دور المعاهدات في تكوين العرف الدولي

أ.م.د. هادي

جامعة بغداد كلية القانون

أ.م.د. خالد سلمان جواد

نعيم المالكي
الجامعة المستنصرية كلية القانون

Abstract

Treaties play a large role in its relationship with the international custom. They once recorded and documented that international customs which has been defined through the codification of the international rules that settled in the practice of states and decisions of international courts. Again that international treaties could contribute indirectly to create some international customary rules when states conclude bilateral treaties involving the same rules or the same legal systems contained in precedent bilateral treaties concluded by other states. But what more important, is that the role which international treaties could play when the multi-national treaties (the Making- Law treaties) establish new international legal rules through the progressive development of international law process, which becomes public international rules after the entry into force of this type of treaties even for the states that did not participate in it. That what makes doubts on the importance of the traditional firm principle in the law of treaties, namely the principle of relative effect of treaties in its relation to the Making- Law treaties. It seems that international Treaties sometimes reveal customary rules already exist, or contribute to the emergence of such rules, or, in other times, they itself establish new customary rules.

المقدمة :

تلعب المعاهدات دورا كبيرا في علاقتها بالعرف الدولي. فهي تؤدي مرة دور المسجل والموثق للعرف الدولي من خلال عملية تدوين قواعد الأعراف الدولية التي استقرت في ممارسات الدول وأحكام القضاء الدولي. ومرة أخرى ممكن أن تساهم المعاهدات الدولية بشكل غير مباشر في إنشاء بعض القواعد العرفية الدولية من خلال تكرار قيام الدول بعقد معاهدات ثنائية تتضمن القواعد نفسها أو الأنظمة القانونية نفسها التي انطوت عليها معاهدات ثنائية سابقة معقودة بين دول أخرى. ولكن الدور الأهم الذي ممكن أن تلعبه المعاهدات الدولية هو ما يتمثل بالقواعد القانونية الدولية التي تقرها المعاهدات الدولية متعددة الأطراف العامة، أي المعاهدات الشارعة، من خلال عملية التطوير التدريجي للقانون الدولي والتي تصبح قواعد دولية عامة بعد دخول هذا النوع من المعاهدات دور النفاذ حتى بالنسبة للدول التي لم تشارك في هذه المعاهدات. وهو الأمر الذي يلقي بدوره بظلال من الشك على أهمية المبدأ التقليدي الراسخ في قانون المعاهدات ألا وهو مبدأ نسبية أثر المعاهدات في علاقتها بالمعاهدات الشارعة. فيبدو إن الاتفاقيات الدولية تكشف أحيانا عن قواعد عرفية موجودة سلفاً ونافاذة، أو أن تسهم في نشوئها، أو في أحيان أخرى تنشئ هي نفسها قواعد عرفية جديدة. وهذا ما سنحاول أن نبينه في هذا البحث.

المبحث الأول مبدأ نسبية أثر المعاهدات ودور المعاهدات الثنائية في تكوين العرف الدولي

ترتبط على قاعدة الرضائية فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى القول بمبدأ نسبية آثار المعاهدات، أي أن المعاهدة تنحصر آثارها في أطرافها فقط؛ فنظراً لأن المعاهدة تستمد أصلها وقوتها من رضا الأطراف فيها، فإنه ليس لها أي تأثير على الدول التي لم تشترك فيها، فلا يمكن للمعاهدة أن ترتب حقوقاً أو تفرض التزامات على عاتق دول ليست أطرافاً فيها. وذلك قياساً على القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تطبق على العقود في مجال القانون الداخلي والتي تقضي بأن العقد لا يمكن أن يفيد الغير أو يضره *Pact a tertiis nec nocent nec prosunt* فالقواعد النابعة من مبدأ الرضا يمكنها أن تقدم الإيضاح اللازم عن آثار الاتفاقات بين الأطراف. أما بالنسبة للدول الغير فإن القواعد المتعلقة بمبادئ السيادة والمساواة والاعتراف وحسن النية يجب أن تؤخذ في الاعتبار، ونتيجة التفاعل بين هذه القواعد (الرضا- السيادة- الاعتراف- حسن النية) تولدت قاعدة أخرى تنص بصلافة على نسبية الاتفاقات الدولية، بمعنى أنها قاعدة تقضي بأنه لا يمكن لأطراف الاتفاقات الدولية أن يفرضوا أعباء أو يمنحوا حقوقاً لدولة أو دول غير بدون إرادة الأخيرة.

وينتج عن ذلك أن الدولة الغير لا يمكن:

- ١- أن تتحمل التزامات أو تتمتع بحقوق وفقاً للمعاهدة.
- ٢- أو أن تتحمل أية مسؤولية أو تكون عرضة لمانع قانوني أو أن تتضرر أو ينتزع منها حق أو أن تطالب بحق في مصلحة أو منفعة أو ميزة من معاهدة ليست طرفاً فيها. كما لا يجوز لدولة أن تطالب بتنفيذ معاهدة لا تكون طرفاً فيها، أو أن تستند لمثل هذه المعاهدة للمطالبة بحق من الحقوق. كذلك لا تؤثر نصوص معاهدة تعقد بين دولتين في معاهدة سابقة معقودة بين إحدى هاتين الدولتين ودولة ثالثة بغير قبول هذه الأخيرة، وبالمثل فإن النظام الذي تضعه معاهدة لا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلا بالموافقة الإجماعية لكل الأطراف، كما أن عملية تفسير المعاهدة تعتبر أمراً محفوظاً لأطرافها ومقصوراً عليهم، أما مباشرةً وبوساطتهم أنفسهم أو بطريقة غير مباشرة عندما يتفقوا مثلاً على الالتجاء إلى جهاز آخر لهذا الغرض، مثل محكمة العدل الدولية أو خلافه، ولكن لا يجوز لغير أطراف المعاهدة الاشتراك في تفسيرها أو تأويلها بأية صورة من الصور، وهذا تطبيق واضح وتأكيد لمبدأ الأثر النسبي للمعاهدات^{١١}.

وقد ترسخ هذا المبدأ في قرارات المحاكم الدولية. فمثلاً في قضية المناطق الحرة بين سويسرا وفرنسا، أشارت محكمة العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٣٢ إلى أن: (المادة ٤٣٥ من معاهدة فرساي ليست ملزمة بالنسبة لسويسرا التي لا تعتبر طرفاً فيها عدا ذلك الجزء الذي اعترفت به سويسرا)، وفي قضية المصالح الألمانية في منطقة سليزيا العليا في بولندا أشارت كذلك المحكمة الدائمة عام ١٩٢٦ إلى أن: (المعاهدات تخلق حقوقاً فقط لتلك الدول الأطراف فيها. وفي حالة الشك فلا يجوز استخلاص أية حقوق لصالح الدول الثالثة.)، كما جاء في حكم محكمة العدل الدولية في قضية تحديد الجرف القاري في بحر الشمال في النزاع ما بين ألمانيا الاتحادية والدانمارك وهولندا عام ١٩٦٩، أنه: (من غير الممكن تطبيق قواعد الاتفاقية الخاصة بتحديد الجرف القاري على ألمانيا الاتحادية التي لم تصادق على اتفاقية جنيف الخاصة بالجرف القاري لعام ١٩٥٨، وبالتالي فإنها لا ترتبط قانوناً بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦ المتعلقة بمبدأ المسافة المتساوية عند تحديد الجرف القاري).ⁱⁱⁱ

إن القاعدة العامة في أثر المعاهدات الدولية أنها لا تلزم إلا أطرافها أي أن نسبية أثر المعاهدات هو الأصل العام.^{iv} وهو ما رسخته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ في المادة ٣٤ بالقول: "المعاهدات لا تنشئ حقوقاً أو التزامات للغير دون رضاها". ولكن يمكن للمعاهدات الدولية أن تساهم بشكل غير مباشر في إلزام غير أطرافها إذا ما تكرر عقد المعاهدات في موضوع معين بحيث تصبح القواعد التي تكرر ذكرها في تلك المعاهدات قواعد عرفية دولية تلتزم الدول غير الأطراف بها بصفتها قواعد عرفية.^v

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

أما الدول الأطراف فإنها تلتزم بها بموجب المعاهدة نفسها.^{vii} وانتقال القواعد الاتفاقية الى قواعد عرفية هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال ١٩٦٩ لا سيما إذا كانت هناك ممارسة دولية موحدة في تطبيق مضمون القاعدة الاتفاقية من قبل الدول التي تتأثر مصالحها بها.^{viii}

والتزام الدولة الغير بالمعاهدة الدولية عند شيوع العمل بمضمونها بوصفها قواعد عرفية دولية هو ما أكدته المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ والتي تنص على

أن: ” ليس في المواد من ٣٤ إلى ٣٧ ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير باعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترف لها بهذه الصفة ” .
وفي رأي جمعية القانون الدولي أن التبني الواسع من قبل الدول لقواعد المعاهدات الجماعية يجعل من هذه القواعد قواعد عرفية جديدة^{ix}. ويلاحظ هنا أن جدلاً واسعاً قد أثير فيما يخص علاقة المعاهدة بالعرف الدولي وإسهامها في نشوئه بشيوع العمل عن طريق المعاهدات فيما يخص موضوعاً معيناً، فقد اعترض البعض في لجنة القانون الدولي بصدد صياغة المادة أعلاه في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ عن دور المعاهدات في تكوين القواعد الدولية العرفية فالأصل العام في أثر المعاهدات أنها لا تلزم غير أطرافها أما القواعد الدولية العرفية فإنها تلزم الجميع كما يجب عند البعض الآخر التفرقة بين كون المعاهدات - وشيوع عقدها من قبل الدول - مصدرراً للقواعد الدولية العرفية وبين النص في المعاهدة على قواعد عرفية موجودة سلفاً وثابتة في التعامل الدولي، واعترض ثالث على ما ينطوي عليه إيراد المادة من خطورة تتمثل في الموقف الواجب اتخاذه إذا ما عقدت مجموعة دول معاهدة قد قبلتها بعد ذلك دول أخرى بوصفها قواعد عرفية دولية ومن ثم أنهى الأطراف المعاهدة، واشترط رابع أن يكون هناك اعتراف صريح من قبل الدول غير الأطراف بموضوع المعاهدة بوصفها قاعدة عرفية دولية^x.

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

يقول أحد الفقهاء: "إن المعاهدة الدولية تلزم أطرافها فقط، وهي تلزمهم بالنصوص الملزمة الموجودة في المعاهدة نفسها، ولكنها تتعدى غير أطرافها لأن المعاهدة نفسها تسهم في تكوين ممارسات الدول (بوصفه الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية)^{xi} .

وقضت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية الجرف القاري لبحر الشمال ١٩٦٩ بأن النص الاتفاقي يمكن أن يكون معياراً منشئاً (norm-creating provision) للقاعدة الدولية العرفية في المستقبل^{xii}، وذلك بتكرار العمل بالنص الاتفاقي من قبل دول ليست طرفاً في الاتفاقية أو بإقدام الدول على عقد اتفاقات مشابهة.

إن الاتفاقيات الدولية إما أن تكشف عن قواعد عرفية موجودة سلفاً ونافذة، أو أن تسهم في نشوئها، أو تنشئ هي نفسها قواعد عرفية جديدة^{xiii}: فأما الدور الكاشف فلا يتعدى التأكيد والكشف عن قواعد عرفية موجودة سلفاً في تاريخ سابق على إبرام الاتفاقية مضافاً إلى تقنين القواعد الدولية العرفية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية ناميبيا من: "أن القواعد الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي تخص موضوع الإخلال بالمعاهدة تعتبر تقنياً لقانون عرفي موجود سلفاً بشأن الموضوع المتقدم"^{xiv}.

أما الدور المساهم في تكوين القاعدة الدولية العرفية من خلال الاتفاقيات الدولية فيعني أن القاعدة العرفية في طور النشوء من خلال تكرار الممارسات الدولية ومنها تكرار عقد الاتفاقيات الدولية التي تتضمن المضمون نفسه للقاعدة العرفية المعنية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال: "بأن المواد من ١ إلى ٣ من اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ تعكس تبلوراً أو على الأقل ظهوراً لقواعد عرفية تخص الجرف القاري"^{xv}. أما الدور الخلاق أو المنشئ فيعني أن تكرار الاتفاقيات الدولية يكفي وحده لخلق قواعد عرفية جديدة وبعبارة أخرى فإن الركن المادي يتمثل في تواتر السوابق الدولية ممثلة بالاتفاقيات الدولية، وفي ذلك تقرر محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال ١٩٦٩ بأن المادة ٦ من اتفاقية جنيف للجرف القاري لعام ١٩٥٨ لها أثر منشئ ومن ثم فهي تنشئ قاعدة جديدة تندمج في النسيج العام لقانون دولي عرفي نشأ في ١٩٦٩ مع تاريخ صدور حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري^{xvi}.

ولكن هل نشوء القاعدة العرفية الجديدة بمضمون المادة ٦ من اتفاقية جنيف للجرف القاري هو لأجل القاعدة الاتفاقية الدولية نفسها أم لأجل الحكم القضائي الدولي الصادر من محكمة العدل الدولية، إذ كلاً من الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء الدولي يسهم في نشوء القاعدة العرفية على الصعيد الدولي.

إلا أن المحكمة في موضع آخر من حكمها تجيب بأن الموافقة الواسعة من قبل الدول بشأن المادة ٦ سوف يخلق العقيدة القانونية بالإلزام ومن ثم يحولها إلى قاعدة عرفية جديدة وليست فقط قاعدة اتفاقية دولية ومن ثم فهي تلزم ليس فقط الدول الأطراف في الاتفاقية بل حتى تلك الدول التي لا تعد أطرافاً فيها، وهذا ما يحصل بين أونة وأخرى على الصعيد الدولي بوصفه من الطرق المعترف بها لنشوء قواعد عرفية دولية جديدة^{xvii}.

ولكن إذا كانت محكمة العدل الدولية قد قررت بأن المادة ٦ من اتفاقية جنيف للجرف القاري ١٩٥٨ ملزمة للدول الأطراف طبقاً للاتفاقية نفسها، وللدول الغير بوصفها قاعدة عرفية

دولية، فإن السير مع هذا المنطق يستلزم أن تحكم المحكمة بإلزام ألمانيا وفقاً للمادة ٦ المتقدمة والأخذ بطريقة الخطوط المستقيمة في قياس الجرف القاري بالرغم من أن ألمانيا طرفاً في الاتفاقية ولكن لم تصادق عليها، فوجه الإلزام هنا يكون استناداً الى كون المادة ٦ قاعدة عرفية دولية وفقاً لما استنتجه المحكمة فيما تقدم.

إلا أن المحكمة في حكمها لم تلزم ألمانيا بالطريقة الواردة في المادة ٦ من الاتفاقية كون المادة المتقدمة مما يجوز التحفظ عليها وفقاً لأحكام الاتفاقية نفسها على عكس المواد ١ الى ٣ التي لا يجوز التحفظ عليها، وإن جواز التحفظ على نص اتفاقي دولي يمنع من تحول ذلك النص إلى قاعدة عرفية دولية.

ومما يعزز عدم تحول المادة ٦ إلى قاعدة عرفية دولية ومن ثم عدم اعتماد المحكمة عليها في إلزام دولة ألمانيا بها، أن المحكمة نفسها في حيثيات حكمها عادت فقررت أن المادة ٦ ليست من المواد الاتفاقية المنشئة لقاعدة عرفية دولية على عكس ما توصلت إليه في قضية مصائد السمك، من أن تحديد مناطق الصيد وحقوق الامتياز قد حازت قبول وموافقة جميع الدول الساحلية في اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف^{xviii}.

وفي معرض تعليق اللجنة على مشروع المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي أصبحت المادة ٣٨ من الاتفاقية التي ورد نصها أعلاه، أكدت على الملاحظات الآتية: ”

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

(٢) إلا أنه لا يمكن القول بصورة صحيحة، في أي من هذه الحالات، أن المعاهدة نفسها لها آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. بيد أن هناك حالات تقوم فيها دول أخرى بالإقرار بالقواعد المصاغة في معاهدة ما بوصفها قانونا عرفيا ملزما، دون إنشاء أي صلة تعاهدية بين تلك الدول والأطراف في المعاهدة. باختصار، فإن مصدر القوة الملزمة للقواعد بالنسبة لتلك

الدول هي العرف، لا المعاهدة. ولهذا السبب لم تعتقد اللجنة أن هذه العملية ينبغي أن تدرج في مشاريع المواد كحالة تكون فيها لمعاهدة ما آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. لذا فإن اللجنة لم تقم بصياغة أي أحكام محددة تتعلق بعمل العرف في مد نطاق انطباق قواعد المعاهدات بما يتجاوز الدول المتعاقدة. ومن ناحية أخرى، مع أخذ أهمية العملية وطابع الأحكام الواردة في المواد من ٣٠ إلى ٣٣ بعين الاعتبار، قررت اللجنة أن تدرج في هذه المادة تحفظاً عاماً يقول بأن لا شيء في تلك المواد يحول دون أن تصبح قواعد المعاهدة ملزمة لغير الأطراف بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي^{xix}.

وقضت محكمة العدل الدولية بضرورة توافر شروط ثلاثة لأجل نقل القواعد الاتفاقية إلى قواعد عرفية دولية، وهي^{xx}:

- (١) أن تكون نصوص الاتفاقية المعنية مما لا يجوز التحفظ عليها من قبل الأطراف.
- (٢) أن يكون موضوع الاتفاقية عاماً ويهم أغلبية الدول أو يؤثر على مصالحها.
- (٣) مضي قدر كافٍ من الوقت لعملية الانتقال إلى القواعد الدولية العرفية، ومع ذلك من الممكن أن تكون مدة الانتقال قصيرة شريطة أن يكون التطبيق موحداً.

وهناك رأي في الفقه الدولي يذهب إلى أن الاتفاقيات الدولية لا تخلق إلا قواعد محددة وأن القانون الدولي العام لا يعني إلا القانون العرفي فقط، وحتى لو افترضنا أن اتفاقيات دولية قد ضمت جميع الدول أطرافاً فيها فإنه مع ذلك لا بد من توفر العقيدة القانونية بالإلزام لديها، كي تصبح القواعد الاتفاقية من قواعد القانون الدولي العام، وبعبارة أخرى لا بد من تحول النصوص الاتفاقية إلى قواعد عرفية كي تصبح من قواعد القانون الدولي العام^{xxi}.

إلا أنه لا ينبغي الأخذ بالرأي المتقدم على إطلاقه، فإن الاتفاقيات الشارعة تضع قواعد تهم المجتمع الدولي بأجمعه، وإن أغلب الدول تكون أطرافاً فيها، ومن ثم فهي ملزمة بمضمونها وقد حازت على رضاها وقناعتها، إذ يعد الرضا الركن الأساس في إبرام الاتفاقيات الدولية والزامها طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والتي كرستها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ في المادة ٢٦ بالقول: "كل معاهدة نافذة تلزم أطرافها ويجب أن ينفذها الأطراف بحسن نية". أمّا كون قواعد الاتفاقيات الشارعة لا تكون من قواعد القانون الدولي العام إلا بعد تحولها إلى قواعد عرفية دولية فإنه قولٌ فيه كثير من المبالغة، إذ أن المادة (٣٨) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية قد حددت المصادر الرئيسية لقواعد القانون الدولي العام بالاتفاقيات الدولية والقواعد الدولية العرفية والمبادئ العامة للقانون، ومن ثم فالرأي المتقدم يتناقض مع نص المادة (٣٨)، فالعبرة في قاعدة واردة في اتفاقية شارعة هي

للاتفاقية نفسها لتمتع الاتفاقية الشارعة بوصف العمومية في التطبيق بحيث تُلزم الدول الأطراف والغير معاً، ولا يُنتظر تحوّل القاعدة في الاتفاقية الشارعة إلى قاعدة عرفية دولية لأجل اعتبارها من قواعد القانون الدولي العام. إلا أنه ينبغي عدم إنكار أن الكثير من القواعد الواردة في الاتفاقيات الشارعة هي في الأصل قواعد عرفية دولية وبذلك تُصبح مُلزِمة لأطرافها وفقاً للاتفاقية نفسها وملزمة للغير إمّا وفقاً للاتفاقية الشارعة نفسها كونها ملزمة للدول الغير أيضاً لما تتسم به من العمومية أو ملزمة للغير بوصفها قواعد عرفية دولية، مع الأخذ بالرأي القائل بإمكانية تطبيق القاعدة الدولية العرفية بشكل مستقل بالرغم من كونها نفسها قد وردت في اتفاقية دولية لا سيّما مع وجود التحفظ عليها في الاتفاقية الدولية، إذ مع وجوده لا يسري على القاعدة الدولية العرفية. (حكم محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية).

مضافاً إلى ما تتمتع به الاتفاقيات الدولية عموماً من الوضوح والدقة إذا ما قورنت بالقواعد الدولية العرفية، فلا يُترك المُتبيّن منه والثابت إلى ما يحتاج إلى إثبات.

أمّا بشأن التحديد الذي انتقد به الرأي المتقدم، قواعد الاتفاقيات الدولية، فإن جميع قواعد المصادر الرئيسية للقانون الدولي العام هي قواعد محددة وليست فقط القواعد الاتفاقية، بل القواعد الدولية العرفية أيضاً إذ يقوم بتحديدتها القضاء والفقهاء الدوليين.

وهناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى أفضلية القواعد الدولية العرفية على القواعد الاتفاقية الدولية (المعاهدات الدولية) على أساس أن المعاهدات نسبية الأثر ولا تلزم - بحسب الأصل - إلا أطرافها في حين أن القاعدة الدولية العرفية أثرها عام يشمل الدول كافة إلا من اتخذت طرق الرفض الدولية تجاه القاعدة الدولية العرفية كالاحتجاج، مضافاً إلى أن جميع المعاهدات ترجع في إلزامها لأطرافها إلى قاعدة عرفية دولية هي العقد شريعة المتعاقدين^{xxii}.

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

الدولية من حيث العمومية، إلا أن الاتفاقيات الدولية بدورها تتفوق على القواعد الدولية العرفية من حيث كم التطبيق أي من حيث عدد الاتفاقيات المعقودة والنافذة، مضافاً إلى وضوح النصوص الاتفاقية ودقتها إذا ما قورنت بالقواعد الدولية العرفية.

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

وحتى لو كانت القاعدة هي نفسها في القانون الدولي العرفي أو الاتفاقي فإن ذلك لا يمنع من تطبيق القاعدة الدولية العرفية أمام القضاء الدولي بصورة مستقلة، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية ١٩٨٦ إذ: " أن جميع القواعد العرفية التي يمكن الاحتجاج بها بما يماثل مضمونها بصورة تامة، مضمون القواعد الواردة في المعاهدات التي لا يمكن تطبيقها بسبب تحفظ الولايات المتحدة. وحتى لو كانت القاعدة المنشأة بمعاهدة والقاعدة العرفية المتصلة بهذا النزاع لهما نفس المضمون تماماً، فهذا ليس سبباً لأن ترى المحكمة إن أعمال المعاهدة يجب بالضرورة أن يجرّد القاعدة العرفية من الانطباق بصورة مستقلة "،^{xxvii}.

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

المبحث الثاني

دور المعاهدات الشارعة في تكوين العرف الدولي

ما الفرق من حيث الأثر القانوني بين المعاهدات المتقدمة وما يسمى بالمعاهدات الشارعة فهل هذه الأخيرة تلزم الغير أم يقتصر إلزامها على أطرافها؟
إن الإجابة تقتضي التمييز بين المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف وبين المعاهدات الشارعة.

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

ويقول الدكتور عبد العزيز سرحان^{xxix} في ذلك: ” إذا كان موضوع الاتفاق الدولي هو وضع معين أو مسألة من المسائل التي تهم الدول الأطراف، يضع الاتفاق الدولي لها تنظيمًا أو حلاً معيناً، فإننا نكون أمام اتفاق دولي يطلق عليه بعض الفقهاء اصطلاح الاتفاق العقدي، ويعلمون ذلك بأن موضوع إرادة كل من أطراف الاتفاق لا يكون واحداً، حيث يهدف كل طرف إلى الحصول على ما التزم به الطرف الآخر، وبذلك نكون بصدد التزامات شخصية ومتبادلة ... أما الحالة التي يهدف فيها الاتفاق الدولي إلى إنشاء قواعد قانونية دولية موضوعية ، أي خلق قواعد قانونية وليس مجرد التزامات متقابلة، فإن إرادة أطراف الاتفاق الدولي تكون واحدة، وذلك راجع إلى وحدة موضوعها، وبذا نكون أمام اتفاق دولي شارع ”. إن تعبير (الشارع) يشير إلى أن هذه الاتفاقيات تشريعية أكثر منها تعاقدية^{xxx}.

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

وفي ذلك يقول (بيار ماري دويوي): ” في عدة اتفاقيات متعددة الأطراف، يمكننا القول عن مثل هذه المعاهدات، التي ... لا تنحصر أبداً في اتفاقيات التدوين وتطوير العرف القائم ولكنها تستطيع كذلك أن تتعلق في مجالات جديدة بالكامل، إن غرضها يمثل سمات (

تشريعية) بمقدار ما يكون الهدف الذي تسعى إليه هو بالتحديد ليس إقامة نظام خاص بعدة دول ولكن مجموعة من القواعد القابلة للتطبيق على الجميع.^{xxxiv}.

ولقد كانت الصياغة المقترحة من قبل لجنة القانون الدولي لتعريف الاتفاقيات الشارعة في مواد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات كآآتي: الاتفاقية الشارعة تعني الاتفاقية المتعددة الأطراف التي تتعلق بالقواعد العامة في القانون الدولي أو التي تتعامل مع مسائل تتعلق بالمصلحة العامة للدول أجمع^{xxxv}. وحين عُرض النص المتقدم على الدول لأجل إبداء ملاحظاتها حولها، رفضت حكومتا الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا تضمين اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للنص المتقدم وذلك لرغبتها في تجنب فكرة التلازم بين القواعد الشارعة والقواعد العرفية، ومن ثم جاء النص النهائي للاتفاقية خلواً من النص المذكور^{xxxvi}. وبالرغم من تضمين اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ نصاً (المادة ٣٨) والتي تقضي بأنه لا شيء في الاتفاقية يمنع من إمكانية تحول قواعد اتفاقية دولية إلى قانون عرفي دولي، فقد كان هناك رأي في لجنة القانون الدولي ولا سيما من الأستاذ تونكين يشير بصراحة إلى أن الاتفاقيات الشارعة ملزمة لأطرافها وفقاً للاتفاقية نفسها وهم غالبية الدول، وملزمة لغير أطرافها كونها تمثل قانوناً عرفياً دولياً^{xxxvii}. ومثل تلك القواعد الواردة في الاتفاقيات الشارعة تُسمى وفقاً لـ (تونكين) بالقواعد المختلطة في القانون الدولي العام (mixed rules in general international law) تلك القواعد التي تمثل في الحقيقة معايير اتفاقية عرفية في آن واحد (treaty- customary norms)^{xxxviii}.

إن الاتفاقات الدولية الشارعة المبرمة في العقود الأخيرة ... والتي لا تتضمن نصاً يخص إنهاءها أو نقضها أو الانسحاب منها، ... هي في الحقيقة تمثل قواعد عرفية دولية^{xxxix}. ويرى القاضي " Alvarez " في محكمة العدل الدولية في رأيه المعارض بشأن الرأي الاستشاري حول الإبادة الجماعية عام ١٩٥١، بأن: الاتفاقيات الشارعة هي قوانين دولية حقيقية إذ إنها قد وقعت من قبل غالبية الدول لكي تصبح ملزمة حتى على الدول الغير، وإن لم توافق الأخيرة عليها، ومثالها المعاهدات المنشئة لعرف ملزم... وتلك المنشئة للمنظمات الدولية^x.

ومثال الاتفاق الدولي الشارع هو ميثاق الأمم المتحدة، فطبيعة منظمة الأمم المتحدة كونها منظمة عالمية تضم أغلبية دول العالم في عضويتها وتهدف إلى تحقيق أهداف عامة بطبيعتها تخص دول العالم أجمع (المجتمع الدولي) ومن أهمها حفظ السلم والأمن الدولي، ولذا ورد في الميثاق ما يعد استثناء على مبدأ نسبية أثر المعاهدات بحيث يكون للمنظمة مركز خاص

تجاه الدول غير الأعضاء فيها أيضاً، إذ جاء نص المادة ٢ الفقرة ٦ بما يأتي: ”تعمل الهيئة على أن تسيّر الدول غير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي“.

وقد اختلفت التكييفات بصدد الأساس القانوني للمادة ٢ الفقرة ٦ المتقدمة من الميثاق، فقيل ان الأساس القانوني للمادة يكمن في رضا الدول اللاحق على ما تتخذه المنظمة من مقررات وتدابير وفقاً للسير الذي تسير عليه المنظمة كما ورد في النص، إلا أن هذا الرأي لا يمكن قبوله بحال فإيراد النص كان القصد منه إلزام الدول غير الأعضاء بمبادئ المنظمة لا سيما حفظ السلم والأمن الدولي دونما حاجة لرضائها، وفي ذلك يؤكد المندوب البريطاني للجنة الفرعية الأولى في اجتماع ٥ حزيران ١٩٤٥ إلى أن هذا النص يختلف عن نصوص الميثاق الأخرى في أنه يهدف إلى إلزام المنظمة بأن تحمل الدول الأخرى غير الأعضاء فيها على العمل بمقتضى التزامات معينة^{xli}. ووفقاً لرأي آخر فإن الأساس القانوني للمادة المعنية يجد أساسه في العرف الدولي، إلا أن هذا الرأي أيضاً لا يمكن قبوله إذ ليس في الوقائع الدولية ولا أحكام القضاء ولا التعامل الدبلوماسي ما يقر بجواز التدخل في شؤون الدول من دون رضاها ورضاً عنها، إن سياسة التدخل ليست من مبادئ القانون الدولي بل هي وسيلة للتسلط من قبل الطرف القوي، وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في حكمها عام ١٩٤٩ بين بريطانيا وألمانيا في قضية مضيق كورفو: ”إن حق التدخل المزعوم ليس في حقيقته سوى مظهراً من مظاهر سياسة القوة، هذه السياسة التي أدت في الماضي إلى أسوأ وأخطر أنواع التعسف، وإنه لا يمكن أن يكون لسياسة التدخل مكاناً في القانون الدولي مهما كان الضعف الذي يتبدى فيه التنظيم الدولي“^{xlii}.

ولعلّ الرأي الأقرب للصواب هو أن مركز منظمة الأمم المتحدة مركز قانوني موضوعي يسري تجاه الدول الأعضاء فيها وغير الأعضاء ومن ثم فأساس المادة ٢ الفقرة ٦ هو أساساً تشريعي قد قصده اتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٤٥ (الميثاق)، وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري عام ١٩٤٩ فيما يخص التعويض عن الضرر الواقع على موظفي الأمم المتحدة، إذ طلبت إليها الجمعية العامة بقرارها المتخذ في ٣ كانون الأول ١٩٤٨ أن تفتيها فيما إذا كان من حق الأمم المتحدة أن تطالب بالتعويض من الحكومة القانونية أو الفعلية التي تسببت في أضرار لحقت بموظفي الأمم المتحدة أثناء تأدية عملهم، فأجابت المحكمة: ”بالرغم من عدم إشارة طلب الفتوى إلى الدول غير الأعضاء في الهيئة صراحة، إنها ترى أن أعضاء الأمم المتحدة قد أنشأوا كياناً ذا شخصية دولية موضوعية وبعبارة

أخرى وحدة ذات شخصية دولية ليس في مواجهة هؤلاء الأعضاء الذين اعترفوا بها وإنما في مواجهة الغير أيضاً، وفي هذا الخصوص ترى المحكمة كذلك أن خمسين دولة تمثل أغلبية كبرى من أعضاء المجتمع الدولي تملك السلطة وفقاً للقانون الدولي في أن تنشئ كياناً له شخصية دولية ذات طبيعة موضوعية وليس مجرد شخصية معترف بها من قبل هذه الأغلبية وحسب،^{xliii} ويرى " لوتريخت Lauterpacht " بأن هذا الرأي (الإفتائي) قد أكد على حق الدول الأعضاء في ميثاق الأمم المتحدة، أن يضعوا من القواعد ما يلزم المجتمع الدولي كله^{xliv}.

ومن المهم الإشارة إلى أن جانب كبير من الفقه الدولي يذهب إلى تمتع بعض فتاوى محكمة العدل الدولية بقوة الإلزام لا سيما مع قبول الأطراف مقدماً أو الجهاز طالب الفتوى للفتوى واعتبارها ملزمة لهم، ويطلق على هذا النوع من الفتاوى، the advisory arbitration or advisory opinions with binding force (التحكيم الإفتائي) أو (الآراء الإفتائية الملزمة)^{xlv}.

وتقول الدكتورة عائشة راتب في ذلك: " تقضي القواعد التقليدية الدولية بعدم إلزام الدول التي لم تشترك في معاهدة ما، بآثارها. ويترتب على ذلك أن الدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة، لا تتمتع أصلاً بأي حقوق أو تلتزم بالتزامات لم تساهم في تحديدها. إلا أن ميثاق الأمم المتحدة قد خالف هذه القاعدة وقضى بإلزام الدول غير الأعضاء بمجموعة محددة من الالتزامات. ولهذا الاستثناء ما يبرره، فالهدف الرئيسي الذي تسعى الأمم المتحدة إلى تحقيقه هو خلع الصبغة العالمية على منظماتها وذلك محافظة على السلم العالمي."^{xlvi}

ومن ثم فإن ميثاق الأمم المتحدة وإن كان معاهدة دولية من حيث الشكل، إلا أنه لا يخضع إلى مبدأ نسبية أثر المعاهدات، فهو يلزم الدول الأعضاء وغير الأعضاء، فهو يمثل مركزاً موضوعياً، بل يُعد تشريعاً دولياً^{xlvii}.

وفي ذلك يقول الأستاذ (تونكين) : " أن ميثاق الأمم المتحدة بوصفه الوثيقة الأساسية للقانون الدولي العام المعاصر، قد قُبل في مذهب القانون الدولي بوصفه دستوراً للمجتمع الدولي، "^{xlviii}.

ولقد نصّ الإعلان الخاص بمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول لعام ١٩٧٠، بشكل صريح أن مبادئ ميثاق الأمم المتحدة المضمنة في هذا الإعلان تشكل مبادئ أساسية في القانون الدولي:

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

إلا أنه لا يمكن التسليم بإضفاء الصفة التشريعية لمعاهدات إنشاء المنظمات الدولية بشكل عام، فما قيل عن ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥، لا يصدق على معاهدات منظمات أخرى ففي جميع الأحوال تكون المنظمة الدولية محددة بالأهداف التي أنشئت من أجلها^{xlix}.

إن مراعاة نصوص الاتفاقيات (اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩) لا سيما إذا كان مصحوباً بتأكيدات شفوية بإلزامها، سوف يكون العقيدة القانونية بإلزام القواعد الانسانية الواردة في الاتفاقيات، ومن ثم يسهل من التحول التدريجي لهذه القواعد الاتفاقية إلى قانون عرفيⁱ. ولقد اعتمدت محكمة العدل الدولية على نصوص اتفاقيات جنيف لتلزم جانب الولايات المتحدة الأمريكية، بوصفها التزامات عرفية أكثر منها اتفاقيةⁱⁱ.

كما أن قاعدة المائتي ميل بحري لتحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة والاثني عشر ميلاً بحرياً لتحديد البحر الاقليمي التي تم الاجماع عليها في مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار، والمبادئ التي تم تبنيها في مؤتمر ستوكهولم ١٩٧٢ عن البيئة البشرية، وقواعد حقوق الانسان الموجودة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان ومواثيق حقوق الانسان الأخرى، قد انتقلت كلها وفي مدة قصيرة لتصير قانوناً دولياً عرفياًⁱⁱⁱ.

ومع أن اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢ لم تدخل حيز النفاذ إلا في تاريخ ١٦/١١/١٩٩٤، أي بعد مرور اثني عشر شهراً من تاريخ إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام الستين، فإن محكمة العدل الدولية قد أخذت بالمبادئ الواردة في الاتفاقية - قبل نفاذها - بوصفها قواعد عرفية دوليةⁱⁱⁱⁱ. إذ قرّرت المحكمة في قضية الجرف القاري بين تونس وليبيا ١٩٨٢ إنه: "يقع على عاتق المحكمة أن تأخذ في الاعتبار بطريقة تلقائية أعمال المؤتمر حتى ولو لم يُشر إليه الأطراف في اتفاقهم لأنه لا يمكن للمحكمة أن تتجاهل في الحقيقة نصاً من نصوص مشروع الاتفاقية إذا انتهت إلى استنتاج ... جوهره يُلزم كل أعضاء المجتمع الدولي لأنه يُبرز قاعدة من قواعد القانون العرفي موجودة سلفاً"^{iv}.

وفي قضية خليج (مين) بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا ١٩٨٤، قررت الدائرة التابعة لمحكمة العدل الدولية التي نظرت النزاع بأن: "عدم دخول الاتفاقية (اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢) حيز النفاذ لا يسلبها أنها حققت نوعاً من الاتفاق العام بين

الدول وأن أجزاءً كبيرة منها لم تُقَابَلْ باعتراض وخاصة فيما يتعلق بالجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة، ويمكن اعتبارها متطابقة حالياً مع القانون الدولي العام.^{lv}.

أما بعد دخول الاتفاقية حيز النفاذ في عام ١٩٩٤ فإن أحكام محكمة العدل الدولية قد اعتبرت العديد من نصوص الاتفاقية، قواعد عرفية دولية ومنها:

” لذا تعتبر المحكمة أن النظام القانوني للجزر المنصوص عليه في المادة ١٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يشكل نظاماً لا يتجزأ له كله (حسبما تقر به كولومبيا ونيكاراغوا)، مركز القانون الدولي العرفي“، ” رأَت المحكمة أن هذا الحكم (المادة ١٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - المرتفعات التي تتحسر عنها المياه عند الجزر -) يعكس القانون الدولي العرفي“^{lvii}.

كما قررت محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري بين ليبيا ومالطة ١٩٨٥: ” إن اتفاقية ١٩٨٢ ليست مُلزِمة كنص اتفاقي، وإنما يمكن بحث مدى إلزاميتها كقواعد عرفية ... يجب مراعاة الاتفاقية حتى ولو لم يُثيرها طرفا النزاع بوصفها حازت على قبول أغلبية دول العالم“^{lviii}.

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

١. موافقة الدولة الغير كما في الاشتراط لمصلحة الغير.
٢. تواتر العمل بموضوع المعاهدات العقدية والمتعددة الأطراف من جانب دول أخرى بعقد اتفاقيات مشابهة، فتصبح موضوع الاتفاقيات المذكورة ملزماً لغير أطرافها عن طريق تحوله لقاعدة عرفية دولية، فالإلزام للغير يكمن في القاعدة الدولية العرفية لا في الاتفاقية الملزمة لأطرافها فقط استناداً لمبدأ نسبية أثر الاتفاقيات الدولية، وحتى لو تضمنت الاتفاقية الدولية قاعدة عرفية سابقة فإن إلزام الغير يكون بموجب القاعدة الدولية العرفية لا الاتفاقية الدولية.
٣. ترتيب المعاهدة التزاماً على عاتق الغير وقبول الغير صراحة هذا الالتزام وبشكل كتابي استناداً للمادة ٣٥ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

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

نرى أن التصديق إجراء لا بد منه لأجل إلزام الدولة المصدقة بأحكام المعاهدة، أو بعبارة أخرى لنفاذ المعاهدة بحق الدول الموقعة عليها، فإذا كان نفاذ المعاهدة الشارعة لا يعتد بالدول

الموقعة أو غير الموقعة عليها فإنه تبعاً لذلك لا يكون للتصديق الأثر المطلوب وهو النفاذ ما دام أنه متحقق في حال وجود التصديق وعدمه. نعم يُشترط حسب أحكام كل معاهدة شارعة تصديق عدد معين من الدول كي تصبح نافذة فإذا تحقق العدد المطلوب من إيداع وثائق التصديق لم يكن لتصديق الدول الأخرى خارج الدول التي تحقق بتصديقها النصاب المطلوب، أي أثر في نفاذ المعاهدة بحقها فهي ملزمة لها صادقت أم لم تُصادق. ولكن التصديقات التي تكون من قبل مجموعة كبيرة من الدول والتي تعكس اتجاه إرادتها في جعل القاعدة الاتفاقية نافذة ومؤثرة في نطاق مجتمع القانون الدولي، سوف تُقبل بوصفها تمثل الممارسات الدولية للقانون العرفي^{lviii}. ومن ثم حتى وإن لم تؤثر التصديقات من قبل الدول على نفاذ الاتفاقية الشارعة إذ إنها أصبحت نافذة في تاريخ سابق، إلا أنها سوف تسهم مع التصديقات السابقة في كونها تمثل ممارسة دولية تجعل من القاعدة الاتفاقية قاعدة عرفية. بل يذهب (Lapard) إلا أنه حتى وإن لم تدخل الاتفاقية حيز النفاذ فإن التصديق من قبل مجموعة كبيرة من الدول سوف يعكس قبول الدول وموافقته على أحكامها بوصفها ممارسة دولية معترف بها وملزمة^{lix}. وإذا كانت القاعدة الاتفاقية ملزمة لجميع الدول بعد نفاذها وفقاً لعمومية الاتفاقية الشارعة، وملزمة أيضاً بوصفها قاعدة عرفية، فما الفرق إذن بين الأمرين إذا كانت النتيجة واحدة؟

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

١. إذا تحولت قاعدة اتفاقية إلى قاعدة عرفية ومن بعدها اجازت الاتفاقية التحفظ عليها، فهنا سوف تلزم القاعدة العرفية الدول المتحفظة وغير المتحفظة، الأطراف في الاتفاقية والغير، أما القاعدة الاتفاقية فلا تلزم إلا الدول غير المتحفظة عليها، مع العلم أن أصل التحفظ سوف يمنع من تحول القاعدة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية.

٢. الوضوح وسهولة إثبات القاعدة الاتفاقية مقارنة بالقاعدة العرفية التي تحتاج غالباً إلى تحديد وإثبات.

ومن المهم الإشارة هنا إلى التمييز من قبل البعض بين التصديق في نطاق القانون الدولي والقانون الدستوري، ففي نطاق القانون الدولي يتمثل بإجراء إيداع أو تبادل وثائق التصديق لدى الجهة المعتمدة للإيداع، أما في نطاق القانون الدستوري فيتمثل في موافقة الجهة المختصة دستورياً على المعاهدة، أي أنه إجراء داخلي لا دولي^{lx}.

الخاتمة:

وهكذا يتبين لنا إن الدور الذي يضطلع به العرف في مد نطاق انطباق القواعد الواردة في معاهدة أحيانا ليتجاوز الدول المتعاقدة مسلم به تماما. إذ يجوز لأي معاهدة تبرم بين دول معينة أن تشكل قاعدة، أو أن تنشئ نظاما إقليميا أو نهريا أو بحريا، تصبح مقبولة بوجه عام عقب ذلك من دول أخرى وتصبح ملزمة لدول أخرى عن طريق العرف. فالدور الخلاق أو المنشئ هنا يعني أن تكرر الاتفاقيات الدولية يكفي وحده لخلق قواعد عرفية جديدة، أي إن الركن المادي يتمثل في تواتر السوابق الدولية ممثلة بالاتفاقيات الدولية، وعلى هذا النحو أيضا فإن أي اتفاقية تدوين تتعلق بالنص على قواعد قائمة من قواعد القانون العرفي يجوز أن تعتبر بوصفها الصياغة المقبولة بوجه عام للقواعد العرفية المعنية حتى بالنسبة للدول غير الأطراف في الاتفاقية. إلا أنه لا يمكن القول بصورة صحيحة، في أي من هذه الحالات، أن المعاهدة نفسها لها آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. فمبدأ نسبية آثار المعاهدات يبقى هنا مطبقا وراسخا ولا يزعه أي شك. بيد أن هناك حالات تقوم فيها دول أخرى بالإقرار بالقواعد المصاغة في معاهدة ما بوصفها قانونا عرفيا ملزما، دون إنشاء أي صلة تعاهدية بين تلك الدول والأطراف في المعاهدة. بمعنى، إن مصدر القوة الملزمة للقواعد بالنسبة لتلك الدول هي العرف، لا المعاهدة. فالمعاهدة الدولية تلزم أطرافها فقط، وهي تلزمهم بالنصوص الملزمة الموجودة في المعاهدة نفسها، ولكنها تتعدى غير أطرافها لأن المعاهدة نفسها تسهم في تكوين ممارسات الدول بوصفه الركن المادي في القاعدة الدولية العرفية. وفي المعاهدات الشارعة، أي المعاهدة المتعددة الأطراف التي تتعلق بالقواعد العامة في القانون الدولي أو التي تتعامل مع مسائل تتعلق بالمصلحة العامة للدول أجمع، فليس تعدد الأطراف هو المعيار الحاسم في اعتبار اتفاق دولي شارع أم لا وإنما هو توجيه الخطاب نحو الكافة أو التنظيم الموضوعي للمسائل هو ما يبعد الأطراف عن دائرة ترتيب الالتزامات التبادلية. بل تكون إرادتهم موحدة قصد إنشاء قواعد قانونية دولية عامة تصبح مصدراً للحقوق والالتزامات في الأسرة الدولية. ومن ثم فإن العديد من نصوص الاتفاقيات الشارعة قد تحولت إلى قواعد عرفية دولية. فالإلزام في المعاهدات الشارعة للغير يكمن في طبيعة هذه المعاهدات كونها تنظم أحكاما موضوعية تهم الدول كافة.

المصادر والهوامش

ⁱ محمد مجدي مرجان . آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٩٦-٩٨.

ⁱⁱ المصدر السابق، ص ٩٨-٩٩.

ⁱⁱⁱ (أن. طلاليف. قانون المعاهدات الدولية، الكتاب الأول - النظرية العامة -، ترجمة صالح مهدي العبيدي، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٨٦، ص ٧٨-٧٩.

(iv) هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، الطبعة الأولى، بغداد: مكتبة السنهوري، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ٤٧. ويمكن للمعاهدة الدولية أن يمتد أثرها لغير أطرافها في حال ترتيب التزام على الغير أو حق للغير وعن علاقة شرط الدولة الأكثر رعاية بمبدأ نسبية أثر المعاهدات يُنظر الصفحات ٤٦-٥٧ من المصدر نفسه.

(v) أن. طلاليف. مصدر سابق، ص ٨؛ أحمد أبو الوفا. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢٠٣؛ إبراهيم محمد العناني. الوجيز في القانون الدولي العام، كلية الحقوق (التعليم المفتوح) - جامعة عين شمس، بدون سنة نشر، ١٧؛ عباس ماضي. المصادر غير الاتفاقية للقانون الدولي العام (ماهيتها وحجيتها)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة محمد خيضر بسكرة- الجزائر، ٢٠١٣، ص ٥٤.

(vi) Brian D. Lepard. Customary International Law – A New Theory with Practical Applications –, Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p 31.

(vii) زهير الحسني. مصادر القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس، ١٩٩٣، ص ٢١-٢٢.

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

(ix) " ... it may be possible for a multilateral treaty to give rise to new customary rules (or to assist in their creation) ... if it is widely adopted by States ". Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Final report of Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, London Conference (2000). p 50.

(x) محمد مجدي مرجان. مصدر سابق، ص ٣١٤-٣١٥.

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

-
- (xii) North sea continental shelf cases, 1969 I.C.J. Rep. 3,41, para.71.
- (xiii) E. Jiménez de Aréchaga. General Course in Public International Law, The Hague Academy of International Law, p 14.
- (xiv) Ibid., p 15.
- (xv) Ibid., p 17.
- (xvi) " Article 6 of the Geneva Convention on the Continental Shelf providing for the principle or rule of equidistance in the delimitation of the shelf had had, after 1958, such a constitutive effect, and that its impact had generated a new rule which had become incorporated in the general fabric of customary international law by 1969, at the time of the Judgment.". Ibid., p 18.
- (xvii) Ibid., p 19.
- (xviii) Ibid., p 20.
- (xix) الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي. ١٩٦٦، الترجمة العربية نقلاً عن مذكرة من الأمانة العامة للأمم المتحدة. نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع)، الوثيقة المرقمة A/CN.4/659، ص ٤٢-٤٣.
- (xx) See North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany /Netherlands) [1969] ICJ Rep 3., pp. 72-74.
- (xxi) Grigory Tunkin. Is General International Law Customary Law Only?, European Journal of International Law, Vol. 4, 1993, p 535.
- (xxii) هانس كلسن. النظرية المحضفة في القانون، ترجمة أكرم الوتري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية - وزارة العدل، ١٩٨٦، ص ١٥٦-١٥٧.
- (xxiii) مذكرة الأمانة العامة، مصدر سابق، الملاحظة رقم ١٩، ص ٣٧.
- (xxiv) المصدر السابق، الملاحظة رقم ٢٧، ص ٤٦.
- (xxv) المصدر السابق، الملاحظة رقم ٢٨، ص ٤٦.
- (xxvi) Timothy Meyer. Codifying Custom, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160: 995, 2012, p 1039.
- (xxvii) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. الجزء الأول من ١٩٤٨-١٩٩١، منشورات الأمم المتحدة ST/LEG/SER.F/1، 1992، ص ٢١٨.
- (xxviii) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 536.

(xxix) عبدالعزيز سرحان. القانون الدولي العام، القاهرة: ١٩٦٩، ص ١٠٦ أشار إليه جعفر عبدالسلام. دور المعاهدات الشارعة في حكم العلاقات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٧، ١٩٧١، ص ٦٨ هامش رقم ٣.

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

(xxxi) أن.طلالايف. مصدر سابق، ص ١٠٤-١٠٥، جعفر عبدالسلام. مصدر سابق، ص ٦٩. (xxxii) عزالدين فوده. الدور التشريعي للمعاهدات في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٧، ١٩٧١، ص ١٢٦.

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

(xxxiv) بيار ماري- دويوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣٣٣.

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

(xxxvi)GrigoryTunkin. Op. Cit., p 537؛T. Meron. General Course in Public International Law, The Hague Academy of International Law. p 188.

(xxxvii)GrigoryTunkin. Ibid., p 538.

(xxxviii)Ibid., p 539.

(xxxix) Ibid., p 539.

(xl)Dissenting Opinion Judge Alvarez, supra note 29, pp. 52-53. in Catherine Brolmann. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 74, 2005. p 398.

(xli) حسن الجليبي. مركز الأمم المتحدة بالنسبة للدول غير الأعضاء فيها، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٢، ١٩٦٦، ص ٥٨-٥٩.

(xlii) المصدر السابق، ص ٦٦-٦٧.

(xliii) المصدر السابق، ص ٦٨-٦٩.

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

(xlv) أحمد حسن الرشيدى. الوظيفة الإفتائية لمحكمة العدل الدولية، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٣، ص ٢٧٢.

-
- (xlvi) عائشة راتب. المنظمات الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ١٠٢-١٠٣.
- (xlvii) مصطفى أحمد فؤاد. القانون الدولي العام، الجزء الأول (قانون المنظمات الدولية)، الإسكندرية: منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣٣١.
- (xlviii) Grigory Tunkin. Op. Cit., p 541.
- (xlix) Theodor Meron. The Geneva Conventions as Customary Law, the American Journal of International Law, Vol. 81, 1987, p 368.
- (l) Ibid., p 368.
- (li) Ibid., p 352.
- (lii) Jonathan I. Charney. International Agreements and the Development of Customary International Law, Washington Law Review, Vol. 61:971, 1986. p 548-549.
- (liii) عبدالكريم عوض عطية خليفة. أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٩٨-٩٩.
- (liv) أشار إليه المصدر السابق، ص ٩٩.
- (lv) المصدر السابق، ص ٩٩.
- (lvi) Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012.
- (lvii) عبدالكريم عوض عطية خليفة. أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٠٠.
- (lviii) Schachter. " New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice ", in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, (1996). supra footnote 1461, at 725. Quoted in T. Meron. Op. Cit., p 399.
- (lix) Brian D. Lepard. Op. Cit., p 194.
- (lx) طاهر شاش. التصديق على المعاهدات، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٠، ١٩٦٤، ص ١.