

العرف في القانون الدولي

للدكتور محمد طلعت الفهمي

مدرس القانون الدولي العام بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مدخل الى البحث :

يشغل العرف مكانة هامة في دراسات القانون الدولي نظرا للدور الخطير الذي يؤديه في نطاق الجماعة الدولية بسبب ما يتسم به القانون الدولي العام حتى الآن من افتقاره الى مشروع دولي بالمعنى الصحيح ، فن البديهي أنه اذا انعدم المشروع وكان ذا سلطان ضعيف في الجماعة فان العرف الصحيح يصبح هو المظهر الغالب لقانون تلك الجماعة . وتوضيح ذلك أن كيان الجماعة يقتضى وضع حدود لنشاط أفرادها حتى لا يكون نشاط عضو سببا في تحطيم الأعضاء الآخرين لا سيما وأن الفرد ينحو بطبيعته الى التحكم ، وتحديد نشاط الافراد - أو أعضاء الجماعة - هو مهمة القانون فان وجدت السلطة التشريعية وقع عليها عبء تنظيم ذلك النشاط والا فان أعضاء الجماعة يتعارفون على قواعد ترتب ذلك النشاط ، وهذه القواعد هي التي نسميها بالقواعد العرفية أو العرف . ونظراً لأن الجماعة الدولية لم تعرف بعد المشروع الدولي ذا السلطات الفعلية فان مهمة تحديد حريات ونشاط أعضائها يعود أساساً الى ما تتعارف عليه من قواعد فيما بينها أى الى العرف .

وقد جرت عادة الفقهاء على دراسة العرف عند الكلام على مصادر القانون الدولي العام . والحق ان دراسة القانون الدولي العام تتميز بالترابط بين موضوعاته المختلفة بمعنى أن دراسة أية فكرة من أفكاره تستدعي دراسة الكثير من أفكاره الأخرى حتى يمكن تفهمها على نحوها الصحيح وعرضها عرضاً واضحاً . ومن ثم فقد يكون من الأوفق أن نساير الطريقة التقليدية

في دراسة العرف وذلك بأن نقدم لبحثنا بفصل يناقش مصادر القانون الدولي . ونظرا للخلاف الشديد بين فقهاء القانون الدولي العام على مصادر ذلك القانون فاننا سنتبع عرض المدارس المختلفة في المصادر بفصل نعلق فيه على آراء الفقهاء وننتهي الى رأينا في الخلاف ثم نختم البحث بفصل ثالث يناقش العرف ومكانه من القانون الدولي العام .

ومن ثم يمكن أن نقسم البحث الى ثلاثة فصول :

- ١ - فصل أول في الكلام عن المدارس التي تعالج مصادر القانون الدولي العام .
- ٢ - فصل ثان في التعليق على تلك المدارس ورأينا في الموضوع .
- ٣ - فصل ثالث في تحديد العرف ومكانه من القانون الدولي العام .

الفضيلة الأولى

في

المدارس التي تعالج مصادر القانون الدولي العام

تمهيد :

اختلف الفقهاء في توضيحهم لمصادر القانون الدولي العام مذاهب شتى ليس من السهل تجميعها تحت نظريات رئيسية الأمر الذي دعى الكثيرين ممن يتعرضون لتوضيح آراء المدارس المختلفة في مصدر القانون الدولي العام الى تعداد الفقهاء البارزين وذكر رأى كل منهم على حدة . ولا شك أن اتباع هذا المنهج في العرض يترتب عليه تشتت الدراسة والبعث بها عن غرضها الأساسي هنا وهو التمهيد لتحديد العرف ومكانه من القانون الدولي العام . ومن ثم فإن الذي يناسب طريقتنا في البحث هو تجميع المدارس تحت عناوين رئيسية توضح أهم المعالم التي اتسمت بها مختلف الآراء في الموضوع .

ومن الفقهاء الذين حاولوا تجميع المدارس في مجموعات تضم كل منها المدارس التي تتميزها فكرة رئيسية معينة الفقيه أوبنهايم الذي قسم المدارس الى ثلاثة تصنيفات (١) :

١ - مدرسة القانون الطبيعي ، ويعنى بها المدارس التي لا تقر بقانون ذاتي ينظم العلاقات بين الدول المستقلة وإنما تعتبر القانون الدولي العام جزءاً من الطبيعة (٢) .

(١) Openheim- The Science of International Law, American Journal of International Law, 1908, p. 326.

(٢) أو هي - على حد تعبير أوبنهايم - المدارس التي "maintain that no private law is possible for the regulation of the intercourse of the Sovereign States and that therefore all so-called international law is not law but only a part of nature."

٢ - مدرسة القانون الوضعي ، وهي التي ترجع القانون الدولي العام الى المعاهدات والعرف وذلك على أساس أن العرف اتفاق ضمني tacite conventio . ولذا لا تعترف بقواعد أخرى عدا القواعد الاتفاقية التي تحويها المعاهدات أو يتضمنها العرف .

٣ - المدرسة الجروسيوسية - نسبة الى الفقيه جروسيوس - ويعنى بها المدرسة التي تقر في ذات الوقت بقانون دولي وضعي وآخر دولي طبيعي .

وقد كان تصنيف أوبنهايم محل انتقادات شديدة أبرزها أنه انتهى الى نتائج غير مقبولة ، فهو مثلا قد فصل جروسيوس عن مدرسة القانون الطبيعي رغم أن جروسيوس يلقب بأبي القانون الدولي والقانون الطبيعي . كما اعتبر زوخ وفيليمور من الفقهاء الوضعيين مع أنهم يقولون بأن القانون السماوي والطبيعي هما المصادر العليا للقانون الدولي .

والحقيقة - كما قلنا - أن تصنيف النظريات التي عاجلت مصادر القانون في مدارس رئيسية تجمعها وحدة المبادئ واتفاق الأسس وتماثل التفاصيل أمر ليس بالهين ، ولذا فان تصنيفا كهذا لا يعدو وأن يكون ذا صفة فنية خالصة (١) .

وازاء هذا نرى تبسيطا للأمر أن نجعل معيار التصنيف هو النظرة الفقهية حيال مصدر القانون . ذلك أن الفقهاء جميعا يكادون يدورون حول احدى فكرتين بالنسبة لهذا المصدر : هل مصدر القانون مصدر طبيعي مفترض أم هو خلق من وضع الجماعة ؟

وعلى هدى من ذلك يمكن أن نقسم المدارس المختلفة الى مجموعتين عامتين هما :

(١) Rolando Quadri — Le fondement du caractère obligatoire du droit international.

مجموعة محاضرات لاهاي - سنة ١٩٥٢ ج ١ عدد ٨٠ ص ٥٨٥ - ٦٠٥ .

١ - مدارس المصدر الطبيعي ، ونقصد بها المدارس التي ترى أن للقانون مصدرا طبيعيا مفروضا .

٢ - مدارس المصدر الوضعي ، ونعني بها المدارس التي ترى أن القانون نتاج تصرف واع conscient ذى أثر قانوني .

وتقسيمنا هذا يؤيده الواقع التاريخي فهو صورة حديثة من الفكرة القديمة التي كانت تقسم القانون الى قانون سماوى *uis divinum* ، وقانون بشري *uis homanum* . هذا الى جانب ما هو معروف من أن فكرة القانون الوضعي تعارض تاريخيا فكرة القانون الطبيعي .

ونبادر هنا فنقول : اننا لا نفرق بين مصدر القانون والأساس الملزم للقانون ، فالفكرتان عندنا مرتبطتان على نحو ما سنفضل فيما بعد . وتتولى توضيح ما سبق أن أحملناه بشأن المدارس .

مدارس المصدر الطبيعي

من الجلي ألا يقتصر عرضنا لمدارس المصدر الطبيعي على مدارس القانون الطبيعي بالمعنى التقليدي لأننا كما قلنا انما نعني بمدارس المصدر الطبيعي مختلف المدارس التي تجتمع عند فكرة أن مصدر القانون مصدر طبيعي مفترض . ومن ثم فاننا سنعرض لمدارس أخرى - مع مدرسة القانون الطبيعي - ربما تكون أهمها نظرية لوفر *Le Fur* التي تستند الى الخير المشترك ، ونظرية ديغي *Duguit* التي تقوم على التضامن الاجتماعي .

(أولا) مدرسة القانون الطبيعي التقليدية :

تعتبر نظرية القانون الطبيعي أولى النظريات التي ظهرت في مجال دراسة الأساس الملزم للقانون الدولي العام، وهي كذلك أكثر النظريات مقاومة حتى الآن اذ لازال لها أيضا أنصار ينادون بها ويحاولون تدعيمها الى وقتنا هذا^(١).

(١) الدكتور محمد حافظ غانم - الأصول الجديدة للقانون الدولي العام - طبعة

ورغم هذا فليس من الهين أن نعطي فكرة دقيقة عما يقصد بالقانون الطبيعي عند فقهاء هذه المدرسة ولا أن نصنف أنصارها لأن فكرة القانون الطبيعي كثيرا ما تختفي وراء أفكار أخرى ذات صبغة وضعية ظاهرة ، بل ان فقهاءها قد يتناقضون على نحو ما سيتضح لنا أثناء الدراسة .

ولكننا نستطيع أن نقول اجمالا ان فكرة القانون الطبيعي تدور حول محورين هما أن :

١ - القانون الوضعي لا يمكن فهمه دون التعرف على مبادئه الأساسية في القانون الطبيعي ، ولذا تعتبر أن القانون الطبيعي جزء لا يتجزأ من القانون الدولي .

٢ - نظام الاكراه الوضعي يجب أن يستند الى نظام أخلاقي من القانون الطبيعي (١) .

والفكرة في محورها السالفين تركز أساسا على العقل (٢) .

ولتوضيح ذلك نقول : ان الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي في قولها بأن القانون الوضعي لا يمكن فهمه الا بالتعرف على مبادئه الأساسية المستمدة من القانون الطبيعي تقصد أن هناك قواعد موضوعية للعدالة وأن تلك القواعد مفروضة تنبع من طبيعة الناس ، ونظرا لأن الطبيعة البشرية تكون بشكل أو بغيره جزءا لا يتجزأ من الطبيعة الموضوعية عموما (٣) ، فان القواعد النابعة منها تسمى بقواعد القانون الطبيعي .

أما ان نظام الاكراه الوضعي يجب أن يستند الى نظام أخلاقي من القانون الطبيعي ، فمبرره أنهم يعتبرون أن الزام القانون تفسره قاعدة طبيعية

Paul Guggenheim : Les principes de l'ordre juridique en droit (١)
international.

مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٥٢ - ج ١ عدد ٨٠ ص ٧

(٢) كوادري - المرجع السابق - ص ٥٨٥

(٣) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٣٨ - ج ٢ عدد ٦٤ ص ٤٩٢ : Mircea Juvara

Le Fondement de l'ordre juridique en droit international

ذات صفة أخلاقية تقضى بأنه الملتزم عبد التزامه ، وتبعا فان الصفة الملزمة للقانون انما تنبع من النظام الاخلاقي (١) .

أما ارتكاز الفكرة على العقل فمرتبط بكون القانون الطبيعي قانونا يستمد من طبيعة الانسان ، لأن طبيعة الانسان قوامها المنطق ، وتبعا فان الانسان يستطيع أن يبحث عن الخير بطريقة ترشيدية عقلية وينضم اليه بحرية ورضاء . ومادام أن العقل هو وسيلة الانسان في التعرف على قواعد القانون الطبيعي فانه أيضا هو الذى يقيد الاكراه الوضعى بصفة أخلاقية من حيث أن العقل هو المنبع المشترك للأخلاق والقانون معا ، وتبعا فلا يمكن أن يتطور في شكل قواعد قانونية الا ما تسمح به الأخلاق (٢) .

والنظرية على هذا النحو تجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ، ولكنها لا تفهم العدالة على أنها الاكراه والقوة بل على أنها حقيقة موضوعية عقلية لا تفعل مصادر القانون الوضعى سوى الاقرار بها أى أنها تستمد من عقل هو الوسيلة الترشيديّة للبحث الموضوعى ، وهو أيضا طريق تعرفنا على عالم من الواجبات متميز عن عالم الحقائق الطبيعية (٣) .

على أن الجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ليس هو ديدن جميع فقهاء القانون الطبيعى اذ منهم فريق - يسمى بفقهاء المدرسة الطبيعية الموضوعية - محصر أساس القانون فى الحقائق الطبيعية فحسب ، أى أنهم قسموا الفكرتين اللتين توحدهما النظرية التقليدية - وهما فكرة الطبيعة والعدالة - وتبنوا فكرة الطبيعة دون العدالة ، ولذا فان القانون عندهم هو ما يجب أن يكون *devoir à l'être* (٤)

(١) يبدو لنا أن سالفيولى من أنصار هذا الرأى لأنه استعمل تعبير « الأخلاق الدولية » كميّار للحكم على سلامة المعاهدات واعتبر أن الحكم الدولى يجب أن يتخلل عن مهمته وأن يمنع عن تطبيق المعاهدات الدولية التى تتخالف الأسس الجوهرية للأخلاق الدولية والعدالة الدولية . كما ذهب الى أن الفقيه الدولى عليه - عند عرض القواعد الموضوعية - أن يناقش زاويتها الأخلاقية وذلك لكى يبصر من يريد التعرف على هذه القواعد بقصد تطبيقها .

راجع - مجموعة محاضرات لاهائ سنة ١٩٤٨ ج ١ عدد ٧٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٢

Gabriele Salviole - La règle de droit international (٢)

جوفارا - المرجع السابق - ص ٤٩٧ (٣)

Giorgio del Vecchio - Il concetto del diritto, 1906 (٤)

وقد طالعتنا نظرية القانون الطبيعي في بدايتها الأولى على أيدي علماء لاهوتيين^(١) في العصر الوسيط ، فلا غرابة إذن أن يصف هؤلاء العلماء القانون الطبيعي بأنه قانون إلهي وأن يربطوه بإرادة الله . فهو عندهم مجموعة مبادئ ثبتها الإله في قلوب الناس ، ولذا فإن العقل إذ يستخلصها من طبيعة الناس إنما يستخلص من تلك الطبيعة قواعد استقرت فيها بإرادة إلهية^(٢) .

ونسوق مثلا لهذه النزعة ما قاله جروسيوس — أبو القانون الطبيعي — في تعريف القانون الطبيعي^(٣) وهو أن :

Le droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison qui nous font connaitre qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la nature, ordonne ou défend une telle action.

وواضح من مراجعة الفقرة السابقة أن جروسيوس صور القانون الطبيعي في شكل معيار يقر في ضمير كل واحد منا للفرقة بين ما هو عادل وما هو غير عادل . ولكن جروسيوس لم يقف عند هذا الحد لأنه لو اكتفى بذلك

(١) ليس غريبا أن تسيطر الفكرة الدينية على البدايات الأولى للقانون الدولي العام فقد كان ذلك حال القانون الداخلي أيضا لأن الذي يستفاد من المصادر القليلة التي بين أيدينا ان الصورة الأولى التي ظهرت فيها فكرة القانون كانت صورة دينية إذ كان القاضي مجرد وسيط بين الناس والاله والحكم الذي ينطق به هو وحى إلهي يلهم آياه بمناسبة المنازعة المعروضة عليه . ولذا كان رجال القانون هم فئة الكهنة ، فكان قضاة مصر الفرعونية هم كهنة الإلهة مآت . وكان القدامى يطلقون على الحكم تسميات تدل على صفته الدينية ، فثلا كان الاغريق يسمونه Themistes نسبة الى Themis إله العدالة عندهم ، وكان اليهود يسمونه oracle أى الوحي ، وكان الايرلنديون يعبرون عنه بلفظ dooms وفيها معنى القضاء الإلهي . ولما كان طبيعيا أن تتكرر المنازعات المماثلة فيتكرر تبعها لها الوحي (أى الحكم) على ذات الصورة فقد تكون عن طريق هذا التكرار عرف يستمد قوته الملزمة من صفته الدينية لا من ذاته كعرف .

(٢) قارن فيلييمور — القانون الدولي — ص ٢٦ ، ١٢٦ وما بعدها — إذ يعرض القانون السماوي كبادئ للعدالة الحقيقية حددها الله في كل المخلوقات ويتعرف عليها العقل بتطبيق مبادئها على الحالات الفردية .

Hugo Grotius — Du Droit de la Guerre et de la Paix — traduction (٣)
Barbeyrac. Discours préliminaires. p. 64.

الشر من الفكرة لترتب على رأيه اختلاف معيار القانون الطبيعي باختلاف ضماير الأفراد ، ولذلك أراد أن يتلافى هذا الاحتمال باعطاء القانون الطبيعي وصف الثبات والعمومية ، فأضاف له عنصرا تتوافر فيه تلك الصفات وهو الإله . ومن ثم أضفى صفات الإله على القانون الطبيعي فاعتبره قانونا عالميا غير متغير . الا أن جروسويس لم يقيم رابطة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي على خلاف بوفندورف الذي أقام تبعية بين القانونين فعنده لا يوجد قانون شعوب مختلف عن القانون الطبيعي (١) .

الا أن الأصل الإلهي للقانون الطبيعي تواری تدريجا وبقيت الركيزة الأساسية للنظرية هي طبيعة الانسان التي تنعكس صفتها القواعدية على العقل الأمر (٢) ، فهي قواعد معقولة ، وطبيعتها المعقولة انما يستمدها الانسان من قواعد وعدالة عالمية لازمة ، ومن أجل هذا تسمو قواعد القانون الطبيعي على قواعد القانون الوضعي .

وقد رتب بعض فقهاء القانون الطبيعي على العلوية التي تتمتع بها قواعد القانون الطبيعي حيال القانون الوضعي أن قواعد القانون الوضعي التي تخالف القانون الطبيعي تعتبر بمثابة قوة تهدف الى فرض القانون تعسفا وذلك على أساس أن القانون في مثل هذا الفرض كان يجب أن يتفق مع أحكام القانون الطبيعي ، ومادام يخالفه فهو مجرد قوة تعسفية (٣) .

(١) ذلك ان مصادر القانون الدولي عند جروسويس ليست قاصرة على القانون الطبيعي بل تشمل كذلك القوانين السماوية والعرف ، ولذا نجده يقرر في الفقرة الأولى من مقدمته - المرجع السابق - ص ١ - ما نصه "Pour ce qui est du Droit qui a lieu entre plusieurs peuples ou entre les Conducteurs des Etats et qui est ou fondé sur la nature, ou établi par les lois Divines, ou introduit par les coutumes accompagnées d'une convention tacite des hommes.." القوانين السماوية القوانين المنزلة من السماء في كتب مقدسة ، وهو لم يعرف منها سوى الانجيل والتوراة . (٢) وهذا هو الذي دعى جروسويس لأن يقول ان القانون كان سيوجد حتى ولو لم يوجد الإله - كوادري ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٣) راجع Descamps - « القانون الدولي الجديد » - مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٣٠ ج ١ ص ٤٣٣ ، وكذلك الرأي المعارض للقاضي Shüking في مناظرة Oscar Chimm مجموعة أ/ب رقم ٣٦ ص ١٤٩

أما إذا اكتسبت قواعد القانون الطبيعي الصفة الملزمة للقانون الوضعي فان صفتها كقانون طبيعي تنتهي الأمر الذي يعنى أن قواعد القانون الوضعي الصالحة كانت - من الناحية التاريخية - قواعد قانون طبيعي (١) .

والذى يبدو لنا أن بقاء فكرة القانون الطبيعي حتى وقتنا هذا ومقاومتها لما اعترضها من نقد واكتسابها أنصارا حتى هذا الزمن يرجع - من بين ما يرجع اليه من أسباب - الى أن العالم مرت عليه في مختلف حقب التاريخ ظروف كانت تهىء دائما للاستفادة بفكرة القانون الطبيعي في تحقيق هدف سياسى معين . ذلك أن فكرة القانون الطبيعي تضرب بجذورها الأولى في الفكر الأغريقي القديم الذى ميز بين الطبيعة والأخلاق والدين ، ثم جددت الكنيسة هذه الحركة بتأكيد قوانين الضمير البشرى هادفة من وراء ذلك الى تبرير قيام قانون عالمى التطبيق يفرض على كل البشر تتخذ منه دعامة في السيطرة على العالم في محاولتها للوصول الى ذلك الهدف أثناء العصر الوسيط . ثم وجد فقه القانون الطبيعي سندا جديدا في الحركة التى تركزت بعصر النهضة والتي وضعت ثقتها في العقل كوسيلة لبحث الطبيعة .

وإذا كانت فكرة القانون الطبيعي قد لاقت قبولا وتحييذا عند آباء القانون الدولى الأول بسبب نزعتهم اللاهوتية وتأثرا بالزعة البابوية ، ثم استمرت مع عصر النهضة بوصفها نظرية تلجأ الى العقل وترتكز عليه ، فإنها وجدت بعد ذلك دعامة جلبت لها الكثير من الأنصار ألا وهى فكرة

(١) جوجنهايم - المرجع السابق - ص ٧-٩ - ويذكر جوجنهايم بعض الأمثلة التى يستشهد بها أصحاب هذا الرأى ومنها حكم التحكيم الذى أصدره رئيس الاتحاد السويسرى أندريه لاشينال بتاريخ ٣٠ ١٢ ١٨٩٦ فى منازعة FABIANI بين فرنسا وفنزويلا حيث استعان الرئيس ببعض مبادئ من القانون الرومانى فيما يتعلق بالتعويض المباشر وغير المباشر ، وهى مبادئ لم تكن حتى ذلك التاريخ من بين قواعد القانون الدولى ، وانه باصدار حكم التحكيم وتنفيذه أصبحت قاعدة القانون الرومانى قاعدة دولية .

ويعلق جوجنهايم على ذلك : بأن هذه الأمثلة لا تعنى تطبيق قانون طبيعى لأن أساس صحة المبدأ الدولى ليس قاعدة دولية بل السلطات التقديرية التى يمنحها صك التحكيم للحكم بقصد حل اشكال غموض القانون .

السيادة وعلاقتها بفكرة القانون حيث كان على الفقهاء بعد أن انقسم العالم الى دول جديدة متحمسة لسيادتها أن يوضحوا كيف يمكن للدولة أن تلتزم بالقانون وهي تتمتع في ذات الوقت بسيادة ، وهنا أسعفت فكرة القانون الطبيعي بعض هؤلاء الفقهاء بالجواب اللازم .

بل ان ظلال فكرة القانون الطبيعي لازالت تنعكس على الضمير الدولي حتى وقتنا هذا ، ومن الأمثلة التي نسوقها في هذا الخصوص نص المادة الخامسة من ميثاق الأمم المتحدة التي وصفت حق الدفاع الشرعي للدول بأنه حق طبيعي (١) .

على اننا اذا أردنا أن نقدر هذه الفكرة تقديرا موضوعيا ، فان أول ما يستوقف نظرنا هو التجاؤها الى الطبيعة في النهاية لتستمد منها القواعد القانونية . ذلك أن مشكلة بحث مصادر القانون تعني في الواقع سبب التزامنا بالخضوع لأحكام القانون ، وتبعاً لا نستطيع أن نجد حل هذه المشكلة في تقرير الظواهر الطبيعية — أي الطبيعة — كما يستحيل أن نستنبط من هذه الظواهر الطبيعية قواعد قانونية ذات صفة عالمية حقة إذ اننا لا يمكننا أن نشبه قواعد القانون بغيرها من القواعد الطبيعية ، فالشمس والقمر مثلا يدور كل منهما في فلكه بحسبان طبقاً لقاعدة أبدية ملزمة ، فلا الشمس ينبغي لها أن تترك القمر ولا الليل سابق النهار . أما منع قتل النفس التي حرم الله الا بالحق فقاعدة تنتهك كل يوم ولم يقص لنا التاريخ أن هذه القاعدة قد حكمت نشاط جماعة ما بطريقة الزامية لم يجدوا عنها فكاكا بحيث كان من ينبغي منهم قتل آخر لا يجد لديه المكنة على ذلك لسبب في طبيعته . ومن ثم فاننا نؤيد ما لاحظته هوريو (٢) من تناقض بين القانون الذي هو في حاجة الى حرية للاعراب عن نفسه وبين علم الطبيعة الذي يقوم على التحديد والجبرية .

(١) يرى الدكتور غانم — المرجع السابق ص ٥٢ — ان السر في محاولة احياء القانون الطبيعي هو رغبة بعض الفقهاء في الاستناد عليه لمهاجمة بعض المعاهدات والاتفاقيات بدعوى أنها تخالف القانون الطبيعي .

ومادام أن القانون يتضمن عنصر الحرية وهو بحسب تعريفه قابل للانتهاك ، فاننا لا نستطيع أن نقول إن هناك قواعد أبدية ملزمة يولد الطفل وهي مستقرة في ضميره . وانما قد يكون أقرب الى الصحة أن نقول : انه بسبب العقل الذى يترود به الانسان فان من الممكن أن يتصور هذا العقل فكرة العدالة على ذات النحو اذا تماثلت الظروف تماما ، فلو حصل هذا التماثل فى أكثر من مكان شمل التصور المتماثل هذه الأمكنة ، واذا استمر التماثل فترة من الزمن استمر كذلك التصور المتماثل لذات الفترة .

وقد كان لهذا النقد صداه عند بعض الفقهاء المناصرين لفكرة القانون الطبيعى ، فقالوا بأن القانون الطبيعى لا يقتصر على مجموعة القواعد الأبدية العالمية ، وانما يحوى كذلك قواعد يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ، أى أن هناك قانونا طبيعيا أوليا هو القانون الطبيعى العالمى الخالد وقانونا طبيعيا ثانويا يستنبط من القانون الطبيعى الأولى على هدى من ظروف الزمان والمكان .

وهذا القول يعنى أن القانون الطبيعى الثانوى لا يعدو فى الواقع أن يكون قانونا طبيعيا وضعيا - ان جاز استعمال التعبير - وهو قول يقوض نظرية القانون الطبيعى من أساسها بدلا من أن يرمم صدعها لأن الفكرة الجوهرية فى القانون الطبيعى هي انه قانون أبدي مفترض ، فان نحن جردنا النظرية من هذه الفكرة فقدت بذلك معالمها .

كذلك التجأ أنصار مذهب القانون الطبيعى الى العقل لا بوصفه ظاهرة نفسانية وانما كوسيلة يمكن عن طريقها أن يهتدى الانسان الى قواعد القانون من الطبيعة ثم ينضم اليها بحرية ورضاء . والذى نلاحظه على هذا القول أنه يترلق بمذهب القانون الطبيعى الى ناحية الفكرة الوضعية ذلك ان العقل والحرية يفترضان دائما فكرة الارادة والرضاء الذى يقبل ما هو معقول ، فكأن مذهب القانون الطبيعى يقر بهذا - سواء عن طريق مباشر أو غير مباشر - فكرة ارادة فعالة صريحة أو ضمنية ، وعندئذ نجد ملامح المذهب الوضعى وقد ارتسمت على فكرة مذهب القانون الطبيعى .

أما إذا فهمنا القانون الطبيعي على انه قانون مثالي أى نموذج أعلى لما يجب أن يكون عليه القانون فان القانون الطبيعي — على هذا المعنى — لا يستحق أن نوليه أهمية عند دراسة مصادر القانون ، لأننا فى دراسة كهذه انما نهتم بما هو كائن وناقش صلاحية وفعالية ولزوم القانون القائم ، أما ما يجب أن يكون فيدخل فى نطاق الدراسات الفلسفية التى تعنى بتدقيق السياسة القانونية وتطور القانون (١) . ولعل هذا هو الذى حدا ببعض الفقهاء الى القول بأن القانون الطبيعي يخرج عن نطاق القانون بالمعنى الدقيق (٢) . ثم ان الاستناد الى هذه المثالية لوضع القانون الطبيعي فى مرتبة تسمى على القانون الوضعى لا يفسر نواحى مما جرى عليه العمل الدولى ، ومن ذلك الحالات التى يعتمد فيها حكم القاضى أو القرار الذى له صفة التشريع على اعتبارات سياسية أى ان القاعدة المطبقة لا يكون لها أساس صلاحية فى القانون الطبيعي .

كما يعاب على الفريق من فقهاء القانون الطبيعي الذين تصوروا هذا القانون كمبادئ أخلاق دولية أن تصورهم قد ينتهى الى عكس ما يريدون فيهدم أساس القانون الدولى بدلا من أن يبرر وجود ذلك القانون (٣) . وتوضيح ذلك أنهم اذ يجعلون الأخلاق هى مصدر القانون يسمحون للمذهب الذى يرى أن قواعد الأخلاق ليست لها صفة ملزمة بأن يصف قواعد القانون الدولى كذلك بأنها غير ملزمة .

ثم ان الواقع ان كلا من القانون والأخلاق له نطاق يتميز عن الآخر من عدة نواح يمكن أن نجمع أهمها فيما يلى :

١ — موضوع قاعدة الأخلاق وقائع نفسانية خالصة ، أما القانون فموضوعه اجمالا هو السلوك الخارجى .

(١) كوادرى — المرجع السابق — ص ٥٨٩ - ٥٩٠

(٢) الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٥٢

(٣) قارن الرأى المقدم الذى أبداه Nys فى كتابه " القانون الدولى " ج ١ - بروكل ص ٢ اذ ميز بين الأخلاق والسلوك *ethique* وقال ان الأخلاق والقانون يدخلان فى السلوك علم الخير .

٢ - الجزء الأخلاق له صفة داخلية مثل تأنيب الضمير ، أما الجزء القانوني فذو صفة خارجية .

وتبعاً إذا استندت القوة الملزمة للقانون الى الترام ذى طبيعة أخلاقية لما كان هناك معنى لأن نسمح بجزءات خارجية لحماية القاعدة القانونية مادام ان الالتزام الأخلاقي يكفي لضمان احترام القانون . أما ونحن نلجأ الى جزاءات خارجية عند تطبيق القواعد القانونية فان هذا يعنى لزاماً أن الجزاءات الأخلاقية الداخلية غير كافية . ولا يفوتنا أن نوضح من ناحية أخرى أن نظرية القانون الطبيعي أذ تنادى بأن القانون الوضعي انما ينبع من القانون الطبيعي لا تتفق في هذا القول مع واقع التجربة القانونية وما يسير عليه غالب العمل الدولي .

صحيح أننا قد نجد اشارة الى القانون الطبيعي في بعض المذكرات الدبلوماسية أو التصريحات السياسية ، ولكن العمل يورى انه من الصعب الحصول على كسب قانوني استناداً الى فكرة القانون الطبيعي . ونسوق تأكيداً لذلك بعض أمثلة من واقع الحياة الدولية .

في سنة ١٨٢٤ ، أعلن الرئيس الأمريكي آدمز أن سكان منطقة البحيرات لهم حق طبيعي في الاتصال بالحيط عن طريق الممر المائي الوحيد - سان لوران - ولكن بريطانيا عارضت ذلك فاضطرت الولايات المتحدة الأمريكية الى أن تعقد معها معاهدة سنة ١٨٥٤ الأمر الذي يعنى أن اتصال السكان بالحيط حصل بناء على امتياز اتفاقى ، أى بناء على امتياز يمكن الرجوع فيه وليس طبقاً لحق طبيعي أبدي ملزم .

كذلك قرر رئيس القضاة مارشال في قضية The Antelope - بعد أن أورد أن الرق مخالف للقانون الطبيعي لأن لكل انسان حقاً طبيعياً في ثمار عمله - قرر مع ذلك أن العادة المشتركة لا يمكن أن تعتبر مخالفة لقانون الشعوب لأن العادات العامة تعتبر عماد ذلك القانون (١) .

(١) لاحظ Siotto Pintor بحق أن أمريكا أكثر البلاد التجاء الى القانون الطبيعي - راجع مقاله عن النظام الدولي في الأسكوت - مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٢٨ - ج ١ - ص ٣١٠

(ثانيا) نظريات أخرى :

ليست النظريات التي عرضناها فيما سلف هي كل النظريات التي قالت بمصدر طبيعي كأساس للقانون الدولي ، بل هناك نظريات عديدة يمكن أن ندرجها تحت هذا العنوان .

فهناك مثلا نظرية جارسيس Gareis الذي يعرف القانون الدولي بأنه نظام يقوم على الضرورة طبقا للعقل ، أى أنه يجعل من سلطة الضرورة مصدرا لقواعد السلوك الدولي ، ولا تقوم الضرورة عند جارسيس الا في علاقتها بهدف معين يكون هو الفيصل أى أن الضرورة ذات خاصية من النسبية تسمح لكل فقيه بأن يعرضها بطريقة مختلفة (١) .

كذلك هناك نظرية رومانو Romano الذي يقول بوجود قواعد جوهرية أو دستورية توجد بوجود الجماعة الدولية ولا يمكن فصلها عنها .

وقد أراد أصحاب النظريتين السالفتين أن يعارضا نظرية القانون الطبيعي ولكنهما في الحقيقة لم يخرجوا عن نطاق مدارس المصدر الطبيعي اذ يعتمدان على العقل في التعرف على القواعد القانونية ، وهذا كما مر بنا هو ركيزة الأفكار الطبيعية .

ولا نرى داعيا للوقوف طويلا عند هذه النظريات وأمثالها حتى لا يطول بنا العرض ويتشعب البحث على نحو قد يضعف من وحدة الفكرة التي نهم بيحها ، ولذا نقصر عنايتنا في استكمال دراسة مدارس المصدر الطبيعي على عرض آراء المدرستين البارزتين وهما :

(١) مدرسة الخير المشترك .

(ب) المدرسة الاجتماعية .

(١) كوادرى - المرجع السابق - ص ٦٠٢

(٢) Romano - Corso di diritto internazionale - Padova, 1939.

لم يكن لوfer الفقيه الوحيد الذى أسس القانون على فكرة الخير المشترك بل هناك فقهاء آخرون غيره تبنا هذه الفكرة مثل Delos (١) الذى عرف القانون الدولى العام بأنه تجميع تعاونى لنظم قومية تزود بها الحضارة . ومنهم أيضا مارك رجلاد (٢) الذى يقول بأن الخير هو فكرة أولية لعقل عملى وأن القانون عقل وعدالة اذ بدون العقل الذى يبحث عن الخير لا يكون عندنا أى ضمان ، ونكون معرضين لتأنيب الضمير والمشاعر الشخصية ، ويلجأ رجلاد الى فكرة الخير المشترك ليقم عليها أساس القانون .

الا أن لوfer هو الفقيه اللامع فى هذا المضمار بسبب ما قدمه من بحث مفصل فى الموضوع ، ولذا رأينا أن نختاره نموذجا للفقهاء الذين قالوا بفكرة الخير المشترك كأساس للقانون الدولى العام .

يرى لوfer ان الانسان كائن اجتماعى ذو عقل (٣) وأن العقل هو الخاصية التى تميز الانسان عن غيره من الكائنات التى تعيش فى جماعات ، وعن طريق هذا العقل نهتدى الى أفكار الخير والعدل والجمال والحقيقة ، تماما كما نهتدى عن طريق حواسنا الى اللمس والشم والبصر .

وطبيعى — مادام الانسان كائنا اجتماعيا — أن يتناول القانون علاقات الانسان بغيره لصالح الجماعة والمصلحة العامة ، ومن ثم فإن الخير المشترك — أى خير الجماعة كلها — هو هدف القانون الدولى . والقانون الوضعى ليس الا وسيلة لتحقيق هذه الغاية بوصف أن هذا القانون يضع فى اعتباره

Delos : La communauté internationale et les principes du droit (١)
international public — Paris, 1929 2e. édition (1950).

Marc Réglade — Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Duguit. (٢)

أرشيف الفلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (٢ - ٢) سنة ١٩٣٢

(٣) لا يقصر لوfer العقل على المنطق فحسب ، وإنما يعنى به الذكاء البشرى من كافة زواياه

بما فى ذلك المنطق الطبيعى والروحى - Le Fur — Règles Générales du Droit de la Paix -
Sirey 1936 - pp. 174,175

شيئا آخر — عدا الأخلاق — هو المصالح الاقتصادية على وجه الخصوص .
وهذا المفهوم فان الانسان يكتشف القواعد القانونية — كالقواعد الأخلاقية —
بواسطة عقله لأن الأخلاق والقانون كامنان فينا . والقانون ليس الا وسيلة
تحقيق الخير المشترك عن طريق تحقيق العدالة ، أو بمعنى آخر فان القانون
هو التوفيق بين النزاهة والمنفعة (١) .

والقانون الحقيقي عند لوفر هو نتاج عنصرين (٢) :

١ — موضوع خاص هو الذى يزود بأساس قاعدة القانون ، وفي رأى
لوفر أن القانون الطبيعي هو المادة التى تزود القانون الوضعى بالأساس
لأن القانون الوضعى لا يعمل سوى تحديد القانون الطبيعي عن طريق اصداره
واضافة الجزاء اليه .

وقد جمع لوفر فحوى القانون الطبيعي فى ثلاثة مبادئ هى : الالتزام
باحترام ما يرم من ارتباطات ، وتعويض الضرر الذى يتسبب بدون وجه
حق ، واحترام السلطة التى تسيطر على نظام الجماعة فى الداخل والخارج .

٢ — جزاء وضعى يعطى للقانون شكله كقاعدة وضعية ، والالتجاء
الى الجزاء الخارجى هدفه — عند لوفر — هو جعل مضمون القاعدة
الأخلاقية ملزما .

ولكن نظرية لوفر لم تسلم من نقد .

وأول ما نلاحظه على مذهب لوفر انه وان كان قد اعتبر أن أساس
القانون يوجد فى الطبيعة وأن الانسان يستطيع أن يتوصل عن طريق ذكائه
الى بعض قواعد قانونية قليلة العدد تفرض على كل كائن متمدين ،
الا أنه علق الصفة الملزمة للقاعدة القانونية على الجزاء ، فقال بأن القاعدة
القانونية تظل ملزمة ولو خالف مضمونها فحوى القانون الطبيعي مادام أنها

Le Fur — La théorie générale du droit naturel depuis le XVIIIe. siècle (١)
et la doctrine moderne — les grands problèmes du droit.

مجموعة محاضرات لاهأى سنة ١٩٣٧ ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) لوفر — القواعد العامة — المرجع السابق — ص ١٧٤

مزودة بجزء . ومعنى هذا أن عنصرى القانون اللذين قال بهما لوفر -
وهما المادة والشكل أو الأساس والجزء - ليسا الا مجرد تعبير فحسب
لأن القانون الكامل أو الحقيقي هو الذى يتفق فحواه مع القانون الطبيعي .

ثم ان لوفر قد استعمل تعبيرين غامضين هما «خير» و «مشارك» ،
ولذا فاننا نتساءل بأى معنى نفهم هذا الخير المشترك الذى اعتبره لوفر هدف
القانون وقال بأن الانسان يتغياه طبيعيا .

يقول لوفر ان الخير المشترك هو المصلحة العامة للجماعة ، وبتعبير آخر
ما هو لازم لحفظ الجماعة وتطورها المادى والذهنى والأخلاقى . ولكننا
نلاحظ على هذا القول ان لكل جماعة قانونها الخاص ، فهل نفهم من قول
لوفر السابق أن القانون الدولى انما يحمى وجود وتطور هذه الجماعة ،
وهذا يعنى أن القانون الدولى يقوم بذات الدور الذى يقوم به القانون
الداخلى للجماعة . ان صح هذا الفهم فاننا نأخذ عليه أن الجماعة الدولية
قد تتبع خيرا مشتركا خاصا تحركه الأناية القومية ، وهى حقيقة كثيرا
ما تدفعنا الى الشك فى وجود هذه الجماعة كحقيقة طبيعية (١) فكيف نقول
مع هذه الحقيقة بأن القانون يحمى وجود وتطور الجماعة ؟

قد يرد على هذا الانتقاد بأن الخير هو المصلحة المشروعة ، وتبعاً فاننا
نختار من بين المصالح المتضاربة التى قد تتعاصر المصلحة المشروعة . فاللص
مثلا له مصلحة فى أن يحتاز المسروق ، ولكن القانون الدولى والعدل
لا يقران هذه المصلحة ، واذن فصصلحة اللص ليست مصلحة مشروعة
أى أنها لا تحقق خيرا مشتركا . ولكن هذا القول يستبعد فى الحقيقة فكرة
المصلحة وكذلك فكرة الخير المشترك ويعتمد أساسا على فكرة العدالة
وهى فكرة تختلف اختلافا جوهريا عن المصلحة الأمر الذى ينتهى الى القول
بأننا انما نفكر فى العدالة عند ما نتكلم عن القانون الطبيعي (٢) .

(١) الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف - القانون الدولى العام - طبعة سنة ١٩٥٩ -

وإذا كان الأمر كذلك وجب أن نبحث عن التزاماتنا وحقوقنا في العدالة العقلية ، فهذه العدالة هي المعيار الذي نقيس به - في كل حالة انفرادية - ما هو عادل وما ليس عادلا على أن نضع في اعتبارنا كل الوقائع بما في ذلك النظام الاجتماعي ذاته كما يقيمه القانون الوضعي .

وعلى هذا نقول ان هدف العدالة ليس هو الخير المشترك - أى المصالح التى تقوم فى الواقع فى طبيعة الناس - لأن الصالح المشترك هو نتيجة لتحقيق القانون وليس الغاية التى يستهدفها القانون مباشرة .

ان القانون - على خلاف ما يذهب اليه لوفر - انما يقضى فى المصالح ويتخذها موضوعا للتقدير ولا يثبتها الا حيث تبدو أنها عقلية عادلة ، فههدف القانون الوضعي اذن هو العدالة العقلية (١) .

واذ أننا انتهينا الى أن القانون انما يتغيا العدالة العقلية فنطقي أن نبحث عن هذا العقل عند الخيرة وليس عند الدهماء . الا أن قولنا هذا لا يعنى أن نجرد القانون أو العدالة عن عقيدة من مخاطبهم ، بل يجب - على العكس - أن يضع القانون فى اعتباره كل الظروف الواقعية التى سيطبق فيها وذلك على هدى من عقيدة وعقلية من مخاطبهم بأحكامه لأن المخاطبين بأحكام القانون - بحسب تعريفهم ذاته - يجب أن يكونوا أشخاصا أحرارا بعقولهم ، فاذا فرض القانون عليهم ما لا يعتقدون أنه عادل فانه يكون قانونا غير عادل . ونظرا لأنه من المتعذر أن يفهم كل مخاطب بالقانون جميع أحكام القانون الوضعي ، فان علينا أن نقتنع هؤلاء المخاطبين - اذا لم يكونوا قادرين على تفهم الأحكام - علينا أن نقنعهم بأنه من العدل أن يخضعوا لهذه الأحكام ، لأن القانون بدون ذلك الاقناع يتخذ مظهر القوة العمياء القاسية .

وينتهى بنا ما أسلفناه الى تحديد المقصود من قول لوفر عن العدالة المعقولة للانسان بأن المسألة تتعلق بالوسيلة العقلية التى يستعملها كل كائن حر

(١) جوفارا - المرجع السابق - ص ٥١١

للتمييز بين العدل وغير العدل . وفكرة العدالة على هذا النحو ليست حقيقة طبيعية يمكن تحقيقها ببساطه ، وانما هي على العكس لا تكتشف الا بالتفكير ولا تعدو أن تكون معيارا عقليا .

وهكذا نصل الى نتيجة تبعد عن الطبيعة في المعنى الذى قالت به المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي والذى فسرت به أساس القانون في نظرها .

المدارس الاجتماعية :

أول المدارس الاجتماعية وأشهرها هي مدرسة التضامن الاجتماعى التى تقترن باسم العميد ديجي بوصفه أول من وضع أسسها (١) .

وكان الهدف الذى يرمى ديجي الى تحقيقه من وراء نظريته هو استبعاد القوة كمصدر للقانون (٢) بعد أن سيطر على عصره مذهب السيادة وما يستتبع تقديس ذلك المذهب من اشاعة عنصر القوة فى العلاقات القانونية .

ولذا أنكر ديجي فكرة الحق مبررا ذلك بأن الحق يعنى سيطرة ارادة على ارادة أخرى فى حين أن القانون الوضعى لا يولد الا مراكز قانونية موضوعية subjectifs أو شخصية objectifs ، وأحل محل الحق ما أسماه بسلطة الممارسة الشرعية لرخصة . وقد ساعده ذلك على انكار وصف للحق على السيادة بل وانكار فكرة سيادة الدولة ووصفها بأنها حدث اجتماعى fait social قامت كنتيجة للتضامن الاجتماعى وذلك لتصون هذا التضامن وتعمل على اضطراده .

كما استبعد ديجي فكرة الشخصية القانونية وان كان قد أظهرها فيما بعد تحت اسم أكثر تعقيدا هو السلطة الشخصية المطابقة للقانون . وعلى أساس استبعاد الشخصية القانونية أنكر وجود الدولة كشخص قانونى ، فعنده لا يوجد الا أفراد ولكنهم ليسوا أشخاصا للقانون .

Duguit - Traité de droit constitutionnel, ed. 1921

(١)

Ch. de Visscher-Theories et réalités en droit international public, 1953, p. 86. (٢)

وقد تابع ديجي نظريته ، فذهب الى أن قاعدة القانون انما تولد من واقعة التضامن الاجتماعي أو الترابط بين الناس . وكما ينشأ القانون نتيجة للتضامن بين الأفراد ينشأ القانون الدولي نتيجة للتضامن بين الدول الأعضاء في المجتمع الدولي . ومعنى هذا أن ديجي لا يفصل بين القانون والمجتمع ، فحيثما وجد مجتمع وجد قانون هو وليد ذلك المجتمع (١) .

وتولد قاعدة القانون عند ديجي على مرحلتين : فهي تبدأ أولاً كقاعدة أخلاقية ، ثم تصبح قاعدة قانونية عند ما يرى أفراد المجتمع أن احترام هذه القاعدة لازم لحسن سير حياة الجماعة وأنها يجب أن تزود تبعاً بجزء وضعي ، لأن الجزاء في رأى ديجي هو مميز القانون .

ولذلك لم يفرق ديجي بين الحكام والمحكومين ، فذهب الى أن القاعدة القانونية تفرض على الدول - أو حسب رأيه على الحكام - احترام التضامن كالأفراد ، كما تفرض عليها كذلك أن تضع ما لديها من قوة في خدمة الجزاءات المقررة لقواعد القانون الوضعي لأن هذه الوسيلة - كما أسلفنا - هي الوسيلة الوحيدة لتزويد القانون بأساس متين حسبما يرى ديجي (٢) .

ويصف ديجي نظريته هذه بأنها نظرة موضوعية في جوهرها (٣) لأنها لا تولد قاعدة القانون من ارادة الحكام ، وانما من واقعة تسبق

(١) الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٥٣

(٢) ذهب ديجي - مساراً لمنطقه في التضامن - الى الاقرار بحق التدخل لاحترام القانون ولكنه قصر هذا الحق على الدول الكبيرة ، وهي فكرة خطيرة وتردد مذهب مونرو ومن قبله معاهدات فينا والتحالف المقدس .

(٣) أورد الدكتور أبو هيف - المرجع السابق ، ص ٨٠ - نظرية الحدث الاجتماعي على أنها إحدى نظريات المذهب الوضعي ، والأستاذ الدكتور يسار في ذلك نظرتة في التفرقة بين أساس وجود القاعدة القانونية وأساس الزام القاعدة القانونية ، كما يتفق مع غالبية الفقهاء الذين ينظرون الى مذهب ديجي هذه النظرية . أما نحن فلا نأخذ بتلك التفرقة ، كما اننا نحب أن ننبه الى أن تعبير « مدرسة القانون الطبيعي » يختلف عن تعبير « مدارس المصدر الطبيعي » وكذا تعبير « المدارس الوضعية » يختلف عن تعبير « مدارس المصدر الوضعي » كما سبق أن أوضحنا .

هذه الإرادة وتعلق عليها هي واقعة التضامن الاجتماعي التي أضاف إليها بأن القاعدة القانونية لا يمكن أن يكون انتهاكها محل جزاء إلا إذا خالف في ذات الوقت واقعة التضامن والشعور بالعدالة معا . ولذا قال بأنه لم يكن هناك قانون دولي خلال الفترة التي لم تعرف فيها الدول علاقات التضامن (١) . والواقع ان تقدير نظرية ديجي أمر من الدقة بمكان لأن الحقيقة والخطأ فيها يختلطان (٢) فالنظرية صادقة فيما قررته من صفة اجتماعية للانسان الأمر الذي دعا صاحبها لأن يعطى لتضامن الناس وترابطهم تلك الأهمية الكبرى .

ثم أننا يجب ألا ننكر الفائدة التي تقدمها للقاضي لأن استقرار التضامن يأتي عن طريق دراسة الأصول التاريخية ، ومثل تلك الأصول تعين القاضي على تحديد معنى القواعد المطبقة فعلا (٣) ، ومثال ذلك الأسباب السياسية التي دعت الأمم المتحدة الى التدخل في الحرب الكورية فقد كانت هذه الأسباب أهم من بحث مشروعية أو تفسير اجراءات التدخل في توضيح معنى بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة .

ولكننا نأخذ على النظرية عدة مآخذ . ذلك أننا لو قلنا مع ديجي بأن القانون يختلط بالعقيدة في واقعة اجتماعية هي التضامن كان من الصعب أن نستمد من مجرد الوجود الاجتماعي لهذا القانون فكرة الالتزام اذ فرق بين القانون وبين الوقائع ذات القيمة العلمية . فالوقائع ذات القيمة العلمية

(١) يذهب شارل دي فيشر - المرجع السابق ص ٣٤٦-٣٨٦ - الى أن شعور العدالة والتضامن الاجتماعي الذي هو أساس كل قاعدة قانونية لا يمكن أن يولد الا في الضائر الفردية ولكنه يفترق عن ديجي في انه يرى أن الأصل الفردي للقواعد القانونية الدولية لا يعنى مطلقا أن يقتصر تطبيق هذه القواعد على الأفراد ، فاذا أحس الناس بضرورة تطبيق بعض القواعد في العلاقات المتبادلة للجماعات التي ينتمون إليها فان المصلحة التي تهتمهم ويبحثون عن حمايتها ليست فردية الا بطريق غير مباشرة فهي في جوهرها مصالح جماعية ، ولذا فان فيشر لا يقدر أهميتها في النطاق الفردي وإنما في النطاق الجماعي ، فأساس القاعدة هنا هو في الضمير الذي لدى الأفراد عن الوحدة التي تربط الجماعات وليس كما تصور ديجي في الشعور بالوحدة مباشرة .

(٢) لوفر - القواعد العامة ، المرجع السابق - ص ٨٠ ، ٨٧ .

(٣) Paul Guggenheim - Relations internationales et droit international public, 1939, t. I, p. 445 et s.

تقرر الحقائق ولا تأمر بها ، فعالم الطبيعة مثلا عند ما يقول ان الضوء يسير بسرعة معينة ، انما يقرر واقعة علمية ذات صفة كاشفة ولكنه لا يأمر بها ، كما أن هذه القاعدة كذلك ليست أمرة فيما يتعلق بسرعة الضوء ، أما القانون فليس واقعة خالصة بل يتكون لزاما من عنصر تقدير عقلي . ومن ثم يكون من القصور أن نقول إن واقعة التضامن الاجتماعي تخلق القانون وتفسر قوته الملزمة لأننا بذلك نستند الى الوقائع فحسب في تفسير الأساس الملزم للقانون ولا ندعم تلك الوقائع بالعنصر العقلي .

وقد أراد ديجي أن يرد على هذا النقد فأضاف الى فكرة التضامن فكرة الشعور العام بالتضامن والعدالة كما قلنا . ولكن ديجي قصد بذلك مجرد الشعور فحسب ولم يلجأ الى فكرة موضوعية مستقلة عن الارادة الحرة للانسان لأنه كان على ما يبدو لا يقيم وزنا للعقل البشرى على الأقل من ناحية شعوره بالعدالة والتضامن . وقد عني ديجي بذلك الشعور شعور مجموع الأفراد وليس غالبيتهم بمعنى أنه يلجأ الى شعور جميع الأفراد الذين يحيون في المجتمع الأمر الذي يدعوننا الى التساؤل عن طبيعة هذا الشعور المشترك العام ، هل قصد به ضميرا جماعيا متميرا عن ضمير كل فرد في الجماعة ، أم قصد به المجموع العدي لضائير أفراد المجتمع ؟

إذا قلنا ان المقصود هو الالتجاء الى ضمير جماعي له ذاتية تميزه عن ضائير الأفراد فانه يكون وهما لأنه لا يوجد ضمير جماعي في الحقيقة بهذا المعنى . واذا قصدنا بالضمير المشترك مجرد واقعة اجتماعية تتكرر في مختلف الضائير وتبعا تعدد بتعدد الضائير فان هذا التصور يمكن أن يقود الى تحكّم الغوغاء باعتبارهم الأغلبية الساحقة .

ومن ثم ، فسواء نظرنا الى الضمير المشترك على أنه معنى عقلي لفكرة أو على أنه مجموع عددي لضائير الأفراد المكونين للمجتمع نجد أن الأساس الذي يقيم ديجي نظريته عليه أساس مشكوك فيه ولا يعيدون أن يكون

في مجموعه عودا الى الفكرة القديمة عن الطبيعة^(١) ، رغم أن نظرية ديجي
ثمرة منهج عقلي خالص .

كذلك يبدو أن ديجي لم يقدر الأثر الخطير الذي يترتب على مناهضته
لفكرتي الشخصية القانونية والحق عموما ، ذلك أنه في الوقت الذي أقام فيه
ديجي نظريته على التضامن الاجتماعي فانه بانكاره للشخصية القانونية والحق
يعرض حريات أفراد المجتمع للخطر لأن فكرته تقود بسهولة الى التضحية
بالدولة كنظام وتبعا بالقيم البشرية التي تقوم الدولة على حمايتها .

وقد تابع جاستون جيز^(٢) خطى ديجي مقترحا أن تتبع طريقة واقعية
دقيقة تقوم على ملاحظة البيئة الاجتماعية ، ولذلك فرق بين سلطة القانون
pouvoir de droit التي هي سلطة قانون وضعي تفرض على المشرع نفسه ،
وبين سلطة الواقع pouvoir de fait .

ونظرا لأن سلطة القانون تخضع المشرع لقانون علوي يأخذ ظروف
البيئة في اعتباره ويخضع المشرع لهذا القانون الأعلى ولو لم يتوافر لذلك
القانون العلوي جزاء منتظم لأن عدم وجود جزاء منظم لا يلغى مطلقا قوته
الملزمة واحترامه ، وعلى أساس التفرقة بين سلطة القانون وسلطة الواقع ،
فان المشرع لا يملك أن يغير المراكز الفردية في رأى جيز . وقد ذهب جيز
الى أن قانون بلد ما هو مجموعة القواعد التي تطبق فعلا في هذا البلد في وقت
معين .

وأول ما يسترعى الاهتمام في نظرية جيز هو فكرة فعالية القانون^(٣)
أي تطبيق القانون فعلا ، الا أنه بالغ في الأخذ بفكرة الفعالية فاعتبرها

(١) قارن مارك رجلاد - المرجع السابق - وكذلك

N. Politis - L' influence de la doctrine de Léon Duguit sur le developement
de droit international. سنة ١٩٣٢ (٢ - ١)

Jése - Les Principes du droit administratif, t. 1, 36. éd. 1925 (٢)

(٣) جوفارا - المرجع السابق - ص ٢٢

المعيار الوحيد للقانون ، بمعنى أن كل نظام يطبق فعلا يمكن أن يوصف بأنه قانون سواء صدر عن جهاز مختص نظاما أو عن عصابة مغتصبين ، وهذا قول يعادل بين القوة والقانون ولا يفرق بين التصرف المشروع والتصرف التحكيمي (١) .

كذلك يؤخذ على رأى جيز :

(أولا) انه اذ يخضع المشرع لسلطة قانون أعلا ، انما يردد الفكرة القديمة لمدرسة القانون الطبيعي التي أسلفنا ذكرها والتي تجعل للقانون الطبيعي علويته بالنسبة للقانون الوضعي وهي فكرة تريد المدرسة الحديثة استبعادها بأي ثمن .

(ثانيا) أن المراكز الفردية على النحو الذى فهمها به جيز لا تكفى لتأكيد احترام هذا القانون ، ذلك أن كل مركز فردى ليس له أى معنى اجتماعى عملى الا اذا وجد مركز عام يحميه ، فاذا كان للمشرع حق تغيير المراكز العامة فان هذا يؤدى عملا الى عدم بقاء شىء لمن يعنيه المركز الفردى . وتبعاً لذلك فان المشرع يتمتع — من حيث الواقع — بسلطة مطلقة . ولذلك نعود فنكرر ما سبق أن قلناه من أن خير تحديد لسلطة المشرع نفسه لا يتأتى الا عن طريق العدالة العقلية ، أما الالتجاء الى أية فكرة أخرى فيهدد القانون بالخطر بدلا من تأكيده كما تريد المدرسة الحديثة وغيرها من المدارس التي تعالج مصادر القانون .

ومن الفقهاء الذين أكدوا فى مهارة وعبقرية فكرة ديجي فى النطاق الدولى الفقيه اليونانى بولتس (٢) . فقد ذهب هو أيضا الى أن التضامن والترابط هو أساس القانون ، ولكنه حاول أن يسد الثغرة التي ينفذ منها النقد الى نظرية ديجي وهى ان القانون ليس مجرد واقعة ، فقال : ان واقعة

(١) جوجنهايم — العلاقات الدولية ، المرجع السابق — ص ٢٢

N. Politis — 1. La justice internationale, 1924.

(٢) راجع :

2. Les nouvelles tendances du droit international, 1927.

3. L' influence de la doctrine de Léon Duguit.

التضامن نصيح واعية conscient عند ما تستثير الشعور بالتضامن وعندئذ تكتسب صفة الالتزام . وأضاف بولتس أننا إذا لم نبحث عن القانون في الضمير فلن نجد له مصدرا في أى مكان آخر متسانلا ماذا تكون العدالة ان لم تكن هي ما نحس به .

وهذا التفسير — في رأى بولتس — هو الذى يعلل بطلان قواعد القانون الوضعى اذا ما عارضت الأفكار التى نحسها بشعورنا وضميرنا .

وينعى بولتس على مدرسة القانون الطبيعى التقليدية أنها تخلط الأخلاق بالقانون فى حين أن القانون وحده هو المزم ، وأنها تلجأ الى عقل موضوعى لا وجود له فى الحقيقة لأنه متغير ولا يمكن أن يتصف بالثبات .

ولكن يعاب على رأى بولتس ما سبق أن عناه على رأى ديجى : فهو لم ينجح فى تفادى النقد القائم على أن التضامن الاجتماعى كمجرد واقعة لا يمكن أن يفسر الأساس المزم للقانون ، وأن ما يقر فى الضمير هو أفكار قد تكون مضللة أو منتقدة ، ومن ثم فلا بد من مراقبتها مراقبة فعلية . ونحن لا نقصد بهذه المراقبة أن تكون مجرد تحقيق بعض الوقائع ، وانما نقصد تحقيق واجبات وحقوق كل شخص .

ولعل أبرز الفقهاء الذين حاولوا عرض نظرية ديجى فى ثوب جديد هو الفقيه الفرنسى جورج سيل (١) الذى وقف من السيادة المطلقة ذات موقف المعارضة الذى سبق أن اتخذ ديجى منها وأقر بأن الواقعة الاجتماعية تخلق التضامن ، ولكنه أردف ذلك بأنه تضامن مضطرب وغير دقيق فى النطاق الدولى . ولذا ذهب الى أن هذا التضامن تترجمه ضرورة أعمق هي الضرورة البيولوجية للبقاء التى تعتبر أساس القانون الوضعى . ومعنى

(١) راجع : George Scelle - 1. Précis de droit des gens, principes systémat —

— iques, 1932.

2. La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens.

أر شيف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (١-٢) سنة ١٩٣٢

هذا أن جورج سيل اعتبر أن البيولوجية هي مصدر القانون ولذا أسماها البيولوجية الانسانية بوصف أن الانسان كائن عاقل ذو أخلاق ويلتزم بالقوانين التي تعد عند ديجي جزءا من الطبيعة .

وبهذا المعنى فهم سيل القانون الطبيعي على أنه طبيعي بيولوجي ، لأنه سابق على القبول ويسمو عليه بل وعلى كل ضمير ، ويمكن أن يقوم ولولم يتوافر له الجزاء .

وطبيعي اذا كانت هذه هي فكرة سيل أن يستبعد الفكرة الارادية للقانون لأنها في رأيه حلقة مفرغة ، ولذلك ربط صلاحية القانون الوضعي بمطابقتها للقانون الموضوعي بوصف أن القانون الموضوعي هو القانون القواعدي أو السببي causal ، أي القانون الذي يتضمن القواعد الأساسية وعنه يتسبب القانون الوضعي . وهذا هو ما يسميه جورج سيل بالفرض اللازم .

ولكن أين يجد سيل قانونه الموضوعي ؟

انه يعتمد على ما أسماه الحقيقة العلمية في موضوع القانون ، وباسم هذه الحقيقة يحيل الى الجماعة الدولية عديدا من حالات الاختصاص التقديرى للدول ، ويقول : ان بعض العقوبات الجماعية قد تعوق تطور القانون الدولي ولكن الأمر يتعلق أولا بالبقاء ثم يأتي بعد ذلك التقدم ، أي أن سيل يضع الفائدة الاجتماعية في المرتبة الثانية ، ثم تضاف اعتبارات العدالة والأخلاق في المرتبة الأخيرة كعناصر تقريبية . وتبعاً فليست هناك زابطة بين ما هو كائن وما هو واجب لأن الأخير لا يفسر عنصر السببية .

والحق أننا لا نستطيع أن ننكر أن غريزة البقاء حقيقة بيولوجية ، وأنها أحد العناصر الأساسية التي يضعها القانون في اعتباره ، ولكن حق كذلك أن غريزة البقاء ليست هي كل شيء ، فهي قد تكون موضوع تقدير القانون ولكنها ليست مصدر القانون لأن غريزة البقاء يحتمل أن ترتب نتائج تتعارض مع بقاء الآخرين .

ثم ان أية قوة مهما كانت لا تملك - استنادا الى قوتها فحسب - أن تدعى حقا قانونيا في فرض ما تشاء ، في حين أن سلطة القانون تصل في الحالات القصوى الى حد أن تطلب الى الأفراد التضحية بأرواحهم ، فكيف يكون مصدر القانون حقيقة بيولوجية هي الرغبة في البقاء ، ومع ذلك يكون من سلطة القانون في بعض الحالات أن ينهى هذا البقاء . ان التوفيق بين هذا التناقض لا يأتي الا اذا فهمنا نظرية جورج سيل على أنها احياء لنظرية دارون في المجال القانوني .

كذلك تعارض نظرية سيل الحقائق التاريخية لأن الجماعة الانسانية سبقت القانون في الوجود ، فكيف نقول مع هذا ان الحدث الاجتماعي وضرورة المحافظة على حياة الجماعة وبقائها هو أساس القانون . ولذا قد تصلح نظرية جورج سيل لتبرير وجود القانون ، ولكنها لا تصلح لتفسير أساسه الملزم (١) .

مدارس المصدر الوضعي

تمهيد :

ذكرنا في صدر هذا الفصل أننا نغنى بمدارس « المصدر الوضعي » تلك المدارس التي تجمعها فكرة أن القانون نتاج تصرف واع ذي أثر قانوني .

والواقع أن الوضعية ظاهرة حديثة نسبيا (٢) وهي تقوم أساسا على تحرير قواعد قانون الشعوب من النزعة الدينية ، ولذا تعتبر من الناحية التاريخية فكرة معارضة للقانون الطبيعي . وفكرة التحرر هذه هي التي مهدت الطريق

(١) الأستاذ الدكتور حامد سلطان والدكتور عبد الله العريان - أصول القانون الدولي

طبعة سنة ١٩٥٣ - ص ١٢

(٢) يقول شارل دي فيشر - المرجع السابق - ص ٦٩ : ان المذهب الوضعي هو الذي سيطر

على الحركة الفقهية منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين .

لظهور النظريات الوضعية الحديثة (١) التي تنظر الى القانون نظرة علمانية خالصة . وهي نظرة لا تخلو الى حد ما من فائدة في الوضع الحالي للقانون الدولي العام لأنها تساعد على أن يتخذ هذا القانون صفته العالمية ، في حين أن الأفكار الأخلاقية والدينية — بسبب اختلافها وتباينها من جماعة الى أخرى — قد تقف عقبة في سبيل ذلك .

وقد بدأت الوضعية في نطاق القانون الدولي العام برشيد حالة الطبيعة — التي هي المميز الرئيسي لنظرية القانون الطبيعي (٢) — وذلك على أساس أن الجماعة الدولية تتكون من مجموع أشخاص مستقلين ذوى سيادة ، وهم يتمتعون بهذا الاستقلال ليس فقط في علاقة كل عضو منهم بالأعضاء الآخرين — اذا نظرنا اليهم نظرة فردية — بل كذلك بالنسبة لمجموع الأعضاء .

وقد اضطر أنصار النظرية الوضعية — ازاء هذه الفكرة الاستقلالية — أن يقرروا للقانون الدولي العام الوضعي بأصل اتفاق رغم أنهم أنكروا هذا الأصل على القانون الوضعي الداخلي (٣) ، مدفوعين الى ذلك الاقرار بوضع سياسى يرجع الى أن فكرة حالة الطبيعة ومذهب السيادة المطلقة كان له قوة مثالية بالنسبة للتكوينات الحديثة للدول التي تريد أن تتخطى العقبات التقليدية التي تربطها بالبابوية أو بالامبراطورية ، ثم — في تاريخ لاحق — الى اهتمام الامبريالية الاستعمارية باستغلال هذه الأفكار لتبرير تدخلها باسم الانسانية والسلام أو أية مثالية أخرى (٤) .

(١) راجع ص ١ وما بعدها . Verzil - A panorama of the law of nations, 1950 .

Giuliano - La comunità internazionale e il diritto, 1950

(٢) نحب أن نوضح من الآن أن الوضعية لم تنكر وجود نظام موضوعى علوى تفرضه الارادة الانسانية ولكنها تقف من هذه الفكرة موقف عدم الاعتبار بمعنى أنها تنكر وجود أية علاقة لهذه الفكرة بالقانون ، ولذا فهي لا تعلق الصفة الملزمة للقواعد القانونية على موافقتها لاعتبارات العقل العليا والعدالة والخير المشترك على نحو ما سنوضح في المتن فيما يلي .

راجع فيشر — المرجع السابق — ص ٧١

(٣) جوفارا — المرجع السابق ص ٦٠٩

(٤) يمثل بعض الفقهاء الوضعية في القانون الدولي العام بمدرسة الشرح على المتون في القانون الداخلى من حيث أن كليهما ازدهر في فترة هدوء عم فيها تقديس القاعدة والتسك بالشكل .

H. de Page - Traité de droit civil, T. I, p. 15.

راجع في هذا المعنى

ويمكن أن يجمع أهم نظريات المصدر الوضعي في مدرستين هما :

١ - المدرسة الارادية *La volontarisme*

٢ - المدرسة القواعدية *normative*

ونعالج كلا من المدرستين على حدة .

٢ - المدارس الارادية :

المدارس الارادية ، هي المدارس التي ترى أن القواعد القانونية أحكام أوجدتها الارادة (١) . وهي نظريات ذات أصل ألماني تستمد فلسفتها من فكرة جان جاك روسو القائمة على أن القانون ما هو الا تعبير عن الرغبة العامة للجماعة (٢) .

وقد اتجه الفقه في تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للقانون الدولي العام اتجاهين أخذ أولهما بنظرية الارادة المتحدة ، وأخذ الثاني بنظرية التحديد الذاتي .

والذي يبدو لنا أن المذهب الارادى في قوله بأن ارادة الدولة هي المصدر الوحيد للقانون الدولي ، وأن هذه الارادة قد تكون صريحة في صورة معاهدات ، وقد تكون ضمنية في صورة عرف (٣) . يبدو لنا أن هذا القول متأثر بالمدرسة الطبيعية لأن هذه الارادة تعتبر من الناحية الموضوعية ظاهرة من ظواهر الطبيعة وان كانت المدرسة الطبيعية تضع الارادة في المرتبة الثانية . على أن كلا من المدرستين - الطبيعية والارادية - لم تتعمق في تحليل الارادة اذ لا تهتم بتمييز الارادة عن فكرة الحرية التي تعتبر العنصر الجوهرى الداخلى للارادة ، لأنها تنظر الى الحرية على أنها مجرد حرية نفسانية وليس على أنها حرية قانونية بالمعنى الصحيح .

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله العريان - أصول القانون الدولي، سنة ١٩٥٣ - ص ٨

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٧٥

Anzilotti - Cours de droit international - traduction de M. Gidel, Paris, (٣) 1928 - p. 68.

ومن ثم فإن النظرية الارادية — على المعنى السالف — يمكن أن يعاب عليها ما يعاب على النظرية الطبيعية من حيث أنها لا تفرق بين الكائن والواجب ولكن هذا لا ينفي أن المذهب الارادى يتضمن جزءا من الحقيقة ، هو أن الدولة هي وحدها التي يمكنها — بحسب التنظيم الحالى للقانون الدولى العام — أن تحرك الجزاء القانونى المنظم ، بيد أن هذا لا يبرر القول بأن الدولة هي فقط التي تخلق القانون (١) لأن مثل هذا القول انما يخلط بين فكرة الجزاء وبين فكرة القانون . ولا يمكن أن نفهم فكرة الدولة من الناحية القانونية على أنها سلطة تحكيمية تأتي ما تشاء من تصرفات دون أن تلتزم بالخضوع لقانون موضوعى أعلى ، لأن هذا القول يعنى تأسيس القانون على القوة ولا شك أن وصم القانون بالقوة يعادل انكار القانون ، ولعل هذا هو الذى دعى البعض الى القول بعدم وجود قانون دولى .

اننا لا ننكر أن القوة تقيم القانون الوضعى ، فأحيانا قوة الدولة هي التي تحمي القانون رغم أن بعض قواعد هذا القانون قد تكون غير عادلة ، ولكن هذا لا يؤدي الى القول بأن القوة هي التي أقامت هذا القانون ، اذ لو كانت القوة هي التي تقيم القانون لوجب أن تتقابل فكرتا القانون والقوة دائما ، أما اذا وجدت حالات لا تتقابل فيها الفكرتان ، فان هذا يكفي لهدم الرأى الذى يذهب الى أن القوة هي التي تخلق القانون . والملاحظة تثبت أن القانون لا يفرض بالقوة دائما ، ولعل قواعد القانون الدولى هي من الأمثلة الواضحة على ذلك .

ان الارادة بالمعنى الذى تؤخذ به فى القانون هي ارادة حرة ولها ذاتيتها وتستطيع بلا شك أن تخلق مراكز قانونية جديدة . ولكن الارادة بهذا المفهوم

(١) وهذا ثابت تاريخيا كذلك لأن القانون وجد فى صورة عرف فى الجماعات البشرية الأولى قبل وجود أى تنظيم حقيقى للسلطة الجماعية .

راجع :

A. Maret et G. Davy — L'evolution de l'humanité des clans aux empires, Paris, 1931, p p. 80,81

تفترض العقل الذى هو وسيلة التعرف على العدالة ، ومن ثم فان حريتها ليست مطلقة لأنها تتحدد بنطاق انطباقها على العقل . ويجب ألا نخلط بين هذه الفكرة السلوكية *éthique* وبين الفكرة النفسانية التى تفسر الارادة كظاهرة طبيعية ، لأن الارادة - كواقعة نفسانية - لا يمكن أن تكون خالقة للقانون بدون فكرة العدالة التى توجهها ذلك أن الارادة وان استطاعت خلق مركز قانونى جديد عن طريق القبول الصريح أو الضمنى لمركز واقعى (١) الا أن هذا مشروط بالأى يكون الوضع منافيا للعدالة ، وقد يكون العكس هو الصحيح أى أن القانون هو الذى يحدد الارادة وليست الارادة هى التى تخلق القانون .

قد نفهم الفكرة الآمرة للقاعدة القانونية على أنها الارادة التحكيمية للدولة اذا تعلق الأمر بالقانون الداخلى ، ولكننا لا نقبل ذلك المفهوم فى القانون الدولى العام الا إذا قصدنا الى انكار وجوده لأن شخص القانون لا يحدد لنفسه القانون الذى يسير عليه ولأن اقامة القانون على ارادة الدولة يعطى للدولة حق التحلل منه بارادتها كذلك فى حين أن القانون يلزم الدول بمعاهدات أو بقواعد عرفية لا يتوافر فيها هذا الرضاء من الناحية الافتراضية (٢) على نحو ما سنوضح .

ثم ان المذهب الارادى لا يوضح لماذا تلزم الدول التى نشأت حديثا بقواعد العرف الدولى التى استقرت فى الجماعة الدولية قبل نشوء هذه الدول أى لم تشترك فى اقامتها بل وقد تعترض عليها ، وكيف تفرض بعض أحكام المعاهدات على غير عاقدتها ، ولماذا تستمر نافذة حتى بعد انتهاء المعاهدات وسبب اختفاء بعض القواعد تلقائيا من القانون الوضعى .

(١) لأن قبول المبنون لمركز اكتسبه الغير حياله بطريق غير مشروع يحيل هذاالمركز الى مركز مشروع .

Brierly—Force obligatoire du droit international (٢)

مجموعة محاضرات لإلهى - سنة ١٩٢٨ . ج ٣

ثم ان وصف العرف بأنه ارادة ضمنية هو وصف غير سليم ولا يعدو أن يكون حيلة تصويرية (١) .

هذا فضلا عن أن المبادئ العامة — على قول من يرى أنها مصدر مستقل من مصادر القانون الدولي — إنما تنشأ مستقلة عن ارادة الدولة (٢) . وقد حاول الفقهاء تجنب النقد الذى وجه الى فكرة الارادة كمصدر للقانون فانقسموا فى تلك المحاولة — كما قلنا — الى نظريتين : نظرية الارادة المتحدة ، ونظرية التحديد التلقائى .

ونبدأ بنظرية الارادة المتحدة Vereinbarung التى تقرن باسم مبتدعها الفقيه الألمانى تريبل (٣) .

وقد استعمل تريبل لفظ Vereinbarung وهو لفظ يصعب إيجاد ترجمة دقيقة له ، ويعنى اجتماع ارادات مماثلة أى ارادات تهدف كلها الى غرض واحد (٤) ، وذلك لكي يفرق بين هذه الارادة وبين العقد contrat .

فاتحاد ارادات الدول — أى الاتفاق accord — على عكس العقد يمكن أن يولد قواعد قانونية حقيقية لأن التعبير عن الارادة اذا صدر بذات المضمون من عدة دول يتحد فى ارادة مشتركة عليها .

وتفرقة تريبل السابقة بين الاتفاق والعقد لا تختلف كثيرا عن التفرقة التقليدية بين المعاهدة الشارعة والمعاهدة العقد .

(١) بولتس — دراسة عن دييجي ، المرجع السابق — ص ٧٣

وكذلك :

G. del Vecchio—Essai sur les principes généraux du droit; Justice, Droit, Etat, 1938, p. 152

(٢) جوجنهايم — المبادئ العامة — المرجع السابق — ص ٣١

(٣) Triepel—Rapports entre le droit interne et le droit international

مجموعة محاضرات لاهائى سنة ١٩٢٣ ج ١ ص ٧٧-١٢١

(٤) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٧٧ (الهامش) .

وعلى هدى من هذه التفرقة يقول تريبل : ان مصدر القانون لا يمكن الا أن يكون الارادة المتحدة للدول لأنها وحدها هي التي تفوق في السلطة الارادة المنفردة للدولة (١) ولذلك لا يستطيع الاطراف التحلل بارادتهم من الالتزامات التي اربطوا بها (٢) .

والذي نراه أن نظرية تريبل عن الرضاء المشترك ليست الا وجها آخر لنظرية العقد الاجماعي ، وهي نظرية محل انتقاد الكثيرين .

وقد اتخذ تريبل نقطة بداية مضللة لنظريته عند ما فرق بين الاتفاق والعقد ذلك أنه في الاتفاق - كما في العقد - للارادة معنى مماثل ، والذي يختلف عند المتعاقدين هي البواعث فقط . ولذا لا يمكن فهم هذه التفرقة الا اذا افترضنا أن للشخص ضميرين مع أن الثابت أن للشخص ضميرا واحدا .

ان هذه النظرية تقوم على حيلة خالصة اذ تجعل من الارادة المشتركة للدول مصدرا للقانون الدولي العام (٣) لأن الحقائق التاريخية تثبت أنه لا يوجد الا الاعراب عن ارادتين ولا شيء آخر .

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله العريان - المرجع السابق - ص ٩

(٢) وقد لاقى هذا الرأي تأييدا في الرأي المعارض الذي أبداه القاضي عبد الحميد بدوي (باشا) على الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في النزاع الكولومبي البيروني بشأن حق الملجأ في ١٩٥٠/١١/٢٠ اذ قال :

“Sans avoir à examiner si une coutume internationale peut abroger une règle de droit positif on doit admettre... “Recueil, 1950, p. 43.

(٣) قارن تعريف أوبنهايم للرضاء المشترك بأنه رضا صريح أو ضمنى لمجموعة كبيرة بحيث لا يكون للمخالفين أية أهمية ويختفون مطلقا في نظر من يبحث عن ارادة الجماعة كوحدة متميزة من ارادة أعضائها .

Oppenheim by Lauterpacht, 1935, p. 52.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الالتجاء الى الرأي العام كجزء نهائي للقانون لا يعطى للتعريف معنى مختلفا اذ من المفهوم ضمنا على وجه العموم ان الأمر لا يتعلق بمجموعة أحكام ولكن بحكم جماعي أخذ به التصرف .

وإذا كانت الاتفاقات تنتج قواعد قانونية في القانون الداخلي ، فذلك لأن هناك قواعد عليا تقرر لتلك الاتفاقات بهذه المكتة ولا يمكن أن يربط الاتفاق شخصا الا اذا وجدت قاعدة عليا تقضى بذلك .

ثم ان قيد الارادات المتحدة لا يوضح لنا لماذا لا يستطيع الأطراف التحلل من التزاماتهم اذا قضت مصالحهم الخاصة بذلك عليهم وكان في امكانهم أن يحققوا هذا التحلل مخالفة لقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام . الحق ان الأطراف انما يلتزمون قانونا في هذا الفرض على أساس فكرة عقلية للعدالة .

كما أن للنظرية نتيجة خطيرة اذ يترتب على الأخذ بها ألا يوجد نظام قانوني واحد ، بل توجد عدة أنظمة قانونية دولية تتعدد بتعدد الاتفاقات وذلك لأن النظرية تجعل لكل اتفاق وجودا ذاتيا (١) .

والآن وقد استعرضنا نظرية الارادات المتحدة ننتقل الى النظرية الأخرى وهي نظرية التحديد الذاتي auto-limitation ، وكان أول من قال بها العلامة الألماني Ihering وتخلص في أن الدولة لا تلتزم الا بارادتها الخاصة ، ولكن من صالحها في علاقاتها بأشخاص القانون الآخرين أن تخضع لقواعد معينة تقرها ثم تصبح ملتزمة بها بحكم واقعة الاقرار هذه فلا تملك بعد ذلك أن تخالفها بارادتها المنفردة . ونظرا لأن هذه القواعد ، التي تقررت بارادة الدولة ، انما تحد من حريتها في علاقاتها بالدول الأخرى فقد سميت بنظرية التحديد الذاتي أو التلقائي .

وأول ما يدعو الى التساؤل في نظرية اهرنج هو التساؤل عن طبيعة الاستحالة التي تمنع الدول من مخالفة قواعد قررتها بارادتها الخاصة ، وهل هي استحالة واقعية أم استحالة قانونية ؟

إذا قلنا أنها استحالة واقعة تناقضنا مع الحقيقة لأن الدول تستطيع عملا أن تخالف هذه القواعد اللهم الا اذا قصدنا أن الدول الكبرى هي التي ستحمي

(١) جوفارا - المرجع السابق - ص ٦١٤

هذه القواعد ، وعندئذ تبدو نظرية اهرنج نموذجاً للنظريات التي تولد القانون من القوة لأنها في هذا المعنى تعتبر القانون منحة يقدمها الأقوياء لضمان سلطانهم على نحو أفضل (١) . أما اذا قلنا بأنها استحالة قانونية — أى أن الدول تلتزم قانوناً باحترام ما وضعت من قواعد بارادتها — كان علينا أن نقر بوجود قانون سابق على هذه الإرادة هو الذى يفرض ذلك الاحترام على الدول . ولذلك وصف كراب Krabbe نظرية اهرنج بأنها بناء يحاول التوفيق بين القوة والقانون (٢) .

وقد أراد جلنك أن يصلح من معائب نظرية اهرنج بصياغة علمية فقال — مع انكاره للقانون الطبيعي — بأن القوة الملزمة إنما تنبع من ارادة الدول بوصف أن الخاصية المميزة للدولة المعاصرة أنها دولة قانون وأن عليها أن تعترف ببعض القواعد التي تنجم منطقياً من طبيعة العلاقات القانونية الدولية وقبولها لها كمبادئ تنظم سلوكها قبل الدول الأخرى بطريق الالتزام من حيث أنها دولة قانون (٣) .

ورغم ما بذله جلنك من مجهود الا أن رأيه لم يتجنب ما وجه لرأى اهرنج من نقد وهو أن الدولة لا تلتزم قانوناً الا اذا وجد قانون يسمو على ارادتها ويفرض عليها ذلك الالتزام (٤) .

(١) لوفر — القواعد العامة ، المرجع السابق — ص ٢٣

(٢) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٣٦ ج ٣ ص ٥٦٩—٥٨٠

Krabbe—L' idée moderne de l'Etat.

(٣) يقول فيشر — المرجع السابق — ص ٦٩ — ان جلنك لم يعزل القانون الدولي العام عن نظام موضوعي علوي بل فهم أن قانوناً بدائى التطور مثل القانون الدولي العام لا يمكن أن يتكون من نظام شكلي خالص له ذاتيته بمعنى أن جلنك أقام علاقة تسلسل بين الأساس القانوني للقانون الدولي — وهو أساس ثانوي وشكلي عند جلنك — وبين الأساس السلوكي الاجتماعي لذلك القانون وهو الأساس النهائي في رأى جلنك . وتوضيح فكرة جلنك على هذا النحو يعرضها في صورة متناقضة اذ يؤكد جلنك وجود نظام موضوعي يوحى الى ارادات الدول وفي ذات الوقت يستبعد كل التزام لا ينجم عن الاعراب الحر لارادة الدولة باعتبار أن مثل هذا الالتزام يناقض السيادة ، ثم ان جلنك يخلط الواجب الاخلاق والقانوني للدولة بجهازها السياسي ، فلا عجب أن يقول جلنك بعد هذا : ان القانون الدولي العام في مجموعه قانون فوضوي anarchique .

(٤) الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٤٨

وقد يكون من المناسب - ونحن بصدد استعراض المدارس الوضعية - أن نلمح في إيجاز إلى نظرية الفقيه اليوناني سبروبولس (١) لأنها تقوم على نقد فكرة الإرادة كمصدر للقانون .

يقول سبروبولس بأن دراسة القانون الدولي العام كانت ذات صفة ثابتة على الأخص قبل الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ، ولكن الوضع تغير بعد ذلك فانتقدت المذاهب القديمة ولم يعد القانون الدولي العام قانون ما بين الدول فقط بل أصبح موجهاً كذلك إلى جماعات أخرى وربما إلى الفرد نفسه - ان لم يكن إليه وحده - ولهذا فقدت النظرية التي أعلنت أن الدولة أساس القانون الدولي سبب وجودها .

ويتهى سبروبولس من ذلك إلى أن القانون الدولي العام القديم كان يستند على فرض خاطيء بسبب الخلط بين القاعدة القانونية وبين ما يسميه هو بالفكرة أو البناء القانوني . فالقاعدة القانونية واقعة بمعنى أن الجماعة الدولية إنما تتبع القاعدة بالنسبة لواقعة معينة ، أما البناء القانوني فيكون نظرية وليس واقعة قانونية .

ويرى سبروبولس أن القانون الدولي العام بوضعه الراهن أحكامه غير كافية وقواعده بها نقص فلا بد من استكمال بناء هذا القانون بوضع نظام عام قادر على مقابلة المشاكل المتعددة التي تعرضها الحياة العملية وهذه عملية معنوية ذات أساس منطقي . وهنا نتساءل كيف نختار المبادئ التي نستكمل بها نظام القانون الدولي العام .

يقول سبروبولس : ان هذه مهمة الفقيه لأنه لا يكفي - في رأيه - أن تطبق الدول قاعدة معينة في علاقاتها المتبادلة لكي نصف هذه القاعدة بأنها قاعدة قانونية ، وإنما الفقيه هو الذي يكيف القواعد فيحدد ما هو قانوني منها ، أي أن الفقيه هو أول من يعطى للقاعدة صفتها كقانون دولي (٢) .

(١) Spiropolous 1. Traité de droit international.

2. Théorie générale du droit international.

(٢) سبروبولس - النظرية العامة ، المرجع السابق - ص ٢٩

ونظرا لعدم وجود قاعدة يهتدى بها الفقيه في تكيف القواعد فان هذا التكيف يكون تحكيميا .

وهكذا يعترف سبروبولس بأن نظريته تقوم على تأكيدات تحكيمية ، ويمكن أن نضيف أنها أحيانا غامضة ومحل جدل . فاذا أردنا مثلا أن نحدد من هم أشخاص القانون الدولي العام نجد من الفقهاء من يقصر تلك الشخصية على الدولة ، ومنهم من يحصرها في الفرد وحده ، ومنهم من يجمع بين الدولة والفرد ، ومنهم من يضيف الى ذلك المنظمات الدولية ، وهكذا فكيف نحدد نقطة البداية في مثل هذا البحث ؟ هل يترك لكل فقيه أن يختار نقطة البداية كما يعتقد ونعتبر أن عقيدته تبرر اختياره ، أم نختار نقطة البداية بطريقة تحكيمية ؟

يبدو أن سبروبولس أراد أن يتخلص من هذا النقد الجوهرى فقال بأن العمدة على الرأى الغالب عند الفقهاء (1) ، فعلى كل جيل منهم أن يحدد قواعد قانونه ولا يلتزم أى جيل بالخضوع للحلول التى قبلها الأجيال السابقة .

والحق أن سبروبولس كان أكثر واقعية من ديجي عند ما أخذ برأى الغالبية لا بالرأى العام لأن من المتعذر أن نصل الى الأجماع . وهو يطبق مبدأ الفكرة الغالبة على كل نظريات القانون الدولي العام عدا نظرية أساس القانون لأن هذه النظرية — فى اعتباره — لا فائدة منها عملا ما دام ان ملاحظة الحقائق تقنعنا بوجود هذا القانون .

وأغلب الظن ان سبروبولس — عندما تكلم عن ارادة الغالبية — كان يهدف الى المسائل الاخلاقية أو الاجتماعية فحسب ، ولا يمكن أن يكون قد قصد الى الظواهر الطبيعية ، اذ من الواضح أننا اذا أردنا مثلا أن نعرف هل الشمس هى التى تدور حول الأرض ، أم الأرض هى التى تدور حول الشمس ، فاننا لا نلجأ فى تقرير ذلك الى التصويت العام . ولكن

(1) الراجع أنه يقصد بالفقهاء ، فقهاء القانون الدولي العام فحسب .

هذه الواقعية لا تعنى نظرية سبروبولس من أنها تجافى المنطق في جوهرها لما سبق أن أوضحناه من أنها تنسم بصيغة تحكيمية، ولأن سبروبولس يتناقض مع نفسه اذ يتمسك بآرائه رغم ان بعضها يخالف ما يذهب اليه معظم الفقهاء .

كذلك تقوم نظرية سبروبولس على النسبية لأن الانسان يستحيل عليه - في عقيدة سبروبولس - أن يصل الى الحقيقة ، وتبعاً فليست هناك حقيقة مؤكدة والرضاء عموماً ليس الا دليلاً فهو يقرر ولا يخلق . وقول سبروبولس هذا يعنى - فيما نرى - نفى العقل البشرى .

٢ - المدارس القواعدية Ecoles Normatives :

ليس من جدل في أنه كلما ذكرت النظرية القواعدية ذكر معها اسم صاحبها كلسن (١) .

وتقوم نظرية كلسن على فكرتين أساسيتين :

الأولى : هي التفرقة بين الواجب *sollen* والكائن *sein* (٢) .

والثانية : هي التفرقة بين فعالية القانون *effectivité* وبين صلاحيته *validité* .

ويقول كلسن - في التفرقة بين الواجب والكائن - ان قواعد القانون تحدد ما هو واجب وليس ما هو كائن ، لأنه ليس من حق دون واجب ذى اعتبار جوهرى . ومن ثم فإن الزام القاعدة القانونية لا بد أن يستند الى قاعدة أخرى لأن الواجب لا يستنبط الا من واجب وليس من كائن حتى نصل في ذلك التدرج الى قاعدة أساسية تحكم النظام كله أى تكون مصدر ذلك النظام . فكل قانون وضعى يفترض قاعدة أساسية تضى حق فرض

Hans Kelsen 1. General theory of law and State, 1945 (١)

2. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.

Sein ، Sollen (٢) لفظتان ألمانيتان تقابلان على الترتيب اللفظتين الفرنسيتين *devoir, être*

القواعد على سلطة أولى عليا . أى أن ذاتية النظام القانوني تستند فى النهاية الى القاعدة الأساسية التى هى أساس له سواء حصل الاستنباط منها باجراء ثابت statistique أو باجراء متحرك dynamique (١) .

هذه القاعدة الأساسية هى مجرد فرض وليس لها فى ذاتها أية قيمة ، بل هى مجرد وسيلة منطقية نفترضها دون أى دليل لكي نصل الى فهم سبب الزام القواعد القانونية . وتبعاً فان القاعدة الأساسية تضى على النظام القانوني كله صلاحية وبدونها لا نستطيع أن نبرر الصفة الالزامية للنظام القانوني لأنها هى التى تحدد المصدر الأول للقانون ، فهى الفكرة التى تقرر وجوب تطبيق الاكراه فى الظروف التى قررتها السلطة العليا (٢) ، وبتعبير آخر فان القاعدة الأساسية تعنى فى المجموع نقل القوة الى القانون وتحويل الواقعة الى واجب .

ولكى يبرر كلسن أن القاعدة الاساسية هى فرض وذات نسبية بالقياس الى حقيقة كل قانون وضعى ، فانه يقرر - كبداً - أن القانون فى ذاته ليس عليه أن يتبع المطلق وأن كل قانون طبيعى أو مثل أعلى يعتبر غريباً على جوهر القانون ، وأنه ليس من عمل القانون أن يحدد قماً تكون منهجا يتغياها أى ليس من مهة القانون أن يضع مثلاً علياً ومبادئ نموذجية تكون بمثابة الهدف الاسمى الذى يسعى الى تحقيقه . ولذا ذهب الى أن دور الوضعية الحقيقية هو تحرير القانون من كل قانون طبيعى يخالف الاتجاهات المسيطرة للوضعية القانونية .

ولكن هذا لا يكفى لأن النظام القانوني فى رأى كلسن هو نظام اكراه يصل بطريق مباشر أو غير مباشر الى الأمر بواقعة اكراه مادية . ففعالية

(١) كلسن - مجموعة محاضرات لاهاي - المرجع السابق - ص ٢٦٥ . والمقصود الاستنباط سواء عن طريق التفسير أو ما جرى عليه العمل .

(٢) أو السلطات الأقل ، وذلك فى الحالات التى تمنح فيها السلطات العليا للسلطات الأقل هذا الحق .

القانون تعتبر عند كلسن شرطا جوهريا لقيام صفته الالزامية ، أى أن القانون الوضعى - فى مذهب كلسن - هو مجموعة قواعد فعالة تطبق فعلا ، وتكون نظام اكراه يتمثل فى الجزاءات والحرب .

اذن فالنظام القانونى - فى نظرية كلسن - هو تسلسل عدة قوانين لا تقف عند اثبات الحقيقة القانونية بل تنظمها ، أو بتعبير آخر النظام القانونى هو الذى عليه مهمة فرض أوامر وليس فقط اثبات مراكز واقعية . وقوة كل قاعدة تعتمد على قاعدة أعلى منها فى نوع من التسلسل درجته الأخيرة هى التى تحكم كل النظام ، أى أن كلسن صور القانون فى شكل هرم تتدرج قواعده من الفصول الى الأصول حتى تصل الى القاعدة الأساسية التى تملو جميع القواعد الأخرى وتكسبها قوتها ، والقاعدة التى اعتبرها كلسن مصدرا للقانون الدولى العام هى قاعدة أن الملتزم عبد التزامه (١) *pacta sunt servanda*

وقد وصف كلسن هذه القاعدة بأنها قاعدة عرفية ، أى أن القانون الدولى فى رأيه انما يتكون من قواعد فرضت عن طريق العرف استنادا الى التصرفات المختلفة التى صدرت عن الدول فى تنظيم علاقاتها المتبادلة وأن أولى هذه القواعد وأساسها الأعلى هو قاعدة « الملتزم عبد التزامه » .

ان نظرية كلسن كما شاهدنا تقوم على وضعية قانونية ناقدة ، فهو لا يعتبر من القانون الا القانون الوضعى ويضع له قاعدة أساسية تفرض صلاحيته بطريقة تحكيمية وينكر كل امكانية عقلية لفكرة العدالة ، فالعدالة عنده مثل أعلى غير عقلى والعقل فى عقيدته لا يمكن أن يحكم على قاعدة وضعية بأنها عادلة أو غير عادلة (٢) .

ان كلسن لا يعترف بوصف القانون الا للقواعد التى تفرض نفسها تبعا لارادة بشرية ، ولذا ينكر هذا الوصف على القانون الطبيعى وعلى القانون

(١) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٧٨

(٢) جوفارا - المرجع السابق - ص ٥٦١

العقلى فليس قانونا الا ما تأمر به القاعدة الأساسية أو تقرره سلطة أو يفرضه عرف .

والواقع أن وضعية كلسن تعتبر استمرارا للوضعية القانونية التي سادت في القرن التاسع عشر والتي تجعل من الجزاء جوهر القانون وأن الدولة هي التي تنظم الاكراه وترى أن الدولة هي الشكل الكامل للقانون الوضعي وتذوب في النظام الذاتي للقواعد الفعالة .

ولكن نظرية كلسن هذه تعيها ثغرات عرضتها للنقد الشديد من كثير من الفقهاء . ولعل أول ما يتبادر الى الذهن من اعتراض هو أن النظرية تقيم النظام القانوني في النهاية على افتراض . وربما أن كلسن كان يحس بوهن نظريته من هذه الناحية فأراد أن يدرأ عن نفسه النقد مبررا الأخذ بالافتراض في علم القانون قياسا على العلوم الطبيعية ، ولكن هذا التبرير غير مقبول لأنه يستند الى قياس خاطيء ، ذلك اننا نلجأ الى الافتراض في العلوم الطبيعية على أمل أن نصل الى توضيح هذا الافتراض ، وقد تؤكد التجربة الافتراض وقد تظهر خطأه فنستبدل به غيره . أما في نظرية كلسن فالقاعدة المفترضة باقية هكذا أبدا أى أنها فرض غير قابل لاثبات العكس ولا هو خاضع لحكم التجربة .

وهكذا يقلب كلسن الأوضاع ويسلك الطريق من النهاية الى البداية بدلا من أن يسلكه من البداية الى النهاية ، فهو يضع أولا التجربة القانونية — أى القانون الوضعي بفعاليته — ثم يبحث بعد ذلك عن قاعدة أساسية يمكن أن تلائم هذا القانون وتفسر صفته الملزمة ، وبعبارة أخرى فان كلسن علق الصفة الملزمة للقانون على صلاحيته الواقعية بدلا من أن يعلق صلاحيته الفعلية على صفته الملزمة ، فعنده أن تحريم السرقة راجع الى أن القانون يعاقب السارق بدلا من أن عقاب السارق يرجع الى أن القانون يمنع السرقة . ان كلسن يستنبط صلاحية القانون الدولي العام من فعاليته ، فهو يقول : ان القاعدة القانونية ليست صالحة لأنها نظام بل لأنها يجب أن تطاع ، في حين أن العكس هو الأسلم اذ تعود فعالية القانون الى صلاحيته .

ثم ان كلسن وصف قاعدته الأساسية بأنها قاعدة عرفية ، وهو وصف مشكوك فيه لأن نفرا من الفقهاء يعتبرون أن قاعدة « الملزم عبد التزامه » قاعدة اتفاقية وليست عرفية . بمعنى أن مصدر التزام الشخص بما يتعاقد عليه هو ارادته واتفاقه مع الطرف الآخر على ذلك وليس لأن هذا هو حكم عرفي كما أن العرف عند فريق كبير من الفقهاء لا يخلق القانون ، وهو عند آخرين لا يخلق القانون الا عن طريق تصرف أو سلسلة تصرفات مادية تحوز قيمتها بالفكرة الموضوعية للعدالة .

وحتى اذا سايرنا كلسن وافترضنا أن هذه القاعدة يمكن أن تكون مصدرا فانها في رأى بعض الفقهاء (١) لا تصلح الا لتفسير جزء فحسب من قواعد القانون الدولي العام هو القانون الاتفاقي ، ولكنها لا تفسر العرف والمبادئ العامة ، بل انها لا تفسر الا شطرا فقط من القانون الاتفاقي ، اذ كيف نفسر على أساسها مثلا التزام معاهدة يكون موضوعها تحديد الحصانات الدبلوماسية في نطاق ما هو لازم لمباشرة الوظيفة بحرية فقط ، وهي معاهدة تخالف في مضمونها القواعد الآمرة في القانون الدولي العام .

ورغم أن كلسن قصد الى اقامة نظريته على منطق خالص ، فانها قد جاءت متناقضة المنطق . ذلك أن قاعدة « الملزم عبد التزامه » واقعة أو كائن كما أكد كلسن بتفرقة السالفة ، ذلك أنه قال : ان الواجب لا يستنبط الا من واجب . والقاعدة السالفة لا تستنبط من واجب بوصفها القاعدة الأخيرة ، فكيف نقيم على الناس واجبا باحترامها على أساس أنها قاعدة قانونية وهي كائن وليست واجبا ، في حين أن الواجب - وليس الكائن - هو الذي يميز القاعدة القانونية .

الواقع ان هذا الواجب غير قابل لتحقيق تجريبي وأن وجوده لا يمكن اثباته بالاستناد الى أن السلوك البشري قد سار على نحو معين في لحظة معينة ، والمثل يؤكد ما نقول فسكان داهومي - قبل الاحتلال الفرنسي - كانوا

(١) لوفر - المرجع السابق - ص ٤٢

يسرون على عادة لا يحيدون عنها تقضى بأن يضحى بمئات بل بالآلاف الأرواح عند وفاة الحاكم (١) ، فهل يمكن أن نقول على هذا الأساس ان سلوك سكان داهومي يكون واجبا لا بدمن احترامه ؟ بديهى لا (٢) .

وتلقى فردروس النظرية السالفة عن أستاذه بمحاولة تنقيحها فذهب — كما ذهب كلسن — الى أن القاعدة « الملترزم عبد التزمه » هى أساس الالتزام فى القانون الدولى العام ، ولكنه لم يذهب الى أن الارادة هى خالقة القانون ، كما لم يقر للدولة بصفة المشرع الدولى وانما اعتبر سلطة التشريع ملك للجماعة الدولية تمارسها بارادتها العامة . ووصف سيادة الدولة بأنها تعبير عن الاختصاص الذى منحه قانون الشعوب للدولة مباشرة ، أما السيادة الكاملة — وهى اختصاص الاختصاصات — فلا تعود الا الى الجماعة الدولية .

واذا كان فردروس قد اتفق مع أستاذه فى تصوير القانون على شكل هرم قاعدته « الملترزم عبد التزمه » فانه خالفه فيما يتعلق بفحوى هذا المبدأ . فعند فردروس أن كل قانون وضعى يفترض فكرة العدالة ، وهو ليس الا محاولة قد تنجح وقد لا تنجح فى تطبيق هذه الفكرة على ظروف الأحوال .

وفردروس لا ينظر الى قاعدة « الملترزم عبد التزمه » على أنها مجرد قاعدة قانونية ، بل يعتبرها كذلك قاعدة سلوكية أى ذات قيمة واضحة ، وهكذا يضع القانون كدرجة خاصة فى عالم القيم ويرى أن القانون الوضعى وان كان قيمة نسبية تتغير مع تطور المدنية ، الا أنه مع ذلك يتأسس على القيمة المطلقة لفكرة العدالة ، وهو — ككل قيمة نسبية — ليس قيمة الا فى علاقته بقيمة مطلقة .

(١) لوفر — المرجع السابق — ص ٤١

(٢) يمكن أن نلاحظ عموما على رأى كلسن أنه بالغ فى استعمال التشبيهات العقلية فانهى به ذلك الى ما عبر عنه François Gény بقوله :

« L'idée complètement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée pour vivre d'une vie propre et sous aucun contact avec le réel vivant. A ce point l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide ».

Fr. Gény — Science et technique en droit positif. t. 1., p. 133

هكذا نرى أن فردروس يفسر قاعدة « الملزم عبد التزامه » باعتبارات أخلاقية وأدبية بوصف أن هذه القاعدة تمثل القيمة المطلقة وفكرة العدالة (١) .

ومن ثم فإن فردروس - في رأينا - لم يتمسك بالوضعية الخالصة التي تحمس لها أستاذه كلسن ، إذ أضفى على القاعدة الأساسية اعتبارات من العدالة تشبها ببعض ملامح من أفكار القائلين بالمصدر الطبيعي للقانون الدولي العام (٢) .

(١) الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٥١

(٢) راجع Verdross في :

(أ) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٢٧ الجزء الأول ص ٢٥١-٣٢٣

(ب) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٢٩ الجزء الخامس ص ٢٨٥ وما بعدها .

الفضلا الثاني

في

مصدر القانون الدولي العام في رأينا

تمهيد :

رأينا مما أسلف أن مشكلة توضيح الأساس الملزم للقانون الدولي العام هي من المشاكل التي فشلت المدارس المختلفة في تقديم حل مقنع لها . فقد أخفقت مدارس المصدر الطبيعي في توضيح مصدر القانون الدولي العام لأن هذا القانون ليس مجرد علم طبيعي ، كما أن الفكرة التقليدية عن القانون الطبيعي أنكرت القيمة كعنصر أولى الأمر الذي زعزع منطقتها لأن انكار القيم يجعل من المتعذر أن نمطق الأمور فالقيم هي وسيلة العقل في منطقة المسائل ، بل إن تلك الفكرة التقليدية وصلت في بعض صورها - كما سبق ايضاحه - الى انكار القانون الدولي العام من حيث أرادت تأكيد قيامه .

كذلك بان لنا أن الواقعة الاجتماعية عاجزة عن أن تزودنا بحل للمشكلة مثار البحث اذ يجب أن نمز النظام الاجتماعي من النظام الوضعي لأن النظام الوضعي يعتبر الحقائق الاجتماعية من زاوية تختلف عن زاوية الاجتماع بمعناه الدقيق ، ولم تكن النظرية البيولوجية أكثر توفيقاً لأن النشاط الغرائزي ليس هو كل شيء كما أسلفنا بيانه .

ورغم ما يؤخذ على النظريات الطبيعية من عيوب في تبرير الأساس الملزم للقانون الدولي العام فإنها هي التي سيطرت على الأفكار عند أول نشوء ذلك القانون حيث كان لا غنى لهذه البيئة عن الاستعانة بالاعتبارات المحردة في ارساء القواعد الأولى (١) .

(١) ولعل الخلاف المشهور الذي قام بين جروسيوس وسلدن حول حرية البحار هو من الأمثلة النموذجية التي تترجم هذه الحقيقة .

فلما كثرت التجربة الدولية وأثرت الخبرة القانونية بدأت تتضح علامات
الوضعية في الدراسات القانونية الدولية وزكمتها عوامل أساسية ترجع الى تطور
النظام السياسي الذى دخل أوروبا في العصر الحديث (١) كما سبق أن ذكرنا .

وإذا كنا لا نستطيع أن نحدد ميلاد الوضعية على وجه الدقة إلا أن الثابت
أنها ظهرت في حقبة حديثة نسبياً كرد فعل واع ضد النظريات الطبيعية (٢) .

ولكن المحاولات الوضعية فشلت بدورها في إيجاد حل لمشكلة الأساس
الملزوم للقانون الدولى العام اذ انحصرت في وضع صياغات خيالية كما انزلت
بعض أنصارها الى فكرة وجود قانون سابق على ارادة الدولة في ذات الوقت
الذى يؤكدون فيه الترامهم للنطاق الإرادى فحسب .

والواقع أن كلا من الفريقين وان تضمن رأيه جزءا من الحقيقة الا أنه
أغرق في التحمس لفكرته فضاع جانب الحقيقة في غمرة المغالاة .

(١) ذلك أن العلاقة التي كانت تميز الجماعة الدولية الأوروبية في العصر الوسيط هي ارتباط
التنظيمات الدولية بسلطتين علويتين : البابا والامبراطور .

أما العصر الحديث فقد تميز بخلق دول حديثة تتمتع بسلطة مركزية تتصرف باختصاصات
مطلقة في داخل الدولة ولا تخضع لأية سلطة عليا سوى سلطة القانون ، وقد تحررت شيئا فشيئا
من سلطة الأفكار الدينية التي كانت تصبغ العلاقات السابقة . وأظهر وقائع هذا التطور هي معاهدات
وستفاليا سنة ١٦٤٨ التي بدأت سلسلة المؤتمرات الحديثة ، ومعاهدات فيينا سنة ١٨١٥ وباريس
سنة ١٨٧٨ وفرساي سنة ١٩١٩ ثم معاهدات السلام التي أبرمت بعد الحرب العالمية الأخيرة
حيث حصلت التصرفات السياسية الكبرى . ولذا يمكن أن نقول مع ازيلوتى ان القرن الثامن
عشر قد حمل معه :

“ Le passage de traitement fragmentaire de notre science à son traitement
systématique. ”

ازيلوتى - الترجمة الفرنسية ، المرجع السابق - ص ٥

(٢) ومع ذلك فهناك من الفقهاء الوضعيين من لا يستبعد تماما الالتجاء الى القانون الطبيعي
كما سبق لنا ذكره . وقد رأينا أن بعض النظريات الطبيعية والوضعية تشترك في الأخذ بقاعدة
« الملزم عبد التزمه » كأساس للقانون .

Ago — Scienza giuridica e diritto internrzionale, Milano, 1950, p. 16 et s.

فندرس المصدر الطبيعي تجافت الواقع عندما أكدت أن مبادئ القانون الطبيعي هي مصدر القانون الوضعي وهي المقياس الذي نحكم به على القانون الوضعي ، أو عندما اعتبرت أن الاجتماعية أو أن البيولوجية هي مصدر القانون .

كما ابتعد أنصار المصدر الوضعي عن المنطق عندما أكدوا أن الإرادة — فردية كانت أو مشتركة — هي وحدها مصدر القانون (١) أو عندما أقاموا الأساس الملزم للقانون على قاعدة افتراضية .

وإذا كان الأمر كذلك فاننا لا نساير من يقول بأن بحث الأساس الملزم للقانون هو من الدراسات الخارجة عن نطاق مهمة الفقه (٢) لأن هذا يعنى اهمال دراسة نقطة جوهرية في أساس علم القانون .

والذي نرجحه أن صعوبة الوصول الى حل للاشكال هي التي دعت البعض الى أن يريحوا أنفسهم بأسهل الطرق فيصفون الاشكال بأنه خارج عن نطاق الدراسة القانونية (٣) .

كذلك من الأسباب التي دعت الى قصور النظريات التي استعرضناها في الفصل الأول من هذا البحث عن الوصول الى هدفها الصحيح هو عدم حرصها منذ البداية على تحديد مدلول التعبيرات الفنية التي تتناولها ، أي أن

(١) لقد بلغ من اغراق النظريات الوضعية في الأخذ بالشكلية فلا تعتبر من القانون الا ما تفصح عنه ارادة الدولة فحسب: أنها اعتبرت أن كل حرب تعلن بالطرق النظامية حرباً مشروعة أي أنها فضلت الاقرار بحق اعلان الحرب كيزة للسيادة عن أن تلجأ الى معايير اخلاقية قد تضعف مهاجها .

راجع شارل دي فيشر — المرجع السابق — ص ٧٢

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ١٣

(٣) Balladore Pallieri — Diritto internazionale publico, 1946, p. 13 et s.

جانباً مهماً من الفشل له صبغة اصطلاحية . فلو أننا بدأنا أولاً بمحصر مفاهيم الألفاظ لتجنبنا الكثير من الخطأ ولاستطعنا تحديد اطار البحث في وضوح أكثر .

ونرى أن أكثر الالفاظ حاجة الى تحديد مدلولها في بحثنا هما لفظا « قانون » و « مصدر » .

فماذا نقصد بكل من هذين اللفظين وما هو المفهوم الذى نعبه عندما نستعمل أيهما ؟

ان تحديد المقصود بهذين اللفظين هو مفتاح دراستنا الراهنة على ما نعتقد ولذا نبدأ بايضاح كل لفظ منهما على حدة .

تحديد لفظة « قانون » :

كلمة « قانون » كلمة يونانية الأصل (١) دخلت الى العربية عن طريق السريانية (٢) وكان استعمالها فى الأصل بمعنى المسطرة ثم صار بمعنى القاعدة وهى اليوم تستعمل فى اللغات الأوربية بمعنى الشريعة الكنسية ، "Canon law" "Droit canonique"

ومعنى القانون فى لغة العرب « مقياس كل شىء » (٣) ومنه أخذ التعبير العام الذى يطلق على كل قاعدة الزامية فيقال قانون الصحة وقوانين الطبيعة وهكذا (٤) .

(١) Kanôn - راجع الموسوعة الاسلامية تحت كلمة Kanûn .

(٢) جاء فى تاج العروس ج ٩ ص ٣١٥ أن كلمة قانون رومية (يونانية) أو فارسية ، وجاء فى القاموس المحيط أنها سريانية . والأصح فى رأينا أنها يونانية أخذتها اللغة العربية عن السريانية .

(٣) قاموس لسان العرب لابن منظور ج ٧ ص ٢٢٩ ، والقاموس المحيط للفيروزبى

ج ٢ ص ٢٦٩

(٤) بهذا المعنى تكلم الغزالي عن قوانين الحد فى المستصنى من علم الأصول (مصر سنة ١٩٣٧

ج ١ ص ٨) .

أما في الاصطلاح فان فقهاء المسلمين مقلون في استعمال هذه الكلمة إذ يستعملون مكانها كلمات الشرع والشريعة والحكم الشرعى .

وللكلمة اليوم معان ثلاثة :

أولها : يقصد به المدونة Code أو مجموعة الاحكام الشرعية ، فيقال قانون العقوبات وقانون المرافعات والقانون الدولى العام البحرى والقانون القنصلى وهكذا .

ثانيها : يراد به الشرع والشريعة بوجه عام law,droit كقولنا القانون العربى والقانون الهندى والقانون الدولى الامريكى (١) .

وثالثها : تطلق فيه كلمة قانون بصورة خاصة على كل قاعدة من قواعد المعاملات العامة الالزامية (٢) ، فيقال مثلا عن القاعدة التى تحرم تعاطى المخدرات أو القاعدة التى تقر حرية المرور البرىء فى المياه الاقليمية إنها قانون .

والذى نراه أن القانون بمعناه الأول (المدونة) والثالث (القاعدة العامة الالزامية) ليس الا جزءا من القانون بمعناه الثانى (الشرع والشريعة بوجه عام) ومن ثم فصلدها جميعاً - على هذا المفهوم - واحد ، أى أن الاساس الملزم لها جميعاً له تفسير جذرى واحد .

أما اذا نظرنا الى المدونة والقاعدة الالزامية من حيث هى فانها لا تثير اشكالا من حيث المصدر الخاص بها على وصفها لأنها تخضع لقاعدة تدرج التشريع فكل قاعدة تستند فى الزامها الى قاعدة اعلى منها فى تسلسل هرمى تقف عند قمته القواعد الدستورية للجماعة .

(١) وذلك على أساس أنه يجوز أن يكون هناك قانون دولى آخر اقليمى أى مجموعة قواعد دولية تخص منطقة معينة من العالم . ومن الفقهاء الذين دافعوا عن هذه الفكرة العلامة الفاريز .

(٢) استعمل كلمة قانون بهذا المعنى الامام أبو القاسم بن جزى فى كتاب القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية ، طبع فاس سنة ١٩٣٥

وتبعاً فإن مشكلة بحث الصفة الملزمة للقانون في المفهوم الذي تعالجه
دراستنا هذه إنما يعود أصلاً الى القانون في معنى الشريعة العامة ولذا سنقتصر
اهتمامنا على هذا النطاق فحسب .

ان القانون في معناه السالف هو مجموعة قواعد تحدد النشاط الحر
لأشخاصه عن طريق السماح أو المنع أو المنع .

وليس في تعريف القانون على هذا النحو ما يثير جدلاً ذا بال اللهم الا
من ناحية واحدة هي فكرة الجزاء وهل تعتبر من جوهر القانون بمعنى أنه
هل لا بد أن تتوافر لكي توصف القاعدة بأنها قاعدة قانونية أم أن الجزاء
لا يعتبر من جوهر القانون .

لقد تباينت الآراء في هذا الخصوص . فهناك فريق من الفقهاء يرى أن
القاعدة لا تكتسب صفة القانون الا اذا توافر لها الجزاء (١) وقد تغالى
بعضهم فذهب الى انكار صفة القانون على القانون الدولي العام بسبب عدم
وجود سلطة دولية عليا تفرض الجزاء .

اننا لا ننكر الدور الهام الذي يؤديه الجزاء بالنسبة لتأكيد احترام احكام
القانون فهو يعمل على أن تخفى من حياة الجماعة انتهاكات القواعد القانونية
ولذلك لا يوجد الجزاء المنظم الا في جماعة متقدمة تسعى الى توطيد حكم
القانون في محيطها مستعينة في ذلك باجراء وقائي هو الجزاء الذي تمارسه سلطة
منظمة ذات اختصاص بمباشرة .

وعلى هذا يمكن أن نقول إن الجزاء يساهم في كمال القانون ويساعده
على تحقيق أهدافه (٢) ، كما أن تطبيق الجزاء يحدد مضمون القاعدة القانونية

(١) قارن رأى كلسن فيما أوردناه سالفاً حيث يرى ان القانون نظام اكراه . وقارن كذلك
ديجي فعنده أن الجزاء يظهر في شكل رد فعل اجتماعي لا يختلط دائماً بأعمال الاكراه المادى
ولكنه يلعب دوراً رئيسياً في تكوين القانون ذاته لأن القانون يقر الجزاء عند ما تنتهك قاعدة
قانونية ، وهو رأى يعاب عليه أنه يوجد علاقة بين القانون والقوة .

(٢) Louis Cavaré — L'idée de sanction en droit international public.

مجلة القانون الدولي العام سنة ١٩٣٧ ص ٣٨٩ وما بعدها .

على نحو أوضح (١) هذا فضلاً عن أن الجزاء يعطى للقاعدة قيمة علمية ، وقد تبقى القاعدة المحرومة من الجزاء حرفاً ميتاً أى لا تجد سبيلاً الى التطبيق .

ولكن تقديرنا لأهمية الجزاء فى محيط القانون يجب أن يتقيد بمحدوده الصحيحة فلا نضع الجزاء الا فى موضعه الصحيح ذلك أن الجزاء وان ارتبط بالقاعدة القانونية ليعين على سهولة تطبيقها الا أنه لا يختلط بها ولا يعتبر من جوهرها بمعنى أنه ليس شرطاً أساسياً لتوافر صفة القانون بالنسبة للقاعدة بل على العكس فان القانون هو الذى يقيم الجزاء (٢) .

ولانه لمن التناقض أن يكون القانون - بحسب جوهره - ذا طبيعة سلمية (٣) لأن وظيفته أصلاً ليست الاكراه وانما تحديد الانطقة المختلفة لنشاط أعضاء المجتمع الذى ينظمه بطريقة سلمية فهو يفترض أصلاً أن الناس تطيع أوامره وتبعاً فهو يخاطبهم بأحكامه ولا يأتى دور الاكراه الا فى مرحلة تالية . ثم نقول بعد ذلك إن الجزاء - وهو صورة من صور القوة - يعتبر من جوهر القانون .

ان القول بأن الجزاء من جوهر القانون يترتب عليه أنه اذا توافرت القوة المادية لانتهاك أحكام القانون سقط عن القانون وصفه كقانون ، كما أن ربط القانون بالجزاء المنظم معناه اعتبار الدولة وحدها هى مصدر القانون الوضعى وهو رأى غير سليم كما أورينا .

والصحيح - فى رأينا - أن ما يربط فكرة الجزاء بفكرة القانون هو أن كل قاعدة قانونية انما تحوى ضمناً الأمر بأن تحترم بواسطة الوسائل المادية التى تكون فى متناول الجماعة التى تنظمها تلك القاعدة . ولذلك فان ما يجمع

(١) ومثال ذلك الجزاءات التى طبقت فى مسألة كوريا فقد ساعدت على شرح الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة .

(٢) جوفارا - المرجع السابق - ص ١٥٥٠

(٣) وهذه هى نظرية جروسيوس - راجع :

Louis Cavaré — Les sanctions internationales dans le cadre de l'O.N.U.

مجموعة محاضرات لاهاي - سنة ١٩٥٠ ص ١٩٨

بين فكرتى القانون والجزاء هو أنه اذا توافرت لجماعة معينة ظروف تسمح لها بأن تنظم جزاء لحماية قواعد القانون فان عليها أن تسخر جزاءات مادية لخدمة القانون طواعية للأمر الذى تحويه قاعدة القانون ، أما اذا لم تتوافر تلك الظروف فيكفى قيام ذلك الاحتمال الى أن تستكمل الجماعة من التنظيم ما يسمح لها بفرض الجزاء .

وفى معرض الكلام عن الجزاء نحب أن نفرق بين الجزاء والفعالية effectivité كما نحب أن نفرق بين الجزاء والالزام obligation بالنسبة لمفهوم القاعدة .

نعنى بالفعالية بالنسبة للقاعدة أنها مطبقة فعلا فى العلاقات المتبادلة بين أعضاء المجتمع .

أما الزام القاعدة فمعناه أن أعضاء المجتمع يعتقدون أنهم ملزمون باتباع ما تقضى به أحكام القاعدة .

وكل من الفكرتين - الفعالية والالزام - مستقلة فى مدلولها عن الأخرى اذ قد تتوافر احدها للقاعدة دون أن تتوافر الأخرى . فقد يعتقد أعضاء الجماعة ان قاعدة ما ملزمة لهم ولكنها لا تطبق فعلا فى علاقاتهم المتبادلة كما قد يسرون على قاعدة معينة دون أن تكون لديهم العقيدة بأنها ملزمة .

على هدى ما سبق نرى أن قاعدة السلوك تصبح قاعدة قانونية اذا ما توافرت لها أركان ثلاثة هى أن تكون :

١ - ذات فعالية أى مطبقة فعلا .

٢ - ملزمة أى أن تطبيقها يأتى عن طريق الاعتقاد العام - سواء فى صورة تشريع أو عرف - بأنها واجبة الاحترام .

٣ - قابلة للجزاء المادى أى أنها تحوى أمرا بأن يحمى ما تتضمنه من تنظيم بجزاء مادى عندما تتوافر وسيلة ذلك . وكما قلنا فان الاحتمال وحده

يكفى لتكامل عناصر القانون ولا يهم مطلقاً إذا ما وجد هذا الاكراه فعلاً أم لا ما دام أن عدم قيام الجزاء مرجعه عدم توافر وسيلته للجماعة (١) .

وإذا طبقنا المعايير التي وضعناها لتحديد لفظه « قانون » نجد أن ما تسميه المدرسة التقليدية بالقانون الطبيعي ليس قانوناً في المعنى الذي نفهمه في دراساتها الفقهية (٢) على أساس أنه قانون مثالي يفتقر الى العناصر الثلاث التي أسلفناها أما إذا قصد به قواعد تطبق فعلاً ويلتزم الأشخاص باحترامها فانه عندئذ يكون قانوناً في المعنى الذي حددناه وهنا لا يقوم أى مبرر ولا تتوافر أية فائدة لوصفه بأنه قانون طبيعي .

وتبعاً فالقانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الجماعة الدولية بطريقة فعالة ملزمة ويمكن أن يحميها جزاء مادي اذا توافر (٣) .
وفي نطاق هذا التعريف سنبحث فكرة مصدر القانون .

على أننا نرى قبل الانتقال الى تحديد مدلول لفظه « مصدر » ان نلفت النظر الى تفرقة فكرة القانون بوصفها مجرد عن النظام القانوني بوصفه التطبيقي .

اننا نقصد بالقانون كفكرة مجردة تلك الحقيقة الطبيعية الثابتة في كل زمان مكان وهي أن لكل مجتمع قانوناً ينظم نشاط أعضائه أو بتعبير آخر نقصد الفكرة كمعنى في ضمير أعضاء الجماعة .

(١) قارن :

P. Cuche — Pour une meilleure terminologie juridique, archives de philosophie du droit, 1937, 1, p. 203

(٢) قارن :

Ubrich Scheuner — L'influence de droit interne sur la fondation du droit international,

مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٣٩ عدد ٦٨ ج ١ ص ١٥٨

(٣) قارن :

Giorgio del Vecchio - Il concetto del diritto, 1906

أما القانون كقواعد فهو الأحكام التي تخاطب أشخاص القانون وتنظم نشاطهم (١) .

وحتى نزيد مقصودنا توضيحاً نقول إن الثابت هو حاجة كل مجتمع الى قانون أى أن فكرة القانون - من حيث هي وبغض النظر عن تحقيقها بقواعد - تعتبر ضرورة لكل مجتمع وظاهرة طبيعية لازمة لقيام ذلك المجتمع فهي عنصر من عناصر الطبع الاجتماعى الانسانى .

واذن فالقانون من حيث هو فكرة يعتبر حقيقة لازمة لكل مجتمع بحيث اذا قلنا قانوناً استتبع ذلك حتماً توافر مجتمع واذا قلنا مجتمعاً تضمن ذلك تبعاً ولزماً وجود قانون ، وهي فكرة طبيعية شأنها في ذلك شأن أية ظاهرة طبيعية في المجتمع مثل الهواء والماء وغير ذلك من ظواهر الطبيعة التي لاغنى عنها لقيام المجتمع والتي تكون في مجموعها العناصر الفردية التي يجب أن تجود بها الطبيعة لضمان حياة ذلك المجتمع .

أما قواعد القانون فهي تشخيص لفكرة القانون أو بعبارة أخرى هي الصورة المادية التي يرسمها أعضاء المجتمع لتحديد سلوكهم ونشاطهم بطريقة ملازمة لانها عبارة عن الاحكام التي يستقر عليها أعضاء المجتمع ويعترفون لها بصفة الالتزام تحقيقاً للفكرة المستقرة في ضمائرهم وهي ضرورة القانون لمجتمعهم .

(١) ذلك أنه لكي يثبت الطبع المدنى أو الاجتماعى للانسان لابد من توافر مجموعة عناصر يتكون عن تحقيقها هذا الطبع ، ومن بين تلك العناصر استقرار فكرة القانون في ضمير الانسان . وقد عبر ابن خلدون عن تلك الحقيقة بقوله : " ان الاجتماع الانسانى ضرورى . ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدنى بالطبع أى لابد له من الاجتماع الذى هو المدنية في اصطلاحهم ، وهو العمران .. وان الواحد من البشر غير مستقل بتحصيل حاجاته في معاشه .. وأن البشر لا يمكن حياتهم ووجودهم الا باجتماعهم وتعاونهم على تحصيل قوتهم وضروراتهم . واذا اجتمعوا دعت الضرورة إلى المعاونة واقتضاء الحاجات ومد كل واحد منهم يده الى حاجته التي يأخذها من صاحبه ، لما في الطبيعة الحيوانية من الظلم والعدوان بعضهم على بعض ويمانهه الآخر عنها .. فيقع النزاع المفضى الى المقاتلة .. فاستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم يزع بعضهم عن بعض " .

راجع مقدمة ابن خلدون ، المطبعة الهيئة ، مصر - ص ٣٥ ، ١٤ ، ٣ ، ١٦٢ ، ١٦٣

والمثل يوضح ما نقول : فحاجة الانسان الى الأكل كى يعيش هي فكرة مستقرة فى ضمير المجتمع وظاهرة طبيعية ولذلك يحرص الناس على أن يتبلغوا بما يقيم أودهم وذلك بأكل ما هو لازم لحياتهم فيتناولون أنواعاً من الطعام تتفق والبيئة التى يعيشون فيها والعمل الذى يؤدونه .

وفى المثل الذى سقناه حاجة الانسان الى الطعام هي فكرة وهي تقابل فى رأينا السالف القانون كعنى ، أما الطرق التى يمارسونها لحفظ حياتهم عن طريق المأكل فهى قواعد تحقق الفكرة وهي تقابل فى رأينا قواعد القانون .

أما العلاقة بين القانون كفكرة والقانون كقواعد فسنحددها فيما بعد .

تحديد لفظة « مصدر » :

للفقهاء مذاهب شتى فى تفسير معنى كلمة « مصدر » ولعل أكثرها شيوعاً قولهم بأن القاعدة القانونية لها نوعان من المصادر (١) مصادر طبيعية غير مباشرة توحى بها وتستمد منها القاعدة روحها وسبب وجودها كضرورات الحياة من اجتماعية واقتصادية وغير ذلك ، ومصادر وضعية مباشرة تستمد منها القاعدة مظهر وجودها وكيانها الخارجى . وهناك من يستند فى تفسير المصدر الى الوضع القائم - وهو الرأى الوضعى - فىرى أن الرضا هو المصدر الوحيد المباشر للقانون الدولى أما غيره فن مصادر الاستدلال .

وأخرون يستندون الى موضوع المصدر - وهو الرأى الموضوعى - ولذلك يميزون بين المصادر المنشئة للقواعد القانونية (وهى المصادر الحقة للقانون) والمصادر الشكلية لهذه القواعد (وهى وسائل الاعراب عن قواعد القانون أى المعاهدات الدولية والعرف الملزم) (٢) .

(١) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ١٩

الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٧٩

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٢٨

ونحن لا نقر التقسيم الأول الذى يقسم المصادر الى طبيعية غير مباشرة ووضعية مباشرة ، فهو قد جعل من المصدر غير المباشر جماعا لعناصر قد تتنافر ، ومثال ذلك أنه اعتبر مبدأ العدالة مصدراً غير مباشر وفي ذات الوقت اعتبر أن ضرورة تنظيم العلاقات الدولية مصدر غير مباشر كذلك مع أن فكرتى العدالة والضرورة قد لا تتفقان عملا فاذا تعارض المصدران فكيف تنشأ القاعدة .

كذلك وصف المصدر المباشر بأنه مصدر وضعى ووصف المصدر غير المباشر بأنه مصدر طبيعى وهو بذلك جمع بين الفكرتين الوضعية والطبيعية دون تنسيق وتحديد وتعرض بذلك لما وجهناه من مآخذ على كل من الفكرتين.

أما الذين يستندون فى تفسير المصدر الى الوضع القائم أو الى موضوع المصدر فهؤلاء يسايرون منطقهم فى تحديد الاساس الملزم للقانون وقد سبق لنا أن ناقشنا هذه الآراء تفصيلا فى الفصل الأول من بحثنا وأوضحنا قصورها لذلك سنسير فى تحديد مفهوم كلمة « مصدر » على طريقتنا الخاصة .

وعندنا أن لكلمة مصدر معنيين أصليين :

فهى قد تدل على منبع الشئ والأساس المنشئ له أو القوة الخالقة ، وبهذا المعنى نقول إن الله هو مصدر الحياة .

وهى قد تعنى الدليل المثبت أو المحقق ، وبهذا القصد نقول أن القلب مصدر الحياة .

وتستعمل لفظة « مصدر » فى الفقه الإسلامى بالمعنيين السالفين فيقال إن مصدر الشريعة الاسلامية سماوى (بمعنى أساسها المنشئ) كما يقال إن مصدر الشريعة الاسلامية هو القرآن والسنة . الخ (بمعنى دليلها الشرعى) (١).

(١) راجع المحامى صبحى محمصانى - فلسفة التشريع الإسلامى - طبعة سنة ١٥٠ ص ١١ -

وكلمة « مصدر » على المعنيين السالفين قد تكون ذات مفهوم مثالي ، وقد تكون ذات مفهوم واقعي وقد تكون ذات مفهوم شكلي . ونرى أن نوضح تلك المفاهيم كمقدمة لتحديد الفكرة في القانون الدولي العام .

نعني بالمفهوم المثالي مفهوماً معنوياً يفسر المصدر على أنه بداية مطلقة ليست بحاجة الى تبرير . والمصدر بهذا المعنى لا يقوم بالنسبة للقانون من حيث هو قواعد لأن النظام القانوني يجب أن يكون له تبريره الاجتماعي والاقتصادي . الخ (١) . ودراسة المصدر بهذا المعنى لها صبغة لاهوتية لأنها تثير مسألة العلاقة بين العقل وخالق الحياة وحافظها باعتبار أن خالق الحياة هو البداية المطلقة .

على أن المفهوم المثالي وان انتفى بالنسبة للقانون كمقواعد فانه قائم بالقياس الى القانون كفكرة لأننا في هذه الحالة نعالجه كفكرة معنوية مجردة . واذا أردنا أن نحدد المصدر المثالي للقانون كفكرة نجد أن نقطة البداية لكل اعتبار متعمق فيه هو تحقيق العدالة التي تعتبر - كما قال أفلاطون - المهمة الأولى للانسان وللمدينة polis (٢) . ذلك أن فكرة العدالة حقيقة معنوية سابقة في الوجود على كل الظواهر الاجتماعية الخاصة ، إنها فكرة تعمل في كل الظواهر الاجتماعية وتكون منطق التصرف الواعي فيها ولذلك فإنها تسمو في النهاية على كل البقاء الاجتماعي . فلا غرابة بعد هذا أن نقول إن القانون كفكرة انما هو مستوحى من فكرة العدالة (٣) .

(١) فنحن لا نقر القول بأن القانون يجد تبريره في نفسه لأن هذا القول ينتهي الى الاقرار للقواعد التحكيمية بصفة القانون .

راجع :

A. G. Comte - *Système de politique positive*, Iv, appendice, 30. partie, p. 102

Erich Kauffmann - *Règles générales du droit de la paix*. (٢)

مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٣٥ عدد ٥٤ ص ٤٥٩

(٣) قارن مونتكيو - الفصل الأول من كتابه « روح القوانين » حيث قال :

“ Avant qu'il y eût des lois faits, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent en defendant les lois positives c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux.”

ووسيلة التعرف على العدالة هي العقل (١) ، لأن العقل هو الذى يجعلنا نفهم الطبيعة ونتخذ منها موضوعاً للدراسة والبحث وهو المعيار الذى نستعين به للحكم موضوعياً على ما هو صحيح أو غير صحيح ، أو بتعبير آخر على ما هو عادل وما هو غير عادل .

والذى يترتب على قولنا هذا بالنسبة لفكرة القانون هو :

١ - ان القانون كمعنى ليس ظاهرة نفسانية اذ رغم أنه فكرة تفتعل فى نفوسنا فان عقلنا هو الذى يتعرف عليها كمعنى يسمو على الضمير الفردى ، ذلك أن العقل الموضوعى انما يكشف عن نفسه فى الضمائر الشخصية البشرية التى تساهم فيه والتى تعلقو على شخصيتها الخاصة على حسب درجة مساهمتها لكى تحصل فى نطاق هذه المساهمة على خاصية التعرف على أفكاره .

٢ - ان فكرة القانون ليست مجرد ترجمة للوقائع الاجتماعية فى قواعد وانما هى أعلى من تلك الوقائع وهى التى تحكم عليها .

واذ أن فكرة القانون تصدر عن فكرة العدالة وهى الغاية التى يسعى النظام القانونى الى تحقيقها فان العقل هو وسيلة التعرف عليها .

ونظراً لأن فكرة العدالة - كمعنى - فكرة ثابتة فى كل زمان ومكان كما قلنا فطبيعى أن العقل البشرى اذا توافرت له ذات الظروف يسعى الى تحقيق العدالة بذات المظهر . ومن هنا توجد أحياناً مبادئ موحدة هى فى ذاتها - أى بطبيعتها - ليست ثابتة فى كل زمان ومكان ولكن قد يتوافر لها الانتشار والثبات حقبة من الزمن بوصفها المفهوم الموضوعى الذى تعارف عليه العقل البشرى لفكرة العدالة فى النظام القانونى ، مثال ذلك مبدأ تعويض الفرد الذى يتسبب بدون وجه حق ومبدأ حماية الأمن والسلم الدوليين ، فالأول

(١) قال تعالى فى سورة البلد " وهديناه النجدين " فدل بذلك على أن العقل هو وسيلة للتعرف على الخير والشر وما هو عادل وما هو غير عادل .

يوجه القانون الداخلي الخاص والثاني يوجه القانون الدولي العام (١) . وسنورد فيما يلي توضيحاً أكثر . لذلك نستطيع أن نقول إنه وإن كانت فكرة العدالة في ذاتها واحدة لا تنقسم — لأن العدالة العليا تختلط عند الخالق الأعلى بالحكمة العليا والحب الأعلى — إلا أن الأمر يختلف بالقياس للناس فالعدالة والحكمة والحب بالنسبة لهم فضائل متميزة ، وعلى هذا فإن فكرة العدالة — رغم عدم قابليتها بطبيعتها للانقسام — إنما تكشف لنا عن نفسها في أشكال مختلفة يمكن أن نجمع ملاحظتها الأساسية في التقسيمات التالية :

(أ) العدالة التبادلية Commutative والعدالة التوزيعية distributive (٢)

كان أرسطو هو أول من ميز بين هذين النطاقين من العدالة .

فالنطاق الأساسي للعدالة التبادلية هو الملكية الخاصة والعقود والمبادئ التي تحكم هذا النطاق هي الضمير التعاقدى Foi Contractuelle ، واحترام الحقوق المكتسبة بطريق نظامي Respect des droits dûment acquis وهي مبادئ ليست بحاجة إلى تشريع لإقرارها لأنها من المبادئ التي تعارف عليها العقل البشري ولا زال يقربها كقواعد أساسية تصلح في عمومها لأن تحقق فكرة العدالة في مختلف الأنظمة القانونية . ولذلك فإنها تطبق تلقائياً ما لم يوجد نص صريح يخالفها .

ويوجد بجانب هذا النطاق نطاق آخر حيث تملئ المصالح الخاصة وضع مبادئ معينة وهنا لا بد من النص الصريح على هذه المبادئ حتى يمكن السير

(١) قارن

Gitta - La renouaiton du droit international sur La base d'une communauté juridique du genre humain, 1919.

ويرى أن ما يعتبر عادلاً هو الأهداف والتصرفات اللازمة موضوعياً لنظام وأمن وحفظ وتطور جماعة الجنس البشري . والأخذ بهذا الرأي فيه تعميم يضيق عليه غموضاً يسمح لكل بأن يدرج تحت التعريف ما يهوى .

(٢) كاوفان — المرجع السابق — ص ٤٦٢ وما بعدها .

عليها وهذا النطاق هو ما يسمى بالعدالة التوزيعية ، ولذلك تعتبر العدالة التوزيعية هي المهمة الرئيسية للسلطة التشريعية .

(ب) العدالة التقاصية *compensatoire* والعدالة الانتقامية *vindicative* :

مهمة العدالة التقاصية هي تأكيد الحفاظ على المساواة في القانون بمعنى تحقيق التعادل بين التصرفات المتقابلة حيث أن النشاط الاجتماعي يسبب سوء توزيع القيم ويخل بالمساواة ، كما في حالة جريمة مثلاً فإنها إذا سببت ضرراً للمال يحكمها مبدأ التعويض العيني فإذا تعذر كان التعويض نقدياً .

وتتميز العدالة التقاصية من العدالة الانتقامية رغم قيام الاثنين - من حيث الأساس - على الفكرة المشتركة للمقاومة في أن المقاصدة التي تهدف إليها العدالة الانتقامية تتغاضى عن الضرر الذي أصاب الكيان العام للمجتمع فتعاقب المسمى ، والمبدأ الذي يسيرها هو إيجاد تناسب بين فعل المسمى والعقاب . ولكن هذا التناسب ليس تناسباً حسابياً لأنه يأخذ بعين الاعتبار القاعدة المنهكة وصفة الأشخاص المذنبين .

(ج) العدالة الاجرائية *procédurale* والعدالة الدستورية *constitutionnelle* :

لا تقف العدالة عند موافقة التصرفات للمبادئ، بل تستلزم كذلك أن تتم تلك التصرفات طبقاً لاجراءات معينة ، فالضمير القانوني لا يرضى الا اذا استندت التصرفات الى اجراءات عادلة ولذلك يبطل الاجراء الذي لا يراعى تلك الاجراءات .

واذا كانت مهمة العدالة الاجرائية تنظم الاجراءات بقدر الامكان على أساس تحقيق المساواة بين أطراف تصرف معين ، فان العدالة الدستورية تعمل على توزيع وظائف وسلطات الجماعة ولذا فان مبدأ المساواة يضعف في نطاق العدالة الدستورية عنه في نطاق العدالة الاجرائية .

والمبادئ التي تحكم العدالة الدستورية هي حق التوجيه والتصديق والرفض والشورى بغرض التوجيه وممارسة بعض النفوذ .

أما وقد استعرضنا أهم الأشكال التي تكشف العدالة عن نفسها فيها فإننا نحب أن نوضح أن ما أسلفناه من تفسير لفكرتي العدالة والقانون لا يعنى أننا نعتد المذهب التقليدى لمدرسة القانون الطبيعى بل نحن نختلف عنه من ناحيتين رئيسيتين :

الأولى : اننا لا نقر بوجود مبادئ قانونية عامة ثابتة فى الطبيعة ويقوم العقل البشرى باكتشافها لتحقيقها فى القانون الوضعى وتكون لها العلوية على القواعد الوضعية ، بل ولا نعترف بوجود مبادئ قانونية طبيعية ، ذلك أن الاقرار بوجود فكرة العدالة كمعنى طبيعى لا يعنى أن هذه الفكرة مكونة من مبادئ معينة وأحكام محددة على العقل أن يكتشفها ، وانما هى فى تصورنا معنى مجرد يهتدى اليه العقل ويستقر فى الضمير البشرى فى شكل مجرد ، أما تحقيقها بمبادئ وضعية فلا يعنى أن هذه المبادئ كانت فى الأصل قانوناً طبيعياً لأن تشخيص فكرة العدالة المجردة فى صورة مادية كقواعد تختلف باختلاف الزمان والمكان وان صح أن يتشابه هذا التشخيص أو يعم وأن يستمر حقبة قد تطول أو تقصر بسبب تشابه الظروف وتمائل الأحوال ، ولكن هذا التوحيد هو وليد المصادفة البحتة ولا يرجع الى طبيعة التشخيص فى ذاته .

ومن ثم فإن المظاهر المختلفة التي عرضنا لها فيما سلف لمفهوم العدالة بحسب منطق عقلنا الراهن يمكن أن تتغير مستقبلا اذا ما دعت الى ذلك ظروف الزمان والمكان ، كما أن بعضها لم يكن فيما مضى على ذات الصورة التي عرضناها .

الثانية : مرتبة على الأولى فنحن لا نعتبر فكرة العدالة مصدراً لقواعد النظام القانونى وانما هى الغاية التي يرمى اليها النظام القانونى والهدف الذى تسعى قواعده الى تحقيقه . وفكرة العدالة - وهى معنى مجرد - ولدت فكرة القانون - كعنى مجرد كذلك - الا أنها ليست مصدراً للقواعد القانونية التي تحكم سلوك الجماعة فعلا ، ذلك أن كل ما لفكرة العدالة من أثر هو أنها

ثبتت في ضمير الناس عن طريق عقولهم فكرة ضرورة اقامة قواعد قانونية ملزمة لتنظيم سلوكهم ، أما فحوى هذه القواعد فلا يصدر عن العدالة وانما يتغيا العدالة ، وتبعا فالعدالة بالنسبة لهذه القواعد ليست مصدراً وانما هي هدف أى أنها معيار يمكن به الحكم على سلامة وصلاحيه القواعد اذ طبعى أن تتحدد تلك السلامة بمدى تحقيق الهدف .

ولذلك نقول إن فكرة العدالة ترتبط بقواعد النظام القانونى برابطة السبب بالمسبب وليس برابطة المصدر بالأثر . وهناك فرق بين فكرتى السبب والمصدر في الدراسات القانونية ، فالسبب هو الغرض المباشر أو هو بتعبير آخر الجواب عن سؤالنا لماذا نلتزم (١) . أما المصدر فقد سبق لنا توضيح معناه .

وبدهى كذلك أن السبب ليس هو الارادة وانما هو الغرض المباشر الذى تتجه اليه الارادة فهو ليس عنصراً من عناصر الارادة يتوحد معها بل هو عنصر متميز عنها . ولكن نظراً لأن الارادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه الى سبب ، أى دون أن ترمى الى غرض تهدف لتحقيقه ، فان السبب وان تميز عن الارادة فهو متصل بها اتصالاً وثيقاً ، فحيث توجد الارادة يوجد السبب ولا تتصور إرادة لا تتجه الى سبب الا اذا صدرت عن غير وعى كارادة المحنون . ولما كانت الارادة لا يعتد بها الا اذا صدرت عن وعى وتميز فان الارادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

(١) راجع محمد عبد الرازق السهوى - الوسيط في نظرية الالتزام ج ١ ص ١١٩ ، ٤١٣ ، ٤١٤ . ويتكلم فقهاء القانون المدنى عن السبب في معرض حديثهم عن عناصر الالتزام العقدى ، فالسبب عندهم لا يكون عنصراً في كل التزام بل يقتصر على الالتزام العقدى ، أما الالتزام غير العقدى فإنه لا يقوم على ارادة الملتزم لا يترك مجالاً للبحث عن السبب . ومعنى هذا أن فكرتى السبب والارادة مرتبطتان ، فعندما تكون الارادة هي مصدر الالتزام لا بد أن يقوم سبب لهذا الالتزام . وسنرى فيما بعد أن مصدر التزام أشخاص القانون الدولى العام بقواعده الوضعية هو ارادتهم الشارعة ، ومن ثم فنحن لم نخرج عن النطاق الذى تصوره المدنيون اذا أخذنا بفكرة السبب ونحن بصدد تفسير التزام أشخاص القانون الدولى بالقواعد الدولية الوضعية مادام أنها ذات مصدر ارادى .

وإذا رجعنا الى المثل الذى سقناه من قبل نجد أن فكرة الابقاء على الحياة هي سبب القواعد التى يسير عليها الناس في مأكلهم ومشربهم وملبسهم ، ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد . كذلك فكرة العدالة هي سبب للقواعد التى تنظم سلوك أعضاء المجتمع ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد .

ومن ثم يمكن أن نخلص الى الحقائق الآتية :

١ - القانون - كفكرة مجردة - بمعنى أنه فكرة تمثل معنى فقط هو لزوم قيام قواعد تنظم سلوك المجتمع (دون تفصيل أو حتى احوال لفحوى تلك القواعد) يعتبر فكرة طبيعية أى عنصراً من عناصر قيام المجتمع في كل زمان ومكان . ولذلك قلنا فيها سلف إن الفوضى في مجتمع ما هي عدم العدالة .

٢ - مصدر القانون - كفكرة مجردة - أى أساسه المنشئ هو فكرة العدالة ، أما مصدره بمعنى الدليل المثبت له فهو العقل البشرى (١) .

٣ - القانون - كفكرة مجردة - ليس مصدراً للقواعد القانونية الوضعية وإنما هو كفكرة العدالة التى هي منبعه - سبب هذه القواعد .

٤ - ما دام أن فكرة العدالة هي سبب القواعد القانونية والغاية التى تهدف تلك القواعد الى تحقيقها فان مدى صلاحية تلك القواعد يقاس بمقدار تحقيقها لتلك الغاية ، واذا تجردت القواعد القانونية من العدالة تماماً فانها تفقد سببها وتبعاً تنتفى عنها صفة القانون .

بقى علينا بعد ما أوضحناه عن المفهوم المثالى للفظ « مصدر » أن نتقل لتوضيح مفهومها الواقعى (٢) .

واضح أننا نقصد بالمفهوم الواقعى معنى يختلف تماماً عن المفهوم المثالى فقد رأينا أن المفهوم المثالى ذو صبغة أيديولوجية تدور في نطاق معنى خالص ، أما المفهوم الواقعى - كما يستفاد من اسمه - فيدور في النطاق

(١) نحن لا نقصد بالعقل المنطق فحسب وإنما نعنى به كل مقومات الذكاء البشرى .

(٢) سبق أن قلنا إن لفظاً مصدر لها مفهوم واقعى وهذا هو المعنى الذى نوضحه في المتن .

المادى الملموس ، ولذلك فان مصدر القانون الوضعى هو المصدر بمعناه
الواقعى وذلك بوصف أن كلا من القانون الوضعى والمصدر بمعناه الواقعى
هما فكرتان ماديتان فمن المقبول منطقيا أن ترتبط الفكرتان برابطة مصدرية
وذلك على خلاف المصدر بمفهومه المثالى ، فهو فكرة معنوية خالصة ،
وقد يكون من غير المقبول منطقيا أن نربط بينها وبين القانون الوضعى -
وهو حقيقة مادية - بعلاقة مصدرية .

والآن ما هو المفهوم الواقعى لكلمة « مصدر » ؟ نجهد لذلك بتوضيح
أن الفكرة الغالبة فى فقه القانون الداخلى تسير على أن السيادة مصدرها الأمة
أى أن ارادة الشعب هى مصدر السلطات (١) . واذا كان اصدار القانون
مظهراً من مظاهر ممارسة السيادة الداخلية ، فعنى ذلك أن مصدر القانون
هو ارادة الشعب أو بتعبير آخر ارادة أعضاء الجماعة الداخلية . ويباشر
هؤلاء الأعضاء حقهم فى اصدار القانون بشكل مباشر عن طريق العرف
أو بشكل غير مباشر عن طريق الجهاز الذى يفوضونه باصدار التشريع .
ومن ثم فالعرف قانون يصدر عن الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة بطريق
مباشر والتشريع قانون يصدر عن تلك الارادة بطريق غير مباشر .

ونحن لا نرى ما يمنع من نقل ذات الفكرة الى محيط الجماعة الدولية
فنعتبر أن الارادة الشارعة لأعضاء تلك الجماعة هى مصدر القانون الدولى
معنى أنها هى منبعه وأساسه المنشئ ، أما العرف والمعاهدات فمصدر له
فى معنى الدليل المثبت والمحقق .

وفكرتنا هذه تسير ظروف مجتمع يؤمن بنظرية السيادة الأمر الذى يبعدها
عن الواقع الملموس لو أننا نشدنا الأساس المنشئ للقانون فى غير الارادة
الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية . ولذلك يمكن أن نقول إن المصدر بمعناه
الواقعى يعنى الارادة الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية .

(١) الدكتور محسن خليل - النظام الدستورى - ص ٢٠

ان الثابت هو عدم وجود مشروع دولى بالمعنى الصحيح ، أى أن الجماعة الدولية لم تعرف بعد جهازاً يختص باصدار التشريع الدولى ولا ينتظر أن تعرف هذا الجهاز خلال تطور قريب . والثابت كذلك أن هناك قواعد تحكم السلوك الدولى ويجب أن توصف بأنها قانون ، وأن هذه القواعد تتخذ صورة عرف أو معاهدة (أو غير ذلك من الصور على خلاف بين الفقهاء) .

ومن ثم فإذا أردنا ألا نجافى الواقع الجارى فعلينا أن نقر بأن مصدر القانون الدولى العام وأساسه المنشئ هو الارادة الشارعة لأشخاصه (١) .

ونحن نقصد بالارادة الشارعة الارادة التى تعبر عن السلطة وذلك تمييزاً لها عن الارادة العادية وهى التى تعبر عن الرغبة . وقولنا هذا لا يعنى أن لشخص القانون ارادتين بل هى ارادة واحدة تختلف تسميتها بحسب النية التى توجهها ، فان صدرت عن نية ممارسة السلطة فهى ارادة شارعة ، وان صدرت عن نية تحقيق رغبة عادية فهى ارادة عادية .

والقول بأن الارادة الشارعة هى مظهر السلطة يقودنا الى التساؤل عما اذا كان جميع أشخاص القانون الدولى العام يتمتعون بارادة شارعة ، أم أن هذه الارادة قاصرة على بعض هؤلاء الأشخاص دون البعض الآخر ؟

للإجابة على هذا التساؤل نرى أن نحدد أولاً من هم أشخاص القانون الدولى العام (٢) .

(١) اذا كانت هذه الفكرة هى السائدة فى القانون الداخلى فانها تعتبر - فى رأينا - الزم بالنسبة للقانون الدولى العام .

(٢) فكرة الشخصية القانونية الدولية أو بتعبير آخر تحديد أشخاص القانون الدولى العام محل جدل فقهي كبير لا مجال لتفصيله فى هذا البحث ، ونحن انما نستعرضها فى عجلة كتوضيح سريع فى حدود ما نراه لازماً لهذه الدراسة .

لعل أول من عنى من الفقهاء بدراسة الشخصية القانونية الدولية دراسة متعمقة هو الفقيه الايطالى أنزيلوتى (١) الذى انتهى الى أن الشخصية القانونية تفصح عن العلاقة بين وحدة معينة وبين نظام قانونى معين ، فان من مخاطب بأحكام قانون معين يعتبر شخصاً من أشخاص ذلك القانون . وقد رتب أنزيلوتى على ذلك أنه لا يوجد شخص قانونى بطبيعته ، وانما يوجد الشخص القانونى بفعل النظام القانونى وفى النطاق الذى يرسمه ذلك النظام (٢) .

وعلى هذا فان أشخاص القانون الدولى العام هم من مخاطبون بأحكام ذلك القانون . ورغم الترحيب الذى قوبلت به نظرية أنزيلوتى فانها لم تخفف من حدة الخلاف الذى قام بين الفقهاء حول تحديد من هم المخاطبون بأحكام قانون الشعوب ولذلك تعددت النظريات فى هذا الخصوص .

كانت النظرية الراجحة فى القرن التاسع عشر تقصر الشخصية الدولية على الدول ذات السيادة فحسب (٣) ، ولكن النظرية قوبلت بدخول الدومينيون عصابة الأمم فاضطر بعض أنصارها الى تعديلها والقول بأن كل دولة - سواء كانت ذات سيادة أم لا - يمكن أن تكون شخصاً من أشخاص القانون الدولى (٤) .

وقد ذهب رأى الى أبعد من هذا ، فأضاف البابا والمنظمات الدولية الى الدول ، وجمع البعض الى هؤلاء الفرد كذلك ، وتطرفت نظرية فقصرت الشخصية الدولية على الفرد فحسب واعتبرت أنه هو وحده المخاطب بأحكام

(١) أنزيلوتى - المرجع السابق - ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) راجع فى معيار الشخصية الدولية - الدكتورين حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٦٧ وما بعدها .

J.G. Bluntschli — Le droit international codifié, trad. française de Lardy, (٣) 4e. éd., Paris 1886, p. 64.

L. Oppenheim — International Law, 7e. éd. ,par H. Lauterpacht, 1948, (٤) pp. 113, 114.

القانون الدولي العام (١) لأن الدولة ليست سوى خلق صناعي ينتهي تحليله الى وحدة أفراد هم في الحقيقة المخاطبون بأحكام القانون .

ومن المناقشة السريعة للنظريات السابقة يتضح لنا أن قصر الشخصية الدولية على الدول وحدها هو مجافاة للواقع لأن القانون الدولي العام لم ينحصر فقط في العلاقات بين الدول فحسب بل هناك أحكام دولية تخاطب البابا (وهو ليس دولة في ذاته) ، كما أن المنظمات الدولية أصبحت - منذ الحرب العالمية الأولى - هي الأخرى مخاطبة بأحكام القانون الدولي العام (٢) . ولذا نرى أن النظرية التقليدية لم تعد صالحة .

كما أن الرأي (٣) الذي يجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولي العام يتعارض هو الآخر مع الحقيقة لأن قصر الشخصية الدولية على الفرد وانكارها على الدولة يعنى أن الجماعة هي مجموعة أفراد فحسب في حين أن الدولة ليست مجرد مجموعة من الأفراد ارتبطوا ببعضهم البعض بروابط من الحقوق والواجبات والأمر والخضوع ، بل هي كذلك مجموعة من الناس تسيطر عليهم فكرة هدف أسمى هو سبب هذه الوحدة وهو الذي يحدد المراكز المتقابلة داخل النظام الاجتماعي . وهذه الحقيقة من النظام السيكولوجي والأخلاقي والقانوني هي التي تكون الدولة وتجعل لها الحق في أن تتمتع بشخصية قانونية في الداخل والخارج أى سواء في نطاق العلاقات الداخلية حيال المواطنين أو في النطاق الدولي . ولذا لا نقر النظرية التي تجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولي ، ونرى أن الأفراد اذ يبرمون اتفاقات دولية انما يتصرفون باعتبارهم أجهزة للشخص القانوني الذي يتمتع بالشخصية القانونية (٤) .

(١) B. Akzin — Membership of the Universal Postal Union, 1933, pp. 138-140.

(٢) قازن - الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٥٧

(٣) N. Politis — Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux.

(٤) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٢٥ ج ٦ - ص ٣-٩

لا جدال في أن الدول كانت ولا زالت ذات دور مسيطر في الحياة الدولية ولكنها ليست هي وحدها التي يخاطبها قانون الشعوب ، ولذا وجب أن نعرف بالشخصية الدولية لهؤلاء المخاطبين .

ويدق الأمر بالنسبة للفرد عند تطبيق المعيار الذي وضعه أنزيلوتو وذلك بسبب الأوضاع الدولية الحالية ، وتفصيل الأمر أن الفرد وان كان لا يكتسب الحقوق ولا تفرض عليه الالتزامات الدولية عادة الا عن طريق دولته (١) الا أن هناك بعض الحالات التي لا نخطيء اذا قلنا إن القانون الدولي العام قد خاطب فيها الفرد مباشرة .

وقد أورد سيجال (٢) مثلين لمعاهدات جعلت من الفرد شخصاً تخاطبه أحكام القانون الدولي العام مباشرة . أولهما أنه في سنة ١٩٠٧ - إثر الحرب بين هندوراس ونيكاراجوا - عقد مؤتمر للسلام في واشنطن حضره ممثلو جمهوريات أمريكا الوسطى الخمس ، وقد أقر ذلك المؤتمر عدة اتفاقات أحدها في ٢٠ ديسمبر وينص على إقامة محكمة عدل لهذه الدول في كرتاجو بكوستاريكا . وقد سمح نظام تلك المحكمة لرعايا الدول المتعاقدة برفع الدعوى مباشرة ضد أية دولة من دول أمريكا الوسطى . أما المثل الثاني (٣) فهو ما جاء في معاهدات السلام سنة ١٩١٩ اذ أقيمت محاكم تحكيم مختلطة لبحث

(١) وقد دعي هذا بعض الفقهاء الى انكار الشخصية القانونية على الفرد لا سيما أولئك الذين يفهمون المخاطبة بقواعد القانون على أنها مخاطبة شكلية (جورج مانز - النظرية المادية للفرد في القانون الدولي - المجلة الأمريكية للقانون الدولي ، عدد يوليو ١٩٥٢ - ص ٤٢٨ وما بعدها) .

مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٢٩ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) Schulim Segal- L'individu en droit international positif, thèse, Paris, 1932, p. 42 et s et p. 73 et s.

(٣) ذكر الدكتور غانم - المرجع السابق ، هامش ص ٢٩٤ - ان الأستاذ ميركين جيتز قتش يقرر أن ميثاق الأمم المتحدة قد أتى بفكرة جديدة مقتضاها الاعتراف بشخصية محررة للانسان بعد أن كانت علاقته بالقانون الدولي تأتي عن طريق الدولة ، كما أن الميثاق قرر ضرورة احترام حقوق الانسان .

المتعلقة بخسائر الحرب ونصت م ٢٩٧ من معاهدة فرساي - والنصوص
المقابلة لها في معاهدات السلام الأخرى - على أن للأفراد الحق في أن يتقدموا
الى هذه المحاكم مباشرة بما لهم من طلبات ضد دولة أجنبية . ومن ثم يمكن
أن نعرف للفرد في بعض الحالات بالشخصية الدولية .

بعد هذا العرض السريع نعود الى سؤالنا وهو تحديد أشخاص القانون
الدولي العام الذين لهم حق خلق قواعد القانون بارادتهم الشارعة .

وأول ما نحب أن نقرره في هذا الخصوص أن اقرارنا للفرد بالشخصية
الدولية لا يعنى عندنا الاعتراف له بارادة شارعة خالقة لأحكام القانون
الدولي العام . ولكن كيف يفسر هذا القول ؟

يمكن أن نستعين في توضيح رأينا هذا بفكرة هانس كلسن (١) في أن
أشخاص القانون الدولي العام الذين يتمتعون بحق التعاهد تجمعهم خاصة مميزة
هي أنهم يكونون جماعات قانونية ، ذلك أن حق التعاهد - أى حق ابرام
المعاهدات الدولية - هو صورة من الصور التي تهمننا هنا ويمكن أن نقيس
عليها لأن المعاهدات الدولية هي احدى المصادر الاثباتية للقانون الدولي
الوضعي وتبعاً فن له حق التعاقد يكون له أصلا ارادة شارعة .

ونحن نستعير من قول كلسن هذا فكرة الجماعة القانونية التي جعلها
شروطاً يميز أشخاص القانون الذين لهم حق التعاهد . فاذا عممنا هذا الشرط
بالنسبة لقواعد القانون الدولي الثابت منها في شكل مكتوب والثابت منها
في شكل غير مكتوب ، استطعنا أن نحدد من لهم ارادة شارعة من أشخاص
القانون الدولي العام . وعلى ذلك نقول إن أشخاص القانون الدولي العام
الذين يتمتعون بالارادة الشارعة هم الذين يكونون جماعات قانونية .

واذ أن تكوين جماعة قانونية يحتاج الى تنظيم سياسى واختصاص تشريعى
أو لوائحي ، فان هذا يربط الارادة الشارعة بالاختصاص التشريعى بمعنى

Hans Kelsen : Contribution à la théorie du traité international.

(١)

أن الإرادة الشارعة لا تتوافر إلا لدى أشخاص القانون الدولي العام ذوى الاختصاص التشريعى (١) . وعلى هذا المعيار لا يملك الفرد - فى النطاق الدولى - ارادة شارعة لأنه وان جاز أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام إلا أنه يفتقر الى خاصية التنظيم والاختصاص التشريعى .

وربما كان هذا الرأى فى حاجة الى مزيد من التوضيح بالنسبة للمنظمات الدولية (٢) اذ قد يبدو عند النظرة الأولى أن هذه المنظمات ليست مزودة باختصاص تشريعى ، ولكننا لو دققنا النظر لوجدنا أن هذه المنظمات تتمتع باختصاصات تشريعية لأغراض ادارية داخلية ، ومن الأمثلة على ذلك القوانين الادارية التى أصدرتها عصبة الأمم كنظام موظفى أمانة العصبة ونظام محضرى محكمة العدل الدولي الدائمة ، والحال مماثلة بالنسبة للأمم المتحدة . وهكذا يبين أن المنظمات الدولية هى من أشخاص القانون الدولي العام الذين يتمتعون بارادة شارعة .

ونخلص من كل ما سلف الى أن المصدر المنشئ لقواعد القانون الدولي العام هو الإرادة الشارعة لأشخاص هذا القانون فيما عدا الفرد على أساس تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية .

أما مصدر قواعد القانون الدولي العام - بمعنى الدليل المثبت والمحقق - فهو العرف والمعاهدات (والمبادئ العامة للأمم المتعدية وغير ذلك من مصادر يعددها الفقهاء على خلاف بينهم فى تحديدها) .

(١) ومن ثم فإن الجماعات التى تتمتع باختصاص ادارى تنفيذى فحسب ولا يكون لها اختصاص تشريعى لا تملك تبعاً ارادة شارعة فى المعنى الذى نقصد اليه وعلى ذلك فان المقاطعات الايطالية التى تتمتع حالياً باستقلال ادارى ذاتى - ومحافظات الاقليم الجنوبى من الجمهورية العربية المتحدة - ليست لها ارادة شارعة .

(٢) راجع الدكتور محمد حافظ غانم - المنظمات الدولية سنة ١٩٥٨ ص ٥٤ ، ٥٥ . وهناك رأى بأن المنظمات تتمتع بالأهلية الدولية وليس بالشخصية الدولية ، أما نحن فنرى أن الأهلية خصيصة من خصائص الشخصية لأن الأهلية هى مكنة استعمال الحقوق والالتزام بالواجبات ، وهذه المكنة لا تتوافر إلا تبعاً لتوافر الشخصية التى هى صلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

وقولنا هنا لا يدخلنا في زمرة مدارس المصدر الوضعي بالمعنى
الذى أسلفناه لأنه يتجنب ما سبق أن وجهناه من انتقاد الى تلك المدارس .

فهو أولاً لا يربط بين القانون والقوة لأنه لا يجعل القانون احتكاراً
للدولة بل يسمح لارادات أخرى بأن تساهم في خلق قواعده وهى ارادات
أشخاص القانون الدولى العام الآخرين (عدا الفرد) (١) .

كما أنه يبرر كيف أن القانون يصدر عن ارادة أشخاص القانون الدولى
العام ومع ذلك يلزمهم ، ذلك أن الارادة الشارعة تحكم الارادة الخاصة
وتبعاً فما يصدر عن أشخاص القانون الدولى العام من تصرفات طبقاً لارادتهم
الخاصة يجب أن يكون متفقاً مع التنظيم الذى رسمته ارادتهم الشارعة ،
ثم ان القواعد القانونية محكمة بالسبب الذى صدرت من أجله وهو تحقيق
فكرة العدالة . وقد سبق أن أوضحنا أن فكرة العدالة تقضى بأن تكون
القواعد القانونية التى تخلقها الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة ملزمة لهم .
ويمكن أن نقول - مع التشبه بفكرة هانس كلسن عن الهرم القواعدى -
إن كافة قواعد النظام القانونى تشكل فى هرم تغلفه فكرة العدالة - وهذا
هو الذى يفسر صفة الالتزام التى للقواعد القانونية حيال أشخاص القانون
رغم أنها من خلق ارادتهم الشارعة لأن فكرة العدالة تعلو على ارادة أشخاص
القانون وتحكم عليها وتشكل المنطق الواعى فيها وهذا هو ما يمكن أن نسميه
مبدأ المشروعية الذى يقضى بأن القانون وان صدر عن الدولة الا أنه يلزمها
كذلك .

ولا يقتصر دور العدالة على تفسير الصفة الملزمة لقواعد النظام القانونى
فحسب بوصفها سبب تلك القواعد بل انها تحكم كذلك على قواعد هذا
النظام - كما سبق أن ذكرنا - من حيث أن كل قاعدة لا تحقق العدالة
تعتبر قاعدة فاقدة لسببها وتبعاً يسقط عنها وصف القانون .

(١) وتبعاً فان ارادة البابا - بوصفه الرئيس الأعلى للكنيسة ورئيس دولة الفاتيكان -
وارادة المنظمات الدولية يمكن أن تكون ارادة شارعة .

وحرى بنا أن نؤكد أننا لا نساير بهذا قول فقهاء القانون الطبيعي بوجود قواعد من القانون الطبيعي يجب أن يتوخاها القانون الوضعي ، وأن القانون الوضعي إذا خالفها كانت قواعده فاسدة لأننا سبق أن أنكرنا وجود قواعد قانونية طبيعية وإنما الذى نقصد اليه أن لكل مجتمع حاجاته وظروفه الاجتماعية ، وتبعاً فان مهمة القانون هي تحقيق العدالة على هدى من تلك الحاجات والظروف . ولما كانت الحاجات والظروف تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن الى زمن فان المفهوم العقلي للعدالة قد يشخص قواعد القانون العادلة على نحو يختلف باختلاف الزمان والمكان اذا اختلفت الظروف والحاجات ، أما اذا تشابهت فبديهى أن هذا المفهوم سيكون متاثلاً كذلك ، على أن هذا التوافق فى القواعد القانونية وثباتها لا يعنى أنها مبادئ طبيعية عامة لكل زمان ومكان ، وإنما هو نتيجة لواقعة قابلة للتغيير ألا وهي توافق حاجات وظروف هذه المجتمعات خلال فترة زمنية معينة .

وعلى هدى ما سبق نستطيع أن نقرر الحقائق التالية :

١ - أن الارادة الشارعة للدول وللبابا والمنظمات الدولية هي المصدر المنشئ لقواعد القانون الدولى العام (١) .

٢ - ما يصدر عن هذه الارادة يلزم أشخاص القانون الدولى العام تحقيقاً لسبب هذه القواعد وهو فكرة العدالة واستناداً الى مبدأ المشروعية .

٣ - أن الأحكام التى تتضمنها قواعد القانون الدولى العام يجب أن تهدف الى تحقيق العدالة وذلك يقرره المفهوم العقلي للفكرة على هدى من حاجات كل مجتمع وظروفه ، ولذا فقد يختلف مفهوم هذه القواعد من مجتمع الى آخر أو من زمن الى زمن وقد يتفق مع واقع الحال (٢) .

(١) قارن جوجنهايم - شرح القانون الدولى ، المرجع السابق - ص ٤٨ من الجزء الأول .

(٢) نلاحظ أن مشكلة الأساس الملزم للقانون فى معنى المصدر المنشئ لا تثور بالنسبة للشريعة الاسلامية ، ذلك أن الشريعة الاسلامية عند المسلمين هي ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم ، كما جاء فى الآية الكريمة من سورة الشورى : " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى " وقوله تعالى فى سورة المائدة : =

بقي في الكلام عن المصدر أن نشرح مقصودنا بالمصدر في مفهومه الشكلي . اننا نغني بمدلول المصدر الشكلي الأدلة التي يحددها المشرع للقاضي كي يتحرى منها قواعد القانون .

والمصدر في هذا المفهوم لا يكون الا دليلاً مثبتاً أو محققاً فلا يقوم المعنى المنشئ بالنسبة للمصدر الشكلي^(١) لأننا أوضحنا فيما سبق أن المصدر المنشئ لقواعد القانون هو الإرادة الشارعة ، ومن ثم فان هذه الإرادة الشارعة تملك تحديد الأدلة التي تثبتها وتحققها .

والمثل البارز الذي يمكن أن نسوقه في النطاق الدولي للمصدر بمفهومه الشكلي هو نص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل – الملغاة والحالية – ويقرر أن على المحكمة أن تطبق :

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الدول المتمدينة .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم .

ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون مع مراعاة أن الحكم لا يكون له قوة الالتزام الا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع

= "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" وفي سورة الباقية : "ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون" فالشارع الأول اذن هو الله عز وجل الذي أنزل مبادئ الشريعة الاسلامية بما فيها من دين ومن قضاء أو أحكام قانونية . أما القرآن والسنة والاجماع والقياس وغير ذلك من أصول التشريع الاسلامي فهي الأدلة الشرعية ، أي المصادر المثبتة والمحققة للشريعة الاسلامية .

(١) هناك فريق من الفقهاء يرون أن القضاء مصدر من مصادر القانون الدولي .

الذى فصل فيه . على أن هذا لا يخل بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك .

ونرى من المناسب الآن أن نجمع رأينا عن مصدر القانون الدولي العام في ايجاز حتى تظهر الفكرة في صياغتها المتأسكة (١) .

(١) قارن ما جاء في الجزء الأول من الكتاب الذى نشره Majid Khadduri and Herbert J. Liebensy بعنوان *Law in the Middle East* الفصل الخامس عشر عن القانون الدولي الإسلامى تحت عنوان *Nature and Sources of Law* ٣٥١-٣٥٢ ونصه :

The Islamic law of nations, as part of the Shari'ah, may be regarded as an effort to rationalize the relations of a society with the outside world in which chaos and conflict predominated. The aspiration was order. In the same way that natural law was regarded as the ideal legal order consisting of the general maxim of right and justice, so was Islamic law looked upon as the ideal system designated by God, the author of Nature, for the Muslims. Man cannot make law, for the Shari'ah, as a divine law, tolerates no other law than its own. Just as natural law exists in nature, to be discovered by reason, so the Shari'ah as an Islamic natural law, was revealed to, or "discovered" by, the Prophet Mohamad. In the basis of Muhammad's revelations and Traditions the law was later developed by the jurist theologians who made use of analogy and consensus for the interpretation and elaboration, if not for the "discovery", of derivative laws. In theory the source of law is Allah, the head of the Islamic State, who alone is the fountain of right and justice. Man can only obey, and in his attempt to consummate his obedience to law he realizes his religious ideal. Divine law is infallible. It includes dogma as well as social and political rules, for in the Islamic State, the religious and the political are not separate aspects of life. Law has the character of a religious obligation, at the same time it constitutes a political sanction of religion.

The divine law, it is held, existed in a complete heavenly book which was revealed piecemeal to the Prophet Muhammad. But his flow of divine legislation was not possible after Muhammad's death, since the caliphs ever not entitled to communicate with the divine legislator. The need for further legislation, however, was pressing as the Islamic State was rapidly expanding and new situations necessarily arose. New sources of law had to be used, if the State was to continue its relations with the outside world. The Muslim jurist theologians undertook the matter and developed the so-called *fiqh* or muslim jurisprudence. The doctors of *fiqh* did not, in theory, make new law, they only developed a system which enabled them to deduce derivative laws from the Qur'an, the sunna, and such other sources as analogy and consensus which were accepted by the various schools of law. In the early conduct of the Islamic State opinions of the caliphs as well as their practices ever often allowed as rules of international law, but such rules were regarded valid as law only after they were sanctioned by tradition, analogy or consensus.

رأينا هو أن قواعد القانون الدولي العام من خلق الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي - عدا الفرد - وهم حالياً الدول والبابا والمنظمات الدولية .

والارادة الشارعة مقيدة في نشاطها هذا بفكرة العدالة التي ترتبط بها برابطة المسبب بالسبب ، وبمجرد أن تصدر قواعد القانون وطالما أنها تتمتع بالفعالية تلزم جميع أشخاص القانون الدولي العام . ونظراً لأن هذه القواعد يجب أن تحقق العدالة ، والعدالة في نطاق الجماعة الدولية هي بحسب المفهوم الحالى لها تحقيق السلم والأمن الدوليين ، فان القواعد التي لا تنغيا هذه العدالة يكون مقضياً عليها وتعتبر غير صالحة .

ولا يهم لتوافر صفة القانون لهذه القواعد قيام جزء مادي يحميها أولاً ما دام أنها تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، وما دام أن عدم اقرارها بجزء مادي مرجعه عدم توافر الوسيلة لذلك بعد . فاذا توافرت امكانية تحقيق جزء مادي للقاعدة وجب اعمال ذلك الجزء حماية للقاعدة واستكمالاً للشكل الفنى للنظام القانوني .

ورأينا السالف وان جمع بعض أسسه من النظريات التي استعرضناها فيما سلف سواء منها مدارس المصدر الطبيعي أو مدارس المدرس الوضعي فانه - فيما نعتقد - يتلافى بقدر الامكان المآخذ الجوهرية التي سبق أن وجهناها لتلك المدارس جميعا ونحاول التوفيق بين النواحي الصحيحة فيها على نحو منطقي . والذي نحب أن نؤكد به هذه المناسبة أن رأينا يتفادى النقد الذي يوجهه بعض الفقهاء لنظرية ارادة الدولة وهو أن القانون وجد في صورة

= Analyzed in terms of the modern law of nations, the sources of the Islamic law of nations conform to the categories defined by modern jurists and the statute of International Court of Justics, namely agreement, custom, reason, and authority. The Qur'an represents the authoritative source of law, the sunna is equivalent to custom, rules expressed in treaties with non muslims fall in the category of agreement, and the opinions of the caliphs and jurists, based on legal deduction and analogy, may be regarded as reason. Such opinions, fatwas, or decisions had great influence in the development of the law.

عرف في الجماعات البشرية الأولى قبل أن يوجد المشرع بالمعنى الصحيح بل وقبل أي تنظيم حقيقي لسلطة الجماعة (١) ، فكيف مع هذا يقال إن القانون ينبع من ارادة الدولة ، أو بتعبير آخر ان ربط القانون بارادة الدولة يخالف الواقع التاريخي اذ وجد القانون في عصر سابق على قيام الدولة .

واضح أن هذا النقد لا يقوم حيال نظريتنا لأننا لم نربط القانون بالدولة ولم نقل بأن القانون من خلق ارادة الدولة بوصفها دولة وانما بوصفها عضواً في الجماعة الدولية ، ولذلك لم نقصر مهمة خلق القانون على ارادة الدولة وحدها بل قلنا إن الارادة الشارعة لكل من البابا (٢) والمنظمات الدولية يمكن أن تخلق قواعد القانون كذلك . وتبعاً فكما أن القانون الداخلي وجد تاريخياً بوجود الأعضاء في الجماعة وكان خلقاً مصدره ارادة أعضاء تلك الجماعة فكذلك القانون الدولي وجد بوجود الجماعة الدولية وهو من خلق الارادة الشارعة لأعضائها الذين يملكون تلك الارادة . ولا تغالى اذا قلنا بعد هذا التوضيح إن النقد السالف الذي يوجه الى المذاهب الارادية ان لم يكن يؤكد مذهبنا ويذكره فهو على الأقل لا يعارضه .

Yvoun Guet : La coutume en droit constitutionnel interne et en Droit (١)
constitutionnel international, 1932, p. 41.

(٢) البابا نشاط مزدوج فهو عندما يتصرف بوصفه رئيساً لدولة الفاتيكان يعقد اتفاقات تماثل الاتفاقات التي ترتبط بها الدول الأخرى ، مثال ذلك الاتفاق بين البابا واطاليا بشأن النقد والمبرم في ٢ أغسطس ١٩٣٠ وانضمام دولة مدينة الفاتيكان الى اتفاق البريد العالمي باستكهم بناء على مذكرة البابا المؤرخة في ٢٥ مايو ١٩٢٩ فهذه كلها اتفاقات ذات صفة زمنية ، أما اذا تصرف بوصفه الرئيس الأعلى للكنيسة الكاثوليكية فانه يعقد اتفاقات دينية .

وهي أيضا تخضع لأحكام القانون الدولي العام - راجع :

Jean Hubes : concordats : Le droit de conclure des traités internationaux.

الفضل الثالث

في

تحديد العرف ومكانه في القانون الدولي العام

العناصر التي يتكون منها العرف :

لم يتفق الفقهاء على العناصر التي يتكون منها العرف ، ويرجع اختلافهم الى عدم قبولهم لتعريف موحد للعرف .

ولكن أغلب الفقهاء يجمعون على أن العرف هو « مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الالتزام القانوني(١) » .

ومن هذا التعريف الغالب يتبين أن العرف يتكون من عنصرين هما(٢) :

١ - عنصر مادی *cousuetude* يتكون من تكرار ممتد ومستمر لذات الوقائع الخارجية .

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٣١ - وفي معرض تعريف العرف قال N. Negulesco الذي كان قاضياً بمحكمة العدل ، في الرأي الاستشاري رقم ١٤ الصادر بشأن اختصاص اللجنة الدولية للدانوب ما نصه :

La coutume internationale... n'a pu se produire car il n'y a ni faite répétée depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune.

وقارن بذات المعنى التعريف الذي قال به :

R. Capitant au Conference Stage des Avocats au Conseil d'Etat.

والمشور في Gazette du palais 20—21 février 1950.

(٢) Charles Rousseau — Droit International Public, 1953, p. 64, 65.

٢ - وعنصر نفساني - أو معنوي - *opinio juris sive nessesitatis* ويتكون من الاعتقاد بالصفة الملزمة للعادة (التي خلقت بتوافر العنصر المادي). وتتولى كلا من العنصرين بمزيد من التوضيح .

العنصر المادي :

نقصد بالعنصر المادي - كما أسلفنا - التكرار الممتد المستمر لذات التصرفات .

والفقهاء الذين يشترطون توافر هذا العنصر يستلزمون لقيامه ضرورة تحقيق العناصر الآتية :

١ - أن يكون التكرار بواسطة الأجهزة المختصة في الدولة . مثال ذلك ما حصل أثناء الحرب العالمية الأولى بشأن الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر ، فقد أوضح الأستاذ Eugène Borel (١) أن هذه الجمعيات التي تكونت في كل دولة قد ترتب على سلوكها أن نشأ عرف يعطى لهذه الجمعيات حق الاستعلام عن الأسرى والقيام بتسليم وتسلم المراسلات والطرود الموجهة إليهم أو منهم وهكذا ، وقد علق على ذلك بأنه ما كان لمثل هذا العرف أن يتكون لولا تدخل الأجهزة المختصة في كل دولة .

٢ - يجب أن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمراراً من حيث الزمن ، ذلك أن العرف يستند الى رأى عام ، وتبعاً فلا بد أن يكون التطبيق عاما بمعنى أن يكون الاقرار بقاعدة العرف مجرداً من كل اعتبار خاص ، ونحن لا نعني بهذا أن العرف يجب أن يكون دائماً ذا صفة عالمية وانما نقصد العمومية بالنسبة للنطاق الاقليمي الذي يطبق فيه ، ذلك أن العرف قد يكون نتاج ظروف أو اعتبارات خاصة بعدد معين من الدول أو بمنطقة محددة من العالم ، وهنا تنقيد به تلك الجماعة أو المنطقة (٢) . كذلك لا تعني

(١) Eugéns Borel : L'organisation internationale de la Croix rouge,

مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٢٣ ج ١ ص ٥٩١

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٣

العمومية أن تمارس جميع الدول ذات التصرف في الحالات المماثلة بل يكفي أن تكون ممارسة التصرف صادرة من أغلبية أعضاء الجماعة الدولية ، لأن العمومية ليس معناها الإجماع (١) .

أما الاستمرار الزمني فإنه ليس من السهل توضيح المقصود به ولكنهم يقولون به بوصف أن هذا الاستمرار يدل على أن العرف قد أصبح مقبولاً أو بتعبير آخر أنه ينسجم مع الفكرة المسيطرة .

ولم يذكر القضاء كثيراً عن هذا العنصر ولكننا نستطيع أن نسوق مثالا لذلك من حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الذي أصدره القاضي Gray في قضية Paquette Habana إذ قال ما ترجمته : « طبقاً لعادة قديمة بين الدول المتمدينة قديمة منذ بضعة قرون وقد نصجت على التدرج في قانون الشعوب ... (٢) » .

٣ - أن يكون التكرار متعلقاً بواقعة إيجابية positive ، وطبعي هنا أن الواقعة الإيجابية لا تثير اشكالا ، ولكن السؤال يثور بالنسبة للامتناع ، هل يجوز أن يكون الامتناع الركن المادى للعرف ؟

لا جدال في أن هناك حالات يعتبر التصرف السلبي فيها بمثابة موافقة ، ومثال ذلك التصرفات السلبية بالنسبة لما يمس السيادة الإقليمية من قرب فهنا يأخذ الموقف السلبي حكم الموقف الإيجابي . ويذكر بعض الفقهاء مثالا لذلك العرف الذي سمح بالمرور البريء للسفن الحربية الأجنبية في المياه الإقليمية فقد تكون عن طريق عدم اعتراض الدول على ذلك .

على أنه يجب ملاحظة أن تطور القانون الدولي يترتب عليه صعوبة تحديد الحالات التي يمكن فيها أن يعتبر التصرف السلبي بمثابة موافقة لأنه كلما

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٣٤

(٢) قضية Moore's Digest, Paquette Habana ، ج ١ ص ٨ وسرى فيما بعد أن شرطى العمومية من حيث المكان والاستمرار من حيث الزمان - شأن باقي شروط الركن المادى - هي وسائل للتأكد من قيام العرف وإثباته وليست عناصر لازمة لتوافره .

محددت أحكام القانون الدولي العام كلما صعب الاعتراف للامتناع بصفة اثباتية ، وهذا أيضاً هو الميل الذى تتجه اليه الدول حالياً فهى عادة لا تجبذ منح الامتناع صفة الموافقة القانونية لأن موقفها السلبي كثيراً ما يرجع الى اعتبارات من المناسبة وليس الى رغبتها فى عدم الاعتراض أو الموافقة الضمنية .

وقد تعرضت محكمة العدل الدولية الدائمة لبحث ما اذا كان الامتناع يكون العنصر المادى فى العرف أم لا وذلك فى منازعة اللوتس حيث كان عليها أن تقرر ما اذا كان امتناع الدول باستمرار ، وعلى سبيل التكرار ، عن محاكمة قبطان السفينة المسئول عن حادث تصادم بحرى فى البحر العام أمام محاكمها الوطنية قد كون قاعدة عرفية تحتفظ بحق المحاكمة فى تلك الحالة لدولة العلم ، وانتهت المحكمة الى أن تلك الحالة لم تكون بعد قاعدة عرفية (١). أى أن المحكمة قبلت مبدأ أن التصرفات السلبية يمكن أن تكون العنصر المادى فى العرف الدولى ولو أنها رأت فى الحالة المعروضة عليها أن تكرار الامتناع لم يكن قد وصل بعد الى تكوين عرف دولى فى هذا الخصوص . على أن المحكمة تحفظت فى رأيها اذ اعترفت للامتناع بدور فى تكوين العرف بشرط أن *été motivé par la conscience d'un devoir* (٢). أى أنها استلزمت أن يقترن الامتناع بالعنصر المعنوى . ولذلك يتردد الفقه فى الاقرار للامتناع بصفة اثباتية فى الأمور التى تدخل فى النطاق التقديرى *compétence discrétionnaire* للدولة وفى هذا يقول جورج سبيل :

(١) راجع حكم المحكمة الصادر فى ٧ سبتمبر ١٩٢٧ - مطبوعات المحكمة. Serie A; No 10.

(٢) راجع فى ذلك :

J.L. Brierly : Criminal competence of States, committee of Experts for the Progressive Codification of Public International Law, League of Nations, 1926, v. 7, p. 2.

وقد لاحظ أنه ليس من السهل أن نستنبط الأساس الذى تقيم عليه الدولة عملها من تطبيق تسير عليه فى أمورها القضائية :

Since we cannot safely argue from the fact that it assumes jurisdiction only in certain cases that it regards these cases as the only ones in which the assumption of jurisdiction would be legitimate".

En ce cas, les simples abstentions ne nous paraissent pas probatoires des actes positifs seraient nécessaires pour fonder la coutume⁽¹⁾.

٤ - يجب أن يتعلق التكرار بتصرف ذي صفة دولية إذ أن العرف اعراب عن ارادة الدولة (أو غيرها من أشخاص القانون الدولي) وذلك عن طريق اتيان تصرف مادي وضعى فى معنى الفكرة العامة .

على أن الأمر لا يبدو سهلا عملا ذلك أن تصرف الدولة له مظهران : مظهر داخلى ومظهر خارجى ، فلو فرضنا مثلا أن الدولة أصدرت تشريعا داخليا يحوى مبادئ من القانون الدولي العام ، فهل يعتبر ذلك بمثابة تصرف ذي صفة قانونية دولية أم لا ؟ الذى نراه أن تكرار هذا النص فى تشريعات الدول المختلفة يجعل التصرف ذا صفة دولية على نحو ما سنوضح عند الكلام عن المبادئ العامة فى قوانين الدول المتمدينة وعلاقة العرف الدولي بها (٢) .

٥ - يجب أن يقوم التكرار على أساس التبادل (٣) . ومن ثم فإن الأعمال المتماثلة التى تأتىها دولة من جانبها لا تكون عرفا ولا تقيده هذه الدولة ، ولذلك فإن غالب العمل الدولي يجرى على أن الدول التى تتجاوز تشريعاتها الداخلية الحدود التى رسمها القانون الدولي العام بمعنى أن تشريعاتها الداخلى يسخو عن القانون الدولي العام ويمنح امتيازات أكثر - يجرى العمل الدولي على أن تلك الدول لا تلزم بتطبيق هذه النصوص حيال الدول الأخرى وليس للدول الأخرى أن تتمسك بهذه النصوص فى منازعاتها مع الدول صاحبة مثل ذلك التشريع (٤) . وقد ثارت تلك المسألة عدة مرات فى العمل

(١) G. Scelle — Précis de droit des gens. ٣٠٩ ص ٢ ج

(٢) وقد ذكر القاضى الأمريكى Strong فى الحكم الذى صدر باسم المحكمة العليا الأمريكية فى منازعة Scotige سنة ١٨٧١ - وهى تتعلق بتصادم بحرى - أن كثيرا من العادات التى لها قوة التشريع اليوم ذات أصل فى النصوص التشريعية لدولة واحدة مثل القانون الرودى الذى كان

فى بدايته قانونا لجزيرة رودس - راجع : Moore's Digest, t. 1, p. 3.

(٣) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢١

(٤) الريع شوينر - المرجع السابق - ص ١٦٨

الدولى ، ونسوق مثلاً لها فى منازعة الالاباما اذ أرادت الولايات المتحدة أن تؤيد وجهة نظرها بقانون انجلىزى صدر سنة ١٨١٩ بدعوى أن هذا القانون يعطى للحكومة البريطانية أن تضع الالاباما تحت الحراسة فى الوقت المناسب ، ولكن المذكورة البريطانية دفعت هذا الادعاء بأنه غير مبرر ولا مقبول (١) .

وتبعاً لشرط التبادل يرتب بعض الشراح أن الدول المتمدينة لا تتقيد بقواعد عرفية فى علاقاتها بالدول الهمجية غير المتمدينة ما دام أن هذه القواعد العرفية نشأت فى نطاق العالم المتمدين (٢) .

على أن شرط التبادل لا يعنى - كما سبق أن أوضحنا - ضرورة أن تجمع كل الدول على تكرار السلوك اذ يجوز أن تقوم قاعدة العرف بين عدد معين من الدول دون اعتراض من الدول الأخرى وعندئذ يتوافر العنصر المادى للعرف بالقياس الى الجماعة الدولية ، كما أن بعض القواعد العرفية قد تدعو إليها اعتبارات خاصة بمجموعة معينة من الدول فلا تتقيد بها سوى هذه المجموعة فحسب (٣) .

(١) Moore's Digest t. 1, p. 567 et s.

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٢ ، ٢٣ ونحن نؤيد ما ذهب اليه من أن قصر تطبيق تلك القواعد على الدول المتمدينة فيما بينها قد يكون فيه كثير من التعصب والتعسف لأن مبادئ العدالة والانسانية ليست وفقاً على هذه الدول ، وإنما هى الجنس البشرى عامة .

(٣) مثال ذلك مذهب توبار الذى يمنع من الاعتراف بالحكومات التى تنتج عن انقلاب أو تقوم إثر ثورة ، فهو لا يصلح الا لدول أمريكا الوسطى فحسب . كذلك قد تدعو ظروف استثنائية الى الخروج عن حكم العرف فى حالة فردية ، ومثال ذلك اقرار محكمة العدل بسلامة المرسوم الملكى النرويجى الذى صدر سنة ١٩٣٥ ، وذلك فى منازعة المصايد بين النرويج وبريطانيا التى حكم فيها بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٥١ رغم مخالفته للقواعد العرفية فى ذلك الخصوص .

على أننا يجب ألا نفهم من وجود عرف خاص أو استثناء حالات فردية من حكم عرف عام لظروف استثنائية أن هذا يطن فى فكرة توافر قواعد عرفية لأن هذه الاستثناءات ترجع الى أسباب فنية فحسب تحاول أن تستبعد عناصر عدم المساواة التى قد تحويها القاعدة العرفية عند تطبيقها تطبيقاً عاماً .

وعلى هذا يمكن أن نقول إنه يشترط لتوافر العنصر المادى فى العرف أن يأتى التكرار عن طريق الجهاز المختص بالنسبة لشخص القانون الدولى العام ، وأن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمرارا من حيث الزمان ، وأن يتعلق بواقعة وضعية ، فى خصوص تصرف ذى صفة دولية ، على أساس التبادل .

ويضيف فريق من الشراح الى هذا الركن المادى - وهو العادة أو التكرار - ركناً معنوياً هو أن تكون قد تكونت عند الدول عقيدة أن السير على مقتضى النظام الذى رسمته العادة قد أصبح واجباً قانوناً .

والعنصر المعنوى - من حيث الزمن - يسبق العنصر المادى فالعقيدة هى التى تعمل قبل الواقعة المادية وهى التى تعطى السبب والتأكيد (١) .

وعلى ذلك فالتكرار أو العادة لا يكفى وحده لخلق قاعدة عرفية بل لابد من توافر العنصر المعنوى أى اعتقاد من يأتى هذه التصرفات بأنه إنما ينفذ التزاما أو يمارس حقاً . وتبعاً لو أن حكومة ما أعفت الممثلين الدبلوماسيين المعتمدين لديها من الضرائب وذلك على سبيل المحاملة ، فإن تكرارها لهذا الاعفاء لا يكون بذاته قاعدة عرفية اذ لابد لى تكتسب العادة قوة ملزمة من أن تصدر عن عقيدة أنها ذات صفة ملزمة .

ويصف بعض الفقهاء الركن المادى للعرف بأنه الزاوية السياسية للعرف من حيث أنه هو التحقيق التاريخى للعرف ، كما يصف الركن المعنوى بأنه الزاوية القانونية للعرف بوصف أنه هو الذى يضى المشروعية على العرف . ونظراً لأن كلا من الزاويتين متميزة عن الأخرى ولا تعارضها - عند من يشترطون توافر العنصرين من الفقهاء - فإن هذا الفريق يرى أن العرف يضعنا أمام مظهر من أهم مظاهر التصرف الذى يجمع بين القوة والقانون (٢) .

Grégoire Gianni — La coutume en droit international, p. 133. (١)

(٢) وقد عبر عن ذلك Westlake — فى كتابه — International Law, vol. I. p.322 بقوله :

If each of their proceedings be considered separately, the ratification subsequently conceded to it by the States affected saves it from being a substantial breach of=

وينكر بعض الفقهاء ضرورة توافر العنصر النفساني لقيام العرف مكتفياً بتوافر الركن المادى فحسب (١) وذلك استناداً على أن اثبات توافر العقيدة صعب ان لم يكن مستحيلاً (٢) ، هذا فضلاً عن أنه لا يوجد أى معيار نستطيع أن نعتبره لتحديد أية الظواهر النفسانية هي التي يمكن أن تضافى على التصرفات الخارجية صفة العرف .

وربما كانت هذه الصعوبة هي سبب أن محكمة العدل أغفلت في الغالبية الكبرى من أحكامها الاشارة الى العنصر المعنوى ولم تتعرض له الا في النادر من أحكامها .

أما نحن فنرى أن الركن المعنوى أو النفساني هو العنصر الوحيد الذى يجب توافره لقيام القاعدة العرفية ، أما الركن المادى فليس عنصراً من عناصر تكوين القاعدة العرفية ، ولكنه قد يتخذ كوسيلة إثبات أى أنه ان جاز أن يكون له دور فهو اثباتى بحت وليس دوراً جوهرياً ، فالعادة

= their equality and independence, leaving it open only to the charge of a want of courtesy in manner. It stands as an example of political action, not be condemned if just. But when such proceedings are habitual they present another character. They then carry the connotation of right which by virtue of human nature accretes to settled custom, and the acquiescences of the smaller powers in them loses the last semblance of independent ratification"

(١) أنظر : Sornsen : Les sources du droit international 1946, p. 198 et ss.

(٢) Pitt Cobett في كتابه Leading cases on international Law, vol. 1. p. 5

شبه تكوين العرف بالتكوين التدريجي لطريق عبر أرض غير مهدة ذلك أننا نشهد في البداية آثاراً متفرقة متعددة ، تكاد علاماتها لا تظهر في الأرض ثم تبدأ في التجمع عند مسلك واحد تهدي اليه أسباب من المناسبة والمصلحة المشتركة ويتكرر سلوك ذات الطريق فيظهر درب وحيد يسلكه بعد ذلك كل من يريد عبور المكان دون أن نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للعبور .

وقد أضاف دى فيشر - المرجع السابق - ص ١٨٢ - الى ذلك التشبيه ملاحظة تكمله في نظره هي أن عابري الطريق بينهم من تكون آثاره في الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن ، أو لأن هناك مصلحة تدعوه الى تكرار سلوك الطريق ، وفيشر يشير بذلك الى الدور الهام الذى قد تقوم به بعض الدول في تكوين العرف بسبب كونها من الدول العظمى أو لأن لها من المصالح ما دعاها الى ذلك .

قد تدفع الإرادة الشارعة الى خلق قاعدة عرفية ، أو قد تثبت قيام قاعدة عرفية ولكن تكرار التطبيق ليس شرطاً لازماً لقيام العرف فقد تتوافر القاعدة العرفية من سابقة واحدة فحسب .

ومن ثم يمكن أن نعتبر العادة أو التكرار المستمر لفترة طويلة دليلاً على أن القاعدة إنما تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، ولكننا لا نقبل القول بضرورة أن يتكامل العنصران معاً لقيام العرف . ذلك أن العرف هو صورة من الصور التي تتشكل فيها القاعدة القانونية ، وتبعاً فإن كل ما يشترط لتوافر القاعدة العرفية يجب ألا يزيد عما اشترطناه لتوافر القاعدة القانونية ألا وهو التطبيق الفعلي بوصف الالتزام ولو كان ذلك التطبيق للمرة الأولى (٢) . وقولنا هذا ينسجم

(١) يسوق بعض الفقهاء الحكم الذي أصدرته محكمة العدل في النزاع بين برون وكولومبيا حول حق الملجأ - مجموعة أحكام المحكمة سنة ١٩٥٠ ص ٢٧٦ وما بعدها - على أنه مثل للحالات النادرة التي ذكرت فيها المحكمة العنصر النفساني وذلك على أساس أن المحكمة اشترطت كى تولد العادة عرفاً يجب أن تكون هذه العادة قد طبقت بوصفها قانوناً مؤيداً هذا التوضيح بأن المادة ٣٨ من نظام المحكمة لا تقر بوجود عرف الا اذا كان تطبيقه قد قبل بوصفه قانوناً *acceptée comme étant le droit* راجع الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٨٠-٨٢

بينما يذكر آخرون الحكم السالف على أنه مثل للحالات التي أغفلت فيها المحكمة ذكر العنصر النفساني اذ قالت :

“Le gouvernement de la Colombie doit prouver, que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme pratiqué par les Etats en question et que cet usage traduit un droit appartenant à l'Etat octroyant à l'asile et un devoir incombant à l'Etat territorial...”

Cette coutume ne pourrait pas être opposée au Pérou qui loin d'y avoir adhéré par son attitude l'a au contraire répudié”.

راجع جوجنهايم - شرح القانون الدولي - المرجع السابق - ص ٤٧ . وقد أورد الحكم الصادر في منازعة اللوتس على أنه مثل للحالة التي تعرضت فيها المحكمة للعنصر المعنوي حيث قالت :

“C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale”.

وان كان جوجنهايم يعلق على الحكم السالف بأن المحكمة لم تعر العنصر النفساني أية أهمية رغم تعرضها له فهي قد اكتفت بذكره من الناحية النظرية ولكنها عملاً لم تبحث عما اذا كان قد توفر أم لا بل انحصرت في تقرير أن تكرار الامتناع عن ممارسة القضاء الجنائي المحلى في حالات التصادم البحري في البحر العام لا يعنى أن الدول قد التزمت بذلك الامتناع .

(٢) قولنا هذا أخذ به آخرون منهم شتروب الذي يرى أن التكرار حادث عرضي يحدث عادة ولكن لا يشترط توفره لتكوين ما يسمى بالقاعدة العرفية .

مع باقى نظريتنا . ذلك أنه اذا كان العرف صورة من صور القانون ،
واذا كان القانون من خلق الارادة الشارعة فلا جدل أن هذه الارادة
تملك خلق القانون بتصرف واحد ، وتبعا يكون من التناقض أن نقول
مع ذلك إن التكرار ركن من أركان العرف ، والصحيح أن نقول إن التكرار
يجوز أن يكون وسيلة من وسائل اثبات قيام العرف .

واذا كان فى القانون الداخلى من يرى أن العرف الدستورى يمكن
أن يتكون من سابقة واحدة فان الأمر ألزم بالنسبة للقانون الدولى لتوافر
ذات الحكمة لأن طبيعة الحياة الدولية - كما هى الحال فى الحياة الدستورية
الداخلية - قد لا تسمح بتكرار التصرفات لقلّة الظروف التى تعمل بطبيعتها
تطبيق القاعدة (١) .

وقولنا هذا بأن العادة ليست ركناً لازماً لقيام العرف يؤكد ما للعرف
من مزايا ويستبعد الكثير مما يوجه اليه من مآخذ .

ذلك أنه يجعل العرف أكثر مرونة وتطوراً لسد ما يجد من حاجات
فيقل بطؤه عن مسايرة عجلة الزمن ، اذ أننا لو تصورنا أن العرف يمكن
أن يتكون من سابقة واحدة دون حاجة الى تكرار أمكن أن نسرع بالعرف
لمقابلة حاجات المجتمع المستجدة (٢) .

أما الاعتراض الخاص بصعوبة تحديد العنصر النفسى فيرد عليه بأن
بعض الظروف يمكن أن تسمح بتمييز العرف كأن يكون انتهاك القاعدة محل
جزاء . فمثلاً نجد فى التاريخ الدبلوماسى أن قواعد المرور البرىء فى المياه

(١) اختلف الفقهاء فى العصور الوسطى فى خصوص عدد الوقائع اللازمة لتوافر الركن
المادى للعرف فى القانون الخاص فحددها البعض بعشرة ، وهبط بها آخرون الى أربعة بل
والى مرتين ، وهذا الاضطراب يزكى قولنا باستبعاد التكرار كركن فى العرف .

(٢) كذلك مما يعاب على العرف أن قواعده ليست واضحة الحدود مما قد يثير منازعات
حول تفسيره ، ولكن هذا له كذلك ميزته لأن صياغة القاعدة فى نص قد يؤدي الى تقييد القاضى
أو الشارع باللفظ أكثر من تقيده بالمعنى . ولو أننا مع هذا نفضل تقنين العرف حتى تصاغ قواعده
صياغة فنية سليمة تحمم الكثير من الخلاف على نحو ما سنوضح فيما بعد .

الاقليمية لها صفة القاعدة القانونية العرفية لأن انتهاكها يمكن أن يكون محل جزاء (١) ، في حين أن التحية البحرية بين السفن الحربية هي مجرد عادة لأنها ليست محل جزاء صحيح في القانون الدولي العام (٢) .

وكما أن القاعدة العرفية تتكون اذا توافرت لها الشروط السابقة فإنها تنتهى كذلك بذات الوضع الأمر الذى يعبر عنه الفقهاء بقولهم إن العرف ينشئ قواعد جديدة وقد يقضى على قواعد قائمة أو يفقدها قوة الالتزام ، والذى يعبر عنه نحن بقولنا إن العرف قد يثبت قواعد جديدة ، وقد يدل على سقوط قواعد قديمة أو على أنها فقدت قوة الالتزام .

الخلاف حول تكييف العرف :

طبيعى بعد الذى عرضناه من خلاف بين الفقهاء حول تفسير الأساس الملزم للقانون أن تتباين آراؤهم في تكييف العرف .

فالقائلون بأن المصدر المنشئ للقانون مصدر طبيعى يرون أن العرف ليس الا افساحاً عن قاعدة قانونية قائمة فعلا وسابقة في الوجود على العرف (٣) على خلاف بينهم في طبيعة تلك القاعدة . فأنصار المذهب الطبيعى يرونها

(١) ولذلك حكمت محكمة العدل الدولية في منازعة كورفو - بين المملكة المتحدة وألبانيا - بتحميل ألبانيا تعويضا قدره ٨٤٤,٠٠٠ جنيا مستندة الى أن سير السفن البريطانية في المياه الألبانية يدعمه حق المرور البرئ في المياه الاقليمية .

(٢) راجع تفصيلات أوفى

Ross — Le problème des sources de droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit.

المجموعة السنوية للمعهد الدولي لفلسفة القانون والاجتماع القانوني سنة ١٩٣٤ - ص ١٨٢
(٣) قارن دى فيشر - المرجع السابق - ص ٣٤٥ ويرى أن العرف ذو صفة فنية فحسب لأنه لا يعتبره سوى مصدر شكلي للقانون الوضعي والقواعد التي يصوغها ليس لها من موضوع الا اعطاء الجزاء لبعض المبادئ العامة التي تقم نفسها بنفسها .

قاعدة من قواعد القانون الطبيعي (١) ، وأنصار المذاهب الغرائزية (٢) يرونها قاعدة يوحي بها التضامن والشعور بالتضامن أو توحى بها البيولوجية البشرية ، وذلك في مجموع آرائهم . الا أننا لو شئنا تفصيلاً لوجدنا أن فقهاء القانون الطبيعي اختلفوا فيما يتعلق بتكييفهم للعرف .

فعند سواريز يعتبر العرف مصدرأ من مصادر القانون الدولي لأن القانون الدولي ذاته هو نتاج العلاقات الدولية (٣) .

أما جروسيوس فيرى أن العرف في القانون هو اتفاق ضمنى بين الناس بل ان القانون الدولي جميعه يعتمد - عند جروسيوس - على رضاء جميع الدول ، وفي هذا يقول جروسيوس ما نصه (٤) :

“ Comme les lois de chaque Etat se rapportent à son avantage particulier, Le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre a pu produire entre eux certaines lois communes. El il parait qu'effectivement, on a établi de telles lois qui tendraient à l'utilité non de chaque corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces corps. C'est ce qu'on appelle (Droit des gens) lorsqu'on le distingue du Droit Naturel ”.

ولذلك فسر جروسيوس القوة الملزمة للعرف على أساس نظرية الالتزام بوصف أن العرف هو رضاء ضمنى .

(١) راجع :

Le Fur — Le droit naturel ou objectif s'étend - il aux rapports internationaux.

مجلة القانون الدول والتشريع المقارن سنة ١٩٢٥ ص ٥٩

(٢) نقصد بالمذاهب الغرائزية ، المذاهب التي تقيم الأساس الملزم للقانون على الغريزة سواء كانت اجتماعية عند ديجي أو بيولوجية عند سيل (وهي التي أسميناها فيما سبق بالمدارس الاجتماعية) .

(٣) Les fondateurs du droit international - L'étude de M. Basdevant p. 125 et suiv.

(٤) جروسيوس - المرجع السابق - ص ١٧

أما فيما يتعلق بالفقيه بوفندورف (١) فقد تغيرت الفكرة بعض الشيء لأنه لم يقل بما قال به سواريز وجروسيوس من ازدواج القانون الطبيعي وقانون الشعوب ، بل رأى أنهما واحد وعنده أن العرف اتفاق ضمنى للدول ولكنها تستطيع أن تتحلل منه (٢) وذلك بالتكول عن التزاماتها .

وهكذا نرى أن آباء القانون الدولي من أصحاب المذاهب الطبيعية قريون في تكييفهم للعرف من التكييف الذى يقول به أنصار المصدر الوضعى .

فقد ذهب الفريق من فقهاء المصدر الوضعى الذى جعل ارادة الدولة هى مصدر القانون الى أن العرف هو تعبير عن الرضاء الضمنى للدول tacite conventio (٣) وهم بذلك يقابلون بين العرف وبين المعاهدات لأنها تعتبر في رأيهم تعبيراً عن الرضاء الصريح للدول .

وقد أقام كلسن الأساس الملزم للقانون على قاعدة « الملزم عبد التزامه » ووصف هذه القاعدة بأنها عرفية الأمر الذى يدعونا الى القول بأن العرف في نظرية كلسن هو المصدر المنشئ للقانون (٤) . ولكن فردروس اختلف عن أستاذه في تكييف العرف عند ما قال بنظريته التى تسمى نظرية التبعية فهو يرى أن العرف لا تخلقه العادة المستمرة لأن العادة تفترض سبق وجود قاعدة قانونية ملزمة وهى تقررها فقط عن طريق الخضوع لها . وقول

(١) Les Fondateurs du Droit International, Paris 1954, Etude de P. Avril, (١) p. 331 et suiv.

(٢) مؤسسو القانون الدولي - المرجع السابق - ص ٣٥٧

(٣) راجع على سبيل المثال :

Despagnet : Cours de droit international Public, 1910.

Redslob : Histoire des grands principes du droit des gens, Paris 1923. (٤)

Karl Strupp : Elements du droit public international européen et americain v. III, Paris 1930.

وقد سايرت محكمة العدل هذا الرأى في منازعة اللوتس - Serie A. No. 10 p. 28.

وهى بصدد بحث اختصاص النظام القانونى للدولة في نطاقها الاقليمى حيث قالت :

“Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci”.

فردروس هذا يقترب من رأى الطبيعيين فى أن العرف ليس الا افساحا عن قاعدة سابقة عليه فى الوجود . ونحن لانقر أيا من التفسيرات آتفة الذكر .

فالقول بأن العرف تعبر عن قاعدة قانونية سابقة عليه فى الوجود منتقد بما أسلفناه من أنه ليس هناك قانون كامن وانما القانون هو ما يطبق فعلا . ولا حاجة بنا الى تكرار ما قدمناه من حجج فى هذا الخصوص .

كما أن تكييف العرف على أنه رضاء ضمنى يفترض الحرية فى عدم الرضاء وعدم التقيد بالالتزام اذ ما دام أن العرف رضاء فهو اذن متعلق بالحرية فالذى له أن يرضى له أيضاً ألا يرضى . كذلك ينتهى بنا تأسيس العرف على قاعدة « الملتزم عبد التزامه » الى ذات النتيجة لأن هذا يعنى أن أساس الزام العرف هو القبول ومن له أن يقبل له أن يرفض كذلك .

ومن ثم فإن تكييف العرف على أنه رضاء ضمنى أو تأسيسه على قاعدة « الملتزم عبد التزامه » يهدم القانون من أساسه كما أوضحنا آنفا .

ثم إن وصف العرف بأنه رضاء ضمنى للدول لا يفسر لنا كيف تلتزم الدول الجديدة بعرف قام قبل وجودها ولم تشترك فى ارسائه . ذلك أن هذه الدول لم يصدر عنها من التصرفات ما يفيد قبولها الضمنى لقواعد العرف السابقة ، ولا يمكن أن نتصور أن يصدر عن دولة لم يكن لها وجود قانونى عند نشوء العرف — لا يمكن أن نتصور أن يصدر عنها من التصرفات ما يفيد مثل ذلك القبول اللهم الا اذا انتظرنا فترة بعد نشوء الدولة الجديدة لنرى هل ستأتى من التصرفات ما ينم عن قبولها الالتزام بالعرف السابق أم لا ؟ ويقضى منطق الرأى بالألا نعتبر الدولة الجديدة ملزمة بالعرف السابق الا عند ما تحصل تلك التصرفات وقبل ذلك فهى غير ملزمة . ومن ثم فالدول الافريقية الجديدة يكون من حقها على هذا الأساس ألا تلتزم بالقواعد العرفية المستقرة فى الجماعة الدولية سابقاً على قيام تلك الدول ، مع أن الذى يجب ألا يكون محل جدل هو الزام العرف لأشخاص القانون

الدولى العام سواء ساهموا فى اقراره أم لم يساهموا فى ذلك (١) ، وتبعاً فان الدول الافريقية التى دخلت الجماعة الدولية مؤخراً عليها أن تلتزم بالقواعد العرفية الثابتة فى القانون الدولى العام قبل نشوئها (٢) .

كذلك تثير فكرة الرضاء الضمنى التساؤل بالنسبة للدول التى ليست لها حرية القبول ، اذ كيف نقول إن الرضاء الضمنى بالعرف قد توافر قبل هذه الدول فى حين أنها ليست لها حرية الرضاء وتبعاً لا يمكن أن ننسب لها رضاء .

لذلك كان باديفان على جانب من الحق عند ما اعترض على تلك الفكرة بانياً اعترضه على أن الصفة الملزمة للعرف انما تثبت له عن طريق الاقرار به من قبل القضاء والمحكمين لأنهم هم الذين يملكون السلطة لضمان تطبيقه (٣) . وناحية الوجاهة فى اعتراض باديفان أن القاضى فى الجماعة البدائية انما يطبق القاعدة العرفية بوصفها فرضاً من قانون الجماعة وذلك دون توقف على رضاء من تطبق عليهم تلك القاعدة (٤) .

(١) جاني - المرجع السابق - ص ٨-٩

(٢) يقول فردروس ان المحاكم - فى حالة الخلاف على قيام عرف دولى - لا تبحث فيما اذا كانت دولتا الخلاف قبلتا العرف أم لا ، وانما تبحث عما اذا كان العرف محل اعتراف عام فى العمل الدولى - راجع فردروس ، القواعد العامة للقانون الدولى للسلام ، مجموعة لاهاي سنة ١٩٢٩ ج ٣ وما بعدها . وقد لجأ البعض للخروج من هذا الحرج الى فكرة القبول الضمنى أو المفترض من قبل الدول الجديدة لما استقر من قواعد عرفية سابقة وتمثل لذلك بحكم القاضى ولسن سنة ١٧٩٦ - المحكمة العليا للولايات المتحدة - منازعة Ware ضد Hylton (راجع ص ٦ Moore's Digest ورأى الفقيه الانجليزى Ferguson فى كتابه Institutes of moral philosophy.

M. Basdevant dans l'affaire du Lotus, Publications de le C.P. de J.I., (٣) Serie, C. 12e., session, p. 162.

A. Maret et G. Davy : L'évolution de l'humanité des clans aux empires, (٤) Paris, 1931.

ومن هذا نرى أن فكرة الارادة الضمنية تستند الى منطق معكوس ، اذ تستنبط الوقائع من المبادئ في حين أن العكس هو الصحيح ، فالمبادئ هي التي تستنبط من الوقائع لأن الواقعة - في العلاقات الدولية - إنما تسبق تكييفها .

فلا غرو اذن أن ننهي الى أن فكرة الارادة الضمنية تعجز عن تفسير الوقائع .

رأينا في تكييف العرف :

انتهينا الى أن القانون خلق من الارادة الشارعة لأشخاصه الذين يملكون تلك الارادة .

ومن ثم فالعرف في رأينا ليس مصدراً منشأً للقانون الدولي العام ، كما أنه ليس تعبيراً عن الارادة الضمنية للدول . وإنما هو صورة من الصور التي تظهر فيها الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي العام الذين يملكون تلك الارادة . وهو ليس تعبيراً ضمناً عن تلك الارادة ، وإنما هو تعبير صريح عن تلك الارادة .

والواقع أننا لو أنعمنا النظر في قول من قالوا بأن العرف تعبير ضمني عن الارادة والمعاهدات تعبير صريح عن تلك الارادة (١) لوجدنا أن هذا القول غير سليم ولا تضح لنا أن كلا من العرف والمعاهدة يعتبر افساحاً صريحاً عن الارادة وكل ما بين الاجرائين من خلاف لا يعدو أن أحدهما - وهو العرف - تعبير غير مكتوب ، والثاني - وهو المعاهدة - تعبير مكتوب . وبديهي أن واقعة الكتابة لا تبرر وصف الاجراء غير المكتوب بأنه تعبير ضمني والاجراء المكتوب بأنه تعبير صريح . والذي يبدو لنا أن القائلين بهذا الرأي يخلطون بين اثبات الارادة وتفسير فحوى الارادة .

(١) نشير بذلك الى الرأي الذي يقول بأن العرف عقد Théorie de la Coutume Contrat ولكنه عقد ضمني ، أما المعاهدة فهي عقد صريح .

والكلام عن التعبير الصريح والتعبير الضمني انما يأتي عند الكلام عن تفسير فحوى الارادة ، أما طرق اثبات توافر الارادة فليس فيها طرق صريحة وطرق ضمنية ، أو بتعبير آخر ليس هناك من دليل صريح ودليل ضمني لأن الدليل بطبيعته يكون صريحاً دائماً والا انتفى عنه وصف الدليل . ومن هذا يتضح قولنا إن ما ذهب اليه فريق من الفقهاء من أن العرف هو الارادة الضمنية للدول رأى غير مقبول لأنه يخلط بين الارادة والدليل المثبت لها . فالعرف قطعاً ليس هو الارادة وانما هو التعبير عن تلك الارادة .

وحتى لو حملنا القول على أن التفرقة صحيحة بين الارادة الضمنية والارادة الصريحة فانه يكون قولاً غير مقبول - في رأينا - بالنسبة للحالة محل الدراسة لأن الأمر يتعلق بخلق القانون .

ذلك أن خلق القانون معناه انشاء قواعد تحكم السلوك بطريق الالتزام ، وهذه عملية تحتاج الى اجراء ايجابي في حين أن الارادة الضمنية ذات نزعة سلبية . ثم كيف نقول إن القواعد التي تخلقها الارادة الضمنية تكون عرفاً في الوقت الذي نؤكد فيه أن العرف لا يقوم الا اذا قامت العقيدة بأنه قائم وملزم . ان توافر العقيدة يعنى انعقاد الارادة بصراحة ، ومن ثم يكون من التناقض أن نقول إن العرف هو سلوك تسير عليه الدول بعقيدة أنه قاعدة ملزمة ونقرر في ذات الوقت أنه يصدر عن الارادة الضمنية للدول .

قد يكون من المقبول أن نقول إن العادة تعبر عن الارادة الضمنية ولكنها لا تنقلب عرفاً الا اذا تحققت ارادة صريحة في جعلها ملزمة ، وربما لا تكون هذه الارادة الصريحة واضحة للفقهاء أو القاضى الأمر الذى يدعوه لأن ينقب عنها في المراسلات الدبلوماسية والسوابق القضائية وغير ذلك ، ولكن هذا لا يعنى أنها ضمنية والا وجب - مسaire للمنطق الذى نعارضه - بأنه اذا ثار خلاف حول استمرار نفاذ المعاهدة أو انتهائها واحتاج ذلك الى الاستشهاد ببعض الكتب التى تبادلها طرفاها أو الى غير ذلك من وسائل التوضيح ، فان قواعد المعاهدة تنقلب عندئذ من ارادة صريحة الى ارادة ضمنية (أو من تعبير صريح الى تعبير ضمني) . وبديهى أن وصف العرف

بأنه ارادة ضمنية رتب وضعه كقاعدة فى درجة أدنى من المعاهدة التى هى ارادة صريحة لأنه لا يجوز - بحسب القواعد الأصولية فى التفسير - أن نلجأ الى مضمون الارادة الضمنية مع قيام الارادة الصريحة ، وهذه نتيجة لا تتفق مع ما انتهى اليه الكثيرون من أنصار المصدر الوضعى .

رب قائل يعترض على رأينا بأن وصف العرف بأنه مصدر ضمنى يعنى أن العرف يتمثل فى تصرفات تصدر عن الدول تفيد ضمناً قبولها للقاعدة والتزامها بها وذلك بالمقابلة للأحكام التى تدون فى المعاهدات فتفيد صراحة وفى تحديد هذا القبول والالتزام .

وردنا على ذلك أن كلا من العرف والمعاهدات يشتركان فى أنهما قد يتمثلان فى تصرفات تفيد التزام الدولة صراحة ، وقد يتمثلان فى تصرفات تفيد ضمناً التزام الدولة ، فالدولة مثلاً قد تعلن صراحة التزامها بقاعدة معينة على أنها من قواعد العرف الدولى ، وهنا يكون قبول الدولة للقاعدة العرفية صريحاً وليس عن طريق تصرف يفيد ضمناً قبولها للقاعدة ، كما أن الدولة قد تعقد معاهدة تكون بعض نصوصها غامضة وتقيم التزام الدولة بقاعدة معينة على أساس القبول الضمنى استناداً الى تفسير نصوص تلك المعاهدة . أما اذا أخذنا بمنطق الاعتراض السالف فكان الواجب أن نعتبر كل تصرفات الدول التى تم عن قبولها الصريح للقاعدة القانونية بمثابة معاهدات ولو لم تكن مكتوبة ولو لم يكن هناك طرف آخر تلتزم قبله الدولة ، أما تصرفات الدولة التى تفيد ضمناً قبولها لقاعدة ما فتعتبر من قبيل العرف حتى ولو استندت الى وثيقة مكتوبة لها طرفان متعاقدان ، وهذا طبعاً قول غير مقبول وبعيد عن أن يقره المنطق القانونى .

ومن ثم فالذى نراه فى شأن تكييف العرف أنه تعبير عن الارادة الصريحة ، أو بقول آخر هو صورة من الصور التى تتشكل فيها الارادة الشارعة الصريحة لأشخاص القانون الدولى العام الذين يملكون هذه الارادة ، ومن ثم فهو دليل من أدلة اثبات تلك الارادة ووسيلة من وسائل تحقيقها

وتبعاً فإنه يتعاصر - من حيث الوجود الزمني - مع الإرادة فلا يسبقها ولا يلحقها لأنها إنما تتخذ شكل العرف لحظة صدورها .

ومن هذا نخلص الى أن العرف مصدر للقانون الدولي العام في معنى الدليل ، أي أنه مثبت للقانون وليس منشأً له .

وقولنا هذا لا يجرى عليه ما سبق أن أوردناه من نقد بشأن جعل الرضاء أساساً للعرف لأن الإرادة التي تتخذ شكل عرف هي إرادة شارعة تحكمها فكرة العدالة من ناحية السبب ، ومن ثم فالإرادة بوصفها شارعة إنما تضع قواعد عامة مجردة أي قواعد تطبق على كافة أشخاص القانون الدولي العام الذين يوجدون في ذات الظروف المشترطة لتطبيق القاعدة ، يتساوى في ذلك الموجود من هؤلاء الأشخاص وقت صدور القواعد والذي يوجد بعد صدورها دون تعليق ذلك على رضاء أو قبول منهم طالما أن القواعد قائمة وناقذة .

وبوصف أن فكرة العدالة هي هدف الإرادة الشارعة وسببها فإن قواعد القانون تلزم من صدرت عنهم ولا يمكنهم التحلل منها بطريقة تحكيمية ، بل لا بد لذلك من أن يسلكوا الطرق التي يرسمها القانون .

كيفية اثبات قيام العرف :

لما كان العرف هو الصورة غير المكتوبة التي تصدر فيها الإرادة الشارعة الخالقة للقانون كان طبيعياً أن نتساءل عن كيفية اثبات قيام العرف ، أو بتعبير آخر نتساءل من أي الأدلة نستمد قيام العرف .

قلنا إن التكرار هو وسيلة من وسائل اثبات العرف ، ولكن هذا القول لا يجيب على تساؤلنا ذلك أنه سواء ثبت العرف عن طريق التكرار أو من توافر سابقة واحدة فإن السؤال لا يزال قائماً وهو : الى أي دليل يجب أن نعود لتزود بالقاعدة العرفية سواء أكان هذا العرف قد تكرر تصرفاته أم لا ؟

يمكن أن نجيب على هذا السؤال اجابة عامة بأنه ما دام أن القانون الدولي العام من خلق الارادة الشارعة لأشخاص القانون الذين يملكون هذه الارادة فان العرف يستمد من كل ما يصدر عن هؤلاء الأشخاص بواسطة أجهزتهم المفوضة من تصرفات تدل على توافر تلك الارادة (١) . ومن ثم فقد نعثر على اثبات العرف في المراسلات الدبلوماسية أو التعليقات التي تصدرها الحكومات لممثليها أو التصريحات التي تصدر عن تلك الدول ، ومثال ذلك التصريح الذي أصدره المجلس الفدرالى السويسرى سنة ١٩٤٤ بأن قانون الشعوب لا يقر للدول المتحاربة بحق رقابة بريد الدول المحايدة الذي يمر باقليم الدول المتحاربة (٢) .

وقد نجد العرف في صورة قاعدة من قواعد القانون الداخلى ، ومثل ذلك الكثير من القواعد المتعلقة بالبحر العام والبحر الاقليمى والموانى البحرية .

كذلك يمكن أن نجد في أحكام القضاء الداخلى تطبيقاً لقواعد عرفية دولية ، ونمثل لذلك برأى مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ١٨٠٦/١١/٢٠

(١) يقول جروسيوس - فيما يتعلق باثبات العرف - :

“Pour prouver l'existence du Droit de la Nature, je me suis servi des passages des philosophes, historiens, poètes, orateurs. Non qu'il faille s'y fier aveuglement, car ils s'accoutument pour l'ordinaire aux préjugés de leur secte, à la lature de leur sujet et à j'intérêt de leur cause, mais c'est que quand plusieurs personnes, en divers termes et en divers lieux contiennent une même chose comme certaine, cela doit être rapporté à une cause générale. Or, dans les questions dont il s'agit, cette cause ne peut être que l'une ou l'autre de ces deux : ou une juste conséquence tirée des principes de le nature, ou un consentement universel. La première nous decouvre le Droit Naturel et l'autre le Droit des gens. Pour distinguer ces deux sortes de Droit commun, il faut considerer non les termes mêmes dont les auteurs se servent pour les designer, mais la qualité du sujet dont il est question. Car si un maxime qui ne peut être deduite des principes certains par de juste cause que ces, se trouve néammoins observée partout, on a lieu d'en inférer, qu'elle doit son origine à une volonté arbitraire”.

جروسيوس - المرجع السابق - ص ٣١-٣٢

Annuaire suisse II 1945, p. 119. (٢)

المتعلق بممارسة الدولة لاختصاصها الجزائي حيال الجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة الأجنبية في المياه الإقليمية الفرنسية .

كما قد تحوى الاتفاقات الدولية القواعد العرفية ، ويمكن أن تمثل لذلك بالعديد من تلك الاتفاقات . ونذكر منها الآن تسوية مؤتمر فينا بتاريخ ١٩/٣/١٨١٥ فيما يتعلق بمراتب الوكلاء الدبلوماسيين ، وتصريح باريس في ١٢/٤/١٨٥٦ عن الحرب البحرية ، والتسويات التي عقدت بين سويسرا من جهة وبين عصبة الأمم سنة ١٩٢١ ، سنة ١٩٢٦ والأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية سنة ١٩٤٦ من ناحية أخرى وذلك فيما يتعلق بما للمنظمات الدولية وما لكبار موظفيها من مزايا وحصانات .

وقد يكون القضاء الدولي أيضاً مرجعاً لاثبات العرف الدولي ، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولي الدائمة في منازعة اللوتس - التي أشرنا إليها فيما سلف - الذي اعترف للنظام القانوني الداخلي بالاختصاص الخالص في نطاقه الإقليمي ، وكذلك يعتبر حكم المحكمة (١) الذي قرر أن مبدأ حرية البحار هو ايضاح عن قاعدة قانونية دولية ، يعتبر من قبيل الأحكام التي يرجع إليها لاثبات قيام قاعدة عرفية في ذلك الخصوص .

والفقه يجوز أن يكون وسيلة لاثبات العرف كما قالت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في المنازعة المعروفة باسم Paquette Habana (٢) حيث ذكرت المحكمة أن المحاكم إنما تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لكي تتعرف على الآراء النظرية التي يعلق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولي ، بل كذلك لكي تتعرف على ما فيها من افصاح عن القانون القائم .

(١) Serie A. No. 10, p. 2.

(٢) Scott's cases, p. 13.

وبالجملة نكرر ما قلناه من أن كل ما يصدر عن أشخاص القانون الدولي العام ذوى الارادة الشارعة يمكن أن يتضمن دليلاً على قيام العرف وقد يستفاد منه اثبات القاعدة العرفية (١) .

القوة الملزمة للعرف وعلاقته بغيره من أدلة اثبات القانون (٢) :

أوضحنا أن العرف مصدر اثباتى للقانون وتبعاً فإن احترام العرف احترام للقانون ، ومن هنا تأتى القوة الملزمة للعرف . فاحترام العرف ليس اجراء من اجراءات المجاملة أو تفضلاً من قبل أشخاص القانون الدولي العام ولكنه الزام عليهم ، وهذا هو الذى يفرق العرف عن العادة . واحترام الدول للعرف هو المقابل لدخولها الجماعة الدولية . وهذا هو ما أعرب عنه

(١) الدكتوران حمد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٣٦ ، ٣٧ . والدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٣

(٢) ذهب جريجوار جاني - المرجع السابق - ص ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٦ ، ١٥٧ - الى تقسيم العرف الى نوعين : عرف فى معنى ضيق ، وهو العرف بالمعنى الذى أوضحناه فى المتن آنفاً ، عرف بمعنى واسع وهو المبادئ العامة فى قوانين الدول المتمدينة التى ذكرتها الفقرة الثالثة من المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل . ويقول ان الفرق بين القسمين هو أن العرف بمعناه الضيق لا بد أن يتوافر له الركن المادى ، فاذا فقد العرف هذا الركن كان عرفاً بالمعنى الواسع ، والفرق للثانى أن العرف بالمعنى الضيق يجب أن يتفق عنصره المعنوى مع الفكرة المسيطرة لأنه وان كان شخصياً بالنسبة لدولة معينة الا أنه يجب أن ينسجم مع ما تعتبره الدول الأخرى عادلاً فى حين أن الركن المعنوى فى العرف بالمعنى الواسع يمكن ألا يكون جزءاً من الضمير القانونى للدولة المعنية أى أنه خارج عنها ولكنه مع ذلك يلزم الدولة التى لم تساهم فيه . أى أن الركن المعنوى فى العرف بمعناه الضيق يجب أن :

(أ) يؤيد بواقعة مادية .

(ب) يتكامل فى الفكرة المسيطرة .

ويضيف جاني أن العرف بمعناه الواسع يمكن أن يكشف عن نفسه ، فى مظاهر مختلفة كبادئ القانون الداخلى والمراسلات الدبلوماسية وقضاء دول أخرى غير الدول المعنية (لأننا بغير هذا نكون فى نظر جاني أمام واقعة مادية يمكن أن تكون الركن المادى للعرف بمعناه الضيق) . وأن هذا النطاق الواسع يؤيده القضاء الدولى ويرى أن ذلك أمر منطقي لأن المعاهدات والعرف بمعناه الضيق لا يكفيان لتزويدنا بحلول المنازعات التى تعرض على القضاء الدولى .

وسنرى فيما بعد مدى صحة وجهة نظر جاني فى هذا الخصوص .

القضاء منذ أمد طويل ، فقد قال القاضي ولسن Wilson باسم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية - في حكم أصدره سنة ١٧٩٦ - إن الولايات المتحدة إذ حصلت على استقلالها ، ملزمة بأن تحترم قانون الشعوب على النحو الذي كان عليه ذلك القانون وقت حصول الولايات المتحدة على الاستقلال (١) .

وهذا أيضا هو ما قاله الوزير الانجليزي Canning في رسالة له (٢) بتاريخ ٢٥ مارس ١٨٢٧ بمناسبة الاعتراف بالمستعمرات الأسبانية التي ثارت على دولة الأصل . ولكن يحصل أحيانا أن نجد خلافاً قوياً حول توافر القاعدة العرفية ، فالآراء التي تؤيد وجودها تكاد تتعادل مع الآراء التي تنكر وجودها حتى إنه قد يصعب القول بتوافر الركن المعنوي - اللازم لقيام العرف .

وقد ثار الأمر في العمل الدولي ونسوق له مثلاً فيما يتعلق باتفاقية الغاء تجارة الرقيق . ذلك أن العرف الدولي كان يسمح فيما مضى بتجارة الرقيق ثم اتضح فيما بعد أن هذه التجارة سبب في حق الانسانية ، وطبيعي أن الرأي الجديد لم يتكون فجأة ولكنه استقر على مرور الزمن ، الا أن الدول ذات المصالح الاستعمارية عارضت الاتجاه الجديد بقوة حتى أن بعضها أعلن موقفاً عدائياً من اتفاقية الغاء تجارة الرقيق .

وقد حصل أن سفينة فرنسية باسم Jeune Eugénie كانت تنقل حمولة من الرقيق فقبضت عليها سفينة حربية أمريكية عند الشواطئ الافريقية وعرضت الغنيمة على المحكمة العليا للولايات المتحدة فقرر القاضي Story رفض مطالب المطالبين بالحمولة وقال ان العرف الدولي كان يستبعد مثل

(١) أنظر القاضي ولسن في منازعة Moore's Digest p. 5-Hylton x Ware.

(٢) مجموعة محاضرات لاهاي Cavaglieri — Règles générales du droit de la paix.

هذه الحمولة من بين الغنائم مغلبا بذلك الفكرة الجديدة (١) ، أما السفينة فقد سلمت للقنصل الفرنسي ثم أعيدت بعد ذلك لأصحابها .

غير أن المحكمة العليا لم تستقر على قضائها السالف كثيراً فقد حصل بعد ذلك في منازعة *The Antelope* (٢) أن حكم القاضي مارشال بأن مبدأ المساواة بين الدول هو من المبادئ الأساسية في القانون الدولي ، وتبعاً فلا يجوز الغاء عرف معترف به الا بالرضاء ، ولذا فان تجارة الرقيق تعتبر مشروعاً بالنسبة للدول التي لم تنكح عنها .

هذا عن القوة الملزمة للعرف . أما فيما يتعلق بعلاقة العرف بغيره من أدلة اثبات القانون الدولي العام ، فقد حددت ذلك المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل - الملغاة والحالية - بقولها ان وسائل اثبات القانون هي :

١ - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

٢ - العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

٣ - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدينة .

٤ - أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون .

ومعنى ما أسلفناه أن المادة ميزت بين نوعين من أدلة الاثبات :

(أ) أدلة أصلية هي المعاهدات والعرف والمبادئ العامة .

(ب) وأدلة ثانوية هي أحكام المحاكم وأقوال كبار الفقهاء .

(١) أنظر : Dickinson — The law of nations, p. 13—20.

(٢) ديكسون - المرجع السابق - ص ٢٠

الا أن المادة غامضة فيما يتعلق بترتيب الأدلة الأصلية ولذلك فإن بحثها يشير التساؤل عما اذا كانت المادة قد قصدت الى ترتيب الأدلة الأصلية ترتيباً تنازلياً من حيث قوة الاثبات ، أم أنها أوردت تلك الأدلة دون تفرقة بينها في القيمة الاستدلالية .

والذي نرجحه أن المادة لم تهدف الى ترتيب ما أوردته من أدلة أصلية ترتيباً نسبياً بمعنى أن صياغة المادة لا يفهم منها ايجاد أى تفرقة في القيمة الاستدلالية بين أدلة اثبات القانون الأصلية ، وتبعاً فهي قد تركت تحديد ذلك للقواعد الأصولية العامة في التفسير والتطبيق (١) .

الا أننا نلاحظ على صياغة المادة عدم الدقة من ناحيتين :

الأولى أنها ذكرت أن على القاضي أن يستوحى القانون من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين كمصدرين احتياطين ، والذي نراه أن القضاء والفقهاء ليسا من أدلة اثبات القانون في معنى أن الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي العام لا تصدر في صورة فقه أو قضاء .

فأحكام القضاء (٢) لا تصدر ممن لهم صفة التحدث باسم أشخاص القانون الدولي العام في المجال الدولي ، أو بتعبير آخر لا تصدر عن الأجهزة المفوضة بالاعراب عن الارادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي العام ، كما أن أحكام القضاء حسب صريح نص المادة ٣٨ سالفه الذكر هي آراء فردية لا تلازم سوى طرفي المنازعة وفي خصوص المنازعة التي عرضت على المحكمة .

(١) اقترح في لجنة المشرعين سنة ١٩٢٠ أن تتبع المحكمة المصادر الأربعة بالترتيب المذكور في المادة على أساس أن ذلك الترتيب منطقي وطبيعي ولكن الاقتراح رفض .

(٢) يذهب بعض الفقهاء ، ونذكر منهم سورنسن - المرجع السابق - ص ١٥٤ وما بعدها الى أن القضاء يعتبر مصدراً من مصادر القانون وهو رأى يتأثر بالنزعة الأنجلوسكسونية في خصوص الدور الذي يقوم به القضاء ، الأمر الذي تأثر به الفقيه الانجليزي سير أرنولد ماكنير ولذلك أوضح في محاضرات له نشرت في *Annuaire de l'Institut de droit international* 1950, II, p. 183 et suiv. ميزة تطور القانون الدولي عن طريق خلق تشريع دولي بواسطة القضاء .

ولعل الأمر يكون أكثر وضوحاً إذا فرقنا بين علاقة القضاء بوسائل اثبات القانون الأصلية - أى العرف والمعاهدات - وبين علاقة القضاء بالقانون الدولي العام مباشرة .

قد يكون القضاء وسيلة من وسائل اثبات العرف أو تفسير نصوصه أو تفسير نص في معاهدة ولكنه ليس وسيلة مباشرة لاثبات الإرادة الشارعة الخالفة للقانون . ومن ثم فالقضاء قد يكون وسيلة غير مباشرة إذا حوى تطبيقاً لقاعدة عرفية ولكنه لا يكون وسيلة مباشرة ولو كان ذلك في صورة مصدر احتياطي .

وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء . كما أننا نغلب بالنسبة للفقهاء أن المشرع الذى صاغ المادة محل البحث خلط بين آراء الفقهاء من حيث هى ، وبين الدور الذى يقوم به الفقهاء من حيث اثبات وشرح ما يجرى عليه العمل الدولى وما هو مطبق فعلاً بين الدول من قواعد (١) .

على أننا نحب أن نوضح أن انتقاد إيراد القضاء والفقهاء كمصدرين لاثبات القانون الدولي العام لا يعنى التقليل من أهمية الدور الذى يؤديانه بالنسبة للقانون الدولي العام وتطوره .

فأحكام المحاكم وما لها من حجة الشئ المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذى فصلت فيه ، ومحاوله المحاكم أن تسيّر على ما سبق لها أن قررت من مبادئ فى منازعات سابقة كثيراً ما يدفع أشخاص القانون الدولي العام ذوى الإرادة الشارعة الى اضعاف صفة القانون على تلك المبادئ .

ويعتبر رجوع محكمة العدل الى أحكامها السابقة من أظهر مميزات نشاط تلك المحكمة ، فكثيراً ما تقول فى حكم أو رأى لاحق إنها قررت مبدأ ما

(١) ودنا نذكر ما قاله اللورد Alverstone فى منازعة The King West Band Central Gold Mines من أنه كثيراً ما تكون تأكيدات الفتهاء انما هى تعبير عن آرائهم الشخصية وليست اثباتاً لقاعدة من قواعد القانون الدولي .

أو تبنت نظرية بعينها في حكم أورأى سابق . ومثال ذلك قضية شورزاو (١) وقضية اللجنة الأوربية للدانوب (٢) . بل ان المحكمة ذهبت الى أكثر من هذا فكانت تقول إنه ليس من شيء استجد كى تغير ما سبق أن أخذت به من آراء ، ومن ذلك ما أوضحته في رأيها الاستشارى السادس . وفي قضية مافروماتس ترددت المحكمة في أن تكون بتطبيقها شروط الانتداب على فلسطين قد تناقضت مع الرأى الذى أيدته في فتواها الخاصة بمراسم الجنسية في تونس ومراكش . كما خصصت المحكمة جزءاً كبيراً من حكمها في قضية الرهون الصربية لبيان أن ما أحاله اليها اتفاق التحكيم بعيد عن المبادئ التى قررتها في أحكامها السالفة في هذا الموضوع وأحالت الطرفين الى ما سبق أن قالته في تلك الأحكام . وفي قضية الرعايا البوالونيين في دانزج كانت المحكمة تحيل الأطراف الى قرارات سابقة ، أو تقرر أن المبدأ الذى تطبقه يتفق مع المبادئ المطبقة في حكم سابق . وفي الرأى الاستشارى الخاص بتفسير اتفاق سنة ١٩١٩ المتعلق باستخدام النساء ليلا أحالت المحكمة الى فتاوها رقم ٢ ، ٣ ، ١٣ التى وان لم تكن عن موضوع مماثل الا أن ما تضمنته مبادئه يلقى - كما قالت المحكمة - ضوءاً على المسألة .

على أنه يجب ألا نفهم من ذلك أن المحكمة قد سارت على الفكرة الأنجلوسكسونية التى تعطى للسوابق حججياً فيما يلى من منازعات ، اذ أن المحكمة لم تذهب الى أنها ملزمة باتباع المبادئ التى تضمنتها أحكامها السابقة وانما جرت على احترام تلك المبادئ .

كذلك يساهم الفقه بنصيب كبير في خلق روح أو رأى عام يجذب الاقرار بقواعد جديدة . ويمكن أن نسوق مثلاً لذلك الدور الذى لعبه الفقه في القانون

(١) تلخص وقائع قضية شورزاو في أن بولونيا صادرت مصنعاً ألمانياً دون تعويض في سليزيا العليا وذلك بعد الحرب العالمية الأولى وقد حكمت محكمة العدل في ٢٥ مايو ١٩٢٦ ضد بولونيا على أساس أن تصرفها هذا يخالف الفصل الثالث من اتفاق جنيف المبرم بين بولونيا وألمانيا في ١٥ يولييه ١٩٢٢ بشأن سليزيا العليا .

(٢) وهى المنازعة التى ثارت بعد اعادة تنظيم الريخ موحداً فقد أصرت ألمانيا رغم ذلك على أن يبق لها ممثلان في اللجنة .

الدولى العام النهرى . فاليه - وعلى الأخص أنصار القانون الطبيعى - يعود الفضل فى اعلان الثورة الفرنسية لمبدأ حرية الأنهار الدولية تحت تأثير ما كتبه الشراح عن اساءة الدولة لاستعمال سيادتها اذا هى لم تسمح بحرية الأنهار الدولية.

وقد شغلت محكمة العدل الدولية الدائمة - عند نظرها لمنازعة اللوتس - بالقيمة التى يمكن أن نولها للفقهاء عند ما يقرر وجود قاعدة عرفية وان كانت لم تنته الى رأى قاطع فى ذلك الخصوص واكتفت بتلخيص الآراء الفقهيية فى ناحية النزاع .

واذن فالقضاء والفقهاء - وان لم يكونا من أدلة الاثبات المباشرة للقانون الا أنهما عاملان هامان فى تكوين القانون العرفى وحفز الارادة الشارعة الخالقة للقانون الى اقرار قواعد قانونية متطورة .

وعلى أساس التوضيح الذى أسلفناه بشأن الفقهاء والقضاء يمكن أن نقول إن الفقرة (ج) من المادة ٣٨ أوردت تعداداً ناقصاً لوسائل اثبات العرف اذ سبق لنا أن أورينا أن هناك وسائل أخرى عدا القضاء والفقهاء يمكن الرجوع اليها لاثبات قيام العرف ، الأمر الذى يدعونا الى القول بأن هذا التعداد غير الكامل انما جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر (١) .

أما الناحية الثانية التى ننعىها على المادة ٣٨ آتفة الذكر فهى أنها أوردت مبادئ القانون العامة التى أقرتها الأمم المتعدية على أنها دليل مستقل عن العرف والمعاهدات ، أى أنها فرقت بين العرف والمبادئ العامة للقانون وهى تفرقة لا نقرها .

اذا رجعنا الى الأعمال التحضيرية (٢) للمادة محل البحث نجد أن لجنة المشرعين أدخلت هذا النص فى نظام المحكمة بقصد سد نقص القانون الدولى

M.O. HUDSON : The Permanent Court of International Justice, (١)
1943, p. 634.

(٢) راجع محاضر أعمال اللجنة عن المدة من ١٦ يونيه الى ٢٤ يوليه ١٩٢٠ ص ١٩٢ ،

العام وما به من فراغ non liqueat . وقد يكون هدفها من وراء ذلك
ذا صبغة سياسية وهو توسعة سلطة القاضي على حساب السلطة التقديرية
للدول تلك السلطة التي يقرها العرف الدولي بسبب بدائية قانون الشعوب .

ولكن هذه الأعمال التحضيرية لا توضح نقطة البحث أي أنها لا تبين
ما اذا كانت المبادئ العامة تعتبر مصدراً اثباتياً مستقلاً عن العرف والمعاهدات
أم أنها تختلط بهما أو بأحدهما ، ولذلك ثار جدل فقهي كبير حول طبيعة
تلك المبادئ .

فبعض الفقهاء يرى أن هذه المبادئ هي تطبيق مباشر للقانون الطبيعي
وأن المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل قد أعطت للقانون الطبيعي بفرقتها (د)
شكل وقوة القانون الوضعي (١) .

وذهب آخرون الى أن المقصود بالمبادئ العامة هو مجموعة المبادئ
الأساسية التي تستند إليها وتقرها النظم القانونية في مختلف الدول المتمدينة ،
وتكون عامة الى درجة أنه لا يخالف طبيعة الأشياء تطبيقها في الشؤون
الدولية (٢) مثل مبدأ المسؤولية التقصيرية أو سقوط الحق بالتقادم أو حجبية
الشيء المقضى فيه . فمثل هذه المبادئ بما لها من صفة عامة وما توحى به
من روح العدالة تقبل التطبيق أيضا على العلاقات الدولية بشرط ألا يتجافى
روح القانون الدولي (٣) . ومن أنصار هذه الفكرة أنزيلوتى الذى يرى
أن المبادئ العامة وسيلة تسمح للقاضي الدولي بأن يفسر عن طريق القياس
على تلك المبادئ العامة .

بل ان بعض الفقهاء ارتفعوا بالمبادئ العامة الى أنها الأساس القواعدى
لكل المبادئ القانونية الوطنية والدولية (٤) وأنها تأخذ صفة الفردية عندما
تطبقها المحاكم على حالة بعينها .

(١) لوفر - نظرية القانون الطبيعي ، المرجع السابق - ص ٣٨٠ وما بعدها .

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٨

(٣) فثلا نجد أن القانون الداخلى لا يميز الالتجاء الى القوة فى العلاقات الفردية بينما يميزها
القانون الدولى فى بعض الحالات .

(٤) قارن كوادرى الذى يرى أن المبادئ العامة لا تكون مصدراً مستقلاً فحسب بل إنها =

وهناك رأى يتزعمه سالفيولى (١) بأن هذه المبادئ إنما هي مبادئ
موضحة وشارحة أى أن الأمر لا يتعلق بمصدر ولكن بمبادئ قانونية تساعد
على توضيح الاتفاق أو العرف .

وعند فريق آخر أن المبادئ العامة تكون مصدراً من الدرجة الثالثة
يلى الاتفاق والعرف ولا يلجأ اليه الا اذا لم توجد قاعدة اتفاقية أو عرفية (٢)،
وتبعاً فان الصفة الملزمة لهذه المبادئ إنما تستند الى الاتفاق الذى هو نظام
المحكمة .

ويصف نفر من الفقهاء هذه المبادئ بأنها مصدر من الدرجة الثالثة
مبنى على العرف الناشئ من تكرار التجاء محاكم التحكيم الى تطبيقها .

وينتقد بعض الشراح - ومنهم جورج سيل (٣) - ذكر هذه المبادئ
بين مصادر القانون الدولى العام بقوله إنها تدخل فى نطاق العرف الدولى .

وإذا رجعنا الى ما جرى عليه العمل الدولى نجد أن التطبيق الدولى
قد جرى على هذه المبادئ فى أكثر من مناسبة . ونذكر من ذلك حكم
محكمة التحكيم الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩١٢ فى المنازعة الروسية التركية
بشأن المسئولية التى على الدولة المدينة . كما استهدفت محكمة العدل الدولى
هذه المبادئ فى حكم مضيق كورفو الصادر فى ٩ أبريل ١٩٤٩ فى النزاع

= مصدر من الدرجة الأولى يعلو الاتفاق والعرف . ويعنى بالمبادئ العامة المبادئ التى تنبع
من الضمير العالمى اذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسية على أنه لا يكتفى فى ذلك
باعتراف غالبية الدول بالمبدأ أو حتى باعترافها جميعاً به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ بطبيعته
صالحاً لأن يطبق على كل الجماعة سواء أكانت اقليمية أو دولية ، ويمثل لذلك بنظرية الإبراء
غير المشروع ومبدأ الأخذ بما هو فى صالح المدين *favor debitoris* عند تفسير اتفاق
دولى .

(١) راجع محاضرات كوادرى لطلبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة - قسم الدكتوراه -

سنة ١٩٥٠

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٢٨

(٣) راجع الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٨٦

بين ألبانيا وانجلترا ، إذ أخذت بوسائل الاثبات غير المباشرة المقبولة في جميع النظم القانونية عند تعذر الالتجاء لوسائل الاثبات المباشرة بسبب الرقابة التي تفرضها دولة ما على اقليمها .

أما النصوص التي أوردت المبادئ العامة فنذكر منها مقدمة اتفاق لاهاي الرابع (١) بخصوص التشريعات وعرف الحرب البحرية ونصها :
“ Les populations et les belligerents restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils resultent des usages établies entre nations civilisées, des lois de L'humanité et des exigences de la conscience puplique”.

وعندنا أن تكيف المشكلة يقتضى أن نحدد أولاً هل يمكن للإرادة الشارعة الخالقة للقانون أن تتخذ صورة مبادئ عامة على النحو الذى وضعته المادة ٣٨ مستقلة عن العرف والمعاهدات أم لا ؟

لا تخلق الارادة الشارعة قواعد دولية الا اذا تعلقت بمسلك دولي ، ومن ثم فان المبادئ العامة يجب أن تنظم مسلكاً دولياً حتى تكون دليلاً مثبتاً للإرادة الشارعة الدولية ، أما اذا نظمت مسلكاً داخلياً فانها لا تكون عندئذ تعبيراً عن الارادة الشارعة الدولية .

ومن ثم فاننا اذا فهمنا المبادئ العامة على أنها المبادئ التي تحويها مختلف النظم المحلية لتنظيم سلوكها الداخلى فانها عندئذ لا تكون مصدراً اثباتياً للإرادة الشارعة الدولية وان جاز أن يكون لها تأثير غير مباشر في خلق قواعد دولية من حيث أن تكرر النص على ذلك المبدأ في القوانين الداخلية يسهل قبوله لدى الارادة الشارعة الدولية .

أما اذا تعلقت المبادئ العامة بمسلك دولي فانها عندئذ لا تعدو أن تكون عرفاً أو معاهدة وذلك حسب الصورة التي تتخذها فان كانت غير مكتوبة فهي عرف وان كانت مكتوبة فهي معاهدة (٢) .

(١) Le Fur et Chklaver — Recueil des textes de droit international Public, 2e. éd. p. 204.

(٢) يذهب البعض الى أن المبادئ العامة لم تعد مصدراً مستقلاً بعد أن ذكرتها المادة ٣٨ =

ومن ثم فإن المبادئ العامة من حيث هي لا تعتبر دليلاً مستقلاً من أدلة اثبات القانون الدولي العام وهي لا تكون كذلك إلا إذا اتخذت صورة عرف دولي أو معاهدة .

وعلى ذلك فإن المادة ٣٨ السالفة إنما ميزت بين العرف والمعاهدات من ناحية وبين المبادئ العامة من ناحية أخرى في معنى شكلي بحث ، أو بتعبير آخر أن تعداد المصادر التي وردت في تلك المادة باسم مصادر أصلية هو تعداد للمصدر بمفهومه الشكلي (في المعنى الذي أوضحناه آنفاً للمفهوم الشكلي) . أما إذا قصدنا إلى المصدر بمعناه الواقعي (في المعنى الذي أسلفناه لمفهوم واقعي) فإنه يقتصر في نظرنا على العرف والمعاهدات فحسب .

أما وقد انتهينا إلى أن المصادر الإثباتية الواقعية للقانون الدولي العام هي العرف والمعاهدات فحسب ، فطبيعي أن يكون بحث العلاقة بين العرف وغيره من مصادر القانون قاصراً على بحث علاقة العرف بالمعاهدات . وهنا نذكر التفرقة الشائعة بين أغلب الفقهاء والتي تقسم المعاهدات إلى نوعين (١) : المعاهدات العقود *traités - contrats* والمعاهدات الشارعة *traités - lois*

ويقصدون بالمعاهدات العقود - أو المعاهدات الخاصة - المعاهدات التي تعقد بين عدد محدود من الدول في أمر خاص بها ، وهي عادة لا يتعدى أثرها من وقع عليها . ومثال ذلك معاهدات الصداقة والمعاهدات التجارية ، ولذا فهي ليست بذاتها مصدراً لقواعد القانون الدولي العام

== من نظام محكمة العدل ، بل انقلبت إلى معاهدة بوصف أن إيرادها ضمن مصادر القانون جاء في نظام المحكمة ونظام المحكمة لا يعدو أن يكون اتفاقاً دولياً ، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن النص في معاهدة على اعتبار المبادئ العامة من بين مصادر القانون لا يجعل من هذه المبادئ مصدراً اتفاقياً لا سيما وأن النص لم يعرف المقصود بالمبادئ العامة ولم يفصلها بل ترك ذلك للتفسير والتطبيق العملي .

(١) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٤ ، ٢٥ - وهي تفرقة لا نقرها على نحو ما سنوضح بالمتن فيما بعد .

وان كان يصح أن تصبح سبباً غير مباشر لظهور قاعدة دولية وذلك عندما يثبت تكرار ابرام معاهدة خاصة تنص على نظام معين في أمر معين من عدة دول . فتعارف الدول على الأخذ بهذا النظام قد يؤدي الى نشوء قاعدة عرفية توجب على الدول اتباع ذلك النظام ، ومن الأمثلة التي يسوقونها في هذا المجال قاعدة عدم تسليم اللاجئين السياسيين ، فلقد نشأت تلك القاعدة بعد تكرار النص على عدم جواز تسليم اللاجئين السياسيين في مختلف معاهدات التسليم .

أما المعاهدات الشارعة - ويسمونها كذلك المعاهدات العامة - فهي التي تعقد بين عدة دول في شأن يهم الدول جميعا ويكون الغرض منها انشاء قواعد عامة أو تسجيل قواعد مجردة لتنظيم علاقة دولية عامة وهي بهذا أقرب ما تكون الى التشريع ، ولذا سميت بالمعاهدة الشارعة ، تمييزاً لها عن المعاهدة الخاصة التي تشبه العقد . ومن الأمثلة التي يذكرونها للمعاهدات الشارعة اتفاقية فينا واكس لاشابل سنة ١٨١٥ ، ١٨٢٨ بشأن مراتب رجال التمثيل الدبلوماسي وكذا عهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة .

وفي بحث علاقة العرف بالمعاهدة يكون المقصود طبعاً بحث علاقة العرف بالمعاهدة الشارعة وليس بالمعاهدة العقد ، وهنا نجد ثلاث نظريات : النظرية الأولى تجعل العلوية للمعاهدات على العرف (١) حيث أن المادة ٣٨ آتفة الذكر قدمت المعاهدات على العرف ، هذا فضلاً عن أن العرف تعبير عن ارادة ضمنية في حين أن المعاهدة تعبير عن ارادة صريحة . والمفروض أن الارادة الصريحة هي المرجع الأول فاذا وجدت لا يعدل عنها الى ارادة ضمنية ، وتبعاً فعند التعارض تكون العلوية للارادة الصريحة على الارادة الضمنية .

ويدافع الفقهاء السوفيت عن هذا الرأي بحماس على أساس أن القانون الدولي العرفي يعتبر في مجموعه عندهم أفكاراً وتطبيقات تفرضها الامبريالية

(١) جاني - المرجع السابق - ص ١٦٢ ، ١٦٣

الرأسمالية على الدول الضعيفة . ولذلك فإنهم يزكون فكرة السيادة كضمان ضد ضغط الدول الامبريالية الرأسمالية ، على الدول الضعيفة ، ويعتبرون أن المعاهدة هي الأساس الحقيقي للعلاقات الدولية بوصف أنها افصاح حر عن الارادة (١) . وهذا هو الذى يفسر الموقف السلبي الذى وقفه الوفد السوفيتى فى مؤتمر سان فرانسيسكو حيال كل اقتراح مهدف الى ادخال نص فى ميثاق الأمم المتحدة يكرر المادة ١٩ من عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بمراجعة المعاهدات الدولية .

والمذهب السوفيتى انما يتابع منطق فلسفته الماركسية فى نظره للعرف ولذا لا نرى حاجة لمناقشته بشأن العرف الدولى لأن هذه المناقشة ستتناول فى حقيقتها الفلسفة الماركسية وليس العرف الدولى (٢) .

واذ أننا سبق أن أوضحنا أن المادة ٣٨ من نظام المحكمة الدولية لم تقصد الى ترتيب مصادر القانون من حيث أهميتها الاستدلالية ، كما أننا فندنا فيما سلف من عرض الرأى الذى يصف المعاهدة بأنها ارادة صريحة والعرف بأنه ارادة ضمنية - أو تعبير صريح وتعبير ضمنى - لذلك فنحن لا نقر النظرية التى تجعل للمعاهدات علوية على العرف .

(١) S. Krylov : Les notions principales du droit des gens. La doctrine soviétique du droit international.

مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٤٧ عدد ٧٠ ص ٤٤١-٤٤٢

(٢) يستند القانون الدولى عند السوفيت الى الماركسية كما شرحها لينين وستالين ، ولذلك فان أساسه عندهم يختلف عن الأساس الذى تقوم عليه الأفكار الغربية وهى تعتبر فى نظر السوفيت أفكار جماعات برجوازية لا يمكن أن تقوم بينها وبين السوفيت الا علاقات انتقالية تحكم ما يجمعها من روابط ضرورية . ويذهب التفسير الماركسى الى أن كل قانون ليس الا افصاحاً عن سلطة ارادة الطبقات المسيطرة ، ولذا فهو يدافع عن سلطتها وامتيازاتها وتبعاً فان القانون الدولى العام ليس سوى نقل أفكار اجتماعية سيطرت فى حقبة زمنية معينة الى العلاقات الدولية فلا غرو والحال هذه ألا تحوى للعلاقات التى تقوم بين دول ذات بناء اجتماعى مختلف الا وحدة جزئية جداً ذات صفة مؤقتة بحتة . ونظراً لأن القانون الدولى العام قد تأثر كثيراً بتقاليد الدول البرجوازية فهو لا يقوم فى هذه العلاقات الا بدور ثانوى . وطبيعى على هذا الأساس أن يكون ذلك عن طريق المعاهدات فحسب لأنها هى فقط التى يمكن أن تنظم العلاقة بين الدولة السوفيتية وغيرها من الدول فى حدود ما يسمح المذهب الماركسى باقامته من علاقات .

والنظرية الثانية تقابل الأولى تماماً لأنها تجعل العلوية للعرف على المعاهدة
وهى نظرية تحتاج الى تحديد على نحو ما سنوضح عند مناقشة النظرية الثالثة
وهى النظرية التى تسوى بين المعاهدة والعرف استناداً الى أن كليهما افصح
عن الارادة ، ومن ثم فإن العلاقة بينهما تحكمها القواعد الأصولية العامة
التي تنظم العلاقة بين مصدرين متعادلين من مصادر القانون بمعنى أن الخاص
منهما يخصص العام واللاحق ينسخ السابق فيما يتعارضان بخصوصه . ومن ثم
فإن العرف الذى ينظم حالة جزئية يمكن أن يخصص أحكاماً عامة وردت بها
نصوص معاهدة من المعاهدات ، والعكس صحيح أى أن نصاً يتعلق بحالة
خاصة ورد فى معاهدة قد يخصص حكم قاعدة عرفية تنظم حالة عامة .
وكذلك المعاهدة التى تلحق فى الظهور عرفاً قد تنسخ ذلك العرف فى نطاق
تعارضهما ، كما أن العرف اللاحق لابرام معاهدة قد ينسخ نصوص تلك
المعاهدة فى مجال التعارض .

ونحن وان قبلنا هذا الرأى من حيث المبدأ الا أننا نأخذ عليه عدم دقته
فى التعرف على التكييف الصحيح للمسألة ولذلك انتهى الى نتيجة تحتاج
الى تشذيب . ذلك أنه وان كان كل من العرف والمعاهدات يعتبر مصدراً
اثباتياً للارادة الشارعة ، الا أننا لا يمكن أن نسوى بينهما من حيث القوة
لأن القواعد التى يثبتها العرف ذات قوة وطبيعة الزامية مختلفة عن القواعد
التي تثبتها المعاهدات ، وربما كان سبب خطأ أصحاب هذه النظرية هو عدم
أخذهم بعين الاعتبار أن التفرقة بين المعاهدات على أساس معاهدات شارعة
ومعاهدات عقود تفرقة غير مقبولة .

ذلك أن الافصاح عن الارادة الذى يتخذ صورة اتفاقية يكون له دائماً
مضمون واحد وان اختلفت الدوافع ، اذ يجب أن نميز بين الدافع للارادة
وبين الارادة ذاتها ، والمثل يوضح ما نقول : ففى حالة شراء دولة لاقليم
يجب أن نميز بين تصرف الشراء وبين الدافع على الشراء والدوافع مختلفة
ولكن الارادة واحدة دائماً لأن مضمونها هو دائماً مضمون التصرف ،
فكل الأطراف يريدون ما يقصد اليه التصرف أو العقد .

ثم اننا اذا استقرينا ما يسمونه بالمعاهدات العقود نجد أنها في الحقيقة كثيراً ما تقرر قواعد قانونية دولية بالنسبة للدول المتعاقدة تحكم علاقات هذه الدول خصوصاً ما هو متفق عليه في المعاهدة الأمر الذي لا بد أن نعرف معه بوجود عدد من النظم القانونية الخاصة تتعدد بتعدد هذه المعاهدات وتباين موضوعاتها . هذا فضلاً عن أن المعاهدات المسماة بالشارعة لا تلزم غير أطرافها أى أن ما تحويه من قواعد تفتقر الى صفى العمومية والتجريد وهما الصفتان الجوهريتان فى القاعدة القانونية وذلك لعدم وجود معاهدة شارعة عالمية بالمعنى الشامل . ولذا فان الحالات التى تحترم فيها دول غير أطراف قواعد تتضمنها معاهدة لا ترجع الى التزام الدول باحترام تلك القواعد على أساس اتفاقى ، ولكن يفسرها أن الدول رغبت ذلك اختياراً أو أن القواعد التى حوتها المعاهدة اكتسبت صفة العرف بالنسبة للدول المذكورة (١) .

ولا جدل فى أن المعاهدات بنوعها - العقود والشارعة - انما تخضع فى انشائها ونفاذها وانهاؤها لقواعد لا تكاد تفرق عن القواعد التى تحكم العقود (٢) بمعنى أننا عند انشاء المعاهدة نبحث عن أهلية المتعاقدين وننظر فيها اذا كانت الاجراءات الشكلية اللازمة قد روعيت ، ولا ينصرف حكم المعاهدة الا الى أطرافها أو المنضمين اليها ، ولا يجوز إنهاء المعاهدة الا طبقاً لنص فيها أو بارادة طرفيها ، وغير ذلك من القواعد التى تماثل الأحكام المرسومة للعقود فى القوانين الداخلية .

ومن الأمثلة التى يرددها كثير من الفقهاء على أنها نموذج للمعاهدات الشارعة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن القانون البحرى زمن الحرب ، والحقيقة أن هذا القول محل نظر لأن تاريخ التصريح يدل على أنه اتفاق

(١) فاليابان مثلاً لم توقع على اتفاقية بروكسل سنة ١٨٧٤ التى تنظم بعض قوانين وعادات الحرب ولكنها احترمت الأحكام التى تضمنتها الاتفاقية فى الحملة التى وجهتها ضد الصين سنة ١٨٩٤ بوصفها قواعد اكتسبت الصفة العرفية .

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المرجع السابق - ص ٣٠

أكد أطرافه المتعاقدون مزايا متبادلة فيما بينهم ذلك أن الحلاف بين إنجلترا والدول البحرية الصغرى الأخرى الذى نشب منذ القرن السابع عشر فيما يتعلق بالملاحة التجارية المحايدة زمن الحرب لم يكن خافياً على العيان . فالدول الصغرى ترى أن العلم المحايد يحمى تجارة العدو طبقاً لمبدأ « سفينة حرة ، سلعة حرة ، Navire Libre, Marchandise libre. » أما إنجلترا فكانت تطالب بحجز بضائع العدو . وقد جرت محاولات سنة ١٧٥٦ ، ١٧٧٠ ، سنة ١٧٩٤ ، سنة ١٨٠٠ لتأييد نظرية الدول الصغرى ولكن نجاح هذه المحاولات كان مرهوناً بظروفه ، فلما قامت حرب القرم اتفقت إنجلترا وفرنسا على مبادئ مشتركة فى موضوع الملاحة المحايدة ، وفى ٢٨ و ٢٩ مارس ١٨٥٤ أعلنت الدولتان تصريحين متماثلين اعترفت فيه إنجلترا لأول مرة بمبدأ « سفينة حرة ، بضاعة حرة » . وعند انتهاء الحرب أعلن تصريح باريس السالف الذى أعتبر بعد ذلك بمثابة تنظيم سارت عليه الدول حتى الدول التى لم توقعه فقد راعته ، مثلاً الولايات المتحدة الأمريكية فى حرب أسبانيا سنة ١٨٩٨ رغم أنها لم تشترك فى إصداره .

ومن كل ما سبق نرى أن المعاهدة دائماً تأخذ حكم العقد وليست شارعة بالمعنى الفنى الذى نفهم به التشريع .

وعلى ذلك فإن القواعد القانونية التى تثبتها المعاهدات انما تماثل مع القواعد القانونية التى يمكن أن يثبتها العقد فى القانون الداخلى ذلك أن لأعضاء الجماعة الداخلية - فى غير ما يتعارض مع النظام العام - أن يخلقوا بآرادتهم ما يشاؤون من قواعد لتنظيم علاقاتهم المتبادلة ، ولكن هذه القواعد - كما قلنا - يجب ألا تخالف النظام العام الذى يمكن أن يستند فى الداخل الى قواعد عرفية أحياناً .

كذلك الحال فى النطاق الدولى فان المعاهدات بين أعضاء الجماعة الدولية تقوم بذات الدور الذى يقوم به العقد فى النطاق الداخلى مع فارق واحد هو أن فكرة النظام العام فى المجال الدولى فكرة لازالت باهتة ولم تتأكد

ملاحظتها بعد . ولذلك نلاحظ أن نطاق حرية الإرادة في تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي عن طريق الاتفاقات - أى المعاهدات - أوسع بكثير في المحيط الدولي عنه في المحيط الداخلي بالنسبة لأشخاص القانون الداخلي .

وقولنا هذا لا يتعارض مع ما سبق أن قررناه من أن الإرادة الدولية الشارعة يمكن أن تثبت عن طريق المعاهدات لأننا إنما نبحث هنا في نوع القواعد التي تثبت عن طريق العرف والقواعد التي تثبت عن طريق المعاهدات .

لقد قلنا فيما سلف إن القاعدة القانونية إنما تلزم الإرادة التي صدرت عنها ، ومن ثم فإن كلا من القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية تلزم الإرادة التي صدرت عنها ، بيد أن الإرادة الشارعة التي تخلق القاعدة العرفية غير محدودة على وجه الحصر ، أى أنه كثيراً ما يتعذر تحديد أشخاص القانون الدولي الذين اشتركت إرادتهم في خلق القاعدة العرفية والوقت الذي خلقت فيه تلك القاعدة في حين أن المعاهدة تبين على وجه الحصر الإرادات الشارعة التي خلقت قواعدها والوقت الذي خلقت فيه تلك القواعد . ومن ثم فإن العرف يقوم بدور قريب من دور القانون في النطاق الداخلي وهو في ذلك أقرب إلى القانون من المعاهدة ، ومن هنا يجيء الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية في قوة الالتزام ، فالقاعدة العرفية ليس لها أطراف تنحصر فمهم قوتها الالتزامية بل إن حكمها ينصرف إلى العموم فإن كان العرف عالمياً التزمت به الجماعة الدولية ، وإن كان إقليمياً التزم به أشخاص القانون الدولي العام القائمون في ذلك الإقليم ، ويستوى في ذلك أشخاص القانون القائمون وقت نشوء العرف والذين يقومون بعده ، ثم هو غير مقيد بزمن مستقبل من حيث التطبيق في حين أن القواعد الاتفاقية قاصرة على أطراف المعاهدة ومن يقبلون أحكامها وذلك لفترة نفاذ المعاهدة فحسب (١) .

(١) ولذا فإن الغالب في المعاهدات أن تسجل ما سبق أن استقر عن طريق العرف ولكن بطريقة أكثر وضوحاً .

ولذلك نرى وجوب التفرقة بين وضعين عند الكلام عن علاقة العرف بالمعاهدات :

١ - فإذا كانت هناك قواعد عرفية تعتبر من النظام العام فإنها تعلقو على القواعد الاتفاقية ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد الآمرة والا كان الاتفاق باطلا .

وفي هذا المعنى نستطيع أن نقول إن القانون العرفي يعتبر بمثابة الحد الأدنى للأخلاق الدولية الذي لا غنى عنه لوجود الجماعة الدولية (١) .

فلو أننا اعتبرنا أن تحريم تجارة الرقيق أصبح من قواعد النظام العام الدولية وتصورنا أن دولتين اتفقتا على إباحة تجارة الرقيق وحماية تلك التجارة في البحار العامة ، فإن هذا الاتفاق يعتبر باطلا لأنه يخالف قاعدة عرفية من قواعد النظام العام الدولي .

٢ - أما إذا تعلق الأمر بتسوية حالة لا تنظمها قواعد عرفية آمرة فهنا يمكن أن نقول بتعادل العرف والمعاهدات من حيث قوتها الاستدلالية ، وتبعاً فإن العلاقة بين العرف والمعاهدة تحكمها القواعد الأصولية العامة التي تقضى بأن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض ، وذلك على نحو ما أوضحنا فيما سلف .

ومن الأمثلة التي نسوقها هنا للاستدلال بأن عرفاً لاحقاً أبطل معاهدة سابقة القواعد العرفية فيما يتعلق بامتيازات الأجانب فقد عدلت تلك القواعد التي استقرت من أحكام المعاهدات السابقة الخاصة بامتيازات الأجانب ، وطالما شهدنا أمثلة لذلك في مصر قبل الغاء الامتيازات الأجنبية ، وكذلك اهمال غالبية الدول المتحاربة - أثناء الحرب العالمية الأخيرة - للقواعد الاتفاقية التي كانت تحرم مهاجمة الغواصات المتحاربة للسفن التجارية دون انذار سابق (٢) .

(١) جويه - المرجع السابق - ص ٥٠

(٢) شارل روسو - المرجع السابق - ص ٦٧ ، ٦٨

ومن أمثلة الغاء عرف سابق بمعاهدة لاحقة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية اذ ألغى ما كان يجرى عليه العمل الدولي بشأن المطاردة (١) .

وعلى هذا الأساس رفض اللورد Stowell أن يستجيب لطلب البرتغال بتطبيق المعاهدة الأنجلوبرتغالية التي أبرمت سنة ١٦٥٤ وفيها اتفق المتعاقدون على أن يقبضوا على غنائم من يحارب أحدهما ولو كان الآخر في حالة حياد ، وطبق الفكرة الحديثة لقانون الشعوب التي تحرم انتزاع الغنائم من المحارب ما دام أنه قد غنمها قانوناً (٢) .

على أننا يجب ألا ننسى في غمرة ما أسلفناه من قول الدور الهام الذي تؤديه المعاهدات في تكوين العرف ، ذلك أنه وان كانت المعاهدات في بعض الأحيان مصدراً ثانوياً لاثبات القانون الدولي العام الا أنها كثيراً ما تساعد على خلق قواعد عرفية اذ أن تكرار ذكر قواعد مستحدثة في معاهدات قد يصل بالعالم الى خلق قواعد عرفية بذات الفحوى عند ما يستقر الضمير العالمي عليها فتنشط الارادة الشارعة لارسائها .

ومن الأمثلة التي ندلل بها في هذا الخصوص معاهدة واشنطن التي أبرمت بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية في ٨ مايو ١٨٧١ لتسوية بعض نقاط النزاع التي نشأت من الحرب الأهلية الأمريكية وذلك عن طريق التحكيم . وقد برزت من بين هذه النقاط منازعة الالاباما (٣) .

(١) شارل روسو - المرجع السابق - ص ٦٧

(٢) جويه - المرجع السابق - ص ١٤١

(٣) الالاباما سفينة شيدت في ميناء ليفربول أثناء الحرب الأمريكية وذلك لحساب ولايات الجنوب ، وقد طلبت ولايات الشمال الى انجلترا عدم تسليم تلك السفينة ، ولكنها مع ذلك جهزت خارج الاقليم الانجليزي وحاربت السفن التجارية التابعة لولايات الشمال ، فاعتبرت الولايات المتحدة أن بناء هذه السفينة انتهاك للحياد البريطاني . وقد انتهت المنازعة بالحكم على بريطانيا بغرامة قدرها (١٥,٥٠٠,٠٠٠) دولار .

وتضمنت معاهدة واشنطن مبادئ القانون التي تطبق بحثاً عن حكم القانون الدولي بشأن المسألتين التاليتين :

١ - هل الدول المحايدة ملزمة بأن تراعى الحرص الكامل لمنع تجهيز أو تسليح سفينة في اقليمها يعتقد لأسباب مقبولة أنها ستستخدم في محاربة دولة تربطها بها علاقات سلمية .

٢ - هل يجب على الدول المحايدة ألا تسمح لدولة متحاربة بأن تتخذ من موانئها أو من مياهها الاقليمية قاعدة لأعمال حربية بحرية .

وقد أعلنت بريطانيا وقتئذ أنها لا تقيّد بالقواعد التي تضمنتها معاهدة واشنطن بدعوى أن القواعد لا تعتبر من القانون الدولي العام المطبق آنئذ ولكنها مع ذلك قبلتها كأساس للتحكيم واعتبرتها ملزمة للمستقبل (١) . والحق أن قواعد واشنطن لم تكن عند الاتفاق عليها مستحدثة تماماً ، فقد وردت من قبل ذلك في كثير من تصريحات الدول المحايدة ولكنها استقرت كقواعد دولية بحكم الالاباما في ١٤ سبتمبر ١٨٧٢ ، ولذلك أدرجت ضمن المواد ١ ، ٢ ، ٩ من الاتفاق الثالث عشر المتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة في حالة الحرب البحرية الذي عقد في مؤتمر السلام الثاني سنة ١٩٠٧ . وهذا مثل لعرف دولي كان الدافع الى قيامه معاهدة بين دولتين كبيرتين .

ولعل من المناسب أن نعرض في ختام هذا البحث لعلاقة العرف بعرف آخر في كلمة موجزة .

واضح أن القواعد العرفية في مستوى متعادل من حيث قوتها الاثباتية ، ومن ثم فإن علاقتها ببعضها البعض تخضع للقواعد الأصولية التي أوردناها آنفاً أي أن الخاص ينحصر العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض .

(١) Moore — History and Digest of International Arbitrations.

مجموعة التحكيم الدولي - ج ٢ ص ٧٠٣ وما بعدها .

وقد أقر بنكرشوك (١) - عن جوليان - امكان تحول القواعد العرفية بقوله :

“Ut mores gentium mutantur et matatur gentium”

ويحصل هذا التحول تحت تأثير أفكار جديدة أو تفسير جديد لضرورات عملية ، ومثال ذلك الحق في حطام السفينة الذي كانت تثبته قاعدة عرفية فيما مضى ثم ألغى تدريجياً بظهور أدلة اثباتية جديدة على ذلك الالغاء. وكذلك الحال بالنسبة لما كانت تدعيه الدول البحرية الكبرى من حق الاشراف على البحار أو الشرف الخاص الذي يمنح لعلمها .

وبدبهي أنه يجب أن تتوافر في القاعدة الجديدة ذات الشروط التي استلزمناها لتحقيق القاعدة العرفية .

تقنين العرف (٢) :

التقنين هو صياغة القواعد العرفية في مدونة مكتوبة .

والتقنين بمعناه الدقيق لا يعدو أن يكون اجراء شكلياً فهو مجرد تجميع للقواعد العرفية القائمة في صورة مكتوبة ، وهذا المعنى يكون تعبير « تقنين »
codification مقابلاً لتعبير « تشريع » legislation لأن التقنين هنا اجراء كاشف عن قواعد سابقة عليه في الوجود ، أما التشريع فيتضمن ادخال عناصر جديدة على القواعد القانونية القائمة .

ولكن التقنين في الحقيقة لا يقتصر على هذا الدور الشكلي ، وانما قد يتضمن قدرأ من العنصر التشريعي وذلك في حالة ما تكون القواعد العرفية متعددة في ذات الموضوع ، أو اذا كان هناك تعارض بين القانون العرفي والقانون المكتوب ، اذ تكون مهمة التقنين هنا العمل على توحيد القانون واستبعاد التعارض القائم بين مختلف القواعد القانونية .

(١) جويه - المرجع السابق - ص ١٢٠

(٢) راجع تفصيلات في مقال Charles de Visscher عن التقنين في القانون الدولي

- مجموعة لاهاي سنة ١٩٥٢ - ج ١ ص ٣٢٩-٤٥٣

والتقنين في القانون الدولي تفرقه عن التقنين في القانون الداخلي فوارق
جوهرية أهمها :

١ - يورى التاريخ أن التقنينات الداخلية قد جرت تحت تأثير عوامل
سياسية في الغالب هي ضرورة تقوية الوحدة السياسية للدولة ذلك أن وضع
حد لتعدد القوانين وتركيزها يعتبر عاملاً جوهرياً في تحقيق الوحدة السياسية
للدولة . وهذا العامل ذو تأثير ضعيف في المجال الدولي لأن التضامن الدولي
أضعف بكثير من التضامن الداخلي والرغبة في الوحدة أوهن في المجال الدولي
منها في المجال الداخلي .

٢ - الهدف الرئيسي للتقنين في القانون الداخلي هدف شكلي
هو العمل على اثبات وتوضيح القانون العرفي في صورة مكتوبة ، أما التقنين
في المجال الدولي فلا يقتصر على ذلك الهدف ، بل قد يتناول ذات موضوع
القاعدة القانونية بالتعديل .

٣ - لم يصل القانون الدولي بعد الى أن تتوافر له ذات الظروف
التي للقانون الداخلي من حيث الأعمال التي تحضر للتقنين ، فالأعمال التحضيرية
التي تجهز للتقنين الداخلي أدق وأيسر بكثير اذا قيست بالنسبة للأعمال
التحضيرية للتقنين الدولي .

ويمكن أن نقسم الجهود التي بذات في تجميع قواعد العرف وصياغتها
في تقنين دولي شامل الى ثلاثة أقسام :

١ - جهود فردية قام بها نفر من الفقهاء كل بنفسه ، وأولى
هذه المحاولات كان المشروع الذي نشره الفيلسوف الانجائزى جرمى بننام
سنة ١٧٩٢ ولكنه كان ذا صبغة فلسفية بعيدة عن واقع الحياة الدولية ،
ثم تابعت بعد ذلك مشروعات فردية أخرى نذكر منها المشروع الذي أعده
بسكال فيورى سنة ١٨٨٩ ويتكون من ثمانمائة وخمسة وتسعين مادة .

ويؤخذ على هذه الجهود أنها ليست تجميعاً محايداً لأحكام القانون الدولي
العام بل هي تقنين متأثر بالأراء الشخصية للفقهاء الذي يقوم به .

٢ - جهود جماعية قامت بها الهيئات العالمية المشغلة بالشئون الدولية مثل المجمع الذي أنشئ في مدينة Gand ببلجيكا باسم مجمع القانون الدولي في أوروبا . الا أن هذه الجهود لم تسفر سوى عن تقنيات جزئية لبعض مسائل القانون الدولي ، كما أنها لم تكتسب الطابع الرسمي عن طريق اعتراف الحكومات بها ، وبذلك ظلت قيمتها فقهية بحتة .

٣ - جهود حكومية قامت بها بعض الدول أو المنظمات التي تضم الدول ويمكن تقسيمها الى ثلاثة أنطقة :

(ا) النطاق الأول خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حيث كانت حركة التقنين حركة جزئية تنحصر في بعض موضوعات معينة تتم عن طريق معاهدات جماعية ودون أية خطة مرسومة لتسلسل التقنين . والأمثلة البارزة لهذا المجهود هي مؤتمر لاهاي سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٧ وما قامت به الاتحادات الدولية في شئون القانون الدولي الادارى وجهود عصبة الأمم في الفترة ما بين سنة ١٩١٩ وسنة ١٩٣٩ لا سيما في موضوعات المواصلات والترنسيت وكذلك قانون العمل الدولي .

(ب) وبجانب هذه الحركة التي تمت عن طريق اتفاقات دولية ذات صبغة أوروبية بحتة قامت حركة مماثلة في أوائل القرن العشرين في القارة الأمريكية تولت الجانب الأكبر منها المؤتمرات الأمريكية التي تتابعت منذ سنة ١٨٨٩

(ج) على أن هذه التقنيات أوروبية كانت أو أمريكية لا تعنى عن ضرورة تقنين عام يسير على نهج مرسوم بطريقة تدريجية مترابطة حتى تسد الحاجة العامة .

وكانت عصبة الأمم أول من حمل لواء هذه الحركة الشاملة فأصدرت جمعيتها العمومية قراراً في ٢٢ سبتمبر ١٩٢٤ يقضى بتشكيل لجنة من الخبراء لتقوم بتحضير ما تراه قابلاً للتقنين من موضوعات القانون الدولي وتقديمها

للجمعية بعد أخذ رأى الدول . وقد انتهت اللجنة الى اختيار ست موضوعات هي : الجنسية والبحر الاقليمي ومسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بأشخاص وأموال الأجانب في اقليمها والقرصنة واستثمار منتجات البحار والحصانات والامتيازات الدبلوماسية وعرضتها على الجمعية العمومية سنة ١٩٢٧ فرأت قصر البحث مبدئيا على مسائل الجنسية والبحر الاقليمي ومسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بأشخاص وأموال الأجانب في اقليمها ، وتألقت لجنة أخرى تحضيرية لتجهيز هذه الموضوعات للبحث في مؤتمر عام . وقد عقد ذلك المؤتمر في ١٣ مارس ١٩٣٠ بمدينة لاهاي وحضره مندوبو سبع وأربعين دولة منها ثمان وثلاثون دولة من أعضاء عصبة الأمم ، ولكن المؤتمر اصطدم بعقبات فنية وسياسية فلم يصل الى اتفاق الا على بعض قواعد الجنسية .

ثم جاء انشاء الأمم المتحدة دفعة جديدة للجهود التي بدأتها عصبة الأمم سواء في جنيف أو في لاهاي ، وقد جعل ميثاق الأمم المتحدة في مادته الثالثة عشرة من التقنين هدفاً من أهدافه الرئيسية وأعطى الاختصاص بذلك صراحة للجمعية العمومية .

وقد تشكلت لجنة من الخبراء قوامها خمسة عشر عضواً باسم لجنة القانون الدولي لأثر قراراتين أصدرتهما الجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٤٦ و ٣ نوفمبر ١٩٤٨ (١) .

ومن الموضوعات التي اهتمت بها اللجنة مشروع التقنين الخاص بالجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها ، ومشروع القضاء الجنائي الدولي ، ونظام البحر العام ، والقانون الخاص بالمعاهدات ، واجراءات التحكيم ، وتعريف الاعتراف ، والجنسية ، والبحر الاقليمي ، والتحفظات على المعاهدات ، ونظام الهضبة الساحلية أو الرصيف القارى .

(١) أصبح عدد أعضاء تلك اللجنة واحداً وعشرين عضواً بناء على القرار الذي اتخذته الجمعية العمومية في ٨ ديسمبر ١٩٥٦

وقد أقرت الجمعية العمومية للأمم المتحدة توصية للجنة القانون الدولي بعقد مؤتمر عام لمناقشة قانون البحار وصدر بذلك قرار الجمعية في ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ وعقد المؤتمر في مدينة جنيف في أبريل ١٩٥٨ وحضره مندوبون عن ست وثمانين دولة ، ولكن المؤتمر لم ينته الى شىء .

ومما سلف نرى أن العالم لم يوفق بعد الى اعتماد شرط ذى بال مما أعدته اللجان الفنية من مشروعات تقنين فى موضوعات القانون الدولي العام ، وأن فكرة التقنين الشامل لقواعد العرف الدولي لا زالت بعيدة عن التحقيق .
والواقع أن فكرة التقنين لها مؤيدون ولها معارضون .

والذين يهاجمون حركة تقنين العرف الدولي يستندون الى أساسين نجمل أهمها فيما يلي :

١ - يذهب البعض الى أن فكرة تقنين العرف الدولي فكرة خيالية . لأن التقنين يجب أن يكون كاملاً حتى يزود القاضى والفقير بأحكام لكل ما يعرض لهم من مشاكل .

ولكن هذا الرأى يستند الى تصور خاطيء فهو يتصور أن القانون المكتوب هو المصدر الوحيد للقانون ، ومن ثم فاما أن يكون التقنين كاملاً والا فلا ، وبديهى أن هذا منطق مرفوض .

٢ - ويرى آخرون أنه حتى مع القول بأن التقنين يمكن أن يتم تدريجياً فان تقنين العرف الدولي أمر يجب عدم تحييده لأنه يجمد القانون فى صورته الراهنة ، وتبعاً يكون عامل تأخر لا عامل تطور ، لأن التقنين الدولي سيكون عن طريق اتفاق دولى والقواعد الاتفاقية اذ تبلور القانون فى صورة محددة ، انما تجازف باعاقبة ازدهار القانون العرفى .

وهذا الاعتراض لا يخلو من وجهة الا أنه يتناسى أن التقنين يحمل عنصر التحديد والدقة ، وهذا فيه ضمان كبير للأمن الدولي ، ولذا كان لايد من حل وسط يستبعد النقد السالف ولا يضحى بهذه الميزة وذلك يكون

بالعمل على مراجعة التقنين في فترات دورية أو متقاربة والعمل على ترك نطاق معين من القواعد بعيداً عن التقنين وخاضعاً للتطور طبقاً لحاجات المجتمع ووقائع حياته .

٣ - ويعيب نفر ثالث على التقنين أنه قد يؤدي الى تقييد القاضي والفقير بحرفية النص بدلا من روح النص الأمر الذي لا يتفق مع سلامة تطبيق القانون الدولي ، ولكن يرد على هذا النقد بأنه يخالف ما هو ثابت في العمل الدولي ، اذ الملحوظ أن القضاء والفقير الدوليين لم يتقيدا بحرفية النص وانما يسعيان دائماً وراء روح النص .

٤ - وتقول جماعة بأن التقنين لا يحقق الميزة الجوهرية التي ينادى بها أنصاره ألا وهي تقوية سلطة القانون ، بل هو على العكس عامل من عوامل اضعاف القانون لأنه يتخذ صفة اتفاق جماعي ، والاتفاق الجماعي كالبناء إذا انهار ركن منه انهار البناء بأجمعه ، وما دام أننا لا يمكن أن نتلافى حصول مخالفات في العمل الدولي للاتفاق الجماعي السالف ، فعنى ذلك أن هذا الاتفاق سينهار ، وهنا يبدو ضعف البناء للاتفاق أى التقنين .

ونلاحظ على هذا الرأي أنه يتركز على الشكل الخارجى للتنظيم ، أى أنه يتصور التقنين على أنه مجرد اجراء شكلى يكشف عن قواعد سابقة في الوجود على التقنين ، وبهذا المفهوم يكون النقد غير قائم لأن التقنين اذا اقتصر على الكشف عن القانون القائم فحسب يكون كل ما فعله أنه جعل الافصاح عن الارادة أكثر دقة وضماناً للأمن ولكنه لا يضيف قوة الزامية لقواعد لم تكن ملزمة ، ومن ثم فالقواعد التي يحويها التقنين في هذه الحالة هي قواعد ملزمة سواء وضعت في صورة مكتوبة أم بقيت في شكل عرفي ، واذا كان الأمر كذلك يكون من غير الصحيح أن نقول إن التقنين يقود الى ضعف القانون الدولي .

ومن هذا يتضح أن العيوب التي توجه الى فكرة التقنين ليست من الجدية بحيث تقعدنا عن مناصرة تلك الفكرة ، بل اننا نستطيع أن نضيف الى ما سالف

أسانيد تؤيد الفكرة وتجذبها . فالتقنين بجانب أنه يساعد على تطور القانون الدولي وتقدمه بسبب ما يترتب عليه من توضيح للقواعد العرفية وتحديد لمضمونها فانه يعمل على تقوية سلطة القاعدة القانونية العرفية للأسباب الآتية :

١ - يتم التقنين عن طريق اتفاق دولي وبذلك تكتسب القاعدة العرفية قوة الالزام الاتفاقي بجانب الزامها كعرف .

٢ - يساعد التقنين على اتساع نطاق تطبيق القانون العرفي بادراج مسائل مما تعتبر ذات طبيعة سياسية (أى تخرج عن نطاق القانون) ضمن العلاقات التي يحكمها القانون .

٣ - يعرف الرأى العام بقواعد العرف ويجعل منه تبعاً قوة تقف وراء تلك القواعد لتساندها وتراقب الاخلال بها ، وفي هذا ما فيه من تدعيم للقواعد العرفية وتمكين لسلطتها .

٤ - يزود القاضى بملدونة عامة منطقية تساعده على أداء واجبه ، وليس فى هذا تسهيل لمهمة القاضى فحسب بل انه مشجع على تعميم الاختصاص الالزامى للقضاء الدولي ، اذ من المعروف أن غموض القانون القائم وعدم تحديده هو من العقبات الكأداء فى سبيل امتداد نطاق القضاء الدولي الملزم .

وهكذا ننتهى الى أن التقنين فكرة تستحق التحييد فى النطاق الدولي لما تعود به من فوائد على القانون الدولي العام ، على أنه يجب أن يقترن بحركة التقنين ترتيب طريقة لمراجعة التقنينات من وقت لآخر حتى لا تجمد بالقانون وتكون عقبة فى سبيل تطوره وأن يتحقق التقنين على مراحل متدرجة طبقاً لمنهاج مرسوم متكامل ، وقد تكون الأمم المتحدة هى خير هيئة تشرف على تحقيق تلك الأمنية .