

Distr.: General
22 May 2014
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي
الدورة السادسة والستون
جنيف، ٥ أيار/مايو - ٦ حزيران/يونيه
و ٧ تموز/يوليه - ٨ آب/أغسطس ٢٠١٤

التقرير الثاني عن تحديد القانون الدولي العرفي

مقدم من مايكل وود، المقرر الخاص***

المحتويات

الصفحة

٢	أولاً - مقدمة
٥	ثانياً - نطاق الموضوع ونتائجه
٧	ثالثاً - المصطلحات المستخدمة
٩	رابعاً - النهج الأساسي: الركبان
٢٠	خامساً - الممارسة العامة
٥٩	سادساً - القبول بمثابة قانون
٩٠	سابعاً - برنامج العمل المقبل
٩٢	مشاريع الاستنتاجات المقترحة بشأن تحديد القانون الدولي العرفي

مرفق

** أعيد إصدارها مرة أخرى لأسباب فنية في (٢٧ نيسان/أبريل ٢٠١٥).

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



الرجاء إعادة استعمال الورق

280415 270415 14-53812 (A)



أولا - مقدمة

١ - في عام ٢٠١٢، أدرجت لجنة القانون الدولي موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها الحالي وعقدت مناقشة أولية بالاستناد إلى مذكرة من المقرر الخاص^(١). وفي عام ٢٠١٢ أيضا، أحاطت الجمعية العامة علما مع التقدير، إثر مناقشة في اللجنة السادسة، بقرار اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها^(٢).

٢ - وعقدت اللجنة، في دورتها الخامسة والستين، في عام ٢٠١٣، مناقشة عامة^(٣) على أساس التقرير الأول للمقرر الخاص^(٤)، كان لها طابع استهلاكي، ومذكرة من الأمانة العامة بشأن العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع^(٥). وفي ضوء المناقشة، وفي أعقاب مشاورات غير رسمية، قررت اللجنة أن تغير عنوان الموضوع ليصبح "تحديد القانون الدولي العرفي". وقد تم ذلك في جزء منه لتجنب الصعوبات في ترجمة كلمة "evidence" إلى اللغات الرسمية الأخرى للأمم المتحدة، وللتأكيد على أن الهدف الرئيسي للموضوع هو تقديم التوجيه إلى الأشخاص المنوط بهم إثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وقد تم التغيير في العنوان على أساس أن المسائل المتعلقة بما أشار إليه أحد أعضاء اللجنة بعبارة "الأركان" وإثبات القانون الدولي العرفي أو إقامة الدليل على وجوده، لا تزال ضمن نطاق هذا الموضوع^(٦).

(١) انظر A/CN.4/653، مذكرة عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، الفقرة ١.

(٢) قرار الجمعية العامة ٩٢/٦٧ المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢، الفقرة ٤.

(٣) انظر المحاضر الموجزة A/CN.4/SR.3181 و ٣١٨٢ و ٣١٨٣ و ٣١٨٤ و ٣١٨٥ و ٣١٨٦ (١٧) و ١٨ و ١٩ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٣؛ و A/68/10: تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخامسة والخمسين (٦ أيار/مايو - ٧ حزيران/يونيه و ٨ تموز/يوليه - ٩ آب/أغسطس ٢٠١٣)، الفقرات ٦٦-١٠٧.

(٤) A/CN.4/663.

(٥) A/CN.4/659 (يشار إليها فيما يلي بـ 'مذكرة الأمانة العامة').

(٦) A/CN.4/SR.3186 (٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٣)، الصفحة ٥ (من النص الإنكليزي). ومن الجدير بالذكر في هذا السياق بملاحظة جننغز بأن "مسألة وجود قاعدة من قواعد القانون العرفي ومسألة نشأة القانون العرفي تميلا عمليا للاندماج في القانون الدولي": R. Jennings, 'What is International Law and How Do We Tell It When We See It?', *Annuaire Suisse de Droit International*, 37 (1981), 59, 60 K. Wolfke, انظر أيضا: Custom in Present International Law, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 116 ("إن إثبات القانون الدولي العرفي ونشأته مترابطان بالضرورة ترابطا وثيقا بما أن عملية النشأة تضبط، من جهة، وسائل تحديد قواعد العرف ومن جهة أخرى تؤثر عملية إثبات العرف أو عناصره في تطوره لاحقا. وهذا الترابط واضح بالفعل من مضمون الفقرة (ب) من المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي للمحكمة [الدولية]").

٣ - وبالإضافة إلى ذلك، استخلص المقرر الخاص الاستنتاجات^(٧) التالية من المناقشة والمشاورات غير الرسمية:

(أ) أبدى أعضاء اللجنة تأييدا عاما لنهج ”الركنين“، أي أن تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي يتطلب تقييما لكل من الممارسة العامة وقبول الممارسة بمثابة قانون. وقد أيد تقريبا كل المتدخلين تأييدا صريحا هذا النهج الذي دعمته أيضا مجموعة واسعة من المواد المشمولة في التقرير الأول، وما من أحد شكك فيه. وفي الوقت نفسه، تم الإقرار بأن هذين الركنين قد يكونان في بعض الأحيان ”متشابكين بشكل وثيق“، وأن الوزن النسبي الذي سيعطى لكل منهما قد يتغير تبعا للظروف؛

(ب) ثمة اتفاق واسع النطاق على أن المواد الأساسية لالتماس التوجيه بشأن هذا الموضوع من المرجح أن تكون النهج الذي تتوخاه الدول، وكذلك نهج المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وعلى رأسها محكمة العدل الدولية؛

(ج) ساد اتفاق عام بشأن الرأي القائل بأن نتائج الأعمال المتعلقة بالموضوع ينبغي أن تكون ذات طابع عملي، وينبغي أن تكون في شكل مجموعة من ”الاستنتاجات“ المشفوعة بشروح. وعلاوة على ذلك، كان هناك اتفاق عام على ألا تكون اللجنة تقريرية بشكل مفرط عند صياغة الاستنتاجات؛

(د) اتفقت الآراء عموما على أن اللجنة ستحتاج إلى أن تعالج، إلى حد ما، العلاقة بين القانون الدولي العرفي وغيره من مصادر القانون الدولي، ولا سيما المعاهدات والمبادئ العامة للقانون. وبالإضافة إلى ذلك، يجدر النظر في القانون الدولي العرفي ”الخاص“ أو ”الإقليمي“؛

(هـ) من رأي معظم أعضاء اللجنة ألا تعالج القواعد الآمرة في إطار هذا الموضوع.

٤ - وخلال المناقشة التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٣، رحبت الوفود بنهج ”الركنين“، على الرغم من أنها شددت على ضرورة تناول مسألة الوزن النسبي الذي ينبغي إعطاؤه لممارسات الدول وللاعتقاد بالإلزام. وهناك وجهات نظر مختلفة بشأن ما إذا كان يتعين القيام بدراسة مفصلة للقواعد الآمرة في إطار هذا الموضوع. وتم الترحيب عموما بخطة اللجنة الرامية إلى النظر في العلاقة بين القانون الدولي العرفي وغيره من مصادر القانون الدولي، وإن لوحظ أن مسألة تراتبية المصادر ينبغي أن تدرس بشكل مستقل. وتم التشديد

(٧) A/CN.4/SR.3186، المرجع نفسه، الصفحات ٣-٦ (من النص الإنكليزي).

على أهمية النظر في القانون الدولي العربي "الخاص" أو "الإقليمي"، بما في ذلك "العرف الثنائي"^(٨).

٥ - وأكدت الوفود من جديد الأهمية التي تكتسبها دراسة ممارسات الدول، قدر الإمكان، عند تحديد قواعد القانون الدولي العربي من جميع مناطق العالم، بيد أنها لاحظت، في الوقت نفسه، أن دولا قليلة نسبيا تجمع وتنشر على نحو منهجي ممارساتها. وحثت الوفود اللجنة على توخي الحذر في تحليلها لممارسات الدول، وبخاصة فيما يتعلق بقرارات المحاكم المحلية والإقليمية. واقترح كذلك النظر في دور ممارسات المنظمات الدولية^(٩).

٦ - واقترح وفد أو وفدان أن يتم النظر في الحصلة النهائية لعمل اللجنة بشأن هذا الموضوع في مرحلة أكثر تقدما؛ في حين لقي اقتراح وضع مجموعة من "الاستنتاجات" المشفوعة بشروح تأييدا واسعا. وتم التشديد على أهمية ألا تكون اللجنة تقريرية بشكل مفرط في عملها، وعلى الفكرة القائلة بأن من الضروري الحفاظ على مرونة القانون الدولي العربي^(١٠).

٧ - وطلبت اللجنة، في دورتها لعام ٢٠١٣، إلى الدول: "أن تقدم إليها، خلال فترة أقصاها ٣١ كانون الثاني/يناير ٢٠١٤، معلومات عن ممارساتها فيما يتعلق بنشأة القانون الدولي العربي وأنواع الأدلة الملائمة لإثبات هذا القانون في حالة بعينها، على النحو المعلن في (أ) البيانات الرسمية أمام الهيئات التشريعية، والمحاكم، والمنظمات الدولية؛ و (ب) قرارات المحاكم الوطنية والإقليمية ودون الإقليمية"^(١١). وحتى تاريخ كتابة هذا التقرير، وردت مساهمات خطية من تسع دول^(١٢) يعبر لها المقرر الخاص عن خالص امتنانه. وستكون أي مساهمات أخرى دائما موضع ترحيب.

٨ - ويرحب المقرر الخاص أيضا بالإسهام الذي يمكن أن تقدمه الهيئات الأكاديمية في دراسة هذا الموضوع. وخلال العام أو العامين الماضيين، نظمت مؤسسات مختلفة اجتماعات بشأن جوانب من هذا الموضوع كانت ذات طابع تشجيعي وتحفيزي على السواء. ومنذ

(٨) A/CN.4/666: موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة للمناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها الثامنة والستين، الفقرتان ٤٣ و ٤٤.

(٩) المرجع نفسه، الفقرتان ٤٥ و ٤٦.

(١٠) المرجع نفسه، الفقرة ٤٧.

(١١) A/68/10، الحاشية ٣ أعلاه، الفقرة ٢٦.

(١٢) الاتحاد الروسي، وأيرلندا، وجمهورية ألمانيا الاتحادية، وجمهورية بوتسوانا، والجمهورية التشيكية، وجمهورية السلفادور، وكوبا، ومملكة بلجيكا، والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية.

الدورة الخامسة والستين للجنة كانت هناك بعض الكتابات المتصلة بالموضوع، إضافة إلى الأحكام الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وقد أخذت في الاعتبار في هذا التقرير.

٩ - وسعى التقرير الأول إلى وصف المواد الأساسية التي ينبغي الرجوع إليها لأغراض هذا الموضوع، ونظر في مسائل أولية معينة. ويغطي هذا التقرير الثاني المسائل الرئيسية المتعلقة بالنهج المتبع إزاء تحديد قواعد القانون الدولي العرفي "العام"، وبخاصة الركبان المنشئان له، والكيفية التي يمكن بها تحديد ما إذا كانا موجودين. أما الفرع الثاني من التقرير، الذي يغطي نطاق الموضوع ونتائجه، فيشرح أن مشروع الاستنتاجات يتعلق بالطريقة المتبعة في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، ولا يتطرق إلى الجوهر الفعلي لقواعد من هذا القبيل. ويشمل الفرع الثالث المتعلق بالمصطلحات المستخدمة تعريفًا للقانون الدولي العرفي مستوحى من صيغة الفقرة (ب) من المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ولكنه لا يحيل مباشرة إلى تلك المادة. ويصف الفرع الرابع نهج "الركنين" الأساسي بصورة عامة، وهذان الركبان هما "الممارسة العامة" و "القبول بمثابة قانون" (يشار إليهما عادة بعبارتي "ممارسة الدول" و "الاعتقاد بالإلزام"، على التوالي). أما الفرعان الخامس والسادس فيتناولان هذين الركنين بمزيد من التفصيل، وهو ما سيستمر (على النحو المبين في الفرع السابع المتعلق ببرنامج العمل المقبل) في التقرير الثالث.

١٠ - ويبدو من المستصوب أن تتم تغطية مسألتي الممارسة والاعتقاد بالإلزام على حد سواء في التقرير ذاته، بحكم الصلة الوثيقة بين الركنين. وفي الوقت نفسه، فإن ذلك يعني بالضرورة أن يتم تناول قدر كبير من المعلومات الأساسية في هذا التقرير دون الاستفادة من المناقشات المفصلة في إطار لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة. وبالتالي يلزم أن يكون الفرعان الخامس والسادس ذوي طابع تمهيدي؛ وقد يحتاج المقرر الخاص إلى استعراض النص والاستنتاجات المقترحة وزيادة تنقيحهما في التقرير المقبل.

١١ - ويقترح هذا التقرير ١١ مشروع استنتاج مستنسخة جميعها في المرفق. وعلى النحو المبين هناك، من المقترح أن تقسم مشاريع الاستنتاجات إلى أربعة أجزاء (المقدمة؛ والركبان؛ والممارسة العامة؛ والقبول بمثابة قانون). ويشير هذا التقسيم إلى الهيكل العام الذي توخاه المقرر الخاص. وسيقترح المزيد من مشاريع الاستنتاجات في التقرير المقبل، ولكنها - رهنا دائما بوجهات نظر أعضاء اللجنة - من غير المرجح أن تؤثر في الهيكل.

ثانيا - نطاق الموضوع ونتائجه

١٢ - أكدت المناقشات التي دارت في اللجنة وفي اللجنة السادسة في عام ٢٠١٣ حدود هذا الموضوع المتمثلة بصفة خاصة في توفير توجيهات عملية إلى الأطراف التي ستكلف، مهما كانت صفتها، بتحديد قواعد القانون الدولي العرفي، ولا سيما الأطراف التي ليست بالضرورة مختصة في النطاق العام للقانون الدولي العام. ومن المهم أن تكون هناك درجة من الوضوح في التطبيق العملي لهذا الجانب المحوري من القانون الدولي، مع التسليم بطبيعة الحال بأن العملية العرفية مرنة بطبيعتها. وعلى نحو ما هو معترف به على نطاق واسع "فإن مسألة المصادر ذات ... أهمية بالغة؛ وإن للمناقشات المتعلقة بالفقه القانوني والفلسفة التي ما زالت محتملة أهمية تتجاوز بكثير الأهمية الأكاديمية. فمن الصائب والمناسب أن نعتبرها مُستحوذة على الانتباه، وأن نشارك في التبادل الفكري. ولكن ينبغي ألا نتجاهل أن الحاجة إليها هي إقرار مرير بأوجه القصور في نظام قانوني ما"^(١٣).

١٣ - وليس الهدف من هذا الموضوع، بطبيعة الحال، تحديد جوهر قواعد القانون الدولي العرفي، أو تناول المسألة الهامة المتعلقة بمن يُلزم بقواعد خاصة (الدول أم المنظمات الدولية أم غيرها من أشخاص القانون الدولي). فالموضوع يتناول فقط المسألة المنهجية المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي.

١٤ - والقصد من هذا الموضوع واستنتاجاته ألا يخل بالعمل الجاري بشأن المواضيع الأخرى. وسيكون من المهم أيضا، مع تقدم العمل بشأن هذا الموضوع، تجنب الخوض في مسائل متصلة بمصادر القانون الدولي الأخرى، بما في ذلك المبادئ العامة للقانون (الفقرة ج) من المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية). ولن يخل العمل أيضا بالمشاكل المتصلة بالقواعد الآمرة، وهي مسائل يمكن أن تدرس في إطار موضوع مستقل.

١٥ - وفي ضوء ما تقدم، يُقترح مشروع الاستنتاج التالي:

(١٣) R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It (Clarendon Press, 1994), 17

مشروع الاستنتاج ١

النطاق

- ١ - تتعلق مشاريع الاستنتاجات هذه بمنهجية تحديد وجود قواعد القانون الدولي العربي ومضمونها.
- ٢ - لا تخل مشاريع الاستنتاجات هذه بالمنهجية المتعلقة بمصادر القانون الدولي الأخرى والمسائل المتصلة بالقواعد القطعية للقانون الدولي (القواعد الآمرة).

ثالثاً - المصطلحات المستخدمة

١٦ - اقترح المقرر الخاص، في تقريره الأول، تعريفاً لـ "القانون الدولي العربي" يتألف من مجرد إحالة إلى الفقرة (ب) من المادة ٣٨-١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(٤). ورأى عدد من أعضاء اللجنة أن الإحالة ليست مرضية تماماً، لأنها لم تكن قائمة بذاتها ونظراً لأنه قد ينظر إليها على أنها تعتمد اعتماداً مفرطاً على النظام الأساسي الذي لا تسري صيغته إلا على المحكمة الدولية^(٥).

١٧ - لذا يقترح المقرر الخاص أن تعتمد اللجنة تعريفاً للقانون الدولي العربي يستعين بصيغة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية دون الإحالة إليها بشكل مباشر. وتوحي هذا المنهج من شأنه أن تكون له ميزة المحافظة على المفهومين الأساسيين ("الممارسة العامة" و "المقبول بمثابة قانون") اللذين يعتبران ركنين من أركان النهج الذي لا تتبعه المحكمة الدولية فحسب وإنما أيضاً محاكم وهيئات قضائية ودول أخرى^(٦). ولا تزال الصيغة المستخدمة في الفقرة (ب) من المادة ٣٨-١ التي تعود إلى قرابة قرن من الزمن تعتمد بشكل واسع ولم تفقد البتة من أهميتها. وفي الواقع، إذا قورنت المصطلحات بما قد تستخدم له في معناها الشائع

(١٤) A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرة ٤٥.

(١٥) لكن انظر المرجع نفسه، الفقرة ٣٢ ("تواترت الإحالة إلى المادة ٣٨-١ أو أوردت هي نفسها في صكوك لاحقة. ورغم أنها بصيغتها تلك لا تسري إلا على المحكمة الدولية، فإن المصادر المحددة في المادة ٣٨-١ تعتبر عموماً سارية أيضاً بالنسبة للمحاكم وهيئات القضاة الدولية الأخرى، رهناً بأي قواعد تخصيص في النظام الأساسي الخاص بكل منها [الإشارات المرجعية محذوفة]). والجملة الافتتاحية من الفقرة ١ من المادة ٣٨ من النظام الأساسي، بصيغتها المعتمدة في عام ١٩٤٥ ("وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن" (التوكيد مضاف))، تشير بقوة إلى أن هذا الحكم من أحكام النظام الأساسي يرمي إلى ذكر مصادر القانون الدولي.

(١٦) انظر الفقرتين ٢٤ و ٢٥ أدناه.

اليوم (”ممارسة الدول“ و ”الاعتقاد بالإلزام“)، تبدو تعابير النظام الأساسي أقل التباسا وأكثر حداثة. وعلى أية حال، فإن التقسيم الذي قرره صيغة النظام الأساسي إلى ركنين متميزين ”يشكل أداة مفيدة للغاية لـ’لاكتشاف‘ القواعد العرفية“^(١٧).

١٨ - والمصطلح الآخر الذي قد يكون تعريفه مفيدا هو ”المنظمة الدولية“. وسيبدو من المناسب أن يعتمد التعريف المستخدم في اتفاقية فيينا المتعلقة بتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي^(١٨)، وكذلك في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية^(١٩)، أي بأن ”المنظمة الدولية“ تعني ”المنظمة الحكومية الدولية“. وعلى نحو ما يتضح من شرح اللجنة، فإن التعريف الأكثر دقة المستخدم في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية تم وضعه استجابة للظروف الخاصة بهذا الموضوع^(٢٠). وفي السياق الحالي، يبدو التعريف الأعم والأوسع نطاقا أفضل.

١٩ - ومع تقدم العمل بشأن هذا الموضوع، سينظر فيما إذا كانت هناك حاجة إلى تعريف المزيد من المصطلحات. وفي حال إدراج حكم بشأن ”المصطلحات المستخدمة“ فسيكون من المستصوب إدراج شرط استثناء على غرار الشروط الواردة في النصوص السابقة القائمة

(١٧) 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), 731, 813. انظر أيضا: G.M. Danilenko, ‘The Theory of International Customary Law’, *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), 9, 10-11 (”التعريف الذي تنص عليه المادة ٣٨ من النظام الأساسي بالغ الأهمية بالنسبة إلى النظرية والتطبيق في القانون الدولي العرفي. وفي المقام الأول، تؤكد المادة ٣٨ مجددا اعتراف جميع الدول العرف الدولي باعتباره أحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي... وثانيا، تعكس المادة ٣٨ اتفاق جميع أعضاء المجتمع الدولي على العناصر المكونة الأساسية اللازمة لنشأة وإعمال القواعد العرفية للقانون الدولي، وهي الممارسة، من جهة، وقبول هذه الممارسة بمثابة قانون، من جهة أخرى“). G. Arangio-Ruiz, ‘Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of ‘Spontaneous’ International Custom’, in N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir; Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), 93, 105.

(١٨) المادة ١-١ (١).

(١٩) المادة ١-٢ (١).

(٢٠) المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية (٢٠١١)، المادة ٢ (أ) والشروح (١) إلى (١٥): تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠١١، الصفحات ٦١-٨٠.

على مشاريع مواد اللجنة، مثل المادة ٢-٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٤ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية^(٢١).

٢٠ - وفي ضوء ما تقدم، يُقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ٢

المصطلحات المستخدمة

لأغراض مشروع الاستنتاجات هذا:

- (أ) يقصد بعبارة 'القانون الدولي العرفي' قواعد القانون الدولي التي تُستمد من ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون وتعكسها؛
- (ب) يقصد بعبارة 'منظمة دولية' منظمة حكومية دولية؛
- (ج) ...

رابعاً - النهج الأساسي: الركبان

٢١ - ينطلق هذا التقرير من أساس أن تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي يقتضي تقييماً للممارسة ومدى قبول تلك الممارسة بمثابة قانون (نهج "الركبان")^(٢٢). وقد حظي هذا النهج بتأييد واسع النطاق داخل اللجنة أثناء المناقشة التي أجرتها في عام ٢٠١٣، مثلما حظي به أيضاً في اللجنة السادسة^(٢٣). بل إن نهج الركبان معتمد عموماً، على النحو المبين أدناه، في ممارسة الدول والقرارات الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما فيها محكمة العدل الدولية. وهو يحظى بتأييد واسع النطاق في الأدبيات.

٢٢ - وفي إطار هذا النهج، يجوز القول بوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي حيث توجد "ممارسة عامة" تكون "مقبولة بمثابة قانون". وهذان الشرطان، المدرجان في "المعايير التي كرّستها مرارا وتكرارا [محكمة العدل الدولية] لتحديد قاعدة من قواعد القانون

(٢١) تنص المادة على ما يلي: "لا تخل أحكام الفقرتين ١ و ٢ المتعلقين بالمصطلحات المستخدمة في هذه الاتفاقية باستخدام هذه المصطلحات أو بالمعاني التي قد تعطى لها في صكوك دولية أخرى أو في القانون الداخلي لأي دولة".

(٢٢) انظر أيضاً الفقرة ٣(أ) أعلاه.

(٢٣) انظر أيضاً الفقرة ٢٤ أدناه.

الدولي العرفي“^(٢٤)، لا بد من تحديدهما معاً في أي حالة معينة يراد منها تأييد الخلوصل إلى أن قاعدة ذات صلة بالموضوع من قواعد القانون الدولي العرفي قد نشأت. ومن ثم، لكي يكون التحليل المتعلق بإثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي مقنعاً “سيكون من الضروري إثبات أن قاعدة من هذا القبيل تستوفي الشروط اللازمة لنشأة عرف دولي“^(٢٥).

٢٣ - وحقاً لا يمكن الاستغناء عن الركنتين لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي بالمعنى الدقيق للعبارة. فكما أوضح أحد المؤلفين، “من البديهي أن القانون الدولي العرفي، بدون ممارسة عرفية سيكون تسمية مغلوطة، لأن الممارسة تمثل بالتحديد وجه الاختلاف الرئيسي لذلك النوع من القانون الدولي. ومن جهة أخرى، فبدون الركن الذاتي المتمثل في قبول الممارسة بوصفها قانوناً، سينعدم وجه الاختلاف بين العرف الدولي والتصرفات المعتادة (العادة) أو غيرها من قواعد السلوك التي لا تكتسي طابعاً قانونياً“^(٢٦).

٢٤ - ويحظى نهج الركنتين بتأييد واسع النطاق في ممارسة الدول. وسوف لبعض الأمثلة الحديثة على ذلك، أشارت رواندا والولايات المتحدة الأمريكية وأوروغواي، في معاهدات

(٢٤) [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)] Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 122, para. 55؛ ومضت المحكمة، في نفس الفقرة، لتحديد أنه: “بوجه خاص، ... يقتضي وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون هناك ‘ممارسة مستقرة’ مقترنة بالاعتقاد بالإلزام“؛ انظر أيضاً [قضية الجرف القاري لبحر الشمال]، Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, [North Sea Continental Shelf], at p. 44, para. 77 (“... يجب استيفاء شرطين. فلا يتعين فقط أن ترقى الأعمال المعنية إلى مستوى الممارسة المستقرة، ولكن يجب أيضاً أن تكون تلك الأعمال أو أن تجري على نحو يدل على وجود اعتقاد بأن هذه الممارسة إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها“)؛ و [القضية المتعلقة بالجرف القاري (الجمهورية العربية الليبية/مالطة)] Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) Judgment, I. C. J. Reports 1985, p. 13, at p. 29, para. 27 (“من البديهي بالطبع أن جوهر القانون الدولي العرفي يتعين البحث عنه أساساً في الممارسة الفعلية للدول والاعتقاد بالزاميتها“)؛ و [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 p. 97 (“... يتعين على المحكمة أن تنظر بعد ذلك في أي من قواعد القانون الدولي العرفي ينطبق على هذه المنازعة. ولهذا الغرض، يتعين عليها أن توجه اهتمامها إلى ممارسة الدول واعتقادها بالزاميتها“)؛ و Tomka, ‘Custom and the International Court of Justice’, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 12 (2013), 195, 197 (“الواقع أن المحكمة لم تتخلّ قط عن رأيها، ذي الجذور الراسخة في نص النظام الأساسي، القائل بأن القانون الدولي العرفي هو ‘ممارسة عامة مقبولة بوصفها قانوناً‘“).

(٢٥) [قضية الاختصاص في مسألة مصائد الأسماك] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 47 وخيمينس دي أريتشاغا وناجنديرا سينغ ورودا).

(٢٦) K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحتان ٤٠ و ٤١.

استثمار ثنائية، إلى "فهمها المشترك" بأن القانون الدولي العرفي "... ينشأ عن الممارسة العامة والمتسقة للدول تتبعها بدافع شعورها بالإلزام القانوني"^(٢٧). وذكرت هولندا والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية كذلك أن "رُكني القانون الدولي العرفي [هما] الممارسة المتسقة والواسعة النطاق للدول (ممارسة الدول) والاعتقاد بأن الامتثال إلزامي بحكم قاعدة قانونية (الاعتقاد بالإلزام)"^(٢٨). واعتمدت هذا الموقف الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ككل في المبادئ التوجيهية للاتحاد الأوروبي المتعلقة بتعزيز الامتثال للقانون الدولي الإنساني، التي تعرّف القانون الدولي العرفي بكونه مصدرا للقانون الدولي "ينشأ عن ممارسة الدول، التي تقبلها باعتبارها ملزمة لها"^(٢٩). وقضت المحكمة العليا لسنغافورة بأن "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"^(٣٠)، وفي سلوفينيا ارتأت المحكمة الدستورية كذلك أن تلك المعايير "يمكن أن تصبح إلزامية بوصفها قانونا دوليا عرفيا عندما يطبقها عدد كبير من الدول بقصد احترام قاعدة في القانون الدولي"^(٣١). واعترفت المحكمة الدستورية والمحكمة العليا للجمهورية التشيكية أيضا بالركنين بكونهما أساسيين^(٣٢)، مثلما اعترفت بهما محكمة الاستئناف لنيوزيلندا، التي ارتأت أن "القانون الدولي العرفي، وقواعد القانون الدولي (غير المكتوبة) الملزمة لجميع الدول ... تنشأ

(٢٧) المرفق ألف للمعاهدة المبرمة بين حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وحكومة جمهورية رواندا بشأن تشجيع الاستثمار وحمايته المتبادلة (٢٠٠٨)؛ والمرفق ألف للمعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية أوروغواي الشرقية بشأن تشجيع الاستثمار وحمايته المتبادلة (٢٠٠٥)، حيث "أكد [الطرفان] فهمها المشترك بأن القانون الدولي العرفي ينشأ عموما وعلى النحو المشار إليه تحديدا في المادة ٥ والمرفق بء، عن ممارسة عامة ومتسقة للدول تتبعها بدافع شعورها بالإلزام القانوني".

(٢٨) مذكرة مقدمة من حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة مملكة هولندا بصفتها من أصدقاء المحكمة، تأييدا للمدعى عليهم في [قضية إستر كيوبل وآخرين ضد الشركة الهولندية الملكية للنفط وآخرين] *Esther Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum Co et al* (3 February 2012), 8, 11 المعروضة على المحكمة العليا للولايات المتحدة.

(٢٩) Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (2009/C 303/06), section 7.

(٣٠) [قضية يونغ فوي كونغ ضد المدعي العام] *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore — Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 96-98.

(٣١) القرار رقم U-I-146/07 المؤرخ ١٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٨، الفقرة ١٩؛ انظر أيضا القرار الصادر في القضية رقم Up-13/99، المؤرخ ٨ آذار/مارس ٢٠٠١، الفقرة ١٤.

(٣٢) الملف رقم 214/98 ÚS II. (٣٠ كانون الثاني/يناير ٢٠٠١) والملف رقم Tcu 167/2004 (١٦ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤)، على التوالي.

عندما تتبع الدول ممارسات معينة على نحو عام ومتسق، بدافع شعور بالإلزام القانوني^(٣٣). وعلاوة على ذلك، سلّمت دول شتى، من بينها النمسا والهند وإسرائيل وجمهورية إيران الإسلامية وماليزيا وبلدان الشمال الأوروبي والبرتغال والاتحاد الروسي وجنوب أفريقيا وفيت نام، بأن نشأة القانون العرفي الدولي وتحديدته يستلزمان وجود ممارسة عامة وقبولها بوصفها قانونا، وذلك في مداخلاتها أثناء مناقشات اللجنة السادسة بشأن تقريرَي لجنة القانون الدولي لعامي ٢٠١٢ و ٢٠١٣^(٣٤). وواصلت الدول، خلال مرافعاتها أمام محكمة العدل الدولية في الآونة الأخيرة، إقامة حججها على نهج الركنين^(٣٥).

٢٥ - وتقبل محاكم وهيئات قضائية دولية أخرى كذلك بأن تحديد قواعد القانون الدولي العرفي يقتضي التحقق من هذين الركنين. وكما جرت الإشارة في التقرير الأول، على الرغم من السياقات المحددة التي تعمل فيها المحاكم وهيئات القضاء الأخرى، فإن هناك عموما

(٣٣) [قضية المدعي العام ضد زاوفي]، *Attorney General v. Zaouvi*, CA20/04, Judgment (30 September 2004), para. 34.

(٣٤) يمكن الاطلاع على البيانات التي أدلت بها مختلف الدول أثناء هذه المناقشات في بوابة نظام الخدمات الموقرة للورق بالأمم المتحدة المتاحة على الإنترنت في الموقع التالي: <http://www.un.org/en/ga/sixth/>.

(٣٥) على سبيل المثال، دفعت ألمانيا، في قضية حصانة الدولة من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا) (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*) بأنه "لا وجود لممارسة عامة، يسندها اعتقاد بالإلزام، بشأن أي توسيع لنطاق الاستثناء من سريان مبدأ حصانة الدولة فيما يتعلق بانتهاكات القانون الإنساني التي ترتكبها قوات عسكرية أثناء نزاع مسلح"، وأشارت إيطاليا، التي لم تستند إلى القانون الدولي العرفي، في مذكرتها المضادة إلى "أن المسألة المطروحة في هذه القضية لا تكمن في مدى وجود ممارسة واسعة النطاق ومتسقة، يسندها اعتقاد بالإلزام، تشير إلى وجود قاعدة من قواعد القانون العرفي الدولي تسمح عموماً برفض الحصانة في الحالات التي تنطوي على انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني أو القانون الدولي لحقوق الإنسان" (مذكرة جمهورية ألمانيا الاتحادية (١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٩)، الفقرة ٥٥؛ والمذكرة المضادة المقدمة من إيطاليا (٢٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٩)، الفقرة ٤-١٠٨). وللإطلاع على مثال آخر حديث، انظر قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالمحاكمة أو التسليم (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*)، خصوصاً *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*, pp. 20-48 ولا سيما الصفحتان ٢٤ و ٢٥ (بلجيكا) - "السؤال المطروح على بلجيكا - السنغال مدعوة للتعليق - من القاضي غرينوود في نهاية الجلسة العلنية المعقودة في ١٦ آذار/مارس ٢٠١٢". وفي حالات أخرى كذلك، فإن الدول بقدر ما لم تدفع بما يؤيد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، استناد إلى وجود إما ممارسة وإما اعتقاد بالإلزام فقط، فإنها لم تسع إلى التشكيك في وجود قاعدة مزعومة من قواعد القانون الدولي العرفي بحجة أن نهج الركنين معيب من الناحية النظرية.

اعتماداً كبيراً على نهج محكمة العدل الدولي الدائمة واجتهاداتها القضائية، بما في ذلك الدور المنشئ المنوط برُكني ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام^(٣٦).

٢٦ - ويعتمد معظم المؤلفين أيضاً نهج الركنين. فهو نهج يمكن تبيّنه في الكتب الدراسية والمصنّفات المتعلقة بالقانون الدولي العام على حد سواء^(٣٧)، وفي الدراسات المتعلقة بالعرف

(٣٦) A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرات ٦٦-٨٢.

(٣٧) انظر، على سبيل المثال: R. Jennings, A. Watts (eds.) *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9th edition (Longmans, 1991), 25-31 و A. Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2005), 153-169 ("الركنان الأساسيان المنشئان للعرف هما: ممارسة الدول (العادة أو الامتداد الزمني) وما يقابلها من آراء الدول (الاعتقاد بالزامية الممارسة أو الشعور بضرورتها)"); و P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10th edition (Dalloz, 2010), 364 في الصورة التي تعطيها إياها مختلف اتجاهات الفقه، سواء الموضوعانية منها أو الإرادوية. وبالنسبة للجميع، وفي ظل التشجيع الذي يوفره نص المادة ٣٨ (ب) السالف الذكر من النظام الأساسي لمحكمة لاهاي (محكمة العدل الدولي الدائمة ثم محكمة العدل الدولية)، فإن من الضروري اجتماع ركنين لنشأة العرف كقاعدة قانونية^(٣٧)؛ و M. Bos, *A Methodology of International Law* (North-Holland, 1984), 109 ("لكي يوجد العرف، ليس على المرء سوى التحقق من وجود جانبيه الواقعيين المزعومين، أي رُكنيه المادي والمعنوي، وإحضاعهما لاختبار تعريف العرف")؛ و V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), 36-63 و M.N. Shaw, *International Law*, 6th edition (Cambridge University Press, 2008), 72-93 ("من الممكن رصد ركنين أساسيين في تشكيل عرف ما. وهما الوقائع المادية، أي سلوك الدول الفعلي والاعتقاد المعنوي أو الذاتي بأن هذا السلوك هو بمثابة قانون")؛ و L. Damrosch, L. Henkin, S. Murphy and H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 5th edition (West, 2009), 59 تعريف العرف يتضمن ركنين مختلفين...")؛ و P. Dailler, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition (L.G.D.J., 2009), 352-379 ("لا تكتمل إلا باجتماع ركنين")؛ و S. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West, 2012), 92-101 ("اتفقت الدول، من خلال ممارستها، واتفق المحامون الدوليون من خلال كتابات وقرارات قضائية، على أن القانون الدولي العرفي يوجد حيثما توافر شرطان أساسيان هما: (١) ممارسة موحدة ومتسقة نسبياً من ممارسات الدول بشأن مسألة معينة؛ و (٢) وجود اعتقاد بين الدول بأن هذه الممارسة ملزمة قانوناً")؛ و A. Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7th edition (Oxford University Press, 2012), 57-63 ("وجود العرف هو... ما تخلص إليه جهة ما (مستشار قانوني أو محكمة أو حكومة أو معلق) فيما يتعلق بسؤالين متصلين هما: (أ) هل توجد ممارسة عامة؟ و (ب) هل هي مقبولة بوصفها قانوناً دولياً؟")؛ و M. Diez de Velasco (C. Escobar Hernández, ed.), *Instituciones de derecho internacional public*, 18th edition (Tecnos, 2013), 136-141 ("الممارسة التي تتبعها أطراف دولية وتكون مقبولة لديها عموماً بوصفها قانوناً")؛ و J. Klabbers, *International Law* (Cambridge University Press, 2013), 26-34 ("يجب توفر شرطين أساسيين هما: أن تكون هناك ممارسة عامة وأن تكون هذه الممارسة العامة مقبولة بوصفها قانوناً...")؛ و C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), 45 ("ركنا العرف، بمفهومه التقليدي،

أو التي تناوله، سواء تعلق ذلك تحديدا بمصادر القانون الدولي^(٣٨) أو ببعض مواضعه الأخرى^(٣٩). وعلى سبيل المثال، يذكر أوبنهايم أن "أحكام المادة ٣٨ (١) (ب) ... تنص بوضوح على أن للعرف ركنين أساسيين هما الممارسة والاعتقاد بالإلزام"^(٤٠). وتشير الطبعة الأخيرة من منشور برايري (Brierly) المعنون "Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations" (قانون الأمم: مقدمة إلى دور القانون في العلاقات الدولية) إلى أن "العرف يقصد به، بالمعنى القانوني، شيئا أكثر من مجرد عادة؛ فهو عادة تشعر من يتبعها بأنها إلزامية ... وتعبير المادة ٣٨ (١) (ب) من النظام الأساسي، يجب علينا أن نبحث ما إذا كان العرف المزعوم يدل على 'عادة مرعية معتبرة بمثابة قانون'"^(٤١).

٢٧ - وعلى نحو ما جرت الإشارة إليه في التقرير الأول، سعى بعض الكتاب إلى وضع نُهج بديلة، مُعلّبين في كثير من الأحيان أحد الركنين على الآخر، سواء كان ممارسة أو اعتقادا بالإلزام، أو ذهبوا إلى حد استبعاد أحد الركنين كلياً^(٤٢). وانطبق ذلك أيضاً، بقدر ما، على أعمال رابطة القانون الدولي التي تُوجّهت بإصدار بيان لندن بشأن المبادئ المنطبقة على نشأة القانون الدولي العرفي العام^(٤٣)، الذي اتخذ منحى التقليل من أهمية دور

هما: الممارسة التي تشكل الركن المادي، والقبول أو الاعتقاد بالإلزام، الذي يشكل الركن الإرادي (أو "النفسي")^(٤٤).

(٣٨) انظر، على سبيل المثال: L. Millán Moro, *La "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporaneo* (Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990) و H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), Chapter III ("تقتضي المعايير التقليدية في القانون الدولي لغرض الاعتراف بنظام ملزم أن يوجد ما يكفي من ممارسات الدول ... وأن تكون تلك الممارسة مقترنة أو مدعومة بالأدلة المؤيدة لما جرت العادة على تسميته بالاعتقاد بالإلزام أو الاعتقاد بإلزامية الممارسة وضرورتها").

(٣٩) على سبيل المثال: O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2nd edition (Bruylant, 2014), Chapter 1؛ وللإطلاع على طبعة سابقة باللغة الإنكليزية، انظر O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart, 2010), Chapter 1.

(٤٠) R. Jennings, A. Watts (eds.)، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٧.

(٤١) A. Clapham، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٥٧.

(٤٢) انظر A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرات ٩٧-١٠١.

(٤٣) بيان لندن بشأن المبادئ المنطبقة على نشأة القانون الدولي العرفي العام (*London Statement of Principles*) المتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي العام، المتخذ في الدورة التاسعة والستين لمؤتمر رابطة القانون الدولي في لندن في ٢٩ تموز/يوليه ٢٠٠٠؛ انظر أيضاً A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرات ٨٩-٩١.

الركن الذاتي^(٤٤). ولعن كانت هذه الكتابات ما فتئت تثير الاهتمام وردود الفعل على الدوام، وما زالت (بل ينبغي أن) تؤخذ في الاعتبار على النحو الواجب، فإن المسألة المطروحة لا تزال متمثلة في أن هذه الكتابات لم تؤثر كثيراً، فيما يبدو، على النهج الذي تتبعه الدول أو المحاكم. فنهج الركنين لا يزال مهيمنا^(٤٥).

٢٨ - وأثار التقرير الأول مسألة احتمال وجود نهج مختلفة يُؤخذ بها لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي في مجالات مختلفة^(٤٦). فعلى سبيل المثال، وردت في الأدبيات اقتراحات^(٤٧) يتردد صداها أحياناً في الممارسة^(٤٨) تفيد بأنه في مجالات من قبيل القانون الدولي لحقوق

(٤٤) أشار التقرير النهائي إلى "الضرورة المزعومة لـ 'الركن الذاتي'" (*ILA London Statement of Principles*,) (Part III و Introduction, para. 10).

(٤٥) انظر أيضاً: O. Sender, M. Wood, 'The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice', in Y. Radi, C. Brölmann (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, forthcoming) "... مكن نهج الركنين من نشأة وتحديد قواعد القانون الدولي التي نالت في معظمها القبول على نطاق واسع، فيما أتاح للقانون الدولي العرفي الاحتفاظ بطابعه المرن. وقد أثبت ذلك النهج جدواه واستقراره على حد سواء، وما زال يحتفظ بحجته من خلال النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملزم لما عدده ١٩٣ دولة. وأما النظريات الأخرى عن الكيفية التي تنشأ بها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي فهي في الأساس نهج ذات صلة بالسياسات؛ وهي بهذه الصفة قد تكون مفيدة ولكنها تظل سياسات لا قانوناً".

(٤٦) A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرة ١٩.

(٤٧) R. Kolb, 'Selected Problems in the Theory of Customary International Law', *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), 119, 128 ("... لقد حان الأوان لاستعراض نظرية العرف وتبيان مختلف أنواعه (ومن ثم أركانه) فيما يتعلق بمواضيع ومجالات متباينة. فلا يوجد عرف دولي واحد؛ بل هناك أعرف دولية عديدة ما زال يتعين إثبات ترابطها الوثيق. ولذلك يتعين رسم ملامح جديدة للقانون العرفي الدولي، تجسّد مختلف جوانب الحياة الدولية، بدلاً من الإلحاح بطريقة مصطنعة على إفراغ التنوع المتنامي لتلك الخبرة، بما لا يطيق، في قالب الممارسة التقليدية والاعتقاد بالإلزام"؛ و A. Cassese، الحاشية ٣٧ أعلاه، الفقرتان ١٦٠ و ١٦١ ("يؤدي كل من العادة والاعتقاد، باعتبارهما ركّني القانون العرفي، دوراً مختلفاً في فرع معين من فروع القانون الدولي، هو القانون الإنساني المنطبق في حالات النزاع المسلح... ومن ثم فإنه [انطلاقاً من صيغة شرط "مارتتز"] من المقبول منطقياً الاستنباط (وهذا أمر تثبته الممارسة) أن شرط ممارسة الدول قد لا يلزم أن يسري على نشأة مبدأ أو قاعدة ما بناءً على قوانين الإنسانية أو إملاعات الضمير العام...").

(٤٨) انظر، على سبيل المثال: [قضية المدعي العام ضد كوبريسكيتش] *Prosecutor v. Kupreškić*, Case No. IT-95-16-T (ICTY Trial Chamber), 14 January 2000, para. 527 ("مبادئ القانون الدولي الإنساني قد تنشأ من عملية عرفية تخضع لضغوط مطالب الإنسانية أو إملاعات الضمير العام، حتى في حال ندرة 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."). وانظر أيضاً: *Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*

الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي، من بين مجالات أخرى، قد يكفي رُكن واحد، هو الاعتقاد بالإلزام^(٤٩)، لنشأة القانون الدولي العرفي. غير أن الأمر هو بالأحرى ليس كذلك^(٥٠). وقد يوجد، مع ذلك، وجه اختلاف في تطبيق نهج الركنين في مجالات مختلفة (أو ربما بعبارة أدق، فيما يتعلق بأنواع مختلفة من القواعد): فعلى سبيل المثال، قد يحدث أن "تتخذ أكثر ممارسات الدول صلةً بالموضوع، تحقيقاً لأغراض... قضية [محددة]"^(٥١)، شكلاً معيناً من أشكال الممارسة يُعطى "دوراً رئيسياً"^(٥٢). ولكن النهج

(Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 February 2012), para. 93) "فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي، ترى دائرة المحكمة العليا أنه عند تقييم نشأة مبدأ أو قاعدة عامة بشأن تصرف ينتهك قوانين الإنسانية أو إملاءات الضمير العام تحديداً، قد يكون الشرط التقليدي بتوافر ممارسة واسعة النطاق وشبه موحدة للدول أقل صرامة مما هو عليه في غير ذلك من مجالات القانون الدولي، وقد تكون لشرط وجود ركن الاعتقاد بالإلزام الغلبة على ركن العادة من العرف".

(٤٩) أشير كذلك إلى أن "مقياس التدرج" الذي تُنشئ. بموجبه ممارسة متسقة من ممارسات الدول قاعدةً من قواعد القانون الدولي ولو بدون أي قرينة على قبول تلك الممارسة كما لو كانت قانوناً، وقبولها الثابت بوضوح بمثابة قانون قد يُنشئ قاعدةً من قواعد القانون الدولي دون أي دليل على وجود ممارسة مستقرة، يمكن استخدامه "بناءً على النشاط المعني وعلى مدى معقولية القاعدة العرفية المقررة": انظر: F.L. Kirgis, Jr., 'Custom on a Sliding Scale', *American Journal of International Law*, 81 (1987), 146-151 (يشير النموذج أيضاً إلى حيث لا يوجد "الكثير" من أي ركن من الركنين).

(٥٠) انظر أيضاً البيانات المدلى بها باسم الاتحاد الروسي وإسرائيل وإيران وبولندا وجنوب أفريقيا وسنغافورة والصين في مناقشة اللجنة السادسة لعام ٢٠١٣ عن أعمال لجنة القانون الدولي (متاحة على الموقع الشبكي: <http://www.un.org/en/ga/sixth>), والتي تدعو كلها إلى اتباع نهج موحد؛ و T. Treves, 'Customary International Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 3 ("الميزة الأساسية التي تشترك فيها قواعد القانون الدولي العرفي هي طريقة نشأتها والكيفية التي يمكن بها تحديد طريقة نشأتها")؛ و J. Kammerhofer, 'Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship', in M. Huppold (ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), 138-157.

(٥١) [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)] Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 132, para. 73.

(٥٢) المرجع نفسه، الصفحة ١٦٢ (الرأي المستقل للقاضي كيث)، الفقرة ٤؛ انظر، على سبيل المثال: [قضية أحمدو صادو ديالو (جمهورية غينيا ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية)] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2007*, p. 582, at p. 614, para. 88 ("في القانون الدولي المعاصر، تخضع أساساً حماية حقوق الشركات وحقوق المساهمين فيها وتسوية المنازعات المرتبطة بذلك، لأحكام الاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المبرمة لحماية الاستثمارات الأجنبية، من قبيل المعاهدات المتعلقة بشجيع الاستثمارات الأجنبية وحمايتها، واتفاقية واشنطن المؤرخة ١٨ آذار/مارس ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وتخضع كذلك لأحكام العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب. وفي ذلك السياق، فقد تلاشى إلى حد ما دور الحماية الدبلوماسية، لأنها سبيل لا يُلجأ إليه في الممارسة إلا في

الأساسي هو نهج واحد، أي نهج يقتضي توافر الركنين معاً. فأى نهج آخر إنما ينطوي على خطر تقسيم القانون الدولي بصورة مصطنعة إلى مجالات منفصلة، وهو أمر سيتناقى مع الطبيعة المنهجية المنحى للقانون الدولي^(٥٣). وأياً كان الحال، وكما سيُبين أدناه، من الصعب كثيراً النظر في ركن واحد بمعزل عن الآخر^(٥٤).

حالات نادرة حيث لا توجد نظم معاهدات أو تثبت تعذر إعمالها“؛ و [قضية المدعي العام ضد تاديتش] *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (ICTY Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 99 (”قبل الإشارة إلى أن بعض مبادئ وقواعد القانون العرفي التي نشأت في المجتمع الدولي بغرض تنظيم القلاقل المدنية، لا بد من كلمة تحذير بشأن عملية وضع القانون في قانون النزاعات المسلحة. فعند السعي إلى التحقق من ممارسة الدول بهدف إثبات وجود قاعدة عرفية أو مبدأ عام، يصعب، بل يستحيل، تحديد السلوك الفعلي للجنود في الميدان بهدف إقرار ما إذا كانوا يمثلون في الواقع لبعض معايير السلوك أو يتجاهلوها. ويصبح هذا الفحص بالغ الصعوبة لا لرفض وصول المراقبين المستقلين (وحتى اللجنة الدولية للصليب الأحمر 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 الملزمة لهذا الموضوع، يجب الاعتماد بالأساس على عناصر من قبيل التصريحات الرسمية للدول، والأدلة العسكرية، والقرارات القضائية“؛ وانظر أيضاً: [قضية المدعي العام ضد تاديتش] *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (ICTY Appeals Chamber), 15 July 1999, para. 194 B. Conforti, B. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 32 (”يتوقف الوزن الذي يُقام للأعمال على مضمون القاعدة العرفية الدولية. فعلى سبيل المثال، تتسم المعاهدات بأهمية بالغة في مسائل تسليم المجرمين بينما يُقام لقرارات المحاكم المحلية وزن أكبر في مسائل الحصانات القضائية للدول الأجنبية وأجهزة الدول الأجنبية، وما إلى ذلك“). قارن مع [قضية الجرف القاري لبحر الشمال] *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 175, 176, 178 (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) (”إن السعي إلى تقرير وجود هذين العاملين في عملية نشأة القانون الدولي العرفي من عدمه مسألة دقيقة وصعبة... فتقييم العاملين يجب أن يجري بالقياس النسبي للملابسات وأن يكون، من ثم، تقييماً مرناً؛ وهو يقتضي الأخذ بالنهج الغائي... وبإيجاز، فإن عملية توليد قانون عرفي عملية نسبية من حيث طريقتها وفقاً لمختلف مجالات القانون، كما أسلفتُ الذكر أعلاه. وعامل الوقت، أي مدة العرف، هو عامل نسبي بدوره؛ وينطبق ذلك على عامل العدد، أي ممارسة الدول. فلا يكفي تقييم كل عامل مؤلّد لقانون عرفي بحسب المناسبة والملابسات، بل يجب النظر إلى النشأة ككل باعتبارها عملية أساسية ودينامية. ويجب ألا تُنحصر، بما يغلب الشكل على المضمون، الظروف اللازمة للقانون العرفي ونغفل الضرورة الاجتماعية، أي أهمية الأهداف والمقاصد التي يتعين أن يحققها القانون العرفي المعني“).

(٥٣) على نحو ما أكدت عليه دراسة تجزؤ القانون الدولي لعام ٢٠٠٦، في مطلعها، فإن ”القانون الدولي نظام قانوني“ (A/61/10، الفصل الثاني عشر، الفقرة ٢٥١، الاستنتاج (١)). وبالإضافة إلى ذلك، ”عندما تغفل المحاكم المتطلبات التقليدية للقانون الدولي العرفي أو تتعاضد عن إحضارها لأي تمحيص دقيق، فإنها تجاوزت بإعطاء أهمية ضمنية لما درجت العادة على تسميته ’التسرّع‘ إلى تأييد قواعد جديدة للقانون... [وفي هذه الحالات]، لا يُكثرث إلا نادراً بدقائق موافقة الدول أو احتمال الامتثال لهذه المعايير المعلنة بسهولة“

٢٩ - ويجب النظر في جميع الأدلة في ظل سياقها^(٥٥). فعند تقييم مدى وجود الركبتين المنشئتين من عدمه، سواء عن طريق استعراض القرائن الأولية أو بالنظر في الوسائل الفرعية، فإنه يلزم توخي الحذر الشديد. ولئن كان ”بالإمكان استنباط القرائن [من مجموعة متنوعة من المصادر] ... فإن من الضروري الدأب على توخي أكبر قدر من الحذر^(٥٦). ويتوقف الكثير من ذلك على الملاحظات الخاصة بتحديد ماهية الفعلية للممارسة ذات الصلة بالموضوع، وإلى أي حد تحظى تلك الممارسة حقاً بالقبول بوصفها قانوناً^(٥٧)، ويمكن أن يختلف ما يُقام للأدلة من وزن بقدر اختلاف الأدلة نفسها. فعلى سبيل المثال، ”من المسائل التي تتسم بأهمية كبيرة [تحديداً] مظاهر الممارسة التي تتنافى ومصالحة الدولة التي تصدر عنها، أو التي تتكبد الدولة بسببها تبعات كبيرة سياسية وعسكرية واقتصادية، أو غيرها، لأن تلك المظاهر قلماً يُحتمل أن تعكس مسوغات لفرصة ومجاملة سياسية، وما إلى ذلك“^(٥٨). وعلى نفس المنوال، فدرجة العناية التي يدلى بها بيان ما هي بدورها عامل ذو صلة بالموضوع؛ وقد تُعطي أهمية أقل من ذلك للملاحظات التي تُبدى بطريقة مرتجلة من وحي اللحظة.

٣٠ - والتحقق من وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي هو بمثابة بحث عن ”ممارسة ... اكتسبت قبولا كبيرا في أوساط الدول بحيث أضحى الآن من الجائز اعتبارها

(الإشارات المرجعية محذوفة): A. Boyle, C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), 285.

(٥٤) انظر أيضا H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٦٢ (”توفر الممارسة والاعتقاد بالإلزام معاً المعلومات الضرورية للتحقق مما إذا كانت قاعدة عرفية موجودة، ولكن دور كل منهما - الممارسة والاعتقاد بالإلزام - لا ينفرد بتركيز الاهتمام عليه؛ فكل منهما يكتمل الآخر“)؛ و *ILA London Statement of Principles*, at 7 (”الواقع هو أنه من الصعب في كثير من الأحيان أو حتى من المستحيل فك تراطبات الركبتين“).

(٥٥) انظر أيضا: [القضية المتعلقة بحقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 200* (”توجد في الرسائل الدبلوماسية تعابير معزولة قد تُعتبر، إذا رُوِعت دونما اهتمام بسياقها، بمثابة إقرارات بمطالبات الولايات المتحدة بممارسة الولاية القنصلية وغيرها من حقوق الامتيازات الأجنبية. وفي المقابل، لا يمكن أن تغفل المحكمة المدلول العام للمراسلات“).

(٥٦) J.L. Kunz, ‘The Nature of Customary International Law’, *American Journal of International Law*, 47 (1953), 662, 667.

(٥٧) انظر أيضا: T. Treves، الحاشية ٥٠ أعلاه، الفقرة ٢٨ (”تساعد [مظاهر الممارسة] في التحقق من ماهية القانون الدولي العرفي في لحظة معينة. ولإنجاز هذه المهمة، فلا غنى عن توخي الحذر والتوازن، ليس عند تحديد المزيج الملائم من أقوال الدول وأفعالها ورغباتها ومعتقداتها فحسب، بل أيضا عند العلم بأوجه الغموض التي تكتنف العديد من أركان الممارسة“).

(٥٨) T. Treves، الحاشية ٥٠ أعلاه، الفقرة ٣٠.

شرطا من شروط القانون الدولي العام^(٥٩). وقد تكون هذه الممارسة عملية "شاقة ومعقدة"^(٦٠)، لدواع ليس أقلها "كون كل قاعدة مزعومة للقانون العرفي تستوجب [بطبيعة الحال] إثبات صحتها كإحدى قواعد القانون الدولي، وليست مجرد اقتراح ينقصه الدعم بالأسانيد"^(٦١). وكما يرد بيانه بتفصيل أدناه، فلا إنجاز هذه المهمة، "لا غنى عن توخي الحذر والحذر والتوازن، ليس عند تحديد المزيغ الملائم من أقوال الدول وأفعالها ورغباتها ومعتقداتها فحسب، بل أيضا عند العلم بأوجه الغموض التي تكتنف العديد من أركان الممارسة"^(٦٢).

٣١ - وفي ضوء ما ذكر أعلاه، يُقترح مشروعاً الاستنتاجين التاليين:

مشروع الاستنتاج ٣

النهج الأساسي

يستلزم تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي ومضمونها التحقق من وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون.

مشروع الاستنتاج ٤

(٥٩) [قضية طاحونتي اللباب على نهر أوروغواي (الأرجنتين ضد أوروغواي)] Pulp Mills on the River Uruguay [Argentina v. Uruguay], Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 83, para. 204.

(٦٠) انظر: E. Petrič, 'Customary International Law in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia' (يرتقب أن يصدر عن مجلس أوروبا؛ وانظر أيضا الإحاطة التي قدمتها حكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية وحكومة مملكة هولندا بصفتها من أصدقاء المحكمة، دعماً للمدعى عليهم في [قضية إستر كيوبل وآخرين ضد الشركة الهولندية الملكية للنفط وآخرين] *Esther Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum Co et al*، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ١٣ ("ليست منهجية تحديد ما يشكل قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي، بناءً على ذلك،...مسألة غير معقدة وهي تستدعي تحليلاً مضمناً لإثبات وجود الركبتين الضروريتين المتمثلين في ممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام")؛ و [قضية الاختصاص في مسألة مصائد الأسماك] *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits*, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3, at p. 100 (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو) ("ليس من اليسير إثبات وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون")؛ و J.L. Kunz، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحة ٦٦٧ ("التحقق من استيفاء شرطي إجراءات العرف في قضية ملموسة ... هو مهمة صعبة").

(٦١) M.N. Shaw، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ١٤٤.

(٦٢) T. Treves، انظر الحاشية ٥٠ أعلاه، الفقرة ٢٨؛ انظر أيضا A. Boyle, C. Chinkin، الحاشية ٥٣ أعلاه، الصفحة ٢٧٩ ("إن تطبيق المعايير الخاصة بإثبات العرف ليس عملية علمية يمكن قياس دقتها. فهو بالأحرى يستدعي تقييم الوقائع والحجج")؛ و P.W. Birnie, A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edition (Oxford University Press, 2002), 16 ("لا يزال تحديد القانون العرفي وسيظل مثارا لصعوبات خاصة تتطلب ممارسة المهارات والتقدير والبحث").

تقييم الأدلة

عند تقييم الأدلة على وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون، يجب مراعاة سياقها، بما في ذلك الظروف المحيطة بها.

خامسا - الممارسة العامة

٣٢ - تؤدي الممارسة^(٦٣)، التي يُصطلح عليها في كثير من الأحيان بالركن "المادي" أو "الموضوعي"، "دورا أساسيا" في نشأة القانون العرفي الدولي وتحديدته^(٦٤). وقد تعتبر بمثابة "المادة الخام" للقانون الدولي العرفي، لأنه ينشأ عن الممارسة، التي "تحدده وتقيده في آن واحد"^(٦٥). وتتألف هذه الممارسة من تصرفات أشخاص القانون الدولي "المادية والقابلة للكشف"^(٦٦)، ولعل "حالات السلوك"^(٦٧) هذه هي مكمّن نشأة "سلسلة سوابق"^(٦٨) يمكن استجلاء نمط السلوك منها.

(٦٣) يُشار إلى الممارسة أيضا بعبارات شتى من بينها العادة أو العرف المتوطّد أو الامتداد الزمني، وهي عبارات تستخدم أحيانا على سبيل الترادف.

(٦٤) ورد في ما لاحظته المحكمة الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها "أن المحكمة، بقدر ما هي متقيّدة بأحكام المادة ٣٨ من نظامها الأساسي لتطبيق العرف الدولي، في جملة أمور، 'بصفته دليلاً على وجود ممارسة عامة متعارف عليها بوصفها قانوناً، لا يجوز لها أن تغفل الدور الأساسي الذي تؤديه الممارسة العامة' (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. 97-98, para. 184].

(٦٥) انظر الرأي المخالف للقاضي السير بيرسي سبيندر في [القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي (حيثيات القضية)] Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 99 ("الطريقة السلمية لقياس طبيعة ومدى أي عرف من هذا القبيل، إذا أُثبت، هي مراعاة الممارسة التي تحدده وتقيده في آن واحد. والركن الأول للعرف هو الممارسة المطرّدة والموحدة التي يجب تقيدها قبل أن يتسنى تحديد العرف").

(٦٦) Francois Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), section 110 (في معرض الإشارة إلى مسألة "العادة" بوصفها ركناً من أركان القانون الدولي العرفي؛ استشهد به في A. A. (D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 49).

(٦٧) 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 p. 108 Weisburd: "يُصعد بمختلف أنواع الأنشطة... ذلك الأمر تحديداً" (A.M. Weisburd, 'Customary' (International Law: the Problem of Treaties', Vanderbilt Journal of Transnational Law, 21 (1988), 1, 7).

٣٣ - من "الممارسة العامة" إلى "ممارسة الدول". ما زال الأشخاص الأساسيون للقانون الدولي هم الدول^(٦٩). وتؤدي ممارسة الدول عددا من الأدوار الهامة في القانون الدولي، بما في ذلك الممارسة اللاحقة باعتبارها ركنا (أو وسيلة) من أركان (أو وسائل) تفسير المعاهدات بموجب المادتين ٣١-٣ (ب) و ٣٢ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات^(٧٠). وتصرفات الدول ركن بالغ الأهمية في نشأة القانون الدولي العرفي وتحديده، ومن ثم يشار عادة إلى الركن المادي للقانون الدولي العرفي بـ 'ممارسة الدول'، أي التصرفات المنسوبة إلى الدول^(٧١).

(٦٨) انظر: [القضية المتعلقة بشركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة و*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970*, p. 3, at p. 329 (الرأي المستقل للقاضي عمّون)؛ وانظر أيضا [قضية قناة كورفو] *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at pp. 83, 99 (الرأي المخالف للقاضي أزيفيدو) ("يتألف العرف من سوابق متعارف عليها... و [يتطلب القانون الدولي العرفي] وقائع كثيرة أو مطّردة يمكن أن تبرّر الافتراض القائل بأن الدول قد وافقت على الاعتراف بوجود [قاعدة] من قواعد القانون الدولي العرفي"؛ و [قضية الجرف القاري لبحر الشمال] *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at p. 175 (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) (في معرض الإشارة إلى مسألة "التعود" على نفس النوع من الأعمال أو تكرارها المستمر... وهي تمثل عاملا كميا للقانون العرفي)؛ و B. Stern, 'Custom at the Heart of International Law', *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), 89, 95 ("من المسلم به، على وجه العموم، أن الركن المادي ينشأ بتكرار عدد معين من الوقائع لمدة زمنية معينة، بحيث يجري تكييف هذه المتغيرات المتباينة وفقا لمختلف الحالات").

(٦٩) انظر أيضا: C. Walter, 'Subjects of International Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 5.

(٧٠) حاليا قيد نظر اللجنة في إطار موضوع "الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات": انظر على وجه الخصوص مشروع الاستنتاجين ٤ (٢) و ٥ (A/68/10)، الفصل الرابع، الفرع جيم؛ وانظر أيضا: A.M. Weisburd, 'The International Court of Justice and the Concept of State Practice', *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), 295, 299 (حيث يشير المؤلف إلى أن "لا مغالاة في التأكيد على أهمية ممارسة الدول في القانون الدولي")؛ و W.J. Aceves, 'The economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17 (1996), 995-1068؛ و C. Parry, 'The Practice of States', *Transactions of the Grotius Society*, 44 (1958), 145, 165 (ينظر المرء إلى ممارسة الدول، أي يبحث عن دليل على نشوء قواعد جديدة تتعلق بأشخاص القانون الدولي، أو على حدوث تغييرات في القانون السابق).

(٧١) انظر أيضا: M. Wood, O. Sender, 'State Practice', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014 update)؛ و Y. Dinstein, 'The Interaction between Customary Law and Treaties', 322 *Recueil des Cours* (2006), 242, 266 ("الممارسة العامة التي تشكل مصدر وأصل القانون الدولي العرفي هي أساسا ممارسة الدول")؛ و M.H. Mendelson, 'The Formation of Customary International Law', 272 *Recueil des Cours* (1998), 155, 201 ("ما درجنا على تسميته، لأسباب عملية، ممارسة الدول... هو بعبارة أدق ممارسة أشخاص القانون الدولي"). وفيما يتعلق بالتطور التاريخي لمبدأ ممارسة الدول كأساس للقانون الدولي العرفي،

”فالممارسة الفعلية للدول ... تعبّر عن قواعد عرفية أو تضعها“^(٧٢). وكما أوضحت المحكمة الدولية باستمرار، فإن ”ممارسة الدول هي المصدر الذي يُستمد منه القانون العرفي“^(٧٣).

٣٤ - إسناد الممارسة إلى الدولة - كما هو الشأن في حالات أخرى، من قبيل مسؤولية الدول والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، لكي تكون للممارسة أهمية في نشأة القانون الدولي العرفي، يجب أن تُسند هذه الممارسة إلى الدولة^(٧٤). ولهذا الغرض، قد تكون

انظر A. Carty, 'Doctrine versus State Practice', in B. Fassbender, A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), 972-996.

(٧٢) [قضية الجرف القاري (تونس/الجمهورية العربية الليبية)] *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 46, para. 43.

(٧٣) [قضية حصانات الدولة من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا؛ اليونان طرف متدخل)] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 143, para. 101. عند استخدام مصطلح 'الممارسة الدولية'، فإنه يشير إلى ممارسة الدول: انظر، على سبيل المثال: [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن تفسير معاهدات السلام (المرحلة الثانية)] *Interpretation of Peace Treaties (Second Phase)*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 221, at p. 242 للمخالف للقاضي ريد؛ و [القضية المتعلقة بشركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة] *Barcelona Traction*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 261 (الرأي المستقل للقاضي باديا نيرفو) و p. 344 (الرأي المخالف للقاضي ريفاغن)؛ و [القضية المتعلقة بالولاية في مسألة مصائد الأسماك (المملكة المتحدة ضد أيسلندا)] *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 83 (هنگاريا ضد سلوفاكيا) [*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 236 (الرأي المخالف للقاضي سكوتشفسكي)؛ و [القضية المتعلقة بالولاية على مصائد الأسماك (إسبانيا ضد كندا)] *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 432, at p. 554 (الرأي المخالف للقاضي رانجيفا)؛ و [قضية مذكرة القبض المؤرخة ١١ نيسان/أبريل ٢٠٠٠ (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا)] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 75, 76 (الرأي المستقل المشترك للقضاة هيغيت و كويمانز و بيروغانثال)؛ و [قضية حصانات الدولة من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا؛ اليونان طرف متدخل)] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 170 (الرأي المستقل للقاضي كيث)؛ و [قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال)] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 457.

(٧٤) انظر المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (قرار الجمعية العامة ٨٣/٥٦، المرفق، الجزء الأول، الفصل الثاني)؛ ومشروع الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، مشروع الاستنتاج ٥ (A/68/10)، الفصل الرابع، الفرع جيم). وانظر أيضاً: I. Brownlie, 'Some problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom', in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (2004), 313, 318 (يشير إلى مواد عام ٢٠٠١

للإجراءات التي تتخذها جميع فروع الحكومة (سواء كانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم أية وظائف أخرى) أهمية في هذا الشأن^(٧٥). ويمكن أيضا اعتبار تصرفات الأجهزة الفعلية للدولة، أي ”الكيانات أو الأفراد الذين يعتبرون أجهزة تابعة للدولة بموجب القانون الدولي، على الرغم من أنهم لا يحملون هذه الصفة بموجب القانون المحلي“^(٧٦)، جزءا

(٤ و ٥ و ٨) عندما يشير إلى أنه ”ما من شك أنه ينبغي تطبيق مبادئ مشابهة على تحديد الأجهزة والأشخاص المختصين بإصدار بيانات أو مواد يمكن اعتبار أنها تندرج ضمن ممارسة الدولة“). بيد أن قواعد الإسناد ليست بالضرورة متطابقة في مختلف السياقات؛ انظر، على سبيل المثال، H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II (Oxford University Press, 2013), 1190 (”يجب أن تكون الممارسة الداعمة لوجود قاعدة من قواعد القانون العرفي هي ممارسة الدول، أي ممارسة أجهزة الدولة، على الرغم من أن الأمر يختلف في حالة إثبات مسؤولية الدولة“).

(٧٥) تنص المادة ٤ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا على أن ”يعد تصرف أي جهاز من أجهزة الدولة فعلا صادرا عن هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي، سواء أكان الجهاز يمارس وظائف تشريعية أم تنفيذية أم قضائية أم أية وظائف أخرى...“ (قرار الجمعية العامة ٨٣/٥٦، المرفق)؛ و J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge University Press, 2013), Part II (Attribution to the state), especially pp. 113-126 المتعلق بالحصانة من الإجراءات القانونية التي يتمتع بها المقرر الخاص للجنة حقوق الإنسان [Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999*, p. 62, at p. 87 (”وفقا لقاعدة راسخة في القانون الدولي، يجب أن يعتبر تصرف أي جهاز من أجهزة الدولة فعلا صادرا عن تلك الدولة“)؛ و [قضية الأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, at p. 242 المؤرخ ٨ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٣ الصادر عن مجلس الشيوخ الثاني (المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية) [2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 51 (”لهذا الغرض [أي الرجوع إلى ممارسة الدول في هذا الشأن]، تركز المحكمة على تصرفات أجهزة سلطة الدولة المختصة بالعلاقات القانونية بموجب القانون الدولي؛ وكقاعدة عامة، فإن هذا الجهاز يكون ممثلا في الحكومة أو رئيس الدولة. وفيما عدا ذلك، يمكن لممارسة الدولة أن تنتج أيضا عن الأعمال الصادرة عن الأجهزة الأخرى لسلطة الدولة، كتلك الصادرة عن الهيئة التشريعية أو المحاكم إذا كان لسلوكها صلة مباشرة بالموضوع بموجب القانون الدولي“)؛ M. Bos، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٢٩ (”يمكن للممارسة أن تكون أي شيء يندرج ضمن نطاق ولاية الدولة. ويمكن لجميع الإجراءات، أو بوجه أعم، جميع أشكال السلوك أن تصبح في حد ذاتها أساس قاعدة عرفية ما“)؛ و London Statement of Principles, at 17. أما الموقف القديم القائل بأن الإجراءات التي تتخذها الجهات التي تعينها الدولة لتمثيلها في الخارج (”الأجهزة الدولية للدولة“) يمكن أن تشكل، دون سواها، ممارسة من ممارسات الدولة (وهو موقف أعرب عنه، على سبيل المثال، في K. Strupp, ‘Regles générales du droit de la paix’, 47 *Recueil des Cours* (1934), 313-315، فلم يعد مقبولا عموما.

P. Palchetti, ‘De Facto Organs of a State’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), (٧٦) .para. 2

من ممارسة الدولة^(٧٧). وذلك ”بغض النظر عن المركز الذي يشغله هذا الكيان أو الفرد في منظومة الدولة، وبغض النظر عما إذا كان جهازاً من أجهزة الحكومة المركزية أو من أجهزة إحدى الوحدات الإقليمية للدولة“^(٧٨).

٣٥ - ومن أوجه الصعوبة الرئيسية التحقق من ممارسة الدول. فلا يزال نشر الممارسة وتحديد مسألة من المسائل العملية الهامة في ظل ظروف العالم الحديث، على الرغم من تطور الموارد التكنولوجية والإعلامية^(٧٩). وعلى النحو المبين في الفرع السابع أدناه، فإن هذه المسألة - وهي مسألة نظرت فيها اللجنة منذ بضعة عقود تحت عنوان ”سبل ووسائل جعل إثبات القانون الدولي العرفي أيسر منالاً“ - سيعاد النظر فيها في سياق التقرير الثالث للمقرر الخاص.

٣٦ - ويُقترح مشروعاً الاستنتاجين التاليين:

مشروع الاستنتاج ٥

دور الممارسة

الشرط المتمثل في وجود ممارسة عامة، باعتبارها ركناً من أركان القانون الدولي العرفي، يعني أن ممارسة الدول هي التي تسهم أساساً في وضع قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها.

مشروع الاستنتاج ٦

(٧٧) انظر أيضاً: K. Zemanek, 'What is 'State Practice' and who Makes It?', in U. Beyerlin et al (eds.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt* (Springer-Verlag, 1995), 289, 305 (”السلطة الدستورية للأجهزة التي تقوم بهذه الأعمال لا أهمية لها ما دام السلوك يبدو للدول الأجنبية، وهي تقيمه بحسن نية مع بذل العناية الواجبة، على أنه منسوب إلى الدولة المعنية وعلى أنه تعبير عن موقفها إزاء قاعدة من قواعد القانون العرفي أو تجسيد لذلك الموقف“).

(٧٨) انظر المادة ٤ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (قرار الجمعية العامة ٨٣/٥٦، المرفق). ويبدو أن إشارة اللجنة التابعة لرابطة القانون الدولي إلى أنه في الدول المنظمة في إطار هيكل اتحادي، ”عادة ما لا تشكل أنشطة الكيانات الحكومية الإقليمية داخل الدولة التي لا تتمتع بشخصية قانونية دولية مستقلة في حد ذاتها ممارسة من ممارسات الدولة، إلا في حال القيام بها باسم الدولة أو في حال اعتماد الدولة لها (مصادقتها عليها)“ (16) *ILA London Statement of Principles*, هي إشارة غير دقيقة.

(٧٩) S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), 56 (”الأدلة التي تثبت القانون العرفي [لا تزال] ... متفرقة وغير ملموسة، بل وغير منظمة عموماً“).

إسناد التصرف

تتألف ممارسة الدول من تصرفات تسند إلى الدولة، سواء كانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم أية وظائف أخرى.

٣٧ - مظاهر الممارسة - يشار أحيانا إلى أن 'ممارسة الدول' ينبغي اعتبارها كذلك لأغراض القانون الدولي العرفي فقط عندما تتعلق بنوع من الحالات ضمن مجال العلاقات الدولية^(٨٠)، أو بحدوث فعلي أو بمطالبة (على خلاف التأكيدات بمعناها المطلق)^(٨١). بيد أن هذا النهج محدود للغاية؛ إذ يمكن في الواقع القول بأنه "في النظام الدولي ... كل عمل يصدر عن الدولة هو بمثابة نص تشريعي"^(٨٢). ويمكن لهذه الأعمال أن تشمل التصرفات الفعلية واللفظية (الخطية منها والشفهية). أما الآراء المخالفة التي تفيد بأن "المطالبات نفسها، على الرغم من أنها قد تعبّر عن قاعدة قانونية ما، لا يمكنها أن تشكل ركنا من الأركان المادية للعرف"^(٨٣)، فإن فيها تقييدا شديدا^(٨٤). وقبول مثل هذه الآراء قد يُنظر إليه أيضا

(٨٠) J.L. Kunz، الحاشية 56 أعلاه، الصفحة ٦٦٦؛ و 9 و *ILA London Statement of Principles* (حيث يشار إشارة صائبة إلى أن "تحديد ما إذا كانت مسألة ما تم العلاقات القانونية الدولية لدولة ما، أم أنها تندرج فقط ضمن الولاية القضائية المحلية، أمر يتوقف على درجة تطور القانون الدولي والعلاقات الدولية في ذلك الوقت")؛ و S. Rosenne، المرجع نفسه، الصفحة ٥٦.

(٨١) انظر، على سبيل المثال: H.W.A. Thirlway (writing in 1972), *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972), 58 ("ممارسة الدول، باعتبارها الركن المادي لنشأة العرف هي ذات طابع مادي، وهو أمر ينبغي التأكيد عليه: فهي مؤلفة من الأعمال الصادرة عن الدولة إزاء شخص ما أو سفينة ما أو منطقة محددة من الإقليم، بحيث يكون كل عمل من هذه الأعمال بمثابة تأكيد أو رفض مطالبة متصلة بمسألة خلافية معينة").

(٨٢) A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٣١؛ انظر أيضا: I. Brownlie، الحاشية ٧٤ أعلاه، الصفحتان ٣١٣-٣١٤ (يشير، في جملة أمور، إلى أن "المواد غير المتصلة بالأزمات المفاجئة من المرجح أن تتيح أكثر من غيرها منظورا ناضجا ومتسقا للقانون")؛ و V.D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), 149 (يشير إلى أنه في حين جعل بعض المفكرين القدامى إثبات العرف ينحصر في القواعد العرفية التي بإمكانها أن تلزم الدولة على الصعيد الدولي، "... فإنه يمكن مع ذلك للقواعد العرفية أن تنشأ عن نصوص تشريعية متطابقة أو نصوص أخرى يصدرها عدد من الدول من جانب واحد، بل ويمكن لبعض القرارات الصادرة عن المحاكم المحلية أن تؤثر في الممارسة").

(٨٣) A.A. D'Amato، الحاشية ٦٦ أعلاه، الصفحة ٨٨ (يشرح بأن "الدولة لا تفعل شيئا عندما تقدم مطالبة ما؛ فما لم تتخذ إجراء للإنفاذ، ليس للمطالبة أهمية كبيرة في توقع ما ستقوم به الدولة بالفعل")؛ انظر أيضا: [قضية مصائد الأسماك] *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 191* (الرأي المخالف للقاضي ريد) ("القانون الدولي العرفي لا يمكن إثباته بذكر حالات قدمت فيها دول ساحلية مطالبات كبيرة دون أن تحافظ على مطالباتها تلك بتأكيد سيادتها فعليا للسفن الأجنبية التي تنتهكها ... والدليل المقنع الوحيد على ممارسة الدول يتمثل في عمليات الحجز، حيث تؤكد الدولة الساحلية سيادتها على المياه المعنية من خلال توقيف سفينة أجنبية والثبات على موقفها أثناء التفاوض الدبلوماسي والتحكيم

الدولي“)؛ و A. D'Amato, 'Custom and Treaty: a Response to Professor Weisburd', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), 459, 465 (”ما يصدر عن الحكومات من أقوال هو في أحسن الأحوال نظرية حول القانون الدولي، وليس القانون الدولي نفسه“)؛ و K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٤٢ (”الأعراف تنشأ عن التصرفات لا عن وعود بتلك التصرفات“)؛ و G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 108 (”القانون الدولي العرفي أساسه الممارسة، لا الوعظ... لذا يجب على المرء أن...“)؛ و Conradie J in *S v Petane*, 1988 (3) SA 51 (C), at 59F-G, 61D-E (Cape Provincial Division, South Africa) (”القانون الدولي العرفي أساسه الممارسة، لا الوعظ... لذا يجب على المرء أن...“)؛ و ييحث عن ممارسة الدول في ما تقوم به الدول على أرض الواقع في المناخ القاسي لعالم مضطرب، وليس في ما يصرح به ممثلوها في بيئة الأمم المتحدة التي تشهد نقاشات إيديولوجية ساخنة غالباً ما تحل فيها عبارات السخوط محل التصرف“).

(٨٤) انظر أيضاً M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), 19-20 (”ثمّة جدوى كبيرة في وصف الأقوال بأنها ممارسة من ممارسات الدول. فأولاً وقبل كل شيء... الدول نفسها، شأنها في ذلك شأن المحاكم، تعتبر التعليقات التي يدلى بها في المؤتمرات على أنها منشئة لممارسة الدول“)؛ و C. Parry، الحاشية ٧٠ أعلاه، الصفحة ١٦٨ (”غالباً ما يكون الفرق بسيطاً بين ما تفعله الدولة وما تقوله، لأن أفعالها قد تتمثل في أقوال فقط“)؛ و M. Akehurst, "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), 1, 53 (”ممارسة الدولة تعني أي فعل أو قول صادر عن الدولة يمكن أن تُستمد منه آراء بشأن القانون العرفي“)؛ و R. Müllerson, 'On the Nature and Scope of Customary International Law', *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), 341, 342 (”حتى إذا أراد المرء بشدة أن يميّز تمييزاً واضحاً بين الممارسة الفعلية“ وغيرها من أشكال الممارسة (غير الفعلية؟) فإن الأمر ليس هيناً، بل إنه بكل بساطة مستحيل أحياناً“)؛ و R. Bernhardt, 'Custom and Treaty in the Law of the Sea', 205 *Recueil des Cours* (1987), 247, 265, 267 (”يقال أيضاً في بعض الأحيان بأن الأفعال على أرض الواقع، لا الكلمات، هي التي تشكل، دون سواها، ممارسة للدول ذات صلة بالموضوع... والواقع أن الكلمات والتصريحات والبلاغات، بل وحتى الإشارات، يجب إدراجها في إطار التنوع الكبير للممارسات التي يمكن أن تنشئ القانون العرفي... ومن غير المقبول قانوناً استبعاد البلاغات والكلمات المكتوبة والمنطوقة من عالم ممارسة الدول. فليس هناك أي عدد محدود من أعمال الدول وممارسات الدول يكون، دون غيره، ضرورياً أو حاسماً لنشأة القانون العرفي ودخوله حيز النفاذ. ومن جهة أخرى، يجب الإقرار بأن التصريحات الشفوية لا يمكنها استحداث قواعد عرفية إذا كانت الممارسة الحقيقية مختلفة“)؛ و K. Skubiszewski, 'Elements of Custom and the Hague Court', *ZaöRV*, 31 (1971), 810, 812 (”ممارسة الدول مبنية على تصرفاتها وردود أفعالها. فهي عملية تفاعلية“). غير أن هذا لا يعني أن صورة ممارسة الدولة مشكّلة حصرياً من تصرفات بمعناها الضيق. فالكلمات والامتناع عن التصرف هما أيضاً دليلان على سلوك الدول“) (الإشارات المرجعية محذوفة)؛ و R.R. Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-1966), 275, 300 (”إن البيان الصريح الصادر عن الدولة بشأن ما ترى أنه القاعدة للدليل يثبت موقفها بشكل أفضل بكثير مما يمكن تجميعه من أدلة متفرقة مستمدة من الأعمال الصادرة عن تلك الدولة في أوقات مختلفة وفي سياقات متنوعة“)؛ وتجدر الإشارة أيضاً في هذا السياق إلى العبارات الواردة في بيان لندن بشأن المبادئ المنطبقة على نشأة القانون الدولي العرفي العام، الذي يقبل بأن ”أقوال الدول، لا أفعالها فحسب، تعتبر ضمن ممارسات الدول“، الصفحتان ١٣ و ١٤: ”عند تعريف ممارسة الدول... من الضروري مراعاة التمييز بين التصرفات التي تشكل ممارسة من ممارسات الدول والوزن الذي يعطى لها... ولطالما شاب مناقشة الركن الموضوعي في العرف عدم إجراء هذا التمييز“).

على أنه يشجع على المواجهة، وفي بعض الحالات، حتى على استخدام القوة^(٨٥). وعلى أي حال، يبدو أنه لا يمكن إنكار أن "طريقة التواصل بين الدول قد أصبحت متنوعة. وبذلك تصبح الأعمال 'الحقيقية' المرغوبة أقل تواترا لأن القانون الدولي، وميثاق الأمم المتحدة على وجه الخصوص، يفرض قيودا متزايدة على الدول في هذا الصدد"^(٨٦). وعلاوة على ذلك، فإن "مصطلح 'الممارسة' (بالمعنى الوارد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية) هو مصطلح عام بما فيه الكفاية - في مقابل مرونة القانون العرفي نفسه - ليشمل أي عمل أو سلوك صادر عن دولة ما، وليس من الواضح تماما ما الذي ينقص الأقوال الصادرة عن دولة ما لكي لا تنسب إلى سلوك تلك الدولة"^(٨٧). وفي الوقت نفسه، وعلى النحو المشار إليه أدناه، لا بد من توحي الحذر في تقييم ما تقوله الدول (والمنظمات الدولية): فالكلام لا يؤخذ دوما بظاهره.

٣٨ - وبمجرد قبول التصرفات الفعلية واللفظية باعتبارهما شكلين من أشكال الممارسة بغرض تحديد القانون الدولي العرفي، يصبح "التمييز بين التصرفات المنشئة" و "الدليل على التصرفات المنشئة" ... مصطنعا وعشوائيا"^(٨٨). وسيتفادى التقرير التمييز بين هذين العنصرين. وكما ذكر في المناقشة التي أجرتها اللجنة في عام ٢٠١٣، فإن "المواد [التي ينبغي

(٨٥) انظر أيضا R. Müllerson, 'The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law', in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 161, 162 ("... إذا كانت عمليات الحجز والغزو والإبادة الجماعية وغيرها من الأعمال المشاهدة تشكل، دون سواها، ممارسة الدول، ففي بعض مجالات القانون الدولي (القانون الدولي الإنساني على سبيل المثال) ستكون الدول التي يطلق عليها اسم الدول المارقة هي الدول الوحيدة التي تسهم في تطوير القانون العرفي ... بل إن ذلك سيؤدي [أيضا] إلى زيادة تعزيز دور الدول الكبرى في عملية وضع القانون الدولي. وأخيرا، ... في العديد [...] من مجالات القانون الدولي، لن يكون هناك إلا عدد محدود من الدول التي لديها هذه الممارسة [الفعلية] أو أن الدول ستكتفي بالمشاركة الفعلية في الممارسة من حين لآخر").

(٨٦) K. Zemanek، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٣٠٦.

(٨٧) M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٢١.

(٨٨) K. Zemanek، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٩٢ (يشرح بأنه "يمكن لأحد هذين العنصرين أن يخفي العنصر الآخر"، مضيفا أنه "علاوة على ذلك، لا يمكن للمرء أن يسمع أبدا بعمل 'منشئ' ما لم يدون")؛ وانظر أيضا: A.A. D'Amato، الحاشية ٦٦ أعلاه، الصفحة ٢٦٨ ("... القاعدة القانونية ليست شيئا مجردا، وليس الاعتقاد بالإلزام أمرا يمكننا أن نلمسه. فالقواعد القانونية والحالات الذهنية ما هي إلا مظاهر سلوكية؛ إنها تعميمات تقوم بما عندما نجد أنفسنا إزاء أنماط سلوك متكررة أو حجج قانونية منظمّة. وإذا كان لا بد من استخدام مصطلح 'الدليل'، فيمكن القول بأن القواعد القانونية لا يعبر عنها إلا في شكل 'أدلة'؛ وإذا كان الدليل يثبت بالفعل القاعدة القانونية، فإنه حينئذ تعبير صريح عن القاعدة نفسها. فالدليل عنصر ضروري لا بد منه لاكتمال عناصر القاعدة. ولكن بسبب حالات اللبس الناجمة عن استخدام مصطلح 'الدليل'، فإن هذا الأخير إلى جانب مصطلح 'المصادر'، يندرج بالأحرى ضمن المصطلحات التي تؤدي إلى نتائج عكسية").

الرجوع إليها لتحديد القانون الدولي العرفي] يمكن أن تكون دليلاً على وجود القاعدة العرفية، وبمكثها في حالات أخرى أن تكون أيضاً مصدراً للممارسة ... في حد ذاتها^(٨٩). وبناء على ذلك، فإن ”الدليل [اللازم للتأكد من نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي من عدمه] قد يتخذ أشكالاً متنوعة، بما فيها السلوك، والمهم أن يكون المصدر موثقاً لا غبار عليه، وينبغي أن يعكس الموقف الثابت للدولة المعنية^(٩٠).”

٣٩ - وتتخذ الممارسة (وما يثبتها) أشكالاً كثيرة التنوع، نظراً لأن ”الدول ... في تفاعلها وتواصلها ... لا تقتصر على تصرفات محددة بصورة تعسفية. بل تستخدم جميع الأشكال التي تخدم غرضها^(٩١)”. وقد اعتمدت اللجنة نفسها على طائفة متنوعة من المواد في تقييم الممارسات لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي^(٩٢).

٤٠ - وقام عدة مؤلفين بإعداد قوائم بالأشكال الرئيسية التي يمكن أن تتخذها تلك الممارسة. وعلى سبيل المثال، تتضمن الدراسة المعنونة ”مبادئ براونلي المتعلقة بالقانون الدولي العام“ (Brownlie’s Principles of Public International Law) القائمة غير الحصرية التالية:

المراسلات الدبلوماسية، وبيانات السياسات، والنشرات الصحفية، وآراء المستشارين القانونيين الحكوميين، والأدلة الرسمية بشأن المسائل القانونية (مثل أدلة القانون العسكري)، والقرارات والممارسات التنفيذية، والأوامر الصادرة للقوات العسكرية

(٨٩) جلسة اللجنة ٣١٨٣، المعقودة في ١٩ تموز/يوليه ٢٠١٣ (حمود).

(٩٠) I. Brownlie، الحاشية ٧٤ أعلاه، الصفحة ٣١٨ (التوكيد مضاف). انظر أيضاً A. Clapham، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٥٨ (”من الواضح أن الدليل [على وجود عرف مزعوم] ستكون كثيرة ومتنوعة أيضاً. وهناك مناسبات عديدة يقوم فيها أشخاص يتصرفون أو يتحدثون باسم دولة ما بأعمال أو يصدرن إعلانات فيها تعبير صريح أو ضمني عن رأي معين بشأن مسألة من مسائل القانون الدولي. ويمكن لأي عمل أو إعلان من هذا القبيل أن يشكل إلى حد ما دليلاً على وجود عرف ما، وبالتالي قاعدة من قواعد القانون الدولي، من عدمه. ولكن، بطبيعة الحال، فإن قيمته كدليل تحددها المناسبة والظروف“).

(٩١) K. Zemanek، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٩٩. وإضافة إلى ذلك، ”لا توجد قاعدة من قواعد القانون الدولي تصف الوقائع التي يؤدي حدوثها إلى نشأة عرف ما ... ولا توجد عناصر وقائعية محددة يثبت حدوثها فقط وجود قاعدة ما“: L. Fumagalli، ‘Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Custom’, in N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), 137, 146.

(٩٢) مذكرة الأمانة العامة، الصفحة ١٩ (”اعتمدت اللجنة على طائفة متنوعة من المواد في تقييم ممارسات الدول لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“).

(مثل قواعد الاشتباك)، والتعليقات الواردة من الحكومات على مشاريع لجنة القانون الدولي وشروحها، والتشريعات، والقرارات القضائية الدولية والوطنية، والحيثيات الواردة في المعاهدات وغيرها من الصكوك الدولية (ولا سيما في شكل "جميع الدول")، ونمط واسع من المعاهدات التي لها نفس الشروط، وممارسات الهيئات الدولية، والقرارات المتصلة بالمسائل القانونية في أجهزة الأمم المتحدة، ولا سيما الجمعية العامة^(٩٣).

٤١ - وبالنظر إلى حتمية التغيير السياسي والتكنولوجي ووتيرته، لا يكون من الممكن أو المستصوب السعي إلى إعداد قائمة حصرية بهذه المصادر المادية للقانون الدولي العرفي، إذ لا يزال من غير العملي بالنسبة للجنة، مثلما كانت الحال في عام ١٩٥٠، أن "تذكر جميع الأنواع العديدة التي تبين ممارسات الدول بشأن كل المشاكل الكثيرة الناشئة في القانون الدولي"^(٩٤). وفي الوقت نفسه، قد يكون من المفيد الإشارة إلى بعض الأنواع الرئيسية للممارسات التي اعتمدت عليها الدول والمحاكم والهيئات القضائية، والتي اعتمد عليها في المؤلفات. ومن ثم، فإن القائمة التالية غير حصرية؛ وعلاوة على ذلك، تتداخل بعض الفئات الواردة أدناه، بحيث يمتثل بدرجة كبيرة أن يندرج مثال أو نوع معين من ممارسات الدول في أكثر من فئة.

(٩٣) J. Crawford، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٤ (الحواشي محذوفة)؛ ويضيف المؤلف أن "قيمة هذه المصادر تختلف وتتوقف على الظروف". ويمكن الاطلاع على قوائم أخرى، على سبيل المثال، في L. Ferrari Bravo، 'Méthodes de recherche de la coutume international dans la pratique des États', 192 *Recueil des Cours* (1985)، 233، 257-287؛ و M. E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ١٧؛ و A. Pellet، الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحتان ٨١٥ و ٨١٦. وتوجد لدى أيرلندا قائمة ماثلة على الموقع الشبكي لوزارة الخارجية الأيرلندية: "في غياب المعاهدات التي تنظم العلاقات بين دولتين أو أكثر بشأن ما ينبغي أن يشكل القانون أو، بعبارة أخرى، ما إذا كانت ممارسات الدول المقترنة بالاعتراف بأن ممارسة معينة تكون إلزامية إذا كان يعمل بها باتساق وعلى نطاق واسع، تشكل تلك الممارسة وتوافق الآراء هذا قانونا دوليا عرفيا. ويمكن الاطلاع على الأدلة التي تثبت العرف في المصادر التالية: المراسلات الدبلوماسية؛ وآراء المستشارين القانونيين الرسميين وبيانات الحكومات؛ وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة؛ والتعليقات الواردة من الحكومات على المشاريع التي تعدها لجنة القانون الدولي؛ وقرارات المحاكم الوطنية والدولية". انظر أيضا: [قضية جمهورية ألمانيا الاتحادية ضد مارجيلوس وآخرين (Special Supreme Court of Germany v. Margellos and Others) (1993)، 1، 15 *Law*، 24 (1993)، 1، 15]، و K. Wolfke، 'Some Persistent Controversies Regarding customary International Law', *Netherlands Yearbook of International Law*، 24 (1993)، 1، 15. إعداد قائمة كاملة بالمبادئ التوجيهية".

(٩٤) *Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, 368*

(أ) التصرفات الفعلية للدول - سلوك الدول "على أرض الواقع"^(٩٥). ويمكن أن تشمل أمثلة هذه الممارسات مرور السفن في البحاري المائية الدولية^(٩٦)؛ أو المرور فوق الإقليم^(٩٧)؛ أو احتجاز قوارب الصيد؛ أو منح اللجوء الدبلوماسي^(٩٨)؛ أو السلوك في ميدان المعارك أو أثناء العمليات؛ أو إجراء تجارب نووية في الغلاف الجوي أو نشر أسلحة نووية^(٩٩)؛

(ب) الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية - يمكن أن تشمل الأوامر التنفيذية والمراسيم^(١٠٠)، وغيرها من "التدابير الإدارية"^(١٠١) والبيانات الرسمية التي تصدرها الحكومات من قبيل الإعلانات^(١٠٢) والإشهارات^(١٠٣) وبيانات الحكومة أمام البرلمان^(١٠٤)، والمواقف التي

- (٩٥) أشار القاضي ريد إلى "التأكيد الفعلي على السيادة" في رأيه المخالف في قضية مصائد الأسماك، *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I. C. J. Reports 1951*, p. 116, at p. 191.
- (٩٦) [قضية قناة كورفو] *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I. C. J. Reports 1949*, p. 4, at p. 99.
- (٩٧) [القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960*, p. 6, at pp. 40-41.
- (٩٨) [قضية حق اللجوء الكولومبية - البيروفية] *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 266, at p. 277.
- (٩٩) [قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)] *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I. C. J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305. (الرأي المخالف للقاضي بيترين)؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996*, p. 226, at p. 312. (الرأي المخالف للقاضي شوييل).
- (١٠٠) انظر، على سبيل المثال: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104, 107. (الرأي المخالف للقاضي عمون).
- (١٠١) انظر، على سبيل المثال: [قضية النزاع المتعلق بحق الملاحة والحقوق المتصلة بها (كوستاريكا ضد نيكاراغوا)] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009*, p. 213, at p. 280. (الرأي المستقل للقاضي سيولفيدا - أمور).
- (١٠٢) انظر، على سبيل المثال: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996*, p. 226, at p. 295. (الرأي المستقل للقاضي رانجيفا)؛ و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at p. 104. (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Judgment, I. C. J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84. (الرأي المخالف للقاضي باديا نيرفو)؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84. (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو).
- (١٠٣) انظر، على سبيل المثال: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 104, 105, 107, 126. (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974*, p. 3, at p. 84. (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو).

تعرب عنها الدول أمام المحاكم والهيئات القضائية الوطنية أو الدولية (بما في ذلك موجزات لأصدقاء المحكمة المقدمة من الدول)^(١٠٥)، والبيانات التي تصدر على صعيد دولي^(١٠٦)؛

(ج) الأعمال والمراسلات الدبلوماسية^(١٠٧) - يشمل ذلك الاحتجاجات على ممارسات الدول الأخرى وأشخاص القانون الدولي الآخرين. وقد تتخذ المراسلات الدبلوماسية أشكالاً شتى، منها المذكرات الشفوية والتعميمات ومذكرات الأطراف الثالثة وحتى الأوراق غير الرسمية؛

(د) الأعمال التشريعية - بدءاً بالدساتير وانتهاءً بمشاريع القوانين^(١٠٨)، "تمثل التشريعات جانباً مهماً من ممارسات الدول"^(١٠٩). وكما لاحظت محكمة العدل الدولي

(١٠٤) انظر، على سبيل المثال: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 197 (الرأي المستقل للقاضي جيساب).

(١٠٥) انظر، على سبيل المثال: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55؛ وانظر أيضاً I. Brownlie، الحاشية ٧٤ أعلاه، الصفحة ٣١٥ ("يبدو من الواضح أن البيانات التي يديها الوكلاء والحامون أمام المحاكم الدولية تشكل ممارسة من ممارسات الدول").

(١٠٦) انظر، على سبيل المثال: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 312 (الرأي المخالف للقاضي شوييل).

(١٠٧) انظر على سبيل المثال *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 197 (الرأي المستقل للقاضي جيساب) والصفحتان ٢٩٨ و ٢٩٩ (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(١٠٨) انظر، على سبيل المثال: *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, at p. 24؛ و *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 176, at p. 220 (الرأي المخالف للقضاة هاكويرث وبدوي وليفي كارنيرو والسير بينيغال راو)؛ و *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at pp. 105, 107 and 129 (الرأي المستقل للقاضي عمون، حيث يقول، في جملة أمور، إن "مشروع القانون [المقدم إلى مجلس النواب البلجيكي] ... يعرب عن وجهة النظر الرسمية للحكومة. وهو يشكل واحداً من تلك النصوص التشريعية ضمن الإطار القانوني المحلي الذي يمكن أن يعتبر من السوابق التي تؤخذ في الاعتبار، عند الاقتضاء، للاعتراف بوجود العرف")، والصفحة ٢٢٨ (الرأي المخالف للقاضي لاجس)؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) Merits*, Judgment, I. C. J. Reports 1973, p. 3، الصفحة ٤٤ (الرأي المخالف للقاضي باديا نيرفو)، و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), merits, judgment*, ICJ Reports 1974, p. 3، at p. 51 (الرأي المستقل المشترك للقضاة فورستر وبنغزون وجيمينيز دي أريتشاغا وناجيندرا سينغ ورودا)، والصفحة ٨٤ (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو)؛ والمحكمة الخاصة للبنان، القضية STL-11-01/I، قرار تمهيدي بشأن القانون الواجب التطبيق: الإرهاب، والاتفاق الجنائي، والقتل، وارتكاب الفعل وضم التهم (دائرة الاستئناف)، ١٦ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرات ٨٧ و ٩١-٩٨؛ و [قضية المدعي العام ضد

الدائمة في عام ١٩٢٦، ”من وجهة نظر القانون الدولي، ووجهة نظر محكمة العدل الدولي الدائمة التي هي جهازه، فإن القوانين المحلية ما هي إلا حقائق تعبر عن إرادة الدول وتشكل أنشطتها، شأنها في ذلك شأن القرارات القانونية أو التدابير الإدارية“^(١١٠). وتجدر الإشارة إلى الرأي الذي أعربت عنه اللجنة في هذا السياق في عام ١٩٥٠ ومفاده ”أن لفظه تشريع مستخدمة في هذا السياق بمعنى شامل، إذ يدخل في معناها دساتير الدول، والتشريعات الصادرة عن أجهزتها التشريعية، واللوائح والإعلانات التي تصدرها الهيئات التنفيذية والإدارية. ولا يُستبعد أي شكل من الفصل التنظيمي يكون صادرا عن سلطة عامة“^(١١١)؛

(هـ) أحكام المحاكم الوطنية – قد تصلح القرارات والآراء القضائية الصادرة عن المحاكم المحلية كممارسات للدول^(١١٢)، ”وتكون لها قيمتها كدليل على تلك الممارسات

نورمان] Prosecutor v. Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), 31 May 2004, p. 13, at para. 18 [Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã (Brazilian Federal Supreme Court), Apelação Cível No. 9.696-3/SP, 31 May 1989, pp. 4-5؛ و [Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC, in the Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, Final Appeal Nos. 5, 6 & 7 of 2010 (Civil) 8 June 2011, para. 68 (”وأيا ما كان الأمر، فقد يتصادف أن تنشأ قاعدة من قواعد القانون المحلي في ولاية قضائية معينة عن إحدى قواعد القانون الدولي العرفي أو أن تسبق عرفا أو تسهم في بلورته ليصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“). وفيما يتعلق بالأحكام الدستورية، وتحديدًا ممارسات الدول (وكدليل على الاعتقاد بالإلزام)، انظر R Crotof, ‘Constitutional convergence and Customary International Law’, Harvard International Law Journal, 54 (2013), 195-203.

(١٠٩) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 310, para. 3* (الرأي المخالف للقاضي الخاص غايا). ومضى القاضي غايا إلى القول بأنه ”تكون هناك أهمية أيضا عندما يكون الهدف من إحدى قواعد القانون الدولي هو سلوك السلطات القضائية، على سبيل المثال فيما يتعلق بممارسة المحاكم للولاية القضائية“.

(١١٠) [القضية المتعلقة ببعض المصالح الألمانية في سيليسيا العليا البولندية] *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No 7, p. 19.

(١١١) ‘Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available’, Report of the International Law Commission on its Second Session (A/CN.4/34), *Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, 370*.

(١١٢) انظر، على سبيل المثال: [قضية الباخرة ’لوتس‘ (فرنسا ضد تركيا)] *The Case of the S.S. “Lotus” Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, PCIJ, Series A, No. 10, pp. 28-29؛ و *Republic of the Congo v. Belgium*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, at p. 24؛ و *Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55*؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 55*.

للدول، حتى لو لم تصلح في أي موضع آخر كإثبات للقانون الدولي العرفي“ في حد ذاتها^(١١٣). ولكن عند تقييم قرارات المحاكم المحلية ينبغي أن تؤخذ في الحسبان مكانة القانون الدولي العرفي داخل القانون الذي ينبغي أن تطبقه المحاكم والمهيئات القضائية المختلفة، والأحكام والإجراءات الخاصة التي قد توجد على شتى المستويات المحلية لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي^(١١٤). وعلاوة على ذلك، ”تفاوت قيمة هذه القرارات تفاوتاً كبيراً، وقد تمثل القرارات الفردية نظرة ضيقة وأنانية أو تقوم على استخدام غير كاف

Barcelona Traction, Light and Power Company, و (الرأي المخالف للقاضي غيوم)؛ و 1996, p. 226, at p. 292 *Arrest Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1964*, p. 6, at p. 63 (الرأي المستقل للقاضي ويلينغتون كو)؛ و *Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I. C. J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 88 (الرأي المستقل المشترك للقضاة هيغيتز وكويجمانس وبويرغينثال)؛ و *Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia)*, 15 July 1999, paras. 255-270 و *Prosecutor v. Šainović* و 2007-ECCC/SC (Supreme Court Chamber), 3 February 2012, paras. 223, 224 and *Others*, Case No. IT-05-87-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 23 January 2014, paras. 1627-1642 و *Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia)*, 21 July 2000, para. 281 (إعلان القاضي باتريك روبنسون)؛ و *Case No. Up-13/99 (Slovenian Constitutional Court)*، و *Dralle v. Republic of Czechoslovakia (Austrian Supreme Court)*، و Decision of 8 March 2001, para. 14 H. وانظر أيضاً: Judgment of 10 May 1950, *International Law Reports*, vol. 17, pp. 155 and 157-161 Lauterpacht, ‘Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law’, *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), 65-95 P.M. Moremen, ‘National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?’، *North Carolina Journal of International Law and Commercial Law*, 32 (2006), 259, 265-290 A. Roberts, ‘Comparative International Law: The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law’، *International & Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 57, 62 والمقارن بعنوان “The Contribution of National Courts to the Development of International Law” (٤ شباط/فبراير ٢٠١٤)، ويمكن الاطلاع عليها في الموقع الشبكي التالي: <http://www.biicl.org/news/view/-/id/201/>

(١١٣) ‘Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available’ الحاشية ١١١ أعلاه. وفي هذا الصدد، ورد في دراسة كروفورد المعنونة “*Brownlie’s Principles of Public International Law*” (الحاشية ٣٧ أعلاه) أن بعض قرارات المحاكم الوطنية “تقدم دليلاً غير مباشر على ممارسة دولة المحكمة بشأن المسألة المعنية” (الصفحة ٤١).

(١١٤) A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرة ٨٤؛ انظر أيضاً P.M. Moremen، الحاشية ١١٢ أعلاه، الصفحات ٢٩٠-٣٠٨.

للمصادر“^(١١٥). وبطبيعة الحال، يكون للأحكام الصادرة عن المحاكم العليا ثقل أكبر. ولا يعود من المرجح أن تعتبر القضايا التي جرى نقضها في الجزئية المعنية من الممارسات؛

(و) المنشورات الرسمية في مجالات القانون الدولي - من قبيل الأدلة العسكرية أو التعليمات الصادرة للدبلوماسيين^(١١٦)؛

(ز) المذكرات الداخلية الصادرة عن مسؤولي الدولة - إلا أن هذه المذكرات لا تكون متاحة للجمهور في كثير من الأحيان. إلا أنه ينبغي أن يوضع في الاعتبار أنه كما قيل في سياق مختلف ولكن يمكن القياس عليه، فإن هذه المذكرات ”لا تمثل بالضرورة وجهة نظر أي حكومة أو سياستها، وربما لا تعدو أن تكون رأيا شخصيا شعر أحد موظفي الخدمة المدنية برغبة في الإعراب عنه لموظف آخر بالخدمة المدنية في تلك اللحظة؛ وليس من السهل دائما فصل عناصر الشخصية مما يمثل في نهاية المطاف مذكرات كانت وقت إعدادها مذكرات داخلية وخاصة وسرية“^(١١٧)؛

(ح) الممارسة العملية فيما يتعلق بالمعاهدات - يمثل التفاوض من أجل التوصل إلى معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف وإبرام تلك المعاهدات والدخول فيها والتصديق عليها وتنفيذها (وتقديم اعتراضات وتحفظات عليها) شكلا آخر من أشكال الممارسة العملية^(١١٨). ولا تتعلق هذه الممارسة بقانون المعاهدات وحده، بل قد تتعلق أيضا بالالتزامات المفترضة من خلال الصك القانوني الدولي ذي الصلة^(١١٩)؛

(١١٥) J. Crawford، الحاشية 37 أعلاه، الصفحة ٤١.

(١١٦) انظر على سبيل المثال: [قضية المدعي العام ضد غاليتش]، *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A، Judgment (ICTY Appeals Chamber)، 30 November 2006، para. 89؛ و [قضية المدعي العام ضد ديلايتش]، *Prosecutor v. Delalić*، Case No. IT-96-21-T، Judgment (ICTY Trial Chamber)، 16 November 1998، para. 341.

(١١٧) [قضية جزر البحر الأحمر (إريتريا/اليمن)]، *Red Sea Islands (Eritrea/Yemen) arbitration award*، 9 October 1998، para. 94؛ انظر أيضا: I. Brownlie، الحاشية ٧٤ أعلاه، الصفحتان ٣١٦-٣١٧.

(١١٨) انظر على سبيل المثال [قضية نوتبوم (المرحلة الثانية)]، *Nottebohm Case (second phase)*، Judgment of April 6th، 1955: *I. C. J. Reports 1955*، p. 4، at pp. 22-23؛ والاتفاقية المتعلقة بالإبادة الجماعية [I. C. J. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I. C. J. Reports 1951*، p. 15، at pp. 24-25؛ و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*، p. 3، at pp. 104-105، 126 and 128؛ والرأي المستقل للقاضي عمون]؛ و *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970*، p. 3، at p. 347؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974*، p. 3، at p. 26؛ و *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I. C. J. Reports 1982*، p. 18، at p. 26.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C. J. Reports 1985, p. 13, at p. 79 و؛ و pp. 38 and 48 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment*, و؛ و pp. 138, para. 89, and p. 143, para. 100 *Interpretation of Peace Treaties* و؛ و I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 138, para. 89, and p. 143, para. 100 (الرأي المخالف للقاضي (second phase), *Advisory Opinion: I. C. J. Reports 1950*, p. 221, at pp. 241-242 ريد)؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996* و؛ و pp. 312 and 314 (الرأي المخالف للقاضي شويل)؛ و p. 226، و 292 at (الرأي المستقل للقاضي غيوم)، و pp. 163-164 و 116، p. 116، at pp. 163-164 و *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I. C. J. Reports 1951*، و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I. C. J. Reports 1952*، p. 176، at p. 220. المخالف للقضية هاكويرث وبدوي وليفي كارنيرو والسير بينغال راو)؛ و *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960*، p. 6، at pp. 41-42، and pp. 55-56 (الرأي المستقل للقاضي ف. ك. ويلينغتون كو)، و p. 104 (الرأي المخالف للقاضي السير بيرسي سيندر)؛ و [قضية قرار التحكيم للملك إسبانيا الصادر في ٢٣ الأول/ديسمبر ١٩٠٦] *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960: I. C. J. Reports 1960*، p. 192، at p. 223 (الرأي المخالف للقاضي أورتيا هولغوين)؛ و *Prosecutor v. Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Chamber), Court of Sierra Leone Appeals Chamber*، 31 May 2004، p. 13، paras. 18-21، والقضية STL-11-01/I، قرار تمهيدي بشأن القانون الواجب التطبيق: الإرهاب، والاتفاق الجنائي، والقتل، وارتكاب الفعل وضم التهم (دائرة الاستئناف)، ١٦ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرات ٨٧-٨٩؛ و [قضية السفينة باكيبي هابانا] 686-700 (United States Supreme Court, 1900)، *The Paquete Habana*، 175 U.S. 677، و انظر أيضا A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحات ١-٤٦ (”المعاهدات ليست إلا شكلا إضافيا من ممارسات الدول“)؛ و تقرير الفريق العامل المعني بالاحتجاز التعسفي الصادر عن مجلس حقوق الإنسان (٢٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢)، *A/HRC/22/44*، الفقرة ٤٣.

(١١٩) انظر أيضا A. D'Amato، الحاشية أعلاه ٨٣، الصفحة ٤٦٢ (”إن ما يجعل مضمون معاهدة يعتبر ركنا من العرف هو أن أطراف المعاهدة دخلت في التزام بالتصرف وفقا لأحكامها. وبغض النظر عن قيام هذه الأطراف أو عدم قيامها لاحقا بالتصرف وفقا لأحكام المعاهدة، تظل هناك حقيقة أنها التزمت بالتصرف. ويكون الالتزام نفسه في هذه الحالة هو ركن العرف المتعلق بـ 'ممارسة الدول'“)؛ و J. Barboza، 'The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly'، in C.A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber* و (”تكون *Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda* (Kluwer Law International, 2000)، 1، 2-3 النصوص أدق من التصرفات في تعبيرها عن محتويات ممارسة ما، لا سيما عندما تتولى إعداد تلك النصوص بعناية مجموعات من الخبراء التقنيين والقانونيين“)، ولكن انظر K. Wolfke، 'Treaties and Custom: Aspects of Interrelation'، in J. Klabbbers، R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998)، 31، 33 ذاتها أي ركن من أركان الممارسة [باستثناء القانون العرفي للمعاهدات بطبيعة الحال]. ولكنها يمكن أن تسهم في ركن القبول كقانون من جانب الأطراف“.

(ط) قرارات أجهزة المنظمات الدولية، مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة، والمؤتمرات الدولية^(١٢٠): يتعلق الأمر أساساً بممارسات الدول فيما يتصل باعتماد القرارات الصادرة عن أجهزة المنظمات الدولية أو في المؤتمرات الدولية، وتحديد التصويت لصالحها أو ضدها (أو الامتناع عن التصويت) والشروح المرفقة بتلك النصوص (إن وجدت)^(١٢١).

(١٢٠) انظر، على سبيل المثال: Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3, at p. 26 و Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at pp. 302-303 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("ألاحظ، إضافة إلى ذلك، أن المواقف التي تتخذها وفود الدول في المنظمات والمؤتمرات الدولية، ولا سيما في الأمم المتحدة، تشكل بصورة طبيعية جزءاً من ممارسة الدول ... ولا يمكن إنكارها، فيما يتعلق بالقرارات التي تنشأ عنها، أو بالأحرى فيما يتعلق بالأصوات المعرب عنها فيها باسم الدول، بحيث ترقى هذه التصرفات إلى سوابق تسهم في نشأة العرف")؛ و Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 312 (الرأي المخالف للقاضي شوبيل، الذي يذكر "إجراءات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة" في إطار "ممارسة الدول")؛ و [قضية تيمور الشرقية (البرتغال ضد أستراليا)] East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90, at p. 188 (الرأي المخالف للقاضي فيرمانتري). ("تمثل القرارات المختلفة التي اتخذتها الجمعية العامة فيما يتصل بهذا الحق بوجه عام، والتي ساعدت على تشكيل القانون الدولي العام، ... مصدراً مادياً مهماً من مصادر القانون الدولي العرفي في هذا الصدد"). ويعترف أيضاً قرار مجلس الأمن ٢١٢٥ (٢٠١٣) ضمناً بذلك الدور المحتمل للقرارات بالتشديد على "أن هذا القرار لا يعتبر منشئاً لقانون دولي عرفي" (الفقرة ١٣).

(١٢١) انظر أيضاً R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), 2 ("الأمم المتحدة هيئة مناسبة للغاية للجوء إليها بهدف الوقوف على مؤشرات التطورات الحاصلة في القانون الدولي، ذلك أنه يفترض أن العرف الدولي يستنبط من ممارسة الدول، التي تتضمن تعاملاتها الدولية التي تنبئ في تصرفاتها الدبلوماسية وتصريحاتها العلنية. ومع تطور المنظمات الدولية، أصبحت لأصوات الدول وآرائها أهمية قانونية باعتبارها إثباتاً للقانون العرفي. وعلاوة على ذلك، تتضمن ممارسة الدول أعمالها الجماعية فضلاً عن مجموع أعمالها الفردية. .. ويمثل وجود الأمم المتحدة ... حالياً مركز تنسيق شديد الوضوح وشديد التركيز لممارسة الدول")؛ و B. Conforti, B. Labella, الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحات ٣٥ و ٤٢ و ٤٣ ("تكتسي قرارات المنظمات الدولية أيضاً أهمية في تأكيد العرف باعتبارها من تصرفات الدول، أي بحمل التعبيرات عن إرادة الدول التي صوتت لصالح القرارات ... وتحظى المنظمات الدولية ببعض عناصر الشخصية الدولية. أما فيما يتعلق بوضع القانون العرفي فيجب النظر إلى قرارات المنظمات باعتبارها إجراءً جماعياً لجميع الدول التي صوتت لصالح القرار وليس باعتبارها إجراءً للمنظمة نفسها. وهذا ما يفسر السبب في أن تلك القرارات تضطلع بدور في وضع العرف فقط في الحالات التي تتخذ فيها بالإجماع أو بتوافق الآراء أو على الأقل بأغلبية واسعة")؛ و I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 19-20 ("تساعد عدة آليات في عملية تجميع ممارسات الدول. فأولاً، تشكل قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، عندما تطرق إلى المسائل القانونية، دليلاً على ممارسة الدول. وذلك ما تفعله أيضاً قرارات مؤتمرات رؤساء الدول")؛ و ILA London Statement of Principles, at 19 ("في سياق نشأة القانون الدولي العرفي ... لعل أفضل طريقة للنظر إلى [قرار يصدره جهاز تابع لمنظمة دولية، يتضمن بيانات بشأن القانون الدولي العرفي] اعتبار ذلك القرار مجموعة من الإفادات الشفوية المقدمة من فرادى الدول الأعضاء المشاركة في ذلك الجهاز")؛ ولكن

وفي الوقت نفسه، يجب ألا يغيب عن البال أن ”النص النهائي لقرار منظمة دولية سيظل دائما يفتقر إلى القدرة على بيان جميع القضايا والبدائل التي يصوغها كل طرف من أطراف المفاوضات... ولذلك ينبغي عدم الإفراط في الاعتماد على الطرق المختصرة التي توفرها عمليات صنع القرار التي تضطلع بها المنظمات الدولية من أجل تحديد ممارسة الدول“^(١٢٢). (وستتناول هذه المسألة بشكل أوفى في التقرير الثالث).

٤٢ - الامتناع باعتباره ممارسة - يمكن أيضا أن يعتبر الامتناع عن التصرف، الذي يشار إليه أيضا بعبارة ”الممارسة السلبية للدول“^(١٢٣)، ممارسة^(١٢٤). ويمكن أن يكون امتناع الدول

انظر I. MacGibbon, 'General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity', in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 10, 19 (”في حين تجسد قرارات الجمعية العامة (برغم صعوبة تصور أنها تمثل في حد ذاتها ممارسات للدول بأي معنى حقيقي)، أو بالأحرى تنشأ عن أشكال مختلفة من سلوك الدول في الجمعية العامة، وبالتالي تعكس نوعا ما من ممارسة الدول، فإنها برغم ذلك نوع هامشي - وفي سياق تطور العرف الدولي - نوع مصطنع إلى حد ما“); و H. Meijers, 'On International Customary Law in The Netherlands', in I.F. Dekker, H.H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), 77, 84 (”هل تتصرف الدولة، عند التصويت على قبول القرار، على سبيل المثال في الجمعية العامة للأمم المتحدة، بوصفها دولة، أو باعتبارها جزءا من جهاز تابع للأمم المتحدة، وشخص مستقل من أشخاص القانون الدولي؟ تبدو الإجابة واضحة: باعتبارها جزءا من جهاز الأمم المتحدة... [فقط عندما] تذكر سبب تصويتها على النحو الذي صوتت به، أو تقدم وجهة نظرها في ذلك القرار، يمكن اعتبار ذلك حينئذ تصرفا من تصرفات الدولة“).

J. Wouters, P. De Man, 'International Organizations as Law-Makers', in J. Klabbers, A. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar Publishing, 2011), 190, 208 (الإشارة محدوفة). وانظر أيضاً R. Higgins، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحتان ٢٣ و ٢٤ (”القرارات ما هي إلا مظهر واحد من مظاهر ممارسة الدول. ولكن في السنوات الأخيرة كان هناك اهتمام مبالغ فيه بالقرارات بوصفها ظاهرة منعزلة. ومن الناحية الفكرية، يصعب فهم ذلك أو تبريره. ولا يسعنا إلا أن نفترض أن التعليق على الأثر القانوني لأحد القرارات أسهل - أي يقتضي قدرا أقل من الجهد والدقة والتحليل الدقيق - من النظر إلى ممارسة جماعية بشأن قضية معينة بجميع مظاهرها المعقدة. وتشارك الهيئات السياسية التابعة للمنظمات الدولية في النقاش؛ وفي تبادل الآراء والمواقف المتخذة بصورة علنية؛ وفي الإعراب عن التحفظات على الآراء التي يبيدها آخرون؛ وفي إعداد مشاريع المعاهدات أو الإعلانات أو القرارات الملزمة أو المدونات؛ وفي عملية اتخاذ القرارات التي قد تنطوي ضمنا على رأي قانوني بشأن مسألة معينة. إلا أن الطريقة المتبعة حاليا تتمثل غالبا في النظر في القرار واستبعاد كل ما سواه“).

(١٢٣) انظر على سبيل المثال *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I. C. J. Reports 2002*, p. 3, at pp. 144 and 145 (الرأي المخالف للقاضية فان دين وبنغارت)؛ و P. Tomka، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٢١٠.

(١٢٤) انظر على سبيل المثال *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, No. 10, p. 28 و *Nottebohm Case (second phase)*, *Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22 و *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, و

الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة كمارسة)؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996*, p. 226, at p. 253, para. 65 (المحكمة في إشارتها إلى الأسباب المؤيدة لمنع يحاول الاعتماد على "اتساق ممارسة عدم استخدام الأسلحة النووية من جانب الدول")؛ و *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012*, p. 99, at p. 135, para. 77 ("توجد أهمية أيضا للغياب شبه الكامل للاجتهاد القضائي المضاد، وكذلك لغياب أي بيانات من جانب الدول")؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن النتائج القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) رغم قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971*, p. 16, at p. 134 (الرأي المستقل للقاضي بيترين، في إشارته إلى ممارسة عدم الاعتراف حين يقول إن التعبير "لا يعني ضمنا عدم وجود إجراء إيجابي وإنما الامتناع عن القيام بأعمال تعني الاعتراف")؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 221 (الرأي المخالف للقضاة هاكويرث وبدوي وليفي كارنبرو والسير بينينغال راو)؛ و *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970*, p. 3, at pp. 198 and 199 (الرأي المستقل للقاضي جيساب، في معرض إشارته إلى امتناع وزارة خارجية الولايات المتحدة عن تمثيل شركة أمريكية، وعدم لجوء الولايات المتحدة إلى حجج معينة كأساس لمقاومة مطالبة في نزاع بين الدول). ولأغراض دعم الكتابة الأكاديمية، انظر على سبيل المثال 15 *ILA London Statement of Principles*؛ و G.I. Tunkin، 'Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law', *California Law Review*, 49 (1961)، 419، 421 ("قد تتألف ممارسة الدول من إجراءات قطعية تتخذها في ظروف معينة أو، بالعكس، تمتنع عن اتخاذها")؛ و S. Séfériades، 'Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement', *RGDIP*, 43 (1936)، 129، 143 (حتى الإجراءات السلبية - أي الإحجام عن عمل - حينما تتكرر بصفة متعاقبة، تكون طبيعتها التحول في نهاية المطاف إلى عادات، مما يرسخ الالتزام القانوني بعدم التصرف. وبالمثل، يبدو لنا أنه فيما يتعلق بقانون الشعوب، لا يكون بوسعنا تجاهل وجود أصل عرفي هو التزام الدول بالامتناع عن القيام بأي تصرف تجاه ممثلي البلدان الأجنبية يكون من شأنه المساس بحريتهم الشخصية أو حرمة إقامتهم وكذلك التزام قوات الاحتلال باحترام الممتلكات الشخصية للأعداء على أرض الواقع)؛ و H. Meijers، 'How is International Law Made? - The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules', *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978)، 3، 4-5 (النشاط يجرف العمل غير النشط... فعدم الاحتجاج - أي عدم وجود اعتراض علني على وضع القاعدة الجديدة - يكفي لاستحداث قاعدة من قواعد القانون العرفي (والالتزام بالتقيد بها))؛ و J. L. Kunz، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحة ٦٦٦؛ و M. Mendelson، 'The Subjective Element in Customary International Law', *British Yearbook of International Law*, 66 (1995)، 177، 199 ("عدم الامتناع له قدرة تامة على أن يشكل ممارسة من ممارسات الدولة بشرط أن يخلو بالقدر الكافي من اللبس").

محوريا في تطوير وتأكيده قواعد القانون الدولي العرفي، لا سيما حين يوصف بأنه إقرار (أو يتصور أنه كذلك)^(١٢٥). ويعتزم النظر في هذه المسألة بإمعان أكبر في التقرير الثالث، في ضوء المناقشة التي جرت في اللجنة في عام ٢٠١٤.

٤٣ - ممارسة المنظمات (الحكومية) الدولية - يتسم هذه المجال بالأهمية، وسيجري تناوله بتفصيل أكبر في التقرير الثالث^(١٢٦). ومع مراعاة أن "أشخاص القانون في أي نظام قانوني ليسوا بالضرورة متطابقين في طبيعتهم أو في نطاق حقوقهم، وأن طبيعتهم تعتمد على احتياجات المجتمع المحلي"^(١٢٧)، فإن أعمال المنظمات الدولية التي خولتها الدول صلاحيات يمكن أن تسهم أيضا في تكوين ممارسة عامة في المجالات التي تعمل فيها تلك المنظمات، أو تكون دليلا على تكوينها^(١٢٨). وفي تقييم ممارسات تلك المنظمات، ينبغي التمييز بين

(١٢٥) انظر أيضاً R. Kolb، الحاشية ٤٧ أعلاه، الصفحة ١٣٦ ("لا تكاد توجد مبالغة في القول بأن العرف يتمثل في المقام الأول في الصمت والامتناع، لا في التصرف")؛ و A. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٧ ("إذا لم تكن هناك ضرورة إلى العمومية بمعنى الأعمال الإيجابية التي تقوم بها الدول، فيجب على الأقل أن يكون من الممكن استنباط الإقرار في قاعدة ما من الأغلبية الكبيرة جدا من الدول"). وتفرق دراسة Danilenko بين "الممارسة العرفية الإيجابية والسلبية، مما يوحي بأن الأخيرة "تزيد من قيمة الممارسة الإيجابية كسابقة ومن ثم تصبح عاملا رئيسيا في عملية وضع القواعد العرفية المقبولة عموما": G.M. Danilenko، الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحة ٢٨.

(١٢٦) من الأعمال الرائدة في هذا المجال: G. Cahin، *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001).

(١٢٧) انظر: [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة] Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1949, p. 174, at 178.

(١٢٨) انظر على سبيل المثال، Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I. C. J. Reports 1951, p.15, at p. 25 و Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7, at p. 95 (الرأي المستقل للقاضي ويرامان تري، الذي يشير إلى "ممارسة المؤسسات المالية الدولية")؛ وانظر أيضا A/CN.4/659، الصفحة ٢٣ ("في ظل ظروف معينة، اعتمدت اللجنة على ممارسات المنظمات الدولية لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وتعلق ذلك الاعتماد بطائفة متنوعة من جوانب ممارسات المنظمات الدولية، من قبيل علاقاتها الخارجية وممارستها لمهامها، وكذلك المواقف التي اتخذتها أجهزة تلك المنظمات فيما يتصل بمجالات محددة أو مسائل عامة في العلاقات الدولية")؛ و (R. Jennings, A. Watts (eds.))، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٣١ ("قد يكون تركيز ممارسة الدول الذي جرى الآن تطويره وعرضه في المنظمات الدولية والقرارات الجماعية والأنشطة التي تضطلع بها المنظمات نفسها دليلا مهما على الممارسات العامة المقبولة كقانون في المجالات التي تعمل فيها تلك المنظمات")؛ و ILA London Statement of Principles، at 19 ("ممارسة المنظمات الحكومية الدولية في حد ذاتها شكل من أشكال 'ممارسة الدول'")؛ ولكن انظر M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحتان ١٦ و ١٧. وللوقوف على هذا الموضوع بشكل عام انظر J. Klabbbers، 'International Organizations in the Formation of Customary International Law'، in E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), Customary International

الممارسة المتعلقة بالشؤون الداخلية للمنظمة من جهة، وممارسة المنظمة في علاقتها مع أطراف، منها الدول والمنظمات الدولية، من جهة أخرى^(١٢٩). والممارسة الأخيرة هي التي تمثل أهمية للأغراض الحالية، وتتألف في معظمها من "أنشطة تنفيذية"، يعرفها أحد المؤلفين بأنها "الأعمال البرنامجية التي تضطلع بها المنظمات الدولية في إطار مهمتها الشاملة أو تنفيذها لولاية محددة"^(١٣٠). وهناك سمة فارقة مهمة أخرى ينبغي الإشارة إليها في هذا السياق للتمييز بين ممارسة الأجهزة أو الهيئات الأخرى التي تتألف من ممثلي الدول وممارسة الأجهزة التي تتألف من أفراد يعملون بصفتهم الشخصية، إذ لا يمكن أن يقال إن الفئة الأخيرة تمثل الدول^(١٣١). وينبغي كذلك التمييز بين "منتجات أمانات المنظمات الدولية ومنتجات الأجهزة الحكومية الدولية التابعة للمنظمات الدولية. وفي حين يمكن أن يوفر كلاهما مواد يمكن الرجوع إليها ... فإن الوزن الأكبر ... ينبغي أن يولى لمنتجات الأخيرة، التي يكون مؤلفوها هم أيضا المؤلفين الرئيسيين لممارسات الدول"^(١٣٢). وفي حين يلمح البعض إلى أن "المنظمات الدولية تمثل طريقا مختصرة لتحديد العرف"^(١٣٣)، فمن الضروري توخي قدر

إذا (حيث تثار أيضا مسألة ما إذا كانت ممارسات تلك المنظمات المتعلقة بتجاوز السلطة تحتسب "ممارسة")؛ و L. Hannikainen, 'The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law', *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), 125-141. وبطبيعة الحال، تختلف المنظمات الدولية اختلافا كبيرا عن بعضها البعض، وهذا أمر ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار عند تقييم أهمية ممارساتها (انظر أيضا التعليق ٨ على المادة ٦ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية التي أعدتها اللجنة (A/66/10)، الفصل الخامس، الفرع هاء).

(١٢٩) على سبيل المثال، إدارة الإقليم أو عمليات حفظ السلام. وفي الواقع، لم يعد يعتقد أن تلك الممارسة تقتصر على "علاقات الدول بالمنظمات" (Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available، الحاشية ١١١ أعلاه، الصفحة ٣٧٢).

(١٣٠) انظر، I. Johnstone, 'Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations', *George Washington International Law Review*, 40 (2008), 87, 94 (إلا أن هذه الدراسة تناقش هذه الأنشطة في سياق مختلف بعض الشيء؛ وتضيف أن هذه الأنشطة "مختلفة عن الوظائف المعيارية الأكثر صراحة التي تضطلع بها المنظمات الدولية، مثل وضع المعاهدات أو اعتماد قرارات وإعلانات وأنظمة الهيئات الحكومية الدولية").

(١٣١) وبناء على ذلك، فإن أعمال اللجنة أيضا، المستخدمة غالبا كوسيلة فرعية لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، "لا يمكن مساواتها بممارسة الدول، أو اعتبارها دليلا على الاعتقاد بالإلزام" (H. Thirlway, 'Law and Procedure, Part Two', *British Yearbook of International Law*, 61 (1990), 1, 59-60).

(١٣٢) على النحو الذي اقترحه السيد تلامي في بيانه خلال المناقشة التي أجرتها اللجنة العام الماضي (الجلسة ٣١٨٢، ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٣).

(١٣٣) J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press, 2005), 592 (يرد في تفسير هذه النقطة أن "اللجوء في العصر الحديث إلى أشكال من الأدلة عن العرف مستمدة من المنظمات الدولية يمكن أن يعتبر ... لهجا يتسم بقدر أكبر نسبيا من المساواة للتوصل إلى هذا المصدر من القانون،

كبير من الحذر في تقييم ممارساتها^(١٣٤). ويمكن أيضاً أن تكون للاعتبارات المنطبقة على ممارسة الدول أهمية بالنسبة لممارسات المنظمات الدولية، وينبغي قراءة هذا التقرير في ذلك الضوء.

٤٤ - ويمكن معادلة ممارسة المنظمات الدولية (مثل الاتحاد الأوروبي) التي قامت الدول الأعضاء فيها في بعض الأحيان بتفويضها اختصاصات حصرية، بممارسة الدول، نظراً لأن تلك المنظمات تعمل في مجالات معينة في محل الدول الأعضاء.^(١٣٥) وينطبق ذلك على أعمال تلك المنظمات، أيا كانت الأشكال التي تتخذها، سواء كانت تنفيذية أو تشريعية أو قضائية. وإذا لم يعادل المرء ممارسة تلك المنظمات الدولية بممارسات الدول، فسيعني ذلك في الواقع أن الأمر لا يقتصر على عدم الاعتداد بممارسة المنظمة المعنية بوصفها ممارسة للدولة بل سيعني أيضاً أن الدول الأعضاء في تلك المنظمات ستكون محرومة من المساهمة في ممارسة

حتى لو كان ذلك، كما يرى النقاد أن هذا هو الواقع بالنسبة لقرارات الجمعية العامة على سبيل المثال، على حساب إعطاء منزلة أكبر في بعض الأحيان لأقوال الدولة مقارنة بأفعالها.

(١٣٤) انظر أيضاً J. Wouters, P. De Man، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ٢٠٨ (“ينبغي بالتالي مراعاة عدم مساواة ممارسة المنظمات الدولية بممارسة الدول. أما مسألة ما إذا كان يمكن إسناد الإجراءات التي تتخذها المنظمات الدولية إلى مجتمع الدول ككل فتلك مسألة معقدة وتعتمد الإجابة على ... عوامل متباينة”).

(١٣٥) انظر أيضاً البيان الصادر عن الاتحاد الأوروبي، A/C.6/68/SR.23 (٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٣)، الفقرة ٣٧ (“يعمل الاتحاد في المجال الدولي على أساس الاختصاصات التي أسندتها إليه معاهدات تأسيسه. فالإتحاد طرف متعاقد في عدد كبير من الاتفاقات الدولية، بجانب دول أخرى. وعلاوة على ذلك، فإن لديه اختصاصات حصرية في عدة مجالات يشملها القانون الدولي. وهذه السمات الخاصة تسند إليه دوراً خاصاً في نشأة القانون الدولي العرفي، الذي يمكن أن يسهم فيه بصورة مباشرة من خلال إجراءاته وممارساته”)؛ وانظر أيضاً F. Hoffmeister ‘The Contribution of EU Practice to International Law’, in M. Wood, O. Sender, ‘State Practice’ و Cremona, *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), 37-128 و E. Paasivirta, P.J. M. Wood, O. Sender, ‘State Practice’، الحاشية ٧١ أعلاه، الفقرتان ٢٠-٢١؛ و K. Kuijper, ‘Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 36 (2005), 169, 204-212. وقد أشارت السيدة جاكوبسون بالمثل إلى أنه “بوسع المرء أن يتجاهل ... ممارسة إحدى المنظمات الدولية إذا كانت تلك المنظمة مختصة بوضع التشريعات المتعلقة بمسألة معينة. فهذه الممارسة لا يمكن أن توصف بأنها مجرد رأي المنظمة بشأن القانون الدولي العرفي، وإنما يمكنها أيضاً أن تعادل ممارسة الدول” (جلسة اللجنة ٣١٨٤، المعقودة في ٢٣ تموز/يوليه ٢٠١٣). ولكن انظر J. Vanhamme, ‘Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union’s Contribution’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), 127, 131 (“تشكل أعمال الجماعة الأوروبية ممارسات الاتحاد الأوروبي. ويكون وصفها كممارسات للدول [أي إسنادها إلى الدول الأعضاء] إنكاراً لواحدة من السمات الرئيسية للجماعة الأوروبية، أي استقلالية عملها على أساس السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية المفوضة لها من الدول الأعضاء. وعلاوة على ذلك، تمثل الممارسة القانونية الدولية للجماعة الأوروبية تمثيلاً أميناً قاعدة الاعتقاد بالالتزام لجميع الدول الأعضاء الـ ٢٧ [التي التزمت التزاماً دائماً بقبول قراراتها باعتبارها قانوناً ملزماً]”).

الدول، أو غير قادرة على هذه المساهمة، في الحالات التي تكون الدول الأعضاء قد حولت بعض صلاحياتها العامة إلى المنظمة المعنية.

٤٥ - دور الجهات الأخرى من غير الدول - يقترح أحيانا الاعتراف بسلوك "الجهات الأخرى من غير الدول"، مثل المنظمات غير الحكومية بل وحتى الأفراد، كعامل يساهم في تطوير القانون الدولي العرفي^(١٣٦). وأشار البعض في هذا السياق أنه "وفقا للمادة ٣٨ من

(١٣٦) من أجل وجهة نظر دينامية بشأن 'المشاركة' في وضع القانون الدولي أو الدعوة إلى جعل هذه العمليات 'شاملة للجميع'، انظر على سبيل المثال [مذكرة التوقيف المؤرخة ١١ نيسان/أبريل ٢٠٠٠ (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا)]، Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, at p. 155 (الرأي المخالف للقاضية فان دين وينغيت) ("لا يمكن اليوم استبعاد رأي المجتمع المدني كليا في نشأة القانون الدولي العرفي")؛ [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن النتائج القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) رغم قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)؛ و Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at pp. 69-70, 74 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("قد يكون العامل الرئيسي في نشأة القانون الدولي العرفي الذي يعترف بحق الشعوب في تقرير مصيرها هو كفاح الشعوب [من أجل هذه القضية] قبل أن يعترف بها [وهي الآن من أعضاء المجتمع الدولي] كدول... وإذا كانت هناك أي 'ممارسة عامة' يمكن الاعتقاد، دون أدنى شك، بأنها تشكل قانونا بالمعنى المقصود في الفقرة ١ (ب) من المادة ٣٨ من النظام الأساسي للمحكمة، فمن المؤكد أنها ستتألف من العمل الواعي للشعوب نفسها، المنخرطة بعزم في كفاحها")؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الصحراء الغربية] Western Sahara, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, p. 12, at p. 100 (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و L.-C. Chen, An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 344 ("من غير الواقعي التركيز على 'الدول'... فأنماط السلوك ذات الصلة تتسع لتشمل أيضا الأفراد وممثلي المنظمات غير الحكومية")؛ و D. Bodansky, 'Customary (and Not So Customary) International Environmental Law', Indiana Journal of Global Legal Studies, 3 (1995), 105, 108 (مشيرا إلى سلوك الدول و "المنظمات الدولية والشركات عبر الوطنية وغيرها من الجماعات غير الحكومية")؛ و I. Gunning, 'Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights', Virginia Journal of International Law, 31 (1991), 211, 212-213 (وجه الخصوص، ستتقصى هذه المادة، بالتساؤل في مدى ثمول الصياغات التقليدية للسيادة الوطنية، إمكانية السماح للجماعات عبر الوطنية وغير الحكومية بأن يكون لها صوت قانوني في إنشاء العرف")؛ و C. Steer, 'Non-State Actors in International Criminal Law', in J. D'Aspermont (ed.), Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law (Routledge, 2013), 295-310 (الذي يذهب إلى أنه في القانون الجنائي الدولي يحدّد المضمون المعياري من جانب الجهات من غير الدول، مثل المنظمات غير الحكومية والقضاة والمحامين)؛ و J.J. Paust, 'Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion', Virginia Journal of International Law, 51 (2011), 977-1004

و A. Roberts, S. Sivakumaran, 'Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law', Yale Journal of International Law, 37 (2012), 107-152

النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، لا يلزم أن يكون العرف متبعاً أو معترفاً به 'من جانب الدول' وحدها، على النحو المطلوب فعلاً بالمعيار نفسه عند الإشارة إلى المعاهدات. وبالتالي، فالممارسات قد تصدر، من حيث المبدأ، عن الدول وعن جهات من غير الدول^(١٣٧). والأصوب أنه بينما يمكن للأفراد والمنظمات غير الحكومية القيام فعلاً "بأدوار هامة في تعزيز القانون الدولي، والالتزام به"^(١٣٨) (على سبيل المثال، عن طريق تشجيع ممارسة الدول من خلال الاحتجاج بالقانون الدولي في المحاكم الوطنية أو من خلال الاضطلاع بدور مهم في تقييم هذه الممارسة)، فإن التصرفات الصادرة عن هذه الجهات لا تمثل "ممارسة" فيما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي أو إثباته^(١٣٩).

و W.M. Reisman, 'The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application', in R. Wolfrum, V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005), 15-30

J.P. Bohoslavsky, Y. Li and M. Sudreau, 'Emerging Customary International Law in Sovereign Debt (١٣٧) Baron (المقترح الأصلي لبارون ديكامب (Governance?', *Capital Markets Law Journal*, 9 (2013), 55, 63 (Descamps) فيما يتعلق بالقواعد التي ينبغي أن تطبقها محكمة العدل الدولية الدائمة يشار فيه إلى العرف بوصفه "ممارسة بين الدول قبلها كقانون". انظر K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٣.

.T. Buerenthal, S.D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th edition (West Publishing, 2013), 75 (١٣٨)

(١٣٩) راجع الفقرة ٢ من الاستنتاج ٥ من مشروع استنتاجات اللجنة بشأن الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة في ما يتعلق بتفسير المعاهدات (تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠١٣، الفقرة ٣٨): "لا يشكل أي سلوك آخر، بما في ذلك سلوك الجهات غير التابعة للدول، ممارسة لاحقة بمقتضى المادتين ٣١ و ٣٢. ويجوز مع ذلك أن يكون هذا السلوك ذا علاقة بتقدير الممارسة اللاحقة لأطراف المعاهدة"؛ وانظر أيضاً البيانات التي أدلى بها باسم إسرائيل وجمهورية إيران الإسلامية في مناقشة اللجنة السادسة عام ٢٠١٣ بشأن أعمال لجنة القانون الدولي (يمكن الاطلاع عليها على الرابط <http://www.un.org/en/ga/sixth>)؛ و A.C. Arend, *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press, 1999), 176 ("على الرغم من وجود جهات من غير الدول ودخولها في بعض الحالات في اتفاقات دولية، فهذه الجهات لا تدخل في عملية وضع قانون دولي عام مباشرة ودون وساطة. وبعبارة أخرى، فإن تفاعل الجهات من غير الدول مع بعضها بعضاً ومع الدول لا ينتج قانوناً دولياً عرفياً")؛ و J. D'Aspermont, 'Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system', in J. D'Aspermont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (Routledge, 2013), 425, 430 (M.H. Mendelson، الحاشية ٧١ أعلاه، الصفحة ٢٠٣ (حيث يشار إلى أن مساهمة الجهات من غير الدول في نشأة القانون الدولي العرفي "[هي] بالمعنى الأوسع مساهمة غير مباشرة")؛ و Y. Dinstein، الحاشية ٧١ أدناه، الصفحات ٢٦٧-٢٦٩؛ و *ILA London Statement of Principles*, at 16. وفي ما يتعلق باقتراح البعض أن ممارسة الأفراد، مثل الصيادين، قد اعترف بها كمصدر يفضي إلى نشوء القانون الدولي العرفي (انظر، على سبيل المثال، K. Wolfke، الحاشية ٩٣ أعلاه، الصفحة ٤)، ربما يكون من الأدق القول بأنه في حين "لا يمكن الإنكار، بطبيعة الحال، أن تصرفات الأفراد قد تخلق وقائع معينة يمكن أن تصبح بعد ذلك موضوعاً لحوار فيما بين الدول ... ففي ظل هذه

٤٦ - وعلى الرغم من أن قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، في ما يتعلق بوجود قواعد القانون الدولي العرفي وصياغتها، لا تعتبر "ممارسة"^(٤٠)، فهذه القرارات تقوم بدور هام بوصفها "وسيلة فرعية لتحديد القواعد القانونية"^(٤١). وقد يكون للإعلانات الصادرة عن محكمة العدل الدولية على وجه الخصوص وزن كبير جدا^(٤٢).

الظروف لا تشكل تصرفات الأفراد ممارسة منشئة للقانون: فهي مجرد وقائع بسيطة تفضي إلى ممارسة دولية من جانب الدول"^(٤٣)؛ (G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 84)؛ وانظر أيضا K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٥٨: "ليس المهم تحديد الجهات التي يساهم سلوكها في الممارسة، بل المهم تحديد الجهات التي تُسند إليها الممارسة، وفوق كل ذلك من "يقبلها بوصفها قانوناً"^(٤٤)؛ و C. Santulli، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحتان ٤٥ و ٤٦ ("يجب أن تسند السابقة إلى دولة أو منظمة دولية لكي تكون مهمة في وضع القواعد العرفية، فوحدها الدول والمنظمات الدولية تشارك في الواقع في تشكيل العرف. وليس سلوك الأشخاص الداخليين أقل أهمية، ولكنه لا يؤخذ في الاعتبار قانونياً في تقييم نشأة العرف الدولي إلا من حيث ردود الفعل التي يثيرها بالقبول أو الرفض").

(١٤٠) انظر أيضاً M.H. Mendelson، الحاشية ٧١ أعلاه، الصفحة ٢٠٢؛ ولكن انظر Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 315 (الرأي المستقل للقاضي عمّون): "تعتبر أحكام القضاء الدولي عنصراً من عناصر [العرف]"; و G.M. Danilenko، المرجع نفسه، الصفحة ٨٣ ("تشكل قرارات الهيئات القضائية، وبوجه خاص الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية، جزءاً هاماً من الممارسة الجماعية"). راجع L. Kopelmanas، 'Custom as a Means of the Creation of International Law', *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), 127, 142 ("إن إنشاء القواعد القانونية بالعرف عن طريق الإجراءات التي يتخذها قاض دولي هو حقيقة ثابتة لا تقبل الجدل"); و R. Bernhardt، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٢٧٠ ("هذه الصيغة [للمادة ٣٨ من النظام الأساسي للمحكمة الدولية، التي تمنح القرار القضائي مركز الوسيلة الفرعية لتحديد القواعد القانونية] تقلل من قدر الدور الذي تقوم به قرارات المحاكم الدولية في عملية وضع المعايير. فكثيراً ما تقوم الأحكام الموسعة على نحو مقنع بدور بالغ الأهمية في عملية توليد المعايير، حتى وإن كانت المحاكم من الناحية النظرية تطبق القانون القائم ولا تضع قانوناً جديداً").

(١٤١) المادة ٣٨-١ (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وانظر أيضاً مذكرة الأمانة العامة، الصفحتان ٢٥ و ٢٦ (حيث يشار إلى أنه "اعتمدت اللجنة أحياناً على قرارات المحاكم أو الهيئات القضائية الدولية بوصفها تعبر على نحو مدعوم بالأسانيد عن حالة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي" (الملاحظة ١٥)؛ وأنه "علاوة على ذلك، كثيراً ما اعتمدت اللجنة على الأحكام القضائية بوصفها أحد الاعتبارات الداعمة لوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو لعدم وجود قاعدة" (الملاحظة ١٦)؛ وأنه "في بعض الأحيان، اعتمدت اللجنة أيضاً على قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما يشمل قرارات التحكيم، بوصفها مصادر ثانوية لغرض تحديد ممارسات الدول ذات الصلة" (الملاحظة ١٧)).

(١٤٢) I. Brownlie، الحاشية ١٢١ أعلاه، الصفحة ١٩ ("للأحكام الصادرة عن المحكمة الدولية وغيرها من الهيئات القضائية الدولية دور في الاعتراف بقواعد القانون الدولي العرفي وتوثيقها"). وللإطلاع على مثال حديث، انظر الحكم الصادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية جونز وآخرين ضد المملكة المتحدة [Jones and Others v. the United Kingdom (Applications Nos. 34356/06 and 40528/06), 14 January 2014, para. 198. راجع K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ١٤٥ "... أحكام المحاكم

٤٧ - الممارسة السريّة - كثير من ممارسات الدول، مثل المراسلات السرية فيما بين الحكومات، لا تتاح للجمهور، لفترة من الزمن على الأقل^(١٤٣). ومن الصعب أن نرى كيفية مساهمة الممارسة في نشأة أو تحديد القانون الدولي العرفي العام ما لم يُعلن عنها للجمهور وحتى يتم هذا الإعلان^(١٤٤). وفي الوقت نفسه، فإن الممارسة المعروفة حصرا بين البعض أو حتى بين دولتين فقط يمكن أن تسهم في وضع قاعدة إقليمية أو خاصة أو محلية (وليس قاعدة عامة) من قواعد القانون الدولي العرفي، تكون قابلة للإنفاذ على هؤلاء المعنيين وحدهم^(١٤٥).

الدولية وآراؤها، ولا سيما تلك الصادرة عن محكمة لاهاي، لها أهمية حاسمة كأدلة على القواعد العرفية. وقد احتجت بها المحكمة كما لو كانت تكاد تكون قانونا وضعيا“).

(١٤٣) يجب التمييز بين هذه الممارسة السرية والممارسات الأخرى التي تتسم فقط بصعوبة الوصول إليها. ويمكن ألا تنال الممارسة اهتماما كبيرا لأسباب متنوعة. ويصدق هذا على سبيل المثال في الحالات التي لا تنشر فيها ممارسات دول معينة في شكل يمكن الوصول إليه على نطاق واسع. ولفت أعضاء اللجنة والدول الانتباه إلى مشكلة خاصة في الممارسات المتبعة والمتاحة في المقام الأول بلغات غير مقروءة على نطاق واسع (وهذا هو الحال في الواقع بالنسبة لمعظم اللغات).

(١٤٤) انظر أيضا Y. Dinstein، الحاشية ٧١ أعلاه، الصفحة ٢٧٥ (“يشترط أيضا لسلك الدول، إذا كان له أن يؤخذ في الاعتبار في تقييم نشأة العرف، أن يكون شفافا بحيث يسمح للدول أن تستجيب له إيجابيا أو سلبيا“); و 15 و *ILA London Statement of Principles*, (“قد لا تعتبر الأعمال بمثابة ممارسات إذا لم تكن علنية“). وحول موضوع “الوظيفة التمثيلية للفقهاء [حين تأتي] في مواجهة أسرار الدولة“ بصورة أعم، انظر A. Carty، الحاشية ٧١ أعلاه، الصفحات ٩٧٩-٩٨٢. ويشدد مبرز على أن “الدول تتفق على وضع القانون عن طريق عدم الاعتراض، أي بعدم إصدارها لأي رد فعل. وإذا كان الأمر كذلك، فإن الدول المعنية يجب أن تحصل على فرصة للرد. وينشق من هذا شرطان آخران لنشأة القانون: يجب أن يكون بالإمكان الإشارة إلى تجسيد صريح واحد على الأقل يعبر عن إرادة وضع القانون، وهذا التعبير الصريح عن الإرادة يجب أن يكون محسوسا لجميع الدول التي سيعتبر أنها ترغب في الموافقة على وضع القاعدة الجديدة إذا لم تعترض عليها“ (H. Meijers، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحة ١٩)؛ ولكن انظر: M. Bos, ‘The Identification of Custom in International Law’, *German Yearbook of International Law*, 25, 30 (1982), 9, (“حتى عند تيسيره، يمثل اكتشاف أدلة [على ممارسة الدول] مشكلة في بعض الأحيان، إذ لا نجد كل ممارسة من الممارسات طريقها إلى المختارات والمجموعات القانونية. ولذلك من المبالغة في المتطلبات إذا قلنا بأنه علاوة على مؤهلات... [التوحيد الفعلي والإسناد إلى الدولة والعمومية] ينبغي أن تكون الممارسة أيضا قابلة للإدراك بشكل كاف من جانب الدول الأخرى التي قد يكون القانون العرفي ملزما لها في المستقبل“).

(١٤٥) سيتم تناول مسألة العرف الإقليمي/الخاص/الثنائي في التقرير الثالث للمقرر الخاص.

٤٨ - ويقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ٧

أشكال الممارسة

١ - قد تتخذ الممارسة أشكالاً متعددة ومتنوعة. وتشمل التصرفات الفعلية واللفظية على حد سواء.

٢ - تشمل مظاهر الممارسة، في جملة أمور، تصرفات الدول "على أرض الواقع"، والأعمال والمراسلات الدبلوماسية، والقوانين التشريعية، والأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، والمنشورات الرسمية في مجال القانون الدولي، والبيانات التي يدلى بها باسم الدول بشأن جهود التدوين، والممارسة المتعلقة بالمعاهدات، والأعمال المتعلقة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.

٣ - قد يشكل الامتناع ممارسة أيضاً.

٤ - قد تشكل أعمال المنظمات الدولية (بما في ذلك الامتناع) ممارسة أيضاً.

٤٩ - عدم وجود تراتبية محددة سلفاً - ليس هناك مظهر من مظاهر الممارسة تكون له أهمية مسبقة على غيره؛ إذ يتوقف وزن مظهر الممارسة على الظروف، وكذلك على طبيعة القاعدة المعنية^(٤٦). فمثلاً، على الرغم من أنه من دارج القول إن "الأفعال أبلغ من الأقوال"، فمن الواضح أن الأمر ليس كذلك عندما يتم الاعتراف بأن الفعل غير قانوني^(٤٧). وفي الوقت نفسه، فإن السلطة التنفيذية، في كثير من الحالات، هي التي تتحدث في نهاية الأمر باسم الدولة في الشؤون الدولية^(٤٨).

(٤٦) انظر أيضاً B. Conforti, B. Labella، الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحة ٣٢ ("هذه الإجراءات المتنوعة لا تحكمها تراتبية محددة، فالأعمال الصادرة عن المحاكم المحلية والأجهزة التنفيذية والأجهزة المسؤولة عن العلاقات الخارجية والممثلين في المنظمات الدولية، هي جميعاً على قدم المساواة. ويتوقف الوزن الذي يعطى للأعمال على مضمون القاعدة العرفية الدولية")؛ M. Akehurst، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٢١ ("ليس هناك سبب قاهر يدعو لإيلاء أهمية أكبر لنوع واحد من أنواع الممارسة على حساب الأنواع الأخرى")؛ K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ١٥٧ ("إن عدم وجود أي إشارة مناسبة في النظام الأساسي للمحكمة [الدولية]، والحرية التي تتمتع بها المحكمة في اختبار وتقييم أدلة القانون العرفي، لا تعطي أي مبرر لقبول أي تراتبية رسمية لأنواع هذه الأدلة").

(٤٧) انظر، على سبيل المثال، نظر المحكمة الدولية في مبدأ عدم التدخل في حكمها بشأن نيكاراغوا: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits,

٥٠ - وينبغي لممارسة الدولة "أن تؤخذ بكليتها"^(١٤٩). وهذا يعني، أولاً، أنه يتعين أن يؤخذ في الحسبان جميع الممارسات المتاحة لدولة معينة. ثانياً، من الممكن ألا تتحدث أجهزة الدولة المختلفة بصوت واحد. فعلى سبيل المثال، قد تعتمد إحدى المحاكم أو الهيئات التشريعية موقفاً يتعارض مع موقف السلطة التنفيذية، وحتى ضمن السلطة نفسها يمكن أن تتخذ مواقف مختلفة. ويحتمل حدوث ذلك على الأرجح بالنسبة للممارسة التي تتبعها الأجهزة الفرعية للدولة (في دولة اتحادية على سبيل المثال)؛ وقد يكون من الضروري النظر بحذر في تلك الممارسة، على نفس النحو الذي يتم به تناول قرارات المحاكم الدنيا. وعندما تتحدث الدولة بأصوات مختلفة، تكون ممارستها متباينة، ويمكن بالفعل أن يقلل هذا التعارض من الوزن الذي يعطى للممارسة المعنية^(١٥٠).

٨٤ أعلاه، الصفحة ٣٤٤ ("بالطبع يكون للفئات المختلفة من ممارسة الدولة وزن مختلف في عملية نشأة العرف. وفي العادة يكون ما تفعله الدول أكثر أهمية مما تقوله، ولكن من ناحية أخرى، وعلى الأقل في العلاقات الرسمية بين الدول، فالقول هو فعل أيضاً. وقد يكون للممارسة 'الفعلية' وزن أكبر في عملية نشأة العرف ولكن الممارسة الدبلوماسية تعبر عادة بوضوح أكبر عن الموقف القانوني الدولي الذي تتخذه الدول. وفي كثير من الأحيان لا ينخرط سوى عدد قليل من الدول في الممارسة 'الفعلية'، في حين تكون ممارسة الدول الأخرى دبلوماسية على وجه الحصر أو حتى غير موجودة على الإطلاق").

(١٤٨) انظر أيضاً A. Roberts، الحاشية ١١٢ أعلاه، الصفحة ٦٢ ("عندما تظهر أوجه تناقض، ينبغي تقدير الممارسات المتضاربة مع مراعاة اعتبارات مثل أي فرع من فروع الحكومة له سلطة على المسألة")؛ ولكن انظر I. Wuerth، 'International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case'، *Melbourne Journal of International Law*, 13 (2012), 1, 9 ("وضع امتياز للسلطة التنفيذية أمر غير مرض لأن قرارات المحكمة الوطنية تحتج بمسؤولية الدولة باعتبارها مسألة من مسائل القانون الدولي وتقدم في كثير من الأحيان أدلة أوضح على الاعتقاد بالإلزام من ممارسة السلطة التنفيذية").

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports (١٤٩) 2012, p. 99, at p. 136, para. 83

(١٥٠) انظر، على سبيل المثال، *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S. L. R. 489 [2010] SGCA 20، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٢٢، للاطلاع على وجهة نظر مختلفة ترى أن ممارسة الدولة لا تصبح "متسقة وبالتالي قادرة على المساهمة في وضع القانون العرفي" إلا عندما تختفي الاختلافات بين الممارسات التي تتبعها الأجهزة المختلفة لهذه الدولة.

٥١ - ويقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ٨

تقييم وزن الأدلة على الممارسة

١ - ليس هناك من تراتبية مُسبقة لشتى أشكال الممارسة.

٢ - ينبغي أن يُؤخذ في الحسبان كل ما هو متاح من الممارسات الخاصة بدولة معينة. وعندما لا تعتمد أجهزة الدولة فهجا موحدًا، يُعطى وزن أقل لما تتبعه من ممارسات.

٥٢ - الطابع العام للممارسة - ”يتضح طبعًا من المنطوق الصريح للفقرة ١ (ب) من المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن الممارسة التي يمكن أن يُستنتج منها العرف العام عادة هي تلك التي يتبعها عموم الدول وليس الدول كافة“^(١٥١). وبالفعل، لكي تنشأ قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي العام أو تُحدّد، لا ينبغي أن يكون ثمة إجماع على الممارسة (الممارسة العالمية)^(١٥٢)، لكن لا بد أن تكون تلك الممارسة واسعة النطاق“^(١٥٣)، أو،

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 330 (١٥١) (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(١٥٢) انظر أيضًا: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 104* (الرأي المستقل للقاضي عمون) ”[إثبات وجود القانون الدولي العرفي] يكمن إذن في مسألة التساؤل عما إذا كانت تلك الممارسة قد أُثبتت، ليس من الدول جميعًا طبعًا، لكن ... من عمومها مع الوعي الفعلي بإذعان تلك الدول للإلزام القانوني“^(١٥٢)، p. 229 و (الرأي المخالف للقاضي لاكس) ”لا تحتاج قاعدة أو مبدأ من القانون الدولي، لكي يصبح ملزمين، أن يجتازا اختبار القبول العالمي. ويظهر هذا الأمر في عدة إعلانات صادرة عن المحكمة ... ولا تتاح لجميع الدول، كما أسلفت الذكر في سياق مختلف، فرصة أو إمكانية تطبيق قاعدة معينة. وينبغي التماس الأدلة في سلوك عدد كبير من الدول، يمكن أن يكون أغلبيتها، لكن ينبغي في كل الأحوال أن يتعلق الأمر بالغالبية العظمى من الدول المهتمة“^(١٥٣)؛ و *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 435* (الرأي المخالف للقاضي بارويك) ”أرى أن القانون العرفي السائد بين الأمم لا يتوقف على القبول العالمي“^(١٥٤)؛ و *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 95* (الرأي المستقل للقاضي ويرامان تري) ”إن التأييد العام من المجتمع الدولي لا يعني طبعًا أن كل عضو في مجتمع الأمم قد أعرب، على حدة، عن تأييده الصريح والمحدّد للمبدأ، كما أن ذلك ليس شرطًا لإنشاء مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي“. وللإطلاع على ما جاء في كتابات فقهاء القانون من آراء تدعم هذا الطرح، انظر مثلاً: J. Dugard SC, *International Law: A South African Perspective*, 4th edition (Juta, 2012), 28 (”لكي تُعتبر قاعدة من القواعد عرفًا لا بد أن تكون قد لقيت قبولا ”عامًا“ أو ”واسع الانتشار“. وأما القبول العالمي فليس ضروريًا“^(١٥٥)؛ و *H. Thirlway*، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٥٩ ”يمكن القول بيقين إن إجماع الدول ليس

بمعنى آخر، واسعة الانتشار بما يكفي^(١٥٤). ولا يتعلق الأمر هنا باختبار كمي محض لأن المشاركة في الممارسة يجب أن تتسم أيضا بتمثيلية واسعة النطاق^(١٥٥) وأن تشمل الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص.

شرطا، سواء بمعنى وجوب أن تظهر مشاركة جميع الدول في [الممارسة] أو بمعنى وجود دليل على أن للدول جميعها اعتقادا بالإلزام، أي أنها ترى العرف ملزما^(١٥٦).

(١٥٣) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74.

(١٥٤) انظر مثلا: [قضية تعيين الحدود البحرية والمسائل الإقليمية بين قطر والبحرين] *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 40, at p. 102, para. 205 (حيث يشار إلى "ممارسة من الدول تتسم باتساع انتشارها و [طابعها الموحد]"؛ و [قضية تعيين الحدود البحرية في منطقة خليج مين] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299, para. 111 (حيث يشار إلى "ممارسة واسعة الانتشار ومُتقنة بما يكفي")؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at pp. 45 and 52 (الرأي المستقل المشترك للقضاة فورستر وبينغزون وخمينيس دي أريتشاغا وناجيندرا سينغ ورودا) (حيث يشار إلى ممارسة من الدول "واسعة الانتشار بما يكفي" و "عامّة وموحدة بما يكفي")، و p. 161 (الرأي المخالف للقاضي بترين) (حيث يشار إلى ضرورة وجود عدد من الدول "كبير بما يكفي")؛ و *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004)*, para. 29 ("... لا يشكل هذا الأمر حاليا الممارسة العامة التي تتبعها الدول ... ولا بد إذن من التسليم بأن المدعين لا يمكنهم أن يستندوا في مطالباتهم إلى القانون الدولي العرفي")؛ و BvR 1506/03, ٢ Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 59 ("بيد أن هذه الممارسة غير واسعة الانتشار بما يكفي لاعتبارها ممارسة موحدة تُنشئ قانونا دوليا عرفيا"). وقد عُرّف الطابع العام بأنه "المفهوم الرئيسي لجوهر قاعدة من القواعد العرفية العالمية": *J. Barboza*, الحاشية ١١٩، الصفحة ٧. وانظر أيضا مذكرة الأمانة العامة، الصفحة ١٣ ("وقد رأت اللجنة أيضا أن الطابع العام لممارسات الدول يشكل اعتبارا رئيسيا في تحديد قاعدة ما بوصفها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي").

(١٥٥) انظر: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 42, para. 73 ("مشاركة تتسم بانتشار واسع وتمثيلية كبيرين...")، و p. 227 (الرأي المخالف للقاضي لاكس) ("إن هذا التعداد ذا الطبيعة الرياضية مهم لأنه، في حد ذاته، يقتضي أن يُعوّض، إذا جاز التعبير، بتحليل طيفي لتمثيلية الدول ... ذلك أن ثمة في عالم اليوم عامل أساسي يجب أن يؤخذ في الحسبان فيما يتعلق بإنشاء قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العام، ألا وهو مشاركة دول ذات نظم سياسية واقتصادية وقانونية مختلفة، منتمة إلى قارات شتى، في هذه العملية")؛ و *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 117 ("تسري معاهدات الاستثمار على العلاقات بين الشمال والجنوب، وبين الشرق والغرب، وفيما بين الدول الواقعة داخل كل منطقة من هذه المناطق. وقد تواتر، على نطاق واسع جدا، إلزام الدول أنفسها بالتعامل مع الاستثمار الأجنبي تعاملًا من هذا القبيل. وترى المحكمة أن هذه المجموعة من الممارسات المتسقة لا بد أن تكون قد أثرت في محتوى القواعد التي تحكم التعامل مع الاستثمار الأجنبي في إطار القانون الدولي الحالي")؛ و BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 50 (حيث يشار إلى "سلوك

٥٣ - وإن العدد الدقيق للدول الذي يلزم "لإجراء نوع من التحليل لممارسات الدول بتعدادها دولة دولة" (١٥٦)، بما يفرضي إلى الاعتراف بالطابع "العام" لممارسة ما، لا يمكن أن يُحدّد بمعزل عن الواقع (١٥٧). فما يهم، في جوهر الأمر، هو "ضرورة أن تتبّع الممارسة الأغلبية الساحقة من الدول التي سنحت لها حتى ذلك الوقت فرصة تطبيق تلك الممارسة" (١٥٨) (بوسائل تشمل الامتناع في حالات تقتضي ذلك) ... و [أن تكون] الممارسة المتاحة ... واسعة الانتشار بحيث يكون كل ما عداها من الممارسات غير المتسقة معها ضئيل العدد ودون أثر قانوني مباشر" (١٥٩). وفي بعض الحالات، حتى وجود عدد "معقول" من الدول المتبّعة للممارسة قد لا يكون بالضرورة كافياً (١٦٠)؛ ومع ذلك فمن

متواتر في الزمن وموحد على قدر الإمكان ويحدث بمشاركة واسعة وتمثيلية من الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي المخول لهم سلطة سن القوانين"؛ و ILA London Statement of Principles, at 23 ("لكي تنشأ قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، لا بد أن تكون ممارسة الدول ذات طبيعة واسعة النطاق وتمثيلية على السواء")؛ و G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ٩٤ ("يعني شرط الطابع العام للممارسة العرفية لزوم اكتسابها لطابع واسع النطاق وتمثيلي").

(١٥٦) لاستخدام العبارات ذاتها التي استخدمها القاضي ديلارد في رأيه المستقل في: *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 56.

(١٥٧) انظر أيضا A. Clapham، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحتان ٥٩ و ٦٠ ("إن اختبار الاعتراف العام [من الدول لممارسة ما على أنها ممارسة ملزمة] لأمر يعوزه الوضوح بالضرورة، لكن عدم الوضوح من طبيعة القانون العرفي، الوطني والدولي على السواء، ولا يمكن تحديده تحديدا دقيقا أو قاطعا")؛ و J. Barboza، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٨ ("يبدو أن 'الطابع العام' مفهوم مرن في واقع الأمر").

(١٥٨) J.L. Kunz، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحة ٦٦٦، وانظر الفقرة ٥٤ أدناه بشأن "الدول المتأثرة بوجه خاص". وانظر أيضا R. Higgins، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ٢٢ ("يجب ألا نغفل أبدا أن ممارسات الغالبية العظمى من الدول هي التي تتسم بالأهمية الحاسمة، سواء في إنشاء قواعد جديدة أو في تطويرها وتغييرها وإمكانية إنائها"). وقضت المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية بأنه يكفي أن تعترف الغالبية العظمى من الدول بقاعدة ما بوصفها ملزمة، ولا يشترط أن تكون ألمانيا من بين تلك الدول (انظر Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 33) "تكون قاعدة من قواعد القانون الدولي 'عامة' وفقا لفحوى المادة ٢٥ من القانون الأساسي إذا اعترفت بها الغالبية العظمى من الدول (انظر BVerfGE 15, 25 (34)). ويرتبط الطابع العام للقاعدة بتطبيقها لا بفحواها، ولا يكون اعتراف جميع الدول بها ضروريا. وليس من الضروري كذلك أن تكون جمهورية ألمانيا الاتحادية، على وجه الخصوص، معترفة بتلك القاعدة".

(١٥٩) M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٣٠.

(١٦٠) انظر North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 42, para. 73؛ وانظر أيضا Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor (Singapore Court of Appeal), [2005] 1 SLR 103; [2004] SGCA 47, para. 92.

الممكن جدا ألا يتبع ممارسة ما إلا عدد قليل نسبيا من الدول، لكن يكفي أن تختار دول أخرى الامتناع لتُنشأ قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٦١).

٥٤ - الدول المتأثرة بوجه خاص - ينبغي إيلاء الاهتمام الواجب لممارسات "الدول المتأثرة بوجه خاص"^(١٦٢)، كلما أمكن تحديد تلك الدول. وبمعنى آخر، لا بد لأي تقييم للممارسات الدولية أن يأخذ في الحسبان ممارسة الدول "المتأثرة أو المهتمة بدرجة أكبر من غيرها من الدول"^(١٦٣) فيما يتعلق بالقاعدة موضوع الاهتمام، وينبغي أن يكون لتلك

(١٦١) انظر، على سبيل المثال: M. Akehurst، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ١٨ ("يمكن أن تنشئ ممارسة يتبعها عدد قليل جدا من الدول قاعدة من قواعد القانون العرفي إذا لم يكن هناك أي ممارسة تتعارض مع تلك القاعدة").

(١٦٢) 73 (162) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 42, para. 73 ("... فيما يتعلق بالعناصر الأخرى التي غالبا ما تُعد ضرورية قبل اعتبار قاعدة تعاهدية قد أصبحت قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي، يجوز أن تكون المشاركة الواسعة الانتشار والتمثيلية في الاتفاقية كافية في حد ذاتها، حتى دون أن يمر عليها أي فترة زمنية كافية، شريطة أن تشمل مشاركة الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص")، و p. 43, para. 74 ("ممارسات الدول، بما في ذلك ممارسة الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص")، و pp. 175-176 (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) ("لا يمكن إنكار كون مسألة التكرار مسألة كمية ... وما أود تسليط الضوء عليه هو أن الأهمية ... تكمن في المعنى الذي يمكن أن يُستشف [من عدد أو رقم] في حالات بعينها. ولا يمكننا تقييم تصديق دولة كبيرة من الدول البحرية على الاتفاقية [اتفاقية الجرف القاري] أو ممارسة الدولة المتمثلة في إبرام اتفاق على أساس مبدأ تساوي البعد بوصفهما يكتسبان أهمية تعادل أهمية الأعمال المماثلة التي يقوم بها بلد غير ساحلي ليس له أدنى مصلحة خاصة في تحديد الجرف القاري")؛ وانظر أيضا Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 90 (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو) ("لكي تُنشأ قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي، لا بد أن تكون ممارسات الدول، بما في ذلك الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص، موحدة بقدر كبير أو بشكل عملي")، و p. 161 (الرأي المستقل للقاضي بترين) ("ولذلك يغيب عنصر آخر من العناصر الضرورية لإنشاء قاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي، هو قبولها من قبل الدول التي تتأثر مصالحها من تلك القاعدة")؛ و J.B. Bellinger, 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, 445 (footnote 4)؛ والحاشية ٥٠ أعلاه، الفقرة ٣٦ ("قد يكون من الصعب مثلا تحديد وجود قاعدة تتعلق بقانون البحار في غياب ما يوافقها من ممارسة تتبعها القوى البحرية الكبرى، أو الدول الساحلية الرئيسية، أو، حسب الحالات، الدول الرئيسية الممارسة لصيد الأسماك، لكن قد لا يحول صمت الدول الأقل اهتماما بهذا الشأن دون تحديد مثل تلك القاعدة. وبالمثل، فالقواعد المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية، مثل قواعد الاستثمار الأجنبي، تقتضي أن تكون هناك ممارسات تتبعها الدول المستثمرة الرئيسية والدول المستثمر فيها الرئيسية أيضا").

(١٦٣) W.T. Worster, 'The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law', Boston University International Law Journal, 31 (2013), 1, 63 ويشير مايرز إلى "الدول التي لها القسط الأكبر من نشاط معين" (H. Meijers، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحة ٧؛ ويشير

الممارسة وزن كبير (إلى حد إمكانية أن تعوق تلك الممارسة نشوء قاعدة من القواعد، في الحالات التي تقتضي ذلك)^(١٦٤). وتحديد الدول "المتأثرة بوجه خاص" يتوقف على القاعدة المنظور فيها، وفي الواقع، "لا تسمح كل المجالات ... بالتحديد الدقيق للدول 'المتأثرة بوجه خاص'"^(١٦٥). ففي العديد من الحالات، تكون جميع الدول متأثرة بنفس القدر. وصحيح أن بعض الدول غالبا ما تكون "متأثرة بوجه خاص"^(١٦٦)، على النحو الذي يتيح مبدأ المساواة في السيادة، لكن ممارساتها لا تُقيّم ولا تُعطى وزنا خاصا إلا بتلك الصفة لا غير^(١٦٧).

دانييلنكو إلى "اهتمام خاص بالمبادئ والقواعد ذات الصلة" (G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ٩٥).

(١٦٤) انظر على سبيل المثال *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 47 (الرأي المخالف المشترك للقضاة فورستر وبينغتون وجمينيس دي أريتشاغا وناجيندرا سينغ ورودا) ("... أثارت هذه المطالبات عموما احتجاجات أو اعتراضات من عدد من أهم الدول البحرية والممارسة لصيد الأسماك في المياه النائية، ولذلك لا يمكن اعتبارها، من هذا المنظور، مقبولة قبولا عاما").

(١٦٥) G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ٩٥؛ انظر أيضا: M. Mendelson، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحة ١٨٦ ("إن مفهوم 'الدول المتأثرة بوجه خاص' ليس في غاية الدقة")؛ و M.J. Aznar، 'The Contiguous Zone as an Archeological Maritime Zone', *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1, 12 (2014)، 29. ويمكن إيجاد مثال على تنفيذ من هذا القبيل في قضية مشروع التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها التي نظرت فيها المحكمة الدولية، حيث اقترح القاضي شهاب الدين، في رأيه المخالف، ما يلي: ("تمثل المسألة المطروحة للنظر في مدى مشروعية استخدام سلاح من شأنه أن يبيد البشرية وأن يقضي بالتالي على جميع الدول، بيد أن اختبار تحديد الدول المتأثرة بوجه خاص لا يتعلق بملكية ذلك السلاح بقدر ما يتعلق بالآثار الناجمة عن استخدامه. ومن هذا المنظور، فجميع الدول متأثرة بالقدر نفسه، لأنها، شأنها في ذلك شأن من يسكنها من الناس، تتمتع بحق متساوٍ في الوجود"). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 414. وللإطلاع على الفكرة ذاتها، انظر: pp. 535-536 (الرأي المخالف للقاضي ويرامان تري).

(١٦٦) يقارن دي فيشر تطور القانون الدولي العرفي بـ "تَشَكُّل طريق عبر أرض خلاء": "فمن مستخدمي تلك الطريق من تخلف أقدامهم آثارا على الأرض أعمق من آثار غيرهم، سواء لثقل وزهم، بمعنى مدى ما يتمتعون به من قوة في العالم، أو لكون مصالحهم تدعوهم إلى سلك هذا المسلك بشكل أكثر تواترا" C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (Princeton University Press, 1968), 149.

(١٦٧) انظر أيضا *ILA London Statement of Principles*, at 26: "ليس ثمة من قاعدة تقتضي أن تشارك القوى الرئيسية في اتباع ممارسة ما حتى تصبح قاعدة من قواعد القانون العرفي العام. ونظرا لنطاق مصالح تلك القوى، من الناحيتين الجغرافية والموضوعية، فغالبا ما تكون "متأثرة بوجه خاص" بتلك الممارسة؛ ولهذا تكون مشاركتها، إلى هذا الحد وهذا الحد وحده، مشاركة ضرورية"؛ وانظر أيضا *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 278 (الإعلان الصادر عن القاضي شي) ("إن أي تركيز غير لازم على هذه المجموعة الملموسة" [من "الدول المهمة والقوية في

٥٥ - اتساق الممارسة. لكي يجري إقرار قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي، يجب أن تكون الممارسة ذات الصلة متمسقة^(١٦٨). وفي حين أن الظروف المحددة المحيطة بكل سلوك قد

المجتمع الدولي [التي] تضطلع بدور هام على الساحة السياسية الدولية“] قد لا يكون فقط مناقضا لمبدأ تساوي الدول في السيادة في حد ذاته، بل قد يصعب أكثر إعطاء نظرة دقيقة ومناسبة عن وجود قاعدة من القواعد العرفية“)، و p. 533 (الرأي المخالف للقاضي ويرامانيري) (“من وجهة نظر إنشاء العرف الدولي، تبدو الممارسة والسياسات التي تتبعها خمس دول من أصل ١٨٥ دولة أساسا غير كاف لتأكيد إنشاء العرف، مهما يكن تأثير تلك الدول الخمس على الصعيد العالمي“). لكن انظر: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 312 and 319 (الرأي المخالف للقاضي شوييل) (“إن هذه الممارسة النووية ليست ممارسة يتبعها معارض وحيد وثانوي يصر على معارضته. وهذه ليست ممارسة تتبعها حكومة منبوذة تعرب عن رأي دولي مخالف كما لو أنها تصرخ صرخة في واد. بل إنها ممارسة تتبعها خمس من القوى الرئيسية في العالم التي تشكل الأعضاء الدائمين الخمسة في مجلس الأمن ويؤيدها بقوة في ذلك، منذ قرابة ٥٠ عاما، حلفاؤها ودول أخرى تختمي بمظلتها النووية. وهذا يعني أن الأمر يتعلق بممارسة دول يؤيدها عدد كبير ووازن من الدول الأخرى، وهي تشكل مجتمعة الحصة الأوفر من القوة العسكرية والاقتصادية والمالية والتكنولوجية في العالم وجزءا كبيرا من سكانه“)؛ و *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 306 (الرأي المستقل للقاضي بترين) (“قد يكون من غير الواقعي إغفال موقف الدول الأكثر سكانا في العالم بشأن هذا الأمر“)؛ و T. Buergenthal and S. Murphy، الحاشية ١٣٨ أعلاه، الصفحة ٢٨ (“يبدو واضحا أنه لا يشترط أن تكون [الممارسة] عالمية. وبالمثل، لا يُنازَع كذلك في ضرورة أن تكون الممارسة، بوجه عام، مقبولة من القوى الرئيسية في العالم ومن الدول المتأثرة بها تأثيرا مباشرا“).

(١٦٨) انظر، على سبيل المثال، *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at pp. 276 and 277 (“استخدام ثابت وموحد“)؛ و *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40 (“ممارسة ثابتة وموحدة“)؛ و *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 30 (الرأي المخالف للقاضي كلايستاد)؛ و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 74 (“شبه موحدة“)؛ و *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, at p. 90 (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو) (“لكي تنشأ قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي، يجب أن تكون ممارسة الدول، بما في ذلك تلك التي تتأثر مصالحها تحديدا، موحدة جوهريا أو عمليا“)؛ و p. 50 (الرأي المستقل المشترك للقضاة فورستر وبينغزون وخمينيس دي أريتشاغا وناجيندرا سينغ ورودا) (“من الشروط الأساسية الأخرى لتكتسب ممارسة الدول صفة القانون العربي كون تلك الممارسة مشتركة ومتسقة ومتطابقة. ولذا فإن التناقض في ممارسة الدول أو السلوك غير المتسق، خصوصا حينما ينبعان عن تلك الدول بالذات التي يقال إنها تتبع أو تنشئ العرف، من شأنهما الحيلولة دون نشوء قاعدة من قواعد القانون العربي“)؛ وانظر أيضا مذكرة الأمانة العامة، الصفحة ١٢ (“ترى اللجنة أن اتساق ممارسات الدول يشكل اعتبارا رئيسيا في تحديد أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي“). وكتب باحث أنه من الناحية العملية، فإن شرطي العمومية والطابع الموحد “يندمجان معا في عملية تحليلية موحدة. فلا يمكن لأحصائيي القانون الدولي مثلا تحليل ما إذا كانت ممارسة الدولة تتسم بالعمومية دون أن يكونوا قد تعرفوا على ممارسة موحدة“ (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, 202).

تتنوع بطبيعة الحال، فإنه يلزم أن يجمع بينها "معنى أساسي لا يتغير": وعندئذٍ يجوز ملاحظة انتظام في السلوك^(١٦٩). أما في المقابل حينما تبرهن الممارسة على "أن كل حالة محددة هي، في التحليل الأخير، مختلفة عن جميع الحالات الأخرى ... فإن هذا يحول دون إمكانية توفر تلك الشروط الضرورية لنشأة مبادئ القانون العرفي وقواعده"^(١٧٠). وبعبارة أخرى، حينما تكشف الوقائع أن "ثمة الكثير من عدم اليقين والتناقض، والكثير من التقلب والتفاوت ... والكثير من عدم الاتساق ... وحينما تكون الممارسة قد تأثرت كثيرا باعتبارات الملاءمة السياسية في الحالات المختلفة، [] فإنه لا يمكن تبين في هذا كله أي استخدام ثابت وموحد، مقبول كقانون، فيما يتعلق بالقاعدة المزعومة..."^(١٧١).

(١٦٩) انظر J. Barboza، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٧ ("تكرار السلوك هو جوهر العرف. وبالطبع، لا تكون الوقائع متماثلة أبدا: كان هرقليتس يقول إننا لا نسيح أبدا في نفس النهر مرتين. وقد تتغير الوقائع، وقد تكون الموضوعات مختلفة، وقد تتنوع الظروف، ولكن ثمة معنى أساسيا لا يتغير. وكلما حدث تكرار، فإن ثمة وقائع فردية تدرج ضمن نوع مشترك؛ والحديث عن تكرار ينطوي على تجريد سابق وتنجية لعدد من البيانات المرتبطة بالوقائع الفردية، الوقائع التي حدثت في الحياة الفعلية. وفي الوقت نفسه، يجري الاحتفاظ بجوهر من المعنى العام، أي معنى يمكن تطبيقه على الحالات الأخرى ... وهذا المعنى العام يكرر نفسه في كل سابقة ويجدد مضمون ما هو مقبول من قبل الدول المعنية بوصفه قانونا فيما بينها")؛ وانظر أيضا G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ٩٦ ("أي قاعدة عرفية هي تعميم تشريعي من سوابق فردية").

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. (١٧٠) 246, at p. 290, para. 81

(١٧١) Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 277؛ انظر أيضا 74، p. 4، at p. 4، Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949، (الرأي المخالف للقاضي كرايلوف) ("ممارسة الدول في هذا الشأن بعيدة عن الطابع الموحد، ومن المستحيل القول بوجود عرف دولي بصدها")، و p. 128 (الرأي المخالف للدكتور إيشير) ("كانت ممارسات الدول متنوعة إلى حد أنه لم يمكن العثور على دليل على وجود مثل هذه القاعدة [من قواعد القانون الدولي العرفي]")؛ و Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951، p. 131، at p. 116 ("وجد أنه حينما تعتمد "بعض الدول" أو تطبق إحدى القواعد وتعتمد "دول أخرى" ممارسة مختلفة، "فإن القاعدة لا تكون بالتالي قد اكتسبت سلطة قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي")؛ و Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3، at pp. 56-57 (الرأي المخالف للرئيس بوستمانتي وريبيرو) (أكد أنه حينما تكون [الممارسة] "ذات طبيعة متفرقة تحول دون أي طابع منظم"، فإن ظهور قانون دولي عرفي "يتعذر حدوثه في ظروف كذلك")؛ و Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974، p. 175، at p. 212 (إعلان القاضي ناجيندرا سينغ) ("من شأن وجود ممارسة دول بالغة التفاوت والتنافر [الحيلولة دون تبلور قاعدة]")؛ و Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002، p. 3، at pp. 117-118 (الرأي المستقل للقاضي بولا - بولا) ("اتسام ممارسة من جانب واحد ومنعزلة بالكثير من أوجه عدم الاتساق والالتباس ... [يفيد] عدم ظهور قاعدة عرفية").

٥٦ - وعند إقرار اتساق الممارسة، من المهم بالطبع النظر في حالات قابلة للمقارنة بالفعل، حيثما ظهرت نفس المسائل أو مسائل مماثلة^(١٧٢). وفي حين أن التكرار المتواتر لممارسة متسقة من شأنه بطبيعة الحال أن يعطيها وزناً أكبر، فإن درجة التواتر ينبغي وزنها بالمقارنة بتواتر ظهور الظروف التي يتعين فيها اتخاذ الإجراء الذي يُشكّل ممارسة، أو التي يكون فيها هذا الإجراء ملائماً^(١٧٣).

٥٧ - لا ضرر في بعض عدم الاتساق. لا يلزم وجود ممارسة موحدة بالكامل: "لا ينبغي الاعتداد كثيراً بالتناقضات وحالات عدم الاتساق السطحية"^(١٧٤). وعلى حد تعبير المحكمة

(١٧٢) انظر، على سبيل المثال، *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 45, para. 79؛ و BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (2 German Federal Constitutional Court), para 42 ("يجب أن يؤخذ في الاعتبار بوجه خاص أن ممارسات الدول ذات الصلة والمذاهب التي راعتها المحكمة الإقليمية العليا، تعود في غالبيتها العظمى إلى حالات تتصل بدولتين فقط. بيد أن العلاقات القانونية قائمة في هذه القضية بين جمهورية اليمن، بوصفها الدولة الأصلية للمدعي، والولايات المتحدة الأمريكية، بوصفها دولة المحكمة مقدمة الطلب، وجمهورية ألمانيا الاتحادية، بوصفها دولة الإقامة متلقية الطلب. وبناء عليه، فإن الآثار القانونية للانتهاك المزعوم للقانون الدولي لا يشير مباشرة إلى الإجراءات الجنائية في دولة المحكمة... ولكن إلى إجراءات التسليم في دولة الإقامة متلقية الطلب")؛ و *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008, para. 406.

(١٧٣) H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٦٥.

(١٧٤) G. Fitzmaurice، 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles'، *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), 1, 45؛ انظر أيضاً M. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٤٤ ("... من شأن اعتماد اختبار مفرط الصرامة... أن يقوّض نشأة القانون الدولي العرفي. وعلى سبيل المثال، سيعني ذلك إهمال الطابع العام بالضرورة للقانون العرفي عند دراسة أمثلة الممارسة بقدر مفرط من التفصيل. وإضافة إلى ذلك، فإن ما يبدو للوهلة الأولى كممارسة غير متسقة قد يحتوي كقاسم مشترك قاعدة عامة، أو قد يكون هناك على الأقل طابع موحد فيما يتعلق بقواعد جزئية أو خاصة. ومتى ترسّخت القاعدة، فإنها من الممكن جداً أن تسمح بخيارات متنوعة... وقد يشير التفاوت عن القاعدة، في الحقيقة، إلى استثناء مقبول...")؛ و J. Crawford، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٤ ("لا يلزم توفر توحّد كامل للممارسة، ولكن يلزم وجود توحّد جوهري")؛ و D. Bodansky، الحاشية ١٣٦ أعلاه، الصفحة ١٠٩ ("تمثل القواعد العرفية حالات انتظام، ولكن ليس بالضرورة توحّد، للسلوك... ومن الممكن وقوع أخطاء وانتهاكات للقواعد")؛ و R. Müllerson، الحاشية ٨٥ أعلاه، الصفحة ١٦٧ (طارحاً النقطة العامة القائلة بأن "الحاجة إلى التنظيم القانوني تنشأ فقط حيثما توجد انحرافات عن أنماط الممارسة المرغوبة"). وبعبارة بريغز، فإن "التفاوتات عن تطابق أو عمومية أو اتساق ممارسة ما هي موضوع للتفسيرات القضائية": H.W. Briggs، 'The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law', *American Journal of international Law*, 45 (1951), 728, 729. ووفقاً لمذكرة الأمانة العامة، "حينما يكون هناك عنصر أو موضوع توحيدي كامن خلف الممارسة الدولية، فإن وجود قدر من الاختلاف في الممارسة لم يجمع اللجنة غالباً من تحديد قاعدة بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي" (الصفحة ١٧).

الدولية، ”لا يجوز توقع أنه ينبغي، في ممارسة الدول، أن يكون تطبيق القواعد موضع السؤال على الوجه الأمثل... ولا تعتبر المحكمة أنه، لكي يجري إنشاء قاعدة عرفية، يجب أن تتسم الممارسة المقابلة بالتطابق الصارم المطلق مع القاعدة. ومن أجل استخلاص وجود قواعد عرفية، ترى المحكمة أنه يكفي أن يكون سلوك الدول، بوجه عام، متسقاً مع القواعد، وأن يكون قد جرى التعامل عموماً مع حالات سلوك الدول غير المتسق مع قاعدة بعينها بوصفها انتهاكات لتلك القاعدة، وليس كمؤشرات على الاعتراف بقاعدة جديدة“^(١٧٥).

٥٨ - مدة الممارسة. بالرغم من أن قواعد القانون الدولي العرفي نشأت تقليدياً نتيجة لممارسة ممتدة على مدى فترة زمنية طويلة، فمن المسلم به على نطاق واسع، أنه لا يوجد شرط محدد بشأن المدة التي توجد خلالها ممارسة ما قبل أن تنضج لتصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٧٦). وحسبما قضت المحكمة الدولية في قضية الجرف القاري لبحر

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (١٧٥) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 98, para. 186. وأضافت المحكمة أنه ”إذا تصرفت الدولة بطريقة تبدو ظاهرياً متعارضة مع قاعدة معترف بها، لكنها دافعت عن سلوكها بالاستناد إلى استثناءات أو مبررات موجودة داخل القاعدة نفسها، فإن دلالة هذا الموقف، سواء كان سلوك الدولة مبرراً في الواقع على ذلك الأساس أو لم يكن، هي تأكيد القاعدة وليس إضعافها“؛ وانظر أيضاً Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 336 Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 40 and pp. 104 and 107 (الرأي المخالف للقاضي أزيفيدو)؛ و North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 229 (الرأي المخالف للقاضي لاكس). وفي القضية المتعلقة بمصائد الأسماك، قالت المحكمة إنها ”تعتبر أنه يجب إيلاء أهمية كبيرة لأوجه عدم اليقين أو التناقضات القليلة، الفعلية أو البادية، التي تدعي حكومة المملكة المتحدة أنها اكتشفتها في الممارسة الترويجية. فهذه يسهل فهمها في ضوء تنوع الوقائع والشروط القائمة خلال الفترة الطويلة التي انقضت منذ عام ١٨١٢، وليس من شأنها تعديل الاستنتاجات التي خلصت إليها المحكمة“ (Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 138).

(١٧٦) انظر، على سبيل المثال، J. Dugard SC، الحاشية ١٥٢ أعلاه، الصفحة ٢٧ (”في أغلب الحالات، يقتضي الأمر مرور بعض الوقت لكي تتبلور ممارسة ما في قاعدة عرفية. وفي بعض الحالات، مع ذلك، حيثما يتطلب الأمر القليل من الممارسة لإنشاء قاعدة ما، فإن القاعدة قد تخرج إلى الوجود سريعاً جداً“؛ و O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (Editions de l’Université de Bruxelles, 2009), 150-151 (”إذا كان قد بدأ، في السابق، أن الفقه يتطلب ممارسة قديمة جداً، فإن التطورات الحديثة للاجتهاد القضائي قد أبطلت هذا الشرط. ومن حيث الزمان، من الوارد جداً أن تنتج قاعدة عرفية عن ممارسة محدودة زمنياً بشرط، تُضف بوجه عام، أن تكون الممارسة باللغة الكثافة وغير ملتبسة المعنى“؛ و J.L. Kunz، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحة ٦٦٦ (”... لا يضم القانون الدولي قواعد بشأن عدد مرات تكرار أو مدى طول الفترة الزمنية التي تتكرر خلالها هذه الممارسة“؛ و K. Wolfke، الحاشية ٩٣ أعلاه، الصفحة ٣ (”لم يعد يتعين أن تحدث هذه الممارسة لأي فترة زمنية كبيرة“؛ و *ILA London Statement of Principles*, at 20 (”... لا يلزم قدر محدد من الوقت“). ولكن انظر الرأي المستقل للقاضي سيولفيديا -

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...، 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 مصالحها بصفة خاصة، ممارسة واسعة وشبه موحدة في آن واحد... وينبغي علاوة على ذلك أن تكون تلك الممارسة قد جرت بطريقة تُظهر إقرارا عاما بأن الأمر ينطوي على قاعدة قانونية أو التزام قانوني“^(١٧٧). وبينما قد تستغرق بعض القواعد حتما وقتا أطول للظهور^(١٧٨)، فإنه لا يلزم مرور مدة زمنية معينة بشرط أن تبرهن الممارسة على

أمور في قضية [التزاع على حقوق الملاحة والحقوق المتصلة بها (كوستاريكا ضد نيكاراغوا)] Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 279: ”يُشكّل الوقت عنصرا هاما آخر في عملية إنشاء القانون الدولي العرفي... ومن شأن الادعاء بوجود حق عرفي، ناشئ في مثل هذا المدى الزمني القصير، أن يتناقض بوضوح مع الاجتهاد القضائي السابق للمحكمة بهذا الصدد“ (إحالة إلى القضية المتعلقة بالحق في المرور (Right of Passage)؛ R.Y. Jennings, ‘The Identification of International Law’, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 3, 5) ”من المؤكد أن الممارسة عبر فترة زمنية طويلة إلى هذا الحد أو ذلك هي عنصر أساسي للقانون العرفي“.

(١٧٧) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74؛ انظر أيضا p. 124 (الرأي المستقل للقاضي عمون)، و p. 230 (الرأي المخالف للقاضي لاكس) ”فيما يتعلق بعامل الوقت، فإن نشأة القانون عن طريق ممارسة الدول قد اقترنت في الماضي بمرور فترة زمنية طويلة. ولا شك أن هذا قد يكون ميرا في بعض الحالات. بيد أن التسارع الكبير للتغيير الاجتماعي والاقتصادي، مقترنا بالتسارع المماثل في العلم والتكنولوجيا، قد واجه القانون بتحدٍ خطير: وهو تحدٍ يجب أن يستجيب له القانون لكي لا يتخلف عن مواكبة الأحداث بأكثر مما كان معتادا... ولا يُشكّل قصر الفترة الزمنية التي تطوّر خلالها القانون المتعلق بالجرف القاري عقبة أمام الإقرار بمبادئه وقواعده، بما في ذلك قاعدة تساوي البعد، كجزء من القانون العام“، و p. 244 (الرأي المخالف للقاضي سورينسن) ”لذا فقد جرى الإبقاء على إمكانية الإقرار بالظهور السريع لقاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي استنادا إلى ممارسة الدول مؤخرا. ويكتسب ذلك أهمية خاصة بالنظر إلى عملية التطور البالغة الدينامية التي يعيشها المجتمع الدولي في المرحلة الراهنة من التاريخ“. وقضت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بشأن ”الممارسة العرفية“ بأن ”النقطة الهامة تتمثل في كون الممارسة مرصودة بلا انقطاع وبنبات، وأنه ليس من الضروري أن تجري ممارسة السلوك على مدى فترة زمنية محددة“ (Baena Ricardo et al., Judgment of November 28, 2003,) (Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 104 (2003), para. 104).

(١٧٨) انظر H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٦٤ ”(إذا نشأت المسألة المطروح البت فيها بشكل متواتر، وجرى تنظيمها بنفس الطريقة من حيث الجوهر في كل مناسبة، فإن الوقت الضروري قد يكون قصيرا؛ وإذا لم تنشأ المسألة سوى بشكل متقطع، فقد يستغرق الأمر وقتا أطول لكي يجري رصد اتساق المعالجة... والواقع أن الاتساق والتكرار، وليس المدى الزمني للممارسة، هما ما يحمل أغلب الوزن“). وانظر أيضا H. Lauterpacht, ‘Sovereignty over Submarine Areas’, *British Yearbook of International Law*, 376, 393 (1950), 27 (حيث يشار إلى أن ”الممارسة العامة المقبولة كقانون“ - بحسب المادة ٣٨ من النظام الأساسي - لا يتعين أن تكون ممتدة على مدى عقود. وأي ميل إلى اقتضاء فترة مطولة لتبلور عرف يجب

قدر كاف من العمومية والاتساق^(١٧٩). إلا أنه يجب أن يوضع في الاعتبار في هذا السياق أن ”جميع الدول التي قد تصبح ملزمة من جراء امتناعها يجب أن يتاح لها الوقت الضروري لتجنب القبول الضمني من خلال مقاومة القاعدة“^(١٨٠).

٥٩ - ويُقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ٩

وجوب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة

- ١ - يُشترط لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون الممارسة المعنية عامة، وهذا يعني وجوب أن يكون لها ما يكفي من الانتشار والتمثيلية. وليس من الضروري أن تكون هذه الممارسة عالمية.
- ٢ - يجب أن تكون هذه الممارسة متسقة عموماً.

أ. Li, *Guoji Fa De Gainian* و H. Li, *Guoji Fa De Gainian*؛ و Yu Yuanyuan (*Concepts and Sources of International Law*) (Guizhou People's Press, 1994), 91 (cited in C. Cai, 'Intenrational Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules', *Chinese Journal of International Law*, 7 (2008), 659, 661)

E. Jiménez de Aréchaga, 'General Course in Public International Law', 159 *Recueil des Cours* (1978), 25 (١٧٩) انظر أيضا I. Brownlie، الحاشية ١٢١ أعلاه، الصفحة ١٩؛ و أن الاقتضاء التقليدي لدى زمني ليس غاية في حد ذاته ولكن فقط وسيلة للبرهنة على عمومية وممارسة بعينها للدول وطابعها الموحد“؛ و L.B. Sohn, 'Unratified Treaties as a Source of Customary International Law', in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 231, 234 (”الفترة الزمنية التي استمرت خلالها ممارسة بعينها ليست جوهرية لنشأة العرف. والأهم هو قوة عوامل أخرى - تواتر وتكرار الممارسة، وعدد الدول المنخرطة في الممارسة، والقوة النسبية للممارسة العكسية“؛ و S. Rosenne، الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ٥٥) ”ليس من الضروري أن يكون هذا السلوك قد جرى اتباعه لفترة زمنية طويلة، وإن كان ينبغي التعامل بتحفظ مع التأكيدات بشأن الإنتاج 'السريع' أو العفوي للقواعد العرفية. والأهم هو التأكيد من وجود قبول واسع النطاق بالرأي القائل بأن ذلك السلوك يتوافق مع القانون ويتطلبه القانون، إلى جانب خبرة السلوك الفعلي المتناغم معه“). وراجع M.P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press, 2013)

(١٨٠) انظر H. Meijers، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحتان ٢٣-٢٤ (يؤكد أن ”جميع الدول المدرجة ضمن النطاق المحتمل للقاعدة الوليدة يجب أن تنال فرصة للاحتجاج على ظهورها“). ولكن انظر G. Arangio-Ruiz، الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحة ١٠٠ (”في الوقت الحاضر بوجه الخصوص، فإن أي تصرف أو امتناع عن التصرف من قبل إحدى الدول يُعرف في جميع أنحاء العالم على الفور كشعاع ضوء“).

- ٣ - لا يُشترط أن تدوم الممارسة مدة معينة، ولكن يُشترط أن تكون عامة ومتسقة بما فيه الكفاية.
- ٤ - يُشترط في تقييم الممارسة إيلاء الاعتبار الواجب لممارسات الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص.

سادسا - القبول بمثابة قانون

٦٠ - يشار إلى الركن الثاني اللازم لنشأة القانون الدولي العرفي وتحديدته - وهو قبول "الممارسة العامة" بمثابة قانون - بـ "الاعتقاد بالإلزام" (أو "الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها"). وهذا "الركن الذاتي" في القانون الدولي العرفي يتطلب في جوهره أن تنبع الممارسة المعنية من "فكرة... أن القانون يأمر بذلك التصرف"^(١٨١). وعلى الدول أن "تؤمن بأنها تطبق قاعدة إلزامية من قواعد القانون الدولي العرفي"^(١٨٢)، أو بعبارة أخرى، "أن تشعر" أنها ملزمة قانونا... [بالقيام بالعمل ذي الصلة] بسبب وجود قاعدة في القانون العرفي تجربها على ذلك"^(١٨٣). وإن "وجهة النظر الداخلية"^(١٨٤) هذه هي التي يمكن من خلالها أن تتبلور أوجه انتظام السلوك في القاعدة القانونية، وهي التي تمكن من التمييز بين القانون وغير القانون^(١٨٥). وكما قال القاضي تشاغلا، "... يتطلب العرف بموجب القانون

M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice: 1920-1942 - a Treatise* (Macmillan, (١٨١) 1943), 609.

.North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 76 (١٨٢)

.North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 44-45, para. 78 (١٨٣)

D. Bodansky (١٨٤)، الحاشية ١٣٦ أعلاه، الصفحة ١٠٩.

(١٨٥) لا تسهم الممارسة غير المصحوبة بمثل هذا الإحساس بالإلزامية في القانون الدولي العرفي؛ انظر أيضا *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77* ("لا يكفي أن تكون الأعمال المعنية بمثابة ممارسة مستقرة فحسب، بل يجب أيضا أن تكون أو أن تنفذ كما لو أنها دليل على الاعتقاد بأن هذه الممارسة أصبحت إلزامية لوجود قاعدة قانونية تتطلب ذلك. وضرورة مثل هذا الاعتقاد، أي وجود ركن ذاتي، ترد ضمنيا في ذات مفهوم الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها")؛ و *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55* ("رغم أنه قد يكون صحيحا أن الدول تقرر أحيانا منح حصانة أوسع نطاقا مما هو مطلوب بموجب القانون الدولي، فلأجل الأغراض الحالية، تظل النقطة الرئيسية هي أن منح الحصانة في مثل هذه الحالة لا يرافقه الاعتقاد المطلوب بالإلزام، وبالتالي لا يسلط أي ضوء على القضية قيد نظر المحكمة حاليا")؛ و H.W.A. Thirlway، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٤٨ ("رغم أن شرط الاعتقاد بالإلزام يشير بلا شك عدة مشاكل في الممارسة... من المسلم به أنه يصعب التمييز بين العادة التي أصبحت ملزمة كقانون عرفي والعادة التي لم تصبح كذلك... دون السماح للعنصر النفسي في إنشاء العرف بالتسلل مرة

الدولي أكثر بكثير من [مراكمة عدد كبير من الحالات]. فلا يكفي إيجاد أدلة على مظهره الخارجي، بل من المهم أيضا وجوب إثبات ركنه الذهني أو النفسي. وهذا العنصر البالغ الأهمية هو الذي يميز مجرد الممارسة أو العادة عن العرف. وعند فعل شيء أو عند الإحجام عن فعله، يجب على الأطراف أن تشعر أنها تفعل الشيء أو تحجم عن فعله انطلاقا من إحساس بالإلزام. ويجب أن تنظر إلى الشيء على أنه نفس قوة القانون... ويجب أن يطغى عليها شعور بالإلزام - لا الإلزام المادي، وإنما الإلزام القانوني^(١٨٦).

٦١ - الدوافع الأخرى للتصرف - يتعين التمييز بين "القبول بمثابة قانون" والاعتبارات غير القانونية الأخرى التي قد تأخذ بها الدولة فيما يتعلق بالممارسة المعنية. ومن أجل التأكد من وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي، يجب بالتالي إثبات أن الممارسة المعنية لا تنبع (فقط) من اعتبارات مثل "المجاملة وحسن الجوار والمصالح السياسية"^(١٨٧)، فضلا عن

أخرى إلى المناقشة بطريق ملتوية وتحت اسم آخر". وبخصوص الوظيفة الهامة للاعتقاد بالإلزام في منع الممارسة العامة غير المرغوب فيها عموما من أن تصبح من قواعد القانون الدولي العرفي، انظر C. Dahlan, 'The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law', *Nordic Journal of International Law*, 81 (2012), 327-339. وقد لاحظ فيلجر أن "بالإضافة إلى ذلك، يصلح الاعتقاد على وجه الخصوص للتمييز بين انتهاكات القاعدة العرفية والتعديلات اللاحقة لتلك القاعدة - وهو اختبار لا يخلو من أهمية نظرا للطبيعة الديناميكية للقانون الدولي العرفي. وطالما لم يندثر الاعتقاد السابق ولم يثبت الاعتقاد الجديد، تظل الممارسة المتباعدة إما شكلا من الاعتراض المستمر أو شكلا من الاعتراض اللاحق" (M.E. Villiger, الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٤٨).

(١٨٦) *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 120* (الرأي المخالف للقاضي تشاغلا، مشيرا إلى العرف المحلي، ولكن مستندا في هذا السياق إلى الصياغة العامة للمادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية).

(١٨٧) *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at pp. 285 and 286* (مضيفا أنه "يبدو أن اعتبارات الملازمة أو مجرد النفعية السياسية دفع الدولة الإقليمية إلى الاعتراف بحق اللجوء دون أن يكون هذا القرار ينبع من أي شعور بالإلزام القانوني")؛ انظر أيضا *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C.J. Reports 1957, p. 125, at p. 177* ("يجب أن تذهب [الدولة] أبعد من ذلك وتثبت أنها... دأبت على [الممارسة]... على سبيل الحق وليس على سبيل التسامح أو الامتياز")؛ و *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 305* (الرأي المستقل للقاضي بيتيرين) ("الامتناع عن سلوك من السلوكات يجب أن لا يكون بدافع اعتبارات سياسية أو اقتصادية بل بدافع الامتناع بأن... [سلوكا معنا] محظور بموجب القانون الدولي العرفي")؛ و *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. 109* (حيث ميزت المحكمة بين "بيانات السياسة الدولية" و "تأكيد قواعد القانون الدولي القائم")؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 221* (الرأي المخالف للقضاة هاكورت وبدوي وليفي كارنيرو والسير بينيغال راو) (في إشارة إلى "التأكيد

”الملاءمة أو التقاليد“^(١٨٨). ويجب أن تكون الدول قد احترمت القاعدة ”بناء على الالتزام القانوني، لا بناء على التسامح المتبادل أو الملائمة“^(١٨٩). كما ينبغي ألا يتم الخلط بين ”القبول بمثابة قانون“ وبين اعتبارات ذات طبيعة اجتماعية أو اقتصادية^(١٩٠)، رغم أن من المرجح وجود هذه الاعتبارات، خصوصا في بداية تطور ممارسة من الممارسات.

على أن العادة تمثل على الأقل أحد أسس حقوقها... [ولذلك] لم تكن، بالتالي، مجرد حالة من ’كرم التسامح‘“؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports* 1996, p. 226, at pp. 423-424 (الرأي المخالف للقاضي شهاب الدين) ”ومن المهم أيضا أن يؤخذ في الاعتبار أن مجرد إثبات أن أعمالا أو حالات إحجام عن العمل يزعم أنها تشكل ممارسة الدول لا يلغي ضرورة تفسير هذه الأعمال أو حالات الإحجام عن العمل. وإن كانت الدول قد تشعر أن الحقائق لا تترك لها خيارا غير فعل ما تفعله، فذلك لا يكفي لاستبعاد تصنيف ما تفعله كجزء من ممارسات الدول، ولكن بشرط أن تفعل ما تفعله اعتقادا بأنها تتصرف انطلاقا من إحساس بالإلزام القانوني...“؛ و *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports* 2002, p. 3, at p. 145 (الرأي المخالف للقاضي فان دين وينغيت) ”إن ’الممارسة السلبية للدول‘، المتمثلة في إحجامها عن إقامة دعوى جنائية، لا يمكن الأخذ بها في حد ذاتها كدليل على الاعتقاد بالإلزام. ويمكن تبرير الإحجام بأسباب أخرى كثيرة، منها المحاملة، والاعتبارات السياسية، والشواغل العملية، وعدم وجود الولاية القضائية الجنائية خارج الحدود الإقليمية. ولا يمكن أن تولد هذه الممارسة قانونا دوليا عرفيا إلا إذا استند هذا الإحجام إلى قرار مدروس من الدول المعنية“؛ و C. De Visscher، الحاشية ١٦٦ أعلاه، الصفحة ١٤٩ ”تولي الحكومات أهمية كبيرة للتمييز بين العرف، الذي تعتبر نفسها ملزمة به، وبمجرد الممارسات التي غالبا ما تليها الاعتبارات النفعية، وبالتالي تخلو من المنطق القانوني الواضح. وإن في ذلك في أغلب الأحيان مصلحة سياسية، فهذا ليس سببا لإنكار أهميته“.

(١٨٨) انظر: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports* 1969, p. 3, at p. 44, para. 77 ”هناك العديد من الأعمال الدولية، مثلا في مجال الاحتفالات والبروتوكول، التي يتم القيام بها في كل الحالات تقريبا، ولكنها لا تنبع سوى من اعتبارات المحاملة والملاءمة أو التقاليد، لا من إحساس بالواجب القانوني“؛ وانظر أيضا: *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports* 1985, p. 13, at p. 69 (الرأي المستقل لنائب الرئيس سبت - كامارا) ”يمكن التحجج بالملاءمة السياسية والدبلوماسية دعما لمبدأ المسافة، ولكن هذا لا يكاد يشكل اعتقادا بالزامية الممارسة وضرورتها“.

(١٨٩) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports* 1974, p. 3, at p. 58 (الرأي المستقل للقاضي ديلارد).

(١٩٠) انظر أيضا: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports* 1969, p. 3, at p. 23 (حيث قالت المحكمة في طريقة تعيين الحدود البحرية على أساس تساوي المسافة: ”باختصار، فقد يكون صحيحا أن نقول أن لا وجود لطريقة تعيين أخرى لها نفس الميزج من الملاءمة العملية ودقة التطبيق. ومع ذلك، لا تكفي هذه العوامل بحد ذاتها لتحويل طريقة إلى قاعدة قانونية تجعل قبول نتائج استخدام هذه الطريقة واجبا في جميع الحالات التي لا تتفق فيها الأطراف على خلاف ذلك... ومن الناحية القانونية، إذا وُجدت قاعدة من هذا القبيل، فيجب أن تستمد قوتها القانونية من عوامل أخرى غير وجود هذه المزايا، مهما كانت أهميتها“؛ و [قضية جنوب غرب أفريقيا، المرحلة الثانية] *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports* 1966, p. 6, at p. 34 ”قد تشكل الاعتبارات الإنسانية أساسا لاستلها قواعد القانون... لكن هذه الاعتبارات، مع ذلك، لا تعد في حد ذاتها بمثابة قواعد قانونية. فجميع الدول تهتم

٦٢ - كما لا يجوز أن تؤخذ الممارسة النابعة (فقط) من ضرورة الامتثال للالتزامات بموجب معاهدات (أو التزامات غير عرفية أخرى) على أنها تشير إلى "القبول بمثابة قانون"^(١٩١): فعندما تتصرف أطراف المعاهدة وفاء بالتزاماتها المتفق عليها، لا يثبت ذلك في العادة وجود "اعتقاد بالإلزام"^(١٩٢). وعلى النقيض من ذلك، حين تتصرف الدول وفقا

بمثل هذه المسائل - أي لها مصلحة فيها. ولكن وجود "مصلحة" لا يعني في حد ذاته أن هذا الاهتمام هو على وجه التحديد قانوني في طبيعته".

(١٩١) انظر أيضا: O. Schachter, 'Entangled Treaty and Custom', in Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 717, 729؛ A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), 81 ("لن تكون الممارسة في الامتثال لبعض القواعد غير العرفية الأخرى دليلا مستقلا على الاعتقاد بالإلزام العرفي، كما أثبتت في قضية بحر الشمال"). وأشار باكستر إلى مفارقة في هذا السياق، تتمثل في أن "عدد الدول غير الأطراف التي تأخذ بالممارسة المعنية يتناقص كلما تزايد القبول صراحة بالمعاهدة" R.R. Baxter, 'Treaties and Custom', 129 *Recueil des Cours* (1970), 27, 73؛ وانظر أيضا: R. Cryer, 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study', *Journal of Conflict and Security Law*, 11 (2006), 239, 244 ("من بعض النواحي، يمكن أن يكون تقييم الممارسة المتعلقة بقاعدة لها أساس تعاهدي موجود من قبل أكثر صعوبة، لأن ممارسات أطراف المعاهدات فيما بينها يمكن أن تعزى إلى وجود المعاهدة").

(١٩٢) انظر، على سبيل المثال: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 43, para. 76 ("كان أكثر من نصف الدول المعنية، سواء فرادى أو جماعات، أطرافا في اتفاقية جنيف أو أصبح طرفا فيها بعد ذلك بوقت قصير، ولذا يفترض فيما يخصها أنها تتصرف فعلا أو احتمالا في إطار تطبيق الاتفاقية. ولا يمكن شرعيا أن نخلص من خلال تصرفها إلى أي استنتاج بشأن وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي...")؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at pp. 199-200 [١٥٠ عاما]، كانت الولاية القنصلية للولايات المتحدة في الواقع لا تستند إلى العرف أو التقاليد، بل إلى الحقوق التي نصت عليها المعاهدة... وليس [هناك] ما يكفي لإثبات أن الدول التي تمارس الولاية القنصلية عملا بتلك الحقوق تتمتع بصفة مستقلة إضافية على أساس العرف أو العادة")؛ و *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. 531 ("... هناك صعوبات واضحة في استخراج مقال ذرة من 'الممارسة' المذكورة بشأن هذه المسائل من سلوك تلك الدول القليلة التي ليست أطرافا في الميثاق؛ أما سلوك كل ما تبقى منها والاعتقاد بالإلزام الذي قد تدل عليه خلاف ذلك، فيفسر بالتأكيد بحكم كونها ملزمة بالميثاق ذاته")؛ و *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, at p. 479 (الرأي المستقل للقاضي إبراهيم) ("لا يُثبت مثل هذا النهج وجود الاعتقاد بالإلزام، أي الاعتقاد بأن هناك إلزاما... خارج أي إلزام تقليدي")؛ و *Prosecutor v. Delalić et al. Case No. IT-96-21-T, Judgment* (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 302. وقد أشارت المحكمة العليا للولايات المتحدة كذلك في قضية سفينة الصيد باكيبي هافانا (١٩٠٠) إلى وجود قاعدة في القانون الدولي "بشكل مستقل عن أية معاهدة صريحة أو أي نص آخر في القانون

لمعاهدة لم تصبح (بعد) ملزمة لها أو تجاه دول غير أطراف في تلك المعاهدة، قد يثبت فعلاً وجود "قبول بمثابة قانون"^(١٩٣). وقد يكون الحال كذلك أيضاً حيثما تصرفت الدول غير الأطراف في معاهدة ما وفقاً للقواعد التي تتضمنها تلك المعاهدة، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لبعض الدول غير الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار^(١٩٤).

٦٣ - وحين تكون للدول "حرية اللجوء [إلى مجموعة من الأساليب المختلفة] من أجل التوفيق بين مصالحها الوطنية"، عادة ما لا يكون هناك ما يشير إلى "أي اعتقاد بالإلزام استناداً إلى وعي الدول بالطبيعة الإلزامية للممارسة المأخوذ بها"^(١٩٥). وبعبارة أخرى، "لا تبرر ممارسات الدول صياغة أي قاعدة عامة من قواعد القانون" حين تكون هذه الدول في وضع يمكنها من اختيار الممارسات المناسبة للظروف الخاصة بها (وبالتالي لم تعترف بالإلزامية ممارسة معينة)^(١٩٦).

٦٤ - وعموماً يتعين السعي إلى القبول بمثابة قانون فيما يتعلق بالدول صاحبة المصلحة، سواء منها التي تنفذ الممارسة المعنية أو التي هي في وضع يمكنها من الرد على ذلك: "يجب أن تكون الدول التي اتخذت تلك الإجراءات أو الدول الأخرى التي هي في وضع يمكنها من الاستجابة لذلك قد تصرفت بحيث يكون سلوكها 'دليلاً على الاعتقاد بأن هذه الممارسة أصبحت إلزامية بوجود قاعدة قانونية تتطلب ذلك'"^(١٩٧). وفي الواقع الحديث

العام: "U.S. 677, 708 ١٧٥؛ وانظر أيضاً: P. Tomka، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٢٠٤ ("لن يكون هذا في كثير من الأحيان مشكلة فيما يتعلق بتحديد ما إذا كانت الاتفاقية تدون قاعدة موجودة من قبل في القانون، بالنظر إلى الأعمال التحضيرية الواسعة النطاق والفرص المتاحة لتقديم تعليقات صريحة في جميع مراحل عملية اعتماد اتفاقية التدوين، وكذلك ظروف الاعتماد، والتي تسلط الضوء على هذه المسألة")."

(١٩٣) انظر، على سبيل المثال، الإشارة إلى الممارسة الفنزويلية في قضية حق اللجوء الكولومبية - البيروفية: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 370* (الرأي المخالف للقاضي كايسيدو كاستيا).

(١٩٤) في قضية بيرو ضد شيلي أمام محكمة العدل الدولية، ذكر وكيل بيرو أن "بيرو تقبل وتطبق قواعد قانون البحار الدولي العرفي، كما وردت في اتفاقية [قانون البحار]"^(١٩٤): *Maritime Dispute (Peru v. Chile), CR 2012/34, p. 43, para. 10* (فاغندر).

(١٩٥) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 127* (الرأي المستقل للقاضي عمون). وهذا بطبيعة الحال ما لم تكن القاعدة نفسها تسمح باتباع عدة نُهج في التصرف.

(١٩٦) *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 131*

(١٩٧) 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. 109* (الإحالة المرجعية محذوفة)؛ وانظر أيضاً: *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 121* (الرأي المخالف للقاضي تشاغلا) ("يجب أن يكون هناك إدراك

المليء بالخفاض المتعددة الأطراف، يمكن استكمال مثل هذا التدقيق في ما يشير إليه البعض بأنه "اعتقاد بالإلزام الفردي" أو دعمه بالبحث عن "الاعتقاد بالإلزام المنسَّق أو العام" (١٩٨)، أي قبول ممارسة معينة بمثابة قانون (أو خلاف ذلك) من خلال توافق عام في الآراء بين الدول (١٩٩). وكما هو الحال بالنسبة للملاءمة التي تتيحها دراسة الممارسات التي تشترك فيها

مماثل في الوضوح بالجانب الآخر من الالتزام..."; و Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at pp. 315 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("لا تسهم الممارسة في تشكيل قاعدة عرفية إلا إذا... اعتبرت كل من الدولة التي تحتج بتلك الممارسة أو تسعى إلى فرضها والدولة التي تدعن للممارسة أو تخضع لها أن تلك الممارسة تعبير عن التزام قانوني لا يجوز لأيهما التهرب منه"); و H. Thirlway, الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحتان ٧٠ و ٧١. وعلى النقيض من ذلك، ذهب مؤلفون في بعض الأحيان إلى أن الاعتقاد بالإلزام السائد لدى إحدى المجموعتين من الدول هو الأكثر أهمية بالأساس. وبخصوص الرأي القائل بأن الاعتقاد بالإلزام من جانب الدول "المستفيدة" هو الأهم، انظر، على سبيل المثال، K. Wolfke, الحاشية ٦ أعلاه، الصفحتان ٤٤ و ٤٧ ("بخصوص العرف الاعتيادي، يكفي التسليم بأن الممارسة تعتبر بمثابة قانون يسري على جميع ظروف القضية المعنية، وقبل كل شيء على موقف الدول التي تقبل أن تكون ملزمة بتلك القاعدة العرفية، وبالتالي على سلوكها... وينبغي أن يضاف إلى ذلك أن شرط أي 'شعور بالواجب' أو أي 'قناعة' من جانب الدولة المتصرفة هو أيضا غير منطقي إلى حد ما، لأن المهم من الناحية القانونية هو فقط رد فعل الدول الأخرى نحو الممارسة، وعلى وجه الخصوص، ما إذا كانت تعتبرها واجبة أو مسموحا بها قانونا"); و MacGibbon, 'Customary International Law and Acquiescence', British Yearbook of International Law, 33 (1957), 115, 126 (إن الاعتقاد بالإلزام، بطبيعة الحال، له أهميته في نشأة الحقوق العرفية، ولكن فقط من وجهة نظر الدول المتأثرة بممارسة الحق المذكور...").

(١٩٨) انظر، على سبيل المثال: G.M. Danilenko, الحاشية ١٣٩، الصفحات ١٠٢-١٠٧.

(١٩٩) انظر، على سبيل المثال: A. Pellet, الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحة ٨١٩ (في إشارة إلى عدة قضايا عندما يذهب إلى أنه "بموازاة الممارسة، تستند [محكمة العدل الدولية] عادة إلى رأي عام، لا إلى آراء الدول بشكل فردي"); و E. Jiménez de Aréchaga, الحاشية ١٧٩ أعلاه، الصفحة ١١ ("لقد بحثت [المحكمة الدولية] عن الإجماع العام للدول بدلا من اعتماد إصرار وضعي على وجود دليل قاطع على موافقة الدولة المدعى عليها"); و P.B. Casella, 'Contemporary Trends on *Opinio Juris* and the Material Evidence of Customary International Law', 2013 Amado Lecture before the Commission (مذكرات المتكلم متاحة لدى المقرر الخاص) ("لم يعد يتعين اعتبار الاعتقاد بالإلزام رأيا فرديا لدولة واحدة أو بعض الدول، بل يتعين اعتباره في الوقت الحاضر بيانات جماعية صادرة عن المجتمع الدولي ككل، أو عن جزء كبير منه"); و J. Charney, 'Remarks on the Contemporary Role of customary International Law', *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), 21 ("بصر البعض على أن فرادى الدول يجب أن تختار قبول القاعدة بمثابة قانون. ولكن من الواضح أن هذا القبول يطلبه المجتمع الدولي فقط، لا كل دولة على حدة ولا الأشخاص الاعتباريون الدوليون الآخرون"). والقاضي ميرون، في رأيه المخالف جزئيا في قضية ناهيماننا وآخرون ضد المدعي العام (دائرة الاستئناف بالمحكمة الجنائية الدولية لرواندا)، يشير إلى أن إذا "لم يتبلور توافق في الآراء بين الدول، فمن الواضح أن لا وجود لقاعدة في القانون الدولي العرفي" (Case No. ICTR-99-52-A, 28) (November 2007, paras. 5-8)؛ وانظر أيضا: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 315 ("إن الاحتجاج العنيف

الدول، قد يجعل هذا من الأسهل تحديد ما إذا كان أعضاء المجتمع الدولي متفقين بالفعل أو منقسمين بشأن الطبيعة الملزمة لممارسة معينة.

٦٥ - ولئن كانت الفكرة القائلة إن القبول بمثابة قانون ضروري لتحويل الممارسة المعتادة إلى قاعدة قانونية تعود إلى زمن العالم القديم^(٢٠٠)، فإن أصل العبارة اللاتينية *opinio juris sive necessitatis* (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها) أحدث عهدا بكثير. وهذا "الاسم السقني"^(٢٠١) للعنصر الذاتي الذي يعني حرفيا "الاعتقاد (أو الرأي) بالقانون أو الضرورة"^(٢٠٢) يختصر عادة في "الاعتقاد بالإلزام"، وهو ما قد يكون له "أهميته الخاصة. وما يعتبر عموما أنه لازم هو وجود اعتقاد فيما يتعلق بالقانون، بأن القانون موجود، أو يتكون، من قبيل لزوم القيام بتصرف معين أو الإذن فيه"^(٢٠٣).

٦٦ - ولا يجد فقهاء القانون الذين يحاولون تفسير معنى ووظيفة مفهوم الاعتقاد بالإلزام صعوبة في التعامل مع عدم التحديد الدقيق لمعناه اللغوي وعدم اليقين بشأن أصله

والاحتفاظ بالحق، حسبما يتضح من القرارات المتعاقبة للجمعية العامة... يجهضان ولادة أو بقاء الاعتقاد بالإلزام على خلاف ذلك".

(٢٠٠) يشير كراوفورد إلى كتاب إيزيدور إشبيلية (Isidore of Seville) (نحو ٥٤٠-٦٣٦ ميلادي) المعنون *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*، الفصل ٣، الفقرتان ٣ و ٤، حيث ذكر أنه "يرسخ العرف في شكل قانون من خلال العادات الأخلاقية، وهو يقبل بوصفه قانونا في حال عدم وجود قانون مدون: فلا فرق إن كان موجودا في شكل مدون أو عقلي، باعتبار أن العقل يمثل القانون أيضا... والعرف يسمى أيضا كذلك لأنه عادة مشتركة" (J. Crawford، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٦). وللإطلاع على "سلسلة نسب فكرية" للعنصر الإضافي" للقانون الدولي العربي، انظر E. Kadens, E.A. Young, 'How Customary Is Customary International Law?', *William & Mary Law Review*, 54 (2013), 885-920.

(٢٠١) S. Rosenne، الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ٥٥.

(٢٠٢) اقترح ثيرلواي الترجمة التالية "في ضوء تطبيقه في القانون": "الرأي (أو الاعتقاد) بأن ما ينطوي عليه الأمر هو شرط للقانون أو الضرورة (أو، ربما، ينبغي أن يكون كذلك)" (H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٥٧).

(٢٠٣) H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٧٨؛ انظر أيضا L. Millán Moro، الحاشية ٣٨ أعلاه؛ R. Huesa Vinaixa، *El Nuevo Alcance de la "Opinio Juris" en el Derecho Internacional Contemporaneo* و (tirant lo blanc, 1991). وأشار البعض إلى أن للاعتقاد بالإلزام دورا إضافيا يتخطى الدور الذي يعطى له عادة فيما يتعلق بالقانون الدولي العربي: انظر على سبيل المثال، الرأي المخالف للقاضي كانسادو ترينداد في قضية حصانات الدولة من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 283, para. 290 ("ينبغي عدم السعي إلى النظر إلى الاعتقاد بالإلزام نظرة تقييدية جدا، تخلصها إلى العنصر الذاتي للعرف وتبعدها عن المبادئ العامة للقانون").

فحسب^(٢٠٤)، ولكن أيضا مع المشاكل النظرية الطويلة الأمد المرتبطة بمحاولة استخدام مصطلحات دقيقة لوصف العملية التي ليس لها شكل محدد والتي يكتسب بموجبها سلوك الدول قوة قانونية^(٢٠٥). وعلى وجه الخصوص، جادل البعض بشأن ما إذا كان العنصر الذاتي الذاتي يمثل بالفعل اعتقاد (أو رأي) الدول، أم بالأحرى موافقتها (أو إرادتها)^(٢٠٦). وناقش آخرون 'مفارقة' الاعتقاد بالإلزام المتمثلة في أن "حجة الحلقة المفرغة" التي تنطوي على التساؤل بشأن كيفية تمكن قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي من النشوء إذا كان يجب أن تترافق الممارسة ذات الصلة باعتقاد بأن هذه الممارسة هي قانون بالفعل^(٢٠٧). وتساءل

(٢٠٤) انظر، على سبيل المثال: M. Mendelson، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحتان ١٩٤ و ٢٠٧ ('يشار إلى أن عدم الاتساق اللغوي لعبارة الاعتقاد بإلزامية الممارسة وضرورتها يعكس قدرا من عدم الاتساق في التفكير الذي أنتجها... أما فيما يتعلق بها، فهي عبارة ذات أصل مشبوه ومعنى غير محدد على وجه اليقين').

(٢٠٥) انظر أيضا: E. Kadens, E.A. Young، الحاشية ٢٠٠ أعلاه، الصفحة ٩٠٧ ('تتعلق المشكلة الأساسية في العرف بـ "العنصر الإضافي" اللازم لتحويل ممارسة متكررة إلى قاعدة ملزمة. ويتمثل درس محوري مستفاد من مناقشتنا التاريخية في أن هذا الأمر كان دائما المشكلة الأساسية').

(٢٠٦) كما ذكر فقهاء القانون، تشير محكمة العدل الدولي الدائمة ومحكمة العدل الدولية إلى مفهومي الإرادة والاعتقاد على السواء (انظر، على التوالي، The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), Publications of North and the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, Series A, No. 10, p. 18 و Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77). وللاطلاع على المحاولات الرامية إلى التوفيق بين النهجين انظر، على سبيل المثال، ILA London Statement of Principles, at (٣٠) ('من الممكن التوصل إلى اندماج أو توفيق ظاهري بين هذين النهجين باستخدام مصطلحات من قبيل 'مقبول' أو 'معترف به' بوصفه قانونا')؛ و O. Elias, 'The Nature of the Subjective Element in Customary International Law', *International and Comparative Law Quarterly*, 44 (1995), 501-520.

(٢٠٧) انظر، على سبيل المثال: H. Kelsen, 'Théorie du droit international coutumier', *Revue internationale de la théorie du droit*, X (1939), 253, 262-5, reproduced in C. Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international* (Presses Universitaires de France, 2001), 61؛ وانظر أيضا: H. Taki, 'Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis', *German Yearbook of International Law*, 51 (2008), 447, 450. وللإطلاع على بعض الحلول المقترحة لهذه "المفارقة"، انظر: T. Maluwa, 'Custom, Authority and Law: Some Jurisprudential Perspectives on the Theory of Customary International Law', *African Journal of International and Comparative Law*, 6 (1994), 387-410؛ و A. Verdross, 'Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts', *ZaöRV*, 29 (1969), 635-653؛ و J. Tasioulas, 'Opinio Juris and the Genesis of Custom: A Solution to the "Paradox"', *Australian Yearbook of International Law*, 26 (2007), 199-205؛ و D. Lefkowitz, '(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law: A Hartian Approach', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 21 (2008), 129-148؛ و A.A. D'Amato، الحاشية ٦٦ أعلاه، الصفحتان ٥٢ و ٥٣؛ و B.D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (Cambridge University Press, 2010), 112؛ و O.A. Elias, C.L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer Law International, 1998), 3-21.

أيضا آخرون عما إذا كان يمكن أن تكون الدول قادرة على الاعتقاد على الإطلاق^(٢٠٨)،
وعما إذا كان يمكن إثبات وجود دوافع داخلية من هذا القبيل^(٢٠٩). ورأى عدد من الكتاب
أنه ينبغي فهم الاعتقاد بالإلزام على أنه يجسد المبادئ الأخلاقية والفضيلة^(٢١٠)، في حين أنكر
آخرون أهمية هذه الاعتبارات في هذا السياق^(٢١١). وكثيرا ما تعكس هذه المناقشات

(٢٠٨) انظر على سبيل المثال، A. D'Amato، الحاشية ٨٣ أعلاه، الصفحة ٤٧١ (”يشكل تفكيرنا أن الكيانات
التي نسميها دولاً يمكن أن ’تعتقد‘ أي شيء مغالطة تنطوي على تأنيس الأشياء؛ وبالتالي، ليس هناك ما
يدعو إلى أي من هذه الاختبارات الذاتية غير المحددة تماما للاعتقاد عندما يحاول المرء وصف كيفية عمل
القانون الدولي وكيفية التمكن من إثبات مضمونه“)؛ و B. Cheng، ‘Custom: The Future of General State
Practice in a Divided World’، in R.St.J. Macdonald، D.M. Johnston (eds.)، *The Structure and Process of
International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers، 1983)،
513، 530 (”هناك أولاً مسألة ما إذا كان يمكن للدول، باعتبارها كيانات قانونية، أن ’تفكر‘، ولكن ذلك
بمجرد مسألة إمكانية إسناد المسؤولية في القانون الدولي. وإذا كان يمكن للدول أن ’تتصرف‘، و”ترتكب
أعمالاً غير قانونية“ من خلال وكلائها، فلماذا لا يمكنها أن ’تفكر‘؟ وهل الأعمال التي تقوم بها هي كلها
أعمال طائشة؟ والسؤال التالي هو هل نستطيع أن نحدد بالفعل فكر الإنسان، ناهيك عن فكر شخص
اعتباري؟ وهذا قول قديم مكرر. ففي القانون، لا يجد المرء صعوبة في التأكد من ’نية الأطراف‘، و’نية
المشرع‘، والنية الإجرامية، و’التعمد‘ ومجموعة أخرى من العناصر النفسية كل يوم. وفي القانون، لا يلزم
أن تتوافق هذه العناصر النفسية مع الواقع. وهي، في منطق المحامين، لا تعدو كونها ما يمكن أن يخصم مما
قيل أو فعل“).

(٢٠٩) M. Akehurst، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٣٦ (”يسعى الرأي التقليدي إلى إقامة الدليل على ما تعتقده
الدول؛ ويفضل هذا المؤلف البحث عن بيانات تدل على اعتقاد الدول“)؛ و H. Taki، الحاشية ٢٠٧
أعلاه، الصفحة ٤٤٧ (”من الممكن حل ’مشكلة الإثبات‘ عن طريق الاستدلال على الوعي الداخلي
للفرد القائم بالفعل من بعض الظواهر الخارجية (السلوك الذي يمكن ملاحظته، على سبيل المثال)“)؛
و J.L. Slama، ‘Opinio Juris in Customary International Law’، *Oklahoma City University Law Review*، 15
603، 656 (1990) (”تمثل التصرفات الصادرة عن الدولة، أو بيانها الصريحة، أو موافقتها، أو قبولها،
أو اعتراضاتها، أو حالات عدم اعتراضها، جميعها عوامل موضوعية قادرة على إظهار الاعتقاد بالإلزام“).

(٢١٠) انظر، على سبيل المثال: R. Wolfrum، ‘Sources of International Law’، in *Max Planck Encyclopedia of
Public International Law* (2012)، para. 25 (”الاعتقاد بالإلزام، أي الاعتقاد بأن سلوكاً ما لازم
أو مسموح به بموجب القانون الدولي، هو في الواقع اعتقاد بأن هذا السلوك هو سلوك عادل ومنصف
ومعقول ولهذا السبب هو لازم بموجب القانون“).

(٢١١) انظر، على سبيل المثال: K. Skubiszewski، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٨٣٨ (”التأكيدات على حق ما
من جانب دولة أو دول، وسماع دول أخرى أو قبولها أن الدولة المعنية مخولة بذلك الحق، والخضوع
للالتزام، هي ظواهر تشكل دليلاً على رأي الدول بأنها انتقلت من نطاق الوقائع إلى فضاء القانون. وذلك
لأن للحقوق والواجبات هنا دلالة قانونية على نحو دقيق وحصري، وليس معنوية، أو أخلاقية، أو دلالة
تمليها ضرورات المجاملة أو المصلحة“)؛ و M. Akehurst، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٣٧ (”يمكن لبيان
يفيد بأن شيئاً ما ملزم من الناحية الأخلاقية أن يساعد على إيجاد قواعد للأخلاق الدولية؛ ولا يمكنه أن
يساعد في إيجاد قواعد للقانون الدولي“).

الأكاديمية وغيرها من المناقشات، التي أشار إليها أحد المؤلفين بوصفها ”مرهبة“^(٢١٢)، خلافات أعمق بشأن القانون (الدولي) بشكل أعم^(٢١٣). غير أن العنصر الذاتي للقانون الدولي العرفي ”يتسبب في بروز صعوبات في النظرية أكثر مما يفعل في الواقع العملي“^(٢١٤)، والمعاناة النظرية التي قد تصاحبه في الكتب نادرا ما تحول دون تطبيقه في الواقع العملي^(٢١٥).

(٢١٢) I.C. MacGibbon، الحاشية ١٩٧ أعلاه، الصفحة ١٢٥.

(٢١٣) انظر أيضا M. Mendelson، الحاشية ١٢٤ أعلاه، الصفحة ١٧٧ (”يتمثل أحد أسباب استمرار الخلافات لأمد طويل دون حل في أن أصحاب النظريات المختلفة قادرون على إيجاد ما يريدون أن يروا في هذه الظاهرة، وبالتالي تعزيز تصوراتهم المسبقة“)؛ و K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٤٤ (”ترتبط الاختلافات في الرأي بشأن هذا العنصر الذاتي للعرف ارتباطا وثيقا بخلافات لا نهاية لها بشأن ماهية القانون الدولي عموما، وبسبب ما يسمى ’أساس القوة الملزمة‘ لذلك القانون“)؛ و J. Klabbbers، الحاشية ١٢٨ أعلاه، الصفحة ١٨٠ (”لعل ما هو أهم من ذلك أن فكرة القانون العرفي نفسها تثير كل أنواع المناقشات، ليس بسبب الأهمية العملية المقترنة بعدم التحديد الملازم للفكرة، بل أيضا بسبب أهميتها السياسية الحادة. ومصادر القانون الدولي (ولا يزال العرف يعد أحد المصدرين الرئيسيين لهذا النظام القانوني الخاص) هي التي يجري من خلالها تعميم القيم السياسية، وهو ما يجعل تحويل المصادر إلى اعتقادات أمرا شديدا للتعلم عموما... وليس من المستغرب، من ثم، أن يستمر تحويل المصادر إلى اعتقادات في إثارة النقاش، وليس من المستغرب، بالتالي، أن ينحو معظم النقاش إلى أن يكون ذا طابع منهجي“)؛ و D.P. Fidler، الحاشية ١٦٨ أعلاه، الصفحة ١٩٩ (”تنشأ المشاكل المرتبطة بالقانون الدولي العرفي في نهاية المطاف من وجهات نظر متنافسة بشأن العلاقات الدولية“). ويعود كثير من الصعوبات والنقاشات إلى تحليل زمني للعنصر الذاتي، أي لدوره في المرحلة المبكرة من تشكيل القاعدة في مقابل ظهورها وتحديدتها في وقت لاحق: انظر أيضا A. Orakhelashvili، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحات ٨٠-٨٤. وملاحظة شينغ هامة للغاية في هذا السياق: ”خلافًا لرأي سائد إلى حد ما، الاعتقاد بالإلزام ليس بالضرورة الاعتراف بالطابع الملزم لقاعدة موجودة سابقا، حيث يبرز التساؤل في هذه الحالة عن أصل القاعدة الموجودة سابقا نفسها. وفي نظام قانوني تتمتع مكوناته بمركز واحد من قبيل القانون الدولي، حيث أشخص القانون هم أيضا واضعوه، ليس الاعتقاد بالإلزام إلا ما يقبله شخص/واضع القانون في أي وقت من الأوقات بوصفه قانونا، أو بوصفه قانونا عاما...“: B. Cheng، ‘On the Nature and Sources of International Law’، in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1988), 203, 223.

(٢١٤) H.W. Briggs، الحاشية ١٧٤ أعلاه، الصفحة ٧٣٠ (إضافة إلى أنه ”كثيرا ما تولى الصعوبات النظرية التي تكتنف تحديد هذه العناصر [اللازمة لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي] أو تحديد الطرائق والإجراءات التي تُنشأ أو تتطور من خلالها القواعد العرفية للقانون الدولي من ممارسة غير إلزامية قدرا من الاهتمام يزيد عما يولى لواقع أن المحاكم لا تجد سوى القليل نسبيا من الصعوبة عند نظرها في قضية ما في تحديد وجود أو عدم وجود قاعدة منطبقة من قواعد القانون الدولي“ (الصفحة ٧٢٩))؛ انظر أيضا *ILA London Statement of Principles*, at 30 (”... في العالم الحقيقي للدبلوماسية، قد تكون مسألة [العنصر الذاتي للقانون الدولي العرفي] أقل تعقيدا مما هي عليه في متاهات الأوساط الأكاديمية“)؛ و S. Yee، ‘The News that *Opinio Juris* “Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law” Is Greatly Exaggerated’، *German Yearbook of International Law*, 43 (2000), 227, 230 (”لا تزال فكرة الاعتقاد بالإلزام المتهم الرئيسي بالتسبب في الالتباس في أوساط الفقهاء والممارسين في مجال القانون الدولي بصفة عامة، ولكن ذلك قد يصح أكثر في أوساط المنظرين القانونيين“)؛ و C. De Visscher، الحاشية ١٦٦ أعلاه، الصفحة

٦٧ - وتستخدم المحكمة الدولية طائفة من التعبيرات المختلفة للإشارة إلى العنصر الذاتي المعبر عنه بعبارة "المعتبرة بمثابة قانون" في نظامها الأساسي. ومن هذه التعبيرات "شعور بالإلزام القانوني" (٢١٦)؛ و "اعتقاد بأن هذه الممارسة إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها. .. أي إحساس بالواجب القانوني" (٢١٧)؛ و "اعتراف بالضرورة" (٢١٨)؛ و "اعتقاد بالضرورة" (٢١٩)؛ و "اعتقاد بالاحترام الواجب لهذه الممارسة الراسخة منذ أمد بعيد" (٢٢٠)؛ و "نية متعمدة. .. أي وعي مشترك يعكس الاعتقاد. .. فيما يتعلق بحق [ما]" (٢٢١)؛ و "الشعور العام ... بشأن الطبيعة الإلزامية [للممارسة]" (٢٢٢)؛ و "وعي فعلي بالخضوع

١٤٩ (الحاشية ٢٩) ("... إثبات وجود العنصر النفسي للعرف لا يثير تلك الصعوبات الهائلة التي يزعم وجودها في بعض الأحيان)؛ و Jiménez de Aréchaga، الحاشية ١٧٩ أعلاه، الصفحة ٢٤ (إشارة إلى القول بأن الحصول على أدلة على وجود اعتقاد بالإلزام في قضايا محددة أمر صعب عندما يقال "ربما يبلغ إلى حد ما في هذه الصعوبة")؛ و H.W.A. Thirlway، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٤٧ ("التعريف الدقيق للاعتقاد بالإلزام، أو العنصر النفسي في نشأة العرف، أو حجر الفيلسوف الذي يحول الكتلة الخاملة من العادات المتراكمة إلى ذهب القواعد القانونية الملزمة، تسبب على الأرجح في قدر من الجدل الأكاديمي يفوق ما تسببت فيه جميع الادعاءات الفعلية المتنازع عليها التي قدمتها الدول عن أساس العرف المزعوم، مجتمعة")؛ و I. Brownlie، الحاشية ١٢١ أعلاه، الصفحة ٢١ ("في الممارسة، لا تشكل مسألة الإثبات ذلك القدر من الصعوبة الذي يتوقعه الكتاب")؛ و *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, reporter's note 2 ("يتمثل أكثر ما يزعم على الصعيد المفاهيمي في استخدام المصطلحات لتعريف نفسها عند الإشارة إلى أن القانون بني بالممارسة استناداً إلى إحساس بالإلزام القانوني ... غير أن هذه الصعوبات المفاهيمية لا تمنع قبول القانون العرفي على النحو المعرف هنا أساساً").

(٢١٥) في ما يتعلق بالقول بأن التنظير الصرف، على سبيل المثال بشأن الشروط التي ينبغي أو يمكن أن يقتضيها القانون الدولي العرفي، لا يغير القانون، انظر: J. Kammerhofer, 'Law-making by Scholars', in Y. Radi, C. Brölmann (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, forthcoming).

(٢١٦) Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I. C. J. Reports 1950, p. 266, at p. 286.

(٢١٧) North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77.

(٢١٨) Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960, p. 6, at p. 60.

(٢١٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٢١ (الرأي المخالف للقاضي شاغلا).

(٢٢٠) المرجع نفسه، الصفحة ٨٢ (الرأي المخالف للقاضي أرماند-أوغون).

(٢٢١) المرجع نفسه.

(٢٢٢) Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I. C. J. Reports 1950, p. 266, at p. 370 (الرأي المخالف للقاضي كايسيدو كاستيا).

[] إلى التزام قانوني“ أو ”وعي بالطابع الملزم للقاعدة“^(٢٢٣)؛ و ”اعتقاد بأنهما [الطرفان] يطبقان القانون“^(٢٢٤)؛ و ”اعتقاد، أي اعتقاد بالقانون، في عقول [الدول]، بحيث إنها.. . تقبل الممارسة بوصفها قاعدة من قواعد القانون، وحيث لن يكون بإمكانها تجنب تطبيق هذه القاعدة“^(٢٢٥). وبالمثل، استفادت المحاكم والهيئات القضائية الأخرى، وكذلك الدول، من ثروة كبيرة من المفردات في سياق الإشارة إلى هذا الشرط ”النفسي“/”النوعي“/”غير المادي“/”المتعلق بالمواقف“ للقانون الدولي العرفي^(٢٢٦). غير أنه يبدو، عموماً، أن جميع هذه الإشارات تعبر عن معنى مشترك: قبول الدول أن سلوكها أو سلوك الدول الأخرى يتوافق مع القانون الدولي العرفي. و ”تتشارك تعابير الاعتقاد والإقرار والإقرار الضمني والموافقة في شيء واحد، فجميعها تعبر عن الموقف الذاتي للدول إما إزاء سلوكها الخاص أو إزاء سلوك الدول الأخرى في ضوء القانون الدولي“^(٢٢٧).

٦٨ - وبالتالي يشير المكون المسمى بـ ”العنصر الذاتي“ للقانون الدولي العرفي إلى اشتراط أن تكون الممارسة المعنية قد ”حدثت بطريقة تظهر اعترافاً عاماً بأن الأمر يتعلق بقاعدة من

(٢٢٣) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at pp. 104 and 130* (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(٢٢٤) *Judgment of 12 April 1960: I. C. J. (Merits) Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, Reports 1960, p. 6, at p. 90 (الرأي المخالف للقاضي مورينو كويتانا).

(٢٢٥) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 306* (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(٢٢٦) انظر، على سبيل المثال، قضية [شركة يوناتيد بارسيل سيرفيس أوف أمريكا ضد حكومة كندا United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada (UNCITRAL, Award, 22 November 2002), para. 97 (“إحساس بالالتزام“)]؛ و Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53 (“... الاعتقاد بالالتزام، بمعنى أن ما تفعله أو تقوله الدول يمثل القانون“)]؛ وانظر أيضاً مذكرة الأمانة العامة، الصفحتان ٢٣ و ٢٤ (“كثيراً ما وصفت اللجنة العنصر الذاتي بأنه إحساس يسود بين الدول بوجود قاعدة إلزامية أو بعدم وجودها... وفي حالات معينة، أشارت اللجنة إلى العنصر الذاتي باستخدام مصطلحات مختلفة...“ [الإشارات المرجعية محذوفة]).

(٢٢٧) R. Müllerson، الحاشية ٨٥ أعلاه، الصفحة ١٦٣؛ انظر أيضاً: H. Waldock, ‘General Course on Public International Law’, 106 *Recueil des Cours* (1962), 49 (“... يجب دائماً أن يتمثل الاختبار النهائي [في تأكيد قاعدة من قواعد القانون العرفي الدولي] في السؤال: ’هل الممارسة مقبولة بمثابة قانون؟‘ وهذا صحيح بصورة خاصة في المجتمع الدولي، حيث يكون المشاركون في تشكيل عرف ما دولا ذات سيادة هي من يتخذ القرارات ويضع القوانين داخل المجتمع. ويمثل إقرارها بالممارسة بمثابة قانون الأساس الجوهري للقانون العرفي بطريقة مباشرة جداً“).

قواعد القانون [الدولي العرفي] أو التزام قانوني^(٢٢٨). وفي حين أن مصطلح الاعتقاد بالإلزام أصبح دون شك راسخا في سياق الإشارة إلى هذا العنصر^(٢٢٩)، يُشار إلى أن مصطلح "القبول بمثابة قانون" يمكن أن يكون المصطلح الأفضل^(٢٣٠). وقد استخدمت المحكمة الدولية هذا المصطلح، تماشيا مع المصطلح المستخدم في نظامها الأساسي، في القضية المتعلقة بحق المرور، وهي إحدى أولى القضايا التي شرحت فيها المحكمة بالتفصيل المنهجية المستخدمة لتأكيد قواعد القانون الدولي العرفي، حين اختتمت بالقول إنه "في ضوء جميع ظروف القضية، [كانت المحكمة] مقتنعة بأن هذه الممارسة مقبولة بمثابة قانون"^(٢٣١). ويشكل استخدام هذا المصطلح المستمد من النظام الأساسي اجتياز مرحلة كبيرة نحو التغلب على "مفارقة" الاعتقاد بالإلزام المشار إليها أعلاه.

(٢٢٨) North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74؛ انظر أيضا: K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٤٤ ("يجب أن تشكل هذه الممارسة أساسا كافيا على الأقل لافتراض أن الدول المعنية تقبل بها باعتبارها ملزمة قانونا").

(٢٢٩) كتب كراوفورد أنه "ربما يُوسف" لأن يكون الأمر على هذا النحو: J. Crawford، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٢٥؛ ويشير ولفكه إلى المصطلح اللاتيني بأنه "لا يزال يطبق على نطاق واسع، لكنه مصطلح مضلل"، موضحا أن "حالات سوء الفهم تنشأ لأن هذا المصطلح، الذي له معنى محدد في تاريخ النظرية القانونية، يطبق من قبل المؤلفين المعاصرين، وكما شوهد، حتى من قبل المحكمة [الدولية]، بدلالات أو ظلال معنى مختلفة": K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحتان ٤٥ و ٤٦. ولكن انظر R. Müllerson، الحاشية ٨٥ أعلاه، الصفحة ١٦٤ ("يمكننا اعتمادا على سياق ما أن نتكلم عن الإرادة، أو الموافقة، أو توافق الآراء، أو الاعتقاد، أو القبول، أو الاعتراض، أو الإغلاق الحكمي، أو ربما حتى شيء آخر. ولكن باعتبار أن مصطلح الاعتقاد بالإلزام راسخ تماما في الممارسة والأدبيات القانونية الدولية، ليس من الحكمة محاولة التخلص منه").

(٢٣٠) انظر أيضا I.C. MacGibbon، الحاشية ١٩٧ أعلاه، الصفحة ١٢٩ ("مقارنة مصطلح الاعتقاد بالإلزام، يمكن أن تقبل عبارة "مقبول بمثابة قانون" التفسير بمعان تعكس على نحو أكثر دقة عمليات التحول الفعلية من الممارسة أو العادة إلى العرف، سواء رؤيت بمنظار ممارسة الحقوق أو بمنظار أداء الالتزامات")؛ و C. Santulli، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٥٠ ("ينص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة ٣٨ منه على أن العرف ممارسة مقبولة". وبذلك ينهي النظام الأساسي تقليدا كان يهدف إلى تقديم الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها بوصفه "الضمير" المسؤول عن التقييد بقاعدة قانونية ما")؛ و A. Pellet، الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحة ٨١٩ (الإشارة إلى الأعمال التحضيرية للمادة ٣٨-١ (ب) وإلى ممارسة المحكمة عند اقتراح أن "حالة القبول" غير مقيدة بالضرورة بإرادة الدول، بل بـ "قبول" يمكن تفسيره بقدر أقل من الصرامة")؛ و K. Skubiszewski، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحتان ٨٣٩ و ٨٤٠.

(٢٣١) Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960, p. 6, at p. 40 (بالنظر إلى أن هذه الممارسة استمرت على مدى فترة تزيد على قرن وربع من الزمان دون أن تتأثر بالتغير الذي طرأ على النظام فيما يتعلق بالمقاطعة المحصورة التي نشأت حين حصلت الهند على استقلالها، فإن المحكمة، بالنظر إلى ظروف القضية كافة، مقتنعة أن الطرفين قد قبلا هذه الممارسة على اعتبار أنها قانون وأن نشأ عنها حق وما يلازم ذلك الحق من التزام").

٦٩ - ويقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ١٠

دور القبول بمثابة قانوناً

- ١ - شرط قبول الممارسة العامة بمثابة قانون، باعتباره ركناً من أركان القانون الدولي العرفي، يعني وجوب اقتران الممارسة المعنية بإحساس بالإلزام القانوني.
- ٢ - القبول بمثابة قانون هو ما يميز قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي عن العادة فحسب.

٧٠ - إثبات "القبول بمثابة قانوناً" - يجب أن يكون الدافع وراء ممارسة معينة واضحاً حتى يتسنى تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي: "لا يمكن أن يترتب أثر عملي على مفهوم الاعتقاد بالإلزام إلا بإضفاء الصبغة الموضوعية عليه في المهمة الصعبة المتمثلة في التمييز بين العرف 'القانوني' و 'العادة' التي لا تكتسي طابعاً قانونياً"^(٢٣٢). وعلى الصعيد العملي، ما برح قبول الممارسة بمثابة قانون يشار إليه أو يستدل عليه من واقع ما تنتهجه الدول من تصرفات متنوعة ذات صلة. ويجوز بالتالي أن تكون بعض الممارسات في حد ذاتها برهاناً على الاعتقاد بالإلزام، أو بعبارة أخرى، أن تكون لها أهمية في إرساء الممارسة الضرورية وفي "قبولها بمثابة قانوناً"^(٢٣٣). ومن هذا المنطلق، "فإن ما تفعله الدول ... هو

(٢٣٢) J.L. Slama، الحاشية ٢٠٩ أعلاه، الصفحة ٦٥٦؛ انظر أيضاً M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٤٨.

(٢٣٣) انظر أيضاً *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 299 ("يمكن الكشف عن وجود [قواعد عرفية] في ممارسات الدول التي يُعتَقَد بإلزاميتها بالاستقراء القائم على تحليل مجموعة ممارسات شاملة ومقنعة بما يكفي، لا بالاستنباط من أفكار مكونة سلفاً")؛ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 305؛ ("يثبت سلوك هذه الدول [التي أجرت تجارب نووية جوية] أن حكوماتها لم تكن مع الرأي القائل بأن القانون الدولي العرفي يحظر التجارب النووية الجوية")؛ و *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, at p. 147 (الرأي المخالف للقاضية فان دين فينغيرت)؛ و Jiménez de Aréchaga، "International law in the past third of a century"، p. 24 (انظر الحاشية ١٧٩ أعلاه) ("يحتوي كمّ كبير مما يوصف بأنه العنصر المادي لممارسة الدول في حد ذاته على عنصر معنوي ضمني، مما يشير إلى الاعتقاد بالإلزام")؛ و M. Bos، الحاشية ١٤٤ أعلاه، الصفحة ٣٠ ("يجوز القول، بوجه عام، إن أي شيء مشمول بإطار ممارسة الدول يمكن أن يعدّ بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال")؛ و J. Kammerhofer، *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010)، 63 ("من جهة، يمكن تصنيف كل ما تفعله الدول أو تحجم عن فعله ضمن 'ممارسة الدول'، لأن سلوكها هو ما تفعله. غير أن سلوك الدولة، بمعنى أوسع، هو دليلنا الوحيد إلى ما تريده أن يكون قانوناً وما تعتقد أنه القانون")؛ و M. Koskeniemi، 'Theory: Implications for the Practitioner'، in *Theory and International Law: An Introduction*

ممارسة للدولة ذات وجهين أو جانبيين، هما: السلوك المرئي الملحوظ الذي تمارسه الدول (أو أشخاص القانون الدولي الآخرون)، وما تبديه تجاه هذا السلوك من موقف ذاتي قد يكون موجوداً ضمنياً في ذات العمل أو السلوك أو قد يُنقل إلى دول أخرى من خلال سلوكيات متباينة بما يشكل، بدوره، ممارسة دولة من نوع آخر^(٢٣٤). وفي أي حال، من الأهمية بمكان في الواقع أن تحدد المحكمة والهيئات القضائية مع ذلك كل عنصر من العنصرين على حدة.

٧١ - وقد تتوقف كيفية إثبات 'القبول' بمثابة قانون' على طبيعة القاعدة والظروف التي تصبح فيها القاعدة واجبة التطبيق. فقد يتعين، مثلاً، التمييز بين الحالات التي تشمل تأكيداً للحق القانوني وتلك التي تسلم بوجود التزام قانوني، وبين الحالات التي تتكون فيها الممارسة المعنية من سلوك يمارس "على أرض الواقع" مقابل الممارسة الشفهية.

٧٢ - ولا يكفي عموماً بمجرد الالتزام بقاعدة مزعومة كدليل على الاعتقاد بالإلزام: "فالدأب على أمر ما لا يثبت بالضرورة أن الممارسين يعتبرون أنفسهم خاضعين لأي التزام قانوني من جهته"^(٢٣٥). وعلى حد تعبير محكمة العدل الدولية، "فإن التصرف، أو الموافقة على التصرف بشكل معين، لا يبرهن في حد ذاته على أي شيء ذي طبيعة قانونية"^(٢٣٦).

أي طريقة للتأكد من وجود أو غياب العنصر الذاتي تكون مستقلة عن طريقة التأكد من وجود سلوك متسق ومتقيد بشكل معين^(٢٣٧)؛ و B. Conforti, B. Labella، الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحة ٣٢ ("يربط العنصر الذاتي ... بين كل أنواع سلوك الدولة الكثيرة على اختلافها")؛ و K. Zemanek، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحتان ٢٩٢-٢٩٣ ("يستحيل عملياً فصل التدوين المادي لممارسة الدول' عن التدوين المادي للاعتقاد بالإلزام، وإن كان نظرياً ربما مستصوباً، وذلك لأن الأول، من خلال صياغته، يبرهن على وجود الثاني")؛ و H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحات ٥٨ و ٦٢ و ٧٠ ("بما أن الاعتقاد بالإلزام حالة ذهنية، توجد صعوبة واضحة في إسناده إلى كيان مثل الدولة؛ ومن ثم يتعين استنباطه من تصريحات الدولة وتصرفاتها، لا سيما التصرفات التي يُزعم أنها تشكل ركن 'الممارسة' في العرف").

(٢٣٤) R. Müllerson، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٣٤٤. وقد أشارت المحكمة الدولية أيضاً، على سبيل المثال، إلى "الاعتقاد بالإلزام المؤكد بالممارسة" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*)، *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14 at p. 108, para. 206. ولكن انظر M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), 388 ("لا نستطيع أن نستنبط تلقائياً أي شيء عن إرادة الدولة أو معتقداتها - وجود العرف أو عدمه - بمجرد النظر إلى السلوك الخارجي للدولة. فلا يمكن تحديد الحس المعياري للسلوك إلا إذا عرفنا أولاً 'الجانب الداخلي'، أي كيف تفهم الدولة ذاتها تصرفاتها ... إذ أن الفقه المتعلق بالقانون العرفي غير محدد لأنه كالدائرة. فهو يفترض أن السلوك دليل على الاعتقاد بالإلزام، وأن هذا الأخير يبرهان على أهمية أي سلوك بما يميزه باعتباره بمثابة عرف").

(٢٣٥) A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٩؛ انظر أيضاً *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at pp. 423-424 (الرأي المخالف للقاضي شهاب الدين) ("من الأهمية بمكان أيضاً أن يؤخذ في الاعتبار أن توافر براهين مجردة على حالات عمل أو امتناع

٧٣ - وبالمثل، وبالرغم مما ذهب إليه البعض بأن كثرة أعداد الأعمال المتطابقة^(٢٣٧) أو حدوث مثل هذه الحالات على مدى فترة طويلة من الزمن^(٢٣٨)، قد يكفي لإثبات وجود اعتقاد بالإلزام، فإن الحال ليس كذلك. فلئن جاز فعلاً أن تسفر هذه الوقائع عن قبول الممارسة بمثابة قانون^(٢٣٩)، فإنها لا تجسد هذا القبول في حد ذاتها ولا من نفسها. وكما لاحظت المحكمة الدولية، "فإن أمثلة التصرفات المذكورة ... حتى وإن كان عددها

عن العمل يزعم أنها تشكل ممارسة من ممارسات الدول لا ينفي ضرورة تفسير حالات العمل أو الامتناع عن العمل تلك. ولا يكفي شعور الدول بأن الوقائع لا تترك لها خياراً إلا أن تفعل ما تفعله حتى تُستثنى أفعالها من التصنيف باعتبارها جزءاً من ممارسة الدول، بشرط أن تكون أفعالها تابعة من اعتقادها بأنها تتصرف من منطلق الإحساس بالإلزام القانوني".

(٢٣٦) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 76.

(٢٣٧) انظر، على سبيل المثال: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 336 (الرأي المخالف للقاضي أزيفيدو) ("تبيين مجلاء الحالات المتطابقة، من واقع عددها، وجود اعتقاد بالإلزام")؛ وقد دفعت البرتغال في قضية الحق في المرور "باحتجالة الاحتجاج بأن الإجماع والتوحيد في تطبيق [ممارسة الدول] لا يشهدان على الاقتناع بوجود واجب قانوني (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)" (*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, H. Lauterpacht, *The Development of Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 11) و ("إن لم يهدف أي نشاط قضائي إلى تقليل الأهمية القانونية لأقوى مصدر لقواعد القانون الدولي، وهو سلوك الدول، قد يبدو أن المبدأ الدقيق في هذا الشأن يتمثل في اعتبار جميع السلوكيات الموحدة للحكومات (أو في حالات أخرى، ما تمتع عنه من سلوكيات) دليلاً على الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها، إلا إذا ثبت أن السلوك المعني لم يقترن بالمرّة بهذه النية")، مقتبسة مع إقرارها في *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 246-247 (الرأي المخالف للقاضي سورنسون).

(٢٣٨) *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 83 (الرأي المخالف للقاضي أرماند - أوغون) ("يكتسب أي واقع ملحوظ على مدى فترة طويلة من الزمن ... قوة ملزمة وتصبح له صفة القاعدة القانونية").

(٢٣٩) انظر، على سبيل المثال: *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 40 ("بالنظر إلى أن هذه الممارسة استمرت على مدى فترة تزيد على قرن وربع من الزمن دون أن تتأثر بالتغير الذي طرأ على النظام فيما يتعلق بالمقاطعة المحصورة التي نشأت حين حصلت الهند على استقلالها، فإن المحكمة، بالنظر إلى ظروف القضية كافة، مقتنعة أن الطرفين قد قبلتا هذه الممارسة على اعتبار أنها قانون وأنهما نشأت عنها حق وما يلزم ذلك الحق من التزام")؛ و p. 82 (الرأي المخالف للقاضي أرماند - أوغون) ("لا يُضعف التكرار المستمر لعمل ما على مدى فترة طويلة من الزمن من هذه العادة، بل على العكس، فهو يعززها؛ وتنشأ علاقة بين العمل وإرادة الدول التي أذنت به. ويتولد عن تكرار هذه الأعمال على مدى فترة طويلة من الزمن، في الدولة التي تمارسها والدولة التي تتضرر منها على السواء، اعتقاد بوجوب احترام هذه الممارسة الراسخة (المادة ٣٨ (١) (ب) من النظام الأساسي للمحكمة)").

أكبر بكثير مما هي عليه حقيقة، لا تكفي في حد ذاتها، حتى في مجملها، لأن تشكل الاعتقاد بالإلزام... فإن تواتر التصرفات، أو حتى طابعها كعادة، ليس كافياً في حد ذاته^(٢٤٠).

٧٤ - وينبغي بالتالي ألا يُبرهنَ عموماً على 'القبول بمثابة قانون' بالممارسة ذاتها التي يُزعم أن القانون الدولي العرفي ينص عليها. وهذا يستلزم، علاوة على ذلك، ألا يُعتبر التصرف ذاته في قضية معينة بمثابة دليل على الممارسة وعلى قبول تلك الممارسة بمثابة قانون^(٢٤١). وقد يسهم أيضاً تطبيق هذه القاعدة على الممارسة "غير الفعلية" في ضمان ألا تنشأ قوانين من بيانات مجردة بحد ذاتها^(٢٤٢).

٧٥ - مظاهر "قبول الممارسة بمثابة قانون" - "إن مهمة التحقق من الاعتقاد بالإلزام، رغم صعوبتها، مهمة ممكنة (كما خفّت متاعبها بقدر كبير في إطار عملية الصياغة الحديثة)"^(٢٤٣). فإن أي بيان صريح تذكر فيه إحدى الدول أن قاعدة معينة إلزامية لها صفة القانون الدولي العرفي، مبدئياً، يقدم "أوضح دليل" على "اعتقادها بالتزامها أو باعترافها

The (٢٤٠) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 77؛ انظر أيضاً: Pre-Trial Chamber of the Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), PCIJ, Series A, No. 10, p. 28 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal, Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53 ("إن وجود كم هائل من ممارسة الدول لا ينم عادة عن قرينة وجود اعتقاد بالإلزام").

(٢٤١) انظر أيضاً: M.H. Mendelson، الحاشية ٧١ أعلاه، الصفحتان ٢٠٦ و ٢٠٧ ("غير أن ما يجب تجنبه هو اعتبار العمل نفسه واقعة تشمل العنصر الذاتي والعنصر الموضوعي كليهما. فإذا التزم المرء بالرأي 'السائد' القائل بضرورة وجود العنصرين، وخصوصاً العنصر الذاتي، مقتربين بممارسة 'حقيقية'، فإن ذلك يستبعد بالضرورة معاملة أي بيان بوصفه عملاً ومظهراً من مظاهر الاعتقاد (أو الإرادة)"; و M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999) 136-141.

(٢٤٢) انظر أيضاً: M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ١٩ ("بما أن هذه المخاوف [من أن تتمكن هيئة بمفردها، أو مؤتمر، من 'إنشاء' قوانين عن طريق ما يدلي به ممثلو الدول من بيانات مجردة] مخاوف مبررة، يجدر بنا أولاً أن نحاول إيجاد أطروحة مؤلفة للآراء، استناداً إلى حجة القاضي ريد القائلة بأن 'الطروح قد تتسم بالأهمية كمنطلق'. ومن الواضح أن الشروط الواجب توافرها لإنشاء القانون العرفي تحول دون قدرة واقعة واحدة لممارسة ما، أو بضع وقائع في مناسبة ما، على إنشاء قانون. وبدلاً من ذلك، يلزم حدوث سلسلة من الوقائع المستوفية للشروط، وتصبح أية بيانات يُدلى بها في مؤتمر بلا قيمة إن لم تتبعها ممارسة ثابتة وموحدة. غير أنه من الواضح كذلك بنفس القدر أن هذه الشروط تعتبر بمثابة ضمانات ملائمة، ولا تقتضي المخاوف من إقامة قانون عرفي فوري أن يوضع المزيد من الشروط بشأن الواقعة الوحيدة لممارسة ما" (الإشارات المرجعية محذوفة)).

(٢٤٣) M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٥٠.

الالتزام من وقتها فصاعداً [بذلك] المبدأ المعين أو [تلك] القاعدة المعينة^(٢٤٤). وعلى العكس من ذلك، حين تقول إحدى الدول أن شيئاً ما ليس قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، فهذا دليل على غياب الاعتقاد بالإلزام. وأي تأكيدات من هذا القبيل تطلقها الدول للحقوق أو الالتزامات بموجب القانون الدولي (العرفي) (أو عدمها) يمكن، في جملة أمور، أن تأخذ شكل بيان رسمي صادر عن الحكومة أو عن وزير من وزراء تلك الحكومة^(٢٤٥)، أو أطروحات أو موجزات قانونية مقدمة أمام المحاكم والهيئات القضائية، أو بيانات إحالة تقدم بها الحكومات مشاريع القوانين في البرلمان^(٢٤٦)، أو إعلان مشترك للدول من خلال وثيقة رسمية، أو بيانات يُدلى بها في مؤتمرات متعددة الأطراف مثل اتفاقيات التدوين أو المناقشات الجارية في الأمم المتحدة^(٢٤٧). والاحتجاجات الدبلوماسية، بصفة خاصة،

(٢٤٤) L.B. Sohn، الحاشية ١٧٩ أعلاه، الصفحة ٢٣٥؛ انظر أيضاً، على سبيل المثال، *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 122-123, para. 55؛ و M.E. Villiger، الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحة ٥٠ ("يشكل البيان الصريح الصادر عن دولة ما بأن قاعدة ما إلزامية (أو عرفية أو لها طابع تدويني) أوضح بينة على الاقتناع القانوني للدولة").

(٢٤٥) انظر، على سبيل المثال: I.C.J. Judgment of November 20th, 1950: *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 367 (الرأي المخالف للقاضي كايسيدو كاستييا)؛ و *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at pp. 74-75 (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و *Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (ICTY Appeals Chamber)*, 2 October 1995, paras. 100, 105, 113-114, 120-122.

(٢٤٦) انظر أيضاً *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 111 ("أي شروح مقدمة من حكومة موقعة على قوانينها هي نفسها في سياق التصديق على معاهدة ما أو تنفيذها، سواء شكّلت أو لم تشكل جزءاً من الأعمال التحضيرية للمعاهدة لأغراض تفسيرها، يمكنها بالتأكيد أن تلقي الضوء على الأهداف والتنهج المتبعة تجاه المعاهدة، وبالتالي أن تدلل على وجود اعتقاد بالإلزام").

(٢٤٧) انظر على سبيل المثال: I.C.J. Reports *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p.15, at p. 26 (الرأي المستقل المشترك للقضاة فورستر وبينغزون وخيمينيز دي أريشاغا وناجيندرا سينغ ورودا) ("هل يجوز أو يُعقل، فيما يتعلق بموضوع تناقض فيه الممارسات وتقصصها الدقيقة، أن يُتجاهل تماماً بوصفه غير ذي صلة الدليل على ما تدعيه الدول أو تقره، من واقع ما يتجمع لديها من مواقف تتخذها لأغراض مؤتمر أو في سياق التحضير لمؤتمر متعلق بالتدوين والتطوير التدريجي للقانون المتعلق بالموضوع المذكور؟ ... فأقل ما يمكن قوله هو ... إن هذه الإعلانات والبيانات والمقترحات الخطية التي يقدمها ممثلو الدول لها أهمية في تحديد آراء تلك الدول بشأن القانون المتعلق بالولاية على مصادد الأسماء وبشأن اعتقادها بالإلزام فيما يتعلق بموضوع ينظمه القانون الدولي العرفي")؛ و *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina*

”قد تبين رأي القانون، وكثيراً ما تفعل، فيما يتعلق بالمسائل التي تشملها تساؤلات الدول المحتجة: وإلى هذا الحد قد تقوم دليلاً على قبول الممارسة باعتبارها قانوناً“^(٢٤٨).

٧٦ - ويمكن أيضاً إيجاد أدلة على ”قبول الممارسة بمثابة قانون“ (أو عدمه) في مجموعة كبيرة من الممارسات الأخرى^(٢٤٩)، تبعاً لكل حالة بعينها وبالنظر إلى أنه ”فيما يتعلق بأي عرف معتاد، يكفي أن يُفترض انطباق قبول الممارسة بمثابة قانون على جميع ظروف القضية المعنية، وفي المقام الأول على مواقف، وبالتالي، سلوكيات الدول التي تقبل الممارسة وتلتزم بالقاعدة العرفية“^(٢٥٠). وطبقاً للنسق الذي أُتبع مع فئات الممارسات (انظر الفقرة ٤١ أعلاه)، فيما يلي قائمة غير حصرية الغرض منها طرح مقترحات بأنواع المواد التي يمكن العثور فيها على العنصر الذاتي:

(أ) المراسلات الحكومية الدولية (الدبلوماسية)^(٢٥١)، من قبيل المذكرات المقدمة من بعثة دبلوماسية إلى وزير خارجية الدولة المعتمدة فيها^(٢٥٢)، أو المذكرات المتبادلة بين الحكومات. ويلزم هنا تحليل الصياغة المستخدمة تحليلاً متأنياً في سياق تحديد ما إذا كانت الدولة تبدي رأياً فيما يتعلق بوجود قاعدة قانونية؛

(الرأي المستقل للقاضي v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 329 (تومكا)؛ و E. Jiménez de Aréchaga، الحاشية ١٧٩ أعلاه، الصفحتان ١٤ و ٢٤ (”إن المداولات التي تجري في مؤتمر بذاته من مؤتمرات المفوضين، حتى قبل أن تُعتمد أي اتفاقية ودون ارتباط بها، قد تسفر هي نفسها عن نشوء توافق في آراء الدول يتبلور، بعد أن تمارسه فعلياً، ليصبح قاعدة عرفية ... وتكتسي الإشارات الصريحة أو الضمنية للاعتقاد بالإلزام أهمية خاصة وتصبح متواترة حين تشارك الدولة في عملية تدوين وتطوير تدريجي للقانون الدولي تحت رعاية الأمم المتحدة“).

(٢٤٨) I.C. MacGibbon، الحاشية ١٩٧ أعلاه، الصفحة ١٢٤.

(٢٤٩) انظر أيضاً مذكرة الأمانة العامة، الصفحة ٢٨ (”اعتمدت اللجنة على طائفة متنوعة من المواد في تقييم العنصر الذاتي لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“)؛ و *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, comment (c) (”ليس ضرورياً أن يتوافر دليل صريح على الحس بالالتزام القانوني (بواسطة بيانات رسمية مثلاً)؛ ويجوز استنباط الاعتقاد بالإلزام من الأعمال أو الامتناع عنها“).

(٢٥٠) K. Wolfke، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٤٤.

(٢٥١) انظر، على سبيل المثال: Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at pp. 135-136 و Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, at p. 42.

(٢٥٢) انظر، على سبيل المثال: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 371* (الرأي المخالف للقاضي كاي سيدو كاستييا).

(ب) اجتهادات المحاكم الوطنية^(٢٥٣) تجسد بوضوح الحس بالالتزام القانوني. غير أنه يجب توخي الحذر، ”إذ قد يصعب التمييز ... ما إذا كان هذا الحس بالالتزام القانوني مستمداً من القانون الدولي أو من القانون المحلي أو من التفسير الذاتي المحلي للقانون الدولي“^(٢٥٤). ولا يعتد بهذه الأحكام كدليل على ”قبول الممارسة بمثابة قانون“ إلا حين تطبّق تلك الأحكام القاعدة المعنية على نحو يبين، غالباً عن طريق التحليل المنطقي، أنها قبّلت حسبما يقتضيه القانون الدولي العرفي؛

(ج) آراء المستشارين القانونيين الحكوميين حين يقولون إن أمراً ما يتفق أو لا يتفق مع القانون الدولي العرفي^(٢٥٥)، وتعتمد الحكومة هذا الرأي بوصفه ملزماً قانوناً^(٢٥٦)؛

(٢٥٣) انظر، على سبيل المثال: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 135, para. 77 (حيثما يتبين العنصر الذاتي ”من واقع المواقف التي تتخذها الدول والاجتهادات القضائية لعدد من المحاكم الوطنية بما يبين على نحو لا لبس فيه أنها تعتبر القانون الدولي العرفي يشترط الحصانة“؛ و *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 76 (الرأي المستقل المشترك للقضاة هيغيتز وكويجمانس وبويرغينثال)؛ والمحكمة الخاصة للبنان، القضية STL-11-01/I، قرار تمهيدي بشأن القانون الواجب التطبيق: الإرهاب، والاتفاق الجنائي، والقتل، وارتكاب الفعل وضم التهم (دائرة الاستئناف)، ١٦ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرة ١٠٠.

(٢٥٤) P.M. Moremen، الحاشية ١١٢ أعلاه، الصفحة ٢٧٤؛ انظر أيضاً: *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 171-172 (الرأي المخالف للقاضية فان دين فينغيرت) ”وحتى حين يستلزم القانون الوطني حضور مرتكب الجريمة، لا يعبر ذلك بالضرورة عن وجود اعتقاد بالإلزام بما يعني أن هذا شرط يقتضيه القانون الدولي. وينبغي قراءة القرارات الوطنية بحذر شديد“. وأكد السيد حمود هذه النقطة أيضاً في كلمته التي ألقاها العام الماضي، حيث قال إن القرارات القضائية الوطنية تشكل مصدراً هاماً من مصادر المواد، غير أنه يتعين فحصها بتدقيق شديد نظراً لأن المحاكم الوطنية تطبق عادة الإجراءات القانونية الداخلية للدولة المعنية وليست لديها بالضرورة الخبرة أو الموارد الملائمة لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي (الجلسة ٣١٨٣، ١٩ تموز/يوليه ٢٠١٣).

(٢٥٥) انظر، على سبيل المثال: *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (ICTY Appeals Chamber), 30 November 2006, para. 89.

(٢٥٦) ينبغي فعلاً ألا يغيب عن البال أن أي آراء من هذا القبيل لا تصبح بالضرورة آراء الحكومة، وأنه في بعض الأحيان، حسبما ارتأت اللجنة في السابق، ”توجه جهود المستشارين القانونيين بالضرورة إلى تنفيذ السياسة العامة“ (١١١ أعلاه)، حيث أضيف ”ولا يشكل تكرار تلك الآراء قيمة كبيرة ما لم يواكبها تحليل كاف للتاريخ المفضي للحدث الذي أشير إليها في سياقه“.

(د) المنشورات الرسمية في مجالات القانون الدولي، من قبيل الأدلة العسكرية أو التعليمات الموجهة للدبلوماسيين؛

(هـ) المذكرات الداخلية التي يصدرها مسؤولو الدولة، مثل التعليمات التي تصدرها وزارة الخارجية إلى دبلوماسيها^(٢٥٧)؛

(و) المعاهدات (وأعمالها التحضيرية) قد تبرهن على وجود "القبول بمثابة قانون كذلك"^(٢٥٨)، لأن "الاتفاقيات تبقى شكلاً بالغ الأهمية من أشكال التعبير عن الوعي القانوني للشعوب"^(٢٥٩). وللأغراض الحالية، يجب أن يوجد مثل هذا الوعي القانوني (فيما يتعلق بالاتفاقية ككل أو ببعض أحكامها) خارج إطار المعاهدة وليس في إطارها فحسب: فلكي تُستخدم معاهدة ما كدليل على وجود الاعتقاد بالإلزام، يجب أن يظهر أن

(٢٥٧) انظر، على سبيل المثال: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 372* (الرأي المخالف للقاضي كايسيدو كاستيّا).

(٢٥٨) انظر أيضاً: *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005), para. 144 (”لا يوجد في القانون الدولي أدنى عائق أمام إعراب الدول عن إرادتها عن طريق المعاهدات التي هي، في الوقت ذاته، إعراب عن الممارسة والاعتقاد بالإلزام الضروريين لنشوء قاعدة من القواعد العرفية إذا استوفيت الشروط اللازمة لذلك“)؛ و *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at pp. 369-370* (الرأي المخالف للقاضي كايسيدو كاستيّا) (”... هذه المادة الواردة في الاتفاق البوليفاري لها معنى خاص فيما يتعلق بالعرف المتبع فيما يتعلق بمسائل اللجوء، ولا سيما أنها تثبت أنه يوجد، في كل من كولومبيا وبيرو، أحد الأركان الضرورية لوجود العرف، وهو الركن النفسي، أي الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها. والاتفاق البوليفاري يعترف باللجوء كما يعترف بقيمة المبادئ المطبقة في أمريكا؛ ومن ثم يدرج هذه المبادئ بوصفها مبادئ ملزمة. وبالتالي، فقبول حكومات عدة أو حكومة واحدة لتلك المبادئ ينطوي على قبولها لها بوصفها ”من القانون“، أي أنها قانون واجب التطبيق. وهذا أمر ذو أهمية قصوى، إذ أن الركن النفسي للعرف، الذي دائماً ما يستعصي على الإثبات، مبرهن عليه في هذه الحالة برهنة كاملة“)؛ و *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Case No. SCSL-04-14-A, Judgment (Special Court for Sierra Leone Appeals Chamber), 28 May 2008, para. 403* و *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal (Argentinian Supreme Court), causa N° 24.079C, 11 July 2007, para. III-A (of the State Attorney-General’s brief)* و *Appeal Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (Supreme Court Chamber), Case number 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 February 2012, para. 94

(٢٥٩) *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 148* (الرأي الفردي للقاضي ألباريس)؛ انظر أيضاً: A.T. Guzman, T.L. Meyer, ‘Customary International Law in the 21st Century’, in R.A. Miller, R.M. Bratpies, *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 207 (”قد يظل النظر إلى المعاهدات بوصفها من الأدلة على القانون الدولي العرفي ممارسة قيّمة... لأن المعاهدات قد ترسل إشارات ذات مصداقية فيما يتعلق بالقواعد التي تعتقد الدول أنها ملزمة لغير الأطراف“).

الدول (والمنظمات الدولية)، سواء كانت أطرافاً في المعاهدة أم لا، تعتبر القاعدة (القواعد) المنصوص عليها في المعاهدة قاعدة (قواعد) مُلزِمة لها بوصفها من قواعد القانون بغض النظر عن المعاهدة^(٢٦٠). وقد يصح هذا الأمر عندما ترمي المعاهدة إلى أن تكون معاهدة مُعلنة للقانون الدولي العرفي، إما صراحة أو ضمناً^(٢٦١). عندئذ، "تكون المعاهدة دليلاً بيناً على إرادة الدول [الأطراف في المعاهدة] لا تشوبه أوجه الغموض والتناقضات التي تميز ذلك المزيج من الأدلة المستمدة من ممارسات الدول التي عادة ما تُستخدم لإثبات حالة القانون الدولي"^(٢٦٢). وبتعبير آخر، عندما تقبل الدول (في إطار المعاهدة أو في مرحلة المفاوضات المفوضية إلى إبرامها أو عند اعتمادها أو بعده) أن تكون المعاهدة أو بعض أحكامها مُعلنة للقانون الدولي العرفي القائم، فقد يُستخدم هذا كدليل بين لإثبات "القبول بمثابة قانون"^(٢٦٣). ومع ذلك، "فلا بد من تقييم أهمية الأدلة المستمدة من ممارسات الأطراف

(٢٦٠) أخذنا في الحسبان أنه، كما يؤكد ويسورد، "لا يستتبع ذلك كون إبرام معاهدة ما ينطوي بالضرورة على الاعتقاد بالإلزام، أي اعتقاد الأطراف بأن أحكام المعاهدة قد تلزمهم قانونياً خارج إطار المعاهدة" (A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٢٤). وبطبيعة الحال، قد تُستخدم المعاهدات كدليل من أدلة القانون الدولي العرفي أو تساهم في نشوئه لا فيما يتعلق بالقواعد المكرّسة فيها فحسب، بل أيضاً فيما يتصل بقانون المعاهدات العرفي.

(٢٦١) وفقاً لتفسير باكستر، "يسهل كثيراً وصف المعاهدة بأنها معاهدة معلنة بتضمينها بياناً صريحاً يفيد بذلك، ويكون هذا عادة في دياحة الصك، لكن يمكن أيضاً التأكد من اتسام المعاهدة بهذا الطابع. ملاحظة الأعمال التحضيرية لإبرامها ومختلف مراحل صياغتها": (R.R. Baxter، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحة ٥٦. انظر أيضاً: (K. Wolfke، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٣٦) ("إذا تضمنت إحدى المعاهدات اعترافاً صريحاً، أو حتى غير مباشر، بقاعدة عرفية قائمة أصلاً، يشكل هذا الاعتراف دليلاً إضافياً لإثبات القاعدة العرفية المعنية"). وقد أصاب ويزبُرد حين أوضح بأنه "حتى عندما يكون هذا النوع من الإعلان [بكون المعاهدة معلنة للعرف] وصفاً غير دقيق لحالة القانون في تاريخ إبرام المعاهدة، فهو يرقى إلى مرتبة الاعتراف الصريح من الأطراف في المعاهدة بأنها قد تكون ملزمة قانونياً بالقواعد المنصوص عليها في المعاهدة وإن لم تكن المعاهدة موجودة": (A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٢٣. لكن الأمر المهم يكمن في "ضرورة أخذ اعتبارات معقدة... في الحسبان عند تحديد مدى إمكانية اعتبار قاعدة جديدة مكرّسة في إحدى اتفاقيات التدوين تعبيراً عن قاعدة موجودة أو ناشئة من قواعد القانون العرفي، وإذا كان الأمر كذلك، معرفة إلى أي حد. وينبغي تحليل أي قاعدة من هذا القبيل في سياقها وفي ضوء الظروف المحيطة باعتمادها. وينبغي أيضاً النظر إليها على خلفية ما قد يشكل ممارسة للدول تتطور بسرعة لتفضي إلى نشوء قاعدة جديدة" (I. Sinclair، 'The Impact of the Unratified Codification Convention', in A. Bos, H. Siblez (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 211, 220).

(٢٦٢) R.R. Baxter، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحة ٣٦.

(٢٦٣) انظر أيضاً: (A.M. Weisburd، الحاشية ٦٧ أعلاه، الصفحة ٢٥) ("لا تكون معاهدة ما دليلاً على الاعتقاد بالإلزام إذا أنكرته الأطراف صراحة في نص المعاهدة فيما يتعلق بالصفة القانونية للقواعد المنصوص عليها في المعاهدة خارج إطار الصك [أي أن يعلن في المعاهدات أن الأطراف قد أبرمتها فقط على سبيل

والمكرّسة في المعاهدة مع مقارنتها بجميع أدلة القانون الدولي العرفي الأخرى [المتسقة وغير المتسقة] وفقا للإجراء العادي المتّبع في إثبات القانون الدولي العرفي، ولا سيما "الممارسات أو الإعلانات السابقة للدولة (الدول) المؤكّدة"^(٢٦٤). وقد يكون من المناسب أيضا، للتثبيت من وجود الاعتقاد بالإلزام^(٢٦٥)، التأكيد مما إذا كانت الدول المعنية قد وقعت المعاهدة و/أو صدقت عليها فعلا ومعرفة مدى قدرة الأطراف على إبداء التحفظات على مواد ترد في المعاهدة، لكن هذه الاعتبارات لا تدل بالضرورة على عدم وجود الاعتقاد بالإلزام على

التفضل]. والمسألة إذن تتعلق بمعتقدات الأطراف. ولئن كان الاعتقاد هو المسألة الرئيسية، فقد يستتبع ذلك، على ما يبدو، أن من شأن معاهدة ما أن تنكر الاعتقاد بالإلزام حتى دون بيان صريح يفيد بذلك إذا تضمنت المعاهدة أدلة أخرى تثبت أن الأطراف تعتبر أن القواعد الواردة في المعاهدة لا تلزمها إلا فيما يتعلق بالمعاهدة. وهذا لا يعني أن مثل هذه الصكوك غير ملزمة كمعاهدات، أو أن إنكارا من هذا القبيل للاعتقاد بالإلزام في المعاهدة قد يحول دون نشوء قاعدة عرفية في الموضوع خارج إطار المعاهدة. بل إن الأمر يعني فقط أن المرء لا يسعه أن يعتبر تلك المعاهدة في حد ذاتها دليلا يثبت الصفة القانونية لقواعد القانون العرفي التي تنشئها المعاهدة".

(٢٦٤) R.R. Baxter، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحتان ٤٣ و ٤٤. انظر أيضا: G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ١٥٤ ("ينبغي التشديد على أن اتفاقيات التدوين، حتى تلك التي تتضمن صراحة إعرابا عن كونها تكرس القانون العرفي القائم، لا يمكن أبدا اعتبارها دليلا قاطعا يثبت القانون العرفي"). وكما رأيت المحكمة في سياق آخر، "... ففي مجال القانون الدولي العرفي، لا يكفي الرأي المشترك للأطراف بشأن مضمون ما تعتبره هو القاعدة. ولا بد للمحكمة أن تقتنع بأن وجود القاعدة يتجسد في اعتقاد الدول بالإلزام المؤكّد بالممارسة": *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. 98, para 184*

(٢٦٥) انظر، على سبيل المثال: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 38-39, para. 63, and p. 42, para. 72* (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("تنطوي سلطة إخضاع تنفيذ ... [حكم وارد في معاهدة ما لتحفظات] على غياب الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها في أذهان الموقعين على الاتفاقية. ويقتضي هذا الاعتقاد وعيا بالطابع الملزم للقاعدة، ومن البديهي أن قاعدة ما لا يمكن أن تُعدّ ملزمة عندما يُحتفظ بالحق في عدم تطبيقها")؛ وانظر أيضا: *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 305* (الرأي المستقل للقاضي بترين) (الذي لاحظ فيه أن الموقعين لمعاهدة تتضمن ما يسمح بنقضه "يظهرون أنهم ما زالوا يرون أن القانون الدولي العرفي لا يحظر [الإلزام المنصوص عليه في المعاهدة]"); و *Nahimana et al. v. Prosecutor, Case No. ICTR-99-52-A, Judgment (ICTR Appeals Chamber), 28 November 2007* (الرأي المخالف جزئيا للقاضي ميرون)، para. 5 ("يظهر عدد التحفظات ومداهما استمرار وجود اختلاف شديد في صفوف المجتمع الدولي بشأن ما إذا كان الخطاب المفعم بالكراهية محظورا أو ينبغي حظره، مما يشير إلى أن المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والمادة ٢٠ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لا يعكسان وجود مبدأ راسخ. وحيث أن إجماع الدول لم يتبلور، فمن الواضح أنه لا توجد في إطار القانون الدولي العرفي قاعدة تجرّم مجرد الخطاب المفعم بالكراهية")؛ و *Diplomatic Immunity of Domestic Servants Case (Austrian Supreme Court), OGH 6 Ob 94/71, judgment of 28 April 1971, SZ 1971 No. 44/56, 204*

اعتبار أن العرف والمعاهدة قد يتعايشان بمعزل عن بعضهما^(٢٦٦). وفي كل الأحوال، "فاعتبار قاعدة منصوص عليها في معاهدة ما دليلاً جيداً على الاعتقاد بالإلزام لأغراض القانون العرفي هو بالأساس مسألة وقائع. إذ يتعين على المرء النظر في البيانات والمطالبات وسلوك الدول..."^(٢٦٧) حتى يتسنى التأكد من وجود الاعتقاد بالإلزام. وهناك مسألة أخرى تكمن في معرفة ما إذا كان تكرار الأحكام المتماثلة أو المتطابقة في عدد كبير من المعاهدات الثنائية من الأدلة المحتملة على وجود "القبول بمثابة قانون". وفي هذا المقام أيضاً، قد ينبغي تحليل الحكم (والمعاهدة التي يُدرج فيها) في سياقها وفي ضوء الظروف المحيطة باعتمادها. ويصح هذا الأمر كثيراً لأن "تعددية... المعاهدات... هي بمثابة سلاح ذي حدين"^(٢٦٨): "فتطابق عدد من المعاهدات، مهما كان كبيراً، لا يشكل في حد ذاته دليلاً كافياً ولا حتى قرينة كافية يثبتان أن المجتمع الدولي في عمومته يعتبر مثل هذه المعاهدات من أدلة القانون العرفي العام. بل على العكس، ثمة ما يكفي من الحالات التي يبدو فيها أن مثل تلك المعاهدات تشكل دليلاً على استثناءات من القواعد العامة"^(٢٦٩)؛

(٢٦٦) انظر أيضاً، فيما يتعلق بالتحفظات (وبالمثل، نقض الاتفاقيات): R.R. Baxter، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحات ٤٧-٥٣؛ و ILA London Statement of Principles، at 44 [”الاستنتاج“] ٢٢. كون معاهدة ما تتيح إمكانية إبداء تحفظات بشأن أحكامها، كلها أو بعضها، لا ينشئ في حد ذاته قرينة بعدم كون تلك الأحكام معلنة للقانون العرفي القائم“؛ و North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969، p. 3، at pp. 197-198 (الرأي المخالف للقاضي موريلي). انظر مثلاً، فيما يتعلق بالتصديق (أو عدم التصديق) على اتفاقيات التدوين كدليل يثبت القبول بمثابة قانون: الحاشية ٢٦١ أعلاه، الصفحة ٢٢٧. Sinclair، الحاشية ٢٦١ أعلاه، الصفحة ٢٢٧ (”يحسن القول إن من الجائز جداً أن يُنظر حتى إلى اتفاقيات التدوين التي يقل التصديق عليها، بشكل عام، على أنها تتيح بعض الأدلة التي تثبت الاعتقاد بالإلزام بشأن الموضوع المعني. فجوهر الأدلة تتوقف على مصدر الحكم المعين الذي قد يكون محل النظر. ومتى ثبت في الأعمال التحضيرية لمؤتمر تدوين بعينه أن حكماً معيناً قد اعتمد في مؤتمر التدوين بانقسام شديد للأصوات وأن الخلاف الناتج عن ذلك قد أفضى إلى رفض عدد من الدول المشاركة في الاتفاقية، فمن الواضح أن ثمة حجة قوية تؤيد نقص قيمة ذلك الحكم في سياق جهود التدوين اللاحقة“).

(٢٦٧) O. Schachter، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحة ٧٣٥.

(٢٦٨) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970، p. 3، at p. 306 (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(٢٦٩) K. Wolfke، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٣٥. انظر أيضاً: Ahmadou Sadio Diallo، (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)، Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007، p. 582، at p. 615 (”إن المعطى الواقعي الذي اعتدت به غينيا والذي مفاده أن اتفاقات دولية شتى، مثل الاتفاقات المعنية بتعزيز الاستثمارات الأجنبية وحمايتها واتفاقية واشنطن، قد أنشأت نظاماً قانونية خاصة تنظم حماية الاستثمار، أو أن الأحكام المتعلقة بالموضوع عادة ما تُدرج مباشرة في العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، ليس بكاف لإثبات تغيير يكون قد طرأ على القواعد العرفية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية؛ بل إن هذا المعطى قد يثبت العكس تماماً.“)؛ و J.L. Kunz، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحة ٦٦٨ (”قد تشكل

(ز) قرارات الهيئات التداولية في المنظمات الدولية، مثل الجمعية العامة ومجلس الأمن التابعين للأمم المتحدة، وقرارات المؤتمرات الدولية - يمكن استنتاج وجود الاعتقاد بالإلزام من مواقف الدول إزاء تلك النصوص غير الملزمة التي ترمي، صراحة أو ضمناً، إلى إعلان القانون القائم على النحو الذي قد يعبر عنه بالتصويت على القرارات (تأييداً أو معارضة أو امتناعاً) وبالانضمام إلى توافق لآراء، أو بإصدار بيانات تتعلق بالقرارات^(٢٧٠). لكن هذا الاستنتاج ينبغي أن يتم "مع تحري الحرص الواجب"^(٢٧١)

المعاهدات، في ظروف شتى، دليلاً يثبت استيفاء الشرطين معاً، كما قد تشكل، في ظل ظروف أخرى، دليلاً يدحض ذلك^(٢٧٠)؛ و K. Wolfke، الحاشية ٩٣ أعلاه، الصفحتان ٩ و ١٠؛ و H. Thirlway، الحاشية ٣٨ أعلاه، الصفحة ٧١؛ و *ILA London Statement of Principles*, at 47-48 ("ليس ثمة من قرينة تفيد بأن تواتر إدراج أحكام مماثلة في المعاهدات ينشئ قاعدة عرفية جديدة بالمضمون نفسه").

(٢٧٠) انظر، على سبيل المثال: *Nicaragua v. 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. 99-100, 101 ("يمكن، مع توحي الحذر اللازم، استنتاج عدة أمور منها هذا الاعتقاد بالإلزام من موقف الأطراف والدول إزاء بعض قرارات الجمعية العامة... ويمكن فهم الأثر الناجم عن الموافقة على نص مثل تلك القرارات... على أنه قبول لصحة القاعدة أو مجموعة القواعد التي تعلنها الأطراف والدول في قرار من القرارات... ويتيح اعتماد الدول... [قرار من القرارات] إشارة إلى اعتقادها بالإلزام فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي المنطبق على المسألة")؛ و *Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* (ICTY Appeals Chamber), 2 October 1995, paras. 111, 112 و *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, Arbitral Award (1977)*, 62 ILR, 140, 189 ("... القرارات المذكورة، وإن لم تكن مصدراً مُجمَعاً عليه من مصادر القانون، تشكل دليلاً على أحدث اتجاه مهيم في الرأي العام الدولي بشأن الحق السيادي للدول على ثرواتها الطبيعية...")؛ و *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Arbitral Award 1977*, 53 ILR, 389, 491-495 الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحتان ٢١٠ و ٢١١؛ و H.W.A. Thirlway، الحاشية ٨١ أعلاه، الصفحة ٦٥ ("تجدر الإشارة إلى... أن المناقشات والبيانات المدلى بها باسم الدول الأعضاء في المناقشات تفوق، في واقع الأمر، القرارات أهمية في جميع الأحوال")؛ و A. Pellet، الحاشية ١٧ أعلاه، الصفحتان ٨١٧ و ٨٢٥ ("في حالة تأكيد قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام... تجدر الإشارة إلى... أن [القرارات التي تتخذها الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية] ترتبط بالتعبير عن الاعتقاد بالإلزام أكثر من ارتباطها بإنشاء ممارسة من الممارسات... وعند تقييم قيمتها القانونية، فإن العنصر المهم لا يكمن في مضمونها بل في آراء الدول بشأنها")؛ و J.E. Alvarez، الحاشية ١٣٣ أعلاه، الصفحة ٢٦٠ ("يمكن أن تشكل قرارات الجمعية العامة آلية فعالة للتثبيت من وجود... الاعتقاد بالإلزام، ولا سيما مقارنة بميل الدول المقلق إلى تغييب أي مناقشة للمفهوم في خطابها الدبلوماسي الثنائي")؛ و تقرير الفريق العامل المعني بالاحتجاز التعسفي التابع لمجلس حقوق الإنسان، A/HRC/22/44، الفقرة ٤٣. وانظر أيضاً استنتاجات لجنة معهد القانون الدولي بشأن صياغة الاتفاقيات المتعددة الأطراف العامة والصكوك غير التعاقدية ذات الوظيفة أو الهدف المعياريين فيما يتعلق بقرارات الجمعية العامة (١٩٨٧)، متاحة عبر الرابط الشبكي التالي: http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF: "يرمي القرار المعلن للقانون إلى النص على قاعدة قانونية قائمة. وعلى وجه الخصوص، قد يكون وسيلة لتحديد القانون الدولي أو تفسيره، أو يشكل دليلاً

لأن الدول قد تكون لها في واقع الأمر دوافع شتى عندما توافق على نص قرار ما (أو تعارضه): وفعلا، ”فقد ينبغي تقييم تأييد القرارات المعلنة للقانون... في ضوء الظروف المحيطة بعمل من هذا القبيل. فليس واضحا البتة ما إذا كان التصويت المؤيد لقرار معلن للقانون يشكل في حد ذاته دليلا قاطعا على وجود اعتقاد بأن القرار يعبر عن قاعدة قانونية“^(٢٧٢). وكما لاحظت المحكمة الدولية فيما يتعلق بقرارات الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة، ”فحتى إذا لم تكن [تلك القرارات] ملزمة، فقد تكون لها أحيانا قيمة معيارية. ويمكنها، في ظروف معينة، أن تتيح دليلا مهما لإثبات وجود قاعدة من القواعد أو نشوء اعتقاد بالإلزام. وللتأكد مما إذا كان هذا الأمر ينطبق على قرار معين من قرارات الجمعية العامة، لا بد من النظر إلى مضمونه وظروف اتخاذه؛ ولا بد أيضا من التحقق من وجود

يثبت العرف الدولي، أو ينص على مبادئ قانونية عامة“ (الاستنتاج ٤)؛ ”قد يشكل قرار من القرارات دليلا يثبت القانون العرفي أو أحد أركانه (الممارسة المنشئة للعرف، الاعتقاد بالإلزام)، ولا سيما عندما تكون تلك هي نية الدول عند اتخاذ القرار أو عندما تقضي الإجراءات المطبقة إلى صياغة بيان قانوني“ (الاستنتاج ٢٠)؛ ”أدلة [العرف الدولي] التي يتيحها قرار من القرارات قابلة للدحض“ (الاستنتاج ٢١). ويلاحظ روزين بأن ”إثبات ما إذا كانت دولة معينة قد وافقت في واقع الأمر على ذلك القرار، كله أو بعضه، يقتضي فحصا دقيقا لجميع الإجراءات المتبعة في الهيئة التي اتخذت القرار“: S. Rosenne، الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ١١٢.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (٢٧١) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188 (الرأي المستقل للقاضي أغو) ”ثمة، بالمثل، شكوك إزاء ما أعتقد أنني ملزم بالتعبير عنه فيما يتعلق بالفكرة التي مفادها... أن قبول بعض القرارات أو الإعلانات الصادرة في إطار الأمم المتحدة أو منظمة الدول الأمريكية، وفي سياقات أخرى كذلك، يمكن أن يعتبر دليلا قاطعا على وجود اعتقاد متوافق بالإلزام لدى الدول المعنية يتسم بالقوة الكاملة لقاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“؛ وانظر أيضا المبدين التسويحيين ٣-١-٥-٣ و ٢-٤-٤-٤ الواردين في دليل الممارسة المتعلقة بالتحفظات على المعاهدات الصادر عن اللجنة (٢٠١١) (انظر قرار الجمعية العامة ١١١/٦٨، المرفق).

O. Schachter (٢٧٢)، الحاشية ١٩١ أعلاه، الصفحة ٧٣٠. انظر أيضا: S. Rosenne، الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ١١٢ ”غالبا ما يكون التصويت دلالة على مطلب سياسي وليس إعلانا للاعتقاد بأن القانون يقتضي في الواقع مثل هذا التصويت أو يتضمن أي عنصر من عناصر الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها... أو الاعتقاد بأن القرار يشكل بيانا قانونيا“؛ و L. Hannikainen، الحاشية ١٢٨ أعلاه، الصفحة ١٣٨ ”الأغلبية الساحقة من قرارات المنظمات الدولية هي توصيات رسمية لا غير. وهذا أمر تعرفه الدول جيدا، لكن قد تكون لها دواع شتى تبعثها على التصويت المؤيد لقرار من القرارات. وقد تشمل تلك الدواعي الانسجام السياسي والرغبة في عدم الانزواء في موقع الخارج عن الإجماع. وحتى إذا استخدم قرار ما مصطلحات قانونية ونص على إلزام جميع الدول، فتصويت الدولة التأكيدي لا يمكن أخذه مأخذ الدليل القاطع على الاعتقاد بالإلزام.“

اعتقاد بالإلزام من حيث الطابع المعياري للقرار^(٢٧٣). وتحليل اللغة المستخدمة في قرار بعينه والظروف المحيطة باتخاذ أمر ضروري حقا، لكن يُحتمل عموما أنه عندما ”توجد أعداد كبيرة من الأصوات المعارضة ومن حالات الامتناع عن التصويت“ من قبل الدول يغيب الاعتقاد العام بالإلزام فيما يتعلق بالطابع المعياري للقرار؛ أي أن مثل هذا القرار، بتعبير آخر، قد ”يقصر دون إثبات وجود اعتقاد بالإلزام“^(٢٧٤). وبالمثل، فالقرار الذي يُتخذ بالإجماع (أو بالأغلبية الساحقة أو التمثيلية) قد يكون دليلا على وجود اقتناع قانوني عام^(٢٧٥). وإضافة إلى ذلك، عندما لا تكتفي دولة ما بالامتناع عن الإعراب عن أي اعتراضات على اتخاذ قرار معين للقانون، بل تشارك أيضا مشاركة فعلية في إخراجه إلى حيز الوجود، فمن المحتمل جدا أن يكون ”القبول بمثابة قانون“ قد أُسبغ على مضمونه المعياري^(٢٧٦). وأخيرا، ”قد تظهر سلسلة من القرارات [المتضمنة لبيانات متسقة] التطور التدريجي للاعتقاد بالإلزام الضروري لإنشاء قاعدة جديدة“^(٢٧٧)، وبالطبع فهذا أيضا يتوقف على الظروف الخاصة^(٢٧٨).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. (٢٧٣) 254-255. انظر أيضا الرأي الموجز لمحكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة في قضية سيدكو (١٩٨٦): ”قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست ملزمة مباشرة للدول ولا تشكل عموما أدلة تثبت القانون العرفي. ومع ذلك، فمن المقبول بشكل عام أن تلك القرارات قد تُعتبر في ظروف معينة أدلة على القانون الدولي العرفي أو يمكن أن تساهم، إلى جانب عوامل أخرى، في إنشاء ذلك القانون“ (٢٥ ILM) 629, 633-634.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at (٢٧٤) p. 255, para. 71.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 79 (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at pp. 235 and 236 (الرأي المستقل للقاضي الخصاصونة)؛ و J. Barboza، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٥ (يتوقف، على وجه التحديد، احتمال استخدام هذا النوع من [القرارات المعيارية الصادرة عن الجمعية العامة] كإعلان للقانون العرفي أو كأساس لإنشاء عرف على الأغلبية التي تؤيده. فهذه القرارات، إن هي أُتخذت بالإجماع أو بتوافق الآراء، تمثل الرأي العام الدولي أكثر مما تمثله المعاهدات المتعددة الأطراف التي تتسم بعدد الأطراف فيها المحدود نسبيا“).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (٢٧٦) .Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 133, para 264

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at (٢٧٧) p. 255, para. 70؛ انظر أيضا p. 532 (الرأي المخالف للقاضي ويرامانثري) ”إن إعلانات الهيئة التمثيلية الرئيسية للمجتمع الدولي، أي الجمعية العامة، قد لا تنشئ القانون في حد ذاتها، لكن عندما تتكرر في شكل

قرارات متواترة... [فمن شأنها] أن تتيح تعزيزها هاما [الرؤية تتعلق بمهامية القانون الدولي العرفي]؛ و *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 236* (إن [عددا كبيرا من القرارات التي تُتخذ بأغلبية ساحقة أو بتوافق الآراء والتي تثير النقطة ذاتها] ليست ملزمة لكنها تفضي إلى آثار قانونية وتشير إلى تسجيل حالات راسخة من اعتقاد المجتمع الدولي بالإلزام)؛ و *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6, at p. 292* (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) ("بطبيعة الحال، لا يمكن أن نسلم بأن فرادى القرارات والإعلانات والأحكام والمقررات وما إليها تنسم بقوة إلزام أعضاء المنظمة [الدولية]. وما هو مطلوب لإثبات القانون الدولي العرفي هو تواتر اتباع الممارسة ذاتها؛ والواقع، بالنسبة لهذه القضية، هو أن القرارات والإعلانات التي تتناول المسألة ذاتها في المنظمات نفسها، أو في منظمات متنوعة، لا بد أن تصدر بشكل متكرر. وعموازة هذا التكرار، وحيث أن كل قرار وإعلان وما إليهما يشكل تعبيراً عن الإرادة الجماعية لفرادى الدول المشاركة، فإرادة المجتمع الدولي يمكن بلا شك التعبير عنها على نحو أسرع وأدق مقارنة بالطريقة التقليدية المتمثلة في الإجراء المعياري. ويمكن توصيف هذا الإجراء الجماعي التراكمي التنظيمي لإنشاء العرف بأنه الطريق الوسط بين التشريع بالاتفاق والإجراء التقليدي لإنشاء العرف، كما يمكن اعتبار أنه يضطلع بدور هام من منظور تطوير القانون الدولي. وبإيجاز، فتراكم الإعلانات الرسمية من قبيل القرارات والإعلانات والمقررات وما إلى ذلك مما يتعلق بتفسير الميثاق من قبل الأجهزة المختصة في المجتمع الدولي يمكن توصيفه كدليل يثبت العرف الدولي المذكور في الفقرة ١ (ب) من المادة ٣٨")؛ و *E. Suy, 'Innovation in International Law-Making Processes', in R. St. John & Macdonald et al (eds.), The International Law and Policy of Human Welfare (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), 187, 190* ("[الاعتقاد بالإلزام] يمكن أن ينشأ أيضاً... عن مجرد تكرار المبادئ في القرارات اللاحقة التي توافق الدول عليها")؛ لكن انظر: *S. Rosenne*, الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ١١٢ ("تميل جداول أعمال الأجهزة الدولية اليوم إلى التكرار المفرط، والتصويت المتكرر يصبح عملاً تلقائياً ثابتاً يكرر قراراً توجيهياً تُخذ عندما طُرحت المسألة للمناقشة بادئ الأمر"). وقارنه بما يلي: *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, at p. 99* (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("قد أكدت الجمعية العامة مشروعية ذلك النضال [من أجل التحرر من الهيمنة الأجنبية] في أربعة من قراراتها على الأقل... وهي تشكل، مجتمعة، عرفاً من الأعراف")، و *p. 121* (الرأي المستقل للقاضي ديلاارد) ("حتى وإن لم يكن قرار معين من قرارات الجمعية العامة ملزماً، فالأثر التراكمي الناجم عن صدور عدة قرارات بمضمون مماثل، تحظى بتصويت مؤيد بأغلبية ساحقة ويتواتر تكرارها في مدة زمنية معينة، يمكن أن يفضي إلى اعتقاد عام بالإلزام فيشكل بذلك قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي").

(٢٧٨) انظر: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226*، و *pp. 254-255 and pp. 319-320* (الرأي المخالف للقاضي شوييل) ("[قرارات الجمعية العامة] التي تُعتمد بأغلبية مختلفة رغم المعارضة القوية والمستمرة والمهمة من حيث النوعية... والتي تتمثل في دول يجتمع لها في الواقع القسط الأكبر من القوة العسكرية والاقتصادية في العالم وتسكنها نسبة مهمة من سكانه بما يشكل ثقلاً أكثر من كاف لحرمان قرارات [الجمعية العامة] المعنية من سلطتها القانونية... ويبرهن تكرار قرارات الجمعية العامة على هذا النحو... بالأحرى على ما ليس عليه القانون. ففي مواجهة المعارضة المستمرة والهامة، يكون تكرار قرارات الجمعية العامة علامة على العجز على إنشاء القانون يضاهي العجز عن إحداث أثر عملي")؛ و *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253*، و *pp. 435-436* (الرأي المخالف للقاضي السير غارفيلد بارويك) ("يجوز أن قرارات الأمم المتحدة وغيرها من أشكال التعبير عن الرأي العام الدولي، مهما كانت متواترة ومتعددة ومؤكدة، تظل غير كافية لتبرير الرأي الذي مفاده أن القانون الدولي العرفي يقبل حالياً [قاعدة معينة]")؛ وانظر أيضاً: *S. Rosenne*,

٧٧ - الامتناع كإثبات للركن الذاتي - يمكن أيضا أن ينشأ "القبول بمثابة قانون" بالامتناع أو الإحجام عندما يمثلان موافقة على ممارسة ما أو إذعاناً لها^(٢٧٩). وعلى حد قول فيتز موريس، "فمن الواضح أن عدم المعارضة لا يكتسي أهمية إلا في حدود كونه ينطوي على موافقة الدول المعنية أو إذعانها أو تسامحها؛ بيد أن عدم المعارضة في حد ذاته لا ينطوي على هذه الأمور بالضرورة أو في جميع الحالات. فهو يتوقف على الظروف التي قد تقتضي أن يُدعى إلى المعارضة لأن عدمها سيفضي إلى افتراض الموافقة أو الإذعان. ولا تكتسي الظروف هذا الطابع في جميع الأحوال، ولا سيما عندما لا تكون الدول الأخرى مثلا لم تُطَّلَع على الممارسة أو الاستخدام المعنيين، أو عندما يقل في جميع الحالات شيوع خبرهما الذي يمكن على أساسه افتراض حصول مثل ذلك الاطلاع: أو أيضا إذا اتخذت الممارسة أو الاستخدام المعنيين شكلا لا تتمكن الدول الأخرى، على نحو يقبله العقل، من استنتاج طابعه الحق"^(٢٨٠).

الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحة ١١٢ ("الإجماع مفهوم مضلل جدا لأن العنصر الشكلي لعدم التصويت يخفي في الغالب العديد من التحفظات التي لا تُذكر في السجلات، وغالبا ما يعني فقط الاتفاق على الكلمات اللازم استخدامها وعلى مواضعها في الجمل، وغياب الاتفاق، أو حتى الاختلاف، بشأن معانيها والنية المقصودة في الوثيقة بكاملها")؛ و 59 *ILA London Statement of Principles*.

(٢٧٩) انظر، على سبيل المثال: *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 221, at p. 242* (الرأي المخالف للقاضي ريد) ("كون أي من الدول لم تتخذ هذا الموقف [إمكانية أن تعوق دولة طرف في المنازعة إجراء التحكيم بشأنها عن طريق الامتناع عن تعيين ممثل في اللجنة، على سبيل الذريعة] هو أقوى تأكيد للعادات الدولية أو الممارسة الدولية في مسائل التحكيم المنصوص عليها أعلاه")؛ و 232 *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 232* (الرأي المخالف للقاضي لاكس)؛ و *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición (Argentinian Supreme Court), causa No 16.063/94, 2 November 1995, para. 90*، الحاشية ٦ أعلاه، الصفحة ٤٨ ("احتمال دول أخرى لممارسة من الممارسات، اعتبارا لجميع الظروف ذات الصلة، يبرر قرينة قبولها بمثابة قانون")؛ و *J.I. Charney, 'Universal International Law', American Journal of International Law, 87 (1993), 529, 536*. كتب القاضي هدسون عن "قصور دول أخرى عن معارضة هذا التصور [المتعلق بالدولة التي قامت بالتصرف، وبأن الممارسة كان يقتضيها القانون] حينذاك" باعتباره أحد أركان القانون الدولي العرفي: *Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: a Treatise, p. 609* (انظر الحاشية ١٨١ أعلاه).

(٢٨٠) *G. Fitzmaurice*، الحاشية ١٧٤ أعلاه، الصفحة ٣٣. انظر أيضا: *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey), PCIJ, Series A, No. 10, p. 28* ("لا يمكن الحديث عن عرف دولي إلا إذا استند مثل هذا الامتناع إلى وعي [الدول] بأنه يقع عليها واجب الامتناع")؛ و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 42, para. 73* ("كون عدم التصديق قد يعود أحيانا إلى عوامل غير الرفض الفعلي للاتفاقية المعنية يكاد يشكل أساسا يمكن الاستناد إليه لاستنتاج وجود قبول فعلي لمبادئ الاتفاقية: فالأسباب المحتملة لكن الوقائع ثابتة"). ويشدد دانييلكو على أن "في إطار القانون الدولي القائم،

٧٨ - وقد تشكل الممارسة المناقضة (أي تلك التي لا تتسق مع القاعدة المزعومة من قواعد القانون الدولي العرفي) دليلاً على عدم وجود "القبول بمثابة قانون" (٢٨١)، تماماً بنفس الطريقة التي قد تُستخدم فيها للحيلولة دون اعتبار ممارسة يعينها ممارسة مكرّسة. غير أن الممارسة التي لا تتوافق مع قاعدة من القواعد قد تشكل حالة تعيد تأكيد الاعتقاد بالإلزام، إذا كان التصرف مبرراً بلغة تؤيد القاعدة العرفية (٢٨٢).

٧٩ - ويمكن أن يكون الدليل على "القبول بمثابة قانون" من قبل دولة (أو منظمة دولية) معينة غير متسق؛ فعلى سبيل المثال "قد تكون للحكومات والمحاكم الوطنية في الدولة الواحدة آراء متباينة بشأن المسألة ذاتها، مما يجعل إثبات الاعتقاد بالإلزام في تلك الدولة أمراً أكثر صعوبة" (٢٨٣). وكما هو الحال بالنسبة للممارسة، فمثل هذا التضارب قد يقوض أهمية الاعتقاد بالإلزام في تلك الدولة (أو المنظمة الحكومية الدولية) عند محاولة إثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو عدمه.

٨٠ - ويُقترح مشروع الاستنتاج التالي:

مشروع الاستنتاج ١١

إثبات القبول بمثابة قانون

١ - قد تتخذ الأدلة التي تثبت قبول ممارسة عامة بمثابة قانون أشكالاً متعددة ومتنوعة. وقد تتباين هذه الأشكال وفقاً للطابع الذي تتسم به القاعدة وللظروف المحيطة بتطبيقها.

٢ - تشمل أشكال الإثبات، على سبيل المثال لا الحصر، بيانات الدول التي تبين ما يشكل قواعد من القانون الدولي العرفي وما لا يشكل ذلك،

لا ينطوي عدم الاحتجاج على القبول إلا إذا أثرت الممارسة على المصالح [المباشرة أو غير المباشرة] الخاصة بدولة ممنعة أو بحقوقها: G.M. Danilenko، الحاشية ١٣٩ أعلاه، الصفحة ١٠٨.

(٢٨١) انظر، على سبيل المثال: Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 305 (الرأي المستقل للقاضي بترين) ("تثبت تصرفات هذه الدول [التي تجرى تجارب جوية نووية] أن حكوماتها لا تؤيد الرأي الذي يفيد بأن القانون الدولي العرفي يحظر التجارب النووية الجوية").

(٢٨٢) 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. 106 and 108-109 (paras. 202, 207).

(٢٨٣) Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at p. 171 (الرأي المخالف للقاضية فان دين فينغيرت).

والمراسلات الدبلوماسية، والاجتهادات القضائية للمحاكم الوطنية، وآراء المستشارين القانونيين للحكومات، والمنشورات الرسمية في مجالات القانون الدولي، والممارسات المتعلقة بالمعاهدات، والتصرفات المرتبطة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.

٣ - قد يُستخدم الامتناع كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون.

٤ - قد لا يحول كون عمل ما (بما في ذلك الامتناع) من قبل إحدى الدول لغرض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي دون كون العمل ذاته يشكل دليلاً على قبول الممارسة المعنية بمثابة قانون.

سابعاً - برنامج العمل المقبل

٨١ - على النحو الذي سبق الإعلان عنه^(٢٨٤)، ستُواصل في التقرير الثالث مناقشة ركبي القانون الدولي العرفي ("الممارسة العامة"؛ و"القبول بمثابة قانون")، والعلاقة القائمة بينهما في ضوء التقدم المحرز في الموضوع في عام ٢٠١٤. وستتناول التقرير بمزيد من التفصيل بعض الأوجه الخاصة التي تم التطرق إليها في هذا التقرير، ولا سيما دور المعاهدات، وقرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية، والمنظمات الدولية عموماً. وستتطرق التقرير الثالث أيضاً إلى قاعدة "المعتز الملح"، والقانون الدولي العرفي "الخاص" أو "الإقليمي"، علاوة على "العرف الثنائي".

٨٢ - وعلى النحو المذكور في التقرير الأول، كانت اللجنة في دورتها الأولى والثانية، المعقودتين على التوالي في عامي ١٩٤٩ و ١٩٥٠، قد أدرجت في جدول أعمالها، وفقاً للمادة ٢٤ من قانونها الأساسي، موضوعاً معنوناً "سبل ووسائل جعل إثبات القانون الدولي العرفي أيسر منالاً". وأفضى ذلك إلى سلسلة من التوصيات اعتمدها الجمعية العامة وما زالت تحتفظ بأهميتها اليوم^(٢٨٥).

٨٣ - وعلى النحو المذكور أعلاه، ما زال انتشار الممارسة (والاعتقاد بالإلزام) ومكائهما يشكلان مسألة عملية مهمة في الظروف التي يشهدها العالم المعاصر^(٢٨٦). ولذلك يُقترح

(٢٨٤) A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرة ١٠٢.

(٢٨٥) انظر أيضاً مذكرة الأمانة العامة، الفقرات ٩-١١؛ و A/CN.4/663، الحاشية ١ أعلاه، الفقرة ٩.

(٢٨٦) انظر، على سبيل المثال: S. Rosenne، الحاشية ٧٩ أعلاه، الصفحات ٥٨-٦١؛ و O. Corten، الحاشية ١٧٦ أعلاه، الصفحات ١٤٩-١٧٨.

تعزير مشاريع الاستنتاجات بإشارات إلى الأماكن حيث توجد الممارسة والقبول. بمثابة قانون وإلى كيفية التوصل إلى ذلك. وستتيح هذه الإشارات وصفا لشئى الأماكن التي يمكن أن توجد فيها الممارسة والاعتقاد بالإلزام، مثلا في المختارات القانونية وغيرها من منشورات فرادى الدول، وكذلك المنشورات المتعلقة بالممارسة في مجالات خاصة من مجالات القانون الدولي.

٨٤ - وما زال المقرر الخاص يتوخى تقديم تقرير نهائي في عام ٢٠١٦ يتضمن مشاريع استنتاجات وشروح منقحة في ضوء ما يجري من مناقشات وما يتخذ من مقررات في عامي ٢٠١٤ و ٢٠١٥، بيد أنه يقر، كما قال بعض أعضاء اللجنة، بأن برنامج العمل هذا برنامج طموح.

مشاريع الاستنتاجات المقترحة بشأن تحديد القانون الدولي العرفي

الجزء الأول

مقدمة

مشروع الاستنتاج ١

النطاق

١ - تتعلق مشاريع الاستنتاجات هذه بمنهجية تحديد وجود قواعد القانون الدولي العرفي ومضمونها.

٢ - لا تُحل مشاريع الاستنتاجات هذه بالمنهجية المتعلقة بمصادر القانون الدولي الأخرى والمسائل المتصلة بالقواعد القطعية للقانون الدولي (القواعد الآمرة).

مشروع الاستنتاج ٢

المصطلحات المستخدمة

لأغراض مشاريع الاستنتاجات هذه:

(أ) يقصد بعبارة 'القانون الدولي العرفي' قواعد القانون الدولي التي تُستمد من ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون وتعكسها؛

(ب) يقصد بعبارة 'منظمة دولية' منظمة حكومية دولية؛

(ج) ...

الجزء الثاني

الركنان المنشئان

مشروع الاستنتاج ٣

النهج الأساسي

يستلزم تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي ومضمونها التحقق من وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون.

مشروع الاستنتاج ٤

تقييم الأدلة

عند تقييم الأدلة على وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون، يجب مراعاة سياقها، بما في ذلك الظروف المحيطة بها.

الجزء الثالث

الممارسة العامة

مشروع الاستنتاج ٥

دور الممارسة

الشرط المتمثل في وجود ممارسة عامة، باعتبارها ركنا من أركان القانون الدولي العرفي، يعني أن ممارسة الدول هي التي تسهم أساسا في وضع قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها.

مشروع الاستنتاج ٦

إسناد التصرف

تتألف ممارسة الدول من تصرفات تسند إلى الدولة، سواء كانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم أية وظائف أخرى.

مشروع الاستنتاج ٧

أشكال الممارسة

- ١ - قد تتخذ الممارسة أشكالاً متعددة ومتنوعة. وتشمل التصرفات الفعلية واللفظية على حد سواء.
- ٢ - تشمل مظاهر الممارسة، في جملة أمور، تصرفات الدول "على أرض الواقع"، والأعمال والمراسلات الدبلوماسية، والقوانين التشريعية، والأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، والمنشورات الرسمية في مجال القانون الدولي، والبيانات التي يُدلى بها باسم الدول بشأن جهود التدوين، والممارسة المتعلقة بالمعاهدات، والأعمال المتعلقة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.
- ٣ - قد يشكل الامتناع ممارسة أيضاً.
- ٤ - قد تشكل أعمال المنظمات الدولية (بما في ذلك الامتناع) ممارسة أيضاً.

مشروع الاستنتاج ٨

تقييم وزن الأدلة على الممارسة

- ١ - ليس هناك من تراتبية مُسبقة لشتى أشكال الممارسة.
- ٢ - ينبغي أن يُؤخذ في الحسبان كل ما هو متاح من الممارسات الخاصة بدولة معينة. وعندما لا تعتمد أجهزة الدولة نهجاً موحداً، يُعطى وزن أقل لما تتبعه من ممارسات.

مشروع الاستنتاج ٩

وجوب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة

- ١ - يُشترط لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون الممارسة المعنية عامة، وهذا يعني وجوب أن يكون لها ما يكفي من الانتشار والتمثيلية. وليس من الضروري أن تكون هذه الممارسة عالمية.
- ٢ - يجب أن تكون هذه الممارسة متسقة عموماً.
- ٣ - لا يُشترط أن تدوم الممارسة مدة معينة، ولكن يُشترط أن تكون عامة ومتسقة بما فيه الكفاية.

٤ - يُشترط في تقييم الممارسة إيلاء الاعتبار الواجب لممارسات الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص.

الجزء الرابع القبول بمثابة قانون

مشروع الاستنتاج ١٠

دور القبول بمثابة قانون

١ - شرط قبول الممارسة العامة بمثابة قانون، باعتباره ركناً من أركان القانون الدولي العرفي، يعني وجوب اقتران الممارسة المعنية بإحساس بالإلزام القانوني.

٢ - القبول بمثابة قانون هو ما يميز قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي عن العادة فحسب.

مشروع الاستنتاج ١١

إثبات القبول بمثابة قانون

١ - قد تتخذ الأدلة التي تثبت قبول ممارسة عامة بمثابة قانون أشكالاً متعددة ومتنوعة. وقد تتباين هذه الأشكال وفقاً للطابع الذي تتسم به القاعدة وللظروف المحيطة بتطبيقها.

٢ - تشمل أشكال الإثبات، على سبيل المثال لا الحصر، بيانات الدول التي تبين ما يشكل قواعد من القانون الدولي العرفي وما لا يشكل ذلك، والمراسلات الدبلوماسية، والاجتهادات القضائية للمحاكم الوطنية، وآراء المستشارين القانونيين للحكومات، والمنشورات الرسمية في مجالات القانون الدولي، والممارسات المتعلقة بالمعاهدات، والتصرفات المرتبطة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.

٣ - قد يُستخدم الامتناع كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون.

٤ - قد لا يحول كون عمل ما (بما في ذلك الامتناع) من قبل إحدى الدول لغرض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي دون كون العمل ذاته يشكل دليلاً على قبول الممارسة المعنية بمثابة قانون.