

القانون الدولي الإنساني العرفي: إجابة على تعليقات الولايات المتحدة

بقلم جان - ماري هنكرتس*

ملخص

الدراسة بشأن القانون الدولي الإنساني العرفي (الدراسة) قام بها محامون من اللجنة الدولية للصليب الأحمر بطلب صريح من الدول. وقدم اقتراح إجراء الدراسة من قبل فريق الخبراء الدولي الحكومي المعني بحماية ضحايا الحرب في يناير/ كانون الثاني 1995، من بين سلسلة من التوصيات المهادفة إلى تعزيز احترام القانون الدولي الإنساني، وبخاصة عن طريق تدابير وقائية تؤمن معرفة أفضل بالقانون وتنفيذاً أكثر فعالية له.²

* جان - ماري هنكرتس مستشار قانوني في القسم القانوني باللجنة الدولية للصليب الأحمر ورئيس مشروع اللجنة الدولية بشأن القانون الدولي الإنساني العرفي. الآراء الواردة في هذه المقالة هي آراء المؤلف ولا تعكس بالضرورة آراء اللجنة الدولية. وتستند هذه الإجابة جزئياً إلى ما يلي:

Jean-Marie Henckaerts, "Customary international humanitarian law: a rejoinder to Judge Aldrich", British Year Book of International Law, 2005, Vol. 76 (2006), pp. 52532-; Jean-Marie Henckaerts, "The ICRC Customary International Humanitarian Law Study: A rejoinder to Professor Dinstein", Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 37 (2007), pp. 259270-; and "ICRC's Jean-Marie Henckaerts responds to my comments on ICRC Customary Law Study", Kenneth Anderson's Law of War and Just War Theory Blog, 24 January 2006, at <http://kennethandersonlawofwar.blogspot.com/200601/icrcs-jean-marie-henckaerts-responds.html>.

1- جان - ماري هنكرتس ولوين دوزوالد - بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول: القواعد والمجلد الثاني: الممارسة، دار النشر بجامعة كامبريدج، 2005 (يشار إليهما فيما بعد بـ الدراسة).

2- اجتماع فريق الخبراء الدولي الحكومي المعني بحماية ضحايا الحرب، جنيف، 23 - 27 يناير/ كانون الثاني 1995، التوصية الثانية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 310، 1996، ص. 84 («دعوة اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى إعداد تقرير بشأن القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وذلك بمساعدة خبراء في القانون الدولي الإنساني يمثلون شتى المناطق الجغرافية والأنظمة القانونية المختلفة، وبمشاورات مع خبراء من حكومات ومنظمات دولية؛ وتعميم هذا التقرير على الدول والهيئات الدولية المختصة»).

وفي ديسمبر/ كانون الأول 1995، صدّق المؤتمر الدولي السادس والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر على هذه التوصية وفوّض إلى اللجنة الدولية رسمياً إعداد تقرير بشأن القواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.³ وأخذت اللجنة الدولية هذا التفويض على محمل الجد فعلياً وأمضت ما يقارب العشر سنوات في البحث والمشاورات بمشاركة ما يزيد على 150 خبيراً حكومياً وأكاديمياً.

والتعليقات على الدراسة المقدمة من اثنين من أبرز المحامين الحكوميين للولايات المتحدة، جون بلينجر، المستشار القانوني لوزارة الخارجية، ووليم هاينس، المستشار العام لوزارة الدفاع، هي أول تعليقات رسمية تتلقاها اللجنة الدولية على مستوى حكومي⁴ وهي برهان على أنّ حكومة الولايات المتحدة تأخذ الدراسة، والقانون الدولي الإنساني عامة، بكثير من الجدية، ولذا نرحب بهذه التعليقات بصفتها هذه. وفي ما يتعدى قيمتها الرمزية، فهذه التعليقات ذات أهمية أكاديمية أيضاً وتستحق أن تجري دراستها بالتفصيل.

وكأحد مؤلفي الدراسة، فقد أتيت لي الفرصة للإجابة على هذه التعليقات. وفي ما يلي ملاحظاتي الرئيسية. وبما أنّ الطعن الأساسي لتعليقات الولايات المتحدة يتطرق إلى منهجية الدراسة، تتركز إجابتي في المقام الأول أيضاً على المسائل المنهجية. وفي القيام بذلك، تتبع إجابتي بنية تعليقات الولايات المتحدة وتعالج الأسئلة التالية:

1. ما هي كثافة الممارسة المطلوبة لتكوين قانون دولي عرفي، وما هي أنماط الممارسة ذات الصلة؟
 2. كيف قوّمت الدراسة وجود الاعتقاد القانوني؟
 3. ما هو وزن التعليقات على القواعد؟
 4. ما هي الآثار الأوسع نطاقاً المترتبة على الدراسة في ما يتعلق، على وجه الخصوص، بالبروتوكولين الأول والثاني الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف، والقانون الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية؟
- وتتطرق تعليقات الولايات المتحدة أيضاً إلى أربع قواعد معيّنة، أي القاعدة 31 (حماية أفراد الغوث الإنساني)، والقاعدة 45 (حظر التسبب بأضرار بالغة، واسعة الانتشار، وطويلة الأمد بالبيئة الطبيعية)، والقاعدة 78 (حظر استخدام الطلقات النارية المتفجرة المضادة للأفراد)، والقاعدة 157 (الحق في تكريس الاختصاص العالمي للنظر في جرائم الحرب). ولا يُقصد من هذه الإجابة الدخول في كل جزئية من تعليقات الولايات المتحدة على هذه القواعد الأربع، ولكن سيتم التطرق إلى النواحي الأساسية لهذه التعليقات كجزء من النقاش بشأن المسائل المنهجية.

3- المؤتمر الدولي السادس والعشرون للصليب الأحمر والهلال الأحمر، جنيف، 3 - 7 ديسمبر/ كانون الأول 1995، القرار 1. "القانون الدولي الإنساني : من القانون إلى العمل - تقرير بشأن المتابعة للمؤتمر الدولي لحماية ضحايا الحرب"، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 310، 1996، ص. 58.

4- انظر جون ب. بلينجر ووليم ج. هاينس، "إجابة حكومة الولايات المتحدة على دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن القانون الدولي الإنساني العرفي"، في هذا العدد.

1. ممارسة الدول

كثافة الممارسة

في حين أنه من المتفق عليه أنّ الممارسة يجب أن تكون «منتشرة ومنتظمة بشكل فعلي» من أجل تكريس قاعدة في القانون الدولي العرفي،⁵ إلا أنه لا توجد عتبة رياضية تدل كيف يجب أن تكون الممارسة المنتشرة. وهذا يعود إلى أنّ كثافة الممارسة تعتمد بشكل أولي على مادة الموضوع. فبعض المسائل تظهر بشكل يتكرر أكثر من مسائل أخرى، وتولد ممارسة أكثر. وعلى المرء أن يقارن فقط، على سبيل المثال، الممارسة بشأن الاستهداف والممارسة بخصوص علم الهدنة الأبيض. فمسائل الاستهداف - وعلى سبيل المثال، يتم التطرق إلى التمييز بين المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، تقريباً في كل كتيب من كتيبات الدليل العسكري، ويجري التحليل بشأنه في المحافل الدولية، وفي الأحكام، وما شابه. ومن جهة أخرى، فالممارسة بشأن حماية علم الهدنة الأبيض ضئيلة إلى حد ما. وعموماً، نادراً ما يُناقش الموضوع نتيجة لوجود حالات ملموسة قليلة نسبياً. مع ذلك، فمهما كانت الممارسة بشأن حماية علم الهدنة الأبيض فهي منتظمة وتؤكد الصلاحية المستمرة للقاعدة، بغض النظر عن الممارسة المحدودة. ومثل هذه المقاربات المتميزة أمر محتّم في أيّ مجال من مجالات القانون الدولي.⁶

وبالإضافة إلى ذلك، ومن أجل تحديد مقدار كثافة الممارسة بشكل سليم، من الضروري تحديد القيمة الحقيقية لكل عنصر من عناصر الممارسة. وفي حين قد تشكل بعض عناصر الممارسة سوابق إفرادية، يمكن أن تعكس عناصر أخرى سوابق عديدة. وهذه، بشكل خاص، هي حال الأوامر والتعليمات والكتيبات العسكرية التي تعكس ما جرى تدريب أفراد القوات المسلحة عليه، وما تعلموا القيام به، وما يقومون به معظم الوقت في نهاية الأمر. ولذلك، يمكن أن يمثل كتيب دليل عسكري بذاته سوابق عديدة، وبالتالي مقداراً هاماً من الممارسة.⁷

وعلاوة على ذلك، يجب أن تؤخذ طبيعة القاعدة في الحسبان - في ما إذا كانت مُحظرة، أو ملزمة، أو مجيزة. فالقواعد المحظرة، على سبيل المثال، والكثير منها موجود في القانون الإنساني، ليست مدعومة ببيانات تذكر بالحظر المقصود فحسب، ولكن بالامتناع أيضاً عن الفعل المحظور. ولذلك،

5- محكمة العدل الدولية، قضايا الرصيف القاري لبحر الشمال، الحكم، 20 فبراير/ شباط 1969، تقارير محكمة العدل الدولية 1969، ص. 43، § 74.
6- لذلك اعتمدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية Wimbledon على سابقتين فقط، سابقتي قناة بنما وقناة السويس، لتجد أنّ مرور السلع الحربية المهربة عبر القنوات الدولية لم يكن انتهاكاً لحياض الدولة التي تقع على ضفافها.

ومن الواضح أنّ Permanent Court of International Justice, The S.S. Wimbledon, (1923), PCIJ Series A, No. 1, pp. 1, 28

C.H.M. Waldock, "General course on public international law limited." انظر أيضاً (1962), 106 Recueil des cours, Vol. 1, p. 1, at p. 44, who observes that "on a question concerning international canals, of which there are very few in the world, the quantum of practice must necessarily be small".

7- يمكن مقارنة هذا الأمر مع وقائع قضية Wimbledon، المشار إليها أعلاه في الحاشية 6، التي اعتمدت فيها المحكمة الدائمة للعدل الدولي على سابقتين فقط. لكنّ هاتين السابقتين تمثلان مقداراً هاماً من الممارسة، إذ إنّ سفناً كثيرة من أرجاء العالم تمر عبر قناتي بنما والسويس. وهكذا، فالإشارة إلى سابقتين فقط تمثل مجموعة ممارسة أوسع مما قد يوحي به الانطباع الأولي.

فقواعد كقاعدة حظر استخدام أسلحة معينة، كأسلحة اللأزر المسببة للعمى، على سبيل المثال، مدعومة بالامتناع المستمر عن استخدام هذا السلاح. مع ذلك، من الصعب تحديد مقدار هذا الامتناع الذي يحدث كل يوم، وفي كل نزاع في العالم.

ومن جهة أخرى، فالقواعد المجيزة مدعومة بأفعال تعترف بالحق في السلوك بطريقة معينة، ولكنها، مع ذلك، لا تشترط هذا السلوك. وهذا يكون - عادة - على صورة قيام دول بأعمال طبقاً لهذه القواعد، مع غياب الاحتجاجات من دول أخرى. والقاعدة التي تنص على أنّ للدول الحق في أن تحوّل محاكمها الوطنية الاختصاص العالمي للنظر في جرائم الحرب (القاعدة 157) هي مثل هذه القاعدة. وتوجد الآن حالات عديدة لمحاكمات وطنية على أساس الاختصاص العالمي، دون اعتراض من الدولة المعنية - وبخاصة الدولة التي يحمل المتهم جنسيتها، على جرائم الحرب سواء في النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية. والحقيقة أنه توجد حالات قليلة نسبياً لمحاكمات على أساس الاختصاص العالمي، مقارنة بعدد جرائم الحرب التي قد يكون جرى ارتكابها. ولكنّ الحالة كذلك لأنّ محكمة أجنبية ليست بالضرورة محكمة مناسبة لاستجواب ومحاكمة أشخاص مشتبه بارتكابهم جرائم حرب في بلادهم أو في بلد آخر، وليس بسبب الاعتقاد بأنّ الدول ليست مؤهلة لتحاكمهم على أساس الاختصاص العالمي. وهذا أمر مفهوم ويوضح لم اختارت الدول إنشاء محاكم خاصة، وأخيراً إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تعنى بهذه المسألة. ولكنّ هذا لا يعني أنّ الممارسة ليست كثيفة بالقدر الكافي، كما جرى الإيحاء بذلك، لإثبات وجود قاعدة عرفية، وخصوصاً أننا نتعامل مع قاعدة مجيزة. ومبدأ الاختصاص العالمي يعني أنّ جرائم الحرب هي جرائم بمقتضى القانون الدولي، كالقرصنة، والعبودية، والتمييز العنصري، والتي لجميع الدول مصلحة بمحاكمتها. وقد تركز هذا المبدأ بداية في اتفاقيات جنيف كالالتزام في ما يتعلق بالانتهاكات الجسيمة التي جرى تعدادها في الاتفاقيات، وجرى التأكيد عليها فيما بعد في البروتوكول الأول الإضافي.⁸ وجرى بسطها تدريجياً لتتطبق على جميع الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني كقاعدة مجيزة.

وأخيراً، نتيجة للأبحاث والمشاورات الواسعة والمبنية على أسس عريضة، التي تتضمنها الدراسة، لم يُقدّم من قبل على الإطلاق هذا الكمّ الكبير من الممارسة بمثل هذا الأسلوب المنهجي والتفصيلي لإيضاح وجود قواعد القانون الدولي العرفي.⁹ وكما ذكر القاضي ثيودور ميرون من المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة:

8- اتفاقيات جنيف 1 - 4، المواد 146/129/50/49: البروتوكول الأول الإضافي، المادة 85(1).
9- كل قاعدة من القواعد الـ 161 في المجلد الأول يدعمها قسم معين في المجلد الثاني يُضلل الممارسة المتعلقة بتلك القاعدة. وكثير من أقسام الممارسة هذه في المجلد الثاني تنقسم أيضاً إلى موضوعات فرعية تعالج هذه المسائل كاملةً (انظر على سبيل المثال الأمثلة على الأفعال التي تعتبر أنها تشكل مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الثاني، ص. 115 - 127)، عبارات نوعية (انظر على سبيل المثال الممارسة المتعلقة بـ «جدوى» الاحتياطات في الهجوم، المرجع نفسه، ص. 357 - 62)، استثناءات (انظر على سبيل المثال الاستثناءات لحظر الهجمات على الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، المرجع نفسه، ص. 1166 - 74)، تعاريف (انظر على سبيل المثال الممارسة المتعلقة بتعريف التعذيب، والمعاملة القاسية واللاإنسانية والحاطة بالكرامة، المرجع نفسه، ص. 2149 - 61).... إلخ.

ما يجعل هذه الدراسة فريدة هي الجدية، ورحابة الأسلوب المستخدم لتحديد الممارسة. وبالإضافة إلى محفوظات اللجنة الدولية الخاصة بما يقارب أربعين نزاعاً مسلحاً حديثاً، ومصادر دولية عديدة، من ضمنها مصادر الأمم المتحدة، ومنظمات إقليمية، ومنظمات دولية أخرى، استندت الدراسة إلى مشاريع أبحاث في ما يقارب خمسين بلداً بتكليف من القائمين عليها بهدف تحديد الممارسة الوطنية في القانون الدولي الإنساني. ولم يسبق إطلاقاً أن قام أحد بمثل هذا الجهد. ولم تجر أي محاولة في أي صياغة ثانية للقانون الدولي في جمع مثل هذه المجموعة الغنية من المعطيات المعتمدة على التجربة العملية.¹⁰

أنماط الممارسة التي تم اعتمادها

يتعين على الدراسة بشأن القانون الدولي العرفي أن تتفحص الأثر المشترك لما تقوله الدول وما تقوم به فعلياً. ونتيجة لذلك، تم جمع وتحليل «الممارسة الميدانية للدول بخصوص العمليات العسكرية الفعلية». وإلى الحد الذي كان متاحاً بهذا الشأن، بحثت الدراسة في التقارير والبيانات الرسمية بشأن السلوك في العمليات العسكرية الفعلية. وعلى سبيل المثال، تم تفحص مثل هذه التقارير والبيانات من قبل الولايات المتحدة بخصوص قرارات الاستهداف في الحرب الكورية، وحرب فيتنام، وحرب الخليج، من بين تقارير وبيانات أخرى.¹¹

ولكن تفحص الممارسة الميدانية وحدها لا يكفي. ومن أجل الوصول إلى تقييم دقيق للقانون الدولي العرفي، على المرء أن يتعدى بحثه مجرد وصف للعمليات العسكرية الفعلية، وأن يقوم بتفحص التقييم القانوني لهذه العمليات. وهذا يتطلب تحليلاً للمواقف الرسمية المتخذة من قبل الأطراف المعنية، ومن الدول الأخرى أيضاً. وعندما تتم الموافقة عموماً على ممارسة ميدانية ما - كاستهداف المنشآت العسكرية مثلاً - فهذا الأمر يدعم الافتراض الذي تتضمنه تلك الممارسة، أي أن المنشآت العسكرية تشكل أهدافاً عسكرية شرعية. ولكن عموماً عندما تعتبر ممارسة ميدانية أنها انتهاك لقواعد موجودة - كاستهداف منشآت مدنية مثلاً - فهذا يعني أنه انتهاك بكل معنى الكلمة. وهذه الانتهاكات ليست ذات طبيعة تسمح بأن تعدل القواعد الموجودة؛ فهي لا تستطيع أن تملّي القانون.¹² وهذا يوضح لماذا أفعال كالهجمات ضد المدنيين، والنهب، والعنف الجنسي تبقى محظورة بالرغم من التقارير الكثيرة حول ارتكابها. والاستنتاج بأن هذه الأفعال تعتبر انتهاكات لقواعد موجودة يمكن استخلاصه فقط

Theodor Meron, "Revival of customary humanitarian law", American Journal of International Law, Vol. 99, No 4 -10 (October 2005), p. 833 .

11- انظر، على سبيل المثال، Theodor Meron, "Revival of customary humanitarian law", American Journal of International Law, Vol. 99, No 4 -10 (October 2005), p. 833 .
Study, above note 1, Vol. II, pp. 213 - 15, §§ 549 -54, citing inter alia Robert F. Futrell, The United States Air Force in Korea 1950 - 1953, revised edn, Office of Air Force History, US Air Force, Washington, DC, 1983; US Department of Defense, Statement on targeting policy in Vietnam, 26 December 1966, reprinted in Marjorie Whiteman, Digest of International Law, Vol. 10, Department of State Publication 8367, Washington, DC, 1968; and US Department of Defense, Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, 10 April 1992.

12- انظر محكمة العدل الدولية، International Court of Justice, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 98, § 186.

من الطريقة التي يتلقى بها المجتمع الدولي هذه الأفعال عبر أفعال لفظية، ككتيبات الدليل العسكري، والتشريعات الوطنية، ومجموعة السوابق القانونية الوطنية والدولية، وقرارات المنظمات الدولية، والبيانات الرسمية. وتوفر هذه الأفعال اللفظية العدسة التي يمكن النظر عبرها في الممارسة الميدانية.

وزن القرارات

ونتيجة للاعتبارات المشار إليها أعلاه، كان على الدراسة أن تأخذ في الحسبان القرارات المعتمدة من الدول في إطار المنظمات الدولية، وبخاصة الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية.¹³ وكما أشير في الدراسة، فهي مبنية على الإقرار بأن «القرارات ليست ملزمة بحد ذاتها في العادة، وبناءً عليه تتوقف القيمة الممنوحة لأي قرار على مضمونه، ومدى قبوله، واستمرارية ممارسة الدول خارجه».¹⁴ ولذلك تضمنت الدراسة قائمة تحتوي على سجل التصويت على جميع قرارات الجمعية العامة المذكورة كشواهد، وجرى استخدام هذه القائمة في تقييم القرارات.¹⁵ والأكثر أهمية، أن القرارات كان يجري تقييمها دائماً جنباً إلى جنب ممارسة أخرى للدول، ولم تستخدم لترجيح كفة الميزان لصالح قاعدة لكونها عرفية.¹⁶

وزن بيانات اللجنة الدولية للصليب الأحمر

وكما تم الإيضاح في مقدمة الدراسة، فقد تم إدراج البيانات الرسمية للجنة الدولية، وعلى الأخص النداءات والمذكرات المتعلقة باحترام القانون الدولي الإنساني، على أنها ممارسة مناسبة، نظراً لتمتع اللجنة الدولية بشخصية قانونية دولية.¹⁷ وتعتبر ممارسة المنظمة مناسبة بصورة خاصة لأنها تلقت تفويضاً رسمياً من الدول يقضي «بالعمل على التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني المنطبق في النزاعات المسلحة الدولية، ... وإعداد أي تطوير له».¹⁸ غير أن الدراسة لم تستخدم بيانات اللجنة الدولية كمصادر إثبات أساسية لدعم الطبيعة العرفية لأي قاعدة. وقد جاء ذكرها لتعزيز الاستنتاجات التي تم التوصل إليها على أساس ممارسة الدول وحدها. ولذلك، فممارسة اللجنة الدولية لم ترحب إطلاقاً كفة الميزان لصالح قاعدة لكونها عرفية.

13- بحثت الدراسة قرارات تم اعتمادها من هيئات الأمم المتحدة، مجلس الأمن، والجمعية العامة، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولجنة حقوق الإنسان، وكذلك من بين منظمات أخرى، الاتحاد الأفريقي، ومجلس أوروبا، والاتحاد الأوروبي، ومجلس التعاون الخليجي، وجامعة الدول العربية، ومنظمة الدول الأمريكية، ومنظمة المؤتمر الإسلامي، ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا.

14- الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. xxxvi - xxxv.

15- الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الثاني، ص. 4351 - 4382.

16- وعلى سبيل المثال، عندما لم يكن من الممكن الاستنتاج أن القاعدة 114 هي جزء من القانون العرفي في النزاعات المسلحة غير الدولية، فالقرارات الداعمة لهذا الاستنتاج لم ترجح كفة الميزان لأن الممارسة خارجها لم تتسم بالاستمرارية. انظر الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 413 - 414.

17- انظر، على سبيل المثال، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة - IT-95-Case No. IT-95-PT, Decision on the prosecution motion under Rule 73 for a ruling concerning the testimony of a witness, 27 July 1999, released as a public document by Order of 1 October 1999, § 46 and footnote 9.

18- النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، الذي تم اعتماده من قبل المؤتمر الدولي الخامس والعشرين للصليب الأحمر، جنيف، 31-23 أكتوبر/ تشرين الأول 1986، المادة (2)5 (ج) و (ز).

ومن الواضح أنّ ردود أفعال الدول على مذكرات أو نداءات اللجنة الدولية تشكل مصدر إثبات أكثر أهمية. وقد أدرجت ردود الأفعال هذه بالحد المعروف منها - سواء أكانت إيجابية (على سبيل المثال، ردود الأفعال على نداء اللجنة الدولية في أكتوبر/ تشرين الأول 1973 إلى أطراف النزاع في الشرق الأوسط)،¹⁹ أم انتقادية (على سبيل المثال، جواب الولايات المتحدة في يناير/ كانون الثاني 1991 على مذكرة اللجنة الدولية بشأن انطباق القانون الدولي الإنساني في منطقة الخليج).²⁰ وحتى حين لم تكن ردود الأفعال هذه معروفة، اعتبر أنّ من المناسب أيضاً تقديم تقرير عن هذه المذكرات والنداءات. كما تم الإقرار أيضاً بدور نداءات اللجنة الدولية وردود أفعال الدول عليها في تكوين القانون الدولي العرفي من قبل هيئة الاستئناف في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، في الاستئناف التمهيدي بشأن الحكم في قضية تاديتش Tadić case في العام 1995:

كما هو معلوم جيداً، فاللجنة الدولية ناشطة جداً في الترويج لتطوير، وتنفيذ، ونشر القانون الدولي الإنساني. ومن الزاوية التي تهمنا، أي نشوء القواعد العرفية بشأن النزاع المسلح الداخلي، فقد قامت اللجنة الدولية بمساهمة مميزة بتوجيه نداءات للأطراف في النزاعات المسلحة من أجل احترام القانون الدولي الإنساني. ومن الجدير بالذكر، أنّ اللجنة الدولية عندما كانت تواجه نزاعات مسلحة غير دولية، فقد كانت تروّج لتطبيق المبادئ الأساسية للقانون الإنساني من جانب الأطراف المتنازعة. وبالإضافة إلى ذلك، وكلما كان ذلك ممكناً، فقد سعت لإقناع الأطراف المتنازعة بالتقيد باتفاقيات جنيف للعام 1949، أو على الأقل، بأحكامها الرئيسية. وعندما كانت الأطراف، أو أحدها، ترفض التقيد بمجمل القانون الدولي الإنساني، كانت اللجنة الدولية تذكر بأنها ينبغي أن تحترم المادة 3 المشتركة، كحد أدنى. وهذا يُظهر أنّ اللجنة الدولية قد روّجت وسهّلت بسط المبادئ العامة للقانون الإنساني لتشمل النزاع المسلح الداخلي. ولذلك، يجب اعتبار النتائج العملية التي حققتها اللجنة الدولية في الحث على الامتثال للقانون الدولي الإنساني، عنصراً من الممارسة الدولية الفعلية؛ وقد كان لهذا العنصر الأثر الجلي في نشوء أو بلورة قواعد عرفية.²¹

وزن بيانات المنظمات غير الحكومية

تم إدراج بيانات المنظمات غير الحكومية في المجلد الثاني تحت فئة «ممارسات أخرى»، وهي فئة المواد المتبقية التي لم تعط أيّ وزن في تحديد ما هو عرفي. ومصطلح «ممارسة» الوارد في هذا السياق، لم يستخدم إطلاقاً ليعني أيّ شكل من أشكال ممارسة الدول (أو غيرها) التي تساهم في تكوين القانون الدولي العرفي. وكالمجلد الأول، فقد شارك الخبراء الذين تم التشاور معهم في المجلد الثاني من الدراسة. ولم تتغير أنماط الممارسة المدرجة في المجلد الثاني منذ المشاورات الأولى التي جرت في

19- انظر، على سبيل المثال، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 5، 9، و20-21.

20- انظر، على سبيل المثال، المرجع نفسه، ص. 67.

21- المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة ICTY, The Prosecutor v. Duško Tadić ' aka "Dule", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, para. 109.

العام 1999 وحتى النشر النهائي في العام 2005. ولم يُعبّر عن أيّ اعتراض على إدراج هذه الفئة سواء في العام 1999، أو فيما بعد.

ولهذا السبب، تم أخذ جزء فقط من الممارسة المجمعة في المجلد الثاني في الحساب وإدراجها في المجلد الأول. وفي هذا الشأن، يمكن أن يعطي المجلد الثاني الانطباع الخاطئ بأن كل ما يتضمنه قد جرى اعتباره بصورة أو بأخرى على أنّ له صلة بتأسيس القانون العرفي. وهذه ليست الحال بكل وضوح، فقد تم تقويم الممارسة الواردة في المجلد الثاني على أساس المنهجية التي جرى عرضها في مقدمة الدراسة.²² وعموماً، وحدها الممارسة المذكورة في التعليقات على القواعد تم اعتبارها ذات صلة، ولم يشمل هذا الأمر إطلاقاً بيانات المنظمات غير الحكومية.

ومن الأهمية بمكان الإيضاح بهذا الشأن أنّ المنهجية التي جرى عرضها في المقدمة قد تم تطبيقها مع كل قاعدة، دون ضرورة لتكرار الاعتبارات المختلفة لهذه المنهجية. ولو جرى تكرار تلك الاعتبارات لأضحت الدراسة طويلة دون مبرر، وغير سهلة الاستعمال. إذ كان الغرض إنتاج أداة سهلة الاستعمال للممارسين، وهذا يوضح الكثير حول شكل الدراسة.

وزن ممارسة الدول غير الأطراف

لم تفترض الدراسة بأي حال من الأحوال أنّ قاعدة ما تكون عرفية لمجرد أنها ترد في معاهدة تم التصديق عليها على نطاق واسع. وكما جاء في المقدمة:

أخذت هذه الدراسة بالنهج الحذر، فاعتبرت أنّ التصديق الواسع النطاق هو مجرد إشارة يجب تقويمها مع العناصر الأخرى من الممارسة، وبخاصة ممارسة الدول التي ليست أطرافاً في المعاهدة المعنية. واعتبرت أنّ الممارسة الثابتة من قبل الدول التي ليست أطرافاً دليل إيجابي هام. غير أنها اعتبرت أيضاً أنّ الممارسة المناقضة من قبل الدول التي ليست أطرافاً دليل سلبي هام. كما اعتبرت أنّ ممارسة الدول الأطراف في معاهدة ما إزاء الدول التي ليست أطرافاً فيها هي أيضاً، وبوجه خاص، ذات أهمية كبيرة.²³

وأخذ التمييز بين الأطراف المتعاقدة والأطراف غير المتعاقدة بعين الاعتبار في تقويم كل قاعدة.²⁴ وبهذا المعنى، تم إدراج لائحة بالتصديق على كل من المعاهدات المذكورة في الدراسة،²⁵ وتم استخدام

22- انظر، على الأخص، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. xxxii - xxxvi.

23- المرجع نفسه، ص. xlv.

24- انظر، على سبيل المثال، الاعتبارات في التعليق على قواعد عديدة تتعلق بمبدأ التمييز، من بينها القاعدة 1، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 4؛ والقاعدة 2، المرجع نفسه، ص. 9؛ والقاعدة 6، المرجع نفسه، ص. 20؛ والقاعدة 7، المرجع نفسه، ص. 26؛ والقاعدة 8، المرجع نفسه، ص. 30؛ والقاعدة 11، المرجع نفسه، ص. 38؛ والقاعدة 14، المرجع نفسه، ص. 47؛ والقاعدة 15، المرجع نفسه، ص. 52. انظر أيضاً القاعدة 83، المرجع نفسه، ص. 284؛ والقاعدة 86، المرجع نفسه، ص. 293.

25- الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الثاني، ص. 4153-4180.

ما يسمى بـ «اللوائح السلبية» - لوائح بالدول التي ليست أطرافاً في معاهدات ذات صلة - لتحديد ممارسة الدول غير الأطراف. وتجدر الملاحظة أنّ هذه اللوائح تختلف إلى حد بعيد من نظام معاهدة إلى أخرى. وعلى سبيل المثال، فلائحة الدول الأطراف في البروتوكول الأول الإضافي تختلف إلى حد بعيد عن لائحة الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي للعام 1954 بشأن حماية الممتلكات الثقافية.²⁶ وهذا يعني أيضاً أنه بالرغم مما تتضمنه المعاهدات المختلفة من القواعد نفسها أو القواعد المشابهة، إلا أنه يجب أن تنسجم ممارسة الدولة مع سجل التصديق بالنسبة لجميع المعاهدات ذات الصلة. وعلى سبيل المثال، مع أنّ الولايات المتحدة ليست طرفاً في البروتوكول الأول الإضافي، إلا أنها طرف في البروتوكول الثاني لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة، وفي صيغته المعدلة أيضاً، والذي يتضمن عدداً من القواعد المماثلة لقواعد موجودة في البروتوكول الأول الإضافي. وهكذا، في حين لم تدعم الولايات المتحدة مبدأ التمييز، وحظر الهجمات العشوائية، ومبدأ التناسب من خلال التصديق على البروتوكول الأول الإضافي إلا أنها دعمت هذه القواعد من بين قواعد أخرى من خلال التصديق على البروتوكول الثاني لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة بصيغته المعدلة، والذي ينطبق في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء.²⁷

وبالإضافة إلى ذلك، لم تجد الدراسة أنّ عدداً من أحكام البروتوكول الأول الإضافي هي أحكام عرفية، نتيجة للوزن المنوح للممارسة السلبية للدول التي تبقى غير أطراف في البروتوكول. وهذه كانت الحال، على سبيل المثال، بالنسبة لافتراض الوضع المدني في حالة الشك،²⁸ وحظر الهجمات على الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خترة،²⁹ المطلب المخفف من المقاتلين بتمييز أنفسهم،³⁰ وحظر هجمات الاقتصاد من المدنيين، كما يتضمن البروتوكول الأول الإضافي.³¹ وقد يزعم كثيرون أنّ الدراسة منحت وزناً كبيراً جداً لهذه الممارسة المناقضة المحدودة. ولكن عند عدم اعتبار ممارسة مناقضة واضحة لدولة غير طرف على أنها كافية لإعاقه نشوء قاعدة من قواعد القانون العرفي، كان يتم توضيح هذا الأمر في التعليق.³² ولم تخفِ التعليقات الممارسة السلبية التي تم جمعها، أو تهمل معالجتها.

26- أذربيجان، الهند، إندونيسيا، إيران، العراق، إسرائيل، ماليزيا، المغرب، ميانمار، باكستان، تايلاند، وتركيا ليست أطرافاً في البروتوكول الأول الإضافي، ولكنها أطراف في اتفاقية لاهاي للعام 1954 بشأن حماية الممتلكات الثقافية (في 1 يونيو/حزيران 2007).

27- انظر البروتوكول الثاني لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة بصيغته المعدلة، المادتين 2-3.

28- قارن البروتوكول الأول الإضافي، المادة (1)50، الجملة الثانية، مع التعليق على القاعدة 6، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 23-24.

29- قارن البروتوكول الأول الإضافي، المادة 56 مع القاعدة 42، المرجع نفسه، المجلد الأول، ص. 139-142.

30- قارن البروتوكول الأول الإضافي، المادة (3)44، الجملة الثانية، مع التعليق على القاعدة 106، المرجع نفسه، المجلد الأول، ص. 387-389.

31- قارن البروتوكول الأول الإضافي، المادة (6)51 مع التعليق على القاعدة 146، المرجع نفسه، المجلد الأول، ص. 520-523.

32- انظر، على سبيل المثال، القاعدة 21 (الاحتياطات في الهجوم، المتعلقة باختيار الأهداف العسكرية)، المرجع نفسه، المجلد الأول، ص. 67، والقاعدة 65 (حظر القتل أو الجرح أو الأسر بالجوء إلى الغدر)، المرجع نفسه، المجلد الأول، ص. 225.

الدول المعنية بشكل خاص

أظهرت الدراسة بشكل وافٍ مساهمة الدول التي كان لها «تجربة أكثر اتساعاً وكثافة» و «ساهمت عادة في ممارسة أكبر من حيث الكمية والنوعية». ويُظهر التمعّن في المجلدين الأول والثاني الدليل على المساهمة الهامة في الممارسة من جانب هذه الدول. وبسبب تجربتها في النزاعات المسلحة، ساهمت الولايات المتحدة، على الأخص، في عدد كبير من الممارسات التي أدت إلى تكوين القانون الإنساني العرفي. كما اتخذت مواقف حول نقاط كثيرة بشأن تفسير القانون، غالباً ما تم ذكرها في التعليقات³³.

ولذلك، من الواضح أنّ هناك دولاً قد ساهمت في ممارسات عدة أكثر من غيرها لأنها كانت «معنية بشكل خاص» بنزاع مسلح. وفي حال كانت ممارستها، كنتيجة لهذا، تعد أكثر أهمية من ممارسة دول أخرى، فهذه مسألة منفصلة. وبيان محكمة العدل الدولية بخصوص الحاجة إلى إدراج ممارسة الدول «المعنية بشكل خاص»، أتى في سياق قانون البحار - وبخاصة من أجل تحديد ما إذا كانت قاعدة في معاهدة (لم يصدق عليها بشكل واسع) قد أصبحت جزءاً من القانون الدولي العرفي.³⁴ ومع أخذ الطبيعة الخاصة لكثير من قواعد القانون الإنساني في الحسبان، لا يمكن التسليم بأنّ الاعتبارات نفسها ينبغي أن تنطبق بشكل ألي. وبخلاف قانون البحار، حيث إما يكون للدولة ساحل أو لا يكون، ففي ما يخص القانون الإنساني، يُحتمل أن تتورط أيّ دولة في نزاع مسلح، وأن تصبح بالتالي «معنية بشكل خاص». ولذلك، يبدو أنّ لجميع الدول مصلحة مشروعة في تطوير القانون الإنساني. ولكن، مرة أخرى، هذا لا يعوق اضطلاع بعض الدول بممارسة أكثر، وبتفاصيل أكثر، من دول أخرى في مجالات تكون فيها «معنية بشكل خاص».

ومع ذلك، وبخصوص المادة 45 بشأن التسبب بالأضرار البالغة، واسعة الانتشار، وطويلة الأمد بالبيئة الطبيعية، تذكر الدراسة أنّ فرنسا، والمملكة المتحدة، والولايات المتحدة قد عارضت بشكل دائم انطباق القاعدة على الأسلحة النووية. ونتيجة لذلك، نقرّ بأنّ القاعدة 45، في ما يخص استخدام الأسلحة النووية، لم تصبح موجودة كقانون عرفي. أما في ما يخص الأسلحة التقليدية، فقد أصبحت القاعدة موجودة، ولكن يمكن ألا يكون لها فعلياً معنى كبير، إذ إنّ عتبة الشروط التراكمية في الأضرار البالغة، واسعة الانتشار، وطويلة الأمد عالية جداً. ويدعم وجود هذه القاعدة بمقتضى القانون الدولي العرفي، بشكل جزئي، الامتناع عن التسبب في مثل هذه الأضرار. ويجوز اعتبار الولايات المتحدة معترضة دائمة بخصوص القاعدة 45 بشكل عام، بما في ذلك ما يخص الأسلحة التقليدية، ولكنّ هذه مسألة ينبغي للولايات المتحدة أن تنظر فيها.

33- انظر، على سبيل المثال، في الباب الأول وحده من الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 13، 24، 31، 36، 45، 64-65 و76.
34- محكمة العدل الدولية، قضايا الرصيف القاري لبحر الشمال، الحاشية 5 أعلاه.

2. الاعتقاد القانوني

مع أنّ التعليقات على القواعد في المجلد الأول لا تضع تحليلاً منفصلاً للممارسة والاعتقاد القانوني عادة، إلا أنّ مثل هذا التحليل حصل في كل قاعدة لتحديد ما إذا كانت الممارسة صدّقت على وجود قاعدة قانون، أو أنها حدثت لمجرد اعتبارات غير قانونية لفائدة أو مجاملة أو سياسة. وعندما كان يواجه تأسيس الاعتقاد القانوني صعوبة، كانت تتم مناقشة هذا الأمر بتفصيل أكبر في التعليقات.³⁵ ولذلك، لم تقم الدراسة ببساطة بالاستدلال على الاعتقاد القانوني من الممارسة. والاستنتاج بتكريس الممارسة كقاعدة قانون، وليس مجرد سياسة، لم يستند إطلاقاً إلى أيّ مثال أو نمط منفرد للممارسة، ولكنه جاء نتيجة درس لكافة الممارسات ذات الصلة. وصحيح أنه لا يمكن إطلاقاً إثبات أنّ دولة ما تصوّت لصالح قرار يدين العنف الجنسي، على سبيل المثال، لأنها تعتقد أنّ هذا يعكس قاعدة قانون، أو أنه قرار سياسة (وربما الإثنتين معاً). مع ذلك، تدل المجموعة الكلية للممارسة بشأن هذا الموضوع، ودون شك، أنّ حظر العنف الجنسي هو قاعدة قانون، وليس مجرد سياسة.

وكذلك، يجوز أن تقدم كتيبات الدليل العسكري والكتيبات التعليمية افتراضات تستند إلى القانون، ولكنها يمكن أن تتضمن أيضاً تعليمات تستند إلى اعتبارات سياسية أو عسكرية تتعدى القانون (مع أنها يجب ألا تتدنى إلى أقلّ من القانون). ولم يغب عن بالنا هذا التمييز قط. فالقواعد التي تدعمها كتيبات الدليل العسكري جاءت مدعومة، مع أخذ المجموعة الكلية للممارسة بعين الاعتبار، بالممارسة ذات الطبيعة التي تقود إلى الاستنتاج بأنّ قاعدة قانون هي المعنيّة بذلك، وليس مجرد اعتبارات لسياسة ما، أو اعتبارات ذات مصلحة عسكرية أو سياسية خاصة يمكن أن تتغير من نزاع إلى آخر. وعلى سبيل المثال، قرار الولايات المتحدة أنها «سوف تطبّق القواعد الواردة في كتيباتها سواء كان طابع النزاع دولياً أو غير دولي»، كمسألة سياسة وليست مسألة قانون، ورد في الدراسة أنه قرار سياسة. ولذلك، لم يُذكر أبداً أنّ كتيبات الدليل العسكري للولايات المتحدة تدعم الدليل على القواعد المنطبقة في النزاعات المسلحة غير الدولية.

وأخيراً، فقد تم اعتبار الكتيبات التعليمية المرخص باستخدامها في التدريب أنها تمثل شكلاً من أشكال ممارسة الدول. ومبدئياً، لن تسمح دولة بتعليم قواتها المسلحة على أساس وثيقة لا توافق على مضمونها. ونتيجة لذلك، تم اعتبار كتيبات التدريب، ودليل المدرّبين، وكتيبات الجيب للجنود، أنها تعكس ممارسة الدول. وتم العثور على العديد من هذه الوثائق والأخذ بها، ومن بينها على سبيل المثال، ما

35- انظر، على سبيل المثال، التعليق على القاعدة 114 للنزاعات المسلحة غير الدولية، الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 414.

هو من ألمانيا،³⁶ والمملكة المتحدة،³⁷ والولايات المتحدة.³⁸ ويتضمن المجلد الثاني قائمة كاملة لكتيبات الدليل العسكري، ومن بينها كتيبات التعليم، ووثائق أخرى مشابهة.³⁹

3. صياغة القواعد

أيّ تعريف للقواعد العرفية ينجم عنه حتماً قواعد أسهل من نواح كثيرة من القواعد التفصيلية الموجودة في المعاهدات.⁴⁰ وقد يكون من الصعب، على سبيل المثال، أن يبرهن المرء الطبيعة العرفية لكل نقطة تفصيلية من القواعد الماثلة في المعاهدات. وتكوين القانون العرفي من خلال الممارسة لا يمكن أن يُنتج الكمية ذاتها من التفاصيل كالمفاوضات المعقدة في المؤتمرات الدبلوماسية. ولذلك، كان من الضروري مناقشة مسائل معينة بتفصيل أكبر في التعليق.

وعلى سبيل المثال، في ما يخص القاعدتين 31 و55 بشأن حماية أفراد الغوث الإنساني، والاستفادة من مواد الإغاثة الإنسانية، على التوالي، فقد تمت مناقشة صريحة في التعليق لمسألة الموافقة على استقبال هؤلاء الأفراد وهذه المواد، ولم يكن هناك أيّ نيّة لتخطي مضمون البروتوكولين الإضافيين.⁴¹ والمشكلة تكمن في صياغة القواعد التي تشمل النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء. وكانت لنا إشكالية في استخدام مصطلح «الموافقة من الأطراف»، بما في ذلك الموافقة من جماعات المعارضة المسلحة، في قاعدة تشمل النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء. ومن الواضح أيضاً أنّ في قراءة هاتين القاعدتين جنباً إلى جنب القاعدة 6، يفقد أفراد الغوث الإنساني حمايتهم عندما يشاركون مباشرة في الأعمال العدائية.

36- انظر، على سبيل المثال، ألمانيا: DSK، Grundsätze, DSK، Publication ZDv 15/1, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze, DSK، Bundesministerium der Verteidigung, June 1996; and Taschenkarte (pocket card), "Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze", bearbeitet nach ZDv 15/2, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Handbuch, Zentrum Innere Führung, June 1991.

37- انظر، على سبيل المثال، المملكة المتحدة.

The Law of Armed Conflict, D/DAT/13/35/66, Army Code 71130 (revised 1981), Ministry of Defence, prepared under the direction of the Chief of the General Staff, 1981 (updated yearly).

38- انظر، على سبيل المثال، الولايات المتحدة، Publication No. FM 27-2، Your Conduct in Combat under the Law of War، Headquarters Department of the Army، Washington، November 1984، and Instructor's Guide: The Law of War، Headquarters Department of the Army، Washington، April 1985.

39- انظر الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الثاني، ص. 4207-4916.

40- قارن تعريف مبدأ التمييز في البروتوكول الأول الإضافي، المواد 48-52 مع البيان المحكم في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن شرعية التهديد بالأسلحة النووية أو استعمالها. وبشكل مبدأ التمييز «مبدأ أساسياً» "cardinal principle" في القانون الإنساني وأحد "مبادئ القانون الدولي العرفي التي لا يجوز مخالفتها" "intransgressible principles of international customary law"، الرأي الاستشاري، 8 يوليو/تموز 1996، تقارير محكمة العدل الدولية، 1996، ص. 78-79، 226، §§ 79-78، 226، Advisory Opinion، 8 July 1996، ICJ Reports، 1996، p. 226، §§ 78-79.

41- انظر الدراسة، الحاشية 1 أعلاه، المجلد الأول، ص. 109 و 196-197.

وفي ما يتعلق بوزن التعليق، ينبغي أن يكون القارئ على اطلاع على إشارة المؤلف التي سقطت سهواً من المجلد الأول عندما نشر للمرة الأولى في العام 2005، والتي تضمنتها طبعته الجديدة في 2007:

يضم هذا المجلد فهرساً لقواعد القانون الدولي الإنساني العرفي. وتجدر الإشارة إلى أن القواعد المطبوعة بالحرف الأسود فقط تشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي، وليس التعليق على هذه القواعد. غير أن التعليق يمكن أن يشمل توضيحات مفيدة تتعلق بتطبيق القواعد. وهذا ما يتغاضى عنه المعلقون أحياناً.⁴²

والتعليقات هامة، وبخاصة لتحديد مضمون عدد من القواعد التي صيغت كملخصات تسجل سلسلة من الممارسات، دون أن يكون لها مرادف في القانون التعاهدي.⁴³ ومع ذلك، لا تزعم الدراسة أنها أثبتت أن كل عنصر من عناصر التعليقات بحد ذاته هو جزء من القانون العرفي، كقائمة جرائم الحرب في القاعدة 156.

وأما بالنسبة لصياغة القاعدة 78 بشأن الطلقات النارية المتفجرة، فقد تم اختيار العبارات بعناية، ومن الواضح أنها ليست نسخة حرفية لإعلان سان بطرسبورغ، وهي تعكس بذلك تطور ممارسة الدول. ومن جهة أخرى، لم يتم استخدام العبارة التي تفيد أن القذائف «المصممة» أو «المصممة تحديداً» لتنفجر داخل جسم الإنسان محظورة وحدها، لأن هذا يتطلب برهاناً على نية مصمم القذيفة. وبدلاً من ذلك، تستند الصياغة المستخدمة في القاعدة 78 إلى الفهم بأن القذائف المتوقع أن تنفجر داخل جسم الإنسان في استعمالها العادي، تنفجر نتيجة لتصميمها، مع أن ذلك ربما ليس من خلال نية محددة، وأن ما سعت الدول لمنعه من خلال الممارسة في هذا المجال هو انفجار القذائف داخل جسم الإنسان. والحجة بأن الدول في ما يُزعم أنها استعملت الطلقات النارية المتفجرة المضادة للمعدات التي «يميل الكثير منها إلى الانفجار عند التصادم بالجسم البشري أو داخله»⁴⁴ لا يصحبها دليل على أنها قامت بذلك فعلياً لتنفجر. ولذلك، فالحجة لا تقدم دليلاً على التفجير «المتوقع»، كما جاء أنفاً وكذلك في النص الذي يوضح القاعدة 78، وبالتالي فهو لا يناقضها.

وجدير بالذكر أن اللجنة الدولية لم تقترح في مؤتمر المراجعة الثاني لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة، كما تم الإيحاء به، «التفاوض على بروتوكول» يحظر الاستخدام المضاد للأفراد للطلقات النارية التي تنفجر في جسم الإنسان، وبالتالي فإن الافتقار إلى عمل الدول في هذا الاتجاه ليس بذبي صلة. كما أن الإشارة إلى «اختبار أجرته اللجنة الدولية في العام 1998، والذي ثبت لاحقاً أنه تعثره

42- المرجع نفسه، المجلد الأول، طبعة 2007 (مع التصحيح)، ص. 11.

43- انظر، على سبيل المثال، المجلد الأول، القاعدة 42 (الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطرة)؛ القاعدتين 43-44 (حماية البيئة الطبيعية)؛ القاعدتين 84-85 (الأسلحة المحرقة)؛ القاعدة 94 (العبودية وتجارة العبيد)؛ القاعدة 95 (التشغيل القسري غير المدفوع الأجر أو الضار)؛ القاعدة 98 (الاختفاء القسري)؛ القاعدة 99 (الحرمان التعسفي من الحرية)؛ القاعدة 105 (احترام الحياة العائلية)؛ القاعدة 116 (التحقق من هوية الموتى)؛ القاعدة 133 (احترام حقوق الملكية للأشخاص النازحين)؛ والقاعدة 134 (احترام الحاجات الخاصة للنساء).

44- بيلينجر وهانيس، الحاشية 4 أعلاه، رقم 69.

عيوب» غير صحيحة، إذ إن هذا الاختبار، وكذلك الاختبار التالي في العام 1999، لم تجرهما اللجنة الدولية، بل أجراها الجيش السويسري لاختبار رمي القذائف البالسيتية في ثون، في سويسرا Swiss Ballistic Test Range in Thun، مستخدماً بروتوكولات الاختبار المقبولة عالمياً.

4. الملابسات

أولاً، إن استنتاج الدراسة بأن عدداً كبيراً من القواعد التي يتضمنها البروتوكولان الإضافيان قد اكتسبت وضع القانون الدولي العرفي المنطبق على جميع الدول يدعمه الدليل الذي تقدمه الدراسة. وينبغي ألا يشكل هذا مفاجأة، لأن الكثير منها كان عرفاً مسبقاً في العام 1977، أي تماماً منذ ثلاثين عاماً.⁴⁵ والصحيح أيضاً، من جهة أخرى، أن عدداً من الأحكام في البروتوكولين كانت أحكاماً جديدة في العام 1977، ولكنها أصبحت عرفية في الثلاثين عاماً التي تلت اعتمادها لأنها أضحت مقبولة بشكل منتشر ومنتظم فعلياً في الممارسة.⁴⁶ وبالإضافة إلى ذلك، وكما أشير آنفاً، فإن عدداً من أحكام البروتوكولين لم يصبح عرفياً لأن هذه الأحكام ليست مقبولة بشكل منتظم في الممارسة.⁴⁷

وتطرقت الدراسة إلى البروتوكولين الإضافيين، كما أي معاهدة أخرى، بأسلوب حذر، ولم تفترض أن قاعدة ما هي قاعدة عرفية لمجرد أنها جاءت في معاهدة تم التصديق على نطاق واسع.⁴⁸

ثانياً، إن استنتاج الدراسة بأن الكثير من القواعد التي تتضمنها اتفاقيات جنيف والبروتوكولان الإضافيان قد أصبحت ملزمة كمسألة قانون دولي عرفي في النزاعات المسلحة غير الدولية هو نتيجة لممارسة الدول في هذا الشأن. وقد وضعت الدول هذا التطور موضع التنفيذ منذ العام 1949 باعتمادها المادة 3 المشتركة، وأكدته بممارستها اللاحقة. وعززت أيضاً هذه الممارسة، باعتمادها البروتوكول الثاني الإضافي في العام 1977، أي منذ ثلاثين عاماً مضت، كأول معاهدة مخصصة كلياً لتنظيم النزاع المسلح غير الدولي. كما جرى تسريع هذه العملية منذ إنشاء المحكمتين الجنائيتين الدوليتين ليوغوسلافيا السابقة ورواندا في العام 1993 و1994 على التوالي.

45- تم اعتماد البروتوكولين الإضافيين في 8 يونيو/حزيران 1977، بعد أربع دورات من المفاوضات (1974-1977) في المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد وتطوير القانون الدولي الإنساني المنطبق في النزاعات المسلحة. وكما يوحي عنوانه، فقد سعى المؤتمر لتأكيد قواعد القانون الإنساني العرفي الموجودة، وكذلك تطوير قواعد جديدة.

46- انظر، على سبيل المثال، حظر التجويع في المادة 54 من البروتوكول الأول الإضافي، والمادة 14 من البروتوكول الثاني الإضافي، الذي يعتبر الآن جزءاً من القانون الدولي العرفي (القاعدة 53 من الدراسة).

47- انظر الحاشية 28 إلى 31 أعلاه، مع النص المصاحب لها. وبالإضافة إلى ذلك، لا تنطبق الدراسة إلى الطبيعة العرفية لعدد من الأحكام لأنها لا تعالج بهذه الصفة، ومن بينها المادة (4)1 (حروب التحرير الوطني)، والمادة 36 (الأسلحة الجديدة)، والمادة 45 (افتراض وضع أسير الحرب)، والمواد 61-67 (الدفاع المدني)، من البروتوكول الأول الإضافي.

48- انظر الحاشية 23 أعلاه والنص المصاحب لها.

وفي الحقيقة، تشير تطورات القانون الدولي الإنساني منذ الحروب التي جرت في يوغوسلافيا السابقة ورواندا إلى اتجاه لتطبيق نواح كثيرة من القانون الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية. وعلى سبيل المثال، فكل معاهدة للقانون الإنساني تم اعتمادها منذ العام 1996، جرى اعتماد انطباقها في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء.⁴⁹ وعلاوة على ذلك، تم تعديل المادة 1 من اتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة، في العام 2001، من أجل توسيع نطاق تطبيق جميع البروتوكولات الموجودة الملحق بهذه الاتفاقية لتشمل النزاع المسلح غير الدولي.⁵⁰

والمحاكم الجنائية الدولية التي أنشئت، أولاً ليوغوسلافيا السابقة ورواندا، ومن ثم لسيراليون، تعنى حصرياً أو في المقام الأول، بالانتهاكات المرتكبة في نزاعات مسلحة غير دولية. وكذلك، فالتحقيقات والدعاوى الجنائية المقدمة حالياً أمام المحكمة الجنائية الدولية تتعلق بانتهاكات تم ارتكابها في أوضاع نزاع مسلح داخلي. وهذه التطورات مدعومة أيضاً بممارسة أخرى، ككتيبات عسكرية، وتشريعات وطنية، وسوابق قضائية، وبيانات رسمية، وقرارات منظمات دولية ومؤتمرات. وفي هذا الشأن، جرى إيلاء عناية خاصة في المجلد الأول لتحديد الممارسة الخاصة التي تتعلق بنزاعات مسلحة غير دولية، وتقديم تحليل منفصل، على هذا الأساس، للطبيعة العرفية للقواعد في هذه النزاعات. وأخيراً، وحيث كانت الممارسة أقل انتشاراً في النزاعات المسلحة غير الدولية، تم الإقرار بأن القاعدة المطابقة تنطبق فقط «بشكل قابل للجدل» في النزاعات المسلحة غير الدولية.⁵¹

وأما بالنسبة إلى «الممارسة الميدانية» المتعلقة بالنزاعات المسلحة غير الدولية، من المحتمل أن هناك خلطاً كبيراً بين الممارسة الرسمية التي تدعم القواعد وبين انتهاكها المباشر. والإيحاء، لذلك، بعدم وجود ممارسة كافية لدعم هذا الاستنتاج العريض من أجل دحض قيمة الممارسة «الإيجابية» الموجودة، بالانتهاكات الكثيرة للقانون في النزاعات المسلحة غير الدولية. وهذا يعني أننا نترك للمنتهكين إملاء القانون أو الوقوف في وجه القواعد الناشئة. وتكون النتيجة أن سلسلة كاملة من الممارسات الشائنة المرتكبة في نزاع مسلح غير دولي لن تعتبر غير مشروعة بعد ذلك، وأن القادة الذين يأمرن بمثل هذه الممارسات لن يكونوا مسؤولين عنها لاحقاً. وهذا ما لم ترده الدول. ما أرادته الدول هو انطباق القانون في النزاعات المسلحة غير الدولية، كما أرادت أن يكون القادة مسؤولين وعرضة للمحاسبة. ونتيجة لذلك، فإن توقع السلوك المشروع من جانب أطراف النزاعات المسلحة غير الدولية قد أثير ليتطابق

49- انظر الصيغة المعدلة في العام 1996 للبروتوكول الثاني لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة، المتعلق بالألغام والشراك الخداعية والتبايض الأخرى، واتفاقية أوتواو للعام 1997 لحظر الألغام المضادة للأفراد، ونظام روما الأساسي للعام 1998 للمحكمة الجنائية الدولية، والبروتوكول الثاني للعام 1999 لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، وبروتوكول العام 2000 لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، والبروتوكول الخامس للعام 2003 لاتفاقية حظر أو تقييد أسلحة تقليدية معينة، المتعلق بالمخلفات المتفجرة للحرب.

50- حتى ذلك التاريخ، وحده البروتوكول الثاني بالصيغة المعدلة في العام 1996 كان منطبقاً في النزاعات المسلحة غير الدولية. ولذلك، فتعديل المادة 1 كان له الأثر في نطاق تطبيق البروتوكولات الموجودة 1- 4.

51- هذه القواعد هي: 21، 23، 24، 44، 45، 62، 63، و82.

في الأغلب مع المعايير المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية. وهذا التطور، الذي حققته الدول، أمر يجب الترحيب به كتحسين هام للحماية القانونية لضحايا أكثر أشكال النزاعات المسلحة شيوعاً، أي النزاعات المسلحة غير الدولية.

وبالتالي، فقد ملأت ممارسة الدول والقانون الإنساني العرفي فجوات هامة في القانون التعاهدي الذي يحكم النزاعات المسلحة غير الدولية. وقد تم جسر ما يفصل بين القانون الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية إلى حد بعيد، وبخاصة ما يتعلق بسير العمليات العدائية، واستخدام وسائل وأساليب القتال، ومعاملة الأشخاص الذين هم تحت سلطة طرف في النزاع. ولكن هذا لا يعني أن القانون الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية هو الآن نفسه. وفي الحقيقة، فإن مفاهيم معينة، كمفهوم الاحتلال وحق الإفادة من وضع المقاتل وأسير الحرب، ما زالت تخص حصرياً مجال النزاعات المسلحة الدولية. وبالتالي، تتضمن الدراسة أيضاً عدداً من القواعد التي يقتصر تطبيقها على النزاع المسلح الدولي،⁵² وعدداً من القواعد التي تختلف صياغتها بالنسبة للنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.⁵³

الخلاصة

كما أشير آنفاً، فقد طلبت الدول من اللجنة الدولية أن تقوم بهذه الدراسة من أجل المساعدة في المهمة الصعبة في تحديد القانون الإنساني العرفي. وليس من المبالغة في شيء القول إن ما يقارب عشر سنوات من البحث الذي يستند إلى قاعدة عريضة، والمشاورات الواسعة الانتشار، قد أثمرت الدراسة الأكثر شمولية ودقة من نوعها حتى تاريخه. ولذلك، تمثل الدراسة أفضل جهد ممكن في تقديم صورة خاطفة للقانون الدولي الإنساني العرفي بكل دقة ممكنة. وبسبب أصلها - تفويض من المجتمع الدولي - تسعى الدراسة أن تكون أداة عمل في خدمة الممارسين المعنيين بالقانون الإنساني، وليس دليلاً لآراء نظرية، وقد وجدت طريقها في اجتهادات عدة دول، من بينها الولايات المتحدة.⁵⁴

52- هذه هي القواعد التالية: 3-4، 41، 49، 51، 108-106، 114، 130، و 145-147.

53- هذه هي القواعد التالية: 124، 126، و 128-129.

54- انظر United States, Supreme Court, Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al., Case No. 05-184, 29 June 2006, p. 69. See also Israel, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others, 23 June 2005, HCJ 3799/02, paras. 20, 21 and 24, and The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others, 13 December 2006, HCJ 769/02, paras. 23, 29-30 and 41-42; ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Hadžihanović ' and Kubura, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, IT-01-47-AR73.3, 11 March 2005, paras. 29-30, 38 and 45-46.

ومع أنّ الدراسة أصبحت الآن نقطة البداية لأي نقاش بشأن القانون الإنساني العرفي، إلا أنه ينبغي ألا يُنظر إليها على أنها الكلمة الفصل بشأن العرف، لأنها، وفقاً للتعريف، لا يمكن أن تكون كاملة، كما أنّ تكوين القانون العرفي عملية مستمرة. وتبعاً لذلك، وبالتعاون مع جمعية الصليب الأحمر البريطاني، وضعت اللجنة الدولية مشروعاً، مقره مركز لوترباكت للقانون الدولي في جامعة كمبريدج، لتحديث الممارسة الواردة في المجلد الثاني من الدراسة.

وبقصد هذا التحديث، تبقى منفتحين على أيّ تعليقات إضافية على الدراسة بشكل عام، ولكن أيضاً على معلومات وتعليقات بشأن أيّ ممارسة محددة أخرى تود الدول والخبراء مشاركتنا بها. وينبغي أن يكون هذا الأمر جزءاً من حوار مستمر. كما ينبغي أن يُنظر إلى تعليقات الولايات المتحدة وهذه الإجابة كجزء من هذا الحوار.

