

Uncertainty in the Rules of Customary International Law

Asst. Prof. Dr. Ahmed Kadhim Muhabis

Imam Al-Kadhem college for Islamic sciences University

dr.ahmedkadhem@iku.edu.iq

Abstract

The theoretical challenges of customary international law are essentially the same as those faced by international law as a whole, given that the problems of this legal system are interconnected and intertwined. These issues originate from a single root cause, namely the absence of a comprehensive legal system equipped with the necessary structures to eliminate ambiguity and conflict in international legal rules.

Thus, the problem of uncertainty in legal rules, which pervades international law generally, is also found—more prominently and extensively—in customary international law. This uncertainty is not confined to a specific element of customary rules, but rather extends to their origin, formation, structure, evidence, scope, content, and legal nature.

Accordingly, it can be stated that uncertainty, as a structural issue in international law, manifests in a complex manner within this domain. It is not limited to the identification of the criteria for the existence of legal rules, which represents the initial threshold of the problem common to both domestic and international legal systems. Rather, it extends to determining the methods and standards by which legal rules are established and the mechanisms by which they are modified. However, such complexities do not appear with the same degree in domestic legal systems.

International legal scholarship has recognized this multifaceted problem and has sought to find appropriate solutions. Nevertheless, the divergence of research methodologies adopted in addressing the issue has led to conflicting and inconsistent theoretical approaches, which have failed to achieve the intended goal of establishing a sound intellectual and philosophical foundation for resolving the problem within customary international law. It is certain that the multiplicity of theoretical approaches leads to multiple possible interpretations, and consequently, to uncertainty regarding the existence of customary legal rules, which are supposed

to be definitive in their existence and content so as to serve as a basis for determining and complying with international obligations.

Despite these practical and theoretical difficulties that hinder legal certainty in customary international rules, there remains a compelling need for continued scholarly inquiry and for deepening the examination of this complex issue. Such inquiry clarifies jurisprudence theories and facilitates comparison and rapprochement among them, thereby rendering them more accessible and comprehensible this being the aim of the present study.

Keywords: International Law – International Custom – International Rule – Uncertainty – International Court of Justice

عدم اليقين في قواعد القانون الدولي العرفية

أ.م.د احمد كاظم محيبس

كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة – قسم القانون

dr.ahmedkadhem@iku.edu.iq

الملخص

ان المشاكل النظرية للقانون الدولي العرفي هي ذات المشاكل النظرية التي يُعاني منها القانون الدولي بشكل عام ، ذلك ان مشاكل هذا القانون مترابطة ومتداخلة ، ترجع في سببها الى اصل واحد ، ويمكن القول ان أساسها الأول هو عدم وجود نظام قانوني يضم الهيكلية اللازمة لإزالة الغموض والتعارض في القواعد الدولية .

لذا فأن مشكلة عدم اليقين في القاعدة القانونية التي تسود القانون الدولي بشكل عام ، نجدها كذلك في القواعد العرفية الدولية ولكن بشكل أوضح ظهوراً ، ووسع اثرأ ، فهي لا تقتصر على عنصر محدد من عناصرها ، وانما تمتد الى نشأتها وتكوينها وتركيبها ودليلها ونطاقها ومضمونها وطبيعتها .

عليه يمكن القول ان عدم اليقين كمشكلة هيكلية في القانون الدولي تظهر بشكل مُركب في هذا النطاق ، فلا يقتصر الامر عند تحديد معايير وجود القاعدة القانونية التي تعتبر الحد الأول للمشكلة في مجمل الأنظمة القانونية الداخلية والدولية ، وانما تمتد الى تحديد الطرق والمعايير التي يتم بموجبها وضع القاعدة القانونية واليات تغييرها ، وان كانت هذه المشكلة لا نجدها بنفس الدرجة من التعقيد في النظم القانونية الداخلية .

لقد تنبه الفقه الدولي الى تلك المشكلة المركبة وتصدى لإيجاد الحلول المناسبة لها ، الا ان تباين مناهج البحث العلمي التي اعتمدها في عملية المعالجة قد خلقت اتجاهات نظرية متعارضة وغير منسجمة ، ولم تؤدي الى تحقيق الغرض منها في التأسيس الفكري والفلسفي الصحيح لحل المشكلة في القاعدة الدولية العرفية ، ومن المؤكد ان تعدد الاتجاهات النظرية يؤدي الى تعدد الاحتمالات ، وبالتالي الى عدم اليقين بوجود القاعدة القانونية العرفية التي من المفترض ان تكون حاسمة في وجودها ومضمونها لغرض الاستناد اليها في تحديد الالتزامات الدولية والامتثال اليها .

الكلمات المفتاحية / القانون الدولي – العرف الدولي – القاعدة الدولية – عدم اليقين – محكمة العدل الدولية

المقدمة

عادة ما تكون القاعدة القانونية الوسيلة المناسبة لتعيين الحقوق والالتزامات ، واليها يتم الاحتكام لتسوية المنازعات ، وكل نظام قانوني يقوم على مجموعة من القواعد القانونية لتنظيم العلاقات الفردية والجماعية ، ومن المؤكد ان من بين تلك الأنظمة القانونية التي تنظم العلاقات الدولية هو القانون الدولي الذي يعتمد على القواعد الاتفاقية وكذلك القواعد العرفية .

ولكن يظهر اختلاف جوهري في طبيعة القواعد القانونية الدولية عما هو عليه الامر في القواعد القانونية الداخلية ، نتيجة اختلاف البناء الهيكلي لكلا النظامين ، ويمكن ان يكون ابرز تلك الاختلافات يتمثل في خلو القانون الدولي من سلطة تشريعية عليا تقلل او تحد من المشاكل في البنية التشريعية للنظام القانوني الدولي يضاف الى ذلك عدم وجود " قانون اعلى " يتم الاحتكام اليه عند تعارض القواعد .

ان تلك المشاكل الهيكلية في بنية القانون الدولي ظهرت بشكل واضح في اهم مصدر من مصادره ، وهو العرف الدولي ، وكان ظهورها متعدد المستويات ، ونحاول في هذه الدراسة الوقوف على احد تلك المشاكل المتمثلة بعدم اليقين الذي يشوب القواعد الدولية العرفية نتيجة عملية التكوين وغموض المضمون ، والاثار المترتبة على ذلك ، من عدم وضوح في تحديد الحقوق والالتزامات وعدم استقرار في العلاقات الدولية.

أهمية البحث

ان ما يشوب القواعد الدولية العرفية من غموض وعدم اليقين يقتضي من الباحثين الوقوف على أسبابه ، وهو ما يساعد كثيراً في فهم الثغرات التي يُعاني منها ، مما يخلق عملية ادراك واعية لتحديد العيوب والنواقص في هيكلية القاعدة الدولية العرفية ، وهذا من المسائل الضرورية للمعالجة وخلق هيمنة فكرية لتصحيح وإزالة تلك العيوب التي تفتقر الى نظريات فقهية سائدة تعزز مكانة الوثوق بالعرف الدولي كمصدر أساسي في القانون الدولي .

مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في ان القانون الدولي يعتمد كثيراً على القواعد القانونية العرفية التي تُمثل المصدر الأكثر غزارة في تنظيم المجتمع الدولي وتحديد الالتزامات الدولية ، الا ان ما يشوب هذا المصدر عدم اليقين في قواعده ، مما يجعل من الصعب على النظام القانوني الدولي ان يكون قادراً على تحديد الالتزامات الدولية لاطرافه بصورة واضحة ودقيقة ، وهذا يفتح الباب واسعاً امام تحديات عدم التوافق بشأن وجود تلك القواعد او مضمونها ، وبالتالي يؤدي الى تحقق الخلافات التي من الممكن ان تصل الى مستوى المنازعات الدولية في مسائل جوهريّة، وتلك هي المرحلة الأولى من آثار عدم اليقين ، ثم نجد لاحقاً اذا ما اتجهت الدول الى تسوية منازعاتها عبر وسائل تسوية المنازعات ، فإنه تظهر مشكلة عدم اليقين مجدداً امام الجهات التي تنظر تلك المنازعات .

منهجية البحث

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي للوقوف على أسباب تحقق عدم اليقين في القاعدة الدولية العرفية ، حيث انه من خلال هذا المنهج العلمي يمكن تحديد المشاكل البنوية المرتبطة بعملية تكوين تلك القواعد ، كما ان المنهج التحليلي يؤمن مساراً علمياً ضرورياً لبيان العناصر المكونة للقاعدة العرفية وطبيعة تركيب تلك العناصر واقترانها ، وما يترتب عليه من تأثير في قطعية وجود القاعدة واثبات قيامها .

خطة البحث

تم تقسيم الدراسة الى ثلاثة مباحث ، تم تخصيص المبحث الاول للتمهيد لها من خلال بيان مفهوم العرف الدولي واساسه الملزم وتحديد نطاق عدم اليقين الذي سيكون محل الدراسة ، اما المبحث الثاني سنتعرض فيه الى حالات عدم اليقين المتعلقة بالقاعدة القانونية الدولية العرفية من حيث تكوينها ومضمون عناصرها ، وفي المبحث الثالث نتطرق الى محاولات التقليل من عدم اليقين او الحد من اثاره وذلك خلال الجهود الفقهية وعمل لجنة القانون الدولي والاحكام القضائية الدولية .

المبحث الأول

مفهوم العرف الدولي واساسه الملزم ومستوى عدم اليقين في قواعده

سنبين في المبحث الأول تعريف القاعدة العرفية الدولية وعناصرها ، وذلك في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني نتعرض لبيان الأساس الملزم للقواعد الدولية العرفية ، بينما سيكون المطلب الثالث مُخصصاً لتحديد مفهوم عدم اليقين في قواعد القانون الدولي حتى يمكن التمهيد للدراسة من خلال بيان النطاق الموضوعي الذي يتم فيه دراسة القاعدة العرفية .

المطلب الأول

التعريف بالعرف الدولي وبيان عناصره

نظراً لاهمية العرف في مختلف الانظمة القانونية ، فقد كان محل اهتمام فقهي كبير ، في محاولة لضبط مضمونه ، فقد وردت العديد من التعريفات للعرف على مستوى الفقه الداخلي والدولي ، حيث تم تعريفه في الفقه القانوني الداخلي بأنه " اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية ، بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها " ^١ ، او هو " اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية " ^٢ ، ان التأمل في هذين التعريفين

^١ - د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، ٢٠١٩ ، ص ١٤٢ .

^٢ - د. مجد حسين منصور ، المدخل الى القانون " القاعدة القانونية " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٧ .

نجدهما يشيران الى مفهوم العرف كمصدر رسمي للقاعدة القانونية ، اي بيان مفهومه من خلال تحديد عناصره المنشئة له .

اما القاعدة العرفية فهي تُعرف بأنها " القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة " ^٣ .

وعلى مستوى الفقه الدولي فقد تم تعريف العرف الدولي بأنه " مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار الدول لها مدة طويلة ، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفاتها ، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالالزام القانوني " ^٤ .

وتم تعريف القاعدة القانونية العرفية بأنها " قاعدة قانونية غير مكتوبة يتواتر الأشخاص القانونيون المكونون لجماعة معينة على الانصياع لها ، لعلمهم بتمتعها بوصف الالزام القانوني الناتج عن انصراف الإرادة الضمنية للجماعة ، او للفئة المسيطرة ، الى تكليف كافة أعضائها بالخضوع لحكمها بصدد ما ينشأ بينهم من علاقات تنظمها ^٥ .

مما تقدم ، يمكن القول ان التعريفات الفقهية جميعها تتقارب بشكل كبير في مضمونها ، حيث ان القواعد العرفية التي تنظم المتطلبات اللازمة للنشاط هي متطابقة في طريقة تكوينها سواء على مستوى التنظيم القانوني الداخلي او الدولي ، كما يتضح من تلك التعريفات ، ان العرف عموماً ، ومنه العرف الدولي يتكون من عنصرين أساسيين ، هما :

أولاً : **العنصر المادي** / ويُقصد به صدور تصرف معين في حالة معينة ، ولا يُشترط في هذا التصرف ان يكون ايجابياً ، بل يُمكن ان يكون التصرف السلبي او الامتناع كافيّاً لتحقيق الممارسة ^٦ ، ولا يشترط بعض الفقه ان يكون تكرار التصرف بعدد معين من المرات ، وانما تكمن الأهمية في التكرار ذاته بغض النظر عن عدد مرات تكراره ، حيث من الممكن ان يتكرر مرتين او اكثر ^٧ .

كما ان الفقه الدولي لا يشترط عدداً معيناً او كثرة موصوفة لتكرار التصرف ، ولكنه يشترط ان يكون مقروناً بعدم العدول ، حتى يتكون الحكم العرفي ويستقر ، ويُعلل ذلك بمحدودية عدد اشخاص القانون الدولي ، الذي لا ينجم عنه سوى عدد محدود من العلاقات ، بحيث يكون من الصعب ان تتعدد الحالة الواحدة التي يصدر تجاهها تصرفات متماثلة بأعداد كثيرة ^٨ .

بالإضافة الى تكرار التصرف على نحو معين ، يجب ان يقترن السلوك بالقبول المتبادل ، فلا يقتصر هذا السلوك على اعمال متماثلة تقوم بها ذات الدولة في مناسبات مختلفة ، بل يقتضي ان تسلك الدول

^٣ - د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٣٩

^٤ - د. مجد المجذوب ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السابعة ، ٢٠١٨ ، ص ١٣٦ .

^٥ - د. مجد سامي عبد الحميد ود. مجد سعيد الدقاق ، القانون الدولي العام ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٤٥ .

^٦ - د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، منشورات دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٨ ، ص ٥٠ .

^٧ - د. مجد نصر مجد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٢ ، ص ٢٠٤ .

^٨ - د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

الأخرى ذات المسلك في الأحوال المماثلة^٩ ، وهو ما يسمى بالقبول العام من اشخاص القانون الدولي ، سواء اكان هذا القبول صريحاً ام ضمناً .

كما يُشترط في التصرفات او الممارسة ان تكون متسقة ومتماثلة ، أي ان الدول تسير على وتيرة واحدة ولا تخرج عن تلك الممارسة بشكل يتنافى مع مضمون القاعدة ، والا كان ذلك عدولاً باتجاه آخر يوقف عنصر العرف الأول ومضمونه المادي .

لذا نجد ان محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء^{١٠} ، اكدت على ان القاعدة الدولية العرفية لابد ان تنشأ عن طريق الممارسة المستمرة والمتسقة من جميع الأطراف المعنية ، وخلصت الى ان حق اللجوء السياسي القائم على أساس القواعد العرفية الدولية لا يُمكن اقراره في الحالة المعروضة في القضية ، بسبب كثرة الغموض والتناقضات والتقلبات بشكل لا يتيح استخراج قاعدة عرفية ثابتة وموحدة .

وعليه يمكن القول ان العرف الدولي لا يختلف في طريقة تكوينه عن العرف الداخلي ، فهو يقوم على تكرار الاعمال المتماثلة من الدول المختلفة بشأن امر من امورها ، فقيام علاقة بين دولتين او اكثر يتم تنظيمها على وجه معين ، يتبعها علاقة مماثلة بين الدول ذاتها او غيرها ، يتم فيها مراعاة ما سبق نظمه فيما بينهم في العلاقة الأولى ، فهذا التكرار في التصرف ، على نفس المضمون ، يمكن ان يكون دليلاً بأنه يحقق الغرض الذي تنشده الدول ويتفق مع مصالحها ويحقق العدالة^{١١} .

ثانياً : **العنصر المعنوي** / او ما يسمى الشعور او الاعتقاد بالالزام ، أي اعتقاد الدول بأن التصرفات المادية التي تطبقها ملزمة لها من الناحية القانونية ، وهذا العنصر يمثل الحد الفاصل بين العرف كقاعدة قانونية ، وبين ما هو متعارف عليه من عادات او مجاملات دولية تفتقر الى عنصر الشعور بالالزام .

ويستدل بعض الفقه بما ورد في المادة (١/٣٨/ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي اشارت الى ان العرف الدولي المقبول " بمثابة قانون كما دل عليه التواتر " ، بأن العنصر المعنوي له الأولوية على التكرار المادي^{١٢} ، وهذا الامر من المسائل التي اختلف فيه الفقه والقضاء الدولي كثيراً حتى ذهبت بعض الاتجاهات الى ان العرف الدولي ما هو الا الشعور بالالزام دون أي عنصر آخر^{١٣} .

ويثير هذا العنصر ، بشكل واضح ومعقد ، صعوبة اثبات قيامه ، حيث انه يرتبط بالجانب النفسي او الشعوري ، وهو من المسائل التي لا يمكن الاستدلال عليها الا من خلال الوسائل الخارجية ، المتمثلة بالاعمال المادية وسلوك الدول ، الذي ربما يكون هو بذاته متعارضاً في أحيان كثيرة .

لذا تحاول بعض الدول ان تسلك طرقاً مختلفة للتخلص من الالتزامات التي من الممكن ان تترتب على ممارسات دولية ، وتكون متوافقة في بعض الأحيان مع تصرف دولة معينة ، دون ان تكون راغبة في

^٩ - د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشورات منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ١٥ .

^{١٠} - قضية اللجوء بين بيرو وكولومبيا التي نظرتها محكمة العدل الدولية عام ١٩٥٠ .

^{١١} - د. علي صادق أبو هيف ، مصدر سابق ، ص ١٥ .

^{١٢} - د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر ، مصدر سابق ، ص ٥١ .

^{١٣} - سنبحث تلك الاتجاهات والاراء الفقهية بشكل مفصل في المباحث القادمة .

اعتبارها دلالة على القبول بها كقاعدة ملزمة ، فتلجأ عادة الى التصريح في مناسبة ذلك التصرف الى انها لا ترغب في ان يكون تصرفها هذا اعتقاداً بالالزام ، لذا فهي تبرر سلوكها بأنه لا يعد سابق ممارسة ، واذا صدر عن غيرها من الدول تجاهها تحتج عليه .

المطلب الثاني

الأساس المُلزم للعُرف الدولي

من الضروري البحث في الأساس الملزم للقواعد القانونية العرفية في القانون الدولي ، لما لها من أهمية في تحديد أسباب عدم اليقين في تلك القواعد ، حيث ان الأساس الملزم يكشف بشكل واضح طبيعة تكوين القاعدة والمصدر الذي تستمد منه قوتها الملزمة .

ويُمكن القول المدارس الفقهية بشأن الأساس الملزم للعرف الدولي قد انقسمت الى عدة اتجاهات :

الاتجاه الأول / الاتجاه الارادي او المدارس الارادية او الوضعية ، وتجد ان العُرف الدولي لا يختلف عن المعاهدة من حيث طبيعته ، لأنه يرتكز على التراضي بين اشخاص القانون الدولي ، وان الاختلاف فيما بينهما يقتصر على الشكل الذي يظهر فيه ذلك الاتفاق^{١٤} ، او طريقة التعبير عن مضمونه ومحتواه ، فهو يظهر بطريقة مكتوبة وصريحة في المعاهدة بينما يكون العرف اتفاقاً غير مكتوب وضمني^{١٥} .

وينتقد بعض الفقه الاخذ بالاتجاه الارادي في تكوين العُرف الدولي لما يترتب عليه من اثر سلبي ، فهو وان كان يؤسس لألزامية العرف الدولي ، الا انه يمثل في الوقت ذاته النقد الرئيسي المتكفل بهدمه ، ذلك انه ليس بالإمكان الاحتجاج بالعُرف تجاه دولة ما الا اذا كان قد صدر عنها سلوك ينسجم مع مضمون القاعدة العُرفية ، وعليه يكون دليلاً على قبول تلك الدولة له ، ومن الثابت ان مثل هذا الشرط يجافي ما استقر عليه العمل الدولي ، الذي لا يشترط ضرورة صدور سوابق من الدولة التي يُراد الاحتجاج تجاهها بتلك القاعدة العُرفية ، يُضاف الى ذلك بأنه من الممكن الاحتجاج بالقاعدة العُرفية تجاه الدول الحديثة الاستقلال ، على الرغم من استقرار العُرف قبل نشأتها ، ودون ان يكون لها أي ممارسة متعلقة بالقاعدة العُرفية^{١٦} .

ويتضح عدم اليقين في القاعدة الدولية العُرفية بشكل واضح اذا ما كان اساس الالتزام بقواعد القانون الدولي يقوم على الاتجاه الارادي ، حيث ان هذا الاتجاه يقوم على مبدأ السيادة وان الدولة لا تلتزم الا بأرادتها ، واذا ما رجعنا الى الواقع الذي تنشأ من خلاله القاعدة العُرفية ، نجد انها لا تتسق مع ذلك المفهوم ، فالكثير من القواعد تنشأ دون موافقة ثابتة من جميع الدول ، فقواعد الحصانة الدبلوماسية

^{١٤} - د. مجد بو سلطان ، مبادئ القانون الدولي العام ، ج ١ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص ٦٧ .

^{١٥} - د. احمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، ٢٠١٠ ،

ص ١٩٨ .

^{١٦} - د. احمد أبو الوفا ، المصدر السابق ، ص ١٩٩ .

وحظر القرصنة ، والحدود السيادية على الجرف القاري ، لا يمكن الادعاء بأن كل دولة وافقت ، وبشكل منفرد ، على مضمونها ، ومع ذلك فإن من الثابت ان تلك القواعد ملزمة لجميع الدول^{١٧} .

الاتجاه الثاني / المدارس الموضوعية او مدارس القانون الطبيعي ، وترى ان العرف يتأسس خارج إرادة الدول ، بل تجد فيه انه اسمى من تلك الإرادة ، وترى في العرف انه اقدم واعم قواعد القانون الدولي ، ويشكل القاعدة الاساسية التي تركز عليها بقية القواعد .

وانطلاقاً من هذا الأساس نجد ان الفقيه " كلسن " يشير الى انه من الصعب الوقوف على ركن الشعور بالالزام لتحديد نشأة القاعدة العرفية ، وان المحاكم هي التي لها السلطة التقديرية لتحديد ما اذا كانت ممارسة ما قد خلقت عرفاً دولياً ، وليس المنظور الشخصي للدول هو الذي يحكم مدى شرعية عرف ما .

من المؤكد ان هذا الاتجاه يُعطي للقضاء من اختصاص اكثر مما له ، فبدلاً من ان يكون دوره الكشف عن قواعد القانون الدولي العرفية ، سيصبح مُشرعاً لها^{١٨} .

الاتجاه الثالث / الاتجاه الاجتماعي ، يذهب هذا الاتجاه الى ان العرف هو وليد الشعور القانوني المشترك للجماعية الدولية ولأشخاصها ، فهو لا ينشأ بالضرورة عن إرادة الدول ، ومن الممكن استنتاجه من مقتضيات الحياة الدولية وضرورتها ، حيث تستمد القواعد العرفية قوتها المُلزمة من كونها ضرورية لتوفير الاستقرار والأمان القانوني لأشخاص المجتمع الدولي ، وللمحافظة على الأسس والقواعد التي بنى صرحه عليها^{١٩} .

المطلب الثالث

مفهوم عدم اليقين في القواعد الدولية العرفية

من الممكن ان يترسخ في ذهن الباحثين في القانون ان مسألة عدم اليقين في القانون الدولي هي اكثر وضوحاً واشد اثراً مما هي عليه في الأنظمة القانونية الداخلية او المحلية ، ويرجع السبب في هذا الاعتقاد الى ان المتخصصين في مجال القانون غالباً ما يملكون دراية معمقة في أصول واسس ومبادئ القانون الداخلية التي تكون ، في العادة ، مفصلة وواضحة ، وتظهر الى المخاطبين بها ، عادةً ، بصيغة تشريعات مكتوبة .

وفي المقابل نجد ان القانون الدولي لا يكون متاحاً للتعامل معه من قبل عامة افراد المجتمع ، ولا حتى يكون محل للمناقشة والبحث من قبل جميع رجال القانون في داخل الدول ، لقلة الاحتكاك بقواعده ومحدودية التعامل مع قواعده في انشطتهم القانونية ، سواء على مستوى الفقه والقضاء والعمل ، بالإضافة الى ان قواعد القانون الدولي تعتمد الأعراف الدولية على مستوى واسع وكبير ، وهذه القواعد يشوبها عدم الوضوح وبأنها غير مكتوبة .

¹⁷ - Mauric Mendelson , The subjective element in customary international law , British yearbook of international law , vol.66 , 1995 , p.185 .

^{١٨} - د. مجد بو سلطان ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

^{١٩} - د. احمد أبو الوفا ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .

ويبدو ان الفارق الأساسي بين النظامين الداخلي والدولي ، هو ان القانون الداخلي اكثر قدرة على إخفاء المشاكل الهيكلية المؤثرة بشكل مباشر في تحقق عدم اليقين ، فوجود الدستور المكتوب يؤدي الى عدم الابصار بتلك العيوب بفعل هيمنة العقيدة الدستورية ، يسندها في ذلك قيام عقيدة قانونية راسخة ومهيمنة تدعم سد الثغرات في الهيكل القانوني الداخلي .

ويمكن القول ان ظهور عدم اليقين في القانون الدولي العرفي انما يكون نتيجة الآلية التي يتكون فيها ، فهو قانون غير مكتوب ، وينشأ بشكل تلقائي او عفوي ، وانه غير مقصود بذاته ، وغير واع في اصله ، وغير مؤكد في مضمونه^{٢٠} .

وإذا اردنا ان نحدد مفهوم عدم اليقين في القانون الدولي ، فإنه يمكن القول ان هناك عدة مستويات لعدم اليقين ، او انه يظهر في عدة مظاهر يمكن اجمالها على النحو الاتي :

المستوى الأول / عدم اليقين المعرفي

يتعلق هذا المستوى من عدم اليقين بمدى ادراك القاعدة القانونية الدولية بدقة ويظهر في عدة حالات :

١- الحالة الأولى / تتحقق عندما لا نكون قادرين على تحديد فيما اذا كانت القاعدة الدولية موضوع البحث تمثل حقيقة قاعدة من قواعد القانون الدولي ، ويرجع السبب في عدم القدرة على التحديد لاشكاليات عملية ونظرية ، منها عدم المعرفة بما هو لازم لنشأة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، وبالتالي عدم اليقين في كونها قاعدة عرفية استوفت عناصرها أم لا .

٢- الحالة الثانية / ويمكن ان تتحقق في جميع قواعد القانون الدولي ، سواء كانت تعاهدية اشتملتها معاهدة دولية او انها قاعدة عرفية ، تتمثل في عدم الادراك القطعي لمعنى القاعدة ومضمونها ، وبالتالي كيفية تطبيقها وهي حالة كثيرة التحقق .

٣- الحالة الثالثة / عدم اليقين الناشئ عن تداخل تكوين القاعدة بمضمونها ، وتتحقق حين لا تتضح الحدود الفاصلة في عملية تكوين القاعدة عن عملية تحديد مضمونها .

المستوى الثاني / عدم اليقين الوجودي

وهذا المستوى هو اشد أنواع عدم اليقين وأكثرها خطورة في القانون الدولي ، ويكون عندما تتحقق القطعية في وجود قاعدتين قانونيتين ، ويتم تحديد معنهما ومضمونهما بشكل قاطع ، الا انهما متعارضتين ، وفي هذه الحالة لا بد من تطبيق احدهما دون الأخرى ، فلمن البقاء منهما ولمن الفناء ؟

ان هذا التعارض الوجودي للقاعدتين يمثل احد اهم صور عدم اليقين في القانون الدولي ، الذي يهدد وجوده واتساقه^{٢١} .

²⁰ - Antonio Cassese and Joseph H. H. Weiler , Change and Stability in International Law-Making , Walter de Gruyter , 1988 , p.2 .

²¹ - jorg kammerhofer – uncertainty in international law , Routledge , 2011 , p.4 .

ونرى ان حدود دراستنا تقتصر على المستوى الأول من مستويات عدم اليقين لارتباطها الوثيق بالقاعدة الدولية العرفية ، اما المستوى الثاني فهو متعلق بالقانون الدولي العام في نطاقه الواسع ، ومرتببب بالمشكلة الهيكلية لهذا القانون التي يتم دراستها تحت عنوان " تجزؤ القانون الدولي " .

المبحث الثاني

عدم اليقين في تكوين العرف الدولي وتحديد عناصره

سنبين في هذا المبحث عدم اليقين في ثلاثة حالات ، الأولى مشكلة عدم اليقين الهيكلية المتمثلة في تحديد مكونات العرف الدولي ، وهذا ما نبينه في المطلب الأول ، ثم عدم اليقين في العنصر الأول من عناصر القاعدة العرفية وهو العنصر المادي ، ثم نبين في المطلب الثالث عدم اليقين في العنصر الثاني من عناصر القاعدة العرفية ، أي العنصر المعنوي .

المطلب الأول

عدم اليقين في تحديد عناصر العرف الدولي

مما لا شك فيه ان اليقين بالقاعدة الدولية العرفية يتطلب ابتداءً ان يكون هناك اتفاقاً فقهيًا وقضائياً على العناصر المكونة لها ، وحصول الخلاف بشأن تلك العناصر يُمثل مشكلة أساسية تتعلق بالهيكل العام للقاعدة العرفية ، وان حصول الشك في ذلك يؤدي الى مشاكل جوهرية في كيفية تكوين القاعدة ، لذا فإن هذا المطلب ضرورياً لدراسة الإشكالية المتعلقة بتحديد العناصر التي يتكون منها العرف الدولي ، حيث اختلف الفقه بشأن العناصر التي يتطلب وجودها لقيامه ، فبعض الفقه يذهب الى ان العرف الدولي يتكون من عنصرين وهما الممارسة والاعتقاد القانوني ، وهذا ما نبحثه في الفرع الأول ، وهناك من يذهب الى ان العرف الدولي يقوم على عنصر واحد فحسب ، وهو ما نبحثه في الفرع الثاني .

الفرع الأول / نظرية العنصرين

تقوم هذه النظرية على أساس ان القاعدة الدولية العرفية تقوم على عنصرين " الممارسة " و " الاعتقاد القانوني " او الشعور بالالزام ، والتي يطلق عليهما الفقه مصطلحي الركن المادي والركن المعنوي او بعبارة أخرى العنصر الموضوعي والعنصر الذاتي .

ان الاتجاه السائد بشأن العرف الدولي يذهب الى أنه يتكون من عنصرين ، وهو ما جرى عليه سلوك الدول في ممارساتها وما يعتقد الفقه والقضاء الدوليين المتمثل في الاراء الفقهية لكبار فقهاء القانون ، وكذلك الاحكام والاراء الاستشارية الصادرة عن القضاء الدولي ، والتي تمثل بمجموعها الادبيات القانونية العامة^{٢٢} ، وبالرغم من هذا التوافق المطبق على ان العرف الدولي يتكون من عنصرين ، الا ان السؤال الاهم يتمثل في أساس هذا التوافق ؟ وما هو الدليل عليه حتى وصل الى اعتباره من البديهيات ؟

^{٢٢} - مايكل وود ، مقرر لجنة القانون الدولي بشأن القانون الدولي العرفي ، التقرير الثاني ، الوثيقة رقم (A/CN.4/672) ، ص ٩ ، الفقرة ٢١ .

ان الاتجاه السائد بشأن وجود عنصرين للعرف الدولي يعتمد بشكل أساس على ما جاءت به المادة (٢/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^{٢٣} ، التي هي اقتباس حرفي عما ورد في نفس المادة من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة ، ولكن حقيقة الامر ، لا تؤيد ذلك ، فإذا كان النص يشير الى وجود العنصرين " الممارسة العامة " و " القبول كقانون " الا ان المراجعة التاريخية لصياغة المادة المذكورة لا تُشير الى وجود أي نقاش اثناء صياغة النظام بشأن العرف بصورة عامة ، ولا الى أي محاولة للتمييز بين العنصرين في ظل الفهم الموحد في ذلك الوقت^{٢٤} .

حيث ان مراجعة الاعمال التحضيرية التي تمت في عام ١٩٢٠ تُشير الى عدم وجود جدل يُذكر حول مفهوم القانون الدولي العرفي ، واقتصرت النقاشات في هذا الخصوص على ضرورة وضع نص يتعلق بمصادر القانون التي تفصل بموجبها المحكمة في النزاعات ، وضرورة تجاوز فكرة (Non-liquet)^{٢٥} ، أي عدم القدرة على البت في قضية تنظرها المحكمة ، بسبب ثغرة في القانون ، لذا فإن واضعو المادة لم يكن في بالهم مناقشة المقصود بالعرف الدولي ، ولم يُناقشوا وجود حاجة للتمييز بين الممارسة والاعتقاد بالالزام ، لأنه ببساطة لم تكن لديهم فكرة واضحة عما يشكل العرف الدولي ، ولم يكن في اذهانهم أي تقسيم له^{٢٦} .

لذا فإن الكثير من الفقه الذي يدعي ان اصل فكرة العنصرين تجد أساسها في نص المادة (٢/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، فإن هذا الفقه لا يستطيع ، بشكل قاطع ، ان يُثبت الأصل الفكري لهذين العنصرين ، قبل صياغة النص في النظام الأساسي للمحكمة ، حيث اختلفوا في ذلك اختلافاً شديداً ، فمنهم من يذهب الى ان فرانسوا جيني هو صاحب المنطلق الأول لها ، في حين نجد ان اراء جيني بشأن العرف انما تتعلق بالقانون المحلي وليس لها علاقة بالقانون الدولي^{٢٧} .

وعلى خلاف ذلك ، يذهب البعض من انصار هذا الفقه ، الى ان غروتيشوس هو الذي اوجد نظرية العنصرين في القانون الدولي^{٢٨} ، بينما يجد آخرون الى ان سواريز هو صاحب النظرية الثورية في وضع القانون الدولي العرفي ، بحزم ، على أساس وضعي ، حيث كان يجد بأن العرف الدولي تضعه الأمم والشعوب من خلال الممارسة والقبول^{٢٩} .

^{٢٣} - تنص المادة (٢/٣٨) (العرف الدولي ، كدليل على ممارسة عامة مقبولة كقانون)

^{٢٤} - Maiko Merguro , customary international law and non-state actors , Amsterdam law school , legal studies research , paper No.2018-29 , p.3 .

^{٢٥} - Non-liquet مصطلح روماني يشير في السابق الى عدم الوضوح ، حيث يدل ببساطة الى تأجيل القضية بسبب عدم كفاية المعلومات ، وفي الوقت الحاضر ، فإن المحكمة اذا أصدرت حكماً استناداً الى ذلك فإنه يعني عدم قدرتها البت في القضية بسبب ثغرة في القانون .

^{٢٦} - Jean d. Aspremont , The decay of modern customary law in spite of scholarly heroism , university of Amsterdam , 2016 , p.9 .

^{٢٧} - Clive parry , The sources and evidence of international law , Manchester university press , 1965 , p.61 .

^{٢٨} - Joel p.Trachtman , The obsolescence of customary international law , 2014 , p.3 .

^{٢٩} - David J. Bederman , Custom as a source of law , Cambridge university press , first edition , 2010 , p.140 .

بينما يجد البعض ان مدرسة سافيني التاريخية هي التي انتجت مفهوم القانون الدولي العرفي القائم على العنصرين ، ومن خلال هذه المدرسة شق طريقه الى الفكر القانوني الدولي في القرن العشرين ، في حين يرى آخرون ان مسالة العنصرين في العرف الدولي جاءت من قرار محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية السفينة اللوتس عام ١٩٢٧^{٣٠}.

ان هذا الجدل التاريخي هو احد الأسباب الأساسية التي تدعو الى التشكيك في رصانة نظرية العنصرين ، حيث تفقد الأصل التاريخي لنشأة تلك النظرية التي يذهب الكثير من مؤيديها الى انها تقوم على ما ورد في نص المادة (٢/٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، بينما تشير الشواهد التاريخية الى خلاف ذلك وان واضعي النص لم يدر في تفكيرهم تلك التقسيمات لعناصر العرف الدولي .

الفرع الثاني

نظرية العنصر الواحد

بخلاف ما هو سائد فقهيًا من ان القاعدة الدولية تنشأ من وجود عنصرين ضروريين لها ، وهما الممارسة الدولية والاعتقاد القانوني ، فأن هناك اتجاهًا فقهيًا يجد في ان العرف الدولي يمكن ان ينشأ بعنصر واحد ، وقد انقسم انصار هذه النظرية في تحديد العنصر اللازم لقيام القاعدة القانونية العرفية الى عدة اتجاهات ، يُمكن اجمالها في ثلاثة :-

الاتجاه الأول / انصار العنصر المعنوي " الاعتقاد بالالزام "

وينطلق أصحاب هذا الاتجاه من ان القاعدة الدولية العرفية لا تتطلب سوى عنصر تأسيسي واحد وهو ان تشعر الدولة بالزامية القاعدة القانونية ، وان الممارسات الدولية ليست من عناصر تلك القاعدة ، وانما ينحصر دورها بكونها مجرد " دليل " على وجود ومحتوى القاعدة ، وعلى تحقق الشعور بالالزام المطلوب نتيجة اللجوء الى تلك الممارسة^{٣١}.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه الى ما هو ابعد من ذلك ، حيث لا يوجبون ان يكون هناك أي سلوك يقوم على ذلك الاعتقاد او يسبقه ، فالقاعدة العرفية تقوم بعنصر الاعتقاد القانوني المجرد عن أي ممارسة ، وعليه يمكن ان تقوم القاعدة العرفية المعينة ، وان لم تمارسها الدولة ، ما دام بالإمكان اثبات اعتقاد تلك الدولة بها بأية طريقة ممكنة للاثبات^{٣٢}.

ومن ناحية أخرى فأن اعتماد تكوين ونشأة القاعدة العرفية الدولية على عنصر الاعتقاد القانوني بمفرده يجعل منه مختلفاً عن الطريقة التي ينشأ به العرف الداخلي ، حيث لا يمكن ان يكون العرف الداخلي قائماً على الاعتقاد القانوني لكل شخص من الأشخاص الخاضعين للنظام القانوني ، وهم الافراد الطبيعيين ،

³⁰ - Jean d. Aspremont , op.cit , p .12 .

³¹ - Bin Ching , Studies in international law , space law , Clarendon press , oxford , 1997 , p.146 .

³² - Bin Ching , Ibid , p.137 .

وانما يقوم على الاعتقاد العام في الإقليم او المهنة ، وهو الذي يمنحه صفة الالزام ، ولا يمكن التأكد من قيام العرف الا من خلال الممارسة العامة الممتدة داخل النظام المجتمعي الذي وجدت فيه .

الاتجاه الثاني / انصار العنصر المادي " الممارسة "

يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى ان القاعدة العرفية الدولية تتمثل في ممارسة وسلوك يصدر عن الدولة ، وهذا السلوك هو تعبير صريح عن إرادة الدولة وقبولها لاثاره ، وانها تعبر بسلوكها عن قبول السلوك المماثل الذي يصدر عن الدول الأخرى في نفس المضمون ، ولا نجد من يؤيد هذا الاتجاه من الفقه الدولي ، سوى غوغنهايم وبعض أنصاره^{٣٣} .

ونجد ان من الطبيعي ان يكون انصار الاتجاه اقل عدداً وأضعف تأثيراً ، حيث ان من الواضح ان الممارسة لوحدها لا تخلق قانوناً ، فمجموعة الحقائق لا يمكنها الا ان تكون وصفية وليست الزامية ، واذا اردنا ان تتحول الوقائع الى قانون فلا بد من رأي واعتقاد بها .

الاتجاه الثالث / انصار " المقياس المتدرج "

سعى بعض الفقه ، في محاولة للتخلص من مشكلة بطئ تطور القواعد العرفية ، ومشكلة إقامة الدليل على العنصرين معاً ، ان يتم تجاوز الأسلوب التقليدي في تكوين القاعدة العرفية ، وذلك من خلال اعتماد فكرة " اللادرية " بشأن أي من العنصرين هو الأهم ، حيث يجد أصحاب هذه النظرية بأنه في حال وجود كمية كافية من الأدلة على ممارسات الدول المتسقة يمكن ان تعوض عن قلة الأدلة في عنصر الاعتقاد القانوني ، وعلى العكس من ذلك يمكن ان يكون وجود ادلة قوية على الاعتقاد القانوني ، ان يعوض عن ندرة الأدلة على الممارسة المتسقة ، واطلق على هذه النظرية تسمية " المقياس المتدرج " ، ويمكن ان يسمح هذا النهج الإقرار السريع بتكوين قواعد القانون الدولي العرفي من خلال التقليل من الحاجة الى إرساء ممارسة راسخة او اعتقاد بالالزام ، حسب مقتضيات كل حالة^{٣٤} .

ان تلك الاتجاهات الفقهية الثلاثة ، المتعلقة بتحديد عناصر القاعدة الدولية العرفية ، لاقت قبولاً واستحساناً على مستوى الفقه والقضاء الدوليين ، ولكن بشكل متفاوت ، فنجد على سبيل المثال ان رابطة القانون الدولي قد اعتبرت ان عنصر الاعتقاد القانوني ليس ضرورياً لانشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، فذهبت في تقريرها النهائي في مؤتمرها لعام ٢٠٠٠ الى انه " ليس من الضروري ان يتم اثبات وجود العنصر الذاتي قبل ان يُقال ان القاعدة العرفية قد نشأت " ^{٣٥} .

³³ - Bin Ching , Ibid , p.137 .

³⁴ - Brian D. Leppard , Customary International Law as a Dynamic Process , Custom's Future International Law in a Changing World , Cambridge University Press , 2016 , p.74

^{٣٥} - مؤتمر رابطة القانون الدولي المنعقد في لندن عام ٢٠٠٠ ، التقرير النهائي ، بيان بشأن المبادئ المنطبقة على القانون الدولي العرفي ، القسم (١) الفقرة (ب/٤) .

وعلى مستوى القضاء الدولي نجد ان محكمة العدل الدولية اخذت بأتجاهات متعددة لغرض تحديد القواعد العرفية ، فهي وان كانت تأخذ بنظرية العنصرين ، الا انها اقرت بعدم ضرورة ان تكون الممارسة طويلة الأمد^{٣٦} .

وفي قضية نيكاراغوا لعام ١٩٨٦ ذهبت المحكمة الدولية بأنه ليس للدولة الحق بموجب القانون الدولي العرفي المشاركة في عمل عسكري جماعي قائم على حق الدفاع الجماعي عن النفس رداً على نشاط عسكري معارض لا يرقى الى مستوى الهجوم المسلح ، وقد اعتمدت المحكمة في تقرير وجود القاعدة العرفية هذه على مادتين في ميثاق الأمم المتحدة^{٣٧} ، وعلى قرارين صادرين من الجمعية العامة للأمم المتحدة^{٣٨} ، ورغم تعرض حكم المحكمة الدولية لانتقادات واسعة لاعتماده بشكل كبير على الاعتقاد القانوني ، وتجاهله التاريخ الطويل من ممارسة الاعمال الانتقامية ، الا ان المحكمة استندت الى قيام اعتقاد قانوني راسخ تمثل في ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة ، والقرارات الصادرة عن جمعيتها العامة ، التي تدل دلالة واضحة على تغير الممارسة السابقة وتشكل عرف جديد بشكل سريع .

ومن جهة أخرى تجعل النظريات الحديثة الحد الفاصل بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية منعداً ، ومن المؤكد ان هذا الحد الفاصل يجب ان يكون واضحاً لتعلقه بقواعد المسؤولية .

المطلب الثاني

عدم اليقين في العنصر المادي للعرف الدولي

يثير هذا العنصر إشكاليات عديدة ترتبط بعدم اليقين في جوانب متعددة منه ، ولغرض التقسيم المنهجي سيتم بحث تلك الإشكاليات من خلال مسألتين ، الأولى تتعلق بالسلوك الإيجابي او القيام بعمل ، وما يرتبط به من تحديد لطبيعة الممارسة وسببها وكمية الممارسة اللازمة لقيام العنصر المادي وهو ما نبخته في الفرع الأول ، والمسألة الثانية تتعلق بالامتناع عن القيام بعمل او ما يعرف بالسلوك السلبي واثره في قيام الممارسة الدولية ، وهي مسألة اكثر تعقيداً ، واكثر اثاراً لعدم اليقين في قيام القاعدة الدولية العرفية ، وهذا ما نبخته في الفرع الثاني .

الفرع الأول

عدم اليقين في الممارسة الإيجابية (القيام بعمل)

^{٣٦} - حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال لعام ١٩٦٩ ، الفقرة ٧٤ (ان مرور فترة زمنية قصيرة ، لا يشكل بالضرورة او في حد ذاته ، عائناً امام تشكيل قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، لأن المتطلبات الأساسية ان تكون هناك ممارسة من الدول ، وخصوصاً الدول المتأثرة مصالحها بشكل خاص ، خلال تلك الفترة المعنية ، مهما كانت قصيرة ، اذا كانت واسعة النطاق

^{٣٧} - هما المادتين (٤ / ٢) و (٥١) من الميثاق .

^{٣٨} - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٦٢٥) لعام ١٩٧٠ المعروف بقرار اعلان المبادئ القانونية المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة ، والقرار رقم (٣٣١٤) لعام ١٩٧٤ المتعلق بتعريف العدوان .

من اكثر الجوانب اثاره لعدم اليقين في القانون الدولي العرفي ، كثرة الطرق والوسائل والممارسات التي تعبر فيها الدول ، واشخاص القانون الدولي الأخرى عن رأيها وموقفها من الوقائع الدولية ، حيث تتعدد صور التعبير بشكل مفرد ، وبطرق لا يمكن إحصاؤها ، وهذه الممارسات يكون بعضها ماديا والبعض الاخر لفظياً ، مما يثير إشكاليات متعددة سنبحثها في ثلاثة مسائل وفقاً للآتي :-

اولاً : المكون المادي للممارسة

ان وجود ممارسات عملية مادية ومواقف قانونية تصدر عن الدول ، والتصويت على القرارات والتوصيات في المنظمات الحكومية وغير الحكومية وفي المؤتمرات الدولية ، وفي المقابل هناك ممارسات لفظية تصدر كتصريحات رسمية وصحفية وغيرها ، ومن الممكن ان يصيب تلك الممارسات ، الفعلية واللفظية ، التعارض او التباين فيما بينها ، حتى اصبح من الصعب على نحو متزايد ان نحدد بيقين ما الذي منها يمثل تعبيراً عما هو قائم من قواعد ، وما هو منها يسعى الى تكوين قواعد منشودة ، حتى اصبح هذا التمييز غامضاً الى الحد الذي لا يمكن معه التثبت بأي قدر من اليقين .

ان هذا الموضوع يُثير إشكالية تتعلق ببيان طبيعة ممارسات الدولة ، والاشكالية لا تقتصر على بيان المكونات الدقيقة للممارسة ، أي ليست توصيف للعمل الذي ينبغي قبوله او استبعاده ، وانما يتعلق الامر بمسألة اشكال ممارسة الدولة ، أي الى تحديد طبيعة الممارسة التي تكون المضمون المادي .

فاذا كان الفقه متفقاً على ان الممارسات المادية تمثل مكوناً للعنصر المادي للقاعدة العرفية ، لكون طبيعتها تفترض ذلك القبول ، الا ان الخلاف بشأن الممارسات اللفظية كان محتدماً ، وانقسم في ذلك الى اتجاهين:

الاتجاه الأول / يذهب الى ان ما يصدر عن الدولة من تصريحات وبيانات لفظية لا يُعتد بها لتكوين المضمون المادي للقاعدة العرفية ، وان الدولة لا تفعل شيئاً عندما تصرح ، فهي طريقة للتعبير عن القاعدة وليست مكونة لها ، وان الأعراف ، كما يصفها بعض انصار هذا الاتجاه ، بأنها تنشأ عن التصرفات نفسها لا عن الوعود بها^{٣٩} .

الاتجاه الثاني / يذهب الى ان المضمون المادي للقاعدة العرفية يمكن ان يكون بصورة ممارسة فعلية ، كما يمكن ان يتحقق بالممارسة اللفظية ، وهذا الاتجاه عليه غالبية الفقه الدولي ، وهو ما اخذت به لجنة القانون الدولي عند صياغتها للاستنتاج السادس " اشكال الممارسة " بانها تشمل الممارسات الفعلية واللفظية ، على حد سواء^{٤٠} .

ثانياً / تكييف انتساب الممارسة

^{٣٩} - مايكل وود ، مقرر لجنة القانون الدولي بشأن القانون الدولي العرفي ، التقرير الثاني ، الوثيقة رقم (A/CN.4/672) ،

٢٠١٤ ، ص ٢٥ ، الهامش ٨٣ .

^{٤٠} - التقرير الخامس للسيد مايكل وود المقرر الخاص بشأن تحديد القانون الدولي العرفي ، ١٤/١٤ اذار/٢٠١٨ ، الوثيقة رقم

(A/CN.4/717) ص ٦٥ ، الاستنتاج ٦ .

حاول بعض الفقه الى توصيف تلك الإشكالية بصيغة اكثر عمقاً وأوضح ، وذلك تمييزاً لها عن الإشكالية الأولى المتقدم بيانها ، حين اشار الى أنه حتى في الحالات التي يكون فيها السلوك المادي الفعلي متحقق ، فإنه لا بد من التمييز بين ممارسة العمل الذي ينصرف بحد ذاته الى ممارسة الحق في السلوك ، وبين المطالبات بالحق نفسه ، وهو ما يطمس الحدود بين الممارسة بحد ذاتها ، بأعتبارها العنصر الأول للعرف ، وبين الشعور او الاعتقاد بالالزام ، الذي يمثل العنصر الثاني فيه ، ويقدمون مثلاً لذلك تحقق ممارسة معينة لدولة ما في شأن من شؤونها ، يعقبها تصريحات صحفية متكررة من الدولة صاحبة السلوك للتأكيد فيه على المطالبة بالحق الناشيء في عقيدتها ، فهل يمكن اعتبار ذلك السلوك المادي الوحيد الذي قامت به بأنه يُمثل ممارسة كافية لقيام القاعدة الدولية العرفية ، اذا اقترن بمجرد مطالبات وتصريحات ؟ او بعبارة أخرى هل يكفي السلوك المادي المنفرد المقترن بمطالبات تمثل ما تريده تلك الدولة او ما تعتقد به ليكونا العنصر المادي للقاعدة الدولية العرفية ؟^{٤١}

يذهب الفقه في الإجابة عن تلك الاشكالية الى اتجاهين :

الاتجاه الأول / يذهب الى ان المطالبة لا تمثل فعلاً او ممارسة ، فالمطالبات بحد ذاتها ، على الرغم من كونها قد تعبر عن الاعتقاد بقيام قاعدة قانونية ، الا انها لا تمثل العنصر المادي " الموضوعي " للعرف ، وان الامر البالغ الأهمية في هذا الصدد ليس تقديم المطالبة ، بل إجراءات الإنفاذ ، المتمثل بما ستفعله الدولة في الواقع ، ويشمل ذلك قرار الدولة بعدم التصرف في المواقف التي كان عليها ، او من الممكن لها ، ان تتصرف ، ولم تتصرف^{٤٢} .

ويحتج أصحاب هذا الاتجاه في تأييد رأيهم الى ان تصريحات الدولة قد تتعارض مع افعالها ، بينما لا تستطيع ان تتصرف الا بطريقة واحدة في الموقف المادي الواحد ، أي ان السلوك المادي يعبر عن حقيقة ذات وجه واحد ، بينما يمكن ان تكون تصريحات الدولة متعارضة مع افعالها ، وهذا يهدم الأساس المادي للقاعدة العرفية التي يُشترط فيها ان تكون متسقة وغير متعارضة .

الاتجاه الثاني / على النقيض من الاتجاه الأول يذهب أصحاب هذا الرأي الى ان التصريحات هي شكل من اشكال ممارسة الدولة ، فسلوك الدولة المتمثل بأفعالها ، يمكن ان يتمثل ايضاً بأقوالها وتصريحاتها ، وان التمييز بين ما تفعله الدولة وما يصدر عنها من اقوال هو تمييز مصطنع ، ويمكن ان يكون المثال الأبرز على ذلك الاعتراف بدولة أخرى نشأت حديثاً ، فإنه لا يحتاج بالضرورة الى فعل مادي محدد .

ويرد أصحاب هذا الاتجاه على ما استدل به انصار الاتجاه الأول من إمكانية حصول تعارض بين أفعال الدول واقوالها ، فإن الأفعال او الممارسات المادية بحد ذاتها يمكن ان تُعارض بعضها البعض الآخر ، ويكون ذلك اما بصيغة التعارض مع سلوك الدول الأخرى ، او ان يكون سلوك الدولة نفسها متعارضاً في أوقات مختلفة ، او داخل إدارات حكومية متلاحقة^{٤٣} .

⁴¹ - jorg kammerhofer – op.cit – p.525 .

⁴² - jorg kammerhofer – op.cit – p.525 .

⁴³ - jorg kammerhofer – op.cit – p.526 .

ويتفرع عن تلك الإشكالية ، مسألة أخرى تثير اشكالاً لا يقل أهمية عن الإشكالية المتقدمة تتمثل في مدى إمكانية نسبة السلوك " اللفظي " الى العنصر المادي ؟ ام ان اللفظ لا ينتمي الا الى العنصر المعنوي ؟

لا يُمكن اطلاق حكم واحد بشأن تلك المسألة فهي تعتمد على ظروف كل حالة بشكل منعزل عن الأخرى ، الا ان ما يجب تجنبه بشكل تام هو اعتبار ذات السلوك اللفظي في الفعل الواحد مثلاً للعنصر المادي والعنصر المعنوي في نفس الوقت ، فأذا ما التزمنا بالرأي " السائد " الذي يفترض وجود العنصرين معاً حتى تتكون القاعدة العرفية ، وان العنصر المعنوي لابد ان يكون مصحوباً بممارسة حقيقية ، فإن هذا يمنع بالضرورة التعامل مع البيان او التصريح الذي يصدر عن الدولة باعتباره فعلاً يمثل ممارسة ، وفي ذات الوقت مظهراً للاعتقاد ، فأذا ما اعتقدنا بالعنصر " الكمي " لتشكيل القاعدة العرفية ، فإنه يجب ان تكون هناك " كثافة " معينة من الممارسة ، واذا ما تعاملنا مع التصريحات والبيانات على انها تُشكل افعالاً وفي نفس الوقت اعتقاداً ، فمن المؤكد سيكون هناك خطر تحريف كمية الممارسة^{٤٤} ، والقول بخلاف ذلك يجعل الفعل اللفظي الواحد مادة لعنصرين متباينين ، وهذا لا ينسجم مع منطق تكوين عناصر العرف الدولي .

ثالثاً / كمية الممارسة

يأخذ عدم اليقين في القاعدة الدولية العرفية بعداً واضحاً عندما يتعلق الامر بكمية الممارسة ، فبعض المسائل توجد فيها الكثير من الممارسات ، تصل الى الالاف يومياً ، من قبيل مرور السفن الأجنبية في الممرات والمضايق الدولية ، بينما تفتقر مسائل أخرى الى الممارسة ، من قبيل التعدين الأحادي الجانب في أعماق البحار .

وتظهر أهمية التقييم الكمي للممارسة في انه يحقق دعم واضح للعمومية التي يتطلبها العرف الدولي ، ومن ناحية أخرى يؤكد الاتساق اللازم للسلوك ، ومن المؤكد ان هذا سيسهم في خلق القناعة الضرورية لديمومة ورسوخ القاعدة الدولية العرفية .

ان هذه المسألة يُمكن ان تُثير اشكالاً اساسياً يتمثل مدى إمكانية ان تكون الممارسة الوحيدة عنصراً موضوعياً للقاعدة العرفية ، اذا ما تأكد الامر من عدم تحقق أي ممارسات إضافية في الوقت القريب ؟

لقد تم الإجابة عن جزء من تلك الإشكالية ، عندما تم اعتماد نص المادة (٢٣٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المتعلقة بالمناطق المكسوة بالجليد ، والتي هي في حقيقتها تدوين لعرف دولي قائم على ممارسة وحيدة في هذا الخصوص تم الاحتجاج بها في مواجهة كندا^{٤٥} ، حيث ان هذا التوجه الصريح في

⁴⁴ - Mauric Mendelson , The formation of customary international law , Martinus Nijhof ,1999, p 209-210 .

⁴⁵ - - Rober Y. Jennings , what Is international law and how do we tell it when we see it ? The library essays in international law , Martti Koskenniemi , Routledge , 2000, p.69 .

قبول الممارسة الوحيدة لقي قبولاً اعتمد على ظروف معينة تمثلت في عدم إمكانية تكرار السلوك في الوقت القريب.

الفرع الثاني

عدم اليقين في الممارسة السلبية (الامتناع عن القيام بعمل)

يراد بها مدى إمكانية تحقق الممارسة الدولية عن طريق الامتناع او ما يُعرف بالممارسة السلبية ، ويمكن ان يتحقق ذلك اذا كان هناك سلوكاً ايجابياً ينبغي ، او يمكن اتخاذه ، من قبل الدولة في موقف ما وتمتنع عن القيام بالعمل اعتقاداً منها انها ملتزمة بالامتناع عن القيام بذلك العمل .

ويشترط في الامتناع ان يتخذ ذات الشروط المقتضية للقيام بعمل ، فهو أيضاً يستوجب ان يكون عاماً ، ومقبولاً من الدول الأخرى حتى يمكن التأسيس على كونه يُمثل ممارسة ، ومن الأمثلة الشائعة على الامتناع كممارسة ، الامتناع عن استعمال القوة او التهديد بها ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدول ، والامتناع عن قبول الدعوى الجزائية ضد اشخاص معينين في ظروف معينة^{٤٦} .

الا ان من الضروري توخي الحذر الشديد لاعتبار الامتناع يمثل ممارسة دولية ، حيث ان عدم اليقين في كون الامتناع يحقق ممارسة مكونة للعنصر المادي في القاعدة العرفية يظهر بمستويات وصور متعددة يمكن الإشارة الى ابرزها على النحو الآتي :

اولاً / إمكانية التفسير المتعدد للامتناع

يثير موضوع الامتناع لتكوين الممارسة العديد من الإشكاليات المتعلقة بالمدى الذي يعتد به في تقييم الأثر الناشئ عنه للتعبير عن سلوك معين يمكن الاخذ به كممارسة ، وذلك لامكانية تفسير حالة الامتناع لأكثر من سبب لا يكون ، ربما ، من بينها قبول الدولة الممتنعة ماصدر عن الدول الأخرى من سلوك معين .

حيث تُشير القاضية (Wynngaret) في رأيها المخالف الى " ان الامتناع عن القيام بعمل لا يُمكن ان يكون دليلاً على الاعتقاد القانوني ، ذلك انه من الممكن تفسيره عدة تفسيرات أخرى ، كأن يكون الامتناع جاء على سبيل المجاملة ، او لاعتبارات سياسية ، او المخاوف العملية ، او ان يكون لافتقار الاختصاص القضائي خارج إقليم الدولة كما في حالات اخضاع الأجانب للولاية القضائية الإقليمية وغيرها ، وعليه ، لا يُمكن لهذا الامتناع ان يكون ممارسة تولد قانوناً دولياً عرفياً ، ما لم يكن ذلك الامتناع قائماً على قرار وإع من قبل الدولة الممتنعة " ^{٤٧}.

^{٤٦} - التقرير الثالث للسيد مايكل وود المقرر الخاص بشأن تحديد القانون الدولي العرفي ، ٧/آب/٢٠١٥ ، الوثيقة رقم

(A/CN.4/682) الفقرة ٢٠ .

^{٤٧} - الرأي المخالف للقاضية (Wynngaret) في قضية مذكرة الاعتقال ، الدعوى المرفوعة من الكونغو ضد بلجيكا ، الحكم الصادر في ١٤/شباط/٢٠٠٢ ، النسخة الإنكليزية ، ص ١٤٥ .

ويقدم الفقه الدولي أسباب عديدة منطقية ومعقولة لامتناع الدولة عن التصرف او عدم الاعتراض ، فهو ان كان يحقق إمكانية تفسيره كقبول ، الا انه من جهة أخرى ربما يشير الى مسائل أخرى مثل عدم الاهتمام او عدم القدرة على التصرف لظرف معين ، او عدم تحقق الاستعداد اللازم للتصرف^{٤٨}.

فالامتناع عن القيام بعمل او الاغفال عن سلوك ما من المسائل الأكثر تعقيداً في تكوين القاعدة العرفية ومن الضروري ان يتم التعامل مع ذلك الاغفال او الامتناع بحذر شديد ، فعلى سبيل المثال نجد في قضية السفينة " اللوتس"^{٤٩} كانت تركيا ترى انها مختصة في قضائياً للنظر في قضية حادثة التصادم في أعالي البحار التي تسبب بها الضابط الفرنسي ، التي أدت الى انشطار السفينة التركية الى نصفين وغرق ثمانية مواطنين اترك ، وفي المقابل كانت فرنسا ترى انها هي المختصة قضائياً بنظرها لكون الحادث جاء نتيجة فعل ارتكبه ضابط السفينة التي تحمل علمها ، ومن بين الحجج التي احتجت بها فرنسا هو الامتناع شبه التام للملاحقة القضائية من جانب الدول الأخرى ، غير حاملة العلم ، ولكن محكمة العدل الدولية الدائمة رفضت الحجة التي تقدمت بها فرنسا ، ليس لأن الامتناع غير مؤهل بطبيعته على ان يكون ممارسة ، وانما كانت المحكمة الدولية تعتبر ان هنالك عدة احتمالات منطقية لعدم قيام الدول الأخرى بالمقاضاة ، منها عدم كفاية التشريعات الوطنية لتحقيق الولاية القضائية المحلية ، او عدم الاهتمام بالمقاضاة ، او الاعتقاد بأن دولة العلم في وضع قانوني افضل للمقاضاة والمعاقبة على الجريمة^{٥٠}.

لذا فإن الفقه عندما يتعرض الى مناقشة فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية او استخدامها^{٥١} عندما تعرضت الى مسألة امتناع الدول النووية في استخدامها او التهديد بأستخدامها لم تخلص الى ان ذلك الامتناع يمثل سلوكاً قطعياً في دلالته على انها تعتقد بالزامية عدم الاستخدام او عدم التهديد بها ، ولا يمكن ان تُستخلص منه قاعدة عرفية قطعية ، لذا يصف بعض الفقه ، عند التعرض الى هذه القضية بأنه " احجام غامض "^{٥٢}.

وقد اشارت العديد من الدول في تعليقاتها على مشروع المواد المتعلقة بالقانون الدولي العرفي الى المخاوف بشأن اعتماد الامتناع كممارسة بصورة مطلقة ، فقد اكدت الصين على انه لا يمكن اعتبار الامتناع عن الفعل بحد ذاته موافقة ضمنية ، اذ ينبغي ان تؤخذ معرفة الدولة للممارسات ذات الصلة وقدرتها على الرد ، وذهبت استراليا الى انه لا يمكن ان يُنتظر صدور رد فعل من الدول على كل الأمور ، كما يجب ان يكون اسناد مغزى قانوني بعدم صدور رد فعل رهيناً بظروف القضية المعنية^{٥٣}.

⁴⁸ - J. Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, eighth edition , Oxford University Press, 2013 , p.25

^{٤٩} - قضية نظرتها محكمة العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٢٧ .

⁵⁰ - Mauric Mendelson , op.cit , p.208 .

^{٥١} - فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية او استخدامها الصادرة في ١٥ / تشرين الثاني / ١٩٩٦

⁵² - Huge Thirway , The sources of international law , Second Edition , Oxford university press , 2019, p 70 .

^{٥٣} - التقرير الخامس للسيد مايكل وود المقرر الخاص بشأن تحديد القانون الدولي العرفي ، ١٤/اذار/٢٠١٨ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/717) ص ٣٩ ، الاستنتاج (١٠) .

ثانياً / الرفض السري المقترن بالامتناع

من المسائل التي تؤثر في قبول الامتناع كمارسة ، هي حالة الرفض السري الذي تقدمه الدول على تصرفات الدول الأخرى ، حين لا تعرب تلك الدولة صراحة وبشكل علني رفضها لسلوك الدولة الأخرى وانما تعبر عن ذلك بطريقة سرية لاسباب معينة .

وقد اشارت الى تلك المسألة العديد من الدول ، ومنها هولندا التي ترى ضرورة الاخذ بنظر الاعتبار إمكانية ان يكون للدولة رد فعل على ممارسة الدولة الأخرى قد تم بطريقة سرية ، وهو ما ذهبت اليه نيوزلندا من ان الدول ربما تختار الرد بطريقة سرية ، وبينت جمهورية التشيك ان ذلك لا يوفر حماية كافية للدول التي لم تعترض علناً على ممارسة للدول الأخرى من الافتراض الخاطئ بأنها قبلت بقاعدة عرفية قيد التكوين^{٥٤} .

عليه فإن من الضروري عند تحديد القاعدة العرفية التي تستند الى الامتناع كمارسة ، ان لا يقتصر الاستدلال على الممارسة التي قوامها الامتناع ، بل يجب التثبت من ان الممارسة مستندة الى ادراك الدولة لواجب الامتناع ، وهذا الامر يفضي في حقيقته الى عدم اليقين في الممارسة ، والحاجة الى دلائل تنتقل من اثبات الامتناع كمارسة ، الى ما هو اكثر تعقيداً وهو اثبات قصد الامتناع .

ثالثاً / تداخل الامتناع في عنصري العرف الدولي

من المشاكل التي يمكن ان تظهر في حالة الامتناع عن القيام بعمل ، هو التداخل الذي يمكن ان يسببه الامتناع في تأرجح نسبته الى العنصر المادي أو الى العنصر المعنوي للعرف الدولي ، فهو من الممكن ان يعتبر سلوكاً ، وبالتالي جزءاً من الممارسة ، وبذا يصح نسبته للعنصر المادي، وفي أحيان أخرى تمتنع الدولة عن القيام بعمل ما اقراراً منها بأن ذلك الامتناع انما هو امتثال لقاعدة عرفية ملزمة ، وبالتالي يمثل اعتقاداً بالالزام الذي هو حقيقة يمثل العنصر المعنوي .

رابعاً / تداخل الامتناع بين انعدام الأثر والقبول الضمني

ان التمييز بين السكوت او الصمت وبين الموافقة الضمنية ، الذي يبدو للوهلة الأولى بانه ليس له وجود ، بأعتبار ان الصمت والموافقة الضمنية شيء واحد من ناحية الأثر المترتب على وجود ممارسة تم مقابلتها بالامتناع ، ولكن في حقيقة الامر اذا ما نظرنا الى المسألة بعمق اكبر ، ومن ناحية مختلفة تتعلق بالدول المتضررة بشكل خاص من الممارسة وتمييزها عن غيرها من الدول ، فإن الدول المتضررة من الممارسة هي التي يتوقع منها الاعتراض او الاحتجاج اذا تضررت مصالحها ، وعليه اذا لم تعترض او لم تحتج ، فإن سكوتها يمكن اعتباره قبولاً ضمناً ، اما غيرها فلا نتوقع منها الاحتجاج لعدم تعلق الامر بمصالحها^{٥٥} .

لذا فإن من يذهب الى المساواة في الصمت والموافقة الضمنية ، انما يقيمون تلك المساواة المفترضة بين عدمين ، بالاستناد الى التمييز بين " الدول المتأثرة او المتضررة بشكل خاص " وبين غيرها من الدول ،

^{٥٤} - التقرير الخامس للسيد مايكل وود المقرر الخاص بشأن تحديد القانون الدولي العرفي ، ١٤/١٤ آذار/٢٠١٨ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/717) ص ٣٩ ، الاستنتاج (١٠) .

^{٥٥} - Mauric Mendelson , op.cit , p.186 .

حيث الافتراض في الأثر يكون في مواجهة الدول المتضررة فحسب دون غيرها ، لأنها هي التي يتوقع منها ان تحتج اذا تأثرت مصالحها ، لكن مع هذا التمييز في الأثر ، لابد من التركيز على مسألتين مهمتين :

المسألة الأولى / ان احتجاج الدول المتضررة يقتضي ابتداءً ان تكون على علم بالممارسة حتى تحتج تجاهها ، وهذا يقتضي اثبات انها كانت على علم ، ومن ثم انها لم تحتج ، ويثير هذا الامر مسألة متفرعة لا تقل أهمية ، ففي السابق كانت وسائل الاتصال بين الدول ومعرفة طبيعة الممارسات القائمة من الأمور الصعبة ، وبالتالي يصعب معها الاثبات بحصول العلم ، اما في الوقت الحاضر فقد ازدادت وسائل الاتصال ونقل المعلومات بشكل كبير مما يسهل وصول العلم بالممارسة الى الجميع .

وفي المقابل ، يمكن القول ان هذا التدفق الكبير في المعلومات ونقل ممارسات الدول في جميع مفاصل المجتمع الدولي يخلق مشكلة جديدة تتمثل في عدم القدرة على التمييز بين ما هو مهم وضروري من ممارسات الدول ، وبين ما هو بسيط او منعدم القيمة ، وبالتالي يؤثر على التقييم الدقيق لقيمة السلوك ، ومن المؤكد ان هذه التعقيدات المركبة تؤثر بشكل حتمي في تحقق اليقين .

المسألة الثانية / ان " مفهوم الدول المتأثرة بشكل خاص " ليس دقيق من الناحية الفنية ، ففي كل سلوك وممارسة تتأثر مجموعة معينة من الدول ، ولكن هذا التأثير القائم بين مجموعة الدول تلك يكون متبايناً من حيث القوة ، ومن حيث الزمن ، فلو افترضنا ان الدولة (أ) مارست نوعاً جديداً من الولاية القضائية على الصيادين في المياه المجاورة لإقليمها البحري ، فأن مواطني الدول (ب) و(ج) و(د) التي يمارس مواطنوها الصيد فعلاً في تلك المياه يكون من المتوقع ان تعترض تلك الدول او تحتج ، فأن لم تفعل فإنه يمكن الافتراض ، في تلك الحالة ، انها وافقت ، وكذلك يمكن للدول (هـ) و (و) التي لا يمارس مواطنوها الصيد في الوقت الحاضر ، ولكن قد يمارسونها في المستقبل المنظور ، ان تحتج ايضاً .

ولكن ماذا عن الدول (ز) و(ح) و(ط) التي ليس لها مصلحة حتمية او مُحتملة في تلك المياه في الزمن المنظور ، هل يتم إلزامها بها بدعوى عدم احتجاجها ؟^{٥٦}

يشير بعض الفقه ، الى ان هذا الافتراض تجاه الدول غير المتأثرة بشكل مباشر ، من الممكن ان يؤخذ على محمل الجد ، بينما هو في حقيقته يقوم على مجرد خيال محض او افتراض قانوني ، وهذا الافتراض القانوني يُمثل " إعادة ترسيخ " للاتجاه الموضوعي في أساس القانون الدولي الذي لا يقبله مطلقاً أنصار الاتجاه الارادي^{٥٧} .

المطلب الثالث

عدم اليقين المتعلق بالعنصر المعنوي (الاعتقاد القانوني)

يُمثل هذا العنصر من عناصر العُرف الدولي الجانب الأكثر جدلاً والاقبل فهماً ، وتكمن الجدلية فيه ، ان القانون الدولي انما يقوم على إرادة الدول كأساس للالتزام بقواعده ، بينما نجد ان العُرف يظهر الى الوجود

⁵⁶ - Mauric Mendelson , op.cit , p.186-187 .

⁵⁷ - Danilenko , The theory of customary international law , German yearbook of international law , Vol.31 , 1988 , p.9 .

القانوني بطريقة غير مباشرة او غير مقصودة ، ذلك انه لا يتضمن أي نشاط عمدي بفعل ارادي يتجه لتكوين القاعدة الدولية ، وهذا الامر يتعارض مع الأساس القائم على مبدأ " عدم جواز الزام أي دولة دون ارادتها " لذا فأن ما يذهب اليه الفقه ، وما تسالم عليه من توصيف إرادة الدول عند تكوين القاعدة الدولية العرفية بأنها " إرادة ضمنية"^{٥٨} فهذا الامر محل نظر ينبغي الوقوف عليه والتحقق من صحته .

ان السؤال الأساسي الذي يمثل محور الإشكالية المتعلقة بعدم اليقين في العنصر المعنوي يتمثل في تحديد الطبيعة القانونية للاعتقاد او " الشعور " بالالزام ؟

لقد ظهرت عدة نظريات متباينة كثيرا فيما بينها لتحديد طبيعة الاعتقاد القانوني او " الشعور بالالزام " وهذا الاختلاف في النظريات الفقهية خلق بعداً كبيراً لعدم اليقين في القاعدة القانونية الدولية العرفية ، ونستعرض في ادناه تلك النظريات الفقهية واثركل منها على طبيعة الاعتقاد القانوني :

١- نظرية القبول أو الموافقة

تمثل هذه النظرية الاتجاه الارادي في أساس القانون الدولي ، وتنسجم مع فكرة السيادة في الالتزام بقواعد القانون ، ووفقاً لهذه النظرية فإنه يتطلب من كل دولة ان توافق على الالتزام بقاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، لذا فأن انشاء القاعدة العرفية لا تتم الا من خلال قبول عمدي لمضمون القاعدة .

ان الاخذ بهذا الاتجاه يحل مشكلة قانونية كبيرة تتعلق بالأساس الملزم في القانون الدولي ، حيث ان الفقه لا يزال متردداً في تحديد اساس التزام الدول بقواعد القانون الدولي بين المذاهب الارادية والمذاهب الموضوعية ، وان كان هناك ترجيح لما جرى عليه العمل الدولي بالاخذ بالمذاهب الارادية ، الا ان الاتجاه الارادي منقسم الى نظريتين " الإرادة المنفردة " و " الإرادة المشتركة او الجماعية " ، لذا نجد ان نظرية الإرادة المنفردة تصلح لأن تكون اساساً للالتزام بقواعد القانون الدولي التعاهدية ، لان كل دولة هي التي تقرر بأرادتها المنفردة ابرام المعاهدة من عدمه ، بينما تصلح نظرية " الإرادة المشتركة او الجماعية " اساساً للالتزام بقواعد القانون الدولي العرفية ، فالعرف ينشأ عن قبول عام للمخاطبين بها .

لذا فأن هذا الاتجاه ينسجم تماماً مع ما يطلق عليه نظرية الشعور القانوني الجماعي الذي دافع عنه الفقيه " سافيني " منذ زمن بعيد ، وبمقتضى هذه النظرية يكون العرف مظهراً لعقيدة قانونية سابقة الوجود ، مستقلة عن اية إرادة للدول ، سواء اكانت حقيقية ام مفترضة^{٥٩} .

الا ان الإشكالية الأكبر التي تواجه أصحاب هذه النظرية تتمثل في الموافقة الضمنية او المستنتجة ، فمن غير المرجح ان تُشارك اغلبية الدول في نشاط او ممارسة لوضع قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، وانما نجد ان معظم الدول اما انها لم توافق او لم تحتج على تلك الأنشطة ، لذا فأن السؤال الذي لم تستطع النظرية الإجابة عنه هو كيف نستطيع ان نربط بين هذه " الكتلة الخاملة " من الدول غير المشاركة في وضع القاعدة العرفية وبين تلك القاعدة ؟^{٦٠}

^{٥٨} - استاذنا المرحوم د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٤٠ .

^{٥٩} - شارل روسو ، القانون الدولي العام ، ترجمة شكر الله خليفة ، الاهلية للنشر والتوزيع ، ١٩٨٧ ، ص ٨٢ .

^{٦٠} - jorg kammerhofer – op.cit – p.533 .

لم يجد أصحاب هذه النظرية إجابة عن ذلك سوى في استنتاج الموافقة من خلال ما يُعرف بـ "الصمت المشروط" الذي يساوي في قيمته الرضوخ للقاعدة ، الذي يفترض بأن الدولة كانت تعلم او من المتوقع انها تعلم ولم تعترض او تحتج على ذلك .

لذا فإن جانب كبير من الفقه الدولي يذهب الى ان موافقة الدول المنفردة على قاعدة ناشئة لا تُشكل أهمية حاسمة في تكوين القاعدة العرفية بدلالة ان المادة (١/٣٨ ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تشترط القبول العام^{٦١} ، دون أي إشارة الى قبولها او الاعتراف بها من جانب الدول المُلزِمة بها او التي سيتم تسوية منازعاتها بالاستناد اليها^{٦٢}.

٢- نظرية الاعتقاد الخاطئ المسبق بالالزام

يعتقد بعض الفقه ان اصل فكرة الاعتقاد القانوني التي تمثل العنصر المعنوي للعرف الدولي نشأت تاريخياً لغرض تحديد الأساس المُلزم للقاعدة العرفية بطريقة تختلف عما هو عليه الرأي منها في الفقه المعاصر ، حيث تعود الأصول النظرية لفكرة الاعتقاد القانوني الى عام ١٨٩٩ عندما أشار " فرانسوا جيني"^{٦٣} الى ان مصدر نشأة القاعدة العرفية يعود الى قيام " اعتقاد خاطئ " في ذهن من يقوم بالممارسة المعينة تفترض انهم ملزمون قانوناً بالقاعدة ذاتها التي هم بصدد انشاءها ، لذا فهو يعتقد ان الخطأ في بداية ممارسة العرف هو شرط أساسي للاعتقاد بأن هذا العرف مُلزم^{٦٤}.

وحاول الفقه الحديث تطوير المفهوم الذي أشار اليه فرانسوا جيني ، وابتدأ تلك المحاولات الفقيه "كلسن" حيث يرى بأنه من المقبول ان تتصرف الدول من شعور خاطئ لوضع قاعدة جديدة ، ويستدرك لغرض التخفيف من حدة ذلك ، ان هذا الاعتقاد الخاطئ يقوم تحديداً عند نشأة القاعدة العرفية دون ان يمتد الى ما بعد تلك النشأة^{٦٥}.

ولكن مما يجدر الإشارة اليه ان ارتباك الأفكار بشأن الشعور السابق الخاطئ قد خلق بشكل واضح ، من الناحية النظرية عدم اليقين في مضمون العنصر المعنوي ، فأنتقال الشعور بالالزام من الناحية الزمنية الى ما قبل الممارسة ، بحسب ما يراه جيني ، او في وقت متزامن مع الممارسة ، بحسب ما يراه كلسن ، حتى يصل بالاتساق المستمر الى تكوين القاعدة العرفية ، كل ذلك التباين يؤكد ان الأساس النظري للاعتقاد القانوني غير دقيق مما يولد شكاً كبيراً في القاعدة العرفية .

^{٦١} - تنص المادة على (العرف الدولي، كدليل على ممارسة عامة مقبولة كقانون)

^{٦٢} - Gennady M. Danilenko , op.cit , p.11 .

^{٦٣} - انظر كتاب (طريقة تفسير مصادر القانون الخاص الإيجابي) لفرانسوا جيني .

^{٦٤} - Peter E. Benson , François GenY's Doctrine customary law , The Canadian Yearbook of international law , 1983 , p.275 .

^{٦٥} - jorg kammerhofer – op.cit – p 535 .

ورغم تلك الانتقادات الموجهة الى النظرية ، وعلى الرغم من ان الاتجاهات الفقهية الحديثة لا تتفق مع ما تذهب اليه هذه النظرية ، الا ان فكرة وجود اعتقاد خاطئ بوجود قانون ما يسبق الممارسة لم تختفي بشكل تام ، ولم تفقد جاذبيتها القديمة ، ذلك ان عدم اليقين في تشخيص السبب الذي يدعو الدول لاتخاذ سلوك ما لا يزال غامضاً ، فاذا استبعدنا فكرة الاعتقاد الخاطئ بالالزام بشكل تام ، تنهض مشكلة استحالة التمييز بين ما هو قانون قائم وبين ما ينبغي ان يكون عليه ، او بعبارة أخرى التمييز بين القانون الساري وبين القانون المنشود ، وبسبب عدم اليقين يصعب تحديد متى ظهرت أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، وبالتالي فإن الدولة اذا اعتقدت ان قاعدة ما هي من قواعد القانون الدولي العرفي ، فإنها حتماً تفتقد الوسيلة التي تجعلها متأكدة ان اعتقادها بالالزام صحيح ، أي ان الدولة ليست في وضع يسمح لها بمعرفة ما اذا كانت القاعدة الناشئة التي تدعمها قد أصبحت قانوناً بالفعل^{٦٦}.

٣- نظرية التوقعات المشروعة

يذهب أصحاب هذا الرأي الى انه لا يوجد سبب محدد للاصرار على اثبات وجود الاعتقاد القانوني في جميع الحالات ، فأذا كانت هناك ممارسة ثابتة ومتسقة وواضحة ذات عمومية كافية ، تجري بثبات في سياق قانوني ، ودون أي تنصل من العمل بها ، مع عدم وجود أي دليل على معارضتها وقت صياغة القاعدة من قبل الدولة التي يُراد الاحتجاج عليها بتلك القاعدة ، او من قبل مجموعة من الدول الأخرى ذات الأهمية الكافية لمنع نشوء قاعدة عامة ، فإن قيام القاعدة العرفية والزاميتها يكون امراً ثابتاً غير مشكوك فيه .

ويذهب أصحاب هذه النظرية الى ان السند القانوني للاخذ بها يقوم على أساس التوقعات المشروعة^{٦٧} او قاعدة الاغلاق الحكمي ، الذي يفترض ان على الدولة ان تكون متسقة في موقفها تجاه وضع قانوني او واقعي معين ، ومن شأن ذلك ان يشجع الاستقرار والقدرة على التنبؤ واليقين في العلاقات الدولية^{٦٨} ، وعليه فإن الدولة اذا تصرفت بطريقة ما او وافقت على سلوك معين ، فسوف ينشأ عن ذلك توقع مشروع بأنها ستلتزم به ، وفي مقابل ذلك فإن التنصل او المعارضة المستمرة في الوقت المناسب سيمنعان مثل هكذا توقع^{٦٩}.

يبدو ان هذه النظرية تحقق استجابة نظرية وعملية كبيرة لليقين القانوني ، حيث تجعل تكوين ونشأة القاعدة العرفية الدولية بطريقة اكثر يسراً وسهولة ، ومن ناحية أخرى تجعل عبء الاثبات منتقلاً الى

⁶⁶ - jorg kammerhofer – op.cit – p 536 .

^{٦٧} - يذهب الفقه الدولي الى تعريف هذه القاعدة بأنها (امتناع الشخص القانوني الدولي عن انكار الحقيقة في بيان ما سبق ان قدمه ، او انكار وجود واقعة ، وكان لقله او سلوكه دوراً كبيراً في حمل الاخرين على الاعتقاد بها) لتفاصيل أكثر عن هذه القاعدة راجع د.هادي نعيم المالكي ، قاعدة الاغلاق في القانون الدولي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء ، السنة السابعة ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ .

⁶⁸ - Alexander Ovcher , Estoppel in the jurisprudence of ICJ , Bond Review , vol.27 , issue 1 , 2009 .

⁶⁹ - Mauric Mendelson , op.cit , p.208 .

الدولة التي تُنكر وجوده ، على أساس ان خلق الاعتقاد لدى الاخرين عن سلوك معين يفترض قيام قاعدة الاغلاق الحكمي تجاهها ، فلا تنقضها الا باعتراض او نقض يكون اكثر وضوحاً من ذات الممارسة ، وهذا يُحقق الكثير من الامتيازات ضد التعقيدات المتعلقة بعدد الممارسة وطبيعتها واثبات الاعتقاد القانوني .

ان ماتم استعراضه من نظريات فقهية ، اوجدت الكثير من التقدم الفقهي في معالجة طبيعة العنصر المعنوي ، لكنها لا تحقق الأساس القطعي والرصين الذي يمكن الاستناد اليه لبيان طبيعة الاعتقاد القانوني ، فالنظرية التي تفترض وجود قانون سابق فأن ما تقوم عليه من افتراض غير دقيق من الناحية المنطقية ، فأذا افترضنا ان الدولة تعتقد بأنها ملزمة سلفاً بسلوك معين فأن اعتقادها لا يخلو من احد امرين :

الأول / ان اعتقادها بوجود القاعدة السابقة هو صحيح ، وان القاعدة موجودة بالفعل فإنه لا يسمى اعتقاد خاطئ وانما هو التزام ناشئ عن قاعدة ملزمة في الحقيقة .

الثاني / ان يكون اعتقادها بوجود القاعدة خاطئ ، وان القاعدة السابقة للسلوك لا وجود لها في الحقيقة ، ففي هذه الحالة فأن القاعدة العرفية تنشأ في ذات لحظة الممارسة حيث تقترن بالاعتقاد بالالزام ، وبالتالي هو تكوين للقاعدة العرفية بذات الطريقة التي ينشأ بها العرف اللحظي ، وعليه يكون العنصرين متحققين معاً ، وكل ما جاءت به النظرية من جديد ينحصر في مسألة زمن الاقتران بين العنصرين فحسب ، ومن ناحية اخرى يجعل ذلك الممارسة القائمة على اعتقاد خاطئ بالالزام تحقق عنصري القاعدة العرفية بسلوك واحد ، والمفترض ان يسبق السلوك المتسق بالاعتقاد بالالزام .

المبحث الثالث

مواجهة عدم اليقين في الفقه والقضاء الدوليين

من الحقائق الثابتة انه لا يمكن تجاوز العرف الدولي كمصدر من القانون الدولي لما يمثله من أهمية ودور في تنظيم العلاقات الدولية ، ومن جهة أخرى لا يمكن ، في كثير من الأحيان ، غض النظر عما يثيره من إشكاليات جوهرية تتعلق بهيكلة ومضمونه ، تم التعرض للبعض منها في المبحث الثاني ، لذا حاول الفقه والقضاء الدوليين ، باعتبارهما مصدرين مساعدين في تحديد قواعد القانون الدولي ، مواجهة تلك الاشكاليات بهدف الحد من عدم اليقين في القواعد الدولية العرفية .

ولغرض الوقوف على ذلك الدور سنخصص المطلب الأول لبيان دور الفقه الدولي ، والمطلب الثاني لبيان دور لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة .

المطلب الأول

دور الفقه الدولي في مواجهة عدم اليقين في القواعد القانونية الدولية العرفية

حاول الفقه تحديد الأسباب التي أدت الى قيام ظاهرة عدم اليقين في قواعد القانون الدولي العرفية ، باعتبار ان الوقوف على أسباب المشكلة تمهد بشكل ملائم ومنطقي لمعالجتها ، ورغم الجهود الفقهية

الحديثة في هذا الخصوص ، الا انه لا يمكن القول انها حددت جميع تلك الأسباب بشكل يقيني ، الا انها ابرزت بشكل مهم ويستحق الإشادة اهم تلك الأسباب ، يمكن ان نشير الى البعض منها : -

١- تعدد أساليب الممارسة وتنوعها ، ويرجع الى تعدد أساليب الدول في الممارسة ، والذي يعود بشكل أساسي الى الظروف المحيطة بكل دولة عند شروعها بالممارسة .

٢- ان القواعد الدولية العرفية تتمثل في فرضيات تخضع لاختبار مستمر من قبل السلطات النافذة في القانون الدولي^{٧٠} ، وبالتالي عملية الاستقرار على ممارسة معينة تقتزن بالاعتقاد القانوني يجب ان تقوم على أسس عقلانية تحقق مصلحة الدولة ، ولا يمكن الوصول الى تلك النتيجة الا من خلال الاختبار المتواصل للممارسة وآثارها .

٣- وجود صراع على انشاء القواعد القانونية الدولية العرفية ، حيث تحاول بعض الدول ان تُحشد لعرف جديد ، بينما تقاوم دول أخرى بنشاط مضاد انشاء ذلك العرف ، وبذلك يكون هناك تدفق قوي وكثيف من الممارسات ، تقابلها مواجهة شديدة من ممارسات الدول الأخرى^{٧١} ، مما ينشأ عنه عدم اليقين في الوجود القائم على الاتساق والعموم .

ولم يتوقف الفقه الدولي عند حدود تشخيص أسباب عدم اليقين ، وانما حاول إيجاد نظريات فقهية مقبولة ، يُمكن ان تضع اساساً ممكناً لإنقاذ العرف الدولي من التناقض وعدم اليقين في تكوينه ومضمونه ، وندرج في ادناه بعض المحاولات الفقهية في هذا الصدد :

١- إضفاء الطابع الاجرائي على العرف الدولي

حاول بعض الفقه إيجاد عملية تكوينية للعرف الدولي ، تحافظ فيها القواعد الناشئة عنه من عدم اليقين في التكوين ، وذلك من خلال خلق نظرية تقوم على فكرة وجود أصول إجرائية ترافق عملية تكوين القاعدة العرفية الدولية ، وهذه الإجراءات تجعل من عملية التكوين منطقية ومتسقة وغير عبثية ، بما يُضفي على تلك العملية طابع الانشاء على أسس منهجية .

ان أصحاب هذه النظرية عززوا نظريتهم بالاستناد الى بعض احكام محكمة العدل الدولية ، حيث استدلوا ، على سبيل المثال ، بوجود ما يعرف بالمعترض المستمر^{٧٢} ، الذي يتيح للدول ان لا تلتزم بأي قاعدة عرفية قيد النشأة ، فأذا ما اعترضت دولة ما على سلوك يُمهد لنشأة قاعدة جديدة ، فإن اعتراضها المستمر على ذلك السلوك ، يؤدي الى أن القاعدة الجديدة لا تُلزمها اذا ما نشأت مستقبلاً ، وهذا ما ذهب اليه محكمة العدل الدولية في اكثر من قضية ، منها قضية اللجوء بين كولومبيا وبيرو ، حيث اشارت المحكمة الى ان العرف الخاص باللجوء الناشئ بين بعض دول أمريكا اللاتينية لا يُمكن الاحتجاج به ضد بيرو لكونها

⁷⁰ - Jean d. Aspremont , op.cit , p .27.

⁷¹ - David J. Bederman , op.cit , p. 161 .

⁷² - يُقصد بالمعترض المستمر (اعتراض الدولة بشكل صريح عن عدم موافقتها على ممارسة جديدة تُمهد لظهور عرف دولي جديد ، بشرط ان يكون الاعتراض مستمراً وبنسق ثابت عند بداية الممارسة حتى يضمن عدم سريان القاعدة الجديدة تجاهها) ، انظر في ذلك بحثنا الموسوم مبدأ المعترض المستمر المنشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، العدد ٤ ، المجلد ٢٥ ، كانون الاول ٢٠٢٣ .

سلكت نهجاً ابعداً ما يكون عن الالتزام به ، حيث امتنعت عن التصديق عن اتفاقيتي مونتفيدو لعامي ١٩٣٣ و ١٩٣٩ اللتين تضمنتا القاعدة العرفية موضوع البحث^{٧٣} .

وكذلك ما ورد في قضية مصائد الأسماك بين المملكة المتحدة والنرويج التي اشارت فيها المحكمة الى ان قاعدة " الاميال العشرة " على الرغم من اعتمادها من قبل عدد من الدول في معاهداتها وقوانينها الداخلية ، وعلى الرغم من تطبيقها من قبل محاكم التحكيم ، الا ان هناك دولاً اعتمدت حداً آخر مختلف ، وبذلك لم تكتسب قوتها كقاعدة عامة في القانون الدولي ، ولا يُمكن بأي حال من الأحوال تطبيقها على النرويج لأنها استمرت في الاعتراض على أي محاولة لتطبيقها على السواحل النرويجية^{٧٤} .

وكذلك تم الاستدلال بما جرت عليه تقاليد النظام القانوني الدولي التي تُعيق القدرة على تشريع قواعد عالمية خلافاً لارادة الدول ، لأن الدول ذات سيادة ، وهي التي تُقرر ما يجوز فعله ، وما لا يجوز ، لذا فإن الكثير من الفقه الدولي يجد ان الدولة التي لا ترغب بالالتزام بقاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي يجوز لها الاعتراض عليها واعفاؤها من تطبيقها^{٧٥} .

وتجعل هذه النظرية عملية تكوين القاعدة العرفية تتماثل ، نوعاً ما ، مع العملية الإجرائية التي تُبرم بها المعاهدات الدولية ، حيث جعلت مجموعة الإجراءات التي استند لها القضاء الدولي اسساً لقيام القاعدة العرفية ، ومن الممكن إضافة مجموعة إجراءات أخرى تحافظ من خلالها على تكوينات متماثلة للقواعد العرفية تضمن يقيناً قانونياً مقبولاً لتلك العملية .

٢- إضفاء الطابع الرسمي على العرف الدولي

يسعى أصحاب هذا الاتجاه الى تعزيز العرف الدولي من خلال إرساء اصوله على أسس مقبولة دولياً ، وذلك بإضفاء الطابع الرسمي على الأدلة التي يتم اعتمادها في اثبات وجود القواعد العرفية وتحديد مضمونها بشكل دقيق تجاوزاً لحالات عدم اليقين .

وينطلق هذا الاتجاه من اعتماد ما يتم اتخاذه من قرارات وتوصيات تصدر في الجمعية العامة للأمم المتحدة والمنظمات والمؤتمرات الدولية الاخرى ، باعتبارها ممارسة "رسمية" و"مؤكدة" صادرة عن الدول ، ويطنى على هذه الممارسات ، من جهة أخرى ، انها واضحة الابعاد والمضمون تم صياغتها بشكل قانوني سليم يُعبر عن رضا الدول بما جاء فيها .

ويأخذ ذلك التصويت المعبر عن إرادة الدول قوة اكبر في الاستدلال حينما تصدر القرارات والتوصيات عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالاجماع ، وبذلك يمكن ان تثبت وجود ممارسة مقبولة كقانون ، وقد أشار القاضي " تاناكا " الى ان المنظمات الدولية تتيح للدولة وسيلة للتعبير المرکز والمُسرع عن ارائها ، وهو ما لم

^{٧٣} - قضية اللجوء بين كولومبيا وبيرو ، الحكم الصادر في ٢٠/تشرين الأول/١٩٥٠ ، النسخة الإنكليزية ، ص ٢٧٧ .

^{٧٤} - قضية مصائد الأسماك بين المملكة المتحدة والنرويج ، الحكم الصادر في ١٨/كانون الأول / ١٩٥١ ، النسخة الإنكليزية ، ص ١٣١ .

^{٧٥} - Jonathan I. Charney , universal international law , The American Journal of international law , vol.87 , 1993 , p.531 .

يكن موجوداً عندما كان القانون الدولي العرفي ينمو بشكل متفاوت وغير متكافئ من خلال التفاعلات الثنائية بين الدول ، بالإضافة الى الأثر الذي قد تُحدثه الممارسة في الجمعية العامة للأمم المتحدة في تطوير قواعد القانون الدولي العرفي ، فأن ما يصدر عنها يُحدد بشكل رسمي ماهية القانون^{٧٦} .

ويُمكن القول ان ما يصدر عن الجمعية العامة يؤدي الى توحيد السلوك الفعلي للدول ، وهو ما يسمح بتعزيز القوة الاستدلالية لوجود العرف الدولي .

ومما يجدر الاشارة اليه ، ان هذا الاتجاه لا يسعى الى القول بالزامية ما يصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بأعتبره قانوناً دولياً ، حيث ان ما يصدر عنها من بيانات وتوصيات واعلانات ، لا يحظى بالقوة القانونية الملزمة ، وبالتالي فأن للدول مطلق الحرية في قبولها وتنفيذها ، او رفضها وتجاهلها .

وقد أشار المستشار القانوني لوزارة الخارجية الامريكية الى تلك الحقيقة في معرض الإجابة عن الاستفسار الموجه الى وزارة الخارجية بشأن بيان الأثر القانوني لقرارات واعلانات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، فقد أجاب نائب المستشار القانوني لوزارة بأن " من الانصاف القول ، ان ما يصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تعتبر توصيات للدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، وفي بعض الحالات الاستثنائية ، يكون القصد من هذه القرارات ان تكون تفسيرية للقانون الدولي ، ومما يمكن مراعاته في هذه القرارات بأنها يمكن ان تكون دليلاً على وجود قانون دولي عرفي في موضوع محدد " ^{٧٧} .

٣- إضفاء الطابع الاخلاقي على القاعدة العرفية الدولية

يحاول أصحاب هذا الاتجاه ان يجعلوا من الطابع الأخلاقي الذي تلتزم به الدول في تعاملاتها مدخلاً مقبولاً لتجاوز التناقضات الأساسية التي يُعاني منها العرف الدولي من ناحية الممارسة ، وذلك من خلال جعل الإقرار بالعرف المتمسق مع الاخلاق الدولية قاعدة منهجية لإزالة الممارسات الخاطئة .

ويستند أصحاب هذا الاتجاه الى مبدأ أخلاقي في العلاقات بين الدول ، وهو مبدأ الوفاء بالعهد القائم على القوة الأخلاقية التي يتمتع بها السلوك المطابق للقواعد العرفية التي سارت عليها الأمم .

ويعتمد ذلك في مجمله على عدم إمكانية ان تقوم ممارسة عامة منافية للأخلاق الدولية ، فعلى سبيل المثال ، من الممكن ان تقوم دولة بممارسات منهجية ومتسقة لانتهاك حقوق الانسان في اقليمها ، وهو ما سارت عليه عدد كبير من الدول ، ولكن من غير الممكن ان تنشأ عنه ممارسة عرفية تخلق قاعدة قانونية دولية لمنافاة ذلك للأخلاق الدولية ، وتعزيزاً لذلك ، نجد ان الذين يدافعون عن حقوق الانسان ضد أي انتهاكات انما يقيمون مطالباتهم على العرف الدولي ، على اعتبار ان ذلك مما تقره الأمم ، حتى لو تداعت

⁷⁶ - Stephen M. Schwbel , The effect of resolution of the U.N general assembly on customary international law , American society of international law , vol.73 , 1979 , p.303 .

⁷⁷ - Stephen M. Schwbel , Deputy legal adviser of the department of state , Digest of united states practice in international law , 1975 , by Eleanor G. McDowell , second printing , 1976 , p.85 .

الى انتهاكها اغلب دول العالم ، فالممارسة المتناقضة مع تلك الحقوق هي ممارسة خاطئة وليس لها وزن اعتباري^{٧٨}.

ويذهب بعض انصار هذا الاتجاه الى ان الدافع الأخلاقي لسلوك معين ، غير المتناقض ، يقوم على أساس التوقعات المشروعة للآخرين ، اذ ليس من الاخلاق بشيء ان تسلك الدول سلوكاً مغايراً لما سلكته سابقاً ، أي بعد ان خلقت لدى الدول الأخرى توقعاً بأنها ستلتزم ذات السلوك مستقبلاً ، فأن ذلك يتنافى مع الاخلاق الدولية .

ويبدو ان هذه النظرية ان كانت قد نجحت في توحيد السلوك في بعض المسائل الأساسية في العرف الدولي ، ومنها المسائل المتعلقة بحقوق الانسان ، واحترام بعض حقوق الدول الأخرى ، الا انها لم تنجح في توحيد السلوك في مسائل أخرى اكثر عدداً واوسع تطبيقاً ، وخصوصاً في المسائل التي لا تقترب بالبعد الأخلاقي للسلوك المفترض ، من قبيل الأعراف المتعلقة بالتجارة الدولية

المطلب الثاني

دور لجنة القانون الدولي في مواجهة عدم اليقين في القواعد القانونية الدولية العرفية

لعبت لجنة القانون الدولي ، باعتبارها احد الأجهزة الفرعية للجمعية العامة للأمم المتحدة ، دوراً أساسياً في تشجيع تطوير القانون الدولي وتدوينه^{٧٩} ، فقد مارست اللجنة عملية التطوير التدريجي للموضوعات التي لم ينظمها القانون الدولي والموضوعات التي لم يكن فيها متطوراً ، بالحد الكافي في نطاق ممارسات الدول ، ويتم التطوير من خلال اعداد مشروعات الاتفاقيات الدولية ، كما مارست اللجنة عملية التدوين لقواعد القانون الدولي في المجالات التي تشتمل على ممارسات كافية في موضوعات ناضجة من ناحية الممارسة والسوابق القضائية والاراء الفقهية .

وما يهمننا في موضوع البحث هذا ، هو تحديد النطاق الذي مارست فيه لجنة القانون الدولي دورها في مواجهة عدم اليقين في القانون الدولي العرفي ، وتقييم هذا الدور في حدود نطاقه .

بدءاً لابد من القول ، بأنه لا يدخل في هذا التقييم ، الاتفاقيات الدولية التي يتم ابرامها من قبل الدول بناء على المشروعات التي تعدها اللجنة ، لكون قيمتها القانونية تأخذها من اعتبارها اتفاقية دولية ، ولا يدخل في التقييم ايضاً التوصيات التي تقدمها اللجنة والتي تقرها الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تأخذ قيمتها باعتبارها تدخل في ما يصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وانما يقتصر التقييم فيما يصدر عن اللجنة دون ان يرتقي الى أي مما ذكرنا .

⁷⁸ - Fernando R. Teson , A Philosophy of international law , Westview press , 1988 , p.90 .

^{٧٩} - نصت المادة (١/١٣) من ميثاق الأمم على ان تقوم الجمعية العامة للأمم المتحدة على " تشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي " وبحسب النظام الداخلي للجنة القانون الدولي فأنها تختص بالعمل لتعزيز التطوير التدريجي للقانون وتدوينه

ان المراجعة التاريخية لعمل لجنة القانون الدولي يُظهر ان ما يصدر عن اللجنة له اثر مهم وجوهري ، حتى وان لم يأخذ صيغة الاتفاقية النهائية او لم يتم اقراره في الجمعية العامة للأمم المتحدة^{٨٠} ، بل أكثر من ذلك حتى المشروعات التي تفشل اللجنة في إقرارها داخل جلساتها وفقاً لنظامها الداخلي^{٨١} ، تكون لها قيمة قانونية ومؤثرة .

وفي هذا الصدد نشير الى ما ورد في المادة (١/٢٣ أ) ^{٨٢} أو (١/٢٣ ب) ^{٨٣} من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي ، في الحالات التي لم ترتقي الى مستوى التوصية به من الجمعية العامة الى الدول الأعضاء بهدف ابرام اتفاقية ، او الدعوة من الجمعية العامة لعقد مؤتمر لابرام اتفاقية^{٨٤} ، فإن ما تقدمه اللجنة يُمثل تطوراً عقلياً ومرغوباً للقانون الدولي في هذا الشأن ، وسيكون ما تقدمه اللجنة ، على الأقل ، ضمن فئة كتابات اكثر الفقهاء القانونيين كفاءة ، المشار اليهم في المادة (١/٣٨ د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^{٨٥} ، ومن المرجح ان تكون قيمتها اعلى بكثير ، ليس لأنها نتاج علمي جماعي مدعوم بالتعاون من الحكومات والهيئات العلمية الوطنية والدولية وموارد الأمم المتحدة فحسب ، بل ستكون نتيجة مداوات معمقة في لجنة القانون الدولي^{٨٦} .

وقد أيدت الى تلك الأهمية الدراسة التي صدرت عن السكرتارية العامة للأمم المتحدة ، حيث بينت هذه الدراسة بأن المشاريع التي تقوم بأعدادها لجنة القانون الدولي ، والتي من غير المرجح ، ان تحظى بقبول اغلبية الدول ، لأي سبب كان ، فإن ما تعرضه من مشروع يُمثل نموذجاً للتدوين ، وانه يُحدد بدقة القانون الساري في المسائل المتفق عليها ، كما انه يُمكن ان يُقدم حلاً للمسائل والممارسات المتضاربة ، يصل الى تقديم تعديلات مقترحة اذا وجدت ان القاعدة القانونية السارية غير مُرضية او متقادمة .

^{٨٠} - مثال ذلك مبادئ نورمبرغ لعام ١٩٥٠ .

^{٨١} - مثل تعريف العدوان الذي تم تقديمه في عام ١٩٥١ لمناقشته بصيغته النهائية داخل لجنة القانون الدولي ، حيث تم رفضه بأغلبية (٧) أصوات مقابل (٣) وامتناع عضو واحد عن التصويت ، انظر الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام ١٩٥١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/SER.A/1951/Add.1) النسخة الإنكليزية ، ص ١٣٣ ، الفقرة ٥١ علماً انه تم اعتماد تعريف للعدوان بعد أكثر من (٢٠) سنة من فشل الاتفاق على التعريف وذلك بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم (٣٣١٤) لعام ١٩٧٤

^{٨٢} - تنص المادة (١/٢٣ أ) من النظام الداخلي للجنة القانون الدولي بشأن ما تقوم بعرضه على الجمعية العامة للأمم المتحدة لها ان توصي ب(عدم اتخاذ أي اجراء من الجمعية العامة بعد نشر التقرير) .

^{٨٣} - تنص المادة (١/٢٣ ب) من النظام الداخلي للجنة القانون الدولي بشأن ما تقوم بعرضه على الجمعية العامة للأمم المتحدة لها ان توصي ب(اخذ العلم بالتقرير او اعتماده بقرار)

^{٨٤} - تنص المادة (١/٢٣ ج) على (التوصية بمشروع القرار إلى الأعضاء بهدف إبرام اتفاقية) اما (١/٢٣ د) فتتضمن (دعوة إلى عقد مؤتمر لابرام اتفاقية)

^{٨٥} - تنص المادة (١/٣٨ د) على ان وظيفة المحكمة ان تفصل في المنازعات التي ترفع اليها وفقاً لاحكام القانون الدولي ، وهي تطبق في هذا الشأن :

د / احكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم ، وبعتبر هذا وذاك وسيلة مساعدة لتعيين قواعد القانون .

^{٨٦} - دراسة عن عمل لجنة القانون الدولي تقدمت بها سكرتارية الأمم المتحدة ، الوثيقة رقم (A/CN.N/1/REV.1) لعام ١٩٤٩ ، النسخة الإنكليزية ، ص ١٥-١٦ ، الفقرات ٢٠-٢٢ .

ويؤيد هذا التقييم لأهمية عمل اللجنة العديد من فقهاء القانون الدولي ومنهم السيد يامادا ، عضو لجنة القانون الدولي ، حيث أشار الى انه (حالما تتجح لجنة القانون الدولي بتقديم توصية بموجب الفقرة (١/ب) من المادة (٢٣) من نظامها الأساسي الى الجمعية العامة باعتماد تقريرها بقرار ، عندئذ، سيمثل تقرير اللجنة دراسة مرجعية للقواعد الحالية والممارسات والمبادئ القانونية للدول، ويمكن للجمعية أن تعتمد على شكل قرار، وسيوفر هذا القرار توجيهاً كافياً للدول بشأن حقوقها ومسؤولياتها في هذا المجال ، مما يسهم في الاستقرار القانوني وإمكانية التنبؤ في العلاقات الدولية ، ويمكن أن يمثل معياراً عاماً للمحاكم الدولية في تسوية المنازعات الدولية)^{٨٧} .

وهو ايضاً ما أكده قاضي محكمة العدل الدولية السيد (SHI) حين أشار الى ان عمل لجنة القانون الدولي موضع تقدير كبير من محكمة العدل الدولية ، وتعتبر المحكمة ان مشاريع المواد التي تعدها اللجنة والتقارير التي توضع لأجلها ، من المصادر التي تتمتع بحجية تعادل على الأقل حجية مؤلفات الفقهاء المرموقين ، وان المحكمة تنظر الى نتائج اعمالها كمقياس للقانون الدولي^{٨٨} ، وبين في مورد اخر ان اعمال اللجنة في تحديد مضمون القانون او تفسيره محل تقدير المحكمة نظرا لجودتها العالية التي جعلتها بلا شك من اكثر الوسائل موثوقية ، ومن افضل ما يعول عليه فيها^{٨٩} .

ان هذه المكانة التي تحظى بها اعمال لجنة القانون الدولي تجعل منها ذات أهمية استثنائية ، فهي تساهم بشكل كبير في ترسيخ القانون الدولي وتطويره ، ومن المسائل المهمة التي ينبغي الالتفات اليها في هذا الخصوص ان الاتجاه الحديث للجنة لا يسعى بشكل حثيث الى ان يكون التدوين في صيغة معاهدات دولية وذلك بسبب ان الاحصائيات الأخيرة تؤكد ان نسبة نجاح تحول المشاريع التي تعدها اللجنة الى معاهدة اصبح ضئيلاً جداً^{٩٠} ، وأصبحت تميل الى وضع مبادئ توجيهية ، واعداد دراسات علمية للموضوعات ذات الاهتمام العام .

لقد حاولت لجنة القانون الدولي ان تتجاوز مشكلة النقص الهيكلي للتكوين العام في القانون الدولي عموماً ، وفي القواعد الدولية العرفية على وجه التحديد ، ومواجهة غياب النظرية السائدة او المهيمنة بشأنه ، وذلك من خلال إيجاد الوحدة " الشكلية " لمجموعة من القواعد لتحديد القانون الدولي العرفي ، بما يؤمن أرضية قانونية مشتركة ، ومن ناحية ثانية تتمكن من التغلب على الافراط في النظريات الفقهية " المتعارضة " لغرض تحقيق مسار موحد في ذلك .

^{٨٧} - تعليق السيد يامادا على التقرير الرابع للمقرر الخاص بمسؤولية الدول ، حولية لجنة القانون الدولي ٢٠٠١ ، المجلد الأول ، المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الثالثة والخمسين ، الوثيقة رقم (A/CN.4/SER.A/2001) ص ٩ ، الفقرة ٣ .
^{٨٨} - حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٣ ، المجلد الأول ، الوثيقة رقم (A/CN.4/SER.A/2003) ، المحاضر الموجزة لجلسات الدورة التاسعة والأربعين ، النسخة العربية ، ص ٤٤٦ ، الفقرة ٦٤ .
^{٨٩} - حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٧ ، المجلد الأول ، الوثيقة رقم (A/CN.4/SER.A/1997) ، المحاضر الموجزة لجلسات الدورة الخامسة والخمسين ، النسخة العربية ، ص ٢١٥ ، الفقرة ٤ .

^{٩٠} - luigi crema , The ILC's New Way of Codifying International Law, the Motives Behind It, and the Interpretive Approach Best Suited to It , The Theory of Customary International Law after the ILC Project , The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 , p.162 .

لذا حاول المقرر الخاص للجنة القانون الدولي التعامل مع الإشكاليات التي تم مناقشتها بشأن اعتماد قواعد القانون الدولي العرفي ، بطريقة براغماتية ^{٩١} ، بدلاً من الإغراق في استكشاف وتحليل المسائل النظرية ، وهذا ما أكده منذ تقريره الأول حين أشار الى ان الغرض الذي يسعى اليه هو كيفية تحديد تلك القواعد من خلال الحالات الملموسة ^{٩٢} .

وأعاد تأكيد ذلك مجدداً حينما أشار الى ان الغرض من تحديد القانون الدولي العرفي هو توفير توجيهات عملية الى الأطراف التي تُكلف ، بأي صفة كانت ، بتحديد قواعد القانون الدولي العرفي ، ومنها الأطراف التي لا تكون بالضرورة مختصة في القانون الدولي العام ، بأن يكون هناك وضوح ، بدرجة معينة ، من خلال التطبيق العملي لهذا الجانب الأساسي من القانون الدولي ^{٩٣} .

ان اتجاه لجنة القانون الدولي في التقليل من الإشكاليات التي تثيرها المسائل النظرية ، وما يترتب عليها من آثار ، من خلال الاتجاه العملي كان موفقاً الى درجة كبيرة ، ويمكن القول ان من بين اهم المسائل التي حاولت اللجنة اثبات نجاحها فيها هي مسألة قبول التصرفات اللفظية والفعلية باعتبارهما شكلين من اشكال الممارسة ، على حد سواء ، وان الأثر التبعية لالغاء التمييز بينهما يتمثل في الغاء التمييز ، تبعاً لذلك ، بين التصرفات المنشئة للقاعدة العرفية والدليل على تلك التصرفات ، حيث يكون أي تمييز بينهما مصطنعاً وعشوائياً ^{٩٤} .

وقد كان ذلك التمييز بين التصرفات القولية والفعلية يثير اشكالاتاً كبيراً أشار اليه الفقه الدولي ، حيث يجد بعض الفقه ان القاعدة القانونية العرفية ليست من المسائل المجردة ، وان الاعتقاد بالالزام لا يمكن تلمسه ، فكلاهما ، أي القاعدة القانونية والاعتقاد بالزاميتها ، لا يمكن ان تكون الا بمظاهر سلوكية ، واذا اردنا الفصل بين قيام القاعدة القانونية وبين الأدلة على قيامها ، فإنه يثير لبساً وتكون نتائجه عكسية ^{٩٥} .

الا انه بالرغم هذا التوجه البراغماتي في المشروع الذي تبنته لجنة القانون الدولي لتحديد القواعد الدولية العرفية ، فإن " النجاح " الذي حققته اللجنة في هذا الصدد لا يمكن القول بأنه " فاصل " في جميع المسائل التي نظمتها ، فعلى سبيل المثال ذهب المقرر الخاص للجنة الى ان العمل الذي تم إنجازه قد

^{٩١} - البراغماتية ، مذهب فلسفي يقوم على تحديد مصداقية الأفكار من خلال نتائجها العملية ، حيث يرى وليم جيمس ، صاحب المذهب البراغماتي ، انه اذا كان لدليل قضيتان واعتقدت بصدقهما معاً فأنظر الى اثر كل منهما في سلوك العملي ، أن اختلف سلوكك نتيجة اعتقادك بالقضية الأولى عن السلوك الناتج عن اعتقادك بالقضية الثانية ، اذن فالقضيتان مختلفتان حقاً ، واذا لم يوجد خلاف عملي بينهما ، أي لم يوجد خلاف في السلوك نتيجة اعتقاد الفرد بكل منهما فتأكد انهما قضية واحدة بصورتين لفظيتين مختلفتين .

كامل مجد عويضة - وليم جيمس رائد المذهب البراغماتي - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٣ - ص ٥٥ .

^{٩٢} - مايكل وود ، مقرر لجنة القانون الدولي بشأن القانون الدولي العرفي ، التقرير الأول ، الوثيقة رقم (A/CN.4/663) ، ٢٠١٣ ، الفقرة ١٤ .

^{٩٣} - مايكل وود ، مقرر لجنة القانون الدولي بشأن القانون الدولي العرفي ، التقرير الثاني ، الوثيقة رقم (A/CN.4/672) ، ٢٠١٤ ، الفقرة ١٢ .

^{٩٤} - مايكل وود ، مقرر لجنة القانون الدولي بشأن القانون الدولي العرفي ، التقرير الثاني ، الوثيقة رقم (A/CN.4/672) ، ٢٠١٤ ، الفقرة ٣٨ .

^{٩٥} - Anthony D'Amato , The Concept of Special Custom in International Law , Cornell University Press , 1971 , p.268

تجاوز العديد من الخلافات التي كانت قائمة قبل ذلك ، من قبيل الخلاف بشأن مدى اعتبار السلوك اللفظي يُعتبر جزءاً من الممارسة الى جانب السلوك المادي^{٩٦} .

ذلك ان هناك جانباً من الفقه يُشكك حتى في تلك المسألة التي أشار اليها المقرر الخاص ، واعتبرها من القطعيات ، حيث يذهب بعض الفقه الى انه من غير المؤكد ان الخلاف النظري بشأن عدم اليقين في الممارسة اللفظية قد " حُسمت " ، وان مثل هذا الادعاء لا يكون رائجاً ومقبولاً الا بين أصحاب الاتجاه الفقهي المؤيد للممارسة العملية ، أي " البراغماتيين " ، الذين يعتقدون خطأً ان الممارسة العملية تحل المشاكل النظرية ، في حين ان نصوص مشروع لجنة القانون الدولي لا تُعلن ذلك صراحة ، ومن جهة أخرى فأن لجنة القانون الدولي كسلطة " معرفية " لا تمثل توجهاتها حالة القانون الدولي ، والقول بخلاف ذلك يُثير إشكالية بنفس القدر الذي تحاول اللجنة تجاوزه ، لا سيما اذا اخذنا بنظر النطاق الضيق لادلتها وحججها التي تعتمد عليها^{٩٧} .

ورغم تلك الاعتراضات على نتاج عمل لجنة القانون الدولي الا ان ما حققته اللجنة في هذا الخصوص لا بد من الإشادة به ، وإبراز أهميته ، ويمكن ان نُشير الى بعض الآثار الإيجابية المترتبة على عملها في هذا الخصوص

اولاً: انها نجحت في إقرار مسار موحد من المبادئ التقليدية ، وإظهار النظرية العامة لها بشكل متسق ، ووضعت الأرضية الفكرية المشتركة لتكوين القواعد العرفية والاقرار بها ، أي انها توصلت الى ما يُمكن تسميته باللغة "التقنية" التي تصلح للفهم المتقارب للجميع بما يقلل التفسيرات المختلفة التي تصل الى حد التعارض الذي يُخلف عدم اليقين ، وهي كذلك مسألة ضرورية للتقليل من ظاهرة تجزؤ قواعد القانون الدولي التي تُمثل بحد ذاتها مشكلة جوهرية يعاني منها القانون الدولي .

ثانياً: جعلت اللجنة المسار الموحد للقواعد الدولية العرفية فرصة كافية لانطلاق القضاء الدولي ومحاكم التحكيم في تطوير القانون الدولي ، خارج نطاق فكرة التدوين التقليدية^{٩٨} ، حيث يخلق عمل اللجنة القائم على نهج الخبراء الموثوق في جودة نتاجه إمكانية كبيرة لاقرار ذلك المسار من خلال تحويله من

⁹⁶ - Sir Michael Wood , The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law , *Chinese Journal of International Law*, Volume 15, Issue 1, March 2016 , p.8 .

⁹⁷ - jorg kammerhofer , Between Pragmatism and Disenchantment, The Theory of Customary International Law after the ILC Project , The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 , p. 7 .

⁹⁸ - الدراسات الحديثة تُشير الى ان الاختلاف السياسي في الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن المسائل القانونية الحرجة جعل لجنة القانون الدولي تتخلى عن منهجها السابق في وضع مشاريع اتفاقيات دولية ، وأصبحت تتبنى منهجية " التدوينات غير الملزمة " والتي هي اكثر تأثيراً في الجهات الدولية المستهدفة ، أي القضاء والتحكيم الدولي ، لما تحظى به من قبول لديها ، لتفاصيل اكثر انظر :

- Laurence R. Helfer and Timothy Meyer , The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission's Influence , Custom's Future International Law in a Changing World , Cambridge University Press , 2016 .

دراسات واستنتاجات ومفاهيم علمية غير ملزمة ، الى قواعد عرفية متطورة اذا ما تم الاخذ بها من قبل الدول عند الاستشهاد بها في النزاعات الدولية المعروضة امام القضاء الدولي ، وكذلك تمنح القضاة والمحكمين الدوليين مرونة في قبول أي من تلك التدوينات " غير الرسمية " او رفضها في غرف الفصل بين النزاعات ، وهي طريقة آمنة تبتعد عن تحديات عدم الإقرار في اتفاقيات دولية .

الاستنتاجات

- ١- ان عيب عدم اليقين في قواعد القانون الدولي العرفية يؤثر في موثوقية تلك القواعد ، وخاصة في المسائل الحدية التي يترتب عليها اثارا قانونية تتعلق بالمسؤولية ، لذا يجب اصلاح ذلك العيب ، وتركيز عملية الاصلاح في القواعد العرفية المتعلقة بالمسؤولية كمرحلة لها الأولوية .
- ٢- يرجع عدم اليقين في القواعد العرفية في جزء أساسي منه الى عدم وجود البنية الأعلى للنظام القانوني الدولي ، حيث لا يوجد دستور اعلى مكتوب يسمو على قواعد القانون الدولي ، ويكون مرجعاً عند التعارض او الاختلاف للمنظومة التشريعية الأدنى ، وهذا النقص الهيكلي في التكوين العام للقانون الدولي ، الذي يصاحبه غياب النظرية الفقهية المهيمنة ، من المؤكد ان يؤدي الى عدم الاستقرار القانوني وضعف الوثوق في قيمة القواعد العرفية .
- ٣- ان الاختلاف حول تكوين ومضمون القانون الدولي العرفي خلاف فقهي كبير امتد الى مستوى الخلاف في احكام المحاكم الدولية ، مما جعل عدم اليقين في الاحتكام الى مضمونه لتسوية النزاعات امر ظاهر يؤثر بشكل كبير في الاطمئنان الى اعتماده في الحالات المتعلقة بتسوية المنازعات ، وخاصة في المسائل الجوهرية ذات الصلة بحقوق الدول الاقتصادية والتجارية وتعيين الحدود .
- ٤- في الكثير من الأحيان تُحيلنا حالات عدم اليقين الى مناقشة مسائل قانونية ونظرية اكثر تعقيداً من اثبات القاعدة العرفية المشكوك في وجودها ، من قبيل مناقشة مدى ملائمة التصريحات او البيانات كممارسات للدولة .
- ٥- تكمن خطورة عدم اليقين عند الاحتكام في النزاعات الدولية الى القواعد العرفية التي لم ترتقي الى اليقين التام ، وخاصة اذا ما كانت تلك النزاعات تتعلق بتحقيق العدالة في القضايا الرئيسية والمصيرية لحقوق الدول الأساسية .
- ٦- ان ما ابرزه الفقه والقضاء الدوليين من خلل جوهري في تكوين القاعدة الدولية العرفية ، وما اظهرته الممارسة من تعقيدات ، جعلت عملية الإصلاح لهذه المنظومة معقدة بشكل كبير، مما اضطر المتعاملين معها الى حتمية التعايش مع هذا الخلل الخلقي لحين إيجاد حلول لتلك التشوهات .

المقترحات

في ضوء ما تقدم نقترح الاتي :

- ١- إعادة التنظيم البنيوي الذاتي للعرف الدولي بما يسمح بتشكيل قواعد تراتبية ذاتية ، وذلك من خلال تعظيم اثر الفقه والقضاء الدوليين في تعزيز فكرة التراتبية العرفية .
- ٢- اصلاح عيب عدم اليقين في القواعد الدولية العرفية ، وذلك على مراحل تكون الأولوية فيها بقواعد المسؤولية الدولية والاثار المترتبة عليها ، لحين تحقق التطور المستقبلي في منظومة العرف الدولي .
- ٣- إيجاد مرجعية " قضائية " فوقية للتعامل مع حالات عدم اليقين في القواعد الدولية العرفية ، تتمثل تلك المرجعية في قواعد قضائية عرفية متواترة لإزالة عدم اليقين .
- ٤- ضرورة إيجاد قاعدة بيانات رقمية للممارسة الدولية ، يمكن من خلالها إزالة عدم اليقين المتعلق بوجود الممارسة وكثافتها ونطاقها الجغرافي ، لما يمثل ذلك من اثر كبير في تحديد نشأة القاعدة من عدمه ، وتحديد النطاق المكاني لنشأتها
- ٥- تفعيل دور المستشارين القانونيين في الوزارات التي تمارس نشاطاً دولياً ، ومنها وزارة الخارجية لغرض تحديد حالات عدم اليقين في القواعد العرفية الضرورية ، وذات الأثر المباشر في حقوق الدول والتزاماتها ، بهدف المعالجة الاتفاقية لها .

المصادر باللغة العربية

١. د. احمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، ٢٠١٠ .
٢. د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود . صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، منشورات دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٨ .
٣. د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، ٢٠١٩ .
٤. د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ .
٥. د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشورات منشأة المعارف ، الإسكندرية .
٦. د. محمد المجذوب ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السابعة ، ٢٠١٨ .
٧. د. محمد بو سلطان ، مبادئ القانون الدولي العام ، ج١ ، ديوان المطبوعات الجامعية .
٨. د. محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون " القاعدة القانونية " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٠ .
٩. د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد سعيد الدقاق ، القانون الدولي العام ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .
١٠. د. محمد نصر محمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٢ .
١١. د.هادي نعيم المالكي ، قاعدة الاغلاق في القانون الدولي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء ، السنة السابعة ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ .
١٢. شارل روسو ، القانون الدولي العام ، ترجمة شكر الله خليفة ، الاهلية للنشر والتوزيع ، ١٩٨٧ .
١٣. كامل محمد عويضة - وليم جيمس رائد المذهب البراغماتي - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٣ .

المصادر باللغة الانكليزية

- 1- Alberto Alvarez-Jiménez , Methods for the identification of customary international law in the international court of justice's jurisprudence: 2000-2009 , International and Comparative Law Quarterly , Volume 60 , Issue 03 , 2011 .
- 2- Alexander Ovcher , Estoppel in the jurisprudence of ICJ , Bond Review , vol.27 , issue 1 , 2009 .
- 3- Anthony D'Amato , The Concept of Special Custom in International Law , Cornell University Press , 1971 .
- 4- Antonio Cassese and Joseph H. H. Weiler , Change and Stability in International Law-Making , Walter de Gruyter , 1988 .
- 5- Bin Ching , Studies in international law , space law , Clarendon press , oxford , 1997 .
- 6- Brian D. Lepard , Customary International Law as a Dynamic Process , Custom's Future International Law in a Changing World , Cambridge University Press , 2016 .
- 7- Clive parry , The sources and evidence of international law , Manchester university press , 1965 .
- 8- Danilenko , The theory of customary international law , German yearbook of international law , Vol.31 , 1988 .
- 9- David J. Bederman , Custom as a source of law , Cambridge university press , first edition , 2010 .
- 10- Fernando R. Teson , A Philosophy of international law , Westview press , 1988
- 11- Fredrick Cowell , Identifying Custom in Universal Periodic Review Recommendations , The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 .
- 12- G. M. Danilnko , law making in the international community , martinus nijhoff , 1993 .
- 13- Hugu Thirway – The sources of international law , Second edition , Oxford University Press , 2019 .
- 14- Hugh Thirlway , The sources of international law , Second Edition , Oxford university press , 2019 .
- 15- J. Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, eighth edition , Oxford University Press, 2013 .
- 16- Jean d. Aspremont , The decay of modern customary law in spite of scholarly heroism , university of Amsterdam , 2016 .
- 17- Joel p.Trachtman , The obsolescence of customary international law , 2014 .
- 18- Jonathan I. Charney , universal international law , The American Journal of international law , vol.87 , 1993 .
- 19- jorg kammerhofer – uncertainty in international law , Routledge , 2011
- 20- jorg kammerhofer , Between Pragmatism and Disenchantment, The Theory of Customary International Law after the ILC Project , The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 .

- 21- Laurence R. Helfer and Timothy Meyer , The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission's Influence , Custom's Future International Law in a Changing World , Cambridge University Press , 2016 .
- 22- luigi crema , The ILC's New Way of Codifying International Law, the Motives Behind It, and the Interpretive Approach Best Suited to It , The Theory of Customary International Law after the ILC Project , The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 .
- 23- Maiko Merguro , customary international law and non-state actors , Amsterdam law school , legal studies research , paper No.2018 .
- 24- Markus P. Beham , State Interest and the Sources of International Law , Routledge , 2018 .
- 25- Mauric Mendelson , The formation of customary international law , Martinus Nijhof ,1999 .
- 26- Mauric Mendelson , The subjective element in customary international law , British yearbook of international law , vol.66 , 1995 .
- 27- PANOS MERKOURIS, JÖRG KAMMERHOFER AND NOORA ARAJÄRVI - The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law - Cambridge University Press- 2022 .
- 28- Peter E. Benson , François GenY's Doctrine customary law , The Canadian Yearbook of international law , 1983 .
- 29- Rober Y. Jennings , what Is international law and how do we tell it when we see it ? The library essays in international law , Martti Koskenniemi , Routledge , 2000 .
- 30- Sir Michael Wood , The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law , *Chinese Journal of International Law*, Volume 15, Issue 1, March 2016 .
- 31- Stephen M. Schwbel , Deputy legal adviser of the department of state , Digest of united states practice in international law , 1975 , by Eleanor G. McDowell , second printing , 1976 .
- 32- Stephen M. Schwbel , The effect of resolution of the U.N general assembly on customary international law , American society of international law , vol.73 , 1979 .