

## عدالة الغاب: إصدار الأحكام حول المساواة بين الأطراف المتحاربة في النزاعات المسلحة غير الدولية\*

بقلم: جوناثان سومر

جوناثان سومر حاصل على شهادة الماجستير في القانون من المركز الجامعي للقانون الدولي الإنساني في جنيف. عمل في منظمة الأمن والتعاون في أوروبا، وكان مستشاراً في برنامج جامعة هارفارد للأبحاث عن السياسات الإنسانية والنزاعات، وفي وزارة الخارجية الدانمركية.

### ملخص

يواجه مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة المنصوص عليه في القانون الدولي الإنساني تحدياً خاصاً في إطار النزاعات المسلحة غير الدولية يكمن في أهلية جماعات المعارضة المسلحة لإصدار أحكام على الأفراد لاقتراحهم أفعالاً لها علاقة بالعمليات العدائية. وتلتبس الأمور اليوم جراء التداخل بين تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي. فيمكن أن تستوعب أحكام القانون الدولي الإنساني الخاصة بالحاكمة العادلة ما يقابلها من أحكام في حقوق الإنسان، سواء باعتبارها من قانون حقوق الإنسان أو لأنها مماثلة له ، علماً أن قانون حقوق الإنسان لا يأخذ في الحسبان العلاقات غير العادية بين الدول والأطراف من غير الدول. ويفضل عادة اعتماد الحل الأخير، الأمر الذي قد يؤدي إلى التركيز على موضوع العدالة الفعلية لحاكم المتمردين بدلاً من التركيز على أساسها القانوني. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تتوافق هذه الرؤية مع مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة، وهو شرط حاسم لتشجيع امتثال جماعات المعارضة المسلحة للقانون الدولي الإنساني.

\*\*\*

\* هذه المقالة هي تلخيص لأطروحة الكاتب التي قدمت في المركز الجامعي للقانون الدولي الإنساني، جنيف ، ومنحت جائزة هنري دونان عام 2007 .

سوف يظل حتى هذا اليوم  
حلم السلام الدائم والمواطنة العالمية  
وحكم الأخلاق الدولية  
مجرد وهم زائل  
ينشده الجميع لكنهم لا يحققونه أبداً  
فالحروب تنتشر الآن في كل مكان

الإمبراطور هيلسلاسي الأول (كما خلد ذكره الفنان بوب مارلي في نشيد الحرب)

لو كان للدول أن تجتمع اليوم لصياغة المادة 3 المشتركة في اتفاقيات جنيف التي تنظم النزاعات المسلحة غير الدولية، فمن المرجح ألا يسفر هذا الجهد عن أية نتيجة. وعلى الرغم من أن نص المادة 3 المشتركة يعلن صراحة أنه «ليس في تطبيق الأحكام ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع»، فإن الدول المعنية أكثر بالوضع القانوني الضمني الذي تمنحه المادة 3 المشتركة لجماعات المعارضة المسلحة، أي الإقرار الفعلي بنوع من المساواة مع كيان يهدد الوضع السيادي للدولة وربما وجودها ذاته. ويبدو واضحاً أن مثل هذه المخاوف كانت موجودة قبل عام 1949 وتعود إلى حد كبير إلى الغياب التاريخي للتنظيم التعاهدي للنزاعات المسلحة الداخلية في قانون الحرب. وهذا ما يفسر أيضاً ما قيل من أن صياغة المادة الثالثة المشتركة أثارت في مؤتمر جنيف بعض أطول النقاشات وأصعبها.<sup>1</sup> واليوم، انتشرت صورة الإرهاب الدولي، علاوة على تزايد قدرة جماعات المعارضة من غير الدول ليس على شن الحرب فحسب بل على محاكاة وظائف الدولة كذلك، فتركت أثراً عميقاً في أذهان الدول.

إن الدفاع عن مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة وهو مبدأ مركزي في القانون التقليدي للنزاعات المسلحة هو الجانب الأكثر إزعاجاً للدول عندما يتعلق الأمر باعتماد قانون خاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية. فهو يصطدم، بحكم طبيعته، بالركيزة المركزية للدولة أي سلطتها على مكوناتها. بيد أن المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في جنيف عام 1949 (المعروف بمؤتمر جنيف) تمكن من التوصل إلى توافق في الآراء في المجال الإنساني بفرض التزامات على كل من الدول والأطراف من غير الدول في نزاع ما، وإن تم ذلك بعد مساومة قضت بتوفير حد أدنى من الحماية في مقابل أقصى نطاق من التغطية.

وبالتالي، يكون مفهوم المساواة في النزاعات المسلحة غير الدولية، بقدر ما هو موجود، مفهوماً أكثر محدودية مما هو عليه في النزاعات المسلحة الدولية. ويرجع ذلك جزئياً إلى المساومة المذكورة أعلاه المبنية على الحد الأدنى من الحماية والناجمة عن عدم التكافؤ بين الأطراف. وتقتصر معظم أحكام المادة 3 المشتركة على الحماية الإنسانية الأساسية، مثل حظر القتل أو سوء المعاملة. ولا تتطلب استجابة الأطراف المتحاربة لتلك الأحكام أية أهلية قانونية، على أن هناك نصاً واحداً في المادة 3

1. انظر:

Joyce Gutteridge, "The Geneva Conventions of 1949", British Yearbook of International Law (1949), p. 300

المشتركة يؤثر تأثيراً مباشراً على المجال المخصص تقليدياً للدولة وهو تطبيق العدالة الجنائية؛ فالفقرة (د) من المادة 3 الخاصة بحماية الأشخاص الذين لا يشاركون أو كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية تحظر «إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مُشكلة تشكيلة قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة».

يمكن استخلاص استنتاجين من صيغة الفقرة (د) من المادة الثالثة المشتركة، أولهما أن الدول اعتمدتها بروح من «عدم المساواة» يتوافق واحتكار الدول التقليدي في تطبيق العدالة بموجب القوانين الوطنية. وبناء على هذا التفسير، تحظر المادة 3(د) فعلاً على جماعات المعارضة المسلحة إصدار أحكام أو تنفيذ عقوبات (ماعدا ربما في حال نجحت في السيطرة على المحاكم القائمة)، ذلك أن جماعات المعارضة المسلحة لن تكون لديها الأهلية المطلوبة لإقامة محاكم «مشكلة تشكيلة قانونياً» و/أو إصدار قوانين تستجيب لشرط الضمانات القضائية. أما إذا امتلكت جماعات المعارضة المسلحة الأهلية القانونية، فقد يستلزم ذلك من الدول القبول بنظام قانوني وقضائي مواز لجهة ليست دولة وخارج عن نطاق سلطتها. وتكون النتيجة إما وجود وضع يفقد فيه مبدأ المساواة معناه الفعلي، أو وضع ربما تكون فيه الدولة مجبرة على التخلي عن المكونات الأساسية لسيادتها لعدو مؤكد من الداخل. وقد استكملت المادة 3 المشتركة في البروتوكول الإضافي الثاني إلى اتفاقيات جنيف الذي يشمل حالات النزاعات المسلحة غير الدولية. ولئن كان هذا البروتوكول لا ينطبق إلا على النزاعات عالية الخطورة، فقد جعل شرط الأساس القانوني أقل صرامة لدى الإشارة إلى الضمانات القضائية التي تنص عليها المادة 3 المشتركة.

كان من الممكن، في البداية، متابعة الإشكال المطروح ضمن النظام القانوني المقيد للقانون الدولي الإنساني، لكن مجالات أخرى من القانون الدولي أصبحت تدريجياً أساسية في المعادلة. صحيح أنه بات واضحاً اليوم أن النظم الدولية للقانون الإنساني وقانون حقوق الإنسان والقانون الجنائي هي عموماً متفاعلة، ولكن عام 1949 لم تكن تتوفر أية معايير دولية ملزمة من القانون الدولي لحقوق الإنسان أو القانون الجنائي الدولي تتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية. أما نطاق التغطية الشخصي للنظم القانونية فهو أيضاً غير متكافئ، الأمر الذي قد يؤدي إلى وجود ثغرات في الحماية؛ فالقانون الدولي الإنساني يفرض التزامات على الدول وجماعات المعارضة المسلحة، وقانون حقوق الإنسان يفرض التزامات على الدول (ويمكن الادعاء بأن ذلك يمتد إلى جماعات المعارضة المسلحة)، بينما يتناول القانون الجنائي الدولي المسؤولية الفردية أساساً (مع فرضه التزامات معينة على مستوى الدولة وجماعات المعارضة المسلحة). ومع إدراج معايير حقوق الإنسان في القانون الجنائي الدولي لتفسير الفقرة (د) من المادة 3 المشتركة، تصبح أحكام نظم القوانين الدولية الثلاثة متقاطعة المرجع. وعلاوة على ذلك، يجب النظر في الترتيب الهرمي للعلاقات بين النظم القانونية. وقد تتسبب كل هذه العوامل في افتقاد الترابط بين النظم وهو أمر يحتمل أن يؤثر في المساواة بين الأطراف المتحاربة في ما يتعلق بضمانات المحاكمة العادلة.

إن مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة هو مسألة ذات حساسية خاصة في النزاعات المسلحة غير الدولية بسبب افتقار المقاتل إلى الحصانة. فالمساواة الفعلية قد تقضي أن يمتلك الطرفان القدرة على ملاحقة ومحاكمة المقاتلين الذين يقعون في الأسر لمجرد اشتراكهم في الأعمال العدائية. ولا يطرح ذلك، في النزاعات المسلحة الدولية، أية مشكلة من الناحية النظرية.<sup>2</sup> بيد أن الأمر يختلف في ما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية. فإذا أُجيز لسلطات الدولة وحدها، بحكم احتكارها التقليدي للهيئات التشريعية والقضائية، أن تقاضي الجنود المتمردين لمجرد اشتراكهم في العمليات العدائية، ولم يكن العكس ممكناً، تصبح حينئذ مسألة المساواة موضع شك.<sup>3</sup>

يتطلب مبدأ المساواة الفعلية أن تتوفر لدى جماعات المعارضة المسلحة أهلية قانونية متساوية لممارسة الحقوق الناجمة عن الالتزامات والمحظورات المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني. وإلا لما بقي سوى هامش ضيق لإقناعها بالامتثال للقانون الدولي الإنساني. ولما كانت الالتزامات والمحظورات تنبثق من القانون الدولي مباشرة، يجب أن يشمل القانون الدولي الحقوق المقابلة لها. وقد يشكل ذلك تعويضاً عن عدم تكافؤ العلاقة بين الأطراف، ذلك أن جماعة المعارضة المسلحة تكون كياناً فرعياً داخل الدولة يخضع لسلطتها. وبقدر ما تشترط أحكام القانون الدولي الإنساني المتعلقة بالمحاكمة العادلة الحق في التشريع لإنشاء المحاكم وسن الأحكام الجزائية التي تنظم السلوك المتعلق بالنزاع، يجب أن توجد مثل هذه الأهلية القانونية وتكون مستقلة عن الدولة الطرف. ومن ناحية أخرى، تتطلب حماية الأشخاص الذين لا يشاركون (أو كفوا عن المشاركة) في الأعمال العدائية، أن توفر لهم الضمانات القضائية المناسبة في حال مقاضاتهم عن جرم يتصل بالأعمال العدائية. ويمكن تحقيق هذا التوازن على أفضل وجه بتفسير للأحكام الجزائية في القانون الدولي الإنساني يمنح جماعات المعارضة المسلحة التي تملك الأهلية الفعلية للاستجابة لمتطلبات قانون النزاعات المسلحة غير الدولية أهلية قانونية لإنشاء محاكم والتشريع للعقوبات الجزائية ذات الصلة، بغض النظر عن وضعها القانوني. وقد يتطلب تحقيق مثل هذا التوازن أن تعمل تلك المحاكم وفق تفسير معقول لشروط الضمانات القضائية البالغة الأهمية في مسألة العلاقة غير المتكافئة بين الدولة وجماعات المعارضة المسلحة، بدون التقليل من مستوى الحماية القائم في الواقع.

وبعد تقييم مفهوم المساواة في النزاعات المسلحة غير الدولية، سيقدم هذا المقال وجهة نظر نقدية عن تبعات التفاعل بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي في سياق أهلية جماعات المعارضة المسلحة لإصدار أحكام جزائية. أما القسم الثاني فيشمل تحليل أحكام القانون الدولي الإنساني المتعلقة بإمكانية إصدار الأحكام الجزائية، تتبعه دراسة حالة لجماعتي معارضة مسلحة قامتاً بذلك في السلفادور ونيبال. وأخيراً، سنبحث ، في القسم الرابع، في المسألة من

2 هذا الموضوع ليس مطروحاً بالطبع في النزاعات المسلحة الدولية، حيث حصانة المقاتل موجودة بموجب اتفاقية جنيف الثالثة.

3 انظر:

Marco Sassòli, 'Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian and International Human Rights Law', paper submitted to the Armed Group Conference, Vancouver, 13-15 November 2003, p. 12, available at [www.armedgroups.org/images/stories/pdfs/sassoli\\_paper.pdf](http://www.armedgroups.org/images/stories/pdfs/sassoli_paper.pdf) (last visited 19 September 2007).

منظور المسؤولية الدولية والفردية لجماعات المعارضة المسلحة وأفرادها أو المنتسبين إليها قبل اقتراح وسيلة لمواجهة الصعوبات العملية والقانونية التي يطرحها الحظر التحفظي على القضاء بالعقوبات.

## 1- المساواة بين الأطراف المتحاربة في النزاعات المسلحة غير الدولية

### 1-1 تقييم المساواة

على الرغم من أن مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة هو أساسي في قانون النزاعات المسلحة للتمييز بين قانون الحرب والقانون في الحرب، فلا يظهر ذلك صراحة في اتفاقيات جنيف لعام 1949. ويرفض «ميروفيتز»، في معالجة رائدة للموضوع، أي اقتراح بمعاملة الطرف المحارب «غير المحق» على نحو مختلف عن معاملة المحارب «المحق»، حتى في الحالات التي يُعتبر فيها أحد الطرفين مُعتدياً أو في أثناء حروب التحرير الوطنية، حيث خلص إلى أن:

المساواة بين الأطراف المتحاربة في إطار القانون في الحرب هي مبدأ أساسي في قانون الحرب الحديث، وكان هذا المبدأ واضحاً إلى حد أنه لم تكن ثمة ضرورة للإعلان عنه. ومن المؤكد أن هذا المبدأ لا يزال راسخاً في القانون الوضعي.<sup>4</sup>

وقد أكدت اللجنة الدولية للسليب الأحمر مؤخراً وجهة النظر هذه، كما أكدها عدد من المعلقين القانونيين.<sup>5</sup>

مما لا شك فيه أن هذا المبدأ راسخ في قانون النزاعات المسلحة الدولية، وإن كانت ثمة أسباب قوية تدعو للتساؤل حول وضعه في قانون النزاعات المسلحة غير الدولية. ويرجع ذلك إلى أن القانون الدولي، أو قانون الأمم كما كان يعرف سابقاً، ينظم تقليدياً أوجه التفاعل بين دول متساوية وذات سيادة. إذ

<sup>4</sup> انظر:

Henri Meyrowitz, Le Principe de l'égalité des Belligérants Devant Le Droit de la Guerre, Éditions A. Pedone, Paris, 1970, p. 400.

<sup>5</sup> انظر:

ICRC, International Humanitarian Law and Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 28th Annual Conference of the Red Cross and the Red Crescent, 2-6 December 2003, Geneva, p. 19

حيث ورد أن «مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة يُشكل أساس قانون النزاعات المسلحة». يمكن الاطلاع على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5XRDCC>

(آخر زيارة للموقع: 27 سبتمبر/أيلول 2007): انظر أيضاً:

Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier, How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2005, p. 106; Nathaniel Berman, "Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War", Columbia Journal of Transnational Law, 2004, Vol. 43, no. 1, p. 12

حيث ورد: أن «المساواة بين الأطراف المتحاربة» من زاوية القانون في الحرب، بغض النظر عن حقوقهم النسبية على أساس قانون الحرب، تظل مبدأً أساسياً في قانون الحرب:

François Bugnion, 'Jus ad Bellum and Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts', in T. McCormick (ed.), Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 6, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, p. 174

حيث ورد أن هذا المبدأ هو السائد في المجموعة الكاملة من قوانين الحرب وأعرافها.

كما يقول «فاتيل» إن القزم رجل مثله مثل المارد، وإن الجمهورية الصغيرة لا تقل سيادة عن أقوى مملكة.<sup>6</sup> ولا توجد بالطبع هذه المراعاة الأفقية التقليدية عندما يتعلق الأمر بالعلاقة بين دولة وجماعة معارضة مسلحة، ذلك أن هذه الجماعات تعتبر خاضعة لسلطة القانون المحلي العمودية حتى وإن كانت دولة «قزم» في مرتبة أدنى في الواقع الفعلي من جماعة معارضة مسلحة عملاقة. ومن شأن هذا الاختلاف البيدهي أن يجعل من أي امتداد مماثل لمبدأ المساواة إلى النزاعات الداخلية أمراً صعباً. ولهذا يمكن أن نفترض، استناداً إلى حالة عدم التكافؤ بين الأطراف، أن مبدأ المساواة بين الأطراف المتحاربة لم ينتقل بسهولة إلى قانون النزاعات المسلحة غير الدولية.

تلزم المادة 3 المشتركة في اتفاقيات جنيف كل طرف من أطراف النزاع. ويعلن تعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر على المادة 3 المشتركة (تعليق جنيف) أن عبارة «كل طرف» شكلت خطوة إلى الأمام في القانون الدولي.<sup>7</sup> إن هذه العبارة صحيحة دون شك، لكن النص النهائي للبروتوكول الثاني الإضافي لعام 1977 قد يشكل خطوة إلى الوراء. وكان مشروع البروتوكول الثاني الذي قدمته اللجنة الدولية للصليب الأحمر عام 1973 مبنياً على أربعة مبادئ، ينص أحدها على «ضرورة كفالة الضمانات للطرفين في هذه النزاعات على أساس من المساواة الكاملة».<sup>8</sup> وكانت مسودة المادة 5 تعبر بوضوح عن هذا المبدأ:

«تسري الحقوق والواجبات المنصوص عليها في هذا البروتوكول على كل الأطراف في النزاع على قدم المساواة».<sup>9</sup>

إلا أنه حين أصبح من الواضح أن البروتوكول الثاني الإضافي مهدد فعلاً بالرفض في المؤتمر الدبلوماسي، بادرت باكستان إلى التخلص من أي حكم يظهر أن الطرفين هما على نفس المستوى أو يتمتعان بنفس الحقوق.<sup>10</sup> وألغيت مسودة المادة 5، ولم يتضمن النص النهائي أية إشارة إلى كل الأطراف في النزاع. ويرر مندوب زائير رفض مشروع البروتوكول بقوله إن بعض أحكامه تعامل «على قدم المساواة دولة ذات سيادة وجماعة من المواطنين المتمردين، وحكومة شرعية ومجموعة من

6. انظر:

Emerich de Vattel, Law of Nations, Preliminaries, para. 18, available at [http://www.constitution.org/vattel/vattel\\_pre.htm](http://www.constitution.org/vattel/vattel_pre.htm) (last visited 18 September 2007).

7. انظر:

International Committee of the Red Cross, Commentary IV, Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War, ICRC, Geneva, 1958, p. 37.

8. انظر:

Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldermar A. Solf, New Rules for Victims of Armed Conflicts, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 604

9. انظر:

ICRC, Commentary to the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949, ICRC, Geneva, 1973, p. 135.

10. انظر Bothe et al المرجع 8 أعلاه، p.606.

الخارجين على القانون، وموضوع في القانون الدولي وموضوع في القانون الوطني»<sup>11</sup>. ويأتي هذا التصريح معبراً بوضوح عن موقف العديد من الدول التي لم تكن موجودة وقت انعقاد مؤتمر جنيف عام 1949، وقد أُعيد تأكيده عام 1998 في الاجتماع الدوري الأول المعني بالقانون الدولي الإنساني، والذي لاحظت فيه «زغفلد»:

أن العديد من الدول أكدت مرة أخرى اعتراضاتها على اعتبار جماعات المعارضة المسلحة طرفاً في النزاع، بالمعنى المقصود في القانون الدولي الإنساني. ورأت هذه الدول أن أفضل طريقة للتعامل مع النزاعات الداخلية هي المقاضاة الجنائية الدولية للأفراد.<sup>12</sup>

ولهذا، يمكن التشكيك في ادعاء التعليق على البروتوكول الثاني الإضافي بأن البروتوكول يمنح «نفس الحقوق ويفرض نفس الواجبات على كل من الحكومة القائمة والطرف المتمرد»<sup>13</sup>. وقد تقودنا، في واقع الأمر، هذه التطورات إلى التساؤل عن ديمومة مبدأ المساواة في النزاعات المسلحة غير الدولية عموماً.<sup>14</sup>

ولا يمكن أن نفصل كيفية إلزام جماعات المعارضة المسلحة بالقانون الدولي الإنساني عن مفهوم المساواة لأن الدول هي وحدها التي تملك الشخصية القانونية التي تخولها الانضمام كطرف في اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين. أما في ما يتعلق بالمادة 3 المشتركة، فإن التعليق على اتفاقيات جنيف يقترح التفسير القاضي بوجوب التزام جماعات المعارضة المسلحة بسبب مبدأ «السيادة الفعلية» على

11. انظر:

Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (CDDH), Geneva, 1974-7, Federal Political Dept., Bern, 1978, SR- 56, para- 126.

12. انظر:

Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 10, at n- 1, citing ICRC, International Committee of the Red Cross and Red Crescent, 31 October – 6 November 1999, Geneva, Annex II (1999).

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق هذا التصريح يعكس أيضاً رأي تلك الدول في ما يتعلق بالمادة 3 المشتركة.

13. انظر:

Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, Dordrecht, 1987, para- 4442.

تأتي مختلف تعليقات وفدي بلجيكا والسودان إلى المؤتمر الدبلوماسي المعني بإعادة تأكيد القانون الدولي الإنساني الساري على النزاعات المسلحة وتطويره، لتؤكد الإخفاق في التوصل إلى توافق حول المساواة في التطبيق. وقد أشارت بلجيكا إلى المادة 1 التي تطور فيها البروتوكول الإضافي الثاني ويكمل المادة 3 المشتركة للانتهاء باستنتاج "مبدأ السيادة الأساسي بأن الالتزامات الواردة في البروتوكول هي ملزمة بصورة متساوية بالنسبة إلى طرفي النزاع" (المرجع 5 أعلاه، p.964، reproduced in Sassòli and Bouvier, CDDH, Vol. VII, Annex p. 76, reproduced in Sassòli and Bouvier, p.964).

وأعلنت السودان أن البروتوكول الإضافي الثاني هو مجرد تنازل من جانب الدول (CDDH/SR- 56, para- 37).

14. تزعم دونوولد- بك أن المساواة بين الأطراف المتحاربة هي "من كل الجوانب" غير ملائمة للنزاعات المسلحة غير الدولية طالما أن الدول لا تقبل المبدأ نفسه. ويؤكد ساسولي ويوفيه، من جهة أخرى، أن القانون الدولي الإنساني يحترم مبدأ المساواة في النزاعات المسلحة غير الدولية ولكن لا يمكن أن يطالب القانون الوطني بأن يفعل الشيء نفسه. انظر:

Louise Doswald-Beck, "The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?", *International Review of the Red Cross*, no- 864 (December 2006), p. 903;

Sassòli and Bouvier المرجع 5 أعلاه، p.108.

الأراضي.<sup>15</sup> وهذه الحجة صحيحة من منظور المساواة، إذ يفهم منها أنها تلزم جماعات المعارضة المسلحة بنفس الطريقة التي تكون فيها الحكومات المتعاقبة ملزمة بتطبيق الالتزامات الدولية للحكومات السابقة. إلا أن ضعف الحجة يكشف في نطاق التغطية إذ يقول التعليق، أن وحدها الجماعات التي «تدعي تمثيل البلد، أو جزء من البلد» تكون ملزمة بالاتفاقية.<sup>16</sup>

وتقول وجهة نظر بديلة، وشائعة كذلك أن جماعات المعارضة المسلحة ملزمة بالطابع العرفي للالتزام الذي يطلب منها احترام المادة 3 المشتركة (والذي يتميز عن الطابع العرفي للمادة 3 نفسها). وقد أعلنت المحكمة الخاصة لسيراليون أن:

ما من شك الآن في أن [المادة 3 المشتركة] ملزمة بالنسبة إلى الدول وجماعات المتمردين على حد سواء، وأن جماعات المتمردين تخضع للقانون الدولي الإنساني... [وثمة] نظرية مقنعة تقضي بأن [جماعات المتمردين] ملزمة وفقاً للقانون الدولي العرفي بالامتثال للالتزامات الواردة في [المادة 3 المشتركة] والهادفة إلى حماية الإنسانية.<sup>17</sup>

وعلى حين يمكن أن يكفي هذا التفسير لأغراض فرض المسؤولية الدولية، فإن الحجج المطروحة لا تشير إلى المساواة إذا كانت ممارسة الدول هي التي تحدد وحدها القاعدة العرفية. ومن المؤكد أن المساواة، بمعناها الواسع المستخدم في الحياة اليومية، تتطلب أن يؤخذ بممارسات جماعات المتمردين في الحسبان، إذا أريد أن يكونوا ملزمين بالقانون العرفي.

إن «ساسولي»، الذي يدافع عن نهج «الشعور بالامتلاك» لتعزيز احترام جماعات المعارضة المسلحة للقانون الدولي الإنساني، يزعم أن هذه الجهات الفاعلة من غير الدول تشارك أصلاً في تشكيل القانون الدولي الإنساني العرفي وقانون حقوق الإنسان.<sup>18</sup> أما وجهة النظر القائلة بأن «ممارسات المتمردين» وأراءهم تساهم في تشكيل القانون العرفي في القانون الدولي الإنساني فتجد دعماً في القرار القضائي الصادر في قضية «تاديتش» عن المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، وفي تقرير لجنة الأمم المتحدة للنقصي حول دارفور (لجنة دارفور).<sup>19</sup> ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن أيّاً من دائرة الاستئناف للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة أو لجنة دارفور لم يشر إلى

15. انظر: Commentary IV، المرجع 7 أعلاه، p.37.

16. المرجع السابق، ص 37. على أن السيادة الفاعلة لا يجب أن تعتمد على النوايا وإنما على الحقائق.

17. انظر:

Kallon, Kamara, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-04-15-PT-060, 13 March 2004, paras. 45, 47.

18. انظر Sassòli، المرجع 3 أعلاه، p.6. وحول دعم فكرة أن الجهات الفاعلة من غير الدول تشكل بشكل عام القانون العرفي، انظر:

R. Gunning, 'Modernizing Customary Law: The Challenge of Human Rights', Virginia Journal of International Law, Vol. 4 (1999), p. 221.

19. انظر:

Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY, IT-94-1-AR72 (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), 2 October, 1995, paras. 107-108; Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 2005, para. 156, available at www.ohchr.org/english/darfur-htm (last visited 18 September 2007).

تجدر الإشارة إلى أن أنطونيو كاسيسي كان رئيس دائرة الاستئناف لعام 1995 في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ورئيس لجنة دارفور لعام 2005.

أية ممارسات للمتمردين تتناقض وأعراف القانون الدولي الإنساني التي أسستها الدول.<sup>20</sup> ولهذا، يمكن التساؤل حول ما إذا كان هذا القبول الجزئي بممارسات المتمردين مماثلاً للحق في التصويت الديمقراطي في ظل نظام حكم استبدادي .

وعلى العكس من ذلك، فإن دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول «القانون الدولي الإنساني العرفي» لا تأخذ في الاعتبار ممارسات المتمردين، مؤكدة أن «دلالتها القانونية غير واضحة».<sup>21</sup> وقد أوضح جون-ماري هنكرتس، أحد محرري دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن ممارسات الدول هي التي يمكن وحدها أن تُشكل القانون الدولي العرفي بموجب القانون الدولي الحالي.<sup>22</sup> وعلى الرغم من أن مشاركة جهات فاعلة من غير الدول في تطوير القانون العرفي يمكن أن تعني الكثير في نظام ما بعد معاهدة وستفاليا، إلا أن الأمر لا يزال مثيراً للجدل.<sup>23</sup> وعلى أية حال، فإن فكرة إلزام جماعات المعارضة المسلحة بالطابع العرفي لالتزاماتها بموجب المادة 3 المشتركة يجعلنا نشك في «المساواة» إذا لم تكن تلك الجماعات قادرة على المشاركة في تشكيلها.

إن الطابع الملزم للبروتوكول الثاني الإضافي الذي لا يُعتبر تماماً قانوناً عرفياً، يثير إشكاليات أكبر. ويؤكد «سيفاكوماران» أن الطريقة الوحيدة لتكون جماعات المعارضة المسلحة ملزمة بالقانون في جميع الظروف تكمن في الالتزام من خلال مبدأ الاختصاص التشريعي الوطني، حيث تخضع تلك الجماعات للقانون الوطني فقط.<sup>24</sup> وفي ما يتعلق بالواجبات الدولية، يؤدي مثل هذا النهج إلى إلغاء جماعات المعارضة المسلحة من الفئات التي يشملها البروتوكول الإضافي الثاني. إلا أن «كاسيس» يشير عن حق إلى أن الأمر لا يتعلق بوضع المتمردين في القانون المحلي، بل بوضعهم على مستوى القانون الدولي.<sup>25</sup> وفي حال ضمانات المحاكمة العادلة، يكون التمييز أساسياً، حيث من المفترض أن يحظر

20. في ما يتعلق مثلاً بنزاع حزب الله مع إسرائيل عام 2006، ذكرت منظمة العفو الدولية ما قاله قائد حزب الله: «ما دام العدو لا يضع لعدوانه حدوداً ولا خطوطاً حمراء، فإن ردنا سيكون أيضاً بلا حدود أو خطوط حمراء». وهناك اقتباس آخر لحزب الله يصرح فيه إنه يحترم القانون الدولي الإنساني بشكل عام. انظر: BBC News, 'Hezbollah Accused of War Crimes', 14 Sept. 2006, available at <http://news-bbc.co.uk/2/hi/middle-east/5343188-stm> (last visited 18 September 2007).

ويفترض أن تكون هذه الممارسة مناقضة للقاعدة 148 من القانون الدولي الإنساني العرفي (دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر)، والتي تحظر على الأطراف المتحاربة الاختصاص من المدنيين. انظر: جون-ماري هنكرتس ولويز دوزوالد-بك: القانون الدولي الإنساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلد الأول: القواعد، ص. 459.

21. انظر: هنكرتس ودوزوالد-بك أعلاه، الملاحظة 20 ص xxx.

22. انظر:

Jean-Marie Henckaerts, 'Binding Armed Opposition Groups through Humanitarian Treaty Law and Customary Law', in Proceedings of the Bruges Colloquium, Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors, 25th-26th October 2002, Collegium, Vol. 27 (Spring 2003), p. 128.

23. على الرغم من أن المفهوم المتعلق بجماعات المعارضة المسلحة، في القانون كما يجب أن يكون، يتمتع بدعم كل من «سيفاكوماران»، المرجع 24 أعلاه، وهنكرتس، المرجع 22 أعلاه، ص 128، فتمت أسئلة أخرى، مثل الوزن الذي يجب أن يعطى لممارسات المتمردين، تبقى خارج نطاق هذا البحث.

24. انظر:

Sandesh Sivakumaran, 'Binding Armed Opposition Groups', International Comparative Law Quarterly, Vol. 55 (April 2006), p. 371.

25. انظر:

Antonio Cassese, 'The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts', International Comparative Law Quarterly, Vol. 30 (April 1981), p. 429.

القانون الوطني على جماعات المعارضة المسلحة إقامة المحاكم. وفي المقابل، درس «كاسيس» القانون العرفي التعاهدي وخلص إلى أن جماعات المعارضة المسلحة ليست ملزمة به إلا بناء على موافقتها على مثل هذا الالتزام.<sup>26</sup> وبينما يتوقع أن يكون هذا الرأي متوافقاً مع أي تعريف لمبدأ المساواة، فإن النتيجة ستكون مشابهة للنظرية التي يركز عليها التعليق على المادة 3 المشتركة، أي إبقاء عدد كبير من جماعات المعارضة المسلحة خارج نطاق تغطية البروتوكول الثاني الإضافي.

## 2-1 المساواة مقابل التكافؤ

يبرز التحليل أعلاه المأزق الذي يواجه تطبيق مبدأ مساواة الأطراف المتحاربة على العلاقة العمودية بين الدول والكيانات من غير الدول. ومن الواضح أن مبدأ مساواة الأطراف المتحاربة لا يمكن نقله من النزاعات المسلحة الدولية إذا كانت المساواة تشير إلى حقوق الأطراف في ما يتعلق بقدرتها على التأثير في القانون وليس ما يتعلق بمجرد قدرتها على العمل بموجب القانون.

وتكمن إحدى طرق تناول هذه المشكلة في الإقرار بأن مبدأ مساواة الأطراف المتحاربة هو مفهوم ضيق النطاق لا يمتد إلى الوضع القانوني. ولا يعني بالضرورة وضعاً متساوياً، وإنما حقوقاً والتزامات متساوية تنبثق من معايير القانون الدولي التي تنظم المسائل التي يتناولها القانون الدولي الإنساني. إن معنى مصطلح «القانون الدولي» يتطلب هنا المزيد من التوضيح. أولاً، «القانون الدولي» يحد من نطاق المساواة باستبعاده من المعادلة قواعد القانون البلدي، سواء بالنسبة إلى الدولة أو المتمردين. ثانياً، لا ينحصر «القانون الدولي» في القانون الدولي الإنساني، بل يتضمن جميع المعايير الدولية التي تؤثر في الحقوق والالتزامات الناجمة عن المادة 3 المشتركة والبروتوكول الثاني الإضافي، والقانون العرفي للنزاعات المسلحة غير الدولية. وتشمل هذه المعايير الإضافية القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الجنائي الدولي، والاتفاقيات الدولية بشأن الإرهاب.

ولهذا يمكننا تطبيق مصطلح «التكافؤ» لتمثيل مساواة عامة في الوضع القانوني كما هي موجودة بين الدول في القانون الدولي، وحصراً «المساواة» في المبدأ الوارد في التعريف أعلاه. وقد يعني عدم التكافؤ أن الدول تملك حقوقاً والتزامات عامة أكثر مما تملكه جماعات المعارضة المسلحة، ولكن يفترض أن تبقى حقوقها والتزاماتها المتعلقة بمسائل القانون الدولي الإنساني متساوية. فإذا وضعنا، على سبيل المثال، معياراً دولياً يطبق على حظر التعذيب كما يرد في الفقرة (1)(أ) من المادة 3 المشتركة في اتفاقيات جنيف تعريفاً دقيقاً للتعذيب كما يرد في اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، وهي معاهدة خاصة بحقوق الإنسان، فمن شأن ذلك أن يولد بالفعل حالة من اللامساواة (لصالح جماعات المعارضة المسلحة)، ذلك أن التعريف يفترض أن يرتكب عمل التعذيب «موظف رسمي أو أي شخص يتصرف بصفته الرسمية».<sup>27</sup> وقد أعيد بالفعل، في القرار الصادر من المحكمة الجنائية الدولية

26. المرجع السابق، ص 428-30.

27. المادة 1 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، 26 يونيو/حزيران 1987، 1465 UNTS 85.

ليوغوسلافيا السابقة في قضية «سليبيشي»<sup>28</sup> تفسير التعريف «التقليدي» للتعذيب، بغية توسيع مفهوم «الصفة الرسمية» لتشمل جماعات المعارضة المسلحة خلال النزاعات المسلحة - بما يتماشى ومبدأ المساواة - على الرغم من أن مثل تلك المساواة قد لا يحافظ عليها بالضرورة خارج النزاع المسلح. وعلى حين قد يكفي إدراج أغلب القضايا التي تنشأ في النزاعات المسلحة غير الدولية ضمن مبدأ المساواة، أن نعلم فصل المساواة عن التكافؤ،<sup>29</sup> فإن أهلية جماعات المعارضة المسلحة لإصدار أحكام جنائية تظل أمراً مثيراً للجدل بسبب تقارب مختلف نظم القانون الدولي.

## 2 - تقارب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي

### 2-1 الآثار المترتبة على حقوق الإنسان

ما من شك في وجود تقارب وثيق بين أغلب جوانب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان. ومع ذلك، يشير «لوبيل» إلى أن تركيز الحجج المطروحة ينتقل الآن من مسألة إمكانية تطبيق قانون حقوق الإنسان خلال النزاعات المسلحة إلى كيفية تطبيقه، وإلى المشكلات العملية التي يواجهها هذا التطبيق.<sup>30</sup> ويكمن الهدف هنا في التركيز على جانب واحد لم يتم تناوله بشكل عام وهو مشكلة هذا التقارب (من وجهة نظر جماعات المعارضة المسلحة) في ما يتعلق بإصدار أحكام جنائية خلال النزاعات المسلحة غير الدولية. وبوجه خاص، ينص القانون الدولي لحقوق الإنسان على أن من حق كل شخص يلاحق في تهمة جنائية أن يحاكم «أمام محكمة مختصة مستقلة حيادية منشأة بحكم القانون»<sup>31</sup> ويجوز منع جماعات المعارضة المسلحة من إصدار الأحكام الجنائية، بالقدر الذي يتم فيه إدراج معيار «المحكمة المنشأة بحكم القانون» على النحو المقصود في قانون حقوق الإنسان ضمن شرط إقامة «محكمة مُشكلة حسب الأصول المرعية» المنصوص عليه في القانون الدولي الإنساني. وعلاوة على ذلك، يثير شرط الضمانات القضائية خلافات أيضاً بسبب التفسيرات الممكنة لشرط لا جريمة إلا بموجب القانون المنصوص عليه في حقوق الإنسان. وتبقى المساواة بين الأطراف المتحاربة، وهو المبدأ الذي لا يُعنى به قانون حقوق الإنسان، حالة محتملة لالتقاء القانونين.

28. انظر:

Prosecutor v. Zejnib Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo, ICTY, IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 473. 29 هناك حالات محتملة من عدم المساواة تبقى خارج نطاق هذه الدراسة. انظر المادة 4 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، 2000، الملحق بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 263 / 54؛ والمادة 2 من الاتفاقية الشاملة المتعلقة بالإرهاب الدولي، A/57/37، وهي متاحة على الموقع التالي على شبكة الانترنت:

<http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/a-57-37.pdf> (last visited 18 September 2007).

30. انظر:

Noam Lubell, 'Challenges of Applying Human Rights Law to Armed Conflict', International Review of the Red Cross, no. 860 (December 2005), p. 738

31 هذه المبادئ مأخوذة من المادة 14 في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتم التعبير عنها أيضاً في المعاهدات الإقليمية لحقوق الإنسان. انظر المادة 6 في المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة 8 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

ويمكن تحديد إطار للمعضلة المطروحة من خلال النظر في كيفية تطور النظامين القانونيين المنفصلين (قانون النزاعات المسلحة غير الدولية وقانون حقوق الإنسان)، حيث لم يكن أي نظام من النظامين موجوداً في القانون الدولي عند نهاية الحرب العالمية الثانية. أما عن المفاوضات في مؤتمر جنيف لعام 1949، يشير «الدرز» إلى أن أي اقتراح يوحي بأن [إعلان حقوق الإنسان لعام 1948] هو صك مُلزم من صكوك القانون الدولي... كان يمكن بالطبع أن يواجه بالدهشة والشك.<sup>32</sup> ولهذا كان يمكن للمندوبين إلى مؤتمر جنيف أن يجدوا، خلال التفاوض حول وضع معايير الحد الأدنى في المجال الإنساني داخل قوانين تنظم للمرة الأولى النزاعات المسلحة غير الدولية، صعوبة كبيرة في القبول بأن الفقرة (1)(د) من المادة 3 المشتركة هي نظام بشكل وحدة مستقلة ويمكن، نظرياً، أن يُطبقه، بطريقة متساوية، كل من الدول والأطراف من غير الدول.

## 1-1-2 محكمة منشأة بحكم القانون

على الرغم من أن عبارة «منشأة بحكم القانون» أصبحت في النهاية معيار الصكوك الملزمة في مجال حقوق الإنسان، بما في ذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إلا أنها لم تظهر إلا عام 1950 في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويقول تعليق «نواك» إن كلمة «مختصة»، التي ترد في المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، «لا تمثل سوى صياغة خاصة لعبارة: «منشأة بحكم القانون»، ثم يواصل محددًا

بأن الشرطين يستهدفان ضمان تعريف السلطة القضائية للمحكمة بشكل عام وبصورة مستقلة عن القضية المعنية، أي بدون أن تحدد اعتباراً من خلال إجراء إداري. ويجب أن يفهم مصطلح «القانون» بالمعنى المحدد لقانون عام يصدره البرلمان، أو قاعدة مكافئة غير مدونة من القانون العام والتي يجب أن تكون متيسرة لجميع الأشخاص الخاضعين لها. ويجب لقانون من هذا النوع أن ينشئ المحاكم ويُعرف مجال اختصاصها ونطاقها الجغرافي.<sup>33</sup>

وقد لخصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان السوابق القضائية الخاصة بها في قرارها في قضية «كويمي وآخرين ضد بلجيكا»، حيث أعلنت أن هدف مصطلح «محكمة مُشكلة بحكم القانون» الوارد في المادة 6 من الاتفاقية يتمثل في ضمان ألا يعتمد التنظيم القضائي في مجتمع ديمقراطي على اجتهاد السلطة التنفيذية، بل يكون منظماً وفقاً لقانون صادر من البرلمان.<sup>34</sup> ومن الناحية الأخرى، لم تأخذ لجنة حقوق الإنسان في الاعتبار معيار المحكمة «المنشأة بحكم القانون» في بيان «فالس بوردا»، وقالت أنها لا تتناول المسائل الدستورية، وإنما تنظر في مدى مطابقة قانون ما مع العهد الدولي.<sup>35</sup>

32. انظر:

David Elders, "The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Conventions", Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 11 (1979), pp. 56-7.

33. انظر:

Manfred Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary, N. P. Engel, Kehl, 1993, p. 245.

34. انظر:

Coeme et al. v. Belgium, European Court of Human Rights, 22 June 2000.

35. انظر:

Fals Borda et al. v. Columbia, Human Rights Committee, 46/79, 27 July 1982

وخضع هذا البيان لفحص دقيق، حيث أشار المعلقون إلى أن دستورية أو قانونية وجود المحكمة هي مسألة يجب أن تعنى بها لجنة حقوق الإنسان.<sup>36</sup>

وتناولت أيضاً المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة مصطلح «محكمة منشأة بحكم القانون»، وذلك في القرار (حول الاختصاص) الصادر عن دائرة الاستئناف في قضية تاديتش. وتأكيداً لاختصاصها، حاولت المحكمة تمييز طابعها الدولي من أجل تخفيف الشروط التشريعية الإشكالية. وقد أقامت المحكمة فعلاً نظاماً من مستويين، يؤكد في إطار محلي مسؤولية الدولة في ضمان الحق في أن تقرر محكمة «منشأة بحكم القانون» توجيه التهم الجنائية.<sup>37</sup> وفي المقابل، جرى في الإطار الدولي تخفيف عبارة «منشأة بحكم القانون» بحيث تعني «بما يتفق وحكم القانون»، أي أن إنشاء المحكمة يجب أن يتم عن طريق هيئة مختصة (على سبيل المثال: مجلس الأمن) ويجب أن تستوفي هذه المحكمة الشروط اللازمة لتأمين عدالة الإجراءات.<sup>38</sup>

ونجد أن السوابق القضائية لكل من مجموعتي المعاهدات يتناول الأسس القانونية لمحكمة «منشأة بحكم القانون» بوصفها متطلبات منفصلة عن الضمانات القضائية. ومن الناحية الأخرى، تعتبر المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة أن الضمانات الأساسية – على الأقل في ما يتعلق بالحاكم الدولية – تُشكل جزءاً من الأسس القانونية. وقد واجه القرار الأخير انتقادات مبررة، لأنه حوّل عبارة محكمة «منشأة بحكم القانون» إلى إطناب غير ضروري.<sup>39</sup> ومع ذلك، لا توجد أية قرارات تتطرق إلى حقوق ومسؤوليات جهات فاعلة من غير الدول.

## 2-1-2 المجموعات المشمولة بالقانون

إن تحليلنا لتقارب التزامات القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان يشمل قضية مهمة مرتبطة بها، هي عدم تكافؤ المجموعات التي يشملها القانون. فالقانون الدولي الإنساني للنزاعات المسلحة غير الدولية يفرض التزامات مباشرة على أطراف النزاع سواء الدول منها أو غير الدول، الأمر الذي يعتبر خطوة جريئة في القانون الدولي. على أن معاهدات حقوق الإنسان التي صاغتها الدول في إطار أكثر تقليدياً، لم تضع في حسابها سوى التزامات الدول. وصرحت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، في تقريرها الثالث حول كولومبيا، أن قواعد القانون الإنساني التي تحكم الأعمال

36. انظر:

Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Material and Commentary*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 407.

37. انظر: (Tadić Jurisdiction)، المرجع 19 أعلاه، الفقرة 42.

38. المرجع السابق، الفقرة 45.

39. في الانتقاد، انظر:

Jose E. Alvarez, "Nuremberg Revisited: The Tadić Case", *European Journal of International Law*, Vol. 7, no. 2 (1996), p. 17 of online version available at <http://www.ejil.org/journal/Vol7/No2/art7.pdf> (last visited 18 September 2007)

بينما تؤكد دوائر الاستئناف أن مجلس الأمن هو هيئة مختصة، فإن هذه الحجة لا تتوافق وأطروحة "توفاك"، المرجع 33 أعلاه، حيث كانت عبارة "منشأة بحكم القانون" تعادل عبارة الاختصاص. ويبدو أيضاً أن الحكم يخالف النظرية القائلة إن مجلس الأمن لا يمتلك الأهلية لسن القوانين.

العدائية الداخلية، تلزم صراحة وتطبق على قدم المساواة على جميع أطراف النزاع، أي قوات الأمن التابعة للدول، والجماعات المسلحة المعادية، وكل وكلائها ومفوضيها. وفي المقابل، ينطبق قانون حقوق الإنسان بوجه عام على طرف واحد فقط من أطراف النزاع، وتحديدًا على الدولة ووكلائها.<sup>40</sup>

وكان مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في نيبال قد فرق في تطبيقه لقانون حقوق الإنسان بين «واجبات» الدول و«التزامات» جماعات المعارضة المسلحة.<sup>41</sup>

أما «كلاهما» المدافع الشرس عن توسيع نطاق واجبات حقوق الإنسان لتشمل بصورة عامة جهات فاعلة من غير الدول، فيشير إلى أنه رغم خطوة لجنة حقوق الإنسان غير المألوفة بتأكيد أنها أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لا يفرض واجبات على الجهات الفاعلة من غير الدول، فإن «الصياغة الحذرة» للتعليق العام رقم 31 يترك الباب مفتوحاً لتفسير يقضي باحتمال أن يوسع القانون الدولي بالفعل نطاق تلك الواجبات.<sup>42</sup> وفي ما يتعلق بدارفور، صرحت لجنة حقوق الإنسان «أنه يبدو أن قوات المتمردين تنتهك أيضاً حقوق الإنسان والقانون الإنساني».<sup>43</sup> وهناك أمثلة أخرى عديدة لهيئات دولية يبدو أنها تريد محاسبة جماعات المعارضة المسلحة لمسؤوليتها عن انتهاك حقوق الإنسان.<sup>44</sup> ويجب أن نخلص إلى أن جماعات المعارضة المسلحة لم تخضع بعد للمحاكمة في ما يتعلق بالواجبات المنصوص عليها في قانون حقوق الإنسان.<sup>45</sup>

40. انظر:

Inter-American Commission of Human Rights, 3rd Report on the Human Rights Situation in Columbia, OEA/Ser.L/V/II-102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999, ch. 4, para. 13.

41. انظر:

OHCHR-Nepal, "OHCHR-Nepal calls on CPN-Maoist to fulfil commitments to stop human rights abuses", press release, 11 September 2006, available at [http://nepal-ohchr.org/en/resources/Documents/English/pressrelease/SEP2006\\_09\\_12-HCR-PressRelease\\_E.pdf](http://nepal-ohchr.org/en/resources/Documents/English/pressrelease/SEP2006_09_12-HCR-PressRelease_E.pdf) (last visited 19 September 2007).

42. انظر:

Andrew Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 328-9.

وينص الجزء ذو الصلة من التعليق العام رقم 31، الفقرة 8، على ما يلي: "[الالتزام بكفالة احترام العهد] يلزم الدول الأطراف، وليس له، بهذه الصفة، تأثير أفعي مباشر باعتباره مسألة تتعلق بالقانون الدولي". مُتاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments-htm>.

مع أن كلاهما لم يشر إلى أي جانب من الصياغة هو صياغة "حذرة"، يمكن أن نفترض أنه يشير إلى "بهذه الصفة".

43. انظر:

E/CN.4/2005/3, CHR, 61st Session, Item 4, Situation of Human Rights in the Darfur Region of the Sudan.

44. للاطلاع على أمثلة ومناقشات، انظر Clapham، المرجع 42 أعلاه، pp. 281-5.

45. يجدر أن نضع أيضاً في الحسبان مشكلة تحميل الجماعات المسلحة المعارضة المسؤولية أثناء النزاع فحسب، ولكن ليس قبله أو بعده. في ما يتعلق بنقاش الواجبات في مجال حقوق الإنسان المفروضة على الجماعات المسلحة المسيطرة على أراض، انظر:

Christian Tomuschat, "The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements", in H. Fischer, U. Froissart, W. Heintchel von Heinegg and C. Raap (eds.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, pp. 586-7.

إن أثر ذلك على الموضوع الذي نبحث فيه بالغ الخطورة. ففي ما يتعلق بالأساس القانوني للاحتجاز في النزاعات المسلحة غير الدولية، يمكن أن يؤدي عدم التكافؤ إلى خلق فجوة في مجال حماية الأفراد الذين تحتجزهم جماعات المعارضة المسلحة، إذ لا يرد في القانون الدولي الإنساني أي شيء حول الموضوع، ويفترض أن معيار حقوق الإنسان المتعلق بالحرية وعدم التعرض للاحتجاز التعسفي لن يطبق إلا على الدول الأطراف.<sup>46</sup> وهو ما يمكن أن يتيح لجماعات المعارضة المسلحة احتجاز الأفراد والتمتع بالحصانة (من وجهة نظر القانون الدولي)، الأمر الذي قد يعيق توفير محاكمات عادلة، لأن مسؤوليتها الدولية لن تذكر إلا بالنسبة إلى إصدار الأحكام الجنائية. وعلاوة على ذلك، يمكن بأية حال أن يُفرض التزام الدول بحماية حقوق الإنسان إلى الحيلولة دون إقرارها بأهلية جماعات المعارضة المسلحة لإنشاء محاكم، إذا لم تعتبر تلك المحاكم منشأة «بحكم القانون».

### 2-1-3 الاستثناءات

هناك اختلاف آخر تجدر دراسته، وهو ما يتيح قانون حقوق الإنسان من استثناءات لبعض أحكامه في ظروف معينة قاهرة تهدد «حياة الأمة» أو «أمن أو استقلال الدولة الطرف».<sup>47</sup> وبالنسبة للحالة التي تعنيها، يجب أن يكون مثل هذا الاستثناء ضرورياً فعلاً ومتوافقاً مع واجبات أخرى من القانون الدولي، القانون الدولي الإنساني، مثلاً.<sup>48</sup> ونجد هنا عرضاً لمشكلة تطبيق هذا المبدأ على جماعات المعارضة المسلحة. أولاً، النطاق الشخصي لإمكانية الخروج عن القانون يبدو بالكاد ملائماً لجماعات المعارضة المسلحة. ثانياً، إن مجرد وجود جماعة معارضة مسلحة مشاركة في نزاع مسلح يعني أن نظام الاستثناءات قد يتجه إلى أن يصبح القاعدة. وترتدي هذه المسألة أهمية خاصة في إصدار الأحكام الجنائية في حالات النزاعات المسلحة غير الدولية، ذلك أن شرط المحكمة «المنشأة بحكم القانون» قد اعتبر واجبا من واجبات حقوق الإنسان غير قابل في كل الحالات تقريبا للاستثناءات<sup>49</sup> وأن شرط لا جريمة إلا بموجب القانون هو صراحة غير قابل للاستثناءات.

46. تنفيذ الإعدام يتطلب في هذه الحال أيضاً محاكمة عادلة، في ما يتعلق بالنقاش حول حق الاحتجاز دون محاكمة. انظر Zegveld، المرجع 12 أعلاه، ص 57-65، حيث تشير إلى أن بعض الهيئات الدولية (وليس كلها بالتأكيد) قد استعاضت بارتياح عن الفراغ القانوني، إما بنقل معايير حقوق الإنسان لتطبيق على جماعات المعارضة المسلحة أو بتطبيق قانون الاحتلال لتشابه الأوضاع. وبينما يمكن للتطبيق غير المتكافؤ أن يؤدي إلى خلق بعض التباين، لن يولد عدم المساواة وفقاً لتعريفنا، لأن المعيار مشتق من قانون حقوق الإنسان وليس من القانون الدولي الإنساني.

47. المادة 4 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 15 من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 27 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. انظر المرجع السابق.

48. انظر: 16، para. 31، CCPR/C/21/Rev.1/Add.11، 11 August 2001، General Comment 29، المادة 27(2) في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. على الرغم من أن التعليق يرى «ضرورة احترام الضمانات الأساسية خلال حالة الطوارئ»، فإنه لا يشير إلى المحكمة «المنشأة بحكم القانون» وينص في المقابل على أنه «يجوز لمحكمة قانونية فحسب محاكمة وإدانة فرد على ارتكاب جرم جنائي». وتحظر المادة 27 الاستثناءات للضمانات القضائية الأساسية لحماية الحقوق التي لا يمكن الخروج عنها، وهي مفهوم يمكن إثارتها وإنشاء نظام خاص في حالات عقوبة الإعدام.

## 2-2 القانون الجنائي الدولي

وحتى صدور قرار المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (بشأن الاختصاص) في قضية «تاديتش» عام 1995، كانت ستواجه الفكرة القائلة بأن انتهاك المادة 3 المشتركة يدخل ضمن المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد<sup>50</sup> بنفس الآراء المشككة التي رافقت عام 1949 ما قيل عن أن صكوك حقوق الإنسان قد فرضت واجبات معينة على الفرد. أما دائرة الاستئناف التي استعانت بقدر ضئيل من ممارسات الدول ورأي القانون، فخلصت إلى أن القانون العرفي ينشئ مسؤولية جنائية فردية لانتهاكات المادة 3 المشتركة.<sup>51</sup> ومن المؤكد أن هذا القرار كان بمثابة الدافع لتحقيق تنبؤ قديم، إذ أصبح اليوم هذا المفهوم وبعد أكثر من عشرة أعوام مفهوماً راسخاً باعتباره واجباً تعاهدياً تلتزم به أكثر من 100 دولة طرفاً في المحكمة الجنائية الدولية.<sup>52</sup>

إن فرض مسؤولية جنائية على مخالفات المادة 3(1)(د) المشتركة بموجب المادة 8(2)(ج) «4» من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يزيد من تعقيد مسألة المساواة بين الجهات المتحاربة. أولاً، يضيف نطاقاً شخصياً آخر إلى تغطية المادة 3 المشتركة المعقدة أصلاً نتيجة عدم التكافؤ في تطبيق القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان. وقد يؤدي ذلك إلى نتائج مختلفة بالنسبة إلى مختلف فئات الأشخاص الخاضعة لمعايير مختلفة، عندما يتعلق الأمر مثلاً بمسؤولية إصدار الأوامر. ثانياً، تنص المادة 21(3) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن تطبيق وتفسير القانون ذي الصلة يجب أن يكونا «متسقين مع حقوق الإنسان المُعترف بها دولياً».<sup>53</sup> وهذا يولد بالفعل ما يسميه «بيليه» في نقده نوعاً من «القانونية العليا»، حيث تمنح تراتبية المعايير «تفوقاً ذاتياً» لقواعد بعينها بسبب موضوعها وليس بسبب مصدرها.<sup>54</sup> وعلى الرغم من أننا قد نستوهي الاستنتاج بأن المادة 21(3) تشير فحسب إلى التدابير الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية، فإن «أرسانجاني» يصف هذه المادة بأنها ذات «لغة شاملة»، تنشئ مقياساً «ينبغي أن تختبر على أساسه كل القوانين التي تطبقها

انظر:

Theodor Meron, 'International Criminalization of Internal Atrocities', American Journal of International Law, Vol. 89, no. 3 (1995), pp.559-63,

حيث يلاحظ أن حتى اللجنة الدولية للصليب الأحمر لا تعترف بتلك المسؤولية القانونية. ويُدعى "ميرون" وجود خلط بين التجريم والاختصاص القضائي، الأمر الذي يراه موازياً لوجهة النظر المحافظة بشأن المسؤولية الفردية عن انتهاكات المادة 3 المشتركة. على أن مجلس الأمن قام بالفعل، للمرة الأولى، بتجريم انتهاكات المادة 3 المشتركة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا؛ ويشير "ميرون" إلى بعض المصادر في بداية التسعينيات (كها غربية) التي أيدت التجريم بشأن المادة 3 المشتركة.

انظر: (ICTY, Tadić Jurisdiction)، المرجع 19 أعلاه، الفقرات 128-134.

المادة 21(3)(ج) في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كان من الأسهل على الذين تولوا صياغة معاهدة المحكمة الجنائية الدولية أن يدرجوا قانوناً بارزاً أو يسنوا قانوناً جديداً، حيث إن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليس رجعي الأثر، بينما اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة كان رجعي التطبيق.

المادة 21(3) في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

انظر:

Alain Pellet, 'Applicable Law', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1079

المحكمة»<sup>55</sup> وبناءً على ذلك، يمكن تفسير عبارة «مُشكلة وفقاً للقواعد» على اعتبار أنها تشمل المفهوم المحوري بالنسبة إلى الدولة في حقوق الإنسان، أي مفهوم المحكمة «المنشأة بحكم القانون» في ما يتعلق بالمسؤولية الفردية ولكن ليس بالضرورة بمسؤولية الدولة.

ويعني مبدأ التكامل أن الجزء الأكبر من تأثير النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سوف يتحقق في إطار الاختصاص المحلي الذي يخضع لسيطرة محاكم الدولة الطرف، خارج مراقبة الآليات الدولية. ويمكن تصور أنه يجوز للدولة، عملاً بالمادة 21(3) أن تقاضي (أو تهدد بمقاضاة) أفراداً مرتبطين بمحاكم المتمردين خدمة لمصالح سياسية، حتى إذا احترمت جماعات المعارضة المسلحة عموماً، وهؤلاء الأفراد بوجه خاص، القانون الدولي الإنساني. ويمكن أن يؤدي ذلك إلى خلق حالة من اللبلة، ذلك أن من شأن التفاعل والتقاطع بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي أن يفرضاً على المسؤولية الجنائية للأفراد شروطاً أكثر صرامة مما تفرضه المسؤولية الدولية.

### 3- إصدار الأحكام بموجب القانون الدولي الإنساني

#### 1-3 الفقرة (1)(د) من المادة 3 المشتركة، والفقرة (2) من المادة 6 في البروتوكول الثاني الإضافي

تحظر الفقرة (1)(د) من المادة 3 المشتركة على الحكومات وعلى جماعات المعارضة المسلحة على حد سواء إصدار الأحكام ما لم يتم ذلك من خلال «محكمة مُشكلة تشكياً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتعدنة». ويمكن تقسيم هذه المادة إلى شرطين، أولهما «محكمة مُشكلة تشكياً قانونياً» يتعلق بالأساس القانوني لإصدار الأحكام، بينما يتناول الشرط الثاني الضمانات القضائية. ومع أن هذه الصياغة لا تقدم بحد ذاتها أي أساس قانوني لإنشاء المحاكم وإدارتها من جانب جماعات المعارضة المسلحة، فإنها لا تحظر ذلك صراحة. وتلاحظ «زغفلد» في نصها عن إمكانية تحميل جماعات المعارضة المسلحة المسؤولية، أن الحظر لا يوضح ما هو المطلوب تحديداً من جماعات المعارضة المسلحة.<sup>56</sup>

أما البروتوكول الثاني الإضافي، الذي «يُطور ويُكمل» [المادة 3 المشتركة] دون أن يُعدل من شروط التطبيق القائمة،<sup>57</sup> فيقسم أيضاً الحظر إلى جزئين. إذ تحظر الفقرة (2) من المادة 6 إصدار الأحكام «دون محاكمة مسبقة من قبل محكمة تتوفر فيها الضمانات الأساسية للاستقلال والحييدة».

55. انظر:

M. Arsanjani, 'The Rome Statute of the International Criminal Court', American Journal of International Law, Vol. 93 (1999), p. 29.

56. انظر Zegveld، المرجع أعلاه، p.69.

57. المادة 1(1)، البروتوكول الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس/آب 1949، المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول الإضافي الثاني)

ومقارنة بالمادة 3 المشتركة، نجد أن الشرط الأول يُسقط بند «التشكيل القانوني» الذي يحدد أهلية المحكمة، بينما يضع الشرط الثاني معياراً للضمانات (أي الاستقلال والحيادة) محل المعيار الآخر (أي الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة).

وفي ما يتعلق بالحظر الثاني، يفعل البروتوكول الإضافي الثاني ما يزعمه تحديداً، أي يعدد قائمة من ستة ضمانات في الفقرات الفرعية اللاحقة. وقد نجح هذا الاستبدال في تطوير واستكمال الحظر دون تعديله. إلا أن المادة 6 بمجرد إلغائها عبارة «المحكمة المُشكلة تشكيلاً قانونياً» لا تقدم بالنسبة إلى الحظر الأول أي تطوير أو استكمال للحظر الوارد في المادة 3 المشتركة، بل هي في الواقع تخفف من شروطه الصارمة. وعلاوة على ذلك، يصعب التوفيق بين إلغاء شرط «المحكمة المُشكلة تشكيلاً قانونياً» والتنازل عن تطبيق المادة 3 المشتركة دون تعديل. على أن سبب الإلغاء واضح بما يكفي. وتقر اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعليقها على مشروع البروتوكولين الإضافيين لعام 1973، بإلغاء عبارة «التشكيل القانوني» المطبقة على «المحكمة» في المادة 3 المشتركة لأن بعض الخبراء اعتبروا أن من غير المرجح أن يكون تشكيل مثل هذه المحكمة تشكيلاً قانونياً بالمعنى المقصود في القوانين الوطنية، إذا كانت جماعات المتمردين هي التي أنشأت المحكمة.<sup>58</sup> وفي هذه الحالة المحددة المتعلقة بالأساس القانوني لإصدار الأحكام، يصبح من المبرر أن نتساءل ما إذا كان هذا البروتوكول، الذي يهدف إلى تطوير المادة 3 المشتركة، لا ينتهي بالفعل إلى التناقض معها.

إلا أن المشكلة تتجاوز مجرد الاتساق في التطبيق. أولاً، يعني غياب التصديق العالمي، وخاصة في البلدان التي تعاني من نزاعات داخلية، أن البروتوكول الإضافي الثاني لا ينطبق غالباً في حالات النزاع المسلح غير الدولي. ثانياً، يعني الفارق في المستوى أن النزاع يمكن أن يدفع نحو تطبيق المادة 3 المشتركة ولكن ليس نحو تطبيق البروتوكول الإضافي الثاني.<sup>59</sup> ومن الصعب، في الحالتين، أن نتخيل كيف يمكن «تطوير واستكمال» أحكام المادة 3 المشتركة عن طريق أحكام إضافية بالبروتوكول الإضافي الثاني لا تنطبق بالضرورة على الحالة على الإطلاق. كما يصعب أيضاً التوفيق بين حقيقة أن الحكم الذي ينطبق على مستوى أدنى من النزاع (أي المادة 3 المشتركة) هو بالفعل أضيق نطاقاً في ما يتعلق بالشروط التي يسمح وفقاً لتبليتها بإصدار الأحكام (أي شرط «المحكمة المُشكلة تشكيلاً قانونياً»)<sup>60</sup>. وهذا الأمر الشاذ المحدد المتعلق بإصدار الأحكام، يتناقض بالفعل مع التعليق على البروتوكول الإضافي الثاني حول العلاقة العامة بين البروتوكول الإضافي الثاني والمادة 3 المشتركة:

58. انظر: ICRC, Commentary to Draft Additional Protocols, المرجع 9 أعلاه، p. 142.

59. للاطلاع على تحليل شامل للفارق في مستوى التطبيق، انظر: Zegveld, المرجع 12 أعلاه، ص 134-46؛ Sandoz et al., المرجع 13 أعلاه، الفقرات

4479-4446. وللاطلاع على ملاحظة تحذيرية حول ما إذا كان الفارق موجوداً فعلاً، انظر:

Francoise Hampson, 'Human Rights and Humanitarian Law in Internal Armed Conflict', in Michael Meyer (ed.), Armed Conflict and the New Law, Vol. 1, British Institute of International and Comparative Law, London, 1989, p. 67.

60. حول «المحكمة المُشكلة تشكيلاً قانونياً»، كشرط مسبق أصعب تحقيقاً مما هو مطلوب في البروتوكول الإضافي الثاني، انظر:

Peter Rowe, The Impact of Human Rights Law on Armed Forces, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. See also below on ONUSAL.

لقد كان اختيار المؤتمر في صالح الحل الذي يجعل نطاق الحماية مرتبطاً بشدة النزاع. وبالتالي، وفي ظل الظروف التي تفي بشروط تطبيق البروتوكول، يطبق البروتوكول والمادة 3 المشتركة في الآن معاً، لأن مجال تطبيق البروتوكول يدرج في المجال الأوسع لتطبيق المادة 3 المشتركة.<sup>61</sup>

ومع ذلك علينا ألا ننسى الحقيقة الأساسية وهي أن المحكمة المشكلة بموجب القانون يمكن مع ذلك أن تسفر عن محاكمة غير عادلة، بينما المحكمة التي تمنح جميع الضمانات الأساسية لا يمكن أن تسفر عن محاكمة غير عادلة. ولهذا، يمكن للتشديد غير المتناسب على شرط الأساس القانوني على حساب الضمانات القضائية، أن يؤدي إلى إضعاف الحماية الممنوحة لأولئك الذين لا يشاركون أو كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية، خاصة إذا اعتبرنا أن تلك المحاكم سوف تستمر في العمل بغض النظر عن استجابتها أو عدم استجابتها للالتزامات الدولية.

### 1-1-3 الشرط الأول: الأساس القانوني

يبدو أن ثمة جانباً من عبارة المحكمة «المشكلة تشكيلاً قانونياً»، أي صعوبة تعريفها بدقة، يميل عدد كبير من السلطات إلى الموافقة عليه.<sup>62</sup> فقد لاحظت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، في قرارها الحاسم الأخير في «قضية حمدان»، أن العبارة لم تعرّف على نحو محدد لا في المادة 3 المشتركة ولا في التعليق عليها.<sup>63</sup> وسعياً إلى المساعدة على توضيح العبارة، بحثت الأغلبية في قضية حمدان في التعليق على المادة 66 من اتفاقية جنيف الرابعة، والذي يربط بين محاكم دولة الاحتلال «المشكلة تشكيلاً قانونياً» و «محاكمها العسكرية غير السياسية».<sup>64</sup> وتنص المادة 66 على أنه يجوز لدولة الاحتلال إنشاء تلك المحاكم في أراضي البلد الذي تحتله للنظر في المخالفات للقوانين التي تصدرها دولة الاحتلال بموجب السلطة الاستثنائية التي تمنحها المادة 64. على أن حقيقة أن العهد الدولي للحقوق المدنية يخلق أساساً قانونياً صريحاً لمحاكم سلطة الاحتلال، بينما لا تتضمن المادة 3 المشتركة مثل هذا الأساس الصريح لا يرتدي أية أهمية خاصة عندما ينظر في ما تعنيه عبارة «المشكلة قانونياً» بالنسبة إلى جماعات المعارضة المسلحة. وبالطبع، لا ينطبق العهد الدولي للحقوق المدنية إلا على النزاعات بين الدول، ولذا لا يتناول التفاوت بين الدول وجماعات المعارضة المسلحة عندما يتعلق الأمر بالأساس القانوني لإنشاء المحاكم. أما في «قضية حمدان»، فكانت المحكمة العليا معنية فحسب بالمحاكم التي تنشئها الدولة الطرف، ولم تتطرق إلى مسائل يمكن أن تمس بحقوق جماعات المعارضة المسلحة. ويوضح ذلك كيف يجب أن ينظر إلى تعريف «المشكلة قانونياً» لأغراض النزاعات المسلحة غير الدولية، باعتباره بالغ التنوع مقارنة بالعبارة المشابهة التي تظهر في اتفاقيات جنيف المتعلقة بالنزاعات المسلحة الدولية.

61. انظر Sandoz et al المرجع 13 أعلاه، الفقرة 4457.

62. انظر، على سبيل المثال، Zegveld، المرجع 12 أعلاه، ص 69.

63. انظر: Hamdan v. Rumsfeld, USSC, 548U.S. (2006), p. 69.

64. انظر ICRC, Commentary IV المرجع 7 أعلاه، ص 340.

لقد خلُصت دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى أن المقياس العرفي لإصدار الأحكام، سواء في النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، هو «محاكمة عادلة تتوفر فيها جميع الضمانات القضائية الأساسية».<sup>65</sup> ومن المؤسف أن التحليل لم يُميز، لدى مناقشة هذه القاعدة، بين نوعي النزاع، مع أنه يجري هذا التمييز في ما يتعلق، مثلاً، بالقاعدة الخاصة بالاحتجاز. ويمكن التساؤل حول ما إذا كانت قد ضاعت فعلاً فرصة إدخال بعض التنوع في الإجابة على الطابع الشاذ للتباين الظاهر في النزاعات المسلحة غير الدولية. ومع أن القاعدة نفسها لا تشير إلى مقياس المادة 3 المشتركة، فإن المناقشة المرافقة لها تخلص إلى استنتاج حاسم حول شروط «المحكمة المشكّلة تشكيلاً قانونياً» في إطار المادة 3 المشتركة التي تنظم النزاعات المسلحة غير الدولية، والمادة 75 من البروتوكول الإضافي الأول الذي ينظم النزاعات المسلحة الدولية. إلا أن التعريف لا يستند إلى تحليل ممارسة الدول أو الرأي القانوني، وإنما يقتصر على آراء المحللين. وتعلن دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بعد استنتاجها بأن معاهدات حقوق الإنسان تشترط وجود معيار «المحكمة المختصة» و«المحكمة المنشأة بحكم القانون» أن المحكمة تكون مُشكّلة تشكيلاً قانونياً إذا جاء إنشاؤها وتنظيمها متوافقاً والقوانين والإجراءات النافذة أصلاً في البلد.<sup>66</sup> كما يرد في مقدمة دراسة اللجنة الدولية أن القانون الدولي الإنساني يحتوي على مفاهيم يحتاج تفسيرها إلى إدراج إشارة إلى قانون حقوق الإنسان، مثل الحكم المتعلق بعدم جواز إدانة شخص بجريمة إلا من قبل «محكمة مُشكّلة تشكيلاً قانونياً».<sup>67</sup> ويفترض هذا الرجوع إلى قانون حقوق الإنسان حصر التفسير بالدولة المعنية. ولكن، كما أوضحناه في القسم 2 أعلاه، لم تكن التزامات حقوق الإنسان موجودة حين تمت صياغة المادة 3 المشتركة.

ويمكن أحد التفسيرات الممكنة في أن دراسة اللجنة الدولية تتخذ نهج قاعدة التخصيص، حيث يتحدد جوهر القانون في القاعدة الأكثر تفصيلاً. وقد حكمت محكمة العدل الدولية، في رأيين استشاريين، أن القانون الدولي الإنساني هو الذي يصبح قاعدة التخصيص عندما يتعلق الأمر بالنزاعات المسلحة.<sup>68</sup> على أنه في حالة إصدار أحكام تتعلق بنزاع مسلح، يمكن الدفاع عن اعتماد قاعدة تخصيص تعطي الأولوية للالتزامات حقوق الإنسان، ذلك أن أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان هي جميعها أكثر تفصيلاً من المادة 3 المشتركة في ما يتعلق بالسير الواجب للإجراءات.<sup>69</sup> أما الاحتمال الثاني فهو أن تُطبق دراسة

Rule 100 in Henckaerts and Doswald Beck, above note 20, Vol. 1, p. 353

65. انظر:

66. المرجع السابق، ص 355

67. المرجع السابق، ص xxxi.

68. انظر:

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, Advisory Opinion, 8 July 1996, para. 25; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 106

69. انظر:

William Abresch, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', European Journal of International Law, Vol. 16, no. 4 (2005)

اللجنة الدولية نهج القانون اللاحق، حيث وضع معايير قانونية جديدة شاملة يؤثر في تفسير المعايير القائمة.<sup>70</sup> ومع ذلك يتطلب كلا النهجين إيلاء اهتمام أكبر لتنظيم النزاعات المسلحة غير الدولية. فبالقدر الذي لا تنطبق فيه التزامات حقوق الإنسان على جماعات المعارضة المسلحة، لا وجود أبداً لقاعدة تخصيص أو لقانون لاحق ينظم سلوكها. وقد يكمن التفسير الأفضل في نهج تقريبي للقانون اللاحق، ينقل فيه معيار حقوق الإنسان للمحكمة المشكلة «بموجب القانون» ليدخل في تعريف الأساس القانوني المحدد في القانون الدولي الإنساني للمحكمة «المشكلة تشكيلاً قانونياً». وهذا ما يتوافق مع ما يؤكد «باوست» من أن المادة 3(1)(د) المشتركة تدمج قواعد حقوق الإنسان العرفية في العملية الواجبة بالرجوع إليها، وبالتالي تدمج جميع أحكام المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.<sup>71</sup>

وفي المناقشة التي سبقت اعتماد البروتوكول الإضافي الثاني، حول معنى المادة 3(1)(د) المشتركة، دافع «جيمس بوند» عن نهج وظيفي للشروط، مُشيراً إلى أن مقاتلي حروب العصابات لا يزعون على كل حال إلى حمل معطف أسود وشعر مستعار أبيض في حقائبهم.<sup>72</sup> وكانت تستند مجموعة المعايير التي اختارها إلى مدى ملاءمتها للوضع، أي أن تكون السلطات الملائمة، التي تعمل بموجب القوة الملائمة، قد أنشأت المحكمة وفقاً لمقاييس ملائمة.<sup>73</sup> وعلى الرغم من أن هذا التعريف يقدم، على الأقل، اعترافاً ضمنياً بالمشكلات المقترنة بالتباين، لن يكون بالضرورة مفيداً للإجابة عن السؤال الذي أثارته «زغفد» أعلاه حول ما الذي يتوقع تحديداً من جماعات المعارضة المسلحة. ويبقى المعياران الأولان موضع شك إذ يتعلقان بشرط الأساس القانوني، بينما يتعلق المعيار الثالث بشرط الضمانات القضائية.

لم تكن الدقة هي الميزة الأساسية لأي من التعريفات التي سبقت مناقشتها. فقد حددت هذه التعريفات في إطار المسؤولية الدولية، وهو مجال من مجالات القانون يرتبط عمداً بإشكالية النفعية السياسية. إلا أن الأمر ليس مشابهاً في المسؤولية الجنائية الفردية. فقد واجهت الدول لدى صياغة أركان الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مهمة تحديد الخصوصية الكافية للوفاء بشروط المبدأ العام في القانون الجنائي الدولي ألا وهو الشرعية (أي لا جريمة إلا بموجب القانون).<sup>74</sup> ولم تكن ثمة سوابق قانونية يمكن الانطلاق منها، حيث لم تكن المسؤولية الفردية في النزاعات المسلحة غير الدولية

70. للاطلاع على مزيد من الأدلة التي توجي باعتماد نهج القانون اللاحق، انظر دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المرجع أعلاه، ص. 308: «منذ اعتماد اتفاقيات جنيف، حدث تطور هام في القانون الدولي لحقوق الإنسان يتعلق بالإجراءات المطلوبة لمنع الحرمان التعسفي من الحرية». وقد ذكر أيضاً أحد محرري دراسة اللجنة الدولية أن «... على الرغم من أن قواعد القانون الدولي الإنساني كانت متقدمة جداً في معايير 1949، إلا أنها أصبحت الآن متأخرة بالنسبة إلى الحماية التي تمنحها معاهدات حقوق الإنسان»، انظر:

Louise Doswald-Beck, 'Human Rights and Humanitarian Law: Are there Some Individuals Bereft of all Legal Protection?', ASIL Proceedings 2004, p. 356

انظر: 71

Jordan J. Paust, 'Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees', Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43 (2005), n. 25 at p. 818

انظر: 72

James Bond, 'Application of the Law of War to Internal Conflict', Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, no. 2 (1973), p. 372

المرجع السابق، ص. 372

74. في النقاش حول المدى الذي تشكل فيه عبارة لا جريمة ولا عقاب إلا بموجب القانون مبدأ عاماً في القانون الجنائي الدولي، انظر:

Antonio Cassese, International Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 139-56

موجودة عموماً في القانون الدولي قبل الحكم في «قضية تاديتش» (بشأن الاختصاص) الذي أصدرته المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة عام 1995. كما لم تواجه أي من المحاكم اللاحقة أمام المحاكم الخاصة موضوع محاكم المتمردين.<sup>75</sup> وجاءت، بالطبع، صياغة أركان الجريمة في السياق الخاص للمسؤولية الجنائية للأفراد، لكن الأركان لا تزال أداة مفيدة للتفسير لأن صياغة المادة 8(2) (ج) من النظام الأساسي هي مماثلة في وظيفتها لصياغة المادة 3 المشتركة.<sup>76</sup> وتكمن أيضاً قيمة تعريف أركان الجريمة في صياغته من جانب الموقعين على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وتمثيله بالتالي لآراء عدد من الدول.<sup>77</sup>

ومن المدهش أن ركن الجريمة 4 في المادة 8(2)(ج) («4») يستمد تعريفه للمحكمة «المشكلة تشكيلاً نظامياً»: من المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني

«لا يجوز إصدار أي حكم أو تنفيذ أية عقوبة دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة مُشكلة تشكيلاً نظامياً، أي تتوفر فيها الضمانات الأساسية للاستقلال والحيادة، أو تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها» (التشديد مضاف).

إن تكرار عبارة «حكم سابق صادر عن محكمة» يشير إلى أن تعريف «المشكلة تشكيلاً قانونياً» مفيد بتوفر «الاستقلال والحيادة» بوجه خاص. وتشير في هذه الحال الجملة الأخيرة إلى الشرط الثاني للضمانات القضائية باعتباره منفصلاً عن الأساس القانوني نفسه. على أن مثل هذا التفسير يخلط بين تعريف الأساس القانوني للمادة 3 المشتركة وتعريف الضمانات الأساسية في البروتوكول الإضافي الثاني. ويمكن مقارنة العنصر المعتمد بمشروع اقتراحته سابقاً بلجيكا، وكان يفصل فصلاً صحيحاً بين الأساس القانوني والضمانات القضائية. وقد عرضت فيه ثلاث حالات متميزة، حيث كان يمكن أن يصل إصدار حكم إلى حد جريمة الحرب: «إما لأنه لم يصدر حكم سابق، أو أن الحكم السابق لم يكن صادراً عن محكمة مُشكلة تشكيلاً نظامياً أو لم تكفل جميع الضمانات الأساسية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها».<sup>78</sup>

75. انظر:

Knut Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 409

76. الفقرة ذات الصلة في المادة 8(2)(ج) («4») من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تحظر إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً نظامياً تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها. الاختلاف في الصياغة يشير إلى الإقرار بأن مصطلحات المادة 3 المشتركة لم تعد مستخدمة، ولكنه لا يمثل تأثيراً جوهرياً.

77. وفقاً للمادة 9 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن أركان الجرائم ليست قاطعة ولكن المحكمة تستعين بها "في تفسير وتطبيق المواد 6 و7 و8".

78. انظر:

PCNICC/1999/WGEC/DP.13, reproduced in Eva LaHaye, "Violations of Common Article 3", in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure & Evidence, Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2001, p. 212

لقد تناولنا بالنقاش أعلاه تلك العلاقة الصعبة بين المادة 6(2) بالبروتوكول الإضافي الثاني والمادة 3(1)(د) المشتركة، حيث أشرنا إلى أنه تم تكييف شرط «المحكمة المشكلة تشكيلاً قانونياً» بناءً على دواعي قلق بعض الخبراء الذين اعتبروا أن جماعات المعارضة المسلحة لن تتمكن من إنشاء مثل تلك المحاكم بالمعنى المقصود في القانون الوطني. ولهذا يبدو غريباً أن القائمين على صياغة عناصر الجرائم قاموا بمجرد استيراد المقياس الوارد في المادة 6(2) بالبروتوكول الإضافي الثاني (وهو المعيار الخطأ، بهذا المعنى) لتعريف عبارة «محكمة مُشكلة تشكيلاً قانونياً»، في الوقت الذي حافظ فيه القائمون على صياغة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على صياغة المادة 3(1)(د) المشتركة. وكما أبرزته المناقشة حول مساواة الأطراف المتحاربة، لم ينجح البروتوكول الإضافي الثاني إلا بحذف جميع الإشارات إلى الأطراف. وعلاوة على ذلك، كان تحديد مستوى عالٍ للتطبيق بما في ذلك شرط السيطرة على الأراضي، بالقدر الذي يمكن فيه لجماعات المعارضة المسلحة أن تنفذ البروتوكول، هو شرط حاسم لكي توافق الدول على اعتماد البروتوكول الإضافي الثاني.<sup>79</sup> وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن مستوى تطبيق المادة 8(2)(ج) («4») حدد موضوعياً بأدنى من المستوى الوارد في البروتوكول الإضافي الثاني، حيث لا يشترط تطبيق البروتوكول السيطرة على الأراضي ولا امتلاك القدرة على تنفيذ أحكام المادة المذكورة.<sup>80</sup> ولهذا تصبح الفجوة فعلية وليست نظرية، على الأقل من زاوية المسؤولية الفردية. ولم تعتمد أركان الجريمة في أي من المستويات وجهة النظر القائلة إن القانون الدولي الإنساني في البروتوكول الإضافي الثاني يصبح، في ما يتعلق بالأساس القانوني، قاعدة التخصيص لأي نزاع مسلح غير دولي. ويمكن أن يشكل غياب أي تمييز لكلمة «محكمة» في المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني مسوغاً لتفسير هذا الحكم باعتباره لا يدرج شرط المحكمة «المنشأة بحكم القانون» الوارد في قانون حقوق الإنسان وأنه يسمح بإنشاء محاكم خاصة.<sup>81</sup>

يتضح من التحليل السابق عدم وجود اتفاق حول معنى عبارة «محكمة مُشكلة تشكيلاً قانونياً»، عندما يتعلق الأمر بالطرف المشكل من المتمردين. فالتعريفات المقترحة تمر بسرعة على التمييزات الطفيفة في أشكال التباين، أو تكون مبهمة، أو تخفق في إدراج ملائم للاختلافات الجوهرية بين المادة 3 المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني. وكان تأثير المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني أنه أبرز مشكلة المادة 3(1)(د) المشتركة، ولكن حتى لو اعتبر البروتوكول الإضافي الثاني قاعدة التخصيص بالنسبة إلى قانون حقوق الإنسان، فإنه لا يوفر حلاً شاملاً نظراً للفجوة في التطبيق والفجوة في الحد الأدنى المعتمد للتطبيق.

79. انظر على سبيل المثال.

CDDH/SR.49/ANNEX, explanation of vote on Material Field of Application, statement of Ghana

80. تنص المادة 8(2)(د) من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي: «تتطبق الفقرة 2(ج) على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي وبالتالي فهي لا تنطبق على حالات الإضرابات والتوترات الداخلية مثل أعمال الشغب أو أعمال العنف المنفردة أو المتقطعة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة الماثلة».

81. يقدر ما يمكن اعتبار أن من غير الممكن الخروج من مبدأ المحكمة «المنشأة بحكم القانون»، يمكن أن يكون هذا المنطق مثيراً للجدل. انظر أدناه.

### 3-1-2 الشرط الثاني: الضمانات القضائية

عندما يتعلق الأمر بالضمانات القضائية، كما أشرنا إليه أعلاه، يوضح البروتوكول الإضافي الثاني ما ورد في المادة 3 المشتركة دون توسيعه. ولهذا، يمكن تطبيق مقاييس البروتوكول الإضافي الثاني على نطاق عالمي في ما يتعلق بالحظر الثاني. ولا تتأثر أغلب الضمانات الواردة في المادة 6(2)(أ) إلى (و) بالتباين بين الدول وجماعات المعارضة المسلحة، على الرغم من أن جماعات المعارضة المسلحة قد تجد صعوبة في تطبيق هذه الضمانات بسبب حقيقة قدراتها الفعلية. فهذه الضمانات لا تختلف من الناحية النظرية، عن ضرورة توفير التعليم للأطفال مثلاً بموجب المادة 4(3)(أ). بل وحدها الجملة الأولى في الفقرة (ج) من المادة 6(2) التي تعرض لمبدأ لا جريمة إلا بموجب القانون هي التي تمثل مشكلة محتملة تتعلق بعدم المساواة.

وينص الحكم المعني على ما يلي: «...ألا يُدان أي شخص بجريمة على أساس اقتراح الفعل أو الامتناع عنه الذي لا يشكل وقت ارتكابه جريمة جنائية بمقتضى القانون الوطني». ويشير التعليق إلى الصعوبة الناتجة عن التباين، أو السياق الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية، موضحاً أن التعايش الممكن بين نوعين من التشريع الوطني، وتحديدًا تشريع الدول وتشريع جماعات المتمردين يجعل مفهوم القانون الوطني أكثر تعقيداً في هذا السياق<sup>82</sup>. وتؤكد أطروحة «زغفلد» أنه ما دامت الصياغة النهائية تبدو مستمدة من المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، يجب لذلك أن يفهم الحكم باعتباره يشير إلى قانون الدولة<sup>83</sup>. على أن في «بوئي» وآخرين تطرح وجهة نظر أوسع تفترض أن حذف مصطلح «القانون الوطني والدولي» الوارد في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية خلال المؤتمر الدبلوماسي «يجب أن يفهم باعتباره توسيعاً لمفهوم «القانون» وليس تحديداً له»<sup>84</sup>. وقد تعني وجهة النظر الأوسع نطاقاً أن جماعات المعارضة المسلحة يمكن أن تستوفي معيار لا جريمة إلا بموجب القانون باعتبارها على القانون الدولي في ما يتعلق بالجرائم الدولية، بينما تعتمد على تشريع الدولة أو تشريعها الخاص لمقاضاة الجرائم المتعلقة بمجرد المشاركة في الأعمال العدائية. وفي سياق الرؤية ضيقة النطاق، لن تتمكن جماعات المعارضة المسلحة من الاعتماد على «تشريعها» الخاص في ما يتعلق بمجرد المشاركة في الجرائم ذات الصلة، مع أنها قد تطبق مثلاً القوانين الحكومية القائمة لمحاكمة جنود الحكومة عند اقتراحهم القتل.

### 3-1-3 المؤتمرات الدبلوماسية

من السهل تصور الاعتراضات التي يمكن أن تطرحها الدول، لاسيما الدول المنخرطة في نزاعات مسلحة غير دولية، تجاه الاعتراف بحق جماعات المعارضة المسلحة في إنشاء المحاكم. ومع الأسف، يصعب تمييز مقصد القائمين على صياغة المادة 3 المشتركة من خلال السجلات الرسمية لمؤتمر جنيف. فقد تركزت المناقشات في الأساس على مدى انطباق اتفاقيات جنيف كلية على حالات النزاع

82. انظر Sandoz et al. المرجع أعلاه، الفقرات 4604-4605.

83. انظر Zegveld، المرجع أعلاه، ص 187.

84. انظر Bothe et al. المرجع أعلاه، ص 652.

المسلح غير الدولي، ولم تقم لجنة العمل الثانية التابعة للجنة الخاصة إقْبيل نهاية المؤتمر بتقديم قائمة محددة شاملة للأحكام التي أصبحت بعد ذلك المادة 3 المشتركة.<sup>85</sup> ولا تعطي السجلات الرسمية أية معلومات تشير إلى كيف انتهى حظر إصدار الأحكام إلى هذه القائمة، كما لا تتضمن أية نقاشات حول معنى عبارة «محكمة مُشكلة تشكيلاً قانونياً».

ويكمن أحد الاختلافات المهمة بين المفاوضات التي جرت عام 1949 والمفاوضات التي جرت بين عامي 1974 و1977 في أن الدول، خلال مفاوضات السبعينيات، كانت على وعي بالتزاماتها في مجال حقوق الإنسان، وبالتالي بشرط «التشكيل بموجب القانون». وعلى الرغم من أن المناقشات خلال المؤتمر الدبلوماسي عكست حساسية الموضوع، فلم تقدم الكثير لتوضيحه. وارتكزت مفاوضات المؤتمر الدبلوماسي إلى مشروع المادة 10 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1973، والتي نصت على ما يلي:

لا يجوز إصدار أي حكم أو تنفيذ عقوبة حيال شخص تثبت إدانته في جريمة ترتبط بنزاع مسلح دون محاكمة مسبقة من قبل محكمة تتوفر فيها ضمانات الاستقلال والحييدة المعترف عموماً بأنها أساسية...<sup>86</sup>

وقد بدأت مندوبة اللجنة الدولية للسليب الأحمر المناقشة بتأكيدا ضرورة دراسة مشروع المادة 10 على ضوء حقيقة أن المادة 1 حول المجال المادي للتطبيق، بما في ذلك السيطرة الإقليمية، قد قبلت في لجنة الصياغة.<sup>87</sup> وربما يرجع مقصد هذا التعليق إلى تأكيد أن الدول أقرت بأن اعتماد الحكم بنطاق تطبيق أوسع من المادة 3 المشتركة لن يكون قابلاً للتطبيق إلا في النزاعات ذات مجال تطبيق واسع. وقالت بعد ذلك أن وجود جماعات المعارضة المسلحة في موقع يتيح لها محاكمة الأشخاص لم يعد مجرد فرضية، وأضافت أن من المحتمل أن يستخدم الطرف المتمثل في جماعات المتمردين، لهذا الغرض، المحاكم الموجودة على الأراضي التي يسيطر عليها والتي يمكن بذلك أن تستمر في العمل، أو أن ينشئ محاكم شعبية.<sup>88</sup> ومن هنا كانت اللجنة الدولية لصالح الإقرار بحق جماعات المعارضة المسلحة في إنشاء محاكم، على الأقل في النزاعات التي تؤكد خلالها تلك الجماعات سيطرتها الإقليمية وتستجيب للشروط الأخرى المتعلقة بمجال تطبيق البروتوكول الإضافي الثاني. وتجدر الإشارة إلى أهمية وضع مندوبة اللجنة الدولية للسليب الأحمر هذا التصريح في سياق التخلي لاحقاً عن مشروع المادة 5 حول المساواة في حقوق وواجبات الأطراف، والتي تعني ضمناً أن المساواة بين المتحاربين كانت المبدأ الكامن وراء تفسير الأساس القانوني.<sup>89</sup>

85. انظر الاجتماع الثامن والعشرين للجنة الخاصة، Special Records, II-B p.83.

86. انظر: CDDH/1

87. انظر: CDDH/1/SR-33 para.24.

88. المرجع السابق، para.24.

89. المرجع السابق، para.24. انظر أيضاً أعلاه، حول مسودة المادة 5.

أشار أيضاً إلى مشروع المادة 5 كثيرون من مندوبي الدول الذين أقروا بصعوبة التوفيق بين التباين والمساواة بالنسبة إلى محاكم المتمردين، ونصحوا بالتأني في صياغة الحكم المتعلق بقواعد الإجراءات القانونية.<sup>90</sup> وأعلن مندوب المملكة المتحدة عن وجوب أن يراعى بوضوح، لدى صياغة الأحكام المتعلقة بالقانون الجنائي، المبدأ القائل «إن حقوق وواجبات أطراف النزاع بموجب البروتوكول الحالي سارية على الجميع على نحو متساو».<sup>91</sup> إلا أن أي مندوب لن يذكر في تصريحاته المتعلقة بما ورد أعلاه إذا كان يوافق على ما قاله مندوب اللجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن مسألة الأساس القانوني. وحده المندوب النيجيري أقر صراحة بأن المتمردين يمكنهم بالتأكيد إنشاء محاكم تستند إلى الأساس القانوني الصحيح.<sup>92</sup> ويبدو من التحذيرات المتعلقة بمشروع المادة 5، ومن التخلي لاحقاً عن تلك المادة، أن دولاً عديدة أقرت متوجسة بأن احتكارها للجوانب التشريعية والقضائية من صلاحيات الحكومة كان مهدداً.

أما عن الحظر الثاني المتعلق بالضمانات القضائية، فقد أعربت الدول أيضاً عن قلقها بشأن النطاق الذي ينطبق فيه مبدأ لا جريمة إلا بموجب القانون كما ناقشناه أعلاه. وعلى الرغم من أن المشروع الأولي الذي قدمته اللجنة الدولية للصليب الأحمر لم يضم سوى مصطلح «القانون»، فقد اشتملت مسودات أخرى عبارة «القانون الوطني أو الدولي»<sup>93</sup> التي تم استيرادها مباشرة من المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.<sup>94</sup> لكن هذه الصياغة لم تلق ترحيباً. وأعرب مندوب الأرجنتين عن قلقه بشأن غموض مصطلح «القانون الوطني»، وشكك في إمكانية أن تعترف حكومة مشاركة في نزاع مسلح غير دولي بفكرة «قانون المتمردين».<sup>95</sup> كما وصف مندوب المكسيك المعنى بالغامض، مُشيراً إلى «أن النقاش لم يسفر عن أية فكرة واضحة».<sup>96</sup> وهددت بعض الوفود بأنها ستصوت لاستبعاد الفقرة الفرعية (د) بكاملها إذا بقيت الصياغة على ما هي عليه،<sup>97</sup> وفي النهاية عاد المؤتمر إلى الكلمة الأصلية «القانون» بدون أية صفة أخرى.<sup>98</sup>

90. علاوة على مندوب المملكة المتحدة، انظر: مندوب إسبانيا، para. 28 CDDH/I/SR.34، ومندوب الاتحاد السوفيتي، CDDH/I/SR.34 para. 42.

91. انظر: 45 para. 29 CDDH/I/SR.29

92. انظر: 20 para. 20 CDDH/I/SR.34

93. انظر: 88 CDDH/I/GT.88؛ CDDH/I/

94. تنص المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: "1. لا يجوز إدانة أحد بجرمة جنائية نتيجة فعل أو امتناع عن فعل مما لم يُشكل وقت ارتكابه جريمة جنائية بموجب القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز توقيع عقوبة أشد من العقوبة واجبة التطبيق في وقت ارتكاب الجريمة. ويستفيد المتهم من أي نص قانوني يصدر بعد ارتكاب الجريمة إذا جاء متضمناً بعقوبة أخف. 2. ليس في هذه المادة ما يحول دون محاكمة أو معاقبة أي شخص عن أي فعل أو امتناع عن فعل إذا كان ذلك يُعتبر وقت ارتكابه جريمة طبقاً للمبادئ العامة للقانون المقررة في المجتمع الدولي."

95. انظر: 4 para. 5 CDDH/I/SR.64

96. المرجع السابق، 78 para.

97. انظر: 1 fn. 1 CDDH/I/262

98. الصياغة المعتمدة فعلاً اقترحت من خلال التعديل الذي قدمته باكستان، CDDH/427

### 2-3 أدلة ممارسات جماعات المعارضة المسلحة في مجال إصدار الأحكام

إن الأغلبية العظمى من أدلة الممارسات الفعلية المعنية في محاكم المتمردين هي إما غير موثقة توثيقاً جيداً أو تبقى سرية.<sup>99</sup> وإذا لا تزعم هذه الدراسة تقديم مسح كامل للممارسات المتبعة، فإنها تنطرق إلى قضيتين تتوفر معلومات بشأنهما. ونعرض هنا ممارسات المتمردين وآراءهم دون المس بمسألة إمكانية أن تساهم هذه الممارسات في تشكيل القانون العرفي. ويرى الكاتب أن تقديم مسح شامل للممارسات المتعلقة بمحاكم جماعات المتمردين يمكن أن يشكل مساهمة ثمينة لأي بحث مستقبلي، ولأية جهود دولية ترمي إلى تعزيز امتثال الجماعات المسلحة للقانون الدولي الإنساني.

### 1-2-3 النزاع في السلفادور

النزاع الذي شهدته السلفادور خلال الثمانينيات والتسعينيات هو أحد النزاعات القليلة التي استرعت فيها محاكم المتمردين الاهتمام الدولي. وقد أنشئت عام 1991 بقرار مجلس الأمن رقم 693 بعثة مراقبي الأمم المتحدة في السلفادور، وفسر هؤلاء المراقبون مهمتهم بأنها تشمل مراقبة امتثال أطراف النزاع للقانون الدولي الإنساني والتزاماتها في مجال حقوق الإنسان كذلك.<sup>100</sup> واللافت للنظر أن النزاع في السلفادور كان أول مثال لتطبيق البروتوكول الإضافي الثاني،<sup>101</sup> ولهذا يعطي فكرة عن العلاقة بين متطلبات الصكّين المتعلقين بالنزاعات المسلحة غير الدولية. وكانت جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني قد أصدرت خلال نزاع السلفادور، أحكاماً ضد أشخاص مشتبه في أنهم عملاء يتعاونون مع الحكومة وأعدمتهم. وأكدت الجبهة أنها كانت «تبدل كل ما هو ممكن لضمان توافق أساليبها في النضال مع ما تنص عليه المادة 3 من اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني»، كما أشارت إلى المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني باعتبارها الأساس القانوني لمحاكمها.<sup>102</sup> وعلاوة على ذلك، زعمت جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني أن الامتثال للقانون الدولي لا يتطلب أن تكون المحكمة منشأة وفقاً لقانون الحكومة النافذ.<sup>103</sup>

99. من خلال مراسلات متبادلة مع Knut Dörmann، نائب مدير الإدارة القانونية باللجنة الدولية للصليب الأحمر، أبلغ كاتب المقال بعدم توفر أي معلومات معلنة عن خبرة اللجنة الدولية تتعلق بمحاكم المتمردين. وتبقى المواد المحفوظة بأرشيف اللجنة الدولية للصليب الأحمر سرية لمدة أربعين عاماً.

100. انظر:

Tathiana Flores Acuña, *The United Nations Mission in El Salvador: A Humanitarian Law Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, pp. 36-40

101. انظر: Michel Veuthey, Preface to *ibid.*, p. xiii

102. انظر:

Letter from Commander Nidia Diaz, Director, FMLN Secretariat for the Promotion and Protection of Human Rights, 19 October 1988 (hereinafter FMLN Memo), partially reproduced in Americas Watch, *Violation of Fair Trial Guarantees by the FMLN's Ad Hoc Courts*, Americas Watch, New York and Washington, 1990.

103. المرجع السابق

وفي تقريره الثالث، أكد قسم حقوق الإنسان في بعثة مراقبي الأمم المتحدة في السلفادور أن معيار المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني هو «مبدأً أوسع نطاقاً» من معيار المادة 3(1)(د) المشتركة، وأعلنت البعثة في الفقرة نفسها أن شرط «المحكمة المشكلة نظامياً» هو شرط يصعب على قوات المتمردين الوفاء به، ووافقت في الوقت نفسه على أن «أي كيان مسؤول ومنظم يمكنه ويجب عليه أن يفي بالمبادئ المحددة في المادة 6 من البروتوكول الإضافي الثاني».<sup>104</sup> ويتابع التقرير بالنظر في مبدأي الاستقلال والحياد، الأمر الذي يوحي بأن بعثة مراقبي الأمم المتحدة في السلفادور طبقت حصراً شرط الأساس القانوني الوارد في البروتوكول الإضافي الثاني.

وقد أصدرت جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني أحكاماً ضد أفراد بموجب «قانونها الخاص للإجراءات الجزائية» والذي تضمن عقوبات محددة لكل مخالفة من المخالفات التي ترتكب عادة في علاقة بنزاع مسلح.<sup>105</sup> وبالتالي، أصبح الموضوع هو مشكلة الحظر الثاني المتعلق بمبدأ لا جريمة إلا بموجب القانون. وبررت جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني في المذكرة التي قدمتها، أفعالها على النحو التالي:

كما ليس من الضروري، وفقاً [للقانون الحكومي] إثبات جرم المتهم، بينما يفترض البروتوكول الإضافي الثاني أن يتواجد في أن معاً «التشريع الوطني للدولة وتشريع المتمردين». ونتيجة لهذا التفسير، يصبح كل طرف من الأطراف المتنازعة قادراً على المحاكمة وفقاً لقانونه الخاص النافذ.<sup>106</sup>

وعلاوة على ذلك، دافعت الجبهة عن الحجة القائلة بأنه كان يجب تكييف نوع المحكمة والقانون المطولين في البروتوكول الإضافي الثاني بما يتفق ووجود الطرف الخصم وقدراته.<sup>107</sup>

ووافقت منظمة الرصد الأميركية «أميريكاكاز ووتش» على رأي جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني، بأن «المادة 6 من البروتوكول الإضافي الثاني تفترض بما لا يدع مجالاً للشك أن كل طرف من الطرفين المتنازعين يمتلك سلطة محاكمة المخالفات الجنائية المرتكبة في علاقة بنزاع مسلح والمعاقبة عليها».<sup>108</sup> كما وافقت منظمة الرصد الأميركية صراحة على تفسير الجبهة بأن البروتوكول الإضافي الثاني يفترض وجود مجموعتين من التشريعات الوطنية، حيث يمكن لجماعات المعارضة المسلحة أن يكون لها سلطة تشريعية في الأراضي التي تسيطر عليها، لكنه لم يقبل بتكييف المقاييس وفقاً لقدرة كل طرف معني<sup>109</sup>، في إشارة إلى قدرة هذا الطرف المادية وليس قدرته القانونية. وقد وافقت بعثة مراقبي الأمم المتحدة ضمناً على حق جبهة فارابونديو مارتي للتحريير الوطني في إصدار القوانين في

104. انظر: A/46/876, S23580, ONUSAL Human Rights Division, Third Report, para. 111. الفقرة الأخيرة هي إعادة تأكيد للتعليق على البروتوكولين الإضافيين، المرجع 13 أعلاه، الفقرة 4597.

105. انظر: FMLN Memo at Americas Watch، المرجع 102 أعلاه، فقرة 511.

106. المرجع السابق

107. المرجع السابق، ص. 510.

108. انظر: Americas Watch، المرجع 102 أعلاه، ص. 512، اقتباس من FMLN Memo

109. المرجع السابق، ص. 513. على أن Americas Watch لم تتمكن بعد عدة محاولات من الحصول على قانون العقوبات المزعوم، وخلصت إلى عدم تلبية شرط الضمانات الأساسية.

الأراضي التي كانت تسيطر عليها بأنها تفحصت في الواقع أحكام الإجراءات الجزائية التي وضعتها الجماعة المسلحة.<sup>110</sup>

ويقدم أيضاً النزاع في السلفادور أدلة من ممارسات تتعلق بمقاواة جماعات المعارضة المسلحة لأفرادها في انتهاكات لقوانين الحرب. ووفقاً لمنظمة رصد حقوق الإنسان «هيومان رايتس ووتش»، أعلنت جبهة فارابوندو مارتي للتحريير الوطني أنها ستلاحق اثنين من أفرادها أمام القضاء بتهمة الإعدام دون محاكمة في يناير/كانون الثاني لاثنين من موظفي الولايات المتحدة بعد إسقاط طائرتهما المروحية. وطالبت حكومة السلفادور بتسليم عضوي الجبهة لحاكتهما أمام النظام القضائي للدولة، وحذرت من أن أيا من الرعايا الوطنيين أو الأجانب المشاركين في المحاكمة التي تقيمها جبهة فارابوندو مارتي للتحريير الوطني سيتعرضون للمحاكمة بموجب قانون السلفادور. والظاهر أن المحاكمة لم تقع حيث قررت الجبهة تسليم المتهمين ليخضعا لإجراءات لجنة تقصي الحقائق والمصالحة.<sup>111</sup> أما منظمة رصد حقوق الإنسان «هيومان رايتس ووتش»، فقد أعربت عن «خيبة أملها» لأن جبهة فارابوندو مارتي للتحريير الوطني لم تحقق مزيداً من التقدم في الوفاء بالتزاماتها بموجب القانون الدولي لمعاينة كبار المنتهكين.<sup>112</sup> مع أن من غير الواضح أن مثل هذا الالتزام كان موجوداً بالفعل في ذلك الوقت، أو حتى أنه موجود الآن.<sup>113</sup> ولم تقدم بعثة مراقبي الأمم المتحدة في السلفادور أي تقرير عن الحادث، ويرجع ذلك على الأرجح إلى أن البعثة اعتبرت أن الأحداث التي وقعت قبل بدء عمل بعثة التحقق من حقوق الإنسان في 23 يوليو/تموز 1991 هي خارج اختصاصها، ما عدا ما وقع منها في ظروف استثنائية.<sup>114</sup>

### 3-2-2 النزاع في نيبال

يبرز السؤال حول ما كان يمكن أن تكون النتائج لو كان النزاع في السلفادور نزاعاً لا ينطبق عليه البروتوكول الإضافي الثاني، وكان شرط المحكمة «المشكلة تشكياً قانونياً» هو الشرط الوحيد الواجب التطبيق. ويصبح هذا السؤال مهماً بالنسبة إلى النزاع الأخير في نيبال بين الحزب الشيوعي في نيبال-المجموعة الماوية المتمردة- وقوات الحكومة. وعلى الرغم من أن واقع السيطرة الإقليمية واستمرار العمليات العسكرية (بما في ذلك مقتل 13 ألف شخص خلال نزاع استمر عشرة أعوام)<sup>115</sup> يشير إلى أن شروط نطاق تطبيق البروتوكول الإضافي الثاني كانت على الأرجح محققة، إلا أن نيبال

110. انظر: Zegveld، المرجع أعلاه، ص. 70.

111. انظر:

Human Rights Watch, "El Salvador", 1992 Annual Report, available at <http://www.hrw.org/reports/1992/WR92/AMW-08.htm#TopOfPage> (last visited 18 September 2007).

112. المرجع السابق

113. انظر أدناه، لم يكن يعتبر، وقت الحادث، أن انتهاكات المادة 3 المشتركة تستتبع مسؤولية جنائية فردية على صعيد القانون الدولي. ومع أن الضحايا كانوا عملاء لدولة أخرى، فقد كان النزاع - على الأقل في هذا السياق - نزاعاً غير دولي: حيث تحالفت الولايات المتحدة مع حكومة السلفادور. ولهذا، لم يكن يوجد التزام دولي بالمقاواة، على الرغم من أن الموقف قد يختلف اليوم على ضوء المسؤولية الفردية في النزاعات المسلحة غير الدولية.

ONUSAL Human Rights Division, First Report, A/45/1055, para. 8

114. انظر:

115. انظر:

BBC News, "Violent clashes amid Nepal curfew", 10 April 2006, available at <http://news-bbc-co-uk/2/hi/south-asia/4894474-stm> (last visited 18 September 2007).

ليست طرفاً في البروتوكول ولذا تظل المادة 3 المشتركة هي المقياس التعاقدى الوحيد القابل للتطبيق. وقد تم توقيع اتفاق سلام شامل في أواخر عام 2006، ويبدو أنه كان مستمراً بشكل عام حتى كتابة هذا المقال.

وقد أنشأ الحزب الشيوعي في نيبال-المجموعة الماوية المتمردة «محاكم الشعب»، التي عملت خلال فترة العمليات العدائية وازدهرت كما أفادت التقارير بعد توقف تلك العمليات. وعلاوة على ذلك، وضع الحزب الشيوعي في نيبال-المجموعة الماوية المتمردة- منذ الفترة 2003/2004 قوانين عامة شاملة خاصة به لفترة الحرب والمرحلة الانتقالية، وشملت الأحكام المدنية والأحكام الجزائية المرتبطة بالنزاع أو غير المرتبطة به.<sup>116</sup> وحددت المادة 2(9) الأساس القانوني لمحاكم الشعب، وتنص على أن المدعي العام للشعب يتولى الملاحقات وتتخذ محكمة الشعب القرارات. وتؤسس المادة 4(1) واجب حماية الحزب الشيوعي في نيبال، وجيش التحرير الشعبي، وحكومة الشعب، والمجلس المركزي للشعب؛ بينما تنص المادتان 4(4) و4(5) على ما يلي:

4. من يقترب أو يحاول التآمر أو الانضمام إلى العدو أو يرتكب أفعال خداع ضد هذه الهيئات والأشخاص والمؤسسات والأيدولوجيات دون اعتبار للواجب سالف الذكر، يُعاقب بالحبس والأشغال الشاقة لمدة 10 سنوات استناداً إلى رأي الناس العاديين وفقاً لدرجة الجرم ومدى التخطيط له وحالته وخطورته.

5. كل من يجمع أسلحة أو أموالاً أو ممتلكات بغية اقتناف تمرد ضد حكومة الشعب بخلق حالة من العداء والمواجهة والكراهية، من أجل إضعاف الأخوة على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، وفي العلاقات مع أمم صديقة، يُعاقب بالحبس مع الأشغال الشاقة لفترة لا تتجاوز 5 سنوات، مع مصادرة الأموال والسلع التي جُمعت.

من الواضح أن هذه الأحكام تمنح السلطة «التشريعية» لإصدار أحكام على الأفراد لارتكابهم أفعالاً عدائية ضد جماعة المعارضة المسلحة. ولا ينص القانون على عقوبات لارتكاب جرائم الحرب، لكنه ينص على عقوبات لارتكاب القتل، والاعتداء، والجرائم الجنسية (فقط إذا كانت الضحية امرأة)، والاحتجاز غير القانوني، والسرقعة بشكل عام.<sup>117</sup> ولا يستهدف هنا كاتب المقال تحليل ما إذا كانت الضمانات القضائية تتفق ومقاييس قانون النزاعات المسلحة غير الدولية. على أن ما يمكن تحديده هو أن هذا القانون «الوطني» يوفر أساساً قانونياً ويفي بشروط مبدأ لا جريمة إلا بموجب القانون بالنسبة للأحكام التي تم ذكرها (مع الافتراض، بالطبع، بأنه القانون الوطني). وبموجب البروتوكول

116. انظر:

United Revolutionary Peoples' Council Nepal, Public Legal Code, 2060 (2003/2004), unofficial English translation (copy on file with the author).

117. انظر المواد 6 و7 و9 و12 و18 في Public Legal Code.

الإضافي الثاني، من المرجح اعتبار هذه المحاكم مقبولة من حيث الظاهر، بينما يمكن أن تكون موضع شك بموجب شرط «التشكيل القانوني» الذي تنص عليه المادة 3 المشتركة، إذا اعتمد تعريف يدمج أحكام حقوق الإنسان بصفتها هذه.

وقد أعلن مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان ما يلي: «يرى مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان أن عمليات الاختطاف، وما يرتبط بها من تحقيقات وعقوبات تتعلق بـ «محاكم الشعب»، بما في ذلك احتجاز الأفراد في بيوت خاصة، تخفق في توفير الحد الأدنى من الضمانات لإجراءات تتم وفقاً للأصول القانونية ولحاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة».<sup>118</sup> ويعلن التقرير نفسه أيضاً أن التحقيقات الداخلية حول «الإساءات» من جانب أعضاء الحزب الشيوعي في نيبال-المجموعة الماوية المتمردة- «لا يمكن أن تشكل بديلاً عن المحاكمات التي تجري أمام محكمة تابعة للدولة».<sup>119</sup> ولا يذكر أبداً التقرير إذا ما كان مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان يطبق القانون الدولي الإنساني، وإن كان الأمر كذلك إذا كان تعليقه ينطبق فحسب على حالة ما بعد النزاع، حيث يكون قانون حقوق الإنسان هو النظام الوحيد القابل للتطبيق.<sup>120</sup> على أن التقرير يشير إلى «ضرورة ضمان التنفيذ الكامل للالتزام المكرر والمعلن للحزب الشيوعي في نيبال- المجموعة الماوية المتمردة- بحقوق الإنسان والمبادئ الإنسانية».<sup>121</sup> وعلى أية حال، يبدو أن مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان يشير إلى أن محاكم الدولة هي المحاكم الوحيدة التي يمكنها مقاضاة الجرائم.

#### 4 - إصدار الأحكام بشأن صلاحية إصدار الأحكام

##### 1-4 سيناريوهات الملاحقة القضائية

هناك حالتان متميزتان يمكن أن تلجأ فيهما جماعات المعارضة المسلحة إلى ملاحقات لها صلة بالنزاع المسلح: (1) بسبب اقتراح جرائم دولية، إما من جانب أفرادها أو من قوات معارضة أو من مدنيين؛ و(2) بسبب مجرد المشاركة، أو المساعدة في المشاركة، في الأعمال العدائية ضد جماعة المعارضة المسلحة.

ويدرس التحليل التالي ما إذا كانت أية حالة من هاتين الحالتين تفرض واجبات أخرى من القانون الدولي على جماعات المعارضة المسلحة و/أو أفرادها من زاوية المسؤولية في تنفيذ العقوبة، وكيف يمكن لهذه الواجبات أن تتفاعل مع حظر «إصدار الأحكام» الوارد في المادة 3 المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني.

118. انظر:

OHCHR-Nepal, Human Rights Abuses by the CPN-M, Summary of Concerns, September 2006, p. 4, available at <http://nepal-ohchr.org/reports.htm> (last visited 18 September 2007).

119. المرجع السابق، ص. 8.

120. تشمل مهمة مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في نيبال مراقبة تطبيق القانون الدولي الإنساني منذ اتفاق العاشر من أبريل/نيسان 2005 مع حكومة نيبال. انظر:

<http://nepal-ohchr.org/en/index.html> (last visited 18 September 2007).

121. انظر: OHCHR-Nepal، المرجع 118 أعلاه، ص. 8.

#### 4-1-1 ملاحقة جماعات المعارضة المسلحة لمرتكبي جرائم دولية

لقد برز اتجاه عام في القانون الدولي بوجود عدم وجود حصانة في ما يتعلق بالجرائم الدولية المرتكبة خلال النزاعات المسلحة.<sup>122</sup> ويغطي حظر منح الحصانة جميع الأفراد، سواء كانوا جزءاً من القوات المسلحة التابعة للدولة أو من قوات المتمردين، أو كانوا مدنيين (بما في ذلك أصحاب المناصب السياسية). وفي ظل ظروف بعينها، يجوز (أو لا يجوز) للقانون الدولي أن يفرض التزامات على الكيانات<sup>123</sup> أو الأفراد لمحاكمة المشتبه في ارتكابهم جرائم دولية تتعلق بنزاع مسلح. ويختلف إلى حد ما نطاق هذه الالتزامات؛ فالمسؤولية الفردية لا تتضمن سوى علاقات المروءوس والرئيس، وبالتالي لا تغطي الجرائم التي يرتكبها الطرف المعارض، بينما يمكن أن تغطي المسؤولية الدولية ذلك وفقاً للظروف؛ إذ يمكن أن تدخل ضمن اختصاص قضائي دولي أو اختصاص قضائي مبني على مبادئ الاختصاص الإقليمي أو الاختصاص الوطني.

المسؤولية الدولية. الأحكام المتعلقة بالعقوبات الجزائية في نظام المخالفات الجسيمة المتضمن في اتفاقيات جنيف يفرض على الأطراف السامية المتعاقدة أن «تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة» على الأشخاص المسؤولين عن المخالفات الجسيمة، و «تقديمهم إلى المحاكمة...» أو أن «يسلمهم إلى طرف متعاقد آخر لمحاكمتهم».<sup>124</sup> ويتضمن نظام المخالفات الجسيمة الجرائم التي تُعتبر جرائم أيضاً في النزاعات المسلحة غير الدولية، مثل القتل العمد والتعذيب، لكن دائرة الاستئناف في قضية «تاديتش» حكمت بأن المخالفات الجسيمة لا تنطبق إلا على النزاعات المسلحة الدولية كما ينص القانون حالياً.<sup>125</sup>

وتتمثل وجهة النظر السائدة،<sup>126</sup> التي تدعمها قضية نيكاراغوا،<sup>127</sup> في أن المادة 1 المشتركة التي تطالب الدول بأن «تحتزم وتكفل احترام» اتفاقيات جنيف تنطبق الآن على النزاعات المسلحة غير الدولية، حتى لو أن التعليق على اتفاقيات جنيف ينص صراحة على غير ذلك.<sup>128</sup> إلا أن هذه الآراء لا تضع في حسابها سوى مدى انطباق هذا الالتزام على الدولة المشاركة في مثل هذا النزاع أو

122. انظر، على سبيل المثال:

Philippe Sands (ed.), *From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. x.

123. يُستخدم مصطلح «كيان» ليشمل مسؤولية جماعات المعارضة المسلحة ومسؤولية الدولة.

124. المادة 50 من الاتفاقية الأولى، والمادة 50 من الاتفاقية الثانية، والمادة 129 من الاتفاقية الثالثة، والمادة 146 من الاتفاقية الرابعة.

125. انظر (ICTY, Tadić Jurisdiction)، المرجع 19 أعلاه، الفقرات 80-84. لو طبقت المخالفات الجسيمة على النزاعات المسلحة غير الدولية (كما دافعت الولايات المتحدة عن ذلك في قضية Tadić)، لكانت برزت حينئذ مسألة المساواة ما دام الالتزام لا ينطبق إلا على الدول.

126. انظر:

Laurence Boisson de Chazournes and Luigi Condorelli, 'Common Article One of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests', *International Review of the Red Cross*, no. 837 (March 2000).

127. انظر:

ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, para 220

128. انظر: Commentary IV، الحاشية 7 أعلاه، ص 6.

على دول أخرى (مثل حالة نيكاراغوا). وتناقش «زغفلد» مدى انطباق المادة 1 المشتركة على جماعات المعارضة المسلحة، مقترحة بأنه «يمكن الاستنتاج بأنها تنطبق، بشكل متساو، على جماعات المعارضة المسلحة».<sup>129</sup> كما تشير أيضاً إلى أن الالتزام بالمحاكمة يمكن استنتاجه، لكنها تخفق في إيجاد ممارسة دولية تدعم مثل هذا الالتزام. على أن حقيقة أن المادة 3 المشتركة تُلزم «كل طرف من أطراف النزاع»، بينما تشير المادة 1 تحديداً إلى التزامات «الأطراف السامية المتعاقدة»، يدل على حصر الالتزامات التعاقدية لجماعات المعارضة المسلحة في الالتزامات المتضمنة في المادة 3 المشتركة، ولا يمكن «استنتاجها» بهذه السهولة .

وقد وجدت دراسة اللجنة الدولية للسليب الأحمر التزاماً عرفياً موازياً في القاعدة 139: «يحترم كل طرف في النزاع القانون الدولي الإنساني ويكفل احترامه».<sup>130</sup> لكن الدليل غير مقنع في ما يتعلق بواجب جماعات المعارضة المسلحة «كفالة احترام» القانون الدولي الإنساني؛ إذ يقتصر الأمر على الدول المشاركة في النزاعات في يوغوسلافيا السابقة (حيث لم يكن واضحاً على الإطلاق حينذاك مدى انطباق قانون النزاعات المسلحة غير الدولية)، وعلى حالتين تدخل فيهما مجلس الأمن للأمم المتحدة، وعلى تجربة اللجنة الدولية للسليب الأحمر وهي كيان من غير الدول. ومن زاوية واجب الملاحقة القضائية، فقد وجدت القاعدة 158 من دراسة اللجنة الدولية المنطبقة على النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء ، ما يلي:

يجب أن تحقق الدول في جرائم الحرب التي يُزعم ارتكابها من قبل مواطنيها أو قواتها المسلحة على أراضي الغير أو على أراضيها ومحاكمة المشتبه بهم، عند الاقتضاء. ويجب أن تحقق أيضاً في جرائم الحرب الأخرى الداخلة ضمن اختصاصها ومحاكمة المشتبه بهم، عند الاقتضاء.<sup>131</sup>

ويشير الاختلاف بين القاعدة 139 والقاعدة 158 بحكم طبيعته، إلى أن دراسة اللجنة الدولية تجد واجباً على الدول المحاكمة على جرائم الحرب في النزاعات المسلحة غير الدولية، بينما لا يمتد واجب مماثل ليشمل جماعات المعارضة المسلحة. وفي سياق آخر، أعلن هنكرتس، المحرر المشارك لدراسة اللجنة الدولية للسليب الأحمر حول القانون العرفي، أن القانون الدولي الإنساني يفرض واجب ملاحقة مجرمي الحرب دون توضيح ما إذا كان هذا الواجب مُلزماً لكل من الدول والأطراف من غير الدول في نزاع مسلح غير دولي.<sup>132</sup> وكما ناقشنا أعلاه بالنسبة لجبهة فارابونديو مارتي للتحرير الوطني، يبدو أن منظمة رصد حقوق الإنسان ترى أن هناك واجباً دولياً على جماعات المعارضة المسلحة بملاحقة «المرتكبين لمخالفات جسيمة». وعلى الرغم من أن التقرير لا يوضح هذا الواجب، يمكننا الافتراض بأنه يشير إلى جرائم الحرب التي يرتكبها أفراد من الجماعات نفسها. وإذا كان هناك واجب في القانون

129. انظر: Zegveld ، الحاشية 12 أعلاه، ص 67

130. القاعدة 139، هنكرتس ودوزوالد-بك، المرجع أعلاه، المجلد الأول، ص. 433 إلى 435

131. القاعدة 158، المرجع السابق، ص. 530 إلى 532

132. انظر: Henckaerts، المرجع 22 أعلاه، p.133

الدولي الإنساني، ولكن بالنسبة للدول فحسب، فسينتج عن ذلك عدم مساواة بين الجهات المتحاربة (بما يعني تحمل الدول مسؤولية أكبر) كما في التعريف الذي أوردناه في القسم 1.

المسؤولية الفردية. لقد خلُصت فلسفة المحاكم الخاصة<sup>133</sup> ونتائج دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر<sup>134</sup> وأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>135</sup> إلى أن واجب المعاقبة، من منظور المسؤولية الجزائية الفردية، هو نفسه في النزاعات المسلحة غير الدولية وفي النزاعات المسلحة الدولية. وعلاوة على ذلك، وفي جميع الأحوال، لا توجد إشارة إلى أن المسؤولية ليست نفسها بالنسبة لكل من الدولة وقادة جماعة المعارضة المسلحة. ويفرض المقياس العام على القادة والرؤساء اتخاذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطتهم،<sup>136</sup> ويمكن الافتراض بأن «العقوبة» المطلوبة لأي جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية أو الإبادة الجماعية تتطلب ملاحقة جزائية، أي لا يمكن مواجهتها بمجرد تدابير تأديبية. ونجد في الفقرتين (1) (أ) و(2) (ج) من المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مطالبة القائد أو الرئيس باتخاذ «جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع» الجرائم. على أن القانون، بهذا الشكل، لا يعني بالضرورة أن على رؤساء جماعة المعارضة المسلحة واجب محاكمة المشتبه في ارتكابهم جرائم حرب أمام محاكمها الخاصة.<sup>137</sup> ويجوز لقائد الجماعة المسلحة أن يسلم، لغرض ملاحقتهم قضائياً، مجرمي الحرب المشتبه فيهم إلى الحكومة القائمة، أو إلى دولة أخرى إن وجدت دولة مستعدة لذلك.<sup>138</sup> ويزعم في الواقع «أكونا» أن اللجنة الدولية للصليب الأحمر أعلنت في ما يتعلق بالنزاع في السلفادور، أن على المتمردين اللجوء إلى نظام العدالة الوطني أمام انتهاك خطير للقانون الدولي الإنساني.<sup>139</sup> إلا أن المشكلة أن ثمة احتمالات قوية بالأمر على قادة جماعات المعارضة المسلحة في التخلي عن واجباتهم وإشراك الطرف الحكومي فيها، ومن غير المعقول أن يطالبهم القانون بذلك. وماذا لو كان قائد جماعة المعارضة المسلحة لديه أسباب قوية للخوف من عدم استقلالية محاكم الحكومة وحيادها، ولم تكن هناك دولة أخرى مستعدة لذلك؟

لا يمكن كسب احترام جماعات المعارضة المسلحة للقانون الدولي الإنساني عن طريق فرض التزامات دون النظر في منح حقوق مقابلة. فإذا لم تكن تملك خيار تسليم المشتبه فيهم إلى نظامها الجنائي

133. انظر:

ICTY Appeals Chamber, Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., ICTY, IT-94-1-AR72 (Decision On Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility) (2003), para. 18:

«حيثما يعترف القانون الدولي العرفي بأن فرداً من القوات المسلحة النظامية يمكن أن يرتكب جريمة حرب فإنه يعترف أيضاً بأن من الممكن معاقبة القائد جزائياً».

134. القاعدة 153، هنكرتس وودزوالد-بك، المرجع 20 أعلاه، ص. 487: «القادة والأشخاص الآخرون الأرفع مقاماً مسؤولون جزائياً عن جرائم الحرب التي يرتكبها مرؤوسهم إذا عرفوا، أو كان بوسعهم معرفة أن مرؤوسهم على وشك أن يرتكبوا أو كانوا يقومون بارتكاب مثل هذه الجرائم ولم يتخذوا كل التدابير اللازمة والمعقولة التي تخولها لهم سلطتهم لمنع ارتكابها أو لمعاقبة الأشخاص المسؤولين عنها إذا ارتكبت مثل هذه الجرائم». ترد هذه القاعدة بوصفها تُطبق على النزاعات المسلحة غير الدولية».

135. تحمل المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية العنوان التالي: «مسؤولية القادة والرؤساء الآخرين»، وتقرض مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة. ويشمل ذلك بوضوح المادة (2)8 (ج) و(هـ) التي تنظم النزاعات غير الدولية.

136. قرار Hadzihasanovic، المرجع 133 أعلاه، لا يشمل شرط «التي تخولها لهم سلطتهم».

137. تشمل أيضاً مسؤولية القائد الجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية، مما يؤثر تساؤلات حول التزامات جماعات المعارضة المسلحة خارج سياق النزاع المسلح.

138. يمكن أن يؤدي ذلك إلى إثارة تساؤلات قانونية في ما يتعلق بتسليم المجرمين.

139. انظر: Acuña، المرجع 100 أعلاه، رقم 247 في ص 6

الخاص أو إلى دولة أخرى، فلن يكون أمام قادة جماعات المعارضة المسلحة إلا الموقف الذي يصعب الدفاع عنه والمتمثل في تسليم السجناء إلى الدولة التي هي الطرف المعادي من أجل الوفاء بالتزاماتها المتعلقة بالأفراد. ومن المرجح في هذه الحالة أن ينظر أفراد جماعات المعارضة المسلحة إلى ما تفرضه العدالة الدولية عليهم بأنه صعب التحمل ومجحف بحقهم، وتكون النتيجة الإضرار بواجب الامتثال للقانون عموماً.

#### 4-1-2 الملاحقة القضائية لمجرد المشاركة في العمليات العدائية

ثمة قضية أكثر إثارة للجدل وهي أهلية جماعات المعارضة المسلحة لإصدار أحكام على الأفراد، سواء جنود الحكومة أو غيرهم، لمجرد المشاركة في العمليات العدائية أو تقديم المساعدة لمثل هذه المشاركة. ويحتمل هنا أن يطرح شرط الأساس القانوني ومعياري لا جريمة إلا بموجب القانون المتعلق بشرط الضمانات القضائية مشاكل كبيرة في النزاعات التي تحكمها المادة 3 المشتركة. أما النزاعات التي يغطيها البروتوكول الإضافي الثاني فربما كانت أقل إثارة للمشاكل، على الأقل من وجهة نظر القانون الدولي الإنساني، نظراً لعدم وجود شرط الأساس القانوني.

وعلى خلاف الملاحقة بتهمة ارتكاب جرائم حرب، لا يتكلم القانون الدولي عن هذا الموضوع. وبالتالي، لن تتمكن جماعات المعارضة المسلحة من الاعتماد على التزامات أخرى بالقانون الدولي للإشارة إلى حقوق تستمد منها. وهنا، يكون التباين بين الدول وجماعات المعارضة المسلحة هو الأكثر وضوحاً. فالدول قد ترى أن سلوكاً مماثلاً من جانب أفراد جماعات المعارضة المسلحة أو المؤيدين لها يقع ضمن اختصاص النظام الجنائي الوطني وأن لديها بالتالي الحق (بل حتى ربما الواجب من زاوية حقوق الإنسان) في ملاحقة المتمردين ومن يتعاون معهم.

وتبين الممارسة المحدودة المبينة في القسم 3 أن بعض جماعات المعارضة المسلحة وضعت قوانين جزائية بغرض معاقبة الجنود أو المدنيين الأعداء لجرائم من نوع مجرد المشاركة في العمليات العدائية، كما أنشأت محاكم للحكم في الانتهاكات التي تقع خلال نزاعات تحكمها المادة 3 المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني.<sup>140</sup> وقد يظهر اتجاه جديد تبدي فيه جماعات المعارضة المسلحة قدرة متزايدة، ليس على محاكاة وظائف الدولة فحسب، وإنما أيضاً تقديم خدمات ومنها إقامة العدالة، بصورة أكثر كفاءة إن لم تكن أكثر فاعلية من الدولة.<sup>141</sup> ولما كانت للدعاية قيمة تثير الانتباه، فمن المرجح أن عدداً أكثر ازدياداً من جماعات المعارضة المسلحة التي تسيطر على أراض معينة، ستنتشي نظماً للعدالة موازية لنظم الدولة.

140. للإطلاع على بيان قائد المتمردين الماويين الذي يشير فيه إلى أنه يجوز لمحاكم الشعب محاكمة المخبرين وإعدامهم، انظر:

Charles Haviland/BBC News, "Meeting Nepal's Maoist Leader", 16 June 2006, available at [http://news-bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/4707058-stm](http://news-bbc.co.uk/2/hi/south_asia/4707058-stm) (last visited 18 September 2007).

141. انظر:

Charles Haviland/BBC News, "Parallel Justice, Maoist Style", 14 October 2006, available at [http://news-bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/6048272-stm](http://news-bbc.co.uk/2/hi/south_asia/6048272-stm) (last visited 18 September 2007).

ومع أن منح سلطات تشريعية وقضائية واسعة للجهات الفاعلة من غير الدول ليس بالضرورة أفضل ما يمكن تحقيقه لصالح الإنسانية، يجب التذكير بأن جذور القانون الدولي الإنساني راسخة في واقع النزاعات المسلحة ومقتضياتها، حيث اعتبر مبدأ مساواة الأطراف المتحاربة ذا أهمية حاسمة بالنسبة إلى الامتثال للقانون الدولي الإنساني. وما يخفف من الأهلية القانونية لجماعات المعارضة المسلحة في إقامة العدل أن القانون الدولي الإنساني لم ينظر في منح تلك الحقوق إلا في الحالات التي تتساوى والنزاع المسلح، ثم فقط بالنسبة إلى السلوك المتعلق بسير العمليات العدائية.

#### 4-2 نحو إيجاد حل

إن أي حل واقعي يجب أن يستهدف تمهيد الأوضاع، بحيث يقرر كلا الطرفين في نزاع مسلح غير دولي أن الامتناع عن اتخاذ أقسى التدابير هو أفضل ما يحقق مصلحته.<sup>142</sup> وإذا كان هناك إقرار عام بأن جماعات المعارضة المسلحة يمكن أن تنشئ المحاكم وتشغلها، سنجد فاعلية أكبر في إبرام اتفاقات خاصة تتعلق بمنح وضع قانوني مماثل لأسير الحرب و/أو تأجيل عقوبة الإعدام. فعندما تنتهي الأعمال العدائية، توجد عادة احتمالات أكبر بأن يمنح العفو للجرائم المتعلقة بالمشاركة، مهما كان الطرف الذي يشكل حينئذ الحكومة.<sup>143</sup>

ومع مراعاة هذه الاعتبارات، يفترض أن يكون الحل الواقعي مزيجاً من مختلف الحلول يتضمن تفسيراً مرناً للأساس القانوني، مع التأكيد على شرط الضمانات القضائية. وقد يؤدي ذلك إلى الإقرار بأن الحقوق المعنية في الحظرين الواردين في المادة 3 المشتركة يجب أن تمنح للجماعات القادرة على الوفاء بشروط ممارسة تلك الحقوق. الأمر الذي قد يعيد، بالفعل، تحويل الانتباه إلى الواجبات المرافقة لعمل المحاكم. أما معيار القانون الدولي الإنساني الذي يكتفي بمنع جماعات المعارضة المسلحة من إقامة المحاكم فسيبقى مجرد معيار. وسوف تستمر هذه المحاكم في الوجود، ولكن طابعها «غير القانوني» من شأنه أن يعيق الجهود الرامية إلى تحسين الامتثال لشرط الضمانات القضائية. ولهذا، هناك ما يدعو للاعتقاد أنه سيحافظ على الأمل على حماية الأفراد الذين لا يشاركون، أو كفوا عن المشاركة، في الأعمال العدائية أو حتى تعزز هذه الحماية. وعلاوة على ذلك يكون الحل متوافقاً ومبدأً المساواة الفعلية بين المتحاربين. ويجب ألا تضع قيمة هذه النقطة الأخيرة في التشجيع على امتثال جماعات المعارضة المسلحة للالتزامات القانون الدولي الإنساني. فجماعات المعارضة المسلحة غير المعنية بالامتثال لن تهتم بالحظر الدولي. ويرجح أن تكون الجماعات الأخرى أكثر استعداداً للسعي إلى الامتثال إذا شعرت بأن القانون يتيح لها الوفاء بالتزاماتها دون أن يمس ذلك بمصالحها.

142. قد يمكن الحل المُفضل في الاعتراف بوضع أسير الحرب في النزاعات المسلحة غير الدولية، أو حتى حظر عقوبة الإعدام إلى حين انتهاء الأعمال العدائية، لكن الدول كانت دوماً غير راغبة في ذلك.

143. تنص كل من المادة 6(5) للبروتوكول الإضافي الثاني والقاعدة 159 في دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول القانون الدولي الإنساني العرفي على أن تسعى السلطات الحاكمة، عند انتهاء الأعمال العدائية، إلى منح أوسع عفو ممكن. على أن القاعدة 159 تستبعد صراحة من العفو الأشخاص المتهمين أو المحكوم عليهم في جرائم حرب.

ومن المهم أيضاً، في هذه الحالة، أن نضع في الحسبان أن من المهم ألا يصبح نطاق المادة 3 المشتركة غير قابل للتطبيق. فالقانون الدولي الإنساني يشتمل على حلول وسط يجب ألا تطبق في حالات من غير النزاعات المسلحة المهمة. وإذا كان المطلوب أن يمنح القانون الدولي الإنساني للنزاعات المسلحة غير الدولية حقوقاً كذلك للأطراف من غير الدول، فمن المهم ألا تبرز الحقوق إلا في الحالات التي وضعت من أجله. وعلاوة على ذلك، تبقى أيضاً المقاييس المختلفة للأساس القانوني في النزاعات التي تغطيها المادة 3 المشتركة والنزاعات التي يغطيها البروتوكول الإضافي الثاني بمقاييس مهمة، لأسباب عملية تتعلق بالسيطرة على الأراضي. أما في النزاعات التي لا تسيطر فيها جماعات المعارضة المسلحة على أراضٍ معينة سيكون من الصعب الوفاء بمقاييس تشكيل المحاكم «تشكياً قانونياً»، حتى في التفسيرات الأكثر مرونة. فمن العسير أن نتخيل أن محاكم «الأقبية» أو المحاكم «المتنقلة» ستعتبر محاكم «مشكلة تشكياً قانونياً». إلا أن أهمية «التشكيل القانوني» للمحاكم تنقلص عندما تكون جماعات المعارضة المسلحة مسيطرة على أراضٍ، وتتوفر حينئذ الوسائل الملائمة لإنشاء محاكم. ولهذا، نجد أن اختلاف الأساس القانوني في ظل تفسير مرن لعبارة «مشكلة تشكياً قانونياً» يعمل بالفعل كعنصر من العناصر الواقية في الحالات التي لا توجد فيها سيطرة على الأراضي، بينما يصبح غير ذي موضوع عندما تسيطر جماعات المعارضة المسلحة فعلاً على الأراضي. وإلى جانب كون ذلك متسقاً مع المساواة بين المتحاربين، فإنه يتفق والروح التي اعتمد بها البروتوكول الإضافي الثاني، حيث كانت تبدو السيطرة على أراضٍ شرطاً مسبقاً أساسياً في التفاوض حول المادة 6(2) من البروتوكول الإضافي الثاني. وأخيراً، لأن أحكام البروتوكول الإضافي الثاني لا تملك في مجملها وضع القانون العرفي، ولأن دولاً عديدة مشاركة في نزاعات مسلحة غير دولية ليست طرفاً في البروتوكول، فإن الحل المطروح من شأنه، مع ذلك، أن يقلص الفروقات العملية بين المقاييس.

لقد كُتِبَ قانون حقوق الإنسان، كما أوضحنا، مع أخذ الدول فحسب بعين الاعتبار. بينما يتناول القانون الدولي الإنساني، في ظل مبدأ المساواة بين المتحاربين، الحقوق والواجبات المتساوية للدول وجماعات المعارضة المسلحة. وقد أظهرنا أيضاً أن الأصول الفلسفية للنظامين تختلف في جوانب رئيسية. ويحذر «بروفوست» من أن «التلقيح المتبادل» بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان يجب أن يتم مع تقدير الاختلافات الأساسية بين الأطر المعيارية لحقوق الإنسان والقانون الإنساني.<sup>144</sup> وقد يكون التلقيح المتبادل غير مستحسن في ظروف مثل إصدار الأحكام في علاقة بالنزاع المسلح. ولهذا، يجدر التساؤل حول النهج المذكور أعلاه، حيث المادة 3(1)(د) المشتركة تدمج جميع بنود المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

وفي المقابل، يمكننا الرجوع إلى التعريف الذي قدمه «بوندي» من أجل استخلاص معانيه.<sup>145</sup> وبما أن كلمة «ملائمة» تركز على الظروف، فإن غموض الكلمة هو، في الواقع، نقطة قوتها. وتصبح «السلطات الملائمة» هي السلطات التي لديها التزامات بموجب المادة 3 المشتركة، بينما تشمل «القوى الملائمة»

144. انظر:

René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 117.

145. انظر أعلاه، المرجع 72

القوى اللازمة للتغلب على التباين بين الأطراف في نزاع مسلح غير دولي. ويمكن أن تستورد ضمانات القانون الدولي الإنساني شروط المحاكمة العادلة الموجودة في حقوق الإنسان ليس باعتبارها جزءاً من قانون حقوق الإنسان وإنما بالتشابه معها، وبحيث تحترم المساواة بين الأطراف المتحاربة. وبهذا، يستجاب لشروط الأساس القانوني من خلال «تشريعات» المتمردين التي تنشئ محكمة جزائية. وكما ذكرناه من قبل، فإن المقياس الثالث «للمعايير الملائمة»، هو الضمانة النهائية التي يجب على أساسها الحكم في النهاية على محكمة المتمردين. ومن المهم، من جهة أخرى، أن يؤخذ التباين في الاعتبار في أي تفسير للقانون الدولي الإنساني لدى تطبيق المقاييس المشتقة من السوابق القضائية الخاصة بمختلف معاهدات حقوق الإنسان أو من مختلف المقاييس الدولية. فعلى سبيل المثال، تتطلب المبادئ الأساسية للأمم المتحدة حول استقلال القضاء حماية دستورية لاستقلال القضاء، فضلاً عن مقياس تشريعية لمدة ولاية القضاة،<sup>146</sup> بينما يتطلب استخدام السوابق القضائية الاستقلال عن السلطة التنفيذية.<sup>147</sup> وللتغلب على التباين، يجب التركيز على العدالة بدلاً من التركيز على شروط مؤسسية.

عندما يعود الأمر إلى حقوق المحاكمة العادلة من المؤكد أن الحل المقترح باحترام المساواة بين الأطراف المتحاربة، كلما كانت الحقوق والواجبات مستمدة من معايير القانون الدولي التي تنظم موضوع القانون الدولي الإنساني، لن يأتي دون إثارة بعض الصعوبات. فمن الناحية العملية، يجب الإقرار بأن ثمة مشكلات تمثل تحديات خطيرة مثل الشك في الاختصاص القضائي للتشريع الجزائي للمتمردين في الأراضي التي يسيطرون عليها، وخضوع الأفراد لقوانين جزائية مختلفة وقد تكون متناقضة. ومن ناحية أخرى، فإن التراتبية التي أسسها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قدمت عذراً للدول يبرر ملاحقتها لأفراد جماعات المتمردين حتى لو كانوا يمثلون للقانون في الأحوال الأخرى. ولا تزال بعض التساؤلات القانونية مطروحة حول مدى مرونة مصطلح «قانون» بما يتيح لجماعات المعارضة المسلحة إنشاء المحاكم وسن القوانين عندما يحدث التفاعل بين القانون الجنائي الدولي والقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان. ومع ذلك ويقدر ما تمثل فيه ضمانات المحاكمة العادلة حقوقاً لا يمكن الانتقاص منها أو تمثل معايير أمر، فإن ما ابتكرته دائرة الاستئناف بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة عند تعريفها السياقات الخاصة بشأن المحاكم «المشكلة بحكم القانون» يمكن أن يكون مصدر إلهام للتفسيرات التوفيقية التي تحترم المساواة بين المتحاربين في النزاعات المسلحة غير الدولية. وعلى خلاف ذلك، كما أشرنا إليه أعلاه، فسيكون هناك دافع للجماعات المعارضة المسلحة لاحتجاز الأفراد لفترة غير محددة من أجل تجنب واجباتها الدولية. إن هذا الحل ليس بالتأكيد حلاً مثالياً، لكن الطول المثالية عليها أن تنتظر إلى أجل غير معلوم.

146. المادتان الأولى والثانية من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية، والتي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 32/40 في التاسع والعشرين من نوفمبر/ تشرين الثاني 1985 والقرار 146/40 في الثالث عشر من ديسمبر/ كانون الأول 1985.  
147. انظر: نظام السوابق القانونية في هنكترس وبوزوالد-ب، المرجع 20 أعلاه، المجلد الأول، ص. 314.

## الخلاصة

جماعات المتمردين هي جماعات لا تدوم طويلاً بحكم طبيعتها. فلا أعضاء تلك الجماعات ولا خصومها يريدونها أن تظل جماعات متمردة. ولهذا، تبدو فكرة المحكمة المشكلة «تشكيلاً نظامياً» فكرة معادية بحد ذاتها لطبيعة تلك الجماعات، إذ إن مصطلح «نظامي» يقضي ضمناً بشكل ما من أشكال الاستمرار. ويمكن أن نتساءل هنا عن كيفية بناء مؤسسات تكفل سيراً ملائماً للعدالة عندما يكون هدف جميع الأطراف هو التخلص من الوضع القائم. إن «عدالة الغاب»، هي بالمعنى التحقيري للكلمة شيء بدائي ووحشي، مثل المتمردين عديمي الضمير الذين يمكن أن نتخيل احتلالهم للأراضي. وتستوجب العواقب شديدة الخطورة للعدالة الجنائية استخدام مقاربة متأنية لأي مبدأ قانوني يدعي توسيع إدارته لتشمل كيانات خارج سيطرة الدولة.

والمساواة بين الأطراف المتحاربة في النزاعات المسلحة غير الدولية هي واحدة من تلك المبادئ. وقد دافعت هذه الدراسة عن الحجة القائلة بأن تحقيق فاعلية مبدأ المساواة في القانون الدولي الإنساني يتطلب ألا تدرج في ضمانات المحاكمة العادلة معايير حقوق الإنسان التي تحظر بحكم القانون على جماعات المعارضة المسلحة إنشاء المحاكم وإصدار الأحكام في جرائم تتعلق بالنزاع المسلح. ومع أن مثل هذا النهج قد يبدو غير حكيم، يجب أن نأخذ اعتبارين في الحسبان. الأول، أن المخالفات لضمانات المحاكمة العادلة التي ترتكبها محاكم الدول «المشكلة نظامياً» لا تعد ولا تحصى. ثانياً، أن محاكم المتمردين ستستمر في العمل سواء أجازها القانون الدولي أو لم يجزها.

هذا واقتبست مؤخراً جريدة الجارديان اللندنية أقوال الملا عمر، قائد حركة طالبان التي لم تدم طويلاً (كانت حكومة والآن أصبحت جماعة معارضة مسلحة)، وهو يعبر عن نيته محاكمة الرئيس حميد كرزاي «أمام محكمة إسلامية بتهمة ارتكاب «مذبحة» ضد المدنيين الأفغان».<sup>148</sup> وسواء كان الأمر صحيحاً أم غير صحيح، فمن المشكوك فيه أن يتوقع العديد من المراقبين الغربيين أن تحترم ضمانات المحاكمة العادلة إذا ما ألقى القبض على كرزاي. وفي نيبال، أفاد من ناحية أخرى مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان أن رد فعل السكان المدنيين كان إيجابياً تجاه محاكم الشعب الماوية في ما يتعلق بالجرائم الخطيرة، وأن المواطنين كانوا يتوجهون في حالات كثيرة إلى تلك المحاكم نظراً إلى «افتقاد الثقة» في نظام العدالة الجنائية التابع للدولة.<sup>149</sup> وقد تنظم المادة 3 المشتركة أو لا تنظم عمل تلك المحاكم ولا الظروف الخاصة التي تعمل في ظلها، ولكن تقييم مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان يجب أن يبعد على الأقل النظرة السلبية لمحاكم المتمردين بشكل عام.

148. انظر:

Jason Burke, 'Taliban Plan to Fight Through the Winter', Guardian, 29 October 2006

149. انظر: OHCHR-Nepal، المرجع 118 أعلاه، ص 4.

ولا توجد حتى الآن حالات قبلت فيها هيئة دولية أن يكون الحكم الصادر عن محكمة للمتمردين مطابقاً للالتزامات التي تفرضها المادة 3 المشتركة أو البروتوكول الإضافي الثاني. إلا أن لا وجود كذلك لأمتثلة كثيرة عن ممارسات جديرة بالاهتمام. لقد عرضت أيضاً هذه الدراسة الحجة القائلة بأن الجانب الحاسم لحماية الأفراد الذين يواجهون الملاحقة القضائية أمام محاكم المتمردين لا يكمن في الأساس القانوني لتلك المحاكم، بل في الضمانات القضائية التي تمنحها. فالتحديات أمام إنشاء محاكم تمنح جميع الضمانات القضائية هي تحديات كبيرة. وبالنسبة إلى جماعة غير مستقرة، تصبح هذه التحديات هائلة. ومن غير المرجح أن تتمكن أغلب جماعات المعارضة المسلحة المنظمة من الوفاء بالمقاييس المطلوبة. على أن الكثير من جماعات المعارضة المسلحة سوف يسعى لإنشاء تلك المحاكم، إما بسبب الرغبة في تحقيق العدالة أو للتأثير على الرأي العام. وسيكون البعض أكثر استقامة من غيره. فلا بأس، لأن الاهتمام الدولي بتلك الجهود لن يسفر عن تحسين الامتثال لشروط المحاكمة العادلة فحسب، وإنما سيتيح أيضاً الفرصة لزيادة التزام جماعات المعارضة المسلحة بتشجيع الامتثال لقانون النزاعات المسلحة غير الدولية بشكل عام.