محاضرة_ العرف الدولي

يعد العرف المصدر الأصلي الثاني للقانون الدولي العام وهو من اهم مصادر هذا القانون وأغزرها مادة، اذ ان اغلب قواعد هذا القانون ذات الصفة العالمية قد نشأت واستقرت في المحيط الدولي عن طريق العرف وتحت تأثيره. حتى القواعد الواردة في المعاهدات الشارعة كثيرا ما تكون تعبيرا او صياغة لما استقر عليه العرف قبل ابرامها. ويشترط لقيام العرف الدولي توافر ركنين مادي و معنوي.

ستبين الفقرات أدناه مضمون هذين الركنين، وكذلك تحديد التصرفات التي ينشأ منها العرف الدولي بالإضافة إلى مزايا العرف وعيوبه.

اولاً: أركان العرف الدولي

كما ذكر أعلاه أنه يشترط لنشؤ القاعدة العرفية توفر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي:

1. الركن المادي

يقوم هذا الركن على تكرار الاعمال المتماثلة في تصرف الدول في امور معينة، فإذا ما ثبت ان الدول تسير على وتيرة واحدة في نوع من التصرفات الدولية فالقاعدة التي يمكن استخلاصها من ذلك هي قاعدة عرفية دولية.

يشترط في التصرف المادي

- ان يصادف قبول من الدولة او الدول التي صدر في مواجهتها.
- ان يستمر قبول الدول له اذا تكررت ممارسته في الحالات الجديدة المماثلة للحالة الاولى.
- ان يكون عاماً، بمعنى ان تمارسه الدول على وجه العموم في جميع الحالات المماثلة التي تحدث في المستقبل. ولا تعني العمومية هنا ان جميع الدول تمارس هذا التصرف في الحالات المماثلة بل يكفي ممارسته من اغلبية الدول.

العمومية ليس بمعناها الاجماع إذ قد يكون العرف دولياً خاصاً او اقليمياً أي تنصرف احكامه لتنظيم علاقات دول معينة ذات حضارة مشتركة وتجمعها مؤسسات اقليمية مثل العرف الخاص بالدول الامريكية أو العربية. وقد يكون العرف الدولي عام وفي هذه الحالة تتواتر اغلب الدول على التصرف وفقاً لأحكامه.

2. الركن المعنوي

لا يكفي الركن المادي وحده لقيام العرف، بل يشترط توافر ركن آخر وهو الركن المعنوي. ويراد بالركن المعنوي "**اعتقاد** الدول بأن التصرفات المادية التي تقوم بها او تطبقها هي **ملزمة لها قانوناً**."

أشارت المادة ٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية الى الركن المعنوي حين اشترطت ان يكون العرف "مقبولا **بمثابة قانون** دل عليه تواتر الاستعمال". هذا ما أكدته أيضاً محكمة العدل الدولية في حكمها عام 1950 المتعلق بحق الملجأ.

وأهمية الركن المعنوي تفوق اهمية تكرار التصرفات المادية، كما ان الركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادة والمجاملات الدولية. فالعادة والمجاملات لا تعتقد الدول أنهما ملزمتان قانوناً. فالعادة مهما تكررت لا تكتسب قوة القاعدة القانونية العرفية **إلا إذا** تُقابل برد فعل مناسب من جانب الدول او المحاكم الدولية بحيث تتوافر القناعة العامة باعتبار تلك العادة بمثابة قاعدة قانونية الزامية.

فاعتياد الحكومات على اعفاء الممثلين الدبلوماسيين المعتمدين لديها من الضرائب والرسوم، فإن هذه العادة الاختيارية لا تصبح قاعدة عرفية الزامية إلا اذا اقترن مسلك الحكومات بالاعتقاد بالصفة الالزامية لتلك العادة.

ثانياً: التصرفات التي ينشأ عنها العرف الدولي

اتجه الفقه في تحديد عوامل تكوين العرف الدولي الى اتجاهين مختلفين:

الاتجاه الأول: ذو نزعة وضعية وقد نادى به الفقيه الالماني شتروب.

يعتبر هذا الاتجاه القواعد القانونية العرفية ناشئة عن تصرفات اجهزة الدولة ذات الاختصاص الدولي، ويجعل العرف الدولي محصوراً بالسوابق الحكومية الداخلية **دون** السوابق القضائية.

غير ان التعامل الدولي لم يقر هذا الاتجاه **لأن** كثيراً من القواعد الدولية العرفية جاءت عن طريق السوابق القضائية.

الاتجاه الثاني: نادى به انصار المذهب الموضوعي وعلى رأسهم جورج سل.

يرى ان التصرفات المنشئة للقواعد العرفية يمكن ان تصدر من أي فرد يدافع عن مصالحه الدولية. غير ان التعامل الدولي لم يقر هذا أيضاً.

واقع الحال: الحقيقة ان التصرفات التي يتولد عنها العرف الدولي هي التصرفات التي تصدر عن الهيئات القانونية المختصة في الشؤون الدولية سواء كانت داخلية ام دولية، وعلى النحو الاتي:

- **التصرفات الناتجة عن الهيئات الحكومية الداخلية والتي ينشأ عنها العرف الدولي**

1. المراسلات الدبلوماسية والتعليمات الرسمية التي تصدر عن اجهزة الدولة التي تشرف على العلاقات الخارجية-كوزارة الخارجية والهيئات الدبلوماسية والقنصلية- والتي تكشف عن الخطة التي تسلكها الدولة في علاقاتها مع بقية الدول.
2. التعليمات والأوامر التي تصدر عن الحكومات في وقت الحرب الى قادتها في القوات المسلحة البرية والبحرية والجوية فقد ساهمت في تكوين قواعد الحرب البرية والبحرية والجوية.
3. القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية في دولة معينة قد تسهم في تكوين العرف الدولي. فالأعراف المتعلقة بأعالي البحار والبحر الاقليمي والموانئ البحرية تعود كلها في الاصل الى قواعد املاها القانون الداخلي.

4. احكام المحاكم الداخلية المتعلقة بالمسائل ذات المساس بالعلاقات الدولية، مثال ذلك، احكام محاكم الغنائم الوطنية التي ساعدت بقسط كبير في نشوء وتطوير قواعد القانون الدولي الخاصة بالحرب البحرية.

❖ **التصرفات الناتجة عن الهيئات الدولية والتي ينشأ عنها العرف الدولي**

1. احكام المحاكم الدولية على اختلاف انواعها ساهمت في تكوين القواعد العرفية الدولية. مثال ذلك، تكوين القاعدة العرفية المتعلقة بضرورة احترام الحكم من جانب اطراف النزاع.

أكثر من ذلك، فإن هناك أنظمة دولية ترجع في وجودها وإرساء قواعدها إلى احكام المحاكم وخاصة محاكم التحكيم الدولية. مثال ذلك، المسؤولية الدولية، الاعتراف بالدول والحكومات، تفسير المعاهدات، ممارسة الدول لاختصاصاتها، شروط اكتساب السيادة على الاقاليم غير الخاضعة لسيادة أية دولة.

2. المعاهدات الدولية العامة والخاصة تعد سوابق وتسهم بالتالي في تكوين قواعد العرف الدولي، إذا كانت تتضمن قواعد وأنظمة يجب اتباعها.
3. التصرفات التي تصدر عن المنظمات الدولية كعصبة الامم ومنظمة الامم المتحدة والمنظمات المتخصصة يمكن ان تؤدي الى نشوء قواعد عرفية دولية .

ثالثاً: مزايا وعيوب العرف كمصدر للقانون الدولي

فمزاياه هي ان قواعده مرنة قابلة للتقدم المستمر

وعيوبه هي ان هذه القواعد ليست دائماً واضحة الحدود، إذ ينقصها الضبط والتعيين هذا من ناحية.
ومن ناحية اخرى لا يستطيع سد الحاجات الدولية الجديدة نظرا لبطئه.