جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا

دور الممارسة الدولية في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي

رسالة قدَّمها الطالب

محمـــــد حســـــن زامـــــل

إلـــــى

مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

أ.د. مها محمد أيوب

١٤٤٠ هـ

٢٠١٩ م

بسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة البقرة: ٢٠٨)

الإهـــــداء

لا زالت تطوف . . .

ذكراك . . . .وقصصك المغمسمة بدفء النجف وأحيائها العتيقة

صوتك . . . .وصداه الذي ما فارق مسجد الكوفة.

عطرك . . .الذي حوى أهل الجنوب .

روحك . . .التي أمست خيمة لكل العراقيين

إليك . . .أبي . . .معلمي . . . .قائدي . .

الشهيد السيد محمد محمد صادق الصدر (قدس سره الشريف) .

. . .أهدي لك هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وعرفان

من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق

يتعذر عليّ أن أذكر كمّ الأعزاء الذين غمروني بكرم مساندتهم وإرشادهم وتوجيههم ، وإلا فإن حصرهم يتعذر عليه مئات الصفحات .

شكراً لمن نزف على أرض المقدسات حباً، وعطاءً، وتضحية. . أنتم سبب الإبتسامة التي على شفاه أطفالنا وعوائلنا . .

شكراً شهداءنا الاحياء ، جرحى الدفاع عن أرض وسماء عراقنا الحبيب. . أنتم مفخرة الرجال . .

شكراً للمرابطين على سواتر المواجهة . . أنتم أمل الأجيال

شكرا عائلتي . . فقد تحملتم انشغالي ، وساندتم طموحي ، وقويتم عزيمتي صوب النجاح .

شكراً أصدقائي . .أنتم سندي وذخري وعزمي.

شكراً أساتذتي ومشرفتي . . كنتم خير معين في إستكمال دراستي.

شكراً لمن عملوا في هذا الصرح (معهد العلمين) . . صرح علمي تتشرف بالانتماء له .

شكراً لكِ أمي . . . . أنتِ ملهمتي

الباحث

أقرار المشرف

اشهد بأن إعداد هذه الرسالة الموسومة (دور الممارسة الدولية في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي) **المقدمة من قبل طالب الماجستير** (محمـــــد حســـــن زامـــــــل) **جرى تحت إشرافي في معهد العلمين للدراسات العليا / النجف الاشرف ، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام .**

التوقيع :

التاريخ : / / ٢٠١٦

بناءاً على التوصيات ، أرشح هذه الرسالة للمناقشة .

التوقيع :

الاسم :

التأريخ : / / ٢٠١٦

إقرار الخبير اللغوي

أشهد أني قد اطلعت على رسالة طالب الماجستير (محمد حسن زامل) الموسومة بـ(دور الممارسة الدولية في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي) لأقومّها من الناحية اللغوية وسلامة التعبير ،وبذلك هي صالحة لإغراض المناقشة .

التوقيع :

الاسم :

التاريخ : / / ٢٠١٦

المقوم اللغوي

إقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن رئيس و اعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على رسالة الماجستير الموسومة بـ(دور الممارسة الدولية في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي) والمقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا من الطالب (محمد حسن زامل) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وما له علاقة بها ونعتقد بانها جديرة بالقبول بدرجة ( ) لنيل درجة الماجستير في القانون العام .

التوقيع:

الاسم:

رئيساً

/ / ٢٠١٦

التوقيع

عضواً

/ /٢٠١٦

التوقيع

عضواً

/ /٢٠١٦

التوقيع:

أ.د

عضواً و مشرفاً

/ /٢٠١٦

مصادقة مجلس المعهد:

صدقها مجلس معهد العلمين للدراسات العليا / النجف الاشرف

بتأريخ / / ٢٠١٦

العميد

/ / ٢٠١٦

المحتويـــــات

العنـــــــــــوان	الصفحة
المقدمة	١
الفصل الاول	**٤-٦٩**
مفهوم للقانون الدولي الإنساني العرفي والممارسة الدولية.	٥
المبحث الاول : مفهوم القانون الدولي الإنساني العرفي.	**٦**
المطلب الأول : ماهية مفهوم القانون الدولي الإنساني العرفي.	٧
الفرع الأول : التعريف بالقانون الدولي الإنساني العرفي	٧
الفرع الثاني : أهداف القانون الدولي الإنساني العرفي	١٣
الفرع الثالث : التطور التاريخي للقانون الدولي الإنساني العرفي	١٥
الفرع الرابع : العلاقة بين القانون الدولي الإنساني العرفي والقانون الدولي الإنساني	٢٢
المطلب الثاني : أهمية القانون الدولي الإنساني العرفي واسبابها	٣٥
الفرع الأول : أهمية القانون الدولي الإنساني العرفي	٣٥
الفرع الثاني : أسباب أهمية القانون الدولي الإنساني العرفي	٣٨
المطلب الثالث : الألزام في القانون الدولي الإنساني العرفي ومبدأ مارتنز	٤٠
الفرع الأول : الإلزام في القانون الدولي الإنساني العرفي	٤٠
الفرع الثاني : مبدأ مارتنز واللازم القانوني فيه	٤٤
المبحث الثاني : مفهوم الممارسة الدولية	**٤٨**
المطلب الأول : التعريف بالممارسة الدولية	٤٩
الفرع الأول : ماهية الممارسة الدولية	٤٩
الفرع الثاني : شروط تكوين الممارسة الدولية	٥٢
المطلب الثاني : عوامل تكوين الممارسة الدولية	٥٥
الفرع الأول : السوابق المستندة الى الممارسة الوطنية	٥٦
الفرع الثاني : السوابق المستندة الى الممارسة الدولية	٥٨
المطلب الثالث : اثبات الالزام القانوني في الممارسة الدولية	٦٤
الفرع الأول : النظرية الأحادية	٦٥
الفرع الثاني : النظرية الثنائية	٦٧
الفصل الثاني	**٧٠-١٢٦**
- دور المبادئ الدولية في تكوين القانون الدولي الإنساني العرفي	٧١

العنـــــــــــــوان	الصفحة
المبحث الاول : مبدا التمييز	٧٢
المطلب الأول : التعريف بالتمييز بين المقاتلين والمدنيين والاعيان المدنية والاهداف العسكرية	٧٣
الفرع الأول : التعريف بالتمييز بين المقاتلين والمدنيين	٧٤
الفرع الثاني : التعريف بالتمييز بين الاعيان المدنية والاهداف العسكرية	٨٠
المطلب الثاني : دور القانون الدولي الإنساني العرفي في تكوين مبدأ التمييز	٨٦
الفرع الأول : مبدأ التمييز في الحضارات القديمة والديانات السماوية	٨٦
الفرع الثاني : مبدأ التمييز في العصور الوسطى والعصور الحديثة	٨٩
المبحث الثاني : مبدا التناسب في الهجوم	٩٣
المطلب الأول : مفهوم مبدأ التناسب	٩٤
الفرع الاول : التعريف بمبدأ التناسب	٩٥
الفرع الثاني : مبدأ التناسب في الاتفاقيات الدولية	٩٧
المطلب الثاني : دور القانون الدولي الإنساني العرفي في تكوين مبدأ التناسب	١٠١
الفرع الاول : مبدأ التناسب في الحضارات القديمة والديانات السماوية	١٠١
الفرع الثاني : مبدأ التناسب في العصور الوسطى والعصور الحديثة	١٠٥
المبحث الثالث: مبدا الضرورة العسكرية	١٠٧
المطلب الأول : مفهوم مبدأ الضرورة العسكرية	١٠٨
الفرع الاول : التعريف بمبدأ الضورة العسكرية	١٠٨
الفرع الثاني : مبدا الضرورة العسكرية في الاتفاقيات الدولية	١١٢
المطلب الثاني : دور القانون الدولي الإنساني العرفي في تكوين مبدأ الضرورة العسكرية	١٢٠
الفرع الأول : مبدأ الضرورة العسكرية في الحضارات القديمة والديانات السماوية	١٢١
الفرع الثاني : مبدأ الضرورة العسكرية في العصور الوسطى والعصور الحديثة	١٢٤
الفصل الثالث	١٢٧-٢٠٤
- إسهامات الممارسة الداخلية والدولية للدول في تكوين القانون الدولي الإنساني العرفي.	١٢٨
المبحث الاول : إسهامات الممارسة الداخلية والدولية للدول في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح غير الدولي.	١٢٩
المطلب الأول : التعريف بالنزاعات المسلحة غير الدولية	١٣٠
الفرع الاول : الاتجاهات في تعريف النزاع المسلح غير الدولي	١٣٠
الفرع الثاني : النزاعات المسلحة غير الدولية في المؤتمرات والاتفاقيات الدولية	١٣٣
الفرع الثالث : صور النزاعات المسلحة غير الدولية	١٣٦
المطلب الثاني : إسهامات الممارسة الداخلية للدول في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح غير الدولي.	١٤٢

العنـــــــــــــوان	الصفحة
الفرع الأول : الإسهامات المستندة الى ممارسات تشريعية مكتوبة	١٤٣
الفرع الثاني : الإسهامات المستندة الى ممارسة الدول واللوائح العسكرية	١٤٦
الفرع الثالث : الإسهامات المستندة الى ممارسات القضاء الداخلي	١٥٢
المطلب الثالث : اسهامات الممارسات الدولية في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح غير الدولي.	١٥٧
الفرع الأول : الممارسات الدبلوماسية	١٥٧
الفرع الثاني : المعاهدات الدولية	١٥٩
الفرع الثالث : القضاء الدولي	١٦٢
الفرع الرابع : المنظمات الدولية	١٦٥
الفرع الخامس : آراء الفقهاء	١٦٨
المبحث الثاني : إسهامات الممارسة الداخلية والدولية للدول في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح الدولي.	**١٧١**
المطلب الاول : التعريف بالنزاع المسلح الدولي	١٧٢
الفرع الأول : التعريف الفقهي والقانوني للنزاع المسلح الدولي	١٧٢
الفرع الثاني : أشكال النزاع المسلح الدولي	١٧٤
الفرع الثالث : النظرية التقليدية في النزاع المسلح الدولي	١٧٦
الفرع الرابع : اطراف النزاع المسلح الدولي	١٧٨
المطلب الثاني : إسهامات الممارسة الداخلية للدول في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح الدولي .	١٨٠
الفرع الأول : الإسهامات المستندة الى ممارسات تشريعية مكتوبة	١٨٠
الفرع الثاني : الإسهامات المستندة الى ممارسة الدول واللوائح العسكرية	١٨٣
الفرع الثالث : الإسهامات المستندة الى ممارسات القضاء الداخلي	١٨٧
المطلب الثالث : اسهامات الممارسات الدولية في تكوين القواعد العرفية في النزاع المسلح الدولي.	١٨٩
الفرع الأول : الممارسات الدبلوماسية	١٨٩
الفرع الثاني : المعاهدات الدولية	١٩٢
الفرع الثالث : القضاء الدولي	١٩٤
الفرع الرابع : المنظمات الدولية	١٩٨
الفرع الخامس : آراء الفقهاء	٢٠١
الخاتمة	**٢٠٥-٢٠٨**
المصادر	**٢٠٩-٢٢٢**

المستخلـــص

تتشكل القواعد العرفية نتيجة تواتر وتكرار وانتظام ممارسات الدول مع اعتقادها بكون تلك الممارسات ملزمة بمثابة قانون، إذ تنقسم ممارسات الدول إلى ممارسات داخلية وأخرى دولية.

واذا ما تعلق الموضوع بالحروب والحد من اثارها وحماية الضحايا المدنيين فيها، فإنَّ العرف ساهم وبشكل كبير في تكون القواعد الأساسية لها، إذ أسهمت ممارسات الدول الداخلية والدولية في تكوين قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي، وهنا العرف لا يكتسب أهميته من كونه قاعدة قانونية ملزمة، بل لكونه نتاج أمم تعاضدت وتآزرت جيلاً بعد جيل حتى استقرت في ضمير المجتمعات المتمدنة، فهي إرث تاريخي لحركة المجتمعات، والأعراف الدولية الانسانية هي في الحقيقة انتصار لقيم الانسانية دون أنْ تلتفت إلى أي مكاسب سياسية او مادية، وأنْ رجوع المجتمعات لها في اكثر الظواهر التي ابتليت بها البشرية (الحرب) يمثل تضامناً دولياً حول تلك القيم وترسيخها في ممارسات الدول في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

اضحى كل من مبدأ(التمييز) و(التناسب في الهجوم) و(الضرورة العسكرية) اهم المبادئ الأساسية في القانون الدولي الإنساني العرفي، تفرع منها العديد من القواعد التي تضبط الوسائل والأساليب المتبعة في إدارة النزاعات المسلحة وكذلك قواعد حماية المدنيين والاعيان المدنية في النزاعات المسلحة، ولكون تلك المبادئ عرفيه التكوين فإنَّ الزام الدول بها لم ينظر إلى طبيعة النزاع سواء كان دوليا ام غير دولي، إذ تسري احكامها في كلا النزاعين بل حتى في النزاعات الداخلية التي تنشب في إقليم الدول.

واجهت اعراف القانون الدولي الإنساني العديد من صور التمرد والانتهاك سواء في النزاعات الدولية، او في النزاعات الداخلية، إذ تشير الدراسات إلى أنَّ عدد النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية بلغت حتى العام ٢٠٠٣ ما يقارب ٢٥٠ نزاعاً مسلحاً والعدد في ازدياد حتى الساعة.

تلك الارقام تكشف القصور في نظام الردع الذي اتخذه المجتمع الدولي إزاء الانتهاكات التي تمارس بحق القانون الدولي الإنساني.

إنَّ كون القواعد القانونية عرفية المصدر لا يعصمها من الانتهاكات او الاخلال بها، ما وجه الجهود الدولية تحت وطأة تلك الانتهاكات إلى عقد الاتفاقيات والمؤتمرات وتأسيس المنظمات المعنية بتدوين ومراقبة وتطبيق القانون الدولي الإنساني وعدم الاخلال به و تكوين نظام قضائي دولي جنائي يعمل على محاكمة

منتهكي قواعد القانون الدولي الإنساني، ورغم التفاوت في النتائج التي خرجت بها تلك الجهود من حيث اثرها في تكوين قواعد دولية عرفية انسانية، الا انها فتحت عصراً جديداً في هذا المجال يتناسب والتطور الحاصل في وسائل وأساليب الحروب.

إنَّ ممارسات الدول ذو اثر بالغ في تكوين قواعد القانون الإنساني العرفي، الا انها ورغم كثافتها تفتقر إلى الوضوح لكون البعض من قواعدها غير مدون ما يجعلها عرضة للانتهاكات، ما يكشف أنْ تقنينها على مستوى المعاهدات الدولية ثنائية كانت ام متعددة او توطينها في التشريعات الداخلية للدول يعمل على استقرارها بشكل جلي وواضح دون أنْ يخالطها اللبس ودون أنْ تتذرع الدول بغموضها عند انتهاكها.