

Distr.
GENERAL

A/CN.4/498
16 March 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الحادية والخمسون

جنيف، ٣ أيار/ مايو إلى ٢٣ تموز/يوليه ١٩٩٩

التقرير الثاني عن مسؤولية الدول

مقدم من السيد جيمس كروفورد، المقرر الخاص

المحتويات (تابع)

الصفحة	الفقرات	
٣	١	١ - نطاق هذا التقرير
٣	٢	٢ - استعراض مشاريع المواد في الباب الأول
٣	١٥٦-٢	ألف - الباب الأول، الفصل الثالث: انتهاك التزام دولي
٣	٢-٤	١ - مقدمة
٣	٢-٣	(أ) نظرة عامة
٥	٤	(ب) تعليقات الحكومات على الفصل الثالث بكليته
٦	١٣٥-٥	٢ - استعراض مواد معينة في الفصل الثالث
٦	٥-١٥	(أ) المادة ١٦: وقوع انتهاك لالتزام دولي
		(ب) المادة ١٧: عدم تأثير منشأ الالتزام الدولي
١٤	١٦-٢٦	المنتهاك
		(ج) المادة ١٩ (١): عدم الاعتداد بموضوع الالتزام
٢٠	٢٧-٣٤	المنتهاك
		(د) المادة ١٨ (١) و (٢): وجوب أن يكون الالتزام
٢٣	٣٥-٥١	الدولي نافذا إزاء الدولة

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٣٢	٥٢-٨٠	(هـ) المادتان ٢٠ و ٢١: الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة
٥١	٨١-٩٢	(و) المادة ٢٣: انتهاك التزام دولي بمنع وقوع حدث معين
٥٧	٩٣-١٣٥	(ز) المواد ١٨ (٣)-(٥) و ٢٤-٢٦: الأفعال غير المشروعة دولياً التامة والمستمرة
٨٢	١٣٦-١٤٨	(ح) المادة ٢٢: استنفاد سبل الانتصاف المحلية ..
٩٠	١٤٩-١٥٣	٣ - مسائل أخرى تتعلق بانتهاك التزام دولي
٩٠	١٥٠-١٥٣	(أ) الأثر المكاني للالتزامات الدولية ولمسائل الانتهاك
٩٣	١٥٤-١٥٥	(ب) التمييز الممكن بين الانتهاكات حسب خطورتها
٩٤	١٥٦	٤ - موجز المقترحات المتعلقة بالفصل الثالث

١ - نطاق هذا التقرير^(١)

١ - هذا التقرير هو مواصلة للمهمة التي بدأت في عام ١٩٩٨^(٢) للنظر بصورة منهجية في مشاريع المواد في ضوء تعليقات الحكومات والتطورات في ممارسة الدول والقرارات القضائية والمنشورات. ويعتزم، في الأجزاء الأخيرة من التقرير، معالجة بعض القضايا العامة المثارة في البابين الثاني والثالث من مشاريع المواد والبدء في النظر في مشاريع مواد الباب الثاني^(٣).

٢ - استعراض مشاريع المواد في الباب الأول

ألف - الباب الأول، الفصل الثالث: انتهاك التزام دولي

١ - مقدمة

(أ) نظرة عامة

٢ - يتكون الفصل الثالث من الباب الأول من ١١ مادة موضوعها العام هو "انتهاك التزام دولي" وبعد التحليل، تتسم المسائل المعالجة في الفصل الثالث إلى خمس فئات^(٤):

(١) يود المقرر الخاص أن يشكر السيد بيير بودو، الباحث المعاون بمركز لوترباخ للبحوث في القانون الدولي بجامعة كمبردج، على مساعدته الكبيرة في إعداد هذا التقرير، وصندوق ليفر هوام الاستئماني لدعمه المالي. وقدم فريق من العلماء الشبان (بمساعدة مالية من مجلس البحوث الإنسانية بالأكاديمية البريطانية) المساعدة بإعداد المواد المتعلقة بمسؤولية الدول بمختلف اللغات وهم الاساتذة المعاونة أندريا بيانشي جامعة سيينا، والاستاذ كارلوس اسبوسيتو، جامعة مدريد المستقلة، والاستاذ يوجي أواساوا جامعة طوكيو، والدكتورة نينا جورجيسون، مدرسة إينز أوف كورت للقانون بلندن، السيدة يومي نيشيمورا، جامعة صوفيا، والدكتور استيفان ويتيش جامعة فيينا.

(٢) انظر التقرير الأول، A/CN.4/490/Add.4 و Add.5 و Add.6.

(٣) تم تسلم مزيد من تعليقات الحكومات منذ التقرير الأول، انظر الوثيقة A/CN.4/488/Add.3 و A/CN.4/492. وقد وضعت هذه في الاعتبار فيما يلي بقدر صلتها بالمادة ١٦ وو. والمنوي الاحتفاظ بمناقشة التعليقات الإضافية المتعلقة بالمواد ١ إلى ١٥ إلى أن تتم معالجة جميع مشاريع المواد، وعندئذ ينبغي النظر فيها مرة أخرى جملة.

(٤) للاطلاع على الأعمال المتعلقة بالفصل الثالث انظر أغو التقارير الخامس (١٩٧٦) والسادس (١٩٧٧) والسابع (١٩٧٨) الحولية لعام ١٩٧٨ المجلد الأول الصفحات ٢٣٢ إلى ٢٣٧ (المناقشة العامة)، المرجع نفسه الصفحتان ٢٦٩ و ٢٧٠ (تقرير لجنة الصياغة)، تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثلاثين (١٩٧٨)، الصفحات ١٨٤ إلى ١٨٦ (موجز الأعمال) الحولية لعام ١٩٧٦ (المجلد الثاني) (الجزء الثاني)، الصفحات ٧٨ إلى ١٢٢، الحولية لعام ١٩٧٧ المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحات ١١ إلى ٥٠، الحولية عام ١٩٧٨ المجلد الثاني (الجزء الثاني) الصفحات ٨١ إلى ٩٨ (نص مشاريع المواد والتعليقات عليها).

المواد ١٦ و ١٧ و ١٩ (١)^(٥) تعالج فكرة الانتهاك نفسها، مع التركيز على تأثير مصدر الالتزام أو موضوعه.

والمادة ١٨ (١) و (٢) تعالج وجوب أن يكون الالتزام نافذا إزاء الدولة وقت انتهاكه.

وتعالج المادتان ٢٠ و ٢١ التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة. وتعالج المادة ٢٣ على نحو مماثل الالتزامات بالمنع.

وتتناول المواد ٢٤ إلى ٢٦ وقت وقوع الانتهاك ومدته، وبصفة خاصة التمييز بين الأفعال غير المشروعة المستمرة والأفعال غير الممتدة زمنياً. وتضع أيضاً تمييزاً آخر بين الأفعال غير المشروعة المركبة والمتشعبة. وتستهدف الفقرتان (٣) و (٥) من المادة ١٨ تحديد وقت وقوع الأفعال غير المشروعة المستمرة والمركبة والمتشعبة ومعالجة مسائل القانون الدولي فيما يتعلق بتلك الأفعال.

وتتناول المادة ٢٢ جانب استنفاد سبل الانتصاف المحلية الذي يجري تحليله تحديداً ضمن إطار الالتزامات بنتيجة.

ولأسباب ستبين فيما بعد يُعتمد معالجة هذه المواد وفق هذا الترتيب.

٣ - تستهدف المواد الواردة في الفصل الثالث، إذا أخذت مجتمعة، زيادة تحليل الشرط، الذي سبق أن تضمنته من حيث المبدأ، المادة ٣ (ب)، وهو وجوب وقوع انتهاك لالتزام دولي ملقى على عاتق دولة من جانب تلك الدولة نفسها في أي حالة من حالات مسؤولية الدول. ولكن هنالك صعوبة في المضي في هذا التحليل دون الإخلال بالتمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية التي تقوم عليها مشاريع المواد كلية. فعند البت فيما إذا كان انتهاك لالتزام قد وقع يجب قبل كل شيء النظر في الالتزام الجوهرى ذاته وصياغته ومعناه على وجه التحديد، وهي تقع جميعها بوضوح ضمن نطاق القواعد الأولية. بيد أن المبادئ

(٥) تعالج المادة ١٩ (٢) - (٤) تعريف الجنايات الدولية التي ترتكبها الدول. وتتم معالجة القضايا التي تثيرها في إطار مناقشة التمييز بين المسؤولية عن الجنايات والمسؤولية عن الجُنْح (للاطلاع على التقرير الأول، انظر A/CN.4/490/Add.1 و Add.2 و Add.3).

والتمييزات الواردة في الفصل الثالث قد قصد بها توفير إطار لذلك النظر، وبقدر ما تفعل ذلك، يمكن أن يكون للفصل الثالث وظيفة مفيدة^(٧).

(ب) تعليقات الحكومات على الفصل الثالث بكليته

٤ - لا يشكك أي من التعليقات في الحاجة إلى الفصل الثالث بكليته. بيد أن حكومة المملكة المتحدة أعربت عن القلق لأن "دقة التمييزات المحددة لمختلف فئات الانتهاك (في الفصل الثالث) ربما تتجاوز الحد الضروري أو حتى المفيد في بيان المبادئ الأساسية لمسؤولية الدول"^(٧). ولاحظت ألمانيا في معرض تلخيصها لتعليقاتها بشأن فرادى المواد أن الفصل الثالث يشتمل بالإضافة إلى المادة ١٩ على "عدد من الأحكام التي ينبغي تنقيحها أو إعادة صياغتها"^(٨). وتشكي اليابان من أن تصنيف الالتزامات الدولية إلى فئات في الفصل الثالث يحتوي على "مفاهيم مفرطة في التجرد... صيغت بعبارات غير واضحة"؛ وهي ترى أن من شأن الصعوبة في التمييز "أن تأتي بنتيجة عكسية في أي جهد لتسوية النزاع"^(٩).

(٦) لا توجد معاملة منتظمة في المواد المنشورة المتعلقة بموضوع انتهاك الالتزامات الدولية في حد ذاته. وقد تمت دراسة انتهاك المعاهدات إلى حد ما: انظر بصفة خاصة التقرير الرابع لسير جيرالد فينسموريس عن قانون المعاهدات، حولية عام ١٩٥٩ المجلد الثاني الصفحات من ٣٧ - ٨١، الذي عالج "آثار المعاهدات". ولم تجر اللجنة أي مناقشة للتقرير، وبالرغم من أن بعض جوانبه قد صنفا سلفه السير هامفري فالدك وهي مشمولة الآن في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فإن تلك الجوانب المتعلقة بعدم الوفاء بالالتزامات والناشئة عن معاهدات قد تركت لتعالج في إطار مسؤولية الدول. وفيما يتعلق بانتهاك المعاهدات انظر S. Rosenne, Breach of Treaty (Cambridge, Grotius, 1985); P. Reuter, Introduction au droit des traites (PUF, Paris, 3rd edn, ed Cahier, 1995) ch 4 (الذي يدمج رغم ذلك الانتهاك مع عدم الصلاحية تحت عنوان لا طائل فيه هو "عدم تطبيق المعاهدات").

(٧) A/CN.4/488، الفقرة ٤٦.

(٨) المرجع نفسه.

(٩) A/CN.4/492، انظر أيضا تعليقات بعض الحكومات (الاتحاد السوفياتي، أوكرانيا (الاتحاد السوفياتي)، بيلاروس (الاتحاد السوفياتي)، شيلي، كندا، مالي، النمسا، هولندا، يوغوسلافيا، في الحولية، عام ١٩٨٠، المجلد الثاني، الجزء الأول، ص ٨٧ - ١٠٦؛ ألمانيا الاتحادية، بلغاريا، تشيكوسلوفاكيا، السويد، ومنغوليا، في الحولية، عام ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول، ص ٧١ - ٧٨) حين تم اعتماد الفصل الثالث للمرة الأولى.

٢ - استعراض مواد معينة في الفصل الثالث

(أ) المادة ١٦: وقوع انتهاك لالتزام دولي

٥ - تنص المادة ١٦ على ما يلي:

تنتهك الدولة التزاما دوليا متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام.

٦ - تكرر المادة ١٦ ضمن إطار الفصل الثالث، لكن باختلاف طفيف في العبارات، العنصر الذي سبق أن عبّرت عنه المادة ٣ (ب). فبموجب المادة ٣ (ب) يحصل فعل غير مشروع دوليا متى كان السلوك الذي يسند إلى الدولة "يشكّل انتهاكا لالتزام دولي على الدولة". ولكن المادة ١٦ تطيل قليلا تحديد عنصر الانتهاك، إذ يعتبر بموجبها انتهاكا (وبالتالي غير مشروع) كل تصرف "غير مطابق لما يتطلبه من" الدولة الالتزام المذكور. ويوصف هذا العنصر أحيانا بالعنصر "الموضوعي" لمسؤولية الدولة، بالمقارنة مع شرط الإسناد الذي يوصف بالعنصر "الذاتي". وستناقش أيضا فكرة مسؤولية الدول التي تركز على حق الدولة الضرورة (الحق الذاتي) في سياق المادة ٤٠ وتعريفها "للدولة الضرورة". غير أن هناك صعوبات أخرى في شطر "الذاتي" و "الموضوعي" إلى قسمين. فالإسناد هو في النهاية عملية قانونية. وبالتالي فهو "موضوعي"^(١٠). وبالإضافة إلى ذلك، فإن وقوع انتهاك للقانون الدولي قد يتوقف على معرفة الفاعل (الفاعلين) الذي تكون الدولة مسؤولة عن سلوكه (سلوكهم) أو على ما يدور في ذهنه. وفي مثل هذه الحالات، يسند بعض العنصر الذهني إلى الدولة كأساس لمسؤوليتها^(١١)، وبذا يكون إلى حد ما على الأقل، "ذاتيا"، بالرغم من أنه لا يزال يخضع من حيث المبدأ للقانون الدولي. وعلاوة على ذلك، فقد يكون الفعل

(١٠) يشدد شرح المادة ١٦، الفقرة (٢)، على "استقلالية القانون الدولي" فيما يتعلق بالانتهاك، لكن القانون الدولي يحدد أيضا مسألة الإسناد: انظر التقرير الأول، الإضافة ٥، الفقرة ١٥٨. وصحيح أنه بهذا يأخذ في الاعتبار أحكام القانون الداخلي بالنسبة لمركز الأشخاص الذين يتصرفون باسم الدولة: التقرير الأول، A/CN.4/490/Add.5، الفقرة ١٦٧. لكن أحكام القانون الداخلي ذات صلة فيما يتعلق بتحديد ما إذا كان قد وقع انتهاك لالتزام. وفي كلا الحالتين، فإن المبدأ الغالب هو الوارد في المادة ٤: انظر التقرير الأول، A/CN.4/490/Add.4، الفقرات ١٤٠-١٤٣.

(١١) كما هي الحال في قضية قناة كورفو، انظر تقارير ICJ لعام ١٩٤٩، الصفحة ٤ وفي الصفحة ٢٢.

نفسه انتهاكا لمعاهدة إزاء دولة ما لكنه فعل مشروع، أو حتى مطلوب، بموجب معاهدة مع دولة أخرى^(١٢)؛ وفي مثل هذه الحالات، يتخلل فكرة "الانتهاك" عنصر ذاتي هو غير موجود بالنسبة للإسناد. ولهذه الأسباب مجتمعة، فإن مصطلح عنصري المسؤولية "الذاتي" و "الموضوعي" يسبب الارتباك ومن الأفضل تفاديه.

٧ - يبرر شرح المادة ١٦ استخدام عبارة "غير مطابق لـ"، إذ يلاحظ أنها "تعبّر على نحو أدق عن فكرة أن من الممكن وجود انتهاك إذا كان فعل الدولة يناقض جزئيا فقط التزاما دوليا عليها"^(١٣). ويمضي الشرح إلى التمييز بين انتهاك لالتزام دولي وانتهاك لأصول المجاملة^(١٤) أو الإخلال بعقد بين دولة وشخص عادي أو شركته^(١٥)، أو، بصفة عامة، بين "التزامات قانونية تخضع لنظام قانوني غير النظام القانوني الدولي"^(١٦). ويشير إلى ضرورة الامتثال لمواد أخرى في الفصل الثالث كي يثبت وقوع انتهاك، ولكنه لا يذكر شيئا عن العلاقة بين الفصلين الثالث والخامس.

٨ - وليست هناك سوى تعليقات حكومية قليلة على المادة ١٦. وقد أثارت فرنسا مسألة انتهاك التزام دولي يعطي الأسبقية عليه "التزام يعتبر في مرتبة أعلى"، واستشهدت بالمادة ١٠٣ من الميثاق كمثال لذلك. وهي لذلك تقترح إضافة عبارة "بموجب القانون الدولي" في نهاية المادة ١٦^(١٧). وتقترح المملكة المتحدة دمج المادة ٢١ (الالتزامات بنتيجة) بالمادة ١٦^(١٨).

(١٢) انظر الفقرة ٩ (ج) و (د) أدناه.

(١٣) شرح المادة ١٦، الفقرة (٤).

(١٤) شرح المادة ١٦، الفقرة (٥).

(١٥) شرح المادة ١٦، الفقرتان (٦) و (٧).

(١٦) شرح المادة ١٦، الفقرة (٧).

(١٧) A/CN.4/488، الصفحة ٤٦ من النص الانكليزي.

(١٨) A/CN.4/488، الصفحة ٤٧. انظر أيضا تعليقات شيلي (الحولية ... عام ١٩٨٠، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ٩٥)، ويوغوسلافيا (نفس المرجع، الصفحة ١٠٦)، وجمهورية ألمانيا الاتحادية (الحولية ... عام ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ٧٤).

المادة ١٦ ومشكلة الالتزامات الدولية المتضاربة

٩ - يشير تعليق فرنسا مسألة عامة هي مسألة الالتزامات الدولية المتضاربة. وفيما يتعلق بالمادة ١٠٣ من الميثاق، يجوز الاعتقاد بأن المسألة قد نظمتها بما فيه الكفاية المادة ٣٩ من مشاريع المواد، افتراضا بأنه سيتم توضيح هذه المادة على اعتبار أنها تنطبق على مشاريع المواد بكليتها^(١٩). ولكن مشكلة الالتزامات الدولية المتضاربة المحتملة مشكلة أوسع.

والحالة الأولى التي سيجري النظر فيها هي عندما يحل القانون الدولي العام تضاربا بين التزامين دوليين أو أكثر معمول بهما، أو كان معمولاً بهما، في دولة، بحيث يغلب أحد هذين الالتزامين على الآخر بمقتضى القانون الدولي. فعلى سبيل المثال، تغلب معاهدة لاحقة بين طرفين، بمقتضى قانون المعاهدات، على معاهدة سابقة بين نفس الطرفين فيما يتعلق بأي تناقض بينهما^(٢٠). وتغلب عادة قاعدة لاحقة في القانون الدولي العام على قاعدة سابقة متناقضة معها. وتغلب قاعدة قطعية في القانون الدولي على أية قاعدة متناقضة معها وليس لها هذه الصفة (أي، أية قاعدة حقوق رضائية)^(٢١).

وثمة حالة ثانية هي حين يدعي حكم ما في معاهدة الأولوية على حكم آخر، كما هو الحال، مثلاً، في المادة ١٠٣ من الميثاق. وقد اتفق جميع أعضاء الأمم المتحدة فيها على أن التزامات الميثاق تغلب، في علاقاتهم المتبادلة، على الالتزامات التعاهدية الأخرى، حتى بمقتضى معاهدات لاحقة. وكان هذا هو الأساس لقرار المحكمة في قضايا لوكربي، بما معناه أن حقوق ليبيا، بموجب اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١، في عدم تسليم مواطنين معينين يعلو عليها واجبها أن تفعل ذلك

(١٩) تم التطرق لذلك بصورة مبدئية في التقرير الأول، الإضافة ٣، الفقرتان ٧٩-٨٠.

(٢٠) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة ٣٠ (٣)، رهنا بالمادة ٤١.

(٢١) من الاحتمالات الأخرى أن تنهي معاهدة لاحقة قاعدة عرفية سابقة (عدا قواعد الأحكام الآمرة). وأن تهمل معاهدة نتيجة لقاعدة جديدة في القانون الدولي العام. للاطلاع على هذه المشاكل وأمثالها، انظر، على سبيل المثال، S. Rosenne, Breach of Treaty (Cambridge, Grotius Publications, 1985) pp. 85-95; G. Binder, Treaty Conflict and Political Contradiction (New York, Praeger, 1988); C. Chinkin, Third Parties in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1993) pp. 69-80; N. Kontou, The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law (Oxford, Clarendon Press, 1994); P. Reuter, Introduction au droit des traités (PUF, Paris, 3rd edn, ed Cahier, 1995) pp. 116-131.

بموجب قرار اتخذه مجلس الأمن أصبحت بموجبه ليبيا مجبرة، لأسباب ظاهرة الواجهة، على الامتثال للقرار، بموجب المادة ٢٥ من الميثاق^(٢٢).

وهاتان الحالتان، على ما قد يكون لهما من أهمية بالنسبة لأغراض أخرى، لا تسببان أية صعوبات خاصة للمادة ١٦. ففي كل منهما، يغلب التزام دولي واحد، وليس لأية دولة أي حق في وجوب الالتزام بالحكم "المعلّى عليه" أو "المنهى" أو "الملغى". إلا أنه لا يمكن للقواعد المشار إليها أعلاه أن تضمن الاتساق التام بين الالتزامات الدولية للدولة أكثر مما يمكن لقانون وطني أن يضمن ضمانا كاملا ضد التزامات عقدية صحيحة ولكن متناقضة. وهكذا، فإنه بموجب المادة ٣٠ (٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، إذا كان أحد الطرفين في معاهدين متناقضتين مختلفا، يعتبر أن المعاهدين تظان معمولا بهما، وينتج عن ذلك أنه قد يكون لدى الدولة ألف (وهي طرف في معاهدين) مجموعة واحدة من الالتزامات لفريق واحد من الدول ومجموعة أخرى من الالتزامات لفريق آخر^(٢٣). وفي قضية كوستاريكا ضد نيكاراغوا^(٢٤)، حكمت محكمة العدل لأمريكا الوسطى بأن نيكاراغوا مسؤولة دوليا تجاه كوستاريكا لدخولها في معاهدة مع دولة ثالثة^(٢٥) دون الامتثال أولا

(٢٢) انظر القضية المتعلقة بمسائل تفسير وتطبيق اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ الناشئة عن الحادثة الجوية فوق لوكربي (الجماهيرية العربية الليبية ضد المملكة المتحدة)، طلب الإشارة بالأخذ بتدابير مؤقتة، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٢، الصفحة ٣ من النص الانكليزي؛ المرجع نفسه (الجماهيرية العربية الليبية ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٢، الصفحة ١١٤. ولأغراض التطبيقات، تفترض شرعية قرار مجلس الأمن. وتنشأ مسائل مختلفة فيما يتعلق بالالتزام بالميثاق في قرارات اتخذها غير الأعضاء بموجب الميثاق؛ انظر "Article 2 (6)" WG Vitzthum, Charter Article 2 (6); in B Simma (ed), The Charter of the United Nations, A Commentary (Oxford, Oxford University Press, 1994) pp. 131-9.

(٢٣) انظر شرح هذا الحكم (المادة ٢٦ في المشروع النهائي للجنة القانون الدولي)، الفقرة (١١)، الحولية ... لعام ١٩٦٦، المجلد الثاني، الصفحة ٢١٧، وانظر أيضا Waldock، التقرير السادس، الحولية ... لعام ١٩٦٦، المجلد الثاني، الصفحة ٧٦.

(٢٤) 181 American Journal of International Law 11 (1917).

(٢٥) أي، معاهدة القناة المشتركة بين المحيطين (بريان - شامورو) المبرمة في ٥ آب/أغسطس ١٩١٤ بين نيكاراغوا والولايات المتحدة؛ يرد النص في: Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949, vol. 10, p. 379.

لمتطلبات التشاور المنصوص عليها في معاهدة سابقة بين نيكاراغوا وكوستاريكا. غير أن المحكمة لم تعلن عدم شرعية المعاهدة اللاحقة، لأن ليس لديها ولاية قضائية على الولايات المتحدة. وفي القضية المتعلقة بتييمور الشرقية، كانت المحكمة الدولية أكثر تحفظاً. وقدم دفع حاج بأن دخول استراليا في معاهدة مع إندونيسيا الذي يتضارب مع حقوق البرتغال بموجب الميثاق، ويتضارب كذلك مع حقوق شعب تيمور الشرقية الذي تمثله البرتغال، قد نشأت عنه مسؤولية دولية على عاتق استراليا. وبخلاف كوستاريكا، لم تسع البرتغال، صراحة، إلى تقرير بطلان المعاهدة مع إندونيسيا، مقتصرة على ادعاء المسؤولية. وقد رفضت المحكمة البت في القضية كلياً، على أساس أنها لا تستطيع القيام بذلك دون أن تنطق أولاً بحكم بشأن عدم شرعية تصرف إندونيسيا، وهي دولة ليست طرفاً في الدعوى^(٢٦). وفي ظل هذه الظروف، فهي ليست مؤهلة لأن تبت في ادعاء البرتغال بالمسؤولية ضد استراليا.

لا تتضمن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ما يدل على توقع أن تصبح معاهدة ما باطلة لتضاربها مع معاهدة أخرى^(٢٧). وهي تعتمد، بدلاً من ذلك، إلى حل الصعوبات الناجمة عن

(٢٦) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٥، الصفحة ٩٠، مطبقة مبدأ المقبولية المعلن في النقود الذهبية المنقولة من روما عام ١٩٤٣، في تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٥٤، الصفحة ٣٢. وقد يكون القرار من وجهة رسمية، مميزاً عن قضية كوستاريكا ضد نيكاراغوا. وفي هذه الحالة، لم يثر أي أمر يتعلق بأي فعل غير مشروع قامت به الولايات المتحدة، بالرغم من أن من الواضح أنها أحاطت علماً بأحكام المعاهدة السابقة. إلا أنه من الغريب نوعاً ما أن تعتبر معاهدة لاغية بسبب انتهاك، من جانب طرف واحد فقط، لمعاهدة أخرى مع دولة ثالثة، في حين أن معاهدة، قيل إنه تم الانضمام إليها دون اعتبار لقاعدة التزام إزاء الكافة، تسلم من التمهيص القضائي. للاطلاع على مناقشات بشأن قضية تيمور الشرقية، انظر، مثلاً، C Chinkin, "The East Timor Case (Portugal v. Australia)", ICLQ, vol. 45, 1996, p. 712; E Jouannet, "Le principe de l'Or monétaire, a propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)", RGDI, vol. 100, 1996, p. 673; JM Thouvenin, "L'arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l'Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)", AFDI, vol. XLI, 1995, p. 328.

(٢٧) انظر المادة ٣٠ (٤)، (٥). تعالج المواد ٥٢ و ٥٣ و ٦٤ و ٦٩ و ٧١ بوضوح القضايا التي تكون فيها معاهدة ما لاغية. ويقصد منها أن تكون حصرية. انظر P Reuter, Introduction au droit des traites, PUF, Paris (3rd edn, ed Cahier, 1995) p. 153 (para. 251) ويحاج H Lauterpacht بحماس إلى جانب بطلان المعاهدات المتضاربة اللاحقة، معتمداً إلى حد كبير على أوجه التشابه مع القوانين البلدية. انظر "The Covenant as the 'Higher Law'" (1936) in 4 International Law. Collected Papers (ed, E Lauterpacht, Cambridge, 1978) p. 326, and especially "Contracts to Break a Contract" (1936), ibid., p. 340 at pp. 371-5.

الالتزامات المتضاربة لمعاهدة ما بالاحتفاظ صراحة "بأية مسألة تتعلق بالمسؤولية قد تنشأ بالنسبة لدولة عن إبرام أو تطبيق معاهدة تتنافى أحكامها مع الالتزامات المترتبة عليها إزاء دولة أخرى بموجب معاهدة أخرى"^(٢٨). وهكذا فليست هناك حجة بموجب القانون الدولي لعدم الامتثال لالتزامات معاهدة قائمة إزاء الدولة ألف في الوقت الذي تمثل فيه هذه الدولة لالتزامات معاهدة إزاء الدولة باء. وفيما يتعلق بقانون المسؤولية، تثير هذه القضية أسئلة بالنسبة لإمكانية التوقف أو الرد في القضايا التي يستحيل فيها على الدولة المعنية الامتثال لكلا الالتزامين. وقد يثير هذا مسائل بالنسبة للباب الثاني من مشاريع المواد، ولكن ليس لصياغة المادة ١٦.

العلاقة بين عدم التطابق مع التزام، وعدم مشروعيته ومسؤوليته

١٠ - تعرف المادة ١٦ وقوع انتهاك لالتزام بأنه أي إخلال في أن "يطابق" فعل صادر عن دولة ما يتطلبه منها هذا الالتزام. ومن الصعوبات التي تسببها هذه الفكرة تحديد "الالتزام" مدار البحث. إذ يقال في العادة، مثلا أنه يقع على الدول التزام بحماية أماكن العمل الدبلوماسية أو بالسماح للسفن الأجنبية بالمرور البريء في البحر الإقليمي، ويتطابق هذا الالتزام مع القاعدة الأولية الخاصة به على نحو ما ترد على التوالي في المادة ٢٢ (٢) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية أو في المادة ١٧ وما بعدها من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار أو فيما يعادل ذلك من أحكام القانون العرفي إلا أن هذه القواعد الأولية لا تحدد جميع الشروط الواجب استيفاؤها لإثبات وقوع انتهاك. فهناك، في إطار نظام مشاريع المواد والقانون الدولي العام، عوامل معينة أخرى ذات صلة بمسألة ما إذا كان انتهاك قد وقع، منها، على سبيل المثال، موافقة الدولة "الضحية" أو ظروف الدفاع عن النفس أو القوة القاهرة. ويمكن القول إن القاعدة الأولية، إن صح فهمها، تتضمن في الواقع في ذاتها جميع الشروط أو القيود أو المبررات أو الأعذار المنطبقة عليها، بحيث أنه يترتب على مفهوم "التطابق" مع الالتزام الذي تفرضه تلك القاعدة أن يتم استيفاء جميع هذه الشروط أو القيود، واستبعاد جميع المبررات أو الأعذار الممكنة. إلا أن من الواضح أن هذا ليس هو المعنى الذي ينبغي أن تفهم به المادة ١٦ - وإلا لكانت المادة تدور في حلقة مفرغة، لا يعدو ما تقوله إن انتهاك أي التزام يقع عندما ينتهك ذلك الالتزام. وعلاوة على ذلك، فإن الظروف النافية لعدم المشروعية، التي يتناولها الفصل الخامس، تعامل على أنها قواعد ثانوية ذات طابع عام لا كجزء افتراضي من كل قاعدة أولية.

١١ - وإذا كان الحال كذلك، فتوجد صعوبة بالنسبة للمادة ١٦ وهي أنه يبدو أنها تقول إن انتهاك لالتزام دولي يقع متى كان الفعل المسند إلى دولة ما غير مطابق للالتزام الذي تفرضه على تلك الدولة قاعدة أولية، فإن كان من المحتمل وجود أحد الظروف النافية لعدم المشروعية الواردة في الفصل الخامس. وقد يبدو أن هذا يوجد نوعا في "عدم المشروعية بصورة مجردة" أي انتهاك لا تكون أي دولة مسؤولة عنه، وهو

(٢٨) المرجع نفسه، المادة ٣٠ (٥). تنص المادة ٣٠ ذاتها على أنها "رهن بالمادة ١٠٣ من ميثاق

الأمم المتحدة": انظر المادة ٣٠ (١).

أمر تنكره اللجنة صراحة في شرحها^(٢٩). أو قد يبدو أنه يتناقض مع المادة ٣ التي تنص على أن الاسناد والانتهاك هما، مجتمعين، شرطان كافيان لعدم المشروعية^(٣٠). إذ كيف يمكن أن يكون هناك عدم مشروعية في الظروف التي تكون فيها عدم المشروعية مستبعدة؟

١٢ - وفي القضايا المتعلقة بالمسؤولية التي عرضت منذ اعتماد المادة ١٦، تناولت المحكمة الدولية، هذه المسألة بطرق مختلفة نوعاً.

ففي قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين، وصلت المحكمة، بعد أن قررت أن السلوك مدار البحث يسند إلى إيران، واستناداً إلى الوقائع، إن إيران قد أخفقت في امتثال التزاماتها بموجب المعاهدات ذات الصلة والقانون الدولي العام بالنسبة لحماية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين واحترام وضمان حريتهم. وخلصت إلى أنه "وقعت انتهاكات متتالية لا تزال مستمرة من جانب إيران لالتزاماتها إزاء الولايات المتحدة" وأضافت:

قبل الخلو في هذا القرار إلى الاستنتاجات الناشئة عنه من حيث المسؤولية الدولية للدولة الإيرانية إزاء الولايات المتحدة، ترى المحكمة أنه ينبغي لها النظر في نقطة أخرى. إذ ليس بوسع المحكمة أن تتغاضى عن أنه فيما يتعلق بالجانب الإيراني ... طرحت فكرة أن سلوك الحكومة الإيرانية ... يمكن تبريره بوجود ظروف خاصة^(٣١)

ومضت المحكمة فدرست ورفضت ما يمكن أن يكون "دفع إيران الذي لم يتم الاحتجاج به بصورة محددة (ذلك أن إيران لم تمثل أمام المحكمة) ولا تم اثباته. ولاحظت المحكمة أن هذا الدفع، حتى ولو تم الاحتجاج به واثباته على النحو الواجب، لا يشكل "تبريراً لسلوك إيران وهو وبالتالي لا يشكل دفعا ضد ادعاءات الولايات المتحدة في هذه القضية"^(٣٢). وعلى هذا الأساس أبقى المحكمة على القرار بأن إيران "تقع عليها مسؤولية إزاء الولايات المتحدة"^(٣٣). ويبدو أن انتهاك الالتزام وقع قبل تقرير ما إذا كان يوجد تبرير أو "دفع" خاص في حين أن تقرير وجود المسؤولية لم يتم إلا بعد استبعاد هذا الدفع. وهذا قد يعني أن المسؤولية لا تنطوي على عنصرين بل على ثلاثة عناصر هي الاسناد، والانتهاك، وعدم وجود أي "دفع" أو تبرير "خاص" - بالرغم من أنه لا ينبغي أن يفترض أكثر مما يجب في معنى حكم يتعلق بانتهاك فظيع في قضية لم تمثل فيها الدولة المدعى عليها أمام المحكمة ولم تترك فيها المحكمة صغيرة ولا كبيرة إلا ونظرت فيها لدى تحليلها لها.

(٢٩) انظر الفقرة ١٢٥ من التقرير الأول A/CN.4/490/Add.4، والمناقشة، المرجع نفسه، الفقرات

١٢٦-١٢٩.

(٣٠) انظر شرح المادة ٣، الفقرتان (١١) و (١٢) بالصيغة المعتمدة في القراءة الأولى.

(٣١) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٨٠، الصفحة ٣ وفي الصفحة ٣٨.

(٣٢) المرجع نفسه، الصفحة ٣٩، انظر أيضا الصفحة ٤١.

(٣٣) المرجع نفسه، الصفحة ٤١.

وفي القضية المتعلقة بمشروع غابشيكوفو - ناغيماروس، لاحظت المحكمة أنه

"عندما تكون دولة" قد ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا، فمن المرجح أن ينطوي ذلك على تحملها مسؤولية دولية، أيا كان طابع الالتزام الذي لم تحترمه ...^(٢٤).

وعلاوة على ذلك، شددت المحكمة على أنه:

"عندما احتجت هنغاريا بحالة الضرورة في محاولة لتبرير هذا السلوك، فإنها اختارت أن تضع نفسها منذ البداية في حوزة قانون مسؤولية الدول، مما يعني بالتالي أن سلوكها سيكون في حال عدم وجود هذا الظرف غير مشروع. وهكذا، فإن حالة الضرورة التي ادعتها هنغاريا - على افتراض أنها قد أثبتت - لا تسمح بالاستنتاج بأنها في عام ١٩٨٩ تصرفت وفقا لالتزاماتها بموجب معاهدة ١٩٧٧ أو أن تلك الالتزامات لم تعد ملزمة لها. بل أنها لا تسمح إلا بتأكيد أن هنغاريا لن تتحمل، في هذه الظروف، مسؤولية دولية جراء تصرفها ذاك، وأخيرا، تشير المحكمة إلى أن هنغاريا أقرت صراحة بأن حالة الضرورة هذه لن تعفيها، في أي حال، من واجب تعويض شريكها"^(٢٥).

إلا أنه كيف يكون من الممكن القول بأنه من "المحتمل" أن ينطوي الأمر على مسؤولية دولية في حال حدوث فعل غير مشروع دوليا إذا كان من غير الممكن، وفقا للمادة ٣، أن يوجد مثل ذلك الفعل دون مسؤولية؟

١٣ - وقد اعتمدت هيئة التحكيم في قضية Rainbow Warrior صيغة أخرى أيضا، مشيرة إلى "تحديد الظروف التي قد تستبعد عدم المشروعية (وتجعل الانتهاك ظاهريا فقط)"^(٢٦). إلا أنه وفقا للمادة ٨٦، "ينتهك التزام دولي ... متى كان الفعل الصادر عن دولة غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام"؛ والانتهاك لا يكون مجرد انتهاك "ظاهري".

(٢٤) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٧، الصفحة ٣ وفي الصفحة ٢٨ (الفقرة ٤٧) (التوكيد مضاف) اقتباسا من تفسير معاهدات السلام مع بلغاريا وهنغاريا ورومانيا، المرحلة الثانية، تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ٢٢٨ من النص الانكليزي والمادة ١٧ من مشاريع المواد.

(٢٥) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٧، الصفحة ٣، وفي الصفحة ٣٩ من (الفقرة ٤٨).

(٢٦) 20 UNRIIAA 217 (1990)، الصفحة ٢٥١.

١٤ - وقد تكون الصعوبة لغوية أكثر منها حقيقية، إلا أن الصعوبة موجودة. فمن جهة، لا يمكن القول عن دولة اتضح أنها لم تتصرف وفقا لما تتطلبه معاهدة أو التزام عرفي نافذ بالنسبة لها أنها مع ذلك قد تصرفت على نحو "مطابق" أو "وفقا" لذلك الالتزام. ومن جهة أخرى، من الغريب القول إن دولة ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا عندما تكون الظروف على نحو يستبعد معه عدم مشروعية فعلها بموجب القانون الدولي. غير أن من الأنسب بحث هذه المشكلة في إطار الفصل الخامس (الظروف النافية لعدم المشروعية). وفي الوقت الحاضر، ينبغي تسجيل تحفظ على صياغة المادة ١٦، رهنا بالتحليل الذي سيتم إجراؤه لمختلف المفاهيم التي يستند إليها الفصل الخامس. إلا أن اقتراح فرنسا بإضافة عبارة "بموجب القانون الدولي" إلى المادة ١٦ يبدو، على أي حال، اقتراحا معقولا، ذلك أنه يؤكد أن وجود أي التزام دولي ومحتوي ذلك الالتزام يحدد نظام القانون الدولي وليس مجرد الصيغة الحرفية لأي نص معين مأخوذ في معزل عن كل شيء آخر.

"غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام"

١٥ - وأخيرا، من الممكن أن يُسأل عما إذا كانت عبارة "غير مطابق لما يتطلبه ... هذا الالتزام" قابلة لأن تغطي الأنواع العديدة والمختلفة من الانتهاكات. ففي بعض الحالات، يمكن أن يتطلب التزام دولي سلوكا محددا تحديدا دقيقا من جانب الدولة المعنية (أي سن قانون محدد). وفي حالات أخرى، قد يضع الالتزام معيارا أدنى للسلوك يكون للدولة المعنية حرية تخطيه (أي معظم التزامات حقوق الإنسان). وتحاول المواد اللاحقة أن تلخص هذه الفوارق عن طريق التمييز بين ما يسمى الالتزامات بسلوك والالتزامات بالمنع والالتزامات بنتيجة، وسوف تتم مناقشة هذه الالتزامات في أوانها. ويمكن الاحتجاج بأن عبارة "غير مطابق لـ" هي على قدر من المرونة يكفي لتغطية التباديل العديدة للالتزامات وأنه يمكن تغطية أي شكوك بصورة كافية في الشرح. ومن جهة أخرى فإن من الغريب، نوعا ما، القول عن فعل إنه غير "مطابق" للالتزام. وعسى أن تنظر لجنة الصياغة في الصيغ البديلة في اللغات المختلفة (مثل "لا يمثل لـ").

(ب) المادة ١٧: عدم تأثير منشأ الالتزام الدولي المنتهك

١٦ - قبل التوصل إلى أي استنتاج بشأن المادة ١٦، من الضروري النظر أيضا في المادتين ١٧ و ١٩ (١). تنص المادة ١٧ على ما يلي:

١ - فعل الدولة الذي يشكل انتهاكا لالتزام دولي هو فعل غير مشروع دوليا، بصرف النظر عن كون منشأ هذا الالتزام عرفيا أو تعاهديا أو غير ذلك.

٢ - لا يؤثر منشأ الالتزام الدولي الذي انتهكته الدولة في المسؤولية الدولية التي يستتبعها فعل هذه الدولة غير المشروع دوليا.

١٧ - ويطرح شرح المادة ١٧ سؤالاً هاماً هو ما إذا كان ثمة في القانون الدولي نظام وحيد للمسؤولية عن جميع أنواع انتهاك الالتزامات، أي ما إذا كان يهم أن يكون "منشأ" الالتزام معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف، أو فعلاً من جانب واحد، أو قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، أو عرفاً محلياً أو مبدأً من مبادئ القانون العامة. ويشير إلى أن ...

"معظم أنظمة القانون الداخلي تميز بين نظامين مختلفين من المسؤولية المدنية، ينطبق أحدهما على انتهاك التزام متعهد به بموجب عقد، وينطبق الثاني على انتهاك التزام يكون منشؤه من مصدر آخر"^(٣٧).

والإجابة المعطاة، استناداً إلى المعنى الضمني الذي سبق أن جاء في المادتين ١ و ٣ هي: كلا، ففي القانون الدولي، على خلاف معظم أنظمة القانون الوطني^(٣٨)، نظام وحيد للمسؤولية، أو على الأقل نظام عام وحيد. ومن الممكن تطوير أنظمة خاصة ومستقلة للمسؤولية، وفي هذه الحالة يستبعد النظام العام للمسؤولية إما بنص صريح أو (على الأرجح) بتطبيق مبدأ قاعدة التخصيص الذي تناوله المادة ٣٧ من مشاريع المواد^(٣٩). إلا أنه، عدا ذلك، هناك من يحتاج بأنه لا يوجد تمييز منهجي في القانون الدولي بين الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وتلك التي تنشأ بطرق أخرى (مثل فعل من جانب واحد، بموجب القانون الدولي العام)^(٤٠). وفي حين أنه يلاحظ عدم وجود مرجع صريح ذي حجية بشأن هذه النقطة، فإن استعراض مجموعة السابقات القانونية والممارسة يكشف أنه ...

(٣٧) شرح الفقرة (٣) من المادة ١٧. هذا القول مفرط في التبسيط، إذ أن بعض النظم القانونية تتخطى التمييز الأساسي بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية. فعلى سبيل المثال، ولأسباب تاريخية - القيود التي تفرضها على المسؤولية العقدية قواعد تتصل بمراعاة المشاعر وخصوصية العلاقة العقدية وعدم وجود أي مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية والقيود التي تفرضها الشروط الشكلية للدعوى - وقد أوجد القانون العام فئات إضافية من المسؤولية غير المسؤولية العقدية والتقصيرية (شبه العقد، والرد ... انظر، J Cooke & D Oughton, The Common Law of Obligations (Butterworths, London, 2nded., 1993), pp. 4-18, 52-9; WVH Rogers, Tort (Winfield & Jolowicz) (Sweet & Maxwell, London, 15thed. 1998), pp. 5-6, 52-9; I Brownlie, System of the Law of Nations, State Responsibility Part I, OUP, Oxford, 1983 pp. 53-88).

(٣٨) للاطلاع على استعراض مقارن مختصر انظر، A Tunc, La Responsabilité Civile (2ndedn, Economica, 1989) pp. 32-46 الذي يقر صحة التمييز من حيث المبدأ إلا أنه يدعو إلى توحيد أنظمة المسؤولية العقدية والتقصيرية قدر الإمكان، مشيراً إلى أنه تم تحقيق ذلك للمرة الأولى في القانون المدني التشيكوسلوفاكي في عام ١٩٥٠.

(٣٩) انظر شرح الفقرة (٥) من المادة ١٧ وللإطلاع على ما جرى من بحث بشأن مبدأ قاعدة التخصيص في مشاريع المواد انظر التقرير الأول A/CN.4/490/Add.4، الفقرة ٢٧.

(٤٠) انظر شرح المادة ١٧، الفقرتان (١٩) - (٢٠).

"لا يحتج بالمنشأ العرفي أو التعاهدي أو أي مصدر آخر للالتزام المنتهك، لتبرير تفضيل شكل من التعويض على آخر مثلا أو لتقرير أي شخص من أشخاص القانون يؤذن له بالاحتجاج بالمسؤولية"^(٤١).

وتعطى أسباب مختلفة لعدم وجود أي تمييز. وبصورة خاصة، "يكون الالتزام نفسه أحيانا مشمولا بقاعدة عرفية أو بقاعدة مدونة" تعاھديا^(٤٢). وكثيرا ما تتضمن المعاهدة نفسها أحكاما عقدية وأحكاما "شارعة" الأمر الذي يجعل من غير الممكن التعويل على التمييز المقترح بين المعاهدات الشارعة والمعاهدات العقدية.

١٨ - والمسألة الثانية التي تعالجها المادة ١٧ (٢) هي ما إذا كان يمكن أن يؤثر منشأ التزام دولي بشكل أو بآخر في نظام المسؤولية عن انتهاك هذا الالتزام. والتمييز الذي يحتمل أن يكون ذا صلة هنا هو التمييز بين الالتزامات تجاه المجتمع الدولي للدول بكليته والالتزامات تجاه دولة واحدة أو بضع دول. ومع ذلك، فإن الشرح يؤكد بأن "أسبقية هذه الالتزامات على الالتزامات الأخرى يحددها المضمون وليس العملية التي نشأت جراءها"^(٤٤). والسبب الذي تم تقديمه هو أنه "لا يوجد، في النظام القانوني الدولي، مصدر خاص للقانون توضع بموجبه المبادئ 'الدستورية' أو 'الأساسية'..."^(٤٥). ويخلص الشرح إلى أنه ليست هناك حاجة إلى ورود إشارة في المادة ١٧ إلى المادة ١٠٣ من الميثاق أو إلى القواعد القطعية للقانون الدولي^(٤٦).

تعليقات الحكومات على المادة ١٧

١٩ - تلاحظ سويسرا أن التوضيح الوارد في المادة ١٧ "وإن كان صحيحا تماما، لا يضيف شيئا إلى المبدأ المنصوص عليه في المادة ١٦"^(٤٧). وتلاحظ اليونان أنه يبدو أن "الفقرة ٢ من المادة ١٧ زائدة"^(٤٨).

(٤١) شرح المادة ١٧، الفقرة (١١).

(٤٢) شرح المادة ١٧، الفقرة (٢٠).

(٤٤) شرح الفقرة (٢١) من المادة ١٧.

(٤٥) المرجع نفسه.

(٤٦) شرح الفقرة (٢٣) من المادة ١٧.

(٤٧) A/CN.4/488، الصفحة ٦٠.

(٤٨) A/CN.4/492، الصفحة ٨.

المادة ١٧ (١): "منشأ" الالتزامات (عرفي أو تعاهدي أو غير ذلك)

٢٠ - حاجت نيوزيلندا خلال التحكيم في قضية Rainbow Warrior بأن قضايا تنفيذ معاهدة يحكمها، في المقام الأول، قانون المعاهدات وبأن دور قانون مسؤولية الدول ليس إلا دورا تكميلياً^(٤٩). ومن تبعات ذلك، حسب رأي نيوزيلندا، أن المبررات الوحيدة لعدم الوفاء بالالتزام تعاهدي هي المبررات الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (مثلاً، استحالة التنفيذ، حدوث تغيير جوهري في الظروف). ولم توافق المحكمة. وهي ترى أن

"النتائج القانونية لانتهاك معاهدة ما، بما في ذلك تحديد الظروف التي تستبعد عدم المشروعية وتحديد سبل الانتصاف المناسبة ضد الانتهاك، هي مواضيع تخضع لقانون مسؤولية الدول العرفي. والسبب في ذلك هو أن المبادئ العامة للقانون الدولي فيما يتعلق بمسؤولية الدول تنطبق بالمثل على حالة انتهاك التزام تعاهدي لأنه لا وجود للتمييز، في مجال القانون الدولي، بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، بحيث أن أي انتهاك، من جانب دولة ما، لأي التزام، أيا كان منشؤه، تترتب عليه مسؤولية الدولة وبالتالي واجب التعويض. وبطبيعة الحال، يمكن أن تحد معاهدة ما، في حد ذاتها، من نطاق القانون العام لمسؤولية الدول أو توسعه، وذلك على سبيل المثال، من خلال إقامة نظام للانتصاف ضد هذا الانتهاك"^(٥٠).

٢١ - وفي القضية المتعلقة بمشروع غابتشيكوفو - ناجيماروس أشارت المحكمة الدولية إلى المادة ١٧ دعماً للقول بأن "من الثابت أنه لدى إتيان دولة معينة فعلاً غير مشروع دولياً، من المحتمل أن تكون مسؤولية دولياً أياً كانت طبيعة الالتزام الذي لم تف به"^(٥١). وسبق أن نوقش هذا المقطع ولكنه يشكل سنداً إضافياً للرأي الوارد في المادة ١٧ (١)^(٥٢).

(٤٩) 217 UNRIAA 20 (1990)، الصفحة ٢٤٩.

(٥٠) المرجع نفسه، في ص ٢٥١. أجمع أعضاء المحكمة على هذه النقطة.

(٥١) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٧ الصفحة ٧، وفي الصفحتين ٤٨ و ٤٩ (الفقرة ٤٧).

(٥٢) في تلك القضية، احتفظت سلوفاكيا بحقها في القول (على غرار ما فعلت نيوزيلندا) بأن الظروف التي تستبعد الفعل غير المشروع ليست مبرراً لانتهاك حكم صريح من أحكام المعاهدة. ولم توافق هنغاريا. وعلى غرار ما فعلت المحكمة في قضية Rainbow Warrior اعتبرت المحكمة الدولية الظروف التي تستبعد الفعل غير المشروع ذات صلة من الناحية المبدئية بمسألة انتهاك المعاهدة، ولكنها قالت إن الظروف ذات الصلة لا تبرر عدم الامتثال في الواقع: تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، الصفحة ٧، وفي الصفحتين ٣٨ (الفقرة ٤٧) و ٦٣ (الفقرة ١٠١).

المادة ١٧ (٢): "لا يؤثر"

٢٢ - وفقا للشرح لا تستهدف صياغة المادة ١٧ (٢) إلا التعبير عن أن "القانون الدولي العام لا يتضمن ما يبرر التمييز بين مختلف أنواع الأفعال غير المشروعة دوليا على أساس منشأ الالتزام"^(٥٣). ويقال، بصفة خاصة، إن الأسبقية التسلسلية للالتزام على آخر (مثلا، بموجب المادة ١٠٣ من الميثاق، كما هو الحال بين الدول الأعضاء) ليست لها أي نتائج بالنسبة لنظام المسؤولية:

"إن النتائج المترتبة على تطبيق المبدأ المنصوص عليه في [المادة ١٠٣] لا تتصل بالمسؤولية الدولية الناشئة عن وقوع انتهاك للالتزامات دولية، بل تتصل بصحة بعض الالتزامات التعاهدية في حالة تعارضها مع الالتزامات التي تعاقدت عليها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب الميثاق. ونتيجة للحكم المنصوص عليه في المادة ١٠٣ فإن التزاما بموجب اتفاق سار بين دولتين عضوين في الأمم المتحدة، يتعارض مع التزام بموجب الميثاق، يصبح غير ذي مفعول في حدود التعارض: لذلك لا يمكن أن يشكل موضوع انتهاك تنشأ عنه مسؤولية دولية. وإذا كان هناك التزام ما، يتعارض مع الالتزامات التي يفرضها الميثاق، ويربط دولة عضوا بدولة غير عضو، تكون المشكلة الناجمة هي المشكلة التي تنشأ عادة في حالة وجود تعارض في الالتزامات التي تتعاقد عليها دولة مع عدة دول أخرى: وذلك ما لم تصبح القاعدة الواردة في الميثاق التي تفرض التزاما معيناً، في أثناء ذلك، قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام لتكون، بتلك الصفة، ملزمة لجميع الدول. وبذلك ليست هناك مشكلة خاصة تتعلق بالمسؤولية يتعين حلها"^(٥٤).

٢٣ - إن هذا المقطع يستوجب تعليقات عدة. أولها أن الباب الثاني من مشاريع المواد هناك عدد من حالات التمييز بين انتهاك التزامات ذات طابع خاص (التزامات إزاء كافة، التزامات بالقواعد القطعية) بالمقارنة مع حالات الانتهاك العادية لمعاهدة ثنائية^(٥٥)، على سبيل المثال، وقد تكون هناك حاجة إلى التوسع في بحث النتائج الأخرى من هذا القبيل. فإذا أريد التمييز بين الجنايات الدولية والجنح الدولية، من المتوقع أن تكون لذلك التمييز آثار بعيدة المدى^(٥٦). فمثلا، عندما يتعلق الأمر بقاعدة هدفها الرئيسي معاقبة المذنّب (أي في سياق المسؤولية الجنائية التي سميت كذلك بحق) فإن الرد يتوقع وجود قواعد للاسناد مختلفة وأكثر صرامة من تلك التي يتوقعها عندما يتعلق الأمر بقواعد المسؤولية عن الجنح أو المسؤولية المدنية التي يكمن الغرض الأساسي منها في الكف والرد والجبر. ومن غير المناسب، أمام هذه الإمكانيات، القول إنه "ليست هناك مشكلة خاصة تتعلق بالمسؤولية يتعين حلها".

(٥٣) شرح الفقرة (٢٧) من المادة ١٧.

(٥٤) شرح الفقرة (٢٣) من المادة ١٧.

(٥٥) انظر المواد ٤٠ (٣) و ٤٣ (ب) و ٥٠ (هـ) ومن ٥١ إلى ٥٣.

(٥٦) التقرير الأول A/CN.4/490/Add.1، الفقرة ٥١؛ و Add.3 الفقرات من ٨٤ إلى ٨٦ ومن

٢٤ - ثانياً ليس صحيحاً أن المادة ١٠٣ تتعلق "بصحة بعض الالتزامات التعاهدية في حالة تعارضها مع الالتزامات التي تعاقدت عليها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب الميثاق". فالمادة ١٠٣ تسعى صراحة إلى تحديد الأولوية بين التزامين متعارضين في حالة معينة. وتنص هذه المادة فقط على أن الالتزامات بموجب الميثاق لها أسبقية عندما تتعارض مع التزامات ناشئة بموجب معاهدات أخرى، ولا تنص على عدم صحة المعاهدات الأخرى^(٥٧). وعلاوة على ذلك، تتوقع إمكانية حدوث تعارض بين قاعدة قطعية والتزام ناشئ بموجب معاهدة، حتى وإن كانت المعاهدة في حد ذاتها معاهدة صحيحة تماماً^(٥٨). وبذلك لا يمكن استبعاد إمكانية تأثير "منشأ" التزام (مثلاً في الميثاق أو في قاعدة قطعية) في المسؤولية الدولية الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً الذي تأتية دولة ما. ومن المؤكد أن مضمون التزام ما قد يكون له تأثير شديد على المسؤولية، ولكن "منشأ" هذا الالتزام قد تكون له آثار هامة على مضمونه^(٥٩).

الاستنتاجات بشأن المادة ١٧

٢٥ - وقد يكون كل ما تستهدفه الفقرة (٢) هو التعبير عن أنه، في حالة إتيان فعل غير مشروع دولياً، لا يغير منشأ الالتزام تلك الحقيقة. بيد أن هذا الأمر بديهي؛ فالانتهاك يظل انتهاكاً، أياً كان منشأ الالتزام. إضافة إلى ذلك، يفهم هذا الافتراض بصورة جلية من المادة (٣) ومن الفقرة (١) من المادة ١٧. ولهذه الأسباب فإن الفقرة (٢) غير ضرورية، وتسبب الارتباك، وينبغي حذفها.

(٥٧) لا تذكر المادة ١٠٣ شيئاً عن حالات التعارض مع التزامات ناشئة عن مصادر أخرى، القانون الدولي العام على سبيل المثال، بالرغم من أن الميثاق، بوصفه معاهدة، يغلب، فيما بين الأطراف فيه، على أي قاعدة غير الأحكام الآمرة.

(٥٨) مثلاً اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١، التي طبقت عليها المحكمة المادة ١٠٣ من الميثاق في قضية لوكيربي (تدابير مؤقتة) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٢، الصفحة ٣ وفي ص ١٦. انظر الفقرة ٩ أعلاه.

(٥٩) على سبيل المثال، ينبغي أن يفسر التزام ناشئ عن فعل من جانب واحد، في المقام الأول، وفقاً لنية الفاعل المنفرد، ولكن ذلك لا ينطبق على التزام تعاهدي، انظر: قضية شركة النفط الانكليزية - الإيرانية (الاعتراض الأولي)، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٥٢، الصفحة ٩٣، وفي الصفحتين ١٠٤ و ١٠٥.

٢٦ - أما بخصوص الفقرة (١)، فإن ما يوحى بفائدة التوضيح الذي تقدمه هو أنها كانت ضرورية كي تفصل المحكمة الدولية وغيرها من المحاكم في المسألة. فضلا عن ذلك، فإن الافتراض بأن القانون الدولي لا يميز، بصفة عامة، بين نظام المسؤولية عن انتهاك معاهدة ما وانتهاك قواعد قانونية أخرى افتراض مهم. وكما سبقت الإشارة، فإن عددا كبيرا من النظم القانونية يعتبر التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية أمرا مسلما به^(٦٠). ولهذه الأسباب ينبغي الاحتفاظ بمضمون الفقرة (١). بيد أن المقرر الخاص يتفق مع الحكومة السويسرية في تعليقها، على الأقل من حيث أن مضمون الفقرة (١) ينطوي بالفعل على إيضاح للمادة ١٦. ويوصى بأن تضاف إلى المادة ١٦ العبارة التالية: "بصرف النظر عن مصدر ذلك الالتزام (سواء أكان عرفيا أو تعاهديا أو غير ذلك)"^(٦١).

(ج) المادة ١٩ (١): عدم الاعتداد بموضوع الالتزام المنتهك

٢٧ - تتناول المادة ١٩ في المقام الأول "التمييز" بين الجنح الدولية والجنایات الدولية التي ترتكبها الدولة، الذي نوقش بتفصيل في تقرير سابق^(٦٢). غير أن أحد جوانب المادة ١٩ يستوجب المناقشة هنا. فالفقرة (١) تنص على ما يلي:

١ - يكون فعل الدولة الذي يشكل انتهاكا للالتزام دولي فعلا غير مشروع دوليا، أيا كان موضوع الالتزام المنتهك.

وهذا توضيح إضافي لصيغة المادتين ٣ و ١٦ عموما، لا يختلف عن التوضيح الوارد في المادة ١٧ (١).

٢٨ - يشير شرح المادة ١٩ (١) إلى أنها "لا يمكن أن تشير أي شكوك حتى وإن كان ذلك على أساس منطقي صرف"^(٦٣)، ثم يمضي في استعراض مجموعة السابقات القانونية. وكما هو الحال عادة فيما يخص هذه المفاهيم الأولية، لم تجر سوى مناقشات قليلة حول النقطة المحددة في المصادر المشار إليها، وذلك بدون شك لأنها لم تنل أي اهتمام أو لم تشكل موضوع خلاف.

(٦٠) انظر الفقرة ١٧ أعلاه.

(٦١) للاطلاع على النص الكامل للمادة ١٦ بصيغته المقترحة، انظر الفقرة ٣٤ أدناه.

(٦٢) انظر التقرير الأول A/CN.4/490/Add.1-3، وتقرير لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٨، الصفحات

١٠٩-١٣٨.

(٦٣) شرح الفقرة (٣) من المادة ١٩.

تعليقات الحكومات على المادة ١٩ (١)

٢٩ - علقت الحكومات على المادة ١٩ أكثر مما علقت على أي مادة أخرى من مشاريع المواد. غير أن أيًا من هذه التعليقات لم يتناول المبدأ المنصوص عليه في الفقرة (١) (أو لم يشر تساؤلات بشأنه). غير أنه يمكن افتراض، بالنسبة للحكومات التي اقترحت حذف المادة ١٩^(٦٤)، أن الفقرة (١) ليست ذات أهمية تذكر^(٦٥).

المبدأ الأساسي

٣٠ - من اللافت للنظر أن الشرح، لا يذكر البيان الهام الصادر عن المحكمة الدائمة في ويمبلدن، حيث أكدت المحكمة أن "حق الدخول في ارتباطات دولية [بشأن أي موضوع مهما كان يتعلق بتلك الدولة] هو صفة من صفات سيادة الدول"^(٦٦). وقد تم مرارا، في سياق أو آخر تأكيد ذلك القول - وهو أنه لا يوجد حد مسلم به قطعاً للمواضيع التي يمكن فيها للدولة أن تقوم بالتزامات دولية^(٦٧)، فعلى سبيل المثال، قالت المحكمة الدولية في قضية نيكاراغوا (الجوهر) إنها لم تستطع، ضمن طائفة المواضيع المفتوحة لاتفاق دولي، اكتشاف أي عقبة... تحول بين الدولة وبين أن تأخذ على عاتقها التزاما بشأن "مسألة من مسائل السياسة الوطنية مثل تلك المتصلة بإجراء انتخابات حرة على أراضيها"^(٦٨).

(٦٤) مثلا النمسا (A/CN.4/488، الصفحة ٦٥)، فرنسا (المرجع نفسه، الصفحة ٦٩)، المملكة المتحدة (المرجع نفسه، ص: ٨٢)، اليابان (A/CN.4/492، ص: ٨).

(٦٥) أشارت شيلي في تعليقات سابقة إلى أن الأحكام المدرجة في الفصل الأول والمادتين ١٦ و ١٩ ينبغي أن تقرأ معا (حولية عام ١٩٨٠، المجلد الثاني، الجزء الأول، ص ٩٥ (بالانكليزية)). واقترحت جمهورية ألمانيا الاتحادية إدراج المفهوم المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ١٩، ضمن المادة ١٧ (حولية عام ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول، ص ٧٤).

(٦٦) محكمة العدل الدولية الدائمة، PCIJ Ser A No 1 (1923) at p. 25.

(٦٧) لاحظت المحكمة في قرارات الجنسية لتونس والمغرب أنه في حين أن الولاية الوطنية للدول تشمل "من حيث المبدأ" مسائل لا ينظمها القانون الدولي، فإن مدى الولاية الوطنية هو "مسألة نسبية صرفة" PCIJ Ser B No 4 (1923) at p. 24 وانظر أيضا "تفسير معاهدات السلام" (المرحلة الأولى) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٥٠، الصفحة ٦٥، وفي الصفحتين ٧٠-٧١؛ وقضية Nottebohm Case (المرحلة الثانية)، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٥٥، الصفحة ٤ وفي الصفحتين ٢٠-٢١؛ وقضية Interhandel Case، (اعتراضات أولية)، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٥٩، الصفحة ٦، وفي الصفحة ٢٤، القضية المتعلقة بحق المرور في الأراضي الهندية (الجوهر)، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٦٠، الصفحة ٦ وفي الصفحة ٣٣.

(٦٨) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٨٦ الصفحة ١٤ وفي الصفحة ١٣١.

٣١ - وبعبارة أخرى، فقد دفع، من حين لآخر، بأن الدولة لا تستطيع كأمر مسلم به الدخول في التزام بشأن موضوع معين، وكان الرد دوماً أن السؤال الوحيد هو ما إذا كانت الدولة قد فعلت ذلك. وبالمثل، حاج البعض أحياناً بأن الالتزام الذي يتعلق بموضوع معين لا يمكن أن يكون قد انتهك إلا بسلوك له الطابع نفسه أو الوصف نفسه. وفي القضية المتعلقة بمنصات النفط، قالت الولايات المتحدة إن معاهدة علاقات المجاملة، التي تتخذ شكل معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة، لا يمكن من حيث المبدأ أن تكون قد انتهكت بسلوك ينطوي على استخدام القوات المسلحة، ويتخذ ضمن إطار الأمن الوطني أو الدفاع. وقيل إن "المعاهدة التجارية" لا يكون انتهاكها إلا "تجارياً"، أي بسلوك له طابع تجاري لا عسكري. وما يترتب على هذه الحاجة أن المحكمة ليس لها الاختصاص للنظر في قضية لا تنطوي على سلوك تجاري. وقد تناولت المحكمة المسألة باختصار:

"تفرض معاهدة عام ١٩٥٥ على كل طرف من الأطراف التزامات مختلفة حول مسائل متنوعة. وإن أي عمل يقوم به طرف من الأطراف لا ينسجم مع تلك الالتزامات هو عمل غير مشروع، بصرف النظر عن الوسيلة التي تم تنفيذه بها. وإن انتهاك حقوق طرف من الأطراف بموجب المعاهدة باستخدام القوة هو على نفس القدر من عدم المشروعية لانتهاك يقع بقرار إداري أو بأي وسيلة أخرى. ولذلك فإن المسائل المتصلة باستخدام القوة لا تستثنى في حد ذاتها من معاهدة عام ١٩٥٥. ولذا يتعين رفض الدفوع التي قدمتها الولايات المتحدة بشأن هذه النقطة^(١٩)."

صياغة المبدأ: "بصرف النظر عن موضوع المناقشة"

٣٢ - وهكذا فإن المبدأ الأساسي واضح، سواء أثير على مستوى الاختصاص (كما هي الحال في قضية منصات النفط) أو من حيث الموضوع (كما هي الحال في قضية نيكاراغوا). غير أن الإشارة إلى "الموضوع" في الفقرة (١) غير محددة، وتشير سؤالاً قد لا يكون ضرورياً هو ما هي المواضيع التي لها هذا الأثر؟ ومع ذلك، فإن هناك مواضيع تساعد على الاستنتاج بأنه قد تم القيام بالالتزام دولي أكثر من غيرها. ولهذه الأسباب، إذا أريد الإبقاء على الفقرة (١) فقد يُفضل صياغتها بالإشارة إلى "مضمون" بدلاً من "الموضوع" الالتزام.

٣٣ - أما ما إذا كان ينبغي الإبقاء عليها، فإن حقيقة أنه أشير تكرر إلى صيغة أو أخرى للمبدأ في قرارات المحكمة، بما فيها القرارات الأخيرة، توحى بوجود الإبقاء عليها. غير أنه لأسباب مماثلة كتلك التي قدمت فيما يتعلق بالمادة ١٧ (١)، يكفي إدراجها بصفحتها عنصراً في صياغة المبدأ الأساسي في المادة ١٦. ولا توجد ضرورة لفقرة أو مادة مستقلة.

(٦٩) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، الصفحة ٨٠٣، وفي الصفحة ٨١١ (الفقرة ٢١).

الاستنتاجات بشأن المواد ١٦ و ١٧ و ١٩ (١)

٣٤ - لهذه الأسباب، يقترح دمج المواد ١٦ و ١٧ و ١٩ (١) في مادة واحدة يكون نصها كالآتي:

المادة ١٦

وقوع انتهاك لالتزام دولي

تنتهك الدولة التزاما دوليا متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام، بموجب القانون الدولي، بصرف النظر عن منشأ هذا الالتزام (سواء كان عرفيا أو تعاھديا أو غير ذلك) أو مضمونه.

(د) المادة ١٨ (١) و (٢): وجوب أن يكون الالتزام الدولي نافذا إزاء الدولة

٣٥ - تنص المادة ١٨ على ما يلي:

١ - لا يشكل فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي انتهاكا لهذا الالتزام إلا إذا جرى القيام بهذا الفعل في وقت كان فيه الالتزام نافذا إزاء تلك الدولة.

٢ - على أن فعل الدولة الذي لم يكن، حين القيام به، مطابقا لما يتطلبه منها التزام دولي نافذ إزاءها، لا يعتبر فعلا غير مشروع دوليا إذا أصبح هذا الفعل في وقت لاحق إلزاميا بموجب قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العمومي.

٣ - إذا كان لفعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي طابع استمراري، لا يكون هناك انتهاك لهذا الالتزام إلا بشأن الفترة التي يستمر خلالها الفعل بينما يكون الالتزام نافذا إزاء تلك الدولة.

٤ - إذا كان فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي يتألف من سلسلة أعمال أو امتناعات عن أعمال تتصل بحالات منفصلة، يكون هناك انتهاك لهذا الالتزام إذا جاز اعتبار هذا الفعل مشكلا من الأعمال أو الامتناعات عن الأعمال الواقعة خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام نافذا إزاء تلك الدولة.

٥ - إذا كان فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي فعلا متشعبا، مؤلفا من أعمال أو امتناعات عن أعمال صدرت عن ذات الجهاز أو عن أجهزة مختلفة من أجهزة الدولة بصدد ذات الحالة يكون هناك انتهاك لهذا الالتزام إذا كان الفعل المتشعب غير المطابق للالتزام قد بدأ بعمل أو امتناع عن عمل وقع خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام نافذا إزاء هذه الدولة، حتى ولو أكمل هذا الفعل بعد الفترة المذكورة.

٣٦ - إن المادة ١٨ هي حكم متشعب. وتتناول إجمالاً القاعدة الأساسية وهي أن فعل الدولة لا يكون غير مشروع إلا إذا كان ينتهك التزاماً دولياً يكون نافذاً وقت القيام بهذا الفعل. والقاعدة الأساسية المذكورة في الفقرة ٨، غير أنها تقيد على الفور بالإشارة إلى حالة خاصة تشمل الأحكام الآمرة في الفقرة ٢، ثم تفصل وتخصص بالنسبة لتصنيفات مختلفة للفعل غير المشروع في الفقرات ٣ و ٤ و ٥. وهذا أمر هام لأن هذه التصنيفات تظهر مرة أخرى في المادة ٢٥، وهي مشمولة في المعالجة الإجمالية لمختلف أنواع الانتهاكات في المواد من ٢٤ إلى ٢٦. وعليه، لن ينظر هنا إلا في الفقرتين ١ و ٢ من المادة ١٨.

تعليقات الحكومات على المادة ١٨ (١) و (٢)

٣٧ - توجه تعليقات الحكومات بصفة عامة إلى الفقرات الأخيرة من المادة ١٨، ويبدو أنه لا يوجد خلاف بشأن المبدأ الأساسي الوارد في المادة ١٨ (١)^(٧٠). أما بالنسبة لسويسرا، فإن هذا المبدأ "جلي في ذاته ولا يحتاج إلى شرح"^(٧١).

المادة ١٨ (١): المبدأ الأساسي

٣٨ - تنص الفقرة (١) على المبدأ الأساسي وهو أنه لكي تكون هناك مسؤولية يتعين أن يكون الانتهاك قد وقع في وقت يكون الالتزام فيه نافذاً إزاء الدولة. وهذا ليس سوى التطبيق في ميدان مسؤولية الدول للمبدأ العام للقانون الدولي، كما يذكره القاضي هيوبر في سياق آخر في القضية المتعلقة بجزيرة بالماس:

"يتعين أن يفهم الحدث القضائي في ضوء القانون المعاصر له، وليس في ضوء القانون النافذ في وقت نشوء هذا النزاع المتعلق به أو وقت حلول تسويته"^(٧٢).

(٧٠) انظر تعليقات كندا (حولية ... ١٩٨٠، المجلد الثاني، الجزء الأول الصفحة ٩٤)، وفرنسا (A/CN.4/488 الصفحة ٧٣)، والمملكة المتحدة (المرجع نفسه الصفحتان ٤٧-٤٨)، والولايات المتحدة (المرجع نفسه، الصفحة ٤٨) وألمانيا (المرجع نفسه، الصفحة ٧٣). وانظر أيضاً أدناه، الفقرة ٩١.

(٧١) A/CN.4/488، الصفحة ٤٧.

(٧٢) UNRIIAA, vol. 2 p. 829 at p. 845 (1949). استشهد بها في شرح المادة ١٨، الفقرة (٧). وعموماً بشأن القانون الدولي انظر (٧) Resolution of the Institute of International Law, Annuaire... vol. 56 (1975) at pp. 536-30؛ وللإطلاع على تقارير سورينسون انظر المرجع نفسه pp.1-116 (1973) vol. 55. وانظر أيضاً W Karl, "The Time Factor in the Law of State Responsibility", in M Spinedi & B Simma (eds), United Nations Codification of State Responsibility (Oceana, NY, 1987) 95.

٣٩ - ويشير شرح الفقرة (١) إلى القضايا الكثيرة التي طبقت فيها المحاكم الدولية هذا المبدأ. ولكنه يمضي إلى أكثر من ذلك فيقول: "ولما كان هذا المبدأ مبدأ عاماً من مبادئ القانون، مقبولا عالمياً، ويستند إلى أسباب تصلح لكل نظام قانوني، فإنه يجب أن ينطبق بالضرورة في القانون الدولي أيضاً"^(٧٣). وعلاوة على ذلك، فإن هذا المبدأ ليس في القانون الدولي مجرد أساس ضروري بل أساس كاف للمسؤولية، وبعبارة أخرى، حالما تترتب المسؤولية عن أي فعل غير مشروع، فإنها لا تتأثر بالإلغاء اللاحق للالتزام (سواء كان نتيجة إنهاء المعاهدة أو تغيير في القانون الدولي)^(٧٤).

٤٠ - وهذان الجانبان للمبدأ واردان ضمناً في قرار المحكمة الدولية في القضية المتعلقة ببعض أراضي الفوسفات في ناورو. وقد حاجت استراليا بأن الادعاء بمسؤولية الدولة المتصل بفترة إدارتها المشتركة لإقليم ناورو المشمول بالوصاية (١٩٤٧-١٩٦٨) لا يمكن تقديمه بعد مرور عقود من الزمان حتى لو لم يتم التنازل عن الادعاء بصورة رسمية. وقد رفضت المحكمة هذه المحاجة، وطبقت معياراً أوسع للإهمال أو التأخير غير المعقول^(٧٥). ولكنها مضت تقول إنه:

"يعود إلى المحكمة أن تكفل في الوقت المناسب، أن لا يؤدي تأخر ناورو في إثارة المسألة إلى الإضرار باستراليا بأي شكل من الأشكال فيما يتعلق بإثبات الوقائع أو تقرير مضمون القانون الواجب التطبيق"^(٧٦).

ومن الواضح أن المحكمة تنوي تطبيق القانون النافذ وقت نشوء الادعاء. والواقع أن إقليم ناورو نفسه قد اتخذ هذا الموقف بالضرورة، لأن دعواه تستند إلى انتهاك لاتفاق الوصاية، الذي انتهى في تاريخ حصوله على الاستقلال عام ١٩٦٨. وخلاصة دعواه أن مسؤولية استراليا، حالما تتقرر بموجب القانون النافذ في

(٧٣) شرح المادة ١٨ الفقرة (١١).

(٧٤) شرح المادة ١٨، الفقرة (٩)، ويؤكد هذا القول صراحة في الالتزامات التعاهدية في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة ٧٠.

(٧٥) القضية المتعلقة ببعض أراضي الفوسفات في ناورو، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٢، الصفحة ٢٤٠ وفي الصفحات ٢٥٣-٢٥٥.

(٧٦) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٢، الصفحة ٢٤٠ وفي الصفحة ٢٥٥ (التوكيد مضاف). وللإطلاع على التعليق انظر 514 ICLQ 46 (1997) R Higgins, "Time and the Law".

وقت معين، تظل قائمة حتى لو انتهى الالتزام الرئيسي^(٧٧). وقد جرى تطبيق هذا المبدأ الذي لم تشكك استراليا فيه، في قضايا أخرى^(٧٨)، ويجري تأكيده في الشرح^(٧٩). ولكنه غير منصوص عليه صراحة في أي مكان في مشاريع المواد. وهو مرتبط بمسألة فقدان الحق في الاحتجاج بالمسؤولية، وسوف يناقش لدى استعراض أحكام الباب الثاني.

مبدأ عدم الرجعية وتفسير التزامات حقوق الإنسان

٤١ - مع أن من الواضح أن المبدأ الأساسي صحيح، إلا أن السؤال هو ما إذا كان هذا المبدأ خاضعا لأي قيود أو كانت له استثناءات. وهناك قيد واضح يتصل بمسألة الأفعال غير المشروعة المستمرة، ويجري تناولها في المادة ١٨ (٣)، التي يجري بحثها فيما يلي^(٨٠). وهناك قيد ممكن آخر يتصل بمسألة التزامات حقوق الإنسان. وقد قيل إن "المبدأ الزمني في القانون الدولي على نحو ما هو مفهوم عموما، لا ينطبق على تفسير التزامات حقوق الإنسان"^(٨١). واعتمد في ذلك القول على رأي القاضي تاناكا (الذي أدلى بصوت معارض) في قضايا جنوب غرب أفريقيا (المرحلة الثانية). وتتعلق هذه القضية بالالتزام بانتداب تولته جنوب أفريقيا عام ١٩٢٠. أما موقف الأغلبية فكان على أساس أنه:

(٧٧) كان من الممكن إثارة مشاكل أكثر صعوبة بالنسبة لقضية ناورو ضد استراليا المتعلقة بتعدين أراضي الفوسفات في فترة الانتداب. انظر أيضا C Weeramantry, Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship (Melbourne, Oxford University Press, 1992); WM Reisman, "Reflections on State Responsibility for Violations of Explicit Protectorate, Mandate, and Trusteeship Obligations" (1989) 10 Michigan Journal of International Law 231. وقد تمت تسوية القضية قبل أن تُتاح للمحكمة فرصة النظر في هذه المسائل: تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٣، الصفحة ٣٢٢، وللإطلاع على اتفاق التسوية المؤرخ ١٠ آب/أغسطس ١٩٩٣ انظر 32 ILM 1471 (1993).

(٧٨) قضية Rainbow Warrior حيث قررت محكمة التحكيم بأن مسؤولية فرنسا عن انتهاك سابق تظل قائمة مع أن الالتزام التعاهدي ذي الصلة قد انتهى بمرور الزمن: انظر 20 UNRIIAA 217 (1990) pp. 265-266.

(٧٩) شرح المادة ١٨، الفقرة (٩).

(٨٠) انظر أدناه، الفقرة ١٠٠.

(٨١) R Higgins, "Time and the Law" (1997) 46 ICLQ 501 at p. 517.

"من أجل تقرير حقوق الأطراف والتزاماتها السابقة والحالية ذات الصلة بالانتداب، وبصورة خاصة إذا كانت هذه ... تشمل أي حق في الطلب بصورة فردية بالتنفيذ الواجب لأحكام السلوك ... يتعين على المحكمة أن تضع نفسها في تلك الفترة من الوقت الذي أقيم فيه نظام الانتدابات، وعندما كانت تجري صياغة صكوك الانتداب ... ويجب على المحكمة أن تضع في الاعتبار الحالة كما كانت في ذلك الوقت، وهو أمر حاسم، ومقاصد المعنيين بذلك حسبما كانت آنذاك، أو التي يمكن استنتاجها بصورة معقولة، في ضوء تلك الحالة... وعلى هذا الأساس وحده يمكن التوصل إلى فهم صحيح للحقوق القانونية للأطراف"^(٨٢).

أما القاضي تاناكا، فعلى نقيض ذلك، قال:

"إن حماية الحقوق المكتسبة للمجيب على الطلب، في هذه القضية، ليست هي الأمر المهم، وإنما المهم هو التزاماته، لأن الأغراض الرئيسية لنظام الانتداب أخلاقية وإنسانية. وليس للمجيب على الطلب الحق في التصرف بطريقة غير إنسانية اليوم، ولا أثناء الأربعين سنة تلك"^(٨٣).

٤٢ - وقد أكدت هذه الرؤية "التقدمية" لالتزامات سلطة الانتداب الأغلبية الجديدة للمحكمة في فتوى ناميبيا، في فقرة معروفة جدا:

"والمحكمة، إذ هي على بينة من الضرورة الأساسية لأن يكون تفسير أي صك وفقا لنوايا الأطراف عند إبرامه، ملزمة بأن تأخذ في الاعتبار أن المفاهيم المتضمنة في المادة ٢٢ من العهد ... لم تكن جامدة، بل إنها تتطور بحكم طبيعتها، شأنها شأن مفهوم "الأمانة المقدسة" أيضا. ولا بد بالتالي من اعتبار أن الأطراف في العهد قد قبلتها كما هي. ولهذا السبب، يجب على المحكمة، عند النظر في مؤسسات ١٩١٩، أن تأخذ في اعتبارها التغيرات التي جددت في نصف القرن التالي، ولا يمكن لتفسيرها ألا يتأثر بتطورات القانون اللاحقة، من خلال ميثاق الأمم المتحدة وعن طريق القانون العرفي. فضلا عن ذلك، فإنه يجب تفسير صك دولي وتطبيقه في إطار النظام القانوني السائد بأكمله عند التفسير. وفي المجال الذي تتصل به القضية الحالية، حملت الخمسين سنة الأخيرة ... تطورات هامة ... وفي هذا المجال، مثلما هو الحال في مجالات أخرى، أثريت موسوعة قوانين الشعوب كثيرا. وهو أمر، قد لا يجوز للمحكمة أن تتجاهله إذا كان لها أن تؤدي وظائفها على نحو أمين"^(٨٤).

(٨٢) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٦٦، الصفحة ٦، ص ٢٣ (الفقرة ١٦) ICJ Reports 1966 p.

6 at p. 23 (para. 16).

(٨٣) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٦٦، الصفحة ٦ وفي الصفحة ٢٤٩، ذكر بموافقة هيجنز

بالمراجع المذكور في الصفحتين ٥١٦-٥١٧.

(٨٤) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٧١، الصفحة ١٦، وفي الصفحتين ٣١ و ٣٢ (الفقرة ٥٣).

٤٣ - ومن رأي المقرر الخاص، فإن هذا البيان لا يقيد المبدأ الوارد في المادة ١٨ (١). ولا هو يوجد استثناء له. ويعود ذلك إلى سببين. أولهما أن الشكوى المرفوعة ضد جنوب أفريقيا ليست لأنها أخلت بولاية الانتداب في عام ١٩٢٠ أو عام ١٩٣٠ بل لأنها قامت بذلك في عام ١٩٦٦؛ وبعبارة أخرى فإنها تتعلق بمواصلة سلوك غير مشروع فيما يتعلق بالتزام يفترض أن مفعوله مستمر. وثانياً، فإن مبدأ تطور مفهوم عبر الزمن يستتبع أن أحكام المعاهدة يجب أن تفسر وكأنها جامدة من حيث الزمن. فالتفسير "التقدمي" أو التطوري لأحكام المعاهدة (بما في ذلك معاهدات حقوق الإنسان) هو طريقة تفسير معتمدة^(٨٥)، رغم أنها ليست الطريقة الوحيدة من هذا القبيل^(٨٦). ومع أن تفسير الصكوك القانونية عبر الزمن ليس علماً دقيقاً إلا أن ذلك لا يمت بصلة إلى مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن انتهاك التزام كان سارياً بالنسبة إلى تلك الدولة وقت ارتكاب السلوك^(٨٧).

الاستنتاج بشأن المادة ١٨ (١)

٤٤ - ولهذه الأسباب، فإنه ينبغي الإبقاء على المبدأ الوارد في المادة ١٨ (١). وبالنسبة إلى صياغته، فقد تكون أكثر تماشياً مع فكرة الضمان ضد تطبيق القانون الدولي على نحو رجعي في المسائل ذات الصلة بمسؤولية الدولة، إذا تم التعبير عنها في شكل "لا يعتبر أي فعل تقوم به دولة فعلاً غير مشروع دولياً ما لم ..."^(٨٨) ومبدأ قاعدة التخصيص (المعبر عنه في المادة ٣٧ من مشاريع المواد) كاف لتناول تلك الحالات النادرة التي اتفق أو تقرر بشأنها تحمل المسؤولية بأثر رجعي^(٨٩).

(٨٥) انظر مثلاً فتوى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Tyrer, ECHR Ser. A, Vol. 26 (1978)، الصفحتان ١٥ و ١٦.

(٨٦) الإشارة إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدات، كما تخوله المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، تلفت بالضرورة انتباه المفسر إلى فهم حكم المعاهدة عند اعتمادها، وتعارض بالتالي مع التفسير التقدمي. غير أنها تستعمل لتفسير معاهدات حقوق الإنسان.

(٨٧) كذلك فإن مبدأ القانون عبر الزمني لا يعني أن الوقائع التي حدثت قبل دخول التزام ما حيز النفاذ يجوز ألا تؤخذ في الاعتبار. وخذ مثلاً الالتزام بأن يحاكم المتهم دون تأخير لا مبرر له، (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة ١٤ ج)). وإذا كان أشخاص متهمون مسجونين فعلاً عندما يدخل ذلك الالتزام حيز النفاذ بالنسبة إلى دولة ما، وكانوا ينتظرون محاكمتهم لوقت طويل، فقد يكون لهذا الأمر أهمية في البت فيما إذا كان قد حدث انتهاك، غير أنه لا يمكن منح تعويض يتصل بالمدة السابقة لدخول الالتزام حيز النفاذ: J. Pauwelyn, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", BYIL, vol. 66, 1995, at pp. 443-5.

(٨٨) للاطلاع على الصياغة المقترحة للمادة ١٨، انظر الفقرة ١٥٦ أدناه.

(٨٩) بالنسبة إلى الأثر الرجعي للإقرار واعتماد دولة سلوكاً انظر المادة ١٥ مكررة والتقرير الأول،

A/CN.4/490/Add.5، الفقرات ٢٨١-٢٨٦.

المادة ١٨ (٢): القواعد القطعية الناشئة

٤٥ - إن التعبير الواضح الوحيد للمبدأ الذي وضعت على أساسه المادة ١٨ (١) يرد في الفقرة (٢). وهو يتوخى أن يعتبر الفعل الذي كان غير مشروع وقت ارتكابه، مشروعاً إذا استلزمته قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي في وقت لاحق. وفي هذه الحالات فإن الطابع القطعي للقاعدة، يمتد، ليعود في الزمن، على الأقل إلى الحد الذي يؤدي إلى عكس وصف السلوك بأنه غير مشروع. ويرد وصف ذلك في الشرح المتصل ببعض "القضايا الفرضية التي لم يحدث وإن نشأت في السابق والتي يفترض ألا تحدث إلا نادراً مستقبلاً، غير أنه لا يمكن استبعادها"^(٩٠). وقد ورد التبرير لذلك بالعبارات التالية:

"وحيثما بدا فعل دولة، زمن ارتكابه، غير مشروع من الناحية القانونية الرسمية، وتبين بعد ذلك أن اعتبارات أخلاقية وإنسانية قد أملت وأدت منذ ذلك الحين إلى نقض حقيقي لقاعدة القانون ذات الصلة، يصعب على المرء ألا يرى في ذلك الفعل على نحو رجعي، عملاً أو إغفالاً للسابق. وإذا جاءت تسوية ذلك النزاع الناجم عن ذلك الفعل إثر حصول التغيير في القانون، فإن السلطة المسؤولة على التسوية سوف تتردد في الاستمرار في معاملة الفعل أو الامتناع السابقين بصفته غير مشروع دولياً رغم كل شيء، وربط مسؤولية دولية به"^(٩١).

ويمضي الشرح في إيضاح بعض الإمكانيات، منها مثلاً:

"ليس مما لا يمكن تصوره أن تدعى محكمة دولية الآن من أجل تسوية نزاع يتصل بالمسؤولية الدولية لدولة تربطها معاهدة تقضي بتسليم أسلحة إلى دولة أخرى، رفضت الوفاء بالتزامها، وهي تعلم أن الأسلحة ستستخدم لشن عدوان أو ارتكاب إبادة جماعية أو للإبقاء بالقوة على سياسة فصل عنصري وقامت بذلك قبل إرساء الأحكام الآمرة التي تحظر الإبادة الجماعية والعدوان، جاعلة ذلك الرفض لا مشروعاً فحسب، بل وإلزامياً أيضاً"^(٩٢).

على أنه يشدد على أن الأثر الرجعي لقاعدة قطعية جديدة محدود جداً: "لا يعتبر فعل دولة على نحو رجعي مشروعاً من البداية، بل مشروعاً منذ بدء نفاذ الحكم الجديد من الأحكام الآمرة فقط"، وليس له أثر في القرارات أو التسويات المتفق بشأنها والتي تم التوصل إليها من قبل^(٩٣). ويعبر عن ذلك الأثر المحدود بعبارة "لا يعتبر فعلاً غير مشروع دولياً" في الفقرة (٢).

(٩٠) شرح المادة ١٨، الفقرة (٤).

(٩١) شرح المادة ١٨، الفقرة (٥).

(٩٢) شرح المادة ١٨، الفقرة (٧).

(٩٣) شرح المادة ١٨، الفقرة (٨).

تعليقات الحكومات على المادة ١٨ (٢)

٤٦ - لا توافق فرنسا على الفقرة (٢)، انطلاقاً من تحفظاتها العامة بشأن القواعد القطعية؛ وتقول أيضاً إن التزاماً بفعل "لا مجال له في مادة تتناول القانون عبر الزمان"^(٩٤). واقتُرحت هولندا، في تعليق سابق، أن تدرج المادة ١٨ (٢)، إن كانت ليكون لها مكان في مشاريع المواد، على الإطلاق في الفصل الخامس في سياق الظروف التي تستبعد عدم المشروعية^(٩٥).

هل ثمة حاجة إلى المادة ١٨ (٢)؟

٤٧ - لا بد وأن تكون الحالة المتوقعة في الفقرة (٢) أقل شيوعاً حتى مما توقعته المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي تتناول الصلاحية المستمرة للمعاهدات عندما يبرز إلى الوجود حكم جديد من الأحكام الآمرة يتضارب معها. ولا تتوقع المادة ١٨ (٢) أقل من أن يصبح فعلاً يحظره تحديد القانون الدولي منذ اليوم الأول، نفسه إلزامياً بموجب حكم جديد من الأحكام الآمرة في اليوم الثاني، أو على الأقل خلال فترة من الوقت تتيح للمسائل ذات الصلة بالمسؤولية التي تنشأ في اليوم الأول أن تظل باقية ولكن دون تسوية ولا تقدم حتى حالات العبودية مثلاً لهذه الحالة^(٩٦).

٤٨ - ونظراً إلى الشكل المحدود المتوقع لرجعية الأثر وللإحتمال البعيد إلى أقصى حد، بأن تحدث مثل هذه الحالات، فإن السؤال الواجب طرحه هو لماذا لم تعالج هذه الحالات على نحو واف بالجمع بين المادة ٣٧ (حكم قاعدة التخصيص)، والمادة ٤٣ (ب) (استبعاد الرد العيني خلافاً لقاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي) وأخيراً المرونة المتأصلة في تقييم التعويض. وفي حالات العبودية مثلاً، إذا افترض أنه تم الاستيلاء بطريقة غير مشروعة على رقيق في الزمان الذي كانت فيه تجارة الرقيق مشروعة دولياً^(٩٧)، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة العبيد، أو التعويض عن فقدانهم، نظراً إلى أن ما فقد (ملكية أرواح بشرية) بات متعذر التقييم في إطار القانون الدولي. وبالنسبة إلى مثلي العدوان والإبادة الجماعية، فقد أقر بأنهم قطعيين، في المضمون، طوال فترة الميثاق^(٩٨) ومن العسير، إن لم يكن مستحيلاً؛ الرجوع إلى أي حالة فعلية يمكن أن تحرك عدم مشروعية سلوك سابق تستلزمه الآن قواعد قطعية؛ أو حتى مشروعية سلوك سابق يحظره في الوقت الراهن تلك القاعدة.

(٩٤) A/CN.4/488, p.49.

(٩٥) حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ١٠٣.

(٩٦) مثلما ورد في الشرح للمادة ١٨، الفقرة (١٦). فقد كانت حالات العبودية قد أثارت مسائل

هامة في القانون عبر الزمان: انظر الحالات المذكورة في شرح الفقرة ١٠.

(٩٧) إن التاريخ الذي تنشأ فيه قاعدة جديدة من القانون الدولي العرفي يمكن أن يشكل مسألة

عويصة، مثلما كان الشأن في حالات العبودية: انظر مثلاً The Antelope (1871) 2 Dods 210; The Le Louis (1871) 2 Dods 210; Wheaton 66 (1825).

وعملياً، تعتبر هذه القواعد نافذة من تاريخ سابق، وبهذا المعنى يكون عنصر من

"المرجعية" متأصلاً في عملية تحديد القانون.

(٩٨) جرمت مبادئ نورمبرغ شن الحروب العدوانية اعتباراً من عام ١٩٣٩، وأكدت تلك المبادئ

الجمعية العامة عام ١٩٤٨. وذكرت المحكمة الدولية في قضية اتفاقية الإبادة الجماعية أن المبادئ التي تقوم

عليها "تعتبر باعتبارها الأمم المتحدة بوصفها ملزمة للدول، حتى في غياب أي التزام تعاهدي". تقارير

محكمة العدل الدولية ١٩٥١ الصفحة ١٥ وفي الصفحة ٢٣.

أثر القواعد القطعية الجديدة بموجب اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩

٤٩ - ثمة نقطة أخرى جديرة بالإشارة، وهي أنه في حين تتوقع اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إمكانية ظهور القواعد القطعية، فإنها لا تمنحها أي أثر رجعي^(٩٩). وتنص المادة ٦٤ على أنه إذا ظهرت قاعدة قطعية جديدة من قواعد القانون الدولي العام، "فإن أية معاهدة قائمة تتعارض مع تلك القاعدة تصبح لاغية وينتهي العمل بها" وتنص المادة ٧١ (٢) على ما يلي:

"٢ - في حالة المعاهدة التي تصبح لاغية وينتهي العمل بها بمقتضى المادة ٦٤، فإن انتهاء المعاهدة:

يعفى الأطراف من أي التزام بمواصلة تنفيذ المعاهدة:

ولا يمس أي حق أو التزام أو وضع قانوني للأطراف نشأ عن تنفيذ المعاهدة قبل انتهائها، بشرط عدم جواز الاحتفاظ بتلك الحقوق أو الالتزامات أو الأوضاع بعد ذلك إلا بقدر ما يكون الاحتفاظ بها في حد ذاته غير متعارض مع القاعدة القطعية الجديدة للقانون الدولي العام".

ويتفادى هذا الحل الرجعية الواضحة، ولكنه في الوقت نفسه يحترم مطالب القاعدة القطعية الجديدة التي تنص على أن الحقوق (على سبيل المثال، حق الرد العيني الناشئ عن فعل غير مشروع سابق) التي لا يمكن الحفاظ عليها باستمرار مع وجود القاعدة الجديدة تصبح لاغية. وهذه النتيجة تسفر عنها قاعدة قطعية جديدة، بغض النظر عن القواعد الثانوية لمسؤولية الدولة^(١٠٠).

الاستنتاج بشأن المادة ١٨ (٢)

٥٠ - وفي النهاية، يبدو أن الفقرة (٢)، بصيغتها الحالية، أكثر اتصالاً بمسألة استجابة لسلطة لاحقة (محكمة أو هيئة تحكيم) إزاء حالة مسؤولية نشأت في وقت سابق، في ضوء قاعدة قطعية لاحقة غير متفقة مع تلك الحالة من اتصالها بمسألة المسؤولية في ذلك الوقت السابق. ووفقاً لما جاء في الشرح، فإن السلوك السابق كان في الواقع خرقاً لالتزام^(١٠١). ومع ذلك فإن العلاقة الثانوية للمسؤولية الناشئة عنها تلغيها قاعدة قطعية لاحقة في بعض الحالات المعينة.

(٩٩) نقطة أثارتها السويد عند تعليقها على المادة ١٨ (٢): حولية لجنة القانون الدولي ... ١٩٨١.

المجلد الثاني، الجزء ١، الصفحة ٧٨ من النص الانكليزي.

(١٠٠) وهذا يتفق أيضاً مع الشرط الشهير لفتوى المحكم هو بر في قضية جزيرة بالماس، مجموعة

الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي، المجلد ٢ الصفحة ٨٢٩ وفي الصفحة ٨٤٥.

(١٠١) شرح المادة ١٨، الفقرة (١٨).

٥١ - من هذا المنظور، فإن الفقرة (٢) تثير مسألتين مختلفتين، لا تقع أي منهما على نحو صحيح في مادة تتصل بآثار القانون عبر الزماني بشأن منشأ المسؤولية. الأولى هي نتيجة علاقة مسؤولية قائمة لتغيرات لاحقة في القواعد الأولية (لا سيما تلك التي تتعلق بقواعد قطعية جديدة). وهذه تتصل بالبواب الثاني من مشاريع المواد، ولا مكان لها في الباب الأول. والمسألة الثانية والأهم، هي العلاقة بين منشأ المسؤولية والمتطلبات الغالبة للقواعد القطعية وهي مسألة تظهر كذلك، وكثيراً ما يحدث ذلك في الممارسة فيما يتصل بالقواعد القطعية القائمة. وستبحث مجدداً عند النظر في الظروف التي تستبعد عدم المشروعية في الفصل ٥ من الباب الأول. ولهذه الأسباب فإن الفقرة (٢) غير ضرورية كجانب من المادة ١٨، ويمكن حذفها.

(هـ) المادتان ٢٠ و ٢١: الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة

٥٢ - تميز المادتان ٢٠ و ٢١ بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة^(١٠٢). ونظراً للرابطة الموجودة بين المادتين، ينبغي النظر فيهما معاً. وهما تنصان على ما يلي:

المادة ٢٠

انتهاك التزام دولي يتطلب مسلكاً معيناً

تنتهك الدولة التزاماً دولياً يتطلب منها مسلكاً معيناً حين يكون تصرف هذه الدولة غير مطابق لما يتطلبه منها ذلك الالتزام.

المادة ٢١

انتهاك التزام دولي يتطلب تحقيق نتيجة محددة

١ - تنتهك الدولة التزاماً دولياً يتطلب منها تحقيق نتيجة محددة، بالوسيلة التي تختارها، إذا لم تحقق هذه الدولة، بالتصرف الذي قامت به، النتيجة التي يتطلبها منها هذا الالتزام.

(١٠٢) استقطب هذا الموضوع كتابات كثيرة: انظر J Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in Mélanges Reuter, pp. 181-204; p Daillier & A Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 6th ed., 1999, §§ 139, 473; PM Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats" (1984), vol. 188, Recueil des cours, pp. 43-54; I Brownlie, State Responsibility - Part I (1983) p. 241; C. Tomuschat, "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights" in Essays in Honour of Henry G Schermers (vol. 3, 1994) p. 315; E. Wyler, L'illicite et la condition des personnes privées (A Pedone, Paris, 1995) pp. 17-43

٢ - حين يفضي تصرف الدولة إلى حالة غير مطابقة للنتيجة التي يتطلبها منها التزام دولي، ولكن الالتزام يسمح مع ذلك بتحقيق هذه النتيجة أو نتيجة مكافئة لها من خلال قيام الدولة بتصرف لاحق، لا يكون هناك انتهاك للالتزام إلا إذا قصرت الدولة أيضاً، بتصرفها اللاحق، عن تحقيق النتيجة التي يتطلبها منها هذا الالتزام.

٥٣ - يشير شرح هاتين المادتين إلى أنه بينما قد يكون تطبيق هذا التمييز صعباً في حالات معينة، إلا أنه "يتسم بأهمية أساسية في تحديد كيفية انتهاك التزام دولي في أي حالة بعينها"^(١٠٣). والأمر كذلك لأنه يؤثر في مسألة ما إذا كان يمكن الحكم بوقوع انتهاك للالتزام ووقت وقوعه على السواء. وبصورة خاصة "تختلف الأحوال التي انتهاك فيها التزام دولي ما تبعاً لما إذا كان هذا الالتزام يقتضي من الدولة اتخاذ بعض الإجراءات المعينة أو أنه يقتضي منها فقط تحقيق نتيجة معينة، تاركاً لها حرية اختيار وسيلة القيام بذلك"^(١٠٤). والأساس الجوهرية الذي يقوم عليه التمييز هو أن الالتزامات بسلوك ما، رغم أن لها قصداً أو نتيجة مضمرة ما، تحدد بدقة الوسيلة التي ينبغي اعتمادها؛ ومن ثم فهي تدعى أحياناً (الالتزامات بوسيلة). وعلى خلاف ذلك، فإن الالتزامات بنتيجة لا تشمل على هذا الأمر وتترك للدولة الطرف أمر تحديد الوسيلة التي ينبغي استخدامها^(١٠٥). وهذا لا يعني أن للدولة الحرية في اختيار الوسيلة. إذ أن خيارها قد يكون خاضعاً إلى حد ما لقيود. غير أن لديها درجة من حرية الاختيار، وفي الواقع قد يكون لها، في بعض الحالات، خياراً آخر يتمثل في علاج الحالة إذا لم يفض فشل الوسيلة التي اختيرت أصلاً إلى ضرر تتعذر إزالته^(١٠٦). وعلى سبيل المثال فإن اعتماد قانون ما، رغم أنه يبدو غير ملائم للنتيجة المنشودة، لن يشكل في الواقع انتهاكاً، إذ أن ما يهم هو ما إذا كان القانون قد طبق فعلاً. وفي مثل هذه الحالات، لا يكون الانتهاك قد ارتكب إلى أن يطبق التشريع بصورة تامة في الحالة المعينة، ويسفر عن النتيجة المحظورة^(١٠٧).

(١٠٣) شرح المادة ٢٠، الفقرة (٤).

(١٠٤) المرجع نفسه.

(١٠٥) شرح المادة ٢٠، الفقرة (٨).

(١٠٦) شرح المادة ٢٠، الفقرات (٢) إلى (٤).

(١٠٧) شرح المادة ٢١، الفقرات (١٨) إلى (٢٢) التي تستشهد بقضية Mariposa Development Company (١٩٣٣)، مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي ٣٤٠ (لجنة المطالبات العامة المشتركة بين الولايات المتحدة وبنما). Certain German Interests in Polish Upper Silesia PCIJ Ser. A No. 7 (1926) at p. 19، وقرار المحكمة الأوروبية في قضية SER. A, ECHR, De Becker. المجلد ٤ (١٩٦٢).

٥٤ - ويوافق الشرح على أن نوع الالتزام الذي ينبغي أن يفرض في أي حالة ليس متروكا لمشاريع المواد، بل هو من شأن واضعي القواعد الأولية. إذ من الأكثر احتمالا أن تفرض الالتزامات بسلوك (التي تنطوي إما على أفعال أو امتناعات) في إطار العلاقات المباشرة للدول بعضها ببعض، في حين أن الالتزامات بنتيجة تغلب في معاملة الأشخاص داخل النظام القانوني الداخلي لكل دولة^(١٠٨). وبهذا المعنى يكون التمييز مشمولا بالنظر إلى الدولة وإلى السيادة؛ والاحتمال الأكبر هو أن يتم اختيار للوسيلة في المسائل المحلية لا في المسائل الدولية. غير أن هذه القاعدة ليست جامدة. فعلى سبيل المثال، يفهم من معاهدة القانون الموحد أنها تفرض التزاما بسلوك، لجعل أحكام القانون الموحد جزءا من قانون الدولة المعنية^(١٠٩). أما الالتزامات في ميدان حقوق الإنسان فتتنطوي، من ناحية أخرى، على التزامات بنتيجة، لأنها لا تبين بدقة كيفية احترام الحقوق ذات الصلة، ولأنها تتسق مع طائفة متنوعة من القوانين والمؤسسات.

٥٥ - وهكذا فإن المادتين ٢٠ و ٢١ تميزان بين مختلف أنواع الالتزامات التي ترسيها القواعد الأولية وتستهدفان تطوير نتائج ذلك التمييز من حيث المسؤولية^(١١٠). ووفقا للشرح، فإن النتيجة الرئيسية لمقاصد المادتين ٢٠ و ٢١ هي أن:

"وجود انتهاك لالتزام [بنتيجة] يتم تحديده إذن في القانون الدولي بطريقة تختلف تماما عن الطريقة المتبعة في حالة الالتزام "بسلوك" أو "بوسيلة"، حيث ... أن المعيار الحاسم لاستنتاج أنه تم الوفاء بالالتزام أو جرى انتهاكه يكمن في مقارنة المسلك المعين الذي يتطلبه الالتزام والسلوك الذي أتيته الدولة بالفعل"^(١١١).

(١٠٨) شرح المادة ٢٠، الفقرة (٦).

(١٠٩) شرح المادة ٢٠، الفقرة (٨). انظر B Conforti, "Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 24, 1988, p. 233.

(١١٠) شرح المادة ٢٠، الفقرة (٥).

(١١١) المرجع نفسه.

تعليقات الحكومات على المادتين ٢٠ و ٢١

٥٦ - تشك الحكومات التي علّقت على المادتين ٢٠ و ٢١ في جدوى ذلك التمييز. وتشير الدانمرك التي علقت باسم بلدان الشمال الأوروبي إلى أن أشكال التمييز الواردة في الفصل الثالث "لا يبدو أن لها أثرا على نتائج انتهاكها حسبما وردت في الباب الثاني"^(١١٢). وتشير فرنسا إلى أن هذه الأحكام تتعلق بـ "قواعد القانون الموضوعي، التي تصنف الالتزامات الأولية"، وأن مثل هذه الأحكام "لا محل لها في مشروع من هذا النوع وبالتالي ينبغي حذفها"^(١١٣). وقالت ألمانيا إن:

"ثمة خطرا ما في وضع أحكام ذات طبيعة مفرطة في التجريد، حيث يصعب توقع نطاقها وتطبيقها. إذ يمكن أن يساء استخدام هذه الأحكام كأحكام للتهرب من المسؤولية تضر بالقانون الدولي العرفي، بدلا من أن تؤسس يقينا قانونيا أعظم. كما أنها قد تبدو غير عملية للدول التي هي أقل تعرقا في التراث القانوني الأوروبي، لأنه لا يسهل توفيق هذه القواعد المجردة مع النهج العملي السائد عادة في القانون الدولي ... وباختصار، فإن الحكومة الألمانية ليست واثقة تماما مما إذا كانت التمييزات المعقدة المنصوص عليها في المواد ٢٠ و ٢١ و ٢٢ ضرورية بالفعل أو حتى مستصوبة"^(١١٤).

ويساور المملكة المتحدة القلق إزاء "احتمال تجاوز الدقة في التمييز بين مختلف فئات الانتهاك الحد اللازم، أو حتى المفيد، في بيان المبادئ الأساسية لمسؤولية الدولة [و] أنه قد يكون من الصعب تحديد الفئة التي يقع ضمنها سلوك معين"^(١١٥). أما فيما يتعلق بالمادة ٢١ بصورة خاصة، فهي وإن كانت تعتبر المقترحات الأساسية "غير مثيرة للخلاف"، ترفض التفسير الذي أعطي لها في الشرح، وبخاصة فيما يتعلق بالالتزامات إزاء معاملة الأجانب وممتلكاتهم"^(١١٦).

العلاقة بين التمييز حسبما هو مطبّق في القانون الوطني والقانون الدولي

٥٧ - يستمد التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة من النظم التي تتبع القانون المدني، وهو غير معروف في القانون العام ومن هنا ربما جاء تناوله المحدود في الكتابات الانكليزية^(١١٧). ويشرح Combacau بوضوح وظيفة التمييز، في القانون الفرنسي، مثلا، بأنه

(١١٢) A/CN.4/488، الصفحة ٦٦ (من النص الانكليزي).

(١١٣) A/CN.4/488، الصفحة ٦٧ (من النص الانكليزي).

(١١٤) المرجع نفسه.

(١١٥) A/CN.4/488، الصفحة ٤٦ (من النص الانكليزي).

(١١٦) المرجع نفسه، الصفحتان ٦٨-٦٩ (من النص الانكليزي). وهي ترى من جهة أخرى أنه يمكن

دمج المادة ٢٠ مع المادة ١٦: المرجع نفسه، الصفحة ٤٧.

(١١٧) Cf. Brownlie, State Responsibility-Part I (1983) at p. 241

"درجة احتمال تحقيق الهدف الذي ينشده الدائن الذي يتحكم بنوع الالتزام الذي يفرض على المدين: فحيث يزيد احتمال تحقيق الهدف، ينشئ القانون أو العقد التزامات بنتيجة؛ وحيث يكون غير مؤكد إلى حد بعيد، يقتصر القانون أو العقد على تقليص الاتفاق ولا يستخدمان إلا التزاما واحدا بوسيلة"^(١١٨).

وبمعنى آخر، تنطوي الالتزامات بنتيجة من حيث فهم القانون المدني، إلى حد ما على ضمان النتيجة، في حين أن الالتزامات بسلوك لها طابع التزامات بذل أفضل الجهود، أي الالتزام بأن يبذل المرء كل ما بوسعه لتحقيق نتيجة ما، لكن بدون أن يلتزم بتحقيقها. وهكذا، فإن على الطبيب التزام بسلوك تجاه مريض ما، ولكن ليس التزما بنتيجة؛ إذ يجب على الطبيب ألا يدخر أي جهد معقول لضمان شفاء المريض، لكنه لا يتعهد بأن المريض سوف يتعافى. وبموجب هذا المفهوم، فإنه من الواضح أن الالتزامات بنتيجة أشد وطأة ولذا فإن إثبات انتهاك مثل هذه الالتزامات أسهل مما في حالة الالتزامات بسلوك أو وسيلة.

٥٨ - وعلى نقيض ذلك، فإن التمييز في صيغته الواردة في المادتين ٢٠ و ٢١ والموضحة في الشرح قائم على أساس مبدأ التحديد الفاصل لا على أساس التبعية. والالتزام بسلوك هو التزام بانتهاج مسلك معلوم بعض الشيء. أما الالتزام بنتيجة فهو التزام يمنح الدولة حرية اختيار الوسيلة^(١١٩). وهذا هو السبب الذي أدى إلى معاملة الالتزامات بنتيجة في الشرح على أنها أخف وطأة نوعا ما من الالتزامات بسلوك، التي لا تترك للدولة سوى القليل من المجال، أو لا مجال على الإطلاق، لاختيار ما ستقوم به من عمل^(١٢٠). وفي القانون الدولي ...

"يكمن محور التمييز الآن في درجة الحرية التي تترك للمدين بالالتزام باختيار الطرق التي يستطيع من خلالها الوفاء بدينه، ولم يعد في الطابع غير المؤكد الذي تتسم به النتيجة المتشددة"^(١٢١).

(١١٨) Combacau, Loc. cit, p. 196. See also Dupuy, loc. cit., pp. 47-8. See generally K. Zweigert (1992) p. 538 & H. Kotz (trans. A. Weir), An Introduction to Comparative Law (Oxford, Clarendon, 2nd edn, 1992).

(١١٩) شرح للمادة ٢٠، الفقرة (٢) والمادة ٢١، الفقرة ٨، انظر أيضا Daillier & Pellet (Droit international public, 6th ed., 1999) حيث يشار إلى "حرية اختيار الوسائل" بوصفها المعيار الحاسم في التمييز (الصفحة ٧٤٦، الفقرة ٤٧٣).

(١٢٠) هكذا يشرح B. Stern في "المسؤولية الدولية" في Répertoire internationale Dalloz لعام ١٩٩٨، الفقرة ٦٤، الالتزام بسلوك الواقع على دولة بأنه "أكثر إرهاقا، إذ أنه يجمع بين الالتزام بنتيجة والالتزام بتحقيق ذلك بوسائل معينة تحددها القاعدة الدولية".

(١٢١) Combacau, Loc. cit., pp. 201-2.

هذا الفرق جدير بأن يلاحظ. ذلك أن مشاريع المواد باعتمادها ما كان أصلا تمييزا في القانون المدني، قد عكست مفعوله تقريبا. غير أن ذلك الأمر لا يستتبع بالطبع أن تمييزا ما واضح المعنى والأساس المنطقي في النظم القانونية الوطنية سوف يُطبق بالضرورة بالطريقة نفسها في القانون الدولي. ومن الضروري معاملة هذه المسألة في المعاني التي اعتمدتها مشاريع المواد، حتى لو لم تكن المعاني المقصودة في أي نظام قانوني وطني معين.

التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة في الكتابات القانونية

٥٩ - ويبدى، حتى الكتّاب المطلعون على هذا التمييز كما يرد في نظم القانون المدني، شكوكا قوية في جدواه في مشاريع المواد. فعلى سبيل المثال يقول Tomuschat "إن التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة صعب التطبيق ولا تضيد كثيرا أولئك الذين عليهم أن يبتئوا فيما إذا كان قد حدث انتهاك لالتزام دولي"^(١٢٢). وكثيرا ما ذكر التأثير الذي قد يكون لهذا التمييز في تحديد عامل الزمن في ارتكاب عمل غير مشروع دوليا^(١٢٣). غير أن معظم الكتاب يعتبرون هذا التمييز محدود الفائدة. فقد تم التشديد، على سبيل المثال، على "عدم وجود خط فاصل واضح بين هذين النوعين من الالتزامات، فضلا عن أنهما قد يتداخلان تداخلا تضيق معه الخصائص المميزة لهما"^(١٢٤). وبصفة عامة لا يرد في الكتابات سوى قدر ضئيل مما يدعم الإبقاء على هذا التمييز على الأقل بالصيغة المعتمدة في القراءة الأولى؛ رغم أن Combacau يعتقد أن التمييز "لا غنى عنه من حيث المبدأ"^(١٢٥). وهو يختم بحثه بالتشكيك في ...

"What is a 'Breach' of the European Convention of Human Rights" in Essays in Honour of (١٢٢) Henry G Schermers, p. 335. See also PM Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats" (1984), vol. 188, Recueil des cours, p. 47 and G Lysén (١٢٣) لا توفر فيما يبدو أي أدوات عملية بل إن من شأنها، أن تساهم في الارتباك". International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles (Iustus Förlag, Uppsala, 1997) p.63

(١٢٣) يرى Daillier & Pellet، في حالة الالتزام بنتيجة، أنه "ينبغي ... الانتظار ريثما يتم قطع مختلف مراحل 'عمل تقوم به الدولة ... يكون معقدا' قبل التمكن من اكتشاف وقوع انتهاك لالتزام دولي" المرجع السابق الذكر، الصفحة ٧٤٨ والفقرة ٤٧٣؛ (التشديد مضاف). انظر أيضا J. Combacau، المرجع السابق الذكر، الصفحة ١٨٤ و PM Dupuy، المرجع السابق الذكر، ص ٤٤ - ٤٥.

(١٢٤) G. Lysén، المرجع السابق الذكر، الصفحة ٦٢، الذي يشير أيضا إلى المادتين ١٩٤ و ٢٠٤ (١) من اتفاقية قانون البحار اللتين سبق وحللتهما لنفس الغرض PM Dupuy (المرجع السابق الذكر، ص ٤٩ - ٥٠). ويذكر J. Combacau، في دراسته للمعايير التي تم تحديدها في الشروح والمادتين ٢٠ و ٢١، أن "الالتزامات بنتيجة الواردة في المادة ٢١ تؤول إلى نوع وحيد ويصعب تمييزها عن الالتزامات بسلوك الواردة في المادة ٢٠" (المرجع السابق الذكر، الصفحة ١٩٠).

(١٢٥) المرجع نفسه، الصفحة ١٨٤.

" صحة بعض المفاهيم مثل مفاهيم الوسيلة والسلوك والنتيجة والهدف ... التي تطبّق على قواعد يكون فيها ما يبدو لأول وهلة نتيجة سلوك في حد ذاته، وتترك فيه كل وسيلة من الوسائل المتاحة لمنفّذ الالتزام أن يختار الوسائل"^(١٢٦).

التمييز بين الالتزامات بسلوك وبنتيجه في مجموعة السابقات القانونية الدولية

٦٠ - وبالنظر إلى عدم تحيز هذه الاستجابة للمادتين ٢٠ و ٢١، فإن السؤال الواجب طرحه هو ما إذا كانت المحاكم قد وجدت هذا التمييز مفيداً، مع ذلك، في الفصل في قضايا فعلية. وفي الممارسة لم ترد إشارة إلى هاتين المادتين إلا لمأماً. وعلى سبيل المثال، لم يشير إلى التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة في قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصلين. غير أنه يمكن ذكر ثلاث قضايا استخدم فيها هذا التمييز، إلى حد ما على الأقل.

٦١ - في قضية كولوزا^(١٢٧) اهتمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالمحاكمة الغيابية التي جرت للمدعي الذي لم يتلق إخطاراً فعلياً بالمحاكمة، وحكم عليه بالسجن ست سنوات، ولم يسمح له بعد ذلك بالطعن في إدانته. وقد ادعى بأنه لم يتمتع بمحاكمة نزيهة، خلافاً للمادة ٦ (١) من الاتفاقية. ولاحظت المحكمة أن:

"تتمتع الدول المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق باختيار الوسائل المعدة لضمان امتثال نظمها القانونية لمقتضيات المادة ٦ (١) في هذا الميدان. ولا تتمثل مهمة المحكمة في أن توضح هذه الوسائل للدول، بل في البت فيما إذا كانت النتيجة التي تدعو إليها الاتفاقية قد تحققت... ولكي يتحقق ذلك، ينبغي إظهار فعالية الوسائل المتاحة بموجب القانون المحلي وألا يلقي على شخص في مثل حالة السيد كولوزا "متهم بجريمة جنائية" عبء إثبات عدم سعيه إلى الإفلات من العدالة أو أن غيابه يعزى إلى قوة قاهرة"^(١٢٨).

(١٢٦) المرجع نفسه، ص ٢٠٤.

(١٢٧) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، السلسلة ألف، المجلد ٨٩ (١٩٨٥).

(١٢٨) المرجع نفسه، في الفقرة ٣٠، نقلاً عن De Cubber، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، السلسلة ألف، المجلد ٨٦ (١٩٨٤)، الصفحة ٢٠ (الفقرة ٣٥). قارن بقضية 'Plattform 'Ärzte für das leben'، التي قدمت فيها المحكمة التفسير التالي للمادة ١١:

"ومع أن من واجب الدول المتعاقدة اتخاذ التدابير المعقولة والمناسبة التي تكفل للمظاهرات المشروعة أن تتم في سلام، فإنها لا تستطيع أن تضمن ذلك بصفة مطلقة ولديها سلطة تقديرية واسعة في اختيار الوسائل التي ستستخدم ... وفي هذا المجال، يشكل الالتزام الذي تتعهد به بموجب المادة ١١ من الاتفاقية التزاماً يتعلق بالإجراءات التي ستتخذ لا بالنتائج المراد تحقيقها". المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، السلسلة ألف، المجلد ١٣٩ (١٩٨٨)، الفقرة ٣٤. أما في قضية كولوزا فقد استخدمت المحكمة، على نقيض ذلك، لغة مشابهة ولكنها خلصت إلى أن الالتزام كان التزاماً بنتيجة.

وقد رأت المحكمة أن قضية مقدم الطلب "لم يتم الاستماع إليها في نهاية المطاف، في حضوره من قبل "هيئة تحكيم" مختصة في البت في جميع جوانب المسألة"^(١٢٩) غير أن المحكمة توصلت إلى هذه النتيجة، كما يشير Tomuschat، لا بمجرد مقارنة النتيجة المطلوبة (فرصة إجراء محاكمة في حضور المتهم) بالنتيجة التي تحققت فعلا (عدم وجود تلك الفرصة في هذه الحالة بالذات)، بل إن المحكمة نظرت فيما كان بوسع إيطاليا أن تفعله لجعل حق مقدم الطلب حقا "فعليا"^(١٣٠). وصحيح أن الالتزام بنتيجة الذي تتضمنه المادة ٦ (١) على اعتبار أنه التزام بإتاحة حق فعلي في أن يحاكم الشخص بحضوره، غير أن ذلك لا يعدو أن يكون إعادة صياغة للمسألة التي يجب الفصل فيها. وثمة شك في ما إذا كان التمييز بين الالتزام بسلوك والالتزام بنتيجة قد أعان المحكمة على الفصل في تلك المسألة.

٦٢ - ولعل قضية ELSI التي حكمت فيها دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية ضمت القاضي آغو، مثال أجدر بالاهتمام. فقد كانت المسألة الرئيسية تتعلق بما إذا كان استيلاء عمدة باليرمو على مصنع ELSI (مما أدى إلى إفلاس الشركة وإلى اضطرابها، في وقت لاحق، إلى بيع الأصول بأقل من قيمتها) يمثل انتهاكا لعدة أحكام في معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة الثنائية والاتفاق التكميلي. وقد استندت الولايات المتحدة، ضمن حجج أخرى، إلى المادة الأولى من الاتفاق التكميلي التي تنص على ما يلي:

"لا يَخضع مواطنو وشركات وجمعيات أي من الطرفين الساميين المتعاقدين لتدابير تعسفية أو تمييزية داخل أراضي الطرف السامي المتعاقد الآخر تؤدي بصفة خاصة إلى: (أ) منعها من التحكم الفعلي في الشركات وإدارتها ... أو (ب) انتقاص حقوقها ومصالحها المكتسبة بصورة مشروعة في هذه الشركات ..."

وقد تقرر لاحقا أن الاستيلاء على المصنع كان عملا غير مشروع بموجب القانون الإيطالي وحكمت المحاكم الإيطالية بتعويضات مادية. غير أن الولايات المتحدة حاجت بأنه لما كان الاستيلاء هو السبب الفعلي الذي أدى إلى التصفية فإن هذه التعويضات لا تمثل الخسائر الفعلية. وبناء على ذلك، يشكّل الاستيلاء إجراء تعسفيا يخالف المادة ١.

٦٣ - وأيدّ القاضي شوبيل، في رأيه المعارض، هذه النتيجة بالإشارة إلى التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة كما وردت في المادتين ٢٠ و ٢١. وصنّف المادة الأولى باعتبارها بأنها تجسد الالتزام بنتيجة بتحقيق غاية استنادا إلى أن ...

(١٢٩) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، السلسلة ألف، المجلد ٨٩ (١٩٨٥)، في الفقرة ٣٢.

(١٣٠) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، السلسلة ألف، المجلد ٨٩ (١٩٨٥)، في الفقرة ٢٨.

"الغايات المعيّنة للالتزام بعدم إخضاع مثل تلك الشركات لتدابير تعسفية أو تمييزية مبيّنة بتحديد دقيق. أما الوسائل المعيّنة لتحقيق هذه الغايات، فليست كذلك وهكذا ... فإن الالتزام الوارد في المادة الأولى يبدو التزاما لا بالوسائل بل بنتيجة، كما هو مألوف في الالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية بخصوص حماية الأشخاص الأجانب ومصالحهم، ومع ذلك، لا يعني هذا ... تبرئة إيطاليا من معاملتها التعسفية لشركة ELSI ولمصالح مساهمها في ELSI بسبب الإجراءات الإدارية والقانونية التي أعقبت الاستيلاء ... وفي القضية الحالية، لم تحقق إيطاليا النتيجة المحددة، وهي إعفاء ELSI من آثار إجراء الاستيلاء التعسفي عليها. ولم تحقق النتيجة المحددة بصفة عامة، أو في ما يتعلق بالغايات المعينة ذاتها الموضحة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) من المادة الأولى ...

ويمكن بالطبع الادعاء بأن ELSI كانت ستفلس حتى وإن لم يحدث الاستيلاء ... غير أن هذا الاستنتاج لا يراعي حقيقة ... أنه لو لم يفرض الاستيلاء في الوقت الذي فرض فيه، لتمكنت ELSI من أن تحقق من أصولها فوائد مادية أكبر مما تحقق فعلا ... ويستتبع ذلك أن ELSI لم توضع في الوضع الذي كانت ستكون عليه لو لم يحدث الاستيلاء. ولم تتوصل الإجراءات الإدارية والقضائية الإيطالية، رغم أنها جديرة بالتقدير، إلى نتيجة معادلة. وبناء عليه، فإن هذه الإجراءات، لا تعفي، في نظري، إيطاليا من ارتكاب عمل تعسفي بالمعنى الوارد في الاتفاق التكميلي للمعاهدة^(١٣١).

وعلى نقيض ذلك، توصلت دائرة المحكمة إلى نتيجة عكسية دون إجراء أي تحليل للتمييز؛ إذ قضت، أولا، بأن فقدان ELSI للتحكم في أصولها، ناظرة إلى الموضوع بصفة عامة وواقعية، نتج عن إغسارها لا عن الاستيلاء. غير أنه ينبغي، ثانيا، أن تقرأ المادة الأولى بوصفها حظرا عاما "للتدابير التعسفية أو التمييزية"، لا يقتصر على الأغراض المحددة المنصوص عليها. ويكمن سبب عدم حدوث انتهاك للمادة الأولى، في نظر المحكمة، إلى أن قرار العمد، وإن كان غير مشروع بموجب القانون الإيطالي، لم يكن قرارا "تعسفيا" بالمعنى الوارد في المادة الأولى^(١٣٢). ولذلك لم تكن الأغلبية بحاجة إلى أن تقرر ما إذا كانت فرصة استئناف القرار تعتبر انتصافا من التعسف. وكون هذا القرار "قد اتخذ عن علم في نطاق نظام قانوني معمول به وفي إطار وسائل ملائمة للانتصاف بالاستئناف" يعتبر سببا لعدم اعتباره تعسفيا في المقام الأول^(١٣٣).

(١٣١) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٨٩، ص. ١٥ في الصفحات ١١٧، ١٢١.

(١٣٢) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٨٩، ص ١٥، في الصفحات ٧٢، ٧٥-٧٧ (الفقرات ١٢١،

و ١٢٦ - ١٣٠).

(١٣٣) المرجع نفسه، الصفحة ٧٧ (الفقرة ١٢٩).

٦٤ - وقد يتفق المرء مع القاضي شويبيل في أن الاستيلاء إذا اعتبر "تعسفياً" وكان السبب الحقيقي في الخسائر التي تكبدتها ELSI، فإن التعويضات المحدودة التي حصلت عليها، بعد عدة سنوات، من المحاكم الإيطالية لن "تعالج" الانتهاك. ولكن كيف أثّر في النتيجة التي وصلت إليها القضية تصنيف المادة الأولى على أنها التزام بعدم تحقيق نتيجة المعاملة التعسفية، تمييزاً له عن الالتزام (بسلوك أو بوسيلة) بعدم انتهاج مسلك تعسفي؟ ويبدو أن اختلافاً حدث بين الأغلبية والأقلية في تفسير مصطلح "تعسفي" الوارد في المادة الأولى، ولا ريب في أنهما اختلفا في تقدير الوقائع. غير أن التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة لم يؤثر مطلقاً في أي من هذين المجالين، أو أنه ساهم فعلاً في إجراء تحليل لهذه القضايا.

٦٥ - وهناك مثال ثالث هو القرار الذي أصدرته في الآونة الأخيرة محكمة مطالبات إيران والولايات المتحدة في قضيتي جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية، رقم A15(IV) ورقم A24^(٢٤). وشملت القضية دعوى إيرانية بأن الولايات المتحدة قد أخلت بالتزامها، بمقتضى المبدأ العام بآء من الإعلان العام الوارد في اتفاقات الجزائر المؤرخة ١٩ كانون الثاني/يناير ١٩٨١، "بإنهاء جميع الدعاوى المرفوعة أمام محاكم الولايات المتحدة والتي تتضمن مطالبات من بعض مواطني الولايات المتحدة ومؤسسات تابعة لها ضد إيران ومؤسساتها الحكومية ... وإنهاء هذه المطالبات من خلال إجراء تحكيم ملزم". فبدلاً من أن تقوم الولايات المتحدة بإنهاء هذه القضايا التي لم تفصل فيها محاكمها بعد، قامت بتعليقها، والتعليق يتم رفعه بقرار من المحكمة التي تفتقر إلى الاختصاص اللازم بالنسبة للمطالبة^(٢٥). وحاجت الولايات المتحدة بأن تلك هي الوسيلة العملية الوحيدة المتاحة أمامها، وأن الربط بين إنهاء الدعاوى القانونية والمطالبات في المبدأ العام بآء يوضح معقولة النهج الذي تتبعه. وبعبارة أخرى (رغم أن أيًا من الطرفين لم يستخدم المصطلحات الواردة في المادتين ٢٠ و ٢١)، فإنها احتجت بأن المبدأ العام بآء يتضمن التزاماً كنتيجة - والنتيجة هي إنهاء الدعاوى التي لم يفصل فيها - وأن الوسائل المعمول بها داخل نظامها القانوني كافية لتحقيق تلك النتيجة عملياً. وهذا يذكر بالرأي المعرب عنه في شرح المادة ٢١، ومؤداه أن الالتزامات بنتيجة هي إلى حد ما أخف وطأة من الالتزامات بسلوك بسبب العنصر التقديري المتروك للدولة المعنية في تحقيق النتيجة.

٦٦ - وارتأت المحكمة، عند تفسير الإعلان، أن الالتزام بإنهاء المنازعة القضائية لا ينطبق إلا على القضايا التي تدخل في اختصاصها هي، غير أن الالتزام بإنهاء القضايا التي لا تدخل في اختصاصها لا يتحقق بمجرد أن تعلق القضايا. ولم يكن كافياً، للوصول إلى هذه الخلاصة، الاعتماد على صيغة الإعلان البادية للوضوح:

(١٣٤) الحكم رقم 590-A15(IV)/A24-FT، ٢٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨. وقد اتخذت المحكمة هذا القرار بكامل هيئتها (سكوبزوسكي، رئيساً؛ برومز، وأرانجيو - رويز، ونوري، والدريتش، وأميلي، وأليسون، وأغا حسين، ودونكان، أعضاء).

(١٣٥) انظر: Dames & Moore V. Regan 453 US 654 (1981).

"يجب على المحكمة أن تجري مزيداً من التحليل للمسألة. فالالتزامات بمقتضى المبدأ العام بـ"أ" هي، بصفة عامة، التزامات بـ"نتيجة"، وليست التزامات بـ"سلوك" أو "وسيلة". ورغم أنه يمكن القول إن الولايات المتحدة، بتعليقها المنازعة القضائية بدلاً من إنهاؤها، لم تف بالتزاماتها بمقتضى إعلانات الجزائر، فليس بوسع المحكمة أن تقتصر على مجرد تفسير حرفي أو نحوي لتلك الإعلانات بل يجب عليها أن تضح الطريقة التي اختارتها الولايات المتحدة ... في إطار موضوع تلك الإعلانات والقصد منها. والرد على السؤال المتعلق بما إذا كان التعليق قد حقق هدف الإنهاء مرهون بالممارسة. ومن ثم، فإن المحك هو الدليل الوقائي.

ويتيح القانون الدولي العام للدولة أن تختار الوسائل التي تنفذ بها التزاماتها الدولية داخل إطار ولايتها القضائية المحلية، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بمقتضى معاهدة من المعاهدات. غير أن حرية الدولة فيما يتعلق باختيار وسائل تنفيذ الالتزام الدولي ليست مطلقة. إذ يجب أن تكون الوسيلة المختارة كافية للوفاء بالالتزام الدولي الواقع على كاهل الدولة، كما يجب أن تكون مشروعة^(١٣٦).

ومضت المحكمة في رأيها قائلة إن "الولايات المتحدة، بلجوتها إلى آليات التعليق المنصوص عليها في الأمر التنفيذي ١٢٢٩٤، لا تكون قد أوفت بالتزاماتها بمقتضى إعلانات الجزائر إلا عندما تفضي الآليات، بالفعل، إلى إنهاء المنازعة القضائية حسبما تستلزمه تلك الإعلانات"^(١٣٧). والرد على السؤال المتعلق بما إذا كانت المنازعة القضائية قد أنهيت "بالفعل" يكمن فيما إذا كانت إيران "قد اضطرت بشكل معقول إلى اللجوء، كدفاع حصيف عن مصالحها، إلى محاكم الولايات المتحدة أو إيداع وثائق لديها بعد ١٩ تموز/يوليه ١٩٨١" فيما يتعلق بمنازعة قضائية لم يفصل فيها بعد وتدخل في اختصاص المحكمة، أو أي مطالبات أخرى رفعتها أمام المحكمة حتى الوقت الذي تم رفضها فيه لعدم الاختصاص^(١٣٨). ويمكن أن تسترد في المرحلة الثانية من الدعوى تكاليف ذلك الدفاع الحصيف، بما في ذلك التكاليف المعقولة الناشئة عن رصد القضايا المتعلقة.

٦٧ - وريثما يتم البت في هذه المسائل الوقائية تظل القضية غير مستكملة، ولن يكون من الملائم تقديم التعليق عليها بصورة مفصلة. بيد أنه يمكن ذكر نقطتين. أولاً، أن المحكمة قد أخذت بالتمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة، وذلك إلى حد كبير على نحو ما ارتئي في شرح المادتين ٢٠ و ٢١ (رغم عدم إشارتها إلى هاتين المادتين). وكان الهدف من ذلك هو منح الولايات المتحدة بعض المرونة

(١٣٦) الحكم رقم 590-A15(IV)/A24-FT، الفقرة ٩٥.

(١٣٧) المرجع نفسه، الفقرة ٩٩.

(١٣٨) المرجع نفسه، الفقرة ١٠١.

في الطريقة التي تنفذ بها المبدأ العام بآء، رغم أنه لم يزل مطلوباً منها الوصول إلى "النتيجة" المتمثلة في إنهاء القضايا الداخلة في اختصاص المحكمة^(١٣٩). وثانيتهما، أن المحكمة وصلت إلى استنتاجاتها، على وجه الحصر، بتفسير الاتفاقات ذات الصلة في سياق كل منها مع مراعاة موضوعها ومقصدها؛ وبعبارة أخرى، فإنها لم تكن معنية في هذه المرحلة من الدعوى بالقواعد الثانوية للمسؤولية على الإطلاق. وفي هذا الصدد يؤكد القرار أن الفرق بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة يتعلق بتصنيف الالتزامات الأولية، أي أنه يتعلق بالقواعد الأولية لا الثانوية للمسؤولية. والنقطة الثالثة هي أن من غير الواضح ما إذا كان قرار المحكمة سيختلف من حيث المضمون، لا من حيث الشكل، إذا ما صنّف الالتزام بوصفه التزاماً بسلوك (سلوك إنهاء المنازعة القضائية) وليس التزاماً بنتيجة (النتيجة المتمثلة في إنهاء المنازعة القضائية). ومن المفترض أن تنطبق الاعتبارات نفسها على الالتزام في كلا الحالتين.

٦٨ - ويوحى هذا الاستعراض الموجز بأن الفرق بين الالتزامات بسلوك وبنتيجة يمكن استخدامه كوسيلة لتصنيف الالتزامات، ولكنه لا يستخدم بقدر كبير من الاتساق. وكان السؤال يتعلق في كل حالة بتفسير الالتزام ذي الصلة، وتكمن قيمة الفرق في أهميته بالنسبة لدرجة التقدير المتروكة في تنفيذ الالتزام للدولة المجيبة على الادعاء. والفرق مقيّد بالضرورة بالقاعدة الأساسية، والمسألة الحاسمة في حسن التقدير هي إلى أي مدى؟ فهذا الفرق قد يساعد في بعض القضايا في التعبير عن بعض الاستنتاجات بشأن هذه المسألة، أما أن كان يساعد في التوصل إلى تلك الاستنتاجات فمسألة أخرى.

التزامات حقوق الإنسان بوصفها "التزامات بنتيجة"

٦٩ - يصر شرح المادة ٢١ على أن الالتزامات القياسية فيما يتعلق بمعاملة الدولة للأشخاص، سواء في ميدان حقوق الإنسان أو الحماية الدبلوماسية، تنطوي على ما يمكن تسميته "التزامات موسعة بنتيجة"، وأنها تدخل في نطاق المادة ٢١ (٢). ويترتب على ذلك أن الإخلال بهذه الالتزامات لا يتحقق عن طريق سن تشريع، إلا عندما يصبح ذلك التشريع نافذاً بشكل نهائي. وبعبارة أخرى، فإن تطبيق التشريع في قضية بعينها، مضافاً إليه عدم كفالة الدولة لاحقاً سبيل انتصاف لأي مظلمة تنتج عنه، يشكل إخلالاً بالالتزامات. ولحين حدوث ذلك، يكون هناك مجرد تخوف من وقوع الإخلال. وقد صور كومباكو وجهة النظر هذه تصويراً حياً في النص التالي:

(١٣٩) وهكذا ارتأت المحكمة أن الولايات المتحدة بسماعها برفع قضايا جديدة بغرض وحيد هو تعطيل سريان التقادم قد انتهكت المبدأ العام بآء: إذ أن تعطيل سريان التقادم كان يمكن تحقيقه بشكل قانوني بوسائل أخرى غير رفع القضايا، فالمبدأ العام بآء يحظر بشكل محدد "أي منازعات قضائية جديدة" في المطالبات التي تدخل في اختصاص المحكمة لأي سبب كان. المرجع نفسه، الفقرة ١٣١.

"عندما ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من ناحية على أنه 'لا يجوز، حكماً، القبض على أي إنسان أو اعتقاله' ... فإنه ينص من ناحية أخرى على أنه 'يكون لكل إنسان يتعرض للقبض أو الاعتقال بصورة لا قانونية حق لازم في التعويض' ... فإن ذلك يرسى قاعدتين يقابلهما تماماً في القانون المحلي التزامان على عاتق الدولة، أحدهما أساسي والآخر فرعي؛ ولكن بالنسبة للقانون الدولي فإن ذلك لا ينشئ سوى التزام واحد، وهو الالتزام الذي يقضي بأنه لا يجوز للدولة أن تخل على التعاقب بهذين الالتزامين الداخليين معاً، وإلا تكون قد ارتكبت عملاً غير مشروع، والذي ينص في نهاية المطاف على أنه: 'لا يجوز لأي دولة القبض على أي إنسان أو اعتقاله تعسفياً دون دفع تعويض له'." وذلك إذا تفاضينا عن السمة المشيرة للاستياء التي تتسم بها هذه الصياغة^(١٤٠).

بيد أن محاكم ولجان حقوق الإنسان لا تتناول هذه الحقوق بهذه الطريقة، وهو ما يتضح من البحث الموجز والانتقائي التالي.

٧٠ - يجوز، بمقتضى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠، تقديم الالتماسات من "أي شخص يدعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموعة من الأفراد تدعي بالتعرض لانتهاك" الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية. وبالإضافة إلى ذلك، يجوز أن يحال إلى المحكمة القضايا المشتركة بين الدول فيما يتعلق بـ "أي انتهاك مزعوم لأحكام الاتفاقية" والبروتوكولات^(١٤١). وتنص المادة ٤١ على ما يلي:

"إذا قررت المحكمة أن هناك انتهاكاً للاتفاقية أو لبروتوكولاتها، وإذا كان القانون الداخلي للطرف المتعاقد السامي المعني لا يسمح إلا بتقديم تعويض جزئي، فإن المحكمة تقوم، إذا لزم الأمر، بتقديم تعويض عادل إلى الطرف المتضرر."

(١٤٠) J Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in *Mélanges Reuter*, p. 181 at p. 191 (emphasis added). Contra see for example R. Higgins, "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. - General Course on Public International Law", RCADI, 1991-V, vol.230, pp.203-204.

(١٤١) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (بصيغتها المعدلة بالبروتوكول الثاني)، المادتان ٣٤ و ٣٥. يجب استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ويجب تقديم الالتماس "في غضون فترة ستة أشهر من تاريخ اتخاذ القرار النهائي": المادة ٣٥.

وهذا يعني بوضوح أنه يمكن تحديد وقوع انتهاك للاتفاقية قبل تحديد مسألة ما إذا كان التعويض عن هذا الانتهاك متاحا بمقتضى القانون الداخلي ذي الصلة، وبمعزل عن هذه المسألة. ولم تشك الهيئات المنشأة بموجب الاتفاقية مطلقا في هذا الافتراض. وكما قالت المحكمة في إحدى القضايا:

"إن المادة ٢٥ [المادة ٣٤ الآن] من الاتفاقية تعطي للأفراد الحق في أن يحاجوا بأن أحد القوانين يخل بحد ذاته بحقوقهم، عندما لا يتوفر مقياس فردي للتنفيذ، إذا واجهوا مباشرة خطر التضرر منه ..."(١٤٢).

٧١ - وبالمثل فإن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ يميّز بين رسائل الأفراد والرسائل المتبادلة بين الدول. وبمقتضى البروتوكول الاختياري، يجوز للأفراد الخاضعين للولاية القضائية لدولة طرف في البروتوكول والذين "يدعون بأنهم ضحايا لانتهاك ارتكبه دولة طرف" لحقوق منصوص عليها في العهد أن يقدموا رسائل إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان^(١٤٣). وكانت اللجنة تشترط دائما عند النظر في هذه الرسائل أن يكون أثر فعل الدولة على نحو يكون معه الشخص المعني "ضحية" بمفرده، وترفض أن تنظر في تشريعات الدولة بصورة مجردة. ومن ناحية أخرى، فإنها لا تشترط أن يكون الضحية قد قوضي أو عوقب على نحو آخر بالضرورة. وفي حالات معينة، فإن مجرد وجود تشريعات قد ينطوي على خرق للاتفاقية؛ وفي حالات أخرى، فإن وجود خطر وشيك ومباشر على نحو كاف بوقوع فعل سوف يبرر معاملة أحد الأشخاص على اعتبار أنه ضحية. وقد أوجزت طريقة معرفة ذلك فيما يلي:

"ما من شيء يحول دون قيام عدد كبير من الأشخاص برفع قضية بموجب البروتوكول الاختياري شرط أن يكون كل من مقدمي الرسالة ضحية في حدود معنى المادة ١ من البروتوكول الاختياري. ومجرد وجود عدد كبير من مقدمي الرسائل لا يجعل من رسالتهم دعوى جماعية ...

(١٤٢) قضية نوريس، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ١٤٢ (١٩٨٨) الفقرة ٣١، وتستشهد بقضية كلاس، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٢٨ (١٩٧٨) في الفقرة ٣٣؛ وقضية مارسيس، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٣١ (١٩٧٩) في الفقرة ٢٧؛ وقضية جونسون، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٢٨ (١٩٧٨) في الفقرة ٣٣. انظر أيضا، في جملة أمور، قضية دادجون، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٤٥ (١٩٨٢) الفقرة ٤١؛ وقضية مودينوس، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٢٥٩ (١٩٩٣) في الفقرة ٢٤.

(١٤٣) البروتوكول الاختياري، المادة ١. تنطبق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية: المادة ٥

(٢) (ب).

ولكي يحق لأحد الأشخاص أن يدعي بأنه كان ضحية انتهاك حق يحميه العهد، يتعيّن عليه أن يبيّن أن فعلاً أو تركاً من قبل الدولة الطرف قد أضر بتمتعها بهذا الحق، أو أن الأثر المذكور على وشك أن يقع، مثلاً، بناء على قانون حالي و/أو قرار قضائي أو إداري أو ممارسة^(١٤٤).

وهذه التحديدات مستمدة من أحكام البروتوكول الاختياري، على نحو ما فسرتة اللجنة. وتخضع المراسلات المتبادلة بين الدول لصيغة مختلفة. فبموجب المادة ٤١ من العهد، يجوز لدولة طرف قبلت بالإجراء وتدعي أن دولة طرفاً أخرى مثلها "لا تفي بالتزاماتها" أن ترسل مثل هذه الرسائل^(١٤٥). وهذا الإجراء لم يستخدم حتى الآن، ولكنه قد ينطوي على تحدٍ لقانون في حد ذاته.

٧٢ - وإن محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان المنشأة في عام ١٩٦٩ تطبّق من حيث الجوهر المبدأ نفسه عندما تبت فيما إذا كان قد وقع خرق للاتفاقية. فقد سئلت محكمة البلدان الأمريكية في فتاها المتعلقة بتوافق مشروع تشريع مع المادة ٨ (٢) (ح) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، عدة أسئلة عامة ناشئة عن خلاف بشأن مشروع قانون من شأنه، إن سُن، أن يخلّ إخلالاً واضحاً بالتزامات الدولة المعنية بموجب الاتفاقية. وفيما يتعلق بمسألة ما إذا كان مجرد وجود قانون يخلّ في حد ذاته بالتزام بنتيجة، قالت المحكمة:

(١٤٤) إي. و وآخرون ضد هولندا، CCPR/C/47/D/429/1990 (١٩٩٣)، الفقرتان ٣-٦ - ٤-٦. انظر أيضاً، في جملة أمور، أوميرودي - زيفرا ضد موريشيوس، A/36/40 في الصفحة ١٣٤ (١٩٨١)، الفقرة ٩-٢؛ وهرتزبرغ وآخرون ضد فنلندا، A/37/40 في الصفحة ١٦١ (١٩٨٢)، الفقرة ٣-٩؛ والعجزة والمعوقون في إيطاليا ضد إيطاليا، A/39/40 في الصفحة ١٩٧ (١٩٨٤)، الفقرة ٢-٦؛ وبالانتين وآخرون ضد كندا، CCPR/C/47/D/359/1989 & 385/1989/Rev.1 (١٩٩٣)، الفقرة ٤-١٠ ("عندما يكون أحد الأفراد في فئة أشخاص تعتبر أنشطتهم، بحكم التشريع ذي الصلة، مخالفة للقانون، فقد يكون لهم حق بصفتهم "ضحايا" في حدود معنى المادة ١ من البروتوكول الاختياري")؛ وتونين ضد استراليا، CCPR/C/50/D/488/1992 (١٩٩٤)، الفقرة ٥-١، بوردرس وآخر ضد فرنسا، CCPR/C/57/D/645/1995 (١٩٩٦) الفقرتان ٤-٥ - ٥-٥.

(١٤٥) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة ٤١ (١). صيغ الشرط صياغة مختلفة قليلاً في المادة ٤١ (١) (أ): "لا تقوم بإنفاذ أحكام العهد الحالي". وليس هناك شرط بأن تكون الرسالة متصلة بأي فرد معين، ولكن يتعين أن تكون سبل الانتصاف المحلية المتاحة قد استنفدت: المادة ٤١ (١) (ج).

"إن قانونا يدخل حيّز النفاذ لا يؤثر بالضرورة في المجال القانوني لأفراد بالذات. فالقانون قد يشترط تدابير معيارية لاحقة، والامتنثال لشروط إضافية، أو قد يشترط، بكل بساطة، التنفيذ من قبل سلطات الدولة قبل أن يصبح بالإمكان أن يكون له أثر في ذلك المجال. ولكن الأفراد الخاضعين لاختصاص المعيار المذكور قد يتأثرون أيضا منذ اللحظة التي يدخل فيها حيّز النفاذ. فالقوانين غير النافذة من تلقاء ذاتها إنما تمكن السلطات من اتخاذ تدابير عملا بهذه القوانين. وهي لا تشكل بحد ذاتها انتهاكا لحقوق الإنسان. وفي حالة القوانين التي تدخل حيّز النفاذ من تلقاء ذاتها ... يقع انتهاك حقوق الإنسان، سواء أكان انتهاكا فرديا أو جماعيا، عند صدورهما. ومن هنا فإن معيارا يحرم جزءا من السكان من بعض حقوقهم - بسبب العرق مثلا - يضر بصورة تلقائية بجميع أفراد ذلك العرق..."^(١٤٦).

وبعد تحليل كل من أحكام الاتفاقية بالذات، والإشارة مع الاستحسان إلى مجموعة القوانين والأحكام الأوروبية، وصلت المحكمة إلى ما يلي:

"إن اختصاص المحكمة المختلف فيه غرضه حماية حقوق وحرّيات أفراد بالذات، وليس البت في مسائل مجردة. وليس ثمة نص في الاتفاقية يخول المحكمة، بموجب اختصاصها المختلف فيه، البت فيما إذا كان أحد القوانين الذي لم يؤثر بعد في الحقوق والحرّيات المضمونة لأفراد محددين يخل بالاتفاقية. وترى المحكمة أن إصدار قانون يخل إخلالا واضحا بالالتزامات التي تأخذها إحدى الدول على عاتقها عند التصديق على المعاهدة أو الانضمام إليها يشكل انتهاكا لتلك المعاهدة وإذا كان مثل هذا الانتهاك يؤثر في الحقوق والحرّيات المضمونة لأفراد معينين، فإنه ينشئ مسؤولية دولية للدولة المعنية"^(١٤٧).

والقول في هذا النص إن المسؤولية الدولية لا تنشأ، في أعقاب انتهاك واضح للمعاهدة، إلا إذا "كان هذا الانتهاك يؤثر في الحقوق والحرّيات المضمونة لأفراد محددين" يحتاج إلى بعض الإيضاح. فالقراءة الحرفية للنص توحي بإمكانية وقوع انتهاك لإحدى المعاهدات دون تحمّل أي مسؤولية، وهذا الأمر ليس متفقا مع مفهوم مسؤولية الدولة الوارد في مشروع المواد^(١٤٨). ولكن يبدو أن المحكمة كانت تميّز هنا بين مسؤولية الدولة عن انتهاك المعاهدة بحد ذاتها والمسؤولية الدولية بموجب إجراءات الاتفاقية المتعلقة بالانتهاك المباشر لحقوق الأفراد، والذي وحده يقع في حدود اختصاص المحكمة المختلف فيه.

(١٤٦) محكمة البلدان الأوروبية لحقوق الإنسان (المجموعة ألف) رقم ١٢ (١٩٩١) في الفقرات

٤١-٤٣.

(١٤٧) المرجع نفسه، الفقرتان ٤٩ و ٥٠؛ أيضا في (١٩٩٥) ٣٤ المواد القانونية الدولية الصفحة ١٨٨

وفي الصفحات ١١٩٩-١٢٠١.

(١٤٨) خصوصا المادتان ٣ و ١٦؛ انظر الفقرة ١١ أعلاه.

٧٣ - وباختصار، يدل هذا الاستعراض الموجز على وجود نهج مشترك إلى حد بعيد إزاء هذه المشكلة من جانب مختلف هيئات حقوق الإنسان^(١٤٩). والتشريع نفسه يمكن أن يشكل انتهاكا للاتفاقية المعنية، شريطة أن ينطبق مباشرة على الأفراد أو يكون انطباقه مهددا بصورة مباشرة، رغم أن مسألة ما إذا كان هذا التشريع يشكل انتهاكا في حالة معينة تتطلب دراسة لوقائع تلك الحالة. والإجراءات التي تعقب ذلك داخل الدولة قد توفر تعويضا عن هذا الانتهاك، ولكنها لا تكون سببا فيه^(١٥٠).

٧٤ - ويعتقد أن استعراضا لميدان الحماية الدبلوماسية سيتوصل أيضا إلى النتيجة العامة ذاتها. وقد بيّنت المملكة المتحدة هذه النقطة بدقة فيما يلي:

"وبصورة عامة، فإن حكومة المملكة المتحدة ترى أن الحالة التي يتطلب فيها القانون الدولي تحقيق نتيجة معينة فقط، إنما تقع في إطار الفقرة ٢ من مشروع المادة ٢١. ومن أمثلة ذلك واجب توفير نظام قضائي عادل وفعّال. والفساد في محكمة دنيا لا ينتهك ذلك الالتزام إذا كان إصلاح ذلك متوفرا بسرعة في محكمة عليا، ففي حالة وجود مثل هذه الالتزامات، لا يقع الانتهاك حتى تكون الدولة قد أخفقت في اغتنام الفرص المتوافرة أمامها لتحقيق النتيجة المطلوبة.

(١٤٩) بموجب الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب لعام ١٩٨١، يوجد نص يتعلق بكل من الرسائل الموجهة من الدول والرسائل الأخرى إلى اللجنة (المادتان ٤٧ و ٥٥). وحتى الآن لا يوجد ما يشير علنا إلى نهج اللجنة إزاء المسائل التي تدور مناقشتها هنا. وعلى الرغم من احتمال وجود حالات تشابه في هذا الصدد في سياق قانون الاتحاد الأوروبي (انظر مثلا القضية: C-46/93, Brasserie du Pêcheur SA V Germany [1996] ECR I-1029 وخصوصا الفقرتان ٥١ و ٥٦)، فإن السمة الخاصة لقانون الاتحاد الأوروبي تحدد من قيمة المقارنة. وللإطلاع على نهج عام إزاء مسؤولية الدول بموجب قانون الاتحاد الأوروبي، انظر مثلا: P Craig & G de Búrca, EU Law.- Texts, Cases and Materials, OUP, Oxford, 2nd ed., 1998) pp. 236. 253.

(١٥٠) فيما يتعلق بإمكانية سن تشريع قد يشكّل، في حد ذاته، انتهاك دولة لالتزاماتها، شريطة أن يكون له انطباق مباشر على الفرد، انظر، من بين مراجع أخرى، ما يلي: C.F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law, Grotius, Cambridge, 1990, pp. 209-210; A. A. Cançado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local remedies in International Law, CUP, Cambridge, 1983, pp. 201-206; H. Dipla, La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de L'homme. - Problèmes d'imputation, Pedone, Paris, 1994, pp. 20-22. Contra see P. Cahier, "Changements et continuité du droit international. - Cours général de droit international. - public", RCADI, 1985-VI, vol. 195, pp. 261-263.

ومن جهة أخرى، إذا كان القانون الدولي يتطلب اتباع سلوك معين أو تحقيق نتيجة معينة في فترة زمنية محددة، فإن انتهاك القانون الدولي ينشأ من النقطة التي يتنافى عندها سلوك الدولة مع ما هو مطلوب، أو عندما تنتهي الفترة المطروحة دون أن تكون النتيجة قد تحققت. فالحرمان من حق المرور البريء أو عدم توفير التعويض خلال فترة زمنية معقولة بعد نزع ممتلكات الأجانب، هما حالتان من حالات انتهاك هذه القواعد. فاللجوء إلى الإجراءات في الدولة سعياً إلى "إصلاح" عدم القيام بالواجب يشكل في هذه القضايا حالات استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٥١).

٧٥ - وبالطبع قد تكون هناك سياقات محددة يكون للدولة فيها حق في التأثير في حقوق الأفراد شرط أن تكون هنالك قابلية لدفع التعويض. وهذا هو الحال عموماً بالنسبة لمصادرة الأملاك لغرض عام، والسبب هو بالضبط أنه يعترف في ذلك السياق بحق الاستيلاء العام. ولكن لا يوجد حق في الاستيلاء العام فيما يتصل بالمعاملة التعسفية للأشخاص. وهناك أيضاً حالات يكون فيها الالتزام هو اتباع نظام من نوع ما، كالالتزام بتوفير نظام قضائي عادل وفعال. وهنا تدخل الاعتبارات النظامية في مسألة الانتهاك، فالقرار المنحرف الذي يتخذه موظف أدنى في الرتبة ويمكن أن يعاد النظر فيه، لا يشكل في حد ذاته عملاً غير مشروع^(١٥٢). وهذا هو المثال الذي تقدمه المملكة المتحدة في الفقرة المقتبسة أعلاه. فلا بد من تطبيق الالتزامات النظامية على النظام بأكمله. لكن كثيراً من التزامات حقوق الإنسان ليست من هذا النوع: ففي حالات التعذيب والقتل التعسفي من قبل موظفي الدولة، مثلاً، يكون الانتهاك فوراً وغير مقيّد^(١٥٣).

٧٦ - ومن الممكن (على نحو ما تلاحظه المملكة المتحدة) أن تكون المشكلة التي تم تحليلها هنا مسألة تتعلق بشرح المادة ٢١ أكثر مما يتعلق بالنص نفسه^(١٥٤). لكن التحليل يوحى بعدد من الاستنتاجات.

(١٥١) A/CN.4/488، الصفحة ٨٨.

(١٥٢) بالمثل فإن إغراق النظام، بصورة مؤقتة، بالمنازعات القضائية، مما يسبب حالات تأخير غير متوقعة، لا ينطوي على انتهاك "إذا اتخذت الدولة إجراءات تصحيحية مناسبة بالسرعة المطلوبة": Union Alimentaria Sanders, ECHR Series A No. 17 (1989) at p. 15 (para.40).

(١٥٣) لدى إجراء مزيد من التحليل، يحتمل أن الالتزام بتوفير نظام قضائي عادل وفعال يتضمن عناصر متنوعة، منها التزامات معينة "بنتيجة" (مثلاً، الحق في وجود قاض) والتزامات أخرى "بسلوك". وباختصار، هو التزام هجين. انظر Tomuschat, "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights", at p. 328. وهناك مثال واضح آخر هو الالتزام باحترام الحياة الأسرية: انظر قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على النحو الذي يرد تحليله في Marckx case, ECHR Series A vol. 31 (1979) والقرارات اللاحقة.

(١٥٤) غير أن هذه المسألة تظهر من جديد في سياق المادة ٢٢ (استنفاد سبل الانتصاف المحلية): انظر الفقرات ١٣٨-١٤٦ أدناه.

أسبقية القواعد الأولية وتفسيرها

٧٧ - أولاً، قد يكون بالإمكان القيام على نحو دقيق بتصنيف التزامات معينة بوصفها التزامات بسلوك أو بنتيجة، وقد يوضح ذلك مضمون القواعد ذات الصلة أو تطبيقها، لكن هذا التصنيف لا يشكل بديلاً لتفسير القواعد نفسها وتطبيقها عندما يؤخذ في الاعتبار سياقها وهدفها وغرضها. فالمشكلة بالنسبة للمادتين ٢٠ و ٢١ هي أنهما تعنيان وجود حاجة إلى عملية وسيطة لتصنيف الالتزامات قبل أن تحسم مسائل الانتهاك. غير أنه في نهاية الأمر، يتوقف ما إذا كان قد حدث انتهاك لالتزام ما على شروط الالتزام ذاتها، وعلى وقائع الحالة. فمثلاً، هناك ميزة في أن التزامات الدول في ميدان القانون الإنساني هي بصورة صريحة أن "تحتترم وتضمن احترام" القواعد ذات الصلة^(١٥٥). وفي سياقات أخرى، حيث تستعمل عبارات مختلفة، قد يختلف الوضع. فالتصنيف قد يساعد في تفسير القواعد الأولية وتطبيقها، لكنه ليس بديلاً للتفسير.

٧٨ - وتظهر هذه النتيجة أيضاً من تحليل التزام الدول فيما يتعلق بالتعذيب، الذي قدمته المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية جرى النظر فيها مؤخراً. وقد ذكرت المحكمة ما يلي:

"ففي المعتاد، يولد سن تشريعات دولية لا تنسجم مع القواعد الدولية مسؤولية على الدولة وينشأ عنه بالتالي ادعاء مقابل من أجل التوقف أو التعويض (بالمعنى الواسع) فقط عندما تطبق هذه التشريعات بصورة ملموسة. وعلى خلاف ذلك، ففي حالة التعذيب، تتولد المسؤولية للدولة بمجرد الإبقاء على تشريعات سارية تتعارض مع الحظر الدولي للتعذيب أو سنّها. فقيمة التحرر من التعذيب هي من الكبر بحيث يتوجب استبعاد أي قانون تشريعي وطني يبيح التعذيب أو يتفادى عنه أو في أي حال يسمح بحدوث هذا الفعل"^(١٥٦).

(١٥٥) انظر ما يلي: (ICJ Reports 1986 p. 14 at p. 114 (para. 220)), Nicaragua case (Merits) referring to article 1 common to the four Geneva Conventions of 1949; cf. L. Condorelli & L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de L'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter le droit humanitaire en 'toutes circonstances'", in Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet (Swinarski, ed.), Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 17-35; N. Levrat, "Les conséquences de L'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires", in Mise en oeuvre du droit international humanitaire, Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 263-296.

(١٥٦) المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (القضاة مومبا وكاسيسي وماي)، Prosecutor v Anto Furundzija, judgment of 10 December 1998, para. 150; انظر أيضاً المرجع نفسه، الصفحة ١٤٩.

وبعبارة أخرى، فإن تقرير ما إذا كان سن تشريعات غير منسجمة يشكل في حد ذاته انتهاكا للقانون الدولي يتوقف على مضمون القاعدة الأولية وأهميتها.

تنوع القواعد الأولية

٧٩ - ثانياً، من الصعب المبالغة في القول إن هناك قدراً هائلاً من التنوع في القواعد الأولية والطرق المختلفة العديدة التي تصاغ بها. فيمكن ذكر وسائل تحقيق نتيجة ما بدرجات متعددة من الدقة. وقد تُملّي النتائج التي يُراد تحقيقها، حسب كل ظرف، الوسائل والدقة اللازمتين. ويمكن الجمع بين الوسائل والغايات في طرق مختلفة^(١٥٧). فعلى سبيل المثال، خذ الحالة العامة للالتزام ببذل "أفضل الجهود" لتحقيق نتيجة معينة. فهذا بالتحديد ليس التزاماً بنتيجة، بل هو حسب صياغته، التزام باتخاذ الخطوات اللازمة إلى حد معقول، والمتاحة للدولة المعنية بغية تحقيق النتيجة المحددة. وإذا اتخذت الدولة إجراء ما لتلك الغاية، ولا يكون بوضوح غير كاف أو غير مناسب، فقد لا تنشأ مسألة الانتهاك. أما إذا اتضح أن ليس من المرجح أن تتحقق النتيجة، وأن هناك خطوات أخرى متاحة للدولة ترغب في تحقيقها، فإن وقوع الالتزام في هذه الحالات قد يصبح اشد قوة، وقد يتجه نحو أن يصبح التزاماً بنتيجة^(١٥٨). وهكذا فمن الناحية العملية، لا تُشكل الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة تقسيماً بل كلاً^(١٥٩).

خصوصية التمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة

٨٠ - ثالثاً، لا يمكن تصنيف جميع الالتزامات بأنها التزامات بسلوك أو التزامات بنتيجة. فمثلاً قد توجد أخلاط بمشاريع المواد ذاتها التي تميّز "نوعاً" آخر، هو الالتزامات بالمنع. وقبل الوصول إلى أي استنتاج بشأن المادتين ٢٠ و ٢١، من المفيد أن ننظر في هذه الالتزامات.

(و) المادة ٢٢: انتهاك التزام دولي بمنع وقوع حدث معين

٨١ - تنص المادة ٢٣ على ما يلي:

إذا كانت النتيجة التي يتطلبها التزام دولي من دولة ما هي القيام، بالوسيلة التي تختارها، بمنع وقوع حدث معين، لا يكون هناك انتهاك لذلك الالتزام إلا إذا لم تُحقق الدولة، بالتصرف الذي قامت به، تلك النتيجة.

(١٥٧) هذه النقطة طرحها: G Lysén, State Responsibility and International Liability of States for

.Lawful Acts. A Discussion of Principles (1997) pp. 62-63

(١٥٨) انظر الفقرة ٨٦ أدناه.

(١٥٩) على نحو ما ذكر في عدد من تعليقات الدول: الفقرة ٥٦ أعلاه.

٨٢ - وتواصل المادة ٢٣ تحليل مختلف أنواع الالتزامات (الالتزامات بسلوك/الالتزامات بنتيجة)، التي تشملها المادتان ٢٠ و ٢١. ويعالج الشرح التزامات المنع على النحو التالي:

"والسمة المميزة ... هي بالتحديد فكرة حدث ما، أي فعل الإنسان أو الطبيعة الذي لا ينطوي، في حد ذاته، على إجراء من قبل الدولة ... فإذا كانت النتيجة التي يحتم الالتزام على الدولة أن تضمنها هي ألا يحدث حدث ما، فإن الدليل الرئيسي على انتهاك الالتزام هو حدوث ذلك الحدث، مثل ما أن عدم حدوث ذلك الحدث هو الدليل الرئيسي على الوفاء بالالتزام ... فعدم حدوث الحدث هو النتيجة التي يُطلب إلى الدولة أن تضمنها، وحدث الحدث هو الذي يحدد أن النتيجة لم تتحقق"^(١٦٠).

٨٣ - ويواصل الشرح تأكيد أنه في حالات الالتزامات بالمنع، فإن مجرد الإخفاق في المنع ليس شرطا كافيا للمسؤولية، رغم أنه شرط ضروري: "ومن الواضح أن الدولة يمكن أن يطلب إليها فقط أن تتصرف بطريقة يعاق بها حدوث الحدث، أي أن تحبط حدوث الحدث بقدر استطاعتها"^(١٦١). وهكذا فإن الالتزامات بالمنع هي بطبيعتها التزامات باتخاذ جميع التدابير المعقولة أو الضرورية لكفالة عدم وقوع الحدث. ولا تُشكل هذه الالتزامات ضمانات بأن الحدث لن يقع"^(١٦٢).

تعليق الحكومات على المادة ٢٣

٨٤ - تلاحظ فرنسا أن "المادة ٢٣ التي يكتنف صياغتها شيء من الغموض، ... تتعلق بقواعد للقانون الموضوعي تصنف الالتزامات الأولية . ومن ثم فلا محل لها في مشروع من هذا النوع"^(١٦٣). وتوافق ألمانيا على ذلك.^(١٦٤) وتنظر المملكة المتحدة إلى المادة ٢٣ على اعتبار أن لا نزاع بشأنها، غير أنها تبدو غير ضرورية؛ وترى أنه يمكن حذفها أو ضمها إلى المادة ٢١^(١٦٥).

(١٦٠) شرح المادة ٢١، الفقرة (٣٥).

(١٦١) شرح المادة ٢٣ (الفقرة ٦).

(١٦٢) ومن ناحية أخرى، فإنها لا تعتبر من "التزامات بالحرص الواجب" بالمعنى المعتاد. فانتهاك التزام من هذا القبيل يمكن أن يحدث فقي حال عدم ممارسة الحرص الواجب، حتى وإن لم تحدث النتيجة التي يُخشى حدوثها: شرح المادة ٢٣، الفقرة (٤)، الحاشية ٦.

(١٦٣) المرجع نفسه.

(١٦٤) المرجع نفسه، الصفحة ٦٧.

(١٦٥) المرجع نفسه، الصفحة ٧٢.

مضمون الالتزامات بالمنع

٨٥ - من السهل الميل الى اعتبار الالتزامات بالمنع بمثابة التزامات بنتيجة "سلبية". فبالنسبة لتلك الالتزامات، ليست النتيجة قيد البحث وقوع حدث معين وإنما عدم وقوعه. ومن ناحية أخرى، فإن السؤال عما إذا كان الحال على هذا النحو يتوقف على تفسير القاعدة الأساسية ذات الصلة. وكمثال على الالتزام بالمنع، يستشهد الشرح^(١٦٦) بالمادة ٢٢ (٢) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية التي تنص على ما يلي:

"يقع على الدولة المستقبلية واجب خاص باتخاذ جميع التدابير المناسبة لحماية أماكن عمل البعثة من أي اقتحام أو ضرر ومنع أي إخلال بأمن البعثة أو مساس بكرامتها".

وحسب هذا الشرح، "لا يكون هذا الالتزام منتهكا على نفس النحو إلا إذا لم يتخذ ما يكفل التحقق من أن تلك النتيجة لم تحدث [أي حدوث اقتحام أو ضرر أو إخلال]"^(١٦٧).

٨٦ - وبالرغم من وجود التزامات بالمنع بالمعنى الموضح في الشرح، فمن الجلي أن المادة ٢٢ (٢) من اتفاقية عام ١٩٦١ لا تشكل التزاما من هذا القبيل. وإذا كانت تشكل التزاما من أي نوع، فهو التزام بسلوك. ولا ريب أنها لا تنطوي على كفالة أو ضمان بعدم الاقتحام؛ وإنما تشكل التزاما مستمرا على عاتق الدولة المضيفة باتخاذ جميع التدابير المناسبة لحماية البعثة، وهذا الالتزام يزيد عبؤه إذا تعرضت البعثة، لأي سبب كان، للاقتحام أو الإخلال. وفي "القضية المتعلقة بموظفي الولايات المتحدة الدبلوماسيين والقنصليين في طهران"، أشارت المحكمة الدولية الى هذه الأحكام وغيرها من أحكام الاتفاقية على اعتبار أنها تفرض على الدولة المستقبلية "أشد الالتزامات القطعية ... باتخاذ جميع التدابير المناسبة لكفالة حماية بعثات الولايات المتحدة والأفراد العاملين فيها"^(١٦٨). ومضت المحكمة قائلة إن الحكومة الإيرانية، بعدم اتخاذها إجراء في وجه التهديدات المختلفة الموجهة من العناصر المتطرفة ...

(١٦٦) شرح المادة ٢٣، الفقرتان (٤) و (١٢)، الحاشية ١٩. انظر أيضا تعليقات الدانمرك (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، المشار إليها آنفا في الفقرة ٥٦.

(١٦٧) شرح المادة ٢٣، الفقرة (١٢)، وحسب هذا الشرح، تتعلق الاحتجاجات الدبلوماسية المقدمة في وقت سابق بضمان الوفاء بالالتزام ولا تثير قضايا المسؤولية: المرجع نفسه.

(١٦٨) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٠، الصفحة ٣ وفي الصفحة ٣٠ (الفقرة ٦١).

"قد أخفقت كليا في اتخاذ أي تدابير مناسبة لحماية مبنى بعثة الولايات المتحدة وموظفيها ومحفوظاتها من أي هجوم تشنه العناصر المتطرفة، وأخفقت باتخاذ أي تدابير لمنع هذا الهجوم أو وقفه قبل أن يكتمل ... وترى المحكمة ... أن إخفاق الحكومة الإيرانية في اتخاذ تدابير من هذا القبيل كان سببه أكثر من مجرد الإهمال أو الافتقار إلى الوسائل المناسبة ... إن عدم تصرف الحكومة الإيرانية يشكل بحد ذاته انتهاكا واضحا وخطيرا للالتزامات إيران تجاه الولايات المتحدة بمقتضى أحكام الفقرة ٢ من المادة ٢٢ ..."^(١٦٩).

وعلاوة على ذلك، فإن تفسير المادة ٢٢ (٢) الذي يحبذه الشرح هو تفسير غير مرغوب فيه من حيث المبدأ؛ إذ لا ينبغي أن يكون في إمكان الدول أن تهمل "الالتزام الخاص" على أساس أن الاقتحام أو الضرر أو الإخلال لم يحدث، أو أنه قد لا يحدث مطلقا.

٨٧ - وثمة مثال أفضل للالتزام بالمنع، مشار إليه في الشرح^(١٧٠) أيضا، وهو المبدأ المعلن في قرار التحكيم في قضية Trail Smelter ومفاده أنه ينبغي للدولة أن تبذل قصارى جهدها لمنع إلحاق ضرر بدولة مجاورة لها بالتلوث العابر للحدود. ويذهب الشرح إلى تأكيد أنه "حتى في حالة خاصة بالتزام بمنع وقوع حدث ما، لا يعتبر وجود الضرر شرطا إضافيا للحكم بوجود فعل غير مشروع دوليا"^(١٧١). ويصح هذا القول إذا كانت الحالة التي يتعين منعها غير محددة من ناحية حدوث الضرر ولكن يمكن تحديدها على هذا النحو. وفي استطاعة الدول أن تأخذ على عاتقها التزامات بمنع وقوع ضرر على أشخاص معينين أو على أراضي دول أخرى ولربما يكون حدوث الضرر، استنادا إلى التفسير الصحيح للالتزام معين بذاته، هو الذي يحرك مسألة المسؤولية وليس عدم اتخاذ تدابير لمنع الضرر.

(١٦٩) تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ٣، وفي الصفحتين ٣١ و ٣٢ (الفقرتان ٦٣ و ٦٧). استنتجت المحكمة بأن السلوك الإيراني "يبين بكل وضوح حدوث انتهاكات متكررة ومتعددة للأحكام ذات الصلة من اتفاقيتي فيينا، بل أنها انتهاكات أكثر جسامة من الانتهاكات التي حدثت نتيجة إخفاقها - الحكومة الإيرانية - في اتخاذ تدابير لمنع الهجمات الموجهة ضد حرمة تلك المباني" (تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٠، الصفحتان ٣٥ و ٣٦ (الفقرة ٧٦)). انظر أيضا "س. روزين، انتهاك المعاهدات، S.Rosenne, Breach of treaty"، الصفحتان ٥٠ و ٦٧. ووردت هذه النقطة أيضا في التعليقات المقدمة من ألمانيا: انظر A/CN.4/448، الصفحة ٦٧.

(١٧٠) شرح المادة ٢٣ (١١). للاطلاع على الحكم انظر (١٩٣٨ و ١٩٤١) مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي لعام ١٩٠٥.

(١٧١) شرح المادة ٢٣، الفقرة (٥).

الاستنتاجات بشأن المواد ٢٠ و ٢١ و ٢٣

٨٨ - للأسباب التي سبق إيرادها^(١٧٣)، يعتقد المقرر الخاص أن الفقرة (٢) من المادة ٢١ زائدة ومدعاة لسوء الفهم وأنه ينبغي حذفها. وتكمن الصعوبة الأساسية في مفهوم الالتزام بنتيجة لكنه يسمح مع ذلك، رغم حدوث انتهاك في الظاهر، "بتحقيق هذه النتيجة أو نتيجة معادلة لها من خلال قيام الدولة بتصرف لاحق". ولا شك أن القواعد الأولية تتخذ أشكالاً متعددة الوجوه، وقد تسمح قاعدة أولية للدولة أن تنقذ نفسها من أثر الانتهاك بالقيام بتصرف انتصافي لا يكون له أثر تقديم تعويض فسخ و لكن إلغاء أثر الانتهاك السابق برمته. لكن هذه الحالة غير عادية^(١٧٤). فإذا كان هناك مجرد تهديد بوقوع انتهاك للالتزام ما، فلربما يستدعي الأمر القيام بتصرف وقائي أو انتصافي لكن الانتهاك، حسب تعريفه كانتهاك، لم يقع بعد. أما إذا وقع الانتهاك، فإن قيام الدولة بتصرف لاحق قد يخفف آثاره، أو قد يزيل الجور المسبب له (بتوفير سبيل انتصاف محلية). ولكن من الخطل القول، بالنسبة للحالة الأخيرة، أن الانتهاك لم يقع.

٨٩ - وعند الحديث عن الفوارق بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة والالتزامات بالمنع، كما هي مبنية في المواد ٢٠ و ٢١ (١) و ٢٣، من الواضح أن هناك مبرراً قوياً لحذفها تماماً. فقد انتقدتها عدد من الحكومات على أساس أنها زائدة^(١٧٥). وانتقدت على نطاق واسع في الكتابات عن هذا الموضوع^(١٧٦). وعلاقتها مع مفاهيم مماثلة في القانون الوطني علاقة مبهمه بل متناقضة^(١٧٧).

٩٠ - وإضافة إلى ذلك، تبدو الفوارق، أيا كانت قيمتها التحليلية، مرتبطة بمعنى ومضمون القواعد الأولية، وهذا ما يُفسر سبب كونها تدور في حلقة مفرغة، فيما يبدو، في بيان عن القواعد الثانوية. فعلى سبيل المثال، لا تذكر المادة ٢٠، كما يبدو، ما يتجاوز القول إن الدولة التي تأخذ على عاتقها التزاماً باتباع مسلك معين تنتهك ذلك الالتزام إذا لم تتبع ذلك السلوك. أما الموقف المتعلق بالالتزامات بسلوك والالتزامات بالمنع فقد يختلف بسبب المغزى الضمني بعبارة "التصرف الذي قامت به"، الواردة في الفقرة (١) من

(١٧٢) انظر الفقرات من ٦٩ إلى ٧٥ أعلاه.

(١٧٣) جرت العادة أن يحدد التزام ما طرقة بديلة للامتناع (مثل التسليم أو المحاكمة في قانون تسليم المجرمين) وفي هذه الحالة يظل البديل سارياً حتى وإن استبعد الآخر. بيد أن التزامات حقوق الإنسان لا تتخذ هذا الشكل.

(١٧٤) انظر الفقرتين ٥٦ و ٨٤ أعلاه.

(١٧٥) انظر الفقرة ٥٩ أعلاه.

(١٧٦) انظر الفقرتين ٥٧ و ٥٨ أعلاه.

المادة (٢١) وفي المادة ٢٣. والقصد من ذلك، حسبما يوضح الشرح، هو تبيان الفكرة القائلة بأنه في الأحوال العادية لا بد من توفر شرطين لتحقيق المسؤولية، هما: إخفاق الدولة في اتخاذ جميع التدابير المتاحة لمنع وقوع الحدث قيد البحث، ووقوع ذلك الحدث في ظروف ما كان يتحقق فيها ذلك الحدث (أو من المرجح ألا يتحقق فيها) لو أن الدولة اتخذت التدابير المتاحة لها^(١٧٧). ولكن حتى في هذه الحالة، هناك صعوبة من حيث أن هذا التفسير، وإن كان من الممكن أن يكون التفسير الطبيعي للالتزام بمنع، ليس التفسير الوحيد الممكن له. ذلك أن الدولة باستطاعتها، في النهاية أن تتعهد بعدم تحقق نتيجة معينة إلا في حالات القوة القاهرة. أو أنها تستطيع أن تعطي ضمانا غير مشروط؛ وبعبارة أخرى، تستطيع أن تجازف بذلك حتى في الحوادث غير المنظورة التي ترقى إلى حد القوة القاهرة. ويتوقف معنى أي التزام مُعين على تفسير القاعدة الأولية ذات الصلة، لكن عملية التفسير هذه تخرج عن نطاق مشاريع المواد. وبعبارة أخرى، إما أن المادتين ٢١ (١) و ٢٣ تدوران بالمثل في حلقة مفرغة ("بالنسبة للقواعد الأولية لمضمون مُعين، هذا هو مضمونها"). وإما أنها تنشئ قرينة لتفسير قواعد أولية معينة، وهي ليست من وظائف مشاريع المواد.

٩١ - وهناك أساس قوي للحذف ولكن يجب أن يبقى هناك شيء من التردد بالنظر إلى تداول المصطلحات المستخدمة^(١٧٨). ولقيمتها في بعض الحالات مثل تقرير وقت حدوث الانتهاك، والافتقار النسبي للإطار المفاهيمي للقانون الدولي في المسائل المتصلة بانتهاك التزام. ولا ينبغي أن تكون المفاهيم الموجودة متعددة بالضرورة ولكن هناك ما يبرر الاحتفاظ بالمفاهيم الموجودة حتى وإن لم تكن تلك المفاهيم كاملة الشمول. وثمة فائدة من شرح المفاهيم المستخدمة في وصف الالتزامات الدولية؛ وتعتبر شروح المادتين ٢٠ و ٢١، والمادة ٢٣ بوجه خاص شروحا مفيدة رغم أنها بحاجة إلى تعديل كيما تستوعب النقاط المذكورة أعلاه.

٩٢ - واللجنة مدعوة للإعراب عن آرائها بشأن استبقاء أو عدم استبقاء التمييز الوارد في نص الفصل الثالث. وبغية تركيز مناقشات اللجنة حول نقطة معينة، يقترح المقرر الخاص مادة وحيدة تجسد جوهر التمييز^(١٧٩). بيد أن المقرر الخاص، للتعبير عن شكوكه، وضع المادة ضمن قوسين معقوفتين.

(١٧٧) شرح المادة ٢٣، الفقرة (٦).

(١٧٨) ليس بطريقة واضحة دائما: انظر على سبيل المقارنة القضية المتعلقة بمشروع غابسييسكوفو - ناغبماروس، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، الصفحة ٧، وفي الصفحة ٧٧، (الفقرة ١٢٥)، حيث أشارت المحكمة إلى الأطراف التي قبلت "الالتزامات بسلوك، والالتزامات بالوفاء، والالتزامات بنتيجة".

(١٧٩) لأغراض تقرير ما إذا كان قد حدث انتهاك ما (كحالة متميزة عن مدى امتداد الانتهاك)، يكفي فيما يبدو أن تُعامل الالتزامات بالمنع بالطريقة نفسها التي تُعامل بها الالتزامات بنتيجة. وترد في الفقرات ١٣٢-١٣٤ أدناه مناقشة لمسألة ما إذا كان مدى امتداد وقت انتهاك الالتزامات بالمنع يتطلب معاملة مستقلة.

(ز) المواد ١٨ (٣)-(٥) و ٢٤-٢٦: الأفعال غير المشروعة دولياً التامة والمستمرة

٩٣ - تتناول المواد الثلاث الأخيرة من الفصل الثالث الجوانب المختلفة لمشكلة الأفعال غير المشروعة الممتدة زمنياً (المشار إليها بعبارة "وقت وقوع انتهاك لالتزام دولي ومدى امتداد هذا الوقت..."). وهي تنص على ما يلي:

المادة ٢٤

وقت وقوع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل غير ممتد زمنياً ومدى امتداد هذا الوقت

يقع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل غير ممتد زمنياً وقت قيامها بذلك الفعل. ولا يمتد هذا الانتهاك إلى ما بعد هذا الوقت، حتى إذا استمرت آثار الفعل بعد ذلك.

المادة ٢٥

وقت وقوع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل ممتد زمنياً ومدى امتداد هذا الوقت

١ - يقع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل ذي طابع استمراري وقت بدء ذلك الفعل. ومع ذلك فإن مدة ارتكاب الانتهاك تمتد طوال فترة استمرار الفعل وبقائه غير مطابق للالتزام الدولي.

٢ - يقع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل مركب من سلسلة أعمال أو امتناع عن أعمال تتصل بحالات منفصلة وقت اتمام العمل أو الامتناع عن العمل الذي يقرر وقوع الفعل المركب. ومع ذلك فإن مدة ارتكاب الانتهاك تمتد من وقت حدوث أول الأعمال أو الامتناعات التي تشكّل الفعل المركب غير المطابق للالتزام الدولي، وتستمر طالما استمر تكرار مثل هذه الأعمال أو الامتناع عن الأعمال.

٣ - يقع انتهاك الدولة لالتزام دولي بفعل متشعب مؤلف من أعمال أو امتناعات متتالية صدرت عن ذات الجهاز أو عن أجهزة مختلفة من أجهزة الدولة بصدد ذات الحالة، وقت اتمام آخر الأعمال أو الامتناعات التي تشكّل ذلك الفعل المتشعب. ومع ذلك فإن مدة ارتكاب الانتهاك تمتد طوال الفترة ما بين وقوع العمل أو الامتناع الذي بدأ به الانتهاك ووقوع العمل أو الامتناع الذي اكتمل به الانتهاك.

المادة ٢٦

وقت وقوع انتهاك التزام دولي بمنع وقوع حدث معيّن
ومدى امتداد هذا الوقت

يقع انتهاك التزام دولي يتطلب من دولة ما أن تمنع وقوع حدث معيّن عندما يبدأ ذلك الحدث. ومع ذلك فإن مدة ارتكاب الانتهاك تمتد طوال الفترة كلها التي يستمر فيها الحدث.

من المفيد في السياق ذاته، كما سبقت الملاحظة، أن ينظر في الأحكام المفصلة الواردة في المادة ١٨ (٣) و (٥) التي تميز تمييزاً مماثلاً بين الأفعال غير المشروعة المستمرة منها والمركبة والمتشعبة^(١٨٠).

٩٤ - ويبدأ شرح هذه المواد بملاحظة أن المسائل الزمنية تنطبق على كل من "تحديد الوقت الذي يتقرر فيه وجود انتهاك للالتزام دولي، وتحديد مدة هذا الانتهاك أو مدى استمراره زمنياً"^(١٨١). ويشير إلى الآثار المختلفة التي يمكن أن تترتب على هذا التحديد، وذلك على سبيل المثال بالنسبة لاختصاص المحاكم أو جنسية المطالبات الادعائية أو تطبيق قاعدة السقوط بالتقادم، ويؤكد في الوقت نفسه أنه لا بد من أن يجري هذا التحديد بالرجوع إلى القواعد القانونية لا بالرجوع إلى الوقائع فحسب^(١٨٢). ففي حالة "الأفعال الفورية" (كإسقاط طائرة ركاب مدنية، على سبيل المثال)، قد تستمر الآثار لزمن طويل وقد تكون هامة في تقرير مدى خطورة الفعل. ولكن استمرار هذه الآثار "لا علاقة له بمدة دوام فعل الدولة الذي سببها - وهو فعل يظل على أي حال فعلاً لا يمتد زمنياً"^(١٨٣). ويؤكد الشرح، على سبيل المثال، أن القرار الذي اتخذته المحكمة الدائمة في قضية "المواد الفوسفاتية في المغرب" اعتبر القرارات الفرنسية ذات الصلة فورية ولا تنطوي على فعل غير مشروع مستمر^(١٨٤).

(١٨٠) للاطلاع على نص المادة ١٨، انظر الفقرة ٢٥ أعلاه.

(١٨١) شرح المادة ٢٤، الفقرة (١).

(١٨٢) شرح المادة ٢٤، الفقرة (٥).

(١٨٣) شرح المادة ٢٤، الفقرة (٧).

(١٨٤) شرح المادة ٢٤، الفقرة (١٠)؛ انظر أيضاً شرح المادة ٢٥، الفقرة (٥). وللأسباب الموضحة أدناه، لا يتفق المقرر الخاص مع هذا الرأي في القرار: انظر الفقرة ١٤٦.

٩٥ - أما فيما يتعلق بمفهوم الفعل غير المشروع الممتد زمنياً الذي تتناوله المادة ٢٥، فإن الشرح يميز بين الأفعال المستمرة والمركبة والمتشعبة. فيقول إن "الفعل المستمر" هو فعل "يمضي دون تغيير لمدة معينة من الزمن: أي أنه، بعبارة أخرى، فعل يظل بعد وقوعه قائماً بذاته وليس بآثاره وعواقبه فحسب"^(١٨٥). ويلاحظ الشرح أن مفهوم الأفعال غير المشروعة المستمرة (الذي يأخذ به العديد من النظم القانونية الوطنية) يعود منشؤه في القانون الدولي إلى "تريبيل" وقد طبقت المحاكم، ولا سيما المحاكم الأوروبية مراراً^(١٨٦).

٩٦ - و "الفعل المركب" معرف على أنه "فعل من أفعال الدولة مؤلف من سلسلة أفعال فردية ترتكبتها الدولة وتتعلق بمسائل مختلفة"^(١٨٧). وحسب الشرح، "تتألف هذه الأفعال من سلسلة أفعال متعاقبة قد يكون كل منها بمفرده مشروعاً أو غير مشروع ولكنها مترابطة لانتوائها على نفس النية والمحتوى والآثار، وإن كانت متصلة بحالات محددة مختلفة". ومن بين الأمثلة أي سلسلة من القرارات الإدارية لها أثر سلبي على مواطني دولة معينة وتنشئ نمطاً من التمييز أو رفضاً بالسماح لهؤلاء المواطنين بالاشتراك في النشاط الاقتصادي، وتخالف بذلك التزاماً دولياً واقعاً على الدولة المضيفة. وقد تكون هذه الأفعال مجتمعة غير مشروعة، سواء كانت القرارات الفردية مشروعة أو لم تكن^(١٨٨). وتقتضي بعض القواعد الأولية في الأحكام تكرار السلوك، كالانتهاكات المنهجية لحقوق الإنسان، على سبيل المثال. وفي هذه الحالات، لا يكفي الفعل الأول في سلسلة الأفعال لتقرير وقوع فعل غير مشروع، ولكن إذا تبعته أفعال أخرى مماثلة، يعتبر عندئذ أن السلوك غير المشروع المؤلف من سلسلة الأفعال قد بدأ بالفعل الأول^(١٨٩).

٩٧ - وهناك، أخيراً، مفهوم الفعل "المتشعب" المعروف على أنه "فعل من أفعال الدولة مؤلف من أعمال أو امتناعات متعاقبة تتصل بمسألة واحدة بعينها"^(١٩٠). والمثل التقليدي لذلك هو حرمان الأجنبي من العدالة. وهذا فعل متشعب لأنه لا ينشأ بموجب قرار واحد صادر عن مسؤول إداري أو محكمة دنيا: "فالفعل 'المتشعب' غير المشروع دولياً هو النتيجة الجماعية لكل أعمال أجهزة الدولة أو امتناعاتها في مراحل

(١٨٥) شرح المادة ٢٥، الفقرة (٢).

(١٨٦) التعليق على المادة ٢٥، الفقرات (٤) - (٧).

(١٨٧) شرح المادة ٢٥، الفقرة (١).

(١٨٨) شرح المادة ٢٥، الفقرتان (١٠) و (١١).

(١٨٩) شرح المادة ٢٥، الفقرة (١٢).

(١٩٠) شرح المادة ٢٥، الفقرة (١).

متعاقبة في حالة معينة، متى كان من الممكن لكل من هذه الأعمال أو الامتناعات أن يكفل النتيجة المطلوبة دوليا ولكنه لم يفعل ذلك^(١٩١). وهذا بالمثل، له آثار من حيث مدة الفعل غير المشروع. وفي حالة الفعل المتشعب، "يجب بالتالي حساب وقت ارتكاب الانتهاك من لحظة وقوع فعل الدولة الأول الذي أوجد حالة منافية للنتيجة المطلوبة بموجب الالتزام وحتى لحظة السلوك الذي جعل من المستحيل قطعاً تحقيق تلك النتيجة^(١٩٢)". وفي هذه الحالة، لا يتقرر حدوث الانتهاك حتى وقوع الفعل الأخير في السلسلة، ولكنه يحدث من بداية السلسلة ويكون له بذلك نوع ما من الأثر الرجعي.

٩٨ - وتنتهي هذه السلسلة من المواد بالمادة ٢٦ التي تتناول وقت وقوع انتهاك الالتزامات بالمنع ومدة هذا الانتهاك. ويشدد الشرح على الموازنة بين المادتين ٢٦ و ٢٣. ذلك أنه لما كان حدوث النتيجة موضوع البحث في حالة الالتزامات بالمنع شرطاً ضرورياً للانتهاك، فلا بد بالتالي من أن يكون حدوثها أيضاً "العامل الحاسم لتقرير وقت ومدة الانتهاك في تلك الحالة بعينها"^(١٩٣). وفكرة أنه حتى تخلّف الدولة الواضح والمتعذر إلغاؤه عن منع الحدث من الوقوع قد يكون بذاته بمثابة انتهاك، هي فكرة مرفوضة. فلا يمكن أن يقع الانتهاك قبل وقوع الحدث نفسه: "وبناء عليه، لا يقبل المنطق بفكرة أن من الجائز أن يكون وقت الانتهاك أي وقت سابق لوقوع الحدث"^(١٩٤). ولكن الموقف يكون مختلفاً عقب وقوع الحدث المحظور. وإذا كان للحدث طابع مستمر، "فمن المنطقي عندئذ أن يعتبر أن الالتزام بمنع وقوعه يترتب عليه الالتزام بكفالة إنجائه"^(١٩٥). ومن ثم، ففي حالة الأحداث المستمرة، يكون الالتزام ذاته بمنعها التزاماً مستمراً ويمتد انتهاكه طوال استمرار الحدث^(١٩٦).

(١٩١) شرح المادة ٢٥، الفقرة (١٦).

(١٩٢) شرح المادة ٢٥، الفقرة (١٧)، ويعتمد الشرح كثيراً على الحاجة الإيطالية في القضية المتعلقة بالمواد الفوسفاتية في المغرب (انظر في هذا الشأن الفقرة ١٤٦ أدناه): شرح المادة ٢٥، الفقرة (١٨).

(١٩٣) شرح المادة ٢٦، الفقرة (١). وللإطلاع على مناقشة المادة ٢٣، انظر الفقرات ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ أعلاه.

(١٩٤) شرح المادة ٢٦، الفقرة (٢).

(١٩٥) شرح المادة ٢٦، الفقرة (٦).

(١٩٦) شرح المادة ٢٦، الفقرة (٧).

تعليقات الحكومات على المواد ١٨ (٣) - (٥) و ٢٤-٢٦

٩٩ - انقسمت الحكومات التي علقت على هذه المواد في الرأي إلى حد ما. وتحبذ فرنسا الاحتفاظ بالتصنيفات المختلفة للانتهاكات التي وردت في المادة ٢٥ على أساس أنها تقيم "تصنيفا مفيدا للانتهاكات على أساس كيفية ارتكاب الانتهاك"، ولكنها تقترح الربط بين الفقرات المتعادلة من المادة ١٨^(٩٧). وعلى نقيض ذلك، فإن المملكة المتحدة...

"يساورها القلق إزاء كون مشاريع المواد قد نأت في اتجاه إقامة فوارق دقيقة بين فئات السلوك المختلفة. وهي تأمل في أن تنظر اللجنة في مدى ضرورة وفائدة اعتماد مواد تحدد بدقة تحليلية كبيرة مختلف فئات الأفعال غير المشروعة، وترك تطبيقها في الحالات المحددة لممارسة الدول"^(٩٨).

وعلى غرار ذلك تنتقد الولايات المتحدة المادة ١٨ والمواد ٢٤-٢٦ لأنها ترسي...

"سلسلة معقدة من القواعد المجردة التي تحكم وصف فعل للدولة بالفعل المستمر أو المركب أو المتشعب... غير أن مشاريع المواد هذه إذا قرئت مجتمعة، تضيفي قدرا من التشعب على المشروع يفوق القدر اللازم ويوفر للدول المرتكبة للفعل غير المشروع من الأحابيل القانونية الممكنة ما يمكنها من التنصل من التزاماتها. وقد تعمل هذه الأحكام على تعقيد تحديدات المسؤولية بدلا من توضيحها"^(٩٩).

وقدمت ألمانيا تعليقا مشابها فيما يتعلق بالمواد ٢٤-٢٦^(١٠٠). واقترحت اليونان أنه ينبغي "صياغة هذه الأحكام على نحو أبسط وأوضح"^(١٠١).

(٩٧) A/CN.4/488، الصفحة ٩٣.

(٩٨) A/CN.4/488، الصفحتان ٦١-٦٢. انظر أيضا الفقرة ٥٦ أعلاه.

(٩٩) A/CN.4/488، الصفحة ٦٢، نقلا عن I Brownlie, State Responsibility, pp. 197-198.

(١٠٠) A/CN.4/488، الصفحة ٩٣.

(١٠١) A/CN.4/492، الصفحة ١١. انظر أيضا الملاحظات العامة التي أبدتها الحكومات بشأن الفصل الثالث، الموجزة أعلاه في الفقرة ٤.

عرض عام للمسائل المثارة

١٠٠ - كثيرا ما تنشأ في الممارسة العملية مشكلة تحديد وقت بدء الفعل غير المشروع ومدة استمراره وهي موضوع الكثير من القوانين والأحكام السابقة^(٢٠٢). وكثيرا ما لا تكون المسألة في تلك الحالات هي المسؤولية في حد ذاتها بقدر ما هي اختصاص محكمة أو هيئة أخرى، أو مقبولية الطلب^(٢٠٣). ولكن هناك أيضا آثار محتملة في ميدان المسؤولية ذاتها، والواقع أن المادة ٤١ من مشاريع المواد تتناول أثرا هاما جدا من هذه الآثار، ويتصل بالكف عن الأفعال غير المشروعة. وقد تكون الأحكام الموجودة معقدة، ولكن يبدو أن هناك مبررا على الأقل لبعض الأحكام التي تتناول هذه المواضيع.

١٠١ - ومن المقترح أولا النظر في مسألة متى يمكن القول بأن فعلا غير مشروع دوليا قد وقع. وحتى إذا كان لذلك الفعل طابع الاستمرار، لا بد أن تكون هناك لحظة محددة يكون الفعل عندها قائما بالفعل. وثانيا، هناك مسألة التمييز بين الأفعال التامة (الأفعال التي لا تمتد لفترة زمنية) والأفعال المستمرة. وثالثا، هناك مسألة استيعاب التحديدات الدقيقة النابعة من الأفكار عن الأفعال غير المشروعة المركبة والمعقدة، ضمن الإطار الأساسي الذي أقامته تلك التمييزات. ومن الضروري في كل سياق النظر في كيفية تأثر المسؤولية في حالة الأعمال المركبة والمعقدة المستمرة بمبدأ القانون الدولي. ومن ثم سينظر في المادة ١٨ (٣) - (٥) باعتبارها جزءا من هذا الاستعراض.

(٢٠٢) انظر، على سبيل المثال قضية الامتيازات الفلسطينية، Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, Series A, No 2, p.35؛ وقضية الفوسفات في المغرب (اعتراضات أولية)، CIJ, Series A/B, No 74, pp. 23-29؛ وقضية شركة كهرباء صوفيا وبلغاريا (اعتراضات أولية)، PCIJ, Series A/B, No 77, pp. 80-82؛ والقضية المتعلقة بحق المرور فوق الأراضي الهندية (Merits), ICJ Reports 1960, pp. 33-36. وقد أثيرت القضية مرارا أمام أجهزة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (Continuing Violation): انظر على سبيل المثال قرار اللجنة في قضية De Becker Case (Ybk of the ECHR, 2 (1958-1959), p. 214, at pp. 234 & 244)؛ والأحكام الصادرة عن المحكمة في قضية أيرلندا ضد المملكة المتحدة، ١٨ كانون الثاني/يناير ١٩٧٨، Series A, No 25, p. 64؛ وقضية باباميكالوبولوس وآخرين ضد اليونان، ٢٤ حزيران/يونيه ١٩٩٣، Series A, No 260-B, para, 40؛ وقضية أغروتكسيم وآخرين ضد اليونان، ٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٥، Series A, No 330-A, para, 58.

(٢٠٣) انظر، في جملة مراجع، J. Pauwelyn, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems" BYIL, vol. 66, 1995, 415-450; J. Salmon, "Le fait étatique complexe: une notion contestable", AFDI, vol. XXVIII, 1982, 709-738; E. Wyler, "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", RGDIP, vol. 95, 1991, pp. 881-914.

متى يبدأ انتهاك الالتزام؟ التمييز بين الانتهاكات التي يخشى حدوثها أو الوشكة الحدوث أو "المتوقعة" والانتهاكات القائمة

١٠٢ - هناك سؤال أولي يتعلق بهذه المواد الثلاث كلها هو: متى يكون انتهاك للقانون الدولي قد وقع (وليس مجرد أنه يخشى وقوعه أو أنه وشيك الوقوع). وبعبارة أخرى، متى "يحدث" الفعل غير المشروع أول ما يحدث؟ ومن حيث المبدأ لا يمكن الإجابة على هذا السؤال إلا بالرجوع إلى قاعدة أولية معينة. وتحظر بعض القواعد على وجه التحديد التهديدات بارتكاب سلوك^(٢٠٤) أو التحريض عليه أو الشروع فيه، وفي تلك الحالة يعتبر، في حد ذاته، كل من التهديد أو التحريض أو الشروع^(٢٠٥) فعلا غير مشروع. وسيجرى مزيد النظر فيما إذا كانت هناك قواعد ثانوية عامة من قواعد القانون الدولي فيما يتعلق بالأفعال غير المشروعة "التبعية" مثل التحريض والاشتراك والمسائل التي من هذا القبيل في سياق الفصل الرابع من الباب الأول من مشاريع المواد. وللأغراض الحالية، فالسؤال هو متى يمكن القول بأن فعلا غير مشروع معرف بالرجوع إلى القاعدة الرئيسية، قد وقع.

١٠٣ - وكانت تلك من المسائل الداخلة في القضية المتعلقة بمشروع غابسيكوفو - ناغيماروس^(٢٠٦). فعقب رفض هنغاري المضي في المشروع، حسبما نصت عليه المعاهدة الثنائية لعام ١٩٧٧، بدأت تشيكوسلوفاكيا تخطط بنشاط لمشروع بديل أحادي الجانب (وهو ما يسمى "البديل جيم")، ولبنائه لاحقا، باستخدام المنشآت التي شيدت للمشروع الأصلي وبعض العناصر الإضافية التي شيدت في إقليم تشيكوسلوفاكيا. وقد

(٢٠٤) تجدر الإشارة إلى أن المادة ٢ (٤) من ميثاق الأمم المتحدة تحظر، "التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة". وفيما يتعلق بما يشكل تهديدا باستعمال القوة، انظر Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons ICJ Reports 1996 p. 222 at pp. 239-268 (paras. 47-48); cf R Sadurska, "Threats of Force", AJIL, vol. 82, 1988, pp. 239-268.

(٢٠٥) هناك صيغة شاملة بصفة خاصة هي صيغة المادة الثالثة من اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨، وهي تحظر، بالإضافة إلى الإبادة الجماعية الفعلية، التآمر والتحريض المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية والشروع في ارتكابها والاشتراك فيه. والمادة الثالثة موجهة بالطبع في المقام الأول إلى المسؤولية الجنائية الفردية، ولكن في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (قضية البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا) (اعتراضات أولية)، لاحظت المحكمة الدولية أن "الإشارة في المادة التاسعة إلى مسؤولية الدولة عن الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى الم معددة في المادة الثالثة لا تستبعد أي شكل من أشكال مسؤولية الدولة": تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٦، الصفحة ٥٩٥، وفي الصفحة ٦١٦ (الفقرة ٣٢). وهذا يعني ضمنا أن الدول قد تكون هي نفسها مسؤولة مباشرة عن التحريض أو التآمر على الإبادة الجماعية أو الاشتراك فيها أو الشروع في ارتكابها.

(٢٠٦) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٧، الصفحة ٧.

نفذ البديل جيم بالفعل عندما حول مجرى نهر الدانوب بواسطة منشآت جديدة، في تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٢. وقررت المحكمة أن البديل جيم غير مشروع لعدة أسباب، بصرف النظر عن انتهاك هنغاريا من قبل لمعاهدة ١٩٧٧. ولكن كان السؤال هو متى بالتحديد حدث الانتهاك التشيكوسلوفاكي؟ وكان هذا مهما لأسباب منها أن هنغاريا أعلنت في أيار/ مايو ١٩٩٢ اعتزامها إنهاء المعاهدة، اعتمادا على إصرار تشيكوسلوفاكيا على إنشاء البديل جيم. وأوضحت هنغاريا أن المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لا تستبعد قيام طرف يكون هو نفسه منتهكا لمعاهدة بإنائها على أساس انتهاك الطرف الآخر لها، وحاجت بأن تصميم تشيكوسلوفاكيا، على الأقل حتى نيسان/أبريل ١٩٩٢، على المضي في التحويل غير المشروع لمجرى الدانوب يرقى إلى انتهاك قائم أو هو تنصل من المعاهدة، مما يعطي هنغاريا الحق في إنهاؤها^(٢٠٧).

١٠٤ - ورفضت المحكمة هذا الدفع، قائلة (بأغلبية ٩ إلى ٦ أصوات) أن الانتهاك لم يقع إلى أن جرى التحويل الفعلي لمجرى الدانوب في تشرين الأول/أكتوبر. ولاحظت...

"أنه في الفترة ما بين تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩١ وتشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٢، اقتضت تشيكوسلوفاكيا على تنفيذ أشغال، في إقليمها هي، كانت ضرورية لتنفيذ مشروع البديل جيم، ولكن كان يمكن التخلي عنها لو كان قد تم التوصل إلى اتفاق بين الطرفين وبالتالي لم تقرر سلفا القرار النهائي الذي سيتخذ. فطالما أن بناء السد في الدانوب لم يتم من جانب واحد، لا يكون البديل جيم قد طبق في الواقع. ومثل هذه الحالة ليست غير عادية في القانون الدولي أو، بالنسبة لتلك القضية، في القانون المحلي. وكثيرا ما يكون الفعل غير المشروع أو الجنائية مسبوقين بأعمال تمهيدية لا ينبغي الخلط بينها وبين الفعل أو الجنائية نفسها. ويجدر كذلك التمييز بين الارتكاب

(٢٠٧) في بعض النظم القانونية، تستخدم فكرة "الانتهاك المتوقع" للتعامل مع الرفض القاطع من قبل أحد الأطراف لأداء التزام تعاقدى قبل الوقت المحدد لأدائه. ومن حق الطرف المعني في مواجهة انتهاك متوقع، أن ينهي التعاقد ويرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار. انظر *Frost v Knight* (1872) LR 7 Ex 111; *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413; K Zweigert & H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2nd edn, trans Weir, 1987) pp. 543-4. وتحقق نظم أخرى نتائج مماثلة دون استخدام هذا المفهوم، وذلك مثلا بتفسير رفض الأداء قبل الوقت المحدد على أنه "انتهاك إيجابي للتعاقد": المرجع نفسه، الصفحة ٥٣١، (القانون الألماني). ويبدو أنه لا يوجد نظير لذلك في القانون الدولي، ولكن المادة ٦٠ (٣) (أ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات تعرف الانتهاك المادي بأنه يتضمن "تنصلا... لا تبيحه هذه الاتفاقية"، ومن الواضح أن ذلك التنصل يمكن أن يحدث قبل موعد الأداء.

الفعلي لفعل غير مشروع (سواء كان فوراً أو مستمراً) والسلوك ذي الطابع التحضيري الذي سبق الفعل والذي 'لا تنطبق عليه صفة الفعل غير المشروع' (٢٠٨).

وبناء على ذلك قررت المحكمة أنه "كان من حق تشيكوسلوفاكيا المضي، في تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩١، في إنشاء البديل جيم ما دامت مقتصرة في ذلك الوقت على القيام بأشغال لا تحدد مسبقاً القرار النهائي الذي ستتخذه. ومن ناحية أخرى، لم يكن من حق تشيكوسلوفاكيا تشغيل ذلك المشروع البديل اعتباراً من تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٢" (٢٠٩). ولكن نظراً لأن هنغاريا قد أومأت إلى أنها تعتزم إنهاء المعاهدة في أيار/مايو ١٩٩٢، قبل أن تنتهكها تشيكوسلوفاكيا وقبل أن تتكبد هنغاريا أية خسائر نتيجة لسلوك تشيكوسلوفاكيا، فإن الإنهاء المعتمد "سابق لأوانه" وباطل (٢١٠).

١٠٥ - وعلى أية حال، ترى المحكمة أن هنغاريا قد أضرت بحقها في الاستناد إلى الانتهاك من جانب تشيكوسلوفاكيا، نظراً لأنها هي نفسها مسؤولة عن انتهاك سابق ذي صلة بالمعاهدة ذاتها (٢١١). وينطوي هذا الجانب من القضية على ما يسمى الدفع بعدم تنفيذ العقد، وسيجري تناوله في سياق الفصل الخامس من الباب الأول.

١٠٦ - وهكذا ميزت المحكمة بين الارتكاب الفعلي للفعل غير المشروع والسلوك ذي الطابع التحضيري. فهذا السلوك لا يرقى في حد ذاته إلى درجة الانتهاك إذا لم "يحدد مسبقاً القرار النهائي الذي سيتخذ". ولكن تقرير ما إذا كانت تلك هي الحال في أي قضية معينة سيتوقف على الوقائع بالذات وعلى مضمون القاعدة الأولية. وستكون هناك مسائل تتعلق بالحكم والدرجة، وهو أمر لا يمكن تقريره مقدماً باستخدام أي صيغة بعينها. ويبدو مصطلح "يقع" المستخدم في مشاريع المواد ٢٤-٢٦ يفي بالمطلوب لهذا الغرض.

(٢٠٨) تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ٧ وفي الصفحة ٥٤ (الفقرة ٧٩)، استشهداً بشرح مشروع المادة ٤١. وقد عارض ستة قضاة هم الرئيس شويبل، والقضاة البجاوي ورائجيفا وهيركزي، وفلاشور ورزق بشأن هذه النقطة.

(٢٠٩) المرجع نفسه، الصفحتان ٦٦-٦٧ (الفقرة ٨٨).

(٢١٠) المرجع نفسه، الصفحتان ٦٦-٦٧ (الفقرتان ١٠٨-١٠٩).

(٢١١) المرجع نفسه، الصفحة ٦٧ (الفقرة ١١٠).

متى يكون انتهاك الالتزام مستمرا؟ التمييز بين الأفعال غير المشروعة المستمرة والتامة

١٠٧ - يتصل السؤال الثاني بالتمييز بين الأفعال غير المشروعة الممتدة زمنيا والأفعال غير الممتدة. وعند التحليل الأكثر إمعانا، يتبين أنه قد يوجد هنا تمييزان منفصلان. أولهما التمييز بين الأفعال غير المشروعة التي تقع وتتم، في وقت معين من الزمن، وتلك التي يستغرق ارتكابها فترة من الوقت. وثانيهما التمييز بين الأفعال غير المشروعة التي تمت (حتى وإن كانت آثارها مستمرة) والأفعال غير المشروعة التي لها طابع الاستمرار. ويبدو أن مشاريع المواد، ولا سيما المادتان ٢٤ و ٢٥، تدخل الفكرتين في منظار واحد.

١٠٨ - ولا شك أن من الممكن ارتكاب فعل غير مشروع في لحظة، مثل لحظة مصادرة ممتلكات تنفيذا للقانون، أو لحظة دخول تشريع إلى حيز النفاذ. فهذه هي اللحظة التي يعتبر المحامي أن الملكية انتقلت فيها من شخص إلى آخر، أو مورس فيها عمل آخر "من أعمال القانون". وفي تصور القانون، قد تكون تلك الأفعال فورية، ولكن من النادر ألا تمتد الأفعال لفترة من الوقت على الأقل. غير أنه ليس من الواضح أن للتمييز بين فعل يحدث في لحظة من الزمن وفعل أصبح الآن تاما (حتى وإن استغرق ٥ ثوان أو ٥ دقائق أو ٥ ساعات) أية أهمية لأغراض مسؤولية الدول. ويبدو التمييز بين الأفعال غير المشروعة التامة والمستمرة أكثر أهمية لأغراض عملية. ولكن ذلك التمييز تمييز نسبي: فالفعل غير المشروع المستمر هو فعل لم يتم بعد، أي لم يتم في الوقت ذي الصلة.

١٠٩ - وليس المقصود بهذا التقليل من أهمية التمييز بين الأفعال غير المشروعة المستمرة والتامة، وإنما بالأحرى وضعها في سياقها الصحيح. ويمكن رؤية أن التمييز مهم وله آثار قانونية من العرض غير الشامل التالي:

دار التحكيم بشأن حادثة السفينة رينبو وورير حول عدم قيام فرنسا باحتجاز عميلين في جزيرة هاو الفرنسية في المحيط الهادئ لفترة ثلاث سنوات، حسبما يقضي به اتفاق بين فرنسا ونيوزيلندا بخصوص تسوية حادث رينبو وورير. وأشارت هيئة التحكيم مع الموافقة إلى المادتين ٢٤ و ٢٥ (١) من مشاريع المواد وإلى التمييز بين الأفعال غير المشروعة الفورية والمستمرة^(٢١٢)، وقالت:

"بتطبيق هذا التصنيف على هذه القضية، يتضح أن الانتهاك المتمثل في عدم إعادة العميلين إلى هاو لم يكن انتهاكا ماديا فحسب، بل ومستمرا أيضا. وهذا التصنيف ليس نظريا محضا، وإنما على العكس، له آثار عملية، حيث أن خطورة الانتهاك وإطالة أمد

(٢١٢) (20 UNRIAA 217 at p. 264 (para 101). (1990).

لا بد وأن يكون لهما تأثير كبير في تقرير تعويض كاف عن انتهاك يمثل هاتين السمتين^(٢١٣).

بل إن المحكمة مضت إلى تحديد الآثار القانونية المترتبة على التمييز، من حيث مدة الالتزامات الفرنسية بموجب الاتفاق:

"إن وصف الانتهاك بأنه ممتد أو مستمر على مدى فترة زمنية، وفقا للمادة ٢٥ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول... يؤكد الاستنتاج السابق المتعلق بمدة الالتزامات ذات الصلة من جانب فرنسا بموجب الاتفاق الأول... وقد ارتكبت فرنسا انتهاكا مستمرا لالتزاماتها، دون أي انقطاع أو توقف، طوال الفترة التي بقي فيها العميلان في باريس في انتهاك للاتفاق. وإذا كان الانتهاك مستمرا فهذا يعني أن الالتزام المنتهك أيضا كان يتعين أن يستمر بلا انقطاع. وشكل 'وقت ارتكاب الانتهاك' فترة غير منقطعة، لم تكن ولم يمكن أن تكون متقطعة... وحيث أنها بدأت في ٢٢ تموز/يوليه ١٩٨٦، كانت ستنتهي في ٢٢ تموز/يوليه ١٩٨٩، عند انتهاء الثلاث سنوات المنصوص عليها. ومن ثم، بينما ما زالت فرنسا مسؤولة عن الانتهاكات التي وقعت في ٢٢ تموز/يوليه ١٩٨٩، لا يمكن القول اليوم إن فرنسا الآن منتهكة لالتزاماتها الدولية"^(٢١٤).

وطبقت أيضا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مفهوم الأفعال غير المشروعة المستمرة لإثبات اختصاصها من حيث الزمن في سلسلة من القضايا (كما ذكر في الشرح). وتثار المسألة لأن اختصاص المحكمة قد يقتصر على الأحداث التي وقعت بعد أن أصبحت الدولة المجيبة على الطلب طرفا في الاتفاقية أو البروتوكول ذي الصلة وقبلت حق الالتماس الفردي. وهكذا ففي قضية باباميكالوبولوس ضد اليونان، وقع الاستيلاء على الممتلكات الذي لا ينطوي على نزاع رسمي للملكية قبل نحو ثماني سنوات من اعتراف اليونان باختصاص المحكمة. وقضت المحكمة بأن هناك انتهاكا مستمرا لحق التمتع السلمي بالملكية بموجب المادة ١ من البروتوكول الأول، ولذلك أقرت اختصاصها فيما يتعلق بالدعوى^(٢١٥).

(٢١٣) المرجع نفسه.

(٢١٤) (٢١٤) 20 UNRIAA 217 at pp. 265-6 (emphasis in original). ولكن انظر الرأي المعارض لسير

كينيث كيث، المرجع نفسه، الصفحات ٢٧٩-٢٨٤.

(٢١٥) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف رقم ٢٦٠ بء (١٩٩٣).

وفي قضية لويزيدو ضد تركيا، أخذت المحكمة بتعليل مماثل بالنسبة للنتائج المترتبة على الغزو التركي لقبرص في عام ١٩٧٤، والذي جرى نتيجة له أن أنكر على مقدمة الطلب الوصول إلى ممتلكاتها في شمال قبرص. واستندت تركيا إلى حقيقة أن الممتلكات المشار إليها قد جرى نزع ملكيتها بموجب المادة ١٥٩ من دستور جمهورية شمال قبرص التركية لعام ١٩٨٥، وأن هذا وقع قبل قبول تركيا لاختصاص المحكمة في عام ١٩٩٠. وقضت المحكمة بأنها، وفقا للقانون الدولي، وإذ تضع في اعتبارها قرارات مجلس الأمن ذات الصلة، ليس بإمكانها أن تسند أي أثر قانوني إلى دستور عام ١٩٨٥ لجمهورية شمال قبرص التركية، وبذا فإن نزع الملكية لم يكن قد تم في ذلك الوقت وظلت الممتلكات تخص مقدمة الطلب. واستمر سلوك جمهورية شمال قبرص التركية والقوات التركية في رفض وصول مقدمة الطلب على ممتلكاتها بعد قبول تركيا لاختصاص المحكمة، وشكل انتهاكا للمادة ١ من البروتوكول الأول^(٢١٦) ولكن القاضي برنارت أخذ في رأي معارض اشترك في جوهره مع بعض أعضاء المحكمة الآخرين، بنهج مختلف للتمييز بين الانتهاك التام والمستمر، وقال:

"إن الأجهزة المنشأة بموجب الاتفاقية قد قبلت مفهوم 'الانتهاكات المستمرة' ... وأنا أوافق كليا على هذا المفهوم، ولكن يتعين تقدير نطاق تطبيقه وقيوده. وإذا ما أبقى شخص في السجن قبل وبعد التاريخ الحاسم ... فإن الحقيقة الأساسية ... هي السلوك الفعلي لأجهزة الدولة الذي يتعارض مع الالتزامات بموجب الاتفاقية الأوروبية ... والحالة الوقائية والقانونية مختلفة عندما أدت بعض الأحداث التاريخية إلى نشوء حالة مثل إغلاق الحدود مع ما يترتب على ذلك تلقائيا من آثار بالنسبة لعدد كبير من القضايا. وفي هذه القضية، يعود تاريخ الأحداث الحاسمة إلى عام ١٩٧٤. ومنذ ذلك الوقت، لم تتمكن السيدة لويزيدو من زيارة ممتلكاتها في شمال قبرص. واستمرت هذه الحالة قبل وبعد اعتماد دستور المدعوة 'جمهورية شمال قبرص التركية' ... واعترفت تركيا باختصاص المحكمة فقط فيما يتعلق بالوقائع ... التي حدثت بعد تاريخ إيداع هذا الإعلان؛ وإن إغلاق الحدود في عام ١٩٧٤ هو في رأي الواقعة المادية والحالة الناجمة التي استمرت حتى الوقت الحالي ولا ينبغي إدراجها تحت مفهوم 'الانتهاك المستمر'^(٢١٧).

(٢١٦) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الحكم الصادر في ١٨ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٦، الفقرتان ٤١-٧ و ٦٣-٤ (١٩٩٦). انظر أيضا لويزيدو ضد تركيا (اعتراضات أولية) (١٩٩٥) المجموعة ألف رقم ٣١٠ الصفحتان ٣٣ و ٣٤ (الفقرات ١٠٢-٥).

(٢١٧) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الحكم الصادر في ١٨ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٦، الفقرة ٢. واتفق في جوهره القضاة لوبيس روشا، وجامبريك، وبيتيتي، وباكا، وغولوكولو.

وأيدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أيضا فكرة الأفعال غير المشروعة المستمرة. ففي قضية لوفلاس ضد كندا، على سبيل المثال، قضت بأن لها اختصاص في النظر في الآثار المستمرة لفقدان مقدمة الطلب لمركزها كعضو في فرقة موسيقية، رغم أن هذا الفقدان قد حصل وقت زواجها في عام ١٩٧٠، ولم تقبل كندا اختصاص المحكمة إلا في عام ١٩٩٦. ولاحظت اللجنة أنها ...

"ليس لها الأهلية، عادة، للنظر في المزاعم المتصلة بأحداث وقعت قبل بدء نفاذ العهد والبروتوكول الاختياري ... وبالتالي ففي حالة ساندرا لوفلاس ليست اللجنة مؤهلة للتعبير عن أي رأي بشأن القضية الأصلية لافتقادها مركزها الهندي ... وقت زواجها في عام ١٩٧٠ ... ومع ذلك تسلم اللجنة بأن الحالة قد تكون مختلفة لو أن الانتهاكات المزعومة، وإن كانت تتصل بأحداث وقعت قبل ١٩ آب/أغسطس ١٩٧٦، استمرت، أو ترتبت عليها آثار تشكل هي نفسها انتهاكات، بعد ذلك التاريخ"^(٢١٨).

ووصلت إلى أن الأثر المستمر للتشريع الكندي، بحرمان لوفلاس من ممارسة حقوقها بصفتها عضوا في أقلية، كاف لأن يشكل انتهاكا للمادة ٢٧ من العهد بعد ذلك التاريخ. ولمفهوم الانتهاك المستمر هنا أهمية لا بالنسبة لاختصاص اللجنة فقط ولكن أيضا لاختيار المادة ٢٧ باعتبارها أوثق أحكام العهد صلة فيما يتعلق بمقدمة الطلب.

وفي القضية المتعلقة بمشروع غابسيكوفو ناجيماروس^(٢١٩)، فإن رفض هنغاريا الاستمرار في المشروع وقيام تشيكوسلوفاكيا بتنفيذ وتشغيل البديل جيم هي أفعال غير مشروعة ومستمرة وترتبت عليها نتائج بطرق مختلفة. فعلى سبيل المثال، عندما جرى تشغيل البديل جيم، فقد تم في سياق فعل غير مشروع ومستمر من قبل هنغاريا، وترتبت عليه آثار مختلفة من حيث بقاء معاهدة عام ١٩٧٧^(٢٢٠). وعندما ظهرت سلوفاكيا إلى الوجود في ١ كانون الثاني/يناير ١٩٩٣، ووجهت بالسلوك غير المشروع المستمر من قبل طرفي المعاهدة كليهما: كانت الحالة بناء على ذلك مختلفة عما كان يمكن أن تكون لو أن سلوفاكيا كانت الوريث العرضي لنتائج أو آثار أفعال غير مشروعة ارتكبت وتمت في وقت سابق^(٢٢١).

(٢١٨) الرسالة رقم صاد ٢٤/٦، الوثائق الرسمية للجمعية العامة A/36/40 (١٩٨١) صفحة ١٨٨.

الفقرتان ١٠-١١.

(٢١٩) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، الصفحة ٧.

(٢٢٠) انظر أعلاه، الفقرات ١٠٣-١٠٨.

(٢٢١) انظر أعلاه، الفقرة ١٠٤.

١١٠ - وكما توضح هذه القضايا، فإن السلوك الذي يبدأ في وقت ما في الماضي، والذي يشكل (أو لو كانت القاعدة الأولية ذات الصلة نافذة بالنسبة للدولة في ذلك الوقت، لكان شكّل) انتهاكا في ذلك الوقت، يمكن أن يستمر ويؤدي إلى ظهور فعل غير مشروع مستمر في الوقت الحاضر. وعلاوة على ذلك، فإن هذا طابع الاستمرار يمكن أن تكون له أهمية قانونية بالنسبة لأغراض مختلفة، بما فيها الأغراض الداخلة في نطاق مسؤولية الدولة. وعلى سبيل المثال، فإن الالتزام بالكف عن السلوك الوارد في المادة ٤١ لا ينطبق إلا على الأفعال غير المشروعة ويعد هذا أساسا كافيا لإدراج التمييز بين الأفعال غير المشروعة التامة والمستمرة كعنصر من عناصر الفصل الثالث.

١١١ - ومع ذلك فقد يعترض على أنه لا يمكن تعريف مفهوم الفعل غير المشروع المستمر، أو يمكن فقط تعريفه في صلته بالقاعدة الأولية ذات الصلة. وبالتأكيد، لم تجر أي محاولة للتعريف في المادة ٢٥، التي تشير فقط إلى "فعل للدولة ذي طابع استمراري". وستكون لكل من القاعدة الأساسية وظروف الحالة المحددة أهمية في تقرير ما إذا كان الفعل غير المشروع ذا طابع استمراري، وتظهر بالطبع مرة أخرى حالة عدم إمكان تقديم تعريف مفصل نظريا. ومن ناحية أخرى يمكن أن يتضمن الشرح توجيهها، وليست صعوبة إجراء تمييز صحيح في حالات معينة سببا للتخلي عن التمييز.

١١٢ - ولما كان الأمر كذلك، فليس من الضروري أن تتخذ اللجنة موقفا بشأن المسائل الموضوعية التي تشير انقساماً في الرأي في بعض القضايا التي ورد عرضها أعلاه^(٢٢٢)، وعلى سبيل المثال، في قضية رينبو

(٢٢٢) كما أنه ليس من الضروري بالنسبة للجنة أن تتخذ موقفا قطعيا بشأن مسألة اختلف بشأنها مقرران خاصان سابقان، وهي ما إذا كان نزاع الملكية يعتبر فعلا غير مشروع تاما أو مستمرا. انظر أرانجيو - رويز، التقرير الأولي، حولية لجنة القانون الدولي ... ١٩٨٨، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ١٤ من النص الأصلي، مع إشارات إلى أعمال اللجنة السابقة. ويتوقف هذا إلى حد ما على مضمون القاعدة الأولية التي قيل إنها انتهكت، وهو يعتمد بالتأكيد على الوقائع. وفي رأي المقرر الخاص الحالي، أنه عندما يحدث نزاع للملكية بعملية قانونية، مع ما يترتب عليه من انتقال سند الملكية المعنية بموجب القانون المحلي وأن الممتلكات قد أخذت بالفعل، فإن نزاع الملكية ذاته سيعتبر عندئذ فعلا تاما. ومع ذلك فإن الموقف مع وجود احتلال كأمر واقع "متسلل" أو مقنع فإنه قد يكون مختلفا تماما: مثل قضية بابا ميكالوبولوس ضد اليونان، التي جرى بحثها أعلاه، الفقرة ١٠٩. وعلى سبيل الاستثناء (كما في قضية لويزيدو ضد تركيا، أعلاه، الفقرة ١٠٩) قد تجد المحكمة مبررا لرفض الاعتراف بقانون أو مرسوم على الإطلاق، مع ما يترتب على ذلك من أن الرفض الناجم عنه للمركز أو الملكية أو الحياة قد يؤدي إلى نشوء فعل غير مشروع. ويوضح المثال مدى تشعب الحالات الفردية، وعدم حكمة محاولة تعريف مسائل مثل التفسير والتطبيق بالتفصيل في مشاريع المواد.

ووزير، استندت المحكمة إلى المادة ٢٥ (١) كأساس لاعتبار التزام فرنسا باحتجاز الضابطين على جزيرة هاو قد انتهى في عام ١٩٨٩. ويفسر عادة الالتزام بفعل شيء ما في تاريخ معين على أنه ينطوي على التزامين متميزين، فعل الشيء، وفعله في حينه. ونتيجة ذلك أن الفشل في فعل الشيء في يوم معين (سواء كان لهذا الفشل ما يبرره) لا ينهي الالتزام. وعلى العكس، فإن الدولة المعنية تعد عادة مرتكبة لانتهاك مستمر للالتزام الأساسي بعد التاريخ المحدد لأدائه^(٢٢٣). صحيح أنه، كما حاجت فرنسا في القضية، "ليست هناك في القانون الدولي قاعدة تمديد مدة التزام ما بسبب انتهاكه"^(٢٢٤). ولكن سبب هذا أن المسألة هي إحدى تفسيرات قاعدة أولية ذات صلة. ولا يمكن لأحد عادة أن يعتبر أن التزاما بالإبقاء على حالة لفترة محددة قد تم "إذا كان قد انتهك طوال هذه الفترة، ولكن أيا كان التفسير الأفضل للقاعدة الأولية، فإن القواعد الثانوية لمسؤولية الدول ليس لها أي صلة بالمسألة"^(٢٢٥).

١١٣ - وباختصار، فإن المقرر الخاص يرى أن من الواضح أن أهمية مفهوم الأفعال غير المشروعة المستمرة تبرر الإبقاء على الأحكام بما يتفق مع المادتين ٢٤ و ٢٥ (١). ونظرا لأنها تتعلق بمضمون واحد، فلربما أمكن جمع تلك الأحكام في مادة واحدة^(٢٢٦).

(٢٢٣) من الممكن أن الموقف كان مختلفا لو لم تكن للسلوك المطلوب قيمة بالنسبة للملتزم له بعد التاريخ المحدد: على سبيل المثال، الالتزام بإبلاغ دولة أخرى بالنية في فعل شيء، قبل القيام به.

(٢٢٤) 217 UNRIAA 20 (1990)، الصفحة ٢٦٦.

(٢٢٥) في القضية المتعلقة بمشروع غابسيكوفو ناجيماروس، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، الصفحة ٧ لم تحاج هنفاريا (ومن الواضح أنه لم يكن في إمكانها ذلك) بأن التزامها ببناء الإنشاءات قد سقط لأن الوقت المحدد للقيام بذلك قد انقضى. وسيجري في إطار الفصل الخامس مناقشة أثر الظروف التي تستبعد عدم المشروعية وقت أداء الالتزام.

(٢٢٦) للاطلاع على النص المقترح، انظر أدناه، الفقرة ١٥٦.

مبدأ عبر الزمانية فيما يتعلق بالأفعال غير المشروعة المستمرة: المادة ١٨ (٣) في صلتها بالمادة ٢٥ (١)
 ١١٤ - يبقى من اللازم النظر في كيفية تطبيق مبدأ عبر الزمانية على الأفعال ذات الطابع المستمر. وبموجب المادة ١٨ (٣)، لا يكون هناك انتهاك للالتزام ذي الطابع المستمر إلا "بشأن الفترة التي يستمر خلالها الفعل بينما يكون الالتزام نافذا إزاء تلك الدولة". ويصدق هذا بجلاء فيما يتعلق بالآثار المترتبة على فعل مستمر. وإذا ما أصبح الالتزام غير قائم، فإنه لا يمكن أن يكون هناك مجال لأي انتهاك جديد أو مستمر بعد ذلك^(٢٢٧). وهكذا ففي القضية المتعلقة برينبو وورير، يتصل الخلاف بمسألة ما إذا كان الالتزام قد سقط بعد فترة السنوات الثلاث، وليس بالآثار القانونية المترتبة إذا كان قد سقط^(٢٢٨).

١١٥ - والموقف فيما يتعلق بالفترات السابقة لبدء سريان مفعول الالتزام هو أيضا واضح. ووفقا للمبدأ الوارد في المادة ١٨ (١) لا يكون سلوك الدولة غير مشروع دوليا إلا إذا كانت القاعدة المعنية نافذة إزاء تلك الدولة وقت حدوث السلوك^(٢٢٩). وفي الحالات العدة التي بحثت أعلاه، إما أن القاعدة المعنية كانت غير نافذة إزاء الدولة وقت بدء السلوك غير المشروع، أو لم يكن للمحكمة اختصاص إزاء الدولة بالنسبة لهذا الوقت، ولذلك لم تكن في موقف لأن تبت فيما يتعلق بمسؤوليتها في ذلك الوقت. إلا أن المادة ٢٥ (١) لم تشر إلى هذه الحالة. فهي تنص على أن الانتهاك المستمر "يقع وقت بدء ذلك الفعل"، وهو غير صحيح إذا كانت القاعدة المعنية غير نافذة في ذلك الوقت^(٢٣٠). ويجب تقيد المادة ٢٥ (١) تبعا لذلك، ويمكن زيادة توضيح هذه النقطة في الشرح، وإذا ما تم هذا، فإنه يبدو أن صيغة المادة ٢٥ (١) ("وبقائه غير مطابق للالتزام الدولي") كافية لمعالجة مشكلة التزام بالنسبة للأفعال غير المشروعة المستمرة، وفي هذه الحالة يمكن حذف المادة ١٨ (٣) باعتبارها غير لازمة.

(٢٢٧) من ناحية أخرى، لا زالت هناك إمكانية أن تثار مسائل الرد، وليس من السهل دوما تحديد الخط الفاصل بين سقوط الالتزام والرد. وسيجري بحث المسألة في سياق المادة ٤١.

(٢٢٨) 217 UNRIIA 20 (1990)، الصفحة ٢٢٦. قارن الرأي المعارض للسير كينيث كيث في الصفحات ٢٧٩-٨٤.

(٢٢٩) انظر أعلاه، الفقرات ٣٨-٤٤.

(٢٣٠) من الجلي أن هذا خطأ غير مقصود في الصياغة: والنقطة موضحة في شرح المادة ٢٥، الفقرة ٣، الحاشية ٤.

التمييز بين الأفعال المركبة والمتشعبة: المادة ١٨ (٤) - (٥): والمادة ٢٥ (٢) - (٣)

١١٦ - إن مسألة ما إذا كانت هناك الحاجة إلى الإبقاء على التمييز الإضافي في الفقرتين (٢) و (٣) من المادة ٢٥، بين الأفعال المركبة والمتشعبة (والأحكام ذات الصلة في الفقرتين (٤) و (٥) من المادة ١٨، المتعلقة بالمسائل المتزامنة) هي أمر آخر. وكما رأينا، فإن الفعل المركب يعرف بأنه "فعل للدولة، مركب من سلسلة أعمال أو امتناعات فيما يتعلق بحالات منفصلة". وهو يتعارض مع "الفعل المتشعب"، الذي هو "أعمال أو امتناعات متتالية صدرت عن ذات الجهاز أو عن أجهزة مختلفة من أجهزة الدولة بصدد ذات الحالة". وأحد الأمثلة على الفعل المركب هو اعتماد سياسة الفصل العنصري، التي تنطوي على سلوك حكومي منهجي إزاء جماعة عرقية، يتخذ شكل السلوك في سلسلة كاملة من الحالات. ويمكن مقارنة هذا بفعل التمييز العنصري ضد أحد الأفراد. وقد يكون هذا فعلا متشعبا بسبب التواطؤ بين مختلف الأجهزة أو سلوكا ضد الفرد طوال فترة زمنية، ولكنه يكون قد انطوى على الحالة "ذاتها" طوال هذه الفترة. وينبغي التشديد على أن بعضا من أخطر الأفعال غير المشروعة بموجب القانون الدولي تعرف بطابعها المركب. ويصدق هذا ليس فقط على الإبادة الجماعية والفصل العنصري ولكن على الجرائم ضد الإنسانية بصفة عامة^(٢٣١).

١١٧ - ويتبين من هذا التحليل أن بالإمكان التمييز بين الأفعال المركبة والمتشعبة؛ ويتبين أيضا أن من الأساسي لإجراء هذا التقييم التركيز على القاعدة الأولية ذات الصلة. ولكن المشكلة تتمثل بالطبع في أن مشاريع المواد غير معنية، في حد ذاتها، بتفصيل القواعد الأولية. وقد تكون هناك قيمة لمختلف تصنيفات القواعد الأولية، ولكن ليس لها مكان في مشاريع المواد إلا بقدر ما لها من آثار في نطاق المسؤولية. وعلاوة على ذلك، وكما جرت صياغته، فإن التمييز بين الأفعال المركبة والمتشعبة هو تمييز غير ذي صلة بمضمون القاعدة الأولية. وهو معني بتصنيف الأفعال من حيث انتهاك أي قاعدة مهما كانت. ويصح هذا أيضا بالنسبة للتمييز بين الأفعال غير المشروعة المستمرة والتامة، ولكن كما رأينا، فإنه تمييز مفيد ومقبول الآن لأغراض المسؤولية. فهل يصدق هذا أيضا على الأفعال المركبة أو المتشعبة؟

١١٨ - وقبل الإجابة على هذا السؤال، من الضروري التمييز بين العناصر اللازمة للفعل غير المشروع وما قد يكون مطلوبا من حيث تقديم الأدلة أو الإثباتات على أن هذا الفعل قد حدث. وعلى سبيل المثال، فإن الفعل الفردي للتمييز العنصري هو فعل غير مشروع، ولكن قد يكون من الضروري تقديم أدلة على سلسلة من أفعال مسؤولي الدولة (تتعلق بالشخص نفسه أو بأشخاص آخرين في وضع مماثل) من أجل إثبات أن أي فعل من تلك الأفعال قائم على أساس تمييزي ولم يرقم على أسس مشروعة. وبعبارة أخرى، فإن هذا التمييز في جوهره لا يعتبر فعلا مركبا أو حتى بالضرورة متشعبا ولكن قد يكون من اللازم لأغراض

(٢٣١) الرأي الأفضل هو أن الفصل العنصري حالة خاصة من الجرائم ضد الإنسانية: نظام

روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ١٩٩٨، A/CONF.183/9، ١٧ تموز/يوليه ١٩٩٨، المادتان ٧

(١) (ي) و ٧ (٢) (ج).

الإثبات تقديم أدلة على ممارسة ترقى إلى مثل هذا الفعل. ولذلك فإن التمييز الواضح والمتسق بين الفعل المركبة والمتشعبة من الصعب إجراؤه في الممارسة العملية، وتتفاقم هذه الصعوبة من جراء صيغة المادة ٢٥، التي تشير إلى وقوع الفعل أو الامتناع "الذي يقرر وقوع الفعل المركب"، وقد يجري الخلط بين كلمة "established" المقرر (بالفرنسية: "établit" وكلمة "proved" المثبت، ومن الواضح أن هذا لم يكن مقصودا.

معاملة الأفعال المركبة في المادتين ١٨ (٤) و ٢٥ (٢)

١١٩ - تتأكد ثلاثة افتراضات في مشروع المادتين فيما يتعلق "بالأفعال المركبة":

وبموجب المادة ٢٥ (٢) "يقع الفعل المركب وقت إتمام الفعل أو الامتناع عن العمل الذي يقرر وجود الفعل المركب". ولأسباب تم شرحها يمكن صياغة ذلك بطريقة أفضل بالعبارة التالية: "عند حصول ذلك الفعل أو الامتناع الذي إذا أضيف إلى ما سبقه أصبح كافيا لتشكيل فعل مركب".

ومع ذلك فإن "مدة ارتكاب الانتهاك تمتد طوال الفترة كلها من وقت حدوث أول الأعمال أو الامتناعات التي تشكل الفعل المركب". و "تستمر طالما استمر تكرار مثل هذه الأعمال أو الامتناعات" (المرجع نفسه).

وطبقا للمادة ١٨ (٤) في هذه الحالة "يكون هنالك انتهاك لهذا الالتزام إذا جاز اعتبار هذا الفعل مُشكلا من الأعمال أو الامتناعات عن الأعمال الواقعة خلال الفترة التي يكون فيها الالتزام نافذا إزاء تلك الدولة".

١٢٠ - وليس من السهل تماما التوفيق بين هذه الافتراضات. فإذا لم يقع الفعل إلا عند وقوع جانب السلسلة الذي يقرر الفعل المركب فهل يجب بالضرورة اعتبار بدء الفعل المركب في وقت سابق؟ (وسيكون الوضع مختلفا بلا شك إذا كانت كلمة "يقرر" تعني "يقرر كدليل للإثبات" ولكن للأسباب التي سبق إيرادها فإن ذلك سيؤدي إلى إرباك). ولكن بصفة خاصة ألا يعتمد على صياغة وهدف القاعدة الأولية ليس فقط ما إذا كان يمكن اعتبار الفعل المركب مُشكلا من الفعل الأول أو الخامس أو العاشر من سلسلة من الأفعال (وهي مسألة كانت مشاريع المواد محقة في تركها مفتوحة) ولكن ما إذا كانت فترة الانتهاك المشكل بهذه الطريقة تتعلق بأول هذه الأعمال أو الامتناعات؟

١٢١ - إن من المفيد دراسة هذه المسائل بالرجوع إلى بعض الأمثلة العملية. وتتمثل الصعوبة هنا في أن كل ما جرى من مناقشة تقريبا للأفعال المركبة قد استند إلى أمثلة من القواعد الأولية التي تعرف الأعمال المنهجية غير المشروعة. والقاعدة الأولية هي التي تعرف عدم مشروعية الأفعال وفقا لطابعها المركب أو المنهجي (حظر الإبادة الجماعية أو الفصل العنصري أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، أو أفعال التمييز العنصري المنهجية، الخ). على أنه كما سبق ولوحظ لا تقتصر المادة ٢٥ (٢) على انتهاكات الالتزامات التي تنشئها هذه القواعد. ولهذا فإن من الضروري تقديم أمثلة للقواعد الأولية المنهجية وغير المنهجية على السواء لاختبار فكرة "الفعل المركب غير المشروع".

ومنع الإبادة الجماعية الذي صيغ بمصطلحات متطابقة في اتفاقية عام ١٩٤٨ وفي الصكوك اللاحقة^(٢٣٢) هو مثال جيد للقاعدة الأولية المنهجية بمعنى أنها تنطوي ضمناً، إذا لم تتطلب فعلاً أن يكون الكيان المسؤول (بما في ذلك الحكومة) تكون قد اعتمد سياسة أو ممارسة منهجية، وأن أعمال القتل الفردية وغيرها التي تشكل مجتمعة إبادة جماعية لن تعتبر، أو قد لا تعتبر كذلك لو عوملت على أساس فردي. وطبقاً للمادة الثانية (أ) من اتفاقية عام ١٩٤٨ فإن الإبادة الجماعية تعني "قتل أعضاء من جماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية" قصد التدمير الكلي أو الجزئي للجماعة". ويشتمل جانباً التعريف على عناصر منهجية. وقتل شخص واحد مهما كان الدافع له لا يعتبر إبادة جماعية وإنما يتعين أن تكون حوادث القتل متعددة^(٢٣٣). ولا بد من ارتكاب القتل مع القصد اللازم الرامي إلى القضاء الجسدي على هذه المجموعة. وفي هذا السياق يبدو أن فكرة الفعل المركب غير المشروع الواردة في المادتين ١٨ (٤) و ٢٥ (٢) ملائمة تماماً. فإبادة الأجناس لا تتم إلا إذا حدث تراكم من أعمال القتل وتسببت في إلحاق ضرر مع القصد اللازم لاستيفاء التعريف الوارد في المادة الثانية. ولكن إذا تم تخطي الحد فيكون من المعقول القول بأن فترة ارتكاب الفعل تمتد طوال الفترة التي تم أثناءها ارتكاب أي من الأفعال. وبافتراض أن القانون عبر الزمنى ينطبق على إبادة الأجناس يكون من المعقول أيضاً القول بأن إبادة الأجناس قد ارتكبت إذا كانت الأفعال المرتكبة أثناء فترة سريان الاتفاقية كافية لتشكيل إبادة الأجناس^(٢٣٤).

(٢٣٢) انظر المادة ٤ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (يوجد النص في قرار مجلس الأمن ٨٢٧ المؤرخ ٢٥ أيار/ مايو ١٩٩٣)؛ والمادة ٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (يوجد النص في قرار مجلس الأمن ٩٥٥ المؤرخ ٨ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٤)؛ والمادة ٦ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية A/CONF.183/9 المؤرخ ١٧ تموز/يوليه ١٩٩٨. (٢٣٣) مثلما قرر القاضي المخصص لاوترباكت في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة الأجناس والمعاقبة عليها (مقبولية الدعاوى المضادة) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٧، ص ٢٢٩ وص ٢٨٢. ولا يعني ذلك أن حارس المعسكر الذي اشترك في أفعال إبادة جماعية ولكنه لم يكن مسؤولاً شخصياً إلا عن قتل فرد واحد من المجموعة سيكون بريئاً بالضرورة. ومن شأن هذا السلوك الذي تم مع القصد اللازم أن يشمل بوضوح اشتراكاً في جريمة الإبادة الجماعية على عكس ما ورد في المادة الثالثة (هـ) من الاتفاقية.

(٢٣٤) غير أن من المشكوك فيه كثيراً أن ينطبق القانون عبر الزماني على اتفاقية الإبادة الجماعية في حد ذاتها نظراً لأنها تفسيرية طبقاً للمادة الأولى من الاتفاقية. ويصبح من الممكن بالتالي أن يرتبط الالتزام بالمحاكمة على جريمة الإبادة الجماعية أينما تم ارتكابها. وقد تصرفت المحكمة على هذا الأساس بوضوح في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (الاعتراضات الأولية). تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، ص ٢٩١ وص ٦١٧ الفقرة (٣٤) وينبغي أيضاً ملاحظة أنه حتى في حالة وجود التزام موضوعي جديد فإن السلوك المرتكب قبل بدء نفاذ الالتزام يمكن أن يكون هاماً كوقائع، مثلاً لأغراض تحديد القصد. ويصدق ذلك من باب أولى عندما يتعلق الاعتراض على الاختصاص الزماني باختصاص المحكمة أو الهيئة القضائية فقط وليس بمضمون القانون القابل للتطبيق انظر: زانا ضد تركيا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الحكم الصادر في ٢٥ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٧. انظر أيضاً الحاشية ٨٧ أعلاه.

• لنأخذ من جهة أخرى التزاما بسيطا في اتفاق ثنائي بشأن المياه الحدودية بحيث لا يأخذ أي من الطرفين أكثر من كمية محددة من المياه من نهر حدودي في سنة تقويمية. فلنفترض أن أحد الطرفين قد سمح لمختلف المستخدمين بأن يأخذوا كل شهر كميات من المياه (لا تعتبر في حد ذاتها غير مشروعة بموجب الاتفاق) يُرجح أن يتجاوز مجموعها على امتداد السنة الحصّة المخصصة. إن سلوك الدولة المعنية يرقى إلى فعل مركب على النحو المعرف في المادة ٢٥ (٢) ولكن هل يجب أن تعامل كل السلسلة من الأفعال على أنها غير مشروعة؟ إن النهج الذي اتبعته الأغلبية في قضية مشروع Gabcikovo Nagymaros^(٢٢٥) يوحى على الأقل بأنه إلى أن يقع الفعل الذي يحدد القرار النهائي بتجاوز الحصّة، يكون قد ارتكب فعل غير مشروع. والحقيقة أنه ربما لا يكون الفعل غير المشروع قد ارتكب إلى أن يتم تجاوز الحصّة بالفعل مهما كان من الواضح أن هذه النتيجة سوف تتحقق. وبافتراض وقوعه فعلا هل يمكننا القول بعد ذلك إن ارتكاب الانتهاك قد بدأ منذ أول مرة أُخذت فيها المياه في كانون الثاني/يناير؟ وربما لو شرعت الدولة عن نية مبيتة في انتهاك الاتفاقية وأذنت بتصاريح شهرية تبعا لذلك يستطيع المرء القول إن الانتهاك قد حدث في كانون الثاني/يناير. ولكن تعريف الفعل المركب الوارد في المادة ٢٥ (٢) لا يتطلب وجود هذه النية المبيتة وإنما يكتفي فقط بوجود "سلسلة من أعمال أو الامتناعات تتصل بحالات منفصلة" ويمكن أن يقع الانتهاك مصادفة في المثال المقدم لأن سلطات المياه الإقليمية المختلفة لم تقم بتنسيق سياساتها المتعلقة بإصدار التصاريح أو لأي سبب آخر. وبطبيعة الحال يقع الانتهاك عندما يتم تجاوز الحصّة السنوية. ولكن هل هناك أي سبب لتقديم تعريف مسبق في القواعد الثانوية لمسؤولية الدول بأن الانتهاك قد وقع بحدوث أول فعل في السلسلة؟ ألا يعتمد ذلك على صياغة القاعدة الأولية والهدف منها؟

١٢٢ - توحى هذه الأمثلة أنه لمعالجة الأفعال المركبة، ينبغي التمييز بين الالتزامات البسيطة والمركبة أو الالتزامات المنهجية. ولمجرد أن الفعل المركب انتهك التزاما بسيطا لا يبدو سببا لمعاملة الانتهاك بوصفه مختلفا من حيث النوع. ولا شك في أن الأفعال المركبة أكثر احتمالا لأن تنشأ عنها انتهاكات مستمرة ولكن الأفعال البسيطة يمكن أيضا أن تتسبب في انتهاكات مستمرة (على سبيل المثال احتجاج أحد الدبلوماسيين). غير أن الوضع يختلف عندما يركز الالتزام نفسه (وبالتالي القاعدة الأولية الأساسية) على الطابع التراكمي للسلوك بوصفه يشكل جوهر الفعل غير المشروع. وهكذا فإن الفصل العنصري مختلف من حيث النوع عن أفعال التمييز العنصري الفردية كما أن الإبادة الجماعية مختلفة من حيث النوع عن الأفعال الفردية حتى عن أعمال القتل بدوافع إثنية.

(٢٢٥) الفقرة ١٠٦ أعلاه.

١٢٣ - وهذا التمييز أقامته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية أيرلندا ضد المملكة المتحدة. فقد اشتهت أيرلندا من ممارسة تتعلق بمعاملة غير مشروعة للمحتجزين في أيرلندا الشمالية ذكرت أنها ترقى إلى التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية أو المهينة. واعتبرت القضية مقبولة على ذلك الأساس. وكان لتلك القضية آثار إجرائية وانتصافية مختلفة. وبصفة خاصة لم تكن هناك حاجة للامتناع لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية فيما يتعلق بكل واحدة من الحالات المذكورة كجزء من الممارسة. ولكن المحكمة نفت وجود أي فعل غير مشروع منفصل ذي طابع منهجي وإنما كان يحق لأيرلندا ببساطة أن تشتكي من ممارسة نتجت عن سلسلة من الانتهاكات للمادة ٧ من الاتفاقية وأن تدعو إلى وقفها. وعلى نحو ما ذكرت المحكمة فإن:

"أي ممارسة لا تتفق مع الاتفاقية تتألف من تراكم لانتهاكات متطابقة أو متماثلة تكون متعددة ومتراكبة بدرجة كافية لترقى ليس حوادث أو استثناءات معزولة وإنما لتشكل نمطا أو نظاما. ولا تشكل الممارسة في حد ذاتها انتهاكا مستقلا عن هذه الانتهاكات ... ومفهوم الممارسة يتسم بأهمية خاصة من أجل أعمال قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وتنطبق هذه القاعدة، كما تجسد في المادة ٢٦ من الاتفاقية، على أفعال الدول ... بالطريقة نفسها التي تنطبق فيها على الأفعال "الفردية" ... ومن جهة أخرى لا تنطبق القاعدة، من حيث المبدأ، إذا كانت الدولة مقدمة الطلب تشكو من الممارسة هذه بغرض منع استمرارها أو تكرارها، ولكنها لا تطلب إلى اللجنة أو المحكمة إصدار قرار بشأن كل واحدة من الحالات المعروضة كدليل أو بيان على تلك الممارسة^(٢٣).

وعلى النقيض من ذلك فإنه في حالة الجرائم المرتكبة بحق الإنسانية يعتبر الفعل المركب انتهاكا مستقلا عن الانتهاكات الفردية لحقوق الإنسان التي يتألف منها.

١٢٤ - ولهذه الأسباب فإن المقرر الخاص يؤيد مؤقتا الإبقاء على فكرة "الأفعال غير المشروعة المركبة"، على النحو المبين في المادة ١٨ (٤) والمادة ٢٥ (٢)، ولكن مع قصرها على ما يمكن تسميته "بالالتزامات المنهجية". وهذه التزامات تنشأ بموجب القواعد الأولية التي تعرف السلوك غير المشروع من حيث كونه مركبا ومنهجيا (كما هو في حالة الإبادة الجماعية أو الجرائم المرتكبة بحق الإنسانية). ولهذه الالتزامات المنهجية من الأهمية في القانون الدولي ما يكفي لتبرير المعاملة الخاصة من حيث وقت ارتكابها ومن حيث تطبيق القانون عبر الزماني. وفيما يتعلق بالالتزامات بموجب القواعد الأولية الأخرى، فإن هذه القضايا يمكن أن تعالج على نحو ملائم من خلال تفسير وتطبيق القاعدة المعنية.

(٢٣٦) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (1978) Ser. ANO.25 الصفحة ٦٤ (الفقرة ١٥٩) انظر أيضا

الصفحة ٦٣ (الفقرة ١٥٧).

معاملة الأفعال المتشعبة في المادتين ١٨ (٥) و ٢٥ (٣) (٢٣٧)

١٢٥ - تُعرّف الأفعال المتشعبة في المادتين ١٨ (٥) و ٢٥ (٣) بأنها أفعال "مؤلفة من أعمال أو امتناعات متتالية صدرت عن ذات الجهاز أو عن أجهزة مختلفة من أجهزة الدولة بصدد ذات الحالة". وتتأثر معاملة الأفعال المتشعبة في المادتين ١٨ (٥) و ٢٥ (٣) تأثيراً قوياً بالنهج الذي اتبعه المقرر الخاص السيد AGO أغو تجاه مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية (المادة ٢٢) والتي ترد مناقشتها أدناه. وحسب هذا النهج، فإن الفشل في تحقيق الانتصاف المحلي يشكل في حد ذاته جزءاً من الفعل المتشعب الصادر عن الدولة والذي تكون نتيجته، في الحالات التي تنطبق عليها قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أن الفعل غير المشروع يشكله الفشل في تحقيق الانتصاف المحلي الذي يكون قبل تلك المرحلة أمراً مفهوماً (٢٣٨).

١٢٦ - بيد أن فكرة الفعل المتشعب لا تعتمد في صلاحها على قبول هذا الرأي بشأن قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وتوجد أمثلة على الأفعال المتشعبة في إطار المادة ٢٥ (٣) لا تشمل على استنفاد لسبل الانتصاف المحلية. فعلى سبيل المثال يمكن بسهولة انتهاك الضمان ضد التمييز الذي تكفله المادة الثالثة عشرة (١) من الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة (مجموعات غات) من خلال فعل متشعب صادر من الدولة المستوردة. وعلى نحو مماثل، وفي حالة إنكار العدالة، حيث الفعل غير المشروع الأصلي الواقع على الفرد المعني لا يعزى في حد ذاته إلى الدولة (٢٣٩)، فقد يكون الفشل المستمر من جانب الشرطة والمحاكم الدنيا وأية محاكم استئناف متاحة في العمل مجتمعة على إصلاح الضرر هو الذي يرقى إلى إنكار للعدالة. ومثل هذا "الفعل المتشعب" الصادر عن الدولة، إذا قصر عن بلوغ المعيار الدولي ذي الصلة سينطوي على انتهاك للقانون الدولي.

١٢٧ - وبموجب المادة ٢٥ (٣) يقع الانتهاك في مثل هذه الحالات فقط "عند اتمام آخر الأعمال أو الامتناعات التي تشكل ذلك الفعل المتشعب". بيد أن "مدة ارتكاب الانتهاك تمتد طوال فترة الفعل المتشعب". وبموجب المادة ١٨ (٥) فإن مبدأ القانون عبر الزماني يتم استيفاؤه إذا كان العمل الأول في السلسلة قد وقع عندما يكون الالتزام نافذاً إزاء الدولة حتى لو انقضى الالتزام بعد ذلك.

(٢٣٧) انظر بصفة خاصة JJA Salmon, "le fait étatique complexe: une notion contestable", Annuaire français de droit international, 28 (1982), pp. 709-738; E Wyler, L'Illicite et la condition des personnes privées (Paris, Pedone, 1995) pp. 74-81.

(٢٣٨) انظر الفقرتين ١٣٨-١٣٩ أدناه.

(٢٣٩) انظر من بين كثير من الأمثلة، قضية جينز 4UNRIIAA82 (اللجنة المكسيكية الأمريكية المعنية بالمطالبات العامة ١٩٢٦)، كانت جريمة قتل جينز الأصلية فعلاً شخصياً بحتاً.

١٢٨ - ويمكن اختبار هذه الافتراضات على وقائع قضية غابشيكوفو ناغيماروس. ومن الواضح أن سلوك تشيكولوسلوفاكيا في تنفيذ البديل جيم فعل متشعب. فقد شمل سلسلة من الأعمال قامت بها أجهزة مختلفة من الدولة وشركة خاصة تعمل بوصفها المشيدة والمشغلة للمشروع. وقررت المحكمة أن الفعل غير المشروع لم يرتكب إلا حين تم تحويل نهر الدانوب بالفعل في تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٢^(٢٤٠). ويتضح أن المحكمة بحكمها هذا، طبقت القانون المعمول به في ذلك الوقت لا في أي وقت سابق. فلو نجحت محاجة هنغاريا القائمة على تاريخ الانتهاء وهو أيار/مايو ١٩٩٢ (على أساس تغير أساسي في الظروف، مثلاً)، لكان القانون المعمول به في تشرين الأول/أكتوبر مختلفاً^(٢٤١). وهكذا، بدلاً من اعتبار مجمل الفترة من تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١ وما بعدها بوصفها وقت ارتكاب الانتهاك، تثبتت المحكمة من الوقت الذي ارتكب فيه الانتهاك بصورة أساسية بالرغم من التحضيرات السابقة، وطبق القانون المعمول به في ذلك الوقت على الانتهاك المذكور.

١٢٩ - ويوحى مثال افتراضي آخر بالنتيجة نفسها. فلنفرض أن الدولة ألفت توافق في معاهدة استثمار ثنائية على ألا تصدر لفترة ثلاث سنوات ملكاً معيناً وأن تدفع بعد هذه الفترة مبلغاً تعويضياً محدداً عن أي مصادرة. ولنفرض كذلك أنها تبدأ بعد سنتين ونصف بفرض قيود على استعمال هذا الملك، وأن كان لعدد من التقييدات، بعد انقضاء فترة السنوات الثلاث الأولى، من الأثر ما جعل الملك بلا قيمة، وتبعث ذلك، بعد بضعة شهور، مصادرة رسمية. فعملية المصادرة هذه هي بكل وضوح "فعل متشعب"، لكن افتراضين على الأقل من أصل الافتراضات الثلاثة الواردة في مشروع المواد لا ينطبقان عليه، أولاً، لا داعي للقول إن الفعل الأخير في السلسلة يشكل زمن وقوع الانتهاك؛ وعلى أساس هذه الوقائع، يمكن اعتبار أن المصادرة قد تمت في تاريخ سابق. ثانياً، إذا كانت القيود المفروضة في حد ذاتها أثناء فترة السنوات الثلاث لا تشكل، مع ذلك مصادرة^(٢٤٢)، فإنه لا يوجد أساس لتطبيق القانون المعمول به أثناء فترة السنوات الثلاث تلك على سلوك الدولة اللاحق، وتكون سبيل الانتصاف للمصادرة دفع المبلغ المحدد.

(٢٤٠) انظر الفقرة ١٠٤ أعلاه.

(٢٤١) كان من الممكن أن تنظم اتفاقية المياه الحدودية لعام ١٩٧٦ أن تفصل هذه المسألة، لولا القانون الخاص لمعاهدة عام ١٩٧٧.

(٢٤٢) قارن 10 Iran-US (1986) *Foremost Tehran Inc v Government of the Islamic Republic of Iran* CTR 228، حيث قررت محكمة المطالبات لإيران - الولايات المتحدة أن الأفعال المذكورة لا تُشكل مصادرة وقت تاريخ انتهاء اختصاص المحكمة.

١٣٠ - إن معالجة "الأفعال المتشعبة" في مشاريع المواد ضعيفة من جوانب أخرى كذلك. فعلى سبيل المثال، هناك فرق واضح بين الأفعال المركبة والأفعال المتشعبة. ففي حالة الأفعال المركبة، يتم النظر في الفعل الأول في السلسلة والذي يكون، بالاقتران مع الأفعال السابقة، كافياً لتشكيل انتهاك (ولنسمّه "الفعل النهائي"). وفي حالة الأفعال المتشعبة يتم النظر في آخر فعل في المجموعة. فلماذا لا يفسر وجود هذا الفارق وفي الوقت الذي يُنجز فيه الفعل النهائي، قد لا يكون من الواضح أن أفعالا أخرى ستليه وأن السلسلة ليست كاملة. ومع ذلك، إذا كان هناك حتى ذلك الحين، ما يبرر قول الدولة المضرورة إن فعلا غير مشروع قد ارتكب، فلماذا لا تستطيع التصرف على هذا الأساس في ذلك الوقت. ويمكن تقديم اعتراض مماثل بالرجوع إلى القانون عبر الزماني على نحو ما نصت عليه المادة ١٨ (٥). وإلى حين اكتمال السلسلة، قد لا يعرف أحد بالضبط كيف يصف الفعل غير المشروع: ففي قضية *Foremost-Mckesson*، على سبيل المثال، لا يعرف ما إذا كانت القضية قضية تمييز ضد مساهمين أجنب أو هي قضية مصادرة فعلية^(٢٤٣). وبالرغم من ذلك، قد يعتمد تطبيق القانون النافذ وقت وقوع الفعل الأول في السلسلة على كيفية وصف السلسلة بأكملتها. وهكذا، تصبح مسألة القانون عبر الزماني غامضة، وإلى حد ما ذاتية. ويتفاقم هذا الوضع حين يعتمد التمييز بين الأفعال المركبة والأفعال المتشعبة على ما يحدد بأنه "القضية" ذات الصلة، ومع ذلك، يمكن القيام بذلك بطرق مختلفة. وقد يركز مقدم الطلب، كما هي الحال في قضية *أيرلندا ضد المملكة المتحدة*، على سبيل المثال، على "ممارسة" تكون الأحداث الفردية فيها مجرد أمثلة. فهل الممارسة إذن هي "القضية"؟ أو أن الأحداث الفردية التي يُستشهد بها، بشكل غير مستوفى، هي التي تُثبت الممارسة^(٢٤٤)؟ فالتمييز بين الأفعال المتشعبة والأفعال المركبة يعتمد على مفهوم "القضية" غير المحدد، ومع ذلك، فإن نتائج هامة من حيث القانون عبر الزماني تتوقف على هذا التمييز. ولا ينبغي أن تعتمد مسائل لها مثل هذه الأهمية على الطريقة التي تختارها الدولة المضرورة لصوغ ادعائها. وعلى أية حال، ليس من الواضح أبداً، من حيث المبدأ، لماذا ينبغي أن يُطبق القانون النافذ وقت حصول الفعل الأول في سلسلة ما على السلسلة بأكملها. فيجب تقييم الأفعال الفردية إما على أساس فردي، وفي تلك الحالة ينبغي تطبيق القانون النافذ في الوقت الذي ارتكب فيه كل فعل، أو يجب تقييمها كسلسلة، وفي الحالة تلك يبدو أن القاعدة المطبقة على الأفعال المركبة صحيحة كذلك. ولا داعي لتجميد القانون المطبق، بالنسبة لأي من البديلين، عند الزمن الذي بدأ فيه الفعل المتشعب^(٢٤٥).

(٢٤٣) المرجع نفسه.

(٢٤٤) انظر أيضا الادعاء المقابل للولايات المتحدة في القضية المتعلقة بأرصفت النفط، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٨ (الأمر الصادر في ١٠ آذار/ مارس ١٩٩٨)، الذي يركز أيضا على حالة عامة بدلا من حالات معينة.

(٢٤٥) وأحد الأسباب غير المذكورة للعنصر الرجعي في المادة ١٨ (٥) هو أن ذلك ضروري للدفاع عن المادة ٢٢. فوفقا لتلك المادة، يشكل استنفاد سبل الانتصاف المحلية جزءا من الانتهاك وليس فقط شرطا لمقبولية ادعاء دبلوماسي، كما يشمل فعلا متشعبا. غير أن من الواضح في حالات كهذه أنه ينظر في القانون النافذ وقت وقوع الضرر، وليس في القانون النافذ حين تستنفد سبل الانتصاف المحلية. انظر الفقرتين ١٤٣-١٤٤ أدناه.

١٣١ - ولهذه الأسباب، يوصى بأن تُحذف الفقرتان ١٨ (٥) و ٢٥ (٣) ويحذف معهما مفهوم "الفعل المتشعب"^(٢٤٦). ويبدو أن المحاكم وهيئات التحكيم الدولية لا تلاقي أية صعوبة في تناول مثل هذه الأفعال، سواء من حيث وقت ارتكاب هذه الأفعال أو من حيث القانون عبر الزماني، كما يبدو أنه لا ضرورة لوجود حكم خاص بها في مشاريع المواد.

التصنيف الزمني للالتزامات بالمنع: المادة ٢٦

١٣٢ - تتصل المادة ٢٦ صلة وثيقة بالمادة ٢٣، كما تنطبق هنا أيضا التعليقات التي سبق أن قدمت على المادة ٢٣. صحيح أن هناك التزامات "غير مشروطة بالمنع، من النوع الذي يرد وصفه في الشرح. وهي التزامات حقيقية بالمنع، بمعنى أنه ما لم يقع الحدث الذي يخشى وقوعه، لا يكون هناك انتهاك. وفي الوقت الذي لا تضمن فيه الدولة أن الحدث لن يقع، تتعهد بالتزام من قبيل بذل قصارى جهدها لمنع الحدث من الوقوع - ويعتمد مضمون وشدة هذا الالتزام على القاعدة الأولية. بيد أنه كما سبقت الإشارة، ليست جميع الالتزامات الخاصة بمنع حدث من الوقوع هي من هذا النوع، وليس من مهمة مشروع المواد إقحام جميع هذه الالتزامات في صيغة واحدة.

١٣٣ - وهناك صعوبة أخرى في صياغة المادة ٢٦، إذ أنها تفترض أن وقوع حدث ذي طابع استمراري يشمل انتهاكا مستمرا من قبل الدولة التي تخفق بطريقة غير مشروعة في منعه. وقد يكون هذا هو الحال مثلا، بالنسبة للالتزام بمنع الضرر العابر للحدود عن طريق التلوث الجوي، كما هو مبين في التحكيم بشأن Trail Smelter^(٢٤٧)، أو الالتزام بمنع اقتحام أماكن عمل الدبلوماسيين^(٢٤٨). ولكن لا بد من ذكر أنه يمكن تخيل ظروف تختلف عن هذا، كأن يتعذر رد الحدث، بعد وقوعه، أو أن لا يسبب استمراره أي ضرر إضافي للدولة المضروقة. ومثال ذلك احتمال أن تلتزم الدولة ألف بمنع نشر معلومات معينة. ولا يكون انتهاك مثل هذا الالتزام بالضرورة ذا طابع مستمر، إذ من الممكن أن يبطل هدف الالتزام بأكمله حالما تنشر المعلومات. ولذلك يصبح من الضروري تقييد المادة ٢٦ بإضافة العبارة نفسها الواردة في المادة ٢٥ (١) ("ويبقى غير مطابق للالتزام الدولي").

(٢٤٦) إلى جانب تعليقات الحكومات (المستعرضة أعلاه، الفقرة ٩٩)، تؤيد المواد المنشورة هذه النتيجة بقوة. وهكذا يجد Salmon، المرجع المذكور، الصفحة ٧٣٨، أن مفهوم الأفعال المتشعبة "مربك ... خطر ... [أو] عديم الجدوى". ويصف Pauwelyn، المرجع المذكور، الصفحة ٤٢٨، المادة ٢٥ (٣) بأنها "موضع شك كبير". انظر أيضا Karl، المرجع المذكور، الصفحة ١٠٢؛ Wyler، L'ILLicite et la condition des personnes privées ("of doubtful value") (Paris, Pedone, 1995) p. 89; Brownlie, State Responsibility, p. 197. (٢٤٧) 1905 UNRIIAA 3 (1941 & 1938).

(٢٤٨) انظر الموظفون الدبلوماسيون والقنصليون في طهران، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٠، الصفحة ٣، وفي الصفحتين ٣٥-٣٦.

١٣٤ - ورهنا بهذا الشرط، تكون المادة ٢٦ تقييدا إضافيا مفيدا للمادة المقترحة التي تعالج الأفعال غير المشروعة التامة والمستمرة. ومن المفيد تأكيد أن وقوع الحدث المذكور، في حالة الالتزامات بالمنع، لن يسبب عادة عملا مستمرا غير مشروع (أي، ما لم يتوقف الحدث أو يتوقف الالتزام بتطبيقه). وفي الواقع، قد يتفاقم الفعل غير المشروع بطريقة تدريجية، في حالات كهذه، نتيجة الإخفاق في إيقافه. وعلى هذا الأساس، يبدو من المعقول إدراج هذا الشرط كفقرة إضافية في المادة المقترحة التي تعالج الفرق بين الأفعال غير المشروعة التامة والأفعال غير المشروعة المستمرة.

الاستنتاجات بشأن المواد ١٨ (٣)-(٥) و ٢٤-٢٦

١٣٥ - لهذه الأسباب، يُوصى بأن يُستعاض عن المواد ١٨ (٣)-(٥) و ٢٤-٢٦ بمادتين، واحدة تعالج الفرق بين الأفعال غير المشروعة التامة والأفعال غير المشروعة المستمرة، والثانية تتناول انتهاك التزامات معينة ذات طابع منهجي ومركب^(٢٤٩).

(ح) المادة ٢٢: استنفاد سبل الانتصاف المحلية

١٣٦ - تنص المادة ٢٢ على ما يلي:

حين يفضي تصرف الدولة إلى حالة غير مطابقة للنتيجة التي يتطلبها منها التزام دولي يتعلق بالمعاملة الواجب منحها لأشخاص أجانب، سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين، ولكن الالتزام يسمح مع ذلك بتحقيق هذه النتيجة أو نتيجة مكافئة لها من خلال قيام الدولة بتصرف لاحق، لا يكون هناك انتهاك للالتزام إلا إذا استنفد الأجانب المعنيون سبل الانتصاف المحلية الفعالة المتاحة لهم دون الحصول على المعاملة المنصوص عليها في الالتزام أو، في حالة تعذر ذلك، على معاملة مكافئة لها.

١٣٧ - تتعلق المادة ٢٢، كما يدل على ذلك عنوانها، بمبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحلية المعروف ("المعاملة الواجب منحها لأشخاص أجانب، سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين") وقد تم تحليل هذه السبل في سياق الالتزامات "المركبة بنتيجة على النحو الذي وردت به في المادة ٢١ (٢).

١٣٨ - ويؤكد الشرح المستفيض للمادة ٢٢ هذه النقطة، إذ يقول في حالة الالتزامات في ميدان الحماية الدبلوماسية

(٢٤٩) للاطلاع على النص المقترح انظر الفقرة ١٥٦ أدناه.

"إذا لم يتخذ [الأجنبي المتضرر] أي إجراء، فإن الحالة الناشئة عن السلوك الأولي للدولة والذي يتعارض مع النتيجة المرغوب في تحقيقها دولياً، لا يمكن تصحيحها بإجراء لاحق تتخذه الدولة يكفل استبدال تلك الحالة بحالة تنسجم مع النتيجة التي يقتضيها الالتزام... وتختلف الحالة هنا، إلى حد كبير، عن تلك التي يؤكد فيها مسلك الدولة بطريقة جديدة تتعارض، على نحو مماثل، مع النتيجة المرغوب في تحقيقها دولياً الحالة الناشئة عن السلوك الأولي، رغم قيام الأشخاص المعنيين باتخاذ الإجراءات الضرورية للحصول على الجبر"^(٢٥٠).

غير أن ذلك يعني أن رفض الانتصاف المحلي سيكون، في حد ذاته، فعلاً غير مشروع دولياً. وقد يحدث ذلك حينما تقوم المحكمة المحلية بالتمييز ضد شخص أجنبي، أو تتصرف بطريقة تعسفية، خلافاً لمعايير المعاملة المعمول بها. بيد أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا ينطوي، في حالات أخرى، على أي سلوك غير مشروع جديد أو مستمر. وإنما هو يؤكد عدم وجود أي سبيل آخر للانتصاف المحلي وفقاً للقوانين والإجراءات الداخلية للدولة المسؤولة^(٢٥١). وفي مثل هذه الحالات، يعتبر الانتصاف المحلي علاجاً فاشلاً لا جزءاً من العلة نفسها.

١٣٩ - ويذهب الشرح إلى القول...

"إذا تعذر على الدولة المتضررة أن تطالب، قبل استيفاء شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية، بالجبر عن فعل غير مشروع دولياً تضررت منه وتدعي أنه ارتكب ضد شخص مواطن لها أو ضد ممتلكاته، فإن ذلك يعزى إلى عدم نشوء حقها الجديد بعد، حتى ذلك الوقت، في الجبر من الضرر الذي أصابها. وبعبارة أخرى، لم يحدث بعد انتهاك للالتزام الذي تقتضيه المعاهدة أو لم يحدث بعد، على الأقل، بصفة نهائية"^(٢٥٢).

غير أن كون الدولة الثالثة قد لا تكون قادرة على تبني مطالبة تتعلق بجبر الضرر الواقع على مواطنيها، قبل استنفاد سبل الانتصاف المحلية، لا يعني أنه ليس لتلك الدولة مصلحة قانونية تحميها في وقت سابق^(٢٥٣)؛ لذلك فقد يكون لها، مثلاً، مصلحة قوية في وقف الفعل غير المشروع.

(٢٥٠) شرح المادة ٢٢، الفقرة (٣).

(٢٥١) انظر على سبيل المقارنة، سبل الانتصاف المحلية التي نظر فيها في قضية (إلسي): قضية تتعلق بـ Elettronica Sicala S.P.A. (ELSI)، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٨٩، ص ١٥.

(٢٥٢) شرح المادة ٢٢، الفقرة (١٥).

(٢٥٣) انظر على سبيل المقارنة، قضية الفوسفات في المغرب (الاعتراضات الأولية)، تقارير محكمة العدل الدولية الدائمة، المجموعة (A/B 74) لعام ١٩٣٨، الصفحة ٢٨، انظر، مع ذلك، التعليق على المادة ٢٢، الفقرة (٥٩).

تعليقات الحكومات على المادة ٢٢

١٤٠ - ترى فرنسا أنه ينبغي توضيح أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية "مقصود على الحماية الدبلوماسية"^(٢٥٤). أما ألمانيا، فتستفهم عن موقع المادة ٢٢ وعن جدواها، وتلاحظ أنها لا ينبغي أن تطبق "في حالات الانتهاكات الجسيمة لقانون المعاملة الواجب منحها للأجانب التي تشكل، في الوقت ذاته، انتهاكات لحقوق [هم] الإنسانية"^(٢٥٥). وتذهب المملكة المتحدة أبعد من ذلك فتحتاج بإمعان بوجود رؤية "إجرائية" لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٢٥٦). وهي تقترح، في الوقت نفسه، أن تعتبر القاعدة منطبقة على الأضرار التي تقع خارج إقليم الدولة المسؤولة، ربما باستثناء حالات الانتهاك الصريح^(٢٥٧).

نطاق قاعدة سبل الانتصاف المحلي

١٤١ - وصفت إحدى دوائر المحكمة في قضية (إلسي ELSI) قاعدة سبل الانتصاف المحلية بأنها "قاعدة مهمة من قواعد القانون الدولي"^(٢٥٨). وفي حالة المطالبة المقدمة نيابة عن مواطن للدولة المُطالبة (بما في ذلك الشركات)، عرفت دائرة المحكمة القاعدة تعريفا موجزا على النحو التالي:

"لكي تكون المطالبة الدولية [المقدمة مثلا نيابة عن فرادى الأشخاص أو الشركات] مقبولة، يكفي أن يكون جوهر المطالبة قد عرض على المحاكم المختصة وتمت متابعته دون نتيجة إيجابية إلى الحد الذي يسمح به القانون والإجراءات المحلية"^(٢٥٩).

وعلى هذا النحو، اعتبرت الدائرة أن هذه القاعدة تتعلق بمقبولية المطالبات في نطاق الحماية الدبلوماسية. واعتبرت أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية، يتميز، من حيث المبدأ، عن "جوهر الدعوى"^(٢٦٠). وهذا هو الفهم التقليدي للقاعدة.

(٢٥٤) A/CN.4/488، الصفحة ٦٩.

(٢٥٥) المرجع نفسه.

(٢٥٦) المرجع نفسه، الصفحات ٦٩-٧١، وقد أثارت ألمانيا هذه النقطة نفسها في تعليقاتها لعام ١٩٨١: حولية لجنة القانون الدولي، ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحتان ٧٥-٦ (من النص الانكليزي).

(٢٥٧) A/CN.4/488، الصفحة ٧١.

(٢٥٨) قضية (إلسي) Case concerning Elettronica Sicula, S.P.A. (ELSI) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٩، الجزء ١٥ في الصفحة ٤٢ (الفقرة ٥٠). انظر أيضا قضية (Interhandel Case)، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٥٩، الجزء ٦، الصفحة ٢٧.

(٢٥٩) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٩، الجزء ١٥، الصفحة ٤٦ (الفقرة ٥٩).

(٢٦٠) المرجع نفسه، الصفحة ٤٨ (الفقرة ٦٣).

١٤٢ - وخلافا لذلك، تعبر المادة ٢٢ عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية في إطار المادة ٢١ (٢) على النحو التالي: "حين يفضي سلوك الدولة إلى حالة غير مطابقة للنتيجة التي يتطلبها منها التزام دولي يتعلق بالمعاملة الواجب منحها لأشخاص أجانب... ولكن الالتزام يسمح مع ذلك بتحقيق هذه النتيجة أو نتيجة مكافئة لها من خلال قيام الدولة بسلوك لاحق" وفي هذه الحالات يقع الانتهاك فقط، وفقا للمادة ٢٢، حالما، وحينما، تستنفد سبل الانتصاف المحلية الفعالة. وفيما يتعلق بهذا الأمر، يتعين إثارة عدة نقاط.

١٤٣ - غير أن أغلب الحالات التي ينطبق عليها استنفاد سبل الانتصاف المحلية ذات طبيعة مختلفة عن ذلك^(٢٦١). وهناك، على سبيل المثال، التزام دولي عام على جميع الدول بعدم التمييز بصفة تعسفية ضد الأشخاص الأجانب. غير أن المحتوى الدقيق لهذا الالتزام لا يعنينا في هذا المقام. والأمر المهم هو أنه من الواضح: (أ) أن قاعدة سبل الانتصاف المحلية تنطبق على المطالبات الناشئة عن انتهاك هذا الالتزام؛ (ب) وأن ذلك لا يشكل، رغم ذلك، حالة يكون للدولة فيها أن تختار التمييز ضد الأشخاص الأجانب بشرط أن تقدم لهم جبرا^(٢٦٢). فهي ملزمة بعدم التمييز في المقام الأول. وفي مثل هذه الحالات، يقع انتهاك القانون الدولي في الوقت الذي تحدث فيه المعاملة، ولا يؤجل الانتهاك إلى وقت لاحق عند استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو عند تقديم جبر مكافئ. وفي مثل هذه الحالات التي يكون فيها انتهاك القانون الدولي قد وقع بالفعل، يمثل استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطا إجرائيا لمقبولية المطالبة^(٢٦٣).

١٤٤ - ولا ريب في وجود حالات "يسمح [فيها] الالتزام مع ذلك بتحقيق هذه النتيجة أو نتيجة مكافئة لها من خلال قيام الدولة بسلوك لاحق". والمثال على ذلك الحكم المشترك بين كثير من المعاهدات الشائنة

(٢٦١) انظر الفقرة ٧٤ أعلاه.

(٢٦٢) انظر الفقرتين ٦٢-٦٣ أعلاه.

(٢٦٣) وهكذا، يمكن التخلي عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية، كما أشارت إلى ذلك دائرة المحكمة في قضية إلسي: تقارير محكمة العدل الدولية، الجزء ١٥، الصفحة ٤٢ (الفقرة ٥٠)، انظر أيضا، القرار المتعلق بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية الذي اعتمدته معهد القانون الدولي (Institut de Droit International) في عام ١٩٥٦ والذي ينص على أن "القاعدة لا تنطبق... في الحالات التي يتم فيها التخلي عن تطبيقها باتفاق الدول المعنية" (الحولية Annuaire المجلد ٤٦، لعام ١٩٥٦، الصفحة ٢٥٨) ولكن إذا لم يحدث انتهاك، فلن تكون هناك مطالبة في المقام الأول. ويمكن إثارة هذه النقطة نفسها فيما يتعلق بالحالات التي تقرر فيها أن عجز الدولة عن إثارة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في المرحلة التمهيديّة قد منعها من إثارة هذا الاستنفاد: على سبيل المثال (ECHR) قضية "إيدين ضد تركيا"، الحكم الصادر في ٢٥ أيلول/سبتمبر ١٩٩٧. انظر أيضا، "قضية أيرلندا ضد المملكة المتحدة"، (1978) ECHR, Series A, vol. 25. المذكورة آنفا، الفقرة ١٢٣.

لحماية الاستثمارات الذي ينص على عدم جواز مصادرة الاستثمارات "إلا لغرض عام وبطريقة غير تمييزية، ووفقا للأصول القانونية المرعية وعند دفع الجبر"^(٢٦٤)، وفي حالة حدوث مصادرة غير تمييزية ولكن دون جبر، فإن أساس الانتهاك يكمن في العجز عن الجبر ويجوز الحكم بأن هذا العجز قد حدث في وقت لاحق للمصادرة. ومع ذلك، فإن العجز يظل، من حيث التحليل، متميزا عن استنفاد سبل الانتصاف القضائية المحلية، وأن الانتهاك سيقع في هذه الحالة في الوقت الذي يحدث فيه العجز بصفة نهائية، أيا كان الشكل الذي اتخذته العجز^(٢٦٥).

١٤٥ - وقد توجد أيضا حالات يكون فيها عدم توفير سبل الانتصاف المحلية على نحو كاف هو ذاته الفعل الدولي غير المشروع ذو الصلة. ويصدق ذلك، مثلا، عندما يكون سبب الضرر الذي تعرض له الأجنبي هو سلوك لا يمكن عزوه للدولة^(٢٦٦)، أو عندما ينطوي الخرق على انتهاك لمعايير الأصول القانونية المرعية المنصوص عليها في إحدى المعاهدات أو في قانون دولي عام، يقع وقت السعي للحصول على الانتصاف^(٢٦٧). إلا أن من الواضح أن المادة ٢٢ لا تستهدف هذه الحالة، لأنه في مثل هذه الحالات لا يكون أساس الدعوى المرفوعة أمام محكمة الدولة هي نفسها "حالة لا تتطابق مع النتيجة يقتضيها الالتزام الدولي (للدولة)". بل تحدث هذه الحالة لاحقا، عندما يتضارب إجراء المحكمة مع التزام الدولة.

(٢٦٤) انظر، على سبيل المثال، جمهورية الصين الشعبية - فرنسا، الاتفاق المتعلق بالتشجيع المتبادل على توظيف الاستثمارات وحمايتها، باريس، ٣٠ أيار/ مايو ١٩٨٤، المادة ٤ (٢): المواد القانونية الدولية (1985) 550 ILM 24.

(٢٦٥) على سبيل المثال، يشكل سن قانون يصادر الممتلكات ويستبعد بصفة صريحة تقديم أي جبر انتهاكا لهذا الحكم من أحكام المعاهدة، غير أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ستكون شرطا أساسيا لمقبولية مطالبة دولية باسم أي شخص صودرت ممتلكاته بهذه الطريقة. وعلى هذا الأساس، قد يدفع المالك المتضرر إلى الطعن في دستورية هذا القانون إذا كان مثل هذا الطعن ممكنا. انظر مثلا، الحكم الذي أصدرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية لايتغاو وآخرين (ECHR, vol. 102 (1986) at p. 74 (para 206)؛ وقرار اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان رقم ٥٥/٢٧، الصادر في ٣١ أيار/ مايو ١٩٥٦ في وثائق وقرارات اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٥-١٩٥٦-١٩٥٧ ص ١٣٩. (European Commission of Human Rights, Documents and Decisions, 1955-1956-1957, p. 139).

(٢٦٦) انظر قرارات لجنة المطالبات العامة بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية في قضية Neer (١٩٢٦) مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولية، الصفحات ٦٠-٦٦ وقضية Janes (١٩٢٦)، المصدر نفسه، الصفحات ٨٢-٩٨.

(٢٦٧) انظر على سبيل المثال المادة ٦ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة ٢ (٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية المعنية بحقوق الإنسان والمادة ٢٥ من الاتفاقية الأمريكية المعنية بحقوق الإنسان.

متى يقع ارتكاب انتهاك للقانون الدولي ينطوي على معاملة الأجانب؟

١٤٦ - تذكر صياغة المادة ٢٢ إلى حد بعيد بالمحاجة الإيطالية في قضية الفوسفات في المغرب (الاعتراضات الأولية)^(٢٦٨). ففي تلك القضية لم تقبل فرنسا اختصاص المحكمة إلا فيما يتعلق "بالحالات أو الوقائع التي أعقبت" ١٩٣٩. وإن جزءاً من ادعاء إيطاليا يتصل بنزع ملكية عدد من الرعايا الإيطاليين الناشئ عن قرار إدارة المناجم المغربية في عام ١٩٢٥. ودفع بأن قرار عام ١٩٢٥ "لم يصبح قطعياً إلا نتيجة بعض الأفعال المحددة بعد التاريخ الفاصل والرفض النهائي للانتصاف بأية طريقة عن الحالة الناشئة في عام ١٩٢٥" وأن هذا الرفض لم يحدث إلا بعد ١٩٣١^(٢٦٩). ورفضت المحكمة هذا الدفع (١١ صوتاً مقابل صوت واحد). ففي رأيها كان قرار ١٩٢٥ هو الفعل غير المشروع، ولم يعد الرفض اللاحق لتغيير ذلك القرار أنه بدءاً لمرحلة في المناقشة التي أثّرت "عقب قرار ١٩٢٥ ولم يكن مصدراً مستقلاً للشكوى:

"ينبغي أن نبحث في ذلك القرار عن خرق للقانون الدولي - أي فعل قطعي، من شأنه أن يشمل، في حد ذاته، مسؤولية دولية مباشرة. وبما أنه يمكن عزو هذا الفعل للدولة، ووصفه بأنه يخالف الحق التعاهدي لدولة أخرى، فإنه ستنشأ مسؤولية دولية بين الدولتين على الفور. وفي هذه الظروف، فإن إنكار العدالة المزعوم، لا يؤدي إلا إلى السماح باستمرار الفعل غير المشروع"^(٢٧٠).

وكما تعني هذه اللغة ضمناً، فإن المحكمة لم تكن معنية بمسألة ما إذا كان السلوك غير المشروع المزعوم الذي قامت به فرنسا بالنيابة عن المغرب ينطوي على استمرار العمل غير المشروع؛ والواقع أن المحكمة قد أشارت ضمناً إلى وجود مثل هذا العمل^(٢٧١). وكان السؤال هو ما إذا نشأ عدم المشروعية المزعوم قبل

(٢٦٨) مجموعة محكمة العدل الدولية الدائمة (1938) A/B No. 74، للاطلاع على مناقشة هذه القضية

انظر شرح الفقرات (٢٥)-(٢٨) من المادة ٢٢.

(٢٦٩) مجموعة محكمة العدل الدولية الدائمة (1938) A/B No. 74، الصفحة ٢٧.

(٢٧٠) المرجع نفسه، الصفحة ٢٨.

(٢٧١) وافق القاضي فان إيسينجا على هذه النقطة. ودارت معارضة حول تفسير الإعلان الفرنسي:

في الصفحتين ٣٤-٣٥. وأكد القاضي تشينغ أن "الاحتكار" وإن كان قد أنشئ بموجب تشريع ١٩٢٥، لا يزال موجوداً الآن. فإذا كان غير مشروع، فهو غير مشروع لا في إنشائه فقط، ولكن في استمراريته" (الصفحة ٣٦). ومما لا شك فيه أن ذلك صحيح، إلا أنه لا يتعرض للنقطة موضوع الخلاف. وكان التحفظ الفرنسي على النحو التالي: " ... أما بالنسبة لجميع الاختلافات التي ظهرت بعد تصديق الإعلان الحالي بشأن موضوع الحالات أو الوقائع عقب هذا التصديق" (التوكيد مضاف). وقالت المحكمة، بعد أن اعتمدت تفسيراً قصيراً للتحفظ الفرنسي بأن النزاع ارتبط بحالات ووقائع سبقت التاريخ الفاصل ونشأت عنها الصفحات ٢٤، ٢٦-٧. وبالنسبة للمحكمة، لم يكن مهماً أن هذه الحالات أو الوقائع هي التي سببت استمرارية العمل غير القانوني الذي امتد حتى بعد التاريخ الفاصل. ولم يظهر خلاف جديد بعد ذلك التاريخ، بل استمر النزاع الحالي.

عام ١٩٣١ لأغراض تطبيق تحفظ فرنسا المتعلق بشرط الخيار، وقضت المحكمة بأن ذلك هو الحال. ويتناقض هذا الرأي (رغم أنه يتعلق باختصاص المحكمة وليس بموضوع مسؤولية الدولة) مباشرة مع صيغة المادة ٢٢^(٢٧٢).

الاستنتاجات بشأن المادة ٢٢

١٤٧ - لهذه الأسباب (بالإضافة إلى الأسباب المقدمة فيما يتعلق بالمواد ٢١ و ٢٥^(٢٧٣)، لا يمكن الإبقاء على المادة ٢٢. والسؤال هو ما إذا كان ينبغي ببساطة إلغاؤها أو الاستعاضة عنها بحكم يتناول استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وثمة ما يبرر حذفها ببساطة، لأنه بشكل عام ليس من وظيفة مشاريع المواد أن تتناول مسائل مقبولة المطالبات الدولية. وعلاوة على ذلك، فإن الصيغة المرضية لقاعدة سبل الانتصاف المحلية، تحتاج إلى أكثر من مادة واحدة. وتشمل القضايا التي يجب النظر فيها تعريف "سبل الانتصاف المحلية" واستنفادها^(٢٧٤)، والتمييز بين المطالبات "المباشرة" بين دولة وأخرى (التي لا تنطبق عليها القاعدة) والمطالبات "غير المباشرة" للحماية الدبلوماسية (التي تنطبق عليها)^(٢٧٥)، وتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية على حالات أخرى مثل الحالات التي تنطوي على انتهاك حقوق الإنسان بغض النظر عن الجنسية^(٢٧٥)، وتطبيق القاعدة على الأضرار الحاصلة خارج أراضي الدولة المجيبة

(٢٧٢) انظر أيضا التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي، المجلد الثالث (١٩٣٤) الصفحة ١٤٨٤ وقضية Panevezys-Saldutiskis Railway Co. مجموعة محكمة العدل الدولية الدائمة (1939) A/B No. 76.

(٢٧٣) نوقشت باقتضاب في شرح الفقرات (٤٧)-(٥١) من المادة ٢٢.

(٢٧٤) هناك سؤال مرتبط بذلك وهو ما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تنطبق على الأضرار التي تلحق بأجهزة الدولة، ووكالاتها ومؤسساتها: انظر شرح الفقرات (٤٣)-(٤٥) من المادة ٢٢. (٢٧٥) قررت اللجنة أن من السابق لأوانه الإعراب عن رأي حول هذا الموضوع، ملاحظة أن معاهدات حقوق الإنسان تحتوي على شرط صريح بهذا الصدد: شرح الفقرة (٤٦) من المادة ٢٢. وفيما يتعلق بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية المتعلقة بانتهاكات التزامات حقوق الإنسان، انظر، في جملة أمور أخرى، CF Amerasinghe، "قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في إطار المنظومات الدولية لحماية حقوق الإنسان"، Z.a.o.R.V. المجلد ٢٨، ١٩٦٨، الصفحة ٢٥٧؛ AA Cancado Trindade، تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في القانون الدولي: الأساس المنطقي للحماية الدولية للحقوق الفردية، C.U.P., Cambridge, 1983 قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في إطار المنظومات الدولية لحماية حقوق الإنسان J. Guinand المجلة البلجيكية للقانون الدولي المجلد الرابع، ١٩٦٨، ص ٤٧١ D. Sulliger؛ قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في القانون الدولي العام وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (عدم شرعية وحالة الأشخاص الاعتباريين) (Paris, Pedone, 1995) Wyler, (Imprimerie des Arts et Metiers, Lausanne, 1979) الصفحات ٦٥-٨٩.

على الطلب^(٢٧٦) وما إذا كان ينبغي وجود استثناء للقاعدة بالنسبة لحالات الانتهاك الشنيع، أو للخروق الجماعية^(٢٧٧) وموضوع التنازل^(٢٧٨). وستواصل اللجنة النظر في هذه المسائل في عملها في موضوع الحماية الدبلوماسية^(٢٧٩). ومن الناحية الأخرى، فإن المطالبات بالنيابة عن الأجانب كانت تشكل، من الناحية التاريخية، أساسا رئيسيا لمسؤولية الدولة، ولا تعيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية المطالبات حيال انتهاك لالتزام دولي، وهو موضوع الفصل الثالث. وسيتحقق توازن مرض إذا أعيدت صياغة المادة ٢٢ كشرط "عدم المساس" وترك تفاصيل تشغيلها إلى اللجنة في عملها بشأن الحماية الدبلوماسية^(٢٨٠).

١٤٨ - أما فيما يتعلق بمكان المادة المقترحة، فهناك ما يبرر إدراجها في الباب الثاني من مشاريع المواد، نظرا لأنها ترتبط بتنفيذ المسؤولية أكثر من ارتباطها بأصولها. أما في الوقت الحاضر، فيمكن أن تبقى المادة جزءا من الفصل الثالث. ويمكن إعادة النظر في مسألة مكانها حالما يحدد محتوى الباب الثاني.

(٢٧٦) نوقش ذلك تفصيلا في شرح المادة ٢٢، الفقرات ٣٨-٤٢.

(٢٧٧) انظر *أيرلندا ضد المملكة المتحدة، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، المجلد ٢٥ (١٩٦٨)*.

(٢٧٨) للاطلاع على قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بوجه عام، انظر أيضا CF Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Grotius, Cambridge, 1990; AA Cancado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 65, 1978, 157; J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (Pedone, Paris, 1972); K. Doehring, "Local Remedies, Exhaustion of", in R. Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, 1981, pp. 136-140; G. Perrin, "La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la C.D.I.", *Festschrift fur R. Bindschedler*, Stampfli, Bern, 1980, pp. 271-291.

(٢٧٩) انظر م. بينونا، تقرير أولي عن الحماية الدبلوماسية، A/CN.4/484 (١٩٩٨)، لا سيما الفقرتان ١٨ و ٥٥.

(٢٨٠) للاطلاع على نص الحكم المقترح انظر أدناه، الفقرة ١٥٦.

٣ - مسائل أخرى تتعلق بانتهاك التزام دولي

١٤٩ - ثمة حاجة إلى النظر في مسألتين أخريين في إطار الفصل الثالث.

(أ) الأثر المكاني للالتزامات الدولية ولمسائل الانتهاك

١٥٠ - وتعلق الأولى بمدى إمكانية الاعتراف باعتباريات الاختصاص من حيث المكان المتعلقة بانتهاك التزام دولي. وتتناول المادتان ١٢ و ١٣ (بالصيغة المعتمدتين بها في القراءة الأولى) سلوك دولة أو منظمة ثالثة في إقليم دولة ما. وهما تنصان على أن موقع حدوث السلوك ليس سببا، في حد ذاته، في أن يعزى السلوك إلى الدولة المضيفة. ولكن ليست هناك مادة في الفصل الثالث تتناول "البعد المكاني المتعلق بعدم المشروعية"^(٢٨١). وهذا فيه شيء من التضارب. إذ من الصعب تصور أن يكون الموقع عنصرا حاسما في عزو السلوك إلى الدولة (سواء كان هذا السلوك صادرا عن الدولة أو لم يكن)^(٢٨٢)، في حين أنه ليس ثمة شك في أن موقع حدوث الفعل (داخل إقليم دولة ما، أو على الأقل داخل إقليم خاضع لولاياتها القضائية أو تحت سيطرتها) يمكن الاعتراف به إلى حد كبير في مسألة ما إذا كان قد وقع انتهاك التزام أو لم يقع. وجاء التعبير الكلاسيكي عن العلاقة بين الاثنين في رأي المحكم هو بر في "المطالبات المتعلقة بالمنطقة الاسبانية من المغرب"، حيث قال "يبدو أن المسؤولية التي تقع على كاهل دولة ما، في ظروف معينة، إزاء دولة أخرى فيما يتعلق برعايا الدولة الثانية، تفهم عادة على أنها تنحصر في الأحداث التي تقع في إقليم الدولة المسؤولة. فالمسؤولية والسيادة الإقليمية تتحددان بشكل متبادل"^(٢٨٣). وهناك صيغة أقرب عهدا هي

(٢٨١) هذا هو الوصف الذي استخدمه وايلر، في واحد من البحوث القليلة التي تناولت المشكلة:

E. Wyler, *L'Illicite d la condition des personnes privées* (Paris, Pedone, 1995) pp. 92-119.

(٢٨٢) كان ذلك جزئيا هو السبب في التوصية بشطب المادتين ١٢ و ١٣ وقبول اللجنة ذلك مؤقتا

في عام ١٩٩٨: التقرير الأول A/CN.4/490/Add.5 الفقرات ٢٥٢-٢٦٢.

(٢٨٣) مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي، (١٩٢٤) ٢، الصفحة ٦٣٠، وفي الصفحة ٦٣٦

كانت المسألة قيد النظر هي مسؤولية اسبانيا عن سلوك رعاياها في منطقة طنجة الدولية. وبناء عليه، نطق المحكم برأيه في المطالبة رقم ٢٨، وهو أنه:

"فيما يتعلق بالضرر الواقع داخل المنطقة الدولية، لا يمكن تحميل سلطات المنطقة الاسبانية المسؤولية عنه إلا في أحد احتمالين، هما، إما أنها سمحت في إقليمها بتشكيل عصابات قطاع الطرق التي تغلغت داخل المنطقة الدولية؛ أو أنها لم تضطلع بالواجبات المنوطة بها بملاحقة الجرائم التي ارتكبها أشخاص أوجدتهم بالمنطقة الإدارية".

المرجع نفسه، الصفحتان ٦٩٩ و ٧٠٠. انظر كذلك المرجع نفسه، الصفحات ٧٠٧-٧١٠.

الصيغة التي وضعتها المحكمة الدولية في "الرأي المتعلق بناميبيا"، حيث ذكرت أن "السيطرة الفعلية على إقليم، لا السيادة عليها أو شرعية ملكيتها، هي الأساس لمسؤولية الدولة عن الأفعال التي تؤثر في دول أخرى^(٢٨٤)". ويصاغ الكثير من القواعد الأساسية اعتماداً على كون السلوك متعلقاً بإقليم: فعلى سبيل المثال، هناك الحكم الذي أصدرته المحكمة في قضية "قناة كورفو" ومؤداه أن كل دولة يقع عليها التزام "بعدم السماح عن قصد باستخدام أراضيها في ارتكاب أفعال تتنافى مع حقوق دول أخرى^(٢٨٥)".

١٥١ - ويمكن أن يلقي إدراج حكم بشأن هذه المسألة التأييد في المادة ٢٩ من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات، التي تتناول نطاق المعاهدات المتعلقة بالأقاليم. فهي تنص على أن:

"تكون المعاهدة ملزمة لكل طرف فيها فيما يتعلق بكامل إقليمه، مالم يتبين من المعاهدة أو يثبت بطريقة أخرى وجود نية مغايرة".

وعلى العكس، قد يفهم أن المادة ٢٩ تعني ضمناً أن إلزامية المعاهدات للأطراف فيها فيما يتعلق بالسلوك الواقع خارج أقاليمها غير ظاهرة الوجاهة. ولكن، بالتأكيد ليس هذا هو الحال. إذ ذلك أن ما إذا كانت معاهدة ما تغطي سلوك الدولة الطرف في الخارج هو رهن بتفسير المعاهدة. ولا يبدو أن هناك أي افتراض بطريقة أو بأخرى. وفي بعض الحالات (مثل القانون الموحد للمعاهدات، أو القواعد المتعلقة بمعاملة الاستثمار الأجنبي)، يتضح من المعاهدة أو من موضوعها أو مقصدها أن السلوك الوحيد المتوقع من الدولة هو سلوكها داخل إقليمها هي. ولكن في كثير من الحالات الأخرى، تتحمل الدولة المسؤولية فيما يتعلق بسلوكها أينما وقع. فعلى سبيل المثال، تسري الالتزامات الواقعة على الدول بعدم ارتكاب الإبادة الجماعية أو التعذيب على سلوكها في أي مكان من العالم^(٢٨٦). ومن ناحية أخرى، فإن من الصحيح أن نشوء التزامات معينة قد يكون مختلفاً فيما يتعلق بإقليم دولة ما عنه فيما يتعلق بسلوكها في الخارج؛ فعلى سبيل المثال، هناك مدى أوسع من الحالات يمكن أن تستخدم فيها دولة ما القوات المسلحة داخل إقليمها في مقابل استخدام القوة المسلحة داخل إقليم دولة أجنبية أو في أعالي البحار.

(٢٨٤) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٧١، الصفحة ١٦، وفي الصفحة ٥٤، وانظر المناقشة الواردة في التقرير الأول، A/CN.4/490/Add.5، الفقرتان ٢٥٣ و ٢٥٤.

(٢٨٥) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٤٩، الصفحة ٤، وفي الصفحة ٢٢ (من النص الإنكليزي).

(٢٨٦) وهذا ما قضت به المحكمة في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا) (الاعتراضات الأولية). تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٦، الصفحة ٥٩٥، وفي الصفحة ٦١٦ (الفقرة ٣١).

١٥٢ - وهكذا فبدلاً من أن تتناول المادة ٢٩ من اتفاقية جنيف مسألة عامة هي مسألة نطاق التزامات المعاهدة بشأن الاختصاص من حيث المكان (وهو ما قد يبدو أنها تتناوله) فإنها تتعلق في حقيقة الأمر بمسألة ما إذا كانت دولة ما ملتزمة بمعاهدة فيما يتعلق بجميع أراضيها المكونة لها (بما في ذلك الوحدات المكونة للدولة الاتحادية؛ وأقاليم ما وراء البحار وما إلى ذلك). وقد عولجت هذه المسألة بشكل صريح في كثير من المعاهدات، ولكن في حالة عدم تناولها، تسري المعاهدة على كامل إقليم كل دولة طرف. ومن ثم لا تستطيع دولة ما الادعاء بوجود استثناء من امتثال معاهدة ما فيما يتعلق بالسلوك الواقع، مثلاً، داخل مستعمرة أو مقاطعة تشكل جزءاً منها. ولا تتناول المادة ٢٩ مسألة ما إذا كان الالتزام بالمعاهدة لا يسري إلا فيما يتعلق بإقليم معين أو ما إذا كان يسري على سلوك الدولة أينما يقع^(٢٨٧).

١٥٣ - وتُعنى المادة ٢٩، شأنها شأن البنود الواردة بالمعاهدات والتي تتناول تطبيقاً معيناً على الأقاليم، بنطاق الالتزام لا بالمسائل المتعلقة بانتهاكه. وتتناول مشاريع المواد قواعد القانون الدولي الأولية التي تنشأ عنها التزامات وذلك عند وجود هذه القواعد. وتُعنى بمسائل النطاق الإقليمي للقواعد الأولية أكثر من اعتنائها بالمسائل الأخرى الخاصة بمضمون هذه القواعد أو تفسيرها. ومن الصحيح أن التطورات في السنوات الخمس عشرة الماضية - على سبيل المثال قضية سويرنج (Soering)^(٢٨٨)، وقضية لوي زيدو (Loizidou)^(٢٨٩)، وقضية الإبادة الجماعية البوسنية^(٢٩٠) - قد أبانت النطاق المحتمل للاختصاص من حيث المكان في كثير من القواعد الأولية التي ما برح الكثيرون يعتقدون أنها تسري، على وجه الحصر، على إقليم الدولة ذاتها. بيد أنه في كل حالة كانت المسألة هي مسألة مضمون القاعدة الأولية ذات الصلة أو تفسيرها، لا أي قاعدة ثانوية من قواعد المسؤولية. ويمكن أن تذكر هذه التطورات بشكل مفيد في شرح المادة ١٦، ولكن لا يبدو أن ثمة أساساً لصوغ أي مادة (موازية للمادة ٢٩ من اتفاقية فيينا) تتناول مسألة المسؤولية من حيث المكان عن انتهاك التزام ما.

(٢٨٧) ذكرت اللجنة في شرحها لذلك الحكم (المادة ٢٥ الواردة في مشروع ١٩٦٦)، الذي ينص على أنه: "يتمتع تطبيق معاهدة ما إلى كامل إقليم كل طرف، ما لم يتبين من المعاهدة أو يثبت بطريقة أخرى وجود نية مغايرة"، مقترحات مقدمة من الحكومات لتغطي في المادة مسألة تطبيق المعاهدات خارج الأقاليم الوطنية. غير أنها أضافت أن "أن المقصود من المادة كان ... ألا تتناول سوى الموضوع المحدود وهو موضوع تطبيق معاهدة ما على إقليم كل طرف من الأطراف ... وهي ترى أن القانون المتعلق بتطبيق المعاهدات خارج الأقاليم الوطنية لا يمكن النص عليه ببساطة من حيث علاقته بمقصد الأطراف أو بافتراض بشأن مقصدها؛ واعتبرت أنه لن يكون ملائماً ولا مستصوباً محاولة تناول جميع المشاكل الحساسة المتعلقة بالاختصاص خارج الأقاليم الوطنية في هذه المادة": حولية عام ١٩٦٦، المجلد الثاني الصفحات ٢١٣-٢١٤ (الفقرة ٥).

(٢٨٨) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المجموعة ألف، الرقم ١٦١ (١٩٨٩). الصفحتان ٣٥ و ٣٦ (الفقرة ٩١).

(٢٨٩) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الاعتراضات الأولية، المجموعة ألف، الرقم ٣١٠ (١٩٩٥)، الفقرة ٦٢ و الجوهري، الحكم المؤرخ ١٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، الفقرة ٥٢. (٢٩٠) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٦، الصفحة ٥٩٥.

(ب) التمييز الممكن بين الانتهاكات حسب خطورتها

١٥٤ - ثانياً، تميز أنظمة قانونية عديدة، لأغراض شتى، بين انتهاكات الالتزام الأكثر خطورة والانتهاكات الأقل خطورة، وليس القانون الدولي مستثنى من ذلك. وهكذا فإن "الانتهاك المادي" وحده هو الذي يعطي الحق في إلغاء معاهدة ثنائية^(٢٩١)، وبموجب الباب الثاني من مشاريع المواد، يعتبر مدى فداحة انتهاك ما ذا أهمية لأغراض مختلفة من بينها حجم التعويض وشكله وتناسب التدابير المضادة التي يمكن اتخاذها. وفي قضايا مسؤولية الدول بصورة أعم، تفتن المحاكم وهيئات التحكيم الفرصة أحياناً لوصف انتهاك ما بأنه جسيم بصورة خاصة^(٢٩٢)، أو في حالات أقل، لذكر إمكانية وجود عوامل مخففة^(٢٩٣). وهذا يختلف تماماً عن القضايا التي تحدد فيها القاعدة الأولية وفقاً لمستوى معين من الخطورة^(٢٩٤)، أو القضايا التي تفرد فيها الانتهاكات الأكثر خطورة لعواقب إضافية^(٢٩٥).

(٢٩١) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ١٩٦٩، المادة ٦ (١). ويعرف الانتهاك المادي على أنه أي رفض غير قانوني أو أي انتهاك لحكم "ذي أهمية جوهرية بالنسبة إلى تحقيق غرض المعاهدة أو مقصدها" والتركيز على أهمية الحكم، وليس على الانتهاك، الأمر الذي يبدو غريباً بعض الشيء. إذ بموجب معظم النظم القانونية الوطنية، تتطلب درجة مادية الانتهاك النظر في العاملين كليهما. ولكن انظر شرح لهذا الحكم (المادة ٥٧ في مشروع لجنة القانون الدولي لعام ١٩٦٦)، حيث يقال إنه "يجب أن يقتصر الحق في الانهاء أو التعليق على الحالات التي يكون فيها الانتهاك ذا طابع خطير". (الحولية ١٩٦٦، المجلد الثاني، ص ٢٥٥ من النص الانكليزي، الفقرة ٩).

(٢٩٢) انظر على سبيل المثال القضية المتعلقة بموظفي الولايات المتحدة الدبلوماسيين والقنصليين في طهران، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٨٠، ص ٣ والفقرة ٩١ من الصفحة ٤٢، التي تشير فيها المحكمة إلى أنه "ما يتعين التشديد عليه فوق كل اعتبار هو مدى وخطورة التضارب بين مسلك الدولة الإيرانية والالتزامات الواردة في إطار مجموعة القواعد الدولية برمتها التي يتألف منها القانون الدبلوماسي والقانون القنصلي".

(٢٩٣) في القضية المتعلقة بمشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس، بدأت المحكمة النظر في مسؤولية سلوفاكيا بالإشارة إلى "المشاكل الخطيرة التي واجهتها تشيكوسلوفاكيا نتيجة لقرار هنغاري التخلي عن الجزء الأعظم من تشييد "نظام الهويسات" الذي كانت مسؤولة عنه بموجب معاهدة ١٩٧٧" (تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٧، الصفحة ٣ وفي الصفحة ٥٢ من النص الانكليزي). غير أن المحكمة خلصت إلى أن سلوفاكيا كانت مع ذلك مسؤولة نتيجة مسلكها بعد أن علقت هنغاري موافقتها وسحبته.

(٢٩٤) انظر، مثلاً، المادة ٧ ("الالتزام بعدم التسبب في ضرر ذي شأن") من اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، ٢١ أيار/ مايو ١٩٩٧، A/RES/51/229.

(٢٩٥) انظر مثلاً نظرية "الانتهاكات الجسيمة" المشار إليها في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ (الاتفاقية الأولى، المادة ٥٠؛ الاتفاقية الثانية، المادة ٥١؛ الاتفاقية الثالثة، المادة ٣٠؛ الاتفاقية الرابعة، المادة ١٤٧).

١٥٥ - غير أنه لا يبدو أن هناك أي أساس للتمييز بين مختلف درجات الانتهاك، لأغراض الفصل الثالث على الأقل. ومجموعة قوانين وأحكام هيئات التحكيم في مجال المطالبات وأحكام محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة؛ ومحاكم ولجان حقوق الإنسان توحى بعدم وجود تمييز منتظم بين الانتهاكات الأكثر خطورة والأقل خطورة من حيث وجود انتهاك (تمييز لذلك عن عواقبه). وفي الباب الثاني من مشاريع المواد، تقام أشكال مختلفة من التمييز بين درجات خطورة الانتهاكات لأغراض مختلفة^(٢٩٦)، وقد يتطلب الأمر المزيد من أشكال التمييز هذه. لكن يبدو أنه ليس من الضروري التمييز في الفصل الثالث ذاته بين الانتهاكات الأكثر خطورة والأقل خطورة.

٤ - موجز المقترحات المتعلقة بالفصل الثالث

١٥٦ - للأسباب السابق إيرادها، يقترح المقرر الخاص إدراج المواد التالية في الفصل الثالث. وتشرح الملاحظات التي تذيّل كل مادة من المواد بإيجاز شديد التغييرات المقترحة.

الفصل الثالث

انتهاك التزام دولي

المادة ١٦

وقوع انتهاك لالتزام دولي

تنتهك الدولة التزاما دوليا متى كان الفعل الصادر عنها غير ممثّل لما يتطلبه هذا الالتزام بموجب القانون الدولي، بصرف النظر عن المنشأ (سواء كان عرفيا أو تعاھديا أو غير ذلك) أو عن مضمون الالتزام.

ملاحظات: ١ - تتضمن المادة ١٦ هذه جوهر المادة ١٦ والقسم الأعظم من صيغتها التي اعتمدت بها في القراءة الأولى، مع إضافة عنصر من المادتين ١٧ و ١٩ (١)، انظر الفقرات ٥ إلى ٣٤، أعلاه.

(٢٩٦) انظر المادتين ٤٥، (٢) (ج) و ٤٩.

٢ - يفضل استخدام عبارة "غير ممثّل لـ" بدلاً من عبارة "غير مطابق لـ"، على أساس أنها أكثر شمولاً وأكثر قابلية لتغطية انتهاكات كل من الالتزامات بسلوك معين والالتزامات بنتيجة. وأضيفت عبارة "بموجب القانون الدولي بناءً على اقتراح إحدى الحكومات للإشارة إلى أن مضمون الالتزامات يمثل مسألة منهجية بموجب القانون الدولي، وليس فقط النتيجة التي لقاعدة أولية ما تؤخذ بمعزل عن أي شيء آخر. وقد يلزم إيلاء مزيد من النظر إلى مسألة ما إذا كانت صياغة المادة ١٦ متسقة مع أحكام الفصل الخامس الذي يتناول الظروف المنافية لعدم المشروعية.

المادة ١٧

عدم تأثير منشأ الالتزام الدولي المنتهك

ملاحظة: لم تكن المادة ١٧ بالصيغة التي اعتمدت بها في القراءة الأولى قاعدة قائمة بحد ذاتها بل كانت توضيحاً للمادة ١٦. ويرد موضوعها في المادة ١٦. انظر الفقرات ١٦ إلى ٢٦ أعلاه.

المادة ١٨

وجوب أن يكون الالتزام الدولي نافذاً إزاء الدولة

لا يعتبر فعل الدولة غير مشروع دولياً إلا إذا جرى القيام به أو استمر القيام به في وقت كان فيه الالتزام المعني نافذاً إزاء تلك الدولة.

ملاحظات: ١ - المادة ١٨ هي نص معادة صياغته للمادة ١٨ (١) كما اعتمدت في القراءة الأولى. وهي تتضمن المبدأ الأساسي للقانون عبر الزماني من حيث انطباقه على مسؤولية الدولة. وهي لا تعنى بمسائل التبعية كالولاية القضائية لتقرير وقوع انتهاك، وإنما تعنى فقط بالمسألة الجوهرية وهي ما إذا كان الالتزام نافذاً في الوقت ذي الصلة. انظر الفقرات ٣٨ إلى ٤٤ أعلاه.

٢ - تتناول المادة ١٨ (٢) أثر المعايير القطعية على مسؤولية الدولة. وسينظر في تلك المسائل في مكان آخر، وخاصة بالنسبة إلى الفصل الخامس من الباب الأول والباب الثاني. انظر الفقرات ٤٥ إلى ٥١ أعلاه.

٣ - تتناول الفقرات (٣) إلى (٥) من المادة ١٨ مسائل عبر زمنية ترتبط بالأفعال المستمرة، والمركّبة، والمعقدة، وقد نقلت هذه، بقدر ما هو لازم، إلى المواد التي تتناول تلك المفاهيم، انظر المادتين ٢٤ و ٢٥ أدناه.

المادة ١٩

الجنايات الدولية والجنگ الدولية

ملاحظة: أدرج جوهر المادة ١٩ (١) بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى في المادة ١٦. أما الفقرتان (٢) و (٣) من المادة ١٩ المتعلقتان بالتمييز بين الجرائم الدولية والجنگ الدولية، فقد وضعتا جانبا بانتظار مزيد من الإيضاح. انظر الفقرات ٢٧ إلى ٣٣ أعلاه.

[المادة ٢٠]

الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة

١ - تنتهك الدولة التزاما دوليا يتطلب منها مسلكا معينا إذا لم تعتمد تلك الدولة ذلك المسلك.

٢ - تنتهك الدولة التزاما دوليا يتطلب منها تحقيق أو منع نتيجة معينة، بالوسيلة التي تختارها، إذا لم تحقق الدولة أو تمنع، بالوسيلة التي اعتمدتها، تلك النتيجة.]

ملاحظات: ١ - تحل هذه المادة محل المادتين ٢٠ و ٢١ المتعلقتين بالتمييز بين الالتزامات بسلوك والالتزامات بنتيجة. انظر الفقرات ٥٢ إلى ٩١ أعلاه. وتعامل الفقرة ٢ الالتزامات بالمنع بالطريقة نفسها التي تعامل بها الالتزامات بنتيجة، مما يسمح بحذف المادة ٢٣ السابقة.

٢ - وما إذا كان التزام معين التزاما بسلوك أو بنتيجة فيعتمد على تفسير القاعدة الأولية ذات الصلة. ولا يستبعد تبيان التمييز بين مثل هذين الالتزامين إمكانية أن تؤدي قاعدة أولية معينة ما إلى نشوء التزامات بسلوك وبنتيجة معا.

٣ - وضعت المادة ٢٠ في هذه المرحلة بين قوسين معقوفين لأنه قد يظن أن لها علاقة بتصنيف القواعد الأولية، ولأن العواقب الأخرى التي يتركها التنفيذ داخل إطار مشاريع المواد غير معروفة. انظر الفقرة ٩٢ أعلاه.

المادة ٢١

انتهاك التزام دولي يتطلب تحقيق نتيجة محددة

ملاحظة: أدمج جوهر المادة ٢١ (١) في المادة ٢٠ (٢). وحذفت الفقرة السابقة ٢١ (٢) لأسباب شرحت في التقرير. انظر الفقرات ٦٩ إلى ٧٦ أعلاه.

المادة ٢٢

استنفاد سبل الانتصاف المحلية

ملاحظة: أعيدت صياغة المادة ٢٢ وغير مكانها لتصبح المادة ٢٦ مكررا أدناه.

المادة ٢٣

انتهاك التزام دولي بمنع وقوع حدث معين

ملاحظة: انتهاك الالتزامات بالمنع، الذي تناولته الفقرة ٢٣ السابقة، أصبحت تغطيه الآن المادة ٢٠ (٢) على أساس أن الالتزامات بالمنع هي شكل من أشكال الالتزامات بنتيجة. انظر الفقرات ٨١-٨٧ أعلاه. ويتم تناول الجانب عبر الزماني للالتزامات بالمنع في المادة ٢٤ (٣).

المادة ٢٤

الأفعال غير المشروعة التامة والمستمرة

١ - يقع انتهاك الدولة للالتزام دولي بفعل ليس له طابع استمراري عند القيام بذلك الفعل، حتى لو استمرت آثاره بعد ذلك.

٢ - رهنا بالمادة ١٨، يمتد انتهاك الدولة للالتزام دولي بفعل ذي طابع استمراري من وقت بداية وقوع الفعل ويستمر طوال فترة استمرار الفعل وبقائه غير مطابق للالتزام الدولي.

٣ - يقع انتهاك التزام دولي يتطلب من دولة ما أن تمنع حدثا معيناً عندما يقع الحدث ويمتد الانتهاك طوال فترة استمرار الحدث وبقاء استمراره على نحو غير مطابق للالتزام الدولي.

ملاحظات: ١ - تجمع المادة ٢٤ العناصر الأساسية للمواد السابقة ٢٤ و ٢٥ (١) و ٢٦ مع المادة ١٨ (٣)، انظر الفقرات ٩٣-١١٥ أعلاه.

٢ - تتجنب المواد المقترحة استخدام كلمة "لحظة". فما يدعى بالأفعال "الضورية" نادرا ما تكون للحظة سريعة الانقضاء، ولن تكون هناك ضرورة إلا نادرا لتحديد وقت حصولها بدقة. فالتمييز الأساسي هو بين الأفعال غير المشروعة المستمرة والأفعال التي تكون، بالرغم من إمكانية استمرار آثارها، قد تمت إما في وقت سابق معين أو بحلول ذلك الوقت.

٣ - ووفقا للفقرة ٣، والمطابقة للمادة ٢٦ السابقة، يكون انتهاك التزام بالمنع عادة فعلا غير مشروع مستمر، إلا إذا كان الالتزام المعني معنيا بمنع وقوع الحدث في المقام الأول (بوصفه مستقلا عن استمراريته) أو أن الالتزام المعني لم يعد قائما. والمقصود هو أن يكون الشرطان مشمولين بعبارة "وبقاء استمراره على نحو غير مطابق للالتزام الدولي".

المادة ٢٥

الانتهاكات المنطوية على أفعال مركبة قامت بها الدولة

١ - يقع انتهاك الدولة لالتزام دولي بقيامها بفعل مركب (أي بسلسلة أعمال أو امتناعات محددة بصفة جماعية على أنها أفعال غير مشروعة في الالتزام المعني) عند حصول ذلك العمل أو الامتناع في السلسلة والذي يكون، مجتمعا مع ما سبقه، كافيا لتشكيل الفعل المركب.

٢ - رهنا بالمادة ١٨، يمتد وقت ارتكاب الانتهاك طوال الفترة بكاملها من وقت حدوث أول الأعمال أو الامتناعات التي تشكل الفعل المركب وتستمر طالما تكررت مثل هذه الأعمال أو الامتناعات وبقيت غير مطابقة للالتزام الدولي.

ملاحظات: ١ - تدمج الفقرة ٢٥ جوهر الفقرتين السابقتين ٢٥ (٢) و ١٨ (٤)، اللتين تتناولان مسألة "الأفعال المركبة". غير أنه للأسباب المشروحة في التقرير، تقتصر فكرة الأفعال المركبة على الأفعال المركبة المعرفة بهذه الصفة في القاعدة الأولية ذات الصلة. انظر الفقرات ١١٦-١٢٤، أعلاه.

٢ - يقصد بشرط "رهنا بالمادة ١٨" تغطية الحالة التي لا يكون الالتزام المعني فيها نافذا لدى بدء المسلك المتبع في الأفعال المركبة ولكنه يصبح نافذا فيما بعد. ففي مثل هذه الحالة يكون "أول" الأفعال أو الامتناعات في السلسلة، لأغراض تحديد مسؤولية الدولة، هو الفعل أو الامتناع الأول الذي يحدث بعد بدء نفاذ الالتزام. لكن هذا لا يجب أن يحول دون أخذ المحكمة بعين الاعتبار أفعالا أو امتناعات سابقة لأغراض أخرى (مثلا، إثبات أساس وقائعي لانتهاكات لاحقة). انظر الفقرة ١٢١ أعلاه.

٣ - لا يبدو أن فكرة "الأفعال المتشعبة" التي تمت صياغتها في المادتين ١٨ (٥) و ٢٥ (٣) ضرورية، وبناءً على ذلك حذفت هذه الأحكام. انظر الفقرات ١٢٥ إلى ١٣١ أعلاه.

المادة ٢٦

وقت وقوع انتهاك لالتزام دولي بمنع وقوع حدث معين ومدى امتداد هذا الوقت
ملاحظة: أدمجت المادة ٢٦ السابقة بوصفها المادة ٢٤ (٣).

المادة ٢٦ مكررا

استنفاد سبل الانتصاف المحلية

لا تخل هذه المواد بشرط أنه، في حالة التزام دولي يتعلق بالمعاملة التي ينبغي أن تعامل بها الدولة الرعايا الأجانب أو الشركات الأجنبية، ينبغي أن يكون قد استنفد هؤلاء الرعايا وهذه الشركات جميع سبل الانتصاف المحلية الفعالة المتاحة لهم في تلك الدولة.

ملاحظات: ١ - تتناول المادة ٢٢ بالصيغة التي اعتمدت فيها في القراءة الأولى مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في إطار مفهوم "الأفعال المركبة". وفي كل الحالات التي طبق فيها استنفاد سبل الانتصاف المحلية، اعتبر الفعل غير المشروع بأنه يشمل إخفاق وسائل الانتصاف المحلية. وبالرغم من احتمال وجود حالات من الفعل غير المشروع الناجم عن إخفاق وسائل الانتصاف المحلية، إلا أن هناك حالات أخرى (مثل التعذيب) لا يصدق عليها ذلك، ولهذا السبب وغيره من الأسباب، حُذِف مفهوم "الفعل المتشعب". انظر أعلاه الفقرات ١٣٦ إلى ١٤٨.

٢ - ومع ذلك، يستحسن أن يوضح في الفصل الثالث أن وقوع انتهاك للالتزام لا يمس أي شرط باستنفاد سبل الانتصاف المحلية قد يكون موجودا في إطار القانون الدولي العام. ويمكن أن يترك للجنة أمر صياغة قاعدة وسبل الانتصاف المحلية على نحو أدق وذلك في إطار موضوع الحماية الدبلوماسية.

٣ - وقد يلزم إعادة النظر في مكان المادة ٢٦ مكررا في ضوء مزيد من العمل على تنفيذ المسؤولية الدولية، في الفصل الثالث من الباب الثاني.

- - - - -