مجلة إكليل للدراسات الانسانية
التصنيف الورقي: العدد 19 /ايلول/2024
المجلد(5)- العدد(3)-الجزء(3) IASJ–Iraqi Academic Scientific Journals

التدرج بين العرف والمعاهدة في القانون الدولي العام

م.م. مهدي صلاح مهدي
كلية القانون– الجامعة المستنصرية

أ.د. هادي نعيم المالكي
كلية القانون–جامعة بغداد

الكلمات المفتاحية: مصادر القانون الدولي، العرف العام، العرف الخاص

الملخص:

يُعد التدرج بين العرف والمعاهدة من المواضيع الشائكة والجدلية في القانون الدولي العام، ويرجع السبب بشكل رئيس إلى إختلاف الفلسفة القانونية والمنهجية التي ينظر بها الباحث أو المختص لمصادر القانون الدولي، فضلاً عن عدم توافر أجهزة مختصة بإصدار القواعد القانونية الدولية، ومع ذلك، فقد طورت الدول إمكانيات لتسهيل هذه المهمة وأهمها إنشاء منظمات دولية لتبادل الرؤى ووجهات النظر، وإصدار قرارات أو عقد معاهدات لتثبيت أسس وأركان النظام الدولي، مما ساهم في نشوء تَدَرُّج شكلي وموضوعي بين أنواع العرف والمعاهدة وترتب على ذلك جملة من الآثار المهمة.

المقدمة:

تعارفت الدول منذ القدم على ممارسات دولية فيما بينها مقبولة بمثابة قانون دولي عرفي، كما عمدت فيما بعد إلى عقد معاهدات مختلفة وإنشاء منظمات دولية لنفس الغرض، وهذا يثير التساؤل عن مدى وجود تدرج بين العرف والمعاهدة في القانون الدولي المعاصر.

أولاً: أهمية البحث

يتجه المجتمع الدولي إلى تخصيص القانون الدولي، فقد ظهرت مفاهيم جديدة في القانون الدولي المعاصر لم تكن معروفة أو شائعة من قبل كالقانون الدولي المخصص أو الإقليمي، وقد ظهرت على أثر ذلك مشاكل كثيرة منها التعارض بين القواعد القانونية للمصادر المختلفة وغموض المفاهيم الجديدة وكينونتها، يستظهر البحث هذه المفاهيم من خلال البحث في التدرج بين العرف والمعاهدة ويعالج الإشكاليات الناتجة عن ذلك.

ثانياً: إشكالية البحث

1. هل هنالك وجود للتدرج بين العرف والمعاهدة؟ وما هي المعايير المعتمدة لذلك؟
2. ما هو القانون الدولي المخصص؟ وما هي علاقته بالقانون الدولي العام؟
3. هل يسمو العرف على المعاهدة أم المعاهدة على العرف؟ وهل يمكن للعرف أن يعدل أو يلغي معاهدة أو العكس؟
4. ما هي طبيعة العلاقة بين الأنواع المختلفة للأعراف والمعاهدات؟ وما هي آثار التدرج بينهما؟

ثالثاً: منهجية البحث

إنتهجنا في هذا البحث المنهج التحليلي بصورة رئيسة في عموم البحث، وإستعراض آراء الفقهاء والوثائق الدولية الداعمة للمفاهيم المختلفة، كما إستخدمنا المنهج الاستقرائي في إستنباط الأحكام من القضايا الدولية في محكمة العدل الدولية، والمنهج التأصيلي في تأصيل المفردات والتعاريف فلسفياً ونظرياً ومحاولة وضعها في موضع الفهم الصحيح في التطبيق.

رابعاً: خطة البحث

قسمنا هذا البحث إلى ثلاث مباحث، إذ كرسنا المبحث الأول للتدرج في الأعراف الدولية نفسها في مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم العرف الدولي، وفي المطلب الثاني التدرج في أنواع العرف الدولي، أما المبحث الثاني فسنسلط الضوء فيه على التدرج في المعاهدات الدولية في مطلبين، إذ سنبين في المطلب الأول مفهوم المعاهدات الدولية، ونستعرض في المطلب الثاني التدرج بين أنواع المعاهدات الدولية، وسنوضح في المبحث الثالث الآثار الناتجة عن التدرج بين العرف والمعاهدة في مطلبين، إذ سنتطرق في المطلب الأول إلى آثار العرف على المعاهدة، ونستظهر في المطلب الثاني آثار المعاهدة على العرف.

المبحث الأول: التَدرُّج في الأعراف الدولية

إن العرف الدولي كان وما زال المصدر الرئيسي للقانون الدولي رغم المشاكل الكثيرة التي تحيط به وبمفهومه الغامض، ولكثرة النظريات التي تتناوله والمنهجيات المختلفة، وجب علينا تحديد المفهوم والمنهجية التي سنعتمدها، حتى تظهر النتائج المترتبة على ذلك صحيحة ودقيقة، لذا سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم العرف الدولي، وفي المطلب الثاني إلى التدرج في أنواع العرف الدولي.

المطلب الأول: مفهوم العرف الدولي

غالباً ما يتم الخلط في مصطلحات القانون الدولي، وبشكل خاص في مصادره، الأمر الذي أدى إلى كثير من الغموض في التفكير والمنهجية، ويمكن أن نعزو السبب إلى أن المصطلحات تعني أشياء مختلفة في اللغات المختلفة للدول، وبشكل خاص في اللغات الرسمية للأمم المتحدة كونها المنظمة العالمية المسؤولة عنه بشكل رئيس.

إمتد هذا الغموض إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، إذ نص في البند(ب) من المادة (1/38) (باللغة الإنكليزية) إلى أن "العرف الدولي، كدليل على ممارسة عامة مقبولة كقانون"[1]، وقلب العرف الدولي إلى دليل على الممارسة، بينما الصحيح هو إن الممارسة هي الدليل على القانون، ورغم صدور النص (باللغة العربية) الذي قلب صياغة الفقرة وأصبحت "العادات الدولية المرعية بمثابة قانون دل عليه تواتر الإستعمال"[2]، إلا إنه وقع في خطأ آخر إذ لم يرد في النص الإنكليزي ولا الفرنسي عبارة العادات، وإن العادات مهما تواترت لا يمكن أن تكون عرفاً، بل هي مجاملات دولية[3].

أما النص باللغة الإنكليزية بقي على حاله، وبقي الفقهاء الأجانب يكتبون عن النص كما هو ورغم إنتقاد بعضهم له[4] ولا سيما القاضي مانلي هدسن Manley Hudson الذي كُلف بمهمة وضع دراسة شاملة في عام 1950م إستناداً للمادة (24) من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي[5]، والتي حملت عنوان "سبل ووسائل جعل إثبات القانون الدولي العرفي أيسر منالاً" والذي إقترح أن يصبح النص "الممارسة الدولية، كدليل على عرف عام..." إلا إن النص لم يتغير في النهاية[6]، أما الفقهاء الآخرون فقد ساروا في طرق متعددة من حيث نظريات وتحديد مفهوم العرف[7]، وما زاد الطين بلة، هو مقررات لجنة القانون الدولي التي ظلت تستخدم المصطلحات كما وردت باللغة الإنكليزية وتقيم عليها نهجها برغم إشارتها للخطأ المتقدم[8]، ولا نعلم السبب الحقيقي وراء ذلك.

أولاً: تعريف القانون الدولي العرفي: يعرف الدكتور صلاح الدين عامر العرف الدولي على أنه "عادة جرى عليها أشخاص القانون الدولي في سلوكهم في علاقاتهم الدولية – سواء تمثلت العادة في سلوك إيجابي أو كانت مجرد إمتناع عن عمل – مقترنة بأعتقادهم بأن لها منزلة القاعدة القانونية الدولية الملزمة"[9].

أما الدكتور محمد عبد الواحد الفار فيعرفه على أنه "مجموعة من الأحكام غير المكتوبة التي نشأت في المجتمع الدولي نتيجة تكرار ممارسة الدول لها، بأعتبارها قواعد ثبت لها وصف

الإلزام القانوني في ضمير المجتمع الدولي"[10]، ويرى الدكتور محمد حافظ غانم إن المقصود بالعرف الدولي هو "مجموعة القواعد القانونية التي نشأت في المجتمع الدولي بسبب إتباع الدول لها أمداً طويلاً حتى إستقرت، وأعتقدت الدول إن هذه القواعد ملزمة أي واجبة الإتباع"[11].

ويعرفه الدكتور وليد البيطار بـ "تصرف ينشأ من الممارسة وله قوة القانون"[12]، أما الدكتور مصطفى أحمد فؤاد فيعرفه بأنه "تلك التصرفات التي ينتهجها أشخاص المجتمع الدولي وتؤدي بذاتها – من وجهة نظر البعض – أو مع وجود الشعور بالإلتزام الداخلي – من وجهة نظر البعض الآخر – إلى تكوين قاعدة عرفية"[13].

نرى إن الفقهاء المتقدمين قد مزجوا في تعاريفهم ما بين العرف كمصدر والعرف كقانون، وجدير بالذكر إن الفقيه هانز كلسن قد أشار إلى هذه المسألة في وقت سابق وفق المفهومين الثابت والديناميكي للقانون، ولذا نوه إلى إن الذي يضفي على العرف الصفة المنشئة للقانون هي قاعدة *consuetudo est servanda* والتي هي قاعدة مفترضة غير وضعية، أما الذي يضفي على المعاهدات الصفة المنشئة هي قاعدة *pata sunt servanda* وهي قاعدة عرفية الأصل، لذا يكون القانون الدولي العرفي أعلى من القانون الدولي التعاهدي في التدرج[14].

ووفقاً لهذا الفهم، يمكن تعريف العرف الدولي كمصدر وفق المفهوم الشكلي كطريقة لإنشاء القواعد القانونية الدولية العامة غير المكتوبة، بأسلوب تلقائي أو موجه، بناءً على ممارسة عامة – سلبية أو إيجابية- بين أشخاص المجتمع الدولي[15] مقبولة كقانون، أما العرف كمصدر وفق المفهوم الموضوعي فهو مجموعة القواعد غير المكتوبة التي إطّرد العمل بها من قبل أشخاص القانون الدولي في ممارساتهم مع إعتقاد بإلزامية هذه القواعد بموجب القانون الدولي.

ومهما يكن من أمر فإن الفقه السائد وفقه محكمة العدل الدولية ولجنة القانون الدولي قد تعارفوا على الإشارة للقانون الدولي العرفي كمصدر وقانون في آن واحد وفق المزج بين المفهوم الثابت والديناميكي للقانون والذي يعني إن القانون ينظم إنشاءه وتطبيقه بنفسه، وهو ما نظر له كلسن أيضاً في نظريته المحضة، وسنحدد وفق ذلك تعريف جامع للقانون الدولي العرفي في آخر النقطة ثالثاً.

ثانياً: أساليب تكوين القانون الدولي العرفي: تختلف أساليب تكوين القانون الدولي العرفي، ويمكن تقسيمها إلى طريقتين:

1 – الأسلوب التلقائي: تتكون القواعد الدولية العرفية وفق هذا الإسلوب بشكل تلقائي من تكرار ممارسات الدول بشكل أساس مع قبولها بمثابة قانون، وممارسات المنظمات الدولية التي تكون معبرة عن القواعد العامة للعرف الدولي، أي التي لا تسهم في نشوؤها بل في شيوعها فقط[16].

2 – الأسلوب الموجه: تتكون القواعد الدولية العرفية وفق هذا الإسلوب بناءً على ممارسة موجهة ومقصودة لتكوين قاعدة عرفية دولية، سواء كعرف فوري Instant Custom، أو عرف مبني على تكرار الممارسة المقبولة بمثابة قانون، وذلك بتحديد مضمون القاعدة العرفية إبتداءً في ممارسات المنظمات الدولية أو الدول، وتحوز الممارسة المنظماتية أو الدولية القبول بمثابة قانون عند الممارسة الأولى أو بعد التكرار البسيط[17].

ثالثاً: منهجية تكوين القانون الدولي العرفي: لابد من التعرض لمنهجية تكوين القانون الدولي العرفي لتفسير ما حددنا أعلاه، والمنهجية هي ركني القانون الدولي العرفي، إذ يوصف الأسلوب التلقائي بالتقليدي، والأسلوب الموجه بالمعاصر أو الحديث، وربما قد أصبح واضح للعيان[18]، لم ذهب بعض الفقهاء إلى تبني ركن الممارسة لوحده[19]، ولم ذهب البعض الآخر إلى تبني ركن القبول بمثابة قانون لوحده[20] في تشكيل القانون الدولي العرفي.

ونسير مع الرأي الراجح بشأن منهجية الركنين معاً[21]، مع تغيير في صياغة المفردات، وذلك إستناداً إلى الدراسة المخصصة للقانون الدولي العرفي التي إتخذتها لجنة القانون الدولي إبتداءً من عام 2012م[22]، ورغم الملاحظات التي أبداها الفقهاء والتي أشرنا لها حول صياغة نص البند (ب) من المادة (1/38)، إلا إننا نسير مع ما سارت فيه اللجنة في تحديد منهجية الركنين معاً[23] فضلاً عن الأخذ بالوزن النسبي لتقييم كل من الممارسة والقبول بمثابة قانون *opinio juris* كلٌ على حدة عند تحديد قاعدة القانون الدولي العرفي[24] إستناداً لقرار اللجنة النهائي[25] بإعتماد مشاريع الإستنتاج التي وردت في التقرير النهائي للجنة الصياغة[26].

أما عن تغيير التعابير من ممارسات الدول إلى الممارسة العامة، فلأن لجنة القانون الدولي قد وسعت من مفهوم الممارسة ليشمل إلى جانب ممارسات الدول الفعلية واللفظية، ممارسات المنظمات الدولية الحكومية فضلاً عن الإمتناع أو السكوت، إلى جانب ممارسات الدولة الداخلية لتحديد وجود ممارسة أو كدليل على وجود ممارسة أو قبول بمثابة قانون[27]، ومن الإعتقاد بالإلزام إلى "القبول بمثابة قانون" بالنظر للتعليقات التي وردت من الحكومات على تقارير المقرر الخاص فضلاً عن رأي المقرر نفسه إن تعبير الإعتقاد بالإلزام تعبير مضلل سبب

كثير من الإرباك، لذا جرى إستبداله بـ"القبول بمثابة قانون" للتعبير عن يقين قانوني يختلف عن الموافقة الشكلية، مع الإبقاء على المصطلح اللاتيني *opinio juris* نفسه، ويلحق به أينما وجد[28].

وبناءً على ذلك، يكون تعريف القانون الدولي العرفي بأنه مجموعة القواعد الدولية الناشئة من ممارسة عامة فعلية أو لفظية بين أشخاص القانون الدولي مقبولة بمثابة قانون *opinio juris*.

المطلب الثاني: التدرج في أنواع العرف الدولي

إن معايير التدرج العامة في القانون الداخلي[29]؛ تنطبق من حيث المبدأ على التدرج في القانون الدولي العام مع تغييرات محددة نظراً لإختلاف طبيعة كلاً منهما، إذ إن ضابط الجهة المصدرة للقواعد في المعيار الشكلي لا يختلف بين أنواع العرف وهي الدول والمنظمات الدولية، أما ضابط شدة الإجراءات فيمكن إعماله؛ إذ أن أنواع الأعراف تتطلب عدداً مختلفاً من الأطراف؛ مع تكرار الممارسات على نطاق واسع أو محدد؛ مما يساهم في سمو الأعراف بعضها على البعض الآخر سمواً شكلياً، أما المعيار الموضوعي أي العمومية فتستخدم بمعانيها الثلاثة، فتارة يقصد بها النطاق أي الإنطباق الإلزامي، وتارة يقصد بها قابلية التطبيق المتكرر، وتارة أخرى يقصد بها عمومية النص من حيث المضمون أي من حيث الأمور التي ينظمها، لذا يقسم العُرف إلى نوعين هما العرف العام والعرف الخاص وكالآتي:

أولاً: العرف العام: أي القانون الدولي العرفي العام General Customary International Law، وهو السائد، ويشار إليه أحياناً بالعرف العالمي لبيان مقبوليته[30]، إذ يحظى بإنتشار ومقبولية واسعة في المجتمع الدولي، ويلزم جميع أشخاص القانون الدولي بالرغم من عدم إشتراط أن يشترك جميعهم في إنشائه.

ويشمل هذا النوع من الأعراف وعلى سبيل المثال لا الحصر، الحصانات والإمتيازات للدبلوماسيين ومقار البعثات والسفارات، وعدم التهديد بإستخدام القوة ضد الدول أو ضد السلامة الإقليمية للدول، إنشاء المعاهدات لتنظيم الحقوق والإمتيازات بين الدول، القواعد المتعلقة بالمجال الجوي والفضاء الخارجي، وأعالي البحار، قواعد الحرب...ألخ.

ثانياً: العرف الخاص: ويقصد به القانون الدولي العرفي الخاص أو الإقليمي /Particular Special/ Regional Customary International Law، وهو الأقل توافراً، إذ ينشأ من الممارسة العامة[31] بين دولتين أو مجموعة من الدول ذات طبيعة مشتركة[32] مقبولة "فيما بينها"

بمثابة قانون*opinio juris*، ولا يُلزم إلا الأشخاص التي قبلته بهذه الصفة وهو المطالبين بإقامة الدليل على وجوده[33].

نشأ مفهوم العرف الخاص في رحاب فكرة أوسع هي مفهوم القانون الدولي المخصص Particular International Law[34]، والتي لها تاريخ قديم يرجع إلى تصريح جيمس مونرو 1823م بأن أمريكا للأمريكيين، وأعقبها بعد ذلك مؤتمر بنما الذي دعى إليه سيمون بوليفار 1826م لتشكيل رابطة الجمهوريات الأمريكية لتبني ميثاق موحد وتشكيل جيش دفاع مشترك وبرلمان فوق وطني[35]، إلا إن ذلك لم ينجح في النهاية بسبب تغيير إسم الإتحاد إلى "كولومبيا الكبرى" وليس "معاهدة الإتحاد، الرابطة، التحالف الدائم" وتبخر حلم بوليفار بسبب الحرب الأهلية في كولمبيا الكبرى[36]، وإستمرت المحاولات بعد ذلك على مدى الأزمان اللاحقة، ويشتهر بين الفقهاء إن مصطلح القانون الدولي الأمريكي هو من نتاج الفقيه التشيلي أليخاندرو ألفاريز Alejandro Alvarez الذي دعى عام 1905م في المؤتمر العلمي لدول أمريكا اللاتينية إلى الإعتراف بما يسمى القانون الدولي الأمريكي[37] كمجموعة من القواعد الإقليمية الخاصة، إلا إن إقتراحه في ذلك الوقت جُوبه بالرفض، وكان أوائل المناهضين لهذه الفكرة الفقهاء الأمريكيين أنفسهم لأنها حسب قولهم تقوض عالمية القانون الدولي[38]، إلا إنه إستمر بهذه الفكرة وكرس لها مجموعة من الدراسات[39].

وفي عام 1924م أعلن المعهد الأمريكي للقانون الدولي بأن للجمهوريات الأمريكية الحق في عدم قبول القواعد السارية في أوربا والتي تتعارض مع إستقلالها وسيادتها، مما أدى بعد ذلك إلى تبني إجراءات تنتهك حقوق الدول غير الأمريكية، واليوم صار مقبولاً الإعتراف بالقانون الدولي الإقليمي طالما إنه لا يعارض القانون الدولي العالمي والقواعد الآمرة[40]، وجدير بالذكر إن القانون الدولي الإقليمي يتكون من المعاهدات بشكل أساس وخاصة المنشئة لمنظمات دولية والمحاكم فوق وطنية.

أما بالنسبة للعرف الخاص فليس بالفكرة الحديثة رغم إنه نادر، إذ إعترف بوجوده كثير من الفقهاء مثل شتروب وجورج سل وباديفان وفاتيل وأكهورست وفيتزموريس وMacGibbon وWolfke[41] وشارل روسو وبيار ماري دبوي[42].

وأعترفت به محكمة العدل الدولية لأول مرة في قضية اللجوء الدبلوماسي Asylum Case بين كولومبيا وبيرو 1950م[43] بقولها:

"لقد إستندت الحكومة الكولومبية...إلى القانون الدولي الأمريكي بشكل عام.. وإعتمدت على العرف الإقليمي أو المحلي المألوف لدول أمريكا اللاتينية".

وأضافت:

"يَجب على الطرف الذي يعتمد على عرف من هذا النوع أن يثبت أن هذا العرف قد تم إنشاؤه بطريقة بحيث أصبح ملزماً للطرف الآخر. ويجب على الحكومة الكولومبية أن تُثبت إن القاعدة التي تحتج بها متوافقة مع الممارسة المستمرة والموحدة للدول المعنية، وإن هذه الممارسة هي تعبير عن حق يخص الدولة التي تمنح اللجوء، وواجب على الدولة صاحبة الإقليم"[44].

وقد إستغل القاضي ألفاريز هذه القضية وعبر في رأيه المستقل بشأن العرف الخاص في أمريكا اللاتينية والقانون الدولي الأمريكي، وكذلك القاضي أزيفيدو بشأن الأعراف اللاتينية للجوء السياسي[45].

أما القضية الثانية التي ورد فيها الإشارة إلى العرف الخاص، هي القضية المتعلقة بحقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب 1952م[46]، إذ إستندت أمريكا إلى حقيقة إنها إستمرت منذ عام 1937م بممارسة السلطات القضائية في المغرب، وقد شكلت المعاهدات السابقة عرفاً محلياً يثبت إختصاصها القضائي المستمر، إلا إن المحكمة رفضت ذلك، وأشارت إلى المقطعين السابقين من قضية اللجوء في معرض متطلبات الإثبات، ثم قالت:

"لم تكن هناك أدلة كافية لتمكين المحكمة من التوصل إلى استنتاج مفاده أن الحق في ممارسة الاختصاص القنصلي القائم على العرف أو الممارسة قد تم إثباته بحيث أصبح ملزماً للمغرب".

وأضافت:

"في ممارسة الولاية القضائية القنصلية على القضايا الجنائية والمدنية التي كان فيها المتهمون من مواطني الولايات المتحدة، هي حالة يجب اعتبارها في طبيعة الوضع المؤقت الذي تمت الموافقة عليه من قبل السلطات المغربية"[47].

ورغم إن المحكمة لم تجد أعراف خاصة تحكم بموجبها في هاتين القضيتين، إلا إنها أشارت في بشكل واضح إلى إمكانية وجود هذا النوع من الأعراف وقد حددت معايير صارمة للتحقق منه[48]، ولا أدل على ذلك حكمها في القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي

1960م[49]، إذ حكمت بوضوح بمقتضى العرف المحلي، ورفضت الإدعاء الهندي بعدم إمكانية نشوء عرف دولي بين دولتين:

"وحيث أنه، في العلاقات بين البرتغال والحكام المتعاقبين للأراضي المتاخمة للجيبين، تم تأسيسها وتوحيدها على مدى ما يقرب من قرنين من الزمن، وهي ممارسة غير منقطعة فيما يتعلق بالحفاظ على الاتصالات التي لا غنى عنها بين المناطق الساحلية لدامان والجيوب، وحيث أن هذه الممارسة استندت من جانب جميع المعنيين إلى الإعتقاد بأن الأمر يتعلق بالتزام قانوني"[50].

وأضافت: "من الصعب أن ترى (المحكمة) لماذا يجب بالضرورة أن يكون عدد الدول التي ينشأ بينها عرف محلي على أساس ممارسة طويلة أكبر من دولتين. ولا ترى المحكمة أي سبب يمنع ممارسة طويلة الأمد مقبولة بينهما لتنظيم علاقاتهما المتبادلة على إنها لا ينبغي أن تشكل أساس الحقوق والإلتزامات بين الدولتين"[51].

وقد بحثت لجنة القانون الدولي العرف الخاص في نفس التقارير التي إختصت بتحديد القانون الدولي العرفي، وإبتداءً من التقرير الثالث[52]، على إنها أطلقت عليه تسمية "العرف المُعّين" وإنتهت إلى إستنتاج مفاده:

"الإستنتاج 16

القانون الدولي العرفي المعين

1 – قاعدة القانون الدولي العرفي المعين، سواء أكانت إقليمية أم محلية أم سوى ذلك، قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا تنطبق إلا بين عدد محدود من الدول.

2 – يستلزم تحديد وجود ومضمون قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي المعين التحقق من وجود ممارسة عامة فيما بين الدول المعنية تقبل بها تلك الدول، فيما بينها، بأعتبارها من القانون(الإعتقاد بالإلزام)"[53].

جدير بالذكر إن هناك عدد من الكتاب الذين أشاروا إلى وجود أعراف خاصة وخصصوا لها بحوث مستقلة لدراسة أثارها المحتملة[54].

ومن الأمثلة القريبة علينا، هو العرف الخاص الذي كان موجوداً بين الدول العربية[55] في عدم الإعتراف بإسرائيل كدولة، إلا إنه أنحسر بين عدة دول ليست كلها عربية[56] بعد إعلان رئيس الولايات المتحدة الأمريكية الأخير ترامب فيما يسمى بصفقة القرن، إذ قبلت عدة دول عربية[57] هذه الصفقة والتي تضمنت إحدى بنودها الإعتراف بإسرائيل كدولة وإقامة علاقات

دبلوماسية وتجارية معها، ورغم عدم إقرار هذه الصفقة أو المعاهدة، إلا إنه يمكن إعتبار قبول بعض الدول وممارستها على إنها شكلت عرفاً خاصاً بين تلك الدول، وبالمفهوم المخالف نشأ عرف خاص بين الدول الرافضة وخاصة فلسطين نفسها.

خلاصة: يسمو العرف العام على العرف الخاص سواءً أكان إقليمياً أم ثنائياً سمواً شكلياً، وذلك لأنه ينشأ من ممارسات عامة تشمل غالبية المجتمع الدولي؛ ويسمو سمواً موضوعياً لأن له إنطباقاً إلزامياً على جميع أشخاص القانون الدولي؛ كما إنه ينظم أمور عامة تهم المجتمع الدولي ككل وقواعده قابلة للتطبيق بشكل متكرر، ويسمو العرف الإقليمي شكلياً وموضوعياً على العرف الثنائي لأنه ينشأ من ممارسات عامة بين أطراف أكثر، كما إنه ملزم لهذه المجموعة من الدول وينظم أمور تهمها كافة.

المبحث الثاني: التَدرُّج في المعاهدات الدولية

تعد المعاهدات الدولية المصدر الرئيس الثاني للقانون الدولي، وقد إختلف الفقهاء في مفهومها فضلاً عن أنواعها، لذا وجب علينا توضيح مفهوم المعاهدات الدولية في المطلب الأول، ودراسة التدرج بين أنواع المعاهدات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المعاهدات الدولية

أولاً: المعاهدات كدليل: إعتبر قسم من الفقهاء إن المعاهدات بأنواعها كافة لا تشكل إلا دليلاً على وجود القانون الدولي العرفي أو إنها تساهم في بلورته أو في إنشاء قانون عرفي جديد بأعتبارها ممارسة عامة، ولا يمكن للمعاهدات أن تعد بذاتها مصدراً للقانون الدولي، بل هي تخضع في إبرامها وتصديقها وتنفيذها وإنتهائها إلى القانون الدولي العرفي، وكل ما هنالك هو إن وزن الدليل يختلف بأنواع المعاهدات فما كان منها متعدد الأطراف لدرجة كبيرة له وزن أكبر في إثبات العرف، ويقل وزن الدليل كلما قل عدد الأطراف وتبعاً له الموضوع الذي تنظمه تلك المعاهدات، وهكذا لو تكررت معاهدة ثنائية لمرات عديدة فإنها تشكل ممارسة عامة ودليل أكبر.. وهكذا دواليك، ويرجع أصل هذه الرؤية إلى التنظير الأمريكي الذي يرى في المعاهدات كما يرى في العقد في القانون الداخلي، إذ لا يعد العقد مصدراً للقانون وإنما هو وسيلة لتنظيم الحقوق والإلتزامات تنظمه القوانين التشريعية والأعراف وينتهي بإنتهاء الغرض منه[58].

ثانياً: المعاهدات كمصدر: يرى غالبية الفقهاء إن المعاهدات تعد مصدراً مستقلاً للقانون الدولي، ولكنهم إختلفوا أيضاً في أي نوع، فالبعض وإن سلم بمصدرية المعاهدات، إلا إنه يرى

إنها مصدر لقانون خاص أو لقواعد خاصة مثل Paul Reuter وGideon Boas[59]، بينما يرى البعض الآخر – وهو الرأي الراجح- إنها تكون مصدراً لقواعد عامة[60].

وجدير بالذكر إن بداية العمل على دراسة المعاهدات في لجنة القانون الدولي في عام 1949م وما تلاه من السنوات لم يكن القصد منها وضع قانون خاص للمعاهدات وإنما كان الهدف إنشاء مدونة عامة للقواعد العرفية طبقاً لقواعد التدوين الواردة في النظام الأساسي للجنة القانون الدولي[61]، وكان الرأي يميل في ذلك الوقت إلى إعتبار المعاهدات جزء من القانون الدولي العرفي، وقد تعثرت دراسة المعاهدات في اللجنة، فقد تعاقب على هذا الموضوع أربع مقررين خاصين هم جيمس برايلي وهيرش لوترباخت وجيرالد فيتزمورس وهمفري والدوك، وقد تغير رأي اللجنة فيما بعد وفقاً لرأي قدمه روبرت آكو والذي إقترح فيه تحويل الموضوع إلى إعداد قانون المعاهدات لمواكبة التطور التدريجي للقانون الدولي[62]، على أن يتخذ أيضاً شكل معاهدة والتي تنظم عملية إبرام المعاهدات وكل ما يتصل بها وصولاً إلى طرق إنهائها، وتمخض عن هذا العمل إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م، وهكذا أصبحت المعاهدات مصدراً مستقلاً للقانون الدولي تنظمه إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات متميزةً بذلك عن العرف بعد دراسة إستمرت لعشرين سنة[63].

على إن إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قصرت قواعدها على تنظيم المعاهدات المعقودة بين الدول والمعاهدات المنشئة لمنظمات دولية، أما المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو المعقودة بين المنظمات الدولية نفسها فتنظمها معاهدة فيينا لسنة 1986م، وحالة التوارث الدولي في المعاهدات تنظمه إتفاقية فيينا لتوارث الدول في المعاهدات 1978م[64].

يمكن تعريف المعاهدات وفق المفهوم الشكلي للمصدر بأنها طريقة لإنشاء القواعد القانونية الدولية العامة بشكل مكتوب، بناءً على توافق إرادي بين أشخاص القانون الدولي.

أما تعريف المعاهدات وفق المفهوم الموضوعي للمصدر فيكون بأنها إتفاق بين أشخاص القانون الدولي بشكل مكتوب يخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة أو أكثر يرمي إلى إحداث آثار قانونية معينة.

ولا يعزب عن البال، إنه تم دمج مفهومي المصدر أيضاً بالنسبة للمعاهدات إذ يشار إليها بالقانون الدولي التعاهدي(الإتفاقي) أو قانون المعاهدات The Law of Treaties، ويمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد الدولية المكتوبة الناشئة عن توافق إرادي بين أشخاص القانون الدولي

وفق إجراءات شكلية معينة تهدف إلى تنظيم العلاقات الدولية في المجتمع الدولي، أو إنشاء منظمات دولية لنفس الغرض.

المطلب الثاني: التدرج بين أنواع المعاهدات الدولية

تتدرج المعاهدات وفق معياري التدرج أيضاً، فتسمو المعاهدات شكلياً إذا كانت تضم أطرافاً أكثر؛ وكانت مفتوحة الإنضمام، كما إنها تسمو موضوعياً إذا كان لها إنطباق أكثر عمومية؛ وتنظم أمور تهم المجتمع الدولي ككل؛ وقواعدها قابلة للتطبيق بشكل متكرر، لذا تقسم المعاهدات إلى عامة وخاصة وثنائية وكالآتي:

أولاً: المعاهدات متعددة الأطراف العامة General Multilateral Treaties: وتسمى أيضاً بالمعاهدات العالمية Universal Treaties أو الشارعة Law-Making Treaties، وهي المعاهدات التي تنظم أمور تهم المجتمع الدولي ككل وتضم غالبية الدول؛ وتكون قابلة للتطبيق بشكل متكرر وهي بذلك تشبه التشريع، وتكون مفتوحة للإنضمام ودائمية لإنها مقررة لأوضاع دائمة[65].

وجدير بالذكر إن تعريف المعاهدة العامة متعددة الأطراف كان موجوداً في الأعمال التحضيرية لإتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م، وقد جاء نصها "المعاهدة العامة متعددة الأطراف: تعني المعاهدة متعددة الأطراف التي تتعلق بالقواعد العامة للقانون الدولي أو تعالج مسائل ذات الإهتمام العام للدول ككل"[66]، إلا إن الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا عبرا عن معارضتهما لإدراجه ولذا تم إسقاطه من المسودة النهائية.

وقد إختلف الفقهاء في مدى إلزام الدول غير الأطراف بهذا النوع من المعاهدات، فبعضهم يرى إنها تسري تجاه الغير إستثناء من مبدأ نسبية آثار المعاهدات كهانز كلسن وأنتوني داماتو واللورد ماكنير وآخرون[67]، وبعضهم يرى إنها تشريع حقيقي ألبس ثوب المعاهدة كمحمد سامي عبد الحميد ووسام نعمت إبراهيم وعادل عزت السنجقلي ومانلي هدسن وويلفريد جينكس[68]، ويرى آخرون إنها تلزم الغير بأعتبارها عرفاً عاماً كتونكين وهيلاري تشارلزورث وكوينسي رايت وأستاذنا هادي المالكي وهذا هو الرأي الراجح[69].

إن وجهات النظر المختلفة تنبع من الأخذ بمفهوم أحادي للمصدر، فمن أخذ بالمفهوم الموضوعي فقط يرى إن المعاهدات العامة ليست مصدراً وذلك بسبب عبارة "تخضع لأحكام القانون الدولي" مما يجعل المعاهدة كالعقد في خضوعه للقانون الداخلي لإنها تبرم وفق أحكام قانون سبقها، لذلك قال بعض الفقهاء بأن المعاهدة مصدر للقانون الدولي العرفي

وليس للقانون الدولي العام، وقد غفلوا إن العرف يعد مصدراً أيضاً للقانون الدولي التعاهدي بالمفهوم المقابل!، أما من أخذ بالمفهوم الشكلي للمصدر فأعتبرها إما إستثناءً أو تشريعاً.

ومهما يكن من أمر فأن المزج حسب رأينا المتواضع بين مفهومي المصدر يعطي أفضل فهم لما جرى عليه العمل في المجتمع الدولي، فالمعاهدة العامة متعددة الأطراف تعد مصدراً مستقلاً للقانون الدولي العام شأنها شأن العرف العام مع فارق إنها أقل عمومية إنطباق منه، فهي ملزمة للدول الأطراف بأعتبارها معاهدة وملزمة للغير بأعتبارها عرفاً عاماً[70]، ومعنى ذلك إنها بالنسبة للأطراف توافق إرادي، وبالنسبة للدول غير الأطراف فهي ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون *opinio juris*[71]، أما عدها تشريعاً فهذا أمر بعيد المنال لأننا نتحدث عن القانون كما هو كائن لا القانون كما يجب أن يكون، إذ إن الأخير يصلح لميدان السياسة وفلسفة القانون لا علم القانون الوضعي.

ومن الأمثلة على هذه المعاهدات معاهدة فيينا 1815م التي أعلنت حياد سويسرا الدائم وعهد عصبة الأمم 1919م وميثاق بريان كيلوغ 1928م(المعاهدة العامة للتخلي عن الحرب كأداة للسياسة الوطنية) وميثاق الأمم المتحدة 1945م ومعاهدات حقوق الإنسان ومعاهدات لاهاي 1899م و1907م ومعاهدات جنيف 1864م و1949م وإتفاقية تجريم الإبادة الجماعية وإتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م وإتفاقيتا فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية 1961 و 1963م.

ثانياً: المعاهدات متعددة الأطراف الخاصة Plurilateral Treaties: وهي المعاهدة التي تعقد بين مجموعة كبيرة من الدول ولكن ليس غالبية المجتمع الدولي، وتقرر وضعاً إقليمياً خاصاً، وتعد جزءاً من القانون الدولي المخصص، كإتفاقية لشبونة 2007م التي عدلت وجمعت اتفاقيتا ماسترخيت 1993م ومعاهدة روما 1958م المؤسسة للإتحاد الأوربي وكذلك الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان 1953م، ميثاق منظمة الدول الأمريكية 1960م وميثاق حلف شمال الأطلسي 1941م وميثاق جامعة الدول العربية 1945م وميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي 1972م وميثاق الوحدة الإفريقية 1963م..الخ[72].

ثالثاً: المعاهدات الثنائية Bilateral Treaties: وهي المعاهدات التي تعقد بين دولتين ولا تلزم دولة ثالثة[73]، وهي منتشرة بكثرة كوسيلة لتنظيم الحقوق والإلتزامات، وقد إختلف الفقهاء في عدها من مصادر القانون الدولي العام، فبعضهم يرى إنها من الممكن أن تكون مصادر لقواعد عامة، إلا إن الرأي الراجح إنها تعد مصدر من مصادر القانون الدولي المخصص[74].

خلاصة: إن المعاهدات العامة تسمو على المعاهدات الخاصة والثنائية سمواً شكلياً وموضوعياً، وذلك لأنها تضم غالبية المجتمع الدولي؛ ومفتوحة للإنضمام؛ كما إن لها إنطباقاً إلزامياً أكثر عمومية؛ وتنظم أمور تهم المجتمع الدولي ككل؛ وقواعدها قابلة للتطبيق بشكل متكرر.

المبحث الثالث: آثار التدرج بين العرف والمعاهدة

لابد من الإشارة في البداية إن جميع الأعراف والمعاهدات تعد مصدراً للقانون الدولي، أما التدرج الحاصل بينها فلأن العرف العام والمعاهدة العامة وحدهما اللذان يعدان مصدراً للقانون الدولي العام، والعرف يسمو موضوعياً على المعاهدة من ناحية نطاق الإلزام، في حين يتطابق معها شكلياً وموضوعياً من ناحية غالبية الدول وعمومية المضمون وقابلية التطبيق المتكرر، أما العرف الخاص والمعاهدات الخاصة والثنائية فتعد مصدراً للقانون الدولي المخصص الملزم لمجموعة محددة من الدول، والأخير يعد جزء من القانون الدولي العام أي إنه يخضع في تنظيمه له ولا يعد قانوناً مستقلاً[75]، إذ يمكن أن تتحول بعض قواعده بالممارسة إلى عرف عام أو إقرارها في معاهدة عامة متعددة الأطراف.

وينتج عن التدرج بين العرف والمعاهدة آثار هي إمكانية التعديل والإلغاء والتغيير، لذا سنتناول آثار العرف على المعاهدة في المطلب الأول، وآثار المعاهدات على العرف في المطلب الثاني.

المطلب الأول: آثار العرف على المعاهدة

يشترط في التعديل أو التغيير أو الإلغاء تساوي المصادر أو سموها على بعضها، ومثال ذلك العرف العام المعدل للمادة (3/27) من ميثاق الأمم المتحدة والتي كانت تشترط أن تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل غير الإجرائية بموافقة تسعة من أعضائه يكون من بينها الدول دائمة العضوية "متفقة"، إلا إنه بموجب العرف أصبح لا يؤثر في حالة إمتناع أحد الأعضاء أو غيابها عن التصويت على صدور القرار، وقد أكدت محكمة العدل الدولية ذلك في قضية ناميبيا[76].

وهكذا التعديل العرفي للمادة (1/12) من الميثاق التي قضت بأن لا تنظر الجمعية العامة ولا تقدم توصية بخصوص مسألة قيد النظر من قبل مجلس الأمن، وبموجب العرف أصبح توجه الجمعية العامة ومجلس الأمن لدراسة نفس المسألة المتعلقة بصون وحفظ السلم

والأمن الدوليين، وقد أكدت محكمة العدل الدولية ذلك في قرارها بشأن الجدار العازل في أراضي فلسطين المحتلة[77].

كذلك إن الأعراف الخاصة تعدل المعاهدات الخاصة والثنائية، من ذلك تعديل المادة 7 من ميثاق جامعة الدول العربية القاضي بأن تصدر قرارات الجامعة بالإجماع عدا بعض الإستثناءات والتي لم يكن من بينها قبول الأعضاء الجدد، وبموجب العرف الخاص جرى تعديلها لقبول أعضاء جدد دون توافر الإجماع مثل قبول الكويت رغم إنسحاب العراق من التصويت، وكذلك الحال بالنسبة للجزائر وسلطنة عمان[78].

وبالنسبة للتعديل العرفي للمعاهدات الثنائية، فقد جرى إعتماد تعديل المعاهدات بالممارسة اللاحقة ومثال ذلك في قضية الحدود بين الكاميرون ونيجيريا، إذ أشارت محكمة العدل الدولية إلى وجود ممارسة معدلة للمعاهدات بينهما حيث صرحت:

"إن تصرفات الكاميرون في ذلك الإقليم لا أهمية لها إلا لمعرفة ما إذا كانت قد أقرت إدخال تعديل على صك تعاهدي، وهو أمر لا يمكن استبعاده تمامًا باعتباره إحتمالاً في القانون"[79].

وفي قضية إتفاق النقل الجوي بين الولايات المتحدة وفرنسا، وجدت هيئة التحكيم إن الممارسة اللاحقة لشركات خطوط النقل الجوي للولايات المتحدة قد سيرت رحلات إلى وجهات غير مشمولة بالإتفاق الأصلي مما عدل الإتفاق القائم بينهما، حيث صرحت:

"يمكن، في الواقع، أن يؤخذ هذا النهج السلوكي في الاعتبار ليس فقط باعتباره وسيلة مفيدة في تفسير الاتفاق، بل أكثر من ذلك، باعتباره مصدرا ممكنا لتعديل لاحق، ناشئ عن أعمال معينة أو مواقف معينة، ويؤثر في الوضع القانوني للأطراف وفي الحقوق التي يمكن لكل طرف أن يطالب بها بطريقة سليمة"[80].

وكذلك العرف المعدل لمعاهدتي كامب ديفيد 1978م ومعاهدة السلام 1979م بين مصر وإسرائيل، إذ نصت معاهدة السلام على إنشاء منطقة منزوعة السلاح، وبعد إنسحاب إسرائيل من غزة بقرار من رئيس الوزراء الإسرائيلي شارون 2005م، زادت حدة الإنتقادات لمصر بحجة إنها تسمح في تهريب الأسلحة إلى غزة، وطالبت مصر بإرسال قوات إضافية لمنع التهريب، وأصبحت إسرائيل تزيد قواتها بإستمرار على خلاف ما تنص عليه معاهدة السلام مما شكل تعديلاً عرفياً لتلك المعاهدات[81].

المطلب الثاني: آثار المعاهدة على العرف

تعدل المعاهدة العرف الدولي أيضاً، فمعاهدة فيينا 1815م التي ألغت تجارة الرقيق بعد ما كان العرف يسمح به، وميثاق بروكسل 1890م، وميثاق باريس 1928م الذي حظر الحرب العدوانية حيث ألغى حق الدولة في الحرب إلى أن حظر ميثاق الأمم المتحدة اللجوء إلى التهديد وإستخدام القوة[82]، كذلك المعاهدات التي نظمت حماية حقوق الإنسان، إذ حظرت الكثير من إنتهاكات حقوق الإنسان كالتمييز العنصري والإبادة الجماعية وغيرها..الخ

ومن الأمثلة على تغيير المعاهدات متعددة الأطراف الخاصة العرف الإقليمي، هي معاهدة وستفاليا 1648م التي ألغت العرف السائد في أوربا في أن السلطة الزمنية والروحية كانت للبابا وللكنيسة، وقسمت الأراضي التي كانت تابعة إلى الإمبراطورية الرومانية إلى دول ذات سيادة وشددت على إن العلاقة بين الدول الجديدة على أساس السيادة والإستقلال وليس التبعية.

ورغم إن المعاهدات الثنائية قادرة على تغير عرف ثنائي نظرياً، إلا إنه يبقى من الصعوبة العثور على مثل هذه الحالات، إذ إن المحكمة شددت على أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف المدعي بوجود مثل هذا العرف، كما إنها أقرت في قضية اللجوء إن واجب تسليم اللاجئ السياسي لابد أن ينظم بمعاهدة.

الخاتمة Conclusion

إن نظرية المصادر في القانون الدولي تتطور يوماً بعد يوم سواءً على مستوى المفهوم أو التطبيق، مما يجعل من المواكبة لما يحدث في القانون الدولي اليوم من أهم أعمال المختصين لإعمالها في دراستهم والمساهمة في تقديم المفاهيم الصحيحة للجهات الفاعلة في الدولة على المستوى الدولي.

النتائج

1. إن العرف والمعاهدة –حسب رأينا- هي المصادر الإنشائية الوحيدة للقانون الدولي،
2. إن التدرج بين العرف والمعاهدة موجود وحاصل بآليات وطرق محددة ومتشعبة تختلف عنها في القانون الداخلي، وذلك لإختلاف طبيعة القانون الدولي من حيث فلسفته ونظرياته القانونية وتطبيقه على أرض الواقع.
3. العرف العام يحتل الصدارة في ترتيب الإلتزامات على جميع أشخاص القانون الدولي بالتساوي، رغم عدم إشتراكهم جميعاً في إنشائه.

4. المعاهدات العامة باتت تحتل مكانة بارزة ومهمة في تثبيت أركان النظام القانون الدولي، وتعد من أكبر الدلائل على وجود عرف عام في مسألة معينة، ويليهما العرف الخاص الإقليمي والمعاهدات الخاصة ثم العرف الثنائي والمعاهدات الثنائية.
5. يمكن للعرف أن يعدل المعاهدة والعكس صحيح، بحسب قاعدة توازي الأشكال وقاعدة السمو في التشريعات.

المقترحات

1. تعديل الكتب المنهجية لدراسة القانون الدولي وفق آخر المعطيات العلمية في القانون الدولي المعاصر، ولا سيما إدراج مفاهيم وأنواع الأعراف والمعاهدات وفق المفاهيم الحديثة.
2. تشجيع الدول على الإكثار من عقد المعاهدات الدولية العامة.
3. تحذير ممثلي الدولة من التصويت على مشاريع معينة في المنظمات الدولية لكونه يسهم في إنشاء قانون دولي عرفي باعتباره ركناً مادياً.
4. حث الباحثين على دراسة فلسفة القانون الدولي لما فيها من نتائج تسهم في فهم عملية إنشاء وتطبيق القانون الدولي.

الهوامش:

---

1 Statute of the International Court Of Justice, Art. 38/b, on site of the court: https://www.icj-cij.org/en/statute, last visit: 23/5/2020.

2 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية باللغة العربية. متوفر على موقع المحكمة: https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf، آخر زيارة: 2020/5/23م.

3 Tunkin. Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law, CLR, Vol. 49, Issue 3, 1961, P. 420.

4 Josef L. Kunz. The Nature of Customary International Law, AJIL, Vol. 47, No. 4, 1953, PP. 662 – 665; Tim Hillier. Sourcebook on Public International Law, London: Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 78.

5 Article 24 "The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of

documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter".

علماً إن النظام الأساسي للجنة ليس بمعاهدة، بل أنشئ بقرار الجمعية العامة ذي العدد 174(II)، رمز الوثيقة: A/CN.4/4/Rev.2.

6 YBILC. 1950, Vol.2 pp. 4 – 6, Para 5 & 46.

7 أنظر في ذلك، موقف الأستاذ كوربيت الذي يرى في العرف دليلاً فقط ولا يمكن أن يكون مصدراً. كذلك بعض المعلقين الذين إعتبروا قضية نيكاراغوا أكبر تطبيق على ذلك، إلى جانب الفقيه داماتو الذي له نظرية خاصة في العرف، إذ ينشأ بحسب رأيه من الفعل ورد الفعل.

P. E. Corbett. The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, BYBIL, Oxford University Press, 1925, pp. 20 – 30; Andreas Zimmermann and others. The Statute of the International Court of Justice A Commentary, 2nd, Oxford University Press, 2012, p. 848; Anthony D'Amato. The Theory of Customary International Law, Annual Meeting, ASIL, Vol. 82, 1988, P. 242 – 260.

8 مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، لجنة القانون الدولي- الدورة الخامسة والستون، 2013م، رمز الوثيقة: A/CN.4/663، ص 18. والهامش 63 من نفس الصفحة.

9 صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مصر: دار النهضة العربية، 2007م، ص 349.

10 محمد عبد الواحد الفار. القانون الدولي العام، مصر: دار النهضة العربية، 1994م، ص 60.

11 محمد حافظ غانم. مبادئ القانون الدولي، ط2، مصر: مطبعة نهضة مصر، 1959م، ص 105.

12 وليد البيطار. القانون الدولي العام، ط1، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م، ص 120.

13 مصطفى أحمد فؤاد. النظام القانوني الدولي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2019م، ص 365 – 366.

14 Hans Kelsen. Principles of International Law, Revised and Edited By Robert W.Tucker, Holt, Rinehart and Winston, 1966, pp. 441 – 453.

15 إستخدمنا تعبير أشخاص المجتمع الدولي، لأن ذلك يضم أيضاً المنظمات الدولية غير الحكومية، رغم إن دورها غير مباشر، إلا إنها تسهم بشكل كبير في التأثير على رعايا الدول المنتمية إلى هذه المنظمات، أنظر مثلاً الدراسة التي أعدتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر: جون هنكرتس، لويز دوزوالد. القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول(القواعد)، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والمجلد الثاني صدر باللغة الإنكليزية:

Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald. Customary International Humanitarian Law(Practice), Vol. 2, International Committee of the Red Cross, 2005.

16 محمد سعيد الدقاق. دروس في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، 1987م، ص 141 – 179؛ أنظر أيضاً تقرير لجنة القانون الدولي والذي إعتبرت فيه أن قرارات المنظمات الدولية وقرارات المحاكم تعد دليلاً على وجود قواعد عرفية دولية: مايكل وود. التقرير الرابع عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي- الدورة الثامنة والستون، 2016م، ص 17 – 24. رمز الوثيقة: A/CN.4/695؛ مذكرة الأمانة العامة. تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة الثامنة والستون، 2016م، ص 3 وما بعدها. رمز الوثيقة: A.CN.4/691؛ أنظر أيضاً وثيقة إتاحة الأدلة على القانون الدولي العرفي:

International Law Commission. Ways And Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available, New York: Lake Success, 1949, P. 1 and after, code: A/CN.4/6 and add/core.1.

17 محمد سعيد الدقاق. المصدر أعلاه، ص 180 - 192. وأنظر أيضاً تقرير لجنة القانون الدولي التي إعتبرت ممارسات المنظمات كممارسة عامة تسهم في تشكيل عرفاً دولياً إذا ما قبلت بمثابة قانون: مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة السادسة والستون، 2014م، ص 39 – 42. رمز الوثيقة: A.CN.4/672.

18 ونعني الفرق بين الأسلوب التلقائي والموجه الذي أثار إرباكاً في تحديد منهجية الركنين من ذات الركن الواحد.

19 Lazare Kopelmanas. Custom as a Means of the Creation of International Law, BYBIL, 1937, pp. 127 – 151; D'Amato. Customary International Law: A Reformulation, International Legal Theory, Vol. IV, 1998, P.1.

20 Bin Cheng. United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?, p. 1 – 28, In Studies in International Space Law, Oxford University Press, 1997;

زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 45، 1989م، ص 130 وما بعدها؛ عبد الرسول كريم أبوصيبع. القاعدة الدولية العرفية، مكتبة السنهوري، 2017م، ص 189 – 190.

21 Jason A. Beckett. The End Of Customary International Law?, PhD Thesis, University Of Glasgow, 2005, pp. 218 – 224; MICHAŁ STĘPIEŃ. Taking The Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously, Wroclaw Review of Law, Special Issue, vol.8:2, 2018, p. 85 – 95; Malcolm N. Shaw. International Law, 6thed, Cambridge University Press, 2008, pp. 72 – 89; Lori Fisler Damrosch and others. International Law Cases and Materials, 4thed, West Publishing Co., 2001, p. 59; Jan Klabbers. International Law, Cambridge University Press, 2013, pp. 26 – 27; James

R Crawford. Brownlie's Principles of Public International Law, 8thed, Oxford University Press, 2012, pp. 23 – 25; Robert Kolb. Theory of international Law, Oxford and Portland, 2016, pp. 127 – 128; Hugh Thirlway. The Sources of International Law, 2nded, Oxford University Press, 2019, pp. 84 – 91

22 جرت المناقشات على إدراج موضوع القانون الدولي العرفي في لجنة القانون الدولي عام 2010م، وناقش الفريق في 2011م مذكرة لنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، رمز الوثيقة: A/66/10، وفي عام 2012م قررت اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها طويل الأجل وعينت السيد مايكل وود مقرراً خاصاً لذلك، رمز الوثيقة: A/CN.4/653.

23 مايكل وود. التقرير الثاني، مصدر سابق، ص 9 – 19.

24 مايكل وود. التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة السابعة والستون، 2015م، ص 7 – 19. رمز الوثيقة: A.CN.4/682؛ مايكل وود. التقرير الرابع، مصدر سابق، ص 15.

25 حولية لجنة القانون الدولي، الدورة السبعون، 2018م، الملحق رقم 10، ص 153، فقرة 58. رمز الوثيقة: A/73/10.

26 لجنة الصياغة. نص مشاريع الإستنتاجات، الدورة السبعون للجنة القانون الدولي، 2018م. رمز الوثيقة: A/CN.4/L.908.

27 حولية لجنة القانون الدولي، الدورة التاسعة والستون، 2014م، ص 316 – 318. رمز الوثيقة: A/69/10؛ مايكل وود. التقرير الثاني، مصدر سابق، ص 20 – 58؛ التقرير الثالث، مصدر سابق، ص 13 – 20؛ التقرير الرابع، مصدر سابق، ص 8 – 17؛ حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الحادية والسبعون، 2016م، ص 111 – 123؛ رمز الوثيقة: A/71/10؛ حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الثالثة والسبعون، 2018م، ص 169 – 180. رمز الوثيقة: A/73/10.

28 مايكل وود. التقرير الثاني، مصدر سابق، ص 71 – 76؛ حولية لجنة القانون الدولي، الدورة التاسعة والستون، 2014م، ص 313، 315، 318، 320؛ حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الثالثة والسبعون، 2018م، ص 160، هامش 665.

29 إن المعايير العامة للتدرج في القانون الداخلي هي المعيار الشكلي والذي يحوي ضابطين، ضابط الجهة المصدرة وضابط شدة الإجراءات، والمعيار الموضوعي والذي يتعلق بالمحتوى المادي للقواعد، أي العمومية والتجريد.

30 تنشأ هذه التسمية من فكرة أوسع هي القانون الدولي العالمي، الذي يضم العرف العالمي والمعاهدات العالمية، ونظر لذلك كثير من الفقهاء، أنظر مثلاً:

C.G. Weeramantry. Universalising International Law, Leiden / Boston: Martinus Nijhoff PUBLISHERS, 2003, p. 219; Emmanuelle Jouannet. Universalism of International Law and

Imperialism, IN Universalism in International Law and Political Philosophy by Petter Korkman & Virpi Mäkinen, Helsinki: Helsinki Collegium for Advanced Studies, 2008; Arnulf Becker Lorca. Universal International Law, HILJ, Vol. 51, No. 2, 2010; Jonathan I. Charney. Universal International Law, AJIL, Vol. 87, No. 4, 1993, pp. 529-551.

31 يقصد بالعمومية هنا، ممارسات الدول بواسطة أجهزتها ذات التأثير على المستوى الدولي، إلى جانب ممارسات المنظمات الدولية والإتحادات الإقليمية والفيدرالية، أما خصوصية العرف فالمقصود بها النطاق. أنظر في ذلك:

Hugh Thirlway. Op.Cit, p. 103; Krzysztof Skubiszewski. Elements of Custom and The Hague Court, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971, p. 830.

32 دار النقاش بين ممثلي الحكومات ولجنة القانون الدولي حول الطبيعة المشتركة من حيث الجغرافية كالدول الأوربية والعربية وما شابه ذلك، ومن حيث الأمور المشتركة كالتكنلوجيا والفضاء والأسلحة النووية، إلى جانب أمور أخرى كحظر عقوبة الإعدام، وإنتهى المقرر إلى إعتماد جميع هذه الصيغ في الإستنتاج النهائي والتي من الممكن أن تسهم في تشكيل عرف خاص. أنظر: مايكل وود. التقرير الخامس عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي- الدورة السبعون، 2018م، ص 57 – 60. رمز الوثيقة: A/CN.4/717.

33 John H. Currie. Public International Law, 2nded, Toronto: Irwin Law Inc., 2008, pp. 588, 590; James R Crawford. Op.Cit, p. 29 – 30; Malcolm N. Shaw. Op.Cit, p. 92 – 93; H. Victor Condé. A Handbook of International Human Rights Terminology, 2nded, University of Nebraska Press, 2004, p. 222; André da Rocha Ferreira. Formation and Evidence of Customary International Law, UFRGSMUN | UFRGS Model United Nations Journal, 2013, p. 192.

34 ويقصد بهذا النوع القانون الدولي المخصص لمجموعة معينة من الدول، على إن تسميته الأصلية تعني بترجمتها الحرفية القانون الدولي الخاص، إلا إنا أبدلناها بالمخصص لكي لا يثير إرباكاً بشأن القانون الدولي الخاص الذي ينظم علاقات الأفراد بين الدول، ويرجع أصل هذا الإختلاف إلى الفقهاء الأجانب الذين يفرقون بينهما بواسطة المصطلح فالـ Private يقصد به القانون الأخير، أما الـ Particular فيقصد به القانون الذي ينظم العلاقة بين مجموعة من الدول، أنظر على سبيل المثال لا الحصر:

Josef L. Kunz. General International Law and the Law of International Organizations, AJIL, Vol. 47, No. 3, 1953, P. 456 and Footnote 1; Anastasios Gourgourinis. General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules, EJIL, Vol. 22 No. 4, 2011, p. 993 and after.

35 Harry T. Collings. The Congress of Bolívar, The Hispanic American Historical Review, Vol. 6, No. 4, 1926, pp. 194-198; Insur Z. Farkhutdinov. Pan-American International Law, RJCL, Vol. 5, No. 2, 2018, pp. 94 – 108.

36 H. B. Jacobini. A Study Of The Philosophy Of International Law As Seen In Works Of Latin American Writers, Martinus Nijhoff, 1954, P. 121 and after.

37 في مقابل ذلك في أوربا ما يسمى بالقانون الدولي الأوربي، أنظر:

Alexander Orakhelashvili. The Idea of European International Law, EJIL, Vol. 17 No.2, 2006, pp. 315–347.

38 G. Cohen-Jonathan. La Coutume Locale, In: Annuaire français de droit international, Vol. 7, 1961, p. 119.

39 Alejandro Alvarez. Latin America and International Law, AJIL, Vol. 3, No. 2, 1909; and The New International Law, Transactions of the Grotius Society, Vol. 15, 1929; E. M. Borchardt. Le droit international américain, PSR, Vol. 4, No. 2, 1910.

40 Dietrich Schindler. Regional International Law, IN Encyclopedia of Public International Law by Rudolf Dolzer and others, vol.7, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1984, p. 405. For More See: Bruce M. Russett. International Regions and the International System, Chicago: Rand M9nally & Company, 1967.

41 Karl Strupp. Recueil Des Cours, Tome 47, PARIS: Librairie Du Recueil Sirey, 1934- I, p. 306; G. Scelle. Tome 46, Op.Cit, p. 434; J. BASDEVANT. Tome 58, 1936, p. 486 – 487; Emer de Vattel. The Law of Nations, Liberty Fund, Inc., 2008, p. 78 para 26; Michael Akehurst. Custom As A Source Of International Law, BYBIL, 1974-75, p. 28; Gerald Fitzmaurice. The Law and Procedure of the International Court Of Justice, BYBIL, 1953, pp. 68 – 69; I. C. MacGibbon. Customary International Law and Acquiescence, BYBIL, 1957, p. 121 and after; KAROL WOLFKE. Custom In Present International Law, Ossolinskich: Zaklad Narodowy im., 1964, p. 86 and after.

42 شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، 1979م، ص 83؛ بيار ماري دبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م، ص 354 هامش 1.

43 تتعلق القضية بمنح اللجوء السياسي من جانب كولومبيا إلى آيا دي لا توري الذي كان رئيس حزب سياسي في بيرو، وقد أُتهم في بيرو بالتحريض على العصيان العسكري، ولذا طالبت بيرو من كولومبيا إيقاف منح اللجوء لأن توري إرتكب جريمة ولا بد له من المحاكمة، فيما دفعت كولومبيا بأنه وفقاً للمعاهدات السارية وإستناداً للقانون الدولي الأمريكي، يمكن لها أن تحدد طبيعة الإساءة لأغراض اللجوء من جانب واحد ويعد ذلك ملزماً لبيرو، وبعد عدم الإتفاق رفع النزاع إلى محكمة العدل الدولية. أنظر: موجز الأحكام والفتاوى. 1948 – 1991، ص 19 – 22.

44 ICJ. Asylum Case (Colombia / Peru), Judgment Of November 20th, 1950, p. 276.

45 Dissenting Opinion By Judge Alvarez, pp. 290 – 302; Dissenting Opinion By Judge Azevedo, pp. 332 – 358.

46 تتعلق القضية التي رفعت من جانب فرنسا ضد الولايات المتحدة الأمريكية، بشأن تطبيق نظام الإمتيازات الأجنبية وممارسة الولاية القضائية القنصلية من جانب الولايات المتحدة على رعاياها في القطاع الفرنسي في المغرب، وقد إدعت أمريكا بأنها تستند إلى العرف المحلي بينها وبين المغرب في ممارستها الإختصاص القضائي، ولا تنطبق على رعاياها قوانين المغرب إلا بعد الموافقة عليها مسبقاً، إلا إن فرنسا رفضت ذلك، وقدمت طلباً للمحكمة لتحديد مدى الولاية القضائية القنصلية التي يجوز للولايات المتحدة ممارستها في القطاع الفرنسي في المغرب. موجز الأحكام والفتاوى. مصدر سابق، ص 31 – 32.

47 ICJ. Case Concerning Rights Of Nationals Of The United States Of America In Morocco, Judgment Of August 27th, 1952, pp. 200 – 201.

48 Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971, pp. 252 – 255; Gérard Cohen-Jonathan. Op.Cit, pp. 128 – 130; John H. Currie. Op.Cit, pp. 201 – 205.

49 تتعلق القضية التي رفعتها الحكومة البرتغالية ضد الهند، بشأن حق المرور للبضائع والأشخاص والقوات المسلحة بين إقليمها داماو ومقاطعتي دادرا وناغار-أفيلي المحصورتين وفيما بين هاتين المقاطعتين، دون قيود أو صعوبات وعلى النحو الذي يقتضي ممارسة البرتغال السيادة على الأقاليم المذكورة بصورة فعالة، وإستندت في مطالبتها إلى عرف محلي بينها وبين الهند على ذلك، إلا إن الهند إحتجت على إمكانية نشوء عرف دولي بين دولتين، ورفع النزاع إلى محكمة العدل الدولية.

50 ICJ. Case Concerning Right Of Passage Over Indian Territory (Portugal V. India), Merits, Judgment Of 12 APRIL 1960, p. 11.

51 Ibid. p. 39.

52 مايكل وود. التقرير الثالث، مصدر سابق، ص 72 – 77؛ حولية لجنة القانون الدولي، 2015م، مصدر سابق، ص 56؛ حولية لجنة القانون الدولي، 2016م، مصدر سابق، ص 146 – 149؛ حولية لجنة القانون الدولي، 2018م، ص 201 – 204.

53 مايكل وود. التقرير الخامس، مصدر سابق، ص 68.

54 Andreas Buss. The *Preah Vihear* Case and Regional Customary Law, CJIL, 2010, pp. 111 – 126; Luigi Crema. The "Right Mix" and "Ambiguities" in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case, IN International Courts and the Development of International Law by Nerina Boschiero and others, Springer, 2013, pp. 65 – 74; Khagani Guliyev.

Local Custom in International Law, ICLR, Vol. 19, 2017, pp. 47 – 67; Monique Marie Gallien. Does the United States Violate Regional Customary Law by Imposing the Death Penalty on Citizens of Puerto Rico, BJIL, Vol. 30, 2005, pp. 727 – 757.

55 أنظر أيضاً ما يسمى بالقانون الدولي العربي أو القانون العام العربي الذي يضم الدول العربية: محمد طلعت الغنيمي-محمد سعيد الدقاق، القانون الدولي العام، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2009م، ص 25 – 29.

56 أنظر مثلاً مبادرة الإتحاد الأوربي للإعتراف بفلسطين كدولة رداً على صفقة القرن: المقال على موقع روسيا اليوم https://arabic.rt.com/middle_east/1086273.

57 أنظر المقال المنشور على موقع قناة الجزيرة: https://www.aljazeera.net/opinions/2020/2/1.

58 R. R. Baxter. Multilateral Treaties As Evidence Of Customary International Law, BYBIL, 1965-66, pp. 275 – 300; Gary L. Scott, Craig L. Carr. Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law, Denv. J. Int'l L., vol. 25, 1996, pp. 71 – 94; Gerald Fitzmaurice. Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, In Symbolae Verzijl: présentées au professeur J. H. W.Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire, La Haye : Nijhoff, 1958, pp. 153-176;

أنظر أيضاً رأي أستاذنا بأن العرف هو المصدر الوحيد للقانون الدولي لأنه ينشأ قواعد دولية ملزمة للكافة، أما المعاهدات فهي مصدر للإلتزامات الدولية التي تقع على عاتق الأطراف فقط: مهدي الموسوي. المقابلة الشخصية مع الأستاذ الدكتور هادي نعيم المالكي، 2020م، ص 3.

59 Paul Reuter. Introduction to the Law of Treaties, translated by Jose Mico and Peter Haggenmacher, London and New York: Pinter Publishers, 1989, pp. 20 – 21; Gideon Boas. Public International law, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 47.

60 Lord McNair. The Law of Treaties, Oxford University Press, 1961, pp. 215 – 217; Robert Kolb. The Law of Treaties, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 3; Malcolm N. Shaw. Op.Cit, p. 94.

61 المواد 18 – 24 من النظام الأساسي للجنة، سبق ذكره.

62 علي إبراهيم. الوسيط في المعاهدات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 1995م، ص 29 – 30.

63 "In short, the law of treaties is not itself dependent on treaty, but is part of general customary international law. Queries might arise if the law of treaties were embodied in a multilateral convention, but some States did not become parties to the convention, or became parties to it and then subsequently denounced it; for they would in fact be or remain bound by the provisions of the treaty in so far as these embodied customary international law *de lege lata*. No doubt this difficulty arises whenever a convention embodies rules of customary international law. In practice,

this often does not matter. In the case of the law of treaties it might matter — for the law of treaties is itself the basis of the force and effect of all treaties. It follows from all this that if it were ever decided to cast the Code, or any part of it, in the form of an international convention, considerable drafting changes, and possibly the omission of some material, would almost certainly be required". YBILC. 1959, Vol. 2, p. 91.

64 تسمى أيضاً بإتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات، وقد صادق عليها العراق 1979م.

65 محمد عبد الرحمن الدسوقي. نطاق إلتزام الدولة دون إرادتها في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 2009م، ص 75؛ جمال محي الدين. القانون الدولي العام (المصادر القانونية)، دار الجامعة الجديدة، 2009م، ص 65؛ عصام العطية. القانون الدولي العام، ط2، بغداد: المكتبة القانونية، 2012م، ص 59؛ بن داود إبراهيم. المعاهدات الدولية في القانون الدولي، الجزائر: دار الكتاب الحديث، 2010م، ص 124؛ محمد طلعت الغنيمي. بعض الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974م، ص 227 – 228؛ مصطفى أحمد فؤاد. أصول القانون الدولي العام، ج2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008م، ص 140؛ جمال عبد الناصر مانع. القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، 2010م، 67 – 69؛ محمد حافظ غانم. مصدر سابق، ص 103.

66"'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." YBILC. Vol. 1, 1962, p. 239.

67 Hans Kelsen. Principles of International Law, Op.Cit, pp 486 – 487; Anthony D'Amato. Treaties As a Source of General Rules of International Law, Harv. Int'l L. J., Vol. 3, 1962, pp. 1 – 40; McNair. The Functions And Differing Legal Character Of Treaties, BYBIL, 1930, pp. 100 – 118; Werner Levi. Law-Making Treaties, MLR, 1944, pp. 247 – 254; Catherine Brölmann. Law-Making Treaties, NJIL, 2005, pp. 383 – 403.

68 محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام(القاعدة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، 2015م، ص 127 – 128؛ وسام نعمت إبراهيم. النظرية العامة للتشريع في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، 2013م، ص 256 – 263؛ عادل عزت السنجقلي. سريان المعاهدات على الدول غير الأطراف، بغداد: مطبعة السعدون، 1975م، ص 244 وما بعدها. نشر مانلي هدسن مجلدات بعنوان التشريع الدولي وقد ضمنها عدد هائل من المعاهدات، أما ويلفريد جينكس فيرى إن خلافة الدول أو التوارث الدولي نشأ بواسطة المعاهدات الشارعة كتشريع دولي، أنظر:

Manley O. Hudson. International Legislation, Vol. 1 -1919-1921, Vol. 2, 1922-1924, Vol. 3, 1932-1934, Vol. 4, 1935-1937...etc.; C. Wilfred Jenks. State Succession In Respect Of Law-Making Treaties, BYBIL, 1952, pp. 105 – 144.

69 Grigory Tunkin. Is General International Law Customary Law Only?, EJIL, Vol. 4, 1993, pp. 534-541; Hilary Charlesworth. Law-making and sources, In The Cambridge Companion to International Law by James Crawford & Martti Koskenniemi, Cambridge University Press, 2012, pp. 187 – 192; Quincy Wright. Conflicts Between International Law and Treaties, AJIL, Vol. 11, No. 3, 1917, pp. 566-579;

مهدي الموسوي. المقابلة الشخصية مع الأستاذ الدكتور هادي نعيم المالكي، 2020م، ص 3.

70 تدعم المادة 38 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969م هذا الرأي ونصها "ليس في المواد من 34 إلى 37 ما يحول دون أن تصبح قاعدة واردة في معاهدة ملزمة للدولة الغير بأعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترف لها بهذه الصفة".

71 جدير بالذكر إن هنالك فرق بين معاهدات التدوين والمعاهدات العامة، فالمعاهدات المدونة أو المبلورة لعرف سابق كإتفاقية البحار 1958م تعطى مدة للتحول إلى قواعد عرفية عامة واضحة الصياغة لأن القواعد التي تدونها مصدرها العرف كطريقة لإنشاء القواعد الدولية، أما المعاهدات العامة فهي تنظم أمور لم ينظمها العرف كخلافة الدول في المعاهدات، قواعد تفسير المعاهدات، التجارة الخارجية، الترتيبات النقدية الدولية، حماية الملكية الصناعية، البريد والإتصالات، الطيران المدني. الخ، ولكن هذا الأمر تغير بمرور الزمن وأصبح يصعب التفريق بين القواعد التي تدون والقواعد التي تعد تعبيراً عن التطوير التدريجي للقانون الدولي، لذلك تضم بعض الإتفاقيات خليطاً من الأثنين والفيصل في ذلك غالباً محكمة العدل الدولية، أنظر في ذلك:

Alain Pellet. Responding To New Needs Through Codification And Progressive Development, In Multilateral Treaty-Making by Vera Gowland-Debbas, Papers presented at the Forum Geneva held in Geneva, Switzerland, Springer Science, 2000, pp. 13 – 23; R. Y. Jennings. The Progressive Development Of International Law And Its Codification, BYBIL, 1947, pp. 301 – 329; J.Henry Glazer. The Law-Making Treaties of the International Telecommunication Union through Time and In Space, MLR, vol. 60, 1962, pp. 269-316.

72 لابد من الإشارة إلى إن مصطلح القانون الدولي المخصص الذي ورد ذكره سابقاً هو الأوسع نطاقاً، إذ يشمل القانون الدولي الإقليمي المكون من الأعراف والمعاهدات الخاصة؛ وما يسمى بالقانون فوق وطني Supranational Law، ويختص الأخير بالقوانين المنظمة للمحاكم فوق الوطنية بأنواعها كالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ومحاكم التحكيم وما شابه، أنظر في ذلك:

Christopher J. Bickerton. The New Intergovernmentalism, Oxford University Press, 2015; Lynn Dobson. Supranational citizenship, Manchester University Press, 2006; Giuseppe Franco Ferrari. The Impact Of Supranational Laws On The National Sovereignty Of Member States.., Comparative Law Review, vol. 2, ..., pp. 1 – 63.

73 أنظر في ذلك رأي أستاذنا الذي لا يرى في شرط الدولة الأكثر رعاية إستثناءً من مبدأ نسبية آثار المعاهدات، لأن الطرف المستفيد سيبرم معاهدة جديدة مع الدولة المانحة: هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، مكتبة السنهوري- منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م، ص 52 – 57.

74 في الأراء المختلفة أنظر: تونكين. القانون الدولي العام، ترجمة أحمد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972م، ص 74 – 83.

75 لإيضاح أكثر، يقسم الفقهاء الأجانب القانون الدولي إلى Public ويقصد به المنظم لعلاقات أشخاص القانون الدولي من دول ومنظمات دولية بكافة أقسامه، وفي مقابله يقع القانون الدولي الخاص Private الذي ينظم علاقات الأفراد بين الدول، والقانون الدولي الـ Public يقسم إلى قسمين، قانون دولي General الملزم لجميع أشخاص القانون الدولي، والقانون الدولي المخصص Particular الملزم لمجموعة معينة من الدول، وقد ظهرت هذه التقسيمات نتيجة التعددية الموجودة في العالم وبتأثير العولمة، وبرأينا من الأفضل الإقتصار على العام والخاص، وبحث القانون الدولي المخصص ضمن مباحث القانون الدولي الـ Public لأنه جزء منه ولا داعي لهذا التزيد والحشو الذي لا طائل منه.

76 "إن أعمال مجلس الأمن على مدى فترة طويلة تقوم دليلاً إضافيًا على أن القرارات الرئاسية والمواقف التي يتخذها أعضاء المجلس، ولا سيما الأعضاء الدائمون، تفسِّر على الدوام وبنفس الطريقة ممارسَة الامتناع الطوعي من أي عضو من الأعضاء الدائمين بأنها ممارسة "مقبولة على وجه العموم لدى أعضاء الأمم المتحدة" وبأنها دليل على وجود "ممارسة عامة في المنظمة".

ICJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), 1971, p. 22, para 22.

77 " أن المحكمة تلاحظ أن هناك اتجاها متزايدا بمرور الوقت لكي تتعامل الجمعية العامة ومجلس الأمن بالتوازي مع نفس المسألة المتعلقة بصون السلام والأمن الدوليين" ورأت المحكمة إنها ممارسة مقبولة للجمعية العامة قضت بتطوير المادة (1/12):

ICJ. Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion Of 9 July 2004, p. 149 - 150, para 27 and 28.

78 محمد خالد برع. دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد4، 2015م، ص 588 – 589.

79 ICJ. Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria, Judgment Of 10 October 2002, p. 353 – 354.

80 UN. Reports Of International Arbitral Awards, Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, Vol. XVI, 1963, pp. 62 – 63.

81 محمد خالد برع. المصدر أعلاه، ص 590 – 591.

82 سعود بن خلف النويميس. القانون الدولي العام، ط1، الرياض: مكتبة القانون والإقتصاد، 2014م، ص 139 – 140.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

1. بن داود إبراهيم. المعاهدات الدولية في القانون الدولي، الجزائر: دار الكتاب الحديث، 2010م.
2. بيار ماري دبوي. القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م.
3. تونكين. القانون الدولي العام، ترجمة أحمد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972م.
4. جمال عبد الناصر مانع. القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، 2010م.
5. جمال محي الدين. القانون الدولي العام (المصادر القانونية)، دار الجامعة الجديدة، 2009م.
6. جون هنكرتس، لويز دوزوالد. القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول(القواعد)، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
7. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة التاسعة والستون، 2014م.
8. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة التاسعة والستون، 2014م، ص 316 – 318. رمز الوثيقة: A/69/10.
9. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الثالثة والسبعون، 2018م.
10. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الثالثة والسبعون، 2018م. رمز الوثيقة: A/73/10.
11. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة الحادية والسبعون، 2016م. رمز الوثيقة: A/71/10.
12. حولية لجنة القانون الدولي، الدورة السبعون، 2018م، الملحق رقم 10. رمز الوثيقة: A/73/10.
13. زهير الحسني. مشكلة العقيدة القانونية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 45، 1989م.
14. سعود بن خلف النويميس. القانون الدولي العام، ط1، الرياض: مكتبة القانون والإقتصاد، 2014م.
15. شارل روسو. القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، بيروت: الأهلية للنشر والتوزيع، 1979م.

16. صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مصر: دار النهضة العربية، 2007م.
17. عادل عزت السنجقلي. سريان المعاهدات على الدول غير الأطراف، بغداد: مطبعة السعدون، 1975م.
18. عبد الرسول كريم أبوصبيع. القاعدة الدولية العرفية، مكتبة السنهوري، 2017م.
19. عصام العطية. القانون الدولي العام، ط2، بغداد: المكتبة القانونية، 2012م.
20. علي إبراهيم. الوسيط في المعاهدات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 1995م.
21. لجنة الصياغة. نص مشاريع الإستنتاجات، الدورة السبعون للجنة القانون الدولي، 2018م. رمز الوثيقة: A/CN.4/L.908.
22. مايكل وود. التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، لجنة القانون الدولي- الدورة الخامسة والستون، 2013م، رمز الوثيقة: A/CN.4/663.
23. مايكل وود. التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة السابعة والستون، 2015م. رمز الوثيقة: A.CN.4/682.
24. مايكل وود. التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة السادسة والستون، 2014م. رمز الوثيقة: A.CN.4/672.
25. مايكل وود. التقرير الخامس عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي- الدورة السبعون، 2018م. رمز الوثيقة: A/CN.4/717.
26. مايكل وود. التقرير الرابع عن تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي- الدورة الثامنة والستون، 2016م، ص 17 – 24. رمز الوثيقة: A/CN.4/695.
27. محكمة العدل الدولية. موجز الأحكام والفتاوى. 1948 – 1991. رمز الوثيقة: ST/LEG/SER.F/1.
28. محمد حافظ غانم. مبادئ القانون الدولي، ط2، مصر: مطبعة نهضة مصر، 1959م.
29. محمد خالد برع. دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد4، 2015م.
30. محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام(القاعدة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، 2015م.
31. محمد سعيد الدقاق. دروس في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، 1987م.
32. محمد طلعت الغنيمي. بعض الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974م.

33. محمد طلعت الغنيمي-محمد سعيد الدقاق، القانون الدولي العام، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2009م
34. محمد عبد الرحمن الدسوقي. نطاق إلتزام الدولة دون إرادتها في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 2009م.
35. محمد عبد الواحد الفار. القانون الدولي العام، مصر: دار النهضة العربية، 1994م.
36. مذكرة الأمانة العامة. تحديد القانون الدولي العرفي، لجنة القانون الدولي – الدورة الثامنة والستون، 2016م. رمز الوثيقة: A.CN.4/691.
37. مذكرة لنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، 2011م. رمز الوثيقة: A/66/10.
38. مذكرة لنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، 2012م. رمز الوثيقة: A/CN.4/653.
39. مصطفى أحمد فؤاد. أصول القانون الدولي العام، ج2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008م.
40. مصطفى أحمد فؤاد. النظام القانوني الدولي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2019م.
41. مهدي الموسوي. المقابلة الشخصية مع الأستاذ الدكتور هادي نعيم المالكي، 2020م.
42. هادي نعيم المالكي. شرط الدولة الأكثر رعاية، مكتبة السنهوري- منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م.
43. وسام نعمت إبراهيم. النظرية العامة للتشريع في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، 2013.
44. وليد البيطار. القانون الدولي العام، ط1، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Alain Pellet. Responding to new Needs through Codification and Progressive Development, In Multilateral Treaty-Making by Vera Gowlland-Debbas, Papers presented at the Forum Geneva held in Geneva, Switzerland, Springer Science, 2000.
2. Alejandro Alvarez. Latin America and International Law, AJIL, Vol. 3, No. 2, 1909.
3. Alejandro Alvarez. The New International Law, Transactions of the Grotius Society, Vol. 15, 1929.
4. Alexander Orakhelashvili. The Idea of European International Law, EJIL, Vol. 17 No.2, 2006.
5. Anastasios Gourgourinis. General/particular international law and Primary/Secondary Rules, EJIL, Vol. 22 No. 4, 2011.

6. André da Rocha Ferreira. Formation and Evidence of Customary International Law, UFRGSMUN | UFRGS Model United Nations Journal, 2013.
7. Andreas Buss. The *Preah Vihear* Case and Regional Customary Law, CJIL, 2010.
8. Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971.
9. Anthony D'Amato. Treaties as a Source of General Rules of International Law, Harv. Int'l L. J., Vol. 3, 1962.
10. Arnulf Becker Lorca. Universal International Law, HILJ, Vol. 51, No. 2, 2010.
11. Bin Cheng. United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?, In Studies in International Space Law, Oxford University Press, 1997.
12. Bruce M. Russett. International Regions and the International System, Chicago: Rand M9nally & Company, 1967.
13. C. Wilfred Jenks. State Succession In Respect Of Law-Making Treaties, BYBIL, 1952.
14. C.G. Weeramantry. Universalising International Law, Leiden / Boston: Martinus Nijhoff PUBLISHERS, 2003.
15. Catherine Brölmann. Law-Making Treaties, NJIL, 2005.
16. Christopher J. Bickerton. The New Intergovernmentalism, Oxford University Press, 2015.
17. D'Amato. Customary International Law: A Reformulation, International Legal Theory, Vol. IV, 1998.
18. Dietrich Schindler. Regional International Law, IN Encyclopedia of Public International Law by Rudolf Dolzer and others, vol.7, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1984.
19. E. M. Borchardt. Le droit international américain, PSR, Vol. 4, No. 2, 1910.
20. Emer de Vattel. The Law of Nations, Liberty Fund, Inc., 2008.
21. Emmanuelle Jouannet. Universalism of International Law and Imperialism, IN Universalism in International Law and Political Philosophy by Petter Korkman & Virpi Mäkinen, Helsinki: Helsinki Collegium for Advanced Studies, 2008.
22. G. Cohen-Jonathan. La Coutume Locale, In: Annuaire français de droit international, Vol. 7, 1961.
23. Gary L. Scott, Craig L. Carr. Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law, Denv. J. Int'l L., vol. 25, 1996.

24. Georges SCELLE. Règles Générales Du Droit De La Paix, In Académie De Droit International, Recueil Des Cours, Tome 46, PARIS: Librairie Du Recueil Sirey, 1933.
25. Gerald Fitzmaurice. Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, In Symbolae Verzijl: présentées au professeur J. H. W.Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire, La Haye : Nijhoff, 1958.
26. Gerald Fitzmaurice. The Law and Procedure of the International Court Of Justice, BYBIL, 1953.
27. Gideon Boas. Public International law, Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
28. Giuseppe Franco Ferrari. The Impact of Supranational Laws on the National Sovereignty of Member States.., Comparative Law Review, vol. 2.
29. Grigory Tunkin. Is General International Law Customary Law Only?, EJIL, Vol. 4, 1993.
30. H. B. Jacobini. A Study Of The Philosophy Of International Law As Seen In Works Of Latin American Writers, Martinus Nijhoff, 1954.
31. H. Victor Condé. A Handbook of International Human Rights Terminology, 2nd ed, University of Nebraska Press, 2004.
32. Hans Kelsen. Principles of International Law, Revised and Edited By Robert W.Tucker, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
33. Harry T. Collings. The Congress of Bolívar, The Hispanic American Historical Review, Vol. 6, No. 4, 1926.
34. Hilary Charlesworth. Law-making and sources, In The Cambridge Companion to International Law by James Crawford & Martti Koskenniemi, Cambridge University Press, 2012.
35. Hugh Thirlway. The Sources of International Law, 2nd ed, Oxford University Press, 2019.
36. I. C. MacGibbon. Customary International Law and Acquiescence, BYBIL, 1957.
37. ICJ. Asylum Case (Colombia / Peru), Judgment Of November 20th, 1950; Dissenting Opinion By Judge Alvarez; Dissenting Opinion By Judge Azevedo.
38. ICJ. Case Concerning Right Of Passage Over Indian Territory (Portugal V. India), Merits, Judgment Of 12 APRIL 1960.
39. ICJ. Case Concerning Rights Of Nationals Of The United States Of America In Morocco, Judgment Of August 27th, 1952.

40. ICJ. Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria, Judgment Of 10 October 2002.
41. ICJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), 1971.
42. ICJ. Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion Of 9 July 2004.
43. Insur Z. Farkhutdinov. Pan-American International Law, RJCL, Vol. 5, No. 2, 2018.
44. International Law Commission. Ways And Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available, New York: Lake Success, 1949, P. 1 and after, code: A/CN.4/6 and add/core.1.
45. J. Basdevant. Tome 58, 1936, Recueil Des Cours, PARIS: Librairie Du Recueil Sirey.
46. J.Henry Glazer. The Law-Making Treaties of the International Telecommunication Union through Time and In Space, MLR, vol. 60, 1962.
47. James R Crawford. Brownlie's Principles of Public International Law, 8thed, Oxford University Press, 2012.
48. Jan Klabbers. International Law, Cambridge University Press, 2013.
49. Jason A. Beckett. The End Of Customary International Law?, PhD Thesis, University Of Glasgow, 2005.
50. Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald. Customary International Humanitarian Law(Practice), Vol. 2, International Committee of the Red Cross, 2005.
51. John H. Currie. Public International Law, 2nded, Toronto: Irwin Law Inc., 2008.
52. Jonathan I. Charney. Universal International Law, AJIL, Vol. 87, No. 4, 1993.
53. Josef L. Kunz. General International Law and the Law of International Organizations, AJIL, Vol. 47, No. 3, 1953.
54. Karl Strupp. Recueil Des Cours, Tome 47, PARIS: Librairie Du Recueil Sirey, 1934- I.
55. KAROL WOLFKE. Custom In Present International Law, Ossolinskich: Zaklad Narodowy im., 1964.
56. Khagani Guliyev. Local Custom in International Law, ICLR, Vol. 19, 2017.
57. Krzysztof Skubiszewski. Elements of Custom and The Hague Court, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1971.

58. Lazare Kopelmanas. Custom as a Means of the Creation of International Law, BYBIL, 1937.
59. Lord McNair. The Law of Treaties, Oxford University Press, 1961.
60. Lori Fisler Damrosch and others. International Law Cases and Materials, 4thed, West Publishing Co., 2001.
61. Luigi Crema. The "Right Mix" and "Ambiguities" in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case, IN International Courts and the Development of International Law by Nerina Boschiero and others, Springer, 2013.
62. Lynn Dobson. Supranational citizenship, Manchester University Press, 2006.
63. Malcolm N. Shaw. International Law, 6thed, Cambridge University Press, 2008.
64. Manley O. Hudson. International Legislation, Vol. 1 -1919-1921, Vol. 2, 1922-1924, Vol. 3, 1932-1934, Vol. 4, 1935-1937...etc.
65. McNair. The Functions And Differing Legal Character Of Treaties, BYBIL, 1930.
66. Michael Akehurst. Custom As A Source Of International Law, BYBIL, 1974-75.
67. MICHAŁ STĘPIEŃ. Taking The Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously, Wroclaw Review of Law, Special Issue, vol.8:2, 2018.
68. Monique Marie Gallien. Does the United States Violate Regional Customary Law by Imposing the Death Penalty on Citizens of Puerto Rico, BJIL, Vol. 30, 2005.
69. Paul Reuter. Introduction to the Law of Treaties, translated by Jose Mico and Peter Haggenmacher, London and New York: Pinter Publishers, 1989.
70. Quincy Wright. Conflicts Between International Law and Treaties, AJIL, Vol. 11, No. 3, 1917.
71. R. R. Baxter. Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law, BYBIL, 1965-66.
72. R. Y. Jennings. The Progressive Development of International Law and Its Codification, BYBIL, 1947.
73. Robert Kolb. The Law of Treaties, Edward Elgar Publishing Limited, 2016.
74. Robert Kolb. Theory of international Law, Oxford and Portland, 2016.
75. Statute of international law commission, Adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981, code: A/CN.4/4/Rev.2.

76. UN. Reports of International Arbitral Awards, Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, Vol. XVI, 1963.
77. Werner Levi. Law-Making Treaties, MLR, 1944.
78. YBILC. 1959, Vol. 2.
79. YBILC. 1962, Vol. 1.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1. https://www.un.org.
2. https://www.icj-cij.org.
3. https://arabic.rt.com.
4. https://www.aljazeera.net.

The Hierarchy between Custom and Treaty in Public International Law

Assist Lect. Mahdi salah Mahdi
College of Law
Al-Mustansiriyah University
meh95di@gmail.com

Prof Dr. Hadi Naiem Almalky
College of Law
University of Baghdad
dr.hadialmaliki@yahoo.com

Keywords: general treaties, consuetudo est servanda, pata sunt servanda, opinio juris

Summary:

The Hierarchy between custom and the treaty is one of the thorny and controversial topics in general international law, and the reason is mainly due to the difference in the legal and methodological philosophy that the researcher or specialist considers the sources of international law, in addition to the lack of bodies competent to issue international legal rules, however, states have developed Possibilities to facilitate this task, the most important of which is the establishment of international organizations to exchange views and viewpoints, issuing decisions or concluding treaties to establish the foundations and pillars of the international system, which contributed to the emergence of a formal and objective Hierarchy between types of custom and treaty, and this resulted in a number of important effects.