أثر التصرفات الانفرادية في تكوين القاعدة الدولية العرفية

م.عبد الرسول كريم مهدي أبوصيبع

نبذة عن الباحث :
حاصل على شهادة البكلوريوس والماجستير في القانون الدولي من كلية القانون جامعة بابل، حاصل على اللقب العلمي مدرس ، مدرس مادة القانون الدولي الخاص، ومواد تأريخ القانون والنظم السياسية والمدخل لدراسة القانون واللغة الإنجليزية و المنظمات الدولية في كلية القانون جامعة الكوفة منذ ٢٠٠٥- ٢٠١٥.
مدرس مادة المرافعات المدنية ومادة الأحوال الشخصية في قسم الإدارة القانونية / المعهد التقني / نجف للعامين الدراسيين٢٠٠٢-٢٠٠٣، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

The impact of unilateral actions in the formation of customary international rule

Summary

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

In fact, in spite of above, customary international rules is one of the most complex and disputatious subjects and thus, international law commission adopted identifying of customary international law in its studying program between 2010-2016. The special reporter Michael Wood wrote two reports about customary international law in 2013, 2014, and he will write the final report at 2016.

My research contains two chapters in addition to conclusion. The first chapter topic is:" the definition of customary international rule ", which contains two subtopics: meaning of customary international rule, obligatory basis of customary international rule.

The second chapter topic is;" effect of unilateral legal acts on formation of customary international rule ", which contain; protest, reservation and acquiescence.

The conclusion contains many important results as follows;

1. No certain criteria accepted from all, for evidence and formation of customary international rules.
2. Opinio juris is result of the material element of customary international rule, and therefore it represents essence of customary international rule, or in other words, it becomes customary international rule itself.
3. There is important effect of unilaterally legal acts on formation of customary international rule, such as; protest, reservation and acquiescence.
4. Protesting State not bound by customary international rules, and reservation on treaties prevent transformation provisions to customary rules, and acquiescence not prevent formation of customary international law – according subjective theory-.

المقدمة

يُعد موضوع العرف الدولي '' القواعد الدولية العرفية '' من المواضيع التي يحسبها البعض من الباحثين في مجال القانون الدولي من الواضحات التي لا تحتاج إلى إعمال الفكر فيها وعناء البحث، على اعتبار أن القاعدة الدولية العرفية كما القاعدة العرفية الداخلية تتكون من ركنين مادي هو التواتر ومعنوي هو الشعور بالإلزام، ويكاد لا يخلو أي مؤلف في القانون الدولي العام من تناول موضوع العرف الدولي بشكل مقتضب بوصفه من مصادر القانون الدولي العام الرئيسية التي تناولتها المادة ١/٣٨/ب من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بوصفها المادة التي تكفلت ببيان المصادر.

ولكن واقع الأمر خلاف هذه النظرة الأولية عن الموضوع، إذ يعد موضوع القواعد الدولية العرفية من أكثر المواضيع إثارة للجدل العلمي وعدم الاتفاق على جزئياته في فقه القانون الدولي وقضائه، حتى قيل أن اللبس والخطأ حول العرف الدولي الذي وقع فيه بعض الباحثين في مجال القانون الدولي وتبعهم في ذلك جملة من الطلبة والباحثين، قد جعل من موضوع العرف الدولي موضوعاً يتسم باللبس والغموض ويتجنب الكثيرون الخوض فيه، وأن تحديد القانون الدولي العرفي سيظل مثاراً لصعوبات خاصة تتطلب ممارسة المهارات في التقدير والبحث، ومن المواضيع التي

أجد لزوم البحث فيها هو أثر التصرفات الانفرادية الدولية سواء كانت احتجاجاً أو تحفظاً أو سكوت في تكوين القاعدة الدولية العرفية

إشكالية الدراسة:

إن من سمات القاعدة الدولية العرفية هي تطبيقها تجاه الكافة في المجتمع الدولي، فتطبق بعد نشوئها على الدول كافة سواء من ساهمت في تكوين القاعدة العرفية أو لم تساهم، ومن قبلت بها أو لم تقبل. والسؤال الجوهري التي يحاول البحث الإجابة عنه هو: هل من أثر استثنائي لتلك التصرفات الانفرادية في تكوين القاعدة الدولية العرفية وتطبيقها؟ وسواء أكان هذا التصرف الانفرادي الدولي: احتجاجاً أو تحفظاً أو سكوت؟.

منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على تحليل للنصوص وآراء الفقه الدولي القديم منها والحديث ، كما اعتمدت على أحكام القضاء الدولي لا سيما أحكام محكمة العدل الدولية، كما اعتمدت بشكل كبير على آراء لجنة القانون الدولي لا سيما تلك التي ذكرت في تقريري السيد مايكل وود المقرر الخاص للجنة في مشروع دراستها الطويل الأجل إلى عام ٢٠١٦ بشأن تحديد القانون الدولي العرفي، وتقرير اللجنة بشأن التحفظات على المعاهدات.

خطة البحث:

تتكون خطة الدراسة من مبحثين وخاتمة: أما المبحث الأول فتناولت فيه التعريف بالقاعدة الدولية العرفية وما يتطلب التعريف بالشيء من استعراض تعاريفه المختلفة واختيار الراجح منها، مضافاً إلى بيان أساس إلزام القواعد الدولية العرفية.

أما المبحث الثاني فقد تضمن أثر التصرفات الانفرادية على تكوين القاعدة الدولية العرفية واخترنا المهم منها وهي الاحتجاج والتحفظ والسكوت، كل في مطلب مستقل.

ومن ثم جاءت خاتمة الدراسة متضمنة المهم من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الدولية العرفية وبيان أساس إلزامها

نتناول في المطلب الأول تعريف القاعدة الدولية العرفية ومن ثم اختيار الراجح من التعريفات، وإذا كان من بديهيات القول أن قواعد العرف الدولي من المصادر الرئيسة لقواعد القانون الدولي العام فإن ما يُقال عن أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام يقال نفسه عن أساس إلزام القواعد الدولية العرفية، وإذا كان المذهبان الإرادي والموضوعي هما الأساس الذي استندت عليه النظريات على تعددها والتي طرحت في بيان أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام، لذا سيتم تناول الموضوع في

المطلب الثاني في فرعين: الأول لأساس إلزام القاعدة الدولية العرفية وفقاً للمذهب الإرادي والثاني للمذهب الموضوعي.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الدولية العرفية

بالرغم من إن إيراد تعريف للموضوع في بداية البحث يخالف الترتيب المنطقي للأمور من أن التعريف نتيجة للبحث ولا تأتي النتيجة في المقدمة، ولكن يمكن إيراد تعريف للموضوع كمفتاح للدخول في تفاصيل الموضوع، وفي ذلك يقول بريلي :" إن التعريف الصحيح لتعبير ما، هو الذي يأتي نتيجة دراسة الموضوع وليس كنقطة بداية لهذه الدراسة وإن كان من اللابد أن تبدأ كل دراسة بمفهوم مؤقت للمعنى الذي سيستخدم التعبير للدلالة عليه."[١].

يعرف شارل روسو، العرف الدولي بأنه:" الموقف الذي تتخذه إحدى الدول في علاقاتها مع دولة أخرى، يقيناً منها أنه ينطوي على الحق، وتتقبله هذه الأخيرة بالفكرة ذاتها."[٢].

ويعرفه (Jack L. Goldsmith) و(Eric A. Posner) الأستاذان في كلية القانون في جامعة شيكاغو بأنه:" مجموعة السلوكيات الدولية المطّردة والذي تعتبرها الدول ملزمة لها بوصفها قانون "[٣].

ويعرف الدكتور عبدالحسين القطيفي قواعد العرف الدولي بأنها:" تنبثق ... من تواتر الاستعمال الدال على مراعاتها وقبولها بمثابة قواعد قانونية ملزمة."[٤].

ويُعرف الدكتور حامد سلطان، العرف الدولي بأنه:" مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة، بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الإلزام القانوني."[٥].

ويُعرفه الدكتور محمد السعيد الدقاق بأنه:" مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة تكونت من خلال اعتياد الدول على اتباعها بوصفها قواعد ثبت لها صفة الإلزام القانوني لدى المخاطبين بأحكامها "[٦].

ويعرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه:" سلوك أطرد العمل بين أشخاص القانون الدولي على الأخذ به، مع الشعور بإلزاميته."[٧].

ويُعرفه الدكتور محمد المجذوب، بأنه:" مجموعة من القواعد القانونية تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار الدول لها مدة طويلة، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفاتها، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالإلزام القانوني."[٨].

ويُعرفه الدكتور سليمان عبدالمجيد بأنه:" اطراد العمل بقاعدة ما مع الاعتقاد بإلزامها."[٩].

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

الجماعة الدولية، وذلك بانضوائهم تحت مظلة هذا التصرف القانوني إما بالانضمام إلى بقية أطراف التصرف القانوني الأصلي، وإما بالتعامل وفق مقتضيات هذا التصرف بما يفيد الموافقة الضمنية عليه.''[١٠].

ويعرفه الدكتور عبدالكريم علوان بأنه:'' مجموعة من الأحكام القانونية انبثقت من عادات وأعراف عدد صغير من الدول، ثم تبنتها دول أخرى بالنظر إلى فائدتها، بحيث انتهى قبولها بوجه عام في النهاية إلى قواعد جديدة في القانون تنطوي على التزامات معينة.''[١١].

ويعرفه الدكتور عبدالله محمد الهواري بأنه: '' مجموعة من الأحكام القانونية العامة غير المكتوبة، والتي تنشأ في المجتمع الدولي نتيجة تكرار القيام بتصرفات معينة من جانب الدول في علاقاتها مع غيرها، وثبوت الاعتقاد لدى غالبية أشخاص القانون الدولي بالقوة القانونية الملزمة لتلك التصرفات ''[١٢].

ويمكن إيراد الملاحظات الآتية على التعاريف المتقدمة:

١. لم تتفق التعاريف المتقدمة على ما يقوم عليه الركن المادي للقاعدة الدولية العرفية، بين الموقف والسلوك والقواعد القانونية والعادات.
٢. بعض التعريفات تحاول أن تُسقط تعريف القاعدة العرفية الداخلية على القاعدة الدولية العرفية، ويظهر ذلك واضحاً من استعمال تعبير (اطراد العمل ... مع الاعتقاد بالإلزام).
٣. جميع التعاريف أعلاه تركز على أن العقيدة بالإلزام ركناً معنوياً يصاحب الركن المادي في تكوين القاعدة الدولية العرفية، عدا تعريف كل من الدكتورين زهير الحسني وعبدالكريم علوان إذ يركز على أن العقيدة بالإلزام نتيجة الركن المادي ومن ثم فهي تمثل ماهية القاعدة الدولية العرفية.

ويستنتج من التعاريف المتقدمة أن تواتر السلوك الدولي هو ما يُكون ماديات القاعدة الدولية العرفية، أما العقيدة القانونية بالإلزام فإنها توزعت في التعاريف بين من انتهى إلى كونها ركناً معنوياً في القاعدة الدولية العرفية، وبين من ينتهي إلى كونها جوهر القاعدة العرفية بل هي القاعدة نفسها. والرأي الأخير هو ما نتبناه إذ تعد العقيدة بالإلزام النتيجة لتواتر السوابق الدولية وبتكونها تتكون القاعدة الدولية العرفية ومن ثم لا يمكن تبني الاتجاه التقليدي الذي يذهب إلى تكون القاعدة العرفية من ركنين مادي ومعنوي وأقل ما يقال عنه من نقد هو عدم قدرته على الإجابة عن عدم اقتران السوابق الدولية الأولى بالعقيدة بالإلزام.

المطلب الثاني: أساس الإلزام في القاعدة الدولية العرفية

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

الفرع الأول: المذهب الإرادي

ترتبط المفاهيم الإرادية في القانون العام بكل من الدولة والسلطة ممّا يؤثر على النتائج والحلول التي تترتب عليها، فارتباطها بالدولة يظهر واضحاً في إيمانها بالسيادة المطلقة للدولة فإرادتها لا تعلوها إرادة أخرى فهي المصدر الوحيد للقانون، وأمّا ارتباطها بالسلطة فعلى اعتبار أن القواعد القانونية لا تصدر إلاّ عن السلطة المختصة بإصدارها ومن ثم لا وجود لمبادئ معينة يمكن أن تقاس تلك القواعد القانونية على أساسها بل إنما تُقاس في ضوء الشكل التنظيمي المرسوم لها من قبل السلطة المختصة [١٣].

ولمّا كان المجتمع الدولي يتميز بعدم وجود سلطة عليا تعلو على أعضائه، وتملك إسباغ الطابع التنظيمي على قواعد السلوك الدولية التي تستمد منه قوتها الملزمة، فقد برزت مشكلة في نطاق القانون الدولي تخص إمكانية تفسير خضوع الدولة صاحبة السيادة المطلقة والتي لا تخضع لسيادة أخرى، لقواعد القانون الدولي.[١٤].

لقد طرحت في الإجابة على السؤال المتقدم نظريتان أولاهما هي نظرية الإرادة المنفردة أو التحديد الذاتي للإرادة وثانيهما هي نظرية الإرادة المتحدة أو التحديد الجماعي للإرادة نتناولهما في نقطتين.

أولاً: نظرية التحديد الذاتي للإرادة

يُعد الفقيهان الألمانيان (اهرينج) و (يلينك) رائدا هذه النظرية وقد أوضحا مفاهيمها في مؤلفاتهم (الغاية في القانون) و (الكفاح من أجل القانون) و (روح القانون الروماني) للفقيه اهرينج والتي نشرت في القرن التاسع عشر، و (النظرية العامة للدولة) و (الدول الحديثة وقانونها) للفقيه يلينك والتي نشرت مع بداية القرن العشرين [١٥]، ففيما يخص الفقيه اهرينج فهو يقيم علاقة بين الإرادة والغاية فالقانون في نظره ظاهرة إجتماعية وهو يخضع لقانون الغاية فالإرادة هي القوة الخالقة في العالم ومحركها هو الغاية وغاية القانون تتركّز في تنظيم المجتمع فالمجتمع في تصوره هو الغاية من القانون ولأن الدولة لها أن تمارس القوة الجبرية إذا اقتضاها الأمر ذلك، لذا فإن القانون هو مجموعة وسائل الجبر المنظمة التي تصدر عن الدولة أو هو سياسة القوة[١٦]، ولا استغناء للقانون عن القوة أمّا الأخيرة فيمكنها الاستغناء عن القانون، فالقانون دونما قوة يصبح متعذر التنفيذ ويفقد قيمته وتسهل معصيته فالقوة تحمل الإرادة على الخضوع لحكم القانون وليس الأفراد هم وحدهم من يخضعون لحكم القانون بل الدولة نفسها تخضع للقانون ذاته، والمصلحة الذاتية للدولة هي ما يبرّر خضوعها للقانون والمتمثلة في تحقيق الأمن القانوني وارتقاء القيم الاجتماعية وازدهار الاقتصاد الوطني[١٧]، ولكن القانون ليس بغاية في حد ذاته بل هو وسيلة لغاية محددة لذا فإن '' القانون موجود من أجل

المجتمع، لا المجتمع من أجل القانون، فإذا تحتّم على قوة الدولة أن تضحي بأحدهما، عليها التضحية بالقانون وإنقاذ المجتمع "[١٨].

أمّا فيما يخص الفقيه يلينك فهو يقيم علاقة بين السيادة والقاعدة القانونية، وهو يرى أن السيادة للدولة لها وجهان سلبي وإيجابي، فأمّا السلبي فيعني عدم خضوع الدولة لأي قيود تحد من إرادتها الذاتية وأمّا السيادة في تصويرها الإيجابي فتعني أن الدولة لها مكنة أن تحدد لإرادتها الذاتية مضموناً ملزماً[١٩]، بإجراء تقييد ذاتي يمكّنها أن تتحلّل منه في أيّ وقت من دون أي خرقٍ للقانون[٢٠]، وينتهي يلينك إلى نتيجة أنه إذا تعارض وجود الدولة والقانون الدولي فإن الأخير يتراجع إلى الوراء لصالح الدولة، إن القانون الدولي وجد من أجل الدول لا الدول من أجل القانون الدولي[٢١].

ثانياً: نظرية الإرادة المشتركة

إن الفقيه الألماني (تريبل) هو من طرح هذه النظرية ويمكن إجمالها بأن إرادات الدول قد توافقت على خلق قاعدة قانونية لغرض معين فإنها بذلك تنشئ إرادة جديدة هي أقوى من مجموع الإرادات المتلاقية وتسمى الإرادة تلك (الإرادة الجماعية أو المشتركة) وهي تمثل أساس إلزام القانون الدولي[٢٢]، وتريبل يستند في إلزام قواعد القانون الدولي إلى الاتفاقيات الشارعة (*law making treaties*) ويدخل القواعد الدولية العرفية من ضمنها بوصفها اتفاقات ضمنية وفي نظره فإن القواعد الدولية بصورة الاتفاقات الصريحة أو الضمنية تُعد ملزمة للدول ولا يجوز الخروج على ما تقرره من أحكام[٢٣].

يقول الدكتور محمود سامي جنينه:" من هذا كله يتضح أن الأساس الحقيقي للقانون الدولي العام هو الرضا العام وهو رضا صريح فيما وضع من القواعد المكتوبة والتي تسنها الدول فيما تدخل فيه من معاهدات واتفاقات. (و) ضمني في القواعد ... المستنتجة مما تسير عليه الدول برضاها في علاقاتها الدولية. ويجب أن نلاحظ أنه أذا تكلمنا عن الرضا العام فنحن لا نقصد بذلك رضا جميع الدول إذ أن القول بهذا يجعل من النادر إن لم يكن من المستحيل الوصول إلى قاعدة دولية وإنما نحن نرمي بذلك إلى رضا الأغلبية المطلقة للدول المتمدينة المكونة للعائلة الدولية. فرضا الأغلبية المطلقة هنا يجعل مخالفة الأقلية لا قيمة لها قانوناً."[٢٤].

لذا فإن أساس إلزام القواعد الدولية العرفية إنما يكمن في الاتفاق الضمني بين الدول على تلك القواعد[٢٥]، إذ أن الدول إنما تلزَم بإرادتها الصريحة في صورة الاتفاقيات الدولية أو التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة كالاعتراف والاحتجاج، أو بإرادتها الضمنية في صورة القواعد الدولية العرفية.

وممّا يؤخذ على هذه النظرية أنها محض نظرية فلسفية تحتاج إلى إثبات لتقدير مدى صحتها من عدمها مضافاً إلى وجوب البرهنة على أن اتفاق إرادات الدول يؤدي إلى خلق إرادة جديدة وأن هذه الأخيرة تسمو على الإرادات المكونة لها[٢٦]، مضافاً إلى

أنه (إذا كان من الممكن القول أن القانون هو وليد الإرادة المشتركة للدول، فإن ذلك إن كان شرطاً لازماً فهو ليس بالشرط الكافي، إذ توجد أشخاص وكائنات قانونية أخرى تلعب دوراً هاماً على الصعيد الدولي مع أنها ليست دولاً . كذلك إذا سلمنا بأن القوة الملزمة للقانون الدولي تستند إلى اتحاد إرادات الدول أو اندماجها، فما هو الحل مثلاً إذا قامت دولة أو أكثر – بعد تكوين القاعدة القانونية – بعدم الموافقة عليها؟ هل يسقط الاتحاد المزعوم أو الاندماج الوهمي الذي تستند إليه هذه النظرية؟ أم أنها تبقى رغم سقوط هذا الاتحاد أو الاندماج؟ مع أنه يمثل سبب وجودها وأساس حياتها؟)[٢٧].

من هنا ووفقاً للمذهب الإرادي فإن القاعدة الدولية العرفية لا يمكن أن تنشأ خارج إرادة أشخاص القانوني الدولي وسلوكهم، ولا أقل من القبول الضمني للدولة التي يتم مواجهتها بالقاعدة الدولية العرفية، لذا تقترب القاعدة الدولية العرفية من مفهوم المعاهدة الدولية في اشتراط توافق إرادات الدول عليها، وإن كانت إرادة الدولة تظهر بالشكل الرسمي في حالة المعاهدة إلاّ أن ذلك يفقد القاعدة الدولية العرفية – كما الاتفاقية الدولية وفقاً لمبدأ نسبية أثر الاتفاقيات – عموميتها المطلقة، إذ لا يمكن الاحتجاج بالقاعدة الدولية العرفية إلاّ تجاه الدول التي أكدت سلوكياتها المتكررة الاعتراف بصفتها الملزمة[٢٨]، أي توافر العقيدة القانونية بإلزامها.

يقول الدكتور الغنيمي:'' ومن هذا أرى أن فكرة الإرادة الضمنية تستند إلى منطق معكوس، إذ تستنبط الوقائع من المبادئ في حين أن العكس هو الصحيح، فالمبادئ هي التي تستنبط من الوقائع لأن الواقعة – في العلاقات الدولية – إنما تسبق تكييفها.''[٢٩].

والقول بالاتفاق الضمني يبتعد عن حقيقة تكوين القاعدة الدولية العرفية، إذ أن تواتر السوابق الدولية هو ما يشكل الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية، أما العقيدة القانونية فهي نتيجة التواتر لا سببه، ومن ثم فهي تتكون لدى كل دولة تتولد لديها القناعة القانونية بالإلزام نتيجة تواتر السوابق الدولية وليس نتيجة اتفاق ضمني بينها وبين دول أخرى.

الفرع الثاني: المذهب الموضوعي

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

أولاً: نظرية التضامن الاجتماعي

يُعد العميد الفرنسي '' ديكي '' من أشد الفقهاء دعوة لهذه النظرية وتمسكاً بها وقد هاجم فكرة سيادة الدولة وأنكر شخصيتها المعنوية كما أنكر الإرادة

الخلاّقة للقانون والسيادة من وجهة نظره لا وجود لها فهي تتناقض مع القانون والدولة لا شخصية معنوية لها لأنها ليست إلاّ مجموعة من الأفراد الطبيعيين والقانون ليس من خلق الدولة لأنه سابقٌ على وجودها وهو أعلى منها إنه (القانون الموضوعي المعبّر عن ضرورات التضامن الاجتماعي) وأساس الإلزام في نظر العميد ديكي هو شعور الأفراد في الجماعة بالتضامن فيما بينهم وفيما بينهم وأفراد الجماعات الأخرى[٣٠]. لذا فإن السنّة أو القاعدة الاجتماعية (... ليست شيئاً آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي، الذي يحدد السلوك الإيجابي أو السلبي الذي يجب أن يتخذه كل أعضاء الفئة من أجل أن تستطيع هذه الفئة والأفراد المكونون لها أن تعيش وتتطور ... بحيث أن خرقه يؤدي حتماً إلى رد فعل، مرده تمسك الفئة ... بالقانون الذي يحكم حياتها)[٣١].

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

ففيما يخص الأستاذ (سل) فإنه يقيم أساس القانون في الحدث الاجتماعي[٣٢] وقواعد القانون في نظره تأتي من الحدث الاجتماعي ومن اقتران الأخلاق بالسلطة والإثنين ينتجان عن التضامن الاجتماعي[٣٣]. أما فيما يخص الفقيه (بوليتس) فإنه لا يرى أن القانون يصدر عن نظام ولا يعبر عن إرادة بل إنه نتاج اجتماعي ليس إلاّ، إنه واقعة محضة ذاع الشعور بوجودها وما التشريعات الداخلية والاتفاقيات إلاّ تعبيراً عن الضمير القانوني للشعوب وهذا الأخير هو من يمنحها قوة الإلزام وما الأعراف والاتفاقيات الدولية إلا وسائل للتثبت من حقيقة ذلك القانون[٣٤].

ثانياً: نظرية تدرج القواعد القانونية

لا تختلف نظرية الفقيه (كلسن) عن نظرية التضامن الاجتماعي في البحث في أساس إلزام قواعد القانون الدولي في ما هو خارج نطاق الإرادة الإنسانية إلاّ أنه يبني نظريته على أساس مختلف[٣٥] هو القاعدة الأساسية (السنّة)، فكل القواعد القانونية التي يرجع سريانها إلى قاعدة أساسية بذاتها تشكل نظاماً من القواعد وإن المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام نفسه هي القاعدة الأساسية نفسها[٣٦]. ووفقاً لرأي الفقيه كلسن لا يمكن البحث في أساس القواعد القانونية فيما هو خارج نطاق الفكرة القاعدية البحتة (أي في نطاق فكرة القاعدة نفسها لا في ما هو خارج عن تلك القواعد)[٣٧].

ولا ينبغي التمييز بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام إذ ترتد القواعد القانونية جميعها إلى قاعدة معيارية واحدة[٣٨].

ولا علاقة تلازم- وفقاً للفقيه كلسن – بين القانون والأخلاق[٣٩].

والقواعد القانونية في ظل الأنظمة القانونية الوطنية ترتد أو تستند إلى قاعدة أساسية (سنّة)[٤٠] وهي وجوب موافقتها لدستور الدولة وهذا الأخير بدوره ولكونه يستند إلى سنّة الفاعلية في القانون الدولي والتي تقضي بوجوب أن تكون السلطة

في الدولة سواء جاءت بشكل ديمقراطي أو بثورة أو انقلاب قادرة على فرض سيطرتها على الأفراد في الدولة لذا فالأنظمة القانونية الوطنية ترجع في أساسها السنني (لا التاريخي إذ الدولة في الأصل أسبق وجوداً من القانون الدولي) إلى قواعد القانون الدولي[٤١]. وهذا الأخير محكوم كذلك بمبدأ تدرج القواعد القانونية إذ إن الاتفاقيات الدولية ترتد إلى قاعدة أساسية من قواعد العرف الدولي هي العقد شريعة المتعاقدين فالقواعد الدولية العرفية تبعاً لذلك أسمى مرتبة من القواعد الاتفاقية الدولية. والأمر نفسه يُقال عن أحكام القضاء الدولي فالمحكمة الدولية التي تصدر تلك الأحكام إنّما تستند في ممارسة اختصاصها على الاتفاقية الدولية المنشئة لها، إذن فالقواعد الدولية العرفية أسمى مرتبة من باقي القواعد الدولية. ولكن على أي سنّة أساسية تستند قواعد القانون الدولي؟ تجيب النظرية بأنها قاعدة قدسية الاتفاق والوفاء بالعهد '' العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servanda ''[٤٢].

وأحكام القضاء وفقاً لنظرية الفقيه '' كلسن '' لها مكانة مهمة ليس في تطبيق القانون فحسب بل في خلقه أيضاً، فكل فعل لتطبيق القانون هو فعل لخلق القانون[٤٣].

ولم تسلم نظرية الفقيه كلسن من النقد إذ أخذ عليها أنها لم تبيّن القاعدة الأساسية (السنّة) التي ترجع إليها القاعدة التي ادّعت أنها أساسية ترجع إليها جميع القواعد[٤٤]. وبمعنى آخر على أي قاعدة تستند القاعدة الأساسية وفقاً للنظرية وهي '' العقد شريعة المتعاقدين ''. مضافاً إلى أن النظرية تركّز على القاعدة القانونية فقط ولا تركيز على الأفراد:

" There is no place for people in the pure theory of law "[45]

كما تستند النظرية على افتراض غير قابل للإثبات[46]. فهي مجرد سفسطة منطقية وهي كما يقول الفقيه جورج سل '' كمن علّق النظام القانوني برمّته على مسمار ومن ثم ترك المسمار معلّقاً في الفضاء فهوى المسمار والنظام الذي تعلّق به ''[47].

فالقاعدة الدولية العرفية وفقاً للمذهب الموضوعي تنشأ بعيداً عن إرادة الدول الصريحة أو الضمنية إنها تتشكل نتيجة وعي أكثري بين أعضاء الجماعة الدولية ومن هنا فإنها تكون ذات طبيعة موضوعية يمكن أن تلزم الدول التي لم تسهم في تكوينها أو شاءت أن تبقى بعيدة عن تطبيقها[٤٨]. يقول أحد قضاة محكمة العدل الدولية في رأيه الملحق بحكم المحكمة في قضية اللجوء السياسي ١٩٥٠: '' ما من دولة تستطيع أن تتمرد على حكم عرفي ثبت استقراره ''[٤٩].وقد أخذت محكمة العدل الدولية بالمذهب الموضوعي أساساً لإلزام القواعد الدولية العرفية في رأيها الاستشاري في ١٩٧١/٦/٢١ في موضوع مدى حق مجلس الأمن في إصدار قرارات في المسائل الموضوعية على الرغم من امتناع دول ذات عضوية دائمة عن التصويت[٥٠].

المبحث الثاني: أثر التصرفات الانفرادية في تكوين القاعدة الدولية العرفية

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

المطلب الأول: أثر الاحتجاج في تكوين القاعدة الدولية العرفية

إذا ما أرادت دولة أن لا تسري القاعدة الدولية العرفية في مواجهتها فما عليها إلاّ أن تسلك طرق الرفض الدولية ومثالها الأوضح الاحتجاج، ويُعرف الاحتجاج بأنه " التصرف الصادر عن الإرادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولي – دولة كان أو منظمة دولية – والمتضمن اتجاه هذه الإرادة إلى عدم الاعتراف بمشروعية وضع دولي معين – تصرفاً كان أو واقعة أو مسلكاً أو ادعاء – بالنظر لمساسه بحقوق المحتج أو مصالحه أياً كان شكل التعبير عن الإرادة المحتجة، بشرط صدوره عن الجهاز المختص بالتعبير عن إرادة المحتج في مجال العلاقات الدولية "[٥١].

فاحتجاج الدولة على قاعدة عرفية دولية يمنع من سريانها في مواجهتها[٥٢]، إلا أنه لا يمنع من نشوئها رغم وجود الدولة المحتجة[٥٣].

إذن فالدولة المحتجة لا تكون ملزمة بالقاعدة، حتى بعد تحولها إلى قاعدة عرفية دولية حقيقة[٥٤]. " فإذا أعربت دولة أو أكثر عن معارضتها لهذا التصرف بأن لم تكتم نيتها بالعمل بما لا يتفق والالتزامات الناشئة عنه فإن هذا الموقف يحول دون سريان أثر التصرف تجاه الدول المعارضة."[٥٥].

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

ووفقاً لمقرر لجنة القانون الدولي فإن " جميع الدول التي قد تصبح ملزمة من جراء عدم تحركها يجب أن يتاح لها الوقت الضروري لتجنب القبول الضمني من خلال مقاومة القاعدة "[٥٦].

ويذهب بعض الفقهاء أمثال (MacGibbon) و (Wolfake) إلى أن دولة ما إذا لم تحتج على ممارسات دولة أخرى، فإنها أي الدولة الأولى سوف يُفترض أنها قد قبلت ممارسات الدول الأخرى المماثلة، وهكذا فإن القبول المتكرر من الممارسات المماثلة وعدم الاحتجاج سوف يكوّن العقيدة القانونية ومن ثم تكوين القاعدة العرفية[٥٧].

وان وجود الاحتجاج له أثر في عدم سريان ما احتج ضده تجاه الدولة المحتجة ولا يؤثر بحسب الأصل في عدم شرعية الممارسة نفسها المحتج ضدها، وهذا ما يدعو إلى مراجعة جميع النظريات التي تؤكد أن الاحتجاج الدبلوماسي له دور مؤثر في تكوين العرف الدولي[٥٨]. إلاّ أنه لا يمكن أن يكون الاحتجاج إلاّ دفاعاً عن أمر مشروع

وحق ثابت لا نزاع فيه للدولة المحتجة، أمّا إذا كان الاحتجاج عن حقوق مزعومة ولا أساس لها فلا قيمة هنا للاحتجاج ولا ينتج أثراً[٥٩].

و إذا لم يكن الاحتجاج في المدة التي تكونت خلالها القاعدة الدولية العرفية، فإن الدولة تكون ملزمة بالقاعدة العرفية حتى وإن شجبت بعدها تلك القاعدة أو ندمت على عدم الاحتجاج ضدها[٦٠].

ويترتب على الاحتجاج المحافظة على حقوق المحتج لا سيما إذا كانت ثابتة وحقيقية وقطع ما قد يستند عليه من وُجّه الاحتجاج ضده من تقادم مكسب من شأنه إنشاء حقوق جديدة للأخير تتعارض وحقوق المحتج الثابتة شرط أن يكون الاحتجاج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة التي أتيح استعمال المحتج لها للدفاع عن حقوقه المهددة بالتقادم[٦١]. فإذا كان في وسع المحتج اللجوء إلى وسيلة أقوى من الاحتجاج ولم يستعملها كاللجوء إلى جهة قضائية دولية عندها يفقد الاحتجاج القيمة القانونية له ولا يكون من ثم له أثرٌ في قطع التقادم المكسب[٦٢].

ولا بد للاحتجاج أن يكون في مدة مناسبة بعد تكوّن القاعدة الدولية العرفية وإلاّ لن يكون محلاً للاعتبار وذلك للطبيعة غير الشكلية للقواعد الدولية العرفية[٦٣].

أما الدول الحديثة النشوء والتي تحاول الاحتجاج ورفض القواعد الدولية العرفية الموجودة فعلاً فإنها لن تكون محظوظة أبداً وذلك لأنها لم تكن موجودة حين نشوء تلك القواعد كي تعترض عليها لأجل عدم سريانها في حقها، ومن ثم فهي ملزمة بها[٦٤].

والمفهوم الخاص للاحتجاج قد طُرِح في قضية المصائد البريطانية النرويجية التي نظرتها محكمة العدل الدولية وأصدرت حكماً فيها عام ١٩٥١ وتتلخص وقائعها في عدم اتفاق بريطانيا والنرويج " على جوهر القاعدة التي يتم على أساسها رَسم خط الأساس لقياس عرض البحر الإقليمي أو مناطق الصيد عندما تتعلق بالجزر والخلجان الموجودة على طول الساحل النرويجي، فبينما كانت بريطانيا متفقة مع النرويج على تحديد عرض منطقة الصيد بأربعة أميال بحرية ، فإنها اختلفت معها حول نظام خطوط الأساس التي يبدأ منها قياس هذه المنطقة، فحتى تحتفظ النرويج لنفسها بأكبر مساحة بحرية ممكنة كبحر إقليمي يحيط بسواحلها، أصدرت سنة ١٩٣٥ مرسوماً ملكياً ينص على أن يتم قياس البحر الاقليمي أو منطقة الصيد النرويجية انطلاقاً من خطوط الأساس المستقيمة المرسومة بين النقط البارزة على الساحل النرويجي أي عبر كل الخلجان الموجودة بهذا الساحل والجزر المحيطة به، بغض النظر عما إذا كان طول الخط المستقيم الذي يغلق أو يربط الساحل بالجزر أو الجزر ببعضها يتجاوز ١٠ ميل بحري أم لا "[٦٥]. وجاء في قرار إن تحديد المساحات البحرية كان له على الدوام صفة دولية ولا يمكن أن يترك للإرادة المطلقة للدولة الساحلية حسبما تظهر في تشريعاتها، وإذا كان المتبع أن تحديد اتساع البحر الإقليمي يتم بإرادة دولة واحدة ، فإن نفاذ هذا التحديد في مواجهة

الدول الأخرى يتوقف على القانون الدولي العام "[٦٦]. ولدى الرجوع إلى قواعد القانون الدولي العام وجدت المحكمة" إن التسامح العام للدول فيما يخص الممارسة النرويجية هو حقيقة لا يمكن معارضتها، فلفترة تزيد على ستين سنة لم تنازعها حكومة المملكة المتحدة نفسها بأي شكل كان "[٦٧]. وخلصت المحكمة إلى " أن إشهار الوقائع والتسامح العام الذي أبداه المجتمع الدولي، ووضع بريطانيا العظمى على بحر الشمال واهتمامها الخاص بالمسألة، وامتناعها الطويل يمكن في أية حال أن يسوغ فرض النرويج لنظامها بحق المملكة المتحدة "[٦٨].

ويمكن القول أن هناك مجموعة عوامل لها تأثير في مدى دور الاحتجاج في عدم سريان القاعدة العرفية في مواجهة الدولة المحتجة أو في عدم تكون القاعدة العرفية أصلاً: وهي عدد الاحتجاجات وشدتها، والتصرفات اللاحقة للأطراف المعنية، وأهمية المصالح المتأثرة والمدة الزمنية[٦٩].

والاحتجاج – ووفقاً للقاعدة العامة في التصرفات الدولية – يمكن أن يأخذ القالب الشكلي المكتوب، كما يمكن أن يكون بأي طريقة مشروعة تُعبر عن إرادة المحتج[٧٠].

وقد أولت لجنة القانون الدولي أهمية لعدم وجود اعتراض على قاعدة ما في ممارسات الدول[٧١].

ووفقاً لرأي جمعية القانون الدولي، فإنه يمكن ضرب مثال افتراضي لتكوّن القاعدة الدولية العرفية نتيجة غياب الاحتجاج، في حالة ما إذا كانت دولة (أ) قد استثنت السفن الحربية الاجنبية من المرور خلال بحرها الاقليمي واقدمت دولة (ب) على ارسال سفنها الحربية خلال البحر الاقليمي للدولة الاخرى فهنا يمكن أن ينشأ ادعاء ضمني بحق جميع الدول في المرور خلال البحر الاقليمي اذا ما فشلت دولة (أ) في الاحتجاج على انتهاك مياهها الاقليمية من قبل السفن الأجنبية[٧٢].

وفيما يخص قاعدة تحديد حدود الجرف القاري بـ ٢٠٠ ميل بحري، فإنها جاءت وفقاً للمدرسة الإرادية من غياب الاحتجاج على ممارسة الولايات المتحدة الأمريكية في تحديدها لجرفها القاري، أما ممارسات دول الأرجنتين وتشيلي وبيرو فلم تسهم في تكوين القاعدة المتقدمة لأنها قد جوبهت بالاعتراض عليها[٧٣].

ولا يمكن في الواقع التسليم بالرأي المتقدم لأنه يمكن تفسير ممارسات الدول الثلاث الأخرى تأييداً للممارسة الولايات المتحدة الأمريكية مما يسهم في تكوين القاعدة الدولية العرفية التي تخص تحديد الجرف القاري، ويكمن دور احتجاج الدول المحتجة في عدم سريان قاعدة المائتي ميل بحري في مواجهتها. كما يمكن تفسير ممارسة الولايات المتحدة الأمريكية السابقة بأنها تكفي وحدها لتكوين القاعدة الدولية العرفية لتحديد الجرف الجاري استناداً إلى فكرة العرف الآني ، والتي يدعمها أن هذه الدولة من الدول الكبرى التي يكون وزن السابقة التي تصدر عنها أكثر على الصعيد الدولي من تلك التي تصدر من دولة صغيرة المساحة أو لا يكون لها تأثير كبير على الصعيد الدولي.

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

في الواقع إن القواعد الدولية العرفية التي تكون مصدراً لقواعد القانون الدولي العام إنما هي القواعد العرفية العامة التي تسري بحسب الأصل على الدول كافة، ومن ثم فإن القواعد الدولية العرفية إذا ما نشأت فهي تقترب من المركز الموضوعي الدولي، ويعد الاحتجاج استثناء على سريان القواعد العرفية شريطة أن يكون الاحتجاج في مدة تكوين القاعدة العرفية وأن تكون الدولة المحتجة ذات مصلحة في الاحتجاج، أي أن مصالحها تتأثر من نشوء القاعدة الدولية العرفية محل الاحتجاج.

إن مبدأ الاعتراض المستمر سوف يمنع من وجود العقيدة القانونية بالإلزام، فالرفض المستمر لدولٍ لسلوك دولٍ أخرى أريد له أن يكوّن قاعدة عرفية دولية (قاعدة قانونية دولية) سوف يمنع من تكوين تلك القاعدة الدولية، ولكن هناك استثناء يخص القواعد الدولية الآمرة التي لا تستطيع دولة ما أن تتخلص من الخضوع لأحكامها[٧٤]، إذ أن الاحتجاج ضد القواعد الدولية العرفية الآمرة لا ينتج أثراً وتبقى الدولة المحتجة ملزمة بالقاعدة الدولية العرفية الآمرة، حتى وإن صدر الاحتجاج في أثناء تكون القاعدة الدولية العرفية الآمرة.

المطلب الثاني: أثر التحفظ في تكوين القاعدة الدولية العرفية

يُعرف التحفظ بأنه:" تصريح رسمي من جانب دولة ما – لدى توقيعها على المعاهدة أو عند التصديق عليها أو الانضمام لها – يتضمن الشروط التي يتوقف على قبولها دخول الدولة المتحفظة طرفاً فيها. ويكون أثر قبول التحفظ الحد من نطاق الآثار التي تنتجها المعاهدة في مواجهة الدولة المذكورة في علاقاتها مع الدول الأطراف الحالية أو أولئك الذين قد يصبحون طرفاً فيها "[٧٥].

ويُقصد بالتحفظ وفقاً للجنة القانون الدولي:" إعلاناً انفرادياً، أياً كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة أو منظمة دولية عند التوقيع على معاهدة أو التصديق عليها أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها أو عند تقديم دولة ما إشعاراً بالخلافة في معاهدة، وتهدف به الدولة أو المنظمة إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة من حيث انطباق تلك الأحكام على هذه الدولة أو هذه المنظمة الدولية "[٧٦].

وبالرغم من أن التحفظ بالنظر لصدوره من الدولة يعد تصرفاً انفرادياً، إلاّ أنه لا يُطرح إلا في ضوء اتفاق دولي أو معاهدة دولية ومن ثم يجب أن يُنظر إليه في ضوء مدى تأثيره على أحكام ونصوص الاتفاقية الدولية المتحفظ على بعض نصوصها[٧٧].

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

ووفقاً لمحكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال ١٩٦٩ فإن التحفظات على نصوص محددة في اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ لا تكشف عن وجود قواعد عرفية دولية موجودة فعلاً أو تسهم في نشوء تلك القواعد بشأن مضمون تلك النصوص الاتفاقية[٧٨].

ولكن يمكن أن تكون النصوص الاتفاقية المتحفظ عليها هي في الأصل قواعد عرفية دولية ومن ثم تكون ملزمة حتى للدول المتحفظة بوصفها قانوناً عرفياً دولياً[٧٩].

وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها ١٩٨٦:" من الواضح أن مفعول التحفظ يقتصر على منع انطباق هاتين المعاهدتين المتعددتي الأطراف بوصفهما قانوناً تعاهدياً متعدد الأطراف، وليس له أي مفعول آخر على مصادر القانون الدولي التي تقتضي المادة ٣٨ من النظام الأساسي، من المحكمة أن تطبقه، بما في ذلك القانون الدولي العرفي "[٨٠].

وفي القضية نفسها تقول المحكمة:" أنها لا ترى أن في الإمكان الادعاء، كما فعلت الولايات المتحدة، بأن جميع القواعد العرفية التي يمكن الاحتجاج بها يماثل مضمونها بصورة تامة مضمون القواعد الواردة في المعاهدات التي لا يمكن تطبيقها بسبب تحفظ الولايات المتحدة. وحتى لو كانت القاعدة المنشأة بمعاهدة والقاعدة العرفية المتصلة بهذا النزاع لهما نفس المضمون تماماً، فهذا ليس سبباً لأن ترى المحكمة أن إعمال المعاهدة يجب بالضرورة أن يجرد القاعدة العرفية من الانطباق بصورة مستقلة "[٨١].

ولكن بصدد الأطراف في الاتفاقية، لا علاقة تعاهدية بين الدول المتحفظة والدول المعترضة على التحفظ[٨٢].

ومن جهة أخرى يمكن مقارنة المادة ٦ من اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ والتي أجازت الاتفاقية نفسها التحفظ عليها بالمواد ١-٣ من الاتفاقية التي لا يجوز بموجب الاتفاقية التحفظ عليها، فالمادة ٦ لا يمكن أن تعكس وجود قاعدة عرفية دولية موجودة سلفاً أو تسهم في نشوئها[٨٣].

ولأجل أن يكون التحفظ مقبولاً لا بد وأن يكون متوافقاً ومنسجماً مع الغرض من الاتفاقية التي أريد التحفظ على بعض نصوصها[٨٤].

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

وقد لاحظت لجنة القانون الدولي - بحق - بأن القبول للتحفظ ينشأ من غياب الاعتراض عليه بدلالة المادة ٢٠/٥ من اتفاقية فيينا ١٩٦٩[٨٥].

وإذا كان الأصل في قبول التحفظ في المعاهدات المتعددة الأطراف هو عدم وجود اعتراض عليها فإن القبول المجمع عليه من قبل الدول الأخرى في الاتفاقية لا يلزم إلا

في الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تخلق التزامات متبادلة بين الأطراف فهنا اعتراض دولة أو أكثر على تحفظ إحدى الدول لا يجعل من التحفظ مقبولاً[٨٦].

أما ما يخص الاتفاقيات التعاقدية أو الثنائية فلم تفرد اتفاقية فيينا ١٩٦٩ لها نصاً منفرداً، ومن ثم فحسب طبيعة هذه المعاهدات فإنه لا يمكن أن يكون التحفظ من إحدى الدولتين نافذاً ما لم توافق عليه الدولة الأخرى ومن ثم يكون النص الجديد تعديلاً على الاتفاقية نفسها[٨٧]. وإذا كانت هناك تحفظات عديدة تشمل أغلب نصوص الاتفاقية الثنائية فنكون حينئذ أمام اتفاقية جديدة.

ووفقاً للفقيه (دوبوي) فإن التحفظات لا تطرح إلا في الاتفاقيات المتعددة الأطراف أما الاتفاقيات الثنائية فإن التحفظات بشأنها تعني فتح المفاوضات من جديد بعد أن تم اختتامها رسمياً[٨٨].

ويتساءل (دوبوي) عن أثر التحفظات على الاتفاقيات المتعددة الأطراف لتدوين الأعراف الدولية؟[٨٩] ويترك السؤال مفتوحاً دونما إجابة.

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

أما بصدد الشق الأول فإنه إذا لم تمنع الاتفاقية نفسها من إيراد التحفظات على بعض نصوصها وبما لا يتعارض مع الغرض من الاتفاقية، فإن إيراد التحفظات يعد أمراً جائزاً، شريطة أن لا يصل عدد التحفظات حداً يهدم معه وحدة الاتفاقية والغرض المطلوب من إبرامها.

أما بصدد الشق الثاني من السؤال المتعلق بأثر كل من التحفظ والاحتجاج على سريان القاعدة الدولية العرفية تجاه الدولة المتحفظة والمحتجة، فإنه بالرجوع إلى مفهوم الاحتجاج ووجوب أن يصدر من الدولة المحتجة في تأريخ مناسب (أي في مرحلة تكوّن القاعدة الدولية العرفية) لا في تاريخ لاحق فإذا ما صدر الاحتجاج في التاريخ المذكور ينتج أثره حينذاك في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية الجديدة تجاه الدولة المحتجة، ومن ثم لا تستطيع – غير الدولة أو الدول التي احتجت سابقاً – أن تحتج على القاعدة الدولية العرفية الموجودة فعلاً، لصدور احتجاجها في تاريخ لاحق، إذ تسري القاعدة الدولية العرفية بحكم ما تتسم به من عمومية تجاه الكافة عدا الدول المحتجة سابقاً.

ولما كانت اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية – بحسب الأصل – تهدف إلى تدوين قواعد عرفية دولية موجودة سلفاً ونقلها من مرحلة عدم التدوين إلى الكتابة والتدوين فإن التحفظ على نصوص مثل هذه الاتفاقيات لا يكون له أثر قانوني قياساً على أثر الاحتجاج على قواعد عرفية موجودة فعلاً، اللهم إلا إذا كانت

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

وإذا كان التصديق مقترناً من قبل الدولة المصدقة بتحفظ على نصوص في الاتفاقية، فما هو الأثر القانوني المترتب على هكذا تحفظ؟

يجيب (Lapard) بأن الأمر يختلف حسب صفة التحفظ والمراد منه من قبل الدولة المتحفظة، فإذا كان المقصود منه أن يسري تجاه أطراف الاتفاقية بالكامل فهنا لا يمكن أن يكون التحفظ مقبولاً، أما إذا كان الغرض منه عدم سريان النص المتحفظ عليه تجاه الدولة المتحفظة فهنا لا يسري النص المتحفظ عليه – في حال قبول التحفظ أو عدم وجود اعتراض عليه من قبل الدول الأخرى – على الدولة المتحفظة[٩٠].

ومن المهم الإشارة هنا إلى التحفظات على اتفاقيات حقوق الانسان، إذ تتميز هذه الاتفاقيات عن غيرها من الاتفاقيات المتعددة الأطراف بأن المستفيد الأساسي منها هم الأفراد وإن لم يكونوا أطرافاً فيها بل الدول هي من تكون أطرافاً في مثل هذه الاتفاقيات، ومن ثم فالدول المتحفظة على نص اتفاقي سوف تنتقص من حقوق المواطنين الخاضعين لولايتها، وبشكل عام فإن الدول تكون حذرة من إيراد مثل هكذا تحفظات إذ سوف يسيء ذلك على سمعة الدولة المتحفظة في المجتمع الدولي في مجال احترام حقوق الإنسان[٩١].

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

وورد في التعليق على النص المتقدم:'' يُعالج المبدأ التوجيهي ... مشكلة غالباً ما تطرح نفسها في الممارسة العملية ألا وهي مشكلة صحّة التحفظ على حكم في معاهدة يقتصر على التعبير عن قاعدة في القانون الدولي العرفي – وقد استُخدمت عبارة ''التعبير عن'' مفضّلة على عبارة ''النص على '' ليكون واضحًا

تمامًا أن إضفاء الصيغة الرسمية على القاعدة المعنية في معاهدة ما لا أثر له على دوام القاعدة كقاعدة عرفية . وعليه، يضع المبدأ التوجيهي ... المبدأ الذي مؤدّاه أنّ التحفظ على قاعدة في معاهدة الذي يعبّر عن قاعدة عرفية لا يتنافى تلقائيًا مع موضوع المعاهدة والغرض منها، حتى وإن كان يتعيّن أخذ هذا العنصر بعين الاعتبار لدى تقدير هذا التوافق.(و) لقد حدث مع ذلك أن دولاً أطرافًا في معاهدة أبدت اعتراضها على تحفظات ونازعت في توافقها مع موضوع المعاهدة والغرض منها بدعوى أن تلك التحفظات منافية للقواعد العرفية الراسخة. وهكذا أعلنت النمسا بعبارات حذرة، أنّها: ''ترى أن تحفظات غواتيمالا [على اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات] تكاد تتعلق حصرًا بالقواعد العامة [في تلك الاتفاقية] والتي للكثير منها أساس متين في القانون الدولي العرفي. فالتحفظات من شأنها أن تضع موضع التساؤل قواعد راسخة ومقبولة عالمياً. وترى النمسا أن ثمة شكوكًا تحوم حول توافق هذه التحفظات مع موضوع الاتفاقية والغرض منها ...''. كما أبدت هولندا اعتراضات على تحفظات عدة دول على عدة أحكام من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ بشأن العلاقات الدبلوماسية وأعلنت أنها '' ترى أن الأحكام المقصودة تظل قيد النفاذ في العلاقات بينها وبين تلك الدول بمقتضى القانون الدولي العرفي''. وكثيرًا ما ساد الاعتقاد بأن بالإمكان الخلوص إلى استحالة إبداء تحفظات على أحكام معاهدات تدون القواعد العرفية . وذلك استنادًا إلى حيثية لمحكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال: ''إن من الخصائص العامة للقاعدة أو الالتزام التعاهدي الصرف قبول إمكانية إيراد تحفظات انفرادية عليه في حدود معينة؛ غير أن الأمر ليس كذلك في حالة قواعد والتزامات القانون العمومي أو العرفي التي تسري بطبعها بشروط متساوية إزاء جميع أعضاء المجتمع الدولي ولا يجوز بالتالي إخضاعها لحق استبعاد يمارسه انفراديًا وحسب المراد أي عضو من أعضاء المجتمع الدولي لفائدته''. ولئن لم تكن الصيغة التي أقرتها المحكمة أحسن الصيغ قطعًا، فإن الاستنتاج الذي ربما أمكن الخلوص إليه ليس صحيحاً إذا ما وضعنا هذا الاقتباس في سياقه. والواقع أن المحكمة استطردت بحذر بخصوص الاستنتاجات التي يستدعيها استبعاد بعض التحفظات . ففي معرض ملاحظتها أن إمكانية إبداء تحفظات على المادة ٦ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٨ المتعلقة بالجرف القاري (فيما يتعلق بتعيين الحدود) لا تستبعدها المادة ١٢ المتعلقة بالتحفظات، على غرار المواد ١ إلى ٣ التي تستبعد تلك الإمكانية، ارتأت أن من ''الطبيعي'' و ''المشروع أن يستخلص منها أنهُ أُسندت إليها قيمة مختلفة وأقل أهمية وأنها، خلافًا لهذه المواد، لا تجسد القانون العرفي السابق الوجود أو الذي هو في طور التكوين''. وبناء عليه، فإنه ''ليس صحيحًا أن المحكمة أكدت عدم مقبولية التحفظات المبداة على قواعد القانون العرفي''؛ بل كل ما في الأمر أنها، في تلك الحالة، لاحظت أن المعالجة المختلفة التي أفردها واضعو الاتفاقية للمواد ١ إلى ٣ من

جهة، والمادة ٦ من جهة أخرى، تدفع إلى الاعتقاد بأنهم لم يكونوا يعدون هذه المادة الأخيرة تدوينًا لقاعدة عرفية، وهذا ما أكدته النتيجة التي خلصت إليها المحكمة. .. ورغم أن هذا المبدأ محل جدل أحياناً، فإنه مبدأ يقره الفقه السائد وصحيحٌ: أن القواعد العرفية تلزم الدول بصرف النظر عن إعرابها عن رضاها بالقاعدة التعاهدية لكن، خلافًا لما يحدث في حالة القواعد الآمرة، يجوز للدول أن تحيد عنها باتفاق فيما بينها؛ ولا نرى ما الذي يمنع من أن تفعل ذلك بتحفظ إذا كان هذا التحفظ صحيحاً، غير أن هذا هو تحديداً السؤال المطروح: أن التحفظ لا يتعلق إلا بـ ''تعاهدية'' القاعدة، لا بوجودها كقاعدة عرفية، حتى وإن ألقى، في حالات معينة، ظلالاً من الشك على قبولها عمومًا ''باعتبارها قانونًا؛ وعلى غرار ما أشارت إليه المملكة المتحدة في تعليقاتها على الملاحظة العامة رقم ٢٤ ، فإن ''هناك فرقًا واضحًا بين اختيار عدم التقيد بالتزامات معاهدة ومحاولة الحياد عن القانون الدولي العرفي. أنه إذا تأكد هذا الطابع العرفي ، فإن الدول تظل ملزمة بهذه القاعدة ... ''.أخيرًا، يمكن أن يكون التحفظ وسيلة ''للمعترض المصرّ'' لإظهار استمرار اعتراضه : فبإمكانه قطعًا أن يرفض أن يطبق، بواسطة معاهدة، قاعدة لا يمكن الاحتجاج عليه بها بمقتضى قواعد القانون الدولي العامة ''[٩٢]. '' غير أن الطابع العرفي لنص يبدى بشأنه تحفظ له نتائج هامة فيما يتعلق بالآثار التي يحدثها هذا التحفظ : فالتحفظ حينما ينشأ يعطل تطبيق قاعدة المعاهدة التي يتناولها التحفظ في علاقات الدولة المتحفظة مع الأطراف الأخرى في المعاهدة، لكنه لا ينهي التزام هذه الدولة باحترام القاعدة العرفية ''[٩٣]. وقد أكدت محكمة العدل الدولية ذلك بالقول:'' الدولة التي صاغت التحفظ لا تُعفى رغم ذلك من الالتزامات التي يفرضها القانون البحري العام خارج نطاق اتفاقية الجرف القاري وبصرف النظر عنها ''[٩٤]. وفيما يخص أثر التحفظ على القواعد الآمرة للقانون الدولي، قررت اللجنة أنه:'' لا يؤثر التحفظ على نص في المعاهدة يعبر عن قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي في الطابع الملزم لتلك القاعدة ، التي يستمر سريانها بصفتها هذه بين الدولة أو المنظمة المتحفظة والدول أو المنظمات الدولية الأخرى ''[٩٥].

ومما تقدم من المناقشات الواردة في تقرير لجنة القانون الدولي أعلاه، يمكن إثبات الملاحظات الآتية:

١. بحسب الأصل يتعلق التحفظ بنصوص المعاهدة لا بقواعد القانون الدولي العرفي.
٢. ان المقصود بقواعد القانون الدولي العرفي الملزمة للكافة هي القواعد العامة التي لا تتوقف بشكل عام في نفاذها على موافقة الدول.
٣. تبقى الدول التي أبدت التحفظ على نصوص معاهدة ملزمة بقواعد القانون الدولي العامة سواء صيغت بنصوص معاهدة ام لا.

٤. إن القاعدة التي صيغت بنص يتفق أطراف معاهدة عامة على جواز التحفظ بشأنه لا يجعل منها قاعدة عرفية دولية أو أن التحفظ يعرقل تحول هذه القاعدة إلى قاعدة عرفية دولية كما هو الحال في المادة ٦ من اتفاقية الجرف القاري لسنة ١٩٥٨.

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

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

٧. إن التحفظ ينحصر أثره في عدم سريان النص المتحفظ عليه بين الدولة المتحفظة والدول الأخرى الأطراف في المعاهدة، أما علاقة الدولة المتحفظة نفسها خارج نطاق المعاهدة مع الدول الأخرى غير الأطراف، فلا أثر للتحفظ في التزامات الدولة المتحفظة تجاه تلك الدول.

٨. لا أثر للتحفظ فيما يخص القواعد الآمرة للقانون الدولي، إذ تبقى نافذة تجاه الكافة بوجود التحفظ وعدمه.

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

المطلب الثالث: أثر السكوت في تكوين القاعدة الدولية العرفية

يُقصد بالسكوت: " أمرٌ سلبي غير مقترن بمسلك أو بموقف، ولا مصحوب بلفظ أو بكتابة أو بإشارة، فهو لا يعني عدم اتخاذ قرار صريح، وإنما يعني عدم القيام بأي فعل أو اتخاذ أي موقف أو مسلك، ذلك أن السلوك قد يكون أقوى تعبيراً من القرار

نفسه، كما قد يكون قاطعاً في الدلالة على الإرادة، وبمعنى آخر، فإن السكوت يشمل الحالات التي تتميز بعدم الحركة أو الجمود."[٩٦].

فهل يترتب على السكوت أثرٌ قانوني؟

في مجال القانون الدولي فإن الأثر المترتب على السكوت يختلف باختلاف نظرة المذهب الإرادي والموضوعي إليه، فوفقاً للمذهب الإرادي فإن أساس الإلزام لقواعد القانون الدولي يكمن في إرادة الدولة نفسها ولا يمكن أن يترتب على الدولة التزامٌ خارج عن إرادتها، والمهم هو الإرادة الداخلية كما تتكون في ذهن صاحبها وليس كما تظهر في الخارج عند التعبير عنها، ومن ثم لمّا كان التعبير الخارجي هو الذي يكشف عن الإرادة الداخلية وإلاّ بقيت مستترة، فإن التعبير مهما كانت صورته لا يعدو أن يكون وسيلة إثبات لا قيمة لها في حد ذاتها بقدر ما تكشف عن الإرادة الداخلية، ويظهر ذلك واضحاً في مجال تفسير المعاهدات إذ يركّز المذهب الإرادي أن على المفسّر أن يسعى لاكتشاف النية الحقيقية لأطراف المعاهدة بكل الوسائل الممكنة ولا سيما الأعمال التحضيرية، أما ألفاظ المعاهدة فلا تعدو أن تكون وسيلة إثبات لا وزن لها بذاتها، ومن ثم فإن السكوت وفقاً للمذهب الإرادي يعد مظهراً للتعبير عن الإرادة شريطة أن يكون مقترناً بالعلم[٩٧].

إلاّ أن افتراض العلم لدى من التزم السكوت قد يؤدي إلى طمس النية الحقيقية نفسها، إذ يلجأ أنصار المذهب الإرادي إلى افتراض الإرادة المفترضة في حال غياب الإرادة الصريحة ومن ثم تُطرح فكرة الاتفاق الضمني لتفسير تطبيق القواعد العرفية على الدول الجديدة عند استقلالها[٩٨]، إلاّ أنه إذا كان المذهب الإرادي يستند على الموافقة الصريحة أو الضمنية للدول التي ساهمت في تكوين القواعد العرفية، فإن الأمر يختلف تماماً فيما يخص الدول التي تكونت لاحقاً.

ويقدم المذهب الفردي على لسان الأستاذ " Hall " الإجابة الآتية: " إذا كانت الدول الجديدة قد ورثت من الحضارة الأوربية، فإن هناك افتراضاً قوياً أنها تريد الخضوع للقانون (والقواعد العرفية جزء منه) ويجب اعتبار تصرفها الرسمي الأول – إذا لم يصاحبه رأي مخالف – دلالة على رغبتها الالتزام بأحكام هذا القانون "[٩٩].

إلاّ أن الواقع يكشف عكس ذلك فالدول الجديدة تجد نفسها ملزمة بالقواعد الدولية العرفية السابقة ومن ثم لا تجد نفسها مخيرة بين قبول أو رفض تلك القواعد، لذا فإن تصرفها الرسمي الأول لا يمكن أن يُفلح في الإجابة على تساؤل غير مطروح من الأساس"[١٠٠].

لذا فلا مجال لاعتبار الموافقة الصريحة أو الضمنية للدول – كافة – على القواعد الدولية العرفية لأجل نشوئها وتطبيقها، إذ أن العرف " لا يستمد قوته الإلزامية من إرادة الخاضعين له، وإنما على العكس من قاعدة موضوعية "[١٠١].

أما ما يخص أثر السكوت في تكوين العرف الخاص، والقول أنه مع العرف الخاص لا حاجة لنظام التقادم على الصعيد الدولي، فإن في هذا القول خلطٌ واضح بين

مفهوم التقادم والعرف (الخاص)، إذ يُطرح التصور الآتي عن كيفية تكوين العرف الخاص وأثر السكوت فيه: إن الدولة عندما تدعي حقاً لها لا تكون بالضرورة مقتنعة بشرعية هذا الحق وعدم مخالفته للقانون الدولي (غير شرعي)، وتكون موافقة جميع الدول المعنية لازمة لأجل أن يتكون – ابتداءً من هذا التصرف – عرفٌ خاص، والسكوت الذي تلتزمه إحدى الدول المعنية أو أكثر من دولة – لفترة معينة – يكون كافياً لقيام هذه الموافقة، وبذلك تكون الموافقة الضمنية أساس الالتزام القانوني بالعرف الخاص[١٠٢].

وقد سبق القول أنه لا يوجد عرفٌ خاص يكون ملزماً للدول بل إن القواعد العرفية العامة فقط هي من يكون لها وصف الإلزام، بل يوجد اتفاق ضمني بين الدول المعنية (غير مكتوب) وهو ملزمٌ لها وإن لم تنظمه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، مضافاً إلى ما يمكن أن يوجه من نقد إلى موضوع عدم شرعية التصرف ومخالفته لقواعد القانون الدولي، إذ مثل هذا التصرف لا يكون أساساً للإلزام على الصعيد الدولي، مضافاً إلى أن مفهوم التقادم يتميز عن العرف، إذ لا يستند التقادم على موافقة الدول وإنما إلى مضي مدة زمنية على وضع معين تتخذه دولة ولا يُقابل باعتراض أو احتجاج الدول المعنية ومن ثم ينشأ وضع قانوني دولي مستقر ، وقد طرح مفهوم التقادم أمام محكمة العدل الدولية في قضية المصائد النرويجية بين المملكة المتحدة والنرويج ١٩٥١.

إذ جاء في دفاع الأستاذ '' Bourquin '' عن وجهة النظر النرويجية أنه: '' إذا كانت نشأة الحق التأريخي لدولة ما تستند إلى موافقة الدول الأخرى فقط، فإن هذه الظاهرة ستختلط بظاهرة الاعتراف، ولن يكون بينها إلاّ مجرد فارق في الشكل. والحقيقة أن ثمة اختلافاً جوهرياً بين الاعتراف ونظرية الحقوق التاريخية تحاول بريطانيا أن تتجاهله. هذا الاختلاف يتمثل في أثر مرور الفترة الزمنية: فهي شرط هام في حالة الحقوق التاريخية، ولا قيمة لها في حالة الاعتراف. فالاعتراف لا يستلزم انقضاء فترة زمنية، ويمكن أن يتم حالاً وفورياً لأنه مؤسس على إرادة الدول وحدها. أما نشأة الحق التاريخي فأساسها شيء آخر هو الحاجة إلى استقرار وضع امتد لفترة طويلة بطريقة هادئة، ودخل بالتالي في نطاق العادات. فهو قد اندمج بطريقة ما في النظام القانوني، ولذا يجب استمراره وعدم العودة إلى الأوضاع القديمة. ذلك أن صالح الجماعة الدولية يستلزم أن توضع حقوق الدول بمنأى عن أي اعتداء بعد مرور فترة زمنية معينة على ممارستها لهذه الحقوق.''[١٠٣]. وقد أيدت محكمة العدل الدولية حجة النرويج وحكمت لصالحها.

أمّا المذهب الموضوعي فإنه لا يرى في الإرادة أساساً وحيداً لخلق الالتزامات، بل هي إحدى وسائل خلق الالتزامات، مضافاً إلى أن هذا المذهب يُعنى بالإرادة المعلَنة دون الإرادة الداخلية لا سيما في النظام القانوني الدولي حيث الأهمية الكبيرة للشكل، والحرص على استقرار العلاقات الدولية، فإذا كان ثمة اختلاف بين الإرادة الداخلية

والتعبير عن هذه الإرادة، فإن المسؤولية تقع على صاحب التعبير، فهو ملزمٌ ليس بناءً على إرادته الداخلية بل بناءً على كل ما يمكن أن يستنتجه الآخر من إرادته المعلَنة، ومن ثم لا يكون السكوت بحسب الأصل تعبيراً عن الإرادة، ولكن يمكن أن يترتب عليه أثراً قانونياً إذا ما ولّد السكوت ثقة مشروعة يتعين عدم الانتقاص منها، إذن يمكن أن يكون للسكوت – وفقاً للمذهب الموضوعي – أثراً قانونياً ليس على أساس تلاقي الإرادات ونشأة الاتفاق وإنما على أساس المسؤولية المترتبة على الخطأ[١٠٤].

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

أمّا إذا التزمت الدولة جانب السكوت تجاه القاعدة الدولية العرفية بعد نشوئها فلا تستطيع بعدها أن تتذرع بأنها غير مقتنعة بالقاعدة العرفية أو أنها ترفضها وتحتج عليها، لذا فسكوت الدولة عن الاحتجاج – دونما مبرر سائغ لهذا السكوت – يترتب عليه افتراض تسليمها بمشروعية الوضع المعارض، ومن ثم جواز الاحتجاج به في مواجهتها[١٠٥].أي أن الدول الأخرى سوف تفهم من سكوتها تجاه القاعدة الدولية العرفية أنها تقبلها وتلتزم بها، أي ترتب الأثر القانوني على السكوت نتيجة لخطأ الدولة التي تركت الاحتجاج في الوقت المناسب والتزمت جانب السكوت.

يقول الدكتور العناني:" وتبدو أهمية الاحتجاج في أن عدم صدوره من جانب صاحب الحق فيه يفيد إقراره للوضع أو المسلك ... المعني."[١٠٦].

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

ويرى الدكتور مصطفى أحمد فؤاد، في السكوت أمراً سلبياً لا ينتج أثراً قانونياً إلاّ إذا أحاطته ظروفٌ وملابسات تكشف عن التعبير الضمني،" ومن ثم فإن السكوت في ذاته لا يمكن اعتباره اعترافاً ضمنياً إلاّ إذا دلّت الظروف والملابسات على اعتباره كذلك، أما في غير هذه الحالة فينبغي تفسيره في أضيق الحدود."[١٠٧].

وواضح أن الرأي أعلاه لا يتبنى رأي المذهب الموضوعي في ترتب الأثر القانوني على السكوت بما يستنتجه الآخر على أساس المسؤولية الناتجة عن الخطأ، كما أنه لا يتبنى رأي المذهب الإرادي صراحة في أن السكوت هو تعبير ضمني بشرط العلم، وإنما يتجه في رأيه إلى أن السكوت لا يكون تعبيراً ضمنياً إلا مقترناً بظروف وملابسات وفيما عدا ذلك ينبغي تفسيره في أضيق الحدود، فلنا أن نسأل: أين تكمن الحدود التي يمكن أن يُفسر السكوت من خلالها؟ ذلك لأنه قد حدد سلفاً عدم اعتبار السكوت موافقة ضمنية إلا مع الظروف والملابسات، وإلاّ فبحسب الأصل

فالسكوت عنده أمر سلبي لا أثر يرتبه. إذن وكأنه أقرّ ضمناً بوجود أثر يمكن أن يترتب على السكوت حتى مع عدم وجود الظروف التي تدل على أنه موافقة ضمنية، وفي ذلك – حسب اعتقادي – ميلٌ من المؤلف إلى رأي المذهب الموضوعي في السكوت وإن لم يصرّح به صراحة.

الخاتمة

وفي خاتمة الدراسة توصلنا الى العديد من الاستنتاجات ومن أهمها ما يأتي:

١) إن المذاهب التي طرحت في أساس إلزام قواعد القانون الدولي العام هي نفسها طرحت في بيان أساس إلزام القواعد الدولية العرفية، ومن أهمها المذهب الإرادي والموضوعي، ويشكل المذهب الموضوعي المذهب الراجح كون القواعد العرفية على الصعيد الدولي تتسم بالعمومية وتلزم الكافة – بحسب الأصل –، وكذلك المركز الموضوعي يُلزم الجميع دونما اعتبار لإرادة الدول، اللهم إلاّ في حالة الاحتجاج من قبل الدولة، إذ لا تسري القاعدة الدولية العرفية عليها فيما عدا القاعدة الآمرة إذ تسري تجاه الكافة بوجود الاحتجاج وعدمه.

٢) إن ما جعل من موضوع تكوين القواعد الدولية العرفية مشكلة، غالباً ما تثير لبساً وغموضاً ويتجنب كثيرون الخوض فيها، هو اللبس الذي وقع فيه بعض من كتب في العرف الدولي وتبعه في ذلك جملة من الباحثين، لا سيّما ما يخص مفهوم الركن والماهية في القاعدة الدولية العرفية، فالاتجاه الراجح في آلية تكوين القواعد الدولية العرفية يتمثل في التفرقة بين الركن والماهية واعتبار تواتر السوابق الدولية هو الركن المادي واعتبار العقيدة القانونية بالإلزام هي الماهية أي هي القاعدة العرفية نفسها، فتواتر السوابق الدولية هو السبب الموصل إلى النتيجة المتمثلة بالعقيدة القانونية بالإلزام والتي ما إن تتحقق، تتكون عندها القاعدة الدولية العرفية، فليس من اقتران بين التواتر والعقيدة بالإلزام – حسب الرأي الراجح لدينا .

٣) إن القواعد الدولية العرفية العامة هي ما تكون مصدراً لقواعد القانون الدولي العام وليست القواعد العرفية الإقليمية، إذ ليس هناك عرف إقليمي من الأساس بل يوجد اتفاق دولي غير مكتوب، وهو ملزم للدول وإن لم تنظمه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩، كما اعترفت بذلك صراحة، محكمة العدل الدولية في جملة من أحكامها.

٤) في الأصل تسري القاعدة الدولية العرفية على الدول كافة إلا من اتبع طرق الرفض وأبرزها الاحتجاج، إذ لا تسري القاعدة الدولية العرفية تجاه الدولة المحتجة إذا صدر الاحتجاج في أثناء تكون القاعدة العرفية أو بعد تكونها بمدة مناسبة، ولكن

لا أثر للاحتجاج تجاه القواعد الدولية العرفية الآمرة، إذ تسري تجاه الدول كافة من احتج منها ومن لم تحتج.

٥) يلعب التحفظ دوراً مؤثراً في عدم تحول النصوص الاتفاقية المتحفظ عليها إلا قواعد دولية عرفية، لا سيما إذا كانت الاتفاقية المعنية من الاتفاقيات المتعددة الأطراف، إذ يعني التحفظ إمكان وشرعية المخالفة للنصوص المتحفظ عليها، وقبول إيراد تحفظ على نصوص ما في الاتفاقية يعني ضمناً أن الأطراف لم تتجه إرادتهم إلى كون النصوص الجائز التحفظ عليها هي قواعد دولية عرفية فعلاً أو من المحتمل أن تكون كذلك. وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة، فإن القواعد الدولية العرفية المطبقة فعلاً والتي ورد التحفظ عليها في اتفاقية ما، لا يمنع من سريان تلك القواعد الاتفاقية بالنسبة للدول غير الأطراف أو بين دولة طرف وأخرى من الغير. إذ يقتصر أثر التحفظ على علاقة الدولة المتحفظة مع الدول الأطراف بخصوص النص المتحفظ عليه فقط. مضافاً إلى إن التحفظ على نص اتفاقي يعبر عن قاعدة عرفية في طور التكوين، يمكن أن يعد تطبيقاً لمبدأ الاعتراض المستمر أو الاحتجاج والذي بموجبه لا تسري القاعدة العرفية بعد نشوئها على الدولة المحتجة، وإن كان الاحتجاج في الأصل على النص الاتفاقي لا القاعدة الدولية العرفية، ومن جهة أخرى فإن الاعتراض على التحفظ الوارد على مادة أو مواد معينة من قبل دول أخرى في الاتفاقية، يمكن أن يعد قبول بإمكانية تحول المادة أو المواد المتحفظ عليها إلى قواعد عرفية دولية، فالاعتراض على الاعتراض قبول بما كان محلاً للاعتراض الأول، وما تقدم محكوم بالطبع بأحكام الاتفاقية نفسها وطبيعتها والأهداف التي أبرمت من أجل تحقيقها، لأن التحفظ المخالف لأهداف الاتفاقية لا أثر له أصلاً، والتحفظ الذي لا يحظى بقبول أطرافها الآخرين لا يمكن قبوله، والمواد التي منعت الاتفاقية من إيراد تحفظ عليها صراحة، يمتنع على أي طرف أن يتحفظ عليها ومن ثم يُفسر تحفظه في حال صدوره منه رغبةً منه في انسحابه من الاتفاقية نفسها.

٦) يؤثر السكوت وفقاً للمذهب الموضوعي في نشوء القواعد الدولية العرفية، إذ تُلزم الدولة التي التزمت جانب السكوت وعدم الاحتجاج بكل ما يمكن أن ترتبه الدول الغير من أثر، إذ لا يحق للدولة التي التزمت السكوت بعد ذلك أن تلجأ إلى الاحتجاج على القاعدة بعد تكونها إذ كان لها أن تقوم بالاحتجاج خلال مرحلة التكوين ولم تفعل، ومن ثم سوف تنشأ القاعدة الدولية العرفية بالرغم من إرادة الدولة الساكتة وتُلزم الأخيرة بها.

الهوامش

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) سليمان عبدالمجيد. مصدر سابق، ص١٢٢.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٣) المصدر السابق ، ص ١٢٣-١٢٤.

(١٦) المصدر السابق ، ص ١٢٤-١٢٥.

(١٧) المصدر السابق ، ص ١٢٥.

(١٨) ثروت أنيس الأسيوطي. مبادئ القانون، ص ١٥٧ أشار إليه سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(١٩) حكمت شبر. القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، بغداد: المكتبة القانونية، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٩، ص ٤٦.

(٢٠) آرثر نوسبوم. الوجيز في تأريخ القانون الدولي، ترجمة وتعليق رياض القيسي، بغداد: بيت الحكمة، ٢٠٠٢، ص ٣٢٢؛ عصام العطية. القانون الدولي العام، الطبعة السادسة ، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٢، ص ٦٠.

(٢١) سليمان عبدالمجيد. مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٢٢) علي صادق أبو هيف. القانون الدولي العام، ط ٧، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٤-١٩٦٥، ص ٩٢-٩٣؛ عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ١٩٧٠، ص ٦٠؛ محمد المجذوب. مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢٣) آرثر نوسبوم. مصدر سابق، ص ٣٢٢.

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

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

(٢٦) عبدالحسين القطيفي. مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢٧) أحمد أبوالوفا. مصدر سابق، ص ٤٣.

(٢٨) بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣٥٧-٣٥٨.

(٢٩) محمد طلعت الغنيمي. مصدر سابق، ص ٣٨٠.

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

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

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

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

(٣٤) المصدر السابق، ٧٧.

(٣٥) المصدر السابق، ص ٧٨.

(٣٦) حامد سلطان. مصدر سابق، ص ١٥؛ روبرت ألكسي. فلسفة القانون، تعريب كامل فريد السالك، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص ١٦٥.

(٣٧) محمد سامي عبدالحميد. أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني (القاعدة الدولية)، الطبعة السادسة، الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ٥٢.

(38) Francois Rigaux. Hans Kelsen on International Law, EJIL, Vol. 9, 1998, p 330.

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

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

(٤١) هانس كلسن. النظرية المحضة في القانون، ترجمة أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية - وزارة العدل، ١٩٨٦، ص ١١٤.

(٤٢) المصدر السابق، ص ١٥٦-١٥٧.

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

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

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

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

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

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

(٤٩) أشار إليه حامد سلطان. مصدر سابق، ص ٥٠.

(٥٠) منتصر سعيد حمودة. مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٥١) محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ١٩٧٤، ص ٢٣٦.

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

(53) " CIL rules may arise despite the existence of a persistent objector.". Joel P. Trachtman. Persistent objectors, cooperation, and the utility of customary international law, Duke journal of comparative & international law, Vol. 21:221, 2010, p 222.

(54) " persistent objector, not be bound by the rule, even after it has matured into customary law.". T. Meron. General Course in Public International Law, The Huge Academy of International Law, p 394.

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

(٥٦)مايكل وود (مقرر لجنة القانون الدولي). التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي ، الوثيقة المرقمة A/CN.4/672، ص ٦٠.

(57) Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, First Edition, Cornell University Press, Ithaca and London, 1971, p 98.

(58) Ibid., p 111.

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

(60) David J. Bederman. Acquiescence, objection and the death of customary international law, Duke journal of comparative & international law, Vol. 21:31, 2010, p 35.

(٦١) محمد سامي عبدالحميد. مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٦٢) المصدر السابق، هامش رقم ٢ ص ٢٣٩.

(63) Jonathan I. Charney. Universal International Law, the American Journal of International Law, Vol. 87:529, 1993, p 538.

(64) Ibid., p 539.

(٦٥) يُنظر محمد عبدالرحمن الدسوقي. مصدر سابق، ص ١٤٣-١٤٤.

(٦٦) يُنظر محمد مجدي مرجان. آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٤١٤.

(٦٧) يُنظر حيدر أدهم الطائي. مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٦٨) يُنظر المصدر السابق، ص ١٤٤.

(٦٩) المصدر السابق، ص ١٥٦.

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

(٧١) يُنظر الملاحظة رقم ١١، ص ٢٧ من مذكرة من الأمانة العامة. نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع)، الوثيقة المرقمة A/CN.4/659.

(٧٢) يُنظر تقرير اللجنة التابعة لجمعية القانون الدولي / لندن/٢٠٠٠ بعنوان (مذكرة عن المبادئ المطبقة في تكوين القانون الدولي العرفي العام، ص ١٠.

(٧٣) يُنظر مفيد محمود شهاب. الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٩، ١٩٧٣، ص ٨٤.

(74) Jeremy Pearce: Customary International Law not Merely Fiction or Myth, Australian International Law Journal, Vol. 1, 2003, p 14-15.

(٧٥) محمد السعيد الدقاق. التنظيم الدولي، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص ٨٢-٨٣.

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

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

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

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

(٨٠) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من ١٩٤٨-١٩٩١، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992، ص ٢١٥.

(٨١) المصدر السابق، ص ٢١٨.

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

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

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

(85) " acceptance of a reservation results from the absence of an objection.". A. Pellet, 'Eighth Report on Reservations on Treaties' (2003), A/CNA/535/Add.l, para. 69. in Alain Pellet and Daniel Müller. Reservations to treaties: An objection to a reservation is definitely not an acceptance, published in Enzo Cannizzaro (editor

). The law of treaties beyond the Vienna Convention, 1st edition, New York, Oxford university press, 2011, p 39.

(٨٦)أ.ن. طلالايف. قانون المعاهدات الدولية، الكتاب الأول – النظرية العامة -، ترجمة صالح مهدي العبيدي، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٨٦، ص ٢١١.

(٨٧) المصدر السابق، ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٨٨) بيار ماري دوبوي. مصدر سابق، ص ٣٠٤ هامش رقم ١.

(٨٩) المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(90) Brian D. Lepard. Customary international law – a new theory with practical applications –, Cambridge university press, 2010, p 194.

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

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

(٩٣) المصدر السابق، ص ٦٨٥.

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

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

(٩٥) المصدر السابق، ص ٦٨٨.

(٩٦) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٤٤.

(٩٧) المصدر السابق، ص ٥٠.

(٩٨) المصدر السابق ، ص ٥٠.

(99) Hall. International law, 8th edition, p 48.

(١٠٠) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٨٦.

(١٠١) المصدر السابق، ص ٨٧.

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

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

(١٠٤) مفيد محمود شهاب. مصدر سابق، ص ٥١-٥٢.

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

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

(١٠٧) مصطفى أحمد فؤاد. مصدر سابق، ص ٢٨٠.

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

١. إبراهيم محمد العناني. الوجيز في القانون الدولي العام. كلية الحقوق (التعليم المفتوح)- جامعة عين شمس. بدون سنة طبع.
٢. أحمد أبو الوفا. الوسيط في القانون الدولي العام. الطبعة الخامسة. القاهرة: دار النهضة العربية. ٢٠١٠.
٣. آرثر نوسبوم. الوجيز في تأريخ القانون الدولي. ترجمة وتعليق رياض القيسي. بغداد: بيت الحكمة. ٢٠٠٢.
٤. بيار ماري دوبوي. القانون الدولي العام. ترجمة محمد عرب صاصيلا. سليم حداد. الطبعة الأولى. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ٢٠٠٨.
٥. تقرير اللجنة التابعة لجمعية القانون الدولي / لندن/٢٠٠٠ بعنوان (مذكرة عن المبادئ المطبقة في تكوين القانون الدولي العرفي العام.
٦. تقرير لجنة القانون الدولي (التحفظات على المعاهدات). الملحق رقم ١٠. A/66/10/Add.1.
٧. حامد سلطان. القانون الدولي العام في وقت السلم. الطبعة السادسة. القاهرة: دار النهضة العربية. ١٩٧٦.
٨. حكمت شبر. القانون الدولي العام. الطبعة الثانية. بغداد: المكتبة القانونية. القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب. ٢٠٠٩.
٩. حيدر أدهم الطائي. الاحتجاج في القانون الدولي. الطبعة الأولى. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠١٢.
١٠. روبرت ألكسي. فلسفة القانون. تعريب كامل فريد السالك. الطبعة الثانية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠١٣.
١١. زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام. الطبعة الأولى. بنغازي. منشورات جامعة قاريونس. ١٩٩٣.
١٢. سليمان عبدالمجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي. القاهرة. دار النهضة العربية . بدون سنة طبع.
١٣. شارل روسو. القانون الدولي العام. ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد. بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع. ١٩٨٢.
١٤. عبدالحسين القطيفي. القانون الدولي العام. الجزء الأول في أصول القانون الدولي العام. بغداد: مطبعة العاني. ١٩٧٠.
١٥. عبدالكريم علوان. الوسيط في القانون الدولي العام. الكتاب الأول – المبادئ العامة –. الطبعة الأولى. عمّان. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ١٩٩٧.

١٦. عبدالله محمد الهواري. مبادئ القانون الدولي العام. القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
١٧. عصام العطية. القانون الدولي العام. الطبعة السادسة ، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٢.
١٨. علي صادق أبو هيف. القانون الدولي العام. ط ٧. الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٤-١٩٦٥.
١٩. محمد السعيد الدقاق. التنظيم الدولي. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
٢٠. محمد السعيد الدقاق؛ مصطفى سلامة حسين. مصادر القانون الدولي العام. الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
٢١. محمد المجذوب. القانون الدولي العام. الطبعة السادسة. بيروت. منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
٢٢. محمد حافظ غانم. العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني. المجلة المصرية للقانون الدولي. العدد ٨. ١٩٥٢.
٢٣. محمد سامي عبدالحميد. أصول القانون الدولي العام. الجزء الثاني (القاعدة الدولية). الطبعة السادسة. الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
٢٤. محمد سامي عبدالحميد. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية. العدد الأول، ١٩٧٤.
٢٥. محمد طلعت الغنيمي. الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام). الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٠.
٢٦. محمد عبدالرحمن الدسوقي. مدى التزام الدولة بغير إرادتها في القانون الدولي العام. الطبعة الأولى. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢.
٢٧. محمد مجدي مرجان. آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف. القاهرة. دار النهضة العربية، ١٩٨١.
٢٨. محمود سامي جنينه. دروس القانون الدولي العام. الكتاب الأول (قانون السلم). القاهرة: مطبعة الاعتماد، ١٩٢٧.
٢٩. مذكرة من الأمانة العامة. نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع). الوثيقة المرقمة A/CN.4/659.
٣٠. مصطفى أحمد فؤاد. النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة. الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣١. مفيد محمود شهاب. الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام. المجلة المصرية للقانون الدولي. العدد ٢٩. ١٩٧٣.
٣٢. منتصر سعيد حمودة. محكمة العدل الدولية. ط ١. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ٢٠١٢.
٣٣. منذر الشاوي: فلسفة القانون. الطبعة الأولى. عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ٢٠٠٩.
٣٤. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من ١٩٤٨-١٩٩١. منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1. 1992.
٣٥. هانس كلسن. النظرية المحضة في القانون. ترجمة أكرم الوتري. بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية – وزارة العدل. ١٩٨٦.

ثانياً: المصادر باللغة الإنجليزية

36. **A. Pellet, 'Eighth Report on Reservations on Treaties' (2003), A/CNA/535/Add.l, para. 69. in Alain Pellet and Daniel Müller. Reservations to treaties: An objection to a reservation is definitely not an acceptance, published in Enzo Cannizzaro (editor). The law of treaties beyond the Vienna Convention, 1st edition, New York, Oxford university press, 2011.**

37. **Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, First Edition, Cornell University Press, Ithaca and London, 1971.**

38. **David J. Bederman. Acquiescence, objection and the death of customary international law, Duke journal of comparative & international law, Vol. 21:31, 2010.**

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

40. **Edwin W. Patterson. Hans Kelsen and his Pure Theory of Law, California Law Review, Vol. 40, 1952.**

41. **Francois Rigaux. Hans Kelsen on International Law, EJIL, Vol. 9, 1998.**

42. **Hall. International law, 8th edition.**

43. **Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner. Chicago: the Law School – the University of Chicago, Paper No. 64.**

44. **Jeremy Pearce: Customary International Law not Merely Fiction or Myth, Australian International Law Journal, Vol. 1, 2003.**

45. **Joel P. Trachtman. Persistent objectors, cooperation, and the utility of customary international law, Duke journal of comparative & international law, Vol. 21:221, 2010.**

46. **Niina Anderson. Reservations and Objections to Multilateral Treaties on Human Rights, Master's thesis, produced to Faculty of Law/ University of Lund, 2001.**

47. **T. Meron. General Course in Public International Law, The Huge Academy of International Law.**

48. **Zoran Jelie. An Observation on the Theory of Law of Hans Kelsen, Law and Politics, Vol. 1, 2001.**