التدرج في تطبيق المصادر أمام القضاء الدولي

الأستاذ المساعد الدكتور

عباس عبود عباس

معهد العلمين للدراسات العليا (الأستاذ المشرف)

الباحثة

هدى كاظم الربيعي

مقدمة

تُطبق الاتفاقات الدولية من قبل الدول المتعاقدة كافة، وان نطاق تطبيق القاعدة الدولية يتحدد باعتراف الدول واحترامها لها، أما من ناحية الالتزام بالمبادئ القانونية الشائعة فهو عام ولا تستثنى دولة من الخضوع لها. وفيما يتعلق بسريان القاعدة الدولية ينبغي التمييز بين الاتفاق المكتوب والعرف فاذا كان مصدر القاعدة اتفاقاً تبرمه الدول، فأن بدء العمل به لا يثير مشكلة فهو يدخل في التطبيق اما من تاريخ الاتفاق على ذلك، واما من تاريخ لاحق تحدده الدول المتعاقدة فيما بينها واذا خلا الاتفاق من اي نص يتعلق بالتطبيق يبدأ التنفيذ بعد التصديق عليه من قبل سلطات الدولة او من تاريخ ايداع وثائق التصديق في دولة يتفق على تعيينها، اما بالنسبة الى العرف فهناك صعوبات اكيدة في تعيين تاريخ تطبيقه، فالعرف هو الاخر مجموعة قواعد مستقرة تطبقها الدول من تاريخ الاخذ بها.

أهمية موضوع البحث:

يُعد موضوع مصادر القانون الدولي العام من الموضوعات القديمة والحديثة في الوقت نفسه في مجال دراسات القانون الدولي العام، ولا أدل على ذلك من أن لجنة القانون الدولي التابعة الى الجمعية العامة للأمم المتحدة قد جعلت من مواضيع تحديد القانون الدولي العرفي والقواعد الآمرة والممارسات اللاحقة مواضيع لبرنامج عملها الطويل الأجل، لأهمية هذا الموضوع وما يثيره من صعوبات في أثناء التطبيق في مجال القضاء الدولي، وما يجب أن تكون عليه الاتفاقيات الدولية التي تعالجه مثل اتفاقية فيينا

لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، وما يثيره الفقه الدولي من جدل كبير عنه، آثرنا اختياره موضوعاً لدراستنا.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية الدراسة في تحديد القاعدة واجبة التطبيق من بين مصادر القانون الدولي العام المتعددة، ومن ثم تحاول أن تحدد القواعد الدولية الآمرة واجبة التطبيق أولاً وفي جميع الأحوال، ومن ثم تحدد موضوع الأسبقية في التطبيق وما يستتبع ذلك من أن المصدر الذي يتسم بالعمومية أولى من المصدر الذي يفتقدها، والمصدر المتيقن منه أولى من المصدر الذي يصعب إثباته، ومن أن الخاص يقيّد العام في نطاق قواعد المصدر نفسه. وعلى هذا فان اسئلة بحثية عديدة ستثور اثناء البحث تتطلب الاجابة من قبيل الاسئلة الاتية:

١. هل إن ترتيب المصادر الوارد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية هو ترتيب يجب على القاضي الدولي السير بموجبه أم لا؟ فاذا كانت الإجابة بالنفي فكيف يكون الترتيب الصحيح؟
٢. ما المقصود بالقواعد الآمرة؟ وهل تم تحديدها؟ وهل من اختلاف من حيث القيمة القانونية باختلاف مصدرها فيما إذا كان اتفاقياً أم عرفياً؟
٣. ما هو تأثير مبدأ التخصيص في تطبيق مصادر القانون الدولي العام؟
٤. هل يمكن تطبيق القواعد الدولية العرفية على الرغم من وجود اتفاقيات دولية بشأن الموضوع نفسه محل الدعوى الدولية أم لا؟

فرضية البحث:

تكمن فرضية الدراسة في عدّ الجهة القضائية التي تنظر الدعوى الدولية متغيراً مستقلاً، وإن ترتيب مصادر القانون الدولي العام تعد متغيراً تابعاً، ومن ثم يتم البحث في المصدر واجب التطبيق من بين المصادر المتعددة، وبحسب الجهة التي تنظر الدعوى الدولية ،فيما إذا كانت محكمة العدل الدولية أو المحكمة الجنائية الدولية أو غيرها.

نطاق البحث:

يتحدد نطاق الدراسة بشكل رئيسي في مضمون المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تكفلت ببيان مصادر القانون الدولي الواجب اتباعها من

قبل قضاة محكمة العدل الدولية فيما يُعرض عليهم من نزاعات قانونية دولية من قبل الدول، إلاّ إن هذه المادة قد تحوّلت بفعل الممارسة الدولية المتواترة من قبل القضاء الدولي -يضاف اليها كتابات الفقه الدولي وما ورد النص عليه في الاتفاقيات الدولية-قد تحوّلت إلى قاعدة دولية عرفية.

منهج البحث:

تعتمد الدراسة كما في أغلب الدراسات القانونية، على المنهج التحليلي المقارِن لنصوص الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء الدولي وآراء الفقه الدولي، لما تستلزمه الدراسة من تناول المجالات الثلاثة المتقدمة.

هيكلية البحث:

ويتألف البحث من مبحثين، نخصص الأول منهما للتدرج استناداً إلى العلاقة بين المعاهدة والعرف الدولي، والثاني نخصصه لتطبيق القواعد الآمرة ومن ثم تأتي خاتمة الدراسة متضمنة المهم من الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الاول

التدرج استناداً الى العلاقة بين المعاهدة والعرف الدوليين

يُعدُ العرف كما ذكرنا سابقاً الاسبق من حيث نشأة المصادر التاريخية للقانون الدولي، فقد كانت كل قواعد القانون عرفية اولاً ثم جرى بعد ذلك تدوينها، وعندما ظهرت المعاهدات الجماعية والمعاهدات المفتوحة العضوية، اي التي تقبل انضمام الدول غير الموقعة اصبحت المعاهدات وسائل أكثر تحديداً ووضوحاً في تكوين قواعد القانون الدولي، وكانت تتجلى اهمية العرف ايضاً في انشاء قواعد القانون الداخلي ثم اخذت تتلاشى مكانه العرف وحل محله التشريع الوضعي الذي أصبح المصدر الرئيسي لأنشاء القوانين.وقد تكرست فكرة تدوين القانون بعد ان نشأت سلطة دستورية مختصة بوضع التشريعات بصورة رسمية هذا التطور جاء على حساب الاعراف في النظام الداخلي الا انه لم يتم اختفاء الاعراف بصورة مطلقه ويظل دورها ضرورياً من اجل سد الفراغ القانوني الذي لا تستطيع القواعد المدونة سدّهُ. اما في مجال العلاقات الدولية فان العرف يلعب دوراً أكثر اهمية نظراً لعدم امكانية تكوين سلطة دولية على غرار السلطة التي

تختص بالتشريع في النظام الداخلي وإذا لم يُعرض الاختلاف المتعلق بشكل العرف هل هو قاعدة قانونية متبعة دون اي إجراء شكلي والمعاهدة هي الاخرى قاعدة او مجموعة قواعد قانونية ولكنها صادرة في وثيقة رسمية [١].

وقد اشار معهد القانون الدولي عام ١٩٩٥ الى العلاقة المتبادلة بين المعاهدات و العرف فذكر ما يأتي: ((تشكل المعاهدات والعرف مصدرين متميزين ومتداخلين للقانون الدولي فالقاعدة المستمدة من اي من هذين المصدرين يمكن ان تؤثر على محتوى وتفسير القواعد المستمدة من المصدر الاخر فمن حيث المبدأ كل منها يبقى على وجوده المنفصل كقواعد لقانون المعاهدة والحقيقة الاخرى انه لا يوجد فارق في القوة الالزامية بين المعاهدات والعرف فاذا كانت المادة ١/٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية لا تذكر اي تدرج بين المصادر الاصلية فأن هذا يعني ان المعاهدة و العرف متساويان ...))[٢].وعلى اساس من هذا تستطيع المعاهدة الغاء العرف ومن جهة اخرى يستطيع العرف إلغاء معاهدة ولكن بالنظر إلى تسابق الزمن بينهما، وهذا ما سنبحثه في المطلب الاول اما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث قاعدة التخصيص.

المطلب الاول

قاعدة اللاحق يلغي السابق

يقصد بمبدأ ((القانون اللاحق يلغي القانون السابق))، انه إذا كانت هناك قاعدتان متعارضتان قابلتان للتطبيق على واقعة معينة فأن القاعدة المتأخرة في نشأتها هي التي تسمو، الا إذا قصد أطراف الخلاف غير ذلك. وبما ان القواعد الدولية متساوية في القيمة القانونية فأنه يمكن اللجوء الى هذا المبدأ لتحديد أي القواعد القانونية التي تسبق غيرها في التطبيق وعلى ذلك إذا نشأ عرف جديد، وكان متعارضاً مع قاعدة وردت في معاهدة، فأن العرف الجديد هو الذي يطبق كذلك إذا نشأ مبدأ عام للقانون الجديد وكان متعارضاً مع عرف سابق فأن المبدأ العام هو الذي يطبق وهكذا المتأخر هو الذي يطبق ما دام الاطراف لم يقصدوا غير ذلك لكن يبقى تطبيق هذا المبدأ صعباً بعض الاحيان وذلك بسبب صعوبة تحديد القاعدة اللاحقة زمنياً على قاعدة اخرى [٣].

تستطيع المعاهدة إلغاء العرف كما في (تصريح فينا الصادر سنه ١٨١٥ الذي ألغى تجارة الرقيق)، وكذلك ميثاق بروكسل ١٩٩٠، وكذلك الغاء سفن المطاردة بموجب تصريح باريس ١٨٥٦ حول الحرب البحرية .... الخ، وهذا لا يثير اية مشكلة لان النص المدون يتمتع بقوة تسمو على القواعد غير المكتوبة والتي لم تعد تلقى القبول من قبل الدول، ولكن يجب عدم المغالاة في الفكرة السابقة، فمن جهة اخرى يستطيع العرف إلغاء معاهدة او تعديلها دون اي اجراء خطي، فنظام الامتيازات الأجنبية في مصر زال تدريجياً تحت تأثير التغاضي والاهمال، وكذلك فأن اغلب الدول المتنازعة تجاهلت في حرب ١٩٣٩ بين دول الحلفاء والمحور مختلف احكام القانون التعاقدي المعاصر التي تحظر اعتداء الغواصات المحاربة على السفن التجارية دون اخطار مسبق (٤).

وقد حُرِّمَت الحرب بموجب ميثاق بريان - كيلوج ١٩٢٨ ومن بعدها في ميثاق الامم المتحدة (٥).

ولا تثير حالة انهاء عرف عن طريق معاهدة لاحقة خلافاً في الرأي نظراً لان قواعد القانون الدولي العام (باستثناء القواعد الامرة) هي قواعد رضائية فأنه يجوز للدول الاتفاق على انشاء قواعد دولية جديدة تخالف قواعد دولية موجودة سلفاً وبناءً على ذلك يجوز للدول ان تعقد اتفاقية جديدة تتضمن قواعد تنص على خلاف ما تقضي به قواعد عرفية سابقة اي انه يجوز تعديل او انهاء عرف عن طريق معاهدة لاحقة.

ما بشأن العرف اللاحق على المعاهدات فقد ضمنت لجنة القانون الدولي عند إعداد اتفاقية فيينا مشروع موادها حول قانون المعاهدات المادة ٣٨ المتعلقة بتعديل المعاهدة عن طريق ظهور عرف لاحق، والتي نصت على ان: ((المعاهدة يمكن تعديلها عن طريق ممارسة لاحقة تتعلق بتطبيق المعاهدة وتؤسس لاتفاق بين الاطراف على تعديل نصوصها)).

غير ان هذا النص تعرض لمعارضة من جانب عدد من الوفود في مؤتمر فينا لقانون المعاهدات على اساس من الحجج الاتية:

١- تعديل المعاهدات عن طريق العرف اللاحق يمكن ان يستخدم من جانب بعض الدول كحجة لعدم الوفاء بالالتزامات الواردة في المعاهدة ومن ثم انتهاك " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ".

٢- تعديل او انهاء المعاهدة عن طريق عرف لاحق يمكن ان يؤدي الى مشاكل خطرة في الانظمة القانونية الداخلية، فبينما يصدر الرضا بالالتزام بمعاهدة من جهاز الدولة المسؤولة عن التصديق والانضمام للمعاهدات فان المعاهدة يمكن ان تُنهي او تعدل عن طريق عرف لاحق تكون من خلال ممارسة لأجهزة اخرى أدنى درجة من الجهاز المسؤول عن التصديقات، وهذا يخالف دساتير دول كثيرة تتطلب ان يتم تعديل او انهاء المعاهدة عن طريق الاجهزة التشريعية المسؤولة نفسها عن التصديق.

٣- تعديل قواعد المعاهدة عن طريق عرف لاحق يكون عملية معقدة جداً، ومع ذلك، فأن النص المقترح يفتقد الى الوضوح ويمكن ان يؤدي الى مشاكل أكثر من الحلول كما ان الامر يقع خارج مجال الاتفاقية المقترحة التي تتعامل مع المعاهدات في شكل مكتوب.

لذلك تم حذف هذا النص في مؤتمر فيينا وصدرت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لا تتضمن اي قواعد تنص على تعديل المعاهدة عن طريق عرف لاحق وعلى الرغم من ذلك لا يمكن تفسير الغاء المادة ٣٨ على انه رفض كامل لوجهة النظر التي تقول بأن المعاهدة يمكن تعديلها عن طريق ممارسه لاحقة، وذلك بان بعض الدول التي اعترضت في مؤتمر فينا على المادة ٣٨ لم تذكر اسباب رفضها، كما ان هناك دولاً اخرى اعترضت على اساس من انه ليس من المناسب التعامل مع هذا الموضوع في الاتفاقية، وليس على اساس رفض فكرة التعديل وعلى ذلك فأن وفقاً لاتفاقية فينا لا يوجد ما يمنع إمكانية تعديل المعاهدة عن طريق عرف لاحق. وتجدر الاشارة الى ان تعديل المعاهدة عن طريق عرف لاحق لم يرد ايضاً في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات بين الدول و المنظمات الدولية او بين المنظمات الدولية (١٩٨٦)، وهو الموقف الذي تبناه معهد القانون الدولي في قراره السابق، حيث كان ينص في مشروع سابق لهذا القرار (ديسمبر ١٩٩٤) على انه ((في تطبيق القانون الدولي تتقدم القواعد ذات الصلة المستمدة من معاهدة ملزمة لأطراف النزاع على القواعد المستمدة من القانون العرفي الا عندما تتعارض القاعدة المستمدة من معاهدة مع قاعدة آمرة او يتم تعديلها لاحقاً عن طريق قاعدة متأخرة للقانون العرفي)). وقد حذفت الجملة الاخيرة (او يتم تعديلها لاحقاً عن طريق قاعدة متأخرة للقانون العرفي) في الصيغة النهائية للقرار. ويمكن الرد على الحجج التي قيلت

لرفض تعديل المعاهدة عن طريق عرف لاحق، فللدول الحق الدائم دائماً ان تعدل او تنهي القواعد القانونية الموجودة عن طريق الاتفاق بما في ذلك القواعد الواردة في نص مكتوب وعلى ذلك اذا كان هناك اتفاق عام من خلال عرف جديد على تعديل المعاهدة فان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لم ينتهك، كذلك فان نشأة قواعد عرفية جديدة تتعارض مع نصوص معاهدة سابقة يتطلب ممارسة الدول العامة و المستمرة، وهذا يعني انه على الرغم من ان الممارسة المعينة يمكن ان تبدأ عن طريق الموظفين الرسميين الادنى في السلم الوظيفي، فانه في ضوء استمرار الممارسة لفترة من الزمن فان الاجهزة الوطنية المسؤولة عن الشؤون الخارجية ستكون لها الفرصة لقبول هذه الممارسة او رفضها. ولا شك في ان تعديل المعاهدات عن طريق العرف يعد استثناءً، وذلك بان المعاهدات كقاعدة تنص على تعديلها او انهائها رسمياً ومن ثم من المتوقع ان الاطراف في معاهدة اذا ارادوا انهائها او تعديلها ان يتم ذلك وفق الاسلوب الذي ترسمه المعاهدة لإنهائها او تعديلها. غير انه من الممكن ايضاً كاستثناء، وعلى نطاق ضيق، ان يتم تعديل المعاهدة عن طريق العرف، فهناك مسافة بين المعاهدة و تطبيقها فقد تظهر صعوبات ومستجدات جديدة عن التطبيق، و لا يمكن مواجهة كل تغير او تطور جديد عن طريق اللجوء الى تعديل المعاهدة، ولكن يمكن التعديل عن طريق العرف الذي يأخذ بعين الاعتبار التطورات و المطالب الجديدة بدون الحاجة الى تعديل رسمي للمعاهدة من خلال اجراءات قد تطول[٦].

في ضوء ما سبق يمكن القول ان العرف سوف يستمر في الاستخدام من قبل الدول لتغيير المعاهدة وفقاً للاحتياجات المتغيرة للجماعة الدولية.

وتجدر الإشارة الى ان محكمة العدل الدولية قد قبلت امكانية تعديل المعاهدة عن طريق عرف لاحق في رأيها الاستشاري في قضية ناميبيا لعام ١٩٧١، وكان ذلك عند ما ادعت جنوب افريقيا ان طلب الرأي الاستشاري باطل مستندة الى ان قرار مجلس الامن رقم ٢٧٦ قد صدر في غياب اثنين من الاعضاء الدائمين على خلاف ما تنص علية المادة ٣/٢٧ من ميثاق الامم المتحدة التي تتطلب ان ((تصدر قرارات مجلس الامن في المسائل الاخرى كافة بموافقة اصوات تسعة من أعضائه يكون من بينها اصوات الاعضاء الدائمين متفقة)) غير ان المحكمة قررت صحة طلب الرأي الاستشاري واعلنت ان :-

(الاجراء المتبع من قبل مجلس الامن .... قد قبل من جانب اعضاء الامم المتحدة ويبرهن على انه ممارسة مقبولة لهده المنظمة.)[٧].

ومفاد ما تقدم ان المحكمة قبلت تعديل معاهدة (ميثاق الامم المتحدة الذي يتطلب موافقة الاعضاء الدائمين) عن طريق عرف لاحق (لا يتطلب موافقة الاعضاء الدائمين وانما يتطلب فقط عدم الاعتراض اي ان غياب العضو الدائم او امتناعه عن التصويت لا يمنع صدور القرار).

ولا شك ان كثيراً من المعاهدات الدولية الجماعية الشارعة تنطوي على تقنين لعرف دولي سابق عليها كما هو الحال بالنسبة للقسم الأعظم من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٥٨ بشأن قانون البحار واتفاقية فينا لعام ١٩٦١ بشأن العلاقات الدبلوماسية و اتفاقية فينا لعام ١٩٦٣ بشأن العلاقات القنصلية و اتفاقية فينا لعام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات بل، وكما هو الشأن بالنسبة للاتفاقيات الدولية المتعلقة بسير العمليات الحربية البرية و البحرية والتي اسفر عنها عمل مؤتمر لاهاي للسلام في عامي ١٨٩٩، ١٩٠٧ وهنا و تلعب المعاهدة الجماعية الشارعة دوراً قد يقتصر على مجرد الكشف عن العرف و اعلانه او يتجاوز ذلك الى بلورته و اضفاء قدر من الوضوح و التحديد عليه على النحو الذي يتناسب مع كثرة تطبيق قواعد القانون الدولي في المجتمع الدولي المعاصر الذي يتميز بتزايد عدد اشخاصه القانونية وكثرة عدد وقائع العلاقات الدولية التي تستوجب تطبيق قواعد قانونية دولية[٨].

ومن المهم الاشارة الى النزاع الذي قد ينشأ بين الاعراف (قاعدتان عرفيتان تحكمان الموضوع ذاته) فهنا العرف الاكثر حداثةً يلغي العرف القديم، فقد طبقت المحاكم الفرنسية في موضوع النزاع مع الصيادين الاسبان العرف المطبق ابتداء من سنة ١٩٧٦ بدل العرف الذي كان سائداً في موضوع الصيد في عام ١٩٥٨، في حين ابدى قضاة اخرون تردداً في هذا الشأن اذ ان تطبيق العرف الاحدث يعني انه يتمتع بقيمة قانونية تسمو على ما كانت تتمتع به الاعراف السابقة في هذا الشأن. ان الاحتجاج بالعرف الجديد هو قاعدة معمول بها ما لم يكن العرف القديم من القواعد الامرة التي تضل سارية ولا يستطيع العرف الجديد إلغاءها، مع الاشارة الى ان العرف الجديد لا يستطيع الغاء العرف القديم اذا ابدت الدول اعتراضاً عليه، وبقيت تتعامل بمقتضى احكامه كما

ان العرف الجديد لا يستطيع ان يحل محل العرف القديم الا بعد انقضاء مدة من الزمن[٩].

اما في نطاق المعاهدات فقد تنطبق عدة معاهدات على موضوع معين لتناولها الغرض نفسه فمن الناحية المبدئية ان كل معاهدة مستقلة عن الاخريات من وجهة نظر القواعد بوصفها اداة للتعبير عن ارادة الاطراف من اجل تحقيق غرض خاص بها، وعندما تجتمع شروط صحتها القانونية ودخولها حيز التنفيذ، فأنها تكون منتجة لآثارها القانونية، فعلى سبيل المثال فان الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية عام ١٩٨٠ الخاص بتفسير اتفاق ٢٥ اذار - مارس ١٩٥١ بين منظمة الصحة العالمية ومصر فمن خلال تدقيق المحكمة بالعقود المتتالية التي اقامت هذه المنظمة بموجبها بالاتفاق مع مصر لتكون مقر مركز احد مكاتبها الاقليمية في الاسكندرية تركت الخيار مفتوحاً بين تحليلين ممكنين ((عدَّ هذه العقود بمثابة اتفاقات متميزة او انها عناصر لعملية واحدة))[١٠].

وهناك حالة يجب الوقوف عندها وهي العلاقة بين المعاهدات المتتالية التي تنظم الغرض نفسه، وما ينجم عن ذلك من تساؤلات حول تطبيق القاعدة القانونية المناسبة للنزاع المعروض.

لقد حلت المادة ٣٠ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ هذه الصعوبات بنصها على ما يأتي:''

١-مع مراعاة ما جاء في المادة ١٠٣ من ميثاق الامم المتحدة تتحدد حقوق والتزامات الدول الاطراف في معاهدات متتابعة تتعلق بموضوع واحد وفق الفقرات التالية.

٢-إذا نصت المعاهدة على انها خاضعة لأحكام معاهدة اخرى سابقة او لاحقة، او انها لا ينبغي ان تعتبر غير منسجمة مع مثل هذه المعاهدة فان احكام المعاهدة الاخرى المعنية هي التي تسود.

٣-إذا كان كل الاطراف في المعاهدة السابقة اطرافاً كذلك في المعاهدة اللاحقة دون ان تكون المعاهدة السابقة ملغاة او معلقة طبقاً للمادة ٥٩، فأن المعاهدة السابقة تنطبق فقط على الحد الذي لا تتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة اللاحقة

٤- إذا لم يكن أطراف المعاهدة جميعاً أطرافاً في المعاهدة السابقة تنطبق القاعدتان الآتيتان:

أ- في العلاقة بين الدول الاطراف في المعاهدتين تنطبق القاعدة الواردة في الفقرة.

ب-في العلاقة بين دولة طرف في المعاهدتين ودولة طرف في احداها فقط تحكم نصوص المعاهدة المشتركة بين الطرفين حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة.

٥- ليس في حكم الفقرة (٤) ما يخل بالمادة ٤١ او بأية مسألة تتصل بالقضاء او وقف العمل بمعاهدة وفقاً للمادة ٦٠ او بأية مسألة تتصل بالمسؤولية التي قد تنشأ على الدول نتيجة عقدها او تطبيقها لمعاهدة لا تتماشى نصوصها مع التزامات هذه الدولة في مواجهة دولة اخرى في ظل معاهدة اخرى''.

عندما تبرم دولتان معاهدتان بالموضوع نفسه دون تحديد العلاقة المتبادلة بينهما فان العادة جرت على ان ينظر اليها على انهما معاهدتان متوافقتان، ويكتفى هنا بدراسة نية الطرف فقط وذلك بالاستناد الى مختلف التفسيرات المتاحة لنص المعاهدة وفي حالة ما اذا كانت النصوص لا تكشف عن نية الاطراف يجوز الاحتكام الى مبدأ القانون اللاحق لأنه يفترض نية الخروج عن الاتفاق السابق. ويمكن ان ينطبق هذا على سبيل المثال في حالة المعاهدات التي تتناول مواضيع مختلفة تماماً والتي تفاوض بشأنها موظفون من ادارات مختلفة، غير ان هذا الافتراض يبقى قابلاً للتنفيذ بحيث اذا كشف التغيير فعلاً عن ان الاطراف لم ترغب في الخروج عن الاتفاق السابق تعطي حينئذٍ الاولوية لهذه النية على حساب المبدأ، وان مسالة الاولوية تحسم في حالة غياب بند يتعلق بالنزاع عن طريق تفسير ارادة الاطراف، فهل كانت نية الأطراف ان تُكمل الاتفاقية اللاحقة سابقتها ام ان تخرج عنها؟ (١١).

وتنطبق الاعتبارات نفسها ايضاً على العلاقة بين المعاهدات المتعددة الاطراف التي لها الاطراف نفسها، وهذا يعني ان ثمة جهداً يبذل عن طريق التفسير ما لم يتضح ان الاطراف قد اعلنت رغبتها في الاستعاضة عن المعاهدات السابقة بالمعاهدة اللاحقة وتنص على ذلك المادة ٥٩ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات صراحة: (تعتبر المعاهدة منتهية إذا عقدت جميع اطرافها معاهدة لاحقة تتعلق بنفس الموضوع :

أ- ويتبين من المعاهدة اللاحقة او يثبت بطريقة اخرى ان في نية الاطراف اخضاع ذلك الموضوع لهذه المعاهدة

ب-او تكون احكام المعاهدة اللاحقة منافية لأحكام المعاهدة السابقة الى درجة يستحيل معها تطبيق المعاهدتين في آن معاً) [١٢].

وعلى الرغم مما سبق ذكره تبقى لكل قاعدة استثناء فبشأن القانون السابق واللاحق اقترح الاخصائيون أن الاولوية في القانون الطبيعي تفوق المعاهدات السابقة على المعاهدات اللاحقة فإذا تبين من معاهدة ما انها تنزع من الدولة سلطتها في التصرف في شيء ما فتصبح المعاهدة اللاحقة التي تتضمن احكاماً مخالفة للأولى باطلة بصورة تلقائية بحكم عدم الاختصاص [١٣].

وقد بينت محكمة العدل الدولية في الفترة الاخيرة تفوّق المعاهدة السابقة في قضية التحفظات بشأن اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨ إذ اعلنت ما يأتي: هناك مبدأ معترف به عموماً، وهو ان اية اتفاقية متعددة الاطراف هي نتيجة اتفاق حر يعقد على اساس الشروط الواردة فيه بناءً علية لا يجوز لأي من الاطراف المتعاقدة ابطال اغراض الاتفاقية واسباب وجودها او اضعافها عن طريق قرارات احادية الجانب او اتفاقيات خاصة [١٤].

ويشير هذا المقطع الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو ايضاً بمثابة تذكير للأطراف بان خرقهم لأحكام المعاهدة ستترتب عليه مسؤولية الدولة.

ومن القضايا التي تدعم القانون السابق هي قضايا نشأت في القرن العشرين، وكانت قد عرضت على محكمة العدل لبلدان امريكا الوسطى. وقد جاء في شكوى مقدمة من كوستاريكا و السلفادور ان نيكاراكوا بإبرامها معاهدة مع الولايات المتحدة الامريكية بشأن قناة بنما قد انتهكت معاهدات سابقة كانت قد عقدتها نيكاراغوا معها بشأن الموضوع نفسه وقد لاحظت المحكمة تعارض المعاهدات وانتهاك نيكاراغوا لالتزاماتها ولكنها لم تُعدُّ المعاهدة اللاحقة التي ابرمتها نيكاراغوا مع الولايات المتحدة باطلة على اساس من ان الولايات المتحدة لم تكن طرفاً في القضايا المعروضة عليها ولذلك لم يكن باستطاعتها ابداء رأي بشأن حقوقها[١٥].

وفي مجال تطبيق المبادئ العامة للقانون امام القضاء الدولي فقد اعتمدت محكمة العدل الدولية في العديد من قراراتها على المبادئ القانونية العامة بصيغ مختلفة مثل: مبدأ معترف به، مبدأ مقبول وغيرها من الصيغ. فبالنسبة لمبدأ قبول القرائن الواقعية فقد طبقته

محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كورفو بين ألبانيا و المملكة المتحدة لعام ١٩٤٩، حيث كان على المحكمة ان تقرر ما اذا كانت حكومة البانيا مسؤولة عن وضع الالغام التي انفجرت في المضيق و الحقت اضراراً ببعض السفن البريطانية التي كانت تستعمل حق المرور ، حيث ان ادعاء بريطانيا كان مبنياً على العلم المفترض لألبانيا بوضع الالغام الذي تم بناء على تعليمات منها او بعلمها على الاقل، غير ان المحكمة رفضت قبول افتراض معرفة البانيا وقررت بانه كان على بريطانيا ان تلجأ الى القرائن الواقعية بوصفها دلائل غير مباشرة لتدعيم ادعائها، على اساس من ان هذه الطريقة مقبولة في كل الانظمة القانونية(١٦).

وقد طبقت محكمة العدل الدولية مبدأ قوة الشيء المقضي به من خلال تحديد الوضع القانوني للمحكمة الادارية للأمم المتحدة ومدى الزامية احكامها، حيث اقرت ان لأحكام تلك المحكمة قوة الشيء المقضي فيه والقوة الملزمة بين أطراف النزاع، لان ذلك مبدأ قانوني مستقر ومعترف به على وجه العموم (١٧).

كما طبقت محكمة العدل الدولية مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة بخصوص حق الموظفين في اللجوء الى المحكمة الادارية التابعة لمنظمة العمل الدولية المكفول لمنظمة اليونسكو فقط و اكدت على هذا الحق على اساس من انه مبدأ قانوني عام بفتح باب الطعن في الاحكام على وجه المساواة بين طرفي الخصومة يمنح فرص متساوية لكل منهم في تقديم حججهم امام القاضي المختص (١٨).

كما طبقت محكمة العدل الدولية مبدأ عدم جواز الادعاء بما يخالف سلوكاً سابقاً في القضية، وهي قضية خاصة بتحديد مدى صحة التحكيم الذي قام به ملك اسبانيا في النزاع بين نيكارغوا و الهندوراس، وهو المبدأ الناتج عن حسن النية بحيث قررت المحكمة بأن اختيار الملك كمحكم لم يكن محل خلاف من حيث نظره في الدعوى، ولما طعنت نيكارغوا في قرار صحة الاختيار فأنها لا تملك حق الرجوع عن هذا الاعتراف ولا الطعن في صحة القرار (١٩).

وخلاصة القول إذا كان هناك نزاع بين العرف والعمل القانوني الذي يتعارض معه، وكانت الدولة تأخذ بالعرف وتلتزم بتطبيق قواعده لا يُعدُّ العمل القانوني مشروعاً طالما يخالفه.

اما فيما يخص العلاقة بين العرف والتوصيات الصادرة عن المنظمات في هذه الحالة فنأخذ بعين الاعتبار ما اذا كانت القاعدة العرفية سابقة للتوصية او تكون لاحقة لها، فالعرف الذي ينشأ بعد صدور التوصية يؤدي الى ابطالها ويسمو عليها، فالتوصية ليست ملزمة لها وتبقى ملتزمة بالعرف، و يتفوّق العرف هنا على التوصية اما التعارض الحاصل بين العرف و القرار الصادر عن المنظمات الدولية فيمكن الاخذ هنا بالقاعدة الاحدث فإذا صدر القرار بعد نشأة العرف يجب تطبيق القرار لا العرف، إلاّ إذا كانت القواعد العرفية من القواعد الامرة، واذا كان النزاع بين قاعدة عرفية ملزمة للدولة واحد مبادئ القانون العامة يبقى العمل بالعرف[٢٠].

وبما ان العرف والمعاهدة يجوز لأي منهما تعديل الاخر فهما متساويان في القيمة القانونية.

المطلب الثاني

قاعدة التخصيص

يقصد بقاعدة التخصيص ان القاعدة الخاصة تقدم على القاعدة العامة، فان السلطة التي تضع قاعدة عامة تترك المجال مفتوحاً لتطبيق قواعد أكثر تخصصاً تكون بالفعل موجودة، او يمكن ان تنشأ في المستقبل، اي انه عندما توجد قاعدتان دوليتان احداهما عامة والاخرى خاصة، وهما قابلتان للتطبيق على واقعة معينة فان القاعدة الخاصة هي التي تُطبق.

وفي تسويغ العمل بهذه القاعدة على المستوى الدولي يقول جروسوس انه بين الاتفاقات المتكافئة ((يجب ان تُعطى الاولوية للاتفاق الاكثر خصوصية ومراعاة للموضوع محل الواقعة؛ فالنصوص الخاصة تكون عادة أكثر فعالية من النصوص العامة))، ومفاد ما تقدم انه يجب اعطاء الاولوية للقاعدة الخاصة لأنها أكثر مراعاة للظروف الخاصة بالأطراف، كما انها أكثر فعالية حيث تأخذ بعين الاعتبار الموضوع عن قرب [٢١]. وقد طبقت محكمة العدل الدولية قاعدة التخصيص في قضية غابسيكوفو-ناجيماروس ١٩٩٧، إذ وجدت المحكمة ان معاهدة ١٩٧٧ بين المجر وسلوفاكيا ما زالت سارية المفعول، ومن ثم فهي تحكم العلاقة بين الطرفين، ووجدت كذلك ان العلاقة بين

الطرفين تحكمهما ايضاً قواعد اتفاقيات اخرى تضم الدولتين وقواعد مسؤولية الدول وفي التفصيل بين هذه القواعد انتهت المحكمة الى ان العلاقة بين الطرفين قبل كل شيء محكومة بالقواعد القابلة للتطبيق في معاهدة ١٩٧٧ باعتبارها قانوناً خاصاً [٢٢].

ويلاحظ ان العمومية والخصوصية هي امور نسبية وليست مطلقة ولذلك فان تحديد الخصوصية يكون بعدد الدول الاطراف، فالمعاهدة تكون القانون الخاص إذا كان عدد الدول الاطراف فيها اقل من عددهم في معاهدة جماعية تضم الدول الاطراف في المعاهدة الاولى مضافاً الى دول اخرى وقد تتحدد الخصوصية بموضوع المعاهدة او القاعدة، فاذا كان الموضوع في قاعدة أكثر وصفاً وتحديداً فان هذه القاعدة تُعد القاعدة الخاصة [٢٣].

وتتمتع قاعدة التخصيص بأهمية كبيرة في القانون الدولي فبسبب غياب سلطة عليا مختصة بالتشريع في القانون الدولي تتمتع القواعد الدولية بالقيمة القانونية نفسها، ومن ثم تنشأ حاجة ضرورية لتحديد العلاقة بين هذه القواعد الواردة في مصادر القانون الدولي العام، وهذه المهمة تقوم بها قاعدة التخصيص فبناءً على هذه القاعدة فان القاعدة الاكثر تخصصاً هي التي تُطبق، فاذا كانت هناك قاعدة عرفية اكثر تحديداً من المعاهدة، او كان هناك عرف خاص ملزم لعدد صغير من الدول يتعارض مع معاهدة متعددة الاطراف تضم الدول السابقة بالإضافة لدول الاخرى، ففي مثل هذه الاحوال تؤدي قاعدة التخصيص الى ان القاعدة العرفية تسمو على المعاهدة وكذلك المبادئ العامة للقانون يمكن احياناً ان تكون اكثر خصوصية من المبادئ الواردة في المعاهدات او القانون العرفي، ومن ثم في هذه الحالات تؤدي قاعدة التخصيص الى ان المبادئ العامة للقانون تكون لها الاولوية على المعاهدات والعرف. ففي العلاقات الدولية إذا كان موضوع المعاهدة أكثر تحديداً من القاعدة العرفية، او يكون عدد الدول الملتزمة بمعاهدة اقل من عدد الدول الملتزمة بعرف دولي فان القاعدة الواردة في المعاهدة تكون أكثر تخصيصاً من القواعد العرفية، ومن ثم تكون القواعد الاتفاقية هي القانون الخاص والقواعد العرفية هي القانون العام. وعلى الرغم من انه لا يوجد تدرج بين المعاهدة والعرف الا انه يمكن ملاحظة تقدم المعاهدة على العرف في القضاء الدولي[٢٤]، فقد اكدت محكمة العدل الدولية اسبقية المعاهدة على العرف في قضية نيكاراغوا، فقالت

((بصفة عامة، لما كانت القواعد الواردة في المعاهدة قواعد تخصيص فانه من غير الملائم ان تقدم الدولة مطالبة استناداً الى قاعدة للقانون العرفي إذا كانت توجد بالفعل معاهدة تنص على وسائل لتسوية هذه المعاهدة)). وقد اكد معهد القانون الدولي أسبقية المعاهدة على العرف فذكر أنه:((لا يوجد تدرج هرمي سابق بين المعاهدة و العرف كمصادر للقانون الدولي ومع ذلك في تطبيق القانون الدولي، تقدم القواعد المستمدة من القانون العرفي)) (٢٥).

اما بشأن المبادئ العامة للقانون فهي تتمتع بالقيمة القانونية التي تتمتع بها المصادر الاخرى للقانون الدولي. وقد طبقت محكمة العدل الدولية المبادئ العامة للقانون في قضية مضيق كورفو ٩ نيسان -ابريل ١٩٤٩، إذ اجازت اللجوء الى (ادلة الاثبات غير المعترف بها في كل انظمة القانون) (٢٦).

ومن امثلة المبادئ العامة للقانون: مبدأ الحصانة الدبلوماسية، مبدأ حرية اعالي البحار ومبدأ وجوب الوفاء بالعهد، ومبدأ المساواة بين الدول، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، والمبادئ المتعلقة بالمسؤولية والسيادة وغيرها.

والمبادئ العامة للقانون تتصف بالعمومية التي تساعد على ملء الفراغات التي تركت مفتوحة من قبل معاهدات او عرف وذلك بهدف تجنب عدم الحكم في قضية ما، اي ان المبادئ العامة للقانون يمكن تطبيقها في حالة غياب قواعد او على الاقل قواعد محددة في قانون المعاهدات او في القانون العرفي ويمكن كذلك استخدام المبادئ العامة للقانون لتفسير المعاهدات و العرف. وبسبب هذه العمومية فأن المبادئ العامة للقانون تُستبعد غالباً عن طريق قواعد أكثر تخصيصاً، وذلك تطبيقاً لقاعدة التخصيص. ولذلك فأن المعاهدات والعرف يسبقان في التطبيق المبادئ العامة للقانون. وقد اكدت محكمة العدل الدولية اسبقية العرف على المبادئ العامة للقانون في القضية المتعلقة بحق المرور فوق الاقليم الهندي في ١٢ نيسان ١٩٦٠، إذ استندت البرتغال لدعم مطالبها المتعلقة بحق المرور الى عرف دولي عام، وكذلك الى مبادئ عامة للقانون و وجدت المحكمة ان هناك عرفاً مقبولاً من الدول المعنية (الهند و بريطانيا و البرتغال) يُقر حق المرور العابر عبر الاراضي الهندية. ولذلك لم ترَ المحكمة من الضروري ان تبحث ما اذا كانت مبادئ القانون العامة تؤدي الى النتيجة نفسها ام لا، وهذا ما ذكرته المحكمة فقالت ((عندما

تجد المحكمة ممارسة متبعة على نحو واضح بين دولتين و التي تكون مقبولة من جانب الاطراف كحاكمة للعلاقات بينها فأن المحكمة يجب ان تعطي لهذه الممارسة دوراً حاسماً بخصوص تحديد حقوق الاطراف و التزاماتها المحددة . هذه الممارسة المعينة يجب ان تقَدم على اي قواعد عامة)) (٢٧).

وبذلك يمكن فهم العلاقة العملية بين مصادر القانون الدولي عن طريق قاعدة التخصيص، اذ ستعطى الاولوية للقاعدة الاكثر تخصصاً ولذلك ستتقدم المعاهدة على العرف والذي بدوره يتقدم على المبادئ العامة للقانون. وعلى ذلك يمكن فهم ترتيب المصادر في المادة ٣٨ /١ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على انه يعكس قاعدة التخصيص، فعلى الرغم من ان هذه المادة لا تتحدث عن اي تدرج او اولوية الا انه يمكن النظر الى الترتيب الوارد فيها على انه نوع من التدرج من ناحية التطبيق، اي انه عند وجود تنازع بين قاعدة وردت في معاهدة وقاعدة عرفية فأن القاعدة الواردة في المعاهدة هي التي ستُطبق، على اساس من انها الاكثر وضوحاً وتخصصاً، وكذلك عند وجود تنازع بين قاعدة عرفية ومبدأ عام للقانون فأن القاعدة العرفية هي التي ستطبق(٢٨).

وفي نطاق العرف فأن العرف الخاص يسمو على العرف العام، فبالنسبة للنزاع بين العرف الاقليمي والعرف العام فان العرف الاقليمي يسمو ما لم يكن العرف العام ذا صفة آمرة (٢٩).

وقد عملت محكمة العدل الدولية بالعرف الخاص في قضية حق المرور عبر الاقاليم الهندية سنة ١٩٦٠، حيث اوجدت قاعدة عرفية محلية لصالح البرتغال فيما يخص المرور عبر الاقليم الهندي من ميناء Deman الى الاراضي البرتغالية المطوقة بالإقليم الهندي(٣٠).

المبحث الثاني

تطبيق القواعد الآمرة

نصت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على القواعد الآمرة في المادتين ٥٣ و٦٤ منها، إذ تنص المادة ٥٣ من الاتفاقية على أن:((المعاهدات المتعارضة مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي (النظام العام الدولي)؛ تكون المعاهدة باطلة

إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أن هذه القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع))، وتنص المادة ٦٤ من الاتفاقية على أن((ظهور قاعدة آمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي (النظام العام الدولي)؛ إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي فان أية معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتنقضي)).

وقد عملت لجنة القانون الدولي بالفعل على موضوع القواعد الآمرة وذلك في صياغة مشاريع المواد ٥٠،٦١،٦٧ من مشاريع المواد لعام ١٩٦٦، والتي اعتمدت بعد إجراء بعض التعديلات عليها في المادتين ٥٣،٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩[٣١].

ويقول عضو لجنة القانون الدولي أندرياس ياكوفيدس عام ١٩٩٣ في ورقته المقدمة الى الفريق التابع للجنة القانون الدولي بشأن إمكانية إدراج موضوع القواعد الآمرة من ضمن عمل لجنة القانون الدولي أنه:((لم تظهر، على مدى ما يقرب من ربع قرن منذ اعتماد الاتفاقية، معايير ذات حجية لتحديد المضمون القانوني الدقيق للقواعد الآمرة، أو العملية التي يمكن أن ترقى بواسطتها القواعد القانونية الدولية إلى مركز القـــــــــــواعد الآمرة)) [٣٢].

ويقترب مما ذكر قبلاً ما ذكرته لجنة القانون الدولي نفسها في معرض تعليقها على مشروع المادة ٥٠ من مشاريع مواد الاتفاقية لعام ١٩٦٦، إذ تقول اللجنة:((إن ظهور القواعد التي لها طابع القواعد الآمرة حديث العهد نسبياً، رغم أن القانون الدولي يمر بعملية تطوير سريع. وترى اللجنة أن المسار الصحيح هو النص بعبارات عامة على أن المعاهدة تكون لاغية إذا تعارضت مع قاعدة من القواعد الآمرة، وتركُ المضمون الكامل لهذه القاعدة يتبلور في ممارسة الدول وفي السوابق القضائية للمحاكم الدولية)) [٣٣].

ومن المهم جداً تحديد الموضوعات التي تعد قواعد آمرة ومثاله ما نصت عليه الفقرة ٥ من التعليق على مشروع المادة ٢٦، اذ تشير اللجنة بعبارات لا لبس فيها تقريباً إلى ما

يأتي: ((وتشمل القواعد الآمرة المقبولة والمعترف بها على نحو واضح حظر كل من العدوان والإبادة الجماعية والرق والتمييز العنصري والجرائم ضد الإنسانية والتعذيب، والحق في تقرير المصير)) (٣٤).

وبشأن مصادر القواعد الآمرة للقانون الدولي يقول المقرر الخاص للجنة القانون الدولي:((سيحدد أعضاء اللجنة في الفترة الخمسية القادمة ما ستكون عليه أعمالها المقبلة، بيد أن المقرر الخاص يود أن يقترح تخصيص التقرير المقبل لمعايير تحديد القواعد الآمرة، ويشمل ذلك مسألة مصادر القواعد الآمرة، أي ما إذا كانت القواعد الآمرة مستمدةً من القانون التعاهدي أو القانون الدولي العرفي أو المبادئ العامة للقانون أو من مصادر أخرى))(٣٥).

وورد في مشروع الاستنتاجات التي انتهى اليها مقرر لجنة القانون الدولي عن القواعد الآمرة ما نصّه:

((مشروع الاستنتاج ٣ : الطبيعة العامة للقواعد الآمرة: هي تلك القواعد العامة للقانون الدولي (jus cogens) ١ - قواعد القانون الدولي الآمرة التي يقبلها ويعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل بوصفها قواعد لا يُسمح بتعديلها أو الخروج عنها أو إلغائها.

٢ - تحمي القواعد الآمرة القِيَم الأساسية للمجتمع الدولي، وتعلو من الناحية التراتبية على غيرها من قواعد القانون الدولي، وتكون واجبَة التطبيق عالمياً))(٣٦).

وواضح جداً من النص المتقدم إن تسلسل القواعد الآمرة من حيث الترتيب هو الأول، أياً كان مصدر هذه القواعد، اتفاقياً كان أو عرفياً أو غير ذلك من المصادر.

وفي قضية كاييشيما على سبيل المثال، ذكرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا أن ((﴿حظر﴾ جريمة الإبادة الجماعية يعد جزءً من القانون العرفي الدولي، وعلاوة على ذلك، قاعدة من القواعد الآمرة)) (٣٧).

وواضح من النص المتقدم إن حظر جريمة الإبادة الجماعية عدّها الحكم القضائي قاعدة دولية عرفية وفي الوقت نفسه قاعدةً من القواعد الآمرة، وإذا كانت كلا القاعدتين عامة التطبيق على الدول فإن القاعدة الدولية العرفية يجوز أن تخرج بعض الدول من نطاق الالتزام بها إذا ما مارست هذه الدول إحدى طرق الرفض الدولية ومنها

الاحتجاج، وذلك في أثناء تكوين تلك القاعدة الدولية العرفية، أما القاعدة الآمرة فلا يمكن معارضتها أو استثناء دولة من الالتزام بمضمونها، أما إذا كانت القاعدة الدولية هي قاعدة دولية عرفية آمرة فهنا لا مجال للتنصل من حكمها مطلقاً، إذ تقدم الصفة الآمرة للقاعدة على الصفة العرفية كما سبق بيانه أعلاه من حيث التراتبية وتقديم القواعد الآمرة في التطبيق دونما استثناء.

لا يمكن تصور مجتمع ما، سواء كان افراداً ام دولاً، لا يضع القانون فيه اية حدود على حرية التصرف او حرية التعاقد وانما يوجد، في واقع الامر في كل مجتمع متحضر بعض قواعد القانون وكذلك بعض مبادئ الاخلاق التي لا تسمح للأفراد بموجب القانون ان يتجاهلوها او يخرجوا عليها، هذه القواعد تشكل ما يعرف بالقواعد الآمرة التي لا يجوز مطلقاً الاتفاق على مخالفتها او الانتقاص منها.

المطلب الأول

تعريف القواعد الامرة وتمييزها عما يشتبه معها

نتناول في هذا المطلب تعريف القواعد الامرة في فرع اول، ومن ثم بيان تمييزها عما يشتبه معها في فرع ثانٍ.

الفرع الاول

تعريف القواعد الآمرة

تعد القواعد الامرة في القانون الدولي قواعد ضرورية لوجود واستمرار النظام الدولي العام وهي تعبر عن وجود مجموعة من القيم والمصالح العليا للمجتمع الدولي والتي بدورها تنظم فكرة وجود المجتمع الدولي وكذلك فكرة النظام العام الدولي وتهدف القواعد الامرة الى ضمان ان مصالح المجتمع الدولي التي تسمو على المصالح الفردية للدول. وعلى الرغم من ان وجود القواعد الآمرة ليس محل خلاف بين اغلب الفقه الدولي الا ان تعريفها ما يزال بعيداً عن الوضوح [٣٨].

وقد عرفتها المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على النحو التالي ((تعتبر المعاهدة باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت، وقت ابرامها، تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة، ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون

الدولي العامة المقبولة والمعترف بها من جماعة الدول في مجموعها كقاعدة لا يجوز الاخلال بها ولا يمكن تغييرها الا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العامة لها ذات الصفة)).

ووفقاً لهذا النص هناك شرطان في القاعدة حتى تكون آمرة، اولهما ان تكون معترفاً بها كقاعدة للقانون الدولي العام، وثانيهما وهو الاهم عدم جواز الاخلال بها او الانتقاص منها. ولا تشير المادة ٥٣ الى مصدر القواعد الآمرة بمعنى كيف تم اصدارها ومن الذي اصدرها. و لذلك يوجد تنوع كبير بالنسبة لمصدر القواعد الآمرة، فبعضهم ينسبها للعرف اي تستمد منه، وبعضهم الآخر للمعاهدة، وبعضهم لكليهما كذلك هناك من ينسبها للمبادئ العامة للقانون، و هناك من ينسبها للثلاثة و هذه الآراء تم ذكرها في مؤتمر فينا حول قانون المعاهدات[٣٩].

كذلك يرى بعضهم ان مصدر الالتزام بالقواعد الآمرة لا يمكن تفسيره على اساس المدرسة الوضعية او الارادية ولكن على اساس من القانون الطبيعي. فالقواعد الآمرة مثل القانون الطبيعي ليست نتاج ارادة الدول فالالتزام بها لا ينبع من موافقة الدولة. ويمكن القول بأن القواعد الآمرة هي قواعد تجد جذورها في الضمير العالمي، وقيمة القواعد الآمرة لا تتأسس على مصدرها وانما تتأسس على قبول واعتراف الجماعة الدولية ككل، بأن موضوع القاعدة يمثل اهمية اساسية بالنسبة للدول وشعوبها، ومن ثم فأن اي انتقاص من هذه القاعدة يكون غير مسموح به [٤٠].

تتمتع القواعد الآمرة بأعلى مرتبة في التدرج الهرمي لقواعد القانون الدولي العام، فهي بخلاف القواعد الاتفاقية والقواعد العرفية ملزمة لكل الدول بصرف النظر عن رغبتها في الالتزام بها. وهذا ما اكدته المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، حيث قررت ان القاعدة الآمرة تتمتع بأعلى مرتبة في التدرج الدولي فذكرت انه ((بسبب اهمية القيم التي يحميها، فأن هذا المبدأ (حظر التعذيب) قد تطور الى قاعدة آمرة، اي قاعدة تتمتع بأعلى مرتبة في التدرج الدولي فهي اعلى من المعاهدة وحتى القواعد العرفية العادية)). النتيجة الاكثر بروزاً لهذه المرتبة الاعلى هي ان هذا المبدأ لا يمكن للدول التحلل منه عن طريق المعاهدات الدولية، او الاعراف المحلية، او الخاصة، او حتى القواعد العرفية العامة التي تتمتع بالقوة القاعدية نفسها.

وبما ان القواعد الآمرة تتمتع بأعلى مرتبة في التدرج الهرمي الدولي فلا يجوز مطلقاً الخروج عليها او الانتقاص منها. و لذلك اذا تعارضت قاعدة آمرة مع قاعدة دولية اخرى فأن هذه القاعدة الاخيرة تكون باطلة و لا يترتب عليها اية اثار قانونية، اي ان العلاقة بين القاعدتين هي علاقة صلاحية وليست علاقة اولوية او اسبقية و يترتب البطلان بصرف النظر عن مصدر القاعدة المخالفة للقاعدة الآمرة، فإذا تعارضت قاعدة آمرة مع عرف فأن العرف يبطل، واذا تعارضت معاهدة، سواء كانت ثنائية ام متعددة الاطراف، مع قاعدة آمرة فأنه يتوجب التمييز بين ما اذا كان ظهور القاعدة الآمرة سابقاً ام لاحقاً على وجود المعاهدة الدولية وذلك على النحو الاتي:

١- ((تعتبر المعاهدة باطلة إذا كانت، وقت ابرامها، تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام)) [٤١].

اي انه إذا كان هناك قاعدة آمرة موجودة بالفعل ثم تم عقد معاهدة تعارضها فأن في هذه الحالة تكون المعاهدة اللاحقة باطلة ويلحق جزاء البطلان بالمعاهدة كلها وليس فقط بعض نصوصها وحينئذ يكون على الاطراف: (ا)-ان تزيل بقدر الامكان اثار اي عمل استناداً الى اي نص يتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام.

(ب)- ان تجعل علاقاتها المتبادلة متفقة مع هذه القاعدة الآمرة[٤٢].

٢- ((اذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام ، فان اية معاهدة موجودة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها))[٤٣].

اي انه إذا كانت هناك معاهدة موجودة بالفعل ثم ظهرت قاعدة آمرة جديدة تتعارض معها فأنه في هذه الحالة تكون المعاهدة السابقة باطلة مع مراعاة ما يأتي:

(ا)-لا تكون المعاهدة باطلة منذ البداية وانما تكون باطلة منذ الوقت الذي ظهرت فيه القاعدة الآمرة الجديدة اي ان البطلان لا يترتب بأثر رجعي.

(ب)-يلحق البطلان بنصوص المعاهدة التي لا تتوافق مع القاعدة الامرة، اي يمكن اجراء فصل بين نصوص المعاهدة على ان يلحق البطلان فقط بالنصوص المتعارضة مع القاعدة الآمرة، اما النصوص الاخرى غير المتعارضة فتظل صحيحة [٤٤].

ويلاحظ انه على الرغم من ترتيب جزاء البطلان على المعاهدة المخالفة لقاعدة آمرة الا ان هذا الامر لا يؤدي دوراً كبيراً في الممارسة الدولية، وذلك بان الدول لا ترغب في الاعلان عن بطلان تصرفاتها، ومن الامثلة على ذلك ان الجمعية العامة للأمم المتحدة اعلنت في القرار ٣٤ / ٦٥ ب [٤٥].

وكذلك القرار ٣٥ / ٦٩ ب [٤٦].

ان اتفاقات كامب ديفيد (١٩٧٨) باطلة لأنها تنتهك الحق في تقرير المصير (اي قاعدة آمرة) ولكن الاطراف في الاتفاقية لم تبطل الاتفاقية ولم تنتج اية اثار ايجابية عن هذين القرارين. ولذلك فأن القواعد الآمرة لا يبدو انها تؤدي دوراً هاماً في حل النزاعات في القانون الدولي. ومما يؤدي بأن القواعد الامرة تكون مفهوماً نظرياً أكثر من كونه تنظيماً عملياً. ان اجراءات المطالبة ببطلان المعاهدة المخالفة لقاعدة آمرة يجب ان يبدأ بها أحد أطراف المعاهدة [٤٧].

واستناداً لما سبق فإن القواعد الامرة تكون اساسية بحيث لا يجوز التحلل منها او مخالفتها عن طريق اي قاعدة دولية اخرى وتشكل القواعد الآمرة قيداً على حرية الدول في ابرام ما تشاء من اتفاقيات او اصدار ما تشاء من قرارات الدول. وتنطبق القواعد الامرة على جميع الدول بصرف النظر عن موافقاتهم عليها. وبسبب طبيعتها الملزمة فإنها تُبطل اي قواعد تتعارض معها لا يمكن تعديلها الا عن قاعدة آمرة لاحقة ولذلك فأن القواعد الامر تتغلب على جميع قواعد القانون الدولي الأخرى، أياً كان مصدر هذه الأخيرة، وسواء كان صدورها سابقاً ام لاحقاً على القواعد الآمرة، وسواء كانت أكثر تحديداً من القواعد الامرة ام لا.

الفرع الثاني

تمييز القواعد الآمرة عما يشتبه بها

يوجد عدد من المصطلحات التي تختلط مع معنى القواعد الامرة، فهناك بعض القواعد لا يجوز الانتقاص منها او ذات اهمية للجماعة الدولية، ألا انها ليست قواعد آمرة ،و منها الالتزامات تجاه الكافة، وهي التزامات مهمة للجماعة الدولية بسبب اهمية موضوعها. ولذلك فان للدول مصلحة قانونية في حمايتها و تنفيذها، اي انه يحق لكل

دولة مقاضاة الدول المسؤولة عن انتهاكات اي من هذه الالتزامات، ولا يجوز دفع هذا الامر بدعوى انتفاء المصلحة، وذلك بان لكل دولة مصلحة قانونية في احترام الالتزامات في مواجهة الكل، و لا يعني وجود مصلحة لكل الدول في الوفاء في الالتزامات تجاه الكافة انها قواعد امرة، وذلك بأنه حتى تكون بصدد قاعدة آمرة فانه يجب ان تكون معترفاً بها و مقبولة من جميع الدول و من امثلة الالتزامات تجاه الكافة التزامات الدول باحترام القواعد الملزمة في القانون الدولي الإنساني. وتجدر الاشارة الى ان القاعدة الدولية التي تتضمن التزاماً تجاه الكافة لا تتمتع بأية اسبقية على القواعد الدولية الاخرى، فاذا حدث تعارض بين قاعدة دولية تتضمن التزاماً تجاه الكل و قاعدة دولية اخرى فان هذه القاعدة الاخرى تظل صحيحة، اي ان الالتزامات تجاه الكل لا تبطل القواعد المختلفة منها و لا تسمو عليها. و تتشابه القواعد الآمرة مع الالتزامات في مواجهة الكافة في انها قواعد على درجة كبيرة من الاهمية. و لذلك يجوز لكل دولة ان تطالب الدول الأخرى باحترام القواعد الآمرة و الامتثال لها. و يترتب على ذلك ان القواعد الآمرة هي في الوقت نفسه قواعد تتضمن التزامات في مواجهة الكل اي ان كل قاعدة آمرة تتضمن التزاماً تجاه الكافة و لكن العكس غير صحيح، فالالتزامات تجاه الكل، ليست كلها قواعد آمرة و لذلك فان الالتزامات تجاه الكافة اوسع من القواعد الامرة فبينما تركز القواعد الآمرة على قوة القاعدة في مواجهة القواعد الاخرى فان الالتزامات تجاه الكل تركز على الناحية الاجرائية اي امكانية استحضار المسؤولية عن الانتهاك. وفيما يخص علاقة القواعد الآمرة بالقواعد الدولية العرفية وما إذا كان يمكن دراسة القواعد الآمرة من ضمن عمل لجنة القانون الدولية بشأن تحديد القانون الدولي العرفي، يقول مقرر اللجنة في تقريره الأول ما يأتي((أثيرت في سياق مناقشات لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة في عام ٢٠١٢، مسألة ما إذا كان ينبغي أن يشمل هذا الموضوع مسألة نشأة القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي وإثباتها، ومن الأهمية بمكان في هذا السياق الإشارة إلى أن مصادر القواعد الآمرة ما زالت محاطة بـ (هالة من الغموض)، فبعض أخصائيي القانون الدولي يعتبرونها فئة خاصة من القانون الدولي العرفي، وينكر البعض الآخر أن تكون مستمدة من العرف، إلاّ إن آخرين يرون أن القانون الدولي العرفي ليس إلاّ أحد المصادر الممكنة للقواعد الآمرة. وثمة من يرى أن

قواعد القانون الدولي العرفي يُحتمل أن تعتبر هي نفسها قواعد آمرة أو أن تتطور لتصبح قواعد آمرة، ويجوز أن تتصل الاثنتان بأركان مشتركة. ويذهب رأي آخر إلى القول إن القواعد الآمرة تطرح صعوبات خاصة بها من حيث إثباتها ونشأتها وتصنيفها، وهي مسائل خارجة عن نطاق هذا الموضوع. وترى أغلبية الأعضاء في اللجنة، وأغلبية الممثلين في اللجنة السادسة، ممن تناولوا المسألة بالمناقشة في عام ٢٠١٢، أنه من المستحسن ألاّ تُدرج القواعد الآمرة في هذا الموضوع))[٤٨].

ويجب بيان العلاقة بين القواعد الآمرة والقواعد الواردة في ميثاق الامم المتحدة فيوجد فارقان اساسيان بينهما ،اولهما ان ميثاق الامم المتحدة لا يُبطل الالتزامات او المعاهدات التي لا تتماشى معه، وانما هو فقط يسمو عليها اما القواعد الآمرة فهي تُبطل اي التزام يتعارض معها وثانيهما ان للدول الاعضاء تعديل ميثاق الامم المتحدة اما القواعد الآمرة فلا يجوز تعديلها إلا عن طريق قاعدة آمرة جديدة ولهذا فان الالتزامات المترتبة على الميثاق لا تتساوى في القوة القانونية مع القواعد الآمرة وانما تكون للقواعد الآمرة السمو على ما عداها بما في ذلك الميثاق نفسه وعلى ذلك ان كان هناك تعارض بين التزام وفقا للميثاق وقاعدة آمرة فان القاعدة الآمرة هي التي تُطبق، ويجب التمييز ايضا بين القواعد الآمرة وقرارات مجلس الامن فإذا كان ميثاق الامم المتحدة لا يمكنه مخالفة القواعد الآمرة فانه لا يجوز من باب اولى لجهاز يستمد اختصاصه من الميثاق ان يُخالف القواعد الآمرة وبناء على ذلك فانه يتعين على قرارات مجلس الامن ان لا تخالف القواعد الآمرة ،وعلى ذلك إذا خالف قرار لمجلس الامن قاعدة آمرة للقانون الدولي فان هذا القرار يكون غير ملزم ، ولا يمكن الاستناد الى المادة ١٠٣ لتبرير مشروعيته[٤٩].

المطلب الثاني

أسبقية القواعد الآمرة في التطبيق

ظهرت فكرة القاعدة الدولية الآمرة في بعض احكام القضاء الدولي وآرائه الإفتائية، فضلاً عن طائفة من الآراء الفردية والمخالفة الملحقة بتلك الاحكام او الآراء كما استندت اليها الأطراف المتخاصمة في دعاوي معينة ، ويكون للقواعد الآمرة اسبقية في التطبيق في مجال القانون الدولي وهذا ما سنبحثه في فرعين اولهما في الاحكام القضائية الدولية والثاني في الآراء الفردية والمخالفة

الفرع الاول

في الاحكام القضائية الدولية

من أبرز الأحكام القضائية الدولية التي تعنينا في هذا المقام تلك التي صدرت في القضايا الآتية: قضية الفريد كروب وقضية مضيق كورفو وقضية الامتداد القاري لبحر الشمال.

أولاً: قضية الفريد كروب

اتهم الفريد كروب بانه استخدم ابان الحرب العالمية الثانية اسرى الحرب الفرنسيين في امور تتصل مباشرة بالأعمال الحربية. و من بينها تشغيلهم في صنع و نقل العتاد و السلاح الحربي، خلافا للقواعد المستقرة في العرف الدولي و المعلن عنها في لائحة لاهاي لسنة ١٩٠٧و اتفاقية جنيف لسنة ١٩٠٧ و اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٩، و التي تحرم تشغيل اسرى الحرب في امور ذات صلة مباشرة بالأعمال الحربية و امام المحكمة العسكرية الدولية بنورمبرج دفع المتهم بانتفاء مسؤوليته تأسيسا على ان استخدامه اسرى الحرب الفرنسيين في تلك الاعمال تنفيذاً لاتفاق دولي أبرمته المانيا مع الحكومة الفرنسية(٥٠).

وكان يمثل الأخيرة سفيرها في برلين ويسوغ هذا الاتفاق للسلطات الالمانية استخدام أسرى الحرب الفرنسيين في مصانع انتاج الاسلحة، ومن ثم يرتفع عن فعله وصف العمل غير المشروع. وحتى تفصل المحكمة فيما أبداه المتهم من دفاع تناولت في اسباب حكمها الاتفاق المبرم بين السلطات الالمانية وحكومة فيشي وقضت ببطلانه على فرض وجوده لمخالفته الآداب العامة الدولية (٥١).

ثانياً: قضية مضيق كورفو

تتلخص وقائع هذه القضية في انه بتاريخ ٢٢ اكتوبر ١٩٤٦ شرعت اربع من قطع الاسطول البريطاني تتكون من مدمرتين و طرادين في عبور المضيق، وما ان بلغت المياه الاقليمية الالبانية في منطقة جنوب غرب سارندا حتى اصطدمت المدمرتان بعدد من الالغام البحرية فانفجرت واصيبت المدمرتان بخسائر جسيمة فضلاً عن مقتل اربعة و اربعين و جرح اثنين واربعين من ضباط و افراد طاقميهما، و اعقب ذلك ان بعثت بريطانيا في ١٢، ١٣ من نوفمبر ١٩٤٦ الى المضيق بسفن حربية كاسحة للألغام حيث قامت

بانتزاع اثنين و عشرين لغماً و نقلت اثنين منهما الى جزيرة مالطة لفحصهما، و بررت ذلك بما اسمته حق التدخل بيد ان البانيا اعتبرته خرقاً لسيادتها الاقليمية وتعبيراً عن سياسة القوة.

وفي ٢٥ مارس ١٩٤٨ وبناء على توصية مجلس الامن واتفاق الطرفين عُرض النزاع على محكمة العدل الدولية، والقت بريطانيا على البانيا بالمسؤولية عن الاضرار التي اصابت سفينتيها وطاقميهما، استناداً الى انها التي زرعت حقول الالغام او في الاقل كانت تعلم بها فيقع على كاهلها الالتزام بالإعلان عنها، وفقاً لما تقتضي به المادتان الثالثة والرابعة من معاهدة لاهاي الثامنة لسنة ١٩٠٧ والمبادئ العامة للقانون الدولي والقواعد الانسانية (٥٢).

وفي سبيل درء مسؤوليتها تذرعت البانيا بانتفاء الدليل على ما نسب اليها، وحملت بريطانيا المسؤولية لاعتدائها على سيادتها الاقليمية بسبب مرور سفنها في المياه الاقليمية الالبانية دون ان تخطر السلطات المحلية بمقدمها وتحصل منها على تصريح سابق.

وفي التاسع من ابريل ١٩٤٩ اصدرت المحكمة حكماً يقضي بمسؤولية البانيا عن انفجار الالغام البحرية في المضيق و ما نجم عنه من اضرار تستوجب التعويض، تأسيساً على انها تخلفت عن الوفاء بالتزاماتها في الاعلان عن وجود هذه الالغام في مياهها الاقليمية و تحذير السفن الحربية البريطانية من هذا الخطر الداهم، و هو التزام مقرر لمصلحة الملاحة الدولية عموماً و قالت المحكمة في اسباب حكمها، ان هذا الالتزام يتأسس على بعض المبادئ العامة المعترف بها و التي تمليها الاعتبارات الانسانية الاولية، و هي مبادئ تطبق في زمني السلم و الحرب على السواء ،و حددت هذه المبادئ في مبدأ حرية المواصلات البحرية و التزام كل دولة بالامتناع عن مباشرة اعمال على اقاليمها تضر بحقوق الدول الاخرى وفي الوقت عينه قضت المحكمة بمسؤولية انكلترا لانتهاكها السيادة الاقليمية لجمهورية البانيا الشعبية و اكدت في هذا الصدد ان احترام السيادة الاقليمية يعد احد الاسس الجوهرية للعلاقات الدولية .

ويكشف هذا الحكم على ان المحكمة اقرت بوجود مصلحة دولية مشتركة، وان التزام الدولة بالإعلان عن الالغام المزروعة في مياهها الاقليمية وتحذير السفن الاجنبية من مخاطرها وهو التزام غايته تلك المصلحة و مبناه الاعتبارات الانسانية الاولية كما اكدت

المحكمة ان احترام السيادة الاقليمية اساس جوهري للعلاقات بما يمكن القول معه بأنه قاعدة قانونية امرة يمتنع على الدول ان تخالفها (٥٣).

ثالثاً: قضيتا الجرف القاري لبحر الشمال

وفي هاتين القضيتين قام نزاع بين المانيا الاتحادية وكل من جارتيها الدنمارك و هولندا حول تحديد الامتداد القاري لكل منها في بحر الشمال ولما لم تتوصل الى اتفاق في هذا الشأن أصدرت كل من هولندا والدنمارك قرارات تحديد الامتداد القاري وفقاً لمبدأ البعد المتساوي المنصوص عليه في المادة السادسة من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالامتداد القاري، ولّما لم تكن المانيا الاتحادية طرفاً في تلك الاتفاقية فهي لا تلتزم بأحكامها عملاً بقاعدة نسبية اثر المعاهدات. ومن ثم بحثت المحكمة فيما اذا كان مبدأ البعد المتساوي من المبادئ العرفية السابقة على اتفاقية جنيف او انه مبدأ جديد استحدثته الاتفاقية، وفي العشرين من فبراير ١٩٦٩ اصدرت محكمة العدل الدولية حكماً تضمن ان مبدأ البعد المتساوي من المبادئ الجديدة و لم يكن من المبادئ العرفية، وطلبت المحكمة الى الاطراف المتنازعة ان تتفاوض فيما بينها بشان الاسس التي يجب تحديد الامتداد القاري على هديها، و حددت لهم بعض النقاط التي تعنيهم على هذا التحديد.

وعلى الرغم من ان المحكمة صرحت في اسباب حكمها بانها لم تتناول فكرة النظام العام الدولي وأنها لذلك لا تقطع فيها برأي فقد قررت انه (يجوز مخالفة قواعد القانون الدولي بطريقة الاتفاق وذلك في حالات خاصة او بين أطراف معينة) واضافت في موضع لاحق من حكمها (انها تعتبر ان القانون الدولي لا يشتمل في مسألة تحديد الامتداد على قاعدة امرة ....)

ويستفاد من هذا الحكم ان المحكمة، وان ذهبت الى امكانية الاتفاق على مخالفة قواعد القانون الدولي باعتبار ان هذا هو الاصل المقرر فيه، فإنه لم تستبعد مع ذلك وجود طائفة من القواعد الدولية الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

رابعاً: قضية برشلونة للقوى المحركة

وفي هذه القضية قررت المحكمة في حكمها الذي اصدرته في الخامس من شباط عام ١٩٧٠ ان الدولة التي ترخص للأشخاص الطبيعية او المعنوية في ان تباشر على اقاليمها

نشاطاً انمائياً ملزمة بأن توفر لهؤلاء الحماية القانونية، وعُدت هذا الالتزام من بين الالتزامات التي تتحمل بها الدولة تجاه الجماعة الدولية في مجموعها، والتي تختلف عن الالتزامات التي تتحمل بها الدولة حيال دولة اخرى.

واضافت المحكمة في اسباب حكمها ان الالتزامات من النوع الاول تتحمل بها كل من الدول، وانه بالنظر لأهمية الحقوق التي تقابلها فان لسائر الدول ان تتمسك بان لها مصلحة قانونية من جراء صون تلك الحقوق، فهي اذاً التزامات مطلقة تسري في مواجهة الكافة وضربت المحكمة امثله لهذه الالتزامات مستخلصة من القانون الدولي المعاصر بتلك التي تتعلق بالكف عن العدوان وتحريم ابادة الجنس البشري، فضلا عن تلك التي تفرضها المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الاساسية للإنسان، والتي تشمل ايضا حمايته من الاتجار بالرقيق والتمييز العنصري. ولا يخفى ما لهذا الحكم من دلالة هامة في صدد القواعد الامرة فقد اقر به اثنا عشر قاضيا يمثلون حضارات متنوعة ونظماً قانونية مختلفة، بان الدولة تتحمل ببعض الالتزامات حيال الجماعات الدولية في مجموعها، وان هذه الالتزامات توجبها قواعد امره في القانون الدولي الوضعي وتفرضها على الدول كافة ، اذاً، هي لا ترعى مصلحة فردية لدولة معينة بقدر ما ترعى مصلحة عامة للجماعة الدولية كوحدة قائمة بذاتها وعلى هذا تكون المحكمة قد نفذت في واقع الامر الى فكرة النظام العام الدولي وكشفت عن وضعية طائفة من القواعد الدولية الامرة عليه فان من مقتضى وصفها لتلك الالتزامات بانها التزامات مطلقة تتقيد بها كل الدول في مواجهة الجماعة الدولية في مجموعها ان يقع الاتفاق على ما يخالفها باطلا لا اثر له.

خامساً: قضية التحفظات بشأن اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها -الفتوى الصادرة في ٢٨ ايار – مايو ١٩٥١:

احالت الجمعية العامة للأمم المتحدة الى المحكمة المسألة المتعلقة بتحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الابادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها (قرار الجمعية العامة المؤرخ ١٦ تشرين الثاني – نوفمبر ١٩٥٠) وذلك على النحو الاتي:

'' فيما يتعلق باتفاقيات مكافحة جريمة الابادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها في حالة تصديق دولة على الاتفاقية او انضمامها اليها رهنا بتحفظ أبدي أما وقت التصديق او الانضمام او وقت التوقيع الذي يعقبه تصديق:

اولاً: هل يمكن اعتبار الدولة المتحفظة طرفاً في الاتفاقية مع استمرارها في تحفظها إذا كان ذلك التحفظ موضع اعتراض واحد او أكثر من الاطراف في الاتفاقية دون الاخرين؟

ثانياً: في حالة الرد على السؤال الاول، ما هو مفعول التحفظ فيما بين الدولة المتحفظة و:

أ- الاطراف المعترضين على التحفظ؟

ب- الاطراف الذين يقبلونه؟

ثالثاً: ماذا يكون الاثر القانوني فيما يتعلق في الاجابات على السؤال الاول أذا أُبدي اعتراض على التحفظ:

أ- موقّع على اتفاقية لم يقم بعد بتصديقها؟

ب- دولة يحق لها التوقيع والانضمام ولكن لم تفعل ذلك بعد؟،، [٥٤].

قدمت الدول والمنظمات الاتية بيانات خطية الى المحكمة:

منظمة الدول الامريكية، اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية، المملكة الاردنية الهاشمية، الولايات المتحدة الامريكية، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية، الامين العام للأمم المتحدة، اسرائيل، منظمة العمل الدولية، بولندا، تشيكو سلوفاكيا، هولندا، جمهورية رومانيا الشعبية، جمهورية اوكرانيا الاشتراكية السوفياتية، جمهورية بلغاريا الشعبية جمهورية بيلاروسيا الاشتراكية السوفياتية، جمهورية الفلبين.

وعلاوة على ذلك استمعت المحكمة الى بيانات شفوية أدلى بها نيابة عن الامين العام للأمم المتحدة وعن حكومات اسرائيل والمملكة المتحدة وفرنسا واعطت المحكمة بأغلبية ٧ اصوات مقابل ٥ الاجابات الآتية.

جواب السؤال الاول: يمكن عدّ الدولة التي ابدت تحفظاً واستمرت فيه، والتي اعترض على تحفظها طرف او أكثر من الاطراف في الاتفاقية، ولكن دون الاخرين طرفا في الاتفاقية اذ كان التحفظ منسجما مع هدف الاتفاقية وغرضها والا فلا يجوز عدّ تلك الدولة طرفا في الاتفاقية.

جواب السؤال الثاني: أ-إذا اعترض أحد الاطراف في الاتفاقية على اعتبار انه لا ينسجم مع هدف الاتفاقية وغرضها فبإمكان ذلك الطرف في الواقع ان يعتبر الدولة المتحفظة ليست طرفا في الاتفاقية.

ب-ومن ناحية اخرى إذا قبل أحد الاطراف في الاتفاقية التحفظ على اعتبار انه منسجم مع هدف الاتفاقية وغرضها فبإمكان في الواقع أن يعتبر ان الدولة المتحفظة طرف في الاتفاقية.

جواب السؤال الثالث: أ-لا يمكن ان يكون الاعتراض الذي تبديه على التحفظ دولة وقعت على الاتفاقية ولكن لم تصّدق عليها بعد المفعول القانوني المشار اليه في جواب السؤال الاول الا عندما تصدق هذه الدولة على الاتفاقية، وحتى ذلك الوقت لا يكون الاعتراض الا اشعاراً للدول الاخرى بالموقف النهائي التي ستتخذه الدولة الموقعة.

ب-لا يكون اي مفعول قانوني للاعتراض الذي تبديه على التحفظ دولة لها حق التوقيع او الانضمام ولكنها لم تفعل ذلك بعد.

ألحق بالفتوى رأيان متعارضان: احدهما من نائب الرئيس غويريرو والقضاة سير اورنولد ماكنير ،وريد ،وهوسمو والاخرى من القاضي الفاريز. استهلت المحكمة فتواها بتنفيذ الحجج الموقعة من بعض الحكومات بأنها لا تملك اختصاص لممارسة الافتاء في هذه القضية ثم تناولت المحكمة الاسئلة المعروضة عليها بعد ان لاحظت انها مقتصرة صراحة على اتفاقية الابادة الجماعية وانها ذات طابع نظري صرف.

يتعلق السؤال الاول فيما إذا كان بإمكان الدولة التي ابدت تحفظا ان تعدّ وهي مستمرة في تحفظها طرفا في اتفاقية الابادة الجماعية بينما يعترض بعض الاطراف على التحفظ. ان اي دولة في علاقتها التعاهدية لا يمكن ان تكون ملتزمة دون موافقتها ولا يكون للتحفظ من مفعول الا بموافقتها ومن ناحية اخرى فان هناك مبدأ معترفاً به، هو الاتفاقية المتعددة الاطراف هي نتاج اتفاق تم ابرامه بحرية، وترتبط بهذا المبدأ فكرة تمامية الاتفاقية بالصيغ التي اعتمدت بها، وهي فكرة بمفهومها التقليدي تفترض ان لا صلاح لتحفظ ما لم يكن مقبولاً لدى كافة الاطراف المتعاقدة. و لهذه الفكرة قيمة لا خلاف فيها بوصفها مبدأ اما فيما يتعلق باتفاقية الابادة الجماعية فقد اخذ بالمرونة في تطبيقها بفعل ظروف متباينة ،يمكن ان يذكر من بينها الطابع العالمي للأمم المتحدة والتي تم برعايتها ابرام الاتفاقية ،ونسبة للاشتراك الواسع جدا والذي توخته الاتفاقية ذاتها ولقد ادى هذا الاشتراك في اتفاقيات من هذا القبيل الى درجة اكبر من المرونة من ناحية عملية وزيادة شيوع اللجوء الى ابداء التحفظ واتاحة الفرص الكبرى للموافقة ضمنا على التحفظات

وقبول الدولة المتحفظة طرفا في الاتفاقية بالنسبة الى الدول التي تقبلها ، كل هذه الدلائل على ظهور حاجة جديدة للمرونة في اعمال الاتفاقية المتعددة الاطراف، وعلاوة على ذلك فان اتفاقية الابادة الجماعية، وان كانت قد اعتمدت بالإجماع فإنها مع ذلك نتاج سلسلة من تصويتات الموافقة بالأغلبية، الامر الذي قد يجعل من الضروري لبعض الدول ابداء التحفظات ولا يجوز الاستنتاج بسبب عدم وجود مادة في الاتفاقية بشان التحفظات بان التحفظات محظورة وعدم وجود احكام صريحة بشان الموضوع ، لتقرير امكانية ابداء التحفظات وتقرير اثارها يستدعي النظر في طابع تلك التحفظات وغرضها واحكامها وطريقة اعدادها واعتمادها ويدل اعداد اتفاقية الابادة الجماعية على ان تعهدا قد تم الوصول اليه داخل الجمعية العامة بشان القدرة على ابداء التحفظات، وانه يسمح للاستنتاج من ذلك بان الدول التي تصبح اطرافا في الاتفاقية قد اعطت موافقتها على ذلك(٥٥).

ما هو طابع التحفظات التي يجوز ابداؤها والاعتراضات التي يجوز اثارتها على تلك التحفظات؟ يكمن الحل في المميزات الخاصة لاتفاقية الابادة الجماعية. فالمبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية تعترف بها الامم المتحضرة، على اعتبار انها ملزمة للدول حتى بدون اي التزام بموجب الاتفاقية، فقد أُريد للاتفاقية ان تكون عالمية النطاق وغرضها انساني وحضاري صرف وليست محل للالتزامات المتقابلة بين الدول. وهذا يؤدي الى الاستنتاج بان هدف الاتفاقية يدل ضمنا على ان قصد الجمعية العامة والدول التي اعتمدتها هو ان يشترك فيها اكبر عدد ممكن من الدول وهذا الغرض سيكون مآله الفشل اذا كان الاعتراض على تحفظ بسيط يؤدي الى عدم القبول كليةً بالاتفاقية ومن ناحية اخرى فان الاطراف المتعاقدة لا يمكن ان تكون قد قصدت التضحية بهدف الاتفاقية بالذات لصالح رغبة غير جلية في كفالة اشتراك اكبر عدد ممكن من الاطراف وبناءً على ذلك فان الانسجام بين التحفظ وهدف الاتفاقية وغرضها والمعيار الذي يتحدد بموجبه موقف الدول المتحفظة والدول المعترضة على التحفظ وهكذا فلا يمكن اعطاء جواب محدد للسؤال الاول نظراً لطابعه النظري، لتقييم التحفظ ومفعول الاعتراضات يتوقفان على الظروف في كل حالة على انفراد(٥٦).

ثم نظرت المحكمة في السؤال الثاني الذي طلب منها فيه ان تحدد مفعول التحفظ فيما بين الدولة المتحفظة والاطراف التي تعارض التحفظ والدول التي تقبله وهنا تنطبق الاعتبارات نفسها فلا يمكن ان تكون اي دول ملزمة للتحفظ لم توافق عليه ولذا فلكل دولة بناء على تقديراتها وتحفظاتها الفردية وفي حدود معاير الهدف والفرض السالف الذكر ان تُعدُّ الدولة المتحفظة طرفا في الاتفاقية ، او لا تعتبرها كذلك وفي مجرى الاحداث العادية لا تؤثر الموافقة الا على العلاقة بين الدولتين ومع ذلك يمكن ان تهدف الى الاستبعاد الكامل من الاتفاقية في حال التعبير عنها باتخاذ موقف يتعلق بالولاية القضائية، فبعض الاطراف يمكن ان يعدّوا ان الموافقة لا تنسجم مع غرض الاتفاقية ،وقد يرغبون في تسوية النزاع اما عن طريق اتفاق خاص او عن طريق الاجراء المنصوص عليه في الاتفاقية نفسها. والمضار الناجمة عن هذا التباين الممكن في وجهات النظر حقيقية وكان بالإمكان علاجها بمادة تعني بالتحفظات غير ان ما يلطفها هو الواجب المشترك للدول المتعاقبة فان تسترشد في حكمها بانسجام التحفظ او عدمه مع هدف الاتفاقية وغرضها، ويجب الافتراض بوضوح ان الدول المتعاقدة راغبة في ان يبقى سليما على الاقل ما هو ضروري لغرض الاتفاقية. وانتقلت المحكمة اخيرا الى السؤال الثالث المتعلق بمفعول الاعتراض الذي تبديه دولة لها حق التوقيع والتصديق ولكنها لم تفعل ذلك بعد او دولة قامت بالتوقيع ولكنها لم تقم بالتصديق بعد، اما في الحالة الاولى فلا يمكن تصور ان يكون بإمكان دولة ليس لها اي حقوق في ظل الاتفاقية استبعاد دولة اخرى، اما حال الدول الموقعة فاكثر ايجابية ذلك ان هذه الدول قد اتخذت بعض الخطوات اللازمة لممارسة حقها في ان تكون اطرافاً وهذا المركز المؤقت يعطيها الحق في التوقيع كتدبير احتياطي اعتراضات هي نفسها ذات طابع مؤقت واذا اتبع التوقيع بتصديق عد الاعتراض نهائيا. وليس للاعتراض مفعول قانوني حالي وانما هو يعبر عن موقف كل دولة موقعة عندما تصبح طرفا ويعلن ذلك الموقف (٥٧).

الفرع الثاني

في الآراء الفردية والمخالفة

تنحصر هذه الآراء في خمسة الحقت بالأحكام التي صدرت في:

١-قضية ويمبلدون
٢-قضية اوسكار شين
٣-قضية تطبيق اتفاقية حماية الاطفال
٤-قضايا جنوب غرب افريقيا
٥-قضيتي الامتداد القاري للبحر الشمالي

اولا: -**قضية ويمبلدون**:

في الراي المخالف الملحق بالحكم الذي اصدرته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية فابير ويمبلدون (VAPEUR WIMBLEDON) كتب القاضي شوكنج (SCHUEKING) قائلا ان :"واجبات الحياد ان تكون لها الاولية على اي من الالتزامات التعاقدية ...، وان من المستحيل ان تنشىء اتفاقية التزاما صحيحا قانونا ،متى كان غرضه ارتكاب افعال تنتهك حقوق الدول الغير"(٥٨).

يتبين من هذا النص ان حرية الدول في التعاقد ليست مطلقة انما هي مقيدة فلا يجوز ان تمس حقوق الدول من غير الأطراف .وفي النص اولوية لتطبيق القواعد الامرة على القواعد التعاقدية.

ثانيا: -**قضية اوسكار شين**:

وفي رأي فردي ملحق بالحكم الذي اصدرته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية اوسكار شين كتب القاضي شوكنج ايضا ان (الحالة التي تعتبر فيها الاتفاقية باطلة بطلاناً مطلقاً، ليست حالة فردية تماما في القانون الدولي)، (وان المحكمة لن تطبق مثلا اتفاقية تتعارض نصوصها مع الآداب العامة)، لان (موقف القاضي في هذه الحالة، تتصدرهُ فكرة النظام العام الدولي) (٥٩).

ويبدو ان القاضي شوكنج كان يميل الى اضفاء الصفة الامرة على عقد عصبة الامم في مجموعه، سيما وقد نصت المادة العشرون منه على التزام الدول الاعضاء بالامتناع عن التحمل بالالتزامات او الدخول في اتفاقات تتعارض مع نصوصه وما لم تعدّ الاتفاقات المخالفة له باطلة بطلاناً مطلقاً، فانه لا تكون لها سوى قيمة محددة (٦٠).

ثالثا: -القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام ١٩٠٢ التي تحكم الوصاية على الرضع:

عنيت القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية ١٩٠٢ التي تنظم الوصاية على الرضع بين هولندا والسويد بشرعية اجراء التنشئة الوقائية الذي اتخذته السلطات السويدية فيما يتعلق بالطفلة الرضيع (ماري اليزابيث بول) التي تحمل الجنسية الهولندية وتقيم في السويد وادعت هولندا في الطلب الذي قدمته لإقامة الدعوى ، ان هذا الاجراء لا يتماشى مع احكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢ والتي تحكم بالوصاية على الرضع، وهي الاحكام التي يكون القانون الوطني للرضيع بموجبها هو القانون الواجب التطبيق، وطلبت من المحكمة ان تعلن ان اجراء التنشئة الوقائية لا يتماشى مع الالتزامات التي تعتبر السويد ملزمة بتنفيذها بمقتضى الاتفاقية وان تامر بإنهاء العمل بذلك (٦١).

غير ان اجراء التنشئة الوقائية بحكم كونه تدبيراً يقع ضمن فئة النظام العام لا يشكل خرقاً للاتفاقية وتحتفظ الدول المتعاقدة بحق جعل صلاحيات الوصي الاجنبي خاضعة للقيود التي يرتبط بها النظام العام (٦٢).

وقد ردد القاضي (مورينوانتانا) فكرة النظام العام بصدر هذه القضية استناداً الى الحق الذي تمنحه المادة ٥٧ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية ليلحق بالحكم اراء معارضة (٦٣).

رابعاً: قضيتا افريقيا الجنوبية والغربية:

في الرأي المخالف الذي ألحقه القاضي (جيسوب) بحكم محكمة العدل الدولية الصادرة في ١٨ تموز سنة ١٩٦٦ في القضايا جنوب غرب افريقيا ورد ان عالم اليوم "عالم ينبغي ان تقوم فيه العلاقة الودية بين الامم على اساس المساواة في الحقوق بين الشعوب وحقها في تقرير مصيرها " واضافة ان على المحكمة ان تطبق ما اسماه "المعايير الموضوعية الملائمة " (٦٤).

خاتمة

لابد من خاتمة نثبت فيها المهم مما استنتجناه وما توصلنا إليه من توصيات وكالآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. إن موضوع مصادر القانون الدولي العام من الموضوعات القديمة والحديثة في الوقت نفسه، ولا أدل على ذلك من أن لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية

العامة للأمم المتحدة والمكلفة بمهمة تدوين وتطوير قواعد القانون الدولي قد وضعت من ضمن برنامج عملها الطويل الأجل مواضيع تخص مصادر القانون الدولي بالذات ومثالها موضوع تحديد القانون الدولي العرفي Identifying of Customary International Law وموضوع القواعد الآمرة Jus Cogens وقد قدمت تقارير ومشاريع مواد مقترحة إلاّ إن التقرير النهائي بشأنها لا يزال قيد الإنجاز.

٢. إن المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية – وهي نفسها المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة - والتي بيّنت مصادر القانون الدولي العام، وإن كانت قد وضعت من حيث الأصل لقضاة المحكمة الدولية، ليطبقوا ما ورد فيها من مصادر بشأن ما يُعرض على المحكمة من نزاعات قانونية بين الدول، فإنها وبفعل تواتر الأخذ بها من قبل المحاكم وهيئات التحكيم الدولية، أصبحت قاعدة دولية عرفية واجبة الاتباع في جميع الهيئات القضائية الدولية.

٣. إن الترتيب الوارد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تأخذ به المحكمة بوجه عام، وإن لم يُنص عليه صراحة، إذ إن النص عليه كما يرى بعضهم تزيُّدٌ لا طائل من ورائه، ومع ذلك، ففي بعض أحكام محكمة العدل الدولية طبقت المحكمة القواعد الدولية العرفية على الرغم من وجود اتفاقيات دولية بشأن موضوع النزاع، إذ إن القواعد الدولية العرفية عامة من حيث التطبيق مع وجود الاتفاقيات أو عدمها.

٤. إن القاعدة الدولية العرفية من حيث الأصل تلزم الدول كافة باستثناء الدول التي مارست تجاه القاعدة الدولية العرفية إحدى طرق الرفض الدولية وأبرزها الاحتجاج إذ في حال صدوره صحيحاً من قبل الدولة لا تسري القاعدة الدولية العرفية المحتج عليها تجاه الدولة المحتجة، كل ذلك إذا لم تكن القاعدة الدولية العرفية من القواعد الآمرة إذ تكون القاعدة الآمرة واجبة التطبيق على الجميع من التزم بها ومن احتج عليها ومن التزم جانب السكوت.

٥. إن سبق ورود القواعد الدولية العرفية من حيث المرتبة مقارنة بالمبادئ العامة للقانون يقلّل كثيراً من أهمية الأخيرة كمصدر، إذ إن الكثير مما يطرح كمبادئ عامة للقانون هي في الواقع قواعد دولية عرفية ومن ثم يكون التطبيق للقواعد العرفية لا للمبادئ العامة للقانون.

٦. إن السبب الذي حدا بممثلي الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا في اللجنة القانونية للجمعية العامة، الى الاعتراض على وضع تعريف للاتفاقية المتعددة الأطراف العامة '' الشارعة ''هو رغبة هاتين الدولتين في عدم الالتزام بأحكام نصوص اتفاقية لم تصادق عليها، ولا سيما تلك المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.

٧. يمكن للعرف تعديل المعاهدة وكذلك للمعاهدة تعديل العرف وهذا يؤكد تساوي المصدرين ((المعاهدة والعرف)) من حيث القيمة القانونية.

٨. إن القواعد العرفية أكثر عمومية من المعاهدات، والمبادئ العامة للقانون أكثر عمومية من القواعد العرفية، لذلك فالمعاهدات تسبق العرف والذي بدوره يسبق المبادئ العامة للقانون من حيث التطبيق استناداً إلى مبدأ التخصيص.

٩. ليس هناك من قاعدة دولية صريحة تنص على التدرج بين قواعد القانون الدولي العام، غير إن ذلك لا يعني إن فكرة التدرج بين القواعد الدولية غير موجودة، ولاسيما في مجال التطبيق فالممارسات الدولية والأحكام القضائية مضافاً الى الكتابات الفقهية تؤكد وجود تدرج بين قواعد القانون الدولي.

١٠. يمكن من خلال دراستنا استنتاج التدرج الآتي لمصادر القانون الدولي العام:

أ. القواعد الآمرة.

ب. قواعد ميثاق الأمم المتحدة.

ت. المعاهدات الدولية.

ث. القواعد الدولية العرفية.

ج. المبادئ العامة للقانون.

ح. مبادئ العدل والانصاف '' إذا ما اتفق الخصوم على تخويل القضاة الحكم بموجبها ''.

خ. أحكام القضاء الدولي وآراء الفقه الدولي (بوصفها مصادر استرشادية).

ثانياً: التوصيات:

١. على الرغم من أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ قد نظمت أحكام الاتفاقيات الدولية المكتوبة إلاّ إنها أغفلت وضع تعريف للاتفاقيات المتعددة الأطراف العامة '' الشارعة '' والتي تلزم الدول كافة من صادق عليها ومن لم يصادق، لذا نقترح استحداث نص مادة تعرف الاتفاقية الشارعة وتكون بالشكل الآتي:'' يُقصد بالاتفاقية المتعددة الأطراف العامة تلك الاتفاقية المتعددة الأطراف والتي تنظم موضوعاً يهم المجتمع الدولي بأسره ''.

٢. على الرغم من الاجتهاد الحاصل في تطبيق مصادر القانون الدولي العام استناداً للمادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ولذلك لعدم وجود نص يوضح الترتيب الواجب الأخذ به لإصدار حكم في النزاع القانوني المعروض على المحكمة، إلاّ إننا نرى في عدم وجود هذا النص مجالاً للسلطة التقديرية للمحكمة لتطبيق المصدر الذي تراه أكثر ملاءمة أو أيسر إثباتاً في القضية المعروضة وحتماً لن تكون هذه السلطة التقديرية مسوغاً لتطبيق مصدر مساعد إذا ما وجد النص الرئيسي.

٣. لأن القواعد الآمرة واجبة التطبيق تجاه أشخاص القانون الدولي كافة دولاً كانت او منظمات دولية، ولأن مفهوم هذه القواعد وأثرها قد ورد فعلاً في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ إلاّ إنها لم تحدد على وجه الحصر أو بشكل أمثلة على أقل تقدير، ولأن لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة قد انتهت في آخر دراسة لها الى وضع تحديد للموضوعات المتيقن من دخولها من ضمن القواعد الآمرة، لذا نقترح تعديل اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ بإضافة نص بالتعداد المذكور وهذه الموضوعات هي:'' الحق في تقرير المصير، وحظر كل من العدوان والإبادة الجماعية والرق والتمييز العنصري والجرائم ضد الإنسانية والتعذيب ''، لما لهذا التعديل من أثر واضح

في القوة الملزمة للقواعد القانونية الدولية اتفاقية كانت أو عرفية والتي تعالج المسائل المتقدمة ومن ثم فهي قواعد آمرة تطبق على الجميع.

٤. إن ممارسات الدول لها الدور المهم في تكوين أو تأكيد وجود القواعد الدولية العرفية، وما لم تُنشر هذه الممارسات فإن مهمة جمعها وإثباتها تُصبح أكثر صعوبة، لذا ولأن التعليقات والتقارير التي تصدر عن اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تضم ممثلي الدول، تصدر باللغتين الإنجليزية والفرنسية، لذا نقترح أن تتم ترجمتها إلى العربية لما للنشر من دور مهم في إثبات ممارسات الدول.

Abstract

The hierarchy in public international law rules is one of the most important subjects in public international law, we trying to discuss the judicial practice and jurisprudence and provisions of conventions in the hierarchy of sources according to article 38 of essential system of the international court of justice. We discuss the relationship between sources of public international law: conventions, customary international law and general principles of law in addition to international organization resolutions. We divide a research into two parts in addition to conclusion . The research's title is definition in hierarchy and international rule, the first part title is the hierarchy of sources according the relationship between international treaties and custom, the second part title is the practice of Jus Cogense rules in international judicature. In addition to a conclusion contain important results and suggestions.

هوامش البحث

(١) د. وليد بيطار. القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٢٣.

(٢) معهد القانون الدولي في قراره حول ((المشاكل الناشئة عن تتابع الاتفاقيات المنظمة لموضوع معين)) الصادر في سبتمبر ١٩٩٥.

(٣) د. وائل احمد علام. تدرج قواعد القانون الدولي العام، بحث منشور على مجلة القانون يصدرها مركز النشر العلمي في جامعة البحرين، المجلد ٩، الإصدار ١، ٢٠١٢، ص٢٥.

(٤) شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢، ص ٨٦.

(٥) د. احمد عبد الحميد عشوش؛ د. عمر ابو بكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، دراسة مقارنة مع الاهتمام بموقف العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٠٤.

(٦) د. صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٧٢.

(٧) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول، من ١٩٤٨-١٩٩١، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992، ص ١٠٣.

(٨) د. صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(٩) د. وليد بيطار. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص١٢٩.

(١٠) موجز الاحكام و الفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ج١ ، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(١١) مارتي كوسكينيمي. تجزؤ القانون الدولي، الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والخمسون، جنيف، ٢٠٠٦، الوثيقة المرقمة A/CN. 4/L.682.13، ص ٩٣.

(١٢) د. جمال عبد الناصر مانع. القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٤٦.

(١٣) مارتي كوسكينيمي. تجزؤ القانون الدولي، مصدر سابق، ص ٩٥.

(١٤) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ، ج١ ، مصدر سابق، ص ٢٤.

(١٥) كوستاريكا ضد نيكاراغوا. المجلة الامريكية للقانون الدولي، المجلد ١١، ١٩١٧، عدد ١، ص ٢٢٨؛ انظر ايضا قضية السلفادور ضد نيكاراغوا. المجلة الامريكية للقانون الدولي، المجلد ٦١١، ١٩١٧، عدد ٣، ص ٦٧٤.

(١٦) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. ص ٨ حول قضية قناة كورفو والحكم الصادر في ٩ نيسان / ابريل ١٩٤٩.

(١٧) المصدر السابق. ص ٣٩ حول اثار الاحكام بالتعويض الصادر عن المحكمة الادارية للأمم المتحدة ١٣ / تموز، ١٩٥٤.

(١٨) المصدر السابق. ص ٤٨.

(١٩) المصدر السابق. ص ٧٢.

(٢٠) د. وليد بيطار. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

(٢١) مارتي كوسكينيمي. تجزؤ القانون الدولي، مصدر سابق، ص ٢٦-٢٧.

(٢٢) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ، ج٣، مصدر سابق، ص ١.

(٢٣) مارتي كوسكينيمي. تجزؤ القانون الدولي، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢٤) المصدر السابق، ص ٣٦.

(٢٥) معهد القانون الدولي البند ١١ عن التسلسل الهرمي للمصادر:

Conclusion 11: Hierarchy of Sources ((There is no a priori hierarchy between treaty and custom as sources of international Law .However .in The application of international Law relevant norms driving from a treaty will prevail between The parties over norms driving from customary law)).

(٢٦) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ، ج١، ص ٨.

(٢٧) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. القضية المتعلقة بحق المرور فوق الاقليم الهندي، ١٢ – نيسان / ١٩٦٠، ص ٦٩-٧٠.

(٢٨) د. ابراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥، ص ٢١.

(٢٩) د. وليد بيطار. القانون الدولي العام، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٣٠) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. مصدر سابق، ص ٦٨.

(٣١) داير تلادي. القواعد الآمرة، لجنة القانون الدولي، الوثيقة المرقمة A/69/10، ص ٣٥٤.

(٣٢) المصدر السابق، ص ٣٥٥.

(٣٣) المصدر السابق، ص ٣٥٥-٣٥٦.

(٣٤) المصدر السابق، ص ٣٥٧ هامش رقم ١٠.

(٣٥) داير تلادي المقرر الخاص للجنة القانون الدولي. التقرير الأول عن القواعد الآمرة، لجنة القانون الدولي، الوثيقة المرقمة A/CN.4/693، ص ٦٣.

(٣٦) المصدر السابق. ص ٦٣.

(٣٧) Prosecutor v Kayishema et al (ICTR-95-1) , Trial Judgement, 21 .May 1999 (ICTR), para. 88

وينظر داير تلادي. التقرير الأول للجنة القانون الدولي، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٣٨) د. صلاح الدين عامر ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مصدر سابق ، ص ١٢١.

(٣٩) د. سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٨٣-٢٩٦.

(٤٠) المصدر السابق. ص ١١٩.

(٤١) المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(٤٢) المادة ٧١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(٤٣) المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(٤٤) تنص المادة ٢/٧١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أنه:'' في حالة المعاهدة التي تصبح باطلة ومنقضية وفقاً للمادة ٦٤ يترتب على انقضاء المعاهدة:

(أ) تحلل الأطراف من أي التزام باستمرار تنفيذ المعاهدة؛

(ب) عدم التأثير في أي حق أو التزام أو مركز قانوني للأطراف نشأ من تنفيذ المعاهدة قبل انقضائها، ويكون من الممكن الاستمرار في صيانة هذه الحقوق والالتزامات والمراكز وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع قاعدة آمرة أو القواعد العامة للقانون الدولي ''.

(٤٥) بتاريخ ٢ تشرين الثاني ١٩٧٩ ومما ورد فيه:'' ١: تلاحظ بقلق إن اتفاقيات كامب ديفيد قد عقدت خارج إطار الأمم المتحدة وبدون اشتراك منظمة التحرير الفلسطينية – ممثلة الشعب الفلسطيني -؛ ٢: ترفض أحكام هذه الاتفاقات التي تتجاهل أو تخالف أو تنتهك أو تنكر حقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف بما في ذلك حق العودة وحق تقرير المصير وحق الاستقلال الوطني والسيادة الوطنية في فلسطين على وفق ميثاق الأمم المتحدة والتي تتوخى استمرار الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية التي تحتلها إسرائيل منذ عام ١٩٦٧ وتتغاضى عنها؛ ٣: تدين بشدة جميع الاتفاقات الجزئية والمعاهدات المنفصلة التي تشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق الشعب الفلسطيني ومبادئ الميثاق والقرارات المتخذة في

مختلف المحافل الدولية بشأن القضية الفلسطينية؛ ٤: تعلن إن اتفاقات كامب ديفيد وغيرها من الاتفاقات باطلة من حيث ادعائها البت في مستقبل الشعب الفلسطيني والأراضي الفلسطينية التي تحتلها إسرائيل منذ عام ١٩٦٧.''.

(٤٦) بتاريخ ١٥ كانون الأول ١٩٨٠ وورد فيه:'' ١: تؤكد من جديد رفضها لأحكام الاتفاقات التي تتجاهل أو تخالف أو تنتهك أو تنكر حقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف بما ذلك حق العودة وحق تقرير المصير والحق في الاستقلال الوطني والسيادة الوطنية في فلسطين على وفق ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي والتي تتوخى استمرار الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية التي تحتلها إسرائيل منذ عام ١٩٦٧ وتتغاضى عنها؛ ٢: تعرب عن معارضتها الشديدة لجميع الاتفاقات الجزئية والمعاهدات المنفصلة التي تشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق الشعب الفلسطيني ومبادئ الميثاق والقرارات المتخذة في مختلف المحافل الدولية بشأن القضية الفلسطينية فضلاً عن مبادئ القانون الدولي وتعلن إنه لا صحة لجميع الاتفاقات والمعاهدات المنفصلة من حيث ادعائها البت في مستقبل الشعب الفلسطيني والأراضي الفلسطينية التي تحتلها إسرائيل منذ عام ١٩٦٧ ''.

(٤٧) تنص المادة ٦٦/ أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على إنه:'' يجوز لأي من الأطراف في نزاع يتصل بتطبيق أو تفسر المادتين ٥٣-أو ٦٤ أن يقدمه كتابة إلى محكمة العدل الدولية بغية استصدار حكم فيه، إلا إذا اتفقت الأطراف برضاها المتبادل على عرض النزاع على التحكيم ''. إلاّ إنه في الواقع لم تُعرض على محكمة العدل الدولية أي قضايا تتعلق بنزاع حول الصفة الآمرة لقواعد معينة في القانون الدولي ''.

(٤٨) يُنظر مايكل وود (مقرر لجنة القانون الدولي). التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، الوثيقة المرقمة A/CN.4/663. ص ١٥-١٦.

(٤٩) مارتي كوسكينيمي. مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٥٠) د. سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(٥١) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٥٢) المصدر السابق، ص ٣.

(٥٣) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ، ج١ ، مصدر سابق، ص ٦.
(٥٤) المصدر السابق، ص ٢٣.
(٥٥) المصدر السابق، ص ٢٤.
(٥٦) المصدر السابق. ص ٢٤.
(٥٧) المصدر السابق، ص ٢٤ – ٢٥.
(٥٨) د. سليمان عبد المجيد. مصدر سابق، ص ٢٥٤.
(٥٩) المصدر السابق، ص٢٥٤.
(٦٠) المصدر السابق. ص ٢٥٥.
(٦١) موجز الاحكام و الفتاوي و الاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ، ج١ ، مصدر سابق، ص٥٦.
(٦٢) المصدر السابق. ص ٥٧.
(٦٣) المادة ٥٧ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية تنص على أن: ((اذا لم يكن الحكم صادراً كله لو بعضه بإجماع القضاة فمن حق كل قاض ان يصدر بياناً مستقلاً برأيه الخاص)).
(٦٤) د. سليمان عبد المجيد. مصدر سابق، ص ٢٥٥.

قائمة المصادر و المراجع

١. د. ابراهيم محمد العناني. القانون الدولي العام، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥.
٢. د. احمد عبد الحميد عشوش؛ د. عمر ابو بكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، دراسة مقارنة مع الاهتمام بموقف العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٠.
٣. د. جمال عبد الناصر مانع. القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٤. د. صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

٥. د. وائل احمد علام. تدرج قواعد القانون الدولي العام، بحث منشور على مجلة القانون يصدرها مركز النشر العلمي في جامعة البحرين، المجلد ٩، الإصدار ١، ٢٠١٢.
٦. د. وليد بيطار. القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
٧. داير تلادي المقرر الخاص للجنة القانون الدولي. التقرير الأول عن القواعد الآمرة، لجنة القانون الدولي، الوثيقة المرقمة A/CN.4/693.
٨. داير تلادي. القواعد الآمرة، لجنة القانون الدولي، الوثيقة المرقمة A/69/10.
٩. شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢.
١٠. مارتي كوسكينيمي. تجزؤ القانون الدولي، الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والخمسون، جنيف، ٢٠٠٦، الوثيقة المرقمة A/CN. 4/L.682.13.
١١. معهد القانون الدولي في قراره حول ((المشاكل الناشئة عن تتابع الاتفاقيات المنظمة لموضوع معين)) الصادر في سبتمبر ١٩٩٥.
١٢. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول، من ١٩٤٨-١٩٩١، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992.