الفصل الأول

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:

1.No watermark on the output documents.

2.Can operate scanned PDF files via OCR.

3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

نتناول في المبحث الأول تعريف القاعدة الدولية العرفية سواء العامة أم الاقليمية، ونخصّص المبحث الثاني لتمييز القاعدة الدولية العرفية مما يشتبه بها وأهميتها في فروع القانون الدولي العام المختلفة، في مطلبين الأول لتمييزها عما يشتبه معها من مبادئ القانون العامة ومبادئ العدل والإنصاف والثاني لأهميتها في فروع القانون الدولي العام. وإذا كان من بديهيات القول أن قواعد العرف الدولي من المصادر الرئيسة لقواعد القانون الدولي العام فإن ما يُقال عن أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام، يُقال نفسه عن أساس إلزام القواعد الدولية العرفية، وإذا كان المذهبان الإرادي والموضوعي هما الأساس الذي استندت عليه النظريات على تعددها والتي طرحت في بيان أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام، لذا سيتم تناول الموضوع في المبحث الثالث في فرعين: الأول لأساس إلزام القاعدة الدولية العرفية بحسب المذهب الإرادي والثاني على وفق المذهب الموضوعي.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

المبحث الأول: تعريف القاعدة الدولية العرفية

بالرغم من إن إيراد تعريف للموضوع في بداية البحث يخالف الترتيب المنطقي للأمور من أن التعريف نتيجة للبحث ولا تأتي النتيجة في المقدمة، ولكن يمكن إيراد تعريف للموضوع كمفتاح للدخول في تفاصيل الموضوع، وفي ذلك يقول بريلي :'' إن التعريف الصحيح لتعبير ما، هو الذي يأتي نتيجة دراسة الموضوع وليس كنقطة بداية لهذه الدراسة وإن كان من اللابد أن تبدأ كل دراسة بمفهوم مؤقت للمعنى الذي سيستعمل التعبير للدلالة عليه.''[1].

لما تقدم نتناول تعريف القاعدة الدولية العرفية العامة في مطلب أول، والإقليمية في مطلب ثان.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(1) Brierly, James Leslie. The Basis of Obligation in International Law and Other Papers, Oxford, 1950, p 2.

أشار إليه: محمد طلعت الغنيمي. الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام)، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٠، ص ٣٧.

المطلب الأول: القاعدة الدولية العرفية العامة

يعرّف شارل روسو، العرف الدولي بأنه:'' الموقف الذي تتخذه إحدى الدول في علاقاتها مع دولة أخرى، يقيناً منها أنه ينطوي على الحق، وتتقبله هذه الأخيرة بالفكرة ذاتها.''[١].

ويعرفه (Jack L. Goldsmith) و(Eric A. Posner) الأستاذان في كلية القانون في جامعة شيكاغو بأنه:'' مجموعة السلوكيات الدولية المطّردة والتي تعدّها الدول ملزمة لها بوصفها قانون ''[٢].

ويعرف الدكتور عبدالحسين القطيفي قواعد العرف الدولي بأنها:'' تنبثق ... من تواتر الاستعمال الدال على مراعاتها وقبولها بمثابة قواعد قانونية ملزمة.''[٣].

ويُعرف الدكتور حامد سلطان، العرف الدولي بأنه:'' مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة. بوصفها قواعد [illegible] غالبية الدول المتحضرة وشعف الإلزام القانوني.''[٤].

ويعرفه الدكتور محمد السعيد الدقاق بأنه:'' مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة [illegible] ''[٥].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٨٢، ص ٨١.

(2) Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner. A Theory of Customary International Law. Chicago: the Law School – the University of Chicago, Paper No. 64, p 5.

(٣) عبدالحسين القطيفي. القانون الدولي العام، الجزء الأول في أصول القانون الدولي العام، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٧٠، ص ١٥٢.

(٤) حامد سلطان. القانون الدولي العام في وقت السلم، الطبعة السادسة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٣٥.

(٥) محمد السعيد الدقاق؛ مصطفى سلامة حسين. مصادر القانون الدولي العام، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١١٧.

ويعرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه:'' سلوك أطرد العمل بين أشخاص القانون الدولي على الأخذ به، مع الشعور بإلزاميته.''(١).

ويُعرفه الدكتور محمد المجذوب، بأنه:'' مجموعة من القواعد القانونية تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار الدول لها مدة طويلة، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفاتها، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالإلزام القانوني.''(٢).

ويُعرفه الدكتور سليمان عبد المجيد بأنه:'' اطراد العمل بقاعدة ما مع الاعتقاد بإلزامها.''(٣).

ويعرفه الدكتور زهير الحسني بأنه:'' القاعدة القانونية النافذة في مواجهة الجميع والتي أصلها وبدايتها تصرف قانوني يرتب آثاراً قانونية بين أطراف هذا التصرف دون غيرهم. ثم تتسع دائرة هذا الالتزام بالتدريج حتى تعم بقية أطراف الجماعة الدولية، وذلك

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

غير المكتوبة، والتي تنشأ في المجتمع الدولي نتيجة تكرار القيام بتصرفات معينة من

---

(١) أحمد أبو الوفا. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٩٦.

(٢) محمد المجذوب. القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ١٤١.

(٣) سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٣٠٥.

(٤) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس، ١٩٩٣، ص ٢١.

(٥) عبدالكريم علوان. الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول – المبادئ العامة –، الطبعة الأولى، عمّان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ١١٣.

جانب الدول في علاقاتها مع غيرها، وثبوت الاعتقاد لدى غالبية أشخاص القانون الدولي بالقوة القانونية الملزمة لتلك التصرفات "[1].

ويمكن إيراد الملاحظات الآتية على التعريفات المتقدمة:

١. لم تتفق التعريفات المتقدمة على ما يقوم عليه الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية، بين الموقف والسلوك والقواعد القانونية والعادات.

٢. بعض التعريفات تحاول أن تُسقط تعريف القاعدة العرفية الداخلية على القاعدة الدولية العرفية، ويظهر ذلك واضحاً من استعمال تعبير (اطراد العمل ... مع الاعتقاد بالإلزام).

٣. جميع التعريفات أعلاه تركز على أن العقيدة بالإلزام ركناً معنوياً يصاحب الركن المادي في تكوين القاعدة الدولية العرفية، عدا تعريف كل من الدكتورين زهير الحسني وعبدالكريم علوان إذ يركزان على أن العقيدة بالإلزام نتيجة الركن المادي ومن ثم فهي تمثل ماهية القاعدة الدولية العرفية.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وسيكون للباحث اقتراح التعريف الراجح، من بعد تناول تكوين القاعدة الدولية العرفية في الفصل الثاني، إذ يرتبط التعريف المختار ارتباطاً وثيقاً بما يرجح من نظرية في تكوين القاعدة الدولية العرفية.

(١) عبدالله محمد الهواري. مبادئ القانون الدولي العام، القاهرة: دار النهضة العربية، من دون سنة نشر، ص ١٠٦.

المطلب الثاني: بيان مكانة القاعدة الدولية العرفية الإقليمية

يعرف الدكتور عبدالله الهواري، العرف الخاص (الاقليمي) بأنه:'' السلوك الذي يتكرر مرة بعد مرة بين دولتين أو بين عدد محدود من الدول تقع في منطقة جغرافية معينة تجاه قضية أو مشكلة معينة، فيصبح ملزماً لهما أو لهم بوصفه قانوناً غير مكتوب ''[1].

وبحسب الترتيب الذي جاءت به المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإن القاضي يبدأ أولاً بتطبيق الاتفاقات العامة على موضوع النزاع والتي يكون المتخاصمان طرفاً فيها ومن ثم إن لم توجد مثل هذه اتفاقات ينتقل لتطبيق الاتفاقات الخاصة بين الطرفين فيما يخص القضية موضوع النزاع، مع ملاحظة أن الاتفاقات الخاصة لا تُعد مصدراً لقواعد القانون الدولي العام بل يلجأ إليها القاضي الدولي لإلزام

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ولكن ما مهمة القاضي تجاه ما يُسمى بالأعراف الاقليمية بين الدول؟ هل الحل بالنسبة لها هو نفسه بالنسبة للاتفاقات الخاصة من عدم كونها مصدراً لقواعد القانون الدولي العام بحد ذاتها بل هي واجبة التطبيق بين طرفي النزاع فقط وعلى القاضي الدولي الحكم بموجبها؟

إن القواعد الدولية العرفية العامة تتسم بالعمومية لكي تسري تجاه أغلبية أشخاص القانون الدولي إن لم يكن جميعها ومن ثم فهي تطبق على أغلب الدول بما فيها طرفي النزاع، والقاضي حينما لا يجد اتفاقاً عاماً أو خاصاً يطبقه على القضية المعروضة عليه – ورد ترتيب الاتفاقات أولاً قبل القواعد العرفية بوصفها أكثر وضوحاً وأحكامها تسري صراحة تجاه أطرافها– ينتقل عندها لتطبيق القواعد الدولية العرفية، وهنا تثار مشكلة في

(١) المصدر السابق، ص ١١٢.

أن القواعد الدولية العرفية العامة هي قواعد شائعة وتسري تجاه أغلب الدول بما فيها طرفي النزاع ومن ثم يكون أمر اثباتها يسيراً، أما إذا وجد القاضي صعوبة في إثباتها فهنا لا نكون أمام قواعد عرفية دولية عامة ومن ثم لا تسري لا في مواجهة أطراف النزاع ولا في مواجهة الآخرين، ويجد القاضي نفسه مضطراً للبحث في التعامل الساري بين طرفي النزاع، فإذا وجد ما يؤيّد وجود التزام بينهما مصدره اتفاقٌ ضمني فهنا هذا الاتفاق الضمني هو مصدر الالتزام بينهما وليس العرف ولو سُمِّي عرفاً خاصاً أو اتفاقياً إذ إن العرف ليس اتفاقاً، فالقاضي الدولي من بعد البحث في الاتفاقات عامة كانت أو خاصة لا يبحث عن قواعد عرفية دولية عامة بل عن تعامل قائم بين طرفي النزاع ولا وجود للعرف الإقليمي بل يوجد بدلاً منه الاتفاق الضمني كما تقدّم، وقد سارت محكمة العدل الدولية في عدد من أقضيتها على هذا المسلك من عدم البحث عن القواعد الدولية العرفية العامة بل عن معيار قانوني ينظم سلوك أطراف النزاع ويسري في مواجهتهم حصراً لا باتجاه الجميع، ومثال ذلك في قضية تحديد الجرف القاري لبحر الشمال فقد اقتصر بحث قضاة محكمة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

في قضية اللجوء السياسي بين بيرو وكولومبيا فهو بعيد عن حقيقة الأمور، فقد حكمت محكمة العدل الدولية بعدم سريانه على بيرو لأنه لا يعدو أن يكون اتفاقاً ضمنياً لا عرفياً، ولو كان عرفاً اقليمياً لوجب الاحتجاج به على بيرو بالضرورة لأنها من دول أمريكا اللاتينية[1].

ولكن إذا لم يكن ما حكمت به محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء السياسي يستند إلى العرف الاقليمي بل إلى الاتفاق الضمني، فهل بالفعل يُعد هذا الاتفاق ضمنياً؟

بحسب المذهب الإرادي فإن العرف الدولي لا يعدو أن يكون اتفاقاً ضمنياً بين الدول على القواعد الدولية العرفية ومن ثم لا تلزم القواعد الدولية العرفية تلك الدول التي لم تكن موجودة حين نشوء القواعد الدولية العرفية أو لم تسهم في نشوئها، وبما أن المحكمة قد استبعدت العرف في القضية أعلاه فمعنى ذلك أنها استبعدت فكرة الاتفاق الضمني تبعاً

(١) زهير الحسني. مصدر سابق، ص ٣٦-٣٨.

له، فضلاً عن أن التكييف الصحيح للعرف الدولي بأنه ليس اتفاقاً بل تواتر السوابق الدولية من قبل الدول سواء كانت السابقة الدولية تصرفاً إنفرادياً أو اتفاقياً.

إذن فالتعامل القائم بين طرفي النزاع والذي حكمت على أساسه محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء السياسي هو اتفاق صريح بين دولتين ولكن بغير الشكل الرسمي المعروف (غير مكتوب)[١].

ولكن هل يندرج هذا الاتفاق الخاص الصريح غير المكتوب من ضمن الاتفاقات الخاصة التي تكلمت عنها المادة ١/٣٨/ أ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كي يصح أن تستند عليها المحكمة في حكمها أم بحسب مصدر آخر جاءت به المادة ١/٣٨ بوصفها المادة القانونية التي تكفلت ببيان القواعد التي يصح لمحكمة العدل الدولية الاستناد عليها فيما تصدره من أحكام؟ وبعبارة أخرى، هل إن الكتابة شرط ضروري لوجود الاتفاق الدولي أم شرطٌ لإثباته فقط؟

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

تنص المادة ٢/١/ أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أن:" الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي يخضع للقانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أم وثيقتان متصلتان أو أكثر وبصرف النظر عن اعتبار الاتفاق الدولي صحيح غير

الدول اتفاقاً دولياً بالمعنى الذي أشار إليه النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة ١/٣٨/ أ، والحكمة هنا ظاهرة تتمثل في اثبات الاتفاق اثباتاً يقطع كل شك في وجود الاتفاق من عدمه وفي موضوعه ومضمون نصوصه[٢].

وبحسب رأي فقهي حديث فإن القانون الدولي قليل الشكلية ومن ثم فهو يقبل عقد اتفاقات بصورة شفهية (غير مكتوبة)[٣].

---

(١) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٥، ١٩٨٩، ص ١٥٢.

(٢) حامد سلطان. مصدر سابق، ص ١٦١.

(٣) بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٢٩١؛ علي زراقط. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ٥٢.

ويمكن هنا التمييز بين الاتفاقات التي تولد آثاراً قانونية حقيقية وتلك التي لا تولد هذه الآثار، والافادة من المعايير التي استخلصتها محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر إيجه ١٩٨٧ بين اليونان وتركيا، إذ تقدمت يونان بالطلب بشكل منفرد لدى محكمة العدل الدولية حول عدم أحقية تركيا في استغلال الجرف القاري بالقرب من الجزر اليونانية في بحر إيجه، واستندت اليونان على بيان مشترك لرئيس وزراء البلدين عقب لقاء بينهما في ١٩٧٥/٥/٣١ يقضي بحل النزاعات سلمياً بين البلدين وأن تفصل محكمة العدل الدولية في نزاعهما حول الجرف القاري لبحر إيجه، إذ أكدت المحكمة أن مسألة معرفة ما إذا كان مثل هذا النص '' يشكل اتفاقاً أم لا ، يرتبط أساساً بطبيعة العمل القانوني أو طبيعة الصفقة التي يعلنها ''، ولتحديد هذه الطبيعة من المناسب '' الأخذ بعين الاعتبار قبل كل شيء التعابير المستعملة والظروف التي أُعِدّ فيها البيان''[١]، وقد ادّعت تركيا في ملاحظاتها الموجهة لمحكمة العدل الدولية بأنه لا يمكن عدّ هذا البيان المشترك اتفاقاً بين الدولتين في حين ادّعت اليونان العكس وأنه يتمتع بصفة تعاقدية، [illegible] اتفاقاً دولياً خ[illegible] يلجوء [illegible] أمام القضاء الدولي إذا ما وقع نزاع بين دولتين بشأن [illegible] الدولية، علماً بأن تركيا أوضحت في رسالتها بتأريخ ١٩٧٦/٨/٢٥ أنها ترفض أن يكون هذا البيان أساساً لحل نزاعها مع اليونان، وانتهت المحكمة إلى أن البيان المشترك لا يوضح بشكل فعلي التزام كل من رئيس وزراء اليونان وتركيا بعرض قضيتهما أمام محكمة العدل الدولية[٢]، ومن ثم فلا أثر قانوني يترتب عليه في القضية المطروحة أمامها.

إلا أن القاضي في المحكمة صلاح الدين ترزي ذي الجنسية السورية كان له رأيٌ منفرد في جملة مسائل منها أن البيان المشترك هو اتفاق بين البلدين استناداً لأحكام المادة ٢ من اتفاقية قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ وينبغي عدم إنكار أي قيمة قانونية للبيان المشترك لمجرد كونه لم ينشر بشكل معاهدة، وهذا البيان يرتب التزاماً على الطرفين مفاده

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) بيار ماري دوبوي. المصدر السابق، ص ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) محمد أمين الميداني. إسهام أول قاض سوري في قضايا نظرتها محكمة العدل الدولية (صلاح الدين ترزي)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ١٤٦-١٤٧.

ضرورة اجراء مفاوضات بينهما لأجل عرض نزاعهما بشأن الجرف القاري لبحر إيجه أمام محكمة العدل الدولية[١].

ومن المهم الاشارة الى ان اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد اعترفت بالقيمة القانونية للمعاهدات الدولية غير المكتوبة بالرغم من عدم سريان احكام الاتفاقية عليها، إذ تنص المادة الثالثة من الاتفاقية على:'' إن عدم سريان هذه الاتفاقية على الاتفاقات الدولية التي تعقد بين الدول والأشخاص الأخرى للقانون الدولي أو بين الأشخاص الأخرى مع بعضها، أو على الاتفاقات الدولية التي لا تتخذ شكلاً مكتوباً لا يخل بـ: (أ) القوة القانونية لتلك الاتفاقات؛ ''. واستناداً للنص المتقدم يذهب بعض الفقهاء[٢] إلى أن '' الاتفاق الشفوي له قوة الاتفاق المكتوب أو المعاهدة وأساسها الالزامي ''.

وفي مجال تحديد المقصود بالاتفاق اللاحق بوصفه من وسائل تفسير المعاهدات بحسب المادة (٣١)[٣] من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩، جاء في تقرير لجنة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!
Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.
Remove Watermark Now

١٩٧١، ص ١٠٠؛ طاهر شاش. التصديق على المعاهدات، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٠، ١٩٦٤، ص ٢٤-٢٥.

(٣) تنص المادة ٣١ من الاتفاقية على أن '': القاعدة العامة في التفسير:

١- تفسر المعاهدة بحسن نية وعلى وفق المعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.

٢- بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الديباجة والملاحق، يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد تم بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقدها؛

(ب) أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.

٣- يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي:

(أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها؛

(ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها؛

(ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف.

٤- يعطى معنى خاص للفظ معين إذا ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت إلى ذلك.

الإعلانات التفسيرية الصادرة عن الهيئات المنشأة بموجب معاهدات ... إن '' الاتفاق اللاحق '' ينبغي أن يكون له أثر ملزم ''[١].

إذن فليس ثمة قواعد معدة سلفاً، إذ يختلف الأمر بالنظر إلى كل حالة على حدة فيما يخص استخلاص ما إذا كانت إرادة الأطراف قد اتجهت إلى الالتزام على الصعيد القانوني أم لا، ففي بعض الحالات لا يقصد الأطراف من البيان إلاّ صفة البيان فقط وهذا ما يصدق على بيان هلسنكي النهائي الذي ورد فيه النص صراحة بأن واضعيه لا يقصدون الارتباط به كمعاهدة دولية[٢].

وكما يمكن أن يُعد البيان المشترك اتفاقاً دولياً يرتب حقوقاً والتزامات بين أشخاص القانون الدولي كذلك يمكن للرسائل التي توجهها دولة إلى أخرى – بالرغم من كونها عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد – فإنها إذا ما تم تبادلها بين الدولتين حول مواضيع محددة، أن تصبح اتفاقاً دولياً يرتب حقوقاً والتزامات دولية[٣].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

خارجية البحرين وقطر والمملكة العربية السعودية، هي اتفاقات دولية ترتب حقوقاً وواجبات بالنسبة للطرفين ''.

إلا أن محكمة العدل الدولية في حكم لها قد أقرت بوجود العرف المحلي (الاقليمي) وذلك في القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي بين البرتغال والهند عام ١٩٦٠، إذ وجدت المحكمة أن '' من العسير رؤية لماذا يجب أن يكون عدد الدول التي يمكن أن ينشأ بينها عرف محلي أكثر من اثنتين بالضرورة، وكانت قاعدة مشتركة لدى

---

(١) موجز بالموضوعات، أعدته الأمانة العامة للمناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها الثامنة والستين، الوثيقة المرقمة A/CN.4/666، ص ٥.

(٢) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٢٩٧.

(٣) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٢٩١؛ طاهر شاش. مصدر سابق، ص ٢٤.

الطرفين إبّان عهد البريطانيين والمدّة التي تلتها، أن مرور الأشخاص العاديين والمسؤولين المدنيين لم يكن خاضعاً لأي قيود خلا الرقابة العادية. وكذلك كانت البضائع عدا الأسلحة والذخيرة تمرّ بحرية ولم تخضع إلا، أحياناً، للنظم الجمركية ولما تستلزمه اعتبارات الأمن والدخل من تنظيم ورقابة. ولذا خلصت المحكمة إلى أنه كانت هناك، فيما يتعلق بالأشخاص العاديين والمسؤولين المدنيين والبضائع بصفة عامة، ممارسة ثابتة وموحدة تسمح بحرية المرور بين دامان والمقاطعتين المحصورتين؛ والمحكمة، بالنظر إلى ظروف القضية(كافة). مقتنعة بأن الطرفين قد قبلا الممارسة على أساس أنها قانون وأنه نشأ عنها حق وما يلازم ذلك الحق من التزام.''[1].

وواضح من حكم محكمة العدل الدولية أن هناك اتفاق لم يأخذ الشكل المكتوب، قد عُبِّر عنه بسماح السلطات التنفيذية في الدولة بمرور الأشخاص والبضائع عبر أراضيها. إذن فلا وجود لمفهوم العرف الإقليمي ومن ثم فإن تساؤل المحكمة الإنكاري من عدم إنكار وجود عرف ثابت ومستمر بين دولتين فقط، لا محل له، وان تكرار الممارسة الدولية

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

على أساس أن ما يصدر عن الهيئتين التشريعية والتنفيذية يعد من السوابق الدولية (على الصعيد الوطني)، المكونة للركن المادي للقاعدة الدولية العرفية.

(١) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من ١٩٤٨-١٩٩١، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992، ص ٦٩.

المبحث الثاني: تمييز القاعدة الدولية العرفية مما يشتبه بها وأهميتها

في هذا المبحث يتم تناول تمييز القواعد الدولية العرفية عما يشتبه معها من مبادئ القانون العامة ومبادئ العدالة في مطلب أول، ويتم تناول أهمية القواعد الدولية العرفية في القانون الدولي العام في فروعه المختلفة في مطلب ثان.

المطلب الأول: تمييز القاعدة الدولية العرفية مما يشتبه بها

إن المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة، هي من أكثر ما ينبغي تمييز القواعد الدولية العرفية عنها ويتم تناولهما تباعاً.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الفرع الأول: تمييزها عن المبادئ العامة للقانون

وقد أثير جدلٌ فقهي فيما يخص النص المتقدم والتعابير التي جاء بها، فما المقصود بمبادئ القانون العامة، هل هي مبادئ القانون الداخلي أم الدولي أم الاثنين معاً؟ وإذا كانت هي مبادئ القانون الدولي فما الفارق بينها وبين القواعد الدولية العرفية؟ وهل تُعد مبادئ القانون العامة مصدراً رئيساً فعلاً لقواعد القانون الدولي العام أم مصدراً مساعداً؟

من الفقهاء من يذهب إلى أن المقصود بمبادئ القانون العامة هنا هي مبادئ القانون الداخلي وليس الدولي[١]، فمبادئ القانون العامة إن هي إلاّ تعبير عن القانون الطبيعي وقد تحولت إلى قواعد وضعية معمول بها في النظم القانونية الوطنية[٢]، فضلاً عن أن مبادئ القانون العامة التي استندت إليها أحكام محكمة العدل الدولية و (الدائمة) كمصدر،

(١) حامد سلطان. مصدر سابق، ص ٣٩؛ عبدالكريم علوان. الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول – المبادئ العامة –، الطبعة الأولى، عمّان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ١١٦.

(٢) يُنظر حكمت شبر. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، بغداد: المكتبة القانونية، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٩، ص ٨٤.

كانت مبادئ قانون داخلي لا دولي ومثالها الأخذ بمفهوم الارادة المشتركة في حكم محكمة العدل الدولية في قضية القروض النرويجية بين فرنسا والنرويج في ١٩٥٧/٦/٦، ويمكن تعداد المبادئ العامة للقانون والتي تعود للقانون الداخلي على نحو المثال لا الحصر بالآتي؛ العقد شريعة المتعاقدين، حسن النية، عدم مشروعية التعسف في استعمال الحق، احترام الحقوق المكتسبة، نظرية التقادم المسقط، وجود علاقة سببية بين الحادثة التي ولّدت المسؤولية والضرر الحاصل، حجية القضية المقضية، عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم، تأمين المساواة بين الأطراف واحترام حق الدفاع[١].

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن مبادئ القانون العامة تشمل مبادئ القانون الداخلي إلى جانب مبادئ القانون الدولي إذ جاء النص مطلقاً ومن ثم فلا داع للتقييد دونما دليل، ومن الفقهاء الذين تبنوا هذا الرأي الاستاذ شارل روسو[٢] والدكتور عبدالحسين القطيفي[٣] والدكتور عصام العطية[٤].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ورأيٌ ثالث يذهب إلى أن المقصود بمبادئ القانون العامة بل هي مبادئ القانون [illegible] ويرى الفقيه (كورفين) أن المبادئ التي لا تجد انعكاسا لها في [illegible] وكذلك الفقيه (كوريتسكي) الذي [illegible] بعض الدول[٥].

ولكننا سنواجه مع الأخذ بالرأي الأخير مشكلة وضع معيار للتمييز بين ما يُعدّ من مبادئ القانون العامة وما يُعد من العرف الدولي.

ويذهب رأي في الفقه الدولي إلى أنه كثيراً ما تطبق محاكم التحكيم والمحاكم القضائية الدولية، المبادئ العامة للقانون لذا يمكن أن ينتج عن تكرار الرجوع إلى المبادئ العامة

---

(١) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١٦٧-١٦٨.

(٢) شارل روسو. مصدر سابق، ص ٩٠.

(٣) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٤) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٥) كورفين. القانون الدولي العام، موسكو، ١٩٥٧، ص ٨ (نص روسي)، كوريتسكي. مبادئ القانون العامة في القانون الدولي، كييف، ١٩٥٧، ص ٤٥ (نص روسي)، أشار إليهما: حكمت شبر. مصدر سابق، ص ٨٥.

للقانون نشوء قواعد دولية عرفية بالمضمون نفسه لتلك المبادئ ومن ثم تكون المبادئ هنا مصدراً للقانون الدولي العرفي نفسه وليس مصدراً لقواعد القانون الدولي العام إلى جانب القانون الدولي العرفي والاتفاقي[١].

أمّا بعض الفقه الدولي[٢] فيذهب إلى أن المبادئ العامة للقانون هي في الواقع قواعد عرفية دولية ومن ثم لا داع لذكرها كمصدرٍ مستقل، وإن استقراء مبادئ القانون العامة على الصعيد الدولي (ومثالها عدم اللجوء للقوة في العلاقات الدولية، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، حق الشعوب في تقرير مصيرها، عدم التدخل في الشؤون الداخلية، احترام مبدأ المساواة في السيادة بين الدول)[٣] ، يُفيد أنها فعلاً قواعد عرفية دولية، وبحسب الترتيب التدريجي[٤] لمصادر القانون الدولي العام الذي ذكرته المادة ١/٣٨ فإن التطبيق يكون للقواعد الدولية العرفية من دون المبادئ العامة للقانون على أساس أن القواعد الدولية العرفية أسبق مرتبة من المبادئ العامة للقانون.

إلا أن الرأي المتقدم يغفل اشتراط التواتر في القواعد العرفية الدولية وعدم اشتراطه في [illegible] القانون، اللهم إلا ما يحصل العرف الفوري فيمكن أن يحصل الاشتراك حينئذ.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

يذهب إلى أن القواعد الدولية العرفية لا بد فيها من تكرار الممارسات الدولية في حين أن مبادئ القانون العامة لا يُشترط لأجل الأخذ بها التكرار فهي مستقلة عن ممارسات الدول، فيستطيع القاضي الدولي أن يطبق مبدأً من مبادئ القانون العامة على الصعيد الدولي دونما حاجة لإثبات تكرار الممارسة الدولية بشأنه ومثاله مبدأ عدم جواز اللجوء للقوة في

---

(١) حيدر عجيل فاضل. المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٥.

(٢) مفيد محمود شهاب. المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٣، ١٩٦٧، ص ٨ والمصدر الذي يذكره في الصفحة نفسها.

(٣) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٤) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ١١ ويفيد بأن مشروع المادة ٣٨ من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولية – بوصفه المصدر للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، قد وردت في آخرها عبارة (في الترتيب التدرجي) ومن بعدها في الصياغة النهائية حُذفت لأنها تزيّد وتقرر أمراً بديهياً لا داع للنص عليه.

(٥) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٧١-٣٧٤.

العلاقات الدولية فإنه وبغض النظر عن البحث فيما إذا كان قاعدة عرفية عامة، يجب الأخذ به كمبدأ من مبادئ القانون العامة حتى لا يكون الأخذ به محلاً لإثبات الممارسة الدولية وما يقترن بالإثبات من صعوبة، ويناقش الاستاذ الفرنسي ما سبق بأنه يجب النظر إلى القول المتقدم بحذر شديد إذ ينبغي أن لا تكون مبادئ القانون العامة في مرتبة أعلى من المعاهدات والعرف مع العلم أن الأخذ بالترتيب في المصادر بحسب المادة ١/٣٨ أمرٌ متفقٌ عليه، فالمعاهدات يطبقها القاضي الدولي أولاً ومن ثم القواعد الدولية العرفية وبعدها المبادئ العامة للقانون، فضلاً عن أنه إذا كان الهدف من المبادئ العامة على الصعيد الدولي هو التأكيد على أهميتها وكون الأخذ بها أمراً محتماً لا يتوقف على ممارسات الدول بشأنه، فإنه يجب عدم إغفال ما ذكرته المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ من تمتع بعض قواعد القانون الدولي العام بالصفة الآمرة والتي يمكن الاحتجاج بها على الدول كافة، إذ تنص المادة المتقدمة على أن: ''تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية، القاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، القاعدة المقبولة والمعترف بها من المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الانتقاص منها

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ومن جانبنا نجد صحة ما انتهى إليه الرأي المتقدم من أن بعض القواعد الدولية العرفية وإن كانت تشترك من جانب المضمون مع المبادئ العامة للقانون، إلا أنها تشترط التواتر لأجل تكوّنها على العكس من المبادئ العامة للقانون، فضلاً عن أنها أسبق مرتبة من جانب تسلسل المصادر بحسب المادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية ومن ثم فإن المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي المبادئ القانونية في القانونين الداخلي والدولي.

وبعض الفقه يذهب إلى أنها تدخل في مجال العلاقات الدولية عن طريق (الاستقبال)[١] ، وأنها في الغالب لا تنقل حرفياً من المجال الداخلي إلى الدولي بل يتم تحليلها والوصول إلى جوهرها لأجل تطبيق ما يكون ملائماً منها للتطبيق في المجال الدولي[٢]،

(١) يُنظر مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٨.
(٢) المصدر السابق، ص ١٢-١٣.

ولقد طبقت محكمة العدل الدولية الدائمة مبادئ القانون العامة بالمعنى المتقدم في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولندا/ ١٩٢٨ إذ قررت:'' أنه لا يجوز بحسب مبادئ القانون العامة أن يدعي أحد الأطراف – بولندا – أن الطرف الآخر – ألمانيا – قد أخل بالتزام مفروض عليه، إذا كان الطرف الأول قد لجأ إلى طرق غير مشروعة لمنع الطرف الثاني من تنفيذ التزامه ''(١).

ومن التطبيقات القضائية للمبادئ العامة للقانون، ما حكمت به محكمة العدل الدولية من عدم جواز اللجوء للقوة، في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية /١٩٨٦، إذ تعلن المحكمة أن المبدأ المذكور :'' ... يذكره ممثلو الدول غالباً ليس بوصفه مبدأً في القانون الدولي العرفي فحسب، ولكن بوصفه أيضاً مبدأً رئيساً أو أساسياً في هذا القانون ... ''(٢).

وهناك رأي في الفقه الدولي يذهب إلى وجوب التمييز بين المبدأ والقاعدة، فالمبدأ أعم معنى ويحتاج إلى ضبط وتحديد لأجل تطبيقه من قبل القضاء، في حين أن القاعدة أكثر معنى يسهل على القاضي تطبيقها، ومن ثم فإن هذا العموم وعدم الضبط في المبادئ العامة للقانون يعرض من ناحية التطبيق ولا يمكن تعدادها على الحكم

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

إن القول المتقدم يجعل من المبادئ العامة للقانون أعلى مرتبة من القواعد الاتفاقية والعرفية، في حين أن المادة ١/٣٨ قد عددت المصادر بحسب الترتيب وجعلت من المبادئ العامة للقانون في المرتبة الثالثة من بعد الاتفاقيات والعرف الدولي. كما أن القاضي الدولي لا يرجع إلى المبادئ غير محددة المعنى وغير المنضبطة بل إلى القواعد

---

(١) مطبوعات محكمة العدل الدولية الدائمة. مجموعة ١ رقم ٩ ، ١٩٢٨، ص ٣١.

(٢) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٧٤ هامش رقم ١، ويُلاحظ هنا أن محكمة العدل الدولية لم تصرّح بالمبدأ العام للقانون على وفق المادة ١/٣٨/ج من نظامها الأساسي، وقد درجت محكمة العدل الدولية عند اعتمادها مبدأً من المبادئ العامة للقانون على عدم التصريح بذلك، يُنظر محمد المجذوب. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٦٧، ولعلّ ذلك يرجع إلى الجدل المحتدم بشأن اعتبارها مصدراً رئيساً أو مساعداً لقواعد القانون الدولي العام ، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لإشكالية الاشتراك بين المبادئ العامة على الصعيد الدولي مع القواعد الدولية العرفية.

(٣) محمد السعيد الدقاق. القانون الدولي (المصادر ، الاشخاص)، ط٢، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٣، ص ٢٤١، أشار إليه: حيدر عجيل فاضل. المصدر السابق، ص ٢٦.

القانونية لأجل إصدار حكمه اللهم إلا في حالة مبادئ العدل والإنصاف أو ما يسمى بمبادئ القانون الطبيعي ولا يرجع إليها القاضي إلا باتفاق أطراف الدعوى أمام محكمة العدل الدولية كما هو مضمون المادة ٢/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

إذن فمبادئ القانون العامة يُقصد بها مبادئ القانون الداخلي والدولي معاً، وهي إن اشتركت فيما يخص مبادئ القانون الدولي مع القواعد الدولية العرفية من جانب النطاق، إلا أن الأخيرة أسبق مرتبة من المبادئ العامة للقانون، فضلاً عن تميزها عن المبادئ العامة باشتراط التواتر لأجل الأخذ بها، اللهم إلاّ ما يخص القواعد الدولية العرفية الآنية فتكفي المرة الواحدة لأجل الأخذ بالقاعدة الدولية العرفية.

أمّا ما يخص الاجابة عن السؤال فيما إذا كانت المبادئ العامة للقانون هي فعلاً مصدراً رئيساً لقواعد القانون الدولي العام أم أنها مجرد مصدر مساعد؟

يذهب رأيٌ في الفقه الدولي إلى أن المبادئ العامة للقانون تُعد مصدراً رئيساً لقواعد القانون الدولي العام إلى جانب القواعد الاتفاقية والعرفية لصريح نص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[١] لأن الدول التي اجتمعت عام ١٩٢٠ لوضع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولي – بوصفه المصدر للنظام الأساسي لمحكمة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

في حين ينكر رأي آخر من الفقه الدولي[٣] على المبادئ العامة للقانون صفة كونها مصدراً مستقلاً لقواعد القانون الدولي العام بل يعدّها مصدراً مساعداً فقط شأنها شأن أحكام القضاء الدولي وآراء الفقهاء الدوليين، إذ إن المصدرين الأساسيين لقواعد القانون الدولي العام هما الاتفاقيات والعرف ومن ثم ولكي يجد القاضي حلاً للنزاع إذا تعذر عليه

---

(١) شارل روسو. مصدر سابق، ص ٨٩-٩٠؛ عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٢٤؛ مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ١٠.

(٣) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٦٨؛ علي زراقط. مصدر سابق، ص ١٧٥-١٧٦؛
Nieles Petersen. Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation, Amsterdam University of International Law Review, Vol. 23:275: 2008, p 307.

الحل في المصدرين السالفين عندها فقط يلجأ إلى المبادئ العامة للقانون، فالأخيرة إذن لا تعدو أن تكون مصدراً مساعداً فقط.

ويذهب رأي ثالث إلى أن المبادئ العامة للقانون تقوم بدور تكميلي لسد النقص الحاصل في قواعد المعاهدات والقواعد العرفية ومن ثم فإن القاضي الدولي حينما يلجأ إليها، يقوم هو بعمله القضائي بإنشاء قواعد قانونية جديدة قد استندت إلى تلك المبادئ[١]، فمبادئ القانون العامة يقتصر عملها على سد الفجوة فقط (gap-filling function)[٢]. ويرى الفقيه (شوارزنبرغر) إن قيام القاضي الدولي بتطبيق مبادئ القانون العامة ما هو إلاّ عملية تشريع يقوم بها تحت مسمّى تطبيق مبادئ القانون العامة[٣].

إلا أن الرأي المتقدم قد تعرّض للنقد فليست مهمة القاضي الدولي خلق قواعد قانونية جديدة بل مهمته تطبيق القواعد القانونية وهذا يُستفاد من صراحة نص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تنص على أن: ‘‘ وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تُرفع إليها بحسب أحكام القانون الدولي ... ‘‘.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المبادئ العامة المشتركة في أنظمة القوانين الداخلية المختلفة، بل يفيد أيضاً المبادئ العامة للقانون الدولي. ويجوز للمحكمة الدولية (نفسها) أن تستعمل المبادئ العامة للقانون الدولي في الظروف التي لا تتوافر فيها المعايير الخاصة بالقانون الدولي العرفي ... ولئن كان من المحتمل أن يصعب التمييز بين القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة

---

(١) موريلي. دراسة عامة في القانون الدولي العام، بحث منشور في مجموعة محاضرات لاهاي، ١٩٥٦، العدد ٨٩، ص ٤٧٠-٤٧١، أشار إليه: عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.

(2) Nieles Petersen. Op. Cit., p 307.

(3) Schwarzenberger. International Law as Applied by International Courts and Tribunals. London: 1945, p. 18.

بشكل مجرد، أياً كان نطاق المبادئ العامة، فإنه يظل من المهم تحديد تلك القواعد التي تحتاج بطبيعتها إلى الاستناد إلى الممارسة الفعلية للدول "[1].

وإذا أردنا أن نميز بين مبادئ القانون العامة والقواعد الدولية العرفية بنقاط فيمكن بيان الآتي:

١. يُقصد بالقواعد الدولية العرفية القواعد التي تطبق على الصعيد الدولي، أمّا مبادئ القانون العامة فيُقصد بها المبادئ التي تطبق على الصعيد الداخلي والدولي معاً.
٢. إذا اشتركت بعض مبادئ القانون العامة مع القواعد الدولية العرفية، فيكون التطبيق للأسبق مرتبة أي القواعد الدولية العرفية بحسب الترتيب الذي جاءت به المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.
٣. إنه إذا كان هناك اشتراك بين القواعد الدولية العرفية ومبادئ القانون العامة وأُريد للمبادئ العامة للقانون أن يُؤخذ بها كمصدر لقواعد القانون الدولي العام كي تكون في مرتبة عليا تُلزم الكافة ولا يُشترط التواتر في الممارسة الدولية لأجل إثباتها، فإن

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ٢٢-٢٣.

الفرع الثاني: تمييزها عن مبادئ العدل والإنصاف

وترتبط مبادئ العدالة بنظرية القانون الطبيعي، بل تعد محوراً مهماً فيها، هذه النظرية التي كان لها دورٌ مهم في تطور قواعد القانون الدولي العام في مراحله الأولى، وقد ارتبط اسمها باسم بعض الفقهاء المعروفين أمثال (جروسيوس، هوبز، بوفندروف)[١] ، وهي تصويرٌ قانوني نظري يشكل تعبيراً عن المثل العليا[٢]، وهذه المبادئ المثالية تعد في مرتبة أعلى من القواعد الوضعية، لأن الأولى هي تعبير عن الضمير الإنساني[٣]، إذ إن '' قواعد النظام القانوني تتشكل في هرم تغلفه فكرة العدالة، وهذا هو الذي يُفسّر صفة الإلزام التي للقواعد القانونية حيال أشخاص القانون رغم أنها من خلق إرادتهم الشارعة لأن فكرة العدالة تعلو على إرادة أشخاص القانون وتحكم عليها وتشكل المنطق الواعي فيها ''[٤].

وبالرغم من التصوير الإيجابي الذي يقدمه أنصار فكرة العدالة كأساس لإلزام قواعد القانون الدولي إلا أن التصوير والتنظير شيء والتطبيق العملي وواقع الحياة الدولية شيءٌ

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

يهمنا هنا أنها تعد مصدراً ثانوياً لقواعد القانون الدولي لا يتم الرجوع إليها من قبل القاضي الدولي إلا باتفاق أطراف النزاع.

إذ نصت المادة (٣٨/ ف ٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بعد ذكر المصادر الرئيسة والمساعدة على أن '' ... على أنه يجوز للمحكمة أن تفصل في القضية بحسب مبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك ''.

---

(١)آرثر نوسبوم. الوجيز في تأريخ القانون الدولي، ترجمة وتعليق رياض القيسي، بغداد: الناشر بيت الحكمة، ٢٠٠٢، ص ٢١٨-٢١٩؛ جيرهارد فان غلان. القانون بين الأمم، الجزء الأول، ترجمة عباس العمر، بيروت: دار الجيل، بدون سنة نشر، ص ٥٢.

(٢) حامد سلطان. مصدر سابق، ص ١٩.

(٣) يُنظر حكمت شبر. مصدر سابق، ص ٤٩.

(٤) محمد طلعت الغنيمي. مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٥) حسن كيره. المدخل إلى القانون، الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، من دون ذكر سنة النشر، ص ١١٦.

'' ويمكن القول أن القضاء الدولي – على وجه العموم – امتنع حتى الآن عن تطبيق قواعد القانون الطبيعي بوصفها القواعد التي يمليها العدل المطلق. إلاّ عند اتفاق المتقاضيين على تطبيقها ''[١]. ولعلّ في هذا الاتجاه الذي سلكته المحكمة اعترافاً واضحاً بالنسبية والغموض وعدم التحديد الذي يكتنف هذا المصدر الذي جاءت على ذكره المادة ٣٨ المتقدمة مع القيد اللازم، وهو موافقة الأطراف صراحة على تطبيقه على النزاع.

ولا تُعد مبادئ العدل والإنصاف مصدراً لقواعد القانون الدولي إلا بموافقة اطراف النزاع، ومن ثم لا يمكن لجوء القاضي الدولي إليها حتى ولو أدعي أن تطبيق المصادر الرئيسة فيه جورٌ أو عدم تحقيق للعدل، كما أن المحاكم الدولية تتجنب ذكر أن القانون النافذ غير عادل ومن ثم تستبدل أحكامه بمبادئ العدل والإنصاف من تلقاء نفسها[٢].

ولقد أثير جدلٌ فقهي بشأن المقصود بمبادئ العدل والإنصاف وتمييزها مما يشتبه بها، فبين من يذهب إلى أن مصطلحي القانون الطبيعي ومبادئ العدل والإنصاف متطابقان، وأجيب عليه بأن القانون الطبيعي وان سُمّي قانوناً، إلا أنه أساسٌ فلسفي للقانون

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وأخلاقية فكيف يمكن اعتماده أساساً موضوعياً في تحديد مبادئ العدل والإنصاف والتي يجب أن تكون قواعد قانونية محددة يحكم بموجبها القاضي لحسم النزاع، وبين من يجعل من مبادئ العدل والإنصاف جزءاً من المبادئ العامة للقانون على أساس أن المبادئ العامة للقانون تعني المبادئ القانونية الداخلية والدولية التي تعتمدها النظم القانونية الرئيسة في العالم، فكذلك مبادئ العدل والإنصاف تعني مبادئ العدالة المنتشرة في النظم القانونية الداخلية لدول العالم، وقد رُدّ على الرأي المتقدم بأن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة ٣٨ كان واضحاً في التمييز بين المصطلحين واعتماد موافقة الخصوم شرطاً لأجل تطبيق مبادئ العدل والإنصاف على عكس المبادئ العامة للقانون التي يستطيع

(١) حامد سلطان. مصدر سابق، ص ١٩.

(٢) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١٧٧.

القاضي الدولي الحكم بها من تلقاء نفسه، فضلاً عن أن مفهوم مبادئ العدالة في النظم القانونية الداخلية للدول ليس أمراً متفقاً عليه بل يختلف من نظام قانوني لآخر[١].

فمبادئ العدل والإنصاف هي مجموعة المبادئ القانونية التي تهدف إلى تحقيق التوازن في الالتزامات والحقوق بين أطراف العلاقة القانونية، وتستند إلى الأسس الآتية: أولاً. الابتعاد عن حرفية النصوص والتمسك بجوهرها، وثانياً. اعتماد مبدأ العقلانية في التطبيق بحسب وقائع وظروف كل قضية[٢].

وفي الواقع فإن مبادئ العدل والإنصاف تخول القاضي باتفاق الخصوم، سلطة خلق قواعد قانونية لأجل حسم النزاع، لذا فإن دور القاضي يكون إنشائياً أكثر منه كاشفاً عن قواعد موجودة سلفاً، لأن حكمه يكون مستمداً من روح القانون الدولي.

ويمكننا أن ننتهي عند المقارنة بين القواعد الدولية العرفية ومبادئ العدالة، إلى النقاط الآتية:

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

١. صحيح أن بعض القواعد الدولية العرفية قد تحتاج إلى تحديد يجلي الغموض الذي يكتنفها لأجل أن تكون صالحة للتطبيق من قبل القاضي الدولي، والذي يقوم بعملية صياغة وتحديد هذه القواعد مستعيناً بما قدمه الفقه والقضاء الدوليان، ولكن مبادئ العدالة

المتغير.

٢. تمثل القواعد الدولية العرفية مصدراً رئيساً لقواعد القانون الدولي العام لصراحة نص المادة ٣٨/١/ ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، في حين تعد مبادئ العدالة (العدل والإنصاف) مصدراً ثانوياً ولا يطبق إلا باتفاق المتخاصمين على تطبيقه صراحة.

٣. تعد كثيراً من القواعد الدولية العرفية انعكاساً للضمير الإنساني العام ولا سيما تلك التي تنظم قواعد القانون الدولي الإنساني، ويجد هذا القول أدلته في السوابق الدولية التي تكون الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية، سواءً على الصعيد الوطني متمثلة في أعمال الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية أم على الصعيد

---

(١) يُنظر مشكاة صبيح المؤمن. مبادئ العدل والإنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٥٧-٦٩.

(٢) المصدر السابق، ص ٧٧.

الدولي متمثلة في الاتفاقيات الدولية الثنائية المتكررة والمتعددة الأطراف فضلاً عن أحكام القضاء الدولي وقرارات المنظمات الدولية. في حين توصف مبادئ العدل والإنصاف أيضاً بكونها تعبر عن الضمير الإنساني ولكن لا دليل من الواقع يثبت ذلك ولا سيما مع نظرية المضمون المتغير.

٤. يقوم القاضي الدولي بتطبيق القواعد الدولية العرفية بوصفها قواعد قانونية دولية موجودة بالفعل وذلك عن طريق استقراء الممارسات الدولية ذات الصلة، في حين يقوم هو بدور إنشائي أو خلاّق عن طريق إيجاد قواعد قانونية تطبق على النزاع مهتدياً بروح القانون الدولي.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

المطلب الثاني: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي العام

في هذا المطلب نبحث أهمية القواعد الدولية العرفية في تدوين قواعد القانون الدولي، وأهميتها في فروع القانون الدولي العام المختلفة، لاسيما القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي الجنائي و القانون الدولي للبحار، كلٌ في فرع مستقل.

الفرع الأول: تدوين القواعد الدولية العرفية

يعرف الدكتور محمد المجذوب، تدوين القانون الدولي بأنه:'' تحويل القواعد العرفية إلى مجموعة قواعد مكتوبة، متناسقة ومنظّمة، تتمتع بقوة إلزامية بالنسبة إلى

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!
Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.
Remove Watermark Now

إيجاد قواعد جديدة تتفق عليها الدول وتقبل بها لتنظيم علاقاتها في المستقبل ''[٣].

ويعتقد الباحث بأن عملية التدوين حالياً ولا سيما ما تقوم به لجنة القانون الدولي من اعداد مشاريع الاتفاقيات المتعددة الأطراف وعرضها على الجمعية العامة التي بدورها تدعو الدول لمناقشتها والتوقيع عليها، تجمع بين التدوين الكاشف عن قواعد دولية عرفية موجودة فعلاً والتدوين المنشئ بإيجاد قواعد جديدة وتضمينها في مشاريع الاتفاقيات المطروحة للتوقيع والتصديق.

---

(١) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٢) غازي حسن صباريني. الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ١٠١.

(٣) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٣٧.

وهذا العمل الجامع بين نوعي التدوين تقوم به لجنة القانون الدولي بشكل واضح، ومن أمثلة الاتفاقيات التي أعدتها اللجنة نفسها نذكر؛ اتفاقيات جنيف الأربع للبحار لعام ١٩٥٨، اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، اتفاقية فيينا بشأن خلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨، اتفاقية فيينا لخلافة الدول في ممتلكات الدولة ومحفوظاتها وديونها لعام ١٩٨٣، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرم بين الدول والمنظمات الدولية أو بين المنظمات الدولية لعام ١٩٨٦.

وتجدر الإشارة إلى إن لجنة القانون الدولي قد أنشئت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتأريخ ١٩٤٧/١٢/٢١ مهمتها تدوين وتطوير القانون الدولي

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ويجب التمييز في استعمال مصطلح تدوين القانون الدولي بين عملية التدوين التي يقصد بها كتابة القواعد الدولية العرفية وتحويلها الى اتفاقيات دولية، وبين عملية ضبط وتحديد قواعد العرف الدولي عن طريق المؤلفات الفقهية لفقهاء القانون الدولي العام ومدونات التدوين للجمعيات المتخصصة بالقانون الدولي، إذ إن العملية الفقهية في ضبط وتحديد قواعد القانون الدولي العام وولا سيما القواعد الدولية العرفية لا تعد تدويناً وإن أطلق عليها هذا الاسم.

---

(١) المشاكل الناشئة عن تعاقب اتفاقيات التدوين بشأن موضوع محدد Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject، قرار اتخذ في ١/أيلول/١٩٩٥، دورة لشبونة ١٩٩٥؛ أشار إليه مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ٥٩.

ومن ثم لا يكون للعمل الفقهي هنا إلا قيمة أدبية تُستمد من مكانة الفقهاء المرموقين القائمين به[١]، ومن أبرز المحاولات الفقهية التي هدفت إلى تجميع قواعد القانون الدولي العام في مؤلف واحد هي محاولة الفقيه البريطاني '' بنثام '' في القرن الثامن عشر، وتبعه في ذلك فقهاء عديدون نشروا مؤلفاتهم في ذلك وأسموها '' مدونات القانون الدولي ''[٢]، ومنهم؛ بلنتشلي Bluntschli في سويسرا عام ١٨٦٨ ويقع مؤلفه في ٨٦٢ مادة، فيوري Fiore في إيطاليا عام ١٨٩٠ ويقع مؤلفه في ١٨٩٥ مادة، استبان Esteban في إسبانيا عام ١٨٤٦ ويقع مؤلفه في ٤١٤ مادة، دبلسكس Duplessix في فرنسا عام ١٩٠٦ ويقع مؤلفه في ٧٨٦ مادة[٣]. كما تقوم الجمعيات العلمية المتخصصة بالقانون الدولي بتجميع قواعد القانون الدولي بشكل مكتوب ومن أهمها: معهد القانون الدولي International Law Institute الذي تأسس في مدينة كان في بلجيكا عام ١٨٧٣، وجمعية القانون American Society of والسياسة الدولي

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!
Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.
Remove Watermark Now

University في الولايات المتحدة الأمريكية التي أوكلت بمهمة تجميع قواعد القانون الدولي في الموضوعات المختلفة إلى مجموعة كبيرة من الباحثين''[٥].

ويقول الدكتور غازي حسن صباريني:'' وإذا ما عرضت مشاريع معاهدات من قبل اللجنة السادسة تتضمن العرف الدولي، فإن الدول ليست ملزمة بالأخذ بها كما هي، بل تجري عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تمثل جميع الدول مراجعة،

(١) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١٢٦.
(٢) المصدر السابق، ص ١٢٦.
(٣) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٣٨.
(٤) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١٢٦.
(٥) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٢٣٩.

وتعدل ما تراه مناسباً فيها ومن ثم تقر الجمعية العامة مشروع المعاهدة، وتعرضه على التوقيع والتصديق ''[١].

ومن المهم الإشارة إلى أن حرية الدول في التعديل لا يكون للقواعد الدولية العرفية بما هي عرفية بل يكون لمشاريع الاتفاقيات الدولية التي يكون مصدرها عرفياً، إذ إن القواعد الدولية العرفية تتميز بعموم تطبيقها فتلزم الكافة إلاّ من سلك إحدى طرق الرفض الدولية ومن ضمنها الاحتجاج. اللهم إلاّ عند من يذهب إلى امكان تعديل القواعد الدولية العرفية بقواعد اتفاقية متعددة الأطراف، عندها فقط يمكن القول بتعديل الدول للقواعد العرفية نفسها، وذلك فيما عدا القواعد الدولية العرفية الآمرة والتي لا يمكن تعديلها ولا أثر للاحتجاج تجاهها فتسري تجاه الكافة، وذلك لتعلقها بالنظام العام الدولي.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

يقول الفقيه '' بيار ماري دوبوي '' بأنه سوف يترتب على:'' الأثر الإعلاني للقواعد العامة الموجودة المنسوبة من قبل هذه الدول إلى بعض الأحكام الأكثر تجديداً في الاتفاقية المعنية. (أن) لا تعود هذه الأخيرة مطروحة حينئذ كأداة قانونية صريحة ولكن كشاهد خطي للعرف الذي ظهر ''[٢].

(١) غازي حسن صباريني. مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٤١٠.

الفرع الثاني: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي الإنساني

يُقصد بالقانون الدولي الإنساني:'' مجموعة القواعد القانونية التي يتضمنها القانون الدولي العام والتي تهدف إلى حماية الأشخاص والأعيان من جراء العمليات العدائية العسكرية، والتي تجد مصدرها في المعاهدات الدولية والعرف الدولي ''(١).

أو هو:'' عبارة عن القواعد العرفية والاتفاقية التي تنظم المشاكل الانسانية في المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية، والتي تحد، لاعتبارات انسانية، من حق الأطراف في اختيار وسائل وأساليب الحرب، وحماية الأشخاص والأموال في المنازعات المسلحة، ويتكون هذا القانون من مجموعتين من القواعد، أولاهما، تلك التي تستهدف الحد من حق الأطراف في استعمال أساليب ووسائل الحرب في النزاع، وثانيهما، تستهدف حماية الأشخاص والأموال في زمن النزاع المسلح ''(٢).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وواضح من الحكم المتقدم أنه يركز على الجانب المعنوي الذي يشكل جوهر القاعدة الدولية العرفية الجنائية أو صفة التجريم على الصعيد الدولي التي تتشكل من الاعتقاد بضرورة تجريم بعض الأفعال التي تشكل انتهاكاً صارخاً لمبادئ الانسانية والضمير العام الدولي، إلا أنه مما يمكن تسجيله على الحكم المتقدم أنه يأخذ بتكون القاعدة الدولية العرفية من ركنين هما ممارسات الدول والاعتقاد بالإلزام، في حين – كما سنرى لاحقاً –

---

(١) إسماعيل عبدالرحمن. الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني، منشور في القانون الدولي الإنساني (دليل للتطبيق على الصعيد العملي)، مجموعة من الخبراء والمختصين، الطبعة الثالثة، القاهرة: بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٨.

(٢) يُنظر سعيد سالم جويلي. المدخل لدراسة القانون الدولي الانساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ١٠٥.

(3) IT-95-16-T, 14 January 2000, Para. 527.

بأن النظرية الراجحة في نشأة القواعد الدولية العرفية هي أن تكون ممارسات الدول مكونة للركن المادي في القاعدة الدولية العرفية في حين أن جوهر القاعدة الدولية العرفية وماهيتها هي العقيدة القانونية بالإلزام، وإن موضوع قلة الممارسات الدولية لن يؤثر بالضرورة في تكوين القاعدة الدولية العرفية، إذ إن بعض القواعد العرفية يكفي الفعل الواحد لنشوئها ، وهو ما عليه '' العرف الآني '' أو '' الفوري ''.

ولخصوصية قواعد القانون الدولي الإنساني، فإن السوابق الدولية التي يُرجع إليها في تكوين القواعد الدولية العرفية، ينبغي أن تدل بشكل واضح على مضمون القواعد العرفية، وفي ذلك تقول غرفة الاستئناف في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية المدعي العام ضد تاديتش، أنه:'' عند السعي إلى التحقق من ممارسة الدول بهدف إثبات وجود قاعدة عرفية أو مبدأ عام، يصعب، بل يستحيل، تحديد السلوك الفعلي للجنود في الميدان بهدف إقرار ما إذا كانوا يمتثلون في الواقع لبعض معايير السلوك أو يتجاهلونها. ويصبح هذا الفحص بالغ الصعوبة لا لرفض وصول المراقبين المستقلين (وحتى اللجنة [illegible] الأحمر في كثير من الأحيان) إلى مسرح العمليات العسكرية فحسب، بل ولحجب الرقي [illegible] الفعلي للأعمال العدائية، والأدلة [illegible] ينبغي عند تقييم [illegible] العامة إدراك أنه، نظراً للطبيعة الملازمة لهذا الموضوع، يجب الاعتماد بالأساس على عناصر من قبيل التصريحات الرسمية للدول، والأدلة العسكرية، والقرارات القضائية.''(1)

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وإن دور القواعد الدولية العرفية في القانون الدولي الإنساني ممّا لا يمكن نكرانه، ولقد حدى الدور المهم للقواعد الدولية العرفية في هذا الفرع من فروع القانون الدولي العام، اجتماع مجموعة الخبراء الحكوميين لحماية ضحايا الحرب في جنيف في كانون الثاني/

(1) Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, Para. 99.

أشار إليه مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، الوثيقة المرقمة A/CN.4/672، ص ١٦-١٧ هامش ٥٢.

١٩٩٥ إلى اعتماد سلسلة توصيات[١] من أهمها:'' دعوة اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى إعداد تقرير بشأن القواعد العرفية للقانون الدولي الانساني المنطبق في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وذلك بمساعدة خبراء في القانون الدولي الانساني يمثلون شتى المناطق الجغرافية والانظمة القانونية المختلفة، وبمشاورات مع خبراء من حكومات و منظمات دولية، وتعميم هذا التقرير على الدول والهيئات الدولية المختصة ''، وفي كانون الأول/ ١٩٩٥ وافق المؤتمر الدولي السادس والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر على هذه التوصية وفوّض اللجنة الدولية للصليب الأحمر رسمياً اعداد تقرير بشأن القواعد العرفية للقانون الدولي الانساني المنطبق في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية[٢].

وبالفعل قد صدر هذا التقرير بصيغة كتاب في مجلدين الأول للقواعد العرفية – وهو نفسه المشار إليه في نسخته العربية في الهامش السابق –، والثاني لممارسات الدول.

وقد اعتمد المؤلفان كما في مقدمة الكتاب على المنهج التقليدي في بيان تكوين القاعدة الدولية العرفية أي أنها تتكون من ركنين مادي يتمثل بتواتر السوابق الدولية

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

'' إجابة حكومة الولايات المتحدة الأمريكية على دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن القانون الدولي الانساني العرفي ''[٤].

إذ جاء فيها:'' مع ذلك، من المهم الإيضاح – سواء للجنة الدولية للصليب الأحمر أم للمجموعة الدولية بكاملها – أنه وبناء على مراجعة الولايات المتحدة التي جرت حتى الآن، فإن الولايات المتحدة غير مطمئنة بشأن المنهجية المستخدمة للتحقق من القواعد،

---

(١) جون ماري هنكرتس، لويز دوزوالد بك. القانون الدولي الانساني العرفي، المجلد الأول (القواعد)، مترجم إلى العربية، القاهرة: طبع ونشر اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ٢٠٠٧، ص xxiv من مقدمة الكتاب.

(٢) المصدر السابق، ص xxv من مقدمة الكتاب.

(٣) المصدر السابق، ص xxxiv من مقدمة الكتاب.

(٤) المذكرة من اعداد جون ب. بلينجر: المستشار القانوني لوزارة خارجية الولايات المتحدة الأمريكية، و وليم ج. هاينس: المستشار العام لوزارة الدفاع الأمريكية، نعتمدها هنا باللغة العربية منشورة في المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد ٨٩، العدد ٨٦٦، ٢٠٠٧، مع العلم أن المذكرة قد نشرت أيضاً في International Legal Materials, 46 ILM 514, 2007.

وكذلك بشأن ما إذا كان المؤلفان قد قدّما حقائق وبيّنات كافية لدعم هذه القواعد. وبالتالي، فالولايات المتحدة ليست في وضعٍ يتيح لها القبول، دون تحليل إضافي لاستنتاجات الدراسة، بأن قواعد معينة تتعلق بقوانين وأعراف الحرب تعكس في واقع الأمر القانون الدولي العرفي. ولذلك ستواصل الولايات المتحدة مراجعتها، وتتوقع أن تقدّم تعليقات إضافية، أو أن تجعل آراءها معروفة بطريقة أخرى في الوقت المناسب. وفي غضون ذلك، تلخّص هذه المقالة شيئاً من القلق الأساسي بشأن المنهجية، وتبيّن عبر تفحّص بعض القواعد الواردة في الدراسة، كيف أنّ هذه الشوائب تستدعي التساؤل حول بعض استنتاجات الدراسة. ولا يُقصد من هذا الأمر الإيحاء بأن كل ما يُقلق الولايات المتحدة بشأن المنهجية ينطبق على كل قاعدة من قواعد الدراسة، أو الإيحاء بأن الولايات المتحدة لا توافق على كل قاعدة من القواعد التي تتضمنها الدراسة – إذ يجوز أن تنطبق قواعد أو عناصر معينة من هذه القواعد، إلى حد بعيد، في سياق بعض فئات النزاع المسلح.''[١].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وتؤكد المذكرة على أنه '' غالباً ما تخفق الدراسة في إيلاء اهتمام مناسب بممارسة الدول ذات الصلة بشكل خاص. وهناك نقطة مميزة بل ذات صلة، وهي أن الدراسة تميل إلى اعتبار ممارسات الدول التي تأخذ شكل تصريحات رسمية أو مراسلات دبلوماسية أو تشريعات وطنية مدروسة بعناية، على سبيل المثال، في هذه الفئة الدول قد أسهمت على نحو نموذجي بكمية ونوعية من الممارسة أكبر بكثير عمّا عداها.''[٢].

أما عن موقف المحكمة العليا الأمريكية من تطبيق العرف الدولي فإنه يقع في المرتبة الأخيرة بعد المعاهدات والمراسيم التنفيذية والتشريعات والقرارات القضائية[٣].

إن المحكمة لا تستطيع اللجوء إلى القانون الدولي العرفي لأن المجتمع الدولي (ممارسات الدول) ليست مصدراً في حد ذاته، إلاّ إذا وجدت نصوص دستورية أو تشريعية تقضي بذلك[١].

---

(١) المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٢) المصدر السابق، ص ١٠٤.

(3) Saikrishna Prakash. The Constitutional Status of Customary International Law, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 29, p 66.

ومن الواضح لدى المحكمة العليا الأمريكية أن الرئيس والكونجرس يستطيعان أن يوقفا تطبيق القانون الدولي العرفي بمرسوم واحد[٢]. وأنهما لا يعطيانه الأثر القانوني الداخلي المطلوب[٣]، وإن التنظير الفقهي يذهب إلى تفضيل القانون الداخلي الأمريكي على القانون الدولي العرفي لكون الأخير ما زال غضاً[٤]، وإن الضمانات التي تُمنح للأجانب في أمريكا هي بالتأكيد ليست كاملة ولكنها أفضل من تلك التي يمنحها لهم القانون الدولي العرفي[٥].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(1) Steven Walt. Why Jurisprudence doesn't Matter for Customary International Law, William & Mary Law Review, Vol. 54:1023, 2013, p 1044.

(2) Ibid., p 66.

(3) John O. Mcginnis. The Comparative Disadvantage of Customary International Law, Harvard Journal of Law & Political Policy, Vol. 30, p 8.

(4) Ibid., p 8.

(5) Ibid., p 14.

الفرع الثالث: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي للبحار

إن للقواعد الدولية العرفية الأثر الواضح والكبير في تدوين وتطور قواعد القانون الدولي للبحار، فقد كان لممارسات الأساطيل التجارية والعسكرية دورٌ في النشوء التدريجي لعدد كبير من القواعد العرفية في مجال قانون البحار[١]، وفي ذلك يقول الدكتور محمد الحاج حمود:'' العمل الانفرادي المتكرر والمتطابق والذي لا يلاقي أية معارضة رسمية من دول معينة ينتهي بإنشاء العنصر الخارجي أو المادي للعرف الدولي، وأحدث ما يمكن إيراده في هذا الخصوص هو التصريحان اللذان أصدرهما الرئيس الأمريكي ترومان في ٢٨ أيلول ١٩٤٥ حول الثروات الحية للبحار وحول الموارد المعدنية لقاع وباطن قاع البحار. فقد شجع هذان التصريحان دول أمريكا اللاتينية على إصدار عدد من التشريعات الوطنية لمد سيادتها بشكل انفرادي على مساحات من البحار المجاورة لسواحلها. ثم انتقلت هذه الحركة إلى أفريقيا وآسيا، مما أنشأ قواعد عرفية حول الجرف القاري وحول الثروات في قاع البحار، ثم تسوء قاعدتي المائلي ميل يجري فيما بعد. ومعلوم أن حركة التدوين التي [illegible] للبحار عبر القرون كانت [illegible] قانون البحار التي أقرت عام ١٩٥٨، كانت تقوم بتدوين وتطوير قواعد قانون البحار العرفية، أي أنها في تلك المشاريع دونت ما كان موجوداً من قواعد عرفية ''[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) محمد الحاج حمود. القانون الدولي للبحار، الطبعة الأولى، عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣٦.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٧.

الفرع الرابع: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي الجنائي

فيما يخص القانون الدولي الجنائي فإن أهمية القواعد الدولية العرفية لهذا الفرع ليست كباقي فروع القانون الدولي العام الأخرى إذ مع ازدياد عدد المدونات الدولية الجنائية باتت أهمية القواعد الدولية العرفية لهذا الفرع تقل تدريجياً[١] ونذكر منها نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ١٩٩٨/٧/١٧ وأنظمة المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة استناداً لقرارات مجلس الأمن ومنها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة المنشأة بقرار مجلس الأمن الدولي المرقم ٨٠٨ في ١٩٩٣/٢/٢٢ وصدر نظام المحكمة بعد أن أُعِدّ من قبل الأمين العام للأمم المتحدة بعد تكليفه بذلك، بالقرار ٨٢٧ في ١٩٩٣/٥/٢٥، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا المنشأة بقرار مجلس الأمن المرقم ٩٥٥ في ١٩٩٤/١١/٨ وقد تضمن القرار نفسه النظام الأساسي للمحكمة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

فضلاً عن أخذ المحكمة الجنائية الدولية في نظامها الأساسي بمبدأ " لا جريمة ... المادة ٢٢ منه، ومبدأ ... لا عقوبة إلا بنص ... المادة ٢٣ منه، وإن ... من المصادر التي تستند إليها المحكمة الجنائية ... القواعد الدولية العرفية ... المصادر ... المعاهدات الواجبة التطبيق ... المستخلصة، ٤. مبادئ وقواعد القانون كما هي مُفسّرة في قراراتها السابقة ... .

إلا أن ما تقدم لا ينقص من أهمية القواعد الدولية العرفية في التوصل إلى تحديد ما لم يتم تحديده في النصوص الدولية من الأفعال غير المشروعة دولياً التي تشكل جرائم دولية[٣]، ولقد أثير أمام محكمة نورمبرج مبدأ الشرعية وضرورة وجود نص يقضي بتجريم الفعل قبل ارتكابه إذ دفع الدفاع التُهَم الموجهة إلى مجرمي الحرب الألمان بحجة عدم وجود نص يجرّم ما قاموا به إبّان الحرب من (جرائم دولية)[٤] ، ومن ثم يعد ذلك مخالفاً

---

(١) علي جميل حرب. نظام الجزاء الدولي، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ١١٨.

(٢) المصدر السابق، ص ١١٨.

(٣) المصدر السابق، ص ١١٨.

(٤) عبدالرحيم صدقي. دراسة للمبادئ الأصولية للقانون الدولي الجنائي في الفكر المعاصر، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٠، ١٩٨٤، ص ٦٣.

لمبدأ الشرعية في القانون الدولي وعدم جواز سريان الجرائم والعقوبات الدولية بأثر رجعي أي لا جريمة ولا عقوبة في تاريخ سابق على ارتكاب الفعل[١]، إلا أن المحكمة ردّت الدفاع المتقدم في حيثيات الحكم بقولها:'' حقاً قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تفترض وجود نص مسبق على وقوع الفعل، ولكن لا مجال للتمسك بهذه القاعدة إذا كان هذا الفعل مخالفاً لكل المواثيق الدولية بوضوح، وكانت طبيعته يسهل اكتشاف طابعها الضار بمجرد الادراك، فألمانيا تعلم تماماً بأن الحرب العدوانية أمرٌ مخالف للقانون، وبالتالي فالألمان حينما حاربوا كانوا على علم و (دراية) بحقيقة عملهم الضار، ولهذا يجب أن يتحملوا عقاب المجتمع الدولي حيالهم ''[٢]. إذن القانون الدولي العرفي يمثل أساس الإدانة لجرائم غير منصوص عليها في اتفاقيات دولية إذا كان الفعل الجرمي بموجب العرف الدولي، من الممكن للمجرم أن يعلم به قبل ارتكابه الجريمة الدولية[٣]. وإن المستقر في الفقه الدولي أن تلك الأفعال تعد جرائم دولية بحسب القواعد الدولية العرفية دونما حاجة لنص صريح في معاهدة دولية[٤].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

تعبير عن الإرادة الشارعة للجماعة الدولية ... فما تشرعه الجماعة الدولية من نصوص مكتوبة كما في المعاهدات يكون مقيداً بفكرة العدالة، وهو ما يُفسر التزام الدول بالقواعد العرفية السابقة على وجودها بوصفها قواعد عادلة من خلق الجماعة الدولية بأكملها.''[٥].

---

(١) أحمد محمد المهتدي بالله. النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٧٤-١٧٥.

(٢) عبدالرحيم صدقي. المصدر السابق، ص ٦٤.

(3) T. Meron. Revival of Customary Humanitarian Law, American Journal of International Law, Vol. 99, 2005, p 817, 821.

(٤) أحمد محمد المهتدي بالله. المصدر السابق، ص ١٧٦.

(٥) أسعد محمد لاشين. النظرية العامة للجريمة الدولية، دون ذكر الناشر ومكان النشر، ٢٠١٢، ص ١١٠-١١١.

إن مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي يتسم ببعض المرونة وذلك للسمة العرفية التي يتسم بها هذا القانون[١]. وقد أشار إلى ذلك مندوب الولايات المتحدة في اللجنة الثالثة التابعة للجمعية العامة في ١٩٦٧/١٢/١٣ بمناسبة مناقشة مشروع اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، بقوله:'' إن مما له أهمية بهذا الصدد هو تجنب اللجوء إلى أسلوب التعداد فيما يتعلق بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، الذي قد يُضفي على الاتفاقية طابع الجمود ويحول من دون تطور القانون الدولي ''[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

(١) محفوظ سيد عبدالحميد محمد. دور المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في تطوير القانون الدولي الإنساني، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٣٨٥.

(2) See U.N.Doc A/C.3/SR.1549, p.484.

أشار إليها محفوظ سيد عبدالحميد محمد. المصدر السابق، ص ٣٨٥.

المبحث الثالث: أساس الإلزام في القاعدة الدولية العرفية

في هذا المبحث نتناول المذهبين الرئيسين اللذين طرحا في بيان أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام ومن تلك القواعد، القواعد الدولية العرفية وذلك في مطلبين، الأول للمذهب الإرادي والثاني للمذهب الموضوعي.

المطلب الأول: المذهب الإرادي

ترتبط المفاهيم الإرادية في القانون العام بكل من الدولة والسلطة ممّا يؤثر على النتائج والحلول التي تترتب عليها، فارتباطها بالدولة يظهر واضحاً في إيمانها بالسيادة المطلقة للدولة فإرادتها لا تعلوها إرادة أخرى فهي المصدر الوحيد للقانون، وأمّا ارتباطها بالسلطة فعلى أساس أن القواعد القانونية لا تصدر إلاّ عن السلطة المختصة بإصدارها

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المطلقة والتي لا تخضع لسيادة أخرى، لقواعد القانون الدولي.[٢]

لقد طرحت في الإجابة على السؤال المتقدم نظريتان؛ الأولى: هي نظرية الإرادة المنفردة أو التحديد الذاتي للإرادة، والثانية: هي نظرية الإرادة المتحدة أو التحديد الجماعي للإرادة نتناولهما في نقطتين.

(١) سليمان عبدالمجيد. مصدر سابق، ص١٢٢.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢٣.

الفرع الأول: نظرية التحديد الذاتي للإرادة

رائدا هذه النظرية هما الفقيهان الألمانيان '' إهرينج '' و '' يلينك ''، ومؤداها أنه إذا كانت الدولة تتمتع بالسيادة فلا تستطيع أي إرادة خارجية أن تعلو على إرادة الدولة نفسها أو أن تقيدها[١]، فالقانون الدولي العام يستمد صفته الإلزامية من إرادة الدول المنفردة[٢]، ولكن مع ذلك يمكن لإرادة الدولة نفسها أن تقيّد نفسها بنفسها، وهي حينما تقوم بذلك بل تقوم به بمحض إرادتها عن طريق القوانين التي تضعها والمعاهدات التي تعقدها، ولها في أي وقت أن ترجع عن هذا التقييد[٣]، وبحسب رأي '' يلينك '' إن الدولة حينما تقوم بهذا التقييد بل تقوم به استناداً إلى عاملين، الأول: أنها حينما تحترم أحكام القانون في تصرفاتها فإن في ذلك ضمان لحمل رعاياها على إطاعة قوانينها، والثاني: أن التنظيم القانوني هو عنصر من عناصر تكوين الدولة نفسها[٤].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ولم تسلم النظرية المتقدمة من النقد، ومن أهم ما انتقدت به ما يأتي:

١. أنها تؤدي إلى عدم الاستقرار الأوضاع القانونية الدولية، إذ تستطيع أي دولة أن لا تلتزم بقواعد القانون الدولي العام بمجرد أن تعلن عزمها على عدم التقيد بهذه القواعد[٥].

٢. أنها تجعل من الإرادة المنفردة للدول أساس الإلزام لقواعد القانون الدولي العام، في حين أن وظيفة هذا القانون هي تقييد هذه الإرادات نفسها[٦].

---

(١) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٦٠.
(٢) محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١١٤.
(٣) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٥٩.
(٤) المصدر السابق، ص ٥٩.
(٥) عصام العطية. مصدر سابق، ص ٦٠.
(٦) المصدر السابق، ٦٠-٦١؛ محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١١٤.

الفرع الثاني: نظرية الإرادة المشتركة

إن الفقيه الألماني (تريبل) هو من طرح هذه النظرية ويمكن إجمالها بأن إرادات الدول قد توافقت على خلق قاعدة قانونية لغرض معين فإنها بذلك تنشئ إرادة جديدة هي أقوى من مجموع الإرادات المتلاقية وتسمى الإرادة تلك (الإرادة الجماعية أو المشتركة) وهي تمثل أساس إلزام القانون الدولي[١]، وتريبل يستند في إلزام قواعد القانون الدولي إلى الاتفاقيات الشارعة (*law making treaties*) ويدخل القواعد الدولية العرفية من ضمنها بوصفها اتفاقات ضمنية وفي نظره فإن القواعد الدولية بصورة الاتفاقات الصريحة أو الضمنية تُعد ملزمة للدول ولا يجوز الخروج على ما تقرره من أحكام[٢].

يقول الدكتور محمود سامي جنينه:'' من هذا كله يتضح أن الأساس الحقيقي للقانون الدولي العام هو الرضا العام وهو رضا صريح فيما وضع من القواعد المكتوبة والتي تسنها الدول فيما تدخل فيه من معاهدات واتفاقات. (و) ضمني في القواعد ... المستنتجة مما

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

قيمة لها قانوناً.''[٣].

لذا فإن أساس إلزام القواعد الدولية العرفية يكمن في الاتفاق الضمني بين الدول على تلك القواعد[٤]، إذ إن الدول تلزَم بإرادتها الصريحة في صورة الاتفاقيات الدولية أو التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة كالاعتراف والاحتجاج، أو بإرادتها الضمنية في صورة القواعد الدولية العرفية.

---

(١) علي صادق أبو هيف. القانون الدولي العام، ط ٧، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٤-١٩٦٥، ص ٩٢-٩٣؛ عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٦٠؛ محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢) آرثر نوسبوم. مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٣) محمود سامي جنينه. دروس القانون الدولي العام، الكتاب الأول (قانون السلم)، القاهرة: مطبعة الاعتماد، ١٩٢٧، ص ٢٢.

(٤) إبراهيم محمد العناني. الوجيز في القانون الدولي العام، كلية الحقوق (التعليم المفتوح)- جامعة عين شمس، بدون سنة نشر، ص ١٣-١٤.

وممّا يؤخذ على هذه النظرية أنها محض نظرية فلسفية تحتاج إلى إثبات لتقدير مدى صحتها من عدمها فضلاً عن وجوب البرهنة على أن اتفاق إرادات الدول يؤدي إلى خلق إرادة جديدة وأن هذه الأخيرة تسمو على الإرادات المكونة لها[١]، فضلاً عن أنه (إذا كان من الممكن القول أن القانون هو وليد الإرادة المشتركة للدول، فإن ذلك إن كان شرطاً لازماً فهو ليس بالشرط الكافي، إذ توجد أشخاص وكائنات قانونية أخرى تلعب دوراً هاماً على الصعيد الدولي مع أنها ليست دولاً . كذلك إذا سلمنا بأن القوة الملزمة للقانون الدولي تستند إلى اتحاد إرادات الدول أو اندماجها، فما هو الحل مثلاً إذا قامت دولة أو أكثر – بعد تكوين القاعدة القانونية – بعدم الموافقة عليها؟ هل يسقط الاتحاد المزعوم أو الاندماج الوهمي الذي تستند إليه هذه النظرية؟ أم أنها تبقى رغم سقوط هذا الاتحاد أو الاندماج؟ مع أنه يمثل سبب وجودها وأساس حياتها؟)[٢].

من هنا وبحسب المذهب الإرادي فإن القاعدة الدولية العرفية لا يمكن أن تنشأ خارج إرادة أشخاص القانون الدولي وسلوكهم، ولا أقل من القبول الضمني للدولة التي يتم تطبيق القاعدة الدولية العرفية، لذا تقترب القاعدة الدولية العرفية من مفهوم المعاهدة الدولية في اشتراط توافق إرادة الدولة على الالتزام بها، وان كانت إرادة الدولة تظهر بالشكل الصريح في المعاهدة الدولية، بينما تظهر بالشكل الضمني في القاعدة الدولية العرفية، إذ لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الدولة المطلقة، إذ لا يمكن الاحتجاج بها العرفية إلاّ تجاه الدول التي أكدت سلوكياتها المتكررة الاعتراف بصفتها الملزمة، أي تواتر العقيدة القانونية بإلزامها.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

يقول الدكتور الغنيمي:'' ومن هذا أرى أن فكرة الإرادة الضمنية تستند إلى منطق معكوس، إذ تستنبط الوقائع من المبادئ في حين أن العكس هو الصحيح، فالمبادئ هي التي تستنبط من الوقائع لأن الواقعة – في العلاقات الدولية – تسبق تكييفها.''[٤].

والقول بالاتفاق الضمني يبتعد عن حقيقة تكوين القاعدة الدولية العرفية، إذ إن تواتر السوابق الدولية هو ما يشكل الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية، أما العقيدة القانونية فهي نتيجة التواتر لا سببه، ومن ثم فهي تتكون لدى الدول التي تتولد لديها القناعة

(١) عبدالحسين القطيفي. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٦٠.
(٢) أحمد أبوالوفا. مصدر سابق، ص ٤٣.
(٣) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٥٧–٣٥٨.
(٤) محمد طلعت الغنيمي. مصدر سابق، ص ٣٨٠.

القانونية بالإلزام نتيجة تواتر السوابق الدولية وليس نتيجة اتفاق ضمني بينها وبين دول أخرى.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المطلب الثاني: المذهب الموضوعي

يتم البحث من قبل أنصار هذا المذهب عن أساس إلزام القانون الدولي في عوامل خارجة عن نطاق الإرادة، ونتيجة للاختلاف في تعيين تلك العوامل فقد برزت في هذا المذهب نظريتان هما نظرية التضامن الاجتماعي ونظرية تدرج القواعد القانونية نتناولهما تباعاً.

الفرع الأول: نظرية التضامن الاجتماعي

يُعد العميد الفرنسي '' ديكي '' من أشد الفقهاء دعوة لهذه النظرية وتمسكاً بها وقد هاجم فكرة سيادة الدولة وأنكر شخصيتها المعنوية كما أنكر الإرادة الخلاّقة للقانون والسيادة من وجهة نظره لا وجود لها فهي تتناقض مع القانون والدولة لا شخصية معنوية لها لأنها مجموعة من الأفراد الطبيعيين والقانون ليس من خلق الدولة لأنه سابق على وجودها وهو المنشئ لها، ومنه [illegible] الموضوعي المعبّر عن [illegible] الاجتماعية (... ليست شيئاً آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي، الذي يحدد السلوك الإيجابي أو السلبي الذي يجب أن يتخذه كل أعضاء الفئة من أجل أن تستطيع هذه الفئة والأفراد المكونون لها أن تعيش وتتطور ... إذ أن خرقه يؤدي حتماً إلى رد فعل، مرده تمسك الفئة ... بالقانون الذي يحكم حياتها)[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!
Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.
Remove Watermark Now

أمّا الأستاذان (سل) و (بوليتس) فإنهما وأن لم يسايرا العميد ديكي في جميع فرضيات نظريته فإنّهما على العموم يؤيدانها.

ففيما يخص الأستاذ (سل) فإنه يقيم أساس القانون في الحدث الاجتماعي[٣] وقواعد القانون في نظره تأتي من الحدث الاجتماعي ومن اقتران الأخلاق بالسلطة والإثنين ينتجان

---

(١) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٥- ٧٦؛ عصام العطية. مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) دكي. المطول في القانون الدستوري، الجزء الأول، ص ٨١-٨٢، أشار إليه منذر الشاوي. فلسفة القانون، الطبعة الأولى، عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٢٣-١٢٤.

(٣) علي صادق أبو هيف. مصدر سابق، ص ٩٦.

عن التضامن الاجتماعي[١]، أما فيما يخص الفقيه (بوليتس) فإنه لا يرى أن القانون يصدر عن نظام ولا يعبر عن إرادة بل إنه نتاج اجتماعي ليس إلاّ، إنه واقعة محضة ذاع الشعور بوجودها وما التشريعات الداخلية والاتفاقيات إلاّ تعبيراً عن الضمير القانوني للشعوب وهذا الأخير هو من يمنحها قوة الإلزام وما الأعراف والاتفاقيات الدولية إلا وسائل للتثبت من حقيقة ذلك القانون[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

(١) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) المصدر السابق، ٧٧.

الفرع الثاني: نظرية تدرج القواعد القانونية

تُعد نظرية الفقيه (كلسن) من النظريات الموضوعية التي تبحث في أساس الإلزام لقواعد القانون الدولي في ما هو خارج نطاق الإرادة الإنسانية إلا أنه يبني نظريته على أساس مختلف، هو القاعدة الأساسية (السنّة)، فكل القواعد القانونية التي يرجع سريانها إلى قاعدة أساسية بذاتها تشكل نظاماً من القواعد، وإنّ المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام نفسه هي القاعدة الأساسية نفسها[١]، وبحسب رأي الفقيه كلسن لا يمكن البحث في أساس القواعد القانونية فيما هو خارج نطاق الفكرة القاعدية البحتة (أي في نطاق فكرة القاعدة نفسها لا في ما هو خارج عن تلك القواعد)[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١)هانس كلسن. النظرية المحضة في القانون، ترجمة أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية – وزارة العدل، ١٩٨٦، ص ١٠٨؛ حامد سلطان. مصدر سابق، ص ١٥؛ روبرت ألكسي. فلسفة القانون، تعريب كامل فريد السالك، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص ١٦٥.

(٢) هانس كلسن. مصدر سابق، ص ١٠٩؛ محمد سامي عبدالحميد. أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني (القاعدة الدولية)، الطبعة السادسة، الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ٥٢.

(3) Francois Rigaux. Hans Kelsen on International Law, European Journal of International Law, Vol. 9, 1998, p 330.

(4) David Schiff. Modern Positivism: Kelsen's Pure Theory of Law, Published in Panner & Others. Introduction to Jurisprudence & Legal Theory: Commentary and Materials, Oxford University Press, New York, 2005, p 203.

(5) Francois Rigaux. Op. Cit., p 330.

أسبق وجوداً من القانون الدولي) إلى قواعد القانون الدولي[١]، وهذا الأخير محكوم كذلك بمبدأ تدرج القواعد القانونية إذ إن الاتفاقيات الدولية ترتد إلى قاعدة أساسية من قواعد العرف الدولي هي العقد شريعة المتعاقدين فالقواعد الدولية العرفية تبعاً لذلك أسمى مرتبة من القواعد الاتفاقية الدولية، والأمر نفسه يُقال عن أحكام القضاء الدولي فالمحكمة الدولية التي تصدر تلك الأحكام تستند في ممارسة اختصاصها على الاتفاقية الدولية المنشئة لها، إذن فالقواعد الدولية العرفية أسمى مرتبة من باقي القواعد الدولية. ولكن على أي سنّة أساسية تستند قواعد القانون الدولي؟ تجيب النظرية بأنها قاعدة قدسية الاتفاق والوفاء بالعهد '' العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servanda ''[٢].

وأحكام القضاء بحسب نظرية الفقيه '' كلسن '' لها مكانة مهمة ليس في تطبيق القانون فحسب بل في خلقه أيضاً، فكل فعل لتطبيق القانون هو فعل لخلق القانون[٣].

ولم تسلم نظرية الفقيه كلسن من النقد إذ أخذ عليها أنها لم تبيّن القاعدة الأساسية (السنّة) التي ترجع إليها القاعدة التي ادّعت أنها أساسية ترجع إليها جميع القواعد[٤]، وهي أي قاعدة تستند القاعدة الأساسية بحسب النظرية وهي '' العقد شريعة المتعاقدين '' وعبر أن النظرية تركّز على القاعدة القانونية فقط لا تركز على كما تستند النظرية على افتراض غير قابل للإثبات[٦]، فهي مجرد سفسطة منطقية وهي

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) هانس كلسن. مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) المصدر السابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٣) " Kelsen's theory states that every act of law – applying is also an act of law – creating ". Edwin W. Patterson. Hans Kelsen and His Pure Theory of Law, California Law Review, Vol. 40, 1952, p 9.

(٤) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٨؛ محمد حافظ غانم. العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٨، ١٩٥٢، ص ٤٨.

(5) Zoran Jelie. An Observation on the Theory of Law of Hans Kelsen, Law and Politics, Vol. 1, 2001, p 561.

(٦) محمد سامي عبدالحميد. مصدر سابق، ص ٥٣؛ منذر الشاوي. مصدر سابق، ص ٧٢.

كما يقول الفقيه جورج سل '' كمن علّق النظام القانوني برمّته على مسمار ومن ثم ترك المسمار معلّقاً في الفضاء فهوى المسمار والنظام الذي تعلّق به ''[١].

فالقاعدة الدولية العرفية بحسب المذهب الموضوعي تنشأ بعيداً عن إرادة الدول الصريحة أو الضمنية إنها تتشكل نتيجة وعي أكثري بين أعضاء الجماعة الدولية ومن هنا فإنها تكون ذات طبيعة موضوعية يمكن أن تلزم الدول التي لم تسهم في تكوينها أو شاءت أن تبقى بعيدة عن تطبيقها[٢]. يقول أحد قضاة محكمة العدل الدولية في رأيه الملحق بحكم المحكمة في قضية اللجوء السياسي ١٩٥٠:'' ما من دولة تستطيع أن تتمرد على حكم عرفي ثبت استقراره ''[٣].

من هنا فإن الأساس الأكثر رجحاناً في إلزام قواعد القانون الدولي العام هو الأساس الموضوعي، إذ لا بد من أن يكون الأساس غير مرتبط بإرادة الدولة المنفردة إذ يصبح القانون الدولي العام بحسب القول الأخير مرتبط وجوداً وبقاءً بإرادة الدول وفي ذلك هدم للقانون الدولي من أساسه.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

(١) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٥٨؛ إبراهيم محمد العناني. مصدر سابق، ص ١٤-١٥؛ منتصر سعيد حمودة. محكمة العدل الدولية، ط ١، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢، ص ٢٥٠.

(٣) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول، مصدر سابق، ص ١٩، ويُنظر حامد سلطان. مصدر سابق، ص ٥٠.

المبحث الرابع: إلزام القاعدة الدولية العرفية استناداً إلى مدى تمتعها بالصفة الآمرة

في هذا المبحث نتناول معيارية الصفة الآمرة للقواعد الدولية العرفية، ودورها في إلزام هذه القواعد وامكان تعديلها، وذلك في مطلبين، الأول للقواعد الدولية العرفية الآمرة والثاني لغير الآمرة.

المطلب الأول: القواعد الدولية العرفية الآمرة

وفيما يخص الطابع الملزم للقواعد الدولية العرفية، فقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى '' وجود قواعد من قواعد القانون الدولي العرفي تعد بأنها تعطي الالتزامات المسماة – الالتزامات إزاء الكافة – *Erga Omnes* ''(١).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) تُنظر الملاحظة رقم ٢١، ص ٣٨ من مذكرة الأمانة العامة. نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع)، الوثيقة المرقمة A/CN.4/659، وهامش رقم ١٠٣ من الصفحة نفسها الذي يشير إلى '' الفقرة ٩ من التعليق على مشروع المادة ٤٨ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٢٧ من النص الانكليزي '' في حين تتناول المواد جوهر هذا البيان فإنها تتفادى (استعمال) عبارة (الالتزامات تجاه الكافة) التي تفيد أقل ما تفيده إشارة المحكمة إلى المجتمع الدولي ككل والتي تم الخلط أحياناً بينها وبين الالتزامات الواجبة تجاه جميع الأطراف في معاهدة ما. كما أنه ليس من وظائف المواد أن تورد قائمة بالالتزامات الواجبة تجاه المجتمع الدولي ككل بموجب القانون الدولي القائم. ومن شأن ذلك أن يتجاوز إلى حد كبير مهمة تدوين القواعد الثانوية لمسؤولية الدول، وعلى أي حال لن تكون لمثل هذه القائمة إلا أهمية محدودة، ذلك أن نطاق المفهوم سيتطور بالضرورة بمرور الزمن. وقد قدمت المحكمة نفسها إرشاداً مفيداً بهذا الخصوص: فقد أشارت في حكم أصدرته في عام ١٩٧٠ على سبيل المثال، إلى (تحريم الأعمال العدوانية والإبادة الجماعية) وإلى (المبادئ والقواعد المتعلقة بحقوق الإنسان الأساسية، بما في ذلك الحماية من العبودية والتمييز العنصري). وأضافت المحكمة إلى هذه القائمة، في حكمها الصادر في قضية تيمور الشرقية، حق الشعوب في تقرير المصير.''.

المجتمع الدولي ...''[١]، حتى وإن كان اعتراض الدول في الوقت المناسب فإنه تجاه القواعد الآمرة للقانون الدولي لا قيمة له[٢].

فالقواعد الآمرة في القانون الدولي مقبولة ومعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل ومن ثم فهي معايير لا يُسمح بالانتقاص منها[٣].

وينتهي '' بول ريتر '' مقرر لجنة القانون الدولي بأن القواعد النهائية أو الآمرة تتخطى مرحلة القواعد العرفية لتصل إلى حالة أقوى من المبادئ العامة والثابتة في القانون الدولي العام[٤].

وبالطبع ليس المقصود بالمبادئ العامة هنا المصدر الثالث لقواعد القانون الدولي العام بحسب ترتيب المصادر طبقاً للمادة ٣٨ من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، فالقواعد الآمرة أقوى من جانب الإلزام من القواعد الاتفاقية المتعددة الأطراف ومن القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون. نعم لا يمكن تصوّر القواعد الدولية الآمرة إلا في صورة قواعد اتفاقية أو عرفية، بمعنى إما أن تكون مدونة أو غير مدونة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

بالرق، وتجارة الرقيق، والتمييز العنصري، والفصل العنصري، فضلاً عن حظر

(١) أحمد أبو الوفا. مصدر سابق، ص ١٩٨.

Jonathan I. Charney. Universal International Law, The American Journal of International Law, Vol. 87:529, 1993, p 541.

(3) " a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted ". T. Meron. General Course in Public International Law, Lahaye: The Huge Academy of International Law, with No Publishing Year, p 415.

(4) Ibid., p 202.

(٥) يُنظر الملاحظة رقم ٢٢، ص ٣٩ من مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق.

(٦) يُنظر الملاحظة رقم ٢٢، ص ٣٩ من المصدر السابق.

التعذيب''[١]، و أكدت اللجنة '' أن أي قاعدة في معاهدة تتضارب مع القواعد الآمرة تعد باطلة ''[٢]، كما نصّت المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ على أن:'' تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع ''.

وفيما يخص القواعد الدولية العرفية الآمرة فإنها '' تتشكل نتيجة لعملية قبول وإقرار (واسع) النطاق بتلك الأعراف بوصفها ذات طابع قطعي من المجتمع الدولي ككل''[٣]. أما ما يخص تعديل القواعد الآمرة فقد أعلنت اللجنة أنه '' لا يمكن تعديل أي قاعدة آمرة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

مواضيع تهم المجتمع الدولي ككل ولها صفة شبه تشريعية وهي على الأغلب تضم أغلب دول العالم أطرافاً فيها أو عدداً كبيراً منها، لذا فهي تكون ملزمة ليس للدول الأطراف فقط بل للدول غير الأطراف أيضاً بغض النظر عن موافقتها عليها من عدمها، في حين المعاهدات المتعددة الأطراف – غير الشارعة – لا تُلزم غير أطرافها، ومن ثم لا تستطيع أن تعدّل في القواعد الدولية الآمرة– بما فيها القواعد العرفية الآمرة–.

(١) يُنظر الملاحظة رقم ٢٢، ص ٣٩ من المصدر السابق.
(٢) يُنظر الملاحظة رقم ٢٢، ص ٤٠ من المصدر السابق.
(٣) يُنظر الملاحظة رقم ٢٣، ص ٤١ من المصدر السابق.
(٤) يُنظر الملاحظة رقم ٢٤، ص ٤١–٤٢ من المصدر السابق.

وفي ذلك يقول الدكتور محمد السعيد الدقاق، بأن:'' المعيار الكمي، وإن كان يصلح كقرينة على أساس أن المعاهدة عامة أم لا ...، إلا أنه لا يمكن الاستناد إليه وحده لتحديد أي من المعاهدات متعددة الأطراف يُعد من قبيل المعاهدات العامة. والأقرب إلى المنطق هو القول بأن المعاهدة العامة، تتميز باتجاه أطرافها إلى إرساء تنظيم يواجه مقتضيات تحقيق الصالح العام للجماعة، وإذ تبدو القواعد التي يضعونها في هذا الشأن، كما لو كانت موجهة إلى أعضاء الجماعة الدولية في مجموعهم.''(١).

إلا أن لجنة القانون الدولي حالياً فيما يخص عملها في إعداد تقرير نهائي عن تحديد القانون الدولي العرفي لم تشأ إدراج موضوع القواعد الآمرة فيه، للجدل الفقهي المحتدم بشأن مصدره ونشأته وإثباته، لذا فقد ارتأى '' مايكل وود '' بوصفه المقرر الخاص للجنة المكلف بإعداد التقارير عن موضوع العرف الدولي، استبعاد القواعد الآمرة من الدراسة، إذ يقول في ذلك:'' ولأسباب عملية في المقام الأول، حتى لا يزيد تعقيداً موضوع معقد أصلاً، يرى المقرر الخاص أنه من المحبذ ألاّ تُتناول هذه المسألة في إطار هذا الموضوع. ومن هذا لا يعني، حسبما أشار إليه أعضاء اللجنة، أنه لن تورد إحالات من وقت لآخر إلى القواعد الآمرة من حين لآخر في سياقات محددة ''(٢).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

والذي يقضي بأسبقية الالتزامات بموجب الميثاق على الالتزامات الأخرى، فقد أثار التقرير المسألة السابقة بالآتي:'' أن صيغة العبارة الآتية من المادة ١٠٣: '' أي التزام دولي آخر يرتبطون به '' تعني ضمناً أن هذا الحكم لا يستهدف سوى الالتزامات التعاهدية. بيد أن الآراء منقسمة حول ما إذا كان القانون العرفي مشمولاً أيضاً، وعندما صيغ الميثاق، أُسقِطَت من النص النهائي عبارة تنص على أسبقية الميثاق على جميع الالتزامات الأخرى، بما فيها الالتزامات الناشئة بموجب القانون العرفي. وقد يُستنتج من ذلك أن المادة

(١) محمد السعيد الدقاق. سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية بين الإطلاق والتقييد، دراسة لأحكام اتفاقية فيينا لسنة ١٩٦٩، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧، ص ٤٧-٤٨.

(٢) مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ١٦.

(٣) تنص المادة ١٠٣ من الميثاق على أنه:'' إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة على وفق أحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق ''.

١٠٣ لا تغطي سوى المعاهدات الأخرى، في نظر واضعي الميثاق على الأقل، إلاّ إن هذا لا يستبعد إمكانية حدوث تطورات لاحقة في القانون، والواقع إن أصحاب النظرة الدستورية يرون إن المادة ١٠٣ تمتد لتشمل القانون العرفي المتعارض أيضاً، فليس صحيحاً افتراض إن الالتزامات بموجب الميثاق ليست لها أسبقية أيضاً على هذه الالتزامات الأخرى (بما فيها الالتزامات القائمة على القانون العرفي)، ويجب النظر إلى المادة ١٠٣ بالارتباط مع المادة ٢٥[١] ومع طابع الميثاق بوصفه الوثيقة الأساسية للمجتمع الدولي ودستوره. ولذلك فإن الأفكار التي ترتكز عليها المادة ١٠٣ صالحة أيضاً في حالة التنازع بين التزامات الميثاق والالتزامات غير الواردة في المعاهدات. ولئن أيّد البعض هذا الرأي، شكك آخرون فيما إذا كانت المادة ١٠٣ ترفع الميثاق إلى مرتبة أعلى من القانون العرفي، وهناك اعتباران قد تكون لهما أهمية في هذا المقام، أولاً: التفسير الحرفي يفضي إلى نتيجة واضحة، فمهما توسع المرء في تفسير عبارة (الاتفاقات الدولية) فإنها لا تشمل العرف الدولي؛ ثانياً: يتراجع القانون العرفي عادة، مثله مثل القانون العام، أمام المعاهدات [illegible] بما في ذلك – المعاهدات المنشئة لمنظمة دولية من مثل الأمم المتحدة. وعلى كل حال، [illegible] مجلس الأمن دائماً على أساس أن قراراته الملزمة [illegible] الذي تتمتع به قرارات [illegible] الأمن نفسه، ولذلك، من الصواب على ما يبدو الانضمام إلى الرأي السائد الذي يقضي بضرورة قراءة المادة ١٠٣ بمفهومها الواسع لتأكيد أسبقية التزامات الميثاق أيضاً على التزامات الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب القانون العرفي ‘‘[٢]. وبطبيعة الحال فإن الكلام المتقدم لا يصدق إلاّ فيما يخص القواعد الدولية العرفية غير الآمرة، تلك التي يجوز تعديلها باتفاقيات دولية متعددة الأطراف عامة، من مثل ميثاق الأمم المتحدة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) تنص المادة ٢٥ من الميثاق على أنه:’’ يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق ‘‘.

(٢) مارتي كوسكينيمي (مقرر لجنة القانون الدولي). التقرير بشأن تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، الوثيقة المرقمة A/CN.4/L.682، ص ١٣٦.

المطلب الثاني: القواعد الدولية العرفية غير الآمرة

لمّا كانت القواعد الدولية العرفية الآمرة فقط هي ما لا يجوز تعديلها إلا بقواعد تحمل الصفة نفسها، فإنه من مفهوم المخالفة تكون القواعد الدولية العرفية غير الآمرة مما يجوز تعديلها، ولكن ما نوع القواعد التي يجوز لها أن تعدل القواعد الدولية العرفية – غير الآمرة –؟ بحسب الأصل، إما أن تكون قواعد دولية عرفية أخرى أو قواعد اتفاقية، وسوف نحصص لكل منها نقطة مستقلة وكالآتي:

الفرع الأول: التعديل بقواعد عرفية جديدة

بحسب الأصل العام، فإنه يمكن للقواعد الدولية العرفية أن تُعدّل بقواعد دولية عرفية أخرى من الدرجة نفسها، ولكن من الممكن أن يُواجه ذلك بصعوبة مفادها أن الممارسات الدولية المخالفة لقاعدة دولية عرفية موجودة فعلاً، يمكن أن توصف بعدم الشرعية، ومن ثم – وفي هذه المرحلة – يمكن أن يتجه ممارسات دولية أخرى نفسها ونجد نفسه ومن ثم تكون بدايةً لنشوء قاعدة دولية عرفية جديدة معدّلة للقاعدة الدولية العرفية السابقة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!
Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.
Remove Watermark Now

٢. أن يكون عدم شرعية الممارسات الدولية المخالفة للقاعدة الدولية العرفية المطبقة فعلاً، مانعاً من استمرار الممارسات الدولية المخالفة، ومن ثم لا تُفلح تلك الممارسات الدولية – القليلة العدد – والموسومة – بعدم الشرعية – في تعديل القاعدة الدولية العرفية المطبقة فعلاً على الصعيد الدولي.

إذن وجود قواعد دولية عرفية بشكل فعلي واستمرار العمل بمضمونها على الصعيد الدولي، لا يمنع امكانية تعديلها لاحقاً بقواعد دولية عرفية جديدة، اللهم إلا إذا تحوّلت تلك القواعد الدولية العرفية إلى الدرجة الآمرة، عندها – يصعب تعديلها – كونها قواعد قطعية وملزمة لعموم المجتمع الدولي.

الفرع الثاني: التعديل باتفاقيات دولية

وفيما يخص تعديل الاتفاقية الدولية لقاعدة عرفية دولية يقول الدكتور عز الدين فوده[١] :'' فإذا كانت المعاهدة منشئة لقاعدة جديدة على العرف الدولي، أو تقوم بتعديل قاعدة في العرف الدولي فلا مراء أن القاعدة الجديدة أو المعدلة التي تنشئها المعاهدة تهم في البداية عدداً من الدول أقل من عدد الدول التي كانت تأخذ بالقاعدة العرفية المنسوخة[٢]، فإذا زاد عدد الدول التي تعترف بالقاعدة الجديدة، واتسع نطاق تطبيقها، فإن ذلك لا يكون بالضرورة نتيجة الانضمام إلى المعاهدة، بل قد يكون نتيجة لذيوعها وانتشار القاعدة عرفياً، ومن ثم تصير القاعدة اتفاقية بالنسبة للبعض، في حين أن لها طبيعة العرف بالنسبة لدول أخرى، ونكون في هذه الحالة ... بصدد قواعد مختلطة: عرفية واتفاقية في آن واحد ''، فالإلزام لغير أطراف المعاهدة لا يكون على أساس المعاهدة نفسها بل على أساس القواعد الدولية العرفية.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ولا إشكال في صحة ما ذكره الدكتور العناني من أن القواعد العرفية الآمرة لا يمكن تعديلها إلاّ بقواعد عرفية أو اتفاقية من الدرجة نفسها (أي تكون آمرة أيضاً)، إلا أنه لم يفرق في إمكان تعديل القواعد العرفية – غير الآمرة – بين أنواع الاتفاقيات الدولية وما إذا كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، والمتعددة الأطراف ما إذا كانت شارعة أم لا، وكما تقدم

---

(١) عزالدين فوده. مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٢) لأن العرف الذي يكون مصدراً لقواعد القانون الدولي العام هو العرف الدولي العام الذي تكون احكامه موجهة للكافة وملزمة لها، أما المعاهدات الدولية فإن الأصل فيها هو النسبية أي أنها لا تلزم غير أطرافها، ومن هنا ورد الكلام أعلاه من أن عدد الدول التي تأخذ بالمعاهدة الدولية أقل من عدد الدول التي تكون مخاطبة بحكم القاعدة الدولية العرفية.

(٣) إبراهيم محمد العناني. مصدر سابق، ص ١٨.

فإن القواعد الدولية العرفية العامة فقط هي ما تكون ملزمة للدول ومن ثم لا يمكن للقواعد الاتفاقية الثنائية أن تعدل القواعد العرفية العامة لأنها تفتقد صفة العموم إلاّ إذا تكرر أخذ الدول بالقاعدة الجديدة عن طريق تكرار عقد الاتفاقيات الثنائية عندها يكون الإلزام بالنسبة للدول غير الأطراف لا للقواعد الاتفاقية بل للقاعدة العرفية الجديدة التي تكونت من تكرار وتواتر الممارسة الدولية عن طريق اتفاقيات ثنائية، أمّا الاتفاقيات المتعددة الأطراف غير الشارعة فإنها وإن كانت تضم دولاً كثيرة أطرافاً فيها فإنها مع ذلك تفتقد لوصف العموم الذي تتمتع به القواعد الدولية العرفية لذا فإنها تخضع للقاعدة نفسها التي تقدم ذكرها فيما يخص الاتفاقيات الثنائية ولكن بالطبع فإن العدد الذي يتحقق به التواتر المطلوب عن طريق تكرار عقد الاتفاقيات المتعددة الأطراف سيكون أقل منه في حالة الاتفاقيات الثنائية، أما الاتفاقيات المتعددة الأطراف الشارعة فإنها تحمل وصف العموم من جهتين: أولاً لأنها تضم أغلب دول العالم أطرافاً فيها، وثانياً لأنها بحكم الموضوعات التي تنظمها فإنها عامة تهم أغلب دول العالم، ومن ثم يمكن لمثل هذه الاتفاقيات أن تعدل القواعد الدولية العرفية

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

بنصوص اتفاقية، فضلاً عن أن الاتفاقيات الدولية لا يعدلها إلا ما يكون من جنسها نفسه أي بنصوص اتفاقية أيضاً.

الثاني: يذهب إلى أن الاتفاقيات الدولية كما يتم تعديلها بنصوص اتفاقية بالطريق الرسمي للتعديل بموجب احكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، فكذلك يتم تعديلها عن طريق القواعد الدولية العرفية بالسلوك اللاحق للدول، المخالف لأحكام وردت في الاتفاقية نفسها، إذ فكما تكون الاتفاقيات الدولية مصدراً رسمياً لقواعد القانون الدولي العام فكذلك القواعد الدولية العرفية.

وقد وجه بعض الفقه النقد لاستعمال تعبير السلوك اللاحق للدلالة على العرف المعدّل وذلك لأنه لا يتفق مع الواقع وحقيقة الأمور إذ كان المفترض استعمال مصطلح العرف الدولي بدلاً من السلوك اللاحق لتكون القاعدة الدولية العرفية من ركنين أولهما

مادي هو السلوك الدولي وتواتره والثاني معنوي هو الشعور بالإلزام ولا يمكن للسلوك الدولي أن يكون عرفاً دولياً دونما توفر الركن الثاني (المعنوي)[1].

ولا يمكننا الاتفاق مع الرأي المتقدم مع وجود الرأي الفقهي الدولي الآخذ بالانتشار من أن القاعدة الدولية العرفية تتكون من ركن واحد مادي بطبيعته يتمثل بتواتر السلوك الدولي وأن العقيدة القانونية بالإلزام هي القاعدة الدولية العرفية نفسها وليست شيئاً آخر فهي نتيجة للتواتر لا سبباً فيه، ومن ثم فلا ضير من استعمال تعبير السلوك اللاحق للدلالة على القاعدة العرفية المعدلة لاتفاقية دولية سابقة ما دام هذا السلوك وتواتره – واستعمال تعبير السلوك اللاحق يستشف منه معنى التواتر – يشكل ركن القاعدة الدولية العرفية وسلوك الدولة المخالف لنصوص اتفاقية دولية يصاحبه غالباً توافر العقيدة القانونية لديها بالزام ما سلكته مع غيرها من الدول.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

(١) حسين حنفي عمر. التعديل العرفي للمعاهدات والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، القاهرة: الناشر دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٨٥-٢٨٦.

في هذا الفصل نتناول بالدراسة موضوعين على درجة كبيرة من الأهمية وهما: إثبات القاعدة الدولية العرفية ولاسيّما ما يكتنف هذا الموضوع من صعوبات الإثبات من حيث هو، فضلاً عن تداخله مع موضوع تكوين القاعدة الدولية العرفية.

أما الموضوع الثاني فينصب على معالجة أثر التصرفات الانفرادية ولاسيّما الاحتجاج والتحفظ والسكوت في تكوين القاعدة الدولية العرفية.

المبحث الأول: إثبات القاعدة الدولية العرفية

إن موضوع إثبات القواعد الدولية العرفية يُعدّ من المواضيع التي تستوجب من الفقه والقضاء الدوليين الكثير من الحذر والتروي والتعمق، وكما يقول مقرر لجنة القانون الدولي:[1] "والتحقق من وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي هو بمثابة بحث عن ممارسة اكتسبت قبولاً كبيراً في أوساط الدول بحيث أضحى الآن من الجائز عدّها شرطاً [illegible] القانون الدولي العام. وقد تكون هذه الممارسة عملية شاقة ومعقدة، لدواعٍ ليس أقلها أن كل [illegible] ورغباتها ومعتقداتها فحسب، بل أيضاً عند العلم بأوجه الغموض التي تكتنف العديد من أركان الممارسة"[1].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

لذا استلزم الأمر أن نتناول تحديد مصطلح إثبات وتمييزه عن مصطلح التكوين في المطلب الأول من هذا المبحث.

(١) مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص ١٩.

المطلب الأول: تحديد مفهوم إثبات القاعدة الدولية العرفية

ولا بد هنا من الإشارة إلى الجدل الفقهي المثار بشأن استعمال مصطلح (إثبات evidence) وما المقصود به في نطاق القانون الدولي؟

فالإثبات بل يكون لقواعد القانون وهذه الأخيرة هي التي تكون محلاً للإثبات ومن ثم لا يمكن للقانون أن يكون مثبتاً لنفسه(١).

وإذا علمنا أن العقيدة القانونية بالإلزام هي العرف نفسه فلا محل لوصفها أنها مُثبِتةً له.

يقول (Bin Cheng): بأن دور '' العادة '' في إنشاء قواعد القانون العرفي الدولي هو محض إثبات فقط، ومن ثم فإن القانون العرفي الدولي يتكون حقاً من مكوّن واحد هو العقيدة القانونية بالإلزام (٢).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

إن عدم الاتفاق على المعنى المراد من مصطلح (إثبات) كما تقدم، والتداخل الواضح بين تكوين القاعدة الدولية العرفية من جهة واثباتها من جهة أخرى، دفعنا إلى عدم

---

(1) Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 267.

(2) Cheng. United Nation Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?, Indian Journal of International Law, Vol. 5, 1965, p 23, 36; quoted in Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 268.

(3) " Evidence is a necessary, and not a dispensable component of the rule. But because of the confusions resulting from its use, the term (evidence) . . . is best relegated to the domain of counter-productive terminology.". Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 268.

إفراد موضوع الاثبات بفصل مستقل، إذ في ذلك تكرار لا طائل من ورائه، فإذا كان محل الاثبات هو العقيدة القانونية بالإلزام فإنه عند من يقول بأنها ركنٌ في القاعدة الدولية العرفية، يكون اثباتها دخولاً في (وتكراراً لـ) موضوع نشأة القاعدة الدولية العرفية، وإذا كان محل الاثبات هو تواتر السوابق الدولية فإن التواتر عند الاتجاه الآخر يعد ركن القاعدة الدولية العرفية ومن ثم يعد اثباته تناولاً لموضوع التكوين لا أكثر.

وما تقدم نفسه، كان دافعاً للجنة القانون الدولي بمناسبة دراستها لموضوع العرف الدولي إلى تغيير عنوان الدراسة إلى '' تحديد القانون العرفي الدولي identification of customary international law '' بدلاً من العنوان السابق '' تكوين القانون العرفي الدولي وإثباته formation and evidence of customary international law ''، إذ جاء في التقرير الثاني لمقرر لجنة القانون الدولي '' مايكل وود '' عن تحديد القانون العرفي الدولي بأنه:'' وفي ضوء المناقشة وفي أعقاب مشاورات غير رسمية قررت اللجنة أن تغير عنوان الموضوع ليصبح ''تحديد القانون الدولي العرفي. وقد تم ذلك في جزء منه إلى اللغات الرسمية الأخرى للأمم evidence في ترجمة كلمة المتحدة، وللتأكيد على أن الهدف الرئيس للموضوع هو تقديم التوجيه إلى الأشخاص الأركان '' وبإثبات القانون الدولي العرفي أو إقامة الدليل على وجوده، ما تزال ضمن نطاق هذا الموضوع.''[1].

يقول '' Wolfke '':'' إن إثبات القانون الدولي العرفي ونشأته مترابطان بالضرورة ترابطا وثيقا بما أن عملية النشأة تضبط، من جهة، وسائل تحديد قواعد العرف من جهة، ومن جهة أخرى تؤثر عملية إثبات العرف أو عناصره في تطوره لاحقا.''[2].

وفي هذا المبحث المخصص لإثبات القاعدة الدولية العرفية لا بد فيه من تناول المحل الذي يقع عليه الاثبات من القاعدة الدولية العرفية، هل هو الركن المادي المتمثل

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) مايكل وود. مصدر سابق، ص ٢.

(2) K. Wolfke. Custom in Present International Law, 2nd Edition. Dordrecht: Maritime Nijhoff, 1993, p 116.

أشار إليه المصدر السابق، ص ٢ هامش ٦.

بتواتر السوابق الدولية أم العقيدة القانونية بالإلزام، وذلك في مطلب أول، وإثبات القاعدة الدولية العرفية في مطلب ثان.

المطلب الثاني: محل الإثبات في القاعدة الدولية العرفية

في هذا المطلب نعالج موضوع تحديد العنصر الذي يكون محلاً لإثبات القاعدة الدولية العرفية؟ هل هو العنصر المعنوي المتمثل في العقيدة القانونية بالإلزام أم هو العنصر المادي المتمثل في تواتر السوابق الدولية؟ وذلك في فرعين.

الفرع الأول: العنصر المعنوي هو محل الإثبات

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المعنية من عدمه، وهذا البحث والفحص أمرٌ في غاية الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً في بعض الحالات[1].

فضلاً عن أنه من السهل تماماً بالنسبة للدولة التي تتضرر من موضوع تطبيق القاعدة الدولية العرفية عليها، أن تنكر قناعتها بإلزامية القاعدة المذكورة بشأنها.

وبالرغم من اعتقادنا بأن العقيدة بالإلزام ليست محلاً للإثبات في القاعدة الدولية العرفية، فإنه بصدد البيانات الرسمية التي تصدر عن الجهات المسؤولة في دولة معينة، تُعدّ دليلاً على العقيدة القانونية لدى الدولة إذا ورد فيها صراحة التزام الدولة تلك بقاعدة

---

(1) E. Jiménez de Aréchaga. Op. Cit., p 24;

مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام (القاعدة لدولية)، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

دولية عرفية ما، إذ ورد في تقرير السيد مايكل وود:'' إن أي بيان صريح تذكر فيه إحدى الدول أن قاعدة معينة إلزامية لها صفة القانون الدولي العرفي، مبدئياً، يقدم أوضح دليل على اعتقادها بالتزامها أو باعتزامها الالتزام من وقتها فصاعداً بذلك المبدأ المعين أو تلك القاعدة المعينة. وعلى العكس من ذلك، حين تقول إحدى الدول أن شيئاً ما ليس قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، فهذا دليل على غياب الاعتقاد بالإلزام.''[1].

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاقيات المتعددة الأطراف وقرارات أجهزة المنظمات الدولية ذات التمثيل الواسع للدول، تعد إثباتاً ليس للقاعدة الدولية العرفية نفسها وبل للعقيدة القانونية بالإلزام[2].

ولنا على الرأي المتقدم الملاحظات الآتية:

١. صحيح أن القاعدة القانونية لأجل إثباتها لا يمكن أن يكون محل الإثبات، هو القاعدة القانونية نفسها إذ بعد ذلك مصادرة على المطلوب ويؤدي إلى السير في حلقة مفرغة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

٢. أراد الرأي الفقهي المتقدم أن يتجاوز الهجوة التي يقع فيها الاتجاه التقليدي في تكوين القاعدة الدولية العرفية من ركنين مادي ومعنوي، وذلك عبر ذكر أمثلة تمثل مقبولية واسعة من قبل الدول لتكون حسبما يعتقد دليلاً على تحقق العقيدة بالإلزام لدى الدول ومن ثم القول بأنها تعد دليلاً على أن العقيدة نفسها محل الإثبات في القاعدة الدولية العرفية، وأنها تقترن مع الركن المادي جنباً إلى جنب لتكون القاعدة العرفية. ولكن ذلك لا يحل الإشكالية في أن التصرف الأول الصادر من الدولة والذي يعد نقطة البداية لأجل تحقق التواتر لا يمكن أن يقترن مع العقيدة بالإلزام، فإذا قيل أن السلوك الدولي المتكرر هو وحده ما يصح اقتران العقيدة القانونية به،

---

(١) مايكل وود. مصدر سابق، ص ٧٨.

(2) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 112.

فحينها لا نكون أمام عملية تكوين للقاعدة الدولية العرفية بل أمام قاعدة دولية عرفية قد وجدت بالفعل في اللحظة التي تحققت فيها العقيدة بالإلزام نتيجة السلوك الدولي، إذ إن العقيدة بالإلزام هي ماهية القاعدة العرفية وجوهرها. كما أن ما ذكر من أمثلة تخص الاتفاقيات المتعددة الأطراف العامة (الشارعة) وقرارات المنظمات الدولية ذات التمثيل الواسع للدول، هي بالفعل أمثلة لماديات القاعدة الدولية العرفية التي لا يشترط فيها التواتر كما يشترط في غيرها بل يكتفى فيها بالمرة الواحدة في كثير من الأحيان لتحقق العقيدة بالإلزام أي القاعدة العرفية لأنها تعكس رأي غالبية دول العالم.

الفرع الثاني: الركن المادي (التواتر) هو محل الإثبات

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الانتباه إلى الاستعمال الشائع لبيانات عامة بالقواعد في الممارسة الحديثة للمحكمة، بالرغم من أنهم يدفعون المسألة إلى أبعد مما ينبغي عبر إصرارهم على التنظير لهذا التطور. والواقع أن المحكمة لم تتخل أبداً عن رأيها، ذي الجذور الراسخة في نص النظام الأساسي، القائل بأن القانون الدولي العرفي هو (قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال) – أي أنه، بحسب الكلمات المستعملة في قضية مؤخراً، (يقتضي وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون هناك '' ممارسة مستقرة '' مصحوبة بالاعتقاد بالإلزام). غير أنه عملياً، لم ترَ المحكمة أبداً أن من الضروري إجراء هذا البحث بشأن كل قاعدة يدعى أنها قاعدة عرفية في قضية بعينها، واستخدمت المحكمة عوضاً عن ذلك أفضل الأدلة المتاحة وأنسبها لتحديد ما إذا كانت ثمة قاعدة عرفية من هذا النوع. وأحياناً يتطلب ذلك استعراضاً عاماً (للركن المادي) للعرف في حد ذاته، في

حين أنه في الغالب الأعم سيكون كافياً النظر في الآراء المدروسة التي تعبر عنها الدول والهيئات من قبيل لجنة القانون الدولي فيما يتعلق بما إذا كانت ثمة قاعدة عرفية قائمة وبشأن محتوى تلك القاعدة، أو على الأقل استعمال القواعد التي تتم صياغتها بوضوح في تعبير خطي كنقطة مرجعية لتأطير وتوجيه البحث في الركن المادي للعرف.''[1].

وفي الواقع لا نتفق مع القول السابق من أن القاعدة الدولية العرفية تتألف من اجتماع الممارسة الدولية مع العقيدة القانونية بالإلزام إذ إن الممارسة الدولية هي التي تمثل الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية في حين تمثل العقيدة بالإلزام ماهية القاعدة الدولية العرفية. يقول B. Schlütter:'' الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية بشأن العرف ليس دائماً متسقاً ولا يبدو أنه يتبع مفهوماً كلياً، على النحو الذي تتصوره النظريات المختلفة المتعلقة بالقانون الدولي العرفي ... وليس لدى المحكمة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

يكون للقاعدة القانونية نفسها وبل لماديات القاعدة ممثلة في الممارسات الدولية.

وتختلف الأفعال التي تكوّن السوابق الدولية والتي يكون تواترها مكوّن للركن المادي للقاعدة الدولية العرفية وتستعمل لإثبات العقيدة القانونية بالإلزام وتتركز في مجال العلاقات الخارجية أو علاقة الدولة مع الدول الأخرى، فهي تشمل الاتفاقيات المصادق عليها ومصادقة السلطة التشريعية عليها والأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية المتعلقة

---

(1) P. Tomka. The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19–20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals. 12 (2013).

النص المترجم نقلاً عن مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨.

(٢) أورده المصدر السابق، ص ٣٧.

بالشؤون الخارجية ونشر الأحكام القضائية المطبقة والمفسرة للقانون الدولي، وبشكل عام كل ما يصدر عن السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ويكون متعلقاً بالشؤون الخارجية للدولة(١).

وبحسب المادة ٤ من قواعد مسؤولية الدولة التي تبنتها لجنة القانون الدولي عام ٢٠٠١، فإنها تؤكد على أن ممارسات الدولة المعترف بها في ظل القانون الدولي تشمل ما يصدر عن أجهزة الدولة المختلفة سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، فضلاً عن أن مفهوم جهاز يشمل الفرد أو الهيئة التي يكون مركزها قانوني بحسب القانون الداخلي للدولة.

وفي تكوين القواعد الدولية العرفية فإن هناك اعتبار كبير لما يصدر بصدد علاقات الدولة الخارجية عن الأشخاص الذين يمتلكون سلطات مؤثرة في دولهم(٢)، وقد عدّت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية التجارب النووية بين أستراليا وفرنسا ١٩٧٤ بأن التصرفات الشفهية أو المكتوبة التي تصدر عن رئيس فرنسا في علاقاتها الدولية،

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

فمنها من يكون مساهماً في السوابق نفسها ومنها من يكون رافضاً لها ومنها من يلتزم جانب السكوت وكأصل عام لا يُفسّر السكوت هنا على أنه رضا وموافقة على السوابق المكونة للقاعدة الدولية العرفية بل يمكن أن يُعد قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وجود القاعدة العرفية.

ويمر إثبات القاعدة الدولية العرفية أمام القاضي الدولي بمرحلتين هما أولاً: مرحلة فحص التصرفات القانونية، وثانياً: مرحلة مواجهة الخصوم بالقاعدة الدولية العرفية وما

---

(1) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 172.

(2) Ibid., p 173.

(3) Nuclear tests case (Australia v. France), 1974 I.C.J. Rep. p 253, 269.

(4) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 187.

يستتبع ذلك من موقف يتمثل في نفي القاعدة العرفية أو إثباتها، وهو ما سنتناوله بعنوان '' آلية إثبات القاعدة الدولية العرفية '' في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثالث: آلية إثبات القاعدة الدولية العرفية

تكون '' قواعد العرف الدولي ... في بعض الاحيان محلاً للنزاع بين الأطراف أمام القضاء الدولي، ونتيجة لذلك، ... على الطرف الذي يدعي وجود قاعدة عرفية دولية أن يثبت وجودها، إذا نازع الطرف الآخر في ذلك، أما فيما يتعلق بقواعد العرف الدولي التي لا يوجد بشأنها نزاع فإنها تعد قواعد قانونية دولية تنطبق عليها قاعدة القانون لا يحتاج إلى اثبات، إذ يُعفى الأطراف بشأنها من البحث عن السوابق التي تؤيد وجود هذه القواعد، ويقع على عاتق القاضي الدولي البحث عن هذه السوابق ومعرفة أثرها ''(١).

لذا تنقسم آلية بحث القاضي في إثبات القاعدة الدولية العرفية إلى مرحلتين، الأولى في التصرفات القانونية اتفاقية كانت أم انفرادية، والاخرى تتمثل في مواجهة الخصوم بالقاعدة الدولية العرفية ...

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) أحمد رفعت مهدي خطاب. الاثبات أمام القضاء الدولي، الطبعة الأولى، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩، ص ٢٢٠.

الفرع الأول: آلية تطبيق محكمة العدل الدولية لمصادر القانون الدولي العام

إن تحديد مصادر القانون الدولي العام الرئيسة والمساعدة لم تتحدد إلاّ من خلال نص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ومن قبلها محكمة العدل الدولية الدائمة، وإن القواعد التي تحدد قواعد القانون الدولي قد تنبه إليها مقرر لجنة القانون الدولي، ومما جاء في تقريره:'' ولعلّه من غير الضروري، على الأقل في هذه المرحلة، التطرق إلى مسألة طبيعة القواعد التي تحكم نشأة وتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، وعلى سبيل المثال، ما إذا كانت هذه القواعد نفسها جزءاً من القانون الدولي العرفي. ولكن كما هو الحال في أي نظام قانوني، لا بد أن تكون ثمة في القانون الدولي العام قواعد لتحديد مصادر القانون. ويمكن الوقوف عليها للأغراض الحالية بالقيام، على وجه الخصوص، بدراسة سبل تعامل الدول والمحاكم مع مهمة تحديد القانون ''(١)، ومن هنا فإن المادة ١/٣٨ لا تختص بمحكمة العدل الدولية بل تحكم عمل القضاء الدولي [illegible] عام [illegible] تحدد مصادر قواعد القانون الدولي.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وفي ذلك [illegible] مقرر لجنة القانون الدولي:'' إن المادة ٣٨ من النظام الأساسي [illegible] مجرد [illegible] مقرر فقط على [illegible] في [illegible] عيوبها – إعلاناً لطرق [illegible] القانون [illegible] أيضاً في المورد نفسه:'' وقد تواترت الإحالة إلى المادة ١/٣٨ أو أُورِدَت هي نفسها في صكوكٍ لاحقة. وبالرغم من أنها بصيغتها تلك لا تسري إلاّ على المحكمة الدولية، فإن المصادر المحددة في المادة ١/٣٨ تُعدّ عموماً سارية أيضاً بالنسبة للمحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى، رهناً بأي قواعد تخصيص في النظام الخاص بكل منها ''(٣).

وسوف نتناول آلية تطبيق القاضي الدولي في محكمة العدل الدولية لمصادر القانون الدولي العام ومن ضمنها القواعد الدولية العرفية استناداً للمادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

---

(١) مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ٢٤.
(٢) المصدر السابق، ص ١٩.
(٣) المصدر السابق، ص ٢٠.

إذ تنص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن:'' وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تُرفع إليها على وفق أحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ- الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعداً معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج – مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم. ويعد هذا وذاك وسيلة مساعدة لتعيين قواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩ ''[١].

وبحسب صراحة نص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أعلاه فإن القاضي ملزم بمراعاة الترتيب في الأخذ بالمصدر المعين لقواعد القانون الدولي العام وتطبيقه على القضية المعروضة عليه، وهو يبدأ بالبحث أولاً في ما إذا كان هناك اتفاقاً عاماً من أطرافه فإن لم يجد يلتفت للبحث عن الاتفاق الخاص بين طرفي النزاع إن وجد، ثم يبحث في [illegible] وهنا لا بد من الاشارة الى الجدل الفقهي[٣] المثار بشأن التمييز بين الاتفاقات العامة والخاصة في مسألة مصدريتها لقواعد القانون الدولي العام، إذ كان الاتجاه السائد في الفقه الدولي (ومنهم: تريبل، كورنكوف، بوركمان، مارتينس، ستارك، ساكرنا) يعد أن الاتفاقات العامة (الشارعة) فقط هي ما تُعد مصدراً لقواعد القانون الدولي العام من دون الاتفاقات الخاصة التي لا تعد مصدراً لقواعد هذا القانون، فالمعاهدات المعقودة بين دولتين

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) تنص المادة ٥٩ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن:'' لا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه ''.

(2) A. Mark Weisburd. The International Court of Justice and the Concept of State Practice, University Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31:2, 2009, p 304.

(٣) يُنظر حكمت شبّر. مصدر سابق، ص ٦٤-٦٧.

لا تلزم إلاّ طرفيها ولا يمكن أن تُلزم دولاً أخرى ولا يمكن أن تنشئ قواعد في القانون الدولي، إلا أن الاتجاه الفقهي الآخر لا يفرق بين الاتفاقات العامة والخاصة بوصفها مصدراً لقواعد القانون الدولي العام (ومنهم: روسو، فيشر، كلسن، لوكين، لاخس)، يقول الفقيه السويسري كلسن:'' بأن ما يُسمّى بالمعاهدات الشارعة يتضمن المعاهدات التي تنشئ قواعد عامة في الوقت الذي تنشئ فيه المعاهدات الأخرى قواعد خاصة ''، وأن جميع المعاهدات هي شارعة عامةً كانت أم خاصة ولا فرق بينها إلاّ من جانب عمومية الموضوعات التي تنظمها فكل معاهدة مهما كان نوعها تعد قانوناً لأطرافها فالمعاهدات العامة تُعقد بين عدد كبير من الدول وتنظم قواعد عامة ودائمة ولا يقتصر تطبيقها على الموضوع الذي شرّعت من أجله بل يسري على الحالات المستقبلة وهي تتضمن قواعد مطوِّرة للقانون الدولي ومثالها اتفاقية قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ واتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢، أمّا المعاهدات الخاصة فتنظم أحوالاً قانونية خاصة كالاتفاقات التجارية والثقافية والفنية واتفاقات الحدود وقد تكون المعاهدات الخاصة قواعد لا تلزم أطرافها فقط

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

العامة التي تسري تجاه الجميع، أي تجاه طرفي النزاع و الغير، أمّا ما يُسمّى بالأعراف الاقليمية فلا تُعد مصدراً لقواعد القانون الدولي العام.

مع ملاحظة أن القاضي الدولي يستطيع الحكم استناداً إلى العرف الدولي بالرغم من وجود نص في معاهدة بالمضمون نفسه، وفي ذلك يقول مايكل وود:'' وينبغي أن يُراعى أيضاً أن القانون العرفي الدولي له كيان قائم بنفسه حتى وإن وجدت قاعدة مطابقة في معاهدة ما.''[١].

(١) تقريره الأول المقدم إلى لجنة القانون الدولي عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص ٢١.

الفرع الثاني: مرحلة فحص التصرفات القانونية

إن التصرفات القانونية الدولية التي يكون تواترها مكوّناً للركن المادي في القاعدة الدولية العرفية إمّا أن تكون إتفاقية أو تصرفات انفرادية، وفيما يخص الإتفاقيات الدولية فإن الأصل العام فيها هو نسبية أثر الإتفاقيات الدولية إذ لا يسري أثرها إلى غير أطرافها ولا تنشئ حقوقاً والتزامات تجاه الغير إلاّ برضاه صراحة أو ضمناً طبقاً للمواد ٣٤، ٣٦ من اتفاقية قانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، ومن الإتفاقيات الدولية ما يكون محلاً لتعامل الغير بها بالرغم من عدم اعتباره طرفاً فيها فإذا ما كان تكرار العمل بها يرقى إلى مستوى التواتر فإن القواعد التي قننتها الإتفاقية والتي تواتر العمل بمضمونها من قبل الغير تصبح قواعد عرفية دولية، ومثالها إتفاقية فينا عام ١٨١٥ التي أقرت حياد سويسرا الدائم فإنه

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

أمّا عن العدد المطلوب الذي تتحول فيه القواعد الإتفاقية نتيجة تواتر التعامل بها من قبل الغير إلى قواعد عرفية فإنه ليس من عدد محدد يمكن أن يُقاس عليه، فقاعدة نبذ الحرب بحسب اتفاق بريان – كيلوك في ١٩٢٨/٨/٢٧ قد عدّتها محكمة نورنبرغ قاعدة عرفية دولية تسري تجاه الجميع مع أن عدد الدول الموقعة على الاتفاق حين عقده كان خمس عشرة ودخل حيز التنفيذ في ١٩٢٩/٧/٢٤، وقبيل نشوب الحرب العالمية الثانية عام ١٩٣٩ بلغ عدد الدول المصدّقة والمنضمة للاتفاق ٦٣ دولة، مع ملاحظة أن الاتفاق لم يُقنّن قاعدة عرفية دولية بل أنشأ قاعدة عرفية دولية لأول مرة[٢].

(١) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٤٣.
(٢) المصدر السابق، ص ١٤٣-١٤٤.

لذا يمكن القول أن التصرفات الاتفاقية (الاتفاقيات الدولية) تتحول قواعدها إلى قواعد عرفية دولية بطريقين:

أولهما: تطبيق عدد كبير من الدول مضمون تلك القواعد والتزامها بها.

وثانيهما: قيام الدول الأخرى بعقد اتفاقيات مشابهة متضمنة القواعد نفسها.

وكلا الأمرين سيحققان التواتر المطلوب لقيام القاعدة الدولية العرفية.

وكما التصرفات الاتفاقية تدخل التصرفات الدولية الانفرادية في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية إذا تلتها تصرفات من النوع نفسه، وفي حيثيات حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال في ٢٠ شباط ١٩٦٩، عدت المحكمة أن تصريح الرئيس الأمريكي ترومان في ٢٨ أيلول ١٩٤٥ كان بدايةً لنشوء النظام القانوني للجرف القاري على أساسٍ عرفي إذ تلته تصريحات مماثلة من عدد من الدول[١].

وفيما يخص قرارات المنظمات الدولية فإن تكرار إصدار قرارات مماثلة والسلوك الدولي اللاحق لصدورها المطبق لمضمونها والملتزم بما ورد فيها يسهمان بدور كبير في [illegible] القرارات في إثبات الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

(١) المصدر السابق، ص ١٤٤.

(٢) بيار ماري- دوبوي. مصدر سابق، ص ٤٢١-٤٢٢.

الفرع الثالث: مرحلة مواجهة الخصوم بالقاعدة الدولية العرفية

يسعى مدعي القاعدة الدولية العرفية أمام القاضي الدولي إلى إثبات إلزامية القاعدة العرفية تجاه الطرف الآخر[١]، فإن استطاع مدعي العرف أن يقدّم أدلة أقوى من تلك التي يقدمها منكر العرف يكون من السهل على القاضي اثبات القاعدة الدولية العرفية التي يُفصل في النزاع بموجبها، أمّا إذا كانت أدلة النفي هي الأقوى، فالقاضي مضطر هنا إلى الإقرار بعدم وجود القاعدة الدولية العرفية إذا لم تكن القرائن لدى القاضي قادرةٌ على إثباتها[٢].

ومثال أدلة الإثبات التي من الممكن أن يستعرضها القاضي ويدفع بها المدعي ما

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

١) إن المادة ٦ من اتفاقية ١٩٥٨ تعد قاعدة قانونية بوصفها واحدة من القواعد العرفية التي قننتها هذه الاتفاقية.

٢) إن طريقة الأبعاد المتساوية قد اتبعت في تحديد الجرف القاري بين الدول المطلّة على بحر الشمال كالنرويج والسويد.

---

(١) مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام (القاعدة الدولية)، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢) المصدر السابق، ص ٢١٥؛ زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٣) زهير الحسني. المصدر السابق، ص ٣٠-٣١.

٣) قيام ألمانيا بتحديد جرفها القاري المجاور لجرف كل من الدنمارك وهولندا بتطبيق خطوط الأبعاد المتساوية وأنه يتعين نتيجة لذلك أن تحدد بقية الجرف القاري المتجه نحو البحر العالي بالطريقة نفسها.

٤) إن ألمانيا قد وقعت على اتفاقية ١٩٥٨ وأعربت في أثناء المفاوضات عن نيتها في التصديق عليها والتي تم تأكيدها في التصريح الصادر عنها في ١٩٦٦/١/٢٠، وعليه تكون هذه الاتفاقية ملزمة لألمانيا كما هي ملزمة لهولندا والدنمارك.

٥) إن الأبعاد المتساوية هي الطريقة المنطقية والأكثر عدالة لتحديد المجالات البحرية ومنها الجرف القاري.

٦) إن الجرف القاري حق طبيعي للدول تتمتع به بولاية قانونية عليه، وأن طريقة الأبعاد المتساوية هي الطريقة الطبيعية لتحديد.

أمّا أدلة النفي التي توصلت إليها المحكمة في قضية الجرف القاري لبحر الشمال

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الطرف الذي لم يصدّق عليها، ولما كان المجال مفتوحاً أمام ألمانيا للتصديق على

اتفاقية ١٩٥٨ فإنه كان بإمكانها القيام بإجراءات التصديق الضرورية لدخول المعاهدة حيز التنفيذ في مواجهتها، وإن امتناع ألمانيا عن التصديق قرينة كافية على عدم رغبتها في الارتباط بالمعاهدة بالرغم من توقيعها عليها، ويُستدل على ذلك أيضاً بالمذكرة الألمانية في ١٩٦٦/٧/١٢ الموجهة لكل من هولندا والدنمارك والتي اعترضت بها على الاتفاقات المعقودة بينهما والتي حددت جرفهما القاري بطريقة الأبعاد المتساوية.

٢) إن تحديد الجرف القاري الألماني القريب من سواحلها في مواجهة كل من هولندا والدنمارك بطريقة الأبعاد المتساوية بل هو حجة بخصوص هذا الجزء وليس حجة على ألمانيا بخصوص الأجزاء البعيدة عن سواحلها، وأن ألمانيا لو كانت راغبة في

(١) المصدر السابق، ص ٣١-٣٣.

تطبيق هذه الطريقة في هذه الأجزاء البعيدة لفعلت وأن امتناعها عن ذلك يدل على عدم قبول هذه الطريقة لتحديد الأجزاء المذكورة.

٣) إن تطبيق الأبعاد المتساوية لتحديد الجرف القاري في بحر الشمال والخليج العربي، لا يعني بالضرورة نشوء قاعدة عرفية بخصوص هذه الطريقة بالنظر لعدم الأخذ بها في مناطق أخرى.

٤) إن ثبوت حقوق الدول الساحلية على جرفها القاري بوصفها حقوقاً طبيعية غير مرتبط بالأبعاد المتساوية، لأن هذه الحقوق ثابتة بحكم الواقع ومنذ البداية، وأنها لا تحتاج إلى أي تصرفٍ قانوني لهذا الغرض، ومن ثم فلا وجه للعلاقة بين هذه الحقوق الطبيعية وبين تحديد الجرف القاري نفسه ولا علاقة بين ثبوت هذه الحقوق والأبعاد المتساوية.

٥) إذا كانت طريقة الأبعاد المتساوية طريقة منطقية ومحققة للعدالة لتحديد الجرف القاري، فإنها ليست كذلك اتجاه ألمانيا لأن تطبيق هذه الطريقة مضرّ بها، كما أنها ليست قاعدة آمرة ملزمة لألمانيا بالضرورة.

٦) إن الأبعاد المتساوية ليست طريقة هندسية بحد ذاتها، لأن المادة ٦ من اتفاقية

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

٧) إن المادة ٦ هي من المواد التي يجوز التحفظ عليها بموجب الأحكام الختامية الواردة في المادة ١٢ من الاتفاقية والتي تمنع إيراد التحفظات على المواد ١-٣، ومن ثم فإن إمكانية التحفظ على المادة ٦ تحول دون اعتبارها قاعدة عرفية لبداهة عدم إمكان الاحتجاج بها على من تحفظ عليها، فالتحفظات تحول من دون تحوّل المواد المتحفظ عليها من مواد اتفاقية إلى قواعد عرفية، لأن هذه المواد ليست أساسية في المعاهدة.

٨) إن الأبعاد المتساوية قد طبقت لقياس البحر الإقليمي أو الجرف القاري بموجب خط الوسط بين المجالات البحرية المتقابلة وبهذا فهي تحقق القياس المؤدي إلى نتائج عادلة، أما القياس بالخط الجانبي فإنه لا يوصل إلى هذه النتائج.

نخلص مما تقدم إلى النتائج الآتية:

١. أن المحكمة الدولية مقيدة بالفصل على وفق الموضوعات التي تثيرها ادعاءات الخصوم، وهي في سبيل ذلك تستعرض أدلة النفي والإثبات وترجح ما كان محلاً للرجحان، مستندة إلى الأدلة والقرائن.
٢. إن جواز التحفظ على مواد معينة من اتفاقية متعددة الأطراف، سوف يمنع من تحوّل النصوص الاتفاقية التي يجوز التحفظ عليها إلى قواعد دولية عرفية، لأن ذلك معناه أن تلك النصوص لا تحظى بقبول واسع من قبل الدول.
٣. هنالك فرق بين حق الدولة الساحلية على جرفها القاري، إذ يُعد من الحقوق الثابتة في القانون الدولي، وبين طريقة قياس الجرف القاري التي لا تُعد من القواعد الدولية العرفية ولا سيما طريقة الخطوط المستقيمة، إذ إن المادة ٦ من اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ قد أجازت الاتفاقية نفسها التحفظ عليها من قبل الدول

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المبحث الثاني: أثر التصرفات الانفرادية في تكوين القاعدة الدولية العرفية

نتناول في هذا المبحث أثر نماذج من التصرفات الانفرادية التي تصدر عن الدولة، على تكوين القواعد الدولية العرفية، وهذه التصرفات الانفرادية هي: الاحتجاج، التحفظ والسكوت، وسوف نخصص لكل منها مطلباً خاصاً وكالآتي:

المطلب الأول: أثر الاحتجاج في تكوين القاعدة الدولية العرفية

إذا ما أرادت دولة أن لا تسري القاعدة الدولية العرفية في مواجهتها فما عليها إلا أن تسلك طرق الرفض الدولية ومثالها الأوضح الاحتجاج، ويُعرف الاحتجاج بأنه '' التصرف

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٢) حيدر أدهم الطائي. مصدر سابق، ص ١٥٣؛ محمد عبدالرحمن الدسوقي. مدى التزام الدولة بغير إرادتها في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص ١٣٨.

(3) " CIL rules may arise despite the existence of a persistent objector.". Joel P. Trachtman. Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 21:221, 2010, p 222.

إذن فالدولة المحتجة لا تكون ملزمة بالقاعدة، حتى بعد تحولها إلى قاعدة عرفية دولية حقيقة[١]، '' فإذا أعربت دولة أو أكثر عن معارضتها لهذا التصرف بأن لم تكتم نيتها بالعمل بما لا يتفق والالتزامات الناشئة عنه فإن هذا الموقف يحول دون سريان أثر التصرف تجاه الدول المعارضة.''[٢]، إلاّ ما يخص القواعد الدولية العرفية الآمرة فإنها تلزم الكافة من احتج من الدول ومن لم يحتج منها.

والقول بأن القاعدة الدولية العرفية العامة هي مصدرٌ لقواعد القانون الدولي العام ومن ثم ينبغي سريانها تجاه الدول كافة قولٌ لا يجري على إطلاقه فهو يصدق تجاه الدول التي لم تحتج على القاعدة الدولية العرفية وبمعنىً أدق على القاعدة الدولية العرفية بعد صيرورتها كذلك بمدة معقولة.

واستناداً لمقرر لجنة القانون الدولي فإن '' جميع الدول التي قد تصبح ملزمة من جراء عدم تحركها يجب أن يتاح لها الوقت الضروري لتجنب القبول الضمني عبر مقاومة القاعدة ''[٣].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

مراجعة جميع النظريات التي تؤكد أن الاحتجاج الدبلوماسي له دور مؤثر في تكوين العرف الدولي[٥]. إلا أنه لا يمكن أن يكون الاحتجاج إلاّ دفاعاً عن أمر مشروع وحق

---

(1) T. Meron. Op. Cit., p 394.

(2) " persistent objector, not be bound by the rule, even after it has matured into customary law.". Ibid., p 394.

(٣) مايكل وود. مصدر سابق، ص ٦٠.

(4) Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 98.

(5) Ibid., p 111.

ثابت لا نزاع فيه للدولة المحتجة، أمّا إذا كان الاحتجاج عن حقوق مزعومة ولا أساس لها فلا قيمة هنا للاحتجاج ولا ينتج أثراً[١].

و إذا لم يكن الاحتجاج في المدة التي تكونت خلالها القاعدة الدولية العرفية، فإن الدولة تكون ملزمة بالقاعدة العرفية حتى وإن شجبت بعدها تلك القاعدة أو ندمت على عدم الاحتجاج ضدها[٢].

ويترتب على الاحتجاج المحافظة على حقوق المحتج ولا سيما إذا كانت ثابتة وحقيقية وقطع ما قد يستند عليه من وُجّه الاحتجاج ضده من تقادم مكسب من شأنه إنشاء حقوق جديدة للأخير تتعارض وحقوق المحتج الثابتة شرط أن يكون الاحتجاج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة التي أتيح استعمال المحتج لها للدفاع عن حقوقه المهددة بالتقادم[٣]، فإذا كان في وسع المحتج اللجوء إلى وسيلة أقوى من الاحتجاج ولم يستعملها كاللجوء إلى جهة قضائية دولية عندها يفقد الاحتجاج القيمة القانونية له ولا يكون من ثم له أثرٌ في قطع التقادم المكسب[٤].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

---

(١) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(2) David J. Bederman. Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 21:31, 2010, p 35.

(٣) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٤) المصدر السابق، هامش رقم ٢ ص ٢٣٩.

(5) Jonathan I. Charney. Op. Cit., p 538.

(6) Ibid., p 539.

والمفهوم الخاص للاحتجاج قد طُرِح في قضية المصائد البريطانية النرويجية التي نظرتها محكمة العدل الدولية وأصدرت حكماً فيها عام ١٩٥١ وتتلخص وقائعها في عدم اتفاق بريطانيا والنرويج على جوهر القاعدة التي يتم على أساسها رَسم خط الأساس لقياس عرض البحر الإقليمي أو مناطق الصيد عندما تتعلق بالجزر والخلجان الموجودة على طول الساحل النرويجي، فقد كانت بريطانيا قد اتفقت مع النرويج على تحديد عرض منطقة الصيد بأربعة أميال بحرية ، إلا أنها اختلفت معها حول نظام خطوط الأساس التي يبدأ منها قياس هذه المنطقة، فحتى تحتفظ النرويج لنفسها بأكبر مساحة بحرية ممكنة كبحر إقليمي يحيط بسواحلها، أصدرت سنة ١٩٣٥ مرسوماً ملكياً ينص على أن يتم قياس البحر الاقليمي أو منطقة الصيد النرويجية انطلاقاً من خطوط الأساس المستقيمة المرسومة بين النقط البارزة على الساحل النرويجي أي عبر كل الخلجان الموجودة بهذا الساحل والجزر المحيطة به، بغض النظر عما إذا كان طول الخط المستقيم الذي يغلق أو يربط الساحل بالجزر أو الجزر ببعضها يتجاوز ١٠ ميل بحري أم لا [(١)]، وجاء في قرار المحكمة ''... تحديد المساحات البحرية كان له على الدوام صفة دولية ولا يمكن أن يترك لإرادة المطلقة لدولة الساحل كما تظهر في تشريعاتها، وإذا كان الأمر هو أن تحديد ... العام وجدت المحكمة'' إن التسامح العام للدول فيما يخص الممارسة النرويجية هو حقيقة ... بأي شكل كان ''[(٣)]، وخلصت المحكمة إلى '' أن إشهار الوقائع والتسامح العام الذي أبداه المجتمع الدولي، ووضع بريطانيا العظمى على بحر الشمال واهتمامها الخاص بالمسألة، وامتناعها الطويل يمكن في أية حال أن يسوغ فرض النرويج لنظامها بحق المملكة المتحدة ''[(٤)].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(١) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٢٧-٢٨؛ ويُنظر محمد عبدالرحمن الدسوقي. مصدر سابق، ص ١٤٣-١٤٤.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٨؛ وينظر محمد مجدي مرجان. مصدر سابق، ص ٤١٤.

(٣) المصدر السابق، ص ٢٨؛ وينظر حيدر أدهم الطائي. مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٨؛ وينظر حيدر أدهم الطائي. مصدر سابق، ص ١٤٤.

ويمكن القول أن هناك مجموعة عوامل لها تأثير في مدى دور الاحتجاج في عدم سريان القاعدة العرفية في مواجهة الدولة المحتجة أو في عدم تكون القاعدة العرفية أصلاً: وهي عدد الاحتجاجات وشدتها، والتصرفات اللاحقة للأطراف المعنية، وأهمية المصالح المتأثرة والمدة الزمنية(١).

والاحتجاج – وبحسب القاعدة العامة في التصرفات الدولية – يمكن أن يأخذ القالب الشكلي المكتوب، كما يمكن أن يكون بأي طريقة مشروعة تُعبر عن إرادة المحتج(٢).

وقد أولت لجنة القانون الدولي أهمية لعدم وجود اعتراض على قاعدة ما في ممارسات الدول(٣).

وبحسب رأي جمعية القانون الدولي، فإنه يمكن ضرب مثال افتراضي لتكوّن القاعدة الدولية العرفية نتيجة غياب الاحتجاج، في حالة ما إذا كانت دولة (أ) قد استثنت السفن الحربية الاجنبية من المرور خلال بحرها الاقليمي واقدمت دولة (ب) على ارسال سفنها الحربية خلال البحر الاقليمي للدولة الاخرى فهنا يمكن أن ينشأ ادعاء ضمني بحق جميع الدول في المرور خلال البحر الاقليمي اذا ما قبلت دولة (أ) في الاحتجاج على انتهاك مياهها الاقليمية(٤).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

تحديدها لجرفها القاري، أما ممارسات دول الأرجنتين وتشيلي وبيرو فلم تسهم في تكوين القاعدة المتقدمة لأنها قد جوبهت بالاعتراض عليها(٥).

ولا يمكن في الواقع التسليم بالرأي المتقدم لأنه يمكن تفسير ممارسات الدول الثلاث الأخرى تأييداً لممارسة الولايات المتحدة الأمريكية ممّا يسهم في تكوين القاعدة الدولية العرفية التي تخص تحديد الجرف القاري، ويكمن إسهام احتجاج الدول المحتجة في عدم

---

(١) حيدر أدهم الطائي. المصدر السابق ، ص ١٥٦.

(٢) مصطفى أحمد فؤاد. النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٧٨.

(٣) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة رقم ١١، ص ٢٧.

(4) Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Op. Cit., p 10.

(٥) مفيد محمود شهاب. الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٨٤.

سريان قاعدة المائتي ميل بحري في مواجهتها. كما يمكن تفسير ممارسة الولايات المتحدة الأمريكية السابقة بأنها تكفي وحدها لتكوين القاعدة الدولية العرفية لتحديد الجرف الجاري استناداً إلى فكرة العرف الآني ، والتي يدعمها أن هذه الدولة من الدول الكبرى التي يكون وزن السابقة التي تصدر عنها أكثر على الصعيد الدولي من تلك التي تصدر من دولة صغيرة المساحة أو لا يكون لها تأثير كبير على الصعيد الدولي.

إلا أنه يمكن طرح السؤال الآتي: إذا قلنا بالطبيعة الموضوعية للقاعدة الدولية العرفية فمعنى ذلك سريانها على المجتمع الدولي ككل، من قَبِلَها من الدول ومن لم يقبلها ومن التزم جانب السكوت، فإذا كان الأمر كذلك لا يكون للاحتجاج ضد القاعدة الدولية العرفية من أثر عليها، إذ إنها تسري حتى على الدولة المحتجة؟

في الواقع إن القواعد الدولية العرفية التي تكون مصدراً لقواعد القانون الدولي العام هي القواعد العرفية العامة التي تسري بحسب الأصل على الدول كافة، ومن ثم فإن القواعد الدولية العرفية إذا ما نشأت فهي تقترب من المركز الموضوعي الدولي، ويعد

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الدولية الآمرة التي لا تستطيع دولة ما أن تتخلص من الخضوع لأحكامها[1]، إذ إن الاحتجاج ضد القواعد الدولية العرفية الآمرة لا ينتج أثراً وتبقى الدولة المحتجة ملزمة بالقاعدة الدولية العرفية الآمرة، حتى وإن صدر الاحتجاج في أثناء تكون القاعدة الدولية العرفية الآمرة.

(1) Jeremy Pearce: Op. Cit., p 14-15.

المطلب الثاني: أثر التحفظ في تكوين القاعدة الدولية العرفية

عرّفت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، التحفظ في المادة ٢ ف د منها بأنّه:'' يقصد بـ (تحفظ): إعلان من جانب واحد، أيا كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من جانب سريانها على تلك الدولة ''.

ويُقصد بالتحفظ بحسب لجنة القانون الدولي:'' إعلاناً انفرادياً، أياً كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة أو منظمة دولية عند التوقيع على معاهدة أو التصديق عليها أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها أو عند تقديم دولة ما إشعاراً بالخلافة في معاهدة، وتهدف به الدولة أو المنظمة إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وبالرغم من أن التحفظ بالنظر لصدوره من الدولة يعد تصرفاً انفرادياً، إلا أنه لا يُطرح إلا في ضوء اتفاق دولي أو معاهدة دولية ومن ثم يجب أن يُنظر إليه في ضوء مدى تأثيره على أحكام ونصوص الاتفاقية الدولية المتحفظ على بعض نصوصها[٣].

وقد نظمت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ موضوع التحفظ في المواد ١٩-٢٣.

---

(١) تقرير لجنة القانون الدولي (التحفظات على المعاهدات)، الملحق رقم ١٠، A/66/10/Add.1، ص ١.

(2) M. H. Mendelson. Reservations to the Constitutions of International Organizations, published in the British Yearbook of International Law (1971), London: Oxford University Press, 1973, p 139;

هادي نعيم المالكي. المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، بغداد: مكتبة السيسبان، ٢٠١٣، ص ٣٥.

(٣) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٨٢.

وبحسب محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال ١٩٦٩ فإن التحفظات على نصوص محددة في اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ لا تكشف عن وجود قواعد عرفية دولية موجودة فعلاً أو تسهم في نشوء تلك القواعد بشأن مضمون تلك النصوص الاتفاقية(١).

ولكن يمكن أن تكون النصوص الاتفاقية المتحفظ عليها هي في الأصل قواعد عرفية دولية ومن ثم تكون ملزمة حتى للدول المتحفظة بوصفها قانوناً عرفياً دولياً(٢).

وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها ١٩٨٦:'' من الواضح أن مفعول التحفظ يقتصر على منع انطباق هاتين المعاهدتين المتعددتي الأطراف بوصفهما قانوناً تعاهدياً متعدد الأطراف، وليس له أي مفعول آخر على مصادر القانون الدولي التي تقتضي المادة ٣٨ من النظام الأساسي، من المحكمة أن تطبقه، بما في ذلك القانون الدولي العرفي ''(٣).

وفي القضية نفسها تقول المحكمة:'' أنها لا ترى أن في الإمكان الادعاء، كما فعلت [illegible] بأن جميع القواعد العرفية التي يمكن الاحتجاج بها يماثل مضمونها بصورة تامة مضمون القواعد الموجودة في المعاهدات التي لا يمكن تطبيقها بسبب تحفظ [illegible] ليس سببا لإن ترى [illegible] إذا ليس سببا لإن ترى [illegible] يجب بالضرورة أن يجرد القاعدة العرفية من الانطباق بصورة مستقلة ''(٤).

ولكن بصدد الأطراف في الاتفاقية، لا علاقة تعاهدية بين الدول المتحفظة والدول المعترضة على التحفظ(٥).

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

---

(1) T. Meron. Op. Cit., p 234.

(2) Niina Anderson. Reservations and Objections to Multilateral Treaties on Human Rights, Master's thesis, Produced to Faculty of Law/ University of Lund, 2001, p 18.

(٣) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، الجزء الأول، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٤) المصدر السابق، ص ٢١٨.

(5) Niina Anderson. Op. Cit., p 26.

ومن جهة أخرى يمكن مقارنة المادة ٦ من اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ والتي أجازت الاتفاقية نفسها التحفظ عليها بالمواد ١-٣ من الاتفاقية التي لا يجوز بموجب الاتفاقية التحفظ عليها، فالمادة ٦ لا يمكن أن تعكس وجود قاعدة عرفية دولية موجودة سلفاً أو تسهم في نشوئها[١].

ولأجل أن يكون التحفظ مقبولاً لا بد وأن يكون متوافقاً ومنسجماً مع الغرض من الاتفاقية التي أريد التحفظ على بعض نصوصها[٢].

ومن ثم إذا كان التحفظ متعارضاً مع الهدف الأساس من الاتفاقية، لا يكون له أي أثر قانوني.

وقد لاحظت لجنة القانون الدولي – بحق – بأن القبول للتحفظ ينشأ من غياب الاعتراض عليه بدلالة المادة ٢٠/٥ من اتفاقية فيينا ١٩٦٩[٣].

وإذا كان الأصل في قبول التحفظ في المعاهدات المتعددة الأطراف هو عدم وجود اعتراض عليها فإن القبول المجمع عليه من قبل الدول الأخرى في الاتفاقية لا يلزم إلا في [illegible] الإطراف والتي تخلق التزامات متبادلة بين الأطراف فيها اعتراض دولة أو أكثر على [illegible] من التحفظ مقبولاً[٤].

[illegible] معاهدات فانه لا يمكن [illegible] الدولتين نافذاً ما لم توافق عليه الدولة الأخرى ومن ثم يكون النص الجديد تعديل على

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(1) T. Meron. Op. Cit., p 59-60.

(2) Niina Anderson. Op. Cit., p 22.

(3) " acceptance of a reservation results from the absence of an objection.". A. Pellet. Eighth Report on Reservations on Treaties, (2003), A/CNA/535/Add.l, para. 69; quoted in Alain Pellet and Daniel Müller. Reservations to Treaties: An Objection to a Reservation is Definitely not an Acceptance, Published in Enzo Cannizzaro (Editor). The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, 1st Edition, New York, Oxford university press, 2011, p 39.

(٤) أ.ن.طلالايف. مصدر سابق، ص ٢١١؛

M. H. Mendelson. Op. Cit., p 149.

الاتفاقية نفسها[١]، وإذا كانت هناك تحفظات عديدة تشمل أغلب نصوص الاتفاقية الثنائية فنكون حينئذ أمام اتفاقية جديدة.

وبحسب الفقيه (دوبوي) فإن التحفظات لا تطرح إلا في الاتفاقيات المتعددة الأطراف أما الاتفاقيات الثنائية فإن التحفظات بشأنها تعني فتح المفاوضات من جديد بعد أن تم اختتامها رسمياً[٢].

ويتساءل (دوبوي) عن أثر التحفظات على الاتفاقيات المتعددة الأطراف لتدوين الأعراف الدولية؟[٣] ويترك السؤال مفتوحاً دونما إجابة.

ولنا أن نصيغ هذا السؤال كالآتي: هل يجوز إبداء التحفظات على اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية؟ وإذا كان ذلك جائزاً، فهل يعادل التحفظ من جانب الأثر القانوني في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية (التي يراد تدوينها) الأثر نفسه للاحتجاج على القاعدة الدولية العرفية، والذي يمنع بحسب الأصل من سريانها تجاه الدولة المحتجة؟

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

القاعدة الدولية العرفية) لا في تاريخ لاحق فإذا ما صدر الاحتجاج في التاريخ المذكور ينتج أثره حينذاك في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية الجديدة تجاه الدولة المحتجة، ومن ثم لا تستطيع – غير الدولة أو الدول التي احتجت سابقاً – أن تحتج على القاعدة الدولية العرفية الموجودة فعلاً، لصدور احتجاجها في تاريخ لاحق، إذ تسري القاعدة الدولية العرفية بحكم ما تتسم به من عمومية تجاه الكافة عدا الدول المحتجة سابقاً.

ولما كانت اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية – بحسب الأصل – تهدف إلى تدوين قواعد عرفية دولية موجودة سلفاً ونقلها من مرحلة عدم التدوين إلى الكتابة والتدوين فإن

---

(١) المصدر السابق، ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٢) بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٣٠٤ هامش رقم ١.

(٣) المصدر السابق، ص ٣٠٨.

التحفظ على نصوص مثل هذه الاتفاقيات لا يكون له أثر قانوني قياساً على أثر الاحتجاج على قواعد عرفية موجودة فعلاً، اللهم إلا إذا كانت اتفاقيات التدوين المتعددة الأطراف تهدف إلى أن يكون عدد الدول المنضمة إليها والمصادقة عليها بشكلٍ يسمح من تكوين قبول عام من قبل المجتمع الدولي بقواعد معينة لأجل أن تصبح قواعد عرفية دولية ، هذا القبول الذي يكوّن العقيدة القانونية بالإلزام (opinion juris)، وهي كما سبق تمثل ماهية القاعدة العرفية نفسها، أما الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية المتمثل بتكرار السوابق الدولية فإنه يتحقق في السوابق الدولية في تطبيق القواعد نفسها قبل تدوينها في الاتفاقية أي في تاريخ سابق على ابرام الاتفاقيات، فضلاً عن الأفعال التي صدرت عن الدول في إنشاء هذه الاتفاقيات ونفاذها من مثل المفاوضات والتوقيع عليها والانضمام إليها وتصديقها والاعتراضات على التحفظات المثارة بشأن نصوصها – إذا كان إبداء التحفظات جائزاً –، عندها فقط يمكن مقارنة أثر التحفظ بأثر الاحتجاج ومن ثم لا تسري القاعدة التي يُراد تدوينها كقاعدة عرفية في الاتفاقية، لا تسري تجاه الدولة المتحفظة

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المتحفظة، فإذا كان المقصود منه أن يسري تجاه أطراف الاتفاقية بالكامل فهنا لا يمكن أن يكون التحفظ مقبولاً، أما إذا كان الغرض منه عدم سريان النص المتحفظ عليه تجاه الدولة المتحفظة فهنا لا يسري النص المتحفظ عليه – في حال قبول التحفظ أو عدم وجود اعتراض عليه من قبل الدول الأخرى – على الدولة المتحفظة[1].

ومن المهم الإشارة هنا إلى التحفظات على اتفاقيات حقوق الانسان، إذ تتميز هذه الاتفاقيات عن غيرها من الاتفاقيات المتعددة الأطراف بأن المستفيد الأساسي منها هم الأفراد وإن لم يكونوا أطرافاً فيها بل الدول هي من تكون أطرافاً في مثل هذه الاتفاقيات، ومن ثم فالدول المتحفظة على نص اتفاقي سوف تنتقص من حقوق المواطنين الخاضعين

(1) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 194.

لولايتها، وبشكل عام فإن الدول تكون حذرة من إيراد مثل هذه التحفظات، إذ سوف يسيء ذلك على سمعة الدولة المتحفظة في المجتمع الدولي في مجال احترام حقوق الإنسان(١).

ونشير هنا إلى ما ورد في تقرير لجنة القانون الدولي حول (التحفظات على نص يعكس قاعدة عرفية): '' إن تعبير نص في المعاهدة عن قاعدة للقانون الدولي العرفي لا يشكل في حد ذاته عائقاً أمام صياغة تحفظ على ذلك النص ''.

وورد في التعليق على النص المتقدم:'' يُعالج المبدأ التوجيهي ... مشكلة غالباً ما تطرح نفسها في الممارسة العملية ألا وهي مشكلة صحّة التحفظ على حكم في معاهدة يقتصر على التعبير عن قاعدة في القانون الدولي العرفي – وقد استُعملت عبارة ''التعبير عن'' مفضَّلة على عبارة ''النص على '' ليكون واضحًا تمامًا أن إضفاء الصيغة الرسمية على القاعدة المعنية في معاهدة ما لا أثر له على دوام القاعدة كقاعدة عرفية .

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

موضع التساؤل قواعد راسخة ومقبولة عالمياً. وترى النمسا أن ثمة شكوكًا تحوم حول توافق هذه التحفظات مع موضوع الاتفاقية والغرض منها ...''. كما أبدت هولندا اعتراضات على تحفظات عدة دول على عدة أحكام من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ بشأن العلاقات الدبلوماسية وأعلنت أنها:'' ترى أن الأحكام المقصودة تظل قيد النفاذ في العلاقات بينها وبين تلك الدول بمقتضى القانون الدولي العرفي''. وكثيرًا ما ساد الاعتقاد بأن بالإمكان الخلوص إلى استحالة إبداء تحفظات على أحكام معاهدات تدون القواعد العرفية ، وذلك استنادًا إلى حيثية لمحكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال: '' إن من الخصائص العامة للقاعدة أو الالتزام التعاهدي الصرف قبول إمكانية

(1) Niina Anderson. Op. Cit., p 29.

إيراد تحفظات انفرادية عليه في حدود معينة؛ غير أن الأمر ليس كذلك في حالة قواعد والتزامات القانون العمومي أو العرفي التي تسري بطبعها بشروط متساوية إزاء جميع أعضاء المجتمع الدولي ولا يجوز بالتالي إخضاعها لحق استبعاد يمارسه انفراديًا وبحسب المراد أي عضو من أعضاء المجتمع الدولي لفائدته''. ولئن لم تكن الصيغة التي أقرتها المحكمة أحسن الصيغ قطعًا، فإن الاستنتاج الذي ربما أمكن الخلوص إليه ليس صحيحاً إذا ما وضعنا هذا الاقتباس في سياقه. والواقع أن المحكمة استطردت بحذر بخصوص الاستنتاجات التي يستدعيها استبعاد بعض التحفظات . ففي معرض ملاحظتها إن إمكانية إبداء تحفظات على المادة ٦ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٨ المتعلقة بالجرف القاري (فيما يتعلق بتعيين الحدود) لا تستبعدها المادة ١٢ المتعلقة بالتحفظات، على غرار المواد ١ إلى ٣ التي تستبعد تلك الإمكانية، ارتأت أن من ''الطبيعي'' و ''المشروع أن يستخلص منها أنه أسندت إليها قيمة مختلفة وأقل أهمية وأنها، خلافًا لهذه المواد، لا تجسد القانون العرفي السابق الوجود أو الذي هو في طور التكوين''. وبناء عليه، فإنه '' ليس صحيحاً

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

لكن، خلافًا لما يحدث في حالة القواعد الآمرة، يجوز للدول أن تحيد عنها باتفاق فيما بينها؛ ولا نرى ما الذي يمنع من أن تفعل ذلك بتحفظ إذا كان هذا التحفظ صحيحاً، غير أن هذا هو تحديداً السؤال المطروح؛ أن التحفظ لا يتعلق إلا بـ ''تعاهدية'' القاعدة، لا بوجودها كقاعدة عرفية، حتى وإن ألقى، في حالات معينة، ظلالاً من الشك على قبولها عمومًا ''بوصفها قانونًا؛ وعلى غرار ما أشارت إليه المملكة المتحدة في تعليقاتها على الملاحظة العامة رقم ٢٤ ، فإن ''هناك فرقًا واضحًا بين اختيار عدم التقيد بالتزامات معاهدة ومحاولة الحياد عن القانون الدولي العرفي. أنه إذا تأكد هذا الطابع العرفي ، فإن الدول تظل ملزمة بهذه القاعدة ... ''.أخيرًا، يمكن أن يكون التحفظ وسيلة ''للمعترض

المصرّ'' لإظهار استمرار اعتراضه : فبإمكانه قطعًا أن يرفض أن يطبق، بوساطة معاهدة، قاعدة لا يمكن الاحتجاج عليه بها بمقتضى قواعد القانون الدولي العامة ''[١].

'' غير أن الطابع العرفي لنص يبدى بشأنه تحفظ له نتائج هامة فيما يتعلق بالآثار التي يحدثها هذا التحفظ : فالتحفظ حينما ينشأ يعطل تطبيق قاعدة المعاهدة التي يتناولها التحفظ في علاقات الدولة المتحفظة مع الأطراف الأخرى في المعاهدة، لكنه لا ينهي التزام هذه الدولة باحترام القاعدة العرفية ''[٢]. وقد أكدت محكمة العدل الدولية ذلك بالقول:'' الدولة التي صاغت التحفظ لا تُعفى رغم ذلك من الالتزامات التي يفرضها القانون البحري العام خارج نطاق اتفاقية الجرف القاري وبصرف النظر عنها ''[٣]. وفيما يخص أثر التحفظ على القواعد الآمرة للقانون الدولي، قررت اللجنة أنه:'' لا يؤثر التحفظ على نص في المعاهدة يعبر عن قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي في الطابع الملزم لتلك القاعدة ، التي يستمر سريانها بصفتها هذه بين الدولة أو المنظمة المتحفظة والدول أو المنظمات الدولية الأخرى ''[٤].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

٣. تبقى الدول التي أبدت التحفظ على نصوص معاهدة ملزمة بقواعد القانون الدولي العامة سواء صيغت بنصوص معاهدة ام لا.

٤. إن القاعدة التي صيغت بنص يتفق أطراف معاهدة عامة على جواز التحفظ بشأنه لا يجعل منها قاعدة عرفية دولية أو أن التحفظ يعرقل تحول

---

(١) تقرير لجنة القانون الدولي (التحفظات على المعاهدات)، مصدر سابق، ص ٥٠٤-٥٠٨.

(٢) المصدر السابق، ص ٦٨٥.

(3) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 40, para. 65.

مشار إليه في تقرير لجنة القانون الدولي المتقدم، ص ٦٨٦.

(٤) تقرير لجنة القانون الدولي (التحفظات على المعاهدات)، مصدر سابق، ص ٦٨٨.

هذه القاعدة إلى قاعدة عرفية دولية كما هو الحال في المادة ٦ من اتفاقية الجرف القاري لسنة ١٩٥٨.

٥. يمكن أن تمارس الدولة تجاه القاعدة الدولية العرفية أياً من طرق الرفض الدولية ومثالها الاحتجاج والتحفظ، فإذا ما احتجت دولة ما على سريان قاعدة عرفية دولية تجاهها، فيمكن أن يكون التحفظ من قبل هذه الدولة على القاعدة نفسها المصاغة في نص معاهدة، استمراراً لهذا الرفض بشأنها.

٦. إن جواز التحفظ على نص ما في معاهدة عامة يشير – بشكل عام – إلى أن القاعدة التي صيغت في النص لا ترقى بعدُ إلى مستوى القاعدة الدولية العرفية العامة.

٧. إن التحفظ ينحصر أثره في عدم سريان النص المتحفظ عليه بين الدولة المتحفظة والدول الأخرى الأطراف في المعاهدة، أما علاقة الدولة المتحفظة نفسها خارج نطاق المعاهدة مع الدول الأخرى غير الأطراف، فلا تتأثر بالتحفظ، حيث تبقى الالتزامات الدولة المتحفظة تجاه تلك الدول

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

٩. أن التحفظ على نص اتفاقي يعبر عن قاعدة عرفية في طور التكوين، يمكن أن يعد تطبيقاً لمبدأ الاعتراض المستمر أو الاحتجاج والذي بموجبه لا تسري القاعدة العرفية بعد نشوئها على الدولة المحتجة، وإن كان الاحتجاج في الأصل على النص الاتفاقي لا القاعدة الدولية العرفية، ومن جهة أخرى فإن الاعتراض على التحفظ الوارد على مادة أو مواد معينة من قبل دول أخرى في الاتفاقية، يمكن أن يعد قبول بإمكانية تحول المادة أو المواد المتحفظ عليها إلى قواعد عرفية دولية، فالاعتراض على الاعتراض قبول بما كان محلاً للاعتراض الأول، وما تقدم محكوم بالطبع بأحكام الاتفاقية نفسها وطبيعتها والأهداف التي أبرمت من أجل تحقيقها، لأن التحفظ المخالف لأهداف الاتفاقية لا أثر له أصلاً، والتحفظ الذي لا يحظى بقبول أطرافها الآخرين لا يمكن قبوله، والمواد التي منعت الاتفاقية من إيراد تحفظ عليها صراحة، يمتنع على أي طرف أن يتحفظ عليها ومن

ثم يُفسر تحفظه في حال صدوره منه رغبةً منه في انسحابه من الاتفاقية نفسها.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

المطلب الثالث: أثر السكوت في تكوين القاعدة الدولية العرفية

يُقصد بالسكوت: '' أمرٌ سلبي غير مقترن بمسلك أو بموقف، ولا مصحوب بلفظ أو بكتابة أو بإشارة. فهو لا يعني عدم اتخاذ قرار صريح، بل يعني عدم القيام بأي فعل أو اتخاذ أي موقف أو مسلك. ذلك أن السلوك قد يكون أقوى تعبيراً من القرار نفسه، كما قد يكون قاطعاً في الدلالة على الإرادة. وبمعنى آخر، فإن السكوت يشمل الحالات التي تتميز بعدم الحركة أو الجمود.''[١].

فهل يترتب على السكوت أثرٌ قانوني؟

في مجال القانون الدولي فإن الأثر المترتب على السكوت يختلف باختلاف نظرة المذهب الإرادي والموضوعي إليه، فبحسب المذهب الإرادي فإن أساس الإلزام لقواعد القانون الدولي يكمن في إرادة الدولة نفسها ولا يمكن أن يترتب على الدولة التزام خارج عن إرادتها، والمهم هو الإرادة الداخلية كما تتكون في ذهن صاحبها وليس كما تظهر في الخارج عنها، ومن ثم لما كان التعبير الخارجي هو الذي يكشف عن الإرادة الداخلية وإلا بقيت مستترة فيه، ما كانت صورته لا يعدو أن يكون وسيلة إثبات لا وزن لها بنفسها، ومن ثم فإن السكوت بحسب المذهب الإرادي يعد مظهراً للتعبير عن الإرادة شريطة أن يكون مقترناً بالعلم[٢].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

إلا أن افتراض العلم لدى من التزم السكوت قد يؤدي إلى طمس النية الحقيقية نفسها، إذ يلجأ أنصار المذهب الإرادي إلى افتراض الإرادة المفترضة في حال غياب الإرادة الصريحة ومن ثم تُطرح فكرة الاتفاق الضمني لتفسير تطبيق القواعد العرفية على الدول الجديدة عند استقلالها[٣]، إلا أنه إذا كان المذهب الإرادي يستند على الموافقة الصريحة أو

(١) مفيد محمود شهاب. الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٤٤.
(٢) المصدر السابق، ص ٥٠.
(٣) المصدر السابق، ص ٥٠.

الضمنية للدول التي أسهمت في تكوين القواعد العرفية، فإن الأمر يختلف تماماً فيما يخص الدول التي تكونت لاحقاً.

ويقدم المذهب الفردي على لسان الأستاذ '' Hall '' الإجابة الآتية: '' إذا كانت الدول الجديدة قد ورثت من الحضارة الأوربية، فإن هناك افتراضاً قوياً أنها تريد الخضوع للقانون (والقواعد العرفية جزء منه) ويجب عد تصرفها الرسمي الأول – إذا لم يصاحبه رأي مخالف – دلالة على رغبتها الالتزام بأحكام هذا القانون ''[1].

إلا أن الواقع يكشف عكس ذلك فالدول الجديدة تجد نفسها ملزمة بالقواعد الدولية العرفية السابقة ومن ثم لا تجد نفسها مخيرة بين قبول أو رفض تلك القواعد، لذا فإن تصرفها الرسمي الأول لا يمكن أن يُفلح في الإجابة على تساؤل غير مطروح من الأساس[2].

لذا فلا مجال لجعل الموافقة الصريحة أو الضمنية للدول – كافة – على القواعد الدولية العرفية لأجل نشوئها وتطبيقها، إذ إن العرف '' لا يستمد قوته الإلزامية من إرادة [illegible] على العكس من قاعدة موضوعية [illegible] أمامها يتم [illegible] بين العرف الخاص، والقول أنه مع العرف الخاص [illegible] السكوت فيه: إن الدولة عندما تدعي حقاً لها لا تكون بالضرورة مقتنعة بشرعية هذا الحق وعدم مخالفته للقانون الدولي (غير شرعي)، وتكون موافقة جميع الدول المعنية لازمة لأجل أن يتكون – ابتداءً من هذا التصرف – عرفٌ خاص، والسكوت الذي تلتزمه إحدى الدول المعنية أو أكثر من دولة – لمدّة معينة – يكون كافياً لقيام هذه الموافقة، وبذلك تكون الموافقة الضمنية أساس الالتزام القانوني بالعرف الخاص[4].

ولا يوجد عرفٌ خاص يكون ملزماً للدول بل إن القواعد العرفية العامة فقط هي من يكون لها وصف الإلزام، بل يوجد اتفاق ضمني بين الدول المعنية (غير مكتوب) وهو ملزمٌ لها وإن لم تنظمه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩. فضلاً عن ما يمكن أن

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

(1) Hall. Op. Cit., p 48.

(٢) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٨٦.

(٣) المصدر السابق، ص ٨٧.

(٤) المصدر السابق، ٨٩، والمصدر الذي يذكره في هامش رقم ٧٤ من الصفحة نفسها.

يوجه من نقد إلى موضوع عدم شرعية التصرف ومخالفته لقواعد القانون الدولي، إذ مثل هذا التصرف لا يكون أساساً للإلزام على الصعيد الدولي، فضلاً عن أن مفهوم التقادم يتميز عن العرف، إذ لا يستند التقادم على موافقة الدول بل إلى مضي مدة زمنية على وضع معين تتخذه دولة ولا يُقابل باعتراض أو احتجاج الدول المعنية ومن ثم ينشأ وضع قانوني دولي مستقر ، وقد طرح مفهوم التقادم أمام محكمة العدل الدولية في قضية المصائد النرويجية بين المملكة المتحدة والنرويج ١٩٥١.

إذ جاء في دفاع الأستاذ '' Bourquin '' عن وجهة النظر النرويجية أنه: '' إذا كانت نشأة الحق التاريخي لدولة ما تستند إلى موافقة الدول الأخرى فقط، فإن هذه الظاهرة ستختلط بظاهرة الاعتراف، ولن يكون بينها إلاّ مجرد فارق في الشكل. والحقيقة أن ثمة اختلافاً جوهرياً بين الاعتراف ونظرية الحقوق التاريخية تحاول بريطانيا أن تتجاهله. هذا الاختلاف يتمثل في أثر مرور المدّة الزمنية: فهي شرط هام في حالة الحقوق التاريخية، ولا قيمة لها في حالة الاعتراف. فالاعتراف لا يستلزم انقضاء مدّة زمنية، ويمكن أن يتم

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الدول بمنأى عن أي اعتداء بعد مرور مدّة زمنية معينة على ممارستها لهذه الحقوق.''(١)

وقد أيدت محكمة العدل الدولية حجة النرويج وحكمت لصالحها.

أمّا المذهب الموضوعي فإنه لا يرى في الإرادة أساساً وحيداً لخلق الالتزامات، بل هي إحدى وسائل خلق الالتزامات، فضلاً عن أن هذا المذهب يُعنى بالإرادة المعلَنة من دون الإرادة الداخلية ولا سيما في النظام القانوني الدولي إذ الأهمية الكبيرة للشكل، والحرص على استقرار العلاقات الدولية، فإذا كان ثمة اختلاف بين الإرادة الداخلية والتعبير عن هذه الإرادة، فإن المسؤولية تقع على صاحب التعبير، فهو ملزمٌ ليس بناءً على إرادته الداخلية بل بناءً على كل ما يمكن أن يستنتجه الآخر من إرادته المعلَنة، ومن ثم لا يكون السكوت بحسب الأصل تعبيراً عن الإرادة، ولكن يمكن أن يترتب عليه أثراً

(١) مذكرات، مرافعات ووثائق المحكمة. لسنة ١٩٥١، المجلد ٤، ص ٣-٨-٣٠٩ أشار إليه مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٦٠.

قانونياً إذا ما ولّد السكوت ثقة مشروعة يتعين عدم الانتقاص منها، إذن يمكن أن يكون للسكوت – بحسب المذهب الموضوعي – أثرٌ قانوني ليس على أساس تلاقي الإرادات ونشأة الاتفاق بل على أساس المسؤولية المترتبة على الخطأ[١].

وفيما يخص أثر السكوت في تكوين القواعد الدولية العرفية، فإنه كما سبق فإن الإلزام يكون للقواعد الدولية العرفية العامة التي تُلزم المجتمع الدولي ككل، وما من سبيل للدول في تجنب سريان القواعد العرفية الجديدة تجاهها إلا أن تسلك إحدى طرق الرفض الدولية ولاسيّما الاحتجاج، وإن الاحتجاج كي ينتج أثره في عدم سريان القاعدة العرفية تجاه الدولة المحتجة لا بد وأن يكون في أثناء تكوّن القاعدة العرفية أو بعد تكوّنها بمدة مناسبة.

أمّا إذا التزمت الدولة جانب السكوت تجاه القاعدة الدولية العرفية بعد نشوئها فلا تستطيع بعدها أن تتذرع بأنها غير مقتنعة بالقاعدة العرفية أو أنها ترفضها وتحتج عليها، لذا فسكوت الدولة عن الاحتجاج – دونما مسوّغ لهذا السكوت – يترتب عليه افتراض تسليمها بمشروعية الوضع المعارض، ومن ثم جواز الاحتجاج به في مواجهتها[٢]، أي أن أي ترتيب الأثر القانوني على [illegible] نتيجة لخطأ الدولة التي تركت الاحتجاج في الوقت [illegible] أهمية الاحتجاج في [illegible] صدوره صاحب الحق فيه يفيد إقراره للوضع أو المسلك ... المعني.''[٣].

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ويتضح من القول السابق إقرار واضح برأي المذهب الموضوعي في أثر السكوت.

ويرى الدكتور مصطفى أحمد فؤاد، في السكوت أمراً سلبياً لا ينتج أثراً قانونياً إلاّ إذا أحاطته ظروفٌ وملابسات تكشف عن التعبير الضمني،'' ومن ثم فإن السكوت في نفسه لا يمكن اعتباره اعترافاً ضمنياً إلاّ إذا دلّت الظروف والملابسات على اعتباره كذلك، أما في غير هذه الحالة فينبغي تفسيره في أضيق الحدود.''[٤].

---

(١) المصدر السابق، ص ٥١-٥٢.

(٢) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٣) إبراهيم محمد العناني. مصدر سابق، ص ٣٤.

(٤) مصطفى أحمد فؤاد. النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

وواضح أن الرأي أعلاه لا يتبنى رأي المذهب الموضوعي في ترتب الأثر القانوني على السكوت بما يستنتجه الآخر على أساس المسؤولية الناتجة عن الخطأ، كما أنه لا يتبنى رأي المذهب الإرادي صراحة في أن السكوت هو تعبير ضمني بشرط العلم، بل يتجه في رأيه إلى أن السكوت لا يكون تعبيراً ضمنياً إلا مقترناً بظروف وملابسات وفيما عدا ذلك ينبغي تفسيره في أضيق الحدود، فلنا أن نسأل: أين تكمن الحدود التي يمكن أن يُفسّر السكوت عبرها؟ ذلك لأنه قد حدد سلفاً عدم اعتبار السكوت موافقة ضمنية إلا مع الظروف والملابسات، وإلاّ فبحسب الأصل فالسكوت عنده أمر سلبي لا أثر يرتبه. إذن وكأنه أقرّ ضمناً بوجود أثر يمكن أن يترتب على السكوت حتى مع عدم وجود الظروف التي تدل على أنه موافقة ضمنية، وفي ذلك – حسب اعتقادنا – ميلٌ من المؤلف إلى رأي المذهب الموضوعي في السكوت وإن لم يُصرّح به صراحة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

إلى

باب الحوائج

الإمام موسى بن جعفر عليهما السلام

حباً وولاءً واعترافاً بالجميل ...

إلى ... أمّي

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

إلى ... زوجتي

وولديّ ... ياسر وعلي

أهدي هذا الجهد

عبد الرسول

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ
مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً
وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

قـــالَ رَسُـولُ اللّه {صَلّـى ُالله عـلـيـهِ وَآلــهِ وسَلّم
}

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

الموضوع	رقم الصفحة
الفهرس	أ-ج
المقدمة	١
الفصل الأول: التعريف بالقاعدة الدولية العرفية	٥
المبحث الأول: تعريف القاعدة الدولية العرفية	٧
المطلب الأول: القاعدة الدولية العرفية العامة	٨
المطلب الثاني: بيان مكانة القاعدة الدولية العرفية الإقليمية	١١
المبحث الثاني: تمييز القاعدة الدولية العرفية مما يشتبه بها وأهميتها	١٨
المطلب الأول: تمييز القاعدة الدولية العرفية مما يشتبه بها	١٨
الفرع الأول: تمييزها عن مبادئ العدل والإنصاف	٢٦
المطلب الثاني: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي العام	٣٠
الفرع الثالث: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي للبحار	٣٩
الفرع الرابع: أهمية القاعدة العرفية في القانون الدولي الجنائي	٤٠
المبحث الثالث: أساس الإلزام في القاعدة الدولية العرفية	٤٣
المطلب الأول: المذهب الارادي	٤٣
الفرع الأول: نظرية التحديد الذاتي للإرادة	٤٤
الفرع الثاني: نظرية الإرادة المشتركة	٤٥
المطلب الثاني: المذهب الموضوعي	٤٨
الفرع الأول: نظرية التضامن الاجتماعي	٤٨
الفرع الثاني: نظرية تدرج القواعد القانونية	٥٠
المبحث الرابع: إلزام القاعدة الدولية العرفية استناداً إلى مدى تمتعها بالصفة الآمرة	٥٣

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

المطلب الأول: القواعد الدولية العرفية الآمرة	٥٣
المطلب الثاني: القواعد الدولية العرفية غير الآمرة	٥٨
الفرع الأول: التعديل بقواعد عرفية جديدة	٥٨
الفرع الثاني: التعديل باتفاقيات دولية	٥٩
الفصل الثاني: تكوين القاعدة الدولية العرفية	٦٢
المبحث الأول: الركن المادي	٦٣
المطلب الأول: التعريف بالركن المادي للقاعدة العرفية	٦٣
المطلب الثاني: الأعمال التي تتكوّن منها السوابق الدولية	٧٥
الفرع الأول: على الصعيد الوطني	٧٥
أولاً: أعمال الهيئة التشريعية	٧٥
ثانياً: أعمال الهيئة التنفيذية	٧٦
ثالثاً: أعمال الهيئة القضائية	٧٨
الفرع الثاني: على الصعيد الدولي	٩٩
أولاً: المعاهدات الدولية	٩٩
ثانياً: أحكام القضاء الدولي	٩٩
ثالثاً: قرارات المنظمات الدولية	١٠١
رابعاً: آراء فقهاء القانون الدولي	١٠٩
المبحث الثاني: العقيدة القانونية بالإلزام	١١١
المطلب الأول: العقيدة بالإلزام أحد ركني القاعدة العرفية	١١٢
المطلب الثاني: العقيدة القانونية بالإلزام هي القاعدة العرفية نفسها	١١٦
الفصل الثالث: إثبات القاعدة الدولية العرفية وأثر التصرفات الانفرادية في تكوينها	١٣٣
المبحث الأول: إثبات القاعدة الدولية العرفية	١٣٤

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

المطلب الأول: تحديد مفهوم إثبات القاعدة الدولية العرفية	١٣٥
المطلب الثاني: محل الإثبات في القاعدة الدولية العرفية	١٣٧
الفرع الأول: العقيدة بالإلزام هي محل الإثبات	١٣٧
الفرع الثاني: الركن المادي (التواتر) هو محل الاثبات	١٣٩
المطلب الثالث: آلية إثبات القاعدة الدولية العرفية	١٤٢
الفرع الأول: آلية تطبيق محكمة العدل الدولية لمصادر القانون الدولي العام	١٤٣
الفرع الثاني: مرحلة فحص التصرفات القانونية	١٤٦
الفرع الثالث: مرحلة مواجهة الخصوم بالقاعدة الدولية العرفية	١٤٨
المبحث الثاني: أثر التصرفات الانفرادية في تكوين القاعدة الدولية العرفية	١٥٢
المطلب الأول: أثر الاحتجاج في تكوين القاعدة الدولية العرفية	١٥٢
المطلب الثاني: أثر التحفظ في تكوين القاعدة الدولية العرفية	١٥٨
المطلب الثالث: أثر السكوت في تكوين القاعدة الدولية العرفية	١٦٨
الخاتمة	١٧٣
المصادر	١٧٩
Summary	

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:

1.No watermark on the output documents.

2.Can operate scanned PDF files via OCR.

3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

Wondershare™

الملخّص

تتناول هذه الدراسة بالتحليل موضوع القواعد العرفية في القانون الدولي، وقد يبدو للوهلة الأولى للقارئ أن هكذا موضوع من الواضحات التي لا تحتاج إلى عناء البحث ومشقّة التحليل، إذ إن العرف الدولي يُعدّ المصدر الثاني لقواعد القانون الدولي العام، من بعد الاتفاقيات الدولية استناداً للمادة ٣٨/ب من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية.

ولكن من يتعمّق في الموضوع يجد أن أكثر مباحثه ليست محل اتفاق في الفقه والقضاء الدوليين، بل إن الأمر قد وصل إلى الاختلاف الكبير فيما يخص تكوين القاعدة الدولية العرفية، بين من يذهب إلى أنّها مكونة من ركنين مادي متمثلاً في تواتر السوابق الدولية ومعنوي متمثلاً في العقيدة القانونية بالإلزام؛ ومن يذهب إلى أنها مكونة من ركن واحد هو التواتر ويمثّل سبب القاعدة القانونية العرفية، فالسبب فقانونية بالإلزام فتكون النتيجة للسبب المتقدم، والتي ما إن تتحقق حتّى تتكوّن عندها القاعدة الدولية العرفية.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

احتجاج وتحفظ وسكوت على تكوين القاعدة الدولية العرفية، كما تناولت موضوع إثبات القاعدة الدولية العرفية بشيء من التفصيل بالرغم من الصعوبات الكبيرة التي تكتنف دراسة الموضوع الأخير لما لهذا الموضوع من ترابط وتداخل مع موضوع تكوين القاعدة الدولية العرفية.

وقد اعتمدنا على آراء الفقه الدولي باللغتين العربية والانجليزية تحديداً، كما تناولنا بالتحليل أحكام القضاء الدولي ولاسيّما محكمة العدل الدولية سواء الحديثة منها أم القديمة، كما لم نغفل التعريف في البدء بالقاعدة الدولية العرفية بذكر التعريفات المتعددة وإن كان ذكر التعريف في البداية يُعدّ مصادرة على المطلوب ويُخالف الترتيب المنطقي للأمور، إلاّ أن ذكر معنى مؤقت للمصطلح الذي يُراد تعريفه سوف يُساعد على فهم المباحث الآتية وصولاً إلى استنتاج التعريف الدقيق.

كما تناولنا فكرة القاعدة الدولية العرفية الإقليمية وأنكرنا وجودها من الأصل، والصحيح أن لا وجود للعرف الإقليمي بل يوجد اتفاق دولي في غير الشكل المكتوب (اتفاق شفوي).

وكما إن أساس الإلزام لقواعد القانون الدولي العام تنظمها نظريتان هما النظرية الإرادية والنظرية الموضوعية، فإن أساس إلزام القاعدة الدولية العرفية لا يشذّ عن هذا الأصل، وانتهينا الى ترجيح النظرية الموضوعية في أساس إلزام القاعدة الدولية العرفية، مع عدم إغفال ما للنظرية الإرادية من اسهام في أثر التصرفات الدولية الصادرة من جانب واحد على القاعدة الدولية العرفية ولاسيّما الاحتجاج الذي ما إن يصدر صحيحاً وفي الوقت المناسب فإنّه يُسهم في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية تجاه الدولة المحتجة، وذلك في غير حالة القواعد الدولية العرفية الآمرة التي تسري تجاه الكافة

من احتج من اشخاص القانون الدولي ومن لم يحتج.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

الفصل الأول من الدراسة من خلال [illegible] القاعدة الدولية العرفية [illegible]

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

وفي خاتمة الدراسة أثبتنا المهم من الاستنتاجات والتوصيات المثبتة أصلاً في متن الدراسة.

شكر وثناء

لا يسعني مع إكمال هذه الأطروحة إلاّ أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى أستاذي المشرف الأول على الأطروحة الأستاذ المساعد الدكتور **هادي نعيم المالكي** رئيس قسم القانون الدولي في كلية القانون/ جامعة بغداد، لما أحاطني به من رعاية علمية وزودني به من معلومات قيمة أفدت منها كثيراً في مرحلة كتابة الأطروحة، فله مني وافر الشكر وعظيم الامتنان.

كما أوجه شكري وثنائي إلى الأستاذ المشرف الثاني على الأطروحة الأستاذ المساعد الدكتورة **زينب أحمد عوين** في كلية الحقوق/ جامعة النهرين، لما زودتني به من معلومات قيمة أفادتني كثيراً، فلها مني وافر الشكر والامتنان.

وأتوجه بشكري الجزيل إلى الأستاذين الفاضلين، الأستاذ الدكتور **زهير الحسني** أستاذ القانون الدولي العام في كلية القانون/ جامعة بغداد، والأستاذ الدكتور **عبد الغني عباس** أستاذ القانون الدولي العام في كلية القانون/ جامعة بغداد، لتفضلهم بقبول الإشراف، لملاحظاتهم وإرشاداتهم القيمة، فلهم منّي كلّ الشكر ووافر الامتنان.

وأشكر الأستاذ الدكتور **حيدر أدهم الطائي** على محاضراته في مادة القانون الدولي العام في السنة التحضيرية، والمعلومات التي زودني بها من قبل تسجيل موضوع الأطروحة.

وأشكر الأستاذ المساعد الدكتورة **مها محمد أيوب** معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا في كلية الحقوق/ جامعة النهرين، على تعاونها الكبير في تسهيل الإجراءات الخاصة بمشروع الأطروحة.

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

ولا أنسى شكر الهيئة التدريسية في كلية الحقوق/ جامعة النهرين للسنة التحضيرية لدراسة الدكتوراه في القانون العام للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢، وأخصّ بالذكر الأستاذ الدكتور **غازي فيصل مهدي** والأستاذ الدكتور **محمد علي الطائي** والأستاذ المساعد الدكتور **حيدر طالب الإمارة** والأستاذ المساعد الدكتورة **أمل عنوز** والدكتور **كاظم حسين الطائي**.

والشكر موصول إلى زملائي في كلية الحقوق/ جامعة النهرين ولاسيّما الدكتور أحمد حمد الله الموسوي، وزملائي في كلية القانون/ جامعة الكوفة على مساندتهم لي لإكمال دراستي وتسهيل الإجراءات وأخصّ بالذكر أخويّ وزميليّ الدكتور علي عادل كاشف الغطاء والدكتور نبيل مهدي زوين، والدكتور عمّار الفتلاوي، على تزويدي

This is a watermark for the trial version, register to get the full one!

Benefits for registered users:
1.No watermark on the output documents.
2.Can operate scanned PDF files via OCR.
3.No page quantity limitations for converted PDF files.

Remove Watermark Now

مكتبة كلية القانون/ جامعة الكوفة ولاسيّما السيدة سندس، ومكتبة كلية الحقوق جامعة النهرين ولاسيّما السيد عباس، ومكتبة كلية القانون/ جامعة بغداد، لما بذلوه من جهود مشكورة في توفير المصادر التي اعتمدنا كثيراً منها في هذه الدراسة.

وإن نسيت، فلا أنسى شكر كل فرد في أسرتي؛ **والدتي**، أخوتي **عبدالإله** و**عبدالإمام** و**أخواتي** و**زوجتي** لكل مساندة منهم معنوية أو مادية، فأدين لهم بكل سطرٍ كتبتُه.

والحمد لله المنعم المفضل أولاً وآخراً.