دور العرف
في إنشاء قواعد القانون الدولي العام

للدكتور عبد الغنى محمود(*)

مقدمـــة:

أحمد الله تعالى وأصلى وأسلم على نبيه المصطفى المبعوث رحمة للعالمين.

وبعـــد

فإن القانون الدولي العام باعتباره مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات بين الأشخاص الدولية – دولاً ومنظمات دولية – قد نشأ نشأة أوربية ولكن مع زيادة عدد الدول – في عصر ما بعد الاستعمار – ونشوء المنظمات الدولية العالمية والاقليمية، العامة والمتخصصة، ومع التقدم العلمي والتقنى وتطور وسائل المواصلات والاتصال أصبح اعتماد أعضاء الأسرة الدولية بعضهم على بعض وتعاونهم المشترك – في شتى الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية – أمراً ضرورياً للنهوض بمستوى الشعوب وتحقيق رفاهيتهم الاجتماعية والاقتصادية. ومن هنا أصبحت المعاهدات تلعب دوراً حيوياً في تقوية أواصر التعاون بين الدول، بل إن المعاهدات المتعددة الأطراف – خاصة التى تعقد في إطار الأمم المتحدة – أضحت بمثابة تشريع دولي لتنظيم علاقات أعضاء المجتمع الدولي وتحديد حقوقهم وواجباتهم.

(*) أستاذ القانون الدولي العام – كلية الشريعة والقانون بالقاهرة – جامعة الأزهر

وهنا يثار التساؤل عن مدى الدور الذى يؤديه العرف في صياغة وتطوير قواعد القانون الدولي في الوقت الحاضر هل لازال له بريقه وأهميته كمصدر من مصادر القانون الدولي أم أن دوره قد بدأ يتلاشي وبريقه أخذ يخفت مع شيوع المعاهدات الجماعية والمتعددة الأطراف؟ وما هى العلاقة التى تربط بين المعاهدات والعرف؟ وهل العناصر التقليدية للعرف (الركن المادي والركن المعنوي) لازال لها نفس الأهمية المتساوية كما كان الأمر في الماضي أم أن المتغيرات الدولية قد حدت بالفقه الدولي أن يطور أفكاره بشأن هذه العناصر استجابة لهذه المتغيرات.

لذا خصصت هذه الدراسة للإجابة عن هذه التساؤلات؛ وسوف استهلها بفصل لبيان عناصر العرف الدولي، ثم في الفصل الثاني أعرض لأنواع العرف الدولي، وأبين في الفصل الثالث العلاقة بين العرف والمعاهدات.

الفصل الأول

عناصر العرف الدولي(١)

قد يكون من الصعب وضع تعريف للعرف الدولي نظراً لاختلاف الآراء الفقهية بشأن هذه العناصره وأهمية كل منها في تكوين القاعدة القانونية العرفية الدولية، فالنظرية التقليدية تذهب إلى أن العرف الدولي لا يظهر إلى حيز الوجود إلا إذا توافر له عنصران: مادى ومعنوى في آن واحد، في حين ذهبت نظريات أخرى إلى الاكتفاء بعنصر واحد، فبعضها يكتفى بالركن المادى - دون حاجة إلى الركن المعنوى - في حين يكتفى البعض الآخر بالركن المعنوى. وقد جاءت نظرية رابعة، محاولة لتفادى عيوب النظريات السابقة، فاشترطت العنصرين لكن على مراحل.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشروط التى يلزم توافرها في عناصر العرف وعلى الأخص الركن المادي قد طرأ بشأنها تطور كبير. لذا نعرض أولاً للركن المادى في مبحث أول ثم للركن المعنوى في مبحث ثان.

المبحث الأول

العنصر المادى للعرف

يتمثل الركن المادي للعرف في السلوك الدولي، الذى قد يكون سلوكاً إيجابياً أو سلوكاً سلبياً (أى الفعل أو الامتناع عن الفعل).

(١) مما تجدر الاشارة إليه أن العرف الذى نعنيه - في هذه الدراسة - هو العرف القانوني الذى يتسم بسمة الإلزام والذى يترتب على مخالفته نشوء المسئولية الدولية. إذا أن كلمة العرف عند إطلاقها تشمل العرف القانوني (الملزم) والعرف غير القانوني (العادة) الذى لا يشكل إلزاماً ولا يترتب على مخالفته نشوء المسئولية الدولية.

هذا ويعرف البعض السلوك الدولي تعريفاً ضيقاً في حين يذهب اتجاه آخر إلى تعريفه تعريفاً موسعاً.

النظرية التى تعرف السلوك الدولي تعريفاً ضيقاً:

يذهب هذا الاتجاه إلى تعريف السلوك المكون للركن المادى للقاعدة العرفية تعريفاً ضيقاً. ويتزعم هذا الاتجاه الأستاذ (داماتو D'AMATO) إذ يرى أن الأعمال المادية هى التى تشكل السلوك الدولي أما الادعاءات Claims فلا تعد سلوكاً؛ لأنها وإن كان يمكن الاستدلال بها على الركن المعنوي (اعتقاد الالتزام القانوني بالسلوك) إلا أنها لايمكن أن تشكل العنصر المادي للعرف[٢].

ويشير الأستاذ Wolfke إلى أن الآراء وان كانت تختلف بشأن النتائج القانونية للإعلانات التي تصدر عن الدول من جانب واحد؛ إلا أنه مما لاشك فيه أن مثل هذه الاعلانات والتصريحات يمكن - باعتبارها تعبيراً عن الإرادة الفعلية - في ظل ظروف معينة أن تنشىء التزامات على عاتق الدول، ويمكن أيضاً أن تسهم في تكوين الأعراف الدولية ***لا بذاتها*** ولكن فقط باعتبارها عنصراً لقبول السلوك الموجود من قبل[٣].

إلا أن فان هوف Van Hoof - وهو من أنصار هذا الاتجاه - يرى أن الإعلان الذى لم يسبق بممارسة فعلية لا ينشىء بذاته القاعدة القانونية

١) D'Amato (A.), "The concept of custom in international Law", (Cornell University, 1971), p. 88.

ويراجع - في نفس الاتجاه:

G.J.H. Van Hoof, "Rcthinking thc sources of international Law", (Kuwer Law and taxation publishers - Deventer / Netherlands) 1983, p. 107.

٢) Wolfke (K.), "Custom in present International Law", Wroclaw, 1964, p. 59.

العرفية إلا إذا كان الإعلان ذاته يعامل - في نفس الوقت - بوصفه ممارسة، ويؤكد على أن ذلك يقتضى التوسع في مفهوم فكرة الممارسة (السلوك) أكثر مما ينبغى حتى تتحقق هذه النتيجة، ويستند في ذلك إلى ما قرره القاضى (Pal) في رأية المخالف لحكم المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى حيث ذهب إلى أن «الإعلانات المتكررة في أحسن الأحوال تنشىء العرف أو العادة المتعلقة بإبداء مثل هذه الإعلانات»[٤].

ومع ذلك يحذر فان هوف من الاعتماد - في إنشاء القاعدة القانونية العرفية - على وسائل لا تتأسس على الممارسة مطلقاً؛ إذ من شأن هذا أن يضعف الثقة والوضوح الذين يجب أن يتوافرا لمصادر القانون الدولي، ويضرب مثالاً لذلك بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ أن هذا الإعلان بمرور الوقت تصبح نصوصه تدريجياً قواعد للقانون الدولي العرفي، ويعزز ذلك الاستناد إلى التصريحات المجردة التى تبديها الدول المساندة والمؤيدة للإعلان، أو الاشارة إليه في القرارات والمعاهدات اللاحقة على صدوره. وقد أشير إلى أن نصوصه - في بعض الأحيان - أدمجت في الدساتير الوطنية. لكن ماهو الحال إذا كانت الدول التى صدرت عنها تصريحات كهذه أو صاغت دساتيرها وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان تعامل رعاياها في نفس الوقت معاملة تشكل انتهاكاً فاضحاً لنصوص الإعلان المجردة مثل عمليات التعذيب، والاعتقال لفترات طويلة بدون محاكمة عادلة. وحتى لو اعتبرت الإعلانات المجردة أو النصوص الرسمية في أحد الدساتير ممارسة

٤) Radhabinol Pal, "International Military tribunal for Far East, Dissenting Judgment" Calcutta, 1953, p. 56.

دولية فإنها على أية حالة مرجوحة في مواجهة التصرفات والأعمال المادية الملموسة(٥).

وينتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أن الادعاءات والاعلانات الأخرى المجردة التى تصدر عن الدول من المحتمل أن تتعارض إحداها مع الأخرى على خلاف الأعمال المادية التى لا تعانى من هذا الخلل. ولما كانت الإعلانات المجردة التى تصدر عن بعض الدول قد تتعارض وتصطدم بالاعلانات والادعاءات المنافسة لها التى تصدر عن دول أخرى فبالتالى لا تعد مؤشراً يمكن الاعتماد عليه بشأن مضمون القانون الدولي(٦).

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه يعتبر المعاهدات سلوكاً دولياً ينشىء قواعد القانون الدولي العرفي(٧).

النظرية التى تعرف السلوك الدولي تعريفاً موسعاً:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن السلوك المكون للركن المادي للقاعدة الدولية العرفية لا يقتصر على الأعمال المادية بل يشمل أيضاً التصريحات والادعاءات سواء كانت تعززها أعمال مادية أم لا، وإن كانت الادعاءات التى تعززها أعمال مادية تحمل وزناً أكبر من تلك التى لا تحظى بهذا التعزيز، إلا أنه ليس معنى ذلك أن الادعاء الذى لا يعززه عمل مادي لا يحمل أى وزن ولاقيمة له كلية. ويستشهد هذا الاتجاه – على ماذهب إليه –

(٥) فان هوف، المرجع السابق، ص ١٠٧ – ١٠٨.

(٦) داماتو، المرجع السابق، ص ٥٠ – ٥١.

(٧) المرجع السابق، ص ٨٩، ١٠٣ – ١٠٦؛ فان هوف، المرجع السابق، ص ١٠٩، وولفك، المرجع السابق، ص ٧٧، وانظر أيضاً:
Thirlway (H.W.A), "International customary law and codification", (A.W. Sijthoff, Leiden, 1972), pp. 58 - 59.

بما دار في مؤتمرات الأمم المتحدة لقانون البحار بخصوص اتساع البحر الإقليمى ومناطق الصيد الخالصة، حيث استندت مناقشات هذه المؤتمرات وما قدم فيها من حجج وأسانيد إلى الادعاءات التى أبدتها الدول، وإلى الاعتراضات التى قدمتها دول أخرى ضد هذه الادعاءات بدون التحقق مما إذا كانت تلك الادعاءات قد وضعت موضع التنفيذ أم لا. هذا وقد عاملت محكمة العدل الدولية – في قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال – إعلان ترومان والادعاءات المماثلة الصادرة عن الدول الأخرى باعتباها سلوكاً دولياً ينشىء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي(٨). وفي مؤتمر جنيف ١٩٥٨م لم تشر أى دولة إلى أن الادعاءات يجب اقترافها بالأعمال المادية لكى تنشىء ممارسة دولية(٩). وإذا كانت الاعلانات المجردة التى تبديها الدول والقوانين الوطنية يؤديان إلى نشوء العرف الدولي فلا يكون ثمة محل للاعتراض على أن الادعاءات والاعلانات الأخرى التى تصدر عن الدول في نطاق نزاع خاص يمكن أن تؤدى نفس النتيجة.

ويرد أصحاب هذا الاتجاه على أنصار الاتجاه الأول بخصوص تعارض الادعاءات والإعلانات بأنه – أيضاً – يمكن أن تتعارض الأعمال المادية الصادر عن دولة ما مع الأعمال المادية الصادرة عن غيرها من الدول؛ لأن الأعمال المادية لا تنتج بالضرورة صورة متسقة ومنتظمة أكثر مما تفعله الادعاءات أو الإعلانات الأخرى، علاوة على ذلك فإنه من قبيل التكليف محاولة التفرقة بين ما تفعله الدولة وما تقوله، فحين تعترف دولة بأخرى، فإنها غالباً ما تقول أنها تعترف بالدولة الأخرى فحسب بدون القيام بأى عمل

٨) I.C.S. Reports, 1969, pp. 32 - 33, 47, 53.

٩) Slouka, "International Custom and continental shelf", 1968, pp. 90 - 96

مادي؛ إذ أن الاعتراف ليس إلا شكلاً من أشكال الكلام، فالدولة المعترفة ليست ملزمة باستقبال سفير من الكيان الذى اعترفت به أو التعامل معه بأى طريقة أخرى(١٠).

وإذا كان أنصار الاتجاه الأول لا يعتبرون الادعاءات المجردة عن وجود حق قانوني أو قاعدة قانونية ليس عملاً من أعمال الممارسة المنشئة للركن المادى للعرف، ولكن يعتد بمثل هذه الادعاءات والاعلانات المجردة كدليل على قبول الدولة المعنية للقاعدة العرفية التى تزعم وجودها (أى على الركن المعنوى) إلا أن أصحاب الاتجاه الثاني يذهبون إلى أن التفرقة بين التصرفات التى تشكل الممارسة وتلك التى تسايرها وتتوافق معها فحسب هى تفرقة واهية، كذلك فإن التمييز بين الادعاءات والتصريحات التى تقدم في إطار وضع مادي ملموس والادعاءات والتصريحات المجردة هى تفرقة غير حقيقية لأنها تؤكد على الظاهر على حساب الحقيقة والواقع، لأنه لا يمكن وضع خط فاصل بين هذين النوعين من الادعاءات والتصريحات فكل منهما يندمج في الآخر(١١).

وقد أيدت محكمة العدل الدولية - في قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال - هذا الاتجاه الذى يذهب إلى أن الإعلانات والادعاءات المجردة يمكن أن تشكل الركن المادى للقاعدة العرفية، وليس مجرد دليل على القاعدة(١٢).

---

١٠) Clive parry, "The sources and evidences of international Law", Manchester University press), 1965, p. 65.

١١) Akehurst (M.), "Custom as a source of international law", B.Y.B.I.L. vol. 47, (1974 - 1975), pp. 2,3,4.

(١٢) راجع مجموعة أحكام المحكمة، ١٩٦٩، ص ٣٨.

ونرجح ما ذهبت إليه أنصار الاتجاه الثاني من أن الإعلانات والادعاءات المجردة تشكل سلوكاً دولياً يصلح - في حالة توافر الشروط اللازمة للركن المادي - لتكوين القاعدة العرفية في حالة توافر الركن المعنوى؛ لأن ذلك يحقق ميزة هامة تتلخص في تفادى المخاطر والعيوب المترتبة على الأخذ بالنظرية القائلة بأن الدول يمكنها تغيير القانون العرفي عن طريق انتهاكه بحيث ينطوى انتهاك القاعدة القانونية العرفية على بذور قاعدة جديدة، فمما لاشك فيه أنه يمكن تغيير القواعد العرفية بهذه الطريقة، إلا أنه من الصعب لأى شخص - يرغب في تعزيز وتقوية القواعد القانونية في مجال العلاقات الدولية أن يوصى بهذه الطريقة. واعتبار الاعلانات المجردة منشئة للقاعدة العرفية يساعد على تفادى الحيرة والورطة بشأن تغيير القانون الدولي العرفي، فبدلاً من تغييره عن طريق انتهاكه يمكن للدول أن تعلن أنّ القاعدة القديمة لم تعد قائمة، فهذه إحد الطرق المرغوب فيها للغاية بشأن تغيير وتعديل القانون الدولي العرفي(١٣).

شروط الممارسة المكونة للركن المادي للعرف الدولي:

أولاً: تكرار السلوك:

يصر معظم الشراح على ضرورة تكرار السلوك حتى يتحقق التواتر المكون للركن المادي للعرف. فالسوابق التى يصرون بشأنها على مرور مدة معينة باعتبار ذلك ضرورياً لتكوين العرف ربما كان ذلك بسبب أن مرور مدة معينة يتضمن التكرار؛ لأن المدة والتكرار غالباً وجهان لعملة واحدة(١٤).

---

(١٣) أكيهورست، المرجع السابق، ص ٨.

١٤) Sorensen (L.), "Les sources du droit international", Copenhagen, 1946, P. 102.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن شرط التكرار ليس ضرورياً لنشوء العرف[١٥]. وإذا كان القضاء الدولي – سواء في ظل المحكمة السابقة أو الحالية – قد ساير الاتجاه الغالب في الفقه بشأن ضرورة تكرار السلوك – وهو ما بدا واضحاً في حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية ويمبلدون[١٦]، وفي حكم محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء السياسي[١٧] – إلا أنه يبدو أن محكمة العدل الدولية في قضايا الافريز القارى لبحر الشمال لم تول تكرار السلوك أهميته التقليدية في إنشاء قواعد القانون الدولي العرفي حيث أشارت إلى أن «الاشتراك التمثيلى وعلى نطاق واسع للغاية في الاتفاقية قد يكفى بذاته» لتحويل نص المادة (٦) من اتفاقية جنيف ١٩٥٨ بشأن الإفريز القارى إلى قواعد القانون الدولي العرفي «حتى بدون مرور أى مدة زمنية معقولة»[١٨]. وهذا يعنى أن مجرد الاشتراك في الاتفاقية من عدد كبير من الدول يكفى لإنشاء القاعدة العرفية الدولية بدون حاجة إلى تكرار السلوك اللاحق أيا كان.

ثانياً: أن يتم السلوك خلال فترة زمنية معينة:

يذهب الفقه التقليدى إلى أن العرف يتطلب العادة الممتدة في القدم بحيث تعود إلى الزمن الذى لا تعيه الذاكرة. وقد نادى بهذا الرأى القاضى Negulesco في قضية اللجنة الأوربية للدانوب[١٩]، وقد استشهد بهذا الرأى

(١٥) داماتو، المرجع السابق، ص ٩١ – ٩٢، أكيهورست، المرجع السابق، ص ١١٤.

(١٦) P.C.I.J. Series A., No. 1, P. 25.

(١٧) مجموعة أحكام المحكمة، ١٩٥٠م، ص ٢٧٦.

(١٨) المرجع السابق، ١٩٦٩م، ص ٤٢.

(١٩) European Commission of the Danube, P.C.I.J. ser. B., No. 14, P. 105

مراراً منذ ذلك الحين، فعندما قام هدسون بإعداد ورقة عمل بشأن المادة ١٤ من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي اشترط «استمرار أو تكرار الممارسة أكثر من المدة المعقولة»[٢٠].

ومع ذلك لم يلق هذا الاتجاه قبولاً أو استحساناً، والواقع أن شرط المدة يتسم بالمرونة، فعلى الرغم من تأكيدها – في قضية اللجوء السياسي – على العادة «المستمرة والموحدة» فإن محكمة العدل الدولية – كما سلف ذكره – سلّمت أيضاً بأنه «حتى بدون مرور فترة معقولة من الوقت فإن الاشتراك الواسع في الاتفاقية قد يكفى في حدا ذاته»، وبناء عليه «فإن مرور فترة قصيرة من الوقت فقط ليس ضرورياً. كما أنه لا يحول في حد ذاته دون تكوين قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي». وقد أشار القاضى لاكس – في هذه القضية – إلى أن القاعدة العرفية الخاصة بحرية الحركة في الفضاء الخارجي قد تكونت خلال فترة قصيرة من الوقت على نحو لافت للنظر، كما أشار أيضاً إلى أن قاعدة السيادة الوطنية على الفضاء الجوى قد نشأت «في نفس اللحظة التى اندلعت فيها الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤م».

ويميل الفقه المعاصر – بصفة عامة – نحو الأخذ بهذا الاتجاه الذى تبنته محكمة العدل الدولية في قضايا الافريز الفارى لبحر الشمال والذى سلفت الإشارة إليه[٢١]. ويرجع التخفيف من شرط المدة إلى التغيرات التى حدثت في العلاقات الدولية، وإلى السرعة المتزايدة في التعاون المشترك بين الدول بشكل فعال، فعلى سبيل المثال، كانت المدة اللازمة لإنشاء قاعدة

(٢٠) Briggs (H.W.), "The Law of Nations: Cases, Documents and Materials", 2nd ed. 1952, P. 25.

(٢١) Fitzmaurice (G.), "The Law and Procedure of International Court of International Justice (1951 - 54), B.Y.B.I.L., Vol. 30, (1954), P. 31; Mac-Gibbon (I.C.), "Customary International Law and Acquicscence", B.Y.B.I.L., Vol. 33, 1957, P. 120.

للسلوك الدولي ولمعرفة موقف الدول منها بشأن حق المرور البرى في المياه الإقليمية أطول في الماضى مما هو مطلوب في الوقت الحالى، حيث كان يمر خلال المياه الإقليمية في الماضي قارب واحد تقريباً كل أسبوع، والأمر على خلاف ذلك في الوقت الحاضر حيث تمر مئات أو حتى ألوف القوارب كل يوم[٢٢]. كما تأثر شرط المدة - بلاشك - بإمكانيات الاتصال التى تحسنت بشكل هائل في عالم اليوم. فبينما كان من المعتاد - في الماضى - أن يأخذ تبادل المعلومات أياما أو حتى أسابيع، فإن حالياً يتم على الفور إبلاغ أى عمل أو سلوك تباشره دولة ما إلى أى دولة أخرى، فهذا يختصر إلى حد كبير المدة المطلوبة لإنشاء القاعدة العرفية[٢٣]. بالإضافة إلى أن وجود المنظمات الدولية يعطى الدول فرصاً أكثر للتعرف على آرائها بشأن قواعد القانون الدولي العرفي الملحة، وهذا ما يعجل بنشوئها[٢٤].

وبغض النظر عن هذه الاعتبارات فإن تحديد المدة اللازمة لإنشاء القاعدة العرفية مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى، لأن الأمر يعتمد على سؤال بدهى بشأن ماهى النقطة التى يمكن القول عندها أنه تم وضع القاعدة من خلال السلوك، ففي أغلب الحالات يجب انقضاء فترة زمنية معقولة حتى يتضح تماماً رد فعل الدول الأخرى، واستجلاء رضاها بشأن القاعدة القائمة على الممارسة، لكن إذا أمكن التعبير عن رضاها بطرق أخرى فإن شرط المدة يصبح شرطاً زائداً؛ إذ أن القاعدة العرفية تنشأ وتستقر حالماً اكتسبت

(٢٢) وولفك، المرجع، ص ٦٧.

(٢٣) فيتزموريس، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢٤) أكيهورست، المرجع السابق، ص ١٦.

الدرجة الضرورية من القبول[٢٥]. فإذا كان قبول القاعدة قد تحقق فور وقوع الممارسة المنشئة للقاعدة، فإن شرط المدة يصبح، في هذه الحالة، لا أهمية له، ويكتمل للقاعدة عنصراها المادى والمعنوى بدونه، أما إذ تراخى قبول الدول فإن الأمر يقتضى مرور المدة التى تكفى للقول بأن القاعدة قد توافر لها القبول اللازم لإنشائها. علاوة على أن المدة المطلوبة لإنشاء قاعدة عرفية اشتركت في إنشائها دول كثيرة تكون أقصر من تلك التى اشتركت فيها دول قليلة[٢٦].

ثالثاً: عمومية السلوك:

لا يتوافر للقاعدة العرفية صفة القاعدة القانونية الدولية ما لم يكن السلوك (المكوِّن للركن المادى) قد سلكته دول عديدة، بمعنى أن التصرف الصادر عن دولة واحدة مهما تكرر ومهما طال الأمد الذى استغرقه لا يكفى لإنشاء القاعدة القانونية العرفية، ولا يقيد تلك الدولة الصادر عنها السلوك طالما لم تسلك الدول الأخرى نفس المسلك في المناسبات المماثلة[٢٧]. وقد سلف أن

٢٥) Baxter (R.R.), "Treaties and Custom", R.C.A.D.I. Vol. 129 (1970 - 1), PP. 25, 67.

(٢٦) انظر ماكجيبون، المرجع السابق، ص ١١٥، ١٢٠ وما بعدها.

(٢٧) أ. د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، الطبعة الحادية عشرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥، ص ٢٤ - ٢٥؛ أ. د. محمد طلعت الغنيمى: الغنيمى الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٢م، ص ٢٢٨ - ٢٢٩؛ أ. د. محمد السعيد الدقاق: أصول القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦م، ص ١٩٣؛ أ. د. محمد سامى عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني: القاعدة الدولية، الطبعة السادسة ١٩٨٤م، الدار الجامعية، الاسكندرية، ص ١٥٤ - ١٥٥.

ذكرنا – عند حديثنا عن شرطى التكرار والمدة – أن عدد الدول المشتركة في السلوك يعتبر معياراً لقبول القاعدة أهم من عدد التصرفات المكونة للسلوك ومن المدة التى يستغرقها.

ومع ذلك فمن الصعب وضع قاعدة دقيقة سلفاً بشأن عدد الدول التى يلزم اشتراكها في سلوك ما قبل نشوء القاعدة العرفية. ولا يشمل الاشتراك أفعال الدول فحسب بل يشمل أيضاً ردود أفعال الدول الأخرى التى تتأثر مصالحها، حتى ولو كان التصرف الصادر عن إحدى الدول يمكن أن يؤثر فقط على دولة واحدة أو دولتين من الدول الأخرى(٢٨).

ويثار في هذا الشأن مسألة ما إذا كان من الممكن أن ينشئ سلوك عدد قليل من الدول القاعدة العرفية، أم أنه يشترط أن يمارس السلوك عدد كبير من الدول؟.

اختلفت الآراء في هذه المسألة، فذهب رأى قديم إلى أنه يشترط موافقة جميع الدول على القاعدة قبل أن تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي(٢٩). وهذا الرأى مردود لسببين: ***الأول*** أن العمومية المقصودة هنا هى

(٢٨) ومما تجدر الإشارة إليه – في هذا الصدد – أن الدول المحصورة قد تشترك في السلوك الدولي المنشئ للقواعد العرفية المتعلقة بالبحر الإقليمى أو الإفريز القارى إذا ما تأثرت مصالحها بادعاءات الدول الساحلية، كما لو كانت تمتلك إحدى الدول المحصورة أسطولاً تجارياً. كذلك فإن القواعد المتعلقة بالأنهار والقنوات الدولية لا تنفرد بإنشائها الدول التى توجد في أقاليمها تلك الأنهار والقنوات بل تشترك معها الدول التى تريد أن تستخدمها. يضاف إلى ذلك أن القواعد العرفية المتعلقة بسفن الفضاء لا تنشئها أفعال وتصرفات الدول التى تطلقها، ولكن أيضاً ردود أفعال الدول الأخرى التى تمر هذه السفن فوق أقاليمها (انظر أكيهورست ، المرجع السابق ، ص ١٦).

(٢٩) Tinoco case (1831), R.I.A.A., Vol., PP. 375, 381.
وانظر الرأى المخالف للقاضى Weiss في قضية اللوتس ١٩٢٧م: =

عمومية السلوك وليس عمومية القبول (الذى يشكل العنصر المعنوى للقاعدة العرفية)، والثاني أن عمومية السلوك مسألة نسبية، فالسلوك الذى يتم في دائرة إقليمية معينة تتحدد عموميته في نطاق هذه الدائرة، حتى في المجال العالمى قد تتحقق عمومية السلوك على الرغم من صدوره عن قليل من الدول، فالسلوك الصادر عن كل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتى (قبل تفكك الأخير) في مجال الاستخدامات النووية يمكن اعتباره – في هذا الشأن – سلوكاً عاماً؛ لأن هاتين الدولتين هما وحدهما اللذان يمكنهما ممارسة هذا السلوك واتخاذ القرارات المتعلقة بشأنه، ومن ثم يعتبر كثير من الفقهاء «أن تصريح هاتين الدولتين بشأن استخدام أسلحة نووية في مركبات الفضاء (١٩٦٣م) وسيرهما على ذلك أربع سنوات مكونه لعرف دولى قننته معاهدة دولية سنة ١٩٦٧م»(٣٠).

والواقع أن معظم القواعد العرفية التى طبقتها المحاكم الدولية قد تأسست على السلوك الصادر عن عدد كبير من الدول؛ إلا أن ذلك لا يعنى أن السلوك الصادر عن عدد ليس كبيراً من الدول لا يكفى لإنشاء القاعدة. والراجح فقهاً وقضاءً أن عمومية السلوك تعنى صدوره عن غالبية الدول لا عن جميعهم، وبعبارة أخرى أن يكون السلوك قد صدر عن الدول أعضاء المجتمع الدولي المعنى بالسلوك في مجموعهم لا جميعهم، ويستندون في ذلك إلى ما نصت عليه المادة ١/٣٨ (ب) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية حيث

= (P.C.I.J. Ser A. No. 10, PP. 43 - 44)

وراجع أيضاً:

P.C.I.J. pleadings, PP. 812, 844, 876.

(٣٠) أ. د. محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥؛ فان هوف، المرجع السابق ص ١١١ – ١١٢.

ذكرت «ممارسة عامة» general practice ولم تذكر «ممارسة إجماعية» Universal practice[٣١].

ومع ذلك قد يكون من مجافاة الصواب أن يعتمد اعتماداً أساسياً - في هذا الشأن - على المادة ٣٨؛ لما تتسم به صياغتها من خلل واضح، فمثلاً الممارسة دليل على العرف وليس العكس كما ورد ذكره في المادة ١/٣٨ (ب)، فليس العرف هو الذى يشكل دليلاً على الممارسة، ولكن الممارسة العامة هى التى تشكل دليلاً على العرف[٣٢].

وقد يتشدد أحياناً في شرط عمومية السلوك، ففي قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال أصرت محكمة العدل الدولية على «الاشتراك الواسع الانتشار والتمثيلى إلى حد كبير»، وأن «السلوك - بما فيه سلوك الدول التى تتأثر مصالحها بصفة خاصة - يجب أن يكون شاملاً وموحداً بالفعل»[٣٣].

إلا أنه قد يتبادر من العبارة الأخيرة - الواردة في حكم المحكمة - أن السلوك يجب أن يكون شاملاً لكل الدول، إلا أن الحكم لا يستوجب هذه

---

(٣١) Kunz (J.L.), "The nature of customary international law", A.J.I.L. vol. 47 (1953), p. 666; Tunkin (G.), "Theory of international law", 1974, p. 118; Guggenheim (P.), "Les principles de droit international public", R.C.A.D.I. 80 (1952 - 1), p. 118; North sea continental shelf cases, I.C.j. Rep., 1969, pp. 104 (Judge Ammoun), 22 (Judge Lachs); Barcelona traction case, I.C.J. Rep. 1970, p. 330 (Judge Ammoun).

أكيهورست ، المرجع السابق ، ص ١٧ ؛ فان هوف ، المرجع السابق ، ص ١١١ - ١١٢.

(٣٢) Schwarzenberger (G.), "Internaltional Law, Vo. 1: International Law as applied by international courts and tribunals", 3rd ed (London - 1957), p. 60.

ماكجيبون ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ؛ أكيهورست ، المرجع السابق، ص ٤١٧؛ وولفك، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

(٣٣) مجموعة أحكام المحكمة ، ١٩٦٩م ، ص ٤٢، ٤٣.

النتيجة، فكلمة « شامل » تعنى الانتشار الواسع، لكن ليست مرادفة لكلمة «إجماعياً»، كما كلمة « موحداً » ليست مساوية لكلمة « إجماعياً » إذ أن «موحداً» يتعلق بالسلوك المعنى وليس بعدد الدول المشتركة في السلوك. ولذلك ربما يكون تفسيرها هو أن سلوك الدول المشاركة يجب أن متطابقاً ومتماثلاً تقريباً بغض النظر عن عدد الدول التى يجب اشتراكها في هذا السلوك[٣٤].

علاوة على ذلك فإن ما أعلنته المحكمة - في قضايا الإفريز القارى - يجب أن ينظر إليه في نطاقه، فالمحكمة كانت تبحث في ادعاء إنشاء قاعدة عرفية - طبقاً للمادة (٦) من اتفاقية جنيف ١٩٥٨م المتعلقة بالإفريز القارى - وذلك على أساس أن القاعدة المعنية قد نشأت منذ الاتفاقية بسبب تأثيرها (أى الاتفاقية) ثم على أساس السلوك اللاحق على الاتفاقية. وقد استهلت المحكمة ملاحظاتها بالتحذير والتنبية إلى أن «هذه النتيجة لا تعتبر أنه تم الوصول إليها بسهولة». وقد يختلف الوضع لو لم تكن القضية مشتملة على تحويل نص في معاهدة إلى قاعدة عرفية، فربما خففت المحكمة من شرط عمومية السلوك إذا كانت القضية تشتمل على إنشاء قاعدة عرفية جديدة مستندة كلية على الممارسة. يضاف إلى ذلك أن القاعدة التى يدعى إنشاؤها (وهى قاعدة البعد المتساوى) قد تعارضت مع ما اعتبرته المحكمة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي الراسخة والمتعلقة بالموضوع[٣٥]. ومقدار السلوك المطلوب لإنشاء قاعدة تتعارض مع قاعدة مقبولة من قبل يجب أن

---

(٣٤) فان هوف ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

(٣٥) انظر مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية ، ١٩٦٩ن، ١٣، ٤١.

يكون أكبر من السلوك المطلوب لإنشاء قاعدة جديدة خالية من أى تعارض مع قاعدة سابقة عليها[٣٦].

وإن القضاة التى يصرون على اتخاذ قواعد صارمة بشأن عدد الحد الأدنى من الدول الذين يتعين اشتراكهم في سلوك ما نادراً ما يتفقون فيما بينهم على تحديد ذلك الحد الأدني. فبعضهم يصر على الإجماع، في حين يرى القاضى تناكا أن مخالفة دول قليلة لا يمكن أن يمنع من إنشاء القاعدة العرفية، ومع ذلك فإن هذا يتضمن أن الأغلبية الكبيرة هى المطلوبة، ولعل ذلك يرجع إلى أنه يعتقد أن الدول المخالفة ملزمة بالقاعدة العرفية، ولن تكون الدول على استعداد لقبول إلزام كافة الدول بأحد الأعراف الذى اتبعه ٥١٪ من الدول واعترض عليه ٤٩٪ منها[٣٧].

وقد أشار القاضى عمون إلى أن ممارسة نصف الدول ربما لا يكفى لإنشاء القاعدة العرفية[٣٨]، لكن ربما يؤخذ هذا على أنه يقصد أن المطلوب ليس أكثر بكثير من ٥٠٪، إلا أنه ذكر فيما بعد - في قضية Barcelona traction - أن موافقة دول العالم الثالث ضرورية[٣٩].

(٣٦) أكيهورست ، المرجع السابق ، ص ١٧.

(٣٧) لكن إذا سلم بالرأى القائل أن الدول المعترضة ليست ملزمة بالقاعدة العرفية التى اعترضت عليها، فسيكون هناك اعتراض قليل نسبياً على فكرة أن العرف الذى يتبعه عدد قليل من الدول ملزم لها وللدول التى لم تعبر عن رأى لصالح العرف أو ضده، بمعنى أنه ملزم لكافة الدول ماعدا تلك التى عارضته (المرجع السابق، ص ١٧).

(٣٨) انظر قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال، مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، ١٩٦٩م، ص ١٣٠.

(٣٩) المرجع السابق ، ١٩٧٠م، ص ٢٣٠.

هذا وقد ذهب الفقه السوفيتى - قبل تفكك الاتحاد السوفيتى والتحول عن النظام الاشتراكى - إلى أن قواعد القانون الدولى العرفى تحتاج إلى قبول الدول الاشتراكية بالإضافة إلى قبول الدول الرأسمالية. والواقع أن هذه الآراء تثير تساؤلات أكثر مما تطرح حلولاً، فهل يجب أن توافق كل الدول في إحدى المجموعات الدولية على القاعدة أم يكتفى بموافقة قادة المجموعة؟ وكيف يتم تحديد المجموعة التى تنتمى إليها دولة ما؟ وماذا بشأن الدول التى لا تنتمى إلى الكتلة الاشتراكية ولا إلى الكتلة الرأسمالية، ولا إلى دول العالم الثالث[٤٠]؟

فالحقيقة أن كل هذه الآراء التى تشددت في شرط العمومية كقاعدة قد جافاها الصواب؛ لأن الآراء القضائية التى تتطلب ممارسة السلوك من قبل عدد كبير من الدول قد تم التعبير عنها في القضايا التى تعارض فيها السلوك وتناقض[٤١]. وهذا يجعلها غير صالحة للقضايا التى تخلو من هذا التعارض. فالسلوك الذى يمارسه عدد قليل من الدول يمكن أن ينشئ قاعدة عرفية إذا كان لا يوجد سلوك يتعارض مع القاعدة، ثم إن الأمر يتعلق بمدى الحاجة إلى سرعة وضع القاعدة، وقد يتحقق ذلك بسلوك دولتين فقط كما هو الحال في الأنشطة الفضائية - كما سلف ذكره - مادام هذا السلوك قد قبلته الدول الأخرى، ثم إن عدد دول العالم الآن أكثر بكثير مما كان في القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين، والكثير منها حصل على استقلاله

(٤٠) أكيهورست، المرجع السابق، ص ١٨.

(٤١) انظر قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال، مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، ١٩٧٩م، ص ١٣؛ قضايا جنوب أفريقيا، المرجع السابق، ١٩٦٦، ص ٢٩١؛ قضية Barcelona traction، المرجع السابق، ١٩٧٠م، ص ٣٠٧، ٣١٥، ٣١٦، ٣٣٠؛ قضية اللجوء السياسي، المرجع السابق، ١٩٥٠م، ص ٢٦٦، ٢٧٦، ٢٧٧.

في بداية النصف الثاني من القرن الحالى، وبناء عليه فإن هذه الدول الجديدة لم تشترك في إرساء الكثير من القواعد العرفية التى تم إنشاؤها قبل استقلالها أو على الأقل ليس سلوكها - بشأن هذه القواعد - منشوراً. وأن تطلُّب صدور السلوك عن نسبة عالية من الدول معناه تعذر إنشاء القواعد العرفية الجديدة.

رابعاً: اتساق السلوك:

يقصد باتساق السلوك أن يكون تصرف الدول، المكون للركن المادى للقاعدة العرفية، متوافقاً ومتماثلاً بحيث لا يعتوره تناقض أو تعارض. وقد أكدت محكمة العدل الدولية أن السلوك المستمر والموحد ينشئ القاعدة الدولية العرفية[٤٢]. ولكن من الخطورة أن نستنتج من ذلك ان التناقض في السلوك يحول دون إنشاء القاعدة بشكل ثابت ومطلق، فإذا كانت المحكمة قد حكمت بعدم إنشاء القاعدة العرفية - في قضية اللجوء السياسي - لأن العادة لم تكن متواترة ومتحدة؛ إلا أن ذلك يرجع إلى أن السلوك المعنى في تلك القضية قد أصابه الكثير من التعارض، فالقدر القليل من التناقض لا يحول دون إنشاء القاعدة العرفية[٤٣].

ومن دواعى التخفيف من هذا الشرط أن سلوك الدول الآن أكثر بكثير مما كان في الماضى، فالممارسات العديدة لدول عديدة من المحتمل أن تشتمل على سلوك متعارض، لأن المجتمع الدولي يتسم بالتغاير إلى حد كبير، وإن تباين مصالح الدول وآرائها يلزم أن يكون منعكساً في سلوكها. ويؤدى تباين

(٤٢) مجموعة أحكام المحكمة ١٩٦٠م، ص ٤٠ (قضية حق المرور عبر الإقليم الهندى)، وانظر المرجع السابق ١٩٥١م، ص ١١٦، ١٣١ (قضية المصايد).

(٤٣) حكم المحكمة في قضية المصايد، المرجع السابق، ص ١١٦، ١١٨.

السلوك إلى إعاقة إنشاء القانون الدولي العرفي إذا ما أخذ شرط الاتساق على إطلاقه، فالتماثل التام ليس مطلوباً، وإنما المطلوب التماثل والاتساق الضرورى بمعنى أن يكون السلوك موحداً حكماً لا قطعاً[٤٤]. فالمهم ألا يوجد تناقضات كثيرة في السلوك بشأن المسألة المعنية، إلا أنه وإن كان القليل من التناقض لا يحول دون إنشاء القاعدة فإن ذلك يتطلب قدراً وفيراً من السلوك المطلوب لإنشاء القاعدة؛ فالتخفيف من شرط توافق السلوك واتساقه يتطلب تشدداً في شرط التكرار[٤٥].

ومن ناحية أخرى يجب عدم المبالغة في المدى الذى يتعارض فيه السلوك الدولي في الوقت الحاضر، وإن تكاثر السلوك يوعز إلى حد كبير بالاختلاف بين شتى أنواع الممارسة المتعلقة بالقواعد العرفية أو المتعلقة بالجوانب المختلفة لقاعدة من قواعد العرف بوصفه مصدراً للقانون الدولي. وبناء عليه فإن السلوك الذى يبدو للوهلة الأولى متناقضاً أو متعارضاً مع سلوك سابق أو مع قواعد القانون الدولي القائمة ربما يثبت بعد التفحص الدقيق أنه متوافق مع السلوك السابق عليه أو مع قواعد القانون الدولي القائمة قبل وجوده[٤٦].

(٤٤) انظر قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال، المرجع السابق، ١٩٦٩م، ص ٤٣؛ وانظر الرأى المخالف للقاضى ماكنير في قضية المصايد، المرجع السابق، ١٩٥١م، ص ١١٦، ١٦٨؛ والرأى المخالف للقاضى لاكس في قضايا الإفريز القارى، ١٩٦٩م، ص ٢٩٩، والرأى المخالف للقاضى ولينجتون كو فى قضية Barcelona traction، المرجع السابق، ١٩٦٤ن، ص ٦٣.

(٤٥) انظر داماتو، المرجع السابق، ص ٦٠ - ٦١؛ برونلى، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٤٦) فان هوف، المرجع السابق، ص ٢٧٦ - ٢٧٧.

ومن الضرورى الأخذ بعين الاعتبار الوقت الذى حدث فيه التناقض، فقد يكون السلوك متناقضاً حتى تاريخ معين ثم بدأ ذلك يتوافق ويتماثل وبالتالى يمكن إنشاء القاعدة العرفية بناء على السلوك اللاحق. ففي قضية Paquete Habana وجدت محكمة الولايات المتحدة العليا أن السلوك كان متناقضاً حتى عام ١٨١٥م، ولكنه بعد هذا التاريخ أصبح متوافقاً ومتماثلاً ولم يوجد ما يحول دون إنشاء القاعدة العرفية بعد سنة ١٨١٥م[٤٧]، فقد تكون أغلبية الدول تسلك سلوكاً معيناً إزاء مسألة معينة وتعترض على هذا السلوك بعض الدول منذ بداية هذا السلوك، لكن مع مرور الوقت قد توافق الأقلية على ما فعلته الأغلبية، وتسلك نفس مسلكها وإن كان ذلك لا يحدث في جميع الأحوال. وإذا كان السلوك موحداً في الماضى فإنه ينشئ القاعدة العرفية التى يمكن إلغاؤها فقط بالسلوك الحديث الوفير الذى يعارض القاعدة بشكل ثابت ومنتظم[٤٨]. أما إذا كان بعض السلوك الحديث يعزز القاعدة والبعض الآخر يعارضها فإنه – أى السلوك الحديث – لا يكفى لإلغاء قاعدة قائمة، والسلوك المتناقض تناقضاً كبير في جميع الحالات لا ينشئ قواعد القانون الدولي العرفي[٤٩].

(٤٧) U.S. 677 (1900) (راجع أكيهورست ، المرجع السابق ، ص ٢٠).

(٤٨) المرجع السابق ، ذات الموضوع.

(٤٩) أحكام محكمة العدل الدولية في قضايا اللجوء السياسي (مجموعة أحكام المحكمة، ١٩٥٠م، ص ٣٣٦)، والمصايد (المرجع السابق، ١٩٧٤م، ص ٤٧، ٥٧ – ٥٩، ٨٦، ١٦١)، وانظر حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية اللوتس السلسلة (أ) رقم ١٠، ص ٣٤.

المبحث الثاني

العنصر المعنوى

تعريف العنصر المعنوي للقاعدة العرفية الدولية:

يعرف القاضى هدسون الركن المعنوى للعرف الدولي بأنه «الاعتقاد بأن السلوك يتطلبه القانون الدولي العام أو أنه (أى السلوك) متوافق معه (أى مع القانون الدولي العام)». ويعرفه برايرلى بأنه «اعتراف الدول بأن سلوكاً معيناً ملزم قانونياً»[٥٠]. ونفضل تعريف هدسون لأنه يشتمل على الواجب والمحرم (المحظور) والمباح (الجائز) من السلوك وفقاً لقواعد القانون الدولي، فالواجب يتطلب القانون الدولي أداءه، والمحظور (المحرم) يتطلب القانون الدولي تركه، أما المباح فهو ما يجوز فعله وتركه وفقاً للقانون الدولي. ومما تجدر الإشارة إليه أن الاعتقاد بأن السلوك يتطلبه القانون الدولي أو يتوافق معه يشمل السلوك الإيجابى والسلوك السلبى.

النظريات المختلفة بشأن مدى الحاجة إلى العنصر المعنوى في إنشاء العرف الدولي:

اختلفت الآراء بشأن الركن المعنوى فبعضها يرى ضرورة توافره – بالإضافة إلى الركن المادي – في حين يرى البعض الآخر أنه لا حاجة للركن المعنوى في إنشاء القاعدة أو أن أهميته في هذا الشأن قليلة، وذهب اتجاه ثالث إلى أن العنصر المعنوى هو المكون الوحيد للقاعدة العرفية، وإزاء ذلك تبنت نظرية رابعة اتجاهاً يقوم على ضرورة توافر الركنين المادى

٥٠) Brownlie (I.), "Principles of public international law", 3rd ed. 1979 coxford University press), p. 8.

والمعنوى على أن يتم ذلك على مراحل تفادياً لعيوب النظريات السابقة. ونعرض لهذه النظريات بشئ من التفصيل فيما يلى:

النظرية التقليدية:

يذهب الفقه التقليدي إلى أن السلوك الدولي لا يكفى في حد ذاته لإنشاء القواعد العرفية الدولية، بل لابد أن يقترن بالعنصر المعنوى المتمثل في الشعور بأن هذا السلوك ملزم قانونياً. وبالتالى لا يرقى السلوك إلى مرتبة القاعدة الدولية الملزمة إذا كان قد صدر بناء على اعتبارات المجاملة، أو غيرها من أنواع السلوك غير الملزم.

وقد أخذ القضاء الدولي بهذه النظرية، فقد أخذت به المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية اللوتس(٥١).

هذا وقد أشار النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى ضرورة توافر الركن المعنوى، بالإضافة إلى الركن المادي، فذكر في المادة ١/٣٨ (ب) أن من بين قواعد القانون الدولي التى تطبقها المحكمة «العادات الدولية المرعية بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال» ولعل النص الإنجليزى يوضح مدى ضرورة توافر القبول للسلوك، إذا ورد على النحو التالى:

«International Custom, as eivdence of a general practice accepted as law».

(٥١) Lotus case (1927), P.C.I.J., Ser. A., No. 10, pp. 28, 60, 96 - 97.

وقد تبنت محكمة العدل الدولية هذه النظرية واستندت إليها في القضايا التى عرضت عليها كقضية اللجوء السياسي(٥٢)، وقضية حقوق الرعايا الأمريكيين في مراكش(٥٣)، وقضية حق المرور عبر الإقليم الهندى(٥٤).

وفي قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال أشارت المحكمة إلى أن السلوك المكوِّن للركن المادى للقاعدة العرفية «يجب أن يكون في ذاته أو بالطريقة التى تم بها دليلاً على الاعتقاد بأن هذا السلوك قد صار ملزماً وفقاً لقاعدة قائمة (من قواعد القانون الدولي) تتطلبه ... لذلك فإن الدول المعنية يجب أن تشعر أنها تتصرف وفقاً لما يساوي الالتزام القانوني ... وإن التكرار أو حتى الصفة المعتادة للسلوك ليست كافية بذاتها؛ إذ توجد الكثير من الأفعال الدولية - كالتشريعات والبروتوكولات - التى تؤدى على نحو ثابت تقريباً، لكن الدافع إليها اعتبارات المجاملة والملاءمة أو التقاليد المرعية، وليس بسبب أى معنى من معانى الالتزام القانوني»(٥٥).

ويؤخذ على هذه النظرية: أنها - فيما يبدو - تتطلب أن الدول يجب أن تعتقد أن شيئاً ماهو الآن قانون قبل أن يصبح قانوناً، فمثل هذا الاعتقاد من الواضح أنه غير صحيح؛ وبرغم أن هذه الأخطاء ممكنة إلا أنه ربما تكون نادرة. ومن المبالغة التسليم بالرأى القائل بأن جميع قواعد القانون الدولي العرفي الكثيرة الموجودة في الوقت الحاضر قد نشأت على أساس هذه

(٥٢) مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، ١٩٥٠م، ص ٢٦٦ ، ٢٧٧.

(٥٣) المرجع السابق ، ١٩٥٢م، ص ١٧٦ ، ٢٠٠.

(٥٤) المرجع السابق ، ١٩٦٠م ، ص ٤٢ - ٤٣.

(٥٥) المرجع السابق ، ١٩٦٩م، ص ٤٤.

الأخطاء علاوة على ذلك فإن هذه النظرية لا تترك مجالاً لإنشاء القواعد الجديدة بطريقة مدروسة توائم الحاجات الجديدة في المستقبل[٥٦].

النظرية التى ترفض العنصر المعنوى:

يتزعم هذه الاتجاه جوجنهايم[٥٧]، وكوبيلمناز[٥٨]، وكلسن[٥٩]، فيذهبون إلى أن السلوك كافٍ بذاته لإنشاء القواعد الدولية العرفية، ويرفضون اعتبار العنصر المعنوى – بالإضافة إلى السلوك – عنصراً منشئا لها، وبالغوا في تطرفهم إلى حد إنكار أى حاجة إلى هذا العنصر، ويرون أن القول بأن العادة وعقيدة الالتزام بالتصرف يؤديان إلى إنشاء القاعدة العرفية يترتب على الأخذ به أنه يجب على الدول أن تعتقد أن السلوك ملزم قبل أن تصبح القاعدة المتعلقة بالسلوك ملزمة، ومن ثم فإن وجود مثل هذه القاعدة يفترض أن الدول تصرفت بخطأ قانوني؛ إذ أنها تصرفت معتقدة أن العادة قانون قبل أن تصبح قانوناً؛ وأن محكمة العدل الدولية تطلب المستحيل باشتراطها أن تكون القاعدة العرفية مطبقة ومعترفاً بها من أجل تكوين نفس هذه القاعدة. فهذا يشتمل بالضرورة على حلقة مفرغة في التحليل المنطقى لنشأة العرف. وإذا ما كان السلوك مستنداً إلى قاعدة قانونية قائمة من قبل فإن القاعدة الجديدة التى يزعم

٥٦) Clive pary, "The sources and evidences of international law", Manchester University press, 1965, p. 61.
وانظر أيضاً ماكجيبون: القانون الدولي العرفي والقبول الضمنى، المرجع السابق، ص ١٢٥.

٥٧) "Les principles de droit international public" R.C.A.D.I. Vol. 80 (1952 - 1), pp. 5 - 189.

٥٨) Custom as a means of the creation of international law", B.Y.B.I.L. 18 (1947), pp. 127 - 151.

٥٩) Théorie du droit international coutumier" Revue international de la théorie du droit, vol. 13 (1939), pp. 253 - 374.

قيامها على أساس هذا السلوك – بالإضافة إلى الشعور بالإلزام – تصبح لا قيمة لها[٦٠].

ويخلص أصحاب هذا الاتجاه إلى أن السلوك (الركن المادى) كاف بذاته لإنشاء القاعدة العرفية بشرط أن تكون عامة وموحدة، وأن يكون من الممكن تعزيزها بالجزاء.

إلا أن هذه النظرية يعتورها الخلل، إذ أن التخلى عن عنصر «الاعتقاد بأن التصرف ملزم» يتجاهل الاختلاف بين قواعد القانون العرفى من جهة وقواعد المجاملات والأخلاق الدولية من جهة أخرى[٦١] فليس كل سلوك عام موحد ينشئ قواعد القانون العرفى. كذلك فإن وجود الجزاءات معيار لا يمكن الاعتماد عليه، فالمعاملة بالمثل يمكن أن تتبع خرق القواعد غير القانونية بالاضافة إلى خرق القواعد القانونية.

علاوة على ذلك فيوجد العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية التى تؤكد على ضرورة توافر «عقيدة الالتزام بالتصرف» أى الركن المعنوى)، ولم تكن هذه القضايا مجرد آراء عرضية. ففي قضية اللوتس كان غياب العنصر المعنوى للعرف سبباً لعدم قبول الدعوى الفرنسية، كما أدى غيابه أيضاً – في قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال – إلى عدم قبول دعوى بلجيكا وهولندا. وإذا كان كلسن وجوجنهايم يذهبان إلى أن القضايا تتعارض وأن المحكمة تتمتع بسلطة

٦٠) فان هوف ، المرجع السابق ، ص ٨٧ ؛ ثرلواى ، المرجع السابق ، ص ٤٧.

٦١) فان هوف، المرجع السابق، ص ٨٦، ثيرلواى، المرجع السابق، ص ٤٧ – ٤٨، برونلى، المرجع السابق، ص ٨.
Kunz (J.L.), "The nature of customary international law", A.J.I.L. vol. 47 (1953), p. 665.

تقديرية مطلقة في الإصرار على الركن المعنوى أو التخلى عنه[٦٢] فإن مذهبهما عديم الجدوى من حيث التنبؤ بكيفية فصل المحكمة في الدعوى، علاوة على أنه لا يشتمل على أى حل للخلافات التى لا تعرض أبداً على المحكمة، خاصة وأن مثل هذه النزاعات متكررة في القانون الدولى أكثر مما هو في القانون الوطنى، لأن الدول غالباً ما تكون عازفة عن قبول اختصاص المحاكم الدولية[٦٣].

ونتيجة للصعوبات التى أثارها عنصر «الاعتقاد بأن السلوك ملزم قانوناً» (العنصر المعنوى) والتى يتمثل أهمها في أن الدول يجب أن تعتبر السلوك ملزماً قبل أن يصبح ملزماً، وهو سر ضعف النظرية التقليدية فقد ذهب بعض الشراح مذاهب شتى في تفسير الركن المعنوى فمنهم من فسره خارج دائرة القانون وأسنده إلى علمى الاجتماع والأخلاق، ومنهم من يرى صياغة المواقف المعلنة بدلاً من العقائد الخفية ونوضح هذه الآراء فيما يلى بشئ من التفصيل:

العنصر المعنوى بوصفة إدراكاً للحاجات الاجتماعية والأخلاقية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الركن المعنوى يقصد به الاعتقاد بأن السلوك تتطلبه قاعدة ما خارجة عن نطاق القانون، وهذا الاعتقاد - مقترناً

(٦٢) كلسن، نظرية القانون الدولي العرفي، المرجع السابق، ص ٢٥٣، ٢٦٤ - ٢٦٦.
Guggenheim (P.), "Traite de droit international public", Vol. 1, first edition (Generve, 1953), pp. 46 - 48.

(٦٣) وقد أشار جوجنهايم إلى «الأجهزة المختصة» التى لا تقتصر على المحاكم ولكن تشمل أيضاً على الأجهزة السياسية للمنظمات الدولية. وحتى لو كان الأمر كذلك فليست كل المنازعات تعرض على المنظمات الدولية؛ إلا أنه حتى لو سلم له بذلك فتبقى المشكلة متعلقة بكيفية التنبؤ بأحكام المحاكم الدولية.

بالسلوك - ينشئ القاعدة العرفية، فقد ذهب فيور إلى أن العنصر المعنوى للقاعدة العرفية هو «اعتقاد الدول بضرورة الالتزام القانوني بالسلوك تأسيساً على فكرة العدالة»[٦٤]. ويعرفه جورج سيل بأنه «الشعور - التام غير المنقوص بحكم الفطرة - بالامتثال إلى الضرورة الاجتماعية»[٦٥].

ويرى كلسن أن العنصر المعنوي ليس مقيداً بأن السلوك يتطلبه القانون الدولي «بل يكفى أن تعتبر الدول نفسها ملتزمة بأى قاعدة أيا كانت»[٦٦]. ويرى ثيرلواى أن «الأقرب إلى الحقيقة المحتملة بشأن الطريقة التى ينشأ بها العرف في الواقع أن شرط الاعتقاد بأن التصرف ملزم هو مساوٍ فقط للحاجة إلى الممارسة في المسألة المعنية والمقترنة إما بالشعور بالامتثال إلى القانون أو أنها (الممارسة) من المحتمل أن تكون قانوناً»[٦٧].

ويؤخذ على هذه النظرية: أنها تؤسس القواعد العرفية بشكل ثابت على الحاجات الاجتماعية والاعتبارات الأخلاقية، فمن الصحيح أن العديد من القواعد العرفية يعكس الأفكار السائدة بشأن العدالة والحاجات الاجتماعية إلا أن التداخل بين القواعد القانونية وهذه الأفكار ليس تداخلاً كاملاً.

(٦٤) انظر مجموعة محاضرات لاهاى، المجلد ٥٤ سنة ١٩٣٥م، ص ١٩٨، الرأى الفردى للقاضى ولينجتون في قضية حق المرور عبر الإقليم الهندى، مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، ١٩٦٠م، ص ٦٧؛ أكيهورست، المرجع السابق، ص ٣٤؛ الأستاذ الدكتور محمد السعيد الدقاق، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٦٥) مجموعة محاضرات لاهاى، مجلد ٤٦ (١٩٣٣م)، ص ٣٣١ - ٣٣٤؛ كريبلمنازه العرف بوصفه وسيلة لإنشاء القانون الدولي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٦٦) General theory of law and state, 1945, p. 148.

(٦٧) القانون الدولي العرفي والتقنين، المرجع السابق، ص ٥٣ - ٥٤.

فالسلوك المقترن بالشعور بالالتزام الأخلاقي أو الاجتماعي لا ينشئ دائماً القاعدة القانونية العرفية، وخير مثال على ذلك الحرب العدوانية قبل تحريمها، فعلى الرغم من أنه من المسلم به أنها عمل مناف للأخلاق، إلا أن ذلك لم يمنع الدول من اللجوء إليها منذ قرون عديدة لحسم منازعاتها، كما أن معظم الدول المتقدمة – إن لم يكن كلها – تقدم مساعدات إلى الدول الفقيرة ومن المسلم به أنها تفعل ذلك بمقتضى التزام أخلاقي، لكن كم من هذه الدول المانحة للمساعدات تعترف بأنها ملتزمة قانوناً بمنح هذه المساعدات، بالطبع لا توجد دولة واحدة تشعر أنها ملتزمة قانوناً بذلك، وعلى العكس يوجد الكثير من الامتيازات والاستثناءات غير المنطقية في القانون العرفي التي نشأت لأسباب تاريخية، لكن لا يمكن اعتبارها تلبية للحاجات الاجتماعية والاخلاقية[٦٨].

وقد قضت محكمة العدل الدولية في قضية جنوب غرب أفريقيا بأن الاعتبارات الأخلاقية لا تؤدي بالضرورة إلى إنشاء قواعد القانون الدولي العرفي، وجاء في حكمها أنه «... قد اقترح في هذه القضية ... أن تكون الاعتبارات الإنسانية كافية بذاتها لإنشاء الحقوق والالتزامات القانونية .. ولا تعتقد المحكمة ذلك، إنها تعتبر محكمة قانون، ومن ثم فإنها يمكنها أن تأخذ المبادئ الأخلاقية في الحسبان فحسب من أجل إعطاء هذه المبادئ إيضاحاً كافياً في شكل قانوني»[٦٩] وبالطبع فإن المحكمة لا تغمض عينيها كلية عن الاعتبارت الإنسانية[٧٠]، إلا أن الاعتبارت الإنسانية لا تنعكس بشكل ثابت في القواعد القانونية. كما ميزت المحكمة (في قضية هايا دو لاتور) بين

(٦٨) أكيهورست ، المرجع السابق ، ص ٣٥.

(٦٩) مجموعة أحكام المحكمة ، ١٩٦٦م ، ص ٣٤.

(٧٠) Corfu Channel case, I.C.J. Rep. 1949, p. 22.

الالتزامات القانونية من جهة وبين اعتبارات المجاملة وحسن الجوار من جهة أخرى[٧١].

نظرية الصياغة التى نادى بها داماتو:

في محاولة لإعادة صياغة القانون الدولي صياغة كاملة يتبنى الأستاذ (داماتو) رأياً بشأن الركن المعنوى للقاعدة القانونية العرفية يختلف في بعض جوانبه اختلافاً تاماً عن النظرية التقليدية. وتتلخص نظريته في أن الدولة عندما تسلك سلوكاً معيناً (إيجاباً أو سلباً) يجب أن تسبق سلوكها أو تقرنه بالإعلان عن قاعدة قانونية عرفية، «فالإعلان عن قاعدة من قواعد القانون .. سابقة على سلوك الدولة الإيجابي (أو السلبي) أو متزامنة معه ينبه الدولة إلى أن سلوكها أو قرارها سيكون له مضامين قانونية. وبعبارة أخرى فإن هذا التنبية سيجعل المسئولين في مختلف الدول قادرين بحرية على أن يقرروا ما إذا كانوا يسلكون سياسات متباينة أو لا، عالمين بأن أفعالهم قد تنشئ أو تعدل قواعد القانون الدولي. وغياب الإعلان السابق بأن الفعل أو الامتناع (عن الفعل) له نتائج قانونية يعتبر عائقاً مؤثراً على استنتاج القواعد القانونية من أنماط السلوك ...»[٧٢]. ويرى أنه يمكن أن يقوم بصياغة القاعدة دولة، أو محكمة، أو منظمة دولية، أو أحد شراح القانون الدولي بشرط أن يتوافر للقاعدة قدر من العلنية من أجل أن يتم اعلان الدول بها فعلاً أو استدلالاً[٧٣].

(٧١) المرجع السابق ، ١٩٥١م ، ص ٧١ ، ٨٣.

(٧٢) داماتو، فكرة العرف في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٧٥؛ فان هوف، إعادة التفكير في مصادر القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٨٨ –٨٩؛ أكيهورست، العرف بوصفة مصدراً من مصادر القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٣٥ – ٣٦.

(٧٣) داماتو، المرجع السابق، ص ٨٥ – ٨٧؛ فان هوف، المرجع السابق، ص ٨٩.

ويرى أن «فقيهاً واحداً أو دولة ما يمكن أن تصوغ قاعدة من قواعد القانون الدولي» بشرط ألا توجد صياغة لقاعدة متعارضة، وحيثما صيغت قاعدتان متعارضتان، فإن القاعدة التي تم الإعلان عنها بدرجة أكبر هي التي غالباً تسود[٧٤]. ويعتبر هذا ترديداً لرأيه بشأن مقدار الممارسة المطلوبة لإنشاء القواعد القانونية العرفية[٧٥].

إلا أن هذه النظرية يكتنفها الشك، فحين استعملت اليابان التقويم الغربي سنة ١٨٧٢م أعلنت أنها تفعل ذلك امتثالاً لواجب يفرضه القانون الدولي[٧٦]. والواقع أنه لم تعلن أي دولة عن الفكرة القائلة بأن التقويم الغربي مسموح به، لكن القانون الدولي لا يتطلبه. وقد كان من المظنون أن الفكرة مسلم بها، إلا أنه لم يعلن عنها صراحة. ويعلل داماتو ماذهب إليه بأن كافة الدول التي استعملت التقويم الغربي منذ ١٨٧٢م كانت تمتثل لقاعدة من قواعد القانون الدولي تجعل مثل هذا الاستعمال ملزماً، إلا أن هذا التعليل يجافي المنطق، فلكي تنشأ قاعدة عرفية يلزم توافر سلوك معين، وليس من الضروري إثبات أن كل أو معظم أمثلة هذا السلوك مقترنة بالاعترافات بصفتها الملزمة، لكن القول بأن هذا السلوك مطلوب – وليس مسموحاً به فقط – يصبح مشكوكاً فيه عندما تكون أمثلة هذا السلوك قد تفوقت في العدد على الإعلانات المعبرة عن

(٧٤) داماتو، المرجع السابق، ص ٧٦ – ٧٧.

(٧٥) حيث يرى أن الدول التي يمكنها الاستشهاد بعمل واحد أو عملين من أعمال الممارسة الدولية في تعزيز موقفها يكون أفضل – في حالة تساوي الأمور الأخرى – من وضع خصمها إذا لم يستطع (الأخير) الاستشهاد بأي ممارسة دولية (انظر داماتو، المرجع السابق، ص ٩١ – ٩٢).

(٧٦) Jennings (R.Y.), "The progress of international law" B.Y.B.I.L. Vol. 34 (1958), pp. 334-335.

صفتها الملزمة[٧٧]، ولا يمكن التسليم – في هذا الشأن – بما ذهب إليه (وولفكك) من أن الممارسة حين تكون وفيرة ولمدة طويلة فإنها تعطي أساساً كافياً لافتراض أنها قبلت باعتبارها إفصاحاً عن القانون[٧٨]؛ لأن قواعد المجاملات والأخلاق الدولية تمارس لفترات طويلة وبشكل مستمر، ومع ذلك لايمكن التسليم بافتراض قبولها كقواعد قانونية عرفية في غياب الإعلان عن قبولها كقواعد ملزمة من عدد كاف من الدول حتى يمكن القول باكتسابها صفة الإلزام.

علاوة على ذلك فإن نظرية داماتو تعتبر الإعلانات بديلاً عن عقيدة الالتزام بالسلوك (الركن المعنوي)، فالممارسة – في نظرة – تنشئ القاعدة العرفية إذا اقترنت بإعلانات صادرة من جانب واحد بأن هذه الممارسة ملزمة، والواقع أن هذا لا يختلف تماماً عما قالت به النظرية التقليدية بشأن العنصر المعنوي، فالنظرية التقليدية تبحث عن دليل بشأن ما تعتقده الدول. وأفضل دليل على عقيدة الدول بشأن الممارسة هو الإعلانات الصادرة عنها أو عن المنظمات الدولية التي يمكن أن تنشئ ممارستها قواعد القانون الدولي العرفي، وهي المنظمات الحكومية المتمتعة بالشخصية القانونية والتي تملك الإرادة الدولية الشارعة. ومن ثم فإن التشابه بين النظرية التقليدية ونظرية داماتو تشابه كبير إلا أنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه داماتو من أن آراء الشراح يمكن أن تعلن عن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي؛ إذ أن هذه الإعلانات لا قيمة لها – في هذا الشأن – ما لم توجد إعلانات مماثلة من جانب الدول تعزز الفكرة التي نادى بها الشراح[٧٩].

(٧٧) أكيهورست، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٧٨) العرف في القانون الدولي الحالي، المرجع السابق، ص ١٥٤ – ١٥٥.

(٧٩) أكيهورست، المرجع السابق، ص ٣٦ – ٣٧.

وتتضمن النظرية التقليدية – حتى ولو لم تنص صراحة – أن العنصر المعنوى يتكون من العقائد الحقيقية للدول. وفي هذا الشأن يذهب اتجاه في الفقه إلى أنه يجب أخذ الاعلانات الصادرة عن الدول بشأن مضمون القانون الدولي العرفى بمثابة تعبير عن اعتقادها في أن التصرف ملزم قانونياً، حتى ولو لم تعتقد الدولة في صدق إعلانها، إذ أنه من المستحيل غالباً إثبات أن الإعلان الصادر عن الدولة لا يعكس عقيدتها الحقيقية، فمسألة إقامة الدليل على العقائد الحقيقية للدول مسألة بالغة الصعوبة[٨٠] وحتى لو كان ينتظر حدوث مثل هذا الدليل فإن ذلك لا يقلل من قيمة الإعلان وأهميته. ومثال ذلك إعلان ترومان ١٩٤٥م الذى ادعى أن القانون الدولي يعطى الدول الساحلية حقوقاً خالصة على إفريزها القارى[٨١]، فلم يبين هذا الإعلان ما إذا كانت الولايات المتحدة تعتقد حقيقة أن القانون الدولي يعطى مثل هذه الحقوق للدولة الساحلية أم لا فالشئ المهم هو أن الولايات المتحدة أعلنت أن القانون الدولي يعطى مثل هذه الحقوق للدولة الساحلية، وقد وافقتها الدول الأخرى في ذلك. فالدولة التى تعلن عن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي قد ترتكب خطأ حقيقياً. وربما تعلم تماماً أن إعلاناتها لا تعبر عن حقيقة عقيدتها إزاء السلوك، إلا أن ذلك لا يعتبر مهماً، فلو أن الدول رضخت لهذا الإعلان فإنه تنشأ قاعدة

(٨٠) داماتو ، المرجع السابق ، ص ٣٥ – ٣٩.

(٨١) هذا وقد بدأت دول الخليج العربي تحديد حدودها الدولية في الإفريز القارى على أثر تصريح ترومان، فقد صدرت – عن كل من السعودية وقطر والبحرين والإمارات والكويت وإيران والعراق – تصريحات منفردة بشأن تحديد حدودها الوطنية في الإفريز القارى في هذه المنطقة (انظر د. أسامة عمارة، النظام القانوني لاستغلال الثروات المعدنية الممتدة عبر الحدود الدولية، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ١٥٤ – ١٥٥).

عرفية بغض النظر عن النوايا الحقيقية التى تكمن وراء الإعلان، وسواء كان الإعلان بذاته يشكل ركنى القاعدة العرفية: المادى والمعنوى أو أنه يمثل فقط العنصر المعنوى المقترن بسلوك الدولة الصادر عنها الإعلان[٨٢].

ويشير هذا الرأى إلى أن الاعتقاد بأن التصرف ملزم قانوناً يمكن أن يوجد في الادعاءات بأن شيئاً ما هو قانون بالفعل، وليس في الإعلانات التى ترى أن شيئاً ما ينبغى أن يكون قانوناً، أو أن الأخلاق أو المجاملات أو الحاجات الاجتماعية تتطلبه، فإعلان الدول بأن شيئاً ما ملزم أخلاقياً قد يساعد على إنشاء قواعد الأخلاق الدولية، إلا أنه لا ينشئ قواعد القانون الدولي العرفي[٨٣].

ويذهب رأى آخر إلى أن الاعتقاد في أن السلوك ملزم قانونياً لا يمكن إثباته إلا عن طريق «التصرف السافر» Overt actions الذى يفصحعن النية الحقيقية للدولة الصادر عنها هذا السلوك، وليس عن طريق الادعاءات أو الإعلانات أو التشريعات الوطنية[٨٤]. ويرى هذا الاتجاه أن « أعمال السماح التى يقصد بها المجاملة أو تصدر عن رغبة في التسامح قد

(٨٢) انظر:

Akehurst (M.), "A modern introduction to international law", 2nd ed. 1971, pp. 46-47, 306.

وانظر لذات الفقيه، العرف بوصفه مصدراً من مصادر القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٨٣) المرجع السابق ، ذات الموضع.

(٨٤) Fitzmaurice (G.), "The law and procedure of international court of justice 1951-4: General principles and sources of law" B.Y.B.I.L. Vol. 30 (1953), pp. 67 - 68;

وانظر أيضاً: الأستاذ الدكتور محمد طلعت الغنيمى، المرجع السابق، ص ٢٢٣، كليف باري، المرجع السابق، ص ٦٣.

تأخذ شكل التصرف القانوني»[٨٥]. ويضرب مثالاً لذلك بالدولة التى تسمح للأجانب بالإقامة فيها «لفترة ممتدة من الزمن دون قيود» إلا أن هذا السماح المتواتر لا يرتب للأجانب أى حقوق بلا قيود. كما أن الأمر قد يستدعى البحث عن النية التى تكمن وراء التصرف دون الاعتداد بما يكشف عنه مظهره الخارجى «ومما يعقد الأمور أن الوثائق الخاصة بالتصرف قد تكون متعددة وسرية بحيث لا يتمكن الباحث من الاطلاع عليها أو الخروج منها بفائدة بخصوص الكشف عن النوايا الحقيقية». وينتهى هذا الرأى إلى أن الممارسة التى تقوم بها إحدى الدول لا تكشف عن نواياها الحقيقية إزاء السلوك إلا بالبحث عن الأسباب التى دفعت إلى التصرف والنوايا التى تكمن وراءه[٨٦].

ومع احترامنا لهذا الرأى وتقديرنا للأسس التى قام عليها إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، فأعمال السماح التى أشار إليها قد تأخذ شكل التصرف القانوني، إلا أنه تصرف غير ملزم سواء في مجال الواجب أو المباح، فمادامت الدولة لم تعتقد أن التصرف ملزم قانونياً فإن التصرف لا يلزمها وما سمحت به لا ينشىء قاعدة تبيح ذلك؛ لأن ما سمحت به قد لا تسمح به دولة أخرى، وحتى لو سمحت به الدول الأخرى بناء على التصريحات التى قد تصدر عنها إلا أن ذلك لا يدخله في دائرة التصرفات القانونية الملزمة، وإن أمكن اعتباره من قبيل العادات غير الملزمة. وهو ما قال به أصحاب هذا الرأى. وإثبات العنصر المعنوى عن طريق التصرف السافر أمر مسلم به، لكن الذى لا يمكن التسليم به هو عدم الاعتداد بالتصريحات الصادرة عن الدول في هذا الشأن، لأن المهم – في ذاك الخصوص – هو الاستدلال على

(٨٥) الأستاذ الدكتور محمد طلعت الغنيمى، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٨٦) المرجع السابق ، ص ٢٢٤.

عقيدة أن التصرف يتطلبه القانون أو يتم وفقاً للقانون وهو أمر لا يتحقق عن طريق الإعلانات الصريحة فحسب، بل يتحقق أيضاً عن طريق الرضوخ والإذعان للممارسات الدولية، وبعبارة أخرى يتحقق بالرضا الضمنى أو السكوت الذى يفيد عدم الاعتراض على السلوك. ثم إن البحث في النوايا الحقيقية التى تكمن وراء التصرف هى مسألة بالغة الصعوبة والتعقيد – وهو ماسلم به أصحاب هذا الرأى – فكيف إذا يتسنى الكشف عن هذه الحقيقية، وما أهميتها مادامت الدول الأخرى قد قبلت هذا السلوك صراحة عن طريق التصريحات والإعلانات، أو ضمنياً بعدم الاعتراض عليه[٨٧].

النظرية القائلة بأن العنصر المعنوى هو العنصر الوحيد المنشىء للقاعدة العرفية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الركن المعنوى هو المنشىء الوحيد للقاعدة العرفية ومن أنصارها شتروب، وشنج، ويأخذ بها في الفقه العربى الأستاذ الدكتور محمد طلعت الغنيمى. وليس للسلوك (الركن المادى) من أهمية – في هذا الشأن – سوى الاستدلال على القاعدة العرفية. فالسلوك الحالى لدولة ما يمكن الاستدلال به على أنها كانت خاضعة لقاعدة معينة في وقت ما في الماضى، وبعبارة أخرى فإنه من خلال السلوك يمكن الاستدلال على العنصر المنشىء للقانون الدولي العرفى، أى الاعتقاد بأن السلوك يتطلبه

(٨٧) د. عبد الغنى محمود، القاعدة العرفية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٧٤ – ٧٥.

القانون الدولي، الذى يعتبر سابقاً في وجوده ولا يسهل التعرف عليه في ذاته[٨٨].

ويرى شنج أنه «ليس من الضرورى فقط أن تكون العادة ممتدة، بل أيضاً لا حاجة مطلقاً للعادة بمعنى السلوك المتكرر، بشرط أن يكون من الواضح توافر الاعتقاد لدى الدول المعنية بأن السلوك ملزم، وبناء عليه فإن للقانون الدولي العرفي عنصر منشىء واحد فقط هو الاعتقاد بأن التصرف ملزم»[٨٩]. ومما تجدر الإشارة إليه أن شنج من أنصار نظرية العرف الفورى الذى تقوم فكرتها على إلغاء أى دور للسلوك المادى في إنشاء القواعد العرفية، وهى نظرية اتجه إليها حديثاً بعض الفقهاء في محاولة لتصحيح الأعراف الجائرة التى سادت في عصر الاستعمار.

ويسير في نفس الاتجاه الأستاذ الدكتور محمد طلعت الغنيمى الذى يؤكد عدم أهمية الركن المادى في إنشاء القواعد العرفية فيقول سيادته: «لا أضم نفسى بذلك إلى الذين يشترطون توافر الركن المادى لتكوين العرف؛ ذلك أننى لا أتطلب التكرار لقيام العرف وإنما يكفى أن يصدر التصرف الأول ويعتبر دليلاً على توافر الإرادة الشارعة وتبعاً قيام العرف .. قد نكون في غنى عن التكرار – إذا ما أقرت الدول منذ البداية بأنها تسير على سلوك بعينه بوصفه قاعدة ملزمة»، ويضرب مثالاً لذلك بإطلاق الاتحاد السوفيتى لأول مرة قمراً صناعياً دون استئذان الدول التى سيمر القمر فوق أقاليمها، فإن هذا السلوك الذى قام به الاتحاد السوفيتى تم استناداً إلى اعتقاد بوجود قاعدة قانونية عرفية تقرر حرية الفضاء وهو ما تأكد بعدم اعتراض الدول الأخرى بحيث أصبحت

---

[٨٨] Strupp (K.), "Les régles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., 47 (1943-1), pp. 263 - 595.

[٨٩] Cheng (B.), "United Nations Resolutions on outer space: Instant International customary law", I.J.I.L. Vol. 5 (1965), pp. 23 - 48.

الحرية هى القاعدة التى تحكم النظام القانوني للأنشطة الدولية في مجال الفضاء[٩٠].

إلا أن إنكار أى دور للسلوك – إلا بخصوص الاستدلال على الركن المعنوى – هو أمر ينطوى على قدر كبير من الخيال الذى هو سمة المدرسة الوضعية التى ينتمى إليها شتروب. ولعلنا نتفق مع الأستاذين (شنج والغنيمى) في أن التكرار قد لا يكون مطلوباً إذا وضح للمرة الأولى شعور الدول بأن السلوك يتطلبه القانون الدولي ويتفق مع ذلك القانون. فالسلوك ركن ركين في تكوين القاعدة العرفية الدولية، أما التكرار فهو شرط للسلوك حينما يكون ذلك ضرورياً، والمسألة نسبية، ففي بعض الحالات لا يكون تكرار السلوك ضرورياً كما هو الحال بالنسبة للنشاط الدولي في الفضاء الخارجي، كما أن اشتراك عدد كبير من الدول في سلوك ما، أو صدور قرار في الجمعية العامة (مثلاً) بأغلبية كبيرة يعد تعبير عن الركن المعنوى ومن ثم لاداعى للتكرار، مادام يوجد مايمكن الاستدلال من خلاله على نية الالتزام (الركن المعنوى) ولعل هذا ما قصدته محكمة العدل الدولية في قضايا الإفريز القارى لبحر الشمال. أما إذا كان قصد أنصار هذه النظرية أنه من الممكن إنشاء القانون الدولي العرفي بمعزل عن السلوك – وإن السلوك ليس إلا دليلاً على الركن المعنوى – فإن هذا يؤدى إلى أن تفقد القاعدة العرفية مدلولها العادى، فالعرف كوسيلة لإنشاء القانون يحمل فكرة أن القواعد التى ينشئها تتأسس على الممارسة بمعنى أن مضمون هذه القواعد قد تم تحديده من خلال السلوك، ومما يضر بالأداء الفعال للقانون كأداة تنظيم أن تمحى مصادره إلى درجة التلاشى[٩١].

---

(٩٠) الغنيمى الوسيط في قانون السلام، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٩١) د. عبد الغنى محمود، مرجع سبق ذكره.

على أية حال فإن نظريات «العنصر الواحد» سالفة الذكر تعتبر استثناء وبالتالى لا تمثل حالة ذات شأن في فقه القانون الدولي العرفى. إذ أن هناك اتفاقاً، على نطاق واسع، بين الفقهاء على أن السلوك والاعتقاد بأن القانون يتطلبه أو يسمح به يعتبران عنصرين ضروريين لإنشاء قواعد القانون الدولي العرفى. وعلى الرغم من هذا الاتفاق فإن هناك خلافاً بشأن المضمون الدقيق لهذين العنصرين والعلاقة المشتركة بينهما، وعلى الأخص فإن مسألة العلاقة بين الركن المادى والركن المعنوى قد فرضت على نظرية العرف صعوبات جمة بحيث يمكن اعتبارها السبب الرئيسى في الخلل والتشويش الذى يغلفها.

فأصحاب النظرية الأخيرة – القائلة بأن الركن المعنوى هو المنشئ الوحيد للقاعدة العرفية – على الرغم من أنهم يتفقون على أن السلوك ليس له أى دور سوى الاستدلال على الركن المعنوى، إلا أنهم اختلفوا بشأن تزامن السلوك وعقيدة الالتزام القانوني به. ففي حين يرى شتروب – كما سلف ذكره – أن العنصر المعنوى سابق في وجوده على السلوك فإن الأستاذ الغنيمى يرى أن العنصرين (المادى والمعنوى) يوجدان معاً حيث يذهب سيادته إلى أن «تصور العنصرين على أن لكل منهما كيانه المنفصل هو تصور يفتقر إلى المنطق بل والواقعية، ذلك أن العنصرين المذكورين لا يتكونان ولا يمكن أن يتكون أحدهما بمعزل عن الآخر .. إن النظرة العميقة ترى أن كلا من الركنين يندمج في الآخر ويذوب فيه وأن أحدهما يقوم دليلاً على الآخر، فلا يمكن أن نتعرف على النية بدون سلوك خاص ولايمكن أن نقر بالإلزام للسلوك الخارجى إلا إذا توافرت النية، فكل منهما وجه العملة واحدة»[٩٢].

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن اشتراط حدوث الركنين (المادى والمعنوى) معاً أو في وقت واحد يفضى إلى طلب المستحيل، ويتطلب جهداً

(٩٢) الأستاذ الدكتور/ الغنيمى، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

لتعديل الدائرة القانونية، وهو نفس النقد الذى وجه إلى النظرية التقليدية؛ لذلك قد يكون من المنطقى التنازل عن هذا الشرط. ومن أنصار هذا الاتجاه كل من ثيرلواى، والدن، ميجرز، ويرون أن هناك فاصلاً زمنياً بين ركنى العرف وهو ما يطلق عليه نظرية المراحل، ونعرض لها فيما يلى.

نظرية المراحل:

تتضح السمة الرئيسية لهذه النظرية في التفرقة بين ثلاث مراحل يتعين أن تمر خلالها أى قاعدة من قواعد القانون الدولي قبل إمكان القول بوجودها. وتنطبق النظرية على كافة الوسائل المنشئة للقاعدة الدولية، وليست مقصورة على إنشاء قواعد القانون الدولي العرفى.

المرحلة الأولى: وفيها يتم تحديد مضمون القاعدة ورسم خطوطها العريضة، ولا تتعلق هذه المرحلة بالصفة القانونية أو عدم الصفة القانونية للقاعدة، لكنها تتعلق بمضمونها ومحتواها. فكل الذى يحدث هو وصف لنوع معين من السلوك بدون أى اشارة إلى مسألة ما إذا كانت القاعدة المتعلقة بهذا السلوك سوف تأخذ – أو يجب أن تأخذ – صفة ملزمة أو أنها لا تأخذ هذه الصفة. ويستخدم أصحاب هذه النظرية عدداً من الاصطلاحات لوصف الدور الذى تؤديه هذه المرحلة كالقول بتكوين القاعدة، أو صياغتها، أو تحديدها، ويطلق على هذه المرحلة اسم المرحلة المكوِّنة.

المرحلة الثانية: وفيها تتشكل إرادة الدول المعنية في أن القاعدة ستصبح قانوناً. فالذى يحدث خلال هذه المرحلة هو أن تنبثق لدى الدول الرغبة في جعل القاعدة قانوناً. ومن ناحية ثانية فإن اتخاذ إرادة الدول هذا الشكل يعتبر عملاً داخلياً بحتاً، ومن ثم فإن هذه المرحلة – التى يمكن تسميتها

بمرحلة نية الالتزام – لا تتعلق مباشرة بإنشاء القواعد العرفية الدولية. وتبدو أهميتها ضئيلة في هذا الشأن.

المرحلة الثالثة: وفيها تصبح الرغبة والإرادة – التى تشكلت خلال المرحلة الثانية – معروفة لكافة الدول التى يمكن أن تصبح القاعدة بالنسبة لهم قانوناً. فالمرحلة الثالثة مخصصة لتقسيم القواعد التى تكونت خلال المرحلة الأولى إلى قواعد قانونية وأخرى غير قانونية، ومن ثم يطلق على هذه المرحلة مرحلة إنشاء القانون(٩٣).

ويستخلص من هذه النظرية أن السلوك (الركن المادى) يتم خلال المرحلة الأولى، ومن خلاله يتم تحديد مضمون القاعدة العرفية. أما عقيدة الالتزام القانونى بالسلوك (الركن المعنوى) فتتكون في المرحلة الثانية، ويتم الإفصاح عنها أو التحقق منها خلال المرحلة الثالثة.

وتتجنب هذه النظرية الخلل الذى تتسم به نظريات «العنصر الواحد» وتنسجم مع مدلول «العرف» كوسيلة لإنشاء القانون تأسيساً على الممارسة وذلك باشتراطها أن تتم صياغة القاعدة من خلال الممارسة، إذ أن القانون العرفي مبنى على الممارسة، وبدونها لن يوجد عرف وبدون عرف لا يوجد قانون عرفى، وعلى الرغم من أن الركن المعنوى هو الذى يحول القاعدة إلى قاعدة من قواعد القانون الدولي فإن الممارسة هى التى تحولها إلى قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفى وبهذا الشكل تفادت عيوب نظريات العنصر الواحد. كما أن هذه النظرية قد تفادت أيضاً عيوب النظرية التقليدية حيث يتكون العنصر المادى في المرحلة الأولى وفي المرحلة الثالثة يتم تكوين الركن المعنوى. لذلك تعد – في نظرنا – أرجح النظريات السابقة.

(٩٣) فان هوف، المرجع السابق، ص ٩١ – ٩٢.

الفصل الثانى

أنواع العرف الدولي

ينقسم العرف الدولي إلى عدة تقسيمات حسب الناحية التى ينظر من خلالها إليه، فمن حيث نطاق تطبيقه ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص، ومن حيث طبيعة قواعده ينقسم إلى عرف منشئ وعرف مكمل أو معدل أو ملغى للقواعد القانونية القائمة، ومن حيث جواز الاتفاق على خلافه ينقسم إلى عرف آمر وعرف مقرر.

على أن أهم تقسيمات العرف هو تقسيمه إلى عرف عام وعرف خاص وهو ما نتناوله فيما يلى:

العرف العام والعرف الخاص:

يمكن أن يكون العرف الدولي عرفاً خاصاً بحيث يشتمل على عدد قليل من الدول فقط، وحينئذٍ يكون ملزماً لهذه الدول فقط، كما يمكن أن عاماً يشتمل على الأغلبية الكبيرة من دول العالم ومن ثم يلزم كافة الدول(٩٤).

ومن الناحية العملية لا تبدو مشكلة التطبيق العام للقواعد العرفية مشكلة مهمة كما قد يبدو للوهلة الأولى. فالأجهزة المعنية بتطبيق القانون الدولي ليست ملزمة بتقرير ما إذا كانت قاعدة معينة تلزم كافة الدول أو لا، وكما هو الحال بالنسبة للقانون الاتفاقى فإن الأهمية السريعة والمباشرة تنحصر في الكشف والإعلان عما إذا كانت قاعدة معينة تلزم دولة معينة في لحظة معينة. ومع ذلك فإن معرفة درجة عمومية القاعدة تساعد على التحقق مما إذا كانت

٩٤) Ross (A.), "A textbook of international law, General part", 1947, p. 87.

هذه القاعدة تلزم شخصاً معيناً من أشخاص القانون الدولى[٩٥]. فكلما كان عدد الدول التى قبلت القاعدة أكبر فإن افتراض قبولها من جانب الدولة التى لم تشترك في إنشائها يكون افتراضاً أقوى، مع الأخذ في الاعتبار أن العرف العام ليس ملزماً فحسب للدول التى أنشأ سلوكها العرف، ولكن يلزم أيضاً الدول التى لا يؤيد سلوكها العرف ولا يعارضه، كما يلزم الدول الجديدة التى ظهرت بعد أن أصبح العرف راسخاً تماماً. وباختصار فإن العرف العام يلزم كافة الدول باستثناء التى عارضته بانتظام منذ نشوئه[٩٦].

أما بالنسبة للعرف الخاص فيلاحظ أن المادة ١/٣٨ (ب) من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية قد ذكرت فقط الممارسة العامة General Practice ولم تشر إلى القواعد العرفية الخاصة مما كان محل انتقاد شديد لكثير من الفقهاء، ومن بين هؤلاء الأستاذ Basdevant الذى طالب بتفسير واسع لتلك المادة[٩٧]. وقد لاقى هذا المطلب قبولاً وأدى في نهاية الأمر إلى الاعتراف بالقواعد العرفية الخاصة.

ومن أمثلة العرف الخاص ما ورد في الرأى الاستشارى لمحكمة العدل الدولية الدائمة بخصوص مدينة دانزج الحرة ومنظمة العمل الدولية، فقد أشارت المحكمة لذلك دون استخدام مصطلح «العرف الخاص»، وإنما ذكرت الممارسة التى تبدو «مفهومة تماماً للطرفين»[٩٨]. وعلى نحو مماثل أشارت نفس المحكمة إلى العرف الخاص - دون استخدام هذا الاصطلاح - في

(٩٥) وولفك، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٩٦) أكيهورست، المرجع السابق، ص ٢٩.

٩٧) "Regles generales du droit de la paix", R.C.A.D.I., V. 58, (1936 - IV) P. 486.

٩٨) P.C.I.J. Ser. B, 18, P. 13.

قضية اللجنة الأوربية للدانوب عندما قضت بأن القاعدة تلزم فقط أعضاء اللجنة[٩٩].

وقد ذكرت محكمة العدل الدولية العرف الإقليمى صراحة للمرة الأولى في قضية اللجوء السياسى عام ١٩٥٠م[١٠٠]، كما أشير إلى هذه السابقة في قضية حقوق الرعايا الأمركيين في مراكش والتى تم فيها استبدال العرف المحلى Local Custom بالعرف الإقليمى[١٠١]. أما الاعتراف الحاسم بالعرف الخاص فكان في قضية حق المرور عبر الإقليم الهندى عام ١٩٦٠م[١٠٢].

وبناء عليه تم الاعتراف بالعرف الخاص الذى نشأ بين مجموعة من الدول في اقليم معين كالأعراف الخاصة بدول أمريكا اللاتينية، أو بغيرها من المجموعات الإقليمة الأخرى، فقد ذكرت محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء السياسى أن «حكومة كولومبيا استشهدت في نهاية الأمر بالقانون الدولي الأمريكى بوجه عام، فبالإضافة إلى الاتفاقيات التى تم بحثها من قبل اعتمدت على العرف الإقليمى أو المحلى الخاص بدول أمريكا اللاتينية .. إن الطرف الذى يعتمد على عرف من هذا النوع يتعين عليه إثباته»[١٠٣]. ومن ثم أقرت محكمة العدل الدولية - على خلاف ما تقضى به المادة ١/٣٨ (ب) من نظامها الأساسى - العرف الخاص الذى يلزم عدداً قليلاً من الدول أو حتى دولتين فقط.

٩٩) Ibid., ser. B. 14, P. 17.

(١٠٠) مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية، ١٩٥٠م، ص ٢٧٦.

(١٠١) المرجع السابق، ١٩٥٢، ص ٢٠٠.

(١٠٢) المرجع السابق، ١٩٦٠م، ص ٣٩.

(١٠٣) المرجع السابق، ١٩٥٠م، ص ٢٧٦.

ولا يوجد سبب منطقى يمنع وجود أعراف خاصة بأى عدد من الدول مهما كان قليلاً، ومن ثم فإن محكمة العدل الدولية - في قضية حق المرور - قد طبقت عرفاً ثنائياً كان موجوداً بين الهند والبرتغال فقط[١٠٤].

وبما أن الدول الممارسة لمثل هذه الأعراف ليست بالضرورة في منطقة جغرافية واحدة فإن اصطلاح «العرف الإقليمى» يعتبر اصطلاحاً ضيقاً لايفصح عن هذه الأعراف ولا يصفها، لذا فإنه يحبذ استخدام مصطلح « العرف الخاص» ليغطى الأعراف الإقليمية وكافة الأعراف الأخرى التى تمارسها مجموعة محدودة من الدول؛ ومن ثم آثرنا، من البداية، استخدام اصطلاح «العرف الخاص».

والعرف الخاص هو تحديداً الذى يتعارض مع العرف العام بحيث أنه فيما بين الدول الملتزمة بالعرف الخاص فإن العرف الخاص يقدم على العرف العام[١٠٥] ما لم يكن العرف العام قاعدة آمرة. والوضع يختلف في حالة ما إذا كانت العلاقة قائمة بين دولة ملتزمة بالعرف الخاص وأخرى لا تلتزم به إذ أن الذى يطبق في هذه الحالة هو العرف العام، حتى لو كانت الدول الملتزمة بالعرف الخاص ليست ملتزمة بالعرف العام بسبب اعتراضها عليه بانتظام منذ نشوئه؛ لأن علاقتها بالدول الأخرى - الغير ملتزمة بالعرف الخاص - لا يحكمها العرف الخاص[١٠٦].

(١٠٤) المرجع السابق، ١٩٦٠م، ص ٣٩.

(١٠٥) شوارزنبرجر، المرجع السابق، ص ١٩٥؛ أكيهورست، المرجع السابق، ص ٢٩؛ مجموعة أحكام العدل الدولية، ١٩٦٠م، ص ٤٣، ٤٤.

(١٠٦) راجع في التفاصيل، مؤلفنا: القاعدة العرفية، المرجع السابق، ص ٩٦ - ٩٧.

الفصل الثالث

العرف والمعاهدات[١٠٧]

الاختلاف بين العرف والمعاهدات:

تختلف القاعدة العرفية عن القاعدة الاتفاقية اختلافاً جوهرياً من حيث أسلوب إنشائها، فكما سبق ذكره يتطلب إنشاء القاعدة العرفية وبالتالى سريانها مجالاً من مجالات الاشتراك المنظم سلفاً بين الدول في شكل ممارسة معينة والقبول الضمنى أو المفترض لهذه الممارسة من جانب الدول المعنية باعتبارها تعبيراً عن حق أو التزام قانونى. أما القاعدة الاتفاقية فتنشئها الإرادة الشارعة الصريحة لتنظيم مجال معين من مجالات الواقع لم يتم تنظيمه بعد حسب احتياجات الأطراف ومقاصدهم. ومن ثم يتضح أنه من الضرورى توافر عنصرين: عنصر الإرادة وعنصر الواقعة التى تشير إليها الإرادة. فالاختلاف الأساسى بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية يكمن تماماً في اختلاف عنصرى الإرادة والواقعة في كل من القاعدتين. ففي حالة إنشاء القاعدة الاتفاقية تكون إرادة أشخاص القانون الدولي إرادة فعالة ومؤثرة بمعنى أنها تهدف عموماً إلى تغير الوضع الراهن وفي نفس الوقت يتم التعبير عنها صراحة، أما في حالة إنشاء القاعدة العرفية فإن هذه الإرادة تهبط إلى مجرد قبول ضمنى للسلوك، ونفس الشيء يحدث بالنسبة لعنصر الواقعة التى تشير إليها كل من القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية، ففي حين يشير إنشاء القاعدة الاتفاقية - عموماً - إلى واقعة لم يتم تنظيمها بعد حسب احتياجات الأطراف ورغباتهم، فإن تكوين القاعدة العرفية مرتبط بواقعة منظمة جزئياً

(١٠٧) انظر في التفاصيل المرجع السابق، ص ١١١ - ١٣٧.

الدولي المتعلقة بالتحكيم. وتعتبر المعاهدات العقدية المتماثلة على هذا النحو بمثابة الركن المادى للعرف وقبول الدول غير الأطراف لها يمثل الركن المعنوى(١١٢).

ويصدق هذا تماماً على المعاهدات الشارعة، فعلى الرغم من أنها تنشىء قواعد قانونية دولية جديدة مقبولة بصفة عامة من الدول الأطراف فقد تنطوى على تقنين قواعد عرفية قائمة، كما قد تساهم في إنشاء قواعد قانونية عرفية جديدة إذا ما سارت الدول غير الأطراف - في العمل الدولي - وفق الأحكام الواردة في الاتفاقية بحيث يكون سلوك تلك الدول يبرر الافتراض بأنهم قبلوا نصوص المعاهدة باعتبارها ملزمة لهم ومن ثم يعتبر هذا بمثابة « نوع من الانضمام عن طريق العرف»(١١٣).

(١١٢) راجع في التفاصيل مؤلفنا، المرجع السابق، ص ١١٥ - ١١٦.

(١١٣) وولفك، المرجع السابق، ص ١١٧.

على الأقل في شكل سلوك معين(١٠٨)، غير أن التفرقة بين كلا القاعدتين ليست ذات أثر؛ لأن الرضا الضمنى من حيث توافر قوة الإلزام يتساوى في النهاية مع الرضا الصريح(١٠٩). ومع ذلك يختلف العرف عن المعاهدات في كونه غالباً ينمو ببطء، وإن كان من المتصور أن يبرز إلى الوجود فجأة، كما أن قواعده كثيراً ما تتسم بالغموض والإبهام عكس المعاهدات، ولعل الاختلاف الحقيقى بين العرف والمعاهدات أن قواعد المعاهدات تنظم علاقات أطرافها مستقبلاً في حين ينظم العرف علاقات الدول في الحاضر والمستقبل(١١٠)، علاوة على أن العرف يتميز بمرونة قواعده وكونها تتطور باستمرار وفقاً لحاجات المجتمع الدولى(١١١)، وأخيراً - فوفقاً للرأى الراجح - يسرى العرف على كافة الدول ماعدا تلك التى عارضته بانتظام منذ نشوئه على خلاف المعاهدة التى لا تلزم - كقاعدة - سوى أطرافها.

دور المعاهدات في إنشاء القواعد العرفية:

تلعب المعاهدات دوراً هاماً في إنشاء القواعد العرفية وليس ذلك مقصوراً على المعاهدات الشارعة بل يشمل أيضاً المعاهدات العقدية. فعلى الرغم من أن الأخيرة مصدر للالتزامات ويقتصر أثرها على اطرافها إلا أنه يمكن أن تنشىء العرف في حالة ما إذا أبرمت معاهدة عقدية لتنظيم موضوع معين على وجه معين، فإن شيوع مثل هذه المعاهدات ذات المضمون المتماثل قد ينشىء قواعد عرفية عامة تحكم الموضوع، ومثال ذلك قواعد القانون

(١٠٨) وولفك، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(١٠٩) أ.د/ حامد سلطان، أ. د/ عائشة راتب، أ. د/ صلاح الدين عامر، ١٩٨٤م، ص ٤٩.

(١١٠) المرجع السابق ذات الموضع؛ د. حسنى جابر، القانون الدولي، ١٩٧٣م، ص ٣٠.

(١١١) الأستاذ الدكتور/ محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، ١٩٧٩، ص ٢٦.

الدولي المتعلقة بالتحكيم. وتعتبر المعاهدات العقدية المتماثلة على هذا النحو بمثابة الركن المادى للعرف وقبول الدول غير الأطراف لها يمثل الركن المعنوى(١١٢).

ويصدق هذا تماماً على المعاهدات الشارعة، فعلى الرغم من أنها تنشىء قواعد قانونية دولية جديدة مقبولة بصفة عامة من الدول الأطراف فقد تنطوى على تقنين قواعد عرفية قائمة، كما قد تساهم في إنشاء قواعد قانونية عرفية جديدة إذا ما سارت الدول غير الأطراف - في العمل الدولي - وفق الأحكام الواردة في الاتفاقية بحيث يكون سلوك تلك الدول يبرر الافتراض بأنهم قبلوا نصوص المعاهدة باعتبارها ملزمة لهم ومن ثم يعتبر هذا بمثابة « نوع من الانضمام عن طريق العرف»(١١٣).

(١١٢) راجع في التفاصيل مؤلفنا، المرجع السابق، ص ١١٥ - ١١٦.

(١١٣) وولفك، المرجع السابق، ص ١١٧.

على الأقل في شكل سلوك معين(١٠٨)، غير أن التفرقة بين كلا القاعدتين ليست ذات أثر؛ لأن الرضا الضمنى من حيث توافر قوة الإلزام يتساوى في النهاية مع الرضا الصريح(١٠٩). ومع ذلك يختلف العرف عن المعاهدات في كونه غالباً ينمو ببطء، وإن كان من المتصور أن يبرز إلى الوجود فجأة، كما أن قواعده كثيراً ما تتسم بالغموض والإبهام عكس المعاهدات، ولعل الاختلاف الحقيقى بين العرف والمعاهدات أن قواعد المعاهدات تنظم علاقات أطرافها مستقبلاً في حين ينظم العرف علاقات الدول في الحاضر والمستقبل(١١٠)، علاوة على أن العرف يتميز بمرونة قواعده وكونها تتطور باستمرار وفقاً لحاجات المجتمع الدولى(١١١)، وأخيراً - فوفقاً للرأى الراجح - يسرى العرف على كافة الدول ماعدا تلك التى عارضته بانتظام منذ نشوئه على خلاف المعاهدة التى لا تلزم - كقاعدة - سوى أطرافها.

دور المعاهدات في إنشاء القواعد العرفية:

تلعب المعاهدات دوراً هاماً في إنشاء القواعد العرفية وليس ذلك مقصوراً على المعاهدات الشارعة بل يشمل أيضاً المعاهدات العقدية. فعلى الرغم من أن الأخيرة مصدر للالتزامات ويقتصر أثرها على اطرافها إلا أنه يمكن أن تنشىء العرف في حالة ما إذا أبرمت معاهدة عقدية لتنظيم موضوع معين على وجه معين، فإن شيوع مثل هذه المعاهدات ذات المضمون المتماثل قد ينشىء قواعد عرفية عامة تحكم الموضوع، ومثال ذلك قواعد القانون

(١٠٨) وولفك، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(١٠٩) أ.د/ حامد سلطان، أ. د/ عائشة راتب، أ. د/ صلاح الدين عامر، ١٩٨٤م، ص ٤٩.

(١١٠) المرجع السابق ذات الموضع؛ د. حسنى جابر، القانون الدولي، ١٩٧٣م، ص ٣٠.

(١١١) الأستاذ الدكتور/ محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، ١٩٧٩، ص ٢٦.