

مقدمة :

أولا - موضوع الدراسة و أهميتها :

تشكل دراسة المسؤولية الجزائية للرؤساء و القادة على المستوى الدولي واحدة من أهم المواضيع التي تم تطويرها بعد أحداث الحرب العالمية الثانية ابتداء من قضاء المحاكم الخاصة بنورمبرغ وطوكيو والمحاكمات الخاصة التي تمت بناء على قانون مجلس الرقابة رقم 10 و كذا المحاكمات التي تمت أمام اللجان العسكرية ، بحيث لم تعد فكرة الاختفاء وراء حاجز الدولة أو فكرة تحمل الدولة لأعمال موظفيها ذات أثر يعفي القائم بالانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني من المسؤولية الجزائية الفردية حتى وإن كان هذا الشخص يشغل أعلى منصب اجتماعي أو سياسي أو وظيفة داخل الدولة بأن يكون : رئيسا أو ملكا أو قائدا عسكريا أو مدنيا ساميا ... وغيرها .

و من أجل ذلك لم تعد الحصانة الرسمية مانعا من المتابعة أو وسيلة للتهرب من تحمل المسؤولية ؛ كما لم تعد فكرة التقيّد بمقتضيات القانون الداخلي انتهاكا لأحكام القانون الدولي ذات أثر أيضا لسيما بالنسبة للدفع بطاعة الأوامر العليا ، فلم يعد بالإمكان التذرع بالإعفاءات و الدفع التي يمنحها القانون الوطني أمام مقتضيات القانون الدولي .

و نظرا للأهمية البالغة للتغيير في هذه المفاهيم التقليدية الكلاسيكية للقانون الدولي ؛ من جهة وإنشاء لجان تحقيق دولية للبحث في مسؤوليات الأشخاص مرتكبي الجرائم الجسيمة في حق الآلاف من البشر والاقتراحات الصادرة عنها بضرورة متابعة القائمين بهذه الأفعال بصفتهم الشخصية ومحاكمتهم عنها أمام " قضاء دولي جنائي خاص " لم تعد فكرة المسؤولية مجرد نظرية وإنما استتبعها إنشاء أجهزة قضائية خاصة كما حدث في : يوغسلافيا سابقا ورواندا وسيراليون .

و لقد ساهم القضاء الذي أصدرته المحاكم الخاصة بشكل جوهري في توضيح الكثير من المفاهيم التي كانت تتجاوز حدود " المعاهدات الدولية " وتفتقد إلى الإنفاذ كما حدث لاتفاقية الإبادة الجماعية لسنة 1948 و اتفاقية مناهضة التعذيب و اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 و جنيف لسنة 1949 و للبروتوكولين الملحقين بها ؛ فأصبح بالإمكان الاطلاع على حكم أو قرار قضائي يفصل في " مسألة قانونية

" مستندا على نصوص اتفاقية أو معاهدة كانت في السابق لا تعدو أن تكون محل دراسة فقهية مجردة من التطبيق الواقعي .

و هذه المساهمة القضائية بيّنت الحاجة المستمرة والضرورية " لقضاء جنائي دولي دائم " استتبع فكرة إنشاء " قضاء خاص AD HOC " بنزاع معين فقط .

و تعتبر المحكمة الجنائية الدولية أهم جهاز قضائي تم إنشاؤه في العصر الحديث يسعى إلى " متابعة الأفراد " الذين يرتكبون الجرائم الجسيمة التي تمس المجتمع الدولي برمته ؛ وتعتبر الاتفاقية المنشئة للمحكمة بمثابة حجز الزاوية في التنظير للمفاهيم الحديثة لهذا الفرع من فروع القانون الدولي .

و لقد عالج النظام الأساسي للمحكمة فكرة المسؤولية الفردية في المادة 25 وأفرد مادة مستقلة (المادة 28) لمسؤولية القادة والرؤساء الآخرين نظرا لما تحتله " فكرة القيادة " من أهمية في المحافظة على أحكام القانون الدولي الإنساني .

و لقد سادت الفكرة منذ اتفاقيات لاهاي الأولى على ضرورة قيادة الجيوش من طرف أشخاص " يكونون مسؤولين " عن أعمال جيوشهم ؛ وهذا لكون الانتهاكات الجسيمة لا يمكن أن تحدث لو لا " الاتفاق الصريح " أو " الامتناع الجرمي " للقائد عن منع ارتكاب الجرائم أو معاقبة الفاعلين عنها درءاً لعدم تكرارها مرة أخرى ؛ فظهرت لأول مرة فكرة : " القيادة المسؤولة " .

وتظهر أهمية الموضوع في كون **المركز القيادي للفرد** يعطيه سلطات واسعة بما في ذلك " حق التأديب " و اتخاذ إجراءات ردعية و زجرية في حال الخروج عن أحكام القانون و ارتكاب جرائم من طرف التابعين هذا من جهة و من جهة أخرى وفر القانون للقائد الآليات و الوسائل الضرورية للمراقبة و ذلك قصد الحيلولة دون وقوع هذه الجرائم كضرورة التقصي المستمر و الاستعلام عن سلوك تابعيه و كذا منحه حق المتابعة الجزائية أو الإحالة على الجهات القضائية المختصة لمحاكمة التابع أو المروؤوس ؛ فإذا امتنع القائد عن اتخاذ الوسائل القانونية والمادية المتاحة أو الموضوعة تحت سلطته فإن التابعين سيكونون في جو من الانفلات يسمح لهم القيام بما شاءوا من انتهاك للأموال و الأنفس و الاغتصاب و النهب و القتل بدون مبررات حربية مما يزيد من حدة الجرائم و توسعها و يعطيها طابع الشمولية و يضيف عليها الطابع الخاص الذي تتميز به الجريمة على المستوى الدولي ؛ ولذلك فإن تفعيل المسؤولية الجزائية للقائد هي السبيل

الوحيد لضمان احترام الجيوش النظامية أو غير النظامية -لأن فكرة القيادة لا تنحصر في القيادة الرسمية و إنما قد تمتد إلى القيادة/الرقابة الفعلية DE Jure - لمقتضيات القانون الدولي الإنساني و هي إحدى وسائل ردع الجريمة الدولية التي لم تكن لتتركب لولا مساهمة أعلى القيادات في ارتكابها .

ولا يُشترط المركز الرسمي حتى تكون هناك مسؤولية قيادية بل توجد مفاهيم بديلة لفكرة القيادة الرسمية أو القانونية التي تجعل القائد يتحمل المسؤولية بناء على " فكرة الرقابة الفعلية " للخاضعين أو المرؤوسين ؛ وعلى العموم فإن فكرة " القيادة المسؤولة " هي التي مهدت الطريق لفكرة المسؤولية الناجمة عن القيادة أي المسؤولية الناجمة عن المركز القيادي و التي يعبر عنها : " بمسؤولية الرئيس السُّلمي أو مسؤولية

القادة " ؛ كما في النظام المدني : " Responsabilité du Supérieur Hiérarchique " ؛ أو في نظام الكومون لو : " Command/Superior Responsibility " .

و من جهة أخرى فإن الإجرام الجماعي كان على يد قياديين تمكنوا من الإفلات من العقاب لسنوات عديدة استفادوا من الفراغ الحاصل نتيجة عدم وجود " آليات قضائية " لتفعيل مسؤوليتهم كالجرائم التي وقعت في أوغندا والكونغو والسودان وكينيا وساحل العاج و غيرها من دول العالم ؛ و ينبغي ألا يفوتنا التذكير بأن الدراسة لا ترتبط بموضوع القيادة و علاقتها التنظيمية و مدى الارتباط التراتبي بين القائد و الخاضع أو التابع و التي لا يرجع إليها إلا من خلال دراسة أركان المسؤولية في الجزء المخصص لها و ذلك أن المسألة مرتبطة بإشكالية خاصة .

ثانيا - إشكالية البحث :

و تهدف الدراسة النظر في المسؤولية الجزائية للرؤساء السُّلميين و القادة وذلك من خلال البحث في التطور التاريخي للنظرية ؛ من خلال التطرق للسوابق و الاجتهادات الماضية التي تعتبر بمثابة أصول تاريخية لها ؛ ثم العودة إلى الوقت الراهن من خلال البحث في طريقة تعامل المحاكم الخاصة مع النظرية : وكيف قامت المحاكم الجنائية الخاصة بمعالجة هذا النوع من المسؤولية ؟ وكيف ساهمت في كونها حلقة وسط بين السوابق وبين ما تم اعتماده في المعاهدة المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية ؟ و هل تملك المحكمة الجنائية الدولية المعايير الكافية لمتابعة القادة للرؤساء السُّلميين كما هو وارد في نظامها

الأساسي ؟ و هل التفرقة بين القادة العسكريين والرؤساء الآخرين من حيث الركن المعنوي يتضمن تقسيما
عصريا صحيحا في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ؟ ثم ما طبيعة هذه المسؤولية : هل هي نوع
أنواع المساهمة الجنائية في الجريمة الدولية أم هي جريمة مستقلة ؛ و ما هو تكييفها : مسؤولية بدون
خطأ تقوم على مجرد العلاقة التراتبية الرسمية بين الخاضع و القائد و بالتالي هي مسؤولية عن الغير أم هي
مسؤولية بالامتناع ؟ أم لها تكييف خاص ؟ .

و في جميع الأحوال فإن محور دوران الدراسة يدور حول فكرة ردع الجريمة الدولية من خلال
متابعة القادة و الرؤساء الآخرين و إن كان ذلك سيقضي فعلا على الانتهاكات المستمرة للقانون
الدولي الإنساني و على الخلل القائم فيه مما يستتبع تقويم هذا الخلل و جعل المسؤولية الجزائية تمتد
إلى جميع القائمين بهذه الجرائم وصولا حتى أعلى درجات سلم القيادة ؛ و هذا من خلال منهجية علمية

ثالثا - المنهج المتبع :

تستند الدراسة بالدرجة الأولى على المنهج القانوني التحليلي بحيث يتم العودة في كل مرة إلى
مصادر القانون الدولي الجنائي و القانون الدولي الإنساني و المتمثلة في المعاهدات الدولية المعالجة
لموضوع الدراسة و الأعراف الدولية المتعلقة بها و كذا من خلال التطرق إلى رأي الفقهاء البارزين في
المجال و كذا القضاء الصادر عن المحاكم الجنائية الخاصة و كيفية تعاملها مع النظرية ؛ فالمنهج التحليلي
يسمح بشرح النظرية من خلال العودة إلى مصادرها و تحليلها و شرحها وفقا لذلك ؛ و هذا لكون نظرية
المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلّمي قد عرفت في الآونة الأخيرة وجود تطبيقات غزيرة لها سواء من خلال
القضاء أو من خلال آراء الفقه و كذا من خلال النقاشات التي سبقت و صاحبت و أعقبت المصادقة على
النظام المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية كما أن الدراسة استعانت بالمنهج التاريخي و ذلك من خلال
الرجوع إلى أولى تطبيقات النظرية و الانتقال بالنظرية من مجرد كونها مبدأ عكسي أي من فكرة "القيادة
المسؤولة" إلى فكرة : "مسؤولية القائد" و وُصّولا بها إلى أولا مراحل التقنين و التطبيقات المختلفة على
المستوى الداخلي و كذا من خلال التطبيقات بواسطة اللجان المنعقدة لمحاكمة مجرمي الحرب و هذه
الاستعانة تتبع التطور الزمني للأحداث و التي تتضمن أهمية لا يمكن التفريط فيها في الدراسات القانونية .

رابعاً - الخطة المتبعة :

و لقد تم تقسيم الدراسة إلى بايين : أتناول في الباب الأول : تطور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي و بيان أركانها في القانون الدولي الجنائي عن الجريمة الدولية .

و في الباب الثاني : صور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي و علاقتها بالمسؤولية الفردية عن الجريمة الدولية ، وكل باب مقسم إلى فصلين : يتعلق الفصل الأول من الباب الأول بتطور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي في القانون الدولي الجنائي ؛ و الفصل الثاني منه : بأركان المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي عن الجريمة الدولية .

و في الفصل الأول من الباب الثاني : أتناول المسؤولية الجزائية الفردية المباشرة للرئيس السُّلمي عن الجريمة الدولية و في الفصل الثاني منه : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمي و علاقتها بالمسؤولية الفردية وفقاً لما يلي :

الباب الأول : نطاق المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي عن الجريمة الدولية .

الفصل الأول : تطور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي في القانون الدولي الجنائي .

الفصل الثاني : أركان المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي عن الجريمة الدولية .

الباب الثاني : علاقة المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي بالمسؤولية الجزائية للفرد .

الفصل الأول : المسؤولية الجزائية الفردية المباشرة للرئيس السُّلمي عن الجريمة الدولية .

الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمي و علاقتها بالمسؤولية الفردية

الباب الأول : نطاق المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمى عن الجريمة الدولية .

عرف تطور المسؤولية الفردية في القانون الدولي الجنائي نفس الاتجاه الذي أخذه تطور قانون مسؤولية القائد أو الرئيس السُّلمى ؛ ذلك أنه منذ أن تم الاعتراف بكون الجرائم الأكثر جسامة و التي تمس المجتمع الدولي ترتكب من طرف الأفراد و ليس من طرف وحدات مجردة ظهرت الفكرة بأن الفرد محل المتابعة قد يكون شخصا عاديا أو يمكن أن يكون قائدا أو رئيسا أو عسكريا ؛ لكن مع التطور التاريخي ظهرت أحكام توجه فقط إلى القادة و تخاطب الشخص الذي يكون في مركز قيادي دون غيره و هذا ما استتبع استقلال نظرية مسؤولية القائد بأحكامها الخاصة عن مسؤولية الفرد ؛ و لذلك يتم التطرق في الفصل الأول : إلى تطور قانون مسؤولية القائد و في الفصل الثاني إلى العلاقة التي تربط بين النوعين من المسؤولية .

الفصل الأول : تطور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمى في القانون الدولي الجنائي .

ارتبط تطور نظرية مسؤولية الرئيس السُّلمى دائما بظهور وتطور النزاعات الدولية المسلحة و اتجاه الأطراف المتنازعة نحو فرض واجبات على القادة لمحاولة جعل الحرب تبقى ضمن أطر وقواعد قانونية محددة ، ولذلك فإن خطة الدراسة التاريخية تأخذ نفس السياق الزمني لتطور النزاعات والحروب .

المبحث الأول: أولى بدايات الظهور و محاولات التقنين .

اتسمت هذه المرحلة بوجود تطبيقات تاريخية مختلفة للنظرية اقترنت بالممارسات العسكرية ومع واجبات القادة وتمت بشكل ضمني (المطلب الأول)، كما عرفت هذه المرحلة بداية صريحة لها من خلال التقنين بناء على المعاهدات الدولية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : أولى بدايات الظهور.

كتب Sun Tzu خمس مائة سنة قبل الميلاد في كتابة فن الحرب بأنه في حالة تلاشي القوات العسكرية ، وذلك بأن تصبح غير قابلة للخضوع فتغرق في الفوضى فإن الخطر يتحمله القائد ، ولا يمكن بأي حال أن يرجع الأمر إلى أسباب طبيعية¹.

ولقد توصل Sun Tzu إلى الاعتراف بمسؤولية القائد مادام في المركز الذي هو متواجد به فإن من واجبه رقابة وإخضاع المرؤوس ، وقد توصل إلى وضع هذه النتائج من خلال تجارب سابقة بحيث قام بتدريب فيلقين من الجيش ووضع على كل رأس فليق قائدا ، وسمح لكل قائد بإصدار أمر إلى الجنود الذين هم تحت تصرفه بالتحرك والتراجع والالتفات فذكر بأن :

" إذا كانت الأوامر غير واضحة وغير متميزة أو كانت هذه

الأوامر غير مفهومة فإن القائد هو الذي يتحمل المسؤولية² .

ولقد كتب Hugo Grotius بأن الشخص الذي يمارس سلطة على أشخاص آخرين:

" يمكن أن يكون مسؤولا عن الجرائم المرتكبة من طرفهم إذا كان

يعلم بها ولم يقم بمنع ارتكابها عندما استطاع ذلك (ولم يقم به)³ .

وحسب W.Parks فإن Grotius عندما كتب هذه الأفكار كانت موجهة للمسؤولية على المستوى الوطني أكثر منها مسؤولية موجهة إلى القادة العسكريين وحسبه فإن أولى الاعترافات الدولية بهذه المسؤولية تمت قبل سنة 1447 عندما تمت محاكمة Peter Von Hagenbach من طرف محكمة دولية تتكون من 28 قاضيا ، وذلك عندما امتنع عن منع ارتكاب جرائم القتل والاعتصاب والتعذيب وذلك بصفته حاكما للمدينة المستعمرة⁴.

ولقد صرح حاكم المدينة Hagenbach بأنه كان يتلقى الأوامر من طرف دوق بيرقندي Duke Burgundy وأنه كان ينفذ ويصادق على هذه الأوامر ولقد أقرت المحكمة بأنه ليس على الجندي أن ينفذ جميع الأوامر وهذا يشكل مطلق لأن الأمر يقتل الناس في منازلهم وأين تم القبض عليهم فيه مخالفة للقانون

¹ See: **Ch. Bassiouni**, Crimes Against Humanity In International Criminal Law, second revised edition, Kluwer Law International, 1999 ,p : 423.

² See: **W, Parks** : " command responsibility for war crimes" , military law review, 1973,Pp:1-104,at :4.

³ See : H.Grotius De Jue Belliac Pacis libritres, (1646) , Book II,Ch xxi,

وهذا نقلا عن :

Shane Darcy : " Imputed Criminal Liability And The Goales Of International Justice",Leiden Jurnal Of International Law, 20, 2007, Pp: 377-404, At: 387.

⁴ See: **W.Parks**, op.cit,p :04.

الإلهي وانه وضع تحت رجليه كلا من القانون الإلهي والبشري⁵ ولقد حكمت اللجنة على الحاكم بالإعدام وتمّ تنفيذه في حقه .

وفي سنة 1439 أصدر ملك فرنسا شارل السابع قانونا للقادة العسكريين مفاده :

" أن الملك يأمر بأن كل ضابط يعتبر مسؤولاً عن التعسف ، خطأ أو إنتهاك مرتكب من طرف أحد أعضاء القوات التابعة له وأنه بمجرد علمه بهذا الإنتهاك أو الخطأ يصبح مجبراً بتحويل الفاعل على العدالة وبأن الفاعل يعاقب بمثل الطريقة التي إرتكب بها الفعل ، وإذا امتنع الضابط عن ذلك أو قام بتغطية الفعل سواء بإهمال من طرفه أو بأية طريقة تسمح للفاعل التهرب من العقاب فإن الضابط يبقى مسؤولاً من هذا الإنتهاك وكأنما إرتكبه هو ذاته وتتم معاقبته بنفس الطريقة التي كان يجب أن يعاقب بها الفاعل " ⁶.

وحسب الأستاذ L.Green فإن هذا الأمر قد مهد الطريق للبروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 الملحق باتفاقيات جنيف لسنة 1949، وأنه بحسبه بعد إلقاء القبض على نابليون بعد وائرلو سنة 1815 أين وجدت أولى المحاولات الدولية لمتابعة القائد ضد ما يسمى اليوم بالجرائم ضد السلم ، وذلك أن برلمان فيينا اعتبر نابليون خارج دولي عن القانون « An International Out Law » بعد أن دخل فرنسا بالقوة مخالفاً بذلك اتفاقية باريس لسنة 1814 بعد أن ارتضى لنفسه اختيار جزيرة Elba للّجوء ، وقد صرح البرلمان بأن إعادة دخول نابليون فرنسا بقوة الجيش يجعله خارج حماية القانون وبأنه أصبح يهدد العالم الذي لم يعد يعف السلام...، وأنه جعل نفسه خارج إطار العلاقات الاجتماعية والمدنية ... ولذلك فإنه يتحمل مسؤولية الردع العام " ⁷.

⁵ See : **LC.Green**, Superior Orders In National And International Law, Sijthoff Publicher, 1976, Pp:263-264

⁶ See : **Carol T.Fox** : "Closing A Loophole In Accountability For War Crimes :Successor Commander's Duty To Punish Known Past Defenses ", Case Western Reserve Law Review, Vol :55-02, 2004, Pp:443-500, At:447

⁷ See : **Leslie C.Green** : "War Crimes, Crimes against Humanity, and Command ... Naval War College Review , 50 Spring 1997 , 26-68.

أما فيما يعرف بشكل رسمي بـ "The General Orders No 100" أو بشكل غير رسمي "The Lieber⁸ Code"، فقد نصت المادة 71 منه على أن أي قائد يأمر عمدا بالقتل أو ارتكاب أعمال عنف لا مبرر لها، أو بتشجيع الجنود على القيام بها فإنه يمكن محاكمته بالقتل.

و لقد تمت محاكمة عدة ضباط عسكريين بناء على مخالفتهم «The Lieber Code»⁹.
و لقد علق Telford Taylor عن (تقنين لير) المادة 71 بأنها تعد بمثابة الأصول التاريخية لنظرية الرئيس السلمي.

وفي 1621 أصدر ملك السويد Gustavus Adolphus مواد القانون العسكري التي ينبغي أن تؤخذ أثناء الحرب بحيث نصت المادة 46 منه على أنه:

« لا يمكن لأي عقيد أو مقدم أن يأمر جنوده القيام بأي سلوك غير قانوني، فإذا فعل فإنه يمكنه أن يعاقب أمام هيئة قضائية...¹⁰»

وفي الولايات المتحدة في: 05 أبريل 1775 أصدر برلمان Massachusetts موادا عن قانون الحرب بحيث نصت المادة 11 على أن:

"كل قائد وهو يقوم بمهامه لابد عليه أن تكون لديه أوامر جيّدة وأنه عليه بذل أقصى جهده وقوته في تقويم كل الخروقات والفوضى التي قد ترتكب من طرف أي خاضع تحت سلطته وأن أي مؤسس يقوم

⁸ See: Lawrence P. Rockwood, Walking Away From Nuremberg: Just War And The Doctrine Of Command Responsibility In The American Military Profession, University Massachusetts Press, 2007, p17.

ويرى Rockwood بأنه حسب الكثير من الفقهاء فإن هذا القانون يعتبر أول تقنين لقانون الحرب؛ ومؤلف هذا القانون هو البروفيسور Francis Lieber من جامعة كولمبيا، نيويورك؛ وقد حرره سنة 1863 وأصدره الرئيس الأمريكي أبراهام لنكون في 24 أبريل 1863؛ وتم توزيع هذا التقنين أثناء الحرب الأهلية للإتحادين والفايدراليين To The Union And The Confederate.

⁹ See :W.Parks, *op. cit*, p:07, And See: L. Rockwood, *op. cit*, Pp:61-62

ويتعلق الأمر على سبيل المثال بقضية الماجور Henry Wirz وهو قائد عسكري أمر وسمح بارتكاب جرائم التعذيب وسوء المعاملة للأسرى المتواجدين في معتقل (Georgia) Anderson ville أثناء الحرب الأهلية الأمريكية ولقد تمت متابعة الماجور Wirz بناء على تقنين لير بناء على المواد 44 و 71 منه؛ لأن هذا التقنين لسيما المادة 44 منه تقيم مسؤولية الجندي لكونه لو يقيم بالتمييز في المعاملة بين المحارب وغير المحارب كما أنها تلزم الجندي الذي يمنع عن توقيف زميله الجندي الآخر عن التمييز بين المحارب وغير المحارب وتربطهما بالمادة 71 السابقة الذكر.

¹⁰ See :.Ch.Bassiouni, *op. cit*, p:424. And see W.Parks, *op. cit*, p : 05

بأي نوع من الانتهاكات تجاه واحد من السكان فإن القائد لابد عليه من توقيع الجزاء عليه وأن

يمنح

تعويضاً للمتضرر، كما يمكن أن تتم إ حالته على محكمة عسكرية لمعاقبته وإلا فإن امتناع القائد

عن

القيام بأي من ذلك يجعله وكأنه قام بالجريمة هو شخصياً...¹¹."

ولقد لخص نابليون الأول مسؤولية القائد في مثل قصير بقوله :

" لا يوجد أبدا جيش فاشل ،إنما يوجد قائد فاشل "

"¹²There Are No Bad Regiments, There Are Only Bad Colonels"

و ترى C.Fox بأن تقيين Lieber تطرق بشكل مبسط لسلوكات القوات العسكرية في الميدان ولكنه

لم يعالج بشكل خاص موضوع الامتناع ومنع ومعاقبة السلوكات غير المشروعة للخاضعين وأن المادة 71 تعاقب بالموت كل شخص يسيء معاملة جرحى العدو أو يأمر بسوء معاملتهم ويشجع القيام بذلك دون غير ذلك¹³.

ولقد كتب الفقيه الأمريكي Winthrop سنة 1886 مايلي :

" إن لفت الانتباه للقواعد التي تحمي المدنيين من العنف والانتهاكات يؤدَّى

بشكل خاص من طرف القادة في المناطق المحتلة وأن أي انتهاك لهذه القواعد

من طرف القوات يجعلهم يتحملون المسؤولية... " .

ويرى Parks بأن Winthrop حدّد أولاً واجبات القادة أثناء النزاع المسلح ومنح بعض " التداخل Overlap

" بين مسؤولية القائد العسكري كما هي محددة في قواعد قانون الحرب وبين التزامات أو ما يفرضه قانون الحرب¹⁴ .

¹¹ See: .W.Parks, *op.cit*, p: 05.

¹² Ibid, At: 06.

¹³ See : Carol T.Fox : "Closing A Loophole In Accountability For War Crimes :Successor Commander's Duty To Punish Known Past Defenses ",Case Western Reserve Law Review, Vol :55-02,2004,Pp:443-500,At:448-449.

¹⁴ See :W.Parks, *op. cit*, p :08

المطلب الثاني: أولى محاولات التقنين

تعتبر الاتفاقية الرابعة من اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 والمتعلقة بقواعد وأعراف الحرب البرية الأولى الاتفاقيات الدولية التي تلقت فيها النظرية اعترافا ضمينا " Implicit Recognition "؛ ولقد نصت المادة الأولى الملحقة بالاتفاقية بأنه حتى تحصل قوات جيش ما على صفة المحارب الشرعي لا بد أن تكون قياداتها مسئولة عن أعمال مرؤوسيه¹⁵. ولقد نصت المادة 03 على ما يلي :

" إن الأطراف المتنازعة التي تنتهك محتوى المعاهدة ينبغي - إذا تطلب الأمر - أن تدفع تعويضا ؛ و ينبغي لها أن تتحمل المسؤولية عن جميع السلوكات التي ترتكب من طرف الأشخاص التي تشكل منها قواتها العسكرية "

كما أن المادة 43 من الاتفاقية ألزمت قادة الدولة المحتلة بالمحافظة على النظام والأمن العامين؛ غير أنها لم تحدد أو توضح ما هي مسؤولية القادة عن سلوكات الخاضعين لسلطتهم¹⁶.

و يرى W.Parks بأن Winthrop قد تطرق لهذه النقاط في كتابه Military Law And Précédents 2nd Ed.1895 قبل عقدين من الزمن ولذلك حسب رأيه جاءت الاتفاقيات لتقنين هذه المبادئ وإخراجها من طابعها العرفي؛ ويمكن وصفها بأنها الجذور الأساسية للنظرية الحديثة¹⁷.

و يرى Leslie C.Green بأن محتوى المادة 01 و 43 المذكورتين أعلاه لم يكن مذكورا في اتفاقية لاهاي لسنة 1899 وبأنه لأول مرة تمّ التطرق بشكل صريح للمسؤولية عن الإنتهاكات المتعلقة بالقانون

¹⁵ See : **D.levine (M.james)** : « The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior civilian leadership : does the international criminal court Have the correct standard? », Military law review, vol : 193, 2007, Pp : 52 – 96, p :56.

أنظر: الإتفاقية الرابعة محررة في 18 أكتوبر 1907 المتعلقة بقواعد وأعراف الحرب البرية (المادة 1)

¹⁶ Ibid

¹⁷ See: **Eugenia Levine**: « Command Responsibility: The Mens Rea Requirement », Global Policy Forum, February 2005, At <www.GlobalPolicy.Org/Intljustice>last Visited: October2008.

الدولي؛ غير أنه لم يتم تضمين مسألة المسؤولية الجزائية الشخصية بل بالعكس تَمَّ استبعادها (أنظر المادة 3) واستبدالها بالتعويض المادي¹⁸.

ومما سبق ذكره فإنه يتضح بأن النظرية في هذه المرحلة لم تكن تعرف باسمها بشكل صريح وإنما كانت تعرف بتطبيقاتها وقواعدها.

و لقد أشار الكثير من الفقهاء إلى أن تطور النظرية إرتبط بالتطور الذي عرفته الحرب من جهة ؛ وبالتطور الذي عرفه القانون الدولي الإنساني من جهة أخرى¹⁹.

فالتطور الذي عرفته الحرب والجيش وضعه Telford Taylor كالتالي:

“From These Disastrous Years, Military Lesson Were Leared, Soldiers Who Were Regularly Fed And Paid, And Who Did Not Have To Forage For Food And Shelter, Could Be Disciplined And Trained To a Pitch Of Efficiency That Greatly Raised The Tactical Level Of Operation – Troops Were Organized Under a Regular Chain Of Command In Battalions, Regiments, And Other Standard Units, Administrative Staffs Handled Supplies, Pay, And Logistical Necessities, Military Police Helped Enforce Discipline, And Procedures Something Like Courts- Martial Were Established To Punish Offenders²⁰.

أما التطور الذي عرفه القانون الدولي الإنساني ؛ أو ما عرف بأنسنة الحرب فقد ظهر في القواعد التي بدأت تطبق أثناء الحرب كمعاملة الأسرى وعدم إضافة عنف إضافي للجرحى وضرورة التمييز بين المدنيين والمحاربين في النزاعات المسلحة فأوكلت مهمة تطبيق هذه القواعد إلى القادة ؛ ووضعت تحت واجبهم ومن ثمة أصبح لازماً على القادة مراقبة وإخضاع مرؤوسيهما لها فأصبحت مسؤولية القادة غير مرتبطة بواجباتهم العسكرية تجاه الخاضعين والمرؤوسين وإنما امتدت إلى الجرائم المركبة من طرفهم – أي مرؤوسيهما – أيضاً.

المبحث الثاني: دور لجان ما بعد الحرب العالمية الأولى و المحاكمات الناجمة عنها

¹⁸See :L.Green, *op.cit*, Note:12-13

¹⁹ See :Nicole Laviolette :«Commanding Rape : sexual violence, Command Responsibility, and the prosecution of Superior by the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda»,The Canadian Yearbook of International Law, vol: 36, 1999, Pp: 93-149, Pp :96-97.

²⁰ See: Telford Taylor: « The Anatomy of the Nuremberg Trials », in N.Laviolette, *op.cit*, p : 97.

وفيهما عرفت النظرية مناقشات عقب إنتهاء الحرب العالمية الأولى من طرف لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب (المطلب الأول)؛ كما عرفت تطبيقات قضائية أمام المحكمة العليا الألمانية في ليبزغ (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : دور لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب .

بعد نهاية الحرب العالمية الأولى اجتمع الحلفاء في مؤتمر السلام التمهيدي في باريس في جانفي 1919 وفي مؤتمر تفاوض الحلفاء حول استسلام ألمانيا ومعاهدة السلام . كما تمّ إنشاء لجنة مكونة من 15 عضواً تمّ تسميتها بـ: لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات وقد كان هدفها تحقيق وإعلان مسؤولية مبتدئي الحرب وكل من خالف قوانينها وأعرافها من أجل محاكمتهم²¹. ولقد أوصت اللجنة :

" بأن جميع الأشخاص من بين الدول الأعداء وبغض النظر عن مركزهم القيادي وبدون تمييز بين درجاتهم وبما في ذلك رؤساء الدول الذين ثبت قيامهم بانتهاكات لقواعد وأعراف الحرب أو قوانين الإنسانية فهم يتحملون المسؤولية ويمكن متابعتهم جزائياً "

و يرى L.Sunga بأن هذه التوصية أنهت فكرة اختفاء رؤساء الدول وراء الحصانة؛ كما أنها أنهت فكرة اختفاء القادة الأقل مرتبة وراء الدفع بطاعة الأوامر العليا²².
و عندما انتهت اللجنة من عملها في 1920 قدّمت قائمة تحتوي على 895 مجرم حرب بما في ذلك عسكريين و سياسيين²³.

كما أوصت اللجنة بتأسيس محكمة دولية لمحاكمة هؤلاء المجرمين؛ وقد تضمنت هذه القائمة أسماء الأشخاص بأعلى سلم القيادة فقط بما ذلك القيصر .

²¹ أنظر: أد محمود شريف بسيوني ، القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، 2007 ، ص: 183-187 .

²² See: Lyal S.Sunga, individual Responsibility In International Law For Serious Human Rights Violations, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,p:22.

²³ وهذه الفكرة جدّ جوهرية في الدراسة لاسيما بالنظر لثقلها في التطور التاريخي لنظرية القائد و قد عبر عنها L.Sunga على النحو :

" If Sovereign Immunity Were An Admissible Grounds For Exempting Officials Of High Rank, Offenders Of Lesser Rank Could Mere Persuavely Argur The Defence Of Superior Orders, If The Real Decision Makers Were Immune From Legal Responsibility Altogether, Then Officials Of Lesser Rank Should Be Excused Also"
See: Lyal S.Sunga, individual Responsibility... ,op.cit, Pp :22.

وبعد الإمضاء على اتفاقية فرساي في 28 جوان 1919 والتي تضمنت المواد من 227 حتى 230 فقد إتضح المسار العام للحلفاء استبيان توجههم ولقد نصت المادة 227 على أن :

" الحلفاء والقوى المتحالفة يستدعون غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا السابق رسميا لإرتكابه جريمة عظمى لمبادئ الأخلاق العالمية وقُدسية المعاهدات, وسوف تشكل محكمة خاصة لمحاكمة المتهم وبذلك تكفل له الضمانة اللازمة لحقه في الدفاع على أن تتبع المحكمة حكمها أسمى بواعث السياسة الدولية مع مراعاة إثبات قُدسية الإلتزام بالتعهدات الدولية ولسوف يوجه الحلفاء والقوى المتحالفة طلبا رسميا لحكومة هولندا طالبين تسليم الإمبراطور السابق لهم لاحتمال تقديمه للمحاكمة "

و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 228 على ما يلي:

" سوف تقوم الحكومة الألمانية بتسليم جميع الأشخاص المتهمين بانتهاك قوانين وأعراف الحرب ممن تمّ تحديدهم بالاسم أو الدرجة الوظيفية أو الإدارة أو العمل الذي خوّّل أليهم بمعرفة السلطات الألمانية إلى الدول المتحالفة... "24

و لقد تمت صياغة أحكام المادتين 227 و 228 بناء على اتفاق خاص بين قياديي الدول الحلفاء ؛ و لقد أظهرت الاتفاقية سعيا حثيثا من طرف دول الحلفاء نحو تحميل المسؤولية الخاصة للأشخاص المسؤولين عن ارتكابهم لجرائم حرب بصفتهم الشخصية بما في ذلك قيصر ألمانيا ؛ و لقد كانت هذه الخطوة حسب البعض بمثابة المقدمة نحو عدم الاعتراف أو نحو إلغاء " فكرة أعمال الدولة the act of state doctrine " كما أنها كانت بمثابة المقدمة نحو فكرة متابعة القادة الحكوميين و تحميلهم المسؤولية عن جرائم الحرب 25 .

²⁴ أنظر بيسيوني، المرجع السابق، ص: 186 و 193

²⁵See Matthew Lippman : « The Other Nuremberg: American Prosecutions of Nazi War Criminals in Occupied Germany », Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (1992-1993), vol : 3 , Pp : 1- 100, at : 3-4.

ويرى L.Green بأن التقرير المحرر من طرف اللجنة لم يرد به أي اقتراح بأن غليوم الثاني قد قام بصفة شخصية بإدارة أو إصدار أوامر تجاه أحد الأفراد التي كانت - أي الإدارة أو الأمر - مخالفة لقواعد وأعراف الحرب .

و لقد اعترضت الولايات المتحدة واليابان على فكرة متابعة رئيس الدولة قضائيا ؛ كما أن اتفاقية فرساي في الأخير لم تتحدث عن : " جرائم ضد القانون الدولي " ولكن عن : " جريمة عظمى ضد مبادئ الأخلاق العالمية و قدسية المعاهدات " .

كما أن المحاكمة لم يشترط فيها أن تكون وفقا للقانون؛ وقد أوردت اللجنة في تقريرها أن:

« The Public Arraignment Under Article 227 Framed Against The German Ex- Emperor Has Not A Juridical Character As Regards Its Substance, But Only In Its Form. The Ex- Emperor Is Arraigned As A Matter Of High International Policy, As The Minimum Of What Is Demanded For A Supreme Offence. The Allied And Associated Powers Have Decided That Judicial Form, A Judicial Procedure And A Regular Constituted Tribunal Should Be Set Up In Order To Assure The Accused Full Rights And Liberties In Regard To His Defence And In Orders That The Jugement Should Be Of The Utmost Solemn Character »²⁶

و لقد حاولت كل من فرنسا وبريطانيا وروسيا القيام بالمثل مع القادة السياسيين في الدولة العثمانية عن إبادة الأرمن ولكنها أيضا باءت بالفشل رغم تضمين نفس المقترحات الواردة في اتفاقية فرساي حول المتابعات والمسؤولية في اتفاقية سيفر غير أن تركيا رفضت الإمضاء على الاتفاقية²⁷.

و حسب الأستاذ بيسيوني فإن محتوى المواد من 227 إلى 230 من اتفاقية فرساي توجه نحو إقامة المسؤولية الشخصية للقائد الأعلى²⁸ ؛ وحسبه فإن فشل محاكمة القيصر يرجع إلى الفراغ المحدث بين مرحلة التحقيق والمحاكمة²⁹ ؛ كما أن الحلفاء لم يكونوا مستعدين لإرساء سابقة بمحاكمة رئيس دولة بسبب جريمة دولية جديدة ؛ ومن ثمة طلب الحلفاء من ألمانيا محاكمة عدد محدود من مجرمي الحرب أمام المحكمة الألمانية العليا في لايبتزغ³⁰.

²⁶ See : **Leslie C.Green**: "Fifteenth Waldemar A.Solf Lecture In International Law : Superior Orders :And Command Responsibility ", Military Law Review ,Vol :175, March 2003, Pp:309-384 , At :348-349

²⁷ Ibid.

²⁸ See : **Bassiouni**, Crime Against... , *op.cit*, p :426

²⁹ انظر : بيسيوني المرجع السابق، ص: 192 .

³⁰ المرجع السابق

المطلب الثاني: محاكمات لينزغ

في 13 فيفري 1920 قرر الحلفاء منح ألمانيا قائمة ل: 896 إسما لأجل محاكمتهم؛ غير أن ألمانيا رفضت ذلك وفي الأخير تم التوصل إلى توافق Compromis تقوم بمقتضاه ألمانيا بمحاكمة 45 متهما أمام المحكمة العليا للرايخ في لينزغ وتطبق عليهم القانون الدولي قبل القانون الوطني³¹.

ولقد ارتبطت القضية الوحيدة حسب w.Parks والتي تمت مناقشة نظرية الرئيس السلمي فيها بمحاكمة الماجور Benno Crusius ؛ والذي وجد مذنباً من طرف المحكمة عن إصداره أوامر بقتل أسرى فرنسيين جرحى وتم الحكم عليه بعامين حبسا³².

وفي هذه القضية تمت متابعة كل من الجنرال Stenger والماجور Crusius بتهمة إطلاق النار على سجناء الحرب؛ وإعدامهم في السجون؛ أما الجنرال فلأنه أصدر الأوامر بذلك :ولقد دفع الجنرال بأن أوامره كانت بإتخاذ الحيطة اللازمة ضد السجناء الفرنسيين من حصولهم على السلاح من جديد ورجوعهم ضد الألمان وأنكر أنه أصدر أمراً لقتل أي جندي سجين مما أدى إلى إصدار حكم بالبراءة في حقه.

أما المايجور Crusius فقد كان وضعه مختلفاً ومعتقداً لأنه من جهة كانت لديه أوامر وأنه شارك بصفة شخصية في قتل الأسرى ولقد أقرت المحكمة بأن الحالة الذهنية للمتهم (State Of Mind) أثناء وزمن الفعل لم تكن تسمح له بتقدير النتائج؛ لذلك لم يكن لديه عنصر العمد وتوقع بجريمة القتل والإهمال Negligent Homicide³³.

و يرى D.Mundis بأن القضية الأخرى التي تطرقت فيها المحكمة لمبدأ الرئيس السلمي عن إطلاق النار على الناجين من سفينة Llandvery Castle.

وتعود وقائع القضية إلى سنة 1921 حين قام L.Ludwig و Jobn Boldt على قتل جزء من ربان سفينة المستشفى البريطانية التي تم إغراقها من طرف غواصة ألمانية والتي من مجمل طاقاتها 258 لم ينج سوى 24 منهم؛ وهذا بعد أن تلقوا أوامر من طرف قائد السفينة بذلك.

³¹ See :Daryl A Mundis : « Crimes Of The Commanders :Superior Responsibility Under Article 7(3) Of The Icty Statute » ,In International Criminal Law Development In The Case Law Of The Icty, Boas And Schabas Eds, Martinus Nijhoff Publishers , Pp :239-275, At :242.

³² See :W.parks ,op.cit Pp:13.

³³ See : Stuart E Hendin : « Command Responsibility And Superior Orders In The Twentieth Century :A Century Of Evolution », Murdoch University Electronic Jorنال Of Law ,At Para :32.

و لقد أثارت هذه القضية إشكالات قانونية تتمثل في كون السفينة البريطانية كانت خارج حدود المعارك الحربية لأنه تم إغراقها على حدود الإيرلندية بالإضافة إلى أن قائد السفينة الألمانية Hulmut Prik قد أصدر أمرا بقتل جميع الناجين من الغرق والذين كانوا على متن قوارب النجاة؛ وبسبب فقدان القائد فإنه لم تتم محاكمته وإستتبع الأمر محاكمة الضابطين Boldt و Lindwig.

ولقد قضت المحكمة بأن إطلاق النار على العدو وهو مجرد من السلاح وكذا الأفراد وهم في حالة فرار من الموت يعد مخالفا للقانون من جهة ومن جهة ثانية فإن الضابطين كانا تحت سلطة القائد ولم تكن لديهما نية خاصة بالقتل ولذلك تمت إدانتهمما بجرم أقل وبعقوبة أقل (أربع سنوات).

ويرى Hendin بأن هذا الحكم لديه قيمة خاصة لمرحلة ما بين الحربين؛ لأن المحكمة أقرت بأن " قائد السفينة أصدر أمرا في ظاهره انتهاك للقانون الدولي ؛ ولذلك فالقائد وحده مسؤول بشكل خاص عن ذلك"³⁴.

كما اتسمت هذه المرحلة بإبرام معاهدة دولية تتضمن الإشارة إل مسؤولية القادة ويتعلق الأمر باتفاقية جنيف لسنة 1929 لتحسين حالة المرضى والجرحى أثناء النزاعات المسلحة بحيث عالجت واجبات القادة لجيوش القوات العسكرية المتحاربة وذلك في المادة 26 منها³⁵؛ والتي أصبحت فيما بعد (أي المادة) محل اجتهادات دولية قضائية وسيتم الرجوع إليها عند التطرق للاجتهادات التي اعتمدتها.

المبحث الثالث : المحاكمات بواسطة لجان الحرب و المحاكم الخاصة بمتابعة مجرمي الحرب الثانية .
تعرف هذه المرحلة تطبيقات مكثفة وأكثر توسيعا للنظرية إبتداء من التطبيقات بناء على المحاكمات الوطنية بواسطة اللجان العسكرية (المطلب الأول)؛ ومرورا بالتطبيقات أمام المحاكم ذات

³⁴ See :Stuart E Hendin, *op.cit*, Para :29

³⁵ See :D.Burnett (Weston): "Command Responsibility And A Case Study Of The Criminal Responsibility Of Israeli Military Commanders For The Pogrom At Chatila And Sabra", *Military law Review*, Vol:107,1987,Pp:71-189,At:84.

الطابع الدولي في نورمبرغ (المطلب الثاني) وفي طوكيو (المطلب الثالث) وكذا المناقشات التي صاحبت المصادقة على اتفاقيات جنيف للسعي نحو اعتماد تقنين للنظرية (المطلب الرابع).

المطلب الأول: المحاكمات بواسطة لجان الحرب

لم يقتصر تطوير النظرية على المحاكمات ذات الطابع الدولي وإنما تمت أيضا بواسطة لجان ومحاكم عسكرية وطنية؛ تمت الأولى أمام اللجنة العسكرية الأمريكية في مانيتا (الفرع الأول) والثانية من طرف محكمة عسكرية كندية (الفرع الثاني) وقد إنطلق عمل اللجان العسكرية من الناحية الزمنية قبيل المحاكمات الدولية ولذلك يتم البدء بها.

الفرع الأول: قضية الجنرال تومويوكي ياماشيتا

شغل الجنرال ياماشيتا منصبه كقائد للقوات الإمبراطورية اليابانية في الفلبين وكذا كحاكم عسكري عام للفلبين في 09 أكتوبر 1944 وهذا إلى غاية استسلامه في 03 سبتمبر 1945 ولقد تمت متابعة الجنرال أمام لجنة عسكرية أمريكية كان مقرها في الفلبين برئاسة الجنرال Douglas Mac Atrture على أساس أنه انتهك قانون الحرب؛ ولقد صرحت اللجنة بما يلي :

" إن الجنرال تومويوكي ياماشيتا قائد القوات الإمبراطورية اليابانية، في مانيتا وفي أماكن أخرى في جزر الفلبين على اعتبار أنه قائد الجيوش اليابانية في الحرب مع الولايات المتحدة

الأمريكية وحلفائها؛ امتنع وبشكل غير قانوني عن التخلص من التزاماته بصفته كقائد وذلك بمراقبة سير العمليات العسكرية لقواته بما سمح لهم بإرتكاب أبشع الجرائم وجرائم جسيمة أخرى ضد أفراد من الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها وأفراد تابعين لها وبصفة

خاصة الفلبينيين ، وبذلك فإن الجنرال قد انتهك قانون الحرب..."

ولقد ذكرت اللجنة بأن الجنرال قد انتهك قانون الحرب لكون اليابان قد إنظم إلى عدد من المعاهدات التي تشكل قواعد وأعراف للحرب البرية فقد كان اليابان من المنظمين لإتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907 وكذا إتفاقية سنة 1929 المتعلقة بتحسين وتطوير حالة الجرحى والمرضى في المعركة³⁶ . ويرى L.Green بأن التهم الموجهة ضد الجنرال ليست على أنه ارتكب بصفة شخصية انتهاكات لقواعد وأعراف الحرب ولكن لأنه امتنع بصفته قائد للقوات العسكرية عن التخلص من الإلتزامات التي يفرضها قانون الحرب بأن يضمن تنفيذ هذه الإلتزامات من طرف القوات التابعة له³⁷.

و لقد تمّ إحصاء ثلاثة أنواع من الانتهاكات ضد السكان المدنيين :

- 1- تجويع وقتل وإبادة بدون أيّة محاكمة للمدنيين ولمعقلي ولسجناء الحرب .
 - 2- التعذيب والإغتصاب والقتل بشكل مكثف لعدد كبير من المقيمين في الفلبين بما في ذلك الأطفال والنساء والرجال الدين باستعمال المتفجرات ودفنهم وهم أحياء .
 - 3- التحطيم والإزالة بدون أية ضرورة عسكرية وبشكل مكثف للمساكن ؛أماكن اقتصادية وعمل ؛ مستشفيات ؛ مدارس و أماكن عامة³⁸.
- و لقد تمّ إحصاء قتل أكثر من 8000 مدني وتمّ ارتكاب أكثر من 500 حالة اغتصاب في مدينة مانيلا وحدها ؛ وتمّ قتل خلال فترة حكم الجنرال أكثر من 32 ألف مدني بما في ذلك المئات من الجنود الأمريكيين³⁹.

و لقد عاصرت هذه المحاكمة الوطنية إنشاء المحكمة الخاصة بنورمبرغ والمصادقة على ميثاقها⁴⁰؛ ذلك أن اتهام الجنرال تمّ يومين فقط قبل الإمضاء على ميثاق لندن في 08 أكتوبر 1945 ؛ ولذلك فالكثير من المحاكمات التي تمّت في أوروبا كانت تشير إلى هذه القضية على أنها قضية مرجعية وتعتبر قضية الجنرال

³⁶ See :W.parks, *op.cit*, Pp :22-23. And See: L.C Green : "Superior Orders And Command...", *op.cit*, At: 194.

³⁷ See: L.Green: « War Crimes... », *op.cit*, p :04.

³⁸ See : Ch.Garaway : « Command Responsibility : Victor's justice Or Just Desserts ? », *International Conflict And Security Law*, 2005, Pp:68-83, At :72, And See: Major Michael L.Smidt : "Yamachita, Medina, And Beyond :Command Responsibility In Contemporary Military Operation ", *Military Law Review*, 2000, Vol :164, Pp:155-234, At:178.

³⁹ See :Rockwood, *op.cit*, p :127-128.

⁴⁰ ذلك أن محاكمة الجنرال لم تكن قضية دولية ؛ لأنها تمت من لجنة عسكرية أمريكية كان مقرها في مانيلا وكان قضاتها الخمسة كلهم عسكريون أمريكيون وتم إستئنافها أمام المحكمة العليا الأمريكية وتنفيذ الحكم بالإعدام ضد الجنرال من طرفهم أيضا في 23 فيفري 1946 .

ياماشيتا أهم قضية - حسب الكثير من الفقهاء الأمريكيين - لأن الاتهامات الموجهة ضد الجنرال ارتبطت بمسؤوليته القيادية بالذات⁴¹.

و لقد صرّح الجنرال أمام اللجنة بأنه لم يعط أية أوامر مثل تلك التي أسندت له (أقتلوا جميع الفيليبين)؛ كما أنكر بأن لديه أي علم بارتكاب هذه الجرائم أو أنه رأى مثلها وبأنه هو الآخر لم يتلق من القيادة في اليابان أية أوامر بقتل المدنيين .

كما أنه تم تعيينه حديثا في منصبه بما لم يسمح له بمعرفة ضباطه جيدا ؛ وبأن الجيش الأمريكي في هجومه قطع جميع وسائل الاتصال بين وحدات الجيش وأخيرا فإن الجيش كان مقسما إلى وحدات لا مركزية لدى قياداتها سلطة تقديرية في اتخاذ ما تراه مناسبا من قرارات⁴² .

ومن خلال سماعها للشهود - حوالي 286 - وإطلاعها على الوثائق - 432 مستند- توصلت اللجنة إلى أن دفاع الجنرال مدحوض بناء على خمسة أدلة (1) بعدد الجرائم المرتكبة (2) بعدد الضحايا (3) رقعة اتساع الانتهاكات (4) التشابه في منهجية التنفيذ (5) اتساع عدد الانتهاكات المرتكبة من طرف سلطة ضابط واحد.

ولقد صرحت اللجنة التي لم يتلق أي من قضاتها تدريسا قانونيا ما يلي :

" لقد قدمت هيئة المتابعة أدلة تثبت بأن الجرائم كانت بشكل موسع ومكثف من الناحية

الزمنية

والمكانية مما يؤكد بأنه سمح بارتكابها عمدا وعن قصد وإدارة من طرف المتهم أو على

أنه أمر

بها سرية ...والمتهم ضابط له سنوات كبيرة من الخبرة والحنكة وشغل منصبه في آسيا

ومالاي

و أوروبا وحتى في بلاده اليابان .

إنه من غير المعقول اعتبار القائد قاتلا أو مغتصبا لأن واحد من الجنود التابعين له ارتكب

⁴¹ See : Rockwood, op.cit, p127

⁴² See : Andrew D Mitchell : « Failure To Halt Prevent Or Punish :The Doctrine Of Command Responsibility For War Crimes », Sydney Law Review, 2000, Vol:22, Pp:381-410, At :389.

ولقد كان الجيش مقسما إلى ثلاث مجموعات :الأولى بقيادة ياماشينا والمسمى « Shobu »؛ والثانية بقيادة Yokoyama وهو المسمى « Shimbu »؛ والثالثة بقيادة Tsukada وهو المسمى « Kembu » .

جريمة قتل أو اغتصاب؛ غير أنه إذا كان القتل أو الاغتصاب والسلوكات المجرمة مرتكبة بشكل مكثف وشمولي و لم تكن هناك محاولات فعالة من طرف القائد لكشف هذه

الجرائم و

رقابتها؛ فإن مثل هذا القائد يمكن أن يكون مسؤولاً وحتى مسؤول جزائياً...⁴³.

كما صرحت اللجنة بشكل أكثر توضيحاً بأن :

" الجرائم تمت بصفة شاملة من الشمال حتى الجنوب جزر الفلبين وأنها ارتكبت بشكل مكرر إبان قيادة الجنرال ياماشيتا كما أنها كانت جسيمة وظاهرة ومتكررة من حيث اتساعها ولا إنسانيتها بأنه كان يجب أن يعلم بها المتهم.

وتشير مسألة العلم التي أثارها اللجنة بأن المتابعة لم تتمكن من إثبات عنصر العلم الحالي لدى المتهم فأشارت إلى أن المتهم لابد عليه أن يعلم⁴⁴ أو كان يجب عليه أن يعلم بارتكاب هذه الجرائم وهو ما سمي بمعيار Must Have Known وسيتم الرجوع إلى هذا المعيار عند التطرق لأركان مسؤولية الرئيس السلمي بشكل مبسط.

و من بين النتائج التي توصلت إليها اللجنة بالإجماع في هذه القضية هو أن القائد العسكري تقع عليه التزامات إيجابية بمراقبة الأفراد الخاضعين لسلطته بأن يضمن توافقهم وتماشيتهم مع متطلبات قانون الحرب⁴⁵ وبذلك يتضح بأن مسؤولية القائد هنا قامت على أساس عدم قيامه بهذا الالتزام الإيجابي « breach of duty

كما أنه من جهة أخرى فإن اللجنة لم تقبل بالدفع بعدم العلم أو بجهل الوقائع « Claim Of Ignorance » ؛ ذلك أن دفاع المتهم صرح بأن الجنرال لم يرتكب أي خطأ شخصي وعلى المتابعة أن تثبت عنصر الخطأ حتى تقيم مسؤوليته الجزائية؛ ولكن المتابعة صرحت بأن الجرائم كانت شمولية وموسعة بحيث كان يجب

⁴³ See: W.Parks, op.cit,p :30.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ See : W.Parks, op.cit,p :35

على المتهم أن يعلم بها Must Have Known ولذلك كما ذهبت إليه اللجنة فالمتهم: " أخفق في القيام بواجبه برقابة قواته"⁴⁶.

و لقد تم استئناف هذا الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية فيما أصبح يعرف بقضية Re-Yamachita وللعلم فإن المحكمة العليا لا تناقش الوقائع للقول ببراءة أو إدانة المستأنف ولكنها تنظر فقط إن كانت اللجنة التي قامت بالمحاكمة لديها القدرة والصلاحيات والاختصاص لمحاكمة المتهم أو لا⁴⁷.

ولقد أكدت المحكمة العليا حكم اللجنة في 7 جانفي 1945 وبعد مناقشتها لمسألة الاختصاص صرحت بأن :

"...المسألة تتمثل في: إن كان قانون الحرب يفرض على القائد العسكري إلزاما باتخاذ الوسائل الملائمة والمتوفرة لديه لمراقبة القوات الموضوعة تحت سلطته وقيادته لأجل المنع والحماية من انتهاكات قانون الحرب... وإن كان يمكن إسناد أي تهم له لقيام مسؤوليته الشخصية عند امتناعه عن القيام بهذا الالتزام إذا ثبت أن قانون الحرب قد انتهك".

وبعد عودة المحكمة إلى سرد الاتفاقيات الدولية السارية المفعول - آنذاك - بما في ذلك المادتين 1 و 43 الملحقة بالاتفاقية الرابعة لمعاهدة لاهاي لسنة 1907 والمادة 19 للاتفاقية العاشرة و 26 لاتفاقية جنيف لسنة 1929 صرحت المحكمة بأن :

"...محتوى هذه المواد يفرض على المستأنف التزاما إيجابيا باتخاذ جميع الوسائل التي في حوزته لأجل حماية أسرى الحرب ولأجل حماية المدنيين"⁴⁸.

و على ما يبدو فإن قرار المحكمة العليا بإجماع قضااته لم يثر ما أثاره الرأي الانفرادي للقضاة Murphy And Rutledge من ردود فعل .

⁴⁶ See :Major Bruce D.Landrum : " The Yamachita War Crime Trial :Command Responsibility Then And Now ", Military Law Review, Vol :149,1995,Pp:293-301,At 296.

⁴⁷ Ibid

ولقد قامت المحكمة العليا الأمريكية بمراقبة ثلاثة نقاط هي :1-أختصاص اللجنة تجاه المتهم.2-اختصاص اللجنة تجاه الجرائم والإنتهاكات .3-مراقبة مدى توفر حقوق المتهم والمحاكمة العادلة والإجراءات ولأجل ذلك راجع

See : W.parks,op.cit,p :61-62.

⁴⁸ See : W.parks,op.cit,p:33-35.

ولقد أكد الرأي الإفرادي على تعارض و تنافي Incompatibility حكم المحكمة العليا حول المسؤولية القيادية لياماشيتا مع مبدأ المسؤولية الشخصية⁴⁹؛ وذكر بأن:

"المتهم لم تتم متابعتة على أنه ساهم شخصيا في ارتكاب هاته الجرائم أو على أنه أمر بارتكابها ؛

كما أنه لا يوجد ما يثبت على أنه كان على علم بها ؛ ولكنه بكل بساطة توبع على أنه أخفق

بشكل غير قانوني عن التخلص من التزامه كقائد لأجل مراقبة العمليات العسكرية التي يقوم

بها مرؤوسيه بما سمح لهم ارتكاب الجرائم "...".

كما أورد الرأي الإفرادي أن الجنرال ياماشيتا قد يكون على حق عندما أعلن أنه لم يكن على علم بارتكاب قواته لهذه الجرائم ؛لأن القوات الأمريكية عندما دخلت الفلبين سعت بكل الطرق لضرب الإتصالات وهو ما أفلح في القيام به وضرب القيادات والقواعد ثم تتم متابعتة على أنه لم يقم بمراقبة جنوده⁵⁰.

أما بخصوص معيار العلم Mens Rea المعتمد من طرف اللجنة فالثابت أنه لم يمن واضحا بشكل كلي⁵¹؛ والثابت أنه اعتمد على معيار المسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability حسب الأستاذ بسيوني⁵²؛ وأعتقد أن الطرح الذي أورده دفاع المتهم أمام اللجنة صحيح إلى حد كبير من أن :

" المتهم ليس محل متابعة على أنه ارتكب أي شيء لأي شخص أو لأنه امتنع عن القيام بأي شيء؛

⁴⁹See :Slidregt, op.cit ,p :122.

⁵⁰ See: Lundrum ,op.cit,p :297.

⁵¹ See : L.Smidt,,op.cit,p :181.

⁵² See: Bassiouni, op.cit,p :432.

وللعلم فإن المقال المشهور المحرر من طرف Parks حول المسألة : اعتبر أن اللجنة لم تعتمد على معيار المسؤولية بدون خطأ. ولا يفوتنا هنا التذكير بالإختلاف البسيط الموجود في النظامين Common law و Civil Law حول المسؤولية الجزائية بدون خطأ ؛ بالمقصود بهذه المسؤولية Strict Liability في الكومون لو : « Total Liability For An Offence Wich Has Committed Whether You Are At Fault Or Not ». See :York Dictionary Of Law , York Press And Librairie Du Liban Publishers, Second Edition,2000,p :231

وبعبارة أخرى فالمسؤولية هنا تقوم بوجود الخطأ أو بدونه ؛ والخطأ مفترض وينبغي إثبات نفي الخطأ . وفي النظام Civil Law فتسمى هذه المسؤولية بحسب الجرائم Délits Matériels وفيها :

« L'agent Ets Présumé Fautif s'il A Accompli Le Geste Interdit ».

وللتوسعة أنظر. :489 P , 2006/2007 , Edition Cujas ,16 éme Edition ,Droit Pénal Général ,Jean Pradel ,

ولكن وبشكل صريح لأنه فقط قائد للقوات الإمبراطورية اليابانية وأنه ولهذا السبب وحده أصبح مذنباً عن كل جريمة ارتكبها كل جندي تحت إمرته"

و كخلاصة لهذه القضية فإنه يظهر بأن قضية الجنرال ياماشيتا حسب جل الفقهاء واحدة من أهم القضايا التي عالجت نظرية الرئيس السلمي وأنها الأكثر إثارة للجدل Most Controversial⁵³؛ أو الأكثر إثارة للاختلاف⁵⁴ Disapproval .

و تظهر أهميتها في أنها ساهمت في تطوير النظرية واعترفت بوجود التزام إيجابي في حق القائد باتخاذ جميع الوسائل الملائمة لأجل فرض احترام قانون الحرب على مرؤوسيه⁵⁵.

وأن اللجنة قد طبقت فكرة المسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability Approach⁵⁶ عندما اعتمدت في عنصر العلم على المعيار " يجب عليه أن يعلم Must Known وبأن هذه المسؤولية تقوم بناء على علاقة القيادة (قائد-خاضع) وبأن الرئيس من جهة أخرى يوجد تحت واجب أو الالتزام بالعلم Duty To know⁵⁷.

وهذا على الرغم من أن هذا المعيار سوف يتم التراجع عنه فيما بعد؛ لأن المعيار المعتمد بحسب ما تم وصفه « High Point For Command Responsibility » أعلى معيار معتمد لإقامة مسؤولية الرئيس السلمي⁵⁸ ولذلك فإن الاجتهادات التي أتت بعده اعتمدت معياراً أقل من حيث الدرجة أو أقل من حيث المحدودية.

الفرع الثاني : قضية كورت ماير :

⁵³ See :L.Smidt, *op.cit*, P :180 And See : Bassiouni, *op.cit*,p :426.And See: W.Parks ,*op.cit* ,p:22

ويرى Jenny S.Martinez بأن سبب إثارتها للجدل ارتبط بالدرجة الأولى بمعيار العلم المعتمد من طرف اللجنة.

See :Jenny S(Martinez) : «Understanding Mens Rea In Command Responsibility :From Yamashita To Blaskié And Beyond »,Journal Of International Criminal Justice, July2007,5Pp:638-664,AT:648.

⁵⁴ See: Slidregt, *op.cit* ,p :123.

⁵⁵ See :M.J Delavigne, *op.cit*,p :59.

⁵⁶ See: Bassiouni, *op.cit*, p: 432.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ See: Lundrum, *op.cit*,p :298.

وتعتبر هذه القضية أيضا من أهم القضايا التي عالجت مسؤولية القائد في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية وهذا بواسطة محكمة كندية لجرائم الحرب ؛ وتمت المحاكمة في نفس الفترة الزمنية مع قضية ياماشيتا⁵⁹.

ولقد تمت متابعة Brigadefuhrer Kurt Meyer بناء على تنظيم جرائم الحرب الكندي وهذا بناء على المادة العاشرة منه الفقرتين الرابعة والخامسة التي تحمل المسؤولية للقائد عندما يرتكب أحد القوات التابعة له أو مجموعة منهم لجريمة من جرائم الحرب وأن هذا الدليل يسند بصفة *Prima Facie* إلى القائد⁶⁰.

و لقد تمت متابعة K Meyer على أنه ارتكب جرائم الحرب بناء على تحريض منه وكذا قتل أسرى الحرب كنديين انتهكا لقواعد وأعراف الحرب وأنه أيضا أصدر أمر بقتل هؤلاء الأسرى أو بواسطة قوات تابعة له ، ولقد قدمت هيئة المتابعة إثباتا على أن Meyer قد أصدر أمرا بأنه لا بد من إطلاق النار على الأسرى وبأن واقعة القتل كانت بالقرب من مركز تواجدته إلى درجة أنه كان يجب أن يكون على علم بها⁶¹ و لقد وجهت لـ Meyer تهمة الأولى :على أنه حرض ودعم القوات التابعة له برفض منح قوات التحالف أية رحمة وذلك انتهاكا لقواعد وأعراف الحرب والثانية على أنه مسؤول عن مقتل أسرى الحرب وذلك عندما قامت قوات تابعة له بقتل 23 سجين حرب كندي بالقرب من قريتي Authie و Buron والثالثة على أنه أصدر أمرا مباشرا بقتل 07 أسرى حرب كنديين وهو في مقر القيادة في منطقة Abbaye Ardenne⁶².

و لقد تم استدعاء تسعة وعشرون شاهدا ؛ ولقد بينت لجنة المحاكمة بأن:

"...إنه لمن دواعي الرأي الشائع بأنه ليس فقط الأشخاص الذين قاموا بقتل السجناء من يمكن متابعتهم كمجرمي حرب؛ و لكن أيضا كل قائد عسكري دفع إلى ارتكاب هذه السلوكات ... وأن السؤال العام

⁵⁹ See: Bassiouni, *op.cit*,p :431.

ولقد بدأت المحاكمة بشكل رسمي في 10 ديسمبر 1945 ؛ وتمت أمام لجنة مكونة من خمسة قضاة ذوو رتب عسكرية.

See :Witney Lacken Bawer And Chris Madsen : "Justifying Atrocity:Lieutenant-Colonel Murice Andrew And The Defence Of Brigadefuhrer Kurt Meyer", In Canadian Military History Since The 17TH Century, Edited By yyes Tremblay, 2001,Pp: 553-564,At:558.

وكان Meyer الضابط الذي يقود وحدة الدبابات الفرعية SS12 وتم تعيينه في منصبه في 14 جوان 1944 ؛ ونطقت في حقه اللجنة حكما بالإعدام (رميا بالرصاص) وعند الاستئناف صدر حكم بالسجن مدى الحياة وتم إطلاق صراحة في سنة 1954 .

See : Luis-Philippe.F.Rouillard : " Canada's Prevention And Repression Of War Crimes ",Miskol Journal Of International Law,Vol:02,2005,Pp:43-58,At:44-45.

⁶⁰ See :LC.Green : " Superior Orders And Command Responsibility ",*op.cit*,p:196.

⁶¹ Ibid.

⁶² See : Case N22, The Abbye Ardeene Case Trial If SS Brigadefuhrer Kurt Meyer.

The Totality Of The Judgment <www.Hlss.Uwe.Ac.Uk>

ويمكن الرجوع إلى باقي التهم الموجودة في الحكم ؛ولقد تم إثبات التهم الثلاثة المذكورة في المتن في حق Meyer في حين تمت تبرئته عن التهمتين الرابعة والخامسة.

الذي مفاده: متى يكون القائد مسؤولاً عن جرائم الحرب المرتكبة من طرف رجاله ومن طرف قوات خاضعة لسلطته وبذلك يتابع ويعاقب كمجرم حرب؟ و هذا الجواب ليس سهلاً إذ ينبغي على هيئة المتابعة إثبات هذه المسؤولية ...

إن القائد العسكري لا يمكن أن يكون محل متابعة كمجرم حرب في جميع الحالات التي يرتكب فيها جنود خاضعون لسلطته ؛ ولكن لابد من إثبات بعض الوقائع... بما في ذلك : رتبة المتهم ، حقوق وواجبات القائد التي بمقتضاها احتل هذا المركز ، ودرجة تدريبه التي تحصل عليها جنوده ، سنه وتجاربه ، وعلى العموم كل ما قد يثبت أن القائد قد أمر أو شجع سواء شفاهة أو ضمناً على قتل السجناء ، أو أخفق بشكل أداري في القيام بواجباته كقائد عسكري عن منع أو القيام بفعل إيجابي لمنع قتل السجناء .

...وأنه ليس من الضروري أن تجد المحكمة أو تثبت بشكل مباشر وجود أمر من طرف القائد بقتل السجناء ولكنها قد تستشف ذلك من خلال ظروف لا لبس فيها (Clear Indication) بأن القائد قد جعل السجناء يمرون إلى حالة الموت...⁶³.

"...كما أن المحكمة ومن خلال التجارب التي تعرفها عن المواد العسكرية وعن سعت معرفتها بالأعراف أثناء المعركة وكذا على ضوء القوانين يمكنها تحديد مسؤولية المتهم على أية حال..."⁶⁴.

ويرى الأستاذ Green بأن قضيتا Yamashina و Meyer تعتبران أهم قضيتان أشير فيهما إلى مسؤولية القائد؛ وبأن العبارات التي أوردتها المحكمة في البحث عن مسؤولية القائد تكون متشابهة مع ما تضمنه التقنين البريطاني والأمريكي لقواعد الحرب البرية وذلك بعبارات ولغة متشابهة وينطبق نفس الوضع على التنظيم الكندي « Canadian Régulation⁶⁵ ».

المطلب الثاني : مساهمة محاكمات ما بعد الحرب الثانية في تطوير النظرية

تعتبر المحاكم الدولية الخاصة بنورمبرغ و طوكيو أهم وسائل تطوير القانون الدولي الجنائي لسيما بالنسبة لقانون المسؤولية الجزائية الفردية و يعتبر القضاء الصادر عنها ذو آثار جوهرية في تطوير هذا القانون لا تزال سوابقه تستخدم حتى الوقت الحالي لكون المحاكمات مست أهم القيادات و أدت إلى مراجعة

⁶³ See : L.Green : The Fifteenth...,op.cit,p :355, And L.Green,Superior...op.cit,p :196-198.

⁶⁴ See : L.Green :The Fifteenth...,op.cit,p :352.

⁶⁵ Ibid

المفاهيم التقليدية للقانون الدولي حول الحصانة المطلقة و السيادة و التذرع بمسؤولية الدولة بدل الشخص القائم بالأعمال و غيرها ؛ فكيف ساهمت موثائق هذه المحاكم في ذلك و ما هو اجتهادها فيه .

الفرع الأول : مناقشة ميثاق المحكمتين الخاصة بنورمبرغ و طوكيو .

ذكر Slidrgt بأن ميثاق المحكمة الدولية الخاصة بنورمبرغ لم يتضمن موادا خاصة بمسؤولية القادة و لا حتى الأحكام الصادرة عنها تضمنت إشارات خاصة بهذه المسؤولية وذلك لكون المحكمة كانت تتطرق إلى نظرية المساهمة Participation عندما تجد المتهم مذنباً وليس إلى فكرة مسؤولية القادة ؛ ويبرر فكرته هذه برأي الأستاذ Lippmann من أن المحكمة نورمبرغ عالجت مسؤولية القادة بشكل "ضمني Implicitly" ؛ لأن أي نوع من أنواع المساهمة الجنائية قد يرتب المسؤولية الجزائية للقائد عندما ترتكب أي جريمة تحت سلطته⁶⁶ ؛ و تأكيداً لنفس الفكرة فإن الأستاذ L.Green يذكر على أنه يخالف فكرة إطاعة الأوامر العليا التي تطرق إليها الميثاق في المادة الثامنة منه ؛ فإن الميثاق لم يتضمن أي مرجعية صريحة لمسؤولية الرئيس السلمي ورغم ذلك فقد نصت المادة 7 على أن الصفة الرسمية للمتهم سواءً بصفته كرئيس دولة أو كموظف سامي فيها لا يمكن أن تعتبر عذراً مانعاً من المتابعة أو ظرفاً مخففاً للعقوبة .

كما نصت المادة 8 على أن فعل تصرف المتهم بناءً على أمر حكومته أو رئيس سُلْمي لا يعفيه من المسؤولية ؛ و لكن قد يمكن اعتباره كظرف مخفف للعقوبة إذا رأت المحكمة أن مقتضيات العدالة تستدعي ذلك .

و يرى Langston أن عدم تضمن نص الميثاق أي مرجعية صريحة لمسؤولية القادة لا يعني أبداً أن المحكمة الدولية الخاصة بنورمبرغ لن تقوم بمتابعة القادة ومساءلتهم جزائياً ؛ و لقد أثبتت التطبيقات المختلفة لقضاء المحكمة عكس ذلك تماماً فكانت كل المتابعات ضد الأشخاص الذين يشغلون أعلى المناصب في الدولة و الحزب النازي .

و على العموم فإن ميثاق المحكمة تمت صياغته في مؤتمر لندن وهذا بدون مشاركة أي رجل قانون ألماني أو محايد ، وبالرجوع إلى المواد سابقة الذكر - (6 و 7 من الميثاق)- فإنها تضمنت صياغة

⁶⁶ See :E.van Slidrgt ,The Criminal Responsibility Of Individual For Violation Of International Humanitarian Law ,T.M.C Asser Press The Hague,2003,P :124.

لمسؤولية القائد بشكل مباشر و هذا بالنسبة للقائد الذي يساهم في تشكيل أو تنفيذ خطة مشتركة أو مؤامرة لارتكاب جريمة و تنفذ من طرف مرؤوسيه (المادة 6 (ب) من الميثاق) .

و على هذا الرغم من أن المقترح الأمريكي تضمن جعل مسؤولية القائد تقوم بشكل غير مباشر (المسؤولية بالامتناع) وهذا في كلا من الميثاقين سواء الخاص بمحكمة نورمبرغ أو بمحكمة طوكيو ؛ إلا أن ذلك لم يحدث أبدا عند إصدار النص .

و تجدر الإشارة بأن ميثاق المحكمة الخاصة بنورمبرغ قد تحدد الاختصاص الشخصي فيه لمحاكمة المجرمين الكبار لدول المحور الأوربي فقط على خلاف ميثاق المحكمة الخاصة بطوكيو التي يتعدى فيها الاختصاص الشخصي إلى أي مجرم حرب كبير وليس فقط المجرمين اليابانيين إلا أن الثابت هو أن المتابعة لم تمس سوى المجرمين اليابانيين الكبار بما في ذلك ثمانية عشرة مجرم حرب ؛ و كذلك الحال بالنسبة للجرائم فالجرائم التي كانت محل متابعة هي تلك التي كان لها امتداد دولي أو بمفهوم المخالفة لم يكن متعلقة بدولة واحدة لأن قانون مجلس الرقابة نظم المسألة بأن محاكم الدول الحلفاء تتولى محاكمة باقي المجرمين الآخرين الذين ارتكبوا جرائم على أراضيها .

الفرع الثاني : الاجتهادات الكبرى في قضاء محاكمات نورمبرغ و طوكيو

لقد صدر عن المحاكم العسكرية الخاصة بنورمبرغ و طوكيو قضاء غزير اتجه نحو تأكيد الطابع القانوني للمحاكمات من أجل تجنب أي نقد يتعلق بكون المحاكمات تهدف إلى "الانتقام " و إنما إلى تحقيق "العدالة " و القانون " ؛ و قد منحت الأولوية " للمجرمين الكبار " و هم أولئك الأشخاص التي لم تكن لجرائمهم حدود دولية واحدة أي الأشخاص التي " تجاوزت جرائمهم حدود الدولة الواحدة " و لا يمكن لهذا المعيار إلا أن يمس المسؤولين و القيايين الأكثر و الأعلى مكانة على سلم القيادة .

و لأجل ذلك فقد مست المحاكمات المسؤولين السياسيين و العسكريين الأكثر و الأعلى مكانة على مستوى الحزب النازي و الدولة ؛ و تعتبر محاكمة الجنرال Wilhelm Von Leeb و من معه

واحدة من المحاكمات التي مست ثلاثة عشرة⁶⁷ قائدا ألمانيا فيما يعرف " بقضية القادة السامين High Command Case »

و لقد تمت متابعة جميع المتهمين بما في ذلك فون ليب بإرتكاب جرائم ضد السلام وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية والتآمر على ارتكاب الجرائم المذكورة وكان من بين أهم المسائل التي واجهت المحكمة هي مسألة المسؤولية أو معايير المسؤولية الشخصية والفردية لكل متهم فذكرت المحكمة ما يلي :

" حتى يكون أي شخص مسؤول جزائيا لابد من أن يكون هناك انتهاك لإحدى الالتزامات المعنوية المثبتة بموجب القانون الدولي أي تصرف شخصي صادر عن إرادة حرة بناءً

على

علم بكونه سلوك مجرم بموجب القانون الدولي⁶⁸."

و لقد رفضت المحكمة الاعتماد على تحميل المتهمين للمسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability وإنما اعتمدت على معيار الامتناع المعتمد Negligent Omission بقولها:

"...إن السلوكات الإجرامية المرتكبة من طرف هذه القوات لا يمكن أن تحملهم المسؤولية بناءً على عنصر أو علاقة التراتبية⁶⁹... وبأن القول عن أي شخص بأنه مجرم لا يتم بالنظر لعلاقته في سلم القيادة؛ إذ لابد من وجود خطأ شخصي أو فعل يمكن أن يتجه و يقود إلى الفعل مباشرة أو أن الانتهاك تم من طرف أحد الخاضعين و شكل من طرف القائد امتناعاً إجرامياً."

⁶⁷ See : W.Parks, *op.cit*, P :62.

لقد مست القضية أيضاً

Hugo Sperrle – General Of The Army –Geord Karl Friedrich – Wilhelm Von Kuech- General- Johans Blaskowitz- General-Hermann Hoth- General-Hans Reinhardt –General-Hzns Von Salmuth- General –Karl Hollidt- General – Karl Hollidt-General-Otto Schniewind-Admiral-karl Von Roques –General Of Infantry- Hermann Reinecke – General Of Infantry – Walter Warlimont –General Of Artillery- Otto Woehler –General Of Infantry –Rudolf Lehmann-General ,Judge Advocate

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ في الأطروحة :علاقة التراتبية أو السلطة التسلسلية مرادفة لمصطلح Subordination .

و لقد اعتبر الحكم بأن القائد لابد عليه بأن يعلم بسلوكات الأفراد التابعين له⁷⁰ و هذا على الرغم من أن المحكمة برأت المتهم الرئيسي فون ليب عن الجرائم المرتكبة من طرف قوات تابعة له لأنه لم تكن لديه عليهم سلطة الرقابة لكونهم قاموا بقتل عدد كبير من الأسرى الروسين و بأن هذه الجرائم لم تكن تحت سلطته المباشرة⁷¹ .

و من جهة أخرى فقد برأت المحكمة المتهم " فون ليب " من المسؤولية القيادية لكونه حسبها كان في وقت سابق قد نازع في شرعية الأمر الذي سُمي بـ : " the commissar Decree⁷² " ؛ كما أنه وجه تعليمات إلى الخاضعين الذين هم تحت سلطته بعدم إتباع محتوى الأمر و التقيد بمقتضيات القانون الدولي و قانون الحرب و بأن أي مخالفة لذلك — قانون الحرب — تعرض صاحبها إلى العقوبات التأديبية⁷³.

و لأجل ذلك فقد قضت محكمة نورمبرغ ببراءته من هذه التهمة لأن القائد العسكري فون ليب قد أثبت تخلصه من الالتزام الذي يفرضه عليه القانون تجاه الخاضعين لسلطته ومن واجب الرقابة و ضرورة التقيد بمقتضيات القانون الإنساني لمنع ارتكاب الجرائم لكنه أخفق في التهمة الأخرى الموجهة إليه لعدم قيامه بنفس المنحى الإيجابي تجاه ما عُرف بـ : " the Barbarossa Jurisdiction " فلم يقيم بإعطاء توجيهات بعدم تنفيذ هذا الأمر⁷⁴ ؛ و المعلوم من دراسة مسؤولية القائد أن " الالتزام بالرقابة " المفروض عليه بموجب القانون الدولي يحتم عليه ضرورة منع الخاضعين من عدم التقيد لأحكام القانون الدولي الإنساني بارتكابهم لجرائم حرب و ليس العكس أي إصدار أوامر كما في the commissar Decree تقضي بعدم الالتزام و التحلل من أحكام القانون و هذا ما يجعلها مخالفة للشرعية و بالتالي عدم واجبة التنفيذ .

⁷⁰ See :N.Laviolette ,*op .cit*,p :102-103.

⁷¹ See :Slidregt ,*op .cit*,p :126.

⁷² هذا الأمر صدر رفقة أمر آخر يدعي و فيه توجه تعليمات إلى القادة العسكريين الذين يتواجدون في مناطق العمليات بعدم التقيد بمحتويات القانون الدولي لسيما قانون الحرب و أن الأولوية لا تعطى للقانون الدولي و إنما للقانون الداخلي ؛ فلا يعامل الأسرى و المدنيين و لا يعطون أية معاملة إنسانية .

⁷³ O'Brien (JAMES C.) : « The International tribunal for violation of international humanitarian law in the former Yugoslavia » , American journal of International law , 1993, vol : 87, Pp : 639-659, at : 652.

⁷⁴ بخصوص الأوامر the commissar Decree و كذا the Barbarossa Jurisdiction يمكن الرجوع إلى : Parks (William) , *op.cit* , At : 45-46 .

كما عرفت النظرية تطبيقات مماثلة فيما عُرِف بقضية Hostage Case و يتعلق الأمر بمجموعة من المسؤولين رفيعي المستوى في النظام العسكري الألماني تمت متابعتهم كفاعلين ومساهمين في ارتكاب جرائم القتل والتحويل لآلاف من الأشخاص؛ ولقد رفضت المحكمة فكرة كون المركز الذي يحتله المتهم بصفته قائدا أو ذو رتبة عليا في الدولة كفيل بتحميله المسؤولية الجزائية؛ لكن اتجهت أنه لتحميل المتهم المسؤولية لابد من إثبات العلاقة السببية، الفعل الذي قام به المتهم أو الامتناع عن الفعل ذو الطبيعة الجرمية وبالإضافة إلى ذلك لابد من الإثبات أن الفعل قد ارتكب بطريقة غير شرعية وبناء على إرادة وعلم من طرف الفاعل⁷⁵.

و لقد أكدت المحكمة في هذه القضية بأن عنصر العلم يعتبر ركن في الجريمة والمقصود به : أنه يمكن تحميل القائد بالمسؤولية الجزائية بالامتناع عندما " يجب على القائد أن يعلم بارتكاب الخاضع لسلطته للجريمة " .

و حدث ذلك تجاه المتهم وليست عندما طبقت عليه المحكمة معيار "Should Have Known" وهذا بناء على تقارير وصلت إلى المتهم تفيد بوقوع جرائم وبأن المتهم كان يجب عليه أن يعلم بالجرائم المرتكبة في الثكنة التابعة له بالنظر إلى جسامة الجرائم وبأنه كان لديه الوسائل للعلم وامتنع عن إحاطة نفسه بها⁷⁶.

وبذلك تكون المحكمة في هذه القضية قد اعتمدت نفس المعيار الذي جاءت به اللجنة في قضية ياماشيتا ولكن هذه المرة بشكل أكثر وضوحا وتفصيلا⁷⁷ .

ولقد أقرت المحكمة بمسؤولية " ويلهيلم ليست " نظرا لارتكاب جرائم قتل لمجموعة من الرهائن داخل حدود الإقليم المحتل الذي عيّن فيه و بأن المركز القيادي الذي يشغله يحتم عليه واجب رقابة الأشخاص التابعين له وصرحت المحكمة بما يلي :

"إن المتهم بقوله لم يكن لديه أدنى علم عن قتل جماعي للسكان لكونه كان غائبا عن مركزه وكذا عند ورود التقارير .

إن القائد العام لمناطق مستعمرة ملزم بالمحافظة على النظام العام والأمن والمعاقبة على ارتكاب

⁷⁵ See : N.Laviolette, *op.cit*, p:102.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

الجرائم وحماية الأرواح والملكيات داخل المركز فإذا امتنع عن الحصول على المعلومات بما

تفرضه

عليه الوظيفة القيادية فإن هذا الامتناع يشكل انتهاكا صارخا لهذا الواجب مما يحمله المسؤولية

الجزائية... "78.

و لقد اعتبرت المحكمة بأن المتهم وردته تقارير تفيد بوقوع جرائم قتل غير مبررة لآلاف من الأشخاص على يد فاعلين مجهولين و رغم ذلك لم يحرك ساكنا ؛ و بأن المتهم maréchal von List لم يطلب من المسؤولين إجراء متابعة للقضية و البحث في شرعية هذا القتل ؛ و لأجل ذلك فإن عدم قيام المتهم بوضع حد لهذه الجرائم الغير شرعية و كذا عدم اتخاذه للإجراءات الضرورية لضمان عدم تكرار ارتكابها و العود فيها و هذا ما يشكل إخلالا جسيما بواجبه القيادي و يرتب مسؤوليته الجزائية ؛ و لقد اعتبرت المحكمة الخاصة بنورمبرغ بأن من الواجبات الملقة على عاتق القائد بالإضافة إلى حماية النظام العام و الأمن و حماية الأشخاص و الممتلكات منع ارتكاب الجرائم و المعاقبة عنها⁷⁹.

و حسب Slidregt فإن المحكمة في هذه القضية قد طبقت معيار "يجب عليه أن يعلم" ولكن بناء على وجود تقارير

80.

و لقد قامت المحكمة الدولية العسكرية الخاصة بالشرق الأقصى " بطوكيو" بتطبيق نفس القواعد على وزير الخارجية السابق Hirota لكونه لم يتخذ الإجراءات الضرورية لدى ديوانه لوضع حد للجرائم التي ترتكب و هذا على الرغم من المعلومات التي كانت ترد إليه بأن المئات من الأشخاص يتم قتلهم بطريقة غير شرعية و مخالفة للقانون ؛ و كذا الاغتصاب الجماعي للنساء فيما عُرِف بـ : " Rape of Nanking " و جرائم الاعتداء و هذا ما يجعل امتناعه يرقى إلى حد اعتباره امتناعا جرميا criminal negligence " و بأنه امتنع عن وعي منه عن اتخاذ الإجراءات الممكنة تحت تصرفه لمنع وقوع هذه الجرائم⁸¹.

و بالنظر إلى طبيعة المركز الذي يشغله المتهم على اعتبار أنه " مدني " أو سياسي و ليس عسكريا فقد أخذت هذه السابقة بعدا عميقا من التحليل ؛ لسيما و أن القاضي Röling قد أصدر رأيا انفراديا يبين فيه

⁷⁸ See :Slidregt ,op .cit,p :125.

⁷⁹ Voir : le procureur c/ TIHOMIR BLAŠKIĆ, arrêt , op.cit , para :82

⁸⁰ Ibid.p126.

⁸¹ Voir : The Prosecutor v. ALFRED MUSEMA ,Case No. ICTR-96-13-A, JUDGEMENT AND SENTENCE, Trial Chamber I , 27 January 2000, para : 133 .

وجهة نظره المختلفة عن اجتهاد المحكمة نوعا ما و الذي تم استرجاعه من جديد في قضاء المحكمة الخاصة برواندا في عدة قضايا منها - في أكايوسو و ألفريد سوموزا - بقوله :

"Generally speaking, a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behavior of the army in the field. Moreover, the Tribunal is here to apply the general principles of law as they exist with relation to the responsibility for omissions'. Considerations of both law and policy, of both justice and expediency, indicate that this responsibility should only be recognized in a very restricted sense"⁸² .

و لعل هذا الرأي الانفرادي قد أثر على المحكمة الخاصة برواندا إلى درجة أنها اعتبرت مسألة تجريم مسؤولية القادة⁸³ ؛ لأن الأصول التاريخية للنظرية عموما قد بينت بأن النظرية من إنشاء القانون العسكري أو التقاليد العسكرية و هذا ما جعل القاضي رولينج يلتمس من المحكمة توخي الحذر بخصوص تعدية النظرية إلى القادة المدنيين ؛ و أعتقد بأن هذا المفهوم بالذات هو ما سيؤدي فيما بعد بالولايات المتحدة إلى تقديم اقتراح إلى لجنة صياغة مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص وضع معيار تمييز في الركن المعنوي بين القادة المدنيين و القادة العسكريين و هو ذات النص المصادق عليه و الساري حاليا .

المبحث الرابع : المحاكم الجنائية الخاصة بيوغسلافيا سابقا و رواندا

تم إنشاء المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا نتيجة لجرائم جسيمة تم فيها القيام بتصفية عرقية لجزء من المدنيين المسلمين و نظرا لكون جريمة من مثل تلك الجسامة لم تكن لتتم بدون وجود مخطط شامل تتورط فيه قيادات سياسية وعسكرية تم تضمين النظام الأساسي موادا تجرم و تؤطر لمسؤولية القادة و الرؤساء سعيا لمتابعة هاته القيادات عن الجرائم الجسيمة المرتكبة من طرفهم ؛ و يعتبر ما جاء به النظام الأساسي أهم تطور للقانون الدولي الجنائي بعد نورمبرغ و لذلك يتولى (المطلب الأول) مناقشة النظام الأساسي للمحكمة حول النظرية ؛ و حتى لا تخلوا الدراسة من جانبها التطبيقي فإنه يتم معالجة أهم قضية عالجت فيها المحكمة المسألة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: موقف النظام الأساسي للمحكمتين من النظرية

⁸² الرأي الانفرادي للقاضي Röling مستخرج من قرار المحكمة الدولية لرواندا بخصوص قضية :

Voir : The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU , Case No. ICTR-96-4-T, Judgment , Chambre I, Decision of: 2 September 1998 , para : 490.

⁸³ Voir : The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU , Case No. ICTR-96-4-T, op.cit , para : 491.

إن النظام الأساسي للمحاكم الخاصة جاء كرد فعل للجرائم الجسيمة التي ارتكبت في يوغسلافيا سابقا و رواندا و بالتالي فلا بد أن يعكس النظام الأساسي الرغبة الملحة لردع هذه الجرائم من طرف المجتمع الدولي⁸⁴.

و لقد سبق إنشاء المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا تعيين لجنة خبراء بواسطة قرار المجلس الأمن رقم 780 في 6 أكتوبر 1992 للتقصي عن جرائم الحرب المرتكبة في يوغسلافيا ، وجمع الأدلة عن المخالفات الجسيمة لمعاهدات جنيف والانتهاكات الأخرى للقانون الدولي الإنساني ، وقد أسفرت جهود اللجنة عن 65 ألف صفحة من المستندات وقاعدة معلومات وما يزيد من 300 ساعة شرائط الفيديو وكذا ملاحق وتحليلات ، كما قامت اللجنة بأزيد من خمسة وثلاثين زيارة ميدانية تضمنت استخراج الجثث من المقابر الجماعية وإجراء أكبر تحقيق دولي حول جريمة الاغتصاب الجماعي ، وقد توافرت نتيجة لعمل اللجنة والمعلومات التي تم جمعها أدلة دامغة على أن : "الجرائم التي ارتكبت ما كان لها أن تتم بدون ضلوع بعض القيادات السياسية والعسكرية فيها"⁸⁵.

و في 22 فيفري 1993 أصدر مجلس الأمن القرار رقم 808 تعقبا على أول تقرير مؤقت للجنة الخبراء والذي نص على مايلي :

" قرار مجلس الأمن إنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات

الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في أراضي يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991 "⁸⁶ وتنفيذا لهذا القرار أصدر الأمين العام تقرير تضمن مشروع النظام الأساسي للمحكمة وتعليقات مواد النظام الأساسي؛ ولقد نص تقرير الأمين العام على مايلي :

"إن الأشخاص الذين يكونون في مركز قيادي ، يجب أن يتحملوا شخصا المسؤولية لكونهم أصدروا أوامر غير مشروعة لارتكاب جرائم بمقتضى هذا الميثاق كما أنهم يجب أن يكونوا مسئولين عن امتناعهم عن ارتكاب جرائم أو عن عدم ردع السلوكات الغير مشروعة للخاضعين لسلطته : هذا

⁸⁴ انظر : محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها و نظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية و المحاكم الجنائية الدولية السابقة ، مطابع روز اليوسف الجديدة ، 2002 ، ص ص : 51.

⁸⁵ محمود شريف بسيوني ، المرجع السابق ، ص ص : 53 .

⁸⁶ محمود شريف بسيوني ، المرجع السابق ، ص ص : 55.

النوع من المسؤولية أو الإمتاع الجنائي يقوم عندما يكون شخصا ما في مركز قيادي يعلم بأن الخاضع لسلطته بصدد ارتكاب جريمة أو ارتكب جريمة ولم يتخذ الأسباب الضرورية لمنع أو لمعاقبة الأشخاص القائمين بهذه الجرائم".

وبناء على هذا التقرير أصدر مجلس الأمن القرار رقم 827 بإنشاء المحكمة واعتمد المادة 7(3) من الميثاق ولقد نصت المادة 7(3) على أن :

" لا يعني ارتكاب المرؤوس لأي فعل من الأفعال المشار إليها في المواد من 2 إلى 5 من هذا النظام الأساسي ؛ ورئيسه من المسؤولية الجنائية إذا كان يعلم ؛ أو كان لديه من الأسباب ما يحمله على استنتاج أن ذلك المرؤوس كان على وشك ارتكاب هذه الأفعال أو أنه ارتكبها فعلا و لم يتخذ الرئيس التدابير الضرورية و المعقولة لمنع ارتكاب تلك الأفعال أو معاقبة مرتكبيها "

وتقيم المادة 7 المسؤولية الجزائية الشخصية للأشخاص الطبيعية فقط ؛ بينما الأشخاص المعنوية والمنظمات والدول فإنها لا تدخل ضمن الاختصاص الشخصي للمحكمة هذا من جهة ؛ و من جهة أخرى فإن الجرائم المرتكبة من طرف جمعية أو منظمة إجرامية لا يجعل من هذه المنظمة أو الجمعية تتحمل المسؤولية بالضرورة كما حدث في محاكمات نورمبرغ أين ثبت توجيه الاتهام إلى ستة منظمات تابعة للحزب النازي و اعتبرت على أنها إجرامية ويرجع هذا السبب إلى كون محكمة يوغسلافيا تجعل من المسؤولية الجزائية شخصية وهو أحد أهم المبادئ التي يسير عليها الميثاق ؛ و محاكمات من مثل هذا النوع تتنافى مع الميثاق ؛ لأنه ينفي اية متابعة لشخص غير طبيعي (المادة 06)⁸⁷ ؛ و هذا يشكل تقدما في نص النظام الأساسي عندما امتنع عن متابعة الأشخاص المعنوية أو المنظمات الإجرامية بخلاف ميثاق نورمبرغ فنص المادة 09 منه يسمح له بذلك فيمكنه إصدار قرار باعتبار مجموعة أو منظمة على أنها إجرامية و بعده يقوم بمتابعة كل شخص على مجرد الانتساب لهذه المنظمة .

و لقد تفتن الأمين العام لذلك و ذكر في تقريره بأن الأفعال الإجرامية ترتكب و تنفذ من طرف أشخاص طبيعية و بالتبعية فلا بد من متابعة هؤلاء بغض النظر عن انتمائهم إلى أية مجموعة كانت⁸⁸.

و تقوم المسؤولية الشخصية للفاعل سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما ؛ ومهما كان مركزه في سلم القيادة و التراتبية من الجندي البسيط إلى أعلى مركز قيادي في سلم السلطة حتى وإن رئيسا للدولة أو وزيرا

⁸⁷ See :Daphna Shruga And Ralph Zacklin , The International criminal tribunal..., op.cit., p : 369-370.

⁸⁸ Voir : Alain Pellet : « le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie poudre aux yeux ou avancée décisive ? » , revue général de droit international publique , 2004, Pp : 7-60, at : 39-40.

وسواء كان مدنيا أو شبه عسكري أو عسكريا ؛ كما يتحمل المسؤولية الذي أمر بارتكاب الجريمة أو الذي كان على علم بها ولم يمنع ارتكابها بشكل صريح ، كما أن الحصانة ليست مانعا من العقاب والدفع بطاعة الأمر دفع غير مقبول ⁸⁹.

و يعكس نص الميثاق في المادة 7 القانون الدولي العرفي السائر بعد الحرب العالمية الثانية والمنبثق عن محاكمات نورمبرغ و التي تجعل من الشخص مسئولا شخصا عن الجريمة المرتكبة من طرفه و لا بصفته الرسمية لتهم سواء كان قائدا أو عسكريا أو ممثلا حكوميا أو رئيس دولة.

و حتى يتحقق ردع شامل للانتهاكات التي وقعت في نزاع يوغسلافيا سابقا فقد اقترح التقرير الفرنسي بضرورة " متابعة السياسيين " الذين أقروا الدخول في الصراع و القيام بالانتهاكات ؛ وكذا "الوسطاء" أو أولئك الذين " أمروا بتنفيذ " هذا المخطط السياسي ، و أخيرا المنفذين البسطاء .

و هذه الأصناف الثلاثة: صنف أعلى يضم السياسيين و وسطي يضم الأشخاص الذين أمروا بالتنفيذ و الصنف الأدنى: و هم المنفذون؛ وكل هذه الأصناف ضمهم النظام الأساسي في المادة 07(3) المذكورة أعلاه كما تحقق عدم قبول الدفع بطاعة الأوامر العليا كمبرر تنفي المسؤولية ، و لا الاعتداد بالصفة الرسمية للفاعل أو الحصانة الممنوحة له باعتباره رئيسا للدولة أو وزيرا للخارجية من المتابعة من طرف المدعى العام⁹⁰.

وتشمل المادة 7(3) نظرية الرئيس السلمي ؛وتعبر صياغتها أكثر وضوحا من الصياغة التي أوردها البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 ؛ فعوضا عن المصطلح ،اتخاذ جميع الوسائل الضرورية التي في حوزته ؛أورد النظام معيارا موضوعيا تتمثل في : " التدابير الضرورية والمعقولة " أما فيما يخص الصياغة بالنسبة للعنصر المعنوي فقد تمت حسب البعض بطريقة جد قانونية باستعمال مصطلح :

“Knew or Had reason to Know “

بحيث يستنتج من الصياغة بأن عنصر العلم قد يكون حاليا أو بناء على ظروف الحال⁹¹ .

المطلب الثاني : سياسة المدعي العام في المتابعة : توجيه الاتهام للمجرمين الكبار

لعل الإشارة من طرف الكثير من الفقهاء إلى طريقة إنشاء المحكمة هي التي كانت أهم نقطة ملفتة للانتباه ؛ و هذا على أساس أن مجلس الأمن و بمقتضى الفصل السابع قام بإصدار قرار إنشاء المحكمة و لكن الثابت هو أن هدف مجلس الأمن من إنشاء المحكمة هو " حفظ الأمن والسلم العالميين " بواسطة

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ See :ANN B. ching: « evolution of the command responsibility doctrine in the light of the Celebici decision of the International criminal tribunal for the for mer Yugoslavia P:183-184.

العدالة الجزائية⁹²؛ و لكن الثابت هو أن المدعى العام للمحكمة تجاوز فكرة الإنشاء و سعى إلى البحث عن الشرعية من خلال " إثبات العدالة " و كانت الخطوة الأولى للإفلات من تبعيته لمجلس الأمن بتوجيهه الاتهام لأعلى شخص في قيادات الدولة و هو الرئيس السابق سلوبودان ميلوزيتش في 24 ماي 1999⁹³؛ ولكن قبل الوصول إلى سنة 1999 ؛ لابد من الإشارة إلى أن المحكمة أنشأت سنة 1993 بموجب القرار الصادر بتاريخ 25 ماي 1993 و عقدت أول جلساتها في 17 نوفمبر من نفس السنة ؛ و لم تصبح جاهزة للعمل كجهاز قضائي إلا في نوفمبر 1994⁹⁴.

و كان من بين أول اتهام موجه من طرف المدعى العام لمحكمة يوغسلافيا ضد المتهم Dusko Tadic و كذا ضد " Dragan Nikolic " و الذي يعتبر ضابط سابق و قائد لمعسكر Susica و الذي كان يتضمن أكثر من 8000 آلاف مسلم مورست عليهم جميع أنواع التعذيب و الاعتداء الجنسي⁹⁵.

و تعتبر فكرة توجيه الاتهام للقادة والرؤساء جزء من وسائل الوصول إلى تحقيق العدالة لضحايا الجرائم الجسيمة ؛ ذلك أن الدور الذي تقوم به المحكمة عند سعيها لتوجيه الاتهام هو : " التحقيق والتحري للوصول إلى الحقيقة عن كيفية ارتكاب هذه الجرائم بما في ذلك مدى ضلوع القادة ووجود أوامر صادرة عنهم أو إهمال من طرفهم و الوسائل المستعملة لارتكاب هذه الجرائم وغيرها ؛ وعلى العموم فكل هذه الآليات تسمح إلى الوصول إلى العدالة وتكشف الأسرار عن كيفية ارتكابها وتبين " الحقيقة " ؛ ولعل أحد أهم أسباب تحقيق العدالة هو الوصول إلى الحقيقة بمثل ما هو الردع⁹⁶ ؛ سيما بالنسبة للضحايا و ذوي حقوقهم و حتى للمجتمع المدني لأن مثل هذه الجرائم تمس عاطفة جميع الأشخاص الذين ينتمون إلى نفس الأقلية أو العنصر و بالتالي فمهمة العدالة هي كشف الحقيقة لنفي الانتقام . و تنبثق فكرة وجود

⁹²See **Christopher Greenwood** : " the development of international humanitarian law by the international criminal tribunal for the former Yugoslavia " , max Planck yearbook of united nation law , 1998-2 , Pp : 98-140, at : 101.

⁹³ Voir **Alain pellet** : « La responsabilité pénale individuelle, alternative aux sanctions collectives? », in V. Gowlland Debbas ed., United Nations Sanctions and International Law, Kluwer, La Haye, 2000, pp. 105-116, at : 111.

⁹⁴ See **Luisa Vierucci** : «The First Steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », EJIL (1995),Pp : 134-143, at 134.

⁹⁵ See **PROSECUTOR v. DRAGAN NIKOLIĆ**, Case No. IT-94-2-A ,4 February 2005 , In the Appeals Chamber, para : 1-5.

و لقد تم توجيه الاتهام كذلك إلى HadZihasanović و يعتبر ضابط في الجيش الشعبي اليوغسلافي برتبة جنرال ؛ تقلد عدة مناصب في الجيش إلى أن أصبح عضو في قيادة الأركان المشتركة لفدرالية البوسنة و هيرزيفوينا و كذا. Amir Kubura و يعتبر ضابط في الجيش الشعبي اليوغسلافي ؛ في 1999 أصبح عضو في قيادة الأركان للوحدة الأولى .

⁹⁶ See Iris Almeida : « Accounting For Crimes : the role of international criminal tribunal in effectively addressing impunity », Refuge, vol : 17, N 3 , August 1998, Pp :14-20 , At : 16

مدعى عام مستقل عن فكرة وجود قوة في تحريك التحريات تجاه كل شخص يشتبه في ارتكابه للجريمة بغض النظر عن مركزه أو سُلّمه القيادي فتعطى الحرية للمدعى العام في ذلك و بالتالي لا يدع الجانب السياسي يؤثر على الجانب القضائي⁹⁷.

و تعطي المادة 15 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا المدعى العام مهمة التحقيق في القضايا وإجراء المتابعات ضد الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة وجرائم الجسيمة الأخرى لاتفاقيات جنيف بين 1 جانفي و 31 ديسمبر 1994 ؛ وهذا ما يجعل من المدعى العام "ممول" الدوائر الابتدائية بالقضايا⁹⁸؛ فيصدر المدعى العام " وثيقة الاتهام " ضد شخص المتهم عندما تجتمع ضده مجموعة من الأدلة بناء على التحقيق ؛ و الملفت للانتباه وهو أن القرار 955 قد أزاح عقوبة الإعدام من سُلّم العقوبات وهذا ما جعل رواندا تصوت ضد القرار ؛ و هذا لكون برلمانها الداخلي قد صادق على القانون العضوي الذي يسمح للمحاكم الداخلية بمتابعة كل من خطط أو نظم أو حرض أو أطر لارتكاب جريمة الإبادة والجرائم ضد الإنسانية ومعاقبتهم بالإعدام ؛ وهو ما جعل الحكومة الرواندية تُنبّه المدعى العام للمحكمة الدولية على أن المجرمين الكبار الذين تتم متابعتهم من طرف المحكمة الدولية تكون عقوبتهم أقل من المجرمين الذين تتم متابعتهم أمام المحاكم الوطنية الرواندية وهذا ما يشكل تعددا أو اختلافا لا بد من الإشارة إليه .

و من جهة أخرى فقد نبهت الحكومة الرواندية أيضا على فكرة الاشتراك بين المحكمتين : ليوغسلافيا و رواندا " بمدعى عام واحد " و الاختلاف الجغرافي إذ مقر المحكمة في " أروشا " و الجزء الأكبر من المتابعة و دوائر الاستئناف في " لاهاي " وهذا ما يضعف وصول المعلومات وانتقالها .

و في بداية عمل المحكمة : وُجّه الاتهام إلى خمسة عشرة متهم ؛ تم تثبيت التهم تجاه أربعة عشرة متهما من طرف قاضي التثبيت ؛ بمجموع واحد و عشرون متهما : أربعة موقوفون في " أروشا " ؛ و ثمانية في بلجيكا والكاميرون والولايات المتحدة وسويسرا⁹⁹.

و يعتمد نجاح عمل المحاكم الخاصة على **تعاون الدول** لسيما تعاون دول الجوار لأن المجرمين محل المتابعة متواجدين على أراضي خارج تواجد مقر المحكمة و أن المحكمة ليس لها شرطة خاصة ؛ أما

⁹⁷ See : Almeida, Accounting For Crimes ..., *op.cit*, p :19.

⁹⁸ Voir Catherine cissé : " [Premier bilan des activités judiciaires](#) du tribunal pénal international pour le Rwanda » ,Annuaire Africain de Droit International, Volume 4 (1996) , Pp : 269-278,at : 272.

⁹⁹ Voir Catherine cissé , [Premier bilan des activités judiciaires](#)..., *op.cit*, at : 272-273

بخصوص وضع المدعي العام لرواندا فإن جميع التهم قد وجهت إلى أشخاص متواجدين خارج الأراضي الرواندية و هذا بسبب عجز المحاكم الرواندية عن المتابعة بناء على مبدأ التكامل بين المحاكم الرواندية و المحكمة الدولية و التي لا تمتلك الوسائل الضرورية و الفعالة للتحقيق و التحري - و هذا على الأقل حتى سنة 1997 لأنه فيما بعد تم تشكيل المحاكم الوطنية المسماة gacaca - للأشخاص المتواجدين خارج الأراضي الرواندية ؛ ناهيك عن عدم تعاون بعض الدول مع المحكمة في حال إصدارها لوثيقة استيقاف تجاه متهم متواجد على أراضيها و حسب البعض فإن المحكمة يمكنها بناء على المادة 61 من قواعد الإجراءات و الإثبات خلال مدة معقولة من استصدار وثيقة استيقاف دولية توجه إلى جميع الدول ثم اللجوء إلى مجلس الأمن¹⁰⁰؛ و هذا الإجراء مثقل بالأعباء للمدعي العام لكونه يتطلب تكرارا للإجراءات و صعوبة في التنفيذ¹⁰¹.

و لقد سار نهج المدعي العام على توجيه الاتهام إلى **المجرمين الكبار** أو ما سُمي فيما بعد " **بالأسماك الكبرى the big fish** " أو ما أُطلق عليه أيضا تسمية " **the class one** " و هذا في مقابل باقي المتهمين الآخرين أو باقي طبقات المتهمين العاديين الآخرين تماما كما حدث في نورمبرغ و طوكيو¹⁰² ؛ و يرجع أصل هذا التقسيم في الحقيقة إلى نوع الجرائم من جهة وارتباط نوع الجريمة بالفاعل من جهة أخرى لأن أبشع الجرائم لا يمكن أن ترتكب إلا من طرف أعلى القيادات ؛ ففي محاكمة طوكيو مثلا تم تقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع على هذا النحو :

- Classe A : [crimes contre la paix](#), visait uniquement les hautes sphères du pouvoir et ceux qui avaient planifié et dirigé la guerre.
- Classe B : [crimes de guerre](#) conventionnels.
- Classe C : [crimes contre l'humanité](#)¹⁰³

و حسب هذا التقسيم فإن الجرائم المصنفة "أ" لا تتم المتابعة فيها إلا في حق المسؤولين الأعلى مرتبة على سلم القيادة و كذا أولئك الذين خططوا و سيروا الحرب ؛ و على العموم فقد قامت المحكمة الخاصة

¹⁰⁰ انظر المادة 61 الفقرات (E)(D)(C)(B) من :

RÈGLEMENT DE PROCÉDURE ET DE PREUVE , Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) , 14 mars 2008.

¹⁰¹ Voir Catherine Cissé, op.cit., p : 273.

¹⁰² See Mark Osiel : « the banality of good : aligning incentives against mass atrocity », columbia law review , Pp: 1751-1862 , at : 1754-1755.

¹⁰³ Voir : Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient , in :

^http://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_militaire_international_pour_l'Extr%C3%A4me-Orient^

بطوكيو بمتابعة 28 متهما كلهم من القيادات السامية السياسية والعسكرية و فيهم : عدة وزراء و جنرالات و عسكريين سامين ¹⁰⁴.

و لقد أكدت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا على ذلك ؛ فرجعت إلى قضية الجنرال Iwane Matsui ووزير الخارجية الياباني Koki Hirota و الوزير الأول الياباني Hideki Tojo وكذا متابعة القيادي الأول بعد هتلر Hermann Wilhelm Goering و الذي شغل أسمى المناصب في الحزب النازي و الدولة ؛ و من ثمة وجهت له عدة اتهامات بما في ذلك التخطيط و المساهمة في القيام بالحرب و إصدار أوامر غير مشروعة و ارتكاب جرائم حرب و ضد الإنسانية و حسب التقرير الأمريكي فقد شغل هذا الأخير أكثر من سبعة عشرة وظيفة سامية عددها التقرير ؛ و كذا بالنسبة لـ Joachim ؛ Rudolf Hess ؛ Alfred ؛ Ernst Kaltenbrunner ؛ Alfred Jodl ؛ Wilhelm Keitel ؛ von Ribbentrop ؛ Rosenberg ؛ Julius Streicher ؛ Wilhelm Frick ؛ Hans Frank ؛ Walter Funk ؛¹⁰⁵ و يعتبر كل هؤلاء المتهمين بمثابة المخططين و القياديين الذين بعثوا الحرب إلى الوجود و بالتالي حسب التقارير فهؤلاء هم من تجب متابعتهم .

و الأكثر من ذلك فقد ذهب البعض بأن المادة الثامنة من ميثاق محكمة نورمبرغ لا تطبق إلا على المجرمين الكبار و الذين تم إنشاء المحكمة لأجل متابعتهم و ليس إلى باقي طبقات المتهمين الآخرين الذين يمكن وصفهم بالمجرمين الأقل مركزا و الذين لا يمكن تعدي المادة الثامنة إليهم مما يجعلها تطبق على الجميع بدون استثناء " of wider perpose " و هذا ما لا يمكن استساغته و ذلك أن المجرمين

-
- ¹⁰⁴ Quatre Premiers ministres : [Kiichiro Hiranuma](#), [Koki Hirota](#), [Kuniaki Koiso](#), [Hideki Tōjō](#)
 - Trois ministres des Affaires étrangères : [Yosuke Matsuoka](#), [Mamoru Shigemitsu](#), [Shigenori Togo](#)
 - Quatre ministres de la Guerre : [Sadao Araki](#), [Shunroku Hata](#), [Seishiro Itagaki](#), [Jiro Minami](#)
 - Deux ministres de la Marine : [Osami Nagano](#), [Shigetaro Shimada](#)
 - Six généraux : [Kenji Doihara](#), [Heitaro Kimura](#), [Iwane Matsui](#), [Akira Muto](#), [Kenryo Sato](#), [Yoshijiro Umezu](#)
 - Deux ambassadeurs : [Hiroshi Oshima](#), [Toshio Shiratori](#)
 - Trois hommes d'affaires ou trafiquants de drogue : [Naoki Hoshino](#), [Okinori Kaya](#), [Teiichi Suzuki](#)
 - Le garde des sceaux [Koichi Kido](#)
 - Le théoricien radical : [Shumei Okawa](#)
 - Un amiral : [Takasumi Oka](#)
 - Un colonel : [Kingoro Hashimoto](#)

Voir : Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient , ibid .

¹⁰⁵ See NAZI CONSPIRACY AND AGGRESSION, VOLUME II, Office of United States Chief of Counsel For Prosecution of Axis Criminality , United State government Printing Office Washington 1946 , at : 416 ET SUI.

الكبار لهم مكانة خاصة في كل نظام قانوني بما في ذلك النظام القانوني الألماني ؛ و بالتالي فمن الضروري إجراء تمييز من مثل هذا النوع ¹⁰⁶.

غير أن الذي حدث في أروشا كان " في البداية " العكس تماما إذ أن سير عمليات التحري و التحقيق كانت تتجه إلى الأشخاص الذين يتم إلقاء القبض عليهم نظرا لمحدودية الإمكانيات لدى المحكمة ؛ فالمدعى العام و مساعديه كانوا يوجهون التهم بناء على معيار الوجودية أي أنه إذا بلغ إلى علمهم بلاغا يفيد بإلقاء القبض على متهم يفترض ارتكابه لجرائم تدخل في اختصاص المحكمة فإن طاقم الإدعاء يعد التحريات ضده و يهيئ الملف له ذلك أن المحكمة لا تتمكن من " الإجراءات الغيابية " فالإجراءات الغيابية أو المحاكمات الغيابية لا يسمح بها النظام الأساسي و لقد لاحظ الكثيرون بأن سياسة عمل المدعى العام تتم " بالمقلوب " لأنه عوض البحث المسبق في الوقائع و مناقشة أدلة الإثبات و التحري هي التي تؤدي إلى افتراض اتهام شخص معين و ليس العكس أي الإلقاء القبض على الشخص ثم تشكيل ملف قضائي له ؛ غير أنه لحسن سير الأمور تم التحول عن هذا النمط إلى " فكرة الهرمية " في توجيه الاتهام أي يبدأ بناء العدالة من المنفذين صخرة أمام الأخرى وصولا إلى الرؤوس الكبرى ¹⁰⁷ .

و لقد لاحظ المدعي العام لمحكمة يوغسلافيا سابقا تنامي و تزايد عدد المتابعات فقرر منذ سنة

1997 توقيف توجيه أي اتهام إلى غاية اتخاذ سياسة و إستراتيجية جديدة — هكذا تمت تسميتها "

إستراتيجية" — تقوم على قواعد أكثر تنظيما فلم يعلن عن أية تهم جديدة للجمهور ؛ و حتى 1998 أصبحت المتابعات تتم ضد الأشخاص الموقوفين فعلا و المتواجدين تحت قبضة المحكمة ¹⁰⁸ .

و لقد صرح المدعي العام و هو بصدد شرح هذا النهج : "

In light of that situation I have re-evaluated all outstanding indictments *vis-à-vis* the overall investigative and prosecutorial strategies of my Office. Consistent with those strategies, which involve maintaining an investigative focus on *persons holding higher levels of responsibility*, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences¹⁰⁹ .

¹⁰⁶Voir : **MULLER-RAPPARD**, L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénal du subordonné, Paris (Pédone), 1965, at : 180.

¹⁰⁷Voir **JEAN-PIERRE GETTI** : « Un tribunal pour quoi faire? Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », POLITIQUE AFRICAINE, 1997, no 68, Pp : 51-60 ,at : 54.

¹⁰⁸See Sean D. Murphy : « Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », 93 AM. J. INT'L L. 57, (1999) ,Pp : 57-67, at : 59.

¹⁰⁹ See ICTY Doc. CC/PIU/314-E, 8 May 1998, Statement by the Prosecutor following the withdrawal of the charges against 14 accused.

و من خلال هذا يتضح بشكل جلي بأن المدعي العام اتجهت سياسته الجديدة نحو توجيه الاتهام إلى الأشخاص الذين لديهم المسؤوليات الكبرى و الأعلى و أولئك الذين ارتكبوا بصفة شخصية الجرائم الأكثر جسامة و انتهاكا ؛ و تنفيذا لهذا النهج فقد تم إنشاء فريق عمل يقوم بالتقصي عن الحقائق و ينتقل إلى مكان ارتكاب الجرائم و كان هؤلاء بمثابة محققين أو خبراء يتحررون عن الجرائم و يتلقون تصريحات الشهود و يجمعون الوثائق وذلك في المناطق التي حدثت فيها أبشع الجرائم أو الجرائم الأكثر جسامة ؛ و حتى أنهم قاموا بتلقي تصريحات الحكوميين حول المسألة و كذا من مصادر غير الحكومية و هذا سعيًا إلى ربط العلاقة بين الجرائم و الفاعلين ¹¹⁰.

و لاشك أن هذه الفكرة قد ظهرت بشكل جلي في النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون بحيث نصت المادة 15 (1) على أن " المدعى العام لابد أن يكون مسئولًا عن التحري و المتابعة تجاه الأشخاص الذين يتحملون أعباء المسؤوليات الكبرى عن ارتكاب الجرائم الأكثر مساسًا بأحكام القانون الدولي الإنساني " .

و يرى cryer بأن المتابعة لابد أن تتم ضد الأشخاص الذين ارتكبوا أبشع الجرائم و ذلك لأن دياجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد نصت بأن المحكمة تكون مختصة تجاه الجرائم الخطيرة و تؤكد أن أخطر الجرائم لابد ألا تمر بدون عقاب ؛ و بأن المادة 17(د) تجعل من الدعوى غير مقبولة إذا لم تكن على درجة غير كافية من الخطورة ؛ و حسبه فإن الدليل على ذلك هو أن المحكمة وجهت أول اتهام لها ضد Thomas Lubanga و هذا لا يعني بأن متابعة المجرمين الأقل مسئولية ليس مهما و لكن متابعة القياديين له " طابع ردعي " معناه ضمان التزام كل من هم دون رتبة الشخص المتابع و بأنهم ليسوا في منأى عن المتابعة مادامت قياداتهم لم تسلم من المتابعة و بأنهم ليسوا فوق القانون ¹¹¹.

و في نفس السياق فإن البعض يرى بأن القانون الدولي الجنائي قد سعى دائما نحو معاقبة المجرمين و قادة الحرب الذين ارتكبوا الجرائم الجسيمة فلجنة مبتدئي الحرب لسنة 1919 مثلا قد سعت نحو التحقيق في الجرائم و البحث عن الفاعلين بما في ذلك الرسميين الأعلى منصبا و وصولا حتى القيصر ¹¹².

¹¹⁰ See Sean D. Murphy, Progress and Jurisprudence, op.cit, at : 59.

¹¹¹ See Robert Cryer : « Taylor, Hussein, Milošević, Will the Leaders Face Justice? », in: Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 1/2007, 2-5.

¹¹² See Robert Cryer : « Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities », Göttingen Journal of International Law 1 (2009) 1, Pp : 45-75, at : 48-49.

و لقد وجهت المحاكم الاتهام إلى : Jean Kambanda و هو الوزير الأول للحكومة المؤقتة في رواندا من 8 أبريل 1994 إلى 17 جويلية 1994 و الذي كان حسب المحكمة يمتلك كافة السلطات والصلاحيات على عدة مجالس و كذا بلديات و لديه كلمة لدى الجيش و المسؤولين المحليين و بالتالي لديه السلطة القانونية و الفعلية و لقد رافع المتهم Jean Kambanda على أنه مذنب لسيما عندما اكتشفت المحكمة بأن المتهم كان يشارك في تجمعات مع الولاية و بأن والي مقاطعة Butare عندما رفض و عارض السياسة المتبعة من طرف المتهم ضد مجموعة التوتسي قام بتعيين واليا آخر للمقاطعة و لقد حكمت عليه المحكمة بالسجن مدى الحياة¹¹³

و كذا توجيه الاتهام لـ Akayesu و هو حاكم مقاطعة " تابا " من أبريل 1993 إلى جوان 1994 و يتمتع الحاكم بصلاحيات تنفيذية واسعة و لديه سلطات قانونية لسيما وأنه يعين من طرف رئيس الدولة بناء على اقتراح من وزير الداخلية¹¹⁴ ؛ و الملاحظ أن توسيع تطبيق النظرية على المسؤولين المدنيين على أشخاص كأمثال المتهم لاقى في البداية تحديات من طرف المحكمة و وُصف بأنه : " ذو طابع نزاعي contentiou أو بأنه : controversial " ¹¹⁵ ؛ و لقد وجدت المحكمة مذنباً لأن دوره القيادي يفرض عليه المحافظة على النظام والأمن داخل المقاطعة و هو ما لم يتخذه و بأنه كان على علم مباشر بكل ما يخطط له داخل المقاطعة¹¹⁶.

و لقد فتحت المحاكم الخاصة الباب نحو المزيد من المطالبات في متابعة المسؤولين و القادة على مختلف الأصعدة ؛ لسيما على المستوى الوطني كمتابعة الرئيس الشيلي السابق الجنرال أوغستو بينوتشي في بريطانيا ؛ و وقع بين 1998 و 2001 أكثر من 20 محاولة لبدأ إجراءات جنائية ضد كبار مسؤولي دول أجنبية ؛ كما حدث لرئيس جمهورية الكونغو الديموقراطية لورنس ديزيري كابيلا في بلجيكا و فرنسا في 1998 ؛ و رئيس الوزراء الإسرائيلي أرييل شارون في بلجيكا عام 2001-2002 ؛ و الرئيس الليبي القذافي ؛ و رئيس تشاد السابق حسين هابري في السنغال عام 2001 و كذا رئيس جمهورية الكونغو¹¹⁷ .

المطلب الثالث: توضيح الإطار العام لتطبيق المسؤولية الخاصة بالقادة .

¹¹³ See The prosecutor versus Jean Kambanda , Case no.: ICTR 97-23-S , JUDGEMENT and SENTENCE , 4 September 1998 , para : 39 .

¹¹⁴ See: prosecutor V. Akayesu, judgment , sep .2, 1998, case n ICTR -96-4-7, Para : 3-4 .

¹¹⁵ See : Matthew Lippman : « Humanitarian law : the uncertain contours of command responsibility » , Tulsa journal of comparative and international law , 2001-2002 , Pp: 1-93, at : 84 .

¹¹⁶ See : Matthew Lippman , Humanitarian law : the uncertain..., op.cit , at : 85.

¹¹⁷ انظر السيد رومان أ . كولودكين : " حصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية " ؛ ص 386 .

إن القانون الدولي الإنساني لديه طابع خاص إذا كان يتعلق الأمر بنزاع دولي أو إذا تعلق الأمر بنزاع داخلي فاتفاقيات جنيف تطرقت إلى المسألة في المادة 2 منها والتي تطبق على النزاعات الدولية، والمادة 3 المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني يتعلق بالنزاع الداخلي أو الحرب الأهلية وسواء تعلق الأمر بهذا أو ذاك فالمحاكم الخاصة كان لها دور جد هام في بيان هذا التقسيم وتوضيحه (الفرع الأول) ثم إن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لا بد أن تكون هي الأخرى مرتبطة بهذا التقسيم الجوهرى لأنهما تختلفان وهو ما سعت المحاكم الخاصة أيضا إلى بيانه (الفرع الثاني) كل هذا تمهيدا للفعل في مسألة مسؤولية الدولية للقادة.

الفرع الأول : بيان طبيعة النزاع الذي ارتكبت فيه الجريمة

منذ أن أصبحت فكرة حقوق الإنسان مسألة ذات اهتمام دولي بل أصبحت بمثابة مبدأ من مبادئ القانون الدولي¹¹⁸ أضحت بالإمكان حماية هذه الحقوق ليس فقط أثناء النزاعات الدولية بل حتى أثناء النزاعات غير الدولية أو الداخلية أو ما سمي " بالحرب الأهلية " بحيث وُجد تغيير في وجهات النظر لاسيما ما عرفه المؤتمر المنعقد سنة 1949 و من بعده ذلك المنعقد سنة 1977 لأن الثابت هو أن الاتجاه سار على الاعتراف بتطبيق هذه القواعد و الاعتراف بأن المساس بأحكامها يشكل انتهاكا جسيما و ذلك إذا ارتكبت في ظل نزاع يربط بين دولتين أو أكثر أما تعدية هذا التطبيق للنزاعات الداخلية فهي مسألة فيها نظر و لا تشكل انتهاكا جسيما ؛ و الملفت للانتباه هو أن أنظمة المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا ورواندا قد ساهما بشكل مباشر في التقدم بهذه الفكرة و التقدم بالقانون الدولي الإنساني نحو جعل الحماية تمس و تمتد إلى النزاعات الداخلية و هذا نتيجة لجسامة الجرائم و بشاعتها و كذا الضغط الذي لعبه المجتمع الدولي تجاه السعي نحو محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا أبشع هذه الجرائم حتى و إن كانت هذه الجرائم قد ارتكبت داخل الدولة الواحدة و كذا نحو السعي إلى إنشاء مؤسسات تضطلع بهذه المهمة ؛ و لا شك

¹¹⁸ See Theodor Meron : « International Criminalization of Internal Atrocities », The American Journal of International Law, Vol. 89, No. 3 , (Jul, 1995) , pp. 554-577 , at : 555.

أن فكرة كون العدالة الدولية يمكنها تعطيل العدالة الداخلية و بأنها تشكل تدخلا في الشؤون الداخلية للدولة قد تم تجاوزها لأن مسألة حقوق الإنسان لم تعد مسألة داخلية و إنما مسألة تخص القانون الدولي¹¹⁹.

و استمرارا لنفس الفكرة يمكن القول بأن العدالة الدولية لا يمكنها الاستغناء أبدا عن المحاكم الداخلية لأن تنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني و تقويته لا يمكن أن يتم بواسطة المحاكم الدولية وحدها حسب Theodor Meron بل هو لاحق على المحاكم الداخلية و مكمل لها ؛ و تظهر أهمية بيان طبيعة النزاع الذي ارتكبت فيه الجريمة في ميثاق المحاكم الخاصة على القانون محل التطبيق و ذلك أن النزاع في يوغسلافيا تم اعتباره على أنه نزاع دولي برمه بينما النزاع في رواندا على أنه داخلي و بالتالي فقواعد القانون الدولي الإنساني كلها و برمتها ستطبق على النزاع في يوغسلافيا و ذلك أن النظام القانوني للاهاي و جنيف أنشأ ما يسمى بالانتهاكات الجسيمة و يتعلق الأمر بالجرائم المرتكبة في نزاع بين دولتين و الذي يفرض على الدولتين طرفا النزاع تجريم بعض السلوكات و متابعة القائمين بهذه الانتهاكات أو تسليمهم وفقا للمبدأ " *out dedere aut judicare* " أما باقي الانتهاكات الأخرى فهي لا تشكل و لا تدخل ضمن هذا النظام و بالتالي فهي لا يمكن أن تكون محل متابعات أو أن تشكل أي أبعاد جرمية و بالتالي فهناك الانتهاكات التي ترتب المسؤولية الجزائية الشخصية للفرد و هناك الأفعال الأخرى المحظورة و لكنها لا ترتب أية مسؤولية و هذا ما يجعل من الانتهاكات المتعلقة بالمادة 3 المشتركة لاتفاقيات جنيف و من البروتوكول الإضافي الثاني تقع ضمن الإطار الأخير و بالتالي فهي لا تشكل جرائم حرب¹²⁰ ؛ أما فيما يخص النزاع الرواندي فلا يوجد أي إشكال في تطبيق قواعد جريمة الإبادة على نزاع داخلي و هو ما تم تأكيده من طرف محكمة العدل الدولية في الرأي الاستشاري الموجه لها و التأكيد على الطابع العرفي لهذه القاعدة كما أن معاهدة حماية و المعاقبة على جريمة إبادة الجنس قد أوردت في مادتها السابعة إمكانية متابعة القائمين بهذه الجريمة أمام محكمة دولية و لا يهم النزاع الذي ارتكبت فيه¹²¹.

¹¹⁹ See Theodor Meron , International Criminalization...,op.cit, at : 555.

¹²⁰ See Theodor Meron : « Is International law Moving towards criminalization » , European Journal of international law , 1998 , Pp: 18-31 , at : 23.

¹²¹See Theodor Meron , International Criminalization...,op.cit, at : 555.

و لقد عالجت المحكمة " نظرية المسؤولية الخاصة بالقائد " بالكثير من الشغف ذلك أنه منذ المحاكمات الكبرى لنورمبرغ و منذ قضية ياماشيتا لم يتم التطرق إلى الفكرة أمام محكمة دولية ؛ ففي قضية Celebici قامت المحكمة بالبحث في مسؤولية عدة متهمين و هم : Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo. ؛ و هذا يشكل منذ البداية تحديا للمحكمة لأنها تقوم بمتابعة أكثر من متهم - أربع متهمين - و كل واحد وجهت له تهم خاصة به ثم طرحت عليها فكرة طبيعة النزاع الذي ارتكبت فيه الجرائم إن كان يشكل نزاعا دوليا أم داخليا فهو في نظر المتهمين و دفاعهم نزاع داخلي و بالتالي فالجرائم التي يتابع بها المتهمون و التي تدخل في اختصاص المحكمة لا تطبق على النزاع الداخلي و بالتالي ليست لهم أية مسؤولية ؛ كما أثّرت مسألة تطبيق نظرية القائد العسكري و كذا فكرة تمديد هذا الوصف للقائد المدني ؛ و لذلك وجدت المحكمة أنه من الضروري توضيح هذا الإطار العام حتى تتمكن من تطبيق النظرية لاسيما الإجابة عن المسائل القانونية التي عرضت أمامها ¹²².

كما وُجّهت إلى المتهمين تهم بناء على مسؤولياتهم القيادية و كان رد المحكمة الأولي هو عدم تعرض نظامها الأساسي إلى ذكر كلمة " مسؤولية القادة " ¹²³ ؛ و إنما تطرقت إليه الفقرة (3) من المادة السابعة و التي يُفهم من صياغتها و جمع كلماتها أن الأمر يتعلق بمبدأ مسؤولية القائد ¹²⁴؛ و تقسم هذه المسؤولية حسب المحكمة إلى مسؤولية عن الجرائم الناجمة عن سلوك إيجابي من طرف القائد و هي المسماة " بالمباشرة " أي الناجمة عن أوامر صادرة من القائد أو تحريض أو تخطيط منه ؛ كما تقوم مسؤوليته " بالامتناع " أو ما يسمى بالمسؤولية " غير المباشرة " و هي التي تقوم عند امتناعه عن اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع أو عقاب الخاضعين لسلطته عند ارتكابهم لجرائم القانون الدولي الإنساني .

كما تم تحميل المسؤولية عن انتهاك قواعد و أعراف الحرب لأن المحكمة وجهت إليها دفوعا تتعلق بأن اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 لا تلزم إلا الدول التي صادقت عليها أو المنظمة إليها ؛ غير أن المحكمة ذكرت بأن هذه الاتفاقيات معترف بها من طرف جميع الدول و بأن القواعد الواردة بها كانت موجودة قبل إدراجها ضمن هذه الاتفاقيات و هي الآن تعتبر بمثابة جرائم حرب في القانون الدولي و بأن أي انتهاك لها

¹²² See Press Release , The Hague, 16 November 1998 CC/PIU/364-E, at : <http://www.icty.org/sid/7617> .

¹²³ See Prosecutor v. Zejnil Delalic Zdra Vko Mucic also known as "PA VO" Hazimdelic Esad Landzo also known as "ZENGA" , Judgment , Case No.: IT-96-21-T , 16 November 1998 , Para : 331.

¹²⁴ See Prosecutor v. Zejnil Delalic and authers ..., op.cit., Para : 332.

يحمل مرتكبها المسؤولية الجزائية الشخصية ؛ كما أوضحت المحكمة بأن الجرائم المذكورة في المادة 3 من نظامها الأساسي واردة على سبيل الذكر فقط و ليس الحصر¹²⁵.

و تعتبر مسألة الفصل في طبيعة النزاع بمثابة *sine qua non* لتطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني ؛ فقد وجدت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Celebici أنه حتى يتسنى تطبيق القواعد المسماة بقواعد القانون الدولي الإنساني لابد أولاً أن ترتكب الوقائع محل الإسناد في ظل نزاع مسلح ما و سواء كان هذا النزاع دولياً أو داخلياً - (para. 182) -¹²⁶ .

و لقد فصلت المحكمة في قضية Hadlihasanovic عندما عرضت أمامها مسألة من طرف الدفاع تتعلق بعدم تطبيق أحكام مسؤولية القادة على النزاعات الداخلية ؛ فذكرت المحكمة بأن النظرية تطبق بشكل كلي و كامل على النزاعات الداخلية و بأن هذه المسألة أصبحت بمثابة مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي¹²⁷ .

¹²⁵ See :Daphna Shrager And Ralph Zacklin , The International criminal tribunal..., op.cit., p : 365-366.

¹²⁶ Voir QUÉGUINER JEAN-FRANÇOIS : « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire » , international review of red cross , june 2003 , vol :85, N 850 , Pp : 271-311, at : 274.

¹²⁷ See : The Prosecutor v.Enver HADŽIHASANOVIC Amir KUBURA , judgment , Case No. IT-01-47-T , 15 March 2006 , In The Trial Chamber , para : 65.

الفرع الثاني : بيان طبيعة الجرائم محل المتابعة

يُشكل نظام المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا و رواندا تقدما غير مسبوق منذ نورمبرغ حسب meron¹²⁸ ؛ ولقد احتلت الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف و جريمة الإبادة موقعا مركزيا في النظام ؛ كما اعترف النظام بالجرائم ضد الإنسانية حتى وإن كانت مرتكبة في ضل نزاع داخلي و ليس فقط في إطار نزاع دولي¹²⁹؛ و لقد تعاملت المحكمة مع فكرة تحميل المسؤولية إلى القادة في إطار فهم مسبق للقانون الدولي الإنساني ؛ ذلك أنه قبل البحث في المسؤولية لابد من البحث في " القانون الموضوعي " الذي تم انتهاكه أي في البحث عن ماهية الجرائم التي ارتكبت ؛ فإذا ارتكب القائد " لجريمة التعذيب " مثلا أو أمر بارتكابها أو أغفل منع ارتكابها اتجه سلوك المحكمة قبل البحث في مسؤولية القائد إلى مناقشة وجود الجريمة و بيان أركانها و أدلة إثباتها ثم فكرة " إسنادها " ؛ ففي قضية Furundzija مثلا قامت المحكمة عند مناقشة التعذيب بإثبات الطابع العرفي لمعاهدة مناهضة التعذيب و غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984 ثم أوضحت المحكمة أركان هذه الجريمة : و هما ركنين ؛ الأول : **وجود الهدف** و المقصود به الحصول على معلومات أو تصريحات و هذا بناء على استعمال عقوبات بالإهانة أو بالإكراه...؛ و الثاني هو بأن هذا الفعل يكون قد ارتكب أثناء التحريات و بموافقة ضابط عمومي أو بواسطة شخص يتصرف بصفة رسمية¹³⁰ .

و من المفيد التأكيد على أن معاهدة مناهضة التعذيب لم تبين أركان هذه الجريمة ؛ غير أن المحكمة قارنت بين إعلان الأمم المتحدة حول التعذيب لـ 9 ديسمبر 1975 و بين معاهدة مناهضة التعذيب لسنة 1984 ، و بأن هذين الركنين لا يظهران في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية¹³¹؛ و على العموم فإن دور المحكمة هنا هو " دور تفسيري " فهي عمدت إلى تطبيق القواعد الواردة في المعاهدة و قامت بتوضيح إطار تطبيقها ثم إسنادها أي تحميل المسؤولية عن انتهاك قواعدها¹³².

¹²⁸ See Theodor Meron : « Is International law Moving towards criminalization » , European Journal of international law, 1998(9), Pp: 18-31, at : 22.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ voir JEAN-FRANÇOIS QUÉGUINER , Dix ans après la création du Tribunal..., op.cit, p : 304.

¹³¹ voir JEAN-FRANÇOIS QUÉGUINER , Dix ans après la création du Tribunal ..., op.cit , p : 304.

¹³² و لا يفوتنا التذكير هنا بأن الجزائر قد صادقت على اتفاقية مناهضة التعذيب في 12 سبتمبر 1986 و أنها دخلت حيز النفاذ في 12 أكتوبر 1986 .

و لقد نصت المادة 7 الفقرة السابعة على أن أيا من الأفعال المنصوص عليها من المواد 2 إلى 5 من النظام الأساسي الحالي المرتكبة من الخاضع لا تعفي القائد من المسؤولية ... ؛ و من خلال أحكام هذه المادة نجد بأن القائد قد يكون مسؤولاً عن أكثر الجرائم جسامة الواردة في نظام المحكمة¹³³.

و على العموم فإن المحاكم الخاصة تنظر في ثلاث جرائم هي : الإبادة و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب ؛ و لقد بيّن النظام الأساسي للمحاكم هذه الجرائم و قد شرح الأمين العام للأمم المتحدة هذا النظام كما بين أهداف المحكمة و أعطى كل مادة من النظام الأساسي شرحاً و المقصود بها بما في ذلك الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة¹³⁴؛ و لقد اتجه موقف الدول إلى عدم إعطاء المحكمة أية سلطة أو قدرة على إنشاء قواعد جديدة لسيما وأن المحكمة تعتبر متفرعة عن مجلس الأمن و لذا فلا يمكنها حسب ممثلي الدول إنشاء قواعد للقانون الدولي بل يمكنها فقط تطبيق القانون الدولي الإنساني الموجود ؛ و هذا ما جعل تقرير الأمين العام عند شرحه حول " مبدأ لا جريمة بدون نص " يذكر بأن المحكمة لا تطبق إلا قواعد القانون الدولي الإنساني و التي أصبحت بما لا يدع أي مجال للشك جزءاً من القانون العرفي ؛ و حسب البعض فإن النظام الأساسي قد ورد " محافظاً conservative " بدليل أنه لم يشر إلى البروتوكول الملحق لاتفاقيات جنيف رغم أن بعض الدول أراد الإشارة إليه في النظام الأساسي لأنه شك في مصدره العرفي¹³⁵.

و لقد تعمد صانعو النظام الأساسي جعل محتوياته واردة بشكل عام و موسع و في بعض الأحيان غامضة لسيما بالنسبة للجرائم ؛ كما أنه في أحيان أخرى يسكت عن بعض المسائل رغم النقاشات الموسعة التي تمت بين الدول الأعضاء في مجلس الأمن و كذا بعض الدول الأخرى المهتمة بموضوع حقوق الإنسان¹³⁶.

¹³³See **Fenrick (W.J)** : « some international law problems related to prosecutions before the international criminal tribunal for the former Yugoslavia », *Duke journal of comparative and international law* , 1995, vol: 6, Pp : 103- 125, at : 112.

¹³⁴ See **Allison Marston Danner** : « When Courts Make Law : How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War », *VANDERBILT LAW REVIEW* , VOLUME 59, JANUARY 2006, NUMBER 1, Pp:1-65, at 20.

¹³⁵ See Allison Marston Danner , *When Courts Make Law...*, op.cit, p : 21.

¹³⁶ Ibid.

و من جهة أخرى فإن نظام محكمة رواندا اعترف بجرمية الانتهاكات التي تمس المادة 3 المشتركة لاتفاقيات جنيف و البروتوكول الإضافي الثاني و هو يشكل اعتراف جد إيجابي حتى و إن كانت الانتهاكات قد ارتكبت في نزاع داخلي¹³⁷.

و لقد تطرقت المادتين الثانية والثالثة من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا إلى الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 ولانتهاكات قوانين أو أعراف الحرب؛ ولقد شرح الأمين العام المقصود بالانتهاكات الجسيمة وذكر بأنها تلك الواردة في اتفاقيات جنيف الأربعة ويتعلق الأمر: بالاتفاقية المتعلقة بتحسين حالة المصابين والمرضى بالقوات المسلحة، والاتفاقية المتعلقة بتحسين حالة المصابين والمرضى وأفراد السفن المحطمة للقوات المسلحة في البحر و الاتفاقية المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب والاتفاقية المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/ أغسطس 1949؛ وذكر بأن هذه الاتفاقيات تشكل أساسا للقانون العرفي الساري في النزاعات المسلحة¹³⁸؛ وبأن هذه الانتهاكات ذات خطورة خاصة يمكن تسميتها " انتهاكات جسيمة أو جرائم حرب " والأشخاص الذين يرتكبون ، أو يأمرّون بارتكاب هذه الانتهاكات الجسيمة يخضعون للمحاكمة والعقوبة ؛ كما بيّن المقصود بانتهاكات قوانين وأعراف الحرب بالرجوع إلى اتفاقية لأهالي الرابعة لعام 1907 بشأن قوانين وأعراف الحرب في البر والقواعد المرفقة بها¹³⁹.

أما بخصوص نظام محكمة روندا فقد وردت المادة الرابعة منه تحت عنوان: انتهاكات المادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف وانتهاكات البروتوكول الإضافي الثاني¹⁴⁰؛ ويتعلق الأمر بأهم اختلاف بين النظامين من حيث الاختصاص الموضوعي للمحكمة وذلك لأن لجنة الجزاء قد ذكرت بأن النزاع في رواندا كان بين قبيلتي التوتسي و الهوتو وبالتالي فهو نزاع داخلي مما يجعل اتفاقيات جنيف لسنة 1949 لا تطبق

¹³⁷ See Theodor Meron , Is International law Moving ...,op.cit, at : 22.

¹³⁸نظر: تقرير الأمين العام مقدم عملاً بالفقرة 2 من قرار مجلس الأمن 808 (1993)؛ 25 704 s/ بتاريخ 3 ماي 1993، بالعربية، الفقرة: 35 و 37.

¹³⁹ نظر : تقرير الأمين العام ؛ المرجع السابق؛ الفقرة: 11.

¹⁴⁰نظر القرار 955 (1994) الذي أتخذته مجلس الأمن في جلسته 3453 المنعقدة في 8 نوفمبر 1994، UN Doc S/ res/955(1994)، بالعربية، الصفحة

على النزاع داخل رواندا ؛ كما تم استثناء تطبيق المادة 3 المشتركة والبروتوكولين الإضافيين عن التطبيق على النزاع اليوغسلافي¹⁴¹.

أما بخصوص الجرائم ضد الإنسانية فإنه على خلاف انتهاكات اتفاقيات جنيف لعام 1949 أو إبادة الأجناس فإن الجرائم ضد الإنسانية لم تُعرّف في معاهدة لأن استخدام تعبير الجرائم ضد الإنسانية تطور بصورة غير متسقة لأنه قبل الحرب العالمية الثانية لم يلق الكثير من الاهتمام ، ولقد تطرق إعلان سان بطرس بوج في عام 1868 استخدام بعض المتفجرات أو القذائف الحارقة في أوقات الحرب حيث أعلن أنها مناقضة لقوانين الإنسانية¹⁴².

كما تم التطرق إليها سنة 1907 في شرط مارتينز كما يلي : " إلى أن تصدر مدونة أكمل لقوانين الحرب (...) يظل السكان والمحاربون تحت حماية وحكم مبادئ القانون الأمم ، كما تنبع من العرف بين الشعوب المتحضرة ، ومن القوانين الإنسانية ، و املاءات الضمير العام " .

كما تم التطرق إليها في إعلان حكومات فرنسا وبريطانيا العظمى وروسيا الذي يندد بمذبحة الأرمن التي جرت في تركيا ، ولاشك أن الأهم من ذلك هو ما تطرقت إليه لجنة مسؤوليات مبتدئي الحرب وإنفاذ العقوبات : على أن الإمبراطورية الألمانية و حلفائها قد شنوا الحرب بأساليب بربرية أو غير شرعية انتهاكا لقوانين وأعراف الحرب القائمة والقوانين الإنسانية الأولية وأن كل من ينتمون إلى البلدان المعادية ... الذين ارتكبوا جرائم ضد قوانين وأعراف الحرب أو القوانين الإنسانية معرضون للملاحقة الجنائية¹⁴³ .

أما بعد الحرب العالمية الثانية فقد نصت المادة 6 من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية لملاحقة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب على أن من سلطة المحكمة : " التحقيق ومعاقبة الأشخاص الذين ارتكبوا ، وهم يتصرفون لصالح بلدان المحور الأوروبية سواء كأفراد أو كأعضاء في منظمات إحدى الجرائم التالية :

(...)

¹⁴¹ See : Payam Akhavan : « the international criminal tribunal for Rwanda : the politics and pragmatics of punishment ” , the American journal of international law , vol : 90 , N3, jul 1996 , Pp : 501-510, At : 503.

¹⁴² أنظر : ماري كلود روبرج " اختصاص المحكمتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا بشأن جرائم إبادة الأجناس والجرائم ضد الإنسانية " ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، ملف خاص : القضاء الجنائي الدولي والقانون الدولي الإنساني محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا ، نوفمبر ديسمبر 1997 ، ص ص : 630-643 .

¹⁴³ أنظر ماري كلود روبرج ، اختصاص المحكمتين المخصصتين ... ، ص 632 .

(ج) **الجرائم ضد الإنسانية** : أي أعمال القتل أو الإبادة أو الاسترقاق أو أي أعمال غير إنسانية أخرى ضد أي سكان مدنيين قبل الحرب أو أثناءها ؛ أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية تنفيذا لأي جريمة تدخل في ولاية المحكمة أو على صلة بها سواء كانت تشكل أو لا تشكل انتهاكا للقانون الوطني للبلد الذي ارتكبت فيه " .

و لقد طبقت المحكمة الخاصة بنورمبورغ المادة 6 (ج) بصفة غامضة إذ أن الجرائم ضد الإنسانية كانت تتداخل مع جرائم الحرب ؛ ففسرت المحكمة المادة 6 (ج) بطريقة لا تدخل هذه الجرائم إلا حين ترتكب تنفيذا لجريمة ضد السلم أو لجريمة حرب أو بمناسبةها وبالتالي لا بد من وجود رابطة سببية بين الأعمال التي عدتها المادة 6 (ج) و الحرب 144 .

و لقد اختلف قانون مجلس المراقبة رقم 10 عما نص عليه ميثاق محكمة نورمبورغ بحيث نص على أن الجرائم ضد الإنسانية هي على النحو التالي : " الفظائع و الجرائم بما فيها وإن لم يكن بشكل مانع ؛ القتل أو الإبادة أو الاسترقاق أو الترحيل أو السجن أو التعذيب أو الاغتصاب أو غير ذلك من أفعال لا إنسانية ترتكب ضد السكان المدنيين أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية ، سواء كانت تشكل أو لا تشكل انتهاكا للقوانين الداخلية للبلد الذي ارتكبت فيه " .

والاختلافات مع المادة 6 (ج) من ميثاق لندن ملحوظة : تعبير " الفظائع والجرائم بما فيها ، وإن لم يكن بشكل مانع ؛ فقائمة الفظائع والجرائم في قانون مجلس مراقبة قائمة شاملة وليست مانعة كما هي في المادة 6 (ج) ؛ (2) إضافة " السجن " و " التعذيب " و " الاغتصاب " ؛ إلى قائمة الجرائم والفظائع ، (3) إلغاء الصلة اللازمة بين الجرائم المحددة التي تعددها المادة الثانية (ج) والجرائم ضد السلم و جرائم الحرب ، (4) لم يتضمن قانون مجلس المراقبة عبارة " قبل الحرب أو أثناءها " 145 .

و بالتالي لم تكن المحاكم مقيدة في تفسيرها لقانون مجلس المراقبة بالتفسير الضيق الذي تطور في أحكام قضايا نورمبرغ .

أنظر سوسن تمرخان بكه ، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2006 ، ص 60 . 144 .

145 أنظر : ماري كلود روبرج ، المرجع السابق ، ص : 633 .

وعلى سبيل المثال ففي قضية **Einsatzgruppen** أعلنت المحكمة بشكل محدد أنها لم تعد مقيدة باشتراط الرابطة أو الصلة مع الجرائم ضد السلم أو جرائم الحرب ، كما أنها ليست مقيدة بجنسية الضحية أو المتهم ، أو بمكان الذي ارتكبت فيه الجريمة ¹⁴⁶ .

ويمكن أن نجد الاختلافات في تعريف الجرائم ضد الإنسانية كذلك بين النظامين الأساسيين لمحكمة يوغسلافيا السابقة ومحكمة رواندا فالمادة 05 من النظام الأساسي ليوغسلافيا تنص على ما يلي :

" للمحكمة الدولية سلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التالية إذا ارتكبت أثناء نزاع مسلح ، سواء كان طابعه دوليا أو داخليا ، واستهدفت أي سكان مدنيين : (أ) القتل ، (ب) الإبادة ، (ج) الإسترقاق ، (د) النفي ، (هـ) السجن ، (و) التعذيب ، (ز) الاغتصاب ، (ح) الاضطهاد لأسباب سياسية وعرقية ودينية ، (ط) سائر الأفعال غير الإنسانية " .

و من ناحية أخرى يقدم النظام الأساسي لمحكمة رواندا الجنائية الدولية قائمة الجرائم نفسها وإن كانت البداية مختلفة فهو على عكس النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة لا يشترط أن ترتكب الجرائم أثناء نزاع مسلح ، بل يجب أن ترتكب " كجزء من هجوم واسع ومنهجي على أي مدنيين لأسباب قومية أو سياسية أو إثنية أو عرقية أو دينية " .

ولقد فسرت المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا مقتضيات المادة 05 عندما تكون الجرائم مرتكبة في نزاع مسلح وكذا أن تكون موجهة ضد أي مجموعة من السكان المدنيين بقولها :

First, " when committed in armed conflict " necessitates the existence of an armed conflict and a nexus between the act and the conflict ,secondly, "directed against any civilian population" is interpreted to include a broad definition of the term "civilian" it furthermore requires that the acts be under taken on a widespread or systematic basis and in furtherance of a policy... all relevant acts must be undertaken on discriminatory grounds, finally ,the perpetrator must have knowledge of the wider context in which his act occurs ¹⁴⁷

¹⁴⁶ أنظر : ماري كلود روبرج ، المرجع السابق ، ص: 634 ، وأنظر أيضا : سوسن تمرخان بكة ، المرجع السابق ، ص: 60 .

¹⁴⁷ See : faiza patel king and anne-marie la rosa : "Current Developments : International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia " ,Revue Belge de Droit International , 1997-2, P p : 533-555 , At : 539.

كما فسّرت المحكمة مصطلح : أن تكون الجرائم ضد الإنسانية مرتكبة في " ظل نزاع مسلح " أي أن تكون الأفعال قد وقعت : " أثناء أو بناء على وقوع نزاع مسلح "؛ وهذا ما يشكل حسب البعض نوع من التطابق مع طبيعة اختصاص المحكمة ؛ ومن جهة أخرى يمكن تفسيره على أن الأفعال مرتبطة جغرافيا مع النزاع المسلح ؛ أما بالنسبة للعنصر الثاني والمتعلق بتوجيه الأفعال ضد أية مجموعة سكانية فهذه المسألة تضم عدة عناصر : منها أن المحكمة فسّرت المقصود بالسكان المدنيين ابتداء بما أوردته اتفاقيات جنيف و وصولا إلى القضاء الفرنسي في قضية باربي ؛ وقد منحت المحكمة تفسيراً موسعاً للكلمة بما في ذلك " السكان النشطاء في حركات مقاومة " والذين يمكن أن يكونوا ضحية جرائم ضد الإنسانية 148 ؛ ثم إنه عندما نربط فكرة "السكان" "بالمدنيين" فإن المحكمة تستبعد الأفعال أو التصرفات المنفردة أو المنفصلة والتي يمكن أن توصف بأنها جرائم حرب أو جرائم تدخل ضمن نطاق القوانين الجزائية الداخلية والتي لا ترقى إلى مصاف الجرائم ضد الإنسانية .

ومن جهة أخرى فإن فكرة أن تكون الجرائم مرتكبة على نطاق موسّع ومنظم قد تم تفسيرها من طرف المحكمة أيضا على أنها قد تكون موسّعة أو منظّمة ولا يشترط أن تكونا معا إذ يكفي أن تقع إما على نطاق موسّع أي أن ترتكب على نطاق شامل أو أن ترتكب في نطاق منظّم أي أن ترتكب بناء على مخطط مسبق أو سياسة مسبقة 149 .

كما وجدت المحكمة بأنه حتى يمكن اعتبار أفعالا ما على أنها تشكل جرائم ضد الإنسانية لا بد أن تكون جزءا من مخطط شامل يستهدف السكان المدنيين و بأن :

Such a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur . notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts , whether formalized or not. Although some doubt the necessity of such a policy the evidence in this case clearly establishes the existence of a policy .¹⁵⁰

¹⁴⁸ See : Faiza patel king and anne-marie la rosa , *op .cit*, p : 539-540 .

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

أما بالنسبة للقصد الجنائي في هذه الجريمة أو درجة القصد الجنائي المطلوبة ؛ فقد ذكرت المحكمة بأنه لتوافر القصد فإنه بالإضافة إلى القصد الجنائي من طرف الفاعل لابد أن يعلم درجة التوسع الذي ترتكب فيه هذه الجرائم ؛ أو أن يعلم الفاعل بأنه يشارك في جزء من قتل موسع أو مساهمة موسعة والذي بمقتضاه عدد غير محدد من الأفراد يتم قتلهم بشكل منظم¹⁵¹ .

وحسب w.fenrick فإن المادة 5 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا تعتبر ذات توجهٍ وسطي مقارنة بالمادة 02 التي اعتمدت توجهًا محافظًا والمادة 03 التي اعتمدت توجهًا تقدميًا ؛ فالقانون الدولي العرفي حسبه كان يربط الجرائم ضد الإنسانية بالجرائم الأخرى التي تدخل في اختصاص المحكمة كما حدث في نورمبرغ وبالأخص عند ربط ارتكاب هذه الجرائم بالنزاع المسلح الدولي ؛ وأن هذه المادة سمحت بتكييف هذه الجرائم وتطبيقها إذا كانت مرتكبة في ظل نزاع مسلح¹⁵².

و لقد رفض الدفاع التوجه الذي اتخذه الإدعاء لكون القانون الدولي العرفي حسبه يشترط " الارتباط the nexus " بين الجرائم ضد الإنسانية والنزاع المسلح الدولي ؛ كون الدفاع أفاد بعدم وجود أي ارتباط مع أي نوع من النزاع المسلح¹⁵³؛ فأقرت المحكمة بأن :

It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict ."

كما أوضحت المحكمة طبيعة النزاع الذي قد ترتكب فيه هذه الجرائم بقولها بأن النزاع المسلح يعتبر كذلك كلما وجد نوع من اللجوء إلى القوة المسلحة بين الدول أو داخل الدولة الواحدة بين القوات النظامية ومجموعات مسلحة منظمة أو بين هذه المجموعات والدولة¹⁵⁴.

¹⁵¹ See : daryl A.Mundis : « current developments at the AD-Hoc international criminal tribunals” , journal of international criminal justice , 2003 , Pp : 520-554 , At : 521.

¹⁵² See :w.j Fenrick : « the development of the law of armed conflict though the jurisprudence of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia ” , p : 215.

¹⁵³ See: w.j Fenrick ,the development..., *op.cit* ,At :216

¹⁵⁴ Ibid.

أما بالنسبة لجريمة إبادة الأجناس فقد تم تقنينها ولا يشير تعريفها جدالا وقد اعتمد النظامان الأساسيان لمحكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا حرفيا تعريف الجريمة كما نجدها في المادة 02 من اتفاقية عام 1948 بشأن منع جريمة إبادة الأجناس والمعاقبة عليها .

" تعني إبادة الأجناس أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد القضاء ؛ كليا أو جزئيا على جماعة وطنية أو إثنية أو عرقية أو دينية باعتبارها جماعة لها هذه الصفة:

- (أ) قتل أفراد هذه الجماعة
- (ب) إلحاق ضرر بدني أو عقلي بالغ بأفراد الجماعة.
- (ج) إرغام الجماعة عمداً على العيش في ظل ظروف يقصد بها أو تؤدي ، كليا أو جزئيا إلى القضاء عليها قضاء ماديا .

(د) فرض تدابير يقصد بها منع التوالد في الجماعة

(هـ) نقل أطفال الجماعة تسرا إلى جماعة أخرى .

وتخضع الأفعال التالية للعقوبة :

- (أ) إبادة الأجناس
- (ب) التواطؤ على إبادة الأجناس
- (ج) التحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة إبادة الأجناس
- (د) الشروع في ارتكاب جريمة إبادة الأجناس .
- (هـ) الاشتراك في ارتكاب جريمة إبادة الأجناس .

و المعلوم أن اتفاقية إبادة الأجناس قد كانت كرد فعل على الفضائع التي ارتكبتها النازيون أثناء الحرب العالمية الثانية ؛ وتستثنى الاتفاقية المجموعات السياسية و الاجتماعية لأن هذه المجموعات ليست محمية ، بموجب الاتفاقية وحسب أ. شريف بسيوني فإن الجماعة المحمية هي فقط تلك المذكورة في الاتفاقية ؛ و الأكثر من ذلك فهذه الاتفاقية لا تحمي المدنيين¹⁵⁵.

¹⁵⁵ See : Cherif Bassiouni , Crimes Against Humanity : historical evolution and contemporary application , Cambridge university press , 2011, P : 209 .

و لذلك فإنه عند تحليل التعريف نجد ثلاثة عناصر رئيسية : هي (1) جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية يمكن التعرف عليها ،(2) نية القضاء على هذه الجماعة كلياً أو جزئياً (mens rea) ،(3) ارتكاب أي من الأفعال الواردة في قائمة تجاه الجماعة التي يمكن التعرف عليها (Actus reus) ¹⁵⁶.

و ما يميز جريمة إبادة الجنس بشكل ظاهر هي : نية القضاء بشكل كلي أو جزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عرقية ؛و من أجل ذلك فقد أكد الأستاذ شريف بسيوني على أن قتل كل فرد واحد مع توافر هذا القصد هو جريمة إبادة الأجناس في حين أن قتل ألف شخص دون هذا القصد ليس سوى جريمة قتل ¹⁵⁷ ؛لأن جريمة الإبادة هي الإنكار لحق الحياة لكائن بشري واحد فالهدف النهائي هو المجموعة ذاتها ومن هنا فإن الأعمال المحظورة Actus reus قد تقتصر على كائن بشري واحد لكن mens rea أو العنصر الذهني يجب أن يكون موجهاً ضد حياة الجماعة وبعبارة أخرى فإن إبادة الأجناس تحدث حين تكون النية هي القضاء على الأفراد لغير ما سبب سوى أنهم أعضاء في مجموعة محددة ¹⁵⁸ .

و لقد انتقد بعض الفقهاء تطبيق المحكمة الجنائية الخاصة برواندا لجريمة إبادة الأجناس المرتكبة من طرف القادة ؛ فصرح أ. Schabas بأن المحكمة في قرارها حول مسؤولية القائد عن جريمة الإبادة دلّت على وجود خطأ قضائي عميق حول مفهوم هذه الجرائم برمتها ¹⁵⁹ .

و لقد تصدّت المحكمة الدولية الخاصة برواندا في قضية : Akayesu إلى مسؤولية هذا الأخير بصفته حاكماً لمقاطعة TABA باعتباره قائداً مدنياً أو مسؤولاً سياسياً تم في مقاطعته ارتكاب جرائم إبادة أجناس فناقشت المحكمة مسؤولية الشخصية المباشرة بناءً على نص المادة 6 (1) من النظام الأساسي ثم مسؤوليته الغير مباشرة الناجمة عن ارتكاب أشخاص خاضعين لسلطته لجرائم إبادة بناءً على نص المادة 6 (3) وكذا ارتكاب جرائم اغتصاب والمصنفة كجرائم ضد الإنسانية ¹⁶⁰ .

¹⁵⁶ أنظر : ماري كلود روبرج . المرجع السابق ، ص : 639 .

¹⁵⁷ See : Cherif Bassiouni , Crimes Against..., *op.cit* , P : 209.

¹⁵⁸ أنظر : ماري كلود روبرج . المرجع السابق ، ص 640

¹⁵⁹ See : Alexander Zahar : « command Responsibility of civilian superiors for genocide », Leiden journal of international law , 2001 , Pp : 591-616 , At : 595 , sited in his book : Genocide in international law : the crimes of crimes , Cambridge university press , 2000 , At : 309 , he wrote :

” the ICTR’s decisions on command Responsibility in genocide indicate a profound judicial malaise with the entire concept “.

¹⁶⁰ See : A.Zahar , *op.cit* , p : 595-596.

و في معرض مناقشتها لمسؤولية الجزائية بصفتها القيادية أن يتوفر لديه القصد الجنائي ، وبأن المسؤولية الجزائية للقائد ليست جريمة في حد ذاتها وإنما هي نوع من أنواع المسؤولية الجزائية الشخصية ؛ كما يمكن أن تشكل نوع من أنواع المساهمة الجنائية ¹⁶¹ .

و يعتبر الاجتهاد الصادر من المحكمة الخاصة برواندا في قضية أكايوسو حول تحديد الجماعات المحمية بموجب الاتفاقية أول تفسير قضائي من طرف محكمة دولية لهذه المسألة ¹⁶²؛ ذلك أن المحكمة بحثت في طبيعة تكييف مجموع الضحايا التوتسي الذين ارتكب في حقهم جريمة الإبادة سنة 1994 ؛ فأوضحت بأن المادة 02 من الاتفاقية ينبغي أن تطبق على جميع المجموعات : " الثابتة والدائمة " وهذا بغض النظر عما إذا كانت مجموعات التوتسي تدخل بشكل تقريبي ضمن مفهوم " المجموعات " الوطنية ، الإثنية ، العرقية أو الدينية ¹⁶³ ، و المقصود بالمجموعات الثابتة حسب المحكمة هي فكرة الانتماء و العضوية في مجموعة بشكل دائم ويتحدد (أي الانتماء) " بالميلاد " وهذا تميزا لها عن المجموعات المتنقلة و التي ينظم أفرادها إلى بعضهم بشكل إرادي كالمجموعات السياسية أو الاقتصادية .

ولقد تجاوزت المحكمة هذه المسألة واتجهت إلى اعتبار المعيار : " جماعات ثابتة ودائمة " هو الأساس بقولها :

“The question that arises is Whether it would be impossible to punish the physical destruction of a group as such under the genocide convention , if the said group ,Although stable and membership is by birth ,does not meet the definition of any one of the four groups expressly protected by the genocide convention. in the opinion of the chamber , it is particularly important to respect the intention of the drafters of the genocide convention ,which according to the *travaux preparatoires* ,was patently to ensure the protection of any stable and permanent group ¹⁶⁴ ”

¹⁶¹ و لمعلومات أكثر حول تكييف المسؤولية الجزائية للقائد أنظر الجزء الثاني من الدراسة .

¹⁶² See :william A.Schabas : « Groups protected by the genocide convention : conflicting interpretation from the international criminal tribunal for Rwanda “ , ILSA journal international and comparative law ,1999-2000 , vol : 06 , Pp : 375-387 , At : 376 .

¹⁶³ See: W. Schabas , groups protected...,*op.cit* , p :376.

¹⁶⁴ See: prosecutor V. Akayesu, judgment , sep .2, 1998, case n ICTR -96-4-7, Para : 515 .

و الملاحظ أن المحكمة ضمت جماعة التوتسي إلى المجموعات المحمية بموجب اتفاقية إبادة الأجناس على الرغم من أن المصطلح جماعة اثنية يعتبر غير كاف ، كما أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي صاحبت صياغة المعاهدة والذهاب إلى أبعد مما أوردته الاتفاقية من حالات محددة حصرا حسب schabas قد فتح المجال للنقد لكون الاعتماد على الأعمال التحضيرية لا يعطي المحكمة الحق في الخروج عن الحالات المحددة حصرا و التي أوردتها المادة الثانية من الاتفاقية 165.

و في قضية kayishema and ruzindana بحثت المحكمة في المسؤولية الجزائية للمتهم بناء على نص المادة (6)3 من نظامها الأساسي عن جرائم الإبادة المحتمل ارتكابها من طرف الأشخاص الخاضعين لسلطته فأوضحت أنه لا بد من توافر الركن المعنوي و الركن المادي في الجريمة .

أما بخصوص الركن المعنوي في جريمة الإبادة فيتعلق الأمر بضرورة توفر "قصد جنائي خاص dolus specialis " لدى الفاعل¹⁶⁶ ؛ أين يصعب إثبات هذه النية إلا بالرجوع إلى سلوكات و تصرفات الفاعل بما في ذلك الرجوع إلى أدلة إثبات غير مباشرة ؛ و لقد شاطرت المحكمة لجنة الخبراء في التقرير النهائي المعدّ حول الأوضاع في رواندا بأن عدد الضحايا يمكنه التدليل بشكل مقنع على وجود النية و بأن النية يمكن أن تستنتج من أقوال الفاعل أو من سلوكاته ؛ ومن أدلة الإثبات على ذلك القيام بالهجوم المادي على المجموعة أو على ممتلكاتها أو استعمال ألفاظ مهينة اتجاه أحد أفرادها ؛ نوع الأسلحة المستعملة ؛ جسامه الأضرار اللاحقة بالضحايا ؛ طبيعة التخطيط المنهج ؛ و الطريقة المنظمة لارتكاب الجريمة ؛ كما يمكن إضافة عدد الضحايا ؛ التوسّع النسبي الذي شملته الإبادة أو الشروع فيها ؛ كل هذه تشكل في نظر المحكمة قرائن لاكتشاف النية الإجرامية لدى الفاعل¹⁶⁷.

فبالنظر إلى عدد الضحايا مثلا و الذي يمكن اعتباره كقرينة لاكتشاف النية الإجرامية لدى الفاعل لاحظت المحكمة بعد تحققها من أربعة مواقع كانت تحت التصرف الفعلي للمتهم : كنيسة سان جين و ملعب GATWARO و كذا كنيسة موبوقا و في منطقة BISESERO و التي وجدت عدد كبير من القتلى فيها قدر بين 8000 و 27000 في الملعب ؛ و بين 4000 و 5500 في كنيسة موبوقا ؛ أما في منطقة BISESERO فالعدد غير محدد و صعب التحديد و الذي يمكن تقديره حسب الشهادات المتحصل عليها

¹⁶⁵ See:W.Schabas , *op .cit* ,At : 380.

¹⁶⁶ Voir : le procureur V .Clement Kayishema and Obed Ruzindana , jugement , la chambre de première instance 2 , 21 mai 1999 , ICTR-95-1-T , para : 90.

¹⁶⁷ Voir : le procureur V .Clement Kayishema and Obed Ruzindana , *op.cit* , para : 91-94.

بعشرات الآلاف و بناء على هذه الأعداد المعتبرة من القتلى من التوتسي اعتبرت المحكمة بأن ذلك يشكل دليلاً قطعياً على نية القضاء على الجماعة الاثنية كلياً أو جزئياً¹⁶⁸.

و لقد وجدت المحكمة المتهم مذنباً لارتكابه لجرائم الإبادة بصفته الشخصية لكونه حرّض و أصدر أوامر و ساعد و عاون و كذا خطط لارتكاب جريمة إبادة الأجnas ابتداء من 17 أبريل 1994 و ذلك بقتله لمجموعة التوتسي؛ بالإضافة إلى تحميله المسؤولية الجزائية باعتباره مسؤولاً و قائداً تم ارتكاب جرائم من طرف أشخاص خاضعين لسلطته دركيبين ومسؤولين محليين و حراس سجون و مستشارين و مسؤولين بلديين لدى المتهم رقابة قانونية *de jure*؛ و كذا رقابة فعلية *de facto* على مجمل أو غالبية الأشخاص التابعين المذكورين أعلاه؛ و هذا على أساس أن المتهم قد نظم لارتكاب هذه الجرائم البشعة و بما أنه ساهم بصفة شخصية في ارتكاب هذه الجرائم البشعة فإنه يكون بذلك على علم بشكل ظاهر بأن هؤلاء الأشخاص الخاضعين لسلطته يسعون للقيام بهذه الأفعال و لكنه لم يتخذ الوسائل الضرورية و المنطقية التي كانت تحت سلطته المادية و لم يقم بمنعهم من ذلك¹⁶⁹.

المطلب الرابع: توضيح أركان المسؤولية الجزائية للقائد .

لا يمكن لمجلس الأمن أن يُبين أركان الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة كما لا يمكنه أن يُبين أركان المسؤولية الجزائية لأنه بذلك سيكون له دور تشريعي فهو لا ينبغي له أن ينشأ قواعد جديدة للقانون الدولي الإنساني؛ ويرجع الدور إلى المحكمة في قضائها إلى تحديد طبيعة الجرائم بناءً لما يخوله لها نظامها الأساسي؛ ولقد أعطى مجلس الأمن المحكمة مهمة حفظ الأمن والسلم العالميين بناءً على تحقيق العدالة داخل الدولة التي يمتد اختصاص المحكمة لها؛ وأوكل المحكمة مهمة تطبيق القانون العرفي (مستندة في ذلك على ما ثبت تطبيقه؛ ولذلك فقد أقر الأمن العام في تقريره بأنه على المحكمة أن تطبق قواعد القانون الدولي الإنساني الذي لا يوجد أي شك في كونها ذات طابع عرفي وقت ارتكاب الجرائم بناءً على مبدأ *Nullum crimen sine lege*¹⁷⁰ .

¹⁶⁸ Voir : le procureur V. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, op.cit , para : 533.

¹⁶⁹ Voir : le procureur V. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, op.cit , para : 555.

¹⁷⁰ See Fusco pocar : « criminal proceeding before the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », at : 91.

ولقد عالجت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا المسؤولية الجزائية للقائد في عدة قضايا مطروحة عليها و بينت أركان قيام مسؤولية القائد كما يلي :

- 1- وجود العلاقة التراتبية : قائد - خاضع Superior- Subordinate
- 2- العلم أو أسباب العلم بأن الخاضع بصدد أو تم ارتكابه للجريمة .
- 3- إخفاق القائد في اتخاذ الوسائل الضرورية و المنطقية لمنع السلوكات الإجرامية أو معاقبة القائمين بها.

و لقد أرادت هيئة الدفاع جعل الأركان على أنها خمسة و ليس ثلاثة كما هو مذكور أعلاه و ذلك بإضافة ركن كون الشخص محل المتابعة على أنه " القائد أو لديه سلطات قيادية " عوضا عن فكرة العلاقة التراتبية ؛ و ركن أن تكون الجريمة قد ارتكبت أو هي بصدد الارتكاب ؛ و أن يكون امتناع القائد عن منع ارتكاب الجريمة هو سبب حدوثها¹⁷¹ ؛ و لكن المحكمة اتفقت مع المدعي العام حول الأركان في أنها ثلاثة .

و كثيرا ما كانت المحكمة تستند على السوابق المتاحة لها في محاكمات نورمبرغ و التقارير المحررة عقب الحرب العالمية الثانية لسيما تقرير لجنة الخبراء الذي لم يستثن أي مسئول مهما كانت طبيعة الوظيفة التي كان يشغلها : عسكريا أو مدنيا ساميا أو قائدا سياسيا أو شخصا يشغل منصبا رسميا و غيرها...¹⁷².

ولقد استخلصت المحكمة هذه الأركان من المادة (3)7؛ ففي قضية Celebici بينت المحكمة الأركان الثلاث لمسؤولية القائد استنادا على نظامها الأساسي¹⁷³؛ ذلك أنه بالرجوع إلى الأحكام الصادرة نجد المحكمة تذكر المادة ثم تعطيها تفسيراً لملائم أو المقصود والذي يتلاءم مع مهمتها ويتلاءم مع الأهداف التي أنشئت لتحقيقها ؛ فعند محاكمتها للمتهم Hazim delic نجد المحكمة وهي بصدد البحث في مسؤولية المتهم فإنها ترجع إلى الأركان الثلاثة السالفة الذكر وتسعى لإثباتها ضده أو لنفيها ؛ ولذلك فقد وجدته بصفة أحد قياديي سجن Celebici مسئولاً عن تصرفات الجنود الذين ارتكبوا جرائم قتل وتعذيب في حق السجناء لأنه حسب المحكمة لديه القدرة وسلطة الرقابة وامتنع عن اتخاذ الوسائل التي في حوزته لمنع ارتكاب هذه الجرائم أو لردعها ؛ والأخطر من ذلك فقد وجدته المحكمة مساهماً فيها بصفة

¹⁷¹ See Prosecutor v. Zejnir Delalic and authors ..., op.cit., Para : 345.

¹⁷² See Prosecutor v. Zejnir Delalic and authors ..., op.cit., Para :357.

¹⁷³ See :Ann. B.ching ,evolution of the command..., op.cit, p :187.

شخصية ؛ حتى وإنه هيئة الدفاع قد قدمت دفوعاً مفادها أن *delic* كان ينقل الأوامر فقط وبأنه يفتقد إلى السلطة الحقيقية التي يتمتع بها القائد ؛ وعلى العموم فقد تساءلت المحكمة إن كان المتهم يفتقد إلى الصفة القانونية أم أنه لم يكن قائداً لأي شخص ؛ لأن المتهم قد يكون مسئولاً حتى وإن افتقد إلى السلطة القانونية أو الرسمية فتصبح لديه سلطة بحكم الوقائع وهذا ما أدى بالمحكمة إلى سماع عدة شهود أكدوا بأن *delic* كان هو القائد الحقيقي للحراس وأنهم كانوا ينادونه *the bosse* ¹⁷⁴.

وينطبق نفس الوضع على المتهم *Zdravko Mucic* والظاهر أن المدعى العام قدم شهوداً ووثائق تؤكد مركز المتهم القيادي في السجن وأنه هو قائد السجن وبأن *delic* نائبه ؛ وبأن المتهم قد أساء معاملة الأسرى ورجعت المحكمة إلى بيان الأركان السالفة الذكر مع الشرح ؛ وبصفة خاصة امتناع المتهم *Mucic* عن معاقبة الحرس الذين أساءوا معاملة الأسرى فذكرت المحكمة بأن :

“ther is no doubt that zdavko mucic had the authority
To prevent the violation of international humanitarian law in
The celibici camp .there is no evidence before the trial chamber
that he made any serious effort to prevent these continued
Violations or punish his subordinates for such crimes during
His tenure” ¹⁷⁵.

وبالنظر إلى هذه القضية فإننا نجد المحكمة قد قامت بالرجوع إلى أركان الثلاثة وأنها سعت إلى تطبيقها تماشياً مع نظامها الأساسي (المادة 7 (3)) وأنها كانت تشرح مضمونها وتفسره بما يتلاءم مع أحكام القانون الدولي الإنساني العرفي ؛ ولم يفتها حتى الرجوع إلى السوابق القضائية كقضية ياماشيتا ومقارنتها بمسؤولية القائد *delalic* لأنهما تشابها في كون كل واحد منهما لم يشارك بصفة الشخصية في ارتكاب الجرائم ولكنه ونظراً لمسؤوليته القيادية امتنع عن اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع حدوث الجرائم ؛ وهنا توقفت المحكمة إلى شرح معيار السلطة أو القدرة وهو : إن كان القائد " مسؤولاً عن قطاع ما " أو مسؤولاً عن كل فرد من الأفراد التابعين والمتواجدين في هذا القطاع وبالتالي فإن إشكالية العلاقة التراتبية لا بد

¹⁷⁴ See: Ann B ching, *op.cit*, At :193-194.

¹⁷⁵ See: celebici judgment , At : 278 .

من أن تُحل ؛ ولقد وجدت المحكمة بأن delalic لديه السلطة والوسائل لاسيما وأن السجن كانت ترتكب فيه ايشع جرائم التعذيب والقتل و الاعتداء الجنسي¹⁷⁶.

و في مناقشتها القضية توصلت المحكمة إلى أن الأشخاص الذين يتواجدون في مركز قيادي فإنهم يتحملون المسؤولية الجزائية بحكم المركز القيادي الذي يحتلونه ؛ و بأن هذا المركز لا يتحدد بحكم المركز الرسمي للمتهم فقط أو المركز الشكلي¹⁷⁷؛ فالقائد قد يمتلك السلطة بحكم القانون De Jure أو بحكم الواقع De Facto أي أن معيار المركز القيادي لا يمكن أن يتحدد بناء على الجانب القانوني أو أن يكون القائد في مركز قيادي قانوني فقط وإنما أيضا الامتلاك الفعلي للقوة أو الرقابة تجاه الخاضعين لسلطته ؛ و تنتفي هذه القوة أو الرقابة حسب المحكمة في هذه القضية إذا انتفت لدى القائد الوسائل المادية لمنع أو ردع الجرائم المرتكبة من طرف الخاضعين لسلطته¹⁷⁸ ؛ و قد وسّعت المحكمة المسؤولية تجاه القادة المدنيين إذا كانت لديهم درجة من الرقابة على الخاضعين لهم (الفقرة 378 من الحكم)¹⁷⁹.

كما بينت عنصر الرقابة الفعلية في قضية Blaskic بأن هذا العنصر لا بد من " إثباته " لدى القائد وبأنه لا يتطلب الأمر وجود علاقة شكلية أو رسمية بين القائد و التابع وبأنه يرجع الأمر ويتحدد " حالة بحالة " عند البحث في قدرة القائد عن ردع أو منع ارتكاب الجرائم التي يقوم بها التابعين لسلطته .

و هذه العلاقة هي التي تحدد الرابطة بين المتهم - وهو القائد- و بين الفاعل أو مرتكب الجرائم - وهو الخاضع- و التي تكون بشكل عمودي أو هرمي ؛ و لقد توصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية سيليبيسي إلى أن مجرد " التأثير " لا يمكنه أن يُنشأ العلاقة التراتبية ؛ و إنما لا بد من وجود " رقابة فعلية " و تامة " على الأشخاص حتى يتوفر هذا الشرط ؛ و في هذا السياق لا بد أيضا من توافر : " نوع من التراتبية chain of command " أي وجود علاقة هرمية منظمة من الأسفل إلى الأعلى و هذه التراتبية هي

¹⁷⁶ See : Ann. B.ching , *op.cit*, p : 203-204 .

¹⁷⁷ See Ilias Bantekas , Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law , juris publishing , 2002, at : 79.

¹⁷⁸ See: Kai Ambos : "Individual Criminal Responsibility In International criminal Law : A Jurisprudential Analysis -From Nuremberg To The Hague " , In substansive And Procedures Aspect Of I.C.L.The Experience Of International And National Courts , Vol :I, Commentary (eds) Gabriel K.Mc donald And Olivia Swaak – Goldman , Kluwer Law, 2000,Pp :05-31, At :25.

¹⁷⁹ See : R.Dixon : « Prosecuting the leaders : the application of the doctrine of superior Responsibility before the United Nation ICTs for the former Yugoslavia and Rwanda », in Refugee law in context : the exclusion Clause, edited by peter j van kriecken , T.M.C assers Press, the Hague, 1999, Pp : 123-141 .

التي تخلق فكرة التبعية و التدرج و هي التي فيما بعد تعطي القائد الحق في منع ارتكاب الجرائم و المعاقبة عنها 180.

و يمتد نطاق القائد التنفيذي أو المتواجد في مركز العمليات إلى نطاق الاختصاص المحلي الذي تمتد إليه صلاحياته فقط و بالتالي لا يكون مسؤولاً إلا عن الجرائم المرتكبة داخل هذا النطاق .

وبخصوص العنصر المعنوي *Mens rea* فقد أوضحت المحكمة في قضية *Celebici* أنه قد يكون " حالياً " أو بناء على ظروف الحال فذكرت بأن :

“ a superior will be criminally Responsible the Principle of superior responsibility only if in Formation Was available to him which would Have put him on notice of offences committed by subordinates “

كما ذكرت في قضية *Bagileshema* بأن مجرد الإهمال لا يكفي لإقامة مسؤولية القائد ؛ وبالتالي بينت المحكمة هنا طبيعة الامتناع 181 .

أما بخصوص اتخاذ الإجراءات الضرورية واللازمة فعلى المحكمة النظر إلى قدرة القائد والسلطات التي يتمتع بها لاتخاذ الإجراءات الضرورية واللازمة لمنع أو ردع الانتهاكات التي يقوم بها تابعوه " حالة بحالة " ؛ وتنتظر إن كان للقائد الاختصاص للقيام بهذه الإجراءات وإن كانت السلطة التي لديه تسمح له بذلك 182.

و لقد فصلت المحكمة في قضية *Celebici* بأنه على كل قائد اتخاذ الإجراءات الضرورية والمنطقية لمنع الخاضعين لسلطته من ارتكاب الجريمة و بمعاقبتهم في حال ارتكابهم لها ؛ و ترجع مسألة تقدير هذه الإجراءات المتخذة من طرف القائد لأجل تحديد ما إذا كان قد قام بالالتزام بأنها "مسألة وقائع " يعود بيانها إلى كل قضية على حدة و لا يمكن للمحكمة أن تضع معايير خاصة عنها بطريقة مجردة .

و في جميع الأحوال فإن القانون الدولي لا يمكنه أن يأمر القائد القيام بالمستحيل ؛ لأن القائد يكون مسؤولاً فقط عن التدابير "الموجودة بحوزته " أو التي " بسلطته " ؛ و بأن المسألة تطرح عن الوسائل

¹⁸⁰ See Ilias Bantekas , Principles of direct and superior responsibility..., op.cit., at : 79-80.

¹⁸¹See : fusco pocart ,criminal proceeding... ,op.cit, p :97-98.

¹⁸² Ibid.

المتاحة أو الموجودة تحت سلطته و لم يتم بتفعيلها ؛ و تواصل المحكمة شرحها لهذه الفكرة بقولها بأن الوسائل محل الذكر هي " الوسائل الموجودة تحت سلطته المادية "183؛ و هذا ما يشكل فارقا جوهريا بين ما ذهبت إليه لجنة القانون الدولي عندما اعتبرت أنه من بين الوسائل المتاحة هي الوسائل القانونية184 .

كما شرحت المحكمة في قضية **Ratko MLADIĆ** المقصود بكون القائد لم يتم باتخاذ الوسائل الضرورية لمنع القوات الصربية التابعة أو التي له سلطة فعلية على أعضائها أو لمعاقبتهم في ظل المادة 3/7 المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للقائد و التي تتضمن المصطلح : " يرتكب " و الذي يفسر على أنه يضم جميع صور المساهمة الجنائية حسب المحكمة بما في ذلك مقتضى ما تضمنته الفقرتين 3/7 و 1/7 ؛ و بأن الأفعال الموصوفة بأنها من " طبيعة سلبية أو امتناع " كالتالي :

- أن القائد لم يفتح تحقيقا حقيقيا و مقنعا حول الانتهاكات المفترض ارتكابها من طرف القوات الصربية أو الأعضاء المشكلة لها و التي كان لديه سلطة فعلية عليها .
- لم يخطر السلطات المختصة بأن القوات الصربية و التي كان لديه سلطة فعلية عليها ارتكبت أو يمكنها أن ترتكب هذه الجرائم .
- أنه لم يتم بمعاقبة أو إحالة أو تنزيل في الرتبة أو توقيفه عن ترقية أعضاء القوات الصربية الذين لديه عليهم سلطة الرقابة و الذين شاركوا في ارتكاب هذه الجرائم أو لم يمنعوا رؤوسهم من القيام بهذه الجرائم أو معاقبتهم عنها .
- أنه لم يصدر أوامرا ضرورية أو منطقية بناء على ظروف الحال لمنع أو وضع حد للجرائم المرتكبة من طرف القوات الصربية التي لديه سلطة رقابة فعلية عليها185.

¹⁸³ Voir le procureur c/ Zejnil Delalic ,Zdravko Mucic alias pavo , Hazim delic , Esad Landzo alias Zenga , Jugement , Affaire no IT-96-21-T, 16 novembre 1996, para : 394-395.

¹⁸⁴ Projet de code de la CDI , dans lequel la commission de droit international déclare : « pour encourir une responsabilité, le supérieur hiérarchique devait avoir **compétence juridique** pour prendre les mesures destinées a empêcher ou a réprimer le crime et la possibilité matérielle de les prendre. Un supérieur hiérarchique n'encourra donc pas de responsabilité pénale pour avoir omis d'accomplir un acte qu' il était impossible d'accomplir , en l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions » .

Voir : le procureur c/ Zejnil Delalic ,Zdravko Mucic alias pavo , Hazim delic , Esad Landzo alias Zenga , Jugement, op.cit , note : 326.

¹⁸⁵ LE PROCUREUR c/ RATKO MLADIĆ , DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I, DEUXIÈME ACTE D'ACCUSATION MODIFIÉ, PRESENTE PAR L'ACCUSATION , Affaire n° : IT-09-92-I , Date : 1er juin 2011, para : 34.

و على العموم فإن مصدر الالتزام بالمنع أو الردع الذي يمكن اعتباره كركن من أركان مسؤولية القائد يرجع إلى أحكام المادتين 86 و 87 من البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقيات جنيف لسنة 1949 بحيث وردت المادة 86 تحت عنوان **التقصير** و نصت على أنه :

- 1- تعمل الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع على قمع الانتهاكات الجسيمة واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع كافة الانتهاكات الأخرى للاتفاقيات ولهذا اللحق "البروتوكول"، التي تنجم عن التقصير في أداء عمل واجب الأداء .
- 2- لا يعني قيام أي مرؤوس بانتهاك الاتفاقيات أو هذا اللحق "البروتوكول" رؤساءه من المسؤولية الجنائية أو التأديبية، حسب الأحوال، إذا علموا، أو كانت لديهم معلومات تتيح لهم في تلك الظروف، أن يخلصوا إلى أنه كان يرتكب، أو أنه في سبيله لارتكاب مثل هذا الانتهاك، ولم يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات مستطاعة لمنع أو قمع هذا الانتهاك .

كما وردت المادة 87 تحت عنوان : **واجبات القادة** و نصت على أنه :

- 1- يتعين على الأطراف السامية المتعاقدة وعلى أطراف النزاع أن تكلف القادة العسكريين بمنع الانتهاكات للاتفاقيات ولهذا اللحق "البروتوكول"، وإذا لزم الأمر، بقمع هذه الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة، وذلك فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت إمرتهم وغيرهم ممن يعملون تحت إشرافهم .
- 2- يجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من القادة - كل حسب مستواه من المسؤولية - التأكد من أن أفراد القوات المسلحة، الذين يعملون تحت إمرتهم على بينة من التزاماتهم كما تنص عليها الاتفاقيات وهذا اللحق "البروتوكول"، وذلك بغية منع وقمع الانتهاكات .
- 3- يجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من كل قائد يكون على بينة من أن بعض مرؤوسيه أو أي أشخاص آخرين خاضعين لسلطته على وشك أن يقترفوا أو اقترفوا انتهاكات للاتفاقيات أو لهذا اللحق "البروتوكول"، أن يطبق الإجراءات اللازمة ليمنع مثل هذا الخرق للاتفاقيات أو لهذا اللحق "البروتوكول"، وأن يتخذ، عندما يكون ذلك مناسباً، إجراءات تأديبية أو جنائية ضد مرتكبي هذه الانتهاكات 186.

و لقد تعرضت المادتين إلى الكثير من النقد أو كما سماه الأستاذ بسيوني عند تعليقه على المادة 76 -المادة 86 الحالية المصادق عليها - على أنه " ضُعِفَ في المادة " 187 ؛ و يكمن الضعف في أن الالتزامات الواردة بها لا تطبق على كافة الجرائم و إنما على الانتهاكات الجسيمة فقط ؛ كما أن صياغتها مستندة على التطبيقات الواردة في القوانين الداخلية و ليست بناء على القانون الدولي ؛ و تجد المادة 86 فقرة 02 أساسها في قضاء ياماشيتا 188 و تعتبر هذه المادة أول مادة تضمنت مقترحات عن المسؤولية الجزائية للقائد منذ الحرب العالمية الثانية .

186 المادتين 86 و 87 بالعربية من موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالعنوان الإلكتروني:

<http://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm>

187 See M. Cherif Bassiouni : « Repression of Breaches of the Geneva Conventions Under the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 », Rutgers Law Journal , vol 8 , Pp: 185- 218 , at : 204.

188 See: Bothe, Partsch and Solf, *op.cit*, p: 525.

و لقد أوردت الفقرة الثانية من المادة 86 أعلاه بقولها : " ولم يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات مستطاعة لمنع أو قمع هذا الانتهاك " المبدأ العام الذي يُعطي الحق في متابعة القادة نتيجة تقصيرهم في ردع انتهاكات قانون الحرب ؛ و يتضمن هذا المقترح نوعين من الإجراءات : وقائية و ردعية ؛ و لقد قيدت المادة الالتزام المفروض على القائد بحيث لم تتركه موسعاً بقولها : "إجراءات مستطاعة " أي الإجراءات التي توجد تحت تصرفه أو تحت سلطته فقط¹⁸⁹ ؛ كما أن القائد لا يمكنه التذرع بجهله للوقائع أو الانتهاكات للتخلص من المسؤولية إذا تم إسناد الوقائع إليه في شكل " خطأ " بحيث يتم الرجوع إلى شمولية الانتهاكات و جسامتها و كذا درجة الأثر الذي تتركه على الرأي العام ؛ و طول المدة التي ترتكب فيها و في عدة مناطق ؛ كل هذه المعطيات يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتكوين " قرينة " على أن الشخص محل المساءلة لا يمكن أن يكون جاهلاً بها¹⁹⁰.

و من خلال ما سبق يتضح بأن المسؤولية الجزائية للقائد في أنظمة المحاكم الخاصة و قضائها تضمنت ثلاثة أركان و هي العلاقة التراتبية بين القائد و التابع و الركن المعنوي أي علم القائد بارتكاب جرائم من طرف التابع و الركن المادي و هو امتناع القائد عن اتخاذ وسائل المنع أو الردع ؛ و لقد بينت المحاكم الخاصة بشكل واضح هذه الأركان ؛ مستبعدة ركن العلاقة السببية من مسؤولية القائد أي مستبعدة فكرة كون تصرف القائد بشكل قانوني كان سيؤدي حتما لعدم وقوع هذه الجرائم و هذه الفكرة ستكون محل نقاش مستقل لدى المحكمة الجنائية الدولية لكون نظامها الأساسي في المادة 28 أورد مقتضيات توحى باشتراطه ركن العلاقة السببية كركن مستقل ؛ و جميع الأحوال فإن هذا القضاء قد ساهم في توضيح مفاهيم مختلفة للنظرية كتفرقتها عن المسؤولية الجزائية للفرد - 1/7 و 3/7 ؛ 1/6 و 3/6 - و تفرقتها عن مسؤولية القائد و بأن المدعي العام قد اتبع سياسة توجيه الاتهام للقادة الكبار ثم الأدنى فالأدنى على سلم القيادة دون تمييز بين القادة العسكريين و المدنيين الذين قد يكونون صناعيين أو أصحاب مصانع أو رؤساء بلديات أو مقاطعات و غيرها ؛ كما ساهمت في توضيح الإطار العام لتطبيق النظرية و ذلك باعتبار النظرية تطبق في جميع الأحوال التي يكون فيها مساس بأحكام القانون الدولي الإنساني بغض النظر عن التقسيم التقليدي الذي يفرق بين النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية أو الداخلية فتطبق المسؤولية على جميع

¹⁸⁹See SANDOZ (Yves) SWINARSKI (Christophe) & ZIMMERMANN (Bruno) , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 International Committee of the Red Cross , Martinus Nijhoff Publishers , Geneva 1987 , para : 3547-3548.

¹⁹⁰ See SANDOZ (Yves) & authors , op.cit ., para : 3548.

أنواع النزاعات و في جميع الأحوال التي توجد فيها علاقة قانونية بين القائد و تابعيه أو علاقة/ سلطة فعلية بين الرئيس السلمي و تابعيه ؛ كما ساهمت المحاكم في بيان الجرائم التي تسند للقائد و هي الجرائم التي تدخل في الاختصاص الموضوعي للمحكمة مع ملاحظة أن الجرائم لا بد أن تتوفر أركانها العامة و الخاصة بغض النظر عن الأركان الخاصة لمسؤولية القائد ؛ هذا و سيتم التطرق في الفصل الثاني من الدراسة إلى أركان المسؤولية الجزائية للرئيس السلمي في القانون الدولي الجنائي .

الفصل الثاني : أركان المسؤولية الجزائية للرئيس السلمي عن الجريمة الدولية .

تقوم المسؤولية الجزائية للرئيس السلمي على ثلاثة أركان جوهرية هي : وجود العلاقة التراتبية (المبحث الأول) و التي ينبغي فيها توضيح الطبيعة القانونية لمفهوم هذا القائد و كذا بيان مفهوم علاقة : قائد — خاضع ؛ كما أتطرق إلى الركن الثاني و هو العنصر المعنوي (المبحث الثاني) و هذا في البروتوكول

الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1977 و كذا أمام المحاكم الخاصة بيوغسلافيا ورواندا و في ميثاق المحكمة الجنائية الدولية ثم عن الركن الثالث أتناول طبيعة الامتناع عن : وقف ارتكاب الجريمة و منعها أو معاقبة الفاعل (المبحث الثالث).

المبحث الأول: وجود العلاقة التراتبية .

تقتضي دراسة العلاقة التراتبية توضيح الطبيعة القانونية لمفهوم هذا القائد : أي مظاهر تواجد هذا القائد فقد يكون قائدا أو رئيسا كما قد يكون عسكريا أو مدنيا أو قد يكون فعليا أو قانونيا (المطلب الأول) و كذا بيان مفهوم علاقة : " قائد — خاضع " ذلك أن هذا النوع من المسؤولية لا يحمل كل قائد مسؤولية الخاضع أو التابع له بل هناك شروط (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمفهوم الرئيس السُّلَّمِي.

إن دراسة الطبيعة القانونية لمفهوم الرئيس السُّلَّمِي يتطلب بيان جميع الحالات التي يظهر عليها هذا المفهوم ؛ فالرئيس السُّلَّمِي قد يكون قائدا أو رئيسا كما قد يكون عسكريا أو مدنيا أو قد يكون فعليا أو قانونيا.

و لذلك فقد تم إدراج كل واحدة من هذه الحالات الثلاثة ضمن فرع مستقل وفقا لما يلي:

الفرع الأول: الرئيس السُّلَّمِي " قائد أو رئيس "

تعتبر نظرية الرئيس السلمي من إنشاء التقاليد العسكرية A creature Of Military Tradition وهي متجذرة في قانون الشؤون العسكرية¹⁹¹ ، كما يمكن أن توجد في النظام المدني لدى الشرطة أو لدى إدارة السجون¹⁹².

وهي مسؤولية تأسست أصلاً وبداية في القوانين العسكرية الوطنية ثم بعد ذلك تطورت لتصبح أساس وقاعدة المسؤولية الجزائية على المستوى الدولي¹⁹³.

و من هذا المنطلق فإن مصطلح Command Responsibility وجد في النظام العسكري لجعل القائد مسؤولاً عن الخاضعين ، غير أن الاستعمالات المختلفة للنظرية لم تبقيها مقصورة على القادة العسكريين فقط مما جعل بعض الفقهاء يفكر في إنشاء نظرية أخرى لتحمل القادة السياسيين خارج إطار القادة العسكريين وهو الرأي الذي ذهب إليه W.J.Fenrick عندما ذكر: "بأن السياق الطبيعي للنظرية هو أنها تطبق على القادة العسكريين و لكن المصطلح يضم مفهوماً أوسع عندما أمكن تعديته للزعماء النازيين الذين تمت متابعتهم في نورمبرغ و لذلك فمن الممكن تطوير مفهوم جديد شبيه لنظرية القائد العسكري"¹⁹⁴.

و يرى S.Starr بأن تعبير Command Responsibility يشير إلى المعنى التاريخي للنظرية و هو انحسارها على القادة العسكريين بينما تعبير Superior Responsibility فهو يمتد إلى كل الأشخاص الذين يتواجدون في مركز قيادي.

و حسب هذا الأخير فإن التطور الذي يحدث في النزاعات الدولية وهذا لكون النزاعات المسلحة أصبحت ترتكب من طرف المدنيين و لذلك لا بد من تطوير النظريات أيضاً.¹⁹⁵

و بالعودة إلى الفقه الإنجليزي يظهر أن مصطلح Command Responsibility و مصطلح Superior Responsibility يستعملان بشكل مترادف Interchangeably¹⁹⁶ مع الأخذ بعين الاعتبار أن مصطلح

¹⁹¹ See : Alexander Zahar : " Superior Orders ", In The Oxford Companion to International Criminal Justice , Edited by Cassese , Oxford University Press , 2009 Pp :525 -527 , At :525

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ See: Ch Bassiouni, Crime Against Humanity..., *op .cit* , p : 420.

¹⁹⁴ See : Scott : " Can Civilian Superior Be Held Criminally Responsible For The Actions Of Their Subordinates " In New England School Of Law, Rwanda Genocide Prosecution Project ,9 December 1997 ,Pp:1-28 , At 04

¹⁹⁵ See : S.Starr , *op .cit* ; p : 04

¹⁹⁶ و يوافق هذا الرأي كل من Bing Bing Jia

Superior في هذه الدراسة يشمل كلا من القائد العسكري و القائد السياسي ، في حين يرى البعض الآخر أنه من الأحسن إتباع الاصطلاح الوارد في موثيق المحاكم الخاصة إذ أن المادة 7 (3) من ميثاق المحكمة الخاصة ليوغوسلافيا استعملت كلمة Superior Responsibility لأنها تعني وجود علاقة شخص أعلى Superior مع شخص أدنى Subordinate أي أن هذه المسؤولية تجعل من الرئيس الأعلى مسؤول جزائيا عن الانتهاكات المرتكبة من طرف الخاضعين لسلطته¹⁹⁷.

كما أن مصطلح Superior يتضمن جميع أنواع الأشخاص الذين يمكن متابعتهم و أنواع القيادة، و الرقابة و السلطة بما في ذلك القادة العسكريين و الشبه العسكريين أو الأجهزة غير المنظمة و كذا القادة المدنيين الذين لديهم رقابة كافية تجاه القائمين بالانتهاكات وهذا بشكل مباشر أو غير مباشر .¹⁹⁸ و يرى Z.Wenqi بأن استعمال مصطلح Superior تم بصفة شمولية "a generic term" وهو يشير إلى الصفة الرسمية لحائزة أو في كونه رئيسا للدولة أو الحكومة وعلى العموم فإنه بالنسبة لصياغة نص المادة 6 (3) من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا فإنها تمت بشكل يشمل القادة العسكريين و السياسيين و الرسميين.¹⁹⁹

و يرى G.Werle أن فكرة Superior Responsibility مفضلة من حيث الاستعمال اليوم عن فكرة Command Responsibility و هو الاصطلاح الذي تعكسه صياغة المادة 28 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية.

See: B.B.Jia : " The Doctrine Of Command Responsibility : Current Problems " , Yearbook Of International Humanitarian Law ,vol : 03 ,2000 ,Pp: 131 – 165, At : 132

وفي نفس السياق لا يفوتنا التذكير بوجود مصطلح شبيه تماما و يندرج ضمن النظرية وهو Respondeat Superior و تعرف في النظام الانجوساكسوني ، كما تعرف في الفقه الألماني بـ The Befeh Ist Befehl Theory وهي تقارب إلى حد كبير نظرية المسؤولية الخاصة للقائد أو ما يعرف في القانون الرومانوجرمانى La Théorie de L'obéissance Passive و يقصد بها في الاصطلاح " « Let The Superior Reply » أي دع القائد يرد وسوف تتم دراستها بشكل معمق ضمن إطارها المنهجي .

¹⁹⁷ See : Rodney Dixon : « Prosecuting The Leaders : The Application Of The Doctrine Of Superior before The United Nations ICTS for The Former Yugoslavia And Rwanda » , In Refugee Law In Context : The Exclusion Clause , Pjvan Krichen (Editor) T. M. C. Asser Press , 1999 , Pp :123-143, At:124

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ See : Zhu Wenqi : « The Doctrine Of Command Responsibility As Civilian Leaders : The ICTR and The Kayesheema Case » ,In International and Law In The Post –Cold War World Essays Memory Of Li Hopei , Sienho Yee and Wang Tiej editors, Routledge , 2001 , Pp :373- 384 ,AT:374.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نذكر بأن مادة 28 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية قد وضعت تفرقة بين القادة العسكريين وغير العسكريين بحيث تكون مسؤولية القائد العسكري بناء على معيار الإهمال بينما لا يكون القائد الغير عسكري موضوع متابعة إلا بالبحث في أدلة الإثبات من خلال الظروف المحيطة Constructive knowledge²⁰⁰ .

و لقد ضمنت لجنة القانون الدولي عند صياغتها المادة 06 من مشروع تقيين الجرائم ضد السلم و امن الإنسانية نفس المعيار تحت عنوان Responsibility of The Superior و عند تعليقها و شرحها لعبارة " His Superior " ذكرت اللجنة بأن :

« هذا المبدأ لا يطبق فقط على الرئيس المباشر للخاضع، ولكنه يمتد أيضا إلى الرؤساء الآخرين في سلم الحكومة إذا توفرت الشروط والمعايير و إن إشارة في المادة إلى مصطلح رئيس Superior كاف ليشمل القائد العسكري و باقي السلطات المدنية المتواجدين في نفس المركز القيادي و درجة الرقابة تجاه المرؤوسين²⁰¹ »

و يرى A. Zahar بأن نظرية الرئيس السِّلْمِي تلقت أولى الاعترافات القضائية بها عقب الحرب العالمية الثانية من طرف محكمة نورمبرغ و أنها أصبحت جزءا من القانون الدولي الإتفاقي لأول مرة سنة 1977 (البروتوكول الإضافي الأول لـ 12 ديسمبر 1977) وبالضبط في المادة 86 منه وتطرت هذه المادة لمصطلح : Superior (في مقابل أو نظير كلمة Commander) ، ففي الوقت الذي تطرقت فيه المادة 2/86 إلى مسؤولية الرئيس Superior نظرت المادة 87 إلى "واجبات القادة duty of commanders

²⁰⁰ See: R.cryer, op .cit ,p :259.

²⁰¹ See : The Commentary On Article 6 Of The International Law Commissions , DRAFT code Of Crimes Against The Peace And Security Of Mankind , UN Doc.A/51/10 (1996), Yearbook Of The International Law Commissions ,1996 , Vol : 2 Par Two Pp:25-26 .

the Formulation Of The Article 6 Is :

Responsibility Of The Superior

“ The Fact That a Crime Against The Peace An Security Of Mankind was Committed By A Subordinate Does Not Relieve His Superior Of Criminal Responsibility ,IF they Knew and Had Reason to know, in The Circumstances A T The time , That The Subordinate Was Committing Or Was Going To Commit Such A Crime And If They Did Not Take All Necessary measures With In Their Power To Prevent Or Repress The Crime “

" ، و بحسب هذا الفقيه فإن الأمر كله يتعلق بمسؤولية القادة العسكريين دون غيرهم لأن اتفاقيات جنيف جاءت تنظر للحرب و لتقواعدها²⁰².

واستمرارا لنفس الفكرة فإن المادتين 86 و 87 حسب الأستاذ Fenrick تم وضعهما بشكل مستقل لهذا السبب ، فإن المادة 86 تتضمن التزامات تجاه الرؤساء Superior و المادة 87 تتضمن التزامات تجاه القادة العسكريين Commanders ، وهذا لإمكانية و احتمال تواجد أشخاص غير عسكريين في مركز قيادي يمكن تحميلهم المسؤولية .

وحسب الأستاذ M.Lippman فإن تحميل القائد المسؤولية الهدف منه تشجيع القادة العسكريين و الرؤساء المدنيين من القيام بواجب رقابة سلوكيات مرؤوسيه²⁰³ .
ولقد علقت اللجنة الدولية للصليب الأحمر على هاتين المادتين بعبارات واضحة جدا – استعارتها المحاكم الدولية الخاصة فيما بعد لصياغة أحكامها – وفقا لما يلي:

a) The Qualification Of Superior

"This is not a purely Theoretical Concept Covering Any Superior in a Line Of Command But We Are Concerned Only With the Superior Who Has A Personal Responsibility With Regard To the Perpetrator Of The Act Concerned Because The Latter. Being His Subordinate , Is under His Control , The Direct Link That Must Exist Between The Superior And The Subordinate Clearly Follows From The Duty To The Act Laid Down In paragraph Furthermore, Only That Superior Is Normally In The Position Of Having Information Enabling Him To Conclude in The Circumstances At The Time That The Subordinate Has Committed Or Is Going To Commit A Breach.

However, it should be concluded From This Provision only Concerns the Commander under Whose Direct Orders the Subordinate Is Placed. The Role of Commanders As Such Is dealt With in Article 87 (Duty of Commanders). The Concept of Superior Is Broader and should be Seen In Terms Of a Hierarchy Encompassing the Concept of Control ²⁰⁴ .

²⁰² See : Alexander Zahar : " Command Responsibility Of Civilian Superior For Genocide" , Leiden Journal Of International Law , 14/ 2001 , Pp:591-616 ,AT:607

²⁰³ See : Carol T Fox : « Closing A Loophole In Accountability For War Crimes : Successor Commanders ; Duty To Punish known past Offenses " , Case Western Reserve Law Review Vol:52-2 ,2004 Pp:443-500 ,At : 493-494

²⁰⁴ See : S.Sarr, *op cit* ,p :08 ,08 Quoted From :Commentary On The Additional Protocol Of 8 June 1977 To The Geneva Convention Of 12 August 1949,1013 (Yves Sandoz et Al .Eds; 1987)

ويرى T.wu و Y.Kang بأن المادة 86 من البروتوكول الإضافي الأول عند إشارتها إلى مصطلح Superior لم يشأ صائغوا النص حصرها على القادة العسكريين وحدهم²⁰⁵.

ولقد علق الأستاذ Peter Rowe على تضمين مسؤولية القائد و الرئيس السِّلْمِي وجعلها كقاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني في الدراسة التي قام بها Doswald- Beck - Henckaerts بان تحويل نظرية الرئيس السِّلْمِي إلى قاعدة عرفية معناه سموها على القانون الوطني بمقتضى المادة 25 من الدستور الألماني لكون هذه الأخيرة تجعل من مبادئ و القواعد العامة للقانون الدولي تسموا على كل قواعد القانون الوطني من جهة ، ومن جهة ثانية فان تحويل هذه القاعدة إلى القانون الوطني بمقتضى الشرح السابق يجعل كل قائد مسؤول عن سلوكاته و لذلك ينبغي استعمال مصطلح Superiors على مصطلح Commanders وهذا لكون الوزراء في الحكومة يمكن تحميلهم المسؤولية عن الجرائم المرتكبة من طرف القوات العسكرية²⁰⁶.

و حتى إن النائب العام لدى المحكمة الدولية الخاصة برواندا يستعمل مصطلح Responsibility Superior علما منه بان هذا المصطلح وارد عن نظرية الرئيس السِّلْمِي Command Responsibility التي تطبق على العسكريين عند امتناعهم عن قيامهم بواجباتهم ، وعند مقارنتهما ببعض فإننا نجد بان الأولى أكثر عمومية و شمولية مقارنة بالأخيرة لأنها تطبق على القادة العسكريين و السياسيين و الإداريين²⁰⁷.

و لتحليل مصطلح Command Responsibility يفصل Rockwood بين مصطلح Command قائد و المسؤولية Responsibility ثم يجمع بين الكلمتين ، و حسبها فان مصطلح قائد Command في النظام العسكري الأمريكي لديه مفهومين مختلفين : فهو من جهة أولى تلك السلطة القانونية التي يتمكن بواسطتها قائد عسكري من ممارستها على الخاضعين بموجب التدرج التسلسلي أو بموجب المركز التسلسلي في سلم القيادة ، ومن الجهة الثانية فهو عبارة عن تنظيم أو وحدة أو عبارة عن مجال تحت سلطة فرد واحد²⁰⁸.

²⁰⁵ See : Timothy W.U And Yong-Sung Kang : "Criminal Liability For The Action Of Subordinate The Doctrine Of Command Responsibility And ITS Analogues In United States Law", Harvard International Law Journal , Vol :38,1997 Pp :272-297 ,At :292.

²⁰⁶ See: Peter Rowe : « The Effect On National Law Of The Customary International Humanitarian Law Study, journal of conflict and security law (2006), vol : 11 n 2 ,165-177 , at : 173-174.

²⁰⁷ See : Wenqi, *op cit*, P :375

²⁰⁸ See : Lawrence P. Rockwood , Walking Away From Nuremberg : Just War And The Doctrine Of Command Responsibility In The American Military Profession ,A Dissertation Presented To The Graduate School Of The

أما مصطلح المسؤولية فهو الحالة أو الصفة التي تجعل الفرد يتحمل تصرفاته من الناحية الذهنية ، و عند جمع المصطلحين معا فهو يتبنى فكرة الخبير في الشؤون العسكرية L.Green في كون النظرية تتضمن مفهومين: الأولى مرتبطة بمسؤولية القائد عن الجرائم المرتكبة من الخاضعين لسلطته، والناحية الثانية مرتبطة بالدفع الذي يمكن للخاضعين استعماله كذريعة لتبرير الجريمة بناء على الدفع بإطاعة الأوامر العليا²⁰⁹. ولوضع مصطلح قانوني و شرعي لمفهوم القائد في القانون الدولي فقد سعت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Aleksovski إلى ذلك بقولها:

« Article 7 (3) Provide The Legal Criteria For Command Responsibility Thus Giving The Word " Commander" A Juridical Meaning , In That The Provision Becomes Applicable Only Where a Superior With The Required Mental Element Failed To Exercise His POWER To Prevent Subordinates From Committing Offence Or To Punish Them After Words This Necessarily implies That a Superior Must Have Such Power Prior to His Failure To Exercise Them . If The Facts of a Case Meet the Criteria for the Authority of a Superior As Laid Down In Article 7 (3), the Legal Finding Would Be That An Accused Is a Superior within the Meaning of That Provision"²¹⁰.

الفرع الثاني: الرئيس السُّلَمي "عسكري أو مدني"

القائد العسكري هو شخص يمتلك سلطة قيادية في إطار التنظيم العسكري وتسمح هذه السلطة القيادية بموجب المركز الذي يحتله في التأثير على سلوكيات الخاضعين لسلطته بموجب الأوامر، وقد تكون هذه العلاقة بين القائد و الخاضع منظمة بموجب أحكام تنظيمية وقانونية . ويقصد بمصطلح Commander تلك السلطة التي يمتلكها الفرد من القوات العسكرية من اجل الإدارة و الاتصال و الرقابة للقوات العسكرية²¹¹.

و يمتد مصطلح القيادة إلى كل القادة غير العسكريين الذين يمتلكون سلطات عليا و التي تشبه و تعادل نفس السلطة التي يمتلكها القائد العسكري في إطار التنظيم العسكري و يستعمل الأستاذ بليون كلفة : **القائد الحربي** ككلمة مرادفة للقائد العسكري المستعملة في ميثاق المحكمة الجنائية الدولية بينما يستعمل

University Of Florida In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of Doctor Of Philosophy
University Of Florida ,2005, p:110-111

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ See: B.B.Jia , op.cit,p:148

²¹¹ See : E Van Slidregt , The Criminal Responsibility Of Individuals For Violation Of International Humanitarian Law, T.M.C Asser Press, The Hague ,2003 ,p:146.

كلمة المرؤوسون و الرئيس كتعبير عن القائد المدني و القائد غير العسكري وهي نفس الصياغة المعتمدة في ميثاق المحكمة²¹².

ويكون الرئيس السُّلَّمي (غير القائد العسكري) مسؤولاً عن الجرائم المرتكبة من طرف المرؤوسين المتواجدين تحت سلطته و سيطرته الفعلية (المادة 28 (ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية) نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة :

- 1- إذا كان الرئيس قد علم أو تجاهل عن وعي أية معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم .
- 2 - إذا تعلقَت الجرائم بأنشطة تدرج في إطار المسؤولية والسيطرة الفعليتين للرئيس .
- 3- إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة و المعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق و المقاضاة "

و يرى G.Werle بأن السيطرة الفعلية و الضرورية قد توجد لدى الحكومات الوطنية ، و يضرب عن ذلك مثالا مستوحى من أحكام المحكمة الدولية الخاصة برواندا قضية Prosecutor v.Kayishema and Ruzindana أين أظهر المحكمة إمكانية متابعة كل الأشخاص المتواجدين على هرم السلطة كأعضاء الحكومة (الوزراء) ، الولاة وقادة الشرطة ، ويمتد نفس الوضع خارج إطار الدولة على الأشخاص الذين لديهم سلطات و مكانة منظمة: كالأحزاب و الاتحادات و كذا في المجال الاقتصادي كالشركات²¹³.

ولا يفوتنا هنا التذكير بأن البند 2 من المادة 28 (ب) قد حدد المسؤولية الجزائية للقائد المدني عن الخاضعين لسلطته فقط إذا كانت تدرج ضمن إطار مسؤولياته و سيطرته الفعليتين و بذلك فإن هذه الصياغة تجعل من المسؤولية الجزائية محدودة من حيث المكان و الزمان في إطار وظيفته الرسمية .

1-أنظرا د محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية: نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية السابقة ، طبعة نادي قضاة مصر ، 2002،

و حسب D.Mundis فإن النظرية تاريخيا وجدت لمتابعة القادة العسكريين عن الجرائم المرتكبة من طرف الخاضعين لسلطتهم فقط؛ ولكن المستجدات التي أوردتها المحاكم الخاصة و المحكمة الجنائية الدولية سمحت بتعددية النظرية: للأشخاص شبه العسكريين و القائد العسكري الغير النظامي Irregular Commanders ، وكذا المسؤولين المدنيين.²¹⁴ ، كما أنها تمتد إلى الأشخاص الذين يمارسون الصفتين معا (أي لهم وظائف قيادية عسكرية كما أن سلطتهم لها تأثير وولاء تجاه المدنيين)²¹⁵ ؛ أو كما سماها Dixon بتداخل الصفتين mixed function²¹⁶.

و يرى الأستاذ Ambos بان إدخال القادة المدنيين ضمن مسؤولية الرئيس السُّلَمِي تم من طرف المحكمة الخاصة بطوكيو بحيث سمحت المحكمة بتعددية النظرية وتطبيقها على الجهاز الإداري، وفرضت المحكمة التزاما بالتأطير و الرقابة من جانب القائد المدني و القائد العسكري على الخاضعين لسلطته و اعتبرت المدنيين الذين يعملون في الحكومة على أنهم مسؤولين بصفة جماعية Collective Responsibility.²¹⁷

و حتى أن تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المرتبط بميثاق المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا أشار إلى أن: "... نظرية الرئيس السُّلَمِي موجهة أساسا إلى القادة العسكريين لأن مثل هؤلاء الأشخاص لديهم مسؤولية شخصية في ضمان تأديب القوات تحت سلطتهم و إن غالبية القضايا التي تمت إثارة القضايا تجاهها ارتبطت بعسكريين أو بشبه عسكريين و كذلك قادة سياسيين أو موظفين عامين يمكن تحميلهم المسؤولية بناء على النظرية في بعض الظروف.²¹⁸

و لقد تطرقت المحكمة الجنائية الخاصة بيوغوسلافيا سابقا في قضية DELALIC بشكل موسع لتطبيق نظرية مسؤولية الرئيس السُّلَمِي تجاه المدنيين بقولها :

²¹⁴See :Daryl A.Mundis : " Crimes Of The Commander Superior Responsibility Under Article 7(3) Of The Icty Statute " , In International Criminal Law Development In The In The Case Law Of The Icty , Boas And Schabas Eds , 2003 ,Pp:239 – 278,AT:240.

²¹⁵ See :D.Mundis, op,cit ,p:254.

²¹⁶ See :dixon , op,cit ,p:134.

²¹⁷ See :Kai Ambos : «Individual Criminal Responsibility In International Criminal Law :A Jurisprudential Analysis –From Nuremberg To The Hague “ , In Substantive And Procedural Aspects Of International Criminal Law, The Experience Of International And National Courts ,Volume1 , Gabrielle Kirk Mc Donald And Olivia Sweek Goldman (Editors) Kluwer Law International, 2000, Pp:1-31, At :12 .

²¹⁸ See :Ch.Bassiouni,op.cit,p437

“It Must Be Concluded That The Applicability Of The Superior Responsibility In Article 7(3) extends that only to military commanders but also to Individuals In Non- Military positions of superior authority”

كما أكدت المحكمة في قضية Prosecutor v. Milomir Stak بأنه بالنظر للمادة 7(3) من ميثاق المحكمة و الإجتهد القضائي المستقر فإن : " القائد المدني يمكن أن يكون مسؤول جزائيا عن الجرائم المرتكبة من طرف الخاضعين "219

كما أظهرت قضية Kambanda أثناء متابعتها أمام المحكمة الدولية الخاصة برواندا إتهام Kambanda بموجب أحكام المادة 6(3) والتي تتعلق بمسؤولية الرئيس السُّلَمي وهو :الوزير الأول السابق في روندا و Séruchago وهو قائد مدني نافذ وشبه عسكري²²⁰ .

وهو نفس ما حدث في قضية Alfred Musema بحيث تمت متابعتها بتهمة القتل الجماعي مرتكبة من طرف العمال الذين يعملون في مصنع الشاي الذي يمتلكه ، ورغم السلطة التي يمتلكها عليهم إلا أنه إمتنع عن إتخاذ أي أسلوب لمنع أو ردع هذه الجرائم ، وكذلك الحال بالنسبة لـ: Clément Kayishema وهو عمدة وإداري مدني²²¹.

و يرى نفس الفقيه أن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا سابقا في قضية Celebici عندما قامت بتعدية Extention النظرية بحسب المادة 7(3) من ميثاقها إلى الرؤساء غير العسكريين ورأت فيه أنه يتلاءم In Accordance مع القانون العرفي إستنادا إلى الأحكام الصادرة في The Medical Case وفي الأحكام الصادرة ضد ألمان وياپانيين كالصناعيين Flick End Weiss وكذا وزير الخارجية Koki Hirota فهذا حسب رأيه لا يشكل تعدية بالمرة²²².

وبحسبه فإنه على المحكمة تطبيق النظرية بمفهومها الكلاسيكي أي أنها تبحث في أركان المسؤولية ومكوناتها وتغض النظر عن كون الرئيس أو القائد عسكريا أو مدنيا²²³.

²¹⁹ Se:Prosecutor, V.Delalic Et Al, jugment,Case N -96-21-T,16 November1998,Para:363.

See : Prosecutor , V.Delalic Et Al ,Jugment ,Case N -96-21-T,16 November1998, Para :363

²²⁰ See :prosecutor, V Kambanda, case N/ ICTR 97-23-S,Jugement and sentence , 04 September 1998.

²²¹ See :major james d.levine:" the doctrine of command responsibility and its application to superior civilian leadership : does the international Criminal court have the correct standard " ,military law journal , 2007, vol : 193 , Pp : 52 –96, AT : 76.

²²² IBID .

²²³ IBID .

ويرى R.Cryer بان المحكمة الخاصة بطوكيو كثيرا ما ناقشت المسؤولية بالامتناع وبالضبط مسؤولية الرئيس السلمي والأهمية التي ترجع إليها مناقشة هذه النظرية ليست لأنها تطرقت لمسؤولية القادة العسكريين و التي تعتبر كقاعدة عامة مسألة مقبولة وشائعة ولكنها لأنها فرضت المسؤولية على القادة المدنيين والتي لم تكن شيئا شائعا وإنما إعتبرت على أنها أمر جديد " Uncharted Territory " 224.

وحسب رأي نفس الفقيه فإن فكرة إدخال القادة المدنيين ضمن النظرية إذا كان قد أصبح شيئا مقبولا فإن البحث عن درجة الرقابة على الخاضعين لسلطته والمعايير التي يمكن بواسطتها القائد المدني أن يكون مسؤولا كانت محل خلاف ؛ وكلاهما ظهر أثره في حكم المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا في قضية Celebici.

و حتى يكون القائد المدني مسؤولا لابد أن ترتبط الجريمة بنشاطات تدخل ضمن حدود اختصاص هذا القائد و رقابته الفعلية 225.

وتعتبر التفرقة بين القادة العسكريين والمدنيين صعبة التحديد في بعض الأحيان حسب Wenqi نظرا لمعطيات واقعية 226، ويعطي تعريفا خاصا للقادة العسكريين بأنهم هم أولئك الذين لديهم رقابة مطلقة على تشكيل الوحدات العسكرية ولكن القادة المدنيون يعتبرون كذلك إن أطرافا كانوا في الحكومة ، وسواء كانوا عسكريين أو لا ولكنهم يقومون بوظائفهم بدون أية علاقة أو رقابة تجاه أو من طرف القوات العسكرية 227.

و لقد استندت المحكمة الدولية لرواندا في قضية Akayesu على رأي الإنفرادي للقاضي Roling عندما علق على اتفاقية إبادة الجنس لسنة 1948 بقوله :

" أن المحكمة لابد أن تكون أكثر حذرا عند نظرها في مسؤولية القادة المدنيين أعضاء الحكومة عن سلوكات القوات العسكرية في الميدان 228 "

²²⁴ See : **R.Cryer** : " the boundaries of liability in international Criminal Law Or selectivity by stealth " , journal of conflict and security law, 2001, vol :6, n 1, Pp:3 – 31, AT:25.

²²⁵ See : **R.Cryer**, *op.cit* ,p:29

²²⁶ ويشير هذا الأخير إلى المحاكمة التي جرت في طوكيو أين كان العديد من أعضاء الحكومة اليابانية ضباط سامون في الجيش وذوو الرواتب العليا فيه

²²⁷ See : Wenqi, *op.cit* ,p :375

²²⁸ See : Wenqi *op.cit* , p377And , **A Zahar**, *op.cit* ,p :596 .

ففي هذه القضية بينت المحكمة الصعوبة المرتبطة بحالة المدنيين وتطبيق مبدأ المسؤولية الجزائية الفردية اتجاههم لاسيما تلك المنبثقة عن مادة (3)6 من ميثاق المحكمة وهي حسب رأي المحكمة :
 " تبقى محل خلاف Remains Contentious²²⁹
 وفي القضية Kayishema اعتمدت المحكمة مقاربة مختلفة بحيث صرحت بأن تطبيق النظرية على القادة المدنيين " ليس خلاف Is Not Contentious One " ، وصرحت بأنه :

لتحديد المسؤولية ليست صفة المتهم على أنه مدني هي التي تؤخذ بعين الاعتبار
 وإنما درجة الرقابة التي يمارسها القائد على أولئك الخاضعين لسلطته²³⁰ .

و حتى أن القوانين الوطنية لبعض الدول هي الأخرى قد تطرقت للمسألة بحيث أفردت للقائد المدني فقرة خاصة ، فقد نص القانون الخاص بالجرائم ضد القانون الدولي الصادر في ألمانيا في :26 جوان 2002 على أن : " القائد العسكري أو الرئيس المدني الذي يغفل منع الخاضعين لسلطته ارتكاب جريمة تدخل ضمن هذا القانون يجب أن يعاقب بنفس الطريقة التي يعاقب بها الفاعل ..."²³¹ وعلى العموم فإن المسألة وعلى العموم فإن المسألة المرتبطة بتعميم وتوسعة نظرية مسؤولية القائد العسكري على القائد المدني أصبحت من قبيل مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني العرفي ، ذلك أن القاعدة 152 والقاعدة 153 تتحدث صراحة عن مسؤولية القادة والرؤساء الآخرون فقد نصت القاعدة 153 على أن :

" القادة والرؤساء الآخرون يعتبرون مسؤولين شخصيا عن الجرائم المرتكبة من طرف الخاضعين لسلطتهم إذا كانوا يعلمون أو كان لديهم أسباب تسمح لهم بالعلم بأن مرؤوسهم يستعدون للقيام أو هم بصدد ارتكاب جريمة ولكنهم لم يتخذوا الأساليب الفردية والمنطقية التي هي تحت تصرفهم لمنع تنفيذ الجريمة ؛ أو لردع مرتكبيها في حالة القيام بها "

²²⁹ Ibid ,In The Prosecutor V. Jein Paul Akayusu , case No Ictr -96-4- T. Judgment , 2 September 1998 ,Para:491.

²³⁰ See :Wenqi , op cit ,p :377 .

²³¹ See : Bing Bing Jia , The Doctrine Of Command Responsibility... , op cit ,p:27 .

و عند التعليق على هذه المادة فإن Doswald – Beck Henckaerts يريان بأنه فضلا عن مسؤولية العسكريين فإن المدنيين يمكن أن يكونوا مسؤولين عن جرائم الحرب بناء على مبدأ : نظرية الرئيس السُّلَمي وأن هذه المسؤولية قد أكدتها المحكمة الدولية الخاصة برواندا في قضية أكايوسو ، كما أكدتها المحكمة الخاصة بيوغسلافيا وميثاق المحكمة الجنائية الدولية في المادة 28 ، كما أن ميثاق المحكمة الخاصة بسيراليون يتحدث بشكل عام عن " مسؤولية الرؤساء " Supérieur "232 .

الفرع الثالث: الرئيس السُّلَمي : بحكم الواقع أو بحكم القانون .

قد يستمد الرئيس السُّلَمي مصدر سلطته بحكم القانون De Jure أو بحكم الواقع Facto De ولذلك فإن المسؤولية الجزائية للقائد قد لا تثبت فقط من منطلق أن السلطات المكتسبة للقائد ذات طبيعة قانونية وإنما أيضا أنها مستمدة من الواقع²³³ ، ولقد صرحت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا في قضية Celibici بأنه :

" لكي تقوم المسؤولية الجزائية للقائد لابد من شرط قبلي يتمثل في مركز القيادي ، ولكن لابد من التأكيد على أن هذا الشرط لا ينبغي الإعتماد عليه بالنظر من الجانب الشكلي فقط (Formal Statut) ، ذلك أن المسؤولية في هذا النوع من المسؤولية الجزائية تقوم بالنظر إلى : الإمتلاك الحالي أو عدم الإمتلاك للسلطة أو رقابة من طرف القائد على الخاضعين لسلطته ولذلك فالمرکز الشكلي للقائد كشرط قبلي ليس وحده المعيار في تحديد المسؤولية ، فهذه الأخيرة قد تكون بحكم الواقع De Facto كما يمكن أن تكون بحكم القانون De Jure "

وحسب Slidregt فإن النزاع الذي حدث في يوغوسلافيا قد اثبت انه في بداية النزاع يوجد نوع من القيادة والسلطة القانونية ، ولكن بعد ذلك إنتهت هذه العلاقة وأصبحت تتم بصفة ارتجالية Improvised

²³² See : Jean – Marie Henckaerts Et Luise Doswald –Beck , Droit International Humanitaire Coutumier , Volume I :Règles , Bruylant , 2006, p : 733-741

²³³ See: E.Van Slidregt, op.cit, p: 146.

، وكذلك الحال في مرحلة الانتقالية وعند هذا الحد أصبحت السلطة الفعلية De Facto هي قاعدة وليس الاستثناء²³⁴.

و حتى نبحت في مكونات السلطة التي يمتلكها القائد الفعلي يمكن البحث والتحليل في الوضعية الحالية وتوزيع المهام، درجة التأثير وكذا القدرة على إصدار الأوامر.

و قد تجمع السلطتين الفعلية والقانونية في شخص واحد كما حدث لدى المحكمة الدولية لرواندا في قضية Akayesu أين وجدت المحكمة بأن السلطة الفعلية لهذا الأخير تتجاوز سلطته القانونية فهو واحد من بين أهم الشخصيات النافذة في بلديته²³⁵.

و ينطبق نفس الوضع على Kayishema ، فبالنظر إلى تقسيم الإداري في روندا فهي مقسمة إلى 11 ولاية وكل ولاية إلى بلديات ، والانتهاكات التي حدثت مست ولاية Kibuye والتي كان Kayishema هو الوالي فيها ، ويجعل هذا المركز Kayishema أعلى هيئة وسلطة على المستوى المحلي التي تمثل الحكومة وبالنظر إلى القانون الرواندي فإن من واجب الوالي رعاية السلم والنظام العام والأمن داخل حدود الولاية وللقيام بهذه المهمة يمكن الوالي الاستعانة بقوات الجيش والدرك الوطني ، ولذلك ف Kayishema حتما يتمتع بكافة سلطة الرقابة على جميع إدارات الولاية وما تابعها²³⁶.

و لقد اتبع دفاع المتهم Kayishema لنفي مسؤوليته دليلا واقعا مفاده أن صلاحيات المتهم أصبحت غير موجودة من الناحية القانونية لاسيما بين شهري أفريل وجويلية 1994 وهذا بسبب سقوط طائفة الرئيس في 6 أفريل 1994 ولذلك فالحكومة في حد ذاتها أصبح مصيرها مجهولا وبالتعبير الدستوري لا بد من إعادة تشكيل حكومة أخرى ، ومن هذا المنطلق فالمتهم ليس له أية سلطة أو رقابة قانونية على الخاضعين أو مرؤوسيه

²³⁴ See: E Van Slidregt *op.cit* p:146.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ See : Wenqi ,*op cit* ,p :377-379

أما بخصوص الإتهام فإن النيابة أكدت على أن المتهم إمتلك السلطة والتأثير في كلتا الحالتين : De Jure و De Facto تجاه القوات المسماة في رواندا ب : The Interahamwe وأنه قدم الدليل على أن بعض الأشخاص التابعين له مثل : Sikubwabo وهو عضو في الشرطة المحلية وكذا بعض رجال الدرك مسؤولين عن عدد من جرائم القتل و جرائم أخرى تجاه التوتسي ²³⁷.

ولقد فصلت المحكمة بتعبير رائع وصريح حول المسألة بقولها:

« In Order To Pierce The Veils Of formalism therefore , the chamber Must Be Prepared To Look Beyond The de Jure powers enjoyed By the accused and consider the de facto authority be exercised Within kibuye during April To July 1994 »

و النتيجة المتوصل إليها من طرف المحكمة هو أنه لا ينبغي النظر إلى صفة المتهم على أنه مدني هي التي تؤخذ بعين الاعتبار بل درجة الرقابة والسلطة الممارسة من طرف القائد على أولئك الخاضعين لسلطته ²³⁸.

و يرى Bantekas بأن التطرق لفكرة القيادة أو الرئاسة الفعلية هي من آثار و مظاهر الحرب المدنية Civil Warfare ، وحتى أن التجاوز في استعمال السلطة أو ممارسة قائد ما لسلطات غير مخولة له قانونا في ظل القانون الوطني لا يعفيه من المتابعة بموجب النظرية أمام هيئات دولية .

و يرى الأستاذ B.B jia بأن مصدر سلطة القائد قد تكون مستمدة من المركز الذي يحتله في سلم القيادة بحيث يصبح لديه علاقة بهذه السلطة أو أنها قد تكون مستمدة من الوضعية الحالية The Actual Situation وتسمى الأولى De Jure Powers والثانية De Facto Power وفي الحالة الأولى تكون السلطة منظمة بموجب أحكام قانونية بينما تكون الثانية غير منظمة بموجب القانون ولكن الأفراد الخاضعين في هذه الحالة ينظرون إلى القائد ويعتبرونه على أنه لديه نفس الصلاحيات والسلطات التي يمتلكها القائد القانوني ²³⁹ ولا شك أن المادة 28 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية قد تضمنت جميع أنواع القيادة بما في ذلك القيادة الفعلية والرسمية ، وحسب C Powell And A Erasmus فإن هذه القيادة أو السلطة قد تكون مستمدة عن إطار رسمي أو قد يستمدّها القائد بناء على أمر أو قرار، وأن المسؤولية التي قد يتحملها هذا القائد

²³⁷ See : Wenqi, op cit ,p379

²³⁸ See: Wenqi ,op.cit ,p383.

²³⁹ See : B.B.Jia,op.cit,p :148.

ناجمة عن سلطته الفعلية أو الشرعية وأن هذه النتيجة قد توصلت إليها المحاكم الخاصة نتيجة الوضعية الخاصة التي عرفتها الدول التي ارتكبت فيها هذه الجرائم فالسلطة لم تكن منظمة بشكل عادي وسليم بل في كثير من الأحيان فالحكومة لم تكن موجودة أصلاً مما يفتح المجال أمام السلطة الفعلية²⁴⁰.

و لا ينبغي أن يفوتنا هنا التذكير بأن المحكمة الخاصة ليوغسلافيا في قضية Sefer Halilovic قد أكدت على أنه من واجب النيابة إثبات المركز القيادي للمتهم ، ذلك أن المتهم Halilovic تمت متابعته بتهمة القتل المرتكبة من طرف جيش جمهورية البوسنة و هرزقوفينا المسماة (Abih) في قرية Grbavica و قرية Uz dol في سبتمبر 1993 في إطار العملية المسماة " Opération Neretva " ، ولقد وجدت النيابة من خلال البحث في الوقائع مقتل 33 مدنيا في مقاطعة Grbavica ومقتل 29 مدنيا في مقاطعة Uz dol بالإضافة إلى سجين حرب آخر ولذلك فانه من خلال المركز القيادي الذي يحتله المتهم والسلطة التي تتمتع بها كقائد لعمليات " Operation Neretva " على اعتبار انه القائد الحقيقي والقانوني De Jure وأنه إمتنع عن القيام بجميع الإجراءات الضرورية لمنع أو ردع هذه الجرائم .

و لقد صرحت المحكمة ببراءة المتهم لكون عددا غير محدد من جيش Abih ارتكب جرائم قتل ، وأنه بخصوص مسؤولية المتهم عن هذه الجرائم فإن النيابة لم تتمكن من:

« Did Not Give A Clear Picture Of Safer Halilovic's Position , Either De Jure Or De Facto , Within The Structure Of The Main Staff And The Prosecution Had Failed To Prove Beyond Reasonable Doubt That He Was Either De Jure Or De Facto Commander Of The Alleged – And Also Not Proven – "Operation Neretva"²⁴¹

المطلب الثاني: تحديد مفهوم علاقة : قائد – خاضع

يعتبر هذا الركن بمثابة " الشرط القضائي condition juridictionnelle " أو بمثابة " شرط مسبق une condition préalable " لقيام مسؤولية القائد .

ولقد أقرت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في عدة تطبيقات لها بأنه قبل الخوض في الركن المادي (الامتناع) للمسؤولية الجزائية للقائد وقبل النظر في الركن المعنوي يجب كشرط أولي مسبق التأكد من وجود العلاقة التراتبية .

²⁴⁰ See : Cathleen Powell And Adele Erasmus: " General Principles Of International Criminal law " , In African Guide To International Criminal Justice , Edited By Max Du Plessis , 2008 ,Pp :143-180, At:151

²⁴¹ Prosecutor v. Sefer Halilovic, Case No. It -01-T, Judgment ,16 November 2005 (Halilovic Trial Judgment) , Para 736 And 752 .

And See : Frederic Pierre Bostedt : " The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia : judgments In 2005" , Chinese Journal Of International Law (2006) , Vol 5 , No 3 ,Pp :683-717, At :693

و الملاحظ أن مسؤولية القائد تعتبر " نوع خاص ومستقل " من أنواع المسؤولية الفردية ؛ وذلك بكونها تنطبق على نوع خاص من الأفراد وهم أولئك الذين يشغلون منصبا قياديا مما يجعلهم مسئولون عن سلوك الخاضعين لهم وذلك لأن مسؤولية القيادة هنا تكون ليس عن الجرائم التي ارتكبوها بصفة شخصية أو ساهموا في ارتكابها بأوامر صادرة منهم أو بتخطيط أو تحريض أو مشاركة أو بأية طريقة كانت وإنما لكونهم لديهم أشخاص يعملون تحت سلطتهم ارتكبوا جرائم ؛ وبالتالي فإن الشرط المسبق لقيام هذه المسؤولية لابد من أن تتحقق منه المحكمة أولا ثم تلجأ للنظر في باقي الأركان ²⁴² . حتى يتحمل الرئيس أو القائد المسؤولية الجزائية لا بد من إثبات وجود علاقة تراتبية بالنسبة للشخص مرتكب الأفعال ، فالقائد لا يتحمل المسؤولية بالنسبة للجميع أو لكل واحد بل لا بد أن يكون هو القائد عن هذا الخاضع بالذات ²⁴³ .

و في هذا الصدد يظهر بأن عنصر **الرقابة الفعلية** **Contrôle Effectif** هو مناط هذا العنصر ؛ ذلك أن قدرة السيطرة وحدها غير كافية فالقائد لابد أن يكون لديه فعلا سلطة الرقابة تجاه الخاضعين لسلطته وبأن عنصر الرقابة الفعلية هو **مسألة إثبات** عن كونها مسألة قانون موضوعي .

وهي موجودة لكي تثبت بأن المتهم كان لديه السلطة أو القدرة على منع ارتكاب الجرائم أو معاقبة الفاعل أو الفاعلين ²⁴⁴.

و لقد تم تعريف القائد على أنه كل شخص لديه مسؤولية خاصة تجاه الفاعل أو القائم بالفعل لأن هذا الأخير يعتبر خاضع له أو هو تحت رقبته ²⁴⁵؛ و لا يفوتنا هنا التذكير بما قدمه دفاع المتهم Hazim Delic عندما ذكر بأن المواد 86 من البروتوكول و (3)7 من ميثاق المحكمة لا تمدد المسؤولية إلى العسكريين الأقل درجة —non-commanders— و ذلك لكونهم ليست لديهم القدرة على إصدار أوامر بشكل مباشر كما لا يمكنهم المعاقبة عن الإخلال بالأوامر و أن تطبيق النظرية عليه معناه تحميله المسؤولية بدون خطأ وتطبيق *ex post facto* للقانون و فيه مساس بمبدأ *nullum crimen sine lege* .

²⁴² See : S.Bourgon : « la doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le tribunal pénal internationale pour l'ex-Yougoslavie », revue québécoise de droit international (hors-série), 2007, Pp :95 –118 , AT 107.

²⁴³ Voir : Marie-Pierre Robert : « La Responsabilité Du Supérieur Hiérarchique Basée Sur La Négligence en Droit Pénal International », in Cahiers De Droit, Vol: 49, n 3, 2008, Pp : 413-453, At. :418.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ See : Commentary On The Additional Protocols Of 8 June 1977 To The Geneva Conventions Of 12 August 1949 ,ICRC ,Martins Nijhof Publishers ,Geneva , 1986,p.1010.

و لقد ردت المحكمة بأن ما تفرضه العلاقة التراتبية : قائد- خاضع لابد النظر إليها من جانب السلطة التسلسلية و هذا يضم فكرة الرقابة و بأن المنصب الذي شغله المتهم لابد أن يفهم من الإطار العام الذي حدث في يوغسلافيا سابقا عندما سقط الإطار الشرعي و حل محله إطار فعلي لذلك فإن المحكمة لن تكتفي بالنظر إلى العلاقات في إطارها القانوني أي الشرعي و إنما إلى الإطار الفعلي أيضا²⁴⁶.

و أعتقد أن عنصر التراتبية هنا يظهر في التعريف الاصطلاحي للقائد ذاته ؛ ولذلك فإن M. Aubert

ذكر بأن القائد المعني بالمسؤولية لابد أن يكون قائدا لذلك الخاضع²⁴⁷ ؛ و لقد فصلت المحكمة الخاصة برواندا في قضية Procureur C.LAURENT SEMANZA بأنه : على المحكمة بأن تبين أن الفاعل أو القائم بالفعل المجرم يعتبر خاضعا للمتهم-القائد- و بأن علاقة التبعية لا تقتضي أن تكون مباشرة و شكلية و لكن أن يكون المعني بحكم مركزه الرسمي - أو بدونه -أعلى درجة من الخاضع له و بأن هذه العلاقة لا تنحصر في الإطار العسكري فقط²⁴⁸ .

و لقد نصت القواعد الأساسية للمعاهدات لسنة 1907 المنظمة لقواعد وأعراف الحرب البرية في مادتها الأولى بأن الجيوش تقاد من طرف شخص مسؤول عن الخاضعين لسلطته :

“ Be commander by a person responsible for his subordinates ”²⁴⁹ .

و يعطي مفهوم القيادة في هذه العلاقة فكرة عن " التدرج²⁵⁰ Hiérarchie " ؛ وهي ليست مرتبطة بما يحمله القائد أو الرئيس السلمي من " الرتبة Grade " فمثلا قد يجد قائد عسكري نفسه مسؤولا عن سلوكات جميع العساكر الأقل منه رتبة في حين أنه لا علاقة له بهم بشكل كلي وليست له أدنى رقابة عليهم²⁵⁰.

²⁴⁶ See Prosecutor v.ZEJNIL DELALIC and als , judgement ,Case No : IT-96-21-T, 16 November 1998, para : 352-354.

²⁴⁷ Voir : M. Aubert : « The Question Of Superior Orders And The Responsibility Of Commanding Officers In The Protocol Additional Of The Geneva Convention Of 12 August 1949 And Relating To The Protection Of Victims Of International Armed Conflict (Protocol1)Of 8 June 1977,International Review Of Red cross ,March – April 1988, N 263, Pp:101-120, At 112.

²⁴⁸ See : Le Procureur C.LAURENT SEMANZA, Affaire no ICTR-97-20-T, 15 mai 2003, para : 401-402.

²⁴⁹ See : Bert V.A Roling : « Criminal Responsibility For Violation Of The Laws Of War”, Revue Belge De Droit International ,Vol :XII, 1976-1, Pp:8-26 , At:14 .

²⁵⁰ Voir : Stéphane Bourgon : « La Responsabilité Des Commandants Militaires et La Mise En Œuvre Du Droit International Humanitaire » In Perspectives Humanitaires Entre Conflits Droit Et Action ,Katia Boustany Et Daniel Dormoy (éditeur) , Edition Bruyant ,Bruxelles 2002,Pp :157-178,At :172.

و تظهر أهمية هذا العنصر في أنه حتى يكون شخص ما مسؤولاً عن فعل الغير لابد من الإثبات بماذا كان هذا الشخص مسؤولاً عن تصرفات و سلوكات هذا الغير.

و يظهر بأن القائد المقصود هنا هو المسؤول عن سلوكات الخاضعين له²⁵¹ ؛ ولذلك فإن كل الاتفاقيات الدولية التي سعت إلى إنشاء نظام لمكافحة الجرائم المرتكبة أثناء الحرب ألزمت أن تكون القيادة العسكرية تحت يد شخص مسؤول عن سلوكات الخاضعين له²⁵².

وحسب رأيي فإن سلوكات الأشخاص الغير منظمة في شكل قيادي هرمي لا يمكن أن تكون محل نظر أو تطبيق لهذه النظرية لانعدام عنصر التراتبية فإذا أحييت أية قضية أمام المحكمة الخاصة يمكن للدفاع أن يثير مسألة انعدام عنصر التراتبية لدى المتهم و ينبغي ألا يفوتنا هنا أن الميليشيات الغير عسكرية و التي قد تكون غير منظمة في شكل جيش نظامي قد يكون القادة فيها محل متابعة إذا ثبت وجود رقابة فعلية و لكن إذا كانت هناك تصرفات منعزلة و منفردة من طرف أحد الأشخاص فحسب رأيي فإنه لا يمكن متابعة إلا الفاعل وحده لأن القيادة هنا منعدمة و بالتالي لا وجود لعنصر التراتبية .

و لابد من التذكير أن فكرة علاقة : قائد- خاضع لا ترتبط فقط بالنظام العسكري لأن نظرية مسؤولية القائد لا تقتصر على القادة العسكريين ولكنها تمتد إلى القادة السياسيين وباقي المدنيين الآخرين الذين يمتلكون " سلطة In Possession Of Authority " .

و لقد أكدت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا فكرة السلطة كبديل لعلاقة التراتبية في قضايا Aleksovski-Celebici ؛ كما أكدت المحكمة الخاصة برواندا في قضايا : Kajelijeli و Beglishema .

وكما أكدت بأنه ليس من الضروري وجود علاقة : قائد- خاضع بصفة قانونية لأنها قد تمتد إلى العلاقة الفعلية²⁵³ .

²⁵¹ Ibid.At :172.

²⁵² أنظر في هذا الصدد المادة 43 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907 (الاتفاقية الثالثة)

²⁵³ See :Judge Bakone Moloto : « Command Responsibility In International Criminal Tribunals» ,Berkeley Journal Of International Law Publicist , 2009, Vol:3, Pp:12-25, At :16.

و في جميع الأحوال فإن هذه العلاقة تحكمها فكرة الرقابة الفعلية التي يمتلكها القائد والتي يقصد بها : " القدرة المادية على منع أو ردع السلوكات الإجرامية ²⁵⁴ " ولا يعتبر مجرد التأثير المادي Substantiel Influence كافيا لإقامة هذا العنصر ²⁵⁵ .

و تقتضي فكرة التراتبية عدم حصر المفهوم على العلاقة ما بين العسكريين فقط مثلما ذكرت به المحكمة الخاصة في قضية Aleksovski في أن المدنيين أيضا معنيون بالعلاقة طالما توجد لديهم رقابة على الخاضعين الذين ارتكبوا هذه الأفعال و ليس كما دفعت به هيئة الدفاع من أن القادة المدنيين رفيعي المستوى فقط كالوزراء و الولاة - هنا كلمة ولاة حسب التعبير في النظام الإداري الجزائري و إلا فإن المصطلح المستعمل هو : gouverneurs و الذي يعني الممثل القانوني للدولة على المستوى المحلي - ؛ و لقد ردت المحكمة بأن الصفة الرسمية للشخص الذي يمارس السلطة ليست ذات أهمية و بأن هذه العلاقة - العلاقة التراتبية- تجد أصولها التاريخية في محاكمات ما بعد الحرب العالمية الثانية ففي قضية *Toyoda* أين نجد أن درجة الرقابة المطلوبة عرّفها المحكمة على أنها : " السلطة الفعلية لإصدار الأوامر بعدم القيام بسلوكات غير مشروعة و بمعاقبة القائمين بالجرائم " ²⁵⁶ .

و لا يشترط في العلاقة التراتبية أن تكون دائمة فهيئة المتابعة ليست مجبرة على الإثبات بوجود علاقة دائمة و إنما أن تثبت هذه العلاقة "وقت ارتكاب الجريمة " ؛ وذلك أن القادة لسيما العسكريون منهم يمكن أن يكلفوا بأعمال في مهمة محددة و لوقت محدد حسب تعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر و بالتالي ينبغي عند المحاولة لإثبات العلاقة التراتبية الرجوع إلى القائد الذي كان الخاضع تابعا له وقت ارتكاب الجريمة .

و لقد فصلت المحكمة في قضية hadzihasanovic بأنه لا توجد العلاقة التراتبية بين المتهم و المجاهدين بين المرحلة 18 نوفمبر 1992 و 13 أوت 1993 ؛ و لكن بعد هذه المرحلة فإن الجنرال كان يمارس "رقابة فعلية " على عناصره ؛ ولم يحدث الإجماع بين أعضاء قضاة المحكمة الخمسة حول إمكانية متابعة القائد عن الجريمة المرتكبة من طرف تابعيه قبل توليه لمنصبه إلا بعد عناء - 3 قضاة ضد 2 مع تسجيل رأيي إنفرادي مشترك للقاضي شهاب الدين وهانت ملحق بالحكم- مما أدى إلى الحكم ببراءته من الجرائم المرتكبة قبل توليه منصبه نظرا لعدم وجود العلاقة التراتبية قبل 13 أوت 1993 و وجدته مذنبا

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ See Le procureur C/Zlatko Aleksovski , Affaire n° IT-95-14/1-T ,25 juin 1999,Jugement, para : 77.

عن الجرائم المرتكبة بعد هذا التاريخ ؛ و هو ما أدى إلى استئناف الحكم مما بعث النقاش من جديد لأن الدفاع صرح بأن المتهم أدين بمسؤولية القائد عن الضحية dragan popovic في حين أنه لم يعد يشغل منصبه كقائد²⁵⁷ .

المبحث الثاني : الركن المعنوي لسؤولية الرئيس السلمي - Mens Rea

لقد مر العنصر المعنوي في مسؤولية الرئيس السلمي بمراحل متعددة و مختلفة صعودا و نزولا تشديدا و تيسيرا ابتداء بما تم اعتماده غداة مناقشة البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1977 (المطلب الأول) و كذا المعيار المعتمد في موثيق المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا (المطلب الثاني) باعتبارهما استقراء لقانون دولي عرفي في المسألة و ما عرفه اجتهداهما في ما بعد من نقاش وصولا إلى ميثاق المحكمة الجنائية الدولية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : العنصر المعنوي في البروتوكول الإضافي الأول.

انطلاقا من حكم المحكمة الدولية ليوغسلافيا في قضائها في قضية the prosecutor V . sefer halilovic 258 و الذي استندت فيه المحكمة مباشرة على المواد 86 و 87 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 : وذكرت بأن المسؤولية بالامتناع قد تم التطرق إليها بشكل رسمي في المادة 86 تحت عنوان : "Omission" 259 " باللغة الفرنسية وتحت عنوان « Failure To Act » بالإنجليزية.

و لقد لوحظ عند مناقشة المادتين 86 و 87 وجود نوع من الاختلاف في الترجمة بين النصين الفرنسي والإنجليزي الأول²⁶⁰.

و بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية المصاحبة لمناقشة مواد البروتوكول الإضافي فإننا نجد بأن فكرة تحميل القائد المسؤولية الجزائية عن الجرائم الجسيمة Graves Breaches لاتفاقيات جنيف والبروتوكول

²⁵⁷ See : S.Bourgon ,la doctrine de la responsabilité...,op.cit, p : 111.

²⁵⁸ See: Jugement :Prosecutor V sefer halilovic , Case No. IT.01.48.T, In Trial Chamber I, Section A, Date :16 November2005, para -38.

²⁵⁹ Voir : recueil d'instrument internationaux, volume 1 ,Nations Unies , New York et Genève, 1994 ,p :938.

²⁶⁰ See: Prosecutor ,V .zejnil delalic et autres , Case No. IT.96.21.T, In Trial Chamber , Date:16 November1998, Judgment , para -380.

الملحق بها سواء تلك التي أمر بارتكابها أو سمح بارتكابها بعلم منه قد عرفت من طرف الدول الكثير من المخاوف ؛ وانقسمت الدول حسب الأستاذ E. David إلى ثلاث مجموعات .

فالمجموعة الأولى ترى بأن المسؤولية لا بد أن تكون مطلقة والمجموعة الثانية ترى بأنه ينبغي أن تكون المسؤولية نسبية تخضع
261.

و بالتالي حسب الأستاذ E. David فإن الإشكال تم تخطيه وليس حله "Tourné La Difficulté" نحو تجريم السلوكات الجسيمة فقط تماما كما حدث حسب رأيه سنة 1949 .

و الجديد في المسألة هو تجريم الأمر غير المشروع وليس الامتناع وتم تحويل تحميل المسؤولية : من الخاضع إلى القائد إلى
و²⁶² 87.

و المقصود بهذه الفكرة هو أن الدول عوض تحميل الخاضع المسؤولية الجزائية بحيث تعطيه إمكانية مناقشة الأمر الصادر إلى
مشروعة²⁶³.

و لقد تمت صياغة المادة على النحو التالي :

"He Knew, or Had Information which Should Have Enabled Him to Conclude,
That A Breach Was Being Committed or Was going To Be Committed"²⁶⁴

في حين أن المادة المقترحة من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر كانت على النحو التالي :

"Knew, or Should Have Known that He Was Committing or Would
Commit Such a breach..."²⁶⁵.

و لذلك حسب رأيي فقد أحسنت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا عند مناقشتها للمعيار المعتمد عليه كنموذج لقياس عنصر العلم الرجوع إلى الأعمال التحضيرية « Les Travaux Préparatoire » التي

²⁶¹ Voir : E.David, op.cit, :68-69.

²⁶² Ibid.

²⁶³ وهذا صحيح ؛ فقد لاحظ T.Partsch بأن المادة 02/86 ناقصة وعبر عنها كما يلي:

" Art 86/02 Is Incomplete, Its Counterpart Is Missing "

See :Michael Bothe, Karl Josef Partsch ,Waldemar A.Solf: " New Rules For Victims Of Armed Conflicts : Commentary On The Two 1977 Protocols additional To The Geneva Conventions Of 1949",Martinus Nijhoff Publishers, 1982,p :542.

²⁶⁴ See :M.Aubert ,op.cit, p :112-113.

²⁶⁵ See: R.V.A.Roling, op.cit, p: 16.

صاحبت مناقشة البروتوكول الإضافي الأول ؛ ذلك أن مناقشة المشروع و الأعمال التحضيرية المصاحبة له يعطي مفهوما أوضح حول الظروف الزمنية التي عاصرت و أدت إلى اللجوء إلى الحلول الواردة في النص آنذاك و كذا الاقتراحات المطروحة و غيرها .

و لقد تم رفض المقترح الوارد من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر وتم اعتماد الصياغة الحالية للنص . وحسب الكثير من الفقهاء فإن الصياغة قد زادت المعيار غموضا عوضا من توضيحه ²⁶⁶ .

و الأكثر من ذلك فإن مقارنة ترجمة النصين الفرنسي والإنجليزي قد بينت اختلافا بينهما فالنص الإنجليزي

يذكر : « Information Wich Should Have Enabled him to Conclude »

و النص الفرنسي : « Information leur Permettent de conclure »

و لقد صرّحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأن النص الفرنسي هو واجب الإلتباع لأن الترجمة الصحيحة

للمصطلح بالإنجليزية هو : "Information Enabling them To Conclude"

و ليس الحالي و هو :

« "Information Wich Should Have Enabled Them To Conclude" ²⁶⁷ »

وهذا تماشيا مع موضوع والمغزى من الاتفاقية وفقا لمدلول الفقرة 04 المادة 33 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ²⁶⁸ .

و الجدير بالذكر هو أن T.Partsch وهو الفقيه المشار إليه كمرجع في شرح البروتوكول الإضافي الأول من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر أشار بأن الفقرة الثانية من المادة 86 تتضمن جانب موضوعي وهو : أن القائد لديه معلومات " have Information " والتي يمكن أن تثبت أي أن وجود هذه المعلومات لديه يمكن إثباته؛ وجانب ذاتي يتمكن بمقتضاه القائد أن يعلم (أي من خلال المعلومات التي تأتيه) بأن الخاضع بصدد ارتكاب أو قد ارتكب انتهاكا للاتفاقية ولذلك فإنه حسب T.Partsch فإن النص أو الصياغة باللغة الإنجليزية تضمنت الجانبين الموضوعي والذاتي ؛ وأن النص الفرنسي لم يتضمن سوى الجانب الموضوعي لأن الترجمة الحرفية تكون :

« Qui Auraient Du Leur Permettre »

²⁶⁶ See: I.S.Martinez, *op.cit*, p: 653.

²⁶⁷ See: ICRC. Commentary On Protocol I Additional To The Geneva Conventions Of 1949.At:1013-1014.

²⁶⁸ Ibid.

و إن إصرار الجانب الفرنسي على بقاء الصياغة على حالها حسبته أدى إلى اختلاف Divergence والغريب حسبته أيضا أن المعمول به هو أنه في حالة تعارض نصين كلاهما النص الرسمي فإن النص الذي يتضمن الفكرة الأكثر شمولاً هو الذي يطبق أي الإنجليزي حسب رأيه²⁶⁹ و لكن الذي حدث هو أن لجنة القانون الدولي و من بعدها المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا قد فسرتا النصين على أنهما متساويان²⁷⁰. و لا يفوتنا هنا التذكير بأن المادة 86 فقرة 02 تجد أساسها حسب Partsch في قضاء ياماشيتا²⁷¹؛ لأن القائد لا يمكن أن يرتكبها²⁷².

وحسب التعليق الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر على هذه المادة فإن المخاوف نشأت من إحداث تقنين جديد لمسؤولية القائد²⁷³.

المطلب الثاني : العنصر المعنوي أمام المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا.

إن عنصر العلم لا يمكن أن يفترض Presumed و لكن ينبغي أن يثبت ولا شك أن مسؤولية القائد ليست مسؤولية بدون خطأ وبالتالي فلا بد من إثبات الخطأ وبالتالي لا بد من إثبات عنصر العمد ؛ ولقد نصت المواثيق الدولية وقسمته إلى عنصرين : عنصر العلم Know أو عنصر لديه من الأسباب ما يجعله يعلم " Had Reason To Know .

الفرع الأول – العلم :

لم ينص ميثاق المحكمتين الخاصة برواندا و يوغسلافيا على بيان لعنصر العلم غير أن النظام الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية نص في المادة 30 (3) على أنه :

" لأغراض هذه المادة تعني لفظة العلم أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث

نتائج في المسار العادي للأحداث و تفسّر لفظتنا "يعلم" أو "على علم" تبعاً لذلك " .

²⁶⁹See :Michael Bothe, Karl Josef Partsch ,Waldemar A.Solf: " New Rules For Victims Of Armed Conflicts : Commentary On The Two 1977 Protocols additional To ..., *op.cit*, p : 525-526.

²⁷⁰ See :Kai Ambos .superior Responsibility..., *op.cit*, p: 846.

²⁷¹ See: Bothe, Partsch and Solf, *op.cit*, p: 525.

²⁷² See : I.F Thomson : « Repression Of Violation » , Australian yearbook Of International Law ,1980 , Vol 9 ,Pp : 325 – 333 , At : 331.

²⁷³ See : ICRC, *op.cit*, p :1014-1015.

و من الأجدر في هذا الصدد ذكر العبارة كما وردت :

" negligence so serious that it is toutamount to malicious intent "

And see :Kai Ambos : «superior Responsibility ”, *op.cit*, p: 846.

وبالتالي يظهر عنصر العلم هنا على أنه مسألة ذاتية يتبين فيها ما فكر فيه المتهم فعلا ؛ ويظهر من الناحية الزمنية بأن عنصر العلم مرتبط بما يعلمه القائد عن الخاضع عندما يتهيأ الخاضع للقيام بهذه الجريمة أو عندما يكون قد قام بالجريمة و انتهى بحسب المواد (3)7 و (3)6 من موانيق المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا و رواندا ؛ و هذا بخلاف ما نصت عليه المادة 28 (أ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بقولها " عندما تكون القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم " وبالتالي فالميثاق هنا لا يهتم بعلم القائد عندما يكون قد انتهى من ارتكاب الجريمة و هذا يحصر نطاق هذه المسؤولية و تطبيقها ²⁷⁴.

و لقد عالجت المحاكم الخاصة بيوغسلافيا سابقا ورواندا مسألة العلم في قضائها بشكل معمق ؛ فوجد نوع من الإجماع في غرف المحكمة المختلفة على أن " عنصر العلم Directe Evidence " يمكن أن يثبت بناءً على أدلة إثبات مباشرة و بواسطة ظروف الحال Circumstantial Evidence ففي الحالة الأولى يمكن أخذ أدلة عنصر العلم من التقارير المكتوبة التي تخبر القائد بوجود جرائم مرتكبة أو التي يوقع عليها ؛ أو بناءً على اعتراف شفوي من القائد يذكر فيه بأنه على علم بوقوع الجرائم .

و في الحالة الثانية أي أن يثبت العلم بناءً على الظروف المحيطة فتتكم هنا عن العلم المفترض Presumed أو أن نتكلم عن ما يسمى بـ Constructive Knowledge Standard و ذلك عندما تكون الجرائم قد ارتكبت بشكل موسّع وعام وشمولي و ارتكبت على فترات متعددة و مساحة جغرافية كبيرة ؛ و لا ينبغي أن يفوتنا هنا أن المحكمة الخاصة بيوغسلافيا قد نفت فكرة العلم المفترض و رفضت مساهمة الإتهام عندما أراد اعتبار أنه من قبيل قواعد القانون العرفي أن العلم الحالي قد يفترض إذا أصبح مسألة يعرفها العام والخاص matter of public notoriety و ذلك من خلال شساعة الجرائم و عددها و توسعها الزمني و الجغرافي و استندت على القضاء الصادر في قضية ياماشيتا للقول بأن هذه الجرائم إما أنها prima facie تثبت على أن المتهم يعلم بارتكابها أو أنه امتنع عمدا عن عدم الإطلاع عليها ؛ كما استندت هيئة الإتهام على قضاء نورمبرغ في قضية محاكمة القادة السامين ضد المتهم von Kuechler عندما وصلت إلى المقرر الذي يرأسه تقارير متعددة عن إعدامات و تصفيات جسدية تتم بصفة غير شرعية و منه فإن ذلك يشكل قرينة يفترض بموجبها عنصر العلم لدى المتهم .

²⁷⁴ See : M.p Robert, la responsabilité du supérieur ...,Op.cit ,p : 422 .

و لقد نفت المحكمة بشكل قاطع وجود قاعدة عرفية في القانون الدولي تجعل من العلم يمكن أن يفترض لدى المتهم و صرحت بأن العلم : " يثبت و لا يفترض " و هذا بناء على عدة عناصر منها :

- (a) The number of illegal acts;
- (b) The type of illegal acts;
- (c) The scope of illegal acts;
- (d) The time during which the illegal acts occurred;
- (e) The number and type of troops involved;
- (t) The logistics involved, if any;
- (g) The geographical location of the acts;
- (h) The widespread occurrence of the acts;
- (i) The tactical tempo of operations;
- U) The modus operandi of similar illegal acts;
- (k) The officers and staff involved;
- (l) The location of the commander at the time.²⁷⁵

و لقد توصلت المحكمة في قضية Aleksovski بأن المركز القيادي الذي يحتله المسؤول يمكن أن يكون قرينة على علمه بالجرائم ؛ ولكن شريطة وجود قرائن أخرى جغرافية وظروف زمانية وغيرها .

ولقد أثبتت المحكمة في قضية Blaskic بأن مقتل تسعين شخصا على بعد ثلاثة كيلومترات فقط من مقر قيادة المتهم فوجدت المحكمة بأنه من الصعب الاعتقاد بأن القائد ليس له أدنى علم بوقوع جرائم داخل المنطقة التابعة لسلطته على بعد بضعة كيلومترات من مقر قيادته ناهيك عن قرائن أخرى تنفي عنصر الجهل لدى المتهم²⁷⁶ ؛ فنلاحظ هنا بأن المحكمة لم تكتف بإثبات عنصر العلم بوسائل مباشرة وإنما تجاوزته إلى الإثبات بظروف الحال و بقرائن واقعية مختلفة تنفي الجهل لدى المتهم .

الفرع الثاني : لديه من الأسباب ما يسمح له بالعلم

و لقد تطرقت إلى هذا الجزء من عنصر العلم الفقرة (3) من المادة 6 و الفقرة (3) من المادة 7 من ميثاق المحكمتين الخاصة برواندا ويوغسلافيا على التوالي؛ ولقد تم تقنين هذا المبدأ في المواد 86 و 87 من البروتوكول الإضافي الأول.

و حسب Bantekas فإن الصياغة المستعملة في ميثاق المحاكم الخاصة هو ذاته المقصود في البروتوكول الإضافي الأول فمصطلح : " Had Reason To Know " له نفس مضمون :

²⁷⁵ See Prosecutor v. ZEJNIL DELALIC and als , judgement ,Case No.: IT-96-21-T, 16 November 1998, para : 384-386.

²⁷⁶ See :E.Van Sliedregt ,*op.cit*, p :158-159

" 277 Had Information Enabling them To Conclude "

و يعتبر عنصر العلم ولديه من الأسباب ما يجعله يعلم جوهريا مشابها لما تضمنته موثائق المحاكم الخاصة بسيراليون (المادة 6(3)) وكذا محكمة تيمور الشرقية ²⁷⁸.

وبحسب Martinez فان البحث في عنصر العلم الحالي أو بناءً على الظروف لا يختلف كثيرا عن البحث كما يجرى في القانون الجزائي الوطني ²⁷⁹ .

وتنشئ المادة 7(3) والمادة 6(3) من ميثاق المحكمتين "التزاما بالتصرف" من جانب القائد إذا كان "يعلم" أو "كان لديه من أسباب تسمح له بالعلم" بأن الخاضع لسلطته يستعد لارتكاب جريمة ²⁸⁰.

و لقد بنيت المحكمة الدولية الخاصة برواندا في قضية جون بول أكايوسو مضمون عنصر العلم بناءا على الظروف بقولها :

« l'article 6(3) N'exige pas nécessairement que Le Supérieur ait su ,pour que Sa Responsabilité pénale soit engagée ; il suffit Seulement qu' il Ait eu des raisons de savoir que des subordonnés étaient sur le point de commettre un Crimec'est une sorte de responsabilité par omission ou abstention (Para479).

Les Interprétations Relative a La Mens Rea exigent pour constituer La Responsabilité Du Supérieur Hiérarchique Divergent, Certains Soutiennent Qu'elle Découle D'une Norme de responsabilité objective, C'est a'– dire que Le Supérieur est pénalement responsable, Sans même Qu'il Soit Nécessaire de prouver que le Supérieure était animé d'une quelconque Intention Délictueuse .D'autre ,par contre considèrent qu'une négligence Patente, au Point Qu'elle S'assimile a un Consentement ou a une Intention Délictueuse, Est au moins requise (Para488) la Chambre considère quant a Elle ,qu'il Convient effectivement de rappeler Que L'élément morale requis Comme élément constitutif de tout crime est L'intention Criminelle ;...D'une Négligent que si flagrante qu'elle S'assimile a' un consentement ou même a une Intention Délictueuse (para489) ».²⁸¹

²⁷⁷ See: I.Bantekas ,*op.cit*, Note : 181.

²⁷⁸ See: j.Martinez : « Understanding Mens Rea In Command Responsibility From Yamashita To Blaskic And Beyond », journal of International Criminal justice , 2007, Pp:683-664, At:641.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Voir :Marc Henzelin ,*op.cit*,p:91.

²⁸¹ Le Procureur c.Akayese ,Jugement Chambre De Première Instance ,2 Septembre 1998,ICTR .96-4-T.

و مما لا شك فيه أن المحكمة ترجع قبل تطبيق القواعد الخاصة لمسؤولية القائد بالامتناع إلى البحث في القواعد العامة أولاً كالبحت في القصد الجنائي أو النية الإجرامية ثم تسعى إلى تطبيق هذه القواعد على مسؤولية القائد بصفة خاصة .

و أنه في هذه القضية توصلت المحكمة إلى أن أكايوسو باعتبار أنه مسؤول محلي عن بلدية طابا المركز الذي شغله منذ أبريل 1993 إلى غاية جوان 1994 وكانت لديه صلاحيات تنفيذية بما في ذلك المحافظة على النظام العام داخل البلدية وأنه أثناء فترة حكمه حدثت مجزرة أودت بحياة 2000 من التوتسي في بلدية طابا في الفترة بين 7 أبريل ونهاية جوان 94 وأنه كان يعلم بارتكاب هذه الجرائم وكانت لديه السلطة التي تسمح له بمنع ارتكابها وأنه لم يطلب يد المساعدة من القوات المحلية لردع هذه الجرائم .

وحتى تنفي المحكمة أي خلط بين المسؤولية بدون خطأ والمسؤولية الجزائية بناء على خطأ القائد عند قيامه بالإمتناع عن تحميل المعلومات فإنها قد أكدت في قضية سيليسي التمييز بين عنصر العلم أولاً ثم عنصر العلم بناء على ظروف وملابسات القضية بقولها في الفقرة 386 :

« ...Le Nombre D'acte Illégaux, Leur Type Et Leur Portée, La Période Durant Laquelle Les Actes illégaux Se Sont Produits ,Le Nombre Et Le Type De Soldats Qui Y ont participé ,Les Moyens Logistiques Eventuellement Mis En Œuvre ,Le Lieu Des Cimes, La Multiplicité Des Actes, La Rapidité Des Opération , Le Modus Operandi D'actes Illégaux Similaires ,Les Officiers Et Les Personnels Impliqués Et Lieu ou Strouve Le Commandant Quand Les Actes Ont été Accomplis » .²⁸²

فهذه الفقرة تبين بوضوح بأن المحكمة قد تستعين بالظروف المذكورة في هذه الفقرة أعلاه لتأكيد

البحث عن " الأسباب التي تجعل القائد يعلم "Avait Des Raisons De Savoir

و لقد انطلقت المحكمة في هذه القضية بالبحث أولاً في الأصول التاريخية تم مناقشة المعيار الوارد في البروتوكول الإضافي الأول :

« Savait ou possédait des Informations lui permettant de conclure »

ثم تطبيق المعيار الوارد في المادة 7 (3) : « Know or should have known »

²⁸² Le Procureur C.Zepni Iselalic ,Zdravko Mucic ,Et Autres ,Jugement ,Chambre De Première Instance ,16 Novembre 1998, It -96-21-T (Celébici) ,pava :386.

و لقد وضعت المحكمة قاعدة جوهرية في هذا العدد مفادها : أن القانون الدولي لا يلزم القائد بفعل المستحيل " 283؛ لأنه حسب رأيها القائد لا يمكنه أن يتتبع سلوكيات كل فرد من قواته على حدة : وهذا ما ينقص أو يقلل من مضمون الالتزام الملقى على عاتق القائد بضرورة الحصول على المعلومات بصفة دورية ؛ وحسب تحليل Henzelin فإن القائد لابد أن يتحصل على معلومات دقيقة Concrète و بناء على هذه المعلومات يتصرف للتخلص من إلتزامه 284.

و في القضية Aleksovski 285 تم اتهام هذا الأخير على أنه حرض على ارتكاب جرائم تعذيب ومعاملة غير شرعية لسجناء مسلمين في منطقة Lasva وهذا بصفة شخصية ؛ كما أنه علم أو كان لديه من الأسباب ما يسمح له بالعلم على أن جنودا خاضعين له بصدد ارتكاب جرائم تعذيب ومعاملة غير شرعية ولم يتخذ الوسائل الضرورية والمنطقية لمنعهم .

و لقد فصلت المحكمة بضرورة وجود " الخطأ " من جانب القائد وليس بحسب ما اتجهت إليه المتابعة أو الاتهام من أن العلم بانتهاكات قواعد القانون الدولي " مفترض " وبأن هذه القرينة —أي قرينة العلم— تكون ثابتة عندما تكون الأفعال مرتكبة بشكل متكرر وتكون لمرحلة طويلة .

و لأجل ذلك فإن المحكمة لم تتبع هيئة الاتهام بقولها : " بأنه في غياب أدلة إثبات مباشرة لا يمكننا الافتراض على أن القائد لديه علم بارتكاب الخاضعين لسلطته لجرائم " .

و يرى M. Henzelin بأن هذه الصياغة غير سليمة لأنه إذا توفرت أدلة إثبات مباشرة فإننا نصبح أمام عنصر العلم وليس أمام عنصر لديه من الأسباب " أي العنصر الثاني " 286 .

ولقد ذكرت المحكمة بأن المركز القيادي للشخص يشكل في حد ذاته قرينة قوية Indice Sérieux بأن هذا الشخص يعلم ؛ وبأن ما يزيد هذه القرينة تأكيدا يتوقف على ظروف بما في ذلك الزمان والمكان و بأنه:

" كلما كانت الجرائم المرتكبة بعيدة من حيث المكان، كلما أصبح من الصعب إثبات الحكم بها لدى القائد في غياب قرائن أخرى وعلى العكس، ارتكاب جرائم في مكان قريب من المكان الذي

283 Voir :M.Henzelin ,op.cit ,p :97.

284 Ibid.

285 Voir :Affaire Aleksovski, Jugement ,Chambre De Première Instance ,25Juin 1999,IT-95-14-1.

286 Voir : M.Henzelin ,op.cit,p :100-102.

يمارس فيه القائد عادة مهامه ووظائفه يكفي لخلق قرينة قوية عن العلم من طرف القائد لهذه الجرائم ؛لسيما إذا كانت هذه الجرائم قد ارتكبت بشكل متكرر "

وفي جميع الأحوال فإن العلم لا يمكن أن يفترض ؛ وبالتالي فليس على جهة الدفاع الإثبات بعدم العلم وإنما على جهة الاتهام الإثبات بوجود العلم لدى المتهم لأن الأمر يتعلق بواقعة امتناع²⁸⁷.

المطلب الثالث : العنصر المعنوي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

بالرجوع إلى نص المادة 28 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية نجدها قد وضعت معيارين مختلفين بخصوص العلم لدى الشخص المسؤول فتطرق في فقرتها الأولى إلى مسؤولية القادة العسكريين (الفرع الأول) والفقرة الثانية إلى باقي القادة الآخرين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العنصر المعنوي لدى القادة العسكريين

نصت المادة 28 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية في فقرة الأولى على ما يلي :

"...يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري مسؤولا مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتبكة 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 الوقت، بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم ..."²⁸⁸.

يرى الأستاذ K.Ambos بأن المادة 28 والمعيار المعتمد بها لا بد أن يقرأ وفقا للقواعد العامة ثم أن يتم التطرق إلى الخصوصيات التي تتعلق بكل حالة و بالتالي لا بد عند التطرق إلى العنصر المعنوي للرئيس أو القائد لا بد من العودة أولا إلى المادة 30 من الميثاق²⁸⁹.

و لقد نصت المادة 30 من ميثاق المحكمة على ما يلي :

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸انظر :النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولي pcncc/200/1/add2، الأمم المتحدة ، فبراير 1999 ، منشور في المحكمة الجنائية الدولية المواءمات

الدستورية و التشريعية (مشروع قانون نموذجي، إعداد شريف حلت، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الرابعة، 2006 ، ص ص:175-289 ، ص:209.

²⁸⁹ See :K.Ambos ,Superior Responsibility .., *op,cit*, p:845.

" المادة 30 : الركن المعنوي

- 1 - ما لم ينص على غير ذلك لا يسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب الجريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر : القصد والعلم
 - 2- لأغراض هذه المادة يتوافر القصد لدى الشخص عندما :
يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بسلوكه ،ارتكاب هذا السلوك
يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بالنتيجة ،التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث .
 - 3 -لأغراض هذه المادة تعني لفظه " العلم "أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث وتفسر لفظاً " يعلم " أو " عن علم " تبعاً لذلك "290.
- و لذلك فإنه انطلاقاً من الفقرة الثالثة للمادة 30 التي حددت معنى لفظ العلم على أنه عندما يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث.
- و لتحليل مضمون المادة 28 (1) (أ) قد لا يثور إشكال بخصوص مسألة العلم في الجزئية الأولى من المادة بقولها : " إذا كان القائد العسكري أو الشخص قد عَلم "؛ وهذا لا ينطبق على الجزئية الثانية والمتعلقة بـ : "... أو يُفترض أن يكون قد عَلم " ؛ لأن ترجمتها بالعربية لا ينبغي أن تؤدي إلى الاعتقاد بأن استعمال (أو يفترض) تعني أن المحكمة تأخذ بالعلم الافتراضي لأن هذا يناقض جميع مبادئ القانون الدولي الجنائي ؛ فالعلم بالجريمة لا يفترض - لأنه يتعارض مع مبدأ البراءة أو قرينة البراءة - وإنما يُثبت ؛ و بالتالي فمصطلح " يفترض " إذا كان يقابل : " Should Have Known " بالإنجليزي ومصطلح " Aurait Du Savoir " 28 (1) (أ) الفرنسي ؛ فمعناه قريب إلى فكرة : يجدر به أن يعلم (مصطلح الأخير من عندي) حتى لا يكون هناك اعتقاد بأن المحكمة تأخذ بالافتراضية ، وهو الأقرب إلى منطق وروح الميثاق .

²⁹⁰أنظر : النظام الأساسي ...، المرجع السابق ، ص : 210 .

و يقصد بعنصر العلم أولا العلم الحالي (Actual Knowledge) : أي أن يكون لدى القائد معلومات من طبيعتها إفادته بالخطر بوجود انتهاكات أو بأنه ينبغي عليه اتخاذ إجراءات تكميلية للتحري عن هذه الجرائم للتأكد من وقوع هذه الجرائم أو أنها ستقع أو سترتكب من طرف الخاضع²⁹¹.

و في غياب العلم الحالي يمكن اللجوء إلى معيار احتياطي وهو : عنصر العلم المثبت " Constructive Knowledge " وهذا بناء على الظروف السائدة و تكون بناء على قيام القائد بالبحث في سلوكيات الخاضع بالبحث في عدد ، نوع ، مقدار السلوكيات الغير مشروعة ، التوقيت الذي ارتكبت فيه ، عدد و نوع القوات التي قامت به ، اللوجيستك المتدخل ، و على أي حال : في التموقع الجغرافي ، التوسع ، التقنيات المستعملة ؛ القائمين بالفعل و إدارتهم المتورطة معهم و موقع القائد و تواجدته مقارنة بالفاعل أو الفاعلين²⁹².

وكما يقصد من جهة أخرى بهذين المعيارين بأن إذا لم يتم الإثبات بأن القائد ليس لديه علم حالي فقد ينجو من المسؤولية ويدفع بجهله فهناك معيار بديل "العلم المثبت" ؛ فمجرد انعدام العلم لدى القائد لا يجعله في مركز ينفي مسؤوليته وإنما يمكن اللجوء إلى الإثبات أن امتناعه جرميا من خلال " ظروف الحال وملاستها " ؛ لأن القائد ملزم بالتحري والبحث في سلوكيات الخاضعين لسلطته وللتخلص من هذا الالتزام لا يكفي أن يعلن جهله بالوقائع²⁹³.

ولقد ناقشت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Celebici المادة 28 بقولها بأن هذه المادة ينبغي أن تفسر على أنها تفرض التزاما ايجابيا على القائد بأن يبقى دائما على اطلاع على سلوكيات الخاضعين له²⁹⁴.

وحسب E.Levine فإن هذه المادة تشكل تهديدا للقائد فيضل دائما ملزما برقابة وعلى علم بما يفعل جنوده ؛ وأنه بمجرد ما تصل معلومات عامة لدى القائد فيبدأ بالتحري ويفتح تحقيقا حول المسألة²⁹⁵.

²⁹¹ See: I. Bantekas , The Contemporary..., op.cit, p :08.

²⁹² Ibid .

²⁹³ Ibid, At :10.

²⁹⁴ See :Eugenia Lenisa : « Command Responsibility :The Mens Red Requirement" ,In : < www.Glabalpolicy.Or intyuoitce /Generac/2005/Commamd.Htm.>.

²⁹⁵ Ibid.

وبحسب E.Levine فإن المعيار المعتمد في الفقرة الأولى ثقيل لأنه يلزم القائد أن يتحرى عن كل سلوكيات الخاضع حتى يتخلص من إلتزامه وهذا من شأنه أن يتنافى مع الجانب الإداري في القانون الدولي الإنساني الذي يبنى على ترقية الرغبة في المتصرف أو المخاطب بأحكامه للتصرف بمحض إرادته وبذلك يتحقق تطبيق أكثر شمولية وبحسبه فإن المادة تسعى إلى ضمان أكثر ردعا للقادة عن سلوكيات الخاضعين²⁹⁶.

و أعتقد أن صياغة النص على هذا النحو جد منطقية لأن قانون الحرب لا يمكن أن ينفذ طواعيه أو بملء إرادة المخاطب به لأن إشكالية الإنفاذ كانت أهم سمة عانى منها هذا القانون لسيما مع ضعف جميع الآليات البديلة ؛ و اليوم بإنشاء المحكمة وبوجود قانون لا يمكن الرجوع أو التراجع إلى الإنفاذ الإداري كبديل عن جهاز العدالة للبحث في درجة تخلص القائد من إلتزامه برقابة الخاضعين له لكي ينفي علمه بهذه الجرائم .

ولقد تخطت المادة 28 نقاشات كثيرة انتهت إلى وضعها بناء على "إتفاق خاص Compromis أو كما وصفه Ambos بأنه " اتفاق مضني Delicate Compromy " .

تم التمييز بين القائد العسكري و بين باقي القادة الآخرين ؛ لأن المادة 86 (2) من البروتوكول الأول لم تضع هذا التمييز واستعملت (مصطلح Superior) للم شمل النوعين من القادة " العسكريين و المدنيين "؛ وبأن هذا التمييز تم وضعه من طرف الجانب الأمريكي عند مناقشة الميثاق المنشئ للمحكمة فميزوا في الركن المعنوي بين ما يحتمل أن يستعمله القائد العسكري و المدني ، ومعيار القائد العسكري أعلى من المعيار المستعمل للقائد المدني²⁹⁷.

الفرع الثاني : العنصر المعنوي لدى القادة الآخرين

لقد سبق القول بأن الجانب الأمريكي هو من أودع مذكرة للتمييز و التفرقة بخصوص العنصر المعنوي Mens rea بين القادة العسكريين و القادة غير العسكريين أو المدنيين ؛ ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 28 على ما يلي :

" فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1 ، يسأل الرئيس جنائيا

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ See: K.Ambos, *op.cit*, p : 830.

عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمتربة من جانب مرؤوسين يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة .
إذا كان قد علم أو تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون
أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم (...)".²⁹⁸

و مؤدى هذا التمييز أن القائد العسكري يكون مسئولاً عن : العلم وعن الامتناع عند وجود ظروف وملابسات تسمح له بالعلم ؛ وكما وصفها K.Ambos : Knowledge Or Negligence ؛ أما القائد المدني فلا يسأل فقط إلا عن العلم²⁹⁹ Knowledge .

و على العموم فالنقاشات التي حدثت أمام لجنة الصياغة كان الاختلاف بينها جذرياً و غير متعلق بمسألة درجة و نوع المسؤولية التي يتحملها القائد المدني مقارنة بالقائد العسكري فقط و إنما بعدم تعدية المسؤولية الجزائية إلى القائد المدني أصلاً ؛ و ذلك أن الوفد الصيني رفض بشكل كلي فكرة تحميل القائد المدني المسؤولية الجزائية و حسب رأيه فإن فكرة تحميل القادة المسؤولية الجزائية "بسيطة" و هي ناجمة عن القضاء الذي صدر عقب الحرب العالمية الثانية و التي بموجبها يتحمل القائد العسكري المسؤولية إذا كان لديه القدرة أو السلطة الفعلية و لأجل ذلك فهو لا يتفق حول فكرة تعديتها إلى القائد المدني لأنها تصبح "جد صعبة" و بأن الوفد لا يمكنه تقديم أي اقتراح بهذا الخصوص بشأن معيار التفرقة بين الفقرتين من المادة³⁰⁰ 25 ؛ و بأن السوابق القضائية التي صدرت عن المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا لا يمكن التحجج بها لأنها محدودة من الناحية الزمنية و المكانية و لا تتعلق إلا بالنزاع العسكري و بالقادة العسكريين فقط³⁰¹ .

و من جهة أخرى فالاختلاف الآخر تعلق بالمعيار المعتمد عليه للتمييز بين ما هو معتمد للقائد العسكري و بين القائد المدني ذلك أن كتلة : الأرجنتين ، كندا ، ألمانيا ، رافعت على توحيد المعيار بالنسبة للاثنتين كما هو مفروض على القائد العسكري .

²⁹⁸ أنظر : النظام الأساسي ، المرجع السابق ، ص : 209 .

²⁹⁹ See : K. Ambos, *op.cit*, p :830

³⁰⁰ للعلم فإن محتوى المادة 28 الحالية كانت قبل التعديل متضمنة في المادة 25 و هي التي تمت مناقشتها أمام اللجنة .

³⁰¹ See : Bing Bing Jia : « China and the international criminal court the current situation », Singapore Year Book of International Law and Contributors , (2006), Pp: 87 – 97 , at : 90.

And see : United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 1st meeting of the Committee of the Whole, Document : Document: - A/CONF.183/C.1/SR.1, para. 77.

و بين المقترح الأمريكي الذي يجعل القائد المدني لا يسأل إلا عن الجرائم التي : "علم بها " ؛ و المبرر المستعمل من طرف الوفد الأمريكي يرجع حسبه إلى الاختلاف بين القواعد التي تحكم المسؤولية الجزائية للقائد العسكري و القواعد التي تحكم القائد المدني و كذلك إلى الاختلاف في السلطة التي يتمتع بها كل واحد أو إلى عدم التساوي في السلطة فالأول يمتلك " سلطة تأديبية مقرونة بالجزاءات الجنائية " في حين أن هذا النظام لا يوجد على المستوى المدني و هذا ما يستتبع التفرقة في المعيار المعتمد ؛ و عموماً فإن ضعف قدرة القائد المدني على منع ارتكاب الجريمة على المستوى المدني و ضعف قدرته التأديبية أو انعدامها و كذا بناء السلطة التدريجية على فكرة إدارية تنظيمية هو ما يحدد الاختلاف و يستدعي بالتبعية وضع اختلاف في المعيار المعتمد ³⁰² .

و لقد قامت مناقشات غير رسمية أدت إلى التراجع الجزئي عن الموقف الأمريكي وذلك بإدراج المصطلح : " تجاهل عن وعي أي معلومات تسمح له بوضوح بالاستنتاج بناء على ظروف الوقت (وقت ارتكاب الجريمة) ³⁰³ أن رؤوسه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم " .

و في الأخير تم تبسيط الصياغة إلى الحد الموجود عليه النص الحالي مع ترك عبارة " تبين بوضوح " وحذف عبارة (بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين) المستعملة في البروتوكول الإضافي الأول ومواثيق المحكمتين الخاصة لأن المنطق يقتضي البحث في الظروف التي عاصرت ارتكاب الجريمة أو كما تم التعبير عنها بأنها (Self-evident) وبالتالي لا داعي إلى ذكرها ³⁰⁴ ؛ أو أنها تكرر لا مبرر له ³⁰⁵ .

و يظهر من خلال هذه الصياغة أن مسؤولية القائد المدني عن جرائم رؤوسه أعلى من حيث الركن المعنوي Higher عن القائد العسكري ؛ وبأن مسؤولية القائد المدني محصورة في تلك التي تدخل فقط في إطار مسؤوليته وسيطرته الفعليتين و بعبارة أخرى عندما نقول بأن المعيار لدى القائد المدني أعلى منه لدى القائد العسكري فالأول لا يمكن تحميله المسؤولية إلا إذا وردت إليه أو تجاهل عن "وعي" أي معلومات "تبين بوضوح" فمسؤوليته مرتبطة بورود معلومات وأن هذه المعلومات واضحة و مبيّنة غير أن القائد رغم

³⁰² see : United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 1st meeting of the Committee of the Whole, Document : Document: - A/CONF.183/C.1/SR.1, para. 67-68.

³⁰³ الزيادة من عندي .

³⁰⁴ See.K.Ambos,op.cit,p :830-831.

³⁰⁵ Ibid.

ذلك يتجاهلها بخلاف القائد العسكري الذي يمكن أن يعلم بسبب الظروف السائدة و بتعبير *vetter* فإن مصطلح " الظروف السائدة" من جهة أخرى أوسع من مصطلح "معلومات " 306 .

كما أن القول بكون المعيار المعتمد للفرقة من حيث إثبات الركن المعنوي بين النوعين من القادة أنه أعلى لدى القائد المدني فالمقصود به أنه يمكن الإثبات بوجود العلم أي العلم الحقيقي من جهة أو أن تكون لديه من الأسباب ما يسمح له بالعلم في حين أن القائد المدني لا يكفي لإدانتته توفر هذا المعيار وإنما لابد أن يتوفر لديه عنصر العلم الحقيقي أو أن يتجاهل عن وعي أية معلومات تبين بوضوح أن رؤوسه يرتكبون هذه الجرائم 307.

و لاشك أن المصطلح المستعمل في تعيين المدنيين هو : "الرؤساء الآخرين " بحيث أن المادة استعملت عبارة "فيما يتصل بعلاقة الرئيس و المرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1 " أي أن المادة قامت بالإشارة إلى القادة العسكريين صراحة و ذكرت بأن الأشخاص الغير مذكورين في الفقرة 1 يكونون محل متابعة... الخ " أي أشخاص غير عسكريين و بالتالي فهم مدنيون و يذكر Y.Ronen بأن المادة تبقى غامضة بحيث لا نعرف إن كان من الممكن ضم وزير الدفاع و وزير الداخلية أو قادة الميليشيات... وغيرها 308؛ و على العكس من ذلك يرى البعض بأن الأمر يتعلق بالمسؤولين السياسيين ذلك أن مسؤوليتهم الجزائية لا يمكن أن تقوم مباشرة دون إثبات عنصر العلم الكافي لديهم و بأن وزير الداخلية مثلا لديه ارتباط مباشر بينه و بين عناصر الشرطة أو مرفق الشرطة مما يجعل إمكانية المتابعة في حقه واردة 309 .

و يضيف آخر أن الكثير من الأنظمة القانونية الوطنية تضع تفرقة بين القضاء المدني و القضاء العسكري - كما هو الحال في الجزائر مثلا أين يخضع المدنيون للقضاء المدني و العسكريون للقضاء العسكري و لكل واحد أجهزته المستقلة و مرافقه و قانونه الخاص - و بالتالي فلا ينبغي تحميل القائد المدني نفس مسؤولية القائد العسكري و بناءا على نفس المعيار 310 لاسيما وأن النظام العسكري يكون

³⁰⁶ See Gideon Boas James Bischoff and Natalie Reid , forms of responsibility in international..., *op.cit.* p : 258.

³⁰⁷ See **Frulli (Micaela)** : « Exploring the Applicability of Command Responsibility to Private Military Contractors » , Journal of Conflict & Security Law , (2010), Vol. 15, No. 3, Pp : 435-466 , at : 453.

³⁰⁸ See yael Ronen : « superior responsibility of civilian for international crimes committed in civilian setting » , Vanderbilt journal of transnational law , vol : 43 , 2010, Pp:313-356, at:319.

³⁰⁹ See Avi Singh : « Criminal Responsibility for Non-State Civilian Superiors Lacking *De Jure* Authority : A Comparative Review of the Doctrine of Superior Responsibility and Parallel Doctrines in National Criminal Laws » ,Hastings Int'l & Comp. L. Rev, Vol. 28:2 ,2005 , Pp : 267-298 , at : 276-277.

³¹⁰ See : D.Levnine II , the doctrine of command responsibility ..., *op.cit.* p : 95.

أكثر تنظيماً و يخضع لقواعد صارمة من الانضباط و بالتالي لا يجد القائد العسكري صعوبات في فرض احترام قواعد القانون غير أن القائد المدني يواجه إشكالات من نوع آخر ، ضف إلى ذلك أن هذا الفصل في الأنظمة القضائية - عسكري و مدني- يؤدي حتما إلى ضرورة إيجاد حل إذا لم يتمكن القائد عند علمه بارتكاب جرائم من الردع ؛ و لعل هذا ما أدى إلى ضرورة إضافة الفقرة الأخيرة من المادة 28 بفقرتها التي تعطي الحق في إحالة القضية أمام الجهات القضائية المختصة للمتابعة ؛ و بحسبه فإنه إذا لم يتمكن القائد المدني من الحيلولة دون ارتكاب الجريمة من طرف الخاضعين لسلطته و من ردها فيما بعد يمكنه كحل أخير طلب إحالة المسألة أمام القضاء المختص .

و هذه التفرقة لم تكن مطروحة أمام المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا ؛ لأن هذه المحاكم و إن كانت قد اعترفت بمسؤولية القادة المدنيين والعسكريين على حد سواء لم تفرق بينهما من حيث الركن المعنوي ؛ و هذا ما عبر عنه الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره :

" This imputed responsibility or criminal negligence is engaged if the person in superior authority knew or had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed crimes and yet failed to take the necessary and reasonable steps to prevent or repress the commission of such crimes or to punish those who had committed them³¹¹ " .

و يتضح من ذلك أن المحكمة لم تكن تفرق بين النوعين من الأشخاص تماشياً مع ما كان مطروحا في المادة 86 و 87 من البروتوكول الإضافي الأول و أين كان يتم تطبيق النظرية على القادة العسكريين و المدنيين على حد سواء و تماشياً مع القضاء الذي صدر عن محكمة نورمبرغ و طوكيو لسيما ضد الوزير الأول الياباني " هيروتا " بحيث استعملت المحكمة مصطلح " قائد superior " دون أن تفرق بين السياسي و العسكري³¹² .

و بالنظر إلى التطور التاريخي بخصوص النظرية في هذه الجزئية فإننا نجد بأن مسؤولية القادة هي في الأصل من إنشاء التقاليد العسكرية وُجدت لتحميل القادة العسكريين المسؤولية الجزائية الناجمة عن امتناعهم عن اتخاذ الوسائل الملائمة تجاه مرؤوسيهـم لمنع أو ردع انتهاكات القانون الدولي الإنساني و هذا نتيجة للسلطات الممنوحة لهم بموجب القانون العسكري الذي يمنحهم الحق في العقاب - بموجب إجراءات تأديبية أو حتى جزائية - ؛ و بالتالي فالقائد إذا تمت محاسبته بتحميله المسؤولية فلأن القانون

³¹¹ See O'Brien (JAMES C.) : « The International tribunal for violation of international humanitarian law in the former Yugoslavia » , American journal of International law , 1993, vol : 87, Pp : 639-659, at : 651.

³¹² See O'Brien (JAMES C.), The International tribunal for violation..., op.cit, at : 652 .

قبل ذلك قد زوّدَه بالوسيلة و منحه صلاحيات و امتنع هو عمدا عن اتخاذ هذه الوسائل ؛ في حين أن القائد المدني لا يمتلك هذه الصلاحيات و السلطات التأديبية تجاه التابعين أو كما عبرت عنه المحاكم الخاصة " بمعيار الرقابة الفعلية " ؛ و لذلك حسب اعتقادي فإن المقترح الأمريكي هو الأكثر منطقية و فهما لهذه التطور ؛ و هذا ما يتماشى مع ما صرح به القاضي رولينج في الرأي الانفرادي في قضية وزير الخارجية الياباني هيروتا بقوله بأنه : " على المحكمة توخي الحذر عند مناقشتها لمسؤولية القادة المدنيين عن سلوكات القوات العسكرية في أرض الميدان و بأن تطبيقها لا بد أن يتم في حدوده الضيقة ³¹³ ؛ و هذا ما أدى بالمحكمة الخاصة برواندا إلى القول بوجود مفارقات قانونية في التطبيق ³¹⁴ ؛ أو أن إسناد المسؤولية للمدنيين ذات طابع مختلف فيه ³¹⁵ ؛ و قد أثبتت التطبيقات المختلفة اللاحقة على متابعة القادة المدنيين بشكل عادي إلا أن المعيار المعتمد عليه في تحديد الركن المعنوي كان مختلفا .

المبحث الثالث : الركن المادي في مسؤولية الرئيس السُّلمى : الامتناع الجرمي .

حتى يتحمل القائد المسؤولية لا بد من إثبات الركن المادي في الجريمة المنسوبة إليه و يتجسد ذلك السلوك السلبي الذي يتخذه و الذي يسمى ذلك في القانون " امتناعا " و أسعى في المطلب الأول إلى بيان المقصود بالامتناع الجرمي و في المطلب الثاني إلى تحديد السلوك الذي ينبغي على القائد اتخاذه : و هو منع ارتكاب الجرائم و المعاقبة عنها ؛ و نظرا لوجود أدوات مختلفة و نصوص في المواثيق الدولية تعالج المسألة فإن المطلب الثالث يوازن بينها من حيث الاختلاف و التشابه وصولا إلى مفاضلة أحدها وفقا لما يلي :

المطلب الأول : المقصود بالامتناع الجرمي

يعاقب القانون عادة على السلوكات الايجابية أي القيام بالفعل المجرم و لا يعاقب عن الامتناع إلا في حالات نادرة و بعبارة أخرى فإن الامتناع يكون بمثابة استثناء فهو يشكل جريمة فقط عندما ينص

³¹³ الرأي الانفرادي للقاضي رولينج ورد كما يلي :

"[...] a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the army in the field. Moreover, the Tribunal is here to apply the general principles of law as they exist with relation to the responsibility for 'omissions'. Considerations of both law and policies of both justice and expediency, indicate that this responsibility should only be recognized in a very restricted sense."

Voir : The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU , Case No. ICTR-96-4-T, op.cit , para : 490. And The Prosecutor v. ALFRED MUSEMA , Case No. ICTR-96-13-A, op.cit , para : 134.

³¹⁴ Prosecutor v. ALFRED MUSEMA , op.cit , para : 135.

³¹⁵ Voir : The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU, op.cit , para : 491.

القانون الجزائي صراحة على ذلك ؛ و تتعمق هذه الفكرة أكثر في القانون المقارن لأن دول نظام الرومانوجرماني تعرف الكثير من جرائم الامتناع إلا أن الدول التي تتبع نظام الكمون لو لا تولي له اهتماما لأنه في نظرها " ليس كل امتناع ذو طابع إجرامي " و بين اللامسؤولية و المسؤولية عن كل امتناع نشأت الفكرة بأن الامتناع " لا يمكنه أن يحمل المسؤولية لصاحبه إلا إذا وجد "التزام قانوني بالتصرف" وقت القيام بالفعل" ³¹⁶.

و لقد أثارت فكرة " الامتناع " مناقشات حادة أمام مجموعة العمل التي تعد مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص المسألة لكون القاعدة المتعلقة بها لا بد أن ترد ضمن "المبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي" و بالتالي يصبح السلوك الإجرامي كقاعدة عامة سيان من حيث القيام بالفعل أو الامتناع عنه ؛ و لقد طرحت هذه الفكرة لأول مرة سنة 1996 فقامت آنذاك مجموعة العمل بإدراجها ضمن المادة (G) مع إدراج ملاحظة عليها أو ملاحظة توضيحية مفادها أن المادة محل " خلاف contentious " ³¹⁷.

و يذكر saland - آنذاك رئيس مجموعة العمل المكلفة بمشروع مبادئ القانون الجنائي في النظام الأساسي للمحكمة - أن المجموعة أعدت مبدأ يتعلق بالامتناع في 15 جوان 1998 - المادة 28- ثم تم حذفه و هذا على الرغم من الضغط الكندي الياباني للإبقاء عليه إلا أن الجانب الفرنسي قاوم الفكرة مؤكدا بأنه لديه إشكالات كبيرة مع هذه الفكرة ³¹⁸؛ و لتخطي الإشكال لأنه لن يتم أبدا الوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف لاسيما فيما يتعلق بالمفهوم ³¹⁹ ؛ تم حذف المادة نهائيا بأن لا يتم تضمين النظام الأساسي بأي مبدأ عام عن الامتناع ؛ و حسب رأيه -saland- فإن هذه الوضعية شبيهة بوضعية بعض الدول التي تخلو أنظمتها القانونية من مبدأ الامتناع كالسويد و التي لا تمنع محاكمها الوطنية رغم ذلك من تحميل

³¹⁶ See Rachel Grondin : « la responsabilité pénal du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit », revue général de droit , 2004(34), Pp : 309-341, at : 315.

³¹⁷ See Michael Duttweiler : « Liability for omission in international law » , international criminal law review, 2006(6) ,Pp : 1-61, at :56-57.

³¹⁸ See : per saland : « international criminal law principle » , in The International Criminal Court: the making of the Rome Statute- issues negotiations results, edited by Roy s.lee , kluwer law international 1999,Pp : 189-216, at : 212-213.

³¹⁹ See Kai Ambos : « Article 25 Individual criminal responsibility » ,in o.triffterer (ed.) ,commentary on the Rome statute of the international criminal court ,Baden-Baden Nomos, 1999, Pp : 475-492, at : 492.

الأشخاص بالمسؤولية بالامتناع بناءً على بعض الظروف ؛ فاستقر الأمر على عدم تضمين أية مسألة تمنع المحكمة فيما بعد من الفصل فيها بموجب القضايا المطروحة أمامها³²⁰.

و يعتبر البعض بأن المسؤولية بالامتناع ليست جديدة عن القانون الجنائي الدولي فقد فصلت محكمة نورمبرغ بأن: " الإمتناع من تمكين الأسرى من الرعاية الطبية و حرمانهم منها وذلك بعدم أخذهم إلى المصحات و عدم تمكينهم من الأكل الكافي إلى درجة الموت يشكل فعلاً إجرامياً "321.

كما فصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا بإمكانية ارتكاب الجريمة بالامتناع و لم يكن في نظرها أي شك في أن الامتناع يشكل جزءاً من القانون الجنائي الدولي استناداً إلى محاكمات نورمبرغ و معاهدات جنيف المختلفة و محاكمات يوغسلافيا في قضايا : تاديك - اكايسو - أليسكوفسكي³²² .

و تعد المسؤولية الجزائية للقائد هي النوع الوحيد للمسؤولية بالامتناع الواردة في النظام الأساسي و التي لم تعرف اختلافاً حولها من حيث المبدأ رغم وجود اختلافات حول تكييفها إن كانت نوعاً من المسؤولية بدون خطأ أو مسؤولية عن الغير و غيرها...؛ و اختلافاً يتعلق بالمفهوم - كما ذكر أعلاه- و كذا عن الظروف التي يمكن معاقبة الفاعل عن الجريمة بالامتناع³²³؛ سيما عند السعي لبيان طبيعة الالتزام بالتصرف لأنه سبق القول بأن الامتناع " لا يمكنه أن يحمل المسؤولية لصاحبه إلا إذا وجد "التزام قانوني بالتصرف" وقت القيام بالفعل" ؛ فينبغي إذا تنظيم كل التزامات القانونية بالتصرف و ذكرها في النظام الأساسي كما هو الحال في جريمة و مسؤولية القائد و أن مخالفتها تؤدي إلى ارتكاب جريمة بالامتناع ؛ أو كما أوردته لجنة القانون الدولي في مشروع جرائم السلم و أمن البشرية بذكرها بأن ارتكاب أي جريمة يشمل القيام بالفعل غير المشروع أو الامتناع عنه لأنه كما ورد في اجتهاد محكمة نورمبرغ من أن الفرد ملزم بأن يكون سلوكه وفقاً لمقتضيات القانون الدولي و أن أي إخلال بهذا الإلتزام يترتب مسؤوليته الفردية الخاصة ؛ و حسب A.Eser فإن عدم تضمين النظام الأساسي بمقتضيات تخص الامتناع لا يعني أبداً

³²⁰ See : per saland , international criminal...,op.cit,p : 213.

³²¹ See Robert Cryer : «general principles of liability in international criminal law » ,in The permanent international criminal court : legal and policy issues , Dominic McGoldrick,Peter J. Rowe,Eric Donnelly (eds), Hart Publishing, 2004 , Pp :233- 262,at : 238-239 .

³²² See Robert Cryer , general principles of liability...,op.cit,at : 239.

³²³ See Albin Eser : « Individual Criminal Responsibility » ,in Antonio Cassese Gaeta and J Jones(eds), The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary, volume 1, Oxford: Oxford Univ. Press, (2002), Pp. 767-822, at : 818-820.

أنها مرفوضة أو غير موجودة³²⁴؛ فمواثيق المحاكم الخاصة برواندا ويوغسلافيا تتضمن نفس المقتضيات و رغم ذلك فقد عالجت المسألة في عدة قضايا منها: قضية tadici وقضية : kordic و cerkez وقضية : hadzihasanovic وكذا في قضية musema ؛ وهذا يبين بأن المحكمة يمكنها في اجتهداها أن تطبق القواعد العامة للقانون الجنائي بنفسها دون أن تحتاج إلى نص خاص يمنحها هذه الصلاحية شريطة ألاّ تصطدم بمبدأ الشرعية : لا جريمة أو عقوبة إلاّ بنص معد مسبقا قبل ارتكاب الوقائع (1)22 أو أن تصطدم بالمادة (2)22 التي تلزم المحكمة عدم اللجوء إلى القياس³²⁵.

و اتجه فريق آخر إلى الاستناد على المادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق و التي تجعل من المبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم من المصادر شريطة ألاّ تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي و لا مع القانون الدولي و لا مع القواعد والمعايير المعترف بها دوليا ؛ هذه المقتضيات تنشأ قرينة واضحة بأن مفهوم الامتناع كمبدأ من المبادئ العامة للقانون يمكن أن يطبق من طرف المحكمة و بالتالي فهو لدية مركز : المصدر في القانون³²⁶.

و على ما يبدو فإن ذكر المسؤولية بالامتناع لدى القادة و الرؤساء الآخرين و ذكرها في كل جريمة على حدى من شأنه تلافي البحث حول إجماع لضم النظرية ضمن القواعد العامة للقانون الجزائي . و بالعودة لما يتضمن النظام الأساسي للمحكمة حول مسؤولية القائد من قواعد فقد استلزم الأمر ملائمة عدة نصوص فالمادة 30 مثلا المتعلقة بالركن المعنوي أضيفت لها الجزئية : "ما ينص على غير ذلك " و هذا لكون المادة 28 قد أوردت ماهو على خلاف ذلك فعلا من حيث بيان الركن المعنوي بخصوص المسؤولية بالامتناع .

و عندما ذكر أعلاه بأن المسؤولية الجزائية للقائد هي النوع الوحيد فهذا لا يعني عدم وجود الجريمة بالامتناع كلية في النظام الأساسي لأن حسب كثير من الفقهاء مصطلح "سلوك" يتضمن الجانبين : "الفعل أو الامتناع — act or omission " ³²⁷ كما هو منصوص عليه في المواد 12 (2) أ ؛ و المادة (1)17 (ج) و المادة 20؛ 22 ؛ 30(2) (أ) ؛ 31(1) ؛ 32(2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و

³²⁴ See Albin Eser, Individual Criminal..., op.cit, at :819.

³²⁵ See Kai Ambos , Article 25 Individual criminal..., op.cit, at : 492 .

³²⁶ See Michael Duttwiler ,Liability for omission..., op.cit, at : 59-60.

³²⁷ See Michael Duttwiler ,Liability for omission ..., P:58.

هذا بطبيعة الحال إذا أخذنا بعين الاعتبار اجتهاد محكمة نورمبرغ و التفسير المجرى من طرف لجنة القانون الدولي و الاجتهاد الصادر عن المحاكم الخاصة برواندا و يوغسلافيا و إذا تمسكنا بحرفية النص فإنه إذا لم يذكر النظام الأساسي صراحة أي سلوك على أنه يعاقب عن الامتناع فيه فلا داعي للتوسع في النص أبدا خاصة و أن الأمر يتعلق بجريمة و لذلك أشاطر رأي المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية *celibici* عندما اعتبرت بأن الامتناع عن إطلاق سراح المساجين لا يشكل جريمة في نظر القانون الدولي و استنادا لنظامها الأساسي ؛ و حتى أن هذه المساواة بين الفعل الإيجابي و الإمتناع قد وردت في المشاريع الأولى من تقنين الجرائم ضد السلم وأمن البشرية من أن كل شخص يشغل مركزا رسميا مدنيا كان أم عسكريا لا يتخذ الإجراءات المخولة له بمقتضى سلطته واختصاصه لمنع أو العقاب على الأفعال التي ينص عليها مشروع التقنين يعد مسؤولا عنها طبقا للقانون الدولي و في هذه الحالة يسأل المتهم لوقوفه موقفا سلبيا تمثل في امتناعه عن إتيان الأفعال التي كانت في وسعه لمنع أو للعقاب على كل فعل يعد جريمة دولية³²⁸.

و المقصود بالفكرة أعلاه أن مصطلح سلوك في النظام الأساسي يشمل الجانبين : " الفعل أو الامتناع — act or omission " ذلك أن المادة 25 مثلا عندما تطرقت للمسؤولية الفردية و قامت بتجريم السلوك و ليس الفعل أي القيام بالفعل و بالتالي مصطلح السلوك يشمل القيام أو الامتناع عن الفعل و هما متعادلين أو متساويين .

كما لا يفوتنا أن (م.ج.د) في أول قضية تعرض عليها — lubanga — دائما تشير إلى الفعل و إلى الامتناع عن الفعل و كأنهما متلازمين مما يعني أن الامتناع متضمن في النظام الأساسي حتى و لو لم يذكر ضمن المبادئ العامة للقانون لانعدام إجماع دولي حوله³²⁹.

و في الأخير فإن نظرية المسؤولية الجزائية بالامتناع لا يزال أمامها طريق طويل و شاق نحو الحصول على توافق من طرف الدول لسيما مع وجود الاختلاف الصارخ بين النظامين "الرومانو جرمانى" و "الكومون لو" حولها من جهة و عدم الاتفاق حول السلوكات بالامتناع التي تعد غير مشروعة و هذا لعدم وجود معيار يبين فيه القانون متى يوجد التزام بالتصرف ؛ و لذلك ينبغي الاكتفاء بالحد الأدنى المشترك المتفق عليه إلى حين تطوير هذه النظريات فيما بعد .

³²⁸ انظر محمود نجيب حسني ، دروس في القانون الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، 1959-1960، ص ص : 53.

³²⁹ See :G.werle ,op.cit,p :966.

المطلب الثاني: الالتزام بمنع ارتكاب الجريمة أو الردع عنها .

يقوم مبدأ المنع هنا أولاً كتدبير احترازي قبل ارتكاب الخاضع للسلوك الإجرامي و يكون بمجرد وصول المعلومات إلى القائد تفيد بأن الخاضع سيرتكب الجريمة³³⁰ ؛ و بالتالي فنلاحظ أنه تسبق هنا الحماية ثم الردع و يعطي هذا الالتزام القائد إمكانية استخدام كل الوسائل المتاحة لأجل ذلك³³¹.

وتقوم مسؤولية القائد عندما يعلم بارتكاب الجرائم ولكنه لم يتخذ الوسائل المتاحة له لأجل منع ارتكاب هذه الجرائم ووقفها ؛ غير أن انعدام العلم لدى القائد لا يعفيه من هذه المسؤولية إذا ثبت أن هذا الجاهل ناجم عن خطأ منه و ثبت بأن الجرائم كانت قد ارتكبت بشكل موسع وشمولي من حيث الزمان و المكان و انه لا يفترض بالقائد جهل هذه السلوكات بناء على ذلك³³².

كما أنه من جهة أخرى يؤخذ عنصر الرقابة الفعلية ودرجة التحكم التي يمارسها القائد على الخاضعين لسلطته هي التي تبين أن القائد قد مارس الوسائل المتاحة له أم لا ؟

و من بين الوسائل المتاحة له التي قد يستعملها القائد : كأن يحيط السلطات المدنية والسياسية بأمر هذه الجرائم ؛ البحث حول كل الحلول المملوكة ؛ اتباع القضية ... وغيرها.

و لقد فصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Celebici مقتضى هذا الالتزام بقولها :

« ...The Superior Have Effective Control Over The Persons Committing The Underlying violations of Humanitarian Law in the sense Of having the material ability to prevent and punish the commission of these offence³³³ ”

و تعتبر القدرة على وقف الجريمة أو منعها " مسألة مرتبطة بالوقائع" وينبغي أن يتم بيانها حالة بحالة ؛ وتحمل النيابة أو الهيئة المتابعة عبء الإثبات فيها بأن القائد كانت لديه سلطة الرقابة الفعلية وبالتالي فمن واجبه المنع ووقف ارتكاب الجريمة³³⁴ .

³³⁰ See : Nasser Zadk , la responsabilité du Supérieur... , op.cit ,p :68.

³³¹ Ibid.

³³² Ibid.

³³³ Celebici ,op.cit ,para 378.

³³⁴ See : Alex obote-obora ,the statute of The international..., op.cit,p :365.

ويعتبر هذا الركن بمثابة : " معيار تقييمي " لسلوك القائد حسب Mundis عند النظر في مسؤوليته ومقدار العقوبة الموقعة عليه ³³⁵.

ولقد عالجت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Aleksouovski فكرة منع ارتكاب الجريمة من طرف الخاضع وربطتها بدرجة القدرة ؛ فإذا كان القائد لديه رقابة وقدرة ثم امتنع عن وقف ارتكاب الجرائم أو المعاقبة عنها فإن مسؤوليته تقوم ؛ كما ميزت المحكمة في هذه القضية بين القائد العسكري والمدني ورأت بأن القائد العسكري لديه القدرة والسلطة لمنع ووقف ارتكاب الجريمة أكثر من القائد المدني ³³⁶ .

وفي قضية Blaskic عبرت المحكمة بشكل واضح عن فكرة الوسائل المتاحة للقائد بقولها:

« it is commander 's degree of effective control his materiel ability ,which will guide the trial chamber in determining whether he reasonably took the measures required either to prevent the crime or to punish the perpetrator ³³⁷»

كما أن المحكمة في قضية KVOKA قد بينت بأنه إذا لم تكن من صلاحيات القائد المعني القيام بمعاقبة القائم بالسلوك الإجرامي فإنه يمكنه توقيع العقوبات التأديبية الضرورية ؛ كما أوضحت في قضية سابقة بأن القانون الدولي لا يفرض على القائد عمل المستحيل ولكنه قد يتحمل المسؤولية فقط لأنه لم يتخذ الوسائل المتاحة بين يديه لمنع أو ردع القائمين بالسلوك الإجرامي ولا يتبقى إلا معرفة ماهي هذه الوسائل المتاحة ³³⁸.

و ترى المحكمة في قضية kordic et lerkg بأن هذا الالتزام على الأقل يوجب على القائد التحري عن الجرائم حتى يتحرى الوقائع ويسلم تقاريره إلى السلطات المدنية المختصة إذا لم يكن للقائد السلطة الكافية للمعاقبة عليها ، ويوجب هذا الأمر نفس الالتزام على القائد المدني ويتوقف ذلك فقط على مقدار السلطة الحقيقية التي يملكها .

و يرى Bourgon بأن الامتناع عن اتخاذ الوسائل الضرورية والمنطقية يتضمن من جهة : الحيلولة دون وقوع الجرائم prévenir و منع ارتكابها empêcher و وقفها mettre fin ؛ ومن جهة ثانية معاقبة الفاعلين ويجعل هذا الركن ارتباط مباشر بالركن الأول ذلك أن تقدير مدى تخلص القائد بواجب إتخاذ الوسائل الضرورية يتوقف على درجة الرقابة التي يمتلكها تجاه الخاضعين له .

³³⁵ See :s,Mundis ,crimes of the commander...,op.cit,p :262-263.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Prosecutor v.blaskic ,op.cit,para :335.

³³⁸ See : s,mundis,op.cit,p :264.

و لقد تجاوزت المحكمة في عدة قضايا مطروحة أمامها ما أثاره الدفاع حول مسألة : العلاقة السببية بين أن ترتكب جريمة ما و امتناع القائد عن اتخاذ الإجراءات الضرورية لمنع أو ردع الجريمة وبعبارة أخرى أن يقام الدليل على أن الجريمة لم تكن لتحدث لو أن القائد لم يتخلف عن اتخاذ الإجراءات الضرورية ولقد صرحت المحكمة بما يلي :

Nonobstant la place centrale qu'occupe le principe de causalité en droit pénal l'existence d'un lien de cause a effet n'est traditionnellement pas considérée comme la condition sine qua non pour engager la responsabilité pénal d'un supérieur coupable de ne pas avoir empêché ses subordonnés de commettre des infraction ou de ne pas les en avoir punis. Ainsi la chambre de première instance n'a pas trouvé dans la jurisprudence non plus que (a une exception près) dans l'abondante littérature consacré au sujet de quoi justifier de la preuve d'un lien de causalité comme élément distinct de la responsabilité du supérieur hiérarchique.³³⁹

و بالتالي فالمحكمة هنا لم تجعل العلاقة السببية كركن مستقل في جريمة القائد ؛ وأعتقد أن المحكمة لم تشأ الخروج عن القواعد الواردة في القانون الدولي العرفي من منطلق أنها بحثت في السوابق المتاحة وأنها لم تجد العلاقة السببية كركن فيها فلم تشأ أن تجعلها كمسألة قانونية ؛ ولكن ذلك لا يعني المحكمة عند نظرها في قضية ما أن ترجع إلى الوقائع وتبحث في كل قضية على حدي لتأكد من مدى تخلص القائد من الالتزام القانوني الذي يفرضه عليه منصبه وهذا اتخاذ كل الوسائل الضرورية والمتاحة . وإذا ما ذهبنا إلى ابعده من ذلك فإن المحكمة في قضية halilovic قد صرحت بأن اشتراط العلاقة السببية قد يغير من الأساس القانوني لهذا النوع من المسؤولية عن امتناع القائد عن المنع أو الردع على البحث في ضلوع القائد في ارتكاب الجريمة فيخرجها من نطاق المادة 7(3) إلى المادة 7(1) إذن الأولى تعتبر من طبيعة خاصة sui generis و هذا يجعل :

The borderline between the superior's failure to act and participation according to article 7(1) would be transgressed and thus, Superior criminal responsibility would become superfluous³⁴⁰»

و بينت المحكمة الخاصة بروندا في قضية musema كيف يمكن للقائد (المدني) التخلص من التزامه إذا علم بوقوع جرائم ارتكبها أشخاص يعملون تحت سلطته ؛ مادام musema مالك لمصنع الشاي

³³⁹ Affaire celebici ,op.cit ,para.398.

³⁴⁰ See :oric trial judgment ,op.cit ,para : 338, and G.boas and authers ,forms of responsibility.. ,op.cit, p : 221-222.

فكان من المفروض عليه طرد وتسريح العمال الذين يشتبه في ارتكابهم لهذه الجرائم ولذلك يجب للمحكمة عدم السماح باستعمال آليات المركبات التابعة للمصنع لتحقيق نفس الأهداف ؛ فيمكن له معاقبة عماله أو على الأقل إحالتهم على الجهات القضائية المختصة وهو مالم يتم به ³⁴¹.

كما اعتبرت المحكمة أن عدم قيام القائد بمنع ارتكاب الجرائم أو معاقبته عنها ويسعى إلى فرض جو من النظام واحترام القانون فهنا انسحاب القائد مؤداه أن الخاضعين سيجدون أنفسهم أمام جو من الإفلات من العقاب وهذا ما يشجعهم على انتهاك القانون ³⁴²؛ و استندت المحكمة الخاصة برواندا في قضية BAGILISHEMA على الحكم الصادر ضد Mucic في كون المتهم كان لا يعاقب الجنود الموجودين تحت قيادته و أنه كان دائم التغيب عن المعسكر في الليل كما أنه لم يكن يتابع التعليمات الصادرة منه و مدى تطبيقها و هذا ما أنشء جوا من الانفلات ³⁴³.

و اعتبرت المحكمة عدم قيام القائد بالمعاقبة عن الجرائم مفاده "قبولا ضمنيا لها" ؛ و يقتضي واجب العقاب حسبها التحري عن الجرائم و فتح تحقيق فيها و البحث في الوقائع و إحالة الملف إلى الهيئات المختصة بالعقاب إذا كان القائد غير قادر على ذلك و القضاء الجنائي الدولي له عدة سوابق في المسألة ففي قضية ياماشيتا وجدت المحكمة المتهم مذنباً لكونه لم يحرك ساكناً تجاه أعمال القتل و الاغتصاب و التعذيب التي ارتكبتها قواته و لم يبذل أي جهد يذكر في ذلك لأجل وقف ارتكاب هذه الجرائم أو "كشف الوقائع" ؛ كما بينت قضية Shigemitsu القضية المفصلة من طرف المحكمة الخاصة بطوكيو : بأن المتهم لم يتخذ أي إجراء لفتح تحقيق في الجرائم بله ينبغي عليه حسب المحكمة أن يسعى بكل الطرق و أدى به ذلك إلى الاستقالة من منصبه ³⁴⁴.

و لقد توصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا إلى أن المحاكم التي انعقدت بعد الحرب العالمية الثانية فسرت مضمون الالتزام بالعقاب على أنه "التزام بفتح تحقيق جدي" في القضية و باتخاذ إجراءات إيجابية بإحالة الفاعل على القضاء و لذلك كانت هذه المحاكم تأخذ بعين الاعتبار كل سلوك إيجابي من طرف المتهمين ففي قضية Haut Commandement تجاه المتهم : Hans von Salmuth وجدت المحكمة بأن المتهم قد عاقب أحد جنوده بالحبس لمدة 20 يوم لكونه شارك في الأفعال بدون علم قادته بذلك ؛ و

³⁴¹ See :jamie a-williamson : « command responsibility in the case law of the international criminal tribunal for rwanda », criminal law forum , 2002 (13), Pp :365-384,at :381-382.

³⁴² Ibid.

³⁴³ See :le procureur v Ignas BAGILISHEMA , Affaire no ICTR-95-IA-T, jugement,7 juin 2001,para 50.

³⁴⁴ Voir : LE PROCUREURc/SEFER HALILOVIĆ , jugement , Affaire n° IT-01-48-T,16 novembre 2005, para : 97-98.

في قضية الرهائن أخذت المحكمة بعين الاعتبار أن المتهم قد فتح تحقيقا في القضية و أنه كان على استعداد بتأديب الفاعل و لكن الظروف السائدة بخصوص المعارك آنذاك لم تمكنه من معرفة الوسيلة التي تسمح بمعاقة الفاعل .

كما استند الدفاع و هو بصدد استئناف الحكم الصادر ضد المتهم blaskic في مذكرته على القضية المفصولة أمام المحكمة الخاصة بطوكيو ضد الوزير الأول السابق Hideki Tojo في كون هذا الأخير " لم يتخذ أيا من الوسائل الملائمة لردع الفاعلين أو منعهم من العود إلى ارتكاب الجرائم في المستقبل " و الذي توصلت المحكمة فيه : إلى أن المتهم أغفل طلب التقارير اللازمة التي تحيطه علما بمجريات الأحداث و بالوقائع حول ما سمي : Marche de la mort de Bataan و أنه حينها لم يعاقب أي شخص عما حدث ؛ كما عاينت المحكمة أيضا أن المتهم لم يكن يراعي كما يجب ما كان يقع في السجون التي يوضع فيها سجناء الحرب على الرغم من علمه من الوضعية السيئة التي يعاني منها السجناء و كذا نسبة الوفيات المرتفعة بينهم ؛ و لقد اعتبرت المحكمة المتهم Hideki Tojo مذنباً ليس فقط عن كونه لم يقم بمنع ارتكاب هذه الأفعال و إنما أيضا أنه لم يقم بمعاقة القائمين بها أيضا ؛ و هذا ما يجعل من الالتزامين بالمنع و الالتزام بالردع شيئين مختلفين ³⁴⁵ .

كما تم الاستناد على قضية maréchal von list المفصولة أمام المحكمة الخاصة بنورمبرغ و التي تم التصريح فيها على أن المتهم لم يضع حدا لجرائم القتل الغير شرعية التي تقع و بأنه لم يتخذ الوسائل المفروضة و اللازمة لمنع وقوع هذه الجرائم و هذا ما يشكل إخلالا جسيما بواجبه القيادي و يرتب مسؤوليته الجزائية ؛ كما أكدت المحكمة بأنه : " من واجبات أي جنرال داخل أي إقليم محتل : حفظ النظام العام و الأمن ؛ و بالمعاقبة عن الجرائم التي تقع داخل إقليمه و بحماية الأرواح و الممتلكات " ؛ وواصلت المحكمة طرحها بقولها بأن : " التقارير التي كانت تصل المتهم و التي تخبره بأن الآلاف من الأشخاص الأبرياء يتم قتلهم بصفة غير شرعية من طرف أشخاص مجهولين و بأن المتهم رغم ذلك لم يحرك ساكنا " ؛ و لقد اعتبرت المحكمة الخاصة بنورمبرغ بأن من الواجبات الملقاة على عاتق القائد منع ارتكاب الجرائم و المعاقبة عنها ³⁴⁶ .

³⁴⁵ Voir : le procureur c/ TIHOMIR BLAŠKIĆ, arrêt , op.cit , para :81.

³⁴⁶ Voir : le procureur c/ TIHOMIR BLAŠKIĆ, arrêt , op.cit , para :82

و لا يفرض القانون - حسب المحكمة - أن يكون القائد هو الذي يعاقب و لكنه يلعب دورا هام في الإجراءات التأديبية³⁴⁷.

و يعتبر العامل الزمني في الحصول على المعلومات هو معيار التفرقة بين واجب المنع وواجب الردع فإذا تحصل القائد على المعلومات قبل البدء في تنفيذ الجريمة من طرف الخاضع وجب على منعه و إذا تحصل على المعلومات بعدها وجب عليه ردع الفاعل و بالتالي فكل شيء يتوقف على التوقيت الذي تصل فيه المعلومة إلى القائد³⁴⁸.

و لقد فصّلت المحكمة في قضية SEFER HALILOVIĆ المقصود بالمنع فذكرت بأن القائد لديه نوعين من الالتزامات بالمنع: "التزام عام بالمنع" و ذلك نظرا للسلطة التي يمتلكها و الرقابة ؛ فالقانون الدولي الإنساني يضع القائد تحت التزام عام بالمنع من انتهاك قواعد لسيما المسماة بالجسيمة فهي أهم ضمانات لتنفيذ أحكامه و استشهدت بقضاء نورمبرغ من أن القائد تعتبر أهم أولوياته المحافظة على النظام و حماية المدنيين العزل في القطاع الموضوع تحت قيادته ؛ و هذا الالتزام ينجم عنه التزام بالحماية أو يمكن تسميته مسألة احترازية - المصطلح بالمائل من عندي- فيجب عليه أن يكون دائم الإطلاع على سلوكيات الخاضعين لسلطته و أن يفرض وجود النظام ؛ و أن القانون الإنساني يفرض عدم إنهاك أحكامه سواء بصفة عرضية أو فعلية و يجعل من القائد هو " الضامن " لاحترام قواعده و لذلك منحه القانون سلطة الرقابة و الذي هو في الأصل ممنوح عن الجرائم بالإمتناع³⁴⁹.

كما بينت المحكمة بأنه للتخلص من هذا الالتزام لا يكفي على القائد أن يصدر أوامرا كذلك التي اعتاد إصدارها أو كما وصفتها المحكمة: "donner de simples ordres de routine" و إنما لابد عليه اتخاذ إجراءات أوسع ؛ و لذلك فما دما هنا نتحدث عن الركن المادي في جريمة مسؤولية القائد فهو يتحمل المسؤولية عن الجرائم التي سمح بارتكابها أي لم يتخلص من الالتزام بمنع ارتكابها بأس وسيلة متاحة ؛ فإذا لم يفعل شيئا رغم ورود معلومات إلى علمه و لكنه غير متأكد من سعي الخاضعين لسلطته بارتكابها فلن يتخلص من هذا الالتزام عليه فتح تحقيق بشأن المعلومات التي وردت إليه لتأكيد ارتكاب

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ See : D.Levnine II , the doctrine of command responsibility ...,op.cit, p : 84-85.

³⁴⁹Voir : LE PROCUREURc/SEFER HALILOVIĆ , jugement , Affaire n° IT-01-48-T,16 novembre 2005, para : 79-87.

الجرائم أو نفيه ؛ كما أنه لا يكفي القائد أن يصدر أوامرا بالبحث في الجرائم و لكن أن يتابع مدى تنفيذ أوامره هذه بالبحث حتى لا تبقى مجرد تعليمات غير ملزمة³⁵⁰.

المطلب الثالث : المفاضلة بين النصوص والمواثيق الدولية المعالجة لهذا الركن .

نصت على هذا الركن كل من المواد : 86 (2) من البروتوكول الإضافي الأول و المواد (3) و(6) من مواثيق المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا و روندا كما نصت عليه المادة 6 من مشروع تقنين الجرائم ضد السلم و أمن البشرية كما نصت عليه المادة 28(1) (ب و 28 (2) (ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و لذلك فمن المفيد عرض هذه النصوص و التعليقات المرتبطة بها من طرف الفقه و القضاء وصولا نحو تغليب إحداها عن الأخرى للنظر إن كان ميثاق المحكمة الجنائية الدولية يتضمن المعيار الصائب .

نصت المادة 86 (2) من البروتوكول الإضافي الأول أن القائد يتحمل المسؤولية إذا : " كان يعلم ... بأن الخاضع يرتكب أو يسعى إلى ارتكاب إلى ارتكاب الجريمة و امتنع عن اتخاذ الوسائل المتاحة الموضوعة تحت تصرفه لأجل وقف أو ردع القائم بالجريمة " .

كما نصت المادة (3) و(6) من ميثاق المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا و رواندا — نصين متطابقين — بما يلي : " أن القائد يتحمل المسؤولية إذا "كان يعلم " بأن الخاضع يتهيأ لارتكاب جريمة أو قام بارتكابها ولم يتخذ الوسائل الضرورية والمنطقية لأجل وقف ارتكاب هذا الفعل أو المعاقبة عنه " .

ونصت المادة 6 من مشروع تقنين الجرائم ضد السلم وأمن البشرية أن القائد يتحمل المسؤولية إذا : "كان يعلم" بأن الخاضع يرتكب أو يسعى إلى ارتكاب الجريمة و امتنع عن اتخاذ الوسائل الضرورية الموضوعة تحت سلطته لأجل وقف أو ردع القائم بالجريمة " .

ونصت المادة 28(1) (ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن القائد يتحمل المسؤولية إذا "كان قد علم ... ولم يتخذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة " .

³⁵⁰ Voir : LE PROCUREUR/SEFER HALILOVIĆ , jugement , Affaire n° IT-01-48-T, 16 novembre 2005, para : 90-89.

و عند إجراء مقارنة بين هذه النصوص نجد أنها كلها أعطت البديل - البديل و ليس الاختيار - للقائد بين المنع أو الردع ؛ فالقائد قد يقوم بمنع ارتكاب الجريمة فإذا لم يتمكن ينبغي عليه أن يقوم بردع الفاعل عنها³⁵¹.

و يظهر أن دور الأولى حمائي احترازي بينما الثانية دورها ردعي لمنع ارتكابها من جديد من طرف الأشخاص الذين لهم نفس النوايا والقائد إذن إذا لم يتمكن من منع ارتكاب الجريمة يجب عليه القيام بالمعاقبة عنها .

و لا يفهم من هذا الطرح أن هذه المواد قد منحت للقائد حرية الاختيار بين المنع أو المعاقبة الذي قد توحى به صياغة جميع النصوص المذكورة أعلاه ؛ فالقائد لا بد عليه أولاً وضع حد للجريمة إذا بلغت إلى علمه معلومات تفيد بسعي الخاضعين إلى ارتكابها أو التخطيط لها فإذا لم يتمكن من الوقف لجأ إلى المعاقبة و قد أقرت المحكمة الخاصة برواندا ذلك بقولها : "

407. L'obligation faite au supérieur d'empêcher ou de punir le crime ne place pas l'accusé face à plusieurs options Ainsi, le supérieur qui sait ou a des raisons de savoir que ses subordonnés sont sur le point de commettre un crime doit prendre les mesures raisonnables pour empêcher ou arrêter la commission de ce crime . De même, le supérieur qui avait cette connaissance et qui disposait de la capacité matérielle d'intervenir afin d'empêcher ses subordonnés de commettre les crimes ne s'acquitte pas de son obligation en choisissant simplement de punir après coup lesdits subordonnés³⁵² .

غير أن القائد إذا لم يكن قادراً على منع ارتكاب الجريمة أو ردع مرتكبها فإنه لا يتحمل أية مسؤولية³⁵³ أو أنه من جهة أخرى يتخذ جميع الوسائل المتاحة لديه و لكنه رغم ذلك لم يتمكن من فرض احترام قواعد القانون الدولي الإنساني فهو في هذه الحالة قد تخلص من الواجب الذي يفرضه عليه القانون³⁵⁴؛ و القائد ليس مجبراً أيضاً بمعاقبة الفاعل بنفسه و إنما أن يتخذ الإجراءات القانونية لذلك - القضائية أو التأديبية أو إبلاغ الهيئات المختصة أو فتح تحقيق في القضية - و نوعية الإجراءات المتخذة تتوقف على طبيعة السلطة التي يمتلكها و هذا ما يسمى بالرقابة الفعلية³⁵⁵.

³⁵¹ See E.Bantekas ,the contemporary law of superior..., op.cit, note: 191.

³⁵² See : Le Procureur C.LAURENT SEMANZA, Affaire no ICTR-97-20-T, 15 mai 2003, para : 407.

³⁵³ See :G Werle ,principle of international...,op.cit,p :134.

³⁵⁴Ibid.

³⁵⁵ See Gideon Boas james Bischoff and Natalie Reid , forms of responsibility in international...,op.cit.p :230-231.

كما أن جميع هذه النصوص تلزم القائد باتخاذ أو اللجوء إلى الوسائل المتاحة أو الضرورية و المنطقية وقت ارتكاب الوقائع³⁵⁶؛ و إن كانت هذه الإشارة قد تمت بموجب المادة 86(2) و المادة 6 من مشروع تقنين الجرائم ضد السلم و أمن البشرية و لقد أوضحت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في بلاسكيك بأن القائد لا يسأل إلا عن الظروف التي عاصرت و كانت زمن ارتكاب الجريمة .

كما أن جميع النصوص المذكورة أعلاه تجعل من القائد إنسانا و هو ليس مطالبا بعمل المستحيل- بحسب تعبير المحكمة- و إنما فقط هو ملزم باتخاذ الوسائل الموجودة بحوزته أي الوسائل الضرورية و المنطقية و ما يفسر هذين المصطلحين : "ضروري ومنطقي" أي الوسائل المادية المتاحة وقت ارتكاب الوقائع ؛ و تشير الصياغة المستعملة في المادة 86(2) إلى الوضعية بشكل أدق لأنها ذكرت : "كل الوسائل المتاحة و الموجودة تحت تصرفه" و علقت اللجنة الدولية للصليب الأحمر على مصطلح "منطقي" المستعمل في باقي المواثيق الأخرى على أنه يعني : "المتاحة feasible" ³⁵⁷ .

و عبرت المحكمة الخاصة برواندا عن المصطلح : "ضروري ومنطقي" بأنها تلك الوسائل التي تدخل ضمن "القدرة المادية" للقائد حتى و إن لم يكن لديه ؛ بشكل رسمي قانوني ؛ القدرة على اتخاذها إنها درجة **التحكم الفعلي** لدى القائد هي التي تسمح للمحكمة إن كان القائد قد اتخذ هذه الوسائل أم لا³⁵⁸ ؛ و بأن هذه الوسائل لا يمكن النظر إليها بشكل مجرد و لكنها تقدّر حالة بحالة و بناء على ظروف الحال³⁵⁹ لأنها بالدرجة الأولى مسألة مرتبطة بالوقائع و إذا ذكرت المواد السابقة أن يتخذ القائد "الوسائل المتاحة" فإنه يبقى على المحكمة دون أن تضع قاعدة عامة في المسألة البحث في ماهية الوسائل المتاحة لديه أو الموجودة تحت تصرفه³⁶⁰.

و ينبغي ألا يفوتنا هنا التذكير بأنه ليست صياغة المادة 6 في المشروع المعد من طرف لجنة القانون الدولي حول تقنين الجرائم ضد السلم و أمن البشرية المصادق عليها من الجمعية العامة هي التي أثارت

³⁵⁶ See : J A Williamson : « some consideration on command responsibility and criminal liability », international review of red cross , vol : 90 , n :870 , june2008, Pp :303-317,at : 311.

³⁵⁷ See : J A Williamson , some consideration on command...,op.cit, at : 311.

³⁵⁸ See : Le Procureur C.LAURENT SEMANZA, Affaire no ICTR-97-20-T, 15 mai 2003, para : 406.

³⁵⁹ See Le procureur C/Zlatko Aleksovski , Affaire n° IT-95-14/1-T ,25 juin 1999,Jugement, para : 81.

³⁶⁰ See le procureur z.Delalic, z.Mucic, h.Delic ,jugement ,IT-96-21-T ,16 novembre 1998, para : 394.

الإشكال و إنما التعليق على المادة من طرفها هو ما أثار ذلك ³⁶¹ ؛ فالصياغة تنص أن القائد يتحمل المسؤولية إذا : "كان يعلم" بأن الخاضع يرتكب أو يسعى إلى ارتكاب الجريمة وامتنع عن اتخاذ الوسائل الضرورية الموضوعة تحت سلطته لأجل وقف أو ردع القائم بالجريمة "؛ و لكن تعليق اللجنة على مصطلح الوسائل ذكر بأنه : ... قد توجد حالات يكون فيها القائد العسكري على علم .. بالسلوك غير المشروع للخاضعين لسلطته و لكنه غير قادر على منعهم أو ردعهم . و لذلك فقد أقرت اللجنة بأنه حتى يتحمل القائد المسؤولية لا بد أن يكون مختصا من الناحية القانونية من أجل اتخاذ الوسائل لمنع أو ردع الجريمة كما ينبغي أن تكون لديه الوسائل المادية لذلك ؛ إن القائد لا يتحمل المسؤولية الجزائية إذا امتنع عن التصرف في غياب هذا أو ذاك الشرط " ³⁶².

و لقد ذكرت المحكمة بأن القائد يكون مسئولا رغم أنه ليس له القدرة من الناحية الرسمية و القانونية على اتخاذ الوسائل الضرورية و المنطقية لمنع و ردع الجريمة و لذلك فإنها تختلف مع لجنة القانون الدولي في هذه المسألة ³⁶³ .

أما بخصوص التمييز الذي عرفته المادة 28(1) (ب و 28(2) (ج من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فقد تمت إضافة الجزئية الأخيرة من المادة في الفقرتين : إذا "كان قد علم ... ولم يتخذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة" ؛ فقد لاحظ saland بأن القائد المدني كثيرا ما يجد نفسه غير قادر على متابعة الأشخاص الخاضعين و أنه في بعض الأنظمة القانونية الوطنية يعطي القانون الحق للقائد العسكري إحالة القضية أمام القضاء المدني والشرطة و هيئة الإدعاء ثم المحاكم ؛ و لأجل ذلك تم تضمين الجزئية : "لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة" و هذا في الفقرتين معا أي القائد المدني و العسكري معا ³⁶⁴ .

³⁶¹ Voir : rapport de la commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), document A/51/10, Annuaire de la commission de droit international, 1996, vol:ii, p: 25-27.

³⁶² Voir : rapport de la commission du droit international, op.cit, p : 27.

³⁶³ See le procureur z.Delalic, z.Mucic, h.Delic, jugement, IT-96-21-T, 16 novembre 1998, para : 395.

³⁶⁴ See : per saland : « international criminal law principle », in The International Criminal Court: the making of the Rome Statute- issues negotiations results, edited by Roy s.lee, kluwer law international, 1999, Pp :189-216, at :204.

و لقد أوضحت المحكمة المقصود بمصطلح المنع أو الردع بقولها : "منع إرتكاب الجريمة" أو "ردع المجرم" فمصطلح المنع يمتد للجريمة ومصطلح القمع يمتد للمجرم أو الجاني ؛ كما ذكرت بأن مسألة الوسائل المتاحة هي مسألة "إثبات و ليست مسألة موضوع" و بأن هذه الوسائل "تختلف من قضية إلى أخرى" ³⁶⁵.

الباب الثاني : علاقة المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي بالمسؤولية الجزائية للفرد .

عادة ما يتم تقسيم المسؤولية الجزائية للقائد إلى نوعين : مسؤولية جزائية مباشرة و مسؤولية جزائية غير مباشرة ؛ أما الأولى فتكون عندما يساهم القائد في ارتكاب السلوك المجرم بنفسه أو بواسطة الغير أو مع الغير في إطار ما يسمى بالمشروع الإجرامي المشترك أو بالتحريض أو الأمر... وغيرها ؛ أما مسؤوليته غير المباشرة فهي التي يطلق عليها هذا المفهوم بالمعنى الخاص " *stricto sensu* " و هي المسؤولية الناجمة

³⁶⁵ Voir : LE PROCUREURc/SEFER HALILOVIĆ , jugement , Affaire n° IT-01-48-T,16 novembre 2005, para : 72

عن الامتناع ؛ و سيتم في الفصل الأول التطرق إلى المسؤولية الجزائية الفردية المباشرة للقائد عن الجريمة الدولية و في الفصل الثاني إلى المسؤولية الجزائية غير المباشرة و علاقتها بالمسؤولية الفردية .

الفصل الأول : المسؤولية الجزائية الفردية المباشرة للرئيس السلمي عن الجريمة الدولية .

نظرا للارتباط المباشر بين المسؤولية الجزائية الفردية و صورها في القانون الدولي الجنائي ؛ فإنه كثيرا ما يتم إدراج مسؤولية القائد ضمن أحكام المسؤولية الفردية ؛ و لقد أثبت التطور التاريخي ارتباطهما الوثيق و لكن التطور اللاحق أدى إلى تمييز مسؤولية القائد بأركانها الخاصة و خصائصها مما استتبع انفصالها الجزئي عن أحكام المسؤولية الجزائية الفردية ؛ و هذا ما يستدعي التطرق إلى أحكام المسؤولية الجزائية الفردية و صورها - المبحث الأول - ثم يتم التطرق إلى صور المسؤولية المباشرة للقائد و علاقتها بالأوامر غير المشروعة - المبحث الثاني - وفقا لما يلي :

المبحث الأول : المسؤولية الجزائية الفردية و صورها .

أتناول في المطلب الأول المسؤولية الجزائية للفرد - بصفة عامة - انطلاقا من بعض النصوص التي عالجت الفكرة في سابق عهدها و التي تعتبر النواة الأولى لها و النظر في الاجتهادات الصادرة عن قضاء نورمبرغ و كيف تخلصت من النظرية الكلاسيكية التي تُحمّل المسؤولية للدولة و ليس للعضو الذي يمثلها أو الفرد و كيف مهدت فكرة مسؤولية الفرد الطريق للاعتراف بمسؤولية القائد ثم أتطرق في - المطلب الثاني - إلى كيفية معالجة الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية لها و البحث في الإطار القانوني الذي وردت

ضمنه و ما هي الحالات التي يتحمل فيها الفرد المسؤولية و ماهي أنواع السلوكات المشكّلة لها ؛ أما في - المطلب الثالث - فأتطرق إلى البحث في أنواع و صور المسؤولية الجزائية الفردية .

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية الفردية - عموماً -

منذ المحاكمات الكبرى لنورمبرغ و طوكيو أصبحت المسؤولية الجزائية للفرد على المستوى الدولي مبدأً معترفاً به من طرف الجميع ؛ فقد ذكرت المحكمة الخاصة بنورمبرغ بأنه :

" .. يمكن للأفراد أن يعاقبوا عن انتهاكات القانون الدولي ؛ ذلك أن الجرائم ضد القانون الدولي ترتكب من طرف الأفراد و ليس من وحدات مجردة و بالتالي فعن طريق معاقبة الأفراد الذين يرتكبون هذه الجرائم يمكن تقوية و إنفاذ القانون الدولي " 366 .

و لكن قبل ذلك وُجدت مجموعة من النصوص التي تُحمّل المسؤولية الخاصة للأفراد على المستوى الدولي كإعلان 15 ماي 1915 الصادر عن الحكومات الفرنسية و البريطانية و روسيا يذكر أن الحكومة العثمانية قد ارتكبت أفعالا جسيمة ضد الأرمن و أنها تعتبر أعضاء الحكومة العثمانية مسؤولين بصفاتهم الشخصية عن هذه الأفعال 367؛ كما أوصت لجنة مبتدئي الحرب و تحديد المسؤوليات لسنة 1919 بمتابعة : " كل الأشخاص الذين ينتمون إلى الدول الأعداء و هذا بغض النظر عن وظائفهم العليا و هذا بما في ذلك رؤساء الدول الذين يتأكد بأنهم مذنبين بارتكابهم لجرائم تمس قوانين و أعراف الحرب أو قوانين الإنسانية فإنهم تتم متابعتهم 368 " ؛ و بأن هذه التوصية قد وجدت تطبيقات متعددة لها في اتفاقية فرساي لسنة 1919 و لقد نصت اتفاقية فرساي لـ 28 جوان 1919 على متابعة الإمبراطور الألماني غيوم الثاني بناء على المواد 227-228-229 منها بما في ذلك إنشاء محكمة دولية خاصة لمحاكمة الإمبراطور و ذلك لكونه قام " بالانتهاك الجسيم للأخلاق الدولية و الحجة المقدسة للمعاهدات " .

³⁶⁶ See Kai Ambos : « Article 25 Individual criminal responsibility », in o.triffterer (ed.), commentary on the rome statute of the international criminal court ,Baden-Baden Nomos, 2nd edition , 2008, Pp : 743-770, at : 745.

³⁶⁷ Voir Doudou Thiam : « responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle », Le droit international à l'aube du XXI^e siècle Réflexions de codificateurs, International Law Commission, ONU, New York, 1997, ,Pp :329-337, at : 329-330.

³⁶⁸ Voir Le Procureur C/ DU[KO TADI] alias « DULE » , Jugement , Affaire no : IT-94-1-T, 7 mai 1997, para : 663.

و الملاحظ هو أن المصطلحات المستعملة في الاتفاقية كانت حسب الكثير من الفقهاء غير دقيقة و لكنها مألوفة في ذلك الوقت ؛ غير أن الملفت للانتباه هو أن توجيه الاتهام كان مباشرا للإمبراطور ويحمل به بصفة شخصية المسؤولية عن الحرب ؛ كما أن المواد 228-229 قد ذكرت صراحة بضرورة متابعة القائمين بانتهاكات قواعد الحرب أمام المحاكم العسكرية و منحت قائمة اسمية لهم للدولة الألمانية و لكن لا متابعة غيوم الثاني تمت بحكم عدم تسليم هولندا له لكون المحاكمة في نظرها تفقد إلى الأساس القانوني و لا الأشخاص الذين سلمت قائمة اسمية لهم لألمانيا تم تسليمهم للمحاكمة³⁶⁹.

و حسب البعض فإن محرري اتفاقية فرساي قد استبعدوا المسؤولية القانونية للإمبراطور و سعوا إلى إثبات مسؤوليته السياسية سيما المادة 227 منها رغم أن فكرة إحالة الإمبراطور على المحاكمة كانت جدية³⁷⁰ ؛ و للإشارة فإن مسؤولية إمبراطور اليابان لم تكن واردة في ميثاق محكمة طوكيو بل بالعكس فقد تم استبعادها نظرا للاتفاق الحاصل بين الإمبراطور Hirohito و الجنرال MacArthur و هذا نظرا لإمضاء الإمبراطور على وثيقة التنحي عن العرش و كذا الإمضاء على مسودة الدستور الجديد و هذا ما أدى إلى عقد اتفاق بعدم المتابعة في حق الإمبراطور و تجاه الأسرة الإمبراطورية كاملة ؛ و الأكثر من ذلك فقد أعطي الإمبراطور الحق في عدم المثول للمحاكمة كمتهم و كذلك بصفته كشاهد ؛ و هذا بخلاف الحال عن ما ورد في ميثاق المحكمة الخاصة بنورمبرغ و التي لم تستثن أي مسؤول عسكري كان أو مدني فردا أو منظمة³⁷¹.

و لاشك أن سلسلة التغيرات في مفاهيم القانون الدولي قد بدأت فعلا في هذه الفترة فبعد أن كان القانون الدولي يرتب المسؤولية للدولة فقط أصبح يحمل المسؤولية للفرد و كما عبر عنها Roling بقوله : " بأن التغير الفكري الثوري تجسّد في تحديد سيادة الدولة ليس بواسطة القانون الموجه إلى الدولة و إنما إلى الفرد " ؛ و انطلاقا من إعلان موسكو الصادر في 30 أكتوبر 1943 و الذي يحمل المسؤولية للجنود الألمان و إلى الحزب النازي و الذين ينبغي إرسالهم إلى الأراضي التي ارتكبوا فيها هذه الجرائم ليحاكموا

³⁶⁹ Abellán Honrubia, Victoria : " *La responsabilité internationale de l'individu* ", Recueil des cours de L'Académie de Droit International, Volume 280, (1999), pp. 135-428, at :172-173.

³⁷⁰ Abellán Honrubia, Victoria , *La responsabilité internationale...*, op.cit,p173.

³⁷¹ See Frits Kalshoven , *Reflections on the law of war : collected essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p : 937 . et voir : Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ,sur le site :

[^]http://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_militaire_international_pour_l'Extr%C3%Aame-Orient

فيها أما المجرمين الكبار و الذين ليس لجرائمهم منطقة جغرافية محددة فينبغي محاكمتهم بناء على قرار صادر عن حكومات الإتحاد³⁷² .

و تبقى اتفاقية لندن لسنة 1945 هي الوثيقة القانونية الجوهرية التي تشكل قاعدة تطور مبدأ المسؤولية الجزائية للفرد على المستوى الدولي لأن هذه الاتفاقية تخص فقط المجرمين الكبار الذين ليس لجرائمهم حدود جغرافية و قد نصت الاتفاقية على إنشاء محكمة خاصة لمتابعتهم و يتعلق الأمر بالقادة و المنظمين و المحرضين و الشركاء الذين قاموا بدور في إنشاء و تنفيذ مخطط أو لمؤامرة للقيام بإحدى الجرائم المذكورة و يعتبر مسؤولا كل شخص قام بتنفيذ هذا المخطط ؛ كما لا يفوتنا العودة إلى القانون رقم 10 لمجلس الرقابة لكونه جاء ينفذ محتوى إعلان موسكو اتفاقية لندن ليضع إطارا إضافيا لمحاكمة المجرمين في ألمانيا .

و جاء بعد ذلك القرار رقم 95 (1) المتضمن اعتماد المبادئ الواردة في ميثاق محكمة نورمبرغ - لسيما المادة 6 منه - و كذا القرار 177 (2) المتضمن توكيل لجنة القانون الدولي لإعداد مشروع عن الجرائم ضد السلم وأمن البشرية³⁷³. و بالعودة إلى المناقشات التي جرت من طرف لجنة القانون الدولي و التي أعادت بموجبها صياغة الأحداث التي وقعت في محاكمات نورمبرغ نجدها أعادت ذكر الدفوع الكبرى المقدمة من طرف دفاع المتهمين في كون الدولة هي التي تتحمل المسؤولية و أن الفرد ليس له أي مركز على المستوى القانوني الدولي لأن أحكام القانون تخاطب الدولة و بأن القائد أو الفرد باعتباره مسؤولا عسكريا أو مدنيا تختفي قدرته وراء المركز الذي يمثله و بالتالي فلا يمكن مساءلة الفاعل شخصا ... و غيرها ؛ فأعادت اللجنة ذكر الكلمات الحاسمة في المسألة من أن " اللجوء إلى الحرب ليس فقط غير مشروع و إنما مجرم³⁷⁴ " ؛ و أن الفرد يحاسب شخصا عن الأفعال المجرمة التي يرتكبها و لا يمكنه أن يتستر وراء الأفعال التي يعتبرها تصرفات للدولة ؛ كما اتجهت اللجنة إلى ذكر بعض الجرائم الواردة في اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 و بذكر الجرائم التي ارتكبها النازيون .

و تعتبر المسؤولية الجزائية للفرد على المستوى الدولي معروفة قبل محاكمات نورمبرغ و لكن **تعميمها** إلى جرائم أخرى - و هي الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة - هو ما لفت الانتباه ؛

³⁷² Abellán Honrubia, Victoria , op.cit,p 174.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ The Charter and Judgment of the Nurnberg Tribunal – History and Analysis : Memorandum submitted by the Secretary-General Topic : Formulation of the Nuremberg Principles , International Law Commission Lake Success, New York ,1949, p : 42-44.

فالمسؤولية عن القرصنة مرتبطة بتاريخ الدول و هي قديمة جدا غير أن محاكمات نورمبرغ قد غيرت المبادئ التقليدية التي أوردها Anzilotti و Guggenheim من أن تصرفات أعضاء القوات العسكرية تنسب إلى الدولة من أدنى جندي إلى أعلى قائد و لا تنسب إليهم و لذلك فالفرد لا يمكن أن يكون أبدا شخصا من أشخاص القانون الدولي و الدولة هي التي تعاقب رعيته عن الجرائم المرتكبة من طرفه ³⁷⁵؛ ولقد عبّر الأستاذ G.Scelle عن الفكرة بشكل أكثر وضوحا في أن محاكمات نورمبرغ قد أنشأت نوعا جديدا من المسؤولية لأنه قَلَبَ بشكل تام و كلي التقنيات الكلاسيكية للمسؤولية الدولية ³⁷⁶.

و لقد ساهمت الأمم المتحدة بمجهودات كبيرة في تقنين المبدأ ابتداءً باعتماد "مبادئ نورمبرغ" و اعتماد "معاهدة عدم تقادم جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية " ؛ و إصدار مجموعة من القرارات بمتابعة مرتكبي جرائم الحرب أينما وجدوا و ملاحقتهم و تسليمهم؛ ثم اعتماد اتفاقية "الحماية والمعاقبة من جريمة إبادة الجنس البشري" ؛ و اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 ؛ و الاتفاقية الدولية للمعاقبة عن جريمة التمييز العنصري ؛ و كذا الدور المبذول من طرف لجنة القانون الدولي و سعيها لإنشاء " مشروع للجرائم ضد السلم و أمن البشرية " كل هذه المواثيق الدولية أدت إلى تأكيد مبدأ " للتعاون الدولي " ضد الجريمة الدولية يقضي بتحميل الفاعل أو المساهم أو الشريك أو المحرض سواء كان فردا عاديا أو مسئولا سياسيا أو عسكريا قام بصفته الشخصية أو أمر بارتكاب هذه الجرائم فإنه يتحمل المسؤولية الجزائية "شخصيا" و لا يمكنه أن يتذرع بقيامه للفعل بأي ظرف كان لسيما أن يتذرع بأنه كان يعمل لصالح و لحساب دولته ³⁷⁷.

و لقد نص المبدأ الأول من مبادئ نورمبرغ على " المسؤولية الدولية للأفراد " ؛ و طبقا لهذا المبدأ يعد الأفراد من أشخاص القانون الدولي و يشاركون الدول في الخضوع على نحو مباشر لأحكام هذا القانون و في تحمل الالتزامات التي تفرضها التعرض للمسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذه الأحكام ؛ كما نص المبدأ الثالث على أنه " لا حصانة لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة إذا ما اقترف جريمة دولية " لأن الحصانة التي يتمتع بها رئيس الدولة أو الحكومة تكون وفقا لأحكام القانون الداخلي و ليس لهذه الأحكام أن تعترض

³⁷⁵ See J Barboza : « international criminal law », Recueil des cours, Volume 278 , Hague Academy of International Law, 2000, Pp :1-200, at : 76-77.

³⁷⁶ Voir : G.Scelle , cours de droit international, cité par : **Rafaelle Maison**, la responsabilité individuelle pour crimes d'Etat en droit international public , édition Bruylant, Bruxelles 2004, p :270.

³⁷⁷ See J Barboza , international criminal..., op.cit, p 181-184, and see **Kai Ambos** : « general principles of criminal law in the rome statute » , criminal law forum, 1999(10), Pp :1-32, at :05.

سبيل تطبيق قواعد القانون الدولي ؛ كما نص المبدأ الرابع : " بسيادة القانون على أمر الرئيس و يقتضي هذا المبدأ بأن صدور أمر من رئيس تجب إطاعته طبقاً لقواعد القانون الداخلي لا يعد سبباً يبيح الجريمة الدولية طالما أنه ثبت أن مرتكب الجريمة كان يتمتع بحرية الاختيار وقت اقترافه فعله ؛ كما نص المبدأ السابع على " مسؤولية الشريك في الجريمة الدولية " ذلك أن هذه المسؤولية تمتد حتى الشريك في الجريمة الدولية و يعد الشريك وفقاً لهذا المبدأ مسؤولاً عن الجريمة التي نفذها الفاعل الأصلي و أهمية هذا المبدأ تكمن في اعتبار مصدر الأمر مسؤولاً - باعتباره شريكاً - عن الأفعال التي ارتكبها من نفذ أوامره 378 .

و لقد بينت لجنة القانون الدولي أن الفرد يتحمل المسؤولية الشخصية عندما يرتكب أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة و هذا المبدأ قد تم تحديده بشكل واضح من طرف محكمة نورمبرغ كما اعتبرت بأن القانون الدولي الجنائي له تطبيق مباشر على الأفراد عند البحث في الانتهاكات المرتكبة من طرفهم و البحث في مسؤوليتهم و العقوبة المسلطة عليهم و أوردت عبارات المحكمة في هذا الشأن التي تذكر بأن :

" لقد ذكر فيما مضى بأن القانون الدولي يهتم بتصرفات الدول و لا يوجه أية عقوبات إلى

الأفراد ... ولكنه في نظر المحكمة ينبغي رفضه لأن أحكام القانون الدولي توجه أيضاً إلى الأفراد " 379

و يشير التقرير المعد من طرف لجنة القانون الدولي في دورتها الثانية لسنة 1950 إلى معنى اعتبار الفرد مسؤولاً في القانون الدولي و ذلك بكون القانون الدولي يفرض التزامات على الأفراد تطبق مباشرة عليهم دون إثارة عدم سريانها على المستوى الوطني ؛ و بأن الأفراد مسئولين عن الجرائم المرتكبة على المستوى الدولي و لا يمكنهم التذرع بأن هذه الجرائم ليست منصوصاً عليها بمقتضى قوانينهم الداخلية و هذا ما يسمى بمبدأ : " سمو القانون الدولي على القانون الداخلي " 380.

و يعتبر هذا المبدأ - المسؤولية الفردية - في نظر اللجنة على أنه " حجر الزاوية " في القانون

الدولي الجنائي و هو الذي يعطي معنى لتجريم انتهاكات أحكام القانون الدولي لكونه يضمن بأن القائمين

378 انظر محمود نجيب حسني ، دروس في القانون الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، 1959-1960 ، ص ص : 46-49.

379 See : Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II(2), p 19-20.

380 See : Report of the International Law Commission to the General Assembly Covering its Second Session , Yearbook of the International Law Commission, Vol. II , Doc. A/1316, 5 June-29 July 1950, p : 374.

بهذه الانتهاكات سيتحملون المسؤولية و بالتبعية سيعاقبون عنها و لقد فسرت اللجنة مضمون المادة الثانية من المشروع بأن الامتداد الشخصي *ratione personae* لهذه المسؤولية لا يمس سوى "الأفراد" و المقصود به "الأشخاص الطبيعيين" ؛ و قد يتصرف القائم بالفعل باسم دولته أو لحسابها على أنه ممثل لها مما جعل اللجنة تضيف المادة الرابعة من المشروع و التي تتعلق بتوضيح مسؤولية الدولة ³⁸¹.

و لقد نصت القاعدة 151 من قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي المعد من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر على أن الأفراد مسئولون جزائياً عن جرائم الحرب التي يرتكبونها ؛ و هذه القاعدة كرستها ممارسة الدول كإحدى قواعد القانون الدولي العرفي المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية و هذا استناداً على العديد من التشريعات الداخلية و كتيبات الدليل العسكري على أن الأفراد مسئولون جزائياً عن جرائم الحرب ³⁸².

و لقد نصت المادة 7 و المادة 6 من أنظمة المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا على مبدأ "المسؤولية الجزائية الفردية" كما أكدته هذه المحاكم في اجتهاداتها على أن هذه المقتضيات لم تعد فقط بمثابة "المبدأ" بل بأنها أصبحت جزءاً من القانون الدولي العرفي ³⁸³.

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية الفردية في أنظمة و مواثيق المحاكم الدولية الجنائية .

نصت المادة 7 (1) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا و التي وردت تحت عنوان المسؤولية الجزائية للفرد على أن :

" بأن كل شخص خطط لجريمة من الجرائم المشار إليها من المواد 2 إلى 5 من هذا النظام الأساسي أو حرض عليها أو أمر ربها أو ارتكبها أو ساعد و شجع بأي سبيل آخر على التخطيط أو الإعداد لها أو تنفيذها تقع عليه شخصياً المسؤولية عن هذه الجريمة " .

³⁸¹ See : Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, op.cit., p : 19-20.

³⁸² انظر القانون الدولي الإنساني العرفي ؛ المجلد الأول : القواعد ، جون ماري منكوتس و لويز دوزوالد بك ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2007 ؛ ص : 481.

³⁸³ Voir Le Procureur C/ DU[KO TADI] alias « DULE » , Jugement , Affaire no : IT-94-1-T, 7 mai 1997, para : 663.

و يعتبر محتوى ما أورده المادة بخصوص مختلف مظاهر و صور المسؤولية - القيام بالفعل التخطيط التحريض المساهمة الجنائية أو كما عدده النظام الأساسي - من قبيل القانون الدولي العرفي³⁸⁴ ؛ و هو ما يعطي للمحكمة الصلاحية للبحث و الفصل في طبيعة مسؤولية أي متهم بناء على ذلك .

و تعتبر هذه المادة قد أسست لقاعدة عامة من قواعد القانون الجنائي³⁸⁵ ؛ و تتعلق بالأشخاص الذين قاموا بشكل مباشر بالتخطيط أو التحريض أو الأمر بارتكاب جرائم أو قاموا بأنفسهم أو ساعدوا الفاعلين أو شجعوا على التخطيط أو التنفيذ ؛ و بالتالي فالمسؤولية الجزائية هنا لا تعني الفاعل وحده و إنما أيضا الأشخاص الذين ساهموا في ارتكابها و لذلك فالمادة 7 (1) تميز بين الفاعل و الشريك فذكرت المحكمة بأن :

" Tout acte relevant de l'une des cinq catégories visées par cette disposition [article 7 1]) peut engager la responsabilité pénale individuelle de l'auteur ou de quiconque ayant participé au crime d'une des manières décrites dans ladite disposition.³⁸⁶"

و لقد ذكرت المحكمة في مختلف اجتهادها بأن المادة 7(1) لم تبين طبيعة و نوع المسؤولية التي يتحملها الفرد و لذلك فإنه يرجع إليها تفسير ذلك .

و بالعودة إلى ما نصت عليه الفقرتين 1 و 2 من المادة 25 من النظام الأساسي ل (م.ج.د) فإنها وردت كما يلي :

- 1 - يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملا بهذا النظام الأساسي .
- 2- الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولا عنها بصفته الفردية و عرضة للعقاب و وفقا لهذا النظام الأساسي ... " .

و نوع المسؤولية المقصودة في هاتين المادتين 7 و 25 هي مسؤولية "الأشخاص الطبيعية" و بمفهوم المخالفة فلا توجد مسؤولية للأشخاص المعنوية كالشركات أو المجموعات الإجرامية ؛ كما حدث في نورمبرغ عقب تجريم reich ministries أو المنظمات الإجرامية كما أن " مسؤولية الدولة "

³⁸⁴ Voir Le ProcureurC/ DU[KO TADI] alias « DULE » , Jugement , Affaire no : IT-94-1-T, 7 mai 1997, para : 663-669.

³⁸⁵ Voir LE PROCUREURC/ DARIO KORDI] & MARIO ^ERKEZ ,Jugement, IT-95-14/2-T ,26 février 2001,para :364.

³⁸⁶ Voir LE PROCUREURC/ DARIO KORDI] & MARIO ^ERKEZ ,Jugement, IT-95-14/2-T ,26 février 2001,para :373.

ليست لها أية علاقة بهذه المسؤولية³⁸⁷؛ و لقد نفى الجميع فكرة تحميل المسؤولية للأشخاص المعنوية حتى وإن كانت تمارس نشاطا إجراميا (جمعية أو منظمة) و بحسب ما جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة فإن الأفعال الإجرامية تنسب إلى الأشخاص الطبيعية بمنأى عن المجموعة التي ينتمون إليها و بالتالي فأعضاء الجمعية أو الشخص المعنوي المعني يحاسبون عن أفعالهم الشخصية أمام هذه المحاكم³⁸⁸.

و لا ينبغي أن يُفهم من الإشارة في المادة 25(3) (د) على أن المحكمة تسعى إلى متابعة المجموعات الإجرامية ؛ تنص المادة 25(3) (د) على ما يلي :

يسأل الشخص جنائيا في حال قيامه بما يلي : "...

د- المساهمة بأية طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك ؛ بارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها على أن تكون هذه المساهمة متعمدة وأن تقدم :

(1)- إما بهدف تعزيز النشاط الإجرامي أو الغرض الإجرامي للجماعة إذا كان هذا النشاط أو الغرض منظويا على ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة .

(2)- أو مع العلم بنية ارتكاب الجريمة لدى هذه الجماعة ."

و يقصد " بالجماعة الإجرامية " قيام مجموعة من الأفراد بارتكاب الجريمة و الجماعة في نظر القانون الدولي الجنائي أكثر من ثلاثة أشخاص لديها هدف إجرامي مشترك أو واحد ؛ و لقد أخذ هذا النموذج عن الاتفاقية the suppression of terrorist bombing لـ 12 جانفي 1998³⁸⁹ .

و المادة (25) تغطي جميع أنواع المساهمة التي قد يقدمها الفرد للجماعة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حتى عن طريق الإعانة المادية المالية ؛ و المتابعة تكون تجاه أفراد المجموعة بناء على مسؤوليتهم الفردية و سماها المشروع المعد من طرف لجنة القانون الدولي جريمة المؤامرة — conspiracy — في حين أن نظام روما الأساسي اعتبر هذه الجريمة إحدى صور المساهمة الجنائية³⁹⁰.

³⁸⁷ See **Andrea sereni** : « individual criminal responsibility », in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Flavia Lattanzi, William Schabas(eds), Volume 2, 2004,Pp : 103-119 , at : 105-106.

³⁸⁸ Voir **Doudou Thiam** , *responsabilité internationale de l'individu...*, op.cit,p :333.

³⁸⁹ See Gerhard Werle : « individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *journal of international criminal justice* ,2007 (5),Pp : 953-975,p : 970.

³⁹⁰ انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي ؛ المحكمة الجنائية الدولية "دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي النظرية العامة للجريمة الجنائية الدولية نظرية الاختصاص القضائي للمحكمة" ؛ دار الفكر الجامعي ؛ 2004 ؛ ص : 109 .

و لا يفوتنا هنا التذكير بأن محكمة نورمبرغ قد وجهت الاتهام إلى ستة منظمات ألمانية هي : (1) la Gestapo (2) SD (3) SS و (4) SA ؛ (5) و ديوان REICH ؛ و (6) قيادة الأركان العامة لقوات الجيش الألماني وجدت ثلاثة منها على أنها إجرامية³⁹¹.

و لقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 25 على أن : " لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي " ؛ و هذا لا يعني بأن النظام الأساسي يتابع الدول و لكنه لا يجعل هناك أي تداخل بين مسؤولية الفرد و مسؤولية الدولة كما لا يعني أن مسؤولية الفرد تعفي الدولة من مسؤولياتها في القانون الدولي ؛ و حسب Eser فإن النظام الأساسي بموجب هذه الفقرة لا ينفي إمكانية متابعة الدولة إذا وُجدت آليات دولية أخرى أو معاهدة دولية تسمح بمتابعتها كما لم تعد هناك فكرة عن الشخص المتكلم باسم الدولة أو ممثل الدولة³⁹².

و تكون هذه المسؤولية **شخصية** أي أن كل شخص لا يكون مسئولاً إلا عن فعله و بالتالي فلا يسأل الشخص عن عمل أو سلوكات الغير ذلك أن أي جريمة حتى توجد لابد أن تكون من نتاج المتهم ذاته و سلوكه فسلوك المتهم هو سبب ارتكاب الجريمة ؛ فلا يمكن تحميل المسؤولية لشخص لم يكن على صلة مباشرة بالجريمة و الذي يعبر عنه بالمبدأ : " *nulla poena sine culpa* " ³⁹³ .

و قد عبر الأمين العام عن ذلك في تقريره بما يلي :

Un élément important du point de vue de la compétence ratione personae (compétence relative aux personnes) du Tribunal international est le principe de la responsabilité pénale individuelle. Comme on l'a indiqué plus haut, le Conseil de sécurité a réaffirmé dans plusieurs résolutions que les personnes qui commettent de graves violations du droit international humanitaire en ex-Yougoslavie sont individuellement responsables de ces violations

كما ذكر في فقرة أخرى من التقرير أن :

" Le Secrétaire général est d'avis que toutes les personnes qui *participent* à la planification, à la préparation ou à l'exécution de violations graves du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie contribuent à commettre la violation et sont donc individuellement responsables." ³⁹⁴

³⁹¹ Voir Rafaëlle Maison , la responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international , édition bruyant bruxelles, 2004, P : 304.

³⁹² Albin Eser: *Individual Criminal Responsibility* , in : Antonio Cassese PAOLA GAETA JOHN R.W.D. JONES (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary, Oxford Univ. Press. (2002), Pp. 767-822, at : 779 .

³⁹³ Voir : LE PROCUREUR C/ DU[KO TADI],Affaire n° IT-94-1-A , jugement , 15 juillet 1999, para

³⁹⁴ Ibid .

و لقد أشار t.meron إلى أنه من التحولات التي عرفها القانون الدولي الإنساني بحيث كان يرتبط سابقا بالعلاقات بين دولة إلى دولة فأصبح يرتبط مباشرة بالمسؤولية الجزائية للفرد مما أدى إلى توجيهه العام من فكرة مصلحة الدولة إلى فكرة حقوق الأفراد و الشعوب ؛ كما اعتبره الأستاذ George Aldrich على أن تطور القانون الدولي الإنساني منذ الحرب العالمية الثانية قد جعل من المسؤولية الجزائية للفرد بشكل " صريح على أنها جزء من القانون "395 ؛ و هذا نفس ما ذهبت إليه لجنة القانون الدولي في مشروع المواد عن مسؤولية الدولة لسنة 2001 في المادة 58 منه تحت عنوان " المسؤولية الفردية " بخصوص الشرح أن هذا النوع من المسؤولية أصبح ساريا و أن عبارة " المسؤولية الفردية " اكتسبت معنى مقبولا في ضوء نظام روما وغيره من الصكوك ؛ و هي تشير إلى مسؤولية الأفراد بمن فيهم موظفوا الدولة بموجب قواعد معينة من قواعد القانون الدولي عن أفعال مثل الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية 396.

و الملاحظ هو أن مبدأ مسؤولية الفرد لم يقتصر على النزاعات الدولية فحسب بل امتد و شمل النزاعات المسلحة غير الدولية ؛ و لقد أكدت الأنظمة الأساسية لكل من المحكمة الجنائية لرواندا و يوغسلافيا و سيراليون على أن الأفراد مسئولون جزائيا عن جرائم الحرب المرتكبة في النزاعات المسلحة غير الدولية و قد اعتمدت دول عديدة تشريعات تجرم جرائم الحرب المرتكبة في النزاعات المسلحة غير الدولية و من المتوقع أن يزداد عدد هذه الدول و بالأخص الدول التي تعتمد تشريعات تنفيذية للتصديق على النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية و ترغب بالإفادة من مبدأ التكامل حتى لا تحرم محاكمها الوطنية من الاختصاص إذا لم تكن تتضمن تشريعات تشمل اختصاص محاكمها بمسؤولية الفرد في النزاعات غير الدولية ؛ و قد أكدت محكمة يوغسلافيا في قضية تاديتش على مبدأ امتداد المسؤولية الجزائية للفرد إلى النزاعات غير الدولية 397.

المطلب الثالث : صور و أنواع المسؤولية الجزائية الفردية .

³⁹⁵ See Theodor Meron : « The humanization of humanitarian law » , american journal of international law , april 2000, vol : 94, no 2 , Pp : 239- 278 , at 243.

³⁹⁶ See Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries , Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session , (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two ,2001 , p 142.

³⁹⁷ انظر القانون الدولي الإنساني العرفي ؛ المجلد الأول : القواعد ، جون ماري منكرتس ...، المرجع السابق ؛ ص : 482-484.

لا يعتبر الأفراد مسئولين جزائيا عن ارتكاب جرائم الحرب فحسب ؛ بل أيضا يمكن متابعتهم في حال الارتكاب بصفة شخصية أو بالاشتراك أو عن طريق شخص آخر (الفرع الأول) كما يمكن متابعتهم في حال الأمر أو الإغراء أو الحث على ارتكاب الجريمة (الفرع الثاني) و كذلك عند تقديم العون أو التحريض أو المساعدة على ارتكاب الجريمة (الفرع الثالث) كما يمكن أن ترتكب بناء على القصد المشترك (الفرع الرابع) .

الفرع الأول: ارتكاب الجريمة بصفته المنفردة أو بالاشتراك أو عن طريق شخص آخر .

و سأتناول في هذا الفرع بيان لمفهوم الإنفراد في ارتكاب الجريمة (البند الأول) و الاشتراك في ارتكابها (البند الثاني) و ارتكابها عن طريق شخص آخر (البند الثالث) مع بيان للتطبيقات المختلفة لكل جزئية في الفقه و القضاء و المواثيق أو الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية قدر الإمكان .

البند الأول : الإنفراد في ارتكاب الجريمة .

وتقوم هذه المسؤولية عندما يقوم شخص واحد بسلوكه الخاص بارتكاب الجريمة وهذا بدون أية مساعدة أو تأثير من أي شخص آخر ؛ وهو مقتضى المصطلح المستعمل : ارتكاب الجريمة بصفته المنفردة ولا يُعلم لماذا استبدلت العبارة بالفرنسية من : " a titre individuel " إلى عبارة " individuellement " المستعملة حاليا في النص³⁹⁸ ؛ لأنه في جميع الأحوال فالمقصود واحد وهو : أن ارتكاب الجريمة يتم من طرف الفاعل شخصا أو يتم بفضل المساهمة المباشرة للفاعل ؛ وهذا مقتضى ما توصلت إليه المحاكم الخاصة في قضايا Tadic و Celebici³⁹⁹ .

ففي قضية Celebici بينت المحكمة المقصود بفعل " ارتكب committed " المنصوص عليه في المادة (17) ؛ و ذلك أن المتهم كانت لديه وظيفة بمركز Celebici و حسب هيئة المتابعة فإن المتهم يكون قد ارتكب جريمة حجز المدنيين بصفة غير شرعية المنصوص عليها بالمادة (g) 2 ؛ و ذلك لأنه في مركز يسمح

³⁹⁸ وحسب Eser فإن الصياغة الإسبانية هي الوحيدة التي بقيت تعبر عن الفكرة بشكل واضح بذكرها " por si solo " .

See :Eser,op.cit,p :789.

³⁹⁹ See :k.ambos : « article 25 ...,op.cit,p :748.

له بوضع حد لاستمرار هذا الحجز الغير قانوني و حتى إذا لم يكن هو الشخص الذي يمكنه أن يحدد من هو المدني الذي ينبغي أن يسجن و من الذي ينبغي أن يطلق سراحه ؛ و بررت المتابعة موقفها بنص بالمادة (17) الذي يحمل المسؤولية الشخصية للفرد الذي "يرتكب" الجريمة ؛ كما بينت الشروط التي تبرر فعل الارتكاب و هي : (1) أن يكون المدني قد تم حجزه تعسفيا (2) أن يكون المتهم على علم بهذا الحجز (3) المساهمة في هذا الحجز .

و لقد ردت المحكمة بأن الطرح الذي أورده المدعي العام غير صحيح لأنه ليس مجرد تواجد المتهم داخل المركز يشكل عقبة أمام المحتجزين للحصول على حريتهم و بالتالي فهذا التواجد يكون المتهم قد "ارتكب" جريمة حجز المدنيين بصفة غير شرعية و حتى يتخلص من مسؤوليته لابد عليه إذا علم بأن الحجز غير قانوني إطلاق سراح المدنيين .

و لقد لاحظ Eser وجود حلقة مفرغة في التعريف بالفقرة الثانية من المادة 25 تذكر أن : " الشخص يتحمل المسؤولية إذا ارتكبها بصفته الفردية " ؛ و كان من الأجدر القول : إذا ارتكبها هو " ذاته by himself " و هذا للخروج من هذه الحلقة ⁴⁰⁰.

و يعتبر فعل " الارتكاب " أهم و أعلى درجات المساهمة في تحقيق الجريمة حسب المحكمة الخاصة بيوغسلافيا لكون الفاعل يساهم بشكل مادي و شخصي ؛ بصفة مباشرة أو بدونها في تحقيق السلوك الإجرامي ؛ و الذي قد يكون إيجابيا أو بالامتناع - إذا كان يقع عليه التزام بالتصرف - و يعتبر المتهم فاعلا إذا كان قد ساهم في ارتكاب السلوك المادي للجريمة ؛ و قد يكون ارتكاب الجريمة الواحدة عدة فاعلين متى تم التأكد من تحقيق السلوك المادي في الجريمة لكل فاعل فيها ⁴⁰¹ .

أما بخصوص الركن المعنوي فلا بد أن يقصد الفاعل ارتكاب الجريمة المقصودة ⁴⁰².

البند الثاني : الاشتراك مع آخر في ارتكاب الجريمة .

⁴⁰⁰ See :Eser,op.cit,p :789.

⁴⁰¹ See Le Procureur c/ Blagoje SIMIĆ Miloslav TADIĆ Simo ZARIĆ , Jugement, Affaire n° : IT-95-9-T , Date : 17 octobre 2003 , para : 137-138.

⁴⁰² IBID.

في البداية لابد من الإشارة من أن مفهوم الاشتراك في الجريمة هنا ليس المقصود به أن ترتكب الجريمة نتيجة لتعاون عدة أشخاص فيصبح لدينا " فاعلين و مشاركين " ؛ وإنما المقصود به Co - perpétration و بالتالي فالمصطلح المستعمل غير سليم نهائيا لأن النص الفرنسي استعمل كلمة " conjointement " ؛

والمقصود بها لا يخرج عن فكرتين : الأولى أن الجريمة ترتكب بأكثر من شخص واحد و الثانية : أنهما يعملان معا في ارتكابها .

وهذا ما يسمى بـ Co - perpétration وتكون عندما يرتكب عدة أشخاص مجتمعين الجريمة فيكون كل واحد منهم مسؤولا عنها .

و يتضمن هذا المفهوم عنصرين : العنصر الموضوعي ومؤداه القيام المادي بالفعل ؛ وعنصر شخصي مؤداه اتفاق بين شخصين و الذي قد يكون في شكل مخطط واحد أو هدف مشترك 403.

ولا يفوتنا أن نذكر أن كلا المساهمين يعتبر فاعلا أصليا هنا وليس شريكا : لأن المفهوم الحالي لا يتضمن فكرة الاشتراك في الجريمة هنا بل هو مستقل عنها وبالتالي فالمصطلح المستعمل في النص : " أو بالاشتراك مع شخص آخر ... " لا يقصد به الاشتراك ؛ كما هو معرّف مثلا في المادة 42 من قانون العقوبات : "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا ولكنه و لكنه مساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " 404.

و أعتقد أنه كان من الأجدر استعمال كلمة "مع غيره " بدل " بالاشتراك مع " فتصبح : ارتكاب الجريمة بصفته الفردية أو مع غيره أو عن طريق شخص آخر ؛ و هذا لأن كلمة الاشتراك هي كلمة تقنية في القانون و تشير إلى المساهمة الجنائية بالاشتراك في حين هنا نحن أمام حالة الفاعل مع غيره نظرا لتساوي جميع الأفعال المادية للجريمة و لا يعلم أيها أحدث النتيجة .

و ترجع خصائص هذه الجزئية إلى فكرة تقسيم المهام في القيام بالركن المادي بين الفاعلين فيقوم كل فاعل بمهام معينة تؤدي إلى ارتكاب الجريمة والتي بدون فعل أي واحد منهم لا يكون ارتكاب الجريمة ممكنا .

⁴⁰³ See :G.werle ,individual criminal ,op.cit,p :958.

⁴⁰⁴ See :ambos ,op.cit,p :749.

ولقد قامت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في عدة أحكام لها بالإشارة إلى نص المادة (17) من نظامها الأساسي و ذلك من منطلق أن الجريمة الدولية فعلا تحتاج في ارتكابها إلى وجود اتفاق أو هدف مشترك (العنصر الشخصي) واشترك عدة أشخاص للقيام بالركن المادي للجريمة يعتبرون جميعا فاعلين⁴⁰⁵ ؛ وكأنها نوع من "الجريمة الجماعية collective criminality" .

و لقد ذهبت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا إلى أبعد مما هو منصوص عليه في نظامها الأساسي في هذه النقطة المتعلقة بارتكاب الجريمة بواسطة فاعلين متعددين لديهم هدف مشترك لكونها كانت على علم دائم بأن الجريمة الدولية يشارك في ارتكابها عدد كبير من الأشخاص لتنفيذ مشروع إجرامي واحد أو مشترك لا يمكن لفرد واحد القيام به لوحده و نظرا لهذه الخصوصية فقد ابتعدت المحكمة عن المفاهيم التقليدية لتعدد الفاعلين و قامت بتطوير مفهوم جديد يسمّى: " المشروع الإجرامي المشترك joint criminal enterprise" .

ومفهوم المشروع الإجرامي المشترك له أهمية خاصة في مجال القانون الجنائي الدولي، حيث لا يمكن بلوغ النتيجة الإجرامية النهائية في الجرائم الدولية إلا من خلال تورط العديد من الأشخاص في ارتكاب تلك الجرائم وتنعقد المسؤولية الجنائية في تلك الحالة لكل منهم حتى ولو لم يسهم في ارتكاب الفعل المادي للجريمة بنفسه؛ وبعبارة أخرى فإن المشروع الإجرامي المشترك يشكل المظلة التي تتلاقى تحتها إرادات الجناة لتحقيق غاية معينة عن طريق ارتكاب أفعال مؤثمة قانوناً، وقد تختلف درجة تدخل كل منهم فيه لتحقيق تلك الغاية و لم تعف المحكمة إسناد هذه المسؤولية متى ثبتت حتى تجاه القادة و المسؤولين الكبار⁴⁰⁶ .

ومصطلح المشروع الإجرامي المشترك لارتكاب الجرائم الدولية يماثل إلى حد كبير مصطلح "المساهمة الجنائية" في أنظمة القانون اللاتيني، حيث يلجأ المساهمون إلى بعضهم البعض في سبيل تنفيذ

⁴⁰⁵ Ibid .

⁴⁰⁶ انظر: المستشار عادل ماجد: "مسؤولية رجال السلطة عن الجرائم الجسيمة ضد المتظاهرين وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقوانين الوطنية"؛ ورقة عمل مقدمة بالمؤتمر الإقليمي حول المحكمة الجنائية الدولية؛ الدوحة 24 - 25 مايو 2011؛ ص 17.

مشروع إجرامي لا يسع أحدهم أن ينفذه بمفرده ويستلزم ذلك أن تجمع بين المساهمين في الجريمة "رابطه ذهنية" تقوم بها وحدة الركن المعنوي⁴⁰⁷.

وسيتم التطرق لهذا النوع من المسؤولية في المبحث الثالث عند المقارنة بين مسؤولية الفرد والقائد ؛ ذلك أن محكمة يوغسلافيا قد سعت إلى تمديد هذا النوع إلى الجميع بما في ذلك مسؤولية القادة و المسؤولين الكبار في الدولة .

البند الثالث : ارتكاب الجريمة عن طريق شخص آخر

وفيها يقوم الفاعل باستعمال شخص آخر لارتكاب الجريمة الدولية باعتباره " أداة" ⁴⁰⁸؛ ويمكن تعريفها على أنها ارتكاب للجريمة " بالوساطة intermediary perpetration وفيها يكون الشخص غير المباشر هو المسئول عن الجريمة ويرجع السبب في ذلك إلى كون الشخص مرتكب الجريمة قد يكون شخصا لا يتحمل المسؤولية لصغر سنه أو أنه لا يتحمل العقوبة بسبب حالته العقلية أو غيرها فيكون الشخص غير المباشر مسئولا عن الجريمة بغض النظر عن الشخص مرتكب الجريمة والذي بغض النظر عن تحمل الشخص الذي نفذ الجريمة للمسؤولية أم لا ؛ و لقد تم التأكيد أن هذا النوع من المسؤولية يقوم حتى ولم كان المنفذ يتحمل المسؤولية فإذا تم استغلاله كأداة قامت مسؤولية الوسيط و المنفذ على حد سواء⁴⁰⁹.

و تستعمل الكثير من الدول هذا النوع من المسؤولية لحماية الشخص منفذ الجريمة من جهة و ضمان متابعة الوسيط كما لو كان هو ذاته مرتكب الفعل و تُعرف في الفقه الألماني بنظرية :
"perpetrator behind perpetrator"⁴¹⁰

⁴⁰⁷ انظر :المستشار عادل ماجد : " مسؤولية رجال السلطة ...؛ المرجع السابق ؛ ص 18 .

⁴⁰⁸ See :G.werle ,op.cit,p :963.

⁴⁰⁹ See :ambos ,op.cit,p :755.

⁴¹⁰ See :G.werle ,op.cit,p :964.

و يعتبر النظام الأساسي ل (م.ج.د) هو أول وثيقة دولية نظمت المسؤولية الفردية لارتكاب الجريمة عن طريق شخص آخر⁴¹¹.

ولم تبين المادة 25(3)b ماهية الوسائل التي يمكن للفاعل استعمالها لكي يسخرَ المنفذ لارتكاب الجريمة و بالتالي ما لم يكن هناك حصر لهذه الوسائل فإن كل الوسائل ممكنة بما في ذلك استعمال وسائل الإكراه أو القوة أو استغلال خطأ المنفذ أو حسن نيته ... وغيرها .

و قد يكون الشخص منفذ الجريمة أقل من 18 سنة فلا يتحمل المسؤولية الجزائية ولكن الوسيط رغم ذلك يعاقب (المادة 26) أو لا يتحمل المسؤولية نظرا لحالته العقلية (المادة 31(1) a) و (b) أو للغلط في القانون أو الوقائع (المادة 32)⁴¹².

و تسمى هذه الحالة في القانون الوطني الجزائري بالفاعل المعنوي ولكن حسب اعتقادي لا يوجد ما يسمح بتعدية هذه التسمية إلى حالة ارتكاب الجريمة بواسطة شخص آخر في القانون الدولي الجنائي .

الفرع الثاني : الأمر أو الإغراء أو الحث على ارتكاب الجريمة .

و سأتناول في هذا الفرع بيان لمفهوم الأمر (البند الأول) ثم المقصود بالإغراء (البند الثاني) و أخيرا الحث (البند الثالث) مع بيان للتطبيقات المختلفة لكل جزئية في الفقه و القضاء و المواثيق أو الأنظمة الأساسية تمهيدا لربطها بالمسؤولية الخاصة للقائد .

البند الأول : الأمر بارتكاب الجريمة .

نصت الفقرة الأولى من السابعة من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا على أن : " كل شخص خطط لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد من 2 إلى 5 من هذا النظام أو حرض عليها أو أمر بها ... " .

كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن :

⁴¹¹ See :Eser,op.cit,p :793-794.

⁴¹² Ibid, p :795.

" لا يعفى متهم بارتكاب الجريمة من المسؤولية الجزائية لكونه تصرف بارتكاب أوامر من حكومة أو من رئيس أعلى " .

كما نصت المادة 33 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه : " في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ، لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالا لأمر حكومة ، أو رئيس عسكريا كان أو مدنيا ..."

و لقد أشار الأمين العام في تقريره عن إنشاء محكمة دولية خاصة بالجرائم المرتكبة في يوغسلافيا سابقا إلى أن : " الشخص الذي يحتل منصبا من مناصب السلطة العليا ينبغي أن يسأل شخصا عن إصدار أمر غير مشروع بارتكاب الجريمة ؛ كما أشار أن ارتكاب الجريمة امتثالا لأوامر تصدر من حكومة أو رئيس أعلى لا يعفي مرتكبها من المسؤولية الجنائية و لا يصلح سنداً للدفاع عنه⁴¹³ "؛ كما أشار إلى أن الأشخاص الذين يأمر بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف يعتبرون مسئولين شخصيا عن هذه الانتهاكات ؛ كما أكدته مجلس الأمن الدولي بنفس الصياغة في القرار (1992) 764⁴¹⁴ .

و هذه المواد في الحقيقة مقسمة إلى قسمين القسم الأول : يخص القادة أي الأشخاص الذين يتواجدون في مركز قيادي و يسمح لهم القانون بإصدار أوامر و القسم الثاني يخص الأفراد -عسكريين أو مدنيين - منفذي الأوامر ؛ و المعلوم أن الفرد الذي ينفذ أمرا صادرا إليه و يكون هذا الأمر غير مشروع فإنه يتحمل المسؤولية الجزائية الفردية ؛ أما القائد الذي يصدر أمرا غير مشروع فإنه هو الآخر يتحمل المسؤولية الجزائية الفردية عنه غير أن الفرد منفذ الأمر غير المشروع يمكنه الاستفادة من الأعذار إذا ثبت وجود غلط في الوقائع أو غلط في القانون بحسب ما نصت عليه المادة 2/32 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁴¹⁵ .

⁴¹³ أنظر : تقرير الأمين العام مقدم عملا بالفقرة 2 من قرار مجلس الأمن 808 (1993) ، 3 ماي 1993 ، s/25704 ، ص : 18.

⁴¹⁴ See Jean – Marie Henckaerts Et Luise Doswald –Beck , Customary International Humanitarian Law , VOLUME II , PRACTICE, Part 1, cambridge university press , 2005, p : 3728.

⁴¹⁵ See : Kai Ambos : « defences in international criminal law » , In research handbook on international criminal law , bertram S.brown (eds) , Elgar ,2011,Pp : 299- 329 , at : 322-323.

و في جميع الأحوال فحتى يتحمل الفرد المسؤولية في هذا النوع من المساهمة لابد من إثبات وجود علاقة تراتبية - سواء كانت رسمية أو فعلية - بين مصدر الأمر ومُنَفَّذه⁴¹⁶.

و ما يجب معرفته هنا هو أن الأمر بارتكاب الجريمة كصورة من صور المساهمة ليس موجهاً إلى الفرد العادي و إنما إلى الشخص الذي يتواجد في مركز يسمح له بإصدار الأوامر و بالتالي أن يكون في مركز ذو سلطة فإذا نظرنا من أعلى وجدنا مسؤولية يتحملها القائد عن الأمر غير المشروع و إذا نظرنا من أسفل نجد مسؤولية منفذ الأمر غير المشروع ؛ و كل واحدة من الصورتين تحكمها قواعد خاصة فأحكام الفقرة الأولى من المادة السابعة موجهة إلى القادة وحدهم ؛ بينما الفقرة الرابعة مرتبطة بمنفذ الأمر و هو الفرد العادي الذي قد يكون جندياً بسيطاً أو شبه عسكرياً أو حتى مدنياً و هنا مسؤولية المنفذ قد تنفي كلية إذا وجد عذر الإكراه أو الغلط أو أن تؤخذ بعين الاعتبار كظرف مخفف للجريمة .

البند الثاني : الإغراء أو الحث على ارتكاب الجريمة .

إن المصطلح " الإغراء " المستعمل في النص العربي للنظام الأساسي ل (م.ج.د) - ترجمة رسمية- يقابله مصطلح " sollicite " بالفرنسية ؛ وهذا المصطلح يقصد به " التحريض instigation " حسب G.Werl فيذكر بأن أي شخص يأمر بارتكاب جريمة أو يحرض (الإغراء أو الحث) شخصا آخر على ارتكابها يعتبر مسئولاً جزائياً عن ذلك⁴¹⁷.

ويعرف المحرض على أنه الشخص الذي يحمل أو يدفع شخصا آخر على ارتكاب الجريمة في القانون الدولي مع وجود علاقة سببية بين التحريض و ارتكاب الجريمة و يسعى المحرض إلى الحث على ارتكاب الجريمة و تعتبر الجريمة بناءً على ذلك قد ارتكبت نتيجة لسلوكه⁴¹⁸ ؛ و بالرجوع إلى الركن المعنوي هنا فالشخص الذي قام بفعل الإغراء أو الحث لا يكون مسئولاً إلا عما قصده من نتائج فإذا تجاوز المنفذ ما هو مطلوب منه فإنه يتحمل نتائج وحده فإذا طُلب منه التعذيب و قام بالقتل فيُسأل الأول

⁴¹⁶Voir LE PROCUREUR Contre Athanase SEROMBA ,Affaire n° ICTR-2001-66-I, JUGEMENT, 13 décembre 2006, para : 305.

⁴¹⁷ See :G.werle ,op.cit,p :966-967.

⁴¹⁸ Ibid.

عن التعذيب و يُسأل المنفذ عن الجريمة الأشد و هي القتل ؛ و من جهة أخرى فإن المحكمة " تدرس الوقائع " في كل حالة و تنظر إليها إن كانت ناتجة عن فعل الحث أو الإغراء أم لا و بالتبعية تعرف مَنْ تحمل المسؤولية⁴¹⁹ .

ولقد نصت المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا و التي وردت تحت عنوان المسؤولية الجزائية للفرد على أن :

" بأن كل شخص خطط لجريمة من الجرائم المشار إليها من المواد 2 إلى 5 من هذا النظام الأساسي أو حرض عليها أو أمر بها أو ارتكبها أو ساعد و شجع بأي سبيل آخر على التخطيط أو الإعداد لها أو تنفيذها تقع عليه شخصيا المسؤولية عن هذه الجريمة " .

و الملاحظ أن هذا النص قد ذكر صراحة "التحريض" ؛ غير أن النظام الأساسي ل(م.ج.د) لم يذكر أبدا مصطلح التحريض⁴²⁰ و إنما ذكر مصطلح "الإغراء" *solicits* أو " الحث " *induces* و من المستحسن حسب رأيه بل من الأفضل استعمال مصطلح الإغراء و الحث لما له من مفهوم و علاقة بالجريمة الأصلية والتبعية أو بالمسؤولية الأصلية و التبعية لأنه في التحريض إذا تراجع الفاعل عن القيام بالجريمة فإن الأصل يعاقب رغم ذلك و لكن النظام الأساسي لم يستعمل كلمة التحريض هنا⁴²¹ و إنما استعمل المصطلحين الآخرين لوجود ارتباط بينه و بين البند (و) من الفقرة (3) المادة 25 التي تنص :

" الشروع في ارتكاب الجريمة عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة ؛ ولكن إذا لم تقع الجريمة لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص و مع ذلك فالشخص الذي يكف عن بذل أي جهد لارتكاب الجريمة أو يحول بوسيلة أخرى دون إتمام الجريمة لا يكون عرضة للعقاب بموجب هذا النظام الأساسي على الشروع في ارتكاب الجريمة إذا هو تخلص تماما و بمحض إرادته عن الغرض الإجرامي " .

و هذا البند يشير إلى أن تراجع المنفذ عن الغرض الإجرامي بمحض إرادته لا يكون عرضة للعقاب فإذا تعلق الأمر بجريمة التحريض فهي جريمة قائمة بغض النظر عن فعل المنفذ — سواء نفذ أو امتنع عن

⁴¹⁹ See **Andrea sereni**, individual criminal..., op.cit,p :110.

⁴²⁰ See **Eser**,op.cit,p : 795

⁴²¹ و على العكس من ذلك انظر عبد الفتاح بيومي حجازي ؛ المحكمة الجنائية الدولية "دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي النظرية العامة للجريمة الجنائية الدولية نظرية الاختصاص القضائي للمحكمة"؛ دار الفكر الجامعي؛ 2004؛ ص : 118 ؛ أين يشير إلى أن نص المحكمة الجنائية الدولية يشير صراحة على التحريض كوسيلة للإشتراك في الجريمة الدولية و سواء وقعت الجريمة كاملة أو وقفت عند حد الشروع .

التنفيذ - و يتحمل المحرض المسؤولية في جميع الأحوال ؛ أما بخصوص الإغراء أو الحث فإن النص ذكر سواء وقعت بالفعل أو شرع فيها .

و لا يمكن وضع حد فاصل واضح بين الإغراء و الحث إلا أن الحث يشمل الإغراء ؛ فالحث يمكن أن يستعمل بشكل موسع أو كما عبّر عنه : "umbrella term" ؛ و المقصود هنا هو التأثير الذي يستعمله الأصيل في سلوك المنفذ لدفعه إلى ارتكاب الجريمة و الذي قد يكون في الغالب ذو طابع نفسي (في شكل إقناع) كما قد يكون في شكل تأثير مادي (في شكل الضغط على المنفذ)⁴²² .

الفرع الثالث : تقديم العون أو التحريض أو المساعدة على ارتكاب الجريمة .

يسعى الفرع الثالث إلى بيان النوع أو الصورة الثانية للمسؤولية الجزائية للفرد و التي تتمثل في أعمال العون و التحريض و المساعدة و مقارنتها بما جاء في مختلف الأنظمة و المواثيق في (البند الأول) ثم بيان طبيعتها القانونية في (البند الثاني) .

البند الأول : بيان أعمال العون و التحريض و المساعدة .

يعتبر تقديم العون و التحريض و المساعدة نوع من أنواع المساهمة الجنائية في ارتكاب الجريمة الدولية أو الشروع فيها ؛ و لقد ذكر مشروع الجرائم ضد السلم و أمن البشرية بأن أعمال المساعدة و العون لا بد أن تكون " مباشرة و جوهرية " فلا بد على هذه الأعمال أن تسهل ارتكاب الجريمة .

و هذا ما قضت به المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية *Tadic* كما شرحت معنى أن تكون المساهمة المقدمة من طرف مقدم العون أو المحرض " جوهرية " بقولها : أن المساهمة تكون لها " تأثير " في ارتكاب الجريمة فمساهمة الشريك تكون بتقديم و توفير الوسائل التي تسمح للفاعل بارتكاب الجريمة و بالتالي تسهيل ارتكابها ؛ و بعبارة أخرى أن تكون هناك " علاقة سببية " بين أفعال المساعدة و النتيجة ؛ و في جميع الأحوال فإنه لا يشترط في أعمال المساعدة ضرورة الحضور الجسدي للمساهم على مسرح الجريمة⁴²³ .

⁴²² See : ambos ,op.cit,p :756.

⁴²³ See : ambos ,op.cit,p :756-757.

و توصلت المحكمة بأن القيام بالمساعدة و العون تشمل كل أنواع التصرفات أو سلوكات العون :
 مادية أو شفوية و التي تعطي تشجيعا أو دعما للفاعلين مادام القصد الجنائي متوفرا ؛ كما تعتبر المحكمة
 الشخص مذنبا بأعمال المساعدة حتى و لو لم يقوم بعمل إيجابي أو فعل مادي بل كان متواجدا بمسرح
 الجريمة عند قيام مرافقيه بالقتل فإذا لم يفسر حضوره بأنه تشجيع له أو قبول لسلوكهم كان عليه الانسحاب
 فورا عنهم أو الاعتراض على أعمالهم⁴²⁴ ؛ و قد ذكرت المحكمة بأنه لا بد من توافر شرطين لقيام
 المسؤولية بالمساعدة أولا : توفر " القصد الجنائي " تتجسد في إرادة المشاركة من طرف الشريك و ثانيا :
 إثبات وجود عمل المساعدة من خلال سلوك المتهم و علاقته بالجريمة ؛ و تشكل قضية *Werner Rohde and eight others*
 المفصلة من طرف المحاكم البريطانية تجاه مجرمي الحرب النازيين بقولها بأن المتهم
 عندما شارك بسلوكه مع الفاعل مع علمه بأن هذا الأخير يسعى إلى ارتكاب جريمة قتل فإنه يعتبر مذنبا عن
 ذلك ؛ و هذا ما يجسد الركن المعنوي في هذه الجريمة⁴²⁵ .

و الملاحظ أن المحكمة الخاصة بيوغسلافيا قد تطرقت إلى بيان أعمال المساعدة بمفهوم المادة
 (1)7 من نظامها الأساسي في قضية *Furundzija* و وجدت بأنه ليس من المهم أن يكون العون أو
 المساعدة المقدمة من طرف المساهم على أنها مساعدة " مادية " بل يكفي أن تكون مساعدة " معنوية " أو
 نوع من التشجيع على القيام بالفعل و استندت المحكمة في قضائها على السوابق القضائية الموجودة في
 القانون الدولي ؛ و منها قضاء المحاكم البريطانية تجاه مجرمي الحرب النازيين في قضية *Schonfeld* عندما
 فصلت المحكمة بإدانة الفاعلين و هم أربعة أشخاص نتيجة قتلهم لثلاثة طيارين رغم أن الشخص الذي قام
 بإطلاق النار عليهم واحد فقط أما باقي المتهمين فقد وجدوا مذنبين على أساس قيامهم بتقديم العون
 ومساعدة الفاعل لكون أحدهم كانت لديه سيارة أحظر فيها جميع المتهمين الآخرين و الآخر قام بتفتيش
 المسكن و الأخير كان يقوم بالحراسة فلاحظت المحكمة بأن وجود جمع من المتهمين يشجع الفرد على
 ارتكاب الفعل كما أن عملهم سهل العملية و هذا ما يشكل الركن المادي فيها⁴²⁶ .

كما بينت المحكمة بأن الحضور الجسدي للشخص الذي يقدم أعمال المساعدة ليس ضروريا
 فالشخص الذي يقوم بمراقبة حضور الدعم والتعزيزات كلما ارتكبت الجرائم مما يؤدي إلى هروب الفاعلين

⁴²⁴ Voir Le Procureur/ DU[KO TADI] alias « DULE » ,para : 689-690.

⁴²⁵ IBID , para : 675.

⁴²⁶ See Le procureur c/ ANTO FURUND@IJA, Affaire no : IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998,jugement, para : 199-201.

في كل مرة يعتبر في نظر المحكمة على أنه قدم أعمال مساعدة رغم أنه لم يكن حاضرا بمسرح الجريمة لأن عمله هذا يسهل ارتكاب الجريمة و يشجع عليها ⁴²⁷.

و لقد طورت المحكمة مفهوما جديدا لأعمال المساعدة تجسد في فكرة الشخص الذي يكون حاضرا في مسرح الجريمة و لكنه يسمح بارتكابها " spectateur approbateur " لأن وجود هذا الشخص يشكل دعما معنويا للمتهمين الفاعلين لسيما إذا كان المساعد هنا شخص لديه نفوذ و سلطة فسُكوته يعني أو يؤوّل على أنه "قبولا ضمنيا" للجريمة .

و لقد فصلت المحكمة الخاصة برواندا في قضية *Akayesu* بمسؤولية هذا الأخير على أساس أنه قدم العون و شجع على ارتكاب الجرائم فمركزه القانوني يحتم عليه القيام بالتزاماته في حماية المدنيين فرغم أنه الممثل المحلي الأعلى منصبا إلا أنه سمح بارتكاب جرائم جنسية و اغتصاب جماعي بالقرب من مقر الحزب الذي يرأسه و حتى داخله و هذا بالرغم من حضوره الدائم و هذا ما سهل ارتكاب هذه الجرائم و شجع على انتشارها لكون الشائعات المنتشرة آنذاك على أن السلطات الرسمية تعفي من المتابعة عنها و يفهم من هذا أن أعمال المساعدة لا يشترط فيها أن تكون مادية ⁴²⁸ .

و لقد بينت المحاكم البريطانية لمجرمي الحرب في قضية: *Trial of Burn Tesch and two others* من جهة أخرى بأن تقديم العون قد يكون بتوفير المواد التي تؤدي إلى ارتكاب الجريمة فوجدت المتهمين الذين قاما بتوفير الغاز المستعمل في قتل الأسرى مذنبين لكونهم كانوا على علم بأن هذا الغاز لم يكن موجهها لأغراض أخرى أو لقتل الحيوانات وإنما موجه لمركز أسرى الحرب ⁴²⁹.

و الملاحظ أن هناك تطور في تنظيم صور المساهمة الجنائية بين أنظمة المحاكم الخاصة و المحكمة الجنائية الدولية فقد نصت المادة 7 (1) من نظام محكمة يوغسلافيا (1)6 من نظام محكمة رواندا :

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ See The Prosecutor V/ JEAN-PAUL AKAYESU, Case No. ICTR-96-4-T, judgement, 2 September 1998, para : 693.

⁴²⁹ Voir Le ProcureurC/ DU[KO TADI] alias « DULE » ,para :680.

" بأن كل شخص خطط لجريمة من الجرائم المشار إليها من المواد 2 إلى 5 من هذا النظام الأساسي أو حرض عليها أو أمر ربها أو ارتكبها أو ساعد و شجع بأي سبيل آخر على التخطيط أو الإعداد لها أو تنفيذها تقع عليه شخصيا المسؤولية عن هذه الجريمة " .

أما بخصوص أعمال المساعدة في البند (ج) من الفقرة (3) بقولها :

" تقديم العون أو التحريض أو المساعدة بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها بما في ذلك توفير وسائل ارتكابها " .

و عند إجراء مقارنة بين النصين سنجد منذ اللحظة الأولى خطأ في الترجمة إلى العربية في كلمة "حرض" لأنني ذكرت أعلاه أن النظام الأساسي ل(م.ج.د) لم يذكر التحريض فالنص الفرنسي ذكر كلمة : " Elle apporte son concours " فتمت ترجمتها " أو التحريض " بينما النص الفرنسي للمادة (1)7 يذكر " incité a commettre " و هي بالإنجليزية " instigated " و يقصد به التحريض فعلا فهنا الترجمة صحيحة و هي متطابقة ؛ بينما نظام روما يقصد عمل من أعمال المساعدة و هو تقديم العون إلى الغير ؛ سيما و أن المصطلح الإنجليزي استعمل كلمة " abets " و هذه الكلمة - " abets - " استعملها نظام يوغسلافيا و رواندا و تُرجمت إلى النص العربي "شجع" ؛ و بالتالي فالنتيجة : إن ترجمة المادة 25 (3) (ج) كان لابد أن تكون على النحو : تقديم العون أو التشجيع أو المساعدة و ليس التحريض ؛ و أعتقد أنه إذا لم تكن الترجمة ناجمة عن سهو فلعل صائغي النص العربي قصدوا " المعنى " و ليس حرفية النص لأن كلمة "التشجيع" هي الأخرى تفيد معنى التحريض و بالتالي أقول " أن النظام الأساسي ل(م.ج.د) لم يذكر التحريض و إنما ذكر ما يفيد ذلك " ؛ و للإشارة فإن المادة 128 من النظام الأساسي قد ساوت من حيث الحجية بين اللغات الستة المعتمدة بما في ذلك النص العربي ؛ كما أنه ليس من الغريب أن النص المعتمد في 17 جويلية لم يكن خاليا من الأخطاء حتى باللغات غير العربية .

البند الثاني : الطبيعة القانونية لأعمال المساعدة .

لقد سبق للمحكمة الخاصة بنورمبرغ أن بينت إلى حد كبير الطبيعة القانونية لأعمال المساعدة و هذا استنادا على القانون الداخلي بحيث ذكرت بأنه "... استنادا على قواعد القانون الجنائي فإن الشخص

الذي يقوم بإقناع آخرين بارتكاب الجريمة و الشخص الذي يقدم السلاح الفتاك بغرض ارتكاب الجريمة ؛ و الشخص الذي يضغط على زناد السلاح يعتبرون جميعا فاعلين و مساهمين في ارتكاب الجريمة " 430.

و بالنظر إلى المركز القانوني للمساعد أو المعاون فهو يحتل مركز " الشريك " و قد سبق لأحد قضاة المحكمة الخاصة بنورمبرغ أيضا في قضية : " *Trial of Franz Schonfeld and nine others* " أن لاحظت بأن المتهم الذي يتواجد بمسرح الجريمة قد يكون له تأثير لأن هذا الشخص ليس شاهدا و لكنه شخص حاضر مساعد و مشجع فإذا طُلب منه تقديم العون كان في الخدمة فإذا لم يكن يهدف إلى ذلك لماذا لم يسع إلى منع ارتكاب الجريمة و بالتالي فتواجهه في مسرح الجريمة معناه منح ثقة أكبر إلى أصدقائه 431.

و بالتالي فالمحكمة هنا قد منحت مركزا قانونيا للمتهم و هو أنه مساهم حاضر في مسرح الجريمة و ليس شاهدا لأن تواجهه هناك بدون " سبب " ليس له مبرر . أما بالنسبة للعنصر المعنوي في هذه الصورة هو أن الشريك لا بد أن يتقاسم مع الفاعل الأصلي نفس الهدف أي أن " يتقاسما نفس النية " فإذا كان الفاعل يهدف القتل فالشريك حتى يعتبر الركن المعنوي لديه متوفر لا بد هو الآخر أن يقصد القتل 432 .

و الملاحظ أن البحث في التكييف القانوني لأعمال المساعدة كصورة من صور المساهمة الجنائية في القانون الدولي الجنائي يمكن النظر إليها بالرجوع إلى النظامين الكومون لو و الرومانوجرمانى ثم إلى القانون الدولي الجنائي ؛ ففي النظام الرومانوجرمانى و الذي تنتمي إليه الجزائر تتميز بين المساهمة الأصلية و هي التي يقوم بها الفاعل أو الفاعلون الأصليون و بين المساهمة التبعية التي يقوم بها الشركاء ؛ فالفاعل قد يكون : " فاعلا لوحده " و هذا عندما ترتكب الجريمة من طرف شخص واحد و هو المساهم المباشر - المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري - ؛ أما إذا قام عدة أشخاص بارتكاب الفعل المادي سوية فيعتبرون " فاعلين " و هو نفس الحال مع " المحرض " و الذي يعتبر بمثابة " فاعل " منذ قانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 - بعد أن كان فيما سبق شريكا - المادة 41 التي نصت : " يعتبر فاعلا كل

⁴³⁰ See William Shabas : « enforcing international humanitarian law : catching the accomplices », international review of red cross , june 2001, vol : 83, no : 842 , Pp : 439- 459, at : 441.

⁴³¹ Voir Le Procureur/ DU[KO TADI] alias « DULE » , para : 978.

⁴³² See : **Criminal Law and International Crimes** , Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, International

من ... حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي " ؛ وينطبق نفس الأمر على "الفاعل المعنوي" و الذي هو شخص يحمل شخصا آخر لا يخضع للقوبة و يلتقي المحرض مع الفاعل المعنوي أن كلاهما ينفذ الجريمة بواسطة غيره⁴³³.

أما بالنسبة لأعمال المشاركة "الشريك" هو مساهم تبعي و قد عرفته المادة 42 بأنه : "من لم يشترك اشتراكا مباشرا و لكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " ؛ و بالتالي فأعمال المساعدة و المعاونة تجعل من القائم بالفعل شريكا في الجريمة و تتمثل هذه الأعمال كما ذكرها القانون الجزائري في " الأعمال التحضيرية " و هي الأعمال التي تسبق مرحلة التنفيذ كما قد تكون هذه الأعمال معاصرة للجريمة فتكون " مسهلة لها أو منفذة " و معيار التفرقة بين أعمال المساعدة المعاصرة للجريمة و التي تجعل من صاحبها شريكا لا فاعلا فهي المساعدة التي تحدث وقت ارتكاب الجريمة و لكن في "غير مكان وقوعها" ⁴³⁴.

و في القانون الجنائي الدولي تعتبر جميع أعمال تقديم العون و التشجيع - وليس التحريض كما ورد خطأ في النص العربي- و المساعدة دائما من " أعمال المساهمة التبعية أو الشراكة " ؛ كما يعتبر الفاعل دائما هو الشخص الذي ارتكب الجريمة "ماديا" و " بشكل مباشر " و لا يوجد أي اختلاف في هذه النقطة بين القانون الوطني و القانون الجنائي الدولي ؛ أما بالنسبة للأمر و الإغراء و الحث و التحريض فهي تختلف من نظام إلى آخر بحسب التوجهات التي تتخذها كل دولة⁴³⁵.

الفرع الرابع : المشروع الإجرامي المشترك joint criminal Enterprise

إن فكرة المشروع الإجرامي المشترك لم يتم التطرق إليها بشكل صريح في الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الخاصة بيوغسلافيا سابقا و رواندا⁴³⁶؛ ذلك أن نص المادة 7 (1) و المادة 6 (1) قد بينت بشكل واضح صور المساهمة الجنائية التي يتحمل الفاعل المسؤولية الجزائية عنها و التي لا نجد من ضمنها

⁴³³ انظر : د.عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الجزء الأول الجريمة ، دار الهدى ، بدون سنة طبع ، ص ص : 165-175.

⁴³⁴ انظر : د.عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات المرجع السابق ، ص ص: 177-181.

⁴³⁵ See : Criminal Law and International Crimes , Report of the International ...,op.cit , p 11.

⁴³⁶ See :Allison Marston Danner : « join criminal enterprise »,in international criminal law , ch. Bassiouni edi , third edition , VOL: 3 , international enforcement , 2008, Pp : 483-493 , At : 483 .

Et voir : le procureur c/Milorad Krnojelec , arrêt , affaire N : It -97-25-A , date : 17 Septembre 2003, para :29.

"صورة المشروع الإجرامي المشترك" و هذا ما جعل البعض يصف تطبيقات هذه النظرية على أنها إنشاء قضائي⁴³⁷.

و تظهر التطبيقات القضائية لهذه الصورة في قضية *tadic* و التي قسمتها إلى ثلاثة أنواع منها : 'basic' و 'systemic' و 'extended' ؛ و على العموم فإن النمط العام للمحكمة جرى على متابعة المجرمين الكبار بدون وضع حد معين ما عدى أن تصبح هذه الصورة نوع من المحاكمة الجماعية و التي تخرج عن نطاق النظام الأساسي للمحكمة .

و كلها تعتمد بالدرجة الأولى على المساهمة المباشرة للفاعل في ارتكاب الجريمة ؛ كما أنها ترتكب بناء على مساهمة مشتركة و اجتماع لعدة أشخاص في ارتكاب الجريمة و بأن المتهم قد ساهم بإرادته و بعلم منه في ذلك⁴³⁸؛ و يظهر في هذا النوع من المشروع أن جميع المساهمين فيه يتقاسمون نفس النية الإجرامية⁴³⁹ .

أما النوع الثاني فقد وجدت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا تطبيقاته المختلفة و أساسه القضائي في مراكز الحجز المنشأة أثناء الحرب العالمية الثانية و لقد وجدت المحكمة بأن بعض المنظمات المسؤولة عن هذه المراكز كمنظمة SS تعتبر في حد ذاتها منظمات إجرامية و تستشف مساهمة المتهم في هذا المشروع الإجرامي من خلال انتمائه لهذه المنظمة أو عدمه و بأنه من الضروري أن يتقاسم المتهم نفس النية الإجرامية المسندة للمشروع الإجرامي .

أما النوع الثالث فقد وجدت المحكمة فيه عندما يتقاسم جميع المساهمين لنية إجرامية مشتركة من أجل القيام بأفعال إجرامية خاصة و بأن المتهم الأصلي أو الفاعل الأصلي يقوم بفعل لا يسجل ضمن المشروع المشترك و يعتبر بمثابة نتيجة طبيعية و متوقعة لتنفيذ هذا المشروع⁴⁴⁰.

و حتى يتم تفعيل مسؤولية المتهم في تنفيذ المشروع الإجرامي المشترك لا بد على هيئة المتابعة أن تثبت وجود هذا المشروع من جهة و من جهة أخرى أن تثبت مدى مساهمة المتهم في هذا المشروع⁴⁴¹.

⁴³⁷ See :A.M Danner ,join criminal enterprise, op .cit ,p:483.

⁴³⁸ IBID.

⁴³⁹ See : para : 78.

⁴⁴⁰ Voir : le procureur c/Milorad Krnojelec , jugement, affaire N : It -97-25-T , date : 15 MARS 2002, para : 78.

⁴⁴¹ Voir : le procureur c/Milorad Krnojelec , jugement, op.cit , para : 79.

و يعود الحديث عن المشروع الإجرامي المشترك عندما يكون هناك توافق بين شخصين أو أكثر من أجل ارتكاب جريمة يمكن اعتباره على أنه " اتفاق " ؛ و لا يشترط أن يكون هذا الاتفاق متعمدا أو صريحا و إنما يمكن استنتاجه من الظروف المحيطة بالجريمة ؛ و يأخذ الفاعل حكم المساهم أو المشارك في المشروع إذا كان مساهما مباشرا في تنفيذ المشروع بصفته فاعلا أصليا ؛ أو إذا كان حاضرا وقت ارتكاب الوقائع و ذلك بعلمه بأن الجريمة بصدد الارتكاب أو هي ترتكب حالا و يقوم بمساعدة أو تشجيع شخص آخر يشارك في مشروع إجرامي مشترك ؛ و أخيرا إذا قدّم بعلمه دعما لتصريحاته بناء على تصريحاته بحكم السلطات التي يمتلكها أو الوظيفة التي يشغلها ⁴⁴².

و يعتبر جميع المساهمين في المشروع الإجرامي "مذنبين" مهما كانت الطبيعة أو الصورة التي تأخذها مساهمتهم ⁴⁴³.

و على العموم فإن المحكمة عندما رجعت إلى قضية "Dragoljub Ojdanic" قد بينت الطرق التي تتم بها المساهمة الجنائية ؛ و هذا كما عدتها المادة 7 (1) و التي تظهر حسب المحكمة أنها ليست على سبيل الحصر أي أن المادة عندما ذكرت : الأشخاص الذين يساهمون في التخطيط و التحضير و التنفيذ للجرائم الجسيمة لم تبيّن أو تحدد هذه الطرق على سبيل الحصر و إنما على سبيل الذكر فقط و الدليل على ذلك أن المادة قد ذكرت في نهاية الفقرة عبارة : "...أو بأية طريقة أخرى" ؛ و بذلك يمكن القول بوجود طرق أخرى للمساهمة غير تلك المذكورة صراحة في النص ؛ و هذا ما يسمح بإدخال طرق أخرى في ظل المادة 7 (1) ؛ و لقد اقتنعت المحكمة بأن المشروع الإجرامي المشترك يدخل ضمن أحكام المادة 7 (1) ⁴⁴⁴. و من جهة أخرى فقد ذكر الادعاء بأن فعل " ارتكب " المذكور في نص الميثاق يفهم منه أن فعل المساهمة بصفته (أي المتهم) كفاعل مع غيره Coauteur يدخل ضمن المشروع الإجرامي المشترك ⁴⁴⁵.

و يتشكّل الركن المادي في هذه الصورة (Actus Reus) في : أولا- تعدد الفاعلين و الذين لا يشترط أن يكونوا بالضرورة ينتسبون لتركيب عسكرية أو سياسية أو إدارية ، ثانيا- وجود مشروع أو هدف مشترك و الذي يسعى إلى ارتكاب الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ؛ و لا يشترط في هذا المشروع الوجود المسبق بحيث يمكن أن يستنتج من خلال تصرف مجموعة من الأشخاص بصفة موحدة

⁴⁴² Voir : le procureur c/Milorad Krnojelec , jugement, op.cit , para : 80-81

⁴⁴³ Ibid ,82.

⁴⁴⁴ voir : le procureur c/Milorad Krnojelec , arrêt ,op.cit, para : 29.

⁴⁴⁵ IBID , para : 30.

لأجل تنفيذ المشروع ، **ثالثاً** - مشاركة المتهم في المشروع و التي تتضمن القيام بإحدى الجرائم الواردة في نظام المحكمة⁴⁴⁶.

أما بخصوص العنصر المعنوي *mens rea* ففي النوع أو الصورة الأولى فإن العنصر المطلوب هو نية ارتكاب الجريمة المذكورة و هذه النية لا بد أن يتقاسمها جميع الفاعلين معه .
أما بالنسبة للصورة الثانية فمادامت مشابهة تقريبا للنوع الأول فيتركز الركن المعنوي في العلم الشخصي للمتهم بوجود سوء المعاملة ؛ ثم النية في المشاركة في هذه الإساءة .

أما بخصوص الصورة الثالثة فيتجسد العنصر المعنوي في نية المشاركة والمساهمة في النشاط الإجرامي أو في النشاط الإجرامي للمجموعة والمساهمة المشتركة رفقة المجموعة أو في جميع الحالات من خلال تقديم يد العون لأجل استهلاك الجريمة⁴⁴⁷. ولقد نصت المادة 25 (3)(د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه يسأل الشخص جنائياً في حال قيامه بـ : " المساهمة بأية طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص ؛ يعملون بقصد مشترك بارتكاب هذه الجريمة ... " .

و فكرة "القصد المشترك" مشابهة إلى حد كبير لنظرية "المشروع الإجرامي المشترك" و تقوم على إثبات وجود " قصد مشترك " لدى الجناة، فترقيم مسؤولية كبار رجال السلطة عن الجرائم الجسيمة إذا ثبت مساهمة أحدهم بأي طريقة ضمن مجموعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك لارتكاب جريمة عمداً أو المشروع فيها سواء كان ذلك بهدف تعزيز النشاط الإجرامي أو الغرض الإجرامي للجماعة، إذا كان هذا النشاط أو الغرض منطوياً على ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، أو مع العلم بنية ارتكاب الجريمة لدى هذه الجماعة⁴⁴⁸. وبناءً على هذا النوع من المساهمة و المسمى المساهمة في القصد المشترك قامت المحاكم الخاصة بتطوير نظرية " المشروع الإجرامي المشترك " و التي يمكن متابعة شخص عن جريمة ارتكبتها الغير إذا كانت الجريمة نتيجة حتمية لمخطط واحد أو اتفاق مشترك واحد و تساهم هذه النظرية إلى جانب نظرية مسؤولية القائد نتيجة للامتناع بمتابعة القادة إذا كانوا قد خططوا أو اتفقوا مع

⁴⁴⁶ Ibid , para : 31.

⁴⁴⁷ Ibid ,para :32.

⁴⁴⁸ انظر :المستشار عادل ماجد : " مسؤولية رجال السلطة ...؛ المرجع السابق ؛ ص 19 .

تابعهم على ارتكاب جرائم جسيمة ؛ و لا يعتبر المشروع الإجرامي المشترك جريمة مستقلة وإنما صورة من صور المساهمة⁴⁴⁹ ؛

المبحث الثاني : صور المسؤولية الشخصية المباشرة للرئيس السُّلمى و علاقتها بالأوامر غير المشروعة .

في البداية لابد من الإشارة إلى أن المسؤولية الجزائية للقائد سارت جنباً إلى جنب مع مسؤولية الفرد لأن القائد أو الرئيس السلمي إذا أزلنا عنه الصفة الرسمية يعتبر فرداً عادياً و بالتالي أهلاً لتحمل المسؤولية الشخصية عن أفعاله سيما إذا وقعت الأفعال المنسوبة إليه ضمن النموذج الوارد في النوع المطلوب من المسؤولية و سأقوم في (المطلب الأول) بدراسة صور المسؤولية الشخصية المباشرة للقائد و في (المطلب الثاني) أتطرق إلى أهم صورة من صور تحميل القائد بالمسؤولية المباشرة عن الأوامر غير المشروعة و التي يمكن اعتبارها على أنها النموذج لهذا النوع من المسؤولية .

المطلب الأول : صور المسؤولية الشخصية المباشرة للرئيس السُّلمى.

يتحمل القائد المسؤولية المباشرة عندما يرتكب فعلاً إجرامياً بنفسه أو يرتكبها مع شخص آخر معه أو يستعمل شخصاً آخر كأداة فلا يعتد هنا بصفته القيادية و إنما يحاسب بصفته "كفرد" عادي ؛ أما تلك التي توصف بأنها غير مباشرة فهي نوع خاص من المسؤولية ترتبط بالقائد وحده وسيتم دراستها في الباب الثاني ؛ و تقوم المسؤولية المباشرة إذا ارتكبت عن طريق التخطيط لها أو الأمر بها أو التحريض على ارتكابها ولذلك سأتناول في الفروع التالية : التخطيط للجريمة (الفرع الأول) والتحريض على ارتكابها (الفرع الثاني) والأمر بارتكابها (الفرع الثالث) والمساعدة أو التشجيع على تنفيذها (الفرع الرابع) على التوالي .

الفرع الأول : التخطيط للجريمة .

يستعمل التخطيط عادة لتسهيل العمل العسكري أو لتحقيق أهداف الإدارة أو لتنفيذ مخطط سياسي معين من طرف القادة والرؤساء باعتبارهم ذوو سلطات تجاه التابعين لهم وبحكم مركزهم السياسي أو

⁴⁴⁹ WILLIAM A. SCHABAS, An Introduction To The International Criminal Court ,Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p : 216 .

الإداري أو العسكري الراقي يمنحهم القانون هذه الصلاحيات ؛ ولكن قد يستعمل التخطيط كوسيلة لارتكاب الجرائم ؛ ولأن الخطورة تكمن في أن أكبر الجرائم تكون ناجمة عن " تخطيط مسبق " و هو أهم "مصدر" لانتهاك القانون .

و يعتبر القائد الذي خطط لارتكاب جرائم مسئولاً جزائياً عنها حتى ولو لم يشارك في ارتكابها⁴⁵⁰.

و لقد اعتبرت اللجنة المنشأة عقب الحرب العالمية الثانية في تقريرها المودعة في 29 مارس 1919 بأن :

" كل شخص ينتمي إلى الدول الأعداء و مهما كانت رتبته ودرجة قيادته ؛ وبدون تمييز بما في ذلك رؤساء الدول إذا هم ارتكبوا جرائم ضد الإنسانية يمكن أن يكونوا محل متابعة " .

كما جاء في المادة (2) من قانون مجلس الرقابة رقم 10 على أن :

" كل شخص مهما كانت جنسيته ودرجة التي تعرف بموجبها يعتبر على أنه ارتكب الجريمة (د) إذا كان مرتبطاً بمخطط أو بمجموعاته تدخل في ارتكاب الجريمة ...⁴⁵¹"

و في قضية Mauthausen وجدت المحكمة بأن كل المتهمين الواحد وستين الماثلين أمامها مذنبين لكونهم وُجدوا في حالة مساهمة جنائية بناء على تخطيط سابق بينهم ولكون الجرائم المرتكبة والتي تمثلت في القتل الجماعي داخل غرف الغاز تحمل الجميع ابتداء من أعلى قيادات المركز إلى غاية الجندي الذي يقوم بالحراسة⁴⁵².

ولم تفرق المحاكم الدولية بين قيام المتهم بالتخطيط للجريمة بنفسه أو المشاركة في هذا المخطط ففي إحدى القضايا التي فصلت فيها المحكمة الخاصة بنورمبرغ و استندت إليها المحكمة الخاصة برواندا و التي تتعلق بالمتهم Joël عندما لم تتمكن المتابعة من إثبات ارتكاب أفعال القتل بصفة شخصية أو بمساهمته بشكل مباشر ضد المتهم ؛ سعت إلى البحث في اشتراكه وارتباطه عن طريق مخطط أو تنفيذاً للمخطط المسمى " nuit et brouillard " الذي قام به هتلر و الذي أقحم فيه النظام القضائي الألماني بإجراء متابعات نابذة عن تمييز عرقي ؛ و أحكام بالإعدام و الحبس نابذة عن انتماءات معينة⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Voir : Stéphane bourgon, la responsabilité des commandants militaires..., op.cit, p:166.

⁴⁵¹ Voir :le procureur c /dusko Tadic alias « dule » ,op.cit, para :665.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ Ibid, para: 675 et 677.

و لقد صرحت المحكمة الخاصة برواندا بأن " التخطيط " يفترض فيه قيام فرد أو عدة أفراد ببرمجة السلوك الإجرامي الذي يشكل و يدخل ضمن الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي ؛ و ينبغي التأكيد على أن التخطيط قد أدى بصفة جوهرية إلى ارتكاب الجريمة ؛ أما بخصوص الركن المعنوي فيها فلا بد من وجود " نية " التخطيط للجريمة أو على الأقل " العلم باحتمال " ارتكاب جرائم أو وقوعها تنفيذا لمخطط ما .⁴⁵⁴

الفرع الثاني : التحريض على ارتكاب الجريمة .

يعتبر القائد مسؤولاً بموجب المادة (1)7 إذا قام بشكل مباشر بالتحريض على ارتكاب الجريمة أو حمل شخصاً آخر على ارتكابها ؛ و يقوم الركن المادي في هذه الجريمة إذا تغير سلوك المنفذ أي إذا تحول سلوكه من الحالة العادية إلى حالة ارتكاب الجريمة . ولا يهم في القانون البحث في الوسائل المستعملة من طرف القائد للتأثير في سلوك المنفذ ؛ فيمكن التحريض على ارتكاب الجريمة بالوعد المادي المالي أو بالحصول على امتيازات معينة أو بالتهديد كما قد يتم التحريض بافتعال دافع الولاء السياسي أو للوطن حتى يلتزم المنفذ بالقيام بالفعل المحضور⁴⁵⁵ . و يقوم الركن المادي في هذه الجريمة إذا أدى التحريض إلى ارتكاب الجريمة ؛ و ليس من الضروري الإثبات بأنه بدون فعل التحريض لم تكن الجريمة لترتكب و لكن يكفي الإثبات بأن فعل التحريض قد ساهم بشكل جوهري في سلوك مرتكب الجريمة .

أما بخصوص الركن المعنوي فيتعلق الأمر بنية التحريض على ارتكاب الجريمة أو على الأقل " العلم باحتمال " ارتكاب جرائم أو وقوعها عند تنفيذ السلوك الإجرامي المحرض عليه⁴⁵⁶ .

و لقد قامت المحكمة الدولية بنورمبرغ بمتابعة Julius Streicher و هو مسؤول سامي في الحزب النازي كان مسؤولاً عن الدعاية و مسؤولاً عن جريدة Der Stürmer و هي جريدة تعمل للدعاية

⁴⁵⁴ Voir LE PROCUREUR c/ Ferdinand NAHIMANA Jean-Bosco BARAYAGWIZA Hassan NGEZE (*Appelants*), *Affaire n° ICTR-99-52-A*, 28 novembre 2007, Arrêt , para : 479.

⁴⁵⁵ Voir : s. bourgon, *op.cit*, p : 167.

⁴⁵⁶ Voir LE PROCUREUR c/ Ferdinand NAHIMANA Jean-Bosco BARAYAGWIZA Hassan NGEZE , *op.cit.*, para : 480.

للحزب النازي و لها أغراض معادية للسامية⁴⁵⁷؛ فقد اعتبر المتهم على أنه شريك في ارتكاب الجرائم من منطلق أنه يسعى إلى التحريض و نشر الدعاية التي تخدم أهداف الحزب الذي اعتبر فيما بعد من طرف المحكمة على أنه يدخل ضمن مفهوم المؤامرة التي وصفت على أنها جريمة في ميثاق المحكمة كما أن الحزب النازي اعتبر هو الآخر على منظمة إجرامية .

و لقد رجعت المحكمة الخاصة برواندا في قضية أكايوسو إلى المصطلحات غير المتقاربة بين بعضها في النص الفرنسي و الإنجليزي الأول يستعمل كلمة " incitation " و الثاني يستعمل كلمة " instigated " وهذا ما يجعل الكلمتين مترادفتين بحسب هذه الترجمة ؛ لأنه في قانون كومون لو يظهر أن كلمة incitement و instigation مترادفتين ؛ غير أن نظام القانون المدني حسب المحكمة لا يسوي بينهما بل هما مختلفين ؛ و المقصود هو حمل شخص ما على ارتكاب الجريمة؛ و الإشكال الذي سيثور فيما بعد هو أن النظام الأساسي استعمل كلمة incitement الإنجليزية للحديث عن التحريض عن ارتكاب جريمة إبادة الجنس و التي ترجمت إلى الفرنسية "incitement" ؛ و بالتالي فالنص الإنجليزي يستعمل كلمة instigated للتحريض عموما و incitement للتحريض عن إبادة الجنس و النص الفرنسي يستعمل كلمة incitation للتحريض عموما و يستعمل كلمة "incitement" للتحريض عن جريمة إبادة الجنس .

الفرع الثالث : الأمر بارتكاب الجريمة .

يعتبر القادة و الأشخاص الآخرون⁴⁵⁸ الأرفع مقاما مسئولون جزائيا عن الجرائم التي ترتكب بناء على أوامره (القاعدة 152 من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني) ؛ و ترد هذه القاعدة التي مفادها أن الأشخاص مسئولون عن جرائم الحرب المرتكبة تبعا لأوامره في اتفاقيات جنيف ؛ و اتفاقيات لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية و بروتوكولها الثاني ؛ إذ يطلب من الدول ألا تقاضي الأشخاص الذين يرتكبون انتهاكات جسيمة أو مخالفات فحسب بل الأشخاص الذين يأمرهم بارتكابها أيضا ؛ كما ترد هذه القاعدة في النظم الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية و ليوغسلافيا و رواندا و المحكمة الخاصة لسيراليون ؛ و في

⁴⁵⁷See DANIEL M. GREENFIELD : « The Crimes Of Complicity In Genocide: How The International Criminal Tribunals For RWANDA and yugoslavia gott It Wrong, and why it Matters », The Journal of Cciminal Law & Criminology , Vol. 98, No. 3 , 2008 , Pp : 921-952,at : 926.

⁴⁵⁸ لابد من الإشارة إلى أن مصطلح " الأشخاص الآخرين " قد أورده النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 28 منه تحت عنوان : " مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين " و المقصود بالرؤساء الآخرين هم القادة غير الرؤساء العسكريين و يشمل ذلك : القادة المدنيين، السياسيين، الإداريين الرسميين أو الفعليين و... غيرهم ، و قد تم دراسة المقصود بالقائد عموما ضمن إطاره المنهجي في الباب الأول من الدراسة .

لائحة الإدارة الانتقالية للأمم المتحدة لتيمور الشرقية ؛ و جميعها تنطبق على النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية 459.

و يتعين التمييز بين ثلاث حالات فيما يتعلق بالأفعال التي يقوم بها المرؤوسون وفقا للأوامر بارتكاب جرائم حرب ؛ أولها في حال ارتكبت جرائم حرب بشكل فعلي ؛ فالممارسة واضحة بوجود مسؤولية القيادة ؛ و ثانيها في حال لم ترتكب جرائم حرب بشكل فعلي و إنما محاولات لارتكابها فقط تتجه الممارسة إلى وجود مسؤولية القيادة ؛ و بنص النظام الأساسي (م.ج.د) و لائحة الإدارة الانتقالية لتيمور الشرقية على وجود مسؤولية القيادة عن إعطاء الأوامر بارتكاب جرائم الحرب أو عندما تجري محاولات لذلك - المادة 25(3)(ب) من نظام (م.ج.د)- ؛ و ثالثها في حال لم ترتكب جرائم الحرب و لم تجر محاولات ارتكابها تنسب قلة من الدول مسؤولية جزائية إلى القائد لمجرد إعطائه الأمر بارتكاب جريمة حرب - و هي بلجيكا و لوكسمبورغ و هولندا - لكن معظم الممارسة لا تشير إلى مسؤولية القادة في هذه الحال 460.

و يعتبر الأمر بارتكاب الجريمة نوع من التحريض على ارتكابها حسب Eser 461؛ و يعتبره ambos ليس مجرد اشتراك في الجريمة بل فاعل بواسطة الغير و بالضبط هو : "perpetrator by means" أي أنه هو الذي يخلق الفكرة لدى الفاعل فيستعمل الخاضع كمنفذ للجريمة و يقتضي هذا النوع من المسؤولية وجود علاقة التراتبية (قائد خاضع) أي وجود الشخص مُصدر القرار و الشخص مُتلقّي القرار ؛ لاسيما و أن المحكمة الدولية الخاصة برواندا في قضية Akayesu قد صرحت بأن : " الأمر بارتكاب الجريمة يقتضي وجود العلاقة التراتبية و الذي يستعمله القائد للضغط على الآخر لارتكاب الجريمة " 462.

و لقد أشارت محكمة ليبزغ في قضية *Dover Castle case* إلى طبيعة مسؤولية القائد عن الأوامر الصادرة منه و إن كانت المسؤولية تمتد إلى التابع أو منفذ الأمر فذكرت بأنه من القواعد الثابتة أن التابع ملزم بتنفيذ الأمر الصادر إليه ؛ و أن هذا الإلزام يعتبر ذو أهمية قصوى في نظر القانون الجزائي ؛ و من بين النتائج المترتبة عنه أنه إذا ارتكبت جريمة بناء على هذا الأمر فإن القائد وحده هو الذي يتحمل المسؤولية 463.

459 انظر القانون الدولي الإنساني العرفي ؛ المجلد الأول : القواعد ، جون ماري منكرتس ،...، المرجع السابق ؛ ص : 485.

460 المرجع السابق ، ص 487.

461 See :Eser,op.cit,p :793-794.

462 See :ambos ,op.cit,p :756.

463 See Jean – Marie Henckaerts Et Luise Doswald –Beck , Customary International ...,op.cit, p :3723- 3724.

و يعتبر القادة مسئولون بصفة مباشرة عن الجرائم المرتكبة بناء على أوامره في قضية *Dostler case* عندما قام قائد ألماني في مارس 1945 بإصدار أوامر بقتل 12 أمريكيا و وفقا لاتفاقية 1907 فوجدت اللجنة العسكرية الأمريكية بأن القائد مسئول عن الأوامر التي يصدرها و بأن الأوامر إذا لم تكن مشروعة فإنه يعتبر مسئولا عن الجرائم التي ترتكب بناء عليها⁴⁶⁴.

كما أكدت المحكمة في قضية *Von Leeb case* (The High Command Trial) على أن القائد مسئول عن الأوامر الإجرامية التي يصدرها من جهة ؛ ومن جهة أخرى فقد وصفت المحكمة الخاضعين أو المنفذين لهذه الجرائم على أنهم " جنودا و ليسوا رجال قانون " ؛ حتى يتمكنوا من التفرقة بين الأوامر المشروعة أي القابلة للتنفيذ و الأوامر غير المشروعة فيمتنعوا عن تنفيذها كما ذكرت :

It is therefore considered that to find a field commander criminally responsible for The transmittal of such an order, he must have passed the order to the chain of command and the order must be one that is criminal upon its face, or one which is shown to have [been] known was criminal⁴⁶⁵

و المادة 25(3)ب هنا تكمل محتوى المادة 28 المتعلقة بمسؤولية القادة والرؤساء الآخرين بخصوص المسؤولية الجزائية للقادة لأن هذه الأخيرة تنظم المسؤولية بالامتناع أي عندما ترتكب جريمة و تدخل في اختصاص المحكمة من طرف الخاضع غير أن القائد رغم ورود إليه معلومات تفيد قيام الخاضع لديه بارتكاب الجريمة إلا أنه لم يتخذ الوسائل المتاحة لديه لمنع أو العقاب عن هذه الجريمة ؛ أما مقتضى المادة 25(3)ب في الجزئية المتعلقة بتحميل المسؤولية الفردية للفرد الذي أمر بارتكاب جريمة فتكون مسؤوليته بناء على مساهمته المباشرة و الإيجابية ؛ و في هذا النوع من المسؤولية نجد بأن القائد يستغل المنصب الذي يحتله و الذي يعطيه أولوية في القانون و يسمح له بإصدار أوامر قانونية فيستغل القائد هذا المنصب ليصدر أوامرا بارتكاب جرائم⁴⁶⁶.

ولقد ورد في تقرير لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب و تنفيذ العقوبات لسنة 1919 بأن من الضروري إنشاء محكمة دولية لكل من قام بالأمر بارتكاب الجريمة ؛ أو بعلم منه و كانت لديه السلطة

⁴⁶⁴ See Jean – Marie Henckaerts Et Luise Doswald –Beck , Customary International ...,op.cit, p : 3724.

⁴⁶⁵ Ibid .

⁴⁶⁶ See Eser,op.cit,p : 797 , and see ambos ,op.cit,p :756.

للتدخل وامتنع عن منع ارتكاب الجرائم باتخاذ الوسائل الضرورية و وضع حد لها أو ردع انتهاكات قواعد و أعراف الحرب 467.

كما بينت لجنة الخبراء لعام 1992 المنشأة لتنفيذ/ لقرار مجلس الأمن رقم 780(1992) للتحقيق في جرائم الحرب و الانتهاكات الأخرى للقانون الإنساني الدولي في يوغسلافيا السابقة 468 بأن الأشخاص الذين يأمرهم بارتكاب جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية يعتبرون مذنبين مثلهم مثل الأشخاص الذين يرتكبونها ؛ و هذا المبدأ يعتبر منصوص عليه بصفة صريحة في اتفاقيات جنيف لسنة 1949 ؛ و يطبق على كل من القائد العسكري سواء كان يشغل في جيش نظامي أو غير نظامي ؛ و كذا على السلطات المدنية 469.

و حتى لا يثور أي تعارض بين القضاء في قضية *Dover Castle case* بكون القائد وحده المسؤول و في الاجتهادات و القرارات الحديثة التي تجعل كلا من القائد و المنفذ مسؤولا ؛ فإن الملاحظ هو أنه في قضاء ليبزغ - سنة 1921- كانت المحاكمة تجاه ألمان بواسطة محكمة ألمانية و بالتالي وُجد تيار **محافظ** يهدف إلى الإبقاء على القواعد التقليدية و التي من ضمنها " مقبولة الدفع بطاعة الأوامر العليا " و التي تعتبر كسبب معفي من المسؤولية و لما كانت المسألة كذلك استوجب عدم معاقبة المنفذ ؛ و من جهة أخرى فإن هذا الدفع يقبل من جانب واحد - جانب منفذ الأمر - و ليس من الجانب الآخر تجاه مُصدر الأمر أي القائد و هذا ما يبرر حسب رأيي لجوء محكمة ليبزغ إلى متابعة القائد وحده دون منفذ الأمر ؛ غير أن هذه القاعدة التقليدية قد تم قلبها منذ قضاء نورمبرغ و طوكيو عندما تضمن ميثاقهما قواعدا بعدم قبول الدفع بطاعة الأوامر من جهة المنفذ و تحمّل المسؤولية الشخصية الفردية من جهة القائد ؛ و هذا ما يبرر الاتجاه الحديث . و حسب الأستاذ بيسيوني فإن الاتجاه الحديث للمجتمع المدني الدولي قد أبدى معارضة متصاعدة إزاء موانع العقاب ؛ خاصة للقادة الذين أصدروا الأوامر بارتكاب تلك الفظائع و كذلك الضباط المسؤولين عن تنفيذ هذه الأوامر غير المشروعة و نتيجة لهذه المعارضة بدأت بعض الاتهامات توجه لمرتكبي هذه

⁴⁶⁷See Prosecutor v. ZEJNIL DELALIC ZDRA VKO MUCIC also known as "PAVO" HAZIMDELIC ESAD LANDZO also known as "ZENG" JUDGEMENT, Case No.: IT-96-21-T, 16 November 1998, para : 335.

⁴⁶⁸ تسمية اللجنة كما وردت لدى ا. شريف بيسيوني غير أن كلمة " تنفيذ " الواردة هنا بالمائل مكتوبة " نفاذا " في الأصل ؛ و لقد كتبتها " تنفيذا " لكونها حسب اعتقادي أكثر لغوية من الكلمة المستعملة و هي " نفاذا " .

انظر : محمود شريف بيسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية : نشأتها ونظامها الأساسي ، المرجع السابق ، ص : 141 ، الهامش : 8 .

⁴⁶⁹ See Jean – Marie Henckaerts Et Luise Doswald –Beck , op.cit, p : 3729

الجرائم كتوجيه الاتهام لأوجوستو بينوشيه زعيم شيلي ؛ و لسلوبودان ميلوزيفيتش زعيم الصرب ؛ رادوفان كرازاديتش زعيم جمهورية صربيسكا السابقة في البوسنة ؛ حسين حابري دكتاتور التشاد الأسبق⁴⁷⁰؛ و يمكننا إضافة اتهام عمر حسن البشير الرئيس السوداني ؛ معمر القذافي زعيم الجماهيرية الليبية ؛ جون بيار بومبا نائب رئيس الحكومة الانتقالية لجمهورية الكونغو الديمقراطية .

الفرع الرابع : المساعدة و التشجيع على ارتكاب الجريمة .

و تقوم المسؤولية عن طريق المساعدة و التشجيع بواسطة أعمال أو سلوكات إيجابية أو امتناع تهدف بصفة خاصة إلى مساعدة أو تقديم أو منح الفاعل دعماً و لو معنوياً بصدد ارتكاب الجريمة و يكون هذا الدعم قد تم ساهم بصفة جوهرية في ارتكاب الجريمة ؛ و يمكن للركن المادي في هذه الجريمة أن يسبق أو يعاصر أو يلحق ارتكاب الجريمة ؛ أما الركن المعنوي فيها فيكون بعلم الشريك المساعد بأن هذه الأعمال المقدمة من طرفه ستؤدي إلى ارتكاب الجريمة من طرف الفاعل الأصلي ؛ و ليس من الضروري على الشريك هنا أن يعلم بالجريمة محل الارتكاب بشكل دقيق و إنما يكفي أن يعلم بأركانها الجوهرية⁴⁷¹ .

و تحليل المساهمة الجنائية في هذه الأعمال على جميع أعمال المساعدة و التشجيع التي تساهم بشكل جوهري أو التي لها تأثير جوهري في ارتكاب الجريمة ؛ و لقد أكدت المحكمة الدولية لنورمبرغ بأن المساهمة الجنائية في ارتكاب جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب تعتبر جريمة معاقب عليها في القانون الدولي الجنائي و لذلك اعتبرت المتهم Hermann Goring على أنه مذنب لكونه شريكاً في الجرائم و يعتبر المتهم واحداً من قياديي الحزب النازي الكبار⁴⁷².

و أعمال المساعدة و التشجيع بمفهوم النظام الأساسي للمحكمة الخاصة برواندا قد فسرت المحكمة ذاتها في قضية أكايوسو بقولها : " ساعد يعني تقديم العون لشخص ما ؛ و فعل شجع يعني تسهيل ارتكاب فعل ما ؛ و هذين السلوكين يعتبران " منفصلين disjunctive " لأنه لا يشترط على المحكمة أن تثبت توافرها معاً بل يكفي فقط أن تتوفر صورة واحدة " ⁴⁷³.

⁴⁷⁰ انظر : محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية : نشأتها ونظامها الأساسي ، المرجع السابق ، ص : 139- 141.

⁴⁷¹ Voir LE PROCUREUR c/ F. NAHIMANA J. BARAYAGWIZA H. NGEZE , *op.cit.*, para : 482-483.

⁴⁷² See DANIEL M. GREENFIELD , The Crimes Of Complicity In Genocide..., *op.cit.*, at : 926.

⁴⁷³ See William Shabas, Enforcing international humanitarian law, *op.cit.*, at : 443.

كما أنه لتمييز أعمال المساعدة و أعمال المساهمة المباشرة فإننا لا نجد القادة هم من يرتكب الجرائم بأيديهم أي أن يقوموا بارتكاب الجريمة أو أن يشتركوا مع الآخر فيكونوا فاعلين مساهمين في ارتكاب الركن المادي للجريمة و لكن أوجه المشاركة الاعتيادية قد تكون في التشجيع و التحريض و الأمر ؛ و حسب Schabas فإن هتلر لم يقتل أي شخص بصفة مادية أو عذب بشكل ظاهر و لكنه كان مساهما و شريكا في الجرائم التي ارتكبت بل هو الشخص المسئول عن المحرقة ضد اليهود و لذلك لابد من تضمين قواعد اتفاقية تشمل أعمال المساهمة و بذلك تعطي الحق بمتابعة أولئك الذين نظموا و شجعوا على ارتكاب الجرائم⁴⁷⁴.

و لاشك أن المنحى الذي تأخذه المحكمة هو أنها إذا لم تجد المتهم قد ساهم بشكل مباشر في ارتكاب الجريمة عن متابعته بأعمال الاشتراك و المساعدة لأن القائد نادرا أن يرتكب الجريمة بصفة مباشرة

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية للرئيس السلمي عن الأوامر غير المشروعة - نموذجا -

تعتبر مسألة إصدار الأوامر أهم الوسائل في يد القائد لضمان تنفيذ القانون و فرض النظام ؛ لكن الأوامر قد تصبح بمثابة أداة في يد القائد لانتهاك القانون الدولي الإنساني و تظهر خطورتها في كون سرياتها العمودي يمس جميع شرائح سلم التنظيم حتى أدنى رتبة فيها لسيما و أن القانون الداخلي يعطي منفذ الأمر حماية خاصة و هذا بخلاف القانون الدولي ؛ و لبيان ذلك لابد من إجراء تمهيد للدراسة (الفرع الأول) و كذا بيان النظريات القانونية المعالجة لها وفق الفروع الثلاثة الموالية مع بيان النقد المقدم لها و النتائج .

الفرع الأول : تمهيد .

أشار الفقيه : *lauterpacht* سنة 1944 بأن الدفع بطاعة الأوامر العليا يشكل واحدا من الدفوع الأكثر تعقيدا سواء على المستوى الوطني أو الدولي؛ وهذا بدليل أنه لا توجد أي قاعدة عرفية تحكم وتضع مفهوما واحدا للمسألة بشكل مستقر وثابت وواضح .

⁴⁷⁴ Ibid.

ولقد شكل الدفع بإطاعة الأوامر العليا أهم الدفوع المثارة أمام المحاكم العسكرية الدولية و الوطنية بعد الحرب العالمية الثانية على الإطلاق⁴⁷⁵؛ كما أن غالبية المتهمين الماثلين أمام هذه المحاكم قدموا دفوعاً بطاعة أوامر رؤسائهم السلميين .

فمنذ التصديق على ميثاق محكمة نورمبرغ ونفي الميثاق لقبول الدفع كمبرر للإعفاء من العقوبة؛ اعتقد الفقه بأن الأمر يتعلق بمبدأ من مبادئ القانون الدولي إلا أن ما جرى به العمل على المستوى الوطني والداخلي أمر مغاير تماماً لما حدث أمام محكمة نورمبرغ ومناقض له بحيث استقرت التشريعات الوطنية على اعتبار الدفع بطاعة الأوامر على أنه دفع مقبول وسبب من أسباب الإباحة أو مبرر لنفي المسؤولية الجزائية في حق المنفذ .

فالتشريعات الوطنية للدول تعتبر الدفع بطاعة الرؤساء و القادة من قبيل طاعة القوانين و أنه سبب لإباحة الفعل بحيث تخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة ؛ و هذا التصرف قد يكون منصوباً عليه في القوانين الجزائية أو في التشريعات العسكرية أو فيهما معا بشكل متكامل و يخدم بعضه البعض الآخر .

أما على المستوى الدولي فبالنظر للمعاهدات الدولية و الاجتهادات القضائية الصادرة في المسألة أو بالنسبة لمواثيق المحاكم الدولية لنورمبرغ وطوكيو وكذا بالنسبة للمحكمة الدولية الخاصة ليوغسلافيا سابقا والمحكمة الدولية الخاصة لرواندا فإن هذا الدفع قد تراوح بين الرفض كسبب للإباحة أصلاً أو أن يكون عنصراً لاستبعاد المسؤولية الجزائية للفاعل وجعله كوسيلة للتخفيف من العقوبة بحسب اجتماع ظروف معينة على أن يدخل ذلك ضمن اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع .

والمثير للانتباه هو أن أحد الفقهاء أشار إلى أن أول انطباع تركه دراسة الدفع بطاعة الأوامر العليا هو أنها سهلة الإحاطة ولكن التطرق إليها يبعث على الكثير من التعقيد والتداخل⁴⁷⁶ .

و في جميع الأحوال فإن ضمان تنفيذ القانون الإنساني بشكل جيد يتطلب أن يلزم الخاضع بتنفيذ الأوامر المشروعة وتحميله المسؤولية الجزائية الخاصة في حالة تجاوزه ذلك وقيامه بتنفيذ أوامر تؤدي إلى

⁴⁷⁵ See : **takemura** : «Rights and duties of the individual to disobey manifestly illegal orders under international law», in www.lse.ac.uk/Depts/global/PDFs/Peaceconference/Takemura.doc, p : 08, last visited : 2008.11.23 .

⁴⁷⁶ Voir : **G.Dufour** : «la défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », revue internationale de la croix rouge, n° 840, 2000, Pp : 969-992 , At : 969 .

ارتكاب جرائم ؛ غير أن ما يفرضه النظام العسكري في النظام الداخلي هو تلك الطاعة غير المشروطة من طرف الخاضع ؛ فالخاضع ملزم بتنفيذ جميع الأوامر الصادرة إليه بغض النظر عن مناقشة مشروعيتها ؛ فإلى أي مدى يمكن القانون الدولي أن يفرض التزامات تفوق وتخرق النظام الداخلي الكلي تتلاءم مع المتطلبات التي يفرضها هذا القانون بحيث نضمن بذلك تنفيذا فعالا للقواعد الدولية من أجل الوصول إلى احترام شامل للذات البشرية سواء زمن الحرب أو السلم ؟.

الفرع الثاني : - نظرية المسؤولية الخاصة للقائد .

و يتم التطرق في هذا الفرع لمضمون النظرية و إلى النقد المقدم لها و كذا النتائج المتوصل إليها وفقا للبند التالية :

البند الأول : مضمون النظرية .

تعتمد هذه النظرية على تحميل الرئيس السُّلْمي المسؤولية الجزائية عن الأوامر التي يصدرها إلى الخاضعين لسلطته بحيث يعفى⁴⁷⁷ المرؤوس الخاضع من كل مسؤولية جزائية عند تنفيذه الأمر وهذا بشكل تام .

وبناء على هذه النظرية فمُصدر الأمر هو الذي يتحمل المسؤولية أي القائد أما الخاضع فيستفيد من عذر الإباحة، وتعرف هذه النظرية في النظام الرومانوجرماني بـ : " la théorie de l'obéissance passive " ، أما في النظام الأنجلوساكسوني فتعرف بـ : " The Doctrine of Respondeat Superior " ⁴⁷⁸ .

⁴⁷⁷ وينبغي الإشارة في هذا الإطار إلى أن النظام الرومانوجرماني يصنف الأمر الصادر عن الرئيس السلمي ضمن أسباب الإباحة التي تنفي الصفة الجرمية عن الفعل وبالتبعية المسؤولية الجزائية ، أما موانع المسؤولية ففيها تبقى الجريمة قائمة إلا أن مرتكب الجريمة يعفى من المسؤولية وعلى هذا الأساس لابد من الأخذ بعين الاعتبار أن النظام **command law** لا يأخذ بنفس التقسيم لأنه يصنف "طاعة الأوامر العليا ضمن خانة الدفوع **the defenses** أو ضمن أسباب نفي المسؤولية **ground for excluding criminal responsibility** .

⁴⁷⁸ كما عرفت في الفقه الألماني بـ : **The Befehl ist Befehl Theory** وتجدر الإشارة في هذه الصدد بأن فقهاء القانون الإنجليز يعتمدون على النظرية بصفة أخص في القانون الاجتماعي أو العمالي أين يتطرقون إلى العلاقة بين رب العمل والمستخدم وبيان تقسيم المسؤوليات المدنية بينهما ومصطلح **respondeat superior** شائع من حيث الاستعمال بهذا المفهوم في القانون الخاص (الاجتماعي) عنه في القانون الجنائي الدولي .

وفي الاصطلاح يقصد بها : "دع القائد يرد let the superior reply" .

وتثار النظرية كلما وجدت علاقة بين الرئيس والمرؤوس فيقبل الرئيس أو السيّد تحمّل المسؤولية كلما قام المرؤوس بارتكاب خطأ نتيجة لعلاقة : رئيس - مرؤوس التي تربطهما؛ وللعلم فإن قبول الدفع بطاعة الأمر ينقل المسؤولية الجزائية من المرؤوس إلى الرئيس مُصدِر الأمر غير المشروع⁴⁷⁹ .

و يرى مؤيدوا الفكرة بأنه من المنطقي عدم متابعة المرؤوس الخاضع نظرا لحسن نيّته الناجمة عن الجهل بالقانون bona fide ؛ لأن المرؤوس لا يمكنه أن يحكم ويبحث إن كان الأمر الصادر إليه مشروع أم غير مشروع لأنه يجهل تماما الظروف القانونية التي صدر فيها الأمر؛ كما أن الجندي من جهة أخرى يجد نفسه تحت واجب الطاعة الذي يفرض عليه تنفيذ الأمر؛ فمن المستحيل على الجندي الامتناع عن التنفيذ لأنه ليس له أي بديل لأن طاعة الأوامر حجر زاوية في أي نظام عسكري وكما صرح به أحد الفقهاء :

« فإن الجندي بانضمامه إلى الخدمة العسكرية يصبح جسده ملكا للقيادة التي وظفته »⁴⁸⁰ .

وتجد النظرية أصولها التاريخية في القرون الوسطى عندما كان انتقاء وتوظيف العسكريين والجنود يتمّ من الطبقة الشعبية أما انتقاء الرؤساء والقادة فيتم من طبقة النبلاء وهذا ما يعطي للأمر طابع الإلزام⁴⁸¹ , كما يجعل الجندي بمثابة أداة لتنفيذ الأوامر دون الخشية من العقوبة أو المتابعة .

و تجدر الإشارة إلى أن أحكام المادة : 136 وما يليها من القانون المدني الجزائري تعكس إلى حد كبير محتوى مفهوم superior respondeat المتعلقة بالقانون الخاص وبخصوص تطبيقات النظرية وآثارها في القانون الخاص يمكن العودة إلى : See : v.Oosterveld and A.E.Flah : « holding leaders liable for torture by others :command responsibility and respondeat superior as frameworks for derivative civil liability »,in G.scott (ed),torture as tort, oxford hart publishing ,2001,Pp :441-463,At :450.

⁴⁷⁹ See : Black's law Dictionary (5th ed 1979) AT p:1179, in **Bakker (Jeanne L):**« The Defense Of Obedience To Superior Orders : The Mens Rea Requirement », In Transitional Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Par Neil J. Kritz Editor, Publié par US Institute of Peace Press, 1995, Pp: 441-455.AT p : 442, note : 07 .

⁴⁸⁰ Ibid, p : 443-446 .

⁴⁸¹ See : **G.Sacerdoti** : «individual responsibility and superior orders for war crimes : current developments», in A.E.Kellermann et als, Israel among the Nations, kluwer law international, 1998, Pp : 343-352, At : 344 .

وبالعودة إلى ما تضمنته الألواح الإثنتي عشر فإن أي انتهاك إذا ما تم ارتكابه من طرف شخص تحت potestas فإن عائلته أو عشيرته paterfamilias تقوم بدفع وتعويض الأضرار اللاّ حقة بالضحية ولذلك فإن المسؤولية هنا ترجع إلى the paterfamilias ومنه فإن الفرد يعفى من المسؤولية .

كما أنه بالرجوع إلى the digests of Justinian فإننا نجد أن :

« الشخص الذي يتصرف بناء على أمر والده أو سيّده فإنه يعتبر قد تصرف

بدون إرادة وأنه لا يمكن معاقبة من تصرف بناء على عذر الطاعة » 482 .

كما أن Cicero كتب بأنه إذا كان الخاضع ملزماً بتنفيذ الأمر فإن الرئيس وليس الخاضع هو الذي ارتكب الفعل أو الانتهاك 483 .

ولقد تمّ اعتماد هذه النظرية من طرف الفقيه "I. Oppenheim" في كتاباته الأولى 484 والذي يعتبر هو من قام بتطويرها بشكل جوهري ويرى Oppenheim بأن الدفع بطاعة الأوامر العليا يعتبر في حد ذاته وبشكل آلي وقبلي A priori وبشكل كلي ومطلق بمثابة "A defence" تجاه كل متابعة جزائية موجهة ضد المنفذ 485 .

ولقد وضع Oppenheim المبدأ في الإصدار الأول لكتابه " القانون الدولي : المعاهدات ... " سنة 1906 كما أنه عندما قام بصياغة المدونة العسكرية البريطانية سنة 1912 قام بوضع المادة 443 و التي تضمنت :

⁴⁸² See : **N. Keijzer** : «A plea for the defence of superior order», Israel yearbook on human rights, vol : 08, 1978, Pp : 78-103, At : 80

⁴⁸³ Ibid

⁴⁸⁴ ولقد بقي Oppenheim على موقفه حتى الطبعة الخامسة لمؤلفه " القانون الدولي : المعاهدات " سنة 1935, غير أنه في الطبعة السادسة له سنة 1940 تراجع عن هذا الموقف

See : **Ilias bantekas and s.nash**, international law, second edition, routledge Cavendish, 2003, p : 131, and

E.Mallea : «l'excuse des ordres superieurs et le droit international humanitaire», in F.kalshoven (ed), implementation international humanitarian law, martinus nijhoff publishers, 1989, Pp : 197-331, At : 306.

See : **Kelsen (H)** : «collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», California law review, vol : 31, 1943, Pp : 530-571 .

⁴⁸⁵ See : **M.scaliotti** : «defences before the international criminal court : substantive grounds for excluding criminal responsibility par : I», international criminal law review, 2001, 1, Pp : 111-172, At : 127-128 .

« أن أعضاء القوات العسكرية الذين يرتكبون جرائم متعلقة بقانون الحرب تنفيذا لأوامر

حكومتهم أو لرؤسائهم السلميون لا يمكن اعتبارهم على أنهم مجرموا حرب كما لا

يمكن متابعتهم من طرف العدو هذا الأخير يمكنه متابعة مصدر الأمر وحده »،

وبعد سنتين من ذلك أوردت المدونة الأمريكية لقانون الحرب البرية نفس المعيار والموقف في

المادة : 347 منها ⁴⁸⁶ .

واستمرارا لنفس الفكرة فقد علّق الفقيه Telford Taylor على المدونتين الأمريكية والبريطانية بأن

كلا المادتين تعفي من المسؤولية منفذ الأمر إذا كان صادرا من حكومته أو رئيسه الأعلى وأنهما صرحتا بأن

مصدر الأمر أو الذي صرح به هو من تتمّ معاقبته ⁴⁸⁷ .

كما تمّ اعتماد النظرية من طرف الفقيه H.Kelsen الذي آمن بفكرة المسؤولية الخاصة للدولة Acts of

state وحسبه فإنه لا يمكن لأية دولة أن يكون لها اختصاص تجاه دولة أخرى وأنه إذا قام أي فرد بصفته

قائم بمهام لصالحها بانتهاك القانون الدولي فإن تبعات تصرفه تتحملها الدولة؛ وأنه لا يمكن متابعة أي فرد

أمام محكمة دولة أجنبية ⁴⁸⁸ .

كما يرى بأن الانضباط لا يمكن أن يتمّ إلا بطاعة لا مشروطة من طرف الخاضع للرئيس الأعلى وأن

هذه الطاعة لا يمكن أن تتمّ إلا بتحميل الرئيس الأعلى وحده المسؤولية ⁴⁸⁹ .

⁴⁸⁶ See : **Mallea**, *op.cit.*, at : 305, and see : **j.N.Maogoto** : « the superior orders defence : A Game of musical chairs and the jury is still out », *flinders journal of law reform*, 10 (2007), Pp : 1-26, At : 3 .

⁴⁸⁷ See : **V.A Roling** : «criminal responsibility for violation of the law of war», *Revue Belge de droit international*, vol : XII, 1976-1, Pp : 8-26, At : 18.

⁴⁸⁸ See : **E.van.sliedregt**, *the criminal respensility of individuals for violations of international humanitarian law*, Cambridge university press, 2003 , Pp : 227-228 .

⁴⁸⁹ See : **Kelsen (H)** : «collective and individual responsibility in international law with particular regard to the Punishment of war criminals», *California law review*, vol : 31, 1943, Pp : 530-571, At : 356 .

ويعتبر الدفع بطاعة الأوامر العليا (في مفهوم النظرية) من طرف الخاضع على أنه دفع مقبول (Admissible defence per se) وهذا بصفة آلية وبقوة القانون كلما تمت إثارته ⁴⁹⁰.

ولذلك فإنه قبل الحرب العالمية الثانية فإن جميع الخاضعين لأوامر هتلر صرحوا بأن كل ما حدث كان من خطأ هتلر وحده (it was all Hitler's fault) ⁴⁹¹؛ و أن الأوامر التي كان يصدرها هتلر كانت تسمى The fuhrerprinzip؛ وأن الفلسفة التي تأسس عليها الرايش الثالث مبنية على فلسفة هيجل و التي يجعل فيها الدولة السلطة العليا و أن أوامر هتلر تعتبر أسمى الأوامر في هذه الدولة، ويرى الأستاذ Ch.Bassiouni بأن هذه المفاهيم مستمدة كذلك من كتابات E. Kant والتي يذكر فيها أن كل سلوك يعتبر مشروع إذا كان متوافقا مع القانون وأن سلطة الفوهرر تعتبر المصدر المشروع للأمر الواجب على الآخرين إتباعه و عليه فالفوهرر وحده من يمكن متابعته و كل من قاموا باتباع الأوامر لا يمكن معاقبتهم ⁴⁹².

ويظهر جليا من المحاكمات التي تمت في Leipzig أن أشهر أربع محاكمات ارتبطت بطاعة الأوامر العليا قد اعتمدت في جلها على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد؛ رغم أن اتفاقية فرساي لم تتضمن أية إشارة صريحة إلى الدفع بطاعة الأوامر العليا ⁴⁹³.

فبالرجوع إلى قضية Robert Neumann والذي تمت متابعته على أساس أنه أساء معاملة الأسرى البريطانيين وأن هذه الإساءة تم إثباتها ضده؛ فدفع Neumann بطاعة الأوامر الصادرة إليه ضد أحد الأسرى بصفة خاصة وذلك عندما قام بضربه لما امتنع عن العمل مما أدى بالمحكمة إلى القول بأن المتهم ليس

⁴⁹⁰ See : **y.Dinstein** : «defences», in G.K.Mc Donald and O.G.swaak (eds), substantive and procedural aspects of

International criminal law, vol : 1, 2000, Pp : 369-388, At : 380 .

⁴⁹¹ See : **G.werle**, principle of international criminal law, Asser press, 2005, p : 154 .

⁴⁹² See : **Ch.Bassiouni**, crimes against humanity in international criminal law, second revised Edition, 1999, p : 455 .

واستمرارا لنفس الفكرة فإنه من خصائص هذه الأوامر Fuhrerprinzip بحسب ما شرحه المحامي Jahrreiss عن المتهم Jodl في دفاعه أمام المحكمة العسكرية أن أوامر هتلر أصبحت تشكل عنصر مركزي في ألمانيا؛ وبأنها «الكلمات الأخيرة أو النهائية the last word» التي لا يمكن الاعتراض عليها في أي حال من الأحوال؛ وبأن العقوبة عن هذه الأوامر لها طابع ومجال خاص؛ وأن الموظفين ليس لهم أي حق أو واجب لرقابة وفحص هذه الأوامر وفي نظرهم فهذه الأوامر لا يمكن أبدا أن تكون غير مشروعة .

C.Luther.N.Norene, obedience to orders as defence to A criminal Act, Tesis presented to the judge Advocate G.Scool, US, 1971, p : 44.

⁴⁹³ See : **Scaliotti**, op.cit, p : 130 .

وينبغي التذكير هنا بأن محاكمات Leipzig لم تعتمد فقط على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وإنما اعتمدت بشكل نادر كذلك على نظرية المسؤولية المحدودة .

مسؤولاً عن هذا الفعل الذي تمّ بناءً على أوامر رؤسائه استناداً على نص المادة 47 من القانون الجزائري العسكري الألماني و التي تنص :

« على أن الخاضع يمكن أن يكون مسؤول جزائياً فقط عندما يعلم بأن الأوامر الصادرة إليه تؤدي إلى سلوك يعتبر على أنه جريمة في نظر القانون العسكري أو المدني »⁴⁹⁴.
و في قضية du dover castle والتي تمّ فيها إغراق سفينة المستشفى البريطانية dover castle من طرف غواصة ألمانية وعلى إثر ذلك تمّت متابعة قائد الغواصة karl neuman والذي دفع أمام المحكمة بأنه إلّزم بأوامر الأمرالية الألمانية والتي تعطي له الحق في إسقاط كل سفينة لا تتوفر على شروط معيّنة وذلك لكون دول الإتحاد تستعمل السفن العلاجية لأغراض حرية مخالفة بذلك أحكام اتفاقية لاهاي العاشرة لسنة 1907 .

ولقد تمّت تبرئة ساحة المتهم k.neuman لكون المحكمة اعتبرت أنه :

« من المبادئ الثابتة في النظام العسكري أن الخاضع ملزم بطاعة أوامر رؤسائه ... وأنه

عند تقديم الخاضع لخدماته وقيامه بتنفيذ أوامر تؤدي إلى انتهاك القانون الجزائري فإن

الرئيس السلمي مصدر الأمر وحده المسؤول »⁴⁹⁵ .

وفي قضية du Llendevery castle وهي قضية مشابهة للأولى تمّ فيها إغراق سفينة المستشفى البريطانية من طرف غواصة ألمانية من جهة ومن جهة أخرى فإن قائد الغواصة أصدر قائدها أوامر بقتل وتبّع باقي طاقم السفينة الفارين في زوارق الإنقاذ فمن مجمل 258 فرد لم ينجو سوى 24؛ ولقد وُجّهت التهم لكل من : L.Ludwig وكذا Jobn boldt بعد فقدان القائد Hulmut patzik وهذا على أساس أنهما ساعدا القائد على قتل جزء من رباب السفينة الفارين⁴⁹⁶ ولقد فصلت المحكمة على النحو التالي :

« أن إطلاق النار على سفينة ما يشكل انتهاكاً لقانون جل الأمم...، وأن القواعد الثابتة في القانون الدولي سهلة الإدراك وهي معروفة عالمياً فالأوامر الصادرة عن الرئيس الأعلى لا يمكن أن تبرئ المتهم من الجرم المنسوب إليه؛ وصحيح أن المادة 47 من القانون الجزائري

⁴⁹⁴ See : E.Mallea, *op.cit*, p : 302 .

⁴⁹⁵ See : Ch.Bassiouni, *op.cit*, p : 467 .

⁴⁹⁶ See : LC.Green, *superior orders in national and international law*, sijthoff publisher, 1976, p : 269 .

العسكري تجعل من تنفيذ الأمر الصادر عن الرئيس الأعلى وحده الذي يتحمل المسؤولية في الأحوال العادية؛ ولكن الخاضع الذي ينفذ مثل هذا الأمر يتحمل العقوبة إذا كان يعلم بأن الأمر مخالف لقواعد القانون الجزائي أو العسكري » .

ولقد فصلت المحكمة في هذه القضية بالإدانة على أساس مخالفة القواعد الثابتة لدى جلّ الأمم "an offence against the law of all nations" واعتبرت الدفع بطاعة الأوامر من جانب المتهمين لا يدخل في تحديد مسؤوليتهم وإنما يساهم في تخفيف العقوبة عنهم وهو ما جعل الحكم على كل واحد منهما بأربع سنوات حبسا فقط ⁴⁹⁷ .

أما في قضية Stenger et Grusius فقد أظهرت أن الجنرال Stenger أصدر أمرا بإعدام سجناء حرب فرنسيين أما الماجور Grusius فتمّ اتهمه بأنه نفذ هذا الأمر ولقد قررت المحكمة بأن الماجور Grusius لم يكن يعلم بعدم مشروعية الأمر واعتبرتهما بأنهما متهمان على أساس سوء معاملة الأسرى بالإهمال par négligence وكان الحكم الصادر ضدّهما بعامين حبس .

وعند تقييم المحاكمات التي جرت في Leipzig فإن الأستاذ dinstein يرى :

- 1- أنه كقاعدة عامة أن الخاضع الذي ارتكب سلوكا إجراميا تنفيذا لأمر رئيسه لا يرتب مسؤوليته .
- 2- أن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها إذا كان الخاضع يعلم بأن تنفيذ الأمر يؤدي إلى ارتكاب جرائم ورغم ذلك قام بتنفيذه .
- 3- إن المحكمة تلجأ على تطبيق المعيار الاحتياطي : معيار كون الأمر ظاهر اللامشروعية عندما تتأكد من أن الخاضع لم يكن على اطلاع كافي بالوقائع وقام بارتكاب سلوك إجرامي ⁴⁹⁸ .

وليس غريبا أن تستند محاكمات Leipzig على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وهذا لكونها تخدم بصفة أخص الوضع السائد آنذاك من منطلق أن المادة 228 من معاهدة فرساي اعترفت بحق الدول المنتصرة في

⁴⁹⁷ See : Ch.Bassiouni, *op.cit*, p : 468

⁴⁹⁸ Ibid.

محاكمة مجرمي الحرب الألمان⁴⁹⁹ ولكن من جهة أخرى نظرا لعدم إمكانية تسليم المتهمين L'extradition خارج ألمانيا فقد تولت المحكمة العليا الألمانية Reichsgericht والمتواجدة بـ : Leipzig مهمة محاكمتهم وعليه فإن هذه القضايا تمت أمام محكمة ألمانية ضد رعاياها وأن القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون العقوبات الألماني وهذا حتما ما أدى إلى الوصول إلى النتائج والأحكام الصادرة فيها وهي أحكام لا تتناسب في غالبيتها مع جسامة الجرائم المرتكبة من طرف المتهمين .

البند الثاني : تقييم النظرية

تعتبر نظرية المسؤولية الخاصة للقائد ذات أهمية بالغة لأن تطبيقاتها استمرت تاريخيا حتى بعد الحرب العالمية الثانية و بأنها النظرية الأكثر مصلحة و حماية لنظام و آداب الخدمة العسكرية و الأكثر فعالية من حيث ضمان الالتزام من جانب الجنود والخاضعين لأنها لا تترك للخاضع أي مبرر لمناقشة الأمر أو مشروعيته و هذا ما يعطي سرعة أكبر في التنفيذ و بشكل دقيق لكون المنفذ يعلم مسبقا بأنه لا يتحمل أية مسؤولية قانونا .

و توجد الكثير من المبررات التي تعطي للنظرية أبعادا تطبيقية و آثار و التي من بينها أن الخاضع مادام ينفذ الأمر في نظام لا يسمح له بمناقشة مشروعية الأمر و حتى ينفذه بكامل راحة ينبغي أن يكون الأمر في حد ذاته وسيلة لحماية المنفذ من المتابعة الجزائية⁵⁰⁰.

كما أن من الآثار التي توصلت إليها النظرية هو أن ضرورات الخدمة العسكرية و القواعد التأديبية لها و كون منفذ الأمر رجل تابع للدولة و نظامها كما أن الخاضع غالبا ما يجهل الوقائع التي هو بصدد تنفيذ مهامه في ظلها و أنه لا يتصرف من تلقاء نفسه و إنما بناء على إرادة رئيسه السلمي⁵⁰¹ كل هذه المعطيات

⁴⁹⁹ وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فرساي لم تتضمن أيّة إشارة إلى الدفع بطاعة الأوامر العليا؛ ولكن بالرجوع إلى التقرير المعد من طرف لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات فإن اللجنة أوردت ما يلي :

« أن السلطات العسكرية والمدنية لا يمكن أن تعفى أو تتخلص من المسؤولية لكون أعضاء السلطات الأعلى منها تمت متابعتهم بناء

على نفس الجرم وأنه يرجع إلى المحكمة القرار إن كان الدفع بطاعة الأوامر العليا يكفي لتبرئة المتهم محل المتابعة من المسؤولية »

See : **LC.Green**, superior orders in national..., *op.cit*, p : 265 .

⁵⁰⁰ voir: **Haggenmacher** : «le problème de l'obéissance A un ordre supérieur : le recours a la force Armée»,

جعلت من النظرية الأكثر انتشارا على المستوى الداخلي و الوطني و أن كل الدول تقريبا اعتمدتها في تشريعاتها الداخلية سواء على مستوى قوانين العقوبات أو المدونات العسكرية .

ولقد تمّ تجاوز هذه النظرية اليوم بحسب تعبير G.werle⁵⁰² لأنه من بين أهم خصائصها هي أنها تنقل المسؤوليات مما يؤدي بالتبعية إلى الإفلات من العقاب⁵⁰³ ؛ وهذه الفكرة لديها أبعاد جد مهمة فالجندي يدفع بكونه نفذ أوامر رئيسه الأعلى الأكثر منه درجة و الرئيس الأعلى يدفع بكونه نفذ أوامر القيادة المركزية وصولا حتى رئيس الدولة أو قائد الأركان في الجيش و هنا كل فرد ينقل مسؤوليته إلى من هو أعلى منه و في النهاية لا نجد أي شخص للقيام بمتابعته و هذا ما حدث بالفعل في نورمبرغ عندما وجدت هيئة الدفاع عن النازيين بأن الفوهرر وحده المسؤول و بأن الفوهرر ذاته لا يمكن متابعته لأن تصرفاته هي تصرفات محمية دستوريا و بأنه لديه حصانة؛ و بحسب الأستاذ Gaeta فإن النظرية قد أثبتت عدم جدواها و ذلك لسببين ؛ الأول أنه للقيام بردع فعال لإنتهاكات القانون الدولي الإنساني لابد من متابعة كل الأطراف القائمة بالسلوك الإجرامي و على مختلف الأصعدة و لا ينبغي الاكتفاء بالقائد وحده و ثانيا : أن النظرية قد تؤدي إلى نوع من Reductio Ad Absurdum و ذلك أنه في الوقت الذي ينبغي فيه معاقبة القائم بالفعل فإننا نعاقب الرئيس السلمي و صعودا في سلم الترتيبات إلى غاية الرئيس الأعلى⁵⁰⁴ .

كما أن هذه النظرية حسب الفقه تجعل من الخاضع عبارة عن أداة أو آلة في يد القائد في حين أن المنفذ إنسان يتمتع بعقل و إدراك يمكنه أن يُميز و يختار بين الفعل و الإمتناع و يفاضل بينهما .

الفرع الثالث : نظرية المسؤولية الكاملة .

و يتم التطرق في هذا الفرع لمضمون النظرية و إلى النقد المقدم لها و كذا النتائج المتوصل إليها وفقا للبنود التالية :

البند الأول : مضمون النظرية .

تعتمد نظرية المسؤولية الكاملة على تحميل الخاضع المسؤولية التامة والشخصية عن الانتهاكات التي يرتكبها تنفيذا للأمر غير المشروع الصادر عن رئيسه السلمي .

⁵⁰² See : G.werle, *op.cit*, At :153 .

⁵⁰³ voir : Haggemacher , *op.cit* , At : 07. il écrit qu : « il s'agit d'éviter des transferts infinis de responsabilité » .

⁵⁰⁴ See: Gaeta, *op.cit*, p : 175 .

ولا تعطي هذه النظرية للخاضع أي حق في إثارة الدفع بطاعة الأوامر العليا بصفة آلية ⁵⁰⁵ per se , كما لا يمكن الأخذ بهذا الدفع مختلطا مع أي دفع آخر وعلى الجندي مراقبة كل أمر صادر إليه من طرف رئيسه فإذا كان الأمر الصادر إليه يقضي بارتكاب فعل إجرامي فإن الجندي يجب عليه رفض تنفيذ الأمر, ولا يمكن بالتبعية معاقبته على أنه امتنع عن التنفيذ ⁵⁰⁶ .

و بعبارة أخرى فإن النظرية تجعل الجندي ملزم بإتباع و تنفيذ الأوامر المشروعة فقط و هذا ما يجبره على ضرورة الاطلاع و الفهم بما يحيط به من وقائع فإذا ما رأى بأن الأمر الصادر إليه غير مشروع امتنع عن تنفيذه و هو ما يعطي فعالية أكبر و سمو لقواعد قانون الحرب و قواعد القانون الدولي الإنساني ⁵⁰⁷ .

وتعرف النظرية في الفقه الفرنسي بـ : des baïonnettes intelligentes وفي الفقه الإنجليزي بـ : the doctrine of fall responsibility ويستعمل بعض الفقهاء اصطلاحا آخر لها تحت تسمية : Absolute liability doctrine ⁵⁰⁸ .

ولقد ساند النظرية تاريخيا الفقيه Grotius عندما اعتبر بأن أية سلطة يمكنها أن تصدر أمرا مخالفا لقانون الطبيعة أو للتعليمات الإلهية فإن الأمر يجب ألا ينفذ و أن الخاضع الذي ينفذ هذا الأمر فإنه يتحمل المسؤولية الشخصية ⁵⁰⁹ .

كما تمّ تطبيقها في الحكم ضد : peter of Hagenbach سنة 1474 والتي ثبت بمقتضاها أن الجندي الخاضع لا ينفذ سوى الأوامر المشروعة الصادرة إليه ⁵¹⁰ وذلك لكون حاكم المدينة Hagenbach صرح

⁵⁰⁵ See : **N.Keijzer**, A plea, *op.cit*, p : 79 .

⁵⁰⁶ See : **C.luther .N.Norene**, obdience to orders as defence to a criminal act ,tesis presented to the judge advocate G.Scool,us,1971, *op.cit*, p: 08 . .

⁵⁰⁷ See : **James B.insco** : « Defense of superior orders before military commissions », Duke journal of comparative and international law , vol : 13 , 2003 , Pp :389-418 ,At : 391.

⁵⁰⁸ See : **N.Keijzer**, A plea, *op.cit*, p : 79 .

و لقد استعمل الفقيه y.Dinstein في كتابه الدفع بطاعة الأوامر العليا في القانون الدولي 1965 اصطلاح Absolute liability doctrine بدلا عن : the doctrine of fall responsibility كما استعملتها J.L Bakker في مقالها :

« the defense of obedience to superior orders : the Mens Rea Requirement », in transitional Justice, Neil`y .kritz (edi), volume I. general considerations, United States institute of peace press, 1995, Pp : 441-455, At : 447 .

وكذا : P.Gaeta في مقاله :

« the defence of superior orders : the statute of the international criminal court versus customary international law », EJIL, 1999, Pp : 172-191, At : 175 .

⁵⁰⁹ See : **B.insco**, *op.cit*, p : 390 .

⁵¹⁰ See : **G.Scaliotti**, *op.cit*, p : 335 .

للمحكمة بأنه كان يتلقى الأوامر من طرف دوق بيرقندي Duke of burgundy وأنه يقع تحت واجب الطاعة الذي تفرضه السلطة التسلسلية للدوق⁵¹¹.

ولقد اعتبرت المحكمة بأن حاكم المدينة Hagenbach صادق على جميع الأوامر الصادرة إليه من طرف الدوق ولم يمتنع عن تنفيذها رغم أن مثل هذه الأوامر - كالأمر بقتل الناس في منازلهم وأين تمّ القبض عليهم بما في ذلك النساء والأطفال - مخالفة للقانون الإلهي وأنه وضع تحت رجليه كلا من القانون الإلهي والبشري⁵¹².

وفي سنة 1660 تمت متابعة قائد الحرس الكابتن Axtell الذي كان مسؤولاً عن تنفيذ عملية إعدام شارل الأول وعند استعادة العرش من طرف الملك شارل الثاني تمّت محاكمته عن ذلك ودفع بطاعته لأوامر رؤسائه إلاّ أن المحكمة البريطانية اعتبرت بأن الدفع غير مقبول لأن رئيسه السلمي خائن والمنفذ لهذا الأمر هو الآخر خائن كذلك⁵¹³.

و يعتمد الكثير من الفقهاء تفسير المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ على أنها تأكيد لمبدأ المسؤولية الكاملة للمرؤوس و التي تنص :

« أن تصرف المتهم بناء على أمر حكومته أو أمر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية ولكن

يمكن اعتباره ظرفاً مخففاً للعقوبة إذا رأت المحكمة أن دواعي العدالة تقتضي ذلك » .

وعلى العموم فالمحاكمة تمّت من طرف 28 قاضي وتمّ فيها الحكم على Hagenbach بالإعدام عن الجرائم المرتكبة من طرف قواته ضد سكان مدينة breisach وذلك عندما امتنع عن منع ارتكاب جرائم القتل والاغتصاب والتعذيب وذلك بصفته حاكم للمدينة المستعمرة

and See : **W.H.Parks** : «command responsibility for war crimes», military law review, 62, 1973, Pp: 1-104, At :4-5 .

⁵¹¹ See : **S.Hinek** : «the superior orders defence : Embraced At last ?», the Newzealand post graduate law E-journal, Issue 2/2005, pp : 02-50, At : 04 .

⁵¹² See : **LC.Green**, *op.cit*, Pp : 263-264 .

⁵¹³ See : **Ch.Bassiouni**, Crimes Against humanity in international criminal law, second revised edition, kluwer law international, 1999, P : 463-364 .

و حتى أن المحكمة في حد ذاتها رفضت التمسك بالدفع بطاعة الأوامر من طرف الخاضعين واعتبرت أن المعيار الحقيقي المعمول به في مختلف القوانين الجزائية الداخلية للدول لا يتعلق أبداً بوجود "الأمر" وإنما عن مدى تواجد إرادة الاختيار في المنفذ⁵¹⁴.

و على اعتبار أن اجتهاد محكمة نورمبرغ قد اعتمد على معيار "حرية الاختيار Moral choice test" فإنها تكون قد قللت من دور الدفع بطاعة الأوامر ما لم يكن مقروناً بالدفع بالإكراه حسب الأستاذ : K.Ambos ذلك لأن معيار إرادة الاختيار يؤدي إلى أن الخاضع قد يكون ناقص الإرادة أو عديمها وهذا ما يشكل أهم ركن من أركان الإكراه، وللعلم فإن قبول المحكمة للدفع بطاعة الأمر سيؤدي على إعفاء المنفذ من العقوبة Excused وليس إلى أن يصبح الفعل مباحاً Not Justified⁵¹⁵.

ويعتبر ميثاق محكمة نورمبرغ والاجتهاد المصاحب له في المسألة نقطة الإنطلاق لدراسة الدفع بطاعة الأمر الذي لامناص منه؛ فقد أثار مبدأ/معيار حرية الاختيار الكثير من النقاش؛ ويمكن تعريفه على أنه :

« علم الخاضع بأن تنفيذ الأمر سيؤدي إلى ارتكاب جريمة؛ مع قدرته على

الإمتناع عن التنفيذ وفي هذه الحالة تقوم مسؤوليته الشخصية عن ذلك »⁵¹⁶.

أو على أنه :

« الحالة التي لا يكون فيها للخاضع أية إمكانية للاختيار في التصرف أو

⁵¹⁴ The tribunal said : «... the international law of war has never been recognised as a defence ... the true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations is not the existence of the order, but whether moral choice in fact possible» .

See : Leslie Green : «superior orders and command responsibility», military law review, march 2003, vol : 175, Pp : 309-384, At : 329 .

⁵¹⁵ See : Kai Ambos : «current issues in international criminal law», criminal law forum, 14 (2003), Pp : 225-260, At : 254 .

⁵¹⁶ See : Ilias Bantekas and susan Nash, international criminal law, second edition, routledge Cavendish, 2003, Pp : 131-132 .

التمييز بين الخطأ والصواب بدون أن يتحمل أية عقوبة»⁵¹⁷.

و يرى الأستاذ Dinstein أنه بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية الخاصة بالمادة الثامنة للميثاق فإن صياغة النص تمت بطريقة تجعل من الدفع بطاعة الأوامر العليا لا يشكل أي دور في تحديد المسؤولية الجزائية وتقييمها وهذا حتى مع اتحادها مع دفع أخرى وإنما الدور الوحيد لها هو أنها تساهم في تخفيف العقوبة⁵¹⁸.

ويرى الأستاذ G.solis بأن صياغة النص تمت من أجل المتابعة الشخصية لأعضاء الحزب النازي ليس فقط عن الجرائم التي ارتكبوها وإنما أيضا عن الجرائم التي أمروا بارتكابها وبذلك فقد أصبح أهم مبدأ جوهري يعالج المسؤولية الجزائية للفرد⁵¹⁹.

والثابت أن المادة 08 من ميثاق المحكمة قد كانت محل مناقشات عديدة بين الولايات المتحدة والإتحاد السوفياتي تبذرت فيه كل دولة موقفا متطرفا عن الأخرى فالولايات المتحدة أوردت النص التالي :

« أن الدفع بطاعة الأوامر لا يجب أن يشكل دفعا بصفة مطلقة ولكن يمكن

اعتماده إما كدفع أو كظرف مخفف للعقوبة فقط أمام المحكمة التي

تجري المتابعات أمامها عندما تستدعي مقتضيات العدالة ذلك »

أما نص الإتحاد السوفياتي فإنه يرفض كل اقتراح يجعل من الدفع سبب من أسباب الإباحة أو لتخفيف العقوبة وفقا لما يلي :

« الواقع أن تصرف المتهم بناء على دفع أمر رئيسه

السلمي أو حكومته لا يمكن أن يعتبر كسبب للإباحة » .

⁵¹⁷ See : S.linton and C.Reiger : «the evolving jurisprudence and practice of east timor special panels for serious crimes on admissions of guilt, duress and superior orders», yearbook of international humanitarian law, vol : 04, 2001, Pp : 1-48, At : 08 .

⁵¹⁸ See : Y.Dinstein : «defences», in substantive and procedural aspects of international criminal law, G.kirk McDonald and O.Swaak-Goldman(eds), BRILL 2000, Pp : 369-388, At : 380 .

⁵¹⁹ See : G.Solis, *op.cit*, p : 515 .

وفي الأخير فقد تمّ التوصل إلى حل توفيقى A compromise بين الدولتين يجعل من الدفع كظرف مخفف للعقوبة 520 ؛ وهذا الحل لقي قبولا من طرف الروس لسبب واحد وهو أن نص المادة 08 ينطبق على المجرمين الكبار فقط ولا يمتد إلى باقي المجرمين الآخرين 521 .

وحسب : Bakker فإن اعتماد ميثاق محكمة نورمبرغ على نظرية المسؤولية الكاملة لا يعكس أبدا أن ذلك هو موقف القانون الدولي تجاه المسألة 522 .

وللعلم فإنه لا يوجد أي تعارض بين ما ذهب إليه الأستاذ k.ambos بقوله :

"إن المحكمة عند اعتمادها لمعيار حرية الاختيار تكون قد اعترفت

بالتقارب الموجود بين الدفع بطاعة الأوامر والدفع بإكراه"،

و بين ما ذهب إليه الأستاذ Y.Dinstein عنده قوله بأن :

" صياغة نص المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ تجعل من الدفع

بطاعة الأوامر لا يشكل أي دور في تحديد المسؤولية الجزائية وهذا

حتى مع اتحاد الدفع بطاعة الأوامر مع دفع أخرى "

ورأي الأستاذ dinstein هنا جد منطقي ومقنع لأن قبول الدفع لا يرتبط أبدا بالمسؤولية الجزائية للقائم بالفعل وهذا الوضع يعود إلى القواعد العامة والمبادئ العامة للقانون الجزائي .

والشيء الثابت أيضا من جهة أخرى فإن اجتهاد المحكمة الذي أورد بأن طاعة الأوامر العليا لا يشكل دفعا استنادا على القوانين الجزائية الداخلية لغالبية الدول اجتهاد مناقض تماما لما هو معمول به على المستوى الداخلي للدول 523 .

520 See : Ch.Bassioun, *op.cit*, p : 469, note : 85 .

521 وللعلم فإن محاكمات نورمبرغ تضمنت محاكمة المجرمين الكبار the major criminals أما ما يسمى : the minor war criminals فإن المحاكم الداخلية هي التي تتولى متابعتهم ؛ ونفس الامر ينطبق على محكمتي روندا ويوغسلافيا وعلى سبيل المثال فإن المحكمة الخاصة بروندا تتولى أمامها متابعة أعلى المسؤولين على مستوى الدولة وتتولى محاكم Gacaca محاكمة كل المجرمين الآخرين من أفراد الشعب الذين قاموا بالإنتهاكات .

522 J.L.Bakker, *op.cit*, p : 449 .

523 ويشاطر الأستاذ E.DAVID نفس الرأي بحيث يرى بأن مبادئ نورمبرغ متعارضة مع القانون الداخلي لغالبية الدول .

فبالرجوع إلى المدونة العسكرية البريطانية والأمريكية المعمول بهما آنذاك فكلاهما تعتبر طاعة الأوامر بمثابة دفع تام وكلي وأن هذين المدونتين حسب الأستاذ SUNGA تعتبران بمثابة *opinio juris* وحسب رأيه فقد ثبت حالياً بأن ميثاق محكمة نورمبرغ لم يتضمن أحكاماً صحيحة *A correct statement* حول المسؤولية الجزائية عن جرائم الحرب⁵²⁴، وأن سعي المحكمة نحو قطع الطريق لاستعمال الدفع كمبرر لانتهاكات قانون الحرب سعي صحيح حسب رأيه وضروري ولكن المعيار المستعمل من طرفها معيار عالي وهو ما يجعله غير واقعي *unrealistically high standard* أمام ما يفرضه واقع الحرب على الجندي من خلال إلحاق أكبر الأضرار الممكنة بالعدو و من جهة أخرى فإن أي تراخي من طرف الجندي يؤدي إلى مقتل الجميع⁵²⁵.

و يجب ألا يفوتنا أن ما حدث في نورمبرغ له أهمية كبيرة لأنه أزاح آراء كل من المبنية على فكرة سلطة الدولة *Act of state* ومسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها وأن متابعة القائمين بالانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني من اختصاص القضاء الداخلي وحده وليس من اختصاص القانون الدولي لتحل محلها أفكار أخرى كجعل الفرد يتحمل نتائج سلوكه غير المشروع وبروز فكرة القانون الدولي الجنائي⁵²⁶ وغيرها.

Voir : **Eric David** : «l'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité», revue belge de droit international, vol : XIV, 1978-79-1, Pp : 65-84, At : 68 .

كما لا يجب أن يفوتنا رأي الأستاذ Gaeta في هذا الصدد الذي يرى بأن موقف المحكمة الذي صرحت فيه بأن :

« The provision of this article are in conformity with the law of all nation that a soldier Was ordred kill or torture in violation of the international law of the war has never Been recognized as a defence to such acts of brutality » .

يعتبر رأي صحيح جزئياً فقط لأن تشريعات غالبية الدول تعتبر طاعة الأوامر بمثابة دفع مقبول و ليس كما ذهب إليه الميثاق هذا من جهة و من جهة أخرى فإن المحكمة عندما استندت على القوانين الداخلية للدول استعملت أمثلة قائمة على أوامر ظاهرة اللامشروعية كالقيام بأعمال وحشية كالقتل و التعذيب أو الانتهاكات الجسيمة لقانون الحرب و هذه الأوامر حتى القانون الداخلي لا يقبل الدفع بطاعة الأمر تجاهها و هو ما يجعل المادة 8 من الميثاق لم تستبعد الدفع بطاعة الأوامر في أية حالة ما لم يكن الأمر ظاهر اللامشروعية .

See : **Gaeta**, *op.cit*, p : 180 .

كما اعتبر الأستاذ R.cryer بأن ما ذهب إليه المحكمة عند اعتبارها بأن ذلك متطابق مع قانون كل الأمم « يعتبر خاطئ بشكل جوهري is patently false ».

See: **Robert cryer**: «the Boundaries of Liability In International Criminal Law or Selectivity by STEALTH», journals of conflict, and security law, 2001, vol 6, N 1, 3-31 At:12.

⁵²⁴ See : **Lyal.S.SUNGA**, individual responsibility in international Law for serious humans rights violations, hartinus NIJHOFF publishers, 1992, At : 55-56 .

⁵²⁵ See : **L.SUNGA**, *op.cit*, p : 57 .

⁵²⁶ See : **Slidregt**, *op.cit*, p : 228 .

و يرى P.Gaeta أن المادة 08 من الميثاق هي من أنشأ مبدأ المسؤولية المطلقة للمنفذ principle of absolute liability والذي بمقتضاه لا يتم قبول الدفع بطاعة الأوامر العليا أبدا وإنما تكون فقط لتخفيف العقوبة؛ وأن هذا المبدأ قد تم إدراجه في ميثاق محكمة طوكيو (المادة 06) كما تم تبنيه في موثائق المحكمتين الخاصة بيوغوسلافيا (المادة 07 فقرة 04) ورواندا (المادة 06 فقرة 04)؛ والسبب الجوهرى لانتشار هذا المبدأ بهذه الطريقة حسب Gaeta على المستوى الدولي هو أن هذه المحاكم تقوم بمتابعة ومحاكمة أفراد غير وطنيين (وغير تابعين) non-national للدول التي قامت بإنشاء هذه المحاكم⁵²⁷.

و الاتجاه الذي سلكه طائغوا نص المادة 08 والاجتهاد الذي أصدرته محكمة نورمبرغ بخصوص الدفع بطاعة الأوامر قد لاقى الكثير من النقد والنقاش من طرف الفقه؛ وهذا لكون غالبية الدول آنذاك تعتمد الدفع بطاعة الأوامر العليا كسبب معفى مانع من قيام المسؤولية وهذا كمبدأ من مبادئ القانون الثابتة غير أن الاتجاه الذي أخذه طائغوا النص معاكس تماما لذلك فهو يرفض قبول الدفع وحسب Maogoto فهو سعي نحو فرض نظام قانوني إلى خارج ووراء حدود الدولة - الأمة -⁵²⁸.

و لقد استمر الإشكال إلى أبعد من ذلك عندما أصدرت المحكمة اجتهادات عديدة حول المسألة؛ فتوصل البعض مثل S.Ratner and J.Abrams إلى أن ميثاق محكمة نورمبرغ قد حذف Eliminated الدفع بطاعة الأوامر العليا⁵²⁹.

و يرى الأستاذ G.Solis بأن ما ذهب إليه الأستاذين ratner and Abrams " ليس صحيحا بشكل كلي it is not entirely correct " لأن المحكمة أوضحت بأن المعيار الحقيقي ليس في وجود الأمر أصلا وإنما في تواجد حرية الاختيار لدى المنفذ وبأن الدفع بطاعة الأمر يبقى موجودا ويبقى مستعملا⁵³⁰؛ وهذا الموقف كذلك اعتمده الأستاذ Gaeta بحيث صرح بأن محكمة نورمبرغ لم تستبعد الدفع بطاعة الأوامر في أية حال ما لم يكن الأمر ظاهر اللامشروعية .

⁵²⁷ See : **Gaeta**, *op.cit*, Pp : 179-180 .

⁵²⁸ See : **Maogoto**, *op.cit*, p : 11 .

⁵²⁹ See : **Steven R.Ratner and Juanson S Abrams**, *Accountability for Humain Rights Atrocities in international law beyond the Nuremberg legacy*, second edition, oxford university press, 2001, At : 06 .

⁵³⁰ See : **Garyd.Solis** : «obedience of orders and the law of war : judicial application in American forums», *American university international law review*, 2000, Pp : 481-526, At : 516.

أما الأستاذ A.Eser فقد اتخذ حسب رأبي موقفاً وسطاً عندما صرح بأن الميثاق لم يعترف بالدفع بطاعة الأمر بشكل كلي ولم يرفضه بشكل كلي لكنه هيماً المجال نحو آفاق جديدة وأن الميثاق يكون أول من أشار صراحة للدفع بطاعة الأوامر العليا في تاريخ القانون الدولي⁵³¹.

ولقد تمّ تطبيق نفس النظرية في المادة II (4) (b) من قانون مجلس الرقابة رقم 10 بحيث نصت المادة :

« إن حقيقة تصرف شخص ما بناء على أمر حكومته أو رئيسه لا

يعفيه من المسؤولية عن الجريمة ولكن قد تساهم في تخفيف العقوبة » .

ويختلف نص هذه المادة عن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ في كونه لم يتضمن جزئية : « إذا استدعت مقتضيات العدالة ذلك »؛ وتمّ إضافة جزئية : «عن الجريمة» في المادة II (4) (b) وحسب dinstein فإن هاتين المادتين متشابهتين وليس لهذه التفرقة أثراً جوهرياً يثير اختلافاً بينهما⁵³² .

كما تم إعادة نفس الصياغة في المادة 06 من ميثاق محكمة طوكيو؛ وبالرجوع إلى مبادئ نورمبرغ المعتمدة من طرف لجنة القانون الدولي فإن مبدأ IV منه ينص على أن :

« تصرف الفرد بناء على أمر حكومته أو أمر رئيسه الأعلى لا يعفيه من

المسؤولية في القانون الدولي ، إذا كان لديه حرية الاختيار في ذلك⁵³³ » .

وتعليقاً على حذف جملة :

« ... يمكن اعتباره كظرف مخفف للعقوبة؛ إذا رأت المحكمة أن دواعي العدالة تقتضي ذلك »؛

الواردة في نص المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ؛ فقد جعلت لجنة القانون الدولي مسألة تخفيف العقوبة تدخل في اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع وبالتالي لا داعي لذكرها في المبدأ بصفة مستقلة

. 534

⁵³¹ See : A.Eser, *op.cit*, p : 255 .

⁵³² See : *slidreg*, *op.cit*, p : , not : 224 .

⁵³³ See : Yearbook of international law commission, 1950, vol : II, p : 375, Para : 105 .

⁵³⁴ Ibid, Para : 106 .

و لقد صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع على القرار 95 (I) الصادر في : 11 ديسمبر 1946؛ والذي أكد بالإجماع مبادئ القانون الدولي الواردة في ميثاق المحكمة الدولية لنورمبرغ وأحكامها؛ من بينها المبدأ IV المتضمن الدفع بطاعة أمر الرئيس الأعلى؛ والتي يمكن اعتبارها على أنها مثال لمبادئ القانون الدولي المعترف بها والتي تعتبر من مصادر القانون الدولي وفقا لمدلول المادة 38 من ميثاق محكمة العدل الدولية⁵³⁵.

أما فيما يخص ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا فإنه لم يتطرق لمسألة الدفع بشكل مستقل؛ غير أنه بالرجوع إلى الفقرة 58 من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والذي تضمن نوايا صائغي نص الميثاق؛ فقد أوردت ما يلي :

« إن المحكمة الدولية ذاتها هي التي يجب عليها أن تقرر من بين مختلف الدفع

الشخصية التي يمكنها أن تعفي الشخص من المسؤولية الجزائية الشخصية ...

«⁵³⁶.

ولقد نصت المادة 07 فقرة (4) من ميثاق المحكمة الخاصة ليوغسلافيا سابقا على ما يلي :

« أن حقيقة تصرف المتهم بناء على أمر حكومته أو أمر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية الجزائية

ولكن يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة إذا رأت المحكمة الدولية أن دواعي العدالة تقتضي

ذلك »

والملاحظ أن المادة 07 (04) تعتبر نسخة طبق الأصل A copy عن المادة 08 من ميثاق محكمة

نورمبرغ؛ وبذلك تكون هذه المادة هي الأخرى قد استبعدت صراحة الدفع بطاعة الأوامر العليا كمبرر للإعفاء من المسؤولية⁵³⁷.

⁵³⁵ See : **Anthony Aust**, handbook of international law, Cambridge university press, 2005, p : 07 .

⁵³⁶ See : **Sienho yee**, towards an international law of co-progressiveness, martinus nijhoff publishers, 2004, p :

139

⁵³⁷ Ibid, p : 140 .

أو كما عبّرت عنه المحكمة ذاتها في قضية Drazen Erdemovic من أن المادة 08 من ميثاق محكمة نورمبرغ والمادة 7 (4) تعتبران من الناحية التطبيقية متماثلتان⁵³⁸.

البند الثاني : تقييم النظرية

تعتبر نظرية المسؤولية الكاملة رد فعل عكسي وطبيعي على نظرية المسؤولية الخاصة للقائد وهي نظرية نقيض للأولى Antithesis⁵³⁹ أو مناقضة هندسيا لها diametrically opposed⁵⁴⁰.

ولقد شكل ميثاق محكمة نورمبرغ أهم محور لتأكيد هذه النظرية لسيما وأن صياغته تمّت بطريقة مناقضة لما هو معمول به على المستوى الداخلي نابعة من عدم رضا صريح عن الوضعية الناجمة عن النظرية السابقة حسب تصريح Deinstein⁵⁴¹.

و بالنظر إلى الاجتهاد الصادر من طرف المحكمة فإننا نجده يسعى دائما إلى ردع جميع الانتهاكات التي قام بها النازيون سواء تلك التي ساهموا في ارتكابها بصفة شخصية أو أمروا القيام بها وهو ما جعل المحكمة تسعى إلى قطع الطريق لاستعمال هذا الدفع كمبرر لانتهاكات قانون الحرب وبذلك تكون قد خالفت ما استقر عليه العمل في النظام الداخلي مؤكدة مبدأ سُمُو القانون الدولي و فرض لنظام قانوني إلى خارج و وراء حدود الدولة -الأمة- وهياً المجال نحو آفاق جديدة لتصبح مثالا حذت حذوه محكمة طوكيو (المادة 06) والمادة II (4) (b) من قانون مجلس الرقابة رقم 10 ؛ كما تمّ اعتماده كمبدأ من مبادئ القانون الدولي (المبدأ IV) كما تمّ تبنيه في مواثيق المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا (المادة 07 فقرة 04) ورواندا (المادة 06 فقرة 04).

وتقتضي هذه النظرية علما واسعا من طرف الجندي بالوقائع حتى يمتنع عن تنفيذ الأوامر غير المشروعة وهو ما يقتضي وضع ثقة كبيرة في الجندي على حساب النظام الذي ينتمي إليه ومن جهة أخرى فإن الجندي يمكن أن يجد نفسه محل مساءلة على المستوى الداخلي أمام القضاء الوطني عند امتناعه عن

⁵³⁸ TPIY, affaire le procureur C. Drazen Erdemovic, trial chamber, case n° : IT-96-22-T, du 29 novembre 1996, par : 48 .

⁵³⁹ See : Bakker, *op.cit*, p : 447 .

⁵⁴⁰ See : Scaliotti, *op.cit*, p : 127 .

⁵⁴¹ See : theodor Meron : «the normative impact on international law of the international tribunal for former Yugoslavia», Israel yearbook on human rights, 1995, 24, Pp : 163-182, at : 178 .

التنفيذ ولذلك فإن هذه النظرية تشكل بحق تأكيد لقواعد القانون الدولي الإنساني وقانون الحرب على حساب باقي المعطيات الوطنية .

و مما لا شك فيه أهم ما يعاب على النظرية هو أنها تحمل الجندي المسؤولية الجزائية في حين أن هذا الأخير قد يجهل الوقائع محل التنفيذ و الظروف المحيطة بالأمر الصادر إليه سيما زمن الحرب أو التوتر فهي تطلب منه مناقشة

الأمر و تحليله و الإحاطة بالظروف الصادر في ظلها ثم التنفيذ في حين أن الجندي لا يمتلك الإمكانيات و الوقت و الإجراءات ⁵⁴² الضرورية التي تسمح بذلك .

الفرع الرابع : نظرية المسؤولية المحدودة .

و يتم التطرق في هذا الفرع لمضمون النظرية و إلى النقد المقدم لها و كذا النتائج المتوصل إليها وفقا للبنود التالية :

البند الأول : مضمون النظرية

وهي نظرية وسط بين المسؤولية الخاصة للقائد والمسؤولية الكاملة ⁵⁴³ وتستند على قبول الدفع بطاعة الأوامر العليا ولكن شريطة أن لا يكون المنفذ يعلم بأن الأمر غير مشروع أو أن الأمر لا يعتبر في حد ذاته ظاهر اللامشروعية ورغم ذلك يقوم بتنفيذه ⁵⁴⁴ .

وتعرف في النظام الأنجلوساكسوني بـ : the limited or partial responsibility وتعرف في النظام

الرومانوجرمانى بـ : la théorie de la responsabilité limitée ou de l'obéissance avec réserves .

و ينبغي الإشارة هنا إلى الدراسة Verhaegen عن الإجراءات التي يمكن للمنفيذ أو الخاضع القيام بها عند صدور أمر مخالف للقانون ذلك أن هذا الفقيه أشار إلى أن تشريعات غالبية الدول لا تمنح المنفذ أي إجراء يمكنه القيام به في حالة ⁵⁴² التي قام قام صدور أمر مخالف للقانون ولذلك فقد أوصى المؤتمر الرابع عشر لقانون الحرب المنعقد في أثينا سنة 1997 بأن : " القوانين العسكرية لا بد أن تتضمن إجراءات تسمح للمنفذ أن يمارس بدون ضرر عليه و في ظل احترام القانون ؛حقه وواجبه في عدم تنفيذ الأوامر التي تؤدي إلى ارتكاب جرائم حرب " ؛ إذ أن الخاضع لا يمكنه في كثير من الأحيان التصرف بشكل منفرد بالامتناع عن التنفيذ فإذا ما أعطي الحق في الامتناع بموجب القانون فإن ذلك يسهل على الجندي مهامه

Voir : Jacques Verhaegen : «le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels : pour une procédure accessible aux subordonnés », revue international de la croix rouge, mars2002,vol :84,N 845 ,Pp : 35-50

⁵⁴³ See : A.Eser, *op.cit*, p : 259 .

⁵⁴⁴ See : G.werle, *op.cit*, p : 154 .

كما تمّ تسمية النظرية في الفقه تحت اصطلاح آخر بـ : the conditional liability doctrine .

وبناء على هذه النظرية فإن الدفع بطاعة الأمر الصادر عن الرئيس لا يكون دفعا مقبولا إذا كان : الأمر ظاهر اللامشروعية (أ)؛ أو إذا كان الخاضع يعلم أو يجب عليه أن يعلم بأن الأمر غير مشروع (ب)؛ وهذا ما سيتم التطرق إليه على التوالي :

– الطبيعة القانونية لمبدأ اللامشروعية الظاهرة⁵⁴⁵:

حسب الأستاذ : osiel فإن التشريعات الوطنية للدول نادرا ما تضع و تحدد مفهوما لمعيار : «ظاهر اللامشروعية» فهي تضع المصطلح دون تبيان أو توضيح له⁵⁴⁶ .

وتطبيقا لهذا المعيار فإن مفهوم ظاهر اللامشروعية يتبين لكل شخص ذو منطق فلا يقع له أي شك أو خطأ على أن هذا الأمر قانوني⁵⁴⁷؛ وأن عدم مشروعية هذا الأمر معروفة عالميا لكل شخص "universally known to every body" فهناك بعض الأشياء التي لا يشك الجندي على أن تنفيذها يتضمن أمور خاطئة : كاغتصاب النساء وقتل الأطفال والرضع والسلب... وغيرها، والسلوكات ظاهرة اللامشروعية هي التي يظهر بشكل واضح وفي جميع الحالات على أنها تشكل جرائم⁵⁴⁸ ويصنف التعذيب على أنه ظاهر اللامشروعية في جميع الحالات⁵⁴⁹ .

⁵⁴⁵ ومن الضروري في هذا الصدد الإشارة إلى الإحصاء الممتاز الذي وضعه E.Mallea للمصطلحات الملحقة بكلمة : غير مشروع « illégal » فبالإضافة إلى مصطلح : manifestement يوجد بالفرنسية : sensiblement – clairement – indiscutablement و بالإنجليزية : palpably – grossly – indisputably – obviously .

Voir : E.Mallea, op.cit, p : 297 .

كما تجدر الإشارة بالنسبة للتسمية التي يأخذها المبدأ قياسا على ترجمته باللغة العربية : illégalité manifeste بالفرنسية و : illegality manifest بالإنجليزية، و بالعربية : "مبدأ اللامشروعية الظاهر" أو "مبدأ اللامشروعية الظاهرة" ففي الأولى كلمة "الظاهر" ترجع إلى المبدأ وفي الثانية ترجع إلى اللامشروعية وكلاهما صحيح . ويستعمل العميد ح ع ما الله مصطلح : واضح عدم المشروعية و كلها تتضمن نفس المعنى .

انظر : العميد حسين عيسى ما الله : « مسؤولية القادة والرؤساء و الدفع بإطاعة الأوامر العليا » ، في أحمد فتحي سرور و آخرون ، القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني ، الطبعة الأولى ، 2003 ، ص ص : 381-406 ، في ص : 390 .

⁵⁴⁶ See : G.Solis, op.cit, p : 520 .

⁵⁴⁷ See : M.Osiel, «obeying orders : Atrocity, Military Discipline, and the law of war», California law review, vol : 86,

n° 5, October 1998, Pp : 939-1129, At : 975 .

⁵⁴⁸ Ibid , At : 971 .

⁵⁴⁹ Ibid , At : 972 .

وحسب Bakker فإن معيار ظاهر اللامشروعية هو معيار موضوعي يستند على ذكاء الرجل العادي والمنطقي⁵⁵⁰؛ و هو لابد أن يستبين لدى كل شخص ذو فهم متوسط وعادي⁵⁵¹ .

أما اللامشروعية فهي تلك التي « تستبين عيانا qui saute aux yeux » بدون الحاجة إلى أي تحليل معمق لأمر الرئيس أو القائد؛ ويمكن الاستعانة في هذا الإطار ببعض المعايير الموضوعية : كالرتبة والسن ودرجة الأقدمية وأهمية الجريمة؛ كما يمكن الاستعانة بمعايير ذاتية كشخصية الخاضع⁵⁵² .

ويكون الأمر غير مشروع عندما لا يكون له أي ارتباط مع الخدمة العسكرية أو إذا كان مخالفا لقانون الحرب سواء العرفي أو الإتفاقي .

وتوضيحا لهذه الفكرة فإن الفقه يعتبر بأن مسألة شرعية الأمر أو عدم شرعيته لا ترتبط فقط بالقانون الوطني ولكن ترتبط أيضا بالقانون الدولي؛ وفي نظر القانون الدولي فإن شرعية الأمر لابد أن تقدر بناء على قواعد وأعراف الحرب و بناء على مبادئ القانون الجزائي وكذا القانون الداخلي⁵⁵³ .

وتشير الفقرة 504 من قانون الحرب البرية الأمريكي على أنه :

« يحظر على القائد إصدار أوامر في جميع الحالات مما يأتي الأمر باستعمال

السموم وكل الأسلحة المحظورة؛ الأمر بتشويه الجثث؛ إطلاق النار على مواقع

غير عسكرية أو بدون أن تكون أهدافا عسكرية؛ التعدي على مواقع وشارات

الصليب الأحمر؛ النهب... وغيرها » .

ومثل هذه الأوامر تعتبر غير مشروعة في ظاهرها ولا يمكن لأي جندي أن يتذرع بطاعة هذا الأمر تجاهها⁵⁵⁴ .

⁵⁵⁰ See : Bakker, *op.cit*, p : 450

⁵⁵¹ See : M.scaliotti, *op.cit*, p : 129 .

⁵⁵² See : E.Mallea, *op.cit*, p : 298 .

⁵⁵³ Ibid

⁵⁵⁴ See : M.Osiel, *op.cit*, p : 974 .

ولقد عمدت المحكمة الابتدائية الإسرائيلية في قضية إيشمان الاستناد على قضية أخرى سابقة وهي : offer c.chief military prosecutor (l'affaire kafr Qassem) وضع مفهوم لفكرة ظاهر اللامشروعية فصرحت بأن :

« المعيار الحقيقي وعلامة تمييز الأمر ظاهر اللامشروعية ينبغي أن ترقى فوق الأمر مثل علم أو راية سوداء كعلامة انتباه تفيد وتصرخ : « ممنوع ! » وهذه اللامشروعية ظاهرة بشكل واضح وتتجه مباشرة إلى القلب واللامشروعية المقصودة هنا ليست اللامشروعية الشكلية أو المخفية أو نصف الظاهرة أو تلك التي لا يمكن اكتشافها إلا من طرف فقهاء القانون وإنما هي تلك التي تصطدم مع القانون والتي تنبع من الأمر في حد ذاته، الأمر ذو الطابع الإجرامي أو من الوقائع الخطيرة الناجمة عن تنفيذ هذا الأمر والمقصود هنا هو درجة اللامشروعية التي تلغي وتنفي واجب الطاعة والتي تحمل بالتبعية الجندي المسؤولية الجزائية عند تنفيذه لها »⁵⁵⁵.

وحسب المحكمة فإن إصدار الأمر بتحويل اليهود ونقلهم من موطنهم الأصلي إلى أماكن أخرى يعتبر بمثابة أمر ظاهر اللامشروعية؛ وحتى بالنسبة للأوامر الأخرى التي صدرت ضد اليهود وهذا بالنظر إلى جنسهم أي إلى كونهم يهود فقط وهذه الأوامر حسب المحكمة دائما تنم عن تمييز عنصري مخالف لأحكام قواعد العدالة والمبادئ الكبرى للقانون⁵⁵⁶.

ولقد استند المتهم Eichmann على إتباع أوامر رؤسائه للدفاع عن نفسه غير أن المحكمة لم تقبل هذا الدفاع لكون الأوامر الصادرة إلى Eichmann كانت ظاهرة اللامشروعية وبالتالي فهو ليس مجبرا بتنفيذها .

⁵⁵⁵ The district court of Jerusalem, case against A.Aichmann, judgment 1961, Para : 219.

⁵⁵⁶ Ibid .

كما أن جهة الاستئناف هي الأخرى أيدت نفس منطق حكم المحكمة الابتدائية واستندت في تحليلها هذا التأييد على عدة أسانيد؛ ومن بينهما ما ذهبت إليه محكمة Leipzig في قضية Lindover castle بأن الطابع غير المشروع أو غير القانوني للأمر يُنظر إليه :

« إذا كان هذا الأمر عالميا معروف لكل شخص بما في ذلك المتهم نفسه

أو على أنه بدون أدنى شك ودائما مخالفا للقانون وفي القضية الحالية فإنه

واضح بشكل تام للمتهم على أن قتل أشخاص مجردين من أي وسيلة

للدفاع عن أنفسهم أو أي أسلحة يعتبر مخالف للقانون ... »⁵⁵⁷.

وحسب محكمة الاستئناف فإن قبول الدفع بطاعة الأمر لابد أن يأخذ بعين الاعتبار القصد الجنائي لدى المنفذ زمن ارتكابه الفعل وبصفة أخص إذا كان يعلم بأن الأمر الصادر إليه مخالف للقانون؛ فالأمر الذي قضى بنقل اليهود هو أمر ظاهر اللامشروعية كما أنه مخالف لقواعد العدالة ومبادئ القانون والأكثر من ذلك فإنه منفذ الأمر أي Eichmann كان يعلم بأنه جزء من مشروع للقيام بأبشع الانتهاكات والجرائم⁵⁵⁸.

واستمرارا لنفس الفكرة فإن المحكمة الابتدائية الإسرائيلية اعتبرت بأن مسألة إذا كان الأمر ظاهر اللامشروعية أم لا ؟ هي : « مسألة قانون » ويرجع الأمر في التصريح بوجودها إلى « المحكمة » وهذا بناء على « معايير موضوعية »⁵⁵⁹.

و في قضية finta أشارت المحكمة العليا الكندية إلى أن أولى استعمالات معيار ظاهر اللامشروعية كان في قضية R.C.Smithe سنة 1900 فصل فيها القاضي Solomon وهي قضية جندي التزم بأوامر قيادته حال الحرب المسماة : guerre des boets؛ أين قام الجندي بقتل أحد الرعايا حين امتنع عن القيام بالأشغال المفروضة عليه فصرحت المحكمة بأنه :

« من غير المعقول أن تتم حماية الجندي إذا كان الأمر الصادر إليه ظاهر اللامشروعية ...

فإذا كان الجندي بتنفيذه الأمر الصادر إليه يعتقد بشكل جازم على أنه يقوم بواجبه

⁵⁵⁷ See : l'appel, p : 38, Para : 15 .

⁵⁵⁸ Ibid .

⁵⁵⁹ Para : 221 .

و إذا كانت هذه الأوامر غير ظاهرة اللامشروعية و كان لا يعلم أو لا يمكنه أن يعلم

بعدم مشروعيتها فإن الجندي البسيط سوف تتم حمايته 560 » .

وحسب المحكمة فإن معيار ظاهر اللاّ مشروعية أصبح أحد المعايير المعترف بها بشكل كلي على المستوى الدولي ؛ وبحسبها فإنه يكون أي أمر ظاهر اللاّ مشروعية عندما يחדش ضمير كل شخص ذو منطق بحيث ينبغي أن يكون و بشكل واضح على أنه كذلك فلا ينبغي أن يتمركز في منطقة رمادية - مقارنة بين المنطقتين *القصويين: البيضاء والسوداء أي بين الشرعية واللاشرعية* - أو أن يوجد حوله شك , فالأمر الذي أصدره الملك hérode بقتل كل الرضع الأقل من سنتين يחדش ضمير كل جندي و هو أمر ظاهر اللامشروعية 561 .

ولقد اعتبرت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا في قضية DRAZEN ERDEMOVIC بأنه عندما يتعلق الأمر بأوامر ظاهرة اللاّ مشروعية فإن الواجب يصبح الامتناع عن الطاعة وليس الالتزام بالطاعة 562 والثابت أن معيار : ظاهر اللاّ مشروعية المعتمد عليه في النظرية قد تمّ اعتباره على أنه "قاعدة من القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني" والتي مفادها أن : « كل محارب يقع تحت واجب الامتناع عن تنفيذ الأوامر ظاهرة اللاّ مشروعية » - القاعدة 154- وهذا لكون هذه القاعدة معززة بعدة اجتهادات صادرة عن المحاكم الدولية والداخلية و لكونها متضمنة في عدة قوانين عسكرية وتشريعات داخلية لعدة دول 563 .

وتشير المادة 33 الفقرة (ج) من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية على أنه :

« 1- في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة, لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تمّ امتثالا لأمر حكومة أو رئيس, عسكريا كان أو مدنيا عدا في الحالات التالية :

ج- إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة .

2- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية »

⁵⁶⁰ See : R. C. Finta , 1994, p:163 .

⁵⁶¹ Ibid , p:166 .

⁵⁶² TPIY, affaire le procureur C.DRAZEN ERDEMOVIC trial chamber, case n° IT-96-22-T, du 29 novembre 1996, par : 18 .

⁵⁶³ JEAN-MARIE HENCRAERTS et luise dos wald-beck, Droit international Humanitaire Coutumier, Volume I : Règles, Etablissement Emile bruyant, 2006, p : 744 et suiv.

ويشير الأستاذ R.cryer بأن معيار ظاهر اللا مشروعية - الوارد في المادة 33 من الميثاق - ظهر بعد تراجع العمل بنظرية المسؤولية الخاصة للقائد وتساعد هذا المعيار بدلا عنها⁵⁶⁴؛ كما يرى بأن تضمين معيار ظاهر اللا مشروعية في ميثاق المحكمة يهدف إلى رجحان الكفة في الميزان ضد متطلبات الطاعة العسكرية⁵⁶⁵، والمقصود من ذلك بأن العسكري ليس من واجبه الطاعة العمياء وطاعة كل الأوامر الصادرة إليه بحسب ما يفرضه النظام والإدارة العسكرية فهو ليس ملزما بطاعة الأوامر ظاهرة اللا مشروعية وبذلك ترجح الكفة وتصبح الطاعة ليست مطلقة وإنما تكون تجاه الأوامر المشروعة فقط .

ويجب الملاحظة أن المادة 33 قد أوضحت أن عدم المشروعية تكون ظاهرة في جميع الأوقات في حالة ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية⁵⁶⁶ .

- عنصر العلم بعدم المشروعية:

أشار الأستاذ **lauterpacht** بأنه لفهم مسألة الدفع بطاعة الأوامر العليا لابد من التطرق إليها من جانب المبادئ العامة للقانون الجزائي و ينطبق نفس الأمر كذلك على العنصر المعنوي **Mens Rea** كركن في الجريمة⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ See : **Robert cryer** : «Superior Orders and the International Criminal Court», In international conflict and security law, Essay in Memory of Hilaire Mc Coubrey, edited by R.Burchill and authers, Cambridge University Press, 2005, Pp : 49-67, at : 54 .

ملاحظة : التوضيح بالكتابة المائلة من عندي

⁵⁶⁵ Ibid, p : 55 .

⁵⁶⁶ أنظر : **محمود شريف بسيوني**, المحكمة الجنائية الدولية : مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي, دار الشروق, الطبعة

الأولى 2004, ص : 230 .

⁵⁶⁷See : **Hitomi Takemura**, International Human Right to Conscience to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly illegal Orders, Springer edi, 2008, p:158.

والنقل الحرفي لمقولة الاستاذ **lauterpacht** هو كالتالي :

« it is necessary to approach the subject of superior orders in the basic of general principle of criminal law , narenly ,as an element in ascertaining the existence of mens rea as a condition of accountability, lauterpacht, 1944,73 »

وحتى تقوم المسؤولية الجزائية للفرد على المستوى الدولي لابد أن تتوفر في الجريمة نفس الأركان بما في ذلك السلوك الإجرامي *Actus Rus* وكذا العنصر المعنوي إذ لابد أن يكون مرتكب الفعل لديه نية وقصد جنائي في ارتكاب السلوك المادي المجرّم كما أنه لابد أن يكون على علم بالوقائع⁵⁶⁸.

وأشار الأستاذ **Roling** إلى أن أهم جانب في الدفع بطاعة الأوامر العليا يرتبط بعنصر العلم؛ و حسبه فإن منفذ الأمر إذا كان لا يعلم أو لا يمكن أن يفترض فيه أن يعلم بأن الأمر الصادر إليه غير مشروع و اعتقد بكل حسن نية بأن رئيسه السُّلمي لا يمكنه أن يأمر بارتكاب جريمة حرب فإن المنفذ في هذه الحالة لا يمكن معاقبته و يعفى من المسؤولية لأنه لم يكن على علم بأن ما يقوم به يعتبر سلوكا إجراميا⁵⁶⁹.

و في مقابل ذلك فإنه إذا علم بأن الأمر يعتبر غير مشروع و طُلب منه تنفيذ سلوك إجرامي لكن خوفه على نفسه من القتل و تواجده في حالة إكراه نتيجة علمه بأن عقوبة عدم الطاعة جسيمة فإن ذلك قد يؤدي إلى إفادته بظروف التخفيف أو عدم معاقبته كلية⁵⁷⁰.

ولا يكون الدفع بطاعة الأمر الصادر عن الرئيس السُّلمي مقبولا إذا كان الخاضع يعلم بأن الأمر غير مشروع؛ و عنصر العلم هنا لابد أن يكون **actuel knowledge** بحيث يثبت بموجب أدلة إثبات مباشرة أو أنه قد يثبت بشكل غير مباشر من خلال الظروف المحيطة **constructive knowledge**⁵⁷¹ ؛ وقد يتحمل الرئيس السُّلمي المسؤولية رفقة الخاضع المنفذ إذا علم هو الآخر بسعي الخاضع نحو ارتكاب جريمة و لكنه امتنع عن اتخاذ تحقيقات أو تحريرات إضافية⁵⁷².

و تجدر الإشارة إلى أن معيار العلم يختلف بين ما يفرضه القانون الدولي العرفي على القائد وما يفرضه على الخاضع؛ فالمسؤولية الجزائية للقائد قد تكون مسؤولية مباشرة ناجمة عن الأوامر الصادرة من

⁵⁶⁸ وهذا ما نصت عليه المادة 30 من ميثاق المحكمة الجنائية الدولية عندما اعتبرت الركن المعنوي في الجريمة ينقسم إلى قسمين: القصد *l'intention* و العلم *la connaissance* (أنظر المادة 30 من الميثاق بفقرتيها) .

⁵⁶⁹ See : **V.A Roling** ,*op.cit*,p:18-19 .

⁵⁷⁰ Ibid.

⁵⁷¹ See : **Ilias Bantekas** : « the Contemporary Law of Superior Responsibility »,American journal of International law ,

V93, N3 ,July 1999,Pp: 573-595

⁵⁷² See : **Alex Obote-Odora** : « the Statue of the International Criminal Tribunal for Rwanda: Article 6 Responsibility» , the law and practice of international court and tribunals ,1,2002,Klumer law International ,Pp:343-366- ,AT :59 .

طرفه بارتكاب جرائم و بإصدار أوامر ظاهرة اللا مشروعية و في هذه الحالة يكون الرئيس السلمي ليس مجرد شريكا بل فاعلا أصليا حسب K.AMBOS⁵⁷³ ؛ كما قد تقوم مسؤوليته بشكل غير مباشر أو بالامتناع⁵⁷⁴ عندما يعلم أو لديه أسباب تسمح له بالعلم بأن الأشخاص الخاضعين لسلطته ورقابته سوف يرتكبون جريمة أو ارتكبوا جريمة حرب و رغم ذلك اخفق أو امتنع عن اتخاذ الإجراءات القانونية و الضرورية للردع أو المنع⁵⁷⁵.

و هذا النوع من المسؤولية يعتبر على أنه : مسؤولية بالامتناع أو كما ورد في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة على أنه : " *imputed responsibility or criminal negligence* " ⁵⁷⁶ و لعله من السابق لأوانه عند هذا الحد تكييف نوع المسؤولية التي يتحملها القائد .

و لقد تراوح المعيار المعتمد عليه في عنصر العلم و تعدد بحسب القضاء الدولي - قضية الجنرال ياماشيتا- و بحسب ما ورد في البروتوكول الإضافي الأول و المناقشات التي صاحبت مشروع إعداده و بحسب موثائق المحاكم الخاصة و المحكمة الجنائية الدولية .

و ترجع الأصول التاريخية المعالجة لمسألة العلم المفترض في نظرية الرئيس السلمي إلى قضية الجنرال ياماشيتا⁵⁷⁷ أين تمت متابعة هذا الأخير من طرف لجنة عسكرية أمريكية بتهمة قيام القوات اليابانية التي تحت سلطته بارتكاب جرائم حرب في الفلبين و لقد توصلت اللجنة إلى أن :

« هناك مجموعة من الانتهاكات و كذا جملة من الجرائم الجسيمة تم ارتكابها من طرف القوات

العسكرية اليابانية وهذا تحت سلطة الجنرال ياماشيتا والتي لم تكن تتم بصفة منعزلة و إنما

تمت بصفة ممنهجة و مخطط لها من طرف قيادات يابانية ...

⁵⁷³ Affidavit of JULES LOBEL on direct and indirect responsibility of commanders and superiors for war crimes and crimes against humanity under international law .

⁵⁷⁴ و قد اعتبر الأستاذ Roling أن المسؤولية الجزائية بالامتناع تقوم عندما يكون الشخص تجاه واجب التصرف:

«...The question of criminal responsibility for omission to act .where a person has the duty to act .It is a responsibility not unknown in international law »

See :V.A Roling ,op.cit,p:14-15 .

⁵⁷⁵ See :Michal stryzak : «Command Responsibility : How much should a commander be Expected to know? » ,in <http://www.usafa.af.mil/df/dfi/documents/stryzak.doc> , Pp:1-42, At:22,last visited:11/12/2008.

⁵⁷⁶ See: William a .Schabas : « Mens Rea and the international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », New England Law Review, vol :37 n4, Pp: 1015-1036, at : 1026.

⁵⁷⁷ See:Major William H.Parks:«Command Responsibility for Wars Crimes», Military law Review,vol:62, 1973, Pp:1- 104,At : 22 et suit. And See : CH.Bassiouni. ,op.cit ,p 427 .

«إن النتائج المتوصل إليها أثبتت أن المتهم أظهر عدم انتباه كلي و سلبية كبيرة من طرفه بصفته قائد للقوات و هذا للتقليل من حدة الانتهاكات أو معاقبة القائمين بها . و من خلال البحث في الوقائع و ظروف القضية فقد ثبت أن المتهم يعلم أو لديه من الأسباب ما يجعله يعلم بحكم عموم و كثافة الأفعال بالانتهاكات المرتكبة من طرف قواته ... 578 » .

و لقد توصلت اللجنة في حكمها إلى السابقة المشهورة :

«... إنه لمن غير المنطقي اعتبار القائد قاتل أو سارق لكون واحد من جنوده ارتكب جريمة قتل أو سرقة ؛ و لكن إذا كان القتل أو السرقة ارتكبت بصفة كثيفة وموسعة وإنه لم يكن هناك محاولات فعالة من طرف القائد لوقف أو رقابة هذه السلوكات الإجرامية ، فإن هذا القائد يمكن تحميله المسؤولية بما في ذلك المسؤولية الجزائية 579 » .

و لقد صرحت اللجنة أن الدفع الذي تقدم به المتهم و الذي مفاده أنه افتقد إلى عنصر العلم بهذه الجرائم بحكم انشغاله بالقيام بالخطط للدفاع عن مانيتا ضد الأمريكيين وأن قواته كانت غير منظّمة وخارج إطار رقابته فلم تكن لديه رقابة فعلية على جنوده بحكم عدم إمكانية الاتصال بهم فلم يكن يعطي الأوامر أو يتلقى التقارير لكون القوات الأمريكية خربت أجهزة الاتصال و البنية التحتية وأنه حتى وإن علم بهذه الجرائم لم يكن لديه أية إمكانية لوقف ارتكابها يعتبر دفع غير مقبول لأنه سمح بارتكاب هذه الجرائم وأن الكثير من الجرائم ارتكبت بالقرب من مركز القيادة و غيرها و لذلك فقد وجدته اللجنة مذنباً 580 .

و لقد افترضت اللجنة العلم في الجنرال ياماشيتا تماشياً مع الطرح الذي أوردته جهة المتابعة فهو حسبها حتى و إن لم يكن يعلم بهذه الجرائم ؛ فقد كان يمكنه العلم بها بحكم التزامه وواجبه كقائد لكون

⁵⁷⁸See:W.H.Parks, *op.cit*,p:30.

⁵⁷⁹See:Lawrence P.Rockwood, *Walking Away from Nuremberg : just War and the doctrine of Command Responsibility in the American Military profession*,University Massachusetts Press,2007,p:79-80.

⁵⁸⁰See:Parks,*op.cit*,At:33.

هذه الجرائم تمت بصفة شاملة وواسعة و هو امتناع ذو طابع إجرامي من طرفه وهذا لكون القائد لديه التزام ايجابي برقابة قواته و التحكم فيها بما يتلاءم و قواعد قانون الحرب .

و حسب sliedregت فقد اعتمدت اللجنة معيار : " يجدر به أن يعلم *must have known* " الذي يستند على انتهاك الواجبات القيادية للرئيس السلمي⁵⁸¹.

ولقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية بعبارات أكثر وضوحا من اللجنة العسكرية في نظرها استئناف الحكم المرفوع من طرف الجنرال ياماشيتا في فيفري 1946 بقولها بأن القائد ياماشيتا لم يقيم بواجباته والتزاماته التي تفرضها عليه وظيفته

بما في ذلك رقابة قواته و ذلك بالسماح لهم بارتكاب جرائم واسعة و جسيمة ؛ و أن القانون الدولي و قانون الحرب يفترض أن الانتهاكات الجسيمة له يتم تلافيها من خلال التزام القائد بواجباته⁵⁸² .

ويعتبر البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أوت 1949 المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة لسنة 1977 (المادة 86) هي أول اتفاقية عالجت مسألة العلم لمسؤولية الرئيس السلمي و التي تنص :

« إن حقيقة ارتكاب الخاضع لإحدى الانتهاكات الواردة في الاتفاقية (اتفاقية جنيف 1949)

أو البروتوكول لا تعفي الرئيس السلمي من المسؤولية الجزائية و التأديبية؛ إذا كان يعلم أو

لديه من المعلومات ما يسمح له بالاستنتاج في ظروف الحال على أنه الخاضع لسلطته

ارتكب أو أنه يشرع في ارتكاب جريمة و لم يتخذ الوسائل الضرورية المتاحة له لمنع

أو ردع الانتهاك »⁵⁸³ .

ولم تبلغ هذه المادة الوضع الموجود عليه حاليا إلا بعد مناقشات مضية ففي 1977 في المؤتمر

المنعقد لمناقشة البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 ؛ أدرجت اللجنة الدولية للصليب

⁵⁸¹See: E. Van sliedregt, op, cit, p:121-122.

⁵⁸²See: Anne E. mahle: « the Yamachita Standard », In www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_yam.html, last visited 12/12/2008 .

⁵⁸³ See : M. stryjak , op. cit, p: 22.

الأحمر المادة 77 والتي تستبعد الدفع بطاعة الأوامر العليا كمبرر للإعفاء من المسؤولية التي يقوم بها المنفذ الخاضع والذي يرتكب بمقتضاها انتهاكا جسيما لاتفاقيات جنيف ولقد تضمن الاقتراح فقرتين: تطرقت الفقرة الأولى إلى إعفاء المنفذ الخاضع من العقوبة في حالة رفضه وامتناعه عن تنفيذ أوامر رؤسائه وحكومته إذا شكلت انتهاكا جسيما لاتفاقيات جنيف أما الفقرة الثانية فقد نصت على أن :

" حقيقة تصرف المتهم بناء على أمر حكومته أو رئيسه السلمي لا يعفيه من المسؤولية الجزائية ؛

إذا ثبت بأنه في الظروف الموجودة ؛ ينبغي عليه بشكل منطقي الانتباه على أنه يساهم في

ارتكاب جريمة جسيمة لاتفاقيات جنيف وللبروتوكول الإضافي وأنه لديه إمكانية معارضة

تنفيذ هذا الأمر⁵⁸⁴"

و لقد انقسمت الوفود المناقشة إلى ثلاثة آراء ؛ الفوج الأول رأى بأن المسؤولية الجزائية للخاضع لا بد أن تكون مطلقة. أما الفوج الثاني فرأى بأن المسؤولية لا بد أن يتم تقديرها بطريقة نسبية بحيث نأخذ بعين الاعتبار ظروف الحال وأهمية الضغوط الممارسة من طرف الرئيس السلمي على منفذ الأمر ؛ حول إمكانية التهرب من التنفيذ أو عدمه ؛ وكذا علمه بعدم مشروعية الأمر من عدمه .

أما الفوج الثالث فرأى بأن تضمين البروتوكول بمادة من هذا القبيل من شأنه تقويض مبدأ الطاعة العسكرية المطلقة ؛ وفي النهاية وأمام الانقسام العميق بين الوفود حول المسألة ؛ فقد توقف المؤتمر عن مناقشة وتضمين مقترح يتعلق بتأسيس مسؤولية للخاضع عن تنفيذه الأوامر العليا ؛ وهذا تماما كما حدث في 1949 فقد تم تحويل الإشكال والصعوبة وذلك بتجريم الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي وتجريم الأمر غير المشروع وليس تجريم الإمتناع عن التنفيذ وكذا وضع مسؤولية خاصة للقائد

⁵⁸⁴ See :E.david, op.cit,p :68-69.

الذي لا يقوم بمنع ارتكاب هذه الجرائم من طرف الخاضعين وهو ما تم تضمين محتواه في المواد 85-87

وبالرجوع إلى ميثاق المحكمة الجزائية الخاصة بيوغسلافيا فإن المادة 7(3) نصت على أن :

« حقيقة ارتكاب جريمة من طرف الخاضع لا يعفي رئيسه السُّلْمي من المسؤولية الجزائية إذا

كان يعلم أو لديه من الأسباب ما يجعله يعلم بأن الخاضع بصدد ارتكاب أو ارتكب

جريمة و رغم ذلك امتنع عن اتخاذ الإجراءات الضرورية و المنطقية لمنع ارتكاب مثل هذه

السلوكات أو لمعاقبة الفاعلين عنها » .

و لقد تضمنت المادة معيارين : الأول هو "عنصر العلم الحالي" والثاني هو "معيار لديه أسباب

للعلم" ولقد سعت المحكمة تفسير و بيان العنصر المعنوي لقيام مسؤولية القائد بناء على المادة 7 (3) في

قضائها في قضيتي BLASKIC و CELEBICI فقد توصلت المحكمة في كلى القضيتين إلى أن القانون الدولي

العرفي يفرض على الرئيس السلمي التزاما يوجب عليه معرفة و الإطلاع على سلوكات الخاضعين لسلطته

585 ولكنها اختلفت في بيان المعيار الثاني .

ففي قضية CELEBICI فقد فسرت المحكمة معيار لديه أسباب للعلم had reason to know بقولها:

« إن الرئيس السُّلْمي يمكن أن يكون مسؤولا جزائيا عندما تكون لديه معلومات و التي

تعطيه معرفة بأن جريمة ما ارتكبت من طرف الخاضع لسلطته وأن هذه المعلومات لا

ينبغي أن تكون تامة أو كافية بما يؤكد ارتكاب الجريمة بل يكفي أن تجعل من الرئيس

يجري تحقيقا في الوضع؛يسمح بتأكيد ارتكاب الخاضع للجريمة أو أنها بصدد الإرتكاب » .

⁵⁸⁵See: Daryl A. Mundis: «Crimes of the Commander: Superior Responsibility under Article 7(3) of the ICTY statute», In International Criminal Law Development in the case law of the ICTY, Boas and Schabas eds, Martunus Nijhoff Publisher, 2003, Pp:239-278, At:256-258.

أما في قضية Blaskic فقد فسرت المحكمة المعيار كالتالي :

« إن الرئيس السلمي عندما يبذل السعي الكافي للتخلص من الالتزام المفروض عليه

- الالتزام بالعلم - و لم تكن لديه معلومات كافية بأن جريمة ما بصدد الارتكاب ؛

فإن هذا النقص لا يمكن أن يحسب عليه غير أنه و أخذا بعين الاعتبار المركز القيادي

الذي يحتله و الظروف المحيطة في ذات الوقت فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون بمثابة

دفع عندما يكون نقص المعلومات نتيجة عن الإهمال الصادر عن الرئيس القائد

لكونه امتنع من التخلص من التزاماته «⁵⁸⁶.

البند الثاني : تقييم النظرية .

إن المساهمة التي تقوم بها المحاكم الدولية الخاصة في تفسير قواعد القانون الدولي العرفي كما

هو الحال في الدفع بطاعة الأوامر العليا بحيث أكدت تحمل المنفذ عسكريا كان أو مدنيا متمتعاً بسلطة

قانونية أو سلطة فعلية للمسؤولية الجزائية الفردية لتنفيذه أمراً غير مشروع صادراً إليه من سلطة عليا ؛ كما

سارت موثائق هذه المحاكم على هذا النهج وساهم النقاش الذي تم بصدد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية و

ميثاقها في وضع معالم وأركان هذه المسؤولية وتشكل نظرية المسؤولية المحدودة مزيجاً بين النظريتين

السابقتين تأخذ بها الكثير من التشريعات .

و على العموم :

يعتبر الدفع بطاعة الأوامر العليا في القانون الوطني لغالبية الدول دفعا مقبولا و مبررا بل و يعتبر دفعا

قانونيا منصوصا عليه في التشريعات الداخلية؛ غير أنه في نظر القانون الدولي لا يعتبر كذلك بل هو دفع

مشروط بتوافر حالة انعدام الإرادة والحرية لدى المنفذ إذ قد يتطلب قبوله وجوده مع حالة الإكراه أو أخذه

⁵⁸⁶ See: D A. Mundis , *op.cit*, 258:.

ضمن إطار الوقائع و السياق الذي صدر فيه و الحالة النفسية للمنفذ وهذا إذا كان غير ظاهر اللامشروعية
 أما إذا كان ظاهر اللامشروعية فإن المنفذ يتحمل المسؤولية الجزائية لأنه ليس آلة أو أداة خالية من الإرادة ؛
 و على العموم فإن التأثير المباشر للتطور الذي يعرفه القانون الدولي في هذا الإطار يدفع الدول إلى تغيير
 تشريعاتها الوطنية بما يتلاءم و متطلبات القانون الدولي .

الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلّمي و علاقتها بالمسؤولية الفردية .

نظرا للارتباط المباشر بين المسؤولية الجزائية الفردية و المسؤولية الجزائية للقائد بحكم أن مسؤولية
 القائد ما هي في الحقيقة إلا صورة خاصة للمسؤولية الفردية و الفرق بينهما هو المركز السامي الذي يحتله
 الشخص في كونه عسكريا راقيا أو مدنيا ؛ و لذلك فالدراسة الحالية تسعى إلى التطرق في المبحث الأول
 إلى المسؤولية الجزائية غير المباشرة و هذا تمييزا لها عن المسؤولية المباشرة للقائد الناجمة عن الأوامر
 الصادرة عنه أو عن ضلوعه شخصا في ارتكاب الركن المادي للجريمة ؛ كما يتم التطرق إلى التكييف
 القانوني لها بحكم الاختلا و التباين الواضح في تكييفها من طرف القضاء الجنائي الدولي و الفقه
 (المبحث الأول) ؛ و سيتم التطرق في (المبحث الثاني) إلى العلاقة بين النوعين من المسؤولية تمهيدا
 للوصول إلى نتائج المرجوة من هذه المقارنة وفقا لما يلي :

المبحث الأول : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلّمي و تكييفها القانوني .

تعتبر المسؤولية الجزائية غير المباشرة للقائد هي الصورة المقصودة " بصفة خاصة stricto sensu " و هي تلك المسؤولية الناجمة عن الامتناع مقارنة لها بالمسؤولية المباشرة ؛ و سيتم التطرق إلى شرح هذه المسؤولية في (المطلب الأول) ؛ و لا يمكن أن تنفك دراسة هذا النوع من المسؤولية عن بيان طبيعتها القانونية سيما مع وجود اختلاف جوهري في تكييفها لدى المحاكم الخاصة ليوغسلافيا و رواندا و دوائرها و كذا لدى الفقه ؛ و لذلك يسعى (المطلب الثاني) إلى بيان ذلك .

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمى .

باعتبار أنه سبق التطرق إلى عدة عناصر من نظرية الرئيس السلمي و القائد فيما سبق ؛ لذلك فإنه سيتم التركيز في هذا المبحث على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و كيفية تعامله مع هذه المسؤولية سيما في المادة 28 منه ؛ و هذا ما ستم التطرق إليه في (الفرع الأول) ؛ ثم يتم التطرق في المطلب الثاني إلى إشكالية العلاقة السببية في النظام الأساسي للمحكمة على اعتبار أن هذه العلاقة لم يتم اعتبارها كركن مستقل أمام القضاء الجنائي الخاص بخلاف الحال أمام المحكمة الجنائية الدولية (الفرع الثاني) ؛ و يتم تخصيص (الفرع الثالث) إلى دراسة قضية توماس لومانبا المطروحة أمام المحكمة الجنائية الدولية كنموذج تطبيقي للنظرية

الفرع الأول : المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمى وفقا لأحكام المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

لقد أشار الكثير من الفقهاء إلى أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أصبح يمثل أهم مصدر من مصادر القانون الدولي الجنائي و بالتالي فهو من الناحية القانونية ذو آثار جد هامة من حيث أنه تم إنشاء المحكمة بواسطة اتفاقية دولية جماعية و هي لحد اليوم تضم غالبية الدول المنظمة للأمم المتحدة و كذا

تضم غالبية الأنظمة القانونية الكبرى⁵⁸⁷؛ و من جهة أخرى فإن النظام الأساسي قد قام بالتنظير ووضع الأطر العامة للمسؤولية و الجزاء و السن القانوني لتحمل المسؤولية و قواعد الاختصاص و كذا القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمة و الإجراءات المتبعة أمام المحكمة بناء على طريقة : المدخل أو المقدمة و المبادئ العامة و التي ضمت المبادئ المعترف بها و التي تطبق على كافة الجرائم على حد سواء ثم تناول بشكل من التفصيل القواعد المطبقة على كل جريمة على حدا ؛ و لم تخرج فكرة المسؤولية الجزائية للقائد عن هذا النمط فهي متضمنة تحت فصل : " المبادئ العامة للقانون الجنائي " و الذي يتضمن مبدأ شرعية الجريمة ومبدأ شرعية العقوبة و مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي و مبدأ المسؤولية الجزائية الشخصية كذا بيان سن المسؤولية الجزائية .

و على العموم فإن النظام قام " بتقنين codified " 588 هذه المبادئ و هي الفكرة التي لا يخلوا أي نظام من بيانها و بالتالي مسألة اللجوء إلى العرف كوسيلة أو كمصدر من مصادر القانون الدولي تصبح ذات أهمية هامشية ؛ و قد اعتبر الكثير من الفقهاء بأن النظام الأساسي في هذه النقطة و كذا حول فكرة المبادئ العامة المطبقة على جميع الجرائم و المسؤولية و تضمينها في النظام الأساسي تعتبر ذات سبق فريد من نوعه في القانون الدولي الجنائي .

و نظرا لانضمام غالبية الدول إلى النظام الأساسي فإن النظام أصبح يشكل ما يسمى بـ : *Opinio juris* 589 ؛ و لأجل ذلك يمكن اعتبار المادة 28 على أنها قامت بتقنين⁵⁹⁰ مسؤولية القائد بصفة عامة و بأن التجديد المحدث من طرفها ورد في الجزء المتعلق بمسؤولية القائد المدني ؛ و من جهة أخرى فإن

⁵⁸⁷ See Meloni (Chantal) ,Command Responsibility In International Criminal Law, T.M.C Asser press , 2010, at : 139-140 .

⁵⁸⁸ See Meloni (Chantal) ,Command Responsibility In International..., op.cit , at : 142.

⁵⁸⁹ Ibid.

⁵⁹⁰ و يصف الأستاذ k.Ambos المادة 28 بأنها الأكثر تقدمة من حيث تقنين نظرية المسؤولية الجزائية للقادة .

See Kai (Ambos): « Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the 'most responsible » , In: A. Nollkaemper/H. van der Wilt (eds.), System criminality in international law, Cambridge 2009, pp. 127-157 , at : 131.

صياغة المادة على النحو : " مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين " قد تجاوزت الاصطلاح المعروف بمسؤولية القادة و التي يقصد بها القادة العسكريين فقط ؛ ففكرة : Command Responsibility قد تم تجاوزها لمصلحة المصطلح : Superior Responsibility و لأجل ذلك فإن النظام الأساسي يستعمل مصطلح : Responsibility of Commanders And authers Superiors ويعتبر الأخير أكثر شمولاً⁵⁹¹ و تقوم المسؤولية الجزائية للقائد عن الجرائم المرتكبة من طرف مرؤوسيه وفقاً لنص المادة 28 من نظام (م.ج.د) بناء على عدة أوجه و قد سعى البعض إلى تقسيمها بحسب التنظيم الوارد في هذه المادة و التي قد تقسم إلى مسؤولية عن عدم المنع و مسؤولية عن عدم الردع و مسؤولية عن عدم إحالة القضية إلى الجهات القضائية المختصة و هذا تماماً كما أوردتها المادة 28 من نظام المحكمة⁵⁹².

و لقد وردت المادة 28 تحت عنوان : مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين ؛ و على الأرجح فإن غالبية الفقهاء يتوجهون إلى شرح المادة كما وردت في النظام الأساسي إلى فقرتين : (أ) فيما يخص القائد العسكري ؛ (ب) فيما يخص الرؤساء الآخرين الغير وارد وصفهم في الفقرة الأولى أي القادة أو الرؤساء المدنيين⁵⁹³ ؛ و هذا على الرغم من أن المحاكم الخاصة لم تحدث مثل هذه التفرقة في التطبيق و المعايير . و لاشك أن صياغة المادة الحالية قد تم تعديلها في آخر مشروع لأن النص السابق كان متضمناً في المادة 25⁵⁹⁴ و هو النص الذي كان شبيهاً بنص المادة 3/7 و 3/6 من أنظمة المحاكم الخاصة بيوغسلافيا

⁵⁹¹ Werle (Gerhard) , Principle of International Criminal Law , T.M.C Asser press , Second Edition , 2009 , p : 187.

⁵⁹² Volker (Nerlich) : « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute : For What Exactly is The Superior Held Responsible? », J Int Criminal Justice, July 2007, 5, Pp: 665 – 682, at : 667.

⁵⁹³ See Boas (GIDIEON) and authers , Forms Of Responsibility In International Criminal Law, op.cit., at: 254.

⁵⁹⁴ IBID.

و لقد كانت المادة 25 على النحو التالي :

Article 25 Responsibility of [commanders] [superiors] for acts of [forces under their command] [subordinates]

[In addition to other forms of responsibility for crimes under this Statute, a [commander] [superior] is criminally responsible] [A [commander][superior] is not relieved of responsibility]¹² for crimes under this Statute committed by [forces] [subordinates] under his or her command [or authority] and effective control as a result of the [commander's] [superior's] failure to exercise properly this control where :

(a) the [commander] [superior] either knew, or [owing to the widespread commission of the offences] [owing to the circumstances at the time] should have known, that the [forces] [subordinates] were committing or intending to commit such crimes; and

ورواندا على التوالي ؛ و كانت غالبية الوفود على اتفاق بتعددية المسؤولية إلى جميع القادة بمختلف أنواعهم ؛ غير أن المقترح الأمريكي قلب جميع المعطيات السابقة الواردة في المادة 25 و أحدث فارقا في الصياغة عندما وضع تمييزا جوهريا بين القادة العسكريين و باقي القادة الآخرين و وضع معيارا مستقلا لكل واحد منهما من حيث الركن المعنوي⁵⁹⁵ .

و يرجع المبرر الجوهري وراء هذا المقترح إلى الاختلاف في المراكز القانونية بين القادة العسكريين و الرؤساء المدنيين و الاختلاف في السلطة بين كل واحد منهما لكون القائد العسكري يتمتع بسلطة أكبر بحكم التنظيم الممنوح له بموجب القانون العسكري في كونه يمتلك سلطات تأديبية و حتى جزائية ؛ و هذا بخلاف الحال بالنسبة للقائد المدني الذي يمتلك سلطات أقل و هذا ما يحتم ضرورة التمييز بينهما من حيث المعيار المعتمد عليه لتحمله المسؤولية فيكون القائد العسكري مسؤولا إذا علم أو يفترض أن يكون قد علم أما القائد المدني فيكون مسؤولا إذا علم أو تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح أن رؤوسيه يرتكبون⁵⁹⁶ .

و الاختلاف الجوهري حسب المقترح غير متعلق بالجزئية الأولى و المتعلقة "بعنصر العلم" و إنما متعلق بالجزئية الثانية و هي الخاصة بـ: "The negligence standard" "فالقائد العسكري يجد نفسه مسؤولا عن سلوك رؤوسيه في جميع الأحوال بينما القائد المدني يكون مسؤولا عندما تردده معلومات و أن هذه المعلومات تبين بوضوح أن رؤوسيه بصدد ارتكاب جريمة ثم رغم ذلك يتجاهل القائد عن وعي منه ذلك ؛ و حسب المقترح فكل هذا ناجم عن قصور القائد المدني عن التصرف و التحكم في رؤوسيه مقارنة بالقائد

(b) the [commander] [superior] failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission [or punish the perpetrators thereof].

See : United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III, Reports and other documents, p : 32.

⁵⁹⁵See Proposal submitted by the United States of America (A/CONF.183/C.1/L.2), para : 67.

و الملاحظ أن الصين كان أهم دولة تعارض فكرة جعل القائد المدني يتحمل المسؤولية الجزائية بناء على نظرية مسؤولية القائد ؛ و من بعدها استراليا التي لم تكن تعارض فكرة تحميل القائد المدني المسؤولية و إنما تعارض المقترح الأمريكي الذي يميز بين القادة المدنيين والعسكريين و يجعل لكل واحد منهما معيارا خاصا بالركن المعنوي .

⁵⁹⁶ Ibid .

العسكري⁵⁹⁷؛ و استمرارا لنفس الفكرة فيرى fenrick بأن فكرة " توافر معلومات تبين بوضوح " بالنسبة للقائد المدني تنفي عنه مسألة تحميله المسؤولية بناء على " معيار الإهمال The negligence standard " التي يمكن أن تطبق على القائد العسكري فقط ؛ و من جهة أخرى فإن القول تبين بوضوح يقصد به : وجود خطر حقيقي أو خطر ظاهر بشكل جسيم يبين بأن المرؤوس يرتكب أو على وشك أن يرتكب الجريمة⁵⁹⁸ .

و المثير للانتباه هو أن جميع الوفود الحاضرة تقريبا وافقت على هذا المقترح الأمريكي ؛ و لعل ذلك ناجم عن كون هذا المقترح جد صائب و حتى المبررات المستعملة للوصول إليه كذلك غير أن ذلك لم يكن يسير في نفس سياق القضاء الجنائي الدولي الصادر عن المحاكم الخاصة مما يجعل من المقترح شيء جديد و مختلف عن القضاء الخاص لكونه لم يكن يتضمن هذه التفرقة ؛ و يعتبر هذا التمييز في مسؤولية القادة بين العسكريين و المدنيين قد تم لأول مرة أمام المحكمة الجنائية الدولية⁵⁹⁹ .

و من جهة أخرى فإن النظام الأساسي قد أفرد نصا خاصا بالمسؤولية الجزائية الفردية في المادة 25 منه و الذي تضمن بيانا للمسؤولية المباشرة عن الأمر و التحريض و الإغراء و تقديم العون و المساعدة و غيرها⁶⁰⁰ ؛ أما بخصوص أركان مسؤولية القائد فهي كما سبق بيانه : ضرورة توافر ركن العلاقة التراتبية و توافر ركن العلم و كذا الركن المادي و لعل الخاصية التي يتميز بها النظام الأساسي هنا هي اشتراطه لركن العلاقة السببية و الذي يبقى حسب الكثيرين مسألة جد مختلف فيها و أن التطبيقات القضائية للمحكمة هي التي ستبين ذلك ؛ و الملاحظ أن المادة 28 تطبق على القادة العسكريين و الأشخاص القائمين فعلا بأعمال القائد العسكري ؛ و حتى يتم تبين أي معيار يمكن أن يطبق على الشخص محل المتابعة يمكن الرجوع إلى المركز الذي يشغله هذا القائد إن كان عسكريا أم مدنيا أم شخص قائم بأعمال عسكرية فهذه التفرقة سيتم

⁵⁹⁷ Ibid , para :68

⁵⁹⁸ See D.levine (M.james) : « The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior civilian leadership : does the international criminal court Have the correct standard? », Military law review, vol : 193, 2007, Pp : 52-96 , at : 83 .

⁵⁹⁹ See D.levine (M.james) , The Doctrine of Command ... ,op.cit , at : 78.

⁶⁰⁰ IBID.

الرجوع إليها كلما أُريد تطبيق النظرية لأن القائد المدني ليست له نفس درجة الرقابة التي يمتلكها القائد العسكري⁶⁰¹ .

أما بالنسبة للركن المادي و المتمثل في الامتناع الصادر عن القائد أو الرئيس عن التصرف فهو نفس المعيار المطبق على النوعين من القادة و يتعلق الأمر بعدم اتخاذ التدابير اللازمة و المعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق و المقاضاة المادة 1/28/ب و 2/28/ج ؛ و لقد تمت إضافة فكرة أن تحال المسألة على السلطات المختصة للتحقيق و المقاضاة و ذلك أن القائد العسكري أو المدني قد يكون في مركز غير قادر على المتابعة سيما بالنسبة القائد المدني ؛ و حسب Saland فإن هذه الحقيقة صحيحة لكون بعض الأنظمة القانونية لا تسمح للقائد و حتى العسكري بالمتابعة فيكون عليه إحالة القضية على السلطات القضائية المدنية المختصة بما في ذلك إلى جهاز الشرطة (الضبطية القضائية) و هيئة الإدعاء و المحكمة المختصة ؛ و حسب نفس الفقيه دائما فإن هذه الجزئية قد تمت إضافتها في اللحظة الأخيرة التي سبقت الموافقة على المادة 28⁶⁰² .

و لاشك أن صياغة المادة 28 لم يتم التأكد حسب O.Triffterer منها حتى الآن إن كانت قد أحدثت تغييرا أو تعديلا في القانون الدولي العرفي في المسألة أم لا⁶⁰³؛ و الأكثر من ذلك فقد أشارت المحكمة الخاصة برواندا في قضية CLEMENT KAYISHEMA ET OBED RUZINDANA إلى المادة 1/28/أ و 2/28/أ عندما أرادت شرح عنصر العلم لدى القائد بسلوكات المرؤوس فذكرت المحكمة : " بأنه بخصوص القائد العسكري فلا بد عليه أن يسعى من تلقاء نفسه إلى الاستعلام حول

سلوكات مرؤوسيه بمجرد أن تصل إلى علمه أخبار ارتكاب مرؤوسيه لجرائم ؛

أو بناء على الظروف ينبغي عليه أن يعلم بأن مرؤوسيه بصدد ارتكاب جرائم ؛

و بأن هذا المعيار يضاف إلى المعيار المطبق على كل قائد آخر إذا كان يعلم

⁶⁰¹ IBID , at : 81.

⁶⁰² Saland (per) , international criminal law principle ,*op.cit*, p : 204.

⁶⁰³ Arnold (R) and Triffterer (O) : « Responsibility of Commanders and Other Superior », , in O Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court , Beck-Hart-Nomos, Munich , 2008 , Pp : 795-843, at: 830 .

بأن مرؤوسيه يرتكبون أو هم بصدد ارتكاب جرائم أو أنه تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح ذلك 604 " .

و لأجل ذلك فالقائد المدني ليس ملزماً بضرورة الاستعلام في كل مرة حول سلوكات الأشخاص الموجودين تحت رقابته ؛ و بأن هيئة الإدعاء ملزمة بتقديم الدليل على أن المتهم يعلم و بأنه تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح بأن مرؤوسيه ارتكبوا أو سيرتكبون جرائم تدخل في اختصاص الموضوعي للمحكمة طبقاً للمواد : من 2 إلى 4 من النظام الأساسي للمحكمة 605 و لعل ذلك ما يجعل الفرق بين النوعين من القيادة : العسكرية و المدنية و الالتزامات المفروضة على كل صنف منهما و الآثار الناجمة عن الامتناع غير المبرر من طرف كل صنف و هو الهدف من تضمين إجراءات و مقتضيات خاصة لكل نوع ؛ و كثيراً ما يتم الإشارة إلى أن المادة 28 لا بد أن تُقرأ وفقاً للقواعد العامة الواردة في النظام الأساسي لا أن تُقرأ منفصلة أو مقتضبة عن القواعد العامة 606 فالعنصر المعنوي للرئيس و القائد لا بد من دراسته ضمن أحكام القواعد في المادة 28 مع الأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة الواردة كمن أحكام المادة 30 607 ؛ و الأهم من ذلك هو أن المادة 28 /1 في حد ذاتها تعطي أولوية إلى النصوص العامة في فقرتها الأولى و تحليل عليها بذكرها على أنه : " بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي من أسباب أخرى للمسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ... " و لأجل ذلك فالمادة 28 أيضاً بخصوص المسؤولية لا بد أن تُقرأ في ظل الأحكام التي سبقتها و الواردة في المادة 25 و تعتبر أحكام مسؤولية القائد "كأحكام خاصة Sui Generis" لا بد من دراستها في ظل الأحكام العامة الواردة بالمادة 25 بفقراتها المختلفة و طرقها 608 .

الفرع الثاني : قضية المدعى العام ضد جون بيار بمبا قومبو المطروحة أمام دائرة ما قبل المحاكمة .

يعتبر المتهم جون بيار بمبا قومبو رجل سياسة في جمهورية الكونغو الديمقراطية ، تقلد منصب نائب الرئيس في المرحلة الانتقالية ، و يعتبر مؤسس حركة تحرير الكونغو تم إلقاء القبض عليه عند تواجده في بلجيكا ، و هذا بعد صدور أمر بالقبض ضده في 23 ماي 2008 ، أين تم تسليمه للمحكمة في 3 جويلية 2008 ومثل لأول مرة في : 4 جويلية 2008 ؛ و بعد الإجراءات القانونية أصدرت دائرة ما قبل

604 VOIR LE PROCUREUR c. CLEMENT KAYISHEMA ET OBED RUZINDANA, LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE II , Affaire n ° ICTR-95-1- T , Date : 21 mai 1999, para : 227.

605 VOIR LE PROCUREUR c. CLEMENT KAYISHEMA ET OBED RUZINDANA, LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE II , op.cit , para : 228.

606 See K.AMBOS , superior responsibility , op.cit, at : 845.

607 IBID.

608 Werle (Gerhard) , Principle of International Criminal Law , op.cit. , p : 189.

المحاكمة الثانية في : 15 جوان 2009 قرارا على الفقرات (أ) و (ب) من المادة 61-7 من نظام المحكمة و المتعلقة باعتماد التهم من طرف المدعي العام ضد جون بيار بومبا قومبو⁶⁰⁹ .

و لقد تم متابعة المتهم بناءا على المواد 25-3 - أ من نظام المحكمة و المتعلقة بالمسؤولية الجزائية الفردية باعتباره " ارتكب الجريمة مع آخر Co auteur " و كذا المادة 28 من نظام المحكمة و المتعلقة بالمسؤولية بالجزائية القيادية للمتهم ؛ وعلى اعتبار أن قرار دائرة ما قبل المحاكمة تضمن أكثر من 160 صفحة فإن الدراسة ستخص التحليل المتخذ من طرف الدائرة بخصوص المسؤولية الجزائية لمبا قومبو **القيادية** وهذا لكونها أول نموذج لمتابعة جزائية عن نظرية مسؤولية القائد متخذة من طرف جهاز تابع للمحكمة الجنائية الدولية .

تطرقت الدائرة في البداية إلى نص المادة 28 ؛ ثم إلى صور المسؤولية المتابع بها المتهم لسيما المادة 25-03 - أ واعتبرت بأن المتابعة الأصلية تتم بناءا على هذه المادة وأنه إذا لم توجد دلائل كافية يتم الرجوع بصفة متفرعة إلى البحث في مسؤولية المتهم القيادية .

و تقوم المسؤولية بالامتناع حسب الدائرة عندما يوجد التزام قانوني بالتصرف⁶¹⁰.

و حسبها فإن صياغة المادة 28 ميزت بين نوعين من القادة : القائد العسكري أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري ؛ وبين القادة الذين يخرجون عن هذا الوصف كالمدنيين الذين يمتلكون سلطات قانونية أو فعلية ، وتعتقد الدائرة بأن المتهم ينتمي إلى الفئة الأولى أي إلى فئة القادة العسكريين⁶¹¹.

و لكي يتم إثبات مسؤولية المتهم حسب دائرة ما قبل المتابعة لابد من توافر و اجتماع الأركان التالية :

⁶⁰⁹ Voir: situation en république centrafricaine , affaire : le procureur C. Jean Pierre Bemba Gombo , N : ICC-01/05-01/08 , date : 15 juin 2009 , chambre préliminaire 2 .

⁶¹⁰ Ibid, at : 405.

⁶¹¹ Para : 206.

- (أ) لا بد أن يكون المتهم قائدا عسكريا أو شخص قائم فعلا بأعمال القائد العسكرية ؛ و
- (ب) لا بد أن يمارس المتهم سلطة قيادية أو رقابة فعلية على القوات (المرؤوسين) التي ارتكبت الجرائم الواردة بالمواد من 06 إلى 08 من النظام ؛ و
- (ج) أن الجرائم المرتكبة من طرف القوات (المرؤوسين) ناجمة لكون المتهم لم يمارس على هذه القوات الرقابة الملائمة ؛ و
- (د) أن المتهم يعلم أو بسبب الظروف السائدة يفترض أن يكون قد علم بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الواردة بنص المواد من 06 إلى 08 من النظام ؛ و
- (هـ) أن المتهم لم يتخذ التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو بعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة⁶¹².
- أما بخصوص الركن الأول والمتعلق بكون المتهم قائدا عسكريا أو شخص قائم فعلا بأعمال القائد العسكري فإن الدائرة انطلقت من تحديد مفهوم " القائد العسكري " والذي هو حسبها فئة من الأشخاص المعنيين بصفة رسمية وقانونية من أجل ممارسة وظيفة القيادة العسكرية (de jure) : ويتعلق الأمر بكل الأشخاص الذي يمارسون هذه الوظيفة بغض النظر عن رتبهم أو مركزهم القيادي ؛ ولأجل هذا الغرض فإن القائد العسكري قد يحتل أعلى مرتبة عسكرية على مستوى القيادة ؛ كما يمكن أن يكون لديه تحت سلطته بعض الجنود فقط ؛ ومفهوم القائد قد يتضمن كذلك الصورة التي لا يمارس فيها سلطات عسكرية فقط ؛ كما هو الحال في الدول التي يشغل فيها رئيس الدولة قيادة الأركان العسكرية فيكون مسؤولا عن الجرائم المرتكبة من طرف مرؤوسيه⁶¹³.

أما بالنسبة لعبارة : " الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري " فيتعلق الأمر حسب الدائرة فيتعلق الأمر ليس بالأشخاص الذين يمارسون هذه الوظيفة بصفة قانونية رغم كونهم يمارسون هذه الوظيفة

⁶¹² Para :407.

⁶¹³ Para :408.

بصفة " فعلية" ؛ وقد يمارس هؤلاء الأشخاص سلطتهم على القوات النظامية ، كالشرطة والجيش ، وكذا على القوات الغير نظامية كالمتمردين والقوات الشبه العسكرية بما في ذلك حركات المقاومة وغيرها⁶¹⁴.

أما بخصوص الركن الثاني والمتعلق بممارسة المتهم لسلطة قيادية أو رقابة فعلية على القوات (المرؤوسين) فإن دائرة ما قبل المحاكمة قد أكدت أن المعايير المطبقة على القائد العسكري هي ذاتها المعايير المطبقة على الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري بمفهوم المادة 01/28 ، وبأن فكرة القيادة والسيطرة الفعلية لا تختلف بالنسبة للنوعين أيضا ؛ ولا يفوتنا في هذا الإطار الرجوع إلى صياغة المادة باللغة الإنجليزية للتمييز بين الجزئيتين : " effective command and control " و بين : " effective authority and control " ؛ و بأن المصطلح المستعمل للترقية بين العبارتين وهو Command و authority يتضمنان نفس درجة الرقابة⁶¹⁵.

و لقد لاحظت دائرة ما قبل المحاكمة : أن حرف التخيير " أو" المستعمل بين الجزئيتين : " تخضع لإمرته وسيطرته الفعليتين" ، أو " تخضع لسلطته وسيطرته الفعليتين " تعني بأن الجزئيتين متقاربتين من حيث المفهوم ولكنها لا تفيدان نفس المعنى مما يستبعد كونها تفيدان التكرار .

و السلطة و السيطرة الفعلية الواردة في النص تفيد إثبات العلاقة التراتبية بين المتهم والقوات أو بين المتهم والمرؤوسين في إطار علاقة تراتبية بين المتهم والقوات أو بين المتهم والمرؤوسين في إطار علاقة تراتبية تدريجية الثابتة بموجب القانون أو بموجب الواقع .

⁶¹⁴ Para :410.

⁶¹⁵ وفي هذا السياق نجد أن المصطلح المستعمل في النص العربي : قوات تخضع " لإمرته" وسيطرته الفعليتين أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليتين : ولأجل هذا الغرض نجد بأن مصطلح " command " الإنجليزي سيقابله مصطلح " إمرته" العربي ؛ سيما وأن دائرة ما قبل المحاكمة لم تفتحها الفرصة للرجوع إلى القاموس الإنجليزي لترجمة مصطلح command على أنه سلطة تجاه القوات العسكرية أما مصطلح authority فيعني السلطة أو الحق في إصدار الأوامر والقدرة على تنفيذها .

كما أن فكرة الرقابة الفعلية تمتد بشكل أساسي إلى قدرة مادية لمنع أو معاقبة عن السلوك الإجرامي ، وبأن حقيقة عدم ممارسة هذه القدرة هو ما يرتب وينشأ المسؤولية الجزائية ، أما مجرد " التأثير " على المرؤوسين بما قد تفيد هذه الكلمة من معنى فإنها لا تكفي لتحميل المسؤولية الجزائية للقائد⁶¹⁶.

و نظرا لما توصلت إليه المحاكم الخاصة من قضاء في هذا المجال فإن الدائرة ما قبل المتابعة لم تجد بداً من الرجوع إلى هذا القضاء للقول بأن مسألة وجود السلطة الفعلية هي مسألة مرتبطة بالإثبات وليست مرتبطة بالقانون الموضوعي ؛ وأنها تتوقف على طبيعة كل قضية على حدة ، و أنها تبين أن المتهم لديه سلطة منع أو ردع تنفيذ الجرائم أو إحالة القضية على الجهات المختصة⁶¹⁷.

و أنه توجد عدة دلائل تظهر بأن القائد يمتلك سلطة ورقابة فعليتين ويتعلق الأمر ب: 1- المركز الرسمي للمتهم ؛ 2- على قدرته إصدار أوامر ؛ 3- على قدرته على فرض طاعة هذه الأوامر ؛ 4- على المركز الذي يحتل مقارنة بالسلم القيادي العسكري والوظيفة التي يقوم بها ؛ وكذا على قدرته على العقاب و تغيير مراكز الأفراد التابعين له ... وغيرها .

كما ذكرت الدائرة بأنه ينبغي بيان الفترة التي يشغل فيها القائد للمركز الذي هو فيه ؛ حتى يتم بيان وقت ارتكاب الجريمة من طرف المرؤوس لأن تاريخ ارتكاب الجريمة والفترة الذي يشغل فيها المتهم لمنصبه لا بد أن تكون متزامنتين⁶¹⁸.

و هذا التزامن وارد بمقتضى الجزئية من المادة 28 التي تنص على أن : " القائد يكون مسؤولا ... نتيجة لعدم ممارسة سليمة " ، والتي تفيد حسب دائرة ما قبل المحاكمة أن القائد يمارس رقابة وسلطة على قوات قبل ارتكاب الجريمة⁶¹⁹.

⁶¹⁶ para : 414-415.

⁶¹⁷ Voir : Arrêt Blaskik, para : 69, Arrêt Aleksovski, para : 73-74, jugement Halilovic, para : 58, et le procureur C. Jean Pierre Bemba Gombo, op.cit, para : 416 .

⁶¹⁸ Voir : le procureur C. Jean Pierre Bemba Gombo, op.cit, para : 418.

⁶¹⁹ Ibid, para : 419.

أما بخصوص الركن الثالث وهو أن تكون الجرائم المرتكبة من طرف القوات (المرووسين) ناجمة لكون المتهم لم يمارس على هذه القوات الرقابة الملائمة أو السليمة .

و ترى الدائرة بأن القائد حتى يتحمل المسؤولية لابد من الإثبات أنه يمتلك " الرقابة والسلطة الفعلية " ثم أن تثبت بأن القائد " لم يمارس هذه الرقابة أو السلطة الفعلية ممارسة سليمة ؛أما بخصوص الرقابة والسلطة الفعلية فهي حسب الدائرة تتمثل في : " القدرة المادية " لمنع أو ردع تنفيذ الجرائم وإحالة على الجهات المختصة ؛ وبأن عدم ممارسة هذه السلطة بشكل سليم معانة التخلف عن اتخاذ هذه الالتزامات (منع /ردع /مقاضاة) ولأجل ذلك فما هو وارد ضمن الفقرة (1) لابد أن يفهم ضمن إطار الفقرة 1 (ب) 620.

و لقد لاحظت الدائرة بوجود علاقة بين الجريمة المرتكبة من طرف المرووس وبين عدم قيام القائد بممارسة سيطرته على القوات ممارسة سليمة ؛وهذا ما هو مؤكد حسبها بعبارة : "as a result of " الواردة في ميثاق المحكمة الجنائية الدولية وهي التي تدل على وجود مثل هذه العلاقة .

و تعتبر الدائرة بأن الميثاق ينشئ نوع من العلاقة السببية بين امتناع القائد عن أداء التزامات المفروضة عليه وبين الجرائم المرتكبة ؛وهذا التفسير حسبها متطابق مع مبدأ التفسير الضيق المرسخ بالمادة 2/22 من نظام المحكمة 621.

و وصولاً إلى الاستنتاجات التي بلغت إليها الدائرة من وجود علاقة سببية بناء على نص المادة 28 من نظام المحكمة ؛ 622 رأت الدائرة أنه من الضروري توضيح ذلك وهذا لكون هذه المادة تورد ثلاثة التزامات منفصلة مفروضة على القائد : الالتزام بالمنع و الالتزام بالردع و الالتزام بالإحالة على الجهات المختصة للتحقيق والمتابعة ؛ورأت الدائرة بأن الالتزام بردع تنفيذ الجريمة و كذا الالتزام بالإحالة على الجهات القضائية للتحقيق و المتابعة لا يمكن أن ينشأ إلا أثناء و بعد ارتكاب الجريمة ؛ و لأجل ذلك فإنه

⁶²⁰ Ibid, para :422.

⁶²¹ Para :423.

⁶²² و الملاحظ أن أنظمة المحاكم الخاصة بيوغسلافيا المادة 3/7 ورواندا 3/6 والمحكمة الخاصة بسيراليون 3/6 لا تتضمن أية إشارة إلى وجود علاقة سببية .

من غير المنطقي الاستنتاج بأن امتناع القائد عن اتخاذ القائد واحد من هاذين الالتزامين يمكنه أن يتسبب بأثر رجعي في إحداث الجرائم التي سترتكب ؛ و عليه فإن الدائرة ترى بالنتيجة على أن عنصر العلاقة السببية لا يرتبط إلا بالالتزام بمنع ارتكاب الجرائم المستقبلية ؛ كما ترى الدائرة بأن سلوك القائد له " أثر سببي " عند الامتناع عن الردع و الإحالة على الجهات القضائية المختصة مقارنة بجرائم جديدة ؛ فالمعاقبة عن الجريمة له علاقة مباشرة مع الحماية من الإجرام ؛ فامتناع القائد عن المعاقبة عن الجرائم التي حدثت في الماضي يمكنه أن يؤدي إلى زيادة خطر ارتكابها من جديد ⁶²³ .

و أعتقد أن هذه الجزئية تحتاج إلى بعض الشرح و هذا لكون المحاكم الخاصة قد سبق لها معالجة المسألة عندما رفضت الإقرار بالعلاقة السببية كركن مستقل في مسؤولية القائد و هذا انطلاقاً من أن نظامها الأساسي لم يفرض ذلك و انطلاقاً إلى أن العلاقة السببية لا يمكن أن تتوفر لأنها حسبها تتناقض أصلاً مع المسؤولية الجزائية للقائد لأنها مسؤولية بالامتناع و لا يمكن للامتناع أن يكون له علاقة سببية في إحداث الجرائم المرتكبة من طرف الغير - المروؤوس- ؛ و الدائرة هنا حاولت إيضاح ذلك بربط العلاقة السببية مع الالتزام بالمنع وحده لأنه ذو أثر مع الجرائم المستقبلية ؛ لأنها تزيد من درجة الإفلات من العقاب لدى المروؤوس و هو ما يخلق جو من الارتياح النفسي و يطبع على ارتكاب جرائم مستقبلية .

أما عن درجة السببية المطلوبة في نص المادة 28 فقد رأت الدائرة أنه من الأجدر إتباع نظرية " السبب الحقيقي but for test " و معناه أن القائد لو لم يخل بالتزامه عن اتخاذ التدابير اللازمة والمعقولة " لمنع ارتكاب الجرائم ؛ فإن هذه الجرائم لم تكن لترتكب من طرف مروؤوسيه ؛ و على خلاف الأثر الذي قد يحدثه السلوك الإيجابي لدى الفاعل فإن السلوك السلبي أو الامتناع لا يمكن أن يكون له أثر امبريقي

⁶²³ Para : 424.

واضح بدقة ؛ و بعبارة أخرى لا يمكن التنبؤ من الناحية التطبيقية أو الواقعية ما قد يحدث لو أن القائد فعلا تخلص من الالتزام المفروض عليه ⁶²⁴.

و من جهة أخرى ترى الدائرة بأنه ليس من الواجب الإثبات بوجود علاقة مباشرة بين الامتناع من طرف القائد و الجرائم المرتكبة ؛ و رغم ذلك فإنه إذا ثبت بأن الامتناع من طرف القائد قد زاد من احتمال ارتكاب الجرائم من طرف المرؤوس قامت المسؤولية الجزائية للقائد ؛ و لأجل ذلك فعلى المدعي العام إذا أراد تحميل القائد بالمسؤولية الجزائية فعليه أن يثبت بأن الامتناع قد " زاد من احتمال ارتكاب الجرائم " ⁶²⁵.

أما بخصوص الركن الرابع و المتعلق بمعيار " العلم أو يفترض أن يكون قد علم " و في هذا الركن تذكر الدائرة أن النظام الأساسي " لا يعرف فكرة المسؤولية بدون خطأ " ذلك أنه في أي جريمة لابد من توافر حالة نفسية معينة لدى مرتكبها و درجة معينة من الخطأ ؛ و لأجل ذلك لابد في مسؤولية القائد أن يكون المتهم يعلم أو يفترض فيه أن يكون قد علم بأن مرؤوسيه سيرتكبون أو هم بصدد ارتكاب أو قد ارتكبوا جرائم تدخل في اختصاص المحكمة ؛ و ترى الدائرة بأن نظام المحكمة أورد معيارين بخصوص هذا العنصر الأول : يكون فيه القائد قد " علم " و المقصود به العلم الحقيقي ؛ و الثانية واردة تحت صياغة : " يفترض أن يكون قد علم ⁶²⁶ " و يقصد بها صورة من صور " الإهمال " ⁶²⁷.

أما بخصوص الجزئية الأولى فترى الدائرة بأن عنصر العلم الحقيقي لا يمكن أن يُفترض ؛ و لكن لابد من تحديدها و بيانها بناء على أدلة الإثبات المباشرة و غير المباشرة ؛ و ترى الدائرة بأن القضاء

⁶²⁴ تم استعمال مصطلح " امبريقي " هنا ترجمة لكلمة " empirique " المستعملة من طرف الدائرة و إلا كان يمكن استعمال أيضا كلمة : " تجريبي " .
⁶²⁵ Para : 424-426.

⁶²⁶ و لا يفوتنا هنا التذكير بأن الصياغة العربية حسب رأيي ليست صحيحة عندما ترجمت العبارة : *aurait dû savoir* على أنها : يفترض أن يكون قد علم ؛ لأن كل دارسي القانون الجنائي يصرون بأن عنصر العلم لا يفترض في الفاعل أبدا لأن الأمر يتعلق بمبدأ من مبادئ القانون الجنائي ؛ و ركن من الأركان الجوهرية في الجريمة لسيما و أن المادة 30 من نظام المحكمة قد بينت بدقة محتوى هذا الركن .

⁶²⁷ Para : 427-729.

الجنائي الخاص في هذه الجزئية قد استقر على بيان العناصر و القرائن التي تسمح بالوصول إلى بيان العلم الحقيقي لدى المتهم .

و يتعلق الأمر بعدد السلوكات الغير مشروعة و مضمونها ؛ و درجة اتساعها ؛ الزمان الذي ارتكبت فيه ؛ طبيعة و نوع القوات المساهمة ؛ وسائل الاتصال المتوفرة ؛ مكانة القائد المعني على سلم الرئاسة و القيادة و المنصب الذي يشغله ؛ المكان المتواجد فيه عندما تم ارتكاب هذه الجرائم ... و ترى الدائرة بأنه من الأجدر السير وفقا لهذه العناصر أو المعايير في تحديد عنصر العلم لدى القائد⁶²⁸.
أما بخصوص العنصر "يفترض فيه أن يعلم" فالمقصود به أن القائد "أهمل عن الاستعلام" ؛ و لقد استندت الدائرة على القضاء في قضية *Blaškić* و التي شرحت فيها المحكمة معيار يفترض فيه أن يعلم بأن :

« Pour conclure, la Chambre de première instance estime que si un commandant A exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque, compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense⁶²⁹ »

و لقد أيدت الدائرة الاجتهاد الصادر عن المحكمة الخاصة بصدد شرح معيار يفترض فيه أن يعلم و الذي بمقتضاه يتطلب من القائد أن يتخذ المبادرة لاتخاذ التدابير اللازمة لأجل الاستعلام عن سلوكات قواته و هذا بغض النظر عن كون المعلومات متوفرة أم لا ؛ و نظرا للاختلاف بين المعيارين ذلك المعتمد أمام المحاكم الخاصة بيوغسلافيا و رواندا وسيراليون بناء على معيار : " لديه من الأسباب ما يحمله على استنتاج " ؛ و ذلك المعتمد لدى المحكمة الجنائية الدولية في المادة 28 / 1 و المتعلق بمعيار : " يفترض أنه قد علم " ؛ و ترى الدائرة بأن المعايير التي أوردها المحاكم الخاصة بصدد بيان عنصر العلم لدى القائد

⁶²⁸ Para : 431.

⁶²⁹Voir : *Le Procureur c/ Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000, par. 332.

يمكن الإعتماد عليها رغم وجود اختلاف بين معيار : " لديه من الأسباب ما يحمله على استنتاج " و معيار : " يفترض أنه قد علم " 630.

و تضيف الدائرة بأن القائد "يعلم" إذا ؛ 1- كان يملك معلومات عامة تحيطه علما بأن مرؤوسيه بصدد ارتكاب جرائم ؛ أو تخطره بإمكانية وقوع الجرائم ، 2- أن المعلومات المتوفرة لديه تكفي و تبرر اللجوء إلى طلب المزيد من الاستعلام حول المسألة 631.

و بخصوص الركن (هـ) أن المتهم لم يتخذ التدابير اللازمة والمعقولة فترى الدائرة بأنه حتى يتم تحميل المتهم بالمسؤولية الجزائية القيادية فلا بد أن يتم التحقق من العنصر المعنوي و على الأقل أن يتم التأكد من عدم توفر - أو تخلف - أحد العناصر الثلاثة المطلوبة في المادة 1/28 ب و يتعلق الأمر بواجب منع ارتكاب الجرائم ؛ و ردع ارتكابها و تنفيذها و الإحالة على الجهات أو السلطات المختصة للتحقيق و المقاضاة 632.

و تشير الدائرة بأن هذه الواجبات الثلاثة تنشأ في ثلاث أوقات مختلفة من ارتكاب الجريمة : قبل و أثناء و بعد ؛ و لأجل ذلك فإن الإخلال بأحد هذه الإلتزامات يطبق بطريقة مختلفة بمفهوم المادة 28 ؛ و يمكن لقائد ما أو شخص قائم بأعمال القائد أن يكون مسؤولاً عن إخلاله بأكثر من التزام ؛ و الثابت أن القائد الذي يخل بالتزامه عن منع ارتكاب الجريمة لا يمكنه أن يتخلص من التزامه بردع انتهاكها أو بإحالتها على السلطات المختصة 633.

١ - واجب المنع :

و يقوم واجب المنع لدى القائد إذا كان قد " علم " أو " يفرض أن يكون قد علم " بأن القوات الخاضعة لرقابته أو لسلطته الفعلية : ترتكب أو تكون على وشك الارتكاب ؛ و يقوم هذا الواجب في جميع اللحظات التي تسبق ارتكاب الجرائم .

و لا تبين المادة 28 التدابير الخاصة المرتبطة بهذا العنصر أو بواجب منع ارتكاب الجرائم ؛ و لكن يمكن الاستناد على العناصر التالية : 1 - كأن تكون القوات التابعة لديها دراية كافية بأحكام القانون الدولي الإنساني ؛ 2 - ضرورة الحصول على تقارير تحيط القائد علما بأن العمليات العسكرية تمت بطريقة تتلاءم

630 Para : 433-434.

631 Para : 434.

632 Para : 435.

633 تم التوصل إلى هذه النتيجة في الدراسة و يمكن الرجوع إليها ؛ أعلاه .

Para : 436.

مع أحكام القانون؛ 3 - إصدار أوامر بضرورة التقيد بأحكام قانون الحرب؛ 4 - إصدار تدابير تأديبية لمنع القوات التابعة له من ارتكاب انتهاكات⁶³⁴.

٢ - واجب الردع :

و يغطي واجب الردع واجبين مختلفين؛ ناشئين على مستويين مختلفين من ارتكاب الجريمة؛ الأول يتعلق بضرورة وقف ارتكاب الجرائم التي هي ترتكب و يتعلق الأمر بالالتزام بضرورة إزالة كل إمكانية قد تؤدي إلى أفعال إجرامية مماثلة و متسلسلة؛ و الثانية تضم و تغطي واجب ردع القوات المعنية بعد كون الجرائم قد تم ارتكابها⁶³⁵.

و تؤكد الدائرة على أن القائد يمكنه أن يتخلص من واجب الردع المفروض عليه و هذا بطريقتين: فإما أن يتخذ القائد التدابير العقابية بصفة شخصية؛ و إما إذا لم تكن لديه القدرة فإنه يحيل المسألة على السلطات المختصة؛ و يعتبر واجب العقاب - جزء من أجزاء واجب القمع - و الذي يمكنه أن يحل محل واجب عرض المسألة على السلطات المختصة إذا كان القائد في مركز لا يسمح له الوسائل اللازمة و المعقولة للعقاب⁶³⁶.

٣ - إحالة القضية على السلطات المختصة و هذا للتحقيق و المقاضاة:

و ينشأ هذا الالتزام بعد ارتكاب الجريمة؛ و يتعلق بكون القائد لابد عليه من التحقق من كون مرتكبي الجرائم قد تمت إحالتهم على العدالة؛ و يعتبر الحل في كون القائد ليس لديه الصلاحيات التي تسمح له بمعاينة القوات؛ و كذلك لو أن هذه التدابير العقابية كانت في يد القائد و لكنها تظهر بأنها غير كافية.

٤ - التدابير اللازمة و المعقولة :

و ترى الدائرة بأن مسألة اتخاذ الوسائل أو التدبير اللازمة و المعقولة لابد أن يتحدد " حالة بحالة "؛ و أن القائد أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد يكون مسؤولاً عن عدم اتخاذ التدابير الموجودة تحت " سلطته المادية " و بأن تقدير هذه السلطة المادية يتوقف على درجة السلطة الرقابة الفعلية التي يمارسها القائد على القوات التابعة له وقت نشوء هذا الالتزام؛ و لذلك فما يمكن اعتباره على أنه تدابير لازمة و ضرورية يتحدد و يتم تقديره بناءً على الصلاحيات القانونية التي يملكها كما تؤخذ كذلك الصلاحيات الفعلية⁶³⁷.

الفرع الثالث: إشكالية العلاقة السببية في المسؤولية غير المباشرة للقائد.

⁶³⁴ Ibid .

⁶³⁵ Para : 439.

⁶³⁶ Para : 440.

⁶³⁷ Para : 443.

لقد سبق التطرق إلى أركان المسؤولية الجزائية للقائد في الفصل الثاني من الباب الأول ؛ و هي ثلاثة أركان : وجود العلاقة التراتبية و ركن العلم و الركن المادي و الذي يتمثل في إخفاق القائد عن اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع أو ردع الجرائم المرتكبة من طرف المرؤوس ؛ غير أن المتصفح للمادة 28 من نظام (م.ج.د) سيجد بأن صياغتها تمت بطريقة توحى باشتراط ركن آخر و هو الركن الذي نفتته المحاكم الخاصة و المتمثل في **العلاقة السببية بين الامتناع و الجرائم** المرتكبة من المرؤوس ؛ و لذلك فإنه من الأجدر العودة إلى نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و إلى أنظمة المحاكم الخاصة و كذا الاجتهاد الصادر عنها و هذا لتأكيد أو نفي كون العلاقة السببية ركن في هذه المسؤولية أم أنها غير مشروطة و كيف عالج القانون الدولي العرفي هذه المسألة .

فبالرجوع إلى النص الانجليزي من المادة 28 للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فهو يذكر

أن:

A military commander or person effectively acting as a military commander shall
Be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed
by forces under his or her effective command and control, or effective authority and
control as the case may be, **as a result of his or her failure** to exercise control
properly over such forces

و في النص الفرنسي نجد العبارات :

lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces

و تفيد عبارات أن القائد يكون مسؤولاً " نتيجة لعدم ممارسته " الواردة في النص الإنجليزي بإمكانية توافر العلاقة السببية بين الامتناع و الجريمة ⁶³⁸ .

⁶³⁸ Voir **Robert** (Marie-Pierre) : « La Responsabilité Du Supérieur Hiérarchique Basée Sur La Négligence en Droit Pénal International », in Cahiers De Droit, Vol: 49, n 3, 2008, Pp : 413-453, at : 444.

و لقد تم التطرق إلى مسألة العلاقة السببية أمام المحكمة الجنائية الدولية في قضية : المتهم " جون بيار بومبا قومبو" ⁶³⁹ ؛ فتمت الإشارة إلى أن أنظمة المحاكم الخاصة بيوغسلافيا ورواندا لم تورد أي مقتضيات تجعل من العلاقة السببية ركن من أركان مسؤولية القائد و لذلك فإن هذه المحاكم لم تتوصل في اجتهاداتها و قضائها إلى اعتبارها كذلك و هذا أهم فرق أوردته المادة 28 (أ) و محتوى المواد 3/6 و 3/7 من نظاما المحكمتين الخاصة برواندا و يوغسلافيا⁶⁴⁰ .

فعبارة : "as a result of" هي التي خلقت الفارق و هي التي أنشأت العلاقة السببية و هذا المفهوم يتلاءم مع مقتضيات المادة 2/22 من نظام (م.ج.د) التي تقتضي ضرورة التفسير الدقيق للجريمة و عدم التوسع فيه باللجوء إلى القياس .

و المعلوم أن المحكمة الخاصة بيوغسلافيا قد ناقشت فكرة الرابطة السببية بين الامتناع و الجريمة في قضية Blaskic بحيث اتجه الدفاع نحو ضرورة توافر الرابطة لأن عدم اشتراطها يعني تطبيق نوع من المسؤولية بدون خطأ على القائد فلا بد من الإثبات أن عدم تصرف القائد في منع ارتكاب الجريمة هو سبب ارتكابها أي أن القائد لو تصرف و اتخذ جميع الوسائل الضرورية لما تم ارتكاب الجريمة ؛ و بمفهوم آخر أن القائد يتحمل المسؤولية حتى و إن كان من المستحيل عليه منع وقوع هذه الجرائم ؛ وهذا ما سيؤدي إلى قلب قواعد الإثبات و انتهاك لمبدأ و قرينة البراءة ⁶⁴¹.

و قلب قواعد الإثبات في هذه الحالة يقتضي أن يقدم المتهم الدليل على أنه اتخذ جميع الوسائل الضرورية لمنع ارتكاب الجريمة و ليس النيابة هي التي تقدم الدليل على أن المتهم لم يتخذ هذه الوسائل الضرورية .

⁶³⁹See Situation in The Central African Republic In The CASE OF THE PROSECUTOR v. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, Pre-Trial Chamber II, No.: ICC-01/05-01/08, Date: 15 June 2009, Public Document Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo , para : 420-426.

⁶⁴⁰ IBID , at : para : 423.

⁶⁴¹ Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-A, "Appeals Chamber Judgment", 29 July 2004, para. 73.

و يرى M.Osiel بأن القانون غير واضح إن كان يشترط ضرورة أن يكون الامتناع الجرمي من طرف القائد هو سبب قيام المرؤوس بارتكاب الجرائم أو على الأقل ساهم في ذلك و بأن ما يظهر من خلال ما أورده نظام المحكمة الجنائية الدولية فإن العلاقة السببية مطلوبة و هذا بناء على عبارة "as a result of" 642.

و لقد فصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Oric بأنه ليس على المحكمة الإثبات بوجود العلاقة السببية فصرت :

" و إنه لمن القضاء المستقر عليه من طرف المحكمة بأن وجود العلاقة السببية بين امتناع القائد و بين وجود و ارتكاب الجرائم من طرف المرؤوسين لا يشكل ركنا من الأركان المكونة للمسؤولية الجزائية للقائد و بهذا المعنى ليس من الضروري البيان بأن القائد لو لم يُخلل بالتزامه بمنع ارتكاب الجريمة فإن هذه الجرائم لم تكن لترتكب .

و من الأسباب التي تجعل من العلاقة السببية غير واجبة التوفر هو انعدام أية أهمية قانونية في ذلك ؛ ثم إن إدراج العلاقة السببية بين عدم تصرف القائد و الجرائم المرتكبة من طرف مرؤوسيه يعتبر مناقض تماما لطبيعة المسؤولية الجزائية للقائد المبينة على الامتناع ؛ و أنه إذا وجب إثبات هذه العلاقة فإن هذه المسؤولية لا تختلف إذن عن باقي طرق المساهمة الواردة في المادة 3/7 و بالتالي فهذه المسؤولية ستفقد سبب وجودها 643".

كما قضت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Čelebići على كل شك بإمكانية جعل العلاقة السببية كركن مستقل في مسؤولية القائد باعترافها على أن العلاقة السببية تعتبر مبدأ معترف به في القانون الجنائي و لكن و بخصوص مسؤولية القائد فهذا المبدأ ليس شرطا ذو تطبيق sine qua non و بأن الدراسة

⁶⁴² Osiel(Mark) : «The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity » , Columbia. Law Review ,vol : 105, (2005), Pp: 1751 - , at: 1779.

⁶⁴³ Voir Prosecutor c/ NASER ORIĆ , JUGEMENT, LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II , Affaire n° IT-03-68-T, 30 juin 2006, para : 338.

التي أجرتها المحكمة لم تبين ضرورة وجود هذا الشرط ؛ بل على العكس من ذلك تماماً فوجود هذه المسؤولية ينفي بشكل كلي توافر العلاقة السببية ؛ و هو نفس الذي أخذت به الدائرة في قضية *Kordić*⁶⁴⁴ و لقد نفت المحاكم الخاصة وجود العلاقة السببية كركن في مسؤولية القائد و هذا استناداً إلى أنظمتها الأساسية التي لم تورد أي ارتباط بين الجرائم و الامتناع ؛ وهذا بخلاف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي أورد في المادة 28 منه مصطلح "as a result of" و الذي يفيد بضرورة توافر ركن السببية و الذي يمكن أن يفسر على أن تكون الجرائم المرتكبة من طرف المرؤوس نتيجة حتمية لإهمال القائد ؛ أو يمكن تفسيرها على أن الجرائم المرتكبة قد يكون إهمال القائد واحداً من أسباب ارتكابها فتكون لدينا عدة أسباب مباشرة و غير مباشرة⁶⁴⁵ .

و على العموم ففكرة نفي الرابطة السببية لدى المحاكم الخاصة نابعة من فكرة "عدم تجانس" بين وجود الرابطة و بين قيام مسؤولية القائد بالامتناع و هي مسؤولية ناجمة عن عدم تمكن القائد من منع ارتكاب الجريمة ؛ و هو الطرح المقدم من طرف هيئة الإدعاء لأن مبدأ مسؤولية القائد ينفي ذلك⁶⁴⁶ . و على الرغم من ذلك فقد اعتبرت المحكمة في قضية *Čelebić* بأن وجود هذا العنصر ليس فقط ممكن الوجود ولكن **محتمل** الوجود من منطلق أنه كان يمكن عدم وقوع الجرائم لو اتخذ القائد الوسائل الضرورية⁶⁴⁷ .

و لقد استندت المحكمة على هذا الاجتهاد في قضية *Blaskić* على النحو التالي :

la Chambre de première instance considère que ce lien de causalité peut être vu comme inhérent à la condition que le supérieur a omis d'empêcher les crimes qui ont été commis par le subordonné. En d'autres termes,

⁶⁴⁴ ⁶⁴⁴ Voir : Prosecutor v SEFER HALILOVIĆ, JUGEMENT, op.cit , para : 75.

⁶⁴⁵ See Boas (GIDIEON) and authers , Forms Of Responsibility In International Criminal Law, op.cit., at: p-261 260.

⁶⁴⁶ Voir le Procureur v Delalić et al (Čelebić) (Jugement), Case No IT-96-21-A, la Chambre de première instance , (16 novembre 1998), para : 396-400.

⁶⁴⁷ IBID , at : 399.

on peut penser qu'il y a un lien de causalité entre le supérieur et les infractions dans la mesure où il n'y aurait pas eu d'infractions si le supérieur avait fait son devoir⁶⁴⁸

و لاشك أن عنصر السببية يزول بشكل نهائي عند فكرة امتناع القائد عن الردع ؛ لأن فكرة الردع لاحقة على ارتكاب الجريمة ؛ فهنا من الثابت أن القائد ليس له أي علاقة بارتكاب الجرائم لأنه لم يكن لديه العلم وقت ارتكاب الجريمة الذي يسمح له بوقف ارتكابها أو منع ارتكابها فيبقى لديه فقط إمكانية توقيع العقوبات التأديبية أو إحالة القضية أمام القضاء المختص لتوقيع العقوبات الجزائية ؛ و لأجل ذلك فإن الالتزام بالردع لا يشترط فيه أبدا وجود علاقة سببية بين القائد و الجرائم⁶⁴⁹.

و الإشكالية التي تخلقها فكرة السببية نابعة من أن العلاقة السببية تكون فعلا موجودة لو أن الجريمة المرتكبة كانت ناجمة عن سلوك إيجابي من طرف القائد شأنها شأن الجريمة الإيجابية فيكون الفعل المرتكب من طرف القائد هو السبب المؤدي إلى النتيجة و هي الجريمة ؛ في حين أن الامتناع عن القيام بالفعل لا يتصور فيه وجود العلاقة السببية و هي الفكرة و النهج الذي سارت عليه المحاكم الخاصة لأن الامتناع لا يؤدي إلى نتيجة واضحة و بالتالي لا يمكن الحديث عن علاقة سببية بين الامتناع عن الفعل و النتيجة المحدثة .

و الأكثر من ذلك فإن القائد ليس مسؤولا عن منعه ارتكاب الجرائم من طرف الرؤوس و إنما يكون مسؤولا عن عدم اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع الرؤوس من ارتكاب الجريمة و بالتالي فإن العلاقة بين الركن المادي للقائد و بين ارتكاب الجريمة منعدمة ؛ و أنه ليس من الضروري الإثبات بأن اتخاذ

⁶⁴⁸ Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-A, "Appeals Chamber Judgment", 29 July 2004, para. 339.

⁶⁴⁹ See Triffterer (O) and Arnold (R) and: « Responsibility of Commanders and Other Superior », in O Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court , Beck-Hart-Nomos, Munich 2008 , Pp : 795-843, at : 835-836.

القائد للوسائل الضرورية و اللازمة كان من الممكن أن يؤدي إلى عدم حدوث الجرائم⁶⁵⁰ ؛ و يشبه البعض هذه الفكرة بمسألة المحاولة في الجريمة كالشخص الذي يسعى إلى قتل آخر بواسطة مسدس فيتم دهسه من طرف شاحنة و بالتالي فموت الضحية لم يكن ناجما عن سلوك المتهم و حسبه فإن مسؤولية القائد شبيهة بهذا المثال في كون القائد امتنع عن اتخاذ الوسائل الضرورية أو لم يتخذ أي سلوك و على الأقل حتى و إن اتخذها فالجرائم كان من الممكن أن تقع الجريمة⁶⁵¹.

و أعتقد بأن هذا الطرح يحتاج إلى بعض الشرح في كون التشابه بين المثالين ليس متقاربا لأن القائد حتى يتخلص من الالتزام المفروض عليه من طرف القانون الدولي لابد عليه أن يثبت اتخاذ الوسائل المتاحة لديه حتى و إن أدى ذلك إلى ارتكاب الجريمة فهو ليس ملزما بتحقيق نتيجة و إنما ملزم باتخاذ كل الوسائل المتاحة لديه و إذا أدى ذلك إلى ارتكاب الجريمة فهو غير مسؤول عنها و هذا الرأي يسير وفق نفس الطرح الذي سارت وفقه محكمة العدل الدولية في الدعوى المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها بين البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا⁶⁵² ؛ عندما أودعت جمهورية البوسنة والهرسك لدى قلم محكمة العدل الدولية طلبا ترفع فيه دعوى على جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية لانتهاكها اتفاقية منع الإبادة الجماعية تجاه شعب و سكان جمهورية البوسنة مستعملة القوة و منتهكة الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم الحرب رغم قرارات مجلس الأمن المختلفة ؛ و بحكم أن الاتفاقية محل التطبيق تلزم الدول المنظمة إليها باتخاذ الوسائل اللازمة لمنع و المعاقبة عن جريمة الإبادة الجماعية فإن المحكمة اعتبرت بأن الالتزام الذي تفرضه الاتفاقية المذكورة على الدول هو التزام ببذل عناية و ليس

⁶⁵⁰ Trechsel (Stefan) : « Command Responsibility as a Separate Offense » , BERKELEY J. INT'L L. PUBLICIST , 2009 , vol : 3 , Pp : 26-35, at : 29-30.

⁶⁵¹ Trechsel (Stefan) , Command Responsibility as ... , op.cit, p: 30.

⁶⁵² Voir Affaire Relative A L'Application De La Convention Pour LA Prévention Et La Répression Du Crime De Génocide (Bosnie-Herzégovine c. SERBIE-ET-Monténégro) , Arrêt Du 26 Février 2007 , C.I.J. Recueil , p. 43

بتحقيق النتيجة⁶⁵³ ؛ و إن كان لمن المستبعد بعض الشيء القياس بين الالتزام المفروض على الدول و بين ذلك المفروض على القائد نظرا للخصوصية التي تتمتع بها الدولة في القانون الدولي مقارنة بمكانة الفرد ؛ و لأجل ذلك يظهر بأن القائد في جميع الأحوال ليس مسؤولا عن سلوك المرؤوس بقدر ما هو مسؤول عن سلوكه الخاص و بأن مسؤوليته تقوم لكونه لم يتخذ الوسائل المتاحة بحوزته و ليس لكون الجريمة تم ارتكابها من طرف المرؤوس و على هذا الأساس يبقى القضاء الصادر عن اللجنة العسكرية الأمريكية في قضية ياماشيتا ساري المفعول بحكم أن اللجنة صرحت بأن القائد لا يكون مسؤولا عن سلوك المرؤوس لكون جريمة قتل أو اغتصاب قد تم ارتكابها و إنما لكون القائد لم يتخذ أي سلوك لمنع ارتكابها فالقائد لا يمكنه من الناحية المادية ارتكاب ألف جريمة قتل و اغتصاب في يوم واحد و لكنه يمكنه منع ارتكابها ؛ و في جميع الأحوال فإن المحكمة الجنائية الدولية يظهر من خلال نظامها الأساسي أن المادة 28 تورد مقتضيات خاصة بالعلاقة السببية و يرجع السبب الجوهرى في هذا الاختلاف إلى الصياغة المختلفة لنص المادة 3/7 و 3/6 و 3/6 من أنظمة المحاكم الخاصة ليوغسلافيا و رواندا و سيراليون على التوالي و التفسير الذي منحه لها في قضائها بأن العلاقة السببية ليست *a conditio sine qua non* لتحميل القائد بالمسؤولية الجزائية و المقتضيات "as a result of" المذكورة أعلاه و التي تم تفسيرها على أنها أوردت العلاقة السببية " بشكل صريح⁶⁵⁴ .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية للرئيس السلمي.

إن بيان الطبيعة القانونية لمسؤولية القائد يعتبر أهم جزء في دراستها و فهمها لأن ذلك سيضع إطار و حد لتمييزها عن المسؤولية الفردية و بالتالي عن القواعد التي تحكم كل واحدة على حدا من حيث اعتبارها مسؤولية عن عمل الغير أو بالامتناع أو هي من طبيعة خاصة و كيف اعتبرتها المحكمة الجنائية الدولية ؛ و سيتم التطرق في الفرع الأول إلى طرح لإشكالية الطبيعة القانونية ؛ و في الفرع الثاني إلى الاتجاه

⁶⁵³ Voir Affaire Relative A L'Application De La Convention Pour LA Prévention Et La Répression Du Crime De Génocide (Bosnie-Herzégovine c. SERBIE-ET-Monténégro) , Arrêt..., op.cit , at : para 430.

⁶⁵⁴ See : **E.ven.sliedregt**, the criminal responsibility of individuals for violations ... , Pp : 189 .

الذي يعتبرها مسؤولية عن الغير ؛ و في الفرع الثالث إلى اعتبارها مسؤولية بالامتناع ؛ و في الفرع الرابع إلى الطبيعة الخاصة لهذه المسؤولية وفقا لما يلي :

الفرع الأول : مقدمة و مناقشة لإشكالية الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية للرئيس السلمي.

يرجع السبب الجوهرى وراء الاختلاف في بيان طبيعة مسؤولية القادة إلى عدم وجود قضاء مستقر

من طرف المحاكم الخاصة بخصوص المسألة⁶⁵⁵ ؛ بل وُجدت أحيانا آراء مختلفة مما أدى إلى وجود شك

حولها⁶⁵⁶ ؛ وهذا ما أدى إلى انعدام وجود *Opinio iuris* مرتبط بالمادة⁶⁵⁷.

و هذا النقاش حول الطبيعة القانونية أو تكييف هذه المسؤولية كانت المحاكم الخاصة هي التي

أثارتها ؛ لأنها عندما تريد إسناد المسؤولية إلى متهم ما بصفته القيادية ؛ كانت تتبع منهجية معينة في تحييث

الحكم فتناقش الجانب القانوني و الوقائع و مدى ارتباط المتهم بها - تضع إسقاط للوقائع و القانون - و في

الجانب القانوني كانت تناقش طبيعة مسؤولية القائد في القانون الدولي العرفي و تطورها التاريخي في بعض

الأحيان .

و التقسيم المعتمد عليه في الدراسة هنا هو تقسيم مبني على ما توصلت إليه المحاكم الخاصة حول

طبيعة هذه المسؤولية لأن المحكمة الخاصة ذاتها في قضية صرحت بأن مسألة طبيعة مسؤولية القائد "مسألة

مختلف فيها " ⁶⁵⁸؛ و إلا فمن الممكن إتباع التوجه التقليدي في دول القانون المدني - كالجرائم - فننظر

إلى مسؤولية القائد بصفته كفاعل/شريك في إطار نظرية المساهمة الجنائية المبنية على أعمال المساعدة

المباشرة و غير المباشرة - المواد 41 و ما يليها من قانون العقوبات الجزائري - كما قد ننظر إلى الجريمة

المرتكبة من طرفه إن كانت مسؤولية بالامتناع أو بكونها مسؤولية من طبيعة خاصة ؛ لأنه يوجد اختلاف

⁶⁵⁵ Frulli (Micaela) : « Exploring the Applicability of Command Responsibility to Private Military Contractors » , Journal of Conflict & Security Law , (2010), Vol. 15, No. 3, Pp : 435-466 ,at : 444.

⁶⁵⁶ IBID , at : 445.

⁶⁵⁷ See Martina pechackova: « Tha Nature of command responsibility under international criminal law » , in < <http://ssrn.com/abstract=1861342> > , at : p 05 , Last visited 14/2/2012.

⁶⁵⁸ Voir : Prosecutor v SEFER HALILOVIĆ, JUGEMENT, Affaire n° :IT-01-48-T, Date : 16 novembre 2005, LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I, SECTION A, para : 42.

بين المسؤولية و الجريمة فالطرح الذي قد تذهب إليه المحاكم الخاصة عندما تناقش مسؤولية القائد على أنها : "جريمة مستقلة *separate offence*" طرح غير سليم إلى حد ما ؛ لأن ارتكاب الجريمة هو ما يرتب المسؤولية و بالتالي لا يمكننا تفسير طبيعة المسؤولية بالقول أنها جريمة من طبيعة خاصة ؛ و ليس هناك أي بد من العودة إذن إلى الطرح الكلاسيكي الذي اتجهت إلى لجنة القانون الدولي في التفرقة بين : صياغة مشروع الجرائم ضد أمن و سلامة البشرية و مشروع المحكمة الجنائية الدولية فبين في مشروع الجرائم ما يدخل في اختصاص المحكمة من جرائم و المسؤولية الجزائية و طبيعتها و نبين في مشروع المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص ...و غيره ؛ فتقوم المسؤولية عند ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة و يتم بيان القواعد و المبادئ التي تحكم هذه المسؤولية أو تلك في صلب مشروع الجرائم ضمن المبادئ العامة للقانون⁶⁵⁹ ؛ و مما زاد تعقيد مسألة الطبيعة القانونية هو ما حدث في روما عند مناقشة مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في كونه مناقض تماما لهذا الطرح فالمادة 25 السابقة أصبحت هي المادة 28 الحالية و التي كانت مدرجة تحت عنوان : مبدأ ارتكاب الجريمة بالامتناع و الذي تم التخلي عنه لعدم حصول اتفاق حوله و تم إدراج مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين تحت عنوان المبادئ العامة للقانون رغم أن هذه المسؤولية تختلف عن القواعد العامة سواء من حيث الارتكاب - بناء على خطأ الغير- و ليس بصفة مباشرة أو من حيث الركن المعنوي - عدم وجوب توافر القصد المباشر⁶⁶⁰ - أو من حيث عدم اشتراط العلاقة السببية - بين الفعل المرتكب و بين نية الشخص الذي يتحمل المسؤولية -.

⁶⁵⁹ Voir le Huitième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial, Document: A/CN.4/430 and Add.1, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international, 1990, vol. II(1).

و في التقنين يتم وضع القواعد و المبادئ العامة للمسؤولية : المساهمة الجنائية ؛ الشروع أو المحاولة ؛ الاتفاق الجنائي و يتم مناقشة المسؤولية الجزائية للقائد ضمن إطار المساهمة الجنائية و إن كان سلوك القائد إذا أصدر أمرا غير مشروع فيوصف على أنه فاعل معنوي أو كمساهم غير مباشر أو كشريك «para 09» أو يتم اعتبار الرئيس و المرؤوس كفاعلين معا ؛

⁶⁶⁰ و تعتبر مسؤولية القائد استثناء من القواعد العامة بخصوص الركن المعنوي لسيما المادة 30 من نظام المحكمة الذي يشترط أن ترتكب الجرائم مع توافر القصد و العلم

و لقد كانت الإشكالية القانونية التي انطلقت إحدى الدراسات منها على النحو التالي : هل يمكن اعتبار المسؤولية الجزائية للقائد صورة من صور المسؤولية أم هي جريمة مستقلة⁶⁶¹؟ و لاشك أن هذا الطرح لا يمكن أن يستقيم لعدم إمكانية دراسة قواعد المسؤولية مع قواعد الجريمة و لربط المسألة بمبدأ الشرعية .

و على العموم فسيتم بيان منحي المحاكم الخاصة في بيان الطبيعة القانونية و التفسير الملائم لها لدى الفقه وصولاً إلى النتائج المطلوبة في الفرع الرابع .

و لقد أصدرت المحكمة في أول اجتهاد لها نفي جازم بكون النظرية عبارة عن مسؤولية عن عمل الغير strict or vicarious liability فذكرت أن :

‘Command responsibility is not a form of strict liability. A superior may only be held liable for the acts of his subordinates if it is shown that he ‘knew or had reason to know’ about them. The Appeals Chamber would not describe superior responsibility as a vicarious liability doctrine , insofar as vicarious liability may suggest a form of strict imputed liability’⁶⁶²

و في قضية أخرى اعتبرت على أنها مسؤولية بالامتناع و أنها ناجمة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة على القائد بموجب القانون الدولي فذكرت :

‘The Trial Chamber finds that under Article 7(3) command responsibility is responsibility for an omission. . . . This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. . . . a commander is responsible not as though he had committed the crime himself . . .’⁶⁶³

و في قضية أخرى اعتبرت المحكمة بأن هذه المسؤولية ليست ناجمة عن عمل أو سلوك الخاضع و إنما عن سلوك القائد أو إخلال القائد و هذا ما سُمي بـ: the dereliction of duty approach

⁶⁶¹ Meloni (Chantal) ,Command Responsibility...op.cit , at : 620.

⁶⁶² Prosecutor v Delalic’ et al (C’elebic’i) (Judgment) Case No IT-96-21-A, Appeals Chamber (20 February 2001) para : 239.

⁶⁶³ Prosecutor v Halilovic’ (Judgment) Case No IT-01-48-T, Trial Chamber (16 November2005) para 54.

‘ It cannot be overemphasized that, where superior responsibility is concerned, an accused is not charged with the crimes of his subordinate but with his failure to carry out his duty as a superior to exercise control’⁶⁶⁴.

و عند هذا الحد يمكن القول بأن الاتجاهين اللذين اتخذتهما المحكمة هما : اتجاه يعتبر المسؤولية على أنها مسؤولية عن الغير وبالتالي هي " مسؤولية مُسندة إلى القائد imputed liability " و هي " صورة من صور المساهمة a form of participation " ؛ و سيتم بيان هذا الاتجاه في الفرع الثاني ؛ و الاتجاه الثاني يعتبرها على أنها مسؤولية ناجمة عن إخلال بالتزام the dereliction of duty approach ؛ و بالتالي جريمة مستقلة a separate offence ناجمة عن الامتناع ؛ و سيتم توضيح ذلك في الفرع الثالث .

الفرع الثاني : اعتبارها مسؤولية عن الغير - المرؤوس - .

لا تقوم أية مسؤولية جزائية على المستوى الدولي ما لم يكن الفاعل هو المتسبب في الركن المادي للجريمة فنقول عنه بأنه : " مسؤول شخصيا أو بصفة شخصية " و هذا ما يعبر عنه بمصطلح : culpability في النظام الإنجلوساكسوني ؛ و يعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون الدولي الجنائي ؛ والذي عبّرت عنه المحكمة الخاصة بنورمبرغ بالتعبير المشهور :

" criminal guilt is personal, and mass punishments should be avoided⁶⁶⁵ "

⁶⁶⁴ See Prosecutor v Krnojelac (Judgment) Case No IT-97-25-A, Appeals Chamber(17 September 2003) para :171

⁶⁶⁵ See Kai (Ambos) : « Remarks on the General Part of International Criminal Law », Journal of International Criminal Justice , 4 (2006), Pp : 660-673 , at : 671.

و يكون المتهم "مذنبا بصفة شخصية" في فقه المحكمة الخاصة بنورمبرغ إذا كان مسؤولا بصفة " فردية " من الجانب الموضوعي و الذاتي و لا توجد لديه أية دفعات لنفي هذه المسؤولية ؛ و لقد قضت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية تاديتش بأنه : " لا يمكن لأي كان أن يكون مسؤولا عن أي فعل أو سلوك لم يكن مسندا إليه بصفة شخصية أو مساهما فيه بأية طريقة كانت " .

و الملاحظ هو أن المحاكم الخاصة قد قامت بتوسيع المسؤولية بخصوص المساهمة الجنائية لسيما بالنسبة لنظرية "مسؤولية القادة" ؛ و بهذا المفهوم تكون مسؤولية القائد " كفاعل أصلي (principal) " عن سلوك شخص آخر من الغير و هو " الخاضع " و يطلق على هذا النوع من المسؤولية : في النظام الانجلوساكسوني " vicarious liability " ؛ و في النظام الرومانوجرمانى بمصطلح : " responsabilité du fait d'autrui " 666 .

و لقد لوحظ بأن هذا النوع من المسؤولية "موسّع نوعا" ما إلى درجة أنه لا بد أن توضع له بعض الضوابط حتى لا يتم انتهاك مبدأ : " شخصية الخطأ" 667 ؛ بحيث يمكن أن يعاقب القائد على مجرد العلاقة التراتبية و بالتالي يعاقب بناء على خطأ الغير و هو المرؤوس .

و بالنظر إلى الركن المعنوي لهذه المسؤولية فإن هناك اتجاه يرى بأن مسؤولية القائد تقوم على مجرد العلاقة التراتبية أين يكون القائد مسؤولا عن الجرائم المرتكبة من طرف الخاضع بحكم مسؤوليته القيادية فقط و هنا لا يكون هناك إلزام بإثبات النية الإجرامية لدى القائد ؛ فيكون القائد مسؤولا عن الجرائم المرتكبة من طرف الخاضعين لسلطته بدون الحاجة إلى إثبات النية الإجرامية لدى القائد فيما يعرف بنظرية أو بالمسؤولية " strict liability " 668 .

⁶⁶⁶ See Kai (Ambos) , Remarks on the General Part of International..., op.cit , at: 672.

⁶⁶⁷ See Kai (Ambos) : « Current Issues In International criminal law », Criminal Law Forum 14 , 2003 , Pp : 225–260, At : 249.

⁶⁶⁸ See Prosecutor c/ ALFRED MUSEMA , Trial Chamber I ,Case No. ICTR-96-13-A, 27 January 2000, JUDGEMENT AND SENTENCE,para : 129.

و تعتبر سابقة الجنرال تومويوكي ياماشيتا هي السابقة الأكثر بيانا للمسألة و التي سعت فيها المحكمة إثبات النية الإجرامية لدى المتهم معتمدة على معيار "ينبغي عليه أن يعلم" و رغم أن الجنرال في حد ذاته نفى عنصر العلم لديه من خلال أن القوات الأمريكية قد قامت بإتلاف كل المعدات و اللوازم الضرورية للاتصالات و الاستعلام و بالتالي لم تكن لديه الوسائل الضرورية التي تجعله يعلم ما يوجد على أرض الميدان لدى القوات العملياتية التي تعمل في القاعدة و هل يوجد فعلا انتهاكات للقانون الدولي الإنساني أم لا .

و حسب البعض فإن المحكمة العسكرية لم تبين فعلا ما هو معيار العلم *Mens Rea* المطبق فعلا على الجنرال ؛ و قد صرح القاضي Justice Rutledge في الرأي الانفرادي بما يلي :

"that the commission "nowhere expressly declares that knowledge was essential to guilt" and that it was "impossible" to determine whether Yamashita had been convicted for a "willful, informed and intentional omission" or "a negligent failure on his part to discover this and take whatever measures he then could to stop the conduct." *In re Yamashita*⁶⁶⁹

و بالنظر إلى المعيار المطبق من اللجنة العسكرية على الجنرال ياماشيتا فالمحكمة طبقت عليه فعلا معيار المسؤولية " بدون خطأ *strict liability* " ⁶⁷⁰ ؛ أي أنها لم تتمكن من إثبات عنصر العلم لدى القائد و إنما حملته المسؤولية عن الجرائم المرتكبة من طرف المرؤوسين بحكم أنه كان قائدا لهم ؛ أي أن مسؤوليته قامت على مجرد العلاقة التراتبية و بالتالي فمسؤوليته مسؤولية " بدون خطأ " و لا " نية إجرامية " ؛ و لذلك

⁶⁶⁹الرأي الانفرادي للقاضي روتلج في :

Danner (Allison Marston) And Jenny(s.martinez) : « Guilty associations : joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of International criminal Law », California Law review, vol 93, 2005, Pp : 75-169 , at : 124.

كما صرح بأن :

the commission applied a standard tantamount to strict liability or guilt by Association

⁶⁷⁰ **Arnold (R) and Triffterer (O):** « article 28 Responsibility of Commanders and Other Superior », in O Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court , Beck-Hart-Nomos, Munich , 2008 , Pp : 795-843 , at : 828 .

فإن هذا المعيار لم يتم اعتماده من طرف المحكمة الخاصة بنورمبرغ فيما بعد و أيضا لا يمكن الاعتماد عليه حاليا لكونه يخالف المبادئ العامة للقانون المتفق عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسيما المبدأ الوارد في المادة 30 من نظام المحكمة و المتعلق بالركن المعنوي و التي تشترط توافر القصد و العلم ؛ فلا بد أن يقصد الشخص فيما يتعلق بسلوكه ارتكاب هذا السلوك ؛ و أن يقصد فيما يتعلق بالنتيجة التسبب في تلك النتيجة ؛ و يقصد بالعلم أن يكون الشخص مدركا أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث .

و لقد رفضت المحكمة الخاصة بنورمبرغ في قضية "فون ليب ليست " الاعتماد على تحميل المتهمين للمسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability وإنما اعتمدت على معيار الامتناع المعتمد Negligent Omission بقولها:

"... إن السلوكات الإجرامية المرتكبة من طرف هذه القوات لا يمكن أن تحملهم المسؤولية بناءً على عنصر أو علاقة التراتبية... و بأن القول عن أي شخص بأنه مجرم لا يتم بالنظر لعلاقته في سلم القيادة؛ إذ لا بد من وجود خطأ شخصي أو فعل يمكن أن يتجه و يقود إلى الفعل مباشرة أو أن الانتهاك تم من طرف أحد الخاضعين و شكل من طرف القائد امتناعا إجراميا 671 " .

و المسؤولية بدون خطأ ترجع أصولها إلى القانون الداخلي - القانون المدني - و يمكن تعريفها على أنها : " نوع المسؤولية التي قد يتحمل فيها المتهم المسؤولية رغم عدم ارتكابه لأي خطأ و بالتالي ليست هناك أية حاجة لإثبات نيته الإجرامية " تماما كمسؤولية الأب على أبنائه القُصر كما تظهر في نظام العقود ؛ كما تظهر في العلاقة بين الطبيب و المريض 672 .

671 See :N.Laviolette ,op .cit,p :102-103.

672 هذه الأمثلة الثلاث مأخوذة عن الكاتب : Ilias Bantekas و هو يصدد شرح النظام القانوني و العلاقة في النظام الإنجلوساكسوني.

و لقد عبرت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا عن هذه الفكرة في اعتبار النية الإجرامية لدى المتهم غير ملزمة الإثبات و بأن الخطأ الوحيد الذي ينسب للمتهم هو كونه رئيسا أو قائدا لذلك المرؤوس و بالتالي فمسؤوليته تقوم على مجرد العلاقة التراتبية و صرحت بما يلي :

There are varying views regarding the *Mens rea* required for command responsibility. According to one view it derives from a legal rule of strict liability, that is, the superior is criminally responsible for acts committed by his subordinate, without it being necessary to prove the criminal intent of the superior

و في قضية أخرى تذكر المحكمة على أن :

"the superior is criminally responsible for acts committed by his subordinates solely on the basis of his position of responsibility, with no need to prove the criminal intent of the superior. Another view holds that the superior's negligence, which is so serious as to be tantamount to consent or criminal intent, is a lesser requirement to establish the accused's *mens rea*."⁶⁷³

ولقد طرحت مسألة **الطبيعة القانونية** لهذه المسؤولية في عدة مناسبات لأن القانون الدولي كالقانون الداخلي في هذه المسألة يقتضي بالدرجة الأولى التقيد بالمبادئ العامة التي تحكمه كمبدأ الشرعية بنوعيه الموضوعية و الإجرائية ؛ و كذا أن تكون الجرائم قد ارتكبت من طرف شخص ساهم في إحداث ركنها المادي بمقتضى القواعد المتعلقة بالمسؤولية و المساهمة ؛ كما ينبغي أن يتوفر لديه القصد الجنائي في ذلك ؛ و بخصوص هذه النقطة فالقائد لا يمكن أن يعاقب على فعل لم يعلم به و ما دامت هذه المسؤولية بحسب التدوين الوارد في البروتوكول الإضافي و الذي ورد فيه أن القصد الجنائي لا بد أن يكون جوهريا و

See Bantekas (Ilias) ,Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law , juris publishing , 2002, at : 94-95 .

⁶⁷³ See Prosecutor c/ ALFRED MUSEMA , op.cit ,para : 129.

جسيما إلى درجة أنه قد يفسر على أنه : "نية سيئة malicious intent " و هذا بغض النظر عن السلوك محل النظر و الضرر المحْدث 674 .

و على العموم فالمبررات التي تنفي عن هذه المسؤولية كونها مسؤولية بدون خطأ تظهر على ثلاثة مبررات ؛ الأول : هو ضرورة إثبات عنصر العلم لدى القائد فيكون حالا أو بناء على ظروف الحال بناء على المعيار الذي سبق بيانه في أركان المسؤولية ؛ و الثاني هو وجود فكرة القيادة لدى المتهم بصفته عسكريا أو مدنيا و المحكمة تتأكد من توفر هذه العلاقة وجودا أو عدما و إن كان القائد بمقتضى ذلك قد امتنع لمنع سلوك الخاضع الإجرامي و الثالث هو عنصر الرقابة الفعلية و الذي يشكل حجر الزاوية في هذه المسؤولية لأنه هو الذي يحدد ما هو الإجراء المطلوب اتخاذه من طرف الخاضع ؛ واستنادا على هذه المعايير فإن مسؤولية القائد تخرج من أن تكون مسؤولية بدون خطأ لأن القائد يكون مسؤولا عن سلوكه الخاص الذي يحتم عليه واجب التدخل 675 .

و يظهر التشابه بين ما يسمى : " vicarious responsibility " و بين مسؤولية القائد ؛ فالأولى كما سبق الذكر ناجمة عن أحكام القانون الخاص و فيها يكون رب العمل مسؤولا عن كل سلوكات العامل الناجمة عن أحكام علاقة العمل و هذه العلاقة توصف بهذا الوصف في كون رب العمل يتحمل المسؤولية بخطأ أو بغير خطأ العامل المهم هو وجود الضرر؛ كما تظهر المقاربة في كون كلا النوعين يتطلب علاقة التراتبية : قائد- خاضع غير أنه في المسؤولية الأولى يجد القائد أو الرئيس الأعلى نفسه مسؤولا عن الجريمة ذاتها المرتكبة من طرف مرؤوسه بينما في الثانية يكون مسؤولا عن خطئه هو لكون القانون يفرض عليه التزاما إيجابيا بالتدخل و هو لم يكرم هذا الالتزام 676 .

⁶⁷⁴ See Prosecutor c/ ALFRED MUSEMA , op.cit ,para : 130

⁶⁷⁵ Boas (GIDIEON) and authers , Forms Of Responsibility In International Criminal Law, op.cit., at: p 276.

⁶⁷⁶ Boas (GIDIEON) and authers , Forms Of Responsibility In International Criminal Law, op.cit., at: p177-178.

و يتم التركيز في هذا الاتجاه على العلاقة التراتبية بالدرجة الأولى ؛ فينظر إليها على أنها "مسؤولية عن جرائم المرؤوس و هي مُسندة إلى القائد " ؛ و هذه العلاقة هي التي تمنح مبرر قيام هذه المسؤولية فبدون العلاقة التراتبية أو معيار السلطة/الرقابة الفعلية - و الذي يعتبر كبديل للعلاقة التراتبية - و التي تفرض حق تحميل القائد بها لا يمكن القائد أن يتحمل المسؤولية الجزائية ⁶⁷⁷ .

و لقد توصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا بعد الرجوع إلى الإجتهاادات القضائية الصادرة في المجال إلى أن المادة 3/7 من نظام المحكمة لم تبين طبيعة مسؤولية القائد إن كانت مسؤولية عن عمل الغير أم مسؤولية عن اخلال بالتزام ؛ فرأت أنه من الضروري الرجوع إلى تقرير الأمين العام للأمم المتحدة و الذي يصرح فيه أن :

: « [Le supérieur hiérarchique] devrait [...] être tenu [...] responsable de ne pas avoir empêché qu'un crime soit commis ou de ne pas s'être opposé au comportement illégal de ses subordonnés⁶⁷⁸ . »

و لقد استنتجت المحكمة من هذا التحليل أن مسؤولية القائد ناجمة عن عمل أو سلوك الغير أي المرؤوس ⁶⁷⁹؛ كما استندت إلى مشروع الجرائم ضد سلم وأمن البشرية

الفرع الثالث : اعتبارها مسؤولية بالامتناع .

و لا بد من الإشارة أن مصطلح *strict liability* و *vicarious responsibility* متشابهان من الناحية القانونية ؛ لأن هذه المسؤولية تقوم نتيجة الخطأ أو الفعل الضار المرتكب من طرف العامل و الذي يتحمل بموجبه رب العمل نتائج هذا السلوك ؛ فهي مسؤولية مفروضة على رب العمل طيلة فترة العمل التي يجريها العامل و هذا في غياب أي خطأ من طرف العامل و هنا يظهر معيار التمييز بين مسؤولية القائد و هذا النوع من المسؤولية ؛ كما أن المتهم من جهة أخرى يفترض فيه الخطأ و عليه هو أن يقدم الدليل على عدم وجود خطأ من جانبه و هذا ما يشكل قلبا لقواعد الإثبات العادية.

See IBID , et voir **Henzelin (Marc)** : « Les raisons de savoir » du supérieur Hiérarchique qu'un crime va être Commis ou a été commis par un Subordonné, Examen de la Jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour L'ex- Yougoslavie et le Rwanda », in actualité de la Jurisprudence Pénale Internationale Bruylant, Bruxelles, 2004, Pp : 81-125, at : 86.

⁶⁷⁷ **Sander (Barrie)** : « Unravelling the confusion concerning successor superior responsibility in the ICTY jurisprudence », Leiden journal of international law ,2010, vol:23, Pp: 105-135, at : 114-115.

⁶⁷⁸ Voir : Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993). *Documents officiels des Nations Unies*, S/25704 (1993), p : 15 .

⁶⁷⁹ Voir : Prosecutor v SEFER HALILOVIĆ, JUGEMENT, Affaire n° :IT-01-48-T, op.cit , para : 51.

تعرضت المحكمة الخاصة ليوغسلافيا إلى تكييف المسؤولية الجزائية للقائد في " قضية سيليبيسي " عند تطرقها للطابع القانوني للنظرية في القانون الدولي العرفي فقسّمت المحكمة هذه المسؤولية إلى نوعين : " مباشرة " و " غير مباشرة "؛ فالأولى ناجمة عن السلوكات التي يقوم بها القائد شخصيا و بشكل إيجابي كالأمر بارتكاب الجريمة أو التحريض عليها أو التخطيط لها ؛ و غير المباشرة و هي الناجمة عن " امتناعه culpable omissions " عن اتخاذ الوسائل الضرورية و المتاحة له لوقف أو ردع الانتهاكات التي يرتكبها التابعين له ؛ و المصطلح الضيق للنظرية *sensu strictu* يمتد إلى الأخيرة فقط ؛ كما ذكرت المحكمة بقولها : "

This criminal liability may arise either out of the positive acts of the superior (sometimes referred to as "direct" command responsibility) or from his culpable omissions ("indirect" command responsibility or command responsibility *strictu sensu*). Thus, a superior may be held criminally responsible not only for ordering, instigating or planning criminal acts carried out by his subordinates, but also for failing to take measures to prevent or repress the unlawful conduct of his subordinates⁶⁸⁰

و من الناحية القانونية حسب المحكمة يوجد اختلاف بين النوعين من المسؤولية ؛ فالمسؤولية المباشرة تكيّف على أنها نوع من المساهمة الجنائية و تطبق عليها القواعد العامة للاشتراك و يحكمها نص الفقرة الأولى من المادة السابعة ؛ و الثانية الناجمة عن فشل القائد عن ردع أو منع ارتكاب الجريمة من طرف الخاضعين أو التابعين له و تطبق بناء على " مبدأ المسؤولية الجزائية بالامتناع " و تتوفر عندما يوجد التزام قانوني بالتصرف⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ See Prosecutor v. Zejnir Delalic Zdra Vko Mucic also known as "PA VO" Hazimdelic Esad Landzo also known as "ZENGA", Judgment, Case No.: IT-96-21-T, 16 November 1998, Para : 333

⁶⁸¹ Ibid .

و انطلاقا من القضاء الصادر عن المحكمة الخاصة بيوغسلافيا دائما فإن مسؤولية القائد هي مسؤولية بالامتناع *responsabilité par omission* " 682 ؛ و هذا لكونها تُلقى على عاتق القائد " واجبا أو التزاما " و الذي يتمثل بالدرجة الأولى في منع ارتكاب الجريمة التي يستعد الخاضعون لسلطته إلى ارتكابها ؛ و في حالة **التخلف** عن ذلك – أي التخلف عن المنع – فإن القائد يعاقب أولئك الذين بدأوا في ارتكابها ؛ و لا يتعلق الأمر حسب المحكمة **بالتزامين بدليين** أي أن القائد له **حق الخيار** بين المنع أو الردع فهذهين الالتزامين " **مُتعاقبين** consécutives " ؛ فالقائد لديه كالتزام أول بالتدخل لمنع ارتكاب الجريمة بمجرد علمه بأن الخاضعين لسلطته يستعدون إلى ارتكابها ؛ أما الإجراءات العقابية فما هي إلا : " أضعف و آخر وسيلة *un pis-aller* " و هذا في حالة عدم علمه في الوقت المناسب لمنع الارتكاب ؛ و لذلك فالقائد الذي يبلغ إلى علمه خبر ارتكاب جريمة من طرف أحد الخاضعين لسلطته و لا يقوم بمنعه ثم بعد ذلك نتيجة تخلف هذا الالتزام يسعى إلى معاقبته فإنه حسب المحكمة لا يتخلص من الواجب ؛ و هذين الالتزامين مختلفين و يعتبر العامل الزمني هو الذي يفرق بينهما فالأولى تتعلق بالجريمة التي لم ترتكب بعد و الثانية تتعلق بالجريمة التي ارتكبت 683.

و تأكيداً لنفس الفكرة فإن هذه المسؤولية إذا تم اعتبارها على أنها صورة من صور المسؤولية الجزائية الفردية غير أنها مسؤولية ناجمة عن " عمل الخاضعين " و هي كما وصفتها المحكمة في قضية Halilović على أنها : "مسؤولية ناجمة كجزء لتخلف القيام بالتزام " 684.

⁶⁸²Voir Prosecutor c/ NASER ORIĆ , JUGEMENT, LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II , Affaire n° IT-03-68-T, 30 juin 2006, para : 326.

⁶⁸³ Voir Prosecutor c/ NASER ORIĆ, op.cit , para : 326.

⁶⁸⁴ Le tribunal dit :

Cependant, transparaissent dans la jurisprudence postérieure à la Deuxième Guerre mondiale des divergences de vues quant à la nature cette responsabilité : responsabilité du fait des subordonnés ou responsabilité *sui generis* pour manquement au devoir.

Voir : Prosecutor v SEFER HALILOVIĆ, JUGEMENT, Affaire n° :IT-01-48-T, Date : 16 novembre 2005, LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I, SECTION A, para : 42.

و في النظام الرومانوجرماني تظهر جرائم الامتناع في شكلها الجوهري في جريمة عدم تقديم العون لشخص في حالة الخطر⁶⁸⁵.

و من جهة أخرى فهناك اتجاه آخر يرى بأن امتناع القائد يعتبر على درجة من الجسامة بحيث يمكن أن يفسر على أنه يرقى إلى حد " الرضا " أو إلى أنه يتضمن قصدا جرميا .

و لقد أكدت المحكمة في قضية Halilovic على أن هذه المسؤولية مسؤولية بالامتناع لأن القائد يكون مسؤولا عن الإخلال بالتزام مفروض عليه من طرف القانون الدولي ؛ و هذا الامتناع من طبيعة جرمية لأن القانون يفرض عليه " التزاما إيجابيا " للمنع و الردع .

و أن فكرة تحمل القائد للمسؤولية هنا ليس معناه أنه يتقاسم مع الخاضع نفس المسؤولية و لكن نتيجة لقيام الخاضع بهذه الجريمة و امتناع قائده عن ردعها هو ما يحمله المسؤولية⁶⁸⁶.

و قد أوضحت المحكمة في قضية "معتقل سيليبيسي " هذه المقاربة من حيث المفاهيم و التشابه الممكن بين أنواع و صور المسؤولية لسيما المسؤولية المسماة vicarious أو strict و التي تعرف فقط في النظام الإنجلوساكسوني بقولها :

Thus, as correctly held by the Trial Chamber, as the element of knowledge has to be proved in this type of cases, command responsibility is not a form of strict liability. A superior may only be held liable for the acts of his subordinates if it is shown that he "knew or had reason to know" about them. The Appeals Chamber would not describe superior responsibility as a vicarious liability doctrine, insofar as vicarious liability may suggest a form of *strict* imputed liability⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ و يشار إلى المواد 223-226 من تقنين العقوبات الفرنسي لسنة 1992.

See Bantekas (Ilias) ,Principles of direct and superior responsibility..., op.cit, at : 95.

⁶⁸⁶ See Prosecutor c/ Halilovic , trial judgment , para: 54.

⁶⁸⁷ The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, (aka "Pavo"), Hazim Delić, and Esad Landžo, (aka "Zenga"), Case No. IT-96-21-T, Judgement , 16 November 1998 para: 239.

و من خلال هذا الاجتهاد يتضح بأن المحكمة سعت بكل الطرق نفي عدم قيام هذه المسؤولية بدون خطأ كما نفت عنها إمكانية التشابه من حيث وجود العلاقة التراتبية الممكنة في القوانين الخاصة بين العمال و أرباب العمل و التشابه من حيث تحميل المسؤولية و بأن المسؤولية الجزائية للقائد لا تتشابه مع المسؤولية بدون خطأ لكون القائد لابد من تأكيد توفر عنصر العلم لديه و هذا بالنسبة للنوعين من القادة العسكريين أو القادة الآخرين - مدنيين سياسيين إداريين و غيرها..- و لا يمكن أن تُبنى هذه على مجرد العلاقة التراتبية .

و توضيحاً بشكل أكثر فالقول بأن هذه المسؤولية تعتبر مسؤولية بالامتناع دون غير ذلك يمكن الرجوع من جهة أخرى إلى التفرقة بين القادة المدنيين و القادة الآخرين من أن " الإهمال وحده لا يكفي " بالنسبة للقائد المدني فلا بد من إثبات وصول المعلومات إلى القائد بوجود الجرائم و أنه امتنع عن الأخذ بها فتكون مسؤوليته مبنية على التزام بالقيام بفعل و أنه امتنع عن القيام به عمداً⁶⁸⁸.

و بناء على نص المادة 86 من البروتوكول الإضافي الأول فإن طبيعة مسؤولية القائد هي " مسؤولية بالامتناع " و أساسها القانوني هو الالتزام القانوني الوارد في المادة 87 لمنع انتهاكات اتفاقيات جنيف والبروتوكول الملحقين بهما ؛ والطبيعة الخاصة لهذه المسؤولية تنبع من الأحكام الموجهة إلى أشخاص محددين ومعينين وهم القادة العسكريون والسلطات المدنية والذين يعتبرون بمثابة آليات ضمان تنفيذ هذا القانون ؛ فالأحكام الواردة في هذه الاتفاقيات الدولية تجعل من القائد بمثابة آلية من آليات التنفيذ مثله مثل باقي الآليات الأخرى فتوجه له أحكامها وتعتبره بمثابة " الضامن Guarantor " ولذلك فالجرائم المرتكبة هي نتيجة إخفاق القائد في ممارسة الرقابة المطلوبة والقائد أو الضامن لابد عليه أن يتخذ كل الوسائل المتاحة والتي بحوزته للحلول دون ارتكاب الجريمة⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ Frulli (Micaela), Exploring the Applicability of Command Responsibility to..., op.cit., at :1028-1029.

⁶⁸⁹ sereni (Andrea) : « individual criminal responsibility », in Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Flavia Lattanzi, William Schabas(eds), Volume 2, 2004,Pp : 103-119, at : 116 et 118.

و لقد نصت اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 المتعلقة بقواعد و أعراف الحرب بأن : " الجيوش لا بد أن تقاد من طرف قائد مسؤول عن مرؤوسيه " ؛ و ذلك حتى يتمكن من فرض النظام على القوات التابعة له داخل الأراضي المحتلة من طرف دولته⁶⁹⁰؛ و هذا ما تم التعبير عنه بفكرة " القيادة المسؤولة " و بأن عدم التزام القيادة بمسؤولياتها يرتب تحميلها المسؤولية الجزائية⁶⁹¹.

الفرع الرابع : الطبيعة الخاصة لمسؤولية الرئيس السُّلمي " Sui Generis ".

عند اعتبار اجتهد ياماشيتا بدون آثار قانونية — أي عدم اعتباره بمثابة سابقة في المجال- نزول فكرة اعتبار النظرية على أنها "مسؤولية بدون خطأ" من جانب القائد لأن الاجتهاد اللاحق لا يعتبرها كذلك بل يعتبرها مسؤولية ناجمة عن إخلال بالتزام مادام القانون الدولي يفرض على القائد التزاما إيجابيا بضرورة إجبار مرؤوسيه على التقيد بأحكامه ؛ فقد ابتعدت المحكمة الخاصة بنورمبرغ في قضائها عن ما فصلت فيه اللجنة العسكرية في قضية ياماشيتا و اعتبرت بأن هذه المسؤولية لا بد أن يتوفر فيها عنصر الخطأ أو على الأقل يعتبر " الامتناع من جانب القائد من طبيعة جرمية " أي ليس كل امتناع يرتب المسؤولية و إنما الامتناع الذي يوصف ببناء على الظروف و الوقائع على أنه ارتقى إلى درجة وصفه بالجرمي .

و لقد استندت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية blaskic على قضاء محكمة نورمبرغ في قضية Haut Commandement عندما ذكرت المحكمة بأن " كل الأشخاص الذين ينتمون إلى سلم القيادة لا يمكنهم أن يجدوا أنفسهم مسؤولين فقط لأنهم أطراف ينتمون لهذه القيادة ؛ بل لا بد من أن يتوفر

⁶⁹⁰See Yuval Shany and Keren R. Michaeli : « Tha case against ARIEL SHARONE revisiting the doctrine of command responsibility », international law and politics ,2002 , vol: 34, Pp: 797- 886 , at : 817.

⁶⁹¹ Voir affaire n IT-01-47-T , 15 MARS 2006 , para : 67.

إهمال شخصي و أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تستقيم إلا إذا اسند الفعل إلى الفاعل فيكون القائد المعني مسؤولاً إذا وجد بأنه أهمل و أخل بالتزامه المفروض عليه... فيكون لديه إهمال خاص منسوب إليه "692.

و يُفهم من هذا الطرح أن المحكمة قد نفت بشكل كلي فكرة المسؤولية بدون خطأ كنموذج لمسؤولية القائد و اشترطت ضرورة توافر " الإهمال أو الإخلال بالتزام " من طرف القائد و هذا الإهمال لابد أن يسند إلى القائد المباشر و بالتالي لا يمكن لكل قائد على سلم القيادة أن يتحمل المسؤولية .

و لقد وجدت المحكمة في قضية Oric بأن المقصود بعنصر أن يكون القائد مسؤولاً عن سلوكات مرؤوسيه الوارد في المادة (3)7 لا تعني بأن القائد يتقاسم نفس المسؤولية مع المرؤوس الذي ارتكب الجريمة و لكن القائد يتحمل مسؤولية امتناعه عن التصرف؛ و في قضية Hadzihazanovic and Kubura أخذت المحكمة نفس المنحى بحيث وجدت المحكمة المتهمان مذنبان بناء على المسؤولية الجزائية للقائد و ذهبت إلى أبعد من ذلك باعتبار هذه المسؤولية على أنها : Sui Generis مستقلة عن المسؤولية الواردة ضمن أحكام الفقرة 1 من المادة 7 لأن القائد مسؤول عن " امتناعه الخاص " مادام لم يرتكب بصفة شخصية أو يساهم في ارتكاب الركن المادي للجريمة و كذا لم يتقاسم نفس الركن المعنوي مع المرؤوس 693.

و في الرأي الانفرادي للقاضي محمد شهاب الدين الملحق بالقرار المتعلق بالمتهم ناصر أوريك فإنه لا يخرج عن الإشكالية المطروحة في الدراسة كونه يتساءل إن كانت المسؤولية ناجمة عن الإخلال بالتزام مترتب عن السلطة الممنوحة له أم هي ناجمة عن جريمة ارتكبت ماديا من طرف شخص المرؤوس.

⁶⁹² Voir Le Procureur c/ Tihomir BLAŠKIC, Jugement , Date : 3 mars 2000, Affaire n°: IT-95-14-T, para : 321

⁶⁹³ See Elies van Sliedregt: « SYSTEM CRIMINALITY AT THE ICTY INDIVIDUAL RESPONSIBILITY & COLLECTIVE CRIMINALITY » , In: A Nollkaemper/H. van der Wilt (eds.), System criminality in international law, Cambridge 2009, pp. 183-200.

و يرجع القاضي شهاب الدين إلى قضية الجنرال يماشيتا الصادر عن اللجنة العسكرية للولايات المتحدة و هذا لكون اللجنة قد توصلت إلى أنه من غير المنطقي أن يكون القائد قاتلا أو مغتصبا لكون أحد الجنود التابعين له قد ارتكب جريمة قتل أو اغتصاب لاسيما أمام الاستحالة المادية التي تمنع القائد من ارتكاب ألف جريمة اغتصاب في يوم واحد ؛ و لذلك فإن النتيجة التي يتوصل فيها إلى اعتبار القائد مذنبا عن الجرائم المرتكبة من طرف مرؤوسيه فإن ذلك لا يعني أن القائد قد ارتكب بصفة مادية هذه الجرائم و إنما إذا تم تسليط عقوبة على القائد فإن ذلك يكون لكونه لم يتم بمنع ارتكاب الجريمة و هذه المعطيات تؤخذ بعين الاعتبار في مقابل العقوبة المسلطة على المرؤوسين لكونهم تمكنوا من تنفيذ الجريمة ؛ و إذا وقع تشابه محتمل في تسليط العقوبة على القائد و على المرؤوس فإن ذلك لا يعني بأنه تم إسناد السلوك الإجرامي الذي قام به المرؤوس إلى القائد 694 .

و عند القول بأن القائد تسلط عليه عقوبة ناجمة عن إخلاله بالتزام و واجب الرقابة في مقابل العقوبة المسلطة على المرؤوسين لكونهم ارتكبوا الجريمة فإن ذلك يعني أن المحكمة ستقدر العقوبة المسلطة على القائد لكونه لم يمارس السلطة و ليس لكونه ساهم في ارتكاب الجريمة ،لأن القول بأن العقوبة المسلطة على القائد ناجمة عن ارتكابه لجرائم مرؤوسيه تعتبر فكرة غير صحيحة واقعا و كذا قانونيا ، و هي في الحقيقة تناقض مبدأ أن المتهم لا يمكن أن يعاقب " إلا بناء على سلوكه الخاص " هذا المبدأ الثابت بموجب الأنظمة القانونية الجنائية المعاصرة و كذا القانون الجنائي الدولي 695 .

⁶⁹⁴Voir LE PROCUREUR c/ NASER ORIC , Affaire n° : IT-03-68-A, 3 juillet 2008, ARRÊT, déclaration du juge SHAHABUDDEEN , para : 22.

⁶⁹⁵ Ibid , para : 23-25.

و لقد اعتبرت المحاكم الخاصة من جهة أخرى عند تطرقها لعنصر العلاقة السببية و الذي وجدته غير واجب التوافر في هذا النوع من المسؤولية لأن المسؤولية الجزائية القائد من طبيعة خاصة *sui generis* و هذا لكونها مختلفة عن باقي طرق المساهمة الواردة بالمادة 369/7 .

و الأكثر من ذلك فإن الطبيعة الخاصة لهذه المسؤولية تكون في الحقيقة نابعة من فكرة أنه حتى التطبيقات الواقعة على المستوى الداخلي للدول قد أثبتت أن هذه المسؤولية تم اعتبارها في فرنسا و بريطانيا و كندا طريقة من طرق " الإشتراك في الجريمة *responsabilité pour complicité* " لأن الإمتناع الصادر عن القائد اعتبر على أنه : عمل من أعمال المساعدة أو التحريض 697.

و خلصت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في استنتاجاتها حول الطبيعة القانونية إلى أن ما صدر من اجتهاد لاحق أمام محكمة نورمبرغ و طوكيو و اللجان العسكرية و كذا البروتوكول الملحق لاتفاقيات جنيف لاسيا المواد 68 و 87 منه لم تفصل في مسألة الطبيعة إن كانت إخلال بالتزام أو جريمة عن الغير – المرؤوس – ؛ و حتى أن المادة 3/7 أيضا لم تبين ذلك مما أدى بها إلى الرجوع إلى تقرير الأمين العام للأمم المتحدة و كذا تقرير لجنة الخبراء .

المبحث الثاني : العلاقة بين النوعين من المسؤولية .

كثيرا ما تتداخل المسؤولية الجزائية الفردية في القانون الدولي الجنائي بين ما يعتبر مسؤولية مباشرة ناجمة عن السلوكات الإجرامية المرتكبة بصفة شخصية أو التي قد يخطط لها الفاعل أو يشارك في ارتكابها مع الغير و بين المسؤولية الجزائية الفردية الغير مباشرة كتلك التي يكون للمتهم فيها مركزا قانونيا وظيفيا

⁶⁹⁶ Voir : Prosecutor v SEFER HALILOVIĆ, JUGEMENT, op.cit , para : 78.

⁶⁹⁷ و لأجل ذلك يمكن الرجوع مثلا :

Article 4 de l'ordonnance française du 28 août 1944 :
Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont toléré les agissements criminels de leurs subordonnés.

Prosecutor v Halilovic' (Judgment) Case No IT-01-48-T, Trial Chamber (16 November 2005) para .43

راقيا يعطيه الحق في الرقابة و يتمتع عن ممارسة هذا الواجب بمنع أو ردع الجرائم التي ترتكب من طرف الأشخاص الخاضعين لسلطته ؛ فما طبيعة العلاقة بين النوعين من المسؤولية ؟ و هل يمكن الجمع بينهما ؟ .

المطلب الأول: عدم التفرقة بين القادة والأفراد العاديين في حال تحميل القادة المسؤولية الفردية المباشرة

و المقصود بالمسؤولية الفردية المباشرة للقائد هي المسؤولية الناجمة عن قيامه المباشر بارتكاب الجريمة أو التي شارك فيها هو " شخصا " بأعمال المساعدة أو العون أو الأمر أو التحريض في مقابل مسؤوليته غير المباشرة الناجمة عن امتناعه عن ردع أو منع ارتكاب الجريمة التي ارتكبها " التابعون " .

ويلجأ القضاء الدولي عندما ترتكب جرائم خطيرة إما إلى عدم الاعتداد كلية بصفة القائد أو بمركزه (عسكري - سياسي - مدني) فيوضع في سلة واحدة مع الجندي البسيط أو المنفذ العادي .

فقد فصلت المحاكم الأمريكية المنعقدة بعد الحرب العالمية الثانية لمحاكمة مجرمي الحرب في قضية Mauthausen عند محاكمتها لـ 61 متهما بأن حالة المركز الذي أودع فيه الضحايا و التي تم فيه قتل جماعي داخل غرف الغاز " كان بحكم طبيعته يشكل جريمة جنائية لا يمكن لأي مسئول حكومي رسمي أو لأي عسكري أو مدني أو لأي مستخدم في إدارة المركز ألا يكون مسئولا جنائيا عن ذلك ؛ وذلك لأن كل شخص من هؤلاء لا يمكنه أن يجهل الأفعال التي كانت ترتكب في المركز 698 " ، ويمكننا أن نستنتج من هذا القضاء أن المحكمة هنا لما توصلت من خلال التحقيق أن جريمة قتل السجناء ووضعهم داخل غرف الغاز فعل اشترك في ارتكابه الجميع سواء بشكل مباشر بالفعل أو المساعدة ؛ كما أنه فعل علم به الجميع بحكم تواجد الغرف ووجود الجثث و استحضار وسائل تشغيل الغاز و استمرار العمليات و بالتالي لا

⁶⁹⁸ Voir LE PROCUREUR c/Dusko Tadic olia « dule »,op.cit,para :676.

حاجة للفصل بين الأفراد العاديين " المنفذين " أو قادة المركز لأنهم هم أيضا متورطون في العملية و بالتالي مساهمون بشكل مباشر فيها .

وعدم التفرقة هذه ربما ترجع أصولها التاريخية إلى ميثاق المحكمة الخاصة بنورمبرغ (المادة 06) ونسخته ميثاق طوكيو (المادة 05) عندما ذكرت بأن القادة والمنظمين والمحضرين والشركاء الذين ساهموا في ارتكاب مخطط واحد أو مؤامرة لارتكاب إحدى الجرائم يعتبرون مسئولين "...".

كما أن مسألة ارتباط محاكمات نورمبرغ بالمجرمين الكبار فقط ليس معناه - حسب رأيي - تقسيم فئات المجرمين (قادة وأفراد) أي أن يكون هناك فصل بين الأفراد والقادة من حيث المحاكمة وهو ما يخالف محتوى الفرع محل الدراسة ؛ وإنما بالنظر إلى طبيعة الجرائم ؛ جرائم دولية ليس لها مكان جغرافي محدد تختص بها المحكمة الدولية المنعقدة في نورمبرغ و جرائم ارتكبت على أراضي دولة واحدة لأن الجرائم المرتكبة على أراضي دولة واحدة تخص المحاكم الدولية للدولة التي ارتكبت على أراضيها الجريمة للفصل فيها .

و عدم التفرقة في تحميل المسؤولية بين القادة و الأفراد نابعة أيضا من أنظمة المحاكم الدولية فقد نصت أنظمة محكمة يوغسلافيا و رواندا في المواد : (2)7 (2)6 و المادة 7 من ميثاق محكمة نورمبرغ و المادة 27 من النظام الأساسي ل (م.ج.د) بشكل متقارب على " عدم الاعتداد بالصفة الرسمية للفاعل " و بأن النظام الأساسي للمحكمة يطبق على جميع الأشخاص بصورة متساوية ؛ وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيسا لدولة أو حكومة أو عضوا في حكومة أو برلمان أو ممثلا منتخبا أو موظفا حكوميا ؛ لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية ؛ كما لا تحول الحصانات أو القواعد

الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص .

و الهدف من تضمين هذه المقتضيات هو عدم جعل الشخص الذي يأمر بارتكاب الجريمة أو يتسبب في ارتكاب جريمة دولية في مركز قانوني أفضل من منفذ أو مرتكب الجريمة بحكم منصبه أو الحصانة التي يتمتع بها ⁶⁹⁹ ؛ فلا يوجد في القانون الدولي الجنائي مراكز قانونية تدرجية هرمية من حيث تحميل المسؤولية فلا الصفة و لا المركز يجعل الشخص بمنأى من المتابعة و يتحمل المسؤولية مثله مثل أي فرد ارتكب جريمة دولية .

و من جهة أخرى فإن الملاحظ هو أن المحاكم لا تشترط توافر أركان خاصة تميز بين المسؤولية المباشرة للفرد و للقائد في حال تحميل القائد المسؤولية المباشرة في حين يتطلب الأمر توافر أركان خاصة في حال متابعته بصفته قائدا و هذا ما جعل على سبيل المثال هيئة الدفاع في حق المتهم Hadlihasanovic تقدم عريضة استئناف تبين فيها خطأ المحكمة عندما لم تميز بين النوعين من المسؤولية بموجب المواد (1)7 و (3)7 ⁷⁰⁰ ؛ و لقد أكد الدفاع وجود اختلاف حول القصد الجنائي و كذا حول طبيعة المسؤولية التي تختلف عن جميع صور المساهمة التي أوردتها المادة (1)7 بين مسؤولية القائد و المسؤولية الفردية ؛ و الأكثر من ذلك هو أن المحكمة أخطأت بشكل جسيم عندما حاولت اللجوء إلى إثبات المسؤولية إلى القضاء أمام محكمة نورمبرغ مستندة كذلك على المادة السادسة من نظام المحكمة و المتعلق حسب الدفاع بـ :

⁶⁹⁹ See :Eser,op.cit,p :780

⁷⁰⁰ INTERLOCUTORY APPEAL ON DECISION ON JOINT CHALLENGE TO JURISDICTION , CASE NO: IT-01-47-PT , 27 November 2002 , para: 28 .

"Leaders, organizers, instigators and accomplices" ؛ و هؤلاء الأشخاص يمكن متابعتهم بناء على نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام محكمة يوغسلافيا و ليس الفقرة الثالثة ؛ لأن المسؤولية التي سيتابعون بها ليست بالإمتناع و إنما هي مسؤولية مباشرة و بالتالي لا حاجة للمحكمة اللجوء إلى البحث عن سوابق أو البحث في القانون الدولي العرفي بما لا يتطابق من حيث الجوهر ⁷⁰¹.

و فضلا عن ذلك فإن القانون الدولي الجنائي يشترط لقيام مسؤولية الفرد توفر : القصد الجنائي لدى الفاعل ؛ كما يشترط الركن المادي له ؛ وسعيا لإثبات عدم وجود أو وضع أي معيار للتفرقة بين مسؤولية الفرد والقائد في حال إجراء متابعة للقائد بصفته الشخصية يمكن سياق الاجتهاد الصادر عن المحاكم الدولية لمجرمي الحرب النازيين في قضية united states of america v wilhelm list بقولها بأن المحكمة حتى يمكنها اعتبار المتهم - وهو قائد عسكري برتبة جنرال في الجيش الألماني ⁷⁰² - على أنه مذنب لا بد أن نسند له وجود قصد جنائي قبل التصريح بإصدار أي حكم في حقه ؛ وفي غياب ذلك فلا يمكننا القول بأن جريمة ما قد ارتكبت بناء على فعل إجرامي يعلم فيه المتهم و يقصد ما يفعله ⁷⁰³.

و تعليقا على ذلك فإننا نجد بأن المحكمة هنا قد انطلقت من القواعد العامة و بالتالي لم تضع أركانا خاصة للجريمة و إنما اتبعت القواعد العامة و الأكثر من ذلك هو أن الكثير من الفقهاء قد ذكر بأن أحكام المسؤولية الجزائية للقائد الواردة بالمادة 28 " تكمل complement " أحكام مسؤولية الفرد الواردة في المادة 25 أو هي عبارة عن " امتداد " لها ⁷⁰⁴ ؛ و بالتالي فنفس القواعد تطبق عليهما معا .

و لقد احتاج المدعى العام لدى محكمة يوغسلافيا السيدة لويس أربور لوقت كبير قبل إصدار مذكرة اتهم ضد الرئيس السابق سلوبودان ميلوزيفيتش بالجرائم ضد الإنسانية لعدم وجود أدلة كافية ضده بحكم أنه

⁷⁰¹ INTERLOCUTORY APPEAL ON DECISION ON JOINT CHALLENGE TO JURISDICTION , op.cit, para : 30-31.

⁷⁰² See :W.Parks, op.cit,p :58.

⁷⁰³ Voir : LE PROCUREUR c/Dusko Tadic olia « dule »,op.cit,para :675.

⁷⁰⁴ See :ambos ,op.cit,p :770 .

كان ينكر ارتكابها علنا أمام الصحافة الدولية ؛ غير أن الحل المعتمد تجسد في أنه إذا لم تكف الأدلة للإثبات على أن القائد أو الرئيس قد أمر بارتكاب الجرائم - هذه الجرائم الموجودة فعلا- فإنه يلجأ إلى اتهامه على أنه امتنع عن ردعها⁷⁰⁵؛ و من خلال هذا الطرح أيضا نجد بأن الفكرة هو أن هيئة المتابعة قبل اتخاذ أي قرار بشأن المتابعة أو الاتهام فإنها تبحث في السبيل الملائم الذي يحقق الأهداف و يتلاءم مع القواعد التي ستطبق في المستقبل لأننا نعلم أهمية وثيقة الاتهام لأنها تشكل الخطوة الأولى لعدالة و إجراءات سليمة .

المطلب الثاني : عدم الجمع بين المسؤوليتين معا : عن مسؤوليته كفرد وعن مسؤوليته كقائد .

انطلاقا من بعض الأفكار العامة يمكننا الوصول إلى نتائج عميقة حول العلاقة بين المسؤوليتين الفردية وتلك المتعلقة بالقائد وهذا استنادا إلى آراء الفقهاء البارزين وأحكام القضاء الدولي الجنائي ثم أخيرا المادة 25 و 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

ذكر الأستاذ fenrick بأن الأشخاص المتواجدين في مركز قيادي : كقيادي الجيش أو بالقادة السياسيين يمكن متابعتهم شخصا بناء على نفس القواعد مثلهم مثل باقي الأفراد إذا تعلق الأمر بتطبيق قواعد المساهمة الجنائية ؛ كما يمكن متابعتهم عن الجرائم التي امتنعوا عن ردعها إذا لم يقوموا بواجب رقابة تابعيهم⁷⁰⁶.

ولقد ذكرت المحكمة الخاصة برواندا في قضية أكايوسو بأن المواد (1)6 و (3)6 تتضمنان نوعين مختلفين من المسؤولية و بالتالي لابد النظر إليهما بصفة منفصلة؛ ذلك أن المادة (1)6 تتضمن القواعد الجوهرية للمسؤولية الجزائية للفرد بينما المادة (3)6 بخلاف ذلك تشكل نوعا ما استثناء من القواعد الواردة في المادة (1)6 وكما يتفرع عن القانون العسكري بصفة خاصة ما يسمى بمبدأ مسؤولية القادة عن سلوكات تابعيهم أو اختصارا " مسؤولية القادة " command responsibility " ⁷⁰⁷ .

⁷⁰⁵See : WILLIAM A. SCHABAS, An Introduction To The International Criminal Court ,Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p : 106.

⁷⁰⁶ See :w.j.fenrick : « individual criminal responsibility for violation of international humanitarian law » , in refugee law in context : the exclusion clause , p.j van kriecken (Ed) ,T. M.C asser press ,the Hague ,the roling foundation and the authors , 1999, Pp :119-122, At :121.

⁷⁰⁷ See :the prosecutor V. jean Paul akayesu ,case No ICTR-96-4-T, judgment ,2 September 1998,para : 471.

وأولى أوجه التفرقة قامت بها المحكمة تعلقت بالركن المعنوي فأوجه أو صور المساهمة كما تم بيانها أعلاه تقتضي أن يعلم الفاعل أو أن يرتكب الجريمة " بعلم منه " بينما مسؤولية القائد كما حددتها المادة (3)6 لا تقتضي بالضرورة من القائد أن يتصرف بعلم حتى يتحمل المسؤولية و إنما " أن تكون لديه من الأسباب ما يسمح له بالعلم " بأن الخاضع له بصدد ارتكاب الجريمة و يتمتع عن اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع أو ردع ارتكاب الجريمة⁷⁰⁸؛ و هذه التفرقة إذ قامت بها المحكمة إنما الهدف منها هو التأكيد على وجود اختلاف بين النوعين من المسؤولية من حيث الركن المعنوي أي أن المسؤولية المباشرة التي يتحملها الفرد يكون عنصر العلم فيها "حقيقيا" بينما المسؤولية التي يتحملها القائد يميل عنصر العلم فيها إلى كونه "مفترضا" لكون مسؤولية القائد مبنية على الامتناع و هذا عندما ليس فقط أن " يعلم " و إنما أيضا أن تكون لديه أسباب تسمح له بالعلم ؛ و بالتالي فمعيار العلم بالنسبة للنوعين من المسؤولية مختلف و هذا ما يؤدي حسب المحكمة إلى عدم الجمع بينهما .

ولقد قضت المحكمة الخاصة برواندا بأنه من " غير الملائم " أن يتم إعلان المتهم على أنه مذنب بناء على تهم وجهت إليه بناء على المواد (1)6 و (3)6 من الميثاق " معا " .

عندما بناء على نفس المتهم ونفس الوقائع يتم تحميل المتهم المسؤولية بناء على الماديتين معا مع توافر الأركان القانونية لهما معا وبالتالي فإن الدائرة الابتدائية عليها تحميل المسؤولية بناء على المادة (1)6 وحدها وتبقي على مركز المتهم في سلم القيادة على أنه ظرف مشدد ؛ وأن الجمع بينهما يعتبر " خطأ " ⁷⁰⁹.

و لقد أوضحت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية " مركز سيليبيسي " هذه التفرقة بين النوعين من المسؤولية من الجانب القانوني بشكل واضح بقولها : بأن مسؤولية القائد عن الجرائم التي ساهم فيها بشكل

⁷⁰⁸ See : the prosecutor V.j.p.akayesu, *op.cit.* para :479.

⁷⁰⁹ Voir : LE PROCUREUR c/F.Nahimana ,barayagwiza H.Ngeze ,*op.cit.*,para :487-488.

مباشر أو ما يسمى " بالمسؤولية المباشرة " تنشأ إذا قام القائد بسلوك إيجابي حيال ارتكاب الجريمة و ذلك بأن يقوم بالأمر بارتكابها أو التحريض عليها أو التخطيط لها و قد نظمت ذلك الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي ؛ بينما يقوم النوع الثاني " بالامتناع " و هي النصوص عليها بالفقرة الثالثة و تكون عندما يمتنع القائد عن اتخاذ الوسائل الضرورية لمنع أو ردع الجرائم المرتكبة من طرف الخاضع ؛ وهما تختلفان في كون الأولى ناشئة عن القواعد العامة للمساهمة الجنائية و الثانية ناشئة عن الامتناع و تقوم إذا وجد التزام قانوني بالتصرف⁷¹⁰ .

و الاتجاه العام الذي تنحاه المحاكم الخاصة في قضائها عموماً هو أنها إذا لم تتمكن من إثبات المسؤولية المباشرة للمتهم بمفهوم المادة (1)6 و (1)7 من أنظمتها فإنها تلجأ إلى إثبات المسؤولية بناء على المواد (3)6 و (3)7 المتعلقة بمسؤولية القادة و كأن الأخيرة تصبح بمثابة " البديل default liability " ⁷¹¹ ؛ و هذا بطبيعة الحال متى توفرت أركان الجريمة المطلوبة .

و هو نفس ما توصلت إليه في قضائها في قضية Kayishema & Ruzindana من " أن المادة (3)7 من النظام الأساسي هي التي تطبق و هذا إذا لم يأمر المتهم بارتكاب هذه الجرائم ⁷¹² " ؛ و المعلوم أن الأمر بارتكاب الجريمة وارد ضمن المسؤولية المباشرة للفرد أي الفقرة الأولى فنلاحظ بأن المحكمة إذا لم تجد المتهم مذنباً بناء على مسؤوليته المباشرة تلجأ إلى المسؤولية غير المباشرة كبديل لها .

و لقد وصفتها المحكمة في قضاء آخر بأنها مسؤولية " احتياطية " ⁷¹³ مقارنة بالمسؤولية الأصلية فتشكل بذلك القواعد المتعلقة بالمسؤولية الفردية عموماً هي الأصل و تشكل قواعد مسؤولية القائد قواعد احتياطية و بهذه المزاجية تتمكن المحكمة من تحقيق ردع أكبر و تطبيق أفضل لقواعد القانون الدولي الإنساني ؛ و الملاحظ من جهة أخرى أن مسؤولية القائد ليست مسؤولية نابعة عن سلوك أو جريمة ارتكبها هو شخصياً ؛ و لكن عن جريمة مرتكبة من طرف الغير امتنع هو عن وقفها أو ردعها كما أوضحته

⁷¹⁰ See Prosecutor v. Zejnil Delalic Zdra Vko Mucic also known as "PA VO" Hazimdelic Esad Landzo also known as "ZENGA", Judgment, Case No.: IT-96-21-T, 16 November 1998, Para : 333-334.

⁷¹¹ See : ambos, op.cit, p : 770a .

⁷¹² Voir : Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana, Case No. ICTR 95-1-T, Judgment, Trial Chamber, 21 May 1995, para : 223.

⁷¹³ Voir : Prosecutor v. Krstic Case No. IT-98-33/T, Judgment, Trial Chamber, 2 Aug. 2001, para : 366-369.

المحكمة في قضية " Halilović " 714 ؛ و بالتالي فهناك تمييز بين النوعين و المحكمة إنما تؤكد دائماً في قضائها على ذلك لعلمها الدائم بالخيط الرفيع الذي يفصل بينهما .

و في جميع الأحوال فإن الفكرة التي يمكن الوصول إليها هو أن النوعين من المسؤولية " منفصلين " من حيث المبدأ و لا يكمن تحميل المتهم بهما معاً فلا يكون الشخص مسؤولاً بصفة مباشرة عن ارتكابه الجريمة و مسؤولاً بصفة غير مباشرة عنها بناءً على امتناعه في نفس الوقت ؛ و قد توصلت المحاكم الجنائية الخاصة إلى أنه من " غير الملائم " الجمع بينهما ؛ و لكن في نفس الوقت يمكن أن تكون إحداها " بديلاً " للآخر ؛ أو أن تقوم مسؤولية القائد بصفة احتياطية لمسؤوليته الفرد العادي إذا توفرت أركانها ؛ و هذه التطبيقات نابعة من شعور المحاكم بضرورة ردع انتهاكات القانون الدولي الإنساني بصفة شاملة و لعلمها بالخيط الرفيع الذي يميز بين النوعين من المسؤولية .

و على العموم فإن هناك إتجاه من طرف المحاكم الخاصة على استعمال المسؤولية المباشرة في حالة اجتماعها مع المسؤولية غير المباشرة " كحل بديل kind of fall-back liability " كما يذكر أ كاي أمبوس و هذا في حالة عدم إثبات الوقائع بناءً على نص المادة (1)6, (1)7 من ميثاق المحاكم الخاصة برواندا و يوغسلافيا - على التوالي - 715.

و لقد توصلت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا في قضية Radoslav Brđanin بأنه إذا حدث و أن تمت متابعة شخص ما بناءً على المواد (1)7 و (3)7 فإنها تكتفي بتطبيق القواعد المتعلقة بإحداها فقط دون اللجوء إلى أعمال الصورتين معاً؛ بل تلجأ إلى أعمال الصورة التي يظهر فيها سلوك المتهم " بكل وضوح la plus caractéristique " و لا توجد الحاجة إليهما معاً ؛ و إذا اقتضت الضرورة ذلك فإن المحكمة تطبق

⁷¹⁴ See :Judge Bakone Justice Moloto : « Command Responsibility in International Criminal Tribunals », Berkeley Journal of International Law Publicist ,2009 , Pp : 12-25, at : 15.

⁷¹⁵ See Kai (Ambos) , Current Issues In International criminal..., op.cit., At : 250.

أحكام المادة (1)7 و تعتبر مركز المتهم القيادي كظرف مشدد⁷¹⁶ ؛ و هذا ما توصلت إليه المحكمة في قضية Aleksovski بقولها بأن مسؤولية المتهم باعتباره قائدا و مسؤولا قد ساهمت بشكل مباشر في تشديد ظروف الجريمة و هي ذات الجرائم التي ساهم في ارتكابها بشكل مباشر ؛ و حتى و إن كان المتهم Aleksovski قد تم تشديد العقوبة في حقه بناء على المركز الذي القيادي الذي يشغله إلا أنه لم تتم متابعته على أنه ارتكب الجرائم كقائد و كمساهم مباشر معا⁷¹⁷.

و لقد ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك في قضية Tihomir Blaski حين اعتبرت من أنه من غير المعقول متابعة المتهم على أنه قام بصفة شخصية بالتخطيط و التحريض و الأمر بارتكاب الجرائم و في نفس الوقت نطالبه و نتابعه على أنه لم يقم بمنع أو بردع الانتهاكات التي يرتكبها الخاضعون لسلطته أي تقيم مسؤولية القائد بالامتناع وفقا لنص المادة (3)7 و مسؤوليته المباشرة بناء على الأمر و التخطيط و التحريض⁷¹⁸ ؛ و أعتقد أن رأي المحكمة في قضية Tihomir Blaski جد صائب لأنه من غير المنطقي و المعقول متابعة شخص عن جريمة ارتكبها أو خطط لها ثم نتابعه في نفس الوقت عن جريمة أهمل منع ارتكابها بصفة غير مباشرة نتيجة إهماله مراقبة أشخاص تحت سلطته القيادية لأن كل نوع من المسؤوليتين له قواعده الخاصة و أركانه و الحيلة التي توصلت إليها المحاكم هنا هي أن تأخذ الصفة القيادية للمتهم كوسيلة لتشديد العقوبة في كلتا الحالتين كما ذهبت إليه في قضية Čelebići عندما ذكرت و هي بصدد توجيه الدوائر الابتدائية بأنه في حالة الأخذ بمسؤولية المتهم المباشرة يمكن اعتبار مركزه كقائد ظرفا مشددا

⁷¹⁶Voir Le Procureur c/ Radoslav Brđanin , Jugement , Date : 1er septembre 2004, Affaire n° : IT-99-36-T, para : 284-285.

⁷¹⁷ Voir : Arrêt Aleksovski, para . 183.

⁷¹⁸ Voir Le Procureur c/ Tihomir BLAŠKIC, Jugement , Date : 3 mars 2000, Affaire n°: IT-95-14-T, para : 337-339.

و في الحالة العكسية إذا تم النظر إلى مسؤولية القائد بالامتناع و في نفس الوقت لاحظ ارتكاب و مساهمة القائد في القيام بالجريمة بصفة شخصية فإن ذلك أيضا يؤخذ كظرف مشدد⁷¹⁹.

المطلب الثالث : استغراق التزام القائد بالمنع لجميع صور مسؤولية

الفرد عن الجريمة المرتكبة من طرف الخاضع .

تقوم المسؤولية الجزائية للقائد عندما يرتكب التابع الجريمة و يمتنع القائد عن وقفها أو ردعها ؛ ويفسر سلوك الخاضع هنا على أنه " ارتكب commis " جريمة ؛ وفقا لما تنص عليه الأنظمة الأساسية للمحاكم الخاصة بيوغسلافيا برونادا أو بسيراليون أو حتى بالمحكمة الجنائية الدولية و بعبارة أخرى فإن القائد يتحمل المسؤولية عندما يرتكب التابع لجريمة بصفة شخصية و مباشرة و بالتالي فالقائد لا يتحمل المسؤولية عن الجرائم التي يرتكبها الخاضع و التي تمت بصفة غير مباشرة أي عن طريق الاشتراك وغيره .

و الملاحظ أن المحكمة الخاصة برونادا غرفة الاستئناف المشكلة من خمسة قضاة⁷²⁰ ؛ استندت على قضايا سابقة وذكرت بأن المادة (3)7 من ميثاق محكمة يوغسلافيا تضم وتشمل صور وأنواع السلوكات الإجرامية من طرف التابع ؛ ليس فقط " القيام بالفعل " بالمفهوم الضيق للكلمة وإنما كل صور وأنواع المساهمة الجنائية الواردة في المادة (1)7 .

وكما سبق للمحكمة أن أكدت بأن مصطلح " ارتكب " الوارد في المادة (3)7 مستوحى من المادة 86 (2) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ، وأن هذه الكلمة في النظام الأساسي مستعملة بالمفهوم العادي والواسع للكلمة و بمفهوم المخالفة ليس بمعنى التقني و الضيق الوارد في البروتوكول الملحق⁷²¹ .

⁷¹⁹ Voir Arrêt Čelebići, par. 745.

⁷²⁰ وهم على التوالي : الرئيس Fawsto pocar ومحمد شهاب الدين ومحمد قبني و andrésia vaz و theodor meron ولا سيتهان بالثقل الذي تقيمه هذه التشكيلة لسيما بالنسبة للثاني والخامس .

⁷²¹ الزيادة بالمائل من عندي .

وكما هو وارد في البروتوكول الإضافي الأول : فإن الديباجة قد ذكرت بأن أهداف وغايات البروتوكول هي السعي لتطوير حماية ضحايا النزاعات المسلحة وتشديد آليات تطبيقها ؛ وبأن هذه الاتفاقيات (اتفاقيات جينيف والبروتوكول الملحق بها) لابد أن تطبق بشكل كلي وفي جميع الظروف وعلى جميع الأشخاص ؛ وبأن هدف تحميل المسؤولية الجزائية للقادة كما هو محدد في المواد 86(2) و 87 وهو ضمان إنفاذ قواعد القانون الدولي الإنساني بواسطة هذه الآلية معنى أن يصبح القادة كأدوات لإنفاذ القانون ؛ ووضع حد للانتهاكات الواسعة لقواعده و ضمان وجود آليات فعالة لإحالة القائمين بالانتهاكات أمام العدالة .

و نظرا لكل هذه المعطيات - حسب المحكمة - فإن دائرة الاستئناف لا يمكنها أن تقبل بحصر التزام القائد بمنع أو ردع ارتكاب الجريمة الماسة بالقانون الدولي الإنساني في أو اتجاه الأفعال التي يرتكبها الخاضع أو التابع بصفة فردية وشخصية وتستثنى تلك التي قد يرتكبها عن طريق المساهمة ولذلك فإن فعل : "ارتكب" كما هو مستعمل في المادة 7(3) يجب أن يفهم بمفهومه العادي والواسع للكلمة⁷²² .

و بالتالي يتضح أن القائد يعتبر مسئولا عن الأعمال التي يرتكبها الخاضع و التي قد : " يخطط و يحرض على ارتكابها ؛ يأمر بها ، ارتكبها ، أو ساعد وشجع بأي سبيل آخر على التخطيط أو الإعداد لها أو تنفيذها ؛ و ليس فقط أن يكون مسئولا عن الجرائم التي يرتكبها التابع حتى تلك التي ساهم في ارتكابها بطريقة غير مباشرة عن طريق التخطيط أو التحريض أو الأمر و حتى عن طريق أعمال المساعدة و العون فيجد القائد نفسه يتحمل جميع سلوكات الخاضع التي تشكل جرائم في نظر القانون الدولي الجنائي و التي تدخل في اختصاص المحاكم الدولية .

⁷²² Voir : LE PROCUREUR c/F.Nahimana j.barayagwiza H.Ngeze ,op.cit,para 485.

و لقد أجابت محكمة يوغسلافيا في قضية *Kordic & Cerkez* بشكل صريح على أن أي مسؤولية تكون بمقتضى المادة (3)7 تعتبر " متضمنة subsumed " في المادة (1)7⁷²³ و لأجل ذلك يمكن القول بأن الإلتزام الملقى على عاتق الرئيس أو القائد هو إلتزام عام و يستغرق كل صور السلوكات الإجرامية التي يقوم بها الخاضع المرؤوس .

الخاتمة :

عرفت نظرية مسؤولية الرئيس السلمي من خلال التطور التاريخي لها عدة مراحل جوهرية فبعد أن كان قانون مسؤولية القائد عبارة عن توصيات لقادة الجيوش الرسمية أو النظامية بضرورة التحكم في الجيوش

⁷²³ Voir : *Prosecutor v. Krstic* Case No. IT-98-33/T, Judgment, Trial Chamber, 2 Aug. 2001, para : 366-369.

حماية للنفس البشرية و الممتلكات و أماكن العبادة و المستشفيات ليتم تعديتها لجميع الاتفاقيات اللاحقة فيما يسمى : " بالقيادة المسؤولة " تم الانتقال بها إلى مفهوم أكثر عمقا و قانونية فيما اصطلح على تسميته ب : "مسؤولية القادة " مما يجعلها مسؤولية ناجمة أو مترتبة عن المركز القيادي لصاحبها وفقا لأركان خاصة و نموذج مخصوص .

غير أنه منذ قضاء نورمبورغ و طوكيو و المحاكمات التي تمت بموجب القانون رقم 10 أصبح هناك قضاء ثابت يلغي مسألة الحصانة و يحمل القائد مهما كانت درجته القيادية في الدولة المسؤولية المباشرة عن الجرائم التي أمر بارتكابها أو حرّض أو خطط لها؛ و كذا تحميله المسؤولية الغير مباشرة (بالامتناع) عن الجرائم التي علم بارتكابها من طرف الخاضعين لسلطته و لم يتخذ بشأنها أي إجراء أو وسيلة لوقف أو لردع الانتهاك عنها .

و تعتبر المسؤولية الجزائية للقادة أهم وسيلة من وسيلة ردع الجريمة الدولية ؛ ذلك أن الجرائم التي تمس المجتمع الدولي لم تكن لترتكب لولا مشاركة أعلى قيادات الدولة فيها أو امتناعهم عن القيام بواجباتهم المفروضة عليهم بموجب القانون الدولي الجنائي .

و قد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية :

1- أظهر التطور التاريخي توضيح فكرة القيادة : عسكرية - مدنية - سياسية ؛ قائدا - رئيسا ؛ يمارس سلطته بحكم الواقع أو بحكم القانون ؛ و بأن تطبيق النظرية يمس دون استثناء كل الأطراف المذكورة بما في ذلك القادة المدنيين .

2- تم توضيح أركان المسؤولية و هي ثلاثة : الركن المادي و الذي يتجسد في " الامتناع الجرمي " ؛ و الركن المعنوي ؛ و كذا العلاقة التراتبية و بأن هذه الأركان معترف بها بشكل نهائي ؛ أما بخصوص ركن العلاقة السببية فإنه يبدو من خلال صياغة نص المادة 28 من نظام المحكمة الجنائية الدولية أنها تتضمن هذا الركن و هو ما بينته دائرة ما قبل المحاكمة في قضية جون بيار بمبا.

3- إنشاء الجهاز القضائي الجنائي الدولي الدائم بموجب اتفاقية دولية أظهر: إخراج مسؤولية القادة و تمييزها عن المسؤولية الفردية ؛ كنتيجة حتمية للقضاء الصادر عن المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا و رواندا بدليل فصل مسؤولية القادة عن المسؤولية الفردية في النظام

الأساسي لـ : (م.ج.د) بخلاف ما كان مطبقا في المواد 3/7 و 3/6 من نظاما المحكمتين الخاصة بيوغسلافيا و رواندا و سيراليون .

4- وجود مسؤولية مباشرة للقائد مرتبطة بالمسؤولية الجزائية الفردية يعامل فيها القائد مثله مثل أي فرد آخر إذا أمر أو خطط أو حرّض على ارتكاب الجريمة بموجب المادة 25 من النظام الأساسي (م.ج.د) .

5- وجود مسؤولية جنائية غير مباشرة بموجب المادة 28 خاصة بالقادة ؛ و تمييز القادة العسكريين عن باقي الرؤساء الآخرين فيما يخص العنصر المعنوي ؛ و الذين يقصد بهم جميع الأشخاص الذين يمتلكون سلطة فعلية قانونية أو مادية كالمدنيين و السياسيين و الإداريين ؛ و قد عكست صياغة المادة 28 بعد أن بينت مفهوم الرئيس العسكري أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري في الفقرة الأولى إلى تحديد مفهوم القادة المدنيين في الفقرة الثانية بقولها : " فيما يتعلق بعلاقة الرئيس و المرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1 " و هذه الصياغة ترك انطبعا بأن .

6- أن المعيار المعتمد للتمييز بين القادة العسكريين و القادة الآخرين إذا كان متساويا مع القضاء الدولي الجنائي العرفي فيما يخص القادة العسكريين فهو لا يعكس هذا التطور بخصوص القادة الآخرين و بأن ميثاق (م.ج.د) قد أدى إلى وضع يمكن وصفه بأنه نوع من التراجع مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الوضع لولا قبول صياغته النهائية على هذا النحو في المناقشات لما تم الأخذ به فهو بالتالي "الحد الأدنى المتفق عليه" خير من عدم وجوده لعدم حصول اتفاق على معيار أعلى منه .

7- وجود وضعية خاصة تربط العلاقة بين القادة و الخاضعين أو التابعين في حالة صدور أمر سواء كان مشروع أو غير مشروع حسب الحالة يرتب مسؤولية الخاضع بناء على نص المادة 33 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ؛ و يحتمل القائد المسؤولية وفقا لأحكام المادة 25 و ليس بناء على نص المادة 28 .

8- ترتيب أولويات المتابعة تجاه المسؤولين الأكثر نفوذا ثم الأدنى فالأدنى كسياسة متبعة لدى الادعاء أمام المحاكم الخاصة و كذا لدى مدعى عام (م.ج.د) .

9- توضيح الأطر العامة لمسؤولية القائد و علاقته بالخاضعين له وفقا للجدول المبين أدناه في الملحق رقم (1) .

و من جهة أخرى لا ينبغي أن يفوتنا التذكير بأن التطور الذي تعرفه النظرية في الآونة الأخيرة يجعل منها في تحول مستمر سواء من حيث إجراءات المتابعة أو من حيث المسؤولية أو حتى من جانب العقوبة سيما أمام المحكمة الجنائية الدولية التي تقوم بالتركيز على قمة الهرم في السلطة مما يعكس إلى حد كبير القوة التي أصبحت تمثلها العدالة الجنائية الدولية .

- قائمة المراجع :

1- المراجع باللغة العربية :

أ - الكتب :

جون ماري منكوتس و لويز دوزوالد بك ، القانون الدولي الإنساني العرفي ؛ المجلد الأول : القواعد ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2007

محمود شريف بسيوني ، المحكمة الجنائية الدولية : نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاکم الجنائية الدولية السابقة طبعة نادي قضاة مصر، 2002 .

- القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، 2007 .

- المحكمة الجنائية الدولية : مدخل لدراسة أحكام و آليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى 2004 .

محمود نجيب حسني ، دروس في القانون الجنائي الدولي ، دار النهضة العربية ، 1959-1960

نبيل محمود حسن ، المسؤولية الجنائية للقادة في زمن النزاعات المسلحة ، المصرية للطباعة والنشر، 2008 .

عبد الفتاح بيومي حجازي ؛ المحكمة الجنائية الدولية "دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي النظرية العامة للجريمة الجنائية الدولية نظرية الاختصاص القضائي للمحكمة "؛ دار الفكر الجامعي ، 2004

عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الجزء الأول الجريمة ، دار الهدى ، بدون سنة طبع

شريف حلتيم ، المحكمة الجنائية الدولية المواءمات الدستورية و التشريعية مشروع قانون نموذجي، الأمم المتحدة ، فبراير 1999 ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الرابعة ، 2006 .

ب - المقالات :

حسين عيسى ما الله : " مسؤولية القادة والرؤساء والدفع بإطاعة الأوامر العليا "، القانون الدولي الإنساني دليل لتطبيق العملي على الصعيد الوطني، تقديم الأستاذ أحمد فتحي سرور، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى 2003، ص ص :

المستشار عادل ماجد : " مسؤولية رجال السلطة عن الجرائم الجسيمة ضد المتظاهرين وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و القوانين الوطنية " ؛ ورقة عمل مقدمة بالمؤتمر الإقليمي حول المحكمة الجنائية الدولية ؛ الدوحة 24 - 25 مايو 2011

2- En Français :

A- Ouvrages :

Gaston (S) –Levasseur : Droit pénal général, Dalloz, 16ème édition, 1997 .

(G)-bouloc (B)

efan)

: Droit international pénal conventionnel, établissement Emile Broylant, Bruxelles, 1957.

: Infraction internationale : ses éléments constitutifs et ses aspects

Juridiques », librairie général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957 .

Henckaerts(Jean – Marie) : Droit International Humanitaire Coutumier , Volume I :Règles , et **Doswald- Beck** (Luise) Bruylant , 2006 .

Huet (A)-Koering : Droit pénal international, PUF, 2ème édition, avril 2001 .

Joulin (R)

Hencraerts (Jean marie) : Droit International Humanitaire Coutumier, Volume I : Règles, Etablissement Emile Broylant, 2006 et **wald-beck** (L)

Lombois (Claude) : Droit Pénal International, Dalloz, 2ème édition, 1979 .

Maison (rafaelle) : La Responsabilité Individuelle pour Crime d`Etat en Droit International Publique, édition Bruylant, Bruxelles, 2004 .

Muller-Rappard (E) : L'ordre supérieur militaire et la responsabilité du subordonné, Paris (Pédone), 1965

B- Articles :

Alié (Maryse) : « *les chambres extraordinaires établies au sein des tribunaux Cambodgiens pour juger les hauts responsables khmers rouges* » Revue belge de droit international 2005/1-2 ,Pp :583-621.

Boisvert (Anne-Marie) et Dumont(Hélène) : « *Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit*

Petrov (Martin) *pénal international"*, 2004 ,Vol 9- 1 ,Revue Canadienne de Droit Pénal, Pp : 93-135.

Bourgon (Stéphane) : « *la doctrine de la responsabilité du commandement et la notion de lien de subordination devant le tribunal pénal international pour*

L'ex-Yougoslavie », Revue québécoise de droit international

(Hors-série) 2007, Pp : 95-118.

: « *La responsabilité des commandants militaires et la mise en œuvre du droit international humanitaire* », in perspectives Humanitaires entre conflits - droit et action, boustany. K et dormoy.d (édi), bruylant, 2002, Pp : 157-178 .

Carlizzi (Gaetano) : « *l'hypothèse spéciale de responsabilité du supérieur hiérarchique dans Le statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* », in la justice

- hoc ;études des
droit
giuffré
- pénal international dans les décisions des tribunaux ad-
law clinics en droit pénal international ,études des law clinics en
pénal international ,Emanuela fronza , Stefano manacor (eds),
edito,2003, Pp : 146-168.
- Castillo (Maria)** : « la compétence du tribunal pénal pour la Yougoslavie » ,revue générale
de droit International public ,1994 N1, Pp :61-86.
- Cissé (Catherine)** : « Premier bilan des activités judiciaires du tribunal pénal international
pour le Rwanda » , Annuaire Africain de Droit International, Volume 4
(1996) , Pp : 269-278.
- Dufour (Geneviève)** : « *la défense d'ordres supérieur existe-t-elle vraiment ?* », Revue
International de la croix rouge, n 840, décembre 2000, Pp : 969-992 .
- Grondin (Rachel)** :« *la responsabilité pénal du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un
défaut d'état d'esprit* », revue général de droit , 2004(34), Pp : 309-341
- Henzelin (Marc)** : « *Les raisons de savoir* » du supérieur Hiérarchique qu'un crime va être
*Commis ou a été commis par un Subordonné, Examen de la
Jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour L'ex-
Yougoslavie et le Rwanda* », in actualité de la Jurisprudence Pénale
Internationale Bruylant, Bruxelles, 2004, Pp : 81-125 .
- Laucci (cyril)** : « *Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit*

international humanitaire réflexions sur la mission des tribunaux pénaux internationaux et les moyens de l'accomplir », international review of red cross , june 2001 , vol :83, N 842 , Pp : 407-438.

Mahiou (Ahmed) : « les crimes de guerre et le tribunal compétent pour juger les criminels de guerre », *Revue algérienne des relations Internationales*, N 14 ,1989. Pp :41-53.

Mallea (Eduardo) : « *L'excuse des ordres supérieurs et le droit International humanitaire* », In *Implementation of international Humanitarian Law*, frites Kalshoven et Yves Sandoz, Martinus Nijhoff Publisher, 1989, Pp : 297-331 .

Marini (Gaetano) : « *La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales: aspects introductifs* », la justice pénal international dans les décisions des tribunaux ad-hoc ,études des law clinics en droit pénal international ,Emanuela Fronza , Stefano Manacor (eds) ,giuffrè edito,2003, Pp : 142-145.

Martin (Fanny) : « *Les compétences juridictionnelles RATIONE PERSONAE ,RATIONE international TEMPERIS ET RATIONE MATERIAE du Tribunal pénal pour Le Rwanda* », la justice pénal international dans les décisions des tribunaux ad-hoc ,études des law clinics en droit pénal international ,études des law clinics en droit pénal international ,Emanuela Fronza , Stefano Manacor (eds), giuffrè edito,2003, Pp : 198-212.

Nasser (Zakr) : « *la responsabilité du supérieur Hiérarchique devant les tribunaux Pénaux internationaux* », Revue International de droit Pénal, vol 73, 2002, Pp : 59-80 .

Pellet (Alain) : « *La responsabilité pénale individuelle, alternative aux sanctions collectives?* », in V. Gowlland Debbas ed., *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer, La Haye, 2000, pp. 105-116.

: « *Le projet de Statut de Cour criminelle internationale permanente - vers la fin de l'impunité ?* », in Héctor Gros Espiell Liber Amico rum , Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1057-1085.

: « *Pour la Cour pénale internationale quand même! - Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine* », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 5, 1998, pp. 143-163

: « *La C.P.I. - Compétence matérielle et modalités de saisine* », in *La Cour pénale internationale : colloque Droit et démocratie*, Documentation Française, Paris, 1999, pp. 41-54.

: « *Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie - poudre aux yeux ou avancée décisive ?* » *Revue générale de droit international public*, 1994, pp. 7-60.

: « *L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* »
(avec Hervé Ascensio), *Annuaire français de droit international*, 1995,
pp. 101-136

: « La juridiction pénale internationale de Nuremberg à La Haye », *Le Monde Juif - Revue d'histoire de la Shoah*, 1996, n° 156, pp. 92-104

Quéguiner (JEAN-FRANÇOIS) : « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *international review of red cross*, june 2003 , vol :85, N 850 , Pp : 271-311.

Robert (Marie-Pierre) : « La Responsabilité Du Supérieur Hiérarchique Basée Sur La Négligence en Droit Pénal International », in *Cahiers De Droit*, Vol: 49, n 3, 2008, Pp : 413-453

: « L'évolution de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *Revue du Barreau* , Tome 67, 2007-2008 , Pp : 1-38 .

Thiam (Doudou) : « *responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle* » , Le droit international à l'aube du XXI' siècle Réflexions de codificateurs, International Law Commission, ONU, New York, 1997, ,Pp :329-337

Verhaegen (jacques) : « *le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels* », Revue International de la croix rouge, n 845, mars 2003, Pp : 35-50 .

Victoria (Abellán Honrubia) : « *La responsabilité internationale de l'individu* » , Recueil des cours de L'Académie de Droit International, Volume 280 ,(1999), pp. 135-428

3- En Anglais :

A- Books :

Bassiouni (Cherif) : Crimes Against Humanity In International Criminal Law, second revised edition, Kluwer Law International. 1999 .

Boas (GIDIEON) : Forms Of Responsibility In International Criminal Law,International

Bichoff (JAMES L) Criminal Law Practitioner Library Services ,Volume I , Cambridge **L.Reid**
(NATALIE) University Press , 2003.

: Elements Of Crimes Under International Law , International
 Criminal Law Practitioner Library Series , Cambridge University Press,
 Volume II, 2009.

Bantekas (Ilias) : Principles of direct and superior responsibility in international
 humanitarian law , juris publishing , 2002

Bantekas (Ilias) : International criminal law, Second edition, Cavendish Publishing
 And **Nash (Susan)** Limited, 2003 .

Cassese (Antonio) : The Oxford Companion to international criminal justice , oxford
 university Press , 2009.

Cryer (Robert) : An Introduction to international criminal law and procedure ,
Friman (Hakan) Cambridge University Press ,2007 .
Darryl (Robinson) and
Wilmshurst (Elisabeth)

C. Green (Leslie) : Superior Orders in National and International Law , Publié par BRILL
 , 1976 .

Henckaerts (Jean – Marie) : Customary International Humanitarian Law , VOLUME II , PRACTICE,
Et **Doswald –Beck**(Luise) Part 1, Cambridge university press , 2005.

Schabas (William) : An Introduction To The International Criminal Court ,Second Edition, Cambridge University Press, 2004.

: The International Criminal Court A Commentary on the Rome Statute
,Oxford Commentaries on International Law , oxford university
Press ,
2010.

Schabas (William)& : Routledge Handbooks of International Criminal Law , Routledge Taylor
Bernaz (Nadia) & Francis group, 2011.

Keijzer (nico) : Military Obedience, sijthoff and noordhoff, 1978 .

Knoops : Defenses In Contemporary International Criminal Law , Second
(Geert-Jan Alexander) Edition, 2008 Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

Meloni (Chantal) : Command Responsibility In International Criminal Law, T.M.C Asser
press , 2010

Rockwood(Lawrence) : Walking Away From Nuremberg : just war and the Doctrine of
Command Responsibility, University of Massachusetts Press,2007.

Sato (Hiromi) : The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility , Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011

Sandoz (Yves) , Swinarski (Christophe) : Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 International Committee of the Red, Cross , Martinus Nijhoff Publishers , Geneva 1987 .
Zimmermann (Bruno) ,

Slidregt (E.Van) : The Criminal Responsibility of Individuals For Violation of International Humanitarian Law , Cambridge University Press , 2003.

Steven R. Ratner and Juanson S Abrams : Accountability for Human Rights Atrocities in International law Beyond the Nuremberg legacy, second edition, oxford university Press , 2001.

Sunga (Lyal s) : Individual Responsibility in International law For Serious Human Rights violations, Martinus Nijhoff Publisher,

Takemura(Hitomi) : International Human Right to Conscience to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders, Springer, 2008.

Werle (Gerhard) : Principle of International Criminal Law , T.M.C Asser press , Second Edition , 2009.

B- Articles :

Aksar (Yusuf) : « The Concept of Command Responsibility? Superior or Objective Responsibility In International Humanitarian Law:The Practice of The ICTY and the ICTR and Their possible Import on The ICE », Turkish Review of Balkan Studies, Pp:5-26.

Alleman (lindsay Nicole) : « Who is in charge, and who should be? The disciplinary role of the Commander in military justice systems », Duke journal of Comparative and International Law, vol : 16, 2006, Pp : 169-191 .

Almeida (Iris) : « Accounting For Crimes : the role of international criminal tribunal in effectively addressing impunity », Refuge, vol : 17, N 3 , August 1998, Pp :14-20

Arnold(Roberta) : « Command responsibility : A case Study of alleged violations of the Laws of War at Khiam Detention Centre », Journal of conflict and security law , vol 7, 2002, Pp : 191-231 .

Arnold (R) and Triffterer (O) : « Responsibility of Commanders and Other Superior », , in O Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court , Beck-Hart-Nomos, Munich 2008 , Pp : 795-843.

Aubert (Maurice) : « The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding Officers in The Protocol Additional to The Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to The Protection of victims of international armed conflicts (protocol I) of 8 June 1977 », International Review of red cross, n 263, March-April,1988, Pp:105-120 .

fred) :« military leadership and the law », California Law review, vol 47, 1959, Pp : 828-871.

Bassiouni (Cherif) : « Former Yugoslavia : Investigating Violations Of International Humanitarian Law And Establishing An International Criminal Tribunal », FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL,1995,vol 18/4 , Pp : 1191-1211

Bantekas (Ilias) : « the interests of states versus the doctrine of superior responsibility », International review of Red Cross, n 838, December 2000, Pp : 391-402
: « the contemporary law of superior responsibility », American journal of International law, vol : 93, n 3, July 1999, Pp : 573-595 .

Barrett (Nicole) :« Holding Individual Leaders Responsible For Violations Of Customary international Law:The U.S. Bombardement Of Cambodia And Laos », Columbia Human Rights Law Review,2001,vol :32,Pp: 429-476.

Bakker (Jeanne L) : « The Defense Of Obedience To Superior Orders : The Mens Rea Requirement », In Transitional Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Par Neil J. Kritz Editor, Publié par US Institute of Peace Press, 1995, Pp: 441-455.

Barboza (J) : « international criminal law »,Recueil des cours, Volume 278 , Hague Academy of International Law,2000,Pp :1-200

nes) : « Defence of Superior Orders Before Military Commissions », Duke journal of Comparative and International law, vol : 13, 2003 Pp : 389-441 .

Bonafe I (Beatrice) : « Finding a proper role for command responsibility », Journal of International criminal justice, 2007, Pp : 1-20 .

Bostedt(Frederic Pierre) : “ The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia : judgments In 2005 ” , Chinese Journal Of International Law (2006) , Vol 5 , No 3 ,Pp :683-717

ochen **C.Cockerham (William)** : « Obedience to orders : issues of morality and legality in combat Among US army paratroopers », social forces, vol : 58, June 1980, Pp : 1272-1288 .

- Caroline (Fournet)** : «When the Child Surpasses the Father Admissible Defences in International Criminal Law», International Criminal Law Review, Vol.8, No. 3 , 2008, Pp: 509-532
- C.Green (Leslie)** : « Fiftieth Waldemar A. Solf Lecture in International Law Superior Orders and Command Responsibility », Military Law Review, vol 175, March 2003, Pp : 309-384 .
- :« Superior orders and Command responsibility », The Canadian Yearbook of International Law, vol: 27, 1989, Pp: 167-202 .
- :« Command Responsibility in International Humanitarian Law » , Transnatl L & Contemp Probs, (1995) 5,
- Schabas (William A.)** : « Groups protected by the genocide convention : conflicting interpretation from the international criminal tribunal for Rwanda “, ILSA Journal International and Comparative Law ,1999-2000 , vol : 06 , Pp : 375-387.
- Ching (Ann B.)** : « evolution of the command responsibility doctrine in the light of the Celebici decision of the International criminal tribunal for the former Yugoslavia, North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation , 1999, vol:25, Pp: 167-205.
- Cryer (Robert)** : « Superior orders and the international criminal court », in

International conflict and security law, edited by : R.burchill and
Authers, Cambridge University Press, 2005, Pp : 49-67 .

: « the boundaries of liability in In International Criminal Law Or
selectivity by stealth “ , journal of conflict and security law, 2001,
vol :6, n 1, Pp:3 – 31

: « general principles of liability in international criminal law » ,in
The permanent international criminal court : legal and policy issues ,
Dominic McGoldrick,Peter J. Rowe,Eric Donnelly (eds), Hart
Publishing, 2004 , Pp :233- 262

: « Taylor, Hussein, Milošević, Will the Leaders Face Justice? » , in:
Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und
Verfassungsrecht Nr. 1/2007, 2-5.

: « Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities »

Göttingen Journal of International Law 1 (2009) 1, Pp : 45-75

Danesh (Sarooshi)

: « Command responsibility and the Blaškić case » , The
International and Comparative Law Quarterly, vol : 50, issue 2, Pp:
452-465

Danner (Allison Marston) : « Guilty associations : joint criminal entreprise, command And **Jenny (s.martinez)** responsibility, and the development of International criminal Law », California Law review, vol 93, 2005, Pp : 75-169 .

Danner (Allison Marston) : « When Courts Make Law : How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War » , Vanderbilt Law Review ,Vol 59, January 2006, Number 1, Pp : 1-65 .

Darcy (Shane) : « Imputed Criminal Responsibility and the goals of international justice », Leiden journal Of International law, vol :20, 2007, Pp : 377-404 .

D'Amato (Anthony) : « Superior orders Vs. Command Responsibility », American journal Of International law, vol : 80, 1986, Pp : 604-608 .

D.Burnett (Weston) : « Command responsibility and a case study of the criminal Responsibility of Israeli military commanders for the pogrom at Chatila and sabra », Military law review, vol : 107, 1987, Pp : 71-189 .

Dixon (Rodney) : « Prosecuting the leaders : the application of the doctrine of superior Responsibility before the United Nation ICTs for the former Yugoslavia and Rwanda », in Refugee law in context : the Exclusion Clause, edited by peter j van kriecken , T.M.C asser Press, the Hague, 1999, Pp : 123-141 .

D.Landrum (Bruce) : « The Yamachita war crime trial : command responsibility then and Now », Military law Review, vol : 149 , 1995 , Pp : 293-301 .

D.levine (M.james) : « The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior civilian leadership : does the international criminal court Have the correct standard? », Military law review, vol : 193, 2007, Pp : 52 - 96 .

D.mitchell (Andrew) : « Failure To Halt, prevent Or Punish : the Doctrine of Command Responsibility for War Crime », Sydney law review, vol 22, 2000, Pp : 381 - 410 .

D.Murphy : « Doctrine of Command Responsibility In U.S Human Rights Cases », American Journal of International law, vol : 96, n 3, jul 2002, Pp : 719 - 723 .

Dormann (Knut) : « Contributions by the ad hoc tribunals for the former Yugoslavia and REWANDA to the ongoing work on elements of crimes in the context of the ICC » , *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* , 2000, Pp: 284-286 .

D.Solis (Gary) : « Obedience to orders : history and abuses at Abu gheraib prison »
 , Journal of International criminal justice, (2004)-2, Pp : 988-998

: « obedience of orders and the law of war : judicial application in
 American forums », American universite of international law
 Review, 2000 , Pp : 481-526 .

Duttwiler(Michael) : « Liability for omission in international law » , international
 criminal law review, 2006(6) ,Pp : 1-61

Epps (Valerie) : « The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or
 Face death himself », New England law review, vol : 37, 2003,
 Pp : 987-1013 .

Eduardo (Greppi) : « The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under
 International law », IRRC, n 885, September 1999, Pp : 533 et
 Suiv .

Eser (Albin) : « Defences In War Crime Trials », in War crimes in international
 Law, edited by yoram dinstein and mala tabory, Martinus nijhoff
 Publishers, 1996, Pp : 251-273 .

: « Individual Criminal Responsibility , in:Antonio Cassese

Paola Gaeta John R.W.D. JONES (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary, Oxford : Oxford Univ. Press. (2002), Pp. 767-822

Fenrick (W.J)

: « Individual criminal Responsibility for violation of international Humanitarian law, in refugee law in context : the exclusion Clause, edited by peter j van kriecken, T.M.C assers press, the Hague, 1999, Pp : 119-122 .

: « In the field with UNCOE investigating atrocities in the territory of former Yugoslavia » , the military law And law of war review , 1995 ,vol: 1 , Pp : 33 - 71.

: « some international law problems related to prosecutions before the international criminal tribunal for the former Yugoslavia » , Duke journal of comparative and international law , 1995, vol : 6, Pp : 103- 125.

: « the development of the law of armed conflict through the jurisprudence of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia » , journal of armed conflict law , 1998, vol: 3 , Pp: 197-232.

Frunli (Micaela)

: « Exploring the Applicability of Command Responsibility to

Private Military Contractors » , Journal of Conflict & Security Law , (2010), Vol. 15, No. 3, Pp : 435–466 .

Gaeta (Paola) : « The Defence of superior orders : the statute of the International Criminal Court Versus Customary International law », European Journal of International law , vol : 10 , 1999 , Pp : 172-191 .

Garraway (Charles) : « Superior orders and the International criminal court : justice Delivred or justice denied », international review of Red Cross, n 836, December 1999, Pp : 785-794 .

: « Command responsibility victor's justice or just desserts? », in International conflict and security law, edited by : R.bruchill and Authers, Cambridge university press, 2005, Pp : 68-83 .

G.Eckharde (William) : « Command criminal responsibility : a plea for a workable Standard », Military law review, vol : 97, 1982 , Pp : 1-34 .

Gerhard (Werle) :« Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute J Int Criminal Justice, September 2007; 5: 953 – 975

Greenfield (Daniel M) : « The Crimes of Complicity In Genocide: How The International Criminal Tribunals For RWANDA and Yugoslavia gott It Wrong, and why it Matters », The Journal of Criminal Law & Criminology , Vol. 98, No. 3 , 2008 , Pp : 921-952

Greenwood :«Command Responsibility and the *Hadžihasanović* Decision »,
(Christopher) J Int Criminal Justice, Jun 2004, 2, Pp : 598 - 605.

: « The Prosecution of war crimes in the former Yugoslavia »
, Bracton law journal , 1994, vol :13 , pp: 13-22 .

: « the development of international humanitarian law by the International criminal tribunal for the former Yugoslavia “ , max Planck yearbook of united nation law , 1998-2 , Pp : 98-140,

G.Newman (Stephen) : « Duress as a defence to war crimes against humanity – Prosecutor V.Drazen erdemovic », Military law review, vol , 2000, Pp : 159-172 .

Hansen (victor) : « What’s good for the Goose is good for the gander lesson from Abu Graib : time for the United States to adopt a standard of Command responsibility towards its own » , Gonzaga law

Review, vol 42/3, 2006/07, Pp : 1-80 .

Hilderling (Antoinette) : «International criminal responsibility for abuse of power? », Journal On Science and World Affairs, Vol. 3, No. 1, 2007,Pp : 15- 28 .

Hinek (Silva) : « The superior orders defence : embraced at last », the newzealand Postgraduate law E-journal, 2005, Issue 2, Pp : 2-50 .

I.Smidt (Michael) : « Yamachita, Medina, and Beyond : Command Responsibility in Contemporary Military Operations » , Military law review, Vol : 164, 2000, Pp : 155-234 .

Jenny S.(Martinez) :« Understanding *Mens Rea* in Command Responsibility: From *Yamashita* to *Blaškić* and beyond », Journal of international Criminal justice, July 2007, 5, Pp :638 – 664 .

Jia (Bing bing) : « the Doctrine of command responsibility revisited », Chinese Journal of International law, vol : 3, 2004, Pp : 1-42 .

: « the Doctrine of command responsibility : curent problems », Year Book of international humanitarian law, vol : 03, 2000, Pp : 131-165 .

J.Obrien (Edward) : « the Nuremberg Principles Command Responsibility, And the Defence of captain Rockwood », Military law review, vol : 149, 1995, Pp : 275-291 .

J.Osiel (mark) : « Obeying orders : atrocity, military discipline, and the law of War », California Law Review, vol : 86, n 5, October 1998, Pp : 939-1129 .

J.paust (Jordan) : « My lai and vietnam : Norms Myths and leaders Responsibility », Military law review, vol : 57, 1972, Pp : 99-187 .

: « After MY LAI : the case for war crime Jurisdiction over civilians in federal district courts», Texas law review ,1971, vol:50, Pp:6-34.

Kai (Ambos) : « superior responsibility », in Cassese, Gaeta, Jones (ed), the Rome statute of the International criminal court : A Commentary , vol : 2, oxford, oxford univ press, 2003, Pp : 805-854 .

: « joint criminal enterprise and command responsibility », Journal of international criminal justice, 2007, Pp : 159-183 .

: « Individual Criminal Responsibility in International law : A Jurisprudential Analysis From Nuremberg to the Hague », In Substantive and Procedural Aspects of International Criminal

law, McDonald and Swaak editors, Kluwer Law International,
2000, vol : 1, Pp:3-31.

: « General Principles of Criminal Law in the Rome Statute »,
Criminal Law Forum, Vol : 10 ,1999, Pp : 1-32.

: « defences in international criminal law » , In research handbook
on international criminal law ,bertram S.brown (eds) ,cheltenham
et al elgar ,2011,Pp : 299- 229 .

: « Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of
attributing international crimes to the 'most responsible » , In: A.
Nollkaemper/H. van der Wilt (eds.), System criminality in
international law, Cambridge 2009, pp. 127-157.

: « Remarks on the General Part of International Criminal Law » ,
Journal of International Criminal Justice , 4 (2006),Pp: 660-673

Law

: « Current Issues In International criminal law », Criminal
Forum 14 , 2003 , Pp : 225–260.

Keijzer (Nico)

: « A plea for the defence of superior order », Israel yearbook on
Human rights, vol : 8, 1978, Pp : 78-103 .

Kelsen (H)

: « Collective and individual Responsibility in International law
with Particular Regard to the punishment of War Criminal »,

California Law review, vol 31, 1943, Pp: 530-571 .

: « Will The Judgment In The Nuremberg Trial Constitute a
Precedent In International Law ? »,The International Law
Quarterly ,Volume 1, No. 2, Summer 1947, Pp : 153-171.

Kirschen Baum (Aaron) : « A cog in the wheel : the defence of obedience to superior
Orders in Jewish law », Israel yearbook on Human rights,
vol : 4, 1974, Pp : 168-193 .

Knoops :«The Transposition of Superior Responsibility onto Guerrilla
(Geert-Jan Alexander) Warfare under the Laws of the International Criminal Tribunals »
,International Criminal Law Review, Volume 7, Numbers 2-3,
2007 , Pp: 505-529 .

Langston (Emily) : « The superior responsibility doctrine in International law :
Historical continuities, innovation and criminality : Can Est
Timor’s special panels bring militia leaders to justice »,
International criminal law review, vol 4, 2004, Pp : 141-183 .

Laviolette(Nicole) :«Commanding Rape : sexual violence, Command Responsibility,
and the prosecution of Superior by the International Criminal
Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda»,The Canadian
Yearbook of International Law, vol: 36, 1999, Pp: 93-149.

Levie (Howard S) : « The rise and fall of an international codified denial of the defense of superior orders », the military law And law of war review , 1991, vol: 1, Pp: 183-204.

Libby (sean) : « defective control : problems arising from the application of non- military command responsibility by the International criminal tribunal for rawanda », Emory International law review ,2009, vol:23, Pp:201-230.

Lippman (Matthew) : « Humanitarian law : the uncertain contours of command responsibility », Tulsa journal of comparative and international law , 2001-2002 , Pp: 1-93

: « Conundrums Of Armed Conflict: Criminal Defenses To Violations Of The Humanitarian Law Of War », (1996) 15 Dickson Journal of International Law,

Martti (Koskenniemi) :« Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law », J Int Criminal Justice, Sep 2004, 2, Pp : 810 –

825.

Meernik (James)

: « reaching inside the state: International law and superior Liability », International studies perspectives, vol 5, Issue: 04, November 2004, Pp: 356-377.

Meloni (Chantal)

:«Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?», J Int Criminal Justice, July 2007; 5: 619 - 637.

Meron (Theodor)

: « The humanization of humanitarian law » , american journal of international law , april 2000, vol : 94, no 2 , Pp : 239- 278

No. 3 ,

: « International Criminalization of Internal Atrocities » , The American Journal of International Law, Vol. 89, (Jul, 1995) , pp. 554-577

: « Is International law Moving towards criminalization » ,European Journal of international law, 1998(9), Pp: 18-31.

International

Vol. 100,

: « Reflections on the Prosecution of War Crimes by Tribunals »,The American Journal of International Law, No. 3 (Jul., 2006), pp. 551-579

: « War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law », The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 3 (1994), pp. 551-579

: « The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia », FOREIGN AFFAIRS, Summer 1993, vol: 72, n : 3, Pp : 122-135.

M.rockof (Jennifer) : « prosecutor V.Zejnil delalic “the celebici case “ », Military law Review, vol: , 2000, Pp : 173-199 .

Minow (Martha) : « living UP to roles : holding soldiers responsible for abusive Conduct and the dilemma of the superior orders defence », MCGILL law journal, vol 52, 2007, Pp : 1-54 .

: « what the rule of law should mean in civics education : from The following orders defence to the classroom », journal of Moral education, vol : 35, n 2, June 2006, Pp : 137-162 .

Mirjan (damaska) : « The Shadow Side of Command Responsibility », American Journal of comparative law, vol : 49, summer 2001, Pp : 455-496 .

Mundis (Daryl.A) : «Crimes of The Commander : Superior Responsibility Under Article A (3) of The ICTY Statute », In International Criminal Law Developments In The Case Law of The ICTY, Boas and Schabas eds, 2003, Pp : 239-278.

criminal : « current developments at the AD-Hoc international tribunals” , journal of international criminal justice , 2003 , Pp : 520-554

Musmanno (Michael.A) : « Are subordinate officials penally responsible for obeying superior orders which direct commission of crime? » Dickinson law review, 1963, vol : 67 , Pp : 212-233 .

Moloto (Bakone Justice) : «Command Responsibility in International Criminal Tribunals » , Berkeley Journal of International Law Publicist ,2009 , Pp : 12-25

Nyamuya Maogoto (Jackson) : « presiding over the ex-president : A look at superior Responsibility in the light of the Kosovo indictment », Deakin Law Review, vol 7, n 1, 2002, Pp : 1-35 .

: « The superior orders defence : A game of musical chairs and The jury is still out », Flinders journal of law reform, 2007(10), Pp : 1-26 .

Newton (Michael A.) : « Why Criminal Culpability Should Follow the Critical Path:

and **Kuhlman (Casey)** Reframing the Theory of 'Effective Control' » , Netherlands
Yearbook of International Law, 2010, Vol. 40, No. XL, pp. 3-73.

Obote-odora (alex) : « The statute of the international criminal tribunal for Rwanda :
Article 6 responsibility », the law and practice of
International courts and tribunals, 2002-1, Pp: 343-366.

O'Brien (WILLIAM V) : « The law of war ,command responsibility and Vietnam » , The
Georgetown law journal ,1972, vol: 60,n 3, Pp : 605 -664 .

O'Brien (JAMES C.) : « The International tribunal for violation of international
humanitarian law in the former Yugoslavia » , American journal
of International law , 1993, vol : 87, Pp : 639-659.

O'Brien(Melanie) : «The Ascension of Blue Beret Accountability: International
Criminal Court Command and Superior Responsibility in Peace
Operations» , Journal of Conflict & Security Law, (2010), Vol.
15, No. 3,Pp: 533–555

Osiel(Mark) : «The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass
Atrocity » , Columbia. Law Review ,vol : 105, (2005), Pp: 1751

-

Oosterveld (vaterie) and : « Holding Leaders Liable for Torture by Others : Command

- C.Flah (Alejandra)** Responsibility And Respondeat Superior as frameworks for Derivative Civil liability » , In Torture as Tort comparative Perspectives On the Development of transnational Human Rights litigation, edited by Graig Scout, Hart Publishing, Oxford 2001, Pp : 441-464 .
- Parks (William)** : « Command responsibility for war crimes », Military law Review, vol 62, 1973, Pp : 1-104 .
- Patel King (Faiza)** : « Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia” , European Journal of International law 9 (1998), 757-760.
- and La Rosa (Anne-Marie)**
- Payam,(Akhavan)** : « The Contribution of the Ad Hoc Tribunals to International Humanitarian Law." American University International Law Review 13, no. 6 (1998): 1509-1539.
- and : « the international criminal tribunal for Rwanda : the politics pragmatics of punishment “ , the American journal of international law , vol : 90 , N3, jul 1996 ,Pp : 501-510
- Pocar (Fausto)** : « Criminal Proceedings before the international criminal tribunals for the formers Yugoslavia and Rwanda » , The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2006, vol: 5 , Pp: 89-102.

Powell(Cathleen) : « General Principles Of International Criminal law “ , In African
And **Erasmus**(Adele) Guide To International Criminal Justice , Edited By Max Du Plessis
, 2008 ,Pp :143-180

Roberta (Arnold) : « Command Responsibility : A Case Study of Alleged Violations
of the Laws of War at Khiam Detention Centre», J Conflict
Security Law, Oct 2002, 7, Pp: 191-232.

Roling (v.A.bert) : « Criminal responsibility for violation of the law of war »,
Revue Belge de Droit international, vol : XII, 1976, 1, Pp : 8-26.

Rowe (peter) : « Duress as a defence to war crimes after Erdemovic : a
Laboratory for permanent court? », yearbook of international
Humanitarian law, vol : 1, 1998, Pp : 210-228 .

: « Liability for (WAR CRIMES) during a non-international armed
conflict » , the military law And law of war review, 1995, Pp :
149-168

Saland (per) : « international criminal law principle » , in The International
Criminal Court: the making of the Rome Statute- issues
negotiations results, edited by Roy s.lee , kluwer law international
1999, Pp : 189-216

- Sander** (Barrie) : « Unravelling the confusion concerning successor superior responsibility in the ICTY jurisprudence », *Leiden Journal of International Law*, 2010, vol:23, Pp: 105-135.
- Shany** (Yuval) and **Keren** (R.Michaeli) : « The case against ARIEL SHARON revisiting the doctrine of command responsibility », *International Law and Politics*, 2002, vol: 34, Pp: 797- 886
- Schabas** (William) : « Enforcing international humanitarian law : catching the accomplices », *International Review of Red Cross*, June 2001, vol : 83, no : 842, Pp : 439- 459
- : « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part I1) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6/4, 1998, Pp : 400-428.
- S.Carter** (Kim) : « Command responsibility and superior orders in the Rome Statute », in *The Changing Face of International Criminal Law : Selected Papers*, June 2002, Pp : 169-181 .
- Sereni** (Andrea) : « Individual criminal responsibility », in *Essays on the Rome*

Statute of the International Criminal Court, Flavia Lattanzi,
William Schabas(eds), Volume 2, 2004,Pp : 103-119

Scaliotti (Massimo) : « Defences Before the International Criminal Court : Substantive
Grounds for Excluding Criminal Responsibility – part 1 »,
International Criminal Law Review, vol 1, 2001, Pp : 111-172 .

Sengheiser (jason) : « Command Responsibility For Omission and Detainee abuse in
the "War on Terror" »,Thomas Jefferson Law Review, vol :30,
2008 , Pp : 693-721.

Shraga (Daphna) : « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
Zacklin (and Ralph) », European Journal of International law,vol 5, 1994/1, Pp360-380.

Simpson (James M) : « The Defence of Superior Orders in Canada : A Review
of
Superior Orders in National And International Law »,
The
Canadian Yearbook of International Law, vol: , 1977, Pp:306-
314.

Singh (Avi) : « Criminal Responsibility for Non-State Civilian Superiors
Lacking *De Jure* Authority: A Comparative Review of the
Doctrine of Superior Responsibility and Parallel Doctrines in
National Criminal Laws »,Hastings Int'l & Comp. L. Rev, Vol.

28:2 ,2005 , Pp : 267-298.

Slidregt (Elies van) : « Article 28 of the icc statute : mode of liability and /or Separate offense? », New Criminal Law Review, Vol. 12, Number 3, pp: 420-432 .

: « Criminal Responsibility in International Law Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage » , European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2006 , Vol: 14/1, 81-114.

Sepinwall (Amy J) Domestic : « Failures to Punish: Command Responsibility in and International Law » , Michigan Journal of International Law , Winter 2009, vol: 30 , Pp: 251- 303.

Trechsel (Stefan) : « Command Responsibility as a Separate Offense » , BERKELEY J. INT'L L. PUBLICIST , 2009, vol:3, Pp : 26-35.

T.wu and Kang : « Criminal liability for action of subordinates : the doctrine of Command Responsibility and its analogues in United States Law » , Harvard international law journal, 1997, vol : 38 ,

Pp : 272-297 .

Volker (Nerlich) : « Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute : For What Exactly is The Superior Held Responsible? », J Int Criminal Justice, July 2007, 5,Pp: 665 – 682.

Wald (Patricia M.) : « Punishment of War Crimes by International Tribunals » , Social Research, Vol. 69, No. 4 (Winter 2002),Pp : 1119-1134.

: « Judging War Crimes » , Chicago Journal of International Law , Spring 2000 , vol: 1 , n: 1 , Pp: 189-196.

Wembou (Michel-Cyr Djiena) :« La Répression Des Crimes de Guerre et des autre violations graves du droit humanitaire »,RADIC (1999), Pp : 375-391.

Wenqi (zhu) : « The Doctrine of command responsibility as aplyed to civilian Leaders : the ICTR and the kayishema case », in international Law in the post-cold war world : essay in memory of li Haopei, edited by sienho yee and Wang tieya, Routledge Studies 2001, Pp : 373-384 .

Williamson (Jamie Allan) : « Some Consideration On Command Responsibility and Criminal Liability », International Review of Red Cross ,n 870 ,vol 90, 2008,Pp:303-317.

:« Command Responsibility In The Case Law Of The International Criminal Tribunal For Rwanda », Criminal Law Forum 13, 2002, Pp : 365- 384 .

Wright (quincy) :« the law of the Nuremberg trail » , American journal of International law , jan 1947, vol : 41, N1, Pp : 38-72.

Yeo (stanly) : « Mistakenly Obeying Unlawful Superior Orders », Bond Law Review, vol : 5, Issue 1, 1993 , Pp : 1-17 .

Zahar(Alexander) : «Command Responsibility of Civilian Superiors for genocide », Leiden journal Of International law, vol : 14, 2001, Pp:591-616

: « Superior Orders », In The Oxford Companion to International Criminal Justice, Edited by Antonio Cassese , Oxford University Press ,2009 , Pp : 525-527 .

3- المراجع الإلكترونية :

Eckhardt (William George) : « My Lai : an American tragedy »,
< http://religion.rutgers.edu/courses/347/readings/my_lai.html >

Mariner (Joanne) : « Milosevic Command responsibility : a Key ISSE in his war
Crimes trial », find law, 16 Jul 2001.
< <http://law.bepress.com/expresso/eps/41> >

M.Henson (Christopher) : « Superior orders and duress as defences in international law
And the International criminal tribunal for the former

Yugoslavia » : university of north Texas .

< [http://www.unt.edu/honors/eaglefeather/2004 issue/henson c9.pdf](http://www.unt.edu/honors/eaglefeather/2004%20issue/henson%20c9.pdf) >

Last visited 1.8.2008 .

Schabas (William) : « Obeying Superior orders who Is Responsible », from Cambridge University Press< <http://www.fathom.com/feature/121745/index.html>>

Sherrie L.Russel-Brown : « the last line of defence : the doctrine of Command Responsibility, gender crime in armed conflict, and the kahan Report (sabra & shatila) », 2 September 2003, expresso print Series, paper 41 .
< <http://law.bepress.com/expresso/eps/41> >

Stryszak (Michel) : « Command responsibility : how much should a command Responsibility be expected to know? », last visited : April 2006 in :
< [http://www.usafa.af.mil/df/dfi/document/stryszak .doc](http://www.usafa.af.mil/df/dfi/document/stryszak.doc) >

4- الاجتهادات القضائية :

***Aleksovski* Trial Judgement**

The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case

No. IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999

***Aleksovski* Appeal Judgement**

The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-

95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000

***Babi}* Appeal Judgement**

The Prosecutor v. Milan Babi}, Case No. IT-03-72-A

, Judgement on Sentencing Appeal, 18 July 2005

***Blaškić* Trial Judgement**

The Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case

No. IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000

Blaškić Appeal Judgement*The Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case*

No. IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004

Čelebići Trial Judgement*The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić,**(aka "Pavo"), Hazim Delić, and Esad Landžo,**(aka "Zenga"), Case No. IT-96-21-T, Judgement,*

16 November 1998

Čelebići Appeal Judgement*The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić,**(aka "Pavo"), Hazim Delić, and Esad Landžo,**(aka "Zenga"), Case No. IT-96-21-A, Judgement,*

20 February 2001

Erdemović Trial Judgement*The Prosecutor v. Dra`en Erdemović, Case*

No. IT-96-22-T, Judgement, 29 November 1996

Furundžija Trial Judgement*The Prosecutor v. Anto Furundžija, Case*

No. IT-95-17/1-T, Judgement, 10 December

1998

Kordić and Čerkez Trial Judgement*The Prosecutor v. Dario Kordić and Mario**Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T, Judgement,*

26 February 2001

Kordić and Čerkez Appeal Judgement

Judgement,

The Prosecutor v. Dario Kordić and

Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A,

17 December 2004

Kvočka Trial Judgement

Prcać,

2001

The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica

Kos, Mlađo Radić, Zoran Žigić and Dragoljub

Case No. IT-98-30/1-T, Judgement, 2 November

Kvočka Appeal Judgement

2005.

The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos,

Mlađo Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prcać,

Case No. IT-98-30/1-A, Judgement, 28 February

Tadić Jurisdiction Decision

The Prosecutor v. Duško Tadić (aka "Dule"),

Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence

Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction,

2 October 1995

Tadić Trial Judgement
 , Judgement, 7 May 1997

The Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-T

Tadić Sentencing Appeal Judge

Prosecutor v. Dusko Tadić (aka "Dule"), Case No.
 IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Judgement in
 Sentencing Appeals, 26 January 2000

Bagilishema Trial Judge

The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case
 No. ICTR-95-1A-T, Judgement, 7 June 2001

Bagilishema Appeal Judgement

The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case
 No. ICTR-95-1A-A, Judgement, 3 July 2002

Musema Trial Judgement

The Prosecutor v. Alfred Musema, Case No. ICTR-
 96-13-T, Judgement, 27 January 2000

Semanza Trial Judgement

The Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-
 97-20-T, Judgement, 15 May 2003

Semanza Appeal Judgement

The Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-
 97-20-A, Judgement, 20 May 2005

5- التقارير :

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, Yearbook of the International Law Commission,1996, vol. II(2)

Report of the International Law Commission to the General Assembly Covering its Second Session , Yearbook of the International Law Commission, Vol. II , Doc. A/1316, 5 June–29 July 1950.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries , Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session , (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two ,2001

Criminal Law and International Crimes , Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, International Commission of Jurists, volume 2 ,2008 ,

: rapport de la commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session(6 mai-26 juillet 1996) ,document A/51/10 , Annuaire de la commission de droit international,1996, vol:ii

le Huitième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,
par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial, Document: A/CN.4/430 and Add.1, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international , 1990, vol. II(1) .

Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993). *Documents officiels des Nations Unies*, S/25704 (1993).

الفهرس:

قائمة المختصرات .

المقدمة

1....

الباب الأول : نطاق المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمى عن الجريمة الدولية.....

6.....

الفصل الأول : تطور المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمى في القانون الدولي الجنائي

6.....

المبحث الأول: أولى بدايات الظهور و محاولات التقنين

6.....

المطلب الأول : أولى بدايات

7.....

المطلب الثاني: أولى محاولات

11.....

المبحث الثاني: دور لجان ما بعد الحرب العالمية الأولى و المحاكمات الناجمة

عنها..... 13..

المطلب الأول : دور لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب

13.....

المطلب الثاني : محاكمات ليزرغ

16.....

المبحث الثالث : المحاكمات بواسطة لجان الحرب و المحاكم الخاصة بمتابعة مجرمي الحرب

الثانية..... 18.....

المطلب الأول : المحاكمات بواسطة لجان

الحرب..... 18...

الفرع الأول: قضية الجنرال تومويوكي ياماشيتا

18.....

الفرع الثاني : قضية كورت ماير

24.....

المطلب الثاني : مساهمة محاكمات ما بعد الحرب الثانية في تطوير

النظرية.....26

الفرع الأول : مناقشة ميثاق المحكمتين الخاصة بنورمبرغ و

طوكيو.....26

الفرع الثاني : الاجتهادات الكبرى في قضاء محاكمات نورمبرغ و

طوكيو.....28

المبحث الرابع: مرحلة المحاكم الجنائية الخاصة ليوغسلافيا سابقا و

رواندا.....33

المطلب الأول : موقف النظام الأساسي للمحكمتين من النظرية

33.....

المطلب الثاني : سياسة المدعي العام في المتابعة : توجيه الاتهام للقادة و الرؤساء الآخرين

36.....

المطلب الثالث : توضيح الإطار العام لتطبيق المسؤولية الخاصة

بالقادة.....44

الفرع الأول : بيان طبيعة النزاع الذي ارتكبت فيه

الجريمة.....44

الفرع الثاني : بيان طبيعة الجرائم محل

المتابعة.....48

المطلب الرابع : توضيح أركان المسؤولية الجزائية

للقادة.....60

الفصل الثاني : أركان المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلْمي عن الجريمة الدولية

69

المبحث الأول : وجود العلاقة التراتبية

69.....

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمفهوم الرئيس

السُّلْمي..... 69.....

الفرع الأول: الرئيس السُّلْمي " قائد أو رئيس

"..... 70.....

الفرع الثاني : الرئيس السُّلْمي "عسكري أو مدني

"..... 75.....

الفرع الثالث: الرئيس السُّلْمي: " بحكم الواقع أو بحكم القانون

"..... 81.....

المطلب الثاني : تحديد مفهوم علاقة : قائد —

خاضع..... 85

المبحث الثاني : الركن المعنوي لمسؤولية الرئيس السُّلْمي

..... 89..... المطلب الأول : العنصر المعنوي في

البروتوكول الإضافي الأول..... 89.....

المطلب الثاني : العنصر المعنوي أمام المحاكم الدولية الخاصة

..... 93.....

الفرع الأول: عنصر

العلم..... 93.....

الفرع الثاني :لديه من الأسباب ما يسمح له بالعلم.....

..... 95.....

المطلب الثالث: العنصر المعنوي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية..... 99.....

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للقادة

العسكريين..... 99 الفرع الثاني: المسؤولية

الجزائية للقادة الآخرين..... 102

المبحث الثالث : الركن المادي في مسؤولية الرئيس السُّلمي : الامتناع

الجرمي..... 107

المطلب الأول : المقصود بالامتناع

الجرمي..... 107

المطلب الثاني : الالتزام بمنع ارتكاب الجريمة أو الردع عنها

..... 112

المطلب الثالث : المفاضلة بين النصوص و المواثيق الدولية

..... 118

الباب الثاني : علاقة المسؤولية الجزائية للرئيس السُّلمي بالمسؤولية الجزائية

للفرد..... 123

الفصل الأول : المسؤولية الجزائية الفردية المباشرة للرئيس السُّلمي عن الجريمة

الدولية..... 123

المبحث الأول : المسؤولية الجزائية الفردية و صورها

..... 124

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية الفردية — عموما —

..... 124

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية الفردية في أنظمة ومواثيق المحاكم الجنائية الدولية

..... 130

المطلب الثالث : صور و أنواع المسؤولية الجزائية

الفردية.....134

الفرع الأول: ارتكاب الجريمة بصفته المنفردة أو بالاشتراك أو عن طريق شخص

آخر.....135

البند الأول : الإنفراد في ارتكاب الجريمة

.....135

البند الثاني : الإشتراك مع آخر في ارتكاب الجريمة

.....136

البند الثالث : ارتكاب الجريمة عن طريق شخص آخر

.....139

الفرع الثاني : الأمر أو الإغراء أو الحث على ارتكاب

الجريمة.....140

البند الأول : الأمر بارتكاب الجريمة

.....140

البند الثاني : الإغراء أو الحث على ارتكاب الجريمة

.....142

الفرع الثالث: تقديم العون أو التحريض أو المساعدة

.....143

البند الأول : بيان أعمال العون و التحريض و المساعدة

.....144

البند الثاني : الطبيعة القانونية لأعمال

المساعدة.....147

الفرع الرابع: المساهمة في المشروع الجنائي

المشارك.....149

المبحث الثاني: صور المسؤولية الشخصية المباشرة للرئيس السلمي و علاقتها بالمسؤولية

الفردية.....152

المطلب الأول : صور المسؤولية الشخصية المباشرة للرئيس السلمي

.....152

الفرع الأول: التخطيط

للجريمة.....153

الفرع الثاني: التحريض على ارتكاب

الجريمة.....154

الفرع الثالث: الأمر بارتكاب

الجريمة.....156

الفرع الرابع: المساعدة و التشجيع على تنفيذ الجريمة

.....159

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية للرئيس السلمي عن الأوامر غير المشروعة — نموذجاً—

.....160

الفرع الأول:

تمهيد.....161

الفرع الثاني: نظرية المسؤولية الخاصة

للقائد.....162

البند الأول : مضمون

النظرية.....162

البند الثاني : تقييم

النظرية.....169

الفرع الثالث: : نظرية المسؤولية

الكاملة.....171

البند الأول : مضمون

النظرية.....171

البند الثاني : تقييم

النظرية.....180

الفرع الرابع: نظرية المسؤولية

المحدودة.....182

البند الأول : مضمون

النظرية.....182

البند الثاني : تقييم

النظرية.....195

الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمى و علاقتها بالمسؤولية

الفردية.....197

المبحث الأول : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمى و تكييفها القانوني

.....197

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس السُّلمى

.....197

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية للقائد وفقا لأحكام المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية.....198

الفرع الثاني : قضية المدعى العام ضد جون بيار بمبا قومبو المطروحة أمام دائرة ما قبل

المحاكمة.....204

الفرع الثالث : إشكالية العلاقة السببية في المسؤولية غير

المباشرة.....215

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للمسؤولية الجزائية غير المباشرة للرئيس

السُّلَمي.....222

الفرع الأول: مقدمة و مناقشة لإشكالية الطبيعة

القانونية.....223

الفرع الثاني: اعتبارها مسؤولية عن

الغير.....226

الفرع الثالث: : اعتبارها مسؤولية

بالامتناع.....232

الفرع الرابع: الطبيعة الخاصة لمسؤولية الرئيس السُّلَمي " Sui

"Generis".....236

المبحث الثاني : العلاقة بين النوعين من

المسؤولية.....240

المطلب الأول : عدم التفرقة بين القادة والأفراد العاديين في حال تحميل القادة المسؤولية الفردية

"المباشرة ".....240..

المطلب الثاني: عدم الجمع بين المسئوليتين معا عن مسئوليته كفرد و عن مسئوليته

كقائد.....244

المطلب الثالث: استغراق التزام القائد بالمنع لجميع صور مسؤولية الفرد عن الجريمة المرتكبة من

طرف الخاضع

.

.....249

الخاتمة و النتائج

.....252

قائمة المراجع

.....255

الملحق

.....

282..

الفهرس .

الملخص .

قائمة المراجع

