أولوية القواعد الأمرة في تدرج القواعد القانونية الدولية ودوره في حل التجزؤ

The priority of the rules is to include international legal norms and their role in resolving fragmentation

الدكتورة
خنساء محمد جاسم
كلية المأمون الجامعة - العراق
dr.khansaa.mohammed@gmail.com

(ISSN : 2537 - 0758)

أولوية القواعد الأمرة في تدرج القواعد القانونية الدولية ودوره في حل التجزؤ

د. خنساء محمد جاسم
كلية المأمون الجامعة/ العراق

المستخلص

تمثل القواعد الآمرة مجموعة متميزة من القواعد القانونية الدولية التي تحمي القيمة الأساسي للمجتمع الدولي، وهذه بهذه الصفة أعلى مرتبة من غيرها من القواعد الأخرى، وإنها واجبة التطبيق عالمياً.

ونتيجة لذلك تحظى هذه القواعد بأسبقية تراتبية في النظام القانوني الدولي على القواعد الأخرى، وتسهم بذلك في حل صعوبات تجزؤ القانون الدولي العام في إيجاد حلول لحالات التضارب بين القواعد، وسيناقش البحث مفهوم القواعد الآمرة من الناحيتين الفقيهة والقضائية، وكذلك تحديد طبيعة هذه القواعد وآثارها في النظام القانوني الدولي، ودورها في حل ظاهرة التجزؤ.

الكلمات المفتاحية: القواعد الآمرة، القواعد القطعية، تجزؤ القانون، النظام القانوني الدولي، أسبقية تراتبية.

The priority of the rules is to include international legal norms and their role in resolving fragmentation

Abstract

The jus cogens represent a distinct set of international legal norms that protect the fundamental value of the international community, which in this capacity is higher than other rules and is universally applicable.

As a result, these rules have a hierarchical primacy in the international legal system over other rules and thus contribute to solving the difficulties of fragmentation of general international law in finding solutions to situations of conflict between the rules.

International law, and its role in solving the phenomenon of fragmentation.

key words: Jus cogens, peremptory norms, fragmentation of law, international legal order, hierarchical precedence.

المقدمة:

إن النظام القانوني الذي يحكم الجماعة الدولية يتضمن مجموعة متميزة من القواعد القانونية ذات الأهمية الأساسية والتي تعلو على ما عداها من القواعد الأخرى وهي القواعد الدولية الآمرة (jus conges) أو القواعد القطعية.

ولما كانت هذه القواعد تحظى بمرتبة تشريعية تنماز عن غيرها من القواعد الدولية الأخرى فإنها تعد خير تطبيق لمبدأ خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، إذ لا يجوز للقواعد القانونية الدولية غير المتسمة بالصفة الآمرة أن تخالف غيرها من القواعد المتسمة بهذه الصفة، وبذلك تعمل (القواعد الآمرة) على تحقيق الانسجام والتناسق بين القواعد القانونية الدولية المختلفة والحيلولة دون التعارض المحتمل بين هذه القواعد، وبالتالي معالجة ظاهرة التجزؤ في النظام القانوني الدولي.

إن فكرة القواعد الآمرة من الأفكار التي شغلت الفقه الدولي وأشارت إليها الاجتهادات القضائية الدولية كجزء من نسيج القانون الدولي، إلا إن الأسس النظرية ونطاق تطبيق هذه القواعد ومضمونها كان محل خلاف فقهي، وطرحت بشأنه نظريات فقهية متعددة.

لقد كرست اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 آثاراً قانونية لمخالفة القواعد المتسمة بالصفة الآمرة في أحوال تعارض الأخيرة مع قواعد دولية أخرى. والتي قد تكون قواعد دولية آمرة هي الأخرى أو قواعد عرفية أو قرارات لمنظمات دولية وغيرها.

وسنلقي الضوء في هذا البحث على أولوية القواعد الآمرة في حل تجزؤ القانون الدولي العام من خلال تحديد مضمون القواعد الآمرة فقهاً وقضاءً في المبحث أول ثم نبين في المبحث الثاني طبيعة هذه القواعد وعناصرها، أما المبحث الثالث فسنتناول فيه الآثار القانونية للقواعد الآمرة في القانون الدولي وأثر هذه القواعد في حل تجزؤ القانون الدولي.

المبحث الأول

(ISSN : 2537 - 0758)

مفهوم القواعد الآمرة في الفقه والقضاء الدوليين

إن الإقرار بوجود النظام القانوني الدولي الآمر يعني التسليم بمجموع المصالح الأساسية للمجتمع الدولي بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً بدونها، بل أن جانباً من الفقه يرى أن فكرة القاعدة الآمرة تؤدي بالضرورة إلى مجتمع دولي له قيمه الخاصة ومصالحه العامة التي ينبغي أن يكون لها الغلبة على المصالح الخاصة لأعضاء هذا المجتمع[1]. فالقاعدة الدولية الآمرة تضعها الجماعة الدولية لتحمي مصالحها الأساسية وهي جزء من النظام العام الدولي الذي توجد قواعده في قمة الهرم القانوني المفترض للنظام القانوني الدولي الذي يصيب التجزؤ وحدته واتساقه، وفي إطار تبيان مفهوم القواعد الآمرة يبدو لزاماً أن نبحث في مفهوم هذه القواعد في الفقه الدولي في مطلب أول، وكذلك مفهومها المستقر في ضوء الاجتهادات القضائية الدولية في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: مفهوم القواعد الآمرة في الفقه الدولي

إن تبيان أسس قبول القواعد الآمرة في القانون الدولي يقتضي استعراضاً تاريخيا للتطورات التي أسهمت في نشأة هذه القواعد القانونية الدولية، ويبدو أن فكرة القواعد الآمرة من الأفكار القانونية القديمة، إذ تمتد جذورها إلى القانون الروماني وأن تتكرت بثوب القواعد القانونية التي لا يجوز الخروج عنها دون الإشارة إلى المصطلح الآمر تحديداً، إن استخدام مصطلح القواعد الآمرة يعود إلى الباندكيتين (Pandectists)، وهم أعضاء حركة ألمانية تخصصت في القرن التاسع عشر في دراسة مدونة جستينيان (المعروفة أيضاً بمجموعة القوانين الرومانية pandects) الذين اعتبروا من الأمور البديهية أن يتم التمييز بين القواعد الآمرة (Jus Cogens) والقواعد الرضائية (jus dispositivum)، وهكذا ظهر مصطلح (Jures congent) (القواعد الآمرة) للمرة الأولى في خلاصة جستنيان، والتي تضمنت إشارات عن مضامين القواعد الآمرة[2]،

(1) Virally, Michel, Reflections sur Le "jus cogens", Annuaire francais de droit international, 12. 1, (1966) ,P.14.

(2) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص (دايرتلادي)، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون، جنيف، 2/أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693.، الفقرات 19و20، ص12.

ومنها التطبيق الصارم للقانون (Jus strictum) والتطبيق الإرشادي للقانون (Jus dispositivum) وكذلك القاعدة القانونية القائلة بأن الاتفاقات الخاصة لا تعطل القانون العام[3]. (Jus publicum privatorum pactis mutari non potest).

لقد أسبغ فقهاء القانون الروماني على القانون الطبيعي طابع القانون الآمر الذي تكون له الأولوية والسبق في التطبيق على غيره من القوانين فهو يسمو على الإرادة التي لا يجوز لها أن تخالفه أو تحيد عنه.

بيد أن الظروف الخاصة التي أحاطت بروما في ذلك الوقت منعتها من إقامة علاقات دولية واسعة أمراً انعكس على نطاق القواعد الآمرة الذي اتسم بالمحدودية[4]، وعلى صعيد القانون الطبيعي فقد سلم فقهاء القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر بأن هناك طائفة من القواعد التي تعلو على إرادة الدول وتصلح لجميع الأزمان، وتحد من إرادة الحكام الدنيويون، إذ يخلص غرويتوس (Grotius) إلى أن قانون الطبيعة غير قابل للتغير وبأنه عادل وشامل[5]، ويعبر فاتل (Vattel) عن مفهوم القواعد الآمرة بالإشارة إلى القانون الطبيعي الضروري غير القابل للتغيير والذي لا يمكن للأمم أن تغيره باتفاقياتها أو تعفى من مراعاته وعلى أساس أنه معيار التمييز بين الاتفاقيات المشروعة عن غير المشروعة والسنن البريئة والرشيدة والأعراف الجائرة أو

(3) ويشير الحقوقي البارز (اريك سوي) في تقرير صدر في عام 1965، بأن مصطلح (القواعد الآمرة) لا يمكن العثور عليه في أي نص سابق للقرن التاسع عشر، بيد أن فكرة وجود قانون اعلى منزلة لا يسمح بالخروج عنه تمتد كخيط يتخلل نظرية وفلسفة القانون بأكملها. ينظر: التقرير الأول عن القواعد الأمرة، مصدر سابق، فقرة 20, ص ص 12و13.

(4) حيدر أدهم. تطور القواعد الآمرة في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 15، مجلد9، 2006، ص270.

(5) Hugo Grotious, The Rights of War and Peace in Three Books, Paris, 1625, translated by Barbeyrag, 1738.

(ISSN : 2537 - 0758)

المستهجنة[6]. وفي الشريعة الإسلامية فإن فكرة القواعد الآمرة تتجسد في فكرة حق الله فيما شرع من الأحكام للمصلحة العامة والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها[7].

وفي القرن التاسع عشر ظهرت فكرة القواعد الآمرة، ويرجع الفضل في ذلك لمشاريع التقنين التي صاغها العديد من الفقهاء لتدوين قواعد القانون الدولي المتناثرة ومنها مشروع بلنتشي عام 1868 والذي أشار إلى بطلان المعاهدات التي تتضمن اعتداءً على الحقوق العامة للبشرية ومبادئ القانون الضرورية ومن أمثلتها المعاهدات التي يكون موضوعها الاتجار بالرقيق أو حرمان الأجانب من الحقوق[8].

وقد اعتمد فقهاء القانون الوضعي الفكرة القاضية بوجود قواعد قانونية دولية تحمي مصالح المجتمع الدولي لا يمكن التحلل منها، ولم يقبل معتنقي المذهب الوضعي في القرن التاسع عشر والعشرين بما فيهم المتطرفون بالحرية الكاملة لإرادة الدولة في إبرام معاهدة وأولو طابعاً آمراً للمبادئ الأساسية للقانون الدولي والذي تعترف به جميع الدول المتمدنة في العالم، فحظر القرصنة على سبيل المثال كان من القواعد الراسخة في القانون الدولي العام، وأن القراصنة كانوا يعتبرون دوماً بمثابة أعداءً للإنسانية، وبعبارة أخرى فإنه وحتى في عصر القانون الوضعي الذي ساد في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين قبل الحرب العالمية الأولى فإن فكرة وجود قواعد دولية لا يمكن للدول الحيد عنها أو التحلل منها كانت فكرة مقبولة فقهياً[9]. وفي الفترة التي تلت الحرب

---

(6) Emer de vattel, Le droit des gens ou princuoes de La Loi Naturelle, appliqués a la conduite et aux affaires des barions et des souverains (2 vols LOndres 1758), Tom I, Livre II, ch.XVII, P.58.

(7) لمزيد من التفاصيل ينظر: حيدر أدهم، المصدر أعلاه.

(8) سليمان عبد المجيد. النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص95 وما بعدها.

(9) ومن هؤلاء:

(Antonio Pillet), (Antonio Rougier), (George Jellinek), (Hans Kelesn), (Ottfried Nippold), (Lauri Hannikainen).

لمزيد من التفاصيل ينظر: التقرير الأول عن القواعد الأمرة، مصدر سابق، ص ص14-18.

العالمية الأولى، انبرى عهد العصبة ليكرس فكرة القواعد التي لا يجوز مخالفتها، إذ يشكل العهد بذاته تجسيداً لفكرة (المصالح المشتركة) والتي عبرت عنها نصوص العهد صراحة كالمادة 11 والمادة 20 منه فهي مثالاً هاماً على تطور ممارسات بعدم جواز الخروج عن قواعد معينة استناداً إلى قيم المجتمع الأساسية.

وأيد الفقيه (Verdross) بأن القانون الدولي العام التطبيق يشتمل على طائفة من القواعد القانونية الآمرة، وهو يرى بأن سبب وجودها يكمن في المصلحة العليا للجماعة الدولية في مجموعها، إذ إنها لم توجد للوفاء بالمصالح الذاتية لفرادى الدول، وهو وبعد أن يصف هذه القواعد بالمطلقة فإنه يصنفها إلى ثلاثة مجموعات الأولى تتعلق بالمعاهدات التي تبرم بين دول معينة وتفرض قيوداً على دولة ثالثة في أداء التزاماتها الدولية، وكقاعدة عامة يمكن للدولة أن تتنازل عن حقوقها بيد أن هناك استثناءً واحداً، إذ لا يمكن للدولة التخلي عن حقوقها اللازمة في تنفيذ التزام دولي يشكل قاعدة قطعية، فعلى سبيل المثال كل الدول ملزمة بموجب قواعد القانون الدولي العام بحماية الأجانب وحفظ النظام العام في إقليمها، وهي من قبيل قواعد النظام العام التي يلتزم بها المجتمع الدولي بأسره، وهكذا تبطل المعاهدات الدولية التي تقيد دولة ما في اطار الانتقاص من حقوق الأجانب، أما الثانية فإنها تتعلق بالمصلحة، فهي أكثر مجاميع القواعد التي لها طابع القواعد الآمرة، وتتضمن جميع قواعد القانون الدولي ذات الهدف الإنساني، أي التي تتعلق بالمصلحة العليا للإنسانية جمعاء، ومنها قواعد تحريم الرق وتحريم الاتجار بالنساء، وبالتالي فإن جميع المعاهدات التي تخالفها تعد باطلة، والثالثة هي القواعد الواردة في الميثاق والتي تتعلق باستخدام القوة كالقاعدة الواردة في المادة 2 ف4 منه، وتلك التي تلزم الدول الأعضاء بحل منازعاتهم الدولية بالطرق السلمية الواردة في المادة 2 ف3، وكذلك القاعدة التي تلزم الدول الأطراف بتقديم المساعدة إلى الأمم المتحدة في أي عمل تتخذه وفق الميثاق وأن تمتنع عن مساعدة أي دولة تتخذ الأمم المتحدة إزائها عملاً من أعمال المنع أو القمع والواردة في الفقرة الخامسة من المادة الثانية من الميثاق،

(ISSN : 2537 - 0758)

ويضيف أيضاً القواعد التي تمثل خرقاً للقواعد أو المبادئ الإنسانية في الحروب فهي قواعد تتسم بالصفة القطعية (الآمرة)[10].

مما سبق يبين أن فكرة وجود القواعد الآمرة على المستوى الدولي في الفترة التي سبقت الحرب العالمية الثانية كانت قائمة ومقبولة من الناحية الفقهية، وأن مبرر وجودها أن المجتمع الدولي شأنه شأن المجتمع الداخلي لابد وأن تنماز في إطار حكم علاقات أشخاصه مجموعة من القواعد الأساسية تمثل قواعد النظام العام الذي لا غنى عنه في أي نظام قانوني، وقد كتب الفقيه (Stephen) مشيراً إلى أن اعتماد مفهوم القواعد الآمرة هو رد فعل لفقهاء القانون الدولي على أهوال الحرب العالمية الثانية وفظائع النازية وكوسيلة للتعامل معها[11].

ويعد اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 وأعمال لجنة القانون الدولي التي أدت إلى إبرامها من أهم التطورات التي شهدتها فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية فيما يتعلق بالقواعد الآمرة، إذ توطد مفهومها كجزء من أحكام القانون الدولي، بل ويعد جانب من الفقه هذا المفهوم بأنه ثمرة التطورات التي حدثت في ستينيات القرن الماضي[12]. وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح (القواعد الآمرة) قد ورد لأول مرة في التقرير الثالث للمقرر الخاص باتفاقية فينا لقانون المعاهدات (Fitzmaurice)، إذ تطرق تقريره إلى ذكر القواعد الآمرة مشيراً إلى التمييز بين القواعد الإلزامية (القواعد الآمرة) والقواعد المسموح بالحيد عنها وبتغييرها وفق نظام متفق عليه وهي القواعد

(10) Alfred Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, A.J.I.L, Vol.60 No.1, January 1966, P. 58-60.

(11) Mark Janis. "The Nature of Jus Cogens" in Larry May and Jeff Brown (Eds.) Philosophy of Law, Classical and Contemporary Readings, (Chichester, 2010).

(12) Antonio Cassese, International Law, Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2005, p.199-200.

الرضائية[13]. ووجدت القواعد الآمرة سبيلها إلى القانون الدولي الوضعي أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وقدمتها لجنة القانون الدولي في المادتين 50 و61 واللتين كانا الأصل الذي انبثقت منه المادتين 53 و64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969[14]. وتنص المادة 53 من اتفاقية فيينا وتحت معنون المعاهدات المتعارضة مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي على أن (تعتبر المعاهدات باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت وقت إبرامها تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام لها ذات الصفة)، أما المادة 64 فإنها وتحت معنون ظهور قاعدة آمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام، تنص على أنه (إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام فإن أي معاهدة قائمة تتعارض مع القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها).

المطلب الثاني: مفهوم القواعد الآمرة في القضاء الدولي

إن مفهوم القواعد الآمرة كان حاضراً في قضاء محكمة الدولية الدائمة. فقد أشار إليه صراحة القاضي (شوكينغ) (Schicking) في رأيه المنفصل في قضية (أوسكار شين) المعروضة في عام 1934 على المحكمة مبيناً (إمكانية وضع قاعدة آمرة تنتج أثراً يفضي

(13) Third Report on the Law of Treaties by Mr.GG Fitzmaurice, Special Rapporteur, A/CN.4/115 and Corr.1, under the title “legality of the object”, Yearbook, 1958, Vol. II, para, 76, p.40.

(14) تنص المادة 50 على أن (تكون المعاهدة لاغية إذا كانت تتعارض مع قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام لا يجوز الانتقاص منها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام لها الطابع نفسه). وتنص المادة 61 على أن (إذا وضعت قاعدة قطعية جديدة من قواعد القانون الدولي العام من النوع المشار إليه في المادة 50، تصبح أية معاهدة قائمة تخالف هذه القاعدة لاغية ومنتهية). ينظر مشاريع مواد قانون المعاهدات، تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثامنة عشر. Yearbook. 1966, Vol. II, P.247.

(ISSN : 2537 - 0758)

إلى بطلان القوانين تلقائياً إذا ما اعتمدت تلك القوانين على نحو يتناقض مع قواعد قانونية معينة اتفقت عليها الدول وتعهدت أيضاً بعدم جواز تغييرها من قبل عدد محدود منها)[15].

أما بالنسبة لمحكمة العدل الدولية، فإن قرارتها المتضمنة إشارة صريحة للقواعد الآمرة يمكن أن توصف بالقلة، وهي على حد تعبير لجنة القانون الدولي قد زهدت في الإشارة إلى القواعد القطعية[16]، وقد دللت أحكام المحكمة على هذه القواعد من خلال الإشارة إلى فكرة وجود قواعد معينة لا يجوز للدول التحلل منها، هذا من جانب، ومن جانب آخر زخرت الآراء المنفصلة والمخالفة لقضاة المحكمة بلغة (القواعد الآمرة) ومنها الرأي المنفصل للقاضي (مورينو كونتانا) (Moreno Quintana) في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام 1902 التي تحكم الوصاية على الرضع في الحكم الصادر في 28 تشرين الثاني 1958 بين هولندا والسويد إذ أقر القاضي مورينو (بأن عدداً من القواعد له طابع آمر ونطاق عالمي)[17]، وكذلك الرأي المنفصل للقاضي فرناندیز (Fernandez) في القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي (البرتغال ضد الهند) (جوهر القضية) في الحكم الصادر في 12 نيسان 1960 والذي أشار فيه (إلى أن عدد من القواعد الآمرة يعلو على أي قاعدة من القواعد الخاصة)[18]. وأشار القاضي (تاناكا) (Tanaka) في رأيه المخالف في قضيتي أفريقيا الجنوبية الغربية (أثيوبيا ضد

(15) P.C.I.J. Series /A/B, No.63, (1934), Separate opinion of Judge Schicking, P.149.

(16) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، منشورة في 13 آذار 2006، فقرة 378، ص148.

(17) Separate opinion of Judge, (Moreno Quintana) in case concerning the application of the convention of 1902, Governing guardianship infants, (Netherland V.s Sweden), Judgment of 1958, Para, 55, at pp. 106-107.

(18) Case concerning rights of passage over Indian territories, (Portugal Vs India), Mertis, Judgment of 12/April 1960, ICJ Reports 1960, P.6, Dissenting opinion of judge adhoc Fernandez at para 29.

جنوب أفريقيا) و(ليبريا ضد جنوب أفريقيا) المرحلة الثانية في حكمها الصادر في 18 تموز 1966، بأن القانون المتعلق بحماية حقوق الإنسان يمكن أن ننظر إليه باعتباره يندرج ضمن القواعد الآمرة[19]، وقد تضمن رأي مخالف له في قضية أخرى إشارة إلى القواعد الآمرة حيث قال بأن التحفظات التي تتعارض مع مبدأ من مبادئ القواعد الآمرة تعد تحفظات لاغية ولا مفعول لها[20]، وبنفس المعنى أشار الرأي المنفصل للقاضي آمون (Ammoun) إلى القواعد الآمرة في القضية المتعلقة بشركة برشلونة للجر والإنارة والطاقة بين بلجيكا واسبانيا (المرحلة الثانية) في الحكم الصادر في 5 شباط 1970[21]، وبنفس السياق عبر القاضيان (Padilla Nervo) و(Sorensen) في رأيهما المنفصلان في قضيتا الجرف القاري لبحر الشمال لعام1969 في الحكم الصادر في 20 شباط 1969 بين جمهورية ألمانيا الاتحادية والدنمارك من جهة وبين جمهورية ألمانيا الاتحادية وهولندا من جهة أخرى[22].

وقد أشارت محكمة العدل الدولية إلى القواعد الآمرة بالقول (دون محاولة الخوض في أي مسألة تتعلق بالقواعد الآمرة ناهيك عن البت فيها من المفهوم جيداً أنه يمكن في الممارسة الخروج عن قواعد القانون الدولي باتفاق الأطراف في حالات معينة أو بين

(19) South West Africa Cases (Ethiopia Vs. South Africa) second phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, Dissenting opinion of Judge Tanaka at para, 298. P.6.

(20) North Sea Continental Shelf Case Dissenting Opinion of Judge Tanaka at p.182.

(21) Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium V. Spain) (Second Phase) I.C.J Reports1970 (Separate opinion of Judge Ammoun), p.304.

(22) North Sea Continental Shelf (Fedral Republic of Germany V Denmark, Federal Republic of Germany / Netherland, ICJ Reports 1969, (Separate Opinions of Judges Padilla Nervi, p.97 and Sorenson, p.248).

(ISSN : 2537 - 0758)

أطراف معينة)[23]. ويعكس قرار محكمة العدل الدولية في القضية أعلاه خشية المحكمة من الولوج في مسائل تتصل بالقواعد الآمرة، بقدر ما أرادت التلميح إلى وجود قواعد رضائية ذات مرتبة أدنى من القواعد الآمرة وهو أمر يؤكد (زهد) المحكمة في الإشارة الواضحة الصريحة للقواعد الآمرة.

ويشير تقرير لجنة القانون الدولي بشأن التجزؤ بأن قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيكارغوا في عام 1986 هو أزخر القرارات إشارة إلى القواعد الآمرة وتعود اللجنة وفي نفس الموضع لتصرح وبتناقض واضح، إلى أن القرار قد حُمل أكثر مما يعنيه في إشارة إلى أن المحكمة لم تذكر عبارة (القواعد الآمرة) إلا في اقتباس لا ينسب إليها[24] ولا يشكل جزءاً من لغتها[25]، ويمثل هذا الحكم تسجيلاً لملاحظات المحكمة بشأن حظر استخدام القوة، أما المحكمة نفسها فلم تذكر صراحة أنها ترى أن استخدام القوة يشكل قاعدة آمرة.

ويمكن القول بأن موقف محكمة العدل الدولية واضح بالنسبة لفكرة القواعد الآمرة، فهي وان لم تعبر عنه بمصطلح القواعد الآمرة، فإنها لا تلبث وفي كل مناسبة إلى الإشارة بوجود قواعد قانونية دولية أساسية تعلو النظام القانوني الدولي ولا يجوز الاتفاق

(23) North Sea Continental Shelf (Fedral Republic of Germany V Denmark, Federal Republic of Germany / Netherland, Para 72. P.3.

(24) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، فقرة 378، ص148.

(25) فقد أشارت المحكمة إلى أن الدول كثيراً ما تعتبر حظر استخدام القوة مبدأ أساسياً أو جوهرياً من مبادئ القانون الدولي العرفي، وإلى أن اللجنة اعتبرت (قانون الميثاق المتعلق بالحظر) مثالاً واضحاً على قاعدة من قواعد القانون الدولي لها طابع "القواعد الآمرة" وإن كلا طرفي النزاع أشار إلى مركز القاعدة الآمرة الذي يتسم به الحظر. ينظر حكم محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها، (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، (جوهر القضية)، الحكم الصادر في 27/ حزيران 1966, الفقرة الحكمية 16، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، الجزء الأول، ص212. ينظر تفاصيل الحكم في:
Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ,June 27, 1986, 1986 I.C.J. P.14.

على ما يخالفها، وبذلك فأنها وإن لم تشر إلى هذه القواعد بطريقة تقليدية، أي الإشارة الصريحة إلى (القواعد الآمرة) فهي تبدو أنها تتحاشى الدخول في فكرة ضبابية المضمون والمحتوى واضحة الفكر والدلالة، لذلك نراها تعتمد استخدام الأسلوب الإيحائي دون أن تتدخل في أمور تفصيلية في وصف طائفة معينة بأنها (قواعد آمرة)، لتتجنب موقفاً ربما يحسب عليها من قبيل السابقة القضائية المثبتة لوصف طائفة من القواعد بأنها تتسم بالصفة القطعية أو الآمرة.

وتقدم لنا فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها في 8 تموز 1996 دليلاً على ذلك، إذ تبين المحكمة أن معيار عَد قاعدة ما جزءاً من القواعد الآمرة أمرٌ يتصل بالطابع القانوني لتلك القاعدة. وقد نأت المحكمة بنفسها عن الإجابة عن الطابع الإنساني الذي ينطبق على استخدام الأسلحة النووية بحسبان أن مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني هي جزء من القواعد الآمرة محللة موقفها بأنه لا يدخل ضمن طلب الفتوى، غير أن المحكمة بإسهابها صراحة في تناول طابع القواعد الآمرة يبدو أنها تقبلها كجزء من القانون الدولي[26]، وهكذا ربطت المحكمة بين الطابع القانوني للقاعدة القانونية ووصفها كجزء من مبادئ القانون الملزم أو الأمر، وبعبارة أخرى فقد أجرت ربطاً بين الطابع القانوني للقواعد الأمرة وقيم ذات صلة بالنظام العام.

ويبدو أن المحكمة قد أقرت بمفهوم القواعد الآمرة دون البت في مضامينها، ويذهب جانب من الفقه[27] أن قبول المحكمة للقواعد الآمرة يتأسس على قبولها لفكرة النظام العام الدولي، عندما أكدت على أهمية شرط مارتنز الذي لا يمكن الشك في استمرار وجوده وقابليته للتطبيق[28] والذي أثبت أنه وسيلة فعالة لمواجهة التطور السريع في التكنولوجيا العسكرية، وهو ما أكده قضاة المحكمة أيضاً في آرائهم المنفصلة كالقاضي شهاب الدين

(26) فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادرة في 8/ تموز 1996 والمشار إليها سابقاً، الفقرة الحكمية 83، ص37.

(27) حيدر أدهم، المصدر السابق، ص272.

(28) فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادرة في 8/ تموز 1996 والمشار اليها سابقاً الفقرة 87 من الفتوى، ص39.

(ISSN : 2537 - 0758)

والذي أكد بأن شرط مارتنز قد سمح بمعالجة مبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام[29]، بينما وصفه القاضي (Weeramantry) بأنه مبدأ من المبادئ اللصيقة بالبشرية[30].

ويؤكد استنتاجنا أعلاه أنها أشارت مراراً وتكراراً إلى المبادئ العامة والأساسية التي تتجاوز العلاقات التعاهدية، وهو أمر يحمل معه مضامين الإقرار الجوهري بوجود القواعد الآمرة.

ففي قضية قناة (كورفو) بين المملكة المتحدة وألبانيا وفي حكمها الصادر في 15 كانون الأول 1947 أشارت المحكمة إلى أن التزامات الدول لا تقتصر على تلك المتسمة بطابع تعاهدي، ومن الممكن أن تقوم أيضاً على المبادئ العامة التي حظيت باعتراف جيد ومنها (الاعتبارات الإنسانية الأساسية)[31].

وحري بالذكر إن الآراء المنفصلة أو المخالفة لقضاة محكمة العدل الدولية في أواخر القرن العشرين قد زخرت بالإشارة إلى فكرة القواعد الآمرة ومنها الراي المنفصل للقاضي (lautherpacht) في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغسلافيا (صربيا ومونتغرو) في الأمر الصادر منها في 13 سبتمبر 1993[32]. وكذلك الرأي المخالف للقاضي

(29) لمزيد من التفاصيل ينظر: الرأي المنفصل للقاضي شهاب الدين، الجزء المتعلق بشرط مارتنز الفقرات من 187 إلى 194 من الفتوى أعلاه.

(30) لمزيد من التفاصيل ينظر: الرأي المنفصل للقاضي Weeramantry، الجزء المتعلق بشرط مارتنز، الفقرات من 278 إلى 280 من الفتوى أعلاه.

(31) Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania, (Decided, 25 March 1947, (prelimy objection (9 April 1949), merits, (5 December 1949 (compensation), p.22.

(32) case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Order of 13/ September 1993, I.C.J.Report 1993, (Separate Opinion of Judge lautherpacht, p 440.

(Kreca) في القضية المتعلقة بمشروعية استخدام القوة (يوغسلافيا ضد المملكة المتحدة) (تدابير مؤقتة) في الأمر الصادر منهافي 2 حزيران1999[33]، والرأي المخالف للقاضي (khasawneh) في القضية المتعلقة بمذكرة الاعتقال الصادرة في 11/ نيسان 2000 بين جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا (تدابير مؤقتة) في الأمر الصادر في 8 كانون الأول2000[34].

كما وأشار الرأي المنفصل للقاضي بورجنيتال (Buergenthal) إلى القواعد الآمرة في قضية منصات النفط (الجمهورية الإسلامية لإيران ضد الولايات المتحدة الأمريكية) في الحكم الصادر في 2002[35].

مما سبق يبين أن الممارسة القضائية لمحكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية قد كشفت عن إشارات عن القواعد الآمرة في ثنايا أحكامها ضمناً، وكذلك في الآراء المخالفة أو المنفصلة لقضاتها صراحةً، بيد أن المحكمتين نأيتا عن توضيح طبيعة القواعد الآمرة أو شروطها أو آثارها، إلا أنه من الملحوظ على الأحكام الحديثة الصادرة عن محكمة العدل الدولية أنها أكثر جرأة في حسم طبيعة قواعد معينة بحسبانها قواعد آمرة، ففي قضية المسائل المتعلقة بالمحاكمة أو التسليم بين بلجيكا والسنغال في حكمها الصادر في 20 تموز2012 بينت المحكمة أن حظر التعذيب جزء من القانون الدولي العرفي وأصبح قاعدة قطعية (قاعدة آمرة)[36]، كما أعترف بالقواعد الأمرة في

(33) Legality of use of Force (Yugoslavia V. United States of America) Request for the indication of provisional measures order of 2 June 1999. I.C.J. Reports 1999 (dissenting opinion of Judge adhoc Kreca), pp.53-61 paras 10-17.

(34) Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium), I.C.J. Reports 2002 (dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh), para3, p.95.

(35) Oil Platforms (Islamic Republic of Iran V. America) I.C.J. Reports 2003 (Separate opinion of Judge Burgenthal 2003, para 23.

(36) Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium V. Sengal) Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012, para 99.

(ISSN : 2537 - 0758)

الاجتهاد القضائي لمحاكم دولية أخرى، إذ ذكرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا (أن حظر جريمة الإبادة الجماعية يُعد جزءً من القانون الدولي العرفي وعلاوة على ذلك قاعدة من القواعد الآمرة)[37].

ويتضح من خلال العرض السالف، أن فكرة القواعد الآمرة في القانون الدولي كانت قائمة وراسخة وإن ملامحها قد خطت في أسفار مدونة جستنيان، ليتلقفها فيما بعد فقهاء القانون تبنياً وتأصيلاً كجزء من قواعد النظام العام التي تجسد المصلحة العامة التي لابد أن تعلو على مصالح فرادى الدول، في وقت السلم والحرب، ولم يكن قانون السوابق القضائية بعيداً عن استخدام الحجج القائمة على القواعد الآمرة في تبرير أحكامها بحسبانها قواعد هامة في القانون الدولي العام.

المبحث الثاني
طبيعة القواعد الآمرة وعناصرها

أذا كان من المستقر فقهاً وقضاءً بأن القواعد الأمرة هي قواعد واجبة الانطباق عالمياً وتعلو على القواعد القانونية الدولية الأخرى، فأنه من الضروري البحث في طبيعة هذه القواعد وعناصرها وتحديد مضامينها القانونية بوضوح، مما سنتناوله في مطلبين، نخصص الأول للبحث في طبيعة القواعد الآمرة، ونتناول في الثاني عناصر القواعد الآمرة.

المطلب الأول: طبيعة القواعد الآمرة

على الرغم من إدراج القواعد الآمرة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وتعدد القضايا التي يحتج فيها بالقواعد الآمرة، ومع ذلك لم تتضح طبيعتها المحددة ولا القواعد التي يمكن أن تدخل في نطاقها ولا انعكاسات القواعد الآمرة في القانون الدولي، وبهذا الصدد يعبر عضو لجنة القانون الدولي (Andreas Jacovides) في ورقته التي قدمها إلى فريق عامل تابع لفريق التخطيط بشأن القواعد الأمرة في عام1993 بالقول (لم تظهر، على مدى ما يقرب ربع قرن منذ اعتماد الاتفاقية، معايير ذات حجية لتحديد

(37) Prosecutor V Kayishema (ICTR– 95–1) Appeals Trial judgment, 21 may 1999, ICTR, para, 88.

المضمون القانوني الدقيق للقواعد الآمرة، أو العملية التي يمكن أن ترقى بواسطتها القواعد القانونية الدولية إلى مركز القواعد الآمرة)[38].

ويشير جانب من الفقه بأن مفهوم القواعد الأمرة كان خلافياً أما الآن فالغموض يكتنف نطاقه وقابليته للتطبيق[39]. وبعبارة أخرى يكاد ينعدم الخلاف حالياً حول مفهوم القواعد الآمرة كجزء من نسيج القانون الدولي المعاصر، إلا إن الخلاف على أسسه النظرية ونطاق تطبيقه ومضمونه لا يقل اليوم عن أمس[40]، وهكذا فإن الجدل الدائر حول القواعد الآمرة يتمثل بتمحيص الأساس النظري الذي يرتكز إليه الطابع الآمر للقواعد الآمرة. وقد طرحت العديد من النظريات بهذا الشأن، بيد أن هناك مذهبان رئيسيان وهما مذهب القانون الطبيعي ومذهب القانون الوضعي.

ويذهب انصار مذهب القانون الطبيعي إلى أن القانون الطبيعي هو الأساس المنطقي للقواعد الآمرة لأن كلاهما يقوم على فكرة التراتبية، فالقواعد الأمرة في القانون الطبيعي تكمن في فكرة وجود قواعد أسمى من غيرها وسواء كان مصدرها الذات الإلهية أو العقل أو الأخلاق. ومن أنصار هذا المذهب الفقهاء (Mark Westenjanis) و(Mary Ellen O`connell) واللذين يعزوان إلى القانون الطبيعي المستند إلى الأخلاق والقيم كأساس لتفسير وجود القواعد الآمرة تسمو على الإرادة الحرة للدول[41]،

(38) Report of the International Law Commission Sixty-sixth session, (5 May– 6 June and 7 July– 8 August 2014), General Assembly Official Records Sixty-ninth session Supplement No. 10 (A/69/10) Annex. Jus Cogens (Mr. Dire D. Tladi), para 3, p.275.

(39) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، الفقرة 363، ص142.

(40) Andress Paulus "Jus cogens in a time of Hegemony and Fragmentations, An attempt at Reappraisal", (2005) 74, Nordic Journal of international law, pp.297-298.

(41) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص دايرتلادي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستين، جنيف، 2/أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، الفقرة 51، ص42-43.

(ISSN : 2537 - 0758)

ويَقرُ دعاة ازدواج القانونين الطبيعي والوضعي بذات السمو للقواعد الأمرة وهم يضعون القانون الطبيعي في مرتبة تعلو على القانون الوضعي بحيث يتقيد الأخير بالأول ويصبح القانون الدولي الطبيعي من طبيعة آمرة تمنع تبديل أحكامه[42].

وقد يبدو وللوهلة الأولى أن نهج القانون الطبيعي هو الأقرب إلى فكرة القواعد الآمرة لما له من صلات تاريخية تتقارب مع مفهوم القواعد الآمرة إلا إن هذا النهج قد تعرض لمقاومة شديدة من جانب عدد من الفقهاء[43]، وعلى أساس أن تبنيه يؤدي إلى إنكار الصفة الوضعية للقواعد الدولية الآمرة ووضعها في مصاف الأفكار المثالية والتجريدية. بالإضافة إلى غموض الجهة الموكول لها تحديد مضمون القانون الطبيعي، إذ أن نظرية القانون الطبيعي المعاصرة تعاني من الاعتماد اللاموضوعي على آراء الفقهاء أو القضاة أو المسؤولين، والذين قد يكتفون باستطلاع ما تمليه عليهم ضمائرهم عندما يتصدون لتحديد القواعد الآمرة[44], ويرد أنصار مذهب القانون الطبيعي على ذلك قولاً بأن ثمة أفكار أخرى في القانون الدولي ينقصها التحديد ومع ذلك يجري تطبيقها كفكرة المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتمدنة، أضف إلى ذلك فإن التسليم بهذا المنطق سيجعل ذات الصعوبة تنطبق على النظام العام الداخلي، حيث ينهض القضاء الوطني بمهمة تحديد القواعد الأمرة، ولكن الصعوبة الأكبر تكمن في أن اتباع نهج القانون الطبيعي إزاء القواعد الآمرة يؤدي إلى صعوبات تتصل بالمادة (53) و(54) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، والتي تفترض بالقاعدة الآمرة بأنها لا يمكن تغييرها إلا بقاعدة آمرة جديدة، ووفقاً لمنهج القانون الطبيعي فأن قواعده (غير قابلة للتبدل) كونها قائمة بصورة منفصلة عن اعتبارات الزمان والمكان فالمعاهدة غير الأخلاقية تعتبر في ذات الوقت معاهدة غير مشروعة ومن أمثلة قواعد النظام العام الدولي القاعدة التي تحرم

(42) سليمان عبد المجيد، مصدر سابق، ص187.

(43) المصدر نفسه، ص188.

(44) Mary-Ellen O'Connell."Jus cogens: international law's higher ethical norms", in Donald Childress (ed.), The Role of Ethics in international law, (New York2012), Pp.86, 87,97.

استخدام القوة في حل المنازعات الدولية وقواعد حماية حقوق الإنسان الأساسية فهي تتجاوب مع الضمير العالمي[45] هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن من سمات القاعدة الآمرة وفقاً للمادة (53) تتمثل بالمقبولية من المجتمع الدولي ككل، مما يعني أن لإرادة الدول دور في إنشاء القواعد الآمرة. ولذلك فقد تبنى العديد من الفقهاء المعاصرين القواعد الآمرة على أساس المذهب الوضعي الذي يستند إلى الإرادة الحرة للدول بحسبان أن الرضا وحده هو الذي يُنشئ القواعد الآمرة والتي تنشأ عن الاتفاق بين الدول كغيرها من القواعد العامة للقانون الدولي[46].

بيد أن هذه النظرية واجهت صعوبات أيضاً إذ عجزت عن تفسير تحريم الخروج عن بعض القواعد ولو كان برضا الدول ما ظلت هذه الدول تتمتع بإرادة حرة تبيح لها وضع قواعد جديدة، كما وإنها لم تفسر المانع من أن تنسحب الدول من الموافقة التي أبرمتها في وقت لاحق[47].

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسة القضائية لمحكمة العدل الدولية تكشف دعمها للمذهبين معاً[48]، فتارة تتبنى مذهب القانون الطبيعي وتارة أخرى تعتمد على المذهب

---

(45) سليمان عبد المجيد، مصدر السابق، ص ص188-189.

(46) لمزيد من التفاصيل ينظر:

Evan Griddle and Evan Fox– Decent "A Fiduciary theory of jus cogens", (2009) 34, the Yala Journal of International Law, P.95.

(47) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص دايرتلادي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون، جنيف، 2/أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، مصدر سابق، الفقرة53 ص ص 44، 45.

(48) في اتجاه فقهي معاكس، طرحت نظرية الفقيهين (Criddle & Fox Decent) متبنيه نهجاً يتأسس على الابتعاد عن مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي على السواء، وتسمى بالنظرية الثقوية بشأن القواعد الآمرة ووفقاً لها يحكم مبدأ ثقوي العلاقة بين الدولة وشعبها وتقتضي هذه العلاقة أن تلتزم الدولة بالقواعد الآمرة. بيد أن العديد من الانتقادات وجهت إلى هذه النظرية من بينها صعوبة تطبيقها في المجال الدولي فعلى سبيل المثال سيصعب تفسير حظر استعمال القوة كقاعدة آمرة دولية لكون هذا الحظر يتصل بالعلاقات ما بين الدول ولا يرتبط بشكل مباشر على الأقل بالعلاقات بين الدولة والأفراد. لمزيد من التفاصيل ينظر عموماً:

(ISSN : 2537 - 0758)

الوضعي المستند إلى الرضائية، ففي فتوى محكمة العدل الدولية بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها الصادرة في 28/أيار عام 1951، استندت لغة المحكمة على القانون الطبيعي في إسباغ الطابع الآمر على حظر الإبادة الجماعية كقاعدة آمرة، إذ أشارت المحكمة بأنها تعترف بالإبادة الجماعية بوصفها جريمة بموجب القانون الدولي تنطوي على أنكار حق جماعات بشرية كاملة في الوجود وهو أنكار يروع ضمير الإنسانية وتنجم عنه خسائر بشرية فادحة إضافة إلى مخالفته للقانون الأخلاقي والأثر الناشئ عن هذا الرأي هو أن المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية مبادئ تعترف بها الأمم المتمدنة بوصفها ملزمة للدول. وكذلك إسباغ صفة العالمية على إدانة جريمة الإبادة الجماعية وعلى التعاون المطلوب من أجل تحرير البشرية من هذه الآفة البغيضة(49). بينما كان نهج المحكمة قائماً على المذهب الوضعي في قضية المسائل المتصلة بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال) إذ أشارت غلى أن (يستند هذا الحظر إلى ممارسة دولية واسعة النطاق والى اعتقاد الدول بإلزامية الممارسة وضرورتها)، وظاهر أن المحكمة قد اعتمدت منهجاً قائماً على الرضا بقدر ما يعتبر القانون العرفي قائماً على الرضا(50).

وبالإضافة إلى نظريتي القانون الطبيعي والقانون الوضعي، فقد طرحت العديد من النظريات الأخرى لتفسير طبيعة القواعد الآمرة، ومن بين هذه النظريات نظرية (الحيلة القانونية) والتي تتأسس على فكرة مفادها أن القواعد الأمرة هي حيلة قانونية رسختها الجهات الشارعة فيما يتعلق بعدد معين من القواعد الأولية من أجل حمايتها من التجزؤ

Evan Griddle and Evan Fox Decent "Fiduciary theory of jus cogens" 2009, 34, the yale Journal of international law.

(49) Reservations to the convention of the prevention and punishment of crime of genocide, advisory opinion of 28 May 1951, ICJ Reports, para 15, at P.23.

(50) Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium V. Sengal) Judgment of 20 July 2012, I.C.J.Reports 2012, paras 99-100, P.422.

إلى أعمال قانونية محددة تكون لها أولوية التنفيذ بين الأطراف في ضوء مبدأ التخصيص[51]. ويعد الفقيه (Kolb) من دعاة هذه النظرية إذ يحاول أن يوسع نطاق القواعد الآمرة في القانون الدولي إلى ما يتجاوز معايير النظام العام والحدود المرسومة لها طبقاً للمادتين 53 و64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ويؤسس فكرته عن القواعد الآمرة على أساس تمييزها عن غيرها من القواعد غير القطعية، وهو تمييز مدرك على مستوى كل الأنظمة القانونية الداخلية، وهكذا فالتمييز بين القواعد التي يجوز الاتفاق على ما يخالفها وتلك التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها هو أساس النظرية التقنية القانونية في القواعد الآمرة الدولية، فالقواعد الآمرة الداخلية هي قواعد محددة تقتصر على قواعد السياسة العامة التي تجسد القيم السامية ولا تستند إلى تسلسل هرمي بين قواعد السلوك والقواعد القطعية، فالأخيرة عبارة عن مجموعة من التقنيات القانونية المرتبطة ارتباطاً جوهرياً بمبدأ القانون الخاص، بالإضافة إلى ذلك فإن أثر القواعد الآمرة يقتصر على إلغاء الأعمال القانونية المخالفة (فهي ليست ذات صلة بالأفعال الوقائعية أو الحقائق القانونية الموضوعية)[52].

وعندئذ إذ يثار التساؤل إلى المدى الذي تكون فيه سمات القواعد الآمرة الداخلية تنطبق على نحو مماثل في القانون الدولي نظراً لذاتية هذا القانون وطبيعته اللامركزية.

ينظر (Kolb) إلى القاعدة الآمرة الدولية باعتبارها قاعدة قانونية تقنية تهدف إلى الحفاظ على السلامة الشكلية للنظام بوسم بعض قواعده الإجرائية بأنها قواعد لا يجوز

(51) ينظر:

KOLB ،Robert. Conflits entre normes de jus cogens. In: Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 481-505.

KOLB, Robert. Peremptory International Law, Jus Cogens, AGeneral Inventory, Bloomsbury Publishing, Aug 27, 2015.

(52) Kleinlein Thomas, jus cogens re examined: Value Formalism in International Law, EJIL, 2017, Vol.28, No.1, P.298.

(ISSN : 2537 - 0758)

الخروج عنها[53]. ووفقاً له فإن (جوهر) القواعد الآمرة يكمن في حظر التعاقد خلافاً لقواعد قانونية دولية معينة، وهو بذلك يحافظ على وحدة النظام القانوني الدولي من خلال حل التنازع بين القواعد القانونية المتعارضة والتي تنتمي لنظم قانونية متخصصة من خلال إقامة علاقات قانونية منطقية بين هذه القواعد قائمة على أولوية القواعد الآمرة بحسبانها قواعد تخصيص على غيرها من القواعد الأخرى التي تتعارض معها.

ولا تفسر نظرية (Kolb) أثر البطلان، فبينما تحدد قاعدة التخصيص العلاقة بين معيارين وتحدد المعيار الواجب التطبيق فإن السمة الآمرة تشكل قيداً على حرية الاتفاق على قواعد قانونية تخالفها، وبالنسبة له فإن مخالفة القاعدة الآمرة وبطلانها ليسا وجهان لعملة واحدة.

ويمكن القول أن النظرية أعلاه تقر وبشكل ضمني البطلان. فعدم قابلية التطبيق بالنسبة للقاعدة المتعارضة مع القاعدة الآمرة يعني بالضرورة بطلانها من الناحية العملية[54]. وإن مضمون القواعد الآمرة العامة يشمل المعاهدات التأسيسية للمنظمات الدولية بما في ذلك النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وكذلك المعاهدات المتكاملة كما وتعد بعض مبادئ القانون الدولي العام كمبدأ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين من قبيل القواعد الآمرة[55]، وإن مضامين القواعد الآمرة تفترض (فوارق دقيقة) بينها وبين القواعد الأخرى وما ينجم عن ذلك من ضرورات التوافق القائم على الاستدلال المنطقي أو الترجيح لصالح القاعدة الأكثر دقة وأهمية والأكثر تخصصاً[56]. ومن البديهي أن تتناقض هذه النظرية مع نظرية القانون الطبيعي السابق الإشارة إليها والتي تقيم النظام القانوني الدولي على أساس هرمية تعلوها القواعد المثلى والسامية، كما تتناقض مع نظرية النظام العام الدولي في تفسير الطابع الآمر للقواعد الآمرة، حيثُ تعكس قواعد

(53) Ibid, p.298.
(54) Kleinlein Thomas ,Op cit, p 299.
(55) Kleinlein Thomas ,Op cit Ibid, p. 301.
(56) Ibid, p.300.

حظر الإبادة الجماعية أو استعمال القوة القواعد الجوهرية في المجتمع الدولي دون أن يتحدد سبب اتسامها بالطابع الآمر والتي لا يمكن ردها إلا لرضا الدول فحسب[57].

ويضيف (Kolb) القواعد الآمرة بأنها نهائية قابلة للتقييد، فالقاعدة المتعلقة بحظر استخدام القوة تقيد باستثناءات مقبولة، كالدفاع عن النفس، وإجراءات مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من الميثاق. ويحدد ثلاثة أنواع من القواعد الآمرة أو على حد قوله (ثلاثة أسباب) تؤدي إلى نشوء قاعدة لا يجوز الخروج عنها أو تجزئتها وهي قواعد النظام العام الآمرة، والقواعد الآمرة المنطقية والقواعد الآمرة للمنفعة العامة والقانون الآمر لميثاق الأمم المتحدة[58].

ويمكن القول أن الاتجاه الموسع الذي تبناه الفقيه لمفهوم القواعد الآمرة، فضفاض يسمح بإدخال جميع طوائف القواعد القانونية الأساسية في أطار القواعد الآمرة المنطقية والقواعد الآمرة للمنفعة العامة والتي تعبر عن القواعد القانونية الدولية التي ترتب التزامات تجاه الكافة وكذلك الحال بالنسبة لنصوص ميثاق الأمم المتحدة والتي تتصف بالعلوية الدستورية الدولية، وهو بذلك ينتهي إلى نتيجة نكشف مضمونها بأن قواعد النظام العام هو المعبر الحقيقي عن المفهوم المنضبط للقواعد الآمرة في القانون الدولي.

وفي إطار التجزؤ يؤسس الفقيه (Ewald Wiederin) حل للتنازع الموضوعي بين القواعد القانونية الدولية على أساس التفسير المتوازن والذي يقضي بترجح المفهوم الأكثر ملاءمة أو المعيار الأنسب في أطار فكرة القواعد الأمرة. فعلى سبيل المثال في الحالات التي تؤدي فيها التمسك بقواعد حصانة الدولة إلى النتيجة غير مرغوب فيها للإفلات من العقاب على انتهاكات القواعد الآمرة لاسيما جرائم الحرب أو التعذيب، فإن المعيار

(57) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص دايرتلادي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون، جنيف، 2/أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، مصدر سابق، الفقرة 56 ص49.

(58) KOLB ،Robert. Conflits entre normes de jus cogens. In: Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles: Bruylant, 2007, Op Cit, p486.

(ISSN : 2537 - 0758)

الواجب التطبيق سيترجح في صالح القواعد الآمرة، بعبارة أخرى فأنه في علاقة التنازع بين القواعد الآمرة والحصانات القضائية للدولة فإن مضمون القواعد الآمرة سيزيح جانباً كل القواعد الأخرى المتعارضة معها[59].

وقد لاحظ جانباً من الفقه بأنه (لم يَثْرْ أي نزاع بين الدول حول الطبيعة القطعية لأي قاعدة بعينها، ولم يحدث أن ألحت دولة أو أكثر على الطبيعة القطعية لقاعدة بعينها في نزاع مع دول أخرى، وإن اقترن ذلك بقبول الدول الأخرى لها أو اعتراضها عليها. ولم تشرع أي محكمة دولية، ناهيك عن محكمة العدل الدولية بحل أي نزاع يتعلق بتحديد ما إذا كانت هناك قاعدة بعينها يجب اعتباره أنها تنتمي إلى مجموعة القواعد قيد المناقشة)[60]. وهكذا فإن عدد الحالات التي ظهرت فيها القواعد القطعية من وجهة نظر تنازع المعايير يمكن أن يوصف بالمحدودية في نطاق السوابق القضائية[61].

مما يقودنا إلى القول بأنه ليس هناك خلاف حقيقي على أن القواعد الآمرة كانت وما تزال تشكل جزءاً من القانون الدولي المعاصر وهي حاضرة في ضمير ووجدان المجتمع الدولي كجزء من قواعد أساسية تتمثل بالمصلحة العامة للمجتمع الدولي ككل.

ويطرح مقرر لجنة القانون الدولي بشأن التجزؤ (Martti Koskennieme) معياراً لتفسير ذاتية القواعد الآمرة أي الطابع الآمر لالتزامات معينة والتي يصفها بأنها تفاعل بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي فلا يمكن تفضيل أي منها لأن كلاهما يعتمد على الآخر، فالمذهب الطبيعي يحتاج المذهب الموضوعي لإظهار محتواه بشكل موضوعي، والمذهب الموضوعي يحتاج القانون الطبيعي لبيان سبب الذاتية، ويضيف بأن كلا المذهبين غير مدعمّين بالسند الوافي ناعياً على الرضا (المذهب الوضعي) بأن

(59) Kleinlein Thomas , Op cit, p 303.

(60) Antonio Cassese ،International Law, Oxford ،Oxford University Press, Second Edition 2005, p.202.

(61) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق الفقرة 377، ص148.

حججه الداعمة يجب أن توضح الأهمية والمضمون من حيثما يبدو عادلاً، وتناشد حجج العدالة سلامة تجسدها موافقة الدول(62).

ويعكس الطرح أعلاه في نهج الفقيه (Martti Koskennieme) والذي يتناول المسائل المفاهيمية المتعلقة بالقواعد الآمرة من زاوية وحدة النظام القانوني الدولي، إذ يوفر معياره طابعاً متشايعاً للقواعد الآمرة بين الرضا والعدالة، وهي مزاوجة مرغوبة لمجتمع دولي يعاني في ظل تنوع وتوسع القواعد القانونية الدولية التي تحكمه من ظاهرة تمس وثوق قانوني بتلك القواعد، فقواعد العدالة قواعد سامية وأساسية تمثل نظاماً عاماً ولا يمكن أن تفقد صفتها الوضعية لأنها ستفقد سبب الزاميتها وهي ذات الصفة الوضعية التي قد تخلف قواعد قانونية تتعارض معها، وستفسر (عدالة القواعد الآمرة) اتفاق المتجمع الدولي على ذاتيها وسمو مضامينها وستفسر وضعيتها مصداقيتها وقبولها ووضوح مصدرها، وهكذا سيغدو سمو هذه القواعد وأولويتها في التدرج القانوني الدولي على غيرها من القواعد الوضعية الأدنى أمراً مبرراً يعكس ذاتيتها الدستورية ومقبوليةً من قبل المجتمع الدولي بهذه الدستورية، وهكذا يجسد معيار (Koskennieme) إلى حلاً للتجزؤ في النظام القانوني الدولي. وحسبنا القول إن رأيه هو الرأي الراجح في تحديد طبيعة القواعد الآمرة.

المطلب الثاني: عناصر القواعد الآمرة

على الرغم من الأهمية الواضحة لفكرة القواعد الآمرة كقواعد أساسية في النظام القانوني الدولي، إلا إن لجنة القانون الدولي في المشروع النهائي لقانون المعاهدات لم تورد أمثلة ملموسة عن القواعد القطعية مبررة موقفها بالافتقار إلى وجود معيار لتحديد الطابع القطعي لقاعدة ما(63). ولعل ذلك المسلك كان مقصوداً، وكان من نتيجة ذلك أن ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه أمام الفقه والقضاء الدوليين في تحديد العناصر

(62) Martti Koskennieme from Apology to Utopia: The structure of legal argument (Reissue with new Epilogue) Cambridge 2006 at p. 307-309.

(63) Yearbook Of The International Law Commission 1966 Volume Ii Documents Of The Second Part Of The Seventeenth Session And Of The Eighteenth Session Including The Reports Of The Commission To The General Assembly, p 248.

(ISSN : 2537 - 0758)

الأساسية التي تميز القواعد الآمرة عن غيرها، وتتضمن المادة 53 من اتفاقية فيينا العناصر الأساسية للقواعد الآمرة فهي أولاً قاعدة لا يسمح بالخروج عنها وثانياً قاعدة عامة تحمي مصلحة عامة دولية وثالثاً هي قاعدة مقبولة ومعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل. ويؤدي عنصر عدم الخروج عن القواعد الآمرة وظيفة مزدوجة، فهو أثر يترتب على الطابع الآمر للقاعدة وهو عنصر هام أيضاً في تحديد طبيعتها(64)، فهو لب فكرة القواعد الآمرة، وهكذا تعرّف القواعد الآمرة بخاصية معينة للقاعدة، أي الواقع القانوني المتمثل بعدم جواز الخروج عنها(65).

أن القول بحرية مطلقة لا تحدها حدود معينة فيما يتعلق بسلطان أرادة الدول في اطار علاقاتها مع بقية الدول أمر غير مقبول وغير حقيقي عملياً فهناك مجموعة من القيود التي ترد على حرية الدولة في التصرف وأبرام المعاهدات، وتعد القواعد الأمرة قيداً على إرادة الدول، وتحد من سلطان إرادتها في تحديد مضامين الاتفاقيات أو المعاهدات التي تبرمها مع بعضها البعض في أطار علاقاتها المتبادلة، إذ إنها تحمي مصالح جوهرية يحفها النظام القانوني الدولي بعناية خاصة(66).

ويعكس معيار عدم الخروج عن القاعدة الآمرة، اتصافها بسمة العالمية، ذلك أن القواعد الآمرة تفترض وجود قواعد ملزمة لأعضاء المجتمع الدولي كافة، وبالتالي فهي ذات نطاق تطبيق عالمي، وسمة القابلية للانطباق العالمي إنما تنبع من عدم جواز الخروج عن القاعدة والتي لا يتصور حظر الخروج عنها على بعض الدول دون

(64) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص (دايرتلادي)، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون، جنيف، 2/أيار إلى 10/حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، مصدر سابق، الفقرة62، ص693.

(65) KOLB, Robert. Peremptory International Law, Jus Cogens, AGeneral Inventory, Op Cit, p.2.

(66) حيدر أدهم، مصدر سابق، ص 286.

سواها[67]، وتنبع هذه السمة من الفكرة الواردة في المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي تقضي بأن القواعد الآمرة هي التي تحظى بمقبولية عالمية.

وتعني فكرة العمومية في إطار القاعدة القانونية الدولية الآمرة، إنها يجب أن تكون موجهة إلى جميع أشخاص القانون الدولي وسواء كانت هذه القواعد عالمية التطبيق أو إقليمية التطبيق[68]. وهذه الفكرة يترتب عليها أثران أولهما أنه لا يسري مبدأ (المعترض المصر) أياً كان مركزه بالنسبة لقواعد القانون الدولي العرفية على القواعد الأمرة وثانيهما عدم انطباق القواعد الأمرة على صعيد إقليمي أو ثنائي[69]، إذ تكفل القواعد الآمرة حماية مصلحة دولية فهي قواعد أساسية لها آثار خطيرة في حياة الدول فالتزام الدول بها يخدم الجميع كما أن خرقها من دولة أو عدة دول سوف يلحق الضرر الأكيد ببقية الدول[70].

ويرى الفقيه (Verdros) أن معيار القواعد الدولية الآمرة يكمن في إنها لا توجد لإشباع الحاجات الفردية للدول بل لتحقيق المصلحة العليا للجماعة الدولية[71]، فهي خير معبر عن الحاجات الاجتماعية العليا للمجتمع الدولي، فالقاعدة القانونية الدولية تصبح آمرة ومن ثم متعلقة بالنظام العام إذا كانت تنظم أمراً يهم أعضاء المجتمع الدولي

(67) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص (دايرتلادي)، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستين، جنيف، 2/ أيار إلى 10/ حزيران و4/ تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، مصدر سابق، الفقرة 67، ص57-58.

(68) ويشير الفقهاء وعلى رأسهم (Tomuchat) و (Kolb) إلى إمكانية وجود قواعد آمرة إقليمية، بيد أن الأساس الذي يستند إليه رأيهم يشوبه الغموض كما إنه يتعارض مع المبدأ العام المتمثل في الانطباق العالمي للقواعد الآمرة. التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص دايرتلادي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستين، جنيف، 2/أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، مصدر سابق، الفقرة 68، ص59.

(69) التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص دايرتلادي، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستين، جنيف، 2/أيار إلى 10/حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة A/CN.4/693، المصدر أعلاه ، الفقرة 68، ص58-59.

(70) لمزيد من التفاصيل ينظر: حيدر أدهم، مصدر سابق، من صفحة 283إلى 285.

(71) Verdros, Op.Cit, Pp.57-58.

(ISSN : 2537 - 0758)

ككل وليس عدداً محدوداً منهم، وتتماز المصلحة العليا للجماعة بأنها ليست بفكرة جامدة بل إنها متطورة بتطور المجتمع الدولي ذاته[72].

ويبرز دور القواعد الآمرة كجزء من النظام العام في حل تنازع القواعد القانونية الدولية وتجزؤ النظام القانوني الدولي، ذلك أن القانون الدولي ذو سمة متطورة ويؤدي تنوع وتوسع قواعده إلى تزايد في القواعد القانونية التي قد تتنازع وتتضارب وسيسمح المفهوم المرن المتطور لفكرة النظام العام المتجسد بالقواعد الآمرة إلى حسم إشكاليات التنازع بأولوية هذه القواعد التي تعلو قمة التدرج القانوني على غيرها من القواعد القانونية الدولية الموضوعية والتي قد تتنازع معها ما ظل التجزؤ ظاهرة حتمية تتصل بطبيعة القانون الدولي وتطوره. فالقواعد القانونية الدولية الآمرة قواعد وضعية، فهي وليدة المصلحة العليا للمجتمع الدولي إذ تتفق إرادة الدول على إضفاء الطابع الآمر الملزم لها، ولعل السمة الوضعية لهذه القواعد هي التي تميزها عن القانون الطبيعي وتبرر تفسيرها لسلطان إرادة الدول فيما تضعه من اتفاقيات دولية لا تتعارض ومضامين القواعد الآمرة، وهي في الوقت ذاتها تبرر طبيعتها المتطورة غير الجامدة، والتي تدفع القواعد القانونية الدولية المعبرة عن المصلحة المشتركة للجماعة الدولية باتجاه الانضواء تحت لواء القواعد الآمرة.

فتحريم استخدام القوة والتهديد بها في العلاقات الدولية وحرية الملاحة في أعالي البحار وحق الشعوب في تقرير مصيرها وحظر القرصنة والاتجار بالنساء والرقيق، تحمل من المضامين الأخلاقية والبعد الحضاري الشيء الكثير بالإضافة إلى القواعد المصطبغة بالطابع الآمر في اطار القانون الدولي لحقوق الإنسان[73].

وتجدر الإشارة إلى أن لجنة القانون الدولي قد قررت في دورتها السابعة والستين في عام 2015 أن تدرج موضوع القواعد الآمرة (jus cogens) في برنامج عملها، وقد عينت (Dire Tladi) مقرراً خاصاً لهذا الموضوع والذي اقترح ثلاثة مشاريع

(72) محمد سعيد الدقاق. سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1977، ص56- 57.

(73) سليمان عبد المجيد، مصدر سابق، ص100.

استنتاجات[74] تعكس طبيعة القواعد الآمرة وعناصرها. ويشير مشروع الاستنتاج الأول إلى النطاق الموضوعي لمشاريع الاستنتاجات بأنها تعنى بالطريقة التي يتعين أن تحدد بها القواعد الآمرة، وبالآثار القانونية المنبثقة عن تلك القواعد، أما مشروع الاستنتاج الثاني فإنه أشار إلى آلية تعديل قواعد القانون الدولي والخروج عنها وإلغاؤها، والذي ينص على أن:

1- يجوز للدول تعديل قواعد القانون الدولي التي تنطبق عليها أو الخروج عنها أو إلغاؤها بموجب اتفاق فيما بينها ما لم يكن ذلك التعديل للقاعدة المعنية أو الخروج عنها أو الإلغاء لها محظوراً بمقتضاها (القواعد الرضائية) (jus dispositivum) ويمكن أن يتم تعديل القاعدة أو الخروج عنها أو إلغاؤها عن طريق معاهدة أو من خلال أحكام القانون الدولي العرفي أو باتفاق آخر.

2- يستثنى من القاعدة الواردة في الفقرة (1)، القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي التي لا يجوز تعديلها أو الخروج عنها أو إلغاؤها إلا بقواعد لها نفس الصفة.

وتناول مشروع الاستنتاج الثالث الطبيعة العامة للقواعد الآمرة إذ نص على أن:

1- قواعد القانون الدولي الآمرة (jus cogens) هي تلك القواعد العامة للقانون الدولي التي يقبلها ويعترف بها المجتمع الدولي ككل بوصفها قواعد لا يسمح بتعديلها أو الخروج عنها أو إلغائها.

2- تحمي القواعد الآمرة القيم الأساسية للمجتمع الدولي، وتعلو من الناحية التراتبية على غيرها من قواعد القانون الدولي، وتكون واجبة التطبيق عالمياً.

مما سبق يبين، أن عناصر القواعد الآمرة يمكن أن تتحدد بأنها قواعد لا يجوز الخروج عنها وبأنها جزء من القواعد العامة للقانون الدولي، فالقاعدة الآمرة يعترف بها المجتمع الدولي بسبب قوتها الملزمة المستندة إلى الممارسة العامة للدول وهي واجبة

(74) تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون من (2/ أيار إلى 10/ حزيران) و(4/ تموز إلى 12/أب)2016، الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 10 (A/71/10)، الأمم المتحدة، نيويورك، 2016، الفصل التاسع (القواعد الأمرة)، ص386.

(ISSN : 2537 - 0758)

التطبيق عالمياً. وأخيراً فهي تعلو من الناحية التراتبية على غيرها من قواعد القانون الدولي حمايةً للنظام العام الدولي.

وفي حسب تصورنا فإن المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات توفر إطاراً قانونياً للعناصر أعلاه كلها وتعبر عن جميع المعايير التي طرحها الفقه الدولي للقواعد الآمرة، سواء كانت معايير موضوعية وعلى أساس أن القواعد الآمرة هي التي تحقق المصلحة العليا للجماعة الدولية ووجودها ضروري لحياة المجتمع الدولي أو كونها معايير شكلية بحسبان الأثر المترتب على انتهاك هذه القواعد والذي يقضي بتحريك دعوى المسؤولية الدولية من قبل أي دولة عضو في المجتمع الدولي.

ويمكن أن نصف العلاقة بين تطور المجتمع الدولي وتنوع وتوسع قواعده وبين تطور القواعد الآمرة بالتناظر أمراً يفسر دورها في الاستدلال القانوني كوسيلة لحل تنازع القواعد القانونية المتضاربة، وتؤدي الممارسة القضائية بالإضافة إلى الفقه الدولي دوراً حاسماً في ترسيخ مضامين القواعد القانونية التي تتطور باتجاه الاتسام بالطابع الآمر والالتحام بالنظام العام الدولي. فمتى تطابقت مضامين قواعد قانونية دولية مع مضامين قواعد النظام العام جاز إسباغ (الوصف الآمر) على هذه القواعد والذي يرمي إلى حماية القيم الأساسية للمجتمع الدولي وهي جميعاً تسعى إلى التمدن في جوهرها.

المبحث الثالث

الآثار القانونية للقواعد الآمرة في القانون الدولي

ترتب المادة (53) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات أثراً على مخالفة معاهدة ما لقاعدة آمرة وقت إبرامها يتمثل بالبطلان المطلق لهذه المعاهدة، وبخلاف مفهوم (الأولوية) الذي تتضمنه المادة (31) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فإن القواعد الآمرة تعلو قمة التسلسل الهرمي في النظام القانوني الدولي وليست مجرد قاعدة أسبقية[75]، وعليه يترتب على بطلان العمل المتعارض (وقت إنشائه) مع قاعدة دولية

(75) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، الفقرة365، ص143.

آمرة، أن يفقد القدرة على إنتاج آثاره[76]، كما ويرتد هذا البطلان بأثر رجعي فيصيب المعاهدة وقت إبرامها[77].

ويجب التفرقة في هذا الصدد، فيما إذا كانت المعاهدة قد نفذت تنفيذاً كلياً أو جزئياً، ففي هذه الحالة يجب أن يعود الحال بقدر الإمكان إلى ما كان عليه قبل المعاهدة، كما ويجب على الأطراف أن يجعلوا علاقاتهم المتبادلة متفقة مع القاعدة الآمرة[78]، إما إذا لم تكن المعاهدة المتعارضة وقت إبرامها مع قاعدة دولية آمرة قد نفذت بعد، فهنا لا يمكن لأي طرف أن يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته، إذ تعد المعاهدة باطلة بطلاناً مطلقاً وغير منتجة لأي أثر قانوني.

وتجدر الإشارة إلى أن تعارض القواعد الآمرة مع قواعد تعاهدية غير آمرة يعد من أبسط حالات التعارض، فقد تولت الأحكام القانونية الواردة في المواد 53 و64 و71 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 توفير الإطار القانوني الملائم لحلها.

وقد وسع نطاق القواعد القانونية الدولية المتعارضة مع القواعد الآمرة لتشمل إضافة إلى المعاهدات القانون الدولي العرفي والأفعال الانفرادية للدول والقرارات الملزمة

(76) إذ تنص المادة 69 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام1969 في الفقرة الأولى منها (تعتبر المعاهدة التي ثبت عدم صحتها ووفقاً للاتفاقية الحالية باطلة وليس لنصوص المعاهدة الباطلة قوة قانونية).

(77) سليمان عبد المجيد، مصدر سابق، ص360.

(78) تنص المادة 71 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام1969 وتحت معنون (آثار إبطال معاهدة تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة) على أن (في حالة المعاهدة التي تعتبر باطلة طبقاً للمادة 53 يكون على الأطراف):

أ- أن تزيل بقدر الإمكان آثار أي عمل استناداً إلى أي نص يتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة.

ب- وأن تجعل علاقاتها المتبادلة متفقة مع هذه القاعدة الآمرة.

ت- في حالة المعاهدة التي تعتبر باطلة وينتهي العمل بها طبقاً للمادة 64 يترتب على إنهائها:

ث- إعفاء الأطراف من أي التزام بالاستمرار في تنفيذ المعاهدة.

ج- عدم التأثير على أي حق أو التزام أو مركز قانوني للأطراف تم نتيجة لتنفيذ المعاهدة قبل إنهائها بشرط أن تكون المحافظة على هذه الحقوق والالتزامات والمراكز بعد ذلك رهينة اتفاقها مع القاعدة الآمرة الجديدة.

(ISSN : 2537 - 0758)

للمنظمات الدولية، وسيثار عندئذ التساؤل فيما إذا كان حكم البطلان الوارد في المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سيمتد ليغطي جميع حالات التعارض مع قواعد القانون الدولي الأخرى غير التعاهدية.

وسنشير تباعاً إلى حالات التنازع المتصورة مع القواعد الآمرة في أربع مطالب، نتناول في الأول منها تعارض القواعد الآمرة مع قواعد تتمتع بذات السمة (العلاقات بين القواعد الآمرة المتنازعة)، أما المطلب الثاني نتناول فيه تعارض القواعد الآمرة مع قواعد القانون الدولي العرفي، فيما نبحث في المطلب الثالث تعارض القواعد الآمرة مع القرارات الملزمة للمنظمات الدولية، وأخيراً نناقش في المطلب الرابع تنازع التصرفات الانفرادية للدول (التحفظات) مع القواعد الآمرة.

المطلب الأول: تعارض القواعد الآمرة مع قواعد تتمتع بذات السمة (العلاقات بين القواعد الآمرة المتنازعة)

لا يوجد في النظام القانوني الدولي ترتيب هرمي فيما بين القواعد الآمرة، وبالتالي فإن مسألة التعارض بين هذه القواعد تعدّ من المسائل المعقدة، إذ لا يمكن حسم هذا التعارض بترجيح احدى القاعدتين دون الأخرى للافتقار إلى المعيار القانوني المنضبط لهذا الترجيح.

وفي عقدنا أن الممارسة القضائية، كفيلة في بلورة معايير لتراتبية أو تدرج قانوني بين القواعد القطعية ذاتها. وفي جميع الأحوال فإن إشكاليات التجزؤ لن تكون حاضرة في مثل هذه الحالة لأن الأولوية ستحسم في جميع الأحوال لصالح قاعدة أساسية في النظام القانوني الدولي تعلو على غيرها من القواعد التي تتنازع معها.

وحري بالذكر أن المناقشات التي دارت في لجنة القانون الدولي بصدد اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد شهدت قلقاً أبداه عدد من المندوبين من أن يؤدي اعتماد مفهوم القواعد القطعية في القانون الوضعي إلى زعزعة العلاقات التعاهدية، إذ يُخشى أن تتمسك الدول بالقواعد الآمرة كذريعة لعدم الوفاء بالتزاماتها التعاهدية[79] هذا من جانب، ومن جانب آخر قد يجادل أحد أطراف النزاع في وجود القاعدة القانونية الدولية الآمرة بأن ينكر

(79) وثائق الأمم المتحدة، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، الفقرة 368، ص143.

عليها الصفة الآمرة أو ينكر وجود تعارض العمل القانوني معها. ففي هذه الحالات وغيرها، تبدو جدوى ما تحققه الحماية الإجرائية للقواعد الأمرة بما يحققه من استقرار العلاقات القانونية ونشر الأمن القانوني[80]. وتطبيقاً لذلك أشارت المادتين 3/65 و66/ أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى آلية لحل النزاعات المتعلقة بصلاحية المعاهدات، عن طريق الوسائل السلمية المبينة في المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة[81]، فإن لم يتم الوصول إلى حل وفقاً للفقرة 3 من المادة 65 يجوز لكل طرف في نزاع خاص بتطبيق وتفسير المادتين 53 و64 أن يرفعه كتابةً إلى محكمة العدل الدولية إلا إذا قرر الأطراف باتفاق مشترك إخضاعه للتحكيم[82]، وتجدر الإشارة إلى أنه حتى عام 2006 لم تعرض على محكمة العدل الدولية أي قضية بهذا الشأن[83].

المطلب الثاني: تعارض القواعد الآمرة مع قواعد القانون الدولي العرفي

تعد مسألة تنازع القواعد الآمرة مع قواعد القانون الدولي العرفي من المسائل المعقدة للغاية. والسبب في ذلك أن القواعد الآمرة ذات طابع عرفي فهي تستند إلى ممارسة الدول وقبولها الجماعي، وبالتالي فهي تختلف عن التصرفات القانونية والتي تمثل إرادة كيان معين بإنشاء حق أو التزام أو أي وضع قانوني آخر بينها وبين أشخاص آخرين. وبالتالي فإن تصور تعارض القواعد العرفية مع القواعد الآمرة، يضعنا أمام افتراضين، أولهما زوال الأخيرة من الوجود وذلك بسبب اختفاء الممارسة الدولية المصحوبة بالاعتقاد بإلزامية الممارسة للقاعدة القانونية الأمرة، ولما كانت القواعد الآمرة ذات مضامين دستورية، فإن احتمال بقاءها يظل قائماً وبالتالي فهو افتراض مستبعد، أما الافتراض الثاني وهو الأكثر احتمالاً فإن القاعدة العرفية المزعوم تعارضها مع قواعد آمرة قائمة لا وجود لها في الواقع، وبالتالي لا يمكن تصور وجود التعارض بين هذه القواعد، وهكذا فإن القول بأن هناك على سبيل المثال تنازعاً بين القواعد القطعية التي تحظر التعذيب وقواعد القانون الدولي العرفية

(80) سليمان عبد المجيد، مصدر سابق، ص575.
(81) ينظر: فـ3 من المادة 65 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.
(82) ينظر: ف أ من المادة 66 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.
(83) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، الفقرة 369، ص144.

(ISSN : 2537 - 0758)

بشأن حصانة الدول التي قد تمنع في نهاية المطاف ضحية التعذيب من الحصول على حكم بالتعويض أمر غير متصور[84]، ذلك أن القواعد العرفية بشأن حصانة الدولة لا تسمح بالتعذيب إطلاقاً وليس لها، بصفتها هذه أن تتنازع مع القاعدة الآمرة التي تشير إلى حظر التعذيب[85]. ففي قضية (بينوشيه) عام1999، إذ أثيرت مسألة إمكانية التمسك بحصانة رئيس دولة سابق ضد تهمة موجهة إليه بارتكاب التعذيب أثناء شغله لمنصبه. وقد أشار اللورد (براون ويلكنسون) من مجلس اللوردات مستشهداً بمقاطع من قضية (فورونجيا) مشيراً إلى أن الطابع القطعي لجريمة التعذيب الدولية تبرر ممارسة الدول لولايتها القضائية العالمية لجريمة التعذيب أينما ارتكبت، وإن تنفيذ التعذيب لا يمكن أن تبرره وظيفة حكومية، وأن السيناتور (بينوشيه) لم يكن يمارس وظيفة تمنحه الحصانة الموضوعية من المساءلة ضد جريمة التعذيب بحسبانها تتعارض مع القانون الدولي. وهكذا فإن الشخص الذي ارتكب جريمة التعذيب لم يتمكن من التمتع بحصانة شخصية أمام المحاكم الجنائية الأجنبية، ونظراً للوفاء بشرط (التجريم المزدوج) لم يكن بإمكان (بينوشيه) أن يحتج بالحصانة من اي طلب لتسليمه إلى إسبانيا. إذ لا يمكن أن يقرر القانون الدولي جريمة لها طابع القاعدة الآمرة ويقر بالوقت ذاته حصانة تتساوى في نطاقها مع الالتزام الذي يسعى إلى فرضه[86].

(84) Kawasaki, Kyoji "A brief note on the legal effects of jus cogens in international law, Hitotsubashi journal of law and politics 34, 2006, p.31.

(85) ففي قضية (Suresh case v canada) لعام2002، فإن المحكمة الكندية العليا أشارت في سياق إمكانية ترحيل شخص إلى بلد يواجه فيها خطر التعرض للتعذيب، بأن حظر التعذيب أصبح قاعدة آمرة وبالتالي لا يمكن الانتقاص منها بسهولة. ينظر:

Suresh V. Canada (minister of citizenship and immigration and others), Canada, Supreme Court, 11january 2002, international law reports, Vol.124, para 65, p.365.

(86) Regina v. street metropolitan stipendiry magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte, No.3, 24 march, 1999, house of lord, 119, ILR, pp.136-232.

والواقع، أن وجود تنازع بين القاعدة العرفية التي تقر حصانة الدول والقاعدة الآمرة المتعلقة بحظر التعذيب أمر لم يتحقق في القضية أعلاه ذلك أن القاعدة العرفية الدولية المتعلقة بالحصانة تعمل في نظام قانوني دولي تشكل القواعد الآمرة جزءاً لا يتجزأ منه، فمن غير المتصور أن يتقاطع العرف الدولي في مضمونه مع مضامين القواعد الأساسية في هذا النظام (القواعد الآمرة)، فكلاهما يستند إلى مقبولية الممارسة. ومن غير المتصور أن تتجزأ هذه المقبولية أو تسير باتجاهين متعاكسين، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مواءمة النصوص المتنازعة كجزء من عملية الاستدلال القانوني في إطار التفسير تفترض مواءمة القواعد العرفية مع القواعد الآمرة من خلال تفسيرها بالشكل الذي يحقق هذه المواءمة. وهكذا سيتم تفسير حصانات الدول كقاعدة قانونية عرفية دولية في إطار القانون الدولي العام الذي يحظر التعذيب وبالتالي لن يتم تبرير التذرع بالقاعدة العرفية الدولية ما دامت تتقاطع مع الإطار القانوني الدولي العام.

وكما سبق أن أشرنا، فإنه سيتم التعويل على الممارسات القضائية الدولية في وضع المعايير المنضبطة لحل التنازع في مسائل معينة يشوبها التعقيد، لذلك فقد ترتبت على قضية بينوشيه تبعات تاريخية كونها المرة الأولى التي تمنع فيها محكمة محلية الحصانة عن رئيس دولة سابق وعلى أساس التنازع الظاهري مع قاعدة آمرة دولية.

صفوة القول، إن تجزؤ القانون الدولي العام أمر غير متصور والذي قد يشوبه تنازع ظاهري بين القواعد العرفية الدولية مع القواعد الآمرة، إذ تبقى الأخيرة بمثابة القاعدة العليا في التدرج القانوني الدولي مستندة إلى عنصر المقبولية التي تستند إليه القواعد العرفية ذاتها.

وقد يبدو الموقف الذي اتخذته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية العدساني[87] منتقداً، إذ دعيت هذه المحكمة للفصل فيما إذا كانت بريطانيا قد انتهكت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بعد أن أكدت المحاكم البريطانية حصانة دولة الكويت في قضية مدنية تتعلق بتعويضِ لضحية تعرض للتعذيب على أيدي السلطات الكويتية.

(87) Al-Adsani v. the United Kingdom, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001, Op Cit P.79.

(ISSN : 2537 - 0758)

وعلى الرغم من أن المحكمة قد أقرت بأن حظر التعذيب هو قاعدة آمرة بيد أنها قررت أن الطريقة التي طبقت بها المحاكم البريطانية قانون حصانة الدول لعام 1998 صحيحة ولا تشكل خرقاً للمواد 1 و3 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وقد بررت المحكمة موقفها مشيرة بأن القضية لا تتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية عن أعمال التعذيب المحظورة كقاعدة آمرة دولية وإنما بحصانة دولة في دعوى مدنية للتعويض عن أعمال تعذيب ارتكبت في دولة أجنبية. وقد خلصت المحكمة بأنها لم تجد أساساً دولياً في الصكوك الدولية أو الممارسة القضائية تستطيع من خلاله الخلوص إلى قاعدة ترفع عن الدولة الحصانة في الدعاوى المدنية التي تقام ضدها في محاكم دولة أجنبية عن أعمال تعذيب ارتكبت على إقليمها. إن موقف المحكمة أعلاه يعكس الطابع العرفي للقواعد الآمرة (فحظر التعذيب) هو قاعدة آمرة، كقاعدة مقبولة من قبل المجتمع الدولي الذي تتمسك فرادى الدول فيه، وفي الوقت نفسه بالقاعدة العرفية المتعلقة بحصانتها في الدعاوى المدنية، بعبارة أخرى لا يمكن التسليم بأن القاعدة الآمرة بحظر التعذيب تفتح الباب تلقائياً متجاوزة بذلك الآليات الإجرائية للحصول على التعويض في المسائل المدنية. والقول بخلاف ذلك سيفتح المجال للتدخل في الشؤون الداخلية للدول بدعوى حماية القيم الأساسية المنتظمة في إطار قاعدة آمرة دولية.

المطلب الثالث

تعارض القواعد الآمرة مع القرارات الملزمة للمنظمات الدولية

سبق وأن بينا بأن التزامات الدول الأعضاء في الأمم المتحدة تحظى بأسبقية (أولوية) على التزاماتها الدولية الأخرى بضمنها القرارات الملزمة التي يتخذها مجلس الأمن. بيد أن مسائل من قبيل شرعية أو عدم شرعية هذه القرارات بالتعارض مع القواعد الآمرة يمكن تطرح على بساط البحث ما دامت هذه القرارات تصرفات قانونية تتطلب شكلية وشروطاً معينة لغرض اعتمادها.

وقد أشار القاضي (Lautherpachat) في رأيه المنفصل في قضية تطبيق اتفاقية الإبادة الجماعية في عام 1993، بأن قرار مجلس الأمن بشأن الحظر المسلح ضد بلدان يوغسلافيا السابقة (يمكن أن ينظر إليه على أنه دعا أعضاء الأمم المتحدة) وإن كان ذلك دون علمهم ودون رغبتهم إلى أن يصبحوا إلى حد ما مؤيدي نشاط الإبادة الجماعية الذي

يقوم به الصرب وإنهم بهذه الطريقة يتصرفون بطريقة مخالفة للقاعدة الآمرة القاضية بحظر الإبادة الجماعية، ونتيجة لذلك فإن القرار يُعدّ فاقداً لشرعيته في التدابير المتخذة بموجبه ضد البوسنة والهرسك وإن أعضاء الأمم المتحدة أحرار في تجاهلها[88].

ومن الجدير بالذكر إن القرارات التي تصدر عن مجلس الأمن، إنما تستند إلى ميثاق الأمم الذي ينماز بالسمة الدستورية، فمضامينه تعكس القواعد الأساسية المعبرة عن المصالح العليا للمجتمع الدولي، ولا ريب أن هذه المضامين تتطابق وإلى حد ما مع تلك التي تتضمنها القواعد الآمرة، وعليه فإن احتماليات عدم شرعية هذه القرارات مع القواعد القطعية تبدو غير منطقية من الناحية القانونية. وإن النتيجة التي توصل إليها القاضي (Lautherpachat) وهي تعارض مضامين القرار مع قاعدة آمرة دولية يمكن تأسيسه على مفهوم (الضرورة) كواحد من الظروف المبررة لنفي عدم المشروعية والذي تشير إليه المادة 25 من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول لعام 2001، وهكذا تستطيع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تسلك سبيلين لنفي عدم المشروعية عن قرار مجلس الأمن الذي يتعارض مع قاعدة آمرة تتعلق بحظر الإبادة الجماعية فيما يتعلق بالتدابير المتخذة من قبل هذه الدول امتثالاً لهذا القرار، أولهما أن تحتج بأن هذا القرار هو السبيل الوحيد لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يهددها، وثانيهما أن تحتج أن هذا القرار لا يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للمجتمع الدولي ككل[89] هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة

(88) Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Order of 13/September 1993, I.C.J.Report 1993, (Separate Opinion of Judge lautherpacht, Op Cit, paras, 102-104.

(89) تنص المادة 25 من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول لعام 2001 ، وتحت معنون (الضرورة) على أن:

1- لا يجوز لدولة أن تحتج بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق لالتزام دولي لتلك الدولة إلا في الحالتين الآتيتين:

(ISSN : 2537 - 0758)

قد أوكلت بموجب ميثاق مجلس الأمن اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحفظ السلم والأمن الدوليين، كما وأن القرارات تصدر عن المجلس تتم وفق آلية معينة ولتصويت من هذه الدول، وبالتالي فإن مناقشة التحلل الانفرادي للدول الأعضاء من التزامات مفروضة بموجب قرارات مجلس الأمن بدعوى مخالفتها للقواعد الآمرة أمراً يبدو بعيداً عن التصور. وتجدر الإشارة إلى أن تقرير لجنة القانون الدولي بشأن التجزؤ لعام 2006 قد عدّ ميثاق الأمم المتحدة بمثابة معاهدة جماعية مما يفسح المجال إزاء إمكانية تعارضها مع القواعد الآمرة شأنه شأن أي معاهدة أخرى، مشيراً (ولا يشكل ميثاق الأمم المتحدة استثناءً على ذلك)[90]، كما وأشار إلى أن اعتماد الميثاق قبل بدء نفاذ اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يجعل العلاقة بين الميثاق والقواعد الآمرة لا يمكن تناولها على أساس الاتفاقية وإنما في اطار القانون الدولي العرفي.

ومن المفيد الإشارة، إلى أنه لا يمكن وفي جميع الأحوال عدّ الميثاق معاهدة جماعية شأنها شأن المعاهدات المتعددة الأطراف لأن من شأن ذلك أن يعدم الآثار القانونية المترتبة على دستورية الميثاق ويجعل المادة 103 منه عديمة الجدوى، فضلاً عن أن قواعد الميثاق تعد وبحق قواعد عرفية تعكس القيم الأساسية للمجتمع الدولي وهي بالضرورة تتطابق في مضامينها مع القواعد القطعية إن لم تكن تجسيداً وضعياً لها.

وإننا نرى متفقين في ذلك مع الدكتور محمد سامي عبدالحميد أن القاعدة القانونية الملزمة هي تلك التي تتصف بالعمومية والتجريد، أما الالتزام القانوني فهو الروابط الدولية الملزمة التي تفتقر إلى عنصري العمومية والتجريد[91]، وعليه يمثل ميثاق الأمم

(أ) في حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهددها.

(ب) في حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للدولة أو الدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل.

(90) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، الوثيقة رقم A/CN.4/L.682، مصدر سابق، الفقرة 367، ص143-144.

(91) محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام- الجماعة الدولية- ج1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص16.

المتحدة تلك القواعد العامة المجردة والتي لا يُتصور تعارضها مع القواعد الآمرة، كما وتمثل قرارات مجلس الأمن تلك الالتزامات القانونية والروابط الدولية والتي تفتقر إلى العمومية والتجريد، إلا إنها تستند إلى مصدر دستوري تعمل في نطاقه وإطاره ولتحقيق أهدافه وتجسيد مبادئه فهي تستمد مشروعيتها من المعاهدة الدستورية المنشئة للمنظمة الدولية (ميثاق منظمة الأمم المتحدة)، وما دامت المعاهدات الدستورية خاضعة للقيود القطعية، فمن المفترض أن لا تخرج هذه القرارات عن هذه القيود أو تحيد عنها.

المطلب الرابع

تنازع التصرفات الانفرادية للدول (التحفظات) مع القواعد الآمرة

يعرّف التصرف الانفرادي لدولة ما (التحفظ) وفقاً للفقرة (د) من المادة 2 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات بأنه (إعلان من جانب واحد أياً كانت صيغته أو تسميته يصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها أو موافقتها أو انضمامها إلى معاهدة وتهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة من حيث سريانها على هذه الدولة).

ويشير التعليق الرابع والعشرون للجنة حقوق الإنسان في عام 1994 في فقرته الثامنة إلى الحالة التي يمكن أن تتعارض فيها التحفظات مع القواعد الآمرة، إذ ينص على أن (إن التحفظات التي تنتهك قواعد قطعية لن تكون متوافقة مع هدف وغرض العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، وعلى الرغم من أن المعاهدات هي مجرد تبادل للالتزامات بين الدول تسمح لها بالتحفظ فيما بينها على تطبيق قواعد القانون الدولي العام فإنها في معاهدات حقوق الإنسان على خلاف ذلك، والتي تشرع لصالح جميع الأشخاص الخاضعين لنطاق اختصاصها. ووفقاً لذلك فإن نصوص العهد التي تمثل القانون الدولي العرفي، ومن باب أولى عندما يكون لها طابع القواعد الآمرة قد لا تكون موضوع تحفظات)[92].

(92) CCPR General Comment No. 24, Issues Relating to Reservations, Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, Adopted at the Fifty-second Session of the Human Rights Committee, on 4 November 1994 CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 ،General Comment No. 24. (General Comments).

(ISSN : 2537 - 0758)

وينصب التحفظ الذي قد يتعارض مع القواعد الآمرة على عدم تطبيق قواعد القانون الدولي العام، فعلى سبيل المثال يحظر التحفظ الذي يمكن الدولة المتحفظة من ممارسة التعذيب خلافاً لمعاهدات حقوق الإنسان، وحسبنا القول بأن عدم جواز التحفظ على نصوص العهد إنما يتأتى من الطبيعة الآمرة والعرفية لنصوص العهد. إن التحفظ الذي يتعارض مع قاعدة عرفية دولية ولا يقبله أي طرف متعاقد لن يكون مقبولاً بغض النظر عن حقيقة أن القاعدة العرفية تتسم بطابع آمر، ومع ذلك، فمن غير المرجح أن يحدث في ظل نظام التحفظ لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لأن التحفظ يعتبر مقبولاً من قبل دولة معينة إذا لم تبد اعترضاً عليه خلال اثني عشر شهراً من تاريخ إبلاغها به... أما إذا كان التحفظ مصحوباً بقبول لاحق من قبل دولة أخرى، فإن التحفظ مع القبول سيكون بمثابة اتفاق بتعديل المعاهدة الأصلية بين الدول المعنية، وبالتالي ستنطبق أحكام المادة 53 ببطلانه لتعارضه مع القواعد الآمرة[93].

مما سبق يبين أن التحفظات بحسبانها تصرفات انفرادية صادرة عن الدول لا يمكن أن تتعارض مع القواعد الآمرة للقانون الدولي والتي تجسد تطبيقاً للقواعد الأساسية للقانون الدولي، ولما يحمله مضمون التحفظ من استبعاد التطبيق لهذه القواعد والتي تمثل النظام العام الدولي والمصلحة العامة للمجتمع الدولي والتي تغلب على مصالح فرادى الدول. نستنتج من كل ما سبق، أن توسيع نطاق المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ليشمل قواعد القانون الدولي العرفي وقرارات مجلس الأمن والأعمال الانفرادية للدول، بحسبان بطلان جميع هذه التصرفات القانونية إذا ما تعارضت مع القواعد الآمرة للقانون الدولي أمر يشير إلى كون هذه القواعد جزء من النظام العام الدولي، وأسلوباً لحل تجزؤ القانون الدولي بتغليب قواعد هذا النظام على ما يتعارض معه من القواعد القانونية الدولية الأخرى.

الاستنتاجات والتوصيات

(93) Kawasaki Kyoji. Op.cit, p.33.

تشكل القواعد الآمرة جزءاً من القانون الدولي المعاصر، غير أن أبعادها ومضمونها وآثارها الدقيقة ما زالت موضع خلاف. وقد توصلنا في نهاية بحثنا إلى عدة استنتاجات يمكن أن نلخصها بالآتي:

1- إن فكرة القواعد الآمرة من الأفكار القانونية القديمة المتجذرة في القوانين القديمة كالقانون الروماني، كما عرفها فقهاء القانون الطبيعي وجسدتها أحكام الشريعة الإسلامية، ونصت عليها اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

2- لقد ثبتت الممارسة القضائية لمحكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية فكرة القواعد الآمرة في ثنايا أحكامها والآراء المخالفة أو المنفصلة لقضاتها، كأساس لعلوية قواعد معينة هامة تمس المصالح الأساسية للمجتمع الدولي، لا يجوز خرقها أو الحيد عنها.

3- اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الأساس المنطقي للقواعد الآمرة فأرجعها البعض للقانون الطبيعي، بينما ردها البعض الآخر إلى القانون الوضعي، وقد أسس البعض الآخر هذه القواعد استناداً إلى نظرية الحيلة القانونية. وقد وجدنا أن أفضل معيار لتحديد ذاتية القواعد الآمرة وأساسها هو طابعها المتشايع بين الرضا والعدالة. إذ تفسر عدالة القواعد الآمرة اتفاق المجتمع الدولي على سمو مضامينها في التدرج القانوني الدولي على غيرها من القواعد القانونية الأخرى التي تتعارض معها مما يسهم في حل تجزؤ القانون الدولي العام.

4- وقد خلصنا أن العناصر الأساسية للقواعد الآمرة تتمثل بأنها قاعدة لا يسمح بالخروج عنها وأنها تحمي مصلحة عامة دولية وأنها قاعدة مقبولة ومعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل.

5- وقد وجدنا أن المادة (53) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 ترتب أثراً على مخالفة معاهدة ما لقاعدة آمرة وقت إبرامها وهو البطلان المطلق لهذه المعاهدة. وإن تنازع أو تعارض القواعد الآمرة مع القواعد العرفية الدولية هو تنازع ظاهري، إذ تظل القواعد الآمرة في قمة التدرج القانوني مستندة إلى عنصر المقبولية الذي تستند إليه القواعد العرفية ذاتها. كما وأن التحفظات وبوصفها تصرفات انفرادية

(ISSN : 2537 - 0758)

صادرة عن الدول لا يمكن أن تتعارض مع القواعد الآمرة للقانون الدولي التي تعكس المصالح الأساسية للمجتمع الدولي، ولما يحمله مضمون التحفظ من استبعاد لتطبيق هذه القواعد التي تعكس مصلحة عامة تغلب على مصالح فرادى الدول.

6- ونرى أن القواعد الآمرة تسمو على جميع الأعمال القانونية الدولية الأخرى التي قد تتعارض معها أمراً يجعلها أسلوباً لحل تجزؤ القانون الدولي بتغليب قواعد النظام العام على غيرها من القواعد القانونية الأخرى المتعارضة. ومع أن لجنة القانون الدولي قد بذلت جهوداً حثيثة في إطار القواعد الآمرة من حيث أبعادها ومضمونها في إطار مهمتها في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي لمعالجة العناصر المحددة، بيد أن استنتاجات البحث ينبغي أن تراعي مسألتين تتعلقان بماهية القواعد الآمرة هما:

1- أن تشمل الاستنتاجات حد أدنى من المضمون الشارع.

2- أن تصاغ بطريقة لا تحد من تطور القواعد الآمرة أو تقلل من أثرها الشارع.

المصادر والمراجع

1-المصادر العربية:

1. حيدر أدهم. تطور القواعد الآمرة في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 15، مجلد9، 2006.
2. سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
3. محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام- الجماعة الدولية- ج1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1988.
4. محمد سعيد الدقاق. سلطان إرادة الدول في إبرام المعاهدات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1977.

2- المصادر الأجنبية:

1. Alfred Verdross ،Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, A.J.I.L, Vol.60 No.1, January 1966.

2. Andress Paulus "Jus cogens in a time of Hegemony and Fragmentations, An attempt at Reappraisal", (2005) 74, Nordic Journal of international law.
3. Antonio Cassese, International Law, Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2005.
4. Emer Emer de vattel, Le droit des gens ou princuoes de La Loi Naturelle, appliqués a la conduite et aux affaires des barions et des souverains (2 vols Londres 1758), Tom I, Livre II.
5. Evan Griddle and Evan Fox Decent "Fiduciary theory of jus cogens" 2009, 34, the yale Journal of international law.
6. Hugo Grotious, The Rights of War and Peace in Three Books, Paris, 1625, translated by Barbeyrag, 1738.
7. Kawasaki, Kyoji "A brief note on the legal effects of jus cogens in international law, Hitotsubashi journal of law and politics 34, 2006.
8. Kleinlein Thomas, jus cogens re examined: Value Formalism in International Law, EJIL, 2017, Vol.28, No.1.
9. KOLB, Robert. Peremptory International Law, Jus Cogens, AGeneral Inventory, Bloomsbury Publishing, Aug 27, 2015.
10. KOLB, Robert. Conflits entre normes de jus cogens. In: Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles: Bruylant, 2007.
11. Mark Janis. “The Nature of Jus Cogens” in Larry May and Jeff Brown (Eds.) Philosophy of Law, Classical and Contemporary Readings, (Chichester ،2010).

(ISSN : 2537 - 0758)

12. Martti Koskennieme from Apology to Utopia: The structure of legal argument (Reissue with new Epilogue) Cambridge 2006 at p. 307-309.

13. Mary-Ellen O'Connell."Jus cogens: international law's higher ethical norms", in Donald Childress (ed.), The Role of Ethics in international law, (New York 2012).

14. Virally, Michel, Reflections sur Le "jus cogens", Annuaire francais de droit international, 12. 1, (1966).

3- تقارير لجنة القانون الدولي:

1. التقرير الأول عن القواعد الأمرة أعده المقرر الخاص (دايرتلادي)، لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون، جنيف، 2/ أيار إلى 10/ حزيران و4/تموز إلى 12/ أب 2016، رقم الوثيقة .A/CN.4/693.
2. تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي بشأن تجزؤ القانون الدولي، لعام 2006، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة، منشورة في 13 آذار 2006، الوثيقة رقم .A/CN.4/L.682
3. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثامنة والستون من (2/ أيار إلى 10/ حزيران) و(4/تموز إلى 12/أب)2016، الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 10 (A/71/10)، الأمم المتحدة، نيويورك، 2016 ، الفصل التاسع (القواعد الأمرة).

4- القرارات القضائية:

أ- باللغة العربية

1. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادرة في 8/ تموز 1996، الفقرة الحكمية 83.
2. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادرة في 8/ تموز 1996 الفقرة 87 من الفتوى.
3. مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول لعام 2001.

ب- باللغة الإنكليزية

1. Al-Adsani v. the United Kingdom, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001.
2. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Order of 13/ September 1993, I.C.J. Report 1993, (Separate Opinion of Judge lautherpacht.
3. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Order of 13/September 1993, I.C.J.Report 1993, (Separate Opinion of Judge lautherpacht, paras, 102-104.
4. Case concerning rights of passage over Indian territories, (Portugal Vs India), Mertis, Judgment of 12/April 1960, ICJ Reports 1960, P.6, Dissenting opinion of judge adhoc Fernandez at para 29.
5. Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium), I.C.J. Reports 2002 (dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh), para3.
6. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium V. Spain) (Second Phase), I.C.J Reports,1970, (Separate opinion of Judge Ammoun).
7. Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), June 27, 1986, 1986, I.C.J. 14.
8. CCPR General Comment No. 24, Issues Relating to Reservations, Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the

(ISSN : 2537 - 0758)

Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, Adopted at the Fifty-second Session of the Human Rights Committee, on 4 November 1994 CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24. (General Comments).

9. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania, (Decided,25 March 1947, (prelimy objection (9 April 1949), merits (5 December 1949 (compensation).
10. Legality of use of Force (Yugoslavia V. United States of America) Request for the indication of provisional measures order of 2 June 1999. I.C.J. Reports 1999, (dissenting opinion of Judge adhoc Kreca), paras 10-17.
11. North Sea Continental Shelf (Fedral Republic of Germany V Denmark, Federal Republic of Germany/ Netherland, ICJ Reports 1969, (Separate Opinions of Judges Padilla Nervi, and Sorenson.
12. North Sea Continental Shelf (Fedral Republic of Germany V Denmark, Federal Republic of Germany/ Netherland, Para 72.
13. North Sea Continental Shelf Case Dissenting Opinion of Judge Tanaka.
14. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran V. America), I.C.J. Reports 2003, (Separate opinion of Judge Burgenthal 2003, para 23.
15. P.C.I.J. Series /A/B, No.63, (1934), Separate opinion of Judge Schicking, P.149.
16. Prosecutor V Kayishema (ICTR- 95 – 1) Appeals Trial judgment, 21 may 1999, ICTR, para, 88.

17. Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium V. Sengal) Judgment of 20 July 2012, I.C.J. Reports 2012, para 99.
18. Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium V. Sengal) Judgment of 20 July 2012, I.C.J.Reports 2012, paras 99-100.
19. Regina v. street metropolitan stipendiry magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte, No.3, 24 march, 1999, house of lord, 119, ILR.
20. Report of the International Law Commission Sixty-sixth session, (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), General Assembly Official Records Sixty-ninth session Supplement, No. 10 (A/69/10) Annex. Jus Cogens (Mr. Dire D. Tladi), para,3.
21. Reservations to the convention of the prevention and punishment of crime of genocide, advisory opinion of 28 May 1951, ICJ Reports, para 15.
22. Separate opinion of Judge, (Moreno Quintana) in case concerning the application of the convention of 1902, Governing guardianship infants, (Netherland V.s Sweden), Judgment of 1958, Para, 55.
23. South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa) second phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, Dissenting opinion of Judge Tanaka at para, 298.
24. Suresh V. Canada (minister of citizenship and immigration and others), Canada, supreme court, 11january 2002, international law reports, Vol.124, para 65.
25. Third Report on the Law of Treaties by Mr.GG Fitzmaurice, Special Rapporteur, A/CN.4/115 and Corr.1,under the title “legality of the object”, Yearbook, 1958, Vol.II, para 76.

(ISSN : 2537 - 0758)

26. Yearbook Of The International Law Commission 1966 Volume II Documents Of The Second Part Of The Seventeenth Session And Of The Eighteenth Session Including The Reports Of The Commission To The General Assembly.