الفصل الثاني: مصادر القانون الدولي العام

"المصادر الأصلية"

العرف الدولي:

المطلب الثاني: العرف الدولي

العرف هو مجموعة القواعد المنبثقة عن العادات المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال(الفرع الأول). ويعد العرف الدولي أغزر قواعد القانون الدولي مادة وأقدمها تكوينا، إذ تجد الكثير من القواعد الاتفاقية–المعاهدات– أصلها في القواعد العرفية، إلا إن قواعد العرف لا تأخذ مكانها في حكم العلاقات الدولية إلا بعد اكتمال أركان –شروط– تكوينها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العرف الدولي

ينصرف مفهوم العرف الدولي إلى:" مجموعة القواعد المنبثقة عن العادات المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال". يرى فيه بعض الفقه أنه يؤدي إلى تكوين القاعدة القانونية الدولية العرفية أي من المصادر المادية، في حين يرى البعض الآخر أنه يكشف عن هذه القاعدة القانونية الدولية العرفية أي من المصادر الشكلية. على أن هناك اتفاق بين الآراء على أن تكوين القاعدة القانونية عن طريق العرف يتم بصورة تلقائية غير مفروضة، أي بدون تدخل سلطة منظمة تفرض ما تضعه من قواعد على المخاطبين.

والواقع أن هذا الأسلوب التلقائي يناسب إرساء جانب كبير من القواعد القانونية الدولية في مرحلة تاريخية معينة من مراحل تطور المجتمع الدولي عندما كان محدود العدد والمشكلات، حيث كان يغلب عليه الطابع الأوربي من ناحية، والأفكار والأخلاقيات المسيحية من ناحية أخرى. فكان إرساء القواعد العرفية يتم من جانب دول متقاربة من حيث المستوى السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وكانت الع لاقات التي تنسج بين هذه الدول من طبيعة واحدة لأنها كانت تتم بين أعضاء مجتمع متجانس. وهكذا فإن القواعد العرفية التي اتسمت بصفة العالمية لم تكن في حقيقة أمرها سوى استجابة لسلوك عدد من الدول الأوربية الأكثر تأثيرا في مسار العلاقات الدولية، ولم يكن الفضل في انتشارها لما وراء الحدود الأوربية راجعا لاعتناق الدول الأخرى لها واقتناعها بها بقدر ما كان مفروضا نتيجة لانتشار الظاهرة الاستعمارية على يد الدول الأوربية، التي حملت معها إلى دول العالم غير الأوربي نظمها القانونية الوطنية وبصماتها على القواعد الدولية. فانتشرت القواعد القانونية الدولية وعلى رأسها القواعد العرفية بطريقة سلبية عن طريق اتساع المستعمرات الأوربية في قارات أفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية وليس عن طريق اعتناق واقتناع حقيقيين من جانب دول هذه القارات.

على أن التغييرات التي لحقت المجتمع الدولي غداة الحرب العالمية الثانية جعلت القانون الذي يحكمه يفقد الطابع الأوربي، حيث برزت مشكلات جديدة تستلزم حلولا لم يكن القانون الدولي الكلاسيكي قادرا على توفيرها. وكان العرف أكثر المصادر التي تأثرت بهذا التطور ، ذلك أن التطورات الهائلة التي لحقت بالمجتمع الدولي وخصوصا ظهور المنظمات الدولية، كان لها تأثير حاسم في عملية تكوين القاعدة العرفية، حيث تقلصت الفترة الزمنية التي كان يلزم مرورها للقول بتواتر السلوك المكون لمادة القاعدة العرفية، وبالتالي إلى استقرار الاعتقاد بإلزامها.

الفرع الثاني: أركان العرف الدولي

وفق السائد من رأي الفقه يقتضي قيام العرف الدولي توافر ركنان، احدهما "مادي" يتعلق بذات التصرف المكون للعادة الدولية التي يتواتر استعمالها باتجاه تشكيل العرف الدولي، والآخر"معنوي" يرتبط بنية القائم بالتصرف المذكور واعتقاده بالصفة الإلزامية للقاعدة التي يتصرف بموجبها.

أولا: الركن المادي

الركن المادي في القاعدة العرفية يتمثل في تكرار سلوك أشخاص القانون الدولي على نحو معين، ويعني هذا أنه يلزم تواتر مجموعة من السوابق المتماثلة حتى ينشأ سلوك موحد. ويثير اصطلاح السابقة "Le précédent" العديد من التساؤلات التي تمثل الإجابة عنها تحديدا لمفهوم هذا الاصطلاح، فالسلوك الذي يصلح لأن يكون سابقة هو الذي يمكن نسبته إلى شخص القانون الدولي المعني. على أنه ليس كل سلوك يصدر عن هذا الأخير يصلح لأن يكون سابقة.

فالسوابق لا تؤدي إلى تكوين الركن المادي للعرف إلا إذا كانت متواترة من حيث الزمان وعامة من حيث الأشخاص. ويذهب العديد من الفقهاء إلى القول بأن تكرار السلوك في ظل الظروف المماثلة يعد من الأمور الجوهرية اللازم توافرها لتكوين الركن المادي في القاعدة العرفية، وهذا يعني من ناحية أنه لا يمكن لسابقة واحدة أن تكون الركن المادي للعرف الدولي، كما يعني من ناحية أخرى أنه ينبغي أن يتحقق حد أدنى من تكرار السوابق ليخلق تواترا في سلوك أشخاص القانون الدولي المعنية.

ويلزم أخيرا أن يتحقق تبادل في السلوك على مقتضى السابقة بين الدول المختلفة، فإتباع دولة واحدة لسلوك معين لا يؤدي إلى تكوين قاعدة عرفية مهما طال أمد هذا السلوك، ذلك أن تداول السلوك بين العديد من الدول هو الذي يحقق للقاعدة العرفية قدرا من العمومية، وهذا ما يعرف بشرط التبادل. وهو رأي أيدته محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 حيث أقرت ضرورة إتباع السوابق من جانب عدد كبير جدا من الدول يمثلون الاتجاهات المختلفة وممن يكون لإسهامهم دلالة خاصة، وأن يتم إتيان السلوك من جانب الدول التي تتأثر مصالحها

بصورة خاصة ومباشرة بالقاعدة المراد إرساؤها.

ثانيا: الركن المعنوي

أكدت محكمة العدل الدولية وأغلب الفقه الدولي على ضرورة توافر العنصر المعنوي حتى تستكمل القاعدة العرفية عناصر وجودها. فالقاعدة العرفية لا تتكون فقط من سلوك متواتر وإنما ينبغي أيضا أن يقترن هذا التصرف المادي باعتقاد الزاميته، أي الشعور بان انتهاج هذا السلوك أضحى واجبا قانونيا. وهو ما اصطلح عليه الفقه بتوافر الاعتقاد القانوني.

يقصد بالركن المعنوي للعرف الدولي تكون عقيدة لدى من ينتهج السلوك المكون للركن المادي مؤداها أن السير على مقتضى ذلك السلوك قد أصبح واجبا قانونيا، أي أن الدافع إلى إتيان السلوك هو الاعتقاد بأنه تعبير عن القانون.

وإذا كانت غالبية الفقه تكاد تجمع على ضرورة توافر الركن المادي إما كشرط لوجود القاعدة العرفية وإما كوسيلة لإثباتها، إلا أنهم مختلفون حول ضرورة وجود العنصر المعنوي. فهناك اتجاه يرى أن الركن المعنوي أو النفساني هو العنصر الوحيد الذي يجب توافره لقيام القاعدة العرفية، أما الركن المادي فليس عنصرا من عناصر تكوين القاعدة العرفية، ولكنه قد يتخذ كوسيلة إثبات ليس إلا. ومن بين الحجج التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه القول بأنه إذا كان العرف دليلا من أدلة القانون وإذا كان القانون من خلق الإرادة الشارعة فـلا جدال أن هذه الإرادة تملك خلق القانون بتصرف واحد، وتبعا لذلك يكون من التناقض القول أن التكرار ركن من أركان العرف، والصحيح أن نقول أن التكرار يجوز أن يكون وسيلة من وسائل إثبات العرف.

الاتجاه الثاني ينكر تماما اعتبار العنصر المعنوي من قبيل العناصر المنشئة للقاعدة القانونية ويقنع بالعنصر المادي، أي السلوك الذي يؤتى على سبيل التكرار كعنصر منشئ للقاعدة العرفية. ومن بين الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه أنه من الصعب إثبات العنصر النفساني، فالقائلون بضرورة توافر العنصر المعنوي لم ينجحوا في إثبات الحدود بين إتباع سلوك معين على اعتبار أنه يتفق مع قاعدة عرفية وبين إتباع سلوك آخر لمجرد السير على نهج عادة غير ملزمة. وأن اشتراط الركن المعنوي لتكوين القاعدة العرفية يعني أن كافة القواعد العرفية قد تكونت عن طريق الغلط، فمن يأت السلوك المكون لركن العادة إنما يأتيه وهو واقع في وهم أن انتهاجه تفرضه قاعدة قانونية ليس لها في الواقع وجود، أو أن وجودها لم يكتمل بعد. أما إذا قيل بأن السلوك المعني إنما تفرضه قاعدة سبق لها وجود فمعنى ذلك أن القاعدة العرفية تصبح غير ذات قيمة إذ أنها ليست سوى استجابة لقاعدة موجودة فعلا.