

**Cour
Pénale
Internationale**

**International
Criminal
Court**



المحكمة الجنائية الدولية

الرقم: ICC-01/09-02/11 OA

الأصل: إنكليزي

التاريخ: ٢٠ أيلول/سبتمبر ٢٠١١

دائرة الاستئناف

المؤلفة من: القاضي دانييل ديفيد نتاندا نسييريكو، رئيساً للدائرة
القاضي سانغ-هيون سونغ
القاضية أكوا كوينيحيي
القاضي إركي كورولا
القاضية أنيتا أوشاسكا

الحالة في جمهورية كينيا

في قضية المدعي العام ضد فرنسيس كيريمي موثاورا وأوهورو مويغاي كينيا ومحمد حسين علي

وثيقة علنية

حكم

في دعوى استئناف جمهورية كينيا قرار الدائرة التمهيدية الثانية الصادر في ٣٠ أيار/مايو ٢٠١١ المعلن
”قرار بشأن طعن حكومة كينيا في مقبولة الدعوى عملاً بالمادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي“

رأي القاضية أنيتا أوشاسكا المخالف

يُخَطَر بهذا الحكم وفقا للبند ٣١ من لائحة المحكمة الجنائية الدولية:

محامو ويليام ساموي روتو
السيد جوزيف كيتشومبا كيچين-كاتوا
السيد ديفيد هوبر
السيد كيوكو كيلوكومي موساو

محامي السيد هنري كيرونو كوسجي
السيد جورج أودينغا أورارو

محامي السيد جوشوا آراب سانغ
السيد جوزيف كيتشومبا كيچين-كاتوا

مكتب المدعي العام
السيدة فاطو بنسودا، نائبة المدعي العام
السيد فابريتشيو غاريليا

مكتب المحامي العمومي للمجني عليهم
السيدة باولينا ماسيدا

ممثلاً الدولة
السيد جيفري نايس
السيد رودني ديكسون

قلم المحكمة

رئيسة قلم المحكمة
السيدة سيلفانا أربيا

تتضمن هذه الوثيقة رأي القاضية أنتيا أوشاسكا المخالف للحكم المعنون ”حكم في دعوى استئناف جمهورية كينيا قرار الدائرة التمهيدية الثانية الصادر في ٣٠ أيار/مايو ٢٠١١ المعنون ’قرار بشأن طعن حكومة كينيا في مقبولة الدعوى عملاً بالمادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي‘“ الصادر في ٣٠ آب/أغسطس ٢٠١١^(١) (المشار إليه فيما يلي بـ ”حكم الأغلبية“).

١ – أخالف الأغلبية رأيها أنه ينبغي تأييد القرار المطعون فيه وأختلف لذلك مع حكم دائرة الاستئناف. وإنني أرى أن الدائرة التمهيدية الثانية (المشار إليها فيما يلي بـ ”الدائرة التمهيدية“) أخطأت في تسيير الإجراءات التي أفضت إلى اتخاذ القرار المعنون ”قرار بشأن طعن حكومة كينيا في مقبولة الدعوى عملاً بالمادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي“^(٢) الصادر في ٣٠ أيار/مايو ٢٠١١ (المشار إليه فيما يلي بـ ”القرار المطعون فيه“)، وأعتقد أنه ينبغي لذلك نقض القرار المطعون فيه.

أولاً – السياق الإجرائي

٢ – يتناول حكم الأغلبية السياق الإجرائي لدعوى الاستئناف هذه، أما هنا فسأركز على الجوانب الإجرائية الأوثق صلةً بهذا الرأي.

٣ – صدّقت كينيا على نظام روما الأساسي عام ٢٠٠٥^(٣) وكانت أحداث العنف التي تلت الانتخابات فيها عام ٢٠٠٧ موضع أول تحقيق يجريه المدعي العام من تلقاء نفسه عملاً بالمادة ١٥ من النظام الأساسي. وقضت الدائرة الابتدائية في قرارها الصادر بموجب المادة ١٥ (٤) من النظام الأساسي الذي أذنت فيه للمدعي العام بمباشرة تحقيقه^(٤) (المشار إليه فيما يلي بـ ”قرار الإذن بالتحقيق“)، بما يلي فيما يتعلق بمقبولة القضايا المحتملة التي قد تنشأ عن تحقيقات المدعي العام:

^(١) الوثيقة ICC-01/09-02/11-274.

^(٢) الوثيقة ICC-01/09-02/11-96.

^(٣) يمكن الاطلاع على معلومات بهذا الشأن على العنوان التالي:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en.

^(٤) الحالة في جمهورية كينيا، ”قرار يُصدّر عملاً بالمادة ١٥ من نظام روما الأساسي بشأن الإذن بالتحقيق في الحالة في جمهورية

كينيا“، ٣١ آذار/مارس ٢٠١٠، ICC-01/09-19-Corr.

٥١ - تشدد الدائرة على أن تحديد نطاق الدعوى أو الدعاوى المحتملة في هذه المرحلة قد يسهم كثيراً في التطبيق الفعال للمادة ١٨ من النظام الأساسي، التي تنطبق متى أذنت الدائرة التمهيدية بمباشرة التحقيق. ومن شأن ذلك أن يتيح للدول التي "لها في الأحوال العادية الولاية على الجرائم" المعنية تلقي معلومات مفيدة (رهنأً بالقيود المنصوص عليه في المادة ١٨ (١) من النظام الأساسي) بشأن حدود الدعوى أو الدعاوى التي يُحتمل أن تنظر فيها المحكمة. وسيعزز ذلك بدوره التفاهم المتبادل بين المحكمة والدولة أو الدول المعنية فيما يتعلق بنطاق تقييم التكامل الذي تقتضي بإجرائه المادة ١٨ (٢) إلى (٥) من النظام الأساسي.

٥٢ - مع ذلك ترى الدائرة في هذه المرحلة أن تقييم مقبولية الدعوى يقتضي النظر فيما إذا كانت الدولة أو الدول المعنية عقدت أو تعقد إجراءات على الصعيد الوطني بشأن مجموعات الأشخاص والجرائم المدعى بارتكابها خلال تلك الأحداث، وهما العنصران اللذان يُرجَّح أن يكونا معاً موضوع تحقيقات المحكمة. [...]"

٥٤ - لذا، وفي المسار الحالي للأمر، لا يلزم الانتقال إلى المرحلة الثانية التي تقتضي النظر في سائر جوانب حكم هذه المادة، إذ إن المعلومات المتاحة تشير إلى وجود حالة من الجمود فيما يتعلق بالعناصر التي يُرجَّح أن تحدّد معالم الدعاوى المحتملة [...].

٤ - وقضت الدائرة التمهيدية في القرار المذكور آنفاً، بناءً على تقييمها للوقائع المعروضة عليها، بأن الدعاوى المحتملة ستكون مقبولة بسبب وجود حالة من الجمود في كينيا فيما يتعلق بالتحقيق في سلوك بعض كبار رجال الأعمال والزعماء السياسيين خلال أحداث العنف التي تلت انتخابات عام ٢٠٠٧ ومقاضاتهم^(٥).

٥ - وفي ١٥ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠، أعلن المدعي العام على الملأ أسماء الكينيين الستة الذين كان قد طلب في اليوم نفسه إصدار أوامر بالحضور بشأنهم^(٦). وفي ٨ آذار/مارس ٢٠١١، أصدرت الدائرة التمهيدية أوامر

^(٥) قرار الإذن بالتحقيق، الفقرات ١٨٥ إلى ١٨٧.

^(٦) البيان الصحفي الصادر عن مكتب المدعي العام في ١٥ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠، ICC-OTP-20101215-PR615. يمكن الاطلاع عليه على العنوان التالي <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BA2041D8-3F30-4531-8850-431B5B2F4416.htm>

بالحضور بحق ثلاثة المشتبه بهم في هذه القضية^(٧)، وبحق ثلاثة المشتبه بهم في قضية المدعي العام ضد فرنسيس كيريمي موثورا وآخرين^(٨). ولم تفصل الدائرة التمهيدية في قراراتها في مقبولة القضيتين^(٩).

٦ - وفي ٣١ آذار/مارس ٢٠١١ أودعت كينيا الطلب المعنون ”طلب مقدّم بالنيابة عن حكومة جمهورية كينيا عملاً بالمادة ١٩ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية“^(١٠) (المشار إليه فيما يلي بـ”الطعن في المقبولة“) الذي طعنت فيه في مقبولة هذه القضية. وفي ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١ أودعت كينيا، دعماً لهذا الطعن في المقبولة، الوثيقة المعنونة ”إيداع مرفقات المواد الملحقة بالطلب الذي قدمته حكومة كينيا عملاً بالمادة ١٩ من نظام روما الأساسي“^(١١) (”المشار إليها فيما يلي بـ”وثيقة إيداع المرفقات المؤرخة في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١“) التي ضمّنتها ٢٢ مرفقاً، وفي ١٣ أيار/مايو ٢٠١١ أودعت كينيا ردّها المعنون ”رد بالنيابة عن حكومة كينيا على أجوبة المدعي العام والدفاع ومكتب المحامي العمومي للمحني عليهم على الطلب الذي قدمته عملاً بالمادة ١٩ من نظام روما الأساسي“^(١٢) الذي أخطر به في ١٦ أيار/مايو ٢٠١١ (المشار إليه فيما يلي بـ”الرد المؤرخ في ١٥ أيار/مايو ٢٠١١“) والذي تضمّن سبعة مرفقات.

٧ - وأوضحت كينيا في الوثائق التي قدّمتها إلى الدائرة التمهيدية أنها تعكف على إصلاح نظام العدالة الجنائية فيها كي يتسنى لها التحقيق في أحداث العنف التي تلت الانتخابات ومقاضاة المسؤولين عنها على أكمل وجه^(١٣). وأكدت كينيا أنها تحتاج إلى بضعة أسابيع إضافية لتقديم صورة كاملة عن الموضوع وعرضت جدولاً زمنياً لإيداع الوثائق الإضافية التي من شأنها أن تتيح لها أن تُطلع المحكمة إطلاعاً كاملاً على ما أحرزته من تقدم في تحقيقها في الدعوى في غضون بضعة أشهر^(١٤).

^(٧) ”قرار بشأن طلب المدعي العام إصدار أوامر بحضور وليام ساموي روتو وهنري كيبرونو كوسجي وجوشوا آراب سانغ“، ICC-01/09-02/11-1.

^(٨) ”قرار بشأن طلب المدعي العام إصدار أوامر بحضور فرنسيس كيريمي موثورا وأوهورو ومويغاي كينياتا ومحمد حسين علي“، ICC-01/09-01/11-1.

^(٩) ”قرار بشأن طلب المدعي العام إصدار أوامر بحضور وليام ساموي روتو وهنري كيبرونو كوسجي وجوشوا آراب سانغ“، ICC-01/09-02/11-1، الفقرة ١٢.

^(١٠) الوثيقة ICC-01/09-02/11-26.

^(١١) الوثيقة ICC-01/09-01/11-67.

^(١٢) الوثيقة ICC-01/09-02/11-91 ومرفقاتها السبعة.

^(١٣) الطعن في المقبولة، الفقرات ٤٦ إلى ٦٦ و ٧٥ إلى ٧٨.

^(١٤) الطعن في المقبولة، الفقرات ١٦، ٦٧ إلى ٧٤، و ٧٩؛ انظر أيضاً الرد المؤرخ في ١٦ أيار/مايو ٢٠١١، الفقرة ٥٨.

٨ - وأودعت كينيا في وثيقة إيداع المرفقات المؤرخة في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١ وفي المرفقات الملحقة بالرد المؤرخ في ١٦ أيار/مايو ٢٠١١ وثائق عن إصلاح نظام العدالة الجنائية فيها وذلك دعماً لاعتبارها في المقبولة^(١٥). وتضمنت المرفقات معلومات تفيد بأن ”التحقيقات جارية على الصعيد الوطني“ وبأنه سيقدم مزيد من الوثائق في غضون الأشهر المقبلة^(١٦). وعلى الأخص، يشتمل المرفق الأول بوثيقة إيداع المرفقات المؤرخة في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١ على أمر أصدره النائب العام الكيني إلى مفوض الشرطة في ١٤ نيسان/أبريل ٢٠١١ يوعز إليه فيه ب”التحقيق بشأن كل الأشخاص الذين يُدعى بأنهم قد يكونون شاركوا في أحداث العنف التي تلت الانتخابات بمن فيهم الأشخاص الستة المشمولون بالدعوى التي يُنظر فيها حالياً أمام المحكمة الجنائية الدولية“^(١٧). ويشتمل المرفق الثاني الملحق بالرد المؤرخ في ١٦ أيار/مايو ٢٠١١^(١٨) على تقرير مؤرخ في ٥ أيار/مايو ٢٠١١ بشأن أحداث العنف التي تلت انتخابات عام ٢٠٠٧ يتضمن معلومات محدّدة عن التحقيقات التي أجرتها كينيا. وفيما يتعلق بالسيد روتو، تبين هذه المعلومات فتح ملف دعوى بحقه، أُشير إليه فيه باعتباره ”مشتبهاً به“ وحُدّد فيه رقم ملف الدعوى والمحكمة التي تنظر فيها. وتضمن المرفق أيضاً معلومات عن نطاق التحقيقات والأفعال المدعى بإتيانه إياها بما فيها مكان وقوع السلوك الجرمي المدعى به وزمانه^(١٩). وأشار التقرير أيضاً إلى أن أوامر صدرت عن السلطات المختصة، على ما يظهر، ببدء التحقيق بشأن خمسة الأشخاص الآخرين الذين تحقق المحكمة بشأنهم أيضاً^(٢٠).

^(١٥) وثيقة إيداع المرفقات المؤرخة في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١.

^(١٦) وثيقة إيداع المرفقات المؤرخة في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١، الفقرة ٤.

^(١٧) الوثيقة ICC-01/09-02/11-67-Anx1، الصفحة ٢.

^(١٨) الوثيقة ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

^(١٩) ورد في التقرير ما يلي: ”لم تُستكمل التحقيقات لأسباب عدة منها التعامل مع شهود غير موثوق بهم وغير متعاونين مع السلطات المختصة. ومن القضايا الهامة قيد النظر قضية يحقّق فيها قسم التحقيقات الجنائية في ناكورو رقم ملفها ٢٠٠٨/١٠ والمشتبه به في إطارها هو معالي وزير الزراعة السابق ويليام ساموي روتو. ويُدعى في هذه القضية بأن الوزير وغيره من أفراد طائفة الكالنجين حرضوا شباباً من أبناء هذه الطائفة على ارتكاب أعمال عنف ضد غير الكالنجين من سكان بعض أنحاء مقاطعة رُفّت فالي. ولما تزل المسألة قيد التحقيق إذ يتعيّن إسناد بعض العناصر بمزيد من الأدلة للخلوص إلى استنتاج عادل“، ICC-01/09-02/11-89-Anx2، الصفحتان ٢، و٣.

^(٢٠) وورد في جزء التقرير المعنون ”المسار قدماً“ ما يلي: ”[...] أصدر مفوض الشرطة توجيهات إضافية للفريق بالتحقيق المستفيض في كل الادعاءات. ويجري الفريق حالياً التحقيقات في الميدان كما أوعز به إليه. ويعكف أيضاً على دراسة كل التحريات والتقارير السابقة للمساعدة على الدفع بالتحقيق قدماً“، ICC-01/09-01/11-89-Anx2، الصفحة ٤.

٩ - وقدّمت كينيا في الوثائق التي رفعتها إلى الدائرة التمهيدية حججاً قانونية ولا سيما بشأن مبدأ التكامل وما يُقصد بكلمة “الدعوى” الواردة في المادة ١٧ (١) (أ) من النظام الأساسي^(٢١). ودفعت كينيا بأنه يحقّ لها تقديم “تقارير مرحلية” في أثناء إجراءات النظر في مقبولية الدعوى وبأن المعيار الذي اعتمدته دوائر أخرى وطبقته، أي ما يُعرف بمعيار “الشخص نفسه والسلوك ذاته”، ضيق جداً في نطاقه وبأنه يتعيّن تطبيق معيار أوسع نطاقاً يُستند فيه إلى قرار الإذن بالتحقيق.

١٠ - وفي سياق إجراءات النظر في مقبولية الدعوى، أصدرت الدائرة التمهيدية القرارين الإجرائيين الأساسيين التاليين: ففي ٤ نيسان/أبريل ٢٠١١، أصدرت الدائرة التمهيدية قرارها المعنون “قرار بشأن سير الإجراءات إثر الطلب الذي قدمته حكومة كينيا عملاً بالمادة ١٩ من نظام روما الأساسي” (المشار إليه فيما يلي بـ “القرار الصادر في ٤ نيسان/أبريل ٢٠١١”)^(٢٢). وفي ٢ أيار/مايو ٢٠١١، أذنت الدائرة التمهيدية لكينيا بالردّ على القرار المعنون “قرار صادر بموجب البند ٢٤ (٥) من لائحة المحكمة بشأن الطلب المقدم بالنيابة عن حكومة كينيا” (المشار إليه فيما يلي بـ “القرار الصادر في ٢ أيار/مايو ٢٠١١”)^(٢٣). وشدّدت الدائرة التمهيدية في هذين القرارين على الحاجة إلى تسريع وتيرة الإجراءات^(٢٤).

١١ - أودعت كينيا أيضاً الطلب المعنون “طلب بالنيابة عن حكومة جمهورية كينيا لتقديم المساعدة عملاً بالمادة ٩٣ (١٠) والقاعدة ١٩٤”^(٢٥) (المشار إليه فيما يلي بـ “طلب تقديم المساعدة”) في ٢١ نيسان/أبريل ٢٠١١ والطلب المعنون “طلب عقد جلسة نقاش شفهي عملاً بالقاعدة ٥٨ (٢)”^(٢٦) الذي سجّل في ١٨ أيار/مايو ٢٠١١.

١٢ - ورفضت الدائرة التمهيدية في القرار المطعون فيه طلب كينيا المؤرخ في ١٨ أيار/مايو ٢٠١١ الرامي إلى عقد جلسة نقاش شفهي تستمع الدائرة خلالها إلى أحد المسؤولين عن التحقيقات في كينيا^(٢٧). وحدّدت الدائرة

^(٢١) الطعن في المقبولية، الفقرتان ٢٣ و٢٤؛ الرد المؤرخ ١٦ أيار/مايو ٢٠١١، الفقرات ٢٤ إلى ٢٧.

^(٢٢) الوثيقة ICC-01/09-02/11-40.

^(٢٣) الوثيقة ICC-01/09-02/11-81، الفقرتان ١٣ و١٤.

^(٢٤) القرار الصادر في ٤ نيسان/أبريل ٢٠١١، الفقرة ١٠: “إن الدائرة، حرصاً منها على تسريع وتيرة الإجراءات وتجنب أي تأخير لا موجب له”؛ انظر أيضاً القرار الصادر في ٢ أيار/مايو ٢٠١١، الفقرة ١٥.

^(٢٥) الوثيقة ICC-01/09-58.

^(٢٦) الوثيقة ICC-01/09-02/11-92.

^(٢٧) رفضت الدائرة التمهيدية أيضاً النظر في طلب المساعدة الذي قدّمته كينيا قبل إصدار القرار المطعون فيه.

التمهيدية تعريفاً لكلمة “الدعوى” معتمدةً في ذلك “معيار الشخص نفسه والسلوك ذاته”^(٢٨). وأخذت الدائرة التمهيدية على الوثائق التي أحالتها كينيا قلة معلوماتها والتفاصيل الواردة فيها^(٢٩) وخلصت إلى أن لثلاثة مرفقات فقط من المرفقات التسعة والعشرين التي أُحيلت إليها “بعض الصلة المباشرة بالموضوع”^(٣٠). وخلصت إلى أن كينيا لم تقدم أدلة عن “أي خطوات ملموسة” اتخذتها من شأنها أن تبين أنها تحقق حالياً في أمر المشتبه بهم الثلاثة في هذه الدعوى^(٣١). وأشارت الدائرة التمهيدية في هذا السياق إلى اقتراح كينيا تقديم تقارير إضافية عن تقدم التحقيقات ولكنها لم تتناوله بمزيد من الدراسة^(٣٢). وقضت بعد ذلك بما يلي:

٧٠ - أشارت دائرة الاستئناف إلى أن البت في مقبولية الدعوى يجب أن يتم “استناداً إلى الوقائع القائمة وقت إجراءات النظر في المقبولية”. ومن ثم، ونظراً إلى “عدم تقديم معلومات تدعم دفع كينيا بأن التحقيقات كانت جارية بشأن المشتبه بهم الثلاثة حتى وقت إيداع ردها، فقد خلصت الدائرة إلى استمرار وجود حالة من الجمود [...]”.

١٣ - وفي ٦ حزيران/يونيو ٢٠١١ أودعت كينيا الاستئناف المعنون “استئناف حكومة كينيا القرار المعنون ‘قرار بشأن طعن حكومة كينيا في مقبولية الدعوى عملاً بالمادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي’”،^(٣٣) وفي ٢٠ حزيران/يونيو، قدمت وثيقتها المعنونة “وثيقة داعمة لـ استئناف حكومة كينيا القرار المعنون ‘قرار بشأن طعن حكومة كينيا في مقبولية الدعوى عملاً بالمادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي’”،^(٣٤).

ثانياً - خطأ الدائرة التمهيدية في ممارسة صلاحيتها التقديرية

١٤ - تؤكد الجهة المستأنفة أموراً منها أن الدائرة التمهيدية ارتكبت أخطاء في الإجراءات التي أفضت إلى إصدار القرار المطعون فيه، ولا سيما برفضها الطلب المقدم في ١٨ أيار/مايو ٢٠١١ لعقد جلسة نقاش شفهي، وبعد

^(٢٨) القرار المطعون فيه، الفقرات ٥١ إلى ٥٧.

^(٢٩) القرار المطعون فيه، الفقرة ٦٩.

^(٣٠) القرار المطعون فيه، الفقرة ٦٤.

^(٣١) القرار المطعون فيه، الفقرة ٦٨.

^(٣٢) القرار المطعون فيه، الفقرة ٦٣.

^(٣٣) الوثيقة ICC-01/09-02/11-104.

^(٣٤) الوثيقة ICC-01/09-02/11-130-Corr؛ انظر تصويب هذه الوثيقة ذا الرقم ICC-01/09-02/11-130-Corr.

سماعها لها بتقديم وثائق إضافية تتعلق بالتحقيق الجاري في كينيا ضمن أجل مسمى وعدم بّتها في طلب تقديم المساعدة قبل إصدار القرار المطعون فيه. وتجدر ملاحظة أن المادة ١٩ (٣) من النظام الأساسي، بالاقتران مع القاعدتين ٥٩ و ٥٨ (١) و (٣) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، تحدّد بعض المتطلبات الدنيا فيما يتعلّق بالإجراء الواجب الاتّباع. وعلى وجه الخصوص، تنص المادة ١٩ (٣) من النظام الأساسي والقاعدتان ٥٩ (٣) و ٥٨ (٣) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات على أن للجهة التي أحالت الحالة إلى المحكمة وللمجني عليهم وللمدعي العام وللشخص "الذي تم تسليمه إلى المحكمة أو مثل طوعية أو بموجب أمر حضور" حق تقديم "ملاحظات" في غضون أجل تحدده الدائرة. وفيما عدا هذه المتطلبات الدنيا، تمنح القاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الدائرة صلاحية تقديرية واسعة لتنظيم الإجراء الذي يتعين اتّباعه. وتجري القاعدة المحرّية التالي:

عندما تسلم دائرة طعنا أو مسألة تتعلق باختصاصها أو بمقبولية قضية وفقا للفقرة ٢ أو ٣ من المادة ١٩ أو عندما تتصرف وفقا لإجراءاتها على النحو المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ١٩ فإنها تبت في الإجراء الواجب اتّباعه ويجوز لها أن تتخذ التدابير المناسبة لسير الإجراءات بصورة سليمة. ويجوز لها أن تعقد جلسة. ويجوز لها أن تلحق الطعن أو المسألة بتأييد أو بإجراءات قضائية ما دام ذلك لا يسبب تأخيرا لا داعي له. وفي هذه الحال، تتعقد المحكمة وتبت بشأن الطعن أو المسألة أولاً.

١٥ - وتعيد دائرة الاستئناف النظر في القرارات التقديرية الصادرة عن الدوائر التمهيدية والابتدائية بشيء من التبجيل. فدائرة الاستئناف فيما درجت عليه في قضائها لا تعيد النظر في القرارات من جديد ولذا لا يمكن أن تستعيض عن تقدير الدائرة التمهيدية أو الابتدائية بتقديرها. ولن تتدخل دائرة الاستئناف إلا إذا بلغت ممارسة الصلاحية التقديرية مبلغ إساءة استعمال هذه الصلاحية^(٣٥). ومن ثمّ فإن السؤال الذي يتعيّن الإجابة عنه هو ما إذا

^(٣٥) وفي هذا الصدد قضت دائرة الاستئناف فيما يتعلّق بالنهج الذي اعتمدته محاكم جنائية دولية أخرى بما يلي: "إن مهمة دائرة الاستئناف تمتد لتشمل النظر في ممارسة الدائرة التمهيدية سلطتها التقديرية للتأكد من أن الدائرة مارست سلطتها هذه ممارسة سليمة. غير أن دائرة الاستئناف لن تتدخل في ممارسة الدائرة التمهيدية سلطتها التقديرية للبت في مقبولية القضية بموجب المادة ١٩ (١) من النظام الأساسي، إلا إذا أقيم الدليل على أن القرار مشوب بخلط في القانون، أو غلط في الوقائع، أو غلط إجرائي، وحتى عندئذ لن يتم ذلك إلا إذا كان الغلط قد أثر في القرار تأثيراً جوهرياً. ويعني هذا في واقع الأمر أن دائرة الاستئناف لن تتدخل في قرار تقديري إلا بموجب شروط محدودة. وهذا الموقف تؤيده اجتهادات المحاكم الدولية الأخرى والمحاكم المحلية [...] وقد حددت هذه المحاكم الشروط التي تسوّغ تدخل دائرة الاستئناف بأنها: (١) إذا استندت ممارسة السلطة التقديرية إلى تفسير خاطئ للقانون؛ (٢) إذا

كانت الدائرة التمهيدية قد أخطأت في ممارسة صلاحيتها التقديرية. وسأشرح فيما يلي سبب اعتقادي أن ذلك شأنها.

١٦ - تجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أن المادة ١٩ من النظام الأساسي تنص على عدة إجراءات تتعلق بالنظر في مقبولية الدعوى. فوفقاً للمادة ١٩ (١)، يجوز للدائرة أن تُبَتَّ في مقبولية الدعوى من تلقاء نفسها. وتنص المادة ١٩ (٣) على أنه يجوز للمدعي العام أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بشأن مسألة المقبولية. أما المادة ١٩ (٢)، فتتصّر على أنه يجوز أن تدفع بعدم مقبولية الدعوى، كما في الإجراءات الراهنة، جهاتٌ منها "الدولة التي لها اختصاص النظر في الدعوى". إضافةً إلى ذلك تنطبق المادة ١٩ من النظام الأساسي أيضاً على البت في اختصاص المحكمة. ولذا فإن إجراءات النظر في المقبولية بموجب المادة ١٩ من النظام الأساسي ليست إجراءات جنائية، بل إجراءات من نوع خاص ترمي في المقام الأول إلى الفصل في مسائل التنازع في الاختصاص.

١٧ - ولما كانت الإجراءات التي تُعقَد بموجب المادة ١٩ من النظام الأساسي قد تختلف اختلافاً كبيراً باختلاف موضوعها والمشاركين فيها، فإن علّة إسباغ هذه الصلاحية الواسعة النطاق على الدائرة وفقاً للمادة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات هي على ما يبدو إتاحة الفرصة للدائرة لتكييف الإجراءات مع القضية قيد النظر.

١٨ - ولا يمكن للدولة ما أن تطعن في مقبولية الدعوى بموجب المادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي إلا استناداً إلى "كونها تحقق أو تباشر المقاضاة في الدعوى أو لكونها حققت أو باشرت المقاضاة في الدعوى". وبعبارة أخرى، فإن لبّ القضية في سياق الإجراءات المقامة بموجب المادة ١٩ (٢) (ب) من النظام الأساسي إنما هو حق الدولة في التحقيق في الدعوى والمقاضاة فيها بنفسها، وهو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ التكامل.

١٩ - وكما قال أحد المعلقين، فإن التكامل هو

مورست السلطة التقديرية استناداً إلى استنتاج واضح خطأه بشأن الوقائع؛ (٣) إذا كان القرار من الإجحاف وعدم المعقولية بما يُعدُّ إساءة لاستخدام السلطة التقديرية". انظر قضية المدعي العام ضد جوزيف كوني وآخرين، "حكم بشأن استئناف الدفاع القرار المعنون "قرار بشأن مقبولية القضية وفقاً للمادة ١٩ (١) من النظام الأساسي، الصادر في ١٠ آذار/مارس ٢٠٠٩"، ١٦ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩، ICC-02/04-01/05-408، الفقرة ٨٠.

[توقيع القاضية أنيتا أوشاسكا]

الرقم ICC-01/09-02/11 OA

١٩/١٠

ترجمة رسمية صادرة عن المحكمة

[...] أحد أركان النظام الأساسي بل لعله ركنه الرئيس. فهو يحقق التوازن بين احترام سيادة الدولة وضمان فعالية المحكمة الجنائية الدولية ومصداقيتها. وبدونه لما أمكن التوصل إلى اتفاق^(٣٦).

وتؤكد المكانة الرفيعة التي أنزل إياها مبدأ التكامل في النظام الأساسي (المادة الأولى والديباجة) ومداولات صياغة نظام روما الأساسي أيضاً أهمية هذا المبدأ باعتباره مبدأً أساسياً من المبادئ التي يُهتدى بها في تنظيم العلاقة بين الدول والمحكمة الجنائية الدولية^(٣٧). ف”الاختصاص الجنائي” للمحكمة والاختصاص الجنائي للدول ”يكمل” كلاهما الآخر. ويعني هذا أن كلا من المحكمة والدول تسعى إلى تحقيق أهداف النظام الأساسي، التي تجسدها ديباجته، ولا سيما الهدف الرامي إلى ”وضع حد لإفلات مرتكبي [...] أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره من العقاب”^(٣٨). ويعني ذلك أيضاً وجوب أن يوجد، قدر الإمكان، تعاون واتصال وثيقان بين المحكمة، خصوصاً مكتب المدعي العام، والدولة المعنية^(٣٩). ويعزز التكامل مبدأ القانون الدولي الذي ينص على أن ممارسة

^(٣٦) انظر س. أ. ويليامز، ”المسائل المتعلقة بالمقبولية، المادة ١٧“، في أوتو ترفترير (محرراً)، تعليق على نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية: ملاحظات المراقبين مادةً مادة، (نوموس، بادن بادن، الطبعة الأولى، ١٩٩٩) S. A. Williams, “Issues of Admissibility, Article 17”, in O. Triffterer (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s Notes, Article by Article*, [NOMOS, Baden-Baden, 1st ed., 1999] (Baden-Baden, 1st ed., 1999)، الصفحة ٣٩٢، الفقرة ٢٠ (أُغفلت الحاشية هنا).

^(٣٧) انظر اللجنة المختصة لإنشاء محكمة جنائية دولية، مشروع تقرير اللجنة المختصة، ٢٢ آب/أغسطس ١٩٩٥، A/AC.244/CRP.5، في الصفحة الأولى: ”وُصف مفهوم التكامل باعتباره عنصراً أساسياً في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية“؛ انظر أيضاً مؤتمر الأمم المتحدة للدبلوماسية للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، المحاضر الموجزة للمؤتمر الدبلوماسي الذي عقد في عام ١٩٩٨، الجلسة الحادية عشرة، ٢٢ حزيران/يونيو ١٩٩٨، A/CONF.183/C.1/SR.11، الفقرة ١٩؛ انظر أيضاً الجلسة الثانية عشرة، ٢٣ حزيران/يونيو ١٩٩٨، A/CONF.183/C.1/SR.12، الفقرة ٤٩.

^(٣٨) الفقرتان ٤ و ٥ من الديباجة.

^(٣٩) انظر إكس أجيري، وأ. كاسيزي، ور. أ. فايف، وه. فرايمان، وس. ك. هول، وج. ت. هولمز، وي. كليفر، وأ. أولاسولو، ون. ه. رشيد، ود. روبنسن، وأ. ويلمهرست، وأ. زيمرمان، ”وثيقة خبراء غير رسمية: مبدأ التكامل في الواقع العملي“ [X. Agirre, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner, H. Olasolo, N. H. Rashid, D. Robinson, E. Wilmschurst, A. Zimmermann, “Informal expert paper: The principle of complementarity in practice”], ICC-OTP 2003، الصفحة ٥؛ انظر أيضاً يان كليفر، ”التكامل باعتباره حافزاً على الامتثال“، في يان كليفر، ج. كور (محررين) ”آراء متكاملة بشأن مبدأ التكامل“، [J. Kleffner, “Complementarity as a catalyst for compliance”, in: J. Kleffner, G. Kor (eds) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006) in: J. Kleffner, G. Kor (eds) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006) الصفحة ٨٢؛ انظر أيضاً وجهة النظر المقابلة (حث الدول على ممارسة اختصاصها)، م. بنزينغ، نظام التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، حولة ماكس بلانك لقانون الأمم المتحدة، المجلد السابع، ٢٠٠٣، في الصفحة ٥٩٦ M. Benzing, *The Complementarity* [Regime of the ICC, Max Planck Yearbook of United Nations Law, volume 7

الدولة لولايتها الجنائية حق سيادي لها، كما يضمن إمكان تدخل المحكمة لتحقيق أهداف العدالة الجنائية الدولية. ومع أن الحوار بين الدولة والمحكمة أمر ضروري ومستحب، فإن المحكمة، لا أي سلطة ثالثة، هي الحكم في حال نشوء نزاع في الموضوع^(٤١). ويرى أحد المعلقين أن الغرض من مبدأ التكامل هو السعي إلى التوفيق بين "مقتضيات السيادة الوطنية والعدالة الدولية"^(٤٢). وعندما تتضارب هذه "المقتضيات"، يتعين على قضاة المحكمة أن يقرروا ما إذا كانت الدعوى مقبولة استناداً إلى المادة ١٧ (١) (أ) و(ب) من النظام الأساسي. وتنص هذه المادة على أنه يجوز للمحكمة ممارسة اختصاصها في دعوى معينة إلا في حال (أ) لم تشرع المحاكم الوطنية في النظر في الدعوى (حالة الجمود) أو (ب) كانت الدعوى قيد النظر أو نظرت فيها محكمة وطنية لكنها غير قادرة حقاً على الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير راغبة في ذلك. وقد أيدت دائرة الاستئناف مؤخراً شقّي قرار المقبولة هذين بموجب المادة ١٧ (١) (أ) و(ب) من النظام الأساسي في قضية المدعي العام ضدّ جرمان كاتانغا وماتيو انغوجولو شوي^(٤٣).

٢٠ - ويلزم لفهم المسائل المتعلقة بالتكامل إدراك أن "تقييم التكامل إنما هو محصلة عملية متواصلة"^(٤٤). وبالنظر في أحكام المادة ١٩، وبخاصة المادة ١٩ (١٠) من النظام الأساسي، يتبيّن أن الدعوى غير المقبولة يمكن أن تصبح

^(٤١) انظر ج. ت. هولمز، مبدأ التكامل: المحاكم الوطنية مقابل المحكمة الجنائية الدولية، في أ. كاسيزي، ب. غاييتا، ج. ر. و. د. جونز (محررين)، تعليق على نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، المجلد الأول (أوكسفورد، ٢٠٠٢)، الصفحة ٦٧٢ [J. T. Holmes, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002)].

^(٤٢) ج. سيمسن، "السياسة، والسيادة الوطنية، وإحياء الذكرى"، في د. ماك غولدريك، ب. روو، إ. دونلي (محررين)، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: في المسائل القانونية والسياسية، [G. Simpson, "Politics, Sovereignty, Remembrance" in: D. McGoldrick, P. Rowe, E. Donnelly (eds), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004)، الصفحة ٦١.

^(٤٣) "حكم بشأن استئناف السيد جرمان كاتانغا قرار الدائرة الابتدائية الثانية الشفهي الصادر في ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٩ بشأن مقبولة الدعوى"، ٢٥ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩، (OA 8) ICC-01/04-01/07-1497، الفقرة ٧٨.

^(٤٤) ف. جويوا، "تعليق على الفصل الثالث بقلم يان كليفر"، يان كليفر، ج. كور (محررين)، "آراء متكاملة بشأن مبدأ التكامل" [F. Gioia, "Comments on chapter 3 of Jann Kleffner", J. Kleffner, G. Kor (eds) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006)، الصفحة ١٠٩؛ خلاص الكاتب أيضاً إلى توصيف ما يسمّيه بـ "الحوار الإجرائي"؛ ج. ت. هولمز، مبدأ التكامل: المحاكم الوطنية مقابل المحكمة الجنائية الدولية، في أ. كاسيزي، ب. غاييتا، ج. ر. و. د. جونز (محررين)، تعليق على نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية المجلد الأول، [J. T. Holmes, "Complementarity: National Courts versus the ICC", in: A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002)، الصفحة ٦٨٣.

مقبولة والعكس بالعكس، وهو ما يؤيده أيضاً قضاء دائرة الاستئناف^(٤٤). وإن كانت المادة ١٩ (٤) من النظام الأساسي تنصّ على أنه لا يجوز لدولة أن تطعن في مقبولية الدعوى عملاً بالمادة ١٧ (١) (أ) و(ب) من النظام الأساسي بعد بدء المحاكمة. فإن من حق الدولة السيادي أن تباشر، في أي وقت قبل بدء المحاكمة، التحقيق أو المقاضاة في الدعوى المعنية وأن تطعن في مقبولية هذه الدعوى أمام المحكمة^(٤٥). وبذلك ورهناً بالحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ١٧ من النظام الأساسي، تصبح الدعوى غير مقبولة أمام المحكمة ويكون لاختصاص الدولة الأسبقية على اختصاص المحكمة.

٢١ - وفي الحكم المذكور آنفاً^(٤٦)، قضت دائرة الاستئناف بأن ”مقبولية الدعوى يجب أن تحدّد عموماً بالاستناد إلى الوقائع القائمة وقت مباشرة إجراءات النظر في الطعن في المقبولية. ويُعزى ذلك إلى أن مقبولية الدعوى وفقاً للمادة ١٧ (١) (أ)، و(ب)، و(ج) من النظام الأساسي ترتكز أساساً بأنشطة التحقيق والمقاضاة التي تزاولها الدول المختصة. وهذه الأنشطة يمكن أن تتغير بمرور الزمن^(٤٧)“. وقالت دائرة الاستئناف ذلك في سياق استئناف ظلت فيه الدعوى مقبولة طوال إجراءات النظر في المقبولية. ومع ذلك إذا كان يحق لدولة ما مباشرة التحقيق أو المقاضاة والطعن في المقبولية في أي وقت قبل بدء المحاكمة، فمن المنطقي إذن أن يجوز لها أيضاً أن تباشر تحقيقها ومقاضاتها بعد الطعن في مقبولية الدعوى. وفي هذا السياق، تجدر ملاحظة أن المادة ١٩ (٥) من النظام الأساسي تنص على أن ”تقدم الدولة [...] الطعن في أول فرصة“. ويصب ذلك في مصلحة المحكمة وفي مصلحة إقامة العدالة على النحو السليم لأن من شأن ذلك أن يجتّب المحكمة السير في إجراءات قد تكون طويلة ومكلفة قد يتعيّن وقفها في

^(٤٤) قضية المدعي العام ضد جرمان كاتانغا وماتيو انغوجولو شوي، ”حكم بشأن استئناف السيد جرمان كاتانغا قرار الدائرة الابتدائية الثانية الشفهي الصادر في ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٩ بشأن مقبولية الدعوى“، ٢٥ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩، ICC-01/04-01/07- (OA 8 1497)، ورد في الفقرة ٥٦ ما يلي: ”[...] ومن ثم، فإنه يمكن للقضية التي كانت في البداية مقبولة أن تصبح غير مقبولة إذا تغيرت الظروف في الدولة المعنية والعكس بالعكس. وتمنح المادة ١٩ (١٠) من النظام الأساسي المدعي العام حق طلب إعادة النظر في قرار سابق بعدم مقبولية الدعوى إذا كان على اقتناع ’بأن وقائع جديدة قد نشأت ومن شأنها أن تلغي الأساس الذي سبق أن اعتبرت الدعوى بناء عليه غير مقبولة عملاً بالمادة ١٧ [...] ومن ثم فإن في حكم هذه المادة دليلاً واضحاً على أن النظام الأساسي يفترض أن الوقائع التي يستند إليها القرار بشأن مقبولية الدعوى ليست ثابتة بالضرورة بل متغيرة“.

^(٤٥) ومن العناصر الهامة أيضاً في هذا السياق نظام تعاون الدول مع المحكمة فيما يتعلق بإلقاء القبض على الأشخاص وتسليمهم إليها.

^(٤٦) انظر الفقرة ١٩ فيما تقدم.

^(٤٧) قضية المدعي العام ضد جرمان كاتانغا وماتيو انغوجولو شوي، ”حكم بشأن استئناف السيد جرمان كاتانغا قرار الدائرة الابتدائية الثانية الشفهي الصادر في ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٩ بشأن مقبولية الدعوى“، ٢٥ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩، ICC-01/04-01/07- (OA 8 1497)، الفقرة ٥٦.

مرحلة لاحقة لأن الدعوى أصبحت غير مقبولة. ويعني ذلك أيضاً أنه يجوز للدولة، التي تتصرف بحسن نية^(٤٨)، أن تستعمل آلية الطعن في المقبولية في أقرب وقت ممكن حتى لو لم تكن مرحلة التحقيق أو المقاضاة في دعوى ما قد بلغت أوجها ولكنها تعترم مباشرة هذه الأنشطة في أثناء إجراءات الطعن في المقبولية.

٢٢ – إن الصلاحية التقديرية الواسعة التي تخولها القاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للدائرة تمكّنها من تكييف الإجراءات مع متطلبات الدعوى قيد النظر من خلال الموازنة بين كل المصالح المعنية، بما فيها الحقوق السيادية للدولة. ويجب على الدائرة، عند القيام بذلك، أن تراعي أنه لا يجوز للدولة أن تطعن ثانية في مقبولية الدعوى إلا بإذن الدائرة وفي “الظروف الاستثنائية” كما نصّت على ذلك المادة ١٩ (٤) من النظام الأساسي. وعليه، يمكن للدولة التي تعمل حقها في الطعن في مقبولية الدعوى أن تتوقع من المحكمة أن تحترم حقوق هذه الدولة احتراماً تاماً عند تحديد مسار إجراء الفصل في المقبولية. ويجب أن تراعى في هذا الإجراء الظروف المحددة التي عرضتها الدولة، بما فيها نواياها المعلنة بوضوح. والرأي القائل إن حقوق الدولة هي في صميم عملية اتخاذ القرار إنما تؤيّد مداولات صياغة القاعدة ٥٨ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات والقواعد المتصلة بها التي خلص أحد المعلقين إلى أنها: “تضمن للدول شكلاً من أشكال ‘أصول المحاكمات’”^(٤٩). وتتطور قواعد أصول المحاكمات المكفولة للدول بمرور الزمن. وللدائرة أن تسترشد بالقواعد الإجرائية المطبّقة في المحكمة وفي غيرها من المحاكم التي تكون فيها الدول أطرافاً في دعاوى منظورة أمامها وتثار فيها مسألة سيادة الدول^(٥٠).

٢٣ – ومع أن الحقوق السيادية للدولة مهمّة فإنها ليست العامل الوحيد الذي يُراعى عند تحديد الإجراء الواجب اتّباعه بموجب القاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. إذ يجب موازنة هذه الحقوق بالحاجة إلى

^(٤٨) مفهوم “حسن النية” مفهوم مهم في القانون الدولي العام وما يتّصل به من إجراءات؛ انظر ر. كولب، المبادئ العامة للقانون الإجرائي، في أ. زهرمان، وك. توموشات، وك. أولارس فرايم (محررين)، تعليق بشأن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، [R. Kolb, General Principles of Procedural Law, in: A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, (Oxford, 2006)، الصفحة ٨٣٠، الفقرة ٦٤.

^(٤٩) ج. ت. هولمز، “الاختصاص والمقبولية”، في ر. س. لي (محرراً)، أركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات [J. T. Holmes “Jurisdiction and Admissibility” in: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, (Transnational Publishers, 2001)، الصفحة ٣٤٨.

^(٥٠) انظر على سبيل المثال س. ف. أمراسينغ، الأدلة في المنازعات الدولية [C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Brill, 2005)] الذي يجمع قواعد الإثبات المعمول بها في عدة محاكم ويقارن بينها.

تحقيق مقاصد العدالة الجنائية الدولية من خلال ضمان فعالية التحقيق في الدعوى والمقاضاة فيها^(٥١). ويجب فضلاً عن ذلك احترام المصالح العامة للعدالة ومصالح المجني عليهم. وأخيراً، يتعين على الدائرة أن تكيّف الإجراءات المذكور مع المسائل المحددة التي تُثار في إطار القضية المعنية، مثل عدم اليقين القانوني والوقائعي وكون الدعوى تُقام لأول مرة. ويتعين، مراعاةً لهذه العوامل، تطبيق إجراء ”يفي على أفضل وجه بمقتضيات الشفافية، والفعالية، واحترام أسبقية اختصاص الدول، وضرورة اتخاذ تدابير عاجلة عندما تُثار شكوك في إقامة إجراءات وطنية“^(٥٢).

٢٤ — فإذا انتقلنا إلى القضية قيد الدراسة، يبدو أن الدائرة التمهيدية قد اقتضت في تحديد الإجراء الذي يتعين اتباعه على المتطلبات الإجرائية الدنيا المنصوص عليها في القاعدتين ٥٨ (٣) و ٥٩ (٣) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. ورفضت الدائرة التمهيدية أيضاً جميع طلبات تكملة هذا الإجراء تقريباً، على سبيل المثال بعدم السماح بعقد جلسة نقاش شفهي أو إيداع وثائق إضافية في غضون مهل محددة بعد إيداع الرد المؤرخ ١٦ في أيار/مايو ٢٠١١^(٥٣). إضافةً إلى ذلك، عاملت الدائرة التمهيدية طلب الجهة المستأنفة عقد جلسة نقاش شفهي^(٥٤) بالطريقة نفسها التي عاملت بها طلبها عقد جلسة لاستعراض الحال لمناقشة الإجراء الذي يتعين اتباعه وفقاً للقاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. وقول الدائرة التمهيدية إنه كان ينبغي للجهة المستأنفة أن تطعن في القرار الصادر في ٤ نيسان/أبريل ٢٠١١ إذا كانت ترغب في الاعتراض على الطريقة التي نظمت بها الدائرة التمهيدية الإجراءات إنما يشير إلى أنها لم تكن ترى أن بإمكانها أن تضيف إلى الإجراء الذي اعتمدته في القرار المذكور أو أن تكيّفه^(٥٥). وبدلاً من ذلك أصدرت الدائرة التمهيدية حكماً بشأن الطعن في مقبولية الدعوى في غضون ثمانية أسابيع من تاريخ إيداعه. لذا يبدو أن الدائرة التمهيدية لم تدرك نطاق صلاحيتها التقديرية تمام الإدراك ما ترتب عليه أنها لم تكن ترى أن بإمكانها اتخاذ التدابير اللازمة لتكييف إجراءات النظر في مقبولية الدعوى مع مقتضيات القضية لا في بداية الإجراءات فحسب بل طوال إجراءات النظر في المقبولية.

^(٥١) انظر أيضاً ج. ت. هولمز، في ر. س. لي (محرراً)، المحكمة الجنائية الدولية: إنشاء نظام روما الأساسي [J. T. Holmes in: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, 1999)، الصفحتين ٧٤ و ٧٥.

^(٥٢) انظر ج. ت. هولمز، مبدأ التكامل: المحاكم الوطنية مقابل المحكمة الجنائية الدولية، في أ. كاسيزي، ب. غاييتا، ج. ر. و. د. جونز (محررين)، تعليق على نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، المجلد الأول، [J. T. Holmes, *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in: A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002)، الصفحة ٦٨٤.

^(٥٣) انظر الفقرتين ٧ و ٨، فيما تقدّم.

^(٥٤) انظر الطلب المؤرخ ١٨ أيار/مايو ٢٠١١.

^(٥٥) انظر القرار المطعون فيه، الفقرة ٤١.

٢٥ - ولم تراعى الدائرة التمهيدية بما يكفي كون الإجراءات قيد النظر شُرع فيها إثر أول طعن في المقبولية تقدّمه دولة أمام المحكمة وانه كان هناك العديد من أوجه عدم اليقين من الناحيتين الوقائية والقانونية^(٥٦). وكانت الدائرة التمهيدية، شأنها شأن الجهة المستأنفة والمدعي العام، تعلم أنه كان يتعيّن مناقشة تعريف ماهية "الدعوى" والبّت في هذا الشأن. على أن الدائرة لم تطلب تقديم دفعات محدّدة بشأن هذه المسائل الجوهرية كتحديد ما يُقصد بمفهومَي "التحقيق" و"المقاضاة"، وتحديد معيار الإثبات، ونوع الأدلة المطلوبة لاستيفاء هذا المعيار، على الرغم من طلب الجهة المستأنفة عقد جلسة لمناقشة هذه المسائل، وهو ما يعني أن الدائرة كانت تدرك الحاجة إلى إصدار إرشادات^(٥٧). لكنّ الدائرة طبقت في القرار المطعون فيه ما يبدو أنه معيار إثباتي عال واعتمدت تعريفاً صارماً لمعنى "التحقيق".

٢٦ - ولم تنظر الدائرة التمهيدية فيما إذا كان ينبغي لها أن تتخذ تدابير إجرائية إضافية ولا سيما بخصوص السيد روتو بغية استجلاء الحقيقة فيما يتعلق بالأدلة. وأشارت الجهة المستأنفة، في المرفقات الثلاثة التي اعتُبرت ذات صلة بالموضوع، إلى أن التحقيقات إما صدر مؤخراً أمر بإجرائها أو أنها جارية^(٥٨). وفيما يخصّ السيد روتو، كانت المعلومات المقدّمة على درجة عالية من التفصيل. وتمنح القاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الدائرة صلاحية اتخاذ كل التدابير اللازمة، بما فيها طلب الحصول على معلومات إضافية أو تمديد المهل لإتاحة الفرصة للدولة لتقديم مزيد من المواد. وفي السياق الخاص بهذه القضية، كان ينبغي للدائرة التمهيدية أن تنظر بجديّة في استعمال هذه الصلاحيات. إضافةً إلى ذلك، مع أن المرفقات الستة والعشرين الأخرى قد لا تكون ذات صلة بالشق الأول من القرار بشأن المقبولية، فربّما كان لها قدر من الصلة بالشق الثاني للقرار.

٢٧ - لكن كان ليس ثمة حاجة في هذا الرأي المخالف إلى تعريف مفهومي "التحقيق" و"المقاضاة"، فإنه يلزم توخي الحذر فيما يتعلق بالمقصود بهذين المفهومين. إذ يبدو أن المصطلحات المستعملة في صلب النظام الأساسي

^(٥٦) أقرّ واضعو النظام الأساسي أيضاً بوجود عدة أوجه لعدم اليقين القانوني فيما يتعلق بالمادة ١٧ من النظام الأساسي؛ انظر ج. ت. هولمز، مبدأ التكامل: المحاكم الوطنية مقابل المحكمة الجنائية الدولية، في أ. كاسيزي، ب. غاييتا، ج. ر. و. د. جونز (محررين)، تعليق على نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، المجلد الأول، [J. T. Holmes, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002)], الصفحة ٦٧٢.

^(٥٧) انظر الفقرتين ١١ و ١٢ فيما تقدّم.

^(٥٨) انظر الفقرتين ٨ و ١٢ فيما تقدّم.

بلغاته الرسمية المختلفة تتباين أيضاً في معناها، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالتمييز بين التحقيق والمقاضاة. ولا غرو في ذلك لأن المصطلحات المستعملة تستند إلى تقاليد القانون الجنائي السائدة في البلدان الناطقة باللغات الرسمية للمحكمة. فثمة اختلافات كبيرة لا بين القانون الإنكليزي (*Common Law*) والقانون المدني فحسب بل بين مختلف المحاكم الوطنية في النظام القضائي الواحد^(٥٩). وعند البت فيما إذا كانت الدولة المعنية تحقق فعلاً في القضية أو تقاضي فيها، يتعين إطلاع الدائرة على الوثائق الخاصة بنظام العدالة الجنائية المطبق في هذه الدولة وتزويدها بوثائق عنه^(٦٠). ويجب أن يكون أي معيار إثباتي وأي تقييم للأدلة قائماً على المبدأ القاضي بمعاملة الدول وفقاً لمعايير متساوية أو متماثلة. وتجدر الإشارة، في هذا السياق، إلى الفرق بين ”الجمود“ باعتباره الشق الأول للبت في مقبولية الدعوى و”عدم الرغبة“ أو ”عدم القدرة“ باعتباره الشق الثاني^(٦١). فقد اتفق واضعو النظام الأساسي على وضع معيار أدنى عالٍ عندما صاغوا المتطلبات الوقائية والقانونية اللازمة لإثبات الرغبة وعدم القدرة المنصوص عليهما في الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ١٧ من النظام الأساسي. وينبغي ألا تلتف المحكمة على هذا المعيار الأدنى لإثبات عدم الرغبة أو عدم القدرة بأن تطلب من الدولة أن تثبت مثلاً وجود تحقيق شامل أو مقاضاة كاملة في قضية ما لإثبات عدم وجود جمود. ومن المهم التقيد بروح النظام الأساسي عند تفسير هذه الأحكام.

٢٨ – وإذ عدنا إلى الدعوى قيد النظر، فيمكن أيضاً استنتاج أن الدائرة التمهيدية لم تول الحقوق السيادية لكيانيا الوزن الكافي عند موازنتها بين مختلف المصالح المعنية. وعلى وجه التحديد، لم تراعى الدائرة التمهيدية أن مبدأ التكامل يميز لكيانيا اتخاذ تدابير للتحقيق أو المقاضاة في الدعوى في أثناء إجراءات النظر في المقبولية^(٦٢) وأن للدائرة التمهيدية

^(٥٩) انظر د. ترنز، ”تطبيق نظام روما الأساسي على الصعيد الوطني“، في د. ماك غولدريك، ب. روو، إ. دولي (محررين)، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: في المسائل القانونية والسياسية [D. Turns, “National Implementation of the Rome Statute”, in: D. McGoldrick, P. Rowe, E. Donnelly (eds), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004)، الصفحة ٣٣٧، في الصفحة ٣٨٧، التي نُوقِشت فيها أوجه الاختلاف في تطبيق نظام روما الأساسي على الصعيد الوطني باختلاف النظم القانونية؛ انظر أيضاً م. بنزيغ، نظام التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، حولية ماكس بلانك لقانون الأمم المتحدة، المجلد السابع، [M. Benzing, *The Complementarity Regime of the ICC*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, volume 7, 2003، الصفحة ٥٩١، في الصفحة ٦٠٢.

^(٦٠) انظر أيضاً ج. ت. هولمز، في ر. س. لي (محرراً)، المحكمة الجنائية الدولية: إنشاء نظام روما الأساسي [J. T. Holmes in: R. (S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, 1999)، الصفحة ٦٥، التي أشير فيها إلى أن أجهزة إنفاذ القانون تختلف في تنظيمها وفي مسؤولياتها باختلاف الدول.

^(٦١) انظر الفقرة ١٩ فيما تقدّم.

^(٦٢) انظر الفقرتين ٢٠ و ٢١ فيما تقدّم.

صلاحية تكييف إجراءات النظر في المقبولية مع هذا التغير في الظروف. وليس في دفع الجهة المستأنفة ما يشير إلى أنها لم تتصرف بحسن نية عندما أفادت بأنها تنوي إجراء التحقيقات اللازمة في كينيا. وليس في القرار المطعون فيه ما يشير إلى ما إذا كانت الدائرة التمهيدية قد تدارست إمكانية تسهيل الأمر على الجهة المستأنفة بطلب مزيد من المعلومات أو انتظار بدء التحقيق للحصول على مزيد من الأدلة. وبدلاً من ذلك، اقتصر تركيز الدائرة التمهيدية على عدم وجود تحقيق جارٍ في ”الدعوى“ في الفترة ما بين إيداع الطعن في المقبولية والرد المؤرخ في ١٦ أيار/مايو ٢٠١١. وهكذا رُفض الطعن في المقبولية في غضون ثمانية أسابيع من تاريخ إيداعه. فالفترة الفاصلة بين إصدار الأمر بحضور الأشخاص المعنيين وإصدار القرار المطعون فيه لم تبلغ ثلاثة أشهر. وقدمت الجهة المستأنفة خطة عن الكيفية التي ستواصل بها إجراء التحقيق. وأشارت إلى أنها تحتاج إلى بضعة أشهر على أقصى تقدير لتقديم أدلة إضافية على التحقيقات الجارية. ولم تتطرق الدائرة التمهيدية في القرار المطعون فيه إلى دفع الجهة المستأنفة هذه إلا بإيجاز. وما هو أهم من ذلك هو أن الدائرة التمهيدية لم تراعى تمام المراعاة أن تحقيق كينيا قد يبلغ، في غضون فترة قصيرة، درجة تستوفي المعايير التي حدّدها الدائرة التمهيدية. وعليه، فقد أساءت الدائرة التمهيدية فهم نطاق وتأثير حقوق الجهة المستأنفة في أثناء إجراءات النظر في مقبولية الدعوى وأساءت فهم صلاحياتها وواجباتها ألا وهي النظر في هذه العوامل وفقاً للقاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

٢٩ – لقد كان شاغل الدائرة التمهيدية شاغل هو ضرورة إقامة الإجراءات على نحو ناجز. بيد أنها لم تفسّر السبب في ذلك أو لماذا اعتبرت فعالية الإجراءات بيت القصيد. فمصطلح ”ناجز“ لم يرد بصريح العبارة في المادة ١٩ من النظام الأساسي ولا في القاعدة ٥٨ من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. وكانت الإجراءات الجنائية أمام الدائرة التمهيدية، عند نظرها في الطعن في المقبولية، لا تزال في مرحلة مبكرة جداً. فالمشتبه بهم لم يكونوا محتجزين لأن الدائرة التمهيدية أصدرت لهم أوامر بالحضور. ولا يمكن القول إن قرار الدائرة التمهيدية بتمديد إجراءات النظر في مقبولية الدعوى بفترة قصيرة كان من شأنه أن يمسّ بحق المشتبه بهم في أن ”يحاكموا دون تأخير لا موجب له“ (المادة ٦٧ (١) (ج) من النظام الأساسي). وأخيراً، ولما لم يكن ثمة نزاع جارٍ في كينيا، فإن وقع إجراءات النظر في مقبولية الدعوى على تحقيق المدعي العام، الذي يُرجى وفقاً للمادة ١٩ (٧) من النظام الأساسي خلال هذه الإجراءات، ربما كان محدوداً. ومن ثمّ، يجب أن نخلص إلى أن الدائرة التمهيدية في ممارسة صلاحيتها التقديرية شددت، دون مسوّغ، على سرعة الإجراءات وأولت هذا العامل وزناً أكبر مما ينبغي مقارنةً، على وجه الخصوص، بالحق السيادي للجهة المستأنفة في التحقيق في الدعوى والمقاضاة فيها بنفسها.

ثالثاً – الخلاصة

٣٠ - وختاماً، أرى أن الدائرة التمهيدية لم تراعى، في ممارسة صلاحيتها التقديرية عملاً بالقاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، حقوق كينيا السيادية ومبدأ التكامل تمام المراعاة، بل أولت، استناداً إلى تفسيرها الخاص لمفهوم “الدعوى” المنصوص عليه في المادة ١٧ (١) (أ) من النظام الأساسي، وزناً أكبر مما ينبغي لاعتبارات متعلقة بسرعة الإجراءات. وأخيراً، على الرغم من طلبات الجهة المستأنفة ودفعها، لم تول الدائرة التمهيدية وزناً كافياً لكونها تنظر في أول طعن تقدّمه دولة في مقبولة قضية وأن العديد من المسائل القانونية لم يُناقش من قبل في قضاء المحكمة. لذا فإن الدائرة التمهيدية لم توازن موازنة صحيحة بين مختلف العوامل المذكورة عند تحديد الإجراء الذي ينبغي اتباعه وفقاً للقاعدة ٥٨ (٢) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، ما أفضى إلى إساءة استعمال صلاحيتها التقديرية.

٣١ - ولما كان يستحيل معرفة كيف كانت الدائرة التمهيدية ستبتّ في الطعن في المقبولة لو أنها لم ترتكب هذا الخطأ الإجرائي، فقد أثر هذا الغلط في القرار المطعون فيه تأثيراً جوهرياً. ولذلك أرى أنه ينبغي نقض القرار المطعون فيه. ففي رأيي، يتعين أن تعيد الدائرة التمهيدية النظر في الطعن في المقبولة وفي المسائل الناشئة عنه بعد تسيير الإجراءات على نحو يُوازَن فيه موازنة تامة بين جميع المصالح المعنية على النحو الذي يقتضيه مبدأ التكامل.

٣٢ - ولما كان يتعيّن نقض القرار المطعون فيه فلا حاجة إلى التطرق بالتفصيل إلى سائر الأغلاط التي ادعت الجهة المستأنفة بارتكابها. وإضافةً إلى ذلك لو أن الدائرة التمهيدية مارست صلاحيتها التقديرية ممارسة سليمة، لتوصّلت إلى استنتاجات مختلفة بشأن كل المسائل القانونية والإثباتية أو بعضها. ووفقاً للرأي المخالف هذا، كان يتعيّن على الدائرة التمهيدية أن تتناول هذه المسائل من جديد عند إعادة النظر في الطعن في مقبولة الدعوى.

حُرّر بالإنكليزية والفرنسية، علماً بأن النسخة الإنكليزية هي النسخة ذات الحجية.

توقيع

القاضية أنيتا أوشاسكا

أُرّخ بتاريخ هذا اليوم ٢٠ أيلول/سبتمبر ٢٠١١

في لاهاي بهولندا

[توقيع القاضية أنيتا أوشاسكا]

الرقم ICC-01/09-02/11 OA