AL-NAHRAIN UNIVERSITY
THE COLLEGE OF LAWJOURNAL

ISSN:1815- 6630 DOI:10.58255

مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين العدد: 4 المجلد: 25 كانون الاول 2023

Received:23/5/2021 Accepted: 7/12/2021 Published: 1/12/2023

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The principle of continuous interception

Dr. Ahmed Kazem Muhaibas
Imam Al-Kadhim (peace be upon him)
University College of Islamic Sciences

Abstract:

The compulsory rules of international law remains based on the principle of states explicitly or implicitly accepting those rules, since no rule of international law can be obligatory to any country without its approval.However, what has been done to the organization of the international law and international practice is the possibility that the international legal rule resulting from international custom is binding on the state despite the fact that it has not expressed its explicit or implicit approval of that.This matter clearly contradicts the compulsory basis on which the rules of international law are based, and about this contradiction between what the theoretical basis requires to follow the rule of international law, and what happened to the work of the international. A basis that is consistent with the principles of international law and respect for the will and authority of states, and on the other hand it maintains an important degree of concord between the rules of international law.

Keywords: rule - custom - period - objector - principle.

مبدأ المعترض المستمر

م.د احمد كاظم محيبس
كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة

مستخلص البحث:
لا يزال الاساس الملزم لقواعد القانون الدولي يقوم على مبدأ قبول الدول بتلك القواعد بشكل صريح أو ضمني ، حيث لا يمكن لاي قاعدة في القانون الدولي ان تكون ملزمة لدولة ما دون رضاها . ولكن ما جرى عليه التنظيم القانوني الدولي والممارسة الدولية امكانية ان تكون القاعدة القانونية الدولية الناشئة عن العرف الدولي ملزمة للدولة رغم كونها لم تبدي موافقتها الصريحة او الضمنية على تلك القاعدة .وهذا الامر يتنافى بشكل واضح مع الاساس الملزم الذي تقوم عليه قواعد القانون الدولي ، وازاء هذا التعارض بين ما يوجبه الاساس النظري للالتزام بالقاعدة القانونية الدولية ، وبين ما جرى عليه العمل الدولي ، ظهرت فكرة المعترض المستمر بهدف المواءمة بينهما .ويقوم مبدأ المعترض المستمرعلى احترام ارادة الدولة في التعبير عن مدى قبولها للالتزام بأي قاعدة جديدة تظهر في القانون الدولي العرفي ، من خلال ابداء رغبتها الصريحة او الضمنية بالقبول او معارضتها الصريحة برفض التقيد بالقاعدة التي هي في طور النشوء . ولقيت هذه الفكرة قبولا لما تقوم عليه من اساس ينسجم مع مبادى القانون الدولي واحترام ارادة الدول وسيادتها ، ومن جهة اخرى تحافظ على قدر مهم من الانسجام بين قواعد القانون الدولي .

الكلمات المفتاحية: القاعدة – العرف – الفترة – المعترض – المبدأ.

المقدمة:

من طبيعة القواعد القانونية عموماً أنها قابلة للتبدل والتغير بمرور الزمن بحسب ما تقتضيه الحاجة ، وقواعد القانون الدولي لها ذات الطبيعة ، لذا فهي دائمة التغير والتجدد ، ولغرض الالتزام بالقاعدة الدولية الجديدة فأنه يقتضي ان تلقى قبولاً من المخاطبين بها سواء كان ذلك القبول صريحاً او ضمنياً ، وهذا القبول من اشخاص القانون الدولي هو الذي يُعبر عن الارادة بالالتزام بالقاعدة الدولية الناشئة ، طبقاً للاساس الملزم في القانون الدولي القائم على الارادة .ولكن من الممكن ان يحصل احيانا في نطاق القانون الدولي العرفي ان تبدي الدولة اعتراضاً صريحاً على سلوك ناشئ ممهد لظهور قاعدة عرفية جديدة ، وعليه وفقاً لما يتطلبه الاساس الملزم في القانون الدولي ان يتم احترام ارادة الدولة المعترضة الذي يُعرف بمبدأ المعترض المستمر او المعترض المصر ، الذي بدأ يأخذ حيزا مهما في نطاق القانون الدولي ، وهو ما سنبحثه بشكل مفصل في بحثنا هذا بأذن الله .

مشكلة البحث:

من الثابت ان القانون الدولي ، سواء كان عرفيا ام اتفاقيا ، يقوم في اساسه الملزم على رضا الدول ، وهذا الامر محل اتفاق بين غالبية الفقه الدولي ، وتكمن المشكلة الاساسية في ان بعض الدول ربما لا توافق على قاعدة دولية معينة ، فأذا كنا بصدد ادراج القاعدة في اتفاقية دولية فلا مشكلة في الامر اذ بأمكان الدولة ان تُعبر عن عدم قبولها اما بعدم الانضمام للاتفاقية او ان تبدي تحفظها على الحكم الذي تعارضه ، ولكن ظهور قاعدة جديدة في اطار القانون الدولي العرفي استوفت شروطها يجعل منها ملزمة لكافة الدول وهو ما يتعارض مع الارادة الفردية للدولة ، وعليه تطبيقاً لذات الاساس الملزم القائم على الرضا ، بات لزاماً ان يتم الاخذ بنظر الاعتبار موافقة الدولة واعتراضها ، خاصة في المراحل الاولى من تكوين القاعدة الجديدة ، وهو ما يعرف بالمعترض المستمر ، الذي يثير البحث فيه عدة اشكالات تتعلق باثر هذا الاعتراض وحدوده ، ومشكلة الاتساق بين قواعد القانون الدولي الذي ينفرط باعتراض دولة او عدد قليل من الدول ، وتحديد الاسباب والمبررات المتعلقة بقبوله او رفضه .

هدف البحث:

نهدف من وراء هذا البحث بيان مفهوم المعترض المستمر وموقف القضاء الدولي منه والاختلافات الفقهية بشأن اساسه القانوني ، كما نبين موقف الدول من خلال ممارساتها بهذا الخصوص ، ونتعرض ببيان نطاق تطبيقه في مواجهة فئات معينة من القواعد الدولية .

منهجية البحث:

اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل مواقف الدول من المبدأ الذي عبرت عنه في ممارساتها المختلفة ، وكذلك تحليل بعض الاحكام القضائية المهمة في هذا الشأن ، وخاصة احكام محكمة العدل الدولية وما استقر عليه الفقه الدولي من رأي ، وكذلك اعتمدنا المنهج الوصفي لوصف المبدأ وبيان وجوده في التنظيم القانوني الدولي ورسم حدود فاعليته وحدود اثره .

المبحث الاول

تكوين القاعدة العرفية الدولية

ان بحث مبدأ المعترض المستمر يجد حدوده في نطاق قواعد القانون الدولي العرفي ، وعليه فأن الفهم الدقيق لهذا المبد لا يتحقق الا ببيان الكيفية التي تنشأ فيها القاعدة الدولية العرفية ، وكذلك تحديد اللحظة الزمنية التي تكون فيها القاعدة قد تشكلت واخذت اطارها الملزم ، ذلك ان طريقة تكوين القاعدة وزمنها هما العنصران الحاسمان في وجود المبدأ وتحقيق اثره المقتضي ، عليه سنبين في هذا المبحث مفهوم العرف الدولي وطبيعته القانونية في المطلب الاول والمدة الزمنية اللازمة لتكوينه في المطلب الثاني .

المطلب الاول

مفهوم العرف الدولي وطبيعته القانونية

العرف الدولي الملزم هو " مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار الدول لها مدة طويلة ، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفاتها ، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالالزام القانوني " ، ويعتبر العرف من اهم مصادر القانون الدولي العام لأنه هو الذي اوجد معظم قواعد هذا القانون ، وثانيا لأن القواعد التي تنص عليها المعاهدات تكون غالباً تعبيراً او صياغة لما استقر عليه العرف قبل ابرام هذه المعاهدات ، وثالثاً لان العرف يتفوق على المعاهدات بكون قواعده عامة شاملة ، اي ملزمة لجميع الدول [1]. ويتكون العرف الدولي من عنصرين ، العنصر المادي المتمثل في السلوك الذي ينتهجه اشخاص القانون الدولي ويمكن الاستدلال عليه من مختلف المظهر الخارجية [2]، ويجب ان يكون هذا السلوك مستمراً دون انقطاع ، وان يكون متسقاً بما يتيح امكانية تحديد قاعدة معينة بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي ، وبخلاف ذلك ، يكون الافتقار الى الاتساق مؤشراً كافياً لنفي وجود قاعدة عرفية دولية [3].لذلك نجد ان محكمة العدل الدولية انكرت وجود العرف لدولي في حالة عدم الاتساق وتقلب السلوك حيث اشارت في احد احكامها الى ان " وجود قدر كبير ومهم من عدم اليقين والتناقض ، وقدر كبير ومهم من التقلّب والتباين في ممارسة عمل اللجوء الدبلوماسي وكذلك في الآراء الرسمية المعرب عنها في مناسبات عديدة ، كما تبين وجود قدر كبير جداً من عدم الاتساق في التتابع اللازم للاتفاقيات المتعلقة باللجوء التي صدّقت عليها بعض الدول وتم رفضها من قبل دول أخرى ، يضاف لذلك أن الممارسة قد تأثرت كثيراً بمقتضيات الملاءمة السياسية في الحالات المختلفة ، بحيث أنه لا يمكن في ضوء ذلك كله تبيُّن

---

[1]- د. محمد المجذوب – القانون الدولي العام – منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة السادسة – بيروت -2007 – ص 140 -141 .

[2]- د. احمد ابو الوفا – الوسيط في القانون الدولي العام – منشورت دار النهضة العربية – الطبعة السادسة – القاهرة – 2016 – ص 197 .

[3]- تقرير لجنة القانون الدولي – الدورة الخامسة والستون – نشأة القانون الدولي العرفي واثباته – الوثيقة رقم (A/CN.4/659) - ص 12 – الفقرة 17 .

وجود أي عمل ثابت وموحد ، يمكن قبوله كقانون " [4]. اما الركن الثاني الذي يتطلبه العرف حتى يكتمل فهو " الشعور بالالزام " أو " الاعتقاد القانوني بالالزام " الذي يمثل العنصر الشخصي او النفسي وبه يتم تمييز الموقف من الممارسة بوصفها ملزمة او غير ملزمة قانوناً [5]، ذلك ان الممارسة مهما كانت واسعة ومتسقة فأنها بدون ذلك الاعتقاد لا تخلق عرفاً ملزما ، وانما يصبح مجرد عرف ليس له صفة الالزام .ويجب تحقق الركنين معاً ، لذلك نجد ان محكمة العدل الدولية عندما يُطلب اليها تسوية نزاع دولي معين ، وكان من بين الحجج المعروضة ما تم الاستناد به الى قاعدة دولية عرفية ، فأن المحكمة تتحقق اولاً من توافر الركنين المكونين للعرف وهما " الركن المادي " او " العنصر الكمي " المتمثل بوجود ممارسة دولية مستقرة وموحدة الى حد ما مع التزام الدول بتلك الممارسة [6]. ويُضفي الاقرار العام من قبل معظم الدول ، على الاقل ، بالطابع الالزامي للممارسة الصيغة الملزمة لجميع الدول ، بما فيها لدول التي لم تعلن موافقتها بشكل صريح على تلك الممارسة ، بالاضافة الى الدول الجديدة في المجتمع الدولي مالم تعلن صراحة اعتراضها [7] ، ولا تقتصر الموافقة على القبول الصريح للقاعدة ، بل يشمل كذلك جميع انواع القبول الضمني او المستنتج ، لذلك توصف بانها عبارة عن عملية مستمرة من المطالبات المتبادلة مع اتخاذ المواقف بشأن تلك المطالبات سواء بالقبول الصريح او الضمني او بالرفض [8] ، ويشبه بعض الفقه تلك العملية التي يتكون بها العرف الدولي بعملية نشأة اللغة التي تكون نتيجة تفاعل تلقائي [9].

وبشأن طبيعتها القانونية ترى محكمة العدل الدولية ان قواعد القانون الدولي العرفية لها نفس القوة الملزمة تجاه جميع اعضاء المجتمع الدولي ، ويترتب عليه ، كقاعدة عامة ، بأنه ليس لاي احد حق منفرد يجيز استبعادها من تطبيقها عليه حتى وان كانت تحقق مصلحته [10].

هذا الاتجاه الذي ذهبت اليه المحكمة الدولية يتعلق بسريان قواعد القانون الدولي العرفي تجاه كافة الدولة بعد ان تكون القاعدة قد اخذت شكلها النهائي واكتسبت قوتها الملزمة واصبح الاعتقاد القانوني بالزاميتها راسخا وعليه لا يمكن الاحتجاج بعد سريانها تجاه اي دولة بعد هذا التكوين ، كما انه لا يجوز للدولة ان تنسحب من العرف القائم بارادتها المنفردة ، والا اصبح سلوكها يمثل أنتهاكا لقاعدة دولية ملزمة . ورغم الاهمية الكبيرة للعرف الدولي الا انه من المصار المثيرة للجدل بشكل متزايد وخاصة في اواخر القرن العشرين فعلى الرغم من كونه يعتبر مصدر اساسي من مصادر القانون الدولي ، الا ان طريقة تكوينه وعلاقته بمصادر القانون الدولي الاخرى جعلت منه محلاً للمناقشة العميقة والمستمرة لما يمثله من حالة غامضة يصعب تحديدها بشكل دقيق [11].

كما يواجه عملية تكوين العرف الدولي صعوبة كبيرة تتمثل في كيفية تعزيز الاستقرار والثقة في قواعده مع المحافظة على الدعم الطوعي للالتزام به في بيئة متطورة من العلاقات الدولية ، حيث

---

[4]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء بين كولومبيا وبيرو – الحكم الصادر في 20/تشرين الثاني/1950 – ص 277 النسخة الانكليزية .

[5] - Laurent Mayali and Pierre Mousseron - Customary Law Today- Springer International Publishing- 2018 - p.323 .

[6] - Vincy Fan – ibid –p. 4 .

[7] - Brian D. Lepard - Customary International Law a new theory with practical applications - Cambridge University Press - First published 2010 - p.7 .

[8] - Thomas Rauter - Judicial Practice, Customary International Criminal Law - Springer International Publishing – 2017 -p.99 .

[9] -Lon Fuller - The Principles of Social Orde - Duke University Press – 1981 – p.213 .

[10]- حكم محكمة العدل الدولية في الجرف القاري لبحر الشمال بين جمهورية المانيا الاتحادية والدانمارك من جهة وبين جمهورية المانيا الاتحادية وهولندا من جهة اخرى – الحكم الصادر بتاريخ 20/شباط/1969 – ص 38 .

[11] - H. charlesworth – customary international law and Nicaragua case – Australian yearbook of international law – 1987 – p.2 .

ان ابقاء التوازن بين الاستقرار والتغيير يعد امراً معقداً بشكل خاص في مواجهة الاولويات المختلفة والظروف المتغيرة للدول عبر الزمن [12].

المطلب الثاني

الفترة الزمنية اللازمة لتكوين القاعدة العرفية

للزمن الذي تمضيه الممارسة الدولية في الوجود اهمية كبيرة في تكوين العرف الدولي ، ويمكن من خلالها تحديد موقف الدول من تلك الممارسة الجديدة من ناحية القبول او الاعتراض .

فالاستمرارية التي تتجسد في احد مضامينها في عنصر الزمن، لها دور مهم في عملية تكوين القاعدة العرفية الدولية، غير ان عنصر الزمن لا يُنشئ بحد ذاته افتراضا لصالح وجود القاعدة رغم اهميته في ذلك ، لكن اهميته في عملية تكوين القاعدة تعتمد على الظروف المرافقة لتلك العملية ، التي من الممكن ان تتم على مدى طويل او بشكل سريع، وهذا ما يتفق تماماً مع ما يذهب اليه البروفيسور (R.R Baxter) الذي يقول "ان عنصر الزمن هو عنصر منفصل في اثبات قيام العرف الا انه غير ذي صلة به " [13]. وبياناً لذلك ترى لجنة القانون الدولي التابعة للامم المتحدة ان العنصر الذاتي اللازم لتكوين القاعدة العرفية الدولية يتحقق عندما يكون هناك قبول عام من الدول ، حيث من الممكن ان يتحقق هذا القبول العام خلال فترة زمنية وجيزة ، فنجد على سبيل المثال اعلان ترومان لعام 1945 الذي كانت تهدف الولايات المتحدة الامريكية من وراءه فرض التزامات على الدول الاخرى، او في الاقل الحد من حقوق تلك الدول في الجرف القاري الامريكي ، فعلى الرغم من عدم قبول هذا الاعلان من الدول الاخرى عند اطلاقه ، فأن سلوك الدول المعترضة تم باعلانات متشابهة رداً على الاعلان الامريكي، اصبح هناك قبولا عاماً نشأ عن فكرة الرفض ولكنه خلق قاعدة عرفية بالاتجاه المعاكس لاصل رغبة الدول المعترضة، وعليه افضى الامر الى قبول عام ادى الى تكوين قاعدة عرفية دولية تم تدوينها بعد فترة وجيزة في اتفاقية الجرف القاري لعام 1958 ، وقد وصفت محكمة العدل الدولية عملية التكوين هذه بالقول " برز اعلان ترومان بسرعة بوصفه نقطة انطلاق في عملية صياغة قاعدة وضعية في هذا الشأن ، ادت في النهاية الى رجحان كفة المبدأ الاساسي الذي نص عليه، حتى اصبح مجسداً في المادة (2) من اتفاقية جنيف للجرف القاري لعام 1958 " [14]. وقد ساهمت التطورات العلمية الحديثة التي جعلت التواصل بين دول العالم اكثر سهولة في تضييق الفجوة الزمنية اللازمة لتكوين العرف الدولي ، حيث يذهب القاضي (تاناكا) الى " ان عملية تكوين العرف الدولي في العصور السابقة يتطلب التثبت من وجود ممارسة مستمرة ومتكررة في موضوع معين ينبغي ان يرافقها حصول الاعتقاد بالزاميتها، وهي عملية طويلة وبطيئة جدا تمتد لقرون ، اما في العصر الحديث ونظرا لوجود التقنيات الحديثة يمكن ان يتم اشاء القاعدة العرفية في ظل المنظمة الدولية بشكل معجل جداً ، حيث لا يتطلب انشائها سوى جيل واحد او اقل من ذلك بكثير " [15]. وهو ما تذهب محكمة العدل الدولية الى ان مرور مجرد فترة قصيرة من الزمن ليس بالضرورة ان يكون حائلاً دون تكَون قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي

---

[12] - Vincy Fan – stability and change in international customary law – Law and Economic working paper series – p.3.

[13] - G.I .Tunkin – Theory of international law – Harvard University press – 1974 – p . 115 .

[14]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بين جمهورية المانيا الاتحادية والدانمارك من جهة وبين جمهورية المانيا الاتحادية وهولندا من جهة اخرى – الحكم الصادر بتاريخ 20/شباط/1969 – الفقرة 47 .

[15]- الرأي المعارض للقاضي (تاناكا) قضية جنوب غرب افريقيا (المرحلة الثانية) الحكم الصادر في 18/تموز/1966 – ص 291 .

على اساس ما كان اصلا قاعدة تقليدية صرفة [16] ، وعليه لا يوجد حد ادنى يتطلب تجاوزه لظهور القاعدة الجديدة ، بخلاف ما كان يذهب اليه فقهاء القانون الفرنسي الذين حددوا المدة اللازمة لذلك بما لا يقل عن (40) عام والفقهاء الالمان الذين حددوها بما لا يقل عن (30) عام . ومع كل هذا تثير مسألة تحديد اللحظة التي تنشأ فيها القاعدة الدولية العرفية مشكلة قانونية و" فنية " كبيرة في نطاق التنظيم الدولي ، ذلك ان العرف الدولي انما هو نتاج عملية جدلية كثيفة بين مختلف الجهات الفاعلة في المجتمع الدولي [17] وليس حدث ينشأ في لحظة معينة ، لذلك نجد ان الكتاب متفقون عموما على أن اللحظة التي ينشأ فيها العرف ، لا يمكن التحقق منها ، لانها غير ملموسة ، وان ما يمكننا التحقق منه فقط هو تحديد ما إذا كان العرف موجودا في لحظة معينة ام لا ، ويمكن القيام بذلك غالباً ، بعد تحليل الممارسة ، ومن خلال بعض التوقعات لمعرفة مدى تطور عرف معين [18].

المبحث الثاني

مفهوم المعترض المستمر

نبين في هذا المبحث تعريف المعترض المستمر وبيان الشروط اللازمة لغرض اعتبار الدولة معترضاً ينطبق على سلوكها الاثار المترتبة على الاعتراض وذلك في المطلب الاول ، ثم نبين في المطلب الثاني مبررات الاخذ بهذا المبدأ .

المطلب الاول

تعريف المعترض المستمر وشروطه

لم يكن مبدأ الاعتراض على القاعدة العرفية معروفاً في السابق [19] ولم يرد الاشارة اليه في احكام المحاكم الدولية التي تناولت موضوع العرف الدولي في قضاياها المهمة مثل قضية مصنع (شورزو) ولا في احكام التحكيم ، وانما كان المبدأ السائد في السابق هو الزامية قواعد العرف الدولي سواء قبلت الدول به ام لم تقبل ، بل اكثر من ذلك كانت الدول الاستعمارية الكبرى تحتج بالزامية تلك القواعد حتى في مواجهة الدول التي تعارضه ، فقد كانت دول امريكا اللاتينية تبدي اعتراضاً مستمرا على الاعراف المتعلقة بالمسؤولية الدولية [20]، ولم يكن هناك اي اقرار لها بهذا الاعتراض ولم يترتب عليه اي اثر . ويمكن القول انه في النصف الثاني من القرن العشرين ، وفي الطبعة التاسعة من طبعات كتاب القانون الدولي لاوبنهايم حصل تغير في النظرية العامة للقانون الدولي العرفي تمت الاشارة فيها لاول مرة لمبدأ المعترض المستمر [21] ، وعليه يمكن القول انه ظهوره في نطاق القانون الدولي العام بدأ منذ ما يقارب (60) عاما ، وكان من بين اهم الاسباب التي ادت الى بروزه هو ظهور دول جديدة مثلت الاغلبية في الامم المتحدة ، وبدأت الدول الغربية تفقد سيطرتها في عملية تكوين القواعد الدولية العرفية ، وخاصة في نطاق معاملة الاستثمار الاجنبي [22]. ولكنه لم يأخذ تكوينه المنظم بشكل نظرية متماسكة لها قوامها المتميز الا قبل ما يقارب

---

[16]- حكم محكمة العدل الدولية في الجرف القاري لبحر الشمال بين جمهورية المانيا الاتحادية والدانمارك من جهة وبين جمهورية المانيا الاتحادية وهولندا من جهة اخرى – الحكم الصادر بتاريخ 20/شباط/1969 – الفقرة 63 .

[17] - J.R. Crawford - The Identification and Development of Customary International Law- Keynote Speech at the Spring Conference of the ILA British Branch -23/May/2014 .

[18] - Karol . Wolfke - Custom in Present International Law – WROCLAW - 1964 - p.61 .

[19]- عند مراجعة كتاب القانون الدولي لاوبنهايم الذي يعتبر المصدر الاساسي والمهم في القانون الدولي ، لم يشر في اي من الطبعات الثمانية لكتابه لهذه القاعدة مطلقاً .

[20] - J. Patrick Kelly -Customary International Law in Historical Context: The Exercise of Power Without General Acceptance – April 2018 – p.37.

[21] - J. Patrick Kelly – ibid – p . 37 .

[22] - John F. Murphy - The Evolving Dimensions of International Law hard choices for the world community - Cambridge University Press – 2010 -p.18 .

(30) عاما عندما تبنته الولايات المتحدة الامريكية [23] بهدف تقليص نفوذ الدول الاوربية في وضع وتطوير قواعد القانون الدولي، لذلك فانها قامت، التزاما منها بذلك المبدأ، بتعديل قانون العلاقات الخارجية ليتم اعتماده في تنظيم علاقاتها الدولية بما ينسجم معه [24]. ويمكن تعريف مبدأ المعترض المستمر بأنه " المبدأ المتعلق بقيام الدولة بأعلان اعتراضها الصريح، وبأي صورة كانت عن عدم موافقتها على ممارسة دولية جديدة تمهد لظهور عرف دولي جديد، على ان يكون الاعتراض مستمراً وبنسق ثابت وفي بداية الممارسة لضمان عدم سريان القاعدة الجديدة تجاهها " .ويختلف اثر الاعتراض على القاعدة العرفية الجديدة الى اثرين اساسيين :-

الاثر الاول / يبينه القاضي (انغكوبو) بالقول " من اشد المفارقات ان الاعتراف بقواعد القانون العرفي انما يكون مرتهن بتجليه في الممارسة من قبل الدول ، ولكن الدول ، في بعض الاحيان ، ترفض الاعتراف بالقاعدة ، مما يؤدي دون ترسخ الممارسة بما يحول دون تكوينها " [25] وهذا الاثر واضح في منع تكوين القاعدة العرفية بصورة عامة ، اي توقف نشأتها وتكوينها بوجود معارضة معتد بها تمنع ذلك ، ولا يدخل مفهوم المعترض المستمر في هذا النطاق لعدم تكون القاعدة الجديدة اصلاً .

الاثر الثاني / ما يتعلق بالمعارضة المنفردة او المحدودة ، حيث يذهب القاضي (عمون) الى ان " الاثر المترتب عند تحقق المعارضة على العرف الذي لايزال قيد النمو هو اثر واضح لا يحتاج الى الاسهاب في بيانه ، وهذا الاثر يتحقق دون الحاجة الى معارضة واسعة النطاق " [26] ويقصد بذلك ان سريان اثر القاعدة العرفية التي تواجه اعتراضاً من اي دولة ، وهي في مرحلة النمو والتكون ، فأن اثر هذا الاعتراض واضح بعدم سريانها تجاه المعترض ، واعتبر ذلك من المسائل القطعية في القانون الدولي .ويشترط لتحقق الاعتراض الفاعل في مواجهة القاعدة الدولية الجديدة شرطان اساسيان :-

الشرط الاول / ان يتم الاعتراض منذ اول نشوء القاعدة العرفية صعوداً حتى تكوينها بشكلها الملزم .الشرط الثاني / استمرارية الاعتراض دون ممارسة اي سلوك يتناقض مع ذلك الاعتراض[27] .

وعليه فأن الاجراءات التي يتحقق فيها الاعتراض المستمر على القاعدة العرفية الناشئة يجعل من عملية تكوين العرف الدولي ذات صفة اجرائية رسمية من الدول [28].

ومن الممكن ان يواجه الشرط الاول بعض الصعوبات لتنفيذه ، منها ان القاعدة الناشئة الجديدة ربما تكون خافية عند نشأتها بالنسبة للدول اما بسبب غموض القاعدة بحد ذاتها او ان الدولة غير معنية بالنشاط الذي تحكمه أو ان يكون السبب علمي من قبيل تطور العرف المتعلق بممارسة الدول

---

[23] - Patrick Dumberry – incoherent and ineffective , the concept of presistent objector revisited – international and comparative law quarterly – vol .59 – july 2010 – p 779 .

[24]- التعديل الثالث لقانون العلاقات الخارجية الامريكي الصادر عام 1987 الذي جاء فيه " رغم ان القانون الدولي العرفي من الممكن ان يتكون من خلال القبول الضمني للدول ومن خلال تصرفاتها ، ويكون بالتالي ملزماً لها ، فأن الدولة التي تبدي معارضتها لتلك الممارسة ، والقاعدة لازالت في طور التكوين ، فأنها تكون غير ملزمة بها من حيث المبدأ ، حتى بعد رسوخها ".

[25]- الرأي المستقل للقاضي (انغكوبو) – حكم المحكمة الدستورية في جنوب افريقيا – القضية رقم (CCT 23/04) – الحكم الصادر بتاريخ 4/اب/2004 – الفقرة 148 .

[26]- الرأي المستقل للقاضي (عمون) احد قضاة محكمة العدل الدولية – قضية (*Barcelona Traction*) الحكم الصادر في 5/شباط/1970 .

[27] - Rahmat Mohamad- Some Reflections on the International Law Commission Topic "Identification of Customary International Law" - *Chinese Journal of International Law* - Volume 15 - Issue 1- March 2016 - p.42 .

[28] - JEAN D'ASPREMONT- Formalism and the Sources of International Law A Theory of the Ascertainment of Legal Rules- Oxford- 2012 - p.166 .

المتقدمة اطلاق الاجسام الفضائية الى الفضاء بعد عام 1957 من خلال عبور المجال الجوي للدول الاخرى ودون موافقتها [29] .

أن الدولة التي تفشل في الاعتراض على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ، فأن هذا الفشل في الاعتراض يعتبر بمثابة تأييد للقاعدة ، وعليه يمكن ان يحقق هذا المنهج الاستثناء الضيق من حكم القاعدة ، ولذلك لسبب مهم هو ان الفشل في الاعتراض على القاعدة لا يساوي في جميع الاحوال الموافقة عليها، فقد يتحقق الفشل لاسباب عديدة ، منها، ان الدولة تتجنب الاعتراض على القاعدة لاسباب سياسية، او ان تشعر الدولة ان القاعدة لا يمكن ان تتحول الى عرف وبالتالي لا ضرورة من الاعتراض عليها ، او ان القاعدة لا تؤثر عليها بشكل مهم [30]، وايا كان موقف الدولة من العرف الناشئ فأنها تتحمل عبء الاثبات بشأن معارضتها للقاعدة الجديدة [31]. من المتفق عليه لدى اغلب فقهاء القانون الدولي ان الزمن الذي ينبغي على الدولة المعترضة ان تبدي فيه اعتراضها على القاعدة العرفية حتى يكون لاعتراضها اثره القانوني ، ان يتم ذلك والقاعدة لا زالت في طور الظهور، اي انها في مرحلة التكوين الاولي، وتكون هذه المرحلة واضحة بالنسبة للدول ، حيث تبين الممارسة الجديدة بدء مرحلة النشأة للقاعدة ، وخير وصف لتلك المرحلة ما ذهبت اليه لجنة القانون الدولي عند بيان حالة التدابير المضادة لتحديد مسؤولية الدول عن الاعمال غير المشروعة ، حيث وصفت ذلك بأن " الممارسة العملية بشأن هذا الامر محدودة ولا تزال في مرحلة جنينية ... " [32].

ويجب ان تبدي الدولة معارضتها للقاعدة الجديدة بشكل صريح ، والا اصبح سكوتها في مورد يتطلب منها موقفها اقراراً بالقاعدة الجديدة [33] ، الا ان الاعتراض لا يتطلب شكلاً محدداً أو طريقة معينة ، سوى ان يكون الاعتراض مفهوماً وواضحاً ، وان كان الاعتراض يراعي في احيان كثيرة الاعراف الدبلوماسية ، لذلك نجد ان هذه الممارسة لا تكون واسعة لهذا السبب ، ففي الكثير من الحالات يكون الاعتراض عملا غير لائق في اطار المخاطبات الرسمية التي تتطلب اسلوباً متعارف عليه ، خاصة ن الاعتراض يتخذ في العادة طريق الاحتجاج ، ورغم ذلك فأن المخاطبات الرسمية بأية طريقة كانت لا تنفي تحقق الاعتراض اللازم ، وان كان غير واضحا لتلك الاعتبارات ، فأن الامر لا يغير شيئاً من مضمونه ، وانما مجرد يزيد من " عبء الاثبات " على الدولة التي لا تريد سريان العرف الجديد تجاهها [34]. واستناداً لذلك لا يمكن للدولة التي ظهرت للوجود بعد اكتمال تكوين القاعدة ، ولا للدولة التي اصبحت متأثرة لاحقاً بنشاط القاعدة المكتملة ، او الدولة التي فشلت في بيان اعتراضها على القاعدة عند تكوينها في ان تعترض عليها ، وبالتالي لا يوجد مفهوم المعترض اللاحق [35].

---

[29] - Peter Malanczuk- Modern Introduction to International Law- Seventh revised edition- New York- 2002 - p.43 .

[30] - Andrew T. Guzman and Jerome Hsiang- Some Ways that Theories on Customary International Law- *European Journal of International Law* - Volume 25 - Issue 2 - May 2014 - p.556 .

[31] - Tim Hillier - Sourcebook on Public International Law - second published - London -2002 - p.74 .

[32] - الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي لعام 2001 – المجلد الثاني ج2 – ص 137 و139 .

[33] - Anthony Aust - Handbook of International Law - Cambridge University Press – first published -2005 – p.7 .

[34] - MAURICE H. MENDELSON - the formation of customary international law - Martinus Nijhoff -1999 - p.234

[35] - Joel P. Trachtman- Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law - DUKE JOURNAL OF COMPARATIVE & INTERNATIONAL LAW – vol.21 – 2010 – p . 221 .

اما الشرط الثاني فأن صعوبته تتمثل في ان الدول لا تلتفت غالباً الى ضرورة اتساق ممارساتها بما يحافظ على وحدة الموقف من القاعدة المُعترض عليها، وبما يكون ذلك ناشئً من أن الدولة تمارس العديد من الانشطة والفعاليات الرسمية التي في مجموعها تعبر عن موقفها الرسمي في المؤتمرات الدولية والمفاوضات والتصريحات والاحتجاجات وغيرها مما يجعل امكانية التعارض متحققة دون قصد، يضاف الى ذلك ان التعبير عن الموقف القانوني في تلك الممارسات لا يكون بنفس الدقة التي يتطلبها الموقف القانوني امام محكمة دولية تبحث في ادق التفاصيل عند حصول النزاع القانوني [36].

المطلب الثاني

مبررات الاخذ بمبدأ المعترض المستمر

يقدم الفقه الدولي مبررات مهمة لضرورة الاخذ بمبدأ المعترض المستمر ، حيث يذهب الى انه بالرغم من ان القانون الدولي العرفي يدعمه وجود مجتمع عالمي من الدول ، الامر الذي يبرر بشكل عام الزام اعضاء ذلك المجتمع بالامتثال حتى للقواعد التي لم يوافقوا عليها بشكل صريح ، الا ان هذا المجتمع يقوم على مبادئ اخلاقية اساسية منها احترام استقلالية الدولة وارادتها واحترام التنوع بين الدول ، فاذا كانت الدولة تعتقد ان قاعدة ما تتعارض مع رغبتها فأنها تعارضها مراراً وتكراراً، وعندها يجب احترام قيمة ارادة الدولة، الا اذا كانت تتعارض مع قيمة اهم للمجتمع الدولي ، والسبب الاخر للاخذ بالمبدأ هو قلة الاخذ به او الاحتجاج به في اطار العلاقات الدولية فقد اصبح مقبولاً بشكل عام كواحد من المبادئ الثانوية لتشكيل القانون الدولي العرفي [37]. ويساهم هذا المبدأ في تعزيز فكرة المساواة في السيادة ، والابتعاد بشكل كبير عن الاعلوية التي كانت تتصرف بها الدول الاستعمارية فيما يتعلق بتكوين قواعد القانون الدولي، فممارستها التي تتفق عليها، والتي تحقق مصالحها الخاصة ، كانت هي التي تخلق القاعدة القانونية الدولية العرفية ، دون الاكتراث لرأي الدول الاخرى ، وهذا يتنافى بشكل صريح مع مبدأ الرضا والقبول ، الذي يفترض به ان يكون حاكماً في النظام القانوني الدولي ، والا تهدم اساسه الذي يقوم عليه .

وتذهب رابطة القانون الدولي الى انه " من المنظور السياسي يمكن اعتبار مبدأ المعترض المستمر حلا وسطياً مفيدا ، فهو يحترم سيادة الدول وتؤمن حمايتها من فرض الأغلبية عليها قانونا جديدا يخالف إرادتها ، ولكنه في الوقت نفسه يسمح لقافلة التطوير التدريجي للقانون بأن تسير الى الامام ، إذا كانت القاعدة الجديدة لها مايكفي من الدعم الواسع النطاق ،دون أن تضطر لانتظار لحاق أبطأ عرباتها بها "[38]. كما ان له دوراً ايجابياً للغاية في تكوين القانون الدولي العرفي على المدى الطويل ، فيكون بمثابة تذكير للاغلبية بأن الحق ربما يكون في جانب الاقلية ، وهذا بحد ذاته يجعل منه حاضنة للتقدم الجوهري وتطوير القانون الدولي [39] ، كما ان له دور ايجابي باعتباره اداة فعالة بين الدول للتخلص من التزامات ناشئة عن العرف الدولي بدعوى الاعتراض [40]. كما يجعل هذا المبدأ النظام القانوني الدولي يتماثل في اليات تكوين قواعده ، فهو بهذه الالية يجعل عملية تكوين القاعدة العرفية الدولية تتماثل مع عملية ابرام المعاهدة الدولية في ظل المنظمات الدولية ، التي لا تكون ملزمة الا لمن ارتضاها وقبل بها بعد ان تفاوض بشأنها. ولكن السؤال المهم في هذا الخصوص الذي يُطرح هو اذا كان احترام ارادة الدول وقبولها لغرض الالتزام بالقاعدة الدولية

---

[36] **-David A. Colson - How Persistent Must the Persistent Objector Be? - Washington Law Review – vol.61 -1986 - p.958 .**

[37] **- Brian D. Lepard - ibid - p.229 .**

[38] **ـ مؤتمر رابطة القانون الدولي المنعقد في لندن عام 2000 – لجنة صياغة قواعد القانون الدولي العرفي – التقرير الختامي للجنة " حالة المبادئ العامة المطبقة عند تكوين القانون الدولي العرفي " – ص 28 .**

[39] **- Sienho Yee - Report on the ILC Project on Identification of Customary International Law- *Chinese Journal of International Law* - Volume 14- Issue 2 - June 2015 - p .391 .**

[40] **- H. charlesworth – ibid – p. 4 .**

الاتفاقية أوالعرفية التي لا زالت في طور النشأة وفقاً لمبدأ المعترض المستمر ، فما هو المبرر الذي يمنع الدولة من " الانسحاب " من عرف دولي قائم ، او ما يسمى " الاعتراض اللاحق " اذا كان الامر يتعلق بارادة الدولة ؟

لم يتم مناقشة هذا الامر من قبل فقهاء القانون الدولي بشكل واضح ، ولكن بعض الفقه تطرق لهذه المسألة المهمة ، حيث يجد ان الزامية القاعدة لدولية العرفية لم تكن في السابق يُنظر اليها كما هي في الوقت الحاضر، ذلك ان كبار فقهاء القانون الدولي في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كانوا يعتقدون بامكانية انسحاب الدولة من القاعدة الدولية العرفية القائمة ، وكان هو ايضاً الرأي المبكر للمحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الامريكية في بعض قراراتها الشهيرة ، ولم تكن الصفة الالزامية لقواعد القانون الدولي العرفي، في هذا الشأن الذي نحن بصدده ، في تلك الفترة وحتى وقت ما في القرن العشرين ، ويبدو الانتقال من فكرة امكانية الانسحاب من العرف الدولي القائم الى الزاميته حصل في اوائل القرن العشرين عندما كانت الدول الاوربية الاستعمارية في اوج قوتها وكانت معظم دول اسيا وافريقيا تحت سيطرة تلك الدول ، ورغم توسع " اسرة الامم " الا ان السيطرة على أنشأء قواعد القانون الدولي لا زالت في الجزء الاكبر منها بيد الدول الاستعمارية او التي تسمي نفسها بـ" الدول المتحضرة " وكانت هذه الدول تسعى لتطوير وتكريس فكرة الالزامية بهدف الزام الدول الدول الجديدة التي خرجت عن مستعمراتها بتلك القواعد [41].واذا كانت تلك الاجابة بصدد هذا التساؤل انما تتعرض للجانب التاريخي الذي جاء بصفة الالزام للقواعد التي تكونت واستقرت الا انها لم تُناقش الجانب القانوني المتعلق بعملية الالزام التي تمنع الدول من الانسحاب من العرف القائم ، ويبدو ان ذلك المنع – بحسب ما نراه – انما نشأ باعتباره قاعدة عرفية دولية استقرت عليها ممارسات الدول واستشعرت قوتها الملزمة .

وهناك من الفقه من يقترح حلاً عملياً لتحقيق امكانية " مغادرة " القاعدة العرفية الدولية القائمة يقوم على اساس " التنسيق " بين الدول من خلال انشاء ممارسة جديدة تعدل القاعدة الدولية القائمة ، حيث تبدأ تلك الممارسة بسلوك جديد من قبل احدى الدول، الذي يمثل في تلك اللحظة " انتهاك " للقانون الدولي، ولكن هذا الانتهاك لا يعد كذلك اذا ما بادرت بقية الدول للاخذ بالسلوك الجديد مع اعتقادها بالزاميته فعندها يمكن القول ان ذلك يمثل عملية " انسحاب من العرف القائم " او هو تعديل له ، ليس من خلال عملية التكوين التقليدي للقاعدة العرفية التي تستمر سنوات طويلة وانما بطريقة اتفاقية [42].

المبحث الثالث

الموقف القانوني والقضائي والفقهي من مبدأ المعترض المستمر

نتعرض في هذا المبحث لبيان الموقف القانوني للدول المختلفة بشأن المبدأ ومدى قبوله في النظام القانوني الدولي من خلال ما تم التعبير عنه في الممارسة الدولية وذلك في المطلب الاول، ثم نتعرض لبيان مدى الاخذ به في القضائين الدولي في المطلب الثاني، وبعدها نبين ارآء فقهاء القانون الدولي من المبدأ في المطلب الثالث .

[41] - Curtis A. Bradley and Mitu Gulati - Withdrawing from International Custom- The Yale law Journal – 2010 - p.206 .

[42] - JOEL P. Trachman – persistent objector cooperation and the utility of customary international law – Duke Journal of Comparative & international law – vol.21 – 2010 - p.223 .

المطلب الاول

الموقف القانوني للدول من مبدأ المعترض المستمر

ابدت العديد من الدول موقفها القانوني الصريح من مبدأ المعترض المستمر سواء كان ذلك في المؤتمرات والمنظمات الدولية او امام المحاكم الدولية [43] والتي كانت واضحة بقبول المبدأ والاحتجاج به .حيث بينت اليونان رأيها الصريح باعتماد المبدأ ولكن بما لا يتعارض مع القواعد الامرة او بصورة اوسع بما لا يتعارض مع مبادئ القانون الدولي باعتبارها ذات طابع اعم واكثر جوهرية ، وبما يحقق التمييز بين هذه المبادئ وبين " مجرد " قواعد القانون الدولي العرفي ، وبررت استبعاد نطاق تطبيق المبدأ في مواجهة تلك المبادئ لانه من الغرابة الا تكون الدولة ملزمة بقواعد يعتبرها المجتمع الدولي ذات طابع جوهري [44].وهو ما ذهبت اليه قبرص ايضاً بأن لا يكون عدم تطبيق المبدأ مقتصراً على القواعد الآمرة وانما جميع القواعد الاخرى ذات الاهمية الجوهرية ، وان يكون تقديم الاعتراض مقترناً بمبررات قوية حتى يؤخذ به [45] ، وبينت السلفادور موقفها بالتحديد بأن لا يتعارض المبدأ مع القواعد الآمرة بشكل خاص لأن الدول لا يمكنها ان تعترض على قواعد مهمة من قبيل تحريم التعذيب او الابادة الجماعية [46].بيلاروسيا كان موقفها بشأن المبدأ بما يؤكد ضرورة وجود فترة زمنية تتعلق بالاعتراض وهو جانب مهم في الموضوع لغرض استقرار العلاقات الدولية [47] ، واكدت كوريا الجنوبية على ان يتم التعامل بحذر مع المبدأ لكونه من الموضوعات المثيرة للجدل [48].وتؤكد جنوب افريقيا على اهمية استبعاد القواعد الآمرة من نطاق مبدأ المعترض المستمر وان اي اتجاه بخلاف ذلك يُشعرها بالقلق [49] ، وتبين فيتنام بأنه نظراً لوجود عدم وضوح بشأن القواعد الامرة ومدى امكانية الخروج عليها او تعديلها او الغاؤها باتفاقات الدول (القواعد الرضائية) بينما من المفترض ان تكون تلك القواعد في مستوى أعلى وفقا للتراتبية ، مع تحديد اثر المعترض المستمر عليها[50] .اما سلوفينيا فأنها تجد بأن الخصائص المتأصلة في القواعد الآمرة وما تعكسه من طابع خاص واستثنائي يعكس القيم المشتركة والشاملة التي يتقيد بها المجتمع الدولي فأن مفهوم المعترض المستمر يتنافى مع طبيعة القواعد الآمرة [51] ، اما تركيا فقد اعتبرت المفهوم من المفاهيم الراسخة في القانون الدولي [52] .وحددت تشيلي الشروط اللازمة للاعتراض على العرف الدولي بأن يتم ذلك في بداية عملية نشأته وليس بعد ان يكون العرف قد تبلور بالفعل ،

---

[43]- سنبين لاحقاً مواقف بعض الدول من المبدأ امام المحاكم الدولية .

[44]- محضر موجز للجلسة الثانية والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 26/تشرين الاول / 2016 – ص 2 .

[45] - محضر موجز للجلسة الثانية والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 26/تشرين الاول / 2016 – ص 19 .

[46]- محضر موجز للجلسة الخامسة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 28/تشرين الاول / 2016 – ص 14 .

[47]- محضر موجز للجلسة الثالثة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 26/تشرين الاول / 2016 – ص 2 .

[48]- محضر موجز للجلسة الثالثة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 26/تشرين الاول / 2016 – ص 4 .

[49]- محضر موجز للجلسة السادسة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 28/تشرين الاول / 2016 – ص 15 .

[50]- محضر موجز للجلسة السادسة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 28/تشرين الاول / 2016 – ص 18 .

[51]- محضر موجز للجلسة السادسة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 28/تشرين الاول / 2016 – ص 19 .

[52] - محضر موجز للجلسة الحادية والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 25/تشرين الاول / 2016 – ص 5.

وتكون من مسؤولية المعترض كفالة عدم اعتبار اعتراضه بمثابة التخلي عنه ، وان لا يطبق على القواعد الآمرة [53] ، كما ان اندونيسيا ايدت الرأي الذي يذهب الى مبدأ المعترض المستمر تدعمه القرارات القضائية وممارسات الدول التي اكدت بأن الدولة ليست ملزمة بقاعدة ناشئة في القانون العرفي الدولي اذا كانت مصرة في الاعتراض على تلك القاعدة وثبتت على اعتراضها حتى بعد تبلور تلك القاعدة ، واعتبرت ان هذا المبدأ مهم في المحافظة على الطابع التوافقي للقانون الدولي العرفي[54]. وعبرت ايسلندا عن رأيها ورأي دول الشمال [55] بشأن المبدأ حيث اعتبرته لا يتوافق مع القواعد الآمرة ، وانها تشكك في الحاجة الى الاشارة الى " القيم الاساسية للمجتمع الدولي " لغرض استثناءها من تطبيق المبدأ ذلك ان مصطلح القواعد الآمرة يضم القواعد التي قبلها المجتمع الدولي بأسره [56]. وعبرت العديد من الدول عن ارتضائها بأصل فكرة المعترض المستمر في ضوء ما تم بيانه ومنها ايرلندا [57] والصين [58] .نلخص مما تقدم ان مختلف دول العالم تقر بوجود المبدأ في النظام القانوني الدولي ولم تنكر وجوده وانصب اهتمامها بتحديد شروطه واثاره ونطاقه .

المطلب الثاني

موقف القضاء الدولي والداخلي من مبدأ المعترض المستمر

تناولت محكمة العدل الدولية وجود مبدأ المعترض المستمر في قضيتين مهمتين ، حيث اشارت اليه في قضية (اللجوء) عندما وجدت المحكمة " ان الحكومة الكولومبية لم تثبت وجود هذا العرف ، وحتى في حال الافتراض جدلا ان العرف قد نشأ بين بعض دول امريكا اللاتينية فقط ، فأنه لا يمكن الاحتجاج به ضد بيرو لأنها انتهجت سلوكا ابعد ما يكون عن التقيد به حينما امتنعت عن التصديق على اتفاقيتي مونتفيديو لعامي 1933 و1939 وهما الاتفاقيتان اللتان تضمنتا القاعدة العرفية المتعلقة بتحديد الجرم في مسائل اللجوء السياسي " [59]. اما القضية الثانية التي اشارت فيها المحكمة الى المبدأ فهي قضية (مصائد الاسماك) حيث تجد المحكمة بأنه " في مثل هذه الظروف ترى المحكمة بأنه من الضروري الاشارة الى ان قاعدة الاميال العشرة بالرغم من اعتمادها من قبل عدة دول في قوانينها الوطنية ومعاهداتها واتفاقياتها الدولية ، وعلى الرغم من تطبيقها من قبل محاكم التحكيم في بعض قراراتها على هذه الدول ، الا ان هناك دولاً اخرى اعتمدت حداً آخر مختلف عنه ، وبذلك لم تكتسب قاعدة الاميال العشرة قوتها كقاعدة عامة في القانون الدولي ، وفي جميع الاحوال ، لا يمكن تطبيق القاعدة على النرويج لانها استمرت في الاعتراض على اي محاولة لتطبيقها على الساحل النرويجي " [60]. وفي نطاق التحكيم الدولي توجد العديد من الاحكام المهمة التي اكدت وجود المبدأ والاقرار به ، ففي النزاع بين المانيا وفنزويلا الذي نظرته لجنة المطالبات المختلطة تشير الى " ان القانون الدولي ليست قواعد سلوك تحددها سلطة عليا ذات سيادة ، وانما هو مجموعة من

---

[53] - محضر موجز للجلسة الحادية والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 25/تشرين الاول / 2016 – ص 17.

[54]- محضر موجز للجلسة الرابعة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 27/تشرين الاول / 2016 – ص 3 .

[55]- كل من الدانمارك والسويد والنرويج وفنلندا .

[56]- محضر موجز للجلسة الرابعة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 27/تشرين الاول / 2016 – ص 14 .

[57]- محضر موجز للجلسة السابعة والعشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 1/تشرين الثاني / 2016 – ص 4 .

[58]- محضر موجز للجلسة العشرون من جلسات لجنة القانون الدولي المعقودة في نيويورك بتاريخ 24/تشرين الاول / 2016 – ص 17 .

[59]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء بين كولومبيا وبيرو – الحكم الصادر في 20/تشرين الثاني/1950 – ص 277 النسخة الانكليزية .

[60]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية مصائد الاسماك بين المملكة المتحدة والنرويج – الحكم الصادر في 18/كانون الاول / 1951 – ص 131 النسخة الانكليزية .

القواعد التي وضعها العرف او بموجب معاهدة نالت الاجماع عليها من الدول المتحضرة والمستقلة باعتبارها قواعد عادلة ومجردة لتنظيم علاقاتهم في وقت السلم والحرب ، وان لأي امة الحق والسلطة في معارضة اي قاعدة او مبدأ من مبادئ القانون الدولي ، حتى لو تم قبوله من قبل الدول الاخرى جميعا ، ولا يمكن اجبارها على الالتزام بها بأي صورة " [61]. يضاف اليه تأييد العديد من قضاة محكمة العدل الدولية في ارائهم المنفردة لمبدأ المعترض المستمر باعتباره من المبادئ الثابتة في القانون الدولي ، ومنهم القاضي (دي كاسترو) الذي يؤكد في هذا الصدد " ان ايسلندا قبل عام 1961 وبعده ، وهي الفترة التي يمكن اعتبارها بمثابة دخول القاعدة الى الوجود ، اعلنت معارضتها بشكل صريح ومستمر للقاعدة ، لكونها تمس مصالحها بشكل خاص " [62]. كما يشير القاضي (باديلا نيرفو) له بالقول " لا تمثل طريقة البعد المتساوي في ترسيم الحدود البحرية الواردة في المادة (6) من الاتفاقية قاعدة ملزمة بالنسبة لجمهورية المانيا الاتحادية ، ولا يمكن الاحتجاج بها عليها ، لوجود حقيقة لا يمكن تجاوزها وهي ان جمهورية المانيا الاتحادية طالما اعترضت على قاعدة البعد المتساوي ورفضت تطبيقها عليها بشكل مستمر " [63]. وهو ما ذهب اليه القاضي (تاناكا) حيث جاء في رأيه المستقل " ان وجود عدد قليل من المعارضين لقاعدة دولية عرفية سيؤدي الى عرقلة تطبيق هذه القاعدة بحقهم " [64]. ومن جهته يذهب القاضي (شوبيل) في رأيه المستقل عندما يتعرض بالبيان لرأيه بشأن مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية بأن الممارسة الدولية بصدد التهديد باستخدام الاسلحة النووية كوسيلة للردع ليست ممارسة المعترض الوحيد او الثانوي ، وليست ممارسة حكومة منبوذة تصرخ بها في البراري، بل انها ممارسة خمس دول رئيسية في العالم من الاعضاء الدائميين في مجلس الامن مدعومة بشكل كبير من قبل حلفائهم ودول اخرى تحت مظلتهم لما يقارب خمسين عاماً [65]. كما اقرت بذلك الاتجاه المملكة المتحدة التي اعربت عنه في مذكرتها الايضاحية امام محكمة العدل الدولية ، حيث ترى بأنه " على الرغم من ان القاعدة العرفية ملزمة لأية دولة دون الحاجة الى اثبات موافقتها المنفردة على تلك القاعدة ، الا ان القضية تختلف تماماً حينما ترفض الدولة منذ البداية الاعتراف بتلك القاعدة " [66]. اما المحاكم الوطنية فأنه بمختلف انواعها ودرجاتها في العديد من الدول ، تقر بوجود القاعدة وتلتزم بها في احكامها ، حيث تجد المحكمة الدستورية في المانيا ان " الامر لا يتعلق بدعوى ينظر من خلالها فيما اذا كانت بالامكان للدولة ان تعارض بنجاح ، منذ البداية ، تطبيق قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي حيث تستمر بالمواظبة على الاحتجاج بحقوقها "، وهو ما تذهب اليه ايضا محكمة الاستئناف في هونغ كونغ فهي ترى " ان مفهوم المعترض المصر مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام يجيز للدولة في

---

[61]- قرار لجنة المطالبات المختلطة بين المانيا وفنزويلا لعام 1903 – قضية (FISCHBACH AND FRIEDERICY) - VOLUME X – ص 397 .

[62]- الرأي المستقل للقاضي (DE CASTRO) في قضية مصائد الاسماك بين المملكة المتحدة وايسلندا المنظورة من قبل محكمة العدل- الحكم الصادر في 25/تموز/1974 – ص 92 .

[63]- الرأي المستقل للقاضي (باديلا نيرفو) في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بين جمهورية المانيا الاتحادية والدانمارك من جهة وبين جمهورية المانيا الاتحادية وهولندا من جهة اخرى – الحكم الصادر بتاريخ 20/شباط/1969 – ص 97 .

[64]- الرأي المعارض للقاضي (تاناكا) قضية جنوب غرب افريقيا (المرحلة الثانية) الحكم الصادر في 18/تموز/1966 – ص 291 .

[65]- الرأي المعارض للقاضي (شوبيل) الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد او استخدام الاسلحة النووية الصادر بتاريخ 8/تموز/1996 – ص 312 .

[66]- رد حكومة المملكة المتحدة بموجب مذكرتها المؤرخة في 28/تشرين الثاني/1950 في قضية مصائد الاسماك في النزاع بينها وبين النرويج - ص 428 – الفقرة 162 .

اطار عملية تكوين قاعدة عرفية جديدة في القانون الدولي ان تكون في حل منها وان تعلن بأنها غير ملزمة بها ولها ان تتمسك بموقفها هذا " [67].

المطلب الثالث

الرأي الفقهي بشأن مبدأ المعترض المستمر

انقسمت اراء الفقهاء والكتاب في القانون الدولي بشأن وجود المبدأ في القانون الدولي الى اتجاهين مختلفين ، انكر الاتجاه الاول وجوده لاسباب معينة ، بينما يذهب الاتجاه الاخر لاثبات وجود المبدأ وهو الاتجاه الغالب في الفقه الدولي ، وسنبين موقف كلا الاتجاهين بصدده .

الاتجاه الاول : الفقه المنكر لمبدأ المعترض المستمر

يذهب بعض الفقه الدولي، وهم الاقلية ،الى انكار وجود مبدأ المعترض المستمر مستندين في انكارهم لوجوده الى مناقشة اوجه الاستدلال التي قامت عليه .حيث نجده يقلل من اهمية حكم محكمة العدل الدولية في قضية الملجأ لأقرار المبدأ في القانون الدولي لمنع تطبيق القاعدة العرفية على الدولة المعترضة عليها، حيث يرى اصحاب هذا الاتجاه ان رأي المحكمة في هذه القضية لا يُشكل اكثر من رأي عرضي غير ملزم ، ذكرته المحكمة بعد ان توصلت الى حكم نهائي في هذه القضية لا يتوقف ولا يتأسس على مبدأ المعترض المستمر المدعى به حديثا ، ومن ثم فأن السياق الحقيقي لهذا الرأي العابر غير الملزم لمحكمة العدل الدولية لا يسمح بتعميمه دون وضوح [68].

بينما يجد بعضهم ان هذا الحكم ، حتى مع افتراض اقراره للمبدأ، فأنه لايمكن الاخذ به بمواجهة القاعدة العرفية الدولية العامة، التي تنطبق على جميع الدول ، وانما يقتصر اثره في الاعتراض على العرف الدولي الخاص او الاقليمي ، ويستدل على ذلك بأن العرف الذي اشارت اليه المحكمة الدولية يتعلق بعرف خاص بدول امريكا اللاتينية . ويعزز هذا الاتجاه استلاله بالانكار الى ان الاقرار بمبدأ المعترض المستمر سيؤدي الى الاخلال بالنموذج التقليدي للقانون الدولي العرفي الذي يتصف بثلاثة صفات اساسية، وحدة السلوك المكون له والزاميته وتأثيره على الاجراءات الوطنية ذاتياً ، وهو بذلك الوصف سيحقق التعارض في وحدة السلوك وفي الالزامية بشكل واضح ، ووفقاً لهذه الاسس التقليدية سيكون اي تغيير يستلزمه التطور العلمي او الاقتصادي او غيره لا يتطابق مع الاسس المفترضة للعرف التقليدي وبالتالي يكون هذا التغيير في السلوك غير قانوني [69]. كما يدعم هذا الاتجاه وجهة نظره بحقيقة لا يمكن غض النظر عنها ، وهي حجة - برأينا - لا يمكن اغفالها ، تتمثل في ان التغييرات الحديثة التي حصلت في المجتمع الدولي من ظهور اغلبية عددية كونتها الدول النامية والدول الاشتراكية – في حينها – وتراجع الدور القيادي للدول الاوربية والولايات المتحدة مما ادى ذلك الى فقدان سيطرتها على عملية تكوين القاعدة العرفية ، خاصة مع تلمس تلك الحقيقة من خلال نشأة قواعد قانونية عرفية بشكل سريع من خلال المفاوضات المتعددة الاطراف والمؤتمرات الدولية والمنظمات الدولية ، كل هذه التطورات العميقة في النظام القانوني الدولي ساهمت في الترويج لمفهوم المعترض المستمر الذي تبنته الولايات المتحدة الامريكية بشكل واضح

---

[67]- انظر لتفاصيل اكثر التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي المقدم من المقرر الخاص مايكل وود – الوثيقة رقم (A/CN.4/682) - 2015 – ص 79 .

[68]- د.محمد عبد الرحمن الدسوقي – نطاق التزام الدولة دون ارادتها في القانون الدولي العام – منشورات دار النهضة العربية – القاهرة – ص 143.

[69] - Eric A. Posner Jack L. Goldsmith - A Theory of Customary International Law - University of Chicago Law Review – 1999 - p.1118-1119

مثلما ذكرنا [70] ، بهدف التخلص من الالتزام بقواعد قانونية تخالف ارادتها ، ويمكن ان نخلص الى القول بأن المنكرين لوجود المبدأ [71] قد اقاموا انكارهم على ثلاثة اسباب اساسية وهي :

1. ان الاحكام القضائية الدولية التي تم الاستشهاد بها لدعم المبدأ لا تقدم دليلاً كافيا على ذلك .
2. ان الممارسة العملية للدول لا تدعم وجود هذا المبدأ ، حيث ان ممارسة الدول في هذا الخصوص نادرة [72].
3. مبررات المبدأ مجرد مبررات نظرية وسياسية وليست قانونية [73].

الاتجاه الثاني : الفقه المؤيد لمبدأ المعترض المستمر

وهو الاتجاه الغالب في الفقه الدولي حيث تناول الرد على الحجج التي اشار اليها اصحاب الاتجاه الاول ، المنكرين لوجود مبدأ المعترض المستمر .

أن هذا المبدأ لم يقتصروجوده في قضية الملجأ فقط ، وانما ورد التأكيد على الاخذ به كذلك في قضية مصائد الاسماك ، بصورة اوضح وبدلالة اقوى، فأذا كان ذكر المبدأ في قضية الملجأ جاء بشكل عرضي ، فأنه جاء في قضية مصائد الاسماك بشكل محوري وان بناء الحكم النهائي استند عليه في جزء اساسي منه ، ومن جهة اخرى فأن الاعتراض الذي احتجت به النرويج يتعلق بخطوط الاغلاق البحرية ، وهي قواعد عرفية دولية عامة ، وان المحكمة اشارت بشكل واضح بأنه حتى في حال ظهور قاعدة عرفية عامة تتعلق باحتساب مسافة العشرة اميال ، فأن النرويج لن تكون ملزمة بها لسبق اعتراضها على ذلك [74] ، وهو ما يدحض حجة عدم صحة الاستدلال بحكم المحكمة الدولية بقضية الملجأ وكذلك حجة من يذهب الى انه يكون ممكنا بخصوص الاعراف الاقليمية دون العامة .اما بشأن ندرة الممارسة فهذا لا ينفي وجود المبدأ ، لعدة اسباب منها ، ان قيمة الممارسة ترتبط احيانا بطبيعة الموضوع الي تتم فيه الممارسة واثر الدولة القائمة به في مجمل النظام القانوني المختص ، فنجد ان ممارسة المملكة المتحدة للاعتراض بشأن رفع العلم على السفن المحايدة له قيمة كبيرة ذلك ان المملكة المتحدة تعتبر من الدول الرائدة وصاحبة النفوذ في مجال النشاط البحري في حينها ، ومنها ايضاً ، عدم وجود المبرر الموجب للاحتجاج بالمبدأ امام المحاكم الدولية لوجود ادلة اخرى كافية ، فعلى سبيل المثال ان الاتحاد السوفيتي " سابقاً " رغم استمراره بالاعتراض على تراجع قاعدة الحصانة المطلقة للدولة امام المحاكم الاجنبية ، الا انه لم يحتج بها مطلقاً امام المحاكم لاسباب من بينها عدم جدوى الاحتجاج بها .ويعزز هذا الاتجاه رأيه بالقول ، اذا كان بعض الفقه يشكك في سلامة مبدأ المعترض المُصر ، معتبرين اياه اثراً شاذاً وغريبا عن العصر الحالي ومن مخلفات النظرية التوافقية للقانون الدولي التي كانت سائدة في العالم في القرن التاسع عشر ، ولكن اذا ادركنا محدودية نطاقه تطبيق هذا المبدأ وندرة العمل به في الممارسة الدولية ، فمن الصعب تفهم دوافع هذا الشك ، حيث ان من الواضح والثابت ان الدولة لا يجوز الزامها بواجبات تم الاتفاق عيها بموجب معاهدة ليست طرفاً فيها ، فبأي حق يكون للدول الاخرى ان تلزم دولة ، بزعم ان

---

[70] - T. Stein - The Approach of the Different Drummer , The Principle of the Persistent Objector in International Law - Harvard International Law Journal – 1985 – p . 463 .

[71]- ابرز المنكرين للقاعدة هم (D'Amato) في كتابه (Concept of Custom in International Law) الصادر عام 1971 و(Stein) في مقاله (The Approach of the Different Drummer : The Principle of the Persistent Objector in International Law) المنشور عام 1985 ، و (Charney) في مقاله (The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law) المنشور في الكتاب السنوي البريطاني للقانون لدولي لعام 1985 .

[72] -Daragh Murray - How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups- Journal of Conflict & Security Law- Oxford University Press - 2014 - p.117 .

[73] - MAURICE H. MENDELSON – ibid – p.228.

[74] - MAURICE H. MENDELSON – ibid – p.229 .

ممارساتها قد انشأت قاعدة دولية عرفية ، اذا كانت هذه الدولة قد استمرت بشكل دؤوب اعلان معارضتها للقاعدة [75].ويضيف لذلك القول بوجود ضرورة تستوجب الاخذ به ، ويبين تلك الضرورة بأن عدم الاخذ به سيؤدي الى صعوبة في وضع قواعد جديدة للقانون الدولي العرفي، فأذا افترضنا ان انشقاق دولة واحدة يمنع انشاء قاعدة جديدة ، فلن يتم انشاء اي قاعدة جديدة ابداً ، واذا كان من الممكن ان يتم الزام الدولة دون ارادتها ، فهذا يعني بانه سيتم انشاء قواعد القانون الدولي العرفي من خلال نظام التصويت بالاغلبية، وعندها سيكون من المستحيل الوصل الى اتفاق لتحديد حجم الاغلبية المطلوبة ، يضاف الى ذلك فأن هذا سيؤدي الى اتخاذ الدول التي تمثل الاغلبية موقفاً متصلباً تجاه دول الاقلية ، لذلك فأن الاقرار بحق الاعتراض سيزيل كل هذه الصعوبات [76].ويمكن ان نشير اخيراً الى ان هذا المبدأ يحظى بقبول واسع بين فقهاء وكتاب القانون الدولي ، بحسب ما يصفه (MENDELSON) بعد ان استقصى الاراء بهذا الشأن [77] ومن بينهم الفقيه الكبير (Lauterpacht) الذي يصف اثر الاعتراض بالقول " اذا لم يكن اثبات رضا كل دولة امراً ضرورياً لوجود القاعدة العرفية ، فأن الاعتراض الصريح اثناء نشأة القاعدة يبطل اثرها فيما يتعلق بالدولة المعترضة على الاقل " [78] ، كما يؤيد وجود هذا القبول الواسع رابطة القانون الدولي التي بينت وجود قدر مهم من القرارات القضائية والتحكيمية وكذلك مجموعة من ممارسات الدول التي تدعم وجوده ، يضاف الى ذلك عدم وجود قرارات تنكره[79].

المبحث الثالث

نطاق تطبيق قاعدة المعترض المستمر

في البدء لابد من ازالة التداخل بين ثلاثة حالات تتعلق بتكوين القاعدة الدولية العرفية وهي :

الحالة الاول / تتعلق بممارسة جديدة لدولة او مجموعة من الدول بشأن معين ، اما ان يكون منتظم بقاعدة عرفية سابقة او لا يكون منتظم بأي قاعدة سابقة ، وتظهر معارضة من دولة او مجموعة من الدول لها اهميتها في نطاق النشاط المعني مما يؤدي الى منع تكوين القاعدة الجديدة .

الحالة الثانية / تتعلق اما بدولة ظهرت الى الوجود بعد تكوين القاعدة العرفية واكتسبت صفتها الالزامية ، او انها لم تكن جزءا من النشاط المنظم بالقاعدة الجديدة ، ثم التحقت الدولة بذلك النشاط ، او انها كانت جزءا من ذلك النشاط ولكنها فشلت في الاعتراض المستمر عليه .

الحالة الثالثة / تتعلق بالدولة او الدول التي تبدي اعتراضها المستمر والصريح والمنتج لأثره القانوني بشأن قاعدة عرفية جديدة لازالت في طور النشأة والتكوين .

ما نود الاشارة اليه ان موضوع البحث انما يقتصر على الحالة الثالثة ولا يشمل نطاقه الحالتين الاولى والثانية .

---

[75] - Vaughan Lowe – international law - oxford university press – 2007 – p.58 .

[76] - MICHAEL AKEHURST - CUSTOM AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW- *British Yearbook of International Law* - Volume 47- Issue 1- 1975 - p.26 .

[77] - MAURICE H. MENDELSON – ibid – p.227 .

[78] - H. Lauterpacht - International Law - Cambridge University Press- Volume 1- 1970- p 77 .

[79]- مؤتمر رابطة القانون الدولي المنعقد في لندن عام 2000 – لجنة صياغة قواعد القانون الدولي العرفي – التقرير الختامي للجنة " حالة المبادئ العامة المطبقة عند تكوين القانون الدولي العرفي " – ص 28 .

المطلب الاول
تطبيق القاعدة في اطار الاتفاقيات الدولية

تُعرف الاتفاقية او المعاهدة الدولية بأنها " اتفاق يعقد بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام ترمي الى احداث اثار قانونية معينة " [80] ، ويمكن ان تتجنب الدولة اي اثر من اثار المعاهدة من خلال التحفظ الذي يُراد به " تصريح صادر من احد الدول المشتركة في معاهدة ما ، تعرب فيه عن رغبتها بعدم التقيد بأحد أحكامها او تعديل مرماه او جلاء ما يكتنفه من غموض " [81] . لقد ساد في ممارسات الدول الاعتقاد بعدم جواز ابداء التحفظ على احكام الاتفاقيات التي يتم فيها تدوين القواعد العرفية الدولية [82] ، ويرجع السبب الرئيسي في ذلك الاعتقاد الى ما جاء في بعض احكام محكمة العدل الدولية ، منها ما ورد في قضية بحر الشمال التي ورد فيها "إن من بين اهم الخصائص العامة للقاعدة أو الالتزام الاتفاقي قبول إمكانية إيراد تحفظات انفرادية عليه ولكن في حدود معينة ، ولكن هذا الأمر لا يكون كذلك فيما يتعلق بالقواعد والالتزامات التي مصدرها القانون العام أو العرفي والتي تسري بطبيعتها وفقاً لشروط متساوية إزاء جميع أعضاء المجتمع الدولي وبالتالي لا يجوز إخضاعها لحق استبعاد يتم منفرداً اوحسب ارادة أي عضو من أعضاء المجتمع الدولي لتحقيق منفعته " [83] . ونجد ان التفسير السليم لذلك يتمثل في ان التحفظ الذي يرد على الحكم الاتفاقي انما ينصرف للالتزام الذي مورده الاتفاقية ، ولا ينصرف الى القاعدة العرفية لسبب وجيه ومنطقي وهو استقلالية البناء القانوني لكلا القاعدتين من حيث مصدرهما ، وهذا اثر طبيعي يتمثل في طبيعة الالزام الذي يكون في القاعدة العرفية يختلف من حيث الالزام في الاتفاقيات الذي يكون مرتبطاً بالقبول الصريح ، لذلك نجد ان الدولة التي توقع اتفاقية معينة ولا تصادق عليها يكون اثر المعاهدة عليها منتفياً بشكل مشابه لانتفاء اثر الحكم بالنسبة للدولة المتحفظة ، ولكنهما في كلا الحالتين يبقيان تحت حكم القاعدة العرفية الدولية اذا كان هناك حكم في ذات الموضوع الذي تنظمه الاتفاقية ، الاشكال الوحيد الذي يطرأ في هذا المجال يتعلق فقط بمدى امكانية ابداء التحفظ على الاتفاقيات التي تدون القواعد آمرة او قواعد حقوق الانسان او القواعد الملزمة للكافة وهو ما سنبينه بشكل مفصل لاحقاً .كما نجد ان هذا المورد من التحفظ يكون هو الفضاء الذي يمكن للمعترض المستمر ان يجدد فيه تأكيد اعتراضه على قاعدة عرفية سبق وان اعترض عليها عند نشأتها ، والا اصبحت موافقته على الحكم الاتفاقي الذي تم فيه تدوين القاعدة المعترض عليها بمثابة قبول ، وبالتالي ينقطع الاعتراض ويصبح القبول اقرار باصل القاعدة العرفية ومن ثم يتم الاحتجاج به من قبل جميع الدول حتى تلك التي لم تكن طرفاً الاتفاقية .كما يمكن القول ان للدولة ان تتحفظ ، من باب اولى ، ايضاً على القواعد التي ترد في الاتفاقيات والتي تمثل تطويراً تدريجيا للقانون الدولي [84] ذلك ان التحفظ في هذا المجال لا يكون له ذات الاثر بالنسبة للتحفظ الذي يتم ابداؤه بشأن تدوين القاعدة العرفية الذي ينحصر في استبعاد الاثر الاتفاقي في مواجهة الدولة المتحفظة مع بقاء التزامها

---

[80]- د. عصام العطية – القانون الدولي العام – الطبعة السادسة – ص 104 .

[81]- شارل روسو – القانون الدولي العام – دار الاهلية للنشر والتوزيع – بيروت – 1987 – ص 57 .

[82]- تنص المادة (1) من النظام الاساسي للجنة القانون الدولي التابعة للامم المتحدة التي تنص على ان هدف اللجنة هو (تعزيز التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه) وهذا تطبيق لما ورد في ميثاق الامم المتحدة في المادة (13/1/أ) التي تنص على (تعد الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه) ، وعرف النظام الاساسي للجنة في المادة (15) منه التدوين بأنه (صياغة وتنظيم قواعد القانون الدولي منهجياً على نحو ادق في المجالات التي توجد فيها ممارسا واسعة للدول وسوابق واراء للفقه)

[83]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري في النزاع بين جمهورية المانيا والدانمارك وهولندا – الصادر في 20/شباط/1969 – الفقرة 63 .

[84]- عرفت المادة (15) من النظام الاساسي للجنة القانون الدولي التطوير التدريجي للقانون الدولي بأنه (اعداد مشاريع اتفاقيات بشأن موضوعات لم ينظمها القانون الدولي بعد ، او لم يتطور بشأنها القانون تطويرا كافياً في ممارسات الدول بعد)

بالقاعدة العامة العرفية التي تحكم الموضوع ، وانما يكون الاثر واضحا في عدم قبولها الالتزام الاتفاقي وكذلك معارضتها للقاعدة العرفية التي هي في طور النشأة .وعلى اساس ذلك نجد ان من يذهب الى عدم وجود جدوى من التمييز بين تدوين القانون الدولي وبين تطويره على المستوى العملي [85] لم يكن مدركاً لاهمية هذا التمييز الذي على اساسه تعتمد قاعدة المعترض المستمر لتحديد القاعدة الثابتة والراسخة من القاعدة التي هي في طور التكوين والتدوين .واخيرا لابد من القول بأن التحفظ لايسري ، كقاعدة عامة ، على مجمل الالتزامات والحقوق الناشئة عن اي قاعدة اخرى من قواعد القانون الدولي العرفي حيث انها تبقى سارية في مجمل العلاقات القائمة ، حيث تشير محكمة العدل الدولية في هذا الخصوص الى ان " الدولة التي تبدي تحفظها لا تكون معفية من الالتزامات التي يفرضها القانون البحري العام بوجبه قواعده خارج نطاق اتفاقية الجرف القاري وبغض النظر عنها " [86] ، 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 ، وهوما ينسجم مع طبيعة الاثر المترتب في الاعتراض على القاعدة العرفية الناشئة ، فالعلاقة بين الدولة المعترضة والدول الاخرى تبقى قائمة وفقاً لاحكام القاعدة العرفية القديمة التي كانت سائدة ، وبالمقابل يمكن للدول الاخرى المطالبة بنفس الحقوق التي تفرضها القاعدة القديمة تجاه الدولة المعترضة لضرورة تحكيم مبدأ المعاملة بالمثل، اما تنظيم العلاقة فيما بين الدول التي ارتضت القاعدة الجديدة فتكون وفقاً لها التي يمكنهم الاستفادة من الحقوق والامتيازات الواردة فيها دون مشاركتها مع الدولة المعترضة ، وبالتالي لا يوجد تطبيق لفكرة " الراكب الحر " من قبل الدولة المعترضة في تنظيم علاقاتها وفقاً لما يحقق مصلحتها ، وانما وفقا لما تم ذكره [87].

المطلب الثاني

تطبيق المبدأ في مواجهة القواعد الامرة

عرفت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 القواعد الآمرة بأنها " القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على انها القاعدة التي لا يجوز الاخلال بها ، والتي لا يمكن تعديلها الا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع " [88] ، وقد اكدت العديد من الاحكام الصادرة عن المحاكم الدولية على ان بعض القواعد لها صفة القواعد الآمرة ، ومنها حظر التعذيب [89] .ومبدأ القواعد الآمرة من المبادئ الراسخة في الانظمة القانونية جميعاً والتي لها تطبيق واسع ومنتظم في تلك الانظمة تشريعاً وقضاءاً [90] وهي قواعد فرضتها طبيعة الاشياء والعدل المطلق بحسب ما يصفها الفقيه (**de Vattel**) " ان القانون الضروري اللازم للأمم يكمن في تطبيق القانون الطبيعي على الدول ، الذي هو قانون غير قابل للتغيير كونه مبني على طبيعة الأشياء ولا سيما على طبيعة الانسان ، ما يعني أن ذلك القانون ضروري للأمم ولا يمكن تغييره ، وعليه لما كان هذا القانون غير قابل للتغيير وكانت الالتزامات الناشئة عنه ضرورية ولا غنى عنها

---

[85]- جاء في حولية لجنة القانون الدولي لعام 1996 – المجلد الثاني ج 2 – الفقرة 147 (قد ثبت عدم الجدوى العملية لأوجه التمييز التي يحددها النظام الاساسي للمفهومين _ اي التدوين والتطوير – ويمكن ازالة هذا التمييز من النظام الاساسي) .

[86]- حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري في النزاع بين جمهورية المانيا والدانمارك وهولندا – الصادر في 20/شباط/1969 – الفقرة 65 .

[87] - Michael Byers - Custom, Power, and the Power of Rules - Michigan Journal of International Law – Vol.17 – 1995 - p.163 .

[88] - المادة (53) من الاتفاقية .

[89]- حكم المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة – القضية رقم (Case. No: IT-95-17/1-T) – الحكم الصادر في 10/كانون الاول/1998 – الفقرة رقم 144 .

[90]- تنص المادة (38) من دستور جمهورية العراق (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والاداب ....) وتنص المادة (6) من القانون المدني الفرنسي او قانون نابليون (لا يجوز الانتقاص باتفاقات خاصة من القوانين التي تهم النظام العام والآداب العامة)

فإن الأمم لا يمكن أن تجري عليه اية تغييرات باتفاقها ، ولا يمكنها الاستغناء عنه في سلوكها ، ولا يمكنها أن تعفي بعضها بعضاً من التقيد به، ووفقا لهذا المبدأ يمكننا ان نميز بين الاتفاقيات المشروعة والاتفاقيات غير المشروعة ، والاعراف البريئة والمعقولة من الاعراف الظالمة أو المستهجَنة " [91].ويترتب على وصف قاعدة دولية بأنها آمرة سقوط الاعتبار عن اي قاعدة تتعارض معها سواء كانت اتفاقية او عرفية [92] ، ومن اكثر الامثلة التي يتم الاستشهاد بها عن القواعد الآمرة تحريم العدوان والرق وتجارة الرقيق والابادة الجماعية والتمييز والفصل العنصريين والتعذيب ، وكذلك القواعد الاساسية للقانون الدولي الانساني المنطبقة في زمن النزاعات المسلحة والحق في تقرير المصير [93] ، حيث تحتل تلك القواعد مكاناً اعلى في التسلسل الهرمي لقواعد القانون الدولي [94] ، وهذا ما اعتمده مشروع لجنة القانون الدولي في مشروع تدوين القواعد الآمرة الذي جاء فيه (تحمي القواعد الآمرة القِيَم الأساسية للمجتمع الدولي، وتعلو من الناحية التراتبية على غيرها من قواعد القانون الدولي، وتكون واجبةَ التطبيق عالمياً) [95].ويمكن ان يترتب على الاخذ بمبدأ المعترض المستمر في مواجهة القواعد الامرة عدد من الاشكالات القانونية المتعلقة بطبيعة البناء القانوني للقواعد الدولية العرفية ، ومنها ، ان القواعد الآمرة في القانون الدولي تكتسب هذه الصفة من عنصرين اساسيين يتمثلان في اهمية الموضوع الذي تنظمه ومن جهة اخرى ان القاعدة الآمرة هي بحد ذاتها في اغلب الاحيان مجرد قاعدة عرفية وبالتالي تتطلب الموافقة ، فأذا ما رفضت دولة ما واعترضت بشكل مستمر على تصنيف قاعدة ما بأنها قاعدة آمرة فلا تكون ، على الاقل ، في مواجهة الدولة المعترضة سوى قاعدة عرفية عادية وبالتالي يصح الاعتراض عليها كبقية القواعد العرفية الاخرى المجردة من الصفة الآمرة، فما هو السبيل لحل تلك المشكلة التي تهدم البناء القانوني للقواعد الامرة ؟

يرى بعض الفقه انه يوجد طريقين لحل هذه المشكلة لا ثالث لهما :

الاول / ان يؤخذ بمبدأ المعترض المستمر حتى مع القاعدة الدولية الآمرة ، بحيث يكون للدولة المعترضة الاحتفاظ بحقها بأن تلتزم بالقاعدة السابقة دون التقيد بالقاعدة الجديدة، ولكن عند حصول تعارض مع قاعدة آمرة فيما يتعلق بعلاقة قانونية بين دولتين او اكثر تكون من بينها الدولة المعترضة فأن الاولوية في التطبيق تكون للقاعدة الامرة ، واذا كانت العلاقة القانونية بين دولتين كلاهما معترضتين على القاعدة الامرة الجديدة ، فأن ما يحكم علاقتهما هو القاعدة القديمة بلا اشكال ، وهذا الحل وان كان يتماشى بشكل كبير مع احترام ارادة الدول في قبول قواعد القانون الدولي الا انه يخرق احترام المكانة التي ينبغي ان تتمتع بها القواعد الآمرة من جهة ، ويخل بالاتساق اللازم لقواعد القانون الدولي .

الثاني / رفض الاخذ بمبدأ المعترض المستمر في مواجهة القاعدة الآمرة ، وينبغي ان يكون ذلك الحل متلازماً مع اعادة تنقيح ومراجعة فكرة القبول كأساس نهائي للالتزام بالقانون الدولي ، وذلك

---

[91] - Emer de Vattel - The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury – liberty fund - Indianapolis, Indiana - 2008 -p.70 .

[92] - د . عبد الله عبد الجبار الحديثي – النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي – سنة الطبع 1986 – بغداد – ص 57 .

[93] - James R Crawford - Brownlie's Principles of Public International Law - eighth Edition - oxford university press - 2012 - p . 1138 .

[94] - Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent- A Fiduciary Theory of Jus Cogens- Yale Journal of International Law -2009 - p . 332 .

[95] - مشروع المادة (3) من مشروع تدوين قواعد القانون الدولي العرفي الامرة – الوثيقة رقم (A/71/10) - ص 390 .

بجعل فكرة القبول باليات وضع القانون الدولي كأساس ملزم لما ينشأ عن هذا العملية من قواعد وتنظيم ، اي فصل عملية تكوين القاعدة عن الالتزام بها ، فمصدر الالتزام بالقاعدة بالنسبة للدولة لا يكون من مضمون القاعدة وموافقتها عليها، وانما من موافقتها على عملية وضع القاعدة التي كَونتها ، ويمكن تشبيه تلك العملية ، بعملية اتخاذ القرارات في مجلس الامن [96]، عندما خولت الدول الاعضاء في الامم المتحدة ، في ظل ظروف معينة ، اتخاذ قرارات ملزمة قانونا لجميع الدول سواء وافقت عليه ام لم توافق [97].وفي ضوء ذلك أقترح بعض الفقه لضمان احترام كلا المبدأين ، بانه نظرا للدور المفيد الذي تلعبه قاعدة المعترض المستمر في توفير قدر ملائم من الحماية لسيادة الدول المعترضة ، وفي التشجيع على تشكيل اعراف جديدة في القانون الدولي ، وبهدف تحقيق التوازن بين مصالح الدول المعترضة ومصالح المجتمع الدولي ، ينبغي ان يتضمن اي مشروع لتدوين قواعد القانون الدولي العرفي حكماً بشأن قاعدة المعترض المستمر يتضمن التأكيد على " ان الدولة التي اعترضت على قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي في بداية تشكيلها واستمرت في اعتراضها منذ ذلك الحين ، ليست ملزمة بالقاعدة طالما انها مستمرة في اعتراضها ، وطالما ان تلك القاعدة لم تصل الى مرتبة القاعدة الآمرة " [98].اما في مجال قواعد حقوق الانسان الدولية التي ترقى الى مستوى القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها فأنها قطعا تلتحق بها من حيث الحكم ، ولكن لا ينبغي تطبيق هذا المبدأ بشكل اعمى في هذا السياق، حيث يجد بعض الفقه بأنه نظراً للدور المتناقص للقبول في القانون الدولي، فأن الحجة القائلة بأن المبدأ يجب ان يطبق للحفاظ على اهمية الموافقة في القانون الدولي تكون هذه الحجة حينها موضع شك، وتكون اقل قيمة في مقابل موافقة الدول الاخرى على عالمية حقوق الانسان ، وعليه يمكن ان يكون الدور الوحيد الممكن للقاعدة القيام به في هذا المجال هو المحافظة على أمكانية التوقع في الحالات المحدودة التي يكون فيها الخلاف متحقق بشأن مدى نضج قاعدة متعلقة بحقوق الانسان من عدمه ، فهذا يكون مجاله الوحيد الممكن التطبيق [99].وعليه ونظراً للمكانة الاستثنائية والعليا التي تتمتع بها لقواعد الامرة في التنظيم القانوني الدولي فأن مبدأ المعترض المستمر لا يمكن الاخذ به في مواجهة تلك القواعد بشكل مطلق [100] وهو ما استقر عليه التعامل الدولي ، حيث نجد ان المجتمع الدولي لم يأخذ باعتراض جنوب افريقيا المستمر بمخالفتها القواعد الامرة المتعلقة بحظر الفصل العنصري وادعائها بأن لها الحق بممارسة ذلك ، ولم يقم اي وزن لذلك الاعتراض [101] ، وكذلك ما تدعيه اسرائيل من حقها في الترحيل

---

[96]- القرارات التي تصدر عن مجلس الامن الدولي بموجب المادة (41) من الميثاق التي تنص (لمجلس الامن ان يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته ، وله ان يطلب الى اعضاء الامم المتحدة تطبيق هذه التدابير ، ويجوز ان يكون من بينها وقف الاتصالات الاقتصادية والمواصالات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصالات وقفا جزئيا او كليا وقطع العلاقات الدبلوماسية)

[97] - Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt - Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism- Netherlands Yearbook of International Law - Volume 46 - 2015 - p.63-64 .

[98] - Sienho Yee -Ibid -p.397 .

[99] - Holning Lau - Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law - Chicago Journal of International Law –vol.6 – No.1 – 2005 - p.506 .

[100] - Kennedy Gastorn - Defining the Imprecise Contours of Jus Cogens in International Law - *Chinese Journal of International Law* - Volume 16 - Issue 4 - December 2017 - p.660 .

[101] -Michael P. Scharf – Accelerated formation of customary international law - ILSA Journal ofInternational & Comparative Law – vol.20 - 2014- p.318 .

الفردي او النقل القسري للمدنيين داخل الاراضي المحتلة ، الذي ساد الاعتقاد بالالزام القانوني بحظره بشكل كبيراً بين الدول ، الا انها لا زالت تجده غير كافٍ لتجاوز اعتراضها المستمر بشأنه [102].

المطلب الثالث

تطبيق المبدأ في نطاق الاستثمار الدولي

من الثابت ان القانون الدولي العرفي له وجود مؤثر في تنظيم العلاقات القانونية في مجال الاستثمار الاجنبي ، فعلى الرغم من وجود المئات من الاتفاقيات الثنائية الدولية التي تنظم ذلك بشكل مفصل [103]، وهذا ما اكدته محكمة التحكيم في قضية (Generation Ukrine) التي بينت بأنه " من الواضح ان العديد من معايير اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومنها حظر المصادرة على وجه الخصوص انما هو تدوين تقليدي للمعايير الموجودة منذ فترة طويلة في القانون الدولي العرفي " [104] ، وان اتفاقيات الاستثمار الثنائية لا تطبق بمعزل عن قواعد القانون الدولي العام وانما يجب تطبيق القواعد ككل[105] .وفي ضوء ذلك فان امكانية الاحتجاج بمبدأ المعترض المستمر تجاه اي دفع يستند الى قاعدة عرفية دولية يكون ممكنا ، اذا كانت الدولة قد عارضت تلك القاعدة عند نشوئها ، وعند مراجعة قضايا التحكيم الدولي لمنازعات الاستثمار نجد بأنه تم الاحتجاج بمبدأ المعترض المستمر في قضيتين فقط نحاول بيان مضمونهما بشكل موجز :

1- القضية الاولى : دعوى شركة (BG Group) ضد الارجنتين

وتتلخص هذه القضية بأن الشركة المدعية ، وهي شركة بريطانية ، تعمل في الارجنتين لتوزيع الغاز المحلي ، وقامت الحكومة الارجنتينية في اثناء الازمة المالية العالمية الممتدة من 1999-2000 بوقف العمل بالتسعيرة المتفق عليها بين الطرفين قبل الازمة مما ترتب الحق الضرر بالشركة ، فأقامت دعوى ضد الارجنتين للمطالبة بالتعويض مستندة في دعواها الى ان هذا الاجراء يخالف ما ورد في اتفاقية الاستثمار الثنائية الموقعة بين المملكة المتحدة والارجنتين .وكان رد الارجنتين على تلك المطالبة بأن ما قامت به من اجراء انما هو نتيجة حالة الضرورة التي تنفي المسؤولية الدولية، واستندت في ردها الى المادة (25) من مشروع لجنة القانون الدولي المتعلق بمسؤولية الدول [106] ، وقد اعترضت الشركة على حجة الارجنتين بما يلي :

أ- ان مواد لجنة القانون الدولي هو تدوين غير ملزم للقانون الدولي العرفي .

ب- ان المملكة المتحدة كانت تعارض بشكل رسمي ادراج حالة الضرورة ضمن تلك القواعد لذا فهي تعتبر معترضاً مستمراً على القاعدة .

---

[102] - Yutaka Arai Takahashi- Th e Law of Occupation Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law- BOSTON 2009 - p.353 .

[103] - توجد في الوقت الحاضر اكثر من (2500) اتفاقية ثنائية دولية في مجال الاستثمار .

[104]- قضية (Generation Ukrine) المنظورة من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار – القضية رقم (ARB/00/9) – الحكم الصادر في 16/ايلول/2003 – الفقرة 11.

[105]- قضية (MTD) ضد شيلي المنظورة من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار – القضية رقم (ARB/01/7) الحكم الصادر في 21/ اذار / 2007 – الفقرة 61.

[106]- اشرنا سابقاً الى ان عمل لجنة القانون الدولي هو تدوين القانون الدولي العام ، وقد جاء في المادة (25) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الافعال غير المشروعة دولياً " (1- لا يجوز لدولة أن تحتج بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق لالتزام دولي لتلك الدولة إلا في الحالتين التاليتين : (أ)في حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهددها ؛ (ب) وفي حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل . 2-لا يجوز في أية حال أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية: (أ)إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي إمكانية الاحتجاج بالضرورة ، أو (ب) إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة "

رفضت المحكمة حجة الارجنتين المستندة الى حالة الضرورة وذلك لعدم استيفاؤها الشروط التقييدية التي تقتضيها تلك الحالة ، كما رفضت المحكمة حجة الشركة المستندة الى مبدأ المعترض المستمر الا انها لم تبين اسباب هذا الرفض [107].

2- القضية الثانية : دعوى شركة (Grand River) ضد الولايات المتحدة

ادعت الشركة المذكورة ان الولايات المتحدة الامريكية فشلت في معاملتها وفقا لقواعد الحد الادنى من معايير معاملة الاجانب ، والتي هي من قواعد القانون الدولي العرفي ، التي تم تدوينها في اتفاقية التجارة الحرة لدول امريكا الشمالية (NAFTA) حيث تتطلب تلك القواعد وجوب قيام الدولة المضيفة للاستثمار التشاور مع المستثمرين قبل القيام بأتخاذ اجراءات تنظيمية من شأنها ان تؤثر بشكل كبير على مصالحهم .وكان رد الولايات المتحدة على ذلك قائماً على اساس ان هذه القاعدة التي ادعتها الشركة لا تسري عليها وذلك لاعتراضها المستمر بشأنها ، وان مبدأ الاعتراض المستمر من المبادئ المحورية في شرعية النظام القانوني الدولي .ورغم ان الحكم في القضية الاولى لم يسفر عن بيان اسباب رد الحجة القائمة على مبدأ المعترض المستمر والقضية الثانية لم يتم حسمها بعد ، الا ان بعض الفقه الدولي يستعرض اسباباً ثلاثة لعدم الاخذ بالمبدأ في مجال الاستثمار الاجنبي الدولي :-

1- ظروف اعتماد القواعد الدولية العرفية في مجال الاستثمار

ان الظروف التي تم فيها وضع قواعد القانون الدولي العرفي التي تنظم الاستثمار كانت تعبر عن ارادة الدول القوية التي تسعى الى حماية استثماراتها من خلال تبنيها ممارسات معينة وتمريرها كقواعد عرفية ، ورغم الاعتراض عليها من قبل الدول النامية ، الا ان الدول الكبرى كانت ترى فيها اعرافاً مقبولة وملزمة ولكن اصرار الدول النامية على ضرورة اعادة النظر بالنظام الاقتصادي الدولي وتبنيها لعدة قرارات مهمة في الجمعية العامة للامم المتحدة ما اظهر بشكل واضح وجود عدد كبير من الدول يمثل اغلبية كبيرة من دول العالم ممن يعارض تلك القواعد ما افقدها موثوقيتها في الوجود كقانون معترف به في نطاق الاستثمار الاجنبي الدولي .

2- اهمية القواعد الدولية العرفية في تنظيم الاستثمار الاجنبي

رغم ان اتفاقيات الاستثمار الدولية الثنائية بلغت اكثر من (2500) اتفاقية ، الا انها لا تغطي سوى 13% من مجموع العلاقات الثنائية بين دول العالم ، وفي تلك الحالة تبرز اهمية القواعد الدولية العرفية في سد الثغرات الي يسببها هذ النقص بما يؤمن الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية ، حيث ان العرف الدولي يسري تجاه جميع الدول بما فيها الدول التي لم تبرم اي اتفاقية استثمار دولية ، مما يجعل تلك القواعد المعقل الاخير لحماية الاستثمار الاجنبي ضد اي سلوك غير قانوني .

فأذا ما تم قبول مبدأ المعترض المستمر في نطاق قواعد حماية الاستثمار الاجنبي العرفية ، فأنه ببساطة ، لن يكون هناك حد ادنى من المعايير لحماية المستثمرين الاجانب ، بخلاف ما يتطلبه تماسك النظام القانوني للاستثمار الاجنبي من تطبيق مجموعة من قواعد الحماية القانونية الاساسية .

3- اسباب الاعتراض التي تبديها الدولة

ان اعتراض الدولة على قواعد حماية المستثمرين الاجانب في حدودها الدنيا التي تؤمنها القواعد العرفية الدولية انما يحقق مصلحتها المنفردة ، وهو يضر بالمستثمرين الاجانب والدول الاخرى بصورة عامة ، اي انها تلحق الضرر بمجمل المجتمع الدولي ، وبالتالي فهي في هذا المجال سيكون من الصعب عليها تقديم اسباب مقنعة امام هيئات التحكيم بعدم تطبيق قواعد الحد الادنى من معاملة الاجانب مثل حظر المصادرة دون تعويض مناسب [108].

---

[107]- قضية (BG Groub) ضد الارجنتين المنظورة من قبل هيئة تحكيم استناداً الى قواعد الاونسترل للتحكيم الدولي – الحكم الصادر في 24 / كانون الاول / 2007 – ص 123 – الهامش رقم 328 .

[108] - بتفصيل اكثر انظر :

ويبدو من خلال تحليل تلك الاحكام ، مع ندرتها ، وما ذهب اليه الكتاب في هذا الصدد ان مبدأ المعترض المستمر في نطاق الاستثمار الاجنبي لم يجد له حيزاً من التطبيق للاسباب التي تم بيانها ، يضاف لذلك ان التعرض للاستثمار الاجنبي من خلال انتقاص حقوق المستثمرين يمثل انتهاكاً صريحاً لقواعد الحد الادنى من المعاملة التي نجدها قد اصبحت تدخل في اطار القواعد الامرة [109].

الاستنتاجات

1- ان مبدأ المعترض المستمر من المبادئ التي شهدت حضورا واضحاً في النظام القانوني الدولي واقرت به العديد من الاحكام القضائية وممارسات الدول وغالبية فقهاء القانون الدولي .

2- يعبر مبدأ المعترض المستمر عن احترم سيادة الدول الذي هو احد اركان قيام المجتمع الدولي .

3- يترتب على الاخذ بمبدأ المعترض المستمر عدم اتساق قواعد القانون الدولي وتجزؤها .

4- لا يكون الاحتجاج بمبدأ المعترض المستمر ممكنا الا اذا كان الاعتراض في بداية تكوين القاعدة الدولية الجديدة وان يستمر بشكل دائم ومتناسق .

5- الاعتراض اللاحق على القاعدة الدولية العرفية بعد تكوينها لا وجود له في النظام القانوني الدولي .

6- يمكن ان يلعب المبدأ دورا مهما في خلق انسجام في العلاقات الدولية ، من خلال تكوين اعراف عامة ملزمة لجميع الدول، مع امكانية تكوين عرف خاص يراعي الاعتبارات الموضوعية والاقليمية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وغيرها لمجموعة من الدول، وبذلك يخلق عرفاً خاصاً يكون مقيداً للعرف العام .

7- يمكن ان يساهم الاخذ بالمبدأ بمنح الدول المترددة او المشككة في العرف الجديد في تحديد طبيعته ومداه وتطبيقاته قبل الاقرار به ، فهو فرصة للمراجعة والتثبت .

8- لا يمكن الاحتجاج بمبدأ المعترض المستمر في مواجهة القواعد الدولية الامرة وقواعد حقوق الانسان لما تتمتعان به من مكانة عليا في التنظيم التراتبي لقواعد القانون الدولي .

9- محدودية الاثر الحالي للمبدأ في نطاق علاقات الاستثمار الاجنبي الدولي لما تتمتع به تلك الاستثمارات من خصوصية ترتبط بأهمية تأمين حمايتها .

المصادر باللغة العربية

1- د. احمد ابو الوفا – الوسيط في القانون الدولي العام – منشورات دار النهضة العربية – الطبعة السادسة – القاهرة – 2016 .

2- شارل روسو – القانون الدولي العام – دار الاهلية للنشر والتوزيع – بيروت – 1987 .

3- د . عبد الله عبد الجبار الحديثي – النظرية العامة في القواعد الامرة في القانون الدولي – سنة الطبع 1986 – بغداد .

4- د. عصام العطية – القانون الدولي العام – الطبعة السادسة .

5- د. محمد المجذوب – القانون الدولي العام – منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة السادسة – بيروت -2007 .

6- د.محمد عبد الرحمن الدسوقي – نطاق التزام الدولة دون ارادتها في القانون الدولي العام – منشورات دار النهضة العربية – القاهرة .

P. Dumberry - The Last Citadel! Can a State Claim the Status of Persistent Objector to Prevent the Application of a Rule of Customary International Law in Investor–State Arbitration? - Leiden Journal of International Law – 2010 .

[109] -W. Michael Reisman -Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law- ICSID Review - Vol. 30- No. 3 - 2015- p.621.

المصادر باللغة الانكليزية

1- Alan Boyle - International Lawmaking: Towards a New Role for the Security Council? - Realizing Utopia The Future of International Law Edited by Antonio Cassese – oxford university press – 2012 .
2- Andrew T. Guzman and Jerome Hsiang- Some Ways that Theories on Customary International Law- *European Journal of International Law* - Volume 25 - Issue 2 - May 2014 .
3- Anthony Aust - Handbook of International Law - Cambridge University Press – first published -2005 .
4- Brian D. Lepard - Customary International Law a new theory with practical applications - Cambridge University Press - First published 2010 .
5- Curtis A. Bradley and Mitu Gulati - Withdrawing from International Custom- The Yale law Journal – 2010 .
6- Daragh Murray - How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups- Journal of Conflict & Security Law- Oxford University Press - 2014 .
7- David A. Colson - How Persistent Must the Persistent Objector Be? - Washington Law Review – vol.61 -1986 .
8- Emer de Vattel - The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury – liberty fund – Indianapolis- Indiana – 2008 .
9- Eric A. Posner Jack L. Goldsmith - A Theory of Customary International Law - University of Chicago Law Review – 1999 .
10- Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent- A Fiduciary Theory of Jus Cogens- Yale Journal of International Law -2009 .
11- G.I .Tunkin –Theory of international law –Harvard University press – 1974 .
12- H. charlesworth – customary international law and Nicaragua case – Australian yearbook of international law – 1987 .
13- H. Lauterpacht - International Law - Cambridge University Press- Volume.1-1970 .
14- Holning Lau - Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law - Chicago Journal of International Law – vol.6 – 2005 .
15- J. Patrick Kelly -Customary International Law in Historical Context: The Exercise of Power Without General Acceptance – April 2018 .
16- J.R. Crawford - The Identification and Development of Customary International Law- Keynote Speech at the Spring Conference of the ILA British Branch -23/May/2014 .
17- James R Crawford - Brownlie's Principles of Public International Law - eighth Edition - oxford university press - 2012 .

18- JEAN D'ASPREMONT- Formalism and the Sources of International Law A Theory of the Ascertainment of Legal Rules- Oxford- 2012 .
19- JOEL P. Trachman – persistent objector cooperation and the utility of customary international law – Duke Journal of Comparative & international law – vol.21 – 2010 .
20- John F. Murphy - The Evolving Dimensions of International Law hard choices for the world community - Cambridge University Press – 2010 .
21- Karol . Wolfke - Custom in Present International Law – WROCLAW – 1964 .
22- Kennedy Gastorn - Defining the Imprecise Contours of Jus Cogens in International Law - *Chinese Journal of International Law* - Volume 16 - Issue 4 - December 2017 .
23- Laurent Mayali and Pierre Mousseron - Customary Law Today- Springer International Publishing- 2018 .
law- *British Yearbook of International Law* - Volume 47- Issue 1- 1975 .
24- Lon Fuller - The Principles of Social Orde - Duke University Press – 1981 .
25- Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt - Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism- Netherlands Yearbook of International Law - Volume 46 - 2015 .
26- Maurice H. Mendelson - the formation of customary international law - Martinus Nijhoff -1999 .
27- Michael Akehurst - CUSTOM AS A SOURCE OF INTERNATIONAL
28- Michael Byers - Custom, Power, and the Power of Rules - Michigan Journal of International Law – Vol.17 – 1995 .
29- -Michael P. Scharf – Accelerated formation of customary international law -ILSA Journal ofInternational & Comparative Law – vol.20 – 2014 .
30- P. Dumberry - The Last Citadel! Can a State Claim the Status of Persistent Objector to Prevent the Application of a Rule of Customary International Law in Investor–State Arbitration? - Leiden Journal of International Law – 2010 .
31- Patrick Dumberry – incoherent and ineffective , the concept of presistent objector revisited – international and comparative law quarterly – vol .59 – july 2010 .
32- Peter Malanczuk- Modern Introduction to International Law- Seventh revised edition- New York- 2002 .
33- Rahmat Mohamad- Some Reflections on the International Law Commission Topic "Identification of Customary International Law" - *Chinese Journal of International Law* - Volume 15 - Issue 1- March 2016 .

34- Sienho Yee - Report on the ILC Project on Identification of Customary International Law- *Chinese Journal of International Law* - Volume 14- Issue 2 - June 2015 .
35- T. Stein - The Approach of the Different Drummer , The Principle of the Persistent Objector in International Law - Harvard International Law Journal – 1985 .
36- Thomas Rauter - Judicial Practice, Customary International Criminal Law - Springer International Publishing – 2017 .
37- Tim Hillier - Sourcebook on Public International Law - second published - London -2002 .
38- Vaughan Lowe – international law - oxford university press – 2007 .
39- Vincy Fan – stability and change in international customary law – Law and Economic working paper series .
40- W. Michael Reisman -Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law- ICSID Review - Vol. 30- No. 3 – 2015 .
41- Yutaka Arai Takahashi- Th e Law of Occupation Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law- BOSTON – 2009 .