

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة فرحات عباس - سطيف -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام  
تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة

بعنوان :

تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام  
الأنجلوساكسوني

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

قشي الخير

من إعداد الطالبة:

بلمهدي سميحة

أعضاء لجنة المناقشة:

1. الاستاذة الدكتورة: عواشيرة رقية.....جامعة باتنة.....رئيسة
2. الاستاذ الدكتور: قشي الخير.....جامعة سطيف.....مشرفا ومقررا
3. الاستاذ الدكتور: غضبان مبروك.....جامعة باتنة.....مناقشا
4. الاستاذ الدكتور: قجالي محمد.....جامعة سطيف.....مناقشا

السنة الجامعية: 2012-2013

---

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وتقدير

قبل كل شيء الحمد والشكر لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل، والذي كان له الفضل الأول والأخير في هذا التوفيق.

و الصلاة و السلام على أفضل خلق الله الذي بسنته اهتدينا، وبالقرآن الكريم المنزل عليه تعلمنا وبسورة العلق أنارت دروبنا و فتحت طريق العلم أمام أعين الأنام.

وعملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله" (حديث صحيح).

أتوجه بالشكر الجزيل إلي:

الوالدين الكريمين اللذين كان لهما الفضل الكبير في إنجاز هذا العمل وإلي زوجي الفاضل الذي صبر علي طوال انجاز هذا العمل، وإلى اخوي الحبيبين الذين لم يبخلوا علي بالمساعدة.

وسبوا على خطي الشاعر الذي قال:

قم للمعلم ووفه التبجيل.....كاد المعلم أن يكون رسولا.

فلا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذ المشرف: قشي الخير الذي شرفني بقبوله المتابعة والإشراف على هذه المذكرة، وأثار دربي بنصائحه و توجيهاته القيمة، وصبره طوال انجاز هذا العمل رغم مشاغله الكثيرة بحكم مسؤولياته، وإلى كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو بعيد.

كما أتقدم بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى كل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولها مناقشة موضوع المذكرة، و بالتالي إثرائها من كل جوانبها.

الطالبة: بلمهدي سميحة.

---

*قائمة المختصرات / Abréviations:*

1. -**A.I.D.I.**: Annuaire de L'institut du Droit International.
2. -**A.J.I.L.**: American Journal of International Law.
3. -**Bepress** :The Berkeley Electronic Press.
4. -**B.Y.B.I.L.**: British Year Book of International Law.
5. -**C.de D.** : Les Cahiers de Droit.
6. -**C.I.J.**: Cour Internationale de Justice.
7. -**C.U.P.**: Cambridge University Press.
8. -**C.Y.I.L.**: Canadian Year Book of International Law.
9. -**D.J.C.I.L.**: Duke Journal of Comparative & International Law.
10. -**D.J.I.L.P.**: Denver Journal of International Law & Policy.
11. -**E.J.I.L.**: European Journal of International Law.
12. -**Ga.J.Int'l. & Comp.L.**: Georgia Journal of International and Comparative Law.
13. -**Harv.L.Rev.**: Harvard Law review.
14. -**I.C.L.Q.**: International and Comparative Law Quarterly.
15. -**I. C. J.**: International Court Of Justice.
16. -**J.A.L.A.P.**: Journal of Applied Law and Policy.
17. -**J.I.L.P.**: Journal International Law and Politics.
18. -**K.L.I.**: Kluwer Law International.
19. -**L.G.D.J.** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
20. -**L.Q.R.**: Law Quarterly Review.
21. -**M.L.Rev.**: Michigan Law Review.
22. -**Neth.Y.I.L.**: Netherlands Yearbook of International Law.
23. -**N.E.L.R.**: New England Law Review.
24. -**N.S.A.I.L.**: Non state Actors of International Law.
25. -**O.H.L.J.**: Osgood Hall Law JOURNAL.
26. -**P.C.I.J.**: Permanent Court of International Justice.
27. -**R.A.D.I.C.**: Revue Africaine de Droit International et Comparé.
28. -**R.C.A.D.I.**: Recueil des Cours Académie de Droit International.
29. -**R.G.D.I.P.**: Revue Générale de Droit International Public.
30. - **R.I.T.D.**: Revue Internationale de la Théorie et du Droit et de Sociologie Juridique.
31. **R.Q.D.I.**: Revue Québécoise de Droit International.
32. - **Santa Cl.L.Rev.**: Santa Clara Law Review.
33. -**S.J.L.S.**: Singapore Journal of Legal Studies.
34. -**T.J.C.I.L.**: Tulsa Journal of Comparative & International Law.
35. -**U.Chi.L.Rev.**: The University of Chicago Law Review.
36. -**U.C.B.S.L.**: University of California at Berkeley School of Law.
37. -**U.S.C.**: United States Code.
38. -**UN** : United Nation.

- 
39. -**U.N.C.:** University of North Carolina.
  40. -**U.P.:** University Press.
  41. -**Willamette J.Int.L. & Dispute Resolution:** Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution.
  42. -**Wm & Mary L. Rev.:** William and Mary Law Review.
  43. -**Wko. L. Rev.:** Waikato Law Review.
  44. -**Y.L.J.:** The Yale Law Journal.

## مقدمة:

يتميز المجتمع الدولي بحركية وديناميكية مستمرة أدت، ولا زالت تؤدي، إلى تغيرات كمية ونوعية تتفاوت أهميتها حسب القوى التي تمارس تأثيرها عليه؛ وقد أدى هذا بدوره إلى إيجاد قواعد دولية تعكس هذه التغيرات، باعتبار أن القانون الدولي، شأنه شأن كافة النظم القانونية الأخرى، يتطور ويتغير بتغير المحيط به، فقد نشأ هذا الأخير في بداياته عرفيا، إلا أنه سرعان ما قنن في قواعد مكتوبة من خلال المعاهدات والاتفاقيات المبرمة بين مجموع الدول، لإثبات إرادتها، أو على الأقل، لتوضيحها في عالم أصبحت فيه السيادة تتداخل بسرعة كبيرة ومتزايدة، ولكون هذه التغيرات لا تتوقف فقد خلقت أو أنشئت قواعد عرفية جديدة أخذت مكانها بجانب المعاهدات دائما.

وإن كان القانون الدولي يلعب دورا كبيرا في تنظيم المجتمع الدولي فإن له دورا لا يقل أهمية في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية، والتي تجد نفسها أحيانا ملزمة بالإجابة على بعض التساؤلات في دعاوى قد تكون ضد حكومة أجنبية أو ناتجة عن تصرفات أشخاص أجنب؛ فالمشكل التقليدي الخاص بالعلاقات بين القانون الدولي والقانون الوطني الداخلي لا يزال يعيد طرح نفسه في كل مرة، وإن كان سمو القوانين الدولية هو السائد على المستوى الدولي فالأمر ليس بتلك البساطة داخليا، فالدول وإن كانت تحاول إظهار نفسها أنها متتبعة للحالة الدولية أو التيار الدولي إلا أنها في قرارة نفسها لا تزال تحاول التمسك بما عرفته قديما من سيادة، أو على الأقل التوفيق بين سيادتها الداخلية والقانون الدولي، فالنظريات القديمة لا تزول، أو بالأحرى لا يتم التخلي عنها بسرعة.

وإن كان الأمر أكثر بساطة بالنسبة للمعاهدات فالأمر ليس كذلك بالنسبة للقواعد العرفية والتي تعد من أهم قواعد القانون الدولي على الإطلاق، بل هي أصل تلك القواعد كما سلف وأن ذكرنا، حتى أن بعض القضايا لا تزال تخضع حصريا لها: كالحصانة الدبلوماسية، المسؤولية الدولية وحالة الأجنب.

فالعرف الدولي يتميز بعدم تدوينه، لذا يدخل في قائمة القواعد غير المكتوبة عكس المعاهدات، بل ويختلف عنها كذلك في كونه لا إرادي خلاف الاتفاقيات المكتوبة والتي تكون قواعد رضائية اتفاقيه، لا تلتزم بها الدول إلا بعد أن تصادق عليها سواء بعد مشاركتها في وضعها أو من خلال الانضمام إليها بعد ذلك.

فإرادة الدولة شيء جوهري في التزامها وتحملها للمسؤولية، في حين أن القواعد العرفية هي قواعد ناشئة من جراء العلاقات البشرية في حالتها السلم والحرب تعارف عليها المجتمع الدولي واتبعتها أمدا طويلا ثم استقرت لدى الدول التي أصبحت ترى نفسها ملزمة بها التزاما طوعيا معنويا، فإرادة الدولة في هذه الحالة أقل وضوحا بل إنها ستكون مسؤولة أمام الرأي العام بمجرد اكتسابها لصفة شخص من أشخاص هذا المجتمع.

ورغم قدم القواعد العرفية، واستعمالها الدائم دوليا، بل حتى داخليا، فهي لا تزال لغزا ينتظر إيجاد حله، وذلك على الخصوص لكونها ليست قانونا تم تشريعه أو إصداره من مشرعين مركزيين، ولا قانونا تم إدراجه في معاهدة بين دول ذات سيادة، مما أدى بالبعض إلى التساؤل لماذا يصبح الشيء الذي تم القيام به شيء يجب أن يتم؟ "Why does the thing done become the thing which must done؟" فلم يتفق القانونيون إلى الآن على تعريف واحد وموحد لها، وإن كان الأمر كذلك فإن الخطوط العريضة لها تبقى واحدة، ويعد نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولي من أهم المحاولات لتعريفها، فقد نصت على أن "العرف الدولي هو العادات الدولية المرعية، المعتمدة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال".

و قد أصبحت القواعد العرفية مستدعاة بكثرة وبصورة متزايدة ومستعجلة خصوصا في دائرتي القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان وذلك لكونهما لا يحتلان مكانة كبرى لدى الدول عند إبرامها لمعاهدات تلزمها، فهي إن طبقت في المحاكم الداخلية أصبحت ضمانا هامة، نظرا لكون هذه المحاكم هي الأقرب إلى المواطن واحتياجاته، خصوصا إن رفضت السلطة التشريعية أو التنفيذية إبرام معاهدة ما لضمان حقوق ما.

فضعف قواعد حقوق الإنسان لا يرجع إلى كمية النصوص أو إيجاد قانون عالمي، لكن المشكل يتمثل في كيفية تنفيذ هذا القانون، وآليات التطبيق وفعاليتها إذ أنها ستبقى حبرا على ورق إن لم تنفذ.

ويعد النظام الأنجلوساكسوني<sup>1</sup> من أهم الأنظمة التي نبعدها تعتمد على القواعد العرفية حيث تنص اغلب المؤلفات أنه يوجد قبول- تقريبا كامل- من المحاكم الوطنية لهذا النظام على أن العرف الدولي جزء من قانون الأرض، منذ كتابات *Black Stone* في القرن 18.

وسنحاول في رسالتنا هذه تسليط الضوء على تطبيق هذا النظام للعرف الدولي وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان في محاكمه الداخلية.

### أهمية الموضوع: وترجع أهمية دراسة هذا الموضوع إلى عدة نقاط تتمثل في:

أن فكرة تطبيق الدولة للالتزامات المفروضة عليها يكون أمرا عاديا في حال وجود قواعد تخاطب الدول في حد ذاتها كأشخاص للقانون الدولي، حيث أن ذلك لا يشير أي إشكالية؛ لكن الوضع مختلف في حالة تطبيق

<sup>1</sup>- يطلق مصطلح "الأنجلوساكسوني" تاريخيا على الشعوب الجرمانية في شمال أوروبا الذين احتلوا جزيرة المملكة البريطانية حاليا في القرن 7، أما اليوم فيطلق على مجموعة الدول التي تملك علاقة تاريخية مع الإمبراطورية الاستعمارية البريطانية، ونجده يتكون من الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، أستراليا ونيوزيلندا، انظر: <http://www.thefreedictionary.com/Anglo-Saxon>

القواعد الدولية داخليا، أي متى كانت تلك القواعد تخاطب الأفراد، ففي مثل هذه الحالة تظهر فكرة التعارض أو المفاضلة بين قواعد القانون الداخلي وقواعد القانون الدولي فأبي القاعدتين سيفضل القاضي ويطبقها، وإن كان من الواضح أو الجلي أن الدولة ستطبق المعاهدة التي اختارتها بنفسها وصدقت عليها، فإن الأمر ليس بذات السهولة في حالة العرف الدولي؛ فمع تزايد أهمية القواعد الدولية المعنية بحقوق الإنسان في العهد الحديث ازدادت أهمية تطبيقها في الممارسة بواسطة المحاكم الداخلية.

وتظهر أهمية الموضوع كذلك من حيث محاولة إبراز تعامل دول النظام الأقوى في العالم مع قواعد العرف الدولي لحقوق الإنسان خصوصا في حالة عدم نصها على ذلك كما هو الشأن على الخصوص في إنجلترا التي لا تحتوي على دستور مكتوب.

ستحاول هذه الدراسة رفع نوع من اللبس والغموض الذي شاب ولا يزال يشوب فكرة القواعد العرفية الدولية سواء من حيث التعريف أو التطبيق وذلك لكونها قواعد غير مكتوبة وهذا ما جعلها محل إعادة نظر من طرف العديد من الفقهاء حتى أن البعض قد نادى بزوالها نهائيا أو أنها غير موجودة أصلا نظرا لقلّة التنظير لها، فما يزيد من أهمية هذه الدراسة هو محاولة إعادتها الاعتبار لتلك القواعد.

### أسباب اختيار الموضوع: أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع بالذات فيعود إلى:

كون أن العرف الدولي لا يزال يشكل -رغم غموضه- مادة جديرة بالحماية، خصوصا في حالة محاولة بعض الدول التملص من مسؤولياتها الدولية، عند امتناعها على التوقيع على المعاهدات الدولية، مثلما حدث بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية عندما رفضت الانضمام إلى **معاهدة كيوتو** المتعلقة بالالتزام بالحد من انبعاث الغازات الدفيئة؛ أو عندما تقوم هذه الدول بالتوقيع على المعاهدات الدولية على المستوى الدولي ولا تصادق عليها محليا، أو عندما تضع تحفظات على المعاهدات التي أبرمتها، فكيف لو كان الأمر الذي تحاول التهرب منه هو حقوق للأفراد، كما حدث بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية أيضا عندما وضعت تحفظا أدرج في تصريحها الصادر سنة 1946 والمتعلق بقبول ولاية محكمة العدل الدولية، عندما اشترطت عدم إمكانية جرها إلى التحكيم استنادا للمعاهدات الجماعية، فإن لم توجد قواعد العرف الدولي لتمكنت من التهرب من مساءلتها في قضية الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها.

والسبب الرئيسي لاختيار هذا الموضوع راجع إلى كون أغلب دول النظام الأنجلوساكسوني من الأنظمة السيدة في العالم، وتبرر تدخلها في الشؤون الداخلية للغير بمصطلح حماية حقوق الإنسان مثل ما هو الحال بالنسبة **لأمريكا وبريطانيا**، لذا سيكون من المغير توجيه النظر إلى أنظمتها الداخلية ورؤية مدى تطبيقها لمثل تلك القواعد خصوصا متى تعلق الأمر بقواعد لا تجد مصدرها في معاهدة قيدت الدولة نفسها بنفسها بإرادة حرة.



## إشكالية الدراسة:

تملك دول النظام الأنجلوساكسوني علاقة تاريخية مشتركة مع الإمبراطورية الاستعمارية البريطانية، لكن هذا لم يمنعها من إتباع طرق متباينة في تطبيقها للمعاهدات الدولية، فنجد أمريكا مثلا اتبعت أفكار مدرسة الوحدة عندما نصت في مادتها السادسة من الدستور أن المعاهدات المبرمة بواسطة الولايات المتحدة الأمريكية هي القانون الأعلى للبلاد، بينما نجد إنجلترا اتبعت أفكار مدرسة الثنائية عندما اشترطت استقبال المعاهدات الدولية عن طريق التشريع، هذا ما يدفعنا للتساؤل عن حال تطبيق الأعراف الدولية خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان؟ فالإشكالية الجوهرية في بحثنا تتمحور حول محاولة التعرف على كيفية تطبيق قواعد العرف الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني.

إن الإجابة على هذه الإشكالية يستدعي الإجابة على أسئلة أخرى:

- ما هو الأساس الذي تعتمده الدول الأنجلوساكسونية في إدماجها للعرف الدولي في قانونها الداخلي؟ وهل يختلف الأمر إن كانت قواعد متعلقة بحقوق الإنسان أم لا؟

- كيف للمحاكم أن تجد القاعدة العرفية؟ وكيف يتم إثبات وجود مثل تلك القاعدة؟ أي متى تتأكد المحكمة أنها بصدد قاعدة عرفية للقانون الدولي؟

- وهل أن الواقع العملي يصدق على النظري؟ أي هل ما تنص عليه الدول في قوانينها الداخلية بشأن تطبيق العرف الدولي يطبق فعلا في الواقع؟

## منهج الدراسة

لاشك أن دراسة موضوع تطبيق العرف الدولي بصفة عامة يكتنفها الغموض، نظرا لعدم التنصيص الموحد والصريح، هذا ما يحتم علينا إتباع طريقة تحليلية تستند على البحث في كل ما يتعلق بهذا الموضوع من نصوص وآراء فقهية محاولين بذلك الاستفادة من كل الجوانب القانونية التي تثير الموضوع وطرح ما لا يهمنا جانبا، وعند الانتهاء من عمليتي التحليل والتمحيص سنحاول بطريقة تركيبية توحيد كل ما لدينا من معلومات في ذلك؛ كما سيتم الاستعانة بالمنهج التاريخي لإبراز أساس إدماج العرف الدولي في القانون الداخلي، وباعتبار أن الموضوع عملي أكثر فهو يستلزم وضع بعض الأمثلة في شكل دراسة تطبيقية، مع ضرورة استدعاء عملية المقارنة خصوصا بين مختلف الدول المكونة للنظام الأنجلوساكسوني الذي نحن بصدد دراسته.

وبالتالي تم اعتماد المناهج التالية في هذه الدراسة: المنهج التحليلي، المنهج التاريخي، والمنهج المقارن.

## الخطة العامة للدراسة:

تمشيا مع الإشكالية الموضحة آنفا وللوقوف عند حدود التساؤلات الواردة بشأنها ارتأينا تقسيم العمل إلى فصلين كما يلي :

**الفصل الأول:** خصصناه للبحث في إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، وقد قسمناه إلى مبحثين، يتعلق المبحث الأول بتبيان مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، والذي ينقسم بدوره إلى مطلبين: تضمن المطلب الأول ماهية العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، أما المطلب الثاني فتضمن العلاقة بين العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان والمعاهدات الدولية باعتبارهما المصدرين الرئيسيين للقانون الدولي.

أما المبحث الثاني فخصصناه لأساس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني والذي قسم هو الآخر إلى مطلبين: تضمن المطلب الأول أسس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في المملكة المتحدة أما المطلب الثاني فتضمن إدماج العرف الدولي في الدول المتبعة للنظام الأنجلوساكسوني.

**أما الفصل الثاني** فيتعلق بمكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني والاحتجاج به، وقد قسمناه هو الآخر إلى مبحثين، يتكلم المبحث الأول عن مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في الهرم التدريجي القانوني الأنجلوساكسوني، والذي ينقسم بدوره إلى مطلبين: تضمن المطلب الأول: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان لدى المحاكم البريطانية، أما المطلب الثاني فتضمن مكانة العرف الدولي في بعض دول النظام الأنجلوساكسوني الأخرى.

بينما المبحث الثاني فتناولنا فيه الاحتجاج بالقواعد العرفية الدولية المتعلق بحقوق الإنسان، والذي قسم هو الآخر إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول إثبات القاعدة العرفية الدولية في النظام الأنجلوساكسوني، ويتناول المطلب الثاني تفسير القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني.

## الفصل الأول: إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني:

نشأ القانون الدولي في بدايته منظماً للعلاقات بين الدول جاعلاً إيها الشخص القانوني الوحيد الذي يخضع له وتطبق نصوصه عليه، لكن حدثت نقلة نوعية بعد ذلك جعلته ينصب بشكل متزايد على الأفراد والجماعات بدلاً من اقتصره على الدول، وأصبحت المناذاة بحقوق هذه الفئة الطابع الأساسي له، وذلك انطلاقاً من فكرة أن لكل البشر حقوق ملازمة لهم مجرد كونهم بشر *human beings*؛ وعلى اعتبار أن العرف الدولي يعد أحد مصادر القانون الدولي، بل المصدر الأساسي والتاريخي له -فهو الذي أعطى القانون الدولي العام بعض قواعده الأساسية مثل: قاعدة الوفاء بالعهد، والقواعد المتعلقة بالحرب، وقواعد تنظيم المعاهدات، وقواعد المال العام الدولي خصوصاً القواعد المتعلقة باستعمال واستغلال البحار، وقواعد حقوق الأجانب، فكل هذه القواعد الكبرى الأساسية قد وضعها العرف بطريقته الضمنية، وهي إذا دونت أحياناً في معاهدات بشكل واضح صريح ومكتوب، فإن المعاهدات لم توجدتها وإنما قامت بإعلانها وإظهارها والكشف عنها- فقد تأثر هو الآخر بفكرة حقوق الإنسان.

وتدخل القاعدة العرفية حيز النفاذ على المستوى الدولي عند اجتماع عناصرها التكوينية مع بعض، بمعنى آخر بمجرد وجودها في شكل قاعدة قانونية، فمن هذا الوقت تسري على الدول المعنية، وإن خالفها وانتهكتها تحملت المسؤولية الدولية، غير أن وجود القاعدة على المستوى الدولي لا يعني بالضرورة أن لها نفس القوة على المستوى الداخلي، فلن يمكن الاحتجاج بها وتعميم آثارها في مواجهة الفواعل الداخلية فإنه لا بد من إدماجها داخلياً، وعن طريق هذا الإدماج يمكن للقاضي بناء قراره.

فالأهمية العملية التي يلعبها العرف الدولي داخلياً تعتمد أساساً على مدى سهولة إدماجه، غير أن عدم الإدماج المباشر للعرف الدولي لا يعني استبعاد تطبيق هذا الأخير نهائياً حيث أنه رغم كل شيء قد ينتج بعض الآثار غير المباشرة في النظام الداخلي، فمثلاً يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الدولي، خصوصاً إن تعلق بحقوق الإنسان، وإن لم تكن مدمجة رسمياً في النظام الوطني، عند تفسيره مثلاً لقواعده الوطنية إن شأها الغموض.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: Christian Domincé et François Voeffray, «L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne», dans L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national ( étude de la pratique en Europe ), Pierre Michel Eisemann (ed.), K.L.I., (1996), pp. 51-62 at 52.

وقبل التطرق لكيفية إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، لابد من التعرف عليه أولاً، فلا يمكن التطرق إلى إدماج قاعدة قانونية ما دون التعرف عليها، لذا سنحاول تخصيص هذا الفصل لإدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، من خلال معالجته في مبحثين يتعلق المبحث الأول بتبيان مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، أما المبحث الثاني فنخصصه للالتزام بتطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني.

### المبحث الأول: مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني وكيفية التعرف عليه:

تشتهر الدول الأنجلوساكسونية بعبارة "العرف الدولي جزء من القانون الوطني"، وبالرغم من هذا فإننا لا نجد لها تعطي تعريفاً دقيقاً لهذا القانون.

فتعريف العرف الدولي ليس بالشيء السهل لأنه ليس قانوناً تم سنه أو إصداره من مشرعين مركزيين، ولا هو اتفاق تم بصورة صريحة بين الدول، بل هو عبارة عن عمل مرن لا يحتاج إلى اجتماع عالمي ولا يقوم على المفاوضة، وهو مجموعة قواعد وجدت بسبب اعتقاد واسع الانتشار بين صانعي القرار الوطنيين ومستشاريهم على أن سلوكيات دول أخرى يجب أن تطبق وتستثمر، أي أنه نتاج نشاطات غير مركزية للدول يفتقر عموماً إلى آليات التنفيذ المركزية، وهذا ما خلق خلافات فقهية كبيرة بشأن عناصره وشروطه وطبيعته القانونية.<sup>1</sup>

هذا الخلاف الفقهي خلق اتجاهات يحاول قدر الإمكان الابتعاد عن هذا المفهوم الغامض والتركيز على المعاهدات الدولية باعتبارها أكثر وضوحاً وسهولة، وإن كان الأمر هذا بالنسبة للعرف الدولي بصفة عامة، فالأمر لا يختلف عن ذلك المتعلق بحقوق الإنسان.

فإضافة إلى غموض فكرة العرف الدولي نجد غموضاً في فكرة حقوق الإنسان ذاتها، إذ لا يوجد تعريف واحد وموحد لهذين المفهومين منفصلين، فكيف الحال إذن باجتماعهما تحت مصطلح واحد.

---

<sup>1</sup> - انظر: Anthony D'Amato, «The Authoritativeness of Custom in International Law », 53 *Rivista di Diritto Internazionale*, 491, Code A70e, (1970), <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A70e-auth-custom.pdf>; George Norman and Joel P. Trachtman, « The Customary International Law Supergame: Order and Law », Paper 241, bepress, (2004), p.1, <http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2004/papers15.pdf> ; Louis-Antoine Aledo, «Le Droit International Public», édition Dalloz, Paris, (2005), p79.

لذا سنحاول إبراز مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني في المطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه طرق التعرف على مثل هذه القواعد الدولية.

### المطلب الأول: ماهية العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني:

لا يعد مصطلح العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان من المصطلحات المعروفة، أو المتفق على تعريفها، فلم يكن هذا المصطلح مستخدماً بشكل واضح وثابت، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى غموض فكري العرف الدولي من جهة وحقوق الإنسان من جهة أخرى، فبالنسبة للعرف الدولي لا نجد إلا الاتفاق على الخطوط العريضة المكونة له، بحسب ما صاغتها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بأنه "العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال"<sup>1</sup>، فلا نعرف ماهي هذه العادات، وكيف تعتبر قانوناً، أما بالنسبة لمصطلح حقوق الإنسان فهو الآخر يعاني من الخلط في استعماله مع مصطلحات أخرى مشابهة له كالقانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى أن فكرة العرف الدولي في بداياتها كانت تتعلق بالدول وعلاقتهم فيما بينهم، بينما تخص حقوق الإنسان أساساً الفرد على العموم، وعليه كيف يتم الجمع بين هذين المصطلحين المتناقضين عند تأسيسهما، وكيف يتم التوفيق بينهما؟

وفيما يلي سنحاول إبراز مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان من خلال تعريف كل من القاعدة العرفية الدولية بصفة عامة في الفرع الأول، ثم ننتقل إلى تعريف القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان بصورة خاصة في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف قواعد العرف الدولي:

لا يوجد تعريف عالمي موحد للعرف الدولي، وبالرغم من ذلك فإنه يوجد اتفاق على الخطوط العريضة المكونة له، بأنه نتاج تطبيق واسع عام ومنتظم للدول مع شعورهم بالزاميته القانونية<sup>2</sup>، فهو عبارة عن عادة يتواتر أشخاص القانون المكونين لجماعة معينة على الانصياع لها في سلوكهم، مع اقتراح هذا السلوك بالاعتقاد أن له

<sup>1</sup>- انظر: ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مكتب الإعلام العام-نيويورك، دار الشعب-القاهرة، (فيفري 1971)، ص 113.

<sup>2</sup>- انظر: Andrew T. Guzman, «International Law a Compliance Based Theory», Working Paper N° 47, U.C.B.S.L, Public Law and Legal Theory, (April 2001), [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=260257](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=260257); Lacey Glencoragh Loftin, «The conflict over Customary International Law: The Resolution of Process», p.2, [http://www.peacepapers.com/articles/index.php?command=FILES\\_DOWNLOAD&download=96ee95c08197b18e2dc3d43f25138ec5](http://www.peacepapers.com/articles/index.php?command=FILES_DOWNLOAD&download=96ee95c08197b18e2dc3d43f25138ec5)

منزلة القاعدة القانونية الملزمة،<sup>1</sup> وهذا ما ذكرته المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في البند الثاني من الفقرة الأولى (أ).

أما بالنسبة للدول الأنجلوساكسونية فنجدها هي الأخرى لم تتطرق إلى إشكالية تعريف مثل هذه القواعد باستثناء إشارات قليلة نجدها مثلاً في **الإعلان الثالث للعلاقات الخارجية الأمريكي**، أين يصف العرف الدولي بأنه تصرف عام للدول مصحوب بعقيدة التزام قانوني.<sup>2</sup>

### أولاً - العناصر المكونة للقاعدة العرفية الدولية:

ترى النظرية التقليدية أن القاعدة العرفية لا تظهر إلى الوجود إلا إذا توافر لها عنصران أحدهما مادي يتمثل في سلوك أشخاص القانون الدولي وآخر معنوي يتمثل في الاعتقاد بأن القانون الدولي يفرض هذا السلوك، في حين يرى البعض أن سلوك أشخاص القانون الدولي يؤدي إلى إنشاء القاعدة العرفية دون حاجة إلى الركن المعنوي، ويتجه فريق ثالث إلى القول أن الركن المعنوي يؤدي بذاته إلى إنشاء القاعدة العرفية وليس للسلوك أهمية في هذا الشأن سوى أنه كاشف عن القاعدة العرفية وليس له دور إنشائي بالنسبة لها.<sup>3</sup>

**1-العنصر المادي لتكوين القاعدة العرفية:** يتمثل في سلوك إيجابي أو سلبي تواتر عليه أشخاص القانون الدولي العام من الدول، والمنظمات الدولية، وكذلك بعض الكيانات التي يتوافر لها مركز خاص في إطاره، ويطلق عليه أحياناً اسم العادة، وأحياناً أخرى السابقة،<sup>4</sup> ولكن اصطلاح سلوك الدول *State-Practice* هو الذي

---

<sup>1</sup>-انظر: صلاح الدين عامر، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية-القاهرة، (1995)، ص380؛ ومحمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية"، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، الإسكندرية، (2001)، ص145؛ وعلي إبراهيم، "القانون الدولي العام -النظريات الفقهية، المصادر، المسؤولية الدولية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية -القاهرة، 1997، ص513.

<sup>2</sup>- انظر: *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, § 102(2), (1987), <http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/IntlLawFall2007/CourseDocs/RestatementSources.doc>

<sup>3</sup>- انظر: عبد الغني محمود، " القاعدة العرفية في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (1990)، ص5؛ محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي المعاصر"، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية، (1997)، ص194.

<sup>4</sup>- انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص380.

يستخدم عادة للإشارة إلى الركن المادي لعملية تكوين القاعدة القانونية العرفية وفقا للنظرية التقليدية.<sup>1</sup>

أ- طبيعة الممارسة التي تشكل العنصر المادي للقاعدة العرفية قد يكون السلوك المشكل للعنصر المادي للقاعدة العرفية إيجابيا أو سلبيا.

فبالنسبة للوقائع الإيجابية المؤدية لتكوين عنصر السابقة، هناك من يذهب إلى القول بأن الواقعة الإيجابية لا تعني مجرد ادعاء أو اتخاذ موقف، بل لابد أن يؤكد هذا بمسلك واضح من شخص القانون الدولي المعني، وهذا ما نجد في التعريف الضيق، ومن بين هؤلاء نجد الفقيه *D'Amato Anthony*، في حين عرفها آخرون -منهم الفقيه *Michael Akehurst*- تعريفا موسعا وادخلوا حتى الإدعاءات والتصريحات في ذلك،<sup>2</sup> غير أن أغلبية الفقهاء يتفقون أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تشكل سلوكا دوليا يصلح في حالة تكراره إلى تكوين القاعدة العرفية إلا إذا أمكن الاستدلال بها على عقيدة الالتزام بالتصرف، فالأعمال القانونية الدولية، وبأبي في مقدمتها نصوص المعاهدات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف، تدخل في إطار السابقة التي تدخل في تكوين العرف الدولي، وإن كان للمعاهدات أثر نسبي، فهذا لا يمنع من قيام دول أخرى باعتمادها كسابقة في علاقاتهم الدولية، مما يفضي إلى تكوين قاعدة عرفية في هذا الشأن.<sup>3</sup>

أما بالنسبة لمدى اعتبار الوقائع السلبية مكونة لعنصر السابقة العرفية، فقد ذهب المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية *اللوتس* إلى إمكانية اعتبار الامتناع من قبيل السوابق المؤدية إلى تكوين القاعدة العرفية وذلك بالقدر الذي يعتبر فيه الامتناع "مستندا إلى عقيدة وجود التزام بضرورة الامتناع"، أي أن المحكمة اشترطت وجود الركن المعنوي للقول باستكمال القاعدة العرفية لوجودها،<sup>4</sup> وكذلك ذهب محكمة العدل الدولية إلى إسناد هذا الدور للسلوك السلبي في قضية *المصايد* بين النرويج وإنجلترا فقالت بوجود عرف ثنائي نجم عن سلوك إيجابي من جانب النرويج تبعه سكوت استغرق زمنا طويلا من جانب إنجلترا، عندما قالت: "أن وضوح التصرفات من

<sup>1</sup>-انظر: عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص8.

<sup>2</sup>-انظر: Anthony.D'amato, «*The Concept of Custom in International Law*», Cornell U.P., (1971);

Michael Akehurst, «*Custom as a Source of International Law* », 49 (1974-75), B.Y.B.I.L., (1977).  
Anthea Elizabeth Roberts, «*Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation* », 95 (4), A.J.I.L., (2001), pp. 257-291 at p.258.

<sup>3</sup>- انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص 220.

<sup>4</sup>- انظر: *The Case of the S.S. Lotus*, P.C.I.J., Series A, No 10, 1927, p.28

جانب النرويج، وتسامح الجماعة الدولية، ووضع بريطانيا في بحر الشمال، ومصالحها الخاصة وامتناعها الطويل المستمر، سمح للنرويج في كل الأحوال بإشهار نظامها الخاص في قياس البحر الإقليمي في مواجهة بريطانيا.<sup>1</sup>

ب- نسبة السلوك إلى شخص من أشخاص القانون الدولي: ينبغي أن يكون السلوك المؤدي إلى تكوين السابقة في العرف الدولي صادرا ممن يملك صلاحية التصرف باسم شخص القانون الدولي، فلا تثور أي إشكالية إن كان السلوك صادرا عن سلطة منوط بها تمثيل الدولة في إطار العلاقات الخارجية، كرئيس الدولة أو وزير الخارجية أو المبعوثين الدبلوماسيين... الخ، على عكس ما إذا كان التصرف صادرا عن هيئة أخرى، لكن المتفق عليه أن التصرفات الصادرة عن السلطات السياسية للدولة والتي تكون وثيقة الصلة بالعلاقات الدولية يعتد بها كسابقة في تكوين العرف؛<sup>2</sup> ففي قضية *The Scotia* عام 1871 مثلا، أعلنت المحكمة الفدرالية الأمريكية بأن "كثيرا من العادات التي أصبحت الآن لها قوة القانون الملزم، كانت في الأصل تعليمات وتشريعات داخلية لدولة واحدة مثل **قانون رودس** حول الملاحة البحرية الذي كان في الأصل قانونا وطنيا لجزيرة رودس، وكذلك تعليمات لويس الرابع عشر في عام 1681 المتعلقة بتنظيم البحرية الفرنسية والمعروف بإسم **قانون كولبير** والذي انطوى على اتخاذ موقف واضح تجاه مبدأ حرية أعالي البحار".<sup>3</sup> أما التصرفات الصادرة عن الأفراد فإنها لا ترقى إلى الاعتداد بها على أنها سابقة، فالفرد يبقى غريبا عن العملية الخلاقة للقاعدة العرفية كما قال الأستاذ شارل دي فيشير.<sup>4</sup>

أما بالنسبة لتصرفات المنظمات الدولية فقد أدى تعاظم دورها في المجتمع الدولي المعاصر إلى إسهامها في تكوين العنصر المادي للعرف، سواء تمثل تصرفها في صورة اتفاقية تكون المنظمة طرفا فيها، أو في صورة عمل

<sup>1</sup> - انظر: *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, I.C. J., Rep. (1951), p.139

<sup>2</sup> - انظر: Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit., p. 2

محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص220، وصلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص380-381

<sup>3</sup> - انظر: *The Scotia case*, 81 U. S. 170 (1871), <http://supreme.justia.com/us/81/170/>

<sup>4</sup> - انظر: «*Toute coutume internationale est l'œuvre d'un pouvoir, elle procède des pratiques aux quelles les individus restent étrangers...Il n'y a pas de droit international a la formation duquel les individus prennent une part aussi minime que la coutume internationale.*» Charles De Visscher , «*Théories et réalités en droit international public*», A.Pedone, Paris, 1960, p.189.

بمعنى أن "كل عرف دولي يعد من عمل سلطة ما، يتضمن مجموعة من الإجراءات التي يبقى الفرد غريبا عنها... فلا توجد قاعدة دولية يكون للأفراد دور ضئيل فيها كما في العرف الدولي"



فردية صادرة منها كالقرارات والتوصيات،<sup>1</sup> فنجد مثلاً أن العمل في مجلس الأمن قد كشف عن سابقة أدت إلى نشأة عرف دولي مؤداه أن امتناع العضو الدائم عن التصويت لا يحول دون توافر الأغلبية المطلوبة لإصدار قرار في مسألة من المسائل الموضوعية.<sup>2</sup>

وعليه يمكن القول أن التصرفات الوحيدة التي يعتد بها، هي التصرفات التي تصدر عن الهيئات القانونية المختصة في الشؤون الدولية، سواء كانت داخلية أو دولية.

إذا كانت السيادة المتساوية من أهم سمات النظام القانوني اليوم،<sup>3</sup> فإنه يوجد اتجاه فقهي يذهب للقول أن القانون هو تعبير عن إرادة الطبقة المسيطرة في مجتمع ما، وأن القانون الدولي لا يختلف عن هذا التصور، فالجتمتع الدولي مجتمع طبقي، من أعضائه المسيطر بحكم قوته ومنهم المضطر للرضوخ لسيطرة الأقوى منه بسبب ضعفه،<sup>4</sup> ويؤكد هذا القول الأستاذ Charles De Visscher عندما كتب عام 1953 بأن "النمو البطيء للعرف الدولي يشبه التكون التدريجي لطريق على أرض خالية، وأثناء هذا التكون هناك من تظهر آثارهم عميقة في الأرض سواء بسبب ثقلهم أي قوتهم في هذا العالم، أو لأن مصالحهم دفعتهم إلى السير مراراً على تلك الطريق."<sup>5</sup>

ج- تواتر القاعدة العرفية الدولية: ويذهب العديد من الفقهاء إلى أن تكرار ذات السلوك في ظل الظروف المماثلة، يعد من الأمور الجوهرية اللازم توافرها لتكوين الركن المادي في القاعدة العرفية؛ أي لا يمكن لسابقة واحدة- في ظل المفهوم التقليدي للعرف- أن تكوّنه، ولا بد أن يكون التواتر في المكان والزمان.

تواتر القاعدة العرفية في المكان : أو ما يسمى بعمومية القاعدة العرفية، إذ يشترط لإرساء القاعدة العرفية أن يكون من طرف العديد من الدول، وهذا ما نجده في رأي محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها عام 1986 عندما أشارت إلى "سلوك عام ومتطابق."<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين ، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص 204.

<sup>2</sup> - انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 383.

<sup>3</sup> - نصت المادة 2 [1] من ميثاق الأمم المتحدة على أن الهيئة تقوم على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها

<sup>4</sup> - انظر: Michael Byers, «Introduction: Power, Obligation, and Customary International Law», 11, D. J. C. I. L., 2001, p. 81.

<sup>5</sup> - انظر: Charles De Visscher , Op.cit., p.147

<sup>6</sup> - انظر: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I. C.J., Rep., (1986), p.97

والراجح فقها وقضاء أن عمومية السوابق لا تعني الإجماع على انتهائها، فلا يشترط لتكوين الركن المادي للعرف أن يشترك كافة أعضاء المجتمع الدولي في السير على مقتضاه وإنما يكفي أن يتم ذلك من جانب عدد معين منهم دون أن يستنكره باقي أعضاء المجتمع الدولي،<sup>1</sup> بالإضافة إلى أن القواعد العرفية هي ذات توجه عام بحسب الأصل أي لا تخاطب أشخاصا معينين، وإنما يكون تطبيقها غير محدد الأشخاص والمواقف، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها بصدد تحديد الحدود البحرية في خليج ماين بين كندا والولايات المتحدة الأمريكية.<sup>2</sup>

تواتر القاعدة العرفية في الزمان: قديما كان يعتقد أن مرور فترة زمنية كافية شرط لا بد منه في نشأة القاعدة العرفية، والحكمة من ذلك ضرورة التحقق من وجود تعلق بها، ويلاحظ أنه لا يوجد معيار لتحديد الفترة الواجب توافرها من اجل الاعتراف بتكوين القاعدة العرفية، وهذا ما أكده الأستاذ Pit Cobbett بقوله أن "تكون العرف الدولي يشبه تكون طريق بين المروج، فالعشب الذي تكسره أقدام المارة، تشكل شيئا فشيئا طريقا يسير عليه الآخرون، لكن من المستحيل تحديد اللحظة بصورة دقيقة، التي أصبح فيها الطريق ظاهرا، ولا اللحظة التي سيختفي فيها عندما يتوقف الناس عن استعماله".<sup>3</sup>

ونجد أن محكمة العدل الدولية في قضية حق المرور بين الهند والبرتغال سنة 1960، قالت "أن العمل الذي يرجع إلى 125 عاما قد أدى إلى نشأة قاعدة عرفية"، لكنها لم تقل أن مرور فترة اقل لا تكفي لنشأة العرف الدولي،<sup>4</sup> أما في قضية الامتداد القاري لبحر الشمال عام 1969، فقد ذكرت محكمة العدل الدولية، "أن مرور فترة زمنية قصيرة لا يشكل في حد ذاته عقبة أمام نشأة القاعدة العرفية الجديدة في القانون الدولي، ويبقى ضروريا فقط خلال هذا الوقت القصير مهما كان قصره، أن يكون سلوك الدول المعنية منتشرا وشائعا وموحدا"،<sup>5</sup> لذا هناك من يرى أن التطور الذي شاب المجتمع الدولي خاصة في مجال الاتصال، جعل من السهولة

---

<sup>1</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "مصادر القانون الدولي العام"، منشأة المعارف - الإسكندرية، ص121-122.

<sup>2</sup> - انظر: *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, I.C.J., Rep.,(1984), p.292.

<sup>3</sup> - انظر: Cobbett P., « Cases and Opinion on International Law », 1 (5), (1909), p.5، نقلًا عن علي إبراهيم، "القانون الدولي العام... المرجع السابق، ص545.

<sup>4</sup> - انظر: *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, I.C.J., Rep., (1960), p.40.

<sup>5</sup> - انظر: *North Sea Continental Shelf Cases, (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I. C. J. Rep., 1969, p.46.

التحقق من سلوك دولة أو العديد من الدول، أي يكفي بالتالي إقرار هذا المسلك من جانب الدول الأخرى ليقال بتكوين القاعدة العرفية، حتى لو لم تتكرر هذه الواقعة لمرات عديدة، وهذا ما أصبح يسمى بالعرف الفوري.<sup>1</sup>

**2-العنصر المعنوي لتكوين القاعدة العرفية:** يقصد به الشعور أو الاعتقاد الذي يترسخ لدى الدول والمنظمات الدولية، أن السلوك الذي تسير عليه ينبع من واجب مفروض عليها وأنها ملزمة بمراعاته باعتباره قانون غير مكتوب،<sup>2</sup> ويطلق الفقه الغربي على الركن المعنوي عبارة *(la L'opinio juris Sive Necessitatis: conviction du droit ou de la nécessité)* ويختصرها باصطلاح *Opinio Juris* أي الشعور بالإنزام، المرتبط بمدى إيمان المجتمع به.<sup>3</sup>

وإذا كانت الغالبية الفقهية تكاد تجمع على ضرورة توافر الركن المادي إما كشرط لوجود القاعدة العرفية وإما كوسيلة لإثباتها إلا أنهم مختلفون حول ضرورة وجود العنصر المعنوي، فنجد أن هناك اتجاه فقهي ينكر تماما اعتباره من قبيل العناصر المنشئة للقاعدة العرفية؛ ويتبنى هذه النظرية **جوجنهايم وكلسن**،<sup>4</sup> ويحتجون في ذلك بصعوبة إثبات العنصر النفساني، ويؤخذ على هذا الاتجاه تجاهلهم الاختلاف بين قواعد القانون الدولي العرفي وقواعد المجاملات، علاوة على ذلك فإنه يوجد العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية التي تؤكد على الحاجة إلى عقيدة الالتزام بالتصرف،<sup>5</sup> إذ نجد مثلا في **قضية الجرف القاري لبحر الشمال** سنة 1969، بأنه "لا يكفي وجود ممارسة دولية مستمرة، بل لابد من توافر الشعور بالإنزاميتها لوجود قاعدة قانونية"،<sup>6</sup> بل أن نص المادة 38 في البند الثاني من الفقرة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تصف العرف الدولي بأنه عادات دولية معتبرة بمثابة قانون، وبالتالي فالعناصر المادية وحدها لا تكفي

<sup>1</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص 221.

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 565؛ محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 146؛

Charles Rousseau, «Droit international public», 8ème édition, Dalloz, 1976, p81.

<sup>3</sup> - انظر: Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit., p.3.

<sup>4</sup> - انظر: P. Guggenhhheim, «les deux éléments de la coutume en droit international, Etude en l'honneur de George Scelle», 1950, p.27; H. Kelsen, «Théorie du Droit International Coutumier», 10, R.I.T.D., 1939, p.252.

نقلا عن: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص 236.

<sup>5</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، المرجع نفسه، ص 236.

<sup>6</sup> - انظر: North Sea Continental Shelf Cases, Op.cit., p.45.

لتحويل السلوك الدولي إلى قاعدة قانونية ملزمة، بل يجب توفر الاعتقاد من جانب أشخاص القانون الدولي بضرورة مثل هذا السلوك.

وفيما يلي سنحاول التطرق إلى إشكالية إثبات وجود الركن المعنوي ثم ضرورة غياب معارضة على وجود القواعد العرفية، وفي الأخير أساس القوة الإلزامية للقواعد العرفية.

**أ. مشكلة إثبات وجود الركن المعنوي للعرف الدولي:** إن الشعور بالإلزام يضيف على السلوك صفة القاعدة القانونية الملزمة، وبه نفرق بين الأعراف والعادات غير الملزمة، إلا أن المشكلة الكبرى تتمثل في إقامة الدليل على وجود هذا الركن النفسي؛ وتكمن الصعوبة في تحديد لحظة تحول سلوك معين من عادة إلى قاعدة عرفية ملزمة للجميع، أي لحظة توفر الركن المعنوي، بالإضافة إلى أنه من الصعوبة البحث في الأمور النفسية والبواعث والدوافع التي جعلت الدولة تقوم بهذا التصرف على هذا النحو أو ذاك، وإتيان أعمال في اتجاه معين وليس في الاتجاهات الأخرى.

وأولى الطرق التي تسهل عملية الإثبات تكمن في أن البحث عن الركن المعنوي أو المادي لا يكون أبدا بطريقة منفصلة، فهذا أمر غير جائز، وذلك لأن التصرفات التي تشكل سلوك الدول هي التي تدل بنفسها أو من خلال تطبيقها أو طريقة تنفيذها على وجود الركن المعنوي، إذ نجد أن المحاكم الدولية تؤسس أحكامها عادة على "السلوك شبه العالمي" أو على "السلوك الدائم والمستمر والموحد" ومن الظروف المحيطة بالدول المعنية وأهمية عدد الدول المشتركة في النشاط... الخ، وذلك لأن أحد الركنين يميل إلى الآخر وبينهما تكامل لا شك فيه.

أما الطريقة الثانية فتكمن في التأكد من بعض المظاهر المادية أو الأدلة المادية، حيث يمكن الكشف عن الركن المعنوي من خلال مظاهر لفظية كالاعتراف الصريح للدول، أو التصريحات الصادرة عن وزارة الخارجية، أما إن كان التصرف قديما فإن الرجوع إلى أرشيف الدول ومراسلاتها يكون ذا قيمة كبيرة في الإثبات.<sup>1</sup>

**ب. غياب الاعتراض على القاعدة العرفية:** إن العنصر المعنوي لا يقتصر فحسب على الدول التي تصدر عنها العادة أو السلوك، وإنما يتعين أن يتوفر الاعتقاد لدى الدول الغير بأن ذلك السلوك أو تلك العادة تصدر عن التزام قانوني، أي لا بد من الاعتقاد أنها قد ارتقت إلى مرتبة القانون الملزم لدى الغير كذلك، وهذا يفترض أنه من الضروري الإذعان للقاعدة العرفية وعدم الاعتراض عليها من جانب الدول المعنية بأمرها.

<sup>1</sup>-انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص572-577؛

Charles Rousseau, «Droit international public (introduction et sources)», tome I, édition Sirey- France, (1970), p.325.

ولهذا الشرط دور جوهري في تكوين القاعدة العرفية، فلو رضخت الدول الأخرى لهذا السلوك أو ذاك فإنه تنشأ قاعدة من قواعد القانون الدولي المرخصة، وعلى العكس إذا لاقى هذا السلوك اعتراضاً من الدول الأخرى، فأقل ما يمكن القول عنه أن مشروعيته مشكوك فيها، فالاعتراض على القاعدة العرفية منذ بداية نشوئها لا يلزم تلك الدولة بالأخذ بها، وأن الاعتراض على قاعدة عرفية اكتملت تكوينها أمر غير وارد في القانون.<sup>1</sup>

ج. أساس القوة الإلزامية للعرف الدولي: كما سبقت الإشارة أن العادة لا ترقى إلى مرتبة العرف الدولي إلا عند الشعور بإلزاميتها، أي الشعور بالإلزام القانوني وليس من جرّاء باعث أو دافع سياسي،<sup>2</sup> وقد اختلف الفقه الدولي في مجال بحثه عن أساس القوة الإلزامية للعرف، فهناك من يذهب إلى ربطه **بالمذهب الإرادي** القائم على التراضي الذي يذهب إلى القول أن العرف الدولي هو اتفاق ضمني بين الدول،<sup>3</sup> وانتشر هذا المذهب في كل من ألمانيا وإيطاليا؛ وتجد هذه النظرية جذورها في كتابات *Grotius* منذ القرن السابع عشر، وجرى الدفاع عنها من جانب فقهاء القانون الدولي الإنجليز في القرن التاسع عشر، وهي تحظى اليوم بتأييد الفقه السوفييتي، وفقهاء القانون الدولي؛<sup>4</sup> ويذهب الاتجاه الآخر إلى القول أن أساس الإلزامية هو **نتاج الضمير القانوني العام للمجتمع الدولي**، أي أن العرف الدولي عبارة عن أحكام كونتها حكمة الأجيال، وتحمل هذه النظرية في طياتها أن القاعدة العرفية توجد وتكون ملزمة حتى ولو لم تكن مستمدة من سلوك الدولة المراد تطبيق القاعدة في مواجهتها بل هي ناجمة عن تواتر سلوك دول أخرى، أو حتى هيئات أخرى، طالما نشأ الاعتقاد بأن لها مرتبة القاعدة القانونية

---

<sup>1</sup> - انظر: Andrea Bianchi et Vincent Chetail, «*Coutume en Droit International Public*», Séminaire de Droit International Public, 2<sup>nd</sup> édition, (Année académique 2002-2003), <http://www.dissertationsgratuites.com/dissertations/Coutume-En-Droit-International-Public/205398.html> ; Olivier Barsalou, «*la Doctrine de l'objet persistant en droit international public*», 19 (1), R.Q.D.I., (2006), pp. 1-18.

<sup>2</sup> - انظر: David Ruzié, «*Droit international public*», 18<sup>ème</sup> édition, Dalloz, (2006), p.56.

<sup>3</sup> - هناك من يحاول التحجج بهذه النظرية للتوصل من بعض القواعد العرفية، ويذهب إلى القول أن هذه النظرية يترتب عليها أن الدول حديثة العهد بالاستقلال لا تكون ملزمة ومقيدة بالقواعد القانونية الدولية العرفية التي استقرت قبل وجودها، إذ أنها لم تشارك بإرادتها في إنشائها، فهذه النظرية يرفضها الفقه الغالب، ويرفضها الواقع والممارسة الدولية المستقرة التي تظهر التزام الدول الجديدة بالعرف الدولي الذي نشأ قبل قيامها أو استقلالها، لهذا يصعب الأخذ بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاعدة العرفية يجب أن تكون تلبية لاحتياجات المجتمع و ليس فقط لمدى توافر الرضا بها.

انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 394.

<sup>4</sup> - انظر: عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 101.

الملزومة، ويرجع الفضل إلى *Savigny* الذي ابرز جذور هذه النظرية، والتي دافع عنها الكثير من فقهاء المدرسة الواقعية الفرنسية في مقدمتهم *Duguit* و *G. Scelle*.<sup>1</sup>

وقد صدقت الممارسة الدولية المعاصرة هذا الاتجاه الأخير في مجال تأسيس القوة الإلزامية للعرف الدولي، واعتنقه القضاء الدولي،<sup>2</sup> فإن كان القانون الإتفاقي "المعاهدات" أساسه التراضي *Consentement*، فإن العرف الدولي أساسه التوافق *Consensus*، أي القبول التلقائي من خلال الإحساس بأن السلوك قد أصبح ملزماً؛ وقد قال الأستاذ *G. Scelle* في هذا السياق: "أن تكرار السوابق وحده لا يكفي لإنشاء القاعدة العرفية مهما طال الزمن، وأن العرف لا يوجد إلا إذا كان السلوك مصحوباً بعقيدة الإلزام أو الإحساس بأن هناك واجبا يفرض على الدول مراعاة هذا السلوك، وأن مخالفته تعد خرقاً للقانون"<sup>3</sup>

**ثانياً: أنواع العرف الدولي:** تختلف أنواع القاعدة العرفية باختلاف معيار تقسيمها فهناك من يقسمها

حسب كيفية تكوينها، وهناك من يقسمها حسب نطاقها الجغرافي، بل وحتى حسب مدة تكوينها.

**1- العرف التلقائي والعرف الموجه:** يختلف هذان النوعان حسب كيفية تكوّن كل منهما فنجد

أن **العرف التلقائي** يتكون بعملية تلقائية قوامها -على رأي الفقهاء- الركنان سالف الذكر المادي و المعنوي، أي أن هذا العرف تتحدد معالمه من إضطراد سلوك أعضاء المجتمع الدولي على نحو معين، ولكنها لا تصير قاعدة قانونية إلا من الوقت الذي يستقر في ضمير الجماعة عقيدة اكتساب السلوك المعني الصفة الملزمة، بينما نجد أن **العرف الموجه** ينشأ نتيجة تدخل المنظمات الدولية في تكوين القاعدة العرفية عن طريق ما تصدره من قرارات، فيتحدد مضمونها بواسطة القرار أولاً، ليتحول بعد ذلك عند توفر العنصر المعنوي (سواء بعد صدور القرار الأول

<sup>1</sup> - انظر: G. Scelle, « *Manuel de droit international public* », Paris, (1948), p. 577

نقلاً عن: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 394.

<sup>2</sup> - إن هذا الاتجاه أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في 1971/07/21 في قضية ناميبيا فيما يتعلق بإصدار مجلس الأمن لقراراته في المسائل الموضوعية، فعلى الرغم من امتناع بعض الأعضاء الدائمين عن التصويت، ذهبت المحكمة إلى القول بأن ذلك لا يحول دون إصدار القرار من أجل استقرار العمل في المنظمة، وهذا رغم اشتراط المادة 27 من ميثاق الأمم المتحدة أغلبية تسعة أصوات من بينهم أصوات الأعضاء الدائمين في المجلس.

انظر: **Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (south West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**, I.C.J., Rep. 1971, pp. 22-23

<sup>3</sup> - انظر: مرافعة جورج سل نيابة عن دولة بيرو في قضية حق اللجوء عام 1950: **Affaire du droit D'asile (Colombie / Pérou)**, Plaidoirie de M. Le professeur Georges Scelle (Conseil du gouvernement du Pérou), C.I.J., mémoire, Vol. II, 1950, pp. 120-148.

أو بعد تكرار صدور قرارات مماثلة) إلى قاعدة عرفية، ومن هنا جاءت تسمية العرف الموجه، إذ توجه تكوينه قرارات المنظمات الدولية.<sup>1</sup>

## 2- العرف العام والعرف الخاص: عند حديثنا عن عمومية السابقة التي نصت عليها المادة 38

من النظام الأساسي لمحكمة العدل، اشرنا إلى أن العرف الدولي العام لا يتطلب لقيامه إجماع الدول على إتيان السلوك الذي يشكل العنصر المادي وإنما يكفي لذلك تحقق المشاركة في إرساء السابقة من جانب عدد كبير من الدول، وأن ذلك لا يعني أن هناك خلاف بين القاعدة الناشئة عن الإرادة الضمنية للجماعة العالمية وتلك الناشئة عن الإرادة الضمنية للجماعة الإقليمية، فالعرف يمكنه أن يلي حاجات الجميع، البعض أو فقط دولتين بمعنى آخر يمكن أن يشمل مناطق جغرافية مختلفة.<sup>2</sup>

ويمكن تقسيم العرف في هذا الشأن إلى نوعين: عام وخاص، يتضمن العرف الدولي العام القواعد والمبادئ التي يمكن تطبيقها على أية دولة وليس على دول محددة، فهو يسري في مواجهة أشخاص القانون الدولي جميعاً، ويسمى كذلك بالعرف العالمي، ومن أمثله ما ذكرته محكمة العدل الدولية في قضية خليج Maine، عندما كانت بصدد بعض المبادئ الخاصة بتحديد المناطق البحرية بين الدول: "إن هذه المبادئ قد تم تكريسها بواسطة القانون العرفي، فهي مبادئ ذات تطبيق عام وسار في مواجهة جميع الدول، وكذلك تجاه جميع أنواع التحديدات البحرية"،<sup>3</sup> بينما العرف الدولي الخاص فهو السلوك الذي يتكرر مرة بعد أخرى بين دولتين أو عدد محدود من الدول في منطقة جغرافية معينة، فيصبح ملزماً لهم باعتباره قانون غير مكتوب، وقد يكون إقليمياً régional يسري في إطار مجموعة محددة من الدول تقع في إقليم واحد، أو قد يكون محلياً local، أو ثنائياً bilatérale يسري في نطاق العلاقة بين دولتين فقط،<sup>4</sup> ومثاله ما أقرته محكمة العدل الدولية، عندما قالت بإمكانية نشأة عرف خاص بين دولتين فقط، في قضية حق المرور بين الهند والبرتغال عام 1960، المتعلقة بحق البرتغال في المرور عبر الأراضي الهندية وصولاً إلى إحدى مستعمراتها التي تحيط بها أراضي الهند من كل جانب.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص 242-245.

<sup>2</sup> - انظر: Dominique Carreau, «Droit international», étude international N°1, 8ème édition, Padone-Paris, (2004), p.277.

<sup>3</sup> - انظر: *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Op.cit., p.292.

<sup>4</sup> - انظر: Anthony D'Amato, «The Concept of Special Custom in International Law», 63, A.J.I.L., (1969), pp. 211- 223 at 212.

<sup>5</sup> - انظر: *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Op.cit., p.29.

لكن قد تثور أحيانا إشكالية التعارض بين قاعدة عرفية عامة وأخرى خاصة، فأيهما يغلب في هذه الحالة؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول أنه في حالة تعارضهما في العلاقات بين الدول التي تؤمن بالعرف الخاص، فإن العرف الخاص هو الذي يغلب ويطبق، عملا بقاعدة "الخاص يقيد العام" «*Lex specialis derogat generalis*»، غير أنه إذا كانت القاعدة العرفية العامة هي قاعدة أمرة من قواعد النظام العام الدولي *Jus Cogens* مثل قاعدة تحريم العدوان فلا يمكن للعرف الخاص أن يسمو عليها.

الفرض الثاني في حالة العلاقة بين الدول التي تطبق العرف العام والدول التي يوجد بينها عرف خاص، فهنا يطبق العرف العام لأنه ملزم للدول جميعا، بالإضافة أنه من غير المعقول خضوع الدول التي تطبق العرف العام لقواعد خاصة لا علاقة لها بها.<sup>1</sup>

### 3- العرف المقرر أو المكمل والعرف الأمر: يستند هذا التقسيم على مدى إمكانية جواز الاتفاق

الصريح على خلاف القاعدة العرفية، وقد تم تبنيه من لجنة القانون الدولي في مشروعها لتقنين القواعد العرفية الخاصة بالمعاهدات، وتم تأكيده باتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الموقع عليها في 23 ماي 1969 في المادتين 53 و64، حيث تنص المادة 53 على أن "تقع باطلة بطلانا مطلقا كل معاهدة تتعارض في لحظة إبرامها مع إحدى قواعد القانون الدولي العام الآمرة، وتعتبر - في مفهوم هذه الاتفاقية - قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام، كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية في مجموعها وتعترف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العام لها نفس الصفة"، وتنص المادة 64 على أنه "إذا ظهرت قاعدة أمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام، فإن أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها"؛ وتعد القاعدة العرفية أمرة، عندما تتعلق بالمصلحة العليا للجماعة الدولية، فهي ملزمة لأعضائها أرادوا الانصياع لحكمها أم لم يريدوا، بينما تكون قاعدة مكملة عندما يكون الغرض منها تكملة إرادة الأطراف، فهي ملزمة ما لم يتوصل المعنيون إلى ما يرونه أجدر منها لتحقيق هذه المصالح الخاصة، ومن ثم فالاتفاق على خلافها جائز.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 603.

<sup>2</sup> - انظر: محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 152-153



4- العرف المتوحش والعرف الهادي: يرجع هذا التقسيم إلى الفقيه R.-J. Dupuy<sup>1</sup>، إذ اثر التطور الكبير الذي شهده المجتمع الدولي، وتميز العلاقات الدولية بالسرعة على الأسلوب التقليدي في تكوين القاعدة العرفية الذي يعتمد على عنصر الزمن، إلى ظهور نوع جديد من العرف الدولي يتمثل في العرف الفوري.

**فالعرف الهادي *La Coutume Sage*** والذي يطلق عليه أيضا اسم العرف المتأني أو المتعقل، هو الأسلوب التقليدي لتكوين القاعدة العرفية، يفترض فيه وجود بطء في التكوين لضرورة التأكد من استقرار ورسوخ السابقة عبر فترات طويلة من أجل استخلاص وجودها، أي أن **العنصر المعنوي يأتي دائما نتيجة للعنصر المادي**، بينما **العرف المتوحش *la Coutume Sauvage*** أو ما يطلق عليه بالعرف العاجل، أو الفوري أو الثوري، فقد ظهر نتيجة مساهمة التغيرات التي حدثت على الساحة الدولية، فهو يتميز بكون العنصر المعنوي سابقا للعنصر المادي وموجها له، لأن عملية تكوينه تبدأ من توافر "إرادة سياسية" تدفع سلوك عدد معين من الدول المتواجدة في مركز متشابه، تجمعها ظروف سياسية أو اقتصادية متقاربة إلى فرض قواعد تكفل لها تحقيق صالحها المشترك، هذا بالإضافة أن الزمن لم يعد عنصرا جوهريا لتكوينه، فتكفي سنوات قليلة جدا لذلك.<sup>2</sup>

وقد قررت محكمة العدل الدولية في بعض أحكامها الحديثة نسبيا، مثل قضية الجرف القاري لبحر الشمال، أن مرور وقت قصير على استقرار سلوك معين لا يمكن أن يكون في ذاته حائلا دون نشأة القاعدة العرفية.<sup>3</sup>

وعليه نستنتج أن مفهوم العرف الدولي بأنه إضطراد سلوك من الدول مع اقتترانه بالشعور بالإلزام قد تغير في وقتنا الحاضر وظهرت أنواع أخرى لا تتطلب تواترها في الزمن طويلا، لإضفاء الصفة القانونية للسلوك المتبع وهذا ما وجدناه بما يسمى بالعرف الفوري، والعرف الموجه، لكن السؤال الذي يطرح، هل بإمكان العرف الدولي خلق الحقوق وفرض الالتزامات على عاتق الأفراد داخل الدول، أي هل تخاطب القاعدة العرفية الأفراد مباشرة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرع التالي.

<sup>1</sup> - انظر: R. J. Dupuy, «*coutume sage et coutume sauvage*», Mélanges Rousseau, Pédone-Paris, Patrick Daillier et Pellet Alain, «*Droit international public*», 5<sup>ème</sup> (1974), pp. 75-89. édition, L.G.D.J., Delta, (1994), p.324.

<sup>2</sup> - انظر: محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "القانون الدولي..."، المرجع السابق، ص251، ومحمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "مصادر القانون الدولي العام"، المرجع السابق، ص128-129، وعلي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص635-638.

<sup>3</sup> - انظر: *North Sea Continental Shelf Cases*, Op.cit., p.46.

## الفرع الثاني: المقصود بالعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:

لم تكن حقوق الإنسان ضمن اهتمامات القانون الدولي العام لغاية أواخر القرن 19 وأوائل القرن 20، وذلك عندما تبين بأن العنصر البشري يجب أن لا يكون مهملاً في ظل النظام القانوني الدولي باعتبار أن الإنسان في النهاية هو غاية كل تنظيم، وأن وجود المجتمعات والدول والحكومات والمنظمات كان لتحقيق حرية الإنسان وسعادته، من هنا كان لا بد أن يهتم النظام القانوني الدولي بالإنسان أين ما وجد وحيثما كان، وأن تتجه قواعده لحاجاته الأساسية، وأن يكون إشباع تلك الحاجات من بين الغايات المستهدفة في نطاق متطلبات الروابط الإنسانية، لذا جاء في ميثاق الأمم المتحدة ما يؤكد على هذه الحقيقة في ديباجته ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليعيد تأكيد هذه الحقيقة في ديباجته كذلك، ومنذ صدور هذا الأخير ارتقت فكرة حقوق الإنسان إلى المستوى الدولي الواقعي،<sup>1</sup> بل أنها أصبحت تشكل فرعاً خاصاً من العلوم الاجتماعية موضوعه دراسة العلاقات بين الناس من خلال الكرامة، بتحديد الحقوق والقدرات في مجموعها التي يحتاج لها لتطور كل إنسان.<sup>2</sup>

وسنحاول فيما يلي تعريف العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، أو على الأقل إدراج طرق التعرف عليه.

### أولاً: تعريف العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:

إن فكرة حقوق الإنسان توضع أعلى من الدول، وإن كانت هذه الأخيرة لا تمتثل دائماً لمثل هذه المثاليات، فالدول غالباً ما تجد نفسها في نزاع مع الواجبات الموضوعية على عاتقها،<sup>3</sup> ومن خلال اجتماع العناصر المادية (معاهدات، قرارات...)، والمعنوية فقط يمكننا المطالبة بقواعد حقوق الإنسان ذات خاصية دولية، وبهذه الطريقة يتم خلق قواعد عرفية يمكن أن تكون فيما بعد قواعد آمرة أو قواعد ذات رضا عالمي.

---

<sup>1</sup> - انظر: عبد الواحد محمد الفار، "قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية-القاهرة، (1991)، ص7.

<sup>2</sup> - انظر: Claudia Sciotti-Lam، «L'applicabilité des traites Internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne»، Bruylant – Bruxelles، (2004)، p.2.

<sup>3</sup> - انظر: Lacey Glencoragh Loftin، Op.cit.، p.2.

وقد أكد المؤتمر الأمريكي "للسلام العالمي" من خلال قواعد القانون المنعقد بسان خوزيه، كوستاريكا في جوان 1961، أنه يمكن تعزيز حقوق الإنسان عند سيادة القانون، ووصول إلى نتيجة مفادها أن الحماية الفعالة للحقوق الأساسية للأفراد تعد الأساس الذي لا غنى عنه لتحقيق نظام قانوني سليم يقوم على السلام والعدالة.<sup>1</sup>

ويختلف العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان عن العرف الدولي التقليدي في كونه يهدف إلى جعل الأفراد بجانب الدول، أشخاصا للقانون الدولي؛ ولأن هناك الكثير من الدول التي تسيء إلى مواطنيها فإن قواعد العرف الدولي لحقوق الإنسان لا تجد انعكاسا لسلوك عالمي منتظم، وبدلا من ذلك فهي تقوم أكثر على كتابات الفقهاء، وتصريحات الدول أو قبولها الشفهي،<sup>2</sup> وبالتالي فإن مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان يعد أكثر غموضا وإثارة للجدل من المفهوم التقليدي القائم على أساس اندماج الركن المادي المتمثل في سلوك الدول والركن المعنوي المتمثل بالشعور بالإلزام *opinio juris*، إذ تم تعويضه بمعايير غامضة يسهل التأثير فيها، حيث يصعب إثبات أن حقوق الإنسان أصبحت عرفا دوليا، في الحال على أساس الإثبات المعتاد لتكون العرف بل يعتمد على أدلة مختلفة.<sup>3</sup>

ويعد الجدل المثار حول وجود قواعد عرفية متعلقة بحقوق الإنسان أشبه بطريقة ما الجدل الفلسفي القديم المصاحب للمحاولات الأولى لإحصاء حقوق الإنسان الموجودة في التشريعات المحلية أو الإعلانات السياسية، حيث كان يصعب الوصول إلى اتفاق حول أية حقوق بالضبط يمتلكها كل إنسان ويمكنه المطالبة بها، فامتلاك تعريف دقيق ومحدد لللائحة حقوق الإنسان كان ولا يزال احد أعظم الممارسات أهمية، لأن مهمة حمايتها وترقيتها هي بيد الموظف العادي والقاضي العادي اللذين لا يميلان إلى التفكير الفلسفي، وبسبب وجود الملايين من العلاقات في هذا العالم فإنه من الصعب تسجيلها وحصرها بواسطة الوسائل التقليدية لتقييم الممارسة الدولية.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص2.

<sup>2</sup> - انظر: Michele Maria Porcelluzzi, «The sources of International Human Rights Law and their Application in the United States of America» October 22, (2010), <http://ssrn.com/abstract=1583348>

<sup>3</sup> - انظر: Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, «A Theory of Customary International Law», 66(4), U.Chi.L.Rev, 1999, pp. 1113-1177 at 1173; Vojin Dimitrijevic, «Customary Law as An Instrument For The Protection of Human Rights», ISPI working papers, instituto per gli studi di politica internazionale, programma diritti umani, WP- 7, (2006), p.7, [www.ispionline.it/en/documents/wp\\_7\\_2006.pdf](http://www.ispionline.it/en/documents/wp_7_2006.pdf).

ويعتبر الإعلان الثالث الخاص بقانون العلاقات الخارجية الأمريكية من أكثر النصوص وضوحاً في تعداد القواعد التي تشكل عرفاً دولياً متعلقاً بحقوق الإنسان أو على الأقل إلى غاية 1987، فنجد أن الفصل 702 من الإعلان ينص على أن الدولة تنتهك القانون الدولي لو كانت سياستها أو ممارستها تشجع على:

- الإبادة الجماعية.
- الاستعباد أو الإتجار بالرقيق.
- القتل أو الإخفاء القسري للأشخاص.
- التعذيب أو أي معاملة قاسية أو لا إنسانية أو حاطة من الكرامة.
- الحجز التعسفي المطول.
- التمييز العنصري.
- الانتهاك المستمر لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً.<sup>1</sup>

أما المحاكم الفدرالية الأمريكية فتجنبت إشكالية التعريف هذه وتركتها للأكاديميين خاصة في مجال حقوق الإنسان، ونفس الشيء يصدق على باقي محاكم النظام الأنجلوساكسوني.<sup>2</sup>

بالرغم من هذا تظهر أهمية العرف الدولي لحقوق الإنسان في كونه يرمي إلى فرض التزامات على عاتق الدول التي لم تحتضن كلية معاهدات حقوق الإنسان،<sup>3</sup> فمثلاً نجد أن الحق في حماية البيئة أصبح يعتمد على قواعد عرفية، مثلما ذكرت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول الأسلحة النووية.<sup>4</sup>

#### ثانياً: كيفية معرفة القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان:

كما ذكرنا أن مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان يعد أكثر غموضاً وإثارة للجدل، لكننا نجد أن الإعلان الثالث المتعلق بقانون العلاقات الخارجية الأمريكية يذكر مجموعة من التصرفات التي يمكن أن تشكل، أو تسهم في تشكيل العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، منها "القبول العالمي بميثاق الأمم المتحدة ونصوصه المتعلقة بحقوق الإنسان، القبول الدائم للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المشاركة العالمية للدول في تحضير وتبني

<sup>1</sup> - انظر: *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, § 702, Op.cit

<sup>2</sup> - انظر: A. Mark Weisburd, «*American Judges and International Law* », Public Law & Legal

Theory Research Paper, No. 02-16, UNC, (2002), [http://SSRN\\_ID338440\\_code021024630\[1\]](http://SSRN_ID338440_code021024630[1])

Vojin Dimitrijevic, Op.cit., p.7 <sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - انظر: *Nuclear weapon Advisory Opinion*, I.C.J. Rep., (1996), pp.241-242 para 29.

النصوص الدولية المنظمة لمبادئ حقوق الإنسان العامة أو المتخصصة، تبني مبادئ حقوق الإنسان من الدول في إطار المنظمات الإقليمية، التأييد العام من الدول لتوصيات، اعترافات، استدعاءات وتطبيقات مبادئ حقوق الإنسان في القانون الدولي، تصرفات من الدول لكي تتوافق قوانينها الوطنية أو تصرفاتها المبادئ المصرح بها من الهيئات الدولية، إدماج نصوص حقوق الإنسان مباشرة، أو الاستعانة بمبادئ حقوق الإنسان في السياسة الوطنية، في الممارسة الدبلوماسية، في الحركات والنشاطات الخاصة بالمنظمات الدولية، اتصالات دبلوماسية، أو أنشطة الدول التي تعكس رأيها بأن بعض التصرفات تنتهك قانون حقوق الإنسان العالمية بما في ذلك التنديدات أو أي سلوك متبع من الدول بسبب انتهاكات دول أخرى.<sup>1</sup>

وإن كان القضاء الدولي والداخلي يستعينان على العموم بالمعاهدات من اجل تحديد محتوى القاعدة العرفية، فإن كانت المعاهدات وسيلة لتقنين العرف الدولي فهي أيضا وسيلة لتعديله، كما سنتطرق لاحقا لهذا في المطلب الثاني من هذا المبحث، كما استعان الفقهاء بمجموعة من الوسائل الأخرى لمحاولة التعرف على العرف الدولي منها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثم حقوق الإنسان التي لا يجوز تقييدها، وكذلك الاستعانة باجتهادات المحاكم الدولية والوطنية وآراء الفقهاء.

#### 1. دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في معرفة العرف الدولي لحقوق الإنسان: منذ البداية

فرض الرأي العام العالمي على الأمم المتحدة الاهتمام بحقوق الإنسان، خصوصا بعد الانتهاكات الجسيمة التي مست الحقوق الأساسية في الحرب العالمية الثانية، وكان الاستدلال أو الرجوع لحقوق الإنسان يؤسس في ذلك الوقت على الإعلان العالمي، فغالبا ما كان يؤخذ كنقطة بداية من اجل تحديد حقوق الإنسان العرفية نظرا لقوته المعنوية العالمية،<sup>2</sup> هذا ما أدى بالتدرج إلى إيجاد قبول عالمي، فأصبح يوجد اعتقاد واسع بأن كل نصوص الإعلان، أو بعضها أصبحت قواعد عرفية، وهذا ما تم تأكيده بعد عشرين سنة من إقرار الإعلان، أين تم عقد اجتماعين مهمين: جمعية حقوق الإنسان في مونتريال، ومؤتمر طهران الدولي سنة 1968 الذين تبنيوا تصريحات وإعلانات تؤيد بأن الإعلان العالمي أصبح جزء من العرف الدولي.<sup>3</sup>

ورأت محكمة العدل الدولية أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مع بعض نصوص أخرى مهمة للجمعية العامة، تساهم في تكوين الركن المعنوي (الشعور بالإلزام / *opinio juris*) في قضية الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها: "... على المحكمة أن تكون مقتنعة أنه يوجد في العرف الدولي شعور بالإلزام

<sup>1</sup> - انظر: *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, §701, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر: Claudia Sciotti-Lam, Op. cit., pp. 572-573.

<sup>3</sup> - انظر: Vojin Dimitrijevic, Op. cit., p.8; Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit, p.6.

كخاصية ملزمة لمثل هذا الامتناع.... يمكن استنتاجه من تصرفات الأطراف وتصرفات الدول تجاه بعض نصوص الجمعية العامة...<sup>1</sup>

وفي قضية الرهائن بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران، أحالت محكمة العدل الدولية مباشرة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ووجدت في مبادئه دليلاً على وجود حقوق الإنسان العالمية كقاعدة عرفية.<sup>2</sup> ففكرة الرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كقاعدة عرفية، ترجع إلى الفقه أولاً، ثم تتبع القضاء (الدولي والداخلي على السواء) هذا الاتجاه، ولكن بطريقة أكثر دقة، كما ذكرت المحاكم الأمريكية كثيراً الإعلان كمصدر للعرف الدولي حتى وإن لم يكن المصدر الوحيد، ومثالها قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* عام 1980 في محكمة الاستئناف للدائرة الثانية لولاية نيويورك التي اعتبرت أن التعذيب أصبح قاعدة عرفية دولية كما هو معرف في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،<sup>3</sup> ونفس الشيء في قضية *Rodriguez- Fernandez ضد Wilkinson* أين أشارت محكمة الاستئناف، الدائرة العاشرة، إلى المادتين 3 و9 من الإعلان للوصول إلى أن منع الاحتجاز التعسفي يشكل قاعدة عرفية.<sup>4</sup>

من المهم تحديد عدد الحقوق المذكورة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي أصبحت فعلاً عرفاً دولياً، فالإدراج لوحده في هذه الوثيقة يظهر أنه غير كافٍ للاعتراف بأن تلك الحقوق مضمونة كعرف دولي، فما العمل؟ الإجراء العادي بدون شك يتمثل في الرجوع إلى التفكير الكلاسيكي: سلوك، زائد الشعور بالإنزمام.

وقد جرت عدة اختبارات على المستوى الدولي لتحديد الحقوق التي أصبحت قواعد عرفية، سواء كانت المذكورة في الإعلان العالمي، أو أي مكان آخر، وتم تطبيقها على هذا الأساس، من خلال مقارنة نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مع العهدين الدوليين اللاحقين، وغيرهما من المعاهدات العالمية لحقوق الإنسان، واستبعاد الحقوق الموجودة في الإعلان ولا تظهر في المعاهدات من نطاق القواعد العرفية.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J., Rep., (1986), Op.cit., pp.48-49.

<sup>2</sup> - انظر: *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, I.C.J., Rep., (1980), p.43.

<sup>3</sup> - انظر: *Filartiga v. Pena-Irala*, Court of Appeals, 2nd circuit, 630 F.2d 876, (1980), [<http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>]

<sup>4</sup> - انظر: *Rodriguez- Fernandez v. C. Wilkinson*, Court of Appeals, 10th circuit, 9 July 1981, 654 F. 2d 1382, (1981), [<http://openjurist.org/654/f2d/1382/rodriguez-fernandez-v-c-wilkinson>]

<sup>5</sup> - انظر: Vojin Dimitrijevic, Op. cit., p.10.

ومنذ منتصف تسعينات القرن الماضي، قام البروفيسور Hurst Hannum بمجهود جبار لفحص نصوص الإعلان العالمي ومدى صلاحيتها كقواعد عرفية، من خلال قبولها في التطبيق، وقد وجد أن مبدأ المساواة مثلاً، المذكور في ميثاق الأمم المتحدة والمكرر في الإعلان لم يستثن، لوجود الكثير من التفرقة التي تبلغ التمييز la discrimination كانت مشروعة في النظام القانوني ومسموحة من خلال الممارسة، وعليه فقد وجد أن التحريم العرقي الوحيد في هذا الخصوص، وبدون شك، كان التمييز العنصري، بالإضافة إلى أنه وجد أن تحريم التعذيب أصبح بدون شك قاعدة عرفية.<sup>1</sup>

2. حقوق الإنسان التي لا يجوز تقييدها: يوجد نهج آخر للتعرف على القواعد العرفية لحقوق الإنسان، يتمثل في البحث عن النصوص في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان التي تحرم تقييد بعض الحقوق حتى في حالة الظروف الطارئة.

فقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة في تعليقها رقم 29 عن حالة الطوارئ، أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تحظر أي تقييد على المواد 6 (الحق في الحياة)؛ 7 (منع التعذيب و المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة أو القيام بأي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه)؛ 8 الفقرتان 1، 2 (حظر الرق، و الاتجار بالرق)؛ 11 الخاصة بحظر حبس أي إنسان مجرد عجزه عن الوفاء العقدي؛ 15 الخاصة بمبدأ المشروعية في مجال القانون الجنائي التي تقول "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" (*mullumcrimen, mullapoena sine lege*)؛ 16 الخاصة بالاعتراف بالشخصية القانونية لكل شخص أمام القانون، والمادة 18 التي تنص على حرية التفكير والعقيدة؛ وينطبق الشيء نفسه بالنسبة للدول الأطراف في البروتوكول الاختياري الثاني للعهد المهادف لإلغاء عقوبة الإعدام كما هو منصوص في المادة 6 منه.<sup>2</sup>

أحد الإنتقاصات التي عابت العهد الدولي، هو أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة لا تدخل التمييز العنصري على أساس العرق، اللون، الجنس، اللغة، الدين أو الأصل الاجتماعي، المذكورة في المادة 26 أو مواد العهد الأخرى المرتبطة بعدم التمييز (المواد 2، 3، 14(1)، 23(4)، 24(1)، 25)، فهي لم تدرج ضمن النصوص التي لا يجب تقييدها بنص الفقرة 2 من المادة 4، بالرغم من انه توجد بعض العناصر أو الأبعاد لحق عدم التمييز التي لا يمكن تقييدها في أي ظرف كان.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Hurst Hannum, «The Status and Future of the Customary International Law of Human Rights: The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», 25, GA.J.INT'L.& COMP.L., 1995-1996, p.355

<sup>2</sup> - انظر: UN Human Rights Committee, «General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4) », UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001.

<sup>3</sup> - انظر: Vojin Dimitrijevic ,Op.cit., p. 11.

تعتقد لجنة حقوق الإنسان بأن "حقيقة ذكر بعض نصوص العهد في الفقرة 2 من المادة 4، وبالتالي عدم إمكانية تقييدها، لا يعني أن المواد الأخرى يمكن أن يتم تقييدها في حالة وجود تهديد للأمة".<sup>1</sup>

فالمادة 4 سابقة الذكر تنص أنه لا يجوز اتخاذ أي تدبير لتقييد أحكام من العهد قد يتعارض مع التزامات أخرى للدول الأطراف في القانون الدولي، خصوصا قواعد القانون الدولي الإنساني - أي "لا يمكن اعتبار حالة الطوارئ تبريرا للتقييد من العهد، إذا كان هذا التقييد يرتب خرقا للالتزامات الدولية الأخرى للدولة سواء على أساس معاهدة أو قانون دولي عام".<sup>1</sup>

وقد ذكرت اللجنة في تعليق سابق لها يخص التحفظات الموضوعة من قبل الدول عند مصادقتها للمعاهدات الدولية، أنه لا يجوز التحفظ على نصوص العهد التي تعد عرفا دوليا (وبالأحرى عندما تكون قاعدة أمر)، وتبعاً لذلك لا يجوز للدولة أن تتحفظ على حقها بالانخراط في العبودية، التعذيب، المعاملة والعقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة للأشخاص، التعسف في حرمان الأشخاص من حياتهم، اعتقال الأشخاص واحتجازهم بصورة تعسفية، الحرمان من حرية الفكر والوجدان والدين، افتراض أن الشخص مذنب إلى أن تثبت براءته، أو إعدام النساء الحوامل والأطفال، والسماح بالكراهية العنصرية أو الدينية، حرمان الأشخاص الذين بلغوا سن الزواج من الزواج، إنكار حق الأقليات في التمتع بثقافتهم الخاصة واعتناق دينهم الخاص، واستخدام لغتهم الخاصة، وحتى وإن كان إبداء بعض التحفظات على أحكام معينة من المادة 14 مقبولا، فإن التحفظ العام على الحق في محاكمة عادلة لا يمكن أن يكون.<sup>2</sup>

يمكن الوصول إلى نتيجتين من التصريحات التي أدلت بها لجنة حقوق الإنسان:

الأولى، هي أن بعض الحقوق، على الأقل غير قابلة للانتقاص والتقييد، مذكورة في المادة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتبرت من قبل واضعيه عرفا دوليا، أو وصلت إلى هذا المركز على الأقل بعد دخول العهد حيز النفاذ في 1979.

الثانية، أن اللجنة ذهبت لأبعد من هذا، فهي تعتقد أن العرف الدولي يضمن بعض الحقوق الأساسية غير مدرجة في قائمة الحقوق غير المقيدة المذكورة في المادة 4 سابقة الذكر.<sup>3</sup>

3. اجتهادات المحاكم الدولية والوطنية: يمكن تحديد وجود القواعد الدولية العرفية لحماية حقوق الإنسان بدون مساعدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو الرجوع إلى المعاهدات، بالطريقة التقليدية أي في قرارات أعلى الهيئات القضائية، بأن يفترض القضاة وجود الممارسة والشعور بالإلزام *opinio juris*.

<sup>1</sup> - انظر: UN Human Rights Committee, «General Comment No. 29...», Op.cit

<sup>2</sup> - انظر: UN Human Rights Committee, «General Comment No. 24 (52)», UN Doc. CCPR/C/21/ Rev. 1/Add. 6, 1994.

<sup>3</sup> - انظر: Claudia Sciotti-Lam, op.cit., p.576.



وهكذا في الحكم الشهير في قضية شركة برشلونة للجر والإنارة والطاقة *Barcelona Traction case*، أشارت محكمة العدل الدولية إلى أن: "مثل هذه الالتزامات (في مواجهة الكافة *obligation erga omnes*) تتأتى مثلا في القانون الدولي المعاصر من حظر أعمال العدوان والإبادة الجماعية وكذلك من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان، بما في ذلك الحماية من الرق والتمييز العنصري".<sup>1</sup>

فقد اعترفت المحكمة بأن بعض حقوق حماية الأشخاص أصبحت قانونا دوليا عاما، والذي يعد في رأي الكثير من المؤلفين مرادفا للعرف الدولي،<sup>2</sup> وفي نفس القرار أشارت المحكمة إلى فتواها في 1951 بشأن التحفظات على اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، والتي تعد في الواقع أحد مجهوداتها الأولى لتحديد العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان.<sup>3</sup>

كما يمكن وضع قائمة من الحقوق التي تعتبر عرفا دوليا، استنادا للمحاكم الوطنية، مثل المحاكم الأمريكية، منها الحق في عدم التعرض للتعذيب، مثلما نجده في قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* سنة 1980 في محكمة الاستئناف للدائرة الثانية لولاية نيويورك التي اعتبرت أن التعذيب أصبح قاعدة عرفية دولية.<sup>4</sup>

4. آراء الفقهاء: نجد قائمة من الحقوق المذكورة من طرف الفقهاء والأكاديميين، منها البيان الثالث لقانون العلاقات الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية الذي وضعه ابرز حقوقيو الولايات المتحدة والذي أصبح متداولاً كثيرا أمام المحاكم الأمريكية في المسائل المتعلقة بكون الحق محمي بالعرف أم لا،<sup>5</sup> خصوصا بعد القرار الشهير في قضية *Filartiga* سابقة الذكر.

ومن أمثلة الأعراف التي تبناها الفقهاء هي جريمة الإبادة، إذ نجد أن بعض الدول قد ارتكبت هذه الجريمة، لكن في نفس الوقت نجد أن غالبية الدول لم تقترفها، وعليه يستعمل غالبية الفقهاء هذا السلوك السلبي المنتظم، من خلال عدم ممارسة الإبادة، بالإضافة إلى مجموعة من الإعلانات والتصريحات كدليل على أن الدول تحرم الإبادة كالتزام قانوني.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - انظر: *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, I.C.J. Rep., (1970), p.32, para. 34.

<sup>2</sup> - انظر: Vojin Dimitrijevic, op.cit., p 12.

<sup>3</sup> - انظر: *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Rep., 1951, Advisory Opinion, para. 23

<sup>4</sup> - انظر: *Filartiga v. Pena-Irala*, Op.cit.

<sup>5</sup> - انظر: *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, § 11, Op.cit.

<sup>6</sup> - انظر: Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, Op.cit., pp. 91-92

5. تعريف الحقوق من خلال تحريم انتهاكها: يلاحظ في مرات كثيرة بأن القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان معرفة بطريقة "سلبية" أي تحريم انتهاكها، وهذا حال بعض المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان أحيانا، حيث نجد مثلا الجملة الأولى من نص المادة 7 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية صيغت بهذه الطريقة: "لا يجوز إخضاع احد للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة"، وكذلك نجد المادة 8 التي تحظر الرق وتجارتها؛ فالحقوق المحمية بموجب هذه النصوص هي في الحقيقة الحق في السلامة الجسدية والحرية والكرامة،<sup>1</sup> فالنص على التحريم بهذه الطريقة يستفاد منه أنه أمر صادر عن المجتمع الدولي بأسره يجب الانصياع له.

بالإضافة إلى الوسائل سابقة الذكر يستدل كذلك على وجود القاعدة العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان بواسطة المعاهدات الدولية، لكن هل هذه فقط كل العلاقة بين العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان والمعاهدات الدولية؟ الإجابة عن هذا السؤال ستكون في المطلب الموالي الذي سنوضح فيه علاقة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان بالمعاهدات الدولية.

### المطلب الثاني: علاقة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان بالمعاهدات الدولية:

بدأ الاهتمام بالعلاقة بين المصدرين الأساسيين للقانون الدولي، العرف والمعاهدات، خصوصا بعد ظهور تيار التقنين، وثار إشكالية هذه العلاقة إلى حد ما أثناء تنقيح المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي رتبت العرف الدولي في المرتبة الثانية بعد المعاهدات، مما جعل البعض يقلل من أهمية هذا الأخير لدرجة المناداة بالتخلي عنه تماما، إلا أن الوضع خلاف ذلك، فالترتيب الذي وضعته المادة 38 لا يعكس مكانة العرف الحقيقية في سلم المصادر، فهو خلف المعاهدات ليس لأن هذه الأخيرة أفضل منه أو أعلى منه، فكلاهما يعدان من مصادر القانون الدولي على السواء، وكلاهما يملكان نفس القيمة القانونية، إذ يتساوى الرضا الضمني من حيث قوة الإلزام مع الرضا الصريح، فهما في النهاية قاعدتان متكاملتان لا متعارضتان.

ورغم وجود اختلافات كثيرة بين العرف والمعاهدات من إنشائها إلى سريان أثرها -فالمعاهدات ومنذ القدم تعد قانونا خاصا لا يسري أثره إلا بصورة نسبية في مواجهة الدول الأطراف فيها، بينما العرف عام وملزم للكافة-<sup>2</sup> إلا أن التفرقة بينهما ليست ذات أهمية يمكن للخاص منها أن يخصص العام واللاحق أن ينسخ السابق بشرط أن لا تكون القاعدة السابقة قاعدة أمر *jus cogens* ففي هذه الحالة لا يعدلها أو يلغيها إلا قاعدة أمر

Vojin Dimitrijevic, op.cit., p. 15.

<sup>1</sup> - انظر:

Louis-Antoine Aledo, op.cit., p78

<sup>2</sup> - انظر:

أخرى؛<sup>1</sup> وبالتالي يمكن للمعاهدة أن تعدل العرف أو تلغيه، كما يمكن للعرف أن يعدل المعاهدة أو يلغيها أو على الأقل بعض القواعد التي ثبت عدم صلاحيتها،<sup>2</sup> ومن جهة أخرى يمكن للمعاهدات أن تكون نقطة انطلاق في نشأة القاعدة العرفية من خلال تكرار النص فيها على أحكام متشابهة مما يؤدي في النهاية إلى تكوين العنصر المعنوي لدى الدول، والعكس صحيح أي يمكن للقواعد العرفية أن تكون نقطة انطلاق في نشأة القواعد الاتفاقية، إذ نجد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين «Pacta sunt servanda»، والتي تعد، بدون أي شك، قاعدة عرفية تمتع انتهاك أي قاعدة اتفاقية، وذلك أن انتهاك القاعدة الاتفاقية يعني انتهاك للقاعدة العرفية العقد شريعة المتعاقدين،<sup>3</sup> وهذا ما أشارت له محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول القسم (21) من اتفاقية المقر لعام 1947 عندما حاولت أمريكا إغلاق مكاتب منظمة التحرير الفلسطينية في نيويورك عام 1988، بحجة أن القانون المضاد للإرهاب الصادر عن الكونغرس الأمريكي عام 1987 يسمو على المعاهدات الدولية (اتفاقية المقر لعام 1947)، حيث قالت المحكمة أن هذا السمو قد كرس بواسطة قضاء محكمة التحكيم الدولية بتاريخ 14 سبتمبر 1872 في قضية الألاباما بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية،<sup>4</sup> بل حتى قانون المعاهدات المبرم في فيينا في 23 ماي 1969 نفسه كان قانونا عرفيا (أي أن أصل قواعده نفسها كانت ذات طبيعة عرفية)، مما جعل البعض يقول بأن القواعد العرفية هي ملكة مصادر القانون الدولي،<sup>5</sup> بل أصبح العرف الدولي يطبق محليا في المجالات التي تغيب فيها المعاهدات الدولية، فمثلا نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية طبقت العرف الدولي في العديد من القضايا بسبب موقفها الحذر من العضوية في اتفاقيات حقوق الإنسان.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Wladyslaw Czaplinski, «Sources of International Law in the Nicaragua case», 38(1), I.C.L.Q., January 1989, p164.

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص616.

<sup>3</sup> - انظر: Ignaz Seidl Hohenfeldern, «Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law», 12, I.C.L.Q., 1963, p.97; H. Mosler, «L'application du Droit International Public par les tribunaux nationaux», 91(I), R.C.A.D.I., 1957, pp.619-712 at701.

<sup>4</sup> - انظر: *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, I.C.J. Rep., 1988, Advisory Opinion, p.34 (para57).

<sup>5</sup> - انظر: Louis-Antoine Aledo, op.cit., p. 78.

<sup>6</sup> - انظر: Hannes Vallikivi, «Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia», Juridica International VII- 2002, [[http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2002\\_1\\_28.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2002_1_28.pdf)]

راجع تطبيق العرف الدولي بواسطة المحاكم الأمريكية ص 77

وفيما يلي سنحاول إبراز العلاقة بين المعاهدات والعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان السابق عليها في الفرع الأول، ثم العكس، أي العلاقة بين العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان والمعاهدات السابقة عليه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: علاقة المعاهدات بالعرف السابق عليها:

كثرت الالتجاء إلى إبرام المعاهدات، خصوصا الجماعية منها، في إطار المجتمع الدولي المعاصر، والتي أصبح ينظر إليها كنوع من التشريع الدولي يكون إبرامها خلال مؤتمر دولي أو في إطار بعض المنظمات الدولية العالمية، مما أدى ببعض، في بداية الأمر، إلى الاعتقاد بأن تلك الحركة أدت إلى قيام نوع من الأمانة للعرف الدولي، لكن سرعان ما تبين بوضوح أن العرف مازال يلعب دورا بارزا بصدد هذه الظاهرة الحديثة؛ وتبرز علاقة المعاهدات بالعرف السابق عليها في أن الكثير منها ينطوي على تقنين لعرف سابق، كما هو الحال بالنسبة للقسم الأعظم من اتفاقيات جنيف لعام 1958 بشأن قانون البحار، أو أنها تأتي كمعدل له.<sup>1</sup>

وقد أعلنت محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري أن تكوين العرف الدولي عن طريق المعاهدات يمكن أن يتم بثلاث طرق مختلفة:

- 1- عندما تكون المعاهدات الدولية معلنة لعرف دولي موجود.
- 2- عندما توضح المعاهدات معنى العرف الدولي.
- 3- عندما يخلق التصرف اللاحق (المعاهدات الدولية) قواعد عرفية جديدة.<sup>2</sup>

ويمكن إدراج الطريقتين الأولى والثانية تحت عنوان تقنين العرف الدولي والطريقة الثالثة تحت عنوان تعديل العرف الدولي بواسطة المعاهدات الدولية.

### أولا: تقنين العرف الدولي:

سبق أن بينا أن القاعدة العرفية قاعدة غير مكتوبة، لا يمكن إثبات وجودها إلا باستقراء السوابق والتحقق من تواترها، وإن كان من شأن هذا الوضع إضفاء نوع من المرونة والقابلية للتطور، مما يجعل إثباتها وتحديد مضمونها من الصعوبة بمكان، أدت هذه الصعوبات بالفقه إلى المناداة بضرورة تدوين العرف لكونه الوسيلة الفعالة لحل مثل

<sup>1</sup> - انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 405.

<sup>2</sup> - انظر: *North Sea Continental Shelf Cases*, Op.cit, p. 3.

هذه الأزمة،<sup>1</sup> والتقنين أو التدوين هو تحويل القواعد العرفية غير المكتوبة إلى مجموعة من القواعد المكتوبة وتنظيمها بصورة منهجية في مجال ما من مجالات القانون الدولي العام، و هدفه ليس إزالة الغموض وعدم الوضوح الذي يكتنف القواعد العرفية فقط، بل علاج تشتت هذه القواعد أيضا وجعلها مترابطة لتسهيل تطبيقها على موضوع معين، كل هذا جعل التقنين لا ينفصل عن التقدم المستمر للقانون الدولي.<sup>2</sup>

وتلعب المعاهدات الدولية في عملية التقنين إما دورا يقتصر على مجرد الكشف عن العرف وإعلانه، أو يتجاوز ذلك إلى بلورته وإضفاء قدر من الوضوح والتحديد عليه؛<sup>3</sup> وعملية التقنين ليست بالعملية السهلة، فهي تحتاج إلى اتفاق وحلول وسط بين الدول القوية التي لها رغبة في تثبيت القواعد القديمة بصورة مكتوبة، وبين الدول الجديدة التي تحاول وضع بصماتها بالقدر الذي يحقق مصالحها وطموحاتها، فهي فرصة لها لكي تعبر عن رأيها في قواعد القانون الدولي التقليدية، أو بالأحرى بقايا تلك القواعد التي وضعتها الدول الاستعمارية.<sup>4</sup>

ولكون الجماعة الدولية لا تملك حكومة عالمية مركزية واحدة تقوم بعملية التقنين، فإن جهود التقنين بدأت بصورة فردية منذ النصف الثاني من القرن الماضي قام بها فقهاء حسب اجتهادهم منهم الفقيه السويسري Bluntshili عام 1868، والفقيه Dudley Field عام 1878، والفقيه الايطالي Fiore الذي قام بإعداد تقنين للقانون الدولي العام في 1896، هذا بالإضافة إلى محاولات هيئات علمية جماعية غير حكومية مثل القرارات الصادرة عن معهد القانون الدولي منذ عام 1870؛ وإن لم تكن هذه الجهود ذات قيمة رسمية، لكونها غير ملزمة للدول، إلا أنها كانت، بغير شك، ذات قيمة فقهية وعملية لا يستهان بها.<sup>5</sup>

ثم سرعان ما اكتسب الأمر طابعا رسميا من خلال هيئات متعددة، أهمها لجنة القانون الدولي «commission du droit international» التابعة للأمم المتحدة التي أنشأتها الجمعية العامة عام 1947 (طبقا للمادة 13 من الميثاق)،<sup>6</sup> والمتكونة من 34 فقيها من كبار فقهاء القانون الدولي،<sup>1</sup> تنحصر مهامهم في

<sup>1</sup> - انظر: محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 154.

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 638-639.

<sup>3</sup> - انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 406.

<sup>4</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 640؛

Wladyslaw Czaplinski, Op.cit., p154 ; Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit., p.11

<sup>5</sup> - انظر: صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 401.

<sup>6</sup> - تنص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة على وظائف الجمعية العامة، ومن بينها "القيام بدراسات، والإشارة بتوصيات من اجل إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه".

إعداد مشروعات لتدوين العرف الدولي تدريجياً على أن تعرض هذه المشروعات بعد إعدادها على مؤتمرات دولية تضم كافة دول العالم لإقرارها في صورة معاهدات متعددة الأطراف، مثل اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1958 حول قانون البحار، هذا بالإضافة إلى هيئات دولية أخرى تقوم من وقت لآخر بإعداد مشروعات المعاهدات، إذ يمكن للجمعية العامة للأمم المتحدة أن تقوم بتكليف أي لجنة من لجنتها الرئيسية أو الفرعية للقيام بهذا العمل تحت إشرافها وتوجيهها، مثل لجنة حقوق الإنسان أو لجنة استخدامات الفضاء الخارجي... الخ.<sup>2</sup>

وإيراد القواعد العرفية في شكل نصوص اتفاقية لا يؤدي إلى فقدانها لوصفها كقواعد عرفية، بل أنها تظل متميزة بين القواعد الاتفاقية بأصلها العرفي الذي يؤدي إلى تأمين نفاذها حتى قبل نفاذ باقي النصوص التي ترد معها بذات الاتفاقية والتي لا يكون لها وصف القواعد العرفية، وحتى عندما تدخل الاتفاقية في مجموعها دائرة النفاذ، فإن القواعد ذات الأصل العرفي تظل متميزة بسريرتها في نطاق يتجاوز أطراف الاتفاقية، حيث تعتبر ملزمة بالنسبة لباقي الدول أعضاء المجتمع الدولي التي لم تصبح أطرافاً في الاتفاقية (هذا إن كانت قواعد عرفية عامة)؛ بل نجد حتى بعض الاتفاقيات التي تمنع إبداء التحفظات على بعض القواعد الواردة في اتفاقية التقنين لكونها قواعد عرفية يجب أن يجري تطبيقها في ظروف وأوضاع مماثلة بالنسبة لكافة الدول أعضاء المجتمع الدولي، كما هو شأن المادة 12 من اتفاقية الجرف القاري لعام 1958 التي حظرت التحفظات على المواد من 1 إلى 3 بوصفها قواعد عرفية عامة التطبيق.

وعليه يمكن القول بأن حركة تقنين العرف الدولي وإن كانت تؤدي إلى إكساب القاعدة العرفية مزيداً من الوضوح والتحديد فإنها لا تؤدي إلى فقدانها لوصف القاعدة العرفية فهي تظل محتفظة بطابعها العرفي ولا تضر بها عملية التقنين، بل أكثر من ذلك يمكن للدول أن لا تصادق على معاهدات التقنين إن كانت تعتبر أن بعض نصوصها تملك قيمة عرفية من قبل وعليه فهي تحاول أن تتجنب أن تكون مرتبطة بمعاهدة تظهر أنها لا تتوافق مع مصالحها، وعليه لن تكون ملزمة إلا بالنصوص ذات القيمة العرفية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عدد أعضاء هذه اللجنة تغير ثلاث مرات منذ إنشائها إلى غاية اليوم، فتحول العدد من 15 عضو إلى 21 عضواً سنة 1956 بموجب توصية الجمعية العامة 1103 (XI) الصادرة في 18 ديسمبر 1956، ثم إلى 25 عضو سنة 1961 بموجب توصية الجمعية العامة 1647 (XVI) في 6 نوفمبر 1961، وحالياً عددهم 34 عضواً منذ 1981 بموجب توصية الجمعية العامة 36/39 في 18 نوفمبر 1981؛ انظر: لجنة القانون الدولي <http://www.un.org/law/ilc>

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص.ص 644-646

<sup>3</sup> - انظر: Dominique Carreau, op.cit., p. 263; K. Wolfke, «Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law», 24, Neth.Y.I.L., (1993), pp.1-16 at p10.

وخلال قضية الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها كان هناك نزاع حول صلاحية العرف الدولي وتقنينه في معاهدة، لكن في الأخير صرحت المحكمة في حكمها بأن "العرف الدولي يبقى موجودا ومطبقا بصورة منفصلة عن المعاهدات الدولية، حتى ولو كانت المجموعتان القانونيتان لهما محتوى واحد".<sup>1</sup>

وقد ذكر بعض الفقهاء أن هناك ثلاثة طرق لمعرفة العلاقة بين العرف الدولي والمعاهدات الدولية: الأولى الرجوع إلى الأعمال الابتدائية، الثانية وجود نص يدل على كون المعاهدة قاعدة عرفية، الثالثة مقارنة نص مع عرف مماثل.<sup>2</sup>

### ثانيا: تعديل العرف الدولي بواسطة المعاهدات الدولية:

تنشأ قواعد القانون الدولي استجابة لحاجات الدول، فهي تمتاز بالمرونة والقدرة على التلاؤم مع ظروف وحاجات الجماعة الدولية، والتي قد تجد في لحظة ما أن قاعدة عرفية قد تجاوزتها الأحداث وبالتالي فلا مناص من تعديلها والبحث عن قواعد جديدة أكثر تجاوبا مع الظروف والتطورات.

وقد يخلق هذا التعديل قواعد عرفية مضادة للقواعد القديمة إلا أن هذا يستغرق بعض الوقت وقد تلجأ الدول فجأة إلى إبرام معاهدة جديدة تلغي بها صراحة، وبشكل فوري، القواعد العرفية، فهنا تلعب المعاهدات دورا في إلغاء القواعد العرفية.<sup>3</sup>

حتى ولو كانت بعض الدول غير أطراف في مثل هذه المعاهدات التي تضع حدا لبعض القواعد العرفية فإنها لا تستطيع، في بعض الأحيان، أن تقف في وجه تيار التطور، ومن هنا ينشأ عرف دولي جديد أصله المعاهدات الدولية ومثال ذلك إعلان مؤتمر فيينا لعام 1815 من اجل تسوية العديد من القضايا الناشئة عن حروب الثورة الفرنسية والحروب النابليونية وتفكك الإمبراطورية الرومانية المقدسة، والمحضر الختامي لمؤتمر برلين عام 1878 والمتعلق بإعلان استقلال دول البلقان، وإعلان مؤتمر بروكسل عام 1890، التي ألغت جميعها تجارة الرقيق المباحة بواسطة قاعدة عرفية راسخة خلال القرون الماضية، وعلى الرغم من أن معظم الدول لم تكن أطرافا

<sup>1</sup>-انظر: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America) I.C.J., Rep., (1984), p.421.*

<sup>2</sup>-انظر: Wladyslaw Czaplinski, Op.cit. p153.

<sup>3</sup>- انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص629.

في هذه المواثيق إلا أن التطور في النهاية فرض نفسه، والتزمت جميع الدول بعدم ممارسة تجارة الرقيق بعد صدور هذه الإعلانات.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: علاقة العرف بالمعاهدات السابقة عليه:

إذا كان الدور الأساسي للمعاهدات في علاقته مع العرف الدولي هو تقنين هذا الأخير وإضفاء نوع من الوضوح والدقة عليه، بل وكشف قواعده في أحيان أخرى، فإن له دور آخر يتمثل في خلق القواعد العرفية نفسها من خلال تشكيل الركن المادي له نتيجة تكرار النص على بعض القواعد مما يخلق الشعور بالزاميته من الدول الغير، هذا دون ذكر إمكانية تعديل المعاهدات بواسطة القواعد العرفية.

### أولاً: دور المعاهدات في إنشاء القواعد العرفية:

يذهب معظم فقهاء القانون الدولي إلى أن المعاهدات، عقدية كانت أو شارعة، تعد ممارسة دولية يمكن أن تؤدي إلى نشوء قواعد القانون العرفي، إذ يمكن لإبرام معاهدة ما أن تشكل سابقة عرفية ملزمة، فرغم كونها مصدراً للالتزامات القانونية المقصورة على أطرافها فحسب، إلا أنها يمكن أن تنشئ قواعد عرفية في حالة انتشارها و شيوعها، إذ أن المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان غالباً ما تعد مؤشراً على وجود العرف الدولي،<sup>2</sup> وقد دافع عن هذه الفكرة الأستاذ A. Cunningham عندما ذكر أنه كان من الواجب تطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المحاكم البريطانية، وهذا حتى قبل إدماجها في القانون الداخلي لكونها تحتوي قواعد تعد تكريماً للعرف الدولي.<sup>3</sup>

بل حقيقة تطبق المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان كمؤشر لوجود العرف الدولي، وفي هذه الحالة لا تطرح مسألة كون المعاهدة الدولية مصادق عليها أم لا، لكون المعاهدة الدولية ما هي إلا مؤشر لوجود العرف الدولي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 630.

Claudia Sciotti-Lam, Op.cit., p572.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - انظر: Andrew J. Cunningham, «The ECHR, Customary International Law and the

Constitution», 43, I.C.L.Q., pp.537- 567 at 537. Claudia Sciotti-Lam, Op.cit., p574

Claudia Sciotti-Lam, Ibid., p574.

<sup>4</sup> - انظر:



ففي الولايات المتحدة الأمريكية، استندت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية لولاية نيويورك في قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* عام 1980 على العديد من المعاهدات والاتفاقيات، مثل الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تحرم جميعا التعذيب، للوصول إلى نتيجة مفادها أن التعذيب يعد قاعدة عرفية دولية يجب تطبيقها في القانون الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية،<sup>1</sup> ونفس الشيء في قضية *Rodriguez- Fernandez ضد Wilkinson* أين استندت محكمة الاستئناف، الدائرة العاشرة، على الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لتأكيد أن منع الاحتجاز التعسفي يشكل قاعدة عرفية.<sup>2</sup>

وفي استراليا اعتبر القاضي Stephen في قضية *Koowarta ضد Bjelke-Petersen* وآخرون سنة 1982 أن حق عدم التمييز العنصري المعروف في اتفاقية محاربة كافة أشكال التمييز العنصري، مطابقة لقاعدة عرفية دولية، وعليه حتى وإن كانت الاتفاقية غير مدمجة في بأستراليا فهي مرتبطة بفكرة عدم التمييز، التي تعد جزءا من القانون العرفي.<sup>3</sup>

ويترتب على وجود عدد من الاتفاقيات بين دول مختلفة تنصب على موضوع واحد أو متشابه في الأحكام الواردة بها نشوء الركن المادي للقاعدة العرفية، وقبولها من جانب الدول الأخرى غير الأطراف تمثل الركن المعنوي لهذه القاعدة، خصوصا إذا ما وضعت قواعد جديدة فهي سرعان ما تتحول إلى قواعد عرفية مع مرور الزمن من خلال تطبيق الدول التي لم تكن طرفا فيها،<sup>4</sup> وهذا ما يظهر من نص المادة 38 من اتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 و1986 اللتان تؤكدان بأنه "ليس في المواد من 34 إلى 37 ما يحول دون قاعدة واردة في معاهدة دولية أن تصبح ملزمة لدولة أو لمنظمة دولية ليست طرفا فيها باعتبارها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي ومعترا لها بهذه الصفة"، بل إضافة إلى ذلك لا يؤثر بطلان أو اختفاء المعاهدة من بقاء تلك القاعدة ملزمة، حيث تنص المادة 43 من الاتفاقيتين المشار إليهما حول قانون المعاهدات على أن "لا يؤثر بطلان المعاهدة أو إلغاؤها أو الانسحاب منها أو وقف العمل بها، تطبيقا لهذه الاتفاقية، في واجب أية دولة في أداء

*Filartiga v. Pena-Irala*, Op.cit.

<sup>1</sup> - انظر:

*Rodriguez- Fernandez v. C. Wilkinson*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

*Koowarta v. Bjelke- Petersen and others*, 153 CLR 410, (1982),

<sup>3</sup> - انظر:

[<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1982/27.html>]

<sup>4</sup> - انظر: عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص.ص 115-116؛ علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص.618.

التزاماتها المقررة في المعاهدة، والتي تكون ملتزمة بها بمقتضى القانون الدولي، بغض النظر عن المعاهدة" ولا شك أن عبارة القانون الدولي هنا تنصرف إلى قواعد العرف الملزمة للجميع.<sup>1</sup>

فعند حدوث التحول فإن المعاهدة لن تصبح هي مصدر الحقوق والالتزامات بل العرف الدولي هو المصدر، بحيث أن الدول الغير والمنظمات لن تصبح ملزمة إلا بأحكام النصوص التي لا تزال محتفظة بطابعها العرفي، ويسري ذات الحكم على الدول التي أوقفت العمل بالاتفاقية أو انسحبت منها لأي سبب مشروع فهي تبقى ملزمة بالنصوص التي تحولت إلى قواعد عرفية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا أو ضدها، عندما قالت "إن حقيقة كون المبادئ المشار إليها أعلاه قد جرى تقنينها أو إدراجها في معاهدات جماعية لا يعني أبدا أنها قد اختفت من الوجود وإنما يجب تطبيقها باعتبارها من مبادئ القانون الدولي العرفي حتى في مواجهة الدول الأطراف في هذه المعاهدات الجماعية"<sup>2</sup>، وأضافت أيضا في ذات القضية في حكمها في الموضوع "أن قواعد القانون الدولي العرفية تحتفظ بوجودها وقابليتها للتطبيق المستقل بجوار قواعد القانون الدولي حتى عندما يكون لهاتين الطائفتين من القواعد مضمون واحد ومتشابه أو متطابق"<sup>3</sup>.

#### ثانيا: دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية:

إن إمكانية تعديل المعاهدات الدولية بواسطة العرف الدولي أمر جائز في القانون المعاصر، وبالذات خلال النصف الثاني من القرن العشرين، إذ يمكن للعرف أن يعدل معاهدة دولية مكتوبة إذا ما كانت بعض قواعدها لم تعد مناسبة لحكم العلاقات الدولية، إذ اعترفت محكمة العدل الدولية بهذه الإمكانية في عدة آراء استشارية لها، منها تلك الخاصة ببعض نفقات الأمم المتحدة عام 1962، وتلك الخاصة بناميبيا عام 1971.

ففي الرأي الأول الخاص ببعض نفقات الأمم المتحدة بتاريخ 20 جويلية 1962 قبلت محكمة العدل الدولية، وبصورة ضمنية، إمكانية قيام العرف بتعديل المعاهدة الشكلية، وفي هذه القضية بالذات إمكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة ذاته، إذ بدون أن تعلن ذلك صراحة، فإن قبول محكمة العدل الدولية في هذه القضية تحويل الاختصاص بحفظ السلام من مجلس الأمن إلى الجمعية العامة، يعني أنها أرادت أن تقول أن تطبيقا عرفيا قد عدل النصوص الهامة والمحورية لميثاق الأمم المتحدة، فقد أقرت بأن النفقات التي تكلفتها قوات حفظ السلام في الشرق

<sup>1</sup> - علي إبراهيم، المرجع نفسه، ص620.

<sup>2</sup> - انظر: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Rep. (1984), Op.cit., p.421.

<sup>3</sup> - انظر: *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J., Rep., (1986), Op.cit., p.96

---

الأوسط تعد من قبيل النفقات الضرورية التي تدخل ضمن وظائف المنظمة، وأن هذه القوات أرسلت بناء على قرار من الجمعية العامة تطبيقاً لقرار الاتحاد من أجل السلام الذي أحل الجمعية العامة محل مجلس الأمن في هذا الخصوص (أي القرار الذي عدل ميثاق الأمم المتحدة، وشكل قاعدة عرفية تدير عليها المنظمة بعد ذلك).<sup>1</sup>

بينما يعد الرأي الاستشاري الثاني لمحكمة العدل الدولية حول ناميبيا عام 1971 أكثر وضوحاً، وبدون أي غموض، أين قبلت بأن "التطبيق العام والمتبع بواسطة مجلس الأمن قد ادخل تعديلاً عرفياً على نصوص ميثاق الأمم المتحدة وبالذات المادة 3/27 منه".

فلقد اعتبرت المحكمة في هذا الرأي أن غياب عضو دائم من أعضاء المجلس وامتناعه لا يشكل عقبة أمام قرار صحيح، وقدرت أن قاعدة عرفية قد نشأت في هذا الصدد من خلال العمل الطويل في المجلس (الذي لم تعارض عليه أي دولة)، وأن التطبيق العام بواسطة المنظمة قد عدل وبصورة خاصة هذا النص من نصوص الميثاق.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: *Certain Expenses of The United Nations (Article 17, Paragraph 2, of The Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J., Rep., 1962, p.151.

<sup>2</sup> - انظر: *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (south West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Op.cit, pp. 22-23

## المبحث الثاني: أساس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني

إن تحديد العلاقة بين القانون الدولي العام والقوانين الداخلية، كان ومازال محل جدل بين الفقهاء، إذ لا تزال الآراء منقسمة انقساماً عميقاً حول طبيعة العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية، فقد ظهرت نظريتان فقهيّتان لإيجاد الحلول المحتملة لهذا الجدل، واللذان ارتبطتا، إلى حد كبير، بمسألة أساس إلزام القانون الدولي العام، هما **نظرية الوحدة والثنائية**:

1- ترى **نظرية الثنائية** القائمة على المفهوم الإرادي، أن القانون الدولي والقانون الداخلي نظامان قانونيان منفصلان ومستقلان، يفقد كل منهما صفة القانون في مجال انطباق القانون الآخر، فلا يمكن للمحاكم الوطنية تطبيق القواعد الدولية داخليا ولا يمكن للمحاكم الدولية أن تطبق القواعد الداخلية على المستوى الدولي، كما لا يمكن للقاضي الوطني تفسير وتطبيق قواعد القانون الدولي إلا في حالة استقبالتها على هيئة تشريع وطني، أي بعد أن يتم تغيير الطبيعة القانونية للقاعدة الدولية إلى قاعدة وطنية عن اتخاذ إجراء معين يطلق عليه الإدماج أو التحويل أو الاستقبال، وعليه فلا يمكن أن ينشأ نزاع بين القانونين وذلك لأن التعارض لا يحدث إلا بين قواعد النظام الواحد.<sup>1</sup>

ويستند أنصار هذه النظرية على حجج كثيرة منها:

- **اختلاف مصادر النظامين** فهم يرون أن مصادر القانون الداخلي توجد في الإرادة الفردية للدولة متمثلة في الدستور، التشريع، واللوائح والقرارات التنظيمية، بينما مصادر القانون الدولي فإنها توجد في الإرادة المشتركة للدول التي تنشئ القواعد صراحة أو ضمناً أي بواسطة المعاهدات الدولية أو العرف الدولي.

- **اختلاف الموضوع والأشخاص المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية**، فالقواعد الوطنية تنظم العلاقات بين الأفراد العاديين، أو بينهم وبين السلطات العامة الداخلية، بينما القواعد الدولية فتحكم العلاقات بين دول ذات سيادة، أو بينها وبين المنظمات الدولية.

- **اختلاف البناء القانوني في كلا النظامين**، إذ نجد أن النظام الداخلي يحتوي على سلطات معروفة تقوم بوضع القانون وتطبيقه وتنفيذه كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية بينما لا نجد هذا في النظام الدولي.<sup>2</sup>

2- بينما ترى **نظرية الوحدة** القائمة على المفهوم الموضوعي،<sup>3</sup> أنه لا فرق حقيقي بين القانون الدولي

<sup>1</sup> - انظر: الخير قشي، "تطبيق القانون الدولي الإئتافي في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية لجامعة باتنة، عدد 4 (1995)، ص11؛ سعيد الجدار، "تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية"، دار المطبوعات الجامعية، (1999)، ص 8

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 20-22.

<sup>3</sup> - انظر: الخير قشي، المرجع السابق، ص12.

والقانون الداخلي، وأتت بمثلان ظاهرتين في قانون واحد، يعمل وفق مبدأ التدرج الهرمي بحيث أن كل قاعدة قانونية تستمد وجودها من القاعدة الأعلى منها؛ وأن هناك تداخل بين النظام الداخلي والدولي أساسه تماثل الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية ووحدة المصدر (العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية...)، وطالما هناك تدرج بين القواعد القانونية فقد يحدث تعارض بينهما أحياناً، وهنا اختلف أنصار هذه النظرية فهناك من يذهب إلى تغليب القاعدة الدولية وهناك من يذهب إلى تغليب القاعدة الوطنية.<sup>1</sup>

ولا يقف الأمر في هذا الصدد عند حد الخلاف الفقهي، بل يتعداه إلى الواقع العملي، بسبب التأثير الكبير للحكومات ومحكماتها بالفلسفات الرئيسية السائدة بالنسبة إلى هذا الموضوع،<sup>2</sup> فالقاضي الوطني عند تطبيقه للقاعدة الدولية، سواء عرفية أو اتفاقية، يجد نفسه محاطاً بمجموعة من العقبات منها: أنه خادم للقانون الداخلي فهو يفضل تطبيق القانون الداخلي على القانون الدولي الغريب عنه، إذ يتعذر عليه الإحاطة بالقاعدة الدولية سواء لعدم نشرها أو غموضها (خصوصاً القواعد غير المكتوبة)، بالإضافة إلى هذا فإن القاضي سيكون الرقيب على السلطة التنفيذية في تنفيذها للقانون الدولي أي يمكنه إخضاعها لاحترام القاعدة الدولية، غير أنه شديد التحفظ في هذا الشأن لسببين، الأول أن الاطلاع على القواعد الدولية يقع على عاتق السلطة التنفيذية، والثاني الحرص على عدم تدخله في حرية تصرف هذه السلطة، ولعل أهم الأسباب وأكثرها وجاهة، أن القاعدة العرفية غير مؤكدة أو غامضة.<sup>3</sup>

فكيف يمكن إدماج القانون الدولي في القانون الداخلي، أي هل يتم ذلك بشكل تلقائي أم ينبغي استقباله وتحويله بواسطة التشريع الداخلي طبقاً لإجراءات معينة؟<sup>4</sup> وما مدى تطبيق المقولة الإنجليزية أن "قانون الأمم جزء من القانون الوطني" في كل من المملكة المتحدة أصل هذه المقولة وفي الدول التي اتبعت النظام الأنجلوساكسوني؟

---

<sup>1</sup> - انظر: Anthony D'Amato, «International Law», Chapter 11: International Law in U. S. Courts, p261, <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/ILC-2001/INTLAW11-2001-edited.pdf>

<sup>2</sup> - انظر: Michel-Cyr Djena Wembou, «Les Normes International Relatives aux Droits de L'homme et leur Application dans la Législation Interne des États Africaines: Problèmes et Perspectives», 11 (1), R.A.D.I.C., Mars 1999, p. 51

<sup>3</sup> - انظر: أشرف عرفات أبو حجازة، "مبدأ قابلية القانون الجماعي للتطبيق الفوري و المباشر وأولويته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء"، دار النهضة العربية - القاهرة، ص.ص 22، 20.

<sup>4</sup> - انظر: Dominique Carreau, Op.cit., pp. 479- 480; Christian Dominicé et François Voeffray, Op.cit., p.51

للإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول المطلب الأول أسس إدماج العرف الدولي في المملكة المتحدة أما المطلب الثاني فيتناول إدماج العرف الدولي في الدول المتبعة للنظام الأنجلوساكسوني.

### المطلب الأول: أسس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في المملكة المتحدة:

اشتهرت الدول الأنجلوساكسونية بفكرة أن العرف الدولي يشكل جزءا من القانون الداخلي للبلاد، إذ نجد تكرار هذه العبارة كثيرا من القضاء والفقهاء الإنجليز ومن الدول التي تتبع نظامه، والتي يمكن اعتبارها كتعبير للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني الأنجلوساكسوني، وقد نشأ هذا المبدأ وتطور في المملكة المتحدة بكل سهولة، لأنه يشكل نظاما يهدف إلى إكمال وتصحيح القانون غير المكتوب، بالإضافة إلى أن إجراء "القاضي يصنع القانون" « *Judge made law* » يعد عاديا في هذا النظام.<sup>1</sup>

فهل يعني ذلك أن العرف الدولي يشكل جزءا من النظام القانوني الداخلي كما يسنه المشرع الوطني ويطبقه القضاء الداخلي، وهل يتم إدماجه بشكل تلقائي أم ينبغي استقباله وتحويله بواسطة التشريع الداخلي طبقا لإجراءات معينة؟<sup>2</sup>

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنتطرق إلى أسس إدماج العرف الدولي في النظم الداخلية بصورة عامة في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى إدماج العرف الدولي في المملكة المتحدة في فرع ثان.

### الفرع الأول: أسس إدماج العرف الدولي في النظم الداخلية:

إن النظم الداخلية يمكنها ضمان فعالية الأنظمة القانونية بنسب متفاوتة تختلف من دولة إلى أخرى، تبعا لدرجة التكامل الاجتماعي *intégration sociale* والوعي المدني *conscience civique* لرعاياها المخاطبين بأحكام هذه النظم، بل أيضا بمستوى التقدم الاقتصادي، الذي يحدد بدرجة كبيرة مدى خضوع سلطة الدولة لسمو القانون أو مدى فعالية أجهزة السلطات في تطبيق القانون، كما أن التنظيم الهيكلي للمجتمع الوطني

<sup>1</sup> - انظر: P. De Visscher, « *Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes* », 80, R.C.A.D.I., 1952, pp.511-578 at p525; Maurice Mendelson, « *The Effect of Customary International Law on Domestic Law: an Overview* », 4, N.S.A.I.L., 2004, pp.75-85 at 75 ; Heinrich Triepel, « *Les rapports entre le droit interne et le droit international* », 1, R.C.A.D.I. 1923, pp.73-122atp.88.

<sup>2</sup> - انظر: Dominique Carreau, Op.cit., p. 480; Christian Dominicé et François Voeffray, Op.cit., p.51.

يسمح للدولة أن تضمن احترام رعاياها للقانون، وهذا من خلال الأجهزة التي تملكها والعاملة على احترام وتنفيذ القوانين إن اقتضى الأمر ذلك،<sup>1</sup> ويتعلق هذا على الخصوص بالقواعد الدولية التي تستدعي التطبيق الداخلي بسبب المواضيع التي تعالجها، كالقواعد المتعلقة بأحوال الأشخاص مثل تلك الخاصة بشروط عمل الأجانب و إقامتهم... الخ، بالإضافة إلى أن جانب كبير من المواضيع التي كانت تعد جزءاً أصيلاً من القانون الداخلي باتت تعالج عن طريق الاتفاقيات الدولية، و بالتالي أصبح القاضي الوطني منوطاً به التصدي لكثير من مسائل القانون الدولي العام التي يتعين عليه تطبيقها في نظامه القانوني الداخلي.<sup>2</sup>

وقد وجدت آراء مختلفة حول الطبيعة القانونية لإدماج القوانين الدولية في النظام الداخلي، فالدول التي تأخذ بالنظرية الثنائية التقليدية كما تصورها *Tripel* تنص على أنه يجب تحويل القانون الدولي إلى قواعد داخلية؛ فعن طريق التحويل تولد قاعدة داخلية جديدة مختلفة عن القانون الدولي من حيث مصدرها القانوني، المعنيين بها، موضوعها والجزاء المترتب على مخالفتها.

ويعد تحويل القواعد العامة، كالعرف الدولي أسهل مقارنة بالمعاهدات، بل هي مرجحة أيضاً في الدول التي ترى أن قبول البرلمان ضروري لإدماج أي قانون دولي؛ أما بالنسبة للدول التي ترفض فكرة التحويل فإننا نجد المعاهدات المطبقة داخلياً تعد مجموعة منفصلة بجانب القانون الوطني ويسمى هذا الإجراء تبني *adoption*.

بينما تجعل الدول التي تأخذ بالمذهب الموحد القاعدة الدولية مطبقة بصورة تلقائية وفورية، دون الحاجة لتحويل أو نص إدماجي، إلا أنه في الغالب يشترط لتطبيقها عملياً نشرها داخلياً، لذا نجد أن تحديد مكانة القواعد العامة في هذه الدساتير أصعب من تحديد مكانة المعاهدات المتسمة بالثبات أكثر.<sup>3</sup>

إذا كان النظام الدولي ساكناً عن الوسيلة التي تدمج بها الدول العرف الدولي فإنه يشترط عليه أن تحقق النتيجة، أي أن تطبق هذه الدول القانون الدولي وكفى، وسندرس فكرة أن حرية الدول في اختيار طرق الإدماج مقيّدة بتحقيق النتيجة في الفرع الأول، ثم سنتطرق إلى مختلف طرق الإدماج المتبعة من دول العالم في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> - انظر: أشرف عرفات أبو حجازة، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 18.

<sup>3</sup> - انظر:

## أولاً: حرية الدول في اختيار طرق الإدماج مقبلة بتحقيق النتيجة:

لا يجوز للدول التذرع بقوانينها الوطنية لتبرير انتهاكات القانون الدولي ولكن لها حرية اختيار نماذج تنفيذ ذلك القانون.

### 1. القانون الدولي لا يبين طريقة تطبيقه في الداخل:

عند التكلم عن تطبيق القواعد العرفية داخليا فإننا نتحدث عن واجب الدولة في الخضوع لقواعد القانون الدولي، الذي يعد التزاما عاما على كل الدول، والقاعدة العرفية قد تخاطب الدول في حد ذاتها كأشخاص للقانون الدولي بحيث لا تكون لها آثار على الأفراد أو على السلطات داخليا، وفي هذه الحالة، طبعاً، فإن مسألة تطبيق القاعدة العرفية داخليا لا تثار، لكنها تثار بصفة خاصة كلما كان تطبيق هذه القاعدة، أو بعض أحكامها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على القاضي داخليا، وفي هذه الحالة قد توجد نصوص قانونية داخلية تتعلق بالمسألة، وقد تتوافق هذه النصوص مع القاعدة العرفية الدولية وهنا لا توجد ضرورة لرجوع القاضي للقاعدة العرفية أو حتى الإشارة إليها، طالما أن تطبيق القانون الداخلي في هذه الحالة يتوافق مع الالتزامات الدولية، حيث توجد قاعدة أساسية من قواعد القانون الدولي الآن تفرض على الدول أن تجعل من تشريعاتها الداخلية متوافقة مع التزاماتها الدولية، أي أن انتهاك هذه القاعدة يحمل الدولة المسؤولية الدولية، فلا يجوز للدول التذرع بقوانينها الوطنية لتبرير انتهاكاتهما، ويؤكد نص المادة 27 من معاهدة فيينا للمعاهدات هذا القول بمنع الدول الاحتجاج بقوانينها الداخلية من أجل انتهاك المعاهدات التي صادقت عليها، وإن كانت هذه المادة تنطبق على المعاهدات الدولية فإنه يمكن إسقاط حكمها على العرف الدولي، فالعرف الدولي، يلزم الدول على إتباعه، لكنه لا يبين الوسائل أو الطرق التي يتم بها دمج قواعده داخل النظم القانونية الداخلية.<sup>1</sup>

### 2. حرية الدول في اختيار نماذج الإدماج:

ويتبع المبدأ السابق، أي إلزامية إدماج العرف الدولي في النظام الداخلي، مبدأ آخر يتمثل في حرية الدول في اختيار الوسيلة للقيام بذلك، وقد صرح معهد القانون الدولي<sup>2</sup> أن "كل نظام قانوني داخلي يملك حرية اختيار

<sup>1</sup> - انظر: David Ginn, «The Domestic Legal Status of Customary International Law in Comparative Perspective»,

[ [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=david\\_ginn](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=david_ginn)].

<sup>2</sup> - معهد القانون الدولي تأسس سنة 1873، يعتبر أعضاؤه من أبرز المحامين العالميين يعمل بعضهم في المحكمة الجنائية الدولية، تحصل سنة 1904 على جائزة نوبل للسلام لدوره في التحكيم بين الدول، راجع إلى:

[[http://www.idi-iil.org/idiF/navig\\_historique.html](http://www.idi-iil.org/idiF/navig_historique.html)]



الوسيلة المناسبة لإدماج القانون الدولي"،<sup>1</sup> فالقانون الدولي يهتم فقط "بتحقيق النتيجة"، فكل دولة حرة في كيفية تنظيم ذلك، بحيث تختار الأسلوب المناسب لها لإدخال قواعد القانون الدولي في بنائها القانوني الداخلي حسب أحكام دستورها، لذا فإن الدول تختلف اختلافا كبيرا فيما بينها في هذا المجال، لأنها مسألة داخلية يتركها القانون الدولي لظروف كل دولة وتراثها القانوني.

وبلا شك أن الحلول المستعملة لإدماج القانون الإقليمي، لها بعض التأثير على الآليات المنظمة للقانون الدولي العام، وتعد الآليات الداخلية لتطبيقه بدائية جدا إذ تنحصر في غالب الأحيان في شكل استقبال شامل في القانون الداخلي، بالإضافة أن مختلف الدساتير الوطنية إما موجزة أو ساكنة بالكامل على مكانة العرف الدولي في القانون الداخلي، ففي فرنسا مثلا لا نجد إلا إشارة إلى القانون الدولي العام في ديباجة دستور 1946 ونفس الشيء في دستور 1958 بأنه يعد جزء من الكتلة الدستورية « *Bloc de constitutionnalité* »، وبالرغم من هذا لا نجد ذكرا صريحا للعرف، أما بعض الدساتير مثل اسبانيا، هولندا، لوكسمبرغ وسويسرا... الخ، فلا يوجد بها ذكر للقانون الدولي العام على الإطلاق، وهنا يلعب القضاء دورا أساسيا ليحل سكوت الدساتير الوطنية أو إيجازها، لكن حرية الدول في اختيار الوسيلة لا يعني إمكانية تنصلها من واجب إدماج العرف الدولي في نظامها الداخلي.<sup>2</sup>

وفي المقابل نجد دولا أخرى تبجل القانون الدولي العام، وتطبقه بالأولية على حساب قانونها الوطني، وخير مثال نجد في المادة 25 من القانون الأساسي الألماني لسنة 1949، التي تنص على أن "تكون أحكام القانون الدولي العامة جزءاً من تركيبة القانون الاتحادي، ولها الأفضلية على القوانين الاتحادية، ويترتب عليها حقوق وواجبات مباشرة على سكان المناطق في أنحاء الاتحاد"، ونفس الشيء نجد في المادة 28 فقرة 1 من الدستور اليوناني لسنة 1975 والمعدل سنة 2008 التي تنص على أن: "تكون قواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة جزءاً من القانون اليوناني الداخلي وتسود أي نص قانوني يناقضها"، وفي أيرلندا نجد المادة 29 فقرة 3 من الدستور تنص على أن "أيرلندا تقبل مبادئ القانون الدولي المعترف بها، على أنها قواعد سلوك في علاقتها مع دول

<sup>1</sup>-انظر: Institut de droit international, «*Résolution sur L'activité du Juge Interne et Les Relations Internationales de L'Etat*», 65(1), A.I.D.I.,1993, p.318,

<sup>2</sup>- انظر: Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.52; H. Mosler, Op.cit., p.629; Stephane Beaulac, «*National application of international law: The Statutory interpretation perspective* », 41, C.Y.I.L., 2003, p.p.234-235; Karen Knop, « *Here and there: International law in domestic courts* », 32, J.I.L.P., 2000, p.504.

أخرى"، في إيطاليا المادة 10 فقرة 1 من الدستور التي تنص "يتقيد النظام القضائي الإيطالي بالقوانين الدولية المعترف بها عموماً".<sup>1</sup>

### ثانياً: الحلول التي تأخذ بها الدول لإدماج العرف الدولي لحقوق الإنسان:

بصفة عامة يمكن للدول أن تتخذ أحد الشكلين التاليين في إدماج القانون الدولي في نظامها الداخلي، أي يمكن أن تكون من المجموعة التي تقبل مباشرة قواعد القانون الدولي في نظمها الداخلية دون اتخاذ أي إجراءات، أو أن تكون من المجموعة الثانية التي لا تقبل هذه القواعد إلا بطريق غير مباشر، أي طريق الاستقبال بواسطة تشريع صادر عن البرلمان لكي تصبح قاعدة من قواعد القانون الوطني، لكن هناك دول من القسم الأول تشترط نشر القواعد الدولية داخلياً حتى يسري نفاذها.

### 1. طرق الإدماج:

بخلاف ما هو سائد في المعاهدات الدولية، فإن إدماج القانون الدولي العام، وبما فيه العرف الدولي، في النظام الداخلي يكون عموماً بطريقة واحدة في مختلف الدول المعنية سواء ظهر صراحة في الدستور أو في الاجتهاد القضائي، فالقول الشهير ذو الأصول الأنجلوساكسونية " القانون الدولي جزء من قانون الأرض " صالح لتطبيق شبه عالمي *quasi-universelle*<sup>2</sup>، غير أنه تجدر التفرقة بين نوعي الإدماج الوطني.

أ- الإدماج المباشر *l'incorporation direct*: أو ما يسمى بالإدماج التلقائي *l'incorporation automatique* وهي الطريقة المفضلة لإدماج القواعد العامة للقانون الدولي، أي إدماجها تلقائياً وبصورة آلية في النظام الداخلي منذ تكونها على الصعيد الدولي، وهذا دون تغيير في خاصيتها الدولية، أي أن القاعدة العرفية تعد مدججة في النظام الداخلي منذ نشأتها، وتعد هذه المقاربة ذات أساس وحدوي *moniste* وقد تم إتباع هذا المنهج بصورة جلية في ألمانيا بموجب نص المادة 25 من القانون الأساسي لها لسنة 1949، إذ يعتبر الفقه الحديث أن تلك المادة التي تنص على أن "القواعد العامة للقانون الدولي تشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p 52.

<sup>1</sup> - انظر:

<sup>2</sup> - انظر: Jan Wouters, « Customary International Law before National Court: Some Reflections from a Continental European Perspective », 4(1), N.S.A.I.L., 2004, pp.25-38. at 25.

الفديريالي"، تشكل أمر تنفيذ وبالتالي فلن تكون هناك حاجة لتحويل القانون العربي من هذه الدول حتى يمكنها تطبيقه بل تكتفي بمجرد الأمر على التطبيق في النظام الداخلي.<sup>1</sup>

وبالتالي فإن القانون العربي يمكنه أن يدمج في النظام القانوني للدولة دون أن يكون هناك تغيير في طبيعته الدولية.

**ب- الإدماج غير المباشر:** أو ما يسمى بالإدماج عن طريق التحويل، يقصد به تحويل قاعدة معينة من قواعد القانون الدولي إلى قاعدة داخلية، وذلك عن طريق إصدار قانون داخلي لإدماجها وطنياً، ويطبقها القضاء الوطني باعتبارها قاعدة وطنية، وتعد هذه الطريقة هي المفضلة لأنصار المذهب الثنائي، الذين يرون أن التحويل شرط ضروري لتطبيق المعاهدات والعرف الدولي داخل الدولة، بل ويترتب على هذا الوضع الاعتراف للمشرع الداخلي بالحق في تعديل هذه القواعد أو إلغائها، باعتبارها قواعد داخلية بحتة، بغض النظر عن بقائها سارية دولياً، كما يرون أيضاً أنه يترتب على النظرة السابقة وجوب تفسير القواعد المتبنية وفقاً لقواعد التفسير الداخلي لا الدولي، وذلك لأن القاعدة الدولية تفقد هويتها الدولية وتتحول إلى قاعدة وطنية موازية ومشابهة في محتواها للقاعدة الدولية، لأننا وفقاً لمدرسة الثنائية لسنا بصدد نفس القاعدة، ولكننا بصدد قاعدتين مختلفتين رغم تماثل مضمونهما فإحدهما دولية والأخرى داخلية.<sup>2</sup>

وتظهر هذه الطريقة مطبقة بصورة جلية في الدانمارك، أين يتم اعتبار القاعدة الدولية سواء عرفية أو اتفاقية غير قابلة للتطبيق من طرف القاضي إلا إذا تم استقبلها في القانون الوطني بموجب تصرف تشريعي أو تنفيذي.<sup>3</sup>

لكن في المقابل نجد العديد من الدول لا تزال مترددة بشأن طريقة الإدماج التلقائي أو الإدماج عن طريق التحويل، فمثلاً في أيرلندا، نجد المادة 29 فقرة 3 من الدستور الأيرلندي لسنة 1937 تنص أن "أيرلندا تقبل بمبادئ القانون الدولي المعترف بها عموماً"، لكن لا تذكر طريقة معينة لإدماج مثل هذه القواعد، أما في هولندا فإن السكوت الذي يشوب الدستور قد فسر على أنه تطبيق للإدماج التلقائي في النظام الداخلي، في حين يرى بعض الفقهاء أن الإدماج لا يكون إلا بواسطة قرار قضائي.<sup>4</sup>

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.53

<sup>1</sup> - انظر:

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 15.

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.54

<sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 54.

من تحليل مختلف الحلول الوطنية للقانون العربي نستنتج أن الرجوع إلى نظرية الوحدة والثنائية قد تم تجاوزها في الوقت الحالي، فألمانيا رغم انتمائها إلى المدرسة الثنائية، فهي تستقبل العرف الدولي في نظامها الداخلي تلقائياً دون تغيير في طبيعته الدولية، ومن وجهة النظر القضائية فإن الخط الحقيقي الفاصل هو ذلك الذي يفصل الأنظمة القانونية الوطنية التي ترى أن العرف الدولي يشكل جزءاً مدمجاً في القانون الداخلي، وهي الفئة شبه الكاملة وتلك التي تشبه الدانمارك أين لا يمكن تطبيق العرف الدولي إلا إذا كان محتواه قد تم إدماجه في نص تشريعي أو تنفيذي.<sup>1</sup>

## 2. إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان غير معلق على شرط النشر:

في معظم الدول الكبرى والمؤثرة في العلاقات الدولية توجد قاعدة عامة مؤداها أن العرف الدولي يعد جزءاً متمماً ومكملاً للقانون الداخلي وبالتالي فهو يطبق تلقائياً دون حاجة إلى استقباله في هيئة تشريع صادر عن البرلمان الوطني، وهذه القاعدة تفرض على المشرع الوطني الالتزام بجعل قواعد قانونه الداخلي في حالة انسجام وتوافق مع القواعد الدولية العامة والعالمية، وعبارة بلاك ستون *Black Stone* الشهيرة من القرن السابع عشر "القانون الدولي جزء من قانون إنجلترا" صارت عامة ومشتركة لدى أغلب الدول تقريباً، وكرستها معظم الدساتير الحديثة الصادرة عقب الحرب العالمية الأولى حتى الآن مثل المادة 10 من الدستور الإيطالي الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1947، والمادة 25 من القانون الأساسي لألمانيا الاتحادية الصادر بتاريخ 25 ماي 1949.<sup>2</sup>

وإدخال القواعد العرفية في النظم الداخلية لا يحتاج إلى تصديق أو إصدار أو نشر لأنها قواعد غير مكتوبة، فهي على عكس القواعد المكتوبة "المعاهدات" لا يجري استقبالتها في الداخل بواسطة تشريع أو إجراء خاص يطبقها كقاعدة إجبارية داخل النظام الداخلي للدول، ومن هنا فالمشكلة، لا توجد لها سوى إشارات قليلة ومقتضبة في بعض الدساتير الداخلية، وهي متروكة على أية حال للسلطة التقديرية للقاضي الوطني الذي يختلف في تكوينه من بلد إلى آخر، فالدساتير تعالج هذه المسألة بطريقة مقتضبة وتكتفي بوضع المبدأ ثم تترك للقاضي باقي المهمة والتفسير والتطبيق، وهذا السكوت لا ينبغي أن يكون سبباً في منع القاضي الوطني من تطبيق قواعد القانون الدولي، ففي الأنظمة الأنجلوساكسونية أو ما يعرف بدول القانون العام أو السوابق القضائية (أمريكا، إنجلترا وغيرهما) يعتبر القضاة أنفسهم أنهم ينتمون إلى "نظام قانوني مفتوح" يذهب إلى ما وراء التشريع الوطني، فهم أكثر تسامحاً في استقبال القواعد الدولية، في حين أن النظام اللاتيني وقضاته ينظرون إلى تطبيق القانون الدولي بنظرة

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 56.

<sup>2</sup> - انظر: علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل - دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء أحدث الدساتير وأحكام المحاكم"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص. ص 177 - 178.

تتسم بالحذر، فهم لا يجروون على تطبيق القانون الدولي إلا وفق ما يأمر به الدستور، لذا يطلق على نظامهم اسم نظام الباب المغلق.<sup>1</sup>

بعد التطرق إلى طرق إدماج العرف الدولي في النظم الداخلية سنحاول في الفرع التالي المتعلق بإدماج المملكة المتحدة للعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان معرفة الطريق الذي سلكته المملكة المتحدة تجاه القواعد العرفية.

### الفرع الثاني: إدماج العرف الدولي في المملكة المتحدة:

نجد في النظام الانجليزي التطبيق الأقدم للقول الشهير "القانون الدولي جزء من قانون الأرض" والتي تعني في الغالب أن العرف الدولي أصبح جزء من القانون العام، أي أن القانون الدولي العرفي يعتبر بمثابة جزء من القانون الداخلي العام الانجليزي، ومن ثم تلتزم محاكم المملكة بتطبيقه تماما كما تلتزم بتطبيق قانونها الداخلي، ودون ما حاجة لتبنيه بإجراء خاص.

وفيما يلي سنتطرق إلى أصل هذه النظرية، ثم إلى تطبيقاتها في نظام المملكة المتحدة.

### أولاً: أصل قاعدة العرف الدولي جزء من قانون الأرض:

لم يعرف أصل قاعدة "العرف الدولي جزء من قانون الأرض" بصفة دقيقة،<sup>2</sup> وإن كانت تطورت في وسط الرومانيين الانجليز، عندما تم الاستعانة باللاتينيين أو الرومانيين في حالة ضرورة إعطاء رأيهم عند وجود صعوبة دولية، وقد عرفت القاعدة المذكورة بإسم نظرية **Black Stone** نسبة إلى القاضي الانجليزي **William Black Stone**، غير أن الفضل في إقرارها يرجع إلى القضاء الانجليزي بصدد تطبيقه لقانون الامتيازات والحصانات، لاسيما قانون **Anne** الذي أصدره البرلمان عام 1708 من اجل تهدئة قيصر روسيا بسبب الاعتقالات التي طالت السفراء الروس، وبالضبط في قضية **Triquet ضد Bath** عام 1764، عندما استدل اللورد **Mansfield** بحكم للقاضي **Talbot** في قضية **Buvot ضد Barbuitt** عام 1737، التي تناولت مسألة ما إذا كان المدعى عليه -وهو عون تجاري مكلف من ملك بروسيا وأتى إلى إنجلترا بهذه الصفة-، ينطبق عليه الوصف الذي أورده قانون **Anne** الخاص بالامتيازات والحصانات، أين ذكر اللورد **Talbot** أن هذا القانون

<sup>1</sup>-المرجع نفسه، ص.ص. 157-179.

<sup>2</sup>- انظر: Edwin D. Dickinson, «L'interprétation et L'application du Droit International dans les Pays Anglo-américains », 40 (2), R.C.A.D.I, 1932, p. 333.

ما هو إلا إعلاني أو تصريحي فقط لقانون الشعوب «*jus gentium*»، وقد كان اللورد *Mansfield* مستشارا في هذه القضية، لكن اللورد *Mansfield* استبدل عبارة قانون الشعوب *jus gentium* بمصطلح قانون الأمم، عندما قال أن "قانون الأمم بأكمله يعد جزءا من القانون الإنجليزي"، وقد كان الفقيه والقاضي *William Black Stone* مستشارا في قضية *Triquet ضد Bath*، وفي ذات الوقت كان يكتب كتابه الشهير «*Commentaries on the laws of England*» "تعليقات على القوانين الإنجليزية" عام (1765-1769)، ويبدو أنه قد تأثر كثيرا، بفكرة اللورد *Mansfield* حول علاقة قانون الأمم بالقانون الإنجليزي، ونقلها حرفيا إلى كتابه، وعليه فالفقيه لم يقيم إلا بتأكيد مذهب قد سبق وأن صار عقيدة.<sup>1</sup>

ولكون قضاة القارة الأوروبية غير معتادين على تطبيق القانون العام، فهم يميلون أحيانا إلى اعتبار هذا القول عرضا لنظرية الوحدة والسمو التلقائي للقانون الدولي على القانون الداخلي لا غير، لكن الحقيقة خلاف ذلك، فليس هذا ما كان يقصده بلاك ستون *Black Stone* في قوله أن "قانون الأمم متبنى بالكامل من القانون العام، ويعتبر كجزء من قانون الأرض، وأن التصرفات الصادرة من البرلمان من وقت لآخر ما هي إلا لدعم هذا القانون العالمي أو لتسهيل تنفيذه، فهي لا تعد منشئة لأي قاعدة، بل هي مجرد كاشفة للدساتير الأساسية القديمة للمملكة".<sup>2</sup>

وللتمكن من فهم نظرية *Black Stone* كما تمت صياغتها من مؤلفها، يجب الملاحظة أولا أن قاعدة "القانون الدولي جزء من قانون الأرض" هي قاعدة قانونية داخلية، بصورة أكثر تحديدا هي قاعدة من القانون العام *common law* الإنجليزي، فهي ليست قاعدة قانونية دولية، فالقانون الدولي لا يمكنه فرض الإدماج التلقائي لقواعده في النظام القانوني الداخلي، ولا يهيمه ما إذا كانت الدولة تطبق إجراء الإدماج التلقائي والكامل، أم الإجراء غير المباشر عن طريق التحويل أو الاستقبال الخاص، بل يهيمه احترام القواعد وليس الطريقة أو الإجراء

<sup>1</sup> - انظر: Roger O'Keefe, «*Customary International Crimes in English Courts*», 72 (1), B.Y.B.I.L., 2002, pp.293-335 at 302-303 ;Harold H. Sprout, «*Theories as to the Applicability of international law in the Federal Courts of the United States*», 26 (2), A.J.I.L., 1932, pp.280-295 at 283-284.

<sup>2</sup> - انظر: "...The law of nations (whenever any question arises which is properly the object of its jurisdiction) is here adopted in its full extent by the common law and is held to be a part of the land; and those acts of parliament, which have from time to time been made to enforce this universal law, or to facilitate the execution of its decisions, are not to be considered as introductive of any new rule; but merely as declaratory of the old fundamental constitutions of the kingdom: without which it must cease to be a part of the civilized world", W. Black stone, «*Commentaries on the Laws of England*», 4, Clarendon Press, London, (1769), p. 67

نقلا عن: David Lloyd Jones, «*Is International Law a Part of The Law of England?*»،

<http://www.adminlaw.co.uk/docs/sc%2012%20David%20Lloyd%20Jones.doc>

المتبع من الدولة لضمان هذا الاحترام، فهو يتوقف عند حد اشتراط الوفاء بالالتزامات الدولية على الدول، ومعاقبة انتهاك هذه الالتزامات عن طريق تحميل الدولة المنتهكة المسؤولية الدولية، أي أنه يهتم بالنتيجة وليس بالوسيلة.<sup>1</sup>

كما يجب التوضيح أيضا أن قاعدة "القانون الدولي جزء من القانون الداخلي" لا تعني إلا القانون الدولي العام وليس قواعد القانون الإتفاقي *conventional* أو الخاص التي يكون إدماجها في النظام القانوني الداخلي عادة عن طريق إجراء الاستقبال خاصة في الدول التي تعتمد منهج الإدماج التشريعي.<sup>2</sup>

إضافة إلى الطبيعة المحلية أو الداخلية لهذه القاعدة فإن لها أثرا يسمح للقاضي الوطني بأن يعتبر القواعد الآمرة وبعض من القواعد المكملة من قواعد القانون الدولي العام كجزء من القانون العام، حتى وإن لم تكن موضوع اعتراف أو استقبال شكلي من المشرع الوطني، وفي هذا السياق يقول الأستاذ *Lauterpacht*: "أن أغلبية الحالات التي يظهر فيها القاضي الإنجليزي مبتعدا عن قاعدة "القانون الدولي جزء من قانون الأرض" فإن هذا لا يعني عدم فعالية تلك المقولة أو القاعدة، وإنما يعني أنه توجد قاعدة أمرة تنظم ذلك الموضوع"<sup>3</sup>، سواء كانت هذه القاعدة الآمرة قاعدة قانونية داخلية معارضة أم سابقة قضائية مخالفة.

### ثانيا: تطبيقات نظرية *Black Stone* في المملكة المتحدة:

رغم المقاربة الثنائية التي تتبعها إنجلترا بخصوص المعاهدات الدولية فإن موقفها غير واضح بخصوص استقبال العرف الدولي؛<sup>4</sup> فقد اعتبرت القاعدة العرفية مدججة في النظام القانوني البريطاني بطريقة تلقائية دون حاجة لاتخاذ إجراءات قانونية محلية، واعتمدت هذه الطريقة داخليا بطريقة ثابتة خلال القرن الثامن عشر، وكان من أوائل تطبيقاتها من جانب القضاء، بصدد القواعد الخاصة بالحصانات الدبلوماسية، كما طبقت أيضا بالنسبة لقواعد

<sup>1</sup> - انظر: P. De Visscher, Op.cit., pp. 522-523; Alan Boyle, « *International Law Before National Courts: Some Problems from a Common Law Perspective* », 4, N.S.A.I.L.,(2004), pp.59-64 at60 .

<sup>2</sup> - انظر: P. De Visscher, Ibid., p. 523

<sup>3</sup> - انظر: Hersh Lauterpacht, « *International Law* » dans the Collected Papers of Hersh Lauterpacht, general works, 1, Elihu Lauterpacht (ed.), C.U.P., 1970, p.219.

<sup>4</sup> - انظر: Hazel Fox and others, « *Royaume- Uni* », dans L'intégration du Droit International et Communautaire dans L'ordre Juridique National, étude de la pratique en Europe, Pierre Michel Eisemann (ed.), K.L.I., 1996, p.517.

القانون الحربي لما لها من أهمية كبيرة في حياة المحاكم البريطانية؛ فهذه القاعدة سمحت دائما للقاضي البريطاني أن يطبق مباشرة الأعراف الدولية.<sup>1</sup>

**1- مدى تطبيق نظرية Black Stone في القرن الثامن عشر:** من بين الأحكام الشهيرة التي عادة ما يرجع إليها لتأكيد طريقة الإدماج التلقائي، وكذا تطبيق قاعدة أن قانون الأمم يشكل جزءا من قانون البلاد واجب التطبيق أمام القاضي الوطني، في القرن الثامن عشر نجد:

**قضية Buvot ضد Barbuitt** سنة 1737 التي فصل فيها من طرف مجلس اللوردات كجهاز قضائي وأشار في هذه القضية اللورد *Talbot* إلى أن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية ينظمها قانون الأمم، مؤكدا أن "قانون الشعوب يشكل جزءا من القانون الإنجليزي" ولذلك أقر الدفع الذي قدم أمام المحكمة والذي بمقتضاه أقر تمتع وكيل تجاري بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية لأنه كان مفوضا من ملك بروسيا، واستقبل في المملكة المتحدة بهذه الصفة، ولذلك أقرت المحكمة حقه في الحصانة الدبلوماسية وعدم جواز محاكمته أمام المحكمة البريطانية استنادا إلى قواعد العرف الدولي المتعلقة بالموضوع.<sup>2</sup>

وبعد القضية الأولى بحوالي 27 سنة، أي في سنة 1764، صدر حكم آخر من مجلس اللوردات في قضية **Bath ضد Triquet**، تمت الإشارة فيه صراحة إلى الحكم الأول، حيث أكد اللورد *Mansfield* أن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية يحكمها قانون الأمم، وأن القانون البريطاني (**قانون Anne لسنة 1708**) المتعلق بهذا المجال ما هو إلا قانون إعلاني، وأن ما تضمنه من نصوص تتعلق بالمسألة لم يقصد بها إطلاقا تحريف أو مخالفة أي من الامتيازات والحصانات، وأن قانون الأمم يشكل برمته جزءا لا يتجزأ من القانون البريطاني واجب التطبيق من المحاكم البريطانية.<sup>3</sup>

وقد فسر هذان الحكمان من طرف الفقه على أنهما يفرضان على القاضي البريطاني واجب تطبيق القواعد العامة الدولية في حالة عدم وجود تشريع داخلي معارض خاصة في حالة وضوح نصوص هذا القانون، كما أن تطبيق تلك القواعد معلق على عدم وجود سابقة قضائية مخالفة أقرتها محكمة عليا بريطانية.

## **2- مدى تطبيق نظرية Black Stone في القرن التاسع عشر:**

Edwin D. Dickinson, Op.cit., pp. 334-335.

<sup>1</sup> - انظر:

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 331.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 332.



يمكن العثور على آثار نظرية العرف الدولي جزء من قانون الأرض في بدايات القرن التاسع عشر، عندما ذكر القاضي *John Stuart V-C* سنة 1861 في قضية *إمبراطور النمسا ضد Day and Kossuth* المتعلقة برفع هذا الإمبراطور دعوى في المحاكم الإنجليزية ضد المدعى عليهم *Day* وأبنائه، وضد *Kossuth Louis*، على أساس أنهم قاموا بتزوير عملات بلاده واستغلالها منهم، بحجة "أن الحقوق العامة المعترف بها من قبل قانون الأمم هي حقوق مشروعة، وذلك لأن قانون الأمم جزء من القانون العام الإنجليزي، وأضاف بأن الحال كان دائما هكذا في المحاكم الإنجليزية، أي أن قانون الأمم، متى كان متناسبا مع القضية، يعد مدجا في القانون العام الإنجليزي، ويعد جزءا من القانون المحلي"، وتعود وقائع هذه القضية إلى قيام المدعى عليه *Kossuth Louis* لاجئ مجري بالاستعانة بمطبعة إنجليزية *Day* وأبنائه، من اجل طبع عملات نقدية في لندن لترويجها في المجر بعد إسقاط الإمبراطور النمساوي عن طريق الثروة، لكن المحكمة توصلت أن طبع مثل هذه العملات يؤثر في حق ملكية إمبراطور النمسا وكل شخص يتداول مثل تلك العملات، وهذا الحق مكفول في قانون الأمم، لذا رأت أنها مختصة بنظر الدعوى.<sup>1</sup>

لكن في أواخر القرن 19 حدث تحول في الاجتهاد القضائي البريطاني، فهم فقهاء على أنه تخلي عن نظرية الإدماج التلقائي للقواعد العامة العرفية، واعتماد لنموذج الإدماج التحويلي المعتمد بالنسبة للمعاهدات الدولية، بحيث أن تطبيق القاعدة العامة العرفية الدولية يتوقف على إدماجها داخليا بمقتضى نص قانوني أو بمقتضى سابقة قضائية.

بعد قرابة قرن من كتابة *Black Stone* لمقولته الشهيرة "أن قانون الأمم جزء من القانون الإنجليزي" بدأ ظهور الفكر الثنائي في المحاكم الإنجليزية؛ بدءا بالقضية الشهيرة *الملكة ضد Keyn* سنة 1876،<sup>2</sup> المتعلقة بجائحة وقعت بين سفينتين إحداهما ألمانية «*Franconia*» والأخرى بريطانية «*Strathclyde*» في بحر المانش «*English Channel*»، وقد أثرت في هذه القضية مسألة مدى اختصاص المحكمة الإنجليزية بمحاكمة قائد السفينة الألمانية الذي اتهم بارتكاب جريمة قتل ذهب ضحيتها شخص على متن السفينة الإنجليزية، وأشارت المحكمة في تعاملها مع القضية وفي إيجابتها عن مدى اختصاص المحكمة الإنجليزية، و7 أصوات مقابل 6، أن المحكمة الإنجليزية غير مختصة بمحاكمة قبطان *Franconia*،<sup>3</sup> إذ أشارت المحكمة إلى أنه طبقا لقانون

<sup>1</sup> - انظر: *The Emperor of Austria v. Day and Kossuth*, 2 Giff 628, (1861),

[<http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1861/688.pdf>].

<sup>2</sup> - انظر: *R. v. Keyn*, 2 Ex D 63, (1876), [<http://ebookbrowse.com/r-v-keyn-doc-d41904624>]

<sup>3</sup> - انظر: Robert French, «*International Law and Australian Domestic Law*», Supreme Court of New South Wales Annual Conference, Hunter Valley- Pokolbin, 2009,

الأمم فإن ركاب سفينة أجنبية بأعالي البحار يخضعون لقانون دولة السفينة فقط، ولا يمكن أن تخضع السفينة أو ركابها إلى القانون المحلي إلا إذا دخلت ميناء دولة ساحلية أو مياها الداخلية، وأن هذه المبادئ هي مبادئ ثابتة ومستقرة من قانون الأمم تم إدماجها في النظام القانوني الداخلي البريطاني وأصبحت تشكل جزءاً لا يتجزأ من قانون الأرض، واستناداً إلى ذلك أشارت المحكمة إلى أن *Keyn* لا يخضع إلى القانون البريطاني واختصاص المحكمة البريطانية إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة على متن سفينة بريطانية أو على الإقليم البريطاني.<sup>1</sup>

ثم تعرضت المحكمة بعد ذلك إلى مسألة خضوع المياه الإقليمية لاختصاص المحاكم البريطانية وفقاً للقانون البريطاني، وتوصلت المحكمة، تحت رئاسة اللورد *Cockburn*، إلى أن هذه المحاكم غير مختصة وفقاً للقانون البريطاني القديم، ثم أثير تساؤل حول ما إذا كانت مختصة وفقاً لقاعدة عرفية عامة من قواعد القانون الدولي، ولاحظت المحكمة في الإجابة على هذا التساؤل وجود خلاف فقهي حول نطاق أو مدى امتداد المياه الإقليمية وكذلك حول الاختصاصات المخولة للدولة الساحلية.<sup>2</sup>

والجديد الذي جاء به الحكم هو قوله أن الاعتراف العام من الدول لا يلزم بريطانيا إذا لم تعترف هي بتلك القاعدة، وأن اعترافها يكون في شكل تشريع يصدره البرلمان، وعليه فالمحكمة غير مختصة إلا بصدر تشريع تضمن تلك القواعد صراحة، لذا قيل أن العرف الدولي ليس جزءاً من القانون الإنجليزي بدون نص تشريعي لإدماجه، كما ذكرت المحكمة أن مدى توافق التشريع مع القانون الدولي مسألة لا تهم المحكمة، فهي مسألة تهم الدول لكونها هي التي تتحمل المسؤولية الدولية.<sup>3</sup>

لكن ما تجدر ملاحظته أن قضية *Keyn*، تتعامل مع القانون الجنائي، الذي يشترط فيه عادة وجود قانون محلي لإمكانية تجريم فعل ما، وفقاً لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، لهذا لا نجد أن هذه القضية تتبنى الإدماج التحويلي بصورة كاملة.<sup>4</sup>

وقد أشار أحد أشهر قضاة محكمة العدل الدولية، القاضي *H. Lauterpacht* في تعليقه على هذه القضية، إلى أن فهم الفقهاء لهذه القضية أو لموقف المحكمة كان خاطئاً، فقول المحكمة بضرورة صدور نص

---

[<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj21aug09.pdf>]

Heinrich Triepel, Op.cit., p.9

<sup>1</sup> - انظر:

Robert French, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

Roger O'Keefe, Op.cit., p.304.

<sup>3</sup> - انظر:

Julie Cassidy, «*The problematic Relationship Between Customary International Law and The Domestic Courts*», J.A.L.A.P., 2009, pp. 119-146 at 127.

<sup>4</sup> - انظر:

تشريعي لم يكن يتعلق بمسألة ما إذا كان القانون الدولي يشكل أو لا يشكل جزءا من قانون الأرض، فهذه المسألة أكدت المحكمة في بداية الحكم، لكن الأمر يتعلق بمدى وجود قاعدة دولية تحدد المياه الإقليمية وتحدد سلطات الدولة الساحلية عليها، وبما أن المحكمة كان لديها شك في وجود هذه القاعدة، فكيف بالتالي يمكنها تطبيقها باعتبارها جزء من القانون الداخلي.<sup>1</sup>

فالمسألة إذن لم تتعلق بتحول من نظام الإدماج التلقائي إلى نظام الإدماج التشريعي، لكن الوضع خلاف ذلك لأن المحكمة لم يكن لديها القاعدة ثم رفضت تطبيقها، بل أن القاعدة لم تكن موجودة في القانون الداخلي، وكانت محل شك استنادا للممارسة على المستوى الدولي، لذا تم استبعادها.

ففي هذه القضية حدث سوء فهم فقهي للموقف الذي اتخذته المحكمة في 1876، بني على أن المحاكم البريطانية تخلت عن الإدماج التلقائي لصالح الإدماج التشريعي، لكون المحكمة في قضية *Keyn* أشارت صراحة إلى أنه حتى ولو وجد اعتراف عام بالاقترح المقدم أمام المحكمة فإنها لن تطبق ذلك ما لم يوجد تشريع برلماني داخلي يعطي الاختصاص للمحاكم، وباعتبار أنه لم يوجد أي نص تشريعي ولا سابقة قضائية في هذا الخصوص فقد تمت تبرئة المتهم؛ لكن هذه التبرئة انتقدت في إنجلترا، مما أدى إلى المصادقة على قانون يسمى بقانون المياه الإقليمية سنة 1878 أكمل النقص الذي كان موجودا في التشريع الإنجليزي.<sup>2</sup>

### 3- مدى تطبيق نظرية *Black Stone* في القرن العشرين:

يمكن تلخيص كيفية إدماج العرف الدولي في القانون البريطاني في القرن العشرين من خلال بعض القضايا الهامة التي فصل فيها القضاء البريطاني، ومنها قضية *West Rand Central Gold's Mining* سنة 1905 (اللورد *Alverstone* رئيس القضاة): رفعت هذه القضية من شركة بريطانية تم مصادرة ما تملكه من ذهب من طرف جمهورية جنوب إفريقيا، وقد اعتبرت هذه الشركة أن ما تم مخالف لقانون تلك الدولة (جنوب إفريقيا)، وعندما ضمت بريطانيا جمهورية جنوب إفريقيا، أي عندما احتلتها سنة 1900، رفعت الشركة القضية ضد بريطانيا للمطالبة بالتعويض عن الذهب أو عن ممتلكاتها أو استرداد كمية الذهب، استنادا إلى أن القواعد العامة للقانون الدولي تفرض على الدولة الخلف الوفاء بالالتزامات المالية للدولة السلف، إلا أن المحكمة في هذه القضية لم تعترف بوجود هذه القاعدة أصلا في القانون الدولي، وبالتالي لم تثر إشكالية اعتبار هذه القاعدة جزءا من القانون البريطاني أو قانون الأرض.

H. Lauterpacht, Op.cit., p.219.

<sup>1</sup>-انظر:

Robin Rolf Churchill and Alan Vaughan Lowe, « *The law of the sea* », 3<sup>rd</sup> edition, Manchester University Press ND, 1988, p.61.

<sup>2</sup>-انظر:

ورغم ذلك نجد أن اللورد *Alverstone* أشار إلى أن مبدأ كون القانون الدولي يشكل جزءاً من قانون البلاد يحتاج إلى تفسير أو توضيح، مؤكداً أن ما حظي بموافقة الأمم المتحدة الأخرى يجب أن يعتبر قد حظي أيضاً بقبول المملكة المتحدة، وأن ما حظي بقبول كل الأمم يشكل ما يوصف بقواعد القانون الدولي، وهي قواعد تعترف بها محاكم المملكة وتعمل على تطبيقها باعتبارها جزءاً من قانون الأرض، متى أتاحت الفرصة المناسبة للمحاكم، لكن اللورد *Alverstone* أضاف إلى قاعدة "أن قانون الأمم يشكل جزءاً من القانون الإنجليزي" عبارة "في حالة عدم تعارضه مع السوابق القضائية".<sup>1</sup>

أما في قضية *Chung Chi Cheung ضد الملك*، لعام 1939، والتي فصل فيها اللورد *Atkin*، نجد الخلط المتعلق بنوعي الإدماج التلقائي والتشريعي واضحاً فيها.

ففي هذه القضية أكد اللورد *Atkin* هذا المنهج الجديد المتعلق بالإدماج التشريعي، عندما ذكر أن "ما يجب التنبيه إليه باستمرار هو أنه لا حججاً لقواعد القانون الدولي أمام المحاكم البريطانية ما لم تعتمد أو تقبل مبادئه بمقتضى قانوننا الوطني، وأنه ليس من حق أي سلطة أجنبية أن تفرض قاعدة على القانون الموضوعي أو الإجراءي البريطاني"، إلا أنه أضاف أن "هذه المحاكم تعترف بوجود كتلة من القواعد القانونية التي تسري بين الدول، وأنه متى أثير أمامها نزاع يتطلب تطبيق تلك القواعد فعليها أن تتأكد من وجود القاعدة القانونية الدولية، وأن تتعرف عليها، ومتى تأكدت من ذلك، عليها أن تطبقها باعتبارها جزءاً من قانون البلاد ما لم تتعارض مع تشريع داخلي أو سوابق أقرتها محاكم عليا بريطانيا".<sup>2</sup>

ويظهر لنا أن الشق الأول من هذا المقطع يشير صراحة إلى الإدماج التشريعي، وأن المقطع الثاني يشير إلى الإدماج التلقائي، أو وجوب تطبيق القاعدة الدولية كلما اقتضت المحكمة بأنها القاعدة واجبة التطبيق.<sup>3</sup>

لكن الواقع خلاف ذلك فهذا الحكم يؤكد على الإدماج التلقائي لقواعد العرف الدولي متى لم تكن متعارضة مع نص قانوني، أو سابقة قضائية، وقول اللورد *Atkin* الشهير بأن "لا حججاً لقواعد القانون الدولي أمام المحاكم البريطانية ما لم تعتمد أو تقبل مبادئه بمقتضى قانوننا الوطني" لم يكن يقصد من ورائه أن العرف

<sup>1</sup> - انظر: Roger O'Keefe, Op.cit., p.305; Blake Dawson Waldron, «Adoption of Customary: International Law in Australian Domestic Law», 26 June 2006, p.4,

[<http://www.hrlrc.org.au/files/FZAYZKX1XJ/Customary%20International%20in%20Australi a.Doc>]; Hazel Fox and others, Op.cit., p.518

<sup>2</sup> - انظر: *Chung Chi Cheung v. The king*, AC 160, (1939), <http://www.lawpage.in/case/100737>

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.5.

<sup>3</sup> - انظر:

الدولي ليس جزء من القانون الانجليزي، بل بالعكس، فقد حاول اللورد *Atkin* أن يشرح أن العرف الدولي لا يفرض نفسه ويسود فوق القواعد الوطنية الانجليزية، بل أن القانون الانجليزي هو الذي يعطي للعرف الدولي دوره.<sup>1</sup>

الخلاف حول مكانة العرف الدولي في النظام الداخلي الانجليزي تم حسمه بعد قضية *Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري Central Bank of Nigeria* سنة 1977 والتي فصل فيها اللورد *Denning*، تعود أحداث هذه القضية، إلى أن شركة *Trendtex* باعت حوالي 240000 طن من الاسمنت بقيمة 14 مليون دولار إلى مؤسسات نيجيرية، وقد ضمن البنك المركزي لنيجيريا عملية البيع، إلا أن المشتري رفض فيما بعد دفع ثمن السلعة، ورفض البنك المركزي الوفاء بتعهداته؛ عندها رفعت *Trendtex* دعوى أمام المحاكم البريطانية، أثارت مسألة مدى إمكانية مقاضاة البنك المركزي النيجيري لادعاء البعض بتمتعه بحصانة الدولة النيجيرية.

طرح في هذه القضية مسألة تطور مفهوم الحصانة الخاصة بدولة أجنبية، فالحصانة المطلقة لم تعد تساير الوضع الجديد، وأصبح اليوم ما يعرف بالحصانة النسبية التي تخص فقط تصرفات الخاصة بالسلطة على أساس أنها سلطة عامة وليس التصرفات ذات الطبيعة التجارية؛ لكن البنك المركزي طالب بتطبيق مفهوم الحصانة القديم باعتباره لم يتغير في القانون المحلي البريطاني، لكن المحاكم البريطانية شهدت تطوراً جديداً في كيفية تعاملها مع القواعد العامة للقانون الدولي، حيث اعتبرت هذه المحكمة، وبالأغلبية، أن المنهج السليم لإدماج القواعد العامة للقانون الدولي يتمثل في الإدماج التلقائي، وفي هذه القضية غير اللورد *Denning* رأيه في قضية سابقة<sup>2</sup> اعتمد فيها صراحةً منهج الإدماج التشريعي، وقد أثير في هذه القضية -التي تعلقت بادعاء البنك المركزي لنيجيريا بتمتعه بالحصانة- مسألة انطباق المبدأ المقرر في القانون العام *Common Law* والمتعلق بالسوابق القضائية، فيما يتعلق بإدماج القواعد العرفية الدولية في القانون الداخلي في حالة تغير تلك القواعد العرفية أو نشوء قواعد جديدة، حيث أشار اللورد *Denning* إلى أن قانون الأمم تغير ويتغير باستمرار، مقتبساً مقولة غاليليو والمتعلقة بدوران الأرض: "إنها حقيقة تتحرك" « *But it does move* ». فالقانون الدولي يتغير، والمحاكم البريطانية طبقت هذا التغيير دون حاجة إلى الاستعانة بالقانون الصادر عن البرلمان أو عن مجلس اللوردات،<sup>3</sup> فقد طبقت هذه المحاكم

<sup>1</sup>-انظر: Roger O'Keefe, Op.cit., p.306.

<sup>2</sup>- انظر: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Thakrar*, 1 QB 684, (1974), [\[http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970612/vandt02.htm\]](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970612/vandt02.htm)

<sup>3</sup>- انظر: *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, QB529, (1977), [\[http://www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=41\]](http://www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=41)

التغيرات التي طرأت على العرف الدولي تحت تأثير قوة الرأي العام والمتعلقة باستنكار أو تحريم الرق، فقد طبقت المحاكم البريطانية هذا التغيير رغم عدم صدور قانون يساير ذلك،<sup>1</sup> وقد أشار اللورد *Denning* إلى أن طريقة التحويل لا تمكن من مسايرة التطور على الساحة الدولية للقانون العرفي بل لابد من إتباع طريقة الإدماج، لكون القانون الدولي لا يعرف قاعدة مراعاة السوابق القضائية *«International law know no rule of stare decisis»*، وبالتالي يعد العرف الدولي تلقائياً جزءاً من القانون المحلي الانجليزي دون حاجة إلى الإدماج التشريعي.<sup>2</sup>

#### 4- مدى تطبيق نظرية Black Stone بخصوص العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:

أوضحت قضية *Trendtex Trading Corporation* ضد البنك المركزي النيجيري *Central Bank of Nigeria* سنة 1977 علاقة القانون الانجليزي مع القواعد العرفية الدولية، فهل تنطبق هذه القاعدة بخصوص القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان؟  
للإجابة عن هذا التساؤل سنحاول دراسة بعض القضايا منها:

**قضية *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex parte Pinochet Ugarte*** والمعروفة أيضاً باسم قضية *Pinochet*: لعام 1999، المتعلقة بمحاكمة رئيس دولة الشيلي السابق *Augusto Pinochet* المتهم بارتكاب جرائم كبرى تتعلق بحقوق الإنسان خلال فترة حكمه بعد الإطاحة بنظام *Salvador Allende* منذ سنة 1971.<sup>3</sup>

بعد تخلي *Augusto Pinochet* عن منصب رئاسة الدولة عين كنيان بالبرلمان مدى الحياة، في هذه الأثناء قدمت عدة شكاوى ضده عبر العالم،<sup>4</sup> وقد صدرت مذكرة التوقيف الأولى في حق هذا الأخير من طرف القاضي الاسباني *Baltasar Garzón* في 10 أكتوبر 1998، عندما كان في لندن لتلقي العلاج، بتهمة

<sup>1</sup> - انظر: Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.5; Hazel Fox and others, Op.cit., p.517; Roger O'Keefe, Op.cit., p.307 .

<sup>2</sup> - انظر: Julien Morissette, « Droit public », hiver 2006, p.28, [\[http://Isa.mcgill.a/pubdocs/files/publicinternationallaw/321-provost\\_publicinternationallaw\\_winter2006.doc\]](http://Isa.mcgill.a/pubdocs/files/publicinternationallaw/321-provost_publicinternationallaw_winter2006.doc)

<sup>3</sup> - انظر: Julie Cassidy, Op.cit., p. 130.

<sup>4</sup> - انظر: باية سكاكيني، "العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان"، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر، 2003، ص.60.

التعذيب وإبادة الجنس البشري واخذ الرهائن، منذ توليه الحكم ليس في حق الشعب الشيلي فحسب بل حتى ضد مواطنين من دول أخرى كإسبانيا وبريطانيا،<sup>1</sup> وفي 17 أكتوبر 1998 تم إلقاء القبض على السيناتور *Pinochet* ووضع تحت الإقامة الجبرية، في مستشفى لندن أين خضع لعملية جراحية.<sup>2</sup>

وبتاريخ 02 نوفمبر 1998 أودعت إسبانيا طلب تسليم السيناتور *Pinochet* رسمياً أمام مجلس اللوردات الإنجليزي،<sup>3</sup> عندها دفع محامو *Pinochet* بتمتعه بالحصانة الدبلوماسية، وطعنوا ضد الأوامر الدولية الصادرة في حقه.

أثارت هذه القضية الجدل والنقاش على مستوى مجلس اللوردات، وعلى الخصوص إمكانية القضاء الإنجليزي النظر في هذه القضية ذات البعد الدولي، باعتبار أن فعل التعذيب هذا لم يرتكب في الأراضي البريطانية، ولا من قبل شخص إنجليزي، بالإضافة إلى مدى تمتع رئيس دولة سابق بالحصانة ضد محاكمته على أفعال القتل، التعذيب واخذ الرهائن.<sup>4</sup>

الإجابة عن هذا السؤال أحدثت جدلاً بين المستشارين ذاتهم، خصوصاً بعد طلب المحامي تطبيق القانون البريطاني المتعلق بالحصانة الدبلوماسية لسنة 1978، إذ تمسك كل من اللورد *Hope*، اللورد *Hutton*، اللورد *Goff*، واللورد *Saville*، بأن الفصل 20 المتعلق بقانون الحصانة الدبلوماسية لسنة 1978 يتكلم على أن حصانة رئيس دولة سابق ليست محددة أو مقيدة على تصرفاته داخل المملكة فقط، بينما تمسك اللورد *Philips* أن هذا الفصل يتكلم عن مكانة رئيس دولة وحاشيته عند زيارتهم الدبلوماسية لهذه الدولة، أما اللورد *Brown-Wilkinson* واللورد *Millett* فلم يقررا في هذا الأمر، ومع ذلك ظهرت إرادة مجلس اللوردات برفض طلب *Pinochet*، واعتبر فعل التعذيب المجرم بموجب العرف الدولي جريمة بمقتضى القانون العام الإنجليزي، وذكر اللورد *Millett* أن كل دولة يمكنها تطبيق العرف الدولي عند نظرها لقضايا عابرة للحدود، ويعد القضاء الجنائي الإنجليزي قائم على النص التشريعي في الغالب، لكن يمكن تكميله بالقانون العام، وباعتبار العرف الدولي جزء من القانون العام الإنجليزي، فيمكن للمحاكم الجنائية الاعتماد عليه، والحكم بمقتضاه.

<sup>1</sup> - انظر: Michael Byers, « *The Law and Politics of The Pinochet Case* », 10 (2), D.J.C.I.L., 2000, pp. 415-441 at 417.

<sup>2</sup> - انظر: David Lloyd Jones, « *The Role of Lawyers in "Establishing" Customary International Law in Pinochet Case* », 4, N.S.A.I.L., 2004, pp. 49-58, at pp. 49-50.

<sup>3</sup> - انظر: باية سكاكني، المرجع السابق، ص 61.

<sup>4</sup> - انظر: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No.3), 2 WLR 827, (1999), [<http://www.parliament.uk/business/publications/house-of-lords-publications/>]

وفسر قانون 1978 بما يتوافق مع العرف الدولي، على أساس أن هناك بعض الجرائم الدولية، مثل التعذيب، لا يمكن التغاضي عنها بسبب الحصانة الدبلوماسية لرئيس سابق، وعليه أكد مجلس اللوردات في هذه القضية أن العرف الدولي يمكن أن يقيد تطبيق القانون العام والتشريع عن طريق تفسيرهما بما يتناسب مع القانون الدولي.<sup>1</sup>

وفي مارس 1999، قرر مجلس اللوردات أنه لا يمكن مقاضاة *Pinochet* إلا على الجرائم التي ارتكبتها بعد 1988، أي من الوقت الذي أصدرت فيه المملكة المتحدة البريطانية تشريعا لإدماج الاتفاقية الدولية ضد التعذيب، وقد اسقط هذا التصريح معظم الاتهامات الموجهة ضد *Pinochet* ولكن ليس كلها، وهذا ما أبقى إمكانية تسليمه إلى الحكومة الإسبانية واردة.<sup>2</sup>

فما تجدر ملاحظته، أن مجلس اللوردات في هذا القرار لم يتطرق لإدماج العرف الدولي في المملكة المتحدة، ولم يعتبر التعذيب المرتكب خارج المملكة يدخل في اختصاص القضاء البريطاني قبل صدور الفصل 134 لسنة 1988، وقد أكد اللورد *Browne- Wilkinson* على ذلك وقال أنه كان نفسه لا يعتبر التعذيب جريمة تدخل في اختصاص المحاكم البريطانية قبل ذلك التاريخ، والوحيد الذي أشار إلى العرف الدولي، وتطبيقه في المحاكم الإنجليزية كان اللورد *Millett*، إذ ذكر أن جريمة التعذيب محرمة بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وقد توصل إلى أن الاختصاص العالمي للمحاكم البريطانية كان موجودا بمقتضى العرف الدولي قبل صدور قانون 1988، وبالتالي لا بد من أن يمتد الحكم إلى الجرائم التي ارتكبت قبل ذلك التاريخ.<sup>3</sup>

وفي أبريل 1999، طالبت رئيسة الوزراء البريطانية السابقة *Margaret Thatcher*، ورئيس الولايات المتحدة الأمريكية السابق *George H. W. Bush*، من الحكومة البريطانية إطلاق سراح *Pinochet*، وتركه يرجع إلى بلاده الشيلي، بدل تسليمه إلى إسبانيا، ومن جهة أخرى أشادت مفوضة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان *Mary Robinson* بإعلان مجلس اللوردات بأن التعذيب جريمة دولية يخضع للاختصاص القضائي العالمي، أما المنظمات غير الحكومية لحقوق الإنسان فقد طالبت بإرسال *Pinochet* إلى إسبانيا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر: David Lloyd Jones, «*The Role of Lawyers in...*» Op.cit., pp.51-57; Blake

Dawson Waldron, Op.cit., p.5

<sup>2</sup> - انظر: Naomi Roht-Arriaza, «*The Pinochet Precedent And Universal Jurisdiction*», 35(2), N.E.L.R., (2001), pp. 311- 319 at 313.

<sup>3</sup> - انظر: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No.3), Op.cit.

<sup>4</sup> - انظر: باية سكاكني، المرجع السابق، ص61.



ونظرا لتدهور الحالة الصحية لـ *Pinochet*، قرر وزير الداخلية البريطانية، في مارس 2000، الإفراج عنه، مع السماح له بمغادرة بريطانيا ليتوجه نحو الشيلي.<sup>1</sup>

في الأخير يمكن القول أن القضاء البريطاني، تطرق في محاكمة رئيس الشيلي السابق *Pinochet* إلى مسألتين، المسألة الأولى تتعلق بحصانة رئيس دولة سابق من المحاكمة، وفي هذه النقطة تم تطبيق العرف الدولي، بل وتم تفسير التشريع الموجود (قانون 1978) بما يتوافق مع العرف الدولي، أما المسألة الثانية فتمثلت في إمكانية محاكمة الرئيس الشيلي عن جرائم التعذيب التي ارتكبتها خارج التراب البريطاني، هنا نجد أن المحكمة ربطت المحاكمة بوجود نص اتفاقي ملزم، أي بعد أن أصدرت المملكة المتحدة البريطانية تشريعا لإدماج الاتفاقية الدولية ضد التعذيب سنة 1988، بمعنى انه لا يمكن محاكمة الرئيس السابق *Pinochet* إلا على الجرائم التي ارتكبتها بعد ذلك التاريخ، تطبيقا للمعاهدة الدولية المدججة، وهذا خلاف ما رآه اللورد *Millet*، الذي قال أنه لا بد من محاكمة اللورد *Pinochet* حتى على الجرائم التي ارتكبتها قبل ذلك التاريخ باعتبار أن بريطانيا تطبق العرف الدولي كجزء مدمج في القانون البريطاني بصورة مباشرة، وأن العرف الدولي يحرم ارتكاب جريمة التعذيب.

من هذا الحكم يمكن الاستنتاج أن بريطانيا تفرق بين نوعين من العرف الدولي ذلك الخاص بالقانون المدني وهو يطبق بصورة مباشرة في القانون البريطاني، وبين العرف الدولي المتعلق بالقانون الجنائي وهذا الأخير يدمج بواسطة نص تشريعي، باعتبار أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ويمكن تأكيد هذا الاستنتاج في القضية التالية:

**قضية *Regina ضد Jones***:<sup>2</sup> لسنة 2006، وهي من القضايا الحديثة المتعلقة بتطبيق العرف الدولي في المحاكم البريطانية، تتعلق بقيام ما يقارب 20 شخص ينتمون إلى منظمة المطالبين بالسلام (*Peace protestors*)، بأفعال مجرمة بموجب القانون الجنائي البريطاني، وذلك عندما اقتحموا قاعدة عسكرية في *RAF Fairford* بـ *Gloucestershire* بين شهري فيفري ومارس 2003، وأحدثوا أضرارا متفاوتة في الهياكل والآليات الموجودة في تلك القاعدة، بغرض منع الاعتداء البريطاني /الأمريكي على العراق، وقد كانت حجة الدفاع أن الفعل الذي ارتكبه لم يكن جريمة بموجب القانون الجنائي لسنة 1967، لأنهم كانوا يقاومون اعتداء قامت به كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، عند غزوها على العراق، وهذا الذي يشكل جريمة عدوان

Michael Byers, « *The Law and ...* », Op.cit., p.438.

<sup>1</sup> - انظر:

*R. v. Jones (Margaret) and others*, UKHL 16, 2006,

<sup>2</sup> - انظر:

[<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>]

حسب العرف الدولي، وبالتالي جريمة بموجب القانون البريطاني، لكون العرف الدولي مدمج في القانون الداخلي دون الحاجة إلى نص تشريعي أو قرار قضائي لإدماجه، فمقاومة الاعتداء لا يشكل اعتداء.<sup>1</sup>

لكن مجلس اللوردات رأى أن الأفعال المجرمة في إنجلترا منصوص عليها في القانون الجنائي لسنة 1967، وأن فعل العدوان لا يدخل في قائمة هذه الأفعال، ولقد استدلت المجلس بقضية *Nulyarimma* الاسترالية التي تتعلق بمقاضاة وزراء فدراليين تم اتهامهم بارتكاب جريمة إبادة بسبب إصدارهم سنة 1998 تعديلا لقانون صفة المواطنة لسنة 1993.<sup>2</sup>

وقد ذكر اللورد *Bingham* أن "القانون الدولي لا يمكنه أن يخلق جريمة تنظرها المحاكم الوطنية دون تدخل من البرلمان"، وأنه "يعتقد أن العرف الدولي لا يمكن تطبيقه في المحاكم الإنجليزية إلا إذا سمح الدستور بذلك"، ورفض اللورد *Hoffmann* الاعتراف بأن جريمة العدوان هي جريمة بمقتضى القانون الوطني.<sup>3</sup>

وعليه فقد فشل الدفاع في إثبات أن جريمة العدوان المرتكبة من بريطانيا تعد جزءا من القانون البريطاني في غياب نص التدخل *Statutory intervention*.<sup>4</sup>

للوهلة الأولى يبدو أن هذه القضية تؤيد نظرية الإدماج التحويلي، لكن يمكن تفسير هذا الحكم بطريقة تشبه التفسير الذي قدم في قضية *Keyn*، وذلك بأن الممارسة الدولية فيما يخص وجود جريمة العدوان، فهي غير أكيدة، مثلما أشار اللورد *Hoffmann*، بالإضافة إلى أن تعريف كلمة "عدوان" غير واضح هو الآخر، وإن المادة التي تعرفه في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998 لم تدمج بعد في القانون البريطاني.<sup>5</sup>

ولكن يمكن تفسيره أيضا أن المحاكم البريطانية فيما يخص إدماج العرف الدولي الجنائي يشترط وجود نص تشريعي وأن هذا الحكم يؤكد ما جاء في قضية اللورد *Pinochet* سالف الذكر.

<sup>1</sup>- المرجع نفسه.

*Nulyarimma v. Thompson*, 96FCR 153, (1999),

<sup>2</sup>- انظر:

[<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/2000/4.html>]

Julie Cassidy, Op.cit., p. 130; Robert French, Op.cit.

<sup>3</sup>- انظر:

*R. v. Jones (Margaret) and others*, Op.cit.

<sup>4</sup>- انظر:

Julie Cassidy, Op.cit., p. 130.

<sup>5</sup>- انظر:

لكن من جهة أخرى نجد أن هناك قضايا أكثر تؤكد على أن العرف الدولي مدمج تلقائياً في القانون العام البريطاني، دون الحاجة إلى إدماجه بواسطة تشريع من البرلمان مثلما هو حال المعاهدات الدولية، خصوصاً العرف الدولي الذي يحتوي على بعض حقوق الإنسان، مثل تحريم التعذيب، والتمييز العنصري.

ففي قضية **A. ضد SSHD** مثلاً، نجد أن مجلس اللوردات قد تطرق إلى تحريم التعذيب، والتي نوقش فيها مدى شرعية الأدلة المتحصل عليها من خلال التعذيب في المحاكم الإنجليزية، وقد تم التوصل إلى أن هذا النوع من الأدلة غير مقبول في المحاكم البريطانية، وأن هذه المسألة تهم القانون العام لكونها تتعلق بقاعدة عرفية دولية.<sup>1</sup>

أما قضية **European Roma Rights Centre**<sup>2</sup> فقد نوقش فيها تحريم التمييز العنصري من مجلس اللوردات، وتعود أحداث هذه القضية إلى الممارسات العنصرية في مطار **Prague**، أين اختار أعوان الهجرة في المملكة المتحدة بعض مواطني التشيك الذين أرادوا دخول المملكة ورفضوا طلبهم في ذلك، وقد كان أحد هؤلاء المواطنين ذو أصول رومانية، واعتبر هذا الفعل مثلاً على التمييز العنصري القائم على العرق، وتمسك مجلس اللوردات في هذه القضية أن الأعوان انتهكوا قانون العلاقات العرقية (**s.19B of The Race Relations Act**) لسنة 1976، بالإضافة إلى أن هذا التصرف ينتهك العرف الدولي.<sup>3</sup>

وعليه ما تجدر ملاحظته أن إدماج العرف الدولي في المحاكم البريطانية قد يظهر للوهلة الأولى متذبذباً، أحياناً يأخذ بالإدماج التلقائي، وأحياناً أخرى لا يقبل تطبيقه إلا بموجب نص قانوني داخلي، لكن بالتعمق في دراسة هذا النظام فإنه يظهر بأنه يأخذ، على العموم، بطريقة الإدماج التلقائي، ويعتبر العرف الدولي جزء من القانون العام الإنجليزي، لكن لكل أصل استثناء، كما رأينا فيما يخص العرف الدولي الجنائي، و فيما يلي سنحاول إظهار القيود والاستثناءات الواردة على التطبيق التلقائي للعرف الدولي في المحاكم الإنجليزية.

**ثالثاً: القيود والاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة "العرف الدولي جزء من قانون الأرض":**

<sup>1</sup>- انظر: **A. v. SSHD (N°.2)**, (2005) UKHL 71; (2006)2A.C. 221,

[[www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf)]

<sup>2</sup>- انظر: **Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex**

**parte European Roma Rights Centre and others**, 2004 UKHL 55,

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm>

<sup>3</sup>- انظر: Jack Beatson Fba, Stephan Grosz and others, «**Human Rights :Judicial protection in**

**the United Kingdom**», Sweet & Maxwell- London, 2008, pp.18-19.

لا تملك إنجلترا دستورا مكتوبا، بل مجموعة من القواعد القانونية المستوحاة من حقب مختلفة، بالإضافة إلى عادات ليست بقوانين ولكن لها قيمة القوانين، ومرونة هذا النظام تسمح بإجراء تغييرات في النظام القانوني، وفي المقابل إدخال قواعد جديدة مهما كان محتواها يمكن أن يسبب أزمة دستورية، أي إحداث نزاع بين السلطة التشريعية والحكومة أو بين غرفتي البرلمان،<sup>1</sup> لذا كان إدماج العرف الدولي أو القانون الدولي بصفة عامة يخضع لقيود واستثناءات حتى لا يحدث هذا النوع من التعارض.

### 1- القيود التي يخضع لها القضاء الانجليزي في تطبيق العرف الدولي:

إذا كان العرف الدولي يعد جزءا مدجا في القانون الداخلي البريطاني، فإنه يخضع لقيدين عندما يطبق من القضاء الانجليزي، مثلما يرى الفقيه *Joseph Gabriel Starke*:<sup>2</sup>

**القيود الأول:** ألا تتعارض القواعد العرفية مع التشريعات البريطانية بغض النظر عن تاريخ صدور هذه التشريعات سواء أكان قبل أم بعد ظهور ونشوء القاعدة العرفية، ويؤكد هذا القول قضية *Mortensen ضد Peters*، حيث أشارت المحكمة إلى أن من واجبها، كمحكمة داخلية، تطبيق القانون الداخلي وليس من مهمتها بحث مدى توافق القانون أو مخالفته لقواعد القانون الدولي.<sup>3</sup>

**القيود الثاني:** هو التزام جميع المحاكم الانجليزية على مختلف درجاتها بالتحديد الذي تعطيه المحكمة العليا في بريطانيا لنطاق القواعد العرفية الدولية أي بالتفسير الذي تعطيه المحكمة العليا لهذه القواعد. ويرى الفقيه *Starke* أن على المحاكم الانجليزية مراعاة هذين القيدتين حتى ولو أدى الالتزام بهما إلى مخالفة القاعدة العرفية الدولية، وأن مخالفة هذه القواعد العرفية لا تعد شأنا قضائيا وإنما مسألة تدخل في علاقة الحكومة مع غيرها من الدول، وهذا تضييق لما كان عليه الأمر من قبل القرن الثامن عشر عندما أطلق بلاك ستون عبارته الشهيرة التي ذكرناها سابقا وهي "القانون الدولي جزء من القانون الانجليزي".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Charles Rousseau, «Les Traits Internationaux dans le Système Juridique Anglais», 3 (4), R.G.D.I.P., 1966, p.964.

<sup>2</sup> - انظر: J. G. Starke, «Introduction to International Law», 10<sup>th</sup> édition, Butterworths- London, 1989, pp. 77-78، نقلا عن علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص.ص. 180-181.

<sup>3</sup> - انظر: *Mortensen v. Peters*, 1(2), A.J.I.L., 1907, pp. 526-543.

<sup>4</sup> - انظر: J. G. Starke, Op.cit., pp. 77-78، نقلا عن علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص.ص. 180-181.

وسنحاول توضيح هذين القيدتين عند دراسة المكانة التدريجية للعرف الدولي في النظام الانجليزي في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة.<sup>1</sup>

## 2- استثناءات تطبيق العرف الدولي في المحاكم البريطانية:

بالإضافة إلى القيدتين المذكورين أعلاه فإن المحاكم الداخلية الانجليزية لا تطبق القواعد العرفية الدولية كاستثناء من الأصل العام في حالة:

أ- الأعمال الصادرة عن الحكومة، مثل إعلان حالة الحرب أو ضم إقليم، فلا تختص المحاكم بنظرها وبحثها حتى ولو كانت هذه الأعمال تتضمن خرقاً لقواعد القانون الدولي،<sup>2</sup> فمتى قررت السلطة المختصة قيام حالة الحرب، فإن المحاكم تلتزم بهذا القرار، ولا تملك الخروج على مقتضاه أو القضاء بعكسه، وقد أرسى قضاء الغنائم البريطاني هذا المبدأ منذ زمن طويل، إذ استقر على أن الملك وحده -طبقاً للقانون ودستور الدولة- له سلطة إعلان الحرب أو السلام.<sup>3</sup>

كما استقر العمل أن المحاكم الانجليزية تلتزم بموقف الحكومة بالنسبة للمسائل التي تقع في نطاق سلطات وامتيازات التاج الانجليزية، فهي ملزمة بالعمل لتوجيهات هذه الأخيرة بمقتضى الدستور، مثل الاعتراف بالدول والحكومات الفعلية *de jure facto* وطبيعة أعمال السيادة والامتيازات والحصانات والامتيازات الخاصة بالمبعوثين الدبلوماسيين، فالمحاكم الانجليزية تعتبر نفسها مقيدة بسلطات التاج، فكل ما يتعلق برجال الدولة وكيفية معاملة الأجانب يعد من أعمال السيادة التي لا تدخل في اختصاص القضاء الوطني حتى ولو كانت هناك صعوبات في التوفيق بين الحكومة وقواعد القانون الدولي العرفي، فعملية التصالح والمفاوضات المبرمة بين الدول تحكمها قوانين أخرى غير تلك التي تطبقها المحاكم الوطنية، فليس للمحاكم السلطة في تقرير ما هو عادل أو تنفيذ أي قرار يمكن أن تصدره الحكومة، كما أنه ليس لها أن تأمر الحكومة أو تقيدها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - هذا القيد متجادل بشأنه، كما سندرسه في المبحث الأول المتعلق بمكانة العرف الدولي في المحاكم الانجليزية، من الفصل الثاني، من هذه الرسالة، ص 98.

<sup>2</sup> - انظر: Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p. 60.

<sup>3</sup> - انظر: J. G. Starke, Op.cit., p.78، نقلاً عن علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص 181.

<sup>4</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 218؛ Charles Rousseau, «Les Traits...», Op.cit., p.963.

فالمحاكم الانجليزية مستعدة لتطبيق العرف الدولي في نظامها الداخلي بصفة تلقائية لكن هذا لا يعني المبالغة في تقيمه، لأنها من جهة أخرى تمتنع عن التدخل فيما يسمى "امتياز سلطة التاج" أو أعمال السيادة في إدارة العلاقات الخارجية.<sup>1</sup>

ب- العرف الدولي المتعلق بالقانون الجنائي، إن كان الأصل أن المحاكم البريطانية تطبق العرف الدولي كجزء من قانون البلاد، فإننا في اغلب القضايا التي نجدها تتعلق بتطبيق العرف الدولي الجنائي، نجد القضاة يذكرون ضرورة وجود نص تشريعي لإدماج تلك القاعدة، ومن الأمثلة على ذلك، نجد قضية *الملكة ضد Keyn* سنة 1876، أين رفض مجلس اللوردات في هذه القضية إدانة قائد السفينة الألمانية لغياب نص تشريعي،<sup>2</sup> كما نجد مثل هذا التصريح في قضايا أكثر حداثة مثل قضية *Pinochet (No 3)* سنة 1999، أين صرح اللورد *Browne- Wilkinson* "أن لا احد من القضاة اعتبر جريمة التعذيب المجرمة بمقتضى القانون الدولي، جريمة في القانون الوطني الانجليزي قبل صدور قانون 1988 المتعلق بإدماج الاتفاقية الدولية ضد التعذيب،<sup>3</sup> وقضية *R. Jones ضد*، أين صرح اللورد *Bingham* أن "القانون الدولي لا يمكنه أن يخلق جريمة تنظرها المحاكم الوطنية دون تدخل من البرلمان"، وأن "العرف الدولي لا يمكن تطبيقه في المحاكم الانجليزية إلا إذا سمح الدستور بذلك"، ورفض اللورد *Hoffmann* الاعتراف بأن جريمة العدوان هي جريمة بمقتضى القانون الوطني.<sup>4</sup>

وعليه نقول أن العرف الدولي مدمج بطريقة مباشرة في النظام الأنجلوساكسوني، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ وجدت عليها قيود واستثناءات أهمها تلك المتعلقة بالعرف الجنائي، أي عندما تُجرم القاعدة العرفية فعلا معيناً، فيشترط في هذه الحالة تدخل المشرع البريطاني.

وفيما يلي سنحاول التطرق في المطلب الثاني إلى إدماج العرف الدولي في الدول المتبعة للنظام الأنجلوساكسوني، وفي هذا المطلب سنحاول دراسة كيفية إدماج العرف الدولي في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، استراليا، كندا، ونيوزيلندا.

---

Maurice Mendelson, Op.cit., p. 83.

1- انظر:

2- راجع الصفحة 54 عند التكلم عن مدى تطبيق نظرية BlackStone في القرن التاسع عشر

3- انظر: *Reginav. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)*, Op.cit.

راجع الصفحة 61

Julie Cassidy, Op.cit., p. 130; Robert French, Op.cit.

4- انظر:

راجع الصفحة 63

## المطلب الثاني: إدماج العرف الدولي في الدول المتبعة للنظام الأنجلوساكسوني:

في هذا المطلب سنتطرق إلى إدماج العرف الدولي في نظم المستعمرة البريطانية السابقة، وإلى أي مدى اتبعت هذه الدول المبدأ البلاكستوني في إدماجها للقاعدة العرفية، وهل أثر القانون الإنجليزي عليها؟

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول إدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي، أما الفرع الثاني فتطرقنا فيه إلى إدماج العرف الدولي في كل من استراليا، كندا ثم نيوزيلندا.

### الفرع الأول: إدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي:

من أكثر النظريات انتشاراً لإدماج العرف الدولي في النظام الأمريكي هي أن العرف الدولي كان جزءاً من القانون العام الإنجليزي، وبالتالي أصبح جزءاً من قانون المستعمرة الأمريكية، وبقي كذلك حتى بعد تشكيل الولايات المتحدة الأمريكية عام 1776، وتبنيها دستورها عام 1789.<sup>1</sup>

لكن بالرجوع إلى نصوص الدستور لا نجد نصاً صريحاً واضحاً يتكلم عن العرف الدولي مثلما هو الحال بالنسبة للمعاهدات الدولية في نص المادة السادسة من الدستور أو ما يطلق عليها *بنده السمو*، حيث تنص هذه المادة على أن "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي يجب أن تكون متوافقة معه وجميع المعاهدات المبرمة أو يجب أن تبرم تحت سلطة الولايات المتحدة الأمريكية تكوّن القانون الأسمى للبلاد"، فلا نجد ذكراً للعرف الدولي إلا بنص المادة الأولى من الدستور التي تنص في فقرتها الثامنة التي تتكلم عن "تكليف الكونغرس بسلطة تحديد ومعاقبة أي إساءة أو انتهاكات تمس قانون الأمم"، وبالرغم من ذلك فهو مطبق من طرف محاكمها، كجزء من *قانون الأرض*، أو *على الأقل كمصدر من مصادر القانون المحلي*.<sup>2</sup>

### أولاً: الأساس القانوني لإدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي:

خلال القرن الثامن عشر وبدايات القرن التاسع عشر كان القانون الدولي جزءاً من القانون الأمريكي، لكونه يعتمد على فكرة القانون الطبيعي، فلم يكن ينظر للعرف الدولي، أو ما كان يعرف بقانون الأمم، كأنه ناتج

Harold H. Sprout, Op.cit., p.282.

<sup>1</sup> - انظر:

Ying-jen lo, « *Monist Lawyers and Dualist Judges, Human Rights Advocacy for International Law in U.S. C* », A Dissertation submitted to the Division of Research and Advanced Studies of the University of Cincinnati 2002, p.51; Iñez Seidl Hohenveldern, Op.cit., pp. 91-92; Louis Henkin, « *International Law in the United States* », 82 (5-6), M.L.Rev., April/ May 1984, pp.1555-1561.

<sup>2</sup> - انظر:

عن سلطة معينة، ولا نابعا من أي مصدر سيادي بل كان مشتقا من المشاركة الجماعية المتواترة لمجموعة من الدول، فهو مجموعة من مبادئ القانون الطبيعي والعادات الدولية.

فحسب كلمات القاضي *Holmes* "فإن القانون العام الجماعي هو مجموعة من القوانين السامية على أي دولة محددة، لكنها ملزمة بها، إلا إذا تغيرت أو حتى تتغير عن طريق القانون"، ومع ذلك تلجأ المحاكم الأمريكية إلى هذه المجموعة الموجودة مسبقا من القوانين الغير مرتبطة بسلطة معينة،<sup>1</sup> هذا على الأقل إلى غاية عهد *Grotius* أين بدأ يفهم أن لقانون الأمم جانب وضعي.<sup>2</sup>

وربما لهذا السبب لم ينص الدستور الأمريكي صراحة على العرف الدولي في نصوصه، مثلما فعل مع المعاهدات الدولية، إلا أن هذا السكوت أثار تساؤلات حول دور العرف الدولي في القانون الوطني الأمريكي، فهل مثلا يندرج العرف الدولي ضمن البند الثاني من المادة 6 من الدستور الأمريكي المتعلقة بالسمو مثل المعاهدات الدولية والقوانين الفيدرالية؟ أم ضمن القوانين التي تتطلب فيها المادة 2 من الرئيس أن يأخذها في الاعتبار عند التنفيذ؟ أم ضمن القوانين الأمريكية المذكورة في المادة 3 المتعلقة بالضمانات القضائية للمحاكم الفيدرالية؟<sup>3</sup>

المادة 6 من الدستور: تثار فكرة مكانة العرف الدولي ضمن بند سمو في المادة السادسة من الدستور الأمريكي، عند التكلم عن إمكانية تطبيق حكم الإعدام مثلا، أو أي مسألة يثار فيها تطبيق العرف الدولي، خصوصا أن هذا حكم الإعدام لا يزال مطبقا في بعض الولايات الأمريكية، بالرغم من الاعتراض عليه من العديد من أنصار حقوق الإنسان، الذين يستندون في تحريمه على العرف الدولي، ومدى تطبيقه في النظام الأمريكي.<sup>4</sup>

لكن نص سمو لا يذكر قانون الأمم صراحة بل ينص على أن "هذا الدستور، وقوانين الولايات المتحدة المتوافقة معه، وجميع المعاهدات المبرمة أو التي يجب إبرامها تحت سلطة الولايات المتحدة تكون القانون الأسمى

<sup>1</sup> - انظر: Curtis A. Bradley, «*The Status of Customary International Law in U.S. Court –before and After Erie*», 26 (5),D.J.I.L.P., 1998, p.812

<sup>2</sup> - انظر: William S. Dodge, «*Customary International Law and the Question of Legitimacy*», 120, Harv.L.R., Feb. 2007, pp. 21-22  
[\[http://www.harvardlawreview.org/forum/issues/120/feb07/dodge.pdf\]](http://www.harvardlawreview.org/forum/issues/120/feb07/dodge.pdf).

<sup>3</sup> - انظر: William S. Dodge, «*After Sosa : The Future of Customary International Law in the United States* », 17,Willamette J.Int.L. & Dispute Resolution, 2009 , pp. 21-48 at 22.

<sup>4</sup> - انظر: William S. Dodge, «*Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System After Sosa v. Alvarez-Machain* », 12 (1), T.J.C.I.L., 2004, pp. 87-108 at 104.



للبلاد"، ويمكن فهم إهمال ذكر مكانة العرف الدولي بالنظر إلى القانون السائد في المنطقة، وذلك لأن قانون الأمم كان قانوناً عاماً جمعياً *general common law*، وسبق اعتباره ملزماً للولايات، باعتباره ناجم عن الإرادة العامة للجماعة الدولية، وبالتالي لم تكن هناك حاجة لذكره أو النص عليه؛ فقانون الأمم آنذاك لم يكن ينظر إليه كشيء مفروض من الحكومة الأمريكية الجديدة على الولايات، بل كان ملزماً ومقبولاً من الولايات حتى قبل قيام الحكومة الأمريكية، إذ اعتبر "محصناً" « *Immutable* » كما ذكر الفقيه *Emmerich De Vattel*<sup>1</sup>، بمعنى أنه لا يمكن تغييره من المشرع؛ وقد كتب القاضي *James Iredell* "أن المشرع لا يملك الحق في التصرف في قانون الأمم"؛ وعليه فالتوقعات آنذاك هي أن قانون الأمم يجب أن يلزم الدول بنفس طريقة الدستور، القانون الفديريالي والمعاهدات، ومع ذلك تم إهمال نصه في بند السمو (أي نص المادة 6).<sup>2</sup>

ويلاحظ كذلك أن المادة السادسة من الدستور تنص على مصطلح "قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي يجب أن تتوافق مع الدستور"، فيمكن الفهم أن هذه الفقرة قد تضم في طياتها العرف الدولي.

المادة 2 من الدستور والمتعلقة بالقوانين التي يطلب من الرئيس أن يأخذها في الاعتبار عند التنفيذ، تحيل إلى كلمة "قوانين" بالمعنى الواسع التي يلزم الرئيس بتنفيذها، وهذا ما دفع البعض للاعتقاد بأنها تشمل كذلك العرف الدولي.

المادة 3 من ذات الدستور: استعملت هذه المادة عبارة ضيقة: "قانون الولايات المتحدة الأمريكية" في وصفها للقضايا التي تنظرها المحاكم الفديريالية، حيث تنص في فقرتها الثانية على أن "تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المبرمة أو التي ستبرم بموجب سلطتها...". بل نجد أن مداولات إنشاء الدستور حذفت جملة "التي ينظرها المشرع" من نص المادة 3، بما قد يفيد إدخال قانون الأمم في الأحكام القضائية.<sup>3</sup>

وعلى العموم نجد أن أهم القضايا التي يطبق فيها العرف الدولي، خاصة المتعلقة بحقوق الإنسان، تكون عند تطبيق قانون الدعاوى الأجنبية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية *(ATCA)* *The Alien Tort Claims Act* ،

<sup>1</sup>-انظر: *Emmerich De Vattel, «The Law of Nations Principles of the Law of Nature: Preliminaries § 9, 1758, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns»*, نقلاً

عن: William S. Dodge « *Bridging Erie...* », Op.cit., p. 106.

William S. Dodge, Ibid., pp.25-27.

<sup>2</sup>- انظر:

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 21.

والذي أصبح يسمى بعد ذلك بقانون الدعاوى الأجنبية *The Alien Tort Statute (ATS)* وهو قانون تم اعتماده من الكونغرس الأمريكي عام 1789، يدمج قانون الأمم في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، فهذا القانون يعطي المحاكم الفدرالية الاختصاص على الدعاوى المدنية التي يرفعها الأجانب بشأن الأضرار الناتجة عن انتهاك قانون الأمم أو معاهدة دولية مصادق عليها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية تستحق التعويض، ولا يشترط أن تكون أفعال المدعى عليه قد وقعت على أراضي الولايات المتحدة الأمريكية، أو أن المدعى عليه مواطن أمريكي،<sup>1</sup> وقد وضع هذا القانون من اجل تجنب التعارض بين القانون الأمريكي والقانون المتعارف عليه دولياً.<sup>2</sup>

وحسب حكم محكمة الاستئناف للدائرة الثانية لولاية نيويورك في قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* سنة 1980، فإن قانون الدعاوى الأجنبية *ATS* يتعلق بمسائل القضاء الفيدرالي الذي يندرج تحت نص المادة الثالثة من الدستور.<sup>3</sup>

بالإضافة إلى نصوص الدستور يستند البعض إلى الإعلان المتعلق بالعلاقات الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية، في فصله الثالث الذي ينص على أن: "المعاهدات الدولية والعرف الدولي يتم تنفيذهما على السواء من محاكمنا:

- القانون الدولي والاتفاقيات الدولية الأمريكية يعتبران من قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، ويسموان على قوانين مختلف الولايات..."<sup>4</sup>

بجانب السندات السابقة يوجد عدد كبير من الأحكام القضائية، لعل أهمها ما ذكرته المحكمة العليا سنة 1900 في قضية *the Paquete of Habana* التي كرست فكرة التطبيق التلقائي للقانون الدولي العام.

وتتلخص وقائع هذه القضية في كون *The Paquete Habana* و *La Lola* مركبتين إسبانيتين صغيرين للصيد تم الاستيلاء عليهما من سفن حرب أمريكية بالقرب من السواحل الكوبية أثناء الحرب الإسبانية-الأمريكية، وأن المدعي رفع استئنافين ضد قرارين اتخذتهما مقاطعة فلوريدا اعتبرت بموجبها قاربي الصيد المملوكين للمدعي وحمولتهما غنيمة حربية، وكان هذان القاربان ينطلقان من هافانا ويعملان بانتظام داخل المياه الكوبية،

---

<sup>1</sup> - انظر: 28 U.S.C., Part IV, Cha. 85 § 1350

<sup>2</sup> - انظر: John Kane, « *International law from the Trial Judge's Vantage Point* », 35(3/4), D.J.I.L.P., 2007, pp. 379-387 at 382.

<sup>3</sup> - انظر: Daniel H. Joyner, « *A Normative Model For The Integration of Customary International Law into United States Law* », 11(1), D.J.C.I.L, 2001, pp. 133- 156 at 135.

<sup>4</sup> - انظر: *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, § 11, Op.cit.

رافعين علما كوبيا، أما صاحبهما فهو كوبي المولد يعيش في هافانا، وكانت حمولة القارين لدى ضبطهما تتألف من اسماك طازجة، ويبدو أن أيا من الربانين لم يكن يعرف أن هناك حالة حرب قائمة بين اسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية، وأن الأخيرة أعلنت حالة حصار على الموانئ الاسبانية إلا بعد الاستيلاء على القارين؛ وسبق القاريان وحمولتهما إلى *Key West*، وأصدرت محكمة المقاطعة المركزية قرارا ببيع القارين وحمولتهما؛ لكن المحكمة العليا قضت برد القارين والتعويض، وبنت قضاءها على أن العرف الدولي المتفق عليه بين الدول المتحضرة يقضي بترك قوارب الصيد دون التعرض لها أو الاستيلاء عليها كغنيمة حرب، إن كانت غير مسلحة وتقوم بعملها بصورة سليمة.<sup>1</sup>

وفي تسبب القرار القاضي بإعادة المركبين مع التعويض عن الأضرار الناجمة نقرأ المقطع التالي: "يشكل القانون الدولي جزءا من قانوننا الوطني واجب التطبيق من رجال القانون المختصين، كلما حدث نزاع يستدعي تطبيقه من المحاكم، وفي هذا السياق يجب اللجوء إلى العرف وعادات الأمم المتحضرة، في حالة عدم وجود معاهدة، أو قرار صادر عن السلطة التنفيذية أو نص من السلطة التشريعية، أو سابقة قضائية".<sup>2</sup>

ومنذ هذه القضية تمسكت المحكمة العليا باستمرار أن العرف الدولي هو قانون لأمريكا.<sup>3</sup>

في الأخير، نستنتج أن عدم وجود نص صريح في الدستور الأمريكي لم ينف فكرة أن العرف الدولي مدمج في المحاكم الأمريكية، بل أن المؤيدين للقاعدة العرفية خصوصا في مجال حقوق الإنسان يستندون أن القاعدة العرفية مدمجة في النظام الأمريكي قبل صدور الدستور، وبعده بطريقة ضمنية تفهم من نصوصه، ومن القضايا التي ناقشتها المحاكم الأمريكية.

لكن فكرة أن العرف الدولي مدمج في المحاكم الأمريكية، لا توضح ما إذا كان هذا الإدماج يتم تلقائيا أم لا بد من الحصول على ترخيص من الكونغرس الأمريكي لتطبيقه في المحاكم الأمريكية.

**ثانيا: مدى ضرورة الحصول على ترخيص من الكونغرس لتطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق**

**الإنسان**

Edwin D. Dickinson, Op.cit, p.330.

<sup>1</sup> - انظر:

*The paquette of Habana*, , 175 US 677, 8 January (1900),

<sup>2</sup> - انظر:

[<http://www.vlex.us/generic/dispatch.asp?vid=120035347.3-115k>]

Ying-jen lo, Op.cit., p.50.

<sup>3</sup> - انظر:

يوجد موقفان بخصوص إدماج العرف الدولي داخليا في النظام الأمريكي، الأول يقول أن العرف الدولي يظهر كنوع من القانون الفيدرالي العام *federal common law*، وبالتالي فهو يدمج تلقائيا في قانون الولايات المتحدة الأمريكية، ويطبق من المحاكم متى سنحت الفرصة، أما الموقف الثاني فيصر على أن المحاكم لا يمكنها تطبيق العرف الدولي من تلقاء نفسها وأنه لا يحق إلا للسلطة السياسية إدماجه، بل أن فكرة كون العرف الدولي يعد قانون فيدرالي تهدد مبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار أن السلطات السياسية ستكون مقيدة بالتفسير القضائي للقاعدة العرفية.<sup>1</sup>

بل هناك من يرى أن المبدأ المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لنفاذ المعاهدات في النظام القانوني الداخلي، والذي يقضي بتقسيم المعاهدات إلى معاهدات قابلة للنفاذ تلقائيا *self-executing*، ومعاهدات غير قابلة للنفاذ تلقائيا *Non-self-executing*، يطبق أيضا على العرف الدولي، ويستند هذا الاتجاه إلى أن القواعد العرفية الدولية تنقسم في الواقع إلى قواعد عرفية نافذة تلقائيا *self-executing custom*، وقواعد غير نافذة تلقائيا *Non-self-executing custom*.

ومثال القواعد الأولى، القواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، ومنها القاعدة العرفية التي تحظر الاحتجاز التعسفي غير المحدد المدة، فهذه القواعد يستفيد منها الأفراد مباشرة، وهي تطبق بقوتها الذاتية أمام القضاء، بمعنى أنها لا تحتاج إلى قاعدة مساعدة تفسر الحقوق والحريات؛ و القواعد الثانية تتعلق بالمسائل الدبلوماسية وممارسات الحكومات المختلفة في علاقاتها مع بعضها البعض.<sup>2</sup>

وقد احدث كل من الأستاذين *Jack Goldsmith* و *Curtis Bradley* سنة 1997 ضجة في دراسة القانون الدولي، عند مناقشتهم لقرار المحكمة العليا في قضية *Erie Railroad Co. ضد Tompkins*، لسنة 1938،<sup>3</sup> وذلك بإشارتهما إلى أن تطبيق المحاكم الفيدرالية للعرف الدولي غير مشروع دون إذن مقدم من

<sup>1</sup> - انظر: David Ginn, Op.cit ; Michele Maria Porcelluzzi, Op.cit ;

Lea Brilmayer, « *International Law in American Courts : a Modest Proposal* », 100(8), Y.L.J., (1991), pp.2277-2314 at 2289 ;

Katheleen M. Kedian, « *Customary international Law and International Human Rights Litigation in United States Courts : Revitalizing the Legacy of the Paquete Habana* », 40(6), Wm & Mary L. Rev., (1999), pp.1395-1425 at 1422.

<sup>2</sup> - انظر: Frederic L. Kirgis, « *Federal Statutes, Executive Orders and (Self-Executing Custom)* », 81(2), A J.I.L., (1987), pp. 371-390 at 371-375.

<sup>3</sup> - انظر: *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64, (1938)

[<http://supreme.justia.com/us/304/64/case.html>]

الكونغرس، باعتبار أن العرف الدولي لم يعد قانونا فيديرياليا، عندما ذكرت المحكمة العليا في هذه القضية، أن المحاكم الفديريالية لا تملك سلطة قضائية في إنشاء القواعد العامة الفديريالية.<sup>1</sup>

وأستند الأستاذان *Jack Goldsmith* و *Curtis Bradley* لتأكيد رأيهما بأنه لا يمكن تطبيق العرف الدولي دون ترخيص من الكونغرس، إلى ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها في القرن التاسع عشر، مثل ما نجده في قضية *Paquette of Habana* لسنة 1900 بأنه يجب على المحاكم الأمريكية تطبيق العرف الدولي، في حالة عدم وجود معاهدات أو قرارات تنفيذية أو تشريعية أو أحكام قضائية.<sup>2</sup>

لكن يمكن الرد على هذا القول بأن شروط إدماج قاعدة قانونية دولية في النظام الداخلي يختلف عن المكانة القانونية التي تمنح لهذه القاعدة أمام القانون المحلي.

ويبدو أن قرار المحكمة العليا لسنة 2004 في قضية *Sosa ضد Alvarez-Machain* يرفض هذا القول، باعتبار أن المحاكم الفديريالية يمكنها تطبيق العرف الدولي في قضايا قانون الدعاوى الأجنبية دون إذن يقيد القضاء، وتعود وقائع هذه القضية إلى سنة 1990، أين تم اختطاف الدكتور المكسيكي *Alvarez-Machain Humberto* من طرف وكالة مكافحة المخدرات، بمساعدة مجموعة من المكسيكيين بمن فيهم *Jose Sosa*، لجلبه للمحاكمة في الولايات المتحدة الأمريكية، بعد اتهامه بالمشاركة في قتل وتعذيب عون أمريكي في وكالة مكافحة المخدرات *Enrique Camarena Salazer* في المكسيك، وهذا بعد رفض الحكومة المكسيكية تسليمه.<sup>3</sup>

وبالرغم من ذلك فإننا لا نزال نجد الأستاذين *Jack Goldsmith* و *Curtis Bradley* متمسكين بموقفهما السابق، وقد انضم إليهما في ذلك البروفيسور *David Moore*، على أساس اعتقادهم أن قضية *Sosa* في حقيقة الأمر تؤيد حججهم، باعتبار أن المحكمة العليا في هذه القضية لم تنكر التغيرات التي حصلت في القانونين الدولي والوطني خلال القرنين الماضيين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر: William S. Dodge, « Customary international... », Op.cit., p.19.

ارجع إلى مكانة العرف الدولي في المحكم الأمريكية، قضية *Erie* ص 106

<sup>2</sup> - انظر: Curtis A. Bradley, Op.cit., p.814-815.

<sup>3</sup> - انظر: *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, (2004),

[<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZS.html>]

<sup>4</sup> - انظر: William S. Dodge, « Customary international law ... », Op.cit.,

p.19.

ففي هذه القضية، نجد أن أهم حجة قدمها المدعى عليه *Sosa* أمام المحكمة العليا الأمريكية، هي أنه لا يمكن التقاضي بموجب قانون الدعاوى الأجنبية، أي لا يمكن الاعتداد بالعرف الدولي، إلا بعد أن يمنح الكونغرس الموافقة الصريحة بذلك (*an express cause of action*)، وهي نفس الفكرة التي اعتمدها القاضي *Bork* في رأيه عام 1984 في قضية *Tel-Oren* ضد الجماهيرية الليبية العربية، حيث كتب أن اتخاذ إجراء من قبل الكونغرس كان ضروريا لخلق الحق في التقاضي بموجب قانون الدعاوى الأجنبية من أجل انتهاك العرف الدولي.<sup>1</sup>

لكن بالرجوع إلى رأي المحكمة العليا في قضية *Sosa* نجد أنها قد رفضت هذه القراءة، أي القول بأنه لا يمكن تطبيق العرف الدولي دون وجود تصريح من الكونغرس، مشيرة إلى أن تطبيق العرف الدولي دون إجماع صريح، أو موافقة صريحة من الكونغرس، لم يتم تبنيه من المحكمة العليا على أنه وضع جديد ولكن بصفته الوضع الأصلي،<sup>2</sup> فالحاكم الفيدرالية يمكنها تطبيق قانون الأمم، دون حاجة إلى أي تصرف من الكونغرس، وذلك لكونه يعد جزءا من القانون العام، كما كتب *Black Stone* "أن قانون الأمم تبناه القانون العام برمته، ويحتل مكانة بكونه جزء من قانون البلاد"، وباعتبار أن المستعمر الإنجليزي جلب معه هذا المبدأ إلى أمريكا، فقد طبقته المحاكم الأمريكية في حالات عدة.<sup>3</sup>

في الأخير يمكن القول أن أغلبية الفقهاء يرفضون فكرة أن قضية *Erie* أغلقت الباب أمام سلطة المحاكم الفيدرالية لتطبيق العرف الدولي كقانون عام؛ فمنذ قرنين كانت أمريكا تعترف أن قانون الأمم جزء من القانون الوطني، لذا فمن غير المنطقي افتراض أن مجلس الشيوخ الأول قد توقع أن تفقد المحاكم الفيدرالية تنفيذ القواعد الدولية لكون القانون العام فقد بعض الميثافيزيقا لصالح المذهب الواقعي الحديث، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قضية *Sosa*<sup>4</sup>

### ثالثا: مدى التزام القاضي الأمريكي بتطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:

إذا كان الرأي الغالب أن القانون الدولي العام يعد جزءا من القانون الأمريكي، فما مدى التزام القاضي الأمريكي بتطبيقه في محاكمه؟

<sup>1</sup> - انظر : *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, (1984),

<http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/tel-oren-726F2d774.html>

<sup>2</sup> - انظر : William S. Dodge, « Customary international ... », Op.cit., p.20.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 21-22.

<sup>4</sup> - انظر : Curtis A. Bradley, Op.cit., p.811.

1- تطبيق العرف الدولي بواسطة المحاكم الأمريكية: إن فكرة كون القانون الدولي العام يعد جزءا من قانون البلاد التي قبلت في النظام الأمريكي، تقتضي أن تقوم المحاكم الأمريكية بتطبيق القانون الدولي والعمل بموجبه من تلقاء نفسها، وعلى هذا الأساس طبقت المحاكم الأمريكية العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في أكثر من قضية، مستندة عموما على قانون الدعاوى الأجنبية، منها:

أ- **قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* عام 1980**، تتعلق وقائعها بقيام أب و ابنته من البراغوي برفع دعوى قضائية بموجب قانون الدعاوى الأجنبية، ضد مسؤول شرطة براغويي على أنه قام بانتهاك القانون الدولي، لتسببه بوفاة ابن وأخ المدعين نتيجة التعذيب الممارس من هذا المسؤول.

وقد طبقت محكمة استئناف نيويورك العرف الدولي باعتباره جزءا من قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، مقرر أن العرف الدولي يحرم التعذيب الممارس من الجهات الرسمية، ولا يعترف بأي تمييز في المعاملة بين المواطنين والأجانب، وكانت محكمة أول درجة قد قضت برفض الدعوى بسبب عدم الاختصاص القضائي، غير أن محكمة الاستئناف قضت بإلغاء الحكم الأول، وباختصاص المحاكم الأمريكية بنظر الدعوى، استنادا إلى أن أفعال التعذيب التي يرتكبها موظف في الدولة ضد شخص محتجز (محبوس) تعد خرقا لقواعد العرف الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان،<sup>1</sup>

ولكن خوفا من تدفق القضايا المرفوعة من الأجانب ضد حكوماتهم بسبب انتهاك حقوق الإنسان فإن المحاكم الفيدرالية أصبحت تتحجج في كثير من الأحيان بأن هذه المسائل هي مسائل سياسية،<sup>2</sup> ومثالها قضية ***Sarei ضد Rio Tinto***.<sup>3</sup>

ب- **قضية *Sosa ضد Alvarez-Machain***: تعد هذه القضية، سالفه الذكر،<sup>4</sup> من أهم القضايا التي يعتد بها الأكاديميون لتبيان إدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي. فقد ناقش الدكتور *Alvarez-Machain* أن عملية الاختطاف القسري الذي قامت به وكالة مكافحة المخدرات، غير مشروع ومخالف للعرف الدولي، وبالتالي لا يجوز تقديمه إلى المحاكمة على قتل العون الأمريكي على أساسه، غير أن المحكمة العليا رأت أن ذلك السلوك (الاختطاف القسري) لا يؤثر في حكم محكمة المقاطعة، وأنه لا يهمها كيف وصل المتهم أمامها.

*Filartiga v. Pena-Irala*, Op.cit.

<sup>1</sup> - انظر:

John Kane, Op.cit, p.383.

<sup>2</sup> - انظر:

*Sarei v. Rio Tinto*, 9 th Cir., PLC,456 F. 3d 1069, 1117-20, (2006),

<sup>3</sup> - انظر:

[ <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf> ] .

<sup>4</sup> - راجع ص 75.

قرار المحكمة العليا هذا خلق قلقا دوليا، وتمت إدانته حتى من الدول الصديقة للولايات المتحدة الأمريكية،<sup>1</sup> ووصفه القاضي *Stevens* بالرهيب،<sup>2</sup> لكونه قد يعد تشجيعا لعمليات اختطاف أخرى من هذا القبيل، وهذا بعدما تمسكت المحكمة العليا بأن تصرف وكالة مكافحة المخدرات في اختطافها لأجنبي من بلده الأصلي، وجلبه إلى الولايات المتحدة الأمريكية ضد إرادته، من أجل محاكمته، والذي يعد مناقضا ومخالفا لأي معاهدة تبادل للأسرى، لا يؤثر في اختصاص محكمة المقاطعة الأمريكية *District court*، وتمسكت المحكمة بأن المعاهدات لا تمنح للأفراد حقوقا إلا إذا ذكر ذلك صراحة أثناء التصديق عليها، أما بالنسبة للعرف الدولي فإن المحكمة غير أكيدة بوجود مثل تلك القاعدة، وعلى هذا الأساس تمت محاكمة *Alvarez-Machain*، لكن في الأخير حكم القاضي ببراءته لنقص الأدلة.<sup>3</sup>

عندها قام *Alvarez-Machain* بمقاضاة الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون المطالبة بالتعويض عن الضرر الفديريالي *(FTCA) Federal Tort Claims Act*، ومقاضاة *Sosa* وبقية الخاطفين بموجب قانون الدعاوى الأجنبية *(ATS)*، عندها حكمت له محكمة المقاطعة بتعويض قدره \$25000 ضد *Sosa*، وعندما عرضت القضية على المحكمة العليا، احتج أمامها *Sosa* بأنه لا يمكن الحكم بمقتضى قانون الدعاوى الأجنبية إلا بعد أن يمنح الكونغرس الموافقة الصريحة بذلك، وفي 1992 مرر الكونغرس قانون حماية ضحايا التعذيب غير أنه لم يخول سندا صريحا للدعوى إلا بالنسبة للتعويض عن التعذيب والقتل غير المشروع ضد الأفراد.<sup>4</sup>

---

John Kane, Op.cit, p.382

<sup>1</sup> - انظر:

*U.S. v. Alvarez- Machain*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

William S. Dodge, «After Sosa...», Op.cit., pp.23-24

<sup>4</sup> - انظر:



لكن العبء الملقى على *Alvarez-Machain* كمدعي لم يتعلق بإثبات أن قانون الدعاوى الأجنبية يتطلب وجود ترخيص من الكونغرس لإمكانية الاستعانة به أمام المحاكم الأمريكية، ولكن بأن الوقائع في التهمة تعد انتهاكا للقانون الدولي، وقد وجدت المحكمة أن *Dr Alvarez-Machain* قد فشل في إثبات وجود قاعدة دولية ثابتة تتعلق بحق الشخص في أن لا يحتجز من قوى رسمية تتصرف خارج الحدود.<sup>1</sup>

ج- قضية الكنيسة البروتستانتية في السودان ضد *Talisman Energy, Inc.*: لعام 2009، وهي قضية حديثة، طبقت فيها الولايات المتحدة الأمريكية العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان بصورة تلقائية، تعود أحداثها إلى المعارضة الشعبية الكندية والأمريكية ضد انتهاكات حدثت في السودان، واتهمت شركة *Talisman Energy* المعنية باستثمار البترول السوداني بها، واتبع ذلك مجموعة من التقارير المتتابعة لانتهاكات حقوق الإنسان طالت مناطق التنقيب، صادرة عن عدة مؤسسات حقوقية مثل *Human Rights Watch* (1993، 1994، 1996)، *Amnesty International* (1996، 1997)، بالإضافة إلى تقرير *Harker* الصادر عن لجنة تحقيق مفوضة من وزير الخارجية الكندي (2000).<sup>2</sup>

وفي نوفمبر 2001 تقدمت الكنيسة البروتستانتية في السودان وأربعة مدعين آخرين بدعوى قضائية ضد شركة *Talisman Energy* أمام محكمة جنوب نيويورك، بتهمة أن *Talisman* قد ساعدت وحرزت وتآمرت مع الحكومة السودانية لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية، وادعوا بأن شركة النفط الكندية قد ساعدت الحكومة السودانية في عمليات التهجير القسري للمدنيين، وإنشاء مناطق عزل حول المنشآت النفطية من خلال إقامة الطرق وتأهيل مطارات تم استخدامها في شن هجمات ضد المدنيين. وفي فيفري 2002 تم إدخال حكومة السودان في الخصومة كمدعى عليه ثان، بتهمة انتهاك حقوق الإنسان بالنسبة للمسيحيين والأقليات غير المسلمة في جنوب السودان، من خلال حملة التطهير العرقي التي جرت من أجل إخلاء الأرض قصد التنقيب عن البترول، وهذا تحت قانون الدعاوى الأجنبية الناشئة عن المسؤولية التقصيرية (*The Alien Tort Claims Act (ATCA)*)، الذي يسمح للأجانب بالتقاضي أمام المحاكم الأمريكية في حالة ارتكاب أفعال المرتكبة تنتهك قانون الأمم.

<sup>1</sup> - انظر: *U.S. v. Alvarez-Machain*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر: *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, N°. 07-0016, 2nd Cir. Oct., 2, 2009, [http://ccrjustice.org/files/Talisman\\_CCR%20Amicus%20Brief%20October%202009.pdf](http://ccrjustice.org/files/Talisman_CCR%20Amicus%20Brief%20October%202009.pdf)

وبالرغم من أن وزارة الخارجية الأمريكية أودعت مذكرة ادعت فيها أن مقاضاة شركة *Talisman*، قد يؤثر سلبا في العلاقات الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية، فقد أمر القاضي *Allen Schwartz* عام 2003 بقبول الدعوى.

لكن إن استطاع الإدعاء إثبات تورط الحكومة السودانية في انتهاك العرف الدولي، فلم يستطيع إثبات أن *Talisman* تصرفت بغرض مساعدة الحكومة في انتهاكها: فلم يثبت علمها بفعل الإبادة، ولا أنها زودت الحكومة السودانية بالأماكن والمساعدة من اجل إطلاق المرحمات، فقد ثبت بأن هذه الأماكن لم تكن ملكا لـ *Talisman* بل ملك لشركة أخرى (*GNPOC*)، أما ما يخص أن *Talisman* كانت تمنح الحكومة السودانية امتيازات نفطية، فقد وجدت المحكمة أن هذا لا علاقة له بالتصرف العسكري.<sup>1</sup>

من الأحكام السابقة يستشف أن العرف الدولي، خاصة المتعلق بحقوق الإنسان، يطبق في الولايات المتحدة الأمريكية بصفة تلقائية، استنادا إلى قانون الدعاوى الأجنبية، وبالتالي تكون المحاكم الأمريكية مختصة بدعاوى المسؤولية المدنية الناشئة عن ارتكاب انتهاكات ضد قانون الأمم.<sup>2</sup>

لكن السؤال الذي يطرح هل هناك ما يقيد هذا التطبيق التلقائي للعرف الدولي؟

**2- حدود التزام المحاكم الأمريكية بالقواعد العرفية الدولية:** يوجد العديد من القضايا التي يظهر فيها القضاء الأمريكي وكأنه يؤيد العرف الدولي، إضافة إلى القضايا المذكورة آنفا،<sup>3</sup> نجد مثلا: في سنة 1784 تمت إدانة الاعتداء اللفظي والجسدي ضد الأمين المفوض الفرنسي *Francis Barbe Marbois* في بنسلفانيا، من طرف المحكمة العليا الأمريكية بصرامة يعتد بها، بالرغم من عدم وجود قانون محلي يجرم مثل ذلك التصرف، وقد

<sup>1</sup> - المرجع نفسه.

بالرجوع إلى قضية *Kobel ضد Royal Dutch Petroleum* لعام 2010، نجد أن محكمة الدائرة الثانية لولاية نيويورك، قد رأت أنه لا يمكن مقاضاة الشركات بموجب قانون حماية الأجانب من اجل انتهاك العرف الدولي، لكن لا يمكن الأخذ بهذا الحكم على العموم لوجود أحكام لاحقة من قبل محكمة دائرة العاصمة في قضية *John Doe ضد Exxon*، ومحكمة الدائرة السابعة في قضية *Flomo ضد Firestone* رفضت صراحة القرار المتوصل إليه من محكمة الدائرة الثانية.

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 229؛

Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit., p.9.

<sup>3</sup> - انظر: تطبيق العرف الدولي من المحاكم الأمريكية في الصفحة 77.

سببت المحكمة حكمها على أن ذلك يعد انتهاكا لقانون الأمم، والذي يعد جزءا من قانون هذه الدولة.<sup>1</sup>

وفي بداية القرن الموالي أعلن القاضي *Marshall* أمام المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Rose* ضد *Himely* أن "قانون الأمم يشكل قانون المحاكم الوطنية، ومن المفترض أن ينظر إليه على هذا الأساس من الجميع"،<sup>2</sup> وفي نهاية القرن الموالي أعلن القاضي *Gray* أيضا أمام المحكمة العليا الأمريكية "القانون الدولي بمعناه الواسع يشكل جزءا من قانوننا الوطني، يجب تحديده وتطبيقه من المحاكم القضائية عند حدوث نزاع يستدعي ذلك"<sup>3</sup>

بالرغم من أن هذه القضايا تظهر القضاء الأمريكي وكأنه مؤيد للإدماج المباشر للعرف الدولي، فإن هناك قضايا أخرى قد تنقص من هذا التأكيد، فمثلا نجد قضية *Trent* لعام 1861، التي تتلخص وقائعها في قيام السفينة الحربية الفيدرالية *Trent* بإيقاف مركبة بريطانية في أعالي البحار وألقت القبض على دبلوماسيين من الحلفاء *confederate emissaries* هما *Slidell* و *Mason*.

احتجت بريطانيا بقوة مبينة كيف أن هذا يعد انتهاكا للعرف الدولي، وقد اغتتم رجال السياسة في لندن فرصة الغضب الشعبي على الإهانة لحقوق البريطانيين وشرفهم، وأرسلوا فرقة إلى كندا لإعادة نشر الأسطول، وقد انضمت دول أوروبية أخرى إلى هذا الاحتجاج، لهذا رأت الولايات المتحدة الأمريكية أن التعقل هو أفضل الحلول وأطلقت سراح *Slidell* و *Mason*<sup>4</sup>، وبهذا وجدت الولايات المتحدة الأمريكية نفسها مجبرة على تطبيق العرف الدولي تحت ضغط الرأي الدولي، ونفس الشيء نجده عندما سن الكونغرس الأمريكي سنة 1996، قانون *Helms-Burton* المتعلق بمعاقبة أي شخص أو مؤسسة في العالم تتاجر في المواد التي أمها *Fidel Castro* بين سنتي 1959-1961، لكن بسبب التنديدات التي قامت بها العديد من الجهات مثل المجلس الأوروبي، الاتحاد الأوروبي، بريطانيا، كندا وغيرها من الدول، رأى الرئيس الأمريكي *Bill Clinton* ضرورة إصدار أمر لتوقيف تطبيق هذه العقوبات من أجل الحفاظ على السلم مع أوروبا، بحجة أن العرف الدولي سوف ينتهك إذا ما تم تطبيق هذا القانون خارج الإقليم الأمريكي، وقد كان جزء من التبرير الأمريكي لهذه الحركة أن سلب الملكية

<sup>1</sup> - انظر: *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S., 111, 1784,

[<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/1/111>]

<sup>2</sup> - انظر: *Rose v. Himely*, 8 U.S., 241, 1808, [<http://supreme.justia.com/us/8/241/case.html>]

<sup>3</sup> - انظر: Edwin D. Dickinson, Op.cit., p.331.

<sup>4</sup> - انظر: Detlev F. Vagts, «*International Relation Looks at Customary International Law: a Traditionalist's Defense*», 15 (5), E.J.I.L., 2004, pp.1031-1040 at 1037.

جائز فقط في حالة الاستعجال في مقابل دفع تعويضات ملائمة وفعالة، أي فسر القانون الوطني بطريقة تتوافق مع قانون الأمم من اجل تجنب الصدام مع أوروبا.<sup>1</sup>

لكن في الواقع نجد أن القاعدة العامة بشأن تطبيق العرف الدولي في النظام الأمريكي لا تسري إلا في حدود القواعد العرفية التي تسلم الولايات المتحدة الأمريكية بوجودها، وهذا ما اتضح في قضية *The over the Top* سنة 1925، والتي تتلخص وقائعها في أن إحدى السفن الأجنبية ارتكبت مخالفة ضد الولايات المتحدة الأمريكية، وحدثت تلك المخالفة في أعالي البحار، وفي هذه القضية حاول الدفاع أن يركز على قواعد القانون الدولي، على أساس أن الأفعال المرتكبة في أعالي البحار بواسطة الأجانب لا تشكل خرقاً للقانون الأمريكي، لكن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفاع مقررته خطأ هذا المفهوم عن مكانة القانون الدولي العام،<sup>2</sup> وقالت أن القانون الدولي العام لا يشكل قانوناً إلا في حدود اعتناقنا له سواء كان عرفاً دولياً أم قانوناً مكتوباً.<sup>3</sup>

كما يوجد العديد من القضايا رفض فيها القضاة تطبيق العرف الدولي، مثل قضية *Tag ضد Rogers*، التي تتلخص وقائعها في حصول *Albert Tag* المواطن الألماني على ميراث معتبر من *Anna Tag* المواطنة الأمريكية التي توفيت عام 1936، والذي سلم إلى النائب العام للولايات المتحدة الأمريكية بين عامي 1946 و1949، باعتباره الأمين على ممتلكات الأجانب، وفقاً لقانون التجارة مع العدو، وفي عام 1958 قام *Tag* بالمطالبة بممتلكاته بالإضافة إلى الفائدة، لكن قبول طلبه بالرفض، لكونه يعد من العدو حسب القانون سالف الذكر، فلا يحق له الحصول على الملكية المكتسبة.

في عام 1958 رفع *Tag* دعوى قضائية أمام محكمة مقاطعة كولومبيا ضد النائب العام *Rogers* ومساعدته *Townsend*، لكن *Tag* لم يشر إلى قانون التجارة مع العدو، بل هاجم القانون الذي تم بموجبه حجز الممتلكات وهو قانون 1917 الذي يسمح بحجز ممتلكات العدو الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية

Detlev F. Vagts, Op.cit., p.1038.

<sup>1</sup> - انظر:

Edwin D. Dickinson, Op.cit, p.353.

<sup>2</sup> - انظر:

*The Over the Top. Schroeder v. Bissell, Collector*, 5F. (2<sup>nd</sup>), (1925),

<sup>3</sup> - انظر:

[[http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=19258435F2d838\\_1576.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=19258435F2d838_1576.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)]

زمن الحرب، وأدعى أن هذا القانون لاغ وباطل، لأنه يتعارض مع معاهدة الصداقة بين ألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1923، ويتعارض مع العرف الدولي.<sup>1</sup>

بالرغم من ذلك، رفضت محكمة المقاطعة طلب المدعي، بحجة أن القانون الذي تم بموجبه الحجز على الأموال يعد قانون حرب، يدخل في اختصاص الكونغرس والرئيس.

ونفس الشيء نجده في قضية *Garcia –Mir* ضد *Meese*، التي تتلخص وقائعها، أنه أثناء مرور كوبا بأزمة اقتصادية سنة 1980، طلب العديد من الكوبيين من حكومتهم السماح لهم بالحصول على الحق في اللجوء، وهذا ما قام به *Castro*، لكن ما كان مجهولا للولايات المتحدة الأمريكية أن معظم اللاجئين كانوا من المسبوقين قضائيا، أو المفرج عنهم من المصححات العقلية، وبسبب العدد الهائل من اللاجئين أصدرت إدارة الرئيس *Carter* والكونغرس الأمريكي قانون المساعدة على تعليم اللاجئين (8. U.S.C. § 1522)، مما سمح بمساعدة وإعادة توطين المهاجرين الكوبيين الأحيار، فضلا عن السجن والترحيل لفئة معينة من المواطنين الكوبيين.

ثم اقترح المدعي العام الأمريكي *Edwin Meese*، بموافقة الرئيس *Reagan*، تقسيم القادمين الجدد إلى فئتين: واحدة تحتوي على المدانين بارتكاب جرائم في كوبا، وأخرى للكوبيين الذين ليس لهم سجلات جنائية كلتا الفئتين تم حجزهما في السجن الفدرالي في أتلانتا- جورجيا.

وبمجرد وصول الكوبيين *Moises Garcia-Mir* و *Rafael Fernandez-Roque* إلى فلوريدا، تم اعتقالهما إلى أتلانتا لاحتمال وجود تهديد، في انتظار إمكانية ترحيلهما، هنا رفع هذان الشخصان قضيتهما إلى المحكمة، وأكدوا أن هناك انتهاكا لبند إجراءات التقاضي في كل من التعديل الخامس والرابع عشر، مشيرين إلى أن المدعي العام *Edwin Meese* قام بحرمانهما من حقهما في المحاكمة العادلة.

وقد وافقت محكمة مقاطعة المنطقة الشمالية لجورجيا الولايات المتحدة على مطالب المدعين، عندها تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الدائرة الحادية عشر التي حكمت بإمكانية الولايات المتحدة احتجاز هؤلاء الكوبيين لأجل غير محدد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-انظر: <http://openjurist.org/267/f2d/664/tag-v-p-rogers-s>, (1959), 267F,2d 664, DC Cir., *Tag. v. Rogers*

<sup>2</sup>-انظر: <http://openjurist.org/781/f2d/1450/garcia-mir-v-meese-iii-fernandez-roque>, (1986), 788F,2d 1446, 11th Cir., *Garcia –Mir. v. Meese*

ففي هذه القضية رفضت محكمة الاستئناف تطبيق العرف الدولي بحجة وجود نص تنفيذي أو تشريعي مخالف، وهو النص الذي وضعه النائب العام بضرورة حجز هؤلاء الكويتيين لأمد غير محدد.

فالمحكمة في هاتين القضيتين، وجدت أن القاعدة العرفية موجودة ثم قررت الولايات المتحدة الأمريكية خرق هذه القاعدة لكونها مجبرة بإتباع قرار السياسيين.

بالإضافة إلى هذا، توجد قضايا أخرى امتنعت فيها المحاكم عن تحديد العرف الدولي بحجة تعقيده أو بسبب الحساسية السياسية، وهذا ما اتبعته المحكمة العليا في قضية *Sabbatino*، التي قام فيها البنك الوطني الكويتي بالادعاء بسبب نزع ملكية سفينة معبأة بالسكر من الحكومة الكويتية،<sup>1</sup> إذ تجنبت تحديد ما إذا كان نزع الملكية الكويتية يعد انتهاكا للقانون الدولي.<sup>2</sup>

في الأخير نقول أن العرف الدولي ليس مدمج بالتلقائية التي تظهر عليه، فقد أكدت المحاكم الأمريكية في العديد من القضايا أنه مدمج فيها بالقدر الذي تعترف به الحكومة الأمريكية، كما نجد قضايا أخرى اعترفت فيها المحاكم بوجود العرف الدولي، لكنها قررت خرقه لكونها مجبرة بإتباع قرارات السلطة التنفيذية أو التشريعية.

أما فيما يلي سنتعرض لإدماج العرف الدولي في كل من استراليا، كندا ونيوزيلندا.

### الفرع الثاني: إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في دول أنجلوساكسونية أخرى:

في هذا الفرع سنحاول معرفة ما مدى إدماج العرف الدولي في كل من استراليا، كندا ونيوزيلندا، وإن كان يدمج بذات الطريقة التي يدمج فيها في المملكة المتحدة، أو بطريقة إدماج الولايات المتحدة الأمريكية.

*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US 398, (1964),

<sup>1</sup>-انظر:

[<http://supreme.justia.com/us/376/398/case.html>]

Detlev F. Vagts, Op.cit., p.1034.

<sup>2</sup>- انظر:

## أولاً: إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في استراليا:

تعد استراليا دولة ذات نظام فيديريالي، وأصل دستورها قانون صادر عن البرلمان الانجليزي سنة 1900، كما ذكر *Sir Owen Dixon* عام 1935 بأنه 'ليس قانون أسمى ناتج عن الإرادة الصريحة للشعب صاحب السلطة في تكوين الحكم، لكنه نص من قانون تشريعي صادر عن البرلمان البريطاني'.<sup>1</sup>

فالمنطقي إذن أن تتبنى استراليا أفكار ونظريات الدولة الأم، أي أن العرف الدولي جزء من القانون الوطني الاسترالي، لكن عملياً، لم تقدم المحكمة العليا الاسترالية أجوبة واضحة بخصوص العلاقة بين النظام القانوني الاسترالي والقانون الدولي، وإن كانت تصر على العموم أن المعاهدات أو الاتفاقيات، يجب أن تدمج في القانون الاسترالي عن طريق التشريع، أي بطريقة التحويل، حتى يكون لها اثر داخلي مباشر أما في حالة العرف الدولي، فترددت المحكمة فيما إذا كانت هناك حاجة إلى نص قانوني للإدماج، أي يجب تحويله، وتبنيه بموجب قانون قبل أن تكون له قوة القانون الوطني، أو أن هذه القواعد هي مدمجة مسبقاً في القانون الاسترالي.<sup>2</sup>

فمثلاً في قضية *Chow Hung Ching* ضد الملك سنة 1949،<sup>3</sup> المتعلقة بمحاكمة صينيين كانا يعملان مع الجيش الصيني، قاما باحتجاز احد المواطنين الأصليين الاستراليين في جزيرة *Manus* دون رضاه، وقد ادعيا بالحصانة حسب العرف الدولي، على أساس أنهما كانا عضوين من جيش عسكري زائر، أنكرت المحكمة الادعاء الذي قدماه، لكونهما لم يكونا مكلفين بمهمة عسكرية، نجد أن رئيس القضاة *Dixon* قد أشار في هذه القضية أن نظرية *Black Stone* الخاصة بكون العرف الدولي جزء من القانون المحلي لم يعد لها أساس اليوم، وأن الوضع الصحيح هو أن القانون الدولي ليس جزءاً من القانون الاسترالي بل مصدر من مصادره.<sup>4</sup>

ففكرة كون العرف الدولي مدمج بصورة تلقائية في القانون الاسترالي لا تزال بدون حل، فلا يوجد في نصوص الدستور الاسترالي ما يعالج هذه المسألة، وقد اقترح بعض الفقهاء أن قواعد العرف الدولي يمكن أن تدمج

---

<sup>1</sup>-انظر: Owen Dixon, «*The Law and the Constitution*», 51, L.Q.R., (1935), pp. 590- 597, at p.597.

<sup>2</sup>-انظر: Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.1

<sup>3</sup>-انظر: *Chow Hung Ching v. King*, 77CLR 449, (1949),

[[http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/77clr449.html](http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/77clr449.html)]

<sup>4</sup>- انظر: Hilary Charlesworth, «*The High Court on Constitutional Law: The 2004 Term*»,

UNW Gilbert & Tobin Centre, Annual Constitutional Law Conference, 18 February 2005, [[http://www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5\\_hilaryCharlesworth.pdf](http://www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5_hilaryCharlesworth.pdf)]

كجزء من القانون العام المحلي، لكن في الواقع هي ليست مدججة بصورة مباشرة،<sup>1</sup> ويستدل على هذا القول بقضية *Nulyarimma ضد Thompson* سنة 1999،<sup>2</sup> أين رفضت المحكمة الفدرالية الدعوى في هذه القضية، التي تعلقت بمساءلة بعض الوزراء الفدراليين وبعض أعضاء البرلمان بتهمة الإبادة، بسبب إصدارهم سنة 1998 تعديلا لقانون صفة المواطنة لسنة 1993، وقد تم الادعاء أن رفض المدعى عليهم تطبيق مشروع وضع أراضي *Arabunna People* في قائمة الإرث العالمي التي وضعتها منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة *UNESCO*، يشكل تصرفا غير قانوني، لكونه احدث فعل إبادة جماعية في حق السكان الأصليين، بسبب عدم المحافظة على الموطن الأصلي لهم كإرث عالمي لا يجب المساس به، وبالتالي فإن المدعى عليهم انتهكوا العرف الدولي؛ ورد المدعى عليهم انه لم يكن هناك أي نص قانوني استرالي يلزمهم بذلك التطبيق، وقد حكمت أغلبية تشكيلة المحكمة الفدرالية لصالح المدعى عليهم، حيث تمسك القاضيان *Wilcox* و *JJ. Whitlam* بأنه في حالة غياب نص تشريعي خاص، لا تعتبر الإبادة جريمة معترف بها في المحاكم الاسترالية، بل ابعد من ذلك تم البحث فيما إذا كان **العرف الدولي الجنائي** يشكل جزءا من القانون الاسترالي، هنا تمسك القاضي *Whitlam* انه حتى وإن كان العرف المتعلق بالحقوق المدنية يشكل جزءا من القانون العام، فإنه لا يوجد ما يلزم المحاكم الاسترالية الحكم بمقتضاه، والنتيجة ذاتها توصل إليها القاضي *Wilcox* الذي قبل أن جريمة الإبادة هي قاعدة عرفية دولية، لكنه فرق بين وجود التزام دولي لمحاكمة وتسليم المشتبه في ارتكابه جريمة الإبادة، وبين اقتراح وضع الشخص للمحاكمة لارتكابه إبادة أمام المحاكم الاسترالية بدون نص تشريعي، قائلا أنه لم يعد يحق للمحاكم خلق جرائم جنائية جديدة *new criminal offences*، فهذا يعد من دور المشرع.<sup>3</sup>

وهذا بالذات ما وجدناه في تطبيق المحاكم الانجليزية، للعرف الدولي الجنائي، حيث تشترط وجود نص تشريعي لإدماجها، بل أكثر نجد أن المحاكم البريطانية استندت إلى قضية *Nulyarimma ضد Thompson* في قضية *R. ضد Jones*.

وفي رأي مخالف رأى القاضي *J. Markel* في قضية *Nulyarimma* أن القانون الدولي يعد مصدرا للقانون المحلي، وذكر ستة معايير على المحكمة مراعاتها لتحديد ما إذا كان العرف الدولي يجب أن يدمج في القانون العام أم لا:

<sup>1</sup> - انظر: Alice De Jonge , «Australia», in International Law and Domestic Legal

Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion, Dinah Shelton (ed .), Oxford- New York, 2001, pp. 23-54 at p.26.

*Nulyarimma v. Thompson*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.



1. يجب أن تتمتع القاعدة الدولية بالقبول العام في مجموعة الأمم.
2. على المحكمة تقدير ما إذا كان يجب معاملة القاعدة على أنها مدججة أو تم استقبالتها من القانون المحلي
3. يجب أن لا تتعارض القاعدة مع تشريع موجود
4. في حالة تعارض العرف الدولي مع قانون محلي فإنه لا يمكن تنفيذه بدون تشريع ينص على تحويل القاعدة العرفية إلى قانون محلي.
5. في حالة إدماج العرف الدولي أو استقباله في القانون المحلي، وتكون له قوة القانون فإنه يعامل على أنه تعديل للقانون العام *Common law*.
6. الاعتماد على القاعدة الدولية لا يكون إلا بعد صدور القانون المدمج.<sup>1</sup>

أي في حالة عدم تعارض العرف الدولي مع قانون أو قاعدة من القانون العام الاسترالي، فهو يدمج في القانون المحلي، كما لم يجد القاضي *Markel J* ما يمنع إدماج القواعد العرفية الجنائية في القانون العام، إن توفرت فيها المعايير التي ذكرها سابقاً، لذا فقد اعتبر أن جريمة الإبادة الجماعية تعد انتهاكاً حسب القانون العام الاسترالي.<sup>2</sup>

فالقضاة في هذه القضية اتفقوا على أن جريمة الإبادة تشكل جريمة بموجب العرف الدولي، إلا أنهم اختلفوا حول ما إذا كان العرف الدولي يشكل جزءاً من القانون الأسترالي.<sup>3</sup>

ويعد قرار المحكمة الفديريالية في قضية *Nulyarimma*، أحد أهم الأحكام التي يعتد بها ضد إدماج العرف الدولي في القانون الاسترالي في حالة غياب تشريع مكتوب.

---

1- انظر: Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.2-3.

2- المرجع نفسه، ص3.

3- انظر: Henry Burmester, « *The Determination of Customary International Law in Australian courts*», 4, N.S.A.I.L., 2004, pp. 39-47 at p.46.

والشيء ذاته تم تبنيه في قضايا مماثلة مثل قضية *Sumner ضد United Kingdom of Great Britain & ors*، سنة 1999،<sup>1</sup> حيث اتهم *Darrell Sumner* عشرين منظمة وشخصا بارتكاب الإبادة في حق *Ngarrindjeri*، وهم سكان جزيرة *Hindmarsh* (جنوب آديلايد، استراليا)، واحتج المدعي أن الجسر الذي تنوي الحكومة بناءه بين هذه الجزيرة واستراليا، سيؤدي إلى تدمير الموقع وكذا ثقافة شعب *Ngarrindjeri*، لكن محكمة جنوب استراليا العليا، اتبعت رأي المحكمة الفدرالية في قضية *Nulyarimma*.<sup>2</sup>

في قضية *Thorpe ضد Kennett* سنة 1999، اتهم *Robert Thorpe* رئيس وزراء فرجينيا آنذاك *Jeffrey Kennett* بارتكاب جريمة إبادة جماعية في حق شعب الأغوانيين *les Guani*، مستندا في ذلك إلى فرض *Jeffrey Kennett* ظروفًا معيشية صعبة على هذا الشعب يراد بها تدميره كلية، وفي هذه القضية اعتمدت المحكمة العليا لفكتوريا تحليل الأغلبية في قضية *Nulyarimma* و *Sumner* للتأكيد على أن جريمة الإبادة غير معرفة في القانون الجنائي الاسترالي، فهي ليست جريمة في فيكتوريا حتى ينص البرلمان على ذلك.<sup>3</sup>

إن كان هذا هو حال العرف الدولي الجنائي، فإن ذلك لا ينفي إمكانية تطبيقه في مجالات أخرى، مثلا قد نجد في قواعد الحصانة الوطنية، وحتى في تفسير التشريعات الداخلية، إذ يوجد افتراض أن القوانين الوطنية لم تنشأ من أجل انتهاك القواعد الدولية، أما بالنسبة للعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان فكان من الأجدر تطبيق رأي القاضي *Markel J* في قضية *Nulyarimma ضد Thompson* سنة 1999 عندما صرح أن العرف الدولي يشكل جزءا مدجا في القانون العام الاسترالي ما لم يتعارض مع قانون داخلي استرالي.<sup>4</sup>

مما سبق لا يظهر لنا بوضوح الرأي الذي اتخذته المحاكم الاسترالية تجاه العرف الدولي، فهي لا تبين إن كان العرف الدولي يشكل جزءا من القانون الاسترالي أم لا، لكن من جهة أخرى نجد أن المحاكم الاسترالية تبنت الإدماج التحويلي فيما يخص العرف الدولي الجنائي، لهذا يبدو أن أغلب القرارات التي ناقشت فيها إدماج العرف الدولي تشترط وجود نص لإدماج هذه القاعدة، وأنه لا يجوز استحداث قاعدة جنائية جديدة دون موافقة المشرع، وهذا بالضبط ما وجدناه في المحاكم الإنجليزية سواء في قضية *Pinochet* أو في قضية *Jones*.

<sup>1</sup>- انظر: *Sumner v. United Kingdom of Great Britain & ORS.*, No. SCGRG-99-1257, Judgment

No. S456 [1999] SASC 456, <http://haguejusticeportal.net/index.php?id=6576>

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.4.

<sup>2</sup>- انظر:

*Thorpe v Kennett*, VSC 442, (15 November 1999)

<sup>3</sup>- انظر:

[www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Australia/Thorpe\\_Supreme\\_Court\\_Victoria\\_15-11-1999.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Australia/Thorpe_Supreme_Court_Victoria_15-11-1999.pdf)

Henry Burmester, Op.cit. p.39

<sup>4</sup>- انظر:

## ثانياً: إدماج العرف الدولي في كندا

نجد الدستور الكندي، الذي يتكون من عناصر مكتوبة وأخرى غير مكتوبة، في حالة تردد حول مسألة علاقة القانون المحلي بالقانون الدولي، خصوصاً عند المقارنة مع النظام القانون البريطاني أو الأمريكي، وإن كانت المحكمة العليا الكندية قد فصلت في العديد من القضايا ذات العلاقة إلا أنها لم تبت فعلاً في المسألة.<sup>1</sup>

وقد سنحت الفرص كثيراً للمحاكم الكندية بمناقشة مسألة العلاقة بين القانون الكندي والعرف الدولي، لكنها لم تفعل ذلك، فنجد مثلاً قضية **Baker** سنة 1999،<sup>2</sup> التي طالبت فيها المدعية وهي امرأة من جامايكا، مقيمة بطريقة غير شرعية في كندا أين ولد أطفالها الأربعة، وعندما اكتشفت الحكومة إقامتها غير الشرعية أمرت بترحيلها، هنا طلبت Mavis Baker طلب الإقامة الدائمة من أجل إمكانية حضانة أطفالها، إلا أن طلبها قوبل بالرفض دون مبرر، هنا لجأت إلى القضاء، لكن المحكمة العليا اكتفت بمناقشة معاهدة حقوق الطفل والتي صادقت عليها 190 دولة، ولم تتطرق للعرف الدولي، حتى أن المحامين لم يطالبوا بتطبيقه بحجة أنه يتميز بالتعقيد.<sup>3</sup>

ونفس الشيء نجده في قضية **Suresh ضد كندا (وزير المواطنة والهجرة)** سنة 2002، التي تتعلق بترحيل Suresh لاجئاً سيريلانكي إلى بلاده، أين يمكن أن يتعرض للتعذيب أو يمس حقه في الأمن الفردي، بل وأيضا حقه في الحياة، هنا كان على المحكمة أن تضع في الميزان بين مصلحة كندا في محاربة الإرهاب أو تكريس حق اللجوء بعدم ترحيل اللاجئ إلى بلد قد يتعرض فيه للتعذيب، وقد أشارت المحكمة إلى تحريم التعذيب بموجب

---

<sup>1</sup> - انظر: Julien Morissette, Op.cit., p.27; Blake Dawson Waldron, Op.cit. p.5; France Houle, « La Réception du Droit International des Droits de la Personne en Droit Interne Canadian: de la Théorie de la Séparation des Pouvoirs vers une Approche Fondée sur les Droits Fondamentaux », p.19, [<http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/2003/houle.pdf>]; Stephane Beaulac, « Customary International Law in Domestic Court: Imbroglia, Lord Denning, StareDecisis », in British and Canadian Perspectives on International Law, Christopher P.M. Waters(ed.), Koninklijke Brill NV., Netherlands, 2006, pp.379-392 at 386. Stephane Beaulac and John Currie, « Canada », in International Law and Domestic Legal Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion, Dinah Shelton (ed.), Oxford- New York, 2001, pp. 116-157 at122

<sup>2</sup> - انظر: **Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)**, 2 S.C.R. 817, (1999), [<http://canlii.ca/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii699/1999canlii699.html>]

<sup>3</sup> - انظر: France Houle, Op.cit., p. 21.

المعاهدات، وبموجب الميثاق الكندي، لكن لم تتطرق إلى العرف الدولي أبدا.<sup>1</sup>

لكن البعض يقول أن العرف الدولي يطبق في المحاكم الكندية بصورة تلقائية، على الأقل إذا ثبت أنه لا حاجة لصدور تشريع إدماجي من البرلمان.<sup>2</sup>

وهذا ما ذكرته محكمة الاستئناف ل Ontario في قضية *Bouzari* ضد الجمهورية الإسلامية الإيرانية عام 2002، عندما نصت "أن العرف الدولي مدمج مباشرة في القانون الكندي، ما لم يكن مخالف صراحة بتشريع وطني"

ويوجد قرار للمحكمة العليا الكندية صدر في قضية *Léon Mugesera* لسنة 2005، رجل سياسة رواندي، غادر رواندا واتجه إلى كندا عام 1993، أي سنة قبل ارتكاب المجزرة في رواندا عام 1994، إلا أنه اعتبر احد المحرضين على ارتكابها، واحتج على ذلك بإحدى الخطابات التي ألقاها، مهددا فيها جماعة التوتسي بإرجاعهم إلى بلدهم الأصلي (إثيوبيا) بصورة عنيفة،<sup>3</sup> هنا تم اتهامه بإخفاء معلومات عن موظفي الاستعلام عند طلبه الإقامة الدائمة، وفي هذا القرار حاولت المحكمة معرفة ما إذا كان *Mugesera* قد ارتكب جريمة التحريض على الإبادة الجماعية، وعلى ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية، وقد ناقشت المحكمة العليا الكندية وبطريقة مفصلة قانون العرف الدولي، لكن في مجال خاص جدا (القانون الجنائي)، ومع ذلك قالت المحكمة العليا الكندية أنه لمصلحة كندا أن يوضع القانون الكندي فوق القانون العرفي في حالة تعارضهما.<sup>4</sup>

وعليه يمكن الاستعانة بالعرف الدولي مباشرة كجزء من القانون الوطني في حالة وجود فراغ في التشريع الداخلي الكندي، أو ميثاق الحقوق الكندي، مثلما نستنتج من نص المادة 26 من ميثاق الحقوق الكندي بأن "الحقوق المضمونة في هذا الميثاق، لا يجب اعتبارها نافية لوجود حقوق أخرى في كندا"، كما يمكن الاستعانة

---

<sup>1</sup> - انظر: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1 S.C.R. 3, (2002), <http://www.canlii.com/en/ca/scc/doc/2002/2002scc1/2002scc1.pdf>

<sup>2</sup> - انظر: Francis Rigaldies et José Woehrling, « *Le Juge Interne Canadien et le Droit International* », 21 (2), C.de D., 1980, pp. 293-329 at 305,

<sup>3</sup> - انظر: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2 S.C.R. 91, (2005). [\[http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mugesera\\_Cour\\_Supreme\\_Motion\\_for\\_stay\\_28-6-2005.pdf\]](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mugesera_Cour_Supreme_Motion_for_stay_28-6-2005.pdf)

<sup>4</sup> - انظر: Julien Morissette, Op.cit., pp.28-29.

بالعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان بطريقة غير مباشرة من خلال مساهمته في تفسير وتطبيق القانون المحلي الكندي.<sup>1</sup>

غير أن تطبيق العرف الدولي في كندا متوقف على إثبات وجوده من المحاكم الكندية.<sup>2</sup>

وفي غياب القضايا الكندية التي تبين بوضوح علاقة العرف الدولي بالقانون الوطني الكندي، لذا فإنه اقترح الفقه الاستعانة بتطبيق المحاكم الأمريكية والانجليزية في هذا المجال، نظرا للتشابه الكبير بين النظامين، خصوصا قضية *Trendtex Trading Corporation* ضد البنك المركزي النيجيري لسنة 1977 للورد *Denning*، والتي تبنت فكرة أن العرف الدولي مدمج في المحاكم الانجليزية إذا لم يكن يتعارض مع قانون داخلي.<sup>3</sup>

### ثالثا: إدماج العرف الدولي في نيوزيلندا

تعد نيوزيلندا دولة من دول الكومنولث، وإحدى مستعمرات الإمبراطورية البريطانية، وهي لم تتبن أي دستور مكتوب من أي نوع، وبالتالي يمكن اعتبارها تشبه المملكة المتحدة في هذه النقطة.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: Anne F. Bayefsky, « *International Human Rights Law in Canadian Courts* », in Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, Benedetto Conforti and Francesco Francioni (ed.), K.L.I., 1997, pp. 295- 328 at 300.

<sup>2</sup> - انظر: Daniela Bassan, « *The Canadian Charter and Public International Law: Rediining the State's Power to deport Aliens* », 34 (3), O.H.L.J., 1996, pp. 583- 625 at 587.

<sup>3</sup> - انظر: Linda McKay- Panos, « *Enforcing International Conventions and Customary International Law in Canada* », Law Now, Oct.- Nov., 2003, [[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_moOJX/is\\_2\\_28/ai\\_n25078027](http://findarticles.com/p/articles/mi_moOJX/is_2_28/ai_n25078027)]; France Houle, Op.cit., p. 21.

<sup>4</sup> - انظر: William John Hopkins, « *New Zealand* », in International Law and Domestic Legal Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion, Dinah Shelton (ed .), Oxford- New York, (2001), pp. 429-447 at 429.

لكن لم تتح لمحاكم نيوزيلندا فرصة اعتبار ما إذا كان العرف الدولي سيعامل على أنه مدمج في القانون العام Common law أم لا،<sup>1</sup> لكن طبقا للنظرية التقليدية البلاكستونية الخاصة بكون قانون الأمم جزء من القانون العام، فإن العرف الدولي لا يعد جزءا من القانون النيوزيلندي فحسب، بل وفي غياب دستور مكتوب، قد يكون مصدرا للدستور.<sup>2</sup>

ويرى الدكتور William John Hopkins، أن نيوزيلندا تعتبر نظريا ذات مقارنة ثنائية بالنسبة للمعاهدات الدولية، ومقارنة أحادية بالنسبة للعرف الدولي، أما في الواقع فقد تكون في مكان ما بين النظريتين.<sup>3</sup>

بل ويقترح البعض الاعتماد على قضية *Marine Steel Ltd ضد حكومة جزيرة Marshall* سنة 1981، التي ذكرت فيها المحكمة انه يجب عليها تطبيق قواعد الحصانة السيادية، وتعميم هذه القاعدة على العرف الدولي ككل.<sup>4</sup>

وعليه يمكن القول أن قاعدة "القانون الدولي جزء من القانون الوطني" *international law is part of law of the land* إن كانت أساسية في النظام الأنجلوساكسوني، فإن ذلك لا يعني المبالغة في مدى أهميتها، فهي لا تجد تطبيقا عمليا عادة إلا في النزاعات التي يمكن للقاضي الداخلي فهمها، وهذا ما يقصده بلاك ستون بقوله "متى كانت المسألة مناسبة لحكمه" *whenever any question arises which is properly the object of its jurisdiction*.<sup>5</sup>

---

Blake Dawson Waldron, Op.cit. p 6

<sup>1</sup> - انظر:

Kenneth Keith, «Harkness Henry Lecture the Impact of International Law on New Zealand Law»7, Wko. L. Rev., (1998), pp .1-36 at p. 8

<sup>2</sup> - انظر:

William John Hopkins, Op.cit .,p. 432.

<sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 444.

P. De Visscher, Op.cit., p.524.

<sup>5</sup> - انظر:

## ملخص الفصل الأول:

نظريا تدمج الدول الأنجلوساكسونية العرف الدولي في نظامها الوطني تلقائيا، أي أنها من حيث المبدأ تعتمد المقاربة الأحادية بهذا الخصوص، عملا بنظرية الإدماج الشهيرة الخاصة بالفقيه الانجليزي **Black stone** "بأن قانون الأمم يشكل جزءا من القانون الوطني"، لكن بالرجوع إلى الواقع العملي نجد اختلافا بين النظري والواقع، إذ نجد تفاوتاً في كيفية تطبيق دول هذا النظام للقاعدة العرفية، فإن كانت معظم الدول الأنجلوساكسونية تعترف بالتطبيق المباشر باستثناء استراليا التي يظهر أنها تتبنى المقاربة الثنائية، فإنها تضع استثناءات على هذا التطبيق أين نجد إن كل من إنجلترا تستثني تطبيق هذه القاعدة في حالة وجود نص قانوني مخالف، وتتبعها في ذلك جميع الدول الأنجلوساكسونية الأخرى.

بالإضافة إلى هذا نجد أن بريطانيا تشترط وجود نص قانوني في حالة تطبيق العرف الدولي المتعلق بالقانون الجنائي، ونفس الشيء نجده في استراليا التي تبنت هذا الاتجاه في قضية **Nulyarimma**، أما كل من كندا، ونيوزيلاندا فلم يظهر مدى اتباعها لهذا المبدأ.

كما رأينا أن الولايات المتحدة الأمريكية تتبنى مفهوم نظرية الإدماج التلقائي أكثر من المملكة المتحدة، خصوصا فيما يتعلق تطبيق قانون الدعاوى الأجنبية.

## الفصل الثاني: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني والاحتجاج به.

إن أهمية أي قاعدة دولية يرجع إلى مكانتها التي تحتلها مقارنة بالقواعد القانونية الأخرى، فكلما سمت على باقي القوانين زادت قيمتها الفعلية، ونفس الشيء ينطبق على القواعد العرفية الدولية، فبمجرد إدماجها في النظام الداخلي تصبح جزءاً من القانون الوطني، وتتوقف أهميتها بالدرجة الأولى على المكانة التي تحتلها مقارنة بقواعد هذا النظام، وتختلف الأنظمة القانونية الوطنية في تطبيقها للعرف الدولي في نظامها الداخلي، ف نجد من يمنح الأولوية للقواعد الدولية، بما في ذلك العرف الدولي، الذي سيسمو على كل قواعد القانون الداخلي بما فيها القواعد الدستورية، كالدستور الألماني لسنة 1949، أو الدستور اليوناني لسنة 1975.

و في أنظمة وطنية أخرى فإن سمو القانون الدولي تم تكريسه بواسطة القضاء، مثل اسبانيا التي منح القضاء فيها امتيازات الدستور لكل من العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون مع ضمان أولوية المعاهدات الدولية بموجب المادة 96(1) من الدستور، بينما في سويسرا نجد أن القاضي ألحق القواعد غير المكتوبة بالمعاهدات الدولية والتي تسمو على القانون الداخلي.<sup>1</sup>

وهذا ما يتطلبه القانون الدولي، وأن أي خروج من الدولة على هذا المبدأ قد يحملها المسؤولية الدولية؛ غير أن هناك من يمنح الأولوية للقواعد الداخلية، وآخر متردد بين هذا وذاك، ففي الأخير تبقى الدولة حرة في اختيار مكانة العرف الدولي، لكنها ستكون مسؤولة دولياً عن أي انتهاك له.

فأهمية القاعدة العرفية تتحدد بالمكانة التي يمنحها القانون الداخلي لها، فيمكن أن تحمل هذه القاعدة أو تستبعد متى منحت مرتبة أدنى، وعليه ماهي المكانة التي يمنحها النظام الأنجلوساكسوني للعرف الدولي؟ وكيف يطبق القاضي الوطني هذه القواعد العرفية؟ أي كيف يمكن الاحتجاج بهذه القواعد العرفية أمام قاضي هذا النظام؟

هذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين يتناول المبحث الأول دراسة مكانة العرف الدولي في النظام الأنجلوساكسوني، أما المبحث الثاني فيتناول الاحتجاج بالقاعدة العرفية أمام المحاكم الوطنية لهذا النظام.

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p 60.

<sup>1</sup> - انظر:



## المبحث الأول: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في الهرم التدريجي القانوني:

أصبحت فكرة التعارض والتصادم بين القاعدتين الدولية والوطنية قائمة بصورة أكبر مما كانت عليه، خصوصاً بعد تناول القواعد الدولية الفرد وجعله احد المخاطبين بهذه القواعد، حيث منحتة حقوقاً، وفرضت على عاتقه التزامات بصورة مباشرة، وتتحدد مكانة العرف الدولي صراحة عن طريق الدستور، وإن لم يقدم الجواب على هذه المسألة، تتولاه المحاكم الوطنية عن طريق اجتهاداتها القضائية، كما يمكن استنتاج مكانته بمكانة الوسيلة التي تم بها الإدماج أو التحويل.<sup>1</sup>

وقد اشتهرت الدول الأنجلوساكسونية بكونها تطبق القانون الدولي كجزء من القانون الوطني كما سبق بيانه في الفصل السابق، لكن هل هذا المبدأ يعني أن القاعدة العرفية تصبح كالقانون الداخلي، أي تحتل ذات المكانة التي يحتلها القانون الداخلي، أم أنها تملك رتبة قانونية خاصة، فما هي مكانتها في دول النظام الأنجلوساكسوني؟ وهل تملك القواعد العرفية نفس المكانة القانونية في مختلف الدول الأنجلوساكسونية باعتبارها من أصل واحد، للإجابة عن هذه التساؤلات قسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في المملكة المتحدة، أما المطلب الثاني فخصص لمكانة العرف الدولي في بعض الدول الأنجلوساكسونية الأخرى.

### المطلب الأول: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان لدى لمحاكم المملكة المتحدة:

عند تطبيق القانون الدولي في النظام الداخلي، قد يحدث تصادم وتعارض بين القاعدة الوطنية والدولية، ولحل الإشكالية بينهما تغلب دائماً القاعدة الأسمى، فما هي مكانة القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان في دول النظام الأنجلوساكسوني، للإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا عرض مختلف الطرق لحل إشكالية العلاقة بين القانون الدولي والداخلي في حالة تعارضهما في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني سنتطرق إلى الكيفية التي عالجتها فيها المحاكم البريطانية هذا الإشكال، وأي القواعد ستطبق إن واجهتها مثل هذه الإشكالية.

Hannes Vallikivi, Op.cit., p.34.

<sup>1</sup> - انظر:

## الفرع الأول: التنازع بين قاعدة عرفية دولية وقاعدة داخلية:

يمنح بعض الفقهاء الأولوية للقواعد الدولية، بما في ذلك العرف الدولي، الذي سيسمو على كل قواعد القانون الداخلي بما فيها القواعد الدستورية، غير أن هناك اتجاهًا معتدلاً يأخذ الواقع بعين الاعتبار ويعترف بحق الدول في تحديد مكانة العرف بنفسها في السلم التدرجي القانوني داخلياً.

وتعتمد مكانة العرف على ما إذا كنا نتعامل مع قاعدة عامة أو خاصة، ففي بعض الدول للقواعد العامة مكانة أسمى على القوانين بصورة أكيدة، مثل ما نجده مذكور في دستور الفيدرالية الألمانية بنص المادة 25 منه، أما مكانة القواعد العرفية الخاصة فهي غير واضحة أو موجودة بدرجة أقل من القوانين المحلية؛ بل أن القواعد العرفية الآمرة *jus cogens* يمكن أن تمتلك مكانة خاصة، فنجد في سويسرا مثلاً، أن الفقه طور فكرة ما إذا كانت القواعد العرفية تحتوي على قواعد آمرة لكي تسمو على كل قواعد القانون المحلي بما في ذلك القواعد الدستورية.<sup>1</sup>

وعلى العموم فإن على إحدى القواعد أن تستسلم للأخرى (العرف أم القواعد المحلية) إما حسب قاعدة السمو (*lex superior*)، أو قاعدة اللاحق والسابق (*lex posterior*)، أو قاعدة الخصوصية (*lex specialis*)، أو بحسب قواعد أخرى.

فكما سبقت الإشارة فإن الدولة حرة في اختيار مكانة العرف الدولي، لكنها ستكون مسؤولة دولياً عن انتهاك قواعد العرف الدولي التي لم تطبق بسبب مكانتها الدنيا مقارنة بالقواعد المحلية.<sup>2</sup>

وتختلف الأنظمة القانونية الداخلية في حلها لهذا التنازع، فنجد من يمنح الأولوية للقواعد الدولية، وهناك من يمنح الأولوية للقواعد الداخلية، وآخر متردد بين هذا وذاك.

### أولاً: أولوية العرف الدولي على القانون الوطني:

تضمن العديد من الأنظمة القانونية الوطنية أولوية القاعدة القانونية الدولية العامة في حالة وجود تنازع، وبالنسبة للبعض هذا الحل مفروض بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة نص دستوري مثل ما نجده في نص المادة 25 من القانون الأساسي لألمانيا لسنة 1949، والمادة 28 (1) من دستور اليونان لسنة 1975 والمعدل سنة

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 34.

H. Mosler, Op.cit. p.633.

<sup>2</sup> - انظر:

2008، والمادة 8 (1) من الدستور البرتغالي لسنة 1976، والمادة 10(1) من دستور إيطاليا سنة 1947، غير أن العرف الدولي في إيطاليا ليست له الأولوية إلا إذا لم يكن مخالفا لمبدأ دستوري.<sup>1</sup>

وفي أنظمة وطنية أخرى فإن سمو القانون الدولي تم تكريسه من القضاء مثل إسبانيا التي منح القضاء فيها امتيازات الدستور لكل من العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون مع ضمان أولوية المعاهدات الدولية بموجب المادة 96 فقرة 1 من الدستور، بينما في سويسرا نجد أن القاضي ألحق القواعد غير المكتوبة بالمعاهدات الدولية والتي تسمو على القانون الداخلي.<sup>2</sup>

وهذا هو الاتجاه المطلوب في الساحة الدولية وأن أي خروج من الدولة على هذا المبدأ قد يحملها المسؤولية الدولية،<sup>3</sup> ومن أهم القضايا التي كرسه نجد قضية *الألاباما* لعام 1872، والتي تعد من أشهر قضايا المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الدولية، تعود وقائع النزاع إلى فترة اندلاع الحرب الأهلية الأمريكية 1863-1866 حيث حاولت ولايات الجنوب الانفصال عن ولايات الشمال، قامت ولايات الجنوب بتجهيز عدة سفن حربية في موانئ انكلترا ومنها السفينة ألاباما Alabama التي لعبت دورا خطيرا في الحرب وساعدت على إطالة أمدها لأنها كانت تنقل الأسلحة والذخائر والمؤن من الساحل الإنجليزي إلى ولايات الجنوب المتمردة، وبعد انتهاء الحرب عام 1866، وانتصار ولايات الشمال، فتحت الحكومة الأمريكية ملف التعويضات مع الحكومة البريطانية، وبالذات ملف الألاباما، وقالت أمريكا أن موقف بريطانيا خلال الحرب كان مخالفا للقاعدة العرفية التي تقضي بوجود بقاء الدول الأخرى على الحياد في حالة نشوب الحروب الأهلية، لكن بريطانيا ردت بأن قوانينها الداخلية لا تمنعها من تجهيز السفن للآخرين ولا تمنع السفن الخاصة من التجارة ونقل البضائع لأطراف هم في حالة حرب.<sup>4</sup>

أحالت الدولتان النزاع إلى التحكيم بتاريخ 1871/09/14، وانعقدت محكمة التحكيم في جنيف وأبدى كل الطرفين موقفه إلا أن المحكمة رفضت الحجة الإنجليزية وأيدت موقف الحكومة الأمريكية وقالت في عبارة مازال يذكرها الفقه حتى الآن بأن "نقص القوانين الإنجليزية لا يعني الحكومة من الالتزام بإتباع العرف الدولي المستقر والمتعلق بواجبات المحايدين" وانتهت محكمة التحكيم إلى وجوب أن تدفع الحكومة البريطانية مبلغ 14 مليون إسترليني لجبر وتعويض الأضرار التي أصابت ولايات الشمال وقالت "أن وجود نصوص التشريع الوطني أو

<sup>1</sup> - انظر: Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., pp.54-55.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 60.

<sup>3</sup> - انظر: علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص 77-79.

<sup>4</sup> - انظر: Alabama Claims, 1862-1872 (Great Britain vs USA)

<http://www.globalsecurity.org/military/ops/alabama-claims.htm>

عدم وجودها لا يعتبر أساساً مقبولاً للدفع بعدم الالتزام بقواعد القانون الدولي، فالدولة حرة تفعل ما تشاء بقوانينها الداخلية لأن هذا شأن يدخل في اختصاصها ولا تستطيع دولة أخرى أن تطلب منها سن أو عدم سن تشريعات معينة بشرط أن لا يؤدي هذا القانون الداخلي إلى التأثير في التزاماتها الدولية.<sup>1</sup>

### ثانياً: أولوية القانون الداخلي على العرف الدولي:

في بعض الأنظمة القانونية الداخلية يفضل القاضي الوطني القوانين الداخلية مثلما هو الحال بالنسبة للمملكة المتحدة وإيرلندا، أين يترك القانون الدولي العام المجال أمام التشريع الصادر عن البرلمان، ونفس الشيء نجده في الدانمارك مع التحفظ أن هذا البلد يطبق في النزاع القائم القانونين المبدأ الساري على النزاع بين قاعدتين داخليتين بحيث أن العرف الدولي الآجل يمكن أن يسمو على القانون الداخلي.<sup>2</sup>

ثالثاً: حلول غير أكيدة: في باقي الأنظمة الوطنية فإن النزاع بين العرف والقاعدة الداخلية يظهر غير أكيد، ففي بلجيكا لوكسنبورج لم تطبق إلى الآن قاعدة عرفية على حساب قاعدة داخلية مخالفة، لكن المسألة لم تتم دراستها منذ مدة طويلة، بالإضافة إلى فرنسا التي نجد أن عدم اليقين هو السائد بالرغم من أن ديباجة دستور 1946 تتضمن التزام عام بالخضوع إلى القانون الدولي.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان أمام المحاكم البريطانية:

تفرق الكتابات الفقهية القانونية البريطانية بين طريقتين لتعامل القضاء البريطاني مع القواعد الدولية، وبعبارة أخرى تمت التفرقة في كيفية التعامل بين المعاهدات الدولية التي تبرمها بريطانيا والقواعد العامة للقانون الدولي، فتطبيق المعاهدات الدولية في بريطانيا ودول القانون العام بصفة عامة يتوقف على إدماج المعاهدة داخلياً من خلال تحويلها إلى نصوص داخلية، أي الإدماج عن طريق التحويل، وهذا التحويل قد يتم بمقتضى تصرف قانوني داخلي يدمج المعاهدة مادة بمادة، أو بالإحالة حيث تدمج كما هي في النظام القانوني الداخلي،<sup>4</sup> أما بالنسبة للقاعدة العرفية فإن تطبيقها معلق كذلك على شرط إدماجها ولكن عن طريق استقبالها من القانون الداخلي،

<sup>1</sup> - المرجع نفسه.

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.60.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 60.

<sup>4</sup> - ارجع إلى طرق الإدماج المذكورة في المطلب الأول من المبحث الثاني (أساس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني)، ص 47.

ويعنى آخر فإن القاعدة العرفية تندمج في النظام القانوني البريطاني عموماً بطريقة تلقائية دون حاجة لاتخاذ إجراءات قانونية محلية.<sup>1</sup>

لكن السؤال الذي يطرح ماهي المكانة التي تحتلها هذه القواعد العرفية بمجرد إدماجها؟ الإجابة عن هذا التساؤل، تكون في الأصل بالرجوع إلى النص الدستوري، ولكن باعتبار أن المملكة المتحدة لا تحوي على دستور مكتوب، فإن الرجوع إلى أحكام القضاء هو الحل، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال دراسة مكانة العرف الدولي أمام التشريع البريطاني، ثم مكانته أمام السوابق القضائية.

### أولاً: مكانة العرف الدولي أمام التشريع البريطاني

تعتبر القواعد العرفية جزءاً من القانون البريطاني، وبهذه الصفة تطبقه المحاكم بشرط أن لا تتعارض مع القانون الوطني، هذا ما ذكرته المحكمة الإنجليزية في قضية الملكة ضد *Keyn*<sup>2</sup>، وأعاد اللورد *Dunedin* بعد ذلك تأكيد هذا القول في قضية *Mortensen ضد Peters*<sup>3</sup> التي تعلقت وقائعها بنزاع نجم عن اعتماد قانون في اسكتلندا سنة 1889 منع الصيد في المناطق التي تمتد إلى ابعده من 3 أميال كميها إقليمية، خاصة في منطقة *Moray Firth* بحيث حرم القانون الصيد في هذه المناطق من خلال استخدام السفن أو قوارب الصيد بالشبكات أو الصيد بالشبكات، ثم صدر قانون سنة 1895 اعتبر كل شخص يقوم بالصيد وفقاً لهذه الأساليب قد اقترف جريمة عقوبتها الغرامة المالية أو السجن.

وقد تم ضبط سفينة مملوكة لمواطن دانمركي *Mortensen*، ومسجلة بالنرويج في منطقة داخل تلك التي حددها القانون ولكن خارج المياه الإقليمية التي حددتها معاهدة مصايد بحر الشمال، وأثيرت مسألة مدى اختصاص المحكمة البريطانية بمحاكمة هذه الجريمة المرتكبة باعتبار أنها تمت من سفينة أجنبية ومن شخص أجنبي في أعالي البحار.

وأشارت المحكمة بالإجماع (12 قاضياً) إلى أنه لو كانت الجريمة قد اقترفت من طرف مواطن بريطاني على ظهر سفينة بريطانية سيكون الاختصاص مؤكداً، لكن باعتبار أن الجريمة قد اقترفت من أجنبي وعلى ظهر سفينة أجنبية فإن المسألة تتعلق بصفة محددة بتفسير نصوص القانون الذي حرم الصيد في هذه المناطق، ولذا من واجب

---

<sup>1</sup> - الأصل أن العرف الدولي ينطبق بصورة تلقائية في المحاكم الإنجليزية لكنه قد تعرض لبعض الاستثناءات لهذه القاعدة مثل العرف الدولي الجنائي، راجع ص 65 أعلاه.

*R. v. Keyn*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

*Mortensen v. Peters*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

المحكمة أن تخضع للتشريع المحلي الصادر عن البرلمان البريطاني بمجلسيه والمعتمد بواسطة الملك، فهي ملزمة بمنح أولوية لهذا القانون وتطبيقه بحذافيره.<sup>1</sup>

لكن هذا الحكم تعرض لدفع قدمها المستأنف بعد إدانته من محكمة أول درجة، حيث استند إلى دفعين:

- الأول أن هذا القانون قصد أن يطبق على الرعايا البريطانيين فقط أو الأجانب المقيمين على الإقليم البريطاني، وان هذين الشرطين غير متوفرين في هذه القضية، فهو أجنبي غير مقيم، وأن المخالفة لم ترتكب على الإقليم البريطاني وإنما كانت خارج المياه الإقليمية البريطانية، ولا يمكن افتراض أن القانون صدر لكي يطبق خارج هذين الشرطين.

للإجابة على هذا الدفع لاحظت المحكمة أن نصوص القانون واضحة بما فيه الكفاية حيث حرمت على كل شخص، فهي لم تقصد إقامة تمييز بين المواطنين والأجانب، وأن القانون لم يحرم القيام بعمل ما بصفة عامة، وإنما الصيد بطريقة خاصة وبمنطقة إقليمية محددة، وليس للمحكمة أن تحتهد أمام وضوح نصوص هذا القانون.

- أما الدفع الثاني فقد تعلق بصعوبة افتراض أن قصد المشرع كان يتجه إلى تطبيق ذلك القانون خارج حدود السيادة الإقليمية للدولة كما حددها القانون الدولي، إذ تحرم القواعد العامة للقانون الدولي على الدولة أن تمارس اختصاصها على الأجانب خارج الحدود الإقليمية.<sup>2</sup>

وأشارت المحكمة إلى أنه من واجبها كمحكمة داخلية تطبيق القانون الداخلي وليس من مهمتها بحث مدى توافق القانون أو مخالفته لقواعد القانون الدولي، وإن كان الأصل افتراض أن الدولة عندما تشرع لا تقصد انتهاك التزاماتها القانونية الدولية، وأن التشريع الداخلي يجب أن يفسر بما يتوافق مع الالتزامات الدولية، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولا تنهض كدليل كاف لإثبات أن المشرع لم يقصد مد الاختصاص التشريعي خارج حدود المياه الإقليمية، فقد سبق لدول أن شرعت أو مارست حقها في التشريع خارج حدود المياه الإقليمية خاصة في البحار المغلقة أو شبه المغلقة رغم أن مساحة هذه المناطق تمتد خارج حدود المياه الإقليمية، وأن المنطقة التي شملها هذا القانون تتعلق في الحقيقة بخليج بحري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Kurt Taylor Gaubatz and Kathleen Kane, «*Mortensen v. Peters, Court of Justiciary, Scotland, 8 Sess. Cas. (5th Ser.) 93,14 Scots L.T.R. 227 (1906)*», The Online Cassebook in International Law, [ <http://www.lions.odu.edu/~kgaubatz/casebook/mort.htm> ]

<sup>2</sup> - انظر: P. De Visscher, Op.cit. p.523.

<sup>3</sup> - انظر: Kurt Taylor Gaubatz and Kathleen Kane, Op.cit.

في الأخير أشارت المحكمة أن القرائن المقدمة أمامها، مهما كانت وجاهتها، فإنها تفقد حجيتها متى وجدت قرائن أخرى تثبت العكس، وبالخصوص إذا كانت نصوص القانون الداخلي واضحة ودقيقة، فلا اجتهاد للمحكمة في هذه الحالة أمام نصوص القانون، بالإضافة إلى أن سكوت القانون الداخلي لا يمكن تفسيره من طرف القاضي كتطبيق لإرادة الدولة الإنجليزية بالخضوع للقاعدة العرفية لقانون الأمم، ولو طبق القاضي الإنجليزي قانون العرف الدولي فهذا بالتأكيد لكي يوافق إرادة دولته، ولهذا فإن القاضي لا يطبق سوى قواعد العرف الدولي التي يمكن أن تقبل منطقياً من الدولة الإنجليزية، إلا أنه في حالة وجود نص صريح في القانون الداخلي يخالف القاعدة العرفية الدولية، فإن على القاضي الخضوع أمام هذا الدليل الصريح لإرادة الدولة التي ينتمي إليها،<sup>1</sup> وبناء عليه رفضت الاستئناف المقدم من *Mortensen* ضد الإدانة التي قررتها محكمة الدرجة الأولى.<sup>2</sup>

وقد ذكر اللورد *James Stephan* أنه لو صوت البرلمان على قانون مخالف لقانون الأمم وجب على القضاء الإنجليزي الخضوع للقانون الوطني وعدم تطبيق قانون الأمم.<sup>3</sup>

وفي قضية *Chung Chi Cheung ضد الملك* لعام 1939، ذكر اللورد *Atkin* في منطوق الحكم أن "ما يجب التنبيه إليه باستمرار هو أنه لا حجية لقواعد القانون الدولي أمام المحاكم البريطانية ما لم تعتمد أو تقبل مبادئه بمقتضى قانوننا الوطني، وأنه ليس من حق أي سلطة أجنبية أن تفرض قاعدة على القانون الموضوعي أو الإجرائي البريطاني..، وأن هذه المحاكم تعترف بوجود كتلة من القواعد القانونية التي تسري بين الدول، وأنه متى أثير أمامها نزاع يتطلب تطبيق تلك القواعد فعليها أن تتأكد من وجود القاعدة القانونية الدولية، وأن تتعرف عليها، ومتى تأكدت من ذلك، عليها أن تطبقها باعتبارها جزء من قانون البلاد ما لم تتعارض مع تشريع داخلي أو سوابق أقرتها محاكم عليا بريطانيا".<sup>4</sup>

فهذا الحكم ينص على إدماج القواعد العرف الدولي متى لم تكن متعارضة مع نص قانوني، أو سابقة قضائية، وحول قول اللورد *Atkin* بأن "لا حجية لقواعد القانون الدولي أمام المحاكم البريطانية ما لم تعتمد أو تقبل مبادئه بمقتضى قانوننا الوطني" أشار الأستاذ *Roger O'Keefe*، أنه لم يكن يقصد من ورائه أن العرف

P. De Visscher, Op.cit. p.523.

<sup>1</sup> - انظر:

Kurt Taylor Gaubatz and Kathleen Kane, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

Edwin D. Dickinson, Op.cit., p. 354.

<sup>3</sup> - انظر:

*Chung Chi Cheung v. The king*, Op.cit.

<sup>4</sup> - انظر:

الدولي ليس جزءا من القانون الانجليزي، بل يقصد أن العرف الدولي لا يفرض نفسه ويسود فوق القواعد الوطنية الانجليزية، بل أن القانون الانجليزي هو الذي يعطي للعرف الدولي دوره.<sup>1</sup>

وفي قضية *Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري Central Bank of Nigeria* سنة 1977، تبني اللورد *Denning* الرأي القائل بإدماج العرف الدولي تلقائيا في القانون الانجليزي ما لم يكن متعارضا مع نص تشريعي.<sup>2</sup>

وعليه يمكن القول أن معظم الأحكام القضائية البريطانية تؤكد فكرة أن القانون البريطاني أسمى من العرف الدولي، فعلى القاضي الانجليزي تطبيق القاعدة العرفية ما لم تكن متناقضة مع نص تشريع، ولكن إن وجد نص تشريعي وكان مخالف للقاعدة العرفية، فعلى القاضي افتراض أن المشرع لم يرد تبني قانون مخالف لقانون العرف دولي وعليه أن يفسره بطريقة تمكنه من مراعاة الالتزامات الدولية لبلده، (احترام مبدأ التناسب)، لكن إن تعذر عليه ذلك طبق القاعدة الوطنية ولو على حساب القانون الدولي.<sup>3</sup>

#### ثانيا: مكانة العرف الدولي أمام السوابق القضائية:

متى قبلت القاعدة العرفية من المحكمة العليا فإن هذا الحكم يعد أو يعتبر سابقة يجب تطبيقها على مستوى المحاكم الأدنى درجة في الحالات المشابهة، أي التزام جميع المحاكم الانجليزية على مختلف درجاتها بالتحديد الذي تعطيه المحكمة العليا في بريطانيا لنطاق القواعد العرفية الدولية، أي بالتفسير الذي تعطيه المحكمة العليا لهذه القواعد.<sup>4</sup>

ورغم أهمية السوابق القضائية في النظام الانجليزي، فإن فكرة إمكانية تطبيق العرف الدولي في حالة وجود سابقة مناقضة له، أحدثت عدة نقاشات أكاديمية، ووجد احتمالان في هذا الخصوص، الاحتمال الأول يقضي بأن يخضع العرف الدولي لنظرية السوابق، باعتبار أن العرف الدولي يدمج في القانون العام، ويصبح قاعدة من قواعده، وبالتالي فهو يخضع لقاعدة السوابق؛<sup>5</sup> أما الاحتمال الثاني فيقول أن العرف الدولي هو قاعدة مستقلة ومختلفة عن القانون الوطني وبالتالي لا يخضع لفكرة السوابق.

Roger O'Keefe, Op.cit., p.306.

<sup>1</sup> - انظر:

*Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

Edwin D. Dickinson, Op.cit., p314 ; Julien Morissette, Op.cit., p.29.

<sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - انظر: علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص 181.

Julie Cassidy, Op.cit., p. 129.

<sup>5</sup> - انظر:



وبقيت هذه النقاشات إلى غاية قرار مجلس اللوردات في قضية *West Rand Central Gold's Mining* سنة 1905، أين ذكر اللورد *Alverstone* "أن قانون الأمم يشكل جزء من القانون الإنجليزي" لكنه أضاف عبارة "في حالة عدم تعارضه مع السوابق القضائية"<sup>1</sup>، وتم تأكيد هذا القول في قضية *Chung Chi Cheung ضد الملك*، أين جاء في قرار اللورد *Atkin* في منطوق الحكم أن المحكمة تعترف بوجود مجموعة من القوانين التي تقبلها الدول في قرارة نفسها، وفي حالة النزاع تلزم المحاكم نفسها بتعيين القاعدة التي تملك قوة القانون، وعندما تفعل ذلك تعاملها على أنها مدمجة في القانون الداخلي، طالما أنها غير معارضة للقوانين التي يتضمنها النظام القانوني أو السوابق القضائية.<sup>2</sup>

وبالرغم من تعرض هذا الحكم للنقد أحيانا، إلا أنه كان مقبولا على العموم إلى غاية قضية شركة *Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري سنة 1977* التي فصل فيها اللورد *Denning* التي يتمحور موضوعها في إمكانية إدعاء هذا البنك بالحصانة الدبلوماسية المطلقة، أو تطبيق التغير الذي شاب مفهوم الحصانة، كما سبقت الإشارة أعلاه.<sup>3</sup>

وقد أثير في هذه القضية مسألة انطباق المبدأ المقرر في القانون العام *Common Law* والمتعلق بالسوابق القضائية الذي يمنح المحكمة من مراجعة مسألة فصل فيها بحكم سابق أصدرته محكمة عليا، بخصوص إدماج القواعد العرفية الدولية في القانون الداخلي في حالة تغير تلك القواعد العرفية أو نشوء قواعد جديدة، حيث أعلن اللورد *Denning* أن "قواعد القانون الدولي تغيرت ولا تزال تتغير، وأن المحاكم قد أعطت أثرا لهذه التغيرات دون حاجة إلى أي تصرف من البرلمان"، كما رأى أن "قرار المحكمة فيما يخص القانون الدولي العام الذي كان سائدا قبل 50 أو 60 سنة مضت ليس مقيدا لها الآن، وذلك لأن القانون الدولي العام ليس قاعدة إنجليزية داخلية، تكون لمجلس اللوردات الكلمة الأخيرة فيه، بل هو قاعدة دولية، وبالتالي فهو لا يعرف قاعدة مراعاة السابقة القانونية (*stare dicisis*)، وعليه لا يحق لمحكمة أن تتقيد بسوابق قد صدرت عنها منذ 50 أو 60 سنة سلفت، متى اقتنعت المحكمة بأن القواعد المعنية بالسابقة قد تغيرت"، بل ذهب إلى أبعد من ذلك مشيرا إلى أنه يمكن للمحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار هذه التغيرات الجديدة التي تطرأ على القواعد الدولية، وأن تدمجها في القانون العام، وأن المحكمة عندما تطبق هذه التغيرات فإنها ليست بصدد القاعدة التي صدرت بصدها السابقة

<sup>1</sup> - انظر: Roger O'Keefe, Op.cit., p.305; Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.4; Hazel Fox and others, Op.cit., p.518

<sup>2</sup> - انظر: Charles Rousseau, « *Les traits internationaux...* », Op.cit., p. 963.

<sup>3</sup> - راجع قضية *Trendtex Trading Corporation*، ص 58.

القديمة، وإنما يتعلق الأمر بإلغاء القاعدة العرفية الجديدة لقاعدة قديمة، لذا من واجب المحكمة أن تدمج هذه التغييرات الجديدة في نطاق القانون الداخلي.<sup>1</sup>

وقد وافق اللورد *LJ Shaw* على رأي اللورد *Denning* قائلاً أن: "قاعدة احترام السوابق القضائية وجدت من أجل تقييد قواعد موجودة وليس من أجل قواعد لم توجد بعد".<sup>2</sup>

كخلاصة نجد أن مكانة العرف الدولي في الهرم التدريجي القانوني للمملكة المتحدة ضعيفة نسبياً، فالمحاكم البريطانية وإن كانت تطبق العرف الدولي بصورة تلقائية، فإنها ملزمة بالخضوع للقانون الداخلي المخالف إذا عجزت عن تفسيره بما يتوافق مع القواعد الدولية، إلا أن أهمية السوابق القضائية كحاجز أمام تطبيق المحاكم البريطانية للقواعد الدولية العامة قد فقدت جزءاً كبيراً من أهميتها في ضوء هذا الحكم الأخير المتعلق بقضية *Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري*، والذي أسس سابقة جديدة مقتضاها وجوب الأخذ بعين الاعتبار التغييرات الجديدة التي تطرأ على القانون الدولي المتعارضة مع سوابق قضائية أقرتها محاكم عليا.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: مكانة العرف الدولي في بعض دول النظام الأنجلوساكسوني الأخرى:

سنحاول في هذا المطلب دراسة مكانة العرف الدولي في النظم القانونية الداخلية لبعض الدول الأنجلوساكسونية، أي هل أن العرف الدولي يحتل ذات المرتبة الممنوحة له في بريطانيا؟ أم أن هذه الأنظمة تختلف في تعاملها مع القاعدة العرفية؟ وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتعلق بمكانة العرف الدولي أمام المحاكم الأمريكية أما الفرع الثاني فيخص كل من كندا وأستراليا.

<sup>1</sup> - انظر: P.J. Duffy, «English Law and The European Convention on Human Rights », 29, I.C.L.Q, 1980, p.600 ; Maurice Mendelson, Op.cit, p77.

<sup>2</sup> - انظر: *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر: Alan Boyle, Op.cit., p.64.

## الفرع الأول: مكانة العرف الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية:

تتحدد مكانة القاعدة القانونية في النظام الداخلي بنص الدستور، فإن لم يوجد فبموجب القرارات القضائية؛ وبالرجوع إلى الدستور الأمريكي لا نجد ذكراً للعرف الدولي إلا بموجب المادة الأولى من الدستور عندما تحيل إلى الكونغرس سلطة تحديد ومعاقبة الانتهاكات ضد العرف الدولي.

بينما نجد أن المادة 2 من الدستور تحيل إلى كلمة قوانين بالمعنى الواسع التي يلتزم الرئيس بتنفيذها، أما المادة 3 من ذات الدستور فنجدها استعملت عبارة ضيقة "قانون الولايات المتحدة الأمريكية" في وصفها لقضايا المحاكم الفيدرالية، بينما نجد أن نص المادة 6 فيحيل إلى معنى أضيق "قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي يجب أن تتوافق مع الدستور"، إذ يقترح البعض أن العرف الدولي يندرج ضمن كلمة قانون هذه، لكن ما تجدر ملاحظته هو أن الكلمة الواحدة لا تعني بالضرورة عند تفسيرها معنى واحد.

أما المحكمة العليا الأمريكية فقد ذكرت سنة 1900 في قضية «*the Paquete of Habana*» بأن "العرف الدولي يشكل جزءاً من قانوننا الوطني يجب تأكيده واستقباله والاعتراف بقيمته من المحاكم، في حالة عدم وجود معاهدة أو تصرف تنفيذي أو تشريعي أو قرار قضائي".<sup>1</sup>

وبتحليل قضية Habana يبدو أن العرف الدولي مدمج بصورة تلقائية في المحاكم الأمريكية، وأنه يحتل مرتبة أدنى من المعاهدات، و لوائح أو قرارات السلطة التنفيذية أو نص التشريع أو السوابق القضائية. لكن إذا أخذنا بعين الاعتبار التركيب السياسي للولايات المتحدة الأمريكية كدولة فيدرالية، فإن المحكمة لم تبين في هذه القضية مكانة العرف الدولي مقارنة بقانون الولايات.

فالسؤال الذي يطرح هو بأي صفة يدمج العرف الدولي في القانون الأمريكي أي هل يعتبر كقانون الولايات أم كقانون فيدرالي؟

وإن كان كالقانون الفيدرالي هل يملك نفس رتبة القواعد الناشئة عن الكونغرس؟

## أولاً: العرف الدولي قانون فيدرالي أم قانون ولاية؟

خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كانت المحاكم الفيدرالية حرة في تطبيق مجموعة القواعد العامة الجماعية التي لم تكن لا قواعداً فيدرالية ولا قوانين ولاية، فتم تطبيق العرف الدولي في غياب نص قانوني أو تصريح دستوري، باعتباره أحياناً جزءاً من القانون الطبيعي، وفي أحيان أخرى جزءاً من القانون العام أو قانون البلاد،<sup>2</sup> كما أكدته المحكمة العليا في قضية *Swift* ضد *Tyson* سنة 1842 مثلاً، عندما ذكرت "أن قوانين

*The paquete of Habana*, Op.cit.

<sup>1</sup> - انظر:

Michele Maria Porcelluzzi, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

عدة ولايات يجب اعتبارها قوانين تطبق في المحاكمات على أنها قانون عام ما لم يشترط في الدستور أو المعاهدات أو القوانين الأمريكية خلاف ذلك"،<sup>1</sup> وهذا ما سمح للمحاكم الفيدرالية بحل النزاع من خلال قواعد من اختيارها، ومن بينها قواعد العرف الدولي؛ لكن يبدو أن المحكمة العليا أبعثت القانون العام الجماعي من المحاكم الفيدرالية منذ سنة 1939 في قضية *Erie Railroad ضد Tompkins*، والتي بدأت أحداثها على أنها قضية مسؤولية مدنية عادية، إثر تعرض *Harry Tompkins* المواطن البنسلفاني، لبتز ذراعه على سكة *Erie* المحاذية لسكته، بسبب حادث قطار، عندما ذكرت أن المحاكم الفيدرالية لا تملك سلطة قضائية في إنشاء القواعد العامة الفيدرالية،<sup>2</sup> لذا يرى بعض الفقهاء أن على الولايات المتحدة الأمريكية تحديد مسألة ما إذا كان العرف الدولي يعد قانوناً فيدرالياً أم قانون ولاية.<sup>3</sup>

وإن كان البعض يعتقد أن التفرقة بين هذين المعنيين لا يهم إلا دارجي القانون، فإنها في الواقع تملك أهمية تطبيقية كبيرة، فلو أن العرف الدولي كان قانون مقاطعة أو ولاية، فإن المحاكم الفيدرالية لا يمكنها تطبيقه إلا في قضايا المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأجنبية أو غيرها إلا في حالة إدماجها من قبل محاكم الولاية التي تنوي تطبيقه، وكل ولاية ستكون حرة في تفسيرها لقواعد العرف الدولي، وأن المحاكم الفيدرالية ستكون ملزمة بتطبيق تلك التفسيرات، لكن من جهة أخرى لو كان العرف الدولي قانوناً فيدرالياً، عندها ستكون جميع المحاكم (محاكم الولايات، والمحاكم الفيدرالية) مقيدة بوحدة القانون، وستكون المحاكم الفيدرالية حرة في تطبيق هذه القواعد بغض النظر عما فعلته محاكم الولايات، وبغض النظر عما إذا كان الكونغرس قد ادججها بموجب قانون.<sup>4</sup>

### 1. مكانة العرف الدولي قبل قضية Erie:

لم يكن قانون الأمم عند صدور الدستور الأمريكي وأول قرار قضائي، لا قانون ولاية ولا قانون فيدرالي، فهذين التصنيفين لم يكونا موجودين، بل كان يعتبر جزءاً من القانون العام، الذي كان يقيد كل من المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات على السواء بدون الحاجة إلى إدماج تشريعي، مثلما ذكر الأستاذ *Louis Henkin*

<sup>1</sup> - انظر: *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1, (1842),

[[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0041\\_0001\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0041_0001_ZS.html)]

*Erie Railroad v. Tompkins*, Op.cit. <sup>2</sup> - انظر:

William S. Dodge, « *After Sosa...* », Op.cit., p.28. <sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

بأنه " لم يكن واردا في تاريخنا السابق مسألة ما إذا كان القانون الدولي قانون ولاية أو قانون فديريالي، بل وجد فقط القانون العام.<sup>1</sup>"

وقد لوحظ في قرار قدم أصدره وزير الخارجية *Thomas Jefferson* حوالي سنة 1792 الإشارة إلى أنه: " بالرغم من أن قانون الأمم ليس مدجا بنص دستوري أو قانون محلي فإنه جزء من القانون الوطني."<sup>2</sup>

لكن يعتقد الفقيهان *Goldsmith* و *Bradley* أن العرف الدولي لم يملك مكانة قانون فديريالي إلا حديثا،<sup>3</sup> وقد أطلقوا على هذا الرأي "الوضع الجديد"، والذي أصبح مقبولا بشكل كبير في السنوات العشرين الأخيرة، وأن هذا الوضع لا يجدر أن يكون، أي لا يجدر إعطاء هذه المكانة للعرف الدولي، وللدفاع عن رأيهما استعانا بالتاريخ، من خلال تحليلهما لبعض قضايا القرن التاسع عشر.<sup>4</sup>

فحسب رأي الفقيه *Bradley*، فإن المحكمة العليا في قضية *Erie*، لم توضح مكانة العرف الدولي في القانون الوطني فقط، بل أعادت النظر في طبيعة القانون، خصوصا أنها رفضت نظريتان استقرتا في الاجتهاد القضائي خلال القرن التاسع عشر، وهما: فكرة أن المحاكم الفديريالية يمكنها تطبيق قانون ناشئ من مصدر غير سيادي، وفكرة أن المحاكم تكتشف القانون العام بدل خلقه.

ففي رفضها للفكرة الأولى أوضحت المحكمة أن ممارسة المحاكم الفديريالية في تطوير القانون العام الجماعي الخاص بها كان يستند على فكرة خاطئة «*fallacy*»، هذه الفكرة الخاطئة تتضمن الافتراض أنه توجد مجموعة سامية من القوانين التي لم تشكلها أي دولة محددة ولكن مع ذلك ملزمة لها إلى غاية تغييرها أو حتى يتم تغييرها عن طريق القانون، بل أن القانون الذي تتكلم عنه المحكمة اليوم لا يكون له وجود دون وجود سلطة خلفه.<sup>5</sup>

وفي نقد الفكرة الثانية صرحت المحكمة العليا أن المحاكم لا تكتشف القانون العام *common law* بل هي تنشئه؛ فهاتان الفكرتان اللتان رفضتهما المحكمة العليا في قضية *Erie* كانتا تخدمان مشروعية التطبيق

<sup>1</sup> - انظر: Louis Henkin, Op.cit., pp.1555- 1557

<sup>2</sup> - انظر: William S. Dodge, « *Bridging Erie...* », Op.cit. p.4

<sup>3</sup> - راجع: Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, « *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of Modern Position* », 110(4), Harv.L.rev.,1997, pp. 816-876.

<sup>4</sup> - انظر: Curtis A. Bradley, Op.cit. p.809.

<sup>5</sup> - انظر: *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, Op.cit.

القضائي للعرف الدولي في القرن 19، وبسقوط هاتين الفكرتين، أصبحت فكرة أن المحاكم الفديريالية يمكنها تطبيق العرف الدولي بصورة مستقلة عن إدماجه بواسطة فرع سياسي، مشكوك فيها على الأقل.<sup>1</sup>

فالأحكام القضائية الأولى التي كانت تطبق قانون الأمم باعتباره قانونا عاما لا تخول سلطة لتطبيق العرف الدولي على أنه قانون فديريالي، وبما أنه لا توجد سلطة مستمدة من الدستور الأمريكي أو القانون الفديريالي، حسب رأي الأستاذين، فإنه لا يمكن للمحاكم الفديريالية تطبيق العرف الدولي إلا إذا تم إدماجه في القانون الوطني،<sup>2</sup> وذلك بسبب المتغيرات التي شملت طبيعة العرف الدولي اليوم، حيث أن اغلب قواعد العرف التي كانت موجودة في القرن 19 وبداية القرن 20 تم تقنينها في شكل قوانين دولية أو معاهدات، وبعضها الآخر اختفى تماما، وأن العرف الحديث قد انتشر بشكل كبير منذ الحرب العالمية II، خصوصا في مجال حقوق الإنسان، وهو يختلف عن القديم في عدة نقاط أساسية منها:

1. أنه يمكن نشوؤه بصورة أسرع.
2. أنه مرتبط بصورة أقل بممارسة وسلوك الدول، وبصورة أكبر بالإعلانات الدولية، مثل توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة، المعاهدات الجماعية.
3. وربما أهمها أنه لم يعد يعني علاقات الدول فيما بينها بل أصبح يعني بعلاقات الدول بمواطنيها. والخلاصة أن القانون العرفي اليوم أصبح أكثر عرضة للتعارض مع القانون المحلي، فهذه التطورات تغير في سلوك الهيئات الداخلية اتجاه العرف الدولي.<sup>3</sup>

لكن يعتقد العديد من المعلقين أن العرف الدولي احتل رتبة القانون الفديريالي في القرن التاسع عشر، ولذا يحتج البعض بهذه المكانة، ووجوب أن تكون هي المكانة المطبقة اليوم، وقد صرحت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية لولاية نيويورك في قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* عام 1980 مثلا، "أن العرف الدولي كان دوما يحتل مكانا في القانون الفديريالي العام"،<sup>4</sup> كما نجد أن محاكم أخرى استشهدت بالتاريخ في ادعاءاتها بأنه من المسائل المستقرة أن العرف الدولي يملك مكانة القانون الفديريالي العام.<sup>5</sup>

Curtis A. Bradley, Op.cit., p.819.

<sup>1</sup> - انظر:

William S. Dodge, « After Sosa...», Op.cit., p.27.

<sup>2</sup> - انظر:

Curtis A. Bradley, Op.cit., p.822.

<sup>3</sup> - انظر:

*Filartiga v. Pena-Irala*, Op.cit.

<sup>4</sup> - انظر:

Curtis A. Bradley, Op.cit., p.811.

<sup>5</sup> - انظر:

## 2. مكانة العرف الدولي بعد قضية *Erie*

تعد قضية *Erie* نقطة تحول للقانون الدولي في المحاكم الفيدرالية؛ ففي عام 1938 أنهت المحكمة العليا الأمريكية فكرة القانون العام الجماعي *general common law* في قضية *Erie Railroad ضد Tompkins*، وذكرت أن المحاكم الفيدرالية لا تملك سلطة قضائية في إنشاء القواعد العامة الفيدرالية،<sup>1</sup> فإثر هذه القضية ناقشت المحكمة العليا مدى تطبيقها للقانون العام الخاص بالمقاطعات الأمريكية.

وقد بدأت أحداث هذه القضية على أنها قضية مسؤولية مدنية عادية، حين تعرض *Harry Tompkins* وهو مواطن ومقيم في بنسلفانيا، لبتز ذراعه اثر حادث قطار على سكة *Erie* المحاذية لسكنه، والتي يقع مقر الشركة الرئيسي التابع لها هذا القطار في نيويورك.

وقد رفع *Tompkins* قضيته أمام محكمة المقاطعة بنيويورك، على أساس إهمال هذه الشركة في تشغيل وصيانة القطار، لكن شركة *Erie* نفت المسؤولية، ودفعت بأنه لا بد من تطبيق القانون الخاص بولاية بنسلفانيا، والذي بموجبه لا تلتزم شركة السكك الحديدية بتعويض الشخص الذي سار على السكة الحديدية وتعرض لحادث، إلا إذا كان هذا الحادث متعمداً.

لكن *Tompkins* أنكر وجود مثل هذه القاعدة في محاكم ولاية بنسلفانيا، بل ابعده من ذلك، فقد طالب بأنه في غياب قاعدة تحكم الموضوع حسب قانون بنسلفانيا، فإنه لا بد من أن يتم تحديد المسؤولية بناء على القواعد السارية في المحاكم الفيدرالية، على ضوء قضية *Swift v. Tyson*،<sup>2</sup> وتم الحكم لصالح *Tompkins*، وأكدت محكمة الاستئناف في الدائرة هذا الحكم، وذكرت أن المحكمة الفيدرالية حرة في إنشاء القواعد القانونية التي تحكم القضية في حالة غياب نص قانوني للولاية، غير أن المدعى عليه طعن في الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية التي أعادت القضية للنظر، وحكمت بأن المحاكم الفيدرالية غير مختصة بإنشاء قواعد فيدرالية عامة.<sup>3</sup>

وقد جادل البروفيسور *Philip Jessup* بعد قضية *Erie* في مسألة وجوب معاملة العرف الدولي كقانون الفيدرالي، وأنه ليس من الحكمة جعل الولايات هي السلطة العليا لتطبيق القانون الدولي.

<sup>1</sup> - انظر: *Erie Railroad Co. v. Tompkins.*, Op.cit.

<sup>2</sup> - فعلى ضوء هذه القضية المحاكم الفيدرالية تحكم بالقانون الخاص بالولاية، وفي حالة عدم وجود قاعدة حسب قانون الولاية، تنشئ المحاكم الفيدرالية قاعدة لتطبيقها على الموضوع، انظر: *Swift v. Tyson*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر: *Erie Railroad Co. v. Tompkins.*, Op.cit.

« Any question of applying international law in our court...involves the foreign relations of the United States and can thus be brought within a federal power... it would be unsound as it would be unwise to make our state courts our ultimate authority for pronouncing the rules of international law.»<sup>1</sup>

ويبدو أن المحكمة العليا قد تبنت في سنة 1964 في قضية *Sabbatino* ضد البنك الوطني الكويتي، رأي الفقيه *Jessup* بأنه لا يجب ترك القانون الدولي لتفسيرات محكمة الولايات أو المقاطعات، عندما ذكرت أن "المحاكم الفيدرالية وحدها مختصة بنظر المنازعات التي تتم بسبب علاقتنا مع دول أخرى"<sup>2</sup>، والشيء ذاته مذكور في الإعلان الثالث المتعلق بالعلاقات الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية أن "العرف الدولي يعتبر قانونا عاما في الولايات المتحدة الأمريكية، ولكنه قانون فيدرالي، فقد نصت:

« customary international law is considered to be like common law in the united States but it is federal law »<sup>3</sup>

بالإضافة إلى هذا هناك من يعتقد أن نص المادة 3 من الدستور الأمريكي يوحي بأن القواعد العرفية تندرج ضمن القواعد التي تنظر أمام المحاكم الفيدرالية، إذ كتب الفقيه *George Mason* فيما يخص معاهدة فيلادلفيا المتعلقة بصياغة دستور سنة 1787، "أن أكثر الأفكار انتشارا في هذه المعاهدة يتمثل في وضع نظام قضائي مطلع بجميع المواضيع التي تعتمد على قانون الأمم وغيرها من المواضيع التي تكون المحاكم المحلية غير ملائمة لها"، حتى وإن كان هذا لا يعكس أفكار كل المعاهدة، فإنه يعكس تأكيد رأي بعثة فرجينيا التي كانت تحاول توسيع مهام المحاكم الفيدرالية إلى المسائل التي تمس السلم والانسجام، هذا بالإضافة إلى مسودات اللجان التي تمنح القضاء اختصاص نظر القضايا التي تضم قانون الأمم، هذه المسودات نقلت إلى المعاهدة في 6 أوت تحت عنوان "القضايا الناشئة عن القوانين المنقولة عن مشرع الولايات المتحدة الأمريكية"، وذكر النص بهذه الطريقة يعني بوضوح أن المادة 3 لم تمتد إلى القضايا الناشئة عن قانون الأمم، ومع ذلك في 27 أوت، أوقف التصويت على المعاهدة العمل بكلمة "المنقولة عن مشرع الولايات المتحدة الأمريكية"، ويؤكد التغيير في النص عند المقارنة

<sup>1</sup> - انظر : Philip c. Jessup, «The Doctrine of Erie Railroad v. Tompkins Applied to International law», 33, A.J.I.L. (1939), pp.740,743.

<sup>2</sup> - انظر : William S. Dodge, « Bridging Erie...», Op.cit., p.5; David Ginn, Op.cit;

*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر : *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, § 11, Op.cit..



بنص المادة 6 أن كلمة "قوانين الولايات المتحدة الأمريكية" في المادة 3 ليست مقتصرة فقط على تلك التي اعتمدها الكونغرس.<sup>1</sup>

غير أنه يجب الحذر من القول أن المادة 3 تضم القواعد العرفية أيضا، فذلك يعني إطلاق العنان للمحاكم الفيدرالية للقضايا الأجنبية، لذا على الكونغرس أن يسمح للمحاكم الفيدرالية سماع مثل هذه القضايا على الأقل في شكل مشابه لحالة قانون الدعاوى الأجنبية (ATS).<sup>2</sup>

وقد أوضحت قضية *Sosa* هذه الفكرة مبينة التغيرات التي حدثت، سواء على المستوى الدولي أو المستوى الداخلي، خلال القرنين الماضيين أهمها: أن مفهوم العرف الدولي قد تغير جذريا خلال القرن التاسع عشر من أساس القانون الطبيعي إلى أساس واقعي *Positivisme* قائم على سلوك الدول ورضاهما، وأن مكانة العرف الدولي في النظام الأمريكي قد تغيرت في أوائل القرن العشرين عندما ألغت المحكمة العليا في قضية *Erie* القانون العام الجماعي *general common law* وعوضته بالقانون الفيدرالي وقانون الولايات، فثار تساؤل حول ما إذ كان العرف الدولي يوافق النظام الجديد.<sup>3</sup>

وتعد قضية *Sosa v. Alvarez Machain* من أهم قضايا المحكمة العليا، لكونها تسمح للمحاكم الأمريكية بأن تنظر قضايا حقوق الإنسان، وكذلك لأنها تبين مكانه العرف الدولي في النظام القانون الأمريكي - فهي إحدى القضايا التي تبين العلاقة بين القانون الدولي والقانون الأمريكي المحلي -، فالقرار أكد أن القانون المحلي الأمريكي يعترف بقانون الأمم وصنف العرف الدولي على أنه قانون فيدرالي عام *Federal common law* لفائدة قانون الدعاوى الأجنبية.<sup>4</sup>

إلا انه تجدر الإشارة أن المحكمة العليا تمسكت بأن تطبق المحاكم الفيدرالية العرف الدولي كقانون فيدرالي فيما يتعلق بقانون الدعاوى الأجنبية ، بل واقترحت أن المحاكم الفيدرالية لا يجب عليها أن تطبق العرف الدولي كقانون فيدرالي في حالة المسائل الفيدرالية العامة *The general federal question statute*، المذكورة في الفقرة 1331 من الفصل 85 من الجزء 4 من العنوان 28 من قانون الولايات المتحدة الأمريكية المتعلق بالاختصاص الإقليمي لمحاكم المقاطعات التي تنص على أنه: "يجب أن تحكم محاكم المقاطعات بشكل أصلي في

<sup>1</sup> - انظر: William S. Dodge, « After Sosa... », Op.cit., p.40.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص17.

<sup>3</sup> - انظر: Curtis A. Bradley, Op.cit., p.811

<sup>4</sup> - انظر: William S. Dodge, « Bridging Erie... », Op.cit., pp. 1-2.

جميع المسائل المدنية الناشئة عن الدستور وقوانين ومعاهدات الولايات المتحدة الأمريكية"، فيبدو أن المحكمة أدجت العرف الدولي في بعض المسائل دون أخرى، لكن أين يترك هذا العرف الدولي في علاقته مع القوانين الأخرى والنصوص الدستورية؟ لا تجيبنا قضية *Sosa* عن هذا التساؤل.<sup>1</sup>

ولتبرير تقييد تطبيق العرف الدولي ذكرت المحكمة العليا في قضية *Sosa* مجموعة من الأسباب :

- التغيير في مفهوم القانون العام، فبعد أن كان مستمدا من القانون الطبيعي، أصبح مستمدا من القانون الوضعي الذي يشترط وجود سلطة مختصة لإنشائه، إذ أنه في القرن 18 كان قانون الأمم مستمدا من فكرة القانون الطبيعي، بمعنى أن المحاكم يمكن أن تكشفه من خلال تطبيق المنطق لوحده، وقد كتب *Vattel* في إحدى مقالاته: "أن قانون الأمم ما هو في أصله إلا قانون طبيعي مطبق على الأمم"<sup>2</sup> وخلال القرن 19 تغير مفهوم العرف الدولي من القانون الطبيعي إلى الوضعي، وبالتالي فإن القضاة لم يعد بإمكانهم اشتقاق هذه القوانين من خلال المنطق فقط لكن عليهم أن ينظروا إلى أعراف ومبادئ الأمم المتحضرة، هذا التحويل بالتأكيد قلص دور السلطة القضائية في إنشاء العرف الدولي، بينما تزايد دور السلطات السياسية.

- تقييد المحكمة العليا في قضية *Erie* للمحاكم الفيدرالية في إنشاء القانون العام، فبعد أن كانت المحاكم الفيدرالية تستنتج القانون المطبق، باعتباره قانون طبيعي قائم على المنطق، أصبحت ملزمة بتطبيق القانون الفيدرالي.

- العلاقات الخارجية، التي تستدعي تطبيق القانون الدولي على معاملاتهما، لذا كان من الضروري جعل قانون حماية الأجانب هو السائد في التعامل مع الأجانب، وحتى لا يكون هناك تناقض بين القانون الدولي، والتطبيق المحلي للقوانين من المحاكم.

- نقص التصريحات المقدمة من الكونغرس للبحث في انتهاكات دولية جديدة أو محل جدل في قانون الأمم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 13-15

<sup>2</sup> - انظر : E. De Vattel, « The Law of Nation or the principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, Intro.§6 (Charles G Fenwick trans., William S. Dodge, « After Sosa... »,Op.cit., p.16. :نقلا عن: 1916), 1758

<sup>3</sup> - انظر : William S. Dodge, « Bridging Erie...»Op.cit., p.10.

## ثانيا: المكانة التدريجية للعرف الدولي على المستويين المحلي والفدرالي:

باعتبار أن النظام الأمريكي نظام فدرالي فإنه من الضروري دراسة مكانة العرف الدولي فيه على المستوى المحلي ثم على المستوى الفدرالي على السواء.

### 1. مكانة العرف الدولي في القانون الفدرالي:

سنحاول التطرق إلى مكانة العرف الدولي في مواجهة قوانين الكونغرس بالإضافة إلى مكانته أمام تصرفات السلطة التنفيذية.

#### أ- مكانة العرف الدولي أمام القوانين الصادرة عن الكونغرس الأمريكي

يعد الكونغرس الأمريكي هو السلطة التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية، وتفوض المادة الأولى، في فقرتها 8، من الدستور الأمريكي الكونغرس سلطة تحديد ومعاقبة أي انتهاك لقانون الأمم، يفهم ضمنا أن قانون الأمم لا يعني فقط المعاهدات بل يمكن أن يتعدى إلى العرف الدولي،<sup>1</sup> وهذا ما أدى بالبعض إلى القول أن للكونغرس أن ينتهك العرف الدولي متى شاء، فرغم عدم صناعة العرف بطريقة ديمقراطية، فإنه يمكن الحد من هذا العيب بطريقة ديمقراطية، فرقابة الكونغرس على القرارات القضائية للمحاكم الفيدرالية يمكنها تقييد قراراتهم حول مسألة العرف الدولي، إذ يمكن للكونغرس تجاهل القواعد العرفية بصفة اختيارية عن طريق سن قانون مخالف، وقد أكدت قضية *Sosa* أن للكونغرس القوة على إغلاق الباب كلية في أي وقت أمام قانون الأمم، كما يجوز له تعديل أو إلغاء أي قرار قضائي حتى ولو كان يرتكز على قاعدة دولية.<sup>2</sup>

وقد رأت المحكمة العليا برئاسة *John Marshall* في قضية *Murry ضد Schooner Charming Betsy* "أن الكونغرس لا يمكنه أبدا إنشاء قاعدة تنتهك قانون الأمم، وإن حدث هذا فإن تلك القاعدة تظل صحيحة".<sup>3</sup>

كخلاصة، نجد أن المحاكم الأمريكية في العموم تطبق العرف الدولي تلقائيا في محاكمها، ولكن إذا وجد نص تشريعي مخالف، فإنها ستحاول تفسير هذا النص بما يتوافق مع مبادئ العرف الدولي، وفقا لما تقرر في قضية

Ying-jen lo, Op.cit., p.50.

<sup>1</sup> - انظر:

William S. Dodge, « Customary international... », p.25.

<sup>2</sup> - انظر:

*Murry v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. 64, 118 (1804),

<sup>3</sup> - انظر:

[<http://supreme.justia.com/us/6/64/>]

*The Charming Betsy*<sup>1</sup>، لكن إن تعذر عليها ذلك طبقت التشريع الوطني، وهذا ما ظهر جليا في قضية *Sosa*، عندما طلب من المحكمة التحقق ما إذا كان القانون الفدرالي يسمح بالحجز التعسفي للمدعي في المكسيك، فوجدت المحكمة أن القانون يسمح بهذا النوع من إلقاء القبض، خصوصا أن القاعدة العرفية في هذا المجال غير واضحة، عندها طلب منها يتم تفسير القانون *The Statute* بطريقة لا تجعله متعارضا مع العرف الدولي المحرم للخطف القسري حسب نظرية *The Charming Betsy*، هنا أكدت المحكمة في هذه القضية أنه لا يمكن تطبيق القاعدة العرفية لوجود تعارض مع نص تشريعي.<sup>2</sup>

### ب- مكانة العرف الدولي أمام التصرفات التنفيذية:

تنص المادة 2 من الدستور الأمريكي أن ينفذ الرئيس القوانين، فإذا كان قانون الأمم يدخل ضمن القوانين التي يلزم الرئيس بتنفيذها فهذا يعني فرض واجب دستوري عليه بالخضوع للعرف الدولي.

كان هذا هو الفهم الطبيعي الأصلي للنص، وقت إصدار الدستور الأمريكي، لكن الإشكالية ظهرت لاحقا بعد المصادقة على مؤتمر الحياد سنة 1793، فعندما انضمت الولايات المتحدة الأمريكية لمعاهدة التحالف مع فرنسا عام 1788؛ تورطت فرنسا في مجموعة من الحروب مع القوى الأوروبية، بعد الحرب الفرنسية عام 1789، ثم أعلنت الحرب على إنجلترا عام 1793.

وبالرغم من أن المساندة الشعبية الأمريكية كانت لصالح فرنسا، فإن إدارة واشنطن *Washington* رأت أن تظل أمريكا محايدة في هذه النزاعات، وفي 22 أبريل سنة 1793 اصدر الرئيس واشنطن إعلان الحياد *Proclamation of Neutrality*، تم التأكيد فيه على "سلوك محايد وسلمي تجاه القوانين"، وحذر مواطني الولايات المتحدة الأمريكية من أنه في حالة انتهاك قانون الأمم عن طريق مساعدة إحدى القوتين أو القيام باعتداءات ضدها، لن يحصلوا على حماية أمريكا، وسوف يحاكمون على انتهاكاتهم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Julien G. Ku, «Structural Conflicts in The Interpretation of Customary International Law», 45, Santa Cl.L.Rev., (2005), p.110.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 111.

William S. Dodge, « After Sosa...», Op.cit., p.34.

<sup>3</sup> - انظر:

لدحض الاعتراضات على الإعلان، كتب *Alexander Hamilton* مجموعة من المقالات تحت اسم « *Pacificus* » ربط فيها السلطة التنفيذية بتنفيذ كل القوانين بناء على بند العناية *Take care* في المادة الثانية من الدستور، سواء كان قانون الأمم أو القوانين المحلية.<sup>1</sup>

أما *James Madison* فرأى أن مهمة السلطة التنفيذية هو تنفيذ القوانين، وأن سلطة الحروب والمعاهدات هي تشريعية بحتة.<sup>2</sup>

وفي مقالة ثانية له حلل فيها قول *Hamilton* المتعلق ببند "الأخذ بالعناية"، فقال فيه أن السلطة التنفيذية ملزمة بتنفيذ قانون الأمم فقط من أجل تجنب الحروب.<sup>3</sup>

وقد رأت المحكمة العليا برئاسة *John Marshall* في قضية *Murry ضد Schooner Charming Betsy* "أن الكونغرس لا يمكنه أبدا إنشاء قاعدة تنتهك قانون الأمم، وإن حدث هذا فإن تلك القاعدة تظل صحيحة"،<sup>4</sup> أي أن الكونغرس يمكنه أن يختار انتهاك قانون الأمم، بينما الرئيس وحده لا يمكنه ذلك، وإن كان نادرا ما يعترف بسلطة الكونغرس في انتهاك قانون الأمم، فإن فرضية إمكان القيام بذلك هي ضمنية على الأقل، وتمنح المادة الأولى من الدستور الأمريكي للكونغرس سلطة تعريف ومعاينة الانتهاكات التي تمس قانون الأمم.<sup>5</sup>

بل هناك من يقول أن المحكمة العليا في قضية *Brown ضد الولايات المتحدة* اعترفت بسلطة مماثلة للرئيس في تجاهل قانون الأمم، التي تستشهد بقانون الأمم بصفة عامة وقانون الحرب بصفة خاصة.

---

1- انظر: Alexander Hamilton, *Pacificus*, no. 1, 29 June 1793، نقلا عن William S. Dodge, *Ibid.*, p.34.

2- انظر: James Madison, "Helvidius" Number 1, (Aug. 24, 1793)، نقلا عن William S. Dodge, *Ibid.*, p.35.

3- انظر: James Madison, "Helvidius" Number 2, (Aug. 31, 1793)، نقلا عن William S. Dodge, *Ibid.*, p.35.

4- انظر: *Murry v. Schooner Charming Betsy*, Op.cit.

5- انظر: William S. Dodge, « *After Sosa...* », Op.cit., p.36.

فقد كتب القاضي *John Marshall* في هذه القضية: "أنه يمكن للحاكم (*sovereign*) إتباع هذه القاعدة، أي الاستشهاد بقانون الأمم أو قانون الحرب، أو تركها كأى قاعدة أخرى، فهي تبقى لحكم الحاكم حتى وإن كان هناك اعتراض على هذا الرأي".<sup>1</sup>

فهذه الفقرة تظهر وكأنها تؤيد وجود سلطة للرئيس بإمكانية انتهاك العرف الدولي، غير أنه في الحقيقة يبدو أن مارشال يتكلم عن صفة "الحاكم" بصورة عامة، إذ لا يقصد بها الرئيس لوحده، ولكن الكونغرس والرئيس معاً.

فالمسألة في قضية *Brown* تتمثل في مدى إمكانية الفرع التنفيذي ممارسة حق الولايات المتحدة حسب قانون الأمم بمصادرة أملاك الأعداء خلال حرب 1812 دون تصريح مباشر من الكونغرس، وقد أكد مارشال أنه لا يمكن ذلك، وبأن الحرب وحدها هي التي تخول الحاكم الحق الكامل بتجريد الشخص ومصادرة ممتلكات الأعداء أينما وجدوا، غير أنه حتى إعلان الحرب "لا يخول هذا الحق للسلطة التنفيذية، فهو ملك للسلطة التشريعية"، وتوصل مارشال أن المشرع لم يعرب عن رأيه بعد في مصادرة الممتلكات التي توجد داخل الإقليم عند إعلان الحرب وإن كانت السلطة التنفيذية لا يمكنها ممارسة حق الولايات المتحدة في قانون الأمم فمن المؤكد أنه لا يمكنها انتهاك ذلك القانون.<sup>2</sup>

وقد أكد القاضي *Story* في هذه القضية (قضية *Brown*) أن "الرئيس لا يمكنه تجاوز قانون الحرب الذي وضعته الأمم المتمدينة"، وقد استمرت فكرة عدم إمكانية خرق الرئيس للعرف الدولي طوال القرن التاسع عشر، حتى بعد ظهور المذهب الوضعي.<sup>3</sup>

لكن يذكر بعض المدافعين عن السلطة الرئاسية، في بعض الأحيان، حكم المحكمة العليا سنة 1900 في قضية *the Paquet of Habana* في قولها "في حالة غياب المعاهدات، أو قانون تنفيذي أو تشريعي أو

---

*Brown v. United States*, 12 U.S. 110,128 (1814),

<sup>1</sup> - انظر:

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/12/110/>

William S. Dodge, « *After Sosa...* », Op.cit., p.37.

<sup>2</sup> - انظر:

*Brown v. United States*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

حكم قضائي فإنه يجب الخضوع لأعراف ومبادئ الأمم المتمدينة"<sup>1</sup> مستعملين كلمة "القانون التنفيذي" كحجة لسمو السلطة الرئاسية على العرف الدولي.<sup>2</sup>

وزاد الدفاع على إمكانية السلطة التنفيذية انتهاك العرف الدولي في القرن العشرين، عندما بدأت المحكمة العليا ترى أن "الرئيس هو الجهاز الوحيد في الحكومة الفيدرالية في مجال العلاقات الدولية"<sup>3</sup>، إذ أصبح البعض يطالب بمثل هذه السلطة كضرورة عملية، ويعطى مثال لذلك إعلان الرئيس الأمريكي الأسبق *Harry Truman* سنة 1945 الذي انشأ حقاً جديداً على مصادر الشعب القارية المتراصة مع السواحل الأمريكية،<sup>4</sup> عندما طالب بضمها للإقليم الأمريكي، لكن تطبيق هذا الإعلان أدى إلى ضم آلاف الأميال من الإقليم البحري وبالتالي أحدث انتهاكاً لقواعد عرفية موجودة متعلقة بحرية أعالي البحار، لكن سرعان ما تم إتباع هذا الإعلان من طرف دول ساحلية أخرى، وبالتالي ظهرت قاعدة عرفية جديدة؛ لكن تصرف الرئيس هذا لم يشكك فيه أبداً من طرف المحكمة، والشيء ذاته عندما قام الرئيس *Ronald Reagan* بتصريح مماثل عام 1983 عندما أعلن تبني أغلب (لكن ليس كل) قواعد معاهدة قانون البحار كعرف ملزم للولايات المتحدة الأمريكية.<sup>5</sup>

لكن يجب التأكيد على أنه إن لم تستطع الدول انتهاك العرف الدولي فإن الممارسة الدولية لا يمكن أن تتغير وبالتالي لا يمكن للقاعدة العرفية أن تتطور وإن لم تنتهك القواعد العرفية فإنها لن تشارك في تطوير قواعد جديدة.

## 2. مكانة العرف الدولي في الولايات الأمريكية:

<sup>1</sup>-انظر: *The Paquete of Habana*, Op.cit.

<sup>2</sup>-انظر: William S. Dodge, « After Sosa...», Op.cit., p.38.

<sup>3</sup>-انظر: *United states v. Curtiss- Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936),

[<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/304/case.html>]

<sup>4</sup>-"ظهر مفهوم الجرف القاري لأول مرة في إعلان ترومان Truman في سنة 1945، على الرغم من أن إنجلترا وفرنسويلا قد وقعتا في 1942 اتفاقية حول خليج Peria، فمنذ سنة 1945 بادرت عدد من الدول إلى الادعاء من جانب واحد بحقها على الأجزاء المغمورة بالمياه المتاخمة لإقليمها (وتعنى الجرف القاري)، أما عن طريق مراسيم أو عن طريق إعلانات أو تصريحات رسمية بما يفيد حقها المطلق في الشروات الكامنة فيها، وقد تم تقنين إعلان ترومان، في اتفاقية جنيف 1958 " Zdenek J.Slouka, « *International Custom and Continental Shelf : a Study in the Dynamics of Customary Rules* » of *International Law*, La Haye- Martinus Nijhoff, 1968, pp.91-97، نقلاً عن: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 547.

<sup>5</sup>-انظر: Julien G. Ku, Op.cit., p.103.

عند قراءة المادة 6 من الدستور التي تنص "...هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر وفقا له، وجميع المعاهدات المبرمة أو التي ستبرم من طرف الولايات المتحدة، تشكل القانون الأعلى للبلاد، ويكون القضاة في جميع الولايات، ملزمين به ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أي ولاية يكون مخالفا لذلك"، نجدها لا تذكر قانون الأمم، وهنا يثار تساؤل حول مكانة العرف الدولي أمام قوانين الولايات الأمريكية، أي هل العرف الدولي يسمو على قوانين الولايات الأمريكية مثل الدستور والمعاهدات وباقي قوانين الولايات المتحدة مثلما نصت المادة السادسة من الدستور؟

بالرجوع إلى التاريخ، نجد أن قانون الأمم لم يكن في القرن 18 فكرة ناشئة عن إجراء داخلي لأية أمة، بل كان تطبيقا لقانون طبيعي، وكقانون عام كان يعتبر ملزما للولايات، لذا لم يكن من الضروري ذكره في بند السمو (نص المادة 6 من الدستور)، وهذا ما أوضحه الأستاذ *Louis Henkin* "بأن قانون الأمم القديم لم يكن مفروضا على الولايات من قبل الحكومة الجديدة للولايات المتحدة، أي أن الحكومة الجديدة ليست هي التي جعلت قانون الأمم ملزما، بل كان ملزما ومقبولا من الولايات قبل قيام الحكومة أصلا".<sup>1</sup>

لكن بالرجوع إلى قضية *Hilton ضد Ware* سنة 1796، نجدها تؤكد على إمكانية انتهاك قانون الولاية للعرف الدولي، إذ تضمنت هذه القضية قانون مصادرة ديون فرجينيا، الذي زعم أنه ينتهك كل من قانون الأمم ومعاهدة باريس التي أنهت الحرب مع بريطانيا عام 1783، ففيما يخص احترام المعاهدة رأَت المحكمة العليا أن بند السمو يجعل المعاهدات أسمى من قانون فرجينيا، أما فيما يخص احترام قانون الأمم فرأت المحكمة أن لفرجينيا السلطة في انتهاك العرف الدولي.<sup>2</sup>

وقد كتب القاضي *Samuel Chase*: "انه يسلم أن فرجينيا لا يمكنها مصادرة الديون الخاصة، دون انتهاك لقانون الأمم، لكن في الواقع إن قامت بذلك فإن القانون الذي تصدره فرجينيا ملزم لكل مواطني فرجينيا وفي محاكمها القضائية".<sup>3</sup>

لكن ما يمكن ملاحظته أن هذا الرأي الصادر في قضية *Ware* لم يكن تأكيدا على أن الولايات تملك سلطة انتهاك قانون الأمم بعد المصادقة على الدستور سنة 1789، فقانون فرجينيا لمصادرة الديون صدر قبل

Louis Henkin, Op.cit., p.1566.

<sup>1</sup>-انظر:

<sup>2</sup>-انظر: *Ware v. Hilton*, 3 U.S. 199, 229 (1796), [<http://supreme.justia.com/us/3/199/case.html>]

<sup>3</sup>-المرجع نفسه



مصادقة فرجينيا على الدستور، وفي الوقت الذي كانت تعد فيه فرجينيا دولة مستقلة، ومع ذلك فإنها تعد دليلاً قوياً على أن مشروع الدولة (الولاية) مثل الكونغرس يمكنه انتهاك قانون الأمم إن اختار ذلك.

لكن يرى اغلب الفقهاء اليوم أن الولايات الأمريكية ملزمة تحت بند السمو باحترام العرف الدولي، ويستدلون في ذلك **بقضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد Belmont** عام 1937، التي تتمثل وقائعها في أن شركة حديد روسية وضعت أموالها في بنك أمريكي قبل الثورة الروسية لعام 1917، لكن الاتحاد السوفياتي قام بتأميم هذه الشركة بعد ذلك، وحاول المطالبة باستعادة أموالها بمساعدة الولايات المتحدة الأمريكية، غير أن البنك رفض الانصياع، لكون قانون ولاية نيويورك لا يسمح بذلك، هنا ذكرت المحكمة العليا "أن هناك مصادر أخرى للقانون غير المذكورة في المادة 6 ومع ذلك تسمو على قانون الولاية، وأن العلاقات الخارجية للولايات الأمريكية لا يتدخل فيها قانون الولايات، أو سياستهم، وأن قانون نيويورك غير موجود في نظر الدولة التي تتعامل مع الولايات المتحدة الأمريكية، وبأن كون المعاهدات تسمو على قانون الولايات بالنص الصريح للمادة 6 من الدستور، فإن ذات القاعدة يمكن أن تطبق على القواعد التي تحكم الشؤون الخارجية للولايات المتحدة، فالسلطة الكاملة على هذه المعاملات يكون في يد الحكومة الفيدرالية، وأنه لا يمكن للولايات التدخل فيها أو تقييدها".<sup>1</sup>

فالتشريع الداخلي للولايات في الدول الفيدرالية يجب أن يكون موافقاً ومحتتماً للقانون الدولي العام والخاص المعترف به من الدولة الفيدرالية،<sup>2</sup> والسبب في ذلك لا يرجع إلى سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، ولكن، ببساطة، لكون القانون الدولي جزء من القانون الداخلي للدولة الفيدرالية وبالتالي فهو يسمو على قانون الدول الأعضاء حسب المبدأ التقليدي المتعلق بأولوية القانون الفيدرالي على القانون المحلي للدول الأعضاء،<sup>3</sup> «*Bundesrecht bricht kantonaes Recht*».

تجدر الإشارة، أخيراً، إلى أن تمسك الولايات بقواعد العرف الدولي حسب نص المادة 6 من الدستور يتوافق مع توزيع السلطات حول العلاقات الدولية في النظام القانوني الأمريكي الحديث، فمن جهة يضمن أن الولايات لن تورط الدولة الفيدرالية في نزاعات مع دول أخرى بانتهاكها للعرف الدولي، ومن جهة أخرى

*United States v. Belmont*, 301 U.S., 324, (1937),

1- انظر:

[\[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0301\\_0324\\_ZS.html\]](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0301_0324_ZS.html)

P. De Visscher, Op.cit., p.525.

2- انظر:

3- المرجع نفسه، ص 526.

الاعتراف بأن الكلمة الأخيرة فيما إذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية ستطبق هذه القواعد أم لا بيد الكونغرس بدل المحاكم.<sup>1</sup>

مما سبق نستنتج أن المحاكم الفيدرالية يمكنها النظر في القضايا المتعلقة بالعرف الدولي دون التوسع أكثر مما توقع الكونغرس الأول، أو فوق ما تسمح به المسؤولية حول العلاقات الخارجية، أي أن العرف الدولي يشكل قانونا فيدراليا عاما *federal commonlaw* في عالم ما بعد قضية *Erie*، دون فتح الباب على مصرعيه للنزاعات تحت مسألة القانون الفيدرالي الجماعي *general federal question statute* إلا إذا منح الكونغرس الموافقة الصريحة بذلك، فرغم الغموض السائد حول مكانة العرف الدولي في القضاء الأمريكي فإن معظم المحاكم الأمريكية اتبعت فكرة أن القاعدة الفيدرالية المعارضة تأخذ مكانة أسمى من العرف الدولي لو تم التعبير عن ذلك صراحة من الكونغرس،<sup>2</sup> وذلك لأن العرف الدولي يختلف عن القانون الفيدرالي العام لكونه قانون دولي سياسي مستخرج من التصرف العام للأمم، عكس القانون الأمريكي الذي تطور عبر قرارات المحاكم الفيدرالية الأمريكية.<sup>3</sup>

أما جملة "عدم وجود تصرف تنفيذي ولا تشريعي" في قضية *Habana* فهي تشير إلى أن العرف لا يطبق في المحاكم الأمريكية إلا في حالة غياب نص تشريعي أو تنفيذي يعالج موضوع النزاع المطروح، فعلى عكس المعاهدات فإن العرف الدولي يعد قانونا فيدراليا غير تشريعي ذو مرتبة أدنى من تصرفات الكونغرس أو التصرفات التنفيذية.

وأن الفهم الأصلي للمادة 3 من الدستور يجب أن يبقى كما كان سنة 1787 عند صياغة الدستور، بأن على الكونغرس أن يسمح للمحاكم الفيدرالية بالنظر في القضايا الناجمة عن العرف الدولي حتى لا تترك هذه القضايا لمحاكم الولايات.

<sup>1</sup>- انظر: William S. Dodge, « After Sosa... », Op.cit., p.43.

<sup>2</sup>- انظر: Henkin, « *The Constitution and United States Sovereignty* », pp. 878-879. نقلا عن Ying-jen lo, Op.cit., p.50

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 51.

## الفرع الثاني: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في استراليا وكندا ونيوزيلندا:

في هذا الفرع سنحاول تناول المكانة التي يحتلها العرف الدولي في كل من المحاكم الاسترالية والكندية ونيوزيلندية، وإن كان التطرق إلى هذا الموضوع يشوبه نوع من الغموض لنقص الأحكام القضائية التي تتناول هذا الموضوع.

### أولاً: مكانة العرف الدولي في استراليا:

يبقى الواقع العملي بخصوص إدماج العرف الدولي في النظام الاسترالي، غير مستقر، فلا يزال إلى الآن، غير مؤكد ما إذا يشكل فعلاً جزءاً من القانون الاسترالي، أم هو مجرد مصدر فقط كما ذكر القاضي *Dixon* في قضية *Chow Hung Ching* ضد الملك سنة 1949<sup>1</sup>، أم لا يشكل جزءاً من القانون الاسترالي إطلاقاً، بل هو مبدأ معترف به بصورة عامة من القانون الدولي يمكن تطبيقه بواسطة المحاكم الاسترالية، كما ذكر القاضي *Latham* في ذات القضية.<sup>2</sup>

بل حتى أن البعض اقترح أن العرف الدولي يدمج في النظام الاسترالي بواسطة نص قانوني ويستدل في ذلك بقضية *Nulyarimma* ضد *Thompson* سنة 1999، أين تمسك القاضيان *Whitlam JJ* و *Wilcox* بأنه في حالة غياب نص تشريعي خاص لا يعتبر العرف الدولي جزءاً معترف به في المحاكم الاسترالية.

فإن كانت فكرة إدماج العرف الدولي في هذا النظام غير واضحة، فكيف الحال بمكانة هذه القواعد، أي كيف يتم تصنيف شيء، وجوده غير مؤكد، لا بنص دستور، ولا بقرار قضائي.

لكن يمكن القول أن أول من اهتم بهذه المسألة، أي مكانة العرف الدولي في النظام القانوني الاسترالي كان القاضي *J. Williams* في قضية *Polites* ضد *commonwealth* سنة 1945، التي تتعلق ب *Polites* Speros المواطن اليوناني الجنسية، الذي تم استدعاؤه لأداء الخدمة الوطنية في رابطة *Commonwealth*.

فقد أعلن هذا القاضي أنه متى تبين للمحكمة أن العرف الدولي معترف به فإنه يعامل على أنه جزء من القانون المحلي مادام أنه لا يتعارض مع نص قانوني أو قرار قضائي نهائي.

*Chow Hung Ching v. King*, Op.cit.

<sup>1</sup>-انظر:

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.2.

<sup>2</sup>-انظر:

لكن المحكمة العليا في هذه القضية، تمسكت أن اللوائح التي تنص على تجنيد الأجانب صحيحة، ويجب أن تطبق بالرغم من تحريم العرف الدولي لذلك، وعليه يمكن القول أن مسألة مكانة العرف الدولي في استراليا لم يبت فيها من المحكمة العليا بصورة قطعية.<sup>1</sup>

ونجد الفكرة ذاتها قد ذكرها القاضي *Markel* في قضية *Nulyarimma ضد Thompson* سنة 1999، أين ذكر أن القانون الدولي يعد مصدرا للقانون المحلي، وأنه لا بد من توافر ستة معايير على المحكمة مراعاتها لتحديد ما إذا كان العرف الدولي يجب أن يدمج في القانون العام أم لا، من بينها أن لا تتعارض القاعدة مع تشريع موجود، وفي حالة تعارض العرف الدولي مع قانون محلي فإنه لا يمكن تنفيذه بدون تشريع ينص على تحويل القاعدة العرفية إلى قانون محلي، أما إذا ادمج العرف الدولي في القانون المحلي فإنه يعامل على أنه تعديل للقانون العام.<sup>2</sup>

وعليه يمكن القول أن مكانة العرف الدولي في النظام الاسترالي غير مثبتة بشأها، لكن الشيء الأكيد هو أنه إذا أرادت المحاكم الاسترالية تطبيق القاعدة العرفية، فإنها تنظر أولا ما إذا وجد قانون وطني يخالفها أم لا، فإن وجد فتستبعد القاعدة العرفية ويطبق القانون الوطني بالأولية.<sup>3</sup>

### ثانيا: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في كندا

باعتبار أن كندا دولة فيديريالية، فلا بد من معرفة مكانة العرف الدولي أمام قوانين الفيديريالية، ثم أمام قوانين المقاطعات.

#### 1. مكانة العرف الدولي أمام قوانين الفيديريالية:

إن مسألة علاقة القانون الكندي بالعرف الدولي غير واضحة، وإن كانت المحكمة العليا الكندية قد فصلت في العديد من القضايا إلا أنها لم تبت فعلا في المسألة،<sup>4</sup> وبالتالي فمكانة العرف الدولي في كندا هي الأخرى غير مثبتة فيها، وهذا بالرغم من وجود الكثير من الفرص الضائعة للتكلم عن هذا الموضوع، غير أن الفقه الكندي

<sup>1</sup> - انظر: *Polites v. Commonwealth* (1945) 70 CLR 60. (10 April 1945),

[[http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/70clr60.html](http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/70clr60.html)]

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.3.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 1.

<sup>4</sup> - انظر: Julien Morissette, Op.cit., p.27; Blake Dawson Waldron, Op.cit. p.5; France Houle,

Op.cit, p. 19; Stephane Beaulac, « Customary International Law... », Op.cit., p.386.

اقترح الاستلهم بقضية شركة *Trendtex للتجارة الانجليزية* لسنة 1977، التي حكم فيها اللورد *Denning*، والتي تتبنى فكرة أن العرف الدولي مدمج في المحاكم الانجليزية إذا لم يكن يتعارض مع قانون داخلي.

وفي قرار المحكمة العليا الكندية لسنة 2005 والمتعلق بمحاكمة *Léon Mugesera* رجل السياسة الرواندي، تمت مناقشة مكانة العرف الدولي، لكن في مجال خاص جدا (القانون الجنائي)، ومع ذلك قالت المحكمة العليا الكندية أنه لمصلحة كندا، أن يوضع القانون الكندي فوق القانون العرفي في حالة التعارض.<sup>1</sup> أما في قضية *الملكة ضد Hape* سنة 2007 المتعلقة بالتحقيقات التي قام بها رجال الشرطة الملكية، حول رجل الأعمال الكندي المتهم بتبييض الأموال، وقد قاموا بهذه التحقيقات في جزر *Turks و Caicos* بعد أن تحصلوا على الإذن من سلطات هذه الجزر، وعملوا تحت سلطة مسؤول التحقيقات الجنائية في تلك المنطقة. ولمدة عام قام رجال الشرطة الملكية بتفتيش أملاك المتهم، لكن دائما بحضور مسؤول التحقيقات، وفي المحاكمة تم تقديم الأدلة المتحصل عليها، هنا ادعى المتهم بأن الأدلة المقدمة أمام المحكمة غير مشروعة، لذا لا بد من استبعادها وفقا للمادة 24 (2) من ميثاق الحقوق والحريات الكندي الذي يضمن حق الشخص في الحرية الشخصية والحماية من التفتيش.

لكن القاضي رأى أن هذا الميثاق لا يطبق على دولة أجنبية، وتطبيقا للعرف الدولي الخاص بالسيادة وعدم التدخل في الشؤون الوطنية يجب رفض طلب المتهم وبالتالي الحكم عليه بالإدانة.<sup>2</sup> وقد ذكرت المحكمة أن "سكوت المحاكم عن إدماج العرف الدولي في كندا، لا يعني أن العرف الدولي غير مطبق، بل يجب أن يدمج في القانون الوطني في حالة غياب تشريع محالف".<sup>3</sup> ففي هذه القضية نجد حدوث تعارض بين العرف الدولي والقانون الوطني المتمثل في الميثاق الخاص بالحقوق والحريات الكندي، هنا قام القاضي الوطني بتفسير هذا الميثاق بطريقة تتوافق مع العرف الدولي.<sup>4</sup> عليه يمكن أن نستنتج أن العرف الدولي إذا طبق في المحاكم الفيدرالية فإنه لا بد أن لا يتعارض مع تشريع داخلي، وإن حدث هذا التعارض فعلى القاضي الوطني أن يحاول تفسير القانون الداخلي بما يتناسب مع العرف الدولي، وإن لم يتمكن القاضي من التفسير المتلائم استبعدت القاعدة الدولية، وطبق القانون الداخلي.

## 2. مكانة العرف الدولي أمام قوانين المقاطعة:

*Mugesera v. Canada*, Op.cit.

1 - انظر:

*R.v. Hape*, S.C.C.26., (2007),

2 - انظر:

<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2007/2007scc26/2007scc26.pdf>

*R.v. Hape*, Op.cit.

3 - انظر:

Stephane Beaulac and John Currie, Op.cit., p. 140

4 - انظر:

إن كان القاعدة الوطنية تسمو على العرف الدولي في النظام الفيدرالي، فما هي مكانة العرف الدولي أمام قوانين المقاطعات، أي هل لإدماج العرف الدولي أي أثر على الاختصاص التشريعي، أي هل أن التشريعات الخاصة بالولايات تسمو على العرف الدولي مثل تشريع الفيدرالية، أم لا؟  
منذ أمد بعيد طويل، كان المبدأ الخاص بالبرلمان الانجليزي مطبقا بالنسبة لجميع برلمانات المقاطعات في كندا، أي أن البرلمان غير مقيد أو غير ملزم بالقانون الدولي عرفيا كان أم إتفاقيا، يعني أن المقاطعات يمكن استبعاد تطبيق العرف الدولي بموجب نص تشريعي مخالف.<sup>1</sup>

وفي قضية *Bouzari* ضد إيران، سنة 2002، التي طالب فيها المدعي المدعى عليه بالتعويض عن التعذيب الذي تعرض له هو وعائلته، ذكر القاضي *Swinton* في محكمة العدل العليا لـ *Ontario* أن قواعد العرف الدولي مدججة مباشرة في القانون الكندي المحلي إلا إذا استبعد بواسطة تشريع مخالف، ولكن بما أن القانون الكندي متوافق مع العرف الدولي فلا ضرورة لمناقشة هذه الفكرة.<sup>2</sup>

في الأخير يمكن القول أنه لم تتم مناقشة مكانة القواعد العرفية في المحاكم الكندية بشكل كاف، لكن ما هو أكيد، أن القاضي الكندي يقبل تطبيق العرف الدولي متى تأكد من عدم وجود قانون مخالف، لكون القانون الوطني يسمو على العرف الدولي إن كان مدججا وحدث تعارض بينهما، وسواء كان هذا القانون فيدرالي، أم صادر عن برلمانات المقاطعات.

لكن يمكن لهذه القاعدة أن لا تكون مطلقة في التطبيق، إذ يمكن تقييدها بواسطة قاعدة التفسير، أي أن المشرع لا يمكنه القول أنه قصد مخالفة القاعدة الدولية، وأن على القاضي محاولة تفسير القاعدة الوطنية بما يتناسب مع العرف الدولي.<sup>3</sup>

أما مكانة العرف الدولي مقارنة بالمصادر الأخرى للقانون الوطني فهي غير واضحة، إذ لا نجد أي إشارة لذلك في الأحكام الكندية.

### ثالثا: مكانة العرف الدولي أمام المحاكم النيوزيلندية

Francis Rigaldies et José Woehrling, Op.cit., p311

<sup>1</sup> - انظر:

*Bouzari v. Iran*, CanLII 871 (ON CA), 2004, <http://canlii.ca/t/1hdv4>

<sup>2</sup> - انظر:

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.5.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 307.

كما سبق وأن بينا في الفصل السابق أن القانون النيوزيلندي لم يبين علاقته مع العرف الدولي، لكن يرى العديد من الفقهاء أن العرف الدولي إذا تم إدماجه في نيوزيلندا، وأصبح جزءاً من القانون الوطني، فيجب أن لا يكون متعارضاً مع نص قانوني،<sup>1</sup> باعتبار أن القانون الداخلي يسمو على العرف الدولي، لكننا نجد أن المحاكم النيوزيلندية أوضحت أن القواعد الدولية يمكن أن تؤثر في تفسير القواعد الوطنية، إذ ذكرت المحكمة العليا النيوزيلندية في قضية *Huakina Dev. Trust ضد Waikato Valley* أن "الوسائل الدولية يمكن أن تستعمل في تفسير التشريع الوطني، فيمكن للوسائل الدولية أن توجه السياسة التشريعية، إذ يمكن للبرلمان أن يشرع لكي تصبح بلاده متوافقة مع الالتزامات الدولية، ومع ذلك القيام بهذا العمل ليس التزام قانوني لابد منه، بل هو فقط التزام أخلاقي."<sup>2</sup>

في الأخير نستنتج أن مكانة العرف الدولي في كل من استراليا، كندا ونيوزيلندا، غير مبتوت بشأها، إذ لا نجد ذكراً صريحاً لذلك لا في القوانين الوطنية ولا في الأحكام القضائية، وكل ما نجده هو تغليب تطبيق القوانين الوطنية في حالة وجود تعارض بين القانونين، وهذا بالضبط ما وجدناه في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، وعليه يمكن القول أنه مهما كانت علاقة العرف الدولي مع القانون الوطني، وسواء ادمج العرف الدولي بطريقة مباشرة أو عن طريق الاستقبال، فإن القانون الوطني له دائماً الأولوية على العرف الدولي في حالة التعارض.

### المبحث الثاني: الاحتجاج بالقواعد العرفية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان:

يثير تطبيق القاضي الوطني للقواعد الدولية غير المكتوبة جملة مسائل، فمتى اتضح التزامه بتطبيق العرف الدولي، وثبوت اعتباره جزءاً من قانونه الداخلي، فمن المفروض أيضاً أن يلتزم كذلك بالبحث عن مضمون هذا القانون، ودوره في إثباته ومدى سلطته في تفسيره حتى يتسنى له تطبيقه على وقائع النزاع المعروض أمامه.

وستقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول فكرة إثبات وجود القاعدة العرفية الدولية، أما المطلب الثاني فيتناول تفسير القاعدة العرفية الدولية.

<sup>1</sup>-انظر: Andrew S Butler and Petra Butler, «The Judicial Use of International Human Rights Law in New Zealand», 29(1), VUWLR, (1999), pp.173-191 at p.177.

<sup>2</sup>-انظر: *Hukina Dev. Trust V. Waikato Valley Auth.*, 1988, 2 N.Z.L.R., 188,217 (June 2,1987).

Hurst Hannum, Op.cit., p.302. نقلاً عن High Ct. Admin. Div.

## المطلب الأول: إثبات القاعدة العرفية الدولية في النظام الأنجلوساكسوني

تتسم القاعدة العرفية بالغموض في تعريفها، إذ يجد القضاة، حتى في أعلى المستويات، صعوبة في فهم كيفية تشكل العرف الدولي، فهم مثلاً لا يعرفون ما مدى العمومية التي تشترط في الممارسة الدولية لخلق القاعدة العرفية، أو ما إذا كانت توصيات الجمعية العامة تشكل مصدراً للعرف الدولي.<sup>1</sup>

وهذا ما نستشفه من قضية *Doe ضد الجبهة الإسلامية للإنقاذ* أين صرح القاضي Aubrey E. Robinson "بأنه ليس سوى قاض في محكمة فدرالية، وأنه لا يدير العالم، وليست له أي علاقة بالأعمال الدولية."، وهي قضية رفعت أمام محكمة مقاطعة Columbia بالولايات المتحدة الأمريكية، من مجموعة من النسوة، يتهمون فيها أعضاء منظمة جزائرية باغتصاب، وتعذيب، وقتل، مسهن، ومس أصدقاءهن وأفراد عائلاتهن.<sup>2</sup>

حتى أننا نجد بعض النقاد الذين يرون أنه لا يجب أن تطبق العرف الدولي، خاصة المتعلق بحقوق الإنسان في المحاكم الوطنية، لأن قواعده غير واضحة.<sup>3</sup>

فكيف يمكن إثبات القاعدة العرفية الدولية، وكيف تعامل أمام القاضي الوطني، أي هل تعتبر قانوناً من قوانين الدولة الداخلية التي لا تكون محلاً للإثبات القضائي، فلا يطلب من الخصوم إثباتها، ويفترض علم القاضي بها، أم تعد بمثابة القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة هل يفترض علم القاضي بالقانون الأجنبي والتزامه بالتالي بالبحث عن مضمونه؟

### الفرع الأول: كيفية إثبات العرف الدولي:

لإثبات العرف الدولي، لا بد من إثبات وجود ركنيه، فكيف يمكن التعرف على ركني العرف الدولي، وما هي المصادر التي يعتمد عليها من أجل التعرف على القاعدة العرفية الدولية حتى يمكن الاحتجاج بها؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي:

Maurice Mendelson, Op.cit, p79

<sup>1</sup> - انظر:

*Doe V. Islamic Salvation Front*, 993F supp. At 8 (D.D.C. 1998),

<sup>2</sup> - انظر:

[http://dc.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20030331\\_0000430.DDC.htm/qx](http://dc.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20030331_0000430.DDC.htm/qx)

Katheleen M. Kedian, Op.cit, p.1397.

<sup>3</sup> - انظر:



## أولاً: إثبات وجود القاعدة العرفية الدولية

تتكون القاعدة العرفية من عنصرين: عنصر مادي يتمثل في تكرار سلوك الدول، وعنصر معنوي يتمثل في الشعور بالإلزام،<sup>1</sup> ويلاحظ أن الدليل على وجود القاعدة العرفية الدولية، مبثّر ويصعب العثور عليه في كثير من الأحيان، خلافاً للمعاهدات التي تضع القوانين التي يمكن العودة إليها، وإن كان يسهل إثبات العنصر المادي، فإنه من الصعوبة بمكان إثبات النية.

### 1. إثبات العنصر المادي في العرف الدولي:

لإثبات العرف الدولي لابد من البدء من التأكد أولاً من توافر الركن المادي له، أي التحقق من وجود أو عدم وجود السلوك من ناحية واقعيته وتكراره وأهمية الدول التي صدر عنها، ومن ناحية التحقق من رد الفعل الاجتماعي من حيث قبوله وعدم الاعتراض عليه، ومن ثم فعلى المفسر أن يستبعد من بين السوابق تلك الوقائع التي كانت تستهدف القيام بعمل خيري أو لاعتبارات إنسانية، فيتعين استبعاد الوقائع التي حصلت بقصد المجاملة أو التي دعت إليها علاقات حسن الجوار وأملتها الرغبة في الإبقاء على الصلات الطيبة.<sup>2</sup>

لكن ما يجب ملاحظته أنه لا يوجد اتفاق حول مدى اتساع العرف الدولي حتى يمكن القول أن هناك ممارسة دولية، بل لا يوجد اتفاق أيضاً حول محتوى هذه الممارسة الدولية، أي ما الذي يعد من قبيل الممارسة الدولية وما الذي لا يعد؛ ومدة هذه الممارسة تمثل أيضاً إشكالية، وترتبط بهذه الفكرة مسألة الاستمرارية، فمن الصعب معرفة ما إذا كان تصرف واحد يكفي للقول بوجود ممارسة دولية، وإن لم يكن الحال كذلك فكم يجب تكرار التصرف حتى نقول بأن هناك ممارسة دولية.<sup>3</sup>

بالإضافة إلى هذا، فإنه من الصعب أن تعطى ممارسات الدول المختلفة أهمية أو وزناً متساوياً، إذ نجد هناك أهمية خاصة معطاة لممارسات الدول الكبرى وكذلك الدول المعنية بالموضوع محل البحث.<sup>4</sup>

كما لا جدال في أن هناك حالات يعتبر التصرف السلبي فيها بمثابة موافقة، مثاله العرف الذي يسمح بالمرور البريء للسفن الحربية الأجنبية في المياه الإقليمية، قد يكون عن طريق عدم اعتراض الدول على ذلك، لكن

<sup>1</sup> - راجع عناصر تكوين القاعدة العرفية، ص 11.

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 303.

<sup>3</sup> - انظر:

Andrew T. Guzman, Op.cit., p.55.

<sup>4</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 303-304.

متى يمكن اعتبار مثل هذا التصرف السلبي بمثابة الموافقة، لأنه كلما تحددت أحكام القانون الدولي كلما صعب الاعتراف للامتناع بصفة إثباته، وهذا ما تتجه إليه الدول اليوم.<sup>1</sup>

وبالرغم من هذا فإن إثبات وجود الركن المادي يكون أسهل من نظيره المعنوي، باعتبار أن الركن المادي عبارة عن وقائع مادية يمكن إثباتها عن طريق الرجوع إلى المصدر الذي أنشأه، سواء كان تصرف الدولة أو المعاهدة أو حتى القوانين الداخلية.<sup>2</sup>

## 2. إثبات وجود الركن المعنوي للعرف الدولي:

إن الشعور بالإلزام يضفي على السلوك صفة القاعدة القانونية الملزمة، وبه نفرق بين الأعراف والعادات غير الملزمة، إلا أن المشكلة الكبرى تتمثل في إقامة الدليل على وجود هذا الركن النفسي؛ فلا يمكن أن يكون محل إثبات مباشر، وذلك لأن التحقق من الركن المعنوي ليس أمراً يسيراً مثل الركن المادي، وتكمن الصعوبة في تحديد لحظة تحول سلوك معين من عادة إلى قاعدة عرفية ملزمة للجميع، أي لحظة توفر الركن المعنوي، بالإضافة إلى أنه من الصعوبة البحث في الأمور النفسية والبواعث والدوافع التي جعلت الدولة تقوم بهذا التصرف على هذا النحو أو ذاك، وإتيان أعمال في اتجاه معين و ليس في الاتجاهات الأخرى، فالعنصر المعنوي ليس مستمداً من عناصر موضوعية ثابتة.<sup>3</sup>

وأولى الطرق التي تسهل عملية الإثبات، تكمن في أن البحث عن الركن المعنوي أو المادي، لا يكون أبداً بطريقة منفصلة فهذا أمر غير جائز، وذلك لأن التصرفات التي تشكل سلوك الدول هي التي تدل بنفسها أو من خلال تطبيقها، أو طريقة تنفيذها على وجود الركن المعنوي، إذ نجد أن المحاكم الدولية تؤسس أحكامها عادة على "السلوك شبه العالمي" أو على "السلوك الدائم والمستمر والموحد" ومن الظروف المحيطة بالدول المعنية وأهمية عدد الدول المشتركة في النشاط... الخ، وذلك لأن أحد الركنين يحيل إلى الآخر و بينهما تكامل لا شك فيه.

<sup>1</sup>- المرجع نفسه، ص 305.

<sup>2</sup>- ارجع للركن المادي للعرف الدولي، ص 11

<sup>3</sup>- انظر:

Andrew T. Guzman, Op.cit., p55.

أما الطريقة الثانية فتكمن في التأكد من بعض المظاهر المادية أو الأدلة المادية، حيث يمكن الكشف عن الركن المعنوي من خلال مظاهر لفظية، كالاقرار الصريح للدول، أو التصريحات الصادرة عن وزارة الخارجية، أما إن كان التصرف قديماً فإن الرجوع إلى أرشيف الدول ومراسلاتها يكون ذا قيمة كبيرة في الإثبات.<sup>1</sup>

### ثانياً: مصادر إثبات العرف الدولي:

من أين يستمد القاضي الوطني الأدلة لقيام العرف؟ وماهي الوسائل التي تعتمد عليها المحاكم في بحثها عن قواعد العرف الدولي؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل إجابة عامة، بأنه مادام أن القانون الدولي العام من خلق الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الذين يملكون هذه الإرادة، إذن ينبغي أن يكون السلوك المؤدي إلى تكوين السابقة في العرف الدولي صادراً ممن يملك صلاحية التصرف باسم شخص القانون الدولي، فالعرف يستمد من كل ما يصدر عن هؤلاء الأشخاص بواسطة أجهزتهم المفوضة من تصرفات تدل على تلك الإرادة إضافة إلى دور كل من الفقه والقضاء بنوعيه الداخلي والدولي.<sup>2</sup>

### 1. دور الفقه في إثبات العرف الدولي:

يفيد الرجوع إلى أقوال فقهاء القانون الدولي العام في التعرف على القواعد الدولية وتحديد مداها، فهم يقومون بتفسير ما غمض من نصوص المعاهدات بإبراز ما قرره العرف الدولي من أحكام والتعليق عليها وبيان ما مرت به من تطور وما وصلت إليه حالياً وما يجب أن تصبح عليه مستقبلاً.

وتستخدم كتابات المؤلفين في القانون الدولي الآن بالدرجة الأولى كوسيلة لتحديد التفسيرات المختلفة للقانون؛ فدور الفقه في تكوين القاعدة القانونية العرفية يظهر من خلال حث الجماعة على سلوك معين أو إتباع حل معين في مسألة ما، ويدفعها بالتالي إلى تكوين العادة التي تكون الركن المادي للعرف،<sup>3</sup> وقد استعانت محكمة العدل الدولية بالكثير من آراء الفقهاء من أجل إثبات العرف الدولي، فنجد مثلاً في قضية حق اللجوء بين كولومبيا والبيرو، الأستاذ *G. Scelle* يبين كيفية تكون القاعدة العرفية وضرورة اقتران العنصر المادي بالعنصر

<sup>1</sup> -انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 572-577؛ *Droit international public (introduction et sources)* », Op.cit, p.325.

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 286.

<sup>3</sup> - انظر: Alan Boyle, Op.cit., p 63; André Nollkaemper Et Erika De Wet, Op.cit., p.1-2.

المعنوي للقول بنشوء قاعدة قانونية ملزمة "أن تكرار السوابق وحده لا يكفي لإنشاء القاعدة العرفية مهما طال الزمن، وأن العرف لا يوجد إلا إذا كان السلوك مصحوبا بعقيدة الإلزام أو الإحساس بأن هناك واجبا يفرض على الدول مراعاة هذا السلوك، وأن مخالفته تعد حرقا للقانون".<sup>1</sup>

بل وبالرجوع إلى قضية Paquette Habana نجد أن المحكمة العليا الأمريكية سنة 1900 ذكرت أنه ومن اجل التوصل إلى العرف الدولي لا بد من الرجوع إلى أعراف وعادات الأمم المتحضرة، وكدليل عليها يجب العودة إلى أعمال رجال القانون والفقهاء الذين امضوا سنوات في البحث والتجربة مما جعلهم مختصين في المجال الذي يدرسونه".<sup>2</sup>

## 2. دور القوانين الداخلية في إثبات العرف الدولي:

يمكن للأوامر والقوانين واللوائح أن تكون أساسا لنشوء قواعد عرفية، ويمكن إثبات القاعدة العرفية من تكرار النص على مضمونها في القوانين الداخلية، فالقواعد التي تنظمها الأوامر واللوائح والقوانين الداخلية في دولة ما من الممكن أن تطبقها دول أخرى، ومن ثم يؤدي إلى نشوء عادات يجري عليها العمل في ميدان العلاقات الدولية، وتؤدي في النهاية إلى استقرار قواعد قانونية دولية عرفية، وبالتالي يمكن الرجوع إلى النصوص الأصل التي أدت إلى نشوء هذه القاعدة العرفية لتحديد القاعدة العرفية المنشئة.<sup>3</sup>

وخير دليل على ذلك هو، أن ظهور مفهوم الجرف القاري كان لأول مرة في إعلان ترومان Truman في سنة 1945، وبالرغم من كون إنجلترا وفرنزويلا قد وقعتا في 1942 اتفاقية حول خليج Peria، فمنذ سنة 1945، أي من وقت صدور القانون الأمريكي، بادرت عدد من الدول إلى الادعاء من جانب واحد بحقها على الأجزاء المغمورة بالمياه المتاخمة لإقليمها (وتعني الجرف القاري)، إما عن طريق مراسيم أو عن طريق إعلانات أو تصريحات رسمية بما يفيد حقها المطلق في الثروات الكامنة فيها، وقد تم تقنين إعلان ترومان، في اتفاقية جنيف 1958".<sup>4</sup>

## 3. أحكام القضاء الداخلي لدول أخرى:

<sup>1</sup> - انظر: مرافة جورج سل نيابة عن دولة بيرو في قضية حق اللجوء عام 1950: *Affaire du droit D'asile*

(Colombie / Pérou), Op.cit

*The paquette of Habana*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

<sup>3</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 293.

<sup>4</sup> - انظر: علي إبراهيم، "القانون الدولي العام..."، المرجع السابق، ص 547.

ماهي القيمة التي يجدر إعطاؤها لقرارات محاكم دول أخرى في مسألة القانون الدولي؟ من الملاحظ أنها أصبحت تؤخذ بعين الاعتبار، ولكن هذا يختلف بحسب سمعة تلك المحاكم، ومدى حيادها، وترتيبها في التدرج القانوني، ومدى نوعية أحكامها.<sup>1</sup>

تعد أحكام القضاء الداخلي المتعلقة بمواضيع تمس العلاقات الدولية مرجعا لإثبات العرف، وهذا عندما تدعى هذه المحاكم للفصل في قضايا ذات طابع دولي، فتطبق أو تزعم أنها تطبق القانون الدولي، إلا أن هناك من يرى بوجوب إحاطة هذه الأحكام بالكثير من التحفظ لأن المحاكم الداخلية التي تنتظر في قضايا القانون الدولي تتأثر إلى حد كبير بالاعتبارات السياسية.

إن محاكم النظام الأنجلوساكسوني تعمل بمبدأ السوابق القضائية، أي أن المحاكم الدنيا تخضع في أحكامها للمحاكم الأعلى درجة، وأن المحاكم تستعين بالأحكام والقرارات السابقة، إن كانت وثيقة الصلة بالموضوع، أي إن تطرقت المحاكم في قضايا سابقة لموضوع مشابه موضوع أمام المحاكم في الوقت الحاضر، فعليها الاستعانة بها في حكمها، و الأمثلة على ذلك كثيرة فمثلا نجد أن محكمة جنوب استراليا العليا في قضية *Sumner ضد United kingdom of Great Britain & ors*، سنة 1999،<sup>2</sup> المتعلقة بإثبات جريمة الإبادة في حق شعب *Ngarrindjeria* ضد عشرين منظمة وشخصا اتبعت رأي المحكمة الفدرالية في قضية *Nulyarimma*، لتأكيد أن جريمة العدوان لا تشكل قانون استراليا.<sup>3</sup>

ونفس الشيء نجده في المحاكم الأمريكية، مثلا في قضية *Filartiga ضد Pena-Irala* التي ذكرت قضية *Habana* لتأكيد أن معاملة الحكومات لمواطنيها هي مسألة ذات بعد دولي.<sup>4</sup>

هذا بالإضافة إلى استشهادات محاكم الدول الأنجلوساكسونية فيما بينها، فنجد مثلا أن مجلس اللوردات في قضية *R. ضد Jones* استشهد بقضية *Nulyarimma* الاسترالية التي تتعلق بمقاضاة وزراء فدراليين تم اتهامهم بارتكاب جريمة إبادة بسبب إصدارهم سنة 1998 تعديلا لقانون صفة المواطنة لسنة 1993، لتأكيد أن فعل العدوان لا يدخل في قائمة الأفعال المجرمة في إنجلترا والمنصوص عليها في القانون الجنائي لسنة 1967.<sup>5</sup>

Maurice Mendelson, Op.cit., p.81.

<sup>1</sup> - انظر:

*Sumner v. United Kingdom of Great Britain & ORS*, Op.cit.: انظر:<sup>2</sup>

Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.4.

<sup>3</sup> - انظر:

*Filartiga v. Pena-Irala*, Op.cit.

<sup>4</sup> - انظر:

*R. v. Jones (Margaret) and others*, Op.cit.

<sup>5</sup> - انظر:

فقد استعمل مجلس اللوردات النتيجة التي توصلت إليها المحكمة العليا الاسترالية في قضية *Nulyarimma* بأن جريمة الإبادة لا تشكل جزءا من القانون الاسترالي، وأسقطتها على أن جريمة العدوان لا تشكل جزءا من القانون الانجليزي.

#### 4. قيمة قرارات محاكم وهيئات التحكيم الدولية:

يفترض أن تكون قيمة قرارات محاكم وهيئات التحكيم والقضاء الدوليين بحسب قيمة الهيئة نفسها، وحجم الأغلبية، ونوعية الآراء، وعليه يمكن القول أن ذلك متفاوت في الدرجات، إذ إن هناك أنظمة دولية ترجع إلى أحكام المحاكم الدولية، خاصة محاكم التحكيم الدولية، والتي يرجع الفضل في إرساء بعض القواعد العرفية الدولية.

أما بالنسبة لمحكمة العدل الدولية، فننظر إذا كانت الدولة المعنية طرفا في الدعوى المرفوعة أمام هذه المحكمة عندها يمكن أن يشكل ذلك التعريف حجة قوية على محاكمها، باعتبار أن قرار أعلى درجة دولية من المفروض أن يؤخذ بعين الاعتبار في مسألة القانون الدولي العام.<sup>1</sup>

وذلك لأن المحاكم الدولية خاصة محكمة العدل الدولية كثيرا ما تبحث عن توافر الأركان المنشئة للقاعدة العرفية في السوابق القضائية الدولية، وتخلص إلى إثبات وجود القاعدة الدولية، مستندة ومؤسسة عقيدتها على مدى وجود سوابق قضائية دولية تؤكد وجود القاعدة العرفية الدولية، في الرأي الذي انتهت إليه في حكمها.<sup>2</sup>

فمثلا بالرجوع إلى قضية *الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا وضدها* نجد أن محكمة العدل الدولية في 26 جوان 1986، تطرقت لمسألة لتفسير وتطور القانون الدولي، فقد تعاملت مع مجموعة من التساؤلات، وأعطت رأيها بخصوص مصادر القانون الدولي وخاصة العلاقة بين المعاهدات والعرف، وقد تطرقت المحكمة إلى إثبات أن ميثاق الأمم المتحدة يشكل قاعدة عرفية، بعد اعتراض الولايات المتحدة الأمريكية على استعمال المعاهدات الجماعية (اعتراض Vandenberg) لم تتمكن الأمم المتحدة الاستناد مباشرة على ميثاقها، فحاولت بالتالي إثبات ما إذا كان بالإمكان إثبات مدى إلزام هذا الأخير كقاعدة عرفية، فحتى وإن اختلف هذا العرف في تفاصيله عن نصوص الميثاق فإن لهما جذورا مشتركة في المحتوى، ويمكن إرجاع القوة الملزمة للقاعدة

Maurice Mendelson, Op.cit., p.80.

<sup>1</sup> - انظر:

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، تطبيق المرجع السابق، ص 298.

العرفية إلى ممارسة الدول والشعور بالإلزام *Opinio Juris*، وهذا ما سارت عليه محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا.<sup>1</sup>

وقد استندت محكمة العدل الدولية في حكمها على العديد من السلوكيات لإثبات وجود الوقائع المشككة للقضية فوجد مثلاً:

- المواد المستندية كالمقالات الصحفية والكتب المختلفة المتعلقة بالموضوع، تناولتها المحكمة بحذر، فهي لم تعتبرها أدلة قادرة على إثبات وجود وقائع، وإنما اعتبرتها كمواد يمكن مع ذلك أن تسهم في إثبات وجود واقعة ما، ويمكن أن تؤخذ في الحسبان لبيان ما إذا كانت وقائع معينة تعتبر معروفة للعموم.

- وفيما يتعلق ببيانات ممثلي الدول، التي يدلى بها أحياناً على أعلى المستويات، رأت المحكمة أن هذه البيانات ذات قيمة إثباتية، خاصة عندما تعترف بوقائع أو سلوك في غير صالح الدولة التي يمثلها الشخص الذي أدلى بالبيان.<sup>2</sup>

ثم ذكرت المحكمة في الفقرة 186 الشروط التي تتطلبها (الممارسة) في القاعدة العرفية في حالة اتفاق الأطراف عليها، إذ تعتبر المحكمة القاعدة العرفية موجودة إذا كان:

1. سلوك الدول متوافق على العموم مع القاعدة،
  2. وفي حالة العكس تكون الدول المعارضة مدافعة عن موقفها بالاستشهاد باستثناءات القاعدة فقط،
  3. أما الدول الأخرى فتزى أن سلوك الدول المعارض للقاعدة يعد انتهاكاً للقانون.
- أما حالة عدم اتفاق الأطراف على القاعدة فقد ذكرته الفقرة 207، والتي تعد تأكيداً للشروط المذكورة في قضية الجرف القاري (الجماهيرية الليبية ضد مالطا)، ففي هذه الفقرة توصلت المحكمة إلى أن العرف الدولي يكون موجوداً في حالة:

1. ظهور التصرفات وكأنها سلوك مبنوت فيه ومقرر،
2. وأن الدول تقوم بإتباع القاعدة بسبب شعورها بالزاميتها،
3. وأن تصرفات الدول الأخرى تبين وكأن السلوك المقام نابع عن قاعدة موجودة.<sup>1</sup>

Wladyslaw Czplinski, Op.cit., p156

<sup>1</sup> - انظر :

*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,

<sup>2</sup> - انظر :

I.C.J., Rep., (1986), Op.cit., p.88.

## الفرع الثاني إثبات القاعدة العرفية أمام القاضي الوطني

تقوم المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية بدور هام في تطبيق العرف الدولي، بسبب عدم وجود نصوص خاصة بموضوع الإثبات في القانون الدولي العام، فكثيرا ما يدعي أحد الأطراف أمام المحكمة بوجود قاعدة عرفية في القانون الدولي، وعلى المحكمة حينئذ أن تتحرى عما إذا كانت القاعدة العرفية المدعى بها هي قاعدة عرفية صحيحة في القانون الدولي.<sup>2</sup>

وإن كان الأصل أن يقوم الخصوم بإثبات الواقع، وحكم القاضي بعلمه في القانون، لأنه يفترض فيه العلم بالقانون، بل ومن واجبه بحكم وظيفته أن يطبق القانون على النزاع المعروض عليه، فإن كان الشخص العادي لا يعذر بجهله للقانون فكيف الحال بالشخص الذي يطبقه،<sup>3</sup> فإن لم يفعل ذلك فإنه يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، فإن العمل يجري في اغلب الدول على أن القانون الدولي ليس في حاجة إلى إثبات أحكامه كواقعة، وذلك على خلاف أحكام القانون الأجنبي، ويترتب على ذلك انه يتعين على القاضي الوطني -ومن تلقاء نفسه- البحث عن مصادر القانون الدولي والعمل على تطبيقه، فلقد احترمت أغلبية الدول فكرة كون القانون الدولي هو جزء من قانون البلاد، وينتج عن ذلك أنه كما تلتزم المحاكم الوطنية بتطبيق التشريع الداخلي، فهي تلتزم أيضا بتطبيق العرف الدولي.<sup>4</sup>

لكن كيف يتم إثبات العرف الدولي أمام القضاء الأنجلوساكسوني؟

### أولا: إثبات العرف الدولي أمام قضاء المملكة المتحدة:

إن اعتبار العرف الدولي جزءا من القانون الإنجليزي، يجعل المحاكم الإنجليزية تلتزم بتطبيقه كما تلتزم بتطبيق القانون الإنجليزي، أي لا يعتبر العرف الدولي من قبيل القانون الأجنبي الذي يجب إثباته، بل تلتزم المحاكم بتطبيقه من تلقاء نفسها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - انظر: Rijpkema P.P., «Customary International Law in The Nicaragua Case», 20,

Neth. Y.I.L., (1989), p95.

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، تطبيق المرجع السابق، ص 272.

Katheleen M. Kedian, Op.cit, p.1422.

<sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 275.

<sup>5</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 275.



وهذا ما استقر عليه القضاء الانجليزي، بأن القانون الدولي ليس في حاجة إلى إثبات أحكامه كواقعة، ومثاله ما أعلنه اللورد *Talbot* في قضية *Barbuit* عام 1737 "أن قانون الأمم بمعناه الشامل يمثل ويكون جزء من قانون إنجلترا"<sup>1</sup>، وفي ذلك يقول الفقيه *Wilfried M. Bolewski*: أن على القضاة الانجليز التعامل مع القاعدة الدولية كالقاعدة الوطنية بوجه عام، عكس القانون الأجنبي الذي يجب إثباته كواقعة.<sup>2</sup>

لكن عام 1876 حدث انحراف طفيف في اتجاه القضاء الانجليزي الذي رأى أن كون العرف الدولي يعد جزءاً من القانون العام الانجليزي، لا يجعله قانوناً داخلياً إلا إذا ادمج في القانون الداخلي، لذا يجب إثبات ذلك الإدماج، وهذا في قضية *المملكة ضد Keyn* قائد السفينة الألمانية *Franconia*.<sup>3</sup>

فقد ناقشت المحكمة إثبات القواعد العرفية، فذكرت أولاً عند تأسيسها للحكم حول ما إذا كانت المحاكم الانجليزية مختصة في نظر المخالفات المرتكبة داخل المياه الساحلية في منطقة الثلاث أميال بحرية، أشارت المحكمة إلى أنه طبقاً لقانون الأمم فإن ركاب سفينة أجنبية بأعالي البحار يخضعون لقانون دولة السفينة فقط ولا يمكن أن تخضع السفينة أو ركابها إلى القانون المحلي إلا إذا دخلت ميناء دولة ساحلية أو مياهها الداخلية، وأن هذه المبادئ هي مبادئ ثابتة ومستقرة من قانون الأمم تم إدماجها في النظام القانوني الداخلي البريطاني وأصبحت تشكل جزءاً لا يتجزأ من قانون الأرض، وعليه لا يخضع *Keyn* إلى القانون البريطاني واختصاص المحكمة البريطانية.

ثانياً أن القول بأن القانون الدولي لا يمنع من إخضاع مثل هذه المسائل لاختصاص المحاكم الوطنية، لا يعني أن القانون الانجليزي قد استعمل هذه الصلاحية التي منحها إياه القانون الدولي، وباعتبار أنه لا يوجد أي نص ولا سابقة في هذا الخصوص فإنه يجب تبرئة المتهم.<sup>4</sup>

وعند تعرض المحكمة إلى مسألة خضوع المياه الإقليمية لاختصاص المحاكم البريطانية وفقاً للقانون البريطاني، توصلت المحكمة أنها غير مختصة وفقاً للقانون البريطاني القديم، لكن ما إذا كانت مختصة وفقاً للعرف الدولي، فقد

---

Edwin D. Dickinson, Op.cit., 331.

<sup>1</sup> - انظر:

Wilfried M. Bolewski, «Les certificats gouvernementaux relatifs à l'application du droit international public par le juge interne: étude de la jurisprudence anglaise», Geneva., 1972, p.16.

<sup>2</sup> - انظر:

*R. v. Keyn*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

Heinrich Triepel, Op.cit., p.9

<sup>4</sup> - انظر:

لاحظت المحكمة وجود خلاف فقهي حول نطاق أو مدى امتداد المياه الإقليمية وكذلك حول الاختصاصات المخولة للدولة الساحلية.<sup>1</sup>

ثم أشارت بعد ذلك إلى أنه حتى لو وجد إجماع فقهي حول هذه المسائل فإن ذلك لا يكفي لإثبات وجود قاعدة عامة ملزمة للدول، فلا بد من إظهار النية الوطنية حول هذا الموضوع، والتي يمكن التعبير عنها من خلال إصدار التشريعات التي تخضع هذه المياه للولاية الإقليمية، وفي غياب مثل هذه النصوص التشريعية توصلت المحكمة إلى نتيجة عدم اختصاصها بنظر النزاع.

فالجديد الذي جاء به الحكم هو أن الإجماع الفقهي لا يلزم بريطانيا إذا لم تعترف هي بتلك القاعدة، وأن اعترافها هنا يكون في شكل تشريع يصدره البرلمان.<sup>2</sup>

هنا بدأت المحكمة تتعامل مع مسألة **محتوى القاعدة العرفية والإثبات**، فلجأت إلى الآراء الفقهية لكبار الفقهاء في القانون الدولي، وللأسعانة بذلك أشارت إلى أن هناك اختلافا بين الفقهاء، حول عرض المياه الإقليمية، وحول سلطات الدولة الساحلية على هذه المياه، ولكون المسألة تتعلق بالقواعد العامة فالمحكمة قالت أن هذه المسألة ليست ثابتة في الفقه، لكن المحكمة أثارت تساؤلا أعمق هو هل إجماع الفقه يشكل دليلا على وجود القاعدة العرفية، وكان جوابها أنه لا يكفي، وذلك لأن المسألة تتعلق بقاعدة ملزمة للأمم، ومادامت المسألة ملزمة للدول وليس للفقهاء فإن ما يؤخذ به هو اعتراف الدول بمثل هذه القاعدة وإلزامها لهم، وفي بحثها عن سلوك الدول لجأت المحكمة إلى المعاهدات وإلى تصرفات الدول، ووجدت بأنه لا المعاهدات أي التعبير الصريح ولا التعبير الضمني يؤكدان وجود قاعدة محددة في هذا الإطار.<sup>3</sup>

**وفي قضية West Rand Central Gold's Mining** سنة 1905 التي كانت برئاسة اللورد *Alverstone*، أشارت المحكمة إلى أن مبدأ كون القانون الدولي يشكل جزءا من قانون البلاد تحتاج إلى تفسير أو توضيح، مؤكدا أن ما حظي بموافقة الأمم المتحضرة الأخرى يجب أن يعتبر قد حظي أيضا بقبول المملكة المتحدة، وأن ما حظي بقبول كل الأمم يشكل ما يوصف بقواعد القانون الدولي، وهي قواعد تعترف بها محاكم المملكة وتعمل على تطبيقها باعتبارها جزءا من قانون الأرض، إلا أنه قيد هذه الفكرة العامة أو الإشارة العامة المتعلقة

<sup>1</sup> - انظر: Robert French, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر: Roger O'Keefe, Op.cit., p.304.

<sup>3</sup> - نطاق البحر الإقليمي لم يحدد حتى في اتفاقية 1958، وقد حدد لأول مرة بمقتضى نص صريح في مؤتمر الأمم المتحدة لقانون

البحار سنة 1982 بـ 12 ميل؛ ارجع إلى: United Nations Audiovisual Library of International Law, [<http://www.un.org/law/avl>]

بالإدماج التلقائي، بأن تطبيق المحاكم لأية قاعدة قد تثار أمامها يتوقف على إثبات أن تلك القاعدة تعترف بها الدول كقاعدة قانونية ملزمة لها وأن التمسك بالقانون الدولي أمام المحاكم البريطانية يتوقف على دليل إثبات يؤكد إما أن تلك القاعدة قد تم الاعتراف بها من طرف المملكة المتحدة والتصرف وفقاً لها، وإما أن تلك القاعدة من طبيعة بحيث أنها نالت قبولا عاما واسعا يصعب معه افتراض رفضها من أية أمة من الأمم المتحضرة، وذكر في ذلك قضية *Triquet ضد Bath* عام 1764، للورد *Mansfield* ثم أكد بأن *Mansfield* عندما أشار في القضية السابقة إلى أن القواعد العامة للقانون الدولي يشكل جزءا من قانون الأرض واجب التطبيق أمام المحاكم البريطانية، لم يقصد بذلك إدماج أي قاعدة يعترف بها الفقه، ويشير إليها في كتبه باعتبارها جزءا من قانون المملكة واجب التطبيق بل يقصد أن إدماجها في قانون المملكة بتلك القاعدة، وبالتالي فإن الآراء الفقهية مهما كانت أهميتها، غير كافية، وأن تلك الآراء يجب أن تؤكد إما بالمعاهدات الدولية أو بالممارسة من خلال تصرفات الدول.<sup>1</sup>

وعليه إذا كان من واجب المحاكم البريطانية تطبيق قواعد العرف الدولي فإن ذلك مقيد بضرورة التأكد من وجود تلك القواعد وتحديد محتواها بدقة وبالتالي يمكن للمحكمة أن ترفض تطبيق القاعدة العرفية الدولية في حالة عدم ثبوتها يقينا، وأنها ملزمة عند تطبيقها لتلك القواعد أن تتعامل معها وفقا للأسلوب الذي تعتمده المحاكم الدولية في إثبات العرف الدولي بركنيه المادي والمعنوي وهو ما يستفاد من القضايا السابقة، لكن إضافة إلى هذا فإن المحاكم الإنجليزية عندما تريد تطبيق العرف الدولي داخليا فإنها لا تنظر إلى تطبيق محاكم دول أخرى، بل فقط ما تعتقده المملكة المتحدة بخصوص هذه القاعدة، وهذا ما تم استنتاجه من قضيتي *Keyn* و *West Rand Central Gold's Mining*، بل أن هاتين القضيتين رفضتا الاستعانة بآراء الفقهاء، وأن على المحاكم النظر في سلوك الحكومة فقط في هذا الخصوص.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى محكمة الفصل في إيدنبورغ -Edinburg- اسكتلندا، نجد أن هذه المحكمة اعتمدت على رأي الفقهاء، أو المستشارين للوصول إلى حكمها، وقد بدأت أحداث هذه القضية المتعلقة **بالسلاح النووي المقررة في نوفمبر 2000**، لمعارضة على السلاح النووي اقتحمت القاعدة البحرية النووية للأسطول الملكي في فالسان *Falsane*، أين أوقفت وتوبعت عن الأضرار التي ارتكبتها أمام محكمة *Greenock Sheriff* وقد كان دفاع هذه المعارضة أن حيازة السلاح النووي مخالف للقانون الدولي، واستشهدت في ذلك بالرأي الاستشاري

<sup>1</sup> - انظر: Roger O'Keefe, Op.cit., p.305 ;Blake Dawson Waldron, Op.cit., p.4; Hazel Fox and others, Op.cit., p.518

<sup>2</sup> - انظر: C. L.Lim, « *The constitution and the reception of customary international law*: *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* », S.J.L.S., July, 2005, pp. 218-234 at 232

---

لمحكمة العدل الدولية ICJ لمشروعية استعمال أو التهديد بالأسلحة النووية، وتعد المدينة التي مثلت فيها المتهمه مدينة بسيطة جدا، أين كانت الأسلحة الممنوعة فيها هي سكاكين يحملها سفاحون ليلة الأحد، لذا لم يسمع من قبل في هذه المدينة بالحجج حول عدم مشروعية حيازة السلاح النووي، لهذا استعان عمدة هذه المدينة بأستاذ أمريكي لتقديم الاستشارة بصفته خبير في القانون الدولي، توصلت المحكمة إلى أنه يجب تبرئة المتهمه بحجة أن المتهمه كانت مقتنعة أن الملكية التي تعدت عليها هي غير شرعية.<sup>1</sup>

تم إثبات وجود القاعدة العرفية في هذه المحكمة، بواسطة الاعتماد على الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 8 جويلية 1996 ، بخصوص مشروعية الأسلحة النووية، هذا بالإضافة إلى رأي الأستاذ الأمريكي كمستشار في القضية.

---

Alan Boyle, Op.cit., p.59 ; André Nollkaemper Et Erika De Wet, Op.cit.,p1-2.

<sup>1</sup> - انظر:

## ثانيا: إثبات العرف الدولي أمام القضاء الأمريكي:

جرى القضاء الأمريكي على اعتبار القواعد العرفية الدولية بمثابة جزء من القانون الداخلي، ويتعين على المحاكم إثباته والعمل بموجبه، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقانون الأجنبي الذي يعد مجرد واقعة يجب إثباتها.

وقد تغير مفهوم العرف الدولي منذ القرن الثامن عشر في المحاكم الأمريكية، واحد أهم هذه التغييرات تمثلت في أساس العرف الدولي، إذ أنه في القرن 18 كان قانون الأمم مستمدا من فكرة القانون الطبيعي، بمعنى أن المحاكم يمكن أن تكشفه من خلال تطبيق المنطق لوحده، وقد كتب Vattel في إحدى مقالاته: "أن قانون الأمم ما هو في أصله إلا قانون طبيعي مطبق على الأمم"؛ وخلال القرن 19 تغير مفهوم العرف الدولي من القانون الطبيعي إلى الوضعي، وبالتالي فإن القضاة لم يعد بإمكانهم اشتقاق هذه القوانين من خلال المنطق فقط لكن عليهم أن ينظروا إلى أعراف ومبادئ الأمم المتحضرة، هذا التحويل بالتأكيد قلص دور السلطة القضائية في إنشاء العرف الدولي، بينما تزايد دور السلطات السياسية.<sup>1</sup>

ففي القضية الشهيرة *The Paquete Habana* السالف الإشارة<sup>2</sup> إليها قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن القانون الدولي جزء من القانون الأمريكي، ويجب أن تثبته المحاكم الأمريكية، وتعمل بموجبه مادامت القضايا التي تستند إليه تعرض عليها في الوقت المناسب للبت فيها، وحكم القانون الدولي هذا حكم يلزم محاكم الغنائم التي تنفذ القانون الدولي، وبأن تأخذ علما به وتنفذه في حال عدم وجود أية معاهدة أو إجراء علني آخر سبق لحكومتها أن اتخذته بصدد هذه المسألة.

وقد اشارت هذه المحكمة إلى الاستعانة بآراء الفقهاء والمختصين من اجل التعرف على القواعد العرفية.<sup>3</sup>

وفي قضية الباخرة "*The Scotia*" التي تتلخص وقائعها في أن الحكومة البريطانية طبقت سنة 1863 مجموعة من القواعد لمنع التصادم في البحر، وفي سنة 1864 اعتنق الكونغرس الأمريكي عمليا نفس القواعد، كما فعلت ذلك في الفترة القصيرة التالية حكومات جميع الدول البحرية تقريبا، وأثناء سريان هذه القواعد

William S. Dodge, « After Sosa... », Op.cit., p.16-17.

<sup>1</sup> - انظر:

<sup>2</sup> - ارجع إلى قضية *The paquette of Habana* ص 73

*The paquette of Habana*, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

اصطدمت *The Scotia* السفينة الانجليزية في وسط المحيط بالسفينة الأمريكية *Berkshire* التي كانت لا تحمل الإشارات الضوئية التي تتطلبها القواعد الجديدة، مما نجم عنه غرق السفينة الأمريكية.<sup>1</sup>

وكان السؤال الذي ثار، يتمثل فيما إذا كانت الحقوق والالتزامات المتبادلة للسفینتين تتحدد وفقا للقانون البحري العام قبل قواعد 1863 الانجليزية، وفي هذا النزاع حكمت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سنة 1871 بأن الحقوق والالتزامات يجب أن تحددها القواعد العرفية الجديدة للقانون الدولي التي تطورت وانتشرت بشكل واسع باعتناق وتطبيق القواعد الانجليزية، وأن القوانين المحلية الأجنبية يجب إثباتها كوقائع، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة لقانون الأمم.<sup>2</sup>

أما بالرجوع إلى قضية *Filartiga*، نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تكن عام 1980، طرفا في أي معاهدة ضد التعذيب لكن رأت محكمة الاستئناف في قضية *Filartiga*، أن التعذيب محرم بموجب قانون الأمم، وأن هذا التحريم واضح ولا يوجد به أي غموض ولا يميز بين معاملة الأجانب أو المواطنين، وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا القرار قد تمت صياغته بتأثير نشر مسودة معاهدة التعذيب لسنة 1980.

وقد لاحظت محكمة الاستئناف في هذه القضية:

1. أن العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية يجب أن يصادق عليه من مجلس الشيوخ الأمريكي، لذا وجب تأسيس القضية على "قانون الأمم" أو "العرف الدولي".
2. أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أصبح مطبقا ومعترفا به.
3. أن هناك إدانة عالمية للتعذيب في الممارسة الدولية.
4. أن تحريم التعذيب أصبح قاعدة عرفية ملزمة في القانون الدولي.<sup>3</sup>

واستنادا للاعتبارات المتقدمة، فقد اعتبرت المحكمة نفسها مختصة بنظر النزاع رغم وقوع التعذيب في الخارج، وذلك لمجرد وجود أطراف النزاع في دائرة اختصاصها، لكونه يعتبر من الأفعال التي تعد خرقا للعرف الدولي مثل القرصنة وتجارة العبيد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 279.

*The Scotia case*, Op.cit.

<sup>2</sup> - انظر:

Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

<sup>4</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 229؛ Lacey Glencoragh Loftin, Op.cit., p.9.

أما في قضية *Roper ضد Simmons* لسنة 2005، التي ناقشت فيها المحكمة العليا، تطبيق عقوبة الإعدام على من هم أقل من 18 سنة، وتبدأ وقائع هذه القضية في ارتكاب Christopher Simmons جريمة قتل مع سبق الإصرار والترصد بالاشتراك مع صديقين له، في حق Shirley Crook، عام 1993 عندما كان عمره 17 عاما، وقد أصدرت محاكم الدرجات الأولى في حقه حكم الإعدام، وتم استئناف الحكم إلى غاية الوصول إلى المحكمة العليا، أين تم الادعاء أمامها بعدم دستورية الأحكام السابقة لتعارضها مع التعديل الثامن الذي يمنح المعاملة القاسية وغير العادية، وبطريقة جدلية حاولت المحكمة أن تنظر إلى ممارسة دول أخرى في هذا المجال من اجل تأكيد تحريم عقوبة الإعدام على من هم أقل من 18 سنة، وتوصلت المحكمة إلى أنه بالرجوع إلى أحكامها السابقة وجدت أنها قد حرمت تطبيق العقوبة القسوى على من هم اقل من 16 سنة في قضية *Thompson ضد Oklahoma*، ولكنها سمحت بتطبيقها على من هم أكثر من 16 سنة في قضية *Stanford ضد Kentucky*، وفي ذات اليوم تم الحكم بالإعدام في حق الأشخاص المعاقين ذهنيا في قضية *Penry ضد Lynaugh* والذي تم إعادة النظر فيه في قضية *Atkins ضد Virginia* عام 2002، وتم إلغاء هذه العقوبة، وقد استندت المحكمة العليا في قضية *Roper ضد Simmons* على التغيير الذي حصل في مدى تطبيق العقوبة القسوى على المعاقين ذهنيا، وقد أشار القاضي *Anthony Kennedy* أن سن الرشد القانونية هي 18 سنة في 47 ولاية أمريكية، وأن 3 ولايات الباقية سن الرشد فيها أكثر من ذلك،

بالإضافة إلى هذا ذكر بالإضافة إلى هذا لاحظت المحكمة التناقص في تنفيذ عقوبة الإعدام على من هم اقل من 18 سنة، إذ في سنة 2005 كانت هذه العقوبة مشروعة في 20 ولاية أمريكية، لكن ستة منها فقط طبقتها منذ 1989، وثلاثة فقط طبقتها منذ 1995، وخمسة من الولايات التي كانت تشرعها قامت بإلغائها سنة 1989.

كما أشارت المحكمة إلى تشريعات دول أخرى منذ 1990، ووجدت أن سبعة دول فقط طبقت عقوبة الإعدام في حق أشخاص ارتكبوا جرائم في سن اقل من 18 سنة، وهي إيران، باكستان، العربية السعودية، اليمن، نيجيريا، الجمهورية الديمقراطية للكونغو، والصين.

كما لاحظت المحكمة أن الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة الوحيدة بالإضافة إلى الصومال التي لم تصادق على اتفاقية حقوق الطفل لمنظمة الأمم المتحدة.<sup>1</sup>

*Roper v. Simmons*, 543U.S. 551, (2005),

1-انظر:

[<http://www.njdc.info/pdf/SimmonsDecision.pdf>]

ولكن لم توضح المحكمة ما إذا كان سلوك الدول الأخرى ناتج عن الشعور بالإلزام أو إذا كان يعكس العرف الدولي.<sup>1</sup>

كما سبق يتبين لنا أن القضاء في أمريكا ينظر إلى العرف الدولي نظرة تنبعث من منطلق الوحدة بين القانون الدولي والداخلي، حيث يجري اعتبار قواعد القانون الدولي العرفية بمثابة جزء من القانون الداخلي، كما يسير القضاء كذلك على إلزام القاضي الوطني بتطبيق العرف الدولي من تلقاء نفسه، وعليه يقع عبء الإثبات على القاضي الوطني بعكس الحال مع القانون الأجنبي الذي يعتبر بالنسبة له مجرد واقعة يجب على الخصم المتمسك به إثباته،<sup>2</sup> وإن كانت المحاكم الإنجليزية لا تسمح بالأخذ برأي الخبراء في الموضوع، بل يتم ذلك من مجلس المستشارين «*Submission of Counsel*»، فإن المحاكم الأمريكية تسمح بذلك، فالمهم هو الوصول إلى الحقيقة بطريقة أو بأخرى.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: تفسير القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني:

إن تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي يتطلب من القاضي إثبات وجوده وتأسيس محتواه، وتفسير معناه، وتحديد نطاقه تحديداً دقيقاً، إذ من المسلم به أن تطبيق القواعد القانونية الدولية قد يثير اختلافات في وجهات النظر حول مدلولات ألفاظها لدى أطرافها، وعند الوصول إلى هذا التعريف تستعمل المحاكم الوطنية عادة التعريف الكلاسيكي للعرف بغض النظر عن تطبيق الدولة *repetitio facti*، غير أنه في الحقيقة القضائية فإن وجود القاعدة العرفية نادراً ما يكون بصورة جلية، فالقاضي يكتفي بالإشارة إلى بعض الاقتباسات والمراجع وذلك دون تعريف الأساس القانوني، فالقاضي نادراً ما يفسر أو يشرح الخطوات التي يقوم بها، لكن يفترض منه أنه يطبق المعايير والمناهج الموضوعية من القانون الدولي، ولو أن تلك الخطوة واضحة على مستوى المبادئ فإنه يجب الإشارة إلى أن القاضي لن يتحرر كلية من بعض العوامل الشخصية، فبدون شك أن القاضي سيحاول تبني سلوك متوافق مع وجهة النظر المعبر عنها من الهياكل السياسية لبلده.<sup>4</sup>

1- المرجع نفسه.

2- انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 280.

Maurice Mendelson, Op.cit, p78.

3- انظر:

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.56.

4- انظر:



وإن كان يصدق هذا القول على القاضي الروماني، فإن الوضع مختلف بالنسبة للقاضي الأنجلوساكسوني، حيث نجد في الأحكام القضائية، الآراء الانفرادية والمعارضة للقضاة، بالإضافة إلى كون الأحكام تصاغ بطريقة تفصيلية، وتبنى صراحة على أحكام وسوابق وتعلل كذلك بآراء فقهية.

وقبل التطرق إلى كيفية تفسير المحاكم الأنجلوساكسونية للعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان يجب أولاً ذكر بعض المبادئ العامة للتفسير.

### الفرع الأول: مبادئ عامة لتفسير القواعد العرفية

تثور مشكلة التفسير عندما يختلف الأطراف حول تحديد معنى القاعدة القانونية الدولية ونطاقها تحديداً دقيقاً، والقصد من التفسير هو توضيح معنى القاعدة القانونية الغامضة، وبالتالي التحديد الدقيق للالتزامات وحقوق المخاطبين، وقد تحتاج جميع القواعد القانونية بغض النظر عن مصدرها إلى التفسير، وبصورة خاصة القواعد القانونية الدولية المكتوبة، إذ يعتقد الكثير من الفقهاء أن عملية التفسير مقتصرة على المعاهدات الدولية أي القانون المكتوب، ولعل هذا يرجع لوجود نصوص دولية تحيل إلى هذه العملية مثل نص المادة 36 فقرة 2 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، بالإضافة إلى معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 والتي خصصت فصلاً كاملاً لتفسير المعاهدات الدولية.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لقواعد القانون الدولي العرفية فإن توضيحها أو تفسيرها، عادة ما يختلط بوجودها، فالعرف الدولي يشكل احد المواضيع الأكثر إثارة للجدل الفقهي سواء فيما تعلق بطبيعته أو العناصر المكونة له، أو نطاقه أو مكانه في النظام القانوني الدولي.<sup>2</sup>

### أولاً: ضوابط تفسير القواعد العرفية الدولية:

إن فكرة وجوب احترام قواعد القانون الدولي يدفع الدولة، بدون تردد، إلى تفسير العرف الدولي، وبسبب عدم وضوح العرف الدولي ظهرت عدة حلول من اجل التفسير للوصول إلى التعرف على هذه القواعد بطرق أسهل،<sup>3</sup> ولتجنب النزاع على المستوى الدولي يجب أن يكون هذا التفسير متلائماً مع القانون الدولي، فيلجأ

<sup>1</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 300.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 301.

<sup>3</sup> - انظر:

Ignez Seidl Hohenveldern, Op.cit., pp. 96-98.

القاضي، عندما يمكنه ذلك، إلى لعبة التفسير والتشبيه، وهكذا عند وجود قاعدة قانونية تقبل عدة تفسيرات فإنه يفسرها بطريقة متناسبة مع الالتزامات الدولية (أي العمل بمبدأ التفسير الملائم).<sup>1</sup>

وإذا ما سلمنا بأن العرف الدولي هو واقعة اجتماعية بأصلها، يولد تلقائياً، مستقلاً عن أي شكل محدد سلفاً، ويتكون من الركنين المادي والمعنوي، فإن تفسيره ينطوي على عمليتين إحداهما هي ملاحظة الوقائع والثانية هي تقييم تلك الوقائع.<sup>2</sup>

لكن السؤال الذي يطرح هو الهيئة التي يناط بها وظيفة التفسير، أي من يقوم بتفسير القواعد العرفية؟

### ثانياً: الهيئة التي يمكنها ممارسة وظيفة تفسير القاعدة العرفية الدولية

إذا اقتضت الضرورة تفسير القواعد العرفية فمن هي الهيئة التي يمكنها أن تمارس هذه الوظيفة، هل هي المحاكم أم هي الحكومة؟

إن كان القانون الدولي هو المعني بفكرة تفسير العرف الدولي، فإنه لا يصف ولا يذكر أية سلطة مختصة في هذا المجال، وكل ما يطلبه من أعضاء الجماعة الدولية هو ضمان عدم انتهاك أية قاعدة دولية بهذا التفسير.<sup>3</sup>

يمكن للبعض أن يجادل لصالح الحكومة ويقول أنها من يجب أن تحتكر التفسير لكونها المسؤولة عن القضايا الخارجية، ولكونها الأعم بأصل المشكلة، غير أنه من جهة أخرى نجد أن المحاكم، على العموم، تبقى حرة بالرجوع إلى رأي وتفسيرها الحكومة أو الاستغناء عنه،<sup>4</sup> إذ يمكن للقاضي الوطني طلب مساعدة وزارة الخارجية في بلاده لتفادي صعوبة التفسير ومعرفة القاعدة العرفية على نحو سليم، وفقاً للفهم السائد لدى دوائر الوزارة ومن ثم تطبيقها على النزاع المعروض عليه، وعند غياب التفسير الرسمي من وزارة الخارجية فهو يجتهد بالقدر الذي لا يضر بسمعة بلاده ولا يتسبب في إثارة مسؤوليتها الدولية، وعلى أية حال فالقضايا التي يحتاج فيها القاضي الوطني تفسير القواعد العرفية الدولية أقل بكثير من القضايا التي يطبق فيها المعاهدات الدولية وذلك لكون القواعد العرفية هي سلوك متواتر بين أشخاص القانون الدولي وبمجال تطبيقها الحقيقي وعلاقة دولة بدولة؛ ومع ذلك لا يمكن القول بصفة مطلقة بأن القاضي الداخلي في غنى عن القواعد العرفية، فمعاملة الأجانب مثلاً فوق أرض الدولة

<sup>1</sup> - انظر: Edwin D. Dickinson, Op.cit., p.314 ; Julien Morissette, Op.cit. , p.29.

<sup>2</sup> - انظر: سعيد الجدار، المرجع السابق، ص 302.

<sup>3</sup> - انظر: Ignéz Seidl Hohenveldein, Op.cit., p. 101.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 99.

تثير منازعات لا حصر لها وجوانب كثيرة من معاملاتهم تخضع حتى الآن للقواعد العرفية ومهمة القاضي صعبة دون شك لكنه يحاول قدر الإمكان أن يحافظ على مكانة وسمعة دولته.<sup>1</sup>

وعلى القاضي عند تفسيره للعرف الدولي، أن يضع في باله أن هذه القضايا يمكن أن تصل إلى محكمة العدل الدولية، لذا على المحاكم الوطنية أن تتساءل ماذا ستفعل المحاكم الدولية في مثل هذه الحالة، إذ أن القاضي في المحكمة الدولية يعطي وزنا مختلفا للعوامل التي قد يأخذ بها القاضي الوطني، فيمكنه الأخذ بعين الاعتبار ممارسات الدول، بل حتى يمكنهم خلق قواعد عرفية جديدة.<sup>2</sup>

لكن قد يخلق تفسير المحاكم للعرف الدولي صداما مع السلطة التنفيذية التي قد تكون هي الأخرى أعطت رأيها في الموضوع، هنا يرى بعض الفقهاء، أن على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار:

- أن على المحاكم تجنب الاختلاف الكبير عن التفسير الذي أعطته السلطة التنفيذية للعرف الدولي، فإن قامت أي محكمة بالتفسير، يجب أن لا يكون متعارضا مع السياسة المفروضة من السلطة التنفيذية.
- ومن أجل الحذر، على المحاكم تجنب ذكر القواعد العرفية الدولية في حالة شكها في مدى قبول السلطة التنفيذية لها، وعليها الاكتفاء بالقواعد العرفية المتبناة بصورة جازمة، وليس لها أن تنظر إلى الممارسة الدولية، بل فقط ممارسة دولتها.<sup>3</sup>

كخلاصة يمكن القول أن القاضي يستعمل أسلوبين للتفسير: التفسير القضائي والتفسير الحكومي الذي يستأنس به القاضي حتى يطمئن قلبه، ويمكنه طرح تفسير وزارة الخارجية جانبا إذا لم يرق له أو لم يقتنع به.

### الفرع الثاني: كيفية تفسير المحاكم الداخلية للقواعد العرفية الدولية:

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الداخلية لا تتقيد في تفسيرها للقواعد العرفية بطريقة معينة، فهي تقوم بالعملية بجرية كاملة، وتستخلص التفسير الذي تراه من الوقائع والمستندات المطروحة أمامها، وقد ترجع في سبيل استخلاص القاعدة العرفية وتفسيرها إلى قوانين الدول المختلفة وممارستها وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء، أي أنه يوجد متسع تستطيع المحاكم الوطنية من خلاله المشاركة بطريقة أساسية في تفسير وتطبيق قواعد القانون الدولي العام،<sup>4</sup> ففي إنجلترا، جرت المحاكم الإنجليزية على تقرير مبدأ استقلالها في تفسير مسائل القانون الدولي العام العرفية

<sup>1</sup>-انظر: علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي..."، المرجع السابق، ص 203-206.

Detlev. F. Vagts, Op.cit., p. 1035.

<sup>2</sup>- انظر:

Julien G. Ku, Op.cit., p.114- 116

<sup>3</sup>- انظر:

Edwin D. Dickinson, Op.cit., p.362

<sup>4</sup>-انظر:

في المنازعات التي أثرت فيها تلك المسائل، ولم تأخذ بالشهادات الحكومية الصادرة في هذا الشأن، مثل ما حدث في قضية **Kawasaki Kisen Kabushiki Kaioha Kobe C. ضد Banthan Steamship Co. Ltd**<sup>1</sup>.

وباعتبار أن النظام الأنجلوساكسوني نظام قائم على فكرة احترام السوابق فهو لا يهمل هذه الأخيرة أثناء تفسيره للعرف الدولي، إذ يوجد احترام كبير لسلطة السوابق القضائية الصادرة عن الجهات القضائية العليا.

ونعرض فيما يلي التفسير القضائي للقواعد العرفية الدولية في القضاء الداخلي الأنجلوساكسوني وعلى الأخص الانجليزي والأمريكي باعتبار أن باقي دول هذا النظام تقتدي بهما:

### أولاً: تفسير العرف الدولي في قضاء المحاكم الانجليزية

يحاول القاضي الوطني دائماً تفسير قواعد القانون الداخلي بطريقة تتوافق مع القانون الدولي تفادياً لتحميل دولته المسؤولية الدولية، ولو كان مبدأ الإدماج الكامل لقانون العرف الدولي مقبولاً كحل واحد لعموم الدول المتحضرة فإنه ليس من السهولة أن يقبل القاضي الداخلي وجود قاعدة للقانون الدولي قابلة للتطبيق داخلياً، ولكي يعترف القاضي بتلك القاعدة يجب أن يكون قد تم إدماجها من الدولة التي ينتمي إليها، ورغم ذلك فالقاضي يجد أن الطريقة التي تمت بها عملية الإدماج مختلفة حسب الزمان والمكان، ويستند القضاء الانجليزي على الاتجاه الضمني لدولته معتبراً ذلك إدماج للقواعد العرفية الدولية، ومقابل ذلك هناك قضاة لا يطبقون القاعدة العرفية الدولية إلا إذا وجدوا أن وسيلة إدماج هذه القاعدة واضحة، ولا يهم إن كانت تلك الوسيلة تشريعية أو تنفيذية أو قائمة على تصرف دبلوماسي،<sup>2</sup> وخير مثال على ذلك قضية **الملكة ضد Keyn** أين أشارت المحكمة صراحة إلى أنه حتى ولو وجد اعتراف عام بالاقتراح المقدم أمام المحكمة فإنها لن تطبق ذلك ما لم يوجد تشريع برلماني داخلي يعطي الاختصاص للمحاكم،<sup>3</sup> ونفس الشيء نجده في قضية **Chung Chi Cheung ضد الملك**، لعام 1939، والتي فصل فيها اللورد **Atkin** الذي ذكر أن "ما يجب التنبيه إليه باستمرار هو أنه لا حجية لقواعد القانون الدولي أمام المحاكم البريطانية ما لم تعتمد أو تقبل مبادئه بمقتضى قانوننا الوطني".<sup>4</sup> ففي هاتين القضيتين أنكرت المحاكم الانجليزية اختصاصها لعدم وجود نص من المشرع البريطاني، يصرح لها بذلك.

Wilfried M. Bolewski, Op.cit, p.63.

<sup>1</sup> - انظر:

P. De Visscher, Op.cit., p.528.

<sup>2</sup> - انظر:

**R. v. Keyn**, Op.cit.

<sup>3</sup> - انظر:

**Chung Chi Cheung v. The king**, Op.cit.

<sup>4</sup> - انظر:

في اغلب الأنظمة القانونية الوطنية يمكن للقاضي أن يطلب رأي السلطة التنفيذية في مسائل متعلقة بالعرف الدولي لكنه في نهاية المطاف هو غير ملزم بتطبيق ذلك الرأي، وبالتالي يمكنه الحكم بكل حرية، وفي كل من المملكة المتحدة وإيرلندا نجد نظام الشهادة « *certificates* » التي يمكن الحصول عليها، حسب اختلاف الحالة، سواء من طرفي الخصومة أو من أحدهما، وترتبط هذه الشهادات أو السندات القاضي بالوقائع، في حين أن هذا الأخير ملزم باستنتاج النتائج القانونية.<sup>1</sup>

إلا أن المحاكم الإنجليزية غير ملزمة بالتقيد بالشهادات الحكومية في تفسيرها للعرف الدولي، مثلما نجده في **قضية *Banthan Steamship Co. ضد Kawasaki Kisen Kabushiki Kaisha Kobe C. Ltd*** عام 1939، التي تتلخص وقائعها في أن سفينة مملوكة لمجهزين من لندن، كانت قد أجرت بواسطة شركة يابانية، وكان عقد الإيجار يسمح للمتعاقد الآخر بالحق في الفسخ في حالة ما إذا أصبحت اليابان في حالة حرب مع دولة أخرى، وفي سبتمبر 1937، هاجمت بعض السفن اليابانية عدة سفن أجنبية، دون إعلان حالة الحرب مسبقا، ودون قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين، وقد تمسك احد الأطراف بشرط الفسخ، لكن الطرف الآخر تمسك بطلب تنفيذ العقد، ودفع بأن طلب الفسخ قائم على غير سند.

وفي هذه القضية، كانت مهمة القاضي فحص الوضع السياسي في الشرق الأقصى، وبالتحديد ما إذا كانت توجد حقيقة حالة حرب بين الصين واليابان، وبناء على طلب الخصوم تم استطلاع رأي وزارة الخارجية، فيما إذا كانت اليابان تعد في حالة حرب يوم 18 سبتمبر 1937، وأجابت الوزارة بأنه وفقا لتعليمات *M. Neville Chamberlain* فإن الوضع في الصين مبهم واستثنائي، وأن الحكومة المالكة غير مستعدة حاليا لقبول أنه توجد حالة حرب، وفي هذه القضية، حكم القاضي *Goddard* بعيدا عن الشهادة الحكومية المشار إليها.<sup>2</sup>

إن كان هذا حال العرف الدولي فالعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان لا يتعد كثيرا عن هذا الاتجاه، فالأصل أن القاضي يحكم وفقا لقناعته بغض النظر عن أي رأي آخر.

### ثانيا: تفسير العرف الدولي في قضاء المحاكم الأمريكية:

Christian Domincé et François Voeffray, Op.cit., p.61

<sup>1</sup> - انظر:

***Kawasaki Kisen Kabushiki Kaisha of Kobe v. Bantham Steamship Company, Limited***, 2 K.B. 544, Court of Appeal, (1939),  
[[http://www.lawofwar.org/kkk\\_of\\_kobe\\_case.htm](http://www.lawofwar.org/kkk_of_kobe_case.htm)]

<sup>2</sup> - انظر:

صدرت عدة أحكام في الولايات المتحدة الأمريكية، تصدت فيها المحاكم لتفسير القواعد العرفية الدولية، ففي القضية الشهيرة "*The Paquette Habana*" التي فصلت فيها المحكمة العليا الأمريكية سنة 1900، استخلصت المحكمة من الوقائع المطروحة عليها قاعدة تعطي حصانة ضد مصادرة سفن الصيد الصغيرة في زمن الحرب، وفسرت تلك القاعدة بأن تطبيقها مشروط بالألا تكون هذه السفن قد خرجت عن نطاق عملها المشروع؛ فبعد أن قامت المحكمة بعمل تحريات تفصيلية للوقائع المطروحة عليها، وهي قوانين الدول وممارستها، وكتابات الفقهاء، وأحكام المحاكم المختلفة، وجدت هذه المحكمة أن هذه الوقائع مجتمعة تثبت وجود قاعدة عرفية صحيحة تعطي سفن الصيد الصغيرة حصانة ضد مصادرتها وقت الحرب بواسطة السفن الحربية، إذا كانت تعمل بإخلاص وتتابع سيرها في براءة وأمانة.<sup>1</sup>

وقد توصلت المحكمة العليا الأمريكية إلى استخلاص القاعدة العرفية المتقدمة استنادا إلى:

- أعراف قديمة بين الدول المتحضرة بدأت قبل قرون عديدة، ونضجت تدريجيا بحيث أصبحت من أحكام القانون الدولي، بأنه لا يجوز الاستيلاء على قوارب الصيد الساحلية التي تقوم بعملها العادي، أو على حمولتها وملاحيتها، ويعود إلى إنجلترا الفضل في وجود هذه الأعراف بفضل ما توافر لديها من وثائق ترجع إلى سنة 1403 بعد الميلاد.
- وجود بيانات أن فرنسا وبلدان أخرى ثبت لديها نفس الاعتراف، كما لمح كتاب كبار في القانون الدولي خلال القرون القليلة الماضية أن هذا الاعتراف بات عاما في مدها.
- أن الولايات المتحدة الأمريكية قد اعترفت بحصانة قوارب الصيد الساحلية منذ الحرب المكسيكية سنة 1846.
- إصدار عدة دول أوامر معينة إلى قادة الحرية تتعلق بقوارب الصيد، تعترف فيها أنه لا يجوز الاستيلاء على تلك القوارب إلا اقتضت ذلك العمليات العسكرية.
- أن الدول المتحضرة في العالم تتفق، وبمعزل عن أي معاهدة أو إجراء علني، على أن أحكام القانون الدولي الثابتة القائمة على اعتبارات إنسانية بالنسبة للفقراء والطبقة الكادحة من الناس، ومما يناسب الدول المتحاربة أن تترك قوارب الصيد الساحلية ومعداتها ومؤناتها وحمولتها وبحارتها، دون التعرض إليها أو الاستيلاء عليها كغنيمة حرب، إذا كانت هذه القوارب غير مسلحة وتقوم بعملها في صيد الأسماك بإخلاص وبصورة سليمة.<sup>2</sup>

*The paquette of Habana*, Op.cit.

<sup>1</sup>- انظر:

<sup>2</sup>- المرجع نفسه.

إن كان بعض الفقهاء الأمريكيين قد ابدوا تخوفهم من إدماج العرف الدولي دون نص تشريعي، لكونه يتعارض مع المفهوم الأساسي للتمثيل الديمقراطي الأمريكي، حيث طرح القاضي *Scalia* نفس الفكرة في قضية *Sosa* بقوله: "أن القضاة الفيدراليين غير المنتخبين يملكون سلطة صناعة القوانين عن طريق تحويل قواعد القانون الدولي إلى القانون الأمريكي"<sup>1</sup>، لكن في الواقع فإن القضاة لا يمكنهم تفسير القواعد العرفية حسب أهوائهم، فحسب النظرية الوضعية التي انتشرت في القرن التاسع عشر، فإن العرف الدولي يجب أن يتركز على تصرف عام ودائم من الدول متبوع بشعورهم بالزاميته القانونية، بالإضافة إلى أنه رغم عدم صناعة العرف بطريقة ديمقراطية، فإنه يمكن الحد من هذا العيب بطريقة ديمقراطية فرقاة الكونغرس على القرارات القضائية للمحاكم الفيدرالية يمكنها تقييد قراراتهم حول مسألة العرف الدولي، فيمكن للكونغرس تجاهل القواعد العرفية بصفة اختيارية عن طريق سن قانون مخالف، وقد أكدت قضية *Sosa* أن للكونغرس القوة على إغلاق الباب كلية في أي وقت على قانون الأمم.<sup>2</sup>

ومنذ هجمات 11 سبتمبر 2001 على الولايات المتحدة الأمريكية، وضعت السلطة التنفيذية مجموعة من التعريفات المتعلقة بتطبيق العرف الدولي، فاستنتج الرئيس الأمريكي الأسبق *George W. Bush* مثلا أن العرف الدولي لا يتطلب من الولايات المتحدة الأمريكية معاملة الأسرى المتهمين بكونهم إرهابيين بنفس الحماية التي يمكن أن تعطى لمن يسمون بالمحاربين الشرعيين؛ كما استنتج الفرع التنفيذي أن العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان لا يمنع أسر الأجانب من العراق ونقلهم إلى السجون الأمريكية، كجزء من خطة المقايضة، وفي جميع القضايا، ادعت الحكومة الأمريكية أنها تفسر ما يراد بالقاعدة العرفية، وإن كان العديد من النقاد يرون أنها انتهكت القاعدة العرفية،<sup>3</sup> إذ رفعت العديد من الدعاوى بموجب قانون الدعاوى الأجنبية، تم الادعاء بموجبها أن الولايات المتحدة الأمريكية قد انتهكت العرف الدولي عند احتجازها للمشتبه فيهم الذين زعم انتماؤهم لتنظيم القاعدة في سجن *Guantanamo Bay*، وذلك بمنعهم من الحق في محاكمة عادلة، الحق في عدم الحجز التعسفي، بالإضافة إلى فكرة مدى شرعية المحاكمة أمام لجنة عسكرية، والأمثلة على هذه القضايا عديدة، مثل قضية *Rasul ضد Rumsfeld* أين رافع المدعي البريطاني ضد وزير الدفاع *Donald Rumsfeld* انه قد تم احتجازه في هذا السجن بشكل تعسفي، وهذا ما يشكل انتهاكا لقانون الأمم، لكن السلطة التنفيذية رفضت الاعتراف في هذا المجال بوجود قاعدة عرفية تمنع الحجز التعسفي، وبالتالي فلا يوجد انتهاك للقاعدة العرفية، أما محكمة مقاطعة كاليفورنيا فرأت في فيفري 2006، أن المدعى عليهم كانوا يقومون بأعمالهم، وأنهم كانوا يعتقدون

*Sosa v. Alvarez-Machain*, Op.cit.

<sup>1</sup> - انظر:

William S. Dodge, « Customary international ... », Op.cit., p.25.

<sup>2</sup> - انظر:

Julien G. Ku, Op.cit., p.109.

<sup>3</sup> - انظر:

أن المعتقلين يشكلون تهديدا، ولم يكونوا يدركون ان لهم حقوقا يجب منحها إياهم، وبالتالي فهم محصنين من المتابعة لأنهم كانوا يقومون فقط بواجبهم، باستثناء الاعتداءات التي مست حرية المعتقد فقد أكدت المحكمة أن تحريم المساس بحرية المعتقد، مكرس في قانون حرية المعتقد ويجب تطبيقه في سجن غواتانامو.<sup>1</sup>

أما في 11 جانفي 2008 قلبت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة، وحكمت أن قانون حرية المعتقد غير مطبق على المحبوسين لأنه لا ينطبق عليهم وصف "شخص"، وأن "التعذيب هو نتيجة متوقعة للاعتقال العسكري للمقاتلين الأعداء المشتبه فيهم"، وأن المدعى عليهم لم يكونوا على علم أن للمعتقلين حقوق دستورية.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Sosa*، عندما ناقشت أن عملية الاختطاف القسري، التي قامت بها وكالة مكافحة المخدرات لا يؤثر في حكم محكمة المقاطعة، وانه لا يهملها كيف وصل المتهم أمامها، وأن الاحتجاز ليوم واحد لا يشكل انتهاكا للعرف الدولي،<sup>2</sup> بالإضافة إلى هذا فإن القانون الفيدرالي يسمح بهذا النوع من الحجز.<sup>3</sup>

ونفس الشيء نجده في قضية *Hamdan ضد Rumsfeld*، أين تم مناقشة القاعدة العرفية المتعلقة بتحريم الحجز التعسفي من طرف المحكمة العليا، ورأت أنها لا تنطبق على ما أسمتهم بالمحاربين غير الشرعيين، وهذا استجابة لطلبات الحكومة الأمريكية، وذكرت في ذلك القاضية *O'Connor* أن "قانون الحرب والواقع الأمني يستدعي القيام بمثل هذا الاعتقال" وبذلك تجنبت المحكمة الوقوع في التناقض مع تفسير السلطة التنفيذية.<sup>4</sup>

ويرى الأستاذ *Julien Ku*، أن تفسير المحكمة للعرف الدولي بطريقة مخالفة لرأي السلطة التنفيذية، لا يحدث صراعا أو صداما على المستوى الداخلي فقط، بل سيمتد إلى الخارج أو على الصعيد الدولي، فالجندي الأمريكي الذي يحاكم مثلا في محكمة أجنبية أو دولية، لا يمكنه التنصل أو الاحتجاج أن دولته لا تعترف بالقاعدة العرفية إن كان قضاء دولته قد ذكر تلك القاعدة في أحكامه.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: *Rasul v. Rumsfeld*, No. 06-5209, April 24, (2009),

[<http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/rasul-v.-rumsfeld>]

<sup>2</sup> - ارجع إلى قضية *Sosa ضد Alvarez-Machain*، ص78؛ *Sosa v. Alvarez-Machain*, Op.cit

<sup>3</sup> - انظر: Julien G. Ku, Op.cit., p.110.

<sup>4</sup> - انظر: *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F. 3d 33, June 29, (2006),

[<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html>].

<sup>5</sup> - انظر: Julien G. Ku, Op.cit., p.112.



---

وعليه عندما تكون المحاكم واثقة من مصلحة الدولة تستعمل العرف الدولي لعقلنة النتيجة، أما إذا لم تكن واثقة من مصلحة الدولة، يمكنها استعمال دلائل العرف الدولي لجعله أكثر موضوعية.<sup>1</sup>

وعليه نقول أن تفسير القواعد العرفية ضرورة عملية، من اجل تسهيل تطبيقه من المحاكم الوطنية، وهذا ما تسير عليه محاكم النظام الأنجلوساكسوني، ويمكن لهذه المحاكم الاستعانة برأي السلطة التنفيذية لكنها في الأصل غير ملزمة به، لكن في الواقع تضع المحاكم وزنا كبيرا لهذه التفسيرات وهذا حتى لا تكون السلطة القضائية في تعارض مع السياسة الخارجية المتبعة من البلاد.

---

Detlev. F. Vagts, Op.cit., p. 1034.

<sup>1</sup> - انظر :

## ملخص الفصل الثاني

إن كان الأصل أن العرف الدولي مطبق بصورة تلقائية في دول النظام الأنجلوساكسونية عموماً ، فإنها ملزمة بالخضوع للقانون الداخلي المخالف إذا عجزت عن تفسيره بما يتوافق مع القواعد الدولية، إلا أن أهمية السوابق القضائية كحاجز أمام تطبيق المحاكم البريطانية للقواعد الدولية العامة قد فقدت جزءاً كبيراً من أهميتها في ضوء الحكم المتعلق بقضية *Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري*، والذي أسس سابقة جديدة مقتضاها وجوب الأخذ بعين الاعتبار التغيرات الجديدة التي تطرأ على القانون الدولي المتعارضة مع سوابق قضائية أقرتها محاكم عليا

أما مكانة العرف الدولي في المحاكم الأمريكية فتكون بعد القوانين الفيدرالية سواء الصادرة عن الكونغرس أو من السلطة التنفيذية ، لكنه يسمو على قوانين الولايات .

وتستعين المحاكم الأنجلوساكسونية بجميع طرق الإثبات في إثبات القاعدة العرفية ، بالرغم من أن بريطانيا تستبعد الاستعانة بالفقهاء .

ومن أجل تفسير القواعد العرفية الغامضة يمكن للمحاكم العودة إلى آراء السلطة السياسية، وإن كانت غير ملزمة بإتباعها، إلا أن العديد من انتهاكات العرف الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان حدثت باسم عدم تعارض تفسير القضاء مع تفسير السلطة التنفيذية.

## خاتمة

يحظى تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، أهمية كبيرة في المجال الدولي والوطني، خصوصا من الأفراد الذين تم انتهاك حقوقهم، ووجدوا مثالا أن دولتهم لم تدمج المعاهدة التي تمنحهم تلك الحقوق، أو أنها وضعت عليها قيودا وتحفظات، هنا ما يبقى لهؤلاء سوى طريق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، بالرغم ما يشوبه من غموض، وتحول في المفهوم.

فمفهوم العرف الدولي بأنه إضطراد سلوك من الدول مع اقترانه بالشعور بالإلزام قد تغير في وقتنا الحاضر، وظهرت أنواع أخرى لا تتطلب تواترها في الزمن طويلا، لإضفاء الصفة القانونية للسلوك المتبع وهذا ما وجدناه بما يسمى بالعرف الفوري، والعرف الموجه، أما العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان فهو أكثر غموضا، لارتباط مفهوميين غامضين في تكوينه-العرف الدولي و حقوق الإنسان- بالرغم من وجود محاولات كثيرة لتوضيحه فهو لا يزال محل جدل وخلاف بين الفقهاء، لذا يحاول الجميع تجنب الاستعانة به خصوصا في ظل الحركة التقنية لنصوص العرف الدولي.

وعلى الرغم من اختلاف درجة تطبيق القواعد العرفية داخل الدول إلا أن هناك حقيقة ثابتة لا يمكن إنكارها إلا وهي انه لا يوجد نظام قانوني واحد يرفض القاضي فيه تطبيق العرف الدولي وبشكل مطلق، غاية ما هنالك أن جرعة التطبيق في دول القانون العام بريطانيا، أمريكا، استراليا ودول الكومنولث عموما أكثر منها في دول القوانين اللاتينية، ويتوقف الأمر بالدرجة الأولى على مقدار فهم القاعدة العرفية والإحاطة بمفهومها وتفسيرها، فمن خلال دراستنا نجد أن الدول الأنجلوساكسونية من أكثر الدول استعانة بالعرف الدولي خصوصا أن أغلبها يتبنى مقاربة ثنائية باتجاه المعاهدات الدولية، وتدججه في نظامها القانوني كأصل عام بصورة تلقائية إعمالا للمبدأ البلاكستوني الشهير "قانون الأمم جزء من القانون الوطني" .

غير انه ترد عن هذه القاعدة استثناءات كلما تعلق الأمر بوجود قانون داخلي مخالف، ففي هذه الحالة إن تعذر على القاضي تفسير هذا القانون بما يتوافق مع القاعدة العرفية الدولية قام باستبعادها وطبق القانون الوطني .

وإن كانت المحاكم الأمريكية تظهر أنها أكثر تبنياً لمفهوم الإدماج التلقائي للعرف الدولي في نظامها فهي الأخرى، قد اشترطت عدم وجود نص قانوني مخالف بالإضافة إلى تأكيدها في العديد من القضايا أن العرف الدولي مدمج بالقدر الذي تعترف به الحكومة الأمريكية.

كما تشترط كل من بريطانيا وأستراليا وجود نص قانوني لإدماج قاعدة عرفية جنائية إعمالاً بقاعدة عدم إمكانية السلطة القضائية تشريع جرائم جديدة دون الرجوع إلى السلطة التشريعية.

وتشارك الدول الأنجلوساكسونية في إعطاء للعرف الدولي مكانة أدنى من القوانين الوطنية وهذا ما وجدناه مكرساً في القضايا التي تمت دراستها، باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية التي أعطته درجة اسمي من القوانين الصادرة عن الولايات .

ونجد أن أهمية السوابق القضائية كحاجز أمام تطبيق المحاكم البريطانية للعرف الدول قد فقدت جزء كبير من أهميتها في ظل قضية Trendtex Trading Corporation ضد البنك المركزي النيجيري بتأسيسها سابقة جديدة مفادها الأخذ بعين الاعتبار التغيرات الطارئة على القانون الدولي .

ويفترض في القاضي العلم بالعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان باعتباره قانون وطني، لذلك يقع عب إثبات هذه القواعد عليه، ويستعين في ذلك بمجموعة من التصرفات والسلوكيات لإثبات هذه القاعدة ومن بينها : أحكام وقرارات المحاكم الدولية، أحكام القضاء الداخلي لدول أخرى وقوانينها الداخلية، بالإضافة إلى آراء الفقهاء والمختصين في المجال الدولي، وإن كانت المحاكم الإنجليزية قد استبعدت هذه الأخيرة .

ويعد تفسير القواعد العرفية ضرورة عملية، من أجل تسهيل تطبيقه من المحاكم الوطنية، وهذا ما تسير عليه محاكم النظام الأنجلوساكسوني، ويمكن لهذه المحاكم الاستعانة برأي السلطة التنفيذية لكنها في الأصل غير ملزمة به، لكن في الواقع تضع المحاكم وزناً كبيراً لهذه التفسيرات وهذا حتى لا تكون السلطة القضائية في تعارض مع السياسة الخارجية المتبعة من البلاد، مما أدى إلى في أحيان كثيرة إلى انتهاك العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان.

ومن بحثنا حول إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني، يمكن استخلاص النتائج التالية:

1. أن دول النظام الأنجلوساكسونية تتبنى معظمها نظرية الإدماج التلقائي للعرف الدولي باستثناء أستراليا، ونيوزيلندا اللتان لم يبت فيها في المسألة بشكل قطعي.

- 
2. أنه لا يوجد نص صريح يتعلق بفكرة إدماج العرف الدولي في دول النظام الأنجلوساكسوني، مما فتح المجال نحو الاجتهادات القضائية
3. تتفق الدول الأنجلوساكسونية في سمو القانون الداخلي على العرف الدولي في حالة تعارضهما، واستحالة التوفيق بينهما.
4. أن معظم الدول الأنجلوساكسونية لم تناقش علاقة العرف الدولي مع القانون الوطني بصورة صريحة، لذا اقترح الفقهاء الاستعانة بكل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية نظرا للتشابه بين النظامين.
5. وتبقى السابقة القضائية مطبقة وملزمة للمحكمة البريطانية طالما بقيت القاعدة العرفية التي صدر بمقتضاها الحكم ثابتة، لكن في حالة تعديل أو تطور أو تغير القاعدة العرفية التي اعتمدت في إطارها السابقة القضائية، فإن هذه الأخيرة لا تصبح مؤثرة.
6. يتميز النظام الأنجلوساكسوني بتوسعه في شرح الأحكام التي توصل إليها، أي أن القاضي الأنجلوساكسوني، يعتمد كثيرا على فكرة التفسير، فمن أجل الوصول إلى حكمه قد يستعين القاضي بأراء السلطة التنفيذية وان كان غير ملزم بالأخذ بها، إلا أن هذه الأخيرة قد تؤدي إلى انتهاك العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان .

في الأخير نتوصل إلى الدول الأنجلوساكسونية عموما لا تدمج العرف الدولي إلا في حدود ما يتوافق مع سياستها الداخلية ومصالحها الخاصة، بل تستعين أحيانا بالقاعدة العرفية الدولية من اجل انتهاك حقوق الإنسان .

## قائمة المراجع

### أولا : باللغة العربية

#### I- الكتب :

#### أ - الكتب العامة :

- 1- إبراهيم علي، "القانون الدولي العام - النظريات الفقهية، المصادر، المسؤولية الدولية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية - القاهرة، (1997).
- 2- إبراهيم علي، "النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل - دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء أحدث الدساتير وأحكام المحاكم"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (1995).
- 3- أبو حجازة أشرف عرفات، "مبدأ قابلية القانون الجماعي للتطبيق الفوري و المباشر وأولويته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء"، دار النهضة العربية - القاهرة.
- 4- الدقاق محمد السعيد وحسين مصطفى سلامة، "القانون الدولي المعاصر"، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، (1997).
- 5- الفار عبد الواحد محمد، "قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية"، دار النهضة العربية - القاهرة، (1991).
- 6- سكاكني باية، "العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان"، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر، (2003).
- 7- عامر صلاح الدين، "مقدمة لدراسة القانون الدولي العام"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية - القاهرة، (1995).
- 8- عبد الحميد محمد سامي، "أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية"، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، الإسكندرية، (2001).
- 9- محمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، "مصادر القانون الدولي العام"، منشأة المعارف - الإسكندرية

#### ب- الكتب المتخصصة :

- 1- الجدار سعيد، "تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية"، دار المطبوعات الجامعية، (1999).
- 2- محمود عبد الغني، "القاعدة العرفية في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (1990).

#### II- المقالات :

- 1- فشي الخير، "تطبيق القانون الدولي الإتفاقي في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية لجامعة باتنة، عدد 4 (1995).

### III-القرارات الدولية :

- 1- ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مكتب الإعلام العام- نيويورك، دار الشعب-القاهرة، (فيفري 1971).

### IV-المواقع الالكترونية :

1- النظام الأنجلوساكسوني : <http://www.thefreedictionary.com/Anglo-Saxon>

2- لجنة القانون الدولي <http://www.un.org/law/ilc>

### ثانيا : باللغة الفرنسية :

I - الكتب :

أ - الكتب العامة :

- 1- Carreau, Dominique, «*Droit international*», étude international N°1, 8ème édition, Padone-Paris, (2004)
- 2- De Visscher, Charles , «*Théories et réalités en droit international public*», A. Pedone-paris, (1960)
- 3- Rousseau, Charles, *Droit international public*, 8ème édition, Dalloz, (1976)
- 4- Rousseau, Charles, «*Droit international public (introduction et sources)* », tome I, édition Sirey- France, (1970)
- 5- Ruzié, David, «*Droit international public* », 18ème édition, Dalloz ,(2006).
- 6- Scelle, G., « *Manuel de droit international public* », Paris, (1948).
- 7- Aledo, Louis-Antoine, «*Le Droit International Public*», édition Dalloz- paris, (2005).
- 8- Daillier, Patrick et Pellet Alain, « *Droit international public* », 5<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., Delta, (1994).

### ب-الكتب المتخصصة :

- 1- Beatson Fba, Jack, and others, «*Human Rights :Judicial protection in the United Kingdom*», Sweet & Maxwell- London, 2008
- 2- D'amato, Anthony, «*The Concept of Custom in International Law* », Cornell U.P., (1971)
- 3- Sciotti-Lam, Claudia, «*L'applicabilité des traites Internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*», Bruylant – Bruxelles, (2004).

### II-الرسائل الجامعية :

- 1- Lo, Ying-jen, « *Monist Lawyers and Dualist Judges, Human Rights Advocacy for International Law in U.S. C* », A Dessertation submitted to the Division of Research and Advanced Studies of the University of Cincinnati, (2002)

- 1- Barsalou, Olivier, «*la Doctrine de l'objecteur persistant en droit international public* », 19 (1), R.Q.D.I., (2006), pp. 1-18.
- 2- Bassan Daniela, « *The Canadian Charter and Public International Law: Rediining the State's Power to deport Aliens* », 34 (3), O.H.L.J., (1996), pp. 583- 625
- 3- Bayefsky, Anne F., « *International HumanRights Law in Canadian Courts* », in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Benedetto Conforti and Francesco Francioni (ed.), K.L.I., (1997), pp. 295- 328
- 4- Beaulac Stephane, « *Customary International Law in Domestic Court: Imbroglgio, Lord Denning, StareDecisis* », dans *British and Canadian Perspectives on International Law*, Christopher P.M. Waters(ed.), Koninklijke Brill NV., Netherlands, (2006), pp.379-392
- 5- Beaulac, Stephane, «*National application of international law: The Statutory interpretation perspective* », 41, C.Y.I.L., (2003), p.p.225-269.
- 6- Beaulac Stephane and Currie John, « *Canada* », in *International Law and Domestic Legal Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Dinah Shelton (ed .), Oxford-New York, (2001), pp. 116-157.
- 7- Bolewski, Wilfried M., «*Les certificats gouvernementaux relatifs à l'application du droit international public par le juge interne: étude de la jurisprudence anglaise*», Geneva., (1972).
- 8- Boyle, Alan, « *International Law Before National Courts: Some Problems from a Common Law Perspective* », 4, N.S.A.I.L., (2004), pp.59-64.
- 9- Bradley, Curtis A., «*The Status of Customary International Law in U.S. Court –before and After Erie*», 26 (5),D.J.I.L.P., (1998).
- 10- Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., «*Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of Modern Position*», 110(4), Harv.L.rev., (1997), pp. 816-876.
- 11- Brilmayer, Lea, « *International Law in American Courts : a Modest Proposal* »,100(8), Y.L.J., (1991), pp.2277-2314.
- 12- Burmester Henry, « *The Determination of Customary International Law in Australian courts*», 4, N.S.A.I.L., (2004), pp. 39-47
- 13- Butler, Andrew S. and Butler, Petra, «*The Judicial Use of International Human Rights Law in New Zealand*», 29(1), VUWLR, (1999), pp.173-191.
- 14- Byers, Michael, «*Introduction: Power, Obligation, and Customary International Law* », 11, D. J. C. I. L., (2001), pp., 81-88.
- 15- Byers, Michael, « *The Law and Politics of The Pinochet Case* », 10 (2), D.J.C.I.L., (2000), pp. 415-441
- 16- Cassidy, Julie, «*The problematic Relationship Between Customary International Law and The Domestic Courts*», J.A.L.A.P., (2009), pp. 119-146
- 17- Churchill, Robin Rolf and Vaughan Lowe, Alan, « *The law of the sea* », <sup>3rd</sup> edition, Manchester University Press ND, (1988)
- 18- Czaplinski, Wladyslaw, «*Sources of International Law in the Nicaragua case*», 38(1), I.C.L.Q., January (1989), pp.151-166.
- 19- D'Amato Anthony, «*The Concept of Special Custom in International Law*»,63,A.J.I.L., (1969), pp. 211- 223.
- 20- De Jonge, Alice , «*Australia*», in *International Law and Domestic Legal Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Dinah Shelton (ed .), Oxford- New York, (2001), pp. 23-54
- 21- De Visscher, P., « *Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes* », 80, R.C.A.D.I., (1952), pp.511-578



- 
- 22- Dickinson, Edwin D., «*L'interprétation et L'application du Droit International dans les Pays Anglo-américains* », 40 (2), R.C.A.D.I., (1932), pp.305-395.
- 23- Dixon, Owen, «*The Law and the Constitution*», 51, L.Q.R., (1935), pp. 590- 597
- 24- Djena Wembou, Michel-Cyr, «*Les Normes International Relatives aux Droits de L'homme et leur Application dans la Législation Interne des États Africaines: Problèmes et Perspectives*», 11 (1), R.A.D.I.C., (Mars 1999), pp. 51-66
- 25- Dodge William S., «*After Sosa : The Future of Customary International Law in the United States* », 17, Willamette J.Int.L. & Dispute Resolution, (2009) , pp. 21-48.
- 26- Dodge William S., «*Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System After Sosa v. Alvarez-Machain* », 12 (1), T.J.C.I.L., (2004), pp. 87-108
- 27- Domincé Christian et Voeffray, François, «*L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne*», dans *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national « étude de la pratique en Europe »*, Pierre Michel Eisemann (ed.), KLI, (1996), pp. 51-62
- 28- Duffy, P.J., «*English Law and The European Convention on Human Rights* », 29, I.C.L.Q., (1980).
- 29- Fox ,Hazel and others, «*Royaume- Uni* », dans *L'intégration du Droit International et Communautaire dans L'ordre Juridique National, étude de la pratique en Europe*, Pierre Michel Eisemann (ed.), K.L.I., (1996)
- 30- Goldsmith, Jack L. and Posner, Eric A., «*A Theory of Customary International Law*», 66(4), U.Chi.L.Rev., (1999), pp. 1113-1177.
- 31- Hannum, Hurst, «*The Status and Future of the Customary International Law of Human Rights :The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*», 25, GA.J.INT'L.& COMP.L., (1995-1996)
- 32- Henkin, Louis, «*International Law in the United States* », 82 (5-6), M.L.Rev., (April/ May 1984).
- 33- Hopkins, William John, «*New Zealand* », in *International Law and Domestic Legal Systems :Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Dinah Shelton (ed .), Oxford- New York, (2001), pp. 429-447.
- 34- Institut de droit international, «*Résolution sur L'activité du Juge Interne et Les Relations Internationales de L'Etat*», 65(1) , A.I.D.I.,(1993)
- 35- Jessup, Philip c., «*The Doctrine of Erie Railroad v. Tompkins Applied to International law*», 33, A.J.I.L. (1939)
- 36- Joyner, Daniel H., «*A Normative Model For The Integration of Customary International Law into United States Law*», 11(1), D.J.C.I.L., (2001), pp. 133- 156.
- 37- Kane, John, «*International law from the Trial Judge's Vantage Point* », 35(3/4), D.J.I.L.P., (2007), pp. 379-387 at 382.
- 38- Kedian, Katheleen M., «*Customary international Law and International Human Rights Litigation in United States Courts : Revitalizing the Legacy of the Paquete Habana* »,40(6), Wm & Mary L. Rev., (1999), pp.1395-1425
- 39- Keith, Kenneth, «*Harkness Henry Lecture the Impact of International Law on New Zealand Law*»7, Wko. L. Rev., (1998), pp .1-36.
- 40- Kirgis, Frederic L., «*Federal Statutes, Executive Orders and (Self-Executing Custom)*», 81(2), A J.I.L., (1987), pp. 371-390.
- 41- Knop, Karen, «*Here and there: International law in domestic courts* », 32, J.I.L.P., (2000), pp.501-536.
- 42- Ku, Julien G., «*Structural Conflicts in The Interpretation of Customary International Law*», 45, Santa Cl.L.Rev., (2005)
- 43- Lauterpacht, Hersh, «*International Law*» dans the *Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, general works, 1, Elihu Lauterpacht (ed.), C.U.P., (1970).
-

- 
- 44- Lim, C. L ., « *The constitution and the reception of customary international law: Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* », S.J.L.S., July, (2005), pp. 218-234
- 45- Lloyd Jones, David, « *The Role of Lawyers in “Establishing” Customary International Law in Pinochet Case* », 4, N.S.A.I.L., (2004), pp. 49-58.
- 46- Mendelson, Maurice, « *The Effect of Customary International Law on Domestic Law: an Overview* », 4, N.S.A.I.L., (2004), pp.75-85
- 47- Mosler, H., « *L’application du Droit International Public par les tribunaux nationaux* », 91(I), R.C.A.D.I., (1957), pp.619-712.
- 48- O’Keefe, Roger, « *Customary International Crimes in English Courts* », 72 (1), B.Y.B.I.L., (2002), pp.293-335.
- 49- P.P., Rijpkema, « *Customary International Law in The Nicaragua Case* », 20, Neth.Y.I.L., (1989)
- 50- Rigaldies, Francis et Woehrling, José, « *Le Juge Interne Canadien et le Droit International* », 21 (2), C.de D., (1980), pp. 293-329.
- 51- Roberts, Anthea Elizabeth, « *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation* », 95 (4), A.J.I.L., (2001), pp. 257-291 at p.258.
- 52- Roht-Arriaza, Naomi, « *The Pinochet Precedent And Universal Jurisdiction* », 35(2), N.E.L.R., (2001), pp. 311- 319
- 53- Rousseau, Charles, « *Les Traits Internationaux dans le Système Juridique Anglais* », 3(4), R.G.D.I.P., (1966)
- 54- Seidl Hohenveldern, Ignez, « *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law* », 12, I.C.L.Q.,(1963), pp.88-124.
- 55- Sprout, Harold H., « *Theories as to the Applicability of international law in the Federal Courts o the United States* », 26 (2), A.J.I.L., (1932), pp.280-295.
- 56- Triepel, Heinrich, « *Les rapports entre le droit interne et le droit international* », 1, R.C.A.D.I. (1923), pp.73-122
- 57- Vagts, Detlev F., « *International Relation Looks at Customary International Law: a Traditionalist’s Defense* », 15 (5), E.J.I.L., (2004), pp.1031-1040
- 58- Wolfke, K., « *Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law* », 24, Neth.Y.I.L., (1993), pp.1-16.
- 59- Wouters, Jan, « *Customary International Law before National Court: Some Reflections from a Continental European Perspective* », 4(1), N.S.A.I.L., (2004), pp.25-38

المواقع الإلكترونية -IV

- 1- Bianchi Andrea et Chetail, Vincent, « *Coutume en Droit International Public* », Séminaire de Droit International Public, 2nd édition, (Année académique 2002-2003), <http://www.dissertationsgratuites.com/dissertations/Coutume-En-Droit-International-Public/205398.html>
- 2- Charlesworth, Hilary, « *The High Court on Constitutional Law: The 2004 Term* », UNW Gilbert & Tobin Centre, Annual Constitutional Law Conference, 18 February (2005), [[http://www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5\\_hilaryCharlesworth.pdf](http://www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5_hilaryCharlesworth.pdf)]
- 3- D’Amato, Anthony, « *The Authoritativeness of Custom in International Law* », 53 Rivista di Diritto Internazionale, 491, Code A70e, (1970), <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/A70e-auth-custom.pdf>
- 4- D’Amato, Anthony, « *International Law* », Chapter 11: International Law in U. S. Courts, <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/ILC-2001/INTLAW11-2001-edited.pdf>

- 
- 5- Dimitrijevic, Vojin, «*Customary Law as An Instrument For The Protection of Human Rights*», ISPI working papers, instituto per gli studi di politica internazionale, programma diritti umani, WP- 7,(2006) , [www.ispionline.it/en/documents/wp\\_7\\_2006.pdf](http://www.ispionline.it/en/documents/wp_7_2006.pdf)
- 6- Dodge, William S., «*Customary International Law and the Question of Legitimacy*», 120, Harv.L.R., Feb. 2007, pp. 21-22  
<http://www.harvardlawreview.org/forum/issues/120/feb07/dodge.pdf>.
- 7- French, Robert, «*International Law and Australian Domestic Law*», Supreme Court of New South Wales Annual Conference, Hunter Valley- Pokolbin, 2009,  
<http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj21aug09.pdf>
- 8- Gaubatz, Kurt Taylor and Kane, Kathleen, «*Mortensen v. Peters, Court of Justiciary, Scotland, 8 Sess. Cas. (5th Ser.) 93,14 Scots L.T.R. 227 (1906)*», The Online Cassebook in International Law, [<http://www.lions.odu.edu/~kgaubatz/cassebook/mort.htm> ]
- 9- Ginn, David, «*The Domestic Legal Status of Customary International Law in Comparative Perspective*»,  
[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=david\\_ginn](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=david_ginn).
- 10- Glencoragh Loftin, Lacey, «*The conflict over Customary International Law: The Resolution of Process*»,  
[http://www.peacepapers.com/articles/index.php?command=FILES\\_DOWNLOAD&download=96ee95c08197b18e2dc3d43f25138ec5](http://www.peacepapers.com/articles/index.php?command=FILES_DOWNLOAD&download=96ee95c08197b18e2dc3d43f25138ec5)
- 11- Guzman, Andrew T., «*International Law a Compliance Based Theory*», Working Paper N° 47, U.C.B.S.L., Public Law and Legal Theory, (April 2001),  
[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=260257](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=260257)
- 12- Houle, France, «*La Réception du Droit International des Droits de la Personne en Droit Interne Canadian: de la Théorie de la Séparation des Pouvoirs vers une Approche Fondée sur les Droits Fondamentaux* », <http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/2003/houle.pdf>
- 13- Lloyd Jones, David, «*Is International Law a Part of The Law of England?*»,  
<http://www.adminlaw.co.uk/docs/sc%2012%20David%20Lloyd%20Jones.doc>
- 14- McGinnis, John O., «*The comparative Disadvantage of Customary International Law* », p.7, [http://www.law.harvard.edu/students/org/jlpp/Vol30\\_No1\\_McGinnisonline.pdf](http://www.law.harvard.edu/students/org/jlpp/Vol30_No1_McGinnisonline.pdf)
- 15- McKay- Panos, Linda, «*Enforcing International Conventions and Customary International Law in Canada*», Law Now, Oct.- Nov., 2003,  
[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_moOJX/is\\_2\\_28/ai\\_n25078027](http://findarticles.com/p/articles/mi_moOJX/is_2_28/ai_n25078027)
- 16- Morissette, Julien, «*Droit public* », hiver 2006, p.28,  
[http://Isa.mcgill.a/pubdocs/files/publicinternationallaw/321-provost\\_publicinternationallaw\\_winter2006.doc](http://Isa.mcgill.a/pubdocs/files/publicinternationallaw/321-provost_publicinternationallaw_winter2006.doc)
- 17- Norman, George and Trachtman, Joel P., «*The Customary International Law Supergame: Order and Law*», Paper 241, bepress, (2004),  
<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2004/papers15.pdf>
- 18- Porcelluzzi, Michele Maria, «*The sources of International Human Rights Law and their Application in the United States of America* » October 22, (2010),  
<http://ssrn.com/abstract=1583348>
- 19- *Restatement (Third) of Foreign Relation Law of the United States*, (1987),  
<http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/IntlLawFall2007/CourseDocs/RestatementSources.doc>
-

- 
- 20- Vallikivi, Hannes, « *Domestic Applicability of Customary International Law in Estonia* », *Juridicia International* VII- 2002, [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2002\\_1\\_28.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2002_1_28.pdf)
- 21- United Nations Audiovisual Library of International Law, [<http://www.un.org/law/avl>]
- 22- Waldron, Blake Dawson, « *Adoption of Customary International Law in Australian Domestic Law* », 26 June 2006, <http://www.hrlrc.org.au/files/FZAYZKX1XJ/Customary%20International%20in%20Australia.Doc>
- 23- Weisburd, A. Mark, « *American Judges and International Law* », Public Law & Legal Theory Research Paper, No. 02-16, UNC, (2002), [http://SSRN\\_ID338440\\_code02102463011](http://SSRN_ID338440_code02102463011)]

V- قضايا وأحكام المحاكم الوطنية  
-1 استراليا:

- 1- *Polites v. Commonwealth* (1945) 70 CLR 60. (10 April 1945), [[http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/70clr60.html](http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/70clr60.html)]
- 2- *Chow Hung Ching v. King*, 77CLR 449, (1949), [[http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/77clr449.html](http://bar.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/77clr449.html)]
- 3- *Koowarta v. Bjelke- Petersen and others*, 153 CLR 410, (1982), [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1982/27.html> ]
- 4- *Nulyarimma v. Thompson*, 96FCR 153, (1999), [<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/2000/4.html>]
- 5- *Thorpe v Kennett*, VSC 442, (15 November 1999) [www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Australia/Thorpe\\_Supreme\\_Court\\_Victoria\\_15-11-1999.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Australia/Thorpe_Supreme_Court_Victoria_15-11-1999.pdf)

-2 كندا

- 1- *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, 2 S.C.R. 817, (1999), <http://canlii.ca/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii699/1999canlii699.html>
- 2- *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1 S.C.R. 3, (2002), <http://www.canlii.com/en/ca/scc/doc/2002/2002scc1/2002scc1.pdf>
- 3- *Bouzari v. Iran*, CanLII 871 (ON CA), (2004), <http://canlii.ca/t/1hdv4>
- 4- *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2 S.C.R. 91, (2005). [[http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mugesera\\_Cour\\_Supreme\\_Motion\\_for\\_stay\\_28-6-2005.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mugesera_Cour_Supreme_Motion_for_stay_28-6-2005.pdf)]
- 5- *R.v. Hape*, S.C.C.26., (2007), <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2007/2007scc26/2007scc26.pdf>

-3 المملكة المتحدة:

- 1- *The Emperor of Austria v. Day and Kossuth*, 2 Giff 628, (1861), [<http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1861/688.pdf>].
- 2- *R. v. Keyn*, 2 Ex D 63, (1876), [<http://ebookbrowse.com/r-v-keyn-doc-d41904624>]
- 3- *Mortensen v. Peters*, 1(2), A.J.I.L., (1907), pp. 526-543.

- 
- 4- *Kawasaki Kisen Kabushiki Kaisha of Kobe v. Bantham Steamship Company, Limited*, 2 K.B. 544, Court of Appeal, (1939), [[http://www.lawofwar.org/kkk\\_of\\_kobe\\_case.htm](http://www.lawofwar.org/kkk_of_kobe_case.htm)]
  - 5- *Chung Chi Cheung v. The king*, AC 160, (1939), <http://www.lawpage.in/case/100737>
  - 6- *Luigi Monta of Genoa C. v. Cechofracht Co. Ltd*, 2 Q.B. 552, (1956), 6(1), I.C.L.Q., (1957), pp.165-169.
  - 7- *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Thakrar*, 1 QB 684, (1974), [<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970612/vandt02.htm>]
  - 8- *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, QB529, (1977), [[http://www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=41](http://www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=41)]
  - 9- *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)*, 2 WLR 827, (1999), [<http://www.parliament.uk/business/publications/house-of-lords-publications/>]
  - 10- *Sumner v. United Kingdom of Great Britain & ORS.*, No. SCGRG-99-1257, Judgment No. S456 [1999] SASC 456, <http://haguejusticeportal.net/index.php?id=6576>
  - 11- *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others*, (2004) UKHL 55, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm>
  - 12- *A. v. SSHD (N°.2)*, (2005) UKHL 71; (2006)2A.C. 221, [[www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf)]
  - 13- *R. v. Jones (Margaret) and others*, UKHL 16, (2006), [<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>]

-4 الولايات المتحدة الأمريكية:

- 1- *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S., 111, (1784), [<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/1/111>]
  - 2- *Ware v. Hilton*, 3 U.S. 199, 229 (1796), [<http://supreme.justia.com/us/3/199/case.html>]
  - 3- *Murry v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. 64, 118 (1804), [<http://supreme.justia.com/us/6/64/>]
  - 4- *Rose v. Himely*, 8 U.S., 241, (1808), [<http://supreme.justia.com/us/8/241/case.html>]
  - 5- *Brown v. United States*, 12 U.S. 110,128 (1814), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/12/110/>
  - 6- *The Scotia case*, 81 U. S. 170 (1871), <http://supreme.justia.com/us/81/170/>
  - 7- *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1, (1842), [[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0041\\_0001\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0041_0001_ZS.html)]
  - 8- *The paquette of Habana*, , 175 US 677, 8 January (1900), [<http://www.vlex.us/generic/dispatch.asp?vid=120035347.3-115k>]
  - 9- *The Over the Top. Schroeder v. Bissell, Collector*, 5F. (2<sup>nd</sup>), (1925), [[http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=19258435F2d838\\_1576.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=19258435F2d838_1576.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)]
  - 10- *United states v. Curtiss- Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936), [<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/304/case.html>]
  - 11- *United States v. Belmont*,301 U.S., 324, (1937), [[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0301\\_0324\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0301_0324_ZS.html)]
-

- 
- 12- *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64, (1938)  
[<http://supreme.justia.com/us/304/64/case.html>]
  - 13- *Tag. v. Rogers*, DC Cir., 267F,2d 664, (1959), [<http://openjurist.org/267/f2d/664/tag-v-p-rogers-s>]
  - 14- *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US 398, (1964),  
[<http://supreme.justia.com/us/376/398/case.html>]
  - 15- *Filartiga v. Pena-Irala*, Court of Appeals, 2nd circuit, 630 F.2d 876, (1980),  
[<http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>]
  - 16- *Rodriguez- Fernandez v. C. Wilkinson*, Court of Appeals, 10th circuit, 9 July 1981,  
654 F. 2d 1382, (1981), [<http://openjurist.org/654/f2d/1382/rodriguez-fernandez-v-c-wilkinson>]
  - 17- *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, (1984),  
[<http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/tel-oren-726F2d774.html>]
  - 18- *Garcia –Mir. v. Meese*, 11th Cir., 788F,2d 1446, (1986),  
[<http://openjurist.org/781/f2d/1450/garcia-mir-v-meese-iii-fernandez-roque>]
  - 19- *Doe v. Islamic Salvation Front*, 993F supp. At 8 (D.D.C. 1998),  
[http://dc.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20030331\\_0000430.DDC.htm/gx](http://dc.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20030331_0000430.DDC.htm/gx)
  - 20- *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, (2004),  
[<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZS.html>]
  - 21- *Roper v. Simmons*, 543U.S. 551, (2005),  
[<http://www.njdc.info/pdf/SimmonsDecision.pdf>]
  - 22- *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F. 3d 33, June 29, (2006),  
[<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html>]
  - 23- *Sarei v. Rio Tinto*, 9 th Cir., PLC,456 F. 3d 1069, 1117-20, (2006),  
[<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf>]
  - 24- *Rasul v. Rumsfeld*, No. 06-5209, April 24, (2009),  
[<http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/rasul-v.-rumsfeld>]
  - 25- *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, N°. 07-0016,2nd Cir. Oct., 2,  
(2009),  
[[http://ccrjustice.org/files/Talisman\\_CCR%20Amicus%20Brief%20October%202009.pdf](http://ccrjustice.org/files/Talisman_CCR%20Amicus%20Brief%20October%202009.pdf)]

VI - القرارات والأحكام الدولية:

- 1- *The Case of the S.S. Lotus*, P.C.I.J., Series A, No 10, (1927)
- 2- *Affaire du droit D'asile (Colombie / Pérou)*, Plaidoirie de M. Le professeur Georges Scelle (Conseil du gouvernement du Pérou), C.I.J., mémoire, Vol. II, 1950
- 3- *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Rep., 1951, Advisory Opinion.
- 4- *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, I.C. J., Rep. (1951).
- 5- *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, I.C.J., Rep., (1960)
- 6- *Certain Expenses of The United Nations (Article 17, Paragraph 2, of The Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J., Rep., (1962)
- 7- *North Sea Continental Shelf Cases, (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, I. C. J. Rep.,(1969)



- 
- 8- *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, I.C.J. Rep., (1970)
  - 9- *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (south West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C. J., Rep., (1971).
  - 10- *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, I.C.J., Rep., (1980).
  - 11- *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, I.C.J., Rep., (1984)
  - 12- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J., Rep., (1984)
  - 13- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I. C.J., Rep.( 1986)*
  - 14- *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, I.C.J. Rep., 1988, Advisory Opinion.
  - 15- UN Human Rights Committee, «*General Comment No. 24 (52)* », UN Doc. CCPR/C/21/ Rev. 1/Add. 6, (1994).
  - 16- *Nuclear weapon Advisory Opinion*, I.C.J. Rep., (1996)
  - 17- UN Human Rights Committee, «*General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4)* », UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, (2001).

## الفهرس

قائمة المختصرات.....	01
مقدمة.....	03
<u>الفصل الأول: إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني:</u> .....	08
<u>المبحث الأول: مفهوم العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني وكيفية التعرف عليه:</u> .....	09
<u>المطلب الأول: ماهية العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني:</u> .....	10
<u>الفرع الأول: تعريف قواعد العرف الدولي:</u> .....	10
أولاً- العناصر المكونة للقاعدة العرفية الدولية.....	11
1. العنصر المادي لتكوين القاعدة العرفية.....	11
أ- طبيعة الممارسة التي تشكل العنصر المادي للقاعدة العرفية.....	12
ب- نسبة السلوك إلى شخص من أشخاص القانون الدولي.....	13
ج- تواتر القاعدة العرفية الدولية.....	14
2. العنصر المعنوي لتكوين القاعدة العرفية:.....	16
أ- مشكلة إثبات وجود الركن المعنوي للعرف الدولي:.....	17
ب- غياب الاعتراض على القاعدة العرفية.....	17
ج- أساس القوة الإلزامية للعرف الدولي.....	18
ثانياً: أنواع العرف الدولي.....	19
1. العرف التلقائي والعرف الموجه.....	19
2. العرف العام والعرف الخاص.....	20
3. العرف المقرر أو المكمل والعرف الأمر.....	21
4. العرف المتوحش والعرف الهادئ.....	22
<u>الفرع الثاني: المقصود بالعرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:</u> .....	23
أولاً: تعريف العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان.....	23
ثانياً: كيفية معرفة القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان.....	25
1. دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في معرفة العرف الدولي لحقوق الإنسان:.....	26



- 28..... حقوق الإنسان التي لا يجوز تقييدها..... 2.
- 30..... اجتهادات المحاكم الدولية والوطنية..... 3.
- 30..... آراء الفقهاء..... 4.
- 31..... تعريف الحقوق من خلال تحريم انتهاكها..... 5.
- 31..... المطلب الثاني: علاقة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان بالمعاهدات الدولية..... 31.
- 33..... الفرع الأول: علاقة المعاهدات بالعرف السابق عليها..... 33.
- 34..... أولاً: تقنين العرف الدولي..... 34.
- 36..... ثانياً: تعديل العرف الدولي بواسطة المعاهدات الدولية:..... 36.
- 37..... الفرع الثاني: علاقة العرف بالمعاهدات السابقة عليه..... 37.
- 37..... أولاً: دور المعاهدات في إنشاء القواعد العرفية:..... 37.
- 39..... ثانياً: دور العرف الدولي في تعديل المعاهدات الدولية:..... 39.
- 41..... المبحث الثاني: أساس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني..... 41.
- 43..... المطلب الأول: أساس إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في المملكة المتحدة..... 43.
- 43..... الفرع الأول: أساس إدماج العرف الدولي في النظم الداخلية..... 43.
- 45..... أولاً: حرية الدول في اختيار طرق الإدماج مقيدة بتحقيق النتيجة..... 45.
- 45..... 1. القانون الدولي لا يبين طريقة تطبيقه في الداخل..... 45.
- 45..... 2. حرية الدول في اختيار نماذج الإدماج..... 45.
- 47..... ثانياً: الحلول التي تأخذ بها الدول لإدماج العرف الدولي لحقوق الإنسان..... 47.
- 47..... 3. طرق الإدماج..... 47.
- 47..... أ- الإدماج المباشر..... 47.
- 48..... ب- الإدماج غير المباشر..... 48.
- 49..... 4. إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان غير معلق على شرط النشر..... 49.
- 50..... الفرع الثاني: إدماج العرف الدولي في المملكة المتحدة..... 50.
- 50..... أولاً: أصل قاعدة العرف الدولي جزء من قانون الأرض..... 50.
- 52..... ثانياً: تطبيقات نظرية Black Stone في المملكة المتحدة..... 52.
- 53..... 1. مدى تطبيق نظرية Black Stone في القرن الثامن عشر..... 53.
- 54..... 2. مدى تطبيق نظرية Black Stone في القرن التاسع عشر..... 54.
- 56..... 3. مدى تطبيق نظرية Black Stone في القرن العشرين..... 56.

4.	مدى تطبيق نظرية Black Stone بخصوص العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان.....	59
	ثالثا: القيود والاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة "العرف الدولي جزء من قانون الأرض".....	65
1.	القيود التي يخضع لها القضاء الانجليزي في تطبيق العرف الدولي.....	66
2.	استثناءات تطبيق العرف الدولي في المحاكم البريطانية.....	67
	<b>المطلب الثاني:</b> إدماج العرف الدولي في الدول المتبعة للنظام الأنجلوساكسوني.....	69
	<b>الفرع الأول:</b> إدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي.....	69
	أولا: الأساس القانوني لإدماج العرف الدولي في القانون الأمريكي:.....	69
	ثانيا: مدى ضرورة الحصول على ترخيص من الكونغرس لتطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان.....	74
	ثالثا: مدى التزام القاضي الأمريكي بتطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان:.....	77
1.	تطبيق العرف الدولي بواسطة المحاكم الأمريكية.....	77
2.	حدود التزام المحاكم الأمريكية بالقواعد العرفية الدولية.....	80
	<b>الفرع الثاني:</b> إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في دول أنجلوساكسونية أخرى:.....	84
	أولا: إدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في استراليا.....	85
	ثانيا: إدماج العرف الدولي في كندا.....	89
	ثالثا: إدماج العرف الدولي في نيوزيلندا.....	91
	<b>ملخص الفصل الأول.....</b>	93
	<b>الفصل الثاني:</b> مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوساكسوني والاحتجاج به.....	94
	<b>المبحث الأول:</b> مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في الهرم التدريجي القانوني.....	95
	<b>المطلب الأول:</b> مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان لدى لمحاكم المملكة المتحدة.....	95
	<b>الفرع الأول:</b> التنازع بين قاعدة عرفية دولية وقاعدة داخلية.....	96
	أولا: أولوية العرف الدولي على القانون الوطني.....	96
	ثانيا: أولوية القانون الداخلي على العرف الدولي.....	98
	ثالثا: حلول غير أكيدة.....	98
	<b>الفرع الثاني:</b> المكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان أمام المحاكم البريطانية.....	98
	أولا: مكانة العرف الدولي أمام التشريع البريطاني.....	99
	ثانيا: مكانة العرف الدولي أمام السوابق القضائية.....	102
	<b>المطلب الثاني:</b> مكانة العرف الدولي في بعض دول النظام الأنجلوساكسوني الأخرى.....	104
	<b>الفرع الأول:</b> مكانة العرف الدولي في الولايات المتحدة الأمريكية.....	105

105.....	أولاً: العرف الدولي قانون فديرالي أم قانون ولاية؟
106.....	3. مكانة العرف الدولي قبل قضية Erie
109.....	4. مكانة العرف الدولي بعد قضية Erie
113.....	ثانياً: المكانة التدرجية للعرف الدولي على المستويين المحلي والفدرالي
113.....	3. مكانة العرف الدولي في القانون الفدرالي
113.....	أ- مكانة العرف الدولي أمام القوانين الصادرة عن الكونغرس الأمريكي
114.....	ب- مكانة العرف الدولي أمام التصرفات التنفيذية
118.....	4. مكانة العرف الدولي في الولايات الأمريكية
121.....	<b>الفرع الثاني:</b> مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في استراليا وكندا ونيوزيلندا
121.....	أولاً: مكانة العرف الدولي في استراليا
122.....	ثانياً: مكانة العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في كندا
122.....	1. مكانة العرف الدولي أمام قوانين الفيدرالية
124.....	2. مكانة العرف الدولي أمام قوانين المقاطعة
125.....	ثالثاً: مكانة العرف الدولي أمام المحاكم النيوزيلندية
126.....	<b>المبحث الثاني:</b> الاحتجاج بالقواعد العرفية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان
126.....	<b>المطلب الأول:</b> إثبات القاعدة العرفية الدولية في النظام الأنجلوساكسوني
127.....	<b>الفرع الأول:</b> كيفية إثبات العرف الدولي
127.....	أولاً: إثبات وجود القاعدة العرفية الدولية
127.....	3. إثبات العنصر المادي في العرف الدولي
128.....	4. إثبات وجود الركن المعنوي للعرف الدولي
129.....	ثانياً: مصادر إثبات العرف الدولي
130.....	5. دور الفقه في إثبات العرف الدولي
130.....	6. دور القوانين الداخلية في إثبات العرف الدولي
131.....	7. أحكام القضاء الداخلي لدول أخرى
132.....	8. قيمة قرارات محاكم وهيئات التحكيم الدولية
134.....	<b>الفرع الثاني:</b> إثبات القاعدة العرفية أمام القاضي الوطني
135.....	أولاً: إثبات العرف الدولي أمام قضاء المملكة المتحدة
139.....	ثانياً: إثبات العرف الدولي أمام القضاء الأمريكي

---

المطلب الثاني: تفسير القواعد العرفية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام الأجلوساكسوني.....	142
الفرع الأول: مبادئ عامة لتفسير القواعد العرفية.....	143
أولاً: ضوابط تفسير القواعد العرفية الدولية.....	143
ثانياً: الهيئة التي يمكنها ممارسة وظيفة تفسير القاعدة العرفية الدولية.....	144
الفرع الثاني: كيفية تفسير المحاكم الداخلية للقواعد العرفية الدولية.....	145
أولاً: تفسير العرف الدولي في قضاء المحاكم الإنجليزية.....	146
ثانياً: تفسير العرف الدولي في قضاء المحاكم الأمريكية.....	148
ملخص الفصل الثاني.....	152
الخاتمة.....	153
قائمة المراجع.....	156
الفهرس.....	166

## ملخص:

تبنى الدول الأنجلوساكسونية نظرية الفقيه الإنجليزي Black Stone فيما يتعلق بإدماج العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، والتي مفادها أن "قانون الأمم يشكل جزء من القانون الوطني"، والتي تظهر لنا للوهلة الأولى أنها تعتمد المقاربة الأحادية بهذا الخصوص، لكن بالرجوع إلى الواقع العملي، فإننا لا نجد أن تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان يظهر بتلك البساطة، وهذا نظرا إلى غموض القاعدة العرفية بصفة عامة وصعوبة إثبات وجودها.

فإن كانت معظم الدول الأنجلوساكسونية تعترف بالتطبيق المباشر للعرف الدولي، باستثناء استراليا التي يظهر أنها تتبنى المقاربة الثنائية في ذلك، ونفس الشيء بالنسبة لبريطانيا التي تشترط وجود نص قانوني في حالة تطبيق العرف الدولي الجنائي، فإنها في ذات الوقت تضع استثناءات على هذا التطبيق منها وجود نص قانوني مخالف.

وإن كان القاضي الأنجلوساكسوني يملك السلطة الكبرى في تطبيق العرف الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان وتفسيره، فهو ملزم بالخضوع إلى القانون الوطني المخالف في حالة عجزه عن تفسيره بما يتوافق مع القواعد الدولية، بل أكثر من ذلك قد يستبعد القاضي الوطني العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، إن لم يكن في مصلحة بلاده، لذا نجد في الغالب يعتد برأي السلطة التنفيذية في تفسيره للقواعد العرفية؛ وبذلك مبدأ الفصل بين السلطات في الواقع لا يكون أبدا فصلا مطلقا، فالسلطة القضائية إن كانت ملزمة بتطبيق ومراعاة الالتزامات الدولية، فهي في ذات الوقت ملزمة بتطبيق إرادة دولتها.

## Abstract

The Anglo-Saxon countries adopt the English jurist *Black Stone's* doctrine that applies to the integration of the customary international law of human rights according to which "the law of nations is a part of the national law". One appears to notice from the very beginning that they adopt a monist approach in this respect. But with reference to reality, one come to find that the implementation of the customary international law of human rights sounds very simplistic due to the ambiguous customary rule in general and the difficulty to prove its existence.

If most of the Anglo-Saxon countries acknowledge the direct application of customary international law, except for Australia that seems to adopt the dualist approach as well as Britain that requires a legal rule in case of implementing the criminal customary international law, they put forward at the same time some exceptions to this implementation among which an opposite national legal rule.

If the Anglo-Saxon judge detains the greatest power in the application and interpretation of the customary international law of human rights, he is to be, however, subjected to the opposite national law if he fails to interpret it in connection with the international rules. Furthermore, the national judge may exclude the customary international law of human rights if it goes against his country's interests. That is why one notices that he always adopts the executive power in interpreting the customary international rules. Hence the principle of power separation in reality is never absolute. If the judicial power has to apply and respect the international obligations, it, has at the same time, to apply its country's will.