

Distr.
GENERAL

A/CN.4/498/Add.2
30 April 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH/FRENCH

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي
الدورة الحادية والخمسون
جنيف، ٣ أيار/مايو - ٢٣ تموز/يوليه ١٩٩٩

التقرير الثاني بشأن مسؤولية التلوث

مقدم من

السيد جيمس كروفورد، المقرر الخاص

إضافة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
		ثانيا - استعراض مشاريع مواد الباب الأول (تابع).....
٣	٢١٣-٣٥٦	جيم - الباب الأول، الفصل الخامس: الظروف النافية لعدم المشروعية.....
٣	٢١٣-٢٢٠	١ - مقدمة.....
٣	٢١٣-٢١٤	(أ) موجز.....
٤	٢١٥	(ب) تطور الفصل الخامس.....
٥	٢١٦-٢٢٠	(ج) تعليقات الحكومات على الفصل الخامس برمته.....
٦	٢٢١-٢٢٩	٢ - مفهوم "الظروف النافية لعدم المشروعية".....
١٠	٢٣٠-٣٠٣	٣ - استعراض مواد محددة.....
١٠	٢٣٠-٢٤١	(أ) المادة ٢٩: الموافقة.....
١٦	٢٤٢-٢٤٩	(ب) المادة ٣٠: التدابير المضادة فيما يتعلق بفعل غير مشروع دوليا



- (ج) المادة ٣١: القوة القاهرة والحادث الفجائي ٢٦٣-٢٥٠ ١٧
- (د) المادة ٣٢: حالة الشدة ٢٧٤-٢٦٤ ٢٣
- (هـ) المادة ٣٣: حالة الضرورة ٢٩١-٢٧٥ ٢٧
- (و) المادة ٣٤: الدفاع عن النفس ٣٠٢-٢٩٢ ٤٠
- (ز) المادة ٣٥: تحفظ بشأن التعويض عن الأضرار ٣٠٣ ٤٥
- ٤ - المبررات أو الأعذار الممكنة غير المدرجة في الفصل الخامس ٣٣٤-٣٠٤ ٤٥
- (أ) الوفاء المتعارض مع قاعدة أمره (Jus cogens) ٣١٣-٣٠٦ ٤٥
- (ب) الدفع بعدم الوفاء ٣٢٩-٣١٤ ٤٩
- (ج) ما يسمى بمبدأ "الأيدي النظيفة" ٣٣٤-٣٣٠ ٦٢
- ٥ - المسائل الإجرائية والمسائل الأخرى المتعلقة بالاستناد إلى الظروف
النافية لعدم المشروعية ٣٥٢-٣٣٥ ٦٥
- (أ) التعويض عن الخسائر في الحالات التي يسند فيها إلى الفصل
الخامس ٣٤٧-٣٣٦ ٦٥
- (ب) التأثير الزمني للاحتجاج بظروف نافية لعدم المشروعية ٣٤٨ ٧٠
- (ج) عبء الإثبات ٣٤٩ ٧١
- (د) سقوط حق الاحتجاج بالمسؤولية ٣٥٠ ٧١
- (هـ) تسوية المنازعات فيما يتعلق بالظروف النافية لعدم المشروعية ٣٥٢-٣٥١ ٧٢
- ٦ - استنتاجات فيما يتعلق بالفصل الخامس ٣٥٦-٣٥٣ ٧٢

ثانيا - استعراض مشاريع مواد الباب الأول (تابع)

جيم - الباب الأول، الفصل الخامس: الظروف النافية لعدم المشروعية

١ - مقدمة

(أ) موجز

٢١٣ - ينص الفصل الخامس من الباب الأول على ستة ظروف نافية لعدم مشروعية تصرف غير مشروع دوليا.^{٢٩٣} وهي:

- الموافقة (المادة ٢٩)؛
- التدابير المضادة (المادة ٣٠)؛
- القوة القاهرة والحادث الفجائي (المادة ٣١)؛
- حالات الشدة (المادة ٣٢)؛
- حالة الضرورة (المادة ٣٣)؛
- الدفاع عن النفس (المادة ٣٤).

واستكمل الفصل الخامس بالمادة ٣٥ التي تحتفظ بإمكانية التعويض عن الضرر الذي يصيب دولة متضررة بفعل غير مشروع، غير أن عدم مشروعيته تنقضي بموجب المواد ٢٩ و ٣١ إلى ٣٣. غير أن هذه الإمكانية لا ترد في حالة التدابير المضادة أو الدفاع عن النفس.

٢١٤ - وتمشيا مع الفلسفة التي تستند إليها مشاريع المواد، فإن هذه "المسوغات" أو "الدفع" أو "الأعذار"، حسب التسميات التي تطلق عليها، تطبق عموما في ظاهر الأمر. وما لم ينص على خلاف ذلك،^{٢٩٤} فإنها تسري على أي فعل غير مشروع

^{٢٩٣} للاطلاع على الأعمال المتعلقة بالفصل الخامس، انظر: أخو، التقرير الثامن حولية... ١٩٧٩، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحات ٢٧ - ٦٦ (من النص الإنكليزي) والإضافة إلى التقرير الثامن، حولية... ١٩٨٠، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحات ١٤-٧٠، وحولية... ١٩٧٩، المجلد الأول، الصفحات ٣١-٦٣، و١٨٤-١٨٧، و١٩٥-٢٠٨، وحولية... ١٩٨٠، المجلد الأول، الصفحات ١٥٣-١٩٤، و٢٢٠-٢٢٣، ٢٢٧-٢٣١، و٢٣٥-٢٤٠ (المنشأة العامة)؛ وحولية... ١٩٧٩، المجلد الأول، الصفحات ١٦٩-١٧٥، و٢٣٣-٢٣٦، وحولية... ١٩٨٠، المجلد الأول، الصفحات ٢٧٠-٢٧٣ (تقرير لجنة الصياغة). وللإطلاع بصفة عامة على مناقشة مسوغات عدم المشروعية الدولية أو أعمالها المحلة انظر:

SP Jagota, "State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness" (مسؤولية الدول: الظروف النافية لعدم المشروعية) *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, p. 249; J Salmon, "Les circonstances excluant l'illicéité" (الظروف النافية لعدم المشروعية) in *Responsabilité internationale* (Paris, Pedone, 1987/1988) p. 89; AV Lowe, "Precluding Wrongfulness or Responsibility? A Plea for Excuses", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999 (تحت الطبع). (نفي المشروعية أم نفي المسؤولية؟ التماس)، (تحت الطبع).

وللاطلاع على مناقشة الظروف النافية لعدم المشروعية فيما يتعلق بحقوق الإنسان انظر: E Wyler, *L'illicéité et la condition des personnes privées* (Paris, Pedone, 1995) pp. 183-219.

دولياً، سواء كان يتعلق بخرق دولة لالتزام ناشئ عن قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي، أو عن معاهدة، أو عمل انفرادي، أو التزام ناشئ بمقتضى عضويتها في منظمة دولية أو ناشئ عن أي مصدر آخر.

(ب) تطور الفصل الخامس

٢١٥ - إن النص على المسوغات أو الأعذار المحلة لعدم الامتثال لالتزام دولي مسألة تكتسي أهمية قصوى، سواء من حيث ما تدرجه أو من حيث ما تستبعده. ويبدو أن تطور القائمة الحالية لأسباب عدم الوفاء بالالتزام قد تم على النحو التالي:

• مؤتمر لاهاي لعام ١٩٣٠: وضعت اللجنة التحضيرية لمؤتمر لاهاي لتدوين القانون الدولي لعام ١٩٣٠ عدداً من "أسس المناقشة"^{٣٩٥}، استناداً إلى الردود التي قدمتها الحكومات على الاستبيان بشأن مسؤولية الدول عن الأضرار اللاحقة بالأجانب. وتحت عنوان "الظروف التي تجيز للدول استبعاد مسؤوليتها"، أوردت طرفين:

"ضرورة حالة تستوجب الدفاع عن النفس ضد خطر يهدد به الأجنبي الدولة أو أشخاصاً آخرين" (أساس المناقشة رقم ٢٤)؛

"وظروف تسوغ ممارسة أعمال ثأرية ضد الدولة التي ينتمي إليها ذلك الأجنبي" (أساس المناقشة رقم ٢٥).^{٣٩٦}

واعتبرت اللجنة التحضيرية أن نطاق مسؤولية الدولة في سياق الحماية الدبلوماسية قد يتأثر أيضاً بـ "الموقف الاستثنائي" الذي يتخذه الشخص المتضرر (أساس المناقشة رقم ١٩) وأنه لا يجوز تحميل الدولة مسؤولية الضرر الذي تتسبب فيه قواتها المسلحة أثناء قمع تمرد أو شغب أو غيرها من الاضطرابات (أساس المناقشة رقم ٢١). غير أنه لم يتم التوصل إلى أي نتيجة في هذه المسائل؛

• مقترحات غاريسيا أمادور: وفي معرض تناوله للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق الأجانب، اقترح غاريسيا أمادور الحالات التالية تحت عنوان "الإعفاء من المسؤولية؛ ظروف التخفيف وظروف التشديد"^{٣٩٧}:

(١) القوة القاهرة؛

(٢) حالة الضرورة؛

^{٣٩٤} بالنص على خلاف ذلك في معاهدة مثلاً، مما يشكل قاعدة التخصيص: راجع المادة ٣٧.

^{٣٩٥} منشورات عصبة الأمم، رقم المبيعات *V. Legal, 1929.V.3 p. 19*. وقد استنسخت "أسس المناقشة" في المرفق ٢ من التقرير الأول لف.ف. غاريسيا أمادور بشأن مسؤولية الدول؛ انظر *حولية* ... ١٩٥٦، المجلد الثاني، الصفحات ٢٢٣-٢٢٥ (من النص الإنكليزي).

^{٣٩٦} المرجع نفسه، الصفحات ٢٢٤-٢٢٥ (من النص الإنكليزي). وعولجت تحت نفس العنوان المسائل التي يثيرها شرط كالفو وشرط استنفاد وسائل الانتصاف الداخلية.

^{٣٩٧} *حولية* ... ١٩٥٨، المجلد الثاني، الصفحة ٧٢ (من النص الإنكليزي). وللإطلاع على مناقشة غاريسيا أمادور لهذه الظروف، انظر تقريره الأول، *حولية* ... ١٩٥٦، المجلد الثاني، الصفحات ٢٠٣-٢٠٩ (من النص الإنكليزي). وتقريره الثالث *حولية* ... ١٩٥٨، المجلد الثاني، الصفحات ٥٠-٥٥.

(٣) خطأ الأجنبي.^{٣٩٨}

ومن جهة أخرى، استبعد بعض "الأسباب أو الظروف" المعينة، إما لكونها تخرج عن نطاق مشروعه (الدفاع عن النفس) أو لكونها "غير مقبولة" (أعمال الثأر، وعدم الاعتراف بالدولة أو الحكومة وقطع العلاقات الدبلوماسية أو تعليقها)^{٣٩٩}؛

• أعمال لجنة القانون الدولي بشأن قانون المعاهدات: حدد فيتزموريس في تقريره الرابع قائمة "الظروف المسوغة لعدم الوفاء بالالتزام" فيما يلي:

(١) قبول الطرف أو الأطراف الأخرى لعدم الوفاء بالالتزام؛

(٢) استحالة الوفاء بالالتزام (القوة القاهرة)؛

(٣) الدفاع العسكري المشروع عن النفس؛

(٤) الاضطرابات المدنية؛

(٥) حالات الطوارئ الرئيسية الناجمة عن أسباب طبيعية؛

(٦) سبق عدم الوفاء من الطرف الآخر.^{٤٠١}

(٧) عدم الوفاء على سبيل الثأر المشروع؛

(٨) التعارض مع قاعدة جديدة (تتخذ شكل قاعدة أمر).

وفي هذه القائمة، يماثل البندان (٣) و(٧) المادتين ٣٤ و ٣٠ من الفصل الخامس؛ وأدرجت البنود (٢) و(٤) و(٥) إلى حد ما في المادة ٣١ (القوة القاهرة والحادث الفجائي). ولم ترد في قائمة فيتزموريس الموافقة وحالات الشدة، وحالة الضرورة (المواد ٢٩ و ٣٢ و ٣٣)، أو على الأقل لم يتم إفرادها. ومن جهة أخرى، لا يتناول الفصل الخامس البند (١) في قائمة فيتزموريس (ما لم يدرج تحت الموافقة)، أو البند (٦) أو البند (٨). وستتم في الوقت المناسب مناقشة ما إذا كان ينبغي أن يورد الفصل الخامس هذه البنود.^{٤٠٢}

(ج) تعليقات الحكومات على الفصل الخامس برمته

^{٣٩٨} أدرجت هذه الحالات الثلاث في المادة ١٣ (١) و(٢) من المشروع، ونصت المادة ١٣ (٣) على ما يلي: "إذا لم تقبل سببا للإعفاء من المسؤولية، [فإنها] تشكل ظروف تخفيف في تحديد مقدار جبر الضرر". وكان غارسيا أمادور قد تناول، في تقريره الأول، فكرة التقادم المسقط وأقرها: انظر *حولية* ١٩٥٦...، المجلد الثاني، الصفحة ٢٠٩.

^{٣٩٩} انظر *حولية* ١٩٥٨...، المجلد الثاني، الصفحات ٥٣-٥٥ (من النص الإنكليزي).

^{٤٠٠} فيتزموريس، التقرير الرابع، *حولية* ١٩٥٩...، المجلد الثاني، الصفحات ٤٤-٤٧ وانظر بشأن تعليقه الصفحات ٦٣-٧٤ (من النص الإنكليزي).

^{٤٠١} ويشار إليه أحيانا بالعبرة اللاتينية التالية "exceptio inadimplenti contractus" أو بصيغة أكمل "exceptio inadimplenti non est adimplendum" (أي الدفع بعدم تنفيذ العقد). ويميل فيتزموريس إلى رأي مفاده أن هذا الدفع شرط ضمني في كل المعاهدات، ما لم يستبعد صراحة، وأنه من المستبعد أن يكون مبدأ مستقلا من مبادئ القانون: المرجع نفسه، الصفحة ٧٠ (من النص الإنكليزي).

^{٤٠٢} انظر الفقرات ٣٠٤-٣٢٩.

٢١٦ - تقترح فرنسا أن تدرج في الفصل الثالث مادة واحدة تورد الظروف الستة النافية لعدم المشروعية.^{٤٠٣} بل تشير أيضا إلى الفرق المفاهيمي القائم بين البعض من تلك الظروف (الموافقة، والتدابير المضادة، والدفاع عن النفس) وبين الظروف الأخرى^{٤٠٤}، وأن هذا الفرق قد يطمس بإدراج كل الظروف الستة في مادة واحدة.

٢١٧ - وتحلل المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية بقدر من التفصيل "الدفع" المنصوص عليها في الفصل الخامس. وعلى غرار فرنسا، ترى أن الموافقة والتدابير المضادة والدفاع عن النفس تدرج في فئة قانونية مختلفة عن الدفع الأخرى، ما دامت تجعل من التصرف الذي تشمله تصرفا مشروعاً عاماً، وبالتالي فإنها تستبعد كل إمكانية تعويض للدولة الأخرى المعنية. وخلافاً لذلك، فإن حالة الضرورة وحالات الشدة تتعلق بتصرف لا تنقصه "الإرادة" ولا تنفيان عدم مشروعية التصرف كلياً. فالالتزام بالكف (في أقرب وقت ممكن) والالتزام بجبر أي ضرر ناشئ ينبغي أن يظلا قائمين في هذه الحالات.^{٤٠٥}

٢١٨ - وتؤيد اليابان إبقاء الفصل الخامس كقائمة حصرية للظروف النافية لعدم المشروعية: وينبغي تعريفها بوضوح وجعلها تعكس بأمانة القانون الدولي العرفي. وتقر فكرة التمييز بين الظروف التي تفيد بعدم قيام أي مسألة من مسائل عدم المشروعية، وبين تلك الظروف التي لا تزيد على كونها "تنفي" عدم المشروعية، غير أن اليابان تود إدراج القوة القاهرة وحالة الشدة في الفئة الأولى.^{٤٠٦}

٢١٩ - وتلاحظ كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية أنه يجوز للدولة أن تستبعد صراحة أو ضمناً بموجب معاهدة اعتبار ظرف من الظروف النافية لعدم المشروعية عذراً يسوغ التصرف بما يخالف التزاماً من الالتزامات. واستناداً إلى الولايات المتحدة، يمكن أن تتم هذه الإمكانية بجعل المادة ٣٧ (قاعدة التخصيص) تسري على الباب الأول وكذا على الباب الثاني.^{٤٠٧}

٢٢٠ - وعلى ضوء هذه التعليقات، يقترح مناقشة المفهوم العام للظروف النافية لعدم المشروعية، وتناول المواد ٢٩ إلى ٣٤ بدورها، والنظر فيما إذا كانت ثمة مسوغات أو أعذار أخرى من المسوغات أو الأعذار التي تبيح التصرف غير المشروع والتي تستحق أن تدرج في الفصل الخامس، ثم النظر فيما إذا كانت ثمة آثار إجرائية محددة أو غيرها من الآثار المترتبة على الاستناد إلى الفصل الخامس.

٢ - مفهوم "الظروف النافية لعدم المشروعية"

٢٢١ - يؤكد التعليق على أن الظروف النافية لعدم المشروعية الواردة في الفصل الخامس لا تنفي "في الحالة العادية على الأقل" المسؤولية التي كانت ستتأصل عن الفعل غير المشروع نفسه. بل إنها تستبعد وصف الفعل بكونه فعلاً غير مشروع أصلاً.^{٤٠٨} وذكر أن الفصل الخامس يعتمد عنوانه وكذا فكرته الأساسية من التمييز الأساسي "بين فكرة 'عدم المشروعية' التي تشير إلى كون تصرف معين للدولة يتعارض مع التزام تفرضه على هذه الدولة قاعدة 'أولية' من قواعد القانون الدولي، وبين فكرة 'المسؤولية'، التي تشير إلى الآثار القانونية التي ترتبها قاعدة أخرى ('ثانوية') من قواعد القانون الدولي

٤٠٣ الصفحة ١٠١ من الوثيقة A/CN.4/488.

٤٠٤ المرجع نفسه، الصفحتان ١٠٢ و ١٠٥.

٤٠٥ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٢.

٤٠٦ الصفحة ١٣ من الوثيقة A/CN.4/492.

٤٠٧ الصفحة ١٠٨ من الوثيقة A/CN.4/488.

٤٠٨ التعليق على الفصل الخامس، الفقرة (٢).

على فعل الدولة ممثلاً في هذا التصرف.^{٤٠٩} ويقر التعليق أنه على الرغم من الصيغة العامة للمادة ١، فإنه قد تكون ثمة ظروف تنفي المسؤولية ولا تنفي عدم مشروعية الفعل المعني، غير أنها تنفي مسؤولية الدولة المعنية عنه. لكن التعليق ينفي أن تكون ثمة أي فائدة في وصف فعل بكونه فعلاً غير مشروع دون مساءلة دولة من الدول عنه.^{٤١٠}

٢٢٢ - وتمثيلاً مع هذا النهج، يذهب التعليق في شرحه إلى أن الظروف الستة المنصوص عليها لها "سمة أساسية هي: اعتبار الالتزام الدولي المزعم خرقة غير ساري المفعول نهائياً أو بصفة مؤقتة في الحالات التي يوجد فيها ظرف من هذه الظروف".^{٤١١} ويتعين تمييزها عن ظروف التخفيف أو ظروف التشديد التي ينبغي تناولها في الباب الثاني من مشاريع المواد.^{٤١٢}

بعض الفروق الأولية

٢٢٣ - إنه من المتعين تمييز المفهوم الذي يستند إليه الفصل الخامس عن عدة حجج أخرى قد يكون من آثارها تمكين الدولة من تفادي تحمل المسؤولية دون أن تنفي عدم المشروعية بالمفهوم الوارد شرحه في التعليق. فأولاً، وهذا أمر واضح للغاية، ليس لهذه الظروف أي علاقة بمسألة اختصاص المحكمة أو الهيئة القضائية بالنظر في نزاع أو في مقبولية نزاع.^{٤١٣} وثانياً، يتعين تمييز هذه الظروف عن أركان الالتزام، أي الأركان التي يتعين قيامها لتتأسس مسألة عدم المشروعية أصلاً، والتي يحددها الالتزام نفسه مبدئياً. وبهذا المعنى فإن "الظروف النافية لعدم المشروعية" تفعل فعل الدفوع أو الأعذار العامة في النظم القانونية الوطنية، بل إن العديد من الظروف المحددة في الفصل الخامس، تشابه الدفوع أو الأعذار التي تقرها بعض النظم القانونية أو الكثير منها (منها مثلاً الدفاع عن النفس، وحالة الضرورة، والقوة القاهرة).

٢٢٤ - وثمة تمييز ثالث يتعلق بأثر الظروف النافية لعدم المشروعية، بالمقارنة مع أثر إنهاء الالتزام نفسه. ويبدو هنا أيضاً أن الظروف المنصوص عليها في الفصل الخامس تعمل عمل الترس الواقي أكثر مما تعمل عمل الحسام. فإذا كان من المحتمل أن تحمي هذه الظروف الدولة ضد اتهام ثابت بتصرف غير مشروع، فإنها لا تسقط الالتزام، ولا يتأثر المصدر الذي يستند إليه ذلك الالتزام، أي القاعدة الأولية، بتلك الظروف في حد ذاتها. وقد صاغ فيتز موريس هذا الفرق الذي لم يستوعب دائماً بوضوح، في العبارات التالية:

"والأسباب التي تبرر عدم الوفاء بالالتزام معين من الالتزامات المنصوص عليها في معاهدة تماثل بعض الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء المعاهدة أو تبرره. ومع ذلك... فإن الموضوعين معاً مستقلان إلى حد ما، لأسباب أقلها أنه في حالة إنهاء المعاهدة،... تنتهي المعاهدة تماماً، بينما في [الحالة] الأخرى... لا تنتهي عموماً، (وإذا كان ثمة

٤٠٩ المرجع نفسه، الفقرة (٣).

٤١٠ المرجع نفسه، الفقرة (٥).

٤١١ المرجع نفسه، الفقرة (٩).

٤١٢ المرجع نفسه، الفقرة (١٠). والواقع أنه لم ينظر بصورة منتظمة في ظروف التخفيف وظروف التشديد في الباب الثاني، غير أنه انظر المادتين ٤٢ و ٤٥ (٢) (ج) اللتين تتناولان تلك الظروف عرضاً.

٤١٣ وبخلاف ذلك، فإن الاستثناء المنصوص عليه في معاهدة والذي يميز التصرف اللازم للحفاظ على المصالح الأمنية الأساسية لطرف من الأطراف يعمل عمل "ظرف" اتفاقي محدد "ناف لعدم المشروعية" فيما يتعلق بتلك المعاهدة، ولا يطال اختصاص محكمة أو هيئة قضائية: انظر قضية منصات النفط (الدفوع الأولية)، CJ Reports 1996 (تقرير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٦)، الصفحة ٨٠٣ في الصفحة ٨١١ (الفقرة ٢٠) من النص الإنكليزي.

مجال للمفارقة) لا يكون عدم الوفاء مبررا فحسب، بل إنه "يتطلع" إلى استئناف الوفاء بمجرد ما ترتفع العوامل التي تسبب أو تبرر عدم الوفاء...^{٤١٤}

ويتبين ذلك بجلاء من قضيتين رئيسيتين بت فيهما منذ أن اعتمد الفصل الخامس لأول مرة، وروعي فيهما التمييز بين عدم الوفاء بالتزام وإنهاؤه:

• فقد سبقت مناقشة جوانب ذات صلة من قرار التحكيم في قضية "رينبو واريور" (*Rainbow Warrior*).^{٤١٥} وقضت هيئة التحكيم بلزوم تطبيق قانون المعاهدات وقانون مسؤولية الدول، الأول لتحديد ما إذا كانت المعاهدة لا تزال نافذة، والثاني لتحديد آثار خرق المعاهدة أثناء نفاذها (بما في ذلك مسألة ما إذا كان ينتفي عدم مشروعية أي خرق ظاهري).^{٤١٦}

• وكانت محكمة العدل الدولية أكثر جزما في قضية "مشروع غابسيكوفو-ناغيماروس" (*the Gabcikovo-Nagymaros Project*). فقد ارتكزت هنغاريا في ادعائها لإنهاء معاهدة ١٩٧٧ في أيار/مايو ١٩٩٢، في جملة أمور، على حالة الضرورة، التي سبق أن استندت إليها في ١٩٨٩ - ١٩٩٠ كظرف ناف لعدم مشروعية تصرفها المتمثل في وقف العمل في المشروع. وقد رفضت المحكمة هذه الحجة رفضا باتا حيث قالت:

"وحتى لو ثبت قيام حالة الضرورة، فإنها ليست مبررا لإنهاء المعاهدة. ولا يمكن الاستناد إليها لإعفاء دولة لم تنفذ معاهدة من المسؤولية. وحتى لو تبين أن حالة الضرورة مبررة، فإنها لا تنهي المعاهدة؛ ويعلق نفاذ المعاهدة ما دام ظرف الضرورة قائما؛ بل قد تكون مجمدة، غير أنها تظل قائمة ما لم ينهها الطرفان باتفاق متبادل. وبمجرد ما تنتفي حالة الضرورة، يقوم واجب الامتثال بالالتزامات المعاهدة"^{٤١٧}

٢٢٥ - وعلى ضوء هذه الفروق، فإنه يلزم الرجوع إلى أثر الفصل الخامس على النحو الوارد وصفه في التعليق، أي "اعتبار الالتزام الدولي [المقصود]... غير ساري المفعول نهائيا أو بصفة مؤقتة".^{٤١٨} والنقطة الأولى هي أنه إذا كان من الجائز أن تكون الوقائع نفسها، مثلا، بمثابة القوة القاهرة بموجب المادة ٣١ وتشكل حالة من حالات استحالة الوفاء لسبب طارئ بموجب المادة ٦١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فإن الحالتين مع مستقلتان بالضرورة.^{٤١٩} فالقوة القاهرة تبرر عدم الوفاء بالتزام ما دامت الواقعة قائمة؛ أما حالة استحالة الوفاء لسبب طارئ فتبرر إنهاء المعاهدة (أو تعليقها). فالحالة الأولى يسري مفعولها على التزام معين؛ بينما الحالة الثانية يسري مفعولها على المعاهدة التي تشكل مصدر الالتزام. وبالتالي فإن نطاق تطبيق المبدأين يختلف. كما تختلف طريقة التطبيق. ويبرر الحادث الفجائي هو أيضا عدم الوفاء، كما لو كان عدم الوفاء بفعل القانون. في حين أن المعاهدة لا تنتهي بالاستحالة لسبب طارئ؛ بل يتعين أن يقرر طرف من الأطراف على الأقل إنهاءها. أما فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة بموجب القواعد العامة للقانون الدولي، فهذه الالتزامات لا يمكن "إنهاؤها" عادة بعمل انفرادي لدولة واحدة حتى في حالات خرق جوهري ترتكبه دولة أخرى أو في حالة حادث فجائي.

^{٤١٤} فيتز موريس، التقرير الرابع، حصرية... ١٩٥٩، المجلد الثاني، الصفحة ٤١ (من النص الإنكليزي).

^{٤١٥} انظر الفقرة ١٠٩ أعلاه.

^{٤١٦} UNRIIAA (تقارير الأمم المتحدة لقرارات هيئات التحكيم الدولية)، المجلد العشرون، (١٩٩٠)، الصفحتان ٢٥١-٢٥٢ (الفقرة ٧٥).

^{٤١٧} ICJ Reports 1997 (تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧)، الصفحة ٧، والصفحة ٦٣ (الفقرة ١٠١). وانظر أيضا الصفحة ٣٨ (الفقرة ٤٧).

^{٤١٨} الفقرة (٩) من التعليق على الفصل الخامس.

^{٤١٩} المرجع نفسه.

٢٢٦ - ولهذا فإن من المشكوك فيه أن يؤدي ظرف من الظروف النافية لعدم المشروعية إلى جعل التزام أولي غير نافذ بصفة نهائية. فكل ما يمكن أن يفعله هذا الظرف هو توفير مبرر لعدم الوفاء يدوم ما دامت شروط الاستناد إلى ذلك الظرف بعينه قائمة. وإذا أنهى الالتزام الأولي، فإن الحاجة إلى الاستناد إلى الفصل الخامس ترتفع هي أيضا. وعلى نفس المنوال، إذا توقف الفعل الذي يعد خرقا في حالات أخرى، فإن مسألة عدم المشروعية لا تطرح. ويكون الفصل الخامس ذا صلة بالموضوع ما دام الالتزام، والتصرف الذي يخالفه، والظروف النافية لعدم مشروعية ذلك التصرف قائمة في آن واحد. وببدل القول إن الظرف النافي لعدم المشروعية يجعل الالتزام "غير ساري المفعول نهائيا أو بصفة مؤقتة"، فإنه من الأوضح التمييز بين وجود الالتزام الأولي الذي يظل ساري المفعول بالنسبة للدولة المعنية ما لم يتم إنهاؤه^{٤٢٠}، وبين وجود ظرف ناف لعدم مشروعية تصرف يخالف ذلك الالتزام. وهذا ما يمكن أيضا من تقادي القول الغريب الذي مفاده أن التصرف الذي انتفت عدم مشروعيته بحالة الضرورة مثلا يكون "مطابقا" للالتزام الأولي. فالتصرف غير مطابق للالتزام الأولي، غير أنه إذا نفى الظرف عدم مشروعية التصرف، فإنه ليس هناك أي خرق أيضا.^{٤٢١} وهذا هو النهج الذي اتبعته المحكمة إزاء الفصل الخامس من مشاريع المواد في "قضية مشروع غابسيكوفو-ناغيماروس" (the Gabcikovo-Nagymaros Project). ففي تناولها للدفع الهنغاري بحالة الضرورة، قالت:

"وبالتالي فإن حالة الضرورة التي تدعيها هنغاريا - على افتراض أنها ثبتت فعلا - لا يمكن أن تسمح بالخلوص إلى استنتاج مفاده ... أنها تصرفت وفقا لالتزاماتها بموجب معاهدة ١٩٧٧ أو أن تلك الالتزامات لم تعد ملزمة لها. بل إنها لن تسمح سوى بتأكيد أن هنغاريا، في ظل هذه الظروف، لن تتحمل المسؤولية الدولية بتصرفها ذلك".^{٤٢٢}

٢٢٧ - ومن بين الظروف الستة المنصوص عليها في الفصل الخامس، تعد الموافقة أكثر الظروف صعوبة في التحليل، لأنه من الواضح أن الموافقة قد تجعل هي أيضا الالتزام "غير ساري المفعول" نهائيا وتنتهي. غير أنه نظرا للأسباب الواردة أدناه، فإن المقرر الخاص لا يعتقد أن الموافقة تندرج في إطار الفصل الخامس.^{٤٢٣}

هل تنفي الظروف عدم المشروعية أم تنفي المسؤولية؟

٢٢٨ - وهكذا يوفر الفصل الخامس ترسا وأقيا ضد كل مطالبة متينة الأساس بسبب خرق التزام. غير أنه من غير الواضح ما إذا كانت الظروف المختلفة المشمولة بأحكام الفصل الخامس تسري بنفس الطريقة أو في نفس النطاق. ويبدو أن بعض هذه الظروف (الدفاع عن النفس، والموافقة مثلا) تجعل التصرف المقصود تصرفا مشروعاً؛ وبعبارة أخرى، فإنها تنفي عدم المشروعية. فالعمل الذي يستوفي شروط الدفاع عن النفس المشار إليها في المادة ٥١ من الميثاق عمل مشروع في إطار ممارسة "حق طبيعي"، بين الدولة المدافعة عن نفسها والجهة المعتدية عليها.^{٤٢٤} غير أن وضع الظروف الأخرى من قبيل حالة الشدة وحالة الضرورة أقل وضوحاً، على غرار ما أشارت إليه عدة حكومات.^{٤٢٥} ولا يبدو أن من الصواب

٤٢٠ إذا كان الالتزام قائما بمقتضى معاهدة، فإنه لا يمكن إلغاؤه إلا بمقتضى قانون المعاهدات. وإذا كان التزاما انفراديا، فلا يمكن إلغاؤه إلا بمقتضى القانون المتعلق بإلغاء الالتزامات الانفرادية (أيا كان هذا القانون). وإذا كان التزاما ناشئا عن قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي، فلا يمكن إلغاؤه إلا وفقا للقواعد ذات الصلة من ذلك القانون والمتعلقة بإلغاء الالتزامات العرفية. ولا يدخل أي من هذه الالتزامات في نطاق قانون مسؤولية الدول.

٤٢١ انظر الفقرات ١٠ - ١٤ أعلاه للاطلاع على مناقشة هذه المسألة في سياق المادة ١٦.

٤٢٢ ICJ Reports 1997 (تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧)، الصفحة ٧، والصفحة ٣٩ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ٤٨).

٤٢٣ انظر الفقرات ٢٣٠ - ٢٤١ أدناه.

٤٢٤ وهذا لا يعني أن جميع الالتزامات الدولية النافذة بين دولتين تصبح "غير سارية المفعول" بسبب الدفاع المشروع عن النفس. انظر الفقرات ٢٩٦ - ٢٩٩ أدناه.

٤٢٥ انظر الفقرات ٢١٦ - ٢١٩ أعلاه.

القول إنه في حالة الضرورة أو حالة الشدة، يكون الالتزام المقصود 'غير ساري المفعول'. فالالتزام لا يظل قائما فحسب، بل إنه يظل يمارس تأثيرا على الحالة، بحيث تتعين مراعاة مصلحة الدولة أو الدول الأخرى المعنية عند تحديد ما إذا كانت الظروف تشكل فعلا حالة من حالات الضرورة أو الشدة.

٢٢٩ - ويستفاد من هذا أن ثمة على الأقل فئتين من الظروف يشملهما الفصل الخامس، وهذه نتيجة تؤكدتها ضمنا المادة ٣٥ التي تسمح بإمكانية تعويض الدولة "المضروبة" في أربع حالات يشملها الفصل الخامس لكنه لا يشمل حالتين أخريين (الدفاع عن النفس والتدابير المضادة). غير أنه قبل النظر فيما إذا كانت مشاريع المواد توضح الفرق بين المسوغات (من قبيل الدفاع عن النفس) التي تنفي عدم المشروعية، والأعذار (من قبيل حالة الضرورة) التي قد يكون أثرها أقل، يلزم استعراض الأحكام الفعلية للفصل الخامس.^{٢٢٦}

٣ - استعراض مواد محددة

(١) المادة ٢٩: الموافقة

٢٣٠ - تنص المادة ٢٩ على ما يلي:

١ - تنفي موافقة دولة ما، حسب الأصول، على ارتكاب دولة أخرى لفعل محدد لا يكون مطابقا لما يتطلبه التزام يقع على تلك الدولة الثانية تجاه الدولة الأولى، عدم المشروعية عن الفعل فيما يتعلق بتلك الدولة ما دام ذلك الفعل لم يخرج عن حدود تلك الموافقة.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ إذا كان الالتزام ناشئا عن قاعدة أمرة من القواعد العامة في القانون الدولي وفي مصطلح مواد هذا المشروع، تعني القاعدة الأمرة من القواعد العامة في القانون الدولي، قاعدة مقبولة ومعتبرا بها من قبل المجتمع الدولي للدول بأسره على أنها قاعدة لا يسمح بأي خروج عليها، ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة في القانون الدولي لها ذات الصلة.^{٢٢٧}

٢٣١ - ويتساءل التعليق عما إذا كانت قاعدة "لا مضارة في القبول" (*volenti non fit injuria*)، تسري في القانون الدولي، ويوجب على ذلك السؤال جوابا إيجابيا مقيدا. فلأغراض الفصل الخامس، لا تكون المسألة المطروحة مسألة تعليق القاعدة الأولية التي تنشئ الالتزام، ناهيك بأن تكون مسألة إلغائها. فالمادة ٢٩ تتعلق بالحالة التي تكون فيها الدولة الأخرى (أو الشخص الاعتباري الدولي الآخر) المعني "إلزاما" لا على الوقف العام للقاعدة... ولكن على عدم انطباق الالتزام الذي تنص عليه القاعدة على حالة محددة. فالقاعدة تظل سارية عادة على المستقبل؛ وكل ما في الأمر أن الالتزام يتم الاستغناء عنه في حالة معينة.^{٢٢٨} غير أن هذا لا يمكن أن يتم إلا بموافقة صحيحة، أي بموافقة لا تتعارض مع قاعدة أمرة. وعلاوة على ذلك، قد تلزم في أغراض معينة موافقة عدد من الدول، وفي تلك الحالة تكون موافقة الدولة جيم غير نافية لعدم المشروعية في علاقتها بالدولة باء.^{٢٢٩} وتتعلق الأمثلة التي ساقها التعليق في معظمها باستخدام القوة في إقليم دولة لقمع انقلاب، ومرابطة القوات في الخارج، أو عمليات الإغاثة والإنقاذ الإنسانية، أو القبض على أشخاص في إقليم أجنبي أو

^{٢٢٦} انظر الفقرة ٣٥٣ أدناه.

^{٢٢٧} التعليق على المادة ٢٩، الفقرة (٢).

^{٢٢٨} المرجع نفسه، الفقرة (٥)، التي تشير إلى مسألة موافقة النمسا على اندماج عام ١٩٣٨ (*Anschluss*)، على نحو ما تناولته المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ؛ انظر:

United Kingdom, *Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Cmd. 6964 (London, Stationery Office, 1946), pp. 17 et seq., 13 ILR (International Law Reports) 199 at pp.209-210.

ورفضت المحكمة القول بأن النمسا قد أعطت موافقتها، ولاحظت أن الاندماج *Anschluss* كان في جميع الأحوال غير مشروع في غياب موافقة أطراف معاهدات السلام لعام ١٩١٩.

احتجازهم.^{٢٩} غير أن التعليق يشير أيضا إلى القرار الصادر في قضية "التعويضات الروسية" (*Russian Indemnity Case*)، حيث قضت هيئة التحكيم الدائمة بأن روسيا بقبولها سداد رأس المال وحده لما يزيد على ٢٠ سنة دون احتجاج أو تحفظ من أجل حقوقها، فإنها تخلت عن سداد فوائد تأجيل الدفع.^{٣٠}

٢٣٢ - ولكي تكون الموافقة ظرفا نافيا لعدم الشرعية، يجب أن تكون "صحيحة في القانون الدولي وثابتة بوضوح ومعربا عنها إعرابا حقيقيا (مما يستبعد مجرد الموافقة المفترضة)، ويمكن إسنادها دوليا إلى الدولة وتكون سابقة لارتكاب الفعل الذي تتعلق به.^{٣١} وعلاوة على ذلك، يجب أن يكون التصرف في حدود الموافقة الممنوحة.^{٣٢} ثم يتناول التعليق هذه الشروط بشيء من التفصيل، معتمدا إلى حد كبير على شروط الموافقة الصحيحة بموجب قانون المعاهدات.^{٣٣}

تعليقات الحكومات على المادة ٢٩

٢٣٣ - فيما يتعلق بالفقرة (١)، تستفسر النمسا عن الغاية من استخدام عبارة "فيما يتعلق بتلك الدولة"، ما دامت الموافقة تجعل التصرف شرعيا عموما.^{٣٤} وتشك فرنسا في قيمة عبارة "موافقة... حسب الأصول"، التي تفرط في الاعتماد على صيغ قانون المعاهدات.^{٣٥} وتنفي المملكة المتحدة أن تكون الموافقة التي يديها كل هؤلاء الأشخاص الذين تسند تصرفاتهم إلى الدولة بموجب الفصل الثاني موافقة صحيحة، رغم ما ورد في التعليق من قول يفيد هذا المعنى فيما يبدو.^{٣٦} وعلى سبيل المثال، فإن موافقة حركة تمردية لن تلزم الدول في أغراض المادة ٢٩، حتى ولو كان من المحتمل إسناد تصرف تلك الحركة إلى الدولة بموجب المادة ١٥. وثانيا، ترى أن تتنظر اللجنة في مسألة الموافقة الضمنية أو البعدية، لا سيما عند اتخاذ الإجراءات الإنسانية في حالات طوارئ.^{٣٧}

٢٣٤ - وفيما يتعلق بالفقرة (٢)، تستساأل النمسا عما إذا كان من اللازم إثارة مسألة القواعد الأمره *(jus cogens)*، وهو سؤال تجيب عنه فرنسا بالسلب.^{٣٨} وتتفق المملكة المتحدة مع فرنسا في الإشارة إلى الغموض الذي يلف القواعد الأمره.^{٣٩}

محل الموافقة من الفصل الخامس

- ٤٢٩ الفقرات (٦) إلى (٩) من التعليق على المادة ٢٩، وتشير إلى مسألة إلقاء القبض في إقليم أجنبي، قرار هيئة التحكيم الدائمة في قضية *سالاركار*، UNRIAA، المجلد الحادي عشر، الصفحات ٢٥٢-٢٥٥ (١٩١١).
- ٤٣٠ UNRIAA، المجلد الحادي عشر، الصفحة ٤٢١، في الصفحة ٤٤٦ (١٩١٢).
- ٤٣١ الفقرة (١١) من التعليق على المادة ٢٩ (والتأكيد في النص الأصلي).
- ٤٣٢ المرجع نفسه.
- ٤٣٣ المرجع نفسه، الفقرة (١٢).
- ٤٣٤ الصفحة ١٠٣ من الوثيقة A/CN.4/488.
- ٤٣٥ المرجع نفسه.
- ٤٣٦ المرجع نفسه، الصفحتان ١٠٣ و١٠٤، ووردت فيه الإشارة إلى الفقرة (١٥) من التعليق على المادة ٢٩.
- ٤٣٧ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٤.
- ٤٣٨ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٥.
- ٤٣٩ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٥.
- ٤٤٠ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٥.

٢٣٥ - تتعلق معظم التعليقات على المادة ٢٩ بصياغة مبدأ الموافقة، أكثر مما تتعلق بالمبدأ نفسه. فالتعليقات تثير شواغل جوهرية تتعلق بمسائل من قبيل نطاق كلمة "حسب الأصول" الواردة في الفقرة (١) أو بالإشارة إلى القواعد الأمرة في الفقرة (٢). غير أن المسائل التي تثيرها المادة ٢٩ ولا تحلها لا تقتصر على هذه الجوانب. فجميع الظروف الأخرى التي يتناولها الفصل الخامس حددت إما في المواد نفسها (القوة القاهرة، وحالات الشدة، وحالة الضرورة) أو في أماكن أخرى من مشاريع المواد (التدابير المضادة) أو على الأقل عن طريق قواعد مفهومة ومفصلة بقدر معقول من القواعد العامة للقانون الدولي الواردة في ميثاق الأمم المتحدة (الدفاع عن النفس). ولم تصغ بعبارات غامضة من قبيل "حسب الأصول" إلا الموافقة بصفتها ظرفا نافيا لعدم المشروعية. وعلاوة على ذلك، فإن القياس على مجالات القانون الدولي الأخرى (الإسناد، قانون المعاهدات)، على غرار ما أشارت إليه فرنسا والمملكة المتحدة، لا يبين بوضوح ما إذا كانت لمسؤول معين سلطة "نفي عدم المشروعية" عن تصرف بقبوله. ففي قضية *سافاركار*^{٤١} على سبيل المثال، لم يعتد بكون العريف السذي وافق على إعادة الهارب إلى السفينة البريطانية غير مخول سلطة الدخول في اتفاقات دولية باسم فرنسا. وبطبيعة الحال، فإن تصرفه كان سيسند إلى فرنسا بموجب الفصل الثاني من الباب الأول، غير أن هذا لم يكن مرة أخرى من صميم الموضوع. بل إن المسألة المطروحة هي ما إذا كان موافقته على إعادة الهارب كافية. فالمادة ٢٩ لا تقدم أي توجيه بشأن هذه المسألة. ويذهب التعليق بعيدا، غير أن بعض توضيحاته لم تكن مبيّنة في المادة نفسها، والأهم من هذا أنه يمر مر الكرام أو يكاد يسكت على مسألة السلطة الفعلية أو الظاهرية للموافقة لأغراض الفصل الخامس. وقد تكون فعلا مسألة من له سلطة الموافقة على الخروج على قاعدة معينة تتوقف إلى حد ما على الأقل على تلك القاعدة بعينها. فالموافقة على تفتيش مباني سفارة مسألة تختلف عن مسألة الموافقة على تسليم شخص ومحاكمته بتهمة غير التهمة التي سلم من أجلها، وتختلف عن مسألة الموافقة على إنشاء قاعدة عسكرية في إقليم دولة، أو الموافقة على إجراء عمليات عسكرية ضد متمردين في ذلك الإقليم.

٢٣٦ - وهذا يوحي بأن المادة ٢٩ تنطوي على مشكل أعمق من مجرد مشكل الصياغة. فهل بالإمكان التمييز، من جهة، بين مسألة الموافقة كعنصر في تطبيق قاعدة (بشكل بالتالي عنصرا في تعريف الالتزام ذي الصلة)، ومسألة الموافقة كأساس لنفي عدم المشروعية عن سلوك يخالف الالتزام، من جهة أخرى؟ إن التعليق يستبعد بما لا يدع مجالا للشك حالات الموافقة التي تتم بعد وقوع التصرف ويعتبره نوعا من التنازل عن الحق.^{٤٢} وإذا كان من المتعين أن تتم الموافقة مسبقا، وأنها لا تكون صحيحة إلا في بعض الحالات دون غيرها، وأن سلطة الموافقة تختلف حسب القاعدة المعنية، فإن السؤال المطروح هو ما إذا كان ينبغي اعتبار عنصر الموافقة داخلا في مختلف القواعد الأولية، وربما بصيغ تختلف باختلاف القواعد. وعلى سبيل المثال، فإن الدولة التي تنفرد بحق ممارسة الاختصاص أو السلطة على إقليمها تخضع للشرط القاضي بالألا يمارس الاختصاص الأجنبي إلا بموافقة الدولة المضيفة، وهذه حالات شائعة للغاية (منها مثلا الانتداب لإجراء التحقيق في إقليم دولة أخرى، وممارسة الاختصاص على قوات زائرة وما إلى ذلك). وهي لا تنطوي، ولو للوهلة الأولى، على تصرف مخالف لالتزام دولي، وبالتالي فإنها تخرج عن نطاق الفصل الخامس، بل وتخرج عن نطاق مشاريع المواد برمتها. ويشير فيتز موريس إلى تلك الحالات تحت عنوان "عدم الوفاء المبرر داخليا بمقتضى شرط وارد ضمنا في معاهدة بموجب القانون الدولي"، وصاغ هذا الفرق على النحو التالي:

٤٤١ UNRIAA، المجلد الحادي عشر، الصفحة ٢٥٢ (١٩١١).

٤٤٢ التعليق على المادة ٢٩، الفقرة (١٦) وفي هذا الصدد، من الغريب أن يشير التعليق إلى قضية "التعويضات الروسية" التي يرجح أنها كانت حالة من حالات التنازل عن الحق ولم تكن بالتالي تنطوي على موافقة مسبقة.

"وبما أن صلب المسألة المتمثل فيما إذا كان عدم الوفاء مبررا، يفترض وجود التزام للوهلة الأولى أو التزام ظاهري بموجب المعاهدة، فإن الشروط الواردة صراحة أو ضمنا في صيغة المعاهدة نفسها إنما تتعلق بوجود الالتزام ونطاقه، لا بمبرر عدم الوفاء".^{٤٤٣}

وبطبيعة الحال فإنه لم يكن يتناول المسألة إلا من زاوية قانون المعاهدات، غير أن نفس المبدأ يسري بالتأكيد على صيغة الالتزامات الناشئة بموجب القواعد العامة للقانون الدولي (من قبيل الالتزام بعدم ممارسة الاختصاص المدني في إقليم دولة أخرى دون موافقتها، أو عدم التحليق فوق إقليمها دون إذنها المسبق). وهذا ما يفسر سبب عدم تناول فيترموريس للموافقة كظرف مستقل من "الظروف المبررة لعدم الوفاء". وبدلا من ذلك، تناوله تحت عنوان "قبول عدم الوفاء" الذي يحسن اعتباره شكلا من أشكال التنازل عن الحق. فهو لا يتعلق بمسألة ما إذا كانت المسؤولية قد نشأت أصلا، بل يتعلق بفقدان الحق في إثارة المسؤولية، وهو أمر يخرج عن نطاق الباب الأول.^{٤٤٤}

٢٣٧ - وتثير المزيد من الشكوك التفرقة بين المبررات أو الأعذار "الجوهرية" و"العرضية". فجميع المواد الأخرى في الفصل الخامس تتعلق بظروف (القوة القاهرة، أو حالات الشدة، أو حالة الضرورة، أو الهجوم المسلح، أو غيره من التصرف غير المشروع التي يترتب عليه حق الرد على سبيل الدفاع عن النفس أو عن طريق التدابير المضادة) كانت قائمة وقت العمل غير المشروع. ويقتصر التعليق المادة ٢٩ على الموافقة الممنوحة مسبقا، رغم أن الموافقة الممنوحة بصورة صحيحة تعني أن التصرف مشروع تماما وقت حدوثه. وخلافا لذلك، فإنه عندما تكون أعمال الدولة مخالفة لالتزام، ويكون تصرفها مبررا لسبب من قبيل حالة الضرورة أو القوة القاهرة أو حالة الشدة، فإن المرء لا يميل إلى القول بأن التصرف "مشروع تماما". بل إن ثمة خرقا ظاهريا أو مبدئيا قد يكون مبررا أو يجوز تبريره. وحتى في حالة الدفاع عن النفس أو التدابير المضادة، التي يمكن أن يكون فيها التصرف مشروعاً في جوهره في ظل تلك الظروف، ثمة على الأقل حالة تتطلب بعض الشرح والتبرير.^{٤٤٥}

٢٣٨ - فهل بالإمكان تصور حالات يصاغ فيها الالتزام بعبارة مطلقة (أي بدون أي شرط أو قيد متعلق بالموافقة)، لكن موافقة الدولة المعنية تنفي مع ذلك عدم شرعية التصرف؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإن المادة ٢٩ قد يكون لها نطاق تطبيق صحيح، وإن كان محدودا. وليس المقرر الخاص على علم بأي حالة من هذا القبيل.^{٤٤٦} وتتعلق جميع الأمثلة الواردة في التعليق بقواعد (من قبيل عدم ممارسة الاختصاص الأجنبي في إقليم دولة من الدول؛ وعدم استخدام القوة ضدها؛ وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، وما إلى ذلك) لا تنص على تحريم مطلق بل تسمح بأن تقبل الدولة المستهدفة التصرف المعني بصورة صحيحة. وفي غياب حالات وسيطة يمكن تحديدها (أي حالات يمكن أن تكون الموافقة قد منحت فيها مسبقا بصورة صحيحة غير أنها ليست جزءا من تعريف الالتزام) يبدو الوضع على النحو التالي: إما أن الالتزام المعني يسمح بأن تتم الموافقة على التصرف مسبقا مما يجعل غياب تلك الموافقة يتعارض مع الالتزام، وإما أن الالتزام لا يسمح بذلك. ففي الحالة الأولى إذا منحت الموافقة بصورة صحيحة، فإن مسألة ما إذا كان عدم المشروعية منتقيا لا تثار. وفي الحالة

^{٤٤٣} فيترموريس، التقرير الرابع، حولة... ١٩٥٩، المجلد الثاني، الصفحة ٤٦ (من النص الإنكليزي).

^{٤٤٤} انظر الفقرة ٣٥٠ أدناه.

^{٤٤٥} يطلب من الدولة التي تمارس حق الدفاع عن النفس أن تبلغ مجلس الأمن "فوراً": المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة. وترد شروط الممارسة السلمية للتدابير المضادة في المواد ٤٧ إلى ٥٠ وتنطوي أيضا على قدر من المراقبة الدولية.

^{٤٤٦} ثمة إمكانية تقرب من فكرة فيترموريس المتعلقة بـ "قبول عدم الوفاء"، ويمكن أن يضرب لها المثال التالي: هب أن الدولة ألت تنتهك في تصرفها التزاما ثانيا تجاه الدولة باء، متوقعة أن الدولة باء ستقبل إذا طلب منها ذلك، ثم إن الدولة باء التي تعلم بتصرف الدولة ألت لا تمنع فيه. غير أن هذه الحالات لا تندرج في نطاق المادة ٢٩ على النحو الوارد شرحه في التعليق، وحتى لو تم توسيعها فلما لن تستدعي أفراد معاملة مستقلة لها في الفصل الخامس. ولعل الأفضل فيما يبدو تناولها تحت عنوان التنازل عن الحق أو ربما في إطار "الحجة المعلقة".

الأخيرة، لا يمكن منح الموافقة مطلقاً. ويمكن تمييز الحالتين معاً عن حالة التنازل عن الحق بعد حصول خرق يرتب مسؤولية الدول.^{٤٤٧}

٢٣٩ - ولهذه الأسباب كلها، يبدو أن اعتبار الموافقة المسبقة ظرفاً نافياً لعدم المشروعية يعني الخلط بين محتوى الالتزام الموضوعي ومفعول القواعد الثانوية للمسؤولية، في حين أن اعتبار الموافقة الممنوحة بعدياً ظرفاً من هذا القبيل يعني خلط منشأ المسؤولية مع إعمالها (*mise en oeuvre*). وفي الحالتين معاً لا يعد محل المادة ٢٩ من الفصل الخامس محلاً سليماً، وينبغي حذفها. وبدلاً من ذلك، ينبغي أن يدرج في التعليق على الفصل الخامس شرح لدور الموافقة فيما يتعلق بمسؤولية الدول.

٢٤٠ - غير أنه في حالة عدم قبول هذه التوصية، من المناسب إيراد شيء بشأن المسائل المحددة التي أثارها الحكومات بشأن صياغة المادة ٢٩.

(أ) "الموافقة حسب الأصول": أوجزت أعلاه بعض الصعوبات التي تثيرها هذه العبارة. ومن الواضح أن ثمة حاجة إلى إيراد ذلك القيد، لأن الأمر لا يتعلق بجواز أن تعفي دولة أخرى من كل التزام (فيما يتعلق بحقوق الإنسان مثلاً). غير أنه ليس ثمة اختبار بسيط أو مباشر لتحديد الظروف التي ينقضي فيها عدم مشروعية تصرف دولة أو تحديد النطاق الذي تعفي فيه دولة أخرى من الالتزام.^{٤٤٨} وعلاوة على ذلك، فإن عبارة "حسب الأصول" لا تقوم بوظيفة واحدة بل تقوم بوظيفتين: فهي تشير إلى وجود حالات قد تكون فيها الموافقة غير متقيدة بالأصول بتاتا، كما توجي (لكن دون تحديد) أن ثمة طرائق معينة يلزم التقيد بها في منح الموافقة وأن مسائل سلطة الموافقة قد تثار. ولا يمكن التوسع في أي من هذين الجانبين دون التعمق في مضمون القواعد الأولية، رغم أنه بالإمكان أن تدرج في النص بعض الشروط الإجرائية المتعلقة بالموافقة الصحيحة، والمبينة في التعليق؛

(ب) الموافقة والقواعد الأمرة: ومرة أخرى، فإنه على الرغم من الغموض الذي يلف نطاق ومحتوى القواعد الأمرة والذي أشارت إليه بعض الحكومات، فإنه من الواضح أن الدولة لا يمكنها أن تعفي دولة بموافقة خاصة من واجب الامتثال لقاعدة أمرة، فيما يتعلق مثلاً بالإبادة الجماعية أو التعذيب، كما لا يمكنها أن تفعل ذلك في معاهدة من المعاهدات. ورب قائل يقول إنه يجوز للدولة على الأكل أن تحل دولة من المسؤولية عن ذلك الخرق فيما يتعلق بتلك الدولة. غير أن المادة ٢٩ تتعلق أولاً بالظروف النافية لعدم المشروعية، لا بالمسؤولية. وثانياً، ثمة عدة حالات تقبل فيها الدولة فعلاً نفي عدم المشروعية. وثالثاً، فيما يتعلق بالموافقة الممنوحة مسبقاً (وهي كل ما ترمي المادة ٢٩ إلى تغطيته)، قلما تستوفى مقتضيات قاعدة أمرة بإبقاء الالتزام الشكلي مع إعفاء الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع من أي مسؤولية عن الخرق الذي تقوم به. كما أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الإبادة

^{٤٤٧} يمكن الوقوف على تمييز بين الموافقة المسبقة والتغلي عن الحق من الأمثلة التالية: أولاً، إن جهاز الدولة المخول سلطة السماح بخرق، عندما تثار مسؤولية الدولة فعلاً، قد يكون مختلفاً عن جهاز الدولة المخول سلطة الموافقة المسبقة. وثانياً، في حالة الالتزام ذي الحجية تجاه الكافة (عملاً بالمادة ٢ (٤) من الميثاق مثلاً)، قد يصح مع ذلك أن تكون دولة معينة مختصة بالموافقة مسبقاً على التصرف الذي بدون تلك الموافقة سيكون خرقاً للالتزام (انظر تعليق النمسا أعلاه، الفقرات ٢٢٣). غير أن هذا لا يستتبع أن تكون تلك الدولة وحدها هي صاحبة المصلحة القانونية في الخرق بعد حدوثه.

^{٤٤٨} ويصح هذا حتى في العبارة التقييدية الأشد بساطة وهي عبارة "فيما يتعلق بتلك الدولة"، ما دام ما يشكل الالتزام "الثاني" وما يتجاوز الإطار الثاني الصرف يتوقف على مضمون الالتزام وغرضه. وهكذا يمكن أن تكون الدولة المستفيد الأول من التزام مفروض لمصلحة عامة (مثلاً فيما يتعلق بحياة تلك الدولة)، وقد لا يكون بوسعها أن تعفي دولة أخرى من الامتثال للالتزام. وعلى سبيل المثال، في المناقشة المتعلقة بما إذا كانت عضوية النمسا في الجماعة الاقتصادية الأوروبية تماشى مع حيادها، لم يحتاج أحد أبداً بأن موافقة النمسا على العضوية ينفي عدم المشروعية. انظر على سبيل المثال:

I. Seidl-Hohenveldern, "Österreich und die EWG" (1968) 14 *Jahrbuch für Internationales Recht* 128; D. Kennedy and L. Specht, "Austrian Membership in the European Communities", (1990) 31 *Harvard ILJ* 407.

الجماعية أو التعذيب لا يتماشى مع الطابع الأمر للقاعدة ذات الصلة شأنه في ذلك شأن الموافقة على الإعفاء من الالتزام الذي تستند إليه. غير أن الصعوبة لا تقف عند هذا الحد. فبعض القواعد الآمرة تتضمن عنصرا رضائيا "جوهريا". وعلى سبيل المثال، فإن القاعدة المتعلقة بعدم استخدام القوة في العلاقات الدولية المنصوص عليها في المادة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة لا تسري في حالات معينة تقبل فيها دولة استخدام دولة أخرى للقوة فوق إقليمها. غير أن دولة واحدة لا يمكنها أن تُلغى بموافقتها القاعدة المتعلقة باستخدام القوة في العلاقات الدولية في علاقاتها بدولة أخرى.^{٤٩٩} ولذا قد يلزم التمييز بين الموافقة التي تطبق المادة ٢(٤) والتي قد تكون صحيحة، والموافقة المزعومة التي تحل محلها أو تستبعدا كليا، والتي ستكون موافقة غير صحيحة إذا كانت المادة ٢(٤) ذات طابع أمر؛

(ج) موافقة أشخاص من غير الدول: لا يتناول مشروع المادة ٢٩ سوى موافقة الدول وربما الأشخاص الاعتباريين الدوليين،^{٥٠٠} غير أن ثمة قواعد في القانون الدولي تراعي موافقة الشركات أو الخواص، مثلا. فنطاق تخلي المستثمرين عن قواعد الحماية الدبلوماسية بموجب اتفاق مسبق ظل موضوعا يثير حوله الجدل، غير أنه بموجب الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات التي تنشأ بشأن الاستثمار لعام ١٩٦٥، تعلق موافقة مستثمر على التحكيم بموجب الاتفاقية حق الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها في الحماية الدبلوماسية.^{٥٠١} وفي مجال حقوق الإنسان، إن العبرة ليست بجواز تخلي الفرد عن الحقوق التي تخولها له المعاهدات الدولية، بل إن العبرة بكون الموافقة الحرة للفرد يعتد بها في تطبيق البعض من تلك الحقوق على الأقل.^{٥٠٢}

(د) حدود الموافقة: وكما وردت ملاحظته في التعليق، فإنه إذا انتفى عدم المشروعية بسبب موافقة الدولة، فإنه لا ينتفي إلا في حدود تلك الموافقة.^{٥٠٣} غير أنه مرة أخرى قد تكون ثمة صعوبات في تطبيق هذه الفكرة. وعلى سبيل المثال، فإن الموافقة على تواجد قوة زائرة في إقليم دولة من الدولة يمكن تقييدها (بأن يشترط مثلا دفع إيجار عن المرافق المستعملة) غير أن عدم دفع الإيجار، وإن كان قطعاً غير مشروع في حد ذاته وقد تكون له آثار قانونية أخرى، فإنه لن يجعل من القوة الزائرة جيش احتلال.

استنتاجات بشأن المادة ٢٩

٢٤١ - لا شك أن بعض هذه المسائل يمكن تناولها أثناء صياغة المادة ٢٩، بينما تتعلق المسائل الأخرى بتطبيق هذه المادة في حالات محددة. غير أن تناول صيغة المادة ٢٩ بقدر أكبر من التفصيل يؤكد الاستنتاج القائل بأن الفصل الخامس ليس هو المكان الملائم لهذه المادة. ومجمل القول أن انعدام الموافقة شرط جوهري لعدم المشروعية في عدة التزامات (من قبيل الالتزام بعدم التحليق فوق إقليم دولة أخرى). ففي هذه الحالات، يعد اعتبار الموافقة ظرفاً نافياً لعدم المشروعية أمراً شاذاً للغاية ما دامت الموافقة الممنوحة حسب الأصول بصورة مسبقة تجعل من التصرف تصرفاً مشروعاً، وليس ثمة عدم مشروعية يلزم نفيها. ورب قائل يقول أن الامتناع عن التحليق فوق إقليم دولة أخرى ظرف نافٍ لعدم المشروعية. غير أن هذا التفسير من شأنه أن يزيل الفرق بين الالتزامات الأولية والالتزامات الثانوية. فالموافقة الممنوحة بصورة بعدية مختلفة

^{٤٩٩} وبخصوص مدى مشروعية "عهود الغزو" و"التدخل بناء على دعوة"، انظر:

BR Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (Oxford Clarendon Press, (عدم المشروعية الحكومية في القانون الدولي) 1999) pp.185-195.

^{٤٥٠} التعليق على المادة ٢٩، الفقرتان (٢) و(١٥).

^{٤٥١} اتفاقية تسوية المنازعات التي تنشأ بشأن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واشنطن، ١٩٦٥، المادة ٢٧ (١).

^{٤٥٢} أنظر مثلاً: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ١٩٦٦، المادة ٧، الحملة الثانية؛ واللوات (٣) (ج) ٤؛ و(١) (١) (٢) و(٣).

^{٤٥٣} التعليق على المادة ٢٩، الفقرة (١٧).

تماماً، وتنطوي على إعفاء من مسؤولية نشأت فعلاً؛ وينبغي تناولها تحت عنوان فقدان الحق في الاستناد إلى المسؤولية في الباب الثاني، أو ربما في الباب الثالث من مشاريع المواد. ولهذه الأسباب، ينبغي حذف المادة ٢٩، وأن يشرح حذفها بعناية في التعليق على الفصل الخامس تفادياً لكل سوء تفاهم.

(ب) المادة ٣٠ : التدابير المضادة فيما يتعلق بفعل غير مشروع دولياً

٢٤٢ - تنص المادة ٣٠ على ما يلي:

"تتفني صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه التزام عليها تجاه دولة أخرى، إذا كان ذلك الفعل يمثل تدبيراً مشروعاً بمقتضى القانون الدولي ضد تلك الدولة الأخرى نتيجة لصدور فعل غير مشروع دولياً عنها".

٢٤٣ - تلزم قراءة المادة ٣٠ في سياق مواد الباب الثاني الذي يحدد بقدر من التفصيل نطاق التدابير الجائزة وآثارها. وبعبارة أخرى، فإن فحوى عبارة "مشروعاً بمقتضى القانون الدولي" الواردة في المادة ٣٠ قد بينت بقدر من التفصيل في مكان آخر من النص.

٢٤٤ - ويؤكد التعليق على المادة ٣٠ الدور الاستثنائي للتدابير المضادة من حيث "إبطالها لمفعول" التزام تجاه دولة اتخذت ضدها تدابير مضادة.^{٤٤٤} فيجب اتخاذ التدابير المضادة رداً على تصرف غير مشروع تقوم به الدولة المستهدفة، إما "لتوقيع عقوبة أو لضمان الوفاء"، لكن في إطار القيود التي يضعها القانون الدولي.^{٤٤٥} والمناقشة التالية لتلك القيود لا تتماشى تماماً مع أحكام الباب الثاني: فعلى سبيل المثال، يبدو أن المادة ٢٩ تتوخى أن يكون استخدام القوة العسكرية كتدبير مضاد مشروعاً أحياناً^{٤٤٦} الأمر الذي تنكره المادة ٥٠ (أ) صراحة. وهذا ما يؤكد ضرورة النظر في المادة ٣٠ والفصل الثالث من الباب الثاني معاً.

٢٤٥ - واستناداً إلى التعليق، فإن التدابير المضادة لم تعد تقتصر على خرق الالتزامات الثنائية، أو على ردود الفعل التي تصدر عن أكثر الدول تضرراً بصورة مباشرة. فخرق التزام من الالتزامات ذات الحجية المطلقة تجاه الكافة يعتبر "جرماً" ضد جميع أعضاء المجتمع الدولي، وليس فقط ضد الدولة أو الدول المتأثرة مباشرة بالخرق.^{٤٤٧} وتجوز بالتالي المعاقبة على ذلك الخرق جماعياً. وسواء تعلق الأمر بالالتزامات ذات الحجية المطلقة تجاه الكافة أم لا، فإن "الوجود السابق للفعل غير المشروع دولياً الصادر عن الدولة التي استخدم ضدها هذا التدبير المذكور، ينفي عدم المشروعية عن رد الفعل المشروع الموجه ضد هذا العمل"^{٤٤٨}، فيما يتعلق بالدولة المرتكبة للفعل غير المشروع.^{٤٤٩}

٤٤٤ التعليق على المادة ٣٠، الفقرة (٢).

٤٤٥ المرجع نفسه، الفقرة (٣).

٤٤٦ المرجع نفسه، الفقرة (٥)، لكن انظر أيضاً الفقرتين (١٠) و(١١).

٤٤٧ التعليق على المادة ٣٠، الفقرة (١٢).

٤٤٨ المرجع نفسه، الفقرة (١٦).

٤٤٩ وليس فيما يتعلق بحقوق الدول الثالثة، على غرار ما يوكده التعليق: المرجع نفسه، الفقرات (١٧) إلى (١٩) و(٢٤)، التي تشير إلى قضية سيسن، *Cysne Case*، UNRIIAA، المجلد الثاني، الصفحة ١٠٣٥ (١٩٣٠). وانظر للمادة ٤٧ (٣) الحالية.

تعليقات الحكومات على المادة ٣٠

٢٤٦ - تشير فرنسا إلى عدة صعوبات في الصياغة، وتوجه الانتباه أيضا إلى ضرورة تمييز التدابير المضادة الفردية عن إجراءات الإنفاذ الجماعية تحت إشراف الأمم المتحدة. فينبغي قصر المادة ٣٠ على الأولى.^{٤٦٠} وتقتصر المملكة المتحدة والولايات المتحدة أن تكون المادة ٣٠ مستقلة عن أحكام التدابير المضادة الواردة في الباب الثاني التي يعتبر أنها أحكاما مشكوكا فيها، شأنها في ذلك شأن حق الدفاع عن النفس الذي أشير إليه دون أن يوصف محتواه بتفصيل.^{٤٦١} وتقتصر فرنسا واليابان من جهة أخرى أن تربط المادة ٣٠ على وجه التحديد مع أحكام التدابير المضادة في الباب الثاني.^{٤٦٢}

٢٤٧ - وعلى العكس من ذلك، تتساءل المكسيك عن الفائدة من إدراج المادة ٣٠ أصلا، وتدعو بالتالي إلى وضع أحكام أفضل لتسوية المنازعات في الحالات المتعلقة بالتدابير المضادة.^{٤٦٣}

معالجة التدابير المضادة في مشاريع المواد برمتها

٢٤٨ - أثار عدد من الحكومات مسائل تتعلق بمعالجة التدابير المضادة في الباب الثاني من مشاريع المواد (المواد ٤٧ - ٥٠)، وأعربت عما يساورها من شكوك بشأن الحكمة من استبقاء هذه المواد وبشأن ما إذا كانت أحكام تسوية المنازعات عملية. فبصرف النظر عن مسائل الصياغة والتعبير، تأتي الشكوك من اتجاهات مختلفة، سواء من الدول التي تؤيد مبدأ التدابير المضادة أو من الدول التي تعارضها. ويشكل هذا التباين في الرأي صعوبة فيما يتعلق بالمادة ٣٠. فمن جهة، من الواضح أن التدابير المضادة، في بعض الحالات على الأقل، لا تنفي عدم شرعية التصرف المتخذ ضد الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع لحملها على الكف عن تصرفها غير المشروع وتوفير العناصر الأساسية لإعادة الوضع إلى ما كان عليه. وعلى هذا الأساس، ثمة حجج قوية تدعو إلى استبقاء المادة ٣٠ في الفصل الخامس بشكل من الأشكال. ومن جهة أخرى، يجب أن يتوقف نطاق توضيح شروط ممارسة التدابير المضادة المشروعة في المادة ٣٠ على مسألة ما إذا تم استبقاء المواد المتعلقة بالتدابير المضادة في الباب الثاني. فإذا تم استبقاؤها، فإن مجرد الإحالة إلى هذه الشروط كاف (على غرار ما أُنشأت إليه اليابان وفرنسا). أما إذا حذفت، فإن الوضع سيكون مختلفا وستكون ثمة حجج أقوى تدعو إلى إيراد بعض التدقيقات الإضافية للظروف التي تمارس فيها التدابير المضادة في المادة ٣٠. صحيح أن الفصل الخامس لا يحدد بتفصيل شروط الاحتجاج بالموافقة أو بالدفاع عن النفس. غير أن عدم تحديد هذه الشروط فيما يتعلق بالموافقة قد تم انتقاده فعلا، بينما يختلف الأمر فيما يتعلق بالدفاع عن النفس، لأسباب منها أن الحق الطبيعي في الدفاع عن النفس مصون صراحة بمقتضى الميثاق، ولا يمكن أن يتأثر بأي شيء يرد في مشاريع المواد.

٢٤٩ - ولهذه الأسباب يقترح المقرر الخاص استبقاء المادة ٣٠ بين معقوفتين، إقرارا بأن التدابير المضادة قد تنفي، في بعض الحالات، عدم مشروعية التصرف المقصود (أو المسؤولية عنه على الأقل)، على أن ترجأ المسائل المختلفة المتعلقة بالمبدأ وبالصياغة للنظر فيها في سياق الأحكام المتعلقة بالتدابير المضادة في الباب الثاني.

(ج) المادة ٣١: القوة القاهرة والحادث الفجائي

٢٥٠ - تنص المادة ٣١ على ما يلي:

٤٦٠ الصفحة ١٠٦ من الوثيقة A/CN.4/488؛ وهذا ما تقره اليابان؛ الصفحة ١٣ من الوثيقة A/CN.4/492.

٤٦١ الصفحات ١٠٦ إلى ١٠٨ من الوثيقة A/CN.4/488.

٤٦٢ المرجع نفسه، الصفحة ١٠٦ (فرنسا)؛ والصفحة ١٣ من الوثيقة A/CN.4/492 (اليابان).

٤٦٣ الصفحة ١٠٦ من الوثيقة A/CN.4/488.

- ١ - تتنفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي عليها، إذا كان ذلك الفعل راجعاً لقوة لا سبيل إلى مقاومتها أو لحدث خارجي غير متوقع وخارج عن إرادتها جعل من المتعذر ماديًا على تلك الدولة أن تصرف وفقاً لذلك الالتزام أو أن تعرف أن تصرفها لم يكن مطابقاً لما يتطلبه ذلك الالتزام.
- ٢ - لا تنطبق الفقرة ١ إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت في حدوث حالة الاستحالة المادية.

٢٥١ - يبدأ التعليق على المادة ٣١ بالإشارة إلى أن القوة القاهرة والحدث الفجائي يشتركان في خاصية هي "انعدام أي تأثير للتصرف السابق الصادر عن الدولة التي" احتج بهذين الطرفين ضدها. ^{٤٦٤} فهما غير إراديين سواء بالنسبة للدولة "الفاعلة" أو الدولة "المفعول بها". ^{٤٦٥} وبما أنه ليس ثمة فرق واضح بين الحالتين، فإنهما أدرجتا في مادة واحدة. ويغطيان معا حالات "الاستحالة المادية"، ولا يهم ما إذا كانت هذه الاستحالة بسبب تدخل طبيعي أو بسبب تدخل بشري، أو بسببهما معاً، ما دامت تخرج عن سيطرة الدولة الفاعلة. ^{٤٦٦} وكانت اللجنة قد اتخذت، في صياغتها لما أصبح فيما بعد المادة ٦١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والمتعلقة باستحالة التنفيذ لسبب طارئ، موقفاً يرى أن القوة القاهرة تشكل هي أيضاً ظرفاً نافياً لعدم المشروعية فيما يتعلق بتنفيذ المعاهدات. ^{٤٦٧} وخلص إلى نفس الرأي مؤتمر فيينا، رغم إلحاح المؤتمر على توضيح نطاق صيغة المادة ٦١ فيما يتعلق بإنهاء المعاهدات. ^{٤٦٨}

٢٥٢ - وفي ممارسة الدول، لا تتعلق معظم الحالات التي استند فيها إلى "الاستحالة" باستحالة فعلية مستقلة عن صعوبة التنفيذ المتزايدة، مما جعل الدفع بالقوة القاهرة مرفوضاً. غير أن حالات الاستحالة المادية حدثت فعلاً، من قبيل "اضطرار طائرة ... إلى الدخول في المجال الجوي لدولة أخرى دون إذن من الدولة الأخيرة، بسبب ما يصيب أجهزة الطائرة من خلل أو فقدان السيطرة عليها أو وقوعها في مهب عاصفة، وذلك إما لفشل جهود قائد الطائرة في منع وقوع هذا أو لأنه لم يكن بوسعه معرفة ما يجري"، وفي تلك الحالات يقبل مبدأ انتفاء عدم المشروعية. ^{٤٦٩}

٢٥٣ - وبصرف النظر عن الحوادث الجوية، فإن المبدأ المنصوص عليه في المادة ٣٠ قد أقر أيضاً فيما يتعلق بالمرور البريء للسفن بموجب المادة ١٤ (٣) من اتفاقية ١٩٥٨ للبحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة (المادة ١٨ (٢) من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار حالياً)، وكذا في المادة ٧ (١) من اتفاقية التجارة العابرة للدول غير الساحلية المؤرخة ٨ تموز/يوليه ١٩٦٥. فمن الأمور التي تسلم بها هذه الأحكام أن "القوة القاهرة" عنصر أساسي في "القواعد الأولية" المقررة في هذه الأحكام، غير أنه من الواضح أن تضمينها في هذه القواعد هو في حد ذاته تأكيد صريح، فيما يتعلق بحالات خاصة، لمبدأ عام، من مبادئ القانون الدولي العرفي، يكون للقوة القاهرة بموجبه أثر نافذ لعدم المشروعية. ^{٤٧٠} وأقرت هيئة التحكيم الدائمة هذا المبدأ أيضاً، ففي قضية "منارة الامبراطورية العثمانية"، *Ottoman Empire Lighthouse Case*، استولت الحكومة اليونانية في ١٩١٥ على منارة كانت تملكها شركة فرنسية ثم دمرت فيما بعد بسبب أعمال عنائية. فرفضت هيئة التحكيم مطلب فرنسا

٤٦٤ التعليق على المادة ٣١، الفقرة (٢).

٤٦٥ المرجع نفسه، الفقرة (٤).

٤٦٦ المرجع نفسه، الفقرة (٧).

٤٦٧ المرجع نفسه، الفقرة (٩) التي تشير إلى "حولية... ١٩٦٢"، المجلد الثاني، الصفحة ٢٥٥ (من النص الإنكليزي).

٤٦٨ التعليق على المادة ٣١، الفقرة (١٠).

٤٦٩ المرجع نفسه، الفقرة (١٢) التي تشير إلى حالات التوغل في المجال الجوي بسبب أحوال العتس وكذا حالات قصف إقليم محايد خطأ بسبب أخطاء في الملاححة أثناء الحرب العالمية الأولى.

٤٧٠ التعليق على المادة ٣١، الفقرة (١٦).

بإعادة المنارة إلى ما كانت عليه بدعوى القوة القاهرة.^{٤٧١} وفي قضية "التعويضات الروسية"، أقر المبدأ، غير أن الدفع بالقوة القاهرة رفض من حيث الموضوع لأن سداد الدين لم يكن مستحيلا ماديا.^{٤٧٢} وسلمت المحكمة الدائمة للعدل الدولي بالقوة القاهرة كمبدأ عام من مبادئ القانون في قضيتي "القروض الصربية والقروض البرازيلية" (رغم أنها رفضت مرة أخرى الدفع من حيث الموضوع).^{٤٧٣}

٢٥٤ - وبعد استعراض كامل للممارسة والاجتهاد القضائي والفقه، يخلص التعليق إلى تأكيد المبدأ، غير أنه يشدد على أنه لا يسري إلا في الحالات التي لا مرد فيها للاستحالة ولا سبيل إلى توقعها موضوعيا، بحيث لا تكون أمام الدولة المعنية "أي إمكانية حقيقية لتفادي آثار مثل هذه القوة أو الحادث". وعلاوة على ذلك، يجب ألا تكون الدولة... قد أسهمت بنفسها، سواء عن عمد أو بسبب تهاونها، في نشوء حالة الاستحالة المادية.^{٤٧٤}

تعليقات الحكومات على المادة ٣١

٢٥٥ - تعرب النمسا عن رأي مفاده أن المادة ٣١ تطمس الفرق بين العناصر الموضوعية والعناصر الذاتية، وتقتصر تطوير فكرة "الاستحالة المادية" فيما يتصل بـ "الحادث الفجائي".^{٤٧٥} وتقبل المملكة المتحدة المبدأ الوارد في المادة ٣١ غير أنها تدعو أيضا إلى قصره على الحالات الاستثنائية للاستحالة المادية التي تخرج عن سيطرة الدولة المعنية.^{٤٧٦} وترى فرنسا أن عبارتي "القوة القاهرة" و"الحادث الفجائي" تتعلقان بنفس النظام؛ وأنه ينبغي تنقيح المادة تفاديا للحشو.^{٤٧٧} ولم يشكك أي من هذه التعليقات في ضرورة استبقاء المادة ٣١ بشكل من الأشكال.

تطبيق المادة ٣١ في الممارسة الحديثة

٢٥٦ - في التحكيم بشأن قضية رينبو واريور (Rainbow Warrior)، استندت فرنسا إلى القوة القاهرة كظرف ناف لعدم مشروعية تصرفها المتمثل في نقل موظفيها من هاو وعدم إعادتهم بعد المعالجة الطبية. وتناولت هيئة التحكيم هذه النقطة في عجالة فقالت:

^{٤٧١} المرجع نفسه، الفقرة (٢١) التي تشير إلى تقارير الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولية UNRIAA، المجلد الثاني عشر (١٩٥٦)، الصفحات ٢١٩-٢٢٠ (من النص الإنكليزي). وقد صنفت حالات أخرى عديدة من حالات القوة القاهرة في دراسة استقصائية تحت عنوان "القوة القاهرة والحادث الفجائي كظرفين نافين لعدم المشروعية: دراسة استقصائية لممارسة الدول والقرارات القضائية الدولية والفقه"، حولة... ١٩٧٨، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحات ٦١-٢٢٧ (من النص الإنكليزي).

^{٤٧٢} التعليق على المادة ٣١، الفقرة (٢١) التي تحيل إلى تقارير الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولية UNRIAA، المجلد الحادي عشر (١٩١٢)، الصفحة ٤٤٣ (من النص الإنكليزي).

^{٤٧٣} التعليق على المادة ٣١، الفقرتان (٢٣) و(٢٤)، اللتان تشيران إلى أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي (Series A, No. 20 (1929)، الصفحات ٣٣-٤٠ (من النص الإنكليزي)؛ والمرجع نفسه العدد ٢١ (١٩٢٩)، الصفحة ١٢٠ (من النص الإنكليزي).

^{٤٧٤} لتعليق على المادة ٣١، الفقرة (٣٦) (والأكيد مضاف).

^{٤٧٥} الصفحة ١٠٨ من الوثيقة A/CN.4/488.

^{٤٧٦} المرجع نفسه، الصفحة ١٠٩.

^{٤٧٧} المرجع نفسه، وبالإضافة إلى ذلك، ترى أن الفقرة (٢) زائدة وتقتصر حلفها.

"إن نيوزيلندا محقة في القول بأن عذر القوة القاهرة غير ذي صلة بموضوع هذه القضية لأن معيار تطبيقه هو معيار الاستحالة المطلقة والمادية، ولأن الظرف الذي يجعل التنفيذ صعباً أو شاقاً لا يشكل حالة من حالات القوة القاهرة".^{٤٧٨}

وهذا القرار ينضاف إلى العديد من القرارات المذكورة في التعليق وفي الدراسة الاستقصائية من إعداد الأمانة العامة والتي تقر مبدأ انتفاء عدم المشروعية في القانون الدولي، وكذا في العديد من نظم القانون الوطني، بسبب القوة القاهرة، مع تقييد تطبيقه بشروط مشددة في الوقت ذاته.

٢٥٧ - وثمة بطبيعة الحال فرق بين القوة القاهرة كظرف ناف لعدم المشروعية واستحالة التنفيذ كسبب لإنهاء معاهدة. فالقوة القاهرة تسري على الالتزامات الناشئة عن المعاهدة وعلى الالتزامات غير الناشئة عن المعاهدات، وتسري بقوة القانون بمجرد نشوء حالة قوة القاهرة. أما الاستحالة المادية، على غرار الأسباب الأخرى لإنهاء معاهدة، فيتعين أن يتمسك بها طرف من الأطراف، ولا تسري إلا بعد أن يتم التمسك بها حسب الأصول. وبالإضافة إلى ذلك، فإن "درجة الصعوبة" المقترنة بالقوة القاهرة كظرف ناف لعدم المشروعية، رغم أنها درجة كبيرة، فإنها أقل مما تشترطه المادة ٦١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لإنهاء المعاهدة بسبب الاستحالة الطارئة، على نحو ما أشارت إليه محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بمشروع غابيسيكوفو - ناجيماروس، حيث قالت:

"وتشترط الفقرة ١ من المادة ٦١ "الزوال أو الهدم الدائم لشيء لا غنى عنه لتنفيذ المعاهدة" لتبرير إنهاء المعاهدة بسبب استحالة التنفيذ. وخلال المؤتمر، قدم اقتراح يرمي إلى توسيع نطاق المادة بإدراج حالات من قبيل استحالة تسديد بعض المبالغ بسبب الصعوبات المالية الخطيرة... ورغم التسليم بأن تلك الحالات قد تؤدي إلى نفي عدم المشروعية عن عدم وفاء طرف بالالتزامات الناشئة بموجب معاهدة، فإن الدول المشاركة لم تكن مستعدة لاعتبار تلك الحالات سبباً لإنهاء معاهدة أو تعليقها، وفضلت أن تلتزم بمفهوم أضيق".^{٤٧٩}

٢٥٨ - وبالإضافة إلى تطبيق ظرف القوة القاهرة في العلاقات بين الدول كمسألة من مسائل القانون الدولي العام، فإن هذا الظرف يتردد كثيراً في ميدان التجارة الدولية والتحكيم المختلط، بل وربما تتوفر فيه شروط توهله لأن يكون مبدأ عاماً من مبادئ القانون.^{٤٨٠}

(١) يتناول الفصل الخامس من اتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ "أحكاماً [ـ] مشتركة تنطبق على التزامات البائع والمشتري". ويحمل الفرع الرابع عنوان "الإعفاءات، ولا يتضمن سوى حكمين، هما المادة ٧٩ التي تتناول المعوقات التي لا سبيل إلى تجنبها والمادة ٨٠ التي تتناول "الدفع بعدم تنفيذ العقد". ولا تستعمل المادة ٧٩ عبارة "القوة القاهرة" غير أنها تغطي نفس الموضوع. فلا يسأل طرف عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ...

"كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".^{٤٨١}

٤٧٨ UNRIAA، المجلد العشرون، الصفحة ٢١٧، في الصفحة ٢٥٣ (من النص الإنكليزي).

٤٧٩ تقارير محكمة العدل الدولية، لعام ١٩٩٧ *ICJ Reports 1997*، الصفحة ٧ والصفحة ٦٣ (من النص الإنكليزي) (القرة ١٠٢).

٤٨٠ لا تعد القوة القاهرة دفعا في عرق العقد في إطار القانون العام الإنكليزي، بسبب الافتراض القاضي بأن التعهدات التعاقدية ضمانات. وثمة مفهوم أضيق لظرف "القضاء والقدر" (act of God) الذي يعتبر دفعا في الجرم المدني. غير أن القانون العام الأنجلوأمريكي أصبح أكثر تمودا على مفهوم القوة القاهرة بسبب تواتر إدراج مفهوم القوة القاهرة في العقود لا سيما في التجارة الدولية. انظر بصفة عامة:

(القوة القاهرة وسقوط العقد لاستحالة التنفيذ) (1995) *E. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract*.

٤٨١ انظر:

(ب) وفي مبادئ العقود التجارية الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، تتناول المادة ٧-١-٧ القوة القاهرة التي عرفت في مجملها بنفس الصيغة التي عرفت بها اتفاقية ١٩٨٠.٤٨٢

٢٥٩ - ولهذه الأسباب كلها، ينبغي استبقاء المادة ٣١ في مشاريع المواد. غير أن ثمة بعض المسائل المتعلقة بالصياغة.

القوة القاهرة و"العلم" بعدم المشروعية

٢٦٠ - من السمات الملفتة للنظر في المادة ٣١ عبارة "جعل من المتعذر ماديا ... أن تعرف أن تصرفها لم يكن مطابقا لما يتطلبه ذلك الالتزام".^{٤٨٣} وهذا يوحي بأن مسؤولية الدول تتوقف على "علم" الدولة بأن تصرفها غير مشروع، رغم أن هذا "العلم" ليس شرطا عموما. فعدم العلم بالالتزامات القانونية للدولة ليس عذرا يسوغ خرقها، ولا هو غلط في القانون.^{٤٨٤} وصحيح أنه يجوز أن يكون ثمة غلط بريء في الواقع (من قبيل غلط في تحديد موقع طائرة بسبب عطب لم يكتشف في معدات الملاحة)، وقد يرقى هذا الغلط إلى درجة الظرف النافي لعدم المشروعية. غير أن بالإمكان صياغة المادة ٣١ دون إدراج عناصر ذاتية صارخة: فلا ينبغي أن تسري إلا في الحالات التي يمنع فيها حدث خارجي غير متوقع دولة من العلم بواقعة تشكل عنصرا أساسيا في المسؤولية في تلك الظروف، ولولاها لما كان التصرف المعني غير مشروع. وعلى هذا الأساس يمكن حذف الإشارة إلى العلم بعدم المشروعية في المادة ٣١.^{٤٨٥}

استبعاد القوة القاهرة: (أ) إذا "أسهمت" الدولة في نشوء حالة القوة القاهرة

٢٦١ - إن الحالة الناشئة بفعل الدولة المتمسكة بها أو بإيعاز منها لا تعد بحكم تعريفها قوة القاهرة؛ فلا بد أن يكون الظروف غير إرادي حقا لكي يعتد به. وهكذا ففي قضية الشركة العربية الليبية للاستثمارات الأجنبية وجمهورية بروندي:

P. Schlechtriem and G. Thomas, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (Oxford, Clarendon Press, 1988) 2nd ed., pp.600-626. (التعليق على اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع)

وللاطلاع على مواد القانون المقارن بشأن القوة القاهرة انظر على سبيل المثال:

U. Draetta, "Force Majeure Clauses in International Trade Practice" (شرط القوة القاهرة في ممارسة التجارة الدولية) 5 *International Business Law Journal* 547; K.D. Magliveras, "Force Majeure in Community Law" (القوة القاهرة) 15 *European Law Review* 460; P. van Ommeslaghe, "Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux" (شرط القوة القاهرة والظوارئ في العقود الدولية) 57 *Revue de droit international et de droit comparé* 15. (1990) في قانون الجماعة الأوروبية

وبخصوص القوة القاهرة في الاجتهاد القضائي هيئة التحكيم بين إيران والولايات المتحدة انظر:

G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), pp. 306-320.

وقد أقرت محكمة العدل الأوروبية ظرف القوة القاهرة كمبدأ عام من مبادئ القانون؛ انظر: القضية رقم ٨٥/١٤٥، دينكايفت بيلجين.ف. ضد بلجيكا ECR (European Court Reports) 565 (*Denkavit Belgie NV v. Belgium*). وانظر كذلك:

C. Stefanou and H. Xanthaki, *A Legal and Political Interpretation of Articles 224 and 225 of the Treaty of Rome* (Ashgate, Aldershot, 1997) pp. 78-80. (تفسير قانوني وسياسي للمادتين ٢٢٤ و ٢٢٥ من معاهدة روما)

٤٨٢ للاطلاع على النص والتعليق انظر:

UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* (Rome, 1994), pp. 169-171. (مبادئ العقود التجارية الدولية)

٤٨٣ انظر تعليق النمسا على المادة ٣١ في الفقرة ٢٥٥ أعلاه.

٤٨٤ في بعض النظم القانونية، يجوز أن تكون المطالبة بالحق المعززة بحسن النية، مبررا أو عذرا لتصرف معين، رغم أن الأساس القانوني للمطالبة غير سليم. ولا يبدو أن ثمة حجة تستند هذا المبدأ في القانون الدولي.

٤٨٥ انظر الصيغة المقترحة في الفقرة ٣٥٦ أدناه.

رفضت هيئة التحكيم الدفع بالقوة القاهرة لأن "الاستحالة المزعومة لم تكن ناتجة عن قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث خارجي غير متوقع خارج عن سيطرة بوروندي. بل إن الاستحالة نتجت عن قرار انفرادي لتلك الدولة...^{٤٨٦}". غير أن المادة ٣١ بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى تتجاوز هذا النطاق وتستبعد القوة القاهرة "إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت في حدوث حالة الاستحالة المادية".^{٤٨٧} وخلافا لذلك، فإنه في إطار السبب الأكثر تقييدا لإنهاء المعاهدة بموجب المادة ٦١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، لا يمكن التمسك بالاستحالة "إذا كانت الاستحالة نتيجة لخرق هذا الطرف إما لالتزام مترتب عليه بمقتضى المعاهدة أو لأي التزام دولي آخر يترتب عليه إزاء طرف آخر في المعاهدة". ويبدو أن هذا معيار أنسب، ما دام من المحتمل أن "تسهم" دولة عن غير قصد أو علم في نشوء حالة قوة القاهرة بشيء يتبين فيما بعد أنه كان بالإمكان أن يتم بطريقة مختلفة دون أن يشكل في حد ذاته خرقا للالتزام دولي أو يحد من الطابع الفجائي للحدث. فما لم تكن حالة القوة القاهرة الناشئة حقيقية، فإنه لا داعي لاستبعادها من طائفة الظروف النافية لعدم المشروعية. وبناء عليه، ينبغي أن تنص المادة ٣١ على أن القوة القاهرة لا تستبعد إلا إذا تسببت الدولة في هذه الحالة أو ساهمت في نشوئها بتصرفها غير المشروع.

استبعاد القوة القاهرة: (ب) التحمل الإرادي للمسؤولية

٢٦٢ - وثانياً، ينبغي ألا تكون القوة القاهرة عذرا لعدم الوفاء إذا تعهدت الدولة بمنع الحالة المحددة الناشئة، أو تحملت تلك المسؤولية، وينبغي أن تنص المادة ٣١ على تلك الحالة.^{٤٨٨} ورب قائل يقول إنه لاستبعاد القوة القاهرة، يلزم أن يكون ثمة تعهد صريح من الدولة المعنية، غير أن بالإمكان صياغة الالتزامات والاضطلاع بها بطرق مختلفة، وفي سياق الفصل الخامس، يكفي أن يكون تحمل المسؤولية واضحا.

استنتاجات بشأن المادة ٣١

٢٦٣ - لهذه الأسباب، ينبغي استبقاء المادة ٣١ مع إدخال التغييرات المشار إليها أعلاه. وبالإضافة إلى ذلك، تكفي فيما يبدو الإشارة، على نحو ما تقترحه فرنسا،^{٤٨٩} إلى هذا الظرف باستعمال عبارة "القوة القاهرة" المعروفة والمقبولة دولياً وأن تدرج العبارة في المادة نفسها وأن تكون عنواناً لها. فعبارة "القوة القاهرة والحدث الفجائي" مستمدة من القانون المدني الفرنسي، غير أنه لا تعتبر كل حالات "الحدث الفجائي" (*cas fortuit*) أَعذاراً في القانون الدولي،^{٤٩٠} في حين أن حالات القوة القاهرة بصيغتها المحددة في المادة ٣١ تغطي هذا المجال بشكل ملائم فيما يبدو.^{٤٩١}

^{٤٨٦} انظر: 517, p. 1990, *Revue belge de droit international*, و 279 (ILR (International Law Reports) 96, المصنحان ٣١٧-٣١٨.

^{٤٨٧} وينبغي التعليق بوجود نية في تضيق أساس هذا الاستبعاد: انظر الفقرة ٢٥٤ أعلاه.

^{٤٨٨} وكما تشير إلى ذلك الدراسة الاستقصائية التي قامت بها الأمانة العامة، (انظر الحاشية ٤٧١ أعلاه)، في الفقرة ٣١، فإنه يجوز للدول أن تتعلل عن الحق في التمسك بالقوة القاهرة بموجب اتفاق. والطريقة الأكثر انتشاراً للقيام بذلك هو إبرام اتفاق أو قطع التزام بموجبه يتم مسبقاً تحمل مسؤولية حالة معينة من حالات القوة القاهرة.

^{٤٨٩} انظر الفقرة ٢٥٥ أعلاه.

^{٤٩٠} تستعرض الدراسة الاستقصائية من إعداد الأمانة العامة (ال فقرات ١٧ إلى ١٩) للمناقشة بين اختصاصي القانون المدني بشأن ما كان ينبغي التمييز بين القوة القاهرة والحدث الفجائي وكيف يمكن أن يتم هذا التمييز، غير أنها تلاحظ (ال فقرة ١٩) أن "القوة القاهرة" في ممارسة وفقه القانون الدولي تستعمل عادة بمعناها الواسع الشامل في أن واحد للقوة القاهرة بدقيق العبارة ولـ"الحدث الفجائي" أيضاً.

^{٤٩١} للإطلاع على نص المادة ٣١ بصيغتها المقترحة، انظر الفقرة ٣٥٦ أدناه.

(د) المادة ٣٢: حالة الشدة

٢٦٤ - تنص المادة ٣٢ على ما يلي:

١* - تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه التزام دولي عليها، إذا لم تكن لدى الشخص الذي صدر عنه التصرف الذي يشكل فعلا صادرا عن تلك الدولة، وهو في حالة شدة قصوى، وسيلة أخرى لإنقاذ حياته أو حياة الأشخاص الموكلة إليه رعايتهم.

٢* - لا تنطبق الفقرة ١ إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت في حدوث حالة الشدة القصوى أو إذا كان من المرجح أن يؤدي التصرف المعني إلى حدوث خطر مماثل أو أكبر*.

٢٦٥ - يشير التعليق على المادة ٢ إلى أنها تتناول الحالة المحددة التي يواجه فيها شخص بنفسه، تتسبب تصرفاته إلى الدولة، حالة خطر بالغ، سواء بالنسبة إليه شخصيا أو بالنسبة إلى أشخاص مشمولين برعايته^{٩٢}. وعلى عكس حالات القوة القاهرة، فإن الشخص الذي يتصرف في ظل حالة شدة إنما يتصرف بإرادته، ولو كان الخيار من الناحية الفعلية "معدوما بفعل الخطر البالغ"^{٩٣}. كما أن هذه الحالة لا تنطوي على اختيار بين الامتثال للقانون الدولي وبين مصالح مشروعة أخرى للدولة، على نحو ما تتميز به حالات الضرورة المنصوص عليها في المادة ٣٣^{٩٤}. فالمصلحة المقصودة مصلحة مباشرة هي إنقاذ حياة أشخاص، بصرف النظر عن جنسيتهم.

٢٦٦ - وفي الممارسة العملية فإن حالات الشدة تنطوي في معظم الأحوال على سفن أو طائرات تدخل إقليم الدولة بسبب سوء الأحوال الجوية أو في أعقاب حدوث خلل ميكانيكي أو ملاحى^{٩٥}. غير أن حالة الشدة ينبغي ألا تكون مقصورة على السفن والطائرات^{٩٦}، لاسيما إذا اقتصررت على حالة تنطوي على تهديد للأرواح^{٩٧}. وعلاوة على ذلك، فإن حالة الشدة لا يمكن أن تنفي عدم المشروعية إلا إذا كانت كفة المصالح الملتزم حمايتها (أرواح الركاب والبحارة مثلا) ترجح كفة

^{٩٢} التعليق على المادة ٣٢، الفقرة (١).

^{٩٣} المرجع نفسه، الفقرة (٢).

^{٩٤} المرجع نفسه، الفقرة (٣).

^{٩٥} المرجع نفسه، الفقرة (٥) التي تستعرض بعض الحوادث. أنظر أيضا الدراسة الاستقصائية من إعداد الأمانة العامة، الفقرتان ١٤١-١٤٢ والفصل الخامس (من النص الإنكليزي)، حيث أن تصرف الخواص لا يمكن، بهذه الصفة، أن يسند إلى الدولة: أنظر الدراسة الاستقصائية من إعداد الأمانة العامة، الفقرات ٣٢٨-٣٣١؛ اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة، ١٩٥٨، المادة ١٤ (٢)، المستشهد بها في التعليق

على المادة ٣٢ (الفقرة ٧).

^{٩٦} التعليق على المادة ٣٢، الفقرة (٩).

^{٩٧} المرجع نفسه، الفقرة (١٠).

المصالح الأخرى المعرضة للخطر في هذه الظروف. وعلى هذا فإذا كان التصرف الملتزم تبرئته يعرض من الأرواح للخطر أكثر مما قد ينقذ، فإنه لا يكون مشمولاً بعذر حالة الشدة^{٤٩٨}.

تعليقات الحكومات على المادة ٣٢

٢٦٧ - تقترح فرنسا صياغة أدق من أجل الحيلولة دون التعسف في استعمال عذر "حالة الشدة"^{٤٩٩}. وتذهب منغوليا إلى أبعد من ذلك فتشكك في استصواب اعتبار حالة الشدة ظرفاً نافياً لعدم المشروعية على الإطلاق^{٥٠٠}. ومن ناحية أخرى تنتقد المملكة المتحدة قصر تطبيق المادة ٣٢ على أشخاص مشمولين برعاية الدولة المعنية، وتطلب أن يعترف مشروع المواد صراحة بالتصرف الإنساني في حالات الطوارئ^{٥٠١}. كما تؤيد اليابان توسيع الصياغة، بحيث لا تشمل التهديدات التي تتعرض لها الأرواح فحسب وإنما أيضاً سائر المصالح الحيوية للأشخاص، بما فيها المصالح الاقتصادية^{٥٠٢}.

الممارسة الدولية منذ عام ١٩٨٠ فيما يتعلق بعذر حالة الشدة

٢٦٨ - يتواصل في الممارسة قبول صحة عذر الشدة وذلك منذ اعتماد المادة ٣٢ في قراءة أولى. ففي سياق الاتفاقيات التي تتناول حالة الشدة في البحار، فإن استثناء حالة الشدة الوارد في المادة ١٤ (٢) من اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٥٨ يتكرر بنفس الألفاظ تقريباً في المادة ١٨ (٢) من اتفاقية قانون البحار لعام ١٩٨٢^{٥٠٣}. وكان مما له أهمية للأغراض الراهنة، المناقشة التي دارت حول هذه المسألة في قضية "ريينيو واريور" (Rainbow Warrior) حيث أنها انطوت على الاستناد إلى حالة الشدة كظرف نافٍ لعدم المشروعية خارج سياق السفن والطائرات.

٢٦٩ - وقد سبقت الإشارة إلى وقائع تلك القضية^{٥٠٤}. فقد عمدت فرنسا إلى تبرير تصرفها الذي تمثل في نقل الضابطين من جزيرة هاو بدعوى "وجود ظروف من الشدة في حالة بالغة الإلحاح تتطلب على اعتبارات إنسانية أساسية تمس أجهزة

^{٤٩٨} المرجع نفسه، الفقرة (١١).

^{٤٩٩} A/CN.4/488، الصفحة ١١١.

^{٥٠٠} المرجع نفسه، الصفحة ١١١.

^{٥٠١} المرجع نفسه، الصفحتان ١١١-١١٢.

^{٥٠٢} A/CN.4/492، الصفحة ١٣.

^{٥٠٣} أنظر أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، المواد ٢٩ (١) (ج) و ٩٨ و ١٠٩.

^{٥٠٤} أنظر الفقرة ٢٥٦ أعلاه.

الدولة العاملة^{٥٠٥}. وقد قبلت المحكمة بالإجماع أن هذا الدفع جائز من حيث المبدأ، وقررت بالأغلبية أنه ينطبق على وقائع إحدى القضيتين، وفيما يتعلق بالمبدأ، طلبت المحكمة من فرنسا أن تثبت ثلاثة أشياء:

(١)^{*} قيام ظروف استثنائية للغاية تنسم بأقصى درجات الاستعجال وتتطوي على اعتبارات طبية أو غيرها من الاعتبارات ذات الطابع الأساسي، على أن يشترط على طول الخط الحصول في وقت لاحق على اعتراف عاجل بقيام هذه الظروف الاستثنائية من الطرف الآخر صاحب المصلحة أو إثباتها بوسائل واضحة؛

(٢)^{*} إعادة الوضع إلى ما كان عليه فيما يتعلق بالامتنال للتكليف بالعمل في هاو حالما تنتهي أسباب حالة الطوارئ المحتج بها لتبرير الإعادة إلى الوطن؛

(٣)^{*} وجود جهد يقوم على حسن النية يرمي إلى الحصول على موافقة نيوزيلندا حسب شروط اتفاق عام ١٩٨٦^{٥٠٦}.

وواقع الأمر أن الخطر الذي واجهته إحدى الضابطتين (مافارت)، رغم أنه ربما لم يكن مهددا لحياتها فقد كان خطرا حقيقيا بل لعله كان وشيكا. ولم ينكر قيامه الطبيب النيوزيلندي الذي فحص الضابطة في وقت لاحق. وعلى العكس من ذلك، ففي قضية الضابطة الثانية (بريير)، فإن التبريرات التي قدمت (الحاجة إلى إجراء فحص بسبب الحمل، والرغبة في رؤية أب كان على شفا الموت) لم تكن تبرر التصرف الطارئ، فلم تكن حياة الوكيل أو حياة الطفل مهددتين ففي أي مرحلة من المراحل، وكانت تتوفر تسهيلات طبية ممتازة في مكان قريب. وقضت المحكمة بأن:

'من الواضح أن هذه الظروف لا تبرر البتة مسؤولية فرنسا عن نقل الضابطة بريير كما لا تبرر خرقها لالتزاماتها الناجم عن تخلفها عن إعادة الضابطتين إلى هاو (وفي حالة الرائدة مافارت، حالما انتهت الأسباب الداعية إلى النقل). فها هنا يوجد خرق واضح لالتزاماتها ...^{٥٠٧}.

٥٠٥ UNRIAA (تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية)، المجلد العشرون، الصفحة ٢١٦ (١٩٩٠)، في الصفحين ٢٥٤-٢٥٥، (الفقرة ٧٨) (من النص الإنكليزي).

٥٠٦ المرجع نفسه، الصفحة ٢٥٥ (الفقرة ٧٩).

٥٠٧ المرجع نفسه، الصفحة ٢٦٣ (الفقرة ٩٩) (من النص الإنكليزي). وقد عارض السير كينيث كيث ما انتهت إليه المحكمة بشأن الرائدة مافارت: ففي حين وافق على وجود حاجة إلى إجراء فحوص طبية خارج جزيرة هاو، فقد ذهب إلى أن الحالة لم تكن "حالة شدة بالغة"، مع مراعاة تأخر السلطات الفرنسية في نقل الرائدة مافارت إلى باريس (المرجع نفسه، الصفحات ٢٧٧-٢٧٨).

٢٧٠ - وإزاء الاستجابة الحسنة بوجه عام التي لقيتها المادة ٣٢، وقبول المحكمة للمبدأ في قضية 'رينبو واريور'، يبدو أنه ينبغي استبقاءها. غير أن بعض الأسئلة قد أثير بشأن صياغتها ويستلزم الأمر مناقشتها.

صياغة المادة ٣٢

٢٧١ - السؤال الأول هو إن كانت المادة ٣٢ ينبغي أن تقتصر على الحالات التي تتعرض فيها الأرواح البشرية للخطر، أم أنه يكفي وجود خطر صحي جسيم. ويبدو أن المحكمة في قضية 'رينبو واريور' قد أخذت بالرأي الأعرض، رغم أن الخطر الصحي الذي تعرضت له الرائدة مافارت ربما كان مهدداً لحياتها. والمشكلة هنا هي أين يرسم الحد الأدنى. ففي حالات الشدة التي تنطوي على طائرات لن تنشأ عادة صعوبة في تحديد قيام خطر مهدد للحياة. على أن هناك حالات أخوى تنطوي على طائفة واسعة جداً من الصعاب والمآسي الإنسانية. وعلى ضوء سياق الفصل الخامس، واحتمال توفر حلول أخرى في الحالات التي تكون في ظاهرها مهددة للحياة، فلا يبدو أن هناك ما يستلزم توسيع نطاق مفهوم حالة الشدة على هذا النحو. لكن ذلك يثير مسألة أخرى. فمن الواضح أن الخطر الذي يهدد الحياة يجب أن يكون ظاهراً وأن يكون له أساس ما في الواقع، لكن هل يكفي أن يكون لدى الوكيل الذي تصرف في حالة الشدة سبب معقول يحمله على الاعتقاد بقيام الخطر؟ أم أن هذا الوكيل يتصرف على مسؤوليته، بحيث إذا تبين من تحقيق لاحق ومفصل أن الحال لم يكن كذلك بالفعل (مهما كان الشكل الذي ظهر به في ذلك الوقت) امتنع الاستناد إلى حالة الشدة كعذر للخرق؟ ففي حالات الشدة الحقيقية قد لا يتوفر، قبل التصرف، الوقت أو الأشخاص لإجراء فحص طبي سليم أو غيره من الفحوص السليمة. وفي مثل تلك الحالات ينبغي أن يكون من حق الوكيل أن يتصرف على أساس توفر سبب معقول لديه يحمله على الاعتقاد بقيام حالة شدة. ولـ هذه الأسباب ينبغي أن تصاغ المادة ٣٢ من زاوية توفر سبب معقول يحمل على الاعتقاد بوجود حالة فيها تهديد للحياة.

٢٧٢ - والسؤال الثاني هو إن كان من المستصوب توسيع نطاق المادة ٣٢ لكي تشمل جميع الحالات التي تنطوي على تهديد للحياة، بغض النظر عن قيام أية علاقة خاصة بين جهاز الدولة أو وكيلها والأفراد المعرضين للخطر^{٥٠٨}. ومن رأي المقرر الخاص أن المادة ٣٢ تعبر عن حالة محدودة من الشدة، وإن جرى الحال على الاعتراف بها، تنطوي، بوجه خالص، على سفن وطائرات. وينبغي عدم توسيعها كثيراً بما يتجاوز ذلك السياق المحدد. وينبغي بالتأكيد عدم توسيعها لكي تشمل المجال العام للتدخل الإنساني. فالمسألة هنا مسألة ضرورة أكثر منها مسألة شدة، وستتم العودة إليها في سياق المادة ٣٣^{٥٠٩}.

٢٧٣ - ويجدر بالإشارة أن المادة ٣٢ لا تنفي عدم مشروعية التصرف إلا بقدر ما يقتضيه الأمر لتلافي حالة تتعرض فيها الأرواح للخطر. وعلى ذلك فإنها لا تعفي الدولة أو وكيلها من استيفاء الاشتراطات الأخرى (الوطنية أو الدولية)، مثل

^{٥٠٨} وفقاً لما اقترحه للملكة للتحدة: أنظر الفقرة ٢٦٧ أعلاه.

^{٥٠٩} أنظر أدناه، الفقرتان ٢٨٦-٢٨٧.

اشتراط إبلاغ الوصول إلى السلطات المختصة، أو تقديم المعلومات ذات الصلة عن الرحلة والركاب والحمولة^{١٠٠}. وهذا يستنتج من اللغة التي صيغت بها المادة ٣٢، لكن ينبغي التشديد عليه في التعليق.

استنتاجات بشأن المادة ٣٢

٢٧٤ - لهذه الأسباب ينبغي استبقاء المادة ٣٢ بجوهر نطاق شمولها التي هي عليه حالياً لكن مع إدخال تعديلات عليها لاستيعاب الاقتراحات المبينة أعلاه. وبالإضافة إلى ذلك (ومجازاة للمنطق الذي يقوم عليه الحكم المقابل في المادة ٣١) ينبغي ألا يستبعد عذر الشدة إلا إذا نجمت حالة الشدة، إما قائمة بذاتها أو مقترنة بعوامل أخرى، عن فعل غير مشروع من جانب الدولة التي تحتج بهذا العذر^{١٠١}. وأخيراً ينبغي حذف كلمة "قصوى" لأنها لا تضيف شيئاً إلى مضمون المادة^{١٠٢}. ولا ينبغي أن يكون لأية دولة أن تحتج بأنه ولو كانت الأرواح معرضة للخطر في حالة شدة لا يمكن تجنبها فإن الحالة مع ذلك لم تكن "قصوى" بما فيه الكفاية^{١٠٣}.

(هـ) المادة ٣٣: حالة الضرورة

٢٧٥ - تنص المادة ٣٣ على ما يلي:

١٠ - لا يجوز لدولة أن تحتج بحالة الضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل صدر عنها غير مطابق لالتزام دولي عليها إلا في الحالتين التاليتين:

(أ) إذا كان هذا الفعل هو الوسيلة الوحيدة لصون مصلحة أساسية لهذه الدولة من خطر جسيم ووشيك يهددها؛

^{١٠٠} أنظر: *Cushin and Lewis v. R* [1935] Ex CR 103 (قضي بأنه حتى لو دخلت السفينة ميناء بسبب حالة شدة فإن ذلك لا يعفيها من شرط الإبلاغ عن رحلتها). وهناك قضايا أخرى في تلك الفترة تلقي الضوء على هذا الدفع: أنظر *The Rebecca (US-Mexico Claims Commission)* 860 AJIL 23 (1929) (دخلت السفينة ميناء بسبب حالة شدة؛ صدرت بضائع لمخالفة القواعد الجمركية؛ قضى بأن الدخول تم لسبب معقول

انقضته الضرورة فسي ظل الظروف القائمة ولم يكن مجرد الاستسهال؛ ولذلك لم تكن للمصادرة مشروعية)؛ *The Mary v. R*, [1931] SCR 374؛ *The Ship "Queen City" v. R*; [1931] SCR 387؛ *R v. Flahaut* [1935] 2 DLR 685 (طبق محك "حالة الشدة الحقيقية التي لا تقاوم").

^{١٠١} أنظر الفقرة ٢٦١ أعلاه.

^{١٠٢} حسب ما سلم به بالفعل التعليق على المادة ٣٢، الفقرة (١٢)، للمحظة ١٥ ("غير ضرورية من الناحية الفعلية").

^{١٠٣} للاطلاع على النص المقترح، أنظر الفقرة ٣٥٦ أدناه.

(ب) إذا كان هذا الفعل لم يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للدولة التي كان الالتزام قائماً تجاهها؛

٢٠ - وفي جميع الأحوال، لا يجوز لدولة أن تحتج بحالة الضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية:

(أ) إذا كان الالتزام الدولي الذي لا يطابقه فعل الدولة ناشئاً عن قاعدة أمره من القواعد العامة للقانون الدولي؛ أو

(ب) إذا كان الالتزام الدولي الذي لا يطابقه فعل الدولة غير منصوص عليه في معاهدة تنفي، بصورة صريحة أو ضمنية، الاحتجاج بحالة الضرورة بصدد ذلك الالتزام؛ أو

(ج) إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة.^{١٤}

٢٧٦ - يميز التعليق على المادة ٣٣ حالة الضرورة عن الموافقة والتدابير المضادة والدفاع عن النفس، التي تتوقف على تصرف الدولة "الهدف"؛ وفي هذا الشأن فإنها تماثل القوة القاهرة وحالة الشدة^{١٥}. لكنها تختلف عن الطرفين الآخرين من حيث أنه ما من خيار في الواقع أمام الدولة التي تواجه قوة القاهرة، بل ووكيل الدولة الذي يواجه حالة شدة، سوى التصرف بطريقة معينة، في حين أن "احتجاج دولة بوجود حالة ضرورة إنما ينطوي على إدراك تام بتعمد اختيار التصرف بصورة غير مطابقة للالتزام دولي"^{١٥}.

٢٧٧ - وفي القرن السابع عشر غالباً ما كانت تبريرات حالة الضرورة ترتكن إلى ما يسمى "الحقوق الأساسية" للدولة من قبيل الحق في حفظ الذات، وهي حقوق كانت لها الأولوية على الحقوق "الذاتية" لساكن الدول. وفي مقابل ذلك نحا اضمحلال أهمية مبدأ "الحقوق الأساسية" إلى التشكيك في فكرة أن الضرورة ربما تنفي عدم المشروعية^{١٦}. غير أن عذر الضرورة تؤيده "قضايا عديدة" في مجال ممارسة الدول، ويمكن تبريره بالإحالة إلى المصادر العادية للقانون الدولي، دون الرجوع إلى أية نظرية بعينها للدولة^{١٧}. ويتطرق التعليق إلى الاستشهاد بحالات عديدة قبل فيها عذر الضرورة من حيث المبدأ، أو

^{١٤} التعليق على المادة ٣٣، الفقرتان (٢)-(٣).

^{١٥} المرجع نفسه، الفقرة (٣).

^{١٦} المرجع نفسه، الفقرة (٤).

^{١٧} المرجع نفسه، الفقرتان (٥)-(٦).

لم يرفض على الأقل، وحيث عولجت مسألة انطباقه باعتبارها مسألة تتعلق بالوقائع والتطبيق^{٥١٨}.

٢٧٨ - ويعترف التعليق بأن آراء الكتاب منقسمة انقساماً شديداً حول عذر الضرورة^{٥١٩}، مشيراً إلى أن من الأسباب الأخرى في ذلك، ما كان يحدث في السابق من نزوع إلى التعسف في استعمال مبدأ الضرورة بجعله يشمل حالات العدوان أو الضم أو الاحتلال العسكري، وأشهر مثال على ذلك هو تقرير ألمانيا لغزوها بلجيكا ولكسمبورغ في عام ١٩١٤^{٥٢٠}، ومهما كان الوضع في تلك السنوات البعيدة، فإن الاعتداء على صميم وجود دولة أخرى أو النيل من سلامتها الإقليمية أو إعاقتها عن ممارسة سيادتها بحرية أمر يتعارض مع قاعدة آمرة ولا يمكن تبريره بمبدأ الضرورة^{٥٢١}، لكن لا يتعين حتماً أن يعتبر كل تصرف ينال من السلامة الإقليمية لدولة عملاً عدوانياً، أو انتهاكاً لقاعدة آمرة. والتعليق يشير إلى تدابير محدودة (من قبيل التدخل الإنساني أو من أجل صد عمل عدواني من جانب عصابات مسلحة تقع قواعدها في أرض أجنبية) ينحصر هدفها في "القضاء على الخطر المتوجس منه"^{٥٢٢}. وقضية "كارولين"، ولئن أشير إليها تكراراً على أنها مثال على الدفاع عن النفس، إنما تتطوي في واقع الأمر على حالة ضرورة. فقد استهدف الهجوم البريطاني أطرافاً خاصة لم تكن

^{٥١٨} ومن ذلك The Russian Indemnity case, UNRIAA, vol. XI, p. 431 at p.443; the arbitral award in Forests of Central Rhodope (Merits), UNRIAA, vol. III, p.1405 (1933); the decision of the Permanent Court in the Case concerning the Société Commerciale Belgique PCIJ Ser. A/B No. 78 (1939) (by implication); Properties of the Bulgarian Minorities in Greece, Report of a League of Nations Commission of Enquiry, League of Nations, Official Journal, 7th year, No. 2 (February 1926), annex 815, p. 209; the case of Fur Seal Fisheries off the Russian Coast (1893), text in H La Fontaine, Pasicrisie internationale, 1794-1900 (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997) p. 426 (and see the correspondence between the Russian and British Governments in J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party (Washington, United States Government Printing Office, 1898) vol. I, p. 826); the Company General of the Orinoco case, UNRIAA, vol. X, p. 184, at p. 280 (1905); and, more recently, the Torrey Canyon incident, as discussed in the "Torrey Canyon", Cmnd. 3246 (London, HMSO, 1967). وكان مما له أهميته في القضية الأخيرة أنه لم يتم الاحتجاج على العمل الذي أقدمت عليه الحكومة البريطانية عندما نسفت السفينة بالقنابل لإشعال النار في النفط الذي كان يهدد بتلوث الساحل، وأن ذلك الحادث أدى بالفعل إلى إبرام اتفاقية دولية لتنظيم هذا الأمر مستقبلاً هي: الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتدخل في عرض البحر إثر حادث بحري أو أعمال متصلة بهذا الحادث، المؤرخة ٢٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٦٩، الأمم المتحدة، "مجموعة المعاهدات"، المجلد ٩٧٠، الرقم ١٤٠٤٩؛ أنظر أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، ١٩٨٢، المادة ٢٢١. ومن الآراء الفردية الأخرى التي تقبل عذر الضرورة في ظروف معينة: the Law Officer's Opinion of 22 November 1832 (Jenner), in AD McNair (ed.), International Law Opinions (Cambridge, University Press, 1956), vol. II, p.231, and the individual opinion of Judge Anzilotti in the Oscar Chinn case, PCIJ Series A/B, No. 63, p.89, at pp. 112.114.

^{٥١٩} للاطلاع على استعراض مفيد للكتابات القديمة، أنظر التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٢٩). ومن الكتابات الأحدث: J. Barboza, "Necessity (Revisited) in International Law"; in J. Makarczyk (ed.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs (The Hague, Martinus Nijhoff, 1984), p.27; J. Salmon "Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?", ibid., p.235; J. Raby, "The State of Necessity and the Use of Force to Protect Nationals", Canadian Yearbook of International Law, vol. 26, p. 253.

^{٥٢٠} للتعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٢٢).

^{٥٢١} المرجع نفسه.

^{٥٢٢} المرجع نفسه، الفقرة (٢٣).

الولايات المتحدة مسؤولة عن تصرفاتها. وقد اعترف وزير الخارجية وبيستر والرئيس تايلر في رد كل منهما على الحكومة البريطانية بأن ذلك التصرف ربما كان جائزا في حالة وجود "ضرورة واضحة ومطلقة"^{٢٣}، أو "ضرورة بالغة الإلحاح والشدّة"^{٢٤}. وفي الرسائل المتبادلة التي اختتم بها ذلك النزاع، سلمت الحكومتان بأن "المبدأ الأساسي" الخاص بعدم جواز انتهاك إقليم دولة أخرى "يمكن تعطيل العمل به في حالات معينة تنطوي على "حالة ضرورة قوية لا تقاوم"، على أن يكون ذلك "لأقصر فترة ممكنة طالما قامت حالة ضرورة قاهرة ومعترف بها، وفي أضيق الحدود الممكنة التي تفرضها حالة الضرورة"^{٢٥}.

٢٧٩ - ويمتنع التعليق عن إبداء رأي بشأن إن كان الاستناد إلى حالة الضرورة لتبرير انتهاك السلامة الإقليمية أمر يمكن أن يسوغه القانون الدولي الحديث: وموّدَى هذا إنما هو السؤال إن كان الميثاق ينص صراحة أو ضمّنيا (في المادة ٥١ مثلا) على استبعاد التوصل بحالة الضرورة كمبرر أو عذر. غير أنه ليس من وظيفة اللجنة أن تقدم تفسيراً قاطعاً لأحكام الميثاق المتعلقة باستعمال القوة^{٢٦}. على أن التعليق يشير إلى أنه نادراً ما استند إلى عذر الضرورة في حالات التدخل الإنساني التي وقعت في التاريخ المعاصر^{٢٧}. وفي كل حالة من تلك الحالات تقريبا، فإن "مفهوم ضرورة الدولة لم يذكر أو يؤخذ في الاعتبار، حتى في الحالات نوزع فيها على وجود موافقة أو حالة دفاع عن النفس، وحتى ربما لو كانت بعض الوقائع المدعى بها أكثر اتصالاً بحالة الضرورة منها بحالة الدفاع عن النفس"^{٢٨}.

٢٨٠ - وأخيراً، يتناول التعليق الدفع بوجود ضرورة عسكرية بموجب قانون الحرب، فيقول إن هذا المبدأ "يبدو قبل كل شيء أنه المعيار الذي تقوم عليه مجموعة كاملة من القواعد الأساسية لقانون الحرب والحياد"، وإن أثره لا ينحصر في السياق المحدود للتدّرع بحالة الضرورة كظرف نافٍ لعدم المشروعية^{٢٩}. وفيما يتعلق بمسألة إن كانت الضرورة العسكرية عذراً لعدم الامتثال للقانون الإنساني الدولي، فمن الواضح أن الإجابة هي أن ذلك غير جائز: "فحتى فيما يتعلق بالتزامات القانون الإنساني التي ليست التزامات نابعة من قواعد أمرة ... فإن قبول جواز عدم احترام الالتزامات التي تفرض حدوداً على طريقة إدارة الأعمال الحربية كلما اعتبر المحارب أن الضرورة تدعوه للتجاء إلى مثل هذه الوسيلة لضمان نجاح عملية عسكرية إنما يتساوى مع قبول مبدأ يتعارض تعارضاً مطلقاً مع "الاتفاقيات ذات الصلة: ومن ثم فإن حالة الضرورة

^{٢٣} British and Foreign State Papers, vol. 29, p. 1129, at p. 1133 (Secretary of State Webster)، مستشهد به في التعليق على المادة

٣٣، الفقرة (٢٥).

^{٢٤} المرجع نفسه، vol. 30, p. 194 (President Taylor)، مستشهد به في التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٢٥).

^{٢٥} المرجع نفسه، p. 159, at pp. 196 (Ashburton) and 201 (Webster).

^{٢٦} التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٣٥).

^{٢٧} المرجع نفسه. وكان المثال الوحيد الذي وقع حتى عام ١٩٨٠ هو عملية الإنقاذ البلجيكية في الكونغو في عام ١٩٦٠، ولم يتخذ مجلس الأمن موقفاً بشأن الدفع بقيام حالة ضرورة: "الوثائق الرسمية لمجلس الأمن"، السنة الخامسة عشرة، الجلسة ٨٧٣، (لا سيما الصفحات ٣٤-٣٩)، والجلسة ٨٧٧ (لا سيما الصفحات ١٠١، ١٤٩، ١٥٠)، والجلسة

٨٧٩ (لا سيما الصفحة ٢٩).

^{٢٨} التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٢٦).

^{٢٩} المرجع نفسه، الفقرة (٢٧).

مستبعدة بحكم شروط الالتزام ذاته^{٥٣٠}. ولئن كان التعليق لم يخلص إلى نتيجة محددة، فإنه يرفض ضمناً أي وجود مستقل لمبدأ "الضرورة العسكرية".

٢٨١ - وقد خلصت اللجنة (مع معارضة عضو واحد) إلى أن أفضل طريقة لإزالة التخوف من التعسف في الاستناد إلى عذر الضرورة هي إيراد حكم صريح في هذا الشأن لا التزام الصمت حياله، وأن فكرة الضرورة "تضرب بجذورها العميقة في نظريات القانون العامة مما يجعل الصمت بشأن هذا الموضوع" حلاً غير مناسب^{٥٣١}. وفيما يتعلق بصياغة المبدأ، فإن المصلحة المعنية يجب أن تكون مصلحة أساسية، لكن لا حاجة إلى أن تكون متصلة بـ "وجود" الدولة وحده. فالواقع أن الدفع بمقتضيات "وجود" الدولة (بمعزل عن الحفاظ على الأرواح البشرية أو على البيئة) نادراً ما اعتبر تبريراً من حيث أن الغرض من القواعد القانونية الوضعية بشأن الدفاع عن النفس هو حماية ذلك الوجود. لكن لا يمكن تقديم تعريف مسبق لمصطلح المصلحة الأساسية. ذلك أن "مدى كون مصلحة بعينها مصلحة" أساسية إنما يتوقف بطبيعة الحال على مجمل الظروف التي تواجهها الدولة في حالات محددة مختلفة؛ ولهذا يجب أن يقيم مدى كونها كذلك على ضوء الحالة العينية التي تقوم فيها تلك المصلحة لا أن يحدد مسبقاً في سياق نظري مطلق^{٥٣٢}. وبالإضافة إلى ذلك فإن الخطر الذي تتعرض له تلك المصلحة يجب أن يكون خطراً "بالغ الجسامه" و "وشيكا"، بدرجة تجعل خرق الالتزام الدولي السبيل الوحيد لتلافي الخطر^{٥٣٣}. ولا يجوز التذرع بعذر الضرورة إذا انطوى الأمر على مصلحة متساوية للدولة الأخرى^{٥٣٤}، ولا في حالات خرق قاعدة أمره^{٥٣٥}، ولا في الحالات التي يكون فيها الاستناد إلى عذر الضرورة مستبعداً صراحةً أو ضمناً بمقتضى اتفاقية^{٥٣٦}.

تعليقات الحكومات على المادة ٣٣

٢٨٢ - رغم ما أثارته المادة ٣٣ من جدل فقهي، فلم تقدم تعليقات عليها سوى حكومات قليلة. فالدانمرك (باسم بلدان الشمال الأوروبي)^{٥٣٧} وفرنسا^{٥٣٨} تقبلان المبدأ الذي تتضمنه المادة ٣٣. أما المملكة المتحدة فهي وحدها التي لا تقبله، مشيرة في ذلك إلى خطر التعسف في الاستناد إليه^{٥٣٩}. غير أنها تتقبل فكرة أنه يمكن أن تنشأ حالات طوارئ بيئية تفرض

^{٥٣٠} المرجع نفسه، الفقرة (٢٨).

^{٥٣١} المرجع نفسه، الفقرة (٣١).

^{٥٣٢} المرجع نفسه، الفقرة (٣٢).

^{٥٣٣} المرجع نفسه، الفقرة (٣٣).

^{٥٣٤} المرجع نفسه، الفقرة (٣٥).

^{٥٣٥} المرجع نفسه، الفقرة (٣٧).

^{٥٣٦} المرجع نفسه، الفقرة (٣٨).

^{٥٣٧} A/CN.4/488، الصفحة ١١٢، مع الاحتفاظ بالحق في التعليق. مزيد من التفصيل.

^{٥٣٨} المرجع نفسه، الصفحة ١١٣.

في ذلك إلى خطر التعسف في الاستناد إليه^{٥٣٩}. غير أنها تتقبل فكرة أنه يمكن أن تنشأ حالات طوارئ بيئية تفرض تهديداً فوراً على إقليم دولة في إطار ظروف تماثل القوة القاهرة أو حالة الشدة، وحسب ما أشير إليه أعلاه، فإنها تحبذ إيراد قاعدة أوسع بشأن حالة الشدة تتيح اتخاذ إجراءات إنسانية حتى بالنسبة لأشخاص لم تعهد رعايتهم إلى وكيل الدولة المعني^{٥٤٠}. وقد أشارت منغوليا في تعليق سابق إلى صعوبة الموازنة بين مصالح فرادي الدول والالتزامات الدولية وذكوت أنه "إذا كان لا بد أن تبقى المادة ٣٣ في المشروع، فإنه يتعين أن تجيء صياغتها على نحو يخضع حالة الضرورة لشروط وحدود صارمة تحول دون كافة احتمالات وقوع تعسف"^{٥٤١}.

التجربة في مجال تطبيق مبدأ حالة الضرورة منذ اعتماد مشروع المادة ٣٣

٢٨٣ - أبدت هيئة التحكيم التي تولت قضية "رينبو واريور" (Rainbow Warrior) شكها في وجود عذر ضرورة، ولئن لم يجر التعمق في المسألة حيث أن فرنسا لم تستند إلى هذا العذر (بمعزل عن حالة الشدة وحالة القوة القاهرة). وقد أشارت الهيئة إلى مشروع المواد وقالت:

"... فالمادة ٣٣، التي يزعم أنها تتيح لدولة أن تتخذ إجراء غير مشروع بحجة قيام حالة ضرورة، تشير إلى حالات تواجه فيها الدولة خطراً جسيماً وشيكاً يهددها من حيث هي دولة ويهدد مصالحها الحيوية. وهذا التمييز بين السببين يبرر القبول العام للمادة ٣٢ وفي الوقت ذاته الطابع الخلفي للنص المقترح للمادة ٣٣ بشأن حالة الضرورة"^{٥٤٢}.

٢٨٤ - وعلى العكس من ذلك، ففي القضية المتعلقة بمشروع "غابسيكوفو - ناغيماروس" (Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project)، أمعنت المحكمة الدولية النظر في حجة تستند إلى المادة ٣٣، حيث قبلت المبدأ صراحة لكنها رفضت في الوقت ذاته جواز الاستناد إليه في ظروف تلك القضية. وفيما يتعلق بالمبدأ ذاته، أشارت إلى أن الطرفين استندا إلى المادة ٣٣ كصيغة مناسبة^{٥٤٣}، واستطردت قائلة:

^{٥٣٩} المرجع نفسه، الصفحة ١١٤.

^{٥٤٠} أنظر الفقرة ٢٦٧ أعلاه، وللإطلاع على مناقشة للمسألة، أنظر الفقرة ٢٧٢ أعلاه.

^{٥٤١} "حولية ..."، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ٧٦ (من النص الانكليزي).

^{٥٤٢} UNRIAA (تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية) Vol. XX, p. 217 (1990) at p. 253. وفي Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) and the Republic of Burundi, Revue belge de droit international, 1990, P. 517; ILR 96 (1994)، امتنعت المحكمة عن التعليق على ملازمة تدوين مبدأ الضرورة، مشيرة إلى أن التدابير التي اتخذتها بوروندي لم تكن في ظاهر الأمر الوسيلة الوحيدة المتاحة لحماية مصلحة أساسية من خطر جسيم وشيك.

^{٥٤٣} ICJ Reports 1997 (تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧)، الصفحة ٧ في الصفحة ٣٩ (الفقرة ٥٠) (من النص الإنكليزي). ويجدر بالملاحظة أن هذه القضية لم تثر فيها مسألة وجود التزامات ذات حجية تجاه الكافة لأنها كانت تتعلق بمعاهدة ثنائية. أنظر الفقرة ٢٩٠ أدناه.

تري المحكمة، بادئ ذي بدئ، أن حالة الضرورة تشكل سببا معترفا به في القانون الدولي العرفي لنفي عدم المشروعية عن عمل لا يتطابق مع التزام دولي. وهي تلاحظ فضلا عن ذلك أن هذا السبب النافي لعدم المشروعية لا يمكن قبوله إلا بصورة استثنائية. ولقد كان ذلك هو رأي لجنة القانون الدولي أيضا عندما أوضحت أنها فضلت استعمال صيغة سلبية في وضع مشروع المادة ٣٣ ... وبهذا، فوفقا لما ذهبت إليه اللجنة، فإن حالة الضرورة لا يمكن الاحتجاج بها إلا بموجب شروط بعينها بالغة التحديد يجب أن تستوفى في مجموعها؛ والدولة المعنية ليست الحكم الوحيد الذي يقرر ما إذا كانت تلك الشروط قد استوفيت أم لا.

"والقضية الماثلة ذات صلة وثيقة بالشروط الأساسية التالية المحددة في مشروع المادة ٣٣: إذ كان يجب في التصرف أن تكون قد استدعته 'مصلحة أساسية' للدولة التي أتت به على تعارضه مع أحد التزاماتها الدولية؛ وكان يجب أن تكون تلك المصلحة قد تهددها خطر 'جسيم ووشيك'؛ وكان يجب أن يكون التصرف المطعون فيه هو 'الوسيلة الوحيدة' لحماية تلك المصلحة؛ وكان يجب في ذلك التصرف ألا يكون 'مخلا على نحو خطير بمصلحة أساسية' للدولة التي كان الالتزام يقوم تجاهها؛ وكان يجب ألا تكون الدولة التي أتت بذلك التصرف قد 'ساهمت في حدوث حالة الضرورة'. وتلك شروط تنبثق من القانون الدولي العرفي"^{٥٤٤}.

وفيما يتعلق بتطبيق المبدأ، وافقت المحكمة على أن المخاوف الهنغارية بشأن البيئة ومياه الشرب تتصل بـ 'مصلحة أساسية' في مفهوم المادة ٣٣، واستشهدت ببعض مقاطع التعليق^{٥٤٥}. غير أنها رفضت أن يكون مجرد وجود جوانب من عدم اليقين بشأن الآثار البيئية للمشروع 'خليقا وحده بإثبات وجود موضوعي لـ 'خطر' يشكل ركنا من أركان حالة الضرورة'. فقد كلن يتعين إثبات أن 'الخطر' يقوم على سند موضوعي لا على مجرد التخوف من إمكانية وقوعه^{٥٤٦}. وبالإضافة إلى أن الخطر كان يجب أن يكون 'جسيما"، فقد كان يجب أن يكون 'وشيكاً' بمعنى "أن يكون أقرب إلى الوقوع". غير أنها أضافت:

"على أن ذلك لا ينفي، في رأي المحكمة، أن 'الخطر' الذي يلوح على المدى البعيد يمكن أن يعتبر 'وشيكاً' حالما يثبت، في الوقت المناسب، أنه مهما بعدت احتمالات تحققه فإن ذلك لا يقلل من اليقين به أو من حتمية وقوعه"^{٥٤٧}.

^{٥٤٤} المرجع نفسه، في الصفحتين ٤٠-٤١ (الفقرتان ٥١-٥٢). ولم يبد أحد من قدموا آراء مستقلة أو من قدموا آراء معارضة، عدم موافقته مع المحكمة في تأييدها للمادة ٣٣.

^{٥٤٥} المرجع نفسه، في الصفحة ٤١ (الفقرة ٥٣).

^{٥٤٦} المرجع نفسه، في الصفحتين ٤١-٤٢ (الفقرة ٥٤).

^{٥٤٧} المرجع نفسه، في الصفحة ٤٢، (الفقرة ٥٤).

ومما له أهميته القصوى أن المحكمة لم تقتنع بأنه مهما تكن الريب والمخاطر فإن قيام هنغاريا انفراديا بتعليق تنفيذ المشروع ثم التخلي عنه بعد ذلك كان هو السبيل الوحيد المتاح لها في تلك الظروف، بالنظر خاصة إلى كمية العمل التي أنجزت والأموال التي أنفقت بالفعل. وذكرت أن الكثير من المخاوف انصب على مسألة تشغيل المشروع بمعدل الذروة، ولم يكن قد اتفق بعد على ما إذا كان سيتم اعتماد ذلك المعدل أو على مقداره^{٥٤٨}. وإذا أخذت المحكمة في اعتبارها التصرفات السابقة للطرفين، وحالة الأشغال في المشروع، ونواحي عدم اليقين العلمي، ووجود إمكانات أخرى لحل المشاكل، فقد خلصت إلى أن هنغاريا عجزت عن إثبات وجود خطر جسيم ووثيك بدرجة تكفي لتبرير تصرفها^{٥٤٩}. وبالإضافة إلى ذلك، فحيث أن هنغاريا "ساهمت، بالفعل أو بالامتناع عن الفعل، في نشوء" حالة الضرورة المدعى بها، فليس لها الآن أن تتذرع بهذه الحالة كظرف ناف لعدم المشروعية^{٥٥٠}. وبناء على ذلك لم يكن من الضروري النظر في أمر ما إذا كانت مصالح تشيكوسلوفاكيا في مواصلة المشروع ستصبح عاملا على نفس الدرجة من التساوي وفقا لمشروع المادة ٣٣ (١) (ب)^{٥٥١}.

٢٨٥ - ويبدو أن عذر الضرورة قد أثر أيضا في قضية "الاختصاص في موضوع مصائد الأسماك (الاختصاص) (إسبانيا ضد كندا)" (*Fisheries Jurisdiction Case (Jurisdiction) (Spain v. Canada)*) في ظروف تشابه بعض الشيء قضية أسود البحر الروسية ذات الفراء (*Russian Fur Seals*) قبل قرن مضى^{٥٥٢}. فقد اتخذت منظمة شمال غرب المحيط الأطلسي لمصائد الأسماك تدابير تنظيمية لصون الأرصدة السمكية المتعددة المناطق إلا أنه ثبت، في رأي كندا، أن تلك التدابير عديمة الفعالية لأسباب مختلفة. وأصدرت كندا قانون حماية مصائد الأسماك الساحلية لعام ١٩٩٤، الذي أعلنت فيه أن الأرصدة السمكية المتعددة المناطق في ضفاف غراند أصبحت "مهددة بالانقراض"، وأكدت أن القصد من القانون ومن التدابير التنظيمية هو "تمكين كندا من اتخاذ إجراء عاجل يستلزم الأمر لمنع تعرض تلك الأرصدة لمزيد من التدمير وإتاحة إعادة بنائها". وعملا بذلك القانون، قام مسؤولون كنديون في وقت لاحق بالصعود إلى سفينة صيد إسبانية اسمها إستاي (*Estai*) في عرض البحر وتوقيع الحجز عليها، مما أدى إلى نشوب نزاع مع الاتحاد الأوروبي ومع إسبانيا. ورفضت حكومة إسبانيا أن يكون مبرر توقيع الحجز هو وجود مخاوف بشأن صون الأرصدة السمكية "حيث أنه ينطوي على انتهاك للأحكام المستقرة لاتفاقية منظمة شمال غرب المحيط الأطلسي لمصائد الأسماك التي كندا طرف فيها"^{٥٥٣}. ولم توافق كندا على ذلك، وأكدت أن توقيع الحجز على إستاي اقتضته الضرورة من أجل إنهاء إشراف الصيادين الأسبان في

^{٥٤٨} المرجع نفسه، في الصفحتين ٤٢-٤٣، الفقرة ٥٥.

^{٥٤٩} المرجع نفسه، في الصفحات ٤٢-٤٥ (الفقرتان ٥٥-٥٦).

^{٥٥٠} المرجع نفسه، في الصفحتين ٤٥-٤٦ (الفقرة ٥٧).

^{٥٥١} المرجع نفسه، في الصفحة ٤٦ (الفقرة ٥٨).

^{٥٥٢} أنظر حكم المحكمة الدولية المؤرخ ٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨ الذي قضى برفض الاختصاص. وفيما يتعلق بقضية أسود البحر الروسية ذات الفراء أنظر الحاشية ٥١٨ أعلاه.

^{٥٥٣} حسب ما ورد في الحكم المؤرخ ٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨، الفقرة ٢٠.

صيد سمك القنفدر (الهالبيت) في غرينلاند^{٥٥٤}. وكان مما جاء في الاحتجاج المؤرخ ١٠ آذار/مارس ١٩٩٥ الذي قدمه الاتحاد الأوروبي ما يلي:

"إن توقيع الحجز على سفينة وهي تبحر في مياه دولية على يد دولة ليست هي الدولة التي تحمل السفينة علمها وتخضع لولايتها، إنما يشكل عملاً غير مشروع بموجب كل من اتفاقية منظمة شمال غرب المحيط الأطلسي لمصائد الأسماك والقانون الدولي العرفي ولا يمكن تبريره بأي حال من الأحوال." (التأكيد مضاف).

غير أن المذكرة التي تقدمت بها أسبانيا في وقت لاحق تناولت بشيء من التفصيل المسائل المتعلقة بالتبرير. ودون أن تشير صراحة إلى مشروع المادة ٣٣، يبدو إجمالاً أنها اتخذت موقف أن التدابير الكندية لا يمكن أن يكون لها ما يبررها لأنها تتعارض مع اتفاقية دولية كل من أسبانيا وكندا عضو فيها، وهي تنظم بصورة مباشرة صون مصائد سمك القنفدر (الهالبيت)^{٥٥٥}. وبعبارة أخرى لم يرفض عذر الضرورة ابتداءً. وقضت المحكمة بعدم اختصاصها في القضية؛ غير أن الطلب لم يكن محل مراجعات رسمية ولم يصدر بشأنه حكم من حيث الموضوع.

المادة ٣٣ والتدخل الإنساني

٢٨٦ - كان من المسائل التي ناقشها التعليق بشيء من التفصيل العلاقة بين عذر الضرورة كظرف ناف لعدم المشروعية ومبدأ التدخل الإنساني كسبب لاستعمال القوة ضد إقليم دولة أخرى. وهنا تنشأ مشكلتان. أولاً، بطبيعة الحال، هي استمرار الخلاف حول إن كانت تدابير التدخل الإنساني باستعمال القوة، التي لا يقرها الفصل السابع أو الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة، قد تكون مشروعة بموجب القانون الدولي المعاصر. وهذه مسألة لا تملك اللجنة أن تتخذ حيالها موقفاً بصياغة قواعد ثانوية للمسؤولية، كما أن التعليق لا يرمي إلى عمل ذلك. غير أن هناك مسألة صعبة ثانية، هي أن المادة

^{٥٥٤} المرجع نفسه، أنظر أيضاً (the Canadian Counter-Memorial (February 1996)، الفقرات ١٧-٤٥.

^{٥٥٥} أنظر مذكرة مملكة أسبانيا (Mémoire Du Royaume D'Espagne) (أيلول/سبتمبر ١٩٩٥)، الفصل الثاني. وبموجب محضر معتمد محرر بين الاتحاد الأوروبي وكندا، وافقت كندا على أن تقوم بإلغاء التدابير التنظيمية التي تطبق قانون عام ١٩٩٤ على السفن الأسبانية والبرتغالية في منطقة المنظمة والإفراج عن إستاي. واحتفظ الطرفان بموقف كل منهما "بشأن تمشي التعديل المؤرخ ٢٥ أيار/مايو ١٩٩٤ لقانون كندا لحماية مصائد الأسماك الساحلية، والإجراءات التنظيمية اللاحقة، مع القانون الدولي العرفي، واتفاقية المنظمة"، واحتفظا "بقدرتهما على المحافظة على حقوقهما وحمايتهما بما يتمشى مع القانون الدولي". أنظر: Canada-European Community, Agreed Minute on the Conservation and Management of Fish Stocks, Brussels 20 April 1995, 34 ILM 1260 (1995). أنظر أيضاً الاتفاق بشأن صون وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والأرصد السمكية الكثيرة الترحال (A/CONF.164/37) (لم يبدأ بعد نفاذه)، وهو يذهب إلى أبعد ما ذهب إليه القوانين السارية بالفعل في استبعاد "الدول الثالثة" غير المشاركة من مزاوله الصيد في مناطق تقع في أعالي البحار تخضع لنظام الصون (المادتان ٨ (٤) و ١٧ (٢))، وإباحة قيام دول أعضاء باتخاذ تدابير للإنفاذ ضد دول أطراف أخرى (المادة ٢١).

٣٣ تستبعد من مجال عذر الضرورة الانتهاكات التي تقع لقواعد أمرة من قواعد القانون الدولي، ومنها بلا شك القواعد المتعلقة باستعمال القوة الواردة في المادتين ٢ (٤) و ٥١ من الميثاق. لهذا يمكن القول إن المادة ٣٣، ولئن كانت لا تتم عن اتخاذ موقف بشأن استثناء التدخل الإنساني، فإنها تفعل ذلك في حقيقة الأمر، حيث أنها تسقط إذا استثنيت الالتزامات النابعة من القواعد الأمرة. والتعليق، فيما يبدو، يوحي بأنه يمكن تلافي تلك الصعوبة عن طريق التمييز بين الصفة الأمرة لبعض القواعد المتصلة باستعمال القوة (مثل تحريم العدوان) والصفة غير الأمرة لجوانب أخرى (مثل إصدار أمر تحفظي ينهى عن استعمال القوة حتى إذا كان هذا الاستعمال من أجل هدف إنساني محدود)^{٥٥٦}. ومؤدى ذلك أن الضرورة يمكن أن تنفي عدم المشروعية عن فعل إنساني صادق، حتى وإن انطوى على استعمال القوة، حيث أن مثل ذلك العمل لا ينتهك، على أي حال، قاعدة أمرة.

٢٨٧ - وهذا التفسير يثير مسائل معقدة حول طابع "التفاوت حسب الظروف" للقواعد الأمرة، وهي مسائل تخرج عن نطاق مشروع المواد الحالي. وربما يكفي، للأغراض الراهنة، القول إن ممارسة الدول والعرف المتواتر المقبول فيما بينها إما أنهما يرخسان بالقيام بعمل إنساني في الخارج في بعض الظروف المحدودة، وإما أنهما لا يرخسان بذلك. فإذا كانا يرخسان بالعمل المذكور فإن ذلك العمل يكون فيما يبدو عملاً مشروعاً في مثل تلك الظروف ولا يمكن اعتباره أنه يخل بالقاعدة الأمرة المعبر عنها في المادة ٢ (٤) من الميثاق^{٥٥٧}. أما إذا كانا لا يرخسان به، فليس هناك من سبب يدعو إلى معاملتهما معاملة مختلفة عن معاملة أي جانب آخر من القواعد المتصلة باستعمال القوة. وفي كلتا الحالتين فإن مسألة التدخل الإنساني في الخارج ليست فيما يبدو مسألة تخضع، سواء بصفة أصلية أو بصفة مطلقة، لتنظيم المادة ٣٣. ولهذه الأسباب يقترح استبقاء الاستثناء الوارد في المادة ٣٣ فيما يتعلق بالالتزامات ذات الطابع الأمر.

مسألة عدم اليقين العلمي

٢٨٨ - تثير المادة ٣٣ مسألة أساسية هي مسألة عدم اليقين العلمي، كما أنها تثير مسألة أخرى مرتبطة بها هي مبدأ التحوط^{٥٥٨}. وفي الوقت الحالي تقضي المادة ٣٣ بأن التصرف المعني يجب أن يكون هو "الوسيلة الوحيدة لحماية مصلحة أساسية للدولة من خطر جسيم وشيك يهددها". لكن في المسائل المتصلة، بالصون أو بالبيئة أو بسلامة إنشاءات ضخمة، مثلاً، غالباً ما ستكون هناك مجالات واسعة لعدم اليقين العلمي، وقد تختلف الآراء باختلاف الخبراء حول ما إذا كان هناك

^{٥٥٦} التعليق على المادة ٣٣، الفقرات (٢١) - (٢٦).

^{٥٥٧} تنطبق حجج مماثلة على الجدال الدائر حول ما إذا كان "توقع نشوء حاجة" إلى ممارسة الدفاع عن النفس أمراً جائزاً أصلاً. فإذا كان جائزاً في ظروف محددة فسيبدو أن المادة ٣٣ لا لزوم لها. أما إذا لم يكن جائزاً فليس هناك من سبب يدعو إلى أن تكون المادة ٣٣ متاحة لاستبعاد المسؤولية عن العمل الذي يؤدي به توقعاً.

^{٥٥٨} فيما يتعلق عموماً بمسألة مبدأ التحوط، انظر: P. Sands, Principles of International Environmental Law (Manchester, Manchester University Press, 1995) pp. 212-213; P. Daillier and A. Pellet, Droit International Public, 6th ed. (1999) p.1255. وقد طبقت المحاكم الوطنية مبدأ مراراً: أنظر على سبيل المثال: Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India, AIR 1996 SC 2715 (India Supreme Court).

خطر، ومدى جسامته ووشك وقوعه، وما إذا كانت الوسائل المزمعة هي الوسائل الوحيدة المتاحة في الظروف القائمة. وقد سبق تناول هذه المسائل في سياق حالة الشدة: وخلصت المناقشة إلى أنه ينبغي، في سياق إنقاذ الأرواح، أن يكون من حق الوكيل المعني بالأمر أن يتصرف على أساس توفر اقتناع معقول لديه بقيام حالة الشدة^{٥٥٩}. والسؤال هو إن كان ينبغي إفساح المجال لقدر مماثل من حرية التصرف فيما يتعلق بعذر الضرورة.

٢٨٩ - إن عذر حالة الشدة يشمل حالات القيام بعمل من أجل إنقاذ أرواح الأفراد، في حين أن عذر حالة الضرورة يشمل طائفة أوسع من حالات الطوارئ. وأول نقطة ينبغي ملاحظتها فيما يتعلق بحالات الطوارئ هي أن الاهتمام يكون منصبا على الحماية من خطر، أي من مكروه شديد الجسامة محتمل الوقوع. وحسب مفهوم الخطر فإنه حدث لم يقع بعد، ولا يمكن أن يشترط على الدولة التي تتذرع به أن تثبت أنه كان من المؤكد أن يقع على أي حال. ومن الصعب وقد يكون من المستحيل إثبات افتراض لا يطابق واقع الحال. وفي قضية "غابسيكوفو ناغيماروس" (*Gabcikovo Nagymaros*)^{٥٦٠} أشارت المحكمة أولا إلى أن الدولة المستندة إلى العذر لا يمكن أن تكون هي الحكم الوحيد بشأن قيام حالة الضرورة، ثم ذكرت ثانيا أن وجود عدم يقين علمي لا يكفي، بحد ذاته، لإثبات وجود خطر وشيك. وهذا صحيح تماما، غير أنه ينبغي من الناحية الأخرى ألا يحرم وجود قدر من عدم اليقين العلمي بشأن المستقبل دولة من التذرع بوجود حالة ضرورة، إذا ثبت قيام الخطر استنادا إلى الأدلة المعقولة المتوفرة في ذلك الوقت (كأن يتم ذلك على أساس إجراءات مناسبة لتقييم الخطر)، وإذا استوفيت الشروط الأخرى لحالة الضرورة، وهو ما يتمشى مع المبدأ ١٥ من إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية الذي اعتمده مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية في عام ١٩٩٢، وهذا المبدأ ينص على أنه "في حال ظهور خطر حدوث ضرر جسيم أو لا سبيل إلى رده، لا يجوز اتخاذ الافتقار إلى اليقين العلمي الكامل سببا لتأجيل اتخاذ تدابير فعالة من حيث التكلفة لمنع تدهور البيئة". وقد لقي هذا المبدأ الاعتراف بوجه عام، وهو يتجلى، مثلا، في المادة ٥-٧ من اتفاق منظمة التجارة العالمية لعام ١٩٩٤ المتعلق بتطبيق الإجراءات الرامية إلى حماية صحة الإنسان وصحة النبات^{٥٦١}. والمادة ٥-٧ تنص على أنه يجوز لأعضاء منظمة التجارة العالمية اعتماد تدابير مؤقتة لحماية صحة الإنسان وصحة النبات (والحد من الواردات) "حيثما يكون الدليل العلمي المتوفر في هذا الشأن غير كاف". وفي قضية "الهرمونات البقرية" (*Beef Hormones*) سلمت هيئة الاستئناف التابعة للمنظمة بأنه يجوز لعضو المنظمة أن يعتمد على إجراءات لتقييم الخطر يجري تنفيذها وفقا للمادة ٥-١ و ٥-٢ من اتفاق عام ١٩٩٤، حتى إذا تبين من مثل ذلك التقييم وجود "حالة من عدم اليقين العلمي"^{٥٦٢}. والسؤال هو إن كان ينبغي تعديل صياغة المادة ٣٣ لكي تشمل صراحة عنصرا تحوطيا^{٥٦٣}. والحجج المؤيدة لذلك تتعادل

^{٥٥٩} أنظر الفقرة ٢٨١ أعلاه.

^{٥٦٠} أنظر الفقرة ٢٨٤ أعلاه.

^{٥٦١} الاتفاق المتعلق بتطبيق الإجراءات الرامية إلى حماية صحة الإنسان وصحة النبات، المؤرخ ١٥ نيسان/أبريل ١٩٩٤، الوارد في نتائج جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف. النصوص القانونية (جنيف، منظمة التجارة العالمية، ١٩٩٤)، الصفحة ٦٩ (من النص الإنكليزي).

^{٥٦٢} اتفاقية الاتحاد الأوروبي المتعلقة باللحوم ومنتجات اللحوم (الهرمونات)، تقرير هيئة الاستئناف، ١٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٨، الفقرة ١٩٤.

إن كان ينبغي تعديل صياغة المادة ٣٣ لكي تشمل صراحة عنصرا تحوطيا^{٥٦٣}. والحجج المؤيدة لذلك تتعادل تقريبا مع الحجج المعارضة له، لكن إزاء الحاجة إلى تضيق نطاق الالتجاء إلى الدفع بوجود حالة ضرورة، وإمكانية التعبير عن ذلك العنصر في التعليق، فإنه لم يتم إدخال أي تغيير.

صياغة المادة ٣٣

٢٩٠ - فيما يتعلق بصياغة المادة ٣٣، ينبغي ذكر ثلاث مسائل أخرى، هي كالتالي مرتبة تصاعديا حسب درجة صعوبتها:

♦ يمكن استبقاء مصطلح "ضرورة الدولة" في عنوان المادة ٣٣، لكن تلافيا للخلط مع المعنى الآخر لمصطلح "الدولة" المستعمل في النص، فإن الإشارة إلى "الضرورة" وحدها تبدو كافية؛

♦ تتوخى المادة ٣٢ (ب) جواز استبعاد عذر الضرورة، صراحة أو ضمنا، بموجب التزام ناشئ من معاهدة، ومن الواضح أن ذلك صحيح من حيث المبدأ^{٥٦٤}. لكن ما من سبب يبرر أن تكون الوسيلة الوحيدة لتحقيق مفعول هذا التحديد هي المعاهدة. إن مشروع المواد يسيّر بوجه عام على أساس أن الالتزامات الناشئة من معاهدات ومن سائر مصادر القانون الدولي تترتب عليها نتائج متماثلة في مجال المسؤولية^{٥٦٥}. مثال ذلك أنه إذا تضمنت معاهدة قاعدة بحماية قيمة معينة أو مصلحة معينة ونصت تلك القاعدة على استبعاد عذر الضرورة، فلماذا لا تتمتع بهذا المفعول نفسه قاعدة عرفية نشأت بالتوازي مع تلك المعاهدة بفضل ممارسة واسعة الانتشار تستهدف تحقيق نفس الغرض ولها في جوهرها نفس المضمون؟ إن الفقرة ٢ (ب) ينبغي أن تعدل وفقا لذلك؛

♦ تنص المادة ٣٣ (١) (ب) على أن الدفع بقيام حالة ضرورة يقتضي أن يكون تصرف الدولة المستندة إلى هذا العذر متسما بأنه لم يؤثر تأثيرا جسيما على مصلحة أساسية للدولة التي كان الالتزام قائما تجاهها". وهذه صيغة ليست حسنة التكيف مع الإخلال بالالتزام ذي حجية تجاه الكافة. مثال ذلك أنه ليس من الواضح ما هي المصلحة الفردية التي كانت لإثيوبيا وليبيريا في قضيتي "جنوب غرب أفريقيا" (South West Africa)، بمعزل عن المصلحة العامة في الامتثال للقاعدة

^{٥٦٣} يمكن وضع نص بديل للمادة ٣٣، يعبر عن المبدأ التحوطي صيغته كما يلي: "(أ) إذا كان هذا الفعل هو الوسيلة الوحيدة لصيانة مصلحة أساسية لهذه الدولة من خطر جسيم ووشيك يهددها، وكان لا يمكن بدرجة معقولة استبعاد وقوعه بناء على أفضل المعلومات المتاحة".

^{٥٦٤} ولهذا فإن أحكام اتفاقيات حقوق الإنسان التي تستبعد نقض حقوق معينة من حقوق الإنسان في وقت إعلان الطوارئ العامة تستبعد ضمنا

الاستناد إلى المادة ٣٣. لكن أنظر: J. Oraá, Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1992), pp 220-226.

حيث يشدد على أوجه الشبه بين الشروط التي تقضي بالنقض وبين عذر الضرورة.

^{٥٦٥} أنظر الفقرة ٢٦ أعلاه للاطلاع على مناقشة لهذا المبدأ في سياق المادة ١٧ السابقة.

ذات الصلة^{٥٦٦}. لكن جنوب أفريقيا لم يكن بوسعها أن تدفع بعذر الضرورة في مواجهة هاتين الدولتين استنادا إلى أنه لم يلحق ضرر جسيم بأية مصلحة أساسية لهما. أما المصلحة ذات الأهمية في ذلك الصدد فقد كانت مصلحة شعب جنوب غرب أفريقيا ذاته. وبطبيعة الحال فإن الكثير من الالتزامات ذات الحجية تجاه الكافة تنبثق من قواعد أمرة، وهي تستبعد تماما من نطاق المادة ٣٣. وعلاوة على ذلك، ففي حالة وجود التزام ذي حجية تجاه الكافة (في ميدان حقوق الإنسان أو في ميدان السلم والأمن الدوليين مثلا)، فإن الالتزام نفسه ربما يستبعد صراحة أو ضمنا الاستناد إلى عذر الضرورة. ومع ذلك يمكن أن تخطر على البال ظروف تنشأ فيها حالة مفردة غير منظورة لا ينبغي فيها أن تعلو المصالح المعرضة للخطر من جراء الامتثال للالتزام ذي حجية تجاه الكافة على الادعاء بقيام حالة ضرورة. وفي مثل هذه الحالات فإن التوازن الذي ينبغي أن تقيمه الفقرة (١) (ب) ليس توازنا بين مصالح الدولة المدعى عليها والمصالح الفردية للدولة أو الدول الشاكية من وقوع إخلال بالالتزام. فالمهم هو مدى الضرر الذي لحق المصالح التي يحميها الالتزام، ولهذا ينبغي أن تعاد صياغة الفقرة ١ (ب) على هذا الأساس.

استنتاجات بشأن المادة ٣٣

٢٩١ - يبدو إجمالا أن المخاوف من إمكانية التعسف في الدفع بعذر الضرورة ليس لها سند في التجربة. ويوجد هنا تماثل مع مبدأ "في مثل هذه الأوضاع" في قانون المعاهدات. وقد ظل هذا المبدأ يعامل بتحفظ كبير زمنا طويلا، لكنه أدرج بصيغة محدودة عن عمد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات^{٥٦٧}، ولم يترتب عليه الأثر المخل الذي خشيه البعض^{٥٦٨}. وينبغي أيضا التشديد على أن الدفع بعذر الضرورة (على عكس مبدأ في مثل هذه الأوضاع) لا ينتج أثره إلا عن طريق الانتقاء الموقت لعدم المشروعية. ويبدو إجمالا أن الاعتبارات الواردة في المادة ٣٣ تتيح إقامة توازن معقول بين مصالح الدول المعنية ومصالح المجتمع الدولي في مجموعه. ولقد استطاعت المحكمة الدولية في قضية "غابسيكوفو ناغيماروس" تطبيق المبدأ دون صعوبة تذكر، كما أنها، كما رأينا، وضعت تمييزا واضحا ومفيدا بين دوره الصحيح كعامل نفسي، واستمرارية واستقرار العلاقة التعاهدية التي يقوم عليها^{٥٦٩}. ولهذه الأسباب يحبذ المقرر الخاص استبقاء المادة ٣٣ بجوهر صيغتها الحالية لكن مع إدخال التعديلات المشار إليها أعلاه^{٥٧٠}.

^{٥٦٦} بالذات بسبب انعدام وجود مثل تلك المصلحة الفردية قضت المحكمة بأغلبية ضيقة بعدم جواز قبول طلبهما: ICJ Reports, 1966, p.6.

^{٥٦٧} وضعت المادة ٦٢ بصيغة سلبية ("لا يجوز الاستظهار بحدوث تغير أساسي في الظروف ... كسبب لإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا إذا ...").

والمادة ٣٣ هي الحالة الوحيدة في الفصل الخامس التي وضعت بصيغة سلبية ماثلة.

^{٥٦٨} استند إلى هذا التماثل في التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (٤٠).

^{٥٦٩} أنظر الفقرة ٢٧٤ أعلاه.

^{٥٧٠} للاطلاع على الصيغة الفعلية المقترحة، أنظر الفقرة ٣٥٦.

(و) المادة ٣٤: الدفاع عن النفس

٢٩٢ - تنص المادة ٣٤ على ما يلي:

"تتفني صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق للالتزام دولي عليها إذا كان الفعل يشكل تدبيراً مشروعاً للدفاع عن النفس، اتخذ وفقاً لميثاق الأمم المتحدة".

٢٩٣ - يشدد التعليق على المادة ٣٤ على أنها لا تتعلق إلا بمبدأ الدفاع عن النفس فقط باعتباره ظرفاً نافياً لعدم المشروعية الذي يغطيه الفصل الخامس، وبالتالي ليست معنية بتحديد نطاق الدفاع المشروع عن النفس ولا الدخول في شتى أنواع الجدل الذي أثير حول الدفاع عن النفس في إطار الميثاق^{٥٧١}. وبذا تقدم المادة ٣٤ على أنها "الاستنتاج الواجب" للحق الطبيعي في الدفاع عن النفس على النحو المشار إليه في المادة ٥١ من الميثاق. ويشير التعليق إلى أن الدفاع عن النفس يشتمل عادة على استخدام القوة، وهذا ما يتناقض جلياً مع التدابير المشروعة المضادة التي قد لا تشتمل عليه^{٥٧٢}، ولكنها لا تنساق لمعالجة مسائل مثل مسألة "أي تطابق تام في المحتوى بين القاعدة المدرجة في المادة ٥١ من الميثاق والقاعدة العرفية للقانون الدولي المتعلقة بالدفاع عن النفس"؛ ويكفي "الالتزام بمضمون قواعد ميثاق الأمم المتحدة ذات الصلة ونطاقها"^{٥٧٣} غير أن المادة بالطريقة التي صيغت بها لا تشير بصفة محددة إلى المادة ٥١ الأمر الذي أدى إلى نشوب خلاف داخل اللجنة وقت اعتماد المادة ٣٤^{٥٧٤}.

٢٩٤ - ويمضي التعليق في التشديد على أن مفعول النفي الذي تشتمل عليه المادة ٣٤ لا يخول الدولة التي تقوم بالدفاع عن النفس انتهاك حقوق دولة ثالثة^{٥٧٥}. وفي هذا الصدد، يخضع الدفاع عن النفس للقيود نفسها التي تحكم التدابير المضادة.

تعليقات الحكومات على المادة ٣٤

تعتقد فرنسا أن الإشارة إلى الدفاع عن النفس "وفقاً لميثاق الأمم المتحدة" ضيقة النطاق للغاية، وأنه ينبغي الإشارة بدلاً من ذلك إلى الحدود الأوسع نطاقاً التي وضعها القانون الدولي^{٥٧٦}. وفيما عدا هذا التعليق، يبدو أن إدراج المادة ٣٤ في الفصل الخامس لا يثير الخلاف.

^{٥٧١} التعليق على المادة ٣٤، الفقرة (١).

^{٥٧٢} المرجع نفسه، الفقرة ٦.

^{٥٧٣} المرجع نفسه، الفقرة ٢٠.

^{٥٧٤} المرجع نفسه، الفقرة ٢٦.

^{٥٧٥} المرجع نفسه، الفقرة ٢٨.

^{٥٧٦} A/CN.4/488، ص ٨٩ من النص الإنكليزي.

ما هو المدى الذي يذهب إليه مفعول النفي في المادة ٣٤؟

٢٩٦ - من جهة أخرى، ثمة صعوبة رئيسية تكتنف المادة ٣٤، أشير إليها في ملاحظة سابقة أبدتها منغوليا. إذ اشتركت منغوليا من صياغة المادة ٣٤، وأشارت إلى أن "أفعال الدولة في إطار الدفاع عن النفس لا تنتهك البتة أي التزام دولي أيا كان لأي دولة. وبذا، فإن ما هو "غير مشروع" لا يمكن أن يكون جزءا من مفهوم الدفاع عن النفس^{٥٧٧} ويتسم هذا بالصواب التام فيما يتعلق بالالتزام الأساسي الوارد في المادة ٢ (٤) من الميثاق بعدم استخدام القوة في العلاقات الدولية. وفيما يختص بذلك الالتزام، يشكل استبعاد هذا الإجراء الذي يتخذ دفاعا عن النفس جزءا من تعريف الالتزام ذاته. فالدولة التي تمارس حقها الطبيعي في الدفاع عن النفس على النحو المشار إليه في المادة ٥١ من الميثاق لا تنتهك، ولا حتى يحتمل، أن تنتهك المادة ٢ (٤)، وإذا كان الأثر الوحيد للدفاع عن النفس باعتباره ظرفا نافيا لعدم المشروعية هو توفير هذا الأمر، فإنه ينبغي حينئذ حذفه للأسباب نفسها التي سبق أن أعطيت فيما يتعلق بالموافقة عليه^{٥٧٨}.

٢٩٧ - ولكن خلال الدفاع عن النفس، قد تنتهك الدولة التزامات أخرى تجاه الدولة المعتدية. فعلى سبيل المثال، قد تدخل أراضيها بصورة غير مشروعة، وتتدخل في شؤونها الداخلية، وتعطل تجارتها خلافا لأحكام إحدى المعاهدات التجارية، وما إلى ذلك. وعالج القانون الدولي التقليدي هذه المشاكل على نطاق واسع من خلال إنشاء نظام قانوني مستقل للحرب، وتحديد نطاق حقوق الدول المتحاربة وتعليق معظم المعاهدات السارية المفعول بين الدول المتحاربة عند نشوب الحرب^{٥٧٩}. وفي فترة الميثاق، على العكس، يعد إعلان الحرب حالة استثنائية، والأعمال الحربية التي يعلنها أحد الطرفين أو كلا الطرفين باعتبارها دفاعا عن النفس تدور بين دول كانت في السابق تعيش كل منها في "سلام" مع الأخرى^{٥٨٠} وبالفعل، فإن مشروعية حالة الحرب الرسمية في فترة الميثاق قد تضاعفت. وتطرح اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات معالجة مثل هذه المسائل جانبا من خلال النص في المادة ٧٣ على أنه ليس في الاتفاقية أي حكم مسبق "في أية مسألة قد تثار بصدد إحدى المعاهدات ... من جراء نشوب الأعمال العدائية بين الدول".

٢٩٨ - وهكذا يبدو من الواضح أن ثمة حالات قد ينفي فيها الدفاع عن النفس عدم مشروعية التصرف الذي من شأنه أن يشكل في حالة مختلفة انتهاكا لمعاهدة أو لالتزامات أخرى للدولة المعنية، مع أنه لا يمكن لأي مسألة أن تثار بالنسبة لدولة

^{٥٧٧} "حولية ..."، ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول، ص ٧٦ من النص الإنكليزي.

^{٥٧٨} انظر الفقرات ٢٣٦-٢٣٩ أعلاه. قارن مع "التهديد باستخدام السلاح النووي أو استخدامه (فتوى) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، الصفحتان ٢٢٦ و ٢٤٤ (الفقرة ٣٨)، وصفحة ٢٦٣ (الفقرة ٩٦) من النص الإنكليزي، التي تؤكد مشروعية استخدام القوة دفاعا عن النفس.

^{٥٧٩} انظر كذلك، A. Mc Nair & A.D. Watts, Legal Effects of War 4th ed. (Cambridge, University Press, 1966).

^{٥٨٠} في "القضية المتعلقة بمنصات النفط"، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، ص ٨٠٣ من النص الإنكليزي، لم يتم الإنكار بأن معاهدة الصداقة لعام ١٩٥٥، التي يستند إليها ادعاء إيران، بقيت سارية المفعول في جميع الأوقات ذات الصلة، بالرغم من الأعمال العديدة التي قامت بها القوات البحرية التابعة للولايات المتحدة الأمريكية ضد إيران، والتي بررت على أنها كانت دفاعا عن النفس، خلال الفترة ذات الصلة. وفي تلك القضية، وافق الطرفان على أن أي عملية من هذا النوع تكون مشروعة إذا ما جرى تبريرها بأنها تمت في إطار الدفاع عن النفس.

تقوم بفعل دفاعا عن النفس على إثر عمل مخالف للالتزام الأساسي الوارد في المادة ٢ (٤) من الميثاق. ولكن المشكلة تكمن في أن الدفاع عن النفس لا ينفي عدم مشروعية التصرف تجاه الدولة المعتدية في سائر الحالات أو فيما يتعلق بجميع الالتزامات. والمسألة لا تدور بالطبع حول ما إذا كان الإجراء المعين لازما أو غير لازم، متناسبا أو غير متناسب، نظرا لأن ذلك يشكل جزءا من تعريف الدفاع عن النفس. وهي تتمثل في وجود الالتزامات التي لا يمكن انتهاكها حتى لو دفاعا عن النفس. وتتعلق الأمثلة بالالتزامات القانون الإنساني الدولي وحقوق الإنسان. وتطبق اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكول الأول الملحق بها لعام ١٩٧٧ على المعتدين والمدافعين بالتساوي، ونفس الأمر صحيح بالنسبة للقانون الإنساني الدولي العرفي^{٨١}. وتتضمن جميع معاهدات حقوق الإنسان أحكاما تقييدية لأوقات حالات الطوارئ العامة، بما فيها الإجراءات التي تنفذ دفاعا عن النفس^{٨٢}. ومن الواضح تماما أن الدفاع عن النفس لا ينفي عدم مشروعية التصرف الذي يشكل انتهاكا للالتزامات في هذه الميادين.

٢٩٩ - وعليه فإن المشكلة تكمن في التمييز بين الالتزامات التي تعلو حتى على احتمال وجود ادعاء مبرر للدفاع عن النفس، والالتزامات المغايرة لذلك. وما يثير الاستغراب هو أن التعليقات والمناقشات على المادة ٣٤ لا تسلط ضوءا كثيرا على هذه المسألة^{٨٣}. غير أن المحكمة الدولية لم تقم بذلك في فتاوها بشأن "التهديد بالأسلحة النووية أو باستعمالها". وثمة مسألة تتعلق بما إذا كان يجب اعتبار استخدام الأسلحة النووية انتهاكا للالتزامات البيئية بفعل الضرر الهائل والطويل الأمد الذي تتسبب فيه مثل هذه الأسلحة. وقالت المحكمة:

"إن المسألة ليست مسألة ما إذا كانت أو لم تكن المعاهدات المتصلة بحماية البيئة سارية أثناء النزاع المسلح، وإنما هي مسألة ما إذا كان يقصد أن تكون الالتزامات الناشئة عن هذه المعاهدات التزامات بالمنع الكامل أثناء الصراع المسلح. ولا ترى المحكمة أن المعاهدات المعنية قد قصد بها أن تحرم دولة ما من ممارسة حقها في الدفاع عن النفس بموجب القانون الدولي من جراء التزاماتها بحماية البيئة. ومع ذلك، يتعين على الدول أن تضع الاعتبارات

^{٨١} على النحو الذي تحدثت به المحكمة عن قواعد القانون الإنساني الدولي في "التهديد بالأسلحة النووية أو باستعمالها" (فتوى)، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، الصفحتان ٢٢٦ و ٢٥٧ (الفقرة ٧٩ من النص الإنكليزي)، وتشكل هذه القواعد "مبادئ لا يجوز انتهاكها في القانون الإنساني الدولي". وللإطلاع على الصلة بين حقوق الإنسان والقانون الإنساني في أوقات الصراع المسلح، انظر المرجع نفسه، ص ٢٤٠ (الفقرة ٢٥) من النص الإنكليزي.

^{٨٢} انظر J. Orta, Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1992) خاصة الفصلين ٤ و ٩.

^{٨٣} إن هذا الأمر مستغرب أكثر إذ أنه تم تحليل المسألة المحددة تحليلا متبصرًا في التعليق، والاستنتاج المناسب الذي تم التوصل إليه، فيما يتعلق بالمادة ٣٣: انظر الفقرة ٢٨٠ أعلاه. ومن جهة أخرى، أشار ريفاجن بصورة غير مباشرة إلى تلك المسألة خلال مناقشة المادة ٣٤، إذ ذكر بصورة خاصة أن "القواعد الآمرة للصلة بحماية حقوق الإنسان في الصراعات المسلحة تبقى نافذة حتى في إطار العلاقة القائمة مع دولة معتدية". ("حولية ... ١٩٨٠"، المجلد الأول، الصفحة ١٨٩ من النص الإنكليزي). وأضاف لاحقا أن "أي عمل - بما في ذلك الإبادة الجماعية أو الانتهاك الجسيم لحقوق الإنسان، اللذان لا يعتبران من التدابير المشروعة - يمكن وصفه بأنه عمل تم في إطار الدفاع عن النفس. وبالتالي كان من الضروري إدراج كلمة "مشروع" [في نص المادة ٣٤]" (الرجع نفسه، ص ٢٧٢ من النص الإنكليزي).

البيئية في الحساب لدى تقييمها ما هو ضروري ومتناسب في السعي لتحقيق الأهداف العسكرية المشروعة. واحترام البيئة هو أحد العناصر الداخلة في تقييم ما إذا كان عمل ما ممتثلاً مع مبدأي الضرورة والتناسب^{٥٨٤}.

وعلى الرغم من عدم تطرق المحكمة للمسألة باستخدام مصطلح "الظروف النافية لعدم المشروعية" أولاً بالإشارة إلى المادة ٣٤، فإن المسألة قيد النظر هنا هي نفسها بالضبط. وما هي الظروف التي تقوم فيها الدولة بعمل دفاعاً عن النفس "مقيد بالكامل" بالتزام دولي ما؟ والجواب هو أن الأمر يتوقف على ما إذا كان الالتزام قد جرت صياغته أو اعتزم تطبيقه كقيد قطعي حتى بالنسبة للدول أطراف الصراع المسلح. وهذا هو الحال بوضوح بالنسبة للقانون الإنساني الدولي؛ وكذلك الأمر بالنسبة لقانون حقوق الإنسان، رهنا باحتمال إجراء بعض الاستثناءات وقت الطوارئ، التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من ذلك القانون، ومثال آخر في هذا المضمار يتمثل في التزام انفرادي من جانب الدولة الحائزة للأسلحة النووية ألا تكون البادئة باستعمال الأسلحة النووية مهما كانت الظروف. أما بالنسبة للالتزامات العامة الأخرى (الالتزامات المتعلقة بالتجارة والبيئة)، فالمسألة بخلاف ذلك، إذ أن الجواب قد يختلف، لكنه يتوقف على صياغة القاعدة الأولية المعنية والغرض منها. وستهدف أي معاهدة تتعلق بالتحديد بحماية البيئة وقت الصراع المسلح^{٥٨٥} إلى أن تكون "الالتزام بالامتناع الكامل"، رهنا بأحكامها، ولن تؤدي ذريعة الدفاع عن النفس إلى نفي عدم المشروعية. وطبقاً لذلك، يلزم أن تتضمن المادة ٣٤ صيغة تميز بين هاتين الفئتين. وإذا اعتمدت صيغة المحكمة، يقترح أن تكون المادة ٣٤ استثناءً بالنسبة للالتزامات التي "صيغت أو من المستهدف أن تصبح التزامات بالامتناع الكامل حتى بالنسبة للدول المتورطة في صراع مسلح أو تقوم بأفعال دفاعاً عن النفس". وإضافة إلى ذلك، والتماساً للوضوح ولتأكيد مبدأ حيوي في القانون المتعلق بالصراع المسلح، من المفيد إعطاء الالتزامات القائمة في ميدان القانون الإنساني الدولي كمثال على هذه الالتزامات.

موقف الدول الثالثة

٣٠٠ - يؤكد التعليق على المادة ٣٤ أن الأثر الرئيسي للمادة هو نفي عدم مشروعية تصرف الدولة التي تقوم بأعمال دفاعاً عن النفس إزاء الدولة التي تهاجمها^{٥٨٦}، وهذا صواب تماماً كاقترح عام. وفي الفتوى بشأن التهديد بالأسلحة النووية أو باستعمالها، لاحظت المحكمة أن:

^{٥٨٤} تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، الصفحة ٢٤٢ (الفقرة ٣٠) من النص الإنكليزي (التأكيد مضاف).

^{٥٨٥} مثلاً اتفاقية حظر استخدام تقنيات إحداث تغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو أية أغراض عدائية أخرى، ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٦، مجموعة

معاهدات الأمم المتحدة، المجلد ١١٠٨، رقم ١٧١١٩.

^{٥٨٦} التعليق على المادة ٣٤، الفقرة (٢٨).

"القانون الدولي، على غرار حالة مبادئ القانون الإنساني المنطبقة في النزاع المسلح، لا يدع مجالاً للشك في أن مبدأ الحياد، أيما كان مضمونه، وهو ذو طابع أساسي مماثل لطابع مبادئ القانون الإنساني وقواعده، ينطبق (رهنًا بأحكام ميثاق الأمم المتحدة ذات الصلة)، على كل نزاع مسلح دولي، أيما كانت الأسلحة المستخدمة"^{٨٧}.

وقد تكون هذه الصيغة المعقدة إلى حد ما قد اعتمدت للإشارة إلى أن قانون الحياد، لا ينطوي على أن الدول المحايدة لا تتأثر بحالة الحرب، بالرغم من أنه يميز بوضوح بين التصرف المتخذ إزاء دولة محاربة والتصرف المتخذ إزاء دولة محايدة. والدولة التي تمارس الحق الطبيعي في الدفاع عن النفس تتمتع ببعض حقوق الدول المحاربة، حتى إزاء الدول المحايدة. وبقاء قانون الحياد التقليدي على حاله في فترة الميثاق مسألة تثير الجدل، لكن اللجنة لحسن الحظ ليست بحاجة إلى المشاركة في هذا الجدل في هذا الصدد. وتترك صيغة المادة ٣٤ جميع المسائل المتعلقة بآثار الإجراءات المتخذة دفاعاً عن النفس تجاه دول ثالثة دون أن تثبت فيها، ويبدو أن التعديل غير لازم.

صياغة المادة ٣٤

٣٠١ - وأخيراً، اقترحت فرنسا و (في تعليق سابق) منغوليا مجرد الإشارة في المادة ٣٤ إلى الدفاع عن النفس طبقاً لميثاق الأمم المتحدة^{٨٨}. غير أن هذين الاقتراحين يتعارض كل منهما مع الآخر: إذ أن فرنسا تسعى إلى الإشارة إلى ما تعتبره حقاً أوسع نطاقاً للدفاع عن النفس بموجب القانون الدولي العام، في حين أن منغوليا تسعى إلى الإشارة صراحة إلى المادة ٥١. ويرى المقرر الخاص أنه لا يلزم ولا يستحسن البت في المسائل الأساسية المتعلقة بنطاق الدفاع عن النفس في القانون الدولي الحديث - حتى لو كان ذلك ممكناً في مشاريع المواد، ولكنه ليس ممكناً فيما يتعلق بالمادة ١٠٣ من الميثاق. وليس من مهام مشاريع المواد تحديد فحوى القواعد الأولية، بما فيها المشار إليها في المادة ٥١. وتستخدم المادة ٣٤ عبارة "تدبيراً مشروعاً للدفاع عن النفس اتخذ وفقاً لميثاق الأمم المتحدة"، وهذه إشارة كافية إلى القانون الدولي الحديث للدفاع عن النفس سواء العرفي أو الاتفاقي. وليس ثمة اقتراح في هذا الصدد لإدخال تغيير على المادة ٣٤.

الاستنتاجات المتعلقة بالمادة ٣٤

٣٠٢ - ولهذه الأسباب، يوصى باستبقاء المادة ٣٤، لكن مع إضافة فقرة جديدة للتمييز بصفة عامة بين تلك الالتزامات التي تسري حتى ضد الدولة التي تمارس حق الدفاع عن النفس، وبين الالتزامات التي لا تسري عليها.^{٨٩}

^{٨٧} تقارير محكمة العدل الدولية، صفحة ٢٦١ من النص الإنكليزي (الفقرة ٨٩).

^{٨٨} انظر الفقرة ٢٩٥ أعلاه، وللإطلاع على تعليق منغوليا، انظر "حولية..." ١٩٨١، المجلد الثاني، الجزء الأول صفحة ٧٦ من النص الإنكليزي.

^{٨٩} للإطلاع على الصيغة المقترحة لهذه المادة انظر الفقرة ٣٥٦ أدناه. أما فيما يتعلق بمحلها، فانظر الفقرة ٣٥٥ أدناه.

(ز) المادة ٣٥: تحفظ بشأن التعويض عن الأضرار

٣٠٣ - تنص المادة ٣٥ على ما يلي:

"لا يستتبع انتفاء عدم المشروعية عن فعل صدر عن الدولة بمقتضى أحكام المواد ٢٩ أو ٣١ أو ٣٢ أو ٣٣ الحكم على أي مسألة قد تنشأ فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها ذلك الفعل".

إن المادة ٣٥ هي المادة الوحيدة في الفصل الخامس التي تتناول الآثار (الموضوعية والإجرائية) للتمسك بالظروف النافية لعدم المشروعية. ويقترح تناولها في هذا السياق، ثم النظر فيما إذا كان ينبغي النص على ظروف إضافية.^{٩٠}

٤ - المبررات أو الأعذار الممكنة غير المدرجة في الفصل الخامس

٣٠٤ - على الرغم من أن اللجنة اعتبرت ستة ظروف منصوص عليها في الفصل الخامس ظروفًا رئيسية سارية عموماً، فإنها لم تعتبر القائمة "حصرية بصورة مطلقة"، ولاحظت إمكانية النص على أعذار أخرى عامة أو محددة تسوغ التصرف غير المشروع. وفي نظرها، فإن الفصل الخامس "يجب ألا يفسر على أنه يغلق الباب أمام مثل هذا الاحتمال".^{٩١} وهذا ما يطرح على اللجنة عدداً من الأسئلة في القراءة الثانية. فأولاً، هل توجد ثمة ظروف أخرى نافية لعدم المشروعية ذات طابع عام يتعين إقرارها في الفصل الخامس؟ وثانياً، هل يلزم وضع حكم يتناول احتمال نشوء أعذار جديدة في المستقبل تسوغ عدم الوفاء؟ وما هو هذا الحكم؟ لقد عولج السؤال الثاني في سياق الفصل الأول من الباب الثاني، إذ يتعلق هذا الفصل بأثر مشاريع المواد برمتها. أما السؤال الأول فسيتم تناوله أدناه.

٣٠٥ - والواقع أن نظاماً قانونية مختلفة تقرر مبررات أو أعذار عدم الوفاء بالالتزامات إقراراً بتباين نطاقه، ويتبين من الاستعراض المضطلع به سابقاً لتطور الفصل الخامس أن عدداً من الأعذار المؤهلة للإدراج قد نظر فيها في مناسبات شتى.^{٩٢} ويلزم ذكر ثلاثة منها.

(أ) الوفاء المتعارض مع قاعدة آمرة (JUS COGENS)

٣٠٦ - تتناول المادتان ٥٣ و ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الحالات التي تتناقض فيها أحكام معاهدة مع قاعدة آمرة قائمة أو جديدة، مما يؤدي إلى بطلان المعاهدة أو إنهائها. وعلاوة على ذلك، تعتبر تلك الحالات على درجة من الخطورة بحيث يتعذر فصل الحكم المعيب، أي أن المعاهدة برمتها تبطل، حتى ولو كان المطعون من أحكامها لا يتعدى حكماً واحداً.^{٩٣} غير أن ثمة احتمالاً ثالثاً. فقد تكون معاهدة من المعاهدات مشروعة في ظاهرها

^{٩٠} انظر الفقرات ٣٣٦ - ٣٤٧ أدناه.

^{٩١} التعليق على المادة ٣٤، الفقرة (٢٩).

^{٩٢} انظر الفقرة ٢١٥ أعلاه.

^{٩٣} المادة ٥٤٤ (هـ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. وتنص المادة ٦٤ على أنه في حالة قاعدة آمرة جديدة، "تصبح أي معاهدة قائمة تخالف هذه القاعدة لاغية ومنتهية". وبالتالي فإن المعاهدة برمتها تنتهي إذا كان حكم من أحكامها يتعارض مع قاعدة آمرة.

فيما يبدو وبريئة في مقصدها، ثم يتعذر تنفيذها في ظروف من شأن تنفيذ تلك المعاهدة فيها أن يؤدي إلى خرق قاعدة أمرة، أو يساعد على ذلك بصورة جوهرية. ولعل من أمثلة ذلك حق المرور عبر مضيق أو حق التحليق عبر المجال الجوي لدولة ينشأ بمقتضى معاهدة ويمارس بغرض ارتكاب عمل عدواني ضد دولة أخرى، أو مثال أسلحة موعود بتوفيرها بموجب اتفاق توريد أسلحة غير أنه يعتزم استخدامها لارتكاب إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية. فليس ثمة في هذه الحالات أي مبرر يجعل هذه المعاهدة في حد ذاتها باطلة أو يسوغ إنهاؤها. فهي ليست معاهدة غير مشروعة في جوهرها، ولا يتعلق الأمر هنا بأي قاعدة أمرة جديدة. وكل ما في الأمر أن تنفيذ هذه المعاهدة من شأنه أن ينتهك قاعدة أمرة أو يؤدي مباشرة إلى انتهاكها، وذلك نتيجة لظروف عرضية. وفي تلك الحالات تكون المسألة هي ما إذا كان اعتبار "عدم تنفيذ شرط في المعاهدة متعارض مع قاعدة من القواعد الأمرة - مع ثبوت ذلك التعارض على نحو سليم - سببا [أي مسوغا] يبرر خرق تلك المعاهدة".^{٩٤} فعلى المستوى المبدئي، لا بد وأن يكون الجواب بالإيجاب قطعاً. فإذا كانت القاعدة الأمرة تبطل المعاهدة المتعارضة معها، فكيف يمكن للالتزام بتنفيذ المعاهدة أن يظل قائماً رغم خرق تلك القاعدة؟ فلا غرو أن الصلة بين الوفاء بالتزام ناشئ بمقتضى معاهدة وخرق قاعدة أمرة لا بد أن تكون صلة واضحة ومباشرة. غير أنه في تلك الحالات، يكون التعليق المؤقت للالتزام بالتنفيذ ناشئاً حتماً عن الطابع الأمر للقاعدة التي كان سيطلها الانتهاك لولا ذلك التعليق.

٣٠٧ - ومن جهة أخرى، ثمة سؤال يتعلق بالكيفية التي سيتم التوصل بها إلى هذه النتيجة. ففي حالات عديدة، سيكفي تفسير القاعدة ذات الصلة والناشئة بمقتضى المعاهدة بكونها لا تشترط التصرف المعني، وذلك على غرار الطريقة التي يتفادى بها عادة التعارض المباشر بين المعاهدات والقواعد الأمرة عن طريق التفسير.^{٩٥} غير أن تلك القاعدة ذات الصلة قد تكون واضحة وضوح التعارض مع القاعدة الأمرة في تلك الظروف المعينة.

٣٠٨ - ويعالج فيتز موريس هذه المسألة تحت عنوان "عدم التنفيذ المبرر داخلياً بمقتضى شرط في المعاهدة منصوص عليه فيها ضمناً بمقتضى القانون الدولي"، ويتناولها على وجه التحديد على أساس شرط ضمنى يقضي "بالانسجام المتواصل مع القانون الدولي"^{٩٦}، فيلاحظ:

"أن الالتزام الناشئ بمقتضى معاهدة والذي يتنافى التقيد به مع قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي أو مع محظور من محظوراته مما له طابع القواعد الأمرة يسوغ (ويستلزم) عدم التقيد بأي التزام ناشئ عن المعاهدة ينطوي على هذا التعارض ويسري نفس المبدأ عندما تنشأ في أعقاب إبرام معاهدة ظروف

^{٩٤} انظر: Rosenne, *Breach of Treaty* (عرق معاهدة) (Cambridge, Grotius, 1984) p. 63.

ويضيف المؤلف قوله "إن من الصعب التكهن بهذه الفرضية في الواقع الملموس" (الرجع نفسه).

^{٩٥} تركز هذه المناقشة على التعارض المحتمل بين تنفيذ معاهدة وقاعدة أمرة. وفي حالة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي يكون احتمال التعارض أقل بكثير، غير أنه غير مستبعد.

^{٩٦} فيتز موريس، التقرير الرابع، "حولية... ١٩٥٩"، المجلد الثاني، الصفحة ٤٦ (من النص الإنكليزي).

تستدعي تطبيق قاعدة قائمة من قواعد القانون الدولي لم تكن ذات صلة بالحالة كما كانت قائمة وقت إبرام المعاهدة.^{٥٩٧}

ولا تسري أي قاعدة مماثلة على "قاعدة تتخذ شكل القواعد الرضائية *ius dispositivum*"، ما دام الطرفان مخيرين في الاتفاق على قاعدة من هذه القبيل، بما في ذلك مستقبلاً.

٣٠٩ - وينبغي التأكيد على أن فيتزموريس، في الفقرة المقتبسة، لم تنصرف نيته بطبيعة الحال إلى تناول بطلان المعاهدة أو إنهائها. فقد ركز على مسألة عدم التقيد بالالتزام، في حالة يمكن أن يشار إليها بكونها حالة تعارض أو تناقض عرضي. ولا غرو أن المعاهدة التي تتعارض في ظاهرها مع قاعدة أمرة لا يمكن أن تظل قائمة، غير أنه قليلة هي المعاهدات التي تكتسي هذا الطابع. ومن الأرجح أن تقوم فعلاً حالات من "التضارب العرضي"، وليس من الواضح ما إذا كان ثمة ما يبرر أن تؤدي هذه الحالات إلى البطلان التام للمعاهدة.^{٥٩٨} وعلاوة على ذلك، ينبغي مرة أخرى الإشارة إلى أنه بموجب اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، يلزم أن تتخذ الدولة إجراءات للاستناد إلى سبب من أسباب البطلان أو الإنهاء، ويشمل ذلك الإجراءات المتخذة عملاً بالمادتين ٥٣ و٦٤. وقد تمنع دولة في إبطال أو إنهاء معاهدة برمتها، غير أنه قد يساورها قلق مشروع إزاء حالة محددة من حالات تنفيذ المعاهدة المتعارضة مع مقتضيات قاعدة أمرة.^{٥٩٩} وفي حالة حدوث تعارض من هذا القبيل، فإنه لا مجال، على أي حال، للتفضيل أو الاختيار بين القاعدتين المتعارضتين.

٣١٠ - وكما يتبين من شتى التعليقات على مشاريع المواد، فإن عدداً من الحكومات لا يزال يساوره قلق حيال فكرة القواعد الأمرة.^{٦٠٠} وليس مرد هذا القلق فيما يبدو ضعف التأييد الذي تحظى به القيم الموضوعية المجسدة في بضع قواعد أمرة لا ينازع فيها أحد (تحريم الإبادة الجماعية والرق والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، والتعذيب وتحريم العدوان، وبضعة أمور أخرى)، بقدر يتعلق هذا القلق بكون فكرة القواعد الأمرة غير محدد تماماً ومن شأنها أن تزعزع العلاقات التعاهدية. غير أنه خلال ما يقارب ٢٠ سنة من دخول اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ حيز النفاذ لم تكن ثمة أي حالة استند فيها إلى القواعد الأمرة لإبطال معاهدة. وخلال نفس الفترة، أكدت المحاكم الوطنية والدولية فكرة القواعد الأمرة في سياقات شتى لا تقتصر على صحة المعاهدات.^{٦٠١} ولئن تجنبت المحكمة الدولية استخدام المصطلح نفسه، فإنها أيدت فكرة "القواعد التي لا يجوز انتهاكها".^{٦٠٢}

^{٥٩٧} المرجع نفسه.

^{٥٩٨} كما لم يطل التناقض "العرضي" بين قرار مجلس الأمن واتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ هذه الأخيرة: انظر الفقرتين ٤ و٢٤ أعلاه.

^{٥٩٩} راجع ملاحظات القاضي الخاص لوترباخ في قضية "تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها" (طلبات أخرى للإشارة بتدابير تحفظية) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٣ (ICJ Reports 1993) الصفحات ٤٣٩-٤٤١ (من النص الإنكليزي). ولم تتناول المحكمة هذه المسئلة في أمرها القضائي.

^{٦٠٠} انظر الفقرة ٢٣٤ أعلاه.

^{٦٠١} انظر مثلاً أحكام المحكمة اليوغوسلافية في قضية المدعي العام ضد أنتو فوروندزيجا *Prosecutor v. Anto Furundzija*، ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨، (لم تصدر بعد في تقرير)، وحكم مجلس اللوردات الإنكليزي في قضية *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary*

٣١١ - وفي نظر المقرر الخاص، فإنه لا رجعة في التأييد الواضح لفكرة القواعد الأمرة الواردة في اتفاقيتي ١٩٦٩ و ١٩٨٦. واستنادا إلى المادة ٥٣ المشتركة بين الاتفاقيتين، فإن القاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي هي القاعدة التي لا يجوز الخروج عليها، إلا بقاعدة لاحقة يكون لها نفس الطابع. ويستتبع هذا التعريف أن الالتزامات الناشئة عن قاعدة أمرة ترجح على الالتزامات الأخرى في حالة تعارضها. وهكذا يتفق المقرر الخاص مع فيتزموريس وروزن على أن الطابع الأمر للقاعدة الأمرة معترف به بوضوح، وأن تلك القاعدة لا بد وأن تسمو على أي التزام دولي آخر ليس له نفس الطابع. والواقع أنه في تلك الحالات لن يكون للدولة المعنية خيار الامتثال من عدمه: فإذا كان ثمة تعارض في الظروف، وجب ترجيح القاعدة الأمرة. ومن جهة أخرى، لا يبدو من الضروري ولا من المتناسب إبطال معاهدة غير متعارضة مع أي قاعدة أمرة، وإن كان التقيد بها يتعارض مع هذه القاعدة. ففي تلك الحالات، يكون الالتزام الناشئ عن المعاهدة^{٦٠٣} غير نافذ بالمعنى الصحيح للكلمة، وترجح القاعدة الأمرة. غير أنه إذا كانت تطبيقات المعاهدة مستقبلا تتعارض مع القاعدة الأمرة، فلماذا ينبغي إبطالها بسبب تضارب عرضي؟ ومن المؤكد أن التضارب العرضي مع قاعدة غير أمرة من قواعد القانون الدولي العرفي (التي قد يكون محتواها مماثلا لمحتوى معاهدة) ليس من شأنه أن يبطل القاعدة العرفية مستقبلا.

٣١٢ - فهل يتعين حل هذا التضارب على مستوى القواعد الثانوية، أم أن الأنسب أن تعتبر جزءا من صياغة الالتزام الأولي (على غرار الموافقة)^{٦٠٤}؟ إن الوضع لا يشابه وضع الموافقة، ما دام شرط الموافقة جوهرية في القاعدة أو الالتزام ببعضه، على نحو ما ذهب إليه البرهان أعلاه، في حين أن أثر القاعدة الأمرة عرضي بالنظر إلى تلك القاعدة أو الالتزام وينشأ باعتباره جانبا من جوانب نظام القانون الدولي. غير أنه في بعض الجوانب على الأقل، يتحقق أثر أو مفعول القواعد الأمرة قبل القواعد الثانوية للمسؤولية وبصورة مستقلة عنها - وعلى سبيل المثال، في حالة المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا نفسها. فإذا كانت المعاهدة باطلة، فإنه لا ينشأ أي التزام يمكن تطبيق الفصل الخامس عليه. لكن هل يكون الوضع على هذا المنوال دائما؟ إن بالإمكان طرح السؤال بالصيغة التالية: عندما تتكلم مشاريع المواد عن التزامات الدول وفقا للقواعد الأولية السارية، فهل تعتبر تلك الالتزامات عامة في شكلها مع ذلك؟ أم أنها التزامات تسري على دول معينة بعينها في ظروف محددة بكل حالة خاصة على حدة؟ وباختصار، هل تنسم الالتزامات المشار إليها في المادة ٣ (أ) والمادة ١٦ بطابع عام، أم أنها تتعلق بحالات مفردة ومحددة إلى حد كبير؟ إن من شأن هذا التصور الأخير، إذا طبق تطبيقا صارما، أن يبطل تماما مفعول الباب الأول من مشاريع المواد، بإحالة كل شيء إلى القواعد الأولية. غير أن هذا لا يبدو نتيجة مفيدة تنسجم مع تطور النهج المنتظم المتبع

Magistrate في غياب بنوشيه أوغارتي (رقم ٣) [١٩٩٩] 97 (All England Law Reports) 2، ولا سيما في الصفحات ١٠٨-١٠٩ و ١١٤-١١٥ (اللورد براون ويلكينسون).

^{٦٠٢} (مصر) بشأن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها. تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٦، الصفحة ٢٢٦ وفي الصفحة ٢٥٧ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ٧٩).

^{٦٠٣} انظر الفقرتين ٢٢٥-٢٢٦.

^{٦٠٤} انظر الفقرة ٢٤١ أعلاه.

تجاه مسؤولية الدول. وبالتالي يبدو من المعقول مع ذلك اعتبار الالتزامات موضوع مشاريع المواد على أنها تتضمن على الأقل التزامات ذات طابع عام. وفي الوقت ذاته، يبدو من الملائم إيراد الأثر الغالب للقاعدة الأمرة في هذه الحالة - أي في حالات التضارب العرضي - باعتباره ظرفاً نافياً لعدم المشروعية بموجب الفصل الخامس من الباب الأول.^{٦٠٥}

٣١٣ - وبناء عليه، ينبغي أن يتضمن الفصل الخامس حكماً ينص على أنه ينتفي عدم مشروعية عمل من أعمال الدولة غير مطابق لما يقتضيه التزام دولي إذا كان العمل تقتضيه في تلك الظروف قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. وينبغي التأكيد على أنه لا يكفي لهذا الغرض إلا التعارض المباشر بين التزامين، أي استحالة الامتنال في آن واحد للالتزامين في تلك الظروف الناشئة.^{٦٠٦}

(ب) الدفع بعدم الوفاء

٣١٤ - إن مقولة "الدفع بعدم الوفاء" (والتي يشار إليها أحياناً بالدفع بعدم تنفيذ العقد) تعبر عن الفكرة القائلة بأن امتثال طرف للالتزام تبادلي مشروط باستمرار امتثال الطرف الآخر لذلك الالتزام. ويرتبط بمبدأ أوسع نطاقاً يقضي بأنه لا يجوز لطرف أن يغنم من جريته. وهذا ما صاغته المحكمة الدائمة في القضية المتعلقة بمصنع شورووي (الاختصاص) في العبارات التالية:

"إن ... من المبادئ المقبولة عموماً في اجتهاد التحكيم الدولي، وكذا لدى المحاكم المحلية، أنه لا يجوز لأحد الطرفين أن يستفيد من عدم قيام الطرف الآخر بالالتزام ما أو عدم لجوئه إلى وسيلة من وسائل الانتصاف، إذا كلن الطرف الأول قد حال، بفعل غير مشروع، دون وفاء الطرف الثاني بذلك الالتزام، أو حال دون لجوئه إلى المحكمة التي كانت متاحة له."^{٦٠٧}

وهكذا يعمل هذا الدفع عمل الظروف الأخرى النافية لعدم المشروعية، ويستوجب أن تولى له دراسة في هذا المقام.

تطبيق الدفع بعدم تنفيذ العقد في الاجتهاد القضائي الدولي

٣١٥ - طرحت مسألة تطبيق هذا الدفع في قضية تحويل مياه نهر الموز (هولندا ضد بلجيكا).^{٦٠٨} ففي تلك القضية، اشكت هولندا، في جملة أمور، من قيام بلجيكا بأخذ المياه للري وأغراض أخرى من هويس خاص على الجانب البلجيكي قيل إنه غير مشروع بمقتضى معاهدة ثنائية لعام ١٨٦٣. وادعت بلجيكا أن استخدامها للهويس لم يكن غير مشروع اعتباراً لاستخدام مماثل تقوم به هولندا للهويس من جانبها. وأضافت "إن الطرف المدعي بتشييده لمنشآت خلافاً لشروط المعاهدة،

^{٦٠٥} قد تكون للنهج "الشكلي" تجاه الالتزامات - والمرفوض في هذا المقام - آثار أخرى على الفصل الخامس. فمن شأنه أن يعزز المفهوم الضيق للغاية للفصل (بحيث لا يشمل إلا الظروف النافية للمسؤولية، لا النافية لعدم المشروعية). ويرجع إلى استبعاد المادة ٣٤ المتعلقة بالدفاع عن النفس.

^{٦٠٦} للاطلاع على نص المادة المقترحة انظر الفقرة ٦٥٦ أدناه.

^{٦٠٧} مجموعة أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي: PCIJ Series A No. 9 (1927), p. 31.

^{٦٠٨} مجموعة أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي: PCIJ Series A/B No. 70 (1937).

فقد حقه في التمسك بالمعاهدة ضد الطرف المدعى عليه". وأيدت المحكمة الادعاء البلجيكي الرئيسي، بحجج منها مقارنة استخدام الهويسين، فقالت:

"لا يشكل أي من الهويسين جدولا رافدا، مع أن كلا منهما يصب مياهه في القناة، ويسهم بالتالي في صرف المياه فيه بدل القيام بذلك عن طريق الرافد المنصوص عليه في المعاهدة... وفي ظل هذه الظروف، ترى المحكمة أن من الصعب الإقرار بأن هولندا محقة في شكواها بشأن تشييد وتشغيل هويس أقامت هي نفسها مثله في الماضي".^{٦٠٩}

وفي رأيه المستقل، رفض القاضي التاميرا القول بأن التزامات الطرفين تبادلية، وبالتالي لا يجوز لبلجيكا أن تستند إلى تصرف هولندا نفسها كطرف ناف لعدم المشروعية.^{٦١٠} وأدلى القاضي أنزولوتي برأي مخالف، وأبدى القاضي هدمسن رأيا معارضا. فقال القاضي أنزولوتي، في معرض إشارته إلى الدفع الفرعي لبلجيكا، ما يلي:

"إنني مقتنع بأن المبدأ الذي يستند إليه هذا الدفع (الدفع بعدم الوفاء) عادل ومنصف ومقبول عالميا بدرجة يتحتم معها تطبيقه في العلاقات الدولية أيضا. وأيا كان الأمر، فإنه مبدأ من هذه المبادئ العامة للقانون التي تقرها الأمم المتحدة وتطبقها المحكمة بمقتضى المادة ٣٨ من نظامها الأساسي".^{٦١١}

وأشار القاضي هدمسن في آن واحد إلى مبادئ مماثلة في قانون العدالة المطلقة الإنكليزي وكذا إلى مصادر القانون المدني فقال:

"وقد يبدو مبدأ مهما من مبادئ العدالة أنه إذا التزم طرفان بالتزام متطابق أو متبادل، فإن الطرف المتماضي في عدم الوفاء بذلك الالتزام ينبغي ألا يسمح له بأن يستغل عدم وفاء مماثل بذلك الالتزام من جانب الطرف الآخر. ويوجد هذا المبدأ تعبيراً له في ما يسمى بقواعد الإنصاف التي مارست تأثيراً عظيماً في فترة وضع القانون الأنكلوأمريكي التي تميزت بروح الابتكار.... وقد أقر مبدأ مماثل في القانون الروماني... فالدفع بعدم تنفيذ العقد يشترط أن يثبت المدعي أنه أوفى بالتزامه أو عرض الوفاء به... وحتى في الحالة التي يسكت فيها القانون بشأن هذه النقطة، يرى بلانيول أن المبدأ العام هو أنه 'في كل علاقة تبادلية، لا يجوز لأي من الطرفين أن يطالب بالوفاء الذي يحق له إلا إذا عرض هو نفسه تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه'. وهذا المبدأ العام مبدأ ينبغي أن تطبقه المحكمة بتقدير شديد. وينبغي قطعاً ألا ينصرف الاعتقاد إلى وجوب إثبات الوفاء التام بجميع الالتزامات بموجب معاهدة كشرط مسبق لمثول الدولة أمام المحكمة لالتماس تفسير تلك المعاهدة. ومع ذلك، فإنه ينبغي في حالة مناسبة، ومع المراعاة التامة للقيود اللازمة، ألا تحجم المحكمة الملزمة بالقانون الدولي عن تطبيق مبدأ يتصف بهذا القدر الواضح من الإنصاف".^{٦١٢}

٣١٦ - وفي قضية الطعن المتعلق باختصاص مجلس منظمة الطيران المدني الدولي، أكدت المحكمة أن مجرد ادعاء طرف في معاهدة بأن الطرف الآخر قد خرق المعاهدة خرقاً جوهرياً لا يجيز للطرف الأول أن يعتبر المعاهدة منتهية أو

^{٦٠٩} المرجع نفسه، الصفحة ٢٥ (من النص الإنكليزي).

^{٦١٠} المرجع نفسه، الصفحة ٤٣ (من النص الإنكليزي).

^{٦١١} المرجع نفسه، الصفحة ٥٠.

^{٦١٢} المرجع نفسه، الفقرة ٧٠ التي تشير في جملة أمور إلى مؤلف: بلانيول *Planioi*، القانون المدني *Droit Civil*، المجلد الثاني، الطبعة السادسة، ١٩١٢، الصفحة ٣٢٠.

معلقة.^{٦١٣} وأشار القاضي دي كاسترو صراحة، في رأيه المستقل، إلى الدفع بعدم تنفيذ العقد في سياق ادعاء الهند بأنه "لا يمكن طرح مسألة تفسير أو تطبيق معاهدة لم يعد لها وجود أو معاهدة تم تعليقها".^{٦١٤} واستنادا إلى المبدأ المنصوص عليه في المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، "والمنبثق من الطابع التعاقد للمعاهدات"^{٦١٥}، قال القاضي دي كاسترو:

"وينبغي ألا يغرب عن البال أن القاعدة تتيح إمكانية التمسك بالدفع بعدم الوفاء. فخرق التزام ليس هو سبب بطلان أو إنهاء المعاهدة. بل هو مصدر المسؤولية ومنشأ التزامات أو جزاءات جديدة. وإلى جانب هذا، فإن الانتهاك الجوهرى للمعاهدة هو الذي يخول للطرف المضرور التمسك به لإنهاء أو تعليق سريان المعاهدة".^{٦١٦}

٣١٧ - وفي قضية "مشروع غابسيكوفو ناجيماروس"، أثبتت المسألة بشكل محدد وغير مألوف إلى حد ما. وكما سبقت الإشارة إليه أعلاه، فإن المحكمة قضت بأن هنغاريا لم تكن محقة في تعليقها وإنهاءها لأعمال المشروع في فترة ١٩٨٩ - ١٩٩١، غير أنها قضت أيضا بأن تشيكوسلوفاكيا لم تكن محقة هي أيضا في الانفراد بتحويل مجرى نهر الدانوب لأغراض "المتغير جيم" المتعلق بها. وبالتالي فإن الطرفين معا أخلا بمعاهدة ١٩٧٧، غير أن المحكمة رفضت السماح لهنغاريا بالاستناد إلى الخرق الذي قامت به تشيكوسلوفاكيا (وهو خرق جوهرى قطعاً) لتبرير إنهاءها للمعاهدة. واستنادا إلى مقطع من نص الحكم في "قضية مصنع شورزوي" المذكورة أعلاه، قالت المحكمة إنه ليس بوسعها:

"أن تتغاضى عن كون تشيكوسلوفاكيا قد ارتكبت عملاً غير مشروع دولياً يتمثل في تنفيذ المتغير جيم نتيجةاً للتصرف غير المشروع الذي قامت به هنغاريا ... فهنغاريا بتصرفها ذاك أضرت بحقها في إنهاء المعاهدة؛ وهذا ما كان سيكون عليه الأمر حتى ولو انتهكت تشيكوسلوفاكيا، في وقت الإنهاء المزعوم، حكماً أساسياً لتنفيذ موضوع المعاهدة أو تحقيق هدفها".^{٦١٧}

ولاحظت المحكمة فيما بعد أن "مبدأ 'الخطأ لا يصبح مشروعاً في نظر القانون' يقره ما توصلت إليه المحكمة من أن العلاقات القانونية الناشئة بموجب معاهدة ١٩٧٧ لا تزال قائمة ولا يمكن في هذه الحالة اعتبارها لاغية بتصرف غير مشروع".^{٦١٨} غير أنه يجدر بالإشارة أن خرق سلوفاكيا الأخير للمعاهدة "تسبب فيه" خرق سابق

٦١٣ تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٢، ICJ Reports 1972، الصفحة ٤٢، وفي الصفحة ٦٧ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ٣٨)

٦١٤ المرجع نفسه، الصفحة ١٢٤ (من النص الإنكليزي).

٦١٥ المرجع نفسه، الصفحة ١٢٩ (من النص الإنكليزي).

٦١٦ المرجع نفسه، الصفحة ١٢٨ (الحاشية). ويضيف القاضي دي كاسترو كذلك قوله "إن الإخلال بالحقوق والالتزامات الناشئة عن الاتفاق هو الذي يشكل أساس الدفع بعدم الوفاء" (الصفحة ١٢٩)، وهو بذلك يشير إلى حدود الادعاء الذي تستند إليه الهند.

٦١٧ تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، ICJ Reports 1997، الصفحة ٧، وفي الصفحة ٦٧ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ١١٠)

٦١٨ المرجع نفسه، في الصفحة ٧٦ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ١٣٣). وانظر بشأن الآراء المخالفة في هذا الموضوع بيان الرئيس شويل (المرجع نفسه، الصفحة ٨٥ من النص الإنكليزي) أو الرأيين المخالفين للقاضين هر كزيغ وفليشاوور اللذين يريان معاً أن العنصر الحاسم هو خطورة خرق تشيكوسلوفاكيا للالتزام أو عدم تناسبه مع الخرق الذي قامت به هنغاريا: المرجع نفسه الصفحة ١٩٨ (من النص الإنكليزي) (القاضي هر كزيغ)، والصفحة ٢١٢ (من النص الإنكليزي) (حيث أكد القاضي فليشاوور أن "المبدأ القاضي بالآلا تغنم دولة من انتهاكها للالتزام قانوني لا يبيح الانتقام المفرط"). انظر أيضاً القاضي رزيك في الصفحة ٨٦ (من النص الإنكليزي). غير أن القاضي البحايي يعترض بقوة على هذا الرأي، ويلاحظ أن

ارتكبه هنجاريا (باعتباره سببا لا غنى عنه)، ولم ينشأ عن خرق سابق بمفهوم الرأي السوارد في قضية مصنع شورزوي. بل إنه خرق غير مشروع بصورة مستقلة على غرار ما ذهبت إليه المحكمة.

أسس الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن

٣١٨ - وكما أشار إلى ذلك القاضيان أنزيلوتي وهدسن في قضية *تحويل مياه نهر الموز*^{١١٩}، فإن المبدأ الذي يستند إليه الدفع بعدم التنفيذ قد أقرته على نطاق واسع النظم القانونية الوطنية فيما يتعلق بالالتزامات المتبادلة أو التبادلية؛ أي عندما يكون واضحا أن وفاء طرف بالتزام شرط مسبق أو شرط مواز لوفاء الطرف الآخر بنفس الالتزام أو بالتزام مرتبط به. وتنشأ حالة مشابهة عندما يكون خرق أحد الطرفين للالتزام نتيجة لخرق سابق للطرف الآخر أو مرتبطا به مباشرة (مثلا، عندما يكون تأخر طرف في إنجاز عمل معين ناتجا عن تأخر الطرف الآخر في تسليم قطعة من المعدات ضرورية للتنفيذ). وعلاوة على ذلك، فإن المسألة، في القانون الوطني، (على غرار حالات المعاهدات المذكورة أعلاه) تتعلق فيما يبدو بظرف ناف لعدم المشروعية فيما يتصل بالوفاء المتواصل بالتزام، أكثر مما تتعلق بإنهاء هذا الالتزام. وكما يلاحظ تريتل، بعد استعراض شامل لتجربة القانون المقارن:

"يتعين التمييز بين أثر الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني وأثر الإنهاء... فالإنهاء يضع حدا لواجب الوفاء الواقع على كاهل كل طرف، رغم أن الظروف التي تتيح هذه الوسيلة قد تمنح الطرف المضرور حقا في التعويض؛ كما تعطي الطرف المضرور حق الرجوع عن وفائه بإعادة ما تلقى بموجب العقد. ولا يفرز الدفع بعدم التنفيذ هذه الآثار، بل ينشأ عنه ما يسمى بـ"موقف الانتظار". فهو "دفع ماطلة" لا ينهي العقد بل يكتفي بتحويل الطرف المضرور مؤقتا حق رفض الوفاء من جانبه... ويجوز للطرف المضرور أن يستند إلى الدفع بعدم التنفيذ في الدعاوى القضائية وخارج الإطار القضائي. وإذا كانت الظروف تبرر رفض الطرف المضرور الوفاء، فإن المحكمة ملزمة بإعمال الدفع؛ وليس لها أي سلطة تقديرية في هذه المسألة - حتى في تلك الأنظمة (من قبيل النظام الفرنسي) التي تكون فيها وسيلة إنهاء العقد خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة."^{١٢٠}

٣١٩ - ويرد مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أيضا في صكوك القانون التجاري الدولي. وعلى سبيل المثال، فإن المادة ٨٠ من اتفاقية الأونسيترال لعقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، تنص بكل بساطة على ما يلي:

"لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل أو إمتناع من جانب الطرف الآخر".

المعاهدات "لا يجوز تقويضها بانتهاكها. فما لم يكن ثمة رضا متبادل، فإن الدول لا يمكنها ولا يجوز لها أن تنصل من التزاماتها الناشئة بمقتضى معاهدة هذه السهولة". (المرجع نفسه، الصفحة ١٣٨ (من النص الإنكليزي)).

^{١١٩} انظر:

G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 310-311

(والتأكيد مضاف في النص الأصلي)؛ وانظر بشأن استعراضه للقانون المقارن الصفحات ٢٤٥-٣١٧ ("الدفع برفض الوفاء")

ولأغراض المادة ٨٠ لا يبدو أن ثمة أي تأثير لمسألة ما إذا كان الفعل أو الامتناع الذي تسبب في عدم الوفاء مشروعاً أو غير مشروع. وقد صيغ المبدأ بصورة مختلفة تحت عنوان "وقف التنفيذ"، في المادة ٧-٣-١ من مبادئ العقود التجارية الدولية للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، حيث تنص هذه المادة على أنه "إذا وجب على الطرفين أن ينفذا في آن واحد، فإنه يجوز لكل طرف أن يوقف التنفيذ" إذا كان الطرف الآخر غير راغب في التنفيذ أو غير قادر عليه.

هل ينبغي إثبات هذا المبدأ في مشروع المواد؟

٣٢٠ - ناقش السير جيرالد فيتزموريس هذا المبدأ في تقريره الرابع عن قانون المعاهدات إطار "الظروف المبررة لعدم التنفيذ". لم يكن واثقا من تصنيف هذا المبدأ تصنيفا صحيحا كتبرير "خارجي بحكم قاعدة عامة للقانون الدولي" أو كتبرير "داخلي بحكم شرط مفترض ضمنا في المعاهدة بموجب القانون الدولي" (٣٢٠). لكنه كان واثقا من وجود هذا المبدأ وصاغه في الواقع بلغة عامة جدا كما يلي:

"بمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل، وباستثناء حالة فئة [المعاهدات المتعددة الأطراف ذات الطابع "الكلي" ... حيث تكون قوة الالتزام قائمة بذاتها، ومطلقة، وضمنية بالنسبة لكل طرف، بصرف النظر عن تنفيذ الأطراف الأخرى وبصورة مستقلة عنه]، فإن عدم تنفيذ طرف في المعاهدة لأحد الالتزامات الواردة في المعاهدة يبزر، طالما استمر، للطرف أو الأطراف الأخرى في المعاهدة عدم تنفيذها بدرجة تعادل وتقابل عدم تنفيذ الطرف الأول" (٣٢١).

وكان تعليقه واضحا أيضا في اعتبار هذا المبدأ مبدأ عاما، يتجاوز انطباقه الالتزامات الناشئة عن المعاهدات، حيث قال:

"من القواعد العامة للقانون الدولي قاعدة للمعاملة بالمثل تنص على أن عدم تنفيذ الدولة لالتزاماتها الدولية بصورة معينة إما يُعطي للدول الأخرى الحق في المضي في عدم تنفيذ التزاماتها إزاء تلك الدولة بدرجة تقابل عدم تنفيذ الدولة الأولى، أو يحرم تلك الدولة على أي حال من الحق في الاعتراض على عدم التنفيذ بدرجة مقابلة" (٣٢٢).

ويسترسل التعليق ليذكر قضية "تفسير معاهدات السلام (المرحلة الثانية)"، حيث رفضت المحكمة تطبيق هذا المبدأ على معاهدة تنص على إنشاء لجنة تحكيم؛ واحتج بعدم مشروعية رفض طرف في النزاع تعيين عضوة في لجنة التحكيم لمنع إنشاء اللجنة ككل، للسبب التالي:

٦٢٠ فيتزموريس، التقرير الرابع، "حولية ..."، ١٩٥٩، المجلد الثاني الصفحتان ٤٥ و ٤٦ من النص الانكليزي.

٦٢١ المرجع نفسه، الصفحة ٤٦ (من النص الانكليزي).

٦٢٢ المرجع نفسه، الصفحة ٧٠ من النص الانكليزي (التأكيد وارد في النص الأصلي).

"لا يمكن تصحيح خرق التزام وارد في معاهدة بواسطة إنشاء لجنة ليست بالشكل الذي صورتها المعاهدات" (١٢٣).

وتذكر هذه القضية بقضية مشروع "غابشيكوفو - ناغيماروس"، حيث حاولت تشيكوسلوفاكيا تعديل المشروع بواسطة "التطبيق التقريبي" بحيث يكون النموذج المعدل في صالحها، عندما واجهت رفض هنغاريا غير المشروع بشأن المضي في التنفيذ. ورفضت المحكمة هذه الحجة، حيث قالت بعدم إمكانية تصحيح الوضع الناتج عن خرق هنغاريا لمعاهدة ١٩٧٧ بإقامة مشروع مخالف لما صورتها المعاهدة (١٢٤).

٣٢١ - ولم تناقش اللجنة التقرير الرابع لفيتزموريس، ولم يتناول خلفه السير هامفري والدوك هذه القضية كذلك. فبتوجيه منه، تم حصر نطاق اتفاقية فيينا بحيث تستخدم في التعامل مع المعاهدة كأداة تترك بواسطتها معظم المسائل المتعلقة بتنفيذ التزامات المعاهدات في جهة واحدة. حيث أن المادة ٧٣ من اتفاقية فيينا حصرت هذه المسائل تحت موضوع مسؤولية الدول.

٦٢٣ "ICJ Reports 1950" (تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٥٠) في الصفحة ٢٢٩ (من النص الانكليزي)، استشهد بالنص فيتزموريس، في التقرير الرابع، "حولية ..."، ١٩٥٩، المجلد الثاني، الصفحة ٧١ (من النص الانكليزي).

٦٢٤ أو كما صاغت المحكمة ذلك فعلا:

"وحتى وإن وجد هذا المبدأ، لن تمكن استخدامه تلقائياً إلا في إطار حدود المعاهدة المعنية فقط. وفي نظر المحكمة، فإن المتغير جيم لا يستوفي ذلك الشرط الأساسي فيما يتعلق بمعاهدة ١٩٧٧ ... صحيح أن هنغاريا وافقت، عند إبرامها معاهدة ١٩٧٧، على بناء سد على نهر الدانوب وتحويل مياهه إلى قناة جانبية. لكن هنغاريا لم تبد موافقتها إلا في سياق تشغيل مشترك لذلك السد والاستفادة المشتركة من مزاياه. فتعليق الموافقة أو سحبها يشكل انتهاكا للالتزامات القانونية لهنغاريا ... لكن ذلك لا يمكن أن يدل على فقدان هنغاريا لحقها الأساسي في اقتسام موارد مجرى مائي دولي بصورة عادلة ومعقولة".

"ICJ Reports 1997" الصفحتان ٥٣-٥٤ (الفقرات من ٧٦ إلى ٧٨). وبشأن ما يدعى بـ "مبدأ التطبيق التقريبي"، انظر Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa رأي مستقل للسير هيرش لوطربخت، "ICJ Reports 1956" الصفحة ٤٦ من النص الانكليزي، ومناقشة روزين، Breach of Treaty (Combridge, 1984) الصفحات ٩٥-١٠١.

٣٢٢ - وتناول السيد ريفاجن قضية الدفع في سياق التدابير المضادة. ففي تقريره الخامس، اقترح كنص للمادة ٨ من الجزء الثاني النص التالي:

"مع عدم الإخلال بأحكام المواد من ١١ إلى ١٣، يحق للدولة المتضررة، من باب المعاملة بالمثل، تعليق تنفيذ التزاماتها إزاء الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا، إذا كانت هذه الالتزامات تقابل الالتزام المنتهك أو تتصل به اتصالا مباشرا"^(٦٢٥).

وفي أثناء المناقشة، أشار بعض الأعضاء إلى "التمييز الدقيق والشكلي نوعا ما بين [مشروع المادة ٨] وتعليق تنفيذ الالتزام الناشئة عن المعاهدة"^(٦٢٦). وتناول السيد أرانجيو - رويس هذه القضية أيضا وجها من أوجه التدابير المضادة، حيث لاحظ أن:

"المشكلة القائمة هنا [تتمثل] فيما إذا كانت الممارسة قد تبرر التمييز بين التدابير "التقليدية" مثل تعليق العمل بالمعاهدة أو إنهاؤها وبين التدابير المضادة بصورة عامة لا لأسباب تفسيرية محضة فحسب بل من أجل تدوين النظام القانوني أو اعتماده بشكل آخر عن طريق تطويره تدريجيا. وبالإضافة إلى مسألة ما يسمى بـ "تدابير المعاملة بالمثل" بصورة عامة، سيتعين تناول المسائل المتعلقة بهذين التدبيرين "التقليديين" - وهي مسائل ترتبط بالعلاقة بين قانون المعاهدات وقانون مسؤولية الدول - بمزيد من الدرس قبل صياغة أية مشاريع مواد"^(٦٢٧).

٦٢٥ ريفاجن، التقرير الخامس، "حولية..."، ١٩٨٤، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ٣ من النص الانكليزي، وبالنسبة لمشروع التعليق الوارد في تقرير ريفاجن السادس، انظر "حولية..."، ١٩٨٥، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحتان ١٠ و ١١ من النص الانكليزي. فقد استثنى مشروع المادة ١١ كما اقترحها ريفاجن تطبيق المادة ٨ في حالات الالتزامات الناشئة عن المعاهدات المتعددة الأطراف والتي تمس بالمصالح الجماعية للدول الأطراف. وقد شكل مشروع المادة ١٢ شرط تحفظ يتناول القواعد الآمرة.

٦٢٦ "حولية..."، ١٩٨٤، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ١٠٣ من النص الانكليزي (الفقرة ٣٧٣).
٣٢٧ أرانجيو - رويس، التقرير الثالث، الوثيقة A/CN.4/440، ١٩ تموز/يوليه ١٩٩١، الفقرة ٣٥.

وقررت اللجنة ألا تعتبر تدابير المعاملة بالمثل "فئة متميزة من التدابير المضادة"، على أساس أنها "لا تستحق معالجة خاصة" (٦٢٨).

علاقة الدفع بعدم التنفيذ بالإجراءات الأخرى

٣٢٣ - من الضروري أولاً كما يشير هذا السرد عند النظر في مسألة تضمين الفصل الخامس الدفع بعدم التنفيذ أم لا، أن يتساءل عما إذا كان الإجراءات الأخرى يؤيدان دوره بما فيه الكفاية. أو هذين الإجرائين التدابير المضادة. فعندما تخرق دولة التزاما تبادلياً، يصير رفض الدولة الأخرى تنفيذ تلك الالتزام تدبيراً مضاداً مشروعاً، بصورة تلقائية تقريباً، إذ يستبعد جداً أن يكون هذا الإجراء غير متناسب مع رفض الدولة الأولى وقد يكون بحق أنسب الردود كلها. ومن جهة أخرى، يُعد نطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ محدوداً أكثر من نطاق التدابير المضادة، ولا يخضع هذا الدفع للحدود نفسها، ويُعد رداً أكثر دقة على خرق معين، ويخلو من الازدراء الذي يرتبط في كثير من الأحيان بالتدابير المضادة. فقد يرفض النظام القانوني التدابير المضادة، والإجراء الانفرادي، غير الدفاع عن النفس، والأعمال الانتقامية، لكنه مع ذلك قد يجد دوراً للدفع بعدم التنفيذ. ورغم أن اللجنة قد رفضت فعلاً فئة التدابير المضادة من باب المعاملة بالمثل، لأسباب وجيهة بما يكفي في ذلك السياق، فإن هذا الرفض لا يستبعد إمكانية النص بطريقة ما على الدفع بعدم التنفيذ في الفصل الخامس من الجزء الأول - وهي إمكانية لم تنظر اللجنة فيها بعد (٦٢٩).

٣٢٤ - أما الإجراء البديل الثاني فهو تعليق العمل بمعاهدة نتيجة لخرقها. فيموجب الفقرة ١ من المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إذا خرق أحد الطرفين المعاهدة الثنائية خرقاً مادياً يحق للطرف الآخر إنهاء المعاهدة، وتعليق العمل بها كلياً أو جزئياً كذلك. أما في حالة المعاهدة المتعددة الأطراف، فإن إمكانية الوحيدة المتاحة لطرف متضرر من خرق أحد الأطراف للمعاهدة خرقاً مادياً فهي تعليق العمل بهذه المعاهدة في إطار العلاقات التي تربط الطرف المتضرر بالدولة المخلة بالتزامها، نظراً لأن الإنهاء

٦٢٨ تقرير لجنة القانون الدولي "حولية..."، ١٩٩٢، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة ٢٣ من النص الانكليزي (الفقرة ١٥١).

٦٢٩ انظر المرجع نفسه والتعليق على المادة ٤٧، الفقرة (١)، حاشية ٢٥٢.

مسألة تخص جميع الأطراف في المعاهدة^(٦٣٠). وإجمالاً، تؤكد الاتفاقية على مسألة تعليق العمل بالمعاهدات تأكيداً كبيراً، رغبة منها، ولا شك، في ترك الباب مفتوحاً أمام إمكانية استئناف العلاقات في إطار المعاهدة حتى بعد وقوع الخرق المادي^(٦٣١).

٦٣٠ انظر المادة ٦٠ (٢) (ب) و (ج). فالأحكام الصارمة نوعاً ما للمادة ٤٤ المتعلقة بإمكانية فصل أحكام المعاهدة لا تنطبق على تعليق العمل بالمعاهدة نتيجة لخرقها: انظر المادة ٤٤ (٢)، ويرجع ذلك افتراضاً إلى أن الدولة التي يجوز لها إنهاء المعاهدة بكاملها نتيجة لخرقها يجوز لها أن تعلق العمل بجزء منها بدلاً من تعليقها بكاملها. غير أن ذلك قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة في الممارسة، إذا علقت دولة العمل بالأحكام التي تفرض عليها التزامات، مع العمل على إبقاء نفاذ الأحكام التي تمنحها حقوقاً.

٦٣١ في القضية المتعلقة بمشروع "غابشيكوفو ناغيماروس"، يبدو أن المحكمة قد أخذت بالرأي القائل إن هنغاريا علقت تنفيذ معاهدة ١٩٧٧، بصرف النظر عن أي حكم صريح لاتفاقية فيينا يجيز لها ذلك. قالت المحكمة:

"لا يمكن للمحكمة أن تقبل حجة هنغاريا التي تفيد بأن هنغاريا، عند وقفها، عام ١٩٨٩، للأعمال التي كانت لا تزال مسؤولة عنها في ناغيماروس وفي دوناكيليتي ثم التخلي عن هذه الأعمال لاحقاً، لم توقف، مع كل ذلك، تطبيق معاهدة ١٩٧٧ ذاتها..."

"ICJ Reports 1997"، الصفحة ٧، في الصفحة ٣٩ (الفقرة ٤٨) من النص الانكليزي. يوحى السياق أن المحكمة قصدت برأيها أن هنغاريا قد حاولت من حيث الجوهر تعليق العمل بالمعاهدة، رغم تصريحاتها بأنها كانت تتصرف من باب الضرورة (أي على أساس الظروف النافية للامشروعية). غير أن التعليق (شأنه شأن الإنهاء) يُعد عملاً شكلياً بموجب المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا. فمن المستغرب بعض الشيء نعت دولة بأنها علقت العمل بمعاهدة بينما هي (أ) لم تدع أبداً فعل ذلك، و (ب) ليست مؤهلة لفعل ذلك من الناحية القانونية.

٣٢٥ - ورغم ذلك، لا تزال هناك مواطن اختلاف بين الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ كظرف ينفي اللامشروعية، وتعليق العمل بالمعاهدة بموجب المادة ٦٠ أو ما يقابلها في القانون العرفي. أولاً، لا تنطبق المادة ٦٠ إلا على حالات الخرق، "المادية" التي تنحصر في نطاق ضيق نوعاً ما، فقط، بينما ينطبق الدفع بعدم التنفيذ على أي خرق للمعاهدة. ثانياً، تبين المادة ٦٠ تعليق العمل بالمعاهدة كلها (على ما يبدو) بأي مجموعة من أحكامها، بينما لا يبيح الدفع بعدم التنفيذ سوى عدم تنفيذ الالتزام ذاته أو الالتزام الوثيق الصلة به. ثالثاً، قد ينطبق الدفع بعدم التنفيذ، بسهولة أيضاً، على حالات الالتزامات التي يكون تنفيذها متزامناً، بالنظر إلى الإجراء الرسمي للتعليق الوارد في المادة ٦٥^(٣٢٢). وأخيراً، لا تتعلق المادة ٦٠ بالطبع سوى بتعليق تنفيذ الالتزامات، بينما لا يوجد أي سبب يدعو إلى الاعتقاد أن الدفع بعدم التنفيذ، كما صيغ في الرأي الوارد في قضية "مصنع شورزو" لا ينطبق على جميع الالتزامات الدولية أياً كان أصلها.

أشكال الدفع المميزة

٣٢٦ - وعليه هنالك بعض التداخل، لكنه بعيد عن أن يكون كاملاً، بين الدفع بعدم التنفيذ والمبادئ القانونية الأخرى التي نوقشت، وهذا يدعم الرأي بأنه - بعد مراعاة وزن السلطة التي تقف وراءه ومراعاة حسه العام الجيد - يتوجب الإقرار بشكل من أشكال الدفع بعدم التنفيذ في الفصل الخامس. بيد أنه من الضروري التمييز هنا بين شكلين مختلفين على الأقل من أشكال الدفع بعدم التنفيذ. أحدهما، الذي تم التعبير عنه في الفتوى^(٣٢٣) بشأن "مصنع شورزوف" وفي المادة ٨٠ من اتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٠، الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع^(٣٢٤)، يتطلب وجود ارتباط عرضي بين إخلال الدولة ألف بالالتزام وعدم تنفيذ الدولة بآء له. والثاني، وهو أكثر شمولاً، يختص بالالتزامات التبادلية، بحيث يرى كل التزام منها في الحقيقة كمنظير للآخر: وهو ما عبّر عنه القاضي هيدسون في قضية "تحويل مياه نهر الموز"^(٣٢٥) في المادة ٧-١-٣ من مبادئ العقود التجارية الدولية^(٣٢٦) بالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،

٦٣٢ فيما يتعلق بإجراء الاحتجاج بالظروف النافية للإمشروعية، انظر الفقرة ٣٥٢ أنناه.

٦٣٣ انظر الفقرة ٣١٤ أعلاه.

٦٣٤ انظر الفقرة ٣١٩ أعلاه.

٦٣٥ انظر الفقرة ٣١٥ أعلاه.

٦٣٦ انظر الفقرة ٣١٩ أعلاه.

والسير جيرالد فيتز موريس في تقاريره^(٦٣٧). ويبدو أن الموقف الذي اتخذته الأغلبية في قضية "غابتسيكوفو - ناغيماروس" كان مختلفا بدوره^(٦٣٨). برغم أنه لا يزال انعكاسا للمبدأ القانوني العام بأنه لا يمكن السماح لطرف بأن يستفيد من فعله غير المشروع.

٣٢٧- وإذا نظرنا أولا إلى الفكرة التبادلية الأكثر شمولاً للدفع بعدم التنفيذ يتضح أن هذا يمكن تضمينه فقط في الفصل الخامس مع العديد من الشروط والقيود على أن تشمل هذه الاستثناءات، حسب تعبير فيتز موريس للمعاهدات متعددة الأطراف التي تتصف بأنها "متكاملة" (أي التي لا يتوقف تنفيذ الالتزامات بها على المعاملة بالمثل)^(٦٣٩). ولا يمكن أن يكون مبرراً لانتهاك القواعد ذات الصلة باستخدام القوة أو، بعمومية أكثر، انتهاك القواعد الآمرة. كما لا يمكن أن يعارض أي قاعدة تستبعد بطريقة صريحة أو ضمنية واضحة أثر القاعدة الأولية. ولا يمكن أن ينطبق على الالتزامات ذات الحجية تجاه الكافة، مثال الالتزامات في مجال حقوق الإنسان أو القانون الإنساني أو القانون الجنائي الدولي كما أقرت المحكمة الدولية في قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (الادعاءات المضادة)، حيث قالت:

"لقد كانت اليوسنة والهرسك على صواب في إشارتها إلى طبيعة الالتزامات ذات الحجية تجاه الكافة النابعة من اتفاقية الإبادة الجماعية... وكانت الأطراف محقة حين أقرت بعدم جواز أن يكون أحد الانتهاكات للاتفاقية مبرراً لأي انتهاك آخر"^(٦٤٠).

ويبدو أن مفعول الدفع بعدم التنفيذ، وإن كان في صورته الأكثر شمولاً، نسبي وثنائي بالضرورة: وهو، كما جاء في كلمات ريفاغنز، يقتصر على الانتهاكات المحدودة التي "تقابل أو ترتبط مباشرة بـ" الانتهاك السابق للطرف الآخر^(٦٤١).

٦٣٧ انظر الفقرة ٣٢٠ أعلاه.

٦٣٨ انظر الفقرة ٣١٧ أعلاه.

٦٣٩ انظر الفقرة ٣٢٠ أعلاه.

٦٤٠ ICJ 1997 الصفحة ٢٣٤، في الصفحة ٢٥٨ من النص الانكليزي (الفقرة ٣٥). انظر أيضاً، وعلى وجه التخصيص، القاضي ويرامانثري (رأي مخالف) المرجع نفسه الصفحات ٢٩٢-٢٩٤ (من النص الانكليزي). وذهبت المحكمة إلى "القول بأن الادعاء المعتاد بشأن الإبادة الجماعية يمكن تقديمه رغم كل شيء بموجب المادة ٨٠ من القواعد" ما دام الطرفان يرميان، كل في دعواه، إلى تحقيق نفس الهدف القانوني، وهو تقرير المسؤولية القانونية عن انتهاكات اتفاقية "الإبادة الجماعية": المرجع نفسه، في الصفحة ٢٥٨ (من النص الانكليزي) (الفقرة ٣٥).

٦٤١ انظر الفقرة ٣٢٢، أعلاه.

٣٢٨ - ومع ذلك يثير طرح الصورة التبادلية للدفع بعدم التنفيذ بتحديد بهذا الشكل، صعوبات تطبيقية، كما يتضح من تجربة الأمم المتحدة مع اتفاقات وقف إطلاق النار. وقد تم تحليل الصعوبات، مثلاً، في تقرير الأمين العام داغ همرشولد في عام ١٩٥٦، الذي يتناول مدى إمكانية اعتبار أي انتهاك من انتهاكات اتفاقات هدنة ١٩٤٩ في الشرق الأوسط مبرراً لانتهاك انتقامي من الطرف الآخر (عدا قيامه بالدفاع المباشر عن النفس)^(٦٤٢). حيث أشار التقرير إلى "سلسلة من الأفعال وردود الأفعال... من شأنها، إن لم توقف، أن تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين"، وواصل التقرير:

"كان الغموض الذي شاب أبعاد الالتزامات في اتفاقات الهدنة عاملاً مساهماً في التطورات المؤسفة... ومن الطبيعي أن يعتبر كل طرف أن امتثاله لنصوص اتفاق الهدنة مشروط بامتثال الطرف الآخر للاتفاق... ويكون من البديهي عندئذ أن يتوجب أخذ مسألة المعاملة بالمثل مأخذاً جدياً وأن يهتم بتحري الوضوح التام فيها. وأكثر النقاط أهمية في هذا السياق هي: إلى أي مدى يمكن اعتبار أن مخالفة لبند أو عدة بنود أخرى في اتفاق الهدنة من قبل أحد الأطراف يعطي الطرف الآخر الحق في القيام بأعمال تخالف بند وقف إطلاق النار الذي يوجد في جميع اتفاقات الهدنة... ويبين المنطق الذي تقوم عليه اتفاقات الهدنة أن مخالفة مواد أخرى فيها لا يمكن أن تؤخذ كمبرر لمخالفة مادة وقف إطلاق النار. وإذا لم يتم الاعتراف بذلك فسيعني ذلك أن أية مخالفة من هذا النوع قد لا تؤدي فقط إلى إبطال نظام الهدنة بل وتعرض في الحقيقة وقف إطلاق النار نفسه للخطر. ويتضح من ذلك السبب وحده أن الامتثال للمادة المذكورة يمكن اشتراط أن يقتصر فقط بامتثال مماثل من الطرف الآخر"^(٦٤٣).

ومن ثم كان رأي الأمين العام في السياق الذي ينعدم فيه الارتباط العرضي المحض بين انتهاك وآخر أن الإخلال بالتزام وقف إطلاق النار المحدد في مادة معينة وحده الذي يمكن أن يبرر ما من شأنه أن يعتبر في ما عداه مخالفة لتلك المادة. ويجوز بالتأكيد أن يصبح أي حق في استخدام القوة مترتب على أحكام ميثاق

٦٤٢ الوثائق الرسمية لمجلس الأمن ملحق نيسان/أبريل - حزيران/يونيه ١٩٥٦ الصفحات ٣٠-٦٦ (من النص الانكليزي) (S/3596) التي أشار إليها روزين في: Breach of Treaty (Cambridge, Grotius, 1984) pp, 111-115.

٦٤٣ المرجع نفسه الفقرات ١٥-١٨.

الأمم المتحدة لاغيا بعقد اتفاق دائم لوقف إطلاق النار وأن يصبح الاستثناء الوحيد من الالتزام بوقف إطلاق النار بعد ذلك هو ما تسوغه حالة الدفاع عن النفس^(٦٤٤).

٣٢٩ - وتتمثل المشكلة الكامنة في أن الرؤية الشمولية للدفع بعدم التنفيذ قد تسفر عن عدم امتثال تصاعدي فتلغي لأغراض عملية المفعول المستمر للالتزام. ولهذه الأسباب يرى المقرر الخاص بحسم أن تبرير عدم الامتثال بمسوغ الالتزامات التبادلية يجب تفنيده (أ) بموجب القانون المتعلق بتعليق أو إلغاء تلك الالتزامات (وهو كاف لأن يعالج معظم مشاكل التزامات المعاهدات)، (ب) بموجب قانون التدابير المضادة. ويصبح السؤال عندئذ ما إذا كان الشكل الأقل الأضيق للدفع بعدم التنفيذ، الذي أقرته المحكمة في الفتوى^(٦٤٥) بشأن "مصنع شورزوف" يجب تضمينه في الفصل الخامس. حيث يوجد بالتأكيد سبب يستدعي ذلك كمسألة تتعلق بالسلطة أو التقاليد وكمسألة تتعلق بالحكم على الأشياء بصورة سليمة. ويقترح المقرر الخاص لأغراض تيسير المداوالت أن يتضمن الفصل الخامس حكما مفاده انتفاء عدم مشروعية تصرف لدولة ما إذا ما منعت من التصرف وفقا للالتزام المعني كنتيجة مباشرة لانتهاك مسبق لنفس الالتزام أو لالتزام دولي ذي صلة من قبل دولة أخرى^(٦٤٦).

(ج) ما يسمى بمبدأ "الأيدي النظيفة"

٣٣٠ - أخيرا، تجب الإشارة باختصار إلى ما يسمى بمبدأ "الأيدي النظيفة"، الذي اعتمد عليه في بعض الأحيان "كدفاع" أو على الأقل كأساس لعدم مقبولية صحة الادعاء في قضايا مسؤولية الدول، في إطار الحصانة الدبلوماسية غالبا، وإن لم يكن دائما. وكمثال لذلك، أن القاضي شوبيل اعتمد في رأيه المخالف في قضية "الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية داخل نيكاراغوا وضدها" على هذا المبدأ كأساس مساعد لرفض ادعاء نيكاراغوا^(٦٤٧). ولم تشر الأغلبية إلى النقطة بشكل مباشر.

٦٤٤ انظر مناقشة J Lobe and M. Ratner, "By-passing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-fires and the Iraqi Inspection Regime", 93 AJIL 124 at pp. 144-152 (1990)، مع الإشارة إلى المؤلفات السابقة. وكانت المشكلة فقهية في جزء منها في رأي الأمين العام، حيث كانت سلطته المحددة في الشرق الأوسط هي الإشراف على اتفاقات الهدنة كما هي.

٦٤٥ انظر الفقرة ٣١٤ أعلاه.

٦٤٦ للإطلاع على الحكم المقترح، انظر الفقرة ٣٥٦ أعلاه.

٦٤٧ "الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية داخل نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)" موضوع الدعوى، ICJ Reports 1986، الصفحة ١٤ في الصفحات ٣٩٢-٣٩٤ (من النص الانكليزي).

٣٣١ - ولم تتم الإشارة إلى هذا المبدأ إلا لمأما في أعمال اللجنة السابقة بشأن مسؤولية الدول. وقد تناوله المقرر الخاص غارسيا أمدور فقط فيما يتصل بـ "الخطأ المنسوب إلى الأجنبي" الذي أدرج الآن في المادة ٤٢ (٢) من الباب الثاني كأساس للحد من مبلغ جبر الضرر المستحق^(٦٤٨)، إلى درجة أن مبدأ "الأيدي النظيفة" ربما اتخذ كأساس أحيانا لرفض طلب الحماية الدبلوماسية^(٦٤٩)، بينما كان يبدو أن المبدأ استخدم كأساس لعدم المقبولية أكثر منه كظرف لانتفاء عدم المشروعية أو المسؤولية، بحيث يمكن تركه لتناوله تحت موضوع الحماية الدبلوماسية.

٣٣٢ - وحتى داخل مفهوم الحماية الدبلوماسية، سواء كان مبدأ "الأيدي النظيفة" أساسا لعدم المقبولية أو خلاف ذلك، نجد أن السلطة المؤيدة له، حسب قول سالمون، "ضاربة في القدم وشديدة الانقسام"^(٦٥٠). وهي تختص بشكل واسع بالأفراد المشاركين في تجارة الرقيق ومخالفة قواعد الحياد، وبصفة خاصة سلسلة قرارات اللجنة المشتركة بين الولايات المتحدة وبريطانيا العظمى التي تم تشكيلها بموجب اتفاقية ٨ شباط/فبراير ١٨٥٣ لتسوية مطالبات التعويض المقدمة من ملاك السفن. ويقول سالمون إنه في القضايا التي حكم فيها بعدم مقبولية المطالبات.

٦٤٨ "حولية..."، ١٩٥٨، المجلد الثاني صفحة ٧ و ٥٣-٥٤ (من النص الانكليزي).

٦٤٩ كما هو الحال في إشارة القاضي تشوييل عن حكمين صادرين ICJ Reports 1986، الصفحة ١٤ في الصفحتين ٣٩٣-٣٩٤ (من النص الانكليزي) (الفقرة ٢٧٠)، انظر ادعاء "كلارك" (١٩٨٥) في JB Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has Been a Party, vol. III (Buffalo, NY, William S. Hein, 1995), pp. 2738 2739 وادعاء "بيليتيه" في Foreign Relations of the United States, 1887, p. 607. وقد أثير نقاش مماثل في قضية "سكك حديد برشلونة": انظر Pleadings, vol. X, p.11. لكن لم تناقش المحكمة ذلك في أية مرحلة من مراحل نظر تلك الدعوى.

٦٥٠ JJA Salmon, "Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des reclamations internationales", Annuaire français de droit international, vol. 10 p. 225 (1964) at p. 249.

"بدا على كل حال أن القضية من نوع يتميز في جملته بحقيقة أن انتهاك القانون الدولي من قبل الضحية يشكل السبب المبرر الوحيد للضرر موضوع الدعوى [و] أن العلاقة السببية التي نشأت بين الضرر وسلوك الضحية لم تشبها شائبة تدخل بفعل غير مشروع من قبل الدولة المدعى عليها. وفي حين أنه على العكس من ذلك قامت الدولة المدعى عليها بدورها بانتهاك القانون الدولي عندما قمعت صاحب الدعوى ولم يعلن المحكمون قط عدم مقبولية الطلب^(٦٥١).

٣٣٢ - ومن الصحيح أن المبادئ القانونية المبنية على خلفية الاعتقاد بحسن النية يمكن أن يكون لها دور في القانون الدولي. وهي تشمل المبدأ (المؤكد للدفع بعدم التنفيذ) الذي مفاده أن الدولة لا يجوز لها أن تستند إلى السلوك غير المشروع الصادر عنها، أو على مبدأ أن الدعوى لا تقوم على موضوع شائن. فمثل هذه المبادئ قد تكون قادرة على إنتاج آثار قانونية جديدة في إطار المسؤولية، مثلما يبدو أنها قد فعلت في القضية المتعلقة بمشروع "غابتسيكوفو - ناغيماروس"^(٦٥٢). لكن هذا لا يعني أنه ينبغي التسليم بمبادئ جديدة ومبهمة مثل مبدأ "الأيدي النظيفة" في الفصل الخامس. ويقول السير جيرالد فيتزماوريس.

"يجوز حرمان الدولة المذنبة بتصرف غير مشروع من الحق الضروري للمثل أمام المحكمة للشكوى من وقوع أفعال غير مشروعة مقابلة من جانب الدول الأخرى، لا سيما إذا كانت هذه الأفعال مترتبة على فعلها غير المشروع أو ارتكبت لمواجهته - باختصار إذا أثارتها^(٦٥٣). وفي بعض الحالات فإن مبدأ الثأر المشروع يزيل أي وجه لعدم المشروعية عن مثل ذلك العمل المضاد".

٦٥١ المرجع نفسه، صفحة ٢٦١ (من النص الفرنسي) انظر أيضا L. Garcia Arias, La doctrine des "clean hands en droit international public", Annuaire de l'Association des Auditeurs et des Anciens Auditeurs de l'Académie de droit international, vol. 30 (1960), p. 18; A Miaja de la Muela, "Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux" in Mélanges offerts à Juraj Andrassy (The Hague, Martinus Nijhoff, 1968) p. 189.

٦٥٢ انظر الفقرة ٣١٧ أعلاه.

٦٥٣ G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law", Recueil des cours..., vol 92 (1957-II), p. 119, .quoted by Judge Schwebel, ICJ Reports 1986, p. 14, at p. 394 (para. 271)

ولكن الفصل الخامس لا يختص بمثل هذه المسائل الإجرائية كحق الممثل أمام المحكمة أو بمقبولية المطالبات. والمهم أنه حتى في الفقرة الواردة أعلاه، لا يرد ما يشير إلى أن التصرف غير المشروع لدولة متضررة (وبقدر أقل افتقارها لمبدأ "الأيدي النظيفة") يعتبر ظرفا محددًا لانتفاء عدم مشروعية التصرف الذي تسبب في تضرر تلك الدولة.

٣٣٤ - ولهذه الأسباب، ليس في رأي المقرر الخاص ما يبرر إدراج مبدأ الأيدي النظيفة بوصفها "ظرفا (جديدا) نافيا لعدم المشروعية"، مختلفا عن الدفع بعدم التنفيذ أو عن التدابير المضادة. بل، على عكس ذلك، يبدو الاستنتاج الذي انتهى إليه شارل روسو صحيحا: "يتعذر اعتبار نظرية الأيدي النظيفة مؤسسة للقانون العرفي العام" (١٩٥٤).

٥ - المسائل الإجرائية والمسائل الأخرى المتعلقة بالاستناد إلى الظروف النافية لعدم المشروعية

٣٣٥ - تعد المادة ٣٥ من الفصل الخامس الحكم الوحيد الذي يتناول المسائل المتصلة بالاستناد إلى الظروف النافية لعدم المشروعية أو النتائج المترتبة عنه. وهذا يتعارض مع الأحكام المفصلة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي تتناول النتائج التي تترتب على إثارة سبب عدم صحة معاهدة أو إنهاؤها أو تعليقها. وهناك عدد من المسائل المختلفة التي تحتاج إلى أن يُنظر فيها بداية بالمادة ٣٥ ذاتها.

(أ) التعويض عن الخسائر في الحالات التي يُستند فيها إلى الفصل الخامس

٣٣٦ - لقد سبق أن وضّحت أحكام المادة ٣٥ (١٩٥٥). فهذه المادة، كما يتضح من عنوانها، تمثل تحفظا على المسائل المتصلة بإمكانية التعويض عن الأضرار في عدد من الحالات التي يغطيها الفصل الخامس. وهي لا تخول أي حقوق في الحصول على تعويض، رغم أنها تستبعد استبعادا واضحا ضمنيا أيا من تلك الحقوق فيما يتعلق بالحالتين غير المذكورتين، ألا وهما التدابير المضادة والدفاع عن النفس.

C. Rousseau, Droit International Public. Tome V. Les rapports conflictuels, (5e éd., ١٩٥٤

Paris, Sirey, 1983) الفقرة ١٧٠.

١٩٥٥ انظر الفقرة ٣٠٣ أعلاه.

٣٣٧ - وقد جاء في التعليق الموجز على المادة ٣٥ أن مسألة التحفظ فيما يتصل بالأضرار، التي أثيرت لأول مرة عند مناقشة المادة ٣١ المتعلقة بالقوة القاهرة في عام ١٩٧٩. ولأن ذلك الحكم كان ذا صلة بأحكام أخرى في الفصل الخامس، فقد وضع جانباً ولم يستأنف النظر فيه إلا في عام ١٩٨٠. ورغم أن إمكانية التعويض نوقشت "بقوة" فيما يتصل بحالة الضرورة^(٦٥٦)، فقد أدرجت المادة ٣٥ في نهاية المطاف بوصفها "تحفظاً مصاعاً في عبارات عامة للغاية"، ينطبق على جميع الظروف المنصوص عليها في الفصل الخامس، ما عدا الدفاع عن النفس والتدابير المضادة^(٦٥٧). بيد أنه تم التشديد على أن إدراج المادة ٣٥ لم "يخل بأي مسألة من المسائل المبدئية التي قد تنشأ فيما يتصل بهذا الموضوع، سواء تعلق الأمر بالالتزام بالتعويض، الذي سينظر فيه في إطار الجزء الثاني من هذا المشروع" أو بموضع المادة^(٦٥٨) ولم تجر أي مناقشة لممارسة الدول أو مذهبها بشأن هذا الموضوع، لا في التعليق ولا في المناقشة التالية لاقتراح لجنة الصياغة الخاص بالمادة ٣٥^(٦٥٩).

تعليقات الحكومات على المادة ٣٥

٣٣٨ - تقترح النمسا إعادة صياغة المادة ٣٥ لتفادي تقويض الفصل الخامس ككل. ولا ينبغي أن تنشأ إمكانية التعويض إلا حيثما ينص القانون الدولي بصورة مستقلة عليها^(٦٦٠). وذهبت فرنسا إلى أبعد من ذلك عندما اقترحت حذف المادة ٣٥ على أساس أنها "تنص على المسؤولية بدون خطأ"^(٦٦١). أما ألمانيا فيظهر أنها تتوخى أن يقتصر التعويض على حالة الضرورة بموجب المادة ٣٣^(٦٦٢). وترحب المملكة المتحدة بالمادة ٣٥ بوصفها تنطبق على الحالات (كحالة الضرورة) التي يكون فيها الطرف النافي لعدم المشروعية بمثابة عذر لا بمثابة مبرر^(٦٦٣). وتؤيد اليابان أيضاً المبدأ، غير أنها تقترح استعمال مصطلح مختلف غير "التعويض"، الذي هو أحد جوانب الجبر المترتب عن أفعال غير مشروعة بموجب الباب الثاني^(٦٦٤).

٦٥٦ التعليق على المادة ٣٥، الفقرة (٣).

٦٥٧ المرجع نفسه، الفقرة (٤).

٦٥٨ المرجع نفسه.

٦٥٩ ولكن للاطلاع على حالة منح فيها التعويض رغم أن عدم مشروعية التصرف كانت متغية، انظر قضية "الشركة العامة لأورينوكو"، مجموعة الأمم المتحدة لقرارات التحكيم الدولي، المجلد العاشر، الصفحة ٢٨٠ (١٩٠٥)، وردت في التعليق على المادة ٣٣، الفقرة (١٧).

٦٦٠ A/CN.4/488، الصفحة ١١٥.

٦٦١ المرجع نفسه.

٦٦٢ المرجع نفسه، الصفحة ١١٥.

٦٦٣ المرجع نفسه، الصفحة ١١٦.

٦٦٤ A/CN.4/492، الصفحة ١٤.

هل ثمة مجال لمبدأ التعويض عن الخسائر عندما تنفي الظروف عدم المشروعية؟

٣٣٩ - يتخذ التعليق موقفاً شديداً التحفظ فيما يتعلق بالمادة ٣٥، التي يعتبرها مجرد بند لـ "عدم الإخلال". وقد يكون ذلك راجعاً في جزء منه إلى توقع تناول المسألة في الباب الثاني، غير أن ذلك لم يحصل. ومع ذلك، وكما توضح اليابان، فالمادة ٣٥ ليست معنية بالتعويض في إطار الجبر الناشئ عن تصرف غير مشروع، الذي يمثل موضوع الباب الثاني. بل هي بالأحرى معنية بمعرفة ما إذا كان على دولة ما تدفع بقيام ظرف نافٍ لعدم المشروعية أن تعوض، مع ذلك، عن وقوع أي خسائر فعلية لحقت بأي دولة تضررت مباشرة من ذلك الدفع. ويعتبر هذا الشرط، مبدئياً، شرطاً مناسباً تماماً للسماح للدولة السابقة بالاستناد إلى الظرف النافي لعدم المشروعية. وهو لا يتصل البتة بالمسألة العامة المتعلقة بما إذا كان يجوز اعتبار دولة ما "مسؤولة" عن الأضرار الناجمة عن أنشطة مشروعة أساءت إلى دول أخرى، والتي شكلت محورا لموضوع مستقل. وعادة ما يطلب من دولة ما، بموجب القواعد الثانوية للمسؤولية، التي تمثل الموضوع المناسب لمشاريع المواد هذه، القيام بتعويض دولة متضررة تعويضاً كاملاً بسبب تصرف (وفقاً لأحكام المادة ١٦) مخالف للالتزامات الدولية^(٦٦٥). وإذا كانت مشاريع المواد تحدد الظروف التي لا تكون فيها الدولة المتضررة المفترضة غير مؤهلة للتعويض، فمن المناسب تماماً أن تفعل ذلك، مع مراعاة الحكم الذي ينص على أن تعوض الدولة الدافعة بالانتفاء أي خسائر فعلية ألحقت بتلك الدولة والتي ليست هي المسؤولة عنها - وهذا الأمر يقع، من حيث الشكل، في نطاق القواعد الثانوية للمسؤولية، ما دام أنه يتصل بحالة تنشأ فيها مسؤولية الدولة في ظاهر الأمر طبقاً لأحكام مشاريع المواد، غير أن هذه الأخيرة تواصل استبعاد تلك المسؤولية صراحة^(٦٦٦). ومن حيث الجوهر، فإن الحالة الخاصة بذلك الشرط تتمثل في أنه، بانتفاؤه، سيكون بوسع الدولة التي يكون تصرفها غير مشروع خلافاً لذلك، أن تلقي بعبء الدفاع عن مصالحها الخاصة أو شواغلها على دولة ثالثة بريئة.

٦٦٥ انظر الفقرة ١٤ أعلاه.

٦٦٦ انظر رأي المحكمة الدولية في قضية "مشروع غابسيكوفو - ناغيباروس"، المذكور في الفقرة ٢٢٦ أعلاه.

٣٤٠ - وقد قبلت هنغاريا هذا الأمر عند دفعها بحالة الضرورة في قضية "مشروع غابسيكوفو ناغيماروس". وسيبدو من غير المعقول لو أن هنغاريا سعت إلى إلزام تشيكوسلوفاكيا بدفع سائر تكاليف إلغاء مشروع مشترك، بينما نجم الإلغاء عن أسباب لم تكن تشيكوسلوفاكيا مسؤولة عنها. وكما لاحظت المحكمة:

"أقرت هنغاريا صراحة بأن حالة الضرورة تلك لا تعفيها بأي حال من الأحوال من تعويض شريكها" (١٦٧).

ولأن الدفع بحالة الضرورة قد رفض لأسباب أخرى، فإن النطاق المحدد لذلك التعويض في الظروف المتصلة بالقضية لم يكن مبنوتا فيه (١٦٨).

ما هو الطرف الذي ينبغي أن تنطبق عليه المادة ٣٥ من بين الظروف المنصوص عليها في الفصل الخامس؟

٣٤١ - لهذه الأسباب، ليس ثمة سبب مسبق لاستبعاد المادة ٣٥ من مشاريع المواد. وإذا كان استبقاؤها يقتضي ضمنا أن بعضا من الظروف المنصوص عليها في الفصل الخامس على الأقل تمثل ظروفًا نافية للمسؤولية بدلا من عدم المشروعية، فهذا بدوره يقع في نطاق القواعد الثانوية للمسؤولية، تماما كما لو عدت بمثابة ظروف مخففة للمسؤولية (١٦٩). وعليه فالمسألة تصبح متعلقة بتحديد الطرف الذي تنشأ عنه، أو قد تنشأ عنه، إمكانية التعويض عن الخسائر الفعلية التي وقعت من بين الظروف التي يتناولها الفصل الخامس، فضلا عن تحديد كيفية صياغة المادة ٣٥.

٣٤٢ - ومن الواضح أنه لا ينبغي أن تنطبق المادة ٣٥ على الدفاع عن النفس أو التدابير المضادة، نظرا لأن هذين الطرفين يتوقفان على التصرف غير المشروع السابق للدولة "المستهدفة" ويتعلقان به، وليس هناك مبرر لتعويضها على نتائج تصرفها غير المشروع - وإذا استبقيت الموافقة كظرف ناف لعدم المشروعية، فمن اللازم استثناءها أيضا من نطاق المادة ٣٥ - والدولة التي تشكل موافقتها أساسا لتصرف دولة أخرى (مثلا، التحليق، أو احتلالها إقليما ما) يحق لها بالطبع أن تجعل موافقتها مرهونة بدفع رسم، أو إيجار، أو التعويض

١٦٧ "ICJ Reports 1997", p. 7, at p. 39 (para. 48).

١٦٨ ثمة موضوع مستقل يتمثل في المسؤولية عن التكاليف والأضرار المشروعة: انظر ICJ Reports 1997, p. 7 at p. 81 (paras. 152-153).

١٦٩ انظر الفقرة ٢٢٨ أعلاه.

عن ضرر ما، وهي مسألة تطرح للتفاوض عند منح الموافقة. إلا أنه للأسباب التي ذكرت ليس ثمة مكان للمادة ٢٩ في إطار الفصل الخامس^(١٧٠).

٣٤٣ - وبذلك تبقى الظروف الثلاثة (القوة القاهرة، حالة الشدة، حالة الضرورة) التي تكون مبدئياً مستقلة عن تصرف الدولة المتضررة المفترضة أو إرادتها. فأما القوة القاهرة فهي معرفة بكونها فعلاً "راجعا لقوة لا سبيل إلى مقاومتها ولحلت خارجي غير متوقع وخارج عن سيطرتها مما يجعل من المتعذر مادياً على تلك الدولة في هذه الظروف أن تفي بالالتزام"؛ وعلاوة على ذلك، يجب على الدولة الدافعة بالانتفاء ألا تكون قد ساهمت في إحداث حالة القوة القاهرة بتصرفها غير المشروع، ويجب ألا تكون قد افترضت مخاطر وقوع حدث القوة القاهرة^(١٧١). وفي هذه الظروف، لا يبدو أن ثمة داع لأن يطلب من الدولة الدافعة بالانتفاء تحمل أي التزام خاص بالتعويض. فقيام ظروف خارجة عن سيطرتها جعل من المتعذر مادياً على تلك الدولة التصرف وفقاً لذلك الالتزام، كما أنها لم تقبل الخطر الوحيد لوقوعها^(١٧٢). وبخلاف ذلك - وكما أشير إلى ذكر أعلاه - ليس ثمة مبرر قوي للتعويض عن الخسائر الفعلية عندما تستند الدولة إلى حالة الضرورة، شريطة ألا تكون الدولة الأخرى قد تسببت، من خلال تقصير أو إهمال صادر عنها، في حدوث حالة الضرورة.

٣٤٤ - وأما فيما يتعلق بحالة الشدة، فهي في رأي المقرر الخاص أقرب إلى الدفع بحالة الضرورة منها إلى القوة القاهرة. فلنفترض أن عاصفة جوية فاجأت مركباً وألحقت به أضراراً فدخل ميناء أجنبياً لإنقاذ أرواح الطاقم. لِمَ لا ينبغي أن يطلب منه دفع تعويض عن أي ضرر أصاب منشآت ذلك الميناء (يكون ناجماً مثلاً عن زيت الوقود المتسرب من صهريج متصدع)؟ وتوجيه طلب إليه للقيام بذلك قد يسهل الاعتماد على حالة الشدة كأساس لإنقاذ الأرواح، وهو الشيء الذي يكون في المصلحة العامة.

٦٧٠ انظر الفقرة ٢٤١ أعلاه.

٦٧١ انظر الفقرات ٢٦١-٢٦٣ أعلاه. وبالنسبة إلى أحكام المادة ٣١ انظر الفقرة ٣٥٦ أعلاه.

٦٧٢ عندما تنجم القوة القاهرة عن إكراه صادر عن دولة ثالثة، يجوز أن تكون تلك الدولة مسؤولة عن العواقب تجاه الدولة المتضررة المفترضة: انظر هذا التقرير A/CN.4/458/Add.1، الفقرة ٢٠٢. أما فيما بين الدولة الدافعة بالانتفاء والدولة الثالثة، فمن الواضح أن الأخيرة هي التي ينبغي أن تتحمل المسؤولية.

٣٤٥ - أما فيما يتصل بالطرفين الإضافيين اللذين اقترح إضافتهما إلى الفصل الخامس، فإنه يقترح ألا يذكرنا كذلك في المادة ٣٥. فالتقيد بالقواعد الآمرة يمثل مصلحة عامة وشاغلا مشتركا بين كافة الدول التي يتألف منها المجتمع الدولي، وليس ثمة مبرر لأن يُطلب من إحدى الدول أن تعوض أي دولة أخرى بسبب مقتضيات التقيد بهذه المسؤولية المشتركة. أما عن الدفع بعدم التنفيذ، شأنه شأن التدابير المضادة، فهو يتوقف على التصرف غير المشروع للدولة "المستهدفة"، وليس ثمة حالة تتعلق بالتدابير المضادة. ولهذه الأسباب، يود المقرر الخاص أن يقصر نطاق المادة ٣٥ على حالة الشدة وحالة الضرورة.

مسائل الصياغة: حق أم مجرد تحفظ؟

٣٤٦ - تتمثل المسألة المتبقية في معرفة ما إذا كان ينبغي صياغة المادة ٣٥ كحق ثابت أو كتحتفظ فيما يتعلق بحالتي الشدة والضرورة. بيد أن ثمة صعوبات بالنسبة إلى الحالة الأولى، نظرا لأن عدد الحالات مختلف جدا ولأن الممارسة نادرة. وبعد إنعام النظر، يُقترح الإبقاء على شكل بند التحفظ، على أن يتم تقوية اللغة إلى الحد الذي يجعل من الواضح أنه لا يُتوقع من دولة ثالثة بريئة أن تتحمل لوحدها أي خسائر فعلية ناشئة عن الدفع بحالة الشدة أو حالة الضرورة.

استنتاجات بشأن المادة ٣٥

٣٤٧ - ولهذه الأسباب، ينبغي الإبقاء على المادة ٣٥ في ما يتعلق بحالتي الشدة والضرورة. وينبغي أن يكون الاحتجاج بهذه الظروف "غير ماس ... بمسألة التعويض المالي عن أي ضرر أو خسارة فعليين يتسبب فيهما" فعل ترتكبه الدولة المحتجة^(١٧٣).

(ب) التأثير الزمني للاحتجاج بظروف نافية لعدم المشروعية

٣٤٨ - يوضح التعليق على مختلف مشاريع مواد الفصل الخامس أنها لا تنفي سوى صفة عدم المشروعية (ومن ثم المسؤولية) طالما ظلت هذه الظروف قائمة واستوفت الشروط المنصوص عليها للاحتجاج بها. وقد أكدت المحكمة هذا المبدأ نفسه في قضية "رينبو واريور" (Rainbow Warrior). كما أكدت المحكمة الدولية في قضية "مشروع غابسيكوفو - ناغيماروس"^(١٧٤). ومع أن هذا المبدأ قد يكون ورد ضمنا في الفصل الخامس بالصيغة التي اعتمد بها في القراءة الأولى، فإنه من الأهمية بحيث يستدعي التعبير عنه صراحة. ولا ريب في أن الظروف الخاصة النافية لعدم المشروعية قد تكون، في الوقت ذاته، أساسا كافيا لإنهاء الالتزام الضمني (على سبيل المثال، قد يكون انتهاك المعاهدة الذي يبرر التدابير المضادة "جوهريا" في

٦٧٣ انظر الفقرة ٣٥٦ أدناه.

٦٧٤ انظر الفقرة ٢٢٤ أعلاه.

مفهوم المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ ويبيح إنهاء المعاهدة). وعلى نقيض ذلك، قد يُعاد سريان الالتزام بصفة تامة أو يعاد نفاذه كاملاً من حيث المبدأ، ولكن الحاجة قد تقتضي استثناء إجراءات العمل به. وتلك أمور لا تقدر مشاريع المواد على حلها وليس لزاماً عليها أن تفعل ذلك. بيد أنه ينبغي النص، على أقل تقدير، بأن الاحتجاج بالظروف النافية لعدم المشروعية لا يخل "بالتوقف عن أي فعل مخالف لهذا الالتزام، وللامتنال به لاحقاً، طالما لم يعد الظرف النافي لعدم المشروعية قائماً في حدود ذلك" (٦٧٥).

(ج) عبء الإثبات

٣٤٩ - لا تُفترض مسؤولية الدول من حيث المبدأ. وعبء إثبات هذه المسؤولية على الدولة التي تدعي ذلك (٦٧٦). أما في الحالات التي تستند فيها مسؤولية تصرف منافع للالتزام دولي أبرمته إحدى الدول إلى تلك الدولة وتسعى هذه الدولة إلى تفادي مسؤوليتها بالاستناد إلى بعض الظروف بموجب الفصل الخامس، فإن الوضع يختلف، وعلى تلك الدولة عبء تبرير تصرفها أو الاعتذار عنه. وفضلاً عن ذلك، فكثيراً ما تكون الدولة المحتجة وحدها على علم تام بملازمات القضية. ويبدو أن اللغة المستخدمة حالياً في الفصل الخامس تحقق هذه النتيجة بدرجة كافية، ولا حاجة إلى حكم إضافي.

(د) سقوط حق الاحتجاج بالمسؤولية

٣٥٠ - قُدم اقتراح بأن تشمل مشاريع المواد مسألة سقوط حق الاحتجاج بالمسؤولية، قياساً على المادة ٤٥ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تتعلق بـ "سقوط حق الاحتجاج بسبب إبطال المعاهدة أو إنهاؤها أو الانسحاب منها أو وقف العمل بها". وهناك محاولات تدوين عديدة سابقة تضمنت عناصر عُولجت بطريقة ملائمة تحت هذا العنوان، ولا سيما "قبول الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى لعدم الوفاء بالالتزام" (٦٧٧). ومن جهة أخرى، لا تبرز هذه المسألة إلا عندما تكون المسؤولية قد وقعت فعلاً، أي إذا استوفيت جميع الشروط لنشوء المسؤولية الدولية للدول. ولذلك فإن مكانها المناسب هو الجزء الثاني من مشاريع المواد وستناقش في ذلك الإطار.

٦٧٥ انظر الفقرة ٣٥٦ أدناه.

٦٧٦ كما ذكر المَحْكَمُ هيوبر في Spanish Zone of Morocco Claims، فإن "المسؤولية الدولية غير مفترضة"؛ انظر UNRIIA المجلد الثاني، ص ٦١٥ من النص الانكليزي (١٩٢٥).

٦٧٧ فيتزموريس، التقرير الرابع، "حولية..."، ١٩٥٩، المجلد الثاني، الصفحتان ٤٤ و ٦٣، انظر الفقرتين ٢١٥، ٢٣٧ أعلاه.

(هـ) تسوية المنازعات في ما يتعلق بالظروف النافية لعدم المشروعية

٣٥١ - لأن أثر الظروف التي يعالجها الفصل الخامس هو نفي المسؤولية التي كانت ستنشأ لولا ذلك في ما يتعلق بدولة أخرى أو ببعض الدول الأخرى، فإن مسألة تسوية المنازعات ستبرز دون ريب. ويتضح ذلك، على سبيل المثال، من الصلة الموجودة أصلاً في الجزء الثاني بين التدابير المضادة وتسوية المنازعات وكذلك من إصرار الدول المشاركة في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات على الربط بين الاحتجاج بالقواعد الآمرة بموجب المادتين ٥٣ و ٦٤، وتسوية المنازعات^(٦٧٨).

٣٥٢ - وصحيح أن مسألة تسوية المنازعات تبرز عموماً بصدد مشاريع المواد ككل، ولا سيما الجزء الثالث. ولكن تبرز في أي استنتاج يمكن التوصل إليه بشأن الجزء الثالث، مسألة إجرائية في ما يتعلق بالفصل الخامس، بالقياس إلى المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. فإذا سعت الدولة إلى الاستناد إلى ظرف نافٍ لعدم المشروعية، بغية تبرير فعل قد يمثل، لولا ذلك، انتهاكاً للقانون الدولي على سبيل المثال، فإن عليها أن تقوم، على الأقل، بإبلاغ الدولة أو الدول الأخرى، فوراً بهذه الحقيقة، وبالنتائج المترتبة على وفائها بالالتزام. وعندئذ، ينبغي على الدول المعنية أن تسعى إلى حل أي مسائل ناشئة، باللجوء إلى الإجراءات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، لا سيما المادة ٣٣. ويلزم الرجوع إلى هذا الموضوع في سياق الجزء الثالث من مشاريع المواد، بيد أنه ينبغي النص على ذلك لهذا الغرض، في الفصل الخامس في الوقت الراهن على الأقل^(٦٧٩).

٦ - استنتاجات في ما يتعلق بالفصل الخامس

٣٥٣ - وردت الإشارة، في مستهل هذه المناقشة بشأن الفصل الخامس، إلى أن الظروف التي يعالجها هذا الفصل قد تندرج في عدة فئات، وأنه قد يكون من الأنسب، على الأقل في ما يخص بعض هذه الظروف الحديث عن الظروف النافية للمسؤولية بدلاً من عدم المشروعية^(٦٨٠). وفي ما يتعلق، على الأقل، بالقوة القاهرة وصلة الشدة وحالة الضرورة فقد تكون الصياغة البديلة لأغراض الفصل الخامس هي "لا تكون

٦٧٨ قارن ذلك أيضاً برأي محكمة التحكيم في قضية "رينيو واريور"، المذكورة آنفاً، الفقرة ٢٦٩ أعلاه.

٦٧٩ للاطلاع على الحكم المقترح، انظر الفقرة ٣٥٦ أسفله.

٦٨٠ انظر الفقرات ٢٢١-٢٢٩ أعلاه.

الدولة مسؤولة عن عجزها عن الوفاء بالتزام دولي إذا كان هذا العجز يعزى إلى "... أحد هذه الظروف. وقد يتعارض ذلك مع الصياغة في حالة الدفاع عن النفس، وربما في حالة التدابير المضادة، بحيث يجوز القول بأن الظرف ينفي عدم المشروعية (ومن ثم فكرة "العجز" ذاتها). ولا ريب في أن تنازع مقتضيات القاعدة الآمرة والدفع بعدم التنفيذ، في الصياغة الضيقة المقترحة، يدخل في الفئة الأخيرة كذلك. غير أن المقرر الخاص غير مقتنع، في نهاية الأمر، بوجود حاجة تستدعي التمييز بين فئات الظروف التي يشملها الفصل الخامس؛ والحق أن هناك طائفة متنوعة من الحالات؛ فقد يكون هناك مثل واضح للشدة، أو حتى للضرورة، أكثر إقناعاً كظرف لنفي عدم المشروعية من حالة هامشية هي الدفاع عن النفس. ولعل تناول جميع الظروف الواردة تحت العنوان الحالي في الفصل الخامس ووضع مميزاتها وشروطها المقترحة، سيؤدي بالغرض.

٣٥٤ - وتتعلق مسألة ثانية لم يحسم أمرها عند مناقشة المادة ١٦ بالعلاقة بين تلك المادة والفصل الخامس^(٦٨١). وسيكون من غير المستساغ إخضاع المادة ١٦ (وبالأحرى المادتين ١ أو ٣) بشكل صريح للفصل الخامس، كما أن من شأن ذلك أن يضيف على مسألة عدم الوفاء بالالتزام أهمية مفرطة. فالمادتان ١ و ٣ تعدان من قبيل إعلان المبادئ شأن المادة ٢٦ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (العقد شريعة المتعاقدين) وليس هناك ما يستدعي، في سياق مشاريع المواد ككل، إدخال شروط إضافية فيهما؛ فتعبير "بموجب القانون الدولي" الذي اقترحت فرنسا تضمينه في المادة ١٦، شرط كاف لأغراض تلك المادة^(٦٨٢). وقد اقترحت فرنسا أيضاً جعل الفصل الخامس، مادة واحدة، تدخل في الفصل الثالث^(٦٨٣). ولكن من غير المستحب أن يختزل الفصل الخامس في مادة واحدة ولكن يجوز أن تصبح الفصول الحالية وهي الثالث والرابع والخامس أقساماً فرعية من فصل واحد يتعلق بانتهاك الالتزام الدولي. وقد ترغب لجنة الصياغة في دراسة هذا الاحتمال.

٦٨١ انظر الفقرة ١٤ أعلاه.

٦٨٢ انظر الفقرتين ٨، ١٤ أعلاه.

٦٨٣ انظر الفقرة ٢١٦ أعلاه.

٣٥٥ - وتوجد، في الختام، مسألة ترتيب مختلف الظروف الواردة في الفصل الخامس. فالترتيب الأصلي هو القبول والتدابير المضادة والقوة القاهرة وحالات الشدة وحالة الضرورة والدفاع عن النفس (وقد يعزى هذا الترتيب إلى حد ما إلى الصلة التاريخية بين الدفاع عن النفس والضرورة)^(١٨٤). غير أن الدفاع عن النفس في إطار القانون الدولي، ألصق الحديث بالتدابير المضادة منه بحالة الضرورة، وينبغي ضمه إليها، مثلما هو الحال أيضا بالنسبة للدفع بعدم تنفيذ العقد الذي يشكل بالمثل ردا على تصرف غير مشروع ترتكبه دولة يُستخدم الظرف للاحتجاج ضدها. وخلاصة الأمر أنه قد يكون ملائما أن توضع الظروف التي سيشملها الفصل الخامس الآن في فئتين فرعيتين: الأولى، الامتثال لقاعدة آمرة، والدفاع عن النفس، والتدابير المضادة والدفع بعدم التنفيذ؛ تليها القوة القاهرة وحالة الشدة وحالة الضرورة، ثم الأحكام الإضافية التي نوقشت أعلاه.

٣٥٦ - ويقترح المقرر الخاص المواد التالية في الفصل الخامس استنادا إلى الأسباب المذكورة أعلاه. وتوضح الملاحظات المرفقة بكل مادة، في إيجاز شديد، التغييرات المقترحة.

الفصل الخامس الظروف النافية لعدم المشروعية

المادة ٢٩

الموافقة

ملاحظة:

عالجت المادة ٢٩ السابقة الموافقة معالجة سليمة بوصفها ظرفا نافيا لعدم المشروعية. ففي كثير من الحالات، تكفي موافقة الدولة، مقدما قبل أي فعل، لإضفاء المشروعية على هذا الفعل في القانون الدولي، مثل الموافقة على التحليق فوق إقليم ما، وما إلى ذلك. وفي حالات أخرى قد يرقى القبول بعد وقوع الفعل إلى الإعفاء من المسؤولية، ولكنه لا يحول دون نشوء المسؤولية في وقت وقوع الفعل. وعليه فإن الموافقة إما أن تكون جزءا من عناصر تعريف الفعل غير المشروع وإما أن تتصل به من حيث سقوط حق الاحتجاج بالمسؤولية. وهي لا تشكل في أي من هاتين الحالتين ظرفا نافيا لعدم المشروعية، وبناء عليه حذفت المادة ٢٩. انظر الفقرات ٢٣٥ - ٢٤١ أعلاه.

٦٨٤ انظر مناقشة قضية كارولين، الفقرة ٢٧٨ أعلاه.

المادة ٢٩ مكررا

الامتثال لقاعدة آمرة

تنتفي صفة عدم مشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه التزام دولي عليها إذا كان الفعل ضمن الظروف التي تقتضيها قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي.

ملاحظات:

١ - ومثلما تبطل قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي معاهدة مخالفة لها، فإنه ينبغي أن يكون لها تأثير يبرر عدم الامتثال للالتزام في تلك الظروف النادرة - رغم أنها محتملة - التي يعلو فيها التزام أمر على التزام دولي ليست له طبيعة آمرة. فعلى سبيل المثال، لا يجوز الاحتجاج بحق العبور أو المرور عبر إقليم ما إذا كان الغرض المباشر من ممارسة هذا الحق الهجوم غير المشروع على إقليم دولة ثالثة. انظر الفقرات من ٣٠٦ إلى ٣١٣ أعلاه.

٢ - تعرف المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ القواعد الآمرة بأنها قواعد لا يجوز الاستثناء منها إلا بقواعد آمرة لاحقة ذات وضع مماثل. وهناك شعور بعدم الحاجة إلى تكرار هذا التعريف في المادة ٢٩ مكررا.

٣ - لا تنطبق المادة ٢٩ مكررا إلا في الحالات التي يكون فيها التنازع بين قاعدة آمرة وبعض الالتزامات الأخرى بينا ومباشرا في الملابسات التي طرأت. وينبغي أن يكون الفعل، الذي يُعد فعلا غير مشروع بغير ذلك، ضمن الملابسات التي تقتضيها قاعدة آمرة بحيث لا يكون للدولة المعنية أي مجال لاختيار الوسائل ولا سبيل للامتثال لكلا الالتزامين.

٤ - وسينظر في مسألة تسوية المنازعات المتعلقة بالمادة ٢٩ مكررة في سياق الجزء الثالث من مشاريع المواد.

المادة ٢٩ ثالثا

الدفاع عن النفس

١ - تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق للالتزام دولي لتلك الدولة إذا كان الفعل يمثل تدبيرا مشروعا للدفاع عن النفس يتفق وميثاق الأمم المتحدة.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ على الالتزامات الدولية التي تعبر عن، أو يقصد بها أن تمثل، التزامات بالتقييد التام حتى في حالة الدول التي تخوض صراعا مسلحا أو تتصرف دفاعا عن النفس، لا سيما الالتزامات ذات الطابع الإنساني المتعلقة بحماية الأشخاص في حالة الصراع المسلح أو حالات الطوارئ الوطنية.

ملاحظات:

١ - لا تختلف الفقرة (١) عن الفقرة التي اعتمدت مؤقتا في القراءة الأولى.

٢ - أضيفت الفقرة (٢) للتمييز بين الالتزامات التي تقيد حتى الدول التي تتصرف دفاعا عن النفس (لا سيما في مجال القانون الدولي الإنساني) وتلك التي لا تشكل التزامات "بالتقييد التام"، ولكنها قد تمثل اعتبارات يؤخذ بها في تطبيق معايير الضرورة والتناسب التي تُعد جزءا من قانون الدفاع عن النفس. وتعتمد صياغة الفقرة (٢) اللغة التي استخدمتها المحكمة الدولية في الفتوى بشأن التهديد بالأسلحة النووية أو باستعمالها، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٦، في الصفحة ٢٤٢ (الفقرة ٣٠) (من النص الانكليزي). والتعبير الإضافي الذي يحدد الالتزامات ذات الطابع الإنساني مستمد من المادة ٦٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وهو يرمي إلى تمييز أهم فئة من هذه الالتزامات المتعلقة بالتقييد التام من خلال ضرب الأمثلة. انظر الفقرات ٢٩٦ إلى ٣٠٢ أعلاه.

٣ - تغير موضع هذه المادة لإقامة صلة بينها وبين المادتين ٢٩ مكررا و ٣٠، وللتأكيد على أهمية "الحق الذاتي" بالدفاع عن النفس في نظام ميثاق الأمم المتحدة.

المادة ٣٠

التدابير المضادة فيما يتعلق بفعل غير مشروع دولياً

[تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه التزام عليها تجاه دولة أخرى، إذا كان الفعل يمثل تدبيراً مشروعاً بمقتضى القانون الدولي ضد الدولة الأخرى تلك نتيجة لصدور فعل غير مشروع دولياً عنها].

ملاحظة:

تنتفي التدابير المضادة المشروعة صفة عدم المشروعية عن السلوك المقصود هنا، إزاء الدولة التي أدى سلوكها غير المشروع إلى اتخاذ التدابير المضادة. بيد أن صياغة المادة ٣٠ تتوقف على القرارات التي لا يزال يتعين اتخاذها في القراءة الثانية فيما يتصل بصياغة المواد وإدراجها في الباب الثاني والذي يتعرض بالتفصيل للتدابير المضادة. وتبقى المادة ٣٠ بين معقوفين ريثما يُنظر في مسألة التدابير المضادة ككل.

المادة ٣٠ مكرراً

عدم الامتثال بسبب عدم امتثال سابق من جانب دولة أخرى

تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه التزام دولي عليها، إذا منعت تلك الدولة من التصرف طبقاً لذلك الالتزام كنتيجة مباشرة لخرق سابق للالتزام الدولي ذاته أو لالتزام دولي ذي صلة من جانب دولة أخرى.

ملاحظات

١ - تبين المادة ٣٠ مكرراً المبدأ الذي تعبر عنه قاعدة "الدفع بعدم التنفيذ" (أو في حالة التزامات ناشئة بموجب معاهدة، "الدفع بعدم تنفيذ العقد"). وتنطوي على علاقة بالتدابير المضادة، من حيث أن الفعل الأخير للدولة ألف (غير المشروع في حالات أخرى) متوقف على الفعل غير المشروع السابق للدولة بآء ويمثل رداً عليه. لكن فيما يتعلق بقاعدة "الدفع بعدم التنفيذ"، فالصلة بين الفعلين فورية ومباشرة. وكما عبرت عن ذلك المحكمة الدائمة في قضية "مصنع خورزوف"، فالمبدأ لا ينطبق إلا حينما تكون دولة ما قد منعت بالفعل، من خلال فعلها غير المشروع، دولة أخرى من الوفاء بنصبيها من الصفقة، أي من الامتثال للالتزام ذاته أو لالتزام ذي صلة به. وبعبارة أخرى، فهذه الصلة هي صلة سببية مباشرة، وهي بالتأكيد ليست مسألة خرق آثار خرقاً آخر على سبيل الثأر أو الانتقام. وعلى سبيل المثال، حينما تتسبب الدولة ألف، بعدم إنجاز

قسطها من الأعمال المشتركة. في تأخر الدولة بآء ذاتها عن المواعيد المتفق عليها، فإن الدولة ألف لا تستطيع أن تشتكي من تأخر الدولة الأخرى، لأنها حينئذ إنما تكون تسعى في الحقيقة إلى الاستناد إلى فعلها غير المشروع. انظر الفقرات من ٣١٤ إلى ٣٢٩ أعلاه.

٢ - ونظرا لهذه الصلة السببية المباشرة بين الفعلين، ليس من الضروري إدراج مختلف القيود على التدابير المضادة المشروعة التي تنطبق بموجب الباب الثاني من مشاريع المواد بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى. فالمبدأ مبدأ ضيق جداً، وينطوي على حدود متأصلة فيه. فهو بصورة خاصة لا ينطبق إلا إذا ثبت الخرق السابق، وكان مرتبطاً من الناحية السببية بالفعل الأخير، وكان الخرقان متعلقين بالالتزامات ذاتها أو بالتزامات ذات صلة بها. ولهذه الغاية، قد يكون الالتزام مرتبطاً إما من حيث النص (كجزء من الصك ذاته) أو لأنه يتناول ماهية الموضوع ذاته أو الحالة الخاصة ذاتها. انظر الفقرة ٣٢٦ أعلاه.

٣ - وقد نُظر في مسألة إدراج الحالة الأوسع نطاقاً للالتزامات التبادلية في المادة ٣٠ مكرراً، أي الالتزامات (الواردة عادة في المعاهدة) التي تتصف بكون الامتثال المتواصل للالتزام من جانب دولة ما مشروطاً بامتثال مماثل من جانب الدولة الأخرى. وفي هذه الحالة، ليست هناك صلة سببية مباشرة بين عدم وفاء الدولة ألف وعدم وفاء الدولة باء. وتظل إمكانية الامتثال للالتزام متاحة بالنسبة للدولة باء، لكن قيامها بذلك قد يخالف التوقعات التي يقوم عليها الاتفاق. ولعل من أمثلة ذلك اتفاق لوقف إطلاق النار، أو اتفاق لتبادل الأسرى، أو لتدمير الأسلحة المتبادل. بيد أنه يعتقد أن هذه الحالة قد عولجت بشكل كاف بواسطة الجمع بين القواعد الأخرى: وهي تفسير المعاهدات، وتطبيق التدابير المضادة، وإمكانية تعليق المعاهدة أو حتى إنهاؤها بسبب خرقها. انظر الفقرات من ٣٢٧ إلى ٣٢٩ أعلاه.

المادة ٣١

القوة القاهرة

١ - تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي، إذا كان ذلك الفعل راجعاً لقوة القاهرة. ولأغراض هذه المادة، فإن القوة القاهرة هي حدوث قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث خارجي غير متوقع وخارج عن إرادة تلك الدولة جعل الوفاء بالالتزام في هذه الظروف متعذراً مادياً.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ في الحالتين التاليتين:

(١) إذا كان حدوث القوة القاهرة ناجما، سواء لوحدها أو مع عوامل أخرى، عن التصرف غير المشروع للدولة التي تنتزع به؛

(ب) أو إذا تحملت الدولة بهذا الالتزام تبعة حدوث تلك القوة القاهرة.

ملاحظات

١ - كان عنوان المادة ٣١ أصلا "القوة القاهرة والأحداث العرضية"، لكن لا يمكن بحال من الأحوال أن تتخذ جميع حالات الأحداث العرضية أعذارا، في حين أن القوة القاهرة كما عُرِّفت تشمل فعلا هذا المجال بما فيه الكفاية. وتبعاً لذلك جرى تبسيط عنوان المادة ٣١، دون فقدان مضمون المادة ذاتها.

٢ - كما شملت الفقرة ١، بصيغتها الأصلية، حالات للقوة القاهرة جعلت من المتعذر على الدولة "أن تعرف أن تصرفها لم يكن مطابقاً" للالتزام. وهذا ما أضاف عنصراً ذاتياً مربكاً وبدا وكأنه يخالف المبدأ القائل إن الجهل بعدم المشروعية (أي الجهل بالقانون) هو ليس بعذر. لقد كان الغرض من تلك الكلمات أن تشمل حالات من قبيل حالة عطل غير متوقع في معدات الملاحة تسبب في دخول الطائرة المجال الجوي لدولة أخرى. ويراد بعبارة "في هذه الظروف" أن تشمل هذه الحالة دون الحاجة إلى الإشارة إلى العلم بعدم المشروعية. انظر الفقرة ٢٦٠ أعلاه.

٣ - ونصت الفقرة ٢ بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى على أن الدفع بالقوة القاهرة "لا ينطبق إذا كانت الدولة المعنية قد أسهمت في حدوث حالة الاستحالة المادية". لكن تعريض القوة القاهرة كان ضيقاً في الفقرة ١، ويبدو أن هذا التقييد الإضافي قد أفرط في الحد من التذرع بالقوة القاهرة. وبموجب السبب الموازي لإنهاء المعاهدة الوارد في المادة ٦١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، يجوز الاحتجاج بالاستحالة المادية "إذا كانت الاستحالة نتيجة لخرق هذا الطرف إما للالتزام المترتب عليه بمقتضى المعاهدة أو لأي التزام دولي آخر يترتب عليه إزاء طرف آخر في المعاهدة". وقياساً مع هذا الحكم، تستبعد الفقرة ٢ (١) الدفع بالقوة القاهرة في الحالات التي توجد فيها الدولة أو تساهم في إيجاد هذه الحالة من خلال تصرفها غير المشروع ذاته. انظر الفقرة ٢٦١ أعلاه.

٤ - وعلاوة على ذلك، من المفهوم أن الدولة باضطلاعها بالالتزام المعني ربما تكون قد أخذت على عاتقها خطر حدوث القوة القاهرة في حالة خاصة. وتستبعد الفقرة ٢ (ب) الدفع بالقوة القاهرة في مثل هذه الحالات. انظر الفقرة ٢٦٢ أعلاه.

المادة ٣٢

حالات الشدة

١ - تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة غير المطابق لما يتطلبه منها التزام دولي عليها، توفر لدى الشخص الذي صدر عنه الفعل المذكور سبب معقول دعاه إلى الاعتقاد بأنه لا يوجد سبيل غيره، في خصم حالة شدة، إلى إنقاذ حياته هو نفسه أو حياة الأشخاص الموكلة إليه رعايتهم.

٢ - لا تنطبق الفقرة ١ إذا:

(أ) كانت حالة الشدة ناجمة، سواء لوحدها أو مع عوامل أخرى، عن التصرف غير المشروع للدولة التي تنتزع بها؛ أو

(ب) كان من المرجح أن يحدث هذا التصرف خطرا معائلا أو خطرا أدهى منه.

ملاحظات

١ - هذه المادة هي، في معظمها، كما اقترحت في القراءة الأولى؛ لكن أدخلت عليها بعض التعديلات. أولها أن وكيل الدولة صاحب الفعل المعني لا بد وأن يكون قد توفر لديه سبب معقول دعاه إلى الاعتقاد، بناء على المعلومات المتاحة له أو التي كان ينبغي إتاحتها، أن الحياة مهددة. وقد كان المعيار السابق موضوعيا تماما، لكن في حالات الشدة الحقيقية لن يكون هناك عادة متسع من الوقت لإجراء تحقيق طبي أو غيره من التحقيقات التي تبرر الأخذ بمعيار موضوعي.

٢ - وثانيها، وبالموازاة مع المادة ٣١ (٢) (أ) المقترحة، تقترح صيغة جديدة للمادة ٣٢ (٢) (أ)، ولنفس الأسباب من الناحية الجوهرية. ففي كثير من الأحيان تكون الدولة التي تنتزع بحالة الشدة قد "أسهمت" وإن بصورة غير مباشرة في حدوث هذه الحالة، لكن يبدو أنه ينبغي ألا تحرم تلك الدولة من التذرع بحالة الشدة إلا إذا كانت قد أسهمت في حدوث حالة الشدة من خلال إتيانها تصرفا غير مشروع فعلا.

٣ - وثالثها، أنه حذف الشرط الذي يقتضي بأن تكون حالة الشدة حالة "قصوى". فليس من الواضح ما يضيفه هذا الشرط، علاوة على المتطلبات الأخرى في المادة ٣٢. انظر الفقرات من ٢٧١ إلى ٢٧٤ أعلاه.

المادة ٣٣

حالة الضرورة

١ - لا يجوز لدولة أن تحتج بحالة الضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل صدر عنها غير مطابق للالتزام دولي عليها إلا:

(أ) إذا كان هذا الفعل هو الوسيلة الوحيدة لصون مصلحة أساسية لهذه الدولة من خطر جسيم وشيك يتهدها؛

(ب) إذا كان هذا الفعل لا يؤثر تأثيرا جسيما:

١٠ ' في مصلحة أساسية للدولة التي كان الالتزام قائما تجاهها؛

٢٠ ' أو في تلك المصلحة الأساسية، إذا كان الالتزام قد تقرر لحماية مصلحة مشتركة أو عامة.

٢ - وفي جميع الأحوال، لا يجوز لدولة أن تحتج بحالة الضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية:

(أ) إذا كان الالتزام الدولي المعني ناشئا عن قاعدة أمر من القواعد العامة للقانون الدولي؛ أو

(ب) إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي، بصورة صريحة أو ضمنية، إمكانية الاحتجاج بحالة الضرورة؛ أو

(ج) إذا كانت الدولة التي تحتج بحالة الضرورة قد أسهمت جوهريا في حدوث حالة الضرورة.

ملاحظات:

١ - تتوافق المادة ٣٣ مع النص المعتمد في القراءة الأولى، مع بعض التعديلات في الصياغة. وهذه التعديلات، في أغلبها، طفيفة. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن تصاغ المادة ٣٣، على غرار المواد الأخرى الواردة في الفصل الخامس، بالفعل المضارع، وما من ضرورة تستدعي الإشارة في النص إلى "حالة الضرورة"، إذ أن عبارة "الضرورة" تكفي.

٢ - يلاحظ أنه تم إدخال ثلاثة تغييرات. إذ أعيدت، أولاً، صياغة الفقرة ١ (ب) بحيث يتضح أن التوازن الذي يتعين إقامته في حالات تقرير الالتزام للمصلحة العامة (مثلاً كالالتزام ذي حجية تجاه الكافة) هو تلك المصلحة بالذات. وثانياً، لم تعد الفقرة ٢ (ب) تقتصر على الالتزامات الناشئة عن معاهدات. وثالثاً، تستخدم الفقرة ٢ (ج) عبارة "أسهمت جوهرياً"، لأنه من طبيعة الأمور أن تكون الدولة المحتجة قد أسهمت على الأرجح في نشوء الحالة إلى حد ما، والمسألة تكمن فيما إذا كان ذلك الإسهام جوهرياً بدرجة تكفي لتجربتها بصورة مطلقة من الحق في الاحتجاج بالضرورة. انظر الفقرتين ٢٩٠ و ٢٩١ أعلاه.

المادة ٣٤

الدفاع عن النفس

ملاحظة:

انظر المادة ٢٩ ثالثاً الحالية.

المادة ٣٤ مكرراً

الإجراء المتعلق بالاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية

١ - ينبغي للدولة التي تحتج، بموجب هذا الفصل، بظرف ينفي عدم المشروعية أن تقوم، في أقرب وقت ممكن بعد ملاحظتها ذلك الظرف، بإبلاغ الدولة أو الدول المعنية الأخرى، خطياً، به وبناتجته المؤثرة على الوفاء بالالتزام.

٢ - إذا ما نشأ نزاع بشأن وجود الظرف أو نتائجه المؤثرة على الوفاء بالالتزام، ينبغي أن تسعى الأطراف إلى فض تلك النزاع:

(أ) من خلال الإجراءات المتاحة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، إذا كانت الحالة تتعلق بالمادة ٢٩ مكررا؛

(ب) وفقا للباب الثالث، في أية حالة أخرى.]

ملاحظة:

لم ينص الفصل الخامس بصيغته المعتمدة في القراءة الأولى على الإجراء المتعلق بالاحتجاج بالظروف التي تنفي عدم المشروعية، أو المتعلق بتسوية المنازعات. وستناقش المسألة الأخيرة في إطار الباب الثالث من مشاريع المواد. وترد الفقرة ٣ من المادة ٣٤ مكررا على سبيل التذكير، بانتظار إجراء مزيد من المناقشات بشأن مسائل تسوية المنازعات. غير أنه إذا ما رغبت دولة ما في الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية، فإن المنطق يستدعي قيامها بإبلاغ الدولة أو الدول المعنية الأخرى بذلك الواقع ودواعيه، والفقرة ١ تنص على ذلك. انظر الفقرتين ٣٥١ و ٣٥٢ أعلاه.

المادة ٣٥

نتائج الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية

إن الاحتجاج بظرف ينفي عدم المشروعية في إطار هذا الفصل يتم دون الإخلال:

(أ) بوقف أي فعل لا يتطابق مع الالتزام المعني، والتقيد التالي بذلك الالتزام، إذا لم يعد الظرف النافي لعدم المشروعية قائما؛

(ب) وبمسألة التعويض المالي عن أي من الأضرار أو الخسائر الفعلية التي تسبب فيها ذلك الفعل.

ملاحظات:

١ - تضمنت المادة ٣٥ بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى تحفظا بشأن التعويض عن الأضرار التي تحدث بفعل أربعة من الظروف النافية لعدم المشروعية، أي الواردة في إطار المواد ٢٩ (الموافقة)، و ٣١ (القوة القاهرة)، و ٣٢ (حالات الشدة)، و ٣٣ (حالة الضرورة). ويوصى بحذف المادة ٢٩ (وإدراجها في المادة ٣٥ موضع شك على أي حال). وفي حالة وجود القوة القاهرة تتصرف الدولة المحتجة وهي خاضعة لقوى خارجية تجعل الوفاء بالالتزام مستحيلا استحالة مادية، ولا تتجشم المخاطرة الوحيدة المتمثلة في عدم الوفاء

به. ولكن في المادتين ٣٢ و ٣٣ هناك على الأقل درجة من الخيار لدى الدولة المحتجة. في حين أن الدولة أو الدول التي قد تحقق لها بطريقة أخرى الشكوى من الفعل المعني بوصفه انتهاكا لالتزام تجاهها، لم تسهم في نشوء حالة الشدة أو الضرورة، ناهيك عن تسببها فيه، والسبب الذي يقتضي منها تكبد الأضرار أو الخسائر الفعلية لصالح الدولة المحتجة بتلك الظروف غير واضح. ولذلك، أبقى على المادة ٣٥ فيما يتصل بحالتي الشدة والضرورة. وبدون الدخول في تفاصيل مسائل التعويض، عدلت صيغتها بصورة طفيفة بحيث تصبح أقل حيادية وأكثر تناولا للب الموضوع، وكذلك لتفادي الصعوبات التقنية التي يخلقها مصطلحا "الأضرار" و "التعويض". انظر الفقرات من ٣٣٩ إلى ٣٤٧ أعلاه.

٢ - وعلاوة على ذلك، أضيفت المادة ٣٥ (أ) لتوضح أن للفصل الخامس مفعولا نافيا لا غير. وفيما لو زال الطرف النافي لعدم المشروعية، أو لم يعد له، لأي سبب، أثر ناف، يتعين من جديد التقيد بالالتزام المعني (هذا بافتراض أنه ما زال ساريا)، ويجب على الدولة التي برر عدم تقيدها سابقا أن تتصرف وفقا لذلك. انظر الفقرة ٣٤٨ أعلاه.

٣ - غير عنوان المادة ٣٥ نتيجة لتوسيع نطاقها.

— — — — —