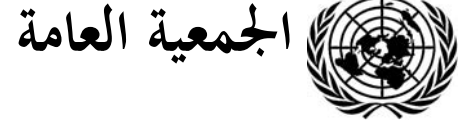


Distr.: General
8 March 2016
Arabic
Original: English



لجنة القانون الدولي

الدورة الثامنة والستون

جنيف، ٢ أيار/مايو - ١٠ حزيران/يونيه
و ٤ تموز/يوليه - ١٢ آب/أغسطس ٢٠١٦

التقرير الأول عن القواعد الآمرة أعدّه داير تلادي، المقرر الخاص*

المحتويات

الصفحة

٣	أولا - مقدمة
٤	ثانيا - المناقشة التي جرت في اللجنة السادسة بشأن هذا الموضوع

* يود المقرر الخاص أن يتقدم بالشكر إلى مؤسسة البحوث الألمانية، وبخاصة البروفيسور غيورغ نولتي، الذي مكنت دعوته الكريمة المقرر الخاص من إعداد هذا التقرير بصفة زميل في فريق برلين - بوتسدام للبحوث في مجال سيادة القانون الدولي في جامعة هامبولت في برلين. ويُعرب عن امتنان خاص إلى جوليان كولاغا، الطالب المساعد لدى فريق البحوث، الذي تطوع بترجمة عدة نصوص ألمانية مشار إليها في هذا التقرير. ويود المقرر الخاص أيضا أن يتقدم بالشكر إلى الأفراد التالية أسماؤهم لما قدموه من بحوث قيمة في مختلف الجوانب المشمولة بهذا التقرير: إميلي بوست - كاثروود (جامعة نيويورك)؛ ومنار محسن (أكاديمية جنيف للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان)؛ وماووسي فورماور (جامعة هارفارد)؛ وتجاسا تانكو وإيفيلين موغيري (معهد ماكس بلانك للقانون الإحرائي، لكسمبرغ)؛ وأنيل دي بير (جامعة بريتوريا)؛ ورومان بينشون (جامعة إيكس - مارسيليا، مجلس أوروبا)؛ وماريا دورديسكا (كلية جورج واشنطن للحقوق)؛ وكريستينا هيورياس، وإمي بيلشر، وألدنا رور (جامعة بوينس آيرس)؛ وأنيليزي نينبير (جامعة بريتوريا). وأعرب عن امتناني أيضا لشعبة التدوين في مكتب الشؤون القانونية لما قدمته من مساعدة في مجال البحث. وأشكر أيضا كل من قرأ المسودات الأولى لهذا التقرير وقدم تعليقات عليها.



الصفحة

٨		ثالثا - المقاربة المنهجية
١١		رابعا - التطور التاريخي لمفهوم القواعد الآمرة
١١		ألف - فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية
٢٠		باء - فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية وما قبل اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات
٣٢		خامسا - الطبيعة القانونية للقواعد الآمرة
٣٣		ألف - مكانة القواعد الآمرة في القانون الدولي
٤١		باء - الأساس النظري للطابع الأمر الذي تصطبغ به القواعد الآمرة
٥٢		جيم - العناصر الأساسية للقواعد الآمرة
٦٢		سادسا - صيغة النواتج المنبثقة عن أعمال اللجنة
٦٢		سابعا - الاستنتاجات
٦٣		مشروع الاستنتاج ١ - النطاق
٦٣		مشروع الاستنتاج ٢ - تعديل قواعد القانون الدولي والخروج عنها وإلغاؤها
٦٣		مشروع الاستنتاج ٣ - الطبيعة العامة للقواعد الآمرة
٦٣		ثامنا - الأعمال المقبلة

أولا - مقدمة

١ - قررت اللجنة في دورتها السادسة والستين (عام ٢٠١٤) إدراج موضوع "القواعد الآمرة" في برنامج عملها الطويل الأجل^(١). وأحاطت الجمعية العامة علماً، خلال دورتها التاسعة والستين، بإدراج هذا الموضوع في برنامج عمل اللجنة الطويل الأجل^(٢). وقررت اللجنة في دورتها السابعة والستين (عام ٢٠١٥) أن تدرج الموضوع في برنامج عملها الحالي وأن تعين له مقرراً خاصاً. وأحاطت الجمعية العامة علماً بهذا التطور منذ ذلك الحين^(٣).

٢ - ويخدم هذا التقرير الأول غرضين رئيسيين ويقترح ثلاثة مشاريع استنتاجات تحدد نطاق الموضوع وتبين الطبيعة العامة للقواعد الآمرة في القانون الدولي. فالغرض الأول لهذا التقرير هو بيان النهج العام الذي يتبعه المقرر الخاص في تناول الموضوع، والحصول بناء على ذلك على آراء اللجنة فيما يتعلق بالنهج المفضل اعتماده. والغرض الثاني هو إعطاء لمحة عامة عن المسائل المفاهيمية المتصلة بالقواعد الآمرة. وكلٌّ من النهج العام والمسائل المفاهيمية سيكونان بالضرورة مؤقتاً. وسيكون من الضروري إعادة تقييمهما وربما تعديلهما في سياق تناول هذا الموضوع. وبعبارة أخرى، سيكون من الضروري أن يتسم العمل المتعلق بهذا الموضوع بالانسياب والمرونة بحيث يسمح بإدخال التعديلات في سياق مضي المشروع قدماً.

٣ - ويتعلق الغرض الأول لهذا التقرير بمسائل منهجية متصلة بالنظر العام في الموضوع. وثمة عدد من المسائل المنهجية التي يثيرها طابع هذا الموضوع. وأول هذه المسائل الترتيب الزمني الذي سيجري فيه تناول المسائل الرئيسية التي حُددت في مخطط الدراسة هذا^(٤). وتتعلق المسألة الثانية بالأهمية النسبية التي يتعين إعطاؤها لمختلف المواد. وهناك قدر أكبر بكثير من الكتابات حول موضوع القواعد الآمرة مقارنة بما يتصل بها من ممارسات للدول أو اجتهاد قضائي. وهذا يثير مسألة الكيفية التي يتعين أن تتبعها اللجنة لتناول المواد بغرض

(١) تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها السادسة والستين (٥ أيار/مايو - ٦ حزيران/يونيه و ٧ تموز/يوليه - ٨ آب/أغسطس ٢٠١٤)، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/69/10)، الفقرة ٢٦٨ والمرفق. ويرد مقترح سابق قدمه السيد أندرياس ياكوفيدس لإدراج الموضوع في برنامج عمل اللجنة في حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٣، المجلد الثاني (الجزء الأول)، A/CN.4/454، الصفحة ٤٣٢.

(٢) انظر الفقرة ٨ من قرار الجمعية العامة ١١٨/٦٩ المؤرخ ١٠ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤.

(٣) انظر الفقرة ٧ من قرار الجمعية العامة ٢٣٦/٧٠ المؤرخ ٢٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٥.

(٤) حدد مخطط الدراسة أربع مسائل رئيسية، هي: (أ) طبيعة القواعد الآمرة؛ و (ب) الشروط اللازمة لتحديد القواعد الآمرة؛ و (ج) وضع قائمة توضيحية للقواعد؛ و (د) نتائج القواعد الآمرة أو آثارها. انظر الحاشية ١ أعلاه، المرفق، الفقرة ١٣.

الخلاص إلى استنتاجات. وتتعلق مسألة منهجية ثالثة بما إذا كان المشروع ينبغي أن يهدف، على النحو المبين في مخطط الدراسة، إلى تقديم قائمة توضيحية بالقواعد التي تعتبر حالياً قواعد آمرة أو ما إذا كان من الأفضل عدم إدراج قائمة من هذا القبيل. وأخيراً، سيتناول التقرير أيضاً برنامج العمل، باعتبار ذلك مسألة متصلة بالمنهجية.

٤ - أما الغرض الثاني، وهو تقديم لمحة عامة عن المسائل المفاهيمية، فهو موضوعي بدرجة أكبر. وهو يتعلق، في المقام الأول، بطبيعة القواعد الآمرة وتعريفها. ومع أن ثمة مسائل مفاهيمية أخرى، مثل العلاقة بين القواعد الآمرة والالتزامات تجاه كافة وكذلك العلاقة بين القواعد الآمرة وعدم جواز الخروج عن بعض القواعد القانونية، كان من الممكن تناولها في هذا التقرير، فإن المقرر الخاص ارتأى أن من الحكمة معالجة تلك المسائل في تقارير لاحقة. وسينظر في العلاقة بين الالتزامات تجاه كافة والقواعد الآمرة في إطار نتائج أو آثار القواعد الآمرة، بينما ستعالج مسألة أحكام عدم التقيد في معاهدات حقوق الإنسان في التقرير الثاني المتعلق بتحديد القواعد ذات الطابع الأمر. ولذلك، فهذا التقرير يقتصر على تحديد الطابع الأساسي للقواعد الآمرة. وسيجري تناول هذه المسألة على أساس دراسة تاريخية مقتضبة للقواعد الآمرة، وممارسات الدول، والأعمال السابقة للجنة، والاجتهاد القضائي، وما كُتب في الموضوع. وكما ذكر من قبل، سيلزم النظر من جديد في مسائل تعريف القواعد الآمرة، ولا سيما طبيعتها، في سياق المضي قدماً في مشروع الدراسة ومع تقييم المزيد من الممارسات.

٥ - وقبل تناول المسائل المحددة أعلاه ومن أجل توفير سياق مهم، سيبدأ التقرير في الفرع الثاني باستعراض موجز لآراء التي أعربت عنها الدول فيما يتعلق بإدراج هذا الموضوع في جدول أعمال اللجنة. ثم سيتناول الفرع الثالث من التقرير، بإيجاز، المسائل المحددة أعلاه المتعلقة بالمنهجية. وسيقدم الفرع الرابع لمحة عن التطور التاريخي للقواعد الآمرة، بغية تبيان طبيعتها الحالية وتحديد عناصرها الرئيسية. وسيقدم الفرع الخامس توليفاً عاماً لماهية طبيعة القواعد الآمرة وسيعرض تعريفاً عملياً لها. وسيقترح الفرع السابع ثلاثة مشاريع استنتاجات، بينما سيحدد الفرع الثامن برنامج العمل المقبل.

ثانياً - المناقشة التي جرت في اللجنة السادسة بشأن هذا الموضوع

٦ - من المفيد أن نبدأ بالإشارة إلى أن الدول، على العموم، رحبت بقرار اللجنة إدراج الموضوع، أولاً في برنامج عملها الطويل الأجل ثم لاحقاً في برنامج عملها الحالي. وللبرهنة على ذلك، يُذكر أنه من أصل ١٨ بياناً أُدلي بها في عام ٢٠١٤ تعليقاً على قرار اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها الطويل الأجل، أعرب ١٣ بياناً، باسم ٤٨ دولة، عن تأييد

قرار الإدراج. ولم يتضح موقف دولتين. واقترحت بولندا موضوعاً إضافياً متصلاً بالقواعد الآمرة، وهو واجب عدم الاعتراف بقانونية الحالات الناشئة عن إخلال جسيم من جانب دولة بالتزام ناشئ بموجب قاعدة آمرة، دون أن تعرب عن رأيها بشأن الموضوع الحالي، بينما أعربت اليابان عن شكوك تراودها بشأن الموضوع واهتمام به على حد سواء. وأعربت ثلاث دول فقط، هي فرنسا وهولندا والولايات المتحدة الأمريكية، عن شكوك بشأن جدوى وملاءمة تناول اللجنة لهذا الموضوع^(٥).

٧ - وبالمثل، في عام ٢٠١٥، أعرب عدد كبير من الدول في جلسات اللجنة السادسة عن تأييده إدراج الموضوع في جدول أعمال اللجنة^(٦). غير أن عدداً قليلاً من الدول ظل يعرب عن تحفظات بشأن قرار اللجنة إدراج الموضوع في جدول أعمالها^(٧). وذكر بعض الدول، بما في ذلك دول أيدت على العموم إدراج الموضوع، أنه ينبغي للجنة تناول الموضوع بحذر^(٨).

٨ - وأشار عدد كبير من الدول إلى أنه رغم القبول العام الذي يحظى به مفهوم القواعد الآمرة، فإن نطاقه ومضمونه الدقيقين ما زالا غير واضحين^(٩). وارتأى العديد من هذه الدول أن دراسة اللجنة للموضوع يمكن أن تساعد على توضيح القانون الدولي فيما يتعلق بالقواعد

(٥) الولايات المتحدة "لا [ترى] أنه من المفيد للجنة أن تضيف موضوع القواعد الآمرة إلى جدول أعمالها"، [A/C.6/69/SR.20](#)، الفقرة ١٢٣. أما فرنسا، فقد "[شككت] في إمكانية التوصل إلى توافق في الآراء بشأن الموضوع"، [A/C.6/69/SR.22](#)، الفقرة ٣٦. ورأت هولندا أنه "من الصعب تحديد وجود حاجة معينة للدول فيما يتعلق بتدوين مفهوم القواعد الآمرة أو تطويره تدريجياً"، [A/C.6/69/SR.20](#)، الفقرة ١٣.

(٦) انظر مثلاً بيان إكوادور (باسم جماعة دول أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي)، [A/C.6/70/SR.15](#)، الفقرة ٣٢؛ وبيان بيرو، [A/C.6/70/SR.17](#)، الفقرة ٥١؛ وبيان رومانيا، [A/C.6/70/SR.17](#)، الفقرة ٩٦؛ وبيان المملكة المتحدة، [A/C.6/70/SR.18](#)، الفقرة ٩؛ وبيان اليابان، [A/C.6/70/SR.18](#)، الفقرة ٢٣؛ وبيان السلفادور، [A/C.6/70/SR.18](#)، الفقرة ٥٠.

(٧) بالإضافة إلى الدول الثلاث التي أيدت تحفظات في الدورة التاسعة والستين، انظر بيان إسرائيل، [A/C.6/70/SR.18](#)، الفقرة ٦. وانظر أيضاً بيان الصين الوارد في الفقرة ١٩ من الوثيقة [A/C.6/70/SR.18](#)، والذي يُطلب فيه من اللجنة أن "تجمع معلومات عن ممارسة الدول قبل الشروع في إعداد دراسة متعمقة عن الموضوع". وانظر أيضاً بيان هولندا، [A/C.6/70/SR.17](#)، الفقرة ٧٨؛ وبيان فرنسا، [A/C.6/70/SR.20](#)، الفقرة ٢٥؛ وبيان الولايات المتحدة، [A/C.6/70/SR.19](#)، الفقرة ١٧.

(٨) انظر مثلاً بيان إسبانيا، [A/C.6/70/SR.18](#)، الفقرة ٦٠.

(٩) انظر مثلاً بيان النمسا، [A/C.6/69/SR.19](#)، الفقرة ١١٠؛ وبيان فنلندا (باسم دول الشمال الأوروبي)، [A/C.6/69/SR.19](#) في الفقرة ٨٦؛ وبيان اليابان، [A/C.6/69/SR.20](#)، الفقرة ٥٠؛ وبيان الجمهورية السلوفاكية، [A/C.6/69/SR.20](#)، الفقرة ٧٦. وذكرت جنوب أفريقيا أن "مفهوم القواعد الآمرة ما فتئ يكتنفه الغموض"، [A/C.6/69/SR.20](#)، الفقرة ١٠٩. وأشارت فرنسا إلى أن "الخلاف على الأسس النظرية لمفهوم القواعد الآمرة ونطاق تطبيقه ومضمونه يظل واسع النطاق"، [A/C.6/69/SR.22](#)، الفقرة ٣٦.

الآمرة^(١٠). غير أن ثمة اختلافات في نقاط التركيز. فبعض الدول ارتأى أن من الضروري تناول جميع العناصر الأربعة المحددة في مخطط الدراسة^(١١). وارتأى العديد من الدول أن أكبر مساهمة يمكن أن تقدمها اللجنة في فهم القواعد الآمرة تكمن في تحديد الشروط اللازمة لرفع قاعدة من القواعد إلى مرتبة القاعدة الآمرة^(١٢).

٩ - غير أن خلافاً أوسع نطاقاً قام بشأن ما إذا كان ينبغي للجنة تقديم قائمة توضيحية. فقد أعربت عدة دول، منها دول أيدت الموضوع بصفة عامة، عن بعض القلق إزاء القائمة التوضيحية. ومع أن دول الشمال الأوروبي أحاطت علماً بتنبيه اللجنة إلى أن القائمة ستكون بطبيعتها توضيحية وليست حصرية، فقد تخوفت من احتمال أن يؤدي وضع قائمة توضيحية فعلياً إلى خفض مرتبة بعض قواعد القانون الدولي الأخرى التي لا تقل أهمية عن هذه القواعد^(١٣). وارتأت إسبانيا بالمثل أن القائمة، حتى وإن جرى التنبيه إلى أنها توضيحية، سيُنظر إليها في نهاية المطاف على أنها قائمة جامعة مانعة^(١٤). وأثارت جنوب أفريقيا في بيانها مسألة اكتمال القائمة التوضيحية إذ أشارت إلى أنها ستكون قائمة غير وافية في نهاية الأمر، حتى وإن أمكن الاعتماد عليها في بداية صدورها^(١٥). ومع ذلك، ارتأى عدد من الدول أن إعداد قائمة توضيحية سيقدم إسهاماً مهماً في مجال القانون الدولي. فقالت سلوفاكيا إنها "تتطلع إلى رؤية القواعد الآمرة وقد تحددت"^(١٦). وبالمثل أعربت النمسا عن رأي مفاده أن اللجنة "ينبغي أن تضع قائمة توضح فيها القواعد التي حققت مركز 'القواعد

(١٠) انظر مثلاً بيان دول الشمال الأوروبي، المرجع نفسه، الفقرة ٨٦. وانظر أيضاً بيان المملكة المتحدة ("إن عمل اللجنة سيساعد على توضيح ما الذي يدخل في صميم مفهوم القواعد الآمرة، وما الذي لا يدخل في صميمه")، A/C.6/69/SR.19، الفقرة ١٧٨؛ وبيان السلفادور، A/C.6/69/SR.20، الفقرة ٩١؛ وبيان جنوب أفريقيا، المرجع نفسه، الفقرة ١٠٩؛ وبيان نيوزيلندا، A/C.6/69/SR.21، الفقرة ٣٣؛ وبيان قبرص، A/C.6/69/SR.24، الفقرة ٦٩.

(١١) انظر مثلاً بيان النمسا (الحاشية ٥ أعلاه)، الفقرة ١١٠؛ وبيان المملكة المتحدة، المرجع نفسه، الفقرة ١٧٨. وانظر أيضاً بيان رومانيا، A/C.6/69/SR.19، الفقرة ١٤٦.

(١٢) انظر بيان جنوب أفريقيا (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ١٠٩. وانظر أيضاً بيان دول الشمال الأوروبي (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٦ (عمل اللجنة يمكن أن يسهم "في توضيح الجوهر القانوني الدقيق للقواعد الآمرة، بما في ذلك العملية التي يتحدد من خلالها مدى استيفاء القواعد الدولية لشروط التصنيف كقاعدة آمرة"). ولاحظت هولندا، رغم عدم تأييدها للمشروع، "أنه قد يجدر النظر في تقديم نظرة عامة عن طريقة إضفاء صفة القاعدة الآمرة على قاعدة بعينها"، بيان هولندا (الحاشية ٥ أعلاه)، الفقرة ١٤.

(١٣) بيان دول الشمال الأوروبي (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٧.

(١٤) بيان إسبانيا A/C.6/69/SR.21، الفقرة ٤٢.

(١٥) بيان جنوب أفريقيا، (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ١١٣.

(١٦) بيان الجمهورية السلوفاكية (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٧٦.

الأمرة“^(١٧). واعتبرت المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية أن تحديد القواعد التي بلغت مرتبة القواعد الأمرة يستوي في الأهمية مع تحديد القواعد التي لم تبلغ تلك المرتبة^(١٨). ومن جهة أخرى، اعتمدت نيوزيلندا نهجا قائما على التريث والترقب، فأشارت إلى أن العمل الأساسي المتعلق بالشروط اللازمة لرفع قاعدة إلى مرتبة القواعد الأمرة ينبغي ”أن يشكل أساس النظر فيما إذا كان من المفيد إنجاز المهمة الأصعب من ذلك والمتمثلة في وضع قائمة توضيحية بالقواعد التي نالت مركز القواعد الأمرة“^(١٩).

١٠ - وأمعن العديد من الوفود النظر في موضوع نمو الاجتهاد القضائي المتصل بالقواعد الأمرة. فأشار البيان الذي أدلت به فنلندا، باسم دول الشمال الأوروبي، إلى قرارات ”دولية ووطنية“ استشهدت بقواعد أمرة^(٢٠). وارثني أن نظر اللجنة في هذا الموضوع من شأنه أن يساعد القضاة، ولا سيما قضاة المحاكم المحلية، على الإلمام بمفهوم القواعد الأمرة التي أصبح يُحتكم إليها على نحو أكثر تواترا^(٢١). غير أن مسألة الممارسة القضائية تثير مسألة مهمة متصلة بالمنهجية. فقد ارتأى بعض الدول أن النظر في الموضوع ينبغي أن يستند إلى الممارسات ذات الصلة من جانب الدول وليس إلى الممارسة القضائية. بل إن الولايات المتحدة استندت جزئياً في بياها غير المؤيد للمشروع على كون مخطط الدراسة، رغم احتوائه لحة عامة مفيدة عن كيفية تناول القواعد الأمرة من جانب محكمة العدل الدولية، لم يشر إلا إشارات قليلة إلى أمثلة فعلية لممارسات الدول^(٢٢). ولعل هذا الأمر يوحي بأن اللجنة إذا شرعت في النظر في الموضوع، فإنها ينبغي أن تفعل ذلك على أساس الممارسات الفعلية للدول وليس على أساس الممارسة القضائية فحسب. وأعربت دول أخرى، ولا سيما

(١٧) بيان النمسا (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ١١٠.

(١٨) بيان المملكة المتحدة (الحاشية ١٠ أعلاه)، الفقرة ١٧٦.

(١٩) بيان نيوزيلندا (الحاشية ١٠ أعلاه)، الفقرة ٣٣.

(٢٠) بيان دول الشمال الأوروبي (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٥. للاطلاع على بيانات أخرى تشير إلى وجود اجتهاد قضائي متعلق بالقواعد الأمرة، انظر بيان جنوب أفريقيا (الحاشية ٩ أعلاه، الفقرات ١٠٨ و ١٠٩ و ١١٠؛ وبيان جمهورية كوريا، A/C.6/69/SR.20، الفقرة ٤٦؛ وبيان الولايات المتحدة (الحاشية ٥ أعلاه)، الفقرة ١٢٣.

(٢١) انظر بيان دول الشمال الأوروبي (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٥، وبيان جنوب أفريقيا (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٦. وانظر أيضا بيان رومانيا (الحاشية ١١ أعلاه)، الفقرة ١٤٦.

(٢٢) انظر بيان الولايات المتحدة (الحاشية ٥ أعلاه)، الفقرة ١٢٣.

دول الشمال الأوروبي، عن رأي مفاده أن النظر في الموضوع ينبغي أن يستند إلى الممارسة القضائية، ولا سيما الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية^(٢٣).

١١ - وأقر معظم الدول بأن أهمية الموضوع تتطلب من اللجنة تناوله بعناية وحساسية. فترينيداد وتوباغو، على سبيل المثال، رحبت بإدراج المشروع في برنامج العمل الطويل الأجل للجنة، لكنها شددت على أن "هذا الموضوع ينبغي تناوله بالقدر الواجب من العناية والاحتراز"^(٢٤). ويوافق المقرر الخاص على هذه الدعوة إلى توخي الحذر وهو يعتزم بذل عناية كبيرة لضمان أن تجسد تقاريره الممارسة المعاصرة وألا يحيد عن الموضوع ليتناول نظريات لم تثبت صحتها. وعلى وجه الخصوص، ينبغي التشديد على أن هدف الدراسة التي تجريها اللجنة في الموضوع ليس إيجاد حل للنقاش نظري - رغم أنه سيشار بالضرورة إلى هذا النقاش - بل هو تقديم مجموعة من الاستنتاجات التي تعكس الحالة الراهنة للقانون الدولي فيما يتعلق بالقواعد الآمرة.

ثالثاً - المقاربة المنهجية

١٢ - يحدد مخطط الدراسة أربعة عناصر موضوعية ستتناولها اللجنة، وهي طبيعة القواعد الآمرة، وشروط رفع قاعدة من القواعد إلى مرتبة القاعدة الآمرة، ووضع قائمة توضيحية بالقواعد الآمرة، ونتائج القواعد الآمرة أو آثارها. وجميع هذه المسائل مترابطة بطريقة أو بأخرى. فما من شك في أن طبيعة القواعد الآمرة ستؤثر في الشروط. وستؤثر الأسس النظرية للقواعد الآمرة في المعايير التي تنطبق على رفع قاعدة من القواعد إلى مرتبة القاعدة الآمرة. فاتباع نهج قائم على القانون الوضعي، مثلاً، سيرتبط على الأرجح بما يسمى بنظرية الموافقة المزدوجة^(٢٥)، في حين أن اتباع نهج قائم على القانون الطبيعي من المرجح أن يستند

(٢٣) انظر بيان دول الشمال الأوروبي (الحاشية ٩ أعلاه)، الفقرة ٨٥.

(٢٤) بيان ترينيداد وتوباغو، A/C.6/69/SR.26، الفقرة ١١٨. انظر أيضاً بيان اليابان، A/C.6/69/SR.20، الفقرة ٥٠ ("ينبغي للجنة أن تمضي قدماً بشأنها بحذر وعلى أسس متينة")؛ ونيوزيلندا (الحاشية ١٠ أعلاه)، الفقرة ٣٣ (دعت إلى "أن تقدم اللجنة تحليلاً مفصلاً ودقيقاً")؛ وبيان جمهورية كوريا (الحاشية ٢١ أعلاه)، الفقرة ٤٦.

(٢٥) انظر مثلاً: 12 (Lauri Hannikainen *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Helsinki, 1988), at 12) (المادة ٥٣ تستلزم "موافقة مزدوجة"). وانظر: Jure Vidmar "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?" in Erika de Wet and Jure Vidmar (Eds.) *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford, 2012), at 25.

إلى قِيم لا تخضع لإرادة الدول^(٢٦). ويضاف إلى ذلك أن طبيعة القواعد الآمرة وشروط بلوغ مرتبتها كلاهما يتسم بأهمية محورية في تحديد القواعد التي لها صفة القواعد الآمرة. ولكن سيتسنى تعلم الكثير عن طبيعة القواعد الآمرة وشروطها من خلال تحليل بعض القواعد المصنفة كقواعد آمرة. وكما سيتضح فيما بعد، تعرّف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات القاعدة الآمرة من حيث نتائجها بأنها "قاعدة لا يُسمح بأي خروج عنها"^(٢٧). وهكذا، فإن مسألة النتائج تؤثر في العناصر الثلاثة الأخرى وتتأثر بها أيضاً.

١٣ - ويثير طابع الترابط الذي تتسم به العناصر المحددة في مخطط الدراسة مسألة منهجية تتعلق بتسلسلها. ويمكن القول إن مسألة التسلسل هذه تتوقف على ما إذا كان النهج المتبع استنتاجياً أو استقرائياً. ويرى المقرر الخاص أنه ليس من الضروري اتباع نهج ثابت فيما يتعلق بهذه المسألة المنهجية. وبدلاً من ذلك، يعتزم المقرر الخاص اتباع نهج سلس ومرن إقراراً منه بطابع الترابط الذي تتسم به العناصر. فسيلزم في بعض الأحيان إعادة النظر في مشاريع الاستنتاجات، سواء أكانت مقترحة أو معتمدة، في ضوء توصل الدراسة إلى نتائج جديدة بشأن عناصر لاحقة. ولتفادي التعقيدات التي لا لزوم لها، يمكن إدخال التعديلات قبل اعتماد مشاريع الاستنتاجات في القراءة الأولى. ومراعاة لذلك، يعتزم المقرر الخاص اتباع تسلسل العناصر على النحو المقترح في مخطط الدراسة.

١٤ - وتتمثل إحدى المسائل المنهجية المنبثقة عن مناقشات اللجنة السادسة فيما إذا كان عمل لجنة القانون الدولي ينبغي أن يستند إلى ممارسات الدول أو الاجتهاد القضائي أو المؤلفات. وعلى النحو المبين أعلاه، فإن مسألة دور ممارسات الدول يمكن أن تفسّر، جزئياً على الأقل، إحجام بعض الدول عن تقبّل الموضوع تماماً^(٢٨). ولا يرى المقرر الخاص أن ثمة حاجة إلى الابتعاد عن الطريقة العادية التي تتبعها اللجنة في عملها. بل ينبغي أن تشرع اللجنة وفقاً لممارستها المستقرة في النظر في طائفة متنوعة من المواد والمصادر، بطريقة متكاملة. وكما هو معتاد، تتناول اللجنة مواضيعها عن طريق إجراء تحليل دقيق لممارسات

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

(٢٧) المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا. انظر: Robert Kolb *Peremptory International Law: Jus Cogens* (Oxford, 2015), at 2: "بعبارة أخرى، تُحدّد القواعد الآمرة بخاصية معينة تتسم بها القاعدة المعنية، أي الحقيقة القانونية المتمثلة في أن هذه القاعدة لا يُسمح بالخروج عنها".

(٢٨) انظر بيان الولايات المتحدة (الحاشية ٥ أعلاه)، الفقرة ١٢٣.

الدول في جميع أشكالها^(٢٩) والممارسة القضائية والأدبيات وأي مواد أخرى ذات صلة. وكما هو الحال مع المواضيع الأخرى، ستحتاج اللجنة إلى تقييم الأهمية الخاصة التي ستولي لمختلف المواد.

١٥ - وكما نوقش أعلاه، أعربت الوفود في جلسات اللجنة السادسة عن آراء متباينة بشأن المقترح الداعي إلى تقديم قائمة توضيحية. فقد تخوفت بعض الدول من أن ينتهي الأمر بأي قائمة توضيحية إلى أن تعتبر قائمة مغلقة، مهما بلغت عناية اللجنة في تبيان أنها ليست سوى قائمة توضيحية. غير أن المقرر الخاص يرى أن اللجنة ينبغي ألا تمتنع عن إصدار قائمة توضيحية لجرد أنه يمكن إساءة تفسيرها باعتبارها قائمة حصرية على الرغم من التفسيرات الواضحة التي تؤكد العكس.

١٦ - ولربما تكون هناك مع ذلك أسباب مختلفة لإعادة النظر في القائمة التوضيحية. فالموضوع بحكم طبيعته يتعلق، على النحو المقترح في مخطط الدراسة، بالعملية والمنهجية وليس بمضمون سنن أو قواعد محددة. وبعبارة أخرى، فإن اللجنة لدى نظرها في هذا الموضوع هي، كما كان حالها بالنسبة لموضوع القانون الدولي العرفي، غير معنية بالقواعد الموضوعية؛ والموضوع الحالي يتعلق في الواقع بعملية تحديد القواعد الآمرة وآثارها. ويمكن أن يؤدي إعداد قائمة توضيحية إلى طمس طبيعة الموضوع الموجهة أساساً نحو هذه العملية، من خلال تحويل محور المناقشة إلى تبين المركز القانوني لقواعد محددة عوضاً عن تحديد المتطلبات والآثار الأعم للقواعد الآمرة.

١٧ - ولكن، حتى دون تقديم قائمة توضيحية، سيتعين على اللجنة أن تقدم بعض أمثلة القواعد الآمرة لكي توفر قدراً من التوجيه بشأن ماهية القواعد التي تصطبغ بهذه الصفة. وبعبارة أخرى، فإن اللجنة، من خلال تناولها العناصر المختلفة للموضوع مثل طبيعة القواعد الآمرة والمعايير اللازمة لرفع قاعدة إلى مرتبة القواعد الآمرة وآثار القواعد الآمرة، سيتعين عليها أن تقدم في الشروح أمثلة تدعم استنتاجاتها. وبهذه الطريقة ستتوافر قائمة توضيحية، ولو بشكل غير مباشر. بل قد تقرر اللجنة، في نهاية نظرها في الموضوع، أن تجمع الأمثلة المستخدمة في شروح القواعد الآمرة وأن تضعها في مرفق على شكل تجميع توضيحي

(٢٩) وفقاً لمشروع الاستنتاج ٦ من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، التي اعتمدها لجنة الصياغة، "تشمل أشكال ممارسة الدول، على سبيل المثال لا الحصر: الأعمال والمراسلات الدبلوماسية؛ والسلوك المرتبط بقرارات تتخذها منظمة دولية أو تُعتمد في مؤتمر حكومي دولي؛ والسلوك المرتبط بالمعاهدات؛ والسلوك التنفيذي، بما فيه السلوك التشغيلي في الميدان؛ والقوانين التشريعية والإدارية؛ وقرارات المحاكم الوطنية". انظر A/CN.4/L.869.

للقواعد التي أشير إليها. ولسوف يكون المقرر الخاص ممتناً إذا ما نقلت إليه اللجنة - بل والدول الأعضاء أيضاً - آراءها بشأن هذه المسألة الهامة جداً. ويُحبد أن تركز التعليقات بوجه خاص على ما إذا كان من المستصوب إدراج مرفق على هذه الشاكلة من الأساس؛ وإذا تقرر إدراج مثل هذا المرفق، فبأي طريقة يُبت في الأمثلة التي يُشار إليها: أتقتصر مثلاً على القواعد التي اعتبرتها اللجنة مستوفية لمعايير القواعد الآمرة، أم تشمل جميع القواعد التي استخدمتها اللجنة لضرب الأمثلة على خصائص القواعد الآمرة، أم القواعد الواردة في الأحكام القضائية التي اعتمدت اللجنة عليها؟

رابعاً - التطور التاريخي لمفهوم القواعد الآمرة

ألف - فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية

١٨ - يشكل تاريخ يمكن وصفه بالغني طبيعة القواعد الآمرة في القانون الدولي الحديث. ويُرجع بعض المؤلفين ظهور القواعد الآمرة في القانون الدولي إلى النصف الأول من القرن العشرين، مشيرين في كثير من الأحيان إلى العمل النافذ الأثر لألفريد فيردروس^(٣٠). لكن كلا من المفهوم، أو الفكرة، والمبدأ المتمثلين في أن القانون الدولي يتضمن في صلبه القواعد الأساسية التي لا يمكن الخروج عنها يمكن إرجاعه إلى وقت أبكر بكثير^(٣١). وهنا، لا بد من إيراد تنبيه. ففي حين أن التحليل التاريخي الوارد أدناه يمكن أن يؤثر إلى حد ما في

(٣٠) انظر: Markus Petsche "Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order" (2010) 29 Penn State

Levan Alexidze "The Legal Nature of Jus Cogens" *International Law Review* 233, at 238-239

in Contemporary International Law" (1981-III) 172 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de*

La Haye 229, at 228، حيث لاحظ المؤلف أن "مصطلح القواعد الآمرة لم يظهر في نظرية القانون الدولي

إلا منذ مدة قصيرة نسبياً (منذ بداية الثلاثينات من القرن الماضي)". وانظر: Alfred Verdross "Forbidden

Treaties in International Law" (1937) 31 *American Journal of International Law* 571

أخيراً: Paul B Stephan "The Political Economy of Jus Cogens" (2011) 44 *Vanderbilt Journal of*

Transnational Law 1073, at 1081، الحاشية ٢١، حيث يذكر المؤلف أن أبكر إشارة إلى القواعد الآمرة

في قاعدة بيانات Westlaw البحثية جاءت في المقال التالي: Ernest G Lorenz "Commercial Arbitration -

International and Interstate Aspects" (1934) 43 *Yale Law Journal* 716

Cogens" in Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2012, online

edition), at 1، حيث يذكر المؤلف أنه "من منظور القانون الدولي على نحو ما كان عليه في الجزء الأول

من القرن العشرين، بدا من الصعب تصور القواعد الآمرة، نظراً لأن إرادة الدول كانت تُرى في ذلك

الوقت باعتبارها تعلق على كل ما عداها".

(٣١) للاطلاع على تاريخ مفصل للمفهوم، أو الفكرة، ومصطلح القواعد الآمرة، انظر: Carnegie Endowment

for International Peace "The Concept of Jus Cogens in Public International Law" in *Papers and Proceedings:*

Report of a Conference in Lagonisi, Greece, April, 1966 (Geneva, 1976) at 18

تحديد بعض عناصر القواعد الآمرة، فإن الغرض الرئيسي من هذا الاستعراض التاريخي لا يتعدى تبيان التطورات التي أسهمت في نشأة القواعد الآمرة. ولا تشكل بعض التطورات في حد ذاتها قواعد آمرة، وإن كانت ربما تشبه القواعد الآمرة. وينبغي ألا يُستنتج أن التطورات هي ذاتها أمثلة على القواعد الآمرة في القانون الدولي، بل هي بالأحرى أحداث أرست ركائز قبول القواعد الآمرة في القانون الدولي.

١٩ - ويبدو أن لفكرة قواعد القانون التي لا يجوز الخروج عنها سوابقها في القانون الروماني الكلاسيكي. وقد ظهر مصطلح *jure cogente* (القواعد الآمرة) نفسه للمرة الأولى في خلاصة جستنيان، وإن كان ذلك في سياق غير ذي صلة^(٣٢). ومع ذلك، فإن الفكرة نفسها القائلة بوجود قواعد لا يُسمح بالخروج عنها يمكن العثور عليها في القانون الروماني. ففي عدة مقاطع من الخلاصة، تظهر الملاحظة التالية: "*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*"، التي تعني حرفياً أن "المواثيق الخاصة لا يمكن أن تحيد عن القانون العام"^(٣٣). ووفقاً لكاسر، فإن عبارة "*jus publicum*" لها معنى أوسع من عبارة "القانون العام"، وهي تشير إلى جميع القواعد التي لا يجوز للأفراد أن يحدوا عنها باتفاقات منفصلة^(٣٤). وبعبارة أخرى، تشير عبارة "*Jus publicum*" إلى القواعد التي لا يُسمح بالخروج عنها ولو بالاتفاق - وهو ما يمكن أن يسمى القواعد الآمرة "*Jus cogens*"^(٣٥). وبالمثل، فإن مدونة جستنيان تنص على ما يلي: "*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*"^(٣٦)، وهو ما يعني أن "الاتفاقات المخالفة للقوانين أو الدساتير، أو المخالفة للأخلاق الحميدة، ليست ذات مفعول". وقد أدت هذه الفكرة القائلة بأن الاتفاقات المخالفة للأخلاق الحميدة ليست لها قوة القانون دوراً في نشأة القواعد الآمرة.

٢٠ - وفي تقرير صدر عام ١٩٦٥ وأعدّه حقوقيون بارزون، منهم إريك سوي، ذكر أنه لا يمكن العثور على مصطلح القواعد الآمرة "في أي نص سابق للقرن التاسع عشر"، ولكن فكرة وجود قانون أعلى مثله لا يُسمح بالخروج عنه "تمتد كخيوط يتخلل نظرية وفلسفة

(٣٢) انظر: D 39.25 Pr 1.29، حيث يقول بايينوس: "*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*" (وهو ما يترجم بتصرف إلى "الهبة هي ما يُعطى دون أن يكون العطاء بموجب حق").

(٣٣) انظر: D. II 14.38. ويظهر هذا الاقتباس أيضاً في: D. XI 7.

(٣٤) انظر: Max Kaser *Das Römische Privatrecht* (Munich, 1955), at 174-175.

(٣٥) انظر: Carnegie Endowment، (الحاشية ٣١ أعلاه)، الصفحة ١٨.

(٣٦) انظر: *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus, 2.3.6*.

القانون بأكملهما^(٣٧). ويُرجع التقرير استخدام عبارة القواعد الآمرة لأول مرة إلى البانديكتيين (Pandectists) - وهم أعضاء حركة ألمانية تخصصت في القرن التاسع عشر في دراسة خلاصة جستنيان (المعروفة أيضا بمجموعة القوانين الرومانية "Pandects") - الذين قبلوا "التمييز بين 'القواعد الآمرة' (jus cogens) و 'القواعد الرضائية' (jus dispositivum) باعتباره أمراً بديهياً"^(٣٨).

٢١ - بيد أن الفكرة القائلة بأن هناك بعض قواعد القانون الدولي التي تنطبق بمعزل عن إرادة الدول كانت موجودة في وقت أبكر بكثير من القرن التاسع عشر وهي تُنسب في كثير من الأحيان إلى كتاب مثل هوغو دي غروت (المعروف على نطاق واسع للمحاميين الدوليين باسم "غروتوريوس") وإيمير دي فاتيل وكريستيان وولف^(٣٩). وقد مثل أولئك الكتاب مذهب القانون الطبيعي، الذي يمكن أن يُرجع هو نفسه إلى الفلسفة اليونانية، والذي يفترض مسبقاً وجود "مجموعة من القوانين" التي تتسم بأنها "أساسية وغير قابلة للتغيير وفي كثير من الأحيان غير مكتوبة"^(٤٠). ويزخر الفصل الأول من الكتاب الأول لغروتوريوس *De Jure Belli Ac Pacis* [عن قانون الحرب والسلام] بالإشارات التي تحيل إلى القانون غير القابل للتبدل، الذي يتمثل وفق رأيه في القانون الطبيعي^(٤١). وفي مقطع يُقتبس كثيراً، يذكر غروتوريوس أن "قانون الطبيعة غير قابل للتعديل حتى أن الله نفسه لا يستطيع تغييره. فكما أن الله لا يستطيع مثلاً أن يبدل حاصل ضرب اثنين باثنين بغير أربعة، فهو لا يستطيع كذلك أن يبدل ما هو شرير في جوهره ليصبح غير شرير"^(٤٢). وهو لا يخلص فقط إلى أن

(٣٧) انظر: Carnegie Endowment (الحاشية ٣١ أعلاه)، الصفحة ١٩.

(٣٨) المرجع نفسه.

(٣٩) انظر: Alexidze (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٢٨، حيث يذكر أن: "آباء علم القانون الدولي البرجوازي - فرانسيسكو دي فيتوريا، وفرانسيسكو سواريز، وأيالا بالتزار، وألبيريكو جيتيلي، وهوغو غروتوريوس - شددوا على الطابع الأمر لقواعد القانون الطبيعي، حيث جعلوها فوق القانون الوضعي". وانظر أيضاً: A. Jacovides "Treaties Conflicting with Peremptory Norms of International Law and the Zurich-

London Agreement" in Andrew Jacovides (ed.) *International Law and Diplomacy* (The Hague, 2011), at 18

(٤٠) للاطلاع على تاريخ كامل لتطور هذه الفكرة، انظر: Lord Lloyd of Hampstead and MDA Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, 1985), at 106 et seq.

(٤١) انظر: (Hugo Grotius *The Rights of War and Peace in Three Books* (Paris, 1652, translated by J Barbeyrag, 1738).

(٤٢) المرجع نفسه. في الكتاب ١، الفصل الأول، الفرع العاشر - ٥. انظر أيضاً الكتاب ١، الفصل الأول، الفرع السابع عشر ("وبالتالي، لا يجوز أن يتعارض ما يسمح به القانون مع قانون الطبيعة").

قانون الطبيعة غير قابل للتغير، بل يصفه أيضا بأنه "عادل" و "شامل"^(٤٣). ويذكر فاتيل، استناداً إلى مذهب غروتوس، أن "قانون الطبيعة الضروري غير قابل للتبدل" وأن الدول لهذا السبب "لا تستطيع أن تُدخل عليه أي تغييرات عن طريق اتفاقياتها، ولا أن تستغني عنه في سلوكها، ولا أن تحلّ إحداها الأخرى من مراعاته"^(٤٤). وهو يسهب فيقول إن هذا هو "المبدأ الذي يتيح لنا التمييز بين الاتفاقيات أو المعاهدات القانونية والاتفاقيات أو المعاهدات غير القانونية، وبين الأعراف البريئة والرشيدة والأعراف الجائرة أو المستهجنة"^(٤٥). ولم يواجه مفكرو مدرسة القانون الطبيعي، الذين هيمنوا على المشهد الفقهي في القرن السابع عشر، صعوبة تذكر في قبول الفكرة القائلة بأن القانون الطبيعي غير قابل للتبدل وأن القانون الوضعي - قانون المعاهدات والقانون الدولي العرفي - يجب أن يتوافق مع القانون الطبيعي^(٤٦).

٢٢ - وبصعود نجم مذهب القانون الوضعي إزاء القانون الدولي في القرن التاسع عشر، نشأ مفهوما السيادة وإرادة الدولة بوصفهما النظرية المهيمنة في فهم طبيعة القانون الدولي وقوته الملزمة^(٤٧). وفي المقابل، توارت نظريات القانون الطبيعي، ومعها فكرة القانون غير القابل للتبدل، بصورة تدريجية وانحسرت عنها الأضواء. لكن نُهج القانون الطبيعي إزاء القانون الدولي لم تختف تماماً حتى في عصر المدرسة الوضعية، ويمكن ملاحظتها في الأدبيات

(٤٣) المرجع نفسه، الكتاب ١، الفصل الأول، الفرع السابع عشر - ١ ("بما أن قانون الطبيعة .. أبدي وغير قابل للتغير، فلا سبيل إلى أن يأمر الله، الذي يسعه أن يكون ظالماً، بشيء يخالف هذا القانون")؛ والكتاب ١، الفصل الأول، الفرع العاشر - ٦ ("لئن كان قانون الطبيعة، الذي يظل واحداً أبداً، لا يتغير، فإن الشيء الذي يحدد قانون الطبيعة مصيره [يمكن أن يطرأ عليه بعض التغير]")؛ والكتاب ١، الفصل الأول، الفرع الثالث - ١ ("لأن الأمر الجائر هو ما تنفر منه فطرة مجتمع المخلوقات العاقلة")؛ والكتاب ١، الفصل الأول، الفرع الثاني عشر ("قانون الطبيعة، [الذي] يعتقد الجميع عموماً، أو على الأقل معظم الأمم المتقدمة، أنه [شامل]. فإحداث أثر شامل يتطلب سبباً شاملاً. ولا يُرجح أن يكون هذا الرأي العام معزواً إلى أي سبب آخر، باستثناء ما يسمى الفطرة السليمة").

(٤٤) انظر: Emer de Vattel *Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to Conduct and Affairs* (1758, translated by CG and J Robinson, London, 1797), at § 9.

(٤٥) المرجع نفسه.

(٤٦) انظر: J.L. Brierly *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford, 6th Edition, edited by Humphrey Waldock, 1963), at 18-20.

(٤٧) فيما يتعلق بصعود نجم المدرسة الوضعية في القانون الدولي وتأثيرها في سن القوانين، انظر: Dire Tladi and Polina Dlagnekova "The Will of the State, State Consent and International Law: Piercing the Veil of Positivism" 21 *SA Public Law* 111, at 112 *et seq* (2006).

القانونية للقرنين التاسع عشر والعشرين^(٤٨). ويحدد هانكيابين الكتاب الذين اعتمدوا، في القرن التاسع عشر، على مذهب القانون الطبيعي - أو على عناصر خارجة عن القانون الوضعي على أية حال - وكذلك الكتاب الذين اعتمدوا على القانون الوضعي لدعم الفكرة القائلة بأن هناك قواعد في القانون الدولي تحمي مصالح المجتمع الدولي ولا يمكن التحلل منها، أي لا يُسمح بالخروج عنها^(٤٩). وعلاوة على ذلك، استمر، حتى مع صعود نجم المدرسة الوضعية، الأخذ بالفكرة القائلة بأن هناك قواعد معينة تخدم المصلحة المشتركة^(٥٠). وبهذا المعنى، يشير أليكسيديزي إلى أن "معتنقي المذهب الوضعي في القرنين التاسع عشر والعشرين، باستثناء أشدهم تطرفاً، لم يقبلوا بالحرية الكاملة لإرادة الدول في إبرام معاهدة وأولوا طابعاً آمراً للمبادئ الأساسية للقانون الدولي 'التي تعترف بها جميع الدول المتقدمة في العالم'"^(٥١). وفي عام ١٨٨٠، كتب غيورغ جيلينك أن المعاهدة يمكن أن تكون باطلة

(٤٨) انظر على سبيل المثال: Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico crítico* (Mexico, 1982), at 5-6. حيث يشير المؤلف إلى كتابات كريستيان فريدريك غلوك [Christian Friedrich Glück] وبيرنهارد ويندشيد [Bernhard Windscheid].

(٤٩) انظر: Hannikainen، (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحات ٤٥-٤٨. ومن الكتاب الذين طرحوا، على حد قول هانيكاين، تفسيرات تستند إلى مذهب القانون الطبيعي أو تميل إليه للقواعد التي لا يمكن الخروج عنها: (1879) I-II Vols *Phillimore Commentaries upon IL* و (1864) *von Martens, Precis de Droit de gens* و (1918) *Kolhler Grundlagen des Völkerrechts*. ومن الكتاب الذين شرحوا، على حد قول هانيكاين، فكرة القواعد الملزمة باستخدام مذاهب القانون الوضعي: (1894) *Ottfried Nippold Der Völkerrechtliche Vertrag – seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale recht*.

(٥٠) انظر: Hannikainen، (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحة ٣٥. وانظر أيضاً: Lassa Oppenheim *International Law: A Treatise* (London, 1905)، at 528، 8th Edition 1924، و William Hall، *A Treatise on International Law*، originally published in 1884، 382-83، (حيث يؤكد المؤلف أن ”المبادئ الأساسية للقانون الدولي“ يمكن أن ”تبطل [الاتفاقات الدولية المتضاربة] أو أن تجعل إبطالها ممكناً على الأقل“). وانظر أيضاً: Christian Tomuschat “The Security Council and *Jus Cogens*” in Enzo Cannizzaro (ed.) *The Present and Future of Jus Cogens* (Rome, 2015)، at 11، الذي يذكر بحذر أكبر أنه ”حتى خلال القرن التاسع عشر عندما جرى التخلي نهائياً عن القانون الطبيعي كمنبع للقانون وتزايد الأخذ بمذهب المدرسة الوضعية بمعنى أن القانون الدولي أصبح ينشأ عن الإرادة المنسقة للدول، رأى بعض المؤلفين أن هناك مجموعة أعلى، مرتبة من القواعد تفرض القيود على سلطات الدول في إبرام المعاهدات“.

(٥١) انظر: Alexidze، (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٢٩. وانظر على سبيل المثال: Antoine Pillet “Le Droit International Public, Ses Éléments Constitutifs, Son Domaine, Son Object” (1894) 1 *Revue Générale de Droit International Public*, at 20، حيث يحتج المؤلف بما سماه “droit absolu et impérueux” (“القانون المطلق والأمر”)، الذي هو “le droit commun de l’humanité” (“القانون المشترك للبشرية”). ولا يساوي أنطوان بيه في الصفحتين ١٣ و ١٤ من مؤلفه بين هذا القانون المشترك للبشرية والقانون الطبيعي الكلاسيكي، وذلك لأسباب منها أن “la pratique des nations a toujours reconnu et observe” القانون المشترك للبشرية (“ممارسة الدول اعترفت دوماً [بالقانون المشترك للبشرية] وتقبلت به”). وانظر أيضاً: Antoine Rougier “La Théorie de l’intervention d’humanité” 1910 *Revue Générale de Droit International Public* 468 بد “l’existence d’une règle de droit supérieure aux législations positives, le droit humain” (“وجود قاعدة قانونية تسمو على التشريعات الوضعية، أي القانون البشري”) فيما يبدو وكأنه احتجاج بالقانون الطبيعي، ويعلن أن: “la notion de droit naturel, beaucoup plus morale que juridique ne permettait pas d’arriver à la précision suffisante dans la détermination des actes permettant ou prohibant cette règle suprême” (“فكرة القانون الطبيعي، التي تتسم بالأخلاقية أكثر من اتسامها بالقانونية، لم تسمح بتحقيق درجة كافية من الدقة في تحديد الأفعال التي تبيحها القاعدة العليا أو تحظرها”).

إذا كان من المستحيل أداء الالتزامات التي تفرضها، وأن الاستحالة تشمل الاستحالة المادية والمعنوية^(٥٢). ويفسر هانز كيلسن باقتدار في مؤلفه "نظرية القانون البحتة"^(٥٣) هذا التناقض الذي يعتري مذهب المدرسة الوضعية إزاء المثل الأعلى الذي يشكله "القانون غير القابل للتبدل". ويعترف أوتفرايد نيبولد، على سبيل المثال، بأن المعاهدات غير الأخلاقية، من قبيل تلك التي تجيز الرق، هي معاهدات باطلة بموجب القانون الدولي^(٥٤). غير أن هذا الاستنتاج يستند كلياً إلى القانون الوضعي والمعاهدات القائمة^(٥٥). وييدي هانيكاينن نفسه الملاحظة التالية بشأن فكرة القواعد الآمرة، بعد أن قيّم أدبيات الفترة السابقة لنهاية الحرب العالمية الثانية:

(٥٢) انظر: Georg Jellinek *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag Zur Juristischen Construction des* (Wien, 1880), at 59-60. *Volkerrechts* (Wien, 1880), at 59-60. Daher kann ein vertrag nur zu stande kommen, wenn eine zulässige *causa* vorhanden ist. Dass nur das rechtlich und sittlich mögliche gewollt werden darf, ergibt sich vor Allem aus der erwägung dass man durch die zulässigkeit des rechtlich und sittlich unmöglichen als vertragsinhaltes dem volkenrechtliche unrecht könnte ja sonst dadurch zum rechte erhoben werden, dass man es zum rechtsgiltigen inhalt eines vertrages erhebt ...[und] ganze verstrasrecht wäre somit illusorisch. Was insbesondere das sittliche mögliche anbelangt, so folgt die ausschliessliche zulässigkeit derselben als vertraginhalt aus dem ethischen character des rechts, welches seiner natur nach nie das aus dem ethischen gebiete gänzlich ausgewiesen billigen darf. "... لا يجوز إبرام معاهدة إلا إذا كان هناك سبب مسموح به. والسبب الذي يوجب ألا يسعى المرء إلا لما هو ممكن قانونياً وأخلاقياً ينبع أساساً من الرأي القائل إن السماح لما هو مستحيل قانونياً وأخلاقياً بأن يشكل مضمون معاهدة إنما هو تقويض للقانون الدولي. وكل ما هو ظالم بموجب أحكام القانون الدولي يمكن أن يرقى إلى مستوى القانون من خلال رفع مرتبته إلى مرتبة المحتوى الملزم قانوناً للمعاهدات ... [و] يمكن أن يصبح القانون الدولي بأكمله مجرد وهم. وفيما يتعلق بما هو ممكن أخلاقياً، فإن إجازته وحده كمضمون للمعاهدات يُستدل عليه من الطابع الأخلاقي للقانون، الذي يجب بحكم طبيعته ألا يقر ما هو مرفوض تماماً من الناحية الأخلاقية".]". وانظر أيضاً Tomuschat، (الحاشية ٥٠ أعلاه)، الصفحة ١١، حيث يناقش المؤلف عمل فيلهيلم هيفتر (Wilhelm Heffter)، الذي اعتمد على الاستحالة القانونية والأخلاقية في آن واحد كأساس من أسس القانون الوضعي لإثبات بطلان المعاهدات.

(٥٣) انظر: Hans Kelsen *The Pure Theory of Law: Its Method and Fundamental Concepts*, 1934, translation by (Charles H Wilson in (1934) 50 *The Law Quarterly Review* 474, at 483-484 (Chapter II, para. 10) "والواقع أن القانون لم يعد يعتبر فئة أبدية أو مطلقة ... غير أن فكرة وجود قيمة قانونية مطلقة لم تتبدد تماماً بل هي تحيا في إطار المفهوم الأخلاقي للعدالة الذي لا يزال الفقه الوضعي يتشبث به ... إن علم القانون لم يصبح بعد وضعياً تماماً، وإن كان كذلك في أغلبه".

(٥٤) انظر: Nippold، (الحاشية ٤٩ أعلاه)، الصفحة ١٨٧.

(٥٥) المرجع نفسه، الصفحة ١٨٧ (Die beispiele welche die völkerrechtliche geltung jenes postulates beweisen sollen dürfen nur aus positven vertragen geschöpf warden. Sobald man anfängt selbst beispiele zu konstruieren, predigt man – naturrecht." الأمثلة، التي يجب أن تثبت صحة هذه المسلمات في إطار القانون الدولي، يجب أن تستقى من المعاهدات الوضعية دون غيرها. فما أن يشرع المرء في وضع الأمثلة منفرداً حتى يأخذ في التبشير بالقانون الطبيعي").

لا يمكن أن يُستدل على أن الفقه قدم أدلة قوية على عدم قانونية المعاهدات التي لها غرض غير مشروع أو بطلانها. بيد أن هناك قدرا كبيرا من الإصرار على عدم قانونية تلك المعاهدات أو بطلانها، وهو ما يكشف عن قناعة العديد من الكتاب بأن هناك قواعد معينة ذات طابع مطلق تحمي المصالح المشتركة الحيوية للدول والنظام الدولي وهي قواعد لا يُسمح بالخروج عنها^(٥٦).

٢٣ - وجوهر هذه المقولة أنه على الرغم من كثرة تأكيدات الفقهاء على عدم قانونية المعاهدات على أساس القواعد التي لا يجوز الخروج عنها، فإنه لا يتوافر من ممارسات الدول ما يؤيد هذه التأكيدات. غير أن ما أورده هانيكاين يوحى بأن الكتابات التي تسلّم بعدم جواز الخروج عن قواعد معينة تناقصت سواء من حيث الكم أو من حيث الكثافة^(٥٧). وقد يكون هذا الأمر صحيحا، لكن هانيكاين نفسه يشير إلى أنه في القرن التاسع "كان حظر القرصنة يُشكّل [بالفعل] قاعدة راسخة وأنّ القراصنة كانوا يُعتبرون بمثابة أعداء للإنسانية (*hostis humani generis*)"^(٥٨). ومن المفترض بناء على ذلك أن الدول لم يكن يجوز لها، حتى في تلك المرحلة، أن تتفق على إبرام معاهدات لتيسير ممارسة القرصنة. وفيما يتعلق بالوقائع التاريخية التي تشير إلى تنفيذ المعاهدات غير الأخلاقية المبرمة عبر التاريخ كممارسة للدول، يُلاحظ جيلينك أن "الأثر القانوني المترتب على هذا الأمر ضئيل بقدر ضالة الأثر القانوني المترتب في القانون الخاص على إبرام وإعمال طائفة من العقود غير الأخلاقية"^(٥٩). ومن ثم يتبين أنه حتى في عصر القانون الوضعي الذي ساد أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين قبل الحرب العالمية الأولى، كانت فكرة القواعد التي لا يتسنى للدول التحلّل منها فكرة مقبولة على ما يبدو، ولو من المنظور الفقهي.

٢٤ - وشهدت فترة ما بعد الحرب العالمية الأولى عودة مذهب سمو بعض القواعد على غيرها. وكان لاعتماد عهد عصبة الأمم دورا هاما في تعميم فكرة القواعد التي لا يجوز الخروج عنها، باعتبارها رافدا هاما من روافد الفكر القانوني الدولي. فهانيكاين، مثلا، يشير إلى عهد عصبة الأمم في معرض تقديمه الأمثلة على القواعد الآمرة أو ما يشبهها^(٦٠). ولا شك أن العهد به عدد من الأحكام التي تنسجم مع فكرة القانون الآمر، ولكن ذلك

(٥٦) انظر: Hannikainen (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحتان ٤٨ و ٤٩.

(٥٧) المرجع نفسه.

(٥٨) المرجع نفسه، الصفحة ٣٦.

(٥٩) انظر: Jellinek (الحاشية ٥٢ أعلاه)، الصفحة ٥٩.

(٦٠) انظر: Hannikainen (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحات ١١٤-١١٦.

لا يعني أنها قواعد آمرة^(٦١). ويُشار أولاً إلى فكرة "الجماعة" أو "المصلحة المشتركة" التي تعتبر، كما يتبين من التطور التاريخي الموصوف أعلاه، من العناصر الهامة لأي فهم لمسألة عدم جواز الخروج عن قواعد معينة - سواء أكان ذلك الفهم مستنداً إلى فكر مدرسة القانون الطبيعي أو مدرسة القانون الوضعي. وتنص المادة ١١ من عهد عصبة الأمم على أن "الحرب أو التهديد بالحرب مسألة تهم العصبة برمتها". والأهم من ذلك هو أن المادة ٢٠ تنص على أن العهد يبطل كل الالتزامات التي لا تتسق مع أحكامه وأن الأعضاء "لا يرمون أي التزامات لا تتسق" مع أحكام العهد. ومع ذلك، فإن المادة ٢٠، باعتبارها قاعدة تعاهدية لا تنطبق إلا على الأطراف في المعاهدة ويمكن تعديلها بل وإلغاؤها بموجب اتفاق لاحق، لا يمكن طرحها كمثال على القانون الأمر، على الأقل في سياق الفهم الكلاسيكي للقواعد الآمرة. بيد أنها تبقى مثلاً هاماً على تطور ممارسات الدول فيما يتعلق بعدم جواز الخروج على قواعد معينة استناداً إلى قيم المجتمع الدولي الأساسية. وقد عبّر ألفريد فيردروس عن هذا التطور خير تعبير في مقاله الشهير الصادر في فترة ما بين الحربين العالميتين عن المعاهدات المحظورة. ويستند فيردروس في منهجيته إلى القانون الطبيعي، فيقول إنه "لا يمكن لأي نظام قانوني ... أن يقبل بمعاهدات يرميها أشخاص اعتباريون في تناقض واضح مع أخلاقيات جماعة معينة"^(٦٢). ويذكر فيردروس، الذي كان هو نفسه من أعضاء لجنة القانون الدولي، أن النصوص التي وضعتها اللجنة عن القواعد الآمرة في مشاريع المواد تأثرت بمقاله هذا^(٦٣). وكتب ستيفان قائلاً إن أهوال الحرب العالمية الثانية، وبخاصة فظائع النازية، هي التي دفعت فقهاء القانون على "اعتماد مفهوم [القواعد الآمرة] كوسيلة يحاولون بها التعامل" مع تلك الفظائع^(٦٤).

٢٥ - وعلاوة على الأدبيات وعلى القدر المحدود من ممارسات الدول الذي أشار إليه هانيكاين، توجد أيضاً بعض الممارسات القضائية التي تحيل إلى القواعد الآمرة. فقد تضمن الرأي الفردي الصادر عن القاضي شوكينغ في قضية أوسكار تشين المعروضة في عام ١٩٣٤

(٦١) عهد عصبة الأمم، المعتمد في باريس في ٢٩ نيسان/أبريل ١٩١٩.

(٦٢) انظر: Verdross (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٥٧٢.

(٦٣) انظر: Alfred Verdross "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law" (1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 55.

(٦٤) انظر: Stephan (الحاشية ٢٦ أعلاه)، الصفحة ١٠٨١. وانظر أيضاً: Frowein (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ١.

على محكمة العدل الدولي الدائمة إشارة صريحة إلى القواعد الآمرة^(٦٥). وذهب القاضي شوكنينغ في هذا الرأي إلى أن المعاهدة تكون باطلة إذا كانت غير متسقة مع قاعدة أخرى من قواعد القانون الدولي المنصوص عليها في الصك العام الموقع في برلين^(٦٦). ويسلم القاضي شوكنينغ في رأيه المستقل بأن "فقه القانون الدولي المتعلق بهذه النوعية من المسائل لم يتطور بدرجة كبيرة"^(٦٧). ولكنه يذكر أن بالإمكان "وضع قاعدة آمرة تنتج أثراً يفضي إلى بطلان القوانين تلقائياً إذا ما اعتمدت تلك القوانين على نحو يتناقض مع قواعد قانونية معينة اتفقت عليها الدول وتعهدت أيضاً بعدم جواز تغييرها من قبل عدد محدود منها"^(٦٨). ولئن كان عدم جواز الخروج عن قواعد معينة هنا قائماً على أحكام تعاقدية لا تُلزم إلا الأطراف في معاهدة سابقة، فمن المؤكد أنه يشكل انفتاحاً على فكرة عدم قابلية قواعد معينة للاستثناء.

٢٦ - واستشهد بالقواعد الآمرة أيضاً في أحد قرارات التحكيم الصادرة عن لجنة المطالبات الفرنسية - المكسيكية في قضية بابلو ناجيرا^(٦٩). إذ قامت لجنة المطالبات في هذا القرار بتفسير المادة ١٨ من عهد عصبة الأمم، التي تشترط تسجيل المعاهدات، باعتبارها قاعدة لها "طابع القاعدة القانونية التي لا يجوز للدول، التي هي أعضاء في عصبة الأمم، أن تخرج عنها بموجب أحكام خاصة تُبرمها فيما بينها (قاعدة آمرة)"^(٧٠). وقد ارتأت لجنة المطالبات بطبيعة الحال أن القاعدة المذكورة لا تنطبق إلا فيما بين الأعضاء في عصبة الأمم وليس فيما بينهم وبين الدول غير الأطراف في العصبة^(٧١). ولئن كان قرار لجنة المطالبات هذا لا يستند إلى الفهم المعاصر للقواعد الآمرة، فإنه قرار مهم لقبوله بفكرة وجود قواعد لا يُسمح، من حيث المبدأ، بالخروج عنها.

٢٧ - ورغم قلة الممارسات التي تدعم مفهوم القواعد التي لا يجوز الخروج عنها - وارتباطها إن وجدت بأحكام عدم التقييد الواردة في المعاهدات وليس بالقواعد الآمرة

(٦٥) انظر الرأي الفردي للقاضي شوكنينغ في: *The Oscar Chinn case*, Judgment of 12 December 1934, *Permanent Court of International Justice*, Ser. A/B No. 63, p. 65, at 148.

(٦٦) المرجع نفسه.

(٦٧) المرجع نفسه، الصفحة ١٤٨.

(٦٨) المرجع نفسه.

(٦٩) انظر: [بابلو ناجيرا (فرنسا) ضد الولايات المتحدة المكسيكية] *Pablo Najera (France) v United Mexican States*, Decision No. 30-A of 19 October 1928, Vol V *UNRIIAA* 466, at 470.

(٧٠) المرجع نفسه (المادة ١٨ لها "has the character of a rule from which States, members of the League of Nations, were not free to derogate from").

(٧١) المرجع نفسه، الصفحة ٤٧٢.

بطابعها التقليدي - فإن فكرة وجود قواعد معينة لا يجوز للدول التحلّل منها كانت، في الأدبيات على الأقل، فكرة مقبولة على نطاق واسع حتى قبل نشوب الحرب العالمية الثانية. ولعل الأمر الذي أثار الجدل هو الأساس الذي يقوم عليه المبدأ وليس المبدأ نفسه.

باء - فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية وما قبل اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات

٢٨ - كان اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (يشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية فيينا")^(٧٢) وأعمال لجنة القانون الدولي التي أفضت إلى إبرامها أهم التطورات التي شهدتها فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية فيما يتعلق بالقواعد الآمرة. وعلى غرار المادة ٢٠ من عهد عصبة الأمم، تشكل المادة ١٠٣ من ميثاق الأمم المتحدة مثالا آخر للأحكام التي لا تجيز الخروج عن قواعد معينة^(٧٣). ومثلما ذكر بالنسبة للعهد، تعتبر المادة ١٠٣ قاعدة تعاهدية ترسي أسبقية القواعد وليس قاعدة آمرة في حد ذاتها. ومع ذلك، يمكن أن يُقال عنها أيضا أنها تجسد القبول بتراتبية القواعد في القانون الدولي. لكن أعمال اللجنة، واعتماد اتفاقية فيينا الذي تبعها لاحقا، هما اللذان وطّدا مفهوم القواعد الآمرة كجزء من أحكام القانون الدولي. لذلك، من المهم أن نورد بإيجاز تطوّر ما أصبح في نهاية المطاف المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا، بالرجوع إلى المناقشات التي دارت في جلسات اللجنة والملاحظات التي أبدتها الدول على النص الذي اقترحه وإلى المداولات التي شهدتها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات. ورغم أن الاتفاقية تتضمن أحكاما أخرى تتصل بالقواعد الآمرة، كالمادة ٦٤ (ظهور قاعدة آمرة جديدة) والفقرة الفرعية (أ) من المادة ٦٦ (التراجع المتصل بتطبيق أو تفسير المادة ٥٣ أو المادة ٦٤)، فإن التركيز ينصب، لأغراض هذا التقرير المفاهيمي الأول، على النص الذي أصبح فيما بعد المادة ٥٣ من الاتفاقية، وذلك لأنّ هذا النص هو الحكم الذي يوفّر الإطار اللازم لتحديد طبيعة القواعد الآمرة بمفهومها الحالي.

٢٩ - كان التقرير الثالث لسير جيرالد فيتزماوريس، الذي هو التقرير الثامن عن قانون المعاهدات عموماً، النص الذي ورد فيه مصطلح "القواعد الآمرة" (*Jus cogens*) لأول مرة^(٧٤). وقد اقترح فيتزماوريس في ذلك التقرير حكمين اثنين يُستظهر فيهما بالقواعد الآمرة. وأقر النص الذي اقترحه فيتزماوريس بأن المعاهدة، حتى تكون صحيحة، "ينبغي

(٧٢) انظر: United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

(٧٣) تنص المادة ١٠٣ من الميثاق على أنّه "إذا تعارضت الالتزامات ... وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أيّ التزام دولي آخر ... فالعبرة [بالالتزامات] المترتبة على هذا الميثاق".

(٧٤) انظر Third Report on the Law of Treaties by Mr. GG Fitzmaurice, Special Rapporteur, A/CN.4/115 and Corr. 1, under the title "legality of the object", *Yearbook ... 1958, Vol. II*, 26-27.

أن تتطابق مع مبادئ القانون الدولي التي تكتسي طابع القواعد الآمرة أو ألا تتناقض معها وينبغي ألا ينطوي تطبيقها على إخلال بها^(٧٥). وأقر النص أيضا بأنّ الدول يجوز لها دوماً أن تحيد، فيما بينها، عن قواعد القانون الدولي بواسطة اتفاق مشترك بينها - أي قواعد رضائية (*jus dispositivum*)^(٧٦). بيد أنّ الخروج عن القواعد العامة للقانون الدولي لا يُسمح به إلا إذا كانت القاعدة العامة المعنية ليس لها طابع القاعدة الآمرة^(٧٧). وأشار فيتز موريس، في معرض تفسيره لهذه القاعدة، إلى التمييز بين القواعد الإلزامية (القواعد الآمرة) والقواعد "المسموح بالحيد عنها وتغييرها وفق نظام متفق عليه" - وهذه القواعد الأخرى هي القواعد الرضائية^(٧٨). وورد في الشرح أنّ الدول تستطيع، كقاعدة عامة، أن تتفق على تغيير القواعد المنطبقة عموماً في إطار علاقاتها مع بعضها البعض^(٧٩)، وأنّ مسألة بطلان المعاهدة تثار "فقط عندما يتعلق الأمر بقواعد القانون الدولي التي لها الطابع المطلق وغير القابل للردّ (الذي 'لا خيار' بشأنه)"^(٨٠).

٣٠ - ولئن كان تقرير فيتز موريس يتطرق إلى ذكر القواعد الآمرة، فإنّ مسألة بطلان المعاهدة بسبب عدم الاتساق مع القانون الدولي ظهرت قبل ذلك في التقرير الرابع عن الموضوع، أي التقرير الأول لسير هيرش لاوترباخت^(٨١). وجاء في الحكم الذي اقترحه لاوترباخت أنّ المعاهدة تصبح لاغية إذا كان تطبيقها ينطوي على "عمل غير قانوني. بموجب القانون الدولي" أولاً، أو إذا اعتبرتها محكمة العدل الدولية لاغية ثانياً^(٨٢). ورغم أن لاوترباخت يكرر في شرحه الرأي القائل بأنّ المبدأ بصيغته هذه "يحظى بقبول عام، وإن لم يكن شاملاً"، فقد عالج الأمر بحذر شديد^(٨٣). فهو يتناول مسألة بطلان المعاهدات التي تنتهك حقوق أطراف ثالثة ويخلص إلى أنّ "السبب الحقيقي" للبطلان في هذه الحالات

(٧٥) المرجع نفسه، المادة ١٦ (٢)، الصفحة ٢٦.

(٧٦) المرجع نفسه، المادة ١٧، الصفحة ٢٧.

(٧٧) المرجع نفسه.

(٧٨) المرجع نفسه، الفقرة ٧٦ من الشرح، الصفحة ٤٠.

(٧٩) المرجع نفسه.

(٨٠) المرجع نفسه (التوكيد مضاف).

(٨١) انظر: Report on the Law of Treaties by Mr. H Lauterpacht, Special Rapporteur, [A/CN.4/63](#), Yearbook ... 1953, vol. II.

(٨٢) المرجع نفسه، المادة ١٥، الصفحة ١٥٤.

(٨٣) المرجع نفسه.

هو أن موضوع المعاهدات يتمثل في "عمل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي العرفي" ^(٨٤). ويجوز مع ذلك أن تكون المعاهدة غير قانونية حتى وإن لم تؤثر بصورة مباشرة في مصالح دول ثالثة ^(٨٥). ويرى لاوترباخت أن أساس عدم قانونية مثل هذه المعاهدات هو انتهاكها لقواعد اكتسبت "شكل قاعدة القانون الدولي المقبولة عموماً، والتي أضحت بذلك قاعدة عرفية" ^(٨٦). ومن ثم، فإنّ المعاهدة غير القانونية في مفهوم لاوترباخت هي المعاهدة التي لا تتسق مع القانون الدولي. بيد أنّ هذا المفهوم قد يوحي بأنّ المعاهدة لا يمكن أن تحيد عن قواعد القانون الدولي العرفي. وهذه المقولة لا سند لها في القانون الدولي. ولحسم هذا التناقض الظاهر، يذهب لاوترباخت إلى أنّ معيار عدم القانونية "ليس مجرد عدم الاتساق مع القانون الدولي العرفي" وإلّا ما هو "عدم الاتساق مع المبادئ الرئيسية للقانون الدولي التي يمكن اعتبارها مبادئ للسياسة العامة الدولية (النظام الدولي العام) ((ordre international public))" ^(٨٧).

٣١ - واستناداً إلى ما توصل إليه فيتز موريس، اقترح سير همفري والدوك بالمثل، وهو آخر المقررين الخاصين المعنيين بأعمال اللجنة عن قانون المعاهدات، نصّاً يتناول عدم قانونية المعاهدات الناجم عن عدم الاتساق مع القواعد الآمرة ^(٨٨). وذهب سير همفري والدوك في مشروع المادة المعنية إلى أن المعاهدة "تكون مخالفة للقانون الدولي ولاغية إذا كان موضوعها وتنفيذها ينطويان على تجاوز لقاعدة عامة أو مبدأ عام من قواعد ومبادئ القانون الدولي التي لها طابع القواعد الآمرة" ^(٨٩). ويلاحظ سير همفري، في شرحه لهذا الحكم، أنّه رغم الجدل الذي يثور بشأن مفهوم القواعد الآمرة ^(٩٠)، فإنّ الدفاع عن "الرأي القائل بأنّه لا يوجد في نهاية الأمر نظام عام دولي - أيّ قواعد لا يجوز للدول أن تحلّ نفسها منها

(٨٤) المرجع نفسه.

(٨٥) المرجع نفسه.

(٨٦) المرجع نفسه، الصفحة ١٥٥.

(٨٧) المرجع نفسه.

(٨٨) انظر: Second Report on the Law of Treaties, by Mr. Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, :

A/CN.4/156 and Add 1-3, Yearbook ... 1963, vol. II, at 36

(٨٩) المرجع نفسه، المادة ١٣، الصفحة ٥٢.

(٩٠) المرجع نفسه، الفقرة ١ من شرح المادة ١٣، الصفحة ٥٢.

محض إرادتها الحرة - أصبح أمراً يزداد صعوبة يوماً بعد يوم^(٩١). ومع ذلك، يُنبّه سير همفري إلى أن القواعد التي لها الطابع الآمر هي الاستثناء وليست القاعدة^(٩٢).

٣٢ - وقد قُوبلت فكرة بطلان المعاهدات إذا كانت لا تتسق مع القواعد الجوهرية للقانون الدولي بترحاب عام داخل اللجنة وخارجها^(٩٣). وارتأى أعضاء اللجنة أن مبدأ بطلان المعاهدات بسبب عدم اتساقها مع القواعد الآمرة أمر مهم^(٩٤). ورغم وجود اختلافات في الرأي بشأن الصياغة والأساس القانوني والنظري، فإنّ الفكرة الأساسية ذاتها لم تكن موضع تساؤل^(٩٥). وفي عام ١٩٦٦، أعرب السيد ياسين عن ارتياحه لموافقة الحكومات على النصوص التي وضعتها اللجنة، فلاحظ أنّ "مفهوم القواعد الآمرة في القانون الدولي لا يمكن التشكيك فيه ... إذ لا يستطيع أي متخصص في القانون الدولي أن يطعن في فكرة

(٩١) المرجع نفسه.

(٩٢) المرجع نفسه، الفقرة ٢ من شرح المادة ١٣، الصفحة ٥٣ ("وعلاوة على ذلك، لا مجال لنكران أنّ القواعد العامة للقانون الدولي لا تصطبغ في معظمها بذلك الطابع وأنّ الدول تستطيع أن تنسلخ منها بموجب معاهدة").

(٩٣) انظر مثلاً: Alexidze (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٣٠.

(٩٤) انظر مثلاً المحضر الموجز للجلسة ٦٨٢، في، Yearbook ... 1963، الفقرة ١٨، الصفحة ٥٤ [من النص الإنكليزي] حيث ذكر السيد روزان أنّ هذا المبدأ "في غاية الأهمية" من وجهة نظر سياسية وأخلاقية. وانظر أيضاً المحضر الموجز للجلسة ٦٨٣، الفقرة ٣٧، الصفحة ٦٣ [من النص الإنكليزي] حيث ذكر السيد ياسين في أنّ هذا المبدأ "هام بقدر ما هو حسّاس"؛ والفقرة ٤٤، الصفحة ٦٣ حيث ارتأى السيد طيبي أنّه "ما من دولة تستطيع أن تتجاهل قواعد معينة من قواعد القانون الدولي"؛ والفقرة ٦٤، الصفحة ٦٥ حيث ذكر السيد بال أنّه "لا مجال للشك في أنّه يوجد الآن نظام عام دولي وأنّ بعض مبادئ القانون الدولي لها طابع القواعد الآمرة"؛ والمحضر الموجز للجلسة ٦٨٤، الفقرة ٦، الصفحة ٦٨ [من النص الإنكليزي] حيث لاحظ السيد لاكس أنّ مفهوم القواعد الآمرة "بالغ الأهمية بالنسبة للقانون الدولي المعاصر".

(٩٥) انظر مثلاً المرجع نفسه، المحضر الموجز للجلسة ٦٨٣، الفقرة ٢٩، الصفحة ٦١ [من النص الإنكليزي] حيث تساءل السيد بريغز عن جدوى استخدام مصطلح "jus cogens" واقترح إعادة صياغة نص مشروع المادة ١٣ ليكون كالآتي: "تكون المعاهدة لاغية إذا كان موضوعها يتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، لا يُسمح بأي خروج عنها إلا بقاعدة لاحقة مقبولة من القواعد العامة للقانون الدولي". وبالمثل، استنسب السيد أمادو إدراج إشارة إلى "قاعدة قانونية جوهرية" (المحضر الموجز للجلسة ٦٨٤، الفقرة ١٦، الصفحة ٦٨). وفيما يتعلق بمسألة الأساس الفلسفي، انظر مداخلة السيد دي لونا، المحضر الموجز للجلسة ٦٨٤، الفقرة ٥٨ وما يليها، الصفحة ٧١. وانظر أيضاً المحضر الموجز للجلسة ٦٨٥، الفقرة ١٩، حيث أبدى السيد دي لونا الملاحظات التالية، بعد أن استمع إلى المداخلات المتعلقة بالأساس الفلسفي للقواعد الآمرة: "من المسلم به عموماً أنّ القواعد الآمرة تُشكّل جزءاً من القانون الوضعي؛ وهناك خلاف حول مضمون القانون الوضعي، وهذا الخلاف هو مكمّن الصعوبة. فإذا فهم مصطلح "القانون الوضعي" على أنّه يعني القواعد التي تضعها الدول، فإنّ القواعد الآمرة ليست، بحكم طبيعتها، قانوناً وضعياً. أما إذا فهم أنّ "القانون الوضعي" يعني القواعد السارية في ممارسات المجتمع الدولي، فإنّ القواعد الآمرة تصبح بالتأكيد قانوناً وضعياً". وانظر أيضاً: Evan Criddle and Evan Fox-Decent "A Fiduciary Theory of Jus Cogens" 34 The Yale Journal of International Law 331, at 337 (2009).

عدم جواز إبرام دولتين اتفاقاً لإرساء العبودية أو السماح بالقرصنة، أو أن يعارض القول بأن أي اتفاق رسمي لهما الغرضين هو اتفاق باطل لا محالة^(٩٦). وبناءً على ذلك، ذكرت اللجنة، في شرحها للنص الذي أصبح فيما بعد المادة ٥٠ من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات^(٩٧)، أن "الواجب عليها، في تدوينها لقانون المعاهدات، أن تعتمد الرأي القائل بأن اليوم أصبحت هناك قواعد ومبادئ معينة لا تملك الدول أهلية الخروج عنها بموجب ترتيب تعاهدي^(٩٨)". كما ذكرت اللجنة، في شرحها لمشروع المادة ٥٠، أن الرأي القائل بأنه "لا وجود لقاعدة لا تستطيع الدول التحلل منها بمحض إرادتها الحرة قد أضحي من الصعب أكثر فأكثر تأييده^(٩٩)". ومن ثم، فقد سعت اللجنة إلى أن توضح أن النص الذي تعرضه ليس في حكم القانون المنشود بل إنه القانون النافذ.

٣٣ - وكان رأي اللجنة القائل بأن القانون الدولي الساري في وقت اعتماد مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات يعترف بوجود قواعد عامة للقانون الدولي لا يُسمح بالخروج عنها، رأياً شاطرهما إياه الدول أثناء قيام اللجنة بعملها وأثناء انعقاد مؤتمر فيينا. ففي التعليقات التي وجهتها هولندا إلى اللجنة مثلاً، ذكر هذا البلد أنه "يؤيد المبدأ" الذي يقوم عليه الحكم^(١٠٠). واعتبرت البرتغال أيضاً أن الموقف الذي اتخذته اللجنة "موقف متوازن"^(١٠١). ومن المتعذر بطبيعة الحال استنساخ جميع التعليقات المؤيدة لهذا الموقف هنا، غير أنه بالإمكان القول باطمئنان إن جميع الدول تقريباً قد أعربت عن تأييدها.

(٩٦) انظر المحضر الموجز للجلسة ٨٢٨ في: *Yearbook ... 1966*, vol. I (Part I), para. 26, at p. 38.

(٩٧) انظر الفقرة ١ من شرح مشروع المادة ٣٧ من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة، في: *Yearbook ... 1963*, vol. II, para. 17, at 189.

(٩٨) المرجع نفسه، الفقرة ١ من شرح مشروع المادة ٣٧ من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات (التوكيد مضاف).

(٩٩) انظر الفقرة ١ من شرح مشروع المادة ٥٠ من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات في: *Yearbook ... 1966*, Vol II, 187 at 247. وترد العبارة التالية في الفقرة نفسها من الشرح: "في تدوين قانون المعاهدات، يجب أن تنطلق [اللجنة] من التسليم بأن هناك اليوم قواعد معينة لا تملك الدول إطلاقاً أهلية الخروج عنها بموجب ترتيب تعاهدي ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة أخرى لها نفس الصفة".

(١٠٠) انظر: *Fifth report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, [A/CN.4/183](#) and Add 1-4, *Yearbook ... 1966*, vol II, p.1, at p. 21.

(١٠١) المرجع نفسه. انظر أيضاً، كأمثلة على ذلك، مواقف كلٍّ من الولايات المتحدة، في الصفحة ٢١ ("إن المفهوم المجسّد في هذه المادة من شأنه، إذا طُبّق بشكل سليم، أن يعزز بدرجة كبيرة سيادة القانون في العلاقات الدولية")؛ والجزائر، في الصفحة ٢١ ("يؤيد الوفد الجزائري النهج الذي تتبعه اللجنة في تناول مسألة القواعد الآمرة")؛ والبرازيل، في الصفحة ٢١ ("بغض النظر عن الخلافات الفقهية، يُظهر تطوّر المجتمع الدولي منذ الحرب العالمية الثانية أنه لا بد من الاعتراف بالطابع الآمر لبعض القواعد")؛ وتشيكوسلوفاكيا، في الصفحة ٢٢ ("لهذا الحكم سند قوي في ممارسات الدول وفي القانون الدولي، وهناك سلطات عديدة تؤيده")؛ وإكوادور، في الصفحة ٢٢ ("تؤيد مبادرة اللجنة في إدراج مسألة انتهاك القواعد الآمرة كأساس لإبطال المعاهدات")؛ وفرنسا، في الصفحة ٢٢ ("هو عن حق أحد الأحكام الرئيسية في مشاريع المواد")؛ وغانا، في الصفحة ٢٢ ("تؤيد نهج اللجنة في تناول مفهوم القواعد الآمرة")؛ والفلبين، في الصفحة ٢٢ ("ترحب بقرار اللجنة الاعتراف بوجود قواعد آمرة في القانون الدولي").

٣٤ - وبينما جاءت تعليقات الدول مؤيدةً بوجه عام، أبدت بعض الدول تحفظها. ومع ذلك، وباستثناء دولة واحدة، لم تبد أي دولة اعتراضها على هذا الحكم^(١٠٢). فالمملكة المتحدة، على سبيل المثال، وإن لم تعترض على فكرة عدم قانونية المعاهدات بسبب مخالفتها قاعدة آمرة، نهت إلى أن "تطبيقها يجب أن ينحصر في حدود ضيقة للغاية"^(١٠٣). وأشار العراق من جانبه إلى الصعوبات التي تكتنف نقل تراتبية القوانين من القانون المحلي إلى القانون الدولي، ملاحظاً "أن كون القاعدة تعاهدية أو عرفية لا تأثير له على قيمتها"^(١٠٤). ومع ذلك، ذهب العراق إلى أنه وإن كان يلزم أخذ الأمور بكثير من الحذر، فإن "مفهوم القواعد الآمرة لا جدال فيه" في القانون الدولي^(١٠٥). ولم تعرب سوى دولة واحدة، هي لكسمبرغ، عن عدم موافقتها على الحكم^(١٠٦). فقد ذهبت لكسمبرغ إلى أن هذا الحكم يمكن أن ينتج عنه التباس^(١٠٧). وقالت إنها ترى أن الحكم يرمي إلى "الإتيان بأسباب للبطلان تقوم على معياري الأخلاق و 'السياسة العامة' على غرار ما هو مكرس في القانون الداخلي"، وأعربت عن شكها في أن تكون "هذه المفاهيم قابلة لأن تُنقل إلى العلاقات الدولية التي ليس فيها سلطة، سياسية كانت أو قضائية، بمقدورها أن تفرض على جميع الدول معايير دولية للعدل والأخلاق"^(١٠٨). وفيما عدا لكسمبرغ، لم تشكك أي دولة أخرى في المقولة الأساسية التي أخذت بها اللجنة، وفحواها أن القانون الدولي، بالحالة التي كان عليها حينئذ، ينص على بطلان المعاهدات التي لا تتسق مع بعض القواعد الأساسية. واستناداً إلى التأييد الكاسح الذي حظي به موقفها، اعتمدت اللجنة مشروع المادة ٥٠، الذي جاء نصه على النحو التالي:

(١٠٢) انظر الفقرة (١) من شرح مشروع المادة ٥٠ (الحاشية ٩٩ أعلاه) ("علاوة على ذلك، إذا كانت بعض الحكومات قد أعربت في تعليقاتها عن تشككها في وجهة هذه المادة ما لم تكن مصحوبة بحكم ينص على طرائق مستقلة للتسوية القضائية، فإن حكومة واحدة فقط هي التي طعنّت فيما إذا كان القانون الدولي في الوقت الراهن يحتوي على قواعد آمرة").

(١٠٣) انظر: Yearbook ... 1966, vol II, p. 22.

(١٠٤) المرجع نفسه.

(١٠٥) المرجع نفسه.

(١٠٦) المرجع نفسه، الصفحة ٢١؛ وللإطلاع على رأي مناقض لذلك، انظر: Grigory Tunkin "Jus Cogens in Contemporary International Law" (1971) 3 University of Toledo Law Review 107, at 112 ("لكن بدا من التعليقات التي أبدتها حكومات كل من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة وفرنسا وبعض البلدان الأخرى ... أن هذه الحكومات كانت في واقع الأمر معارضة للمادة المتعلقة بالقواعد الآمرة").

(١٠٧) انظر: Yearbook ... 1966, vol II, at p. 21.

(١٠٨) المرجع نفسه.

تكون المعاهدة لاغية إذا كانت تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي التي لا يُسمح بأي خروج عنها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها نفس الصفة.

٣٥ - ومشروع المادة ٥٠ من النص الذي أعدته اللجنة هو الأصل الذي انبثقت منه المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا. وبوسع المرء أن يلمس التأييد الذي حظي به المبدأ الذي يستند إليه مشروع المادة ٥٠ من خلال التاريخ التفاوضي لما أصبح فيما بعد المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا. فقد قال الاتحاد السوفياتي، على سبيل المثال، إن "المعاهدات التي تتعارض مع [القواعد الآمرة] يجب اعتبارها باطلة من الأساس"، مشيراً إلى أن هذه الفكرة أقرها "حقوقيون بارزون" وليس أعضاء اللجنة فحسب^(١٠٩). وذهبت المكسيك نفس المذهب فقالت إنه "لا مجال للشك في طبيعة [القواعد الآمرة]"^(١١٠)، بينما قالت إسرائيل "إن مفهوم القواعد الآمرة في حد ذاته عنصر مقبول في القانون الدولي الوضعي المعاصر"^(١١١).

(١٠٩) انظر ما قال السيد خلستوف (الاتحاد السوفياتي) في: *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11)*, Fifty-second Meeting, 4 May 1968, para. 3.

(١١٠) السيد سواريز (المكسيك)، المرجع نفسه، الفقرات ٦ إلى ٨. وانظر أيضا السيد كاسترن (فنلندا)، المرجع نفسه، الفقرة ١١ ("تورد المادة ٥٠ على نحو صحيح مبدأ هاماً يجب الاحتفاظ به في المشروع")؛ السيد ياسين (العراق)، المرجع نفسه، الفقرة ٢١ ("إن مضمون المادة ٥٠ عنصر أساسي في أي اتفاقية تتعلق بقانون المعاهدات. فالمادة تعبر عن واقع حقيقي بإيضاحها تبعات وجود قواعد آمرة في مجال قانون المعاهدات. ذلك أن وجود هذه القواعد لا مجال للشك فيه. ولا يوجد من الحقوقيين من ينكر أن معاهدة تنتهك قواعد من قبيل حظر تجارة الرقيق إنما هي معاهدة لاغية ولا مفعول لها")؛ والسيد مويندوا (كينيا)، المرجع نفسه، الفقرة ٢٨ ("بتضمنين المشروع حكماً عن القواعد الآمرة، تكون لجنة القانون الدولي قد اعترفت بحقيقة قائمة لا غبار عليها وقدمت في الآن نفسه مساهمة إيجابية في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي")؛ والسيد فتال (لبنان)، المرجع نفسه، الفقرة ٤٢ ("يكاد يحصل اتفاق بين جميع الحقوقيين وجميع الدول على الاعتراف بوجود عدد من القواعد الأساسية في القانون الدولي التي لا يجوز الخروج عنها والتي يستند إليها تنظيم المجتمع الدولي")؛ والسيد أوغونديري (نيجيريا)، المرجع نفسه، الفقرة ٤٨ ("لقد أصبحت الأخلاقيات الدولية مقبولة باعتبارها عنصراً حيوياً من عناصر القانون الدولي، وأكد حقوقيون بارزون مبدأ وجود قواعد آمرة، استناداً إلى الاعتراف العالمي بسياسة عامة دولية راسخة مستمدة من مبدأ وجود قواعد آمرة ضمن القواعد العامة للقانون الدولي")؛ والسيد رويز فاريلا (كولومبيا)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ٢٦ ("من حيث المبدأ، يعترف العالم بأسره بوجود نظام دولي عام يتألف من قواعد لا يجوز للدول أن تخرج عنها")؛ والسيد مھليك (بولندا)، المرجع نفسه، الفقرة ٣٢ ("إن تراتبية قواعد القانون الدولي ... نتيجة منطقية لتطور القانون الدولي في العصر الحديث [و] لم يعد بالإمكان الشك فيها")؛ والسيد ياكوفيدس (قبرص)، المرجع نفسه، الفقرة ٦٨ ("لما اعترفت لجنة القانون الدولي بوجود قاعدة مماثلة في القانون الدولي العام، فإنها بذلك ساهمت مساهمة كبيرة جداً في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي").؛ والسيد دي

٣٦ - بيد أن من الدول مَنْ أعرب صراحةً أو ضمناً عن بعض الشك في أن يكون النص جزءاً من القانون النافذ^(١١٢)، رغم تأييدها له. ومع ذلك أبدت الدول في مؤتمر فيينا، على وجه العموم، قبولها لفكرة القواعد الآمرة باعتبارها جزءاً من القانون الدولي، فانصبت المناقشات أكثر على الأساس الذي تقوم عليه القواعد الآمرة وركزت المداولات على اقتراحات الصياغة. وكما لاحظت تشيكوسلوفاكيا، كان موضوع الخلاف بشأن المادة ٥٠ من مشاريع المواد التي أعدتها اللجنة بشأن قانون المعاهدات هو "كيف يمكن تعريف القواعد الآمرة بشكل يحمي استقرار العلاقات التعاقدية؟"^(١١٣). وتمحور معظم التعديلات المقترحة إدخالها على مشروع المادة حول القواعد الموضوعية والإجرائية المتعلقة بتحديد القواعد الآمرة، ومن ثم كان تركيز المداولات في جزء كبير منها على هذه المسألة أيضاً. ففرنسا، على سبيل المثال، التي طالما اعتبرت المعارض الرئيسي لفكرة القواعد الآمرة في مؤتمر فيينا، لم تعارض المبدأ وإنما ألحت على تحديده بوضوح^(١١٤). وقد أعلنت في مؤتمر فيينا، فيما يعد تأييداً مطلقاً من جانبها لمفهوم القواعد الآمرة، أن "جوهر القواعد الآمرة هو ما يعبر بشكل لا يمكن إنكاره عن الضمير العالمي، وهو القاسم المشترك لما يعتبره البشر من جميع الجنسيات أمراً مقدساً، ألا وهو احترام حقوق الإنسان وحمايتها"^(١١٥). وكانت شواغل فرنسا المتعلقة

لا غوارديا (الأرجنتين)، المرجع نفسه، الجلسة الرابعة والخمسون، الفقرة ٢٢ ("قال إنه يوجد من المؤلفين من ينازع في وجود قواعد آمرة. ومع ذلك، فهو مستعد للتسليم بأن هناك بالفعل قواعد عامة للقانون الدولي لا يجوز للدول الخروج عنها؛ ذلك أن الاعتراف بوجود قواعد آمرة دولية لا يعدو أن يكون إقراراً بالواقع"). والسيد دي كاسترو (إسبانيا)، المرجع نفسه، الجلسة الخامسة والخمسون، الفقرة ١ ("ربما كان وجود قواعد آمرة في القانون الدولي من البداهة بحيث يكون تناولها في النص زائداً عن الحاجة. ولكن لجنة القانون الدولي كانت محقة حين أدرجت المادة ٥٠ في مشروع الاتفاقية، بالنظر إلى إصرار أقلية على إنكار وجود القواعد الآمرة تماماً أو فرض قيود مشددة على نطاق تطبيقها")؛ والسيد فلايشهاور (ألمانيا)، المرجع نفسه، الفقرة ٣١ ("لاحظ أنه لم ينكر وجود قواعد آمرة في القانون الدولي سوى عدد قليل من المتكلمين، وقال إن وفده مع من يرون أن هذه القواعد موجودة في القانون الدولي").

(١١١) السيد روزان (إسرائيل)، المرجع نفسه، الجلسة الرابعة والخمسون، الفقرة ٣٦.

(١١٢) السيد ألفاريز تايبو (كوبا)، المرجع نفسه، الجلسة الثانية والخمسون، الفقرة ٣٤ ("قال إن المادة ٥٠ مساهمة هامة في التطوير التدريجي للقانون الدولي، وإن وفده يؤيدها بقوة"). والسيد فتال (لبنان)، المرجع نفسه، الجلسة الثانية والخمسون، الفقرة ٤٢ ("على الرغم من الصعوبات الإيديولوجية، ثمة فلسفة مشتركة للقيم آخذة الآن في النشوء")؛ والسيد راتسيميلازافي (مدغشقر)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ٢١ ("حالمًا يترسخ المفهوم ويُعترف به بهذه الصفة، فستزيد أهميته في قانون المجتمع الدولي وفي سائر أموره").

(١١٣) السيد سميچكال (تشيكوسلوفاكيا)، المرجع نفسه، الجلسة الخامسة والخمسون، الفقرة ٢٤.

(١١٤) السيد دو بروسون (فرنسا)، المرجع نفسه، الجلسة الرابعة والخمسون، الفقرة ٢٧ ("يصعب على [فرنسا] أن تبدي اعتراضاً على مثل هذه [القواعد الآمرة]").

(١١٥) المرجع نفسه، الفقرة ٣٢.

ممشروع المادة ٥٠ للجنة والتي شاطرها إياها بعض الوفود الأخرى، تتمحور حول معايير تحديد هذه القواعد لتجنب إساءة استخدام القواعد الآمرة من خلال الاحتجاج بها بطريقة انفرادية^(١١٦). ولا تقل الشواغل التي أبدتها الولايات المتحدة إفادة في هذا الصدد. فالولايات المتحدة "قبلت بمبدأ القواعد الآمرة وبإدراجها في الاتفاقية"^(١١٧). غير أنها ارتأت أنه "لا يجوز لأي دولة أن تسعى إلى التحلل من معاهدة بأن تعتمد فجأة، ومن جانبها فقط، فكرة معينة عن القواعد الآمرة في إطار قواعدھا الدولية، ولا أن تظن أن بوسعها أن تفرض على دول أخرى رأيها الخاص في الأخلاق السامية كما تتجسد في القواعد الآمرة"^(١١٨). ولذلك فقد اقترحت، مثلما فعلت فرنسا، إدخال تعديل ينص بشكل أكثر وضوحاً على المعايير التي تُحدد بها القواعد الآمرة. وعلى نفس المنوال، فإن المملكة المتحدة "لم تعارض في كون القانون الدولي أصبح الآن يتضمن بعض القواعد الآمرة، بالمعنى الذي استُخدم

(١١٦) المرجع نفسه، الفقرة ٢٨ ("إن المشكلة التي يطرحها غموض الحدّ الفاصل بين الأخلاق والقانون هي معرفة أيّ المبادئ يُقترح الاعتراف به كمبادئ تنتج آثاراً من القوة بحيث تبطل الاتفاقات الدولية بصرف النظر عن إرادة الدول التي أبرمتها")؛ والفقرة ٢٩ ("المادة بصيغتها الحالية لا تعطي أي إشارة عن الكيفية التي يمكن من خلالها أن يُعرف أن لقاعدة قانونية ما طابع القاعدة الآمرة، وهي التي تباينت بشأن مضمونها التفسيرات التي طُرحت أثناء المناقشة إلى حد التضارب ... كما لم يرد أي حكم ينص على الرقابة القضائية على تطبيق هذا المفهوم الجديد وغير الدقيق"). انظر أيضاً السيد راي (موناكو)، المرجع نفسه، الجلسة السادسة والخمسون، الفقرة ٣٢ ("ترحب موناكو بإدراج القواعد الآمرة في القانون الدولي الوضعي، لكنها قلقلة مما سيكون عليه استعمالها")؛ والسيد دونس (النرويج)، المرجع نفسه، الجلسة السادسة والخمسون، الفقرة ٣٧ ("ليس في المادة إجابة على بعض المسائل الهامة، وتحديدًا، ما هي القواعد الآمرة الحالية وكيف كانت نشأتها؟ وقد أورد النص الذي أعدته اللجنة آثار تلك القواعد ولكنه لم يعرفها، ولذلك من الممكن أن تنشأ منازعات خطيرة بين الدول؛ ولم يحدد أيضاً أي وسائل فعالة لتسوية هذه المنازعات. وهكذا فإن من شأن هذا النص أن يضر كثيراً باستقرار وأمن العلاقات التعاهدية الدولية")؛ والسيد إفريجينيس (اليونان)، المرجع نفسه، الجلسة الثانية والخمسون، الفقرة ١٨ ("يعترف الجميع بوجود قواعد آمرة توافق مرحلة معينة من مراحل تطور القانون الدولي، ولكن تبقى هناك بعض الشكوك حول مضمونها"). وانظر، من جهة أخرى، السيد بولنتينو (رومانيا)، المرجع نفسه، الجلسة الرابعة والخمسون، الفقرة ٥٨ ("قال إنه يعتبر أن لا أساس من الصحة لدعوى صعوبة تحديد مضمون القواعد الآمرة بموضوعية، وأن هناك خطراً من أن تعتمد كل دولة إلى البت في ذلك المضمون بطريقة تعسفية")؛ والسيد كوتيكوف (بلغاريا)، المرجع نفسه، الفقرة ٧٠ ("أعرب عن اندهاشه من أن وفوداً أخرى ترددت في قبول المبدأ الوارد في المادة ٥٠ مجرد أن نطاقه لم يتسن بعد تحديده. وقال إنه لم يحدث قط أن كان من المتعين الانتظار إلى أن يتم الحصر التفصيلي لجميع التطبيقات العملية الممكنة لأي من المبادئ الكبرى التي تنظم شؤون الحياة الدولية قبل إعلان مبدأ من تلك المبادئ"). وفي السياق نفسه، قال السيد فتال (لبنان) (الحاشية ١١٢ أعلاه)، الفقرة ٤٥، رداً على مخاوف إساءة الاستخدام التي أعرب عنها، إن "هذا ليس أمراً جديداً، فما من قاعدة من قواعد القانون الدولي إلا ويمكن أن تُستخدم فيها هذه الذريعة".

(١١٧) السيد سويني (الولايات المتحدة)، المرجع نفسه، الجلسة الثانية والخمسون، الفقرة ١٦.

(١١٨) المرجع نفسه، الفقرة ١٥.

به هذا المصطلح في المادة ٥٠^(١١٩). غير أنها ”نظرت بعين القلق إلى الشكوك التي من شأن المادة ٥٠ أن تؤدي إلى نشوئها في غياب إشارة واضحة بما يكفي إلى الوسيلة التي تُعرّف بها القواعد الآمرة المعنية“^(١٢٠). وهكذا إذن، كان الحكم المتعلق بالقواعد الآمرة بكل تأكيد موضوع نقاش ساخن ومدعاة لبعض الانشغال، غير أن ذلك كان منصباً أكثر على تفاصيل القاعدة الواردة في النص وتطبيقها وليس على القاعدة نفسها. ولمعالجة الشواغل والشكوك التي أثارها بعض الدول، اعتمد مؤتمر فيينا الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٦٦، وهي تسمح لأي طرف في نزاع يقوم حول تفسير أو تطبيق حكم من أحكام اتفاقية فيينا يتصل بقاعدة آمرة ”بأن يعرض [التراجع] على محكمة العدل الدولية للبت فيه“.

٣٧ - لكن بضع دول أعربت في مؤتمر فيينا عن تحفظات لها على مبدأ القواعد الآمرة في حد ذاته. فقد اعتبرت تركيا آنذاك أن مفهوم القواعد الآمرة والطريقة التي صيغ بها في مشاريع المواد التي أعدتها اللجنة كانا ”جديدين تماماً“^(١٢١). وارتأت أن مشروع المادة ٥٠ لم يكن موضوعه ”قاعدة مستقرة، بل قاعدة جديدة يُراد من خلالها أن يُدرج في القانون الدولي، بواسطة معاهدة، مفهوم ’السياسة العامة‘ - أي النظام العام (ordre public)“^(١٢٢). ولهذا السبب، قالت تركيا إنه ليس بإمكانها أن تؤيد إدراج هذا الحكم^(١٢٣). وبالمثل، أشارت أستراليا إلى انعدام الممارسة ذات الصلة بالقواعد الآمرة، فأعلنت أنه ”في غياب أي قائمة شاملة أو أي تعريف واضح، ولو بإعطاء أمثلة، لأيّ القواعد العامة للقانون الدولي هي تلك التي لها الطابع الآمر، تخلص الحكومة الأسترالية إلى أنه سيكون من الخطأ إدراج المادة بصيغتها الحالية في اتفاقية بشأن قانون المعاهدات“^(١٢٤).

٣٨ - ويتضح مما سبق أن كلا من أعضاء اللجنة والدول، مع استثناءات قليلة، قبل بوجه عام بفكرة القواعد الآمرة وقت اعتماد اتفاقية فيينا. كما أن المؤلفين المعاصرين قبلوا عموماً بوجود قواعد عامة في القانون الدولي لا يجوز للدول أن تتحلل منها. فما كنير، على سبيل

(١١٩) السيد سنكلير (المملكة المتحدة)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ٥٣.

(١٢٠) المرجع نفسه. وانظر أيضاً السيد فوجيساكي (اليابان)، المرجع نفسه، الجلسة الخامسة والخمسون، الفقرة ٣٠ (“إن وفده يعتقد اعتقاداً راسخاً أنه لا ينبغي أن يكون من حق أي دولة أن تلجأ إلى المادة ٥٠ دون أن تقبل الولاية القضائية الإلزامية للمحكمة”).

(١٢١) السيد ميراس (تركيا)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ١.

(١٢٢) المرجع نفسه، الفقرة ٦.

(١٢٣) المرجع نفسه.

(١٢٤) السيد هاري، المرجع نفسه، الجلسة الخامسة والخمسون، الفقرة ١٣.

المثال، لاحظ، قبل خمس سنوات من اعتماد مشاريع المواد التي أعدتها اللجنة عن قانون المعاهدات، أنه ”من الصعب أن نتصور مجتمعاً ... لا يفرض القانون فيه أي قيود آياً كانت على حرية التعاقد“^(١٢٥). وقال أيضاً إن نفس الشيء ينطبق على القانون الدولي، حتى ”وإن كانت المصادر القضائية والتحكيمية لا توفر الكثير من الإرشادات حول كيفية تطبيق هذه المبادئ“^(١٢٦).

٣٩ - وإضافة إلى ذلك، كانت هناك حالات، حتى قبل اعتماد مشاريع المواد التي أعدتها اللجنة أو اتفاقية فيينا، تذرعت فيها الدول بقوة القواعد الآمرة. ففي عام ١٩٦٤، على سبيل المثال، طعنت قبرص، استناداً إلى مفهوم القواعد الآمرة، في صحة معاهدة الضمان بين قبرص والمملكة المتحدة واليونان وتركيا لعام ١٩٦٠^(١٢٧). ومن الواضح علاوة على ذلك أن مفهوم القواعد الآمرة لم يكن غائبا عن محكمة العدل الدولية، وإن لم تكن تطبقه آنذاك. فقد أشارت المحكمة إلى القواعد الآمرة في القضيتين المتعلقتين بالجرف القاري لبحر الشمال، دون أن تبت في أمر تلك القواعد في حد ذاتها^(١٢٨). كما أن مفهوم القواعد الآمرة أُثير صراحة في الآراء الفردية لقضاة محكمة العدل الدولية. فالقاضي فرنانديز، مثلاً، أعلن على سبيل الاستثناء من قاعدة التخصيص، أن ”عددًا من القواعد الآمرة يعلو على أي قاعدة من القواعد الخاصة“^(١٢٩). وأعلن القاضي تاناكا في رأيه المخالف في قضيتي أفريقيا الجنوبية الغربية (المرحلة الثانية) أن ”القانون المتعلق بحماية حقوق الإنسان يمكن أن يُنظر إليه باعتباره

(١٢٥) انظر: McNair *Law of Treaties* (Oxford University Press, 1961), at 213 et seq.

(١٢٦) المرجع نفسه، الصفحة ٢١٤.

(١٢٧) انظر: Hannikainen (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحة ١٤٨. وللاطلاع على مناقشة كاملة، انظر: Jacovides (الحاشية ٣٩ أعلاه)، وبخاصة الصفحة ٣٩ وما بعدها.

(١٢٨) انظر: *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 3, para. 72 (”دون محاولة الخوض في أي مسألة تتعلق بالقواعد الآمرة، ناهيك عن البت فيها، من المفهوم جيداً أنه يمكن في الممارسة الخروج عن قواعد القانون الدولي باتفاق الأطراف في حالات معينة أو بين أطراف معينة“).

(١٢٩) انظر: [الرأي المخالف للقاضي الخاص فرنانديز في القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي (البرتغال ضد الهند) جوهر الدعوى] *Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v India)* Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 6, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandez, at para. 29.

يندرج ضمن القواعد الآمرة^(١٣٠). بل إن هناك أدلة تثبت أن القواعد الآمرة استشهد بها في المحاكم المحلية في الفترة التي سبقت اعتماد اتفاقية فيينا^(١٣١).

٤٠ - وبعد مداوولات مستفيضة ظهر فيها التأييد العام لفكرة القواعد الآمرة، اعتمد مؤتمر فيينا صيغة معدلة تعديلاً طفيفاً للنص الذي اقترحه اللجنة، وأدرجه في الاتفاقية بوصفه المادة ٥٣^(١٣٢):

تكون المعاهدة لاغية إذا كانت، في وقت عقدها، تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. ولأغراض هذه الاتفاقية يُقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، القاعدة التي يقبلها ويعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل بوصفها قاعدة لا يُسمح بأي خروج عنها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي لها نفس الصفة.

٤١ - ويبين هذا التحليل التاريخي الوجيز أن فكرة القواعد الآمرة للقانون الدولي كانت جزءاً من القانون الدولي، على الأقل حتى وقت اعتماد اتفاقية فيينا في عام ١٩٦٩. والدول التي شككت في وجاهة إدراجها في اتفاقية فيينا لم تفعل ذلك اعتقاداً منها بأن القواعد الآمرة ليست جزءاً من القانون الدولي، بل بسبب قلقها من عدم توضيح أي القواعد بلغ مرتبة القواعد الآمرة. وعلى النحو المبين في الفقرة ٣٦ أعلاه، عولجت هذه المشكلة تحديداً بإدراج حكم يتعلق بتسوية المنازعات يتيح اللجوء إلى محكمة العدل الدولية في حالة نشوء نزاع

(١٣٠) انظر: [الرأي المخالف للقاضي تاناكا في قضيتي أفريقيا الجنوبية الغربية (إثيوبيا ضد جنوب أفريقيا؛ وليبريا ضد جنوب أفريقيا)، المرحلة الثانية]، *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298. وانظر أيضاً: [الرأي المخالف للقاضي تاناكا في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال (الحاشية ١١٨ أعلاه)] *North Sea Continental Shelf Cases, dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 182*، حيث قال إن التحفظات التي تتعارض مع مبدأ من مبادئ القواعد الآمرة تحفظات لاغية ولا مفعول لها؛ وانظر كذلك: [الرأي المستقل للقاضي مورينو كينتانا في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام ١٩٠٢ التي تحكم الوصاية على الرضع (هولندا ضد السويد)] *separate opinion of Judge Moreno Quintana in Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing Guardianship of Infants (Netherlands v Sweden)*, Judgment of 28 November 1958, ICJ Reports 1958, p. 55, at pp. 106-107، إذ أقر القاضي مورينو كينتانا بأن عدداً من القواعد "له طابع آمر ونطاق عالمي".

(١٣١) انظر، مثلاً: *Beschluss des Zweiten Senats*, 7 April 1965, BVerfGE, 18, 441 (449)، حيث أيدت المحكمة الدستورية الألمانية إحدى المعاهدات لأسباب منها أن إحدى القواعد التي استند إليها للطعن في أحد أحكامها "لا تدرج ضمن القواعد الإلزامية للقانون الدولي".

(١٣٢) أدرجت اللجنة أيضاً المادة ٦٤ (ظهور قاعدة آمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي) والمادة ٧١ (آثار بطلان المعاهدة التي تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي).

بشأن القواعد الآمرة. وقد ظلت الفكرة قائمة عبر مختلف المراحل التي قطعها تطور القانون الدولي وصمدت أمام شتى النظريات الفلسفية التي طُرحت لتفسير أساس القانون الدولي وطابعه الملزم. بيد أن التحليل التاريخي يبين أيضاً أن مضمون القواعد الآمرة ومعايير تحديدها كانا أمرين استعصى حلّهما، ولا سيما خلال مرحلة التدوين التي سبقت اعتماد اتفاقية فيينا.

خامساً - الطبيعة القانونية للقواعد الآمرة

٤٢ - إن فكرة القواعد الآمرة باعتبارها جزءاً من القانون الدولي، أي القانون النافذ، ليست موضع تساؤلات جدية^(١٣٣)، وإنما مضمونها ومعايير تحديدها هما موضوع الخلاف. واختلاف الآراء بشأن معايير تحديد القواعد الآمرة وبعض القواعد التي تشكل قواعد آمرة كان مرده إلى حد بعيد إلى خلاف فلسفي حول أسس القواعد الآمرة وتنوع التفسيرات بشأن مضمونها. فقد طُرح عدد من النظريات المؤسّسة، منها ما يتبع مذهب القانون الطبيعي أو مبادئ الفلسفة الوضعية، لإيضاح ماهية القواعد الآمرة. ولئن كان حسم النقاش النظري بشأن القواعد الآمرة ليس هدفاً من أهداف هذا التقرير ولا من أهداف الدراسة التي تتناول الموضوع، فإن أي محاولة لاستخلاص المعايير اللازمة لتحديد هذه القواعد - بل وتبيان آثارها أيضاً - يجب أن تنبني على الإلمام بجوانب النقاش النظري الذي يتناول أسس هذه القواعد. ولذلك فإنه لا مفر من تناول هذا النقاش. ويضاف إلى ذلك أن عمل اللجنة، وإن لم يكن الغرض منه تقديم "حل" للنقاش النظري، يجب أن يستند إلى فهم سليم وعملي لطبيعة القواعد الآمرة، الأمر الذي يستلزم إجراء دراسة لبعض الأسس النظرية المطروحة. وفي سياق هذه الاعتبارات، يستعرض هذا الفرع من التقرير النقاش النظري الذي يتناول القواعد الآمرة.

٤٣ - لا تقتصر الطبيعة القانونية للقواعد الآمرة على الأسس النظرية أو الفلسفية لهذا المفهوم. بل هي تتعلق، إضافة إلى ذلك، بدور القواعد الآمرة فيما يتجاوز اتفاقية فيينا، وهو الدور الذي سبق أن اعترفت به اللجنة^(١٣٤). ولئن كان من المقبول عموماً أن القواعد الآمرة

(١٣٣) انظر: Pavel Šturma, "Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law", in Pavel Šturma, Narciso Leandro Xavier Baez (Eds.) *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness* (Bayern, 2015), at 12.

(١٣٤) انظر، على سبيل المثال، المادتين ٢٦ و ٤٠ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، قرار الجمعية العامة ٨٣/٥٦ المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١، المرفق؛ والشرح المرفق بمشروع المبادئ التوجيهية ٣-١-٥-٤ و ٤-٤-٣ من دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات على المعاهدات، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٠ (A/66/10/Add.1)؛ والفقرة ٣٧٤ من تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي عن تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، ١٣ نيسان/أبريل ٢٠٠٦، A/CN.4/L.682، والاستنتاج ٣٣ من استنتاجات العمل الذي قام به الفريق الدراسي المعني بتجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، الحولية ... ٢٠٠٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٢٥١.

تشكل جزءاً من القانون الدولي، فلا يزال هناك من يشكك في مركزها في سياق القانون الدولي الوضعي^(١٣٥). وبالتالي يلزم تقديم شرح مقتضب لمركز القواعد الآمرة في القانون الدولي، مع مراعاة التطورات المستجدة منذ اعتماد اتفاقية فيينا.

ألف - مكانة القواعد الآمرة في القانون الدولي

٤٤ - تناولت منشورات مختلفة الانتقادات والاعتراضات الموجهة ضد القواعد الآمرة^(١٣٦). وفي حين أن عدد المشككين في هذا المفهوم يتضاءل بسرعة على نحو ما لوحظ من قبل^(١٣٧)، لا يزال من الضروري إيضاح أن القواعد الآمرة مستقرة كجزء من القانون الدولي الحالي. وتنوع الحجج التي تساق للدفع بأنها ليست - وفي بعض الحالات لا ينبغي أن تكون - جزءاً من القانون الدولي. فعلى سبيل المثال، يدفع أوراخيلاشفيلي بالافتقار إلى الممارسة^(١٣٨)، والخوف على قدسية المعاهدات، والتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (*pacta sunt servanda*) كحجج تدحض القواعد الآمرة^(١٣٩). وبالمثل، يعرب كولب عن معارضته للقواعد الآمرة، فينتقدها بقوله إن فكرة القواعد الآمرة لا تتفق ببساطة مع طبيعة القانون الدولي وهيكله^(١٤٠)، وأن القواعد الآمرة غير معترف بها في النظام القانوني

(١٣٥) انظر على سبيل المثال: 11 (2006) Michael Glennon, "De l'absurdité du Droit Imperatif (*Jus Cogens*)" و Arthur M Weisburd "The Emptiness of the Concept of *Jus Cogens* as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina" 17 (1995) *Michigan Journal of International Law* 1 و Gordon Christenson "Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society" 28 (1988) *Virginia Journal of International Law* 585 و Robert Barnidge "Questioning the Legitimacy of *Jus Cogens* in the Global Legal Order" 38 (2008) *Israel Yearbook of Human Rights* 199. وانظر أيضاً: الرأي المخالف للقاضي الخاص سور في: إقضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال) [Belgium v. Senegal], Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, p. 422, para. 4. التعليل إلى القواعد الآمرة، وهي إشارة غير ضرورية إطلاقاً ولا تسهم بشيء في تسوية النزاع، كما سيظهر فيما يلي. والغرض من هذه الملاحظة العابرة للقاضي هو الاعتراف بمفهوم خلافي لم يُحدد مضمونه بعد وإعطاؤه وزناً قانونياً.)

(١٣٦) انظر، على سبيل المثال: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحات ١٥-٢٩. وانظر أيضاً: Alexander Orakhelashvili *Peremptory Norms in International Law* (2006), 32-35.

(١٣٧) انظر: Ulf Linderfalk "The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did you Ever Think About the Consequences?" 18 (2008) *European Journal of International Law* 853, at 855.

(١٣٨) انظر: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ٣٢، مستشهداً برأي Guggenheim.

(١٣٩) المرجع نفسه، مستشهداً برأي Schwarzenberger.

(١٤٠) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحات ١٥-٢٢. يحدد كولب في الواقع عدة انتقادات تبدو جميعها أوجه متنوعة للانتقاد القائم على حجة التعارض. وهي كالتالي: أولاً، أن فكرة القواعد الآمرة تفترض مسبقاً وجود "سلطة عليا مكلفة بمهمة إنفاذ تلك القواعد"، وهو ما لا ينطبق في حالة القانون الدولي (الصفحات ١٦-١٨)؛ وثانياً، أن القواعد الآمرة تفترض مسبقاً التمييز بين "الجهة التشريعية العامة" و "أشخاص" القانون الدولي، وهو ما لا ينطبق في القانون الدولي لأن الجهات التي تضع القوانين، أي الدول، هي أيضاً من أشخاص القانون الدولي (الصفحات ١٨-٢١)؛ وأن فكرة أن القواعد الآمرة تفترض مسبقاً تراتبية القواعد، في حين أن القانون الدولي لا يزال يحتاج إلى الكثير من التطوير ليبلغ مرحلة تراتبية القواعد (الصفحتان ٢١ و ٢٢).

الدولي^(١٤١)، وأن القواعد الآمرة لا يترتب عليها، من الناحية العملية، أي أثر فعلي^(١٤٢)، وأن القواعد الآمرة قد تقوّض أسس النظام القانوني الدولي^(١٤٣).

٤٥ - وليست هناك حاجة إلى طرح تأكيدات نظرية رداً على الانتقادات المختلفة، فقد تم على أي حال تناولها باقتدار في محافل أخرى^(١٤٤). بل إن المهم لأغراض عمل اللجنة هو تبين ما إذا كانت القواعد الآمرة تدعمها ممارسات الدول والاجتهاد القضائي للمحاكم الدولية والوطنية أم لا، فهذان العنصران هما عماد عمل اللجنة^(١٤٥). وفي حين أن الآراء المعرب عنها في الأدبيات تساعد على فهم الممارسة وقد توفر إطاراً لتنظيمها، فإن ممارسات الدول والممارسة القضائية هي التي ينبغي أن ترشدنا. وكما يتبين من السرد الوارد في الفرع السابق، كان الاعتقاد السائد بين الدول وقت اعتماد اتفاقية فيينا أن القواعد الآمرة تشكل جزءاً من القانون الدولي.

(١٤١) المرجع نفسه، الصفحة ٢٣.

(١٤٢) المرجع نفسه، الصفحتان ٢٣ و ٢٤.

(١٤٣) المرجع نفسه، الصفحات ٢٥-٢٧. يلاحظ كولب أن هناك مسارات مختلفة تتبعها أوجه النقد هذه للقواعد الآمرة، بما في ذلك أنها "تحمّل بين ثناياها خطر أن تدعي بعض النخب، بما لديها من خطط خفية، أنها تعبر عن مصالح المجتمع الدولي (وبذلك تُؤاري مصالحها وراء كلمات منمقة) فتفرض رؤيتها الإيديولوجية التي تناسب أغراضها، متخفية بستار القواعد الآمرة المطوّع الذي يُسهّل لها ذلك". انظر أيضاً بيان جنوب أفريقيا، [A/C.6/66/SR/13](#)، الفقرة ٧ ("أوضح بعض شُرّاح القانون أن مفاهيم القواعد الآمرة والالتزامات تجاه الكافة، وهي أمور جوهرية بالنسبة لمبدأ الولاية القضائية العالمية، غالباً ما تُستخدم في حيز الممارسة كأدوات في الصراع على الهيمنة"). وانظر للمقارنة: Tomuschat (الحاشية ٥٠ أعلاه)، الصفحة ٢٠، حيث ترد الإشارة إلى أن "الدول القوية لم تكن يوماً من مؤيدي القواعد الآمرة. فهي تدرك أن القواعد الآمرة تنتج آثاراً قد تؤدي إلى حدوث تحول في ميزان القوى لصالح القضاء الدولي...". ومما يثير الانتباه أن فرنسا، في معرض اعتراضها على صياغة النص الذي اقترحتة اللجنة بشأن القواعد الآمرة، رأت أن الافتقار إلى الوضوح سيضر بالدول "الأضعف". انظر بيان السيد دو بروسون (فرنســــــــــــا)، *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the*

Committee of the Whole, A/CONF.39/11, Fifty-fourth Meeting, para. 28

(١٤٤) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ١٥ وما يليها، و Orakhleshvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ٣٢ وما يليها.

(١٤٥) انظر بيان الولايات المتحدة (الحاشية ٧ أعلاه)، الفقرة ٢٠ (نظراً للعدد القليل نسبياً من الاجتهادات القضائية المتصلة بهذا الموضوع، حثّ ممثل الولايات المتحدة اللجنة على التركيز على الممارسة المتبعة في إطار المعاهدات، ولا سيما في إطار القواعد الواردة في اتفاقية فيينا، وعلى غيرها من ممارسات الدول التي تبين طبيعة ومحتوى القواعد الآمرة، والمعايير المتعلقة بنشأتها والآثار الناجمة عنها. وارتأى أن البحث والدراسة المستند فيهما إلى الآراء التي تعرب عنها الدول هما وحدهما اللذان بإمكانهما أن يضيفا قيمة كبيرة إلى النقاش).

٤٦ - ومنذ اعتماد اتفاقية فيينا، بل بسبب اعتمادها على الأرجح، ازدادت بشكل كبير الإشارات التي أحالت فيها الدول والأحكام القضائية إلى القواعد الآمرة. وللإشارات الصريحة إلى القواعد الآمرة في الممارسة القضائية لحكمة العدل الدولية بالذات دلائلها. فمنذ اعتماد اتفاقية فيينا في عام ١٩٦٩، وردت ١١ إشارة صريحة إلى القواعد الآمرة في الأحكام أو الأوامر الصادرة بأغلبية الآراء عن محكمة العدل الدولية، وهذه الإشارات جميعاً تفترض (أو على الأقل يبدو أنها تفترض) وجود القواعد الآمرة كجزء من القانون الدولي الحديث^(١٤٦). وفي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية، على سبيل المثال، أعلنت المحكمة، بدون أن تؤيد صراحة فكرة القواعد الآمرة، أن كلا من الدول واللجنة يتعامل مع حظر استخدام القوة باعتباره من القواعد الآمرة^(١٤٧). ولئن كان بيان المحكمة مبهماً في تناوله تناوله للقواعد الآمرة، فالبادي أنه موجه بشكل أكبر نحو تبين ما إذا كان الحظر يُعتبر من القواعد الآمرة أم لا وليس نحو فكرة القواعد الآمرة نفسها^(١٤٨). وتوفر الفتوى الصادرة

(١٤٦) للاطلاع على إحالات المحكمة في الآونة الأخيرة إلى القواعد الآمرة، انظر القضايا التالية: [القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود)] *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, p. 43, para. 147-184؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن توافق إعلان استقلال كوسوفو من جانب واحد مع القانون الدولي] *Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, ICJ Reports 2010, p. 403؛ و [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports 2012, p. 99, at para. 92 et seq؛ و [قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال)] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, p. 422, para. 99-100؛ و [القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (كرواتيا ضد صربيا)] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, ICJ Judgment of 3 February 2015, para. 87.

(١٤٧) انظر: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 190 (القواعد الآمرة "كثيراً ما يُشار إليها في بيانات ممثلي الدول باعتبارها ليست فقط مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي بل مبدأ جوهرياً وأساسياً من مبادئ هذا القانون أيضاً... [وقد] أعربت لجنة القانون الدولي في سياق عملها في مجال تدوين قانون المعاهدات عن رأي مفاده أن قانون الميثاق المتعلق بحظر استخدام القوة يشكل في حد ذاته مثلاً جلياً على قاعدة لها طابع القاعدة الآمرة").

(١٤٨) انظر للمقارنة: James Green "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force" *Michigan Journal of International Law* 215, at 223 (2011) ("يرى المؤلف أن المحكمة استنتجت هنا أن حظر استخدام القوة قاعدة أمرة، رغم أنه لا بد من القول إن هناك من يفسر هذا المقطع تفسيراً مختلفاً").

بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مثلاً آخر على قبول المحكمة للقواعد الآمرة دون البت فيها^(١٤٩). فرغم أن المحكمة تشير إلى أنه "ليست ثمة من حاجة للمحكمة لأن تنطق بحكم حيال هذا الأمر"، فإن هذا يعود صراحةً لكون المسألة المعروضة على المحكمة لا تستلزم، في رأيها، الإجابة على "مسألة طابع القانون الإنساني الذي ينطبق على استخدام الأسلحة النووية"^(١٥٠). غير أن المحكمة، بإسهابها صراحة في تناول طابع القواعد الآمرة، تبدو أنها تقبلها كجزء من القانون الدولي^(١٥١). وكان قبول المحكمة للقواعد الآمرة كجزء من القانون الدولي بشكله الراهن في القضية المتعلقة بالأنشطة المسلحة في إقليم الكونغو قبولاً قاطعاً بقدر أكثر جلاء، إذ لم تكتفِ المحكمة بالإشارة إلى القواعد الآمرة بل اعتبرت أيضاً أن حظر الإبادة الجماعية له "بالتأكيد" طابع القواعد الآمرة^(١٥٢).

٤٧ - وبالإضافة إلى الإشارات الصريحة الواردة في قرارات محكمة العدل الدولية وفتاواها الصادرة بأغلبية الآراء، جاء ما مجموعه ٧٨ إشارة صريحة إلى القواعد الآمرة في الآراء الفردية لأعضاء المحكمة^(١٥٣). كما اعترف بها صراحة في الاجتهاد القضائي لمحاكم وهيئات

(١٤٩) انظر: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports* 1996, 226.

(١٥٠) المرجع نفسه.

(١٥١) المرجع نفسه ("ومسألة ما إذا كانت قاعدة ما جزءاً من مبادئ القانون الملزم أمر يتصل بالطابع القانوني لتلك القاعدة").

(١٥٢) انظر: *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports* 2006, p. 6, para. 64.

(١٥٣) تشمل الأمثلة على الآراء الفردية منذ اعتماد اتفاقية فيينا ما يلي: الرأي المستقل للقاضي عمون في [القضية المتعلقة بشركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة] *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970, *ICJ Reports* 1970, p. 3, at 304 ("وهكذا يكتسب مفهوم القواعد الآمرة، من خلال ممارسة أصبحت طويلة الأمد في الأمم المتحدة، درجة أكبر من الفعالية عن طريق التصديق على المبادئ الواردة في ديباجة الميثاق باعتبارها قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي")؛ والرأي المستقل لنائب الرئيس القاضي عمون في [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (أفريقيا الجنوبية الغربية) رغم قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *ICJ Reports* 1971, p. 16, at 77 *et seq* ("... اعتبر عن حق أن استخدام القوة بهدف إحباط الحق في تقرير المصير عملٌ عدواني، يزداد خطورة نظراً لأن حق تقرير المصير هو قاعدة لها طبيعة القواعد الآمرة لا يُسمح بالخروج عنها تحت أي ظرف من الظروف."); والرأي المخالف للقاضي شوبيل في [القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) (الولاية والمقبولية)] *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*

قضائية دولية أخرى^(١٥٤). ففي قضية كايشيما على سبيل المثال، ذكرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا أن "[حظر] جريمة الإبادة الجماعية يعتبر جزءاً من القانون العرفي الدولي، وعلاوة على ذلك، قاعدة من القواعد الآمرة"^(١٥٥). وفي قضية نيراماسوهو كو كذلك، أشارت دائرة الاستئناف بالمحكمة إلى أن السلطة التقديرية لمجلس الأمن في تعريف الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية "مشروطة باحترام القواعد الآمرة للقانون الدولي (*Jus cogens*)"^(١٥٦). وتتجلى القواعد الآمرة في قرارات المحاكم المحلية أيضاً^(١٥٧). ففي قضية يوسف ضد سميتار على سبيل المثال، أعلنت محكمة الاستئناف بالولايات المتحدة أن

Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984, ICJ Reports 1984, p. 392, para. 88 ("رغم عدم وجود اتفاق كبير على النطاق المشمول بالقواعد الآمرة، من المهم الإشارة إلى أن اتفاقاً عاماً ساد في إطار لجنة القانون الدولي وفي مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات على أنه، إذا كان للقواعد الآمرة أي جوهر متفق عليه، فهو ذلك الوارد في الفقرة ٤ من المادة ٢.٢")؛ والرأي المستقل للقاضي لاوترباخ في [القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها] (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا (صربيا والجبل الأسود) (طلبات أخرى لتحديد التدابير المؤقتة)) *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) Further Requests for the Indication of Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, p. 325, para. 100 ("هذا لأن حظر الإبادة الجماعية ... قبل به عموماً باعتباره ليس مجرد قاعدة عادية من قواعد القانون الدولي فحسب بل قاعدة لها مركز القاعدة الآمرة. والواقع أن حظر الإبادة الجماعية اعتُبر منذ زمن طويل أحد الأمثلة القليلة المؤكدة على القواعد الآمرة.")؛ والرأي المستقل للقاضي رانجيفا في [القضية المتعلقة بتمور الشرقية] (البرتغال ضد أستراليا) *Case Concerning East Timor (Portugal v Australia)*, Judgment of 30 June 1995, ICJ Reports 1995, p. 90, at 45 ("تنتمي القواعد الآمرة إلى مجال القانون الوضعي")؛ والرأي المخالف للقاضي كانسادو ترينداد في [في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا) (طلب مضاد)] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy), Counter-Claim*, Order of 6 July 2010, ICJ Reports 2010, p. 310 ("المبدأ الأساسي القائل بالمساواة أمام القانون وعدم التمييز يتخلل كلياً تفعيل سلطة الدولة، فقد دخل الآن حيز القواعد الآمرة.")

(١٥٤) انظر، على سبيل المثال: [المدعي العام ضد فورونديزا] *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1), 10 December 1998 (ICTY)؛ و [قرار التحكيم الصادر بشأن تعيين الحدود البحرية بين غينيا - بيساو والسنغال (غينيا - بيساو ضد السنغال)] *Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal, Arbitral Award*, 31 July 1989, UNRIIAA, vol. XX, p. 119.

(١٥٥) انظر: [المدعي العام ضد كايشيما وآخرين] *Prosecutor v Kayishema et al* (ICTR-95-1), Trial Judgement, 21 May 1999 (ICTR), para. 88.

(١٥٦) انظر: [المدعي العام ضد نيراماسوهو كو] *Prosecutor v Nyiramasuhuko* (ICTR-98-42), Appeals Judgement, 14 December 2015, para. 2136.

(١٥٧) انظر كمثال شهير على ذلك: [التاج البريطاني ضد قاضي المحكمة الجزئية لمنطقة باو ستريت الكبرى وآخرين، بدون حضور بينوشيه أوغاري] (القضية رقم ٣) *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate* and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), 24 March 1999, House of Lords, [2000] 1 AC p. 147.

”انتهاكات القواعد الآمرة تشكل، بحكم تعريفها وبموجب القانون الدولي والمحلي، أعمالاً لم يأذن بها العاهل رسمياً“^(١٥٨). وبالمثل، رأت محكمة كينيا العليا، في قضية الفرع الكيني للجنة الدولية للحقوق ضد المدعي العام أن ”واجب مقاضاة مرتكبي الجرائم الدولية تطور فأصبح قاعدة أمرة وجزءاً من القانون الدولي العرفي“^(١٥٩). وأشارت المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا، من جانبها، إلى أن ”واجب الدولة المتمثل في منع إفلات الجناة من العقاب ... يتجلى بشكل خاص فيما يتعلق بتلك القواعد التي يُقبل على نطاق واسع بطابعها الآمر، ومنها مثلاً حظر التعذيب، ومن ثم لا يجوز الخروج عنها“^(١٦٠). وتعكس الممارسة القضائية وشبه القضائية على الصعيد الإقليمي أيضاً فكرة قواعد القانون الدولي الآمرة^(١٦١). ففي قضية المواطنين الدومينيكيين والهايتيين المطرودين، أعلنت محكمة البلدان

(١٥٨) انظر: [يوسف ضد سمندر] *Yousuf v. Samantar*, Judgement of 2 November 2012 of the United States Court of Appeal, 699 F.3d 763, 776–77 (4th Cir. 2012), at 19. وانظر أيضاً: [فرحان محمود ثاني ورفا ضد يوسف عبيدي علي] *Farhan Mahamoud Tani Warfaa v Yusuf Abdi Ali*, Judgment of 1 February 2016 of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, No 14-1880, at 18. حيث رفض العدول عن الرأي المعتمد في قضية سمندر.

(١٥٩) انظر: *Kenya Section of the International Commission of Jurists v Attorney General & Another*, Judgement of 28 November 2011 of the High Court of Kenya, [2011] *E-Kenyan Law Reports* at 14.

(١٦٠) انظر: [المفوض الوطني لجهاز الشرطة بجنوب أفريقيا ضد مركز الجنوب الأفريقي لقضايا حقوق الإنسان وآخرين] *National Commissioner of the South African Police Service v the Southern African Human Rights Litigation Centre and Others*, Judgment of 30 October 2014 of the South African Constitutional Court, 2014 (12) *BCLR* 1428 (CC) at para. 4. وانظر أيضاً: [قضية نزاع الملكية في ألمانيا الشرقية: السيد فان دير م. *East German Expropriation case: Mr. van der M*, judgment of 26 October 2004 of the German Constitutional Court, *B v R 955/00 ILDC 66 (DE)*, para. 97. ”إن القانون الأساسي يعتمد الاعتراف التدريجي بوجود أحكام إلزامية ... غير مفتوحة للنقاش من جانب الدول (القواعد الآمرة)“؛ و [مقاطعة فويوتيا ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية] *Prefecture of Voiotia v Federal Republic of Germany*, Judgement of 4 May 2000 of the Hellenic Supreme Court, Case No 11/2000. حيث اعتُبر أن الجرائم التي ارتكبتها وحدة قوات فافن إس إس النازية (Waffen-SS) ضد السكان المدنيين في إحدى القرى اليونانية جرائم مخالفة للقواعد الآمرة. وانظر كذلك: [فيريبي ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية] *Ferrini v Repubblica Federale di Germania*, Judgment of 11 March 2004 of the Italian Corte di Cassazione, Case no. 5044. حيث قبلت المحكمة بأن الترحيل والسخرة جريمتان دوليتان يعد حظرهما من القواعد الآمرة.

(١٦١) انظر على سبيل المثال: [العدساني ضد المملكة المتحدة (الطلب رقم ٩٧/٣٥٧٦٣)] *Al-Adsani v. UK* (Application No. 35763/97), Judgment of 21 November 2001 of the European Court of Human Rights؛ وانظر أيضاً: [مؤسسة أمهات سربرينيتسا وآخرين ضد هولندا] *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. Netherlands*, App No. 65542/12 (ECHR 2013), Judgment of 11 June 2013 of the European Court of Human Rights، ”فيما يتعلق بالحق في الجنسية، تكرر المحكمة أن القواعد الآمرة تقتضي من الدول ... الامتناع عن وضع قواعد تمييزية ...“؛ وانظر أيضاً: [محمد عبد الله صالح الأسد ضد جمهورية جيبوتي (البلاغ رقم ٨٣/٨٠)] *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v. The Republic of Djibouti* (Communication 383/10), Decision of May 2014 of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, para. 179. وللاطلاع على عرض مفصل للاحتجاج القضائي لمحكمة البلدان الأمريكية والمحكمة الأوروبية، انظر *Šturma* (الحاشية ١٣٣ أعلاه)، الصفحة ١٥ وما يليها.

الأمريكية لحقوق الإنسان أن "مبدأ المساواة في توفير الحماية القانونية الفعالة والامتناع عن التمييز" من القواعد الآمرة^(١٦٢).

٤٨ - ودأبت الدول أيضاً على الاستناد إلى القواعد الآمرة أو *Jus cogens* في محافل متنوعة. فإلى جانب البيانات التي تناولت أعمال اللجنة بشأن قانون المعاهدات تحديداً، أدلى ببيانات بكثيرة أمام هيئات منها على سبيل المثال الجمعية العامة، ولجنتها السادسة بوجه خاص^(١٦٣). كما استظهرت الدول بالقواعد الآمرة على نحو روتيني في بياناتها أمام مجلس الأمن^(١٦٤). ويتبغي التعامل ببعض الحذر مع البيانات المدلى بها أمام المحاكم والهيئات القضائية

(١٦٢) انظر: [المواطنون الدومينيكيون والهايتيون المطرودون ضد الجمهورية الدومينيكية (الدفع الابتدائية، وموضوع الدعوى، والتعويضات والتكاليف)] *Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgement of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 264. وانظر أيضاً: [ميندوزا وآخرون ضد الأرجنتين] *Mendoza et al v Argentina*, Judgement of 14 May 2013 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 199 ("أولاً، تؤكد المحكمة اجتهادها القضائي ومؤداه أن الحظر المطلق للتعذيب، البدني والعقلي على حد سواء، أصبح اليوم يشكل جزءاً من القواعد الآمرة الدولية ...").

(١٦٣) هناك، بطبيعة الحال، عدد لا يحصى من البيانات التي تتناول القواعد الآمرة في سياق أعمال اللجنة، ولا سيما أعمالها المتعلقة بقانون المعاهدات. بيد أن القواعد الآمرة احتلت مكانة بارزة في سياقات أخرى. انظر، على سبيل المثال، بيان كازاخستان، A/C.6/63/SR.7، الفقرة ٥٥ (فضلت الالتزام الصارم وغير المشروط بقواعد القانون الدولي الآمرة التي تشكل أساس النظام العالمي الحديث، وأيدت الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي لحل القضايا الهامة الراهنة استناداً إلى القانون الدولي)؛ وبيان أذربيجان، A/C.6/63/SR.8، الفقرة ١٢؛ وبيان تونس، A/C.6/64/SR.12، الفقرة ١٦.

(١٦٤) انظر على سبيل المثال بيان السيد نيسيروبو (اليابان)، في جلسة مجلس الأمن ٢٣٥٠ المعقودة في ٣ نيسان/أبريل ١٩٨٢ ("إننا نشدد ... على أن هذه القواعد لا تعتبر من أبرز المبادئ الأساسية التي ينبني عليها الميثاق فحسب، بل إنها أيضاً من أهم القواعد التي تركزها المبادئ العامة للقانون الدولي والتي لا يسمح المجتمع الدولي بأي خروج عنها. أي أن مبدأ الامتناع عن استعمال القوة هو، بعبارة أخرى، من قواعد القانون الدولي الآمرة."); وبيان السيد العربي (مصر)، في جلسة مجلس الأمن ٣٥٠٥ المعقودة في ٢٨ شباط/فبراير ١٩٩٥ (S/PV.3505) ("أما من الناحية القانونية، فقد انعقد إجماع المجتمع الدولي على أن هناك قواعد آمرة (preemptory (sic) norms) في القانون الدولي تُعرف باسم *jus cogens* لا يجوز انتهاكها ..."); وبيان السيد كوستونيتشا (صربيا والجزيل الأسود)، في جلسة مجلس الأمن ٥٢٨٩ المعقودة في ٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٥ (S/PV.5289) ("... إننا لا نناقش في هذه اللحظة الالتزامات غير الملزمة للدول، بل أكثر قواعد القانون الدولي صرامة - القواعد الآمرة، التي يعتبر احترامها شرطاً مسبقاً لتسيير شؤون المجتمع الدولي بأسره"); وبيان السيد أديكاني (نيجيريا)، في جلسة مجلس الأمن ٥٤٧٤ المعقودة في ٢٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٦ (S/PV.5474) ("في حال إدراج أفراد وكيانات في القوائم بدون إبلاغ الدولة المتأثرة، فإن ذلك يشكل مخالفة للقواعد الآمرة المتعلقة بالمحاكمة العادلة ولمبدأ سيادة القانون على حد سواء. وبالتالي فإن نيجيريا تعارض أي انتهاك لتلك القواعد الآمرة"); وبيان السيد مايورال، في جلسة مجلس الأمن ٥٦٧٩ المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ٢٠٠٧ (S/PV.5679) ("... مكافحة الإرهاب يجب أن تتم باستعمال الآليات القانونية المرتكزة إلى القانون الجنائي الدولي ومبادئه الأساسية. دعونا نذكر أن هذه قواعد آمرة من قواعد القانون الدولي، ومن ثم لا نستطيع تجنبها جانباً"); والسيد النصر (قطر)، في جلسة مجلس الأمن ٥٧٧٩ (S/PV.5779) ("على الرغم من أن المادة ١٠٣ من الميثاق تنص على أولوية الالتزامات الواردة في الميثاق على أي التزامات الأخرى، فذلك لا يعني أن هذه الالتزامات لها أولوية على القواعد الآمرة أو أنها تنسخها").

الدولية، فكثيرا ما تكون الدول مدفوعةً بقدر أكبر برغبتها في تحقيق نتيجة معينة. ولا يخلو مع ذلك من دلالة أن الدول تنحو في كثير من الأحيان إلى الإشارة للقواعد الآمرة في مرافعاتها أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية، ولا علم للمقرر الخاص بأي حالة عمدت فيها دولة، أثناء النظر في قضية معروضة على محكمة أو هيئة قضائية دولية، إلى المجادلة فيما إذا كان مفهوم القواعد الآمرة جزءا من القانون الدولي بشكله الحالي أم لا^(١٦٥). بل إن الأمر الأكثر دلالة هو أن الدول لم تنكر قط وجود القواعد الآمرة، حتى وإن كان في ذلك ما يخدم مصلحتها في قضية من القضايا^(١٦٦). ولا تقتصر الإشارة إلى القواعد الآمرة في ميدان الممارسة على البيانات الفردية وحدها. بل إن أجهزة الأمم المتحدة نفسها أقرت هذا المفهوم في قرارات صادرة عنها بوصفه جزءا من القانون الدولي. وعدا قرارات الجمعية العامة المتعلقة بأعمال اللجنة التي يأتي فيها ذكر القواعد الآمرة، أشارت الجمعية إلى تلك القواعد فيما لا يقل عن ١٢ قرارا، يتناول جانب كبير منها مسألة التعذيب^(١٦٧). وحدير بالإشارة

(١٦٥) انظر على سبيل المثال بيان محامي بلجيكا في: [قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال)] (*Belgium v. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*), Oral Proceedings, 13 March 2012 (CR 2012/3), para. 3.

(١٦٦) عندما سعت ألمانيا على سبيل المثال إلى الحد من آثار القواعد الآمرة في سياق قضية حصانات الدول من الولاية القضائية، لم تعتمد في بيائها إلى التشكيك في وجود القواعد الآمرة، بل إنها أكدت بصورة قاطعة طابع بعض القواعد الأمر. انظر على سبيل المثال مذكرة جمهورية ألمانيا الاتحادية في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (الحاشية ١٤٧ أعلاه) [*Jurisdiction Immunities case*], ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٩، الفقرة ٨٦ حيث تقول ألمانيا إنه "لا شك مثلا في أن القواعد الآمرة تحظر الإبادة الجماعية". وانظر أيضا بيان محامي السنغال في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال) (الحاشية ١٤٧ أعلاه) [*Belgium v. Senegal*] (n), Oral Proceedings, 15 March 2012 (CR 2012/4), para. 39. وانظر أيضا المذكرة المضادة للسنغال في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (بلجيكا ضد السنغال)، الفقرة ٥١.

(١٦٧) انظر على سبيل المثال الفقرة ٣ من قرار الجمعية العامة ١٥٦/٦٨ الصادر بشأن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ("إذ تشير أيضا إلى أن حظر التعذيب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي وأن المحاكم الدولية والإقليمية والمحلية اعتبرت أن حظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة من صميم القانون الدولي العرفي")؛ والفقرة ٣ من قرارات الجمعية العامة ١٤٨/٦٠ و ١٥٣/٦١ و ١٤٨/٦٢ الصادرة بشأن التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ("إذ تشير أيضا إلى أن عددا من المحاكم الدولية والإقليمية والمحلية، بما فيها المحكمة الدولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١، قد اعترفت بأن حظر التعذيب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي، واعتبر أن حظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة من صميم القانون الدولي العرفي").

أيضاً أنه، منذ اعتماد مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات، اعترفت اللجنة نفسها بالقواعد الآمرة والآثار المترتبة عليها، حتى فيما يتجاوز نطاق قانون المعاهدات^(١٦٨).

٤٩ - وهكذا يتبين أن الجدل قد يثور في الأوساط الأكاديمية بشأن ما إذا كانت هناك قواعد آمرة في القانون الدولي الحالي أم لا، غير أن الدول ذاتها لا تشكك في وجود مثل هذه القواعد. وحتى الدول الثلاث التي لم تقتنع بجدوى تناول اللجنة الموضوع الحالي بالدراسة لم تشكك في فكرة القواعد الآمرة نفسها^(١٦٩). وكما يلاحظ باولوس، "يبدو أن مفهوم القواعد الآمرة قد نفى عنه طابعه الخلقي" و "لعل آخر خصوم هذا المفهوم الذين دأبوا على تفنيده، أي فرنسا، باتت مستعدة للتصالح معه"^(١٧٠). ولأغراض عمل اللجنة في سياق هذا الموضوع، يُحتمل أن يسهم هذا الجدل في كشف النقاب عن بعض الإشكالات التي تعترى القواعد الآمرة، ولكن ينبغي ألا يطمس ذلك نقطة انطلاق هذه الدراسة التي تتمثل في أن القانون الدولي يعترف بأن هناك بعض القواعد التي لا يُسمح بالخروج عنها.

باء - الأساس النظري للطابع الآمر الذي تصطبغ به القواعد الآمرة

٥٠ - يتضح مما سبق أن الجدل الدائر حول القواعد الآمرة لطالما شغل بتمحيص الأساس النظري الذي يركز إليه الطابع الآمر للقواعد الآمرة. ففي مراحل مختلفة من مراحل التطور التي مرّ بها مفهوم القواعد الآمرة، سبقت نهج نظرية مختلفة لتفسير الطابع الآمر الذي تصطبغ به القواعد الآمرة في إطار القانون الدولي. وثمة مذهبان رئيسيان يسعى كل منهما إلى إيضاح طبيعة القواعد الآمرة، وهما مذهب القانون الطبيعي والمذهب الوضعي^(١٧١). وإلى جانب هاتين النظريتين العموميتين، طُرحت نظريات أخرى أيضاً. بيد أن نظريتي القانون الطبيعي والقانون الوضعي هما اللتان هيمنتا على الجدل الفقهي، ومن ثم فمن المفيد بدء الدراسة بإيضاح ملامح هاتين النظريتين وتقييمهما بإيجاز. وليس الهدف من هذا التحليل التوصل إلى

(١٦٨) انظر الأمثلة المذكورة أعلاه في الحاشية ١٣٤.

(١٦٩) انظر الفرع الثاني أعلاه.

(١٧٠) انظر: Andreas Paulus "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at Re-appraisal" 74 *Nordic Journal of International Law* 297, at 297-298 (2005). وانظر من ناحية أخرى: Tomuschat (الحاشية ٥١ أعلاه)، الصفحة ١٨ ("بيد أن المادتين ٥٣ و ٦٤ تظان من الأحكام الخلافية القليلة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تجسد فكرة التطوير التدريجي للقانون").

(١٧١) انظر: Asif Hameed "Unravelling the Mystery of Jus Cogens in International Law" 84 *British Yearbook of International Law* 52 (2014). حيث يذهب المؤلف إلى أن النظريات المتنافسة ينبغي النظر إليها باعتبارها 'قائمة على الرضا' أو 'غير قائمة على الرضا' وأن الخطاب الحالي مرجعه سوء فهم المذهب الوضعي في القانون الدولي. وانظر بوجه خاص الصفحة ٥٥.

ما ينهي النزاع بين أنصار القانون الوضعي وأنصار القانون الطبيعي. فالأرجح أن لا سبيل لإنهائه، شأنه شأن الجدل الدائر بين أنصار المذهبين في سياق القانون الدولي عموماً، وأن لا ضرورة تملّي ذلك. وتحليل وتقييم مختلف النظريات المطروحة لتفسير القواعد الآمرة يهدفان إلى تحديد الطابع الجوهرى لمفهوم القواعد الآمرة. ومن الضروري التنبيه هنا إلى أن أيّا من مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي لم يتمخض عن نظرية تتناول القواعد الآمرة؛ بل إن هناك نظريات تتبع مذهب القانون الطبيعي وأخرى تتبع المذهب الوضعي. وليس في الوقت متسع لإيراد سرد مفصل عن كل منها ولا في المجال فسحة لذلك؛ وليس البحث النظري للمسألة هو المنشود هنا على أية حال. ولكن تُورد عوضاً عن ذلك نبذة عامة عن هذين المذهبين الفكريين.

٥١ - لعله من الأجدى البدء بنهج القانون الطبيعي بما أن القواعد الآمرة تنبثق دونما شك عن نهج القانون الطبيعي إزاء القانون الدولي (انظر الفرع الرابع - ألف، أعلاه)^(١٧٢). ولما كانت القواعد الآمرة تنطوي ضمناً على فكرة التراتبية وكانت دعائم القانون الطبيعي تقوم على فكرة وجود قواعد أسمى من غيرها، سواء في ذلك أكانت تلك القواعد تتبع من الذات الإلهية أو العقل وأي مصدر أخلاقي آخر، فمن البديهي افتراض أن القانون الطبيعي هو الأساس المنطقي للقواعد الآمرة^(١٧٣). ومن معتنقي نهج القانون الطبيعي مارك جانيس

(١٧٢) انظر أيضاً: Gennady Danilenko *Law Making in the International Community* (Dordrecht, 1993), at 214 و

Bruno Simma "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law" (1995) 6 *European Journal of International Law* 33, at 50. وانظر كذلك: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحتان ٣٧ و ٣٨ ("من المرجح أن 'مفهوم القواعد الآمرة' سيظل ناقصاً ما دام لا يستند إلى فلسفة للقيم كالقانون الطبيعي"، إذ إن القواعد الآمرة انبثقت عن مذهب القانون الطبيعي... وتشبه القواعد الآمرة القانون الطبيعي في أنها ليست نتاجاً لإرادة الدول ومن ثم لا يمكن فهمها باتباع نهج وضعي صارم").

(١٧٣) انظر فيما يتعلق بالأثر التراتبي الناجم عن القواعد الآمرة: Danilenko، المرجع نفسه، الصفحة ٢١١. وانظر أيضاً: Hugh Thirlway *The Sources of International Law* (Oxford, 2014), at 155 ("إن مفهوم القواعد الآمرة ينطوي ضمناً على تراتبية القواعد: فالقاعدة الآمرة لها الأسبقية، بحكم طبيعتها، على أي حكم تعاهدي مخالف لها"). وانظر أيضاً: Pierre-Marie Dupuy and Yann Kerbrat *Droit International Public*, (11th Edition, Paris, 2012), at 323، للاطلاع على أساس منطقي جديد ("هو ذلك المنطق الثوري للموضوعية التي تعد جزءاً أصيلاً من مفهوم القواعد الآمرة التي تُلزم الدول باتباعها، وهو ما يؤدي إلى تحول هذه الدول بأشد المعاني حرفية إلى أشخاص تخضع لنظام قانوني بات يتسم بتراتبية في القواعد تهيمن عليها القواعد الآمرة"). وانظر كذلك: Raphaële Rivier *Droit International Public* (2nd Edition, Paris, 2013), at 565.

وماري - إيلين أوكونيل^(١٧٤). ويلاحظ هذان الفقيهان أن فكرة وجود قواعد دولية تسمح عن رضا الدول (أو الإرادة الحرة للدول) ولا ترقن به لا يمكن تفسيرها إلا من خلال الفكرة المستمدة من القانون الطبيعي والقائلة بوجود قانون أعلى مرتبة يستند إلى الأخلاق والقيم.

٥٢ - ولئن كان نهج القانون الطبيعي يتسم بالجادبية لما له من صلات تاريخية بنشأة القواعد الآمرة ولتشابهه معها، فإنه لا يخلو من صعوبات^(١٧٥). ولا تزال صعوبته الرئيسية تكمن فيمن يحدد مضمون القانون الطبيعي. فكما تلاحظ أوكونيل، "لا تزال نظرية القانون الطبيعي المعاصرة تعاني فيما يبدو من الاعتماد اللاموضوعي على آراء الفقهاء أو القضاة أو المسؤولين"^(١٧٦). وبالمثل، يذكر كولب في معرض نقده لنهج القانون الطبيعي أن "كلا مّا يمكن أن يفترض وجود قواعد معينة للعدالة [غير أن] مسألة ما إذا كانت هذه القواعد تشكل جزءاً من القانون الوضعي أم لا [لا تزال] غير محسومة"^(١٧٧). وإلى جانب مسألة عدم التيقن هذه، ينتهي الأمر دوماً بنهج القانون الطبيعي إزاء القواعد الآمرة إلى الاصطدام بنص اتفاقية فيينا - إلا إذا تعين على المرء أن يقبل بعدم صحة ذلك النص أيضاً.

(١٧٤) انظر على سبيل المثال: Mark Janis "The Nature of *Jus Cogens*" (1987) 3 *Connecticut Journal of International Law* 359, at 361 ("أزعم أن الطابع الجوهرى المميز للقواعد الآمرة ينحو إلى دمج هذا المفهوم بالمفاهيم التقليدية للقانون الطبيعي")؛ و Janis *An Introduction to International Law* (New York, 2008), at 66 et seq. Louis Sohn *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than the State* (1981) 32 *American University Law Review* 1, at 14-15 باعتبارها "غير قابلة للتبدل من الناحية العملية" - وهي الصياغة التي تعيد إلى الأذهان مذهب القانون الطبيعي. وانظر: Dan Dubois "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?" (2009) 78 *Nordic Journal of International Law* 133, at 134 ("... والاستنتاج الذي تم التوصل إليه هو أنه، في أي نظرية متسقة للقواعد الآمرة، لا مفر من أن يستعين المرء ببعض مفاهيم القانون الطبيعي"). وانظر أيضاً: Mary-Ellen O'Connell 'Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms' in: Donald Childress (ed.) *The Role of Ethics in International Law* (New York, 2012), especially at 97.

(١٧٥) للاطلاع على مناقشة لتلك الصعوبات، انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٣١. وانظر أيضاً: Prosper Weil "Le droit international en quête de son identité: cour général de droit international public" Maurice 237 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 11, at 274 (1992)؛ و Kamto "La volonté de l'Etat en droit international" (2004) 310 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 133, at 353.

(١٧٦) انظر: O'Connell (الحاشية ١٧٤ أعلاه)، الصفحتان ٨٦ و ٨٧. وفي الصفحة ٧٩، تصف المؤلفة النهج الذي يتبعه العديد من أنصار القانون الطبيعي، فتقول إن "البادي في الوقت الراهن أن القضاة والفقهاء يكتفون باستطلاع ما تملّيه عليهم ضمائرهم عندما يتصدون لتحديد القواعد الآمرة".

(١٧٧) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٣١.

فالمادة ٥٣ عندما نصت، كما يلاحظ كولب، على أن القاعدة الآمرة لا يمكن تغييرها إلا بقاعدة أمرة جديدة، أقرت بأن القواعد الآمرة ليست قواعد "غير قابلة للتبدل" - وهي السمة التي تميز القانون الطبيعي^(١٧٨). ويذكر بالمثل أنه إذا كان القانون الطبيعي قائماً بصورة منفصلة عن اعتبارات الزمان والمكان - وهو ما يُعرف بعدم القابلية للتبدل -، فمن شأن المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا التي تعترف بإمكانية ظهور "[قواعد] أمرة جديدة" أن تثير الاستغراب على أقل تقدير^(١٧٩). وثمة إشكالية أخرى تكتنف نهج القانون الطبيعي التي تتناول القواعد الآمرة مردها على ما يبدو إلى الشرط الوارد في المادة ٥٣ الذي يقضي بأن "يعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل"، مما يوحي بأن "إرادة" الدول لها دور ما في نشأة القواعد الآمرة.

٥٣ - وهكذا يتبين أن العديد من الكتاب المعاصرين يتناول القواعد الآمرة من منظور المذهب الوضعي^(١٨٠). والقانون الوضعي، في أنقى صورته، يستند إلى فكرة الإرادة الحرة للدول وأن الرضا وحده هو الذي يؤدي إلى تكوين القانون الدولي. ومن ثم لا يمكن إلزام الدول بقواعد لم ترضَ بها^(١٨١). ولا يمكن، من منظور النهج الوضعي، أن تبلغ القواعد مركز القواعد الآمرة ما لم توافق عليها الدول بشكل أو بآخر. لكن هذا الأمر يبدو منافياً لفكرة القائلة بوجود مجموعة من القواعد ذات مرتبة أعلى لا يُسمح بالخروج عنها حتى وإن كان ذلك بالتراضي بين الدول أو وفقاً لإرادتها، أو يبدو غير متسق معها على أقل تقدير^(١٨٢).

(١٧٨) المرجع نفسه، الصفحة ٣٣. انظر، فيما يتعلق بعدم قابلية التبدل، الآراء ذات الحجية المذكورة في الحاشية ٤٣ أعلاه.

(١٧٩) انظر: Matthew Saul "Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges" 26 *Asian Journal of International Law* 5 (2015). "... تدور نظريات القانون الطبيعي في فلك تحديد قيم ثابتة معينة في القانون الطبيعي، بما في ذلك تلك المتعلقة باحتياجات البشر، في حين أن المفترض أن عدد القواعد الآمرة وطبيعتها في تطور مستمر وفق الطبيعة المتغيرة للمجتمع الدولي".

(١٨٠) انظر: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٣٩. وانظر، على سبيل المثال: Tunkin (الحاشية ١٠٦ أعلاه)، الصفحة ١١٥ ("إنني أعتقد أن القواعد العامة للقانون الدولي التي لها صفة القواعد الآمرة يمكن أن تنشأ، بل هي تنشأ بالفعل، عن الاتفاق بين الدول كغيرها من القواعد العامة للقانون الدولي").

(١٨١) انظر: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٣٩.

(١٨٢) انظر على سبيل المثال: Rivier (الحاشية ١٧٣ أعلاه)، الصفحة ٥٦٥ ("إن إدخال قواعد أمرة في منظومة القانون الدولي هو بمثابة ثورة ... فمع القواعد الآمرة، لم يعد توافق إرادة [الدول] بأي حال من الأحوال آلية منشئة للقانون. فسلامة العلاقات ترقن أيضاً بمضمونها. وبهذا ينشأ تعريف مادي للقانون وينتقل المرء من التصور التقليدي للقانون الدولي إلى نموذج موضوعي تخضع في إطاره الدول ذات السيادة للالتزامات مادية تسمو عن إرادتها").

ولقد قيل عن القواعد الآمرة، على أي حال، إنها ثورة على ”الترعة التشاؤمية الباردة للوضعيين“ (*le froid cynisme positiviste*)^(١٨٣). ويصعب علاوة على ذلك تفهم أسباب تحريم الخروج عن بعض القواعد ولو كان ذلك برضا الدول، إذا كانت هذه الدول تتمتع بإرادة حرة تبيح لها وضع قواعد جديدة^(١٨٤). وحتى لو كانت هناك وسيلة لمعالجة مسألة نشأة القواعد الآمرة عن طريق الرضا - أو توافق الآراء -، فليس واضحاً ما هو المانع من أن تسحب الدول التي انضمت إلى توافق الآراء هذا موافقتها في وقت لاحق فتنتقص بذلك منه^(١٨٥). ولسوف يبحث التقرير الثاني ما إذا كان قبول القانون الدولي العرفي كأساس للقواعد الآمرة هو، كما يزعم البعض، تعبيراً عن نهج القانون الوضعي^(١٨٦).

٥٤ - وليس من المستغرب أن يجد المرء في الممارسة القضائية ما يدعم كلا النهجين. فالأحكام نفسها التي صدرت عن محكمة العدل الدولية لم تكن واضحةً بالقدر الكافي بشأن أساس القواعد الآمرة. إذ بدا في بعض الأحيان أن المحكمة تطرح نهجاً للقانون الطبيعي في تناولها للقواعد الآمرة، وتراءى في أحيان أخرى أنها تعتمد على المذهب الوضعي والمستند إلى الرضا^(١٨٧). وتنوعت على هذا المنوال الآراء الفردية لقضاة المحكمة. فاعتُبرت القواعد الآمرة

(١٨٣) انظر: Alain Pellet “Conclusions” in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Boston, 2005), at 419.

(١٨٤) المرجع نفسه. يشرح كولب (الحاشية ٢٧ أعلاه)، في الصفحة ٣٠، انتقاداً لمذهب القانون الطبيعي للنهج الوضعية التي تتناول القواعد الآمرة، فيقول إنه ”ينبع من رضا الدول هذا أو إرادتها تلك تحديداً، وهما الرضا والإرادة اللذان توجد القواعد الآمرة لتقيدهما بل وحتى تنحيتهما جانباً. ولذلك، فإن محاولة تفسير القواعد الآمرة اعتماداً على الرضا أو الإرادة هو في الواقع بمثابة الدوران في حلقة مفرغة“. انظر أيضاً: Tladi and Dlagnekova (الحاشية ٤١ أعلاه)، الصفحة ١١٢.

(١٨٥) انظر: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٤٢.

(١٨٦) للاطلاع على الرأي القائل بأن الاعتراف بالقانون الدولي العرفي كأساس للقواعد الآمرة يعني بالضرورة اعتماد نهج القانون الوضعي، انظر المرجع نفسه في الصفحة ٣٣٩ (”إن النظرية الوضعية الرئيسية التي تتناول القواعد الآمرة تعتبرها جزءاً من القانون الدولي العرفي اكتسب الصفة الآمرة من خلال ممارسة الدول والاعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها (*opinio juris*)“).

(١٨٧) رغم أن المحكمة لا تصف، في فتاها بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory

[Opinion of 28 May 1951, ICJ Reports 1951, p. 15, at p. 23]، حظر الإبادة الجماعية بأنه قاعدة آمرة، فإنها تستعمل في وصفه عبارات توحى بأن له هذه الصفة بل وتفعل ذلك بشكل يسند وزناً أقل لرضا الدول كعنصر من عناصر القانون (تعترف المحكمة ”بالإبادة الجماعية بوصفها جريمة بموجب القانون الدولي“ تنطوي على إنكار حق جماعات بشرية كاملة في الوجود، وهو إنكار يروّع ضمير الإنسانية وتنجم عنه خسائر بشرية فادحة إضافة إلى مخالفته للقانون الأخلاقي... والأثر الأول الناشئ عن هذا الرأي هو أن

في الكثير منها رفضاً للمذهب الوضعي وتمسكاً بنهج القانون الطبيعي غير القابل للتبدل، في حين طرحت آراء أخرى نهج القانون الوضعي في تناولها للقواعد الآمرة^(١٨٨).

المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية تعتبر مبادئ تعترف بها الأمم المتحدة بوصفها ملزمة للدول، حتى بدون أي التزام تعاهدي. أما الأثر الثاني لهذا الرأي فهو إسباغ صفة العالمية على إدانة جريمة الإبادة الجماعية وعلى التعاون المطلوب من أجل تحرير البشرية من هذه الآفة البغيضة. ... وهدفها من جهة هو الحفاظ على وجود جماعات بشرية معينة في حد ذاته، ومن جهة أخرى، تأكيد أبسط المبادئ الأخلاقية وإقرارها^(١٨٩). انظر أيضا الصفحة ٢٤ حيث تذكر المحكمة أن حظر الإبادة الجماعية "يستند إلى مبادئ أخلاقية وإنسانية". وانظر أيضا: [المدعي العام ضد جليسييتش] *Prosecutor v. Jelisić* (IT-95-10-T), 14 December 1999 (ICTY), para. 60، حيث تؤكد المحكمة المذكورة أن محكمة العدل الدولية وضعت حظر جريمة الإبادة الجماعية في مرتبة القواعد الآمرة وذلك في فتاها بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة الإبادة الجماعية ومعاينة مرتكبيها. ولعل أوضح استشهد لمحكمة العدل الدولية بالقواعد الآمرة هو ذلك الذي أتى في الفقرة ٩٩ من حكمها الصادر في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، عندما اعتمدت في تحديد القواعد الآمرة نهجاً يمكن اعتباره قائماً على الرضا، على الأقل بقدر ما يُعتبر القانون الدولي العرفي قائماً على الرضا ("يستند هذا الحظر إلى ممارسة دولية واسعة النطاق وإلى اعتقاد الدول بالزامية الممارسة وضرورتها"). وبالمثل، فإن الإشارة التي أوردتها المحكمة على استحياء، في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الصفحة ١٩٠، إلى حظر استعمال القوة باعتباره جزءاً من القواعد الآمرة تستند لا إلى أعمال اللجنة فحسب بل وإلى قبول الدول لهذا الحظر. وإلى جانب أعمال اللجنة، تستشهد المحكمة في ذلك الموضوع بإشارة ممثلي الدول المتكررة إلى هذا الحظر بوصفه قاعدة آمرة وبقبول طرفي النزاع بأن الحظر جزء من القواعد الآمرة.

(١٨٨) انظر، على سبيل المثال، بيان القاضي البحاي المرفق بالفتوى الصادرة بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الفقرة ١٣ ("والشاهد على كل ذلك يمكن العثور عليه في المكانة التي أصبح القانون الدولي يوليها لمفاهيم مثل "الالتزامات قبل الكافة" أو القواعد الآمرة ... فبدلاً من النهج الوضعي والإرادي الحازم للقانون الدولي الذي كان لا يزال سائداً في بداية القرن ... حل مفهوم موضوعي للقانون الدولي")؛ وانظر الرأي المخالف للقاضي الخاص كريتشا في: [القضية المتعلقة بتطبيق منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاينة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا) (الدفع الابتدائية)] *Case*

Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 595, para. 43 ("تهى القواعد الآمرة المناخ لإحداث تغير عالمي في الصلات التي تربط سيادة الدولة بالنظام القانوني في المجتمع الدولي، ولإيجاد ظروف ترجح غلبة سيادة القانون على الإرادة الحرة للدول")؛ والرأي المستقل للقاضي رانجيفا في: [القضية المتعلقة بالحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا (الكاميرون ضد نيغيريا: غينيا الاستوائية طرف متدخل)] *Case Concerning the Land and Maritime*

Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002, p. 303, para. 3 ("لا يبيح الطعن في مبدأ توافق الآراء إلا الأثر المترتب على القواعد الآمرة")؛ وانظر الرأي المستقل للقاضي الخاص دوغارد في: [قضية الأنشطة المسلحة في إقليم الكونغو (طلب جديد: ٢٠٠٢) (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد رواندا)، اختصاص المحكمة ومقبولية الطلب] *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New*

Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, p. 6, para. 10

٥٥ - وبالمثل لم يحسم الاجتهاد القضائي للمحاكم والهيئات القضائية الأخرى إشكالية الأساس الذي ينبع منه الطابع الملزم للقواعد الآمرة. ففي قضية فورونديزا، على سبيل المثال، ربطت المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة الطابع الأمر للحظر المفروض على التعذيب بالقيّم التي يستند إليها الحظر^(١٨٩). ومن ناحية أخرى، سلطت قرارات المحكمة المذكورة الضوء أيضاً على قبول الدول بالقواعد الآمرة^(١٩٠). وعمدت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، في أحد أوائل القرارات التي استظهرت فيها بالقواعد الآمرة، إلى اتباع نهج بدءاً قريباً من مذهب القانون الطبيعي إذ وضعت "التصور الإرادي للقانون الدولي" على طرف النقيض من "الهدف السامي المتمثل في بناء مجتمع دولي يتسم بقدر أكبر من التجانس ... تحت راية القانون وسعيًا إلى تحقيق العدالة"، معتبرة أن الخيار الثاني يعكس الانتقال "من القواعد الرضائية إلى القواعد الآمرة"^(١٩١). وسيراً على هذا المنوال، ركزت المحكمة في قراراتها الأولى الصادرة بشأن الطابع الأمر لحظر التعذيب على طبيعة التعذيب

المخالف للقاضي كانسادو ترينداد في: [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا)، طلب مضاد] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)*, Counter-Claim, Order of 6 July 2010, ICJ Reports 2010, p. 310, para. 134 et seq. and at 141 ("رضا الدول والقواعد الآمرة نقيضان لا يجتمعان"). ويمكن تبين نهج وضعي واضح في الصفحة ١٤٩ من الرأي المستقل الصادر عن القاضي شوكنغ في قضية أوسكار تشين (الحاشية ٦١ أعلاه)، حيث يؤسس الطابع الأمر لقاعدة ما على اتفاق الدول على القاعدة وتعهداتها بالآلا يقدم بعض منها على تعديل القاعدة؛ وانظر أيضاً الرأي المستقل للقاضي عمون في القضية المتعلقة بشركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة (الحاشية ١٥٣ أعلاه)، الصفحتان ٣١١ و ٣١٢. وانظر، على وجه الخصوص، الرأي المخالف للقاضي دي كاسترو في: [قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)] *Nuclear Tests Case (Australia v France)*, Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, p. 253, at 388 ("إن فكرة طرح معاهدة موسكو، بحكم طبيعتها، أحكاماً تنتمي إلى القانون العرفي أو القواعد الآمرة يكتنفها قدر من الشكوك لافتقار المعاهدة إلى الطابع العالمي").

(١٨٩) انظر على سبيل المثال قضية فورونديزا (الحاشية ١٥٤ أعلاه)، الفقرة ١٥٣ ("بالنظر إلى القيم التي يحميها [حظر التعذيب]، فقد تطور هذا المبدأ ليصبح قاعدة آمرة أو *Jus cogens*."). وانظر أيضاً: [المدعي العام ضد غالييتش] *Prosecutor v Galić*, (IT-98-29-T), 5 December 2003 (ICTY), para. 98. وانظر أيضاً قضية جيليسيتش (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الفقرة ٦٠، التي اعتمدت فيها المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة التعريف القيمي لحظر الإبادة الجماعية الذي طرحته محكمة العدل الدولية في تعريفها لتلك الجريمة.

(١٩٠) انظر: [المدعي العام ضد ستاكييتش] *Prosecutor v Stakić*, (IT-97-24-T), 31 July 2003 (ICTY), para. 500 ("من المسلم به على نطاق واسع أن القانون المنصوص عليه في الاتفاقية يشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي ويعتبر من القواعد الآمرة"). وانظر أيضاً قضية جيليسيتش (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الفقرة ٦٠، التي تشير فيها المحكمة، فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية، إلى أن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية أصبحت "من أكثر الصكوك الدولية لحقوق الإنسان قبولاً على نطاق واسع").

(١٩١) انظر: [قسطنطين وآخرون ضد ترينداد وتوباغو] *Constantine et al v Trinidad and Tobago*, Judgment of 1 September 2001 (Inter-American Court of Human Rights), para. 38.

وجسامته وليس على رضا أي دولة بهذا الحظر^(١٩٢). ومع هذا، مالت محكمة البلدان الأمريكية في عدة قرارات إلى التركيز على الرضا وتوافق الآراء بوصفهما أساساً للطابع الأمر لبعض القواعد^(١٩٣). وعلاوة على ذلك، ذهبت محكمة البلدان الأمريكية في عدد من قراراتها إلى أن القواعد الأمرة قواعد متطورة خلافاً لنهج القانون الطبيعي الذي يتسم بعدم قابليته للتبدل^(١٩٤). ومن الملاحظ أيضاً أن الاجتهاد القضائي المحلي يؤيد نهج رضا الدول والقانون الطبيعي على حد سواء^(١٩٥).

(١٩٢) انظر: [تبي ضد إكوادور] *Tibi v Ecuador*, Judgment of September 2004 (IACHR), para. 143 (“هناك نظام قانوني دولي يحظر بشكل قاطع جميع أشكال التعذيب... وهذا النظام هو الآن جزء من القواعد الأمرة.”)؛ وانظر أيضاً: [الأخوان غوميز - باكيوري ضد بيرو] *Gómez-Paquiayauri Brothers v Peru*, Judgment of 8 July 2004 (Inter-American Court of Human Rights), para. 112 و [ماريتسا أورتوتا ضد غواتيمالا] *Maritza Urrutia v Guatemala*, Judgment of 27 November 2003, para. 92. ويمكن ملاحظة اتجاه مماثل في قرارات مبكرة بشأن الطابع الأمر لحظر الاختفاء القسري. وانظر مثلاً: [غويورو وآخرون ضد باراغواي] *Goiburú et al v Paraguay*, Judgment of 22 September 2006 (Inter-American Court of Human Rights), para. 84 (“في ضوء الجسامة الشديدة لهذه الجرائم وطبيعة الحقوق التي اعتُدي عليها، فإن حظر الاختفاء القسري للأشخاص والالتزام المقترن به القاضي بالتحقيق فيها... بلغ مرتبة القواعد الأمرة”).

(١٩٣) انظر: [أوسوريو ريفيرا وأفراد أسرته ضد بيرو] *Osorio Rivera and Family Members v Peru*, judgment of 26 November 2013 (Inter-American Court of Human Rights), para. 112 لحقوق الإنسان أن حظر الاختفاء القسري بلغ مرتبة القاعدة الأمرة بناءً على عدة أمور منها “الاتفاق الدولي”؛ و [ميندوزا وآخرون ضد الأرجنتين] *Mendoza et al v Argentina*, Judgment of 14 May 2013 (Inter-American Court of Human Rights), para. 199. حيث طرحت المحكمة كأساس للطابع الأمر الذي يصطبغ به حظر التعذيب “المعاهدات العالمية والإقليمية” التي “ترسي هذا الحظر والحق في عدم التعرض للتعذيب الذي هو حق لا يجوز تقييده” علاوة على “العديد من الصكوك الدولية [التي] تنشئ ذلك الحق وتكرر النص على الحظر نفسه، حتى ولو كان ذلك في إطار القانون الدولي الإنساني”. وبالمثل، خلصت المحكمة في قضية ألوناسيد - أريانو وآخرين ضد شيلي [Almonacid-Arellano et al v Chile, Judgment of 26 September 2006, para. 99-99] إلى أنه بحلول عام ١٩٧٣ كان حظر الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية قد أصبح قاعدة أمرة بالفعل، وذلك بناءً على العديد من قرارات الجمعية العامة واستناداً إلى المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف.

(١٩٤) انظر على سبيل المثال: [ناديجي دورزما وآخرون ضد الجمهورية الدومينيكية] *Nadege Dorzema et al v Dominican Republic*, Judgment of 24 October 2012 (Inter-American Court of Human Rights), para. 225 (“في المرحلة الراهنة من مراحل تطور القانون الدولي، دخل المبدأ الأساسي الداعي إلى المساواة وعدم التمييز حيز القواعد الأمرة.”)؛ وانظر أيضاً: [أتالاريفو وبناتها ضد شيلي] *Atala Riffo and Daughters v Chile*, Judgment of 24 February 2012 (Inter-American Court of Human Rights), para. 79 [داكوستا كادوغان ضد بربادوس] *Dacosta Cadogan v Barbados*, Judgment of 24 September 2009 (Inter-American Court of Human Rights), para. 5 (“لا شك في أن الوقت سيحين لكي يتحقق توافق عالمي في الآراء على إدراج حظر عقوبة الإعدام ضمن القواعد الأمرة، كما حدث بالنسبة إلى التعذيب - وإن كان ذلك بعيد المنال حتى الآن”).

(١٩٥) للاطلاع على نهج يتبع فيما يبدو مذهب القانون الطبيعي، انظر: [سيدرمان ضد الأرجنتين] *Siderman v Argentina*, Judgment of 22 May 1992 of the United States Court of Appeal, Ninth Circuit, 965 F.2d 699 وبخاصة الفقرة ٧١٥ التي تحدد وتناقش طبيعة القواعد الأمرة في القانون الدولي، وعلاقتها بالقانون الدولي

٥٦ - ويبيّن التحليل الوارد أعلاه أن المحاكم والهيئات القضائية الدولية لم تعتبر أيّاً من النظريتين السائدتين اللتين يستعان بهما لتفسير الطابع الملزم للقواعد الآمرة كافية في حد ذاتها^(١٩٦). وهناك، بطبيعة الحال، نظريات أخرى طُرحت لشرح طبيعة القواعد الآمرة^(١٩٧). غير أن بعضها لا يسعى إلى توضيح الطابع الملزم للقواعد الآمرة بقدر ما يصف نوع القواعد التي يمكن تصنيفها كقواعد آمرة^(١٩٨). فتفسير القواعد الآمرة كقواعد للنظام العام (*ordre public*)، على سبيل المثال، يتناول بشكل أوسع طبيعة الالتزامات المذكورة إلا أنه لا ينجّرنا بالكثير عن مصدر طابعها الأمر^(١٩٩). وبعبارة أخرى، فإن وصف حظر الإبادة الجماعية أو استعمال القوة بأنه من قواعد النظام العام لا يؤدي بنا إلى معرفة أسباب اصطباغه بالطابع الأمر، بل إنه ينبئنا فحسب بأن هاتين القاعدتين تعكسان قيماً يعدّها المجتمع الدولي جوهرية. ويمكن تفسير الطابع الأمر لقواعد النظام العام نفسها في ضوء النظريات القائمة على الرضا أو تلك غير القائمة عليه.

٥٧ - وبإمعان النظر في النظريات الأخرى، يتبين أنها تشكل تنويعات مختلفة للنظريتين المهيمنتين^(٢٠٠). فنظرية كولب البديلة عن القواعد الآمرة، على سبيل المثال، يبدو أنها تطبيق

العرفي (القواعد الرضائية (*Jus dispositivum*)) وتمييزها عنه، لا سيما أهمية دور الرضا (أو انعدام أهميته) في نشأة القواعد الآمرة، وعلو مرتبة القواعد الآمرة على غيرها من قواعد القانون الدولي ("رغم الصلة التي تربط بين القواعد الآمرة والقانون الدولي العرفي، فإنهما متمايزان في وجه مهم. فالقانون الدولي العرفي، مثله مثل القانون الدولي الذي ترسيه المعاهدات والاتفاقات الدولية الأخرى، يقوم على رضا الدول. والدولة التي تصر على الاعتراض على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ... لا تُلزم بتلك القاعدة. والقاعدة الآمرة على النقيض من ذلك ... تُستقى من القيم التي يعدّها مجتمع القانون الدولي أساسية ... والقواعد الأساسية والعالمية التي تشكل القواعد الآمرة لا تحتاج مثل هذا الرضا"). وانظر أيضاً: [الفرع الكيني للجنة الدولية للحقوق ضد المدعي العام وآخر] (الحاشية ١٥٩ أعلاه)، الصفحة ١٤. وللاطلاع على نهج يبدو أكثر اتساقاً مع المذهب الوضعي، انظر رأي لورد هوب في قضية بينوشيه (الحاشية ١٥٧ أعلاه)، الصفحة ٢٤٧، حيث يُشار إلى قضية سيدرمان ضد الأرجنتين كدليل على وجود "اتفاق واسع النطاق" على الطابع الأمر لحظر التعذيب.

(١٩٦) انظر على سبيل المثال: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٣٢ ("إن جهود أهل المذهب الوضعي التي أرادوا بها ربط القواعد الآمرة برضا الدول جهود غير مقنعة وذلك لأنها لا توضح الأسباب التي تجيز لأغلبية من الدول في المجتمع الدولي أن تفرض التزامات قانونية على أقلية تخالفها في الرأي. ولئن كانت نظريات القانون الطبيعي تنجح في تفادي إشكالية المعارض الملح هذه، فإنها تجاهد من أجل تحديد المعايير التحليلية التي يمكن الاستعانة بها لتحديد القواعد الآمرة.").

(١٩٧) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٣٠ وما يليها.

(١٩٨) ترد أدناه مناقشة أكثر تفصيلاً لأهم هذه القواعد، وهي القواعد الآمرة كقواعد للنظام العام (*ordre public*). أما فتاها الأخرى، فهي: القواعد الآمرة كقواعد للقانون الدستوري، والقواعد المتعلقة بتنزع أحكام المعاهدات المتعاقبة.

(١٩٩) للاطلاع على مناقشة لهذا الأمر، انظر: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٤٤.

(٢٠٠) يذهب كولب على سبيل المثال إلى أن القاضي كانساسو ترينداد يطرح نظرية بديلة ومستقلة لقانون جديد للشعوب (*Jus gentium*)، إلا أن القراءة المتأنية لأعمال كانساسو ترينداد وآرائه الفردية توضح أن هذا الأمر يستند أيضاً إلى فهم للقواعد الآمرة قائم على مذهب القانون الطبيعي. انظر على سبيل المثال: Antônio

Cançado Trindade "Jus Cogens: The Material and the Gradual Expansion of its Material Content in

للنهج الوضعي^(٢٠١). إذ يطرح كولب، كمنظرية بديلة، فكرة أن القواعد الآمرة ”حيلة قانونية رسختها الجهات الشارعة فيما يتعلق بعدد معين من القواعد الدولية من أجل حمايتها من التجزؤ إلى أعمال قانونية محددة تكون لها أولوية التنفيذ بين الأطراف في ضوء مبدأ التخصيص“^(٢٠٢). أما بالنسبة إلى ”أنواع“ أو فئات القواعد الآمرة التي حددها كولب، فيتصل النظر في مسألة صحتها بتحديد القواعد الآمرة^(٢٠٣)، وهو الموضوع الذي سيتناوله التقرير الثاني. والأمر الأكثر أهمية بالنسبة لهذه المناقشة، أي بالنسبة لفهم الطابع الأمر للقواعد الآمرة وعدم جواز الخروج عنها، هو أن نظرية كولب نفسها تفترض سلفاً صدور قرار عن ”الجهة الشارعة“ أو الدول مما يعني أنها تميل إلى المذهب الوضعي أو إلى الاستناد على مبدأ الرضا^(٢٠٤).

٥٨ - أما نظرية كريدل وفوكس - ديستت الثقوية بشأن القواعد الآمرة، التي يتمثل هدفها المعلن في الابتعاد عن مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي على السواء، فهي تشير التساؤلات كذلك من حيث كونها تتخذ فعلاً مساراً ينأى عن النظريتين السائدتين ومن حيث ماهية فحواها^(٢٠٥). ووفقاً لهذه النظرية، ”يحكم مبدأ تقوي العلاقة بين الدولة

Contemporary International Case Law” (2008) 35 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* 3, at 6 (”وهذا الأخير [أي قانون الشعوب] لا ينبع من ”إرادة“ الدول، وإنما هو في رأيي مستمد من الضمير الإنساني“). وانظر، كمثال على العديد من الآراء المخالفة والمستقلة للقاضي كانسادو ترينداد، رأيه المخالف في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الفقرة ١٣٩ (”ولا يجزؤ أحد اليوم على إنكار أن ”مبادئ الإنسانية و” ما يمليه الضمير العام“ اللذين كرسهما شرط مارتتر هما جزء من القواعد الآمرة“).

(٢٠١) انظر عموماً: Robert Kolb “Conflicts Entre Normes de Jus Cogens” in Nicolas Angelet (ed.), *Droit du Pouvoir*; و Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه).

(٢٠٢) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٩. وانظر لأغراض المقارنة: Andrea Bianchi “Human Rights and the Magic of Jus Cogens” (2008) 19 *European Journal of International Law* 491, at 495 (”إن التمسك بأن القواعد الآمرة ليست إلا حيلة قانونية تهدف إلى الحفاظ على السلامة الشكلية للنظام بوسم بعض قواعده الإلزامية بأنها قواعد لا يجوز الخروج عنها إنما هو إغفال للوظيفة التي أريد للقواعد الآمرة أن تؤديها“).

(٢٠٣) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٤٦، حيث يحدد المؤلف ثلاثة أنواع من القواعد الآمرة أو على حد قوله ”ثلاثة أسباب، بعبارة أوضح، قد تفضي بقاعدة من القواعد إلى أن تصبح قاعدة لا يجوز الخروج عنها أو تجزئتها“. والأنواع الثلاثة هي: قواعد النظام العام الآمرة، أو القواعد الأساسية للقانون الدولي (وإن كان يقبل بهذا النوع من القواعد الآمرة بشيء من التردد)؛ والقواعد الآمرة للمنفعة العامة؛ والقواعد الآمرة المنطقية. ويحدد كولب أربعة أنواع من القواعد الآمرة في مواضع أخرى؛ أما النوع الرابع فهو القانون الأمر لميثاق الأمم المتحدة على نحو ما نصت عليه المادة ١٠٣. وانظر: Kolb (الحاشية ٢٠١ أعلاه)، الصفحة ٤٨٦.

(٢٠٤) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٩. والواقع أن كولب يتهم، حتى فيما يتعلق بقواعد النظام العام الآمرة، على ”المشاعر النبيلة والولع الأقرب في بعض الأحيان إلى القصص الخيالية بما يُسمى ”القواعد الأساسية للمجتمع الدولي“ (الصفحة ٤٧).

(٢٠٥) انظر عموماً: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه).

وشعبها، وتتقضي هذه العلاقة أن تلتزم الدولة بالقواعد الآمرة^(٢٠٦). ويُذكر أولاً أنه لمن كان القول بوجود واجب ثقوي يهدف إلى تحقيق جملة أمور منها معالجة ”المفاهيم المبهمة لما يُسمى ”الضمير الدولي“ أو ما يُطلق عليه اسم ”منظومة أسمى من القواعد“^(٢٠٧)، فإن هذا الواجب لا يقل عنها غموضاً. والأهم من ذلك أن فكرة استناد القواعد الآمرة إلى علاقة ثقوية بين الدولة ورعاياها لن تنجح ببساطة في معالجة العديد من القواعد الآمرة المقبولة عموماً، لأن الكثير منها يحظر أشكالاً معينة من السلوك حظراً لا يقتصر على رعايا الدولة نفسها فحسب. فالإبادة الجماعية على سبيل المثال تشكل انتهاكاً للقواعد الآمرة ولو ارتكبت في حق رعايا دولة أخرى. وللإنصاف يُذكر أن كريدل وفوكس - ديسنت يدفعان بأن ”الدول تدين لكل واحد من رعاياها الخاضعين لسلطة الدولة بواجب ثقوي يقضي بأن تحترم حقوق الإنسان الخاصة به“، إلا أن هذا الأمر لا يفسر سبب ترتب هذا الالتزام على القواعد الآمرة ولا كيفية معالجة هذه النظرية لانتهاكات القواعد الآمرة التي لا تشكّل في حد ذاتها انتهاكات لحقوق الإنسان^(٢٠٨). وعلاوة على ذلك، فإن أي نظرية تهدف إلى إيضاح القواعد الآمرة من حيث العلاقة القائمة بين الدولة والفرد، سيصعب على مقدميها تفسير حظر استعمال القوة كقاعدة آمرة من خلالها لكون ذلك الحظر يتصل بالعلاقات فيما بين الدول ولا يرتبط، بشكل مباشر على الأقل، بالعلاقات بين الدولة والأفراد.

٥٩ - ولم تقدم أي نظرية بمفردها تفسيراً كافياً حتى الآن للطابع الفريد للقواعد الآمرة في القانون الدولي، أي الطابع الأمر لالتزامات معينة. بل إن القوة الملزمة والقطعية للقواعد الآمرة قد تُفهم على الوجه الأمثل، على نحو ما يقترحه كوسكينيمي الذي طرح نظرية عامة للمصادر، بوصفها تفاعلاً بين القانون الطبيعي والمذهب الوضعي^(٢٠٩). ويذكر كوسكينيمي

(٢٠٦) المرجع نفسه، الصفحة ٣٤٧.

(٢٠٧) المرجع نفسه، الصفحة ٢٤٨.

(٢٠٨) المرجع نفسه، الصفحة ٣٥٩. في الصفحة ٣٣٣، يقبل المؤلفان بأن حظر ”العدوان العسكري“ يُصنف كقاعدة آمرة، خاصة عندما لا يسفر هذا العدوان عن انتهاكات لحقوق الإنسان.

(٢٠٩) انظر: Martti Koskeniemi *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument* (Reissue with new Epilogue) (Cambridge, 2006), at p. 307 et seq, especially at p. 308 (... لا يمكن تفضيل أي من الموقفين المتناقضين بصورة متسقة لأن كلاهما يعتمد أيضاً على الآخر). ويقول المؤلف في الصفحة ٣٢٣ بشأن القواعد الآمرة على وجه التحديد: ”مبدئياً، يبدو أن القواعد الآمرة موجهة من أعلى إلى أسفل، وليست قائمة على توافق الآراء. ويبدو أنها تلزم الدول بصرف النظر عن رضاها بها من عدمه. ولكن القانون الذي لا يورد إشارة إلى ما وافقت عليه الدول يتداعى نحو مبدأ أخلاقي طبيعي، [بيد أن] الإشارة إلى اعتراف ”الاجتمع الدولي“ به [تجعله] موجهاً نحو الأعلى وقائماً على توافق الآراء“. وانظر أيضاً: Simma، (الحاشية ١٧٢ أعلاه)، الصفحة ٣٤ (”أرى أن أيًا من [مدارس فلسفة القانون] لا يمكنه أن يقدم تفسيراً أو تبريراً محددًا جامعا لظاهرة القانون، ولكنني على يقين أيضاً من أن إحداها لا تستبعد الأخرى، بل إن كلاهما يمكن له على العكس من ذلك أن يكشف ويبرز جوانب للقانون الدولي لم تزل عصية على الآخر أو محظورة عليه“. وانظر أيضاً: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ٤٩ (حيث يشار إلى ”القانون الوضعي والأخلاق باعتبارهما مفهومين منفصلين وإن كان أحدهما يكمل الآخر“).

في معرض كلامه عن المصادر والنقاش المتعلق بتنزع مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي أن "المذهب الطبيعي يحتاج المذهب الوضعي لإظهار محتواه بشكل موضوعي"، في حين أن "المذهب الوضعي يحتاج القانون الطبيعي من أجل الإجابة على السؤال التالي: 'لماذا ينشئ السلوك أو الإرادة أو المصلحة واجباً ملزماً؟'" (٢١٠) وما من ضرورة في الواقع لأن يقدم هذا المشروع حلاً للنقاش النظري. لكن النقاش النظري هام لأنه يشكل منطلقاً يمكن الخلوص عن طريقه إلى ماهية العناصر الأساسية للقواعد الآمرة - تلك العناصر التي تتشاورها مختلف المنظورات الفقهية إلى حد بعيد.

٦٠ - وستسهم هذه المسائل التي يغلب عليها الطابع النظري في فهم الممارسة القضائية وممارسات الدول في التقارير المقبلة.

جيم - العناصر الأساسية للقواعد الآمرة

٦١ - تتضمن المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا العناصر الأساسية للقواعد الآمرة. فالقاعدة الآمرة هي، أولاً، القاعدة التي لا يُسمح بالخروج عنها. وهي ثانياً قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي. والقاعدة الآمرة هي، ثالثاً، القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل مجتمع الدول الدولي ككل باعتبارها قاعدة لا يُسمح بالخروج عنها. ولكن، إلى جانب هذه العناصر، تكشف الممارسة والفقه عن مجموعة أساسية من العناصر التي تضيف إلى مضمون فكرة القواعد الآمرة.

(٢١٠) المرجع نفسه. وانظر في موضع آخر: Martti Koskeniemi *The Politics of International Law* (Oxford, 2011), 52، حيث يذكر المؤلف أن الرضا (المذهب الوضعي) والعدالة (المذهب الطبيعي) "كلاهما ليس في حد ذاته مدعوماً تماماً بالسند الوافي... فالحجج الداعمة للرضا يجب أن توضح أيضاً الأهمية والمضمون من حيث ما يبدو عادلاً. والحجج المسافة بشأن العدالة يجب أن تبرهن على سلامتها عن طريق الإشارة إلى ما وافقت عليه الدول". وانظر أيضاً: Daniel Costelloe *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law* (unpublished PhD thesis, University of Cambridge, 2013), at 3 [”لئن كانت 'الاعتبارات الأساسية للإنسانية' لا تشكل مصدراً قائماً بذاته للإلزام في القانون الدولي، فإنها قد تدعم تحديد القواعد والالتزامات التي يكون للمجتمع الدولي مصلحة قوية في الحفاظ على سلامتها وإنفاذها“]. وانظر أيضاً: Hameed، (الحاشية ١٧١ أعلاه)، الصفحة ٥٤، الذي يطرح نظرية عن القواعد الآمرة لا تقوم على الرضا وترتكز على الأخلاق، ويبدو مع ذلك أنها تستند إلى قبول الدول (”سأسعى جاهداً في هذه المقالة إلى إظهار الكيفية التي يمكننا أن نوضح بها تشريع القواعد الآمرة على نحو أكثر فعالية دون الاعتماد على فكرة الرضا. وإنني أزعّم أن القاعدة القائمة من قواعد القانون الدولي تصبح قاعدة أمرة لأن بعض المسؤولين القانونيين - الدول أساساً - يعتقد أن لها مرتبة أسمى من الناحية الأخلاقية“).

٦٢ - ويؤدي عنصر عدم جواز الخروج عن القاعدة وظيفة مزدوجة. فهو، أولاً، أثر يترتب على طابعها الأمر. ولكنه عنصر هام أيضاً في طبيعة القواعد الآمرة^(٢١١). والواقع، كما يتبين من التحليل الوارد أدناه، أن عدم جواز الخروج عن القاعدة هو لبّ فكرة القواعد الآمرة. واشتراط أن تكون القاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي لكي تصبح قاعدة أمرية هو اشتراط أساسي أيضاً بالنسبة للطابع الأمر. وهو ليس اشتراطاً أساسياً للطابع المذكور فحسب، بل إنه أيضاً عنصر لازم لتحديده. وسيبحث هذا العنصر في التقرير الثاني، ليس فقط باعتباره عنصراً لازماً لتحديد القواعد الآمرة، بل ولتوضيح مصادر القانون التي تتسبب في نشوء الطابع الأمر أيضاً. وبالمثل، سيبحث اشتراط أن تكون القاعدة الآمرة قاعدة "يعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل" في التقرير الثاني باعتباره عنصراً من عناصر تحديد القواعد الآمرة، أو رفع قاعدة عادية من القواعد العامة للقانون الدولي إلى مرتبة القواعد الآمرة.

٦٣ - ولكن بالإضافة إلى العناصر المشار إليها صراحةً في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا، يكشف الفقه والممارسة أن هناك عناصر أساسية معينة تميز القواعد الآمرة عن غيرها. فأولاً، القواعد الآمرة تنطبق على الجميع. وثانياً، القواعد الآمرة أعلى مرتبة من قواعد القانون الدولي الأخرى. وأخيراً، تهدف القواعد الآمرة إلى حماية القيم الأساسية للمجتمع الدولي - أي ما وُصف في كثير من الأحيان بالنظام العام الدولي أو "rdre public". وفي حين أن هذه العناصر لا ترد صراحةً في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا، كما سيتبين من التحليل الوارد أدناه، فهي مقبولة عموماً باعتبارها تشكل عناصر هامة للقواعد الآمرة.

٦٤ - ويتبين من الفقه والممارسة أن القواعد الآمرة هي تلك التي لا يُسمح بأي خروج عنها. ولئن كان ذلك أثراً ناتجاً عن طابعها الأمر، كما ذكر أعلاه، فهو أيضاً سمة أساسية من سمات القواعد الآمرة. ومن المفيد الإشارة إلى أن الفكرة القائلة بأن هناك قواعد أمرية في القانون الدولي لا يمكن الخروج عنها بالطرق العادية المنشئة للقوانين هي فكرة استثنائية في الواقع^(٢١٢). فمعظم قواعد القانون الدولي يندرج في فئة القواعد الرضائية ويمكن تعديله

(٢١١) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٢ ("الشرط الرئيسي للصياغة التقليدية للقواعد الآمرة هو بالتالي 'عدم جواز الخروج عنها'. وبعبارة أخرى، تُعرّف القواعد الآمرة بخاصية معينة للقاعدة قيد البحث، أي الواقع القانوني المتمثل في أنه لا يُسمح بالخروج عنها").

(٢١٢) انظر: Carnegie Endowment (الحاشية ٣١ أعلاه)، الصفحة ٢٧ ("القواعد العامة للقانون الدولي هي أساساً قواعد ذات طابع رضائي").

والخروج عنه وحتى إلغاؤه بأعمال توافقية من جانب الدول^(٢١٣). بيد أن الأدبيات اعترفت أيضاً، على سبيل الاستثناء من الهيكل العام للقانون الدولي، بوجود مجموعة من القواعد التي لا يمكن للدول التحلل منها^(٢١٤). ولهذه القواعد، على حد قول أحد الشُّرَّاح، ”ما يكفي من القوة لإبطال القواعد المخالفة لها التي يمكن لولا ذلك أن تنشئها الدول بتوافق الآراء فيما بينها“^(٢١٥). وباختصار، تتفق المؤلفات في مجال القانون الدولي، بغض النظر عن اختلافاتها

(٢١٣) انظر: Alfred Verdross “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*” (1966) 60 *American Journal of International Law* 55, at 60 (“كان هناك توافق آراء واضح في اللجنة على أن غالبية قواعد القانون الدولي لا تنسم بطابع القواعد الآمرة”). وانظر: Tomuschat، (الحاشية ٥٠ أعلاه)، الصفحة ١٩ (“معظم قواعد القانون الدولي قواعد رضائية”). وانظر: Merlin Magallona “The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties” (1976) 51 *Philippine Law Journal* 521, at 521 (“القواعد الرضائية [التي] يمكن الخروج عنها بعقود خاصة”). وانظر أيضاً: Alexidze، (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٤٥. وانظر أيضاً: Aldana Rohr *La Responsabilidad Internacional Del Estado Por Violación Al Jus Cogens* (Buenos Aires, 2015), at 5 (“por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva – *jus dispositivum* – las más numerosas, creada por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades”). Aldana Rohr *La Responsabilidad Internacional Del Estado Por Violación Al Jus Cogens* (“معظم قواعد [القانون الدولي] لها طابع رضائي – قواعد رضائية (*dispositivum jus*) – أنشئ. بموجب توافق الإرادة على ذلك، ويمكن الخروج عنه بموجب توافق الإرادة أيضاً”).

(٢١٤) انظر على سبيل المثال: Rohr، (الحاشية ٢١٣ أعلاه)، الصفحة ٥ (“por otro lado, las normas de derecho perentorio o imperativo – *jus cogens* – pertenecientes a un sistema que podría entenderse como de cuasi-subordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía”). [”من ناحية أخرى، هناك قواعد آمرة، أي قواعد إلزامية – *jus cogens* – تنتمي إلى نظام يمكن أن يفهم على أنه شبه تابع لغيره من الناحية المعيارية، وتحد إلى درجة ما من الإرادة السيادية للدول وتعزز نظاماً قانونياً راسياً.”]. وانظر أيضاً: Stefan Kadelbach “*Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules: The Identification of Fundamental Norms*” (الحاشية ١٧٣ أعلاه) (“ليس جميع القواعد الدولية قواعد رضائية، أي ... قواعد تنطبق ما لم يُتفق على خلافها ولكن يمكن تنحيتهما ... بالاتفاق على ذلك.”). وانظر لمزيد من المعلومات: Hannikainen، (الحاشية ٢٥ أعلاه)، الصفحة ١.

(٢١٥) انظر: Janis “The Nature of” *Jus Cogens*، (الحاشية ١٧٤ أعلاه)، الصفحة ٣٥٩. وانظر أيضاً: Dubois، (الحاشية ١٧٤ أعلاه)، الصفحة ١٣٥ (“القاعدة الآمرة أو *jus cogens*” هي قاعدة يُعتقد أنها أساسية لدرجة أنه لا يُسمح بأي خروج عنها، سواء من خلال تصرفات الدولة أو من خلال المعاهدات ... بسبب طابعها الأساسي، وهو مبدأ يتمثل في أن القواعد الآمرة تبطل القواعد المستمدة من المعاهدات ... وهذا ما يفصل القواعد الآمرة عن القواعد الرضائية، أي القواعد التي يمكن استبعادها أو تغييرها عن طريق الإرادة الصريحة للدول.”). وانظر أيضاً: Alexidze، (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٤٦ (“... إرادة الدولة فيما يتعلق بالنظام القانوني الدولي القائم ليست مطلقة. وعلى الرغم من أن معظم قواعد القانون الدولي لا تلزم الدولة إلا في حال أعربت عن إرادتها قبول قاعدة معينة، يتضمن القانون الدولي المعاصر قواعد لها قوة قانونية مطلقة بالنسبة لكل عضو من أعضاء المجتمع الدولي للدول”).

النظرية، على فكرة مفادها أن غالبية القواعد هي قواعد رضائية "يمكن استبعادها أو تعديلها وفقا لإرادة الدول المعرب عنها على النحو الواجب"، في حين توجد قواعد تُعتبر، على سبيل الاستثناء، قواعد أمرة ولا يمكن بالتالي استبعادها أو تعديلها^(٢١٦).

٦٥ - وتشهد الممارسة القضائية أيضا على أنه في حين تتمتع الدول، كقاعدة عامة، بحرية تعديل قواعد القانون الدولي أو الخروج عنها أو إلغائها، قد تكون هناك بعض القواعد التي تنسم بأنها أساسية إلى حد أن الدول لا تستطيع أن تعدلها أو أن تخرج عنها بموجب إرادتها^(٢١٧). فحتى في قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال، لفتت محكمة العدل الدولية الانتباه إلى التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد الرضائية، رغم عزوفها عن البت في مسألة القواعد الأمرة^(٢١٨). وبذلك يكون للقواعد الأمرة من القوة ما يقيّد حرية الدول في التعاقد^(٢١٩).

(٢١٦) انظر في مناقشة ذلك: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحتان ٨ و ٩.

(٢١٧) انظر: [المدعي العام ضد كوبريشكيتش وآخرين] (IT-95-16-T), 14 January 2000 (ICTY), para. 520 ("معظم قواعد القانون الدولي الإنساني، لا سيما تلك التي تحظر جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والإبادة الجماعية، هي أيضا قواعد أمرة أو 'jus cogens'، أي تنسم بأنها تعلو على غيرها ولا يمكن الخروج عنها"). وانظر أيضا: [ر. م. وشخص آخر ضد المدعي العام] *RM & another v Attorney General*, Judgment of 1 December 2006 of the High Court of Kenya *Kenyan Law Reports*, at 12. وانظر أيضا قضية سيدرمان ضد الأر جنتين (الحاشية ١٩٥ أعلاه).

(٢١٨) انظر قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال (الحاشية ١٢٨ أعلاه)، الفقرة ٧٢ ("دون محاولة الخوض في أي مسألة تتعلق بالقواعد الأمرة، ناهيك عن البت فيها، من المفهوم جيدا أنه يمكن في الممارسة الخروج عن قواعد القانون الدولي باتفاق الأطراف في حالات معينة أو بين أطراف معينة"). وللاطلاع على اعتراف أكثر صراحة بالتمييز بين القواعد الأمرة والقواعد الرضائية، انظر: الرأي المخالف للقاضي تاناكا في قضيتي أفريقيا الجنوبية الغربية (الحاشية ١٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٩٨ ("القواعد الأمرة، التي يبحثها لجنة القانون الدولي مؤخرا، نوع من القانون الإلزامي هو نقيض القواعد الرضائية، التي يمكن أن تتغير عن طريق الاتفاق بين الدول")؛ والرأي المستقل للقاضي شهاب الدين في: [قضية تعيين الحدود البحرية في المنطقة الواقعة بين غرينلاند وديان ماين (الدانمرك ضد النرويج)] (*Denmark v Norway*), Judgment of 14 June 1993, *ICJ Reports* 1993, p. 38, para. 135 ("يحقق للدول بالاتفاق أن تخرج عن قواعد القانون الدولي باستثناء القواعد الأمرة"). وانظر أيضا: الرأي المستقل للقاضي الخاص توريس في [القضية المتعلقة بطاحوني الباب الواقعين على نهر أوروغواي (الأرجنتين ضد أوروغواي)] (*Separate opinion of Judge Ad Hoc Torres in the Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*), Judgment of 20 April 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 14, para. 43 ("ما أن القواعد المنصوص عليها في المواد ٧ إلى ١٢ من النظام الأساسي لنهر أوروغواي ليست قواعد أمرة (*jus cogens*)، ليس ثمة ما يمنع الطرفين من اتخاذ قرار عن طريق "الاتفاق المشترك").

(٢١٩) انظر الفتوى الصادرة بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة الإبادة الجماعية ومعاينة مرتكبيها (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الصفحة ٢٤ ("هدف الاتفاقية وغرضها يحدان بالتالي من حرية إبداء تحفظات"). وانظر أيضا الرأي المستقل للقاضي شوكنينغ في: [قضية أوسكار تشين] (*The Oscar Chinn case*, Judgment of 12 December 1934, *PCIJ*, Ser. A/B No. 63, p. 65, at 148) ("ولا يسعني أن أصدق أن عصبة الأمم كانت

٦٦ - وقد اعترفت الدول نفسها بالتمييز بين القواعد الرضائية، التي تخضع لاتفاق الدول، والقواعد الآمرة، التي لا يمكن للدول التحرر منها ولو بالاتفاق^(٢٢٠). ومن المؤكد أن هذا التمييز كان مقبولا لدى الدول عموماً في العمليات التي أفضت إلى اعتماد اتفاقية فيينا، وأنه شكّل أساس الاتفاق على نص المادة ٥٣ من الاتفاقية^(٢٢١). ولم تكن الفكرة القائلة بأن هناك

ستشرع بالفعل في تدوين القانون الدولي لو لم يكن من الممكن، حتى في الوقت الحاضر، إنشاء قاعدة أمرة تنتج أثراً يفضي إلى بطلان القوانين تلقائياً إذا ما اعتمدت تلك القوانين على نحو يتناقض مع قواعد قانونية معينة اتفقت عليها الدول وتعهدت أيضاً بعدم جواز تغييرها من قبل عدد محدود منها.“؛ والرأي المخالف للقاضي فرنانديس في قضية حق المرور (الحاشية ١٢٩ أعلاه)، الفقرة ٢٩ (“تعلو عدة قواعد أمرة على أي قواعد خاصة. وتشكل المبادئ العامة التي سأشير إليها لاحقاً قواعد أمرة حقيقية، لا يمكن أن تعلو عليها أي ممارسة خاصة“؛ والرأي المستقل للقاضي سيني - كما في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الصفحة ١٩٩؛ والرأي المخالف للقاضي ويرامان تري في: [القضية المتعلقة بقرار التحكيم الصادر في ٣١ تموز/يوليه ١٩٨٩ (غينيا - بيساو ضد السنغال)] (*Guinea-Bissau v. Senegal*), Judgment of 12 November 1991, *ICJ Reports* 1991, p. 53, at 155 “... المعاهدة التي تتعارض مع قاعدة من القواعد الآمرة، رغم أنها تمثل بشكل كامل جميع متطلبات السلامة الإجرائية المتعلقة بإبرامها، يمكن مع ذلك أن تكون لاغية ولا أثر لها بسبب عامل يقع خارج إطار تلك الشكليات الإجرائية.“) وانظر أيضاً الرأي المخالف للقاضي دي كاسترو في: [قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)] (*Australia v. France*), Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports* 1974, p. 253, at 389، حيث يُشكك في مركز حكم تعاهدي كقاعدة أمرة بسبب جملة أمور من بينها الحق في الانسحاب من المعاهدة.

(٢٢٠) انظر على سبيل المثال، بيان السيد العربي (مصر)، في جلسة مجلس الأمن ٣٥٠٥ المعقودة في ٢٨ شباط/فبراير ١٩٩٥ (S/PV.3505) (“أما من الناحية القانونية، فقد انعقد إجماع المجتمع الدولي على أن هناك قواعد أمرة (preemptory (sic) norms) في القانون الدولي تُعرف باسم *jus cogens* لا يجوز انتهاكها ... وبمقتضى هذه القواعد العامة الملزمة فإنه لا يكون مقبولا أن يحتج أي طرف بأي اتفاق ثنائي [...] ويتعلل بأن هذا الاتفاق الذي أبرم بين الطرفين يحجب حق المجتمع الدولي في الاضطلاع بمسؤولياته الأصلية“؛ وبيان السيد مايورال، في جلسة مجلس الأمن ٥٦٧٩ المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ٢٠٠٧ (S/PV.5679). (“هذه قواعد أمرة من قواعد القانون الدولي، ومن ثم لا نستطيع تنحيها جانباً“). وانظر على وجه الخصوص بيان السويد في: *Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Summary Records of the Sixth Committee, 844th meeting, para. 11*.

(٢٢١) انظر، على سبيل المثال، بيان السيد ياكوفيدس (قبرص) في: *Official Records of the United Nations*.

Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, A/CONF.39/11, Fifty-second Meeting, para. 68 (“إلى جانب القواعد الرضائية، هناك قواعد أمرة“؛ وبيان السيد ياسين (العراق)، المرجع نفسه، الفقرة ٢٣؛ وبيان السيد أوغنديرو (نيجيريا)، المرجع نفسه، الفقرة ٤٨. وانظر أيضاً بيان السيد سنكلير (المملكة المتحدة)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ٥٨ (“في مجتمع دولي منظم على نحو صحيح ثمة حاجة إلى قواعد للقانون الدولي تكون أعلى مرتبة من القواعد التي تتسم بطابع رضائي فحسب التي يمكن للدول أن تتحلل منها“).

قواعد لا يمكن للدول أن تتحلل منها محلّ خلاف كبير في مؤتمر فيينا^(٢٢٢). وقد استندت اللجنة نفسها، في عملها المتعلق بما أصبح في نهاية المطاف المادة ٥٣ من الاتفاقية، إلى إدراكها أنه يمكن التمييز في القانون الدولي بين القواعد الرضائية والقواعد الآمرة^(٢٢٣).

٦٧ - ويُعترف بالقواعد الآمرة عموماً كقواعد واجبة الانطباق عالمياً، على العكس من القواعد الرضائية^(٢٢٤). ويُذكر بادئ ذي بدء أن قواعد القانون الدولي هي في غالبيتها ملزمة للدول التي وافقت عليها، في حالة المعاهدات، أو على الأقل للدول التي لم تصرّ على الاعتراض عليها، في حالة القانون الدولي العرفي (القواعد الرضائية)^(٢٢٥). والقواعد الآمرة، باعتبارها استثناءً من هذه القاعدة الأساسية، تفترض سلفاً وجود قواعد "ملزمة لأعضاء المجتمع الدولي كافة"^(٢٢٦). والواقع أن سمة القابلية للانطباق عالمياً تنبع من فكرة عدم جواز

(٢٢٢) انظر بيان السيد سواريز (المكسيك)، المرجع نفسه، الجلسة الثانية والخمسون، الفقرة ٩ ("من شأن ظهور قاعدة أمرة جديدة أن يحول دون إبرام أي معاهدة تتعارض معها في المستقبل")؛ والسيد إفريجينيس (اليونان)، المرجع نفسه، الفقرة ١٨ ("والذي يشير إلى الحدود التي لا يمكن للإرادة التعاقدية أن تنتهكها")؛ وبيان السيد سويني (الولايات المتحدة)، المرجع نفسه، الفقرة ١٦ ("المقترح الأساسي للغاية الذي قدمته اللجنة وهو أن القواعد الآمرة تشمل قواعد لا يُسمح بالخروج عنها")؛ وبيان السيد ألفاريس تابيو (كوبا)، المرجع نفسه، الفقرة ٣٤ (للقواعد الآمرة "مفعول بإبطال أي قواعد أخرى تتعارض معها ... حتى في الحالات التي تكون فيها القاعدة الأدنى مرتبة مكرسة في معاهدة، حيث إنه لا يسمح بالتحلل من قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي"). ولكن انظر، السيد ميراس (تركيا)، المرجع نفسه، الجلسة الثالثة والخمسون، الفقرة ١، وبيان السيد هاري (أستراليا)، المرجع نفسه، الفقرة ١٣.

(٢٢٣) انظر على سبيل المثال: Third report on the law of treaties by Mr. GG Fitzmaurice, Special Rapporteur (الحاشية ٧٤ أعلاه)، الصفحة ٤٠، الفقرة ٧٦ ("تندرج قواعد القانون الدولي في هذا السياق في فئتين عموماً - تلك التي تكون إجبارية وإلزامية في أي ظرف من الظروف (القواعد الآمرة) وتلك (القواعد الرضائية) التي لا توفر إلا قاعدة تنطبق في غياب أي نظام آخر متفق عليه، أو على الأصح، تلك التي يُسمح بتغييرها أو تعديلها بموجب نظام متفق عليه، شريطة ألا يتأثر مركز وحقوق الدول ذات الصلة").

(٢٢٤) انظر على سبيل المثال: William Conklin "The Peremptory Norms of the International Community" (2012) 23 *European Journal of International Law* 837, at 837. وانظر أيضاً: Christos Rozakis *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, 1976), at 78. وانظر أيضاً: Giorgio Gaja "Jus Cogens Beyond the Law of Treaties" (1981) 172 *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 271, at 283. وانظر كذلك: Hannikainen (الحاشية ٢١٤ أعلاه)، الصفحة ٥ ("بالنظر إلى أن الغرض من القواعد الآمرة هو حماية مصالح وقيم أسمى لمجتمع الدول الدولي وأن هذا المجتمع يُدان له بالتزامات أمرة، فإن الطابع العالمي للالتزامات الآمرة هو وحده الذي يكفل إعمال القواعد الآمرة") (التوكيد وارد في الأصل).

(٢٢٥) انظر، فيما يتعلق بقاعدة المعارض المصير، مشروع الاستنتاج ١٥ من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي (الحاشية ٢٩ أعلاه).

(٢٢٦) انظر على سبيل المثال: Danilenko (الحاشية ١٧٢ أعلاه)، الصفحة ٢١١؛ و Alexidze (الحاشية ٣٠ أعلاه)، الصفحة ٢٤٦؛ و Dupuy and Kerbrat (الحاشية ١٧٠ أعلاه)، الصفحة ٣٢٢ ("la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles imperatives

الخروج عن القاعدة، فمن الصعب تصور كيف يمكن لقاعدة لا يُسمح بالخروج عنها أن تنطبق على بعض الدول دون سواها. وكما ذكرت اللجنة، عن حق، في شرحها لمشروع المادة ٥٠ من مشاريع المواد المعدة في عام ١٩٦٦، فإن الكثيرين ممن طعنوا في وجود قواعد أمرة إنما فعلوا ذلك بناءً على فكرة مفادها أن قواعد القانون الدولي ليست واجبة الانطباق عالمياً^(٢٢٧). بيد أن هذه السمة تنبع أيضاً من الفكرة الواردة في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا، والقائلة بأن القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي - وسوف تُناقش السمة المذكورة بمزيد من التفصيل في التقرير المقبل.

٦٨ - وفكرة قابلية القواعد الآمرة للانطباق عالمياً في حد ذاتها يترتب عليها أثار سيخضعان لدراسة أوفى في التقارير المقبلة - ولذلك فما يرد هنا هو تحليل مؤقت. أولاً،

[”يقتضي اتساق هذه المجموعة من القواعد أن يعترف جميع أشخاصه بحد أدنى من القواعد الآمرة“]؛ و Rohr (الحاشية ٢١٣ أعلاه)، الصفحة ٦؛ و Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٦١ (“يجب أن تجسد القواعد الآمرة مبادئ عامة وعالمية”)؛ و Dubois (الحاشية ١٧٤ أعلاه)، الصفحة ١٣٥ (“القاعدة الآمرة ... تنطبق على الدول كافة، بصرف النظر عن رضاها بها”). وانظر أيضاً: Orakhleshvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ٤٠. وانظر أيضاً: Saul (الحاشية ١٧٩ أعلاه)، الصفحة ٣١ (“يفترض أن تكون القواعد الآمرة ملزمة للدول كافة”). وانظر قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية، (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الفقرة ١٩٠ (“ارتأت الولايات المتحدة أن من المهم أن تستشهد، في مذكرتها المضادة بشأن مسألتي الاختصاص والمقبولية، بأراء الفقهاء القائلة بأن هذا المبدأ يشكل قاعدة عالمية، و ’قانوناً دولياً عالمياً‘ و ’مبدأً من مبادئ القانون الدولي المعترف بها عالمياً‘ و ’مبدأً من مبادئ القواعد الآمرة‘”)؛ وانظر أيضاً الفتوى الصادرة بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الصفحة ٢٣ حيث تشير محكمة العدل الدولية إلى ”صفة العالمية ... [ل] إدانة الإبادة الجماعية“؛ والرأي المستقل للقاضي مورينو كيتانا في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام ١٩٠٢ (الحاشية ١٣٠ أعلاه)، الصفحة ١٠٦ (“هذه المبادئ ... لها طابع آمر ونطاق عالمي”)؛ والرأي المخالف للقاضي الخاص كريتشا في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (الحاشية ١٨٨ أعلاه)، الصفحة ١٠١ (“القاعدة التي تحظر الإبادة الجماعية تلزم، باعتبارها قاعدة عالمية، الدول في جميع أنحاء العالم”)؛ والرأي المستقل للقاضي كانسادو ترينداد في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بمحاكمة المتهمين أو تسليمهم (الحاشية ١٣٥ أعلاه)، الفقرة ١٠٢ (“القواعد الآمرة [تقوم] على ذات الأسس التي يستند إليها أي قانون دولي يتسم عن حق بالعالمية”). وانظر: قضية جليسييتش (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الفقرة ٦٠، حيث يُقتبس بيان محكمة العدل الدولية المتعلق بالانطباق العالمي لحظر الإبادة الجماعية تأييداً له، ويُربط مباشرة بالطابع الأمر لهذا الحظر. وانظر: [قضية تيل - أورين ضد الجماهيرية العربية الليبية] *Tel-Oren v Libyan Arab Republic*, Judgment of 3 February 1984 of the United States Court of Appeal, District of Columbia, 726 F.2d 774, 233 U.S.App D.C. 384 (هناك ”مجموعة من الأعمال الشنعة - ينتهك كل عملٍ منها قواعدَ عالمية إلزامية يمكن تحديدها“).

(٢٢٧) انظر الفقرة (١) من شرح مشروع المادة ٥٠ من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات (الحاشية ٩٩ أعلاه) (“ينكر بعض الحقوقيين وجود أي قواعد أمرة في القانون الدولي، إذ إنهم يرون أن حتى أكثر القواعد عمومية ليست له صفة العالمية“).

لا يسري مبدأ المعتز المصير، أيًا كان مركزه بالنسبة لقواعد القانون الدولي العرفية، على القواعد الآمرة^(٢٢٨). غير أن هذا الجانب يجدر تناوله بمزيد من الدراسة، وسيعالج باستفاضة في التقرير المتعلق بآثار القواعد الآمرة. وثانياً، يترتب على مبدأ الانطباق العالمي أثر أكثر تعقيداً وهو عدم انطباق القواعد الآمرة على صعيد إقليمي أو ثنائي^(٢٢٩). ومع أن بعض المؤلفين يعتقد بإمكانية وجود قواعد آمرة إقليمية^(٢٣٠)، لا يزال الأساس الذي يستند إليه هذا الرأي غامضاً إلى حد ما. فلسوف تشكل القواعد الآمرة الإقليمية، إن وجدت، استثناءً من ذلك المبدأ العام المتمثل في الانطباق العالمي للقواعد الآمرة. وسيتناول التقرير النهائي تحت بند مسائل متنوعة موضوع ما إذا كان القانون الدولي يميز مبدأ القواعد الآمرة الإقليمية.

٦٩ - ولما كانت القواعد الآمرة وثيقة الصلة بحكم عدم جواز الخروج عن القاعدة، فإنها تتبوأ مرتبة أعلى من قواعد القانون الدولي الأخرى^(٢٣١). ففكرة وجود قواعد يمكن أن تبطل

(٢٢٨) انظر: Criddle and Fox-Decent (الحاشية ٩٥ أعلاه)، الصفحة ٣٤٠ وما يليها. وانظر: Rohr (الحاشية ٢١٣ أعلاه)، الصفحة ١٩. وانظر أيضاً: Dino Kritsiotis “On the Possibilities Of and For Persistent Objection” 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 121, at 133 et seq (2010). وللاطلاع على رأي مخالف لذلك، انظر: 2 (1991) Gennady Danilenko “International Jus Cogens: Issues of Law-Making” *European Journal of International Law* 42, at 54 et seq.

(٢٢٩) انظر: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ٣٩ وما يليها.

(٢٣٠) انظر على سبيل المثال: “Wladdyslaw Czapliński “Jus Cogens and the Law of Treaties” في Tomuschat and Thouvenin (الحاشية ١٨٣ أعلاه)، الصفحة ٣؛ و Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٩٨. وانظر: Mathias Forteau “Regional International Law” in Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2006, online edition), para. 21. وإن كان يجدر القول إن المؤلف يعتمد رأياً مقيداً شيئاً ما في موضوع “القانون الدولي الإقليمي”، بما في ذلك القواعد الآمرة (“في يومنا هذا، لا تترتب على كون القاعدة الدولية إقليمية الطابع أي آثار قانونية قائمة بذاتها. فما القانون الدولي الإقليمي، كما يتضح، إلا مفهوم وقائعي لا قانوني”).

(٢٣١) انظر قضية فورونديزا (الحاشية ١٥٤ أعلاه)، الفقرة ١٥٣ (من سمات حظر التعذيب السمة التي تتعلق بتراتبية القواعد في نظام القواعد الدولية... . وقد تطور هذا المبدأ فأصبح قاعدة آمرة أو “jus cogens”، أي قاعدة لها في الهيكل التراتبي الدولي مرتبة أعلى من القانون التعاهدي بل ومن القواعد العرفية “العادية”، أيضاً). وانظر أيضاً: الرأي المستقل للقاضي لاوترباخ في قضية تطبيق اتفاقية منع الإبادة الجماعية (الحاشية ١٥٣ أعلاه)، الفقرة ١٠٠ (“مفهوم القواعد الآمرة يعمل كما لو كان مفهوماً يسمو على كل من القانون الدولي العرفي والمعاهدات”)؛ والرأي المستقل للقاضي الخاص دوغارد في قضية الأنشطة المسلحة في إقليم الكونغو (الحاشية ١٨٨ أعلاه)، الفقرة ١٠. وانظر أيضاً: الرأي المخالف للقاضي الخصاونة في [القضية المتعلقة بمذكرة الاعتقال الصادرة في ١١ نيسان/أبريل ٢٠٠٠ (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا)] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Judgement of 14 February 2002, ICJ Reports 2002, p.3, para.7. وانظر أيضاً بيان هولندا، [A/C.6/68/SR.25](#)، الفقرة ١٠١ (“القواعد الآمرة تحتل مرتبة أعلى في النظام القانوني الدولي، بغض النظر عما إذا كانت تتخذ شكل قانون مدون أو قانون عرفي”). ومع ذلك، انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٣٧، حيث يطرح المؤلف أن صيغة التراتبية ينبغي تجنبها وأن التركيز ينبغي أن ينصب على مفهوم البطلان لأن المفهوم الأول - أي التراتبية - يؤدي إلى الالتباس وسوء الفهم.

غيرها ولا يُسمح بالخروج عنها تستتبع تراتبية القواعد^(٢٣٢). والفكرة القائلة بأن القواعد الآمرة يمكن أن تبطل غيرها من القواعد القانونية هي ثمرة هذا التفوق التراتبي وتجسيد له في آن واحد^(٢٣٣).

٧٠ - وفي الفتوى الصادرة بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، لاحظت محكمة العدل الدولية أن "مسألة ما إذا كانت قاعدة ما جزءاً من مبادئ القانون الملزم [أمر] يتصل بالطابع القانوني لتلك القاعدة"^(٢٣٤). وكثيراً ما يجري ربط الطابع القانوني للقواعد الآمرة بقيم ذات صلة بالنظام العام. ويقول كولب، وهو المتشكك في نهج النظام العام/القيم إزاء القواعد الآمرة، إن هذه هي "النظرية المهيمنة تماماً" اليوم^(٢٣٥). ويمكن القول

(٢٣٢) انظر الاستنتاج ٦ من استنتاجات أعمال الفريق الدراسي المعني بتجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، التي اعتمدها لجنة القانون الدولي في دورتها الثامنة والخمسين، في عام ٢٠٠٦، وقدمت إلى الجمعية العامة في إطار تقرير اللجنة عن أعمال تلك الدورة (A/61/10، الفقرة ٢٥١)، الحولية ... ٢٠٠٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ابتداء من الصفحة ٢١٩، وفي الصفحة ٢٢٥ ("قد تكون لقاعدة ما من قواعد القانون الدولي أسبقية على القواعد الأخرى بسبب أهمية مضمون هذه القاعدة والقبول العام بأسبقيتها. وهذا ينطبق على القواعد [الآمرة] في القانون الدولي (القواعد الآمرة، المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، أي القواعد التي "يقبلها ويعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل بوصفها [قواعد] لا يُسمح بأي خروج عنها". وانظر أيضاً على سبيل المثال: Danilenko (الحاشية ٢٢٨ أعلاه)، الصفحة ٤٢؛ Conklin (الحاشية ٢٢٤ أعلاه)، الصفحة ٨٣٨ ("إن احتمال وجود قاعدة آمرة في حد ذاته يوحي مرة أخرى بتراتبية قواعد القانون الدولي، مع احتلال القواعد الآمرة موقع القمة باعتبارها 'المعايير الأساسية للمجتمع الدولي'"). وانظر أيضاً: Marjorie Whiteman "Jus Cogens in International Law, With a Projected List" (1977), 7 Georgia Journal of International and Comparative Law 609, at 609 Janis "The Nature of Jus Cogens" (الحاشية ١٧٤ أعلاه)، الصفحة ٣٦٠. وانظر كذلك تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي المعني بتجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي (أعده مارتي كوسكينيمي)، ١٣ نيسان/أبريل ٢٠٠٦ (A/CN.4/L.682)؛ و Tomuschat "Reconceptualising the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations" في Tomuschat and Thouvenin (الحاشية ١٨٣ أعلاه)، الصفحة ٤٢٥ ("غير أن هناك أمراً واحداً مؤكداً هو أن المجتمع الدولي يقبل اليوم بوجود فئة من المبادئ القانونية تعلو من الناحية التراتبية على القواعد 'العادية' للقانون الدولي"). وانظر كذلك: Dupuy and Kerbrat (الحاشية ١٧٠ أعلاه)، الصفحة ٣٢٣.

(٢٣٣) انظر: Antonio Cassese "For an Enhanced Role of Jus Cogens" in Antonio Cassese (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford, 2012), at 159.

(٢٣٤) انظر الفتوى الصادرة بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الفقرة ٨٣. (٢٣٥) انظر: Kolb (الحاشية ٢٧ أعلاه)، الصفحة ٣٢. لئن كان هذا المذهب ينبثق من أصول راسخة في القانون الداخلي، ولا سيما مدرسة القانون الروماني - الجرمان، فقد صارت له الآن جذور ضاربة في القانون الدولي. وانظر: Orakhelashvili (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الصفحة ١١ وما يليها؛ و Rivier (الحاشية ١٧٣ أعلاه)، الصفحة ٥٦٧. وانظر أيضاً، فيما يتعلق بالصلات بين مفهوم النظام العام (*ordre public*) في القانون الروماني - الجرمان ومفهومه في القانون الدولي، الرأي المستقل للقاضي مورينو كينتانا في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام ١٩٠٢، الصفحة ١٠٦.

ببساطة إن مضمون قواعد النظام العام هذه يرمي إلى حماية القيم الأساسية للمجتمع الدولي^(٢٣٦). وكما سبق بيانه فإن النظام العام، رغم طرحه مراراً كنظرية مستقلة تُنافس نظريات القانون الطبيعي والقانون الوضعي في شرح مصدر الطابع الأمر، يبدو أكثر صلاحية لتبيان خواص هذه القواعد. والواقع أن بالإمكان إيضاح قواعد النظام العام من منظور نظريات القانون الوضعي أو القانون الطبيعي على حد سواء.

٧١ - والقيم المحمية بالقواعد الآمرة - أي التي تشكّل "القيم الأساسية لمجتمع القانون الدولي" - هي القواعد التي قيل عنها إنها "جميعاً تسعى إلى التمدد في جوهرها"^(٢٣٧). وهي تُعنى بالاعتبارات الأساسية للإنسانية^(٢٣٨). والوصف الذي أوردته محكمة العدل الدولية للقيم الأساسية التي تقوم عليها اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، وإن لم تستشهد فيه صراحةً بالقواعد الآمرة، يُعتبر وصفاً سديداً للقيم التي هي من سمات القواعد الآمرة^(٢٣٩). ففي تلك الفتوى، وصفت المحكمة القيم التي تستند إليها اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية كما يلي:

(٢٣٦) انظر قضية فورونديزيا (الحاشية ١٥٤ أعلاه)، الفقرة ١٥٣، حيث يُذكر أن حظر التعذيب قاعدةً أمرة "بسبب أهمية القيم التي يحميها". وانظر أيضاً الرأي المخالف للقاضي كانسادو ترينداد في قضية حصانات الدول من الولاية القضائية، (الحاشية ١٥٣ أعلاه)، الفقرة ١٤٣.

(٢٣٧) انظر: Kolb (الحاشية ٢٠١ أعلاه)، الصفحة ٤٨٢.

(٢٣٨) انظر القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (٢٠٠٧) (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الفقرة ١٦٠ ("ينطبق ذلك حتى وإن كانت الانتهاكات المزعومة انتهاكاتٍ لالتزامات نابعة من قواعد أمرة، أو التزامات تحمي القيم الإنسانية الأساسية")؛ والقضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (٢٠١٥) (الحاشية ١٤٦ أعلاه)، الفقرة ٨٥. وانظر أيضاً: الرأي المخالف للقاضي كوروما في الفتوى المتعلقة باستخدام الأسلحة النووية (الحاشية ١٣٦ أعلاه)، الفقرة ٥٧٣ (للقواعد الآمرة "أسس إنسانية" وهي تستند إلى "قيم الدول الأعضاء")؛ وانظر كذلك الرأي المخالف للقاضي الخصاونة في القضية المتعلقة بمذكرة الاعتقال (الحاشية ٢٣١ أعلاه)، الفقرة ٧. وانظر أيضاً قضية سيدرمان ضد الأرجنتين (الحاشية ١٩٥ أعلاه)، الصفحة ٧١٥.

(٢٣٩) انظر الفتوى الصادرة بشأن التحفظات على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية (الحاشية ١٨٧ أعلاه)، الصفحة ٢٣ وما يليها. وانظر أيضاً: Patrizia Bisazza "Les crimes à la frontière du *jus cogens*" in Laurent

Moreillon, Andre Kuhn, Aude Bichovsky, Aline Willi-Jayet, Baptiste Viredaz (eds) *Droit Pénal Humanitaire* (Bruxelles, 2006), at 78، حيث تستشهد المؤلفة بما أسمته "ضميراً إنسانياً مشتركاً"؛ و Laurence Boisson de

Charzounes "Commentaire" in Karel Wellens, Rosario Huesa Vinaixa (eds) *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma, les 20 et 21 Mai 2005* (Bruxelles, 2006), at 77، حيث يشار إلى "ضمير عالمي". وانظر أيضاً: Stefanie Schmahl "An Example of *Jus cogens*: The Status of Prisoners of War" (الحاشية ١٨٣ أعلاه)، الصفحة ٤٩.

من الواضح أن الدافع وراء اعتماد الاتفاقية دافع إنساني وحضاري محض ... هدفه الحفاظ على وجود جماعات بشرية معينة في حد ذاته و ... تأكيد أبسط المبادئ الأخلاقية وإقرارها.

٧٢ - وتشكّل هذه الأمور السمات الأساسية للقواعد الآمرة، لا شروطها، وهي مع ذلك لا تدلّنا على كيفية تحديد تلك القواعد التي تعتبر آمرة في القانون الدولي المعاصر. وعلاوة على ذلك، تعكس بعض هذه السمات الآثار المترتبة على القواعد الآمرة، ولسوف تكون هذه الآثار موضوعاً لتقرير مقبل أكثر تفصيلاً. لقد أُلح في الأجزاء الأولى من هذا التقرير إلى ضرورة أن يكون هناك تفاعلاً سلساً بين شتى عناصر الموضوع - أي طبيعة القواعد الآمرة وشروطها وآثارها - والصلات المبيّنة في هذا الفرع من التقرير تبلور ذلك الترابط.

سادساً - صيغة النواتج المنبثقة عن أعمال اللجنة

٧٣ - يرى المقرر الخاص أن مشاريع الاستنتاجات هي الصيغة الأنسب لنواتج أعمال اللجنة في سياق هذا الموضوع. فالمقترح في مخطط الدراسة، وهو الأساس الذي استندت إليه اللجنة حين قررت استهلال هذا المشروع، هو إعداد مشاريع استنتاجات باعتبارها الصيغة الأنسب له. وعلاوة على ذلك، لن تكون مشاريع المواد صيغةً مواتية لنواتج هذا الموضوع بالنظر إلى الطابع الجوهرى الذي ينبغي أن تتسم به أعمال اللجنة المتعلقة به، شأنها في ذلك شأن الأعمال التي تناولت تحديد القانون الدولي العرفي والممارسة اللاحقة والاتفاقات اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، إذ أن الغرض المتوخى من هذه الأعمال هو إيضاح حالة القانون بناءً على الممارسة الراهنة. وستعكس مشاريع استنتاجات اللجنة القانون الحالى والممارسة الراهنة المتعلقين بالقواعد الآمرة، وستجتنب الخوض في الجدل النظري الذي يقترن في كثير من الأحيان بالمناقشات التي تتناول القواعد الآمرة.

سابعاً - الاستنتاجات

٧٤ - في ضوء التحليل الوارد أعلاه، يقترح المقرر الخاص مشاريع الاستنتاجات التالية لكي تنظر فيها اللجنة.

مشروع الاستنتاج ١ النطاق

تُعنى مشاريع الاستنتاجات هذه بالطريقة التي يتعين أن تُحدد بها القواعد الآمرة، وبالأثار القانونية المنبثقة عن تلك القواعد.

مشروع الاستنتاج ٢ تعديل قواعد القانون الدولي والخروج عنها وإلغاؤها

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

٢ - تُستثنى من القاعدة الواردة في الفقرة ١ القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، التي لا يجوز تعديلها أو الخروج عنها أو إلغاؤها إلا بقواعد لها نفس الصفة.

مشروع الاستنتاج ٣ الطبيعة العامة للقواعد الآمرة

١ - قواعد القانون الدولي الآمرة (*jus cogens*) هي تلك القواعد العامة للقانون الدولي التي يقبلها ويعترف بها مجتمع الدول الدولي ككل بوصفها قواعد لا يُسمح بتعديلها أو الخروج عنها أو إلغاؤها.

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

ثامنا - الأعمال المقبلة

٧٥ - سيحدد أعضاء اللجنة في الفترة الخمسية القادمة ما ستكون عليه أعمالها المقبلة. بيد أن المقرر الخاص يود أن يقترح تخصيص التقرير المقبل لمعايير تحديد القواعد الآمرة. ويشمل ذلك مسألة مصادر القواعد الآمرة، أي ما إذا كانت القواعد الآمرة مستمدة من القانون التعاهدي أو القانون الدولي العرفي أو المبادئ العامة للقانون أو من مصادر أخرى. وفيما يتعلق بمسألة المصادر خصوصاً، وتحديد القواعد الآمرة عموماً، سينظر

التقرير الثاني أيضا في العلاقة بين القواعد الآمرة وأحكام عدم التقييد المنصوص عليها في معاهدات حقوق الإنسان.

٧٦ - وربما ينظر التقرير الثالث، المتوخى إصداره في عام ٢٠١٨، في آثار القواعد الآمرة، فيما يتناول التقرير الرابع مسائل متنوعة تُثار في المناقشات الجارية داخل اللجنة والتعليقات الواردة من الدول. وسيتيح التقرير الأخير أيضا فرصة لتقييم مشاريع الاستنتاجات المعتمدة وقتئذ من أجل تعزيز اتساقها عموماً.

٧٧ - وكما ورد آنفاً، ستقتضي الضرورة أن يكون النهج المتبع في دراسة هذا الموضوع نهجاً مرناً وينبغي ألا يكون في خريطة الطريق المبيّنة ههنا ما لا يمكن تعديله. فاحتمال تغييرها قائمٌ بحسب الاتجاه الذي قد تحدده لها اللجنة.