ماديات القاعدة الدولية العرفية – دراسة تحليلية

Material Elements of Customary International Law

م.د. عبد الرسول كريم أبوصبيع

نبذة عن الباحث :
مدرس دكتور في القانون المدني الخاص.
تدريسي في كلية القانون جامعة الكوفة .

Abstract

Customary international law is one of the most important subjects in public international law, because it is main source of rules of public international law according article 38, paragraph 1/b of statute of international court of justice, in addition to any jurisprudence resource in public international law contains custom in its main vocabularies.

Formation of customary international rule, we treats in details essential elements of customary international rule and differentiations between international jurisprudence and judicature view on this important subject, whether what concerning in material element or psychology element (opinio juris), and treat international and local acts which create material element; legislatorial, executive and judicial organ acts, and in international scale contains; international treaties, international judicature decisions and international organizations resolutions.

ماديات القاعدة الدولية العرفية – دراسة تحليلية

* م.د. عبد الرسول كريم ابوصبيع

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 38/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 أمّا العقيدة القانونية بالإلزام فتكون النتيجة للسبب المتقدم، والتي ما إن تتحقق حتّى تتكوّن عندها القاعدة الدولية العرفية، وقد ركزنا في البحث على ماديات القاعدة الدولية العرفية سواء على الصعيد الوطني أو الدولي.

المقدمة :

تُعد القواعد الدولية العرفية المصدر الثاني لقواعد القانون الدولي العام بحسب المادة 1/38/ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بوصفها المادة التي تكفلت ببيان المصادر التي يرجع اليها القاضي الدولي لأجل حل النزاع المعروض عليه، ومن ثم جرى العمل على أن تكون هذه المادة معتمدة في تحديد مصادر قواعد القانون الدولي ككل.

ولّما كانت القاعدة الدولية العرفية يتوزع أمر تكوينها اتجاهان أحدهما يذهب الى معيار الركنين المادي متمثلاً بتواتر السوابق الدولية ومعنوي متمثلاً بالعقيدة القانونية بالإلزام، والمعيار الآخر يذهب إلى أن الركن واحد هو التواتر والعقيدة بالإلزام هي نتيجة التواتر وتتحقق القاعدة الدولية العرفية متى ما تحققت، لذا آثرنا تناول الركن المادي المتفق على ضرورته لأجل تكوين القاعدة الدولية العرفية، وأن يكون عنوان البحث " ماديات القاعدة الدولية العرفية "، ويكون تناول الموضوع كالآتي: التعريف بالركن المادي للقاعدة الدولية العرفية المتمثل بتواتر السوابق الدولية في مبحث تمهيدي، ومن ثم يتم تناول الأعمال التي تتكون منها السوابق الدولية سواء كان مصدرها وطنياً أم دولياً في مبحثين، وعلى النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: التعريف بالركن المادي للقاعدة العرفية

التواتر هو الاطراد وفي الاصطلاح القانوني هو تكرار العمل بشكل مطرد (مستمر ولمدة طويلة) إذ يسود الشعور بإلزامية ما كان محلاً للتواتر.

وفي القاعدة العرفية الداخلية فإن التواتر والشعور بالإلزام يكون من قبل الأشخاص القانونية الطبيعية (الأفراد) في حين يكون في القاعدة الدولية العرفية من قبل الأشخاص القانونية الدولية (الدول والمنظمات الدولية) لاختلاف الأشخاص المخاطبين في نطاق القانونين الداخلي والدولي.

والأساس في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية هي السابقة الدولية وهي التصرف الخارجي إيجابياً كان أو سلبياً الصادر عن سلطة أو شخص ذي اختصاص داخلي أو دولي[1].

وفي رأي لجنة القانون الدولي '' فإن الطابع العام لممارسات الدول يشكل اعتباراً رئيساً في تحديد قاعدة ما بوصفها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي[2]، واستعملت اللجنة مصطلحات متعددة للدلالة على مفهوم الاتساق والعمومية وشملت تلك المصلحات '' الاتساق أو الممارسات المتسقة، والممارسات العامة، والممارسات الواسعة الانتشار، والقاعدة الملحوظة على نطاق واسع في الممارسات، والممارسات الراسخة والمعمّمة، والممارسات الراسخة، والممارسات الراسخة بوضوح، والممارسات الراسخة بقوة، والممارسات المستقرة، والممارسات السائدة للدول، وأهمية الأدلة على ممارسات الدول ''[3].

وعن الاتساق وعدم التضارب في الممارسة الدولية، أكد تقرير مقرر لجنة القانون الدولي أنه إذا كان هناك:'' ثمة كثيراً من عدم اليقين والتناقض، وكثيراً من التقلب والتفاوت... وكثيراً من عدم الاتساق ... وحينما تكون الممارسة قد تأثرت كثيراً باعتبارات الملاءمة السياسية في الحالات المختلفة، فإنه لا يمكن تبيُّن في هذا كله أي استعمال ثابت وموحد، مقبول كقانون، فيما يتعلق بالقاعدة المزعومة ... ''[4].

وانتهى المقرر الخاص إلى مشروع الاستنتاج الآتي:

'' مشروع الاستنتاج 9

وجوب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة

1. يُشترط لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون الممارسة المعنية عامة، وهذا يعني وجوب أن يكون لها ما يكفي من الانتشار والتمثيلية. وليس من الضروري أن تكون هذه الممارسة عالمية.
2. يجب أن تكون هذه الممارسة متسقة عموماً.
3. لا يُشترط أن تدوم الممارسة مدة معينة، ولكن يُشترط أن تكون عامة ومتسقة بما فيه الكفاية.
4. يُشترط في تقييم الممارسة إيلاء الاعتبار الواجب لممارسات الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص.''[5].

وإن العمل الذي يصدر من دولة في البداية يشكل سابقة للتطبيق من قبل دول أخرى بتصرفات مماثلة لاحقة، وتجد دول أخرى نفسها في موقف من الصعب عليها تحدي أو الوقوف تجاه التطبيق المتواتر من قبل الدول، إن هذا التواتر في التطبيق يشكل القانون الدولي العرفي[6].

وفي قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية 1969، تقرر محكمة العدل الدولية بأنه " لا يجب في الممارسة المتماثلة لكي تصبح القاعدة عرفية، ذلك التماثل المتزمت المطلق مع القاعدة، بل إن المحكمة تعتقد بأنه يكفي أن تكون ممارسات الدول متوافقة بشكل عام مع تلك القواعد، وأن ممارسات الدول التي لا تتوافق بشكل عام مع تلك القواعد يجب أن يُنظر إليها بوصفها تمثل خرقاً للقواعد المذكورة لا أن تكون مصداقاً واعترافاً بقواعد جديدة "[7].

ويضرب الفقيه (D'Amato) مثالاً توضيحياً لبيان أثر السابقة الدولية في صنع الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية، ومع افتراض عدم وجود أي معاهدة دولية نافذة بين الأطراف، لو أن دولة (A) أطلقت قمراً اصطناعياً الى الفضاء وبعد دورانه مرات عديدة حول الأرض، عاد ودخل إلى طبقات الجو العليا واحتك بها، ولكن بدلاً من أن يستهلك كلياً بهذا الاحتكاك، سقط على أراضي دولة (B) متسبباً في وفاة أحد مواطنيها، وبالطريق الدبلوماسي طالبت (B) من (A) أن تدفع تعويضاً إلى ورثة المتوفى عما تسببت به من ضرر، وبالفعل دفعت (A) التعويض المطلوب، ولكن هل كان موقفها من دفع التعويض مستنداً إلى التزام بموجب القانون الدولي؟ هنا نفترض أن حالة مماثلة من سقوط قمر صناعي واحداث الضرر قد حصلت بين الدولة (C) صاحبة القمر والدولة (D) المطالبة بالتعويض بالطريق الدبلوماسي، وحين رفضت الدولة (C) دفع التعويض، احتجت (D) بالآتي:

1. إن قرار (A) بدفع التعويض يشكل سابقة دولية يُحتج بمضمونها، ولا يؤثر في مسؤولية الدولة أن الفعل الضار كان خارجاً عن سيطرتها ما دام منسوباً إليها.
2. أن قرار الدولة (A) بدفع التعويض قد شكل الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية.
3. بالرغم من أن تطبيقاً واحداً قد كوّن العرف المعني، إلا أن المرة الواحدة خيرٌ من العدم، وعلى كل حال فإن قضية (A) و (B) تمثل قاعدة تؤكد عليها وتحتج بها الدولة المتضررة (D)، في حين لا شيء يمكن أن تحتج به الدولة (C) لصالحها[8].

ويمكن أن يكون رفض الدولة (C) لدفع التعويض والاحتجاج بعدم وجود مسؤولية دولية على الفعل المنسوب إليها وذلك في قضيتها مع الدولة (D)، يكوّن سابقة

دولية تقف جنباً إلى جنب مع السابقة الدولية المماثلة في قبول (A) دفع التعويض في القضية مع الدولة (B)، وبذلك يكون رفض (C) مماثلاً لقبول (A)، وبذلك إذا ما نشأت قضية مماثلة في المستقبل ولنفترض بين الدولتين (E) و (F)، إذ ستتمسك الدولة المدعية (F) وتستشهد بالقضية بين A–B، في حين ستستشهد الدولة المدعى عليها (E) بالقضية بين C–D، وكلا القضيتين التي استشهد بهما تعارض إحداهما الأخرى، وهنا لا مجال للتفضيل فالقاعدة العرفية لا يمكن أن تحدد ونكون أمام القضية E–F، وكأننا نرجع إلى المربع الأول . فالقضية الأخيرة كأنها القضية الأولى. فرفض (C) يكون بمثابة الحاذف للعرف في القضية A–B، في حين أن (D) تبقى متمسكة بهذه القضية بوصفها سابقة دولية أسهمت في تكوين القاعدة الدولية العرفية، وأن رفض (C) لن يؤثر في إلغاء القاعدة العرفية، ولكن مع ذلك فأمام القضية الأخيرة بين E–F، سيكون هذان الطرفان أمام سابقتين تحمل القيمة القانونية نفسها، وبما أنهما متعارضتان فلا يمكن الركون إلى أحداهما وترجيحها على الأخرى، اللهم إلاّ ما يخص رفض (C) الأقرب من حيث الزمن إلى القضية الأخيرة والتي يمكن أن تستشهد به لصالحها الدولة (E)[9].

ويُلاحظ هنا أنه حتى العرف الذي يعتمد على سابقتين أو أكثر يمكن أن يُعدل لاحقاً بتصرفات وأفعال تُشكل هي بدورها سوابق لعرف جديد[10]، ففي البداية يكون الفعل المخالف للقاعدة العرفية غير قانوني وغير مُعترف به ولكن بعدها تجد دولة أخرى نفسها أقدر على المخالفة لوجود سابقة دولية مخالفة قبلها، وتتوالى السوابق المخالفة إلى أن تتكون قاعدة عرفية تحل محل القاعدة العرفية الأصل[11]. أما في ضوء النظرية التقليدية في العرف الدولي فلا محل لتعديل القاعدة الدولية العرفية، إذ إن أي فعل مخالف والخراف يُعد غير شرعي ومن ثم لا عقيدة قانونية بإلزامه[12].

وبحسب المذهب الإرادي فإن ممارسات الدول ليست لها قيمة معيارية في تكوين العرف الدولي بقدر ما تعد وسيلة لإثبات وجود القبول بين الدول[13].

ولا يشترط في تحقق التواتر هنا مضي مدة زمنية طويلة على صدور السابقة الدولية فيكفي مضي قدر من الوقت ولو كان قصيراً فقط لتحقق التواتر المطلوب في السابقة الدولية[14]، وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال 1969:" إن مرور مجرد مدّة قصيرة من الوقت ليس بالضروري حائلاً دون تكوّن قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي "[15]، وتلاحظ لجنة القانون الدولي أن اتساق ممارسات الدول مع مرور الزمن يُعدّ اعتباراً مهماً في نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، إلا أنه لا يشكل بالضرورة اعتباراً حاسماً[16]، فضلاً عن أن عدد الدول المساهمة في تحقق الممارسة الدولية يعد معياراً أهم من المدة الزمنية للممارسة الدولية نفسها[17].

وليس من اتفاق على المدة الزمنية اللازمة لتكون القاعدة الدولية العرفية إذ يختلف الأمر بحسب الظروف المحيطة وطبيعة المسألة التي تكون موضوعاً للقاعدة الدولية العرفية[18].

ولقد أسهم التطور التقني وثورة المعلومات في سهولة الكشف عمّا تواتر عليه سلوك الدول في أمرٍ معين فلم يعد لمضي مدة من الزمن لنشوء القاعدة العرفية تلك الضرورة التي كانت عليها في الماضي[19]. ومن فقهاء القانون الدولي من يقول بكفاية المرّة الواحدة لتحقق العرف الدولي وهو ما يطلق عليه في الإصطلاح بـ (العرف الآني) أو (العرف المتوحّش) ، " إذ قد يبرز إلى الوجود فجأة عندما تقبل الدول سابقة واحدة غير عادية كأساس لعرف جديد "[20]، ولا يؤثر في رأي بعض من الفقهاء الانقطاع الذي يحصل لأجل تحقق تواتر السابقة الدولية المكونة للقاعدة الدولية العرفية إذ إن أغلب السوابق الدولية مرّت بحالات انقطاع بل المهم في هذا الشأن هو القابلية للاستمرار في المستقبل[21]، ولكن مما لا شك فيه بأن عدد التكرار للسوابق الدولية عندما يصل الى خمس أو ست مرات سيكون أكثر تأثيراً في تكوين الركن المادي للقاعدة العرفية من الاثنتين والثلاثة[22].

وفي قضية الجرف القاري لبحر الشمال 1969، فإن محكمة العدل الدولية قد عدت المدة القصيرة نسبياً (11 عاماً) بين تبني اتفاقية الجرف القاري 1958 وبين حكم المحكمة وسلوك الدول الواسع والتزامها بمضمون الاتفاقية، عدتها كافية لتحقق التواتر في السوابق الدولية المكونة للركن المادي للقاعدة الدولية العرفية[23].

وبعض فقهاء القانون الدولي لا يعد مضي مدة زمنية أمراً ضرورياً في نشوء القاعدة الدولية العرفية[24].

وكما يمكن أن يكون السلوك الدولي إيجابياً يمكن أن يكون سلبياً[25]، إلا أنه ينبغي عدم المبالغة في ذلك إذ إن أغلب القواعد الدولية العرفية تكونت من سلوك الدول الإيجابي بقيامها بعمل معين[26].

وينبغي أن يكون العرف الدولي عاماً أي يطبق على عموم الدول لأجل أن يصبح مصدراً لقواعد القانون الدولي العام أمّا العرف الإقليمي فلا يطبق إلا على مجموعة معينة من الدول[27].

وفي الواقع فإن أصل وجود عرف إقليمي محل نظر، إذ أكدت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية اللجوء السياسي بين بيرو وكولومبيا عام 1951 إلى أنه لا يوجد عرف خاص بين طرفي النزاع لأن العرف لا يكون خاصاً أو إقليمياً بل عاماً، وأمّا ما يُقال عن وجود عرف إقليمي من الممكن الاحتجاج به في قضية اللجوء السياسي فلا يمكن قبوله، لأن الادعاء بوجود عرف بين دول أمريكا اللاتينية سوف يتعارض وما قضت به محكمة العدل الدولية من عدم سريان هذا العرف (الإقليمي) تجاه بيرو فالعرف الاقليمي لا يعدو أن يكون اتفاقاً ضمنياً لا عرفياً وبيرو من

دول أمريكا اللاتينية فلو كان عرفاً إقليمياً بحق لوجب الاحتجاج به أمام بيرو بالضرورة وهو ما لم يحصل[28].

ومصطلح العمومية في العرف الدولي لا يشترط أن يكون السلوك المكون للقاعدة العرفية متبع من قبل جميع دول العالم بل يُشترط أن يكون واسع الانتشار بين عدد كبير من الدول، بما يضمن تمثيل النظم القانونية الرئيسة في العالم[29]. فالعرف الدولي يعبر عن إرادة جماعية من قبل أغلبية الدول في خلق قواعد جديدة ملزمة للدول أجمع[30].

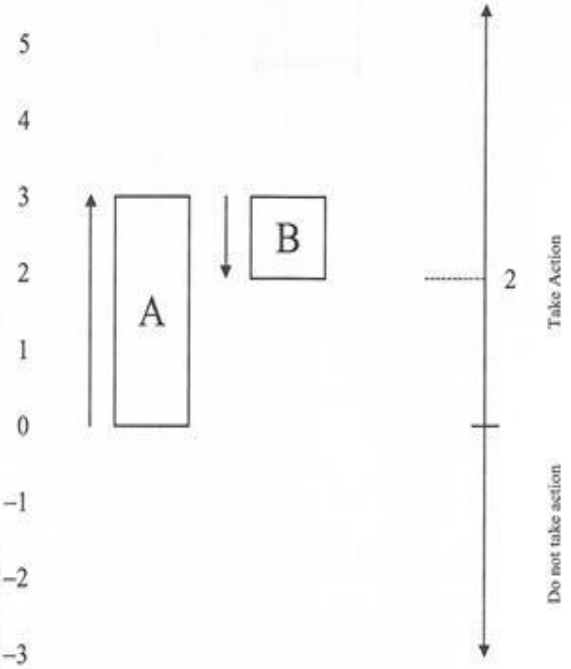
ولا يوجد معيار ثابت في مدى العمومية المتطلبة إذ يختلف الأمر باختلاف الظروف والعلاقات الدولية التي يُمارس السلوك الدولي في ظلها[31].

يقول السيد (مايكل وود) مقرر لجنة القانون الدولي:'' لكي تنشأ قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي العام أو تُحدَّد، لا ينبغي أن يكون ثمة إجماع على الممارسة (الممارسة العالمية)، لكن لا بد أن تكون تلك الممارسة واسعة النطاق، أو، بمعنى آخر، واسعة الانتشار بما يكفي''[32].

فضلاً عن أنه توزن ممارسات الدول التي يكون مضمون القاعدة العرفية ذا تأثير عليها بميزان مختلف عن الدول التي لا يهمها مضمون القاعدة العرفية لعدم تأثيرها على مصالحها، ومثال ذلك القاعدة العرفية في تحديد البحر الاقليمي أو المنطقة المتاخمة فإنها تهم الدول المشاطئة ولا تهم الدول المغلقة، فممارسات الدول الأولى من دون الثانية، هي ما تكون محل اعتبار في نشوء القواعد العرفية في نطاق قانون البحار[33].

ويوضح الفقيه '' Brian D. Lepard ''[34] وزن السوابق الدولية المكونة للقاعدة الدولية العرفية بتلك المعارضة لها وذلك بمخططين يقيسان وزن السوابق الدولية إيجابياً كان أو سلبياً، ففي المخطط أدناه كان عدد السوابق الدولية الإيجابية أكثر من عدد السوابق الدولية المعارضة ومن ثم لن يؤثر الاعتراض هنا على منع تكون القاعدة الدولية العرفية، إذ مستوى A بوصفه مستوى السوابق الدولية المكونة للقاعدة الدولية العرفية قد وصل إلى الرقم 3 في حين أن B بوصفه يمثل مستوى السوابق الدولية المعارضة كان وزنه رقماً واحداً (من 3 الى 2)، إذن يكون وزن السوابق الدولية المكونة للقاعدة العرفية أكبر (3-1=2):

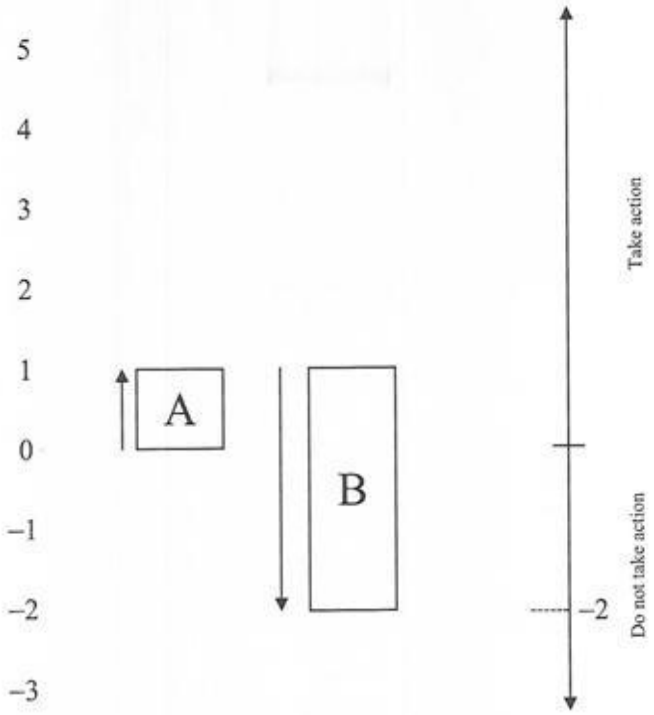
52 *Clarifying the Concept of Authoritative International Legal Norms*



© Lepard, Brian D., Jan 11, 2010, Customary International Law : A New Theory with Practical Applications
Cambridge University Press, Cambridge, ISBN: 9780511679131

والعكس صحيح يمكن لوزن السوابق الدولية المعارضة أن يكون أكبر من تلك المساهمة في تكوين القاعدة الدولية العرفية، ومن ثم سوف تمنع الأولى من تكون القاعدة العرفية، إذ كان وزن السوابق الدولية المعارضة هو (-2)، كما في المخطط أدناه الذي يشير إليه الفقيه نفسه[35]:

48 *Clarifying the Concept of Authoritative International Legal Norms*



A = Weight of first-order reasons in favor of the action (1)
B = Weight of first-order reasons against the action (−3)
Balance of first-order reasons = −2 (Do not take action)

© Lepard, Brian D., Jan 11, 2010, Customary International Law : A New Theory with Practical Applications
Cambridge University Press, Cambridge, ISBN: 9780511679131

وبحسب لجنة القانون الدولي " ينبغي إيلاء الاهتمام الواجب لممارسات (الدول المتأثرة بوجه خاص)، كلما أمكن تحديد تلك الدول. وبمعنى آخر، لا بد لأي تقييم للممارسات الدولية أن يأخذ في الحسبان ممارسة الدول (المتأثرة أو المهتمة بدرجة أكبر من غيرها من الدول) "[36].

ولكن متى ما نشأت القاعدة الدولية العرفية ستكون ملزمة للدول كافة سواء ما أسهمت في تكوين القاعدة العرفية أم لم تسهم وسواء تأثرت مصالحها بها أم لا[37].

فوزن القيمة القانونية للسابقة الصادرة من دولة عظمى أو لها تأثير فاعل على الساحة الدولية أكثر بكثير من سابقة تنسب إلى دولة صغيرة أو تأثيرها محدود على الصعيد الدولي[38]. ومثال ذلك موضوع تحديد السوابق الدولية في موضوع استثمار الموارد المعدنية من الأجرام السماوية ، فلا يمكن مقارنة ما يصدر عن الدول المتقدمة تكنلوجياً ودوره في إنشاء عرف دولي في هذا المجال[39]، مع ما يصدر من تصريحات أو تشريعات أو أحكام قضائية وطنية أو دخول في اتفاقيات ثنائية من قبل الدول النامية والتي لا تمتلك التكنلوجيا لتنظيم الموضوع المتقدم. ومن ثم فلا قيمة لما يصدر عنها ولا أثر يترتب عليه.

" فإذا كان العرف عاماً في مداه إلا أنه يمكن أن يكون خصوصياً في تكوينه."[40].

ومحل التواتر هو ما يصدر عن إرادة الدولة سواء بفعل انفرادي أم باتفاق مع شخص دولي آخر وهو ملزمٌ للدولة فقط التي صدر عنها الفعل الانفرادي وللدول الأطراف في الاتفاق الدولي وفي هذه المرحلة لا يتحقق الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية بل إن ما يكوّنها هو تواتر الأفعال الانفرادية في الموضوع نفسه من جانب دول متعددة أو تواتر عقد الاتفاقيات الدولية مما يكوّن القناعة القانونية لدى المجتمع الدولي بصيرورة الموضوعات أو القواعد التي جاءت بها الأفعال الانفرادية أو الاتفاقيات الدولية ملزمة لها، ولا مجال لجعل تواتر الأخذ بالعادة الدولية من قبل الدول مساهماً في تكوين قاعدة عرفية دولية بل يجعل منها التواتر قاعدة من قواعد المجاملة الدولية، وبحسب رأي جمعية القانون الدولي فإن " مجرد العادة أو المجاملة الدولية مهما كانت ثابتة وموّحدة فإنها لا تستطيع أن تكوّن القاعدة الدولية العرفية "[41].

وإذا ما أرادت دولة أن لا تسري القاعدة الدولية العرفية في مواجهتها فما عليها إلا أن تسلك طرق الرفض الدولية ومثالها الأكثر وضوحاً هو الاحتجاج، ويُعرف الاحتجاج بأنه " التصرف الصادر عن الإرادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولي – دولة كانت أو منظمة دولية – والمتضمن اتجاه هذه الإرادة إلى عدم الاعتراف بمشروعية وضع دولي معين – تصرفاً كان أو واقعة أو مسلكاً أو ادعاء – بالنظر لمساسه بحقوق المحتج أو مصالحه أياً كان شكل التعبير عن الإرادة المحتجة، بشرط صدوره عن الجهاز المختص بالتعبير عن إرادة المحتج في مجال العلاقات الدولية"[42].

أمّا عن الأعمال التي تتكوّن منها السوابق الدولية التي يؤدي تواتر الأخذ بها إلى نشوء القاعدة الدولية العرفية، فإن وزن وقيمة كل منها يختلف باختلاف طبيعتها ومصدرها[43].

وهي:

المبحث الأول: الأعمال التي تتكوّن منها السوابق الدولية على الصعيد الوطني

ويشمل ذلك ما يصدر عن هيئات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وكما يأتي:

المطلب الأول: أعمال الهيئة التشريعية

ومهما تكن التسمية التي تطلق على ما تصدره الهيئة التشريعية من تشريعات فإنها فيما يخص الموضوعات الدولية محل اعتبار لأنها تكشف عن سلوك الدولة تجاه الدول الأخرى[44]، فالقواعد الدولية العرفية المتعلقة بأعالي البحار والبحر الإقليمي والموانئ البحرية تعود في الأصل إلى قواعد تشريعية وطنية[45].

المطلب الثاني: أعمال الهيئة التنفيذية

يقول السيد (مايكل وود) مقرر لجنة القانون الدولي:" إن السلطة التنفيذية، في كثير من الحالات، هي التي تتحدث في نهاية الأمر باسم الدولة في الشؤون الدولية "[46]، والأعمال التي تقوم بها الهيئة التنفيذية في الموضوعات الدولية عديدة ومثالها تصريح يصدر عن رئيس دولة أو وزير خارجيتها في أمر ما يخص شأناً دولياً[47]، ومثاله التصريحان اللذان أصدرهما الرئيس الأمريكي ترومان في 1945/7/28 حول الثروات الحية للبحار وحول الموارد المعدنية لقاع وباطن قاع البحار، فقد شجّع هذان التصريحان البلدان المجاورة على إصدار تصريحات مماثلة أو تشريعات وطنية لمد سيادتها بشكل انفرادي على مساحات بحرية مجاورة لسواحلها ممّا أسهم في نشوء قواعد عرفية دولية حول الجرف القاري والثروات الحية في تلك البحار ومن ثم نشوء قاعدة المائتي ميل بحري فيما بعد[48].

وإذا كان الأصل – كما سبق – ضرورة مرور مدة زمنية على السابقة الدولية الأولى لأجل تكون القاعدة الدولية العرفية، فضلاً عن عدم كفاية المرة الواحدة (السابقة الواحدة) لنشوئها، إلاّ هناك اتجاهاً فقهياً دولياً بدأ بالانتشار يقضي بوجود أحداث دولية معيارية وتأسيسية في القانون الدولي يقتضي معها تعديل ما كان مستقراً من نظريات نشوء قواعد القانون الدولي، ومن تلك الأحداث الفارقة والمعيارية أو التأسيسية: ميثاق الأمم المتحدة وتصريح الرئيس الأمريكي ترومان بشأن تحديد الجرف القاري و محاكمات يوغوسلافيا ورواندا، ومن أشهر الفقهاء الذين تبنوا هذه النظرية: Michael P. Scharf[49].

وبحسب الاتجاه المتقدم فإن تصريح الرئيس الأمريكي بشأن الجرف القاري يُعد من تلك الأحداث التأسيسية في القانون الدولي ومن ثم يكفي وحده لنشوء قاعدة عرفية دولية جديدة دونما حاجة لتكرار السوابق الدولية.

إلا أن هناك تركيز من قبل جانب من الفقه الدولي على أن التصريح الرئاسي الأمريكي لا يكفي وحده لنشوء القاعدة العرفية بشأن الجرف القاري، وأن موضوع تحديد مفهوم الجرف القاري لم يتحدد بشكل اتفاقي إلاّ عبر اتفاقية عام 1958 بشأن الجرف القاري والتي أعدت موادها من قبل لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة والتي بدورها قد اعتمدت التصريح المذكور مادة مهمة في مشروع الاتفاقية، ولم تدخل الاتفاقية حيز النفاذ إلاّ في عام 1964، ومن ثم فمما لا شك فيه فإن مفهوم وتحديد الجرف القاري قبل هذا التأريخ يُعد من القواعد الدولية العرفية التي استندت إلى تصريح الرئيس ترومان وغياب الاحتجاج عليه من قبل الدول ذات العلاقة فضلاً عن تكرار السوابق الدولية في مدّ الولاية الوطنية للدول المشاطئة على جرفها القاري[50].

ومما تجدر ملاحظته أن التصريح الصادر عن مسؤول كبير في الدولة إذا لم يكن في صالحها له قوة إثباتية كبيرة لسببين: أولهما هو أنه يُعد عنوان الحقيقة لعدم وجود إجبار عليه من أحد وثانيهما أنه دليل على الوقائع التي انصب عليها، لذا ولاعتباره في غير صالح من صدر عنه لا تنطبق عليه القاعدة المقررة والتي تقضي بأنه ليس للشخص أن يصطنع دليلاً لصالحه[51].

ومن المهم أن نذكر أن من الفقهاء من يذهب إلى القول بأن التعليقات التي تبديها الدول على المشاريع المقدمة من لجنة القانون الدولي تدخل في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية[52].

المطلب الثالث: أعمال الهيئة القضائية

ويمكن للأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية في الموضوعات الدولية أن تسهم في نشوء السوابق التي تؤدي بدورها إلى تحقق الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية[53]. ومثالها أحكام محاكم الغنائم إلا أنه لا يخفى ما للاعتبارات السياسية من تأثير على بعض من تلك الأحكام[54].

و'' ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن كل محكمة محلية تعمل في إطار الحدود الخاصة لموقعها المحلي (الدستوري). ويتوقف مدى تطبيق المحاكم المحلية للقانون الدولي العرفي وطريقة تطبيقها له على القانون الداخلي. وعلاوة على ذلك، لا يُعد القضاة المحليون خبراء بالضرورة أو حتى مدربين في مجال القانون الدولي العام، وقد تتأثر المحاكم المحلية برأي دولتهم بشأن ما إذا كانت توجد ثمة قاعدة معينة للقانون الدولي العرفي أم لا.''[55].

ويكون لأحكام المحاكم العليا وزن أكبر من أحكام محاكم الموضوع، كما أن الأحكام التي تُنقض من قبل المحاكم العليا لا يكون لها دور في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية[56].

كما يمكن أن تعد أحكام المحاكم إثباتاً للقانون العرفي[57].

" وينبغي لممارسة الدولة أن تؤخذ بكليتها. وهذا يعني، أولاً، أنه يتعين أن يؤخذ في الحسبان جميع الممارسات المتاحة لدولة معينة. ثانياً، من الممكن ألا تتحدث أجهزة الدولة المختلفة بصوت واحد. فعلى سبيل المثال، قد تعتمد إحدى المحاكم أو الهيئات التشريعية موقفاً يتعارض مع موقف السلطة التنفيذية، وحتى ضمن السلطة نفسها يمكن أن تتخذ مواقف مختلفة. ويحتمل حدوث ذلك على الأرجح بالنسبة للممارسة التي تتبعها الأجهزة الفرعية للدولة (في دولة اتحادية على سبيل المثال)، وقد يكون من الضروري النظر بحذر في تلك الممارسة، على نفس النحو الذي يتم به تناول قرارات المحاكم الدنيا. وعندما تتحدث الدولة بأصوات مختلفة، تكون ممارستها متباينة، ويمكن بالفعل أن يقلل هذا التعارض من الوزن الذي يعطى للممارسة المعنية "[58].

المبحث الثاني: الأعمال التي تتكوّن منها السوابق الدولية على الصعيد الدولي

ويشمل ذلك المعاهدات الدولية وأحكام القضاء الدولي وقرارات المنظمات الدولية وآراء الفقه الدولي، وكما يأتي:

المطلب الأول: المعاهدات الدولية

إن القاعدة العامة في أثر المعاهدات الدولية أنها لا تلزم إلاّ أطرافها أي أن نسبية أثر المعاهدات هو الأصل العام[59] ولكن يمكن للمعاهدات الدولية أن تلزم غير أطرافها إذا ما تكرّر عقد المعاهدات في موضوع معين، إذ تصبح القواعد التي تكرر ذكرها في تلك المعاهدات قواعد عرفية دولية تلتزم الدول غير الأطراف بها بصفتها قواعد عرفية[60].

" treaties can help create new customary international law, because of the widespread acceptance of treaty norms, states generally, including nonparties, may come to regard those norms as binding on all states as part of customary international law "[61].

أما الدول الأطراف فإنها تلتزم بها بموجب المعاهدة نفسها[62].

وانتقال القواعد الاتفاقية الى قواعد عرفية هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال 1969 ولا سيما إذا كانت هناك ممارسة دولية موحدة في تطبيق مضمون القاعدة الاتفاقية من قبل الدول التي تتأثر مصالحها بها[63].

وقد أشار مقرر لجنة القانون الدولي إلى نقطة في غاية الأهمية، وهي أن التزام الدول الأطراف بمضمون المعاهدات لا يدل دلالة قاطعة على تحوّل المعاهدات تلك إلى قواعد دولية عرفية بل إن التزام دولٍ غير أطراف بأحكام المعاهدات يكون له أثر كبير في تحوّل القواعد الاتفاقية إلى قواعد دولية عرفية، إذ يقول:" كما لا يجوز أن تؤخذ الممارسة النابعة فقط من ضرورة الامتثال لالتزامات بموجب معاهدات ... على أنها تشير إلى القبول بمثابة قانون: فعندما تتصرف أطراف المعاهدة وفاءً بالتزاماتها

المتفق عليها، لا يثبت ذلك في العادة وجود اعتقاد بالإلزام. وعلى النقيض من ذلك، حين تتصرف الدول وفقاً لمعاهدة لم تصبح بعد ملزمة لها أو تجاه دولٍ غير أطراف في تلك المعاهدة، قد يثبت فعلاً وجود قبول بمثابة قانون. وقد يكون الحال كذلك أيضاً عندما تصرفت الدول غير الأطراف في معاهدةٍ ما على وفق القواعد التي تتضمنها تلك المعاهدة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لبعض الدول غير الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار "[64].

والتزام الدولة الغير بالمعاهدة الدولية عند شيوع العمل بمضمونها بوصفها قواعد عرفية دولية هو ما أكدته المادة 38 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 والتي تنص على أن:" ليس في المواد من 34 إلى 37 ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير بوصفها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترف لها بهذه الصفة ". وفي رأي جمعية القانون الدولي أن التبني الواسع من قبل الدول لقواعد المعاهدات الجماعية يجعل من هذه القواعد قواعد عرفية جديدة[65]. ويُلاحظ هنا أن جدلاً واسعاً قد أثير فيما يخص علاقة المعاهدة بالعرف الدولي وإسهامها في نشوئه بشيوع العمل عن طريق المعاهدات فيما يخص موضوعاً معيناً، فقد اعترض بعض في لجنة القانون الدولي بصدد صياغة المادة أعلاه في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 عن دور المعاهدات في تكوين القواعد الدولية العرفية فالأصل العام في أثر المعاهدات أنها لا تلزم غير أطرافها أما القواعد الدولية العرفية فإنها تلزم الجميع كما يجب عند البعض الآخر التمييز بين اعتبار المعاهدات – وشيوع عقدها من قبل الدول – مصدراً للقواعد الدولية العرفية وبين النص في المعاهدة على قواعد عرفية موجودة سلفاً وثابتة في التعامل الدولي واعترض ثالث على ما ينطوي عليه إيراد المادة من خطورة تتمثل في الموقف الواجب اتخاذه إذا ما عقدت مجموعة دول معاهدة قد قبلتها بعد ذلك دول أخرى بوصفها قواعد عرفية دولية ومن ثم أنهى الأطراف المعاهدة، واشترط رابع أن يكون هناك اعتراف صريح من قبل الدول غير الأطراف بموضوع المعاهدة بوصفها قاعدة عرفية دولية[66].

ويمكن القول هنا إن مفهوم القبول هنا لا يعني الاتفاق بمعنى وجود إيجاب سابق بمثله عقد المعاهدة الأولى، بل القبول (المطروح هنا) هو اقتناع الدول الغير بمضمون المعاهدة والقواعد الواردة فيها عن طريق دخول الدول الغير في معاهدات مشابهة، فيكون تواتر عقد المعاهدات اللاحقة بموضوع المعاهدة الأولى هو ما يحقق التواتر المطلوب في القاعدة الدولية العرفية، ومن ثم فلا إشكال هنا حتى وإن تم إنهاء المعاهدة الأولى بإرادات أطرافها، إذ تبقى القاعدة الدولية العرفية الجديدة قائمة.

يقول أحد الفقهاء: إن المعاهدة الدولية تلزم أطرافها فقط، وهي تلزمهم بالنصوص الملزمة الموجودة في المعاهدة نفسها، ولكنها تتعدى غير أطرافها لأن

المعاهدة نفسها تسهم في تكوين ممارسات الدول (بوصفه الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية)[67].

وقضت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية الجرف القاري لبحر الشمال 1969 بأن النص الاتفاقي يمكن أن يكون معياراً منشئاً (norm-creating provision) للقاعدة الدولية العرفية في المستقبل[68]، وذلك بتكرار العمل بالنص الاتفاقي من قبل دول ليست طرفاً في الاتفاقية أو بإقدام الدول على عقد اتفاقات مشابهة.

إن الاتفاقيات الدولية إما أن تكشف عن قواعد عرفية موجودة سلفاً ونافذة، أو أن تسهم في نشوئها، أو تنشئ هي نفسها قواعد عرفية جديدة[69]: فأما الدور الكاشف فلا يتعدى التأكيد والكشف عن قواعد عرفية موجودة سلفاً في تأريخ سابق على إبرام الاتفاقية فضلاً عن تقنين القواعد الدولية العرفية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية ناميبيا 1971 :" أن القواعد الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي تخص موضوع الاخلال بالمعاهدة تعد تقنيناً لقانون عرفي موجود سلفاً بشأن الموضوع المتقدم "[70].

أما عملية تكوين القاعدة الدولية العرفية عبر الاتفاقيات الدولية، فيعني أن القاعدة العرفية في طور النشوء عبر تكرار الممارسات الدولية ومنها تكرار عقد الاتفاقيات الدولية التي تتضمن المضمون نفسه للقاعدة العرفية المعنية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال:" بأن المواد من 1 الى 3 من اتفاقية الجرف القاري لعام 1958 تعكس تبلوراً أو على الاقل ظهوراً لقواعد عرفية تخص الجرف القاري "[71].

أما الدور الخلاق أو المنشئ فيعني أن تكرار الاتفاقيات الدولية يكفي وحده لخلق قواعد عرفية جديدة وبعبارة أخرى فإن الركن المادي يتمثل في تواتر السوابق الدولية مثلة بالاتفاقيات الدولية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال 1969 بأن المادة 6 من اتفاقية فيينا للجرف القاري لعام 1958 لها أثر منشئ ومن ثم فهي تنشئ قاعدة جديدة تندمج في النسيج العام لقانون دولي عرفي نشأ في 1969 مع تاريخ صدور حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري[72].

ولكن هل إن نشوء القاعدة العرفية الجديدة بمضمون المادة 6 من اتفاقية فيينا للجرف القاري هو لأجل القاعدة الاتفاقية الدولية نفسها أم لأجل الحكم القضائي الدولي الصادر من محكمة العدل الدولية، إذ كلاً من الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء الدولي يسهم في نشوء القاعدة العرفية على الصعيد الدولي؟

إلا أن المحكمة في موضع آخر من حكمها تجيب بأن الموافقة الواسعة من قبل الدول بشأن المادة 6 سوف يخلق العقيدة القانونية بالإلزام ومن ثم يحولها إلى قاعدة عرفية جديدة وليست فقط قاعدة اتفاقية دولية ومن ثم فهي تلزم ليس فقط الدول الأطراف في الاتفاقية بل حتى تلك الدول التي لا تعد أطرافاً فيها، وهذا ما يحصل بين

آونة وأخرى على الصعيد الدولي بوصفه من الطرق المعترف بها لنشوء قواعد عرفية دولية جديدة[73].

ولكن إذا كانت محكمة العدل الدولية قد قررت بأن المادة 6 من اتفاقية فيينا للجرف القاري 1958 ملزمة للدول الأطراف طبقاً للاتفاقية نفسها، وللدول الغير بوصفها قاعدة عرفية دولية، فإن السير مع هذا المنطق يستلزم أن تحكم المحكمة بإلزام ألمانيا بحسب المادة 6 المتقدمة والأخذ بطريقة الخطوط المستقيمة في قياس الجرف القاري بالرغم من أن ألمانيا طرفاً في الاتفاقية ولكن لم تصادق عليها، فوجه الإلزام هنا يكون استناداً الى كون المادة 6 قاعدة عرفية دولية بحسب ما استنتجته المحكمة فيما تقدم.

إلا أن المحكمة في حكمها لم تلزم ألمانيا بالطريقة الواردة في المادة 6 من الاتفاقية استناداً إلى أن المادة المتقدمة مما يجوز التحفظ عليها بحسب أحكام الاتفاقية نفسها على عكس المواد 1 الى 3 التي لا يجوز التحفظ عليها، وإن جواز التحفظ على نص اتفاقي دولي يمنع من تحول ذلك النص إلى قاعدة عرفية دولية.

ومما يعزز عدم تحول المادة 6 إلى قاعدة عرفية دولية ومن ثم عدم اعتماد المحكمة عليها في إلزام دولة ألمانيا بها، أن المحكمة نفسها في حيثيات حكمها عادت فقررت أن المادة 6 ليست من المواد الاتفاقية المنشئة لقاعدة عرفية دولية على عكس ما توصلت إليه في قضية مصائد السمك، من أن تحديد مناطق الصيد وحقوق الامتياز قد حازت قبول وموافقة جميع الدول الساحلية في اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف[74].

وفي معرض تعليق اللجنة على مشروع المادة 34 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي أصبحت المادة 38 من الاتفاقية التي ورد نصها أعلاه، أكدت على الملاحظات الآتية:"

1) إن الدور الذي يضطلع به العرف في مد نطاق انطباق القواعد الواردة في معاهدة أحيانا ليتجاوز الدول المتعاقدة مسلم به تماما . يجوز لأي معاهدة تبرم بين دول معينة أن تشكل قاعدة، أو أن تنشئ نظاما إقليميا أو نهريا أو بحريا، تصبح مقبولة بوجه عام عقب ذلك من دول أخرى وتصبح ملزمة لدول أخرى عن طريق العرف، كقواعد الحرب الأرضية، أو اتفاقات حياد سويسرا، ومختلف المعاهدات المتعلقة بالممرات النهرية أو الممرات البحرية الدولية. وعلى هذا النحو أيضا فإن أي اتفاقية تدوين تتعلق بالنص على قواعد قائمة من قواعد القانون العرفي يجوز أن تعد بوصفها الصياغة المقبولة بوجه عام للقواعد العرفية المعنية حتى بالنسبة للدول غير الأطراف في الاتفاقية.

2) إلا أنه لا يمكن القول بصورة صحيحة، في أي من هذه الحالات، أن المعاهدة نفسها لها آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة . بيد أن هناك حالات تقوم فيها دول أخرى بالإقرار بالقواعد المصاغة في معاهدة ما بوصفها قانونا عرفيا ملزما، من دون إنشاء أي صلة تعاهدية بين تلك الدول والأطراف في المعاهدة . وباختصار، فإن مصدر القوة الملزمة للقواعد بالنسبة لتلك الدول هي العرف، لا المعاهدة . ولهذا السبب لم تعتقد اللجنة أن هذه العملية ينبغي أن تدرج في مشاريع المواد كحالة تكون فيها لمعاهدة ما آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. لذا فإن اللجنة لم تقم بصياغة أي أحكام محددة تتعلق بعمل العرف في مد نطاق انطباق قواعد المعاهدات بما يتجاوز الدول المتعاقدة. ومن ناحية أخرى، مع أخذ أهمية العملية وطابع الأحكام الواردة في المواد من 30 إلى 33 بعين الاعتبار، قررت اللجنة أن تدرج في هذه المادة تحفظا عاما يقول بأن لا شيء في تلك المواد يحول من دون أن تصبح قواعد المعاهدة ملزمة لغير الأطراف بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي"[75].

وقضت محكمة العدل الدولية بضرورة توافر شروط ثلاثة لأجل نقل القواعد الاتفاقية إلى قواعد عرفية دولية، وهي[76]:

1) أن تكون نصوص الاتفاقية المعنية مما لا يجوز التحفظ عليها من قبل الأطراف.
2) أن يكون موضوع الاتفاقية عاماً ويهم أغلبية الدول أو يؤثر على مصالحها.
3) مضي قدرٍ كافٍ من الوقت لعملية الانتقال إلى القواعد الدولية العرفية، ومع ذلك من الممكن أن تكون مدة الانتقال قصيرة شريطة أن يكون التطبيق موّحداً.

وهناك رأيٌ في الفقه الدولي يذهب إلى أن الاتفاقيات الدولية لا تخلق إلاّ قواعد محددة وأن القانون الدولي العام لا يعني إلاّ القانون العرفي فقط، وحتى لو افترضنا أن اتفاقيات دولية قد ضمّت جميع الدول أطرافاً فيها فإنه مع ذلك لا بد من توافر العقيدة القانونية بالإلزام لديها، كي تصبح القواعد الاتفاقية من قواعد القانون الدولي العام، وبعبارة أخرى لا بد من تحول النصوص الاتفاقية إلى قواعد عرفية كي تصبح من قواعد القانون الدولي العام[77].

إلا أنه لا ينبغي الأخذ بالرأي المتقدم على إطلاقه، فإن الاتفاقيات الشارعة تضع قواعد تهم المجتمع الدولي بأجمعه، وإن أغلب الدول تكون أطرافاً فيها، ومن ثم فهي ملزَمةٌ بمضمونها وقد حازت على رضاها وقناعتها، إذ يعد الرضا الركن الأساس في إبرام الاتفاقيات الدولية وإلزامها طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، أمّا اعتبار قواعد الاتفاقيات الشارعة لا تكون من قواعد القانون الدولي العام إلا بعد تحولها إلى قواعد عرفية دولية فإنه قولٌ فيه كثير من المبالغة، إذ إن المادة (38) من

النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية قد حددت المصادر الرئيسة لقواعد القانون الدولي العام بالاتفاقيات الدولية والقواعد الدولية العرفية والمبادئ العامة للقانون، ومن ثم فالرأي المتقدم يتناقض مع نص المادة (38). فالعبرة في قاعدة واردة في اتفاقية شارعة هي للاتفاقية نفسها لتمتع الاتفاقية الشارعة بوصف العمومية في التطبيق إذ تُلزِم الدول الأطراف والغير معاً، ولا يُنتظَر تحوّل القاعدة في الاتفاقية الشارعة إلى قاعدة عرفية دولية لأجل عدها من قواعد القانون الدولي العام. إلا أنه ينبغي عدم إنكار أن كثيراً من القواعد الواردة في الاتفاقيات الشارعة هي في الأصل قواعد عرفية دولية وبذلك تُصبح مُلزِمة لأطرافها بحسب الاتفاقية نفسها وملزمة للغير إمّا بحسب الاتفاقية الشارعة نفسها بوصفها ملزمة للدول الغير أيضاً لما تتسم به من العمومية أو ملزمة للغير بوصفها قواعد عرفية دولية مع الأخذ بالرأي القائل بإمكانية تطبيق القاعدة الدولية العرفية بشكل مستقل بالرغم من اعتبارها نفسها قد وردت في اتفاقية دولية ولا سيما مع وجود التحفظ عليها في الاتفاقية الدولية، إذ مع وجوده لا يسري على القاعدة الدولية العرفية.(حكم محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية).

فضلاً عن ما تتمتع به الاتفاقيات الدولية عموماً من الوضوح والدقة إذا ما قورنت بالقواعد الدولية العرفية، فلا يُترَك المُتيقّن منه والثابت إلى ما يحتاج إلى إثبات.

أمّا بشأن التحديد الذي انتقد به الرأي المتقدم، قواعد الاتفاقيات الدولية، فإن جميع قواعد المصادر الرئيسة للقانون الدولي العام هي قواعد محددة وليست فقط القواعد الاتفاقية، بل القواعد الدولية العرفية أيضاً إذ يقوم بتحديدها القضاء والفقه الدوليان.

وهناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى أفضلية القواعد الدولية العرفية على القواعد الاتفاقية الدولية (المعاهدات الدولية) على أساس أن المعاهدات نسبية الأثر ولا تلزم – بحسب الأصل – إلاّ أطرافها في حين أن القاعدة الدولية العرفية أثرها عام يشمل الدول كافة إلاّ من اتخذت طرق الرفض الدولية تجاه القاعدة الدولية العرفية كالاحتجاج، فضلاً عن أن جميع المعاهدات ترجع في إلزامها لأطرافها إلى قاعدة عرفية دولية هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[78].

إن القول المتقدم صحيح من ناحية أن القواعد الدولية العرفية تتسم بالعمومية وتُلزِم جميع الدول (إذا كانت قواعد آمرة) أو جميعها عدا الدول المحتجة على تلك القواعد إذا لم تكن آمرة، وأن الاحتجاج الذي يؤدي إلى عدم شمول الدولة المحتجة بسريان القاعدة العرفية تجاهها، مشروط بكون الاحتجاج قد صدر في مدة مناسبة في مرحلة تكوّن القاعدة الدولية العرفية، أي أنه موجّهٌ ضد عمل يمثل سابقة من السوابق الدولية التي تسهم في تكوين الركن المادي (التواتر) للقاعدة الدولية العرفية. ومع ذلك وبالرغم من أن الأصل العام نسبية أثر المعاهدات الدولية

– عدا الشارعة منها – وأن القواعد الدولية العرفية تتفوق على الاتفاقيات الدولية من جانب العمومية، إلا أن الاتفاقيات الدولية بدورها تتفوق على القواعد الدولية العرفية من جانب كم التطبيق أي من جانب عدد الاتفاقيات المعقودة والنافذة، فضلاً عن وضوح النصوص الاتفاقية ودقتها إذا ما قورنت بالقواعد الدولية العرفية.

كما أشارت لجنة القانون الدولي إلى القانون الدولي العرفي بوصفه " مجموعة من القواعد الملزمة عموماً بشأن الكيانات الخاضعة للقانون الدولي. وفي عدة مناسبات، بيّنت اللجنة الفرق بين تلك القواعد وقواعد المعاهدات التي لا تلزم بداهة سوى أطراف المعاهدة "[79]، وأشارت اللجنة إلى أنه " من الممكن لنشوء قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن يعدل معاهدة ما، رهنا بالظروف المعينة ورغبات الأطراف في المعاهدة[80]، أقرت اللجنة بأنه يجوز للدول، باستثناء فيما يتعلق بالقواعد الآمرة ، أن تحيد عن قواعد القانون الدولي العرفي بإبرام اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف "[81]. أمّا تعديل القاعدة العرفية الموجودة فعلاً بقاعدة عرفية جديدة فسيواجه صعوبة، إذ إن الدول الأكثر عدداً التي تكون مع التعديل ستكون مقيدة بالدول الأقل عدداً التي تعارض التعديل[82]. ولعل هذا الرأي الأخير يركز على مفهوم عمومية القواعد الدولية العرفية التي تحكم المجتمع الدولي ككل، ومن ثم لا بد أن يكون التعديل للقواعد الدولية العرفية بقواعد عرفية أخرى قد كسب أغلبية كبيرة في الممارسات الدولية.

وحتى لو كانت القاعدة هي نفسها في القانون الدولي العرفي أو الاتفاقي فإن ذلك لا يمنع من تطبيق القاعدة الدولية العرفية أمام القضاء الدولي بصورة مستقلة، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية 1986 إذ:" أن جميع القواعد العرفية التي يمكن الاحتجاج بها بما يماثل مضمونها بصورة تامة، مضمون القواعد الواردة في المعاهدات التي لا يمكن تطبيقها بسبب تحفظ الولايات المتحدة. وحتى لو كانت القاعدة المنشأة بمعاهدة والقاعدة العرفية المتصلة بهذا النزاع لهما نفس المضمون تماماً، فهذا ليس سبباً لأن ترى المحكمة إن إعمال المعاهدة يجب بالضرورة أن يجرد القاعدة العرفية من الانطباق بصورة مستقلة "[83].

ومن المهم الاشارة هنا إلى أن مبدأ نسبية أثر المعاهدات هو الأصل العام الذي يحكم أثر المعاهدات الدولية فهي لا تلزم غير أطرافها أولئك الذين قاموا بالتوقيع عليها وتصديقها، لا فرق في ذلك إذا كانت المعاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف.

ولكن ما الفرق من جانب الأثر القانوني بين المعاهدات المتقدمة وما يسمى بالمعاهدات الشارعة فهل هذه الأخيرة تلزم الغير أم يقتصر إلزامها على أطرافها؟

إن الاجابة تقتضي التمييز بين المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف وبين المعاهدات الشارعة.

يقول الأستاذ تونكين: أن الاستحداث الأساسي في العلاقة ما بين القانون الدولي العرفي والقانون الدولي الاتفاقي يتمثل في ظهور نوع جديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف، هي الاتفاقيات الشارعة (المتعددة الأطراف العامة) وبعضها أصبح في الوقت الحاضر يمثل شبه تشريع دولي[84].

و يقول الدكتور عبدالعزيز سرحان[85] في ذلك:'' إذا كان موضوع الاتفاق الدولي هو وضع معين أو مسألة من المسائل التي تهم الدول الأطراف، يضع الاتفاق الدولي لها تنظيماً أو حلاً معيناً، فإننا نكون أمام اتفاق دولي يطلق عليه بعض الفقهاء اصطلاح الاتفاق العقدي، ويعللون ذلك بأن موضوع إرادة كل من أطراف الاتفاق لا يكون واحداً، حيث يهدف كل طرف إلى الحصول على ما التزم به الطرف الآخر، وبذلك نكون بصدد التزامات شخصية ومتبادلة ... أما الحالة التي يهدف فيها الاتفاق الدولي إلى إنشاء قواعد قانونية دولية موضوعية ، أي خلق قواعد قانونية وليس مجرد التزامات متقابلة، فإن إرادة أطراف الاتفاق الدولي تكون واحدة، وذلك راجع إلى وحدة موضوعها، وبذا نكون أمام اتفاق دولي شارع ''.

إن تعبير (الشارع) يشير إلى أن هذه الاتفاقيات تشريعية أكثر منها تعاقدية[86].

إذن فليس تعدد الأطراف هو المعيار الحاسم في عد اتفاق دولي شارع ام لا بل هو توجيه الخطاب نحو الكافة أو التنظيم الموضوعي للمسائل هو ما يبعد الأطراف عن دائرة ترتيب الالتزامات التبادلية[87]. بل تكون إرادتهم موحدة قصد إنشاء قواعد قانونية دولية عامة تصبح مصدراً للحقوق والالتزامات في الأسرة الدولية[88]، ومن ثم فإن العديد من نصوص الاتفاقيات الشارعة قد تحولت إلى قواعد عرفية دولية[89].

وفي ذلك يقول (ماري دوبوي): '' في عدة اتفاقيات متعددة الأطراف، يمكننا القول عن مثل هذه المعاهدات، التي ... لا تنحصر أبداً في اتفاقيات التدوين وتطوير العرف القائم ولكنها تستطيع كذلك أن تتعلق في مجالات جديدة بالكامل، إن غرضها يمثل سمات (تشريعية) بمقدار ما يكون الهدف الذي تسعى إليه هو بالتحديد ليس إقامة نظام خاص بعدة دول ولكن مجموعة من القواعد القابلة للتطبيق على الجميع.''[90].

ولقد كانت الصياغة المقترحة من قبل لجنة القانون الدولي لتعريف الاتفاقيات الشارعة في مواد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات كالآتي: الاتفاقية الشارعة تعني الاتفاقية المتعددة الأطراف التي تتعلق بالقواعد العامة في القانون الدولي أو التي تتعامل مع مسائل تتعلق بالمصلحة العامة للدول أجمع[91].

وحين عُرض النص المتقدم على الدول لأجل إبداء ملاحظاتها حولها، رفضت حكومتا الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا تضمين اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للنص المتقدم وذلك لرغبتها في تجنب فكرة التلازم بين القواعد الشارعة والقواعد العرفية، ومن ثم جاء النص النهائي للاتفاقية خلواً من النص المذكور[92].

وبالرغم من تضمين اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 نصّاً (المادة 38) مؤدّاه، أنّه لا شيء في الاتفاقية يمنع من إمكانية تحول قواعد اتفاقية دولية إلى قانون

عرفي دولي، فإنه كان هناك رأي في لجنة القانون الدولي ولاسيّما من الأستاذ تونكين يشير بصراحة إلى أن الاتفاقيات الشارعة ملزمة لأطرافها بحسب الاتفاقية نفسها وهم غالبية الدول، وملزمة لغير أطرافها بوصفها تمثل قانوناً عرفياً دولياً[93].

ومثل تلك القواعد الواردة في الاتفاقيات الشارعة تُسمى بحسب (تونكين) بالقواعد المختلطة في القانون الدولي العام (mixed rules in general international law) تلك القواعد التي تمثل في الحقيقة معايير اتفاقية عرفية في آن واحد (treaty-customary norms)[94].

إن الاتفاقات الدولية الشارعة المبرمة في العقود الأخيرة ... والتي لا تتضمن نصاً يخص إنهاءها أو نقضها أو الانسحاب منها، ... هي في الحقيقة تمثل قواعد عرفية دولية[95].

ويرى القاضي '' Alvarez '' في محكمة العدل الدولية في رأيه المعارض بشأن الرأي الاستشاري حول الإبادة الجماعية عام 1951، بأن: الاتفاقيات الشارعة هي قوانين دولية حقيقية إذ إنها قد وقعت من قبل غالبية الدول لكي تصبح ملزمة حتى على الدول الغير، وإن لم توافق الأخيرة عليها، ومثالها المعاهدات المنشئة لعرف ملزم... وتلك المنشئة للمنظمات الدولية[96].

ومثال الاتفاق الدولي الشارع هو ميثاق الأمم المتحدة، فطبيعة منظمة الأمم المتحدة بوصفها منظمة عالمية تضم أغلبية دول العالم في عضويتها وتهدف إلى تحقيق أهداف عامة بطبيعتها تخص دول العالم أجمع (المجتمع الدولي) ومن أهمها حفظ السلم والأمن الدولي، ولذا ورد في الميثاق ما يعد استثناء على مبدأ نسبية أثر المعاهدات إذ يكون للمنظمة مركز خاص تجاه الدول غير الأعضاء فيها أيضاً، إذ جاء نص المادة 2 الفقرة 6 بما يأتي:'' تعمل الهيئة على أن تسير الدول غير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدوليين ''.

وقد اختلفت التكييفات بصدد الأساس القانوني للمادة 2 الفقرة 6 المتقدمة من الميثاق، فقيل ان الأساس القانوني للمادة يكمن في رضا الدول اللاحق على ما تتخذه المنظمة من قرارات وتدابير بحسب السير الذي تسير عليه المنظمة كما ورد في النص، إلا أن هذا الرأي لا يمكن قبوله بحال فإيراد النص كان القصد منه إلزام الدول غير الأعضاء بمبادئ المنظمة ولا سيما حفظ السلم والأمن الدوليين دونما حاجة لرضائها، وفي ذلك يؤكد المندوب البريطاني للجنة الفرعية الأولى في اجتماع 5 حزيران 1945 إلى أن هذا النص يختلف عن نصوص الميثاق الأخرى في أنه يهدف إلى إلزام المنظمة بأن تحمل الدول الأخرى غير الأعضاء فيها على العمل بمقتضى التزامات معينة[97]. وبحسب رأي آخر فإن الأساس القانوني للمادة المعنية يجد أساسه في العرف الدولي، إلا أن هذا الرأي أيضاً لا يمكن قبوله إذ ليس في الوقائع الدولية ولا أحكام القضاء ولا التعامل الدبلوماسي ما يقر بجواز التدخل في شؤون الدول من دون رضاها ورغماً عنها، إن سياسة التدخل ليست من مبادئ القانون

الدولي بل هي وسيلة للتسلط من قبل الطرف القوي. وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في حكمها عام 1949 بين بريطانيا وألبانيا في قضية مضيق كورفو :'' إن حق التدخل المزعوم ليس في حقيقته سوى مظهرٍ من مظاهر سياسة القوة. هذه السياسة التي أدت في الماضي إلى أسوأ وأخطرِ أنواع التعسف. وإنه لا يمكن أن يكون لسياسة التدخل مكاناً في القانون الدولي مهما كان الضعف الذي يتبدى فيه التنظيم الدولي ''[98].

ولعلّ الرأي الأقرب للصواب هو أن مركز منظمة الأمم المتحدة مركز قانوني موضوعي يسري تجاه الدول الأعضاء فيها وغير الأعضاء ومن ثم فأساس المادة 2 الفقرة 6 هو أساسٌ تشريعي قد قصدته اتفاقية الأمم المتحدة عام 1945 (الميثاق). وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري عام 1949 فيما يخص التعويض عن الضرر الواقع على موظفي الأمم المتحدة. إذ طلبت إليها الجمعية العامة بقرارها المتخذ في 3 كانون الأول 1948 أن تفتيها فيما إذا كان من حق الأمم المتحدة أن تطالب بالتعويض من الحكومة القانونية أو الفعلية التي تسببت في أضرار لحقت بموظفي الأمم المتحدة في أثناء تأدية عملهم. فأجابت المحكمة:'' بالرغم من عدم إشارة طلب الفتوى إلى الدول غير الأعضاء في الهيئة صراحة. إنها ترى أن أعضاء الأمم المتحدة قد أنشأوا كياناً ذا شخصية دولية موضوعية وبعبارة أخرى وحدة ذات شخصية دولية ليس في مواجهة هؤلاء الأعضاء الذين اعترفوا بها بل في مواجهة الغير أيضاً. وفي هذا الخصوص ترى المحكمة كذلك أن خمسين دولة تمثل أغلبية كبرى من أعضاء المجتمع الدولي تملك السلطة بحسب القانون الدولي في أن تنشئ كياناً له شخصية دولية ذات طبيعة موضوعية وليس مجرد شخصيةٍ معترفٍ بها من قبل هذه الأغلبية وبحسب ''[99]. ويرى '' لوترباخت Lauterpacht '' بأن هذا الرأي (الإفتائي) قد أكّد على حق الدول الأعضاء في ميثاق الأمم المتحدة. أن يضعوا من القواعد ما يُلزم المجتمع الدولي كله[100].

ومن المهم الإشارة إلى أن جانب كبير من الفقه الدولي يذهب إلى تمتع بعض فتاوى محكمة العدل الدولية بقوة الإلزام ولا سيما مع قبول الأطراف مقدماً أو الجهاز طالب الفتوى للفتوى وعدها ملزمة لهم. ويُطلق على هذا النوع من الفتاوى. the advisory arbitration or advisory opinions with binding force .(التحكيم الإفتائي) أو (الآراء الإفتائية الملزمة)[101].

وتقول الدكتورة عائشة راتب في ذلك:'' تقضي القواعد التقليدية الدولية بعدم إلزام الدول التي لم تشترك في معاهدة ما، بآثارها. ويترتب على ذلك أن الدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة. لا تتمتع أصلاً بأي حقوق أو تلتزم بالتزامات لم تسهم في تحديدها. إلا أن ميثاق الأمم المتحدة قد خالف هذه القاعدة وقضى بإلزام الدول غير الأعضاء بمجموعة محددة من الالتزامات. ولهذا الاستثناء ما يسوّغه. فالهدف

الرئيس الذي تسعى الأمم المتحدة إلى تحقيقه هو خلع الصبغة العالمية على منظمتها وذلك محافظة على السلم العالمي.''[102].

ومن ثم فإن ميثاق الأمم المتحدة وإن كان معاهدة دولية من جهة الشكل، إلا أنه لا يخضع إلى مبدأ نسبية أثر المعاهدات، فهو يُلزم الدول الأعضاء وغير الأعضاء، فهو يمثّل مركزاً موضوعياً، بل يُعد تشريعاً دولياً[103].

وفي ذلك يقول الأستاذ (تونكين):'' أن ميثاق الأمم المتحدة بوصفه الوثيقة الأساسية للقانون الدولي العام المعاصر، قد قُبل في مذهب القانون الدولي بوصفه دستوراً للمجتمع الدولي''[104].

ولقد نصّ الإعلان الخاص بمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول لعام 1970، بشكل صريح أن مبادئ ميثاق الأمم المتحدة المُضمنة في هذا الإعلان تشكل مبادئ أساسية في القانون الدولي:

(the principles of the charter which are embodied in this Declaration constitute basic principles of international law).

إلا أنه لا يمكن التسليم بإضفاء الصفة التشريعية لمعاهدات إنشاء المنظمات الدولية بشكل عام، فما قيل عن معاهدة منظمة الأمم المتحدة لعام 1945، لا يصدق على معاهدات منظمات أخرى ففي جميع الأحوال تكون المنظمة الدولية محددة بالأهداف التي أنشئت من أجلها[105].

ومن جانب آخر فإن مراعاة نصوص الاتفاقيات (اتفاقيات جنيف لعام 1949) ولا سيما إذا كان مصحوباً بتأكيدات شفوية بإلزامها، سوف يكون العقيدة القانونية بإلزام القواعد الانسانية الواردة في الاتفاقيات، ومن ثم يسهّل من التحوّل التدريجي لهذه القواعد الاتفاقية إلى قانون عرفي[106].

ولقد اعتمدت محكمة العدل الدولية على نصوص اتفاقيات جنيف لتلزم جانب الولايات المتحدة الأمريكية، بوصفها التزامات عرفية أكثر منها اتفاقية[107].

كما أن قاعدة المائتي ميل بحري لتحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة والاثني عشر ميلاً بحرياً لتحديد البحر الاقليمي التي تم الاجماع عليها في مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار، والمبادئ التي تم تبنيها في مؤتمر ستوكهولم 1972 عن البيئة البشرية، وقواعد حقوق الانسان الموجودة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان ومواثيق حقوق الانسان الأخرى، قد انتقلت كلها وفي مدة قصيرة إلى قانون دولي عرفي[108].

مع العلم أن اتفاقية قانون البحار لعام 1982 لم تدخل حيز النفاذ إلا في تاريخ 1994/11/16، أي بعد مرور اثني عشر شهراً من تاريخ إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام الستين، فإن محكمة العدل الدولية قد أخذت بالمبادئ الواردة في الاتفاقية – قبل نفاذها – بوصفها قواعد عرفية دولية[109]. إذ قرّرت المحكمة في قضية الجرف

القاري بين تونس وليبيا 1982:" يقع على عاتق المحكمة أن تأخذ في الاعتبار بطريقة تلقائية أعمال المؤتمر حتى ولو لم يُشِر إليه الأطراف في اتفاقهم لأنه لا يمكن للمحكمة أن تتجاهل في الحقيقة نصاً من نصوص مشروع الاتفاقية إذا انتهت إلى استنتاج ... جوهره يُلزم كل أعضاء المجتمع الدولي لأنه يُبرِز قاعدة من قواعد القانون العرفي موجودة سلفاً."[110].

وفي قضية خليج (مين) بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا 1984، قررت الدائرة التابعة لمحكمة العدل الدولية التي نظرت النزاع بأن:" عدم دخول الاتفاقية (اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982) حيِّز النفاذ لا يسلبها أنها حققت نوعاً من الاتفاق العام بين الدول وأن أجزاءً كبيرة منها لم تُقابَل باعتراض ولا سيما فيما يتعلق بالجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة، ويمكن عدها متطابقة حالياً مع القانون الدولي العام."[111].

أما بعد دخول الاتفاقية حيز النفاذ في عام 1994 فإن أحكام محكمة العدل الدولية قد عدت العديد من نصوص الاتفاقية، قواعد عرفية دولية ومنها:

" لذا تعد المحكمة أن النظام القانوني للجزر المنصوص عليه في المادة 121 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يشكل نظاماً لا يتجزأ له كله (حسبما تقر به كولومبيا ونيكاراغوا)، مركز القانون الدولي العرفي "، " رأت المحكمة أن هذا الحكم (المادة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار – المرتفعات التي تنحسر عنها المياه عند الجزر –) يعكس القانون الدولي العرفي "[112].

كما قررت محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري بين ليبيا ومالطة 1985:" إن اتفاقية 1982 ليست مُلزمة كنص اتفاقي، بل يمكن بحث مدى إلزاميتها كقواعد عرفية ... إنه يجب مراعاة الاتفاقية حتى ولو لم يُثِرها طرفا النزاع بوصفها حازت على قبول أغلبية دول العالم "[113].

إذن فالإلزام في المعاهدات الشارعة للغير يكمن في طبيعة هذه المعاهدات بوصفها تنظم أحكاماً موضوعية تهم الدول كافة، أما إلزام المعاهدات العقدية والمتعددة الأطراف لغير أطرافها يكمن في:

1.موافقة الدولة الغير كما في الاشتراط لمصلحة الغير.

2.تواتر العمل بموضوع المعاهدات العقدية والمتعددة الأطراف من جانب دول أخرى بعقد اتفاقيات مشابهة، فتصبح موضوع الاتفاقيات المذكورة ملزماً لغير أطرافها عن طريق تحوله لقاعدة عرفية دولية، فالإلزام للغير يكمن في القاعدة الدولية العرفية لا في الاتفاقية الملزمة لأطرافها فقط استناداً لمبدأ نسبية أثر الاتفاقيات الدولية، وحتى لو تضمنت الاتفاقية الدولية قاعدة عرفية سابقة فإن إلزام الغير يكون بموجب القاعدة الدولية العرفية لا الاتفاقية الدولية.

3. ترتيب المعاهدة التزاماً على عاتق الغير وقبول الغير صراحة هذا الالتزام وبشكل كتابي استناداً للمادة 35 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

وإذا كانت معاهدة ما شارعة ملزمة للدول كافة، الأطراف فيها والدول الغير، فهل سيكون للتصديق على مثل تلك المعاهدات الأثر نفسه بالنسبة لباقي المعاهدات؟

نرى أن التصديق إجراء لا بد منه لأجل إلزام الدولة المصدقة بأحكام المعاهدة، أو بعبارة أخرى لنفاذ المعاهدة بحق الدول الموقعة عليها، فإذا كان نفاذ المعاهدة الشارعة لا يعتد بالدول الموقعة أو غير الموقعة عليها فإنه تبعاً لذلك لا يكون للتصديق الأثر المطلوب وهو النفاذ ما دام أنه متحقق في حال وجود التصديق وعدمه. نعم يُشترط حسب أحكام كل معاهدة شارعة تصديق عدد معين من الدول كي تصبح نافذة فإذا تحقق العدد المطلوب من إيداع وثائق التصديق لم يكن لتصديق الدول الأخرى خارج الدول التي تحقق بتصديقها النصاب المطلوب، أي أثر في نفاذ المعاهدة بحقها فهي ملزمة لها صادقت أم لم تُصادق.

ولكن التصديقات التي تكون من قبل مجموعة كبيرة من الدول والتي تعكس اتجاه ارادتها في جعل القاعدة الاتفاقية نافذة ومؤثرة في نطاق مجتمع القانون الدولي، سوف تُقبل بوصفها تمثل الممارسات الدولية للقانون العرفي[114].

ومن ثم حتى وإن لم تؤثر التصديقات من قبل الدول على نفاذ الاتفاقية الشارعة إذ إنها أصبحت نافذة في تاريخ سابق، إلا أنها سوف تسهم مع التصديقات السابقة في اعتبارها تمثل ممارسة دولية تجعل من القاعدة الاتفاقية قاعدة عرفية.

بل يذهب (Lapard) إلا أنه حتى وإن لم تدخل الاتفاقية حيز النفاذ فإن التصديق من قبل مجموعة كبيرة من الدول سوف يعكس قبول الدول وموافقتها على أحكامها بوصفها ممارسة دولية معترف بها وملزمة[115].

وإذا كانت القاعدة الاتفاقية ملزمة لجميع الدول بعد نفاذها بحسب عمومية الاتفاقية الشارعة، وملزمة أيضاً بوصفها قاعدة عرفية، فما الفرق إذن بين الأمرين إذا كانت النتيجة واحدة؟

في الواقع ليس من فرق بين الحالتين إلاّ في نقطتين حسب تصورنا:

1. إذا تحولت قاعدة اتفاقية الى قاعدة عرفية ومن بعدها اجازت الاتفاقية التحفظ عليها، فهنا سوف تلزم القاعدة العرفية الدول المتحفظة وغير المتحفظة، الأطراف في الاتفاقية والغير، أما القاعدة الاتفاقية فلا تلزم إلا الدول غير المتحفظة عليها، مع العلم أن أصل التحفظ سوف يمنع من تحول القاعدة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية.
2. الوضوح وسهولة إثبات القاعدة الاتفاقية مقارنة بالقاعدة العرفية التي تحتاج غالباً إلى تحديد وإثبات.

ومن المهم الإشارة هنا إلى التمييز من قبل البعض بين التصديق في نطاق القانون الدولي والقانون الدستوري، ففي نطاق القانون الدولي يتمثل بإجراء إيداع أو تبادل

وثائق التصديق لدى الجهة المعتمدة للإيداع، أما في نطاق القانون الدستوري فيتمثل في موافقة الجهة المختصة دستورياً على المعاهدة، أي أنه إجراءٌ داخلي لا دولي[116].

المطلب الثاني: أحكام القضاء الدولي

وتكون الأحكام الصادرة من القضاء الدولي لاسيّما محكمة العدل الدولية إذا ما تكرّر اعتمادها قاعدةً معينةً مصدراً للقاعدة الدولية العرفية.

وصحيح أن الأحكام القضائية الدولية تعد مصدراً مساعداً لقواعد القانون الدولي العام بحسب المادة 38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، فإن دور الأحكام القضائية في تكوين القواعد الدولية العرفية، قد أحدث انتقالاً في دورها التطبيقي إلى دور القانون الواجب التطبيق بشكل مباشر[117].

وتصرّح محكمة العدل الأوربية بأن مبدأ حسن النية يُعد قاعدة عرفية دولية بوصفه معترفاً به من قبل محكمة العدل الدولية ومن ثم يُعد ملزماً للمجتمع الدولي[118].

وإن محكمة العدل الدولية تعترف بوجود القواعد الدولية العرفية، ليس فقط على أساس الممارسة الدولية والعقيدة القانونية بالإلزام، بل أيضاً على أساس قرارات قضائية دولية سابقة[119].

إن أحكام القضاء الدولي ولاسيّما محكمة العدل الدولية قد اكتسبت في الوقت الحاضر أهمية بالغة، فبالرغم من أن نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، يجعل منها مصدراً احتياطياً لا أصلياً، إلا أن أحكام المحكمة وآراءها الاستشارية تفوق الوصف النظري الذي بنته اعتبارات تاريخية، إذ:'' ما من مؤلَّف له قيمته من مؤلفات القانون الدولي إلا وأصبح يستند في التعريف بقواعد القانون الدولي ومبادئه إلى فقه المحكمة الدولية، وما من مناقشة أو مواجهة في صدد نزاع دولي مُثار داخل الأمم المتحدة أو خارجها إلا وتُمحَّص فيه وجهة النظر القانونية على ضوء أحكام وآراء المحكمة بوصفها أداة الأمم المتحدة القضائية الرئيسة[120].

وإذا كان الأصل أن محكمة العدل الدولية مهمتها تطبيق قواعد القانون الدولي لصريح نص المادة 38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، إلا أنها يمكن أن يكون لها دورٌ منشئٌ لقواعد القانون الدولي بوصفها مساهمةً في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية أو على وجه الاستقلال حين يطلب أطراف النزاع من المحكمة أن تفصل فيه استناداً لمبادئ العدل والإنصاف[121].

إلا أن اتجاه لجنة القانون الدولي يجعل من أحكام القضاء الدولي اعتباراً داعماً لوجود القاعدة الدولية العرفية وليست مساهمة في تكوينها بشكل مباشر، ويظهر ذلك من التعبيرات التي تستعملها:

'' وبالرغم من أن قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، في ما يتعلق بوجود قواعد القانون الدولي العرفي وصياغتها، لا تعد (ممارسة)، فهذه القرارات تقوم بدور

هام بوصفها (وسیلة فرعیة لتحدید القواعد القانونیة). وقد یکون للإعلانات الصادرة عن محکمة العدل الدولیة علی وجه الخصوص وزن کبیر جدا.''[122].

'' وکثیراً ما اعتمدت لجنة القانون الدولي علی الأحکام القضائیة بوصفها أحد المعاییر الداعمة لوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو لعدم وجود قاعدة ''[123].

المطلب الثالث: قرارات المنظمات الدولیة

أمّا عن قرارات المنظمات الدولیة وأثرها في تکوین الرکن المادي للقاعدة الدولیة العرفیة فإن تواتر العمل الدولي بمضمون تلك القرارات یُسهم في تکوین القواعد الدولیة العرفیة[124]، إذ '' أن صدور هذه (القرارات) – بشکل عام – یلزم له توافر موافقة أغلبیة الجماعة الدولیة في بعض الأحوال ''[125]، فإذا صوّت عدد کبیر من الدول ضد القرار الصادر عن المنظمة فإن قیمة هذا القرار کإثبات للقانون الدولي العرفي ستنخفض بالمثل[126].

کما یلاحظ أن العرف المتکون من هذه القرارات لا یشوبه الغموض علی النحو الذي یشوب سواه وذلك لأن صدور التصرف من المنظمة لا یتأتّی إلا بعد مناقشات مستفیضة – في الغالب – تتوفر علیها أغلب أعضاء الأسرة الدولیة فتجلي غموضها بتناولها لمختلف وجوه المسألة)[127] . وأن الدول لها ممثلون في أغلب أجهزة المنظمات الدولیة ومن ثم فما یصدر عن تلك الأجهزة یعد وکأنه قد صدر عن الدول نفسها الممثلة في تلك الأجهزة[128].

هذا مع عدم الإخلال بمفهوم الإرادة الذاتیة المستقلة بوصفها من مقومات قیام المنظمة الدولیة، فضلاً عن أن (قرارات المنظمات الدولیة تسهم بتکوین العرف بوتیرة أسرع من سواها نظراً لأن عامل التکرار یتأکد بصدور التصرف عن الجهة نفسها)[129] . فقرارات المنظمات الدولیة ومثالها قرارات الجمعیة العامة للأمم المتحدة تعلن عن قواعد عرفیة موجودة وتسهم في تکوین ما لم یتکون بعدُ منها و تکوّن هي بالفعل قواعدَ عرفیةٍ جدیدة[130].

" UN General Assembly Resolutions were widely recognized as customary or as reflecting customary law."[131].

یقول '' R. Higgins '':'' الأمم المتحدة هیئة مناسبة للجوء إلیها بهدف الوقوف علی مؤشرات التطورات الحاصلة في القانون الدولي، ذلك أنه یُفترض أن العرف الدولي یستنبط من ممارسة الدول، التي تتضمن تعاملاتها الدولیة التي تتبدی في تصرفاتها الدبلوماسیة وتصریحاتها العلنیة. ومع تطور المنظمات الدولیة، أصبحت لأصوات الدول وآرائها أهمیة قانونیة بوصفها إثباتاً للقانون العرفي. وعلاوة علی ذلك، تتضمن ممارسة الدول أعمالها الجماعیة فضلاً عن مجموع أعمالها الفردیة... ویمثل وجود الأمم المتحدة ... حالیاً مرکز تنسیق شدید الوضوح وشدید التریکز لممارسة الدول ''[132]. و '' یجب النظر إلی قرارات المنظمات بوصفها

إجراءً جماعياً للدول التي صوتت لصالح القرار وليس بوصفها إجراءً للمنظمة نفسها. وهذا ما يفسر السبب في أن تلك القرارات تضطلع بدور في وضع العرف، فقط في الحالات التي تتخذ بالإجماع أو بتوافق الآراء أو على الأقل بأغلبية واسعة "[133].

" إن الأثر القانوني يعزى هنا إلى العرف ... وليس إلى القرار في نفسه، وقد تطور في هذا الخصوص قانون عرفي موضوعي "[134].

ومثال تلك القرارات، القرار المرقم 1514 الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1960/12/14 وعُرف باسم (الإعلان الخاص بمنح الاستقلال للبلاد الرازحة تحت الاستعمار) إذ إن العمل الدولي المستمر بمضمون الإعلان وتبنيه هو الذي جعل من القرار المتقدم قاعدة عرفية دولية[135]. فالقرار المتقدم يعد مثالاً لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تمتلك أثراً منشئاً لقواعد عرفية دولية[136].

وعن القرار نفسه تقرر محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن قضية ناميبيا بأنه لا بد للمحكمة من أن تراعي التطور الحاصل في القانون الدولي مع منتصف القرن العشرين وأن لا يبقى تفسيرها غير متأثر بميثاق الأمم المتحدة والطريقة التي يتكون بها القانون الدولي العرفي[137].

وكذلك قاعدة عدم التدخل ، إذ استندت محكمة العدل الدولية في تأسيس هذه القاعدة على قرارين للجمعية العامة للأمم المتحدة هما القرار المرقم 2625 في 24 تشرين الأول 1970 بشأن إعلان حول العلاقات الودية بين الدول والقرار المرقم 3314 في 14 كانون الأول 1974 بشأن تعريف العدوان[138].

وقد أعلنت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا/ 1986 فيما يخص قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم 2625 بشأن العلاقات الودية بين الدول، بأن:" أثر الموافقة على نص مثل هذه القرارات لا يمكن تفسيره على أنه مجرد تذكير أو توضيح بسيط للالتزام التعاقدي الناجم عن الميثاق، ولكن يمكن تفسيره على العكس بوصفه انضماماً لقيمة القاعدة أو لسلسلة القواعد المعلنة بوساطة القرار والمتخذة في حد ذاتها ... إن اتخاذ الموقف المذكور يمكن أن يظهر (بعبارة) أخرى، وكأنه تعبير عن رأي قانوني إزاء القاعدة (أو سلسلة القواعد) ذات العلاقة "[139].

إن في تأكيد المحكمة هنا تحديد لبيانات موقع القوة القانونية لمثل هذه القرارات في إطار تكوين العرف الدولي، فالقرار هنا يشكّل تعبيراً ملموساً وجماعياً عن الرأي القانوني العام وإن تحليل المحكمة هذا يُلحق بالرأي السائد في الفقه الدولي الذي يعد أن بعض القرارات في حال توافر بعض الشروط يمكن أن تلعب دوراً حاسماً في تكوين العرف المعاصر، ولعلّها المرة الأولى التي يدعم فيها القضاء الدولي هذه الاطروحة بوضوح وقوة[140].

وفي مجال التحكيم الدولي نجد أن محكمة التحكيم في قضية Tersaco-Calasiastic والحكومة الليبية / 1977، قد عدت أن القرار 1803 الصادر عن مجلس الأمن بشأن إيران " يترجم رأياً قانونياً عاماً ... يعكس حالة القانون العرفي القائم في هذا المجال "[141].

وفي ظروف معينة اعتمدت لجنة القانون الدولي " على ممارسات المنظمات الدولية لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وتعلق ذلك الاعتماد بطائفة متنوعة من جوانب ممارسات المنظمات الدولية، من قبيل علاقاتها الخارجية، وكذلك المواقف التي اتخذتها أجهزة تلك المنظمات فيما يتصل بحالات محددة أو مسائل عامة في العلاقات الدولية"[142]، وفي بعض الحالات أشارت اللجنة إلى " إمكانية تطور ممارسة منظمة دولية لتصبح عرفاً محدداً لتلك المنظمة. وقد تتصل تلك الأعراف بجوانب متعددة في وظائف المنظمات أو أنشطتها، من قبيل سلطة منظمة دولية في مجال وضع المعاهدات أو القواعد المنطبقة على المعاهدات التي تعتمد في إطار المنظمة "[143].

" ويمكن معادلة ممارسة المنظمات الدولية (مثل الاتحاد الأوربي) التي قامت الدول الأعضاء فيها في بعض الأحيان بتفويضها اختصاصات حصرية، بممارسة الدول، نظراً لأن تلك المنظمات تعمل في مجالات معينة في محل الدول الأعضاء. وينطبق ذلك على أفعال تلك المنظمات، أيا كانت الأشكال التي تتخذها، سواء كانت تنفيذية أم تشريعية أو قضائية. وإذا لم يعادل المرء ممارسة تلك المنظمات الدولية بممارسات الدول، فسيعني ذلك في الواقع أن الأمر لا يقتصر على عدم الاعتداد بممارسة المنظمة المعنية بوصفها ممارسة للدولة بل سيعني أيضاً أن الدول الأعضاء في تلك المنظمات ستكون محرومة من المساهمة في ممارسة الدول، أو غير قادرة على هذه المساهمة، في الحالات التي تكون الدول الأعضاء قد خولت بعض صلاحياتها العامة إلى المنظمة المعنية "[144].

إذ ينص البيان الصادر عن الاتحاد الأوربي (A/C.6/68/SR.23، الفقرة 37) على أن:" يعمل الاتحاد في المجال الدولي على أساس الاختصاصات التي أسندتها إليه معاهدات تأسيسه. فالاتحاد طرف متعاقد في عدد كبير من الاتفاقات الدولية، بجانب دول أخرى. وعلاوة على ذلك، فإن لديه اختصاصات حصرية في عدة مجالات يشملها القانون الدولي. وهذه السمات الخاصة تسند إليه دوراً خاصاً في نشأة القانون الدولي العرفي، الذي يمكن أن يسهم فيه بصورة مباشرة عبر إجراءاته وممارساته "[145].

إلا أن إسهام قرارات المنظمات الدولية في تكوين القواعد الدولية العرفية لم يمنع الجدل الفقهي المحتدم في نطاق القانون الدولي العام بشأن تلك القرارات وعدّها مصدراً مستقلاً لقواعد القانون الدولي العام أم لا[146]، ويستند من ينكر على تلك القرارات صفة المصدر المستقل، إلى أن المنظمات الدولية وإن اعُتِرف لها بالشخصية القانونية الدولية إلى جنب الدول فإنها مع ذلك لا يكون لقراراتها

مصدرية مباشرة لقواعد القانون الدولي العام لأن أصل المنظمة الدولية هي المعاهدة الدولية المنشئة لها[147] فضلاً عن أن المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تكفلت بتحديد مصادر القانون الدولي العام لم تذكر قرارات المنظمات الدولية بشكل صريح ومن ثم لا يمكن تحميل النص أكثر ممّا يحتمل والتوسع في تفسيره دونما دليل[148].

" These resolutions are not among the sources of law indicated in Article 38 of the Statute."[149].

ويذهب أنصار مصدرية قرارات المنظمات الدولية لقواعد القانون الدولي العام إلى أن المعاهدة المنشئة للمنظمة الدولية وإن كانت أساس وجود المنظمة الدولية من الناحية القانونية إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار قرارات المنظمة الدولية مصدراً أيضاً لتلك القواعد فالمصدر لقاعدة ما قد يكون مصدراً لمصدر آخر فالمعاهدات الدولية تستند في وجوب الالتزام بأحكامها إلى قاعدة عرفية هي (العقد شريعة المتعاقدين) فضلاً عن أن عدم ذكر قرارات المنظمات الدولية في نص المادة 1/38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية لا يمنع من التوسع في أحكامها لتشمل قرارات المنظمات الدولية بوصفها مصدراً لقواعد القانون الدولي العام ولا سيّما وأن صياغة هذه المادة قد تعرضت للنقد من جانب الفقه الدولي في جانب منه[150]، وأن المادة 1/38 قد نقلت حرفياً عن النظام الأساس للمحكمة الدولية السابقة (محكمة العدل الدولية الدائمة) حينما لم يكن للمنظمات الدولية الدور المهم في مرحلة تأسيس محكمة العدل الدولية[151]، وأن المادة الرابعة عشرة من معاهدة الجماعة الأوروبية للطاقة الذرية تفرق بشكل واضح بين القرارات الملزمة وغير الملزمة وتخول العديد من أجهزتها إصدار قرارات ملزمة ليس فقط في مواجهة الدول الأعضاء بل في مواجهة رعايا تلك الدول[152].

يقول جيرهارد فان غلان:" لا يمكن للإعلانات والقرارات أن تنطوي على أكثر من سلطة شبه قانونية تتطلب عادة إبرام الدول الأعضاء لاتفاق لاحق يستند إلى الإعلان أو القرار الدولي. ولذلك فإن إعلانات الجمعية العامة وقراراتها تضع من جانب الجوهر مقاييس مسلك الدول، وهي إذا ما تمت الموافقة عليها إيجابياً عن طريق إبرام الاتفاقيات المرتبطة بها فإنها تمثل المرحلة الأولى في خلق قواعد جديدة للقانون الدولي. وإذا قُبل قرار معين وتمت الموافقة عليه بأكثرية ساحقة في الجمعية العامة من جانب الدول الأعضاء على أنه أساس يمثل ارتباطاً دولياً قانونياً ملزماً فمن الطبيعي أن يُعترف بأن قاعدة جديدة في القانون الدولي قد برزت إلى حيز الوجود. ولا يجوز أن تُعفى من تطبيق الالتزام القانوني الجديد غير تلك الدول التي صوتت ضد القرار أو تلك التي تُعلن بعد ذلك بوقت قصير أنها لن تلتزم بالمبدأ الجديد الناجم عن القرار"[153].

ولنا على الرأي المتقدم الملاحظات الآتية:

1. ان استعمال تعبير السلطة شبه القانونية لقرارات المنظمات الدولية واشتراط ابرام اتفاقيات دولية بين الدول استناداً إلى القرارات نفسها، يُشير إلى أن قوة الإلزام تكون للاتفاقيات الدولية وليس إلى القرارات الدولية بالرغم من أن القرارات هي أساس إبرام الاتفاقيات الدولية، ولكن أية قوة إلزام يمكن أن تتمتع بها القرارات الدولية بحسب الرأي المتقدم؟
2. يظهر أنه يفرق بين القرارات التي تحوز أغلبية عادية وبين القرارات التي تحوز أغلبية كبيرة مقاربة للإجماع؛ فالثانية وحدها يمكنها أن تخلق قواعد جديدة للقانون الدولي العام. ولكن هل أنها تستقل بخلق القواعد الجديدة، أم تسهم في خلقها؟
3. يعبر الرأي المتقدم بعبارات يُستنتج منها أن القرارات الدولية تستقل بخلق القواعد الجديدة من مثل '' من الطبيعي أن يُعترف بأن قاعدة جديدة في القانون الدولي قد برزت إلى حيز الوجود ''، على أساس أن القرارات الدولية التي تحوز أغلبية كبيرة من جانب الدول هي تعبر عن الرأي العام العالمي أو أنها تعبر عن إرادات غالبية الدول في المجتمع الدولي ومن ثم يكون حالها حال الاتفاقيات الشارعة في إلزامها للدول الأطراف وغير الأطراف.
4. ولكن لا يمكن الذهاب مع الاستنتاج السابق بعيداً إذ إن الرأي المتقدم استثنى من الخضوع لقرارات الجمعية العامة، الدول التي تعترض أو تحتج على القواعد الجديدة للقانون الدولي، مما نستنتج معه بأن القرارات قد أسهمت في تكوين قواعد دولية عرفية جديدة '' وذلك على أساس مساهمتها في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية وتلزم الدول كافة بها سواء من صوتت لصالح القرارات أو لم تشترك فيها، عدا الدول التي احتجت على سريان القواعد الدولية العرفية الجديدة في مواجهتها، ولا بد أن يوجه الاحتجاج في مدة مناسبة في أثناء تكون القاعدة الدولية العرفية أو بعد تكونها بمدة قصيرة، وهو ما عبر عنه الرأي المتقدم بشكل صريح.

لذا نستنتج من كل ما سبق، وإزاء صراحة نص المادة 1/38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية التي تكفلت بتعداد مصادر القانون الدولي العام، والتي لم تذكر قرارات المنظمات الدولية من بينها، لا يسعنا – بالرغم من الدور المتنامي لقرارات المنظمات الدولية – إلا أن نقرّر مصدريتها لقواعد القانون الدولي العام ليس على وجه الاستقلال بل عن طريق مساهمتها في تكوين القواعد الدولية العرفية بوصف الأخيرة المصدر وليست قرارات المنظمات الدولية، وإن بعض قرارات المنظمات الدولية (قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة) تتوفر على رضا الجماعة الدولية لأن أغلب دول العالم أعضاء في الجمعية العامة ومن ثم يمكن أن نعترف بكفاية القرار الواحد (المرة الواحدة) في تكوين قاعدة عرفية جديدة، إذ إن العقيدة القانونية

بالإلزام بوصفها ماهية القاعدة الدولية العرفية، تكون متوفرة في مثل هذه القرارات بشكل أوضح وأكثر من باقي عناصر الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية.

المطلب الرابع: آراء فقهاء القانون الدولي

وتذهب لجنة القانون الدولي إلى أنّه يمكن أن يكون لآراء فقهاء القانون الدولي العام دورٌ في تكوين قاعدة ما من قواعد القانون الدولي العرفي، وكثيراً ما أخذت لجنة القانون الدولي في اعتبارها كتابات وآراء الحقوقيين في تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي[154].

ويعد بعض كتابات الفقهاء إثباتاً للقانون العرفي الدولي[155].

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية (Paquette Habana)؛'' إن المحاكم تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لكي تتعرف على الآراء النظرية التي يعلّق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولي، بل كذلك لكي تتعرف على ما فيها من إفصاح عن القانون القائم.''[156].

إلا أن صريح نص المادة 38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية باعتبار آراء الفقهاء مصدراً احتياطياً، قد قيّد محكمة العدل الدولية من الرجوع في أحكامها بشكل صريح إلى هذا المصدر، فضلاً عن اكتفائها – بشكل عام – في إيجاد الحل للنزاع المعروض أمامها بالمصادر الأصلية متمثلة بالمعاهدات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، اللهم إلا في الآراء الملحقة بأحكام المحكمة وفتاواها من قبل بعض قضاتها، إذ أشير بشكل صريح إلى بعض فقهاء القانون الدولي والعام ومؤلفاتهم[157].

ويمكن إيراد الأمثلة الآتية للتدليل على ما تقدم: إذ ذهب القاضي (ليفي كارنيرو) في رأيه الإعتراضي الملحق بفتوى المحكمة الصادرة عام 1954 بشأن القضية المتعلقة بأثر أحكام المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، نافياً عنها وصف الجهاز القضائي بالمعنى الدقيق، إلى الاستشهاد برأي الأستاذ (لافرير) في مؤلفه (القضاء الإداري)– المجلد الأول –، والأستاذ (لويس رينو) في مؤلفه (الوجيز في القانون الإداري)، فيما يخص التكييف القانوني لطبيعة المحاكم الإدارية في النظام القانوني الفرنسي، كما أحال القاضي نفسه إلى رأي الأستاذ (جورج سل) في مؤلفه (المطول في القانون الدولي العام – 1948)، للقول بأن قرارات المحكمة الإدارية التي يتم إنشاؤها بالطريقة التي أنشئت فيها المحكمة الإدارية للأمم المتحدة لا تكون لها حجية الأمر المقضي به[158]. واستشهد القاضي (لوترباخت) في رأيه الانفرادي الملحق بفتوى المحكمة الصادرة عام 1955 بشأن قضية إجراءات التصويت، برأي الأستاذ (برايرلي) في مؤلفه (العهد والميثاق)، والأستاذ (كوينسي رايت) في مؤلفه (نظام الانتداب في ظل عصبة الأمم)، وفي قضية الصحراء الغربية عام 1975، أشار القاضي اللبناني (فؤاد عمون) – في معرض تحليله وتعليقه على بعض الآراء التي

وردت في المرافعات قبل صدور الفتوى من المحكمة –. إلى كتابات الأساتذة (فاتيل) و (فيتوريا) فيما يتعلق بمفهوم الأرض التي لا صاحب لها.

الخاتمة

1. إن العدد المطلوب تحققه لتواتر السوابق الدولية المكون للركن المادي في القاعدة الدولية العرفية هو أقل بكثير من العدد المطلوب لتكرار الأفعال المكونة للركن المادي للقاعدة العرفية المدنية والتجارية، وذلك لأن ما يصدر عن السلطات العامة في الدولة حتماً لا يُقارن عددياً بما يصدر من الأفراد، وتشترك القواعد العرفية الدستورية مع القواعد الدولية العرفية في العدد المطلوب لتحقق التواتر وفي الجهات التي تصدر عنها الأفعال المكونة للتواتر (سلطات الدولة الثلاث)، عدا أن القواعد الدولية العرفية تشمل مضافاً إلى ذلك جهات دولية يُسهم ما يصدر عنها في تكوين الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية، كالمحاكم الدولية والمنظمات الدولية.
2. لا بد من التمييز بين التصرف الإرادي الملزم وبين العادة الدولية، فالأول هو ما يكون تكراره مكوناً لتواتر السوابق الدولية (أي الركن المادي) في القاعدة الدولية العرفية، أما العادة الدولية فلا يؤدي تكرارها إلاّ إلى جعلها قاعدة للمجاملة الدولية.
3. يمكن للمعاهدات الدولية أن تكوّن القواعد الدولية العرفية عن طريق تكرار عقدها من قبل دول أخرى، فتكون القواعد الاتفاقية ملزمة لأطرافها فقط، والقواعد الدولية العرفية ملزمة للجميع: الأطراف وغير الأطراف، هذا الكلام يصح بالنسبة للاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف غير العامة، أما الاتفاقيات المتعددة الأطراف العامة (الشارعة) فإن الكثير من قواعدها تعد قواعد دولية عرفية من الناحية الفعلية ويرجع ذلك إلى طبيعة المواضيع التي تنظمها هذه الاتفاقيات بوصفها عالمية تهم المجتمع الدولي بأسره، فضلاً عن العدد الكبير من الدول التي تكون أطرافاً فيها، وليس هذا فحسب بل إن محكمة العدل الدولية قد ذهبت في بعض أحكامها إلى اعتبار بعض النصوص في اتفاقيات شارعة لم تدخل بعد حيز النفاذ، قواعد دولية عرفية، ومثالها اتفاقية قانون البحار لعام 1982، مما يؤكد أهمية الاتفاقيات الشارعة وعلاقتها الوثيقة بتكوين القواعد الدولية العرفية.
4. لا بد للاحتجاج كي ينتج أثره في عدم نشوء القاعدة الدولية العرفية أو على الأقل عدم سريانها تجاه الدول المحتجة، أن يصدر في مدة معقولة في أثناء تكوّن القاعدة العرفية أو بعد نشوئها، فإذا ما صدر عن الدولة المحتجة فإنه يمنع من سريان القاعدة الدولية العرفية تجاهها باستثناء

القواعد الدولية العرفية الآمرة فإنها تسري تجاه الكافة من احتج من الدول عليها ومن لم يحتج.

5. نقترح تعريف القواعد الدولية العرفية بأنها: مجموعة القواعد القانونية التي تتكون من الممارسة الدولية في موضوع معين ممّا تتكون معها العقيدة القانونية بإلزام ما كان محلاً للممارسة.

6. إن ما جعل من موضوع تكوين القواعد الدولية العرفية مشكلة، غالباً ما تثير لبساً وغموضاً ويتجنب كثيرون الخوض فيها، هو اللبس الذي وقع فيه بعض من كتب في العرف الدولي وتبعه في ذلك جملة من الباحثين، ولا سيما ما يخص مفهوم الركن والماهية في القاعدة الدولية العرفية، فالاتجاه الراجح في آلية تكوين القواعد الدولية العرفية يتمثل في التمييز بين الركن والماهية واعتبار تواتر السوابق الدولية هو الركن المادي وأن العقيدة القانونية بالإلزام هي نتيجة التواتر، فتواتر السوابق الدولية هو السبب الموصل إلى النتيجة المتمثلة بالعقيدة القانونية بالإلزام والتي ما إن تتحقق، تتكون عندها القاعدة الدولية العرفية، فليس من اقتران بين التواتر والعقيدة بالإلزام – حسب الرأي الراجح عندنا –، ومن ثم نقترح أن يتم تبني الفقه الدولي العربي للاتجاه الحديث في تكوين القاعدة الدولية العرفية، أو استعراض الاتجاهين على حد سواء على أقل تقدير.

7. تلعب قرارات المنظمات الدولية دوراً مؤثراً في تكوين القواعد الدولية العرفية ولكن مع ذلك لا يمكن اعتبارها مصدراً مستقلاً لقواعد القانون الدولي العام لصريح نص المادة 38/ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تكفلت بتعداد مصادر قواعد القانون الدولي العام ولم تُشِر إلى تلك القرارات مطلقاً ولا يمكن التوسّع في تفسير نص صريح لا يحتمل التأويل، ولكن تدخل قرارات المنظمات الدولية في تكوين الركن المادي للقواعد الدولية العرفية، وبعض تلك القرارات يمكن أن تكوّن قاعدة دولية عرفية آنية " فورية " ولا يستلزم التكرار فيها ومثالها بعض قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، لما تحمله هذه القرارات من قرينة الشرعية وموافقة أغلب دول العالم عليها والتي تمثل النظم القانونية الرئيسة في العالم، لذا نقترح أن يكون هناك حذرٌ شديدٌ في تبني فكرة العرف الفوري أو الآني وحصره في بعض قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة فقط، لما تحمله هذه القرارات غالباً من قرينة الشرعية وتوفر العقيدة القانونية بالإلزام لتوفّر هذه القرارات على رضا المجتمع الدولي في أغلبيته، وعدم الاعتداد بالأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية لدولة أو مجموعة دول واعتبارها عرفاً فورياً من مثل تصريح الرئيس الأمريكي ترومان فيما يخص تحديد الولاية الوطنية على الجرف القاري.

المصادر والمراجع :

المصادر باللغة العربية

1. أ.ن.طلالايف. قانون المعاهدات الدولية، الكتاب الأول – النظرية العامة –، ترجمة صالح مهدي العبيدي، بغداد: مطبعة العاني، 1986.
2. إبراهيم محمد العناني. الوجيز في القانون الدولي العام، كلية الحقوق (التعليم المفتوح)– جا.معة عين شمس، بدون سنة نشر.
3. أحمد أبو الوفا. قضاء محكمة العدل الدولية 2001–2005، القاهرة: دار النهضة العربية، 2006–2007.
4. أحمد الرشيدي. بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 55، 1999.
5. أحمد حسن الرشيدي. الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1993.
6. أحمد عبدالحميد عشوش، عمر أبوبكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة نشر.
7. بدر الدين بوذياب. الطابع التشريعي لقرارات المنظمات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري– تيزي وزو، الجزائر، 2011.
8. بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
9. جعفر عبدالسلام. دور المعاهدات الشارعة في حكم العلاقات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 27، 1971.
10 جمال عبدالناصر مانع. القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2010.
11 جيرهارد فان غلان. القانون بين الأمم، الجزء الأول، ترجمة عباس العمر، بيروت: دار الجيل، بدون سنة نشر.
12 حسن الجلبي. مركز الأمم المتحدة بالنسبة للدول غير الأعضاء فيها، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 22، 1966.
13 حسني محمد جابر. القانون الدولي، الطبعة الأولى، بدون ذكر الناشر ومكان النشر وسنة النشر.
14 حكمت شبر. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، بغداد: الناشر المكتبة القانونية، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، 2009.
15 حيدر أدهم الطائي. الاحتجاج في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بيروت،

منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.
16 رياض صالح أبو العطا. المنظمات الدولية، ط1، الشارقة: مكتبة الجامعة، الأردن: إثراء للنشر والتوزيع، 2010.
17 زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام. المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 45، 1989.
18 زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس، 1993.
19 سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
20 شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، 1982.
21 صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة: دار النهضة العربية، 2007.
22 عادل أحمد الطائي. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
23 عائشة راتب. المنظمات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970.
24 عباس ماضوي. المصادر غير الاتفاقية للقانون الدولي العام (ماهيتها وحجيتها)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة محمد خيضر بسكرة- الجزائر، 2013.
25 عبدالحسين القطيفي. القانون الدولي العام، الجزء الأول في أصول القانون الدولي العام، بغداد: مطبعة العاني، 1970.
26 عبدالكريم عوض عطية خليفة. أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 2001.
27 عزالدين فوده. المؤلفات العلمية الحديثة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 27، 1971.
28 عزيز القاضي. تفسير مقررات المنظمات الدولية، القاهرة: المطبعة العالمية،1971.
29 علي زراقط. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2011.
30 مايكل وود (مقرر لجنة القانون الدولي). التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، الوثيقة المرقمة A/CN.4/663.
31 مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، الوثيقة المرقمة

A/CN.4/672.
32 محمد الحاج حمود. القانون الدولي للبحار، بغداد: شركة مطبعة الأديب البغدادية المحدودة، 1990.
33 محمد المجذوب. القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
34 محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 1974.
35 محمد سامي عبدالحميد. القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24، 1968.
36 محمد طلعت الغنيمي. الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام)، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، 1970.
37 محمد مجدي مرجان. آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، القاهرة: دار النهضة العربية، 1981.
38 محمد نعيم علوّه: موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الأول – المبادئ والمصادر –، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2012.
39 مذكرة من الأمانة العامة للأمم المتحدة. 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.
40 مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام، الجزء الأول (قانون المنظمات الدولية)، الاسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
41 موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من 1948–1991، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992.
42 نبيل عبدالله العربي. بعض ملاحظات حول الآثار القانونية لقرارات الجمعية العامة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 31.
43 هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، الطبعة الأولى، بغداد: مكتبة السنهوري، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2011.
44 هانس كلسن. النظرية المحضة في القانون، ترجمة أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية – وزارة العدل، 1986.

المصادر باللغة الانكليزية

45. Alberto Alvarez-Jimenez. Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, 2011.

46. Anthea Robets. The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, 2011.
47. Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, First Edition, Ithaca and London: Cornell University Press, 1971.
48. Brian D. Lepard. Customary International Law – A New Theory with Practical Applications -, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
49. Catherine Brolmann. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 74, 2005.
50. Conforti and Labella. An introduction to international law, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
51. E. T. Swaine. Rational custom, Duke Law Journal, Vol. 52, 2002.
52. Gordon A. Christenson. Trashing Customary International Law, the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987.
53. Jonathan I. Charney. International Agreements and the Development of Customary International Law, Washington Law Review, Vol. 61:971, 1986.
54. Malcolm N. Show QC. International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, 2008.
55. Mark E. Villiger. Customary International Law and Treaties, 2nd Edition, London: Kluwer International Law, 1997.
56. Mark W. Janis: An Introduction to International Law, Fourth Edition, New York, ASPEN Publishers, 2003.
57. Michael P. Scharf. Customary International Law in Times of Fundamental Change - Recognizing Grotian Moments-, 1st Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
58. Patrick L. Schmidt. The Process and Prospects for The U.N. Guiding Principles on Internal Displacement to Become Customary International Law, Georgetown Journal of International Law, Vol. 35, 2004.
59. R. Higgins. The development of international law through the political organs of the United Nations, London: Oxford university press, 1963.
60. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Final report of Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, London Conference (2000).
61. Theodor Meron. The Geneva Conventions as Customary Law, the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987.
62. Thomas Buergenthal. Lawmaking by the ICJ and other international courts, American Society of International Law Proceedings, 2009.

الهوامش :

(1) عبدالحسين القطيفي. القانون الدولي العام، الجزء الأول في أصول القانون الدولي العام، بغداد: مطبعة العاني، 1970، ص 156.

(2) مذكرة من الأمانة العامة للأمم المتحدة. 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، الملاحظة رقم 3 ص 13.

(3) مذكرة الأمانة العامة. مصدر سابق، الملاحظة رقم 4 ، ص 15-16.

(4) مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، الوثيقة المرقمة A/CN.4/672، ص 55.

(5) المصدر السابق، ص 60.

(6) Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, First Edition, Ithaca and London: Cornell University Press, 1971, p 88.

(7) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, supra footnote 1394, at para. 185.

(8) Anthony A. D'Amato. Ibid., p 92.

(9) Ibid., p 93.

(10) Ibid., p 96.

(11) Ibid., p 97; Jonathan I. Charney. Op. Cit., p 537.

(12) Anthony A. D'Amato. Ibid., p 98.

(13) Nieles Petersen. Op. Cit., p 300.

(14) صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة: دار النهضة العربية، 2007، ص 355.

(15) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من 1948-1991، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992، ص 98.

(16) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة 6، ص 18.

(17) E. T. Swaine. Rational custom, Duke Law Journal, Vol. 52, 2002, p 25, Para. 49.

أشار إليه مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، مصدر سابق، ص 45-46.

(18) Malcolm N. Show QC. International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, 2008, p 76.

(19) أحمد الرشيدي. بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 55، 1999، ص 62.

(20) حسني محمد جابر. القانون الدولي، الطبعة الأولى، بدون ذكر الناشر ومكان النشر وسنة النشر، ص 30.

(21) سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 310.

(22) Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 91.

(23) Mark E. Villiger. Customary International Law and Treaties, 2nd Edition, London: Kluwer International Law, 1997, p 45.

(24) " today, most commentators on customary international law assert no particular duration is necessary ". Brian D. Lepard. Customary International Law – A New Theory with Practical Applications –, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p 35.

(25) عادل أحمد الطائي. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 188.

(26) حكمت شبر. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، بغداد: الناشر المكتبة القانونية، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، 2009، ص 71.

(27) Mark W. Janis: An Introduction to International Law, Fourth Edition, New York, ASPEN Publishers, 2003, P 43.

(28) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول، مصدر سابق، ص 25-26.

(29) Mark E. Villiger. Op. Cit., p 29,37.

(30) " It reflects the consensus approach to decision– making with the ability of the majority to create new law binding upon all ". Malcolm N. Show QC. International Law, 6th Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p 74.

(31) إبراهيم محمد العناني. الوجيز في القانون الدولي العام، كلية الحقوق (التعليم المفتوح)- جامعة عين شمس، بدون سنة نشر، ص 12.

(32) مايكل وود. التقرير الثاني عن نشأة القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 48-49.

(33) Patrick L. Schmidt. The Process and Prospects for The U.N. Guiding Principles on Internal Displacement to Become Customary International Law, Georgetown Journal of International Law, Vol. 35, 2004, p 505.

(34) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 52.

(35) Ibid., p 48.

(36) مايكل وود. مصدر سابق، ص 52-53.

(37) Alberto Alvarez-Jimenez. Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, 2011, p 686.

(38) Anthony A. D'Amato. Op. Cit., p 96.

(39) بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص 408.

(40) المصدر السابق، ص 408.

(41) Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Final report of Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, London Conference (2000), p 11.

(42) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 1974، ص 236؛ حيدر أدهم الطائي. الاحتجاج في القانون الدولي، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص 40.

(43) Malcolm N. Show QC. Op. Cit., p 84.

(44) شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، 1982، ص 85.

(45) أحمد عبدالحميد عشوش، عمر أبوبكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة نشر، ص 100؛ محمد نعيم علوَة: موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الأول – المبادئ والمصادر -، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2012، ص 273.

(46) مايكل وود. مصدر سابق، ص 48.

(47) علي زراقط. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2011، ص 160.

(48) محمد الحاج حمود. القانون الدولي للبحار، بغداد: شركة مطبعة الأديب البغدادية المحدودة، 1990، ص 24-25.

(49) Michael P. Scharf. Customary International Law in Times of Fundamental Change – Recognizing Grotian Moments–, 1st Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p 9.

فضلاً عن الفقهاء الذين يشير إليهم المؤلف في كتابه في الصفحات 5-6 ممن استعملوا مصطلح اللحظات المعيارية أو التأسيسية في القانون الدولي، وهم كل من:

Richard Falk, Bruce Ackerman, Jenney Martinez, Leila Sadat, Anne Maria Slaughter, William Burke-White.

(50) Ibid., p 118-120.

(51) أحمد أبو الوفا. قضاء محكمة العدل الدولية 2001-2005، القاهرة: دار النهضة العربية، 2006-2007، ص 201، تعليق المؤلف على قضية العمليات المسلحة فوق إقليم الكونغو (الكونغو ضد أوغندا) أمام محكمة العدل الدولية، 2005.

(52) Malcolm N. Show QC. Op. Cit., p 82.

(53) Anthea Robets. The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, 2011,p 62;

جمال عبدالناصر مانع. القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2010، ص 235.

(54) شارل روسو. مصدر سابق، ص 85.

(55) مايكل وود (مقرر لجنة القانون الدولي). التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، الوثيقة المرقمة A/CN.4/663، ص 52.

(56) مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 34.

(57) Patrick L. Schmidt. Op. Cit., p 510.

(58) مايكل وود. التقرير الثاني عن نشأة القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 48.

(59) هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، الطبعة الأولى، بغداد: مكتبة السنهوري، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2011، ص 47 ويمكن للمعاهدة الدولية أن يمتد أثرها لغير أطرافها في حال ترتيب التزام على الغير أو حق للغير وعن علاقة شرط الدولة الأكثر رعاية بمبدأ نسبية أثر المعاهدات يُنظر الصفحات 46-57 من المصدر نفسه.

(60) أ.ن. طلالايف. قانون المعاهدات الدولية، الكتاب الأول – النظرية العامة – ترجمة صالح مهدي العبيدي، بغداد: مطبعة العاني، 1986، ص 8؛ أحمد أبو الوفا. مصدر سابق، ص 203؛ إبراهيم محمد العناني. مصدر سابق، 17؛ عباس ماضوي. المصادر غير الاتفاقية للقانون الدولي العام (ماهيتها وحجيتها)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة محمد خيضر بسكرة- الجزائر، 2013، ص 54.

(61) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 31.

(62) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس، 1993، ص 21-22 ، إلا أن هناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى أن القواعد الدولية العرفية تأتي بالمرتبة الأولى وينبغي على المعاهدات الدولية أن توافقها ولا تخالفها، وسيأتي مزيد بيان في المتن في بيان العلاقة بين القواعد الدولية العرفية والقواعد الاتفاقية الدولية.

(63) North Sea Continental Shelf cases (Fed. Rep. of Germany/Denmark ; Fed. Rep. of Germany/Netherlands), International Court of Justice, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969 3, 43, at para. 74.

(64) مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 64-65.

(65) " ... it may be possible for a multilateral treaty to give rise to new customary rules (or to assist in their creation) ... if it is widely adopted by States ". Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Op. Cit., p 50.

(66) يُنظر محمد مجدي مرجان. آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، القاهرة: دار النهضة العربية، 1981، ص 314-315.

(67) Gordon A. Christenson. Trashing Customary International Law, the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987, p 103.

(68) North sea continental shelf cases, 1969 I.C.J. Rep. 3,41, para.71.

(69) E. Jiménez de Aréchaga. General Course in Public International Law, Lahaye: The Huge Academy of International Law, with No Publishing Year, p 14.

(70) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول، مصدر سابق، ص 103؛ وينظر

Ibid., p 15.

(71) Ibid., p 17.

(72) " Article 6 of the Geneva Convention on the Continental Shelf providing for the principle or rule of equidistance in the delimitation of the shelf had had, after 1958, such a constitutive effect, and that its impact had generated a new rule which had become incorporated in the general fabric of customary international law by 1969, at the time of the Judgment.". Ibid., p 18.

(73) Ibid., p 19.

(74) Ibid., p 20.

(75) الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي. 1966، الترجمة العربية نقلاً عن مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، ص 42-43.

(76) See North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany /Netherlands) [1969] ICJ Rep 3., pp. 72–74.

(77) Grigory Tunkin. Is General International Law Customary Law Only?, European Journal of International Law, Vol. 4, 1993, p 535.

(78) هانس كلسن. النظرية المحضة في القانون. ترجمة أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية - وزارة العدل، 1986، ص 156-157.

(79) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة رقم 19، ص 37.

(80) المصدر السابق، الملاحظة رقم 27، ص 46.

(81) المصدر السابق، الملاحظة رقم 28، ص 46.

(82) Timothy Meyer. Codifying Custom, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160: 995, 2012, p 1039.

(83) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من 1948-1991، مصدر سابق، ص 218.

(84) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 536.

(85) عبدالعزيز سرحان. القانون الدولي العام، القاهرة: 1969، ص 106 أشار إليه جعفر عبدالسلام. دور المعاهدات الشارعة في حكم العلاقات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 27، 1971، ص 68 هامش رقم 3.

(86) Catherine Brolmann. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 74, 2005, p 384.

(87) أ.ن. طلالايف. مصدر سابق، ص 104-105 ، جعفر عبدالسلام. مصدر سابق، ص 69.

(88) عزالدين فوده. مصدر سابق، ص 126.

(89) Jonathan I. Charney. International Agreements and the Development of Customary International Law, Washington Law Review, Vol. 61:971, 1986, p 976.

(90) بيار ماري- دوبوي. مصدر سابق، ص 333.

(91) " General multilateral treaty means a multilateral treaty which concerns general norms of international law or deals with matters of general interest to States as a whole ". International Law Committee Yearbook. (1962), p 239.

(92) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 537; T. Meron. Op. Cit., p 188.

(93) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 538.

(94) Ibid., p 539.

(95) Ibid., p 539.

(96) Dissenting Opinion Judge Alvarez, supra note 29, pp. 52–53. Quoted in Catherine Brolmann. Op. Cit., p 398.

(97) حسن الجلبي. مركز الأمم المتحدة بالنسبة للدول غير الأعضاء فيها، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 22، 1966، ص 58-59.

(98) المصدر السابق، ص 66-67.

(99) المصدر السابق، ص 68-69.

(100) Lauterpacht. The Development of International Law by the International Court, 1958, p 181.

(101) أحمد حسن الرشيدي. الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، مصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1993، ص 272.

(102) عائشة راتب. المنظمات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، ص 102-103.

(103) مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام، الجزء الأول (قانون المنظمات الدولية)، الاسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 331.

(104) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 541.

(105) Theodor Meron. The Geneva Conventions as Customary Law, the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987, p 368.

(106) Ibid., p 368.

(107) Ibid., p 352.

(108) Jonathan I. Charney. Op. Cit., p 548-549.

(109) عبدالكريم عوض عطية خليفة. أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 2001، ص 98-99.

(110) أشار إليه المصدر السابق، ص 99.

(111) المصدر السابق، ص 99.

(112) Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012.

(113) عبدالكريم عوض عطيه خليفه. مصدر سابق، ص 100.

(114) Schachter. " New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice ", in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, (1996). supra footnote 1461, at 725. Quoted in T. Meron. Op. Cit., p 399.

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

(116) طاهر شاش. مصدر سابق، ص 1.

(117) Thomas Buergenthal. Lawmaking by the ICJ and other international courts, American Society of International Law Proceedings, 2009, p 404.

(118) Case T-115/94 Opel Austria GmbH v. Council of the European Union [1997] ECR II-39, 90, 93. Quoted in Alberto Alvarez-Jimenez. Op. Cit., p 684.

(119) Ibid., p 698.

(120) عزالدين فوده. المؤلفات العلمية الحديثة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 27، 1971، ص 197.

(121) عبدالكريم عوض عطيه خليفه. مصدر سابق، ص 48-49.

(122) مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 45.

(123) مذكرة الأمانة العامة للأمم المتحدة، مصدر سابق، ص 33. ويُنظر الفقرة 3 من التعليق على مشروع المادة 17 من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... 1996، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة 44 من النص الانكليزي " إن المبادئ التي تستند إليها الاتفاقية (اتفاقية منع الابادة الجماعية) قد حظيت باعتراف محكمة العدل الدولية بوصفها مبادئ ملزمة للدول حتى بدون وجود أي التزام تعاهدي "، المصدر نفسه أعلاه.

(124) رياض صالح أبو العطا. المنظمات الدولية، ط1، الشارقة: مكتبة الجامعة، الأردن: إثراء للنشر والتوزيع، 2010، ص 189.

(125) عزيز القاضي. تفسير مقررات المنظمات الدولية، القاهرة: المطبعة العالمية،1971، ص 86-87.

(126) Patrick L. Schmidt. Op. Cit., p 506.

(127) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص 86-87.

(128) Patrick L. Schmidt. Op. Cit., p 506.

(129) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص 87، مع الإشارة إلى الرأي الفقهي الذي يذهب إلى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تشكل ما يسمى بالعرف الفوري إذ لا يشترط فيها التكرار بل تكفي المرة الواحدة (القرار الواحد) لنشوء قاعدة عرفية دولية وذلك لتوافر قرارات الجمعية العامة على رضا أغلبية الدول الممثلة

في الجمعية العامة على مضمون القرارات المذكورة. يُنظر نبيل عبدالله العربي. بعض ملاحظات حول الآثار القانونية لقرارات الجمعية العامة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 31، ص 284.

(130) Patrick L. Schmidt. Op. Cit., p 497.

(131) Alberto Alvarez-Jimenez. Op. Cit., p 690.

(132) R. Higgins. The development of international law through the political organs of the United Nations, London: Oxford university press, 1963, p 2

النص المترجم نقلاً عن مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، مصدر سابق، ص 37 هامش 121.

(133) Conforti and Labella. An introduction to international law, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p 35, 42-43.

النص المترجم نقلاً عن مايكل وود. مصدر سابق، ص 37 هامش 121.

(134) محمد طلعت الغنيمي. مصدر سابق، ص 494.

(135) محمد المجذوب. القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 160؛ نبيل عبدالله العربي. مصدر سابق، ص 284.

(136) E. Jiménez de Aréchaga. Op. Cit., p 33.

(137) Ibid., p 33.

(138) زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية للقاعدة العرفية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 45، 1989، ص 167.

(139) نقلاً عن بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص 420-421.

(140) المصدر السابق، ص 421.

(141) المصدر السابق، ص 418.

(142) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة رقم 13، ص 31.

(143) المصدر السابق، الملاحظة رقم 14، ص 32.

(144) مايكل وود. مصدر سابق، ص 42.

(145) نقلاً عن المصدر السابق، ص 42 هامش 135.

(146) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص 88.

(147) مصطفى أحمد فؤاد. مصدر سابق، ص 200.

(148) محمد سامي عبدالحميد. القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24، 1968، ص 128-130؛ بدر الدين بوذياب. الطابع التشريعي لقرارات المنظمات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 42.

(149) E. Jiménez de Aréchaga. Op. Cit., p 30.

(150) عزيز القاضي. مصدر سابق، ص 88 والمصادر التي يشير إليها المؤلف في هامش رقم 1 من الصفحة نفسها.

(151) محمد سامي عبدالحميد. مصدر سابق، ص 129-131؛ بدر الدين بوذياب. مصدر سابق، ص 50-51.

(152) مصطفى أحمد فؤاد. مصدر سابق، ص 200.

(153) جيرهارد فان غلدن. القانون بين الأمم، الجزء الأول، ترجمة عباس العمر، بيروت: دار الجيل، بدون سنة نشر، ص 19.

(154) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة رقم 18، ص 35.

(155) The writings of legal scholars can serve as evidence of customary law ". Patrick L. Schmidt. Op. Cit., p 511.

(156) ذكره محمد طلعت الغنيمي. الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام)، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، 1970، ص 386.

(157) أحمد حسن الرشيدي. الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، مصدر سابق، ص 257–258.

(158) أحمد حسن الرشيدي. الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، مصدر سابق، ص 258.