

Distr.: General
14 March 2013
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الخامسة والستون

جنيف، ٥ أيار/مايو - ٧ حزيران/يونيه
و ٨ تموز/يوليه - ٩ آب/أغسطس ٢٠١٣

نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته

العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه
خاص بالنسبة لهذا الموضوع
مذكرة من الأمانة العامة

موجز

أُعدت هذه المذكرة استجابة لطلب من لجنة القانون الدولي في دورتها الرابعة والستين (عام ٢٠١٢). وهي تسعى إلى تحديد العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة والتي يمكن أن تتسم بأهمية خاصة لموضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته".

وبعد التصدي، في المقدمة، لعدد من المسائل الأولية المتعلقة بولاية اللجنة وأعمالها السابقة بشأن موضوع "سبل ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافراً"، تنتقل المذكرة إلى نهج اللجنة إزاء تعريف القانون الدولي العرفي وعملية إنشائه بالتركيز على ما يلي (أ) النهج العام للجنة؛ (ب) ممارسات الدول؛ ما يسمى بالعنصر الذاتي (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)؛ (د) أهمية ممارسات المنظمات الدولية؛ و (هـ) أهمية الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون.



الرجاء إعادة استعمال الورق

030513 020513 13-26027 (A)



ومن ثم تقدم المذكرة استعراضا عاما لفهم اللجنة لجوانب معينة في عمل القانون العرفي داخل النظام القانوني الدولي. وتتصل تلك الجوانب بالطابع الإلزامي لقواعد القانون الدولي العرفي وخصائصها، بما في ذلك القواعد الإقليمية، والقواعد المنشئة للالتزامات إزاء الكافة، وقواعد الأحكام الآمرة، فضلا عن صلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات و "القانون الدولي العام".

المحتويات

الصفحة

٤	أولا - مقدمة
٥	ألف - التدوين والتطوير التدريجي
٧	باء - سبل ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافرا
٨	ثانيا - تحديد القانون الدولي العرفي وعملية نشأته
٩	ألف - النهج العام
١١	باء - ممارسات الدول
٢٢	جيم - ما يسمى بالعنصر الذاتي (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)
٣١	دال - أهمية ممارسات المنظمات الدولية
٣٢	هاء - أهمية الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون
٣٧	ثالثا - عمل القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الدولي
٣٧	ألف - الطابع الملزم لقواعد القانون الدولي العرفي وخصائصها
٤٢	باء - صلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات
٤٧	جيم - الصلة بين القانون الدولي العرفي و "القانون الدولي العام"

أولا - مقدمة

١ - قررت لجنة القانون الدولي، في دورتها الثالثة والستين (لعام ٢٠١١) إدراج موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها الطويل الأجل^(١). وفي الدورة الرابعة والستين للجنة (لعام ٢٠١٢)، أدرجت اللجنة الموضوع في برنامج عملها الحالي وعينت السير مايكل وود بصفته مقررا خاصا^(٢). وفي تلك الدورة أيضا، طلبت اللجنة إلى الأمانة العامة أن تعد مذكرة تحدد العناصر التي تضمنتها أعمال اللجنة السابقة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع^(٣). ولتلبية ذلك الطلب، شرعت الأمانة العامة في إجراء استعراض لأعمال اللجنة منذ عام ١٩٤٩ بهدف تحديد الجوانب الأكثر أهمية للقانون الدولي العرفي. وفي هذا الصدد، ركزت الأمانة بصفة رئيسية على جوانب عمل اللجنة ذات الصلة المباشر بتفهم مفهوم القانون الدولي العرفي، والطريقة التي تنشأ بها القواعد العرفية والطريقة التي ينبغي تحديدها بها، والطريقة التي يعمل بها القانون العرفي في إطار النظام القانوني الدولي. وترد هنا في التقرير في شكل ملاحظات جوانب عمل اللجنة التي حددتها الأمانة بوصفها الأكثر صلة بالموضوع الحالي، وترد مصاحبة للملاحظات التوضيحية، حسب الاقتضاء.

٢ - واسترشدت الأمانة، في وضع هذه المذكرة، بالأسئلة والمسائل التي حددت بوصفها ذات صلة بالموضوع في وثيقتين أوليتين أعدهما سير مايكل وود^(٤)، وفي المناقشة الأولية التي جرت بشأن الموضوع في الدورة الرابعة والستين للجنة^(٥). والمذكرة منظمة لعكس جوانب عمل اللجنة المتصلة بتحديد القانون الدولي العرفي وعملية تشكيله، وتلك المتصلة بتفعيل القانون العرفي في إطار النظام القانوني الدولي.

٣ - ومن المهم في البداية ملاحظة أن الملاحظات المعروضة أدناه تعكس استعراضا منهجيا للعناصر المؤكدة فقط من عمل اللجنة. وبالنظر إلى ولاية اللجنة وأساليب عملها، يمكن لعناصر عديدة في عملها، بما في ذلك تقارير المقرر الخاص والمناقشات العامة في الجلسات

(١) A/66/10، الفقرات ٣٦٥-٣٦٧. أحاطت الجمعية العامة علما، بموجب قرارها ٩٨/٦٦ المؤرخ ٩ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢، بإدراج الموضوع في برنامج العمل طويل الأجل للجنة.

(٢) A/67/10، الفقرة ١٩.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

(٤) انظر المرفق ألف لتقرير اللجنة لعام ٢٠١١ (A/66/10)، وكذلك مذكرة المقرر الخاص التي عُرضت في الدورة الرابعة والستين للجنة (A/CN.4/653).

(٥) انظر A/67/10، الفقرات ١٦٩-٢٠٢.

العامّة، أن تكون لها صلة محتملة بهذه المذكرة وموضوعها. إلا أنه، بغية وضع الصيغة النهائية للمذكرة بصورة عاجلة، قصرت الأمانة استعراضها بقدر كبير على النسخة النهائية من المشاريع التي اعتمدها اللجنة بشأن مختلف المواضيع التي نظرت فيها حتى الآن، إلى جانب التعليقات المصاحبة^(٦). وساد رأي بأن النسخ النهائية لتلك المشاريع والتعليقات تكشف على أفضل وجه عن النهج الجماعي للجنة إزاء القانون الدولي العرفي.

ألف - التدوين والتطوير التدريجي

٤ - قبل الانتقال إلى الملاحظات، من المفيد التطرق على نحو مقتضب لعدد من المسائل الأولية ذات الصلة بعمل اللجنة السابق في مجال القانون الدولي العرفي. أولاً، لا بد لدراسة ذلك العمل أن توجه الانتباه إلى التمييز بين عمل اللجنة في مجالي ”التدوين“ و ”التطوير التدريجي“.

٥ - وفيما يتعلق بالتدوين، من المفهوم جيداً أن القانون الدولي العرفي اضطلع بدور هام في عمل اللجنة. ويعرف النظام الأساسي للجنة ”تدوين القانون الدولي“ بأنه يعني ”صياغة وتنظيم قواعد القانون الدولي منهجياً على نحو أدق في المجالات التي توجد بها ممارسات واسعة للدول، وسوابق، وفقه“^(٧). علاوة على ذلك، يوجه النظام الأساسي للجنة إلى تدوين القانون الدولي بإعداد مشاريع في شكل مواد، مشفوعة بشرح يتضمن ”عرضاً وافياً للسوابق وسائر البيانات ذات الصلة، بما في ذلك المعاهدات والقرارات القضائية والفقهاء“، بالإضافة إلى استنتاجات تحدد، من ناحية، ”مدى الاتفاق على كل نقطة في ممارسات الدول وفي الفقه“، ومن ناحية أخرى، ”أوجه التباين والخلاف القائمة، فضلاً عن الحجج المستند إليها تأييداً لحل أو آخر“^(٨).

٦ - بيد أن ولاية اللجنة لا تقتصر على تدوين القواعد الدولية القائمة. فاللجنة مكلفة أيضاً بالتطوير التدريجي للقانون الدولي الذي يعرفه النظام الأساسي للجنة بأنه يعني ”إعداد مشاريع اتفاقيات بشأن موضوعات لم ينظمها بعد القانون الدولي، أو لم يطور بشأنها بعد القانون تطويراً كافياً في ممارسات الدول“^(٩).

(٦) أدرجت أيضاً في الاستعراض مشاريع المواد المتعلقة بطرد الأجانب والتعليقات عليها، التي اعتمدها اللجنة في مرحلة القراءة الأولى في دورتها الرابعة والستين (٢٠١٢).

(٧) النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، المادة ١٥.

(٨) المرجع نفسه، المادة ٢٠ (أ) و (ب).

(٩) المرجع نفسه، المادة ١٥.

٧ - وبالتالي فإن النظام الأساسي نظر إلى التدوين والتطوير التدريجي على أنهما مفهومان مختلفين، رغم أن من صاغوا النظام الأساسي أقروا بأن المفهومين قد لا يستبعد أحدهما الآخر بالضرورة، فالتنظيم المنهجي للقانون القائم قد يفضي إلى استنتاج بضرورة اقتراح قاعدة جديدة لكي يتسنى للدول اعتماده^(١٠). وحرصت اللجنة كذلك على تجنب اعتماد أي تصنيف شامل لموضوع محدد على اعتبار ذلك حصرا بوصفه ممارسة في التدوين أو التطوير التدريجي^(١١). علاوة على ذلك، أشارت اللجنة إلى أنه "قد ثبت عدم الجدوى العملية لأوجه التمييز التي يحددها نظامها الأساسي بين المفهومين ويمكن إزالة التمييز في النظام الأساسي^(١٢)".

٨ - وفي عدد من المناسبات، فيما يتصل بصياغة قواعد محددة، ميزت اللجنة بوضوح بين عملها في مجال التدوين وعملها في مجال التطوير التدريجي للقانون الدولي^(١٣). إلا أنه، في

(١٠) See the report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, *Official Records of the General Assembly, Second Session, Sixth Committee, annex 1*, para. 7.

(١١) See, for example, *Yearbook of the International Law Commission 1978*, vol. II (Part Two), p. 16, para. 72 ("The Commission wishes to indicate that it considers that its work on most-favoured-nation clauses constitutes both codification and progressive development of international law in the sense in which those concepts are defined in article 15 of the Commission's Statute. The articles it has formulated contain elements of both progressive development and of codification of the law and, as in the case of several previous drafts, it is not practicable to determine into which category each provision falls."). انظر أيضا *The Work of the International Law Commission*, 8th edition, vol. I, 2012, p. 47.

(١٢) الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني) ص. ٨٤ (من النص الإنكليزي)، الفقرة ١٤٧ (أ). انظر أيضا الصفحتين ٨٦-٨٧ (من النص الإنكليزي)، الفقرات ١٥٦-١٦٩، التي تشير إلى أنه "من فرط التبسيط القول بأن التطوير التدريجي، باعتباره متميزا عن التدوين، يعني بوجه خاص إعداد مشاريع اتفاقيات" و "لذلك، باشرت اللجنة عملها فعليا على أساس فكرة مركبة هي 'التدوين والتطوير التدريجي'".

(١٣) انظر، على سبيل المثال، الحولية ... ١٩٧٨، المجلد الثاني (الباب الثاني) الصفحة ١٣ (من النص الإنكليزي)، الفقرة ٥٤ ("وانتهت اللجنة إلى أن أعمال حكم [الدولة الأكثر رعاية] في مجال العلاقات الاقتصادية، مع الاهتمام خاصة بالدول النامية، ليس من المسائل التي تسهل على تدوين القانون الدولي بالمعنى الذي يستخدم به هذا المصطلح [في النظام الأساسي للجنة] لأن من غير اليسير استبانة الشروط اللازمة لهذه العملية ... وهي على التحديد شيوع الممارسة بين الدول، ووجود السوابق القضائية والمؤيدات الفقهية."); والفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ٤٨ من النص الإنكليزي ("مشروع المادة ٨، الذي يعد محاولة في مجال التطوير التدريجي للقانون، ينحرف عن القاعدة الاتفاقية ..."); والفقرة (٥) من التعليق على مشروع المادة ١٩ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ٩٦ من النص الإنكليزي ("وإذا كان القانون الدولي

مناسبات أخرى عديدة، لم تبين اللجنة ما إذا كان نظرها في قاعدة معينة يشكل ممارسة تدوين أو تطوير تدريجي^(١٤). علاوة على ذلك، بغض النظر عما إذا كانت اللجنة قد حددت نظرها في قاعدة معينة بأنه يندرج ضمن أي من الفئتين أم لا، فهي في أحيان كثيرة لم تستخدم مصطلحات تجعل تحليلاً متصلاً بالقانون العرفي بوضوح. وبالتالي، عمدت الأمانة إلى أن تدرج في هذه المذكرة عناصر عمل اللجنة التي تشكل فيما يبدو جهداً للتأكد من إمكانية وجود أو نشأة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو لتقييم تلك الإمكانية.

باء - سبل ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافراً

٩ - إن تناول موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" ليس هو المرة الأولى التي عاجلت فيها اللجنة موضوعاً يتعلق مباشرة بإثبات القانون الدولي العرفي. فعقب الدورة الثانية للجنة، واستناداً إلى ورقة عمل أعدها مانلي و. هيدسون بشأن الموضوع^(١٥)، قدمت اللجنة تقريراً في عام ١٩٥٠ إلى الجمعية العامة بشأن الموضوع المعنون "سبل ووسائل جعل أدلة

العرفي لم يبلغ بعد هذه المرحلة من التطور فإن الفقرة الفرعية (أ) من مشروع المادة ١٣ يجب اعتبارها مندرجة في سياق التطور التدريجي^(١٤)؛ والفقرة (١) من التعليق على المبدأ التوجيهي ١-١-٥ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٧٣ من النص الإنكليزي ("يبدو وكأنه عنصر من عناصر التطوير التدريجي للقانون الدولي، حيث لا توجد بهذا الصدد أية سابقة واضحة")؛ والفقرة (٥) من التعليق على مشروع المادة ٢٣ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٥٨ من النص الإنكليزي ("لذلك فإن الفقرة ٢ من مشروع المادة ٢٣ تدخل ضمن التطور التدريجي من ناحيتين...")؛ والفقرة ١ من التعليق على مشروع المادة ٢٧ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٧١ من النص الإنكليزي ("يدخل مشروع المادة ٢٧ ... ضمن التطور التدريجي للقانون الدولي")؛ والفقرة ١ من التعليق على مشروع المادة ٢٩ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٧٣ من النص الإنكليزي ("يعترف مشروع المادة ٢٩، في إطار التطوير التدريجي وفي ظل شروط معينة، بالحق في السماح بالدخول من جديد إلى الدولة الطاردة لأجنبي اضطر إلى مغادرة إقليم هذه الدولة عقب طرد غير مشروع"). انظر أيضاً الفقرة (٥) من التعليقات العامة على مسؤولية المنظمات الدولية، الوثيقة A/66/10، الصفحة ٧٠ من النص الإنكليزي ("ومن شأن استناد عدد من مشاريع هذه المواد على ممارسة محدودة أن يحرك الحدود بين التدوين والتطوير التدريجي في اتجاه التطوير التدريجي").

(١٤) وبالفعل، أعلنت اللجنة كذلك أنها لا ترى ضرورة لتحديد الوضع القانوني لقاعدة معينة؛ انظر، على سبيل المثال: para. (8) of the commentary to draft article 68 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 298 ("The Commission does not deem it necessary to expatiate on the question of the nature and legal basis of the sovereign rights attributed to the coastal State [over the continental shelf] ... All these considerations of general utility provide a sufficient basis for the principle of the sovereign rights of the coastal State as now formulated by the Commission.")

(١٥) A/CN.4/16 و Add.1.

القانون الدولي العرفي أيسر توافراً^(١٦). وأتى التقرير كاستجابة مباشرة للمادة ٢٤ من النظام الأساسي للجنة^(١٧).

١٠ - واتسم تنفيذ اللجنة للمادة ٢٤، بقدر كبير، باختلاف مفاهيمي عن الموضوع قيد النظر هنا. وسعياً إلى الاهتمام في المقام الأول بتوافر المواد المتصلة بإثبات القانون العرفي وإمكانية الوصول إليها، حدد تقرير اللجنة مجموعات النصوص والمواد القانونية الدولية الموجودة واقترح أن تعد الأمانة منشورات معينة لزيادة توافر الإثبات ذي الصلة المحتملة بالعرف الدولي^(١٨).

١١ - ومع ذلك فقد نظر تقرير اللجنة بصورة مقتضبة في نطاق القانون الدولي العرفي^(١٩). واقترحت اللجنة، في جملة أمور، وفيما يتسم بأهمية خاصة بالنسبة للموضوع قيد النظر حالياً، أن الصياغة التقليدية للقانون الدولي من قبل بعض الدول كثيراً ما يعتمد عليها في تحديد وجود القانون العرفي، وأن "إثبات ممارسات الدول يتم البحث عنه في مختلف المواد"^(٢٠). وسيتم مرة أخرى تناول تلك الاستنتاجات وغيرها من الجوانب البارزة من تحليل اللجنة في إطار التعليقات الواردة أدناه.

ثانياً - تحديد القانون الدولي العرفي وعملية نشأته

١٢ - يتناول هذا الفرع بالتفصيل الملاحظات المتصلة بنهج اللجنة إزاء تحديد قواعد القانون الدولي العرفي والعملية المؤدية إلى نشأة تلك القواعد. ويبدأ الفرع بملاحظات بشأن نهج اللجنة العام إزاء تحديد القواعد العرفية، ويستمر عارضاً الملاحظات المتصلة بممارسات الدول، أي ما يسمى بالعنصر الذاتي (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)، وأهمية ممارسات المنظمات الدولية والأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون.

(١٦) Yearbook ... 1950, vol. II, pp. 367-374, paras. 24-94.

(١٧) تنص المادة ٢٤ من النظام الأساسي للجنة على ما يلي:

تنظر اللجنة في الطرق والوسائل الكفيلة بجعل الأدلة المتصلة بالقانون الدولي العرفي أيسر توافراً، مثل جمع ونشر الوثائق المتعلقة بممارسات الدول وقرارات المحاكم الوطنية والدولية، بشأن مسائل القانون الدولي، وتقديم تقريراً إلى الجمعية العامة في هذا الشأن.

(١٨) Yearbook ... 1950, vol. II, pp. 368-374.

(١٩) المرجع نفسه، الصفحتان ٣٦٧-٣٦٨.

(٢٠) المرجع نفسه.

ألف - النهج العام

الملاحظة رقم ١

لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العمومي، كثيراً ما أجرت اللجنة دراسات استقصائية لجميع الأدلة المتوفرة على الممارسات العامة للدول، فضلاً عن نهجها ومواقفها، التي تأتي غالباً في تزامن مع قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وكتابات الحقوقيين^(٢١).

١٣ - ويأتي التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، مثلاً على نهج اللجنة.

ويظهر كل من الدراسة الاستقصائية التي أجريت على جميع الأدلة المتاحة للممارسات العامة للدول، المقبولة بصفقتها قانوناً، فيما يتعلق باستخدام المجاري المائية الدولية

(٢١) استندت اللجنة في ذلك إلى مجموعة من المواد التي ترد قائمة توضيحية بها في الفرعين ثانياً - باء - ٢ وثنانياً - جيم - ٢ من هذه المذكرة. انظر، على سبيل المثال، the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), pp. 211-214: upon review of a variety of materials, the Commission concluded, at para. (18), that "a newly independent State is not, ipso jure, bound to inherit its predecessor's treaties" وفي بعض الأحيان، اعتمدت اللجنة أيضاً على اعتبارات المنطق والنزاهة لتحديد قواعد معينة؛ انظر، على سبيل المثال، para. (2) of the commentary to draft article 36 on the representation of States in their relations with international organizations, Yearbook ... 1971, vol. II (Part One), p. 308 (assessment of relevant practice corroborated by an analogy between the privileges and immunities of diplomatic agents and those of permanent representatives, as well as their respective family members and staff) من التعليق على مشروع المادة ٣٩ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١١٠ من النص الإنكليزي ("تسلم المادة ٣٩ بأن سلوك الدولة المضروبة، أو أي شخص أو كيان يلتمس له الجبر، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار لدى تقدير شكل الجبر ومداه. وهذا يتمشى مع مبدأ أن الجبر الكامل يستحق عن الضرر الذي ينجم عن فعل غير مشروع دولياً، ولا أكثر من ذلك. كما يتمشى مع العدل بين الدولة المسؤولة وضحية الخرق". (أضيف التشديد)). وفي بعض الحالات، يبدو أن اللجوء إلى المقارنة قد نجم عن رأي اللجنة بندرة الممارسات المتاحة؛ انظر، على سبيل المثال، التعليقات التالية التي وردت في الفقرة (٢) من التعليق العام على مشاريع المواد المتعلقة بالظروف النافية لعدم المشروعية، الوثيقة A/66/10، الصفحة ١١١ من النص الإنكليزي: "وفيما يتعلق أيضاً بالظروف النافية لعدم المشروعية، ليس هناك سوى قدر محدود من الممارسات المتاحة فيما يتصل بالمنظمات الدولية. وعلاوة على ذلك، فإن هناك ظروفاً معينة من غير المحتمل أن تحدث فيما يخص بعض بل وحتى معظم المنظمات الدولية. إلا أنه ليس هناك ما يبرر الاعتقاد بأن الظروف النافية لعدم مشروعية تصرف الدول لا يمكن أن تكون أيضاً وجيهة في حالة المنظمات الدولية: كالاعتقاد مثلاً بأن الدول وحدها يمكن أن تحتج بطرف القوة القاهرة. وهذا لا يعني أنه ينبغي الافتراض بأن الشروط التي يمكن على أساسها لمنظمة ما أن تحتج بطرف معين نافٍ لعدم المشروعية هي الشروط نفسها التي تنطبق على الدول".

في الأغراض غير الملاحية، بما يشمل أحكام المعاهدات، والمواقف التي اتخذتها الدول في المحاكم، والبيانات القانونية التي أعدتها الهيئات الحكومية الدولية والهيئات غير الحكومية، وآراء المعلقين المطلعين، وقرارات محاكم البلديات في قضايا متشابهة، وجود تأييد غامر لمذهب الاستخدام المنصف بوصفه قاعدة عامة في القانون^(٢٢).

١٤ - ويبين المثال الوارد أعلاه على نحو مفيد أن اللجنة كثيرا ما لم تميز بوضوح في تعليلاتها بين المواد التي تم الاعتماد عليها لتحديد الممارسات العامة للدول والمواد المعتمد عليها في تحديد نُهج الدول ومواقفها فيما يتصل بقاعدة ما^(٢٣). ومن المفيد أيضا ملاحظة أن

(٢٢) الفقرة (١٠) من التعليق على مشروع المادة ٥، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٨ من النص الإنكليزي. انظر أيضا الفقرات من (٣) إلى (٦) من التعليق على مشروع المادة ٧ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٤٥-٤٦ من النص الإنكليزي (الاعتماد على استعراض ممارسات الدول والسوابق القضائية الدولية وكتابات فقهاء القانون للتوصل إلى أن قاعدة ما قد ترسخت)؛ والفقرات من (١٢) إلى (١٤) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني) الصفحتان ٥١-٥٢ من النص الإنكليزي ("وتدل قرارات التحكيم، إلى جانب ممارسة الدول والمؤلفات، على وجود قبول عام لقاعدتي النسب الإيجابي والوارديتين في المادة ١٠")؛ والفقرتين (٢٤) و (٢٥) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٠ من النص الإنكليزي (القول بأن القاعدة المصاغة في مشروع المادة لها سوابق في مراجع الدراسة الاستقصائية التي شملت الأحكام القضائية والتشريعات الوطنية وممارسات المعاهدات)؛ و paras. (10) to (18) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 199-201 (engaging in a review of State practice, boundary disputes and treaty practice to ascertain the existence of a general rule in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 211-214 (reviewing State practice, legal opinion of the Secretariat, practice of depositaries and writings of jurists to establish a general rule)؛ و paras. (1) and (8) of the commentary to draft article 49 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 246-247 (relying on the Charter of the United Nations and practice of the United Nations, as well as the opinion of a great majority of international lawyers, in discussing a customary rule)؛ و para. (2) of the commentary to draft article 25 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 213 ("State practice, the jurisprudence of international tribunals and the writings of jurists appear to support the ... rule which is formulated in the present article.")

(٢٣) للنظر بمزيد من التفصيل في معالجة اللجنة لمسألة الممارسات العامة للدول ونُهج الدول ومواقفها إزاء قاعدة ما، انظر الفرعين ثانيا - باء وثانيا - جيم أدناه. انظر أيضا الفقرة (١٣) من التعليق على مشروع المادة ١٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٣ من النص الإنكليزي (الخلاصة إلى أن "القواعد المبينة ... تجدد ما يعززها في ممارسة الدول، القضائية والتشريعية والحكومية على السواء، وكذلك في المعاهدات المتعددة الأطراف والثنائية"، دون الشروع في تحليل منفصل في التعليق بشأن ممارسات الدول ونُهجها)؛ والفقرات من (١١) إلى (٢١) من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ...

اللجنة أقرت بأن المصادر المتعددة المشار إليها في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي لا تحمل جميعها القيمة القانونية نفسها^(٢٤).

١٥ - إلا أن اللجنة خلصت، في مناسبات أخرى، إلى أن قاعدة ما تدعمها ممارسات الدول دون إدراج إثبات في التعليقات مستمد من دراسة استقصائية^(٢٥).

باء - ممارسات الدول

١٦ - أقرت اللجنة، في تحديدها لقواعد القانون الدولي العرفي، أن ممارسات الدول تضطلع بدور بارز في ذلك^(٢٦). ويسعى هذا الفرع إلى توفير لمحة عامة عن الطريقة التي وصفت بها اللجنة ممارسات الدول وقيمتها، فضلا عن المواد التي اعتمدت عليها اللجنة في تحليلها.

١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحات ٣٣-٣٥ من النص الإنكليزي (توفير أمثلة توضيحية والانتهاه إلى أن القواعد تقوم على ممارسات الدول والقرارات القضائية والنظرية القانونية، دون التمييز بين المواد التي يتم الاعتماد عليها للتوصل إلى استنتاجها فيما يتصل بممارسات الدول أو تُهَجَّها أو موافقها).

(٢٤) انظر الفقرة (٢٤) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام الجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٠٠ من النص الإنكليزي ("يعكس الاستخدام السابق للمواد القانونية، رغم كونه مقتضيا بالضرورة، اتجاه الممارسة والفقهاء حول هذا الموضوع. ومن المسلم به أن جميع المصادر المشار إليها ليست لها ذات الأهمية القانونية. لكن الاستعراض يعطي بيانا للدعم الواسع والمتناسك الممنوح للقواعد الواردة في المادة ٥").

(٢٥) انظر، على سبيل المثال، ... *Yearbook* ... para. (1) of the commentary to draft article 22 on the law of the sea, 1956, vol. II, p. 276 (stating simply that rules "followed the preponderant practice of States", without commentary to draft article 32 on the law of the sea, و any further elaboration in the commentary) *Yearbook* ... 1956, vol. II, p. 280 (concluding that the principle on the immunity of warships "embodied in paragraph 1 is generally accepted in international law", without providing a survey of evidence) paras. (1) and (2) of the commentary to draft article 16 on consular relations, *Yearbook* ... 1961, و vol. II, p. 103 (concluding that "according to a very widespread practice, career consuls have precedence over honorary consuls", without referring to any sources in the commentary) من الذكر أنه في بعض تلك الحالات التي لا يكون هناك فيها دليل على دراسة استقصائية منهجية في تعليقات اللجنة، قد تبدو مؤشرات مؤكدة على إجراء تلك الدراسة في تقارير المقرر الخاص عن دراسات الأمانة العامة.

(٢٦) بيد أنه ينبغي أن يلاحظ أن اللجنة انتهت إلى أن مجرد غياب الممارسة لا يحول بالضرورة دون وجود حق أو استحقاق بموجب القانون الدولي العرفي العام؛ انظر الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٥٧ بشأن مسؤولية المنظمات الدولية، الوثيقة A/66/10، الصفحة ١٥٧ من النص الإنكليزي ("ولا تقدم الممارسة في الواقع أمثلة لتدابير مضادة اتخذها دول أو منظمات دولية غير مضرورة ضد منظمة دولية مسؤولة. ومن ناحية أخرى، وفي سياق ندرة الحالات التي ربما اتخذت فيها دولة أو منظمة دولية غير مضرورة تدابير مضادة ضد منظمة دولية، لا يمكن أن يؤدي غياب الممارسة فيما يتعلق بالتدابير المضادة إلى القول بأن التدابير المضادة التي تتخذها دول أو منظمات دولية غير مضرورة ستكون غير مقبولة").

١ - وصف اللجنة لممارسات الدول

الملاحظة رقم ٢

تري اللجنة أن اتساق ممارسات الدول يشكل اعتباراً رئيسياً في تحديد أي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي.

١٧ - وفي عدة مناسبات، وجدت اللجنة أن الاتساق المطلوب في ممارسات الدول موجود بحيث يتيح تحديد قاعدة ما بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢٧). وخلافاً لذلك، في أحيان أخرى، اعتبر الافتقار إلى الاتساق عنصراً ينفي وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢٨).

(٢٧) انظر *Yearbook ... 1961*, vol. II, p. 99 (para. (1) of the commentary to draft article 9 on consular relations, "At present, the practice of States, as reflected in their domestic law and in international conventions, shows a sufficient degree of uniformity in the use of the four classes set out in article 9 to enable the paras. (1) and (2) of the commentary to draft ... classes of heads of consular posts to be codified.") article 16 on consular relations, *Yearbook ... 1961*, vol. II, p. 103 ("There would appear to be, as far as the Commission has been able to ascertain, a number of uniform practices, which the present article attempts to codify. It would seem that, according to a very widespread practice, career consuls have precedence over honorary consuls.") انظر أيضاً الفقرتين (٨) و (٢٣) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٤-٥-١ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحتان ٥١١ و ٥١٧ من النص الإنكليزي ("بطلان التحفظ غير الجائز لا يدخل إطلاقاً في باب القانون الواجب التطبيق، بل هو أمر راسخ في ممارسات الدول ... وممارسات الدول في هذا الصدد متطورة جداً - ومتجانسة من حيث الجوهر - ولا تقتصر على دول معينة").

(٢٨) انظر، على سبيل المثال، *Yearbook ... 1967*, vol. II, p. 363 (para. (4) of the commentary to draft article 35 on special missions, "The Commission noted however, that [consumer] goods are subject to complicated customs regulations which vary from State to State and that there does not appear to be any universal legal rule on the subject.") و (para. (2) of the commentary to draft article 17 on diplomatic intercourse and immunities, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 94 ("Usage differs from country to country ... It is not possible to lay down a hard-and-fast rule.") و (para. (2) of the commentary to draft article 36 on diplomatic intercourse and immunities, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 101 ("It is the general practice to accord to members of the diplomatic staff of a mission the same privileges and immunities as are enjoyed by heads of mission, and it is not disputed that this is a rule of international law. But beyond this there is no uniformity in the practice of States in deciding which members of the staff of a mission shall enjoy privileges and immunities ... In these circumstances it cannot be claimed that there is a rule of international law on the subject, apart from that already mentioned.") و (para. (2) of the commentary to draft article 3 of the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 265 ("The Commission recognizes that international practice is not uniform as regards the delimitation of the territorial sea.") و (para. (2) of the commentary to draft article 4 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 267 ("The traditional expression 'low-water

الملاحظة رقم ٣

وقد رأت اللجنة أيضا أن الطابع العام لممارسات الدول يشكل اعتبارا رئيسيا في تحديد قاعدة ما بوصفها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي.

١٨ - وفي عدة مناسبات، وجدت اللجنة أن الاتساق المطلوب في ممارسات الدول موجود بحيث يتيح تحديد قاعدة ما بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢٩). وخلافا لذلك، في

mark' may have different meanings; there is no uniform standard by which States in practice determine (this line.)؛ والفقرة (١٨) من التعليق على مشروع المادة ١٤ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤١ من النص الإنكليزي ("ممارسة الدول فيما يتعلق بالعمل ليست موحدة على الرغم من المبدأ الثابت القائل بأن امتياز الإصدار يعود إلى الدولة الخلف ...")؛ و paras. (8) and (9) of the commentary to draft article 11 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 101 (indicating that the "universally recognized" right of a receiving State to refuse the exequatur is implicitly recognized in the article, but noting that "in view of the varying and contradictory practice of States, it is not possible to say that there is a rule requiring States to give the reasons for their decisions in such a case.")؛ والفقرة ١ من مشروع المادة ٢٧ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٧١ من النص الإنكليزي ("ترى اللجنة أن ممارسة الدول في هذا المجال ليست موحدة ومتقاربة بما يكفي ليستند إليها، في القانون القائم، وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العام تنص على الأثر الإيجابي للطعن في قرار الطرد")؛ والفقرة ١ من التعليق على مشروع المادة ٢٩ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٧٣ من النص الإنكليزي ("ورغم أن بإمكان المرء أن يستشف وجود اعتراف بذلك الحق - في ظل شروط متفاوتة - في تشريعات بعض الدول، بل وعلى الصعيد الدولي أيضاً، لا تبدو الممارسة المتبعة متسقة بما يكفي لتأكيد وجود الحق في السماح بالدخول من جديد، في القانون الوضعي، كحق فردي للأجنبي الذي خضع لطرد غير مشروع").

(٢٩) انظر، على سبيل المثال، para. (1) of the commentary to draft article 3 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 94 ("[T]he rule laid down in the present article corresponds to the general practice according to which diplomatic missions exercise consular functions.")؛ و para. (1) of the commentary to draft article 49 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 121 (indicating that evidence of "a very widespread practice ... may be regarded as evidence of an international custom ...")؛ والفقرتين (٨) و (٢٣) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٤-٥-١ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحتان ٥١١ و ٥١٧ من النص الإنكليزي ("بطلان التحفظ غير الجائز لا يدخل إطلاقاً في باب القانون الواجب التطبيق، بل هو أمر راسخ في ممارسات الدول ... وممارسات الدول في هذا الصدد متطورة جداً - ومتجانسة من حيث الجوهر - ولا تقتصر على دول معينة")؛ و para. (1) of the commentary to draft article 32 on diplomatic intercourse and immunities, Yearbook ... 1958, vol. II, p. 100 ("In all countries diplomatic agents enjoy exemption from certain dues and taxes; and although the degree of exemption varies from country to country, it may be regarded as a rule of international law that such exemptions exists, subject to certain exceptions.")؛ و article 22 on the law of the sea, Yearbook ... 1956, vol. II, p. 276 ("It considered that these rules followed the preponderant practice of States and it therefore formulated article 22 accordingly.")؛ و para. (105) of the commentary to Principle IV of the principles of international law which were

أحيان أخرى، اعتبر الافتقار إلى الاتساق عنصراً ينفي وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٣٠). ومع ذلك، في مناسبات معينة، فيما يتعلق بتحديد القواعد المنظمة للحالات نشأت في عدد محدود من المناسبات، مثل القانون المتعلق بالخلافة القانونية للدول، اعتمدت اللجنة بشدة على ممارسات الدول ذات الصلة بتلك الحالات بغية تحديد أو صياغة قاعدة عامة^(٣١).

١٩ - وفي حالات أخرى، وجدت اللجنة أن خصوصية سلوك الدول أو خصوصية ظرف معين تقوض قيمة ذلك السلوك أو الظرف الإثباتية لغرض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٣٢).

recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 375 (indicating that a principle is “found in varying degrees in the criminal law of most nations”).

(٣٠) انظر الفقرتين (٣) و (٦) من التعليق على مشروع المادة ٥٤ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ١٣٧ و ١٣٩ من النص الإنكليزي (“والممارسة العملية بشأن هذا الموضوع محدودة ولا تزال في مرحلة جنينية ... ويتبدى من هذا الاستعراض أن الوضع الراهن للقانون الدولي بشأن التدابير المضادة التي تُتخذ حفاظاً على المصلحة العامة أو المصلحة الجماعية غير مؤكد. فممارسة الدول متناثرة وتشمل عدداً محدوداً من الدول.”)؛ والفقرة (١٣) من التعليق على مشروع المادة ١٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٣ من النص الإنكليزي (النص على أن الممارسة الموجودة في نظم القانون العام لا ينبغي اعتبارها “واجبة الانطباق عالمياً”؛ والفقرة (٤) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٢-٦-١٠ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٢٦٥ من النص الإنكليزي (“ممارسات الدول في مجال تأكيد الاعتراضات متباعدة ومتغيرة ...”).

(٣١) انظر para. (18) of the commentary to draft article 9 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 193 (identifying a rule of general scope on the basis of the practice of certain newly independent States), and para. 26 of the commentary to draft article 32 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 258 (relying on the limited practice of a few unified States to formulate a general rule)؛ وانظر أيضاً الفقرات من (٤) إلى (٦) من التعليق على مشروع المادة ٥ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٤-٢٥ من النص الإنكليزي (الاعتماد على عدد محدود من الممارسات القضائية الدولية بهدف إعادة تأكيد “قاعدة القانون الدولي السارية”)، والفقرات من (١) إلى (٣) من التعليق على مشروع المادة ٦ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٥ من النص الإنكليزي (الاعتماد على عدد محدود من الاجتهادات القضائية الوطنية والدولية لتأكيد مبدأ).

(٣٢) انظر para. (7) of the commentary to draft article 21 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 231 (“But the cases of the former British Dominions were very unusual owing both to the circumstances of their emergence to independence and to their special relation to the British crown at the time in question. Accordingly, no general conclusion should be drawn from these cases ...”).

الملاحظة رقم ٤

واستخدمت اللجنة مصطلحات متعددة عند البت فيما إذا كانت ممارسات الدول تفي بمتطلبات الاتساق أو العمومية.

٢٠ - وشملت تلك المصطلحات "الاتساق" أو "الممارسات المتسقة"^(٣٣)، و "الممارسات العامة"^(٣٤)، و "الممارسات الواسعة الانتشار"^(٣٥)، والقاعدة "الملاحظة على نطاق واسع في الممارسات"^(٣٦)، و "الممارسات الراسخة والمعممة"^(٣٧)، و "الممارسات

States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 250 (indicating that the circumstances of a federation were "somewhat special" and thus "not thought to be a useful precedent para. (11) of the commentary to draft article 34 on the 'from which to draw any general conclusions') succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 262 ("[T]he facts concerning that extremely ephemeral federation are thought to be too special for it constitute a precedent from which to derive any general rule"). والفقرة (٤) من التعليق على مشروع المادة ٨ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٥ من النص الإنكليزي (التي تقول بأنه "لا يمكن أن نستخلص ... معايير يمكن تطبيقها بصفة عامة"، من "قراري الجمعية العامة، اللذين اعتمدا طبقا لمعاهدة وكانا يتعلقان بحالتين خاصتين على وجه التحديد"، في جملة أمور؛ والفقرة (١٣) من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٣ من النص الإنكليزي (التي تحذف نوعين من الحالات لأنهما "ليسا داعمين على نحو كاف" نظرا إلى كونهما يعكسان تطبيق مبدأ عام يعزى "إلى أسباب أخرى ذات طابع فريد ومحدد").

(٣٣) انظر *Yearbook ... 1961*, para. (1) of the commentary to draft article 9 on consular relations, vol. II, p. 99 (referring to the "degree of uniformity" in State practice); para. (2) of the commentary to draft article 36 on diplomatic intercourse and immunities, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 101 ("But beyond this there is no uniformity in the practice of States ..."); para. (2) of the commentary to article 3 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 265 ("... international practice was not uniform ..."); and para. (7) of the commentary to article 3 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 266 ("... international (practice was far from uniform").

(٣٤) انظر *Yearbook ... 1961*, para. (1) of the commentary to draft article 3 on consular relations, vol. II, p. 94; para. 6 of the commentary to draft article 22 on the succession of States in respect to treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 234; and para. 2 of the commentary to draft article 52 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 250.

(٣٥) انظر *Yearbook ... 1961*, para. (1) of the commentary to draft article 49, para. (2) of the commentary to draft article 16 and para. (2) of the commentary to draft article 41 on consular relations, vol. II, pp. 121, 103 and 115.

(٣٦) انظر الفقرة (٢) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٢-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ١٧٣ من النص الإنكليزي.

الراسخة^(٣٨)، و ”الممارسات الراسخة بوضوح^(٣٩)، و الممارسات الراسخة بقوة^(٤٠)، و ”الممارسات الراسخة^(٤١)، والممارسات المستقرة^(٤٢)، و ”الممارسات السائدة للدول^(٤٣)، أو ”أهمية الأدلة على ممارسات الدول^(٤٤).

(٣٧) انظر para. (1) of the commentary to draft article 8 on the representation of States in their relations with international organizations, *Yearbook ... 1971*, vol. II (Part One), p. 291.

(٣٨) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٣) من التعليق على المبدأ التوجيهي ١-٨ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ١٣١ من النص الإنكليزي؛ والفقرة (١٢) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧٣ من النص الإنكليزي؛ و para. (4) of the commentary to draft article 50 on the representation of States in their relations with international organizations, *Yearbook ... 1971*, vol. II (Part One), p. 315.

(٣٩) انظر الفقرة ١٢ من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٣ من النص الإنكليزي.

(٤٠) انظر الفقرة (٨) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٤-٥-١ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٥١١ من النص الإنكليزي.

(٤١) انظر الفقرة (١) من التعليق على مشروع المادة ٢١ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٦١ من النص الإنكليزي.

(٤٢) انظر الفقرة (٨) من التعليق على مشروع المادة ١٩ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ١٠٠ من النص الإنكليزي (”رغم وجود بعض التأيد في التشريع الوطني والقرارات القضائية والفقه ...، فإن ذلك لا يشكل على الأرجح ممارسة مستقرة“).

(٤٣) انظر para. (1) of the commentary to draft article 22 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 276.

(٤٤) انظر para. (17) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 201 (referencing “the weight of the evidence of State practice” (in support of excepting boundary treaties from the fundamental change of circumstances rule).

الملاحظة رقم ٥

وحينما يكون هناك عنصر أو موضوع توحيد^(٤٥) كما من خلف الممارسة الدولية، فإن وجود قدر من الاختلاف في الممارسة لم يمنع اللجنة غالباً من تحديد قاعدة بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي^(٤٦).

٢١ - وعلى سبيل المثال، في التعليق على المادة ٣٤ بشأن خلافة الدول في المعاهدات، خلصت اللجنة إلى أنه

رغم إمكانية وجود بعض أوجه عدم الاتساق في ممارسات الدول، فإن تلك الممارسات تظل متسقة بالقدر الكافي لدعم صياغة قاعدة تنص على أن المعاهدات السارية في تاريخ الانحلال ينبغي أن تظل، في حالة توافر الشروط اللازمة، سارية بحكم القانون فيما يتعلق بكل دولة تنشأ عن ذلك الانحلال^(٤٧).

٢٢ - وعلى نحو مماثل لاحظت اللجنة، في تعليقها على مشروع المادة ٣٢ بشأن العلاقات والحصانات الدبلوماسية، أنه "رغم أن مستوى الإعفاء [من بعض الرسوم الجمركية والضرائب] يختلف من بلد لآخر، يجوز اعتبار أن هناك قاعدة من قواعد القانون الدولي تقول بوجود تلك الإعفاءات، رهنا ببعض الاستثناءات"^(٤٨).

(٤٥) انظر الفقرة (١١) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٨ من النص الإنكليزي، التي تشير إلى أنه، في حين أن لغة ونهج الاتفاقات الدولية التي تعكس مبدأ الانتفاع المنصف - الذي وصفته اللجنة بأنه "قاعدة قانونية عامة" - "تباين تبايناً كبيراً، فإن المحور الذي يجمع بينها هو الاعتراف بحقوق الأطراف في استخدام وفوائد المجرى المائي الدولي أو المجاري المائية الدولية موضع البحث التي هي حقوق متساوية من حيث المبدأ ومترابطة من حيث تطبيقها". (أضيف التشديد).

(٤٦) فيما يتعلق بنهج اللجنة العام إزاء شرط الاتساق في ممارسات الدول، انظر الملاحظة رقم ٢ في الفرع ثانياً - باء - ١ في هذه المذكرة.

(٤٧) انظر، Para. (25) of the commentary to draft article 34 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 265.

(٤٨) انظر ... Para. (1) of the commentary to draft article 32 on diplomatic intercourse and immunities, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 100. See also para. (3) of the commentary to draft article 29 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 279 ("Existing practice in the various States is too divergent to be governed by the few criteria adopted by the Commission ... The Commission accordingly thought it best to confine itself to enunciating the guiding principle that, before the grant of nationality is generally recognized, there must be a genuine link between the ship and the State granting permission to fly its flag ... [T]he majority of the Commission preferred a vague criterion to no criterion at all."); para. (8) of the commentary to draft article 30 on consular relations, *Yearbook ... 1961*, vol. II, pp. 109-110 (affirming the inviolability of the

الملاحظة رقم ٦

وقد أشارت اللجنة أحيانا إلى اتساق ممارسات الدول مع مرور الزمن بوصفه اعتبارا هاما في نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، رغم أنه لا يشكل بالضرورة اعتبارا حاسما^(٤٩).

٢ - المواد التي اعتمدت عليها اللجنة في تقييم ممارسات الدول

consular premises, noting in particular its recognition in numerous consular conventions, despite "certain exceptions to the rule of inviolability" found in some conventions); para. (3) of the commentary to draft article 13 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 201 (commenting that the *Right of Passage* case may indicate "the possibility that difficult problems may arise under the rule in special circumstances", but that "the existing rule appears to be well-settled") على مشروع المادة ١١ بشأن مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٤ من النص الإنكليزي ("على الرغم من تنوع قواعد الإجراءات والأدلة التي تنظم الإجراءات القضائية من بلد لآخر"، يجب على كل محكمة أو هيئة قضائية تطبيق "الحد الأدنى من المعايير الدولية للإجراءات القانونية الواجبة التطبيق").

(٤٩) انظر، على سبيل المثال، para. (18) of the commentary to draft article 5 on consular relations, *Yearbook ... 1961*, vol. II, p. 98 ("Paragraph (j) confirms a long-established practice whereby consuls ensure the service on the persons concerned ...") والفقرتين (٤) و (٦) من التعليق على مشروع المادة ٥ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٤-٢٥ من النص الإنكليزي (تحديد أن المادة تعيد تأكيد "قاعدة القانون الدولي السارية" وتشير إلى أنه قد "استبعدت حجة أوامر الرئيس الأعلى بصفة مستمرة في الصكوك القانونية ذات الصلة التي اعتمدت منذ النظام الأساسي لحكمة نورمبرغ ...")؛ والفقرة (٢٦) من التعليق على النسخة المؤقتة لمشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة في تعليقها على المادة المقابلة ٥ في النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقا عموما": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و *Yearbook ... 1980*, vol. II (Part Two), pp. 147-148 ("It should be observed ... that the rule of State immunity, which was formulated in the early nineteenth century and was widely accepted in common law countries as well as in a large number of civil law countries in Europe in that century, was later adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of State. Thus the rule of State immunity continues to be applied, to a lesser or greater extent, in the practice of the countries whose case law in the nineteenth century has already been examined ... Its application seems to be consistently followed in other countries"). انظر أيضا، من ناحية أخرى، الفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ٥٤ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٣٧ من النص الإنكليزي ("الممارسة العملية بشأن هذا الموضوع محدودة ولا تزال في مرحلة جنينية").

الملاحظة رقم ٧

اعتمدت اللجنة على طائفة متنوعة من المواد في تقييم ممارسات الدول لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي.

٢٣ - ويبدو أن اللجنة قد اتبعت في عملها النهج الذي تم توحيه أول مرة في تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة في عام ١٩٥٠ بشأن سبل ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافراً^(٥٠). واعتمدت اللجنة على قائمة غير حصرية من المواد، بوصفها عناصر من ممارسات الدول، تشمل القانون الداخلي^(٥١)، وقرارات محاكم

(٥٠) انظر *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 368, para. 31 ("Evidence of the practice of States is to be sought in a variety of materials. The reference in article 24 of the Statute of the Commission to 'documents concerning State practice' (documents établissant la pratique des Etats) supplies no criteria for judging the nature of such 'documents'. Nor is it practicable to list all the numerous types of materials which reveal State practice on each of the many problems arising in international relations."). In that report, the Commission provided the following non-exhaustive list of the types of materials that are of potential relevance to the evidence of customary international law: (a) texts of international instruments; (b) decisions of international courts; (c) decisions of national courts; (d) national legislation; (e) diplomatic correspondence; (f) opinions of national legal advisers; and (g) practice of international organizations (*Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 370). Notably, the Commission indicated that "national legislation" is "employed in a comprehensive sense; it embraces the constitutions of States, the enactments of their legislative organs, and the regulations and declarations promulgated by executive and administrative bodies. No form of regulatory disposition effected by a public authority is excluded" (p. 370 (in subsection on "national legislation"), para. 60). In addition, the Commission noted that "the decisions of the national courts of a State are of value as evidence of that State's practice, even if they do not otherwise serve as evidence of customary international law" (para. 54). The Commission declined, however, to assess "the relative value of national court decisions as compared with other types of evidence of (customary international law" (para. 54).

(٥١) انظر الفقرة (١٩) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٣٨-٣٩ من النص الإنكليزي (إجراء دراسة استقصائية للتشريعات الوطنية)؛ والفقرة (٨) من التعليق على المادة ١٩ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ١٠٠ من النص الإنكليزي ("رغم وجود بعض التأييد في التشريع الوطني والقرارات القضائية والفقه ...، فإن ذلك لا يشكل على الأرجح ممارسة مستقرة."). والفقرة (١٣) والملاحظة ١٦٤ من التعليق على مشروع المادة ١٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني) (التي تشير إلى أن القواعد تجد ما يعززها في ممارسة الدول، بما يشمل الممارسة التشريعية)؛ والفقرات من (٤٠) إلى (٤٨) من التعليق على النسخة المؤقتة من مشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة، في تعليقها على المادة المقابلة رقم ٥ من النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع، بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقاً عموماً": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و *Yearbook ... 1980*, vol. II (Part Two), pp. 152-153 (indicating that "national legislation constitutes an important element in the overall concept of State practice" and engaging in a review of (relevant internal laws).

البلديات^(٥٢)، وممارسات الفرع التنفيذي^(٥٣)، والممارسات الدبلوماسية^(٥٤)، والممارسات التعاهدية^(٥٥).

(٥٢) انظر الفقرات (١٣) إلى (١٨) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحات ٣٦-٣٨ من النص الإنكليزي (دراسة استقصائية للممارسة القضائية الوطنية)؛ والفقرة (١٣) والمذكرة ١٦٤ من التعليق على مشروع المادة ١٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٥٢-٥٣ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى أن القواعد تحد ما يعززها في ممارسة الدول، بما يشمل الممارسة القضائية)؛ والفقرة (٧) من التعليق على النسخة المؤقتة من مشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة، في تعليقها على المادة المقابلة رقم ٥ من النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع، بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقاً عموماً": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و Yearbook ... 1980, vol. II (Part Two), p. 143 ("The general rule of international law regarding State immunity has developed principally from the judicial practice of States. Municipal courts have been primarily responsible for the growth and progressive development of a body of customary rules governing the relations of nations in this particular connection."); and para. (3) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, p. 257 (referring to the practice of municipal courts).

(٥٣) انظر الفقرة ٣٩ من التعليق على النسخة المؤقتة من مشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة، في تعليقها على المادة المقابلة رقم ٥ من النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع، بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقاً عموماً": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و Yearbook ... 1980, vol. II (Part Two), pp. 151-152 ("The views of the Government, expressed through its political branch, are highly relevant and indicative of the general trends in the practice of States ... The lead taken by the Government may be decisive in bringing about desirable legal developments through forceful assertion of its position or through the intermediary of the legislature or by way of governmental acceptance of principle contained in an international convention. Conversely, the Government is clearly responsible for its decision to assert a claim of State immunity in respect of itself and its property, or to consent to the exercise of jurisdiction by the court of another state or to waive its sovereign immunity in a given case"); والفقرة ١٣ من التعليق على مشروع المادة ١٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٣ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى أن القواعد تحد ما يعززها في ممارسة الدول، بما يشمل الممارسة الحكومية).

(٥٤) انظر paras. (14) to (17) of the commentary to draft article 8 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), pp. 185-186 (considering the diplomatic positions, exchanges and practice of States to ascertain whether a general rule exists), and paras. (11) to (17) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), pp. 200-202 (analyzing diplomatic exchanges and positions in boundary disputes as evidence of State practice on the question of whether boundary settlements are affected by a succession of States). وانظر أيضا Yearbook ... 1950, vol. II, p. 371, para. 71 ("The diplomatic correspondence between Governments must supply abundant evidence of customary international law").

(٥٥) انظر الفقرتين (٢٠) و (٢١) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٩ من النص الإنكليزي (التي

٢٤ - علاوة على ذلك، اعتمدت اللجنة على مواد أخرى بوصفها مصادر ثانوية للمعلومات فيما يتصل بممارسات الدول. وتشمل تلك المواد، على وجه الخصوص، تعليقات الحكومات^(٥٦)، ومنشورات المنظمات الدولية^(٥٧) والمنظمات غير الحكومية^(٥٨)، ومنشورات الفرع التنفيذي^(٥٩)، والقرارات القضائية الدولية، وكتابات الحقوقيين^(٦٠).

تشير إلى أن "تراكم هذه الممارسات في المعاهدات الثنائية يمكن في مجموعه أن يعزز الدليل على وجود ممارسة عامة للدول تؤيد" بعض الاستثناءات من حصانة الدول؛ و paras. (14) to (18) of the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), pp. 213-214 (considering devolution agreements as evidence of State practice for the purpose of ascertaining the existence of a general rule)؛ و para. (1) of the commentary to draft article 15 and para. (5) of the commentary to draft article 19 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, paras. (1) and (3) of (pp. 103 and 105 (citing consular conventions as evidence of practice of States the commentary to draft article 28 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 108 (indicating (that the rule is confirmed by numerous consular conventions).

(٥٦) تعتمد اللجنة ومقرروها الخاصون روتينياً على التعليقات الواردة من الحكومات بوصفها أحد المصادر الرئيسية للمعلومات فيما يتعلق بممارسات الدول. ويمكن العثور على مؤشرات لذلك الاعتماد في بعض التعليقات؛ انظر، على سبيل المثال، para. (1) of the commentary to draft article 56 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 124 ("A study of consular regulations has shown, and the comments of governments have confirmed, that some States permit their career consular officials to carry on private gainful occupation.... It was in light of this practice that the Commission ... adopted this article and the commentary (٥) من التعليق على مشروع المادة ٧ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٦ من النص الإنكليزي ("جرت العادة بين الدول على الإشارة بوضوح إلى غياب الموافقة، كشرط لا بد منه لسريان حصانة الدول. فبعض الإجابات على الاستبيان الذي عمم على الدول الأعضاء توضح بجلاء هذه الصلة بين غياب الموافقة وبين السماح بممارسة الولاية القضائية").

(٥٧) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (١) من التعليق على مشروع المادة ٢٣ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٧٦ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى دراسة أجرتها الأمانة العامة عن ممارسات الدول فيما يتعلق بالقوة القاهرة)؛ والفقرة (١٦) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٦ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى ممارسة دولة مصر التي توجد في منشور من منشورات الأمم المتحدة)؛ و para. (27) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), p. 203 (citing the Nile Waters Agreement of 1929 and other bilateral agreements reproduced in a United Nations publication)؛ و para. (4) of the commentary to draft article 19 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), p. 223 (citing a United Nations publication in support of a proposition regarding the practice of successor States).

٢٥ - ولاحظت اللجنة أيضا صعوبة تحديد وتقييم الحالات ذات الصلة في ممارسات الدول فيما يتعلق بمسألة قانونية بعينها^(٦١).

جيم - ما يسمى بالعنصر الذاتي (الاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها)

٢٦ - وبالإضافة إلى ممارسات الدول، أشارت اللجنة مرارا في عملها إلى ما يعرف كثيرا بالعنصر الذاتي في القانون الدولي العرفي^(٦٢). ويسعى هذا الفرع إلى توفير لمحة عامة عن الطريقة التي وصفت بها اللجنة ممارسات الدول وقيمتها، فضلا عن المواد التي اعتمدت عليها اللجنة في تحليلها.

(٥٨) انظر، على سبيل المثال، paras. (10) and (12) of the commentary to draft article 9 on the succession of States in respect of treaties (citing International Law Association materials), para. (7) of the commentary to draft article 23 (citing a report of the International Law Association) and para. (17) of the commentary to draft articles 30 and 31 (citing a report of the Nigerian Institute for International Affairs), *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 191-192, 237-238 and 256.

(٥٩) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٢٤ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٧٩ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى مراسلات دبلوماسية وردت في منشور لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية)؛ والفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ٣٢ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٤ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى ممارسات الدول الموجودة في *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. 112)؛ و para. (4) of the commentary to draft article 14 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 208-209 (referring to treaty practice found in a publication of the Government of the United Kingdom).

(٦٠) انظر الفرع ثانيا - هاء أدناه.

(٦١) انظر الفقرة (٤) من التعليق على مرفق مشاريع المواد بشأن آثار النزاعات المسلحة على المعاهدات (فيما يتعلق بالقائمة الإرشادية بالمعاهدات، المشار إليها في الفقرة ٧، التي يكون مؤدى موضوعها أن تستمر في النفاذ، كليا أو جزئيا، خلال النزاع المسلح)، الوثيقة A/66/10، الصفحة ١٩٩ من النص الإنكليزي ("... احتمال أن يرد من هذه الدول دفع كبير من المعلومات التي تدل على ممارسة الدول احتمال ضعيف. وعلاوة على ذلك، فإن تحديد ممارسة الدول ذات الصلة يتسم، في هذا المجال، بصعوبة تند عن المؤلف").

(٦٢) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٨) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٢-٢-١ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ١٦٧ من النص الإنكليزي (التي تعتمد على الممارسات وعلى ضرورة قانونية في تأييد القاعدة التي تقول بأن التحفظات التي تصاغ عند التوقيع يتعين التأكيد عليها مع إعلان الموافقة على الالتزام)؛ والفقرة (١٨) من التعليق على النسخة المؤقتة لمشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة في تعليقها على المادة المقابلة ٥ في النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع، بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقا عموما": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و *Yearbook ... 1980*, vol. II (Part Two), p. 145 (referring to the opinio juris underlying State practice on jurisdictional immunity).

١ - وصف اللجنة للعنصر الذاتي

الملاحظة رقم ٨

كثيراً ما وصفت اللجنة العنصر الذاتي بأنه إحساس يسود بين الدول بوجود قاعدة إلزامية أو بعدم وجودها^(٦٣). وفي حين أن اللجنة اعتمدت بصفة خاصة في مناسبات عديدة على الطابع الإلزامي لقاعدة ما^(٦٤)، فقد أشارت اللجنة في حالات معينة إلى إقرار الدول بضرورة قاعدة ما^(٦٥).

(٦٣) ينبغي أن تقرأ عبارة "وجود قاعدة إلزامية أو عدم وجودها" بفهم أن قواعد القانون الدولي العرفي قد تكون اختيارية (تقر بحقوق الدول أو سلطاتها التقديرية) وتقييدية (تفرض التزامات على الدول). وتشمل الإشارات الصريحة من اللجنة إلى قاعدة اختيارية para. (1) of the commentary to draft article 67 on consular relations, Yearbook ... 1961, vol. II, p. 127 (rule according to which each State is free to decide whether it will appoint or receive honorary consular officials)؛ و الفقرة (١١) من التعليق على مشروع المادة ٧ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٨ من النص الإنكليزي ("فالقانون الدولي العرفي أو العرف الدولي يعترف للمحكمة بحق ممارسة ولايتها إزاء دولة أخرى تكون قد أعربت عن موافقتها في عبارات لا تدع مجالاً للشك، ولكن الممارسة الفعلية لهذه الولاية هي، حصراً، جزء من السلطة التقديرية للمحكمة التي تملك إخضاع الإعراب عن الموافقة لقاعدة أشد صرامة."); و paras. (7) and (12) to (17) of draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), pp. 212-214 (evidence of State practice supports the traditional view that a newly independent State is not under any general obligation to take over the treaties of its predecessor; see in particular para. (12) in fine: "Here the notion of succession seems to have manifested itself in the recognition of a new State's right to become a party ((without at the same time seeking to impose upon it an obligation to do so." (emphasis in the original

(٦٤) انظر paras. (3) to (5) and (9) of the commentary to draft articles 27 ("General rule of interpretation") and 28 ("Supplementary means of interpretation") on the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, pp. 218-220, in particular para. (4) ("recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory") and para. (9) ("... But these elements are all of an obligatory legal character (٨) من التعليق على مشروع المادة ١٩ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ١٠٠ من النص الإنكليزي ("كما لا يوجد لدى الدول أي شعور بضرورة الحد من حريتها في التصرف بمبالغ التعويض ...") (أضيف التشديد).

(٦٥) انظر، على سبيل المثال، para. (6) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, p. 258 ("...the acceptance of the [rebus sic stantibus] doctrine in international law is so considerable that it seems to indicate a recognition of a need for this safety-valve in the law of treaties"); و الفقرة (٩) من التعليق على مشروع المادة ٢٠ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٢٠ من النص الإنكليزي.

قواعد القانون الدولي العرفي^(٦٨). وفي حالات معينة، أشارت اللجنة إلى العنصر الذاتي باستخدام مختلف المصطلحات، من قبيل "اعتقاد"^(٦٩) الدول أو "نهجها"^(٧٠) فيما يتعلق بوجود قاعدة ما أو محتواها.

الملاحظة رقم ١٠

وفي بعض المناسبات، ميزت اللجنة بين العنصر الذاتي لقاعدة ما من قواعد القانون الدولي العرفي والاعتبارات الأخرى التي قد تدفع إلى سلوك الدول أو موافقها.

٢٨ - وعلى وجه الخصوص، خلصت اللجنة في بعض المناسبات إلى أن سلوك الدول أو موافقها كانت مدفوعة باعتبارات غير الإقرار بوجود قاعدة

(٦٨) انظر الفقرة (٢) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٩ من المبادئ التوجيهية التي تنطبق على الإعلانات الفردية للدول ويمكن أن تنشئ التزامات قانونية، الوثيقة A/61/10، الفقرة ١٧٧، الصفحتان ٣٧٩-٣٨٠ من النص الإنكليزي:

إن إعلان ترومان لعام ١٩٤٥، الذي كان هدف الولايات المتحدة منه فرض التزامات على دول أخرى أو، على الأقل، الحد مما لتلك الدول من حقوق في الجرف القاري الأمريكي، لم يكن، بدقيق العبارة، موضع قبول لدى دول أخرى. ومع ذلك، وعلى نحو ما أكدته المحكمة، "فإن هذا النظام [نظام الجرف القاري] يشكل مثالا على نظرية قانونية مستمدة من مصدر معين آمن تأييداً عاماً. [Note 978: North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), I.C.J. Reports 1969, p. 53, para. 100]. وفي الواقع أن الدول الأخرى قد ردت على إعلان ترومان بادعاءات وإعلانات مشابهة [الحاشية ٩٧٩: انظر حالة المكسيك، الوثيقة A/CN.4/577، الفقرة ١٣٢]، وبعد ذلك بفترة وجيزة، تم تناول محتوى ذلك الإعلان في المادة ٢ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٨ بشأن الجرف القاري. ويمكن القول بالتالي إنه قد لقي قبولاً عاماً وأنه كان بمثابة نقطة انطلاق لعملية عرفية أفضت، في فترة وجيزة للغاية، إلى قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي. وقد رأت محكمة العدل الدولية في هذا السياق ما يلي: "لكن سرعان ما برز إعلان ترومان بوصفه نقطة الانطلاق في عملية صوغ قانون وضعي في هذا المجال، وفي النهاية رُجِّحت كفة المبدأ الأساسي الذي ينص عليه، وبات مجسداً في المادة ٢ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٨ المتعلقة بالجرف القاري". [Note 980: North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), I.C.J. Reports 1969, para. 47].

(٦٩) انظر (35) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), p. 206 (alluding to "strong indications of a belief" along with "general acceptance").

(٧٠) انظر (4) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, p. 257 ("The most illuminating indications as to the attitude of States regarding the principle [of rebus sic stantibus] are perhaps statements submitted to the Court").

قانونية أو قبول وجودها، أو الاعتقاد بوجود قاعدة قانونية. وتشمل الاعتبارات الأخرى التي حددتها اللجنة اعتبارات البقاء^(٧١)، والمصلحة السياسية، والإرادة أو التوفيق^(٧٢)،

(٧١) انظر *Yearbook ... 1967*, para. (1) of the commentary to Part II of the draft articles on special missions, vol. II, p. 358 ("Before the Second World War, the question whether the facilities, privileges and immunities of special missions have a basis in law or whether they are accorded merely as a matter of courtesy was discussed in the literature and raised in practice. Since the War, the view that there is a legal basis has prevailed. It is now generally recognized that States are under an obligation to accord the facilities, privileges and immunities in question to special missions and their members (أضيف)). انظر أيضا para. (2) of the commentary to the annex to the draft articles on the representation of States in their relations with international organizations ("matter of courtesy"; *Yearbook ... 1971*, (vol. II (Part One), p. 335.

(٧٢) انظر الفقرات (١)، و (٨)، و (٩)، و (٢٠) من التعليق على مشروع المادة ٢٥ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحات ٥٤-٥٦ و ٥٩-٦٠ (لا سيما "حلول سياسية تعكس علاقات القوة بين المنتصرين والمهزومين أكثر مما تعكس الحلول المنصفة"، الصفحة ٥٤ من النص الإنكليزي؛ و "٨) ... تقوم ... الحلول على أساس 'علاقة قوة معينة"، الصفحة ٥٥ من النص الإنكليزي؛ والفقرة (٣٦) من التعليق على مشروع المادة ٣٥، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٠ من النص الإنكليزي (الدور الذي تؤديه "الاعتبارات السياسية أو النفعية"؛ "... ثمة مدعاة قوية للافتراض بأن هذا ليس بالإطار الذي تعرب فيه الدول عن موافقتها الحرة على مطالب العدل والإنصاف أو حتى مطالب القانون")؛ والفقرة (٦٣) من التعليق على مشروع المادة ٣٦ بشأن الموضوع نفسه، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٠٤ من النص الإنكليزي ("تكشف ممارسة الدول عن مبادئ متضاربة، وحلول قائمة على التوفيق دون اعتراف صريح بأية مبادئ ...")؛ و paras. (4) to (15) of the commentary to draft article 23 on the succession of States in respect of treaties, particularly paras. (8), (12) and (15), *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 238-240 (instances of succession to bilateral treaties regarded by the Commission as having an "essentially voluntary character" – para. (12); the Commission did not believe that continuity of treaties derives "from a customary legal rule rather than the will of the States (concerned" – para. (8)). ولكن انظر الفقرتين (١٧) و (١٨) من التعليق على النسخة المؤقتة من مشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة، في تعليقها على المادة المقابلة رقم ٥ من النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع، بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقا عموما": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، التي تشير إلى أن الموافقة لا تقوض القواعد العرفية المؤيدة بالاستخدام والاعتقاد بالإلزام The principle of State immunity, which was later to become widely accepted in the practice of States, was clearly stated by Chief Justice Marshall: '...This consent may, in some instances, be tested by common usage, and by common opinion, growing out of that usage.' ... "In this classic statement of the rule of State immunity, the granting of jurisdictional immunity was based on the consent of the territorial State as tested by common usage and confirmed by the opinio juris underlying that usage (أضيف التشديد)، *Yearbook ... 1980*, vol. II (Part Two), p. 145.

والتدابير التحوطية^(٧٣)، وإبـداء الرغبة^(٧٤)، والتطلعات أو التفضيلات^(٧٥).

الملاحظة رقم ١١

وفي بعض المناسبات، يبدو أن اللجنة قد أولت أهمية لعدم وجود اعتراض على قاعدة ما في ممارسات الدول^(٧٦).

(٧٣) انظر الفقرة (٤) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٢-٦-١٠ ("عدم لزوم تأكيد الاعتراض الذي يصاغ قبل تأكيد التحفظ رسمياً") بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٢٦٦ من النص الإنكليزي (اعتبار ممارسات الدول في مجال تأكيد الاعتراضات في الحالات التي توجد في ممارسات الدول بوصفها "تدابير احتياطية لا يوجد ما يدل على أنها تدابير يملئها الشعور بوجود التزام قانوني" ((*opinio juris*)).

(٧٤) انظر ... *Yearbook* ... para. (7) of the commentary to draft article 30 on the most-favoured-nation clauses, 1978, vol. II (Part Two), p. 73 ("While all these developments may show that there might be a tendency among States to promote the trade of developing countries through 'differential treatment', the conclusion of the Commission is that this tendency has not yet crystallized sufficiently to permit it to be embodied in a clear legal rule that could find its place among the general rules on the functioning and application of the most-favoured-nation clause. All the texts partially quoted above are substantially expressions of intent rather than obligatory rules. ...") (أضيف التشديد).

(٧٥) مشروع المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، الوثيقة A/61/10، الصفحتان ١٤١-١٤٢ من النص الإنكليزي (بالإشارة إلى المبدأ ٢٢ من إعلان استكهولم والمبدأ ١٣ من إعلان ريو، لاحظت اللجنة ما يلي: "في حين أن المبادئ الواردة في هذه الإعلانات لا يراد أن تنشأ عنها التزامات ملزمة قانوناً، فهي تدل على تطلعات المجتمع الدولي وأفضليته").

(٧٦) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٣٢) من التعليق على النسخة المؤقتة لمشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة في تعليقها على المادة المقابلة ٥ في النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقاً عموماً": انظر الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي): "The preceding survey of the judicial practice of common law jurisdictions and civil law systems in the nineteenth century and of other countries in the contemporary period indicates a uniformity in the acceptance of the rule of State immunity. While it would be neither possible nor desirable to review the current case law of all countries, which might uncover some discrepancies in historical developments and actual application of the principle, ... it should be observed that, for countries having few or no reported judicial decisions on the subject, there is no indication that the concept of State immunity has been or will be rejected. The conclusion seems warranted that, in the general practice of States as evidence of customary law, there is little doubt that a general rule of State immunity has been firmly established as a norm of customary international law" ((أضيف التشديد)). *Yearbook* ... 1980, vol. II (Part Two), p. 149. انظر أيضاً الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ١٣ المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٦ من النص الإنكليزي: "صبيغ هذا الاستثناء [من الحصانة حينما تكون الدولة تمتلك تلك الممتلكات، أو تحوزها، أو تستخدمها]، الذي لم يلق أي معارضة جدية في الممارسة القضائية والممارسة الحكومية للدول ... " (أضيف التشديد).

٢ - المواد التي اعتمدت عليها اللجنة في تقييم العنصر الذاتي

الملاحظة رقم ١٢

اعتمدت اللجنة على طائفة متنوعة من المواد في تقييم العنصر الذاتي لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي.

٢٩ - وتشمل قائمة غير حصرية لتلك المواد مواقف الدول أمام المنظمات الدولية (بما في ذلك التعليقات المكتوبة والردود على الاستبيانات)^(٧٧) أو المؤتمرات الدولية^(٧٨)؛ وأحكام محاكم البلديات^(٧٩)؛ والبيانات المقدمة أمام المحاكم والهيئات القضائية

(٧٧) انظر، على سبيل المثال، *Yearbook*، para. (5) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties, *Yearbook* ... 1966, vol. II, p. 258 (comments in political organs of the United Nations taken as statements of para. (4) of the commentary to draft article 16 on consular relations, *Yearbook* ... 1961, vol. II, p. 103 (referring to government comments to the Commission's draft articles (١٩) و (٢١) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٤-٥-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحتان ٥٣٢ و ٥٣٣ من النص الإنكليزي (اللتين تشيران إلى الآراء التي جرى الإعراب عنها في اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة وفي تعليقات مكتوبة وردت من الحكومات بأنها تفيد بعدم الاتفاق على النهج الواجب اتخاذه إزاء صحة الالتزام بالتقيد التي يعرب عنها صاحب التحفظ غير الصحيح).

(٧٨) انظر، على سبيل المثال، *Yearbook* ... 1974, vol. II (Part One), p. 199 (referring to the attitude of States during respect of treaties, *Yearbook* ... 1974, vol. II (Part One), p. 201 (referring, inter alia, to "the decision of the United Nations Conference on the Law of Treaties to except from the fundamental change of circumstances rule a treaty which established a boundary (٣) من التعليق على مشروع المادة ٨ بشأن منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٦١ من النص الإنكليزي (التي تشير، في جملة أمور، إلى "إعلانات وقرارات اعتمدتها منظمات ومؤتمرات واجتماعات حكومية دولية").

(٧٩) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (١٨) من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٤ من النص الإنكليزي ("يبدو أن المحاكم والولايات القضائية الأخرى تؤيد دون تحفظ مبدأ أيلولة المال العام بوجه عام، ومن باب أولى مال الدولة، وبالتالي المال الثابت. وهذا ينطبق في المقام الأول على المحاكم الوطنية."). و para. (3) of the commentary to draft article 57 on the law of treaties, *Yearbook* ... 1966, vol. II, p. 254 ("Municipal courts have not infrequently made pronouncements recognizing the principle that the violation of a treaty may entitle the innocent party to denounce it. But they have nearly always done so in cases where their Government had not in point of fact elected to denounce the treaty, and they have not found it necessary to examine the conditions for the application of the principle at all closely (٢٠) من التعليق على مرفق مشاريع المواد بشأن آثار التزاعات المسلحة على المعاهدات (فيما يتعلق بالقائمة الإرشادية بالمعاهدات، المشار إليها في الفقرة ٧، لتي يكون مؤدى موضوعها أن تستمر في النفاذ،

الدولية^(٨٠)؛ وما تنص عليه اتفاقات التحكيم^(٨١)؛ والممارسة الدبلوماسية والمذكرات الدبلوماسية^(٨٢)؛ وسلوك الدول الفعلي (مقارنا بمواقفها المعلنة)^(٨٣)؛ والممارسات التعاھدية

كلياً أو جزئياً، خلال النزاع المسلح)، الوثيقة A/66/10، الصفحة ٢٠٤ من النص الإنكليزي ("في هذا السياق تحديداً، يتعين اعتبار قرارات المحاكم المحلية مصدراً يثير مشكلة. ففي المقام الأول، تعول هذه المحاكم على توجيه من الجهاز التنفيذي. وثانياً، قد تستند المحاكم المحلية إلى عناصر في السياسة العامة غير مرتبطة مباشرة بمبادئ القانون الدولي. إلا أنه يمكن القول إن الاجتهاد القضائي في المحاكم المحلية لا يجافي مبدأ البقاء").

(٨٠) انظر para. (7) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 198 (referring to statements before the International Court of Justice regarding succession in respect of a boundary settlement and of treaty provisions ancillary to para. (4) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties, *Yearbook ...* (such settlement 1966, vol. II, p. 257 (indicating that "[t]he most illuminating indications as to the attitude of States regarding the principle [of rebus sic stantibus] are perhaps statements submitted to the Court in the cases where the doctrine has been invoked", and referring to the positions of States in several cases before the Permanent Court of International Justice)؛ والفقرة (٣) وما بعدها من التعليق على مشروع المادة ٦٢ بشأن مسؤولية المنظمات الدولية، الوثيقة A/66/10، الصفحة ١٦٤ (.ff) من النص الإنكليزي (التي تشير إلى المواقف التي أعربت عنها الدول في حالات خلافية تأييدا للرأي القائل بأن الدول الأعضاء لا يمكن بصفة عامة اعتبارها مسؤولة دولياً عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي ترتكبها المنظمة).

(٨١) انظر الفقرة (٤) من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٨ من النص الإنكليزي (الشرط الشائع في اتفاقات التحكيم بصفته "مبدأً معترف به عموماً").

(٨٢) انظر الفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٠ من النص الإنكليزي ("الممارسة الدبلوماسية تجمع على الاعتراف بعدم جواز نسب ما يصدر عن حركة تمردية من تصرفات إلى الدولة."). و para. (17) of the commentary to draft article 8 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ...* 1974, vol. II (Part One), p. 186 (citing correspondence between States commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, paras. (14) and (21) of the ... (vol. II (Part One), pp. 200 and 202 (referring to diplomatic notes

(٨٣) حدث أن اللجنة، في قيامها بتحديد الموقف القانوني لدولة ما، قد اعتمدت على مسلكها الفعلي في حين أن ذلك المسلك تضارب مع الموقف الذي أكدته الدولة فيما يتعلق بقاعدة معينة؛ انظر الفقرة (١٣) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٩٨-٩٩ من النص الإنكليزي ("إن استعراض الطريقة التي حلت بها الدول النزاعات الفعلية بشأن استخدامات المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية يدول على القبول العام بحق كل دولة من دول الجرى المائي في الانتفاع بالجري المائي الدولي والاستفادة منه بطريقة معقولة ومنصفة. وبينما أكدت بعض الدول، أحياناً، مبدأ السيادة المطلقة، فقد حلت هذه الدول ذاتها، بصورة عامة، النزاعات التي تم في سياقها تأكيد هذه الادعاءات بعقد اتفاقات حددت، في الواقع، حصص المياه أو اعترفت بحقوق دول الجرى المائي الأخرى.").

لدولة ما^(٨٤)؛ والممارسات في المعاهدات المتعددة الأطراف^(٨٥)؛ فضلا عن طائفة متنوعة من الصكوك الدولية^(٨٦).

(٨٤) انظر الفقرة (٢٠) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، الحولية ... ١٩٩١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٩ من النص الإنكليزي ("يمكن استنتاج موقف الحكومة أو آرائها من الممارسة التي استقرت عليها معاهداتها ... فممارسة الاتحاد السوفياتي التعاهدية تدل بشكل وافٍ على رغبته في أن تمارس العلاقات التجارية مشروعات اقتصادية تابعة للدولة ... تنظمها السلطات الإقليمية المختصة"). انظر أيضا para. (1) of the commentary to draft article 15 on consular relations, *Yearbook ... 1961*, vol. II, p. 103 (referring, inter alia, to "a very large number of consular conventions"), as well para. (5) of the commentary to draft article 19 and para. (1) of the commentary to paras. (3) to (11) of the و (draft article 28 on the same topic (also referring to consular conventions commentary to draft article 8 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 183-184 (considering whether devolution agreements "are effective in bringing about a succession to or continuance of the predecessor State's treaties", and "the evidence which they may contain of the views of States concerning the customary law governing succession of States in respect of treaties (14) to (18) of the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 213-214 (considering devolution agreements as evidence of State practice for the purpose of ascertaining the existence of a general rule "in regard to a newly independent State's obligation to inherit treaties" and finding that States have not "in "their practice (acted on the basis that they are in general bound to [a predecessor's] treaties (التشديد في الأصل).

(٨٥) انظر، على سبيل المثال، paras. (1) and (5) of the commentary to draft article 49 on the law of treaties، *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 246 (referring to the prohibition of the use of force as laid down in the Charter of the United Nations of the United Nations (٥١) من التعليق على النسخة المؤقتة لمشروع المادة ٦ بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (التي أشارت إليها اللجنة في تعليقها على المادة المقابلة ٥ في النسخة النهائية من مشروع المواد بشأن الموضوع بأن ذلك التعليق "لا يزال منطبقا عموما": انظر الحولية ... ١٩٩١، الصفحتان ٢٢-٢٣ من النص الإنكليزي)، و "The Yearbook ... 1980, vol. II (Part Two), p. 154 (current treaty practice of States indicates the application of provisions of several conventions of a universal character dealing with some special aspects of State immunity). (٥) من التعليق على المادة ١١ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٤ من النص الإنكليزي (الاعتراف بضمانات المحاكمة العادلة في العديد من المعاهدات).

(٨٦) في بعض الأحيان، يبدو أن اللجنة قد انتهت إلى التسليم العام أو القبول العام بقاعدة ما من بعض الصكوك الدولية من غير المعاهدات، بما يشمل، على سبيل المثال، القرارات والإعلانات الصادرة عن المنظمات الدولية. انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ٨ بشأن منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٦١ من النص الإنكليزي (التي تشير، في جملة أمور، إلى أن مبدأ الالتزام بإخطار الدول الأخرى بمخاطر الضرر الجسيم الذي تعرض له "يرد ضمن عدة اتفاقات دولية، ... وإعلانات وقرارات اعتمدتها منظمات ومؤتمرات واجتماعات حكومية دولية...")؛ والتعليق على مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني): الفقرة (١٦) من التعليق على المادة ٢، الصفحة ٢٢ من النص الإنكليزي (التي تشير، في جملة أمور، إلى مبدأ المسؤولية الجنائية عن التحريض تم التسليم به في النظام الأساسي لحكمة نورمبرغ؛

دال - أهمية ممارسات المنظمات الدولية

الملاحظة رقم ١٣

في ظل ظروف معينة، اعتمدت اللجنة على ممارسات المنظمات الدولية لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وتعلق ذلك الاعتماد بطائفة متنوعة من جوانب ممارسات المنظمات الدولية، من قبيل علاقتها الخارجية، وكذلك المواقف التي اتخذتها أجهزة تلك المنظمات فيما يتصل بحالات محددة أو مسائل عامة في العلاقات الدولية^(٨٧).

والفقرات من (١) إلى (٣) من التعليق على المادة ٦، الصفحة ٢٥ من النص الإنكليزي (التسليم بمبدأ مسؤولية القيادة في المعاهدات وفي الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية)؛ والفقرة (٤) من التعليق على المادة ٦، الصفحة ٢٧ من النص الإنكليزي (الاعتراف الصريح، في الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية، بعدم وجود دفاع استناداً إلى المنصب الرسمي لمرتكب الجريمة)؛ والفقرة (٥) من التعليق على المادة ١٤، الصفحتان ٣٩-٤٠ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى صكوك متعددة لا تعترف بأي دفعات عن تلك الجرائم).

(٨٧) انظر، على سبيل المثال، الفقرتين (٧) و (٨) من التعليق على مشروع المادة ٤١ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ١١٤-١١٥ من النص الإنكليزي [٧] ويشكل رد فعل مجلس الأمن على الغزو العراقي للكويت في عام ١٩٩٠ مثلاً على ممارسة عدم الاعتراف بالأعمال المخلة بقواعد قطعية ... [٨] وفيما يخص إنكار الدول لحق الشعوب في تقرير المصير، ... وترد الالتزامات نفسها في قرارات مجلس الأمن والجمعية العامة بشأن الحالة في روديسيا والبانستانات في جنوب أفريقيا.؛ والفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ٨ بشأن منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، الحولية ... ٢٠٠٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٥٩ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى أن الالتزام بإخطار الدول الأخرى بمخاطر الضرر الجسيم الذي تتعرض له يرد ضمن "إعلانات وقرارات اعتمدتها منظمات ومؤتمرات واجتماعات حكومية دولية...")؛ والفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ١٧ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٤ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى أن الجمعية العامة قد أكدت أن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية تشكل جرائم بموجب القانون الدولي، وأنها اعتمدت اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها)؛ و Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), paras. (1) to (14) of the commentary to draft article 4 on the succession of States in respect of treaties, pp. 177-180 (referring to the practice of numerous international organizations, including the United Nations and certain specialized agencies), paras. (12) and (13) of the commentary to draft article 8, pp. 184-185 (citing the Secretary-General of the United Nations practice as depositary of multilateral treaties) and para. (3) of the para. (2) of the commentary to draft article 24 on the (commentary to draft article 16, p. 215 (same representation of States in their relations with international organizations, Yearbook ... 1971, vol. II (Part One), p. 301 ("The replies of the United Nations and the specialized agencies indicate that the exemption para. (1) of the commentary to draft article 49 on (provided for in this article is generally recognized the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, p. 246 ("... the clear-cut prohibition of the threat or use of force in Article 2(4) of the Charter of the United Nations, together with the practice of the United Nations

الملاحظة رقم ١٤

وفي بعض الحالات، أشارت اللجنة إلى إمكانية تطور ممارسة منظمة دولية لتصبح عرفاً محدداً لتلك المنظمة. وقد تتصل تلك الأعراف بجوانب متعددة في وظائف المنظمات أو أنشطتها، من قبيل سلطة منظمة دولية في مجال وضع المعاهدات أو القواعد المنطبقة على المعاهدات التي تعتمد في إطار المنظمة^(٨٨).

هاء - أهمية الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون

٣٠ - كما سبقت الإشارة^(٨٩)، أخذت اللجنة في اعتبارها في مناسبات عديدة الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون في تحليلها للقانون الدولي العرفي^(٩٠). وكما يرد الوصف أدناه، اعتمدت اللجنة على تلك المواد بسبل شتى.

para. (112) of the commentary to و (itself, have reinforced and consolidated this development in the law principle VI of the principles of international law recognized in the charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 376 (referencing a declaration concerning wars para. 78 of the report of the of aggression adopted by the Assembly of the League of Nations International Law Commission on the work of its second session, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 372 ("Records of the cumulating practice of international organizations may be regarded as evidence of customary international law with reference to States' relations to the organizations").

(٨٨) انظر الفقرة ١٤ من التعليق على مشروع المادة ٧ بشأن قانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية، الحولية ... ١٩٨٢، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٧ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى تطور ممارسة لتصبح من "قواعد المنظمة" تقر باختصاص رئيس الأمانة بالإعراب عن موافقة المنظمة بالتقيد بمعاهدة ما، دون حاجة إلى الرجوع في ذلك إلى هيئة أخرى في المنظمة؛ والتي تشير أيضاً إلى أن "موافقة" جميع الهيئات الأخرى في المنظمة التي كان لها ما يؤهلها للمطالبة بهذا الاختصاص ولكنها لم تطالب به" وهو ما يشكل ممارسة)؛ و paras. (11) to (13) of the commentary to draft article 4 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 180 (evoking, in general, the possibility that the internal practice of an international organization may give rise to organization-specific customary rules)؛ و para. (2) of the commentary to draft article 22 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 233 (indicating that the International Labour Organization has a particular customary practice with respect to the date from which a newly independent State is regarded as bound to labour conventions).

(٨٩) انظر الملاحظة ١ في الفرع ثانياً - ألف من هذه المذكرة.

(٩٠) مما له صلة عامة ممكنة بهذا الفرع التعليق التالي الذي أورده اللجنة في الفقرة ٣٠ من تقريرها بشأن سبل ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافراً: "Article 24 of the Statute of the Commission seems to depart from the classification in Article 38 of the Statute of the Court, by including judicial decisions on questions of international law among the evidences of customary international law. The departure may be defended logically, however, for such decisions, particularly those by international courts, may formulate

الملاحظة رقم ١٥

واعتمدت اللجنة أحيانا على قرارات المحاكم أو الهيئات القضائية الدولية بوصفها تعبر على نحو مدعوم بالأسانيد عن حالة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٩١).

الملاحظة رقم ١٦

علاوة على ذلك، كثيرا ما اعتمدت اللجنة على الأحكام القضائية بوصفها أحد الاعتبارات الداعمة لوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو لعدم وجود قاعدة.

٣١ - وعند قيام اللجنة نفسها بإجراء تحليل لغرض تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، كثيرا ما شكل الإقرار القضائي عنصرا هاما، إن لم يكن حاسما، في دعم وجود القاعدة. وقد وجد ذلك الإقرار في قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية وكذلك في قرارات التحكيم^(٩٢).

and apply principles and rules of customary international law. Moreover, the practice of a State may be (indicated by the decisions of its national courts.”)(*Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 368

(٩١) على سبيل المثال، فيما يتصل بمسألة خط الأساس المستقيم، فسرت اللجنة قرار محكمة العدل الدولية في قضية المصايد بين المملكة المتحدة والنرويج “as expressing the law in force” and “accordingly drafted the article on the basis of [the] judgment” (paras. (1) to (4) of the commentary to draft article 5 on the law of the sea, paras. (3) to (5) of the commentary to draft article 24 p. انظر أيضا *Yearbook ... 1956*, vol. II, pp. 267-268 277) (relying on the judgment of the Court in the Corfu Channel case as expressing the customary rule in force with regard to innocent passage through international straits connecting two parts of the high seas) and para. (2) of the commentary to draft article 23 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 211 (stating that “there is much authority in the jurisprudence of international tribunals for the proposition that in the present context the principle of good faith is a legal principle which forms an integral part of the rule pacta sunt servanda” and referring to decisions of the International Court of Justice, the Permanent Court (of International of Justice and arbitral tribunals

(٩٢) انظر، على سبيل المثال، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الفقرة (١٤) من التعليق على مشروع المادة ٢٥ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الصفحة ٨٣ من النص الإنكليزي (“على العموم، تؤيد ممارسة الدول والأحكام القضائية الرأي القائل إن الضرورة يمكن أن تشكل ظرفاً نائياً لعدم المشروعية رهناً ببعض الشروط المحدودة للغاية، ويرد هذا الرأي في المادة ٢٥.”)، والفقرة (٦) من التعليق على مشروع المادة ٤١، الصفحة ١١٤ من النص الإنكليزي (التي تقتبس من المذكرة المعنونة the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case وتشير بما يلي “توفر الممارسة الدولية وقرارات محكمة العدل الدولية سنداً لوجود التزام بعدم الاعتراف رداً على الإخلالات الخطيرة بالالتزامات الناشئة بموجب قواعد قطعية”) والفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٥١، الصفحة ١٣٤ من النص الإنكليزي (التي

الملاحظة رقم ١٧

تشير، في جملة أمور، إلى قضية ناوليلا فيما يتعلق بشرط التناسب في اتخاذ التدابير المضادة)؛ و ... *Yearbook* 1966, vol. II, para. (4) of the commentary to draft articles 16 and 17 on the law of treaties, pp. 203-204 (referring to the International Court of Justice pronouncement in the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case that “[t]he principle of the integrity of the convention, which subjects the admissibility of a reservation to the express or tacit assent of all the contracting parties, does not appear to have been transformed into a rule of law.”), paras. (14) and (15) of the commentary to draft article 27, pp. 221-222 (relying on the jurisprudence of international courts and tribunals to ascertain established rules of treaty interpretation) and para. (8) of the commentary to draft article 29, pp. 225-226 (analyzing whether or not the Permanent Court of International of Justice, in its *Mavrommatis Palestine Concessions* case, intended to lay down a general rule regarding treaty interpretation in cases of divergence between authentic texts)؛ والفقرة (٤) من التعليق على مشروع المادة ٨ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٥ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى عدد من القرارات التي اتخذها المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما في ذلك قرار لجنة التوفيق الفرنسية - الإيطالية الذي نصه “لم يضع القانون الدولي العرفي أي معيار مستقل لتحديد ماهية مال الدولة”)؛ والفقرة (١٩) من التعليق على مشروع المادة ١٣ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٤ من النص الإنكليزي (“القرارات الصادرة من الولايات القضائية الدولية تؤكد هذه القاعدة.”)؛ و paras. (3) to (8) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook* ... 1974, vol. II (Part One), pp. 197-199 (citing numerous decisions of international courts in its analysis of the question of territorial treaties, and indicating that a Permanent Court of International of Justice pronouncement “is perhaps the most weighty endorsement of the existence of a rule requiring a successor State to respect a territorial treaty affecting the territory to which a succession of States relates” (١٨) من التعليق على مشروع المادة ٣ بشأن قانون استخدام البحري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٤ من النص الإنكليزي (“إن وجود مبدأ قانوني يستلزم إجراء مشاورات فيما بين الدول لمعالجة المسائل المتعلقة بموارد المياه العذبة يؤيده صراحة قرار هيئة التحكيم في قضية بحيرة لانو.”)؛ والفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ١٧ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٤ من النص الإنكليزي (إن المبادئ التي تستند إليها الاتفاقية [اتفاقية منع الإبادة الجماعية] قد حظيت باعتراف محكمة العدل الدولية باعتبارها مبادئ ملزمة للدول حتى بدون وجود أي التزام تعاهدي.”)؛ والفقرة (٦) من التعليق على مشروع المادة ١٨ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٨ من النص الإنكليزي (“إن عدم وجود أي شرط يتعلق بوجود نزاع دولي مسلح كشرط أساسي للجرائم ضد الإنسانية، قد أكدته أيضا المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة.”)؛ والفقرة (١) من التعليق على مشروع المادة ٣ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٢٢ من النص الإنكليزي (“قد نال هذا الحق الاعتراف به على وجه الخصوص في العديد من قرارات التحكيم وقرارات لجان المطالبات علاوة على مختلف قرارات المحاكم والهيئات الإقليمية.”).

انظر أيضا *Yearbook* ... 1950, vol. II, pp. 369-370, paras. (42) to (51) (reviewing the availability of publications containing decisions and awards of international courts and tribunals in a section entitled “Evidence of customary international law”).

في بعض الأحيان، اعتمدت اللجنة أيضا على قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما يشمل قرارات التحكيم، بوصفها مصادر ثانوية لغرض تحديد ممارسات الدول ذات الصلة^(٩٣).

الملاحظة رقم ١٨

وكثيرا ما أخذت اللجنة في اعتبارها كتابات وآراء الحقوقيين في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي.

٣٢ - وعند نظر اللجنة في كتابات وآراء الحقوقيين لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، أجرت اللجنة أحيانا تقييما شاملا لوزن الرأي الداعم لقاعدة معينة^(٩٤). وفيما يبدو أن ذلك التقييم استند إلى جوانب كمية ونوعية على السواء^(٩٥).

(٩٣) انظر ... 1966, vol. II, para. (23) of the commentary to draft articles 16 and 17 on the law of treaties, *Yearbook* ... 1966, vol. II, p. 208 ("That the principle of implying consent to a reservation from absence of objection has been admitted into State practice cannot be doubted; for the [International Court of Justice] itself in Reservations to the Genocide Convention case spoke of 'very great allowance' being made in international practice for tacit assent to reservations")؛ والفقرة ١٠ من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المحاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٨ من النص الإنكليزي (بما يشمل "أحكام المحاكم الدولية بأنواعها" في "الدراسة الاستقصائية لكل الأدلة المتاحة على الممارسة العامة للدول، المقبولة بصفتها قانونا"). انظر أيضا الفقرة (٤) من التعليق على مشروع المادة ٣٩ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١١٠ من النص الإنكليزي (الاعتماد على قضيتي سكك حديد ديلوغا باي (Delagoa Bay Railway) والسفينة "ويمبلدون" (S.S. Wimbledon) بوصفهما من الأدلة على "ممارسات الدول" فيما يتصل بما يلي "مساهمة الدولة المضرورة في الضرر من أهمية لدى تحديد الجبر المناسب").

(٩٤) انظر، على سبيل المثال، para. (2) of the commentary to draft articles 11 and 12 on the succession of States, *Yearbook* ... 1974, vol. II (Part One), p. 197 ("The weight of opinion amongst modern writers supports the traditional doctrine ... In general, however the diversity of the opinions of writers makes it difficult to find in them clear guidance as to what extent and upon what precise basis international law recognizes that treaties of a territorial character constitute a special category for the purposes of the law applicable to succession of States").

(٩٥) انظر ... 1966, vol. II, para. (8) of the commentary to draft article 49 on the law of treaties, p. 247 ("[T]he great majority of international lawyers to-day unhesitatingly hold that Article 2, paragraph 4, ..., authoritatively declares the modern customary law regarding the threat or use of force."), para. (2) of the commentary to draft article 53, p. 251 ("Some jurists ... take the position that an individual party may denounce or withdraw from a treaty only when such denunciation or withdrawal is provided for in the treaty or consented to by all the other parties. A number of other jurists, however, take the position that a right of denunciation or withdrawal may properly be implied under certain conditions in some types of

٣٣ - وفي مناسبات أخرى، اعتمدت اللجنة على كتابات الحقوقيين بوصفها مصادر ثانوية لممارسات الدول^(٩٦).

treaties.”), para. (1) of the commentary to draft article 57. pp. 253-254 (“The great majority of jurists recognize that a violation of a treaty by one party may give rise to a right in the other party ...”) and para. (1) of the commentary to draft article 59, p. 257 (“Almost all modern jurists, however reluctantly, admit the existence in international law of the principle with which this article is concerned (٩) من التعليق على مشروع المادة ١٧ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٦ من النص الإنكليزي (إن القاعدة السابقة تنسجم مع آراء الفقهاء في القانون الدولي، الذين يعتنقون الرأي القائل بوجه عام بأنه ...”)؛ و para. (3) of the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 211 para. (15) of the ... (“The majority of writers take the view, supported by State practice commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 213 (“Considerable support can be found among writers and in State practice for the view that general international law does impose an obligation (١) من التعليق على مشروع المادة ٣ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٢٢ من النص الإنكليزي (“ويتعلق الأمر هنا [حق الطرد] بحق لا نزاع فيه سواء في الممارسة العملية أو في الاجتهاد القضائي أو الفقه.”). انظر أيضا الفقرة (١٠) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٨ من النص الإنكليزي (التي تشير بعبارة معمة إلى “آراء المعلقين الضليعين”) و paras. (3) to (5) of the commentary to draft article 32 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 228-229 (finding that the division of opinion amongst jurists “was primarily of a doctrinal character” and “would be likely to produce different results only in very exceptional circumstances”).

(٩٦) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ٣٢ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠٨، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٤ من النص الإنكليزي (التي تورد مثالا على ممارسات الدول ذات الصلة التي توجد في مقال بقلم R. L. Buell في *Political Science Quarterly*)؛ و para. (3) of the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 211 (citing *The Law of Treaties* by A. D. McNair and quoting a statement by the United Kingdom on Finland’s position vis-à-vis its predecessor’s treaties)؛ والفقرة ٢ من التعليق على مشروع المادة ١٨ بشأن الحماية الدبلوماسية، الوثيقة A/61/10، الصفحة ٩١ من النص الإنكليزي (التي تورد كتابات حقوقيين تأييدا لفكرة أن “الموقف الذي يميز لدولة جنسية السفينة ... التماس الجبر لصالح أفراد طاقم السفينة الذين لا يحملون جنسيتها يلقي تأييداً في ممارسات الدول وفي القرارات القضائية وفي كتابات المؤلفين في مجال القانون”؛ والفقرة (١٠) من التعليق على مشروع المادة ٥ بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، الحولية ... ١٩٩٤، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٩٨ من النص الإنكليزي (التي تدرج “آراء المعلقين الضليعين”) في “دراسة استقصائية لكل الأدلة المتاحة على الممارسة العامة للدول، المقبولة بصفتها قانوناً“).

ثالثاً - عمل القانون الدولي العرفي في النظام القانوني الدولي

٣٤ - تشمل هذه الفروع ملاحظات تتعلق بفهم اللجنة البادي للطابع الملزم لقواعد القانون الدولي العرفي وخصائصها، وللصلة بين القانون الدولي العرفي والقواعد القانونية الدولية الأخرى.

ألف - الطابع الملزم لقواعد القانون الدولي العرفي وخصائصها

الملاحظة رقم ١٩

أشارت اللجنة دائماً إلى القانون بوصفه مجموعة من القواعد الملزمة عموماً بشأن الكيانات الخاضعة للقانون الدولي^(٩٧). وفي عدة مناسبات، بينت اللجنة الفرق بين تلك القواعد وقواعد المعاهدات التي لا تلزم بداهة سوى أطراف المعاهدة^(٩٨).

(٩٧) انظر، على سبيل المثال، paras. (1) to (4) of the commentary to draft article 34 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 230-231 (excerpts reproduced in note 124 below) and para. (30) of the commentary to draft article 12 and para. (8) of the commentary to draft article 15 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 204 and 212, respectively. الحاشية ١٣٣ أدناه.

وفي دليل اللجنة للممارسة المتعلقة بالتحفظات على المعاهدات، ألحّت اللجنة إلى النظرية المسماة بنظرية "المعترض الملح"، التي لا يجوز بموجبها لدولة اعترضت بإلحاح على قاعدة خلال صياغتها أن تعارض تلك القاعدة من قواعد القانون الدولي؛ انظر الفقرة (٧) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧١ من النص الإنكليزي. ويبدو أن اللجنة استبعدت، في قيامها بذلك، أعمال أي نظرية فيما يتعلق بالقواعد الآمرة؛ انظر الفقرة (١٩) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧٥ من النص الإنكليزي.

(٩٨) انظر، على سبيل المثال، paras. (1) to (4) of the commentary to draft article 34 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 230-231 و para. (2) of the commentary to draft article 5 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 181 (referring to "obligations to which [a State] would be subject under international law independently of the treaty"). و para. (30) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 204 ("While recognizing that an objective régime may arise from such a treaty, [the Commission] took the view that the objective régime resulted rather from the execution of the treaty and not from the grafting upon the treaty of an international custom"). و الفقرة (٧) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧٠ من النص الإنكليزي ("القواعد العرفية تلزم الدول بصرف النظر عن إعرافها عن رضاها بالقاعدة التعاقدية" (...). ومع ذلك، انظر الفرع ثالثاً - بآ أدناه فيما يتعلق بالصلة بين القواعد التعاقدية والقانون الدولي العرفي).

الملاحظة رقم ٢٠

ووردت الإشارة في عمل اللجنة إلى إمكانية وجود قواعد للقانون الدولي العرفي على الصعيد الإقليمي^(٩٩). وفي هذا الصدد، تمت الإشارة إلى مسألة ما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون العرفي الإقليمي ستكون ملزمة لدولة لم تقم تحديداً باعتماد تلك القاعدة أو قبلت بها^(١٠٠). علاوة على ذلك، أشارت اللجنة إلى إمكانية وجود قواعد خاصة، بما في ذلك قواعد عرفية أو حقوق تاريخية، تنظم تعيين حدود مناطق بحرية معينة^(١٠١) أو تنشئ نظاماً إقليمياً أو نهرياً أو بحرياً^(١٠٢).

الملاحظة رقم ٢١

وأشارت اللجنة، في مناسبات معينة، إلى وجود قواعد من قواعد القانون الدولي العرفي تعتبر بأنها تعطي الالتزامات المسماة "الالتزامات إزاء الكافة"^(١٠٣).

(٩٩) انظر تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي عن تجزؤ القانون الدولي، الوثيقة A/CN.4/L.682، الفقرات ٢١٣-٢١٥.

(١٠٠) المرجع نفسه، الفقرة ٢١٣ ("من الحالات الأخرى الأكثر صعوبة الادعاء بأن قاعدة إقليمية (سواء استندت إلى ممارسة تعاهدية أو إلى عرف) ملزمة لدولة ما ولو لم تعتمد هذه الدولة القاعدة أو لم توافق عليها بشكل محدد. وهو الادعاء الذي فصلت فيه (وإن لم يكن بشكل قاطع) محكمة العدل الدولية في قضية اللجوء (١٩٥٠) وفي قضية هايا ديلا توري (١٩٥١).").

(١٠١) انظر para. (6) of the commentary to draft article 12 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 271 (acknowledging to the possible existence of "special rules" and alluding to the possibility of "differences in customary law" in the field of maritime delimitation para. (4) of the commentary to draft article 3 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 266 ("A claim to a territorial sea not exceeding (twelve miles in breadth could be sustained erga omnes, by any State, if based on historic rights").

(١٠٢) انظر paragraph (1) of the commentary to draft article 34 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 230-231 ("The role played by custom in sometimes extending the application of rules contained in a treaty beyond the contracting States is well recognized. A treaty concluded between certain States may formulate a rule, or establish a territorial, fluvial or maritime regime, which afterwards comes to be generally accepted by other States and becomes binding upon other States by way of custom"). انظر أيضا para. (8) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 189-199 (referring to the case made in the Right of passage case (I.C.J. Reports 1960, p. 6) for the proposition that a territorial right of passage may exist as a local or bilateral custom).

(١٠٣) انظر، على وجه الخصوص، الفقرة (٩) من التعليق على مشروع المادة ٤٨ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٢٧ من النص الإنكليزي

الملاحظة رقم ٢٢

وأشارت اللجنة، في عدة مناسبات، إلى وجود قواعد من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٠٤) لها، بحكم موضوعها، طابع يمنع الانتقاص منها (القواعد القطعية/الأحكام الآمرة).

٣٥ - وأشارت اللجنة إلى أن "مفهوم القواعد القطعية للقانون الدولي العام مفهوم معترف به في الممارسة الدولية، وفي أحكام المحاكم الدولية والوطنية، وفي فقه القانون"^(١٠٥). والأمثلة على القواعد القطعية التي قدمتها اللجنة بوصفها تحظى بإقرار عام بأنها كذلك تشمل حظر العدوان^(١٠٦)؛ وأشكال الحظر المتعلقة بالرق، وتجارة الرقيق، والتمييز العنصري، والفصل العنصري^(١٠٧)؛ فضلاً عن حظر التعذيب، والالتزام باحترام الحق في تقرير المصير^(١٠٨). إلا أن اللجنة شددت على الطابع غير الحصري لأي قائمة من هذا القبيل^(١٠٩).

(في حين تتناول المواد جوهر هذا البيان فإنها تتفادى استخدام عبارة "الالتزامات تجاه الكافة" التي تفيد أقل مما تفيده إشارة المحكمة إلى المجتمع الدولي ككل والتي تم الخلط أحياناً بينها وبين الالتزامات الواجبة تجاه جميع الأطراف في معاهدة ما. كما أنه ليس من وظائف المواد أن تورد قائمة بالالتزامات الواجبة تجاه المجتمع الدولي ككل بموجب القانون الدولي القائم. ومن شأن ذلك أن يتجاوز إلى حد كبير مهمة تدوين القواعد الثانوية لمسؤولية الدول، وعلى أي حال لن تكون لمثل هذه القائمة إلا أهمية محدودة، ذلك أن نطاق المفهوم سيتطور بالضرورة بمرور الزمن. وقد قدمت المحكمة نفسها إرشاداً مفيداً بهذا الخصوص: فقد أشارت في حكم أصدرته في عام ١٩٧٠ على سبيل المثال، إلى "تحریم الأعمال العدوانية والإبادة الجماعية" وإلى "المبادئ والقواعد المتعلقة بحقوق الإنسان الأساسية، بما في ذلك الحماية من العبودية والتمييز العنصري". وأضافت المحكمة إلى هذه القائمة، في حكمها الصادر في قضية تيمور الشرقية، حق الشعوب في تقرير المصير). انظر أيضاً التعليق على مشروع المادة ٤٩ بشأن مسؤولية المنظمات الدولية، الوثيقة A/66/10، الصفحات ١٤٥-١٤٨ من النص الإنكليزي.

(١٠٤) تعرف المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات القاعدة الملزمة بأنها "قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي" (أضيف التشديد). وأوضحت اللجنة، في الفقرة (١٤) من تعليقها على المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، أن أي قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي تكون "ذات طبيعة عرفية في كل الحالات تقريباً" (الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧٤ من النص الإنكليزي)، مع إقرارها في الوقت نفسه بأن "الصيغة التي وضعت بها المادة ٥٣ من اتفاقيتي فيينا لعامي ١٩٦٩ و ١٩٨٦ لا تستبعد أن تكون القاعدة التعاقدية، في حد ذاتها، قاعدة قطعية" (الوثيقة A/66/10/Add.1، الحاشية ١٧١٢).

(١٠٥) انظر الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٤٠ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١١٢ من النص الإنكليزي.

(١٠٦) المرجع نفسه، الفقرة (٤) من التعليق على مشروع المادة ٤٠.

(١٠٧) المرجع نفسه.

(١٠٨) المرجع نفسه، الفقرة (٥)، الصفحة ١١٣ من النص الإنكليزي.

٣٦ - وتجدر الإشارة إلى أن اللجنة اقترحت، في مشاريع موادها بشأن قانون المعاهدات، عددا من الأحكام المتصلة بالقواعد الآمرة^(١١٠). وأكدت اللجنة في مناسبات متعددة أن أي قاعدة في معاهدة تتضارب مع القواعد الآمرة تعتبر باطلة^(١١١). علاوة على ذلك، أقرت اللجنة بأن الطابع القطعي لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي يؤثر أيضا على عمل بعض القواعد الثانوية المتصلة بالمسؤولية عن الأفعال غير المشروعة دوليا^(١١٢).

(١٠٩) المرجع نفسه، الفقرة (٦). وفي الفقرة نفسها، تشير اللجنة أيضا إلى إمكانية نشأة القواعد القطعية الجديدة على النحو المتوخى في المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

(١١٠) انظر *Yearbook ... 1966*, draft articles 41(5), 50, 61 and 67 on the law of treaties and commentaries thereto; vol. II, pp. 238-239, 247-249, 261 and 266-267, respectively.

(١١١) انظر *Yearbook ... 1966*, vol. II, draft article 50 on the law of treaties and commentary thereto, pp. 247 ff. (draft article 50 reads: "A treaty is void if its conflicts with a peremptory norm of general international law..."; وانظر أيضا para. (8) of the commentary to draft article 41, p. 239, and para. (1) of the commentary to draft article 61, p. 261 ("Manifestly, if a new rule of that character – a new rule of jus cogens – emerges, its effect must be to render void not only future but existing treaties draft article 67 on the law of treaties and commentary thereto (*Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 266-267). وعلى نحو مماثل، قالت اللجنة، في المبدأ التوجيهي ٨ المنطبق على الأفعال الانفرادية للدول التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية، أن "الإعلان الانفرادي الذي يتعارض مع قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام إعلان باطل" (الوثيقة A/61/10، الصفحة ٣٧٨ من النص الإنكليزي).

(١١٢) انظر مشاريع المواد ٢٦ (بشأن القواعد الآمرة فيما يتصل بالظروف النافية لعدم المشروعية)، و ٤٠-٤١ (مضمون المسؤولية الدولية في حالات الإخلالات الخطيرة بالالتزامات القائمة بموجب أعراف قطعية في القانون الدولي العام) و ٥٠ (الالتزامات التي لا تتأثر بالتدابير المضادة) بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، والتعليقات عليها؛ الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحات ٨٤-٨٥، و ١١٦-١١٧، و ١٣١-١٣٤ من النص الإنكليزي. انظر أيضا مشاريع المواد ٢٦، و ٤١-٤٢، و ٥٣ بشأن مسؤولية المنظمات الدولية، والتعليقات عليها؛ الوثيقة A/66/10، الصفحات ٥٣، و ١٢٠-١٢١، و ١٣٣-١٣٦، و ١٥٣-١٥٤ من النص الإنكليزي.

الملاحظة رقم ٢٣

أشارت اللجنة إلى أن القواعد القطعية تتشكل نتيجة لعملية قبول وإقرار واسعي النطاق بتلك الأعراف بوصفها ذات طابع قطعي من المجتمع الدولي ككل^(١١٣).

الملاحظة رقم ٢٤

وفي حين أعلنت اللجنة أنه "لا يمكن تعديل أي قاعدة آمرة إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام يكون لها الطابع نفسه"^(١١٤)، فقد أشارت إلى

(١١٣) في ما يتعلق بهذا الشرط الموضوعي المتمثل في القبول العام والإقرار العام، انظر، على وجه الخصوص، الفقرة (٧) من التعليق على مشروع المادة ١٢ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٦ من النص الإنكليزي ("وحتى المبادئ الأساسية للنظام القانوني الدولي لا تستند إلى أي مصدر خاص من مصادر القانون أو أي إجراء محدد من إجراءات وضع القوانين، على نقيض القواعد ذات الطابع الدستوري في النظم القانونية الداخلية. ووفقاً للمادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩، فإن القاعدة القطعية من قواعد القانون الدولي العام هي قاعدة مقبولة ومعترف بها من مجتمع الدول الدولي ككل بوصفها قاعدة لا يسمح بالانتقاص منها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام يكون لها نفس الطابع". وتعترف المادة ٥٣ بأنه يمكن وضع قواعد ذات طابع قطعي وأن للدول دوراً خاصاً في هذا المضمار لكونها، بامتياز، صاحبة السلطة الشارعة نيابة عن المجتمع الدولي.) انظر أيضاً، بشأن هذه النقطة، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٢٦ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، .، الصفحة ٨٥ من النص الإنكليزي، والفقرة (٦) من التعليق على مشروع المادة ٤٠، والصفحة ١١٣ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى نشأة قواعد قطعية جديدة من خلال عملية القبول والاعتراف بها من الجماعة الدولية للدول ككل). وتجدر الإشارة إلى أنه، في حين أن المادة ٥٠ بشأن قانون المعاهدات (Yearbook ... 1966, vol. II, p. 247) ومشروع المادة ٥٣ عن قانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية (الحولية ... ١٩٨٢، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٦ من النص الإنكليزي) يشيران في هذا السياق إلى "الجماعة الدولية للدول ككل"، فإن مشاريع المواد بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (مشاريع المواد ٢٥، و ٣٣، و ٤٢، و ٤٨؛ الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)) ومشاريع المواد بشأن مسؤولية المنظمات الدولية (مشاريع المواد ٢٥، و ٣٣، و ٤٣، و ٤٩؛ الوثيقة A/66/10، الصفحة ٨٧ من النص الإنكليزي) تشير بصورة عامة أكثر إلى "المجتمع الدولي ككل".

(١١٤) انظر في هذا الصدد، (draft article 50 in fine on the law of treaties (Yearbook ... 1966, vol. II, p. 247) وكذلك مشروع المادة ٥٣ في شكله النهائي بشأن قانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية (الحولية ... ١٩٨٢، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٥٦ من النص الإنكليزي). وقد أدرجت هذه العبارة في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٦. وفيما يتعلق "بقوة" القواعد الآمرة، انظر أيضاً الفقرة (٣) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٤-٤-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٥٠٢ من النص الإنكليزي ("فما لا شك فيه أن مفهوم القواعد الآمرة مفهوم متغير ولكن يبدو من المشكوك فيه أن يسهم تحفظ من التحفظات في زعزعة استقرار قاعدة بهذه الدرجة من القوة الإلزامية").

أن تعديل أي قاعدة آمرة يحدث على الأرجح، في الوقت الحالي، من خلال معاهدة عامة متعددة الأطراف^(١١٥).

باء - صلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات

٣٧ - تم تناول مسألة صلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات بصورة معممة في مشروع المادة ٣٤ من قانون المعاهدات الذي نص على ما يلي:

المادة ٣٤ القواعد الواردة في المعاهدة والتي تصبح ملزمة عن طريق العرف الدولي ليس في المواد من ٣٠ إلى ٣٣ [الأحكام المتصلة بالمعاهدات والدول الثالثة] ما يمنع أي قاعدة وردت في معاهدة من أن تصبح ملزمة لدولة ثالثة بوصفها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي^(١١٦).

٣٨ - وتضمن التعليق على مشروع المادة، في جملة أمور، الملاحظات التالية:

”(١) إن الدور الذي يضطلع به العرف في مد نطاق انطباق القواعد الواردة في معاهدة أحيانا ليتجاوز الدول المتعاقدة مسلم به تماما. يجوز لأي معاهدة تبرم بين دول معينة أن تشكل قاعدة، أو أن تنشئ نظاما إقليميا أو نهريا أو بحريا، تصبح مقبولة بوجه عام عقب ذلك من دول أخرى وتصبح ملزمة لدول أخرى عن طريق العرف، أو قواعد الحرب الأرضية، أو اتفاقات حياد سويسرا، ومختلف المعاهدات المتعلقة بالممرات النهرية أو الممرات البحرية الدولية. وعلى هذا النحو أيضا فإن أي اتفاقية تدوين تتعلق بالنص على قواعد قائمة من قواعد القانون العرفي يجوز أن تعتبر بوصفها الصياغة المقبولة بوجه عام للقواعد العرفية المعنية حتى بالنسبة للدول غير الأطراف في الاتفاقية.

”(٢) إلا أنه لا يمكن القول بصورة صحيحة، في أي من هذه الحالات، أن المعاهدة نفسها لها آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. بيد أن هناك حالات تقوم فيها دول أخرى بالإقرار بالقواعد المصاغة في معاهدة ما بوصفها قانونا عرفيا ملزما،

(١١٥) انظر، بشأن هذه النقطة، *Yearbook ...* para. (4) of the commentary to draft article 50 on the law of treaties, *Yearbook ...* 1966, vol. II, p. 248: “[I]t would be clearly wrong to regard even rules of jus cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments. As a modification of a rule of jus cogens would to-day most probably be effected through a general multilateral treaty, the Commission thought it desirable to indicate that such a treaty would fall outside the scope of the article

(١١٦) *Yearbook ...* 1966, vol. II, pp. 182

دون إنشاء أي صلة تعاهدية بين تلك الدول والأطراف في المعاهدة. وباختصار، فإن مصدر القوة الملزمة للقواعد بالنسبة لتلك الدول هي العرف، لا المعاهدة. ولهذا السبب لم تعتقد اللجنة أن هذه العملية ينبغي أن تدرج في مشاريع المواد كحالة تكون فيها لمعاهدة ما آثار قانونية بالنسبة لدول ثالثة. لذا فإن اللجنة لم تقم بصياغة أي أحكام محددة تتعلق بعمل العرف في مد نطاق انطباق قواعد المعاهدات بما يتجاوز الدول المتعاقدة. ومن ناحية أخرى، مع أخذ أهمية العملية وطابع الأحكام الواردة في المواد من ٣٠ إلى ٣٣ بعين الاعتبار، قررت اللجنة أن تدرج في هذه المادة تحفظاً عاماً يقول بأن لا شيء في تلك المواد يحول دون أن تصبح قواعد المعاهدة ملزمة لغير الأطراف بوصفها من قواعد القانون الدولي العرفي^(١١٧).

٣٩ - وعقب ذلك تم الإبقاء على مضمون مشروع المادة ٣٤ في المادة ٣٨ من اتفاقية عام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات^(١١٨)، حيث أضيفت عبارة "المعترف بها بهذه الصفة" لوصف قاعدة القانون الدولي العرفي المشار إليها في الحكم^(١١٩). وفي المادة ٣٨ المتعلقة بقانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية^(١٢٠)، التي اعتمدها اللجنة في عام ١٩٨٢، والتي أصبحت بعد ذلك المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٦، تكرر التأكيد على هذا الحكم، بما في ذلك العبارة الإضافية التي استُحدثت في مؤتمر فيينا لعام ١٩٦٩^(١٢١).

٤٠ - وتناولت اللجنة، عند النظر في المواضيع المتعددة المدرجة في جدول أعمالها، عدداً من الجوانب المتصلة بصلة القانون الدولي العرفي بالمعاهدات، على النحو الذي يرد موجزاً في الملاحظات التالية.

(١١٧) المرجع نفسه، الصفحتان ٢٣٠-٢٣١.

(١١٨) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١١٥٥، الرقم ١٨٢٣٢.

(١١٩) أُدخلت هذه العبارة الإضافية بناءً على تعديل قامت به الجمهورية العربية السورية؛ انظر United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-1969), Official Records, Documents of the conference, A/CONF.39/11/Add.2, p. 155, paras. 311-312.

(١٢٠) هذه الاتفاقية لم يبدأ سريانها بعد؛ انظر Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.

(١٢١) الخولية ... ١٩٨٢، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحتان ٤٧-٤٨ من النص الإنكليزي.

الملاحظة رقم ٢٥

إقراراً من اللجنة بأنه يمكن لأي معاهدة أن تدون قواعد قائمة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٢٢)، فقد أشارت مراراً إلى المعاهدات بوصفها من الأدلة الممكنة على وجود قانون عرفي^(١٢٣).

الملاحظة رقم ٢٦

رغم أن اللجنة أشارت إلى أن أي معاهدة لا تقوم في حد ذاتها بالزام دولي^(١٢٤)، فقد أقرت في عدة مناسبات بأن المعاهدات قد تسهم في بلورة^(١٢٥) أو تطوير^(١٢٦)

(١٢٢) انظر، بصفة عامة، *Yearbook ... 1950*, vol. II, report of the International Law Commission to the General Assembly, para. 29 ("Perhaps the differentiation between conventional international law and customary international law ought not to be too rigidly insisted upon, however. A principle or rule of customary international law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement so as to have, within the stated limits, conventional force for the States parties to the agreement so long as the agreement is in force; yet it would continue to be binding as a principle or rule of customary international law for other States. Indeed, not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon in efforts to establish the existence of a rule of customary international law. Even multipartite conventions signed but not brought into force are frequently regarded as having value as evidence of customary international law").

(١٢٣) انظر الفرعين ثانياً - باء - ٢ وثانياً - جيم - ٢ من هذه المذكرة فيما يتعلق بالمعاهدات بوصفها أدلة على ممارسات الدول و/أو الاعتقاد بالالتزام. ومع ذلك، أشارت اللجنة أيضاً إلى التباين بين نظام اتفاقي والقانون الدولي العرفي القابل للتطبيق؛ انظر الفقرة (٨) من التعليق على المادة ٨ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٢٩ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى جريمة الإبادة الجماعية بوصفها "جريمة من جرائم القانون الدولي التي يقرر القانون العرفي اختصاصاً شاملاً بشأنها للدول غير الأطراف في الاتفاقية وبالتالي للدول التي لا تخضع للقيود الواردة بها [تحديداً المادة ٦ منها التي تقصر الولاية القضائية للمحاكم الوطنية في جريمة الإبادة الجماعية على الدول التي وقعت الجريمة في إقليمها]").

(١٢٤) انظر، على وجه الخصوص، paras. (1) to (4) of the commentary to draft article 34 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, pp. 230-231 (in particular, (1) "The role played by custom in sometimes extending the application of rules contained in a treaty beyond the contracting States is well recognized. A treaty concluded between certain States may formulate a rule, or establish a territorial, fluvial or maritime regime, which afterwards comes to be generally accepted by other States and becomes binding upon other States by way of custom ... So too a codifying convention may come to be regarded as the generally accepted formulation of the customary rules in question even by States not parties to the convention ... [2] In none of these cases, however can it properly be said that the treaty itself has legal effects for third States. They are cases where, without establishing any treaty relation between themselves and the parties to the treaty, other States recognize rules formulated in a treaty as binding customary law. In short, for these

قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. بيد أن اللجنة خلصت إلى أن تكرر النص على حكم في المعاهدات الدولية لا يشير بالضرورة إلى أن ذلك الحكم قد تطور ليصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٢٧).

عولجت هذه النقطة على نحو مماثل في para. (30) of draft article 12 on the succession of States in respect of treaties and in para. (8) of the commentary to draft article 15 on that same topic; see *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), pp. 204 and 212, respectively.

(١٢٥) انظر الفقرة (١١) من التعليق على المبدأ التوجيهي ٣-٥-١-٣ بشأن التحفظات على المعاهدات، الوثيقة A/66/10/Add.1، الصفحة ٣٧٣ من النص الإنكليزي ("كثيراً ما تُبلور 'اتفاقية تدوين' في قواعد للقانون الدولي العام معايير لم يكن لها هذا الطابع وقت اعتمادها").

(١٢٦) انظر، على سبيل المثال، para. (34) of the commentary to draft article 12 on the succession of States in respect of treaties, *Yearbook ... 1974*, vol. II (Part One), p. 205 (referring to a right of free passage through "the Suez Canal" whether by virtue of the treaty or of the customary regime which developed from it)؛ والفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ١٨ بشأن طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود، الوثيقة A/63/10، الصفحة ٧٨ من النص الإنكليزي ("و [شرط مارترت] الذي أُدرج في الأصل في دياحة اتفاقيتي لاهاي لعام ١٨٩٩ وعام ١٩٠٧ كما أُدرج فيما بعد في عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات قد أصبحت له الآن مركز القواعد العامة للقانون الدولي"). وتوضيحا للأثر المحتمل لاعتماد قاعدة اتفاقية على آراء اللجنة بشأن مسألة قانونية، انظر، *Yearbook ... 1967*, vol. II, para. (5) of the commentary to draft article 11 on special missions, p. 353 ("A rule frequently observed in practice is that the receiving State must ensure the possibility of [the local] recruitment [of staff required for special missions], which is often essential for the performance of the special mission's functions. In 1960 the Commission inclined to the view that this rule conferred a genuine privilege on the special mission. In the light of the two Vienna Conventions, however, the Commission changed its opinion and in 1965 adopted the principle stated in article 10, paragraph 2 of this draft [stating that 'Nationals of the receiving State may not be appointed to a special mission except with the consent of that State, which may be withdrawn at any time']") (أضيف التشديد).

(١٢٧) para. (3) of the commentary to draft article 7 on most-favoured-nation clauses, *Yearbook ... 1978*, vol. II (Part Two), p. 25 ("Although the grant of most-favoured-nation treatment is frequent in commercial treaties, there is no evidence that it has developed into a rule of customary international law. Hence it is widely held that only treaties are the foundation of most-favoured-nation treatment").

الملاحظة رقم ٢٧

أشارت اللجنة إلى أن من الممكن لنشوء قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن يعدل معاهدة ما، رهنا بالظروف المعينة ورغبات الأطراف في المعاهدة^(١٢٨).

الملاحظة رقم ٢٨

أقرت اللجنة بأنه يجوز للدول، باستثناء فيما يتعلق بالقواعد الآمرة^(١٢٩)، أن تحيد عن قواعد القانون الدولي العرفي بإبرام اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف^(١٣٠). وفي الوقت نفسه، شددت اللجنة على أنه يجب تفسير وتطبيق أي معاهدة في ضوء قواعد القانون الدولي القائمة، بما في ذلك القانون الدولي، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك^(١٣١).

انظر (١٢٨) para. (3) of the commentary to draft article 38 (Modification of treaties by subsequent practice) on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, p. 236 ("As to the case of modification through the emergence of a new rule of customary law, [the Commission] concluded that the question would in any given case depend to a large extent on the particular circumstances and on the intentions of the parties."). This comment was made in relation to the Commission's explanation of its decision to remove, in the final version of the draft article, a subparagraph that appeared in draft article 68 of the 1964 draft and provided that "[a] treaty may be modified ... (ii) by the subsequent emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all the parties". وللاطلاع على التعليق على الحكم الأخير، انظر *Yearbook ... 1964*, vol. II, p. 198, para. (3). As is well known, the proposed draft article 38 was not retained by the 1969 Vienna Conference.

(١٢٩) انظر الفرع الثالث من هذه المذكرة.

(١٣٠) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (١٥) من التعليق على مشروع المادة ١٧ بشأن خلافة الدول في مال الدولة ومحفوظاتها وديونها، الحولية ... ١٩٨١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٤٧ من النص الإنكليزي ("من الواضح أنه يحق للدول عقد معاهدات تورد استثناء لمبدأ معين") و para. (2) of the commentary to draft article 30 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 289 (alluding to the possibility of treaty-based policing rights being granted to warships in respect of foreign ships, thus departing from customary (international law).

(١٣١) انظر، على سبيل المثال، para. (3) of draft article 60 on the law of the sea, *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 293 ("The existing rule of customary law by which nationals of other States are at liberty to engage in such fishing on the same footing as the nationals of the coastal States should continue to apply. The exercise of other kinds of fishing in such areas must not be hindered except to the extent strictly necessary for the protection of the fisheries contemplated by the present article"). و para. (1) of the commentary to draft article 24 on the law of treaties, *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 211 (referring to the "general rule ... that a

جيم - الصلة بين القانون الدولي العرفي و "القانون الدولي العام"

الملاحظة رقم ٢٩

في حالات معينة، استخدمت اللجنة عبارة "القانون الدولي العام" للإشارة، بطريقة عامة، إلى قواعد القانون الدولي بخلاف قواعد المعاهدات^(١٣٢). وفي بعض الحالات أيضا يبدو أن اللجنة استخدمت مصطلحي "القانون الدولي العام" و "القانون الدولي العرفي" كمترادفين^(١٣٣). كما أن اللجنة استخدمت عبارة

treaty is not to be regarded as intended to have retroactive effects unless such an intention is expressed in ("the treaty or is clearly to be implied from its terms

(١٣٢) انظر، على سبيل المثال، ... Yearbook ... para. (2) of the commentary to draft article 30 on the law of the sea, 1956, vol. II, p. 289 (indicating that the regulations contained in treaties granting certain policing rights to the "warships in respect of foreign ships could not yet be regarded as part of "general international law comment made by the Commission with respect to the provisions of the preamble of the Model rules on arbitral procedure, Yearbook ... 1958, vol. II, p. 86, para. 24 (those provisions ... "govern it as principles of general international law rather than as deriving from the agreement of the parties"); draft article 1 (b) on the prevention or punishment of crimes against diplomatic agents and other internationally protected person, Yearbook ... 1972, vol. II, p. 312 ("['Internationally protected person' means] [a]ny official of either a State or an international organization who is entitled, pursuant to general international law or an international agreement, to special protection ... ((أضيف التشديد)))؛ و para. (8) of the commentary to draft article, Yearbook ... 1972, vol. II, p. 314 ("The expression 'general international law' is used to supplement the reference to 'an international agreement'")؛ والفقرة (٣) من التعليق على مشروع المادة ١٨ بشأن قانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود، الوثيقة A/63/10، الصفحة ٧٨ من النص الإنكليزي ("و [شرط مارتز] الذي أدرج في الأصل في دياحة اتفاقيتي لاهاي لعام ١٨٩٩ وعام ١٩٠٧ كما أدرج فيما بعد في عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات قد أصبحت له الآن مركز القواعد العامة للقانون الدولي.").؛ والفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ١٠ بشأن آثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، الوثيقة A/66/10، الصفحة ١٩١ من النص الإنكليزي؛ والفقرة ٤ من التعليق على مشروع المادة ١٤ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٤٢ من النص الإنكليزي ("من البديهي أن الدولة الطاردة ملزمة، تجاه الأجنبي الخاضع للطرد، باحترام جميع الالتزامات التي تقع على عاتقها في مجال حماية حقوق الإنسان، بموجب المعاهدات الدولية التي هي طرف فيها وبموجب القواعد العامة للقانون الدولي على حد سواء.") وعلى نحو مماثل، التعليق على مشروع المادة ٢٥ بشأن طرد الأجانب، الوثيقة A/67/10، الصفحة ٦٢ من النص الإنكليزي.

(١٣٣) انظر، على سبيل المثال، الفقرات التالية من the commentary to draft article 49 on the law of treaties, Yearbook ... 1966, vol. II, pp. 246-247 ("[1] The endorsement of the criminality of aggressive war in the Charters of the Allied Military Tribunals for the trial of the Axis war criminals, the clear-cut prohibition of the threat or use of force in Article 2(4) of the Charter of the United Nations, together with the practice of the United Nations itself, have reinforced and consolidated this development in the law [5] The principles regarding the threat or use of force laid down in the Charter are, in the opinion of the

”القانون الدولي العام“ كمصطلح جامع يشمل القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة على حد سواء^(١٣٤).

الملاحظة رقم ٣٠

في بعض الحالات، أشارت اللجنة إلى المبادئ العامة للقانون، وربما كان ذلك في إطار معنى المادة ٣٨، الفقرة (١) (ج) من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية^(١٣٥)، أو إلى ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون الدولي^(١٣٦). ولاحظت اللجنة أيضاً أن تلك المبادئ العامة قد يستفاد منها في التنظيم الدولي لكيانات معينة^(١٣٧) أو حتى للنظام القانوني الدولي ككل^(١٣٨).

Commission, rules of general international law which are to-day of universal application ... [8] ... As pointed out in paragraph (1) above, the invalidity of a treaty procured by illegal threat or use of force is a principle which is *lex lata* ... [T]he great majority of international lawyers today unhesitatingly hold that Article 2, paragraph 4, together with other provisions of the Charter, authoritatively declares the modern customary law regarding the threat or use of force. (أضيف التشديد).

(١٣٤) انظر التفسيرات الواردة في تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي عن تجزؤ القانون الدولي، الوثيقة A/CN.4/L.682، الفقرة ١٩٤ (٢) (أ) ”يقوم القانون الدولي العمومي (أي العرف العام والمبادئ العامة للقانون) بسد الثغرات التي تكتنف القانون الخاص، ويوفر التوجيه التفسيري لعمله) والفقرة ٤٩٣ (٣) ”القانون الدولي العمومي“ يشير بوضوح إلى القانون العرفي العام وكذلك إلى ”المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتحدة“ في إطار المادة ٣٨ (١) (ج) من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية. ولكن هذه العبارة قد تشير أيضاً إلى مبادئ القانون الدولي نفسه وإلى أشباهها من القوانين الداخلية، ولا سيما مبادئ الأصول القانونية الواجبة (قاعدة ضرورة السماع للطرف الآخر، وقاعدة في حالة الشك يؤخذ بالأدق، ومبدأ الإغلاق الحكمي وما إلى ذلك). وفي ممارسة المحاكم الدولية، بما في ذلك هيئة استئناف منظمة التجارة العالمية أو محكمة حقوق الإنسان الأوروبية وتلك الخاصة بالبلدان الأمريكية، يشار باستمرار إلى أنواع شتى من ”المبادئ“ المستمدة أحياناً من القانون الداخلي وأحياناً من الممارسة الدولية ولكن كثيراً ما يتم ذلك بطريقة تترك حجيتها غير محددة.“

(١٣٥) انظر، على سبيل المثال، ... *Yearbook* ... para. (4) of the commentary to draft article 59 on the law of treaties، 1966، vol. II، p. 257 (principle of *rebus sic stantibus* جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، الحولية ... ١٩٩٩، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٠ من النص الإنكليزي ”تسلم اللجنة بأن أحد المبادئ العامة للقانون هو مبدأ عدم رجعية التشريعات“؛ والفقرة (٣) من التعليق على المادة ١٤ من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، الحولية ... ١٩٩٦، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ٣٩ من النص الإنكليزي (التي توضح أن ”الدفع الممكنة في مواجهة الجرائم المشمولة بالمدونة [هي] الدفع الراسخة والمعترف بها على نطاق واسع كدفع جائزة فيما يتعلق بالجرائم المماثلة في جسامتها بمقتضى القانون الوطني أو الدولي“). وللاطلاع على مزيد من الأمثلة، انظر الحاشية ١٣٧ أدناه.

(١٣٦) انظر، على سبيل المثال، ... *Yearbook* ... 1949، p. 290، para. 52 (explaining that the articles of the draft declaration on the rights and duties of states enunciate “general principles of international law” و ...

الملاحظة رقم ٣١

علاوة على ذلك، في عمل اللجنة، استخدمت كذلك عبارة "القانون الدولي العام" للإشارة إلى القواعد العامة للقانون الدولي مقارنة بالقواعد المتعلقة بمبادئ محددة تشمل، في جملة أمور، قانون حقوق الإنسان، وقانون البيئة، وقانون البحار، وما إلى ذلك^(١٣٩).

(Declaration in proclaiming "the supremacy of international law". (Yearbook ... 1949, p. 290, para. 52 (أضيف التشديد).

انظر أيضا الفقرة (٢) من التعليق على مشروع المادة ٤ بشأن منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، الحولية ... ٢٠٠١، المجلد الثاني (الباب الثاني)، الصفحة ١٥٦ من النص الإنكليزي (التي تشير إلى مبدأ حسن النية بأنه يغطي "هيكل العلاقات الدولية بأكمله" (وتشير إلى R. Rosenstock, "The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey", American Journal of International Law, vol. 65 (1971), p. 734)); as well as the observations made by the Commission with regard to the most-favoured-nation clause and the principle of non-discrimination, Yearbook ... 1978, vol. II (Part Two), p. 11, para. 48 ("The Commission recognized several years ago that the rule of non-discrimination 'is a general rule which follows from the equality of States', and that nondiscrimination is 'a general rule inherent in the sovereign equality of States'...") and p. 12, para. 50 (referring to "the obvious rule that, while States are bound by the duty arising from the principle of non-discrimination, they are nevertheless free to grant special favours to other States on the ground of some special relationship of a "geographic, economic, political or other nature

(١٣٩) انظر، على وجه الخصوص، تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي عن تجزؤ القانون الدولي، الوثيقة A/61/10، الفقرة ٢٤٣ ("بلغ تجزؤ العالم الاجتماعي الدولي درجة من الأهمية القانونية، خاصة عندما ترافق بظهور قواعد أو مجموعات من القواعد ومؤسسات قانونية ومجالات للممارسة القانونية متخصصة ومستقلة (نسبياً). إن ما كان يبدو ذات يوم خاضعاً لتنظيم القانون الدولي العمومي أصبح اليوم أشبه بميدان عمليات لنظم متخصصة مثل القانون التجاري و'قانون حقوق الإنسان' و'القانون البيئي' و'قانون البحار' و'القانون الأوروبي'، بل حتى لمجالات معرفية شديدة التخصص مثل 'قانون الاستثمار' أو 'القانون الدولي للاجئين' وما إلى ذلك، ولكل نظام من هذه النظم المتخصصة مبادئه ومؤسساته الخاصة به."). انظر أيضا الفقرة ٢٥١ (١٠)، الحاشية ١٠١٧ ("لا يوجد تعريف مقبول لمصطلح 'القانون الدولي العمومي'. ولكن لأغراض هذه الاستنتاجات يكفي تحديد ما هو "عام" بالرجوع إلى مقابله المنطقي، أي ما هو 'خاص'").