مداخلة مشتركة مقدمة للمشاركة في فعاليات الملتقى الوطني حول تطبيقات القانون الدولي الانساني الثورة الجزائرية أنموذجا دراسة قانونية

مقدمة من طرف الدكتورين:

بوسعدية رؤوف/ أستاذ محاضر أ غبولي منى/ أستاذة محاضرة أ

جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

-عنوان المداخلة: تطبيقات العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الإنساني على الثورة التحريرية الجزائرية

- المحور الأول: الاطار المفاهيمي و القانوني للقانون الدولي الانساني

مقدمة

مرّ تنظيم الحرب من الناحية القانونية بعدّة مراحل اختلفت فيها قواعدها تبعا للمصادر التي تنبع منها، ويعتبر العرف من أهم مصادر القانون الدولي الإنساني، فإلى جانب الاتفاقيات نجد العرف الذي يعدّ أقدم منها مساهمة من الناحية الزمنية في تكوين القواعد التي تنظم سير العمليات العدائية.

وبالنظر لهاته المكانة التي يحظى بها العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني، نجد أنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر بوصفها الراعي الأول لهذا القانون قد عملت على تدوين فرع جديد مستقل أسمته القانون الدولي الإنساني العرفي يتألف من مجموعة سلوكات غير مدوّنة اتّصفت بالممارسة الواسعة ولاقت القبول العالمي وأصبحت تمثل التزاما قانونيا للدول سواء تلك التي ساهمت في تكوينها أو الدول الأخرى.

فإذا راجعنا المبادئ المستقرة حاليا في ثنايا القانون الدولي الإنساني نجد أنّ أغلبها ذو أصل عرفي منها ما تمّ تقنينه لاحقا، ومنها ما لا يزال عرفيا إلى يومنا هذا، لكن توافر العنصرين الموضوعي والذاتي سمح لها باحتلال مكانة لا بأس بها في النزاعات التي يشهدها العالم.

ولعلّ فائدة العرف تبرز أكثر بالنسبة للدول التي عانت من العدوان أو الاحتلال في وقت لم يكن الطرف المعتدي طرفا في اتفاقيات جنيف 1949 على غرار حرب التحرير الجزائرية، أين يمكن التمسّك بتطبيق القانون الدولي العرفي عليها لإلزام الطرف الآخر باحترام قواعد سير العمليات القتالية.

وعليه تحاول هاته المداخلة معالجة إشكالية رئيسية تتمثل فيما يلي:

ما مدى مساهمة العرف في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني، وهل يمكن اعتبار قواعده أساسا لتحميل فرنسا المسؤولية الجنائية عن جرائمها في الجزائر؟

أولا:العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الإنساني

1-مفهوم القاعدة العرفية

يكتسي العرف أهمية كبرى باعتباره مصدرا من مصادر القانون الدولي الإنساني، هذا الاخير الذي ظهر للوجود مع توقيع أولى اتفاقياته عام 1864 والذي يعرّف على أنه مجموع القواعد المكتوبة والعرفية التي تهدف لحماية الأشخاص الذين ليس لهم علاقة مباشرة بالحرب أو كفوا عنها، وحماية الأموال والأعيان التي ليست لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية أثناء النزاعات المسلحة.

تطوّر القانون الدولي الإنساني بسرعة بعد ظهوره بالنظر للتسارع الرهيب في انتشار أنواع جديدة من الأسلحة وأساليب قتالية جديدة لم تكن معروفة من قبل، فالتطورات التكنولوجية غيّرت تماما من طبيعة النزاع المسلح التقليدي الذي عجزت الاتفاقيات عن اللحاق بها وتجريمها، حيث أنّ هاته الاخيرة – الاتفاقيات- كانت دوما متأخرة بنزاع على الأقل.

وللقانون الدولي الإنساني عدّة مصادر منها ماهو مكتوب ومنها ما هو غير مكتوب، ويمكن الرجوع في إطار تحديد هاته المصادر إلى ما جاءت به المادة الثامنة والثلاثون من نظام محكمة العدل الدولية التي تعدّ مصدر قواعد القانون الدولي عموما، حيث أنّ القانون الدولي الإنساني هو فرع من فروع هذا القانون[1]، والمصدر عموما هو المنبع والمرجع الذي يستمد منه القانون قواعده، وهو الوسيلة الأساسية لخلق القاعدة القانونية ومنه تكتسب قوتها الإلزامية.

ويعدّ العرف المصدر الأصلي للقانون الدولي الإنساني، حيث أنه أقدم من الاتفاقيات المكتوبة، كما أنّ أغلب الاتفاقيات التي توالت لاحقا، كانت بالأساس عبارة عن عملية تدوين لأعراف سابقة، مع تطويرها وتطويعها لتتماشى ومتطلبات الفترة التي قنّنت خلالها، وقد ساهم في تكوين العرف الدولي الخاص بالنزاعات المسلحة عوامل عديدة ، منها فكرة الشرف العسكري الذي تحلى به المحاربون القدامى

[1] : تنص المادة الثامنة والثلاثون من نظام محكمة العدل على ما يلي: " وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:
(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.
(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.....".

والفرسان في العصور الوسطى ، حيث كانت الحروب في نظرهم كفاحاً شريفاً تحكمه قواعد خاصة تتعلق بمعاملة الجرحى والمرضى وعدم التعرض لغير المقاتلين من سكان دولة العدو[2].

فقواعد القانون الدولي الإنساني العرفي عبارة عن ممارسات عامّة لاقت قبولا واسعا وانتشارا بين المتحاربين بوصفها قانونا لا يجوز مخالفته، فقد كانت المصدر الوحيد للقانون قبل نشوء الدولة بالمفهوم الحديث، حيث شعر الأفراد بالحاجة لتنظيم علاقاتهم نظرا لعدم وجود مشرع آنذاك.

فالقانون الدولي الإنساني العرفي ينبع من ممارسة الدول كما يعبّر عنه في الكتيبات العسكرية التي تصدرها الدول لجيوشها ومن خلال التشريعات الوطنية الداخلية التي تسنّها، وتعّد القاعدة قاعدة عرفية إذا ما عكست ممارسة للدول " واسعة النطاق ونموذجية ومنتظمة فعلاً " يسلّم باعتبارها كذلك قانوناً.

واستمر دور العرف حتى بنشوء الدولة وبداية عملية التقنين، حيث كان المصدر الأقدم والأول الذي ينشأ القواعد القانونية المعمول بها.

وبالرغم من انحصار مكانة العرف حاليا لحساب التشريع باعتباره أكثر استقرارا، إلا أنّ ذلك لا ينف أهميته خصوصا بالنسبة لقانون كالقانون الدولي الإنساني التي ينظم فترة من الصعب على القانون أن يتحكم فيها وفي سلوكات الدول خلالها، فحين يتكلم السلاح، يسكت القانون.

وتنبع أهميته ومكانته من كونه مصدرا ماديا للقواعد المكتوبة يتكون بفعل الاستعمال المتكرر والمتواتر لتصرف معين ولفترة زمنية طويلة يصعب معها حتى معرفة مصدر السلوك الأصلي أو من انتهج ذلك النهج أولا، فلا يشعر الناس بتواتره إلا وقد شكل قاعدة يصعب خرقها بسبب الشعور الذي يتولد بواجب احترامها دون وجود سلطة عليا تفرضه أو تعاقب على مخالفته.

فالقواعد العرفية قواعد اجتماعية تجذرت في ضمير أمة ما تبلورت من طريقة التعامل ومن طبيعة الشعب بصورة عفوية، وهو قاعدة غير مكتوبة أوجدها اللاشعور واطراد القيام بسلوك معين، أو هو مجموعة القواعد التي تنشأ عن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين في مسألة محددة لفترة طويلة من الزمن مع تولد شعور عام بإلزاميتها وبواجبهم في عدم مخالفتها[3].

وبالرغم من المزايا التي يتمتع بها العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني، فإنّ تطبيقه لا يخلو من بعض العيوب التي سنتطرق لها لاحقا.

2-مزايا وعيوب العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني

---

[2] : أيريك موريز ، مدخل إلى التاريخ العسكري ، ترجمة أكرم ديري وهيثم الأيوبي ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، ط2 ، 1979 ، ص141.
أنظر كذلك: جان غليرمان ، "إسهام أطباء الجيوش في نشأة القانون الدولي الإنساني "، في المجلة الدولية للصليب الأحمر ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، السنة الثانية ، العدد الثامن ، جويلية/ أوت 1989 ، ص234.

[3] : محمد مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ، دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 273.
أنظر كذلك: سهيل حسين الفتلاوي، عماد محمد ربيع، القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص ص 32...34.

يتمتع العرف بمجموعة مزايا تؤهله لاحتلال ترتيب متقدم ضمن مصادر القانون الدولي الإنساني تتمثل فيما يلي[4]:

أ-مزايا العرف

يعتبر العرف أقرب ما يكون للمدنيين والعسكريين على حد سواء، على أساس أنه لا يوضع من قبل سلطة عليا تفرضه بقوة السلاح، بل يتبلور تدريجيا ويدخل في تكوينه عادات وتقاليد الشعوب، ودياناتها، ونظرتها للشعوب الأخرى، وبالتالي يسمح هذا بجعل قواعده أكثر مقبولية من قبل الأفراد وأسهل تطبيقا حيث تصبح قواعده من المسلّمات التي يشعرون بعدم جواز مخالفتها.

كما أنه عفوي وتلقائي يسمح بمواكبة التطورات بسرعة، فتتطور القواعد العرفية بتطور المجتمعات وتغير أحوالها.

ومن أهم ميزات العرف كذلك قدرته على سد الثغرات التشريعية والنقص الذي يعتري القواعد القانونية المكتوبة، كما يتغلغل لأعماق المجتمعات ويتوافق مع تفكيرها وتوجّهاتها.

وبالمقابل لتلك المزايا، يعتري العرف بعض أوجه الضعف نذكر منها ما يلي:

ب-عيوب العرف

من المعروف أنّ العرف يتطور ببطئ قد يكون شديدا أحيانا، هذا ما يصعّب من استقراره ثم من استبعاده إذا أصبح غير متوافق مع الحياة والظروف التي يعيشها جيل آخر غير الجيل الذي تكون العرف لديه، كما يصعب أحيانا الوصول للتفسير السليم لقواعده المتواترة التي قد يكون واضعوها قصدوا مفاهيم أخرى غير تلك التي فسّرت على أساسها بالنظر لطول المدة الزمنية بين وضعه وتنفيذه.

ومن جهة أخرى، قد يختلف مضمون العرف من دولة لأخرى، كما قد يختلف داخل نطاق نفس الدولة، وهو ما يتعارض مع عالمية القانون الدولي الإنساني الذي يعتبر قانونا عالميا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتحول لقانون إقليمي أو محلي، هذا ما سيفرّق بين المتحاربين لدى تطبيقه، فمن يعتبر مناظلا في سبيل الحرية في نظر دولة ما، يعدّ إرهابيا في نظر دولة أخرى.

إنّ هاته العيوب لا تقلّل أبدا من شأن العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني الذي يساعد في تنظيم السلوكات الاجتماعية بصورة دقيقة إذا ما توافرت أركانه السليمة وشروط صحته.

3-أركان العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني

يتكون العرف إذا شعرت الجماعة بعدالته، وبصلاحيته للانطباق عليها، فيبدأ السلوك فرديا ليتحول إلى سلوك جماعي متبوع بالشعور بالزاميته[5].

أ-الركن المادي للعرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني

---

[4] : راجع الموقع الالكتروني https://elawpedia.com موقع الموسوعة القانونية العربية.

[5] : جمال مانع عبد الناصر، القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 231.

يتمثل الركن المادي للعرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني في الاعتياد على انتهاج سلوك معين خلال خوض النزاعات المسلحة وتواتر العمل به من طرف العسكريين دون تدخل من أي سلطة دولية لفرض الالتزام به أو للعقاب على مخالفته، فهو عادة تلقائية وعفوية يطبق من خلالها المتحاربون ما اعتادوا عليه من قواعد تعرف أحيانا بقواعد الفروسية والنبل.

ويشترط في الركن المادي للعرف الشروط التالية:

-**أن يكون عرفا عاما**: فلكي يرتب العرف آثاره القانونية، ينبغي أن يولّد قواعد عامة ومجرّدة منتشرة انتشارا كبيرا في أوساط المحاربين، مثلما هو الحال بالنسبة لقاعدة التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين التي تطبّق بشكل عام ومجرّد في كل النزاعات[6]؛

-**أن يكون عرفا مستقرا**: أيّ أن ينتظم المحاربون على احترامه بصورة متواصلة دون انقطاع ولا خرق، وهو ما يضفي عليه وصف الاستقرار، ومثال ذلك استقرار قاعدة حظر مهاجمة المنشآت التي لا غنى عنها لبقاء السكان خلال العمليات الحربية ؛

-**أن لا يخالف النظام العام العالمي**: فلا يجوز استقرار عرف يخالف النظام العام العالمي كقتل المدنيين مثلا، أو الاعتداء على حرمة الأماكن المقدّسة، ويختلف الأمر إذا ما كان هذا العرف سيطور النظام العام العالمي فهنا لا بأس به ونذكر على سبيل المثال قاعدة عدم جواز المعاملة بالمثل التي طورت النظام العام العالمي الذي سائدا والذي كان يقبل بفكرة الأعمال الانتقامية والمعاملة بالمثل، فالعرف هنا هو عرف حسن طوّر النظام العام للأفضل.

ب-الركن المعنوي للعرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني

يقصد بالركن المعنوي للعرف الشعور بإلزاميته وبأنه قاعدة واجبة الاحترام شأنه شأن القواعد القانونية المكتوبة، فلا يكفي مجرّد السلوك المادي لاعتبار تصرف ما كعرف، مثل اعتياد القيام بأفعال التهجير للمدنيين وبالاستلاء على ممتلكاتهم وطردهم من أراضيهم من طرف المحتل، لأن ذلك التصرف لا يولّد الشعور بالإلزامية مهما تكرّر ارتكابه[7].

وينبغي أن نشير من هذا المقام إلى مفهوم مشابع للعرف وهو العادة الاتفاقية التي تعني الاعتياد على إتيان سلوك تتوفر فيه الشروط الخاصة بالركن المادي للعرف دون الركن المعنوي، فالعادة الاتفاقية هي عبارة عن سلوك مادي مقبول لكن لا يولّد الشعور بإلزاميته ولا بواجب احترامه من طرف الجميع ولا يلتزم به إلا من أراد ذلك دون أن يلاقي عدم التزامه استنكارا من الغير.

ثانيا: دور العرف في إثبات الجرائم الدولية

حتى يمكن الاعتماد على العرف في إثبات وقوع الجرائم الدولية لابد من البحث أولا في أساس القوة الملزمة له، والتي تناولتها عدّة مذاهب:

1-أساس القوة الملزمة للعرف

---

[6] : حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص51.

[7] : علي حميد العبيدي، مدخل لدراسة القانون الدولي العام والقانون الإنساني،شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009، ص 96. أنظر كذلك: جمال مانع عبد الناصر، المرجع السابق، ص 236.

أ-مذهب الإرادة الضمنية للدولة

يعتقد أنصار هذا المذهب بأنّ أساس إلزامية القاعدة العرفية هو إرادة الدولة وتأييدها له وعدم تدخلها لمنعه[8]، فسكوت الدولة على تواتر تصرف ما حتى تولّد الشعور بإلزاميته دليل ضمني على موافقتها عليه وعلى كونه تعبيرا صريحا عن إرادتها الباطنية التي تترجمها فيما بعد بالتشريع.

فالتقنينات الأولى التي عرفتها الحضارات كقانون حمورابي والألواح الاثني عشر التي نظّمت سلوكات المحاربين من جملة ما نظّمته، كانت في مجملها قواعد عرفية[9].

غير أنّه يؤخذ على هذا المذهب إنكار حقيقة أنّ وجود العرف سابق لوجود الدولة والتشريع ، فلا يجوز الاستناد لحقيقة لاحقة لإثبات وجود حقيقة سابقة، وهو ما أخذت به محكمة العدل الدولية حين نظرها لقضية الجرف القاري في بحر الشمال أين رفضت الاستناد على القبول الضمني للدولة كأساس للقواعد العرفية واجبة التطبيق[10].

ب-مذهب الضمير الجماعي

يستند العرف وفقا لأنصار هذا المذهب إلى كونه استخلاصا لما تمليه الجماعة من قواعد وتعبيرا عن إرادتها المستقرة لفترة من الزمن ومن قوة الجماعة تنبع قوة العرف، فالسلوكات التي تتبعها الدول الكبرى خلال الحروب أسّست فيما بعد لتكوين قواعد عرفية شعر العالم بإلزاميتها من خلال قوة هاته الدول، ونذكر على سبيل المثال تأسيس الولايات المتحدة وبريطانيا لمفاهيم جديدة خلال الحرب على الإرهاب كالدفاع الشرعي الاستباقي الذي لم يكن وجود من قبل[11].

غير أنّ الاستناد على فكرة الجماعة استناد ضعيف لا يمكنه تفسير قوة كل الأعراف السائدة، كما أنّ حاجات الجماعة وأفكارها تتغير من مجتمع لآخر وهو ما يجعله أساسا غير واضح وغير موحّد.

ج-تطبيق المحاكم للعرف

يعتقد أنصار هذا الاتجاه بأنّ القوة الإلزامية للعرف تنبع من تطبيق المحاكم له[12]،وبالتالي تستبعد الأعراف التي لم تطبّقها المحاكم وتصبح مجرّد قواعد سلوكية أدبية لا قيمة لها، انتشر هذا المذهب كثيرا لدى الفقهاء الانجليز أين يسود نظام السوابق القضائية.

---

[8] : راجع حكم محكمة العدل الدولية في قضية اللوتس 1927 بين فرنسا وتركيا، Ss Lotus (FR.V .Turk) 1927 P I C J,

[9] : صلاح جبير البصيصي، دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الإنساني، مكتبة دار السلام القانونية، منشورات المركز العربي للنشر والتوزيع، القليوبية، مصر، 2017، ص 102.

[10] : ICJ, Rec1969, P49.

[11] : G. Scelle, « Manuel de droit international public », Paris, (1948), p. 577

[12] : محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2000، ص 369.

غير أنّ هذا المذهب قاصر عن الإحاطة بكل القواعد العرفية، فهنالك بعض القواعد ذات القوة الملزمة رغم أنها لم تطبّق من طرف القضاء، كما أنّ دور القضاء بالنسبة للعرف هو دور كاشف فقط وليس منشأ فلا يعقل أن يستمد العرف أساس قوته الملزمة منه اذن.

د-القوة الذاتية للعرف

تنبع قوة العرف وفقا لأنصار هذا الاتجاه من داخله، حيث يحتوي على قوة ذاتية كامنة تخرج للوجود عند الحاجة الاجتماعية له، خصوصا في ظل قصور الاتفاقيات عن الإحاطة بكل جوانب النزاعات المسلحة، فهنا يتدخل العرف ليقلّل من الضحايا وليسدّ ثغرات التشريع التي تصاحب تطور أساليب ووسائل القتال.

ب-حجية العرف في إثبات الجرائم الدولية

يكتسب العرف الدولي الإنساني أهمية كبيرة في إثبات الجرائم الدولية وتحميل المسؤولية عنها لسببين رئيسيين :

يتمثل الأول في أنّ القانون الدولي الإنساني يعاني من عدم تصديق بعض الدول على جزء من معاهداته وعلى المعاهدات المتعلقة بالقانون الدولي الجنائي وعلى رأسها نظام المحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي يبقى القانون الدولي الإنساني العرفي وسيلة الإلزام والعقاب الوحيدة لهاته الدول.

بينما يرجع السبب الثاني إلى الضعف النسبي للاتفاقيات التي تحكم فترة النزاعات المسلحة غير الدولية خصوصا والدولية عموما ، وقد أظهرت دراسة نشرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في العام 2005 أن الإطار القانوني الذي يحكم النزاعات المسلحة الداخلية هو أكثر تفصيلاً بموجب القانون الدولي العرفي مقارنة بقانون المعاهدات، وهو ما يؤهله للعقاب على انتهاكات هذا القانون[13].

وخلصت الدراسة المذكورة لقيام القانون الدولي الإنساني العرفي على مجموعة من القواعد يأتي على رأسها القواعد التالية: مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية- حظر الهجمات العشوائية- التناسب في الهجوم- اتخاذ الاحتياطات في الهجوم- الأشخاص المشمولون بالحماية – تقييد أساليب الحرب كالخداع والتجويع وتدمير البيئة وأخذ الممتلكات والامر بعد الإبقاء على أحد – تقييد حق الأطراف في استخدام الأسلحة- تنفيذ والامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني كافة- عدم تطبيق قانون التقادم على جرائم الحرب- [14]

تجدر الاشارة إلى أنّ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي يهتمان بنفس المواضيع تقريبا، وهي الانتهاكات الجسيمة، فالقانون الدولي الإنساني يسرد ضمن نصوصه قواعد الحماية التي لا يجوز الاعتداء عليها أثناء النزاعات المسلحة، بينما يوضح القانون الدولي الجنائي المسؤوليات والعقوبات المقررة في حالة حصول الانتهاك،والتي يكفل القضاء الدولي تطبيقها، وبهذا فهما وجهان لعملة واحدة.

---

[13] : شرعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إجراء دراسة تحت عنوان "القانون الدولي الإنساني العرفي" عام 1995 بمشاركة مجموعة موسَّعة من خبراء مرموقين للنظر في ممارسات الدول الحالية في القانون الدولي الإنساني، وكان الهدف هو تحديد القانون العرفي في هذا المجال، وبالتالي إبراز الحماية القانونية التي يوفرها لضحايا الحرب، وقد حددت الدراسة 161 قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي التي تشكل النواة المشتركة للقانون الإنساني الملزم لكافة الأطراف في جميع النزاعات المسلحة.

[14] : مايا الدباس، جاسم زكرياء، القانون الدولي الإنساني، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص ص 39....48.

ويعود الاعتماد على العرف كمصدر من مصادر القانون الجنائي الدولي أول مرة إلى عام 1948 وذلك في مشروع الاتفاقية المنشئة لمحكمة جنائية دولية حيث وضعت هذه الاتفاقية العرف على رأس قواعد القانون التي يمكن أن يطبّقها القضاء الجنائي الدولي إلى أن يعتمد في حينها اتفاقية تحدد المبادئ الكبرى للقانون الجنائي الدولي[15].

وعلى الصعيد الفقهي فقد سبق للفقيه الانجليزي لوترباخت عام 1944 أن ذهب إلى القول بوجوب التمييز بين مخالفات قوانين الحرب التي تستند للاتفاقيات المكتوبة وجرائم الحرب التي تعتبر انتهاكا لمبادئ القانون الجنائي العرفية الأصل.

وبالرجوع للقضاء الدولي المؤقت، يمكن الاستشهاد على حجية العرف في إثبات قيام الجريمة الدولية بحكم للدائرة الاستئنافية للمحكمة الجنائية ليوغوسلافيا سابقا في قضية تاديش والذي أكّدت فيه على الشروط الواجب توافرها في أية جريمة من الجرائم المعروضة عليها للنظر فيها كالتالي[16]:
-أن تشكل الانتهاكات المرتكبة خرقا ومساسا بالقانون الدولي الإنساني؛

-أن تكون القاعدة المنتهكة ذات منشأ وأصل عرفي وردة فيما بعد بالقانون الاتفاقي؛

-أن تبلغ جسامة الانتهاك حدا معتبرا يشكل مساسا بمصلحة محمية قانونا؛

-أن ترتب القاعدة المنتهكة قيام المسؤولية الجنائية الفردية على منتهكها[17].

وبناء على هذه القواعد، أصدرت المحكمة حكمها في قضية أخرى وهي قضية "لاسيليتش" بثبوت مسؤوليته الجنائية عن ارتكاب جرائم حرب بسبب مخالفته لقواعد القانون الدولي الإنساني العرفي المشار إليها في المادة الثالثة المذكورة آنفا وقواعد لاهاي وأحكام المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة[18].

فالمحكمة اذن اعتبرت كل انتهاكات قوانين وأعراف الحرب بمثابة جريمة حرب مكتملة الأركان وجب العقاب عليها، كما لم تولي أهمية خاصة لوضع قائمة حصرية لما يعتبر جريمة حرب بل تركت المجال مفتوحا للاعتماد على العرف كأداة تكييف للتصرفات المرتكبة.

ومن جهة أخرى، تعتبر المحكمة تحديد القاعدة المقصودة بالانتهاك أمرا ضروريا في عملية التجريم، سواء كانت قاعدة مكتوبة أو قاعدة عرفية مع ملاحظة أنّ القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي لقوانين وأعراف الحرب تعد جميعها من القانون العرفي حسبما انتهت إليه محكمة نورمبرغ.

كما اتجه الفقه الدولي المعاصر إلى اعتبار اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 في أغلبها بمثابة قانون عرفي ، تم تقنينه لاحقا وهو ما يبرز لنا أهمية العرف كمصدر للتجريم بغض النظر عن كون الدول مرتكبة الانتهاك أطرافا في اتفاقيات جنيف أم لا.

---

[15] : محمد ثامر، " دور العرف الدولي في توصيف أركان الجرائم الدولية"، مقال منشور في الحوار المتمدن، بتاريخ 2015/11/24، على الموقع الالكتروني: http://www.m.ahewar.org/s.asp?aid=493919&r

[16] : المادة الثالثة من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية ليوغوسلافيا السابقة.

[17] : خلف الله صبرينة، "مساهمة المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا سابقا في تفسير وتطوير القانون الدولي الإنساني وانتهاكه"، في مجلة العلوم الإنسانية، قسنطينة، الجزائر، العدد 47، جوان 2017، المجلد ب، ص 249.

[18] :Meron T, International criminalization of International atrocities , AJIL,Vol 89, Issue 3, July 1995, P577 .

يترتب على التسليم بالطابع العرفي لأغلب قواعد القانون الدولي الإنساني والقانوني الدولي الجنائي اتصافهما بخصائص القانون الدولي العام فيما يتعلق بالعرف كمصدر أساسي له، فمن جهة يصعب ضبط الجريمة الدولية القائمة على أساس العرف إلا بالرجوع لدراسة شاملة للمبادئ العامة للقانون الدولي وقواعد الأخلاق الدولية، ومن جهة أخرى يتطلب اعتبار العرف مصدرا للتجريم جهدا كبيرا من القاضي بسبب غموض الجريمة الدولية، فالقاضي ملزم بالاجتهاد للتحقق من تطابق الفعل المرتكب مع النموذج العرفي للجريمة وتبرير أسباب اعتبارها كذلك.

وعموما تقّر الدول بأن المعاهدات والقانون الدولي العرفي هما مصدران للقانون الدولي ومن ثم يصبحان ملزمين على هذا الأساسّ، وهذا ما يؤكده النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي تعتبر قواعد القانون الدولي الإنساني مبادئ لا يجوز الخروج عليها لأنها جزء من القانون الدولي العرفي، كما يشكل تطبيق القانون الدولي العرفي في المحاكم الوطنية والدولية مثالاً بارزاً لصفته الملزمة ولحجيته في إثبات ارتكاب الجرائم[19].

ثالثا: مدى إمكانية تحميل الدولة الفرنسية المسؤولية عن جرائمها في الجزائر بناء على العرف

تقوم العلاقات بين أفراد المجتمع الدولي منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة عام 1945 على فكرة تحريم استخدام القوة في علاقاتها المتبادلة، لكن الواقع العملي أبرز انتهاك هذه القاعدة منذ لحظة وضعها، وليس أدلّ على ذلك من تصرفات الاحتلال الفرنسي تجاه الجزائر وكيف قابل الهبات الشعبية ثم الثورة التحريرية المجيدة من قمع وتدمير، وارتكاب لكل أنواع الجرائم الدولية.

لم تكن الجزائر وقت وضع اتفاقيات جنيف 1949 دولة ذات سيادة وبالتالي لم يكن بإمكانها الانضمام لهاته الاتفاقيات للاستفادة من أحكامها في نضالها التحرري ضد المستعمر الفرنسي، كما انّ فرنسا لم تسارع للتصديق عليها للتنصل من واجبها في تطبيق أحكام قانون الحرب في علاقاتها المتبادلة مع الجزائر، ومن المعروف أنّ العقاب على الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات القانون الدولي الإنساني لا يكون بأثر رجعي، وهو ما يعني صعوبة البحث عن سبل تحميل فرنسا المسؤولية الجنائية عن جرائمها في الجزائر بموجب النصوص القانونية، لذا يبقى من واجبنا البحث عن مصدر آخر للتجريم ألا وهو العرف.

أشارت محكمة العدل الدولية في قضية سبق لنا الاشارة إليها وهي قضية الجرف القاري ببحر الشمال عام 1969 إلى أنّ الأعراف المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني هي أعراف عالمية لا يمكن لأي دولة مخالفتها لأي سبب كان، ولا يمكن التمسك بالإرادة المنفردة للدول لنفي الإلتزام بها.

تحتوي قواعد القانون الدولي الإنساني أحكاما عرفية تتعلق بالأسلحة والأساليب المستخدمة في الحروب على غرار الأسلحة الكيميائية تنطبق حتى على الدول غير المنضمة للاتفاقيات، وفي هذا الاطار قضت محكمة نورمبورج بأنّ قواعد لاهاي التي نظّمت الحرب البرية هي محاولة لتنقيح قوانين وأعراف الحرب التي كانت موجودة من قبل، فالاتفاقيات هي كاشفة عن وجود القواعد العرفية وليست منشأة لها، وبالتالي تسري في حق كل الدول المتحاربة حتى ولو لم تنظم للاتفاقيات.

من خلال هذا الحكم يتّضح لنا بأنّ الدولة الفرنسية تتحمل كامل المسؤولية عن الانتهاكات الثابتة في حقها التي ارتكبتها في حق المدنيين العزل من الجزائريين، وفي حق ممتلكاتهم وكذا الأعيان المدنية

[19] : صلاح جبير البصيصي، المرجع السابق، ص13.

والثقافية الجزائرية من خلال أنّ الاعتداء على هذه الفئات مجرّم بموجب لائحة لاهاي الرابعة للحرب البرية، والتي قضت محكمة نورمبورج بأنّها عرفية الأصل وبالتالي لا يجوز لفرنسا الادعاء بأنّها لم تكن لا هي ولا الجزائر طرفا ساميا متعاقدا وبالتالي لا يشملها الالتزام بعدم خرق الاتفاقيات[20].

وأخذت بهذا الرأي كل من محكمة العدل الدولية ولجنة القانون الدولي التي ارتأت بأنّ الاتفاقية تقوم بوظيفتين، فهي من جهة مصدر إلتزام رسمي للدول الموقعة عليها مباشرة، وهي من جهة أخرى مصدر إدانة مادي أو دليل على تطور الركن المعنوي للعرف يلزم الدول حتى غير الموقّعة عليها إذا كانت معاهدة شارعة وتتضمن أحكاما كانت عرفية من قبل[21]، والأكيد أنّ اتفاقيات القانون الدولي الإنساني هي اتفاقيات عالمية شارعة وقّعت عليها أغلب دول العالم وبالتالي كانت تلزم في مضمونها العرفي الأصل الدولة الفرنسية في تعاملها مع الجزائريين.

فلجنة القانون الدولي قنّنت هاته القاعدة بموجب المادة 38 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي جاء فيها ما يلي:

" ليس في المواد من 34...37 ما يمنع أية قاعدة منصوص عليها في معاهدة ما، من أن تصبح ملزمة لدولة ثالثة باعتبارها قاعدة من قواعد العرف في القانون الدولي معترفا بها بصفتها هذه".

فالقانون الدولي الإنساني العرفي اذن يعمل على سد ثغرات الحماية التي يتركها القانون الاتفاقي، أو الثغرات المتعلقة بغياب التصديق على المعاهدات ، ويتميز بأنه لا يتطلب أن تقبل الدولة رسمياً بقاعدة معينة لكي تكون ملزمة لها طالما أن ممارسة الدولة التي تستند إليها القاعدة هي في العموم " واسعة النطاق ونموذجية ومنتظمة فعلاً " ومقبولة باعتبارها قانوناً عالميا.

وهذا ما أكدته القاعدة الشهيرة في القانون الدولي الإنساني المعروفة بشرط مارتينز[22]، التي وضعها الروسي فردريك دي ماتينز عام 1899 وضمّنت في اتفاقية لاهاي الثانية الخاصة بالحرب البرية لعام 1899 في ف (3) من مقدمتها ، ثم أعيد التأكيد عليها في اتفاقية لاهاي الرابعة الخاصة بالحرب البرية عام 1907 في الفقرة السابعة من مقدمتها والتي تنص على ما يلي:

"في الحالات التي لا تشملها أحكام الاتفاقية التي تمّ عقدها ، يظل السكان المدنيون والمقاتلون تحت حماية وسلطان مبادئ قانون الأمم كما جاءت في الأعراف التي استقر عليها الحال بين الشعوب المتمدنة وقوانين الإنسانية ومقتضيات الضمير العام"[23].

وبإسقاط هذه المادة على الوضع في الجزائر إبان الاحتلال نجد أنه ورغم أنّ اتفاقيات جنيف لم تكن تشملها إلاّ أنّه يمكن مساءلة الدولة الفرنسية على أساس الأحكام العرفية الواردة ضمن الاتفاقيات وحتى غير تلك التي تشملها هاته الأخيرة ، أي الأعراف التي لا تزال خارج دائرة التقنين، وهي ملزمة للدول سواء شاركت في تكوينها أم لا وسواء كانت هذه الدول موجودة وقت نشوئها أم لا.

---

[20] : صلاح جبير البصيصي، المرجع السابق، ص 103.

[21] : اللواء سيد هاشم، المضمون التاريخي لمبادئ القانون الدولي الإنساني والحكم العسكري، ص 244-245.

[22] : مايا الدباس، جاسم زكرياء، المرجع السابق، ص 53.

[23] : Shigeki Miyazaki ،"The Martens clause and int. humanitarian law" ،Jean Pectit and Christophe Swinarski ،studies and essays on int. humanitarian law ،Martinus Nijhoff ،Geneva ،1984 ،P. 433–436.

لم تتوقف فرنسا منذ ولوجها أرض الجزائر عن انتهاك قواعد الحماية وارتكاب الجرائم الدولية، بداية من جرائم العدوان إلى الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة دون أن ننسى جرائم الحرب والمجازر الجماعية التي لازالت شاهدة على فضاعة انتهاكاتها، فلا يمكن أن ينسى التاريخ مجازر 8 ماي 1945 ولا تفجيرات رقان النووية ولا جرائم التهجير الجماعي وسياسة الأرض المحروقة التي تنصلت فرنسا من المسؤولية عنها بحجة عدم انضمامها آنذاك لاتفاقيات جنيف وكون المسألة شأنا داخليا على أساس أنّ الجزائر لم تكن كاملة السيادة وأنّ القانون الدولي الإنساني لم يكن يعترف آنذاك بحروب التحرير بوصفها نزاعا مسلحا دوليا[24].

إلا أنه حتى وبأخذ المسألة وفقا للتكييف الفرنسي، فإنّ القواعد العرفية تنطبق على النزاعات الداخلية وتشمل حتى الدول غير المنظمة صراحة للنظام القانوني الإنساني كما أسلفنا سابقا، وبالتالي لا يمكن لفرنسا التحجج بهذه الحجج إطلاقا.

ونشير من هذا المقام إلى بعض القواعد العرفية التي خرقتها فرنسا في تعاملها مع الجزائريين:

-قامت القوات الفرنسية بتوجيه أوامر بعدم الإبقاء على أحد خلال مظاهرات الثامن من ماي وهو ما يعد محضورا عرفا وقانونا؛

-استخدام الأسلحة والقذائف بقصد إحداث آلام لا مبرر لها خلال المعارك؛

-الهجوم على القرى والمدنيين العزل وتطبيق الإجراءات الانتقامية في حقهم وكذا الاجراءات الجماعية؛

-تطبيق الأساليب غير المشروعة كالغدر والتظاهر بمظهر كاذب والجوسسة؛

-قصف المدن والقرى التي لا تساهم في دعم المجهود الحربي بالمدفعية الثقيلة؛

-الاستيلاء على أراضي وممتلكات الشعب الأعزل وتجريدهم منها دون وجه حق؛

-تشغيل المدنيين بما فيهم الأطفال والنساء في أعمال شاقة وتسخيرهم دون مقابل؛

-تعريض المدنيين للقتل والتشويه بسبب إجراء التجارب البيولوجية والنووية عليهم وهو ما يعدّ جرائم إبادة بامتياز ؛

-زرع القنابل في مناطق مختلفة وإخفاء خرائطها إلى حد اليوم؛

تجدر الإشارة إلى أنّ معظم الانتهاكات المذكورة لازالت آثارها قائمة إلى يومناهذا، على غرار آثار التجارب النووية وآثار خطي شال وموريس وكذا القنابل المزروعة وبالتالي يمكن في أسوء الأحوال وبمراعاة مبدأ الشرعية ومبدأ عدم الرجعية محاسبة فرنسا عنها.

أما بالنسبة لسبل ووسائل الانتصاف الممكن إعمالها، فنشير إلى وسيلتين أساسيتين:

-الاختصاص القضائي العالمي؛

[24] : ساسي محمد فيصل، " إمكانية محاكمة فرنسا عن جرائمها الاستعمارية في الجزائر وفق أحكام القانون الدولي الجنائي"، في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الثامن، جانفي 2013، ص 69.

-المحكمة الجنائية الدولية.

فبالنسبة للاختصاص القضائي العالمي، فقد وردت الاشارة إليه في نص المادة 146 من الاتفاقية الرابعة لجنيف لعام 1949 والتي أمرت الدول باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لمحاسبة الجناة عن جرائمهم المرتكبة بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني - بما فيها العرفية – وتقديمهم للمحاكمة أيا كانت جنسيتهم[25].

ويكون ذلك من خلال مواءمة تشريعاتها الوطنية وسن قوانين داخلية تسمح بإجراء هاته المحاكمات، وعلى أساس أنّ بلجيكا كانت أولى الدول التي سعت لتطبيق هذه القاعدة، فإنها مسؤولة عن نظر الدعوى ضد الدولة الفرنسية لمحاسبتها عن انتهاك قوانين وأعراف الحرب إبان استعمارها للجزائر بشرط تقديم الضحايا الذين لازالو على قيد الحياة أو ذوي الحقوق لدعوى أمام القضاء البلجيكي.

أما الوسيلة الثانية فهي المحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي جاءت لتعوّض فرصة إنشاء محاكم خاصة، فبالرغم من كون اختصاصها الموضوعي اختصاصا غير رجعي إلا أنّ هنالك بعض الجرائم الاستعمارية المستمرة، كالجرائم المرتكبة ضد البيئة والجرائم المتعلقة بالتجارب النووية التي لازالت لليوم تكشف عن ولادات مشوهة وتسبب سرطانات بمختلف أنواعها للمدنيين المقيمين قرب أماكن إجراء التجارب ، حيث يمكن تحريك دعوى بشأنها من إحدى الجهات المختصة المتمثلة في المدعي العام أو مجلس الأمن أو من دولة طرف في نظامها الأساسي.

وعلى كل حال، فقد أسست الثورة الجزائرية لفكرة تحميل المسؤولية على ارتكاب جرائم دولية في حالات حروب التحرير على أساس القواعد العرفية والاتفاقية السائدة على غرار مساهمتها في تجريم ممارسات التعذيب التي سجّلتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تقريرها السابع لشهر جانفي 1960 في فرنسا وحمل منطوقه قرار اتهام موجه ضد مجرمي الحرب الفرنسيين على أساليب التعذيب التي مارسوها ضد الجزائريين في المعسكرات المعروفة بمعسكرات ‘‘الانتقاء والترحيل"[26].

خاتمة

بعد التطرق لدور العرف كمصدر للقانون الدولي الإنساني في تجريم الانتهاكات الفرنسية المرتكبة في الجزائر خلال المرحلة الاستعمارية توصلنا لبعض النتائج نذكر منها:

-يعتبر العرف مصدرا أساسيا للقانون الدولي الإنساني ملزما لكل الدول حتى غير المنضمة للاتفاقيات الرسمية لهذا القانون؛

-أغلب قواعد القانون الدولي الإنساني ذات منشأ وأصل عرفي، ممّا يعزّز من فرضية إلزاميتها وانطباقها على الثورة التحريرية الجزائرية؛

-توجد بعض سبل الانتصاف (الاختصاص القضائي العالمي والمحكمة الجنائية الدولية) التي لا تزال متاحة أمام ضحايا الاستعمار الفرنسي للمطالبة بحقوقهم خصوصا ما تعلّق بالجرائم المستمرة ؛

---

[25] : كانت بلجيكا سباقة للعمل بهذا الاختصاص ، ولذلك الغرض سنّت قانونا بتاريخ 1993/6/16 للعقاب على انتهاكات القانون الدولي الإنساني في أي زمان وأي مكان.

[26] : امحمدي بوزينة آمنة، "أثر حرب التحرير الجزائرية في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني"، في مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد الثلاثون، ص 37 وما يليها.

كما يمكن تقديم التوصيات التالية :

-تعديل القوانين الجزائرية وجعلها تتماشى وتبني مفهوم جديد لتبني اختصاص قضائي عالمي يسمح بالمقاضاة على الجرائم المرتكبة خلال الفترة الاستعمارية؛

-إصدار قانون تجريم الاستعمار من طرف البرلمان الجزائري للمطالبة بتقديم اعتذار رسمي من السلطات الفرنسية عن جرائمها في الجزائر ولتحريك دعوى من طرف الدولة الجزائرية للمطالبة بالتعويضات الملائمة بناء على أحكام العرف التي تدينها إدانة كاملة؛

-تأسيس جمعية أو تنظيم يضمّ ضحايا الاستعمار الفرنسي الذين لازالوا يعانون من آثار التعذيب أو الجرائم الأخرى في شكل قانوني لأجل إمكانية التحرك باسمهم لرفع دعوى للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء الفرنسي.