تدابير الحماية الوطنية لجريمة الاختفاء القسري
(دراسة مقارنة)

ا.م.د.هدى هاتف مظهر ا.م.د.علي جبار كريدي الباحث :صلاح مهدي نصيف

الملخص

تُلزِم المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري الدول الاطراف ، بأن تتخذ على الصعيد الوطني مجموعة من التدابير لحماية جميع الاشخاص المتواجدين في إقليم خاضع لولايتها من الاختفاء القسري ، تشمل هذه التدابير النظر في تحقيق المواءمة بين تشريعاتها الجنائية المحلية والاحكام ذات الصلة في المواثيق الدولية ، وسن تشريعات جديدة بما يتناسب مع تنفيذ التزاماتها الدولية ، ويمكن تقسيم هذه التدابير إلى ثلاث مجموعات ، الاولى: تتعلق بجريمة الاختفاء القسري ، والثانية : تتعلق بتحديد قواعد المسؤولية الجنائية ، والثالثة : تتعلق بمرتكبي الجريمة.

ومن هنا تتضح خطة البحث في هذا البحث (تدابير الحماية الوطنية) الذي سوف نقسمه إلى ثلاث مباحث : المبحث الاول **(التدابير المتعلقة بالجريمة)**، والمبحث الثاني (**التدابير المتعلقة بالمسؤولية الجنائية)** ، والمبحث الثالث (**التدابير المتعلقة بمرتكب الجريمة)**.

Abstract

this study has included the study of legislative measures that states parties shall be taken within the framework of its domestic legislation to give effect to national protection and is divided into three studies the first devoted to the study of the measures relating to the crime of enforced disappearance and the second measures relating to criminal responsibility and third measures relating to the perpetrator.

While the third chapter is devoted to the study of this research measures taken by states parties to establish international cooperation with the states parties to the treaty committees and non-treaty in older to ensure the protection of the international criminal for persons of enforced disappearance.

ا لـمـقـدمـة

لقد ابتكر الطغاة من الحكام وأعوانهم منذ أوائل القرن العشرين أسلوباً جديداً في التعرض لنعمة الأمن والامان عندما كانوا يعتقلون سراً وعلانيةً كل شخص لا يروق لهم تمهيدا لتصفيته والتخلص منه ليشيعوا الرعب والخوف لدى الشعوب التي تحت سلطانهم ، فكانت البداية في الثلاثينات من القرن الماضي وبالتحديد من المانيا ايام الحكم النازي لتمتد إلى مناطق أخرى في العالم ، ولم يسلم العراقيون من مثل هذه الانتهاكات ، فكانت فاجعتهم أعظم طوال عقدين ونيف من الزمن انتهت بأكثر من (٢٧٦٠) مقبره جماعية ، ضحاياها من الابرياء الذين لم يرتكبوا ذنبا سوى أنهم لم يقبلوا أن يكونوا أدوات طيعة بيد نظام دكتاتوري او أنهم وجدوا انفسهم جزء من الصراع والمواجهة معه ، فالقيَ القبض عليهم أو انهم اعتقلوا أو اختطفوا من قبل اجهزة النظام السابق أو من قبل جماعات تعمل باسمه ولمصلحته ، ووضعوهم في السجون والزنزانات المغلقة التي تغلق أية معلومة عنهم لأية جهة خارجية بما فيهم ذوي السجين وحرمانهم من المواجهة أو الاتصال بمحامي او محاكمة عادلة . وبذلك انتهك النظام حتى دستوره ، في حق الانسان في محاكمة عادلة وتأمين حق الدفاع المقدس ، وانتهك الحقوق الانسانية التي نصت عليها الاعلانات والاتفاقيات الدولية ، وقد قوبلت هذه الممارسات بالصمت من قبل المجتمع الدولي طيلة فترة الثمانينات ، إلا انه تنبه لها وادانها ، عندما اخذت بعداً دولياً تمثل بقيام السلطات العراقية بإخفاء اشخاص مدنيين وعسكريين كويتيين وأجانب أثناء اجتياحها الكويت عام ١٩٩١. أنها جريمة الاختفاء القسري ، الجريمة الأبشع التي عاشها العراقيون أبان فترة حكم النظام السابق وما تركته من آثار مدمرة في حياة الأشخاص المختفين قسراً وأقاربهم والمجتمع العراقي ككل وعاشتها من قبلهم العديد من شعوب العالم في أوروبا وأمريكا وإفريقيا واسيا .

رداً من المجتمع الدولي على هذه الممارسات اللاإنسانية التي اخذت بالانتشار ، فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، اصدرت العديد من القرارات والإعلانات والمعاهدات الدولية ، التي تحث السلطات الحكومية إلى الامتناع من اللجوء إلى هذه الوسيلة غير المشروعة لتهديد خصومهم السياسيين وإخافة المواطنين ، ومن أبرز تلك الوثائق ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٧٣/٣٣ في ١٩٧٨/١٢/٢٠ ، وإعلان حماية جميع الاشخاص من الاختفاء القسري عام ١٩٩٢، الذي أعتبر الاختفاء القسري يمثل جريمة ضد الإنسانية ، كذلك اصدرت منظمة الدول الامريكية الاتفاقية الامريكية بشأن الاختفاء القسري للأشخاص في عام ١٩٩٦ ، وفي عام ١٩٩٨ صدر نظام روما الأساسي الذي تشكلت بموجبه المحكمة الجنائية الدولية الدائمة وأصبحت الجريمة من ضمن لائحة الجرائم ضد الانسانية التي تضمنها النظام ، أما الإنجاز الأكبر للمجتمع الدولي في تصديه لهذه الجريمة تمثل بصدور الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري في عام ٢٠٠٦ والتي صادق عليها العراق بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (٤١٥٨) في ٢٠١٠/١/١٢. وبذلك تعهد العراق الجديد امام العالم كله بان لا تعود هذه المأساة ثانيةً ، وأن ينصف الضحايا وعوائلهم ، ولم يبقى أمامه سوى اتخاذ الخطوة التالية للتوقيع والمصادقة وهي التنفيذ على الصعيد الوطني.

ولأجل دراسة موضوع الحماية الجنائية للأشخاص من الاختفاء القسري في المواثيق الدولية والتشريع العراقي وذلك بالمقارنة بين الاحكام الموضوعية والاجرائية ذات الصلة التي تناولها كلا القانونين ، قسمنا المقدمة إلى النقاط الآتية:

أولاً : إشكالية الدراسة :

قدم العراق تقريره الأول* إلى اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري وهي الجهاز الرقابي لتطبيق الاتفاقية الدولية لحماية جميع الاشخاص لعام ٢٠٠٦ ، أشار فيه إلى مجموعة من النقاط المتعلقة بتطبيق اتفاقية ٢٠٠٦ في العراق أهمها :-

* قدم العراق هذا التقرير بعد سنتين من انضمامه لاتفاقية ٢٠٠٦ وفقاً للمبادئ التوجيهية المتعلقة بشكل ومحتوى التقرير المطلوب تقديمها من الدول الاطراف بموجب المادة(٢٩) من اتفاقية ٢٠٠٦ ، من خلال لجنة قطاعية ضمت ممثلين عن (مجلس القضاء الاعلى ، الامانة العامة لمجلس الوزراء ، وزارات حقوق الانسان والخارجية والعدل والصحة والعمل

١. سريان اتفاقية ٢٠٠٦ داخل العراق بعد اقرارها من مجلس النواب وفق المواد (٦١/ رابعا) و (٨٠ / سادساً) من الدستور العراقي ٢٠٠٥ بمجرد توافر شرطي التصديق عليها من رئيس الجمهورية والنشر في الجريدة الرسمية ، ويترتب على ذلك إلزام السلطات المعنية في الدولية بتطبيقها وتنفيذ الأحكام الواردة فيها.
٢. يتضمن قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل أحكام واضحة تتعلق بالجرائم التي يرتكبها الموظف او المكلف بخدمة عامة في المواد (٣٢٢ إلى ٣٢٤) والجرائم التي يرتكبها الاشخاص العاديون في المواد (٤٢١ إلى ٤٢٣) التي يمكن أن تدخل تحت وصف الاختفاء القسري ، وان تجريم هذه الافعال يشمل كل الظروف ومن دون استثناء.
٣. أن قانوني العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والعقوبات العسكري العراقي رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٧ نظما قواعد المسؤولية الجنائية للأعلى رتبة (الرئيس) والادنى رتبة (المرؤوس).
٤. عالج قانون العقوبات العراقي جميع عناصر تطبيق القانون الجنائي العراقي من حيث المكان (الاقليمي ،الشخصي ، العيني ، الشامل) ، والاشخاص الذين لا يسري عليهم القانون الجنائي العراقي المتمتعين بالحصانة بموجب القانون الوطني او الدولي ، وإلى تسليم الاشخاص المتهمين والمحكومين بارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، وكل هذه الاحكام تنطبق مع اتفاقية ٢٠٠٦.

كما ذكر التقرير أيضاً نقاط ايجابية تتضمن احكام تناولها قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ وقوانين وانظمة السجون العراقية وقانون مكافحة الارهاب ١٢ لسنة ٢٠٠٥ تتلائم مع نظيراتها من أحكام وردت اتفاقية ٢٠٠٦.

أما النقاط الاربعة أعلاه التي اشار إليها التقرير المتعلقة بالحماية الجنائية للأشخاص من الاختفاء القسري ، فإنها جميعا تثير اشكاليات وتساؤلات عدة أهمها ، هل دستور ٢٠٠٥ أعطى قيمة قانونية للاتفاقية الدولية المصادق عليها من قبل جمهورية العراق ؟ وهل ان الجرائم التي تناولها قانون العقوبات العراقي تغطي بما فيه الكفاية جميع العناصر القانونية لجريمة الاختفاء القسري ؟ وهل ان التشريعات العراقية تضمن حظر الاختفاء القسري في جميع الظروف ؟ وان قواعد المسؤولية الجنائية للرئيس والمرؤوس تتلائم مع تلك التي حددتها اتفاقية ٢٠٠٦ والزمت الدول الاطراف بتطبيقها ؟ وان قواعد الاختصاص القضائي وتسليم المتهمين او المدانين بارتكاب جريمة الاختفاء القسري تتفق مع الاحكام ذات الصلة في اتفاقية ٢٠٠٦؟

أن النقطة الأولى الخاصة بالقيمة القانونية للاتفاقية غير دقيقة وليس لها سند قانوني داخلي ، فالمادة (٦١/ رابعاً) من الدستور العراقي ٢٠٠٥ تنص على أن مجلس النواب ينظم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء المجلس ولم يشر الدستور إلى كيفية نفاذ المعاهدات ولا طريقة تنفيذها في القانون العراقي ، ولم يصدر أي قانون بهذا الشأن لحد الآن مما يعني استمرار نفاذ قانون المعاهدات رقم ١١١ لسنة ١٩٧٩ الذي ضم أكثر من مادة لبيان نفاذ المعاهدات الدولية دون الاشارة إلى طريقة تنفيذها بإدخالها في القانون العراقي ، فالمادة (١٥) تشير إلى النفاذ بالالتزام بالمعاهدة بالتوقيع أو التصديق أو الانضمام ، والمادة (١٨) إلى النفاذ بالإرتضاء بالالتزام في تبادل المذكرات ، والمادة (٢٠) إلى النفاذ بالالتزام النهائي بالانضمام ، والمادة (٢١) إلى النفاذ بالدخول حيز التنفيذ بالتوقيع أو تبادل وثائق التصديق في المعاهدات الثنائية أو التصديق والانضمام في المعاهدات متعددة الأطراف. ومن استقراء جميع النصوص التي ذكرناها في كلا القانونين ، نجد أنها لم تعطِ أي قيمة قانونية لاتفاقية ٢٠٠٦ ليجعلها تصل إلى مرحلة الالتزام فيما لو شهدنا أي تعارض أو فراغ في القانـون

والشؤون الاجتماعية والدفاع والداخلية ، ممثل عن اقليم كوردستان العراق) لمزيد من التفاصيل راجع الوثيقة (CED/C/2) في ٢٠١٢ المنشورة على موقع وزارة حقوق الانسان على الرابط :
http://www.humanrights.gov.iq/PageViewer.aspx?id=191

الداخلي فأي القانونين يغلب على الأخر؟ .
كذلك بالنسبة لباقي الملائمات التي ذكرها التقرير فإنها لا تتفق مع ما تفرضه اتفاقية ٢٠٠٦ من التزامات على الدول الاطراف وان حل هذا الاشكال يكمن في تدخل المشرع العراقي وذلك باتخاذ إجراء داخلي يتمثل في سن قوانين جديدة وإجراء تعديلات تشريعية لتنفيذ اتفاقية ٢٠٠٦ ، خاصة ان هذه الاتفاقية تناولت عدداً من القواعد الملزمة الجديدة التي لم تكن واردة في أية معاهدة أخرى تتعلق بحقوق الانسان من قبل ، ومن هذه القواعد تجريم الاختفاء القسري مباشرة دون الذهاب إلى تكييفات لقواعد قانونية واسعة تكون قد وردت في قانون وطني.

ثانياً : هدف الدراسة :

يتلخص هدف دراستنا في المقارنة بين الاحكام الجنائية التي تناولتها المواثيق الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري مع ما تقابلها من احكام في التشريعات العراقية ، للوصول إلى معرفة نقاط الاختلاف والتشابه بين القانونين ، لنضع في النهاية مجموعة من المقترحات التي تسهم في تقديم حماية أكثر للإنسان في مواجهة ما يتعرض له من اخفاء قسري.

ثالثاً : أهمية الدراسة :

ان دراسة موضوع الحماية الجنائية للأشخاص من الاختفاء القسري وتطبيقاتها يكتسب أهمية في الشأن العراقي ، لسببين ، الأول : كون العراق البلد الاكثر في المنطقة ولربما في العالم عانى أهله من ممارسات وإرهاب الاختفاءات القسرية ، وما لهذا السبب من أهمية في الانتصاف لحقوق الضحايا وتوثيق عددهم قضائياً لا مجرد أرقام تخمينية تستند إلى تصريحات سياسية أو إعلامية ، والسبب الثاني : ان العراق تسلسل (٢٠) من بين دول العالم التي صادقت على اتفاقية ٢٠٠٦ وبمصادقة العراق نفذت الاتفاقية في العالم بعد ثلاثون يوماً من تاريخ مصادقته ، وهذا يعكس الارادة السياسية للسلطات العراقية الجديدة في انهاء مأساة الاختفاء القسري ، والانتصاف للضحايا وحماية الاشخاص من هذا الانتهاك الخطير مستقبلاً.

رابعاً : نطاق البحث :

بالرغم من أن دراستنا تنصب بالأساس على مواد المواثيق الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري وما يقبلها من مواد في التشريعات العراقية لغرض إجراء المقارنة بينهما وبيان مالم يتناوله المشرع العراقي، إلا أننا سنتناول في هذه الدراسة ، أصول هذه المواد في القانون الدولي ، وذلك لأن الوثائق الدولية التي تناولت الاختفاء القسري جمعت بين الأحكام التقليدية في القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان ، بل تعد نتاج لتطور تلك القوانين.

خامساً : منهجية البحث :

اعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن حيث تناولت بالتحليل قواعد القانون الدولي مع مقارنتها بالتشريعات العراقية لغرض توضيح موضوع الدراسة.

المبحث الأول

التدابير المتعلقة بالجريمة.

يتعين على الدول الأطراف ، أن تتخذ التدابير اللازمة لكي يشكل الاختفاء القسري جريمة في قانونها الجنائي ، وان تُعَرفْ الجريمة بحيث لا يكون هذا التعريف أضيق من التعريف الذي تناولته المواثيق الخاصة بالاختفاء القسري ، وتعاقب على الجريمة بعقوبات تتناسب مع جسامتها ، وتتحقق من التصرفات التي يرتكبها أشخاص أو مجموعة من الأفراد يتصرفون دون إذن أو دعم أو موافقة من جانب الدولة (وقد سبق مناقشة هذه التدابير في الفصل الاول) ، وأن تحظر الدول الأطراف في قوانينها الداخلية الاختفاء القسري حظراً مطلقاً في جميع الظروف ، وهي ملزمة ايضاً بالنص في قانونها الوطني، على ان جريمة الاختفاء القسري من الجرائم ضد الإنسانية وما يستتبع ذلك من محاكمة ومعاقبة مرتكبيها بغض النظر عن زمان ارتكابها ، وألا تُخْضِع المحاكمة أو العقوبة لتدابير التقادم .

لذا سنناقش هذه التدابير من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : الحظر المطلق للاختفاء القسري.

المطلب الثاني : رجعية القانون على الماضي في جرائم الاختفاء القسري

المطلب الثالث : عدم تقادم جريمة الاختفاء القسري.

المطلب الأول

الحظر المطلق للاختفاء القسري.

تلزم المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري الدول الاطراف بأن تحظر في قوانينها الداخلية الاختفاء القسري حظراً مطلقاً في جميع الظروف[1] ، ولكون هذا الالتزام متعلق بالظروف الاستثنائية وحالة عدام الاستقرار السياسي والحرب او التهديد بها ، فإننا سنناقش في هذا المطلب الحظر المطلق للاختفاء القسري في القانون الدولي بشكل ، وضمانات عدم التعرض للاختفاء القسري في التشريع العراقي في ظل حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية الاخرى من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول

الحظر المطلق للاختفاء القسري في القانون الدولي.

لأهمية التوازن بين المصالح الفردية المتمثلة بحقوق الاشخاص وحرياتهم الاساسية والمصالح العليا للمجتمع في حفظ الامن والاستقرار ووحدة البلد ، أجازت المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الانسان – باستثناء الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب[2]– للدول الاطراف فيها أن تتخذ تدابير تخالف الالتزامات المنصوص عليها في تلك المواثيق كالالتزام المتعلق بالحق في الحرية والامن الشخصي في ظل ظروف تهدد امن البلاد واستقراره وذلك في اضيق الحدود بشرط ان لا تنطوي هذا التقييد على

---

(1) تنص المواد ، (٧) من اعلان ١٩٩٢ على ((لا يجوز اتخاذ أي ظروف مهما كانت، سواء تعلق الأمر بالتهديد باندلاع حرب أو قيام حالة حرب أو عدم الاستقرار السياسي الداخلي أو أي حالة استثنائية أخرى، ذريعة لتبرير أعمال الاختفاء القسري)) . و (٢/١) من اتفاقية ٢٠٠٦ على ((لا يجوز التذرع بأي ظرف استثنائي كان ، سواء تعلق الأمر بحالة حرب أو التهديد باندلاع حرب ، أو بانعدام الاستقرار السياسي الداخلي ، أو بأية حالة استثناء أخرى ـ لتبرير الاختفاء القسري)) ، و (١/أ) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ على ((تتعهد الدول الاطراف في الاتفاقية ،ألا تمارس أو تسمح أو تبيح الاختفاء القسري للأشخاص حتى في حالات الطوارئ أو إلغاء الضمانات الفردية)).

(2) لا يتضمن الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب أي أحكام تتعلق بالتعطيل، وفي رأي اللجنة الافريقية لحقوق الانسان والشعوب ، أن ذلك معناه ان الميثاق لا يجيز للدول الاطراف مخالفة الالتزامات المنصوص عليها بموجب المعاهدة أثناء حالات الطوارئ ، وبعبارة أخرى لا يمكن للدولة أن تستخدم حالة الحرب الاهلية كذريعة لانتهاك أو السماح بانتهاك الحقوق المنصوص عليها في الميثاق. ينظر : المفوضية السامية لحقوق الانسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدوليين، دليل بشأن حقوق الانسان ،الفصل السادس عشر (إقامة العدل اثناء حالة الطوارئ)، نيويورك وجنيف ، ٢٠٠٣، ص ٧٣٥.

تمييز بسبب اللون أو العرق أو الجنس أو ما شابه ذلك[١] ، كذلك اجازت القانون الدولي الانساني لدولة الاحتلال ولأسباب أمنية ان تفرض الاقامة الجبرية او تعتقل اشخاص محميين إذا اقتضى ذلك بصورة مطلقة امن الدولة التي يوجد الاشخاص المحميين تحت سلطتها على ان يكون للشخص المعتقل الحق في اعادة النظر في القرار المتخذ بشأنه في اقرب وقت بواسطة محكمة أو لجنة ادارية مختصة وأن تقوم الدولة المحتلة بإبلاغ الدولة الحامية أو اللجنة الدولية بأسماء الأشخاص المعتقلين وقرارات المحاكم أو اللجان الادارية بأسرع وقت [٢] . أما المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري فقد أضافت شروطاً اخرى أكثر عدداً وتفصيلا مما تناوله القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني تلتزم الدول الاطراف بتطبيقها عند تقييد الحق في الحرية والامن الشخصي وفي جميع الظروف [٣] ، لضمان عدم الاستثناء في عدم التعرض للاختفاء القسري خلال التدابير القانونية والادارية التي تتخذها الدولة في حالة الحرب أو التهديد بالحرب أو الاضطراب السياسي الداخلي ، او الممارسات التي تعتمدها الدول بشأن مكافحة الارهاب أو حالة الطوارئ أو الامن الوطني أو أي امور اخرى ذات آثر على التنفيذ الفعال لهذا الحظر[٤] ، فغالباً ما تقوم هذه الإجراءات على اسس من شأنها أن تعطل إلى مدى بعيد الحريات العامة والضمانات التشريعية والقضائية المقررة دستوريا والموضوعة للأوقات العادية [٥]، إذ تتميز هذه الاجراءات بصفة عام ، بتقوية أجهزة سلطات الشرطة أو منح بعض السلطات للقضاء العسكري، والتقليل من بعض الحقوق والحريات التي يتمتع بها الاشخاص في الظروف العادية، وكذلك الحد من نطاق الالتجاء للقضاء أو التمتع ببعض درجاته[٦].

الفرع الثاني

الظروف الاستثنائية في الدستور العراقي ٢٠٠٥.

في التشريع العراقي نجد أن دستور ٢٠٠٥ واجة الظروف الاستثنائية في المادة (٦١/٩/أ) بمجموعة من الشروط المقيدة التي يصعب من خلالها منح السلطة التنفيذية صلاحيات استثنائية لمواجهة حالات الطوارئ أو حالات الحرب ، مقارنة بالمادة (١٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الذي خول رئيس الجمهورية سلطات واسعة لمواجهة الظروف الاستثنائية دون ان تحدد ماهية الاجراءات[٧] . ومن بين هذه الشروط التي نص عليها الدستور العراقي ، أن يقدم طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء إلى مجلس النواب ، وأن يحظى هذا الطلب على موافقة أغلبية الثلثين من أعضاء المجلس ، وفي حالة الموافقة تنظم صلاحيات رئيس مجلس الوزراء خلال الظروف الاستثنائية بقانون بما لا يتعارض مع الدستور ، يستمر إعلان حالة الطوارئ مدة ثلاثون يوما قابلة للتمديد ، وبموافقة عليها كل مرة[٨].

---

(١)يستثني من ذلك الحقوق الاساسية كالحق والحق في عدم التعرض للتعذيب والحق في الاعتراف بالشخصية القانونية وغيرهما من الحقوق الاساسية . ينظر: المادة(٤/ ١،٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.

(٢)ينظر: المواد (٤٢ ، ٤٣ ، ٧٦ ، ٧٨) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

(٣)ينظر : المواد (١٧، ١٨) من اتفاقية ٢٠٠٦ و المواد (١٠ ، ١١، ١٢) من اعلان ١٩٩٢ و المواد (١٠، ١١) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦.

(٤)ينظر : الامم المتحدة ، اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري ، الوثيقة المرقمة (CED/C/2) ، ٢٠١٢، ص٤.

(٥)ينظر: محمد حسن دخيل ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص ٤٥.

(٦)ينظر: د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٥٦٩.

(٧) تنص المادة(١٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على: ((متى تعرضت مؤسسات الدولة أو استقلال الأمة أو وحدة أراضيها أو تنفيذ التزاماتها الدولية للتهديد الجسيم والحال، ومتى أعيقت المؤسسات العامة عن أداء وظيفتها، يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات اللازمة بعد أخذ رأي رئيس الوزراء (الوزير الأول) ورؤساء المجالس والمجلس الدستوري رسميا. ويوجه بياناً للأمة معلنا عن تلك الإجراءات)).

(٨) ان هذا التقييد يفسر الخوف المترسخ تاريخيا من إطلاق يد السلطة التنفيذية وانتهاكاتها لحقوق الافراد وحرياتهم والخشية من عدم الموازنة بين الخطر الذي تسببه الظروف الاستثنائية والاجراءات المتخذة من قبل السلطة التنفيذية. ينظر: أمير

ولم يحدد الدستور العراقي الاجراءات التي يمكن ان تتخذها السلطات التنفيذية إذا استجدت ظروف استثنائية تهدد أمن البلد واستقراره وكان مجلس النواب في حالة عدم انعقاد أو معطل أو كان منعقدا لكن طلب السلطة التنفيذية لم يحظِ بالأغلبية المطلوبة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن الدستور العراقي في المادة (١٩/ثاني عشر/أ) حظر الحجز الذي تقوم به السلطات التنفيذية في الظروف الاستثنائية ، كل هذه التوقعات والقيود ممكن أن تدفع بالسلطة التنفيذية الى ان تتخذ احد الاجرائيين لمواجهة تلك الظروف ، الاول : ان تواجه الظروف الاستثنائية استناداً إلى نصوص قانون الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة ٢٠٠٤ بعد أخذ موافقة رئيس الجمهورية ، وهذا الاجراء محل جدل وخلاف دستوري بعد نفاذ دستور العراق لعام ٢٠٠٥ كونه يخالف نص المادة (٦١) منه ، والثاني : ان تتخذ السلطة التنفيذية إجراءات استثنائية من تلقاء نفسها ومن دون حاجة وجود نص يخولها اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على النظام العام ، وهذا هو الراي الراجح في الفقه تؤيده الاحكام المستقرة في القضاء لأن المحافظة على النظام العام من الاختصاصات الطبيعية للسلطة التنفيذية دون الحاجة إلى نص خاص[١] ، وعلى كل حال فإن أي من الإجرائين لو اتخذت أحداهما السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية في الوقت الحالي ممكن انيؤثر سلبا على الحقوق والحريات الفردية ، فقد ترتكب السلطات التنفيذية انتهاكات لحقوق الانسان بسبب عدم خبرة عناصرها في إدارة الأزمات وعدم وجود قانون طوارئ معد سلفا ينظم عملها . وهنا تستوجب ضرورة تشريع قانوناً للسلامة الوطنية أو حالة الطوارئ ينظم فيه صلاحيات السلطة التنفيذية في تلك الظروف ويضع فيه المشرع كافة الشروط التي تناولتها اتفاقية ٢٠٠٦ لضمان عدم التعرض للاختفاء القسري ، ويتعين على المشرع العراقي ايضاً أن يؤكد في دستور ٢٠٠٥ الحظر المطلق للاختفاء القسري وفي جميع الظروف.

المطلب الثاني

رجعية القانون على الماضي في جريمة الاختفاء القسري

يختلف تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان أو مبدأ الشرعية في القوانين الجنائية الوطنية عنه في القانون الجنائي الدولي ، وذلك لإختلاف مصادر كلا القانونين ، لذا سنناقش هذه الاختلافات وموقف المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري والتشريع العراقي من تطبيق هذا المبدأ في الفروع التالية:

الفرع الأول

مفهوم مبدأ تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان.

ليس مبدأ عدم الرجعية إلى الماضي في القانون الجنائي الوطني سوى النتيجة المنطقية لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ذلك لأن السلوك لا تثبت له صفة الجريمة إلا إذا كان يوجد نص يضفي عليه هذه الصفة في وقت اتيانه ، فإن لم يوجد هذا النص أعتبر السلوك غير مكون للجريمة ، حتى إذا طرأ في وقت لاحق نص يصفه بالجريمة ويقرر له العقوبة[٢]. مما يعني أنه إذا صدر قانون عقوبات فانه لا يحكم إلا تلك الوقائع التي وقعت بعد صدوره ونفاذه[٣]، ويستثنى من تطبيق هذه القاعدة إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم ، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في قانون العقوبات إذ تنص المادة(٢/٢) منه على انه : ((إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائياً فيطبق القانون الأصلح للمتهم)).

حسن جاسم ، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد (١٤)، العدد (٨)، ٢٠٠٧، ص ٢٥٨.

(١)ينظر: د. علي محمد بدير وأخرون ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، الناشر ، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٢.

(٢)ينظر: د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧، ص٢٧٣.

(٣)ينظر: د. علي حسين الخلف ، ود. عبد القادر سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٢، ص٣٧.

أما مفهومه في القانون الدولي ، فلابد من الاشارة بداية إلى حقيقة اختلاف مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون الجنائي الدولي عن نظيره في القوانين الوطنية ، من حيث تطبيقه ومعاييره ، إذ ان عليه أن يوازن بين مصلحة المتهم والحفاظ على النظام العالمي نظراً للطبيعة الخاصة للقانون الدولي[١] ، فالجرائم الدولية تستند إلى قواعد قانونية مصدرها العرف ، وبالتالي لا يمكن الاستناد عند محاكمة مجرمي الحرب مثلاً إلى أن سلوكهم لم يكن مجرماً وقت اقتراف أفعالهم ، فقواعد التجريم في القانون الدولي الجنائي استقرت في وجدان وضمير المجتمع الدولي منذ زمن طويل ، والقواعد المكتوبة لهذا القانون ليست قواعد منشئة وإنما هي قواعد كاشفة[٢].

لم يأت هذا التفسير لمبدأ عدم الرجعية في القانون الدولي الجنائي دون انتقاد واعتراض ، فقد انتقدت محاكمات نورمبرج بحجة رجعية نصوص لائحة نورمبرج إلى ما قبل صدورها . وأن ذلك مخالفة لمبدأ مقرر لدى الأمم المتحضرة في القوانين الجنائية والتي تمنع سريان القانون على وقائع سابقة لنفاذة[٣] ، وأن تطبيق الأثر الرجعي مخالف أيضاً لما تنص عليه المواد (٢/١١) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ و (٧) من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان لعام ١٩٥٠ اللتان تنصان على أنه : ((لا يدان أي شخص من جراء إداء عمل أو الامتناع عن إداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب ، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة)) ، والمادة (٩٩) من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩ التي تنص على أنه : ((لا يجوز محاكمة أو إدانة أي أسير حرب لفعل لا يحظره صراحة قانون الدولة الحاجزة أو القانون الدولي الذي يكون سارياً في وقت اقتراف هذا الفعل))[٤].

كما أن تطبيق مبدأ الاثر الرجعي لجرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية كان بمثابة نقطة الارتكاز التي استندت إليها هيئة الدفاع عن المتهمين[٥] في محاكمات نورمبرج التي رفضت هذا الدفع ذلك لأن جرائم الحرب- وهي من الجرائم التي يحاكم عنها المتهمين – قد تضمنت انتهاكا جسيماً للقواعد العرفية الدولية التي كانت قد استقرت في ضمير المجتمع الدولي في وقت سابق على ارتكابها ، وهذه القواعد من شأنها حماية حق الدولة – كمجتمع له كيان دولي- في الوجود ، وأيضاً حماية الأفراد في حياتهم وكرامتهم الإنسانية ، كما أن تجريم هذه القواعد ورد في صكوك دولية في وقت مبكر مثل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ ومعاهدة فرساي ١٩١٩ ، وغيرهما من الاتفاقيات والمعاهدات الأخرى المبرمة في الفترة ما بين الحربين العالميتين ، فكل هذه الاتفاقيات كشفت فقط عن القواعد العرفية الدولية التي تنظم الحروب واعتبرتها من الأفعال المنافية للإنسانية ، ولهذا فإن جرائم الحرب التي ارتكبها المتهمون في محاكمات نورمبرج وما كانت تتضمنه من قتل غير مبرر وضرب وجرح وحريق وتدمير هي بطبيعتها جرائم تحرض سائر الدول المتمدنة على تجريمها والعقاب عليها ، فتكون ثابتة التجريم وفقاً للقواعد السائدة في العالم أجمع ، ومن ثم فلا يقبل من المتهمين التنصل منها[٦].

كذلك أن بعض النصوص المتعلقة بالضمانات القانونية والقضائية للإنسان الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ أو في بعض الاتفاقيات الإقليمية تبيح التجريم استنادا إلى أسس أخرى غير التشريع كالمادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة

([1]) See :Bassiouni M. Cherif , Crimes Against Humanitary In International Criminal Law, op. cit. P144.

([٢])ينظر : د. عبد الفتاح بيومي ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

([3]) See : Claude Lombois , Droit Penal International , Dalloz , Paris, 1971, P 157.

([٤])ينظر: د. يونس العزاوي ، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص١٤٢.

([٥])ينظر: د. عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص١٠٩-١١٠.

([٦])ينظر: د. محمد حنفي محمود ، جرائم الحرب امام القضاء الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٣٤-٣٥.

١٩٦٦ التي نصت الفقرة الثانية منها على أن ((ليس في هذه المادة ما يحول دون محاكمة أو معاقبة أي شخص عن أي فعل أو امتناع إذا كان ذلك يعتبر وقت ارتكابه تصرفا جرميها طبقا للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحضرة)) ، وجاءت المادة الخامسة من مشروع تقنين الجرائم ضد امن وسلم البشرية لعام ١٩٩٦الذي وضعته لجنة القانون الدولي بنص مماثل يمنح المحكمة سلطة اختيار العقوبة عند محاكمة المتهم بارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في التقنين أخذة في الاعتبار خطورة الجريمة ، ومع ذلك فغلبة المذهب الاشتراكي شكلت هي الأخرى إيذانا بتراجع هذا المبدأ مع تزايد الدعوات لتغليب المصلحة الجماعية على مصلحة الفرد حيث تجاهلت قوانين عديدة هذا المبدأ منها القانون الجنائي الروسي الصادر في ١٩٢٧ والقانون الألماني الصادر في ١٩٣٥ ، وهذا يعني إن مبدأ الشرعية لا يمكن عده مبدأ مطلقا في التشريعات المعاصرة بل يجوز تجاهله لمصلحة الفرد تارة ولمصلحة الجماعة تارة أخرى[١].

الفرع الثاني
الأثر الرجعي للمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري.

لقد جاءت احكام التجريم والعقاب في كل من اتفاقية ٢٠٠٦ وإعلان ١٩٩٢ والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ ، صريحة وواضحة ، إلا ان أحكام الاثر الرجعي لتجريم الاختفاء القسري لم تكن بالصراحة ذاتها ، وإنما يفهم بوجودها وإلزاميتها ضمناً من خلال ما يلي:

أولاً : ديباجة كل من إعلان ١٩٩٢ واتفاقية ٢٠٠٦ والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦.

إن جميع مقدمات المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري ، تُذَكّر الدول بالتزاماتها بموجب ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥ ، والاعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ واتفاقيات القانون الدولي الانساني ، والقانون الدولي الجنائي وغيرهما . وبذلك تكون هذه المواثيق كاشفة لمجموعة من الحقوق سبق تحريم المساس بها من قبل المجتمع الدولي وليست منشأ لجريمة جديدة.

ثانياً : أهداف المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري.

لقد صدر اعلان ١٩٩٢ في ظروف شهدت بها العديد من المناطق في العالم انتهاكات جسيمة لحقوق الانسان ومنها الاختفاء القسري ، وجاءت اتفاقية ٢٠٠٦ لتطوير احكام اعلان ١٩٩٢ وتلزم بها الدول الاطراف ، اما الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ فقد صدرت لقمع ومنع ارتكاب جريمة الاختفاء القسري في دول امريكا اللاتينية ، ومن ثم فإن هدف تلك المواثيق هو قمع الانتهاكات السابقة ومنع افلات مرتكبيها من العقاب والكشف عن مصير الضحايا المختفين وإقرار الحق في العدالة والتعويض ، ومنع وقوعها في المستقبل ، وتلك الالتزامات تتطلب من الدول تطبيق مبدأ الاثر الرجعي لجريمة الاختفاء القسري.

ثالثاً: جريمة الاختفاء القسري من الجرائم ضد الإنسانية.

اعدَ اعلان ١٩٩٢ ، والاتفاقية الامريكية١٩٩٦ واتفاقية ٢٠٠٦ ، أن جريمة الاختفاء القسري من الجرائم ضد الإنسانية[٢] ، ويترتب على ذلك أن تستتبع المحاكمة والمعاقبة على جريمة الاختفاء القسري العواقب المنصوص عليها في القانون الجنائي الدولي ، ومن تلك العواقب عدم اخضاع الجريمة لتدابير التقييد والاثر الرجعي للتجريم والعقاب ، كما فعلت الانظمة الاساسية للمحاكم الجنائية السابقة في يوغسلافيا السابقة ورواندا اللتان أخذتا بالأثر الرجعي[٣].

---

(١) ينظر: د. محمد ثامر خماط ، التجريم استنادا إلى العرف في القانون الدولي الجنائي ، بحث منشور على الرابط http://law.thiqaruni.org/index.php?option=com_content&view=article&id=64

(٢)ينظر: المادة (١) من اعلان ١٩٩٢، وديباجة الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ ، والمادة (٥) من اتفاقية ٢٠٠٦.

(٣) نصت المادة (١) من النظام الاساسي لمحكمة يوغسلافيا الصادر عام ١٩٩٣ على أنه: ((للمحكمة الدولية سلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ ١٩٩١ وفقاً لإحكام هذا النظام الأساسي)) ، ونصت المادة (١) من النظام الاساسي لمحكمة رواندا الصادر عام ١٩٩٤ على أنه: ((للمحكمة الدولية سلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم

أما في نظام روما ١٩٩٨ فيرى بعض الكتاب أن النظام أخذ بقاعدة ((عدم رجعية القانون الجنائي إلى الماضي)) كما هو الحال في القوانين الوطنية وذلك تجنباً للانتقادات الموجهة إلى نظام محكمة نورمبرج[١] مستندين إلى نص المادة (٢٤) التي تقول :((١- لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدأ نفاذ النظام. ٢- في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي ، يطبق القانون الاصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة)) ، في حين ان نص المادة (٢٤) من النظام ، لا تشير إلى أن المحكمة تطبق قاعدة مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي وانما عدم اختصاص المحكمة على الجرائم المرتكبة قبل نفاذ نظام روما الأساسي في ١/ حزيران/٢٠٠١، بل يكون ذلك من اختصاص المحاكم الوطنية أو أي محكمة جنائية دولية أخرى .

الفرع الثالث
مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي في التشريع العراقي.

اقر قانون عقوبات عراقي مبدأ الشرعية الجزائية بمقتضى المادة الأولى منه ، التي تنص على أنه: ((لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)) ، وأقر أيضاً دستور ٢٠٠٥ إذ تنص المادة (١٩/ثانياً) على ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة ، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة)).

ويترتب على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات في التشريع العراقي أن قانون العقوبات أو أي قانون عقابي أخر لا تسري قواعده وأحكامه إلا على المستقبل ، مما يعني أنه إذا صدر قانون عقابي جديد فإنه لا يحكم إلا تلك الوقائع التي وقعت بعد صدوره ونفاذه ، هذا بالنسبة إلى الجرائم العادية، اما بالنسبة للجرائم ذات الطابع الدولي ، فنجد ان المشرع العراقي خرج من هذه القاعدة وطبق الأثر الرجعي لهذه الجرائم في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ ، إذ نصت المادة (١/ثانياً) على انه: ((تسري ولاية المحكمة على كل شخص طبيعي سواء أكان عراقياً أم غير عراقي مقيم في العراق متهم بارتكاب أحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (١١، ١٢، ١٣، ١٤) من هذا القانون والمرتكبة من تاريخ ١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣/٥/١ في جمهورية العراق أو أي مكان أخر ، وتشمل الجرائم التالية: أ- جريمة الإبادة الجماعية، ب- الجرائم ضد الانسانية ، ج- جرائم الحرب .....)).

وقد أثار الأثر الرجعي للنصوص الجنائية الواردة في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا جدلاً لدى بعض فقهاء القانون الدولي الجنائي وذلك بالقول ((سوف يثار دائماً التساؤل عن الموقف لمرتكبي هذه الجرائم في تاريخ سابق على تاريخ التصديق ، وذلك علماً بأن قانون المحكمة ينص على امتداد ولايته إلى عام ١٩٦٨ ، وهو ما يعني إمكانية وجود صعوبات بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية التي لم تكن أبداً محلاً لاتفاقية دولية خاصة ومن ثم فإن تبرير وتأسيس العقاب عليها يمثل صعوبة أكبر))[٢].

وقد ردت المحكمة على مثل هذا الدفع في قضية احداث ١٩٩١ (بصرة ، ميسان) بالقول: ((بأنها لم تخرق مبدأ عدم رجعية القانون على الماضي ، إذ ان الجرائم المنصوص عليها في المواد (١١، ١٢، ١٣، ١٤) من القانون كانت مجرمة بمقتضى العرف الدولي ، وكذلك بموجب المعاهدات الدولية التي صادق عليها العراق ، كما أن تجريمها كان قائماً أيضاً بموجب قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وقانون العقوبات العسكري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ ، فإذا اخذنا على سبيل المثال المادة (١١)

رواندا والمواطنين الروانديين المسؤولين عن ارتكاب هذه الانتهاكات في أراضي الدول المجاورة بين "١ كانون الثاني / يناير ١٩٩٤ و٣١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٩٤ وفقاً لإحكام هذا النظام الأساسي)).

(١)ينظر: د. باسيل يوسف ، المحكمة الجنائية الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ١٨٣. زانا رفيق سعيد ، المصدر السابق، ص١٢٤.

(٢)ينظر: د. محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٣٩-٤٠.

الخاصة بجريمة الابادة الجماعية لنبين أن جريمة الابادة الجماعية وهي من الجرائم الدولية قد نصت عليها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالإبادة الجماعية والصادرة في عام ١٩٤٨ وأن هذه الاتفاقية قد صادق العراق عليها في ١٩٥٩/١/٢٠ وبهذه المصادقة عدت تلك الاتفاقية جزءاً من القوانين العراقية واصبح العراق بتلك ملتزماً ببنودها المنصوص عليها في الفقرتين الاولى والثانية منها ، لذلك فهي نافذة المفعول وملزمة للعراق بحكم موافقته ومصادقته الصريحة عليها))[١].

ويرى جانب من الفقه العراقي أيضاً ، بأن الجرائم المنصوص عليها في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا باتت عرفاً دولياً يرقى إلى مرتبة القواعد الآمرة لا يتطلب لنفاذة النص عليه في القوانين الداخلية علاوة على إن النظام القانوني العراقي قد درج على أن يتم نشر قانون التصديق على هذه الاتفاقيات وهو أمر يغني عن نشر نصوصها ويكفي للعلم بأحكامها[٢].

لذا ندعو المشرع العراقي إلى تجريم الاختفاء القسري والمعاقبة عليه وتطبيق الأثر الرجعي لأحكام التجريم والعقاب ليشمل جرائم الاختفاء القسري التي ارتكبت للفترة من ١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣ كما فعل في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٢ لسنة وفي اعتقادنا ان ذلك لا يتعارض مع مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي الذي اقره دستور ٢٠٠٥ وقانون العقوبات العراقي ذلك للأسباب التالية:

١. ان العراق طرف في العديد من الاتفاقيات الدولية التي تجرم الافعال المرتبطة بجريمة الاختفاء القسري ، كاتفاقية منع الابادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ، واتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩ والاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤ الخ . ومن هنا فان العلم المفترض بأحكام التجريم متحقق.
٢. إن قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ وإن أقر بالأثر الرجعي لجريمة الاختفاء القسري ، إلا أنه قيد من نطاق الجريمة عندما أشترط ان ترتكب في اطار هجوم واسع النطاق او منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين وأن يكون الجاني قد قصد حرمان المجني عليه من حماية القانون مدة زمنية ، مما أدى ذلك إلى استبعاد أفعال الاختفاء القسري التي وقعت كحالات منفردة ، وإفلات مرتكبيها من العقاب . وأن قواعد العدالة الجنائية تفرض على المشرع العراقي عند تصدية لجريمة الاختفاء القسري ان يستخدم التعريف الواسع للجريمة وكما في اتفاقية ٢٠٠٦ ، وأن يطبق الأثر الرجعي لمنع افلات مرتكبي الجريمة من العقاب .

المطلب الثالث

عدم تقادم الدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة الاختفاء القسري

يتعين على الدول الأطراف إلغاء أي نظام للتقييد من شأنه أن يعترض محاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الاختفاء القسري أو معاقبتهم مثل التقادم ، لذا سنناقش من خلال هذا المطلب مفهوم التقادم في القانون الجنائي ، والتقادم في القانون الدولي والمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري والتشريعات العراقية من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول

مفهوم تقادم الدعوى الجنائية

يعني التقادم مرور مدة معينة من الزمن يحددها القانون فيما يتعلق بدعوى الحق العام ، من تاريخ وقوع الجريمة أو من تاريخ آخر معاملة تمت في الدعوى إذا تم رفعها ، ولكن قبل صدور

([١]) ينظر: قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية احداث ١٩٩١ (بصرة ، ميسان) ، العدد ٣ ت ٢٠٠٩ ، في ٢٠٠٩/٣/١٠ (غير منشور).

([٢])ينظر: د. مازن ليلو راضي ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠١١، ص١٠.

أي حكم فيها ، مما يؤدي إلى سقوطها بسبب عدم استعمالها طيلة هذه المدة ، لأن صاحب الحق في السير في الدعوى أو في إقامتها لم يلجأ إلى ممارسة حقه في ذلك خلال الفترة الطويلة التي عينها القانون ، لأي سبب كان ، لأن التقادم يسقط الدعوى[١].

ويعتبر مبدأ التقادم من النظام العام ومن اسباب سقوط الدعوى العمومية أو العقوبة ، ويترتب على ذلك : (أ) أنه لا يجوز للمتهم أو المحكوم عليه أن يتنازل عن الدفع بالتقادم الذي أكتسبه بمضي الزمن ويطلب محاكمته أو توقيع العقاب عليه. (ب) يجوز للمتهم بل النيابة إبداء هذا الدفع في أية حال كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. (ج) انه يجب على سلطة التحقيق أو المحكمة المكلفة بالبحث في قبول الدعوى العمومية أن تقرر من تلقاء نفسها سقوط الحق في رفع هذه الدعوى بالتقادم[٢].

وتبرير التقادم في القانون الجنائي الداخلي يستند إلى مرور فترة زمنية على جريمة معينة يؤدي إلى محو نتائجها المادية والمعنوية من ذاكرة أفراد المجتمع ومن ثم لا يتحقق (الردع العام) الذي هو أحد أغراض فرض العقاب على مرتكب الجريمة فضلاً عن أن المتهم قد لاقى جزاءه بتواريه عن الانظار طيلة مدة التقادم[٣] . إلا أن مبدأ تقادم سلطة الدولة في العقاب تعرض لكثير من الانتقادات ، ونجملها بما يأتي:

أولاً: يؤدي هذا النظام إلى تمكين المهرة من المجرمين من الافلات من العقاب ، الأمر الذي يشجع المجرمين على بذل قسط أوفر من المهارة في سبيل النجاة من العقاب . وهو ما قد يدعو إلى إطالة الاجراءات دون مبرر بغية التوصل إلى انقضاء الدعوى الجنائية بمقتضى المدة.

ثانياً: أن بقاء صنف من المجرمين تمكنوا من الفرار من احكام القانون بسبب تخفيهم عن أعين السلطات مدة معينة قد يؤدي إلى الإخلال بالأمن الاجتماعي نتيجة لعدم تعرض هؤلاء لسطوة القانون وعدم خضوعهم للردع الخاص الذي تتوخاه العقوبة[٤].

الفرع الثاني

تقادم الجريمة الدولية في القانون الدولي.

إن خلو الاتفاقيات والوثائق والإعلانات الدولية الخاصة بملاحقة جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية من الإشارة إلى التقادم[٥] ، وإن إخضاع هذه الجرائم لقواعد القانون الداخلي المتعلقة بتقادم الجرائم العادية ، كان دائماً يثير قلقاً شديداً لدى الرأي العام العالمي ، للحؤول دون ملاحقة ومعاقبة المسؤولين عن تلك الجرائم[٦] ، وادى ذلك إلى لفت انتباه المجتمع . فقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية عام ١٩٦٨[٧] ، حيث نصت المادة (١) منها على انه: ((لا يسري أي تقادم على الجرائم التالية بصرف النظر عن وقت ارتكابها : أ- جرائم الحرب الوارد تعريفها.....٢- الجرائم ضد الانسانية سواء في زمن الحرب أو زمن السلم الوارد تعريفها..... وجريمة الإبادة الجماعية الوارد تعريفها في اتفاقية عام ١٩٤٨.....)).

---

(١)ينظر: د. محمد علي سالم عياد ، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الأول ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص١٥٦.

(٢)ينظر: جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع ، المصدر السابق ، ص٣٣٠.

(٣)ينظر: د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٦، ص٥٩٨.

(٤)ينظر: د. حاتم حسن البكار ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، ص١٦٨-١٦٩.

(٥)ونذكر من هذه الاتفاقيات ، اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩ والبروتوكولين الملحقين باتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧التي لم تشر إلى مسألة التقادم وكذلك اتفاقية قمع الإبادة لعام ١٩٤٨ ولم يرد ذلك أيضاً في مبادئ نورمبرج التي أقرتها الجمعية العامة عام ١٩٥٠.

(6) See , Sadat, Leila Nadya , op.cit ,P221.

(٧) اعتمدت هذه الاتفاقية وعرضت للتوقيع وللتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة ٢٣٩١ ألف (د-٢٣) المؤرخ في ٢٦ تشرين الثاني /نوفمبر ١٩٦٨

تاريخ بدء النفاذ: ١١ تشرين الثاني /نوفمبر١٩٧٠، طبقاً للمادة الثامنة من الاتفاقية. ينظر: الجمعية العامة ، الوثيقة المرقمة A/RES/2391 (XXIII)

وإلى جانب الاتفاقية الدولية لعام ١٩٦٨ هناك على الصعيد الإقليمي الاتفاقية الاوروبية التي اعتمدها المجلس الأوروبي بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية في عام ١٩٧٤، وقد جاء في ديباجة الاتفاقية ما يأتي : ((..... تتعهد كل دولة متعاقدة أن تتبنى القيام بأي إجراءات ضرورية لضمان عدم تطبيق التقادم التشريعي فيما يتعلق بمسألة مقاضاة الجرائم الآتية أو فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام المفروضة على مثل هذه الجرائم ، بالقدر التي تستحق فيه العقاب في ظل قانونها الداخلي:

١. الجرائم ضد الانسانية المنصوص عليها في اتفاقية منع ومعاقبة جريمة الابادة الجماعية التي تم اقرارها في ٩ ديسمبر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة.....)).

اما نظام روما ١٩٩٨ فقد قرر عدم تقادم كل الجرائم الخاضعة لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، فقد نصت المادة (٢٩) من النظام على انه: ((لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أياً كانت أحكامه)) ، ونلاحظ ان المادة المشار إليها منعت التقادم بنوعيه إذ أشارت نهاية المادة إلى عدم الاخذ بالتقادم ((أياً كانت احكامه)) وهذا يعني عدم سقوط الجريمة سواء بتقادم الدعوى القضائية أم بتقادم العقوبة ، وذلك لخطورة هذه الجرائم.

نستنتج مما سبق بأن القانون الجنائي الدولي لا يسمح بشكل عام بتقادم الجرائم الدولية الخاضعة لأحكامه مهما طالت الفترة الزمنية على ارتكابها ، وهذا يعني أن الدولة لا يمكن أن تطبق قوانين التقادم على الجرائم الدولية الخطيرة (جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية) التي تشكل انتهاكاً لحقوق الانسان متى ما التزمت باتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية لعام ١٩٦٨ والاتفاقية الاوروبية لعام ١٩٧٤ بالنسبة للدول الاوروبية ، ومهما كانت طبيعة النظام القانوني الداخلي فيها سواء كانت تأخذ بنظام التقادم أم لم تأخذ وعلى الدول أيضاً أن تتخذ مجموعة من التدابير الداخلية التشريعية وغير التشريعية ، اللازمة لضمان عدم سريان نظام التقادم على الجرائم الدولية.

الفرع الثالث

التقادم في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري.

بالنسبة للدول غير الأطراف في اتفاقية ١٩٦٨ والاتفاقية الاوروبية لعام ١٩٧٤بشأن عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية ، تفرض اتفاقية ٢٠٠٦ وإعلان ١٩٩٢ والاتفاقية الامريكية لعام ١٩٩٦ ، شروط صارمة على أي دولة طرف فيهما تطبق نظام التقادم بصدد الاختفاء القسري ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : يتعين ان تكون مدة التقادم متناسبة مع جسامة الاختفاء القسري أو مع أشد الجرائم في القوانين الداخلية للدولة الطرف[١].

وبخصوص هذا الشرط نجد أن المشرع الفرنسي ينص في المادة (٢٢١- ١٨) من مشروع القانون رقم ٢٥٠[٢] على ((تتقادم الدعاوي العامة المتعلقة بجريمة الاختفاء القسري الوارد تعريفها في المادة ٢٢١-١٢ وايضاً الاحكام الصادرة ، بعد ثلاثين عاماً)) ، بينما تسقط الدعاوي في القضايا الجنائية الداخلة في نطاق القانون العام بعد عشر سنوات ، أما الحالات التي يكون فيها
الاختفاء القسري بمثابة جريمة ضد الانسانية ، فلا يطالها التقادم.

الشرط الثاني : لا يجوز أن تبدأ إلا عند نهاية جريمة الاختفاء القسري[٣].

وهذا الأخذ بعين الاعتبار سمة الاستمرارية الملازمة للجريمة وأنه لا يجوز لمدة التقادم أن تبدأ حتى يكون مصير أو مكان وجود الضحية قد تم تحديده.

الشرط الثالث: أن تكفل كل دولة طرف حق ضحايا الاختفاء القسري في سبيل انتصاف فعلي خلال مدة التقادم[١].وهذا الشرط خاص بتقادم الدعوى المدنية الذي يجب أن تحدد مدته بشكل موازي لمدة تقادم

---

(١)ينظر: المواد (٣/١٧) من إعلان١٩٩٢. و (١/٨) (أ) من اتفاقية ٢٠٠٦. و (٧) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦.

(٢)ينظر مشروع القانون الفرنسي رقم ٢٥٠ على الموقع الالكتروني http://www.senat.fr/leg/pjl11-250.html

(٣)ينظر: المادة (١/٨) (ب) (ج) من اتفاقية ٢٠٠٦.

الدعوى الجنائية ، وان مدة التقادم الجنائي يجب ان تُعلق طيلة المدة التي يكون فيها سبل الانتصاف لحقوق الضحايا غير فعالة وغير متوافرة ، وكما أقرت المادة (٢/١٧) من إعلان ١٩٩٢ على ان: ((إذا وقف العمل بسبل التظلم المنصوص عليها في المادة (٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، يوقف سريان أحكام التقادم المتصلة بأعمال الاختفاء القسري إلى حين إعادة العمل لتلك السبل))

الفرع الرابع
التقادم في التشريع العراقي

لم يأخذ المشرع العراقي بالتقادم إلا في المادة(٦) أصول محاكمات على سبيل الاستثناء وفي جرائم محددة على سبيل الحصر في المادة (٣) منه ، والتي لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية فيها بعد مرور ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى مالم ينص القانون . وكذلك أخذ المشرع العراقي بمبدأ التقادم في المادة (٣٣٨) عقوبات عراقي الخاصة بزنا الزوجية ، وأخذ بنظام التقادم أيضاً في المادة (٧٠) من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل وفي المادة (٣٠) من قانون اجمارك رقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤ وغيرهما من القوانين التي لاتصل بموضوع بحثنا.

ومن خلال أستعراضنا لنصوص القوانين العراقية التي تأخذ بالتقادم ، نجد ان الجرائم التي أشار إليها المشرع العراقي في قانوني اصول محاكمات وعقوبات عراقي هي جرائم يغلب عليها الطابع الشخصي على الحق العام ولا تبلغ من الجسامة شيئاً مقارنة مع الجرائم ذات الطابع الدولي كجريمة الاختفاء القسري ولا مع غيرها من الجرائم التي ينص عليها عقوبات عراقي ، وحتى قانون رعاية الاحداث فان التقادم لا يتعارض مع القانون الدولي ، وعلى هذا الاساس ليس في القانون العراقي ما يشير إلى إمكان شمول الجرائم الدولية وجريمة الاختفاء القسري بالذات بالتقادم ، كما ان قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥أكدت مبدأ التقادم في المادة (٤/١٧) التي تنص على انه: ((لا تخضع الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١، ١٢، ١٣، ١٤ من هذا القانون للتقادم المسقط للدعوى الجزائية وللعقوبة)).

([1]) ينظر: المادة (٢/٨) من اتفاقية ٢٠٠٦.

المبحث الثاني

التدابير المتعلقة بالمسؤولية الجنائية

يتعين على الدول الأطراف إنشاء نظام قانوني شامل للمسؤولية الجنائية الفردية بالنسبة لجريمة الاختفاء القسري ، بما في ذلك تحميل القادة والرؤساء المسؤولية الجنائية عن أعمال مرؤوسيهم ، وعدم قبول الدفع بأمر الرئيس الأعلى كسبب من اسباب الإباحة ، وأن تفرض الدول كحد أدنى عقوبات متساوية لكل المساهمين في الجريمة . وتفصيلاً لهذا الاجمال سنناقش هذه التدابير من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسيهم.

المطلب الثاني: عدم قبول الدفع بأمر الرئيس الأعلى للإعفاء من المسؤولية.

المطلب الثالث: المساواة في العقوبة لكل من المساهمين في الجريمة.

المطلب الأول

مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسيهم

سنتناول في هذا المطلب مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسيهم في القانون الجنائي الدولي ، والمواثيق الدولية الخاصة والعامة بجريمة الاختفاء القسري، والتشريع العراقي، ومدى ملاءمة التشريع العراقي مع القانون الدولي ، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الاول

مسؤولية القادة والرؤساء في القانون الدولي.

يقرر هذا المبدأ في القانون الجنائي الدولي ، المسؤولية الجنائية للرئيس أو القائد[١] عما يقوم به تابعوه من جرائم معينة حال كونهم خاضعين لسلطته ، وأن هذه المسؤولية تلاحقه حتى ولو لم يثبت إصداره لأي أوامر بارتكاب هذه الجرائم ، أي تلاحقه حتى ولو كان نشاطاً سلبياً بمعنى أنها مفترضة افتراضاً قانونياً غير قابل لأثبات العكس[٢] ، إذ إن تغاضي الرئيس عن هذه الجرائم يرسل إشارة إلى مرؤوسيه بالاستمرار في جرائمهم دون الخوف من العقاب[٣].

لقد شكل هذا المبدأ الأساس القانوني لمحاكمات جرت بمقتضى ميثاقي المحكمتين العسكريتين الدوليتين في نورمبرج وطوكيو ، وكذلك بمقتضى النظامين الأساسيين للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا[٤] ، وتناوله أيضاً القانون الدولي الإنساني[١].والمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري ونظام روما ١٩٩٨.

---

(١) حفلت كتب الفقهاء بالتمييز بين الرئيس والقائد ، فالرئيس الإداري عند البعض إنما يستمد سلطته من رؤسائه الأعلى منه مرتبه ومن السلطة المفوضة إليه من أعلى والناتجة من مباشرته لوظيفته ، وهو يكون بوضعه الرئاسي مفروضاً على الجماعة التي تتبعه ، أما القائد فإنه يستمد سلطته الفعلية من قدرته على التأثير في سلوك الأخرين بالطريقة التي تمكنه من الحصول على طاعتهم له واستجابتهم لأوامره. ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٢)ينظر: د. محمد حنفي محمود ، جرائم الحرب امام القضاء الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٥٩.

(3) See: Sadat , Leila, Nadya , op. cit, P203.

(٤) نصت المادة (٦) من نظام محكمة نورمبرج على ((أن المحكمة تختص بمحاكمة وعقاب كل الأشخاص الذين ارتكبوا بصفتهم الشخصية أو بوصفهم أعضاء في منظمة تعمل لحساب دول المحور- فعلاً يدخل في نطاق الجرائم ضد السلام أو جرائم الحرب أو الجرائم ضد الانسانية ، ويعتبر المديرون والمنظمون والمحرضون و الشركاء الذين ساهموا في وضع تنفيذ مخطط أو مؤامرة لارتكاب أحد الافعال التي تدخل في الجرائم السابقة مسؤولين عن كل فعل تم ارتكابه تنفيذاً لهذا المخطط ضد أي شخص)) ، وكذلك نص النظام الاساسي لكل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في المادة (٧) منه ، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة في المادة (٧) منه على ما يلي: ((إن ارتكاب أحد المرؤوسين أيا من الأفعال المشار إليها في هذا النظام الاساسي ، لا يعفي رئيسه من المسؤولية الجنائية إذا كان يعلم أو كان بوسعه أن يعلم أن مرؤوسه كان في سبيله إلى ارتكاب مثل هذه الأفعال أو أرتكبها بالفعل ، وقصر الرئيس في اتخاذ التدابير الضرورية والمعقولة لمنع هذه الأفعال أو معاقبة مرتكبيها))

فبموجب الفقرتين (١) و (٢) من المادة (٦) من اتفاقية ٢٠٠٦ يتعين على الدول الأطراف أن تقوم كحد أدنى ، باتخاذ التدابير اللازمة لتحميل المسؤولية الجنائية للقائد العسكري أو الرئيس المدني ومن ينوب عنهم[٢] ، وذلك في أحدى الحالات التالية:

١. كان يمارس مسؤوليته ورقابته الفعليتين على الانشطة التي ترتبط بها جريمة الاختفاء القسري.
٢. كان يعلم بسبب الظروف السائدة في ذلك الوقت علماً فعلياً بأن الأشخاص الخاضعين لإمرته ورقابته الفعليتين (مرؤوسيه) ، قد ارتكبوا جريمة الاختفاء القسري.
٣. كان من المفترض أن يعلم بسبب الظروف السائدة في ذلك الوقت بأن الأشخاص الخاضعين لإمرته ورقابته الفعليتين ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، ففي هذه الحالة لا يكون لدى الرئيس علم فعلي بأن قواته ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، ولكن تتوافر لدية معلومات كافية وواضحة تسمح له بأن يخلص في ظل الظروف القائمة في ذلك الوقت إلى أن مرؤوسيه يرتكب أو يكون على وشك ارتكاب جريمة الاختفاء القسري ومعنى ذلك أن الرئيس عليه واجب أن
يبذل جهداً إيجابياً ليظل على علم بنشاط قواته.
٤. إذا امتنع او تقاعس عن اتخاذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب جريمة الاختفاء القسري من قبل مرؤوسيه.
٥. إذا امتنع عن عرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

كذلك ينص نظام روما ١٩٩٨ على المسؤولية الجنائية للقادة والرؤساء، فقد ذكرت المادة (٢٨) حالتين من المسؤولية ، الأولى : مسؤولية القادة والرؤساء العسكريين أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري عن الجرائم التي ترتكبها قوات تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين ، والثانية : مسؤولية القادة والرؤساء المدنيين عن الجرائم التي يرتكبها المرؤوس الخاضعين لسلطته وسيطرته الفعليتين[٣].

---

(١) تنص المادة (٨٧) من البروتوكول الاضافي الأول (١٩٧٧) يجب على القائد في الميدان ليس فقط الامتناع عن ارتكاب الانتهاكات الجسيمة بل عليه الواجبات التالية:

أ- منع الانتهاكات الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع ولهذا الملحق (البروتوكول).
ب- قمع هذه الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة وهي الشرطة العسكرية والقضاء العسكري فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت أمرته غيرهم ممن يعملون تحت اشرافه.
ج- التأكد من أن أفراد القوات الذين يعملون تحت إمرته على بينه من التزاماتهم كما تنص عليها الاتفاقيات وهذا الملحق (البروتوكول) وذلك بغية منع وقمع الانتهاكات.
د- أن يكون على بينة أن بعض مرؤوسيه أو أي أشخاص آخرين خاضعين لسلطته على وشك أن يقترفوا انتهاكات للاتفاقيات أو لهذا الملحق (البروتوكول) وأن يطبق الإجراءات اللازمة ليمنع مثل هذا الخرق للاتفاقيات أو لهذا الملحق (البروتوكول).
ه- أن يتخذ عندما يكون ذلك مناسباً إجراءات تأديبية أو جنائية ضد هذه الانتهاكات.

(٢) ينظر: منظمة العفو الدولية ، الوثيقة المرقمة(IOR 51/006/2011) ، المصدر السابق، ص١١.

(٣) وفيما يخص الحالة الاولى تنصت المادة (١/٢٨) من النظام على انه: يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري مسؤولاً مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليتين أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليتين حسب الحالة ، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة:

أ- إذا كان ذلك القائد العسكري أو الشخص قد علم أو يفترض أن يكون قد علم بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.
ب- إذا لم يتخذ القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

اما الحالة الثانية – مسؤولية القادة والرؤساء المدنيين- تنص المادة(٣/٢٨) من نظام روما الاساسي على انه ((فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة ١ يسأل الرئيس جنائياً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب مرؤوسين لسلطته وسيطرته الفعليتين نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة:

يتضح لنا مما سبق انه بموجب القانون الدولي ، يقع على عاتق القادة والرؤساء العسكريين والمدنيين بالإضافة إلى التزامهم بعدم إصدار الأوامر بارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، واجب اتخاذ التدابير المعقولة لمنع مرؤوسيهم من ارتكاب أية انتهاكات ، ومعاقبتهم عند قيامهم بذلك ، وتعني عبارة (التدابير اللازمة والمعقولة) بحسب تفسير المحكمة الجنائية ليوغسلافيا السابقة في قضية (ديلاليتش) ، على أنها تقتصر على التدابير الممكنة ضمن سلطة الشخص إذ لا يمكن إرغام أحد على القيام بما هو مستحيل ، كما ذهبت المحكمة أثناء نظرها في قضية (بلاسكيتش) إلى أنه : ((لكي تقع المسؤولية على الرئيس العسكري أو المدني يجب أن يكون متمتعاً بسلطة تخوله اتخاذ التدابير اللازمة والمعقولة لمنع ارتكاب الجريمة أو معاقبة مرتكبها ، وأن يكون لدية الإمكانية المادية لاتخاذ هذه التدابير حتى لو تمثل ذلك في عرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق أو المحاكمة ومن ثم فإن الرئيس لا يتحمل المسؤولية عن عدم قيامه بعمل يستحيل عليه أداءه من أي من النواحي))[١] ، ولم تشترط اتفاقية ٢٠٠٦ في المادة (٦) ولا نظام روما ١٩٩٨ في المادة (٢٨)، أن يتوافر لدى القائد أو الرئيس القصد الجنائي ، بل أسندتا المسؤولية إليهم لمجرد الإهمال.

أما عن درجة المسؤولية للقائد أو الرئيس ، فإن الفقرة (٣/ج) من المادة (٦) من اتفاقية ٢٠٠٦ تلزم الدول الأطراف كحد ادنى ان تعاقب الرئيس أو القائد بالعقوبة المقرر للمرؤوس الذي أرتكب جريمة الاختفاء القسري ويجوز لها ان تقرر مسؤولية أعلى للرئيس أو القائد أو أي شخص يقوم فعلاً مقام القائد العسكري ، استنادا لحقيقة أن من له سلطة في أن يمنع الجريمة ولا يقوم بذلك يعتبر إلى حد ما ، مسؤولاً عن ارتكابها ، خاصة أن تغاضيه عن هذه الجرائم يرسل إشارة إلى مرؤوسيه بالاستمرار في جرائمهم دون الخوف من العقاب[٢] ، وقد طبق هذا النوع من المسؤولية للمرة الأولى في سياق جرائم الحرب ، ومن أبرز الامثلة على ذلك قضية Yama) Shita) القائد الياباني في أعقاب الحرب العالمية الثانية ، حيث حكم عليه بالإعدام لفشله في التحكم بقواته التي ارتكبت مجازر في عدد من الاقاليم التي كانت اليابان قد أحتلتها[٣].

الفرع الثاني: مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسيهم في التشريع العراقي.

لم يتناول المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي ، المسؤولية المفترضة للقائد أو الرئيس عن أعمال الأشخاص الخاضعين لسلطته وسيطرته الفعليين ، وإنما عالجها في قانوني العقوبات العسكري وعقوبات قوى الأمن الداخلي ، وذلك في الحالتين التاليتين:

أولاً : الحالة الأولى (الدور الايجابي للأعلى رتبة) : عندما يكون الأمر الصادر منه لتنفيذ واجب عسكري ينطوي على ارتكاب جريمة، ففي هذه الحالة تترتب المسؤولية الجزائية عليه حتى إذا لم ينفذ الامر الصادر منه[٤] ، وذلك لعدم مشروعية الامر في ذاته. أما إذا نفذ (الأدنى رتبة) المرؤوس هذا الأمر وتمت الجريمة او شرع فيها ، فعندئذ يعتبر الرئيس فاعلاً أصلياً في الجريمة ويكون المرؤوس شريكاً في الجريمة وذلك في أحدى الحالات التالية:

أ- إذا كان الرئيس قد علم أو تجاهل عن وعي أية معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم.

ب- إذا تعلقت الجرائم بأنشطة تندرج في إطار المسؤولية والسيطرة الفعليتين للرئيس.

ت- إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة)).

(١). ينظر: د. جون ماري هنكرتش ولويز دوز والد بك ، القانون الدول الانساني العرفي ، المجلد الاول ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٤٩١.

(2) See, Sadat , Leila Nadya , Op.cit, p.203.

(3) See: Schabas , William A. , Genocide In International Law , Cambridge University Press , 2000, P. 304.

(٤)ينظر: المادة (٢٤/أولاً) عقوبات عسكري والمادة (٢٢/ثانيا) عقوبات قوى الامن الداخلي.

١. إذا تجاوز حدود الأمر الصادر إليه ، وفي هذه الحالة فان عيب عدم المشروعية قد خفي على المرؤوس ، إلا ان تجاوزه لحدود الأمر الصادر إليه يبعث على توافر القصد الجنائي لديه.
٢. إذا علم أن الأمر الذي تلقاه يقصد به ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية[١].

ثانياً: الحالة الثانية (الدور السلبي للأعلى رتبة) : عندما يهمل او يتكاسل في مراقبة رتبة أدنى أو لم يخبر بالجرائم التي ارتكبها الادنى رتبة ولم يقم باتخاذ الإجراءات القانونية عمداً فيما يتعلق بهذه الافعال[٢].

الفرع الثالث
ملاءمة أحكام مسؤولية القائد أو الرئيس في التشريع العراقي مع اتفاقية ٢٠٠٦

يلاحظ أن المشرع العراقي في الحالة الاخير- الدور السلبي للأعلى رتبة – التي تتصل بموضوع هذا المطلب ، قد قرر المسؤولية الجنائية للرئيس عن أعمال مرؤوسيه ، ولم يحدد نوع وطبيعة الجريمة المرتكبة من قبل الادنى رتبة بسبب اهمال أو تكاسل الاعلى رتبة ، أو تعمده على عدم اتخاذ الاجراءات القانونية بحق الادنى رتبة ، إذا اكتفى المشرع بتحديد عقوبة الاعلى رتبة وهي الحبس مدة لا تزيد على (٦) أشهر ، في قانون العقوبات العسكري و الحبس مدة لا تزيد على (سنة واحدة) في قانون عقوبات قوى الامن الداخلي . وبموجب هذين القانونين ، فان الاعلى رتبة يعاقب بالعقوبة المشار إليها وهي الحبس البسيط إذا ما ارتكب الادنى رتبة جريمة الاختفاء القسري أو أي جريمة دولية أخرى.

وهذا بطبيعة الحال مخالفاً لما تقره اتفاقية ٢٠٠٦ ، وما يقره القانون الجنائي الدولي ، اللذان وضعا على عاتق الرؤساء مسؤولية جنائية أكبر من تلك التي يضعها على مرؤوسيهم عندما يتعلق الأمر بكفالة عدم انتهاك أي حق من حقوق الانسان ، فالرؤساء بمقتضى منصبهم الاعلى في الهرم الوظيفي عليهم واجب الفعل الايجابي لضمان الاحترام لقواعد القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني ، وقمع الانتهاكات على نحو مناسب ، وان تقصيرهم في ذلك ربما يفسر نوعاً من قبول الأفعال غير المشروعة التي ارتكبها مرؤوسوهم ، ومن ثم يعد هذا عاملاً رئيسياً لتشجيعهم[٣].

لذلك نجد ان المشرع الفرنسي في مشروع قانون رقم ٢٥٠ أدرج المسؤولية الجنائية بالنسبة للموظف الأعلى رتبه في المادة (٢٢١-١٣) التي تنص على انه: ((..... يعتبر الموظف الأعلى رتبة شريكاً في جريمة الاختفاء القسري المنصوص عليها في المادة ١٢١-١٢ التي يرتكبها المرؤوسون الخاضعون لسلطته ومراقبته الفعلية ، إذا كان على علم بأية معلومات تفيد بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو سيرتكبون جريمة الاختفاء القسري أو تجاهل تلك المعلومات عنوة ولم يتخذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة التي كان بوسعه اتخاذها لمنع أو قمع تنفذ تلك الجريمة أو للاتصال بالسلطات المختصة من أجل التحقيق والمقاضاة ، بينما كانت تلك الجريمة مرتبطة بالنشاطات التي تدخل في نطاق مسؤوليته أو مراقبته الفعلية)).

وبالاتجاه نفسه للمشرع الفرنسي سار المشرع الفرنسي سار المشرعفي دولة الأوروغواي في المادة (١٠) من القانون ١٨٠٢٦(المسؤولية التراتبية) مسؤولية الرتب العليا المنصوص عليها في المادة(١/٦) من اتفاقية ٢٠٠٦ ، حيث تنص المادة (١٠) المشار إليها على انه: ((يتحمل صاحب الرتبة العليا ، سواء كان موظفاً مدنياً أو عسكرياً ، وأياً كانت وظيفته الرسمية أو الحكومية ، المسؤولية الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في الأبواب أولا إلى ثالثاً من الجزء الثاني من هذا القانون والتي أرتكبها أشخاص خاضعون لسلطته أو إمرته أو سيطرته الفعلية ، عندما يكون ، بموجب رتبته أو منصبه أو وظيفته ، على علم بمشاركتهم بأي شكل من الاشكال في ارتكاب الجرائم المشار إليها دون أن يبادر ،

---

(١)ينظر: المادة (٢٤/ثانياً) عقوبات عسكري ، ولم يبين قانون عقوبات قوى الامن الداخلي المسؤولية الجنائية للأدنى رتبة.
(٢) ينظر: المواد (٧٣) عقوبات عسكري، و(٣٤) عقوبات قوى الامن الداخلي.
(٣)ينظر: جيمي آلانويليامسون ، بعض الاعتبارات حول مسؤولية القيادة والمسؤولية الجنائية ، بحث منشور في مجلة اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، العدد ٨٧٠ ، ٢٠٠٨ ، ص٦٢.

رغم قدرته على ذلك ، إلى أتخاذ كل ما يعقل ويلزم من تدابير في حوزته لمنع ارتكاب تلك الجرائم أو الإبلاغ عنها أو قمعها)).
لذا يتعين على المشرع العراقي للوفاء بالتزاماته الدولية بموجب اتفاقية ٢٠٠٦ ، ان يعتبر الأعلى رتبة شريكاً في الجريمة التي يرتكبها الأدنى رتبة بسبب إهمال الأول أو تقاعسه أو عدم اتخاذه الإجراءات القانونية بحق الأدنى رتبة كما فعل المشرع الفرنسي في مشروع قانون رقم ٢٥٠ والمشرع في دولة الاوروغواي.

المطلب الثاني

عدم قبول الدفع بأمر الرئيس الأعلى للإعفاء من المسؤولية

ستناول في هذا المطلب أحكام تنفيذ أمر الرئيس في القانون الجنائي الدولي بشكل عام والمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري وفي التشريعات العراقية ومدى ملاءمتها مع الأحكام ذات الصلة في القانون الجنائي الدولي ، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

تنفيذ أمر الرئيس في القانون الدولي

ثار الجدل في مؤتمر لندن الذي عقد في ٢٦/يونيو ١٩٤٥ بين مندوبي الولايات المتحدة الأمريكية وكذلك بريطانيا العظمى والاتحاد السوفيتي (السابق) وفرنسا حول تنفيذ – مقررات مؤتمر موسكو- ضد مجرمي الحرب ، وتساءلوا عن مدى اعتبار تنفيذ أمر الرئيس أو القائد الحربي بالتبعية هل هو من قبيل أسباب الاباحة في نطاق القانون الجنائي الدولي ، وتنفي الصفة
الاجرامية عن الفعل الذي أتاه الجاني أم هو سبباً مخففاً من العقوبة ؟ [١].
كانت أراء الأعضاء متطابقة أثناء المناقشات في أن الأمر الأعلى ليس عذراً معفياً من المسؤولية ولكنه فقط يعتبر سبباً مخففاً للعقوبة ، ومن ثم نصت المادة (٨) من لائحة محكمة نورمبرج التي تمخضت عن مؤتمر لندن على هذا الاتجاه بقولهـا ((لا يعد سبباً معفياً من المسؤولية دفاع المتهم بأنه كان يعمل بناء على تعليمات حكومته أو بناء على أوامر رئيس أعلى وإنما قد يعتبر هذا سبباً مخففاً للعقوبة إذا رأت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك))[٢] ، وقبل إقرار مبدأ عدم الدفع بأمر الرئيس الأعلى للإعفاء من المسؤولية الجنائية الدولية ، اختلف الفقه الدولي بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين[٣] :

أولاً : الرأي الأول أمر الرئيس يعد سبباً للإباحة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أمر الرئيس الصادر لمرؤوسه بارتكاب فعل يخالف القانون أو يعتبر جريمة يعد سببا من أسباب الإباحة ، وسند هذا الرأي هو واجب الطاعة الذي يلتزم به المرؤوس تجاه الأمر الصادر إليه من رئيسه وخاصة في العمليات العسكرية ، إذ ينظر للمرؤوس على أنه في حالة إكراه أدبي أو معنوي يبيح فعله هو ولكن تقع المسؤولية على الرئيس[٤] الذي أصدر الأمر غير المشروع ويكفل توقيع العقاب عليه تحقيق أهداف القانون الدولي في ردع الجرائم الدولية[٥].كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن عدم اعتبار أمر الرئيس الاعلى عذراً يعفي من المسؤولية هو مناف لمبادئ الأخلاق ، لأن الفرد من الناحية النظرية يكون حراً في عدم إطاعة أوامر رئيسه الأعلى بينما هو من الناحية العملية غير حر في ذلك[٦].

([١])ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، المصدر السابق، ص ١٧٠.
([٢])ينظر: د. عبد الواحد محمد الفار، المصدر السابق، ص ١٢٩.
([٣])ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق، ص
([٤])ينظر: د. محمد حنفي محمود ، المصدر السابق، ص٣٨.
([٥])ينظر: عبد الله علي عبو سلطان ، دور القانون الجنائي في حماية حقوق الإنسان ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤، ص ١٦٥.
([٦])ينظر: د. عبد الواحد محمد الفار، المصدر السابق، ص ١٣١.

ثانياً: الرأي الثاني أمر الرئيس ليس سبب للإباحة.

يرفض هذا الاتجاه ان يكون أمر الرئيس الأعلى سبباً لإباحة فعل المرؤوس ، إذا لا يمكن تطبيق نظام قانوني داخلي على الصعيد الدولي ، حيث يجب الأخذ في الحسبان الاختلاف بين النظامين (الدولي والداخلي) فالقانون الدولي لا يمكن تقيده بهذا الحكم ، إذ من حقه أن يرى أن فعل المرؤوس يشكل عدواناً على المصالح التي يحميها ، ومن ثم يسبغ على هذا الفعل الصفة غير المشروعة دون التقييد في ذلك بما قررته قواعد القانون الداخلي واستنادا إلى (سيادة القانون الدولي الجنائي على القانون الجنائي الداخلي)، إما ما يقال عن الضرورات العسكرية فإنها لا تبرر ارتكاب عمل جرمي[١].وإن القول بأن أمر الرئيس سبب إباحة في القانون الدولي الجنائي، سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة تتمثل في إهدار وجود القانون الدولي الجنائي وتسمح بمخالفتها ، وكذلك الاعتداء على أهم الحقوق والمصالح التي تحميها ، لمجرد كون الفعل أرتكب بناءً على أمر الرئيس[٢].

سارت الوثائق الدولية على الرأي الثاني[٣] ، ومنها المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري ، ولم تعتبر أمر الرئيس الأعلى مانعاً من المسؤولية وأن كان يمكن أن يكون سببا للتخفيف من العقوبة إذا اقتضت العدالة ذلك ،حيث توضح جميع الصكوك الدولية المعنية بحالات الاختفاء القسري أنه لا يجوز التذرع بأية أوامر أو تعليمات من أي سلطة عامة مدنية كانت أو عسكرية أو غيرها لتبرير جريمة الاختفاء القسري[٤]. وليس في الصكوك الدولية المذكورة ما يشير إلى أن أوامر الرؤساء يمكن أن تشكل أساساً للإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها. فحتى لو أرادت التشريعات الوطنية إقرار تخفيف العقوبة على أساس أوامر الرؤساء ، فإن التخفيف لن يكون مطلق على عنانه ، فإذا سمح القانون الوطني بتخفيف كبير في العقوبة فسيخالف واجب فرض العقوبة المناسبة المنصوص عليه في كافة الصكوك الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري[٥].

على خلاف القانون الدولي ، حاول نظام روما ١٩٩٨ التوافق بين الاتجاهين الفقهيين في القانون الجنائي الدولي حول المسؤولية الجنائية للمرؤوس في تنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة ، مخالفاً بذلك كل الوثائق الاخرى والتي أجمعت على عدم التخفيف أو الإعفاء من العقوبة ، إذا يعفي المرؤوس بموجب النظام من المسؤولية الجنائية ، إذا ما ارتكب أحد الجرائم التي تناولها النظام وذلك في حالتين ، الاولى : إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني ، أما الثانية : إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع . وفي المقابل افترض النظام أن عدم مشروعية الأمر تكون ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، وهنا تقع المسؤولية الجنائية على المرؤوس[٦].

---

(١)ينظر: عبد الله علي عبو ، دور القانون الجنائي في حماية حقوق الانسان ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤.، ص ١٦٥.

(٢)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٣)على سبيل المثال المادة (٤٠) مكرر التي اقترحتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في جنيف سنة ١٩٤٩ حيث جاء بها أنه: ((لا يعتبر عذراً قانونياً أن المتهم كان يتصرف بناء على أمر رئيس أعلى أو تنفيذاً لنص رسمي بشرط أن يثبت الاتهام بناءً على الظروف- أن المتهم كان يمكنه بناء على أسباب معقولة أن يدرك بأنه كان يساهم في مخالفة لهذه الاتفاقية....)) ، وتنص المادة (٤/٧) من نظام محكمة يوغسلافيا على إنه ((لا يعفى المتهم من المسؤولية الجنائية أوامر السلطة العليا سواء من حكومة أو رئيس أعلى ، على أن للمحكمة الدولية أن تنظر في تخفيف العقوبة ، إذا رأت ذلك استيفاء للعدالة)) ، وورد هذا المبدأ بنفس الصياغة في النظام الاساسي لمحكمة رواندا ، ثم في مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية أمنها لعام ١٩٩٦، إذ تنص المادة(٤) منها على أنه ((لا يعفى الفرد المتهم بجريمة مخلة بسلم الإنسانية أمنها من المسؤولية الجنائية لكون تصرف بناء على أمر صادر من حكومته أو من رئيس أعلى ولكن يجوز النظر في تخفيف العقوبة إذا اقتضت العدالة ذلك)).

(٤)ينظر: المادتان (٢/٦) و (٢/٢٣) من اتفاقية ٢٠٠٦،والمادة (٦) من الاعلان ١٩٩٢، (٨)من الاتفاقية الامريكة ١٩٩٦، والمادة (٣٣) من نظام روما ١٩٩٨.

(٥)ينظر: الوثيقة المرقمة (A/HRC/16/48/Add.3) ، المصدر السابق، ص١٩-٢٠.

(٦) ينظر: المادة (٣٣) من نظام روما ١٩٩٨.

الفرع الثاني
تنفيذ أمر الرئيس في التشريع العراقي.

إذا كان القانون الجنائي الدولي قد حسم الجدل حول مسألة طاعة أوامر الرؤساء والقادة ، فإن تطبيقه وطنياً أمراً في غاية الصعوبة والتعقيد ، فالقانون الاول يفرض على الأشخاص عدم ارتكاب جرائم دولية في سياق تنفيذ أوامر الما فوق ، والقانون الثاني يفرض على المادون الضبط العسكري وعدم الاحجام عن تنفيذ الأوامر ، وهنا يجد العسكري نفسه في وضع يفوق طاقته ، فإذا أطاع الامر وخرق القانون الجنائي الدولي ، فقد يحكم عليه بعقوبة ما من قبل محكمة جنائية دولية ، أو من محكمة دولة العدو ، وإذا عصا الامر وامتنع عن ارتكاب الجريمة ، فإنه يواجه عقوبة قد تصل إلى الاعدام من قبل السلطات المختصة بمحاكمته في بلده لعدم طاعة الاوامر الصادرة إليه أو التمرد. لذا يتعين على الدول أن تواكب في تشريعاتها الوطنية التطورات الحاصلة في القانون الدولي بخصوص هذا النوع من المسؤولية الجنائية في الجرائم ذات الطابع الدولي.

في العراق نظم المشرعآثار الأمر الرئاسي على المسؤولية الجنائية للمرؤوس في قانون العقوبات العراقي وقانون العقوبات العسكري، وقانون عقوبات قوى الأمن الداخلي. لذا سنتناول احكام كلا القانونين العام والعسكري من خلال ما يلي :

أولا : قانون العقوبات العراقي.

من القواعد المعروفة في نطاق القانون الجنائي الداخلي ، أن أمر الرئيس الأعلى يعتبر سبباً من أسباب الاباحة متى ما توافرت شروط معينة ، وهذا هو اتجاه المشرع العراقي في قانون العقوبات . إذ تنص المادة(٤٠/ثانياً) منه على أنه: ((لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات الأتية:

ثانياً : إذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو اعتقد أن طاعته واجبة عليه)) .

ويجب في الحالتين أن يثبت أن اعتقاد الفاعل كان مبنياً على أسباب معقولة له ، وأنه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة ، ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية ، إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر إليه)).

يتضح من نص المادة(٤٠) عقوبات عراقي، إنها تتضمن ثلاث حالات يكون عمل المرؤوس فيها مباحاً هي :

١. الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تجب طاعته.
٢. الفعل تنفيذاً لأمر رئيس طاعته غير واجبة.
٣. الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تمنع القوانين مناقشة مشروعيته.

الحالة الأولى: الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تجب طاعته.

عبر عنها المشرع العراقي بالنص ((إذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تجب عليه طاعته)).

إذ إن الموظف أو المكلف بخدمة عامة لا يلتزم عند تأديته واجبات وظيفته بأوامر القانون فحسب ، وإنما يقع على عاتقه أيضاً إطاعة الأوامر الصادرة إليه من رئيسه الإداري ، لأن نظام الوظيفة العامة يقوم على أساس التدرج الرئاسي ، الذي يقتضي خضوع المرؤوسين لسلطة الرؤساء ومن ثم الامتثال لأوامرهم[1]. وإذا كان أمر الرئيس مطابقاً للقانون فتنفيذه مشروع حتى إذا اعتقد المرؤوس أنه مخالف للقانون لأن أسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية فإذا ما توافرت شروطها تحقق أثرها دون الاعتقاد

([1])ينظر: د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الاداري، الطبعة الثانية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٩٩٦، ص١١٧.

بعقيدة من ارتكب الفعل فالجهل بالإباحة لا يمنع الاستفادة منها[١] ، وتصرف الموظف أو المكلف بخدمة عامة في هذه الحالة يبرره مشروعية الفعل في ذاته أكثر مما يبرره الأمر الصادر إليه[٢] ، وأن إباحة هذا الفعل مسألة بديهية لا تحتاج إلى نص يقررها في القانون[٣] . لذلك فإن الشارع في الحالة الأولى- تنفيذ أمر رئيس تجب طاعته- يقصد حماية الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي ينفذ أمر غير مشروع صادر من رئيس تجب طاعته إذا ما انطوى تنفيذ ذلك الأمر على أفعال تعد جرائم [٤].

ويشترط لعدم مسؤولية المرؤوس في هذه الحالة:

١. أن يكون الأمر صادر من رئيس لمرؤوس تجب عليه طاعته له قانوناً، فإن لم يكن الآمر رئيساً قانونياً للمأمور كان هذا مسؤولاً عن انفاذ أمره ، واذا كان الآمر رئيساً قانونيا له ولكنه تجاوز القانون بالأمر الذي أصدره فأنفذه المأمور مع علمه بهذا التجاوز فانه يكون مسؤولا عنه أيضاً.
٢. ان يكون الأمر المعطى ذا علاقة بشؤون الآمر الرسمية واختصاصاته.
٣. أن يكون المأمور جاهلاً ما أنطوى عليه الأمر الصادر إليه من مخالفة لقانون ، فان هذا الجهل ينفي عنه القصد الجنائي الذي هو اساس المسؤولية في الجرائم القصدية ، أما إذا كانت المخالفة من الوضوح بحيث لا تخفي على المأمور فإنه بإنفاذ الامر قصداً وهو عالم بما فيه من العيب ينظم إلى الآمر في جريمته ويشترك معه فيها[٥].

الحالة الثانية: الفعل تنفيذ لأمر رئيس طاعته غير واجبة.

وعبر عنها المشرع العراقي بالنص :((.....أو أعتقد أن طاعته واجبة عليه)). والاعتقاد بوجوب الطاعة معناه توهم طاعة أمر الرئيس ، مع كون هذا الأمر غير ملزم للمرؤوس ، بسبب تعارضه مع أحكام القانون الاداري ، ولكن عيب المشروعية مما قد يخفى على المرؤوس فيمضي في طاعة الأمر ، وهذا الاعتقاد بوجوب الطاعة ينصرف إلى أمرين[٦] ، إما لعدم مشروعية الأمر في ذاته ، وإما لأن الرئيس لا اختصاص له بإصدار الأمر ، ولكن خفي العيب الذي يشوب الأمر على المرؤوس فاعتقد أن طاعة الرئيس فيه واجبة إذ في هذه الحالة يكون الأمر غير واجب الطاعة[٧] ، وأن فعل المرؤوس هذا يعتبر جريمة ويستحق عليها العقوبة المقررة قانوناً ، ولكن رأى المشرع أن خشية الموظف العام من الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات قد يحول بينه وبين القيام بواجبه الوظيفي مما يعرقل تنفيذ القوانين وسير العمل في الجهاز الاداري بالدولة فقرر عدم مسؤوليته الجنائية عن مثل هذا العمل إذ اعتقد أنه صادراً من رئيس تجب طاعته[٨].

إن إباحة فعل المرؤوس في هذه الحالة لا تقرر إلا بعد تحقق الشروط التالية:

١. توافر حسن النية ، فسلامة نيته تعني جهله بخروجه عن نطاق اختصاصه واعتقاده أن فعله داخل ضمن نطاق اختصاصه.
٢. أن يكون الاعتقاد بمشروعية الفعل مبنياً على أسباب معقولة ، ويقصد بشرط معقولية الاعتقاد ، أن تكون الظروف التي أحاطت بارتكاب الفعل غير القانوني من شأنها أن تؤدي بالموظف العادي إلى الاعتقاد بمشروعية الفعل الذي قام به.

---

(١) ينظر: د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٢٨٧.

(٢)ينظر: د. جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الاول ، الناشر مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، ٢٠٠٥، ص ٥٠٩.

(٣) ينظر: د. صباح مصباح محمود ، الحماية الجنائية للموظف العام ، الطبعة الاولى ، دار الحامد ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤.

(٤)ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام ، المصدر السابق، ص٢٩٣.

(٥)ينظر: د. جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الاول، المصدر السابق، ص ٥١١-٥١٢.

(٦)ينظر: د. عاصم أحمد عجيلة، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة ، الطبعة الخامسة، علا الكتب ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص ٢٦٩.

(٧) ينظر: د. محمد عبد الحميد زويد ، المصدر السابق ،، ص ٣٨٩.

(٨)ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي ، قانون العقوبات القسم العام ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠، ص ٢٩٦-٢٩٧.

٣. ان يرتكب الفعل بعد اتخاذ الحيطة المناسبة ، أي ان يكون قد بذل كل ما في وسعه من جهد للتأكد من مشروعية الفعل الذي قام به[١].

وبموجب المادة (٤٠) عقوبات عراقي، فأن إثبات تلك الشروط يقع على عاتق الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي يدفع بهذا السبب.

الحالة الثالثة: الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تمنع القوانين مناقشة مشروعيته.

وعبر عنها المشرع العراقي بالنص ((.....ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية ، إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر إليه)).

والواقع أن هذه الفقرة تنتمي بحكم مضمونها إلى التصرف غير القانوني الخاصة بصورة اعتقاد الموظف العام مشروعية أمر رئيسه الاداري ، إلا أنها تختلف عنها من حيث أن الموظف العام هنا يعلم كل العلم بأن الأمر الصادر إليه من رئيسه غير مشروع ، إلا أن القانون مع ذلك يمنعه من مناقشة مشروعيته والاعتراض عليه ، وغالباً ما تشهد هذه الصورة حضوراً واسعاً في ظل النظم ذات الطابع العسكري كالجيش والشرطة ، إذ لا يسمح للمرؤوس بمناقشة أو مراجعة رئيسه الإداري فيما يصدره من أوامر ، وليس له أيضاً حق تقديرها أو الاعتراض عليها ، لأن طبيعة العمل في تلك الأنظمة تتطلب الحزم والطاعة في تصرفاتها مع السرعة والدقة في التنفيذ[٢].

وإعفاء المرؤوس من العقوبة في هذه الحالة يعود إلى العيب الذي شاب إرادة المرؤوس الذي أفقده حريته في ارتكاب الفعل المكون للجريمة ، لاسيما أن المرؤوس يكون بمركز خاص فهو ملزم بإطاعة أمرين قانونيين أحدهما ينهاه عن ارتكاب الجريمة والثاني يأمره بارتكاب فعل يحقق الاركان المادية للجريمة ، لذلك فأن طاعة أحداهما معناه مخالفة للأخر ، وبهذا فإن أي فعل يرتكبه لا بد وأن يتسم بعدم المشروعية بالنسبة للنص الآخر ، وعليه يكون منطقياً استحالة مؤاخذة الجاني عما وقع منه للعيب الذي شاب إرادته ، لاستحالة الاستجابة لأوامر الشارع ونواهيه في وقت واحد[٣] ، وعلى اساس هذا المفهوم فقد اعتبر المشرع العراقي هذا الحالة عذراً معفياً من العقاب بالنسبة لموظف المرؤوس ، وهذا ما يستفاد من صياغته العبارة (فلا عقاب) فلو كان ينوي إدراجها ضمن قائمة صور الإباحة لاستخدم العبارة نفسها الواردة في صدر المادة (٤٠) عقوبات عراقي ألا وهي (لا جريمة)[٤].

لكن ماذا لو تجاوز المرؤوس في هذه الحالة حدود الامر الصادر إليه من رئيس تجب طاعته وتمنع القوانين من مناقشة مشروعيته؟ هذه المسألة لم يعالجها المشرع العراقي في قانون العقوبات ، لكنه عالجها في قانون العقوبات العسكري ، وهذا ما سوف نناقشه في الفقرة التالية.

ثانياً: قانون العقوبات العسكري وقانون عقوبات قوى الأمن الداخلي.

الأصل أن المرؤوس العسكري يلتزم بإطاعة أمر رئيسه ، ولذا يكون مجرد عدم الطاعة أو رفضها عملاً معاقباً عليه ، حيث تجري التشريعات العسكرية على تجريمه على وجهة الاستقلال وتشديد العقاب على اتيانه ، غير أن هذه القاعدة تطبق على إطلاقها متى كان الأمر قانونياً ولا خلاف في ذلك ، ولكن في الحياة العملية لا تكون جميع الأوامر الصادرة من الآمرين إلى المأمورين قانونية ، فبعضها يكون غير قانوني ، لتخلف أحد شروطه القانونية أو أن تنفيذه ينطوي على ارتكاب جريمة[٥] . لم يخرج المشرع العراقي عن تلك القاعدة ، إذ ألزم في المادة (٤٢) عقوبات عسكري والمواد (٨ -١٠) عقوبات قوى الامن الداخلي ، المرؤوس أو الادنى رتبة بطاعة أوامر الصادرة إليه من رئيسه وقرر العقوبة لكل جريمة من جرائم عدم طاعة الاوامر ، ولم يلزم المشرع العراقي في كلا القانونين صراحةً قانونية الأمر الصادر من الرئيس ، وفي حالة صدور أمر من الرئيس ونفذ من قبل المرؤوس ونتج عنه

---

(١)ينظر: د. صباح مصباح محمود ، المصدر السابق، ص٨٧-٨٨.

(٢)ينظر: د. عمار تركي عطية ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ،الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢، ص ١١٤.

(٣)ينظر: د. حكمت موسى سليمان ، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، بغداد ، ١٩٨٧، ص١٢٣.

(٤)ينظر: د. صباح مصباح محمود ، المصدر السابق، ص ٩٣. ود. عمار تركي عطية ، المصدر السابق، ص ١١٥-١١٦.

(٥)ينظر: د. حكمت موسى سليمان ، المصدر السابق ، ص ١٣٧.

جريمة فأن المسؤولية الجزائية للأخير تتحدد وفق المادة (٢٤) عقوبات عسكري ولم يبين قانون عقوبات قوى الامن الداخلي مسؤولية المرؤوس إذ ترك أمر تحديدها إلى القواعد العامة في قانون العقوبات العراقي[١].

حددت الفقرة الثانية من المادة (٢٤) عقوبات عسكري ، مسؤولية المرؤوس الجزائية عند تنفيذه أمراً صادراً من رئيس تجب طاعته ، باعتباره شريكاً في الجريمة التي وقعت تنفيذ لأمر هذا الرئيس بالحالات التالية:-

الحالة الأولى: إذا تجاوز حدود الأمر الصادر إليه.

ان هذه الحالة تشتبه إلى حد ما مع الحالة الأخيرة التي نصت عليها المادة(٤٠) عقوبات عراقي - الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تمنع القوانين مناقشة مشروعيته- فالمرؤوس في كلا الحالتين يعلم كل العلم أن الأمر الصادر إليه من رئيسه هو غير مشروع ، إلا أن القانون يمنعه من مناقشة مشروعيته أو الاعتراض عليه ، فيصبح المرؤوس ملزم بإطاعة أمرين قانونيين أحدهما ينهاه عن ارتكاب ذلك الفعل والثاني يأمره به ، وفي النهاية ينفذ الأمر غير المشروع نتيجة العيب الذي شاب إرادته ، إلا أنهما يختلفان لكون المرؤوس في هذه الحالة تجاوز حدود الأمر غير المشروع الصادر إليه ، مما يدل على انصراف نية المرؤوس إلى ارتكاب الجريمة بإرادة حرة لا تشوبها أي شائبة ، فيصبح المرؤوس شريكاً في الجريمة ويكون الآمر فاعلاً أصلياً حسب نص المادة (٢٤/أولاً) عقوبات عسكري.

لذلك فإن المشرع العراقي كان موفقاً في صياغة الفقرة (ا) من المادة (٢٤/ ثانيا) عقوبات عسكري أكثر من صياغة الشطر الأخير من المادة (٤٠) عقوبات عراقي ، فالقانون الأخير يعفي المرؤوس من العقاب إعفاءً مطلقاً دون قيد او شرط باستثناء شرط أن القانون لا يسمح بمناقشة الأمر الصادر إليه ولم يبين المسؤولية الجزائية للمرؤوس فيما لو تجاوز حدود الأمر الصادر إليه، لكن هل يشفع للمرؤوس ادعاؤه بأنه نفذ أمر الرئيس ولم يتجاوز حدوده مع علمه بعدم مشروعيته لأن النظام العسكري لا يسمح له بمناقشة الأمر الصادر إليه؟ هذا م نناقشه في الفقرة التالية.

الحالة الثانية : إذا علم المرؤوس أن الأمر الصادر إليه يقصد به ارتكاب جريمة .

في هذه الحالة يستند المشرع العراقي من خلال نص الفقرة (ب) من المادة (٢٤/ثانياً) عقوبات عسكري ، في تحديد المسؤولية الجزائية للمرؤوس بالإضافة إلى المعيار الموضوعي الذي يفيد أنه متى ما كان وجه الجريمة في أمر الرئيس واضحاً فإن على المرؤوس أن يمتنع عن تنفيذه ، يستند أيضاً إلى معيار شخصي يتمثل بعلم المرؤوس علماً حقيقياً بعد مشروعية الأمر ، ويستدل على ذلك من عبارة (إذا علم المرؤوس.....) ، وأنه في سبل معرفة ما إذا كان الغرض الإجرامي واضحاً ، يرجع إلى مقياس الشخص السوي في ظروف المتهم ، أما إذا كانت عدم مشروعية الأمر غير واضحة بحيث ينخدع به الشخص السوي ، فلا يشك في صحة الأمر تنتفي المسؤولية الجزائية للمرؤوس لانتفاء القصد لدية، ويسأل الآمر عن الجريمة[٢].

يتبين مما سبق بأن المشرع العراقي في قانون العقوبات العسكري قد أخذ في تنفيذ أمر الرئيس غير المشروع بنظرية الطاعة الوسط [٣]، فأوجب من حيث المبدأ على المرؤوس تنفيذ أمر الرئيس ثم أورد

---

(١) تنص المادة (٥٢) عقوبات قوى الامن الداخلي على انه : ((تسري أحكام قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وقانون الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ في الأمور التي لم ينص عليها في هذا القانون)).

(٢)ينظر: د. حكمت موسى سلمان ، المصدر السابق، ص١٢٧.

(٣) ظهرت في الفقه الدولي الجنائي ثلاث اتجاهات حول مسألة إمكانية رفض المرؤوس العسكري تنفيذ الأمر الصادر إليه من رئيسه يترتب عليها جريمة دولية ، وهي :- نظرية الطاعة العمياء: ومؤدى هذه النظرية ، أن العسكري عليه واجب طاعة رئيسه طاعة عمياء ، ولا يجوز له التردد في تنفيذ الأمر ، أو الحق في التأكد من مشروعية الأمر الصادر إليه ، ويجب عليه تنفيذها، حتى إذا كانت مخالفة للقوانين واللوائح. ٢- نظرية الطاعة النسبية: وبموجب هذه النظرية يحق للمرؤوسين مراقبة مشروعية الأوامر الملقاة من رؤسائهم ، وأن العسكريين ليسوا أدوات عمياء ولا آلات صماء ، بل هم محاربون وعقلاء مميزون ، يقومون بإداء واجبهم لتحقيق العدالة والحرية للجميع ، فانتقدت هذه النظرية لعدم قدرة العسكري على ان يمارس مراقبة مشروعية الأمر. ٣- النظرية الوسط: ويقول أصحاب هذه النظرية ، أنه يجب التمييز بين الأوامر المشروعة والاوامر غير المشروعة ، فإذا كان الأمر غير مشروع وعدم المشروعية واضحة ويترتب عنه جريمة جنائية

على هذا المبدأ قيد يتمثل في رفض الاوامر التي يقصد منها ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية إذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة ، أما إذا كانت عدم مشروعية الأمر غير ظاهرة فلا يجوز للمرؤوس تجاوز حدود الأمر الصادر إليه.

الفرع الثالث
ملاءمة إداء الواجب في التشريع العراقي مع المواثيق الدولية .

بعد ان انتهينا من مناقشة الحالات التي يعتبر فيها عمل المرؤوس الذي هو في الأصل جريمة ، من الأعمال المباحة ، نجد ان أسباب الاباحة التي تناولتها المادة (٤٠) عقوبات عراقي والمادة (٢٤) عقوبات عسكري ،هي أسباب خاصة يستفيد منها أشخاص تقوم فيهم صفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة ، والسبب الخاص بهذه الفئة دون سواها هو بلا شك (إداء الواجب) الذي من شأن تحققه أن يؤدي إلى إباحة التصرفات الصادرة من جانب ممثلي السلطة ورجالها ، حتى لو كانت ماسة في بعض جوانبها بالحرية الشخصية للأفراد ، ومن ثم فان انعدام مثل هذا السبب يعد شرطاً ضرورياً لتجريم مثل تلك التصرفات[١] ، ويعتبر موظفاً ، من كان على ملاك الموظفين أو على ملاك العمال العاملين في الدولة أو المؤسسات التابعة لها سواء كانت وظيفته دائميه أم موقتة . أما المكلف بخدمة عامة فهو كل من تناط به مهمة عامة في خدمة الدولة بأجر أو بدونه كالخبراء في المحاكم أو غيرها والأشخاص الذين يتطوعون لتعداد النفوس وغيرهم[٢] . مما يترتب عليه ان الاشخاص أو المجموعات من الأفراد الذين يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها الوارد ذكرهم في المواثيق الدولية الخاصة والعامة بجريمة الاختفاء القسري لا يستفيدون من الاباحة أو الاعفاء من العقاب الذي تقرره المادة السابقة .

وبهذا المنهج – مبدأ قبول الدفع بأمر الرئيس الأعلى للإعفاء من المسؤولية - أخذت أغلب تشريعات الدول في العالم، وأقره أيضا نظام روما ١٩٩٨ في الفقرة (١) من المادة (٣٣) . إذ ان تطبيق هذا المبدأ على جرائم ذات طابع داخلي يكون المرؤوس في صددها معذور في طاعته لأمر الرئيس ، وعلى حق في اعتقاده بمشروعية أمر لا يضر كثيراً بمصالح المجتمع ، وحتى الرئيس الذي أصدر الامر بارتكاب الفعل الغير مشروع يكون فعله هذا من وحي تفكيره ولا يحظى فعله بتأييد أو موافقة أو تغاضي الدولة . لكن إطلاق هذا المبدأ على جرائم ذات طابع دولي تبلغ غاية من الجسامة والخطورة وترتكب وفق خطة عامة ومنهجية تشترك فيها مستويات مختلفة من أجهزة الدولة ، يؤدي إلى نتائج سلبية وإفلات المجرمين من العقاب ، لأن كل رئيس هو في الحقيقة مرؤوس لرئيسه الأعلى وإذا ما رجعنا بالمسؤولية على أحد منهم سيدفع بأنه ينفذ أوامر رئيسه ويدفع الأخير بذلك أيضاً، مما يصعب معه تحديد المسؤول الرئيس عن الفعل المكون للجريمة مما يشجع على التمادي في ارتكاب المجازر والأعمال الوحشية[٣].

فبموجب المادة (٤٠) عقوبات عراقي ، إذا ما استطاع المرؤوس المتهم أن يثبت أمام المحكمة المختصة ان عدم مشروعية أمر إخفاء شخص ما كانت غير ظاهرة وأنه أتخذ الحيطة والحذر عند تنفيذه الامر ، أو أن المحكمة رأت أن قانون العقوبات العسكري أو قانون عقوبات قوى الامن الداخلي لا يسمح للمرؤوس بمناقشة أمر الرئيس وأن المرؤوس لم يتجاوز حدود الأمر الصادر إليه أو أنه لم يعلم بأن الامر الصادر إليه باعتقال شخص ما كان يقصد به ارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، هذا يعني إباحة فعل المرؤوس في الحالة الاولى ، وإعفاءه من العقاب في الحالة الثانية وعندئذ يفلت المرؤوس من العقاب لارتكابه جريمة الاختفاء القسري.

فأن للمرؤوس المنفذ حق رفض طاعته ، أما الأوامر المشروعة فعليه تنفيذها ، وهذه النظرية أكثر قبولاً وأقرب إلى المنطق والعدالة. ينظر: عبد الله على عبو سلطان ، المصدر السابق، ص١٦٨-١٦٩.

(١)ينظر: د. عمار تركي عطية ، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٢)ينظر: د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق، ص٢٥٣.

(٣)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص ٩٨.

لقد تدارك المشرع العراقي هذا الأمر في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٥/خامساً) التي تنص على أنه : ((في حالة قيام أي شخص متهم بارتكاب فعل تنفيذاً لأمر صادر من الحكومة أو من رئيسه فإن ذلك لن يعفيه من المسؤولية الجنائية ، ويجوز أن يراعي ذلك في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة أن تحقيق العدالة يقتضي ذلك)).

وعلى الصعيد القضاء الدولي الجنائي ، طبقت محكمة نورمبرج هذا المبدأ عندما تمسك كيتلKeitel في دفاعه أمامها بصفته جندياً وبحجة أن الأمر الأعلى ، حيث قالت المحكمة ((إن الأمر الذي تلقاه عسكري بالقتل أو الارهاب بالمخالفة للقانون الدولي الخاص بالحرب لا يمكن ابداً أن ينظر إليه كمبرر لفعل المخالفة وإنما يمكن الانتفاع به في الحصول على تخفيف العقوبة طبقاً لنصوص اللائحة))[١].

لذلك فأن المواد (٤٠) عقوبات عراقي والمادة (٢٤) عقوبات عسكري بمنطوقهما الحالي لا تتلاءم مع التزامات العراق الدولية بموجب اتفاقية ٢٠٠٦ بصفة خاصة والقانون الدولي الجنائي بصفة عامة والتي أخذت جميعا بمبدأ عدم قبول الدفع بأمر الرئيس كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجنائية في ارتكاب جريمة دولية ، حتى نظام روما ١٩٩٨ وإن اخذ بمبدأ قبول الدفع بأمر الرئيس كسبب من أسباب الاعفاء من المسؤولية الجزائية إلا أنه اعتبر في المادة(٢/٣٣) عدم مشروعية الأمر ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الانسانية، أي ان النظام اعتبر عدم مشروعية الأمر ظاهرة للمرؤوس الذي يأمَرْ بارتكاب جريمة الاختفاء القسري باعتبارها من الجرائم ضد الإنسانية.

لذلك نجد ان بعض الدول الاطراف في اتفاقية ٢٠٠٦ أجرت تعديلات تشريعية على أسباب الاباحة والاعفاء من المسؤولية الجنائية ، مثل دولة الاوروغواي ، إذ تنص المادة (٩) من القانون رقم ١٨٠٢٦ لعام ٢٠٠٥ (الطاعة الواجبة وسواها من الظروف المخففة) إلى ما يلي ((لا يجوز التذرع بأوامر عليا ولا بظروف استثنائية (من قبيل احتمال وقوع حرب أو وجودها ، أو انعدام الاستقرار السياسي أو أي حالة أخرى من حالات الطوارئ العامة الفعلية أو المفترضة)
، تبريراً للجرائم المصنفة في الأبواب .....))[٢].

أما على صعيد القوانين العسكرية فقد أشار القانون العسكري البلجيكي الصادر في ١٩٩٣/٦/٦١ إلى حق المرؤوس في رفض الأوامر غير المشروعة . فقد جاء في المادة (٥) منه((١- لا يمكن لمنفعة ما تجبى ولا لضرورة عسكرية أو سياسية أو وطنية أن تبرر حتى وان يكن على سبيل الاقتصاص المخالفات المنصوص عليها في المواد..... ٢- لا يخلى مسؤولية المتهم كونه تصرف بناءً على أمر من حكومته أو من أحد رؤسائه ، إذا تبين في ضوء الظروف المحيطة أن الأمر الصادر قد يؤدي إلى ارتكاب مخالفة جسيمة للاتفاقيات الدولية))[٣].

المطلب الثالث

المساواة في العقوبة لكل المساهمين في الجريمة

سنتناول في هذا المطلب مفهوم المساهمة الجنائية وأحكامها في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري والتشريعات العراقي ومدى ملائمتها مع القانون الدولي الجنائي ، وذلك من خلال الفروع التالية:

---

(١)ينظر: د. عبد الواحد محمد الفار، المصدر السابق، ص ١٢٩-١٣٠.

(٢)ينظر: الوثيقة المرقمة (CED/CURY/1) ، المصدر السابق، ص١٦.

(٣)ينظر: د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق ، ص ١٠٢.

الفرع الأول
مفهوم المساهمة الجنائية

المساهمة في الجريمة أو كما يسميها بعضهم المساهمة الجنائية[١] ، هي أن يقوم شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة واحدة ، فهي على هذا الاساس سلوك إجرامي لم تقع بفعل فاعل واحد وإنما يسهم في ارتكابها عدد من الأشخاص[٢] ، وتتخذ المساهمة الجنائية صورتان أولهما هي المساهمة الأصلية وثانيهما هي المساهمة التبعية ، وجوهر الأولى هو تعدد الفاعلين جميعا حيث يقومون بالسلوك المادي للجريمة أو يتدخل بعضهم في ارتكابها إذا كانت تتكون من عدة أفعال وحدد القانون الدور الذي يقوم به كل منهم في إتمام الجريمة ، أما الثانية فتتوافر عندما يقوم الشخص بدور ثانوي في اتيانها فيأتي فعلاً لا يقوم به الركن المادي ولكنه يعض الفاعل الاصلي في إتمام وتنفيذ تلك الجريمة[٣].

الفرع الثاني
المساهمة الجنائية في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري

نظرا لما تتسم به جريمة الاختفاء القسري من طابع معقد، فمن المسلم به أن أكثر من شخص قد يشتركون في ارتكابها بقصد جنائي مشترك[٤] ، حيث كان من الضروري الاعتماد على قواعد المساهمة الجنائية للوصول إلى الأشخاص الذين ينظمون ويشجعون ويحرضون على ارتكاب الجريمة[٥] ، إذ أعلنت محكمة العدل العليا في بيرو أنه:((لإثبات المسؤولية الجنائية في جرائم الاختفاء القسري ، لا يقتضي الأمر بالضرورة تدخل الجناة أو المشاركين منذ الوهلة الاولى لارتكاب الجريمة))[٦] ، لذا تتطلب المادة (١/٦) (أ) من اتفاقية ٢٠٠٦ والمادة (١/ب) من الاتفاقية الامريكية لعام ١٩٩٦ ، من الدول الأطراف أن تقوم ، كحد أدنى ، باتخاذ التدابير اللازمة لتحميل المسؤولية الجنائية للأشخاص الضالعين في جريمة اختفاء قسري وفقا للمبادئ الخمسة للمسؤولية الجنائية التي أقرتها الاتفاقية، وهم أي شخص يرتكب جريمة الاختفاء القسري، أو يأمر ، أو يوصي بارتكابها ، أو يحاول ارتكابها ، أو يكون متواطئا أو شريكا في الجريمة ، ومصطلح الأمر ، يعني وجود علاقة الرئاسة بين الشخص الآمر أو الرئيس الذي طلب ارتكاب الجريمة والشخص المأمور أو المرؤوس الذي نفذ الجريمة بناءً على هذا الأمر ، كما أشارت المحكمة الجنائية لرواندا في قضية (Akayesu) ، إلى أن الأمر يعني علاقة رئيس بمرؤوس[٧]، وكذلك اشار المشرع العراقي إلى هذا المعني في المادة (٥/٣) من قانون مكافحة الإرهاب النافذ التي تنص على إنه :((يعتبر بوجه خاص الأفعال التالية من جرائم أمن الدولة ..... كل فعل قام به شخص كان له سلطة الأمر على أفراد القوات المسلحة وطلب إليهم أو كلفهم العمل على تعطيل أوامر الحكومة)). أما مصطلح أوصى فهو يشير أيضا إلى الأمر أو الطب بارتكاب الجريمة دون ان وجود علاقة الرئاسة ، من هنا فان التوصية تكون غير ملزمة للشخص المطلوب منه ارتكاب الجريمة على خلاف الأمر الذي يكون ملزماً. إما المحاولة فتعني الشروع ، تتم عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطوات ملموسة ، ولكن لم تقع الجريمة لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص . ومع ذلك ، فالشخص الذي يكف عن بذل أي جهد لارتكاب الجريمة أو يحول بوسيلة أخرى دون إتمام الجريمة لا يكون عرضة للعقاب بموجب هذا النظام على الشروع في ارتكاب الجريمة إذا تخلى هو

---

(١)ينظر: د. علي حسين الخلف، ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المصدر السابق، ص١٧٩.

(٢)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، الناشر شركة العاتك ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص ٢٢٨.

(٣)ينظر: د. محمد حنفي محمود ، المصدر السابق، ص٣٥-٣٦.

(٤) وثيقة الأمم المتحدة، المرقمة SUPP (ICC-ASP/1/3) بعنوان (المذكرة التفسيرية) الفقرة (٢٣).

(5)See: Schabas , William A. , op . cit , P. 290.

(٦) الامم المتحدة ، تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري ، الوثيقة المرقمة(A/HRC/16/48/Add.3) ، ص ١٣.

(7) See: Schabas , William A . op. cit, p.292.

تماماً وبمحض إرادته عن الغرض الإجرامي[١]. كما ان هناك أشكالاً أخرى من المساهمة التبعية أشار إليها نظام روما ١٩٩٨[٢] ، ولم تشر اتفاقية ٢٠٠٦ ولا نظام روما ١٩٩٨ إلى فعل التآمر الذي يعني في النظام اللاتيني ، بشكل عام نوع من المساهمة الجنائية التي لا يعاقب عليها إلا إذا ارتكبت الجريمة محل التآمر[٣] ، على خلاف اتفاقية قمع إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨ التي تعاقب على التآمر بغرض ارتكاب جريمة[٤].

هذا فيما يخص التدابير اللازمة التي تتخذها الدول الأطراف في تقرير المسؤولية الجنائية لجميع المساهمين في الجريمة ، أما عن العقوبة فلم تشر اتفاقية ٢٠٠٦ في المادة (٦) إلى المساواة في العقوبة لكل المساهمين ، إلا أن هذا المبدأ – المساواة في العقوبة - تحكمه نظرية عامة في القانون الدولي الجنائي ، قوامها المساواة بالكامل بين المساهمين في الجريمة الدولية وبين الشروع والجريمة التامة على مختلف مراحلها المعاقب عليها ابتداءً من الأعمال التحضيرية للجريمة وحتى مرحلة التنفيذ الكامل لها، إذ يرفض الفقه الدولي الجنائي التفرقة بين الفاعل الاصلي والفاعل مع غيره ، ويعد الدور الذي يقوم به أحدهما معادلاً لدور الاخر[٥] ، حيث كان من الضروري الاعتماد على قواعد المساهمة الجنائية للوصول إلى اولئك الذين ينظمون ويشجعون ويحرضون على ارتكاب الجرائم الدولية[٦] ، وقد تأكد ذلك في مختلف الوثائق الجنائية والاتفاقيات الدولية ، التي تؤكد أن هذا القانون لا يعرف نظام التمييز بين المساهم الاصلي والمساهم التبعي ، فقد جاء صياغة لجنة القانون الدولي لمبادئ نورمبرج بخصوص الاشتراك على النحو الاتي:((الاشتراك في الجريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الانسانية تعتبر جريمة في نظر القانون الدولي))، وهذا يعني تحمل الشريك المسؤولية الجنائية مع الفاعل الاصلي عن فعله الذي ساهم به في ارتكاب الجريمة بصرف النظر عن كون هذه المساهمة سابقة أو معاصرة أو لاحقة في ارتكاب الجريمة[٧].

الفرع الثالث
المساهمة الجنائية والشروع في قانون العقوبات العراقي

عالج المشرع العراقي أحكام المساهمة الجنائية في المواد (٤٧-٥٤) عقوبات عراقي ، وقد رسم في هذه المواد الأحكام التي يتعين تطبيقها حيث يساهم عدد من الأشخاص في جريمة واحدة وكانوا جميعهم فاعلين أصليين فيها أو كان بعضهم فاعلاً للجريمة وبعضهم الأخر شريكاً فيها ،وهذه الأحكام هي:

أولا: وحدة الجريمة المرتكبة بتعدد المساهمين ، فالمشرع العراقي كما فعل المشرع المصري لا يرى تعدد الجرائم بتعدد المساهمين وإنما هناك وحدة بين أفعال المساهمة ووحدة في النتيجة الإجرامية ومن ثم وحدة الجريمة[٨].

ثانياً: رفض المشرع العراقي الفكرة الموسعة للفاعل التي تمتد لتشمل كل من تسبب في إحداث النتيجة[٩] ، إذ ميزَ بين الفاعل والشريك في نطاق المساهمين وفق المعيار الموضوعي ، لكنه اعتبر الفاعل

---

(١)ينظر المادة (٣/٢٥) (و) من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية(١٩٩٨).

(٢) من هذه الاشكال ؛ الأمر أو الإغراء بارتكاب، أو الحث على ارتكاب ،تقديم العون أو التحريض أو المساعدة ، التحريض المباشر والعلني . ينظر: المادة (٣/٢٥) من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية (١٩٩٨).

(3) See: See: Schabas , William A., op. cit. . p. 259.

(٤)ينظر: المادة (٢/ب) من اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨).

(٥)ينظر : د. بشرى سلمان العبيدي، الجريمة الدولية في ضوء نظام المحكمة الجنائية الدولية، المصدر السابق ، ص ٣٢٤-٣٢٥.

(6)See: See: Schabas , William A., op. cit.p.290.

(٧)ينظر: عبد الله علي عبو سلطان، المصدر السابق، ص١٣٨-١٣٩.

(٨) د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٣٩٨.

(٩) د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٩٥.

المعنوي[١]أو من كان حاضراً أثناء ارتكاب الجريمة فاعلاً أصليا للجريمة[٢] وفقاً للمعيار الشخصي، ووضع تعريفاً واضحاً ومحدداً لكل نوع من المساهمين[٣].

ثالثاً: لم يأخذ المشرع العراقي بنظام التشديد لتعدد المساهمين (فاعل أصلي وشريك) ، وإنما أعتبر تعدد الفاعلين الأصليين ظرفا مشدداً[٤].

رابعاً: كقاعدة عامة ساوى المشرع العراقي في العقاب بين المساهم الأصلي والمساهم التبعي، إذ تنص المادة(٥٠) عقوبات عراقي على أنه: ((كل من ساهم بوصفه فاعلاً أو شريكاً في ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها مالم ينص القانون على خلاف ذلك)).

خامساً: أقر المشرع العراقي بمذهب الاستعارة المطلقة التي تقف عند حد ارتكاب الفاعل السلوك غير المشروع من الناحية المادية إذ ساوى في المسؤولية والعقاب بين المساهمين وسريان الظروف المادية المشددة والمخففة على المساهمين كافة سواء علموا أم لم يعلموا بها ، لكنه أخذ بمذهب الاستعارة النسبية واستقلال المساهمين بالنسبة للظروف الشخصية إذا كان المساهم الاخر يعلم بها[٥] ، مما يعني ان قانون قانون العقوبات العراقي وأن أخذ بنظام وحدة الجريمة إلا أنه اختط له طريقاً وسطاً بين مذهب الاستعارة المطلقة والاستعارة النسبية[٦].

نستنتج مما سبقبأن المشرع العراقي قد ساوى كقاعدة عامة في المسؤولية الجنائية والعقاب بين الفاعل والشريك ، وهذا ينسجم مع ما أقره القانون الدولي الجنائي واتفاقية ٢٠٠٦ واقره أيضاً المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات بشأن المساهمين في الجريمة[٧]. أما عن عقاب الشروع ، فقد قرر المشرع العراقي في المادة (٣١) عقوبات عراقي ، نصف عقوبة الجريمة التامة في حالة عدم وجود نص خاص يعاقب على الشروع بعقوبة الجريمة التامة[٨] ، وهذا يعني إنالعقوبة المقررة في المادة (٣١)

---

(١)اعتبر المشرع العراقي في المادة(٤٧) عقوبات عراقي ، أن الفاعل المعنوي مساهماً أصليا في الجريمة في حين اعتبر المشرع المصري أن الفاعل المعنوي هو شريك في الجريمة إذ تنص المادة(٤٠) منه على أنه((يُعد شريكاً في الجريمة كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون لها إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض)).

(٢)يعلل بعض الفقه اعتبار من يحضر مسرح الجريمة فاعلاً أصليا في الجريمة ذلك أن حضوره بعد اشتراكه بوسيلة من وسائل وسائل الاشتراك التي نص عليها القانون ، يدل على دخوله في ارتكابها أو على الأقل على رغبته في الدخول في ارتكابها، أو بعبارة أخرى أن حضوره هذا له دلالته على رغبته بأن يخطو خطوة أخرى أبعد من مجرد الاشتراك وذلك بمؤازرة منفذها. ينظر: د.علي جبار شلال، ضرورة التمييز بين الفاعل والشريك في الجريمة وتفعيل أحكام العود، بحث منشورة في مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية، العدد ٤، ٢٠١١ ، ص٥.

(٣)ينظر: المواد (٤٧) ، (٤٨) ، (٤٩) عقوبات عراقي.

(٤)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٥)ينظر: قحطان ناظم خورشيد، المساهمة الجنائية في القانون العراقي والمقارن ، بحث قانوني كجزء من متطلبات الترقية من من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من أصناف الادعاء العام، مجلس القضاء الاعلى لإقليم كوردستان، ٢٠١١ ، ص٥.

(٦)ينظر: د. علي حسين الخلف ، ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص١٨٥-١٨٦.

(٧) يلاحظ أن المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات بشأن المساهمين في الجريمة قد أخذ بمبدأ وحدة الجريمة عندما يتعدد المساهمون والاحتفاظ بالتقسيم التقليدي بين الفاعل والشريك واعتبار أن نشاط الشريك لا يعاقب عليه مالم يرتكب الفاعل الجريمة اعترافا بمبدأ الاستعارة النسبية أي استعارة الشريك صفته الجرمية من الفاعل غير ان المؤتمر أرتأى الحد من اطلاق مبدأ الاستعارة هذه لاعتبارات تتعلق بالعدالة والسياسة العقابية. ينظر : قحطان ناظم خورشيد ، المصدر السابق، ص ٥.

(٨) تنص المادة (٣١) عقوبات عراقي على انه : ((يعاقب على الشروع في الجنايات والجنح والمخالفات بالعقوبات التالية مالم مالم ينص القانون على خلاف ذلك :

أ- السجن المؤبد إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة الاعدام.

ب- السجن لمدة لا تزيد على خمس عشر سنة إذا كانت العقوبة للجريمة السجن المؤبد.

ج- السجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة إذا كانت العقوبة السجن المؤقت ، فإذا كان نصف الحد الأقصى خمس سنوات أو اقل فتكون العقوبة عندئذ الحبس لمدة لا تزيد على نصف مدة الحد الأقصى المقرر للجريمة.

د- الحبس أو الغرامة التي لا تزيد على نصف الحد الاقصى لعقوبة الحبس أو الغرامة المقررة للجريمة إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة الحبس أو الغرامة)).

(٣١) عقوبات عراقي يجري تطبيقها حيث لا يوجد نص خاص في القانون يقضي خلاف ذلك ، فقد يعاقب القانون على الشروع بعقوبة الجريمة التامة ، كما فعل المشرع العراقي في المادة (١/٢) من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ التي تعاقب على كل فعل يتضمن الشروع بالقوة أو العنف في قلب نظام الحكم أو شكل الدولة المقرر بالدستور ، بعقوبة الجريمة التامة ، وكذلك الفقرة (٤) من نفس المادة التي تعاقب كل من شرع في إثارة عصيان مسلح ضد السلطة القائمة بالدستور أو اشتراك في مؤامرة أو عصابة تكونت لهذا الغرض .ومع ذلك لا نجد أي تعارض بين احكام المعاقبة على الشروع في التشريع العراقي واتفاقية ٢٠٠٦.

المبحث الثالث

التدابير المتعلقة بمرتكبي الجريمة

تلزم المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري الدول الأطراف باتخاذ مجموعة من التدابير الخاصة بمرتكبي جرائم الاختفاء القسري ، وذلك لمنع إفلات مرتكبيها من العقاب بسبب الصفة الرسمية التي يحملونها أو الحصانة التي يتمتعون بها ، وأن يحاكم المتهمون بارتكاب جريمة الاختفاء القسري أمام محكمة جنائية مستقلة ومحايدة ، مشكلة بموجب القانون ، وان لا تحول تدابير العفو التي تمنح في كثير من الدول دون محاكمة أو معاقبة مرتكبي جريمة الاختفاء القسري. لذا سنناقش هذه التدابير من خلال المطالب التالية:

المطلب الاول: عدم الاعتداد بالحصانة.

المطلب الثاني : المحاكمة العادلة (القاضي الطبيعي).

المطلب الثالث : عدم جواز منح العفو.

المطلب الأول

عدم الاعتداد بالحصانة

سنناقش من خلال هذا المطلب مفهوم الحصانة ، وموقف القانون الجنائي الدولي والمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري من الحصانة ، والحصانة في التشريع العراقي ومدى ملاءمتها مع القانون الدولي ، في الفروع التالية:

الفرع الأول

عدم الاعتداد بالحصانة في القانون الدولي

الحصانة (Impunity) أو (Immunity) وفقاً للمفهوم الجنائي تعني ، ذلك العائق الذي يحول دون إمكانية تحريك الدعوى الجنائية ضد من يتمتع بها ومن ثم عدم إمكانية توجيه أي إتهام إلية وفقاً لإحكام القانون الجنائي الوطني الذي أرتكب السلوك المخالف لأحكامه[١].

أما في المفهوم الدولي للحصانة فتعني ، نظام دولي تقليدي يتم من خلاله تحصين أشخاص معينين وهم (رؤساء الدول والحكومات والوزراء والكادر الدبلوماسي الموجود في الدولة المضيفة) من المقاضاة أمام المحاكم الاجنبية. ويقرر التشريع الوطني إعفاء هؤلاء من الخضوع للقضاء الجنائي عن الافعال التي يرتكبونها ، رغم توافر الصفة الجرمية لما يأتون من الافعال[٢].

ولكن إذا كانت الحصانة يمكن الاحتجاج بها في نطاق الجرائم الداخلية ، فان الأمر يختلف إذا ما تعلق الأمر بجريمة دولية خاضعة لأحكام القانون الدولي الجنائي ، يترتب عليها فضائع وانتهاكات لحقوق الإنسان. فالقانون الدولي الجنائي، لا يعتد بالحصانة ولا يقر بها كوسيلة للإفلات من العقاب، فمرتكب فظائع وانتهاكات حقوق الإنسان، يجب أن يعاقب مهما كانت صفته حتى أولئك الذين يتمتعون بحصانة بموجب قواعد دولية أو داخلية[٣] . وتعتبر لائحة محكمة نورمبرج الملحقة باتفاقية لندن لسنة ١٩٤٥ أول لائحة في تاريخ القانون الدولي تقر بالمسؤولية الجنائية لرئيس الدولة عن الجرائم ضد السلام والجرائم ضد الانسانية التي ترتكبها أجهزة الدولة دون الاعتداد بالصفة الرسمية لمرتكبها[٤] ، إذ يوكد المبدأ الثالث من مبادئ المحكمة العسكرية الدولية (نورمبرج) على إنكار حصانة الفرد الذي تصرف بوصفه رئيساً لدولة أو موظفاً حكومياً مسؤولاً ، يقوم هذا المبدأ على أساس المادة (٧) من

---

(١)ينظر: د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم العام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٣ ،ص١٣٢.

(٢)ينظر: د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق ، ص٣٨.

(٣)ينظر : عبد الله علي عبو ، المصدر السابق ، ص ١٥٦-١٥٧.

(٤)ينظر: عبد الجليل الاسدي ، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة عن الجريمة الدولية ومشكلة الحصانات في القانون الدولي ، بحث منشور على الرابط :
http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=200679

ميثاق المحكمة الذي نص على: ((الوضع الرسمي للمتهمين سواء كانوا رؤساء دول أو موظفين مسؤولين في أقسام الحكومة سوف لا يكون عذرا يعتد به لإعفائهم من المسؤولية أو تخفيف العقاب)) . أما لائحة محكمة طوكيو فقد نصت على أن المركز الرسمي للمتهمين قد يكون ظرفاً لتخفيف العقاب وذلك عكس ما ذهبت إليه المادة (٧) من لائحة نورمبرج[١] ، وتم تأكيد وتطوير مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة كجزء من التطور الشامل للقانون الدولي الجنائي ، في لوائح المحاكم المؤقتة التي شكلها مجلس الامن لمحاكمة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان ، في كل من يوغسلافيا ورواندا[٢] . الحاكم ، وبقيام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ترسخ في القانون الدولي الجنائي مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة في الجرائم الدولية . فقد نصت المادة(٢٧) من نظام روما ١٩٩٨ على أنه: ((يطبق هذا النظام الاساسي على جميع الاشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية ، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيس حكومة أو عضوا في الحكومة أو البرلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً ، لا تعفيه بأي حال من الاحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الاساسي ، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة)) ، ويبدو أن المشرع الدولي حاول جاهداً في نص المادة(٢٧) من نظام المحكمة إلى تلافي الدفع بعدم مسؤولية القادة أو الرؤساء أمام القضاء الدولي بعد ان اصبح عائقاً
في المحاكمة أمام القضاء الوطني ومن شأنه إفلات المسؤولين من العقاب[٣].

الفرع الثاني

الحصانة في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري

كنتيجة لواجب الدول في ان تحقق في الأفعال التي يمكن أن ترتقي إلى مرتبة جريمة الاختفاء القسري وفي أن تقاضي مرتكبيها ، يتعين أن لا يمنح المشتبه بهم أي حصانة من المقاضاة . والالتزام الذي تقتضيه اتفاقية ٢٠٠٦ بهذا الخصوص التزام مطلق ولا يسمح بأي استثناء ، فالمادة (١/١١) منها تنص على أن الدول الأطراف ملزمة بأن ((تحيل القضية إلى سلطاتها المختصة لمباشرة الدعوى الجنائية إن لم تسلم الشخص المعني أو تحله إلى محاكم دولة أخرى أو إلى محكمة جنائية دولية)) ، إضافة إلى ذلك ليس ثمة منصب يمكن أن يضفي الحصانة من المسؤولية القانونية على الأشخاص الذين يمكن أن يوجه إليهم الاتهام بالمسؤولية عن مثل هذه الانتهاكات[٤].
كذلك ورد مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة في إعلان ١٩٩٢ ، حيث تنص المادة (٣/١٦) منه على أنه :((ولا يجوز السماح بأي امتيازات أو حصانات أو إعفاءات خاصة في مثل هذه المحاكمات ، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية)) ، و بنفس الصياغة ورد حكم عدم الاعتداد بالحصانة في الاتفاقية الامريكية لعام ١٩٩٦ ، ولكي لا يكون تطبيق مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة مدعاة لتوتر العلاقات بين الدول دعا كل من إعلان ١٩٩٢ والاتفاقية الامريكية لعام ١٩٩٦، أن لا يخل تطبيق مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة مع أحكام اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ ، وبموجب الاتفاقية الاخيرة ، لا يجوز للدولة التي يعمل فيها المبعوث الدبلوماسي بأي شكل القبض عليه أو حجزه وعلى الدولة المعتمد لديها أن تعامله بالاحترام اللازم له ، وعليها ان تتخذ كافة الوسائل المتعلقة لمنع الاعتداء على شخصه أو على حريته أو على اعتباره[٥] ، وذلك على أساس الحصانة القضائية في الامور الإجرائية التي تمنحها المادة (٣١) من اتفاقية فينا التي تنص على أنه: ((١- يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها

---

(١)ينظر: د. عبد الواحد محمد الفار، المصدر السابق، هامش (٣)، ص١٢٥.
(٢)حيث نصت المادة (٧/١) من محكمة يوغسلافيا على أنه: ((لا يعفي من المنصب الرسمي للمتهم سواء أكان رئيس دولة أو حكومة أو مسؤولاً حكومياً ، هذا الشخص من المسؤولية الجنائية أو يخفف من العقوبة)).
(٣)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص٨٦.
(٤)ينظر: منظمة العفو الدولية ، الوثيقة المرقمة (IOR 51/006/2011) ، المصدر السابق ، ص ٢٢
(٥)ينظر: المادة (٢٩) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١.

.....)). وأخذت بذلك غالبية القوانين الوطنية للدول ، ونصت على تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية المطلقة في الامور الجزائية.
نستنتج مما سبق ان اعلان ١٩٩٢ والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ ، تركت امر الاعتداد بالحصانة الدبلوماسية من عدمها للدولة المعتمد لديها الدبلوماسي المتهم بارتكاب جريمة الاختفاء القسري على اقليمها بحسب ما تقتضيه علاقاتها السياسية مع الدولة التي يمثلها الدبلوماسي ، أما اتفاقية ٢٠٠٦ ، فقد سايرت أنظمة المحاكم الجنائية الدولية عندما لم تعتد بأي حصانة كمانع من الملاحقة القضائية . فالحصانة في القانون الدولي ، في الحدود والمدة المعينة لانطباقها ، تحمي الموظفين من الخضوع للولاية القضائية لدولة أجنبية ولكنها ينبغي ألا تحصنهم من المسائلة على الانتهاكات الفظيعة لحقوق الانسان ، فكما أكدت محكمة العدل الدولية في سياق الحصانة الدبلوماسية لوزراء الخارجية ، أن الحصانة من الولاية القضائية التي يتمتع بها وزراء الخارجية لا تعني انهم يتمتعون بالإفلات من العقاب في سياق أية جريمة قد يرتكبونها ، بغض النظر عن خطورتها ، فالحصانة من الولاية القضائية الجنائية والمسؤولية الجنائية الفردية مفهومان منفصلات تماماً ، فقد تمنع الحصانة من الولاية القضائية الخضوع للمقاضاة لمدة زمنية معينة أو في سياق جرائم معينة ، لكن لا يمكنها أن تعفي الشخص الذي تنطبق عليه من المسؤولية الجنائية ككل[١]. والذي يهمنا في هذا المجال هو ما تنص عليه اتفاقية ٢٠٠٦ ، كون العراق طرفاً فيها.

الفرع الثالث

الحصانة في التشريع العراقي.

تنص المادة (١١) عقوبات عراقي على أنه:((لا يسرى هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي))، يتضح من خلال هذا النص ان مصادر الحصانة في التشريع العراقي ، هما القانون الدولي العام والقانون الداخلي . لذا سنناقش كلا المصدرين في النقطتين التاليتين:

أولاً: المصدر الدولي.

الحصانة كما ذكرنا في تعريفها ، أنها نظام دولي تقليدي يتم من خلاله تحصين اشخاص معينين وهم (رؤساء الدول والحكومات والوزراء والكادر الدبلوماسي) الموجود في الدولة المضيفة، من المقاضاة امام المحاكم الاجنبية.

١. رؤساء الدول الأجنبية.

جرى العمل في محيط العلاقات الدولية على أن يتمتع رؤساء الدول بإعفاء من القضاء الإقليمي الأجنبي، ويستتبع ذلك أنه إذا أرتكب أحد هؤلاء جريمة في اقليم دولة ثم غادرها لإقليم دولة أخرى فلا يجوز تسليمه إلى الدولة الأولى لامتناع محاكمته فيها وإنما يجوز تسليم رئيس الدولة الأجنبي إذا زالت عنه هذه الصفة ، ومثالها قضية الرئيس الشيلي (بينوشي) الذي أصدر في حقه القاضي الإسباني (بالتزار غارسون) طلباً دولياً إلى بريطانيا بقصد تسليمه لإسبانيا بتهمة اغتيال اسبانيين في الشيلي ودول اخرى ، وفي مارس ١٩٩٩ أعلنت اللجنة القضائية لمجلس اللوردات البريطاني أنها سترفض مبدأ الحصانة من المتابعة القانونية على الجرائم التي ارتكبها حين كان رئيساً ، ومن ثم ستجيز تسليمه للسلطات الاسبانية مما يشكل سابقة تاريخية كرست بشكل أولي الولاية القضائية العالمية فيما يخص متابعة الجرائم ضد الانسانية[٢] ، وقال مجلس اللوردات في الحكم الأول ، أن جرائم التعذيب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لا تعتبر من وظائف رئيس الدولة[٣].

---

(١)ينظر: الامم المتحدة - مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان ، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع ، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٩، ص٥-٦.

(2) See : Pierre Marie Dupuy , Dorit International Public , Dalloz, Paris, 1971, P488.

(٣)ينظر: الشبكة العربية لمعلومات حقوق الانسان ، على الرابط http://www.anhri.net/lit/06/pr0831.shtml#1

٢. المعتمدون السياسيون.

يتمتع المعتمد السياسي الأجنبي[١] ، بموجب اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ ، بحصانة عامة تشمل جميع أفعاله ، وعليه لا يجوز لأية دولة أن تُخْضِع المعتمد السياسي لديها لقوانينها الجزائية، كما لا يجوز إقامة الدعوى عليه أمام جهات قضائها[٢] ، فإن ارتكب جريمة ما ، للدولة صاحبة الاقليم أن تطلب من دولته سحبه أو هي تأمر بمغادرة إقليمها حالاً أو خلال مدة تعينها له ، ويعدّ العراق أول الدول في الشرق الأوسط التي أصدرت قانوناً خاصاً لهذه الحصانة أطلق عليه قانون امتيازات الممثلين السياسيين رقم (٤) لسنة ١٩٣٥ تضمنَّ أحكام هذه الحصانة في الأمور الجزائية والمدنية والتجارية[٣] ، ولأجل أن لا يفلت مجرم من العقاب ، جرت أغلب الدول ، تضامناً منها في مكافحة الاجرام ، على النص في قانون العقوبات على معاقبة موظف السلك الدبلوماسي الوطني عن الجرائم التي يرتكبها في خارج وطنه ما تمتع بالحصانة الدبلوماسية[٤].

٣. القوات العسكرية الأجنبية.

لا يخضع أفراد القوات العسكرية الأجانب لأحكام قانون العقوبات الوطني ، ولا للمحاكم الوطنية ، عن الجرائم التي يقترفونها أثناء قيامهم بعملهم الرسمي في المناطق المخصصة لهم والتي سمح لهم بالتواجد فيها . بل تخضع مثل هذه الجرائم لقانون الدولة التي يتبعونها ، وذلك لعدم المساس بسيادتها ، لأن وجودهم في البلاد مشروع بمقتضى الترخيص الذي منحته تلك الدولة لهم[٥]. وليس هذا الإعفاء للقوات المسلحة مطلقاً ، إنما هو مقيد بحالات ثلاث ، وهي وقوع الجريمة أثناء قيامهم بعملهم الرسمي أو أثناء وجودهم في الصفوف أو داخل المناطق المحدد لهم. مما يترتب عليه أنه إذا ارتكبت أحدهم جريمة في غير الحالات الثلاث فإنه لا يتمتع بالإعفاء ومن ثم يخضع للقانون والقضاء الجنائي الاقليمي[٦].

ثانياً : المصدر الداخلي.

يمنح المشرع العراقي في قوانين متفرقة حصانات موضوعية أو إجرائية لمجموعة من الاشخاص ذوي الصفة الوظيفية العامة ، وهذه الحصانات تنقسم بحسب طبيعة المركز الوظيفي للشخص المتمتع بها إلى سياسية وبرلمانية ، لذا سنناقش هذين الحصانتين والاحكام القانونية الخاصة بهما في النقاط الآتية:

١. الحصانة السياسية.

---

(١) ويتمتع بهذه الحصانة كل من كانت له صفة التمثيل السياسي لبلاده مهما كان اللقب المعطى له ويتبعه في التمتع بالإعفاء زوجته وأولاده وأفراد أسرته المقيمون معه وخدمه الخصوصيون ، كما يتمتع بالإعفاء الموفدون في بعثات خاصة كالأعياد الرسمية وحفلات التتويج وتقديم الأوسمة لرئيس الدولة ، كذلك مندوبو الدول في الهيئات الدولية الدائمة ، كهيئة الامم المتحدة ومحكمة العدل الدولية وصندوق النقد الدولي والبنك الدولي للأنشاء والتعمير وجامعة الدول العربية . وهو ما تنص عليه الاتفاقيات الخاصة بكل منهما . والاعفاء مقصر على مندوبي الدول الاجنبية وبالتالي فلا يتمتع به مندوبو الدول نفسها. ينظر: د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق، ص ١١٩.

(٢)ينظر: فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر السابق، ص ٨٦-٨٧.

(٣)ينظر : د. سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي دراسة قانونية مقارنة، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٨٢-٨٣.

(٤) تنص المادة (١/١٢) عقوبات عراقي ، يسري هذا القانون على ((من ارتكب في الخارج من موظفي السلك الدبلوماسي العراقي جناية أو جنحة مما نص عليه في هذا القانون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم إياه القانون الدولي العام)).

(٥)ينظر: د. محمد علي السالم ، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الاول ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦، ص ٦٩.

(٦)ينظر: د. علي حسين خلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق، ص١٢٠.

نعني بالحصانة السياسية تلك المقررة في غالبية دساتير دول العالم لرئيس الدولة ونوابه والوزراء ، لاعتبارات تتعلق بتمكينهم من ممارسة سلطاتهم ووظائفهم الدستورية ، ولا سيما فيما يخص الرئيس الذي يمثل عنوان سيادة الدولة[١].

وفي التشريع العراقي عهد دستور ٢٠٠٥ إلى مجلس النواب بصلاحية مساءلة رئيس الجمهورية بناءً على طلب مسبب عن الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه ، كما له إعفاؤه بذات الأغلبية إذا ثبت حنثه باليمين الدستورية أو انتهاكه الدستور ، أو الخيانة العظمى ، بحكم قضائي صادر من المحكمة الاتحادية[٢] .

وجميع هذه المسؤوليات هي سياسية والجزاء المقرر لها هو الإعفاء من المنصب ، ولم نجد ما يشير إلى حصانة رئيس الجمهورية من احكام القانون الجنائي العراقي وحالة إذا ما ارتكب الرئيس جناية ، فهل يستمر في موقعه كرئيس ويتمتع بالحصانة أم يعامل كشخص عادي ، ومن ثم يحاكم بدون الرجوع لمجلس النواب لرفع الحصانة ولعل ذلك عائد إلى

الصلاحيات المحدودة التي يتمتع بها في ظل النظام البرلماني الجديد.

يتضح مما سبق انه لا يوجد هناك ما يمنع من محاكمة رئيس الجمهورية إذا ما ارتكب جناية بدون الرجوع إلى مجلس النواب[٣] ، كذلك لم ينص الدستور العراقي ٢٠٠٥ أيضاً على حصانة نواب رئيس الجمهورية ، ورئيس مجلس الوزراء والوزراء ، وهذا يعني أن أي أحد من هؤلاء يمكن أن تتخذ الإجراءات القانونية بحقه إذا ما اتهم بارتكاب جريمة بموجب القانون الجنائي العراقي من دون الرجوع إلى أي مؤسسة دستورية أخرى لغرض أخذ الإذن منها [٤].

٢. الحصانة البرلمانية.

بموجب المادة (٦٣/ثانياً) (أ) من دستور ٢٠٠٥ يتمتع عضو مجلس النواب بحصانة موضوعية عما يدلي به من آراء في أثناء دورة انعقاد المجلس ، ومنعت مقاضاته أمام المحاكم بهذا الخصوص. وبموجب الفقرتين (ب) و (ج) من نفس المادة السابقة يتمتع العضو بحصانة اجرائية تمنع القضاء من القبض على عضو المجلس خلال مدة الفصل التشريعي إلا إذا كان متهماً بجناية ، وبموافقة الاعضاء بالأغلبية المطلقة على رفع الحصانة عنه ، أو إذا ضبط متلبساً بالجرم المشهود في جناية ، أما خارج الفصل التشريعي فلا يجوز إلقاء القبض على عضو مجلس النواب إلا إذا كان متهماً بجناية وبموافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة عنه ، أو إذا ما ضبط متلبساً بالجرم المشهود في جناية.

الفرع الرابع

ملاءمة أحكام الحصانة في التشريع العراقي مع المواثيق الدولية.

بعد أن استعرضنا أنواع الحصانات في التشريع العراقي والأشخاص المتمتعين بها ، نجد أن بعضها لا يحول دون محاكمة ومعاقبة الشخص المتمتع بها إذا ما ارتكب جريمة الاختفاء القسري أو أي جريمة أخرى ذات طابع دولي أو داخلي ، فبالنسبة للحصانة السياسية نجد ان المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥، قد راعى الاصول القانونية الدولية بخصوص عدم تمتع رئيس الدولة وأعضاء السلطة التنفيذية الأخرين بحصانة جنائية ، وفي الوقت ذاته نجد أن هناك حصانات في التشريع العراقي تمنع من اتخاذ الاجراءات القانونية بحق الشخص الذي يتمتع بها إذا ما أرتكب جريمة الاختفاء القسري أو أي جريمة أخرى ذات طابع دولي أو داخلي ، لذا سنناقش أنواع وأحكام الحصانات في التشريع العراقي التي تتعارض مع القانون الدولي الجنائي واتفاقية ٢٠٠٦ في النقاط الآتية:

أولاً: الحصانات الممنوحة لرؤساء الدول والدبلوماسيين الاجانب.

---

(١)ينظر: د. صباح مصباح محمود ، المصدر السابق، ص ١٩٠.

(٢)ينظر: المادة (٦١/سادساً) (أ) ، (ب) من الدستور العراقي ٢٠٠٥.

(٣)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق ، ص ٤٦.

(٤)وفي هذا الشأن أصدر مجلس القضاء الأعلى في يوم الاثنين الموافق ١٩/ديسمبر ٢٠١١ ،مذكرة قبض بحق نائب رئيس الجمهورية السابق (طارق الهاشمي) بتهمة الإرهاب وتمنعه من السفرينظر: شبكة أخبار الناصرية ، متاح على الرابط http://nasiriyah.org/ara//post/9697/

لقد جاء نص المادة (١١) عقوبات عراقي ، الخاص بحصانة رؤساء الدول والدبلوماسيين الأجانب مطلقاً ولم يرد أي نص أخر في التشريع العراقي يقيد من صفة الاطلاق هذه ، وأن القاعدة العامة تقضي بأن المطلق يجري على إطلاقه مالم يقيد بنص أخر[١] ، لذلك فإذا حصل ان ارتكب رئيس دولة أجنبية متواجد في العراق بصفة رسيمة أو بصفة خاصة أو أحد أفراد أسرته أو خدمه جريمة بموجب القانون العراقي ، لم يكن للعراق أن يلاحقه جزائياً ، والذي يتعين له في هذه الحالة هو ان يطلب إليه مغادرة الإقليم العراقي حالاً أو خلال مده معينة[٢]، والحكم نفسه ينطبق على المبعوث الدبلوماسي الأجنبي ، والهيئات الدولية وأفراد اسرهم والعاملين معهم على اختلاف القابهم ودرجاتهم من غير الرعايا العراقيين ، إذ أن الحصانة بموجب المادة السابقة تغطي كل جرائمهم سواء تعلقت بالعمل الدبلوماسي أم لم تتعلق به[٣].وقد اتجهت قرارات محكمة تمييز العراق إلى اعتبار الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي في الأمور الجزائية ((حصانة قضائية)) واعتبرت ذلك قيداً على اختصاص المحاكم الوطنية ، وهو ما ذهبت إليه وزارة الخارجية في مراسلاتها مع السلطات التحقيقية التي طلبت فيها عدم اتخاذ الاجراءات بحق المبعوثين الدبلوماسيين لتمتعهم بالحصانة القضائية[٤].

لذا فإن حكم المادة (١١) عقوبات عراقي يتعارض مع مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة الذي أقره القانون الدولي الجنائي والمادة (١١) من اتفاقية ٢٠٠٦ ، التي ألزمت الدول الاطراف التي يعثر في إقليم خاضع لولايتها القضائية على المرتكب المفترض لجريمة الاختفاء القسري أن تحيل القضية المختصة إلى سلطاتها المختصة لمباشرة الدعوى الجنائية ، إن لم تسلم الشخص المعني أو لم تحله إلى دولة أخرى وفقاً لالتزاماتها الدولية ، أو لم تحله إلى محكمة جنائية دولية تعترف باختصاصها ، وحتى إعلان ١٩٩٢ والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ اللتان فرضتا على الدول عند تطبيق مبدأ عد الاعتداد بالحصانة مراعاة اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ ، فان الاتفاقية الأخيرة لم تعف المبعوث الدبلوماسي من الخضوع لأحكام القوانين والانظمة المحلية ، حيث تنص المادة(٤١) بقولها: ((١- يجب على جميع المتمتعين بالامتيازات والحصانات مع عدم الاخلال بها ، احترام قوانين الدولة المعتمد لديها وأنظمتها.....)).

بناءً على ما سبق يتعين على المشرع العراقي أن يمنح رؤساء الدول والمعتمدين الدبلوماسيين وحاشية كل منهم حصانة محدودة وذلك بالنسبة للأفعال التي تقع منهم في أثناء تأدية وظيفتهم ، وفيما عدا ذلك يمنع أي مسؤول من التماس الحصانة كسبب يحول دون محاكمته أمام محكمة وطنية أو محكمة جنائية دولية عن جرائم تقع تحت طائلة القانون الدولي ، فغالباً ما تتطلب هذه الجرائم ضلوع أشخاص في مناصب ذات سلطة حكومية بمقدورهم صياغة خطط أو سياسات تتضمن أعمالاً استثنائية من حيث الخطورة والجسامة.

ثانياً : الحصانة الممنوحة لأعضاء مجلس النواب.

ان الحصانة التي يتمتع بها النائب تكون مؤقتة تبدأ من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات البرلمانية[٥]وتنهي هذه الحصانة بانتهاء أو زوال صفة العضوية ، سواء كان الانتهاء طبيعياً أو استثنائيا. ويكون الانتهاء طبيعياً : بانتهاء مدة المجلس ؛ والتي حددها دستور ٢٠٠٥ بمدة أربعة سنوات تقويمية[٦]، ويكون الانتهاء استثنائياً : والتي تزول فيها صفة العضوية وبالتبعية الحصانة ، في حالة إسقاط عضوية عضو المجلس النيابي إذا فقد الثقة والاعتبار ، أو أحد شروط العضوية أو أخل بواجبات

---

(١)ينظر: د. سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في العراق، المصدر السابق، ص ٣٢٤.
(٢)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر السابق، ص ٨٦.
(٣)ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام ، المصدر السابق ، ص١٥٨.
(٤)ينظر: د. سهيل حسين الفتلاوي ، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في العراق، المصدر السابق، ص٣١١-٣١٢.
(٥) تنص المادة (١٤) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٦ على انه: ((يعد المرشح المنتخب عضواً في المجلس ويتمتع بجميع حقوق العضوية ابتداءً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات .....)).
(٦)ينظر: المادة (٥٦) من الدستور العراقي ٢٠٠٥.

وظيفته البرلمانية ، أو تقدم باستقالته من المجلس وقبلها ، وفي كل هذه الأحول يلزم صدور قرار من المجلس البرلماني بهذا الشأن ، وكذلك تزول الحصانة استثنائيا بحل المجلس النيابي[١] .

فعندما تنتفي الصفة البرلمانية عن النائب لأي سبب مما ذكر فانه يخضع للمساءلة وتستأنف بحقه الإجراءات القانونية كأي فرد اعتيادياً ، كما إن الجرائم بموجب القانون الجنائي العراقي لا يشملها التقادم، بمعنى إن التهمة تبقى قائمة إلى حين تنفيذ أمر القبض بحق النائب وتقديمه للمحاكمة وإصدار حكم قضائي بات ونهائي، أو بموته فان الدعوى الجزائية عند ذاك ستنقضي على وفق أحكام المادة (٣٠٤) اصول محاكمات أو بصدور قانون أو مرسوم بالعفو على وفق أحكام المادة (٣٠٥) من القانون نفسه[٢].

وعند طلب إذن المجلس لرفع الحصانة عن نائب ما ، يقتصر فحص المجلس للموضوع على الناحية السياسية ليتبين ما إذا كان الاتهام جدياً أو كيدياً أو وليد دوافع حزبية أو لأغراض انتقامية . فليس الغرض من طلب إذن المجلس أن يقوم المجلس بتحقيق التهمة الموجهة ضد العضو من الناحية القانونية[٣].

لذلك فإن عملية التصويت على طلب رفع الحصانة تخضع لاعتبارات سياسية وحزبية وشخصية وقد لا يحصل الطلب على الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب في حالة انعقاده أو يرفض من قبل رئيس مجلس النواب في حالة عدم انعقاد المجلس ، وقد تطيل النقاشات وتتحول إلى سجالات سياسية وتمتد لفترات طويلة يتمكن النائب من خلالها الهرب والإفلات من العقاب ،كما حصل مع عدد من النواب في البرلمان العراقي [٤].

وهذا بطبيعة الحال مخالف تماما لما يقره القانون الجنائي الدولي واتفاقية ٢٠٠٦ ، والمواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري ، فإذا كانت الحصانة يمكن الاحتجاج بها في نطاق الجرائم الداخلية ، فأن الأمر يختلف إذا ما تعلق الأمر بجريمة دولية خاضعة لأحكام القانون الدولي الجنائي ، الذي لا يعتد بالحصانة ولا يقر بها كوسيلة للإفلات من العقاب ، فمرتكب فظائع وانتهاكات حقوق الانسان ، يجب أن يعاقب مهما كانت صفته حتى أولئك الذين يتمتعون بحصانة بموجب قواعد دولية أو داخلية ، حتى لا يكون هناك تهرب من المساءلة عن هذه الانتهاكات تحت ستار الحصانة[٥].

وحتى لا تتحول عملية رفع الحصانة البرلمانية إلى وسيلة مماطلة وتعطيل دور القضاء في محاكمة ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات الفظيعة لحقوق الانسان ، ولكي لا يكون هذا المبدأ خرقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين الذي أقره دستور ٢٠٠٥ ، يفترض أن يُحَدد في النظام الداخلي لمجلس النواب مدة زمنية مناسبة لرفع الحصانة عن النائب المتهم بارتكاب جرائم إرهابية أو دولية وأن ينص في نظامه الداخلي أيضاً على وجوب البت في طلب الحصانة قبل انتهاء الفصل التشريعي الذي قدم الطلب من خلاله ، والنص على تشكيل لجنة مختصة من بين أعضائه للتحقق في صحة الطلب المقدم إليه من القضاء لرفع الحصانة ، لغرض الاسراع في التصويت على الطلب.

---

(١)ينظر:علي بن عبد المحسن التويجري، الحصانة البرلمانية ، ومدى إمكانية تطبيقها على أعضاء مجلس الشورى السعودي ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، ١٤٢٦ هـ ، ص٦٧.

(٢)ينظر: سالم روضان الموسوي ، المصدر السابق، بحث منشور على الرابط
http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1139

(٣)ينظر: علي بن عبد المحسن التويجري، الحصانة البرلمانية ومدى امكانية تطبيقها على اعضاء مجلس الشورى السعودي ، رسالة ماجستير ، مكتبة الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، ١٤٢٦ه ، ص٥٦.

(٤) نذكر على سبيل المثال النائب (عبد الناصر كريم الجنابي) المتهم بنشاط إرهابي ينطبق وأحكام المادة (٤) من قانون مكافحة الارهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ ، حيث طلب مجلس القضاء الاعلى من رئاسة مجلس النواب بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٥ رفع الحصانة عنه وفي ٢٠٠٧/١٠/٤ تم رفع الحصانة عنه من قبل مجلس النواب ، وتمكن النائب المذكور من الهرب خارج العراق والافلات من العقابينظر: أحمد علي عبود ، الحصانة البرلمانية دراسة تطبيقية في ظل دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة الكوفة ، ٢٠١٠، ص١٥٧.

(٥)ينظر: عبد الله علي عبو ، المصدر السابق، ص ١٥٧.

وهناك من يرى بضرورة التمييز بين تهمة جزائية لأحد النواب أثبتتها لجنة تحقيقية برلمانية حيث تعامل على هذا الاساس وبين تهمة جزائية وجهت إلى النائب من قبل مشتكين أمام المحاكم، ويبين أنه في الحالة الأولى لا بد للبرلمان من اتخاذ ما يلزم لرفع الحصانة طالما أن التهمة أثبتها البرلمان ذاته أما في الحالة الثانية التي لم تكن محلاً للتحقيق في البرلمان ، فأن هناك سلطة تقديرية واسعة للبرلمان في التصويت على رفع الحصانة ، ولاسيما وأن شبهة الكيد أو التأثير على العمل البرلماني في الحالة الأولى تكون بعيدة خلافاً للحالة الأخرى عند التحقيق من قبل المحاكم[1].

وقد أيدت الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية الدجيل في ٢٠٠٦/١٢/٢٦ هذا الاتجاه ورفضت الدفع بالحصانة بقولها: ((..... أما بالنسبة للدفع بحصانة المسؤولين فنقول إن الحصانة هي الحصانة العملية التي تأتي من أجل الوظيفة فلا يمكن لأي شخص الادعاء بأنه أرتكب جرائم وأن أفعاله تقع خارج نطاق القانون ، فالحصانة محددة بوقت الوظيفة ولا تستمر بعد ذلك ، وهي تتماشى معها وجوداً وعدماً ولا تعطى لمصلحة شخص يتمسك بالوظيفة وإنما تعطى لخير المجتمع . إن الحصانة لا تخرق الجزء الثاني من القانون الجزائي الدولي والدستور فلا يحق لأي دولة حصانة مسؤوليها من المقاضاة عن ارتكابهم جرائم ضد الإنسانية أو جرائم إبادة عرقية ، وإذا كانت الحصانة تشكل سياقاً واقياً من المقاضاة فإن هذا المبدأ اندثر في أعقاب الحرب العالمية الثانية وزال ما للحصانة من أثر....))[2].

المطلب الثاني

المحاكمة العادلة (القاضي الطبيعي)

سنناقش من خلال هذا المطلب نصوص المحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني والقانون الدولي الجنائي ، ومجموعة الضمانات التي وضعتها هذه القوانين لمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم ذات طابع دولي او داخلي ، ونصوص المحاكمة العادلة في المواثيق الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري والتشريعات العراقية ومدى ملاءمتها بالقانون الدولي ، من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

المحاكمة العادلة في القانون الدولي

ترد أهم النصوص القانونية الدولية المتعلقة بالمحاكمة العادلة في وثائق دولية عديدة ، ومنها الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ، حيث تنص المادة (١٠) منه على:((لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع الأخرين ، في أن تنظر في قضيته أمام محكمة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوق والتزامات ..)) ، كما تنص المادة (١/١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على انه: ((الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون))، كما نص المبدأ رقم (٥) من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية بأن: ((لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقرر ، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية لا تطبق الإجراءات القانونية المقرر حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية ، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية)).

([1]) طارق حرب ، تصريح إلى الوكالة الإخباريةللأنباء ، منشور على الرابط :
http://www.sotaliraq.com/iraq-news.php?id=88307#axzz2oi1aTRsy

([2])ينظر: قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية الدجيل ، عدد ٢٩/ث/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٦، ص٨. نقلاً عن ، د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص ١٨٠.

كما تنص المادة (١/٦) من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان على انه: ((لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته أو في اتهام جنائي موجه إليه الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة امام محكمة مستقلة غير متحيزة كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون وذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو للبت في حقوقه أو واجباته ذات الصفة المدنية أو المالية أو المتعلقة بالعمل أو اية صفة أخرى)). وكذلك تنص المادة (١/١٣) من الميثاق العربي لحقوق الانسان لعام ٢٠٠٤ على انه: ((لكل شخص الحق في محاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات كافية وتجريها محكمة مختصة ومستقله ونزيهة ومنشأة سابقاً بحكم القانون ، وذلك في مواجهة أية تهمة جزائية توجه إليه أو للبتت في حقوقه أو التزاماته.....)).

كذلك ورد الحق في المحاكمة العادلة أيضاً في القانون الدولي الإنساني ، حيث اشترط البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ أن تكون المحكمة التي تجري محاكمة المتهمين امامها محايدة ومشكلة تشكيلاً قانونياً ، إذا تنص المادة (٤/٧٥) منه على أنه: ((لا يجوز إصدار أي حكم أو تنفيذ أية عقوبة حيال أي شخص تثبت إدانته في جريمة مرتبطة بالنزاع المسلح إلا بناء على حكم صادر عن محكمة محايدة تشكل هيئتها تشكيلاً قانونياً وتلتزم بالمبادئ التي تقوم عليها الاجراءات القضائية المرعية والمعترف بها عموماً)) ، وكذلك تناولت المادة (٦) من البروتوكول الاضافي الثاني لعام ١٩٧٧ الشروط التفصيلية لمبدأ المحاكمة الجنائية العادلة.

وإذا كانت الاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق والعهود قد حرصت على أن تتضمن مواثيقها الحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي ، فأن العديد من المؤتمرات الدولية والاقليمية قد عنيت ببحث هذا الحق وانتهت إلى ضرورة كفالته ، وقد أصدر المؤتمر العالمي حول استقلال العدالة الذي عقد بمدينة مونتريال بكندا عام ١٩٨٣ " الاعلان العالمي لاستقلال العدالة" وتضمنت المادة منه نصاً يقضي بضرورة حظر إنشاء محاكم الاستثنائية ، كما نصت المادة الثانية من الاعلان العربي لاستقلال القضاء الذي صدر بمدينة عمان الاردن في ابريل عام ١٩٨٥ عن اتحاد الحقوقيين العرب على ان: ((إنشاء المحاكم الاستثنائية أو الخاصة بجميع انواعها محظور....)) ، وأكدت المادة (٣) منه على ان : ((التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي))[١].

ويشكل مبدأ المحاكمة العادلة أحد المبادئ الرئيسية للقانون الدولي الجنائي ، فعلى الرغم من أن شخص ما قد يتهم بارتكاب جرائم دولية خطيرة تمس القيم العليا للمجتمع الدولي وتنتهك حقوق الانسان ، إلا أن هذا لا يعني تجريد وحرمان هذا الشخص من مبدأ المحاكمة العادلة[٢] ، فقد وضع النظام الاساسي لمحاكمات نورمبرج مبدأ هاماً اسسته من المعاهدات والمواثيق الدولية السابقة عليه وصاغته في أنه من حق كل متهم يمثل أمام المحكمة العسكرية الدولية أن يحاكم محكمة عادلة يتمتع فيها بجميع حقوقه في الدفاع عن نفسه ، وصاغ هذا النظام الأساسي عدة حقوق عدها من الحقوق التي تكفل المحاكمة العادلة ، منها أن تكون المحاكمة بلغة يفهمها المتهم جيداً حتى لا يلتبس عليه فهم الوقائع ويستطيع إيصال أفكاره في الدفاع عن نفسه إلى المحكمة ، وصاغت المادة (١٦) بفقراتها الخمس كل هذه الحقوق التي يتمتع بها الدفاع وجاءت بعنوان " المحاكمة العادلة للمتهمين"[٣].

وكذلك ورد مبدا المحاكمة العادلة في نظام روما ١٩٩٨، إذ تنص المادة (٤٠) من النظام على أنه : ((يكون القضاة مستقلين في إدائهم لوظائفهم)) ، ومعنى أن يكون القضاء مستقلاً ، هو أن يفصل في القضايا التي ينظرها دون تدخل من جانب السلطة التنفيذية أو التشريعية ، وأن تكون أحكامه غير قابلة للتعديل من جانب هاتين السلطتين ، أما معني أن تكون المحكمة محايدة ، فيقصد منه أن لا يميل قضائها عند نظرهم في نزاع معين أو قضية إلى هذا الجانب في الخصوم أو ذاك ، وعليهم تطبيق القواعد

---

(١)ينظر: د. علي فضل البوعينين ، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص١٣٢.

(٢)ينظر: عبد الله علي عبو ، المصدر السابق، ص١٧٣.

(٣)ينظر: د. محمد حنفي محمود ، المصدر السابق، ص ٣١-٣٢.

القانونية التي تحقق العدالة بمعنى أن ينظر القضاة في الدعوى دون ان ينحازوا إلى أحد أطراف الدعوى[١].

الفرع الثاني

ضمانات المحاكمة العادلة في القانون الدولي

يعد مبدأ المحاكمة العادلة أو القاضي الطبيعي امتداداً لمبدأ استقلال القضاء ومكملاً له بما يعنيه من حق الفرد في ان يحاكم أمام المحكمة التي عينها له القانون سلفاً أي قبل وقوع الفعل الذي يحاكم من أجله ، وأن يكون تحديدها وفق معايير موضوعية مجردة لا تتوقف على مشيئة سلطة معينة وأن تتوافر في هيئة المحكمة كافة ضمانات الاستقلال والحيادية[٢] . ومن الضمانات والشروط الاساسية للمحاكمة العادلة أن تشكل المحكمة التي ستضطلع بمسؤولية نظر القضية والفصل فيها تشكيلاً قانونياً وأن تكون مختصة بنظر القضية وتتوفر فيها الاستقلالية والحيادية
طبقاً لما يلي[٣]:

أولاً: الحق في المحاكمة أمام محكمة مختصة مستقلة محايدة.

أن الضمان المؤسس الأول للمحاكمة العادلة ألا تصدر الأحكام عن مؤسسات سياسية ، بل بواسطة محاكم مستقلة محايدة مشكلة بحكم القانون ، وحق الفرد في أن تنظر قضيته محكمة عندما يتهم بارتكاب فعل جنائي مع توفير الضمانات اللازمة لتأمين العدالة إنما هو أمر من صميم التطبيق الصحيح[٤].

ثانياً: الحق في ان تنظر الدعوى محكمة مستقلة مشكلة بحكم القانون.

إن القانون بوصفه الأداة التي تنظم استعمال الحقوق والحريات هو المصدر لقواعد الإجراءات الجنائية ، ومنها قواعد التنظيم القضائي وقواعد الاختصاص ، ولذلك ، فإن القانون بقواعده العامة المجردة هو أداة إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها[٥].

ثالثاً: إقرار الفصل بين السلطات.

تستمد المحاكم استقلالها من مبدأ الفصل بين السلطات المطبق في المجتمعات الديمقراطية ، ومعنى هذا أن يكون لكل جهاز من أجهزة الدولة مسؤوليات محددة يختص بها وحده دون غيره ، ومن ثم يجب أن تكون للقضاء كمؤسسة والقضاة كأفراد السلطة الوحيدة للفصل في الدعوى المطروحة في ساحات المحاكم ، وأن ينظر إلى القضاء على انه سلطة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية وضرورة التزام سائر سلطات الدولة بعدم التدخل في شؤون القضاة[٦].

الفرع الثالث

المحاكمة العادلة في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري

بموجب المادة (١٤) من إعلان ١٩٩٢ ، يتعين على الدول إحالة جميع المتهمين بارتكاب عمل من أعمال الاختفاء القسري إلى السلطات المدنية المختصة في تلك الدولة لإقامة الدعوى والحكم عليهم، إذا كانت النتائج التي أسفر عنها التحقيق الرسمي تبرر ذلك[٧] ، ويتعين عليها أيضاً عدم نظر جريمة الاختفاء القسري إلا من قبل محاكم عادية مختصة ، وليس من قبل المحاكم الخاصة ولاسيما القضاء العسكري[٨] أو أية أجهزة ومحاكم إدارية أخرى[١].

---

(١)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص ١٨٤-١٨٥.
(٢)ينظر: د.ثروت عبد العال أحمد ، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص١٦١،
(٣)ينظر: منظمة العفو الدولية ، دليل المحاكمة العادلة ، لندن ، ١٩٩٨، ص ٨٣ .
(٤)ينظر: د. علي فضل البوعينين ، المصدر السابق ، ص٩٧.
(٥)ينظر: د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٣٩٤.
(٦)ينظر: د. علي فضل البوعينين ، المصدر السابق ، ص١٠٠.
(٧)ينظر: المادة (١٤) من اعلان ١٩٩٢.
(٨)ينظر: المادة (٢/١٦) من إعلان١٩٩٢، والمادة (٩) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦.

أما اتفاقية ٢٠٠٦ وإن لم تشر صراحةً إلى عدم اختصاص المحاكم العسكرية او المحاكم الخاصة[٢]، إلا ان وجود هذا الحظر يفهم ضمناً من نص المادة (٣/١١) التي تؤسس لأن يستفيد الاشخاص الذين يشتبه بأنهم قد ارتكبوا جريمة الاختفاء القسري من محاكمة عادلة أمام محكمة مختصة ومستقلة وغير منحازة ، أو هيئة قضائية مشكلة بموجب القانون . فهذه المادة من اتفاقية ٢٠٠٦ مستوحاة من نصوص عناصر المحاكمة العادلة التي تناولتها المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني[٣] ، وهذه العناصر لا تتوفر بصفة مؤكده إلا في القضاء العادي أو الهيئات القضائية التي تطبق الاجراءات القانونية المقررة ، كما أشار إلى ذلك مجموعة المبادئ المتعلقة باستقلال السلطة القضائية لعام ١٩٨٥[٤].

وبذلك فان اتفاقية ٢٠٠٦ تلزم الدول الاطراف بأن يحاكم الاشخاص الذين يشتبه بأنهم ارتكبوا جريمة الاختفاء القسري محاكمة عادلة أمام القضاء العادي وليس القضاء العسكري أو الاستثنائي ، وان اشتراط الاختصاص القضائي العادي جاء متماشياً مع القانون الدولي الذي يتجه شيئاً فشيئاً نحو استبعاد اختصاص المحاكم العسكرية والمحاكم الخاصة الاخرى في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان ، والذي غالباً ما يؤدي هذا الاختصاص إلى حالات الافلات من العقاب[٥]. إذ أن أغلب المحاكم العسكرية تعد هذه الجرائم أنها ارتكبت في اثناء أداء الواجبات العسكرية وتعترف لمرتكبيها من العسكريين بالامتيازات والحصانات أو الاعفاءات الخاصة في مثل هذه المحاكمة وكما أشارت إلى ذلك المادة(٩) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦[٦] ، وفي هذا الشأن أوضحت اللجنة الامريكية الدولية بأن القضاة العسكريين ، الذين هم في كثير من الاحيان من الضباط العاملين في القوات المسلحة ، ليسوا مستقلين في بعض البلدان لأنهم يخضعون لأوامر رؤسائهم في تصريفهم لشؤون العدالة ، مما يجعل المحاكم العسكرية خاضعة لأحد الاجهزة التنفيذية[٧]. ولاريب في ان إناطة الاختصاص بالقضاء العسكري بالفصل في جرائم خطيره ينطوي على تضحية غير مبررة بحق المتهم في المحاكمة العادلة ، فقضاته غير متمرسين بحكم وجودهم المؤقت ، وهم غير مؤهلين التأهيل الذي يسمح لهم بفحص دقائق

---

(١)ينظر: الوثيقة المرقمة (E/CN.4/1996/38) الفقرة ٥٦.

(٢) ان سبب عدم النص صراحةً على اختصاص القضاء العادي في اتفاقية ٢٠٠٦ جاء كحل وسط نظراً للتباينات في وجهات النظر التي قدمها وفود الدول المشاركة في جلسة الفريق العامل المعني بالاختفاء القسري المعقودة في ١٢/كانون الثاني ٢٠٠٤ لغرض صياغة اتفاقية ٢٠٠٦، حيث أصرت عدة وفود على عدم استبعاد اختصاص المحاكم العسكرية ، بل وأن يذكر صراحة في النص واقترحت عبارات مثل" أمام هيئة قضائية انشأت بالقانون حسب الأصول المرعية "أو "أمام هيئة قضائية مختصة، ومستقلة ونزيهة تضمن الحق في محاكمة عادلة"، وأعترض العديد من المشاركين على أي إشارة إلى المحاكم العسكرية ، وذكر البعض بأن أجهزة مراقبة الامم المتحدة ومنظمة الدول الامريكية قد أصرت على ان تحاكم حالات الاختفاء القسري أمام محاكم عادية ، واستبعدت اختصاص المحاكم العسكرية لمحاكمة انتهاكات حقوق الانسان.

(٣)ينظر: المواد(١٠) و(١١) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨، و(١٤)و(١٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، و(٤/٧٥) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.

(٤) إذ تنص المادة(٥) من المبادئ الاساسية بشان استقلال السلطة القضائية التي أعتمدها مؤتمر الامم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين لعام ١٩٨٥ ، على انه: ((لكل فرد الحق في ان يحاكم امام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الاجراءات القانونية المقررة . ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية ، لا تطبق الاجراءات القانونية المقررة حسب الاصول والخاصة بالتدابير القضائية ، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية))

(٥)ينظر: الامم المتحدة ، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الوثيقة المرقمة (E/CN/.4/2003/71)، ص ١٢.

(٦) أن اشتراط محاكمة المتهمين أما القضاء العادي وليس أمام القضاء العسكري يعود إلى التجارب التي مرت بها العديد من دول امريكا الجنوبية ، إذ ظل القضاء العسكري متحكماً فعلياً في جميع التحقيقات المتعلقة باتهامات انتهاكات لحقوق الانسان على يد من عناصر الجيش ، وبقي يصرف النظر بدون تحقيق فعال عن الغالبية العظمى من الشكاوي ، مما سمح للجناة من الافلات من العقاب. ينظر: منظمة العفو الدولية، (حالة حقوق الانسان في العالم)، رقم الوثيقة (POL 10/001/2012)، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢، ص ٣١٢.

(٧)ينظر: وائل أنور بندق، العدالة وحقوق الانسان ، الطبعة الثانية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠، ص ٥٥٢.

هذا النوع من القضايا في جوانبها الموضوعية والقانونية وهو ما ينعكس سلباً على ما يصدرونه من أحكام التي تكون عادة دون الحدود الدنيا للعدالة[١].
وكذلك بالنسبة للمحاكم الاستثنائية والمحاكم الخاصة الاخرى، فان الاصل في نطاق المحاكم العادية ان القانون هو الذي يتولى تحديد قواعد الاجراءات الجنائية ومنها قواعد التنظيم القضائي وقواعد الاختصاص ، باعتباره هو مصدر تلك القواعد، ومن ثم فإن تشكيل تلك المحاكم وتحديد اختصاصاتها يتم من قبل السلطة التشريعية انسجاماً واتباعاً لما ينص عليه الدستور[٢] ، إلا ان المحاكم الاستثنائية والخاصة تشكل عادة بعد الواقعة موضوع المحاكمة ومن قبل افراد عاديين من غير القضاة. ومحاكم من هذا القبيل لا تتوفر فيها الضمانات التي يكفلها الدستور وقوانين السلطة القضائية ، تخضع للسلطة التنفيذية التي أقامتها ، ومعنى ذلك أن السلطة التنفيذية هي التي تمارس القضاء عن طريق المحاكم الاستثنائية[٣]، ويعد ذلك انتقاصا من ولاية السلطة القضائية واعتداء صارخ على مبدأ استقلال القضاء ، خلافاً لما يقتضي به مبدأ القاضي الطبيعي من وجوب تحديد المحكمة المختصة وفقاً لقواعد قانونية محدد في وقت سابق على نشوء الدعوى ودون التوقف على مشيئة سلطة غير قضائية[٤]. إلا أن الدستور العراقي ٢٠٠٥ في المادة (٩٥) منه حسم هذا الموضوع وذلك بالنص على حظر إنشاء محاكم أو خاصة.

الفرع الرابع

المحاكمة العادلة في التشريع العراقي.

عني الدستور العراقي ٢٠٠٥ بالنص على جميع عناصر المحاكمة العادلة (القاضي الطبيعي) ، إذ تنص المادة (١٩/أولاً) على انه: ((القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)) ، والمادة (٨٧)منه على: ((السلطة القضائية مستقله وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر احكاماً وفق القانون)) ، والمادة (٨٨) تنص على: ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة)) ، والمادة (٩٧) تنص على: ((القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما يحدد القانون الاحكام الخاصة بهم وينظم مسائلتهم تأديبياً)) ، والمادة (٩٦) تنص على: ((ينظم بقانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها واختصاصاتها وكيفية تعيين القضاة وخدمتهم وأعضاء الادعاء العام وانضباطهم واحالتهم على التقاعد)) ، اما المادة (٩٥) منه فقد حظرت إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية .
هذا بالنسبة للمحاكم العادية واختصاصها في التشريع العراقي ، أما عن القضاء العسكري ، فقد صدرت في السنوات العشر الاخير مجموعة من القوانين الموضوعية والاجرائية الخاصة بالجيش وقوى الامن الداخلي[٥] ، وذلك استنادا إلى المادة (٩٩) من دستور ٢٠٠٥[٦] . وقد نظمت تلك القوانين قواعد الاختصاص الموضوعي والقضائي وتشكيل المحاكم ، وتميزت تلك الاحكام بالآتي:

---

(١)ينظر: د. حاتم حسن بكار ، اصول الاجراءات الجنائية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٤٣.
(٢) محمد عباس حمودي ، ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة،رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٩٢.
(٣)ينظر: حسين جميل ، حقوق الانسان والقانون الجنائي، جامعة الدول العربية ،معهد البحوث والدراسات العربية ، ص١٧٦.
(٤)ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق ، الطبعة ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص١٦٦-١٧٦.
(٥)صدر قانونين عقابيين أحدهما خاص بالقوات المسلحة بالرقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧، والاخر خاص بقوى الامن الداخلي بالرقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨ ، وصدر أيضا قانونين إجرائيين أحدهما خاص بالقوات المسلحة بالرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ والأخر خاص بقوى الامن الداخلي بالرقم (١٧) لسنة ٢٠٠٨.
(٦)تنص المادة (٩٩) من دستور العراق ٢٠٠٥ على انه: ((ينظم بقانون، القضاء العسكري، ويحدد اختصاص المحاكم العسكرية التي تقتصر على الجرائم ذات الطابع العسكري التي تقع من افراد القوات المسلحة، وقوات الامن ، وفي الحدود التي يقرها القانون))

أولاً: ميز المشرع العراقي في قانون الاصول العسكري بين نوعين من الاختصاص القضائي ، الأول: يكون من اختصاص المحاكم العسكرية إذا أرتكب العسكري أحد الجرائم الواردة في قانون العقوبات العسكري أو أي قانون عقابي عراقي أخر ولم يترتب على الجريمة حق شخصي للأفراد[١] ، اما الثاني: فيكون من اختصاص محاكم الجزاء العادية ، وهو أما أن يكون جوازي أو وجوبي ، ويكون جوازياً إذا ارتكب العسكري جريمة تتعلق بالوظيفة ضد عسكري أخر فعندئذ يجوز للمحكمة العسكرية إيداع القضية إلى المحكمة المدنية للبت فيها[٢] ، ويجوز للمحكمة العسكرية ايضا إيداع الدعوى لدى المحكمة المدنية إذا كانت تتعلق بحقوق مدنيين[٣]، ويكون وجوبياً إذا كان الجاني أو المجني عليه مدنياً[٤]. ولا تختلف أحكام الاختصاص القضائي في قانون أصول قوى الامن الداخلي عنه في قانون الاصول العسكري[٥].

ثانيا : جعل المشرع العراقي في قانوني الاجراءات الجزائية للجيش وقوى الأمن الداخلي أمر تشكيل وتعيين القضاة فيها منوطاً بالسلطة التنفيذية المتمثلة برئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء ، ووزيري الدفاع والداخلية بتشكيل المحاكم العسكرية ومحاكم قوى الامن الداخلي والاشراف عليها والتحقيق والاحالة وتوقيف الاحكام[٦].

ثالثاً: حدد قانونا العقوبات العسكري وقانون عقوبات قوى الأمن الداخلي، الجرائم التي تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية ومحاكم قوى الامن الداخلي وهي جرائم ذات طابع عسكري بحت ، ولم يشر أي من القانونين للجرائم ذات الطابع الدولي ، كما أشار إليها المشرع الاردني في قانون العقوبات العسكري المؤقت رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٢) في المواد (٤١ - ٤٤).

رابعاً: تسري احكام قانون العقوبات وقانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ سنة ٢٠٠٥ وغيرهما من القوانين العقابية العراقية[٧] على الجرائم المرتكبة من قبل العسكري أو الشرطي والتي ليس لها طابع عسكري ولم يرد نص عليها في قانوني العقوبات العسكري وقوى الامن الداخلي .

نستنتج مما سبق بأن لا يجوز للمحاكم العسكرية ولا لمحاكم قوى الداخلي النظر في أية جريمة إذا كان الجاني أو المجني عليه مدنياً ، بل يكون هذا من اختصاص محاكم الجزاء المدنية ، إذ ان قواعد الاختصاص القضائي في التشريع العراقي من النظام العام لا يجوز الخروج عنها أو مخالفتها وتحكم به المحكمة الغير مختصة من تلقاء نفسها ، ويجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى[٨].

لكن ماهي المحكمة المختصة لو ارتكبت جريمة الاختفاء القسري ، وكان الجاني و المجني عليه عسكرياً أو شرطياً ولم يترتب على الجريمة حق شخصي للأفراد العاديين؟[٩].

بحسب قواعد الاختصاص القضائي في قانوني العقوبات العسكري وقوى الامن الداخلي النافذين فان المحاكمة تكون أمام القضاء العسكري إذا كان الجاني والمجني عليه من منتسبي القوات المسلحة ، وتكون أمام محكمة قوى الامن الداخلي إذا كان الجاني والمجني عليه من منتسبي قوى الامن الداخلي ، وتكون امام محكمة عسكرية مشتركة إذا كان أطراف الدعوى الجزائية أحدهما من افراد القوات

---

(١)ينظر: المادة (٤/أولاً) (أ) عقوبات عسكري.
(٢)ينظر: المادة (٤/أولاً) (ب) عقوبات عسكري.
(٣)ينظر: المادة (٤/ ثانياً) (ب) من نفس القانون.
(٤)ينظر: المادة (٤)، البندين (ثانيا/أ) و(ثالثا) من نفس القانون.
(٥)ينظر: المادة (٢٥) اصول قوى الامن الداخلي.
(٦)ينظر : المواد (٩) ،(٣٨)،(٣٩) اصول عسكري ، والمواد (٢٨) ، (٢٩) اصول قوى الامن الداخلي.
(٧) ينظر: المواد (٨١) عقوبات عسكري، و(٥٢) عقوبات قوى الامن الداخلي.
(٨)ينظر: المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٩) لم تشترط اتفاقية ٢٠٠٦، أن يكون المجني عليه ذو صفة معينة ، فقد يكون مدنياً أو عسكرياً أو شرطياً من رعايا الدولة أو أجنبياً ، ويستوي أن ترتكب الجريمة في إطار هجوم واسع النطاق او كحالة منعزلة (منفردة) ، على خلاف ذلك نجد ان نظام روما الاساسي لعام ١٩٩٨ أشترط لتكييف الجريمة بأنها اختفاء قسري أن يكون المجني عليه مدنياً بالمفهوم الوارد في اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

المسلحة والاخر من منتسبي قوى الامن الداخلي[١]. أما عن القانون الواجب التطبيق ، فيكون قانون العقوبات العراقي او أي قانون عقابي أخر تتم الاحالة إليه من قبل قانون العقوبات العسكري أو قانون عقوبات قوى الامن الداخلي بحسب الأحوال.
وبطبيعة الحال فان مثل هذه المحاكمات تخالف المعايير الدولية الخاصة بالمحاكمة العادلة ، التي تقتضي بأن يحاكم المتهم بارتكاب جريمة دولية امام محكمة محايدة ومستقله يتمتع القضاة فيها بحرية الحكم في المسائل المعروضة على القضاء بحيث يحكم استناداً الى الحقائق وبموجب القانون بعيدا عن التدخل أو المضايقة أو التأثير من جانب أي فرع من فروع الحكومة أو من جانب الأفراد وبصفتهم الشخصية[٢].
وتتعارض أيضاً مع اتفاقية ٢٠٠٦ التي اشترطت على الدول الاعضاء فيها بأن يعامل الشخص المتهم بارتكاب جريمة الاختفاء القسري معاملة عادلة في جميع مراحل الدعوى وان تجري له محاكمة أمام محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة تنشأ وفقاً للقانون ، كذلك أن محاكمة الاشخاص المتهمون بارتكاب جريمة الاختفاء القسري أو أي جريمة دولية أخرى امام محاكم عسكرية أو محاكم قوى الامن الداخلي يتعارض مع احكام الدستور العراقي ٢٠٠٥ الذي أشار إلى جميع العناصر التي تكفل حق التقاضي امام القاضي الطبيعي.
لذا فان الالتزام بموجب المادة(٣/١١) من اتفاقية ٢٠٠٦، يفرض على المشرع العراقي بان يستثني جريمة الاختفاء القسري والجرائم الدولية الاخرى من اختصاص المحاكم العسكرية أو محاكم قوى الامن الداخلي ، وان يضيفها إلى اختصاص محاكم الجزاء العادية التي نص عليها في البند ثانيا من المادة (٤) اصول عسكري والبند ثالثاً من المادة (٢٥) اصول قوى الامن الداخلي ، كما فعل المشرع الكولومبي في قانونه الجنائي الذي ينص صراحةً على ان الاختفاء القسري لا يمكن أن يعتبر أبداً جريمة من الجرائم المرتكبة أثناء الخدمة وأن المحاكم العسكرية لا تملك أي اختصاص بالنظر في حالات الاختفاء القسري[٢].

المطلب الثالث

عدم جواز منح العفو

سنتناول في هذا المطلب مفهوم منح العفو ، وتدابير العفو في القانون الدولي ، ومنح العفو في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري والتشريع العراقي وملائمتها مع القانون الدولي ، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

مفهوم منح العفو.

العفو هو تنازل الهيئة الاجتماعية عن كل أو بعض حقوقها المترتبة على الجريمة ، وهو نوعان عفو عن العقوبة ويسمى العفو الخاص وعفو عن الجريمة ويسمى العفو العام[٣] . ويعرف العفو العام بأنه إجراء قانوني تعطل الدولة بمقتضاه الآثار الجنائية المترتبة على الجريمة ، وبذلك فأنه يعتبر من اسباب سقوط الجريمة نظراً لما يترتب عليه من سقوط حق الدولة في عقاب مرتكبيها ، وإذا كانت الدساتير الحديثة توجب صدور العفو العام بقانون ، فإن ذلك مرده إلى أن الدعوى الجنائية حق للهيئة الاجتماعية بأكملها ، وأنه ليس لغيرها أن يتنازل عنها[٤] ، بعكس العفو الخاص الذي يصدر بمرسوم جمهوري ويترتب عليه سقوط العقوبة المحكوم بها نهائياً كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها

---

(١)ينظر المادة (٣٨) اصول عسكري.
(٢) مبادئ أساسية بشأن، استقلال السلطة القضائية- جامعة منيسوتا- مكتبة حقوق- مأخوذة من شبكة الأنترنيت . / :http www. Hrw- org / arabic / un .Files / text /un / ijb . Htm
(٢)ينظر : الجمعية العامة ، مجلس حقوق الانسان، الوثيقة المرقمة (A/HRC/16/48/Add.3) ، في ٢٨/ديسمبر ٢٠١٠، ص٢٣.
(٣)ينظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر السابق، ص٥٠٣-٥٠٤.
(٤)ينظر: د. حاتم حسن بكار ، شرح اصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الاول ، ط١ ، بغداد ، ١٩٨٧، ص١٢٤.

ومن العقوبات المقررة قانوناً[١] ، وان العفو الخاص لا يمكنه أن يمس الإدانة وإلا فانه يشكل اعتداء على مبدأ قوة القضية المحكوم بها[٢].
وفي القانون الدولي فأن مفردة (العفو) تستخدم للإشارة إلى التدابير القانونية التي تؤدي إلى حظر الملاحقة الجنائية ، وفي بعض الحالات الإجراءات المدنية لاحقاً ضد اشخاص معينين أو فئات معينة من الأشخاص فيما يتعلق بسلوك إجرامي محدد أرتكب قبل اعتماد حكم العفو ، ويشير ايضاً إلى إبطال أي مسؤولية قانونية سبق إثباتها بأثر رجعي[٣].

الفرع الثاني

تدابير منح العفو في القانون الدولي.

لخطورة الجرائم الدولية وآثارها المأساوية فقد اتجه المجتمع الدولي بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية إلى النص على استبعاد العفو عن الجرائم الدولية ، ومن ذلك إن المادة (٢/د) من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٤٥ الصادر بشأن معاقبة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية قد نصت على إنه : ((لا يجوز للمتهم أن يدفع.... كما لا يجوز اعتبار أي حصانة أو عفو عام أو خاص منح في عهد الحكم النازي))[٤].
ومنذ ذلك الحين ، تركزت اهتمامات المجتمع الدولي لحقوق الإنسان أساساً على مسألة العدالة الجنائية وعلى وجه الخصوص على ألا تؤدي اتفاقات السلام إلى العفو عن الجرائم الخطيرة ، وزاد تأكيد ما سلف ، بالقيود الواضحة التي تفرضها الأمم المتحدة على ممثليها لعدم الموافقة على العفو عن الجرائم الدولية (الجرائم ضد الانسانية أو جرائم الحرب أو الإبادة الجماعية) أو عن (الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان) ، ويعد العفو متعارضاً مع الالتزامات المنصوص عليها في نظام روما١٩٩٨ ، فيما يتعلق بالجرائم الدولية ، وكذلك مع المعاهدات الدولية المنصوص عليها في النظام ، فيما يتعلق بالجرائم الدولية ، وكذلك مع المعاهدات الدولية الأخرى التي صدقت عليها الغالبية العظمى من الدول[٥].
وقد لاحظت اللجنة المعنية بحقوق الانسان في أحد تعليقاتها ، أن بعض الدول قد منحت العفو فيما يتعلق بأفعال التعذيب . وبصورة عامة ، فإن حالات العفو غير متمشية مع واجب الدول بالتحقيق في هذه الأفعال ، وبضمان عدم وقوع هذه الأفعال في نطاق ولايتها القضائية ، وبضمان عدم حدوث هذه الأفعال في المستقبل. ولا يجوز للدول حرمان الأفراد من اللجوء إلى سبيل أنتصاف فعال ، بما في ذلك الحصوص على تعويض وعلى إعادة اعتبار على أكمل وجه ممكن[٦].
وفي عام ١٩٩٩ أكد الأمين العام للأمم المتحدة على أن (العفو) عن الجرائم الخاضعة للقانون الدولي الجنائي لا يكون ملزماً على المستوى الدولي ، فقد أصدر تعليماته إلى ممثله الخاص بالتوقيع على اتفاقية السلام في (سيراليون) بأن يتمسك بشرط صريح يعلن فيه عن التزام الأمم المتحدة رسميا بعدم بتطبيق (العفو) المنصوص عليه في المادة(٩) من اتفاق السلام على الجرائم الدولية الخطيرة ، كالإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والانتهاكات الخطيرة لحقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني ، وقد أكد مجلس الأمن هذا الالتزام في قراره الصادر عنه الذي يدعو فيه الأمين العام إلى صياغة نظام أساسي للمحكمة ، وبالفعل أدرج في النظام الأساسي للمحكمة نص عدم جواز منح (العفو) عن الجرائم

---

(١)ينظر: عبد الامير العكيلي و د. سليم ابراهيم الجربة ، المصدر السابق ، ص٥٨-٥٩.
(٢)ينظر: د. غسان رياح ، الوجيز في العفو عن الاعمال الجريمة ((دراسة مقارنة في التشريعات العربية))، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨، بيروت ، ص٣٢.
(٣)ينظر: مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان ، أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع (تدابير العفو) ، نيويورك وجنيف ، ٢٠٠٢ ، ص٥.
(٤)ينظر: د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق، ص١٧٦.
(٥)ينظر: المحكمة الجنائية الدولية ، الوثيقة المرقمة (RC/ST/PJ/INF.4)، في ٢٠١٠/٥/٣٠ ، الفقرة ٩.
(٦)ينظر: اللجنة المعنية بالحقوق المدنية السياسية، التعليق العام رقم ٢٠ على المادة ٧(حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، (د-٤٤) ١٩٩٢ ، الفقرة(١٥) ، على الرابط http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/hrc-gc20.html

الخطيرة الوارد ذكرها في النظام الأساسي ، إذ تنص المادة (١٠) على أنه: ((لا يؤدي العفو الممنوح لأي شخص يخضع للولاية القضائية للمحكمة الخاصة فيما يتعلق بالجرائم المشار عليها بالمواد (٢-٤) من القانون الحالي إسقاط الدعوى))[١].

وقد ورد نص عدم منح العفو لمرتكبي الجرائم الدولية في نظام روما ١٩٩٨ ، الذي لم يجز للدول التي ينفذ فيها حكم السجن أن تفرج عن الشخص المحكوم قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة الجنائية الدولية[٢].

وبذلك يمكن القول بان مصادر القانون الدولي الجنائي الحالي وسياسة الامم المتحدة تميل بشكل واضح إلى عدم جواز منح العفو إذا كانت تلك التدابير تؤدي إلى:

١. تمنع مقاضاة أشخاص ربما كانوا مسؤولين جنائياً عن ارتكاب جرائم حرب أو إبادة جماعية أو جرائم ضد السلام أو انتهاكات جسيمة لحقوق الانسان . بما في ذلك الانتهاكات المتعلقة بجنس معين.
٢. تتعارض مع حق الضحايا في الحصول على سبيل انتصاف فعال ، بما في ذلك الجبر.
٣. تقيد حق الضحايا والمجتمعات في معرفة الحقيقة بشأن انتهاكات حقوق الانسان والقانون الإنساني[٣].

الفرع الثالث
عدم جواز منح العفو في المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري

على الرغم من ان اتفاقية ٢٠٠٦ لم تنص صراحةً على عدم جواز منح العفو لمرتكبي جرائم الاختفاء القسري ، إلا ان ذلك يفهم ضمناً من الالتزام الذي تنص عليه المادة (١/١١) ، بإحالة قضية الشخص المشتبه بمسؤوليته عن اختفاء قسري ، والذي لم تسلمه الدولة المعنية أو تحله إلى دولة أخرى أو إلى محكمة جنائية دولية ، إلى سلطاتها المختصة لمباشرة الدعوى الجنائية ، وهذا يعني أن أية تدابير للعفو أو ما يماثلها من التدابير التي يمكن أن تؤدي إلى إعفاء مرتكبي اختفاء قسري من اية اجراءات أو عقوبات جنائية ، لا تتماشى مع الالتزام التي فرضته المادة المشار إليها.

أما إعلان ١٩٩٢ ، والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ ، فقد نصتا صراحةً على عدم جواز منح العفو لمرتكبي جرائم الاختفاء القسري ، إذ تنص المادة (١/١٨) من إعلان ١٩٩٢ على انه: ((لا يستفيد الأشخاص الذين ارتكبوا أو أدعي أنهم ارتكبوا جريمة الاختفاء القسري من أي قانون عفو خاص أو أي إجراء مماثل آخر قد يترتب عليه إعفاء هؤلاء الاشخاص من أي محاكمة عادلة أو عقوبة جنائية)) ، وتنص المادة (٧) من الاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ على انه: ((لا تخضع المحاكمة الجنائية عن الاختفاء القسري للأشخاص والعقوبة المفروضة قضائياً لقوانين التقييد.....)).

الفرع الرابع
منح العفو في التشريع العراقي.

في التشريع العراقي يصدر العفو العام بقانون استناداً إلى المادة (١٥٣) عقوبات عراقي ، ويترتب على صدوره انقضاء الدعوى ومحو حكم الادانة الذي يكون قد صدر فيها وسقوط جميع العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية ، ولا يكون له آثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص قانون العفو على خلاف ذلك . وإذا صدر قانون بالعفو العام عن جزء من العقوبة المحكوم بها اعتبر في حكم العفو الخاص وسرت عليه أحكامه ، ولا يمس العفو العام الحقوق الشخصية للغير.

---

(١)ينظر: عبد الله علي عبو ، المصدر السابق، ص ١٥٠.
(٢)ينظر: المادة (١/١١٠) من نظام روما ١٩٩٢.
(٣)ينظر: الامم المتحدة ، مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان ، المصدر السابق، ص١١.

أما العفو الخاص فيصدر بمرسوم جمهوري ، ويترتب عليه سقوط العقوبة المحكوم بها نهائياً كلها أو بعضها ، أو إبدالها بعقوبة أخف منها من العقوبات المقررة قانوناً . ولا يترتب على العفو الخاص سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الآثار الجزائية الاخرى ولا التدابير الاحترازية ولايكون له أثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات وكل ذلك ما لم ينص المرسوم الجمهوري الخاص بالعفو على خلاف ذلك . وهذا ما قضت به المادة (١٥٤) عقوبات عراقي .

نجد ان نص الفقرة (ب) من المادة (١٥٤) المذكورة تتناقض واحكام المادة (٣٠٦) اصول محاكمات فيما يتعلق بالعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية. حيث ان نص المادة (٣٠٦) المذكورة قد اشار الى ان يترتب على صدور المرسوم الجمهوري بالعفو الخاص سقوط العقوبات الاصلية والفرعية في حين ان الفقرة (ب) من المادة (١٥٤) عقوبات عراقي قد أشارت الى ان العفو الخاص لايترتب عليه سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الاثار الجزائية ولا التدابير الاحترازية . ولما كانت الفقرة (ب) من المادة (٣٧١) اصول المحاكمات الجزائية قد اشارت الى الغاء كل نص في قانون اخر يتعارض واحكام قانون اصول المحاكمات الجزائية . لذلك فان نص المادة (٣٠٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ هو الواجب التطبيق ، ومن ثم فإن العفو الخاص في التشريع العراقي يسقط العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية[١] ، أي انه يعفى فقط من تنفيذ العقوبة ولا يمكنه أن يمس الإدانة وإلا فإنه يشكل اعتداء على مبدأ قوة القضية المحكوم بها ، بينما ينزع العفو العام طابع المخالفة عن الفعل الجرمي فهو يسقط الدعوى إذا أثير العفو العام قبل الإدانة ، وإذا جرى بعد الإدانة فإنه يمحوها ، إذ يفلت المدان من كل العقوبات ، وإن الادانة لا تؤثر على المعاودة[٢].

أما في الدستور العراقي ٢٠٠٥ ، فقد أجازت المادة (٧٣) منه لرئيس الجمهورية بتوصية من رئيس مجلس الوزراء إصدار العفو الخاص باستثناء الحقوق الشخصية والمحكومين عن الجرائم الارهابية والفساد الإداري والمالي والجرائم الدولية.

الفرع الخامس

ملاءمة منح العفو في التشريع العراقي مع اتفاقية ٢٠٠٦ .

لقد أشار دستور ٢٠٠٥ إلى العفو الخاص والجهة المخولة بإصداره وهو رئيس الجمهورية بتوصية من رئيس مجلس الوزراء ، واستثنى جرائم الحق الخاص كالقتل والاعتداء وغيرهما ما لم يتنازل صاحب الحق أو ورثته ، واستثنى أيضاً الجرائم الدولية كالجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب وجرائم الابادة الجماعية والجرائم الارهابية وجرائم الفساد المالي والإداري أي جرائم النزاهة المنصوص عليها في قانون هيئة النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ كالاختلاس والرشوة ، وبذلك فإن دستور ٢٠٠٥ قد حظر منح العفو الخاص لمرتكبي الجرائم الدولية ، لكنه لم يشر إلى النوع الثاني من العفو (العفو العام) ، ولا إلى الجرائم المستثناة من قانون العفو العام . وبذلك فإن السلطة التشريعية يحق لها أن تصدر قانون عفو عام غير مشروط يشمل جميع مرتكبي الجرائم ومنهم مرتكبو الجرائم الدولية ، ولها أيضاً أن تصدر قانون عفو عام مشروط كما هو الحال في العفو الخاص ، أي تستثني بعض الجرائم من قانون العفو العام[٣] ، وفي كلا الاحتمالين فان منح العفو العام لمرتكبي الجرائم الدولية لا يعد مخالفة دستورية لكنه

---

(١)ينظر: عبد الامير العكيلي ود. سليم حربة ، المصدر السابق ، ص ٥٨-٥٩.

(٢)ينظر: د. غسان رياح ، الوجيز في العفو عن الاعمال الجرمية في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٣٢-٤٥.

(٣) أستثنى قانون العفو العام رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ الذي أصدره مجلس النواب في دورته الانتخابية السابقة في المادة (٢) منه ، أستثنى، أولاً: المحكومين بالإعدام بموجب قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، ثانياً: المحكومين عن الجرائم الأتية: أ- الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من المادة(١) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥، ب- جرائم الإرهاب إذا نشأ عنها قتل أو عاهة مستديمة ،ج- جرائم القتل العمد، د- جرائم القتل الخطأ التي لم يتنازل عنها

في الوقت ذاته يكون مخالفاً لمبدأ عدم منح العفو لمرتكبي الجرائم الدولية الذي اقره القانون الدولي الجنائي واتفاقية ٢٠٠٦ ، وغيرها من الاتفاقية المصادق عليها من قبل العراق. وعلى الرغم من أن المشرع العراقي في المادة (٢) من قانون العفو العام رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ أستثنى الجرائم ذات الطابع الدولي المنصوص عليها في المادة (١/ثانياً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ ، واستثنتها أيضاً المادة (٤) من مسودة قانون العفو العام لسنة ٢٠١٢ المطروحة امام مجلس النواب لغرض التشريع، إلا ان ذلك لا يعد كافيا ويتعين على المشرع العراقي ان ينص على ضوابط العفو العام في دستور ٢٠٠٥ كما هو الحال في العفو الخاص الذي تنص عليه المادة (٧٣) من الدستور ومن بين تلك الضوابط عدم جواز منح العفو لمرتكبي الجرائم الدولية من قبل أية جهة كانت كما ذهب إليه المشرع العراقي في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ ، إذ تنص المادة (٢٧/ ثانياً) على أنه ((لا يجوز لأي جهة كانت بما في ذلك رئيس الجمهورية إعفاء أو تخفيف العقوبات الصادرة من هذه المحكمة ، وتكون العقوبة واجبة التنفيذ بعد مرور (٣٠) يوماً من تاريخ اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات)). كذلك يتعين على المشرع العراقي أن يؤكد في قانونه الجنائي استبعاد أي عفو وعدم جواز الاحتجاج به أمام المحكمة كما نص على ذلك في المادة (١٥/سادساً) من القانون نفسه التي تقول : ((لا تشمل قرارات العفو الصادر قبل نفاذ هذا القانون أياً من المتهمين في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فيها)). ، بصفة خاصة والقانون الدولي الجنائي بصفة عامة.

الـخـاتـمـة

في نهاية هذه الدراسة ، والتي انصبت على دراسة التدابير التي يتعين على الدول الأطراف أن تتخذها الدول في إطار علاقتها مع الدول الاخرى ومع اللجان الرقابية التي انشأتها المواثيق الدولية والمنظمات غير الحكومية بهدف تأمين الحماية الدولية للأشخاص من الاختفاء القسري ، وأن هذه الدراسة أفضت إلى استظهار مجموعة من النتائج وعدد من المقترحات يمكن إجمالها بالآتي :

أولاً: النتائج:

أتضح من خلال دراسة جريمة الاختفاء القسري في المواثيق الدولية الخاصة والعامة ما يلي:

١. أن مصطلح الاختفاء القسري مصطلح حديث نسبياً ظهر أول مرة في القانون الدولي عام ١٩٧٨ ، واستخدم المصطلح للتعبير عن انتهاك مركب يطال عدد من الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية ، التي أقرها القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني .

٢. أن المواثيق الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري هي وثائق كاشفة للحق في عدم التعرض للاختفاء القسري وليست منشئة لحق جديد ، وأن تطبيق الاثر الرجعي لجريمة الاختفاء القسري لا يمس مبدأ الشرعية الجزائية.

٣. للاختفاء القسري في القانون الدولي مفهومان ، أحدهما واسع تبناه اعلان ١٩٩٢ واتفاقية ٢٠٠٦ والاتفاقية الامريكية ١٩٩٦ : يشترط في الجريمة ، حرمان الشخص من حريته ، يكون على أيدي موظفي الدولة ، أو أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون بإذن الدولة أو بموفقتها ويعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي أو مكان وجوده ، مما يحرمه من حماية القانون . أما المفهوم الثاني ، فهو ضيق تبناه نظام روما ١٩٩٨ ، عندما اضاف شروط أخرى للجريمة وهي: أن ترتكب الجريمة كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين ، وأضاف أيضاً ركنين جنائيين خاصين ، وهما: ان يقصد الجاني حرمان الشخص من حماية القانون فترة من الزمن ، والثاني أن يعلم بالهجوم الواسع النطاق.

٤. يفرق القانون الدولي بين الاختفاء القسري والجرائم الدولية الاخرى الماسة بالحرية الشخصية من خلال عنصر رفض الإقرار بحرمان المجني عليه من حريته أو إعطاء أي معلومات عن مصيره ، ويميز بين الاختفاء القسري والجرائم الماسة بالحرية ذات الطابع الوطني من خلال عنصر السياسية الذي يعني ان ترتكب الجريمة باسم دولة او منظمة سياسية ، ويستدل القانون الدولي على عنصر السياسية من خلال دعم أو تأييدها للجماعات التي ترتكب الجريمة أو تغاضيها عنها أو فشلها في منع جرائم الاختفاء القسري.

٥. تفرض المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري على الدول نوعين من الالتزامات ، الاول: تحقيق غاية وهي الامتناع عن تعريض أي شخص للاختفاء القسري في كل الظروف ، والالتزام الثاني : بذل عناية وهي ان تمنع وتقمع جرائم الاختفاء القسري التي يقوم بها اشخاص أو مجموعات من الافراد يتصرفون دون إذنها أو دعم أو موافقة منها ، وتقديم المسؤولين إلى المحاكمة.

٦. عدَّت المواثيق الدولية الخاصة والعامة بالاختفاء القسري ان الجريمة من الجرائم ضد الانسانية تستتبع العواقب المنصوص عليها في القانون الدولي ومنها عدم جواز العفو ، او التقادم وعدم الاعتداد بالصفة الرسمية للمتهم ، وإن تضمن حق الضحايا في الانتصاف والتعويض.

٧. تلزم المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري الدول الاطراف بتدوين جريمة الاختفاء القسري في قانونها الجنائي كجريمة مستقلة على نحو يميزها عن باقي الجرائم التي تشابهها ، كجريمة القبض على شخص أو حبسه أو حجزه ، وجرائم الخطف ،الاحتجاز غير مشروع والحرمان غير القانوني من الحرية ، واساءة استعمال السلطة.

٨. تفرض المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري ان تتبنى الدول الاطراف نظام قانوني شامل للمسؤولية الفردية ، بما في ذلك أن تعد القادة والرؤساء شركاء في الجريمة إذا لم يتخذوا التدابير اللازمة والمعقولة لمنع الاشخاص الذين يخضعون لسطتهم وسيطرتهم الفعليتين من ارتكاب الجريمة

، وأن لا تعد جريمة الاختفاء القسري سبب من الاسباب الاباحة أو مانع من موانع العقاب ، ومعاقبة كل المساهمين والمحاولين في ارتكابها بعقوبات متساوية.

٩. يفرض القانون الدولي على الدول أن تحاكم الاشخاص المتهمين بارتكاب جريمة الاختفاء القسري امام محاكم جنائية مدنية مستقلة مشكلة بموجب قانون.

١٠. وضعت المواثيق الدولية الخاصة بالاختفاء القسري أمام الدول الأطراف ثلاثة خيارات بالنسبة للأشخاص الاجانب المشتبه بارتكابهم جرائم الاختفاء القسري ، وهي التسليم إلى دولة أخرى طالبة التسليم أو تسليمه إلى محكمة جنائية أو محاكمته ، وإن الوفاء بجزء واحد من هذا الالتزام المركب تتحرر الدولة من الوفاء بالجزئين الاخرين.

١١. انشأت المواثيق الدولية أجهزة رقابية لتأمين الحماية الدولية للأشخاص من الاختفاء القسري ولضمان تنفيذ بنود تلك المواثيق وألزمت الدول الاطراف بان تسمح في تشكيل منظمات ولجان تهتم بشؤون المختفين.

ثانياً: المقترحات.

١. تعريف جريمة الاختفاء القسري في قانون العقوبات العراقي أو في قانون عقابي أخر خاص بالجرائم الدولية على نحو اوسع من التعريف الذي تناوله نظام روما ١٩٩٨ ، وكما يلي : الاختفاء القسري **((الاعتقال أو الاحتجاز أو الاختطاف أو أي شكل من اشكال الحرمان من الحرية لأي شخص أو مجموعة يتم على ايدي موظفي الدولة أو أشخاص أو مجموعات من الافراد يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها، ويعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي او مكان وجوده ، مما يحرمه من حماية القانون)).**

٢. تجريم الاختفاء القسري في قانون العقوبات أو في قانون عقابي مستقل خاص بالجرائم ذات الطابع الدولي ، وذلك بالنص على انه: **((يعاقب بال..... كل من أرتكب جريمة الاختفاء القسري ، أو أمر أو أوصي أو شرع بارتكابها، أو كان متواطئا أو مشاركاً في ارتكابها))**

يعتبر ظرفاً مشدداً في الجريمة وذلك في احدى الحالات الآتية:

أ- وفاة المجني عليه.

ب- إذا كان المجني عليه امرأة أو شخص قاصر أو بالغ الضعف.

تحديد الظروف القضائية المخففة ، لكل من يسهم بفعالية رغم تورطه في ارتكاب جريمة الاختفاء القسري وذلك في أحدى الحالتين :

أ- إعادة الشخص المختفي وهو على قيد الحياة.

ب- تحديد هوية المسؤولين عن اختفاء.

المعاقبة على الجرائم الملحقة بالاختفاء القسري وهي:

أ- انتزاع الأطفال الخاضعين لاختفاء قسري أو الذين يخضع أحد أبويهم أو ممثلهم القانوني لاختفاء قسري، أو الأطفال الذين يولدون أثناء وجود أمهاتهم في الأسر نتيجة لاختفاء قسري؛

ب- تزوير أو إخفاء أو إتلاف المستندات التي تثبت الهوية الحقيقية للأطفال المشار إليهم في الفقرة (أ)؛

ج- عرقلة أو اعتراض حق كل شخص له مصلحة مشروعة ، كأقارب الشخص المحروم من حريته أو ممثليهم أو محاميهم ، في جميع الظروف ، في الطعن أمام محكمة تبت في أقرب وقت في مشروعية حرمان قريبهم أو موكلهم من حريته؛

د- الإخلال بالالتزام بتسجيل كل حالة من حالات الحرمان من الحرية وكذلك تسجيل أية معلومات كان الموظف المسؤول عن التسجيل الرسمي و/أو الملفات الرسمية على علم بعدم صحتها أو كان عليه أن يكون على علم بعدم صحتها؛

هـ- رفض تقديم معلومات عن حالة حرمان من الحرية، أو تقديم معلومات غير صحيحة، في الوقت الذي تتوفر فيه الشروط القانونية لتقديم هذه المعلومات.

٣. فيما يخص تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان والزمان والاشخاص في جرائم الاختفاء القسري:

أ- الاختصاص الإقليمي : فضلاً عن الاختصاصات المنصوص عليه في المادة (٦) عقوبات عراقي ، النص على سريان القانون على جميع جرائم الاختفاء القسري المرتكبة في الاراضي الاجنبية التي يحتلها الجيش العراقي أو يتواجد فيها كقوات حفظ السلام.

ب- الاختصاص الشخصي : النص على الشخصية السلبية ضمن المادة (١٠) عقوبات عراقي ، أي حالة كون المجني عليه عراقياً أو أكتسب الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة ضده ، وكان الجاني أجنبياً وارتكبت الجريمة خارج العراق.

ج- الولاية القضائية العالمية : إضافة جريمة الاختفاء القسري إلى الجرائم التي يطويها الاختصاص الشامل في المادة (١٣) عقوبات عراقي .

د- الاختصاص الزماني : النص على أنه : **((تسري أحكام المواد ((.....)) على كل شخص طبيعي سواء كان عراقياً أم غير عراقي مقيم في العراق متهم بارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، اعتبارا من تاريخ ١٩٦٨/٧/١٧)).**

هـ- أن يحدد المشرع العراقي صراحةً الأسباب التي يحق لوزير العدل أن يمتنع عن تسليم شخص أجنبي تطلبه دولة أجنبية كونه متهم أو مدان بارتكاب جريمة الاختفاء القسري ، وفي حالة توافر احد الاسباب ورفض طلب التسليم ، يلزم الوزير بإحالة المتهم أو المدان إلى محكمة جنائية عراقية.

٤. إعادة النظر بالشروط التي تضمنتها المادة (٦١) من دستور ٢٠٠٥ الخاصة بمنح الحكومة سلطة مواجهة الظروف الاستثنائية وتشريع قانون جديد للسلامة الوطنية تحدد فيه سلطات الحكومة في ظل تلك الظروف تقييد وحقوق الاشخاص المحرومين من حرياتهم والتأكيد على حق كل شخص في عدم التعرض للاختفاء القسري دستورياً وذلك بالنص على أنه : **((لكل فرد الحق في عدم التعرض للاختفاء القسري ، ولا يجوز الحرمان من هذا الحق أو تقييده سواء في الظروف الاعتيادية أو في حالة الحرب أو التهديد باندلاع حرب، أو بانعدام الاستقرار السياسي الداخلي أو في حالة الطوارئ أو مكافحة الارهاب أو أي ظرف استثنائي أخر)).**

٥. إضافة نص قانوني جديد إلى قانون العقوبات العسكري وقانون عقوبات قوى الامن الداخلي النافذين إضافة إلى القانون العقابي الذي سوف يجرم فيه الاختفاء القسري ، ينص على انه: **((يعتبر الرئيس أو الاعلى رتبة شريك في جريمة الاختفاء القسري التي يرتكبها المرؤوس الخاضع لسلطته وسيطرته الفعليتين ، وذلك في أحدى الحالات التالية:**

٦. كان يعلم بسبب الظروف السائدة في ذلك الوقت علماً فعلياً بأن الأشخاص الخاضعين لإمرته ورقابته الفعليتين (مرؤوسيه) ، قد ارتكبت جريمة الاختفاء القسري.

٧. كان من المفترض أن يعلم بسبب الظروف السائدة في ذلك الوقت بأن الأشخاص الخاضعين لإمرته ورقابته الفعليتين ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب جريمة الاختفاء القسري.

ج- إذا امتنع او تقاعس عن اتخاذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب جريمة الاختفاء القسري من قبل مرؤوسيه.

د- إذا امتنع عن عرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

٦. تحديد مسؤولية المرؤوس ، وذلك بإضافة بند ثالث إلى المادة (٤٠) من قانون العقوبات العراقي ينص على : **((ثالثاً – وفي جميع الاحوال المشار إليها في البندين أولاً وثانياً ، لا يعد فعل الموظف أو المكلف بخدمة عامة بارتكاب جريمة الاختفاء القسري سبباً من أسباب الاباحة أو عذراً معفياً من العقاب ، ويجوز ان يراعي ذلك في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة أن تحقيق العدالة يقتضي ذلك)) .**

ويضيف أيضاً بند ثالثاً للمادة (٢٤) من قانون العقوبات العسكري ينص على انه: **((ثالثاً- لأغراض هذه المادة:**

أ- لا يجوز للأدنى رتبة التذرع بأي أمر أو تعليمات صادرة من سلطة عامة عسكرية أو مدنية أو غيرها لتبرير جريمة الاختفاء القسري.

ب- لا يعد الادنى رتبة مرتكباً لجريمة عدم طاعة الاوامر إذا ما رفض تنفيذ الأمر الصادر إليه بارتكاب جريمة الاختفاء القسري)).

٧. الاعتراف باختصاص اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري في تلقي ودراسة البلاغات المقدمة من الأفراد والدول وفقاً للمادتين ٣١ ، ٣٢ من الاتفاقية.

٨. التعديل في قانون العقوبات العسكري قانون قوى الامن الداخلي النافذين على ان محاكم الجزاء العادية لها ولاية قضائية على جريمة الاختفاء القسري بغض النظر عن صفة أي من اطراف الدعوى الجزائية.

٩. التعديل في الدستور العراقي ٢٠٠٥ على أنه لا يجوز لأي سلطة أو أي شخصية عامة منح العفو العام أو العفو الخاص لمرتكبي جرائم الاختفاء القسري ، وبالمثل ينبغي التأكيد على أنه لن تكون هناك حصانة أو إعفاءات خاصة من التحقيق والملاحقة القضائية فيما يتعلق بهذه الجريمة.

تم بعون الله تعالى

المصادر

١. د.احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
٢. أحمد فتحي سرور،القانون الجنائي الدستوري،الطبعة الثانية،دار الشروق،القاهرة، ٢٠٠٢،ص ٥٦٩.
٣. د.باسيل يوسف،المحكمة الجنائية الدولية،منشأة المعارف،الاسكندرية، ٢٠٠٢.
٤. ثروت عبد العال أحمد،الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٤ .
٥. وائل أنور بندق،العدالة وحقوق الانسان ، الطبعة الثانية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .
٦. د. حاتم حسن بكار،اصول الاجراءات الجنائية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٧. حسين جميل،حقوق الانسان والقانون الجنائي،جامعة الدول العربية،معهد البحوث والدراسات العربية.
٨. د. حاتم حسن بكار،شرح اصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الاول ، ط١ ، بغداد ، ١٩٨٧ .
٩. د. جون ماري هنكر تشولويز دوز والدبك ،القانون الدولي الانساني العرفي ، المجلد الاول ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، القاهرة ، ٢٠٠٧.
١٠. د. ثروت عبدالعال أحمد،الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق ، الطبعة ٢ ، دارالنهضةالعربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١١. د. رمسيس بهنام،النظرية العامة للقانون الجنائي،الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف،الاسكندرية، ١٩٩٧.
١٢. د. علي محمد بدير وأخران،مبادئ واحكام القانون الاداري ، الناشر ، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠٠٨ .
١٣. د.علي حسين الخلف ،ود. عبدالقادر سلطان الشاوي ،المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٢.
١٤. د. عبدالفتاح بيومي ،المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
١٥. د.عبد الواحد محمد الفار،الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥.
١٦. د.غسان رياح ، الوجيز في العفو عن الاعمال الجريمة ((دراسة مقارنة في التشريعات العربية))، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الاولى، ٢٠٠٨،بيروت.
١٧. محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٩.
١٨. د.محمد حنفي محمود ، جرائم الحرب امام القضاء الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
١٩. د.محمود شريف بسيوني ،المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية،دار الشروق،القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٠. د.مازن ليلو راضي ،القانون الاداري،الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠١١.
٢١. د. محمد علي سالم عياد،الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،الجزء الأول ،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، ١٩٩٦ .
٢٢. د. محمد زكي أبوعامر، قانون العقوبات، القسم العام ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، ١٩٨٦.

٢٣. د.محمد حنفي محمود ،جرائم الحرب امام القضاء الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، القاهرة.
٢٤. د. ماهر صالح علاوي ،مبادئ القانون الاداري ،الطبعة الثانية،دار الكتب للطباعة والنشر،جامعة الموصل،١٩٩٦.
٢٥. د. محمد عبد الحميد أبوزيد ،طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ،دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٨٠ .
٢٦. د.جندي عبد الملك ،الموسوعة الجنائية ،الجزء الاول ،الناشر مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
٢٧. د.حكمت موسى سليمان ،طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية ،بغداد، ١٩٨٧ .
٢٨. د.فخري عبد الرزاق الحديثي ،شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، الناشر شركة العاتك ، القاهرة.
٢٩. د.صباح مصباح محمود ،الحماية الجنائية للموظف العام ،الطبعة الاولى ،دار الحامد،عمان، ٢٠٠٤ .
٣٠. د.عاصم أحمد عجيلة ،طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة،الطبعة الخامسة ،علا الكتب،القاهرة، ٢٠٠٠ .
٣١. د.علي عبد القادر القهوجي ،قانون العقوبات القسم العام ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠ .
٣٢. د.عمار تركي عطية ،الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ،الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢ .
٣٣. د.مأمون سلامة ،قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي،القاهرة، ١٩٩٠.
٣٤. د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات - القسم العام،دار النهضة العربية،الطبعة الرابعة، ١٩٨٣ .
٣٥. الامم المتحدة مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان ،أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع ،نيويورك وجنيف، ٢٠٠٩ .
٣٦. د.سهيل حسين الفتلاوي ،الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي دراسة قانونية مقارنة،المكتب المصري لتوزيع المطبوعات،القاهرة، ٢٠٠٢ .
٣٧. د.محمد علي السالم، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الاول ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦،
٣٨. د.علي فضل البوعينين ،ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٦ .
٣٩. مفوضية الامم المتحدة لحقوق الانسان ،أدوات سيادة القانون لدول مابعد الصراع (تدابير العفو) ،نيويورك وجنيف، ٢٠٠٢ .
٤٠. د.غسان رياح،الوجيز في العفو عن الاعمال الجرمية في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
٤١. د.يونس العزاوي ،مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي، مطبعة شفيق،بغداد، ١٩٧٠ .

القوانين والقرارات واحكام المحاكم

٤٢. الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ .
٤٣. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٤٤. قانون العفو العام رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ .
٤٥. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
٤٦. قانون المحكمة الجنائية العراقية العلي ارقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.
٤٧. نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية (١٩٩٨).
٤٨. اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨
٤٩. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦.
٥٠. مناتفاقيةجنيفالرابعةلعام ١٩٤٩.
٥١. الاتفاقيةالامريكية ١٩٩٦.
٥٢. اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١
٥٣. النظام الاساسي لمحكمة يوغسلافيا الصادرعام ١٩٩٣ .
٥٤. الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.
٥٥. منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمة العادلة،لندن، ١٩٩٨.
٥٦. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦،و(٤/٧٥) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.
٥٧. الامم المتحدة ،المجلس الاقتصادي و الاجتماعي ، الوثيقة المرقمة (E/CN/.٤/٢٠٠٣/٧١) .
٥٨. منظمة العفو الدولية، (حالة حقوق الانسان في العالم)،رقم الوثيقة (POL ١٠/٠٠١/٢٠١٢)،الطبعةالاولى، ٢٠١٢ .
٥٩. قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية الدجيل ،عدد ٢٩/ث/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٦ .
٦٠. الامم المتحدة ، تقرير الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري ، الوثيقة المرقمة(A/HRC/١٦/٤٨.Add/٣) .
٦١. الامم المتحدة ،ا للجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري،الوثيقةالمرقمة(CED/C/٢ (، ٢٠١٢.
٦٢. الجمعية العامة ، مجلس حقوق الانسان ، الوثيقة المرقمة (A/HRC/١٦/٤٨.Add/٣) ،في ٢٨/ديسمبر ٢٠١٠ .
٦٣. المحكمة الجنائية الدولية ،الوثيقة المرقمة (RC/ST/PJ/INF.٤)،في ٢٠١٠/٥/٣٠ .
٦٤. قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية احداث ١٩٩١ (بصرة،ميسان) ،العدد ٣ ت ٢٠٠٩ ،في ٢٠٠٩/٣/١٠ (غيرمنشور).

البحوث والرسائل والاطاريح

١. أحمد علي عبود،الحصانة البرلمانية دراسة تطبيقية في ظل دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ،رسالة ماجستير ، كلية القانون و العلوم السياسية ، جامعة الكوفة، ٢٠١٠ .
٢. أمير حسن جاسم ، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية،المجلد (١٤)،العدد (٨)، ٢٠٠٧.
٣. جيمي آلانويل يامسون ،بعض الاعتبارات حول مسؤولية القيادة والمسؤولية الجنائية ،بحث منشور في مجلة اللجنة الدولية للصليب الأحمر،العدد ٨٧٠ ، ٢٠٠٨ .
٤. قحطان ناظم خورشيد ، المساهمة الجنائية في القانون العراقي والمقارن، بحث قانون كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من أصناف الادعاء العام، مجلس القضاء الاعلى لإقليم كوردستان، ٢٠١١ .
٥. عبدالله علي عبو سلطان ، دور القانون الجنائي في حماية حقوق الإنسان ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٤ .

٦. علي بن عبد المحسن التويجري ، الحصانة البرلمانية ،ومدى إمكانية تطبيقها على أعضاء مجلس الشورى السعودي ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ١٤٢٦ .
٧. عبدالجليلالاسدي،المسؤوليةالجنائيةلرئيسالدولةعنالجريمةالدوليةومشكلةالحصاناتفيالقانونالدولي،بحثمنشورعلىالرابط :
٨. http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=٢٠٠٦٧٩
٩. د.علي جبار شلال ، ضرورة التمييز بين الفاعل والشريك في الجريمة وتفعيل أحكام العود ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،الجامعة المستنصرية ،العدد ٤، ٢٠١١ .
١٠. د.محمد ثامر مخاط، التجريم استنادا إلى العرف في القانون الدولي الجنائي،بحث منشور على الرابط

http://law.thiqaruni.org/index.php?option=com_content&view=article&id

١١. المفوضية السامية لحقوق الانسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدوليين،دليل بشأن حقوق الانسان ، الفصل السادس عشر (إقامة العدل اثناء حالة الطوارئ)،نيويورك وجنيف، ٢٠٠٣.
١٢. (٢) مبادئ أساسية بشأن،استقلال السلطة القضائية- جامعة منيسوتا – مكتبة حقوق- مأخوذة من شبكة الأنترنيت . . http: / www. Hrw- org / arabic / un .Files / text /un / ijb .Htm.
١٣. محمد عباس حمودي ،ضمانات المتهم العسكري في مرحلة المحاكمة ،رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

المصادر الاجنبية

14. Bassiouni M. Cherif , Crimes Against Humanitary In International Criminal Law
15. Claude Lombois , Droit Penal International , Dalloz , Paris
16. Pierre Marie Dupuy , Dorit International Public , Dalloz, Paris,
17. Schabas , William A. , Genocide In International Law , Cambridge University Press ,