولى تبين اثر موقف الرئيس بجاوي في الانحياز نحو القول بعدم القانون وفي الثانية اثر موقف الرئيس سبنسر على رد دعوى كل من الحبشة وليبيريا بسبب عدم الصفة .

وقد يؤدي رد الفعل السلبي على حكم المحكمة لان يكون مندوحة لتغيير سابقة قضائية وذلك عندما انكرت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية برشلونة تراكييون في سنة ١٩٧٠ مبدأ الجنسية الفعلية الذي امضته في قضيتي كانيفارو في سنة ١٩١٢ ونوتبوم في سنة ١٩٥٦
ومن المثير للانتباه ، ان محكمة العدل الدولية قد ضيقت الحق في حكمها في سنة ١٩٦٦ وسنة ١٩٧٠ . فكما ضاع حق شعب جنوب غرب افريقيا في ادانة حكومة جنوب افريقيا بسبب سياستها العنصرية في الاقليم المذكور بالجوء الى القانون المفهومي بالقول بعدم الصفة ، فقد ضاعت حقوق حملة الاسهم البلجيكيين في شركة برشلونة تراكييون للسبب ذاته عندما انكرت المحكمة الصفة على بلجيكا لحماية رعاياها دبلوماسيا بالاحتجاج بجنسية التسجيل التي تعتمد الشكل وتتجاهل الجنسية الفعلية التي تعتمد على واقع

نظرية الرقابة كما هو واقع الجنسية الفعلية في قضيتي كانيفارو ونوتبوم علما بأن الشكلية مبدأ مفهومي في القانون الدولي العام لا يلعب فيه دورا كبيرا. وهذا يعني ان المحكمة - وفي المواقف الصعبة - تلجأ الى القانون المفهومي لتبرير قول القانون في حكم صادر بأغلبية صوت واحد او تفتي بعدم وجود القانون في الجانب البنيوي، البته وبأغلبية هذا الصوت .

ومن هنا تاتي محاولتنا في التمييز بين الاصل المفهومي والاصل البنيوي في القانون الدولي العام لتمكين القاضي الدولي من قول القانون في واحد من هذين الاصلين او في كليهما، بقطع النظر عن اختلاف الرؤى الثقافية للقضاة، حرصا على تفسير وتطبيق القانون بشكل موضوعي.

ببليوغرافيا

القضاء

- Corfou.detroit de.cij.recueil.1949.
- Sud-Ouet Africain.cij.recueil.fond.1966.
- Bercalona Traction.cij.fond.1970.
- Activite` militaire et para.militaire au Nicaragua.cij.1968.
- Proscutor v. Tadic.Descision.1995.
- Gabcikovo-Nagymaros.cij.1997.

الفقه

- Stafan Glasar.Introduction `a l`etude du droit international penal.Bruylant.Siray.1954.
- Stefan Glasar.Droit international –penal.Bruylant.1970.
- Charles Rousseau.Les droist du conflits armes.Paris.Pedone.1983.
- John Dugard.Combler la lacune entre droit de l`homme et droit humanitaire.RICR.no.831.1998.
- Macro Sassol and Laura M.Olson.The judgment of the ICTY. Appeal Chamber on the merit in the Tadic case.RICR.no.839.2000.

-عبد العزيز مخيمر .مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية في نزاع مسلح. المجلة المصرية للقانون الدولي.٢٠٠٢.

- Jean Francoit Queauiner. Dix ans après la – creation du Tribunal penal international pour l`ex. Yougoslavie.RICR.no.850.2003.
- Natalie Wagner. The development of the grave breaches regime and individual criminal responsibility by the International criminal tribunal for the former Yugoslavia.RICR.no.850.2003.