

Distr.: General
17 May 2013
Arabic
Original: English



لجنة القانون الدولي

الدورة الخامسة والستون

جنيف، ٦ أيار/مايو - ٧ حزيران/يونيه
و ٨ تموز/يوليه - ٩ آب/أغسطس ٢٠١٣

التقرير الأول عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته

مقدم من مايكل وود، المقرر الخاص*

المحتويات

الصفحة

٣	الجزء الأول - تمهيد
٣	أولاً - مقدمة
٥	ثانياً - الأعمال السابقة للجنة
٨	الجزء الثاني - نطاق الموضوع ونتائجه
٨	ثالثاً - نطاق الموضوع ونتائجه
١٣	رابعاً - مسألة ما إذا كان ينبغي إدراج القواعد الآمرة في نطاق الموضوع
١٦	الجزء الثالث - القانون الدولي العرفي بوصفه مصدراً للقانون الدولي
	خامساً - القانون الدولي العرفي وعلاقته بالمصادر الأخرى الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي
١٦	لمحكمة العدل الدولية
٢٤	سادساً - المصطلحات

* يود المقرر الخاص أن يشكر السيد أومري سندير لما قدمه في إعداد هذا التقرير من مساعدة لا تقدر بثمن.



٢٧ سابعا - نهج الدول والجهات الفاعلة الحكومية الدولية الأخرى
٣٠ ثامنا - الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية
٣٨ تاسعا - الاجتهاد القضائي للمحاكم والهيئات القضائية الأخرى
٥٨ عاشرا - أعمال الهيئات الأخرى
٦٢ حادي عشر - الكتابات
٧٩ الجزء الخامس: الأعمال المقبلة
٧٩ ثاني عشر - برنامج العمل المقبل

الجزء الأول - تمهيد

أولا - مقدمة

١ - قررت اللجنة، خلال دورتها الرابعة والستين المعقودة في عام ٢٠١٢، وضع موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها الحالي، وعينت مايكل وود مقررا خاصا^(١). وأعد المقرر الخاص مذكرة تبين أفكاره الأولية بشأن الموضوع، ولا سيما في ما يتعلق بالنطاق وبرنامج العمل المؤقت^(٢)، وكانت أرضية لمناقشة أولية تمت في وقت لاحق من الدورة^(٣).

٢ - وفي أثناء مناقشة اللجنة السادسة التي عقدت في وقت لاحق من ذلك العام، أكدت الوفود على أهمية الموضوع وفائدته، وكذلك الدور الكبير الذي يؤديه القانون الدولي العرفي على الصعيدين الدولي والوطني. وجرى التأكيد أيضا على الصعوبات الملازمة للموضوع، ولا سيما التعقيد الذي يطبع تقييم وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وأكدت الوفود كذلك على ضرورة الحفاظ على مرونة العملية العرفية. وشملت نقاط أخرى أهمية استكشاف معنى ومظاهر ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام باعتبارهما ركنين من أركان القانون الدولي العرفي؛ وأهمية العلاقة بين المعاهدات والقانون الدولي العرفي؛ وضرورة دراسة دور المنظمات الدولية في ما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته؛ واستصواب الخلوص إلى نتائج عملية^(٤).

٣ - ولاحظت الجمعية العامة في قرارها ٩٢/٦٧ مع التقدير قرار لجنة القانون الدولي إدراج الموضوع في برنامج عملها، ووجهت أنظار الحكومات إلى أهمية الحصول على آرائها بشأن المسائل المحددة المبينة في الفصل الثالث من تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الرابعة والستين^(٥).

(١) A/CN.4/SR.3132، الصفحة ١٦ (من النص الإنكليزي).

(٢) A/CN.4/653.

(٣) A/CN.4/SR.3148، 3150، 3151، 3152، ٢٤ و ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ تموز/يوليه ٢٠١٢؛ A/67/10، الصفحات ١٣٥-١٤٤.

(٤) A/C.6/67/SR.18-25؛ وتقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتيها الثالثة والستين والرابعة والستين: موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة للمناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها السابعة والستين (A/CN.4/657)، الفقرات ٤٧-٥٢.

(٥) قرار الجمعية العامة ٩٢/٦٧ المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢، الفقرتان ٤ و ٧.

٤ - وطلبت اللجنة في دورتها الرابعة والستين إلى الدول "تقديم معلومات عن ممارستها فيما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي وأنواع الأدلة المناسبة لإثبات ذلك القانون في حالة ما، على نحو تبينه: (أ) البيانات الرسمية أمام الهيئات التشريعية، والمحاكم، والمنظمات الدولية؛ (ب) والقرارات الصادرة عن محاكم وطنية أو إقليمية أو دون إقليمية"^(٦). ويقترح المقرر الخاص أن تطلب اللجنة الآن ردوداً بحلول ٣١ كانون الثاني/يناير ٢٠١٤.

٥ - وطلبت اللجنة أيضاً إلى الأمانة العامة أن تعد مذكرة تحدد العناصر التي تضمنتها أعمال اللجنة السابقة والتي يمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة للموضوع^(٧). وكما هو مبين في الفرع الثاني أدناه، تعطي مذكرة الأمانة العامة معلومات مفصلة عما للجنة من سابق ممارسة ذات صلة بالموضوع^(٨)، وستكون سندا قيماً لأعمال اللجنة في المستقبل.

٦ - ولهذا التقرير طابع تمهيدي. إذ الهدف منه هو توفير أساس للأعمال والمناقشات المستقبلية بشأن الموضوع. وعليه، وبعد إعطاء وصف لأعمال اللجنة السابقة ذات الصلة، سيناقش التقرير في الجزء الثاني نطاق الموضوع (بما في ذلك ما إذا كان ينبغي تغطية القواعد الآمرة)، والنتائج الممكنة. ويتناول الجزء الثالث بعد ذلك بعض المسائل المتعلقة بالقانون الدولي العرفي باعتباره مصدراً من مصادر القانون، بما في ذلك المادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والمصطلحات. ويصف الجزء الرابع الفئات الرئيسية للمواد المتعلقة بنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (ممارسة الدول والجهات الفاعلة الحكومية الدولية الأخرى؛ والاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية وغيرها من المحاكم؛ وأعمال الهيئات الأخرى؛ والكتابات). وأثناء القيام بذلك، يلقي نظرة على نهج متنوعة اقترحت لدراسة نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته والتجارب المتراكمة في ما يتعلق بذلك.

٧ - وتستحق أعمال رابطة القانون الدولي أن يشار إليها على نحو خاص في البداية، ويرد وصف أكثر تفصيلاً لها في الفرع العاشر أدناه. وكان بيان لندن بشأن المبادئ الذي وضعته الرابطة في عام ٢٠٠٠ تنويجاً لعملية كبيرة دامت ١٥ سنة وانتهت منذ ١٣ سنة، لدراسة عملية نشأة القانون الدولي العرفي^(٩). وستختلف أعمال اللجنة عن أعمال الرابطة في جوانب

(٦) A/67/10، الصفحة ٩.

(٧) A/67/10، الصفحة ١٣٥.

(٨) A/CN.4/659.

(٩) انظر: بيان لندن بشأن المبادئ المنطبقة على نشأة القانون الدولي العرفي العام، مع الشروح؛ القرار ٢٠٠٠/١٢ (نشأة القانون الدولي العرفي العام)، الذي اعتمد في الدورة التاسعة والستين لمؤتمر رابطة القانون الدولي، في لندن، في ٢٩ تموز/يوليه ٢٠٠٠.

مهمة، لأسباب ليست أقلها مكانة اللجنة الفريدة كهيئة فرعية للجمعية العامة وما يقترن بذلك من علاقة تجمع اللجنة بالدول^(١٠).

ثانياً - الأعمال السابقة للجنة

٨ - من المفيد التذكير بالأعمال ذات الصلة التي قامت بها اللجنة، بما في ذلك أعمالها الأولى التي صدر بها تكليف بموجب المادة ٢٤ من نظامها الأساسي، وأعمالها بشأن قانون المعاهدات وموضوع "تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي". ويتعلق معظم أعمال اللجنة بتحديد القانون الدولي العرفي، وإن كانت في بعض الأحيان حذرة في ما يخص التمييز بوضوح بين تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي^(١١).

٩ - وقامت اللجنة، وفقاً للمادة ٣٤ من نظامها الأساسي^(١٢)، بالنظر في موضوع "طرق ووسائل زيادة تيسير إتاحة أدلة القانون الدولي العرفي" في دورتها الأولى والثانية في عامي ١٩٤٩ و ١٩٥٠. وبناء على مذكرة للأمانة العامة^(١٣) وورقة عمل أعدها مانلي أو هادسن^(١٤)، قدمت اللجنة عدداً من التوصيات، منها أن توجه الجمعية العامة انتباه الدول إلى استصواب نشر موجزات لمراسلاتها الدبلوماسية والمواد الأخرى المتعلقة بالقانون الدولي،

(١٠) انظر: G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 128-9 "... لعل بالإمكان القيام على أحسن وجه بتوضيح موثوق به لمعايير العرف من خلال مصنف تصوغه بعناية لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي، مثلاً".

(١١) D. McRae, "The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission", *Journal of International Law and Diplomacy (Kokusaiho Gaiko Zasshi)*, 75-94 (2013), 111.

(١٢) تنص المادة ٢٤ من النظام الأساسي للجنة على ما يلي: "تنظر اللجنة في الطرق والوسائل الكفيلة بجعل الأدلة المتصلة بالقانون الدولي العرفي أيسر توافراً، مثل جمع ونشر الوثائق المتعلقة بممارسة الدول وقرارات المحاكم الوطنية والدولية، وبشأن مسائل القانون الدولي، وتقديم تقريراً إلى الجمعية العامة في هذا الشأن".

(١٣) A/CN.4/6 و Corr.1.

(١٤) A/CN.4/16 و Add.1. أثناء الإحالة إلى نطاق القانون الدولي العرفي، أشار هادسن، في جملة أمور، إلى أنه "سيبدو أن نشأة مبدأ من مبادئ القانون الدولي أو قاعدة من قواعده تتطلب العناصر التالية: (أ) ممارسة متطابقة لعدد من الدول في ما يتعلق بنوع من الحالات التي تدخل في مجال العلاقات الدولية؛ (ب) استمرار الممارسة أو تكرارها خلال فترة مهمة من الزمن؛ (ج) تصور أن الممارسة مطلوبة بموجب القانون الدولي السائد أو تنماشى معه؛ و (د) قبول الدول الأخرى العام للممارسة" (الفقرة ١١). وتناولت ورقة العمل أيضاً بتفاصيل أكبر الأدلة المتعلقة بالقانون الدولي العرفي.

زيادة إتاحة أدلة ممارستها^(١٥). وأدى هذا التقرير البالغ التأثير إلى صدور عدد من المنشورات الهامة في مجال القانون الدولي، على الصعيدين الوطني والدولي، منها مجموعة الأمم المتحدة التشريعية (United Nations Legislative Series) ومجموعة قرارات التحكيم الدولي (Reports of International Arbitral Awards)، وكذلك موجزات وطنية للممارسة^(١٦).

١٠ - وجرى إعداد دراستين استقصائيتين مهمتين للقانون الدولي، في عامي ١٩٤٨^(١٧) و ١٩٧١^(١٨)، لمساعدة اللجنة في اختيار مواضيعها. ومن المهم التذكير بما جاء في دراسة عام ١٩٤٨ تحت العنوان "مصادر القانون الدولي":

"أكمل بنجاح تدوين هذا الجانب من القانون الدولي من خلال تعريف مصادر القانون الدولي كما ترد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. واعتبرت هيئات التحكيم الدولية هذا التعريف مرارا تعريفا ذا حجية. ومن غير المؤكد ما إذا كانت ستجدي أي نفع محاولات جعله أكثر تحديدا بالقيام مثلا بتحديد شروط نشأة العرف الدولي واستمرار صحته أو عن طريق التعداد، على سبيل المثال، لبعض المبادئ العامة للقانون التي تعتبرها المادة ٣٨ من النظام الأساسي مصدرا من المصادر الأساسية الثلاثة للقانون الدولي التي يتعين أن تطبقها المحكمة.

(١٥) انظر: *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, 367-374 (Report of the C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), 70-82, reproduced in A. Parry (ed.), *Collected Papers of Professor Clive Parry* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2012), Vol II, 1-105

(١٦) انظر: A/CN.4/659، الفقرات ٩-١١. واعتمدت لجنة وزراء مجلس أوروبا خطة نموذجية لتصنيف الوثائق المتعلقة بممارسة الدول في مجال القانون الدولي العام في عام ١٩٦٨ (CM/Res (68) 17)، والتي أصبحت إطارا لعدد من المنشورات الوطنية؛ وجرى تنقيح الخطة النموذجية تنقيحا جوهريا في عام ١٩٩٧ (CM/Rec 11 (97)).

(١٧) انظر: *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General* (A/CN.4/1/Rev.1, 10 February 1949) (United Nations publication, Sales No. 1948.V.1(1)) وأقر أمين اللجنة في عام ١٩٦٠ بأن الدراسة الاستقصائية هي عمل قام به هيرش لوترباشت (Hersh Lauterpacht): *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, vol. I, 52.

(١٨) انظر: A/CN.4/245، Working paper prepared by the Secretary-General: *Survey of international law*: *Yearbook of the International Law Commission 1971*, (United Nations publication, Sales No. E.72.V.6 (Part II) vol. II, Part Two, 1

وسيلبي إدراج تعريف لمصادر القانون الدولي في أي خطة عامة للتدوين شروط التوازي المنهجي تمييزاً له عن أي حاجة عملية ملحة. غير أنه قد يقترن عنصر فائدة مستقل بأي شرح يشفع بالتعريف ويجمع تجربة محكمة العدل الدولية والمحاكم الدولية الأخرى في تطبيق مختلف مصادر القانون الدولي^(١٩).

ولم تعد دراسة عام ١٩٧١ النظر في هذه المسألة. غير أن دراسة استقصائية غير رسمية تعود إلى عام ١٩٩٨، تحمل العنوان "مواد ينبغي ألا تسجل في جدول أعمال محكمة العدل الدولية"، شملت ما يلي:

"ينبغي لمحكمة العدل الدولية ألا تسجل موضوع 'المصادر' (باستثناء المعاهدات) في جدول أعمالها. فتدوين العمليات المرنة نسبياً التي تنشأ من خلالها قواعد القانون العرفي قد يأتي بنتائج عكسية وربما يكون هذا التدوين مستحيلاً. وعلاوة على ذلك، فإن الأسئلة المطروحة في مجال المصادر أسئلة أساسية (مثلاً، ما هو العرف؟ وكيف ينشأ؟) مقارنة بالأسئلة الثانوية (ما هي قواعد تفسير المعاهدات؟)، ويبدو أن هذه الأسئلة الأساسية تستند استناداً استثنائياً إلى النظريات"^(٢٠).

وكانت اللجنة على علم بهذه الآراء السابقة، لدى اتخاذها قراراً بشأن تناول هذا الموضوع. غير أنها كانت تعي أيضاً أنه، حسب ما جاء في تعبير المخطط العام لعام ٢٠١١:

"غير أن فهم عملية نشأة [القانون الدولي العرفي] وتحديد أسسها لجميع من عليهم تطبيق قواعد القانون الدولي. وضمان التوصل إلى فهم مشترك لهذه العملية قد يكون بالغ الأهمية من الناحية العملية. ويرجع ذلك بصورة خاصة إلى تزايد الحالات التي يتصدى فيها لمسائل القانون الدولي العرفي أشخاص يمكن أن يكونوا من غير المتخصصين في القانون الدولي، مثل العاملين في المحاكم الوطنية للعديد من البلدان، والعاملين في الوزارات بخلاف وزارة الخارجية، والعاملين في المنظمات غير الحكومية"^(٢١).

(١٩) انظر الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحة ٢٢.

(٢٠) انظر: Report of the Study Group on the Future Work of the International Law Commission, para. 104, in M.R. Anderson et al (eds.), *The International Law Commission and the future of international law* (British Institute of International and Comparative Law, 1998), 42.

(٢١) المرفق ألف لتقرير اللجنة لعام ٢٠١١، A/66/10، الفقرة ٣.

١١ - وكما ورد شرحه في مذكرة الأمانة العامة (A/CN.4/659)، تناولت اللجنة نشأة القانون الدولي العرفي وتعريفه في مناسبات عديدة. وأخذنا في الاعتبار أعمال اللجنة ذات الصلة منذ عام ١٩٤٩ (وبخاصة المشاريع النهائية التي اعتمدها اللجنة عبر السنين بشأن المواضيع العديدة التي نظرت فيها)، تسعى اللجنة "إلى تحديد العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة والتي يمكن أن تتسم بأهمية خاصة لموضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" وتنظر المذكرة في جزئها الأساسي في "نهج اللجنة إزاء تعريف القانون الدولي العرفي وعملية إنشائه بالتركيز على ما يلي (أ) النهج العام للجنة؛ (ب) ممارسة الدول؛ (ج) ما يسمى بالعنصر الذاتي (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)؛ (د) أهمية ممارسة المنظمات الدولية؛ و (هـ) أهمية الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون العام. وتغطي أيضا "جوانب معينة في عمل القانون العرفي داخل النظام القانوني الدولي" "تتصل [...] بالطابع الإلزامي لقواعد القانون الدولي العرفي وخصائصها - بما في ذلك القواعد الإقليمية، والقواعد المنشئة للالتزامات ذات الحجية المطلقة إزاء الكافة، وقواعد الأحكام الآمرة - فضلا عن صلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات و'القواعد العامة للقانون الدولي' (٢٢).

١٢ - وتشير مذكرة الأمانة العامة، في جملة أمور، إلى أن اللجنة دأبت على اعتبار اتساق ممارسة الدول وعموميتها عنصريين رئيسيين في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباته. وذكرت أيضا أنه، بالإضافة إلى ممارسة الدول، "أشارت اللجنة مرارا" في هذه السياق - وإن كان ذلك بتعابير مختلفة - "إلى ما يعرف كثيرا بالعنصر الذاتي في القانون الدولي العرفي" (٢٣). وتلاحظ المذكرة أن اللجنة اعتمدت على "مجموعة متنوعة من المواد" في تقييم كل من ممارسة الدول و"العنصر الذاتي" المرتبط بها، وأنه اتضح على نحو متكرر أن الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون العام، وكذلك ممارسة المنظمات الدولية مهمة بالنسبة لهذه الأعمال.

الجزء الثاني - نطاق الموضوع ونتائجه

ثالثا - نطاق الموضوع ونتائجه

١٣ - نوقش نطاق الموضوع والنتائج الممكنة لأعمال اللجنة خلال مناقشات اللجنة التي عقدت في عام ٢٠١٢ (٢٤)، وخلال النقاش الذي دار في اللجنة السادسة في الدورة السابعة

(٢٢) انظر A/CN.4/659، الموجز.

(٢٣) المرجع نفسه، في الفقرة ٢٦.

(٢٤) انظر الحاشية ٣ أعلاه.

والستين للجمعية العامة^(٢٥). وأثيرت مسألة ما إذا كان عنوان الموضوع، الذي يشير إلى كل من "نشأة" القانون الدولي العرفي و "إثباته"، يغطي بدقة المسألة المتوخاة؛ ولوحظ أيضا عدم اتساق نسي في الصيغ التي وردت بها هاتان الإشارتان في اللغات المختلفة^(٢٦). وعلاوة على ذلك، أشير إلى أن المسألة الأساسية هي "تحديد" القانون الدولي العرفي، وأن الإشارة إلى "النشأة" قد تجعل الموضوع مفرطاً في الاتساع أو مغرقاً في الطابع النظري.

١٤ - وفي رأي المقرر الخاص، كيفما كان العنوان الدقيق، فإن الهدف من الموضوع هو إعطاء بعض التوجيهات إلى أولئك المدعويين إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العرفي بشأن كيفية تحديد هذه القواعد في حالات ملموسة. ويشمل ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، القضاة في المحاكم المحلية، والقضاة والمحكمين في المحاكم الدولية المتخصصة.

١٥ - وفي الصيغة الإنكليزية للعنوان، كان الهدف من المصطلحين "formation" و "evidence" هو الإشارة إلى أنه من أجل تحديد ما إذا كان قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي موجودة، يلزم الأخذ في الاعتبار كل من شروط نشأة قاعدة ما من قواعد القانون الدولي العرفي، وأنواع الأدلة التي تثبت استيفاء هذه الشروط. ومع ذلك، لعله من المفيد التأكيد في مرحلة مبكرة من أن العنوان يعكس بدقة النطاق المتوخى للموضوع في مختلف اللغات (بما فيها الإنكليزية)، وأن له نفس المعنى فيها جميعاً.

١٦ - ويعتمد أخصائيو القانون الدولي، وخاصة الكتاب منهم، العديد من النهج إزاء القانون الدولي العرفي، إذ ينظر بعضهم إليه بالأساس على أنه مصدر للقانون الدولي، في حين يهتم آخرون بقدر أكبر بمفعوله في نظام قانوني محلي معين. ولئن كان البعض منهم يسعون إلى وصف وتوضيح الموقف الحالي في ما يتعلق بطرق نشأته وتعريفه، ينظر آخرون بشكل واضح إلى المستقبل^(٢٧). ويرى المقرر الخاص أن يكون هدف اللجنة وصف الحالة الراهنة للقانون الدولي في ما يتعلق بنشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباتها، دون المساس بأهمية التطورات التي قد تحدث في المستقبل.

١٧ - وأشارت المناقشات في لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة في عام ٢٠١٢ إلى الحاجة إلى تحديد نطاق الموضوع تحديداً واضحاً مقارنة بمواضيع أخرى وردت أو ترد على

(٢٥) انظر الحاشية ٤ أعلاه.

(٢٦) وهي كما ترد حالياً: بالعربية "نشأة... وإثباته"، وبالصينية "形成与证据"، وبالفرنسية "formation et identification"، وبالروسية "формирование и доказательство существования"، وبالإسبانية "formación y documentación".

(٢٧) انظر الفرع الحادي عشر أدناه.

جدول أعمال اللجنة، وذلك من أجل تفادي التداخل غير الضروري. وتشمل المواضيع الأخرى ”تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي“^(٢٨)، و ”الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات“^(٢٩). ويتوقع ألا يكون هذا الأمر صعباً من الناحية التطبيقية؛ إذا الخطوط الفاصلة واضحة وضوحاً معقولاً^(٣٠).

١٨ - وينبغي عدم توقع أن تأتي نتائج أعمال اللجنة في شكل مجموعة من القواعد القطعية والسريعة لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي. بل إن الهدف هو إبراز العمليات العامة لنشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباتها: إذ بدأ أن تمة اتفاقاً واسع النطاق في المناقشات التي جرت حتى الآن على أن تكون النتائج الملائمة لأعمال اللجنة في شكل مجموعة من ”الاستنتاجات“ مشفوعة بشروح^(٣١).

١٩ - ومن المسائل التي سيلزم أن تتناولها اللجنة مسألة ما إذا كانت توجد نهج مختلفة إزاء نشأة القانون الدولي العرفي ونشأته في مجالات مختلفة من القانون الدولي، من قبيل القانون الدولي لحقوق الإنسان^(٣٢)، والقانون الجنائي الدولي^(٣٣) والقانون الإنساني

(٢٨) للاطلاع على نتائج أعمال اللجنة بشأن ذلك الموضوع، انظر تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثامنة والخمسين، A/61/10، الفقرة ٢٥١، وكذلك الوثيقة A/CN.4/L.682، و Add.1 و Corr.1.

(٢٩) كان عنوان الموضوع في السابق هو ”المعاهدات عبر الزمن“.

(٣٠) التقرير الأول عن الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، إعداد غيورغ نولتي، المقرر الخاص (A/CN.4/660)، الفقرة ٧.

(٣١) وعلى نفس المنوال، يشمل بيان لندن بشأن المبادئ ”بياناً بشأن القواعد والمبادئ ذات الصلة، كما تفهمها اللجنة... وبعض التوجيهات العملية لفائدة الأشخاص المنوط بهم تطبيق القانون أو تقديم المشورة بشأنه، وكذلك لفائدة الأكاديميين والطلاب. ويحتاج العديد منهم إلى مبادئ توجيهية وحيزة وواضحة نسبياً بشأن مسألة غالباً ما تسبب قدراً كبيراً من الحيرة...“ (الفقرتان ٣-٤، والفقرة ٤).

(٣٢) انظر مثلاً E. Klein (ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003) و R.B. Lillich, “The Growing Importance of Customary International Human Rights Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25 (1995/6), 1-30P و H.G. Cohen, “Symposium: The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms: From Fragmentation to Constitutionalization”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 25 (2012), 381-394.

(٣٣) انظر مثلاً W. Schabas, “Customary Law or 'Judge-Made' Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals”, in J. Doria et al. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 77.

الدولي^(٣٤). فقد تثير نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباته مسائل معينة في مجالات مختلفة وقد تطرح عندئذ مسألة ما إذا كان يمكن إعطاء وزن مختلف لمواد مختلفة تبعاً للمجال المعني وإذا كان الأمر كذلك، فيلبي أي حد^(٣٥). وينبغي التذكير في نفس الوقت ”بأن القانون الدولي“، على حد تعبير القاضي غرينوود، ”ليس سلسلة من مجموعات قوانين متخصصة ومستقلة مجزأة، تؤدي كل واحدة منها وظيفتها بصورة منفصلة عن الأخرى؛ بل هو نظام قانون واحد وموحد“^(٣٦).

(٣٤) انظر مثلاً J. d'Aspremont, “An autonomous regime of identification of customary international humanitarian law: do not say what you do or do not do what you say?”, in R. van Steenberghe (ed.), *Droit T. Meron, و international humanitaire: un régime spécial de droit international?* (Bruylant, 2013), 67-95 “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 90 (1996), 238-249. وأشار ميرون أيضاً إلى أن ”من الصعب الوقوف على ممارسة إيجابية ملموسة للدول في ما يتعلق بقواعد تكون تحريرية إلى حد كبير - إذ قواعد القانون الإنساني تحريرية عموماً- لأن هذه القواعد تحترم إلى حد كبير من خلال الامتناع عن انتهاكها عوض احترامها بالممارسة إيجابية“: T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), 32.

(٣٥) انظر: قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)، *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 73 (“لأغراض هذه القضية، فإن أهم ممارسة للدول، يمكن الوقوف عليها [...] في تلك القرارات القضائية الوطنية...”)؛ وقضية المدعي العام ضد تاديتش *Prosecutor v. Tadić*, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 99 (“قبل الإشارة إلى بعض مبادئ وقواعد القانون العرفي التي نشأت في المجتمع الدولي بغرض تنظيم الحروب الأهلية، لا بد من كلمة تحذير بشأن عملية وضع القانون في قانون النزاعات المسلحة. فعند السعي إلى التأكد من ممارسة الدول بمهدف إثبات وجود قاعدة عرفية أو مبدأ عام، يصعب، بل يستحيل، تحديد السلوك الفعلي للجنود في الميدان بمهدف إقرار ما إذا كانوا يمثلون في الواقع لبعض معايير السلوك أو يتجاهلونها. ويصبح هذا الفحص بالغ الصعوبة لا لرفض وصول المراقبين المستقلين (وحتى لجنة الصليب الأحمر الدولية في كثير من الأحيان) إلى مسرح العمليات العسكرية فحسب، بل ولحجب طرفي النزاع للمعلومات عن السير الفعلي للأعمال العدائية؛ والأدهى من ذلك هو اللجوء في كثير من الأحيان إلى إعطاء معلومات مضللة من أجل تضليل العدو وكذلك الرأي العام والحكومات الأجنبية. ولذلك، ينبغي أثناء تقييم نشأة القواعد العرفية أو المبادئ العامة إدراك أنه، نظراً للطبيعة الملازمة لهذا الموضوع، يجب الاعتماد بالأساس على عناصر من قبيل التصريحات الرسمية للدول، والأدلة العسكرية، والقرارات القضائية“).

(٣٦) انظر: قضية أحمدو صاديو ديالو (جمهورية غينيا ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية: *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea)*, Judgment, 19 June 2012, Declaration of Judge Greenwood, para. 8. انظر أيضاً A/61/10، الفقرة ٢٥١؛ والدراسة التي أكملها رئيس الفريق الدراسي A/CN.4/L.682، و Add.1 و Corr.1)، الفقرتان ٣٣-٣٤.

٢٠ - وثمة مسألة أخرى أثّرت خلال المناقشات الأولية داخل اللجنة هي مسألة ما إذا كان النهج الذي ينبغي اعتماده يتوقف على الجمهور المقصود^(٣٧). وسيكون جديرا بالتذكير أنه جرى أيضا النظر عند بداية عملية رابطة القانون الدولي أيضا في "زاوية الملاحظة"^(٣٨). وفي رأي المقرر الخاص، ينبغي أن يكون النهج المقبول في تحديد القانون هو نفس النهج المتبع في جميع المقامات؛ ولعل التوصل إلى تفاهم مشترك وعمام هو بالتحديد ما تأمل اللجنة في تحقيقه.

٢١ - وأثناء قيام اللجنة بأعمالها، سيكون من الضروري التصدي للمسائل العامة المتعلقة بالمنهجية في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، من قبيل الوزن النسبي الذي ينبغي إعطاؤه للبحوث التجريبية في ممارسة الدول، مقارنة بالتفكير الاستدلالي. ومن الصحيح أيضا أن الاعتبارات العملية قد تؤثر على المنهجية، ولا سيما في عالم قوامه ٢٠٠ دولة تقريبا (وكذلك جهات فاعلة دولية أخرى)، وإن لم يكن ذلك تحديا جديدا. وجدير بالإشارة كذلك أن الصعوبات الملازمة للموضوع، وبدرجة أولى طبيعة القانون الدولي العرفي نفسه باعتباره قانونا غير مكتوب، والجدل الإيديولوجي والنظري المقترن بها عادة^(٣٩).

٢٢ - ويتناول الموضوع الحالي العمليات التي تدخل في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي والأدلة الضرورية لتحديدها. ولا يتعلق الموضوع بتحديد جوهر قواعد معينة^(٤٠). بل يرمي إلى تقديم توجيهات بشأن كيفية تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي في لحظة ما، وليس تناول مسألة تحديد القواعد التي بلغت هذا المركز^(٤١). وليس الغرض هو التفكير في مكانة القانون الدولي العرفي داخل القانون الذي ينبغي أن يطبقه مختلف المحاكم والهيئات القضائية، أو الأحكام والإجراءات الخاصة التي قد توجد على شتى المستويات المحلية لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي (وإن وجب أخذ هذه الأخيرة في الحسبان عند تقييم قرارات المحاكم المحلية).

(٣٧) A/CN.4/SR.3148، الصفحة ٦ (من النص الإنكليزي) (موراسي).

(٣٨) بيان لندن بشأن المبادئ، الفقرة ٧؛ تذييل بشأن "نشأة القانون الدولي وزاوية الملاحظة" مرفق بالتقرير الأول للمقرر الخاص: *International Law Association, Report of the Sixty-third Conference, 1986, 936*.

(٣٩) انظر أيضا بيان لندن بشأن المبادئ، الفقرة ٢.

(٤٠) راجع التمييز بين القواعد الأولية والثانوية الذي كان مهما جدا في أعمال اللجنة بخصوص مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا.

(٤١) ومن المهم في كل الأحوال مراعاة أن "عملية القانون العرفي هي عملية متواصلة: لا تتوقف بنشوء القاعدة"^(٤٢): M.H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", 272 *Recueil des Cours* (1998), 155, 188; see also K. Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993) 1, 15. قد يتم التحقق من الأعراف الدولية وصيغ القواعد القانونية المطابقة لها على نحو متكرر في عدة مناسبات. ولا يكون مثل هذا التحديد نهائيا أبدا...".

٢٣ - ويستتبع ذلك أنه، (رهنًا بأي تغيير قد تدخله اللجنة على عنوان الموضوع)^(٤٢) يمكن أن يكون الاستنتاج الأول بخصوص نطاق مشروع الاستنتاجات على النحو التالي:

١ - النطاق - تم مشاريع الاستنتاجات هذه نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباته.

رابعاً - مسألة ما إذا كان ينبغي إدراج القواعد الآمرة في نطاق الموضوع

٢٤ - أثيرت في سياق مناقشات لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة في عام ٢٠١٢، مسألة ما إذا كان ينبغي أن يشمل هذا الموضوع مسألة نشأة القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي وإثباتها (*jus cogens*)^(٤٣).

٢٥ - والقواعد الآمرة قواعد قانونية "تقبلها وتعترف بها الجماعة الدولية للدول ككل" بوصفها قواعد "لا يسمح بأي خروج عنها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها نفس الصفة"^(٤٤). ورغم أن وجود هذه الفئة من القانون الدولي "السامي" لم يعد ينازع فيه أحد جدياً^(٤٥)، فإنه ما زال ثمة خلاف فقهي شديد فيما يتعلق

(٤٢) انظر الحاشيتين ٣ و ٤ أعلاه.

(٤٣) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ١٩٦٩، المادتان ٥٣ و ٦٤. ويتعلق التعريف الوارد في اتفاقية فيينا بالتطبيق العام: انظر الفقرة (٥) من شرح المادة ٢٦ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠١، المجلد الثاني، الصفحة ١٠٩، المشار إليها في الفقرة (٢) من شرح المادة ٢٦ من المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية، تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠١١، الصفحة ١٥٤.

(٤٤) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة ٥٣؛ انظر أيضاً P. Dailler, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition, (Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.) 2009), 220-229; and J. Frowein, "Ius Cogens", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012).

(٤٥) انظر، على سبيل المثال، الاستنتاجات المستخلصة من الدراسات والمناقشات التي أجراها الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن "تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي" برئاسة مارتي كوسكينيمي: تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمالها في الدورة ٥٨، ١ أيار/مايو إلى ٩ حزيران/يونيه و ٣ تموز/يوليه إلى ١١ آب/أغسطس ٢٠٠٦ (A/CN.4/L.702)؛ والإحالات إلى القواعد الآمرة الواردة في أحكام محكمة العدل الدولية، على سبيل المثال، (قضية الأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو) *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6, at p. 52 (قضية حصانات الدول من الولاية القضائية) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, *Judgment* (قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment of 20 July 2012*, para. 99. انظر أيضاً فروين (Frowein)، الحاشية ٤٤ أعلاه، الفقرات ٣ إلى ٥ ("يجوز من ثم القول بأن القواعد الآمرة في القانون الدولي العام تلقى اعترافاً بوجودها في الوقت الحاضر في ممارسات الدول وفي القانون التعاهدي المدون وفي الفكر القانوني").

مضمونها الموضوعي وبعناصر الإثبات المصاحبة لها^(٤٦). ومن الأهمية البالغة بمكان في هذا السياق الإشارة إلى أن مصادر القواعد الآمرة ما زالت محاطة بـ "هالة من الغموض"^(٤٧):
 فبعض أخصائيي القانون الدولي يعتبرونها فئة خاصة من القانون الدولي العرفي^(٤٨)؛ وينكر

(٤٦) انظر، على سبيل المثال، A. D'Amato, "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 6 (1990), 1-6; K. Kawasaki, "A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34 (2006), 27-43; H. Charlesworth, "Law-Making and Sources", in J. Crawford and M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 187, 191; P. Tavernier, "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?", in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 1, 19; S. Kadelbach, "*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms", in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006) 21, 28; and M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), 7

(٤٧) A. Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *European Journal of International Law*, 19 (٤٧) (2008), 491, 493

(٤٨) انظر، على سبيل المثال، A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer Law International, 1996) 45-48; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (Librairie Armond Colin, 1972), 139-140 (M.H. Mendelson)، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ١٨١؛ A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), 28; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 1992) 7-8; R.B. Baker, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *European Journal of International Law*, 21 (2010) 173, 177; A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 132; A. Cassese, "For an Enhanced Role of *Jus Cogens*", in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia* (Oxford University Press, 2012), 158, 164; T. Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, 80 (1986), 1, 13-21; A. McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), 213-215; J. Paust, "The Reality of *Jus Cogens*", *Connecticut Journal of International Law*, 7 (1991), 81, 82; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2012), 594; N.G. Onuf and R.K. Birney, "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", *Denver Journal of International Law and Policy*, 4 (1974), 187, 191; F. Orrego Vicuña, "Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?", *Estudios Internacionales*, 148 (2005), 21, 36-37; and B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), 243-260; أيضاً خلال دورة اللجنة الرابعة والستين "إن القواعد الآمرة بحكم تعريفها جزء من القانون العرفي" (A/CN.4/SR.3150)، الصفحة ١١ من النص الإنكليزي).

البعض الآخر أن تكون مستمدة من العرف^(٤٩)؛ إلا أن آخرين يرون أن القانون الدولي العرفي ليس إلا أحد المصادر الممكنة للقواعد الآمرة^(٥٠). وطرح رأي مفاده أن رأي المرء بشأن العلاقة بين القواعد الآمرة والقانون الدولي العرفي تتوقف، أساساً، على مفهوم المرء لهذا القانون^(٥١).

٢٦ - وتوجد حجج مؤيدة وأخرى معارضة لإدراج القواعد الآمرة في هذا الموضوع. فثمة من يرى أن قواعد القانون الدولي العرفي يُحتمل أن تُعتبر هي نفسها قواعد آمرة أو أن تتطور لتصبح قواعد آمرة، ويجوز أن تتصل الاثنان بأركان مشتركة. ويذهب رأي آخر إلى القول

(٤٩) انظر، على سبيل المثال، M.E. O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", in D.E. Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law* (Cambridge University Press, 2012), 78, 83; M.W. Janis, "The Nature of Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 3 (1988), 359, 360-361; G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 164; J. Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?", in E. de Wet and J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), 13, 26; and F. Domb, "Jus Cogens and Human Rights", *Israel Yearbook of International Law*, 6 (1992), 106. وقال السيد ميرفي (Murphy) خلال دورة اللجنة الرابعة والسنتين، بالإشارة إلى القواعد الآمرة، "إنها ليست ناشئة عن أي مصدر واحد من مصادر القانون الدولي وإنما هي قيد مفروض على تلك المصادر"؛ ورأى السيد تلامي (Tladi) أيضاً أن "القانون الدولي العرفي والقانون التعاهدي قائمان على نظرية موافقة الدول، في حين أن القواعد الآمرة... قائمة على شيء مختلف" (A/CN.4/SR.3148، الصفحتان ٨ و ١٠ من النص الإنكليزي).

(٥٠) انظر، على سبيل المثال، M. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47 (1976), 273, 282-284; G.I. Tunkin, "Jus Cogens in Contemporary International Law", *University of Toledo Law Review*, 3 (1971), 107, 116; M.N. Shaw, *International Law*, 6th edition (Cambridge University Press, 2008), 127; C.A. Bradley and M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), 202, 212; R. Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2001), available at www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf, pp. 11-12; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition (Routledge, 1997), 58; and A. Orakelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), 126

(٥١) انظر غ.ج.ه. فان هوف (G.J.H. van Hoof)، الحاشية ٤٩ أعلاه، الصفحتان ١٦٣ و ١٦٤ ("يتوقف أيضاً الجواب على مسألة ما إذا كان القانون الدولي العرفي يمكنه أن يؤدي دوراً هاماً في إنشاء القواعد الآمرة على ماهية مفهوم هذا المصدر الذي يتخذه المرء منطلقاً. فالذين يقولون بمفهوم مرن للعرف يعتبرون في الأغلب القانون الدولي العرفي مصدراً أمثل للقواعد الآمرة، لأنه ينشئ من وجهة نظرهم قواعد عامة للقانون الدولي ملزمة لجميع الدول في العالم... وفي المقابل، يرجح أن يخلص أولئك الذين ينطلقون من مفهوم أكثر تشدداً للعرف إلى استنتاج عكسي؛ إذ يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنه، نتيجة التغييرات التي تعتري عملية وضع القانون الدولي الناجمة عن تركيبة المجتمع الدولي في الوقت الحاضر، لم تبق هناك قواعد عرفية للقانون الدولي تُلزم الجماعة الدولية للدول برمتها، وفوق هذا، لا يُتَظَر أن يكثر جداً عدد هذه القواعد في المستقبل").

إن القواعد الآمرة "تطرح صعوبات خاصة بها من حيث إثباتها ونشأتها وتصنيفها، وهي مسائل خارجة عن نطاق [هذا] الموضوع"^(٥٢). وترى أغلبية الأعضاء في اللجنة، وأغلبية الممثلين في اللجنة السادسة، ممن تناولوا المسألة بالمناقشة في عام ٢٠١٢، أنه من المستحسن ألا تُدرج القواعد الآمرة في هذا الموضوع.

٢٧ - ولأسباب عملية في المقام الأول، حتى لا يزيد تعقيداً موضوع معقد أصلاً^(٥٣)، يرى المقرر الخاص أنه من المحبذ ألا تُتناول هذه المسألة في إطار هذا الموضوع. غير أن هذا لا يعني، حسبما أشار إليه أعضاء اللجنة، أنه لن تورد إحالات من وقت لآخر إلى القواعد الآمرة في سياقات محددة.

الجزء الثالث: القانون الدولي العرفي بوصفه مصدراً للقانون الدولي

خامساً - القانون الدولي العرفي وعلاقته بالمصادر الأخرى الواردة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

٢٨ - القانون الدولي العام هو قانون^(٥٤)، والقانون الدولي العرفي أحد المصادر الرئيسية لذلك القانون^(٥٥). ويُقصد بـ "مصدر" في هذا السياق أنه مصدر

(٥٢) A/CN.4/SR.3148، الصفحتان ٨ و ٩ (ميرفي) (Murphy) (النص الإنكليزي).

(٥٣) أعرب السيد تلامي (Tladi)، على سبيل المثال، عن شكوكه إزاء "استطاعة اللجنة التوصل إلى اتفاق بشأن مختلف جوانب القواعد الآمرة"؛ ورأى السيد بارك (Park) أن التعامل مع القواعد الآمرة قد يفتح في ذلك الوقت "جحراً للأفاعي" (انظر، علي التوالي، A/CN.4/SR.3148، الصفحة ١٠، و A/CN.4/SR.3150، الصفحة ٩ (النص الإنكليزي)). انظر أيضاً المقترح الذي قدمه أ. ياكوفيدس في عام ١٩٩٣ والداعي إلى أن تدرج اللجنة هذا الموضوع في أعمالها: حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٣، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحات من ٤٣٢ إلى ٤٥٠.

(٥٤) للاطلاع على دراسة حديثة، انظر F. Mégret, "International law as law", in J. Crawford and M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 64-92.

(٥٥) من الأهمية بمكان، فيما يتعلق بحجية القانون الدولي، التمييز بوضوح بين ما هو قانون وما ليس قانوناً، وبين قواعد القانون والمبادئ والمعايير من غير القانون. فليس قانوناً فـ "القانون الغض" (Soft law)، وهو مصطلح ليس له معنى واضح ووصف بأنه يُعتبر بمثابة "لفظ متردد" (catchword) يشير في أغلب الأحيان إلى قواعد موضوعية لتكون غير ملزمة عن قصد (انظر، على سبيل المثال، D. Thürer, "Soft Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), 95-97؛ (M.N. Shaw)، الحاشية ٥٠ أعلاه، الصفحات ١١٧-١١٩؛ S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West Publishing Company, 2012), 111-123. إلا أن القانون الغض قد يسهم في إنشاء القانون الدولي العرفي؛ وسيبحث هذا الأمر في تقارير مقبلة.

- رسمي^(٥٦)، ”يُضفي على مضمون قواعد القانون الدولي صفتها القانونية“^(٥٧).
- ٢٩ - وفيما يلي نص المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي تعتبر على نطاق واسع بياناً ذي حجية بمصادر القانون الدولي^(٥٨):
- ”١ - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تُرفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:
- (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛
- (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛
- (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛
- (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. ويُعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.“

(٥٦) المصادر الرسمية للقانون الدولي هي ”الإجراءات التي تصبح قواعد القانون الدولي من خلالها مجدية قانونياً“، في حين أن المصادر المادية ”يمكن تعريفها بأنها الأصول السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو المعنوية أو الدينية للقواعد القانونية“. A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), Marginal Note (MN) 111.

(٥٧) انظر: I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester University Press, 1984), 2.

(٥٨) أ. بيليه (A. Pellet)، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحات ٨١٢-٨٣٢، الفقرات ٢٠٩-٢٤٩. ولا داع، للأغراض الحالية، للدخول في مناقشة بشأن ما إذا كانت المادة ٣٨-١، التي صيغت في عام ١٩٢٠، ما زالت تعدّ قائمة شاملة: انظر R. Wolfrum, “Sources of International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 10.

٣٠ - وتتطابق المادة ٣٨-١ (ب) مع المادة ٣٨ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، التي أعدتها هي ذاتها لجنة استشارية من الحقوقيين في عام ١٩٢٠^(٥٩) لفائدة مجلس عصبة الأمم. وكان رئيس لجنة الحقوقيين الاستشارية، بارون ديكامب، قد اقترح في الأصل ما يلي:

”٢ - العرف الدولي الذي تمارسه الأمم وتقبله قانوناً“^(٦٠).

وسُجِّلت مناقشات قليلة بشأن هذا الحكم سواء في سياق اللجنة الاستشارية أو في مجلس العصبة أو جمعية العصبة. وفي خطة روت - فيليمور (Root-Phillimore)، صيغ نص هذا الحكم كالتالي: ”العرف الدولي، الدال على ممارسات شائعة دارجة بين الأمم ومقبولة لديها بوصفها قانوناً“^(٦١). غير أنه انبثق من لجنة الصياغة في نهاية المطاف النص التالي: ”العرف الدولي الدال على ممارسة عامة، والمقبول بصفته قانوناً“^(٦٢). وقدم هذا النص إلى عصبة الأمم، التي اعتمدته ولم تدخل عليه إلا تغييرات في الصياغة^(٦٣). ولا يبدو أنه نوقش أثناء

(٥٩) بُدِّلت محاولات في السابق لتناول المسألة. وتحديدًا، في إطار المادة ٧ من الاتفاقية (الثانية عشرة) (غير المصدق عليها) المتعلقة بإنشاء محكمة دولية للغنائم المؤرخة ١٨ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٠٧، تعيّن على تلك المحكمة، في غياب أي معاهدة نافذة، أن تطبق ”قواعد القانون الدولي“، بشرط أن تكون ”معترف بها عموماً“: انظر أ. بيليه (A. Pellet)، الحاشية ٥٦ أعلاه، الفقرات ١١-١٣. وفيما يتعلق بعمل اللجنة الاستشارية، انظر O. Spiermann, “Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *British Yearbook of International Law*, 73 (2002), 187-260; and O. Spiermann, “Historical Introduction”, in A. Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), MN 6-22.

(٦٠) انظر: Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists (1920), 306, Annex No. 3. واقترح عضو الولايات المتحدة في اللجنة الاستشارية، روت، نصاً كان مطابقاً باستثناء إضافة كلمة ”معترف بها“ بعد كلمة ”ممارسة“: ٣٤٤، المرفق رقم ١. وأشار ديكامب إلى القانون الدولي العرفي بوصفه ”طريقة طبيعية جداً وموثوق بها للغاية لتطوير [القانون الدولي] إذ أنها تنشأ برمتها عن الإعراب المستمر عن القناعات القانونية وعن احتياجات الأمم في تعاملاتها“: ٣٢٢.

(٦١) المرجع نفسه، ٥٤٨.

(٦٢) المرجع نفسه، ٥٦٧.

(٦٣) المرجع نفسه، ٦٨٠. وتم تغيير الفقرة الفرعية، بالصيغة التي اعتمدها اللجنة الاستشارية بعد القراءة الأولى، ليصبح نصها ”العرف الدولي، بوصفه اعترافاً بممارسات عامة متعارف عليها باعتبارها قانوناً“. ولم يُحتفظ بالتغيير في النص المقدم إلى العصبة.

إعداد واعتماد النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في ١٩٤٤/١٩٤٥^(٦٤).

٣١ - وكثيراً ما قيل إن المادة ٣٨-١ (ب) "صياغتها رديئة"^(٦٥). ومن ناحية أخرى، قيل إنه "ثمة ركنين رئيسيان في نشأة أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وقد أعرب عنهما في صيغة بليغة ومقتضبة في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية"^(٦٦)، وإن "المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لا يمكن اعتبارها مجرد دليل، مقصور فقط على دور تقني في المحكمة، بل إنها تُعتبر - رغم عيوبها - إعلاناً لطرق تشكيل القانون"^(٦٧).

(٦٤) فيما يتعلق بالتاريخ التفاوضي للمادة ٣٨-١ (ب)، انظر P. Haggrenmacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *Revue générale de droit international public* R. D. Kearney, (RGDIP), 90 (1986), 5, 19-32؛ أ. بيليه (A. Pellet)، الحاشية ٥٦ أعلاه، الفقرات ١٧-٤٨؛ "Sources of Law and the International Court of Justice", in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Vol. II (Oceana Publications, 1976), 610-723. ولدى إلقاء نظرة إلى الوراثة على المفاوضات التي جرت في عام ١٩٥٠، لاحظ مانلي أو هيدسن (Manley O. Hudson) أن القائمين بصياغة النظام الأساسي "لم يكن لديهم فكرة واضحة جدا عن أركان العرف الدولي": حولية عام ١٩٥٠، المجلد الأول، الصفحة ٦، الفقرة ٤٥ (النسخة الإنكليزية).

(٦٥) انظر، على سبيل المثال، J.L. Kunz, "The Nature of Customary International Law", *American Journal of International Law*, 47 (1953), 662, 664؛ وك. فولفكه (K. Wolfke)، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ٣. وقد كتب فيليغر (Villiger): "من المعروف أن هذا الحكم به قصور.... فالمحكمة لا تستطيع أن تطبق عرفاً، وإنما تطبق قانوناً عرفياً، والفقرة الفرعية ١ (ب) تعكس الترتيب المنطقي للأحداث، إذ أن الممارسة العامة المتعارف عليها بوصفها قانوناً هي التي تشكل دليلاً على وجود قاعدة عرفية". م.إ. فيليغر (M.E. Villiger)، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٥.

(٦٦) انظر: D.J. Bederman, *The Spirit of International Law* (University of Georgia Press, 2006), 9, 33؛ وانظر أيضاً A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 116 (المادة ٣٨ ذاتها من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تقيد على النحو الواجب العرف الدولي بالإشارة إليه بوصفه 'دالاً على ممارسات عامة متعارف عليها بوصفها قانوناً').

(٦٧) انظر: S. Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations* (Hart Publishing, 2010), 166؛ وانظر أيضاً R.Y. Jennings, "The Identification of International Law", in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 3, 9.

٣٢ - وقد تواترت الإحالة إلى المادة ٣٨-١ أو أوردت هي نفسها في صكوك لاحقة^(٦٨). ورغم أنها بصيغتها تلك لا تسري إلا على المحكمة الدولية^(٦٩)، فإن المصادر المحددة في المادة ٣٨-١ تعتبر عموماً سارية أيضاً بالنسبة للمحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى، رهناً بأي قواعد تخصيص في النظام الخاص بكل منها^(٧٠).

٣٣ - ومن الضروري، لأغراض هذا الموضوع، أن يُنظر في العلاقة بين القانون الدولي العرفي والمصادر الأخرى للقانون الدولي المذكورة في المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي للمحكمة الدولية، رغم أن الغرض من هذا الموضوع ليس هو دراسة هذه المصادر الأخرى بصفتها تلك.

٣٤ - وتشكل العلاقة بين القانون الدولي العرفي والمعاهدات جانباً هاماً من الموضوع^(٧١)، ستتم مناقشته في تقارير لاحقة. وبإيجاز، فإن الترابط القائم بين هذين المصدرين "المتشابهين" للقانون الدولي قد يكون ذا أهمية كبرى للأغراض الحالية لأنه من المسلم به

(٦٨) أ. بيليه (A. Pellet)، الحاشية ٥٦ أعلاه، الفقرات ٤٩-٥٤. المادة ٢٨ من الوثيقة العامة لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية لعام ١٩٢٨ (والمادة ٢٨ من الوثيقة العامة المنقحة لعام ١٩٤٨)؛ والمادة ٣٣ من القواعد الاختيارية لمحكمة التحكيم الدائمة لأغراض التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين دولتين. ونجد في بعض الأحيان إحالة مرجعية إلى المادة ٣٨ من النظام الأساسي: على سبيل المثال، في المادتين ٧٤ و ٨٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، لعام ١٩٨٢. وتستخدم صكوك أخرى مصطلحات مختلفة: على سبيل المثال، المادة ٢١ (١) (ب) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة)؛ والمادة ٢٠ (١) من بروتوكول محكمة العدل التابعة للاتحاد الأفريقي، الذي يشمل الصياغة التي استخدمتها محكمة العدل الدولية ويستفيض فيها: المادة ٢٠ (١) (ج) المطابقة للمادة ٣٨ (١) (ب). وللإطلاع على استخدام المادة ٣٨-١ في أعمال لجنة القانون الدولي، انظر المادة ١٢ من مشروع اتفاقية إجراءات التحكيم لعام ١٩٥٣ (١٩٥٣) 210، *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 210، والمادة ١٠ من المشروع لعام ١٩٥٨ (١٩٥٨) 84، *Yearbook of the International Law Commission 1958*, vol. II, p. 84 (التي تبدأ بـ "تبدأ بـ هام هو" في غياب أي اتفاق بين الأطراف فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه").

(٦٩) انظر: M. Forteau, "The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment", in R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 417, 420-421.

(٧٠) الفرع تاسعاً أدناه، كتب ثيرلواي (Thirlway) ما يلي: "من المتفق عليه عموماً أن المصادر المحددة في المادة ٤٨ سارية أيضاً بالنسبة للمحاكم الدولية الأخرى"؛ R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 313. وفيما يتعلق بالإشارة إلى "قواعد القانون الدولي الأخرى غير المتنافية مع هذه الاتفاقية" الواردة في المادة ٢٩٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، كتب ثيرلواي ما يلي: "لم يورد تعريف آخر، مما يجعل المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية هي المقياس المعترف به" (المرجع نفسه، الصفحة ٣١٤، الحاشية ٩).

(٧١) انظر: A/CN.4/659، الفرع ثالثاً - باء.

عموماً أن المعاهدات قد تعكس قواعد لها وجود سابق في القانون الدولي العرفي؛ أو تنشئ قواعد جديدة وتصبح بمثابة دليل على وجودها؛ أو، من خلال عملياتها التفاوضية، تسفر عن بلورة قواعد ناشئة من القانون الدولي العرفي^(٧٢). وهذه العلاقة مثيرة للاهتمام بوجه خاص اعتباراً لأن "القانون الدولي العرفي، رغم أنه غير مكتوب، فإنه يتسم بعلاقة صارمة متزايدة بينه وبين نصوصه المكتوبة"^(٧٣). وينبغي أن يراعى أيضاً أن القانون العرفي الدولي "له كيان قائم بذاته" حتى وإن وجدت قاعدة مطابقة في معاهدة ما^(٧٤).

٣٥ - وتُطرح أحياناً آراء تذهب إلى القول بأن المعاهدات في الوقت الحاضر مصدر أهم للقانون الدولي أكثر من القانون الدولي العرفي^(٧٥). وهذه التعميمات ليست معينة على الفهم بوجه خاص ولا هي دقيقة بالضرورة. وحتى في المجالات التي توجد فيها اتفاقات "تدوين" مقبولة على نطاق واسع، ما زالت قواعد القانون الدولي العرفي تحكم المسائل التي لا تنظمها

(٧٢) انظر عموماً O. Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 717-738; B.B. Jia, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), 81-109; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar Publishing, 2012), 84; J.K. Gamble, Jr., "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, 16 (1981), 305-319; K. Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers and R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 31-39; G.L. Scott and C.L. Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), 71-94; M.E. Villiger (م.إ. فيليغر)، الحاشية ٤٦ أعلاه؛ R.R. Baxter, "Treaties and Custom", 129 *Recueil des Cours* (1970), 25-105.

(٧٣) انظر: T. Treves, "Customary International Law", in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 2.

(٧٤) انظر قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية): *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. *Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 94-96, paras. 177-178.

(٧٥) "في العقود الماضية، حلت المعاهدات محل القانون الدولي العرفي بوصفها المصدر الأهم للقانون الدولي...": O. Dörr and K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), 11.

الاتفاقيات^(٧٦) وما زالت تُطبَّق في العلاقات مع غير الأطراف وفيما بينها^(٧٧). ويمكن أن تملأ قواعد القانون الدولي العرفي أيضاً أي ثغرات محتملة في المعاهدات، وأن تساعد في تفسيرها^(٧٨). كما يمكن أن تقرر إحدى المحاكم الدولية أنه يجوز تطبيق القانون الدولي العرفي حيثما لا يمكن تطبيق معاهدة معينة بسبب قيود مفروضة على اختصاصها^(٧٩).

٣٦ - ومن المهم أيضاً التمييز بين القانون الدولي العرفي و”المبادئ العامة للقانون“^(٨٠)،

(٧٦) انظر، على سبيل المثال، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، الفقرة الأخيرة من الديباجة، والمادة ٤ (عدم رجعية الاتفاقية). كان شرط مارتنز من الأمثلة الأولى لما للقانون الدولي العرفي من أهمية مستمرة، رغم قيام المعاهدة: البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧، استعيض عن تعبير ”المبادئ التي أقرتها الأمم المتحدة“ بتعبير ”كما استقر عليه العرف“، وهو المصطلح المستخدم أيضاً في اتفاقيات لاحقة: اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، المعتمدة في ١٠ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٨٠، الفقرة الخامسة من الديباجة؛ واتفاقية الذخائر العنقودية، المعتمدة في ٣٠ أيار/مايو ٢٠٠٨، الفقرة الحادية عشرة من الديباجة.

(٧٧) على سبيل المثال، لا تنطبق اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلا مباشرة في العلاقات بين الدول الأطراف فيها. وتنطبق قواعد القانون الدولي العرفي المتعلقة بقانون المعاهدات على العلاقات بين الدول غير الأطراف في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وبين أي دولة طرف ودولة غير طرف. انظر E.W. Vierdag, “The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention”, *American Journal of International Law*, 76 (1982), 779-801.

(٧٨) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة ٣١-٣٣ (ج)؛ واستنتاجات عمل الفريق الدراسي المعني بتجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، النتائج (١٧) إلى (٢٠)، (A/61/10)، الفقرة ٢٥١. انظر أيضاً *Amoco International Finance Corporation v. Iran* (1987-II) 15 Iran-United States Claims Tribunal (USCTR) 222, para. 112; Baxter) (USCTR) 222, para. 112; الحاشية ٧٢ أعلاه، الصفحة ١٠٣ (”ستظل المعاهدات تمارس تأثيراً في غاية الأهمية على محتوى القواعد العامة للقانون الدولي. وحتى إن اضطلعت جميع الدول صراحة بالتزامات اتفاقيات التدوين، سيظل من الضروري إبقاء الاعتبار للقانون الدولي العرفي في تفسيرات تلك الصكوك، وسيتولد عن المعاهدات بدورها قانون دولي عرفي جديد ناشئ عن تطبيق الاتفاقيات“).

(٧٩) كما ورد في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، الحاشية ٧٤ أعلاه، الصفحات ٩٢-٩٧، الفقرات ١٧٢-١٨٢. في الصفحة ٩٧، الفقرة ١٨٢، خلصت المحكمة إلى أنه ”يتعين عليها أن تمارس اختصاصها الموكل إليها بموجب إعلان الولايات المتحدة قبول الولاية الإجبارية بموجب الفقرة ٣٦، الفقرة ٢، من النظام الأساسي، للبت في ادعاءات نيكاراغوا استناداً إلى القانون الدولي العرفي رغم استبعاد المنازعات الناشئة“ في إطار ميثاق الأمم المتحدة ومنظمة الدول الأمريكية من اختصاصها“.

(٨٠) انظر: G. Gaja, “General Principles of Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012)؛ أ. بيليه (A. Pellet)، الحاشية ٥٦ أعلاه، الفقرات ٢٥٠-٢٦٩.

وإن لم يكن هذا التمييز جلياً دائماً في الاجتهاد القضائي أو الأدبيات^(٨١). فالمادة ٣٨-١ تورد "مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة" بوصفها مصدراً للقانون الدولي منفصلاً عن القانون الدولي العرفي. وفي الاجتهاد القضائي وفي مؤلفات الفقهاء، يحمل ذلك في بعض الأحيان على أنه يفيد ليس المبادئ العامة المشتركة في أنظمة القوانين الداخلية المختلفة فحسب، بل يفيد أيضاً المبادئ العامة للقانون الدولي. ويجوز للمحكمة الدولية هي ذاتها أن تستخدم المبادئ العامة للقانون الدولي في الظروف التي لا تتوافر فيها المعايير الخاصة بالقانون الدولي العرفي. وكما ورد في شرح أحد المؤلفين:

"إن الإحالة المتواترة نسبياً التي توردها محكمة العدل الدولية إلى مبادئ لا تشكل جزءاً من القوانين المحلية تعزى، جزئياً على الأقل، إلى التعريف الضيق للقانون الدولي العرفي الوارد في المادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. فلو أن العرف اعتبر، حسبما هو مذكور في النص، بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال، بالنظر إلى عدم كفاية تواتر الممارسة، لأصبحت قواعد عديدة من قواعد القانون الدولي التي لا تستند إلى معاهدات خارجة عن إطار تعريف العرف. ومن ثمّ مرد الإحالة إلى المبادئ أو إلى المبادئ العامة"^(٨٢).

ولئن كان من المحتمل أن يصعب التمييز بين القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة بشكل مجرد، أياً كان نطاق المبادئ العامة، فإنه يظل من المهم تحديد تلك القواعد التي تحتاج بطبيعتها إلى الاستناد إلى الممارسة الفعلية للدول^(٨٣).

٣٧ - ويتعين أيضاً التمييز بين القانون الدولي العرفي وبين سلوك أي جهات فاعلة دولية لا ينشأ عنه حق أو التزام قانوني ولا يحمل أثراً قانونياً من هذا القبيل. فليس جميع الأعمال

(٨١) فيما يتعلق بالمعاني المختلفة "للمبادئ العامة للقانون" انظر، على سبيل المثال، O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), 50-55؛ وانظر أيضاً B. Schlüter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 71-86. وللمزيد من الاستيضاح في هذا الصدد، انظر B. Simma and P. Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles", *Australian Yearbook of International Law*, 12 (1988-1989), 82-108; N. Petersen, "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation", *American University International Law Review*, 23 (2008), 275-310.

(٨٢) غ. غايا (G. Gaja)، الحاشية ٨٠ أعلاه، الفقرة ١٨.

(٨٣) ج. كروفورد (J. Crawford (ed.))، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحة ٣٧.

الدولية يحمل دلالة قانونية: فأعمال المجاملة واللياقة، أو مجرد العادة، حتى لو جرت على سبيل التقليد، تقع بالتالي خارج نطاق القانون الدولي العرفي وخارج الموضوع الحالي^(٨٤).

٣٨ - ولعله من غير الضروري، على الأقل في هذه المرحلة، التطرق إلى مسألة طبيعة القواعد التي تحكم نشأة وتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، ومنها على سبيل المثال، ما إذا كانت هذه القواعد نفسها جزءاً من القانون الدولي العرفي^(٨٥). ولكن كما هو الحال في أي نظام قانوني، لا بد أن تكون ثمة في القانون الدولي العام قواعد لتحديد مصادر القانون. ويمكن الوقوف عليها للأغراض الحالية بالقيام، على وجه الخصوص، بدراسة سبل تعامل الدول والمحاكم مع مهمة تحديد القانون.

سادسا - المصطلحات

٣٩ - المصطلحات مهمة. ويبدو أن العبارتين "القانون الدولي العرفي" أو "قواعد القانون الدولي العرفي"^(٨٦) هما الأشيع استخداماً بالنسبة لمصدر القانون الدولي الذي يتعلق به هذا

(٨٤) انظر G.I. Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, 49 (1961), 419, 422؛ و ج. كروفورد (J. Crawford)، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحتان ٢٣ و ٢٤.

(٨٥) انظر المناقشة بشأن طبيعة بعض قواعد القانون التعاهدي، لا سيما العقد شريعة المتعاقدين. ويشير سينكلير (Sinclair) في هذا الصدد إلى "الحجج الفقهية" التي إذا وضعت موضع الاعتبار "قد تؤدي بنا، بحكم الضرورة، إلى مجالات ميتافيزيقية إلى حد ما": (I. Sinclair)، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحتان ٢ و ٣. انظر أيضاً J. Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", *European Journal of International Law*, 15 (2004), 523, 538-542.

(٨٦) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، الفقرة الثامنة من الديباجة. ترد في المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا عبارة "قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي". وتستخدم كلمة "قواعد" في هذا التقرير على نحو يشمل أيضاً "المبادئ". وكما قالت دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية (في سياق تعيين الحدود البحرية)، "إن الربط بين مصطلحي "قواعد" و "مبادئ" لا يعدو أن يكون استخداماً لعبارة مزدوجة للتعبير عن نفس الفكرة، إذ من الواضح أن "المبادئ" تعني في هذا السياق مبادئ القانون، أي أنها تشمل أيضاً قواعد القانون الدولي التي يمكن في حالتها تبرير استخدام مصطلح "المبادئ" نظراً لطابعها الأعم والأكثر جوهرية" (ICJ Reports 1984, p. 246, at pp. 288-290, para. 79)؛ وكتب غايا: "لئن لم يتم تحديد الفرق بين المبادئ والقواعد في القرارات القضائية أو قرارات التحكيم، فإن استخدام مصطلح المبادئ يدل على الطابع العام للقاعدة المعنية". (ج. غايا، الحاشية ٨٠ أعلاه، الفقرة ٣١).

الموضوع^(٨٧). وترد في بعض الأحيان عبارة "القانون الدولي العرفي العام"، وعادة ما يراد بها تقيض القانون الدولي العرفي "الخاص" أو "الإقليمي"^(٨٨). وقد يكون للمصطلح "القانون الدولي العرفي العالمي" معنى مماثل.

٤٠ - وترد أيضا عبارة "القانون العرفي الدولي"، لكنها قد توحى بفئة فرعية من "القانون العرفي"، وتفيد بالتالي علاقة مضللة بين القانون الدولي العرفي والقانون العرفي الموجود في بعض النظم القانونية المحلية.

٤١ - ويشار عادة إلى القانون الدولي العرفي بـ "العرف الدولي" أو "العرف"، لكن ذلك قد يكون مضللا أيضا، حسب السياق^(٨٩). فقد يقع خلط لهذين المصطلحين مع العنصر الموضوعي في نشأة القانون الدولي العرفي (الممارسة)، حيث يوجد مصطلحان آخران كثيرا ما يتم استخدامهما على سبيل الترادف وهما "العادة" و "الممارسة"^(٩٠).

(٨٧) ثمة مرادف أقدم لـ "القانون الدولي" هو "قانون الشعوب"، الذي لم يبطل استخدامه بأي حال من الأحوال، انظر: M. W. Janis, "International law?", *Harvard Journal of International Law*, 32 (1991), 363-72; و M. W. Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939* (Oxford University Press, 2010), الفصل ١، و A. Clapham, *Brierly's Law of Nations* ("Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law"). و Nations, 7th edition (Oxford University Press, 2012) xiii-xiv. ويشار أحيانا إلى أن "قانون الشعوب" هو مصطلح أكثر ملاءمة بالنظر إلى العدد المتزايد من الجهات الفاعلة في المجال، على سبيل المثال في مؤلف A. Pellet و M. Forteau و P. Daillier، انظر الحاشية ٤٤ أعلاه، الفقرات ٤٣-٥٠. ويستخدم كتاب Blackstone المعنون تعليقات على قوانين إنجلترا (Commentaries on the Laws of England) (١٧٦٥-١٧٦٩) مصطلح "قانون الشعوب" ليشير بشكل واسع إلى مجال ما يعرف الآن بالقانون الدولي، وبالتالي يشمل كلا من المعاهدات والقانون الدولي العرفي. غير أن مصطلح "قانون الشعوب" يستخدم أحيانا ليشير إلى القانون الدولي غير المعاهدات. وهكذا وفي قانون الجهاز القضائي الأول لعام ١٧٨٩ (First Judiciary Act of 1789)، اعتمد كونغرس الولايات المتحدة حكما يشير إلى خروقات "قانون الأمم أو معاهدة من معاهدات الولايات المتحدة". وبهذا المعنى، يكون مصطلح "قانون الشعوب" مرادفا لما يعرف الآن بالقانون الدولي العرفي، وليس للقانون الدولي عموما. وكما جاء في الملاحظة الاستهلاكية في الفقرة ١١١ من المصنف (الثالث) لقانون العلاقات الخارجية للولايات المتحدة (Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law, § 111, Introductory Note (1987)): "استخدم مصطلح 'قانون الشعوب' لوصف القواعد والالتزامات العرفية التي كانت تنظم السلوك بين الولايات، وبعض أوجه سلوك الولايات تجاه الأفراد".

(٨٨) تتنوع تنوعا كبيرا المصطلحات المستخدمة في القانون الداخلي لمختلف الدول للإشارة إلى القانون الدولي العرفي.

(٨٩) وإن كان من الجدير بالإشارة أن مصطلح "العرف الدولي" يرد في المادة الفرعية ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٩٠) انظر أيضا غ. إ. تونكين (G.I. Tunkin)، الحاشية ٨٤ أعلاه، في الصفحة ٤٢٢ (حيث يميز بين "العادة" و "العرف" من جهة، و "القاعدة العرفية للقانون الدولي" من جهة أخرى)؛ وك. وولفكي، (K. Wolfke) الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ٢ (في معرض الإشارة إلى "عدم الاتساق المعروف في استخدام المصطلحات المتعلقة بالقانون الدولي العرفي"، والدعوة إلى التمييز بين "العرف الدولي" من جهة، و "الممارسة"، أو "الدأب"، أو "العادة" من جهة أخرى)؛ و C. Ochoa, "The Individual and Customary International Law Formation", *Virginia Journal of International Law*, 48 (2007), 119, 125-129.

٤٢ - ومصطلح "القواعد العاملة للقانون الدولي" شائع الاستخدام^(٩١)، لكنه يحتاج إلى بعض التفسير^(٩٢). فقد استخدمت المحكمة الدولية واللجنة نفسها المصطلح في مجموعة متنوعة من السياقات وبمعان متنوعة^(٩٣). وقد يكون استخدامه بمعنى القانون الدولي العرفي فقط مثيراً للالتباس. ويستخدم المصطلح في بعض الأحيان ليعني شيئاً أوسع نطاقاً من القانون الدولي العرفي العام، من قبيل القانون الدولي العرفي إلى جانب المبادئ العامة للقانون، و/أو مع الاتفاقيات الدولية المقبولة على نطاق واسع. ومن المستصوب توضيح المعنى المحدد المراد من استخدام هذا المصطلح كلما ترك السياق المعنى مبهماً.

٤٣ - ومن شأن الدقة والاتساق في استخدام الممارسين وأخصائيي القانون على السواء أن يساعد على توضيح التعامل مع القانون الدولي العرفي كمصدر للقانون. ويقترح المقرر الخاص استخدام مصطلحي "القانون الدولي العرفي" و "قواعد القانون الدولي العرفي".

٤٤ - وتتمثل إحدى العقبات التي تعيق تحقيق الاتساق في استخدام المصطلحات في أوجه الاستعمال المختلفة في لغات مختلفة. وقد يكون من المفيد إعداد معجم قصير يشمل المصطلحات ذات الصلة، باللغات الرسمية للأمم المتحدة، يتم تطويره مع تقدم العمل بشأن الموضوع. ويمكن أن يشمل بالإضافة إلى مصطلح "القانون الدولي العرفي" "ممارسة الدول"، و "الممارسة"، و "العادة"، و "الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها" (*opinio juris sive necessitatis*).

٤٥ - ويقترح الاستنتاج التالي بشأن استخدام المصطلحات، ويمكن التوسع فيه مع تقدم العمل المتعلق بالموضوع.

(٩١) انظر على سبيل المثال المادتين ٥٣ و ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (القواعد الآمرة).

(٩٢) انظر: G. P. Buzzini, "La "généralité" du droit international general: Réflexions sur la polysémie d'un

G. P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-* و "concept", *RGDIP*, 108 (2004), 381-406;

C. Tomuschat, "What is 'general international law' *delà de la coutume*, thesis, University of Geneva (2007)

law" in *Guerra y Paz: 1945-2009, Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernardez* (Universidad del País

R. Wolfrum, "General International Law و Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010), 329-348

.(Principles, Rules, and Standards)", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012)

(٩٣) انظر: A/CN.4/659، الفرع ثالثاً - جيم. وكما جاء في دراسة تجزؤ القانون الدولي، "لا يوجد أي فهم

مفصل جيداً أو متماثل لما يعنيه ذلك [القواعد العامة للقانون الدولي]. فالقواعد العامة للقانون الدولي تشير

بوضوح إلى القانون العرفي العام وكذلك إلى 'المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتعددة' في إطار

المادة ٣٨(ج) من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية. ولكن هذه العبارة قد تشير أيضاً إلى مبادئ

القانون الدولي نفسه وإلى ما يشبهها من القوانين الداخلية، ولا سيما مبادئ الأصول القانونية الواجبة

(قاعدة ضرورة السماع للطرف الآخر، وقاعدة في حالة الشك يؤخذ بالأرفق، ومبدأ الإغلاق الحكمي

وما إلى ذلك)" (A/CN.4/L.682، و Corr.1 و Add.1)، الصفحة ١٩٧.

٢ - استخدام المصطلحات. لأغراض مشروع الاستنتاجات هذا:

(أ) يقصد بـ "القانون الدولي العرفي" أو "قواعد القانون الدولي العرفي" قواعد القانون الدولي المشار إليها في الفقرة ١ (ب) من المادة ٣٨ من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية.

(ب) ["ممارسات الدول" أو "الممارسة"...؛]

(ج) ["الاعتقاد بالإلزام" أو "الاعتقاد بإلزامية الممارسة وضرورتها"...؛]

(د) ...

الجزء الرابع: نطاق المواد التي يتعين الاطلاع عليها

٤٦ - يقدم الجزء الرابع وصفا لنطاق المواد التي سيتعين الاطلاع عليها أثناء عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع، أي من أجل التوصل إلى استنتاجات بخصوص عملية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباتها. وليس الهدف في هذه المرحلة هو اقتراح هذه الاستنتاجات، بل سيرتك ذلك حتى مرحلة لاحقة.

٤٧ - ويرد أدناه وصف للمواد التالية: تلك التي تبين مواقف الدول والجهات الفاعلة الحكومية الدولية الأخرى؛ والاجتهاد القضائي لحكمة العدل الدولية ومحاكم أخرى؛ وأعمال هيئات أخرى، من قبيل رابطة القانون الدولي؛ وآراء أخصائيي القانون العام، ولا سيما في ما يتعلق بالنهج العام تجاه نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته.

سابعاً - نهج الدول والجهات الفاعلة الحكومية الدولية الأخرى

٤٨ - بصرف النظر عن القضايا المعروضة على المحاكم المحلية (الفقرات من ٨٣ إلى ٨٥ أدناه)، يبدو أن هناك المواد المتاحة للعموم والتي تتناول بشكل مباشر موقف الدول تجاه نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته مواد قليلة نسبياً. ومع ذلك، يمكن استشفاف نهج الدول من بياناتها بشأن بعض المسائل، وكذلك من المرافعات أمام المحاكم والهيئات القضائية.

٤٩ - ويواصل المقرر الخاص البحث عن مواد تتعلق بنهج الدول. ولم يستجب حتى الآن إلا بقدر محدود لطلب اللجنة الموجه إلى الدول في تقريرها لعام ٢٠١٢، والوارد في الفقرة ٤ أعلاه^(٩٤).

(٩٤) انظر: A/67/10، الفقرة ٢٩.

٥٠ - ويمكن الوقوف على موقف الدول من نشأة القانون الدولي العربي وإثباته في مرافعاتها أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية، على ألا يغرب عن الذهن أنها تكون هنا في موقف الدعوة إلى طرح معين^(٩٥). ففي هذه المرافعات، تعتمد الدول عادة النهج ذا العنصرين، فتحاجج بخصوص ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام، وإن اعتمدت في بعض الأحيان نهجا مختلفا^(٩٦). وكثيرا ما تدلي بأدلة كثيرة لإثبات ممارسة الدول.

٥١ - وتتبادل الدول أيضا آراء في ما بينها بشأن قواعد القانون الدولي العربي، وغالبا ما يكون ذلك بطريقة سرية، وهي في قيامها بذلك تفكر بدون شك في الطريقة التي تنشأ بها هذه القواعد ويتم تحديدها^(٩٧). وقد يحدث ذلك في اجتماعات عادية للمستشارين القانونيين داخل المنظمات الدولية، من قبيل الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية، أو في مجموعات أصغر، أو في إطار ثنائي.

٥٢ - ويمكن الوقوف على مؤشرات تدل على نهج الدول في ردود الفعل الحكومية على جهود التدوين (وليس أقلها تلك التي تقوم بها اللجنة). وعلى سبيل المثال، يسلط النقاش الذي أثارته دراسة القانون الإنساني الدولي العربي (*Customary International Humanitarian Law Study*) التي أجرتها لجنة الصليب الأحمر الدولية في عام ٢٠٠٥ (انظر الفقرة ٨٢ أدناه) الضوء بصورة قل نظيرها على موقف بعض الدول من عملية نشأة قواعد القانون الدولي العربي وإثباتها، في المجال الخاص بقوانين الحرب. فقد ذكرت الولايات المتحدة، في أول رد رسمي على الدراسة على المستوى الحكومي، أن "ثمة اتفاقا عاما على أن القانون الدولي العربي ينشأ من ممارسة عامة ومتسقة للدول تتبعها بدافع شعور بالإلزام القانوني، أو الاعتقاد

(٩٥) انظر: P.-M. Dupuy, "La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales" in *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (United Nations publication, Sales No. E/F/S/99.V.13), 377-94

(٩٦) انظر، كمثال حديث على ذلك، مرافعات بلجيكا في قضية بلجيكا ضد السنغال، بما في ذلك مذكرتها الجوابية *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Questions put to the Parties by Members of the Court at the close of the public hearing held on 16 March 2012: compilation of the oral and written replies and the written comments on those replies, 16 March 2012 – 4 April 2012, pp. 24-25, paras. 6, 8

(٩٧) انظر الفقرة ٨ من بيان لندن بشأن المبادئ: "يحدث الكثير من ذلك [الكيفية التي تحدد بها الدول القانون] على أساس من الكتمان والسرية الرسمية، بحيث لم يتسنى دائما الاستدلال بمرجع في أدق تفاصيله"، D. Bethlehem, "The Secret Life of International Law", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 23 (2012), 34 (في معرض الإشارة إلى "بمجموعة كاملة من الممارسة المتخصصة التي لا يمكن العالم الخارجي تماما رؤية معظمها").

بالإلزام (*opinio juris*)“، وأكدت على أن الدليل على وجود هذه القانون ”يجب أن يرتبط في جميع الأحوال بممارسة الدول“^(٩٨). وقالت المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية، بدورها، إنه بالنسبة لنشأة القانون الدولي العرفي ”المطلوب هو ’ممارسة عامة تقبلها الدول قانونا‘“؛ وأن ”بجمل القول إن تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي هو عملية دقيقة“^(٩٩).

٥٣ - وقد يتبين أيضا أن نهج الجهات الفاعلة الحكومية الأخرى، وخاصة منها المنظمات الدولية من قبيل الأمم المتحدة، لا يخلو من قيمة عند القيام بدراسة استقصائية للممارسة في ما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي وتحديدته^(١٠٠). ويمكن الوقوف على مثالين حديثين في تقرير الفريق العامل المعني بالاحتجاز التعسفي الذي أنجزه مجلس حقوق الإنسان في عام ٢٠١٢ (A/HRC/22/44) والذي أشار إلى ”ممارسة شبيهة عالمية للدول“ يصاحبها الاعتقاد بالإلزام كدليل على ”الطابع العرفي لحظر الحرمان التعسفي من الحرية“^(١٠١)؛ وتقرير فريق الأمين العام المعني بالتحقيق في حادث الأسطول الذي وقع في ٣١ أيار/مايو ٢٠١٠، الذي قال، في فرع معنون ”المبادئ القانونية الدولية المعمول بها“، إن ”للعرف قوة القانون وهو ملزم للدول حيثما يعكس الممارسة العامة للدول، واعتراف الدول بأن هذه الممارسة العامة أصبحت قانونا (ويعرف بشرط الاعتقاد بالإلزام)“^(١٠٢).

(٩٨) انظر: J.B. Bellinger and W.J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), 443, 444.

(٩٩) المستشار القانوني لوزارة الخارجية والكمونولث، بيان أدلى به في اجتماع اللجان الوطنية المعنية بالقانون الإنساني الدولي لدول الكومنولث، نيروبي، ٢٠ تموز/يوليه ٢٠٠٥: *British Year Book of International Law*, 5-694 (2005) 76. وانظر أيضا *Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law*, (2009/C 303/06)، البند ٧ الذي يعرف القانون الدولي العرفي بكونه مصدرا للقانون الدولي ”ينشأ عن ممارسة الدول، التي تقبلها باعتبارها ملزمة لها“.

(١٠٠) انظر: G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001)؛ و J. Vanhamme, “Formation and enhancement of customary international law: the European Union’s contribution”, 39 (2008) *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)* 127-154.

(١٠١) انظر: A/HRC/22/44، الفقرة ٤٣.

(١٠٢) انظر: Report of the Secretary-General’s Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, appendix I, (المصادر محدوفة). September 2011, p. 76, para. 3.

ثامنا - الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية

٥٤ - سيكون الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية وسابقتها، محكمة العدل الدولي الدائمة، ذا أهمية كبرى لعمل اللجنة بشأن هذا الموضوع. وتمثل الوظيفة الرئيسية للمحكمة فيما يتصل بالقانون الدولي العرفي في تحديد وتطبيق القواعد العرفية حسبما يلزم الأمر للبت في القضايا المنظورة أمامها^(١٠٣). وتسلب أحكامها (بما في ذلك الآراء المستقلة والمخالفة) الكثير من الضوء على النهج العام إزاء نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته (حينما "يصبح 'ما هو قائم' هو 'ما يجب أن يقوم'"^(١٠٤))، بما في ذلك حول جوانب محددة من تلك العمليات.

٥٥ - وتوفر لحة عامة عن نهج المحكمة في هذا الصدد دراسة تطبيق المحكمة المتواتر للمادة ٣٨-١ (ب) من نظامها الأساسي، والتي بموجبها "تؤدي المحكمة وظيفتها العادية للغاية المتمثلة في تقييم مختلف عناصر ممارسة الدول والآراء القانونية المدلى بها... التي تشير إلى تطور قاعدة من قواعد القانون العرفي"^(١٠٥). ومثلما تبين الأحكام المشار إليها أدناه، ذهبت المحكمة بوضوح واتساق - مثلما فعلت سابقتها - إلى أن القانون الدولي العرفي ينشأ من خلال ممارسة الدول المصحوبة بالاعتقاد بالإلزام.

٥٦ - وفي قضية لوتس، ذكرت محكمة العدل الدولي الدائمة أن القانون الدولي ينبع من الإرادة الحرة للدول، وهي إرادة تتجلى في اتفاقيات أو "في عادات من المقبول عموماً أنهما

(١٠٣) ليس من وظيفة المحكمة أن تطور القانون، بالرغم من أن هذا هو ما قد يكون عليها فعلة أحياناً من أجل تجنب إعلان عدم وجود قانون يحكم الموضوع. أما المسألة المستقلة المتعلقة بدور المحاكم والهيئات القضائية الدولية في نشأة القانون الدولي العرفي فسوف يُعطى في تقرير لاحق؛ وللاطلاع على مقال حديث عن هذا الموضوع، انظر: H. Thirlway, "Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking", in R. Wolfrum, I. Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 311-324.

(١٠٤) انظر القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي (البرتغال ضد الهند): *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 82 (Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon)

(١٠٥) انظر قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا): *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 367, para. 112 (Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Arechaga and Waldock)

تعبّر عن مبادئ قانونية^(١٠٦). وأبرزت التمييز بين ركني القانون الدولي العرفي، مشددة على ضرورة وجود الركنين معا لاستنتاج قيام هذا القانون:

”حتى لو كانت القرارات القضائية النادرة التي يمكن الوقوف عليها في القضايا المشار إليها كافية لإثبات الظروف من حيث وقائعها... فإن ذلك لن يدل إلا على أن الدول، في الممارسة، كثيرا ما امتنعت عن إقامة الدعوى الجنائية، ولا يدل على أنها تقر بأنها ملزمة بذلك؛ ولن يتأتى الحديث عن عرف دولي إلا إذا كانت حالات الامتناع تلك مستندة إلى وعيها بوجود التزام بالامتناع“^(١٠٧).

٥٧ - ويمكن الوقوف على البيان التقليدي لحكمة العدل الدولية عن عملية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباتها في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال:

”بالرغم من أن مرور فترة زمنية قصيرة فقط لا يحول بالضرورة، أو في حد ذاته، دون نشأة قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي على أساس ما كان أصلا مجرد قاعدة تعاهدية، فإن ثمة شرطا لا غنى عنه يتمثل في أنه، خلال الفترة المعنية، مهما بلغ قصرها، ينبغي أن تكون ممارسة الدول، بما فيها الدول التي تتأثر مصالحتها بصفة خاصة، ممارسة واسعة وشبه موحدة في آن واحد بمفهوم الحكم المحتج به؛ وينبغي علاوة على ذلك أن تكون تلك الممارسة قد جرت بطريقة تُظهر إقرارا عاما بأن الأمر ينطوي على قاعدة قانونية أو التزام قانوني.

... والنقطة الأساسية في هذا الصدد - ويبدو أنه من الضروري التشديد على ذلك - هي أنه حتى لو كانت هذه الحالات التي قامت فيها جهات من غير الأطراف في الاتفاقية بأعمال حالات أكبر عددا بكثير مما هي عليه في الواقع، فإنها لن تكفي، ولو مجتمعة، لتشكيل الاعتقاد بالإلزام؛ - إذ أن الوصول إلى هذه النتيجة يقتضي استيفاء شرطين. فلا يتعين فقط أن ترقى الأعمال المعنية إلى مستوى الممارسة المستقرة [une pratique constante، في النص الفرنسي]، ولكن يجب أيضا أن تكون تلك الأعمال أو أن تجري على نحو يدل على وجود اعتقاد بأن هذه الممارسة إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها. والحاجة إلى هذا الاعتقاد، أي إلى وجود ركن ذاتي، هو أمر ضمني في مفهوم الاعتقاد بإلزامية الممارسة وضرورتها. ولذا يتعين أن تشعر الدول المعنية بأنها تمثل لما يرقى إلى التزام قانوني. أما تواتر الأعمال، أو حتى

(١٠٦) انظر قضية س.س. لونس (فرنسا ضد تركيا): The Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, p. 18.

(١٠٧) المرجع نفسه، الفقرة ٢٨.

طابعها المعتاد، فليس كافيا في حد ذاته. وثمة أعمال دولية كثيرة، مثلما هو الحال في مجال المراسيم الاحتفالية والبروتوكولية، يجري القيام بها بشكل شبه مستقر، لكنها لا تنبع إلا من اعتبارات المجاملة والموازمة والتقاليد، ولا تنبع من أي شعور قانوني بالواجب“ (١٠٨).

٥٨ - وأعدت المحكمة تأكيد ذلك في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها، حيث قالت إنه لكي تحدد المحكمة قواعد القانون الدولي العرفي المنطبقة، فإنه ”يتعين عليها توجيه اهتمامها إلى ممارسة الدول واعتقادها بالزاميتها“ (١٠٩)، وإنه:

”... مثلما لوحظ في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال، فإنه لكي تنشأ قاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي، لا يتعين أن تكون الأعمال المعنية ”ترقى إلى الممارسة المستقرة“ فحسب، بل يجب أن تكون مصحوبة بـ الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها. فالدول التي تتخذ تلك الإجراءات أو غيرها من الدول التي تكون في وضع يتيح لها الرد عليها، يجب أن تكون قد تصرفت بحيث يكون سلوكها ”دليلا على اعتقاد بأن هذه الممارسة أصبحت إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها. فضرورة هذا الاعتقاد، أي وجود ركن ذاتي، ضمنية في مفهوم الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها ذاته“ (١١٠).

٥٩ - وفي حكمها في قضية الجرف القاري (تونس/الجمهورية العربية الليبية)، أشارت المحكمة إلى ”الممارسة الفعلية للدول“ بوصفها ”معبرة عن قواعد عرفية أو منشئة لها“ (١١١). وفي قضية خليج مين (Gulf of Maine)، لاحظت إحدى دوائر المحكمة أن القانون الدولي العرفي ”يشمل مجموعة محدودة من القواعد الرامية إلى كفالة التعايش والتعاون الحيوي بين أعضاء المجتمع الدولي، إلى جانب مجموعة من القواعد العرفية التي يمكن اختبار وجودها في

(١٠٨) انظر: *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 43-44, paras. 74, 77*.

(١٠٩) انظر: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 97, para. 183*.

(١١٠) المرجع نفسه، الفقرة ٢٠٧.

(١١١) انظر: *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p.18, at p.46, para. 43*.

الاعتقاد بالإلزام لدى الدول عن طريق الاستقراء استناداً إلى تحليل قدر واسع ومقنع بشكل كافٍ من الممارسة، وليس عن طريق الاستنباط من أفكار مسبقة“^(١١٢).

٦٠ - وفي معرض تناول القانون الدولي العربي في فتاها بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، قالت المحكمة في البداية إنه ”مثلما ذكرت المحكمة، يتعين أن يجري البحث عن محتوى هذا القانون ”في الممارسة الفعلية للدول والاعتقاد بالزاميتها“
(*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp.)
27. (29-30, para. 27).^(١١٣). ولاحظت المحكمة لاحقاً في فتاها وجود قواعد عرفية ”جرى تطويرها عن طريق ممارسة الدول“^(١١٤).

٦١ - ويمكن الوقوف على أحدث بيان موسَّع للمحكمة عن نهجها الأساسي في قضية ألمانيا ضد إيطاليا، حيث قالت:

”يترتب على ذلك أنه ينبغي للمحكمة البت، بموجب المادة ٣٨ (١) (ب) من نظامها الأساسي، في وجود ”عرف دولي، كدليل على ممارسة عامة مقبولة كقانون“... ولكي تفعل ذلك، يجب على المحكمة تطبيق المعايير التي كرسها مراراً لتحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي. وبوجه خاص، مثلما أوضحت المحكمة في قضيته الجرف القاري لبحر الشمال، فإن وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي يقتضي وجود ”ممارسة مستقرة“ مصحوبة بالاعتقاد بالإلزام... وعلاوة على ذلك، ومثلما لاحظت المحكمة:

”من البديهي بالطبع أن جوهر القانون الدولي العربي يتعين البحث عنها أساساً في الممارسة الفعلية للدول والاعتقاد بالزاميتها، بالرغم من أن الاتفاقيات المتعددة الأطراف قد يكون لها دور هام في تسجيل وتعريف القواعد المنبثقة من العرف، أو في وضعها“. (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, para. 27.)^(١١٥).

(١١٢) انظر: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 299, para 111;

ولم تُشر المحكمة إلى هذه الفئات المتميزة من القانون الدولي العربي في اجتهادها الأخير. وذهب تريفيس Treves إلى القول إنه في هذا البيان، ”يبدو أن المحكمة تميز، بالتالي، من بين قواعد القانون العربي العادية، فئة من تلك القواعد يلزم البحث فيها عن الركنين الموضوعي والمعنوي“، انظر، تريفيس، الحاشية ٧٣، أعلاه، الفقرة ١٩.

(١١٣) انظر: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p.226 at p. 253, para. 64.

(١١٤) المرجع نفسه، صفحة ٢٥٦، الفقرة ٧٥.

(١١٥) انظر: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, para. 55.

٦٢ - ومع ما ينطوي عليه التبسيط المفرط من مخاطر، يمكن القول بأن ثمة نهجين في تحديد قواعد معيّنة من القانون الدولي العرفي في الاجتهاد القضائي للمحكمة. ففي بعض القضايا، تستنتج المحكمة أن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي موجودة (أو غير موجودة) بدون تحليل تفصيلي^(١١٦). ولعل مرد ذلك إلى أن المحكمة تعتبر المسألة بديهية (لأنها مثلا تستند إلى استنتاج سبق للمحكمة التوصل إليه^(١١٧) أو إلى ما تعتبره المحكمة قانونا لا جدال فيه). ويمكن الوقوف على عدد من الأمثلة في حكم المحكمة المؤرخ ١٩ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢ في قضية نيكاراغوا ضد كولومبيا^(١١٨). وفي قضايا أخرى، تجري المحكمة تحليلا تفصيليا لممارسة الدول والاعتقاد بالزاميته من أجل تحديد وجود أو عدم وجود قاعدة

(١١٦) يشير ميرون إلى هذا النهج بوصفه "النهج الأكثر تساهلا إزاء القانون الدولي العرفي" مقارنة بـ "النهج التقليدي" المتمثل في المناقشة التفصيلية للأدلة: انظر ت. ميرون T. Meron، الحاشية ٣٤ أعلاه، الصفحة ٣١.

(١١٧) انظر مثلا Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, at p. 245, para. 41; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 38, para. 46; و Meron، المرجع نفسه ("تعتمد محكمة العدل الدولية والمحاكم الدولية الأخرى بشكل متزايد على السوابق عوضا عن القيام باستمرار بتحليل تفصيلي للمركز العرفي للمبادئ ذاتها في كل قضية")؛ ج. بواس G. Boas، الحاشية ٧٢ أعلاه، الصفحات ٨٤-٨٦ و ٩١-٩٣. وقد يطرح سؤال (بما في ذلك من قبل اللجنة في سياق الموضوع الحالي) حول مدى كون تأكيد محكمة من المحاكم لقاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي في نقطة زمنية معينة (أحيانا قبل عقود) يعني أن هذه المحكمة أو غيرها من المحاكم قد تعتمد ببساطة على هذا الاستنتاج في المستقبل؛ وانظر أيضا الحاشية ٤١ أعلاه. وللإطلاع على الرأي القائل بأن "الانتهاك غير المباشر للعرف يحدث حينما تستظهر محكمة دولية بالقانون الدولي العرفي وتطبقه، على النحو الذي أعلنته سابقا محكمة أخرى، دون فحص الأساس الذي يستند إليه هذا الإعلان"، انظر B. Chigara، "International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law"، Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 22 (2000), 433, 450.

(١١٨) انظر: Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012, الفقرة ٣٧: ("إن زعم نيكاراغوا أن منطقة QS 32 لا يمكن اعتبارها جزيرة ضمن التعريف الراسخ في القانون الدولي العرفي لأنها تتكون من كتل مرجانية لا يستند إلى أساس... وكون أن QS 32 منطقة صغيرة جدا لا يغير من الأمر شيئا، حيث إن القانون الدولي لا ينص على حجم الحد الأدنى يجب أن يكون عليه أي معلّم لكي يُعتبر جزيرة")؛ والفقرة ١١٨ ("تعتبر المحكمة أن تعريف الجرف القاري الوارد في الفقرة ١ من المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يُشكل جزءا من القانون الدولي العرفي")؛ والفقرة ١٣٨ ("يتفق الطرفان... على أن العديد من أهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يعكس القانون الدولي العرفي. وبصفة خاصة، يتفقان على أن أحكام المادتين ٧٤ و ٨٣ بشأن تعيين المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري، والمادة ١٢١ بشأن النظام القانوني للجزر، يجب اعتبارها ذات طابع معنٍ للقانون الدولي العرفي")؛ والفقرة ١٣٩ ("لذا تعتبر المحكمة أن النظام القانوني للجزر المنصوص عليه في المادة ١٢١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يشكل نظاما لا يتجزأ له كله (حسبما تقر به كولومبيا ونيكاراغوا)، مركز القانون الدولي العرفي")؛ والفقرة ١٧٧ ("يحدّد القانون الدولي اليوم عرض البحر الإقليمي الذي يحق للدولة الساحلية إنشاؤه بمقدار ١٢ ميلا بحريا")؛ والفقرة ١٨٢ ("رأت المحكمة أن هذا الحكم [المادة ١٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - المرتفعات التي تنحسر عنها المياه عند الجزر] يعكس القانون الدولي العرفي") (Qatar v. Bahrain), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 100, para. 201.

من قواعد القانون الدولي العرفي. ويبيّن حكم المحكمة المؤرخ ٣ شباط/فبراير ٢٠١٢ في قضية ألمانيا ضد إيطاليا^(١١٩) هذا النهج. وهاتان هما القضيتان المفيدتان بوجه خاص في توضيح نهج المحكمة إزاء نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته^(١٢٠).

٦٣ - وثمة عدد كبير من القضايا التي تناولت فيها المحكمة جوانبَ محدّدة من عملية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وإثباتها، حيث غطت الكثير من المسائل التي تثار في إطار الموضوع الراهن، ومن بينها طبيعة ركني ممارسة الدول والاعتقاد بالزاميتها، والعلاقة بين المعاهدات والقانون الدولي العرفي. وفي حين أن هذه القضايا لا تقدم إجابات كاملة، فإنها توفر إرشادا قيما. وسوف يُنظر في الاجتهاد القضائي تفصيلا في تقارير لاحقة، عند تناول جوانب محدّدة من الموضوع.

٦٤ - ومن المعترف به على نطاق واسع في الأدبيات أن المحكمة الدولية، من خلال اجتهاداتها، قد عززت دور القانون الدولي العرفي وأوضحت بعض جوانبه^(١٢١). وفي الوقت نفسه، رأى بعض الشراح أن المحكمة لم توفر حتى الآن إلا توجيهها جزئيا بشأن كيفية نشأة وتأكيّد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، حيث كان للمحكمة "ميل بارز إلى القول بوجود قاعدة عرفية أكثر من إثبات تلك القاعدة"^(١٢٢)، وإلى اتباع نهج أقرب إلى المرونة في

(١١٩) الحاشية ١١٥ أعلاه.

(١٢٠) انظر أيضا استخدام الاجتهاد القضائي في تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، مثلما جرى في إشارة محكمة العدل الدولية مؤخرا إلى "القانون الدولي العرفي الذي يعكسه الاجتهاد القضائي لهذه المحكمة، والمحكمة الدولية لقانون البحار، ومحاكم وهيئات التحكيم الدولية": قضية النزاع الإقليمي والبحري نيكاراغوا ضد كولومبيا، الحكم المؤرخ ١٩ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٢، الفقرة ١١٤ (والحاشية ١١٧ أعلاه). ورأى أحد المؤلفين أن ثمة طريقة تعلن المحكمة بواسطتها وجود القانون الدولي العرفي، ألا وهي الإقرار الضمني، حيث "تعتبر المحكمة أن ثمة طابعا عرفيا لممارسة من ممارسات الدول أو أحد أحكام المعاهدات، ولكن دون أن تعلن صراحة عن هذا الطابع" (انظر: A. Alvarez-Jiménez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 681, 698-703).

(١٢١) انظر مثلا دانييلونكو Danilenko، الحاشية ١٠ أعلاه، الفقرة ٨٠؛ و A. Cassese, "General Round-Up", in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 166.

(١٢٢) انظر: A. Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M.H. Arsanjani et al, (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 1065, 1076 (حيث ترد الإشارة إلى "كيمياء سحرية خفية وتجريبية تقود المحكمة إلى "اكتشاف" قاعدة قبل أن تطبقها في قضية محدّدة"). وانظر أيضا J.I. Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, 87 (1993), 529, 537-38; J.P. Kelly, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), 449,

نهاية المطاف^(١٢٣). غير أنه لوحظ أيضا أن المحكمة لم تكن دائما متسقة في استخدامها للمصطلحات المتعلقة بالقانون الدولي العرفي، أو في التمييز بينه وبين المبادئ العامة للقانون^(١٢٤).

469; K. Skubiszewski, "Elements of Custom and the Hague Court", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 31 (1971), 810, 853; T. Treves, ; R.H. Geiger, "Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal", in U. Fastenrath et al (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), 673, 692; W.W. Bishop, 147 *Recueil des Cours* (1965), 147, 220; A. D'Amato, "Trashing Customary International Law", *American Journal of International Law*, 81 (1987), 101; G.L. Scott and C.L. Carr, "The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy", *Texas International Law Journal*, 16 (1981), 347, 353; T. Meron, أعلاه، الصفحة ٣٠، "The unbearable lightness of customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: the *Jurisdictional Immunities of the State* case", available (in Spanish) at *Revista Electronica de Estudios Internacionales* (www.reei.org); M. Hagemann, "Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes", *Annuaire Suisse de Droit International*, 10 (1953), 61-88

(١٢٣) انظر: E. Jiménez de Aréchaga, "Custom", in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 2-3 التطور التدريجي للقانون الدولي يكمن... في مرونة المفاهيم المتصلة بالاجتهاد القضائي التي اعتمدها بشأن موضوع الموارد هذا، خصوصا فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي؛ E. Benvenisti, "Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency", in E. Benvenisti and M. Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives* (Cambridge University Press, 2004), 85-116 (في معرض الإشارة إلى أن قضاة المحكمة هم "كهنة العرف الخفي"، ويحترعون القانون الدولي العرفي أحيانا حينما "تنتج هذه القفزات قواعد أكثر كفاءة")؛ ف. أوريجو فيكونيا F. Orrego Vicuña، الحاشية ٤٨ أعلاه، الفقرتان ٢٥-٢٦ ("لم تتبع محكمة العدل الدولية نمجا متسقا في التعامل مع القانون العرفي... ففي الفترات أقرب عهدا... يبدو أن المحكمة، عوض الالتزام بنظرية بعينها، خلصت إلى وجود قاعدة عرفية كلما وحيثما رأت أنه من الضروري أو الملائم تحديد هذه القاعدة أو تجاوز نطاق القواعد التعاهدية")؛ I. MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, 1982), 21 (من الصعب تجنب الانطباع بأن... المحكمة، في مجال العرف الدولي، كانت ترسم بفرشاة بالغة الاتساع والتحرر)؛ ر. هـ. جيغر R. H. Geiger، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحتان ٦٧٣ و ٦٧٤ ("المعايير التي تعلنها المحكمة صراحة لإنشاء قواعد عرفية محددة تختلف كثيرا عن الكيفية التي تعمل بها المحكمة حقا")؛ ر. ب. بيكر R. B. Baker، الحاشية ٤٨ أعلاه، الفقرتان ١٧٨-١٧٩ (في معرض قوله إن المحكمة هي التي قامت، "في مجموعة من الآراء الجديدة، بل الثورية" في أواخر ستينات وأوائل سبعينات القرن العشرين، بوضع الأساس الفقهي لـ "إعادة التفكير في المصادر التقليدية للقانون الدولي العرفي: ممارسة الدول والاعتقاد بالزاميتها")؛ R. Müllerson, "On the Nature and Scope of Customary International Law", *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), 341, 353 ملاحظته أن الطرح القائل بالوظيفة الشارعة هو الذي كثيرا ما يكمن وراء قرار المحكمة الاعتراف بالقانون

٦٥ - وأوضح رئيس محكمة العدل الدولية مؤخرًا، عند تناوله لمسألة نهج المحكمة إزاء القانون الدولي العرفي، ما يلي:

”... المؤلفون على حق في لفت الانتباه إلى الاستخدام الشائع لبيانات عامة بالقواعد في الممارسة الحديثة للمحكمة، بالرغم من أنهم يدفعون المسألة إلى أبعاد مما ينبغي من خلال إصرارهم على التنظير لهذا التطور. والواقع أن المحكمة لم تتخل أبدًا عن رأيها، ذي الجذور الراسخة في نص النظام الأساسي، القائل بأن القانون الدولي العرفي هو ”ممارسة عامة مقبولة كقانون“ - أي أنه، وفقا للكلمات المستخدمة في قضية مؤخرًا، ”يقتضي وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون هناك ”ممارسة مستقرة“ مصحوبة بالاعتقاد بالإلزام“. غير أنه عمليًا، لم تر المحكمة أبدًا أن من الضروري إجراء هذا البحث بشأن كل قاعدة يدعى أنها قاعدة عرفية في قضية بعينها، واستخدمت المحكمة عوضًا عن ذلك أفضل الأدلة المتاحة وأنسبها لتحديد ما إذا كانت ثمة قاعدة عرفية من هذا النوع. وأحيانًا يتطلب

الدولي العرفي)؛ O. Yasuaki, “Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?”, *International Legal Theory*, 81 (2002), 1, 16 (”استخدمت محكمة العدل الدولية مفهوم القانون الدولي العرفي بطريقة بالغة المرونة... وبددت الفرق القائم بين ممارسة الدول والاعتقاد بالزاميتها“); F.L. Kirgis, Jr., “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, 81 (1987), 146-151 (في معرض إشارته إلى أهمية القاعدة أو الموضوع بالنسبة لمحكمة العدل الدولية في إيجاد قواعد عرفية؛ فحينما يكون الأمر مثيرًا لعدم الاستقرار أو بغضًا أخلاقيًا، يجري بالفعل الإعلان عن عرف تقييدي)؛ ب. شلوتير B. Schlütter، الحاشية ٢١ أعلاه، الصفحتان ١٢٢ و ١٦٨ (”الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية بشأن العرف ليس دائمًا متسقًا ولا يبدو دومًا أنه يتبع مفهومًا كليًا، على النحو الذي تتصوره النظريات المختلفة المتعلقة بالقانون الدولي العرفي... وليس لدى المحكمة نهج واحد إزاء نشأة القانون الدولي العرفي“).

(١٢٤) انظر على سبيل المثال K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. xv-xvii, 8; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, revised edition (Grotius Publications, 1982), 393; M. Mendelson, “The International Court of Justice”، الصفحة ٨١٢؛ Skubiszewski، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ٨١٢؛ V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), 63, 64 (في معرض قوله إن المحكمة ”كثيرًا ما تمتنع عن تحديد المصدر الذي تطبقه... [ما لم تكن القاعدة المعنية تستمد صحتها مباشرة من معاهدة،] وكثيرًا ما تكفي المحكمة بتأكيد أن كذا وكذا [قاعدة] أو مبدأ [معترف بها جيدًا في القانون الدولي]“ أو تستخدم جملة غامضة أخرى، دون تحديد ما إذا كانت القاعدة مستمدة من العرف، أو ”المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قِبَل الأمم المتحدة“، أو مصدر آخر، أو مزيج من المصادر“); D. Bodansky, “Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms”, in M.H. Arsanjani et al (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 119, 122 (”حتى محكمة العدل الدولية التي يميز نظامها الأساسي بين المبادئ العامة والعرف لا تقيم هذا التمييز دائمًا في قراراتها“).

ذلك استعراضا عاما للأركان المادية للعرف في حد ذاتها، في حين أنه في الغالب الأعم سيكون كافيا النظر في الآراء المدروسة التي تعبر عنها الدول والهيئات من قبيل لجنة القانون الدولي فيما يتعلق بما إذا كانت ثمة قاعدة عرفية قائمة وبشأن محتوى تلك القاعدة، أو على الأقل استخدام القواعد التي تتم صياغتها بوضوح في تعبير خطي كنقطة مرجعية لتأطير وتوجيه البحث في الأركان المادية للعرف^(١٢٥).

تاسعا - الاجتهاد القضائي للمحاكم والهيئات القضائية الأخرى

ألف - المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى

٦٦ - من بين المحاكم والهيئات القضائية الدولية التي قد تكون اجتهاداتها القضائية مفيدة في هذا الموضوع المحكمة الدولية لقانون البحار؛ والمحاكم الجنائية الدولية والمدوّلة؛ وهيئات تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية؛ وهيئات التحكيم بين الدول؛ ومحاكم خاصة أخرى. وسيشار إلى الاجتهاد القضائي المعني في التقارير المقبلة، عند تناول جوانب معينة من نشأة القانون الدولي العربي وإثباته. وفي الوقت الراهن، تُضرب بعض الأمثلة لتوضيح نطاق المحاكم والهيئات القضائية المعنية، والنهج العام الذي تتبعه، والكم الهائل من المواد التي يمكن العثور عليها في الاجتهاد القضائي^(١٢٦). وثمة سمة بارزة في كل ذلك. فعلى الرغم من السياقات المحددة التي تعمل فيها المحاكم والهيئات القضائية الأخرى، فإن هناك عموما اعتمادا كبيرا على نهج محكمة العدل الدولية واجتهادها القضائي، بما في ذلك الدور التأسيسي المنوط بركني ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام.

٦٧ - ولم تلجأ المحكمة الدولية لقانون البحار، التي قد تطبق (بالإضافة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار) "قواعد القانون الدولي الأخرى غير المتنافية مع هذه الاتفاقية"^(١٢٧)، إلى القانون الدولي العربي إلا في حالات محدودة. وقد اعتمدت المحكمة أساسا، في تحديد ما إذا أصبحت قاعدة ما جزءا من القانون الدولي العربي، على الأحكام الصادرة عن المحكمة

(١٢٥) انظر: P. Tomka, in "The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (سيصدر قريبا).

(١٢٦) ذكرت هذه القضايا فقط لكونها تلقي الضوء على نشأة القانون الدولي العربي وإثباته، وينبغي ألا يفهم ذلك على أنه تأييد لأحكام معينة من حيث الموضوع.

(١٢٧) اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، المادة ٢٩٣ (١). استنتجت المحكمة أيضا أن قواعد القانون الدولي العربي مشار إليها ضمنا في عدد من مواد الاتفاقية؛ انظر مثلا الحكم الصادر في قضية تعيين الحدود البحرية في خليج البنغال (بين بنغلاديش وميانمار)، *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal*, Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea, report for 2012, (Bangladesh/Myanmar), para. 183.

الدولية^(١٢٨). وأشارت أيضا إلى الاستنتاجات التي خلصت إليها المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى^(١٢٩)، وإلى عمل لجنة القانون الدولي^(١٣٠). وفي إحدى القضايا، اعتمدت المحكمة على ”عدد متزايد من المعاهدات الدولية والصكوك الأخرى“ لتخلص إلى أن ”توجهها نحو جعل النهج [التحويطي] جزءا من القانون الدولي العربي“ قد ”بدأ“^(١٣١). وأشارت المحكمة أيضا إلى أهمية ممارسة الدول والاجتهاد القضائي في المحاولات الرامية إلى استنتاج قيام ”قاعدة عامة“ واجبة التطبيق أو تفسير مفهوم قانوني أو قاعدة قانونية ما^(١٣٢).

(١٢٨) الحكم الصادر في قضية السفينة ”سايجا“ (رقم ٢) (سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا)، *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, paras. 133-13. والفتوى الصادرة عن غرفة منازعات قاع البحار بشأن مسؤوليات والتزامات الدول المزكية للأشخاص والكيانات فيما يتعلق بالأنشطة في المنطقة، *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea, report for 2011, p. 10, paras. 57, 147-148, 169, 178.

(١٢٩) الفتوى الصادرة عن غرفة منازعات قاع البحار بشأن مسؤوليات والتزامات الدول المزكية للأشخاص والكيانات فيما يتعلق بالأنشطة في المنطقة، *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea report for 2011, p. 10, paras. 57. تشير هذه الفقرة إلى هيئة التحكيم بشأن تعيين الحدود البحرية بين غينيا وغينيا - بيساو وهيئة الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية)، و ١٧٨ (تشير إلى هيئة التحكيم في قضية سفينة رينبوو ووريور (Rainbow Warrior)، و ١٩٤ (تشير إلى محكمة العدل الدولي الدائمة).

(١٣٠) المرجع نفسه، الفقرات ١٦٩ و ١٧٨ و ١٨٢ و ١٩٤ و ٢١٠؛ والحكم الصادر في قضية السفينة ”سايجا“ (رقم ٢) (سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا)، *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea report for 1999, p. 10, para. 171.

(١٣١) فتوى صادرة عن غرفة منازعات قاع البحار بشأن مسؤوليات والتزامات الدول المزكية للأشخاص والكيانات فيما يتعلق بالأنشطة في المنطقة، *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion (of the Seabed Disputes Chamber)*, 1 February 2011, International Tribunal for the Law of the Sea report for 2011, p. 10, para 135.

(١٣٢) انظر الحكم الصادر في قضية تعيين الحدود البحرية في خليج البنغال (بين بنغلاديش وميانمار)، *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, paras. 147, 150؛ والحكم الصادر عن المحكمة الدولية لقانون البحار بشأن طلب الإفراج الفوري في قضية السفينة ”سايجا“ (سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا)، *M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment, International Tribunal for the Law of the Sea report for 1997, p. 16, para. 57.

٦٨ - وكثيراً من لجأت المحكمتان الجنائيتان الدوليتان الخاصتان - ليوغوسلافيا السابقة ولرواندا - إلى القانون الدولي العرفي في إقامة اختصاصهما^(١٣٣). وبذلك، قضت كل منهما، على النحو المبين أدناه، بأن نشأة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تتطلب توافر ممارسة الدول ومبدأ الاعتقاد بالإلزام، وأن تحديد هذه القاعدة يتطلب عموماً بحث هذين العنصرين. واعتُبر أن هذا النهج يملية وجوب أن تولى المحكمتان الاعتبار الواجب لمبدأ الشرعية (لا جريمة إلا بنص) الذي يقتضي أن "القانون الدولي العرفي يمكن أن يتيح أساساً سليماً للإدانة، ولكنه لا يفعل إلا إذا حرص بالفعل على تحديد كون المبدأ القانوني كان راسخاً كعرف وقت ارتكاب الجريمة بحيث يكون بإمكان المحرم التعرف على القاعدة التي كان من المتوقع أن يحترمها"^(١٣٤). ومع ذلك، فقد ذهب البعض إلى أن "القانون الدولي العرفي في سياق القانون الجنائي الدولي يعني شيئاً مختلفاً عن القانون الدولي العرفي في سياق القانون الدولي التقليدي"^(١٣٥)، وأن اجتهاد المحاكم كثيراً ما يعكس تحولاً "فيه ابتعاد عن نوع من الأعراف يركز على الممارسة واتجاه نحو تفسير العملية العرفية من منظور إنساني على وجه أكثر تحديداً"^(١٣٦). غير أن آخرين ذهبوا إلى أن "القول بأن اجتهاد المحاكم الجنائية الدولية قد

(١٣٣) فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي باعتباره مصدراً من المصادر القانونية في الإجراءات الجنائية الدولية عموماً، انظر على سبيل المثال D. Akande, "Sources of International Criminal Law", in A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), 41, 49-51. An Introduction to Criminal Law and Procedure, 2nd edition (Cambridge University Press, 2010), 11 وعند النظر في الاجتهاد القضائي للمحاكم والمهيئات القضائية الجنائية الدولية - بما فيها المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم المختصة - ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن الدول نادراً ما تكون طرفاً مباشراً في القضية.

(١٣٤) T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 99 (2005), 817, 821.

(١٣٥) W. Schabas, الحاشية ٣٣ أعلاه، ١٠١؛ وانظر أيضاً R.B. Baker، الحاشية ٤٨ أعلاه، ١٧٥، ١٨٤-١٨٦؛ L. van den Herik, "Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity", in S. Darcy and J. Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press, 2010), 80-105؛ C. Stahn and L. van den Herik, "'Fragmentation', Diversification and '3D' Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?", in L. van den Herik and C. Stahn (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 21, 63؛ B. Van Schaack, "*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals", *Georgetown Law Journal*, 97 (2008), 119, 165؛ I. Bantekas, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", *International Criminal Law Review*, 6 (2006), 121-136.

(١٣٦) G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press, 2006), 18.

أوجد شكلا جديدا من الأعراف يعني عن ممارسة الدول وعن مبدأ الاعتقاد بالإلزام في نشأة العرف فيه مجانبة للصواب^(١٣٧).

٦٩ - وكثيرا ما لجأت المحكمة الدولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١ (المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة) إلى القانون الدولي العرفي عند تحديد القانون الدولي المتصل بالجرائم والإجراءات المعروضة عليها. وقد أوضحت في عدة مناسبات، وهي تفعل ذلك، أنه يتعين إثبات ممارسة الدول ومبدأ الاعتقاد بالإلزام من أجل تحديد ما إذا كان مبدأ قانوني معين جزءا من القانون الدولي العرفي. ففي قضية المدعي العام ضد حاجي حسنوفيتش، على سبيل المثال، أشارت دائرة الاستئناف إلى أنها "لكي تقضي بأن مبدأ ما يشكل جزءا من القانون الدولي العرفي، يجب أن تقتنع بأن ممارسة الدول تقر هذا المبدأ استنادا إلى ركن الاعتقاد بالإلزام"^(١٣٨)؛ وبالمثل، أشارت الدائرة الابتدائية صراحة، في قضية المدعي العام ضد ديلايتش، إلى "الدليل على وجود هذا القانون العرفي، أي ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام"^(١٣٩). وبناء عليه، رأت دائرة الاستئناف، في قضية المدعي العام ضد أليكسوفسكي على سبيل المثال، أنه ما لم يكن هناك "دليل مستقى من ممارسة الدول يبين نشوء [شرط] في القانون الدولي العرفي" مفاده أن الانتهاكات التي تطال قوانين أو أعراف

(١٣٧) G. Boas، الحاشية ٧٢ أعلاه، ٩٠.

(١٣٨) القرار الصادر في القضية IT-01-47-AR72 بشأن الطعن التمهيدي في الاختصاص فيما يتعلق بمسؤولية القيادة، Case No. IT-01-47-AR72، Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility، 16 July 2003، para. 12.

(١٣٩) الحكم الصادر في القضية IT-96-21-T، Judgment، 16 November 1998، para. 302 (and IT-96-21-T، para. 256). وانظر أيضا إعلان القاضي شهاب الدين، على سبيل المثال، في الحكم الصادر عن دائرة الاستئناف في قضية المدعي العام ضد فورونديجا، حيث ورد أنه "إذا كان السؤال المطروح هو ما إذا نشأت قاعدة ما في القانون الدولي العرفي سيكون من الضروري النظر في تطور القانون الدولي العرفي بشأن هذه النقطة، ويتعين بطبيعة الحال بحث هذا الموضوع وفقا للمبادئ التي تحكم هذا التطور"؛ وأشار شهاب الدين في هذا السياق إلى "استعراض مقارن مصمم ليبيّن ما إذا كانت قاعدة عرفية ما قد ظهرت إلى الوجود على أساس وجود تطابق عام في ممارسة الدول"، ثم أشار إلى أن هذه الدراسة يجب أن تكون "منهجية" (Case No. IT-95-17/1-A، 21 July 2000، paras. 257-258، 262). ويمكن الوقوف على مثال آخر في الرأي المستقل المشترك للقاضيين ماكدونلد وفوهره في قضية المدعي العام ضد إردموفيتش: "لكي تصبح قاعدة ما جزءا من القانون الدولي العرفي، أكدت محكمة العدل الدولية، على نحو جازم، في القضايا الخاصة بالجرف القاري لبحر الشمال أنه يجب أن تكون هناك ممارسة موحدة وواسعة النطاق للدول يستند فيها إلى مبدأ الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها"، (Case No. IT-96-22-A)، Judgment of the Appeals Chamber، 7 October 1997، para. 49.

الحرب تستوجب إثبات وجود قصد تمييزي، فإنه لا وجود لمثل هذه القاعدة^(١٤٠). وفي قضية المدعي العام ضد تاديتش، أشارت دائرة الاستئناف إلى "تمحيص الممارسة ذات الصلة" عند تحديد ما إذا كان شرط "القصد التمييزي غير مطلوب بموجب القانون الدولي العرفي في جميع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية"^(١٤١).

٧٠ - غير أن دوائر المحكمة أبدت، في بعض الأحيان، استعدادها لإقرار نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي حتى في حال عدم ترسخ الركنين المذكورين (ولا سيما ممارسة الدول). ففي قضية المدعي العام ضد كوبريسكتش، أعلنت الدائرة الابتدائية صراحة أن "مبادئ القانون الدولي الإنساني قد تنشأ عبر عملية عرفية تحت ضغط مطالب الإنسانية أو إملاءات الضمير العام، حتى في حال قلة ممارسة الدول أو عدم اتساقها. والركن الآخر، المتمثل في الاعتقاد بضرورة الممارسة، الذي يتبلور نتيجة لمتطلبات الإنسانية أو الضمير العام، قد يصبح العنصر الحاسم الذي يؤذن بظهور قاعدة عامة أو مبدأ عام في إطار القانون الإنساني"^(١٤٢). وفي القضايا الأخرى، لم تجر الدوائر دوماً تحليلاً شاملاً لممارسة الدول

(١٤٠) الحكم الصادر في القضية IT-95-14/1-A، Judgment, 24 March 2000, para 23، Case No. IT-95-14/1-A.

(١٤١) الحكم الصادر في القضية IT-94-1-A، Judgment, 15 July 1999, paras. 287-292، وانظر أيضاً الحكم الصادر في قضية المدعي العام ضد ناليتيتش ومارتينوفيتش (الرأي المستقل والمخالف جزئياً للقاضي شومبرغ)، *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-A، Judgment, 3 May 2006، Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, para. 15، *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A، Judgment, 17 December 2004، para. 66، *Prosecutor v. Kunarac et al*, Case Nos. IT-96-23 & IT-96-23/1-A، Judgment, 12 June 2002، para. 98 (footnote 114)، والحكم والرأي المستقل والمخالف جزئياً للقاضي شومبرغ في قضية المدعي العام ضد غاليتش، *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A، Judgment, 30 November 2006، paras. 86-98، and the Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, paras. 7-21.

(١٤٢) القضية IT-95-16-T، 14 January 2000، para. 527، وانظر أيضاً A. Zahar، "Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY"، in B. Swart، A. Zahar and G. Sluiter، *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Oxford University Press، 2011)، 469-505.

وركن الاعتقاد بالإلزام (ولم تميز بينهما)^(١٤٣)، أو أنها اكتفت بالإشارة إلى القرارات السابقة للمحكمة^(١٤٤).

٧١ - ولجأت بدورها المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال الإبادة الجماعية وغير ذلك من الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي المرتكبة في إقليم رواندا والمواطنين الروانديين المسؤولين عن أعمال الإبادة الجماعية وغيرها من الانتهاكات المماثلة في أراضي الدول المجاورة بين ١ كانون الثاني/يناير و ٣١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٤ (المحكمة الجنائية الدولية لرواندا) إلى القانون الدولي العرفي في عدة مناسبات، يبدو من خلالها أن المحكمة والأطراف الماثلة أمامها، أقرت، على حد تعبير دائرة الاستئناف، في قضية روماكوبا ضد المدعي العام، بأن "قواعد القانون الدولي العرفي يميزها الركبان المعروفان المتمثلان في ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام"^(١٤٥). وفي إشارة صريحة أخرى، ذهب القاضي شهاب الدين، عند الإشارة إلى مفهوم الاشتراك في ارتكاب الجريمة في رأيه المستقل في قضية غاكومبيتسي ضد المدعي العام (دائرة الاستئناف)، إلى أنه "ما دامت دول عديدة تؤيد إحدى النظريتين في حين تؤيد دول أخرى عديدة النظرية الثانية، فإن من الممكن القول إن ركني ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام غير قائمين لجعل إحدى النظريتين جزءاً من القانون الدولي العرفي"^(١٤٦). وذهب القاضي ميرون، في رأيه المخالف جزئياً في قضية ناهيماننا وآخرين ضد المدعي العام (دائرة الاستئناف)، إلى أنه في حال "عدم تبلور توافق بين الدول، فمن الواضح أن لا وجود لأي قاعدة في هذا الشأن في إطار القانون الدولي

(١٤٣) انظر على سبيل المثال قضية تاديتش، الحاشية ١٤١ أعلاه، الفقرتان ١٠٩ (الحاشية ١٢٩) و ٣٠٣؛ وقضية ديلايتش، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الفقرات ٤٥٢-٤٥٤؛ وقضية المدعي العام ضد كورديتش وتشير كيز، الحاشية ١٤١ أعلاه، الفقرات ٥٢-٥٤؛ وانظر أيضاً قضية المدعي العام ضد غاليتش، الحاشية ١٤١ أعلاه، الرأي المستقل للقاضي شهاب الدين، الفقرة ٥.

(١٤٤) انظر، على سبيل المثال، الحكم الصادر في قضية المدعي العام ضد ناليتيتش ومارتينوفيتش. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-T, Judgment, 31 March 2003, paras. 228, 250, 336 الصادر في قضية المدعي العام ضد بلاسكيتش، *Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment, 29 July 2004, paras. 145-148, 157؛ والحكم الصادر في قضية المدعي العام ضد كونارك وآخرين، *Prosecutor v. Kunarac et al*, Case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001, paras. 466-486.

(١٤٥) القرار الصادر في القضية ICTR-98-44-AR72.4 فيما يتعلق بالاستئناف التمهيدي بشأن تطبيق مبدأ العمل الإجرامي المشترك على جريمة الإبادة الجماعية، *Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide*, 22 October 2004, para. 14.

(١٤٦) الرأي المستقل للقاضي شهاب الدين في القضية ICTR-2001-64-A، 7 July 2006، Case No. ICTR-2001-64-A، *Separate Opinion of Judge Shahabuddeen*, para. 51.

العربي“^(١٤٧). وعند الإشارة إلى ما يثبت وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي من عدمه، لم تحدد المحكمة عموماً ما إذا كانت هذه المواد تثبت ممارسة الدول أم الاعتقاد بالإلزام (أو كليهما)^(١٤٨).

٧٢ - وفي بعض القضايا، تجنبت المحكمة إجراء تحليل مستفيض عند اتخاذ قرار بشأن نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي، أو اعتمدت عوض ذلك على تحريات وإعلانات المؤسسات القضائية الأخرى. ففي قضية ناهيماننا وآخرين ضد المدعي العام، على سبيل المثال، اكتفت دائرة الاستئناف بالإشارة إلى بيان تفسيري تضمنه مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها الذي أعدته لجنة القانون الدولي عندما ذكرت أن الموقف القائل بعدم المعاقبة على التحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ما لم تُرتكب هذه الجريمة فعلاً موقف “لا يعكس القانون الدولي العربي بشأن هذه المسألة”^(١٤٩)؛ وفي قضية المدعي العام ضد أكاييسو، رأت الدائرة الابتدائية أنه “لا يمكن إنكار أن اتفاقية الإبادة الجماعية تعتبر جزءاً من القانون الدولي العربي، كما يتضح من الفتوى الصادرة عن محكمة

(١٤٧) الرأي المخالف جزئياً للقاضي ميرون في القضية ICTR-99-52-A، 28 November، Case No. ICTR-99-52-A، 2007، Partly Dissenting Opinion of Judge Meron، paras. 5-8. فبالإشارة إلى “عدد ونطاق التحفظات [على الأحكام ذات الصلة التي استندت إليها الدائرة الابتدائية على أنها] تكشف أنه ما زال هناك خلاف عميق في المجتمع الدولي بشأن ما إذا كان الخطاب المحرض على الكراهية لوحده محظوراً أو ينبغي حظره”، خلص القاضي ميرون إلى أن تلك الأحكام لا تتضمن أي “مبدأ راسخ”، داعماً موقفه بتاريخ صياغة اتفاقية الإبادة الجماعية وبالحكم الصادر عن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية كورديو.

(١٤٨) انظر، على سبيل المثال، قضية المدعي العام ضد بيكيندي، 2، Case No. ICTR-01-72-T، *Prosecutor v. Bikindi*، December 2008، para. 379؛ وقضية المدعي العام ضد نتاكورو تيماننا ونتاكورو تيماننا، *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*، Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A، 13 December 2004، paras. 518-519؛ وقضية روماكوبا، الحاشية ١٤٥ أعلاه، الفقرة ١٤. ويمكن الوقوف على مثال آخر من هذا القبيل في قضية المدعي العام ضد ناهيماننا وآخرين (الدائرة الابتدائية)، حيث أشارت الدائرة إلى “المبادئ الراسخة للقانون الدولي والقانون المحلي، والاجتهاد القضائي في قضية شترايخ لعام ١٩٤٦، والعديد من القضايا التي بنت فيها منذئذ المحكمة الأوروبية والمحكمة المحلية” لتحديد كون “خطاب الكراهية الذي يعبر عن تمييز عرقي وغيره من أشكال التمييز ينتهك قاعدة القانون الدولي العربي التي تحظر التمييز” (Case No. ICTR-99-52-T، 3 December 2003، paras. 1073-1076). وانظر أيضاً و. شباس W Schabas، الحاشية ٣٣ أعلاه، الفقرتان ٨٤ و ٨٥.

(١٤٩) الحاشية ١٤٧ أعلاه، الحاشية ١٦١٤ (الفقرة ٦٧٨)؛ وانظر أيضاً الرأي المخالف جزئياً للقاضي شهاب الدين في تلك القضية، حيث أشار في سياق تعريف جريمة الاضطهاد إلى حكم صادر عن محكمة عسكرية بالولايات المتحدة عندما قال “لقد حدث ذلك في محاكمة أجريت فوراً بعد الحرب العالمية الثانية. إذن، يجوز كالمعتاد اعتبار أن هذه القضية تعكس القانون الدولي العربي” (الفقرة ١٣).

العدل الدولية بشأن أحكام اتفاقية الإبادة الجماعية، وكما أشار إلى ذلك الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة^(١٥٠).

٧٣ - وبالانتقال إلى المحاكم المدوّلة، ذكرت المحكمة الخاصة لسيراليون، في قضية المدعي العام ضد نورمان، أن "نشأة العرف تتطلب ممارسة الدول وشعورا بالالتزام المسبق (الاعتقاد بالإلزام)"، مع الاستشهاد بأن "التعبير عن الشعور بالالتزام، دون تنفيذ اعتيادي، لا يعدو أن يكون لغوا. وعلى العكس من ذلك، فإن ممارسة الدول، دون الاعتقاد بالإلزام، هي مجرد عادة"^(١٥١). وفي تقرير كون حظر تجنيد الأطفال في القوات المسلحة قد تبلور ليصبح جزءا من القانون الدولي العرفي، أشارت المحكمة إلى عدد الدول التي لديها تشريعات تحظر تجنيد الأطفال ("جميع الدول تقريبا... (.. منذ زمن بعيد)"); وذكرت أنه يتضح من خلال العدد الكبير للدول التي هي أطراف في اتفاقيات جنيف (١٨٥ دولة) أو التي صادقت على البروتوكول الإضافي الثاني (١٣٣) واتفاقية حقوق الطفل ("جميعها عدا ست دول")، أن أحكام هذه الصكوك مقبولة على نطاق واسع باعتبارها جزءا من القانون الدولي العرفي (بالنسبة للصك الأخير، "تقريبا بمجرد دخوله حيز النفاذ"^(١٥٢)). ورأت المحكمة أنه "عند النظر في نشأة القانون الدولي العرفي، فإن عدد الدول المشاركة في ممارسة ما هو معيار أهم

(١٥٠) القضية ICTR-96-4-T، ٢ أيلول/سبتمبر ١٩٩٨، الفقرة ٤٩٥؛ وانظر أيضا قضية المدعي العام ضد كاجيليجيلي، حيث أشير إلى الحكم الصادر في قضية تاديتش "لاستعراض الممارسة الدولية بشأن هذه المسألة" المتمثلة في القول بأن معيار الطابع "الواسع النطاق أو المنهجي" للهجوم يندرج في إطار القانون الدولي العرفي (القضية رقم ١، ICTR-98-44A-T، ١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٣، الفقرة ٨٦٩ والحاشية ١٠٧٦)؛ والعبارات التي استخدمها القاضي غوني في رأيه المخالف جزئيا في قضية غاكو مبيتسي ضد المدعي العام (الحاشية ١٤٦ أعلاه): "إنني أشعر بالقلق من أن الأغلبية في هذه القضية لم تفسح المجال على الإطلاق لأي مناقشة تبين أن أيا من أشكال ارتكاب هذا الفعل يقرها القانون الدولي العرفي. والواقع أنه لم يقدم أي تحليل للقانون الدولي العرفي يبين أن 'الارتكاب' يتجاوز التنفيذ الفعلي لجرمة ما أو المشاركة في عمل إجرامي مشترك" (الفقرة ٦). وانظر أيضا الحكم (الأسباب) في قضية المدعي العام ضد كايشيما وروزيندانا (القضية رقم ICTR-95-I-A، ١ حزيران/يونيه ٢٠٠١، حيث أشارت دائرة الاستئناف "إلى أن مبدأ الحق في المحاكمة العادلة هو جزء من القانون الدولي العرفي" وأشارت إلى تكريسه "في العديد من الصكوك الدولية، بما في ذلك المادة ٣ المشتركة بين اتفاقيات جنيف"، مشيرة إلى حكم الاستئناف في قضية تشيليبيتشي (الفقرة ٥١).

(١٥١) القضية SCSL-2004-14-AR72(E) (٣١ أيار/مايو ٢٠٠٤)، الصفحة ١٣، الفقرة ١٧؛ وذكر أن الاستشهاد مقتبس من E.T. Swaine, "Rational Custom", *Duke Law Journal*, 52 (2002), 559, 567-68.

(١٥٢) المرجع نفسه، الفقرتان ١٨ و ١٩.

[...] من مدة الممارسة“^(١٥٣). وذكرت، علاوة على ذلك، أن ”القانون العرفي، كما يشير إلى ذلك اسمه، مستمد من العرف. والعرف يستغرق وقتا في نشوئه“^(١٥٤).

٧٤ - وفي قضية المدعي العام ضد فوفانا وكونديوا^(١٥٥)، أشارت دائرة الاستئناف في المحكمة الخاصة لسيراليون، عند تقرير كون حظر النهب على النحو الوارد في القانون الدولي العرفي لا يشمل حظر التدمير الذي لا تبرره ضرورة عسكرية، إلى ما أعلنته محكمة العدل الدولية في القضيتين المتعلقتين بالجرف القاري لبحر الشمال، حيث اشترطت أن تكون ممارسة الدول ”واسعة وشبه موحدة في آن واحد“ وتجسد الاعتقاد بالإلزام^(١٥٦). ثم أقرت بناء على ذلك تحليلا لمختلف المواد، على الرغم من أنها لم توضح أي مادة من تلك المواد التي ذكرتها تندرج في إطار ”ممارسة الدول“. وعندما ذكرت المحكمة في بادئ الأمر أن حالات حظر كل من النهب والتدمير الذي لا تبرره ضرورة عسكرية ”موجودة في القانون الدولي العرفي الساري على التزاعات المسلحة غير الدولية في الأوقات التي تهم هذه القضية“، فإنها عززت موقفها بقرار أصدرته دائرة الاستئناف بالمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية حاجي حسنوفيتش^(١٥٧).

٧٥ - وفي قرار أصدرته الدائرة التمهيدية بالدوائر الاستئنافية في المحاكم الكمبودية عام ٢٠١٠ عند النظر في مركز العمل الإجرامي المشترك في إطار القانون الدولي العرفي، أشارت الدائرة أولا إلى المادة ٣٨ (١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وإلى القضايا المتعلقة بمصائد الأسماك والجرف القاري لبحر الشمال، ثم قالت إن ”الدائرة التمهيدية تذكر أنه عند

(١٥٣) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥، الفقرة ٤٩؛ اقتباس من M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, 47 (1975)، الصفحتان ١ و ١٦، (مع إضافة جملة عن نفس المؤلف، هي أن ”عدد الدول اللازم لنشوء قاعدة من قواعد القانون العرفي يختلف وفقا لحجم الممارسة التي تتنافى مع هذه القاعدة، وأنه [حتى] الممارسة التي يتبعها عدد قليل جدا من الدول يمكن أن تنشأ عنها قاعدة من قواعد القانون العرفي إذا لم تكن هناك ممارسة تتنافى مع هذه القاعدة“ (الصفحة ١٨)).

(١٥٤) المرجع نفسه، الفقرة ٥٠. وانظر أيضا الرأي المخالف للقاضي روبرتسون، الصفحات ١٤-١٩.

(١٥٥) القضية SC/SL-04-14-A، ٢٨ أيار/مايو ٢٠٠٨.

(١٥٦) المرجع نفسه، الفقرة ٤٠٥.

(١٥٧) المرجع نفسه، الفقرة ٣٩٠، في إشارة إلى القرار الصادر عن دائرة الاستئناف بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة بشأن الطعن التمهيدي المشترك للدفاع في قرار الدائرة الابتدائية بشأن طلبي التبرئة بموجب المادة ٩٨ مكررا في قضية المدعي العام ضد حاجي حسنوفيتش وكوبورا، *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-AR73.3, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, 11 March 2005, paras 30, 38

تحديد حالة القانون الدولي العرفي فيما يتعلق بوجود جريمة أو شكل من أشكال المسؤولية الفردية، تحدد المحكمة ما إذا كانت هناك ممارسة 'مشتركة ومتسقة ومتطابقة' للدول، أو اعتقاد بالإلزام، أي كون الأفعال والأقوال الصادرة عن الدول تمثل قانونا. غير أن وجود كم هائل من ممارسة الدول لا ينم عادة عن قرينة وجود اعتقاد بالإلزام؛ 'إذ أنه لا يكفي أن ترقى الأعمال المعنية إلى مستوى الممارسة الراسخة، بل يجب أيضا أن تكون دليلا على الاعتقاد بأن هذه الممارسة أصبحت إلزامية لوجود قاعدة قانونية تستوجبها أو أن تنفذ بطريقة تدل على ذلك' (١٥٨). واعتمدت الدائرة بعد ذلك على الصكوك الدولية والقضايا الدولية و "الإعلانات ذات الحجية" في تقرير كون بعض أشكال العمل الإجرامي المشترك "أشكالا من المسؤولية يقرها القانون الدولي العرفي في الوقت الذي يهمل القضية ٠٠٢".

وفيما يتعلق بقضية العمل الإجرامي المشترك الثالثة، أشارت الدائرة التمهيدية إلى غياب "أدلة كافية على وجود ممارسة متسقة للدول أو اعتقاد بالإلزام [لتخلص إلى أن القانون الدولي العرفي يقرها] في الوقت الذي يهمل القضية ٠٠٢" (١٥٩). وأعربت الدائرة الابتدائية عن "اتفاقها من حيث الجوهر" مع هذه الاستنتاجات (١٦٠)، وخلصت، بعد قيامها بتحليل القضايا الدولية، إلى أن "الادعاء العام لم يتمكن من إثبات أن قضية العمل الإجرامي المشترك الثالثة كانت تشكل جزءا من القانون الدولي العرفي بين عامي ١٩٧٥ و ١٩٧٩" (١٦١).

٧٦ - وأوضحت المحكمة الخاصة بلبنان، في معرض استنتاجها "نشوء" قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي [في المجتمع الدولي بشأن الإرهاب]، أن التأكد من هذه القاعدة ينبغي أن يتم من خلال "بيان الممارسة المطلوبة والاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها، أي الرأي القانوني القاضي بضرورة، بل لزوم، محاكمة مرتكبي الأعمال الإرهابية ومعاقبتهم" (١٦٢).

وبالاعتماد على "مفهوم العرف الدولي الذي يبنته محكمة العدل الدولية في قضية الجرف

(١٥٨) قرار بشأن الطعون في أمر قاضي التحقيق بشأن العمل الإجرامي المشترك في القضية الجنائية EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative - ٢٠٠٧-٠٩-١٩/٠٠٢ .Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53

(١٥٩) المرجع نفسه، الفقرات ٧٥-٨٣؛ قامت الدائرة التمهيدية هنا باستعراض "المراجع القانونية التي استندت إليها [المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة] في قضية تاديتش"، ورأت أنها "لا تقدم دليلا كافيا على وجود ممارسة ثابتة للدول أو اعتقاد بالإلزام في الوقت الذي يهمل القضية ٠٠٢".

(١٦٠) قرار بشأن انطباق حالة العمل الإجرامي المشترك Case File No. 002/19-09-2007/EEEC/TC, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise, 12 September 2011, para. 29

(١٦١) المرجع نفسه، الفقرة ٣٨.

(١٦٢) القضية STL-11-01/I، قرار تمهيدي بشأن القانون الواجب التطبيق: الإرهاب، والاتفاق الجنائي، والقتل، وارتكاب الفعل وضم التهم (غرفة الاستئناف)، ١٦ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرة ١٠٤.

القاري“^(١٦٣)، بدأت المحكمة تحليلها للمواد ذات الصلة بالقول ”كما سنرى، فإن عددا من المعاهدات، وقرارات الأمم المتحدة، والممارسة التشريعية والقضائية للدول يدل على نشوء اعتقاد عام بالإلزام في المجتمع الدولي، تصاحبه ممارسة متسقة معه، ما يفيد بأن قاعدة عرفية في القانون الدولي تتعلق بجريمة الإرهاب الدولية قد نشأت فعلا، على الأقل في زمن السلم“^(١٦٤). وأضافت أن ”التأكد من تبلور قاعدة عرفية في القانون الدولي بما لا يظاله شك“ يستوجب على وجه الخصوص ”النظر إلى سلوك الدول الذي يتبلور من خلال الاتفاق على معاهدات دولية تتجاوز في أهميتها نطاقها التقليدي، أو من خلال اتخاذ قرارات في الهيئات الحكومية الدولية المهمة مثل الأمم المتحدة، أو من خلال سن الدول قوانين محلية محددة، وما يصدر عن المحاكم الوطنية من قرارات“^(١٦٥). وبعد النظر في هذه ”العناصر“ بالتفصيل، خلصت المحكمة إلى أنه ”يمكن القول بوجود ممارسة مستقرة بشأن المعاقبة على الأعمال الإرهابية، بحسب تعريفها الشائع، على الأقل عندما ترتكب في زمن السلم؛ وبالإضافة إلى ذلك، تشكل هذه الممارسة دليلا على اعتقاد الدول بأن المعاقبة على الإرهاب تلي ضرورة اجتماعية (الاعتقاد بضرورة الممارسة)، ولذلك تصبح إلزامية بوجود قاعدة تستوجبها (الاعتقاد بالإلزام)“^(١٦٦).

٧٧ - وتناولت أيضا هيئات تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية، ولو بين الفينة والأخرى، مسألة التأكد من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٦٧). ويبدو من القضايا التي نظرت

(١٦٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٠٢.

(١٦٤) المرجع نفسه، الفقرة ٨٥.

(١٦٥) المرجع نفسه، الفقرة ٨٧.

(١٦٦) المرجع نفسه، الفقرة ١٠٢.

(١٦٧) ليس من الضروري، في هذا السياق، مناقشة مدى تطبيق هيئات تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية للقانون الدولي العرفي، وانظر في هذا الصدد، على سبيل المثال، تقرير الفريق بشأن قضية كوريا - تدابير تقييدية المشتريات الحكومية، WT/DS163/R، المعتمد في ١٩ حزيران/يونيه ٢٠٠٠، الفقرة ٧-٩٦ (حيث يقول الفريق: ”وبعبارة أخرى، ما دام لا يوجد تعارض أو تناقض، أو تعبير في اتفاق مندرج في إطار المنظمة يسري بصورة مختلفة، فإننا نرى أن القواعد العرفية للقانون الدولي تسري على معاهدات المنظمة وعلى عملية تشكيل المعاهدات في إطار المنظمة“؛ وانظر أيضا I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), 13-21; J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, 95 (2001), 535, 542-543 and A.H. Sarah Kazi, “The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation (WTO) Disputes Settlement Mechanism”, *International Journal of Public Law and Policy*, 2 (2012), 229, 245-48 A. Lindroos and M. Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, 16 (2006), 857, 869-873; D. Palmeter and P.C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, 92 (1998), 398-413 J. Trachtman, “The Jurisdiction of the World Trade Organization” *American Society of International Law (ASIL) Proceedings*, 98 (2004), 139-142.

فيها هذه الهيئات أنه لتحديد نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي من عدمه، فإن الركبين التقليديين المتمثلين في ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام قد اعتبرتهما الأفرقة وهيئة الاستئناف أساسيين، على الرغم من أنها تفادت عموماً حتى الآن إجراء دراسة مستقلة لهذين الركبين.

١' في قضية الولايات المتحدة - معايير البترين المعدل والتقليدي، عندما ذكرت هيئة الاستئناف أن "القاعدة العامة للتفسير" الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات "بلغت مركز قاعدة من قواعد القانون العرفي أو من القواعد العامة لقانون الدولي"، فإنها كانت تشير إلى الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، وكذلك إلى أدبيات القانون الدولي العام^(١٦٨). وفي قضية اليابان - الضرائب على المشروبات الكحولية، اكتفت هيئة الاستئناف بالقول إنه "لا يمكن أن يكون هناك شك في أن المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا، التي تتناول دور وسائل التفسير التكميلية، بلغت أيضاً نفس المركز [مركز قاعدة من قواعد القانون العرفي أو من القواعد العامة للقانون الدولي]، وأشارت في المقام الأول، في إحدى الحواشي، إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة الدولية^(١٦٩).

٢' وفي قضية الجماعة الأوروبية - التدابير المتعلقة باللحوم ومنتجات اللحوم (الهرمونات)، لاحظت هيئة الاستئناف، عندما أشارت إلى مسألة ما إذا كان النهج أو المبدأ التحوطي قد تبلور في شكل "مبدأ من مبادئ القواعد العامة للقانون الدولي أو القانون العرفي" (وقررت في نهاية المطاف عدم اتخاذ موقف بشأن المسألة)، أن "مركز المبدأ التحوطي في القانون الدولي لا يزال موضوع نقاش بين الأكاديميين والممارسين في مجال القانون، والمشرعين، والقضاة"، وأشارت في إحدى الحواشي إلى الكتابات التي تفيد بوجود أو عدم وجود ما يكفي من ممارسة الدول التي يمكن أن تؤدي إلى

(١٦٨) انظر: WTO Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R، تقرير اعتمد في ٢٠ أيار/مايو ١٩٩٦، ص ١٧.

(١٦٩) انظر: WTO Appellate Body Report, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R، تقرير اعتمد في ١ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٦، الصفحة ١١.

نشوء قانون دولي عرفي. وأشارت كذلك إلى أن محكمة العدل الدولية لم تعترف بالمبدأ كقاعدة يتعين أخذها في الاعتبار^(١٧٠).

٣' وفي قضية كوريا - تدابير تمس مشتريات الحكومة (تقرير للفريق، لم يستأنف)، قال الفريق فيما يتعلق بالمادة ٤٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، إن المفهوم الأولي للغلط "تطور إلى قانون دولي عرفي من خلال الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية"، ثم دون في الاتفاقية. وخلص إلى أنه "نظرا لأن هذه المادة استمدت إلى حد كبير من الاجتهاد القضائي للهيئة القضائية ذات الصلة، وهي محكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية، فليس ثمة شك في أنها تمثل في الوقت الحالي قانونا دوليا عرفيا"^(١٧١). وذكر الفريق، إضافة إلى ذلك، في إحدى الحواشي، أن المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا "لا يبدو أنها تنتمي إلى أحكام اتفاقية فيينا التي أصبحت قانونا دوليا عرفيا"، لكنه لم يقدم أي تحليل سوى الإشارة إلى قضية من قضايا محكمة العدل الأوروبية تورد قولاً موجزا مماثلاً^(١٧٢).

٧٨ - وفي قضايا أخرى لمنظمة التجارة العالمية، أدلي بإعلان بشأن قواعد القانون الدولي العرفي دون أن يشفع بتحليل أو إحالات، ومنها على سبيل المثال قضية الجماعات الأوروبية - نظام استيراد الموز وبيعه وتوزيعه (الجماعات الأوروبية - قضية الموز الثالثة)، التي أشارت فيها هيئة الاستئناف إلى أنه " ... ليس ثمة في ... القانون الدولي العرفي أو الممارسة السائدة للمحاكم الدولية.. ما يمنع عضوا في منظمة التجارة العالمية من تحديد تشكيل وفده في مداولات هيئة الاستئناف"^(١٧٣).

٧٩ - ومع التقدم في دراسة الموضوع، سيتعين أيضا دراسة الاجتهاد القضائي لحاكم التحكيم بين الدول، من قبيل المحاكم التي تعمل في إطار المرفق السابع لاتفاقية الأمم المتحدة

(١٧٠) انظر: WTO Appellate Body Report, *EC - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48 المعتمد في ١٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٨، الفقرة ١٢٣.

(١٧١) انظر: *Korea - Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R، الفقرة ١٩ حزيران/يونيه ٢٠٠٠، الفقرتان ٧-١٢٣ و ٧-١٢٦.

(١٧٢) المرجع نفسه، الفقرة ٧-١٢٦، الحاشية ٧٦٩ (في معرض الإشارة إلى قضية محكمة العدل الأوروبية C-162/69، *Racke* ضد *Hauptzollamt Mainz- ECR, I-3655 1998*، الفقرة ٥٩).

(١٧٣) *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R، الفقرة ١٠ (التي تشير إلى حكم مؤرخ ١٥ تموز/يوليه ١٩٩٧).

لقانون البحار، وكذلك المحاكم المخصصة الأخرى، من قبيل محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة، ولجنة المطالبات بين إريتريا وإثيوبيا، والمحاكم التي تعمل في مجال حماية الاستثمار^(١٧٤).

باء - المحاكم الإقليمية

٨٠ - ليس من النادر، بالمثل، أن تقرر المحاكم الإقليمية وجود أو عدم وجود قواعد للقانون الدولي العرفي، ويكون ذلك عادة في السياق الخاص لتفسير وتطبيق معاهدات محددة خاصة بها.

٨١ - ففي فتواها الصادرة عام ٢٠٠٩ بشأن تفسير المادة ٥٥ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، دعت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان إلى البت في جملة أمور، منها ما إذا كان للحق الإجرائي في تعيين قضاة خاصين للمحكمة في قضايا المنازعات الناشئة في الالتماسات الفردية مركز القانون الدولي العرفي. وإذ لاحظت المحكمة بداية تعريف العرف الدولي في المادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مضت لتستشهد بعدة قضايا عرضت على المحكمة الدولية بفقهاء القانون الدولي العام قائلة إن "الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية، وكذلك الفقه الدولي، يشيران في هذا الصدد إلى أن هذا المصدر من مصادر القانون يتألف من ركنين. الأول، ذو الطابع الموضوعي، هو وجود ممارسة عامة تنشئها الدول، ويجري القيام بها بشكل مستمر ومنتظم (العادة أو الامتداد الزمني). ويشير الركن الثاني، ذو الطابع الذاتي، إلى اقتناع الدول بأن الممارسة المذكورة تشكل قاعدة قانونية (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)"^(١٧٥).

٨٢ - وأتيح أيضاً لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فرصة تطبيق القانون الدولي العرفي من وقت لآخر^(١٧٦). فعلى سبيل المثال، ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها بشأن المقبولة في قضية *Van Anraat* ضد هولندا،

(١٧٤) انظر أيضاً، على سبيل المثال، C. Congyan, 'International investment treaties and the formation, applicatio and transformation of customary international law', *Chinese Journal of International Law*, 7(2008), 659-679 و E. Milano, 'The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11 (2012), 499-524.

(١٧٥) الفتوى OC-20/09 (٢٩ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٩)، الصفحتان ٥٤ و ٥٥، الفقرة ٤٨.

(١٧٦) انظر العروض التي قدمها القاضي مالينوفسكي في محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، والقاضي زيميل في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في "The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe" - "19-20 September 2012, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (لم يصدر بعد).

بعد الإشارة باستفاضة إلى قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال ونيكاراغوا^(١٧٧)، أنه ”من الممكن لحكم تعاهدي أن يصبح قانونا دوليا عرفيا. ومن أجل ذلك، لا بد أن يتسم الحكم المعني، في جميع الحالات الممكنة، بطابع شارع في جوهره بحيث يمكن اعتباره يشكل الأساس لقاعدة قانونية عامة؛ ولا بد أن يقترن بممارسة مستقرة للدول؛ وأن تكون هناك أدلة على وجود اعتقاد بأن هذه الممارسة غدت إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها (الاعتقاد بإلزامية الممارسة وضرورتها)“^(١٧٨).

جيم - المحاكم المحلية

٨٣ - لا يزال المقرر الخاص يسعى إلى الحصول على مواد تتعلق بنهج المحاكم المحلية إزاء تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. ومن شأن معلومات من هذا القبيل أن تكون مفيدة في أي مرحلة، ولا سيما قبل قيامه بإعداد تقريره الثاني، في أوائل عام ٢٠١٤. ويمكن العثور على بعض المعلومات القيمة في الكتابات المستفيضة بشأن هذا الموضوع^(١٧٩).

٨٤ - وبينما يمكن أن يكون هناك الكثير مما يتعين تعلمه من نهج المحاكم المحلية، ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن كل محكمة محلية تعمل في إطار الحدود الخاصة لموقعها المحلي (الدستوري). ويتوقف مدى تطبيق المحاكم المحلية القانون الدولي العرفي وطريقة تطبيقها له على القانون الداخلي. وعلاوة على ذلك، لا يعد القضاة المحليون خبراء بالضرورة أو حتى مدربين في مجال القانون الدولي العام؛ وقد تتأثر المحاكم المحلية برأي دولتهم بشأن ما إذا كانت توجد قاعدة معينة للقانون الدولي العرفي أم لا، ويرجح على كل حال (وربما ينبغي) أن يتبعوا نهجا حذرا إزاء تطوير القانون^(١٨٠).

(١٧٧) العريضة رقم ٦٥٣٨٩/٢٠٠٩، قرار بشأن المقبولة، ٦ تموز/يوليه ٢٠١٠، الفقرات ٣٥-٣٦ و ٨٧-٩٢.

(١٧٨) المرجع نفسه، الفقرة ٨٨.

(١٧٩) انظر، على سبيل المثال، B. Stirn، رئيس قسم المنازعات التابع لمجلس الدولة (فرنسا)؛ و A. Paulus، القاضي في المحكمة الدستورية الاتحادية (ألمانيا)، كلاهما في ”The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (لم يصدر بعد)، و في ”Application of customary international law by national courts” (various authors), *Non-State Actors and International Law*, 4 (2004), 1-85 وفي D. Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford University Press, 2011).

(١٨٠) أشار اللورد هوفمان، في الخطاب الذي ألقاه في مجلس اللوردات فيما يتعلق بقضيتي Mitchell و Jones، إلى تعليق أكاديمي يشير إلى أن المحكمة العليا الإيطالية قامت في قضية Ferrini بـ ”إعطاء الأولوية للقيم المتجسدة في حظر التعذيب على القيم والسياسات المتعلقة بقواعد حصانة الدول“، ومضى يقول: ”لو كانت القضية تتعلق بالقانون المحلي، لكان يمكن أن ينظر البعض [إليها] بوصفها قضية نضالية، ولكنها كانت ستندرج في نطاق الوظيفة القضائية... ولكن لا يمكن اعتماد النهج نفسه في القانون الدولي، الذي يستند إلى الموافقة

٨٥ - وقد يكون من المجدي الإشارة في هذه المرحلة إلى عدد من الأحكام المعروفة جيدا لمحاكم محلية والتي تتعلق بهذا الموضوع. وتشير هذه الأحكام إلى أن هذه المحاكم^(١٨١)، عموما، يمكن أن تسعى على نطاق واسع إلى اتباع نهج المحكمة الدولية.

(أ) تسعى المحاكم البريطانية إلى تحديد قواعد القانون الدولي العربي في العديد من المناسبات. ولئن كانت تميل إلى اتباع نهج المحكمة الدولية، فإن الأحكام لا تخوض في هذه المسألة بعمق^(١٨٢). وفي قضية عرضت مؤخرا أمام المحكمة العليا، قبل القاضي (وكذلك فعلت الحكومة) أن يشكل حظر التعذيب قاعدة من القواعد الآمرة، حيث استشهد بقضية بلجيكا ضد السنغال في هذا الصدد، لكنه لم يستنتج قيام أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي تحظر فرض قاعدة التقادم في الدعاوى المدنية في القانون المحلي^(١٨٣). وبهذا الاستنتاج، أشار القاضي McCombe إلى فقرة في الحكم الذي أصدره سابقا في نفس القضية، ذكر فيها أنه ”لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي (مثل التي ينازع فيها المدعي) يلزم إثبات أن الممارسة ذات الصلة للدول ”واسعة وشبه موحدة في آن واحد“ (قضايا الجرف القاري لبحر الشمال، (١٩٦٩) مجموعة تقارير محكمة العدل الدولية، ص. ٣-٤٤ الفقرتان ٧٤ و ٧٧)،^(١٨٤). وفي قضية *R ضد (Margaret) Jones*، خلص مجلس اللوردات إلى أنه، بحلول نهاية القرن العشرين، تشكل جريمة العدوان جريمة بموجب القانون الدولي العربي؛ وللتوصل إلى هذا الاستنتاج، أخذ اللورد بينغهام في الاعتبار مجموعة واسعة من المواد

المشتركة للأمم. ولا تناط بمحكمة وطنية مهمة ’تطوير‘ القانون الدولي من خلال قيامها من جانب واحد باعتماد صيغة من هذا القانون، لا تقبلها ببساطة دول أخرى، مهما كانت مستصوبة وتطلعية ومعبرة عن القيم. (قضية Jones ضد وزارة داخلية المملكة العربية السعودية؛ وقضية Mitchell وآخرين ضد الدالي وآخرين ووزارة داخلية المملكة العربية السعودية، [2006] UKHL 26، الفقرة ٦٣). ويشير آخرون، من جهة أخرى، إلى أن القضاة المحليين يقومون بدور هام في تطوير القانون الدولي العربي (A. Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 57-92).

(١٨١) انظر: L. Wildhaber and S. Breitenmoser, “The relationship between customary international law and municipal law in Western Europe”, *ZaöRV*, 48 (1988), 163.

(١٨٢) على سبيل المثال، في قضية ذات صلة بالقانون الدولي العربي المتعلق بالبعثات الخاصة، اعتبرت محكمة الطعون أنه تكفي الإشارة إلى أنه ’اتفق [بين الطرفين] على أنه للسيد حورتس الحق بموجب قواعد القانون الدولي العربي في الحرمة الشخصية والحصانة من المقاضاة إذا كان مسافرا في بعثة خاصة موفدة من منغوليا إلى المملكة المتحدة بموافقة مسبقة من المملكة المتحدة“: [٢٠١١] ILR 147 [2011] (Admin); All ER (D) 293; EWHC 2029 (2012), para. 19.

(١٨٣) انظر: *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), paras. 154-9.

(١٨٤) انظر: *Mutua and Others v Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), para. 87.

(المعالم "المعالم الكبرى")، بما في ذلك مشاريع معاهدات، وقرارات للمنظمات الدولية، وأعمال لجنة القانون الدولي، وحكم محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا في عام ١٩٨٦، وكتابات براونلي^(١٨٥).

(ب) قضت المحكمة العليا لسنغافورة في قضية *Yong Vui Kong* ضد المدعي العام (٢٠١٠) بأن "هناك افتقار لممارسة للدول واسعة وشبه موحدة في دعم الادعاء القائل بأن القانون الدولي العرفي يحظر [في الوقت الحاضر] عقوبة الإعدام الإلزامية، باعتبارها عقوبة لاإنسانية"^(١٨٦). وفي إشارة إلى النظام الأساسي للمحكمة الدولية وعدد من أحكام المحكمة بشأن نهج التحقق من قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، ذكرت المحكمة أن "الممارسة الواسعة وشبه الموحدة لجميع الدول بالإضافة إلى الاعتقاد بالإلزام، هي ما يلزم من أجل أن تصبح القاعدة المعنية قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي"^(١٨٧). وأوضحت كذلك أن القرارات القضائية وآراء الخبراء قد تكون بمثابة "وسيلة مساعدة لتقرير وجود أو عدم وجود قواعد القانون الدولي العرفي"^(١٨٨).

(ج) في قضية *Winicjusz* ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية (٢٠١٠)^(١٨٩)، في معرض تقرير ما إذا كان هناك في القانون الدولي العرفي استثناء من حصانة الدول فيما يتعلق بالأفعال الضارة التي ترتكبها القوات المسلحة في إقليم دولة المحكمة، ذكرت المحكمة العليا البولندية أنه يتعين تحديد محتوى القانون الدولي العرفي وفقا للمادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وأن هذا يتطلب استيفاء شرطين: "١) قيام الدول بتكرار

(١٨٥) انظر: [2006] 1 AC 136, paras. 13-19 [2007] UKHL 16; وانظر أيضا *R (European Roma Rights Centre) v* *Binyam Mohamed* [2009] 1 W.L.R. و *Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55, Para.23 .2579, at 164 (Lord Bingham)

(١٨٦) انظر: [2010] SGCA 20 3 [2010] S.L.R. 489, (المحكمة العليا لسنغافورة - محكمة الاستئناف، ١٤ أيار/مايو ٢٠١٠)، الفقرات ٩٥-٩٨؛ حيث أشارت المحكمة بالتفصيل إلى "استقصاء شامل لمركز عقوبة الإعدام في جميع أنحاء العالم" فأوضحت أنه "على الرغم من أن غالبية الدول في المجتمع الدولي لا تفرض عقوبة الإعدام الإلزامية فيما يتعلق بالاتجار بالمخدرات، فإن ذلك لا يجعل من حظر عقوبة الإعدام الإلزامية قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. ولا يعد احترام أغلبية الدول لقاعدة معينة بمثابة ممارسة واسعة وشبه موحدة من جانب جميع الدول".

(١٨٧) المرجع نفسه، الفقرات ٩٦-٩٨.

(١٨٨) المرجع نفسه، الفقرة ٩٧.

(١٨٩) انظر: *Winicjusz N* ضد *Republika Federalna Niemiec - Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie* (الدائرة المدنية)، رقم القضية 465/09، CSK، ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٠؛ وانظر أيضا، *Polish Yearbook of International Law*, 30 (2010), 299-303.

أعمال دولية مماثلة على نطاق واسع على مدى فترة زمنية (ممارسة الدول) و (٢). بما ينطوي على معنى الالتزام القانوني (الاعتقاد بالإلزام)“. وأشارت كذلك إلى أن ”المواد القانونية ذات الصلة، التي يمكن استخدامها في عملية التحديد المذكورة أعلاه، تشمل أحكام الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحصانة الدول (اتفاقية بازل) واتفاقيات الأمم المتحدة، والاجتهاد القضائي للمحاكم الدولية، وقرارات المحاكم الوطنية، والقوانين الأجنبية، والأدبيات القانونية“. وبالاعتماد على كم كبير من المعلومات، خلصت المحكمة إلى أن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تنص على الاستثناء من حصانة الدول في قضايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان (بما في ذلك أثناء النزاعات المسلحة) لم تنشأ بعد لأن ”هذه الممارسة ليست ممارسة عالمية بأي حال من الأحوال“؛ وخلصت علاوة على ذلك إلى أن استثناء جديدا من هذا القبيل ربما يكون في طور التشكل، وذلك استنادا إلى بعض ممارسة الدول^(١٩٠).

(د) في جنوب أفريقيا، استندت المحكمة الدستورية في قضية *Kaunda* وآخرين ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا وآخرين (٢٠٠٤) إلى تقرير للجنة القانون الدولي لاستنتاج أنه ”لا تعد في الوقت الحاضر ممارسة عامة للدول“ أن يُعترف بالحماية الدبلوماسية كحق من حقوق الإنسان، وأنه لا يمكن القول بالتالي بوجود قاعدة من هذا القبيل في القانون الدولي العرفي^(١٩١). وأضاف القاضي نغوبو، في رأي مستقل، قوله إن ”إحدى أكبر مفارقات القانون الدولي العرفي تتمثل في أن الاعتراف به يتوقف على ممارسة الدول التي تثبت أخذها به. غير أن الدول ترفض في بعض الأحيان الاعتراف بوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي على أساس أن ممارسة الدول لا تكفي لكي تنضج ممارسة معينة بحيث تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. والدول برفضها ذلك، تحرم الممارسة من النضوج بحيث تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وتعد الممارسة المتمثلة في فرض واجب قانوني بممارسة الحماية الدبلوماسية لمواطن متضرر أو مواطن تهدد بالإضرار به دولة أجنبية، بناء على طلب المواطن، ضحية لهذه المفارقة. وعلى الرغم من أن بلدان متعددة تفرض هذا الواجب القانوني في دساتيرها، لا يزال هناك إجماع عن الاعتراف بهذه الممارسة بوصفها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وهي تظل مسألة عملية تطوير تدريجي للقانون الدولي“^(١٩٢).

(١٩٠) المرجع نفسه، الصفحتان ٢٨ و ٢٩.

(١٩١) القضية CCT 34/04 (٤ آب/أغسطس ٢٠٠٤)، الفقرات ٢٥-٢٩.

(١٩٢) المرجع نفسه، الفقرتان ١٤٨ و ١٤٩.

(هـ) لا تزال قضية *Paquete Habana* لعام ١٩٠٠ القضية الأساسية للمحكمة العليا للولايات المتحدة فيما يتعلق بأنواع المواد المناسبة لإجراء تحليل بشأن ما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون العرفي الدولي قائمة^(١٩٣). ومن أجل التوصل إلى استنتاج في تلك القضية مفاده أنه ”من خلال استعمال قديم بين الأمم المتحضرة، بدأ منذ قرون خلت، والنضج التدريجي إلى مستوى قاعدة من قواعد القانون الدولي، جرى الاعتراف بأن سفن صيد الأسماك الساحلية، التي تمارس وظيفتها في صيد الأسماك الطازجة وجلبها، بوصفها تعفى، مع حمولتها وأطقمها، من الاستيلاء عليها كغنيمة حرب“، سعت المحكمة إلى ”تعقب تاريخ القاعدة، ابتداء من أقدم المصادر التي يمكن الوصول إليها، وعبر الاعتراف المتزايد بها، الذي تضمن بعض الانتكاسات العرضية، إلى ما يمكن أن نعتبره الآن بحق إقرارها النهائي“^(١٩٤). وقامت المحكمة من ثم باستقصاء أعمال الحكومات (مثل الأوامر والمعاهدات والأحكام)، وكذلك ”أعمال الحقوقيين والشراح الذين غدوا، بحكم سنوات من العمل والبحث والخبرة، مطلعين اطلاقاً استثنائياً على المواضيع التي يتناولونها... من أجل الحصول على أدلة موثوق بها على ما هو عليه القانون في الواقع“^(١٩٥)، وفصلت في القضية بعد هذا ”الاستعراض للسوابق والجهات ذات الحجية في هذا الموضوع“^(١٩٦).

(و) في السلفادور، أشارت محكمة العدل العليا إلى نشأة القانون الدولي العرفي في قضية دستورية لعام ٢٠٠٧ كانت تتناول دستورية مادة في قانون العمل في البلد (*Código de Trabajo*) في ضوء الحق في حد أدنى للأجور. وعند مناقشة الأهمية القانونية لإعلان دولي تمييزاً له عن معاهدة دولية، لاحظت المحكمة أن ”الإعلانات الدولية تؤدي وظيفة شائعة غير مباشرة، بمعنى أنها تقترح سلوكاً غير ملزم ولكنه مستصوب... والإعلانات تستيق الاعتقاد بالإلزام (*opinio juris*) الذي يجب أن تقيد به الدول بغية بلورة عرف دولي في الأجل المتوسط أو الطويل.. والإعلانات الدولية، حتى وإن لم تكن ملزمة، تسهم إسهاماً كبيراً في تشكيل مصادر القانون الدولي الملزمة، سواء عن طريق استباق الطابع الملزم لممارسة معينة من ممارسات الدول، أو عن طريق التشجيع على إبرام معاهدة على أساس توصيات معينة [ترد في هذه الإعلانات]“^(١٩٧).

(١٩٣) قضية *Paquete Habana*، 175 U.S. 677 (1900).

(١٩٤) المرجع نفسه، الصفحة ٦٨٦.

(١٩٥) المرجع نفسه، الصفحة ٧٠٠.

(١٩٦) المرجع نفسه، الصفحة ٧٠٨.

(١٩٧) Corte Suprema de Justicia، القضية رقم ٢٦-٢٠٠٦ (١٢ آذار/مارس ٢٠٠٧) الصفحتان ١٤ و ١٥ (الجزء VI.2.A).

(ز) وذكرت المحكمة العليا الخاصة لليونان في قضية جمهورية ألمانيا الاتحادية ضد مارجيلوس وآخرين (٢٠٠٢) (*Federal Republic of Germany v. Margellos and Others*) (2002) أنه ”في تقرير وجود تلك القواعد [أي قواعد القانون الدولي المقبولة عموماً] يكون من الضروري إثبات وجود الممارسة المعممة في المجتمع الدولي [هكذا وردت] التي تقرّ القبول بأن القاعدة صيغت باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة“، مشيرة في هذا السياق إلى المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(١٩٨). ولاحظت المحكمة كذلك أنه ”في تقرير وجود تلك القاعدة، يمكن اللجوء إلى أدلة ملائمة من قبيل الاتفاقيات الدولية، وسجلات المنظمات الدولية ومراسلاتها، والأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية والوطنية، والنصوص التشريعية التي تصدرها الدول، والمراسلات الدبلوماسية، والآراء القانونية الصادرة عن المستشارين القانونيين للمنظمات الدولية والدول، وكذلك النصوص المدونة للمنظمات الدولية واللجان الدولية ومعاهد القانون الدولي. وينبغي النظر في تلك البيانات مفردة ومجمعة“^(١٩٩). وبعد أن أخذت المحكمة في الحسبان المعلومات المقدمة إليها من المعهد اليوناني للقانون الدولي والأجنبي، وكذلك الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الدولية، والصكوك الدولية بما في ذلك النصوص الصادرة عن لجنة القانون الدولي، والاجتهادات القضائية والتشريعات الوطنية، وكتابات الخبراء، خلصت إلى أن حالة تطور القانون الدولي في ذلك الوقت تخول لدولة ألمانيا الحصانة في الإجراءات المتصلة بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن أعمال القوات المسلحة الألمانية (في هذه الحالة، الأعمال التي يزعم أنها ارتكبت في إحدى القرى اليونانية في عام ١٩٤٤)^(٢٠٠).

(ح) وعندما دعت المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا إلى أن تقرر في قضية سندات الأرجنتين (*Argentine Bonds*) (٢٠٠٧) ما إذا كانت هناك ”قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي“^(٢٠١) تتيح لدولة ما أن ترفض مؤقتاً سداد مطالبات بالدفع مقررّة وفقاً

(١٩٨) الحكم رقم ٦/٢٠٠٢، ١٧ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢، (٢٠٠٧) ١٢٩ ILR 525, 528 الفقرة ٩ (لا تعد عبارة ”المجتمع الدولي“ ترجمة دقيقة للنص الأصلي؛ وينبغي أن تكون الترجمة السليمة ”النظام القانوني الدولي“).

(١٩٩) المرجع نفسه، الفقرة ٩.

(٢٠٠) المرجع نفسه، الفقرات ١٢-١٥؛ واستناداً إلى فقرة منطوق الحكم فإنه: ”في الحالة الراهنة لتطور القانون الدولي، لا تزال هناك قاعدة مقبولة عموماً من قواعد القانون الدولي تقضي بعدم جواز رفع دعاوى ضد دولة أجنبية أمام محاكم دولة أخرى للتعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال تقصيرية يزعم أنها ارتكبت في دولة المحكمة التي يدعى أن القوات المسلحة للدولة المدعى عليها شاركت فيها [يضيف النص الأصلي عبارة ”بأي حال من الأحوال“] سواء في وقت الحرب أو في وقت السلم“ (الصفحة ٥٣٣).

(٢٠١) ”القواعد العامة للقانون الدولي“ تعبير وارد في المادة ٢٥ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية، الذي يشمل كلا من القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون.

للقانون الخاص تكون مستحقة لأشخاص القانون الخاص، وذلك بالاستظهار بحالة الضرورة التي تخص الدولة والتي تُعلن بسبب عدم القدرة على السداد، قررت أولاً أنه "سواء كانت القاعدة المعنية قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، أو مبدأ قانونياً عاماً، فإنها تنشأ من القانون الدولي نفسه، الذي ينص على المعايير المتعلقة بمصادر القانون الدولي"^(٢٠٢). ثم أعلنت أن "الاحتجاج بحالة الضرورة التي تخص الدولة معترف به في القانون الدولي العرفي في العلاقات القانونية التي تخضع حصراً للقانون الدولي؛ وفي المقابل لا توجد أدلة على ممارسة للدولة تستند إلى الاقتناع القانوني اللازم (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها (*opinio juris sive necessitatis*)) لجعل التبرير القانوني للاحتجاج بالضرورة التي تخص الدولة ينطبق على العلاقات التي يحكمها القانون الخاص وتهم جهات دائنة من القطاع الخاص"، وقد عزز الطرحان معاً بالإحالة إلى مواد قانونية وطنية ودولية. وتشمل هذه المواد أعمال اللجنة بشأن مسؤولية الدول (لا سيما المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول التي وصفت بأنها "أصبحت الآن معترف بها عموماً في الأدبيات القانونية وفي نظر المحاكم والهيئات القضائية الدولية... [باعتبارها] تشكل القانون الدولي العرفي الواجب التطبيق"، والأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية وغيرها من المحاكم الدولية، والاجتهادات القضائية الوطنية والدراسات الأكاديمية^(٢٠٣). وأوضحت المحكمة أنه يتعين تحديد قدر كاف (وموحد) من ممارسة الدولة حتى يتسنى إثبات القيام الفعلي لقاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢٠٤).

عاشرا - أعمال الهيئات الأخرى

٨٦ - على غرار لجنة القانون الدولي، قام كل من معهد القانون الدولي ورابطة القانون الدولي، المنشأتان كلاهما في عام ١٨٨٧، بتناول نشأة القانون الدولي العرفي في سياق أعمالهما بشأن مواضيع مختلفة. ولكن كما هو الأمر بالنسبة للجنة القانون الدولي نفسها، كثيراً ما لم يضطر أي منهما إلى أن يتناول بصفة مباشرة المسائل التي يثيرها الموضوع، نظراً لمهام

(٢٠٢) أمر مجلس الشيوخ الثاني المؤرخ ٨ أيار/مايو ٢٠٠٧، 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06، الفقرة ٣٤؛ ١٣٨ ILR 1.

(٢٠٣) المرجع نفسه، الفقرات ٣٧-٥٦. فيما يتعلق بالاستنتاج الذي مؤداه أن "البحث في الاجتهادات القضائية الوطنية بشأن مسألة الضرورة التي تخص الدولة يخفق أيضاً لعدم وجود اتفاق يشير إلى أن الاعتراف بالضرورة التي تخص الدولة والتي تؤثر على العلاقات التي يحكمها القانون الخاص ثابت في القانون العرفي"، اعتمدت المحكمة على تقرير للخبراء يقيم ممارسة المحاكم الوطنية بشأن هذه المسألة، بدلا من أن تجري تحليلاً خاصاً بها.

(٢٠٤) المرجع نفسه، الفقرتان ٥١ و ٦٥. وتوجد إشارة أيضاً إلى محورية ممارسة الدولة في الرأي المعارض للقاضي لوب وولف (انظر الفقرة ٨٦: "الأدلة المستمدة من ممارسة الدول، التي ينشأ عنها الدفع بصحة الضرورة في القانون العرفي...").

كل منهما - مع استثناء واضح هو عمل الرابطة بين الفترة ١٩٨٤ و ١٩٨٦ و عام ٢٠٠٠ (انظر الفقرات ٨٩-٩١ أدناه).

٨٧ - ويتمثل الغرض الذي أنشئ من أجله المعهد، مثلما يرد في نظامه الأساسي، في "تعزيز تقدم القانون الدولي"^(٢٠٥). ومن المواضيع التي نظر فيها المعهد مؤخرا موضوع يتعلق بالمشاكل الناشئة عن تعاقب اتفاقيات التدوين، بما في ذلك "المسائل المتعلقة بالعلاقة بين المعاهدة والعرف". وينص الاستنتاج ٢ (أثر أحكام التدوين) على ما يلي:

"يجوز أن تتضمن اتفاقية التدوين أحكاما (يشار إليها أدناه بعبارة "أحكام التدوين") تكون معلنة للقانون العرفي، أو تفيد في بلورة قواعد القانون العرفي، أو تسهم في وضع قواعد جديدة في القانون العرفي متوافقة مع المعايير التي أرستها محكمة العدل الدولية"^(٢٠٦).

٨٨ - ويتعلق أحد المواضيع الأخرى التي تناولها المعهد بصوغ اتفاقيات عامة متعددة الأطراف و صكوك غير تعاقدية^(٢٠٧). وتمثل الاستنتاجات أهمية كبيرة بالنسبة للموضوع الحالي فيما يخص "الوظيفة الشارعة الغرض الشارع" لقرارات الجمعية العامة.

٨٩ - وتوجت أعمال رابطة القانون الدولي، في الفترة الممتدة بين ١٩٨٤/١٩٨٥ و ٢٠٠٠، باعتماد بيان لندن الصادر في عام ٢٠٠٠ بشأن المبادئ المنطبقة على نشأة القانون الدولي العرفي العام (مع الشروح)^(٢٠٨). ولقي عمل الرابطة، الذي يتألف من

(٢٠٥) تنص المادة ١ من النظام الأساسي للمعهد جزئيا على أن الغرض من المعهد هو "تشجيع تقدم القانون الدولي" ["favoriser le progrès du droit international"]؛ (أ) عن طريق السعي إلى صياغة المبادئ العامة للموضوع، بطريقة تتوافق مع الضمير القانوني للعالم المتحضر؛ (ب) وتقديم يد التعاون في أي محاولة جادة لتدوين القانون الدولي بصورة تدريجية ومطردة؛ (ج) والتماس التزكية الرسمية للمبادئ المعترف بأهمها متوافقة مع احتياجات المجتمعات الحديثة؛...

(٢٠٦) المشاكل الناشئة عن تعاقب اتفاقيات التدوين بشأن موضوع محدد (*Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*)، قرار اتخذ في ١ أيلول/سبتمبر ١٩٩٥، دورة لشبونة - ١٩٩٥؛ وانظر أيضا الاستنتاجات ١٠ و ١٢ و ١٣، وتقارير اللجنة الأولى، المقرر السير أيان سينكلير.

(٢٠٧) صوغ الاتفاقيات المتعددة الأطراف العامة والصكوك غير التعاقدية التي لها وظيفة أو هدف شارع (*The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*)، قرار اتخذ في ١٧ أيلول/سبتمبر ١٩٨٧، دورة القاهرة - ١٩٨٧؛ وانظر أيضا تقارير اللجنة الثالثة عشرة، المقرر كرزستوف سكوبيزيفسكي.

(٢٠٨) بيان لندن بشأن المبادئ؛ انظر تقرير المؤتمر التاسع والستين، ٢٠٠٠، الصفحة ٣٩ والصفحات ٧١٢-٧٧٧. وللإطلاع على المناقشة العامة، انظر الصفحات ٩٢٢-٩٢٦.

٣٣ مبدأً والشروح المرفقة بها، ردود فعل داعمة وأخرى ناقدة، بما في ذلك في وقت اعتمادها في عام ٢٠٠٠ (٢٠٩).

٩٠ - وكان للجنة رابطة القانون الدولي تشكيل مميز. فقد كان يرأسها الأستاذ زيمانيك (النمسا)، ثم الأستاذ مندلسن (المملكة المتحدة)، اعتباراً من عام ١٩٩٣. وكان هذا الأخير مقرراً فيما سبق. وقد بين التقرير الأول للمقرر (١٩٨٦) قائمة بالمواضيع، لا تزال تحتفظ بقيمتها، واقترح نهما إزاء "طرق نشأة العرف"، وتضمن تذييلاً كتبه البروفيسور مندلسن بشأن "نشأة القانون الدولي ووجهة نظر الراصد" (٢١٠). وتضمن التقرير الثاني للمقرر (١٩٨٨) تذييلاً بالمصطلحات أورد فيه مناقشة لتعبير "القانون الدولي العرفي (العام)" (٢١١). وتناول التقريران الثالث والرابع تباعاً الركنين الذاتي والموضوعي في القانون الدولي العرفي (٢١٢).

٩١ - ويبدأ التقرير الأخير للجنة رابطة القانون الدولي بذكر "الصعوبات الجديدة الملازمة لوضع قواعد بشأن هذا الموضوع". ويشفع ذلك بعرض ٣٣ مبدأ (بعضها مقسم إلى فروع) وشروح ذات صلة، وهي تشكل بيان لندن للمبادئ. وقد قسم البيان إلى خمسة أجزاء، عنوان كل منها بالترتيب كالتالي: (أولاً) التعاريف؛ (ثانياً) العنصر الموضوعي (ممارسة الدولة)؛ (ثالثاً) العنصر الذاتي؛ (رابعاً) دور المعاهدات في نشأة القانون الدولي العرفي؛ (خامساً) دور قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة والمؤتمرات الدولية في تكوين القانون الدولي العرفي. وتتضمن المسائل التي يغطيها البيان استخدام المصطلحات؛ وأنواع الأعمال التي تشكل ممارسة الدولة؛ ومفهوم "الدولة" لغرض تحديد ممارسة الدولة؛ وممارسة المنظمات الحكومية الدولية؛ وكثافة الممارسة؛ والعنصر الذاتي (الاعتقاد بالإلزام)؛ ودور المعاهدات؛ ودور قرارات الجمعية العامة وقرارات المؤتمرات الدولية. وسيحيل المقرر الخاص، عند الاقتضاء، في تقارير قادمة إلى المبادئ والشروح ذات الصلة الواردة في بيان المبادئ، وردود الأفعال عليها.

(٢٠٩) انظر جلسة عمل للجنة المعقودة في ٢٨ تموز/يوليه ٢٠٠٠: المرجع نفسه، الصفحات ٧٧٨-٧٩٠.

(٢١٠) رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر التاسع والستين (١٩٨٦)، الصفحة ٩٣٦.

(٢١١) المرجع نفسه، الصفحة ٩٥٠. وانظر أيضاً المناقشة بشأن جلسة عمل اللجنة المعقودة في ٢٦ آب/أغسطس ١٩٨٨، والتي تحدث فيها عدد كبير من المؤيدين والمعارضين لإدراج كلمة "عام" في عنوان الموضوع (الصفحة ٩٦٠).

(٢١٢) التقرير المحلي الثالث للجنة، رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر التاسع والستين، ١٩٩٦، الصفحات ٦٢٣-٦٤٦؛ والتقرير المحلي الرابع للجنة، رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر الثامن والستين، ١٩٩٨، الصفحات ٣٢١-٣٣٥. وقد أدمج التقريران المحليان الخامس والسادس في التقرير النهائي.

٩٢ - وقد أفضى مشروع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن القانون الإنساني الدولي العرفي، الذي بدأ في عام ١٩٩٥، إلى نشر الدراسة المعنونة "القانون الإنساني الدولي العرفي" (٢١٣)، بعد حوالي عقد وبعد بحوث واسعة النطاق ومشاورات شتى. وقد ذكر أحد المشاركين في الدراسة أن "النهج المتبع في الدراسة لتحديد ما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي العام قائمة هو نهج تقليدي، بينته محكمة العدل الدولية، وخصوصاً في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال"، ومشفوع باختيار وتجميع ممارسة الدول ذات الصلة، ثم تقييمها في ضوء شرط الاعتقاد بالإلزام (٢١٤). وقد نوقشت الدراسة بصورة مستفيضة (٢١٥)؛ وأثار نشرها ردود فعل قوية، من جهات خاصة (٢١٦) وجهات حكومية (٢١٧)، حيث انتقد البعض عدم قيامها فعلاً بتحديد العرف وفقاً لمنهجيتها المعلنة (٢١٨). وقد دافع عنها واضعوها دفاعاً قوياً (٢١٩). وتواصل اللجنة الدولية للصليب

(٢١٣) انظر: J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I* (٢١٣) انظر: J.-M. Henckaerts, 'Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, 175, 178 (2005), 87؛ وانظر أيضاً مقدمة الدراسة، المرجع نفسه، الصفحات ٣١-١٠٧.

(٢١٤) انظر: J.-M. Henckaerts, 'Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, 175, 178 (2005), 87؛ وانظر أيضاً مقدمة الدراسة، المرجع نفسه، الصفحات ٣١-١٠٧.

(٢١٥) انظر: E. Wilmshurst, S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Law* (Cambridge University Press, 2007)؛ و L. Maybee, B. Chakka, (eds.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study, New Delhi*, (ICRC, 2006)؛ و P. Tavernier, J.-M. Henckaerts (eds.), *Droit international (humanitaire coutumier: enjeux et défis)* (Bruylant, 2008).

(٢١٦) انظر على سبيل المثال T. Meron، الحاشية ١٣٤ أعلاه، الصفحات ٨٣٣-٨٣٤؛ و G. H. Aldrich، 'Customary International Humanitarian Law — An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross', *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 503-524؛ و Y. Dinstein، 'The ICRC Customary International Humanitarian Law Study', *Israel Yearbook on Human Rights*, 36 (2006), 1-15؛ و M. Bothe، 'Customary international humanitarian law', *Yearbook of International Law*, 8 (2005), 143-178؛ و M. MacLaren and F. Schwendimann، 'An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law', *German Law Journal*, 6 (2005), 1217-1242؛ و R. Cryer، 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Law', *German Law Journal*, 6 (2005), 1217-1242؛ و Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study', *Journal of Conflict and Security*, 11 (2006), 239-263؛ و D. Fleck، 'Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie', *Humanitäres Völkerrecht* 22 (2009), 120-124.

(٢١٧) انظر الفرع سابعا أعلاه.

(٢١٨) انظر على سبيل المثال الحاشيتين ٩٨ و ٩٩ أعلاه.

الأحمر، من خلال شراكة مع الصليب الأحمر البريطاني، استكمال قاعدة بياناتها عن الممارسة الوطنية ذات الصلة استناداً إلى ممارسة ما يقرب من تسعين دولة^(٢٢٠).

٩٣ - ويميز المصنف (الثالث) لقانون العلاقات الأجنبية للولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٨٧^(٢٢١)، الصادر عن معهد القانون الأمريكي، بين "مصادر القانون الدولي" (المادة ١٠٢) و "أدلة القانون الدولي" (المادة ١٠٣). وتنص المادة ١٠٢ (٢) على أن -

"القانون الدولي العرفي ينشأ عن ممارسة الدول العامة والمتسقة التي تتبعها عن شعور بالالتزام القانوني".

وتتضمن التعليقات (ب) و (ج) و (د) و (هـ) على المادة ١٠٢ شروحا موجزة ومحددة للأفكار الأساسية ذات الصلة، مثلما ترد أيضا في ملاحظات المقررين ٢ إلى ٥.

حادي عشر - الكتابات

٩٤ - ثمة كتابات مستفيضة عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته^(٢٢٢)، تتخذ شكل دراسات عن الموضوع بوجه عام، وكذلك عن جوانب معينة، كما تتخذ شكل مقالات.

(٢١٩) انظر: J.-M. Henckaerts, 'Customary International Humanitarian Law – A Rejoinder to Judge Aldrich',

J.-M. Henckaerts, 'The ICRC Customary' و *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 525-532

International Humanitarian Law Study – A Rejoinder to Professor Dinstein', *Israel Yearbook on Human*

J.-M. Henckaerts, 'Customary International Humanitarian Law – a response to' و *Rights*, 37 (2007), 259

.*International Review of the Red Cross*, 89 (2007), 473-488 US comments',

(٢٢٠) انظر الموقع الشبكي <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home>.

(٢٢١) انظر D.B. Massey, 'How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness

requirement of the restatement of foreign relations law', *Yale Journal of International Law*, 22 (1997),

.419-445

(٢٢٢) أعدت مكتبة مكتب الأمم المتحدة في جنيف ثب مراجع مفيدا بشأن القانون الدولي العرفي، يمكن الاطلاع

عليه في الموقع الإلكتروني <http://libraryresources.unog.ch/Legal/ILC>. وبالمثل، يعتمزم المقرر الخاص إعداد

ثب مراجع مختارة، تستند بصفة أولية إلى الثب الوارد في المرفق ألف من تقرير اللجنة لعام ٢٠١١

(A/66/10)، يتم استكمالها بمراجع إضافية مع تطور الموضوع. ومن الكتب الدراسية العامة التي تحتوي على

ثب مراجع مستفيضة: M. Diez de P. Dailier, M. Forteau and A. Pellet, *supra* note 44, at, 353-379؛ و

Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, C. Escobar Hernández (ed.), 18th edition

, J. Crawford و (Tecnos, 2012), 136-149؛ و A. Clapham، الحاشية ٨٧ أعلاه، الصفحات ٥٧-٦٣؛ و

الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحات ٢٠-٢٣؛ و M.N. Shaw، الحاشية ٥٠ أعلاه، الصفحات ٧٢-٩٢؛ و

Kuznetsov and B.R. Tuzmukhamedov (W.E. Butler, ed.), *International Law – A Russian Introduction*

(Eleven International, 2009), 70-79؛ A. Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford University

G. von Glahn and J.L. Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to* و Press, 2005), 153-169

وإضافة إلى ذلك، تتناول الكتب الدراسية العامة المعنية بالقانون الدولي هذا الموضوع دائما، ولو بإيجاز. ويهدف هذا الفرع من التقرير إلى الاكتفاء ببيان مدى تنوع وثرأء الكتابات في هذا المجال، دون اتخاذ موقف بشأن النظريات المطروحة.

٩٥ - ومن المثير للاهتمام ملاحظة النهج المختلفة التي اقترحت في الأدبيات، منذ زمن الفقهاء التقليديين من ذوي الحجة من قبيل سواريز وغروشيوس، فيما يتعلق بكيفية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وكيفية تحديدها. وقد نعتت هذه النهج أحيانا بنعتي "تقليدي" و "حديث"، وغالبا ما اعتبرت نهجا شديدة التعارض.

٩٦ - وقد فهم على نطاق واسع أن النهج "التقليدي" الوارد في المادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يشترط وجود ركنين لنشأة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، هما: (١) الممارسة العامة للدولة؛ (٢) قبول تلك الممارسة بوصفها قانونا. ويشار أحيانا إلى الأول باعتباره الركني "الموضوعي" (المادي) وهو يتعلق باتساق الممارسة وطابعها الموحد على مر الزمن؛ ويشار إلى الأخير (الذي يعرف أيضا بالاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها (*opinio juris sive necessitatis*))، أي اعتقاد بالقانون أو الضرورة باعتباره "ذاتيا" (معنويا) وهو يتعلق بالدوافع الكامنة وراء سلوك الدول^(٢٢٣). ويعتبر هذا

S. Sur, *Public International Law*, 10th edition (Pearson, 2012), 53-61؛ الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحات ١٦٥-١٧٧؛ B. Conforti and A. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012)، 31-51؛ الحاشية ٥٥ أعلاه، الصفحات ٩٢-١٠١؛ و J. Verhoeven، D. Alland (ed.), *Droit international public* (Larcier, 2000)، 318-346؛ و P.-M. Dupuy and Y. Kerrat, *Droit international* (Presses Universitaires de France, 2000)، 268-297؛ و D. Carreau and F. Marrella, *Droit international*, 11th edition (Dalloz, 2010)، 360-372؛ و J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 10th edition (Pedone, 2012)، 301-324؛ و (Montchrestien, 2012)، 54-75.

(٢٢٣) انظر على سبيل المثال H. Thirlway, 'The Sources of International Law', in M.D. Evans (ed.), *International Law*, 3rd edition (Oxford University Press, 2010) 102 ("يذهب الفقه التقليدي إلى أن مجرد الممارسة الدولية المتسقة بمعنى محدد ليست كافية في حد ذاتها لإنشاء قاعدة في القانون بمفهوم الممارسة بل يشترط ركن إضافي. ومن ثم، يرى القانون الدولي العرفي القواعد العرفية باعتبارها نتيجة للجمع بين ركنين هما: الممارسة المستقرة والواسعة والمتسقة من جانب الدول؛ وركن معنوي معروف بعبارة *opinio juris sive necessitates* (أي الاعتقاد بأنها قانون أو ضرورة، وعادة ما تختصر في عبارة الاعتقاد بالإلزام *opinio juris*)؛ و M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise* (The Macmillan Company, 1943)، 609 ("الأركان الضرورية هي التصرفات التي تقوم بها دول عديدة بصورة متسقة ومتكررة في مجال العلاقات الدولية، والوعي في كل حالة أن بالقانون يأمر بتلك التصرفات، وعدم قيام دول أخرى بالطعن في ذلك المفهوم في ذلك الوقت")؛ و A.T. Guzman, *How International Law Works* (Oxford University Press, 2008)، 184 ("إن التعريف التقليدي للقانون الدولي العرفي هو تعريف فقهي صرف، بمعنى أن أي عرف يقال إنه يصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي إذا استوفى المعيار الفقهي

النهج، المتعارف عليه باعتباره "الموقف المهيمن في النظرية السائدة للقانون الدولي العرفي" (٢٢٤)، أنه لا غنى عن أي من الركنين؛ وفي الوقت نفسه، فإنه يقوم فيما يبدو، ضمن هذا المفهوم الثنائي، بتغليب ممارسة الدولة، بمعنى أن "العرف يبدأ بأعمال" تصبح "ممارسة مستقرة"؛ ويمكن لتلك الممارسة فيما بعد أن تنشئ الاعتقاد بأنها قد أصبحت إلزامية (٢٢٥).

المزدوج. والصيغة الأكثر شيوعاً لهذا التعريف هي التي ترد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية (٢٢٤)؛ و B. Conforti and A. Labella، الحاشية ٢٢٢ أعلاه، في الصفحة ٣١؛ و S. Sur، الحاشية ٦٧ أعلاه، في الصفحة ١٧٤؛ و G. von Glahn and J.L. Taulbee؛ الحاشية ٢٢٢ أعلاه، الصفحتان ٥٤-٥٥؛ و S. Rosenne، *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), 55 و D. Bederman، 'Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law'، *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 و B. Stern، 'Custom at the Heart of International Law'، *Duke Journal of Comparative & International Law*, 31، 44 (2010)؛ و A. Boyle and C. Chinkin، *The Making of International Law*، 11 (2001)، 89، 91 (Oxford University Press, 2007)، 41.

(٢٢٤) انظر: E. Voyiakis، 'Customary International Law and the Place of Normative Considerations'، *American Journal of International Law*, 163، 169 (2010)؛ وانظر أيضاً على سبيل المثال G. M. Danilenko، الحاشية ١٠ أعلاه، في الصفحة ٨١ ("رغم أن عدداً كبيراً من جوانب نشأة العرف في القانون الدولي لا تزال مثار جدل، فإن هناك ما يشبه الإجماع على أن العملية المشروعة لوضع القانون العرفي تتطلب وجود ركنين أساسيين هما الممارسة وقبول هذه الممارسة باعتبارها قانوناً")؛ و Y. Iwasawa، *International Law, Human Rights, and Japanese Law* (Clarendon Press, 1998)، 35 ("وفقاً للرأي السائد في القانون الدولي، ترى المحاكم اليابانية أن كلا من الممارسة العامة للدول والاعتقاد بالإلزام ضروريان لكي تصبح قاعدة من القواعد قانوناً دولياً عرفياً")؛ و R. Bernhardt، 'Principles and Characteristics of Customary International Law'، 247، 265 (1987) *Recueil des cours* ("أعرب بعض الكتاب القانونيين عن رأي مفاده أن الممارسة وحدها هي المهمة، بينما رأى آخرون في بعض الحالات أنه يمكن إنشاء "قانون فوري" دون وجود ممارسة سابقة. إلا أن الرأي السائد هو أن الممارسة والاعتقاد بالإلزام يظلان ركنين أساسيين في القانون العرفي")؛ و C.A. Bradley and M. Gulati، الحاشية ٥٠ أعلاه، في الصفحة ٢٠٩ ("التعريف الاعتيادي للقانون الدولي العرفي هو أنه ينشأ عن الممارسة التي تتبعها الأمم انطلاقاً من الشعور بالالتزام القانوني. ووفقاً لهذا الطرح، للقانون الدولي العرفي ركنان... وهذا هو التعريف التقليدي")؛ و B. Simma، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٨٩ (يصف النهج التقليدي بأنه "المفهوم الراسخ")؛ و T. Treves، الحاشية ٧٣، الفقرة ٨ (حيث يشير إلى النهج التقليدي باعتباره "الرأي السائد")؛ و R. Kolb، *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*، *Netherlands International Law Review*, 50 (2003)، 119، 123 ("لا يزال الرأي السائد يفترض أن العرف ينبني على الملاذ الآمن المتمثل في الركنين، مع استعداده لتعديل العلاقات بينهما إلى حد ما وطريقة عملهما").

(٢٢٥) انظر: O. Schachter، 'New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice'، in J. Makarczyk (ed.)، *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996)، 531 (يصف "الرأي المقبول عموماً بشأن علاقة الممارسة والاعتقاد بالإلزام")؛ وانظر على سبيل المثال B. Simma and P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٨٨ ("حسب الفهم التقليدي للعرف الدولي، كان التأكيد بوضوح على الركن المادي أو الموضوعي من الركنين، أي ممارسة الدول... ورجحت الممارسة

وبعبارة أخرى، ”يتعين أن ننظر إلى ما تقوم به الدول فعليا في علاقاتها ببعضها البعض، ونحاول أن نفهم الأسباب التي تدفعها إلى ذلك، وخصوصا ما إذا كانت تقر بوجود التزام لاتباع مسار معين“^(٢٢٦). والواقع، أن هذا النهج يظل وفيما للفهم التقليدي لنشأة القانون العرفي باعتباره عملية تجريبية ولا مركزية وتراكمية^(٢٢٧)؛ وعند التعامل مع القانون الدولي

على الاعتقاد بالإنذار؛ فالعبرة بالأفعال لا بالأقوال فقط“؛ و G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law', *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), 1, 68 (”يعتقد أنه من المبادئ السليمة، ألا تنبني الممارسة إلا على أعمال الدول، على المدى البعيد، إذ أن الممارسة وحدها (”المستقرة والموحدة“، كما ذكرت المحكمة) هي التي تشكل العادة أو العرف، وتنبني عليها بالتراكم في نهاية الأمر قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“)؛ و M.E. Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٦ (”ممارسة الدول هي المادة الخام للقانون العرفي“)؛ و R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 2008) 25 (”تفيد صيغة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في التأكيد على أن جوهر هذا المصدر من مصادر القانون الدولي قائم في ممارسة الدول“)؛ و A. D'Amato، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ١٠٢؛ و K. Wolfke، الحاشية ١٥٣ أعلاه، الصفحة ٥٣؛ و G.I. Tunkin، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٤٢١؛ و A.E. Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Theory of International Customary Law', *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), 9, 19-20؛ و G.M. Danilenko, 'The Reconciliation', *American Journal of International Law*, 95 (2001), 757, 758؛ و N. Petersen، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٢٧٨؛ ولكن انظر أيضا J.L. Kunz، الحاشية ٦٥ أعلاه، الصفحة ٦٦٥ (”وبناء عليه فإن العرف الدولي إجراء لإنشاء القواعد العامة للقانون الدولي. والقانون الدولي هو الذي يبين الشرطين اللذين ينشئ بمقتضاهما إجراء العرف قواعد صحيحة من القواعد العامة للقانون الدولي. وهذان الشرطان هما: العادة والاعتقاد بالإنذار“)؛ ولكل منهما نفس القدر من الأهمية. وهذا ما يقر به الكتاب في مواضع كثيرة للغاية، وما ثبت من خلال ممارسة الدولة والمحاكم والهيئات القضائية الدولية“).

(٢٢٦) A. Clapham، الحاشية ٨٧ أعلاه، الصفحة ٥٧.

(٢٢٧) انظر على سبيل المثال Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd edition (Columbia University Press, 1979), 34 (”تتسم عملية وضع القانون العرفي بطابع غير رسمي واعتباطي غير متعمد، بل تكون جزئيا غير مقصودة ووليدة الصدفة... وغير مهيكلة وبطيئة“)؛ و T. Stein في مناقشته لموضوع 'Custom and Treaties', in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 12 (حيث يصف العملية التقليدية لتوليد القواعد العالمية للقانون الدولي بأنها ”غير مكتوبة... وغير واعية... وتراكمية، فقد تولدت عبر الزمن من خلال تراكم حالات عادية... ودائما ما تتولد من خلال معاملات ثنائية... تنشأ عبر عمليات لم تتأثر بإجراءات أي منتدى قائم“)؛ و J. D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2011), 162 (”حسب الآراء التقليدية، تعرف قواعد القانون الدولي العرفي على أساس عملية بلورة تراكمية تقتضي سلوكا متسقا ومستقرا لعدد كبير من الدول مصحوبا باعتقادها (أو انصراف نيتها إلى) أن تلك العملية تستجيب لمقتضيات إلزامية للقانون الدولي“).

العرفي على المستوى الدولي، يفترض التحقق منه بإعمال منطق استقرائي^(٢٢٨) يكون من ناحية متمحورا على الدولة^(٢٢٩) ومن ناحية أخرى خاليا من الاعتبارات الشارعة المستقلة. ويقال إن منح القوة القانونية للسلوك الفعلي وللتوقعات التي تتمتع بدرجة كبيرة من القبول داخل المجتمع الدولي هو وحده الذي يضمن استقرار القانون الدولي العرفي وموثوقيته وشرعيته^(٢٣٠).

(٢٢٨) انظر على سبيل المثال L. Condorelli, 'Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law', in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), 147, 148 ("وتسعى هذه الصيغ الحكيمة، وإن كانت تقريبية وإرشادية، بالأساس إلى شرح المقصود من عبارة "استقراء": إنها العملية المتمثلة في جمع أدلة لإثبات الأثر الاجتماعي للقواعد المعنية").

(٢٢٩) انظر على سبيل المثال H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972) 58 ("جوهر شرط الممارسة هو قيام الدول، أو امتناعها عن القيام، بأشياء معينة في القانون الدولي")؛ و P.E. Benson, 'François Génys's Doctrine of Customary Law', *Canadian Yearbook of International Law*, 20 (1982), 267, 268 ("إن العرف في الوقت الراهن مفهوم من حيث عملية نشأتها، وتشرح هذه العملية من المنظور الداخلي كلية والمستقل تماما للدول التي تقوم بنفسها بتوليد القواعد العرفية ذات الحجية وتقر بها باعتبارها قواعد ملزمة")؛ و M.E. Villiger, الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحتان ١٦-١٧ ("يجب أن تعزى أمثلة الممارسة هذه إلى الدولة، ولهذا السبب تستبعد ممارسة المنظمات الدولية أو الأفراد")؛ و R.B. Baker, *C Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element* (٢٠١٢) ويمكن الاطلاع على هذه الدراسة في شبكة بحوث العلوم الاجتماعية: <http://ssrn.com/abstract=2147036>، صفحة ٥ ("يقال إن القانون الدولي العرفي يتوقف على قبول الدول القومية - ومن ثم، ففي الفهم التقليدي المشروح هنا على الأقل، يكون شديد التمحور على الدولة")؛ و A.M. Weisburd, 'Customary International Law: The Problem of Treaties', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), 1, 5.

(٢٣٠) انظر على سبيل المثال C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (P.E. Corbett, trans.) (Princeton University Press, 1957), 155 ("إن ما يعطي العرف الدولي قيمته الخاصة وتفوقه على المؤسسات التقليدية هو أنه بحكم تطوره من الممارسة التلقائية يعكس شعورا عميقا بكيونة القانون. ومن ثم، تتسم قواعده بالكثافة والاستقرار")؛ و B. Simma and P. Alston, الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحتان ٨٨-٨٩ ("ومن ثم، فقد اتسمت قواعد القانون العرفي التي ترسخت على هذا النحو من خلال التفكير الاستقرائي على أساس الأفعال وليس الأقوال، ولا تزال تتسم، بعدة مزايا لا مراء فيها. فهي قطعية ومثنية؛ وقد صيغت بعناية من صلب التفاعلات الملموسة والفعالية فيما بين الدول؛ وهي تتيح وضع تنبؤات موثوق بها على نحو معقول بشأن سلوك الدول مستقبلا")؛ و H.W.A. Thirlway, الحاشية ٢٢٩ أعلاه، الصفحة ٧٦ ("العرف... ينمو ببطء - وإن لم يكن دائما بنفس البطء الذي طبعه فيما مضى - ولكنه ينمو من خلال الممارسة الفعلية للدول ومن ثم فإنه غالبا ما يعكس بدقة ميزان مصالحها المتضاربة ويمثل نواياها المدروسة")؛ و D.J. Bederman, *Custom As a Source of Law* (Cambridge University Press, 2010), 162.

٩٧ - غير أن البعض قد طعن في هذا النهج "التقليدي"، على أساس عدم اتساقه فقهيًا واستعصائه على الفهم بسبب "أوجه غموض داخلية" (٢٣١) تجعل من الصعب، إن لم يكن من المستحيل، تطبيقه في الواقع العملي (٢٣٢). وشدد نقاد آخرون على أن القانون الدولي العرفي المفهوم على هذا النحو "ينمو بوتيرة أبطأ من أن يواكب التغير في علاقات الدول التي يسعى إلى تنظيمها" (٢٣٣)، فضلًا عن أنه يفتقر أساسًا إلى الفعالية للقيام بذلك (٢٣٤). وزعم

(٢٣١) R.Y. Jennings، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحات ٤-٦.

(٢٣٢) انظر على سبيل المثال L. Henkin, *International Law: Politics and Values* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 29 ("من السهل ذكر التعريف ولكن ليس من السهل تفسيره وتطبيقه، ويظل يثير أسئلة صعبة، بعضها "عملي" وبعضها مفاهيمي-فقهي")؛ و J.L. Goldsmith and E.A. Posner, 'Notes Toward a Theory of Customary International Law', *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), 53 ("يثير التعريف الاعتيادي للقانون الدولي العرفي... أسئلة أزلية، لا توجد إجابات لمعظمها")؛ و M. Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), 130-131 ("إحدى المشكلات المتعلقة بالمفهوم الثنائي التقليدي للقانون الدولي العرفي هي أنه يتضمن مفارقة تاريخية ظاهرة وهي أن الدول التي تنشئ القواعد العرفية الجديدة يجب أن تعتقد أن تلك القواعد موجودة بالفعل، وأن ممارستها بالتالي تجري وفقًا للقانون")؛ و R.A. Miller and R.M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 199 ("أشار النقاد التقليديون للقانون الدولي العرفي إلى أن تعريف القانون الدولي العرفي دائري، وأن قواعده مبهمه ومن ثم يصعب تطبيقها، وأنا نفتقر إلى المعايير التي نستطيع أن نحكم على أساسها ما إذا كان الشرطان المتعلقان بقاعدة القانون الدولي العرفي قد استوفيا")؛ و R. Kolb، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحات ١٣٧-١٤١؛ و A. D'Amato، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحات ٧-١٠ والصفحتان ٧٣-٧٤.

(٢٣٣) انظر: C.G. Fenwick, 'The Sources of International Law', *Michigan Law Review*, 16 (1918), 393, 397. و انظر أيضًا على سبيل المثال G.J.H. van Hoof، الحاشية ٤٩ أعلاه، الصفحة ١١٥ ("القانون الدولي العرفي هو ببساطة أبطأ من أن يقدم التنظيم السريع اللازم في المجالات الجديدة التي يتعين على القانون الدولي الآن أن يعطيها")؛ و C. De Visscher, 'Reflections on the Present Prospects of International Adjudication', *American Journal of International Law*, 50 (1956), 467, 472 ("لا يمكن إنكار أن التطوير التقليدي للعرف لا يزال غير مناسب للوتيرة الحالية للعلاقات الدولية")؛ و R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحتان ١٢٤-١٢٥ ("في معرض الإشارة إلى النهج التقليدي حين يقول إن "القانون العرفي غالبًا ما يفرض أعباء مفرطة أو لا تجده في لحظة معينة [حين تكون] هناك حاجة ملحة لإنشاء قواعد عامة للقانون الدولي")؛ و W. Friedmann (ed.), *The Changing Structure of International Law* (Steven & Sons, 1964), 121-124.

(٢٣٤) انظر على سبيل المثال W.M. Reisman, 'The Cult of Custom in the Late 20th Century', *California Western International Law Journal*, 17 (1987), 133, 134, 142-3 ("يشير إلى أن العرف هو حالة من النشاز التاريخي والتأسل الرجعي" ويتساءل: "إذا كان التشريع الهادف وسيلة على هذا القدر من الأهمية في توضيح وتنفيذ السياسة في حضارة صناعية تستند إلى العلم مثل حضارتنا، فكيف يمكن أن نستغني عنه في الحضارة العالمية التي هي أكثر تعقيدًا وتنوعًا بكثير؟، ويختتم قائلاً "إن العمليات العرفية لوضع القانون لا يمكن أن تصدى للمشكلات الجسيمة التي يواجهها العالم")؛ و J.O. McGinnis, 'The Comparative

آخرون أيضا أن الفقه "التقليدي" يجسد قصورا ديمقراطيا حادا^(٢٣٥)، وأن طبيعته الوضعية لا تسمح لتحديد القانون الدولي العرفي بأن تولي الاعتبار الواجب لقيم المجتمع الدولي، بل

Disadvantage of Customary International Law', *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30 (2006), 7, 11-12 (يذهب إلى القول إن القانون الدولي العرفي "ليس مصمما بالجودة التي تكفل تحقيق أقصى قدر من الرعاية للناس" لأن الأمم وليس الأشخاص هي التي صنعتها، وأنه "لا يرجح أن يولد معايير فعالة حتى للأمم" بسبب عدم تجانس الأمم التي تشكل المجتمع الدولي)؛ و S. Estreicher, 'Rethinking the Binding Effect of Customary International Law', *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), 5, 9, 11, 14 (حيث يذهب إلى القول إنه "استنادا إلى مسوغات وظيفية مجتة، يصعب الدفاع عن القانون الدولي العرفي في عالم وستفالي (عالم الدول القومية)"، وأنه ما لم تكن ثمة مكاسب متزايدة كبيرة، فإن التكاليف المترتبة على القانون الدولي العرفي تكون أكبر من مكاسبه)؛ و C.G. Fenwick، الحاشية ٢٣٣ أعلاه، الصفحة ٣٩٨ ("ومن العيوب الأخرى للعرف كمصدر للقانون الدولي عدم قدرته على إعادة تنظيم نظام يعتره القصور ككل، أو حتى تعديل أجزاء منه بصورة متدرجة ومستشرفة للمستقبل")؛ و E. Kontorovich، 'Inefficient Customs in International Law', *William and Mary Law Review*, 48 (2006), 859, 921 الأعراف الدولية في سياق يفتقر إلى السمات التي توجه تطور معايير جماعية باتجاه الفعالية")؛ و V. Fon and F. Parisi, 'International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis', *International Law and Management Review*, 2 (2006), 201, 202 (حيث يشرح أن "النتائج الناجمة عن الاعتماد على القواعد العرفية التقليدية يمكن أن تكون بانتظام دون ما يمكن الحصول عليه من خلال قواعد تصاغ بدقة")؛ و G. Palmer, 'New Ways to Make International Environmental Law', *American Journal of International Law*, 86 (1992), 259, 266.

(٢٣٥) يمكن أن تتعلق هذه الحجج بجوانب مختلفة من العملية الديمقراطية في سياقات مختلفة (على سبيل المثال، السياق الدولي مقابل السياق الوطني). انظر على سبيل المثال S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Hart Publishing, 2010), 150 ("يحدث العرف مشكلات خاصة من حيث الشرعية الديمقراطية، نظرا لعدم وجود شرط يقضي بأن تقبل دولة معينة نشوء معيار عرفي جديد، أو أن تشارك أغلبية من الدول في إنشائه، أو أن تقتصر المشاركة على الدول الديمقراطية، أو أن تتفق ممارسة الدول مع إرادات شعوبها... وعلاوة على ذلك، فإنه لما كانت القواعد العرفية بحكم تعريفها غير مدونة تدوينا ذا حجية، فإن مهمة تحديد الالتزامات العرفية وتفسيرها، وتطبيقها بحكم النتيجة، تقع على عاتق الأطراف الفاعلة من غير الدول، والقضاة والأكاديميين ومن في حكمهم، دون اشتراط مراعاة موقف الدولة التي ينتج بهذه القواعد ضدها")؛ و O. Schachter، الحاشية ٢٢٥ أعلاه، الصفحة ٥٣٦ ("من الحقائق التاريخية أن الجزء الأعظم من القانون الدولي العرفي وضعه دول تثير الانتباه بقلة عددها")؛ و O. Yasuaki، الحاشية ١٢٣ أعلاه، الصفحة ٢٠؛ و J.O. McGinnis، الحاشية ٢٣٤ أعلاه، الصفحة ٨ ("من المشكلات البارزة التي تشوب القانون الدولي العرفي... هو وجود قصور ديمقراطي في صلب تعريفه")؛ و W.S. Dodge, 'Customary International Law and the Question of Legitimacy', *Harvard Law Review Forum*, 120 (2007), 19, 26 ("يركز على النظام القانوني في الولايات المتحدة ولكن ربما ينسحب الأمر أيضا على لبلدان أخرى حين يذهب إلى أن "نقد المشروعية هذا يتكون بالأساس من نقطتين مترابطتين هما: أن السلطة التي ستطبق القانون الدولي العرفي تحول قدرا مفرطا من السلطة التقديرية للقضاة الاتحاديين - تلك السلطة التقديرية التي تتيح تهريب كل ما "يعتبرونه عرفا من أعراف القانون الدولي" إلى القانون الأمريكي وأن القانون الدولي العرفي لا يصاغ من خلال نظام سياسي يخضع للمساءلة ديمقراطيا").

إنها قد تجعل القانون الدولي العرفي غير متناسب مع حقوق الإنسان الأساسية^(٢٣٦). وأخيراً، ذهب بعض الكتاب إلى ما هو أبعد ذلك بزعمهم أن النظرية "التقليدية" هي محض خيال^(٢٣٧).

٩٨ - وانطلاقاً من هذه الخلفية سعت النهج الأخرى لدراسة القانون الدولي العرفي، والتي تنعت أحياناً بالنهج "الحديثة"، إلى إعادة تفسير أركان القانون الدولي العرفي، ومن ثم إعادة تأطيره باعتباره مصدراً من مصادر القانون الدولي. وكانت هذه الانحرافات عن الفقه "التقليدي"، بالنسبة لبعض الكتاب، محاولة فكرية هدفها "تقديم نظرية العرف المفقودة"^(٢٣٨)، بينما كانت بالنسبة لآخرين جهداً واعياً هدفه "موازنة مفهومنا لوضع

(٢٣٦) انظر على سبيل المثال 8 *International Legal Theory*, J. Klabbbers, 'The Curious Condition of Custom', 29, 34 (2002) ("فيما يتعلق بالمتعضيات ذات الأهمية الأخلاقية (وتحديداً حقوق الإنسان)، فقد المفهوم التقليدي للعرف معقولته")؛ و A. Pellet, "'Droits-de-l'Homisme" et Droit International', *Droit Fondamentaux*, 1 (2001), 167, 171-2؛ و J. Wouters and C. Ryngaert, 'Impact on the Process of the Formation of Customary International Law' M.T. Kamminga and M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press, 2009), 111, 129, 130 ("قد يطرح النهج الوضعي التقليدي.. صعوبات جدية في الحماية الاجتماعية وتعزيز حقوق الإنسان")؛ و H. Charlesworth, الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٩٢ ("يعطي العرف الدولي في صورته التقليدية الأولوية لرضا الدول كمصدر للقانون على المفاهيم الشارعة")؛ و J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), 72 (في معرض الإشارة إلى النهج التقليدي للقانون الدولي العرفي حين يقول: "غير أنه لما كانت هذه الطريقة في وضع القانون طريقة عتيقة، فإنها تنطوي على عواقب، ذلك أن القانون العرفي محدود في نطاقه ويتعدى استخدامه كأداة قانونية وسياسية. كما لما كان أساس القانون العرفي هو العادة، فإن هناك قيوداً على نوع القواعد التي يمكن إنشاؤها")؛ و M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 1989), 41.

(٢٣٧) انظر على سبيل المثال N.C.H. Dunbar, 'The Myth of Customary International Law', *Australian Yearbook of International Law*, 8 (1978/80), 1, 8, 18 ("تكمّن الأسطورة في افتراض أن ممارسة الدول العالمية تنشئ القانون من تلقاء نفسها. فالقانون لا ينشئه إلا التشريع أو حكم محكمة، أو معاهدة في حالة القانون الدولي")؛ و S. Estreicher، الحاشية ٢٣٤ أعلاه، الصفحة ٨ (يقول إن الطرح التقليدي "هو بالطبع خيال قانوني. فالرضا المستفاد من السكوت هو شكل مشكوك فيه من أشكال الرضا")؛ و J.P. Kelly، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحات ٤٦٠ و ٤٦٩ و ٤٧٢ ("إن الفرضية التي يقوم عليها القانون الدولي العرفي هي أن الأمم، برغم عدم توافقها على القيم، تستطيع مع ذلك قبول المعايير القانونية الملزمة، ومن ثم إنشاءها، دون وجود عملية رسمية لتقرير القبول. وهذه الفرضية موضع شك... فلا توجد منهجية تضمن وجود قياس دقيق للمواقف التشريعية للدول. والوسائل المستخدمة في الوقت الراهن تختزل الاعتقاد بالإلزام في مجرد خيال... وعلاوة على ذلك فإن كل الفكرة المتعلقة باستخدام ممارسة الدولة لصوغ قواعد هي موضع شبهة").

(٢٣٨) على حد قول A. D'Amato في دراسته المعنونة 'Trashing Customary International Law'، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ١٠١. وقد أشار البعض إلى أن التطبيق "الفضفاض" للتعريف التقليدي هو الذي أفضى

القانون العرفي مع الملحاحية المتزايدة للشواغل التي يلزم أن تناولها القانون الدولي^(٢٣٩)؛ وفي كلتا الحالتين قدمت اقتراحات للاستعاضة عن النموذج الجمعي الصرف (ذي الركنين) لنشأة العرف بنظرية أحادية الركن، وذلك بالدرجة الأولى بعدم التأكيد على شرط من الشرطين الاعتياديين أو باستبعادهما معا. وقد دعا عدد من الكتاب إلى تقليص دور الاعتقاد بالإلزام *opinio juris*، قائلين إنه في معظم الحالات، تكون ممارسة الدولة المنتشرة على نطاق واسع والمتسقة كافية في حد ذاتها لإنشاء القانون الدولي العرفي^(٢٤٠). وذهب آخرون إلى أبعد من ذلك حيث حادوا عن المفهوم العادي للقانون العرفي، وزعموا العكس - أي تخفيف شرط الممارسة إلى أدنى درجة ممكنة والتركيز بدلا من ذلك على ركن الاعتقاد بالإلزام *opinio juris*^(٢٤١)، كما تبين بصورة غالبية في البيانات التي يدل بها في المحافل الدولية^(٢٤٢). وفي نهاية

إلى "تعريف جديد وحديث [ناشئ] في الأدبيات": H.E. Chodosh, 'Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law', *Texas International Law Journal*, 26 (1991), 87, 88 وانظر أيضا R.B. Baker، الحاشية 229 أعلاه.

(٢٣٩) انظر: E. Voyiakis, *A Theory of Customary International Law* (January 25, 2008)، ويمكن الاطلاع على هذه الدراسة في شبكة بحوث العلوم الاجتماعية: <http://ssrn.com/abstract=1599679>، الصفحة ٦؛ وانظر أيضا F. Orrego Vicuña، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحة ٣٨ ("وسرعان ما اكتشف أنه لو أمكن اعتبار القانون العرفي شيئا مختلفا عما كان يعنيه تقليديا، فإن ذلك يمثل وسيلة أسهل بكثير لبلوغ الغايات المرغوبة")؛ و A.E. Roberts، الحاشية ٢٢٥ أعلاه، الصفحة ٧٧٦ ("يدل العرف الحديث على وجود رغبة في إنشاء قوانين دولية عامة يمكن أن تلزم جميع الدول فيما يتعلق بالقضايا الأخلاقية المهمة").

(٢٤٠) انظر على سبيل المثال A. D'Amato, 'Customary International Law: A Reformulation', *International Legal Theory*, 4 (1998), 1 (اعتبر باحثون آخرون عملي راديكاليا؛ ومع مرور الوقت انتهت على مضض إلى أنه ربما لم يكن راديكاليا بالقدر الكافي. وبدلا من أن أحاول العمل ضمن مفهوم الاعتقاد بالإلزام، كان ينبغي أن أتخلص منه تماما)؛ و L. Kopelmanas, 'Custom as a Means of the Creation of International Law', *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), 127, 129-130 إلى العامل المادي والعامل المعنوي في نشأة العرف] هو في الحقيقة جوهر السؤال الذي طرحناه [ما هي عملية التطوير الخاصة التي تنتج العرف]... وسنسعى في الوقت نفسه إلى دراسة مسألة ما إذا كان العرف الدولي لا ينشأ إلا عن نشاط يمارس عن انطباع بأنه شرط يقتضيه القانون. وثمة أسباب وجيهة للشك في هذه المسألة)؛ و H. Kelsen, 'Theorie du Droit International Coutumier', *Revue Internationale de la Theorie du Droit*, 1 (1939), 253, 263 (يذكر موقفا تخلى عنه لاحقا، مؤداه أن "هذه النظرية التي تقول بأن الأعمال التي تشكل العرف يجب أن تنفذ بنية الوفاء بالتزام قانوني أو ممارسة حق [...] هي نظرية خاطئة بوضوح")؛ و P. Guggenheim, 'Les deux éléments de la coutume en droit international', في C. Rousseau (ed.), *La Technique de les Principes du Droit Public: Etudes en l'Honneur de Georges Scelle* (L.G.D.J., 1950), 275, 280 ("... من المستحيل إثبات وجود هذا الركن [الذاتي]. وثمة بالتالي ما يدعو إلى لبذ الركن الذاتي")؛ و M.H. Mendelson، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحتان ٢٥٠ و ٢٨٩.

(٢٤١) انظر على سبيل المثال B. Cheng, 'Epilogue', في Bin Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982) 223 ("الأمر الرئيسي إذن هو الاعتراف بأن العادة ليست لإقرينة

الأمر، يقوم هذا النهج الأخير، الذي يشكل صلب "العرف الحديث" على النحو الذي يفهم به المصطلح حالياً، بتحويل التحقق من "القانون الدولي العرفي الجديد" إلى عملية تشريعية بدلا من أن تكون ممارسة تجريبية بحتة. وباستخدام منهجية استدلالية^(٢٤٣)، يحاول النهج جعل القانون الدولي العرفي مصدرا من مصادر القانون الدولي أسرع وأكثر مرونة، يكون قادرا على تحقيق "إمكانات طوباوية" وتعويض "الجمود الذي يتسم به القانون التعاهدي"^(٢٤٤)، لا سيما في مجالي حقوق الإنسان والقانون الإنساني والبيئي^(٢٤٥). والواقع،

إثبات، وليست منشئة، لما يتعارف عليه بـ "القانون العرفي الدولي" أيا كانت رغبة المرء في تسميته شيئا آخر^(٢٤٦)؛ و A.T. Guzman, 'Saving Customary International Law', *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), 115, 153 ("القانون الدولي العام يتعلق حقا بشرط الاعتقاد بالإلزام وليس بشرط الممارسة... والنهج العقلاني للخيار إذن لا يترك مجالاً لشروط ممارسة الدولة إلا بصفته معياراً لإثبات الاعتقاد بالإلزام. ويمكن أن تلقي الممارسة الضوء على ما إذا كان عرف بعينه يعتبر إلزامياً، ولكنها في حد ذاتها لا تجعله عرفاً ملزماً")؛ و R. Bernhardt، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٢٦٦ ("بل إنني أقبل حتى ألا تكون الممارسة ضرورية في ظروف استثنائية، إذا كانت هناك إقرار عالمي لقاعدة معينة يكون بمقتضاها سلوك معين إما ضرورياً أو محظوراً")؛ وحتى الآن، فإنني أقبل بإمكانية "القانون الفوري"^(٢٤٧)؛ و B.D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010).

(٢٤٢) انظر على سبيل المثال B. Cheng, 'United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?', *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), 23, 37 ("لا يوجد سبب يدعو إلى عدم نشوء اعتقاد عام بالإلزام في فترة زمنية قصيرة للغاية بين جميع أعضاء الأمم المتحدة، أو حتى بين بعضهم، وما يترتب على ذلك من نشوء قاعدة جديدة للقانون العرفي الدولي فيما بينهم. ولا يوجد كذلك سبب يدعو إلى عدم استخدامهم لقرارات الجمعية العامة لإضفاء طابع وضعي على اعتقادهم المشترك الجديد بالإلزام")؛ و L. Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", *Washington Law Review*, 61 (1986), 1073, 1074.

(٢٤٣) انظر أيضاً J.I. Lukashuk, 'Customary Norms in Contemporary International Law'، في Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), 488, 493 ("ما تشترك فيه هذه القواعد مع القواعد العرفية التقليدية هو الشكل غير مكتوب والاعتقاد بالإلزام. وما يميزها هو أنها لا ترسخ ممارسة قائمة بالفعل، وإنما يستعان بها للترويج لممارسة. ومقارنة بقواعد النوع الأول، فإنها تولي وزناً أكبر نسبياً لما يجب أن يكون لا لما هو قائم بالفعل")؛ و A.E. Roberts، الحاشية ٢٢٥ أعلاه، الصفحة ٧٦٣ ("يستمد العرف الجديد القواعد أساساً من بيانات مجردة تنفيذ الاعتقاد بالإلزام - تنطلق من النظرية إلى الممارسة")؛ و R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحة ١٢٦ ("ومن ثم فإن هذا العرف الاستنباطي أشبه ما يكون بعرف 'مناهض للحقائق'، وهو مفهوم يبعد فعلياً عن المفهوم التقليدي للقانون العرفي")؛ و B. Simma and P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٨٩ ("وهكذا تتحول عملية وضع القانون العرفي إلى تمرين مستقل في اللغو. والنهج المستخدم الآن هو النهج الاستدلالي").

(٢٤٤) على حد تعبير: H. Charlesworth, 'The Unbearable Lightness of Customary International Law', *American Society of International Law Proceedings*, 92 (1998), 44. وانظر أيضاً على سبيل المثال M.P. Scharf,

أن "للتأكيد على الاعتقاد بالإلزام *opinio juris* جاذبية لمن يريدون توسيع مجموعة القواعد التي تعتبر قانونا دوليا عرفيا. فإذا كان باستطاعة المرء تجاهل شرط الممارسة أو التقليل من أهميته، فإنه يمكن عندئذ طرح حجج تؤيد إدراج أي عدد من الحقوق الأخلاقية في قائمة

'Seizing the "Grotian Moment": Accelerated Formation of Customary International Law in times of Fundamental Change', *Cornell International Law Journal*, 43 (2010), 439, 450, 467-468 (في أوقات التغيير الجوهرية - سواء بسبب التقدم التكنولوجي، أو ارتكاب أشكال جديدة من الجرائم ضد الإنسانية، أو تطوير وسائل جديدة للحرب أو الإرهاب - يمكن أن يكون من الضروري التعجيل بوضع القانون الدولي العرفي مثلما تبلوره قرارات الجمعية العامة حتى يتسنى للقانون الدولي مواكبة التطورات الأخرى... وتعمل 'اللحظة الغروتية' على تقليص مدى ومدة ممارسة الدولة اللازمة خلال فترات التحول المذكورة، شريطة أن يكون هناك تعبير واضح وواسع الانتشار عن الاعتقاد بالإلزام)؛ و O. Schachter، الحاشية ٢٢٥ أعلاه، الصفحة ٥٣٣ (في معرض وصف "القانون الدولي العرفي الجديد" باعتباره استجابة لطلب في "الوسط الدولي المعاصر" للحكومات [التي] استشعرت ضرورة وجود قانون جديد، يمكن لسبب ما ألا يتحقق بالكامل من خلال المعاهدات المتعددة الأطراف).

(٢٤٥) انظر على سبيل المثال J. Kammerhofer, 'Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship', in M. Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), 138, 147 ("نظرا لوجود تصورات بأن الطرق التي تعتبر تقليدية أو أرثوذكسية لسن القانون الدولي العرفي لا يمكن أن تتناسب مع الغايات الإنسانية التي يعتنقها الباحثون المدافعون عن قضايا معينة، قام جزء مؤثر من الدراسات الأكاديمية المعنية بحقوق الإنسان والقانون الإنساني على مدى العقد الماضي بوضع نهج جديد للقانون الدولي العرفي في هذين المجالين من مجالات حقوق الإنسان)؛ و J. Wouters and C. Ryngaert، الحاشية ٢٣٦ أعلاه ("كثيرا ما يحتاج البعض، لا سيما من القانونيين ذوي النزعات المناصرة لحقوق الإنسان، بأن طريقة نشأة القانون العرفي في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي تختلف هيكلية عن الطريقة التقليدية لنشأة القانون العرفي في القانون الدولي العام... ويمكن إلى حد ما تلبين شروط الطرق التقليدية لنشأة القانون المستندة إلى رضا الدول وممارسة الدولة الواسعة والموحدة "إذا كانت الرهانات بالغة الأهمية"... وبعبارة أخرى، تستخدم ممارسة الدولة بصورة انتقائية لتبرير قاعدة عرفية غير محايدة أخلاقيا)؛ و D. Hunter, J. Salzman and D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 2nd edition (Foundation Press, 2002), 312-313 ("مع تزايد عدد المعاهدات والإعلانات والقرارات التي تعلن مبادئ حماية البيئة، على الصعيد الدولي، على مر الزمن، بدأ الباحثون يناقشون ما إذا كانت القواعد العرفية للقانون البيئي الدولي آخذة في النشوء أو أنها قد نشأت بالفعل.. وتواجه هذه القواعد العرفية القائمة والقواعد المستقبلية صعوبة كبيرة عند إخضاعها للاختبار الاعتيادي للمعايير العرفية (أي اتساق ممارسة الدولة ووجود اعتقاد بالإلزام)... ومع ذلك، فإن هناك الآن إقرار متزايد بهذه المبادئ في الآراء القضائية وفي دوائر أخرى باعتبارها قانونا عرفيا، وهو ما قد يكون دليلا على تغير المفاهيم بشأن الطريقة التي يسن بها القانون العرفي)؛ و H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (1994), 335 و D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2010) 191-204؛ و R. Jennings, 'Customary Law and Environmental Law' (Harvard University Press, 2010) 191-204؛ و K-H. Böckstiegel (ed.), *Environmental Aspects in General Principles of Law as Sources of Space Law*, of *Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection* (Carl Heymanns Verlag, 1990), 149, 151.

قواعد القانون الدولي العرفي“^(٢٤٦). كما شجع ”تخطيط المفهوم“ هذا^(٢٤٧)، المحتفى به باعتباره ”الحيوية الجديدة للعرف“^(٢٤٨)، المناذرة بفتح عملية إنشاء القانون العرفي للجهات الفاعلية من غير الدول، وتحديدًا، للمنظمات الدولية والوكالات التابعة لها^(٢٤٩)، وكذلك للأفراد^(٢٥٠).

(٢٤٦) انظر A.T. Guzman، الحاشية ٢٢٣ أعلاه، الصفحة ١٨٦. وانظر أيضا B. Simma and P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٨٣ (”هناك إغراء قوي باللجوء إلى القانون العرفي باعتباره المصدر الرسمي الذي يقدم بطريقة مباشرة نسبيًا الإجابات المرغوبة فيها. وعلى وجه الخصوص، إذا كان من الممكن صوغ القانون العرفي أو تناوله بما يجعله يوفر مجموعة شاملة نسبيًا من القواعد الواجبة التطبيق على جميع الدول، فإنه يمكن حسم الجدل بشأن مصادر القانون الدولي لحقوق الإنسان دون مزيد من الصخب. وبالنظر إلى الأهمية الجوهرية لعنصر حقوق الإنسان في إنشاء نظام عالمي عادل، يكون إغراء تطويع أو إعادة تأويل مفهوم القانون العرفي بما يكفل تقديم الإجابات ”الصحيحة“ إغراء قويًا، ولا يقاوم بالنسبة للبعض على الأقل“؛ و T. Meron, 'International Law in the Age of Human Rights', 301 *Receuil des Cours* (2004), 377.

(٢٤٧) انظر R.B. Baker، الحاشية ٢٢٩ أعلاه، الصفحة ٣١ (استخدام مصطلح ”نحت العالم الاجتماعي جوفاني سارتوري لوصف التشوهات التي تنجم عند استخدام مفاهيم راسخة في حالات جديدة دون إخضاعها للتكييف الذي يلزم أن يصاحبها“؛ وانظر أيضا R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحة ١٢٣ (يشير إلى ”تزايد الليونة المفاهيمية“؛ و L. Henkin؛ الحاشية ٢٣٢ أعلاه، الصفحة ٣٧ (”إن إنشاء الهادف للعرف هو ابتكار جذري، ويعكس بالفعل مفهومًا جذريًا. وفي حين كان القانون يسن بالتعاهد وينمو بالعرف، فإن هناك الآن اتجاه نحو اعتبار العرف وسيلة، بديلة لصوغ المعاهدات، للتشريع المدروس. وإن استخدام مفهوم العرف لذلك الغرض يستحضر التعريف التقليدي، غير أن الممارسة تعني الآن في بعض الأحيان النشاط الذي يهدف إلى إنشاء العرف وليس إلى تجسيده“؛ و A. Seibert-Fohr, 'Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order' A. Zimmerman and R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law* (Duncker & Humblat, 2006), 257, 273 (”تتوقف أهمية القانون الدولي العرفي في نهاية المطاف على مدى صرامة تطبيق المعايير المتعلقة بافتراض القانون الدولي العرفي“).

(٢٤٨) مصطلح ذكره A. Cassese، الحاشية ١٢١ أعلاه؛ وانظر أيضا R. Müllerson، الحاشية ١٢٣ أعلاه، الصفحة ٣٥٩.

(٢٤٩) انظر على سبيل المثال I. Gunning, 'Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights', *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), 211, 212-213 (”على وجه الخصوص، ستتقضى هذه المادة، بالتساؤل في مدى شمول الصياغات التقليدية للسيادة الوطنية، إمكانية السماح للجماعات عبر الوطنية وغير الحكومية بأن يكون لها صوت قانوني في إنشاء العرف“؛ و H. Meijers, 'On International Customary Law in the Netherlands', in I.F. Dekker and H.H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), 77, 80, 125 (”وعلى غرار أي قاعدة في القانون التعاهدي، تنشأ أي قاعدة في القانون العرفي الدولي على مرحلتين. فخلال المرحلة الأولى، يقوم أشخاص القانون الدولي، لا سيما الدول، وفي بعض الأحيان، المنظمات الدولية، بوضع القاعدة. وخلال المرحلة الثانية، تُحول القاعدة إلى قاعدة من قواعد القانون... وغالبًا ما تتداخل... [هاتان] المرحلتان“؛ و Arajärvi, *From State-Centrism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors* (May 3, 2010)، ويمكن الاطلاع على هذه الدراسة في شبكة

٩٩ - وواجهت محاولات "تنقيح أو تحديث" العرف^(٢٥١) بعض الانتقادات الشرسة التي أفردت لها خاصة، ومن بينها أساسا الادعاء أن "العرف الحديث" ليس في واقع الأمر من القانون الدولي العرفي في شيء على الإطلاق^(٢٥٢). وشدد أتباع النهج "التقليدي" كذلك

بحوث العلوم الاجتماعية: <http://ssrn.com/abstract=1599679>، 23 ("تقوم الجهات الفاعلة من غير الدول بتحديد الشكل الذي يسن به القانون الدولي، ليس فقط بطريقة غير مباشرة عن طريق التأثير على الدول، بل أيضا بالتأثير المباشر على وضع القواعد العرفية من خلال ما تقوم به من إجراءات وما تدلي به من بيانات").

(٢٥٠) انظر على سبيل المثال L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 342, 346، الحاشية C. Ochoa و D.J. Bederman؛ الصفحة ١٦٤؛ الحاشية ٢٣٠ أعلاه، الصفحتان ١٦٢-١٦٣.

(٢٥١) على نحو ما أشار إليه B. Simma و P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الفقرة ٨٣.

(٢٥٢) انظر، على سبيل المثال، P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, 77 (1983), 413, 435 ("ليس هذا مجرد تسريع لعملية وضع العرف، ولكنه ثورة حقيقية في نظرية العرف")؛ و K. Wolfke، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ٢ ("بداية... وعلى وجه الخصوص، ينبغي التأكيد على أن العرف الدولي، مثله مثل أي عرف، يقوم على انتظام في السلوك. والقانون الدولي العرفي الذي لا يستند إلى 'العرف' بالمعنى التقليدي والحرفي لهذه الكلمة، سيكون مجرد تسمية مغلوطة")؛ R. Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It", *The Cambridge Lectures* (Kluwer, 1983), 11 ("لعل الوقت قد حان لكي نواجه بحق واقع أن المعيارين التقليديين للعرف - الممارسة والاعتقاد بالإلزام - غالبا ما يكونان ليس فحسب غير كافيين بل أيضا لا صلة لهما بالموضوع في تحديد هذا القانون الجديد اليوم. والسبب في ذلك ليس مقصي: فكثير من هذا القانون الجديد ليس عرفا على الإطلاق، بل لا يوجد وجه شبه بينه وبين العرف. فهو حديث ومبتدع وينطوي على قرارات سياسية مواضيعية، ويشكل في كثير من الأحيان بؤرة خلاف. وكل ما هو قليل الشبه بالعرف بالمعنى الاعتيادي لذلك المصطلح سيكون من الصعب تصوره")؛ G.J.H. van Hoof، الحاشية ٤٩ أعلاه، الصفحة ٨٦ ("القانون العرفي والفور مفهومان لا يمكن التوفيق بينهما. وعلاوة على ذلك، فإن مما يضر بالسير الفعال للقانون الدولي، باعتباره جهازا نظاميا وتنظيما، هو تميع معنى مصادره إلى حد التلاشي تقريبا")؛ جورج أي صعب لدى مناقشته "العرف والمعاهدات"، A. Cassese A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 10 ("إننا نسمي أشياء مختلفة عرفا، ونحافظ على الاسم نفسه لكننا نوسع نطاق الظاهرة... والواقع أن لدينا مفهوما جديدا لكننا نحاول إخضاعه لقالب قديم للعرف. وسيتعين في مرحلة ما إيلاء الاعتبار لهذا التغيير النوعي، وسيكون علينا أن نسلّم بأننا لم نعد نتكلم عن المصدر نفسه، ولكننا أمام نوع جديد تماما لعملية سن القوانين")؛ J.P. Kelly، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الفقرة ٤٩٢ ("لدى إعادة تعريف ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام، يحاول منظرو القانون الدولي العرفي الجديد استحداث عملية جديدة لسن القوانين بدلا من اتباع منهجية القانون العرفي")؛ R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الفقرة ١٢٣ ("لعل مفهوم 'العرف' قد أصبح ضيقا للغاية ومضللا للغاية بالصورة التي طُبّق بها على سلسلة من ظواهر سن القوانين العصرية في المجتمع الدولي، التي لم تحشر في إطار هذا المفهوم إلا لعدم وجود أساس آخر - جديد - مقبول لسن القوانين خارج نطاق قانون المعاهدات")؛ J. Kammerhofer، الحاشية ٢٤٥ أعلاه، الفقرتان ١٥٢ و ١٥٧ ("يعد الفقهاء ذوو النزعة النضالية إلى تليق القانون لتعزيز أهداف لا يُعبّر عنها بصفتها قانونا دوليا وضعيا... وتنحو الدراسات القانونية الدولية الأكاديمية على نحو

على أن ترويج "أنواع جديدة" من القانون الدولي العرفي يقوّض قوة الحجية وصفة الإقناع اللتين يتسم بهما العرف بصفته مصدرا من مصادر القانون الدولي^(٢٥٣)، ويتسم بهما أيضا القانون الدولي برمته^(٢٥٤). وأضاف البعض قائلًا إن النهج "غير التقليدي" هي بحد ذاتها غير مستقرة تحليليا^(٢٥٥)، وإنما تمثل "تطبيقا مرييا"^(٢٥٦)، يمكن القول إنه يعاني كذلك من قصور كبير في الديمقراطية^(٢٥٧).

ما تُمارس في ظل المناخ الراهن منحي 'الإذعان' للضغوط الخارجية بطريقة تزييف رأينا عن القانون الدولي الوضعي باستيراد عناصر خارجية"^(٢٥٨)؛ N. Petersen، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحتان ٢٨٢ و ٢٨٤ ("يقتضي العرف، بحكم طبيعة مفهومه، عادة، ووجود ممارسة للدول... فالقانون العرفي بدون عرف من الصعب تصوره)؛ انظر: M. Koskenniemi، "Introduction"، in M. Koskenniemi (ed.), Sources of International Law (Ashgate Dartmouth, 2000)، xxi ("في الممارسة، أصبح 'العرف' عمليا فئة عامة تضم جميع المعايير الملزمة غير التعاقدية... و'العرف' يبدو أكثر اتساما بالمشروعية في منشأه وملموسا بقدر أكبر في التطبيق - حتى ولو لم يكن من السهل وضع مختلف المعايير المصنفة على أنها 'عرف'، في موقعها الملائم ضمن النظرية المعيارية المتعلقة بنشأة القانون العرفي وإثباته")؛ A.M. Weisburd، الحاشية ٢٢٩ أعلاه، الصفحة ٤٦ ("الطروحات القائلة بأن ممارسة الدول غير ذات صلة بالموضوع من الناحية القانونية هي، في الواقع، طروحات تقول بوجود طريقة لإنشاء القانون الدولي أيسر من الطريقة المتبعة لبلوغ توافق حقيقي بين الدول. فلا توجد طريقة أيسر بل إن احترام الحقيقة يقتضي منا الإقرار بالوقائع")؛ J.I. Charney، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الفقرتان ٥٤٣ و ٥٤٦ (في معرض الإشارة إلى "الطريقة المهيكلية بقدر أكبر" والتي برزت مؤخرا في إنشاء القانون العرفي عند القول بأن هذه العملية "تختلف اختلافا كبيرا عن الفهم التقليدي لعملية سن القانون العرفي من حيث إنها عملية تتطلب ممارسة عامة على مر الزمن. ولعل الأدق أن تسمى قواعد عامة للقانون الدولي"، B. Cheng، "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World"، in R.S.J. Macdonald and D.M. Johnson (eds.), The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory (1983)، 513، 548.

(٢٥٣) انظر، على سبيل المثال، S. Estreicher، الحاشية ٢٣٤ أعلاه، الصفحة ١٥ ("مع مُضينا صوب عهد القانون الدولي العرفي المطلق من القمة إلى القاعدة، المستوحى من جهود أخصائيي القانون العام، والمشحون بالسياسات، والمتسم بطابع شبه فوري، تصبح مشروعية هذا الاستيعاب الآلي [في القانون الوطني] منار إشكال بصفة خاصة")؛ A. D'Amato، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحات من ١٠١ إلى ١٠٥؛ R.Y. Jennings، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٦.

(٢٥٤) انظر، على سبيل المثال، H.E. Chodosh، الحاشية ٢٣٨ أعلاه، الصفحة ٩٩؛ G.J.H. van Hoof، الحاشية ٤٩ أعلاه، الصفحة ١٠٧؛ J.P. Kelly، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ٥٤٠؛ P. Weil، الحاشية ٢٥٢ أعلاه، الصفحة ٤٤١ ("إن إضفاء الطابع النسبي هذا على صفة المعيارية... قد يحول في نهاية المطاف دون تحقيق القانون الدولي لما هو من صميم الوظائف المتوقعة به على الدوام").

(٢٥٥) انظر، على سبيل المثال، G.J. Postema، "Custom in International Law: A Normative Practice Account"، in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives (Cambridge University Press, 2007)، 279، 281-282.

(٢٥٦) انظر: B. Simma and P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ١٠٧؛ I.D. de Lupis، "The Concept of International Law (Norstedts, 1987)، 13، 116 ("في هذا العمل... تُرفض فكرة 'القانون العرفي' باعتبارها

١٠٠ - وقد صور بعض المؤلفين النهجَين "التقليدي" و "غير التقليدي" إزاء القانون الدولي العرفي في شكل "مجموعة من المتضادات المتزاوجة" (٢٥٨)، بينما سعى آخرون إلى تلخيصها والتوفيق بينها في محاولة لوضع تصور مشترك أو نظرية إجمالية للعرف (٢٥٩).

اختلاقاً مبهماً... ومما يثير الاستغراب أن عدداً كبيراً للغاية من الكتاب لا يزال يقبل بالجوانب المبهمة والمضامين العائمة لفكرة القانون 'العرفي'. وأما فيما يتعلق بما يقع خارج عالم المطالب الإقليمية بالتقدم، فليس له أي أساس أو تبرير في القانون الدولي العام الحديث. وقد أصبح ذلك بمثابة الغطاء الذي يُدحرج تحته كل سلوك أو قاعدة غير محددٍ ماهية، مع ما ينشأ عن ذلك، في كثير من الأحيان، من قناعة بأن ذلك لا بد وأن يكون قانوناً 'صحيحاً'، لأنه أصبح الآن مشمولاً بذلك الغطاء".

(٢٥٧) انظر، على سبيل المثال، D.J. Bederman، الحاشية ٢٣٠ أعلاه، الصفحة ١٤٥ ("العيب الرئيسي في العرف الحديث هو أنه أصبح، عند الإشادة بالمعايير المتلى لسلوك الدولة، منفصلاً عن الممارسة الفعلية للدول. وإذا كان للمشروعية والشفافية شأنٌ بصفتها من مقاييس القانون الدولي العرفي... فإنه ينبغي أن يستمر تأكيد الرأي التقليدي للقانون العرفي الدولي - حتى بالصيغة المعيبة المنصوص عليها في المادة ٣٨ (١) (ب)؛" و F. Orrego Vicuña، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحة ٣٧ (في معرض القول بأن القانون الدولي العرفي 'الحديث' هو "نزعة تسلطية جديدة مناهضة لسيادة القانون")؛ J.L. Goldsmith and E.A. Posner، "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law"، Virginia Journal of International Law, 40 (2000), 639, 667 (في معرض القول بأن القانون الدولي العرفي الحديث "يفتقر إلى أصل سليم متجذر في رضا الدول. فمضمون القانون الدولي العرفي الجديد مبهم. وعلاوة على ذلك، يُستشهد بالقانون الدولي العرفي ويُستخدم استخداماً انتهازياً"؛ H.E. Chodosh، الحاشية ٢٣٨ أعلاه، الصفحتان ١٠٤ و ١٠٥ (حيث يصور عملية غير ديمقراطية ما دامت القلة تضع القواعد للكثرة)؛ S. Estreicher، الحاشية ٢٣٤ أعلاه، الصفحة ٧ (في معرض وصف القانون الدولي العرفي "الحديث" كمحاولة من "أخصائي القانون العام لمختلف الأمم من ذوي الكفاءات العليا... وغيرهم من ذوي النزعة النضالية في مجال القانون الدولي لغرض توسيع نطاق تأثير القانون العرفي، سعياً إلى مناصرة بأهداف سياسية أو إيديولوجية أو إنسانية خاصة بالكاتب")؛ و J.P. Kelly، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ٥٢٠ (في معرض القول بأن منهجية القانون الدولي العرفي الجديد "لا تحل القصور في الديمقراطية". ولئن كانت الدول قد توافق على حلول عامة ومجردة لا تعدو أن تكون مجرد توصيات، فإنها لا توافق على قواعد ملزمة ولا تؤدي دوراً في تحديد أي من القواعد في قرار من القرارات، إن وُجدت، يتعين تحويلها إلى التزامات عرفية ملزمة... فالمشروعية الديمقراطية تقتضي إما المشاركة الكاملة وإما الموافقة الفعلية [ولا ينطبق هذا على أي من الحالتين]).

(٢٥٨) انظر: T. Stein، الحاشية ٢٢٧ أعلاه؛ وانظر أيضاً، على سبيل المثال، M. Koskeniemi، الحاشية ٢٣٦ أعلاه، الصفحة ٣٨٨؛ J.A. Beckett، The End of Customary International Law?: A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy (PhD thesis, University of Glasgow, 2008), 238-258; and R.B. Baker، الحاشية ٢٢٩ أعلاه، الصفحة ١٠.

(٢٥٩) انظر، على سبيل المثال، A.E. Roberts، الحاشية ٢٢٥ أعلاه، الصفحة ٧٦٧؛ و I.I. Lukashuk، الحاشية ٢٤٣ أعلاه؛ A. Orakhelashvili، The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law (Oxford University Press, 2008) 100؛ A. Seibert-Fohr، الحاشية ٢٤٧ أعلاه، الصفحات من ٢٧٢ إلى ٢٧٧؛ و L. Condorelli، الحاشية ٢٢٨ أعلاه، الصفحة ١٤٨؛ و J. Tasioulas، "Customary International Law and the Quest for Global Justice"، in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives (Cambridge University Press, 2007), 307, 320; J.L.

وأيا كانت قدرة الإقناع في هذه المحاولات، فإن الخلافات الفقهية الجارية والصعوبات الملازمة للقانون الدولي العرفي، قد حملت عدة أخصائيين في القانون الدولي إلى وصفه بأنه "مفهوم مضطرب" (٢٦٠)، ومفهوم "متنازع عليه أساسا" ويعاني في الوقت الراهن من "أزمة هوية" (٢٦١). وقد أسهم كذلك عدم وجود فكرة مشتركة عن القانون الدولي العرفي في انتقاد القانون الدولي العرفي باعتباره قانونا غير مؤكد (٢٦٢). بل إن بعض المؤلفين يذهبون إلى القول بأن القانون الدولي العرفي "التقليدي" أو "الحديث" لا يزال مصدرا من مصادر القانون الدولي، يثير الكثير من الإشكالات، إن لم يكن مصدرا غير مشروع، ربما ينبغي الاستغناء عنه كليا (٢٦٣).

Goldsmith and E.A. Posner، الحاشية ٢٥٧ أعلاه، الصفحة ٦٧٢؛ و E. Voyiakis، الحاشية ٢٣٩ أعلاه، الصفحتان ١٥ و ١٦؛ و J. D'Aspremont، الحاشية ٢٢٧ أعلاه، الصفحة ١٤٥؛ و R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحة ١٢٢؛ و W.T. Worster، *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches* (6 January 2013)، متاح على الموقع الشبكي لشبكة البحوث في العلوم الاجتماعية: <http://ssrn.com/abstract=2197104>.

(٢٦٠) G.J. Postema، الحاشية ٢٥٥ أعلاه، الصفحة ٢٧٩.

(٢٦١) B. Simma and P. Alston، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٨٨. وانظر أيضا K. Wolfke، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ٢؛ و J. Kammerhofer، الحاشية ٥٨ أعلاه، الصفحة ٥٥١.

(٢٦٢) الحجج المتعلقة بمسألة عدم التأكد تشير عموما إما إلى الصعوبة التي يطرحها تحديد ما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي قد نشأت وإما إلى الصعوبة في وضع تعريف دقيق لماهية مضمونه بالتحديد (أو هما معا). انظر على سبيل المثال J. Kammerhofer، الحاشية ٨٥ أعلاه، الصفحة ٥٣٦ ("لا نستطيع أن نعرف معرفة كافية قواعد صياغة العرف ولا كيفية نشوء هذه القواعد")؛ و L.-C. Chen، الحاشية ٢٥٠ أعلاه، الصفحة ٣٥١؛ و A.T. Guzman، الحاشية ٢٤١ أعلاه، الصفحة ١٢٨؛ و J.L. Goldsmith and E.A. Posner، الحاشية ٢٣٢ أعلاه؛ و K. Wolfke، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحة ١٣؛ و C.L. Rozakis، *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North-Holland Publishing Company, 1976), 63; and G. Mettraux، الحاشية ١٣٤ أعلاه، الصفحة ١٤.

(٢٦٣) انظر، على سبيل المثال، J.L. Goldsmith and E.A. Posner، الحاشية ٢٥٧ أعلاه، الصفحات ٦٤٠ و ٦٤١ و ٦٧٢ ("الوعد المعيب هو أن القانون الدولي العرفي - سواء التقليدي أو الجديد- يؤثر في السلوك الوطني. ونرى أن القانون الدولي العرفي الجديد ليس أقل اتساقا أو اتصافا بالمشروعية من القديم... وننفي أن يكون القانون الدولي العرفي الحديث مختلفا عن نظيره القديم اختلافا كبيرا. فالاختلاف الأساسي يكمن في المضمون أي: أن القانون الدولي العرفي القديم يركز على العلاقات التجارية والعسكرية بين الدول؛ بينما يركز القانون العرفي الحديث على حقوق الإنسان... والقانون الدولي العرفي الحديث هو في معظمه قانون تطوعي على غرار ما كان عليه القانون الدولي العرفي القديم")؛ و A. Boyle and C. Chinkin، الحاشية ٢٢٣ أعلاه، الصفحة ٢١ ("رغم الظروف القائلة بالطابع 'الفوري' للقانون العرفي، فإن هذا الطريقة غير الرسمية وغير المكتوبة لعملية سن القوانين هي بطبيعتها محافظة ورجعية المنحى لأنها تعتمد على الممارسات القائمة للدول. وتفسح حالات عدم التأكد من وجود قواعد القانون العرفي ومضمونها المجال أمام مطالب انتهازية تفتقر إلى أي مضمون سواء في ممارسات الدول أو الاعتقاد بالإلزام. ويتيح القانون الدولي العرفي للدول أن ترفض نظاما من الأنظمة

١٠١ - ومع ذلك ما فتى القانون الدولي العرفي يحظى باعتراف واسع النطاق في الأدبيات باعتباره "مادة البناء الأساسية للقواعد العامة للقانون الدولي" (٢٦٤)، ويدافع عنه باستمرار اعتباراً لما له من دور بارز ولا يمكن إنكاره في التنظيم الدولي (٢٦٥). ويؤكد عدة مؤلفين أن مرونته هي بالتحديد ما يجعله مصدراً قيماً من مصادر القانون الدولي (٢٦٦)، ويرون أن

التعاهدية بينما تطالب بفوائد أجزاء من معاهدة غير مصدق عليها تتصور أنهما مرغوب فيها"؛ J.O. McGinnis, "The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO", *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), 229-284 (في معرض الإشارة إلى أن القانون الدولي العرفي إنما هو مجموعة من القوانين التي تنطوي على احتمال تقويض التراضيات التي تم التوصل إليها بعناية في معاهدات متعددة الأطراف)؛ و J.P. Kelly، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحتان ٤٥٦ و ٥٠٠ ("القواعد الجوهرية للقانون الدولي العرفي التقليدي و"القانون العرفي الدولي الجديد" هي أشكال غير تجريبية للقانون الدولي العرفي مستمدة من مبادئ ذاتية" وهي بهذه الصفة "تفتقر [] إلى حجج المجتمع الدولي... فلا مفر من الجدل لأن عناصر النظرية القانونية للقانون الدولي العرفي هي بمثابة قوالب جوفاء يصب فيها المرء نظريته المعيارية عن القانون الدولي").

(٢٦٤) انظر: V. I. Kuznetsov and B. R. Tuzmukhamedov، الحاشية ٢٢٢ أعلاه، الصفحة ٧٧.

(٢٦٥) انظر: D.F. Vagts، "International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence"، *European Journal of International Law*, 15 (2004), 1031-1040 (في معرض الإشارة إلى أن القانون الدولي العرفي إنما هو مجموعة من القوانين التي تنطوي على احتمال تقويض التراضيات التي تم التوصل إليها بعناية في معاهدات متعددة الأطراف)؛ و G. Norman and J.P. Trachtman، "The Customary International Law Game"، *American Journal of International Law*, 99 (2005), 541؛ و H. Bokor-Szegö، الحاشية ١٥١ أعلاه، الصفحة ٥٦٢؛ و E.T. Swaine remarks on the "Contemporary Role of Customary International Law"، in *Proceedings of the ASIL/NVIR Third Joint Conference (1995)*, 18؛ و J. Dugard SC، *International Law: A South African Perspective*, 4th edition (Juta & Co., 2011), 26؛ و B. Chiagara، *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique* (Ashgate Dartmouth, 2001) 48؛ و W.W. Bishop، "Sources of international law"، in *General course of public international law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 1965)* 115, 220, 230؛ و J.L. Kunz، الحاشية ٦٥ أعلاه، الصفحة ٦٦٥؛ و T. Treves، الحاشية ٧٣ أعلاه، الصفحة ٩١؛ و A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy، "The Character of Customary Law: An Introduction"، in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 8؛ و A.T. Guzman and T.L. Meyer، الحاشية ٢٣٢ أعلاه، الصفحة ١٩٧؛ و A.T. Guzman، الحاشية ٢٤١ أعلاه، الصفحات ١١٦، ومن ١١٩ إلى ١٢١، و R. Bernhardt، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحة ٢٦٥؛ و A. Seibert-Fohr، الحاشية ٢٤٧ أعلاه، الصفحة ٢٧١؛ و M.H. Mendelson، الحاشية ٤١ أعلاه، الصفحة ١٦٩؛ و G. Schwarzenberger، "International Jus Cogens؟"، *Texas Law Review*, 43 (1965), 455, 476؛ و F. Orrego Vicuña، الحاشية ٤٨ أعلاه، الصفحة ٣٨.

(٢٦٦) انظر على سبيل المثال، J. Pearce، Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth"، 2003، *Australian International Law Journal* (2003), 125؛ و D. Bederman، الحاشية ٢٢٣ أعلاه، الصفحات ٤١، ومن ٤٢ إلى ٤٣. وأعرب أيضاً عن هذا الموقف السيد موراس أثناء الدورة الرابعة والستين للجنة، حيث قال إن "الغموض هو جوهر بل يُحتمل أن يكون علة وجود القانون الدولي العرفي، الذي يعزى سبب فائدته إلى غموضه" (A/CN.4/SR.3148، الصفحة ٧).

الصعوبات التي يطرحها استنتاج وجود القوانين لا ينفرد بها القانون الدولي العرفي^(٢٦٧). ولا تزال مناقشة الفقهاء للقانون الدولي العرفي متواصلة. وما من شك في أن هذه المناقشة ستستمر^(٢٦٨).

الجزء الخامس: الأعمال المقبلة

ثاني عشر – برنامج العمل المقبل

١٠٢ - يقترح المقرر الخاص، في تقريره الثاني، في عام ٢٠١٤، الشروع في مناقشة ركبي القانون الدولي العرفي، المتمثلين في ممارسة الدول، والاعتقاد بالإلزام، والعلاقة بينهما. ومن المسائل التي يتعين النظر فيها، آثار المعاهدات على القانون الدولي العرفي ودور المنظمات الدولية. أما التقرير الثالث، في عام ٢٠١٥، فسيواصل هذه المناقشة في ضوء التقدم المحرز بشأن الموضوع، كما سيتناول جوانب معينة بمزيد من التفصيل، مثل قاعدة "المعترض الملح" والقانون الدولي العرفي "الخاص" أو "الإقليمي". وسيقترح المقرر الخاص في تقريره الثاني والثالث، كل على حدة، سلسلة من مشاريع الاستنتاجات لكي تنظر فيها اللجنة. ويهدف المقرر الخاص إلى إعداد تقرير نهائي في عام ٢٠١٦، يتضمن مشاريع استنتاجات وشروحا منقحة مع مراعاة المناقشات التي تدور في اللجنة، و مناقشات اللجنة السادسة وردودا أخرى على الأعمال أثناء تقدمها.

(٢٦٧) انظر على سبيل المثال، I. Brownlie، في A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 68 ("أعتقد أن المشكل الرئيسي في هذه اللحظة إنما هو المشكل القديم المتمثل في أن استنتاج وجود القوانين يظل دوماً عملية صعبة. وحتى عندما تكون لدينا معاهدة، فإن من الضروري التحقق من معنى نص معين؛ فقد تكون لدينا معاهدة قائمة منذ ٢٠ عاماً، لكن إذا لم تفسرها المحاكم كثيراً يظل استنتاج وجود القوانين من الأعمال التي يتعين إنجازها. ومما يثير الاهتمام أن الناس يتزعون إلى الاعتقاد أننا إذا استطعنا فقط إيجاد الشكل الصحيح، والقاعدة الصحيحة، فإن العمل المتعلق باستنتاج مدى وجود القانون سيصبح فجأة أيسر علينا حينئذ. وأعتقد أن هذا الموقف يتسم بعدم الواقعية").

(٢٦٨) انظر على سبيل المثال، J. Klabbbers، الحاشية ٢٣٦ أعلاه، الصفحة ٣٧؛ D.P. Fidler، "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law"، German Yearbook of International Law, 39 (1996), 198, 199؛ R. Kolb، الحاشية ٢٢٤ أعلاه، الصفحة ١١٩.