

Distr.: General  
13 February 2023  
Arabic  
Original: English



## لجنة القانون الدولي

الدورة الرابعة والسبعون

جنيف، 24 نيسان/أبريل - 2 حزيران/يونيه و 3 تموز/يوليه - 4 آب/أغسطس 2023

### التقرير الأول عن المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي

أعدّه المقرر الخاص تشارلز تشيرنور جالوه\*\*

\* أعيد إصدارها لأسباب تقنية في 12 أيار/مايو 2023.

\*\* يعرب المقرر الخاص عن امتنانه لكلية الحقوق بجامعة فلوريدا الدولية، ولا سيما للعميد أنتوني بيچ، لدعمه الندوة المعقودة بشأن موضوع "عمل لجنة القانون الدولي في الحاضر والمستقبل" التي عقدت في ميامي، الولايات المتحدة الأمريكية، في 4 و 5 تشرين الثاني/نوفمبر 2022، حيث عرض مشاريع فصول مبدئية من تقريره الأول. وهو يشكر جميع المناقشين والمشاركين في تلك الندوة على أفكارهم الثاقبة القيمة. وهو ممتن لثلاثة زملاء أكاديميين لما قدموه من مساعدة قيمة في البحث بشأن بعض المسائل التي يغطيها هذا التقرير: إيريك بيورخي، وسوندي تورب هيلمسن، ونيكولو ريدي. وهو مدين أيضاً بالامتنان لمايكل وود، ومارسيلو فاسكيس - بيرموديس، وديري تلامي، المقرر الخاصين للجنة القانون الدولي المعنيين بالمواضيع ذات الصلة، لقراءتهم مشروعهم الأول للتقرير الحالي وتقديمهم اقتراحات مفيدة. وقدمت كليا ستريدم مساعدة بحثية رائعة، بينما قامت جينيفر كروسلو وليزا نديولو ولورين ريد وأشيرا فانترتي وأدم فايس وسيدني يونغ بتجميع أعمال البحث والمساعدة في الحواشي. وهو يشكرهم جميعاً. ويعرب كذلك عن امتنانه بنفس القدر لشعبة التدوين التابعة لمكتب الشؤون القانونية بالأمم المتحدة، ولا سيما الفريق المعني بالمصادر الاحتياطية، هيو ليوبلين وأرنولد بروننو وبابولا باتاروبو ورايسا أوركيزا، على عملهم الشاق في إعداد مذكرة الأمانة العامة بشأن هذا الموضوع المقدمة في شباط/فبراير 2023.



الرجاء إعادة استعمال الورق



## المحتويات

الصفحة	الفصل
5	الأول - مقدمة .....
5	ألف - إدراج الموضوع في برنامج عمل لجنة القانون الدولي .....
7	باء - الغرض من هذا التقرير وهيكله .....
11	الثاني - مناقشة الموضوع في إطار اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة .....
11	ألف - مناقشة عام 2021 في الجمعية العامة .....
16	باء - مناقشة عام 2022 في الجمعية العامة .....
19	الثالث - نطاق الموضوع ونتائجه .....
19	ألف - المسائل المقترحة لتتظر فيها اللجنة .....
20	1 - أصول المصادر الاحتياطية وطبيعتها ونطاقها .....
20	2 - علاقة المصادر الاحتياطية بمصادر القانون الدولي .....
21	3 - المصادر الاحتياطية الإضافية لتقرير قواعد القانون الدولي .....
22	باء - مشاريع الاستنتاجات بوصفها النتيجة النهائية .....
23	جيم - إيضاحات مصطلحية .....
25	الرابع - المنهجية .....
28	الخامس - الأعمال السابقة للجنة بشأن المصادر الاحتياطية .....
29	ألف - تقييم اللجنة للمادة 24 من نظامها الأساسي والمصادر الاحتياطية .....
30	باء - دروج اللجنة على استخدام المصادر الاحتياطية في عملها .....
33	جيم - اعتماد اللجنة على أحكام المحاكم الصادرة عن المحاكم الدولية وغيرها من المحاكم .....
46	دال - اعتماد اللجنة على مذاهب كبار المؤلفين وأعمال هيئات الخبراء .....
55	هاء - اعتماد اللجنة على أعمالها السابقة .....
58	واو - ملاحظات المقرر الخاص بشأن استخدام اللجنة للمصادر الاحتياطية .....
60	السادس - طبيعة المصادر ووظيفتها في النظام القانوني الدولي .....
60	ألف - لمحة موجزة عن مكانة المصادر في القانون الدولي .....
62	باء - تعريف "المصادر" في القانون الدولي .....
62	جيم - التمييز بين المصادر "الرسمية" و "المادية" .....

- 64 - دال - دور الفقرة 1 من المادة 38، ومصادر القانون الدولي مقابل مصادر الالتزامات . . . . .
- 72 - هاء - عدم وجود تسلسل هرمي رسمي في المصادر . . . . .
- 75 - واو - المصادر الاحتياطية بوصفها "عمليات لإنشاء القانون" و "وسائل لتقرير القانون" . . . . .
- 80 - السابع - تاريخ صياغة الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية . . . . .
- 82 - ألف - صياغة النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية من قبل لجنة الحقوقيين الاستشارية (1920)
- 90 - باء - تعديلات لجنة الحقوقيين (1929) . . . . .
- 91 - جيم - الإضافات الطفيفة للمادة 38 خلال مؤتمر الأمم المتحدة (1945) . . . . .
- 93 - دال - ملاحظات المقرر الخاص انطلاقاً من تاريخ صياغة المادة 38 . . . . .
- 96 - الثامن - التحليل النصي لعناصر الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية . . . . .
- ألف - فاتحة الفقرة 1: "وظيفة المحكمة أن تتصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن" . . . . .
- 96 . . . . .
- 101 - باء - معنى مصطلح "أحكام المحاكم" . . . . .
- 115 - جيم - معنى مصطلح "مذاهب" كبار المؤلفين في القانون العام . . . . .
- 125 - دال - معنى عبارة "كبار المؤلفين في القانون العام" . . . . .
- 127 - هاء - معنى عبارة "مختلف الأمم" . . . . .
- 130 - واو - معنى "المصادر الاحتياطية" . . . . .
- 132 - زاي - معنى "تقرير قواعد القانون" . . . . .
- 133 - حاء - ملاحظات المقرر الخاص بشأن عناصر المصادر الاحتياطية . . . . .
- 136 - التاسع - مصادر احتياطية إضافية لتقرير قواعد القانون الدولي . . . . .
- 136 - ألف - الطابع غير الحصري للمادة 38 يثير تساؤلات عما إذا كانت هناك مصادر احتياطية أخرى . . . . .
- 136 - باء - نطاق المصادر الاحتياطية الأخرى، ضمن الفئات المحددة . . . . .
- 141 - جيم - المواد المرشحة لكي تكون مصادر احتياطية محتملة . . . . .
- 144 - دال - التمييز بين المصادر الاحتياطية والأدلة على وجود قواعد القانون الدولي . . . . .
- 144 - هاء - المسائل المتعلقة بالوزن المُسند إلى المصادر . . . . .
- 148 - العاشر - خاتمة ونبذة عن برنامج العمل المقبل . . . . .
- مشروع الاستنتاج 1
- 148 . . . . . النطاق

	مشروع الاستنتاج 2
148	فئات المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون .....
	مشروع الاستنتاج 3
148	معايير تقييم المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون .....
	مشروع الاستنتاج 4
148	قرارات المحاكم والهيئات القضائية .....
	مشروع الاستنتاج 5
149	مذاهب كبار المؤلفين .....
	المرفق
150	مشاريع الاستنتاجات التي يقترحها المقرر الخاص .....

## الفصل الأول

### مقدمة

#### ألف - إدراج الموضوع في برنامج عمل لجنة القانون الدولي

1 - قررت لجنة القانون الدولي، خلال دورتها الثانية والسبعين (2021)، إدراج موضوع "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج عملها الطويل الأجل<sup>(1)</sup>. واسترشدت اللجنة، عند الموافقة على المخطط الدراسي<sup>(2)</sup> لهذا الموضوع، بمعايير اختيار المواضيع الجديدة المتفق عليها في دورتها الخمسين (1998)، وهي: (أ) أن يعكس الموضوع احتياجات الدول؛ (ب) أن يكون الموضوع قد بلغ، على صعيد ممارسة الدول، مرحلة كافية من التقدم؛ (ج) أن يكون الموضوع محدداً ومجدياً<sup>(3)</sup>. وخلصت اللجنة، التي كرست تاريخياً وقتاً طويلاً لتوضيح مصادر القانون المدرجة في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، إلى أن النظر في المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي "سيشكل مساهمة مفيدة في التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدينه"<sup>(4)</sup>.

2 - واعتمدت الجمعية العامة، خلال دورتها السادسة والسبعين (2021)، القرار 111/76 الذي *أحاطت فيه علماء* بإدراج الموضوع في برنامج عمل اللجنة الطويل الأجل<sup>(5)</sup>. واتساقاً مع الممارسة المتبعة في القرار نفسه، دعت الجمعية العامة أيضاً اللجنة إلى أن تضع في اعتبارها التعليقات والشواغل والملاحظات التي تديها الحكومات خلال المناقشات المعقودة في إطار اللجنة السادسة<sup>(6)</sup>.

3 - وقررت اللجنة، في دورتها الثالثة والسبعين (2022)، أن تدرج موضوع "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج عملها الحالي، آخذة في اعتبارها نضج موضوع المصادر الاحتياطية، والاستجابة الإيجابية عموماً للموضوع من الدول المعلقة، وتوافر حيز في برنامج العمل بسبب إنجاز العديد من المواضيع المدرجة فيه<sup>(7)</sup>. وعينت السيد تشارلز تشيرنور جالوه مقرراً خاصاً معنا بالموضوع<sup>(8)</sup>.

4 - وفي الدورة نفسها، وبناء على توصية المقرر الخاص، طلبت اللجنة معلومات من الدول والمنظمات الدولية وغيرها عن ممارساتها المتعلقة باستخدام المصادر الاحتياطية بالمعنى المقصود في الفقرة 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية<sup>(9)</sup>. ويمكن أن يشمل ذلك المعلومات التي يمكن استخلاصها من قرارات المحاكم الوطنية والتشريعات وأي ممارسة أخرى ذات صلة على الصعيد المحلي بالاستناد إلى أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم في عملية تقرير قواعد

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، الفصل العاشر، الفرع باء، الفقرة 302، والمرفق.

(2) المرجع نفسه، المرفق.

(3) المرجع نفسه، الفقرة 302.

(4) المرجع نفسه.

(5) قرار الجمعية العامة 111/76 المؤرخ 9 كانون الأول/ديسمبر 2021، الفقرة 7.

(6) المرجع نفسه.

(7) محضر موجز مؤقت للجلسة 3172، الصفحة 8 [من النص الإنكليزي].

(8) المرجع نفسه.

(9) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الفصل الثالث، الفرع جيم، الفقرة 29.

القانون الدولي. ويمكن أن تشمل المعلومات أيضا الممارسة المتعلقة بالمصادر الاحتياطية فيما يتعلق بتفسيرها للمعاهدات والعرف والمبادئ العامة للقانون، وكذلك في البيانات التي يدلى بها في المنظمات الدولية وغيرها من المحافل، بما في ذلك المرافعات أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية.

5 - وطلبت اللجنة كذلك إلى الأمانة العامة أن تعد مذكرة بشأن هذا الموضوع في جزأين. وهي مذكرة من شأنها أن تحدد، في الجزء الأول، عناصر في الأعمال السابقة للجنة، في الفترة من عام 1947 إلى الوقت الحاضر، قد تكون وثيقة الصلة بالموضوع<sup>(10)</sup>. وكان من المقرر تقديم هذا الجزء في الوقت المناسب لإعداد التقرير الأول للمقرر الخاص الذي سيناقش في الدورة الرابعة والسبعين (2023). وفي الجزء الثاني، طلبت اللجنة أيضا، آخذة في اعتبارها القيود على قدرات الأمانة العامة، مذكرة تدرس السوابق القضائية للمحاكم والهيئات القضائية الدولية وغيرها من الهيئات، التي قد تكون ذات صلة خاصة بالموضوع، لتقديمها إلى اللجنة في دورتها المقبلة (الدورة الخامسة والسبعون في عام 2024)<sup>(11)</sup>.

6 - وخلال المناقشة التي دارت في اللجنة السادسة، في دورتها السابعة والسبعين (2022)، أيدت الدول المشاركة عموما دراسة المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي ورحبت بإضافتها إلى برنامج العمل الحالي<sup>(12)</sup>. وبناء على ذلك، أحاطت الجمعية العامة علما، في قرارها 103/77، بإدراج الموضوع في برنامج العمل الحالي<sup>(13)</sup>. ووجهت أيضا انتباه الحكومات إلى ما توليه اللجنة من أهمية للحصول على آرائها بشأن المواضيع المدرجة في جدول أعمالها والمسائل المحددة المبينة في الفصل الثالث من تقرير اللجنة لعام 2022، بما في ذلك "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي"<sup>(14)</sup>.

7 - ويرحب المقرر الخاص، تمشيا مع طلب اللجنة، بأي معلومات من الدول بشأن ممارساتها فيما يتعلق بالمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. ومن شأن هذه المعلومات، سواء قُدمت في غضون الموعد النهائي الأولي المقترح لتقديم المساهمات أو خارجه، أن تشكل مادة مفيدة لتقريره المقبلة ولأعمال اللجنة بشأن هذا الموضوع. وفي هذا الصدد، يحيط المقرر الخاص علما بالمساهمتين المقدمتين من الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(15)</sup> وجمهورية سيراليون. وقدمت كلتا الدولتين معلومات مفيدة عن جوانب

(10) المرجع نفسه، الفصل العاشر، الفرع باء، الفقرة 245.

(11) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الفصل العاشر، الفرع باء، الفقرة 245.

(12) انظر تعليقات الدول التي قدمتها فرنسا (24 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وأستراليا (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ ونيجيريا (باسم المجموعة الأفريقية) (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والنمسا (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والبرازيل (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والجمهورية التشيكية (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والهند (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والأردن (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وماليزيا (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي) (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والفلبين (25 أكتوبر)؛ ورومانيا (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وسلوفاكيا (25 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وأرمينيا (26 أكتوبر)؛ وإستونيا (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والبرتغال (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وسيراليون (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وجنوب أفريقيا (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وتايلند (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية (26 تشرين الأول/أكتوبر)؛ ولبنان (27 تشرين الأول/أكتوبر)؛ وأوغندا (27 تشرين الأول/أكتوبر) (متاحة على الموقع الشبكي للجنة السادسة باللغة التي قُدمت بها فقط). وانظر الموجز المواضيعي للمناقشة، الذي أعدته الأمانة العامة والمتاح بجميع اللغات الرسمية: موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة عن المناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها السابعة والسبعين، A/CN.4/755.

(13) قرار الجمعية العامة 103/77، المؤرخ 7 كانون الأول/ديسمبر 2022، الفقرة 7.

(14) المرجع نفسه، الفقرة 5.

(15) انظر المساهمة المقدمة من الولايات المتحدة إلى لجنة القانون الدولي بشأن "استخدام المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي، بالمعنى المقصود في الفقرة 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية"، 12 كانون الثاني/يناير 2023.

ممارستها المتعلقة باستخدام وسائل احتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي داخل محاكمها الوطنية. وقد أخذت مساهمة كل منهما في الاعتبار. ويعرب المقرر الخاص عن امتنانه لوفدي الولايات المتحدة وسيراليون على مساهمتهما، ويرحب بأي معلومات إضافية قد تقدمها دول أخرى. ومن شأن أي معلومات من هذا القبيل، لا سيما عندما تكون ممثلة لمختلف المناطق الجغرافية والنظم القانونية في العالم، أن تشكل جزءاً حيوياً من الحوار الهام بين اللجنة والدول بشأن هذا الموضوع، كما ستؤخذ في الاعتبار على النحو الواجب في التقارير المقبلة.

## باء - الغرض من هذا التقرير وهيكله

8 - هذا التقرير الأول هو تقرير استهلالي. وهو يسعى إلى تحقيق هدفين رئيسيين. أولاً، ستحاول اللجنة، استناداً إلى المخطط الدراسي للموضوع، أن توفر قاعدة مفاهيمية أساسية لعمل اللجنة بشأن "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" بعرض الآراء الأولية للمقرر الخاص بشأن الموضوع. وبعد مناقشة المسائل الرئيسية التي يثيرها الموضوع، استناداً إلى استعراض أهم الممارسات والأدبيات، سيقتراح التقرير نطاقاً ممكناً لعمل اللجنة بشأن هذا الموضوع. وثانياً، مع مراعاة تزامن بدء العمل بشأن هذا الموضوع خلال الدورة الرابعة والسبعين في عام 2023 وبداية فترة سنوات خمس جديدة تتسم بدوران كبير في تكوين اللجنة، يمكن أن يكون هذا التقرير بمثابة أساس قوي للحصول على آراء الأعضاء بشأن نهجهم إزاء الموضوع.

9 - ومع ذلك، يبدو مبزراً في هذه المرحلة المبكرة من التنبيه إلى أنه نظراً لأن هذا التقرير استهلالي بطبيعته، حيث يضع بعض العناصر الرئيسية في المخطط الدراسي المعتمد للموضوع، فضلاً عن المسائل الناشئة عن ممارسات الدول والأدبيات القانونية الرئيسية والثانوية، فإن المسائل المفاهيمية والنهج العام الذي يتبعه المقرر الخاص على السواء مؤقتان وقابلان للتغيير. وسيتعين بالضرورة التحلي بالمرونة بشأنهما لاستيعاب احتياجات الموضوع موازاة مع تقدم العمل.

10 - ومن حيث الهيكل، ينقسم هذا التقرير إلى 10 فصول يليها مرفق. والجزء الحالي، أي الفصل الأول، ذو طابع عام. وهو يناقش إضافة الموضوع إلى برنامج عمل اللجنة *الطويل الأجل والحالي*، فضلاً عن الغرض من هذا التقرير وتنظيمه.

11 - وعلى الرغم من أن الآراء الإيجابية عموماً للدول التي أبدت تعليقات على الموضوع واردة بالفعل في الموجزات المواضيعية لعامي 2021<sup>(16)</sup> و 2022<sup>(17)</sup> التي أعدتها أمانة اللجنة السادسة، تمشياً مع ممارسة اللجنة، فإن الفصل الثاني من هذا التقرير سيحلل أيضاً الآراء الرئيسية للدول بشأن الموضوع خلال مناقشة الجمعية العامة في الدورة السادسة والسبعين (2021). وتعكس تعليقات الدول خلال الدورة السابعة والسبعين للجمعية العامة (2022) إلى حد كبير التعليقات الأولية المقدمة في العام السابق. ولهذا السبب، يركز هذا الفصل إلى حد كبير على المناقشة التي دارت في عام 2021.

(16) موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة عن المناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها السادسة والسبعين، الوثيقة A/CN.4/746، الفقرة 115.

(17) موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة عن المناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها السابعة والسبعين، A/CN.4/755.

12 - وسيحدد الفصل الثالث بطريقة تمهيدية النطاق المحتمل للموضوع، مع مراعاة المخطط الدراسي المعتمد للموضوع. والمسائل المحددة في النطاق هي الجوانب التي يمكن، في التقييم الأولي للمقرر الخاص، تناولها في عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع. والمسائل المقترحة في هذا التقرير لا تخل بالنظر في مسائل إضافية. وفيما يتعلق بالنتيجة النهائية، وبما يتسق مع القرار المتخذ بشأن هذه المسألة في عام 2021 والممارسة التي انتهجتها اللجنة مؤخراً بشأن المسائل المتعلقة بالمصادر، فإن الشكل المناسب للمخرجات هو مشاريع استنتاجات مشفوعة بشروح<sup>(18)</sup>. وحتى كتابة هذا التقرير، لا يوجد تعريف وحيد لمشاريع الاستنتاجات في ممارسة اللجنة. وبناء على ذلك، ولأسباب تتعلق بالوضوح والشفافية على حد سواء، يقدم المقرر الخاص تعريفاً عملياً كأساس محتمل لفهم "مشاريع استنتاجات" - على الأقل لأغراض هذا الموضوع.

13 - ويتناول الفصل الرابع مسائل المنهجية العامة. ويقترح أن تتبع اللجنة نهجها الذي أصبح مستقراً الآن في دراساتها، مع التركيز على ممارسات الدول، وعلى ممارسات المنظمات الدولية وغيرها، حسب الاقتضاء. ومع ذلك، ينبغي دائماً مراعاة خصوصيات هذا الموضوع. وعلى وجه الخصوص، تتطلب هذه الدراسة، بحكم طبيعتها وربما أكثر من العديد من المواضيع الأخرى المطروحة على اللجنة مؤخراً، أن تولي اللجنة اهتماماً خاصاً - وأن تعطي وزناً خاصاً - لقرارات وممارسات الهيئات القضائية وشبه القضائية، سواء كانت دولية أو إقليمية أو وطنية، ولأعمال الأكاديميين وهيئات الخبراء القانونيين. وستكون ردود الدول وغيرها بشأن هذه المصادر الاحتياطية ذات أهمية خاصة في توفير توجيه فعال للجنة في أعمالها المقبلة بشأن هذا الموضوع.

14 - ويستعرض الفصل الخامس العناصر الرئيسية لأعمال السابقة للجنة بشأن المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. ويعرب المقرر الخاص عن امتنانه للأمانة العامة لتقديمها في الوقت المناسب مذكرتها المتعلقة بممارسة اللجنة بشأن المصادر الاحتياطية لأنها وفرت أساساً سليماً لإعداد هذا الفصل. وتؤكد المذكرة أن اللجنة، على مدى العقود العديدة الماضية، أشارت بشكل روتيني إلى قرارات المحاكم والهيئات القضائية ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم في جميع المواضيع التي أجزتها تقريبا، حتى وإن لم تكن جميع هذه الاستخدامات تقع بالضرورة في نطاق الفقرة 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وينبغي أن تكون المذكرة التي أعدتها الأمانة العامة، التي ينبغي قراءتها باقتران مع هذا الفصل للحصول على صورة أكمل، مورداً هاماً لأعضاء لجنة القانون الدولي والمندوبين في اللجنة السادسة وهم يواصلون تناولهم لهذا الموضوع. ومن المرجح أيضاً أن تكون نقطة مرجعية رئيسية لفقهاء القانون الآخرين، بمن فيهم الممارسون والأكاديميون القانونيون، فضلاً عن أي شخص قد يكون لديه سبب لمعالجة محتوى المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

15 - أما الفصل السادس فهو أكثر إيجالا في الجوانب النظرية. وهو يسعى إلى وضع المصادر الاحتياطية من الناحية المفاهيمية ضمن السياق الأوسع لخطاب المصادر من خلال شرح سبب احتفاظ المصادر بمكانة مميزة في القانون الدولي مقارنة بالنظم القانونية المحلية. ويتناول أيضاً المصطلحات الرئيسية، بما في ذلك توفير تعريف أساسي لـ "المصادر"، والتمييز الذي كثيراً ما يدرج في الأدبيات القانونية بين المصادر "الرسمية" والمصادر "المادية"، ومسألة التسلسل الهرمي للمصادر، فضلاً عن التمييز بين "مصادر القانون" و "مصادر الالتزامات". وسيجري تناول عدد من المسائل الواردة في هذا الفصل في أجزاء

(18) United Nations, International Law Commission, "Methods of work" at <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml>

(جرى الاطلاع في 12 شباط/فبراير 2023).

لاحقة من التقرير الحالي، ولكنها، من حيث الأساس، ستخضع لمزيد من التحليل في التقارير المقبلة عن هذا الموضوع.

16 - ويبحث الفصل السابع موضوع أصول وعناصر المصادر الاحتياطية، دون ادعاء الإحاطة بجميع تفاصيله. وهو يشير إلى أن هناك ركنين أو عنصرين أساسيين تستند إليهما الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وهما "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم". ويبحث هذا الجزء من التقرير بالتفصيل تاريخ صياغة هذا الحكم، الذي من الواضح أنه مركزي لهذا المشروع، بغية تعرّف النقاش الأساسي والأرضية المشتركة بين واضعي الحكم منذ حوالي قرن من الزمان بشأن المكانة المناسبة للوسائل الاحتياطية في تقرير قواعد القانون.

17 - بعد ذلك، ينتقل الفصل الثامن إلى المعنى العادي لأهم جوانب الفقرة 1 من المادة 38. وفي هذا الصدد، نحلل أولاً فاتحة الفقرة 1 من المادة 38، التي تتناول وظيفة محكمة العدل الدولية في البت وفقاً للقانون الدولي في المنازعات المعروضة عليها. ومنتقل بعد ذلك إلى الفقرة الفرعية 1 (د) بغرض استخلاص المعنى العادي لمصطلحاتها الرئيسية فيما يتصل بأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم كوسائل احتياطية لتقرير قواعد القانون.

18 - وينظر الفصل التاسع من التقرير بعد ذلك فيما إذا أمكن، مع مراعاة التطورات الطارئة في ممارسات الدول وفي ممارسة المحاكم والهيئات القضائية الدولية، أن تكون هناك وسائل احتياطية إضافية ضمنية في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد تستحق مزيداً من الدراسة من جانب اللجنة. فعلى سبيل المثال، كثيراً ما يُطرح السؤال في الأدبيات، بما في ذلك في الكتب المدرسية التمهيدية في مجال القانون الدولي، عما إذا كان يمكن اعتبار ممارسات مثل الأفعال الانفرادية للدول وقرارات أو مقررات المنظمات الدولية مصادر للالتزامات يمكن التذليل عليها في المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. ويناقش المقرر الخاص هاتين المسألتين بشفاافية لتبيان جوانب من السياق من أجل الحصول على تعليقات من أعضاء اللجنة بشأن مدى ملاءمة تناول هذين الموضوعين. وستؤخذ الآراء المعرب عنها، بطبيعة الحال، في الاعتبار في التقارير المقبلة.

19 - وي طرح الفصل العاشر من التقرير استنتاجات ويقترح برنامج عمل مستقبلياً مؤقتاً للموضوع. ويدعو المقرر الخاص إلى إبداء الآراء بشأن خطة العمل المقترحة، التي لا تزال عرضة للتغيير شأنها شأن الجوانب الأخرى للموضوع التي سُلِّطَ عليها الضوء أعلاه.

20 - ويورد المرفق مشاريع الاستنتاجات الخمسة التي يقترحها المقرر الخاص في ضوء التحليل الوارد في هذا التقرير الأول، ليسهل على الأعضاء الرجوع إليها. ويشير المقرر الخاص بشكل عابر إلى اعترامه التقيد التام بأساليب العمل التقليدية للجنة في هذا الموضوع. وبالتالي، يؤمل أن تقوم اللجنة، وفقاً لممارستها الحالية، بعد المناقشة العامة المعتادة خلال النصف الأول من الدورة في عام 2023، بإحالة مشاريع الاستنتاجات المقترحة إلى لجنة الصياغة. ويؤمل كذلك أن يستكمل النظر في مشاريع الاستنتاجات المقترحة خلال النصف الأول من الدورة وأن يُقدّم تقرير عن ذلك إلى الجلسة العامة في الوقت المناسب لكي تعتمد اللجنة مؤقتاً في النصف الثاني من الدورة. ومن شأن الاعتماد المؤقت لمشاريع الاستنتاجات المقترحة بحلول نهاية النصف الأول من الدورة في حزيران/يونيه 2023 أن يمكن المقرر الخاص من إعداد الشروح خلال فترة ما بين الدورتين، وأن يقوم، بالتعاون مع الأمانة العامة، من ترجمة تلك الشروح إلى اللغات الرسمية

الست للأمم المتحدة بحلول التاريخ المعتاد لتقديم تقرير اللجنة إلى الجمعية العامة في أيلول/سبتمبر 2023. والغاية التي ينتشدها من ذلك هي إتاحة الفرصة للدول لعرض وجهات نظرها الهامة بشأن الموضوع، مشفوعة بالأساس الذي تستند إليه مشاريع الاستنتاجات، منذ المراحل الأولى لنظر اللجنة في الموضوع.

## الفصل الثاني

### مناقشة الموضوع في إطار اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة

21 - مثلما هو الحال بالنسبة لمواضيع اللجنة الأخرى، جرت مناقشة موضوع المصادر الاحتياطية في اللجنة السادسة للجمعية العامة في جزأين على مدى سنتين. وقد جرت المناقشة الأولى في عام 2021 عندما أضافت اللجنة البند إلى برنامج عملها *طويل الأجل*. وجررت المناقشة الثانية حول الموضوع بعد عام من ذلك، في عام 2022، استجابة لقرار اللجنة نقل البند إلى برنامج العمل *الحالي* وتعيين مقرر خاص. وسيستبع الملخص الوارد أدناه أيضاً الهيكل المكون من جزأين، وإن كان التقرير، توكياً لتجنب التكرار غير الضروري، سيسلط الضوء بشكل أساسي على الآراء الرئيسية التي تم التعبير عنها خلال المناقشة التي جرت في عام 2021.

### ألف - مناقشة عام 2021 في الجمعية العامة

22 - في مناقشة الموضوع ضمن إطار اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال الدورة السادسة والسبعين في عام 2021، كانت الأغلبية الساحقة من تعليقات الدول المشاركة إيجابية. وقد عكست تأييداً قوياً لقرار اللجنة إضافة موضوع "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج عملها *الطويل الأجل* وإعطائه الأولوية. وسلطت الوفود الضوء، في الأساس، على أن العمل بشأن هذا الموضوع سيكون متماشياً مع عمل اللجنة بشأن مصادر القانون الدولي ويمكن أن يساعد على معالجة بعض الآثار المترتبة على تجزؤ القانون الدولي. ومن بين البيانات الثمانية والعشرين (28) التي تناولت قرار اللجنة، كان ما يقرب من سبعة عشر (17) بياناً، تمثل ما مجموعه ثلاث وعشرون (23) دولة، إيجابياً<sup>(19)</sup>. ويلاحظ على ما يبدو أن المناطق الجغرافية الخمس للأمم المتحدة كانت كلها عموماً ممثلة في البيانات المعربة عن التأييد.

23 - وعلى سبيل المثال، فإن مملكة السويد، بالأصالة عن نفسها وبالنيابة عن بلدان الشمال الأوروبي الأخرى (آيسلندا والدانمرك وفنلندا والنرويج) "اتفقت مع اللجنة في أن العمل بشأن هذا الموضوع سيشكل مساهمة مفيدة في التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه"<sup>(20)</sup>. وأشارت هذه الدول كذلك إلى أن هذا الموضوع "سيكمل أيضاً عمل اللجنة بشأن مصادر القانون الدولي"، وبالتالي فقد حثت على "إدراجه على

(19) انظر بيان كل من بيلاروس (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 80)؛ وكولومبيا (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 90)؛ والصين (A/C.6/76/SR.17، الفقرة 5)؛ وإكوادور (A/C.6/76/SR.17، الفقرة 84)؛ ومصر (A/C.6/76/SR.23، الفقرة 57)؛ وألمانيا (A/C.6/76/SR.17، الفقرة 73)؛ وإيطاليا (A/C.6/76/SR.17، الفقرة 22)؛ وجامايكا (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 45)؛ ولاتفيا (باسم دول البلطيق) (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 52)؛ وبيرو (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 7)؛ والفلبين (A/C.6/76/SR.19، الفقرة 64) ("تؤيد توصية لجنة القانون الدولي بشأن إدراج موضوع "الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج عمل اللجنة *الطويل الأجل*");؛ والبرتغال (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 93)؛ وجمهورية كوريا (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 40)؛ وسيراليون (A/C.6/76/SR.20، الفقرة 30)؛ والسويد (باسم بلدان الشمال الأوروبي) (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 45)؛ وتركيا (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 59) ("يرحب هذا الوفد بقرار اللجنة إدراج موضوع "الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج عملها *الطويل الأجل*");؛ والمملكة المتحدة (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 13) ("تحيط المملكة المتحدة علماً بقرارات اللجنة بالتوصية بإدراج موضوع "الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في برنامج العمل *الطويل الأجل* للجنة").

(20) السويد (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

وجه السرعة في برنامج العمل للجنة الجاري<sup>(21)</sup>. وأشارت البرتغال، من جانبها، إلى أن اللجنة كرست الكثير من أعمالها لـ "الموضوع التقليدي المتمثل في مصادر القانون الدولي" ومن ثم رحبت "بمزيد من التوضيح من جانب اللجنة" لـ "دور أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام" في تقرير قواعد القانون الدولي القائمة<sup>(22)</sup>. وأعرب هذا الوفد أيضاً عن الأمل في أن يساعد العمل بشأن هذا الموضوع في تخفيف "بعض الآثار السلبية المترتبة على تجزؤ القانون الدولي"<sup>(23)</sup>.

24 - وأيدت الولايات المتحدة الأمريكية أيضاً الاقتراح الداعي إلى إدراج هذا الموضوع في جدول الأعمال الطويل الأجل، مشيرة إلى أن الاعتماد على المصادر الاحتياطية اتسم بعدم الوضوح وعدم الاتساق إلى حد ما من حيث الممارسة<sup>(24)</sup>. ويرى وفدها أنه، مع مراعاة الأعمال السابقة التي اضطلعت بها اللجنة بشأن الجوانب الأخرى للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، "من المنطقي إكمال المشروع بدراسة المصادر الاحتياطية"<sup>(25)</sup>. وبالمثل، رأت ألمانيا أن الموضوع "سيسهم بالتأكيد إسهاماً كبيراً في تعميق فهمنا المشترك لوظائف المصادر الاحتياطية في الفقرة 1 (د) من المادة 38 وتفاعلها مع المصادر الواردة في الفقرات 1 (أ) و (ب) و (ج) من المادة 38<sup>(26)</sup>. وأشارت إيطاليا إلى أنه، نظراً إلى "تزايد إضفاء الطابع القضائي" على القانون الدولي وتزايد إنتاج المؤلفات الأكاديمية<sup>(27)</sup>، سيكون من المفيد أن "تحصل [الدول] على توجيهات دقيقة من اللجنة بشأن الكيفية التي ينبغي بها تطبيق المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي"<sup>(28)</sup>.

25 - ولاحظت لاتيفيا أيضاً، باسم دول البلطيق، أن الموضوع يفي بمعايير اللجنة وسلطات الضوء على أهميته بالنسبة للممارسين القانونيين في المحاكم المحلية والإقليمية والدولية على السواء بالعبارات التالية: "ترحب لاتيفيا وإستونيا وليتوانيا بقرار اللجنة أن تدرج في برنامجها الطويل الأجل أيضاً موضوع المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. وفي هذا الموضوع بمعايير اختيار المواضيع ومن المرجح أن يكون ذا أهمية خاصة بالنسبة للممارسين في المحاكم المحلية والهيئات القضائية الدولية المتخصصة والإقليمية وهيئات الاستعراض وأمام تلك المحاكم والهيئات"<sup>(29)</sup>.

26 - وأكدت جمهورية الصين الشعبية أن المصادر الاحتياطية تنير "قضية أساسية في مجال القانون الدولي"، وأشارت إلى أن الأعمال السابقة للجنة قد غطت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل

(21) المرجع نفسه، انظر اللجنة السادسة، A/C.6/76/SR.16 (10 كانون الأول/ديسمبر 2021)، الفقرة 45.

(22) البرتغال، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(23) المرجع نفسه.

(24) الولايات المتحدة الأمريكية، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 13.

(25) الولايات المتحدة الأمريكية، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(26) ألمانيا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]؛ انظر A/C.6/76/SR.17، الفقرة 73.

(27) إيطاليا، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 22.

(28) إيطاليا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(29) لاتيفيا (أيضاً باسم إستونيا وليتوانيا)، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

الدولية، وشجعت اللجنة على "إجراء هذه البحوث المواضيعية بطريقة صارمة وحكيمة ومتسامحة ومتوازنة لكفالة الطابع العلمي والعقلاني للاستنتاجات البحثية"<sup>(30)</sup>. وعلى نفس المنوال، رحبت جمهورية كوريا أيضا بقرار اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها الطويل الأجل. وأعربت عن الأمل في أن "... يؤدي عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع إلى تسليط الضوء على دور أحكام المحاكم ومؤلفات فقهاء القانون في تحديد القواعد القانونية الدولية، وهي مسألة هامة، وإن لم تكن جلية"<sup>(31)</sup>.

27 - وأضافت مصر أيضاً صوتها المؤيد للموضوع على أساس اعتقادها بأن "دراسة لجنة القانون الدولي لهذه المسألة ستولد قدراً كبيراً من المنفعة العملية للدول"<sup>(32)</sup>. وإضافة إلى الفائدة العملية للموضوع، اعتبر هذا الوفد أن تناول المصادر الاحتياطية يعني "تكملة مشاريع الاستنتاجات بشأن المبادئ العامة للقانون بشكل كبير"<sup>(33)</sup>. وتتفق سيراليون كذلك مع اللجنة على أن الموضوع يفي بجميع معاييرها ذات الصلة بإضافة مواضيع جديدة<sup>(34)</sup>. ويرى وفدها، الذي حث أيضاً، شأنه شأن عدة دول أخرى، على إدراج الموضوع في برنامج العمل الحالي، أن المصادر الاحتياطية هي "موضوع تقليدي" بالنسبة للجنة يمكن أن يمكنها من "مواصلة مساهماتها المعروفة في توضيح مصادر القانون الدولي"<sup>(35)</sup>.

28 - وبالمثل، رحبت جامايكا وبيرو بقرار اللجنة إضافة الموضوع إلى برنامج العمل الطويل الأجل. وشددت جامايكا على "أهمية العمل المنجز فيما يتعلق بالمجالات الأخرى ذات الصلة بمصادر القانون"<sup>(36)</sup>، بينما اعتبر وفد بيرو أن من شأن إجراء تحليل لأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين "أن يتيح للجنة استكمال دراستها المنهجية الهامة لمصادر القانون الدولي المدرجة في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية"<sup>(37)</sup>. كما أعرب وفد إكوادور عن "ارتياحه" لقرار اللجنة إضافة الموضوع إلى برنامج العمل الطويل الأجل<sup>(38)</sup>.

(30) الصين، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]. وانظر A/C.6/76/SR.17، الفقرة 5.

(31) جمهورية كوريا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(32) انظر مصر، البيان الحرفي، المجموعة الثالثة، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]؛ وانظر A/C.6/76/SR.23، الفقرة 57.

(33) انظر مصر، البيان الحرفي، المجموعة الثالثة، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]؛ وانظر A/C.6/76/SR.23، الفقرة 57.

(34) سيراليون، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(35) سيراليون، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(36) جامايكا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]؛ وانظر A/C.6/76/SR.18، الفقرة 45.

(37) بيرو، A/C.6/76/SR.18، الفقرة 7.

(38) إكوادور، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

29 - وبدت مجموعة صغيرة نسبياً من الدول حذرة بشأن إضافة اللجنة للموضوع إلى برنامج العمل الطويل الأجل<sup>(39)</sup>. وكان من بينها فرنسا وغانا (باسم المجموعة الأفريقية)<sup>(40)</sup>. واكتفى الوفد الفرنسي بالإحاطة علماً بالموضوع على النحو الواجب، ولكنه عرض بعد ذلك المساعدة على اللجنة بشكل بناء على النحو التالي: "فرنسا مستعدة للتعاون مع اللجنة والمؤسسات الجامعية المهتمة بهذا الموضوع لتزويدها بأي عنصر من عناصر الممارسة المفيدة لمعالجة الموضوع، ولا سيما العناصر ذات الصلة من السوابق القضائية والفقهاء المكتوب بالفرنسية"<sup>(41)</sup>. ويرحب المقرر الخاص بهذا العرض ويتطلع إلى تلقي أي مساهمات بوسعها أن تمكن من النظر في السوابق القضائية وغيرها من المواد باللغة الفرنسية. وفيما يتعلق بالبيان الصادر باسم الدول الأفريقية، يمكن ملاحظة أن غانا كانت تتكلم باسم ائتلاف إقليمي. ويبدو أن الممارسة التي تتبعها الدول الأفريقية في سياق بيانات مجموعتها بشأن التقارير السنوية للجنة هي الإحاطة علماً بالبنود المقترح إدراجها في برنامج العمل الطويل الأجل عوضاً عن إقرارها. ويبدو أن ذلك يسمح لفرادى الوفود بالإعراب عن تأييدها (كما فعلت مصر وسيراليون وغيرهما) في بياناتها، أو عدم تأييدها، لموضوع معين<sup>(42)</sup>.

30 - وعلى الرغم من أن سلوفاكيا تتفق مع العديد من الدول الأخرى على أن الموضوع يتسق مع استمرار عمل اللجنة في توضيح مصادر القانون الدولي الواردة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فقد حذرت من "تعقيد الموضوع وعبء العمل الفعلي للجنة" واقترحت "ألا يدرج هذا الموضوع في برنامج العمل إلا بعد اختتام النظر في 'المبادئ العامة للقانون'"<sup>(43)</sup>.

31 - أما الجمهورية التشيكية، فقد "لاحظت باهتمام" إدراج الموضوع في برنامج العمل الطويل الأجل، ولكنها ذكرت أنها "تود أن تشدد على أن نقل أي موضوع من المواضيع من قائمة البرنامج الطويل الأجل

(39) البرازيل، A/C.6/76/SR.17، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [مودع لدى شعبة التدوين] ("تلاحظ البرازيل إدراج موضوع 'الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي' في الأونة الأخيرة ضمن برنامج العمل الطويل الأجل للجنة. وتحيط البرازيل علماً باهتمام بقرار لجنة القانون الدولي، الذي قد يوفر توجيهاً بشأن تفسير المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية")؛ والجمهورية التشيكية، A/C.6/76/SR.17، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [مودع لدى شعبة التدوين] ("تلاحظ الجمهورية التشيكية باهتمام إدراج موضوع 'الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي' في برنامج العمل الطويل الأجل للجنة")؛ وفرنسا، A/C.6/76/SR.16، الفقرة 73؛ وغانا (باسم المجموعة الأفريقية) (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 34)؛ وسلوفاكيا، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 42.

(40) انظر فرنسا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين] ("... أحاط وفد بلدي علماً بإدراج اللجنة موضوع 'الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي' ضمن برنامج عملها الطويل الأجل بناء على توصية الفريق العامل المعني ببرنامج العمل الطويل الأجل. وفرنسا مستعدة للتعاون مع اللجنة والمؤسسات الجامعية المهتمة بهذا الموضوع لتزويدها بأي عنصر من عناصر الممارسة المفيدة لمعالجة هذا الموضوع، ولا سيما العناصر ذات الصلة من السوابق القضائية والفقهاء المكتوب بالفرنسية")؛ وغانا (باسم المجموعة الأفريقية)، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [مودع لدى شعبة التدوين] ("تحيط المجموعة الأفريقية علماً بقرار اللجنة إدراج موضوع 'الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي' ... في برنامج عملها الطويل الأجل").

(41) المرجع نفسه.

(42) بل يمكن أن تكون هناك حجة على وجود تأييد ضمني إذ إن بيان المجموعة الأفريقية يدعو اللجنة إلى النظر في اتباع نهج متوازن إزاء المواضيع، عند اتخاذ قرار بإضافة مواضيع جديدة، وكذلك في تعيين المقررين الخاصين. انظر غانا (باسم المجموعة الأفريقية)، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(43) انظر سلوفاكيا، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين]. وتجدر الإشارة إلى أن سلوفاكيا أعربت عن تأييدها للموضوع في المناقشة التي جرت في عام 2022.

الموجودة بالفعل إلى البرنامج الجاري للجنة ينبغي ألا يتم إلا بعد دراسة متأنية وشرح مناسب لسبب تفضيل اللجنة لموضوع معين على مواضيع أخرى مدرجة في قائمة البرنامج طويل الأجل<sup>(44)</sup>.

32 - وبدا أن نحو خمس دول أبدت تعليقات أعربت عن بعض الشكوك<sup>(45)</sup>. ولاحظت هولندا، على وجه الخصوص، أنها وإن كانت تتفهم رغبة اللجنة في مواصلة النظر في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإنها تفضل "أن تركز اللجنة على المسائل الأكثر صلة بالممارسة الدولية"<sup>(46)</sup>. وعلى الرغم من تأييد النمسا الموضوع منذ المناقشة التي جرت في عام 2022، فقد عبرت عن شكوكها بصراحة أكبر عندما أشارت إلى أن دراسة المصادر الاحتياطية ليست "ملحة وذات أهمية عملية بالنسبة للدول مثل الموضوعات الأخرى المدرجة في برنامج العمل طويل الأجل"<sup>(47)</sup>. وأشارت تايلند إلى أن الاستخدام المحدود للمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي قد يطرح بعض التحديات التي تعيق كسب اهتمام الدول الأعضاء وإسهاماتها<sup>(48)</sup>.

33 - وسواء أيدت الدول المذكورة الموضوع تأييدا كاملا أم أعربت عن بعض الهواجس، فإن عددا منها قدم تعليقات مفيدة. ويقدر المقرر الخاص جميع التعليقات. وهكذا، وعلى الرغم من أنه قد لا يتفق دائما بطبيعة الحال مع جميع الوفود على النقاط المتصلة بالمضمون، فإنه سينظر فيها دائما بحساسية وتفكير عميق. والواقع أن التعليقات والانتقادات البناءة من جانب الدول التي قد ينظر إليها على أنها أكثر انتقادا قد أتاحت في الماضي للمقررين الخاصين وللجنة فرصة تعزيز عملهم بشأن العديد من مواضيعها. ولذلك فإن المشاركة الكبيرة للدول في المواضيع قيد النظر تحظى دائما بالتقدير. والمقصود، في نهاية المطاف، هو أن تكون الدول وأجهزتها المختلفة المستفيد الرئيسي من عمل اللجنة. وينطبق الأمر ذاته أيضا في هذا الموضوع كذلك.

34 - وفيما يتعلق بنطاق الموضوع، رحبت معظم الدول التي علقت عليه عموما برغبة اللجنة في توفير مزيد من الوضوح بشأن المادة 38 (1) (د). غير أن حفنة من الوفود اقترحت أن يقتصر تحليل اللجنة على ذلك الحكم. وطلبت جمهورية إيران الإسلامية إلى اللجنة "أن تأخذ في الاعتبار قيودها المفروضة على المصادر الاحتياطية، ولا سيما تلك المحددة في المادة 59 من النظام الأساسي نفسه فيما يتعلق بالأثر النسبي لقرارات المحكمة. ويجب على اللجنة أيضا تجنب أي إفراط في التطوير التدريجي فيما يتعلق بكل من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام. ومن ثم، يجب أن تقتصر الدراسة على تحديد وتطبيق كلا العنصرين"<sup>(49)</sup>.

(44) الجمهورية التشيكية، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 84.

(45) انظر بيان كل من النمسا (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 56)؛ وإيران (A/C.6/76/SR.16، الفقرة 66)؛ وهولندا (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 50)؛ ورومانيا (A/C.6/76/SR.17، الفقرة 28)؛ وتايلند (A/C.6/76/SR.18، الفقرة 21).

(46) هولندا، A/C.6/76/SR.18. وفي المناقشة التي جرت في عام 2022، لم تعلق هولندا على المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. انظر، في هذا الصدد، الوثيقة A/C.6/77/SR.23، الفقرات 120-123.

(47) النمسا، A/C.6/76/SR.18، الفقرة 56. وقد أيدت النمسا، في بيانها لعام 2022، الموضوع كما تمت مناقشته في القسم التالي الذي يلخص المناقشة التي جرت في عام 2022. ومن المرجح جدا أن يكون تردد النمسا الأولي انعكاساً في الواقع لوجهة نظرها القديمة، التي أعربت عنها في اللجنة السادسة لعدة سنوات، ومفادها أنه ينبغي للجنة أن تعطي الأولوية لإضافة موضوع "الولاية القضائية الجنائية العالمية" إلى برنامج عملها الحالي. وقد أضيف الموضوع الأخير إلى برنامج العمل طويل الأجل في عام 2018 بناء على اقتراح من هذا المؤلف.

(48) تايلند، A/C.6/76/SR.18، الفقرة 21.

(49) إيران، A/C.6/76/SR.16، الفقرة 66.

35 - وفي التطرق ضمنياً للنقد الوارد في أدبيات القانون الدولي بشأن احتمال الإفراط في الاعتماد على أحكام المحاكم ومؤلفات فقهاء القانون من أجزاء معينة من العالم، حثت البرازيل اللجنة على "إيلاء الاعتبار الواجب لمساهمات جميع مناطق العالم في تطوير [الموضوع]"<sup>(50)</sup>.

36 - وبالمثل، أوصت بيلاروس بأنه "يجب استخدام معايير عادلة ومعيارية لتحديد القواعد القائمة على مصادر فقهية تعكس مدى قبولها والاعتراف بها في مختلف مناطق المجتمع الدولي"<sup>(51)</sup>. وعلى غرار البرازيل، شجع وفد آسيوي آخر اللجنة أيضاً على مراعاة طائفة واسعة من الممارسات الوطنية، رغم ترحيبه بالدراسة المحتملة<sup>(52)</sup>. وسيقدم المقرر الخاص مقترحاته الأولية بشأن نطاق الموضوع في الأجزاء ذات الصلة من هذا التقرير، ويدعو الدول إلى إبداء تعليقاتها في هذا الصدد. وهو في غضون ذلك يوافق بقوة على أن عمل اللجنة، بوصفها هيئة التدوين الرئيسية لمختلف الأمم، ينبغي أن يكون ممثلاً للنظم القانونية والمناطق الرئيسية في العالم. ويتسق هذا الأمر مع النظام الأساسي للجنة ومع ممارستها. وبالتالي، فإنه سيأخذ دائماً هذا الاعتبار الهام في الحسبان<sup>(53)</sup>. وغني عن القول أنه ملتزم أيضاً بالصراحة العلمية.

## باء - مناقشة عام 2022 في الجمعية العامة

37 - تعكس آراء الدول في المناقشة التي جرت في عام 2022 إلى حد كبير التعليقات الواردة في مناقشة عام 2021. لذا، تجنباً للتكرار سينصب التركيز أدناه على تسليط الضوء فقط على اتجاهين واضحين.

38 - فأولاً، كما يؤكد استعراض المناقشة التي جرت في إطار اللجنة السادسة (في عام 2022) خلال الدورة السابعة والسبعين للجمعية العامة، أعربت معظم الدول التي علقت على الموضوع عن تأييدها القوي لقرار اللجنة إضافة الموضوع إلى برنامج العمل الحالي. ومن غير المستغرب أن العديد من نفس الدول التي حذرت إضافة الموضوع إلى برنامج العمل الطويل الأجل أكدت مجدداً بالأساس تأييدها لنقله إلى جدول الأعمال الفعلي. وفي عدد من الحالات، بدا أن بعض الوفود التي أعربت عن بعض التردد الأولي على النحو الوارد في الفرع السابق، مثل البرازيل ورومانيا وسلوفاكيا والنمسا، تؤيد قرار اللجنة إجراء دراسة وتعيين مقرر خاص. وكان هناك أيضاً عدد من الوفود التي لم تشارك في مناقشة الجمعية العامة التي جرت في عام 2021. وقد أعربت هي الأخرى عن تأييدها للموضوع.

(50) البرازيل، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 27.

(51) بيلاروس، البيان الحرفي، المجموعة الأولى، <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>، [مودع لدى شعبة التدوين].

(52) الصين، A/C.6/76/SR.17، الفقرة 5.

(53) انظر النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، المادة 8. وعلى الرغم من أن النظام الأساسي يشير إلى تكوين أعضاء اللجنة المنتخبين، فإنه يمكن أن يعني ضمناً أن عمل اللجنة ينبغي أن يعكس أيضاً "الأشكال الهامة للحضارات والنظم القانونية الرئيسية في العالم".

39 - وفي مناقشة عام 2022، أعربت قائمة تضم أربعاً وعشرين (24) دولة عن تأييدها لقرار اللجنة بالمضي قدماً في الموضوع. وشمل ذلك أرمينيا<sup>(54)</sup> وأستراليا<sup>(55)</sup> والنمسا<sup>(56)</sup> والبرازيل<sup>(57)</sup> وكولومبيا<sup>(58)</sup> وإستونيا<sup>(59)</sup> والهند<sup>(60)</sup> والأردن<sup>(61)</sup> وماليزيا<sup>(62)</sup> والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي)<sup>(63)</sup> والفلبين<sup>(64)</sup> والبرتغال<sup>(65)</sup> ورومانيا<sup>(66)</sup> وسيراليون<sup>(67)</sup> وسلوفاكيا<sup>(68)</sup> وجنوب أفريقيا<sup>(69)</sup> وتركيا<sup>(70)</sup> وأوغندا<sup>(71)</sup> والمملكة المتحدة<sup>(72)</sup> والولايات المتحدة الأمريكية<sup>(73)</sup>.

(54) أرمينيا، A/C.6/77/SR.24، الفقرة 13.

(55) أستراليا، A/C.6/77/SR.21، الفقرة 82.

(56) النمسا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 43.

(57) البرازيل، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 87.

(58) كولومبيا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 124.

(59) إستونيا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 105.

(60) الهند، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 48.

(61) الأردن، A/C.6/77/SR.29، الفقرة 108.

(62) ماليزيا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 31.

(63) النرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي)، A/C.6/77/SR.21، الفقرة 43؛ وانظر A/C.6/77/SR.29، الفقرة 91 (تداولت بلدان الشمال الأوروبي أيضاً نقطة موضوعية، محتجة بأنه "في حين وافقت بلدان الشمال الأوروبي على التأكيدات الأساسية الواردة في مشروع الاستنتاجين 8 و 9 [من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بالمبادئ العامة للقانون]، فإنها اعتبرت إدراجها غير ضروري وغير مناسب. أما عن أهمية أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في تحديد القانون الدولي، فهي مسألة من الأفضل النظر فيها في سياق الأعمال المتعلقة تحديداً بالمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي، وهو موضوع أضيف مؤخراً إلى برنامج عمل اللجنة".).

(64) الفلبين، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 25.

(65) البرتغال، A/C.6/77/SR.23، الفقرة 7.

(66) رومانيا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 111.

(67) سيراليون، A/C.6/77/SR.23، الفقرة 37. وأكدت سيراليون أيضاً، شأنها شأن عدد من الوفود الأخرى، رأيها القائل بأنه كان ينبغي للجنة أن تضيف موضوع "الولاية القضائية الجنائية العالمية" إلى برنامج عملها الحالي.

(68) سلوفاكيا، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 97.

(69) جنوب أفريقيا، A/C.6/77/SR.23، الفقرة 82.

(70) تركيا، A/C.6/77/SR.23، الفقرة 66.

(71) أوغندا، A/C.6/77/SR.25، الفقرة 5.

(72) المملكة المتحدة، A/C.6/77/SR.23، الفقرة 86.

(73) الولايات المتحدة، A/C.6/77/SR.22، الفقرة 12.

40 - وثانياً، واستناداً إلى ما ورد أعلاه، تغير عدد الوفود التي كانت في السابق محايدة أو مترددة. ومع ذلك، فقد عكست تعليقات الجمهورية التشيكية<sup>(74)</sup> وفرنسا<sup>(75)</sup> وتايلند<sup>(76)</sup> وجهات نظر مماثلة لمواقفها لعام 2021، في حين أن وفداً واحداً على الأقل سبق له التحدث عن الموضوع في عام 2021 لم يتناول المسألة في عام 2022. وأثار وفدان نقاطاً جوهرية ستؤخذ في الاعتبار على النحو الواجب.

41 - وعموماً، في ختام هذا الفصل الذي يسلط الضوء على الجوانب الرئيسية لمناقشة الجمعية العامة لهذا الموضوع في عامي 2021 و 2022، يتبدى بوضوح أن عدداً غالباً من الدول التي علقت على إدراج موضوع المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي، سواء في برنامج العمل الطويل الأجل أو الحالي، يرحب عموماً بقرار اللجنة بتحديد المسائل المدرجة في الموضوع ومعالجتها أو يؤيد ذلك القرار. ويعرب المقرر الخاص عن امتنانه لجميع الوفود التي قدمت مساهمات بشأن هذا الموضوع ويتطلع إلى مواصلة التفاعل بشأنه في المناقشات المقبلة. ويعرب أيضاً عن أمله في أن تغتنم وفود إضافية، من جميع المجموعات الإقليمية، الفرصة السنوية المتاحة لتبادل آرائها بخصوص عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع.

(74) الجمهورية التشيكية، [A/C.6/77/SR.22](#)، الفقرة 122. ومن الممكن أن يكون هذا الوفد أيضاً في وضع مماثل للنمسا التي أعلاه. ولطالما تمسك هذا الوفد بوجهة النظر، التي أعرب عنها لعدة سنوات في اللجنة السادسة، والقائلة بأنه ينبغي للجنة أن تعطي الأولوية لإضافة موضوع "الولاية القضائية الجنائية العالمية" إلى برنامج عملها الحالي، وهو موضوع أضيف إلى برنامج العمل الطويل الأجل في عام 2018 بناءً على اقتراح من المؤلف الحالي.

(75) فرنسا، [A/C.6/77/SR.25](#)، الفقرة 44.

(76) تايلند، [A/C.6/77/SR.23](#)، الفقرة 114.

## الفصل الثالث نطاق الموضوع ونتائجه

### ألف - المسائل المقترحة لتنظر فيها اللجنة

42 - يُشير المخطط الدراسي لهذا الموضوع، الذي أقرته اللجنة في دورتها الحادية والسبعين في عام 2021 والذي على أساسه يجري إعداد هذه الدراسة، إلى مركزية المصادر بالنسبة للنظام القانوني الدولي. ويُسلط أيضاً الضوء على الدور المحوري الذي اضطلعت به اللجنة بصورة منهجية لدراسة وتوضيح المصادر الأساسية للقانون الدولي المحددة في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وقد بدأت مسيرة اللجنة في تناول عناصر المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بإعداد مجموعة من مشاريع المواد المتعلقة بقانون المعاهدات في الستينات من القرن الماضي (1 (أ))، واستمرت مع القانون العرفي الذي بدأ العمل بشأنه في عام 2012 وأدى إلى اعتماد مجموعة من مشاريع الاستنتاجات بشأن تحديد القانون الدولي العرفي في عام 2018 (1 (ب))، ومؤخراً المبادئ العامة للقانون (1 (ج)). وبدأ العمل على هذا الموضوع الأخير في عام 2019 ومن المتوقع أن تُنجز قراءة أولى في عام 2023. وينبغي أن تتبع ذلك قراءة ثانية وأخيرة في عام 2025. وفي هذه المرحلة، وعلى مدى عدة عقود، نظرت اللجنة بصورة منهجية في الفقرات الفرعية الثلاث الأولى من الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تتناول مصادر القانون الدولي: المعاهدات، والقانون الدولي العرفي، والمبادئ العامة للقانون. وسيراعي هذا التقرير والتقارير المقبلة عن هذا الموضوع، حسب الاقتضاء، تلك المساهمات السابقة.

43 - ولكن، كما أوضح أيضاً المخطط الدراسي لهذا الموضوع لعام 2021، لا تزال الجوانب الأخرى للفقرة 1 من المادة 38 المذكورة في الفقرة الفرعية 1 (د) غير مدروسة بما فيه الكفاية، وهي أحكام المحاكم أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم التي ستطبقها المحكمة كمصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون. وهذه المصادر الاحتياطية، التي من الواضح أنها تندرج في فئتين متميزتين ولكن كان القصد منها أن تؤدي وظيفة مساعدة مماثلة، لم تدرسها اللجنة دراسة شاملة لتوضيح الدور الهام الذي تؤديه في تطوير مختلف مجالات القانون الدولي. ومع ذلك، وكما هو الحال بالنسبة للأعمال السابقة التي اضطلعت بها اللجنة بشأن المصادر نفسها، فإن جوانب في الوسائل الاحتياطية وتفاعلها وعلاقتها بالمصادر يشوبها عدم اليقين. والواقع أن هناك بعض النقاش حول طبيعة ومكانة أحكام المحاكم في تقرير قواعد القانون الدولي، فضلاً عن مسائل مماثلة فيما يتعلق بدور مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. وبناء على ذلك، ولتجنب ترك ثغرة في وضوح القانون الدولي وإمكانية التنبؤ به وتوحيده، رأت لجنة القانون الدولي (وبعض الدول في اللجنة السادسة) أن من المفيد استكمال النظر في الفقرة 1 من المادة 38، بالتركيز أيضاً تحديداً على المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

44 - وفي هذه المرحلة، ومع مراعاة المخطط الدراسي لعام 2021، يقترح المقرر الخاص أن تتناول اللجنة المسائل التالية. وهي مسائل توضيحية وليست حصرية. والفكرة هنا هي توفير أساس كاف لأعضاء اللجنة والدول لتقديم التعليقات على النطاق المقترح للموضوع. ويترتب على ذلك أن مناقشة المسائل المحددة أدناه لا يقصد بها أن تكون بمثابة حصر للموضوع، الذي ينبغي بطبيعة الحال لكي يكون مفيداً أن تظل مسائل أو جوانب أخرى محتملة ذات صلة به مفتوحة للنظر المحتمل فيها من قِبَل اللجنة.

45 - وإجمالاً، وفيما يتعلق بالمسائل الرئيسية التي يتعين معالجتها، يقترح أن تغطي دراسة اللجنة المسائل الأساسية الرئيسية المتصلة بالموارد الاحتياطية لتوضيح وتجلية الكيفية التي جرى بها استخدام أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين وغير ذلك من المصادر الاحتياطية المحتملة في ممارسة الدول والمحاكم والهيئات القضائية الدولية، وكذلك من جانب الجهات الفاعلة الأخرى ذات الصلة مثل هيئات الخبراء، في عملية تحديد قواعد القانون الدولي وتقريرها وتطبيقها. ودون أن يُشكّل ذلك بأي حال من الأحوال استبعاداً للمسائل أو الجوانب الأخرى التي قد تصبح أكثر وضوحاً مع تقدم العمل بشأن الموضوع، يمكن أن يُقترح أن تقوم اللجنة بالأساس بتحليل ثلاثة محاور أو عناصر أساسية للموضوع.

## 1 - أصول المصادر الاحتياطية وطبيعتها ونطاقها

46 - سيسعى المحور أو العنصر الأول من الموضوع إلى توضيح طبيعة فئة المصادر الاحتياطية في عملية تقرير قواعد القانون الدولي. وثمة ثلاثة مكونات فرعية مهمة جداً هنا. أولاً، توضيح أصول المصادر الاحتياطية؛ وثانياً، المسائل المتصلة بالمصطلحات؛ وثالثاً، مسألة النطاق ذات الصلة. وتكتسي مسألة اتباع نهج ضيق (تقليدي) أو واسع (حديث) من عدمه بالأهمية وتترتب عليها آثار هامة تتصل بالفائدة المحتملة لمساهمة اللجنة في هذا الموضوع. والسؤال الأساسي الذي يتعين معالجته هو ما إذا كان حقل المصادر الاحتياطية يقتصر فقط على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، أم أن تلك المصادر تشمل أيضاً وسائل احتياطية إضافية مراعاة للطبيعة غير الحصرية للفقرة 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وكذلك ممارسات الدول والمحاكم والهيئات القضائية الدولية التي لها أهمية كبيرة.

47 - وعند تحديد نطاق الموضوع وتوضيح المصطلحات، التي يبدو أن هناك بعض الالتباس بشأنها في الممارسة، يمكن إيلاء الاعتبار لكل من المعنى العادي للمادة 38 (1) (د) وكذلك تاريخ صياغتها، والأهم من ذلك، كيفية تطبيقها على مدى العقود العديدة الماضية. ويشمل ذلك توضيح نطاق المصطلحات الرئيسية مثل "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام". وفيما يتعلق بالمسألة الأولى، ينبغي النظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم وغيرها من الهيئات القضائية، وفيما إذا كانت تلك الأحكام تشمل الفتاوى، وفي دور المحاكم الوطنية إزاء قرارات المحاكم الدولية في معالجة مسائل القانون الدولي. ويمكن فحص نطاق "المذاهب"، ومدى اتساع أو ضيق هذه الفئة، ومن يمكنه إنتاجها وكذلك وزنها. فعلى سبيل المثال، ومن أجل إضفاء مزيد من الوضوح على هذا المجال عندما يتعلق الأمر بأعمال مجموعة واسعة ومتنوعة من هيئات الخبراء، كيف يتعين أن يجري تصنيفها؟ وهل تُعتبر أعمالها في عداد مذاهب كبار المؤلفين؟ وماذا عن قرارات أو تصريحات بعض هيئات الخبراء هذه، ولا سيما تلك التي تمارس ولاية رسمية، وكيف تقارن نواتجها بتلك الصادرة عن أفرقة الخبراء الخاصة أو المحاكم القانونية مطلقاً. وينبغي أيضاً مراعاة تفاعل هذه الهيئات مع الدول وعلاقتها بها. وتناقش بعض هذه المسائل بصورة أولية في أجزاء لاحقة من هذا التقرير.

## 2 - علاقة المصادر الاحتياطية بمصادر القانون الدولي

48 - أما المحور أو العنصر الثاني من الموضوع، الذي يمكن قراءته في بعض النواحي على أنه لب القيمة المضافة المحتملة للموضوع، فيركز على وظيفة المصادر الاحتياطية المدرجة في الفقرة الفرعية 1 (د) والعلاقات بينها وبين مصادر القانون الدولي، أي المعاهدات والقانون العرفي والمبادئ العامة للقانون المدرجة في الفقرات الفرعية 1 (أ) إلى (ج) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وفي

هذا الصدد، تشمل المسائل التي يتعين النظر فيها الوزن والقيمة المعطاة للمصادر الاحتياطية، ولا سيما الأحكام الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية الدولية، في توضيح وتطوير القانون الدولي ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. وينبغي دراسة الفكرة القائلة بأن استنتاجات الهيئات القضائية عند تفسير وتطبيق المعاهدات والقانون العرفي والمبادئ العامة للقانون يمكن أن تحدد الالتزامات القانونية الملزمة للدول والمنظمات الدولية وغيرها من الهيئات أو تُستخدم كمصادر لتلك الالتزامات. ويلزم توضيح العلاقة بين المادتين 38 و 59 ومفهوم السوابق القضائية، أو ادعاء عدم وجودها في القانون الدولي، فضلا عن الصلة بحقوق الأطراف الثالثة. وتُشكّل مسألة السوابق القضائية مسألة قديمة. ولكنها تبدو ذات أهمية خاصة بالنسبة للموضوع، بالنظر إلى النظرية المتعلقة بها وواقع الممارسة التي وافقت عليها الدول بالضرورة. ومن شأن البحوث القانونية التجريبية على نحو متزايد التي ترسم خريطة التطور الفعلي للسوابق القضائية في المحاكم والهيئات القضائية الدولية أن تساعد على تحديد، أو على الأقل تأكيد، الأنماط التي يمكن العثور عليها في الممارسة والتي يمكن أن تُمكن اللجنة من استخلاص استنتاجات مفيدة.

### 3 - المصادر الاحتياطية الإضافية لتقرير قواعد القانون الدولي

49 - يمكن أن يكون المحور أو العنصر الثالث من الموضوع، رهنا بما إذا كان قد اتبع نهج ضيق أو واسع إزاء موضوع المصادر الاحتياطية، فرصة لتوضيح المصادر الاحتياطية الإضافية التي لا تندرج ضمن أحكام المحاكم ولا مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. وهنا، يمكن للجنة أن تخطو خطوة للوراء بغرض رسم صورة أوسع، تتجاوز الحدود الصارمة للعنصرين المنفصلين المذكورين في المادة 38 (1) (د). ومع أخذ الطابع غير الحصري البادي لهذا الحكم في الاعتبار، ينبغي أن يكون من الممكن التفكير في تطوير مصادر احتياطية بمرور الوقت في ممارسة الدول والمنظمات الدولية والمحاكم والهيئات القضائية الدولية. ومن المرجح أن يبين هذا التفكير أن المحاكم الدولية طُلب إليها من الدول، على مدى العقود الماضية، استخدام مجموعة متنوعة من الأدوات القانونية لحل المنازعات الخلافية بين الدول. ولدى قيامها بذلك، درست المحاكم الدولية مصادر التزامات الدول التي تتعلق بمصادر القانون المذكورة صراحة في الفقرة 1 من المادة 38 لكنها لا تقتصر عليها. وفي هذا الصدد، يمكن القول إن المصدرين الحديثين الأكثر وروداً لالتزامات الدول في القانون الدولي هما الأفعال/الإعلانات الانفرادية الصادرة عن الدول و/أو قرارات المنظمات الدولية. ولذلك سيناقش هذان المصدران في هذا التقرير. ويمكننا أيضاً أن ننظر، بما يتسق مع الممارسة والأدبيات المتعلقة بهذه النقطة، فيما إذا كانت هناك وسائل احتياطية إضافية مثل الإنصاف أو القانون الديني أو الاتفاقات بين الدول والمؤسسات الدولية.

50 - وثمة مسألة أخيرة، وهي مسألة اتساق<sup>(77)</sup> القانون الدولي ووحده، يمكن أن تؤثر أيضاً على نطاق هذا الموضوع وبالتالي على فائدته وتعقيده. ولذلك لا بد من تناولها بالذكر. وتثار هذه المسألة لأنه لا شك في أن أحد أسس هذا الموضوع هو تحليل أحكام المحاكم. وفي المخطط الدراسي لعام 2021، جرى توضيح

(77) للاطلاع على تحليل للمراحل المختلفة للنقاش، وللموضوع الذي ربما يقف فيه المحامون الدوليون الآن بشأن التجزئة المتصورة الناتجة عن "إضفاء الطابع القضائي" المتزايد على القانون الدولي، انظر: Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds) *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), p. 6. وللاطلاع على معالجة مبكرة وشاملة للتضارب المحتمل بين الاختصاصات، في سياق الانتشار الظاهر للمحاكم والهيئات القضائية الدولية، انظر: *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

أنه في بعض الحالات نشأت مخاوف من أن المحاكم والهيئات القضائية الدولية المختلفة قد تعالج نفس المنازعة في وقت واحد، وعندما تفعل ذلك، قد تتوصل إلى قرارات/استنتاجات متضاربة فيما يتعلق بنفس المسألة القانونية الدولية. ويؤدي ذلك، في جملة أمور، إلى مناقشات بشأن الاختصاصات المؤسسية لكل منها وعلاقتها الهرمية فيما بينها<sup>(78)</sup>. ويقر المخطط الدراسي بأن هذه المسائل تنشأ بالفعل في الممارسة العملية، ولكنه رأى أنه وإن كانت هذه الشواغل بشأن أحكام المحاكم المتضاربة تتسم ببعض الأهمية، إلا أنها تقع خارج نطاق هذا الموضوع. وقد تم التوصل إلى هذا الاستنتاج دون إجراء مناقشة مستفيضة بشأن تلك المسألة المحددة.

51 - وبالنظر إلى أهمية هذه المسألة، التي يبدو أنها تنشأ بشكل طبيعي عن دراسة لدور أحكام المحاكم كمصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون الدولي وتبدو ضمنية في تعليقات دولة واحدة على الأقل (هي البرتغال)، يرى المقرر الخاص أن اللجنة ككل هي التي عليها الآن أن تقرر ما إذا كان ينبغي إبقاء هذه المسألة خارج نطاق هذا الموضوع. ويجد المقرر الخاص نفسه مضطراً إلى إثارة المسألة لغرض وحيد هو الحصول على توجيهات اللجنة بشأنها. وهو على استعداد لتقديم مزيد من التفاصيل بشأن هذه المسألة التي يمكنه، رهنا بالأراء المعرب عنها، أن يتناولها بطريقة أكثر استفاضة في التقارير المقبلة.

## باء - مشاريع الاستنتاجات بوصفها النتيجة النهائية

52 - يؤيد المقرر الخاص قرار اللجنة لعام 2021 الذي يشير إلى أن مشاريع الاستنتاجات المشفوعة بالشروح هي أنسب شكل لنتائج هذا الموضوع. وكما هو مبين في المخطط الدراسي<sup>(79)</sup>، فإن تفضيل مشاريع الاستنتاجات يستكمل ويتسق مع النهج السابق الذي اتبعته اللجنة بشأن عدة مواضيع حديثة العهد تتناول مصادر القانون الدولي والمسائل ذات الصلة به، وهي الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات<sup>(80)</sup>، وتحديد القانون الدولي العرفي<sup>(81)</sup>، والمبادئ العامة للقانون<sup>(82)</sup>، وتحديد القواعد الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي (cogens jus) ونتائجها القانونية<sup>(83)</sup>.

53 - ومع ذلك، فإن مسألة ما تعنيه عبارة "مشاريع الاستنتاجات" في الممارسة العملية قد أثرت في سياق المواضيع الأخرى المذكورة التي طرقتها لجنة القانون الدولي وفيما بين الدول في اللجنة السادسة على حد سواء. ويبدو أن جزءاً من القلق ينبع من تزايد استخدام اللجنة لمشاريع الاستنتاجات، بدلاً من مشاريع المواد التقليدية الأكثر شيوعاً لدى الدول، باعتبارها الشكل النهائي للنواتج في دراسات مختلفة. والشاغل الآخر هو الأهمية العملية لهذا الاختيار. ولذلك فإن المسألة تستدعي ملاحظتين موجزتين ولكنها هامتان.

(78) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، المرفق، الفصل الرابع، الفقرة 27.

(79) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، المرفق، الفقرة 8.

(80) Yearbook ... 2018, vol. II (Part Two), chap. IV, p. 23-82, paras. 39-52.

(81) Yearbook ... 2018, vol. II (Part Two), chap. V, p. 89-112, paras. 53-66.

(82) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الفصل الثامن، الصفحات 350-370 (القراءة الأولى المزمع اختتامها بنهاية فترة السنوات الخمس الحالية).

(83) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الفصل الرابع، الصفحات 12-102.

54 - أولاً، ينبغي التشديد على أنه حتى قبل الدعوات التي وجهها بعض المندوبين في اللجنة السادسة إلى لجنة القانون الدولي لتوضيح معنى مشاريع الاستنتاجات، عقدت لجنة القانون الدولي بالفعل مداولات بشأن المسألة المعقدة المتمثلة في الآثار المترتبة على اختيار مشاريع الاستنتاجات كشكل من أشكال النواتج مقارنة بالنتائج الأخرى في مواضيع أخرى مثل مشاريع المواد. وقد أثّرت هذه المسألة في سياق عملها فيما يتعلق بأنواع أخرى من النواتج. ثم ذُكرت هذه المسألة علناً في تقرير الهيئة الفرعية المناسبة التي تتناول هذه المسائل وهي الفريق العامل الدائم التابع للجنة المعني بأساليب العمل<sup>(84)</sup>. وستستمر مداولات ذلك الفريق العامل بشأن مسألة التسميات ومختلف المسائل الأخرى، على النحو المشار إليه في تقرير اللجنة لعام 2022 المقدم إلى الجمعية العامة، في السنوات المتبقية من فترة الخمس سنوات 2023-2027<sup>(85)</sup>. وأي استنتاجات يتم التوصل إليها ستحال، كالمعتاد، إلى الدول والجمعية العامة لإبداء تعليقاتها. ويترتب على ذلك أن هذا التقرير، على أهميته، ليس المكان المناسب للنظر في تلك المسألة، ناهيك عن حلها.

55 - ثانياً، وعلى أي حال، لا يوجد، حتى الآن، تعريف واحد يناسب جميع أنواع "مشاريع الاستنتاجات" في ممارسة اللجنة. ويبدو أن الضوء المرشد في اختيار الناتج مدفوع في المقام الأول بالاحتياجات المحددة للموضوع قيد النظر. ومع ذلك، وللتخفيف من أي شواغل قد تنشأ حول النية وراء استخدام مشاريع الاستنتاجات في هذا الموضوع، ينبغي تقديم توضيح رئيسي. فبالمعنى المستخدم هنا، ينبغي أن تُفهم مشاريع الاستنتاجات على أنها إشارة إلى نتيجة عملية مداولات معللة وإعادة تنصيب فيما يتعلق بالممارسات القائمة بشأن المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. وتتمثل خاصيتها الأساسية في توضيح القانون استناداً إلى الممارسة الحالية. وهكذا، فإن مضمون مشاريع الاستنتاجات هذه، تمشياً مع النظام الأساسي والممارسة المستقرة للجنة بشأن المصادر الحديثة والمواضيع ذات الصلة، يعكس في المقام الأول توين القانون الدولي وربما عناصر من تطويره التدريجي.

56 - وعموماً، واختتاماً لهذه النقطة، وبالنظر إلى أن اللجنة، عندما يتعلق الأمر بتفاعلها الموضوعي مع الفقرة الفرعية 1 (ب) و (ج) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، اعتمدت مشاريع الاستنتاجات كشكل نهائي، فمن المنطقي أن تستخدم اللجنة نفس شكل الناتج فيما يتعلق بالمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي الواردة في الفقرة الفرعية 1 (د). وأي خروج عن هذا النهج الذي قرره اللجنة بالفعل في عام 2021 من شأنه أن يسبب ارتباكاً لا داعي له ويولد شكوكاً لا داعي لها.

## جيم - إيضاحات مصطلحية

57 - يتعلق الجانب الأخير من هذا الفصل بالمصطلحات. ولدى إعداد هذا التقرير، وجد المقرر الخاص أن طائفة واسعة من المصطلحات تستخدم في الممارسة والأدبيات فيما يتصل بالمناقشات المتعلقة بهذا الموضوع. ومن هذا المنظور، وأملاً في تجنب الغموض أو على الأقل تقليبه إلى أدنى حد عند تناول هذا التقرير وهذا الموضوع في اللجنة، يرى المقرر الخاص أنه سيكون من المفيد أن يكون هناك فهم مشترك للمصطلحات الرئيسية. وهناك في هذا الصدد ملاحظتان جديرتان بالذكر.

(84) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الفصل العاشر (جيم) (2)، الصفحة 396، الفقرة 255.

(85) المرجع نفسه، الفصل العاشر (جيم) (2)، الصفحة 396، الفقرة 256.

58 - أولاً، كنقطة بداية، عند الإشارة إلى "المصدر الاحتياطي لتقرير قواعد القانون" في هذا الموضوع، تكون الإشارة إلى المصطلح كما هو وارد في المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ولأغراضنا، سيستخدم مصطلح "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي" في هذا التقرير وهذا الموضوع، ولكن ينبغي، من حيث الأساس، أن يعتبر، مكافئاً لمصطلح "المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون". وبعبارة أخرى، فإن مصطلح "قواعد القانون" الوارد في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كثيراً ما سيستعاض عنه، وإن لم يكن دائماً، بمصطلح "قواعد القانون الدولي". وذلك من أجل الاتساق مع عنوان الموضوع الذي كان القصد من اختياره هو التأكيد على أن فحوى المشروع الحالي هو تقرير قواعد القانون الدولي. ومن الأهمية بمكان أن اعتبار مصطلح "قواعد القانون" أوسع من مصطلح "قواعد القانون الدولي" لم يقصد به قط ولا يشكل بالتالي بأي حال من الأحوال قيوداً من نطاق الموضوع.

59 - ومن الواضح، وهذه هي النقطة الثانية والأخيرة بشأن المصطلحات، أن المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تشير صراحة إلى فئتين من "المصادر" التي وصفت بأنها "احتياطية" أثناء صياغة النظامين الأساسيين للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية: "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم". ويمكن التعبير عن مصطلح "أحكام المحاكم" باختصار على أنه "أحكام" بينما قد يشار أحياناً إلى "المذاهب" بعبارات الفقه أو الكتابات أو الدراسات أو المؤلفات أو الأدبيات أو الأعمال أو حتى مخرجات أو تصريحات. وينبغي فهم كلا المصطلحين بأوسع معانيهما. وفي بعض الأحيان، يمكن استبدال مصطلح "المؤلفون في القانون العام"، الذي يبدو عتيقاً إلى حد ما، بمصطلحات أخرى أكثر انتشاراً في الاستخدام الحديث مثل الفقهاء أو الحقوقيين أو المؤلفين أو الكتاب أو الشراح. ويتماشى الفهم المذكور أعلاه بالأساس مع الأعمال السابقة للجنة<sup>(86)</sup>.

60 - وختاماً، من المتوقع أن توفر دراسة اللجنة، بتناولها هذا الموضوع وتناول المسائل الرئيسية المذكورة أعلاه وأي مسائل أخرى ذات صلة قد تنشأ أثناء العمل، توجيهاً مفيداً للدول والمنظمات الدولية والمحاكم والهيئات القضائية الوطنية والدولية وجميع من قد يكون لديهم سبب، بمن فيهم فقهاء القانون الدولي وممارسوه، لتناول محتوى المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

(86) تتبع المصطلحات المستخدمة عموماً استخدام اللجنة المماثل للمصطلحات في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي. انظر، في هذا الصدد، الاستنتاجين 13 و 14 وشروحهما في تقرير اللجنة لعام 2018 المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة كما نوقش في مذكرة الأمانة العامة.

## الفصل الرابع المنهجية

61 - ننتقل الآن إلى المنهجية. ويقترح المقرر الخاص أن تتبع اللجنة أيضا، تمشيا مع نظامها الأساسي وممارستها المتبعة<sup>(87)</sup>، منهجيتها المقررة في عملها بشأن هذا الموضوع. وسيطلب ذلك منها أن تدرس، بأكبر قدر ممكن من الشمول والموضوعية، طائفة واسعة من المواد الرئيسية والثانوية والأدبيات القانونية المتعلقة بالموضوع بطريقة متكاملة. وفي هذا الصدد، فإن البحوث التي يضطلع بها المقرر الخاص بشأن تقاريره سوف تُستكمل بمساهمات من أعضاء اللجنة الآخرين. وستؤخذ في الاعتبار بعناية أي مساهمات تقدمها الدول، سواء في البيانات التي تدلى بها في المناقشات السنوية للموضوع في اللجنة السادسة للجمعية العامة أو استجابة لطلبات محددة. وينطبق الشيء نفسه أيضا على الدراسات التي تجريها الأمانة العامة تلبية لطلبات اللجنة.

62 - وينبغي أن يسترشد العمل بشأن هذا الموضوع في المقام الأول بممارسة الدول. وقد يثير ذلك مسألة المقصود بممارسة الدول. وبطبيعة الحال، يمكن أن تتخذ ممارسة الدول أشكالاً مختلفة كثيرة. وقد سعت اللجنة إلى توضيح أكثر أشكال ممارسات الدول شيوعاً في سياق استنتاجاتها لعام 2018 بشأن تحديد القانون الدولي العرفي. وأوضحت أن ممارسة الدول تشمل سلوك الدولة سواء في ممارستها لوظائفها التنفيذية أو التشريعية أو القضائية أو غيرها من الوظائف مثل البيانات العامة وقرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية والوطنية ذات الصلة؛ فضلا عن القوانين والمراسيم الوطنية وغيرها من الوثائق؛ والمعاهدات والصكوك الدولية الأخرى، بما في ذلك الأعمال التحضيرية حيثما كانت متاحة؛ والمراسلات الدبلوماسية وكذلك المرافعات أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية ذات الطابع العالمي أو الإقليمي. ولأغراض الموضوع سينظر أيضا في ممارسات المنظمات الدولية<sup>(88)</sup> بقدر ما يكون لها صلة به، سواء كانت ذات طابع عالمي أو إقليمي.

63 - ونظرا لطبيعة هذا الموضوع، الذي يركز على المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون بدءاً بأحكام المحاكم، ينبغي إيلاء اهتمام خاص للاجتهاد القضائي للمحاكم والهيئات القضائية الدولية. ففي نهاية المطاف، تهدف المادة 38 إلى توجيه العملية القضائية في سياق محكمة معينة. وفي هذا الصدد، وكما هو الحال بالنسبة للدراسات السابقة ذات الصلة التي أجرتها اللجنة بشأن مصادر القانون الدولي، سيولى الاهتمام لعمل محكمة العدل الدولية، وسابقتها التي كثيرا ما تعتمد على قراراتها، وهي المحكمة الدائمة للعدالة الدولية<sup>(89)</sup>. وسيجري النظر في إطار هذا الموضوع في قرارات هيئات التحكيم المشتركة بين الدول،

(87) انظر، في هذا الصدد، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، المرفق، الفقرات 32-34 و 39 (المشيرة، في جملة أمور، إلى المادتين 20 و 24 من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي).

(88) كما سنرى الآن، يجري هنا التمييز بين ممارسات المنظمات الدولية في حد ذاتها وممارسات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما في ذلك قراراتها.

(89) انظر، من بين العديد من الأمثلة الممكنة من حيث القرارات والفتاوى، شروط قبول دولة ما في عضوية الأمم المتحدة (المادة 4 من الميثاق)، فتوى، 63، Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, p. 57 at p. 63 ("تري المحكمة أن النص واضح بما فيه الكفاية؛ وبناء على ذلك، فإنها لا ترى أنه ينبغي لها أن تحيد عن الممارسة الثابتة للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية، التي تقضي بأنه لا مجال للجوء إلى الأعمال التحضيرية إذا كان نص الاتفاقية واضحا بما فيه الكفاية في حد ذاته") والتعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة، فتوى، 182، Reports 1949, p.174 at p. 182 ("بموجب القانون الدولي، يجب اعتبار أن المنظمة تتمتع بالسلطات المخولة لها ضمنا بالضرورة، وإن لم ينص عليها الميثاق صراحة، باعتبارها ضرورية لأداء واجباتها"). ومضت إلى أن

وإن لم تكن أحكام المحاكم في حد ذاتها، مثلما جرى النظر فيها أيضا في إطار مواضيع اللجنة السابقة. ويبدو هذا مبررا لأن هيئات التحكيم المشتركة بين الدول وغيرها من هيئات التحكيم كثيرا ما تطبق القانون الدولي، وعلى أي حال، تشير إليها الدول والمحاكم الدولية على السواء عند معالجة المنازعات المتعلقة بمسائل القانون الدولي<sup>(90)</sup>.

64 - ودون التشكيك في الأهمية العامة لقرارات المحاكم المحلية، التي يجب أن تؤخذ أيضا في الاعتبار، فإن السوابق القضائية للمحاكم والهيئات القضائية الدولية (وتلك التي اكتسبت طابعاً دولياً) تستحق النظر. وتشمل هذه التوصيات، على سبيل المثال، محكمة العدل الدولية، والمحكمة الدولية لقانون البحار، والمحكمتين الجنائيتين الدوليتين المخصصتين ليوغوسلافيا السابقة ورواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون، وهيئات تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية. وسيشار أيضا إلى السوابق القضائية للمحاكم والهيئات القضائية الإقليمية مثل المحكمة واللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، ومحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة ولجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، فضلا عن الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان. ومع ذلك، وبينما سنشير إلى السوابق القضائية لمحاكم وهيئات قضائية معينة، فإن الهدف هو التوصل إلى استنتاجات ذات طابع عام تسري بالتساوي على جميع المحاكم، وليس فقط المحاكم القائمة حاليا ولكن أيضا تلك التي قد تنشأ في المستقبل.

65 - ويرى المقرر الخاص، بالنظر إلى أن هذه الدراسة تتعلق بالمصادر الاحتياطية، أن هناك اعتبارين هامين على الأقل يستحقان دائما أن يؤخذا في الاعتبار عند الاستناد إلى هذا التنوع في الاجتهاد القضائي. أولا، فيما يتعلق بالمحاكم الدولية الأخرى، يمكن طرح سؤال عما إذا كانت تلك المحاكم تطبق منهجية مثل منهجية محكمة العدل الدولية، لا سيما بالنظر إلى أساسها القانوني المميز. وثانيا، على الرغم من عدم وجود إلزام تقني باتباعها، سيكون من المهم النظر فيما إذا كانت محكمة العدل الدولية والدول تعامل قرارات هذه المحاكم، عند التعامل مع مسائل القانون الدولي، كشكل من أشكال المصادر الاحتياطية المقنعة بمعزل عن دورها المحتمل كدليل على ممارسات الدول.

66 - وبطبيعة الحال، وإضافة إلى ممارسات الدول، ستدرس أيضا المؤلفات الأكاديمية ذات الصلة بموضوع المصادر والمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. ويبدو من المهم دراسة طائفة واسعة من المؤلفات القانونية، لا سيما بالنظر إلى طبيعة هذا الموضوع فضلا عن نص وروح الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي. وستبذل قصارى الجهود لمراعاة تنوع وجهات النظر بشأن هذا الموضوع.

"المحكمة الدائمة للعدالة الدولية طبقت هذا المبدأ القانوني على منظمة العمل الدولية في فتاها رقم 13 المؤرخة 23 تموز/ يوليه 1926 (Series B, No. 13, p. 18)، ويجب تطبيقه على الأمم المتحدة". وتأكيذا على إخلاص المحكمة لتلك السوابق القضائية، فقد ذهبت أيضاً إلى حد التمييز، في قرارات أخرى، بين أحكامها وأحكام المحكمة الدائمة للعدالة الدولية، مثلما فعلت، على سبيل المثال، في قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)، الحكم، *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253 at p. 270, para. 54.

(90) كانت هذه النقطة مثيرة للجدل في الأدبيات المبكرة، مع وجود نقاش كبير حول ما إذا كانت قرارات هيئات التحكيم تشكل "أحكام محاكم" وفق الفقرة 1 (د) من المادة 38. وبينما سيتم تناول هذه المسألة في موضع لاحق من هذا التقرير، فإنه يكفي في هذه المرحلة التأكيد على أن هذه المسألة لم تشكل تحدياً حقيقياً في الممارسة العملية لأن المحكمة تشير عملياً إلى مثل هذه القرارات. وللاطلاع على تحليل ممتاز، انظر: Court in practice refers to such decisions. For an excellent analysis, see Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 35.

ويشمل ذلك، تمشياً أيضاً مع الممارسة المستقرة، أعمال فرادى فقهاء القانون وكذلك أعمال أفرقة الخبراء، سواء أنشئت من قِبَل القطاع الخاص أو من قِبَل الدول.

67 - وسيكون المقرر الخاص ممثناً للغاية لأي اقتراحات يقدمها أعضاء اللجنة والدول بشأن المواد ذات الصلة بمختلف اللغات. ومن شأن ذلك أن يساعد على ضمان قدر أكبر من التمثيل للنظم القانونية واللغات والمناطق الرئيسية في العالم.

68 - وأخيراً، وكما هو الحال بالنسبة للدراسات الأخرى التي أنجزت مؤخراً، يمكن للجنة، في نهاية دراستها، أن تدرج ببليوغرافيا متعددة اللغات. وتتبع قيمة الببليوغرافيا في المقام الأول من توفير نقطة انطلاق للبحث للحقوقيين وغيرهم من الباحثين الذين قد يكون لديهم سبب لمعالجة مسألة المصادر الاحتياطية. والخطر، بالطبع، هو أن الببليوغرافيا، بطبيعتها، تظل جامدة عبر الزمن. وبالتالي يمكن أن تصبح متقادمة بسرعة. وفي الوقت نفسه، قد تثبت الببليوغرافيا الشاملة المجموعة في نهاية العمل حول هذا الموضوع فأدنتها بمقدار كونها توفر للباحثين في المستقبل دليلاً مناسباً للأعمال الفقهية الرئيسية المنشورة حتى الآن حول هذا الموضوع<sup>(91)</sup>. وبالنظر إلى الوفرة الهائلة من المنشورات المتعلقة بالموضوع الحالي، فمن المرجح أن يكون هناك ما يبرر قدراً من الانتقائية. ومن ثم يصبح سؤال المتابعة حول المعايير التوجيهية لهذه الانتقائية. ويمكن اقتراح أن تكون جودة المؤلفات وطابعها التمثيلي فيما يتعلق بالنظم القانونية والمناطق واللغات الرئيسية في العالم جزءاً من المعايير الرئيسية للإدراج. ومرة أخرى، فإن أي اقتراحات يقدمها أعضاء اللجنة والدول بشأن المواد الرئيسية والثانوية ذات الصلة المناسبة للببليوغرافيا المتعددة اللغات ستكون موضع تقدير كبير من المقرر الخاص.

(91) تم بالفعل تحديد فكرة الببليوغرافيا في المخطط الدراسي للموضوع. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، المرفق، الفصل السادس، الفقرة 38 (5).

## الفصل الخامس

### الأعمال السابقة للجنة بشأن المصادر الاحتياطية

69 - لأغراض هذا التقرير، من الضروري التذكير بالأعمال السابقة التي اضطلعت بها اللجنة والتي تبدو ذات صلة خاصة بالنظر في هذا الموضوع. وهكذا، يسعى المقرر الخاص في هذا الفصل، مستندا إلى حد كبير إلى مذكرة الأمانة العامة، إلى تقديم بعض المعلومات الأساسية التي من شأنها أن تمكن اللجنة من الاستفادة من الأعمال السابقة عند الاقتضاء. وهو يدمج الملاحظات الرئيسية والتفسيرات المصاحبة لها في هذا التقرير. غير أنه لا تجري مناقشة جميع الجوانب نظرا لضيق المساحة. وللحصول على صورة أوفى، يُحث الأعضاء على قراءة هذا الفصل باقتران مع مذكرة الأمانة العامة.

70 - ومن غير المستغرب أن اللجنة، بالنظر إلى عملها المكثف بشأن مصادر القانون الدولي على مدى العقود الماضية، اعتمدت على المصادر الاحتياطية في جميع المواضيع التي أنجزتها تقريبا. ومع ذلك، وكما سيتضح في الوقت المناسب، فإن هذه الاستخدامات ليست دائما بالضرورة ضمن نطاق المادة 38 (1) (د)<sup>(92)</sup>. وهذا ما تؤكدته مذكرة الأمانة العامة التي "تتبع نهجا واسعا بمعنى أن الأمثلة على مثل هذه الإشارات إلى أحكام المحاكم والفقه مدرجة دون أن تتبنى الأمانة العامة رأياً بشأن ما إذا كانت اللجنة تعتمد أو لا تعتمد على هذه المواد كمصدر احتياطي بالمعنى المقصود في الفقرة 1 (د) من المادة 38<sup>(93)</sup>. وهذا هو ما ينبغي أن يكون. وبما أن الأمر متروك في نهاية المطاف للجنة لاستعراض أعمالها السابقة، كما جمعتها الأمانة العامة، من أجل تحديد ما إذا كانت قد بنت صراحة أو ضمنا في أن "أي إشارة معينة في عملها إلى أحكام المحاكم أو مذاهب كبار المؤلفين" هي استخدام، أم لا، لمثل هذه المواد كمصدر احتياطي بالمعنى المقصود في المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية<sup>(94)</sup>.

71 - ومن حيث الشكل، تقدم مذكرة الأمانة العامة سلسلة من الملاحظات على الأعمال السابقة للجنة يمكن أن تكون ذات صلة خاصة بالموضوع. وفي هذا الصدد، وبعد مناقشة بعض المسائل الأولية (مقدمة)، تتناول المذكرة أولا تصور اللجنة وفهمها لأحكام المحاكم والمذاهب لأغراض تقرير قواعد القانون الدولي (الفصل الثاني)، بما في ذلك العناصر المتعلقة بـ "المصادر الاحتياطية" و "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم"، يلي ذلك، ثانيا، تقييم استخدام اللجنة لأحكام المحاكم والمذاهب في عملها (الفصل الثالث، الفرع ألف). وشمل الفصل الثالث أمثلة على استخدام أحكام المحاكم والمذاهب لتقرير قواعد قانون المعاهدات والقانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون (الفرع باء). ثم تقدم المذكرة لمحة عامة عن اعتماد اللجنة على أحكام المحاكم والمذاهب عند النظر في مسائل أوسع نطاقا تتعلق بالنظام القانوني الدولي والتفاعلات بين مصادر وقواعد القانون الدولي (الفصل الثالث، الفرع جيم)، قبل أن تختتم بمناقشة الطرق التي أدمجت بها اللجنة أحكام المحاكم والمذاهب في أساليب عملها (الفصل الرابع)<sup>(95)</sup>.

(92) مذكرة من الأمانة العامة، المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي - العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع (مذكرة الأمانة العامة)، A/CN.4/759، الفقرة 3.

(93) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 3.

(94) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 3.

(95) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، موجز.

72 - وفي حين أن جميع المجالات التي تغطيها مذكرة الأمانة العامة يمكن أن توفر أفكاراً قيمة ينبغي أن تسترشد بها اللجنة في عملها بشأن هذا الموضوع، فإن هذا الفصل، لأغراض هذا التقرير، سيركز على استخدام أحكام المحاكم والمذاهب في ممارسة اللجنة. وقد تكون الجوانب الأخرى التي شرحتها المذكرة، ولا سيما تصورها للمصادر الاحتياطية، ذات صلة بأجزاء أخرى من هذا التقرير تركز على المسائل النظرية. وستتناول التقارير المقبلة للمقرر الخاص إلى حد كبير استخدام اللجنة للمصادر الاحتياطية بشأن المسائل الأكبر المتعلقة بالنظام القانوني الدولي والتفاعلات فيما بين مصادر القانون الدولي، فضلاً عن معايير تحديد القيمة التي ينبغي إعطاؤها لمختلف المصادر الاحتياطية.

### ألف - تقييم اللجنة للمادة 24 من نظامها الأساسي والمصادر الاحتياطية

73 - قبل الانتقال إلى الملاحظات الرئيسية الواردة في المذكرة بشأن ممارسة اللجنة في استخدام المصادر الاحتياطية، من الأهمية بمكان النظر في بعض الملاحظات الأولية بشأن المادة 24 من النظام الأساسي للجنة<sup>(96)</sup>، والتي تشير إليها الأمانة العامة أيضاً، مع إبراز ما يلي.

74 - قدمت اللجنة تقريراً إلى الجمعية العامة في عام 1950 يتناول "الطرق والوسائل الكفيلة بجعل الأدلة المتصلة بالقانون الدولي العرفي أيسر توافراً" سلط الضوء على التمييز القانوني<sup>(97)</sup>:

يبدو أن المادة 24 من النظام الأساسي للجنة تحيد عن التصنيف الوارد في المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة، بإدراج أحكام المحاكم المتعلقة بمسائل القانون الدولي ضمن أدلة القانون الدولي العرفي. غير أنه يمكن الدفاع منطقياً عن هذا الحيد لأن مثل هذه القرارات، ولا سيما تلك الصادرة عن المحاكم الدولية، قد تصوغ وتطبق مبادئ وقواعد القانون الدولي العرفي. وعلاوة على ذلك، فإن ممارسة دولة ما قد تشير إليها قرارات محاكمها الوطنية<sup>(98)</sup>.

75 - وجاء في تقرير اللجنة المذكور أعلاه أيضاً ما يلي:

إثبات ممارسات الدول يتم البحث عنه في مختلف المواد. والإشارة الواردة في المادة 24 من النظام الأساسي للجنة إلى "الوثائق المتعلقة بممارسات الدول" (documents) (Etats des pratique la établissant) لا توفر أي معايير للحكم على طبيعة هذه "الوثائق". كما أنه ليس من العملي سرد جميع الأنواع العديدة من المواد التي تكشف عن ممارسات الدول بشأن كل مشكلة من المشاكل العديدة الناشئة في العلاقات الدولية<sup>(99)</sup>.

76 - غير أن اللجنة قدمت قائمة غير حصرية من "الفئات" أو أنواع الأدلة المتصلة بالقانون الدولي العرفي، بما في ذلك نصوص الصكوك الدولية، وقرارات المحاكم الدولية، وقرارات المحاكم الوطنية،

(96) تنص المادة 14 من النظام الأساسي للجنة على ما يلي: "تنظر اللجنة في الطرق والوسائل الكفيلة بجعل الأدلة المتصلة بالقانون الدولي العرفي أيسر توافراً، مثل جمع ونشر الوثائق المتعلقة بممارسات الدول وقرارات المحاكم الوطنية والدولية، بشأن مسائل القانون الدولي، وتقديم تقريراً إلى الجمعية العامة في هذا الشأن".

(97) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 10.

(98) Yearbook... 1950, vol. II, p. 368, para. 30.

(99) Yearbook... 1950, vol. II, p. 368, para. 31.

والتشريعات الوطنية، والمراسلات الدبلوماسية، وآراء المستشارين القانونيين الوطنيين، وممارسات المنظمات الدولية<sup>(100)</sup>.

## باء - درج اللجنة على استخدام المصادر الاحتياطية في عملها

77 - على ضوء ما قيل أعلاه، وبالنظر إلى اعتراف اللجنة بأهمية المصادر الاحتياطية، ولا سيما أحكام المحاكم في سياق القانون الدولي العرفي، تناولت المذكرة النهج العام الذي تتبعه اللجنة في استخدام أحكام المحاكم. وقدمت أيضا أمثلة محددة على كيفية استخدام اللجنة للقرارات القضائية والأحكام الصادرة عن المحاكم، وكذلك استخدامها لمذاهب كبار المؤلفين، بما في ذلك أعمال فرادى الفقهاء وهيئات الخبراء.

78 - وتقدم الأمانة العامة تقييماً لنهج اللجنة في استخدام أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين. التقييم الأول مفاده أن طبيعة ومدى اعتماد اللجنة على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين يختلفان تبعاً لطبيعة الموضوع قيد النظر والوسائل التي تطور بها القانون في هذا المجال<sup>(101)</sup>. ففي موضوع الإعلانات الانفرادية للدول على سبيل المثال، حيث تطور القانون في المقام الأول من خلال الممارسة فيما بين الدول وقرارات محكمة العدل الدولية الناشئة عن تلك الممارسة، اعتمدت اللجنة في المقام الأول على قرارات محكمة العدل الدولية. ووصفت اللجنة شروح المبادئ التوجيهية التي اعتمدها اللجنة فيما بعد بأنها "... ملاحظات تفسيرية تستعرض الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية وممارسات الدول ذات الصلة بالموضوع"<sup>(102)</sup>.

79 - وفي مقابل ذلك، في موضوع مسؤولية الدولة، نظرت اللجنة لدى قيامها بتحديد القواعد الأساسية للقانون الدولي فيما يتعلق بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، في مجموعة واسعة وكبيرة من المواد المتاحة، بما فيها ذلك قضايا المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية، وقرارات التحكيم، وقرارات المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان، وتصريحات هيئات الخبراء المنشأة بموجب معاهدات، وقضايا لجان المطالبات، وأحكام المحاكم الوطنية ومذاهب كبار المؤلفين<sup>(103)</sup>. وعلاوة على ذلك، ففي المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، "حيث يجوز للدولة أن تمارس حقها في رفع دعاوى دولية ضد دول أخرى نيابة عن رعاياها المضروبين، شريطة أن يكونوا قد استنفدوا سبل الانتصاف المحلية، نظرت اللجنة مرة أخرى في القواعد والمبادئ ذات الصلة التي حددتها المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية<sup>(104)</sup>، إلى

(100) المرجع نفسه، الفقرة 31 وفي الصفحات 368-372، الفقرات 32-78.

(101) انظر مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 20، الفقرات من 65 إلى 69.

(102) المبادئ التوجيهية المنطبقة على الإعلانات الانفرادية للدول التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 201، الحاشية 873.

(103) انظر شروح المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة 77.

(104) انظر، على سبيل المثال، شرح الفقرتين (3) و (4) من المادة 1 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، نص القراءة الثانية مع الشروح، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 31.

جانِب مجموعة من أحكام المحاكم والهيئات القضائية الأخرى ومذاهب كبار المؤلفين ذات الصلة بتقريرها للقواعد والمبادئ الواردة في المواد<sup>(105)</sup>.

80 - واعتمدت اللجنة في كثير من الأحيان على قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية ومجموعة من المواد الأخرى لتأكيد أو دعم القواعد والمبادئ المستمدة من العديد من المعاهدات المتعددة الأطراف والإعلانات وغيرها من الصكوك الدولية المماثلة ولوائح وقرارات المنظمات الدولية ذات الصلة بموضوع المسؤولية الدولية في حالة الخسارة المترتبة على الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة<sup>(106)</sup>.

81 - وخلص التقييم الثاني الذي أجرته الأمانة العامة للنهج العام الذي تتبعه اللجنة في استخدام المصادر الاحتياطية إلى أن اللجنة اعتمدت على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين على حد سواء في سياق تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي<sup>(107)</sup>. وينعكس ذلك في العديد من المواضيع، وقد انعكس مؤخرًا بشكل خاص في المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة حيث اعتمدت اللجنة، في جملة أمور، على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين لدعم صياغتها للمبادئ التي تتضمن "أحكامًا ذات قيمة معيارية متفاوتة، منها أحكام تعكس القانون الدولي العرفي، وأحكام تتضمن توصيات لتطويره تدريجياً"<sup>(108)</sup>.

82 - وتشير اللجنة في شرح الفقرة 1 من المبدأ 3، إلى جانب إشارتها إلى المعاهدات الدولية ذات الصلة، إلى قضيتين من القضايا التي نظرت فيها محكمة العدل الدولية<sup>(109)</sup>، وكذلك إلى عدد من دراسات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومبادئها التوجيهية وشروحها<sup>(110)</sup>، لدعم التزامات القانون الدولي العرفي الواردة في المبدأ 3، الذي يتضمن الواجب العام المتمثل في تعزيز حماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات

(105) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 68. انظر، على سبيل المثال، الفقرتين (6) و (7) من شرح المادة 4، والفقرة (3) من شرح المادة 6، والفقرة (3) من شرح المادة 7 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية ... 2006*، المرجع نفسه، الصفحات من 35 إلى 40.

(106) انظر الفقرة (3) من الشرح العام للمواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 191.

(107) انظر مذكرة الأمانة العامة A/CN.4/759، الملاحظة 21، الفقرات من 70 إلى 78.

(108) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 71. انظر، على سبيل المثال، الفقرة (4) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بقانون البحار مقترنة بشروح لها، *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 265. الفقرة (4) من شرح المبدأ 3؛ والمبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)*، الصفحتان 116 و 117.

(109) الفقرات من (1) إلى (10) من شرح المبدأ 3 من المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)*، الصفحات من 116 إلى 119، الحواشي 345-360، التي تشير إلى [قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* و [الفتوى المتعلقة بالآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion*.

(110) الفقرات من (1) إلى (10) من شرح المبدأ 3، المرجع نفسه، الصفحات من 116 إلى 119، الحواشي 345-360، التي تشير إلى *the ICRC Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict* و *ICRC Study of Customary International Humanitarian Law of the Natural Environment in Armed Conflict* و *the ICRC Commentaries on the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols*.

المسلحة، بما في ذلك واجب نشر قانون النزاعات المسلحة على القوات المسلحة، وواجب ممارسة الدول نفوذها لمنع انتهاكات قانون النزاعات المسلحة ووقفها، قدر الإمكان<sup>(111)</sup>.

83 - وتبدي الأمانة العامة ملاحظة مثيرة للاهتمام فيما يتعلق باعتماد اللجنة على المواد الداعمة في المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، وهي أن:

جوانب المبدأ التي توصف بأنها تعكس الالتزامات القانونية القائمة (القانون القائم) تدعمها في المقام الأول إشارات إلى أحكام المعاهدات وقرارات محكمة العدل الدولية، في حين أن الجوانب التي تتجاوز الالتزامات القانونية القائمة (القانون المنشود) يدعمها الفقه في المقام الأول<sup>(112)</sup>.

84 - وتجد هذه الملاحظة أيضا ما يدعمها في شروح المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، التي لا تستند إلى الصكوك الدولية الأساسية<sup>(113)</sup> والصكوك الدولية غير الملزمة ذات الصلة بحسب، "بل تستند أيضا إلى عدد من المنشورات وغيرها من الوثائق التي يمكن اعتبارها "فقها"<sup>(114)</sup>.

85 - وفي شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بآثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، استندت اللجنة إلى المادة 43 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وكذلك إلى فتوى محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها ( *Military and Paramilitary Activities in and* )

(111) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 72. ويشار أيضا إلى فقه اللجنة الدولية للصليب الأحمر دعما للفقرة 2 من المبدأ 3 التي، كما ورد في شرحها، تمتد في بعض جوانبها لتشمل التدابير الطوعية، وبالتالي تتجاوز التزامات الدول العرفية والقائمة على المعاهدات. وانظر الفقرات من (11) إلى (13)، الحواشي من 361 إلى 363 من شرح المبدأ 3، A/77/10، الصفحتان 119 و 120.

(112) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 74، "ويتجلى هذا النهج أيضا، على سبيل المثال، في الفقرة (4) من شرح المبدأ 4 المتعلق بتحديد المناطق المحمية، التي تستند فيها اللجنة، في جملة أمور، إلى *ICRC Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict* و *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts* التي قد تقع ضمن نطاق المبدأ، انظر الفقرة (4) من شرح المبدأ 4 من المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، A/77/10، الصفحتان 121-122. وانظر أيضا الفقرة (11) من شرح المبدأ 8 المتعلق بالزواج البشري، التي تستند اللجنة فيها بأشكال مختلفة إلى منشورات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ومفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، والمنظمة الدولية للهجرة دعما لتفسير مصطلحي "الإقامة" و "العبور" على نطاق واسع فيما يتعلق بالمناطق التي ينبغي فيها اتخاذ تدابير لمنع إلحاق ضرر بالبيئة والتخفيف من آثاره وتصحيحه، وانظر الفقرة (11) من شرح المبدأ 8 من المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، A/77/10، الصفحة 138.

(113) بما في ذلك ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والعهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية وبالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

(114) بما في ذلك إرشادات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر *Guidelines for the Domestic Facilitation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance*، و *Institut de droit international resolution on humanitarian assistance, and the OCHA ("Oslo") Guidelines on the Use of Foreign Military and Civil Defence Assets in Disaster Relief*. وانظر عموما شرحي المادتين 4 و 5 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، pp. 32-35، *Yearbook ... 2016, vol. II (Part Two)*.

الالتزامات التعاقدية التي تنهى أو تعلق<sup>(115)</sup>، للاحتجاج بأن الالتزامات بموجب القانون الدولي العرفي تظل سارية بمعزل عن

86 - غير أن الأمانة العامة ترى أنه في حين أن الأمثلة المذكورة أعلاه قد تكون دليلاً على اتجاه معين في نهج اللجنة يتمثل في الاعتماد أساساً على أحكام المعاهدات وغيرها من الصكوك الدولية وأحكام المحاكم الدولية عند تدوين القانون الدولي القائم، فإنه لا ينبغي اعتبارها الممارسة الموحدة المتبعة في اللجنة. فعلى سبيل المثال، في شرح المادة 3 (المبدأ العام) من المواد المتعلقة بآثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، التي وصفت بأنها ذات أهمية بالغة، اعتمدت اللجنة في إرسائها للمبدأ العام لاستقرار القانون واستمراريته اعتماداً كلياً على قرارات قضائية وطنية (من المملكة المتحدة والولايات المتحدة) وعلى مذاهب كبار المؤلفين، بما في ذلك قرار صادر في عام 1985 عن معهد القانون الدولي بشأن آثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، والقانون الدولي لأوينهايم، وقانون المعاهدات لماكنير، لتحديد وجود قاعدة قانونية: "لقد أصبح من الواضح أن وجود نزاع مسلح، بموجب القانون الدولي المعاصر، لا يؤدي بحكم الواقع إلى إنهاء الاتفاقات القائمة أو تعليقها"<sup>(116)</sup>.

### جيم - اعتماد اللجنة على أحكام المحاكم الصادرة عن المحاكم الدولية وغيرها من المحاكم

87 - تتضمن المذكرة عدة ملاحظات حول استخدام اللجنة لأحكام المحاكم تؤكد شيوعتها في عملها. وترتكز ست ملاحظات عامة تحديداً على استخدام اللجنة لقرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية. وهي مبينة بإيجاز أدناه.

88 - وفي أول ملاحظة منها، تؤكد المذكرة أن اللجنة أولت لقرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية، من بين أحكام المحاكم التي استندت إليها، أهمية بالغة يمكن ملاحظتها من الإشارة إلى قرارات هاتين المحكمتين في معظم المواضيع التي نظرت فيها اللجنة منذ عام 1949<sup>(117)</sup>. وتتجلى أيضاً الأهمية البالغة لهذه القرارات في المكانة المرموقة والوزن اللذين تحظى بهما في شروح اللجنة، بما في ذلك شروح بعض أعمالها التأسيسية، ومن ضمنها المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والمواد المتعلقة بقانون المعاهدات<sup>(118)</sup>. ويمكن الاطلاع على الأمثلة الواردة في المذكرة في شرح

(115) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 78؛ والفقرتان (1) و (2) من شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بآثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، مع الشروح، حولية ... 2016، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 139.

(116) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 77، الفقرة (2) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بآثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، مع الشروح، حولية ... 2016، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 135.

(117) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 22، الفقرات من 79 إلى 83.

(118) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 80.

المادة 1 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً<sup>(119)</sup>؛ وفي شرح المادة 6 من المواد المتعلقة بقانون المعاهدات<sup>(120)</sup>؛ وفي موضوع الأفعال الانفرادية للدول<sup>(121)</sup>.

89 - أما *الملاحظة الثانية*، فهي أن اللجنة اعتبرت في مناسبات عديدة قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية بمثابة بيانات تعبر عن القانون الدولي القائم واعتمدت مباشرة على نص تلك القرارات لصياغة الأحكام، أو استندت في صياغتها إلى تلك القرارات بشكل وثيق<sup>(122)</sup>. فبعض الصيغ التي استخدمتها اللجنة في مشاريع المواد والاستنتاجات والمبادئ وما إلى ذلك مأخوذة من تلك القرارات<sup>(123)</sup>. ففي المواد المتعلقة بقانون البحار على سبيل المثال، يشير الشرح إلى أن بعض القواعد التي صيغت في نص القراءة الأولى قد عُدلت لتتبع استنتاجات محكمة العدل الدولية في قضية *مصادم الأسماك*<sup>(124)</sup>. وتتضمن المواد نفسها أيضاً "بندا يحظر رسمياً اعتراض المرور عبر المضائق المستخدمة للملاحة بين جزأين من

(119) انظر المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني): الفقرة (2) من شرح المادة 1، الفقرة 77، التي تستشهد بـ [قضية *الفوسفات في المغرب*] *Phosphates in Morocco case*, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10 at p. 28 [قضية *قناة كورفو*]، *Corfu Channel case*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 23 [قضية *الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها*] *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua case (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292 [قضية *غابتشيكوفو - ناغيماروس*] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7 [قضية *مصنع شورزوف*]، *Factory at Chorzow case*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21 [قضية *مصادم الأسماك*]، *Merits, Judgment No. 13*, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, and p. 29. 1938 P.C.I.J., SERIES A/B, NO. 74, p. 10 at p. 28

(120) انظر المواد المتعلقة بقانون المعاهدات، *Yearbook...1966*, vol. II: para (2) of the commentary to article 6, para. 38, *Legal Status of Eastern Greenland case*, P.C.I.J. (1933) Series A/B, No. 53, p.71 and para (1) of the commentary to article 15, para. 38, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia case*, P.C.I.J. (1926), Series A, No. 7, p.30

(121) انظر المبادئ التوجيهية المنطبقة على الإعلانات الانفرادية للدول التي يمكن أن تُنشئ التزامات قانونية، *حولية... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني): الفقرة (2) من الشرح العام، الصفحة 202، التي تشير [قضية *التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)*]، *Nuclear Tests (Australia v France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p.253 [قضية *التجارب النووية (نيوزيلندا ضد فرنسا)*] *Nuclear Tests (New Zealand v France)*، المرجع نفسه، الصفحة 457؛ والفقرة (1) من شرح المبدأ التوجيهي 4، الصفحة 203، التي تشير إلى الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية بشأن الاختصاص والمقبولية في قضية *الأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد رواندا)* *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda)*، Jurisdiction and Admissibility، تقارير محكمة العدل الدولية لعام 2006، الصفحة 39.

(122) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الملاحظة 23، الفقرات من 84 إلى 100.

(123) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 84.

(124) المواد المتعلقة بقانون البحار، *Yearbook...1956*, vol. II، الفقرة (2) من شرح المادة 5، الصفحة 267، المتعلقة بخطوط الأساس المستقيمة، إلى أن "اللجنة فسرت حكم المحكمة، الذي صدر بشأن النقطة المعنية بأغلبية 10 أصوات مقابل صوتين، على أنه يعبر عن القانون الساري؛ وبناء على ذلك، صاغت المادة استناداً إلى هذا الحكم...". وفي الفقرة (4) من شرح المادة 5، الصفحة 267، يُلاحظ أن "... اللجنة أجرت عدداً من التغييرات الرامية إلى جعل النص أكثر اتساقاً مع حكم المحكمة في قضية *مصادم الأسماك* المذكورة أعلاه؛ وفي الفقرة (1) من شرح المادة 7، المتعلقة بالخلجان، المرجع نفسه، الصفحة 269، لاحظت اللجنة أنها "باعتقادها هذا الحكم، تداركت السهو الذي سبق أن استرعى مؤتمر لاهاي لتدوين القانون لعام 1930 الانتباه إليه والذي أشارت إليه محكمة العدل الدولية مرة أخرى في حكمها في قضية *مصادم الأسماك*".

أعالي البحار. وكلمة "المضائق" التي تستخدم عادة للملاحة الدولية بين جزأين من أعالي البحار هي تعبير اقترح في قرار محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو<sup>(125)</sup>.

90 - وتتضمن المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً أمثلة عديدة على أحكام تستند إلى قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية، وكذلك قرارات غيرهما من المحاكم والهيئات القضائية الدولية<sup>(126)</sup>. وشمل ذلك التزام الدولة بالجبر نتيجة لارتكاب فعل غير مشروع وشكل هذا الجبر اللذين استُمدتا من قضية مصنع شورزو (*Factory at Chorzów*) وشمل كذلك الاعتماد على قضية شركة برشلونة لمعدات الجبر (*Barcelona Traction*) في المادة 48 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول.

(125) الفقرة (3) من شرح المادة 17، المرجع نفسه، الصفحة 273.

(126) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 86. انظر المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، حولية... 2001، المجلد الثاني (الجزء الثاني): الفقرة (2) من شرح المادة 2، الصفحة 42، التي تشير إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية الموظفين الدبلوماسيين والفضليين التابعين للولايات المتحدة في طهران *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 29, para. 56*. الفقرة 90. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 124. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7*. الفقرة (4) من شرح المادة 3، الصفحة 46، التي تستشهد بقضية مصائد الأسماك *Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 132*؛ و [قضية نوتيبوهم] *Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 111, at p. 123* بتطبيق اتفاقية عام 1902 التي تنظم المنظمة للوصاية على الرضع] *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, Judgment, I.C.J. Reports 1958, p. 55, at p. 67*؛ و [الفتوى في القضية المتعلقة بانطباق الالتزام بالتحكيم بموجب المادة 21 من اتفاق مقر الأمم المتحدة المؤرخ 26 حزيران/يونيه 1947] *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12, at pp.35-34 para. 57* شركة إلكترونيكا سيكولا *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, at p. 51*، para. 73؛ والفقرة (3) من شرح المادة 3، الصفحتان 45 و 46، التي تشير إلى [قضية أس أس ويمبلدون] *S.S. Wimbledon, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 15, at, pp. 29-30*؛ والفقرة (1) من شرح المادة 53، الصفحة 174 ("نص هذه المادة مطابق للمادة 51 المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً. وهو يستنسخ، ببضع كلمات إضافية، الشرط الذي ذكرته محكمة العدل الدولية في قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس وهو أن آثار التدبير المضاد يجب أن تكون متناسبة مع الضرر المتكبد، مع مراعاة الحقوق المعنية")؛ والفقرة (7) من شرح المادة 2، الصفحتان 43 و 44، التي تشير إلى [قضية مصنع شورزو]، *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29*؛ والمرجع نفسه، A, No. 9, p. 21. Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29. الفقرة (8) القضائية المتعلقة بالتعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة]، *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174, at p. 184* بالاختلاف بين نيوزيلندا وفرنسا بشأن تفسير أو تطبيق اتفاقين أبرما في 9 تموز/يوليه 1986 بين الدولتين والذي يتعلق بالمشاكل الناشئة عن قضية محارب قوس قزح *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair, UNRIAA, vol. 75*، p. 251، para. 75 (1990)، p. 215 (Sales No. E/F.93.V.3)؛ والفقرة (3) من شرح المادة 31، الصفحة 117، التي تستشهد [بقضية مصنع شورزو]، *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47*؛ والمرجع نفسه، No. 9, p. 21. Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47. والفقرة (8) من شرح المادة 48، الصفحة 164، التي تشير إلى [الحكم في قضية محكمة العدل الدولية لشركة برشلونة لمعدات الجبر والإنارة والطاقة] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3*.

91 - ويمكن الاطلاع على مثالين آخرين لاعتماد اللجنة مباشرة على نص قرارات محكمة العدل الدولية في صياغة الأحكام، أولهما في المواد المتعلقة باستخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، حيث تذكر اللجنة في الشرح أن الصيغة المستخدمة في الفقرة 2 من المادة 17، المتعلقة بالمفاوضات ... "مستوحاة بصورة رئيسية من الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية *الولاية على مصائد الأسماك (المملكة المتحدة ضد آيسلندا) Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* (127). أما المثال الثاني، فهو شرح المواد المتعلقة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، الذي يؤكد أن القصد من اشتراط وجود صلة "فعلية" بين الفرد والدولة هو "استخدام المصطلحات التي استخدمتها محكمة العدل الدولية في قضية *نوتنبوم*" (128).

92 - والملاحظة الثالثة التي أبدتها الأمانة العامة بشأن استخدام اللجنة لقرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية هي أن اللجنة اعتمدت في مناسبات عديدة على قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية للاسترشاد بها في وضع الأحكام أو إيجاد أساس منطقي لها دون أن تستند إليها بالضرورة في صياغتها للأحكام (129). واستخدمت اللجنة هذه القرارات لإثراء ودعم عملها بشأن جميع المواضيع تقريبا. وقد أشارت اللجنة في بعض الأحيان، على سبيل المثال، إلى أن عملها "متسق" مع الاجتهادات القضائية لمحكمة العدل الدولية (130)، أو مستوحى منها (131). وبخلاف الملاحظة السابقة، فإن الاعتماد على المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية على النحو المبين في إطار هذه الملاحظة عادة ما يُناقش في الشرح.

93 - ففي المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا على سبيل المثال، أشارت اللجنة، في التعليق العام على الفصل الخامس الذي يتناول الظروف النافية لعدم المشروعية، إلى أن هذه الظروف لا تلغي الالتزام المعني أو تنهيه، وإنما توفر تبريرا لعدم الوفاء به ما دام الظرف المعني قائما.

(127) انظر الفقرة (3) من شرح المادة 17 بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، *حولية ... 1994*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 250 و 251، التي تشير إلى إقضيتي الولاية على مصائد الأسماك (المملكة المتحدة ضد آيسلندا) و (جمهورية ألمانيا الاتحادية ضد آيسلندا)، *Fisheries Jurisdiction cases (United Kingdom v. Iceland)*, (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 3 and 175, and Lake Lanoux Arbitration, UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), pp. 281 et seq.

(128) الفقرة (5) من شرح المادة 19 بشأن جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، *حولية ... 1999*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 59.

(129) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الملاحظة 24، الفقرات من 101 إلى 105.

(130) الفقرة (9) من شرح المبدأ التوجيهي 1-5-3 من المبادئ التوجيهية المتعلقة بالتحفظات، *حولية ... 2011*، المجلد الثاني، الجزء 3، الصفحة 88. ("تطابق هذه الملاحظات اجتهاد محكمة العدل الدولية، ولا سيما حكمها الصادر في 4 كانون الأول/ديسمبر 1998 في قضية الولاية على مصائد الأسماك (إسبانيا ضد كندا).")

(131) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (7) من شرح المبدأ 9 من المبادئ المتصلة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، *A/77/10*، الصفحة 142. ("كما أن الفقرة 1 من مشروع المبدأ مستوحاة من الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية *أنشطة معينة (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) (Certain Activities (Costa Rica v. Nicaragua))*، التي اعتبرت فيها المحكمة "أنه مما يتسق مع مبادئ القانون الدولي المنظمة للنتائج المترتبة على الأفعال غير المشروعة دولياً، بما في ذلك مبدأ الجبر الكامل، أن يُرتأى استحقاق التعويض عن الضرر اللاحق بالبيئة في حد ذاتها"). انظر أيضا الفقرة (5) من شرح المبدأ 19 من المبادئ المتصلة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، *A/77/10*، الصفحة 187. ("الإشارة إلى الاعتبارات البيئية مستنقاة ومستوحاة من فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها").

وخلصت اللجنة إلى أن "هذا التمييز يتبين بوضوح من قرارات الهيئات القضائية الدولية"<sup>(132)</sup>، لا سيما قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس (*Gabčíkovo-Nagymaros Project*) التي صدر حكم فيها من محكمة العدل الدولية. وهذا التمييز هو أساس مواد الفصل الخامس ولكنه لا يناقش إلا في الشرح.

94 - وفي المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، اعتمد على قرار صادر عن المحكمة الدائمة للعدالة الدولية في الشرح باعتباره أساساً للمبدأ القائل بأن يعود لكل دولة أمر تحديد من تعبرهم رعاياها<sup>(133)</sup>. ويُسترشد بهذا المبدأ في نص المادة 4، ولكنه غير مستسخ في المادة نفسها. وعلاوة على ذلك، يمكن الاطلاع على أمثلة لهذه الممارسة في المبادئ التوجيهية للإعلانات الانفرادية للدول التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية<sup>(134)</sup>، والمواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة<sup>(135)</sup>.

95 - وتتمثل الملاحظة الرابعة في أن اللجنة اعتمدت، في بعض المناسبات، على قرارات محكمة العدل الدولية كأسس ذات حجية لدعم هدف الموضوع قيد البحث<sup>(136)</sup>، كما يتضح من اعتماد اللجنة على فتوى محكمة العدل الدولية في قضية مشروع التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، إلى جانب المبدأ 2 من إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، في المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، من أجل أن تؤكد أن هدف الموضوع، وهو منع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، هو هدف "يشكل جزءاً من مجموعة القانون الدولي"<sup>(137)</sup>.

(132) الفقرتان (2) و (3) من التعليق العام على الفصل الخامس من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 91، اللتان تستشهدان بالقضية المتعلقة بالخلاف بين نيوزيلندا وفرنسا فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق اتفاقين أبرما في 9 تموز/يوليه 1986 بين الدولتين ويتعلقان بالمشاكل الناشئة عن مسألة السفينة رينبو وارير، [UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 215 (1990), p. 251, para. 75 وقضية *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7، وانظر أيضاً الصفحة 38، الفقرة 47.

(133) الفقرة (2) من شرح المادة 4 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني) الصفحة 34، [فتوى المحكمة الدائمة للعدالة الدولية بشأن *مراسيم الجنسية الصادرة في تونس والمغرب (المنطقة الفرنسية)* Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone), Advisory Opinion, P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, 1923, p. 6, at p. 24.

(134) الفقرة (3) من شرح المبدأ التوجيهي 5 المنطبق على الإعلانات الانفرادية للدول التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 164، التي تشير إلى [قضية *التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا)* Nuclear Tests, (Australia v France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p.269 para. 49 و [قضية *التجارب النووية (نيوزيلندا ضد فرنسا)* Nuclear Tests (New Zealand v France), Judgement, I.C.J Reports, p.474, para. 51.

(135) الفقرة (14) من شرح المادة 1 من المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 195، التي تشير إلى [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) على الرغم من قرار مجلس الأمن 276 (1970) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.16, at p.54, para. 118.

(136) انظر مذكرة الأمانة، A/CN.4/759، الملاحظة 25، الفقرة 106.

(137) الفقرة (3) من الشرح العام على المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة 191، التي تشير إلى *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, p. 226 at pp. 241-242, para. 29.

96 - أما الملاحظة الخامسة، فهي أن اللجنة اعتمدت أيضاً، في بعض المناسبات، على قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية كأسس ذات حجية لإثبات حدوث تطور في القانون الدولي أو للاعتراف به<sup>(138)</sup>. وفي هذا الصدد، اعتمدت اللجنة في المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية "على قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية في الشرح لإثبات أن القانون الدولي قد تطور من الرأي المعلن في عام 1924 (حكم المحكمة الدائمة للعدالة الدولية في قضية امتيازات مافروماتيس ((Mavrommatis case)) حيث اعتبرت الدول، من خلال تبني مطالبات رعاياها، وكأنها تؤكد حقوقها هي<sup>(139)</sup>، إلى الرأي الحالي (حكما محكمة العدل الدولية في قضيتي لاغراند وأفيينا (the LaGrand and the Avena)) حيث يعترف القانون الدولي بوجود حقوق معينة، بمقتضى معاهدة قائمة أو قانون دولي عرفي، تهدف إلى حماية الأفراد"<sup>(140)</sup>.

97 - وتقدم الأمانة العامة أمثلة أخرى تدعم هذه الملاحظة يمكن الاطلاع عليها في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً المتصلة ببيان المحكمة الدائمة للعدالة الدولية لدور التعويض في القانون الدولي<sup>(141)</sup>، ولاحظت اللجنة في شروح المبادئ التوجيهية المتعلقة بحماية الغلاف الجوي أن قضية طاحونتي اللب (Pulp Mills) "أشارت ... إلى أنه يتعين إجراء تقييم للأثر البيئي في الحالات التي يُحتمل فيها أن يخلف النشاط الصناعي المقترح أثراً ضاراً ذا شأن في سياق عبر حدودي، وبخاصة على مورد مشترك"<sup>(142)</sup> وفي شروح المبادئ التوجيهية بشأن حماية البيئة فيما يتعلق بالزراعات المسلحة، حيث أشارت اللجنة إلى قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس (Gabčíkovo-Nagymaros Project) فيما يتعلق بوضع الإطار القانوني لاستغلال الموارد الطبيعية والمحافظة عليها والاعتبارات البيئية والاستدامة<sup>(143)</sup>.

98 - والملاحظة الأخيرة التي أبدتها الأمانة العامة والتي تنطبق بصفة خاصة على قرارات محكمة العدل الدولية والمحكمة الدائمة للعدالة الدولية هي أنه من النادر أن تشير اللجنة صراحة إلى أنها لا توافق على قرار صادر عن محكمة العدل الدولية<sup>(144)</sup>. ويوجد مثال بارز على ذلك في شرح المادة 48 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، فيما يتعلق باحتجاج دولة غير الدولة المضروعة بالمسؤولية. وأشارت اللجنة إلى قرار محكمة العدل الدولية الذي "كثرت انتقاده" في قضية المرحلة الثانية في

(138) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 24، الفقرات من 107 إلى 110.

(139) الفقرة (3) من شرح المادة 1 المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، حولية ... 2006، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 31، التي تشير إلى Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Series A, No. 2, p.12.

(140) الفقرة (4) من شرح المادة 1 المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، حولية ... 2006، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 31، التي تشير إلى قضية LaGrand (Germany v United States of America) Judgment, I.C.J. Reports 2001, p.466 وقضية Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) at pp. 493-494, paras. 76-77، Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, Memorial of Mexico, paras.379-377.

(141) الفقرة (3) من شرح المادة 36 المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، حولية ... 2002، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 127 و 128.

(142) الفقرة (4) من شرح المبدأ التوجيهي 4 من المبادئ التوجيهية المتعلقة بحماية الغلاف الجوي، الصفحتان 29 و 30.

(143) الفقرة (7) من شرح المبدأ 20 من المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالزراعات المسلحة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الصفحة 195.

(144) انظر A/CN.4/759، الملاحظة 27، الفقرة 111.

جنوب غرب أفريقيا (*South West Africa, Second Phase*)، الصادر في عام 1966، "والذي تعتبر المادة 48 خروجاً متعمداً عنه"<sup>(145)</sup>. وبذلك أرست اللجنة الأساس لإدراج مفهوم الالتزامات تجاه الكافة في المواد، وبالتالي حق الدول الثالثة (أي الدول من غير الدولة المضروبة) التي تتمتع بمصلحة قانونية في أداء هذه الالتزامات في الاحتجاج بمسؤولية الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع<sup>(146)</sup>.

99 - وفي حين أن الملاحظات التالية الواردة في مذكرة الأمانة العامة لا تذكر بشكل محدد أو حصري قرارات المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية، كما ذكرتها الملاحظات الست السابقة، فإن استخدام اللجنة الضمني لأحكام المحاكم التي تستند إليها الملاحظات، لا يزال في المقام الأول يتمثل في قرارات هاتين المحكمتين. غير أن ذلك لا ينبغي أن يُفهم على أنه دلالة على أن قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى ليست هامة أو بارزة في عمل اللجنة.

100 - ولاحظت مذكرة الأمانة العامة أن اللجنة أخذت في اعتبارها أيضاً قرارات هيئات تسوية المنازعات الأخرى، القضائية وغير القضائية على السواء<sup>(147)</sup>، وأوضحت أنه "كثيراً ما أشارت اللجنة باستفاضة إلى قرارات المحاكم وهيئات التحكيم الإقليمية"<sup>(148)</sup>، وهيئات التحكيم، والمحاكم المحلية، ولجان المطالبات<sup>(149)</sup>، وأحياناً إلى قرارات لجان التوفيق"<sup>(150)</sup>.

101 - وتبدأ المذكرة بتقديم أمثلة مختلفة استخدمت فيها المحكمة قرارات صادرة عن هيئات دولية وإقليمية، ثم تنتقل إلى أمثلة أشير فيها إلى السوابق القضائية المحلية. وفيما يتعلق بالنوع الأول من الأمثلة، تشير

(145) الفقرة (7) من شرح المادة 48 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية* ... 2002، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الحاشية 725.

(146) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 111.

(147) انظر مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 28، الفقرات من 112 إلى 122.

(148) الفقرة (5) من شرح المبدأ 5 من المواد المتعلقة بحماية البيئة في النزاعات المسلحة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الصفحة 126، التي تلاحظ أن الفقرة 1 من هذا المبدأ "تستند إلى السوابق القضائية المتعلقة بالمحاكم الإقليمية والهيئات القضائية"، وتشير إلى السوابق القضائية لمحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب فيما يتعلق بحماية حقوق الإنسان ومجتمعات السكان الأصليين.

(149) انظر، على سبيل المثال، المواد المتعلقة بطرد الأجانب، *حولية* ... 2014، المجلد الثاني (الثاني): الفقرة (1) من شرح المادة 3، الصفحة 34، التي تلاحظ أن الحق في الطرد "قد نال الاعتراف به على وجه الخصوص في عدد من قرارات التحكيم وقرارات لجان المطالبات وفي قرارات شتى صادرة عن محاكم ولجان إقليمية"، وتشير، في جملة أمور، إلى قرارات لجنة المطالبات المكسيكية، ولجنة المطالبات المختلطة بين إيطاليا وفنزويلا، ولجنة المطالبات المختلطة بين بلجيكا وفنزويلا، ومحكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة؛ والفقرة (6) من شرح الفقرة المادة 20، الصفحة 55، التي لاحظت أنه في حين أن مسألة حقوق الملكية للأعداء في وقت النزاع المسلح لم تُتناول على وجه التحديد في هذا الحكم، "ينبغي الإشارة إلى أن لجنة المطالبات الإثيوبية - الإريترية قد تناولت بالتفصيل مسألة حقوق الملكية في حالة نشوب نزاع مسلح".

انظر أيضاً الإشارات إلى أعمال لجنة الأمم المتحدة للتعويضات في المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، على سبيل المثال، في الفقرة (6) من شرح المبدأ 9، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الصفحتان 141 و 142.

(150) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/760، الفقرة 112. انظر على سبيل المثال الفقرة (8) من شرح المبدأ التوجيهي 2-9-8 في دليل الممارسة بشأن التحفظات، التي تشير إلى القرار المتعلق بترسيم الحدود بين إريتريا وإثيوبيا، القرار المؤرخ 13 نيسان/أبريل 2002، محكمة التحكيم الدائمة، الأمم المتحدة، تقارير قرارات التحكيم الدولية، المجلد الخامس والعشرون (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E/F.05.V.5)، الصفحة 111، وتلاحظ أنه "يصعب بوجه خاص تحديد متى وفي أي ظروف محددة يصبح عدم صوغ رد فعل على إعلان تفسيري معادلاً للقبول"، *حولية* ... 2011، المجلد الثاني (الجزء الثالث)، الصفحة 237.

اللجنة، في شرح المادة 1 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، إلى قرارات هيئات التحكيم وقضايا لجان التوفيق التي "أكدت [...] مرارا" المبدأ القائل بأن كل فعل غير مشروع دولياً ترتكبه دولة ما يستتبع المسؤولية الدولية لتلك الدولة<sup>(151)</sup>.

102 - ويستشهد شرح المادة 4 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية بفتوى صادرة عن محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان لدعم استنتاج اللجنة بأن "اليوم، تشترط الاتفاقات على الدول وبخاصة في ميدان حقوق الإنسان، الامتثال للمعايير الدولية لدى منح الجنسية"<sup>(152)</sup>. ويعتمد الموضوع نفسه أيضاً على قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان "دعماً لاتباع نهج واسع النطاق إزاء سبل الانتصاف بموجب القانون المحلي التي يجب استنفادها، بما في ذلك سبل الانتصاف الإدارية، قبل أن تتمكن دولة الجنسية من تقديم مطالبة نيابة عن أحد رعاياها"<sup>(153)</sup>.

103 - وقد اعتمدت اللجنة على قرار التحكيم في قضية مصهر تريل (*Trail Smelter*)، في الشرح العام للمواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، باعتباره "إبرازاً" لمبدأ المنع الراسخ، وهو ما أعيد تأكيده لاحقاً في المبدأ 21 من إعلان استكهولم، والمبدأ 2 من إعلان ريو، وقرار الجمعية العامة 2995 (د-27) المؤرخ 15 كانون الأول/ديسمبر 1972<sup>(154)</sup>. واعتمد مرة أخرى على التحكيم في قضية

(151) انظر المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة (2) من شرح المادة 1، الصفحتان 39 و 40، التي تستشهد بإلقتضاي المتعلّقة بمطالبات المواطنين الإيطاليين المقيمين في بيرو [ *Claims of Italian nationals resident in Peru cases*, UNRIIAA, vol. XV (Sales No. 66. V.3) pp. 399-411 و [قضية شركة ديكسون لعجلات السيارات، (الولايات المتحدة الأمريكية ضد الولايات المتحدة المكسيكية)] *Dickson Car Wheel Company case*, (USA v United Mexican States) UNRIIAA, Vol. IV, (Sales No. 1951.V.1) p.669 at p. (1931) 678. انظر أيضاً الفقرة (2) من شرح المادة 1، الصفحتان 39 و 40، التي تستشهد بإلقتضاي المتعلّقة بالخلاف بين نيوزيلندا حول تفسير أو تطبيق الاتفاقين المبرمين في 9 تموز/يوليه 1986 بين الدولتين والمتصلين بالمشاكل الناشئة عن قضية رينبو وارير [ *Case concerning the difference between New Zealand concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, UNRIIAA Vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 215 (1990)، والفقرة (1) من شرح المادة 13، الصفحة 73، التي تستشهد بإقتضاي جزيرة بالماس (هولندا/الولايات المتحدة الأمريكية)] *Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, UNRIIAA, vol. II (Sales No. [1928] 845, at p. 829, (1949.V.1).

(152) الفقرة (6) من شرح المادة 4 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، نص القراءة الثانية مع شروح، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 35، التي تستشهد بفتوى محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بشأن التعديلات المقترحة إدخالها على الأحكام المتعلقة بالتنجس في الدستور السياسي لكوستاريكا، *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica*, (Advisory Opinion OC-4/84 of 19 January 1984, Series A, No.4, para. 38).

(153) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 114، التي تشير إلى الفقرات من (3) إلى (5) من المادة 14 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، نص القراءة الثانية مع شروح، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 53، التي تستشهد بإقتضاي دي بيكر ضد بلجيكا [ *De Becker v Belgium, Application No.56/214 Decision of 9 June 1958*, European Commission and Court of Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959, p. 238.

(154) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 115، التي تشير إلى الفقرة (4) من الشرح العام للمواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 191، التي تستشهد بإقتضاي مصهر تريل *Trail Smelter*, UNRIIAA, vol. III, (Sales No. 1949. V.2), pp. 1905 et seq

مصهر *تريل* باعتباره أصل "المبدأ الأساسي القائل بأنه ينبغي للدولة أن تكفل دفع تعويض سريع وواف عن الأنشطة الخطرة" (155).

104 - وفي المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، يعتمد شرح قضايا لجنة المطالبات لدعم استنتاجات اللجنة في عدد من الجوانب، منها جوانب معينة من القواعد المتعلقة بالمطالبات المقدمة من مزدوجي الجنسية (156) والمطالبات المقدمة من الشركات (157).

105 - والمثال الأخير على استخدام اللجنة لهيئات التحكيم الدولية هو قرارات لجنة الأمم المتحدة للتعويضات التي اعتمدت عليها اللجنة في المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة دعماً لتفسير موسع لمصطلح "الضرر البيئي" ودفع تعويض عن الضرر الذي يلحق بموارد طبيعية غير ذات قيمة تجارية (158).

106 - وتتاول المذكرة أيضاً الظروف التي اعتمدت فيها اللجنة على السوابق القضائية المحلية. ويتعلق أول هذه الأمثلة بالمواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، التي تعتمد فيها اللجنة على السوابق القضائية المحلية "لدعم استنتاج اللجنة بأن هناك التزاماً ما على دولة الجنسية، مهما كان محدوداً، بحماية رعاياها في الخارج عندما يتعرضون لانتهاكات جسيمة لحقوقهم الإنسانية. وهذا ما استندت إليه اللجنة في صياغة المادة 19 التي مفادها أنه 'ينبغي' للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية في الحالات المناسبة" (159).

(155) الفقرة (6) من شرح المبدأ 4، بشأن بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطرة، المرجع نفسه، الصفحة 75 في سياق الاستشهاد بقضية *مصهر تريل*، الحاشية 155.

(156) الفقرة (3) من شرح المادة 7 المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 40، التي تستشهد بإقتضية ماثيسون، ستيفنسون (لجنة المطالبات المختلطة البريطانية - الفنزويلية) - [Mathison, Stevenson (British- Venezuelan Mixed Claims Commission) و [قضية برينوني وميلاني (Italian-) Brignone and Miliani, (لجنة المطالبات الإيطالية - الفنزويلية المختلطة)] UNRIAA, vol. IX, (Sales No. 59.V.5), pp. 485 and 494, and vol. X (Sales No. 60.V.4) pp. 542 and 584 respectively. انظر أيضاً، الفقرة (3) من شرح المادة 7، الصفحة 40، التي تستشهد بإقتضية ميرجي أمام لجنة التوفيق المشتركة بين إيطاليا والولايات المتحدة، [10 June 1955, *Mergé claim*, Italy-United States Conciliation Commission, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p.236].

(157) الفقرات (1) إلى (3) من شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، المرجع نفسه، الصفحة 45، التي تستشهد بإقتضية شركة أورينوكو للسفن البخارية أمام لجنة المطالبات الأمريكية - الفنزويلية المختلطة [Orinoco Steamship Company Case, American-Venezuelan Mixed Claims Commission, UNRIAA, vol. IX, p.180].

(158) الفقرة (18) من شرح المبدأ 2 من المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطرة، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 84 و 85، التي تستشهد بتقرير وتوصيات فريق المفوضين بشأن الدفعة الخامسة من المطالبات من الفئة "واو-4" (S/AC.26/2005/10): "وقد كانت لجنة الأمم المتحدة للتعويضات هيئة فرعية تابعة لمجلس الأمن أنشئت في عام 1991 وفقاً لقرار مجلس الأمن 687 (1991) لتجهيز المطالبات ودفع التعويضات عن الخسائر والأضرار الناجمة مباشرة عن غزو العراق للكويت. ورغم أنها لم تكن هيئة قضائية، إلا أنها تألفت من أفرقة من المفوضين الذين كانوا يقومون باستعراض وتقييم المطالبات المقدمة من الحكومات والمنظمات الدولية والشركات والأفراد". انظر أيضاً الفقرة (11) من شرح المبدأ 6، الصفحة 109. ومحكمة المطالبات الدولية الأخرى المشار إليهما في هذه الشروح هما محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة ومحكمة جزر مارشال للمطالبات النووية.

(159) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 118، التي تشير إلى الفقرة (3) من شرح المادة 2 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 33، التي تستشهد بإقتضية رودولف هيس [Rudolf Hess case, ILR, vol. 90 (1992), p.387 و [قضية عباسي وجمعة ضد وزير الدولة للشؤون الخارجية وشؤون الكمنولث ووزير الدولة لشؤون وزارة الداخلية] *Abbasi and Juma v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, Decision of the Supreme Court of Judicature-Court

107 - وفي شروح مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، أشارت اللجنة إلى قرارات قضائية محلية تتعلق بالسؤال حول "ما إذا كانت قوانين الحرب تفرض على قائد الجيش واجب اتخاذ ما في وسعه من تدابير ضرورية للسيطرة على القوات التابعة لقيادته ومنعها من ارتكاب أعمال مخالفة لقوانين الحرب" (160).

108 - أما الأمثلة الأخيرة في المذكرة المتعلقة باستخدام القانون المحلي، فيمكن الاطلاع عليها في شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة (161)، وفي شرح المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود (162)، والقراءة الأولى للمواد المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية (163).

109 - ولاحظت مذكرة الأمانة العامة أن اللجنة كثيراً ما أخذت في الاعتبار المعنى الذي تعطيه المحاكم والهيئات القضائية الدولية لمصطلحات معينة (164)، ولا سيما "عندما تلقي من خلالها الضوء على المعنى الذي ينبغي إعطاؤه لمصطلحات معينة تنظر فيها اللجنة" (165). ويمكن ملاحظة ذلك في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، حيث أشارت اللجنة إلى السوابق القضائية لمحكمة البلدان

ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا وآخرين [of Appeal (Civil Division) of 6 November 2002, ILM, vol. 42 (2003), p.358 *Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, Constitutional Court Decision of 19 and 20 July 2004 and 4 August 2004, The South African Law Reports 2005, p.235

(160) الفقرة (2) من شرح المادة 6 من مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، *حولية... 1996*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 52، التي تشير إلى قضية ياشاميتا (*Yashamita case*) في المحكمة العليا للولايات المتحدة، وإلى محاكمة القيادة العليا الألمانية (*German High Command Trial*) والمحاكمة في قضية الرهائن (*Hostages Trial*) في المحكمة العسكرية للولايات المتحدة.

(161) *A/CN.4/759*، الفقرة 119، التي تشير إلى المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني): الفقرة (4) من شرح المادة 10، الصفحة 208، وتستهشد [بقضية فورتمبيرغ وبروسيا ضد بادن] *Streitsache des Landes Wurttemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Wurttemberg and Prussia v Baden), betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 June 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)*, vol. 116, appendix pp.18 et seq (14) الفقرة (14) من شرح المبدأ 2، الصفحة 83، التي تستشهد [بقضية بورغيس ضد م/ف/تامانو]، *Burgess v M/V/Tamano*, opinion of [27 July 1973, United States District Court, Maine, Federal Supplement, vol. 370 (1973), p. 247

(162) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 119، التي تشير إلى الفقرة (8) من شرح المبدأ 3 من المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، التي تستشهد [بقضية شركة سيركل للصناعات ضد وزارة الدفاع] *Blue Circle Industries PLC v Ministry of Defence*, The All England Law Reports 1998, vol. 3, p.385 و [قضية ميرلين وآخر ضد شركة الوقود النووي البريطانية] *Merlin and another v British Nuclear Fuels PLC*, The All England Law Reports 1990, vol. 3, p.711

(163) الفقرة (31) من شرح المادة 2 من المواد المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية، الصفحتان 244 و 245، التي تشير إلى قرارات المحاكم الوطنية في فرنسا وألمانيا وإيطاليا والولايات المتحدة والمملكة المتحدة.

(164) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الملاحظة 29، الفقرات من 123 إلى 126.

(165) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 123.

الأمريكية لحقوق الإنسان، التي "فسرت" حالة "الاختفاء القسري أو غير الطوعي على أنها فعل غير مشروع مستمر، أي فعل يستمر طوال الفترة التي يظل فيها الشخص المعني مختفياً"<sup>(166)</sup>.

110 - وتقدم الأمانة العامة ثلاثة أمثلة أخرى لدعم هذه الملاحظة، بدءاً بإشارة اللجنة إلى استخدام مصطلحي "جهاز" و "وكيل" في المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية، حيث ذكرت اللجنة أن محكمة العدل الدولية "اهتمت فقط، لدى تناولها لمركز الأشخاص الذين يعملون باسم الأمم المتحدة، بكون الشخص قد أوكلت إليه وظائف من قبل جهاز تابع للأمم المتحدة"<sup>(167)</sup>.

111 - وعلاوة على ذلك، فقد ذكرت اللجنة، في استنتاجاتها المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، أن القاعدة العامة بشأن "الممارسة اللاحقة في تطبيق معاهدة" قد صاغتها محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة، التي قررت أن هذه الممارسة يجب أن تكون "ممارسة أطراف المعاهدة وممارسة تجسد اتفاق الأطراف فيما يتعلق بتفسير المعاهدة"<sup>(168)</sup>.

112 - وأخيراً، فقد أشارت اللجنة، في المواد المتعلقة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، إلى تفسير مصطلحي "واسع النطاق" و "منهجي" في تعريف "الجرائم ضد الإنسانية" في الاجتهاد القضائي للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا ومحكمة العدل الدولية<sup>(169)</sup>.

113 - ولاحظت الأمانة العامة أن اللجنة أشارت في بعض الحالات إلى آراء مستقلة أو مخالفة أعربت عن رأي أو شرحت بمزيد من التفصيل لتعليل محكمة أو هيئة قضائية في قرار معين<sup>(170)</sup>، حيثما تساعد في فهم قرار المحكمة أو الهيئة القضائية المعنية أو لتعليلها الأساسي<sup>(171)</sup>. وأشارت اللجنة في هذا الصدد، في شرح المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، إلى رأي مخالف للقاضي شوبيل (Schwebel) مؤيد للموقف القائل بأن مذهب "الأيدي النظيفية" قد احتج به أساساً في سياق قبول المطالبات أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وإن كان هذا المذهب لم يطبق إلا نادراً<sup>(172)</sup>.

(166) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 123. الفقرة (4) من شرح المادة 14 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، حولية... 2001، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة 76، التي تستشهد بـ: Blake, *Inter-American Court of Human Rights*, Series C, No. 36, para. 67 (1998).

(167) الفقرة (2) من شرح المادة 6 المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية، حولية... 2011، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 67 و 68، انظر أيضاً الفقرة (4) من شرح المادة 6.

(168) الفقرة (9) من شرح الاستنتاج 5 من الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، Yearbook... 2018, vol. II, (Part Two), p. 40، التي تستشهد، في جملة أمور، بقضية الولايات المتحدة الأمريكية وآخرين ضد جمهورية إيران الإسلامية وآخرين أمام محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة [Iran-United States Claims Tribunal, *United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, Award No. 108-A-16/582/591-FT, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 5 (1984), p. 57, at p. 71].

(169) الفقرات (10) إلى (16) من شرح المادة 2 من المواد المتعلقة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)، الصفحات من 39 إلى 44.

(170) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 30، الفقرات من 127 إلى 130.

(171) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 127.

(172) انظر الفقرة (9) من شرح الفصل الخامس والحاشية 319، المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، حولية... 2001، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة 77، التي تشير إلى الرأي المخالف للقاضي شوبيل في إقضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) [Military and Paramilitary

114 - وعلاوة على ذلك، "في التقرير النهائي للفريق العامل المعني بالالتزام بالتسليم أو المحاكمة (*aut dedere aut judicare*)" أشارت اللجنة إلى آراء مخالفة ومستقلة من قرارات صادرة عن محكمة العدل الدولية تناولت تصنيف المعاهدات التي تتضمن "صيغة التسليم أو المحاكمة"<sup>(173)</sup>.

115 - ويمكن الاطلاع على مثال آخر تستند إليه هذه الملاحظة في شرح المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، الذي أشار إلى الآراء المستقلة لقضاة في محكمة العدل الدولية "أيدوا الاستثناء الذي يسمح لدولة جنسية حملة الأسهم في شركة ما برفع دعوى ضد دولة التأسيس عندما تُلحق دولة التأسيس ضرراً بالشركة" على سبيل المثال<sup>(174)</sup>. وفي الموضوع نفسه، أشارت اللجنة إلى رأي مخالف للقاضي أودا (*Oda*) في قضية محكمة العدل الدولية *Elettronica Sicula S.p.A* لدى محكمة العدل الدولية باعتباره يدعم الاعتماد على "المبادئ العامة لقانون الشركات" عوضاً عن القانون المحلي بغية ضمان حقوق حملة الأسهم الأجانب في الظروف التي تكون فيها الشركة مؤسسة في الدولة مرتكبة الفعل غير المشروع"<sup>(175)</sup>.

116 - وأشارت اللجنة أيضاً إلى رأي مستقل للقاضي ألفاريز (*Alvarez*) في قضية قناة كورفو (*Corfu Channel*) في شروحها للمواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث<sup>(176)</sup>، وإلى آراء مستقلة لقضاة عن آراء مختلف القضاة في قضية منصات النفط (*Oil Platforms*)<sup>(177)</sup>.

---

*Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.14 at pp. 392-394*

(173) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 128، التي تشير إلى التقرير النهائي للفريق الدراسي المعني بالالتزام بالتسليم أو المحاكمة (*aut dedere aut judicare*)، حولية ... 2014، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 121، الفقرة 11. وفي الرأي المستقل الوارد في حكم محكمة العدل الدولية المؤرخ 20 تموز/يوليه 2012 في قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالمحاكمة أو التسليم، تناول القاضي يوسف أيضاً تصنيف 'المعاهدات التي تتضمن صيغة *aut dedere aut judicare*' وقسمها إلى فئتين واسعيتين".

(174) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 129، التي تشير إلى الفقرة (10) من شرح المادة 11 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، حولية ... 2006، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 51، التي تشير إلى الآراء المستقلة للقضاة فيتزموريس وجيسوب وتاناكا (*Fitzmaurice, Jessup, Tanaka*) في قضية *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p.3 at p. 48*؛ "غير أن اللجنة قررت أن تحصر الاستثناء في نطاق أضيق"، انظر الفقرة (ب) من المادة 11 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، المرجع نفسه، الصفحة 50.

(175) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 129. التي تشير إلى الفقرة (4)، الحاشية 162، من شرح المادة 12 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، حولية ... 2006، المرجع نفسه، الصفحة 51، التي تستشهد بقضية *Elettronica Sicula S.p.A* (*ELSI*)، Judgment, I.C.J. Reports 1989, p.15

(176) الفقرة (4) من شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، حولية ... 2016، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة 49، التي تستشهد بالرأي المستقل للقاضي ألفاريز في *Corfu Channel case, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 39 at p. 43*

(177) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, at pp. 278-279 (separate opinion of Judge Buergenthal), 326-34 (separate opinion of Judge Simma), 236-240 (separate opinion of Judge Higgins), 261 (separate opinion of Judge Koojijmans) Yearbook...2006, vol. I, (Part Two), addendum two, p. 93, paras. 455-457. وأشارت اللجنة أيضاً إلى الآراء المستقلة للقضاة عند الإشارة إلى المادة 103 من ميثاق الأمم المتحدة، المرجع نفسه، الصفحة 74، الفقرة 356، في معرض الإشارة، على سبيل المثال، إلى [القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية عام 1902 المنظمة للوصاية على الرضع (هولندا ضد السويد)] *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment of 28 November 1958, I.C.J. Reports**

117 - وتتمثل الملاحظة قبل الأخيرة للأمانة العامة فيما يتعلق بأحكام المحاكم في أن اللجنة أشارت في بعض الحالات إلى أحكام المحاكم للتذكير بممارسة الدول في مرافعاتها أو أشارت مباشرة إلى هذه المرافعات أمام محكمة دولية بشأن نقطة قانونية معينة<sup>(178)</sup>. وتضيف الأمانة العامة أن اللجنة أشارت أيضا إلى بيانات الدول أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية، أو قرارات المحاكم الدولية التي تعكس آراء الدول وممارساتها فيما يتعلق بنقطة قانونية محددة<sup>(179)</sup>.

118 - وعلى سبيل المثال، رأت اللجنة في المواد المتعلقة بقانون المعاهدات "أن قبول عدم الاعتراض على التحفظ للدلالة على الموافقة الضمنية باعتباره من ممارسات الدول هو مبدأ لا شك فيه؛ لأن المحكمة نفسها تحدثت في قضية *التحفظات على اتفاقية الإبادة الجماعية* عن تسامح الممارسة الدولية 'بشكل كبير جدا' مع مبدأ 'الموافقة الضمنية على التحفظات'،<sup>(180)</sup>.

جنوب أفريقيا؛ ليبريا ضد جنوب أفريقيا] (جنوب أفريقيا ضد جنوب أفريقيا (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 319, at p. 407)؛ و [القضية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) على الرغم من قرار مجلس الأمن 276 (1970) *the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 99 (separate opinion of Judge Ammoun* (of Judge Ammoun)؛ و [دعوى مراجعة وتفسير الحكم المؤرخ 24 شباط/فبراير 1982 في القضية المتعلقة بالجرف القاري (تونس/الجمهورية العربية الليبية) (تونس ضد الجماهيرية العربية الليبية)] *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 192, at pp. 232–233 (separate opinion of Judge Ruda*.

(178) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 31، الفقرات من 131 إلى 136.

(179) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 131، وانظر أيضا، الملاحظة 17 من التقرير المتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي وإثباته، والعناصر التي تضمينتها الأعمال السابقة للجنة القانون الدولي ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع، مذكرة من الأمانة العامة، 14 آذار/مارس 2013، الوثيقة A/CN.4/659، الصفحتان 34 و 35، التي تستشهد في جملة أمور بالفقرة (10) من شرح المادة 5 من المواد المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحة، *حولية... 1994*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 211 (التي تشمل على "أحكام المحاكم الدولية بأنواعها" في "دراسة استقصائية لكل الأدلة المتاحة عن الممارسة العامة للدول، المقبولة بصفتها قانونا"). وانظر أيضا الفقرة (4) من شرح المادة 39 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، *حولية... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 143 (بالاعتماد على قضية *Delagoa Bay Railway* وقضية "Wimbledon" S.S. كدليل على "ممارسة الدول" فيما يتعلق "بما تنسم به مساهمة الدولة المضروعة في الضرر من أهمية لدى تحديد الجبر المناسب").

(180) الفقرة (23) من شرح المادتين 16 و 17 من المواد المتعلقة بقانون المعاهدات، *حولية... 1996*، المجلد الثاني، الصفحة 208، التي تستشهد [فتوى محكمة العدل الدولية المتعلقة بالتحفظات على اتفاقية الإبادة الجماعية]، *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 21*، وانظر أيضا الفقرة (4) من شرح المادة 59، الصفحة 257، التي تشير إلى مرافعات فرنسا في القضية المتعلقة بمراسيم الجنسية في تونس والمغرب (Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco)، ومرافعات الصين في القضية المتعلقة بنقض معاهدة 2 تشرين الثاني/نوفمبر 1865 بين الصين وبلجيكا (Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium)، ومرافعات فرنسا في القضية المتعلقة بالمناطق الحرة في سافوي العليا وقضية مقاطعة جيكس (Upper Savoy and the District of Gex).

119 - وفي شرح المادة 12 من المواد المتعلقة بخلافة الدول في المعاهدات، أشارت اللجنة إلى مرافعات تايلند وكمبوديا في قضية معبد برياه فيهير (*Temple of Preah Vihear*)؛ وفي المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية<sup>(181)</sup>، أشارت اللجنة إلى مرافعات الولايات المتحدة أمام محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بحقوق مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب (*Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*)<sup>(182)</sup>.

120 - وفي شروح المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية عن الأفعال غير المشروعة دولياً، لاحظت اللجنة أنه "قد دافعت عدة دول في إطار قضايا منازعات عن الرأي القائل بأن الدول الأعضاء لا يمكن بصفة عامة اعتبارها مسؤولة دولياً عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي ترتكبها المنظمة"<sup>(183)</sup>.

121 - والملاحظة الأخيرة التي أبدتها الأمانة العامة فيما يتعلق بأحكام المحاكم هي أن اللجنة لاحظت أن قرارات المحاكم الدولية قد تؤثر في اتخاذ القرارات في المحاكم الدولية الأخرى، رغم افتقارها إلى قيمة رسمية كسوابق قضائية<sup>(184)</sup>. ويتضح ذلك من تحليل قرارات التحكيم المتعددة الواردة في التقرير النهائي للفريق الدراسي المعني بحكم الدولة الأولى بالرعاية، حيث ذكرت اللجنة ما يلي:

"أشارت هيئات التحكيم إلى أن قرارات الهيئات الأخرى ليست لها قيمة رسمية كسوابق قضائية، غير أن الرغبة في الاتساق أثرت بلا شك في عملية اتخاذ القرارات"<sup>(185)</sup>.

## دال - اعتماد اللجنة على مذاهب كبار المؤلفين وأعمال هيئات الخبراء

122 - فيما يتعلق باستخدام اللجنة لأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، تختتم مذكرة الأمانة العامة بعدة ملاحظات على العنصر الأساسي الثاني من الفقرة الفرعية (1) (د) من المادة 38، أي مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام. ففي المرة الأولى، لاحظت الأمانة العامة أن اللجنة أشارت إلى كتابات الفقهاء ومذاهبهم ومؤلفاتهم وآرائهم للإشارة إلى أن هناك موافقة أو تأييداً لنهج معين إزاء قاعدة من قواعد القانون الدولي الواردة في عملها<sup>(186)</sup>.

123 - وتلاحظ مذكرة الأمانة العامة أيضاً أن اللجنة سعت في بعض الأحيان إلى توضيح أنها لا تتبع النهج المتبع في مختلف الكتابات<sup>(187)</sup>. وفي هذا الصدد، أشارت اللجنة في عملها المتصل بدليل الممارسة

(181) الفقرة (7) من شرح المادة 12 من المواد المتعلقة بخلافة الدول في المعاهدات، Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), p. 198.

(182) الفقرة (21) من شرح المادة 10 من المواد المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية، Yearbook...1978, vol. II, (Part Two), p. 37.

(183) الفقرة (3) من شرح المادة 62 المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 121.

(184) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 32، الفقرة 137.

(185) التقرير النهائي للفريق الدراسي المعني بشرط الدولة الأولى بالرعاية، Yearbook...2015, vol. II (Part Two), p. 109, para. 135.

(186) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 33، الفقرات من 138 إلى 142، وانظر على سبيل المثال، الفقرة (2) من شرح المبدأ التوجيهي 2-2-4 من المواد المتعلقة بالتحفظات على المعاهدات، *حولية... 2011*، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحة 136، التي لاحظت فيها اللجنة أن القاعدة القائلة بأن الإعراب عن الموافقة على الالتزام بالمعاهدة يشكل الفرصة الأخيرة التي يجوز فيها صوغ تحفظ ما هي قاعدة "[ل]متفق عليها بالإجماع في المؤلفات القانونية".

(187) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 34، الفقرتان 143 و 144.

المتعلق بالتحفظات على المعاهدات إلى أنها "اختارت ألا تستخدم في هذا المبدأ التوجيهي مصطلح 'الاتفاقات ذات الشكل المبسط'، الذي يشيع استخدامه في الكتابات الفرنسية ولكنه لا يرد في اتفاقيتي فيينا"<sup>(188)</sup>.

124 - وأشارت اللجنة أيضا إلى الكتابات على أنها توفر "بعض التأييد" للرأي الذي يذهب إلى أنه إذا توفي المواطن المضرور قبل تقديم المطالبة رسميا، يجوز الاستمرار في المطالبة نظرا لاكتسابها "طابعا وطنيا" في شرح المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية<sup>(189)</sup>. غير أنه بالنظر إلى قرارات لجنة المطالبات المناقضة، خلصت اللجنة إلى أن الأحكام القضائية لم تتبن موقفا حاسما، وبالتالي فليس من الحكمة اقتراح قاعدة بشأن هذا الموضوع<sup>(190)</sup>.

125 - واعتمدت اللجنة، مرة أخرى، وفقا لمذكرة الأمانة العامة، اعتمادا كبيرا على الكتابات في موضوع توزيع الخسارة<sup>(191)</sup>.

126 - وعلاوة على ذلك، تلاحظ المذكرة أن اللجنة أشارت في بعض المواضيع إلى مذاهب كبار المؤلفين لتقديم معلومات أساسية عن مجال القانون المعني وتطويره. وقدمت أمثلة على ذلك<sup>(192)</sup>.

127 - ولاحظت الأمانة العامة أيضا أن اللجنة أخذت في الاعتبار، في بعض الحالات، تفسير أحكام المعاهدات الصادر عن هيئات الخبراء المنشأة بموجب معاهدات عند صياغة نصوصها<sup>(193)</sup>. وبوجه عام، أشارت اللجنة إلى تفسيرات صادرة عن هيئات الخبراء المنشأة بموجب معاهدات، بما فيها اللجنة المعنية

(188) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 143؛ والفقرة 4 من شرح المبدأ التوجيهي 2-2-2 من المبادئ التوجيهية المتعلقة بالتحفظات على المعاهدات، *حولية... 2011*، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحة 134.

(189) الفقرة (14) من شرح المادة 5 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 38، التي تشير إلى Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (New York: The Banks Law Publishing Co., 1922), p.628.

(190) الفقرة (14) من شرح المادة 5 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية... 2006*، المرجع نفسه، الصفحة 38، التي تشير إلى *Eschauzier claim, (Great Britain v United Mexican States)*, Decision of 24 June 1931, UNRIIAA, إلى vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 209.

(191) انظر المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة، *حولية... 2006*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني): الفقرة (9) والحاشية 306 من الشرح العام، الصفحة 73، حيث تشير الحاشية إلى Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), p.113، الصفحة 113، والفقرة (7) من شرح المبدأ 1، الصفحتان 76 و 77، حيث تشير الحاشية إلى P. Wetterstein (ed), *Harm to the Environment: the Right to environmental impairment? Compensation and Assessment of Damage*, (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 29-54, at p.30 و Hanqin Xue, *Transboundary Damage in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 19-105 and 113-182.

(192) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 35، الفقرتان 145 و 146.

(193) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 36، الفقرات من 147 إلى 152.

بحقوق الإنسان<sup>(194)</sup>، ولجنة مناهضة التعذيب<sup>(195)</sup>، واللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(196)</sup>، في نصوص مختلفة<sup>(197)</sup>.

128 - وفي سياق متصل، أشارت اللجنة إلى عمل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن عدة نقاط، منها الحق في معرفة الحقيقة<sup>(198)</sup>، والحق في محاكمة عادلة، ولاحظت أن "اللجنة [المعنية بحقوق الإنسان] خلصت إلى أن الحق في محاكمة عادلة هو "أحد العناصر الأساسية لحماية حقوق الإنسان" وهو "وسيلة إجرائية للمحافظة على سيادة القانون"<sup>(199)</sup>، في المواد المتعلقة بالجرائم المرتكبة ضد الإنسانية.

129 - وفي شرح المواد المتعلقة بطرد الأجانب، أشارت اللجنة إلى المبادئ التوجيهية التي وضعتها لجنة مناهضة التعذيب عند النظر في الادعاءات التي تزعم أن طرد الأجانب إلى دول معينة يتعارض مع اتفاقية مناهضة التعذيب<sup>(200)</sup>.

130 - وفي مناسبات معينة، استقادت اللجنة من التطورات التي حدثت في الهيئات المنشأة بموجب معاهدات في تفسير صكوك معينة. ففي مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلام البشرية وأمنها على سبيل المثال، أدرجت اللجنة في التعريف المقترح لجريمة الإبادة الجماعية "فرض تدابير يُقصد بها منع ولادات ضمن

(194) انظر، على سبيل المثال، الفقرة 6 من شرح المادة 18 من المواد المتعلقة بطرد الأجانب، *حولية...2014*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 51، حيث لاحظت اللجنة أنه "يبدو معيار "التوازن العادل" متفقاً أيضاً مع النهج الذي اتبعته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان لأغراض تقييم مدى اتفاق تدبير طرد مع المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية".

(195) أشارت الفقرة (3) من المادة 8 من المواد المتعلقة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)*، الصفحة 117، إلى أن هذا الحكم "يقضي إجراء تحقيق كلما وجدت أسباب معقولة تدعو إلى الاعتقاد بأن الجريمة قد ارتكبت. ووفقاً للجنة مناهضة التعذيب، ينشأ هذا الاعتقاد عندما تُقدم أو تُتاح المعلومات ذات الصلة للسلطات المختصة، لكن دون اشتراط أن يكون الضحايا قد قدموا رسمياً شكاوى إلى هذه السلطات.

(196) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (3) من شرح المادة 11 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016, vol. II, (Part Two), p. 47*، التي تشير إلى التعليق العام رقم 12 للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشأن الحق في الغذاء الكافي. الفقرة (14) من شرح الاستنتاج 13 من المواد المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، *Yearbook...2018, vol. II, (Part Two), p. 94*. انظر أيضاً، الفقرة (11) من شرح المبدأ 10 من المواد المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاع المسلح، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)*، الصفحتان 150 و 151، التي تشير إلى القرارات التي تربط بين تدهور البيئة والصحة البشرية في التعليق العام رقم 14 (2000) للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشأن الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (المادة 12).

(197) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 147.

(198) الفقرة (24) من شرح المادة 12 من المواد المتعلقة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)*، الصفحة 146، التي تشير إلى الحق في الحصول على المعلومات أو الحق في معرفة الحقيقة في قرارات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان "كوسيلة لإنهاء أو منع حدوث التعذيب النفسي لعائلات ضحايا الاختفاء القسري أو الإعدام السري".

(199) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الفقرة 148: "وبناء على ذلك، تشير الفقرة 1 من مشروع المادة 11 إلى المعاملة العادلة "بما في ذلك المحاكمة العادلة""؛ والفقرة (5) من شرح المادة 11 من المواد المتعلقة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)*، الصفحة 132، التي تستشهد باللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 32 (2007) بشأن الحق في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائية وفي محاكمة عادلة، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والستون، الملحق رقم 40 (A/62/40)*، المجلد الأول، المرفق السادس، الفقرة 2.

(200) الفقرات من (2) إلى (4) من شرح المادة 24 من المواد المتعلقة بطرد الأجانب، *حولية... 2014*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحات 60 إلى 62.

الجماعة“، ولاحظت أن عبارة ”فرض تدابير“ استُخدمت للدلالة على ضرورة توفر عنصر إكراه، واستشهدت بالفقرة الفرعية (د) من المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها وبأعمال لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز<sup>(201)</sup>.

131 - وفي الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، أشارت اللجنة إلى استخدام محكمة العدل الدولية<sup>(202)</sup>، ومختلف المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان<sup>(203)</sup> التصريحات الصادرة عن هيئات الخبراء المنشأة بموجب معاهدات؛ وفي شرح المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، أشارت اللجنة، على سبيل المثال، إلى مختلف التعليقات العامة التي أصدرتها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في سياق واجب التعاون فيما بين الدول<sup>(204)</sup>.

132 - وأشارت اللجنة أيضاً إلى أعمال هيئات الخبراء والمؤسسات الأخرى لدى النظر في عدة مواضيع<sup>(205)</sup>. وأشارت اللجنة، في مناسبات معينة، إلى عمل المؤسسات الخاصة باعتباره جزءاً من الفقه<sup>(206)</sup>. وأشارت اللجنة لدى دراستها لمواضيع متعددة، إلى عمل المؤسسات الخاصة في تطوير الدراسة الخاصة بها. وعلى سبيل المثال، في المواضيع التالية:

• قانون المعاهدات<sup>(207)</sup>

(201) الفقرة (16) من شرح المادة 17 من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلام البشرية وأمنها، *حولية ... 1996*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، التي تستشهد بتقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والأربعون، الملحق رقم 38 (A/47/38))، الفصل الأول، الفقرة 22.

(202) الفقرة (21) من شرح الاستنتاج 13 من الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، *Yearbook...2018*, vol. II, (Part Two), p. 86.

(203) الفقرة (22) من شرح الاستنتاج 13 من الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، المرجع نفسه، الصفحتان 86 و 87.

(204) الفقرة (2) من شرح المادة 7 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*, vol. II (Part Two)، والفقرة 49، التي تشير في الحاشية 84 إلى التعليقات العامة رقم 2 و 3 و 7 و 14 و 15 للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(205) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 37، الفقرات من 153 إلى 155، وانظر الفقرة (7) من شرح مشروع الاستنتاج 9 من الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي (jus cogens) وبنائجها القانونية، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الصفحة 53. (“وتورد الفقرة أمثلة على المصادر الاحتياطية الأخرى، من قبيل أعمال هيئات الخبراء ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم، والتي يشار إليها أيضاً باسم الكتابات الفقهية”).

(206) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (12) من شرح المبدأ التوجيهي 1-4 في دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات، الحاشية 243، في *حولية ... 2011*، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحة 77. (“ونميل تعريف فقهية عديدة، منها تعريف كلية الحقوق بجامعة هارفارد، إلى اعتبار الطابع الشرطي عنصراً ملازماً للتحفظات (Research in International Law of the Harvard Law School, “Draft Convention on the Law of Treaties”, AJIL, 1935, Supplement No. 4, p. 843...).

(207) تنص المواد المتعلقة بقانون المعاهدات في الفقرة (1) من شرح المشروع 28 على أنه “في عام 1956، اعتمد معهد القانون الدولي قراراً صاغ فيه، وإن كان بلغة حذرة إلى حد ما، مادتين تتضمنان عدداً صغيراً من المبادئ الأساسية للتفسير”. *Yearbook ... 1966*, vol. II, p. 218. وتوجد إشارات إلى مشروع هارفارد بشأن قانون المعاهدات في الفقرة (3) من الشرح 3 على المبدأ التوجيهي 2-2-1 من دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات، *حولية ... 2011*، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحة 130.

- جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول (208)
- أحكام الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات (209)
- منع الجرائم المرتكبة ضد الموظفين الدبلوماسيين وغيرهم من الأشخاص المتمتعين بحماية دولية والمعاقبة عليها (210)
- مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (211)
- قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية (212)

(208) انظر على سبيل المثال، الفقرة (4) من شرح المادة 26 بشأن جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، *حولية... 1999*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 72 و 73، التي تذكر القاعدة التي تقضي بأن تعطي الدولة الخلف جنسيتها للأشخاص المعنيين الذين يقيمون بصفة اعتيادية في أراضيها، وتلاحظ أنه "تم إدراج حكم مشابه بشأن حالة الانفصال في الفقرة (ب) من المادة 18 من مشروع الاتفاقية المتعلقة بالجنسية الذي أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد"، في إشارة إلى Harvard Law School, *Research in International Law. I. Nationality, Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 23 (Cambridge, Mass., 1929), p. 13. وأشار النص إلى قرار معهد القانون الدولي بشأن تنازع القوانين فيما يتعلق بالجنسية (التجنس والاعتراق)، *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 15, part II (1896)، (pp. 270-271) في الفقرة (2) من شرح المادة 12 بشأن جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، *حولية... 1999*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 47 و 48.

(209) في المواد المتعلقة بأحكام الدولة الأولى بالرعاية، أشارت اللجنة عدة مرات إلى العمل الذي أنجزه معهد القانون الدولي في عام 1936. انظر، على سبيل المثال، الفقرة (2) من شرح المادة 16، *Yearbook ... 1978*, vol. II, part two, p. 42. القاعدة المقترحة في المادة على أحكام الدولة الأولى بالرعاية بغض النظر عما إذا كانت تنتمي إلى النوع غير المشروط أو تتخذ شكل حكم مشروط بأي شكل من أشكال التعويض، ولا سيما المعاملة بالمثل. وصيغت القاعدة في الفقرة 2 من القرار الذي اتخذه معهد القانون الدولي في دورته الأربعين، عام 1936 "...".

(210) انظر، على سبيل المثال، الحاشية 473 للفقرة (3) من شرح المادة 7 بشأن منع الجرائم المرتكبة ضد الموظفين الدبلوماسيين وغيرهم من الأشخاص المتمتعين بحماية دولية والمعاقبة عليها، *Yearbook... 1972*, vol. II, p. 319، التي تشير إلى "المادة 2 من مشروع اتفاقية تسليم المجرمين الذي أعده مركز البحوث في القانون الدولي بكلية الحقوق بجامعة هارفارد (Supplement to the American Journal of International Law, Washington D.C. (January and April 1935), vol. 29, Nos. 1 and 2, p. 21".

(211) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (5) من شرح المادة 50 المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية... 2001*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 171، التي تلاحظ أنه قد "أعلنت رابطة [معهد] القانون الدولي في قرارها [قراره] الصادر في عام 1934 أنه يجب على الدولة، عند اتخاذ تدابير مضادة، أن تمتنع عن اتخاذ أي تدبير قاس يتعارض مع القانون الإنساني ومع ما يستلزمه ضمير الناس"، واستشهدت بـ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

(212) انظر الفقرة (12) من شرح المادة 2 من المواد المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، *حولية... 1994*، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة 198، في الحاشية 184 التي تشير إلى قرار نيويورك، الذي اتخذته رابطة القانون الدولي في عام 1958، *Report of the Forty-eighth Conference, New York, 1958 (London, 1959), annex II*، p. 99، وقواعد هلسنكي المتعلقة باستخدام مياه الأنهار الدولية، *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki*، pp. 484 et seq (London, 1967)، مستنسخ جزئياً في الوثيقة A/CN.4/274، الصفحة 357 وما يليها، الفقرة 405. انظر قرار سالزبورغ الذي اعتمده معهد القانون الدولي في دورته المعقودة في سالزبورغ في عام 1961، المعنون "استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية (باستثناء الملاحة)"، *Annuaire de l'Institut de droit international (Basel)*، (vol. 49, part II (1961), pp.384-381)، وقرار أئينا الذي اعتمده معهد القانون الدولي في دورته المعقودة في أئينا في عام 1979، المعنون "تلويث الأنهار والبحيرات والقانون الدولي" (المراجع نفسه، المجلد 58، الجزء الثاني (1980)، الصفحة 196). واتخذ فريق خبراء قانونيين خاص، هو رابطة المحامين للبلدان الأمريكية، قراراً في عام 1957 يتناول "جميع المجاري المائية أو شبكات الأنهار أو البحيرات ... التي قد تتخلل أو تقسم إقليم دولتين أو أكثر ... ويشار إلى مثل هذه الشبكة فيما يلي باسم "شبكة

- تجزؤ القانون الدولي<sup>(213)</sup>
- قانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود<sup>(214)</sup>
- مسؤولية المنظمات الدولية<sup>(215)</sup>
- خلافة الدول فيما يتعلق بملكات الدولة<sup>(216)</sup>

للمياه الدولية“ (Inter-American Bar Association, Proceedings of the Tenth Conference held at Buenos Aires from 14 to 21 November 1957 (2 volumes) (Buenos Aires, 1958), pp.83-82 A/5409، الصفحة 208، الفقرة 1092). انظر أيضا الفقرة (5) من شرح المادة 24 من المواد المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، *حولية... 1994*، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحتان 270 و 271، التي تشير إلى القرار بشأن اللوائح الدولية المتعلقة باستخدام المجاري المائية الدولية (قرار مدريد) (الذي استندت إليه المادة 5 من إعلان مونتيديو) الذي اتخذته معهد القانون الدولي في دورته في مدريد، في عام 1911 (Annuaire de l'Institut de droit international، (Paris) 1911، vol. 24، p. 366)، مستنسخ في الوثيقة A/5409، الصفحة 200 [من النص الإنكليزي]، الفقرة 1072.

(213) انظر الفقرة 431 من التقرير النهائي لفريق الدراسة المعني بالتجزؤ، *Yearbook...2006*، vol. II، part one، addendum، التي تشير إلى قرار معهد القانون الدولي بشأن تفسير المعاهدات، *Annuaire de l'Institut de droit international*، vol. 46 (Session of Granada)، pp.364-365.

(214) انظر الفقرة 5 من التعليق العام (“عقدت اللجنة أيضا اجتماعاً غير رسمي في عام 2004 مع لجنة قانون الموارد المائية التابعة لرابطة القانون الدولي، وتود اللجنة أن تقر بتسليمها لتعليقات لجنة قانون الموارد المائية بشأن مشاريع المواد التي اعتمدها اللجنة في القراءة الأولى، وكذلك بتقديرها لقرارات برلين لعام 2004 الصادرة عن رابطة القانون الدولي”)، والفقرة (1) من شرح مشروع المادة 2 من المواد المتعلقة بقانون طبقات المياه الجوفية العابرة للحدود وشروطها، *حولية... 2008*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 30.

(215) أشارت المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية إلى قرار صادر عن معهد القانون الدولي بعنوان “الآثار القانونية المترتبة على الدول الأعضاء نتيجة عدم وفاء المنظمات الدولية بالتزاماتها تجاه الأطراف الثالثة”، في الفقرة (5) من المادة 62، *حولية... 2011*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 121 و 122. وأشارت اللجنة أيضا إلى مشروع اقتراحته اللجنة المعنية بمساءلة المنظمات الدولية التابعة لرابطة القانون الدولي. (Report of the Seventy-first Conference Held in Berlin, 21–16 August). انظر الفقرة (1) من شرح المادة 14 (*حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 81، والفقرة (8) من شرح المادة 7 (*حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 70 و 71)، وشرح الفقرة 7 من المادة 8 (*حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 75)، وشرح المادة 11 (*حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 79)، والفقرة (7) من شرح المادة 45، *حولية... 2011*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 105 و 106.

(216) انظر الفقرة (27) من شرح المادة 31 من المواد المتعلقة بخلافة الدول في ممتلكات الدولة ومحفوظاتها وديونها مع شروح، *Yearbook... 1981*، vol. II، (Part Two)، p. 76، التي تشير إلى تقرير المؤتمر الرابع والخمسين لرابطة القانون الدولي المعقود في لاهاي، في الفترة من 23 إلى 29 آب/أغسطس 1970 (ILA، Report of the Fifty-fourth Conference، ) (held at The Hague, 23rd-29th August 1970 (London, 1971)، p. 108).

وانظر أيضا الفقرة (7) من المبدأ التوجيهي 5-1-1 في دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات على المعاهدات، *حولية... 2011*، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحة 399. وانظر الفقرة (6) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*، vol. II، (Part Two)، p. 30، التي تشير إلى عنصر “خسائر في الأرواح على نطاق واسع” المستوحى من مدونة قواعد السلوك لحركة الصليب الأحمر والهلال الأحمر الدولية والمنظمات غير الحكومية للإغاثة في حالات الكوارث لعام 1995، في *International Review of the Red Cross*، vol. 36 (1996)، No. 310، annex VI.

واقتراس [الإبقاء على تحفظات الدولة السلف] كان قد اقترحه السيد د. ب. أوكونيل، مقرر رابطة القانون الدولي المعني بموضوع “خلافة الدول الجديدة للدول السلف في المعاهدات والتزامات معنية أخرى”، قبل أن يتبناه السير همفري والدوك بسنة“.

- طرد الأجانب<sup>(217)</sup>
- آثار النزاعات المسلحة على المعاهدات<sup>(218)</sup>
- حماية الأشخاص في حالات الكوارث<sup>(219)</sup>
- الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات<sup>(220)</sup>
- حماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة<sup>(221)</sup>،

133 - ولا يقتصر الاتجاه المبين أعلاه على الموضوعات الحديثة. ففي العمل المتعلق بقانون البحار الذي اضطلعت به اللجنة، منذ منتصف الخمسينيات، أشارت إلى عمل هيئات الخبراء الخاصة المعنية بالتدوين، وإلى جهود الفقهاء الجماعية. ويمكن العثور على بعض الأمثلة في هذا الصدد فيما يتعلق بجوانب قانون البحار المتعلقة باستخدام العلم<sup>(222)</sup> والقرصنة<sup>(223)</sup>.

(217) الفقرة (2) من شرح المادة 5 من المواد المتعلقة بطرد الأجانب، *حولية... 2014*، الصفحة 37، التي تشير إلى [القواعد الدولية للسماح بدخول الأجانب وطردهم] [Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers]، المعتمدة في 9 أيلول/سبتمبر 1892 في دورة جنيف لمعهد القانون الدولي، المادة 30.

(218) الفقرة (2) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بآثار النزاعات المسلحة على المعاهدات، *حولية... 2011*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحتان 134 و 135، الحاشية 407، التي تشير إلى [حولية معهد القانون الدولي] [Institute of International Law, Yearbook, vol. 61, Part I, Session of Helsinki (1985), pp. 8-9].

(219) وانظر أيضا الفقرة (4) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*, vol. II, (Part Two), p. 29، التي تشير إلى القرار المتعلق بالمساعدة الإنسانية الذي اعتمده معهد القانون الدولي، *Institute of International Law, Yearbook, vol. 70 Part. II, Session of Bruges (2003), p. 263*.

(220) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (11) من شرح الاستنتاج 13 من الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two), p. 84 ("بيد أن تصريحات هيئات الخبراء المنشأة بموجب معاهدات يمكن أن تؤدي، أو تشير، إلى اتفاق لاحق أو ممارسة لاحقة... وقد اعترفت بهذه الإمكانية الدول واللجنة وكذلك رابطة القانون الدولي ومجموعة كبيرة من المؤلفين").

(221) في إشارة إلى أعمال معهد القانون الدولي المتعلقة باستخدام القوة، الفقرة (3) من شرح المبدأ التوجيهي 20 من المبادئ التوجيهية المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)*، الصفحة 193 و 194 (الحاشية 784 - كما لخص ذلك معهد القانون الدولي، "لا يمكن لقوة الاحتلال أن تتصرف في موارد الإقليم المحتل إلا بالقدر اللازم لشؤون الإدارة الجارية وتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان". وانظر *Institute of International Law, Yearbook, vol. 70, Part II, Session of Bruges (2003), pp. 285 et seq.*؛ متاح في [www.idi-ii.org](http://www.idi-ii.org)، (Declarations, at p. 288)؛ وإلى المبادئ التوجيهية للجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن حماية البيئة الطبيعية، الفقرة (4) من شرح المبدأ التوجيهي رقم 4، المرجع نفسه، الصفحة 122. ("في الآونة الأخيرة، أوصت المبادئ التوجيهية للجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة بإمكانية تصنيف المناطق ذات الأهمية البيئية الخاصة أو الهشة بيئياً مناطق منزوعة السلاح").

(222) الفقرة (2) من شرح المادة 29 من المواد المتعلقة بقانون البحار، *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 279. ("بناء على هذا المبدأ، اعتمد معهد القانون الدولي، منذ زمن طويل يرقى إلى عام 1896، قواعد معينة تحكم الإذن برفع العلم. ورأت اللجنة، في دورتها السابعة، أن هذه القواعد مقبولة بصيغة معدلة تعديلاً طفيفاً، وسلمت في الوقت ذاته بأن الدول إذا أرادت تحقيق الغايات العملية المنشودة، فسيتمتع عليها أن تضع أحكاماً أكثر تفصيلاً عند إدماج هذه القواعد في تشريعاتها").

(223) انظر الفقرة (1) من شرح المادة 38 من المواد المتعلقة بقانون المعاهدات، *Yearbook ... 1956*, vol. II, p. 282. ("استعانت اللجنة، في عملها بشأن المواد المتعلقة بالقرصنة، استعانة كبيرة بالبحوث التي أجريت في كلية الحقوق بجامعة هارفارد، والتي توجت

134 - وأخيراً، أشارت اللجنة في المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية إلى مشروع اتفاقية هارفارد ذي الصلة وقرار معهد القانون الدولي<sup>(224)</sup>.

135 - ولاحظت الأمانة العامة كذلك أن اللجنة لجأت، في بعض المواضيع، إلى صياغات مستوحاة من عمل هيئات التدوين الخاصة المتخصصة أو غيرها من هيئات الخبراء أو مستندة إليه<sup>(225)</sup>. وتعود الأمثلة على ذلك إلى عام 1994، حيث استندت اللجنة، في مشروع النظام الأساسي لمحكمة جنائية دولية دائمة، إلى وثيقة أعدها لأول مرة مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في عام 1955، لتلاحظ في الشرح أنه "في حين أن إدارة السجون ستظل بين أيدي السلطة الوطنية المختصة، ينبغي أن تكون أحكام السجن وشروطه متمشية مع المعايير الدولية، ولا سيما القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة

بمشروع اتفاقية من تسع عشرة مادة مشفوعة بشروح، أعدت في عام 1932 تحت إشراف البروفيسور جوزيف بينغهام. وبوجه عام، تمكنت اللجنة من تأييد نتائج ذلك البحث".

(224) الفقرة (3) من شرح المادة 6، والفقرة (2) من شرح المادة 7 من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 39 و 40، التي تشير إلى الفقرة 5 من المادة 23 من مشروع اتفاقية هارفارد لعام 1960 بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب، المستسخ في L.B. Sohn and R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *AJIL*, vol. 55, No. 3 (July 1961), p.548، والمادة 4 (أ) من القرار المتعلق بالطابع الوطني لمطالبة دولية تقدمها دولة ما بشأن ضرر تكبده أحد الأفراد، الذي اعتمده معهد القانون الدولي في دورته المعقودة في وارسو في عام 1965، *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, 1965، p. 58 at p. 58.

(225) مذكرة الأمانة العامة، *A/CN.4/759*، الملاحظة 38، الفقرات من 156 إلى 162. وانظر، على سبيل المثال، الفقرة (1) من شرح المادة 4 من المواد المتعلقة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، *حولية ... 1999*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 31، التي تشير إلى تقرير خبراء مجلس أوروبا عن قانوني الجنسية في الجمهورية التشيكية وسلوفاكيا وتنفيذهما [Report of the experts of the Council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation (Council of Europe (Strasbourg, 2 April 1996), document DIR/JUR(96)(4), para. 54. وانظر أيضاً التقرير النهائي للفريق الدراسي المعني بالالتزام بالتسليم أو بالمحاكمة (aut dedere aut judicare)، *حولية ... 2014*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 124، الفقرة 18، الحاشية 447، التي تشير، من بين أمور أخرى، إلى تقرير فريق الخبراء التقني المخصص المشترك بين الاتحاد الأفريقي والاتحاد الأوروبي والمعني بمبدأ الولاية القضائية العالمية] Report of the African Union-European Union Technical ad hoc expert group on the Principle of Universal Jurisdiction 109/8672 Rev.1).

وانظر أيضاً، الفقرة (2) من شرح المادة 19 بشأن طرد الأجانب، *حولية ... 2014*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 51 و 52، حيث أشارت اللجنة إلى "مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، الواردة في مرفق قرار الجمعية العامة 173/43 المؤرخ 9 كانون الأول/ديسمبر 1988".

وانظر أيضاً الإشارة إلى التقرير الذي طلبه الأمين العام للأمم المتحدة إلى مكتب تنسيق الشؤون الإنسانية، في الفقرة (9) من مشروع المادة 13 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*, vol. II, part 2, p. 51.

السجناء“(226). ويمكن العثور على مثال مبكر آخر في شرح عام 1994 للمواد المتعلقة باستخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية(227).

136 - وتشمل الأمثلة اللاحقة اعتماد اللجنة على العمل السابق لرابطة القانون الدولي لدعم مصطلح “ذي شأن” باعتباره عتبة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطيرة(228).

137 - وفي المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، ذكرت اللجنة في شرح الفقرة الفرعية (هـ) من المادة 3 أن “الصيغة تستند إلى كل من المبادئ التوجيهية بشأن استخدام أصول أجنبية للدفاع العسكري والمدني في عمليات الإغاثة في حالات الكوارث (المعروفة أيضا باسم “مبادئ أوصلو التوجيهية”) والاتفاقية الإطارية للمساعدة في مجال الحماية المدنية“(229). وفي المواد نفسها، أشارت اللجنة في بضع مناسبات إلى صكوك أخرى وضعتها هيئات خبراء خاصة(230).

138 - وأخيرا، لاحظت اللجنة، في شرحها للمبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، أن المبدأ 10، بذل مؤسسات الأعمال العناية الواجبة، يتضمن عناصر “مستوحاة من مفهوم “المناطق

(226) الفقرة (2) من شرح المادة 59 من مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حولية... 1994، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 139، الحاشية 111، التي تشير إلى الصيغة الأولى للقواعد: [مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين]، *First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Geneva, 22 August-3 September 1955 (United Nations publication, Sales No. 1956.IV.4), annex I, pp. 67-73.

(227) الفقرة (2) من شرح المادة 12 من المواد المتعلقة بقانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، حولية... 1994، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة 240، التي تشير إلى أن “مبادئ السلوك في ميدان البيئة لإرشاد الدول في مجال صيانة الموارد الطبيعية التي تتقاسمها دولتان أو أكثر والاستغلال المنسق لهذه الموارد”، التي اعتمدها مجلس إدارة برنامج الأمم المتحدة للبيئة في عام 1978 (المقرر 14/6 المؤرخ 19 أيار/مايو 1978)، تعرف عبارة “يؤثر تأثيرا ذا شأن” بأنه يشير إلى “أي آثار ملموسة على مورد طبيعي مشترك ويستثني الآثار التافهة” ( *UNEP, Environmental Law: Guidelines and Principles*, No. 2, Shared Natural Resources (Nairobi, 1978)).

(228) المادة العاشرة من [قواعد هلسنكي المتعلقة باستخدامات مياه الأنهار الدولية] *Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers*, International Law Association, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, London, 1967, p.496؛ و المادة 16 من [قواعد برلين المتعلقة بالاستخدام المنصف والتنمية المستدامة للمياه] *Berlin Rules on Equitable Use and Sustainable Development of Waters*, Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004, London, 2004, p. 334.

(229) الفقرة (24) من شرح المادة 3 من المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*, vol. II (Part Two), p. 32.

(230) انظر المواد المتعلقة بحماية الأشخاص في حالات الكوارث، *Yearbook...2016*, vol. II (Part Two)؛ الفقرة (6) من شرح المادة 4، الصفحتان 33 و 34، التي تشير إلى مبادئ توجيهية بشأن التشريد الداخلي، 11 شباط/فبراير 1998، E/CN.4/1998/53/Add.2، المرفق، و [معايير موهونك للمساعدة الإنسانية في حالات الطوارئ المعقدة: فرقة العمل المعنية بالمسائل الأخلاقية والقانونية للمساعدة الإنسانية] *Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance*؛ والفقرة (2) من شرح المادة 5، الصفحة 34، الحاشية 59، التي تستشهد باللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات، المبادئ التوجيهية العملية لحماية الأشخاص في حالات الكوارث الطبيعية *Washington, D.C., The Brookings-Bern Project on Internal Displacement* (2011)؛ والفقرة (7) من شرح المادة 6، الصفحتان 42 و 43، التي تشير إلى إرشادات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر؛ والفقرة (3) من شرح المادة 15، التي تشير إلى القانون النموذجي لتسهيل العمليات الدولية للإغاثة والانتعاش الأولي في حالات الكوارث وتنظيمها لعام 2013.

المتأثرة بالنزاعات والمناطق الشديدة الخطورة“ المستخدم في توجيهات منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المتعلقة ببذل العناية الواجبة لكفالة التحلي بالمسؤولية في سلاسل توريد المعادن، وفي لائحة الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالمعادن المؤججة للنزاعات“(231).

139 - وثمة ملاحظة أخرى وردت في المذكرة وهي أن اللجنة سعت في بعض المواضيع إلى توضيح أنها لا تتبع النهج الذي تتبعه هيئات الخبراء الخاصة(232).

## هاء - اعتماد اللجنة على أعمالها السابقة

140 - لاحظت الأمانة العامة أيضا أن اللجنة كثيرا ما أشارت إلى أعمالها السابقة(233). ويتضح ذلك بصفة خاصة من الإشارات إلى عمل اللجنة بشأن مبادئ نورمبرغ. ولدى النظر في المواضيع المتصلة بالقانون الجنائي الدولي، كثيرا ما أشارت اللجنة إلى أعمالها السابقة بشأن مبادئ نورمبرغ وحكم نورمبرغ. وفي مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، لاحظت اللجنة في عام 1951 أن المادة 1 المتعلقة بمبدأ المسؤولية الفردية عن الجرائم بموجب القانون الدولي ترد في الميثاق وفي حكم محكمة نورمبرغ، مشيرة إلى الصيغة الواردة في مبادئ نورمبرغ التي تنص على أن “أي شخص يرتكب فعلا يشكل جريمة بموجب القانون الدولي يكون مسؤولا عنه وعرضة للعقاب“(234).

141 - وفي عام 1996، أشارت اللجنة مرة أخرى إلى البيان المستمد من الحكم وعمل اللجنة في سياق مبادئ نورمبرغ الذي يفيد أنه “يجوز معاقبة الأفراد على انتهاكات القانون الدولي“(235)، أو أنه تكون “على الأفراد واجبات دولية تفوق التزامات الطاعة التي تفرضها عليهم آحاد الدول“(236).

142 - وفي المواد المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية، أشارت اللجنة إلى مبادئ نورمبرغ(237) المتعلقة بالقواعد العامة للمساءلة الجنائية للأفراد بموجب القانون الدولي. وعلاوة على ذلك، أشارت اللجنة أيضا إلى مشروع

(231) انظر المبادئ المتعلقة بحماية البيئة فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10): الفقرة (6) من شرح المبدأ 10، الصفحة 147؛ والفقرة (8) من شرح المبدأ 10، الصفحة 148؛ والفقرة (10) من شرح المبدأ 10، الصفحتان 149 و 150، التي تشير إلى في مبادئ توجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان: تنفيذ إطار الأمم المتحدة المعنون “الحماية والاحترام والانتصاف (A/HRC/17/31، المرفق)، والبيئة والمبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المتعلقة بالمؤسسات المتعددة الجنسيات. أدوات ونهج الشركات“، OECD “Environment and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Corporate tools and approaches”. متاح على <https://oecd.org/env/34992954.pdf>.

(232) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 39، الفقرتان 163 و 164.

(233) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 40، الفقرات 165-171.

(234) شرح المادة 1 من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، *حولية ... 1951*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 135، الذي يشير إلى المبدأ الأول من القانون الدولي المعترف به في ميثاق محكمة نورمبرغ وفي حكم المحكمة، *حولية ... 1950*، المجلد الثاني، الفقرة 97.

(235) انظر الفقرة (7) من شرح المادة 1 من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، *حولية ... 1996*، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة 38.

(236) الفقرة (11) من شرح المادة 1 من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها، *حولية ... 1996*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 39.

(237) انظر الفقرة (2) من شرح المادة 6 بشأن منع الجرائم ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)، الصفحة 88.

مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها لعام 1954 ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها لعام 1996، ضمن مواضيع أخرى، للإشارة إلى أن ارتكاب الجريمة من جانب شخص يتقلد منصباً رسمياً لا يعني من المسؤولية الجنائية الموضوعية<sup>(238)</sup>.

143 - ويمكن العثور على أمثلة أخرى أشارت فيها اللجنة إلى أعمالها في عملها بشأن استخدام الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات<sup>(239)</sup>، وفي المبادئ المتعلقة بطرد الأجانب، حيث تشير إلى عملها بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً<sup>(240)</sup>.

144 - واعتمدت اللجنة على بعض نواتجها السابقة في مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي (*jus cogens*) وبناتجها القانونية. فعلى سبيل المثال، أشارت اللجنة، في مشروع الاستنتاج 17 المتعلق بالعلاقة بين هذه القواعد والالتزامات تجاه الكافة، إلى أنه "تستند هذه الصياغة إلى المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي اعتمدها اللجنة، والتي توصف فيها الالتزامات تجاه الكافة بأنها التزامات تشمل الالتزامات الناشئة بموجب قواعد أمرة في القانون الدولي العمومي"<sup>(241)</sup>.

145 - وعلاوة على ذلك، قررت اللجنة، في مشاريع الاستنتاجات نفسها بشأن القواعد الأمرة، أن تدرج مرفقاً يتضمن "قائمة غير حصرية بقواعد سبق أن أشارت إليها اللجنة باعتبارها قواعد لها طابع أمر". وشددت اللجنة على أنها تدرج "أنواع القواعد التي درج تحديدها بأن لها طابعاً آمراً بالرجوع إلى الأعمال السابقة للجنة، دون أن تقوم هي نفسها في هذه المرحلة بإجراء تقييم لتلك القواعد"<sup>(242)</sup>. وبذلك أشارت اللجنة إلى أعمالها السابقة في المواد المتعلقة بقانون المعاهدات، والمواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، والتقرير النهائي للفريق الدراسي المعني بتجزؤ القانون الدولي<sup>(243)</sup>.

(238) انظر الفقرتين (28) و (29) من شرح المادة 6 بشأن منع الجرائم ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، المرجع نفسه، الصفحة 100.

(239) الفقرة (23) من شرح الاستنتاج 13 بشأن الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، *حولية ... 2018*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 87.

(240) انظر الفقرة (2) من شرح المادة 30 من المبادئ المتعلقة بطرد الأجانب، *حولية ... 2014*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة 71. ولوحظ أنه "تتناول المادة 31 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول المبدأ الأساسي المتمثل في الجبر الكامل الذي يجب أن تقوم به الدولة للضرر الناجم عن فعل غير مشروع دولياً، أما المادة 34 فتبين مختلف أشكال الجبر، ألا وهي الرد (المادة 35) والتعويض (المادة 36) والترضية (المادة 37)".

(241) الفقرة (4) من شرح مشروع الاستنتاج 17 بشأن تحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي (*jus cogens*) وبناتجها القانونية، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/77/10)، الصفحة 77، التي تشير إلى الفقرة (7) من الشرح العام للجزء الثاني، الفصل الثالث، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، الصفحتان 111 و 112. ويمكن العثور على مثال مشابه في شرح مشروع الاستنتاج 19، حيث لاحظت اللجنة ما يلي: "تنص الفقرة 1 من مشروع الاستنتاج، التي تستند إلى الفقرة 1 من المادة 41 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، على أن تتعاون الدول في سبيل وضع حد للإخلالات الخطيرة بالالتزامات ناشئة بموجب قواعد أمرة في القانون الدولي العمومي (*jus cogens*)، الفقرة (2) من شرح مشروع الاستنتاج 19، المرجع نفسه، الصفحة 82، التي تشير إلى الفقرة (3) من شرح المادة 41 من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، *حولية ... 2001*، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، الصفحة 148.

(242) الفقرة (3) من شرح مشروع الاستنتاج 23 بشأن تحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي (*cos cogens*) وبناتجها القانونية، المرجع نفسه، الصفحتان 97 و 98.

(243) انظر المرجع نفسه، الفقرات (7) إلى (14) في الصفحات 99-101.

146 - وأخيراً، وفيما يتعلق باستخدام اللجنة لأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، تلاحظ الأمانة العامة بإيجاز أن اللجنة أشارت إلى أنواع معينة من مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام على أنها تعكس ممارسة الدول<sup>(244)</sup>. ويشمل ذلك الإشارات إلى أعمال هيئات التدوين الخاصة وغيرها من هيئات الخبراء باعتبارها تعكس ممارسة الدول، مثل منشورات الجهات الودیعة للمعاهدات من أعمال التصديق، والإعلانات، والتحفظات، وما إليها، من جانب الدول<sup>(245)</sup>. وتشمل الأمثلة الأخرى المنشورات الفقهية التي تضم مجموعات من أحكام المحاكم المحلية. فعلى سبيل المثال، أشارت اللجنة إلى مجموعات من أحكام المحاكم الوطنية ولاحظت أن ممارسة الدول بشأن معاملة الوحدات المكونة والتقسيمات الفرعية السياسية للدول الاتحادية لم تكن موحدة في المواد المتعلقة بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية<sup>(246)</sup>.

147 - وفي شرح المواد المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية، أشارت اللجنة إلى ممارسة الدول فضلا عن دراسة نشرتها لجنة الصليب الأحمر الدولية ولاحظت أنه "استنادا إلى تحليل تفصيلي لممارسات الدول، وكذلك إلى الاجتهادات القضائية الدولية والوطنية، وضعت الدراسة المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني العرفي التي أعدتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر عام 2005 معيارا عاما لجرائم الحرب..."<sup>(247)</sup> وأنه "تستخدم الفقرة 3 من مشروع المادة 6 صيغة مماثلة للتعبير عن معيار عام لتناول مسؤولية القيادة/الرؤساء في سياق الجرائم ضد الإنسانية"<sup>(248)</sup>.

(244) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 41، الفقرات 172-174.

(245) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 172. انظر، على سبيل المثال، في دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات، الشرح 3 للمبدأ التوجيهي 1-5-1، الحاشية 270، حولية... 2011، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الصفحتان 82 و 83، الذي يشير إلى وثيقة اللجنة الدولية للصليب الأحمر المعنونة "Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims – Reservations, declarations and communications made at the time of or in connection with ratification, accession or succession" (اتفاقيات جنيف المؤرخة 12 آب/أغسطس 1949 لحماية ضحايا الحرب - التحفظات والإعلانات والبيانات الصادرة وقت التصديق أو الانضمام أو الخلافة أو فيما يتعلق بها) (DDM/JUR/91/1719-CRV/1).

(246) انظر، على سبيل المثال، الفقرة (11) من شرح المادة 2 بشأن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، حولية... 1991، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 34 و 35، الحاشية 34، وشملت بعض الأحكام ممارسة فرنسا، على سبيل المثال، في *Etat de Ceard v. Dorr et autres* (1932) (Dalloz, Recueil periodique et critique de jurisprudence, 1933 Dumont v. State of Amazonas (1948) (Annual Digest ..., 1948 (Paris), part 1, p. 196 et seq.) *Somigli v. Etat de Sao Paulo du Bresil* (London), vol. 15, case No. 44, p. 140). وبالنسبة لإيطاليا، انظر *Feldman v. Etat de Bahia* (1907) (Pasicrisie beige, 1908 (Paris), p. 527). وبالنسبة لبليجيا، انظر *Commonwealth of Australia v. New South Wales* (1933) (Annual Digest ..., 1923-1924 (London), vol. 2 (1933), case No. 67, p. 161).

(247) الفقرة (21) من شرح المادة 6 بشأن منع الجرائم ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/74/10)، الصفحة 97.

(248) الفقرة (22) من شرح المادة 6 بشأن منع الجرائم ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، المرجع نفسه.

## واو - ملاحظات المقرر الخاص بشأن استخدام اللجنة للمصادر الاحتياطية

148 - ختاماً، فيما يتعلق بهذا الفصل، واستناداً إلى المناقشة الواردة أعلاه، يمكن طرح أربع أفكار أولية على الأقل بشأن ممارسة اللجنة فيما يتعلق باستخدام المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

149 - أولاً، إن المصادر الاحتياطية، التي يبدو من المفهوم عموماً أنها مشمولة بالفئتين الرئيسيتين المتمثلتين في أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام، منتشرة في أعمال اللجنة. لكن طبيعة ومدى استخدامها، إلى جانب المواد الأخرى، يختلفان، ويعتمدان إلى حد كبير على احتياجات الموضوع قيد النظر. وهما يعكسان في الغالب جوانب موضوعية لكن أيضاً منهجية، إذ تعتمد اللجنة اعتماداً كبيراً على كل من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين لأغراض ممارسة ولايتها المتمثلة في مساعدة الدول في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي.

150 - ثانياً، فيما يتعلق بأحكام المحاكم بوصفها مصدراً احتياطياً، يشير عمل اللجنة إلى أنها تؤدي أدواراً بالغة الأهمية في عملها لمساعدة الدول على تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي. ولا يُعتمد على أحكام المحاكم لتحديد أو تأكيد وجود ومضمون قواعد القانون الدولي فحسب، بل تكون أيضاً أساساً في بعض الحالات للصياغة الفعلية لقواعد ومبادئ القانون الدولي إضافة إلى مصادر الحقوق أو الالتزامات. وهذا من شأنه أن يوحي بأنه في حين أن أحكام المحاكم توصف بأنها "احتياطية" من حيث المبدأ، فإن الواقع الملموس في ممارسة اللجنة يوحي بأنها يمكن أن تكون شبيهة بالمصادر الرئيسية للقانون الدولي. وإذا كان هذا الرأي المخالف صحيحاً، فإن المسألة التي ينبغي النظر فيها لاحقاً هي ما إذا كان التباين الظاهر بين النظرية والواقع ينعكس أيضاً في ممارسة المحاكم والهيئات القضائية الدولية، ولا سيما ممارسة محكمة العدل الدولية. وسيكون من المنطقي أن يكون الأمر كذلك. وقد يكون الأمر الأدهى إذك هو تقييم آثار ذلك.

151 - وهناك نقطة ذات صلة بشأن استخدام اللجنة لأحكام المحاكم، وهي أنه: يبدو استناداً إلى الأمثلة المستفيضة المقدمة في مكررة الأمانة العامة أن اللجنة تعتمد على قضايا المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية أكثر من اعتمادها على أحكام المحاكم الأخرى، وهو ما يمكن أن يستنتج منه أن قضايا المحكمتين تمنح حجية أكبر. وهذا، من ناحية من النواحي، أمر طبيعي. وكما أكدت اللجنة في عملها، فإن أحكام محكمة العدل الدولية، بوصفها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، لها وزن كبير. وقد يعكس ذلك أيضاً التكامل بين عمل اللجنة بوصفها هيئة التدوين الرئيسية في الأمم المتحدة وعمل المحكمة بوصفها الهيئة القضائية الرئيسية التي تقوم بتسوية المنازعات ذات الطابع العام بين الدول في القانون الدولي المعاصر.

152 - ومع ذلك، فإن اختيار اللجنة الهيئة القضائية التي تحيل إليها يكون، في السياق العادي، مدفوعاً إلى حد كبير بالموضوع قيد النظر ويتوافر الاجتهادات القضائية ذات الصلة. فعلى سبيل المثال، هناك مواضيع أخرى مختلفة تكون فيها أحكام المحاكم الدولية الأخرى مثل المحاكم الجنائية الدولية بارزة جداً، وتكون في بعض الحالات الأساس المهيمن لعملها. وهذا هو الحال، لإعطاء بضعة أمثلة، في مجال القانون الجنائي الدولي كما يتجلى في صياغة مبادئ القانون الدولي المعترف بها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ وفي حكم المحكمة، ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم البشرية ومشاريع المواد المتعلقة بمنع الجرائم ضد الإنسانية والمعاقبة عليها، ومشاريع المواد المتعلقة بحصانة مسؤولي الدول من الولاية القضائية الجنائية الأجنبية. والمسألة هي أنه سواء تعلق الأمر بصياغة مبادئ انطلاقاً من حكم صادر عن هيئة قضائية

واحدة وصكها التأسيسي، كما كان الحال بالنسبة لمبادئ نورمبرغ، أو تدوين أو استلهاهم حكم صادر عن محكمة دولية لتقديم مواد، فإن معظم المواضيع المذكورة تتضمن بشكل طبيعي إشارات وافية إلى أحكام المحاكم الصادرة عن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون، والدوائر الاستثنائية في محاكم كمبوديا، والمحكمة الجنائية الدولية. ويصح هذا القول أيضا، بخصوص المسائل المتعلقة بقانون البحار، على أحكام المحكمة الدولية لقانون البحار. وجدير بالذكر أيضا أن أحكام المحاكم والهيئات القضائية الوطنية والإقليمية وغيرها من الهيئات القضائية تستخدم أيضا لتوضيح القانون الواجب التطبيق وشرحه.

153 - أما الملاحظة المبدئية الثالثة للمقرر الخاص، التي يمكن استخلاصها من الملاحظات الواسعة النطاق الواردة في مذكرة الأمانة العامة بشأن استخدام اللجنة لأحكام المحاكم والكتابات القانونية على التوالي، فهي أن اللجنة تستخدم أحكام المحاكم أكثر من الكتابات القانونية. وهذا ليس أمرا مفاجئا ولا مؤشرا على أن أحكام المحاكم أكثر أهمية أو أكثر صلة من مذاهب كبار المؤلفين. بل إن الأمر يرتبط، في رأي المقرر الخاص، بالأدوار المختلفة التي يؤديها كل منهما. وقد يعكس ذلك أيضا أن أحكام المحاكم، بحكم طبيعة الأمور وحتى إذا نحينا جانبا مسائل الشرعية، هي التي تكون في الغالب، في السياق العادي، أكثر تحديدا في توضيح قاعدة قانونية دولية محتملة، سواء في إطار تفسير معاهدة أو تحديد وجود أو عدم وجود قانون دولي عرفي أو مبدأ عام من مبادئ القانون. وتناقش بعض هذه المسائل في موضع لاحق من هذا التقرير.

154 - والملاحظة المبدئية الرابعة والأخيرة هي أنه، فيما يتعلق بمذاهب كبار المؤلفين في القانون العام، يبدو أن عمل اللجنة يعتمد عليها في بعض الحالات لتحديد ممارسات الدول. كما أنه يعطي أوزانا مختلفة لأعمال فرادى الفقهاء مقابل أعمال أفرقة الخبراء. وعلى الرغم من أنه لم يتم في هذا التقرير إجراء تحليل منهجي لهيئات الخبراء لأن ذلك سيكون موضوع تقرير مقبل، يبدو إجمالا أن تطابق الآراء في المصنفات الأكاديمية سيكون له وزن أكبر من الوزن المعطى لسلطة واحدة أو لعدد قليل من السلطات. وستحظى أفرقة الخبراء، بحكم طبيعة الأمور، بقدر أكبر من التأييد، وذلك لا يعود على القول الراجح إلى الجودة العالية لأعمالها فحسب ولكن أيضا في بعض الحالات إلى علاقاتها وتفاعلاتها مع الدول. وهذه الأنواع من استخدامات أعمال الخبراء، التي تتجلى أيضا في أعمال المحاكم والهيئات القضائية الدولية، تتماشى مع تاريخ الصياغة. وسيعود المقرر الخاص إلى تناول هذه المسألة في الأجزاء ذات الصلة من هذا التقرير.

## الفصل السادس

### طبيعة المصادر ووظيفتها في النظام القانوني الدولي

#### ألف - لمحة موجزة عن مكانة المصادر في القانون الدولي

155 - إن مسألة طبيعة المصادر ووظيفتها هي مسألة أساسية في أي مناقشة للقانون الدولي. ولذلك، فقبل تناول المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون، التي يجب النظر فيها بحكم طبيعتها في علاقتها بمصادر القانون الدولي، يبدو من المفيد البدء ببعض الملاحظات العامة بشأن السياق الأوسع المتعلق بطبيعة النظام القانوني الدولي في مقابل النظم القانونية المحلية. والهدف هنا ليس المعالجة الشاملة، بل معالجة مجموعة مختارة من المسائل النظرية التي كثيرا ما تثار في المناقشات الفقهية بشأن مصادر القانون الدولي والتي تبدو ذات صلة خاصة. وليس الغرض من هذا التقرير ولا من النظر في هذا الموضوع إيجاد حلول للمناقشات النظرية المحتمدة أحيانا بشأن مصادر القانون الدولي. وإنما الأمر المطروح هنا هو بحث بعض المسائل الرئيسية المحيطة بمصادر القانون الدولي بقدر ما يكون مرجحا أن تكون لاحقا ذات صلة بالجانب العملي من عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع.

156 - وبإدنى ذي بدء، من البديهي أن القانون الدولي، بوصفه مجموعة من القوانين التي تحكم في المقام الأول العلاقات بين الدول ذات السيادة، ليست له أجهزة مركزية مثل الهيئة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية التي هي القاعدة في النظم القانونية الوطنية. ففي النظم القانونية المحلية، التي هي ذات طابع هرمي، يجوز للهيئة التشريعية أن تسن دستورا أو تشريعا أو قانونا يمكن للسلطة التنفيذية بعد ذلك إنفاذه. وقد ينظر إلى الهيئة التشريعية على أنها المصدر الرسمي للقانون لأنها عادة ما تكون مخولة سلطة التشريع في الدولة. وعندما تنشأ منازعات بشأن تفسير القانون وتطبيقه، بين أشخاص القانون، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، أو كليهما، تعمل المحاكم ذات الولاية الجبرية عموما بصفتها جهات تحكيم لحل المنازعات.

157 - وعلى النقيض من النظم القانونية الوطنية، حيث توجد طرق محددة لتحديد مصادر القانون، فإن القانون الدولي لا مركزي. ولا توجد هيئة تشريعية أو سلطة عالمية قادرة على اعتماد قوانين عالمية تكون ملزمة تلقائيا لجميع أشخاص القانون، وعلى رأسها الدول، ولكن أيضا المنظمات الدولية والجهات الفاعلة الأخرى ذات الصلة. وغياب الهيئة التشريعية، في المجال الدولي، ينطوي على عواقب مختلفة<sup>(249)</sup>.

158 - كما لا يوجد، في القانون الدولي، ما يعادل الفرع التنفيذي للحكومة لإنفاذ القانون. وبالمثل، لا توجد محاكم دولية ذات ولاية جبرية تلقائية لتسوية المنازعات بين المتقاضين من خلال تفسير القانون وتطبيقه. ويستند نظام تسوية المنازعات على الصعيد الدولي إلى الموافقة، مما يعكس طبيعة السيادة، شأنه في ذلك شأن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التي أبرزتها المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة، والتي تشمل التفاوض والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية. وفي مثل هذا النظام القانوني الأفقي، على عكس النظام

Gerald Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law" in Jill Barrett (249) and Jean-Pierre Gaucci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2021) pp. 476-496 at p. 479

القانوني الرأسي، تكون طريقة العثور على القانون "أكثر تعقيدا بكثير"<sup>(250)</sup>. والواقع أن مالكولم شو أوضح عن حق أنه في القانون الدولي "تصادفنا بالتالي مشكلة اكتشاف أين يمكن العثور على القانون وكيف يمكننا أن نعرف ما إذا كان طرح معين ما يشكل قاعدة قانونية"<sup>(251)</sup>.

159 - وتصبح الأمور أكثر تعقيدا بالنظر إلى أنه في نظام غير هرمي مثل نظام القانون الدولي، فإن "أشخاص القانون الدولي الملزمين بالقواعد والمبادئ الدولية هم نفس الأشخاص الذين أنشأوها"<sup>(252)</sup>. والواقع أنه، كما قال روبرت ي. جينينغز في عام 1981، "لم يكن هناك قط مثل هذا القدر من الارتباك والشك بشأن اختبارات صحة - أو مصادر - القانون الدولي في أي وقت كما هو موجود في الوقت الحاضر"<sup>(253)</sup>. وعلاوة على ذلك، فكما ذكرنا هيو ثيرلواي بحق، هناك "الطبيعة الفوضوية للشؤون العالمية" التي يجب على المحامين الدوليين أخذها في الاعتبار بالإضافة إلى الصدام الدوري بين "الدول ذات السيادة"<sup>(254)</sup>. وباختصار، فإن النظام القانوني الدولي، بحكم طبيعته، يختلف عن النظم القانونية المحلية وي طرح تحديات أمام تحديد مصادر القانون الملزم لأشخاص ذلك القانون.

160 - وفي الوقت الحاضر، وعلى الرغم مما ورد أعلاه من شكوك ذات صلة بخلاف ذلك، فقد استقر الأمر على أن "القانون الدولي موجود بالفعل ويمكن التحقق منه"<sup>(255)</sup>. ولذلك فإن له "مصادر" يمكن أن تُستمد منها القواعد المنطبقة على حالة معينة لتنظيم العلاقات بين أشخاص القانون، وعلى رأسها الدول (ولكن أيضا المنظمات الدولية). وقد أصبح فقه "المصادر"، في هذا الصدد، كما أوضح أوسكار شاكتر في كتاباته في عام 1991 "هو الأداة الفكرية الرئيسية في القرن الماضي لتوفير المعايير الموضوعية للتحقق من الصحة القانونية" وهذا الفقه "يضع اليوم شروطا قابلة للتثبت للتأكد من القواعد القانونية والتحقق من صحتها"<sup>(256)</sup>. والشروط في هذا السياق هي بطبيعة الحال التجليات الملحوظة لإرادة الدول كما يمكن العثور عليها في المصادر، ولا سيما القواعد الموجودة في المعاهدات والقانون الدولي العرفي ومبادئ القانون العامة. وقد تتعكس هذه الأخيرة أيضا في المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون، مثلا عندما يعبر حكم صادر عن محكمة ما عن قاعدة من قواعد القانون الدولي.

Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 35 (250)

.Malcom N. Shaw, *International Law*, 9th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 59 (251)

.Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35 (252)

R.Y. Jennings, "What is International Law and how do we tell when we see it?" in Basil S. Markesinis and JHM Willems (eds), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980* (New York: Kluwer .1983), pp. 3-32 at p. 5 (253)

Thirlway, "The sources of international law," in Malcolm Evans, *International Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2010), pp. 95-109 at p. 97 (254)

.Shaw, *International Law*, p. 59 (255)

.Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1st ed. (Springer, 1991), pp. 35-37 (256)

## باء - تعريف "المصادر" في القانون الدولي

161 - تحديد المصادر وتوضيحها أمر بالغ الأهمية لأي نظام قانوني، سواء كان وطنياً أو دولياً، لأن سن القانون ليس مسعى ثابتاً بل هو عملية ديناميكية ومستمرة. وتشير موسوعة ماكس بلانك للقانون الدولي إلى أن "الحديث عن 'مصادر القانون الدولي' يفترض مسبقاً وجود قواعد قانونية، أي ملزمة، في القانون الدولي"<sup>(257)</sup>.

162 - ولكن، على عكس ما قد يتوقعه المرء لمفهوم تأسيسي للنظام القانوني الدولي مثل مصادر القانون الدولي، فإن حتى مصطلح "المصادر" يخلق بعض الصعوبات. فببساطة لا يوجد تعريف واحد مقبول عالمياً<sup>(258)</sup>. فالمصطلح، الذي هو في اللاتينية *fons juris* (مصدر القانون)، وقريناه بالإنكليزية "source of law" وبالفرنسية "source de droit"، يفهم بطرق متعددة<sup>(259)</sup>. ولأغراض الحالية، يبدو كافياً اعتماد التعريف الذي يقدمه شو عندما يصف "المصادر" كإشارة إلى "تلك الأحكام التي تعمل في إطار النظام القانوني على المستوى التقني"<sup>(260)</sup>. أو كما قال إيان سنكلير بشكل ملائم أكثر، "ما يعطي لمضمون قواعد القانون الدولي طابعها كقانون"<sup>(261)</sup>. وبعبارة أخرى، عندما يتحدث المحامون الدوليون عن المصادر، فإنهم عادة ما يقصدون بالمعنى التقني المكان الذي يستمد منه القانون قوته.

## جيم - التمييز بين المصادر "الرسمية" و "المادية"

163 - يبدو التعريف السابق للمصادر، الذي يمكن بموجبه اعتبارها قواعد القانون الدولي التي لها أثر قانوني ملزم للدول، بسيطاً بما فيه الكفاية. ومن جانبه، مثل كثيرين آخرين، فهم إيان براونلي المصادر على النحو المحدد في الفقرة السابقة. لكنه ذهب أبعد من ذلك للتمييز بين استخدامين لمصطلح المصادر. وذلك التمييز هو بين ما يسمى بالمصادر "المادية" والمصادر "الرسمية". ففي رأيه أن المصادر الرسمية "قد تشير إلى مصدر الصفة الملزمة للقانون الدولي في حد ذاته وكذلك إلى المصادر الأدبية للقانون كمصادر للمعلومات" (التوكيد مضاف). ويصف كتاب القانون الدولي لأوينهايم الفرق، حيث تكون المصادر الرسمية هي المصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية صحتها القانونية والمصادر المادية هي التي توفر المحتوى الموضوعي لتلك القاعدة<sup>(262)</sup>.

(257) R. Wolfrum, "Sources of International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law (2012), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1471?rskey=2OJLVE&result=1&prd=MPIL>

(258) في عام 1925، قال ب. إ. كوربيت بأننا يجب أن نتخلص من مصطلح "مصادر"، بسبب التنوع الشديد في معانيه. انظر، في هذا الصدد Percy E. Corbett, "The Consent of States and the Sources of the Law of Nations", 6 Br. Yearb. Int. Law, vol. 6 (1925) p, 20 at p.30.

(259) للاطلاع على مزيد من المناقشة لمصادر القانون الدولي، ولا سيما المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون، انظر Mathias Forteau, Alina Miron and Alain Pellet, *Droit International Public* (Paris, LGDJ, 9th edition, 2022), p. 492-511.

(260) Shaw, International Law, p. 66.

(261) Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester Univ. Press, 1984), p. 2.

(262) Sir Robert Jennings & Sir Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press 1996), p. 23; جري الاستشهاد به في: Shagufta Omar, "Sources of International law In the

164 - وبعبارة مختلفة قليلا على نحو ما صاغه آلان بيليه، فإن المصادر الرسمية للقانون الدولي هي "العمليات التي تصبح من خلالها قواعد القانون الدولي ذات صلة من الناحية القانونية"، في حين أن المصادر المادية "يمكن تعريفها بأنها الأصول السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية أو الدينية للقواعد القانونية"<sup>(263)</sup>. وفي كلا المفهومين الواردين أعلاه، "يتم استبعاد المصادر النهائية مثل العقل أو الأخلاق، وكذلك المصادر الوظيفية أكثر مثل المكتبات والجرائد"<sup>(264)</sup>. وفي الأساس، عندما يلمح المحامون الدوليون إلى مصادر "فإن المقصود هو إجراء مسح للعملية التي تظهر بها قواعد القانون الدولي"<sup>(265)</sup>. ومن جانبه، اعترف هربرت بريجز بصعوبات مصطلح "مصادر"، ووصفه بأنه "الأساليب أو الإجراءات التي يتم من خلالها إنشاء القانون الدولي"<sup>(266)</sup>.

165 - وغالبا ما يوضع "المعنى المادي" أو "التاريخي" لكلمة مصادر في مقابل المعنى "الرسمي" أو "القانوني" للمصطلح. وكما أوضح جيمس كروفورد، في حين أن "المصادر المادية توفر دليلا على وجود قواعد تكون، عند إنشائها، ملزمة وذات تطبيق عام"، فإن المصادر الرسمية "هي الأساليب المستخدمة لإنشاء قواعد ذات تطبيق عام ملزمة قانونا للجهات التي تستهدفها"<sup>(267)</sup>. وفي هذا الصدد، فإن المعنى المادي وغير القانوني للمصادر هو إشارة إلى "تأثير سببي أو تاريخي يفسر الوجود الفعلي لقاعدة قانونية معينة في مكان وزمان معينين"، بينما بالمعنى القانوني، "يعني المصطلح المعايير التي تكون بموجبها القاعدة القانونية صحيحة في النظام القانوني المعين المعنى"<sup>(268)</sup>.

166 - وخلاصة القول، يقال إن المصادر الرسمية تعطي القواعد طابعها الإلزامي، في حين أن المصادر المادية تعكس المضمون الفعلي للقواعد. والفرق الأساسي هو "بين الشيء الذي يلهم مضمون القانون، والشيء الذي يعطي هذا المضمون الطابع الإلزامي كقانون"<sup>(269)</sup>. وهذا التمييز ليس نظريا فقط. بل إنه أيضا عملي. وهو يشكل في جوهره أساسا لفصل القانون الملزم عن القواعد غير الملزمة قانونا، القانون (de lege lata) بحكم القانون النافذ المفعول والقانون (de lege ferenda) بحكم القانون المنشود.

على الرابط التالي: <http://ssrn.com/abstract=1877123>. light of the Article 38 of the International Court of Justice", Int'l Islamic Univ (2011)، وهو متاح على

A Pellet, "Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Andreas Zimmermann, (263) Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) pp.677-792 at p 774, para 111

.Shaw, International Law, p. 66 (264)

(265) المرجع نفسه.

Herbert Briggs, *The Law of Nations: cases, documents, and Notes*, 2nd ed., (New York, Appleton-Century-Crofts, 1952), p. 44 (266)

James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 20-23 (267)

.Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction to International Law, p. 35 (268)

.Fitzmaurice, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, p. 479 (269)

167 - ولكن في سياق القانون الدولي، على عكس القانون المحلي، يمكن انتقاد مفهوم "المصدر الرسمي"، وتم انتقاده، باعتباره "مربكا ومضللا"<sup>(270)</sup>. وذلك لأن فكرة المصدر الرسمي يقال إنها توجي للقارئ بمفهوم "الآلية الدستورية لسن القوانين التي توجد داخل الدول"، والتي لا توجد ببساطة فيما يتعلق بـ "إنشاء قواعد القانون الدولي"<sup>(271)</sup>. واستنادا إلى هذا الرأي، يبدو من منظور القانون الدولي أن من الصعب إلى حد ما الإبقاء على التمييز بين المصادر الرسمية والمصادر المادية، لأنه قد يصرف الانتباه عن بعض المشاكل الأكثر أهمية بمحاولته إقامة فصل واضح بين العناصر الموضوعية والإجرائية<sup>(272)</sup>. وعلى أي حال، فإن ما ينبغي أن يكون أكثر أهمية في نهاية المطاف هو المصادر التي تثبت وجود توافق في الآراء بين الدول بشأن وجود قواعد وممارسات معينة<sup>(273)</sup>. ولذلك يطرح هذا الرأي بصراحة مسألة أين يمكن العثور على القواعد الملزمة للدول ويعيدنا إلى المسألة المحورية المتعلقة بأين يمكن أن يذهب المحامون الدوليون لتحديد مصادر التزامات القانون الدولي.

### دال - دور الفقرة 1 من المادة 38، ومصادر القانون الدولي مقابل مصادر الالتزامات

168 - في ضوء ما ذكر أعلاه عن النظام القانوني الدولي اللامركزي، قد لا يكون من المستغرب أنه في سياق المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لدينا ما هو معترف به على نطاق واسع "باعتباره البيان الأكثر حجية واكتمالا"<sup>(274)</sup> لمصادر القانون الدولي. فالفقرة 1 من المادة 38، التي وصفت بأنها "حكم مشهور - أو سيئ السمعة"<sup>(275)</sup> تنص على قاعدة تطلب من المحكمة، التي تتمثل مهمتها في الفصل وفقا لأحكام القانون الدولي في المنازعات المعروضة عليها، أن تطبق المعاهدات، سواء كانت عامة أو خاصة، التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛ والعادات الدولية المرعية المعتمدة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛ ومبادئ القانون العامة التي أقرتها "الأمم المتحدة"، وأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، باعتبار هذا أو ذاك "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون". وتخضع أحكام المحاكم لأحكام المادة 59 التي تنص على أنه لا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه.

169 - وفي حين أن المادة 38 عكست أساسا تدوين ممارسة قديمة العهد لهيئات التحكيم، التي ظهرت كوسيلة مخصصة لتسوية المنازعات بين الدول إلى أن أنشئت رسميا المحكمة الدائمة للعدالة الدولية في عام 1921، فإن الحكم لا ينكر صراحة مصطلح المصادر. كما أن المادة لا تستند عموما إلى التمييز المربك والذي يقال إنه غير مفيد بين المصادر الرسمية والمادية، رغم أنه قيل إن المعاهدات والعادات هما مصدران رسميان، في حين أن مبادئ القانون العامة وأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين هي مصادر مادية

(270) Ian Brownlie, *Principles of public international law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2003), p. 3.

(271) المرجع نفسه.

(272) Shaw, *International Law*, p. 60.

(273) R. Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent", *Amsterdam J Int'l L.*, vol. 96 (2002), p. 531 at p 531.

(274) انظر أيضا Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (United States of America: Oxford Univ. Press, 2003) - "هذا هو التعريف الأكثر حجية، على الرغم من أن عددا من الفقهاء قد شككوا فيه".

(275) Pellet, "Article 38", p 774, para 111.

أو مصادر شبه رسمية<sup>(276)</sup>. والمادة 38 "تتعامل تحديداً مع 'قانون المحاكم' في واقع الأمر<sup>(277)</sup>.  
فالمادة 38، كمسألة تقنية بحتة، ليست سوى توجيه محدد للمحكمة بشأن مصادر القانون التي تعتمد عليها  
عند حل المنازعات بين الدول.

170 - ومع ذلك، فإن المادة 38 مهمة ليس فقط بسبب مركزها كحكم قانوني واجب التطبيق في النظام  
الأساسي لمحكمة العدل الدولية. بل بسبب قبولها الواسع والعام باعتبارها انعكاساً للقانون الدولي العرفي.  
وهذا القبول الواسع، فيما يتعلق بالمؤسسة نفسها، صريح وضمني على حد سواء. فعلى الوجه الصريح،  
فيما يتعلق بميثاق الأمم المتحدة، تنص المادة 92 على أن المحكمة هي الهيئة القضائية الرئيسية لجماعة  
الأمم - مما يرسخ التسوية القضائية للمنازعات في إطار منظومة الأمن الجماعي للأمم المتحدة. وعلى هذا  
النحو فإن الدولة، بمجرد حصولها على العضوية، تقبل تلقائياً اختصاص محكمة العدل الدولية. وكما يؤكد  
أديمولا عباس، "بما أن وظيفة المحكمة هي تسوية المنازعات بين أعضاء الأمم المتحدة (وهم أعضاؤها  
أيضاً)، فمن المهم أن تطبق المحكمة قواعد القانون الدولي - كما ترد في المادة 38 (1)"<sup>(278)</sup>.

171 - وبالإضافة إلى ذلك، وهذا أمر صريح، هناك إشارات صريحة إلى المادة 38 في صكوك دولية  
أخرى، على سبيل المثال، في المادة 28<sup>(279)</sup> من القانون العام لتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية  
لعام 1928 والمادة 33<sup>(280)</sup> من القواعد الاختيارية للمحكمة الدائمة للتحكيم بشأن التحكيم في المنازعات  
القائمة بين دولتين. واستوتحت صكوك قانونية متخصصة أخرى نصوصها من المادة 38، على سبيل المثال،  
في المادة 21 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تتناول القانون الواجب التطبيق أمام  
تلك المحكمة، وفي المادة 31 من البروتوكول المتعلق بالنظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق  
الإنسان التي تتناول القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان والشعوب<sup>(281)</sup>.

(276) Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", p. 493

(277) R.Y Jennings, "General Course on Principles of International Law", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p.121

(278) Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases and Material*, 2nd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014), p. 28

(279) القانون العام للتحكيم (تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية) (جنيف، 26 أيلول/سبتمبر 1928)، League of Nations, *Treaty Series*, vol.93, p.343, Art. 28

(280) [القواعد الاختيارية للمحكمة الدائمة للتحكيم بشأن التحكيم في المنازعات القائمة بين دولتين] Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States, 32 I.L.M. 572 (Cambridge Univ. Press, 1993), art. 33, at <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/permanent-court-of-arbitration-optional-rules-for-arbitrating-disputes-between-two-states/84C1DC6592E5EC2657D0A38EEC22B891>

(281) تنص المادة 31 من بروتوكول مالابو على ما يلي: "تزاعي المحكمة، في اضطلاعها بوظائفها، ما يلي: (أ) القانون التأسيسي؛ (ب) المعاهدات الدولية، سواء كانت عامة أو خاصة، التي صدقت عليها الدول المتنازعة؛ (ج) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛ (د) المبادئ العامة للقانون المعترف بها عالمياً أو من قبل الدول الأفريقية؛ (هـ) مع مراعاة أحكام الفقرة 1 من المادة 46 من هذا النظام الأساسي، أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، فضلاً عن لوائح الاتحاد وتوجيهاته وقراراته، باعتبارها مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون؛ (و) أي قانون آخر ذي صلة بالفصل في الدعوى. 2. ولا تخل هذه المادة بسلطة المحكمة في البت في قضية بالعدل والحسن، إذا اتفق الطرفان على ذلك". الاتحاد الأفريقي، البروتوكول المتعلق بالنظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدالة وحقوق الإنسان (1 تموز/يوليه 2008)، متاح على <https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty->

172 - ويمكن العثور على مثال مشابه في المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي توجه المحكمة إلى الفصل في أي منازعة وفقا "للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، من خلال تطبيق "قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة (بما في ذلك قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين) وقواعد القانون الدولي المنطبقة"<sup>(282)</sup>. وإذا نحينا جانبا المسائل المتعلقة بتصنيف المسألة التي تستدعي اختيار قواعد القانون المحلي أو الدولي، وحقيقة أنه لا يجوز للهيئات القضائية أيضا أن تخلص إلى وجود حالة فراغ قانوني وأنها مخولة أيضا بالبت في أي منازعة وفقا لمبادئ العدل والإنصاف، فلا جدال في أن عبارة "القانون الدولي" الواردة في الحكم "ينبغي أن تفهم بالمعنى الذي تعطيه إياه المادة 38 (1) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مع مراعاة أن المادة 38 قد صممت لتطبق على المنازعات بين الدول"<sup>(283)</sup>.

173 - وعلى الرغم من أن الفقرة 1 من المادة 38، من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تتطوي على بعض العمومية في التطبيق، فإنها ليست الحكم الوحيد المتعلق بأهمية أحكام المحاكم للقضاة. وتجدر الإشارة إلى ثلاثة أمثلة هنا. أولها، وأبعدها عنه، هو المثال المتعلق بمحكمة العدل الكاريبية، التي عندما تعمل في "ولايتها القضائية الأصلية"، ملزمة بقاعدة صارمة بمراعاة السوابق القضائية. ووفقا للمادة 221 من معاهدة تشاغواراماس المنقحة المنشئة للجماعة الكاريبية، بما في ذلك السوق والاقتصاد الموحدان للجماعة الكاريبية، "تكون أحكام المحكمة سوابق ملزمة قانونا للطرف في الإجراءات أمام المحكمة ما لم تكن هذه الأحكام قد نقحت وفقا للمادة 219"<sup>(284)</sup>.

174 - ويُستخدم نهج مماثل أيضا في سياق اتفاق المنطقة الاقتصادية الأوروبية، حيث تنص المادة 6 على أن أحكام الاتفاق التي تتطابق إلى حد كبير مع أحكام القانون الأوروبي "ينبغي تفسيرها وفقا للأحكام ذات الصلة الصادرة عن محكمة العدل للجماعات الأوروبية قبل تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق"<sup>(285)</sup>. وهذا

[0045\\_protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e.pdf](#)  
Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke and Vincent O. Nmeielle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

(282) المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى" (14 تشرين الأول/أكتوبر 1966)، Art. 45، U.N.T.S 8359، في [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID\\_Convention\\_EN.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf) (تمت زيارته في 7 شباط/فبراير 2023).

(283) ICSID, "Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (1993) vol. 1, ICSID Reports, pp. 23-34 at p. 31. انظر أيضا قضية *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*، قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رقم ARB/00/1، قرار التحكيم، 24 كانون الثاني/يناير 2003، الفقرة 300.

(284) انظر أمانة الجماعة الكاريبية، معاهدة تشاغواراماس المنقحة المنشئة للجماعة الكاريبية بما في ذلك السوق والاقتصاد الموحدان للجماعة الكاريبية (جزر البهاما، 5 تموز/يوليه 2001)، وهي متاحة على الإنترنت على الرابط: [https://caricom.org/documents/4906-revised\\_treaty-text.pdf](https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf).

(285) (286) Agreement on the European Economic Area, OJ No L 1, 3.1.1994, p. 3 (285) EFTA States' official gazettes, (efta.int).

الحكم به أيضا عبارة تقييدية (“دون المساس بالتطورات المستقبلية في الاجتهاد القضائي”) تتضمن فعليا تاريخا نهائيا.

175 - والنموذج الثاني والوسيط تجسده المادة 21 من نظام روما الأساسي، المذكورة أعلاه، التي تحدد القانون الذي تطبقه المحكمة الجنائية الدولية. وفي هذا الصدد، تتناول المادة 21 (2) بشكل أكثر تحديدا مسألة تطبيق أحكام المحكمة الجنائية الدولية. وهذه الأحكام ليست مدرجة باعتبارها مصادر احتياطية كما هو الحال في المادة 38 (1) (د). ويختلف الحكم عن المادة 38 في عدة جوانب: أولا، يشير فقط إلى أحكام المحكمة الجنائية الدولية، دون وجود تسلسل هرمي بينها؛ ثانيا، ينص على أنه يجوز للمحكمة تطبيق بدلا من “تطبيق” هذه المواد؛ ثالثا، يوضح أن ما يجري تطبيقه هو “مبادئ وقواعد القانون كما هي مفسرة في أحكامها السابقة”، وليس الأحكام نفسها.

176 - وتوجد أمثلة أخرى على ذلك. فعلى سبيل المثال، تتضمن الاتفاقات التجارية بصورة روتينية أحكاما تقضي بتفسير نص اتفاق التجارة الحرة نفسه وفقا للاجتهاد القضائي المتاح. فمثلا تنص المادة 516 من اتفاق التجارة والتعاون بين الاتحاد الأوروبي والمملكة المتحدة على أن “يراعى في تفسير وتطبيق أحكام هذا الباب التفسيرات ذات الصلة الواردة في تقارير أفرقة منظمة التجارة العالمية وهيئة الاستئناف التي اعتمدها هيئة تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية وكذلك في قرارات التحكيم بموجب التفاهم المتعلق بتسوية المنازعات”<sup>(286)</sup>. وتكون هذه الأحكام مشتركة عندما لا تتعلق بمسائل التشابه النصي فحسب، بل بالأحرى تتعلق بحماية مكافئة بموجب قواعد أكثر من اتفاق واحد (أو مجموعات من الاتفاقات) تكون الدولتان طرفين فيه.

177 - وكما يتبين من المواد السابقة، فإن الفقرة 1 من المادة 38، إلى جانب معالجتها لدور أحكام المحاكم هي، من حيث المبدأ، أحكام محدودة التطبيق، يمكن أن تحل محلها الأحكام القانونية الأخرى التي تشكل قانونا خاصا. غير أن المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تفهم على أنها حكم ينطبق بصورة أعم لسببين مترابطين. الأول، كما سبقت الإشارة، هو أنها ينظر إليها بصورة اعتيادية على أنها بيان ذو حجية لمصادر القانون الدولي؛ والثاني هو أنها، في حد ذاتها، كثيرا ما تُدرج بالإحالة أو بصفتها حكما احتياطيا في الصكوك المتعلقة بالفصل في القضايا خارج نطاق محكمة العدل الدولية.

178 - ويذهب قانون الأمم لصاحبه بريرلي إلى أبعد من ذلك عندما يقول إن الحكم “هو نص يتسم بأعلى حجية، ويمكننا أن نفترض إلى حد ما أنه يعبر عن واجب أي هيئة قضائية مدعوة للحكم بمقتضى القانون الدولي”<sup>(287)</sup>. وهذا الموقف الذي يؤكد مركزية المادة 38 سيجد تأييدا في المادتين 74 و 83 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار<sup>(288)</sup>. وقد أدت حجية هذه المادة إلى نشوء توافق واضح في الآراء على أنها تعكس في الواقع القانون الدولي العرفي. وفي حين أن أعمال اللجنة السابقة والحديثة تعكس في بعض الحالات مجموعة أوسع من المصادر، فإنها تتخذ من المادة 38 نقطة انطلاق وتعترف بانطباقها العام

(286) اتفاق التجارة والتعاون المبرم بين الاتحاد الأوروبي والجماعة الأوروبية للطاقة الذرية، من ناحية، والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية، من ناحية أخرى، بروكسل ولندن، 30 كانون الأول/ديسمبر 2020، وهو متاح في الرابط [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN).

(287) Andrew Clapham, Brierly's Law of Nations An Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford Univ. Press 2012), p. 56.

(288) اتفاقية قانون البحار (مونتيغو باي، 10 كانون الأول/ديسمبر 1982)، 397 U.N.T.S. 1833.

وبمركزها ذي الحجية<sup>(289)</sup>. وكان ذلك ملحوظا بشكل خاص في عملها بشأن حكمين آخرين من المادة 38، وهما تحديد القانون الدولي العرفي ومبادئ القانون العامة<sup>(290)</sup>.

179 - ومن ناحية أخرى، وعلى النحو المنصوص عليه، فعلى الرغم من أننا سندرس الحكم في الوقت المناسب بشكل أكثر تفصيلا، فقد جرى انتقاد المادة 38 لأسباب عديدة مختلفة. فكما يلاحظ ببلييه عن حق، فإن "القليل من أحكام قانون المعاهدات، إن وجدت، تطلب قدرا كبيرا من التعليق والنقاش والنقد والثناء والتحذير والعاطفة مثل المادة 38 من النظام الأساسي"<sup>(291)</sup>. ولأغراضنا المحدودة، يتركز جوهر النقد في هذه المرحلة على ثلاثة جوانب رئيسية.

180 - أولا، طريقة صياغة الحكم. فقد أكد منتقدو الحكم أنه "غير جيد الصياغة"<sup>(292)</sup> أو أنه "غير واضح" أو "معيب" أو حتى "شكلي بشكل تعسفي"<sup>(293)</sup>. وصحيح أن هناك، كما يفيد أحد المؤلفين، عدة طرق للتفكير في المادة 38، بما في ذلك "باعتبارها حكما لا لزوم له وغير مجد، وفي أحسن الأحوال محاولة خرقاء وعفا عليها الزمن لتعريف القانون الدولي، وفي أسوأ الأحوال مشدّ يشل أعلى هيئة قضائية في العالم"<sup>(294)</sup>. ومن ناحية أخرى، كما لاحظ المؤلف نفسه بحق، قد تكمن الحقيقة حول المادة 38 في مكان ما في الوسط. ومن هذا المنظور، فإن المادة 38 "لا تستحق الثناء المفرط ولا الانتقاد القاسي"، حيث يمكن أيضا أن ينظر إليها بشكل أكثر إيجابية "باعتبارها وصفا هو الأنجح والأكثر إجازا" للقانون "الذي يجب على [محكمة العدل الدولية] تطبيقه، مع توفير توجيهات مفيدة لتجنب الفراغ القانوني وكذلك التعسف والخيال في تفسير قواعد القانون الدولي وتنفيذها"<sup>(295)</sup>.

181 - ثانيا، ومن ناحية موضوعية أكثر، تم انتقاد المادة 38 لأنه يعتقد أنها تعكس، على حد تعبير جينينغز، "صعوبة منطقية، مهما كان الرأي في معنى القائمة الواردة في المادة 38، في قبولها كبيان

(289) انظر المادة 12 من مشروع اتفاقية عام 1953 بشأن إجراءات التحكيم، *حولية ... 1953*، المجلد الثاني، الصفحة 210، والمادة 10 من مشروع اتفاقية 1958 بشأن إجراءات التحكيم، *حولية ... 1958*، المجلد الثاني، الصفحة 84.

(290) انظر "أكد عدّة أعضاء أن الفقرة 1 (ج) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يُنظر إليها على نطاق واسع على أنها بيان ذو حجية بشأن مصادر القانون الدولي، وأن نقطة انطلاق أعمال اللجنة هي المبادئ العامة للقانون بالمعنى المقصود في المادة 38 كأحد مصادر القانون الدولي"، تقرير لجنة القانون الدولي، *A/77/10*، 2022، الفصل الثامن، الفقرة 106، الصفحة 354. وأعرب المقرر الخاص المعني بعمل لجنة القانون الدولي بشأن المبادئ العامة للقانون الدولي عن رأي مفاده أن "الموقف القائل بأن المادة 38 تقتصر على القانون المنطبق في المحكمة يعني ضمناً أنه لا توجد مصادر للقانون الدولي ذات طابع عام ... لا يمكن الدفاع عنه لأنه سيؤدي إلى تجزؤ غير مقبول للقانون الدولي، وكذلك إلى عدم اليقين القانوني، ما يجعل من المستحيل على النظام القانوني الدولي أن يعمل"، تقرير لجنة القانون الدولي، *A/77/10*، 2022، الفصل الثامن، الفقرة 132، الصفحتان 359 و 360.

(291) Pellet, "Article 38", p. 679.

(292) إقصية بعض القروض النرويجية (فرنسا ضد النرويج) *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*، الحكم، الرأي المخالف للقاضي باسديفانت، (6 تموز/يوليه 1957).

(293) Pellet, "Article 38", p. 677.

(294) المرجع نفسه، الصفحة 680.

(295) المرجع نفسه، الصفحة 679.

لمصادر القانون الدولي<sup>(296)</sup>. وتتبع هذه الصعوبة من أن النظام الأساسي للمحكمة نفسها، كونه معاهدة، سينتمي إلى البند الأول في القائمة المكونة من ثلاثة أجزاء في الفقرة 1 من المادة 38.

182 - وهناك استفسار ثالث بخصوص المادة 38 غالباً ما يوجد في الأدبيات وهو ما إذا كانت المادة شاملة في احتوائها على قائمة بجميع مصادر القانون الدولي. ويبدو أن هناك تفسيريين ممكنين على الأقل. فهناك من أشاروا إلى أن الحكم شامل بالفعل لمصادر القانون الدولي، ومن بينهم جورج شوارزنبيرغر<sup>(297)</sup>. وهناك تفسير ثان، وهو تفسير معقول بقدر أكبر، وهو أن المادة 38 غير شاملة. وبما أنه ليس من المقصود، ولم يكن المقصود منها أبداً، سرد جميع مصادر القانون الدولي بقدر ما هو وضع توجيه للقضاة لتفسير أين يجب أن يبحثوا في المقام الأول عند تقرير قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق - وهي نقطة احتج بها فيتز موريس بقوة<sup>(298)</sup>.

183 - ومع ذلك، إذا كان من الصعب مناقشة ادعاء عدم الاكتمال في أوائل عشرينيات القرن الماضي، عندما تمت صياغة الحكم، فلن يكون من الصعب القيام بذلك اليوم. ويشير جون دوغارد وديري تلامي إلى أنه في حين أن القائمة الواردة في المادة 38 ربما تكون كاملة في الصياغة خلال أواخر عشرينيات القرن الماضي، فإنها "لم تعد تعكس بدقة جميع مواد وأشكال ممارسة الدول التي تشكل مصادر القانون الدولي اليوم"<sup>(299)</sup>. ومع مرور الوقت منذ اعتماد النظام الأساسي للمحكمة، ودينامية العلاقات الدولية التي أدت إلى تعديلات في ممارسات الدول، أصبح من السهل تمييز الثغرات الظاهرة في الحكم. وذهب إلى أبعد من ذلك للقول إن الجهود المبذولة "لإحداث تطورات جديدة فيما يتعلق بمصادر القانون ضمن فئات المصادر المعترف بها في المادة 38" ستؤدي حتماً إلى "توسيع نطاق هذه المصادر ليشمل أكثر من تلك المتوخاة أصلاً في عام 1920"<sup>(300)</sup>. ومن ناحية أخرى، أشار روس وآخرون إلى أن المادة 38 لا يمكن أن تشكل رسمياً الأساس لفقه مصادر القانون الدولي<sup>(301)</sup>. وفي أحسن الأحوال، فإن المادة 38 هي المصدر الرسمي لما يتعين على المحكمة تطبيقه، وفي هذا الرأي، فإن المادة "تعكس بوضوح وجهة نظر مجردة لماهية مصادر القانون الدولي بشكل عام"<sup>(302)</sup>.

(296) Jennings, "General Course on Principles of International Law", p. 121 (وعلاوة على ذلك، هناك صعوبة منطقية، مهما كان الرأي في معنى القائمة الواردة في المادة 38، في قبولها كبيان لمصادر القانون الدولي؛ لأن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كونه معاهدة ينتمي في حد ذاته إلى الفئة الأولى من القائمة).

(297) G. Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals" in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2021), pp. 96-106 at p. 96.

(298) Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law", p. 494.

(299) J Dugard and D Tladi "Sources of International Law" in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28-48 at p. 28.

(300) Dugard et. al, "Sources of International Law", p. 28.

(301) Fitzmaurice, Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law", p. 494.

(302) Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law", p. 494.

184 - ومع ذلك، فإن الحجج التي تطرح إشكالية المادة 38 تمضي إلى ما هو أعمق من ذلك، بمعنى أنه من بين المصادر التي تدرجها بالفعل في نطاقها، يعتقد أنها تشمل بعض المصادر التي ليست "مصادر حقيقية"<sup>(303)</sup>. وعلى نفس المنوال، ولئن كان من الواضح أن هذا التقرير ليس المكان المناسب لحسم المناقشات الفقهية القديمة بشأن هذا الحكم، فكما أشار مؤلف آخر عن حق، فإنه على الرغم من كل الانتقادات الموجهة إلى ذلك البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق الذي يستشهد به كثيرا فالواقع هو أن جميع الصيغ البديلة التي عرضت للاستعاضة عنه حتى الآن لم تكتسب زخما<sup>(304)</sup>. بل وقدمت مقترحات لتعديله دون جدوى. وهكذا، وحتى كتابة هذه السطور ومع مراعاة تاريخها الممتد لقرن من الزمان، يبدو مكان المادة 38 في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية آمنا تماما.

185 - ولا يعزى ذلك جزئيا إلى أن هذه المادة يقال بأنها الآن راسخة في القانون الدولي العرفي، وربما تكون هذه هي النقطة الأكثر أهمية، وإنما أيضا إلى أنها قد نجحت في الجزء الأغلب بشكل جيد في واقع الممارسة. وهذا، من نواح كثيرة، هو الاعتبار الرئيسي. وفي الواقع، كما خلص الحقوقيون، الذين أتاحت لهم فرصة إعادة النظر فيه، في الفترة التي سبقت إنشاء محكمة العدل الدولية في عام 1945، فإن الحقيقة هي أن الحكم "أثار خلافات في الفقه أكثر مما أثار الصعوبات في الممارسة"<sup>(305)</sup>. ولا تزال هذه الملاحظة ملائمة بنفس القدر اليوم، بعد قرن من وضع صيغتها. وهكذا، وعلى الرغم من أوجه القصور الواضحة في المادة 38، بما في ذلك ما يتعلق بالجوانب التي يمكن اعتبارها اليوم أكثر قبولا إذا تم تعديلها لإزالة التمييز المرحج الآن بين المتمدنة/غير المتمدنة<sup>(306)</sup>، فإن الحقيقة هي أن المشاكل المتصورة لم "تمنع" محكمة العدل الدولية - ولا المحاكم الدولية الأخرى - "من البت في المنازعات الدولية المعروضة عليها أو من إعطاء الفتاوى والقيام، عند الحاجة، باعتماد حلول مبتكرة أو إبداعية"<sup>(307)</sup>.

186 - وثمة نقطة نظرية أخيرة في خطاب المصادر، تبدو ذات صلة بهذا الفصل وبالعامل المقبل بشأن هذا الموضوع، وهي التمييز الذي يتم أحيانا في الأدبيات الفقهية بين مصادر القانون الدولي ومصادر الالتزامات الدولية. وهنا، تستند الحجة الرئيسية إلى كتابات فينتموريس الذي كانت له مقولة مشهورة في مقال مؤثر وهي أن المادة 38 لا يمكن أن تكون إشارة إلى مصادر القانون الدولي<sup>(308)</sup>. واقترح، بدلا من ذلك، فصل المصادر الرسمية للالتزامات عن المصادر الرسمية للقانون، وقال إنه على الرغم من أن الاثنين قد يتطابقان، فإنهما ليسا بالضرورة نفس الشيء. والمصادر الرسمية، في رأيه، تستمد صحتها المتصلة من القانون الطبيعي. ومن وجهة النظر هذه، على سبيل المثال، فإن المعاهدات، إذا فُهمت فهما صحيحا، هي

(303) المرجع نفسه.

(304) Pellet, "Article 38", p. 681.

(305) تقرير الفريق الدراسي للجنة القانون الدولي، تجزؤ القانون الدولي: الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، A/CN.4/L.682 (18 تموز/يوليه 2006)؛ و UNCTAD (Selected Documents version, US Government Printing Office, 1946), 843/868.

(306) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المادة 38 (1) (ج) (1945) ("مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة")؛ و S. Yee, "Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases", J. Int. Disp. Settlement, vol. 7(2) (2016), p. 472.

(307) Pellet, "Article 38", p. 680.

(308) Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", p. 494.

مصادر للالتزامات وليس للقانون، ومن هذا المنظور، فحتى ما يسمى بـ "المعاهدات الشارعة" لا تنشئ قانوناً حقاً؛ وإنما ترسي التزامات<sup>(309)</sup>.

187 - وما يبدو أنه أساس هذا التمييز، الذي قد يعكس أيضاً على ما يبدو اختلافاً بين القانون المدني ونهج المحامين المختصين في القانون العام إزاء القانون الدولي (حيث يزعم أن الأول يفضل المعاهدات والثاني يفضل القانون العرفي)، هو أن اعتبار الحكم ممكناً للمصادر يتطلب أن يتناول قواعد الصلاحية العامة بالنسبة لأشخاص النظام القانوني وانطباقه عليهم، بدلاً من تناول التزامات أو تعهدات معينة من جانبهم. ويبدو أن البعض، بكونهم ممن اعترضوا على التمييز بين مصادر القانون ومصادر الالتزامات، قد رفضوا فكرة أن القانون سيقصر بالضرورة على قواعد الصلاحية العامة، لأن حقوق الدول والتزاماتها قد تتبع من معاهدات عامة ومعاهدات خاصة فضلاً عن القانون العرفي<sup>(310)</sup>.

188 - وعلى أي حال، فعندما يتعلق الأمر بالمصادر الاحتياطية، ليس من المطروح أن تحاول هذه الدراسة، على افتراض إمكانية ذلك، حسم مثل هذه المناقشات النظرية، التي تصبح في المحصلة النهائية مناقشات حول تحديد مكانة المذهب الوضعي ومكانة القانون الطبيعي في القانون الدولي، وإنما تكتفي اللجنة بمجرد الإحاطة علماً بها. وبمجرد الإحاطة علماً بها، ينبغي النظر في آثارها المحتملة على الجوانب العملية للعمل بشأن هذا الموضوع. وهذا هو السبب الوحيد للخوض هنا فيما ما يمكن أن يكون بخلاف ذلك مناقشة تجريدية لمصادر القانون مقابل مصادر الالتزامات.

189 - ويرى المقرر الخاص، دون الدخول في مناقشة أكاديمية بشكل كامل، أن التمييز بين مصادر القانون ومصادر الالتزام له صلة بهذا الموضوع لأن له أيضاً عواقب عملية. فهو لا يوفر فقط أداة مفيدة للتفكير في المصادر وفي المصادر الاحتياطية ذات الصلة بها. والسبب في ذلك هو أن القواعد الموجودة في المعاهدات والقانون العرفي ومبادئ القانون العامة هامة، ولكنها في حد ذاتها ليست الأساس الوحيد الممكن للدول لتحمل التزامات قانونية بموجب القانون الدولي. ويمكن توضيح هذا الطرح، على سبيل المثال، بالرجوع إلى الممارسة المتعلقة بالإعلانات الانفرادية التي يمكنها، في ظروف معينة، أن تنشئ التزامات قانونية. ويمكن قول الشيء نفسه عن قرارات المنظمات الدولية. وإذا وضعنا جانباً ما إذا كان يمكن اعتبار هذه الأعمال أو القرارات مصادر رسمية للالتزامات، على غرار تلك المستمدة من قائمة المصادر الرسمية الواردة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإن التمييز يضمن على الأقل التركيز ليس على المصدر الرسمي في معاهدة أو عادة دولية أو مبادئ عامة للقانون بقدر ما هو على الآثار القانونية المتعلقة بالالتزام الدولي. وسنعود إلى تناول هذه المسألة في الفصل التاسع من هذا التقرير، الذي سيذكر أنه يتناول احتمال وجود مصادر احتياطية إضافية.

(309) المرجع نفسه. وأعرب آخرون عن رأي مماثل فيما يتعلق بالأعمال الانفرادية.

(310) للاطلاع على أمثلة لأخرين أعربوا عن شكوك (جديدة) حول تمييز فينتموريس، انظر Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1971), pp. 25-27 و George Abi-Saab, "Cours de droit international public", *Recueil des cours*, vol. 207 (1987), pp. 194-195 و M.H. Mendelson, "Are Treaties Merely a Source of Obligation?", in William E. Butler (ed.), *Perestroika and International Law* (Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), pp. 81-88 at p. 87

## هاء - عدم وجود تسلسل هرمي رسمي في المصادر

190 - كما سبقت الإشارة في الفرع السابق من هذا الفصل، طرح الحقوقيون عددا من الأسئلة المتعلقة بالمادة 38. ونركز الآن على جانبين لهما على ما يبدو صلة خاصة بالموضوع قيد النظر؛ أولهما هو معرفة ما إذا كانت الفقرة 1، التي تسرد في تسلسل معين، المعاهدات (الفقرة الفرعية 1 (أ))، والعادات الدولية (الفقرة الفرعية 1 (ب)) ومبادئ القانون العامة (الفقرة الفرعية 1 (ج))، تنشئ تسلسلا هرميا لمصادر القانون الدولي. وثانيها هو معرفة دور ومركز "المصادر الاحتياطية" في سياق الفقرة 1 من المادة 38، أي التمييز بين المصادر الأولية والثانوية، أو ما يسمى بوسائل "إنشاء القانون" و "تقرير القانون". أو، بعبارة أخرى، ما إذا كانت المحكمة بمقتضى الفقرة 1 (د) يمكن أن تضع أو حتى تسن قانونا.

191 - وفيما يتعلق بالمسألة الأولى: التسلسل الهرمي. أثناء صياغة المادة 38، قُدم اقتراح بأن تنص المادة على أن ينظر في المصادر الواردة في الحكم "بالترتيب المذكور أدناه"<sup>(311)</sup>. وفي نهاية المطاف، وكما سيبتين في الفصل التالي الذي يعرض تاريخ صياغة الحكم، نظر واضعو النظام الأساسي في أن يكون هناك تسلسل. كما نظروا في مسألة التسلسل الهرمي. ولكن بعد بعض النقاش، لم يقرروا الإبقاء على تسلسل هرمي رسمي بين المصادر. وكان الرأي العام هو أنه يمكن النظر في جميع المصادر، وفي بعض الحالات، النظر فيها حتى في نفس الوقت. وبالتالي فقد وضعت المعاهدات والعادات ومبادئ القانون العامة على قدم المساواة القانونية في النظام الأساسي<sup>(312)</sup>. وذلك حتى إذا تبين أن بعض هذه المصادر، من الناحية العملية، ذات فائدة أكبر وتعطى أهمية عملية أكبر.

192 - ولا توجد أيضا قاعدة عامة معينة في القانون الدولي تنص على تسلسل هرمي بين المصادر<sup>(313)</sup>. غير أن "عدم وجود تسلسل هرمي ثابت ورسمي في فقه المصادر لا ينبغي أن يخفي حقيقة أن الدول والقضاة وفقهاء القانون قد أعربوا، تاريخيا، عن تفضيلات واضحة لمصادر معينة، ومن ثم أنشأوا تسلسلا هرميا غير رسمي، إن لم يكن من حيث الصلاحية، على الأقل من حيث الأهمية أو الأسبقية بين عمليات سن القانون"<sup>(314)</sup>. وهذا الرأي يردده بعض الفقهاء، الذين لاحظوا أنه "من ناحية الممارسة العملية، هناك اعتماد أكبر على المعاهدات والقانون الدولي العرفي. وتؤكد الأسبقية العملية لهذين المصدرين، وكلاهما قائم على موافقة الدول، على الأساس التوافقي للقانون الدولي. وشهد القانون الدولي الحديث تطورات هامة في التسلسل الهرمي للقواعد. وفي حين أن جميع المعايير والقواعد في القانون الدولي الكلاسيكي تتمتع بمرتبة متساوية، فإن بعض القواعد، المعروفة باسم القواعد الآمرة في القانون الدولي العمومي (*jus cogens*)، تتمتع اليوم بمركز أعلى في التسلسل الهرمي المعياري للمصادر. وتتمتع الالتزامات بموجب ميثاق الأمم المتحدة أيضا بأسبقية معيارية على قواعد القانون الدولي الأخرى"<sup>(315)</sup>. ومن جانبه، يشير ديفيد كينيدي إلى

Alexander Orakhelashvili, *Akehurst Modern Introduction to International Law*, (Routledge, 2022), (311) p. 56.

(312) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/76/10)، المرفق "الوسائل الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي"، الفقرة 9.

Dugard et. al. , "Sources of International Law" pp. 28-29 (313)

M. Prost, *Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective*, at (314) <https://core.ac.uk/download/pdf/76978461.pdf> (تمت زيارته في 8 شباط/فبراير 2023).

Dugard et. al. , "Sources of International Law", pp. 28-29 (315)

أنه "يبدو أن هناك حاجة إلى إنشاء تسلسل هرمي ما من أجل تطوير مخطط للحجية يكون متماسكا داخليا ومستقلا بما فيه الكفاية. وإلا فإن المخطط قد يسفر عن قواعد ذات حجية متساوية يكون المرء ملزما عندئذ بالاختيار من بينها على أساس مضمونها"<sup>(316)</sup>.

193 - ويبدو أن الآراء الفقهية منقسمة بهذا الشأن على الرغم من أنه كما قال فيتزمريس في عام 1958، من المشكوك فيه ما إذا كان النقاش بشأن التسلسل الهرمي للمصادر "مسارا بحثيا مثمرا"<sup>(317)</sup>. ومع ذلك، على الأقل رسميا، لا يبدو أن غالبية الفقهاء يعتبرون أن هناك تسلسلا هرميا رسميا للمصادر في المادة 38. ومن الأهمية بمكان أن اللجنة، في أعمالها السابقة، تبنت أيضا نفس الرأي. ولا يبدو أن هناك سببا مقنعا لإعادة النظر في هذا الموقف في هذه المرحلة.

194 - وفي حين قد يقال ربما إنه لا يوجد تسلسل هرمي بين المعاهدات (الفقرة الفرعية 1 (أ)) والعادات (الفقرة الفرعية 1 (ب)) ومبادئ القانون العامة (الفقرة الفرعية 1 (ج))، على الأقل رسميا كما هو مقصود من الحكم، فإن قراءة الفقرة 1 من المادة 38، في مجملها، تشير إلى خط فاصل بين الفقرات الفرعية الثلاث الأولى من الفقرة 1 من المادة 38، والفقرة الفرعية 1 (د) التي تحتوي على مصادر احتياطية. وقد ينظر إلى المصادر الاحتياطية، التي تشير إلى أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، على أنها لاحقة على المصادر الأخرى المذكورة في المادة ولكن لا يقصد بها في الواقع أن تكون كذلك. وقد اعتبرت مصادر مادية أو وثائقية<sup>(318)</sup>. فهي تشبه المصادر الرسمية بمعنى أنها قد تكون بمثابة مكان يمكن للقضاة أن يجدوا فيه القواعد التي هم ملزمون بتطبيقها، تماما كما يمكن لهم أن يفعلوا بموجب الفقرات الفرعية الثلاث الأخرى، على الرغم من أن الأحكام من الناحية التقنية ملزمة لأطراف المنازعة في خصوص القضية التي فصل فيها فقط. وفي إطار هذا الدور، وعند الاعتماد عليها رغم عدم وجود سابقة رسمية، تستخدم المصادر الاحتياطية للتحقق من وجود قاعدة قانونية أو التزام ملزم للدول بموجب القانون الدولي<sup>(319)</sup>.

195 - ومع ذلك، يبدو أن هناك بعض التباين في الأدبيات المتعلقة بتفسير القائمة الواردة في الفقرة 1 من المادة 38. فمن ناحية، يفترض أن المادة تحتوي على قائمة "شاملة" واحدة لمصادر القانون الدولي، مما يعني أن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام المشار إليها في الفقرة الفرعية (د) قد تشكل مصدرا للقانون بقدر ما يشكله أي من المصادر الأخرى الواردة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) من الفقرة 1 من المادة 38<sup>(320)</sup>. وهذا الرأي يؤيده جينينغز الذي يؤكد ما يلي: "إنني أرى أن صيغة المادة 38

.D. Kennedy, "The Sources of International Law", AJIL, vol 2 (1) (1987), pp. 1-96 at pp. 19-20 (316)

.Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law", p. 495 (317)

(318) Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", 490 (يجادل بأن "القرارات التحكيمية والقضائية تشكل مصادر مادية للقانون لا يجادل فيها أحد... ومع ذلك، يبدو أن المزيد من التفكير يشير إلى أنه إذا كان لا يمكن تصنيف هذه القرارات كمصادر رسمية مباشرة للقانون، فليس من المرضي أيضا اعتبارها ببساطة واحدا من مصادر مادية مختلفة للقانون".)

(319) في مقالته المذكورة في الحاشية السابقة، يوضح فيتزمريس هذه النقطة بالإشارة إلى الممارسة باستخدام مثال لمحكمة العدل الدولية في [قضية مصائد الأسماك الأنكلو - نرويجية] *Anglo-Norwegian Fisheries Case*.

(320) A.Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", Eur. J. Int. Law, vol. 24(2) pp. 649-661 at p. 652

أساسية من حيث المبدأ ولا أرى صعوبة كبيرة في النظر إلى مصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون باعتبارها مصدرا للقانون، ليس فقط بالقياس ولكن بشكل مباشر<sup>(321)</sup>.

196 - وعلى الرغم من الموقف القائل بأن الفقرة 1 من المادة 38 لا تقدم سوى قائمة واحدة من المصادر، فإن المصادر الثلاثة الأولى غالبا ما تعتبر مصادر أولية أو رسمية، في حين أن المصادر الواردة في الفقرة الفرعية (د) غالبا ما توصف بأنها مصادر ثانوية أو فرعية. وكلمتا "احتياطية" (Subsidiary) و "ثانوية" (secondary) هما عموما مترادفتان في اللغة الإنكليزية.

197 - ومع ذلك، يرى آخرون أن إدراج عبارة "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون" في الفقرة 1 من المادة 38، يشير إلى أن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين ليسا مصدرين للقانون على الإطلاق. ويؤيد هذا الرأي جيمس كروفورد، الذي يرى أن "أحكام المحاكم ليست مصدرا رسميا للقانون بالمعنى الدقيق للعبارة، ولكن في كثير من الحالات، تعتبر دليلا على القانون. وسيكون لمجموعة متماسكة من الاجتهادات القضائية السابقة نتائج هامة في أي قضية بعينها. غير أن قيمتها لا ترقى إلى مستوى السوابق كما هو مفهوم في تقاليد القانون العام"<sup>(322)</sup>. ويؤيد دوغارد وآخرون نفس النهج، وقد كتبوا أن "أحكام المحاكم ... هي لا تشكل في حد ذاتها قواعد للقانون الدولي وإنما هي فحسب وسيلة لتقرير قواعد القانون الدولي"<sup>(323)</sup>. ومن المفترض أن تنطبق هذه الحجة أيضا، ربما بقوة أكبر، على المصدر الاحتياطي الآخر، أي "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام".

198 - ووفقا لهذا المذهب الفكري، تضع الفقرة 1 من المادة 38 قائمتين منفصلتين، الأولى (الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج)) هي المصادر الرسمية التي يمكن أن تستخلص منها قواعد القانون الدولي، والثانية توفر الوسائل التي يمكن من خلالها تحديد هذه القواعد وتقريرها. وهذا الرأي يؤيده شوارزنبيرغر، الذي افترض أن الفقرة 1 من المادة 38 "تتناول مسألتين مختلفتين. وتعنى الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) بأصل قواعد القانون الدولي. وفي الفقرة الفرعية (د)، ترد بعض وسائل تقرير قواعد القانون الدولي المفترضة"<sup>(324)</sup>. ومن ناحية أخرى، رأى فيتزموريس "عبثا" في المادة 38 من حيث أنها، في جملة أمور، لم تميز بين المصادر الرسمية والمادية، وفيما عدا استثناء واحد، لم تنشئ "أي نظام لأولوية التطبيق"<sup>(325)</sup>. واعتبر أن المعاهدات والعادات الواردة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و (ب) يقصد منها تحديد المصادر الرسمية، في حين أن مبادئ القانون العامة وأحكام المحاكم الواردة في الفقرتين الفرعيتين (ج) و (د) هي المصادر المادية. والجدير بالذكر أن المؤلف نفسه لم يعتبر أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين على نفس المستوى. وقال

R. Y. Jennings, "The Judiciary, International and National, and the Development of International (321)  
M. Shahabuddeen, "Judicial *انظر أيضا* Law", ICLQ, *Quarterly*. Vol. 45(1) (1996) pp. 1-12 at pp. 3-4  
Creativity and Joint Criminal Enterprise", in Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.) *Judicial*  
(New York: Oxford University Press, 2010), pp. Creativity at the International Criminal Tribunals  
.184-203 at p. 186

.Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, p. 35 (322)

.Dugard, et. al., "Sources of International Law", p. 45 (323)

.Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", p. 96-98 (324)

.Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", p. 494 (325)

إن الأولى أكثر أهمية لأن أحكام المحاكم الدولية، في رأيه، هي على الأقل مصدر "شبه رسمي" للقانون<sup>(326)</sup>.

## واو - المصادر الاحتياطية بوصفها "عمليات لإنشاء القانون" و "وسائل لتقرير القانون"

199 - لا يوجد، من حيث المبدأ، أي تسلسل هرمي في المصادر الرسمية الواردة في الفقرة 1 من المادة 38. فالمصادر الثلاثة الأولى هي مصادر رسمية. والمصادر الأخيرة، أي المصادر الاحتياطية، هي على ما يقال مصادر مادية. وبغض النظر عن الوصف، فإن تاريخ صياغة الفقرة 1 من المادة 38<sup>(327)</sup>، وكذلك أحكام بعض المحاكم والهيئات القضائية الدولية تظهر تمييزاً عملياً بين المصادر المذكورة. فعلى سبيل المثال، على الرغم من أن المادة 20 (3) من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون تنص على أن "يسترشد قضاة دائرة الاستئناف بالمحكمة الخاصة بقرارات دائرة الاستئناف في المحكمتين الدوليتين ليوغوسلافيا السابقة ورواندا"، فقد أكدت المحكمة الخاصة لسيراليون أن هذا الحكم لا ينبغي، بأي حال من الأحوال، تفسيره على أنه يعني ضمناً أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا يمكن أن تشكل مصادر مباشرة<sup>(328)</sup>. وبالمثل في الدائرة الابتدائية للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة، أكد في قضية كوبريشكيتش وآخرين، ما يلي: "لما كانت المحكمة ذات طابع دولي وتطبق القانون الدولي في المقام الأول، فلا يمكنها إلا أن تعتمد على المصادر الراسخة للقانون الدولي، وفي هذا الإطار، على أحكام المحاكم. وبصدد القيمة التي ينبغي إعطاؤها لتلك الأحكام، ترى الدائرة الابتدائية أنه لا ينبغي استخدامها إلا بوصفها 'مصدراً احتياطياً لتقرير قواعد القانون'. ومن الواضح أن السوابق القضائية ليست مصدراً متميزاً للقانون في القضاء الجنائي الدولي"<sup>(329)</sup>.

200 - وقد صنفت هاتان الفئتان/القائمتان على أنهما "عمليات إنشاء القانون"، التي تشير إلى المصادر الرسمية للقانون الدولي الواردة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) من الفقرة 1 من المادة 38، و "وسائل تقرير القانون"، التي تشير إلى المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي على النحو الوارد في الفقرة الفرعية (د)<sup>(330)</sup>. ويوضح شوارزنبيرغر أنه "[...] في حالة عمليات إنشاء القانون، ينصب التركيز على

(326) المرجع نفسه، الصفحة 495.

(327) انظر Godifridus.J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986).

(328) [المدعي العام ضد عيسى حسن سيماسي، وموريس كايون، واوغوستين غباو] *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Judgment, Case No. SCSL-04-15-T, SCSL, Trial Chamber, 2 Mar. 2009, at 295. للحصول على شرح فيما يتعلق بالمساهمات الفقهية للمحكمة الخاصة لسيراليون، انظر Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

(329) [المدعي العام ضد زوران كوبريشكيتش، وميريان كوبريشكيتش، وفلانكو كوبريشكيتش، ودرافو يوسيبوفيتش، ودرافان بابيتش، وفلاديمير سانتيتش، المعروف أيضاً باسم 'فلادو'] *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic*, also known as 'Vlado', Judgment, IT-95-16-T, ICTY Trial Chamber, 14 Jan. 2000, at 540 ('Kupreskic et al. Trial Judgment') at p. 540.

(330) Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", pp. 96-98.

الأشكال التي تنشأ بها أي قاعدة معينة من قواعد القانون الدولي، وفي حالة وسائل تقرير القانون، ينصب التركيز على كيفية التحقق من قاعدة مفترضة<sup>(331)</sup>.

201 - وتدعم هذا الموقف الصيغة الفعلية للمادة 38 (1) (د)، وتحديدًا عبارة تقرير "قواعد القانون"، التي يشير قاضي محكمة العدل الدولية السابق، شهاب الدين، إلى أنه "يقال إنها تقتصر على تقرير القانون بمعنى معرفة ما هو القانون الساري"<sup>(332)</sup>. وبالنظر إلى تاريخ صياغة الحكم، فإن "الحجة قوية [...] بأن الإشارة إلى تقرير 'قواعد القانون' تصور قرارًا من شأنه أن يوضح القانون الساري فحسب، وليس أن يأتي بقانون جديد إلى حيز الوجود"<sup>(333)</sup>.

202 - ويمكن القول إن نتيجة هذا النهج، وهي أن القضاة لا يمكنهم إنشاء قانون دولي، وإنما فحسب توضيح ماهية القانون، قد يقلل من تأثير أحكام المحاكم في القانون الدولي<sup>(334)</sup>. وحذر فان هوف من تفسير تصنيف أحكام المحاكم على أنها "احتياطية" بأنه يعني أنها أقل أهمية، لأن "حجية أحكام المحاكم وقوتها الإقناعية قد تعطيان أحيانًا أهمية أكبر مما تتمتع به رسميًا"<sup>(335)</sup>. ويحذر رودولف برنهاردت أيضًا من أن تصنيف أحكام المحاكم على أنها احتياطية "يقلل من دور أحكام المحاكم الدولية في عملية وضع المعايير"<sup>(336)</sup>.

203 - ومن جانبه، احتج شهاب الدين في العمل المذكور أعلاه بأن المصادر الاحتياطية، ولا سيما أحكام المحاكم، يمكن أن تعمل على مستوى أعلى مما يبدو في كثير من الأحيان. ويرجع ذلك إلى أنها يمكن، في المقام الأول، أن تكون مادة لتحديد وجود ومضمون قاعدة قانونية بقدر ما تستمد من أحكام محكمة العدل الدولية وغيرها من المحاكم. وفي المقام الثاني، وعلى الرغم من أن هذه النقطة دقيقة، فإن أحكام المحاكم (على الأقل أحكام محكمة العدل الدولية نفسها) يمكن أن تؤدي دورًا أكبر من خلال تقرير قاعدة قانونية على أساس حكم سابق: "إن الحكم الجديد الذي قررت بموجبه قاعدة قانونية على أساس حكم سابق ليس مصدرًا احتياطيًا؛ وإنه مصدر قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي؛ وهي من صنع المحكمة وحدها. وبمجرد اتخاذ القرار في حكم جديد، تطبق المحكمة في قضايا لاحقة قاعدة القانون كما قررت في ذلك الحكم؛ وخارج إطار ذلك الحكم، قد لا يكون من الواضح أن قاعدة القانون موجودة"<sup>(337)</sup>. وأعرب أنطونيو كاسيسي، أول رئيس للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة، عن رأي مماثل يعطي وزنًا أكبر للقضاة وضمنيًا لأحكامهم عندما

(331) المرجع نفسه، الصفحتان 26 و 27.

Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1996), (332) p. 76.

.Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77 (333)

Shane Darcey, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, (334) (Cambridge: Cambridge Univ. Press 2014), p. 21.

Schwarzenberger, *انظر أيضًا* Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p.170 (335) "International Law as Applied by International Courts and Tribunals" p. 96-98 (مع ملاحظة أنه "لا ينبغي المبالغة في الأهمية العملية لتسمية 'المصادر الاحتياطية' في المادة 38 (1) (د)".

R. Bernhardt, "Custom and treaty in the law of the sea", in *Collected Courses of The Hague Academy* (336) of *International Law*, vol. 205 (1887), p. 270.

.Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 68 (337)

يتعلق الأمر بالقانون الدولي، لأنه يرى أنه "غالبا ما يكون المشرعون عاجزين تماما. ولا يستطيع المشرعون في كثير من الأحيان اتخاذ القرارات، ويتدخل القضاة ويقررون، بدلا من المشرعين"<sup>(338)</sup>.

204 - وفي حين أن كتاب *القانون الدولي* لأوبنهايم الذي كُتب في عام 1905 وقبل اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لم يعترف إلا بالمعاهدات والعادات كمصدرين "حصريين" للقانون الدولي، فقد أقر المؤلف بأن أحكام المحاكم والكتابات الفقهية يمكن أن "تؤثر في تطور القانون الدولي من خلال إيجاد أعراف تتحول تدريجيا إلى عادات، أو من خلال حث أعضاء أسرة الأمم على إبرام معاهدات تنص على قواعد قانونية للسلوك الدولي في المستقبل"<sup>(339)</sup>. ويلاحظ المؤلف أنه في حين أن أحكام المحاكم لا يمكن أن تنشئ قانونا دوليا، فإنها تؤدي دورا هاما في تطويره<sup>(340)</sup>. ويشير شهاب الدين بحق إلى مغالطة في هذه الحجة إذ قال: "إذا كانت أحكام المحكمة لا يمكن أن تسن القانون ولكن يمكن أن تسهم في تطويره، فمن المفترض أن يؤدي ذلك التطوير في نهاية المطاف إلى إنشاء قانون جديد؛ وقد يكون هذا محدودا في أي حالة بمفردها، إلا أنه يكتسب زخما بشكل تدريجي. ولا يتفق مع الواقع القول بأن المحكمة يمكنها أن تطور القانون فقط بالمعنى المحدود المتمثل في إبراز المعنى الحقيقي للقانون الساري فيما يتعلق بوقائع معينة [...]"<sup>(341)</sup>.

205 - والمسألة الثانية، التي نوقشت على نطاق واسع في الأدبيات ذات الصلة، هي ما إذا كان يمكن للمصادر الاحتياطية، ولا سيما أحكام المحاكم، تطوير القانون الدولي أو تشكيله. وهذا يؤثر مواضيع مثيرة للاهتمام وحساسة في بعض الأحيان تتعلق بدور القضاة، وصنع القرار القضائي، في إطار الفصل في القضايا. ويمكن تمييز ثلاث مجموعات على الأقل من وجهات النظر. أولا، هناك كتاب يعبرون عن رأي مفاده أن أحكام المحاكم يمكن أن تنشئ قانونا، في حين يربط فيتزمويس المسألة بما إذا كان حكم المحكمة مصدرا رسميا أو شبه رسمي للقانون بمسألة ما إذا كان "ملزما وذا حجية"<sup>(342)</sup>. ولأحكام المحاكم، بما في ذلك تلك الصادرة عن المحاكم الوطنية، وزن في عدد من قضايا محكمة العدل الدولية. ومن الأمثلة في هذا السياق الأحكام التالية: *مذكرة التوقيف الصادرة في 11 نيسان/أبريل 2002 (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا) (Arrest Warrant of 11 April 2002 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium))*<sup>(343)</sup>، و*الكونغو ضد فرنسا (Congo v. France)*<sup>(344)</sup>، و*محكمة النقض الفرنسية في قضية الغدافي (Gaddafi)*، و*قضية ألمانيا ضد إيطاليا (Germany v. Italy)*<sup>(345)</sup>. وبالمثل، فإن الأحكام

Robert Badinter & Stephen Breyer, *Judges in Contemporary Democracy*, (New York: NYU Press, (338) 2004), p. 33

.Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, (London: Longmans, Green and Co., 1905), p 24 (339)

.Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, 9th ed (London: Longman, Green and Co., 1992), ch. I, p. 41 (340)

.Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76 (341)

.Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", p. 493 (342)

(343) [مذكرة التوقيف المؤرخة 11 نيسان/أبريل 2000 (الكونغو ضد بلجيكا)] (Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2000, at p. 3

(344) [بعض الإجراءات الجنائية في فرنسا (الكونغو ضد فرنسا)] (Congo v. France) Certain Criminal Proceedings in France (Congo v. France), Judgment, ICJ Reports 2000, at p. 3

(345) [حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)] (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99

والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم الدولية تتضمن بالفعل إشارات عديدة إلى أحكام المحاكم الوطنية وكذلك إلى الاجتهادات القضائية لكل منها، وكثيرا ما ينظر إليها على أنها تقدم تفسيرات للقانون لها أهمية كبيرة في تشكيل جوانب أساسية في بعض مجموعات القوانين<sup>(346)</sup>.

206 - ويمكن توضيح أهمية أحكام المحاكم في التحقق من وجود قواعد القانون الدولي أو عدم وجودها بالإشارة إلى عمل اللجنة. ويشمل ذلك، كما هو مبين في الفصل الخامس من هذا التقرير، تحديد القانون الدولي العرفي، ومبادئ القانون العامة، وتحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي (*jus cogens*). ففي شرح الاستنتاج 13 بشأن تحديد القانون الدولي العرفي، على سبيل المثال، لاحظت اللجنة أنه في حين أن "المصدر الاحتياطي" يشير إلى "الدور الثانوي لتلك الأحكام في تفسير القانون، دون أن تشكل بذاتها مصدراً للقانون الدولي (كما هو حال المعاهدات أو القانون الدولي العرفي أو المبادئ العامة للقانون). واستخدام مصطلح 'المصدر الاحتياطي' لا يوحي ولا يقصد منه الإيحاء بأن هذه الأحكام ليست مهمة لتحديد القانون الدولي العرفي"<sup>(347)</sup>. ويمكن التذكير بالمناقشات المذكورة أعلاه بقدر تأكيدها، على النحو المبين في مذكرة الأمانة العامة، أن اللجنة اعتمدت حتى على أحكام المحكمة لصياغة قواعد القانون الدولي في المواضيع الفنية بما في ذلك المواد المتعلقة بمسؤولية الدول.

207 - وقد لاحظ هيرش لوترباخ أن "العديد من أعمال التشريع القضائي يمكن أن تنجز في الواقع تحت ستار التحقق من القانون الدولي العرفي"<sup>(348)</sup>. ولكن في حين أن هذا قد يكون صحيحا، فقد تنشأ شواغل أيضا مع وجود سلطة قضائية غير خاضعة للرقابة. وفي سياق القانون الجنائي الدولي، ولإعطاء مثال ملموس، انتقد إلياس بانتيكاس بشدة الاعتماد فعليا على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين كمصدر للقانون الدولي، مشيرا إلى أن "انتقائية المحاكم الجنائية الدولية وعملها في الخفاء قد ارتقى في العقد الماضي بأحكام المحاكم الدولية والمحلية، وكذلك بآراء الحقوقيين، إلى مصادر أولية بشكل أساسي للقانون الدولي"<sup>(349)</sup>. وهو ينتقد "المركز السامي لأحكام المحاكم وآراء الحقوقيين"، ويشير إلى عدم وجود منهجية متماسكة في بعض الاجتهادات القضائية للمحاكم المخصصة، ويضيف أن "الانتقائية واستخدام المصادر التكميلية والارتقاء بها ببطء إلى مرتبة المصادر الأولية أمر مثير للقلق، إن لم يكن مخيفا"<sup>(350)</sup>.

208 - وباختصار، فإن المناقشة الواردة أعلاه التي تضع المصادر الاحتياطية في السياق الأوسع لرصيد الممارسات والأدبيات المتعلقة بالمصادر كان القصد منها توضيح أن هناك جوانب من المصادر الاحتياطية وتفاعلها وعلاقتها بالمصادر قد تبدو غير مؤكدة وغير محسومة. ويبدأ الالتباس بمفهوم مصدر القانون الدولي. ويستمر في المناقشات الناشئة عن المحاولات الفقهية للتمييز بين المصادر الرسمية والمادية، أو بين

(346) Darcy, Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law, p. 28

(347) استنتاجات بشأن تحديد القانون الدولي العرفي مع الشروح، *حولية لجنة القانون الدولي، 2018*، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الصفحة 196.

(348) Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368

(349) I I. Bantekas, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", *Int. Crim. Law Rev.*, vol 6 (2006), pp. 121-136 at p. 129

(350) Bantekas, 'Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law', p. 132

المصادر الأولية والثانوية أو بين مصادر القانون ومصادر الالتزامات، وفي نهاية المطاف، يصل إلى أسئلة حول وجود التسلسل الهرمي للمصادر أو عدم وجوده. ويبدو أن مسألة ما إذا كان هناك، في إطار الفئة الفرعية للمصادر الاحتياطية، فرق بين الوزن الذي ينبغي إيلاؤه لأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين تتصل بجهود التمييز التي يمكن أن تسمح بالاعتماد على أكثر المصادر حجية. ومع أخذ ما ذكر أعلاه في الاعتبار، سيلزم في التقرير الثاني للمقرر الخاص مواصلة استكشاف مركز دور المصادر الاحتياطية في إطار الفقرة 1 من المادة 38، والتفاعل والعلاقة بين المصادر الاحتياطية والمعاهدات والعادات الدولية ومبادئ القانون العامة. وسيكون من المفيد، في هذا السياق، التفكير في الملاحظات الواردة في مذكرة الأمانة العامة بشأن الكيفية التي استخدمت بها اللجنة نفسها المصادر الاحتياطية في إطار مساعدة الدول على تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي. وفي تلك المرحلة وحدها ينبغي استخلاص استنتاجات قاطعة. ومع ذلك، ينبغي أن يكون واضحاً أن المركز "الاحتياطي" الرسمي لأحكام المحاكم، كحد أدنى، يتناقض في الممارسة العملية مع دورها الأساسي وأهميتها في تطوير القانون الدولي وتوطيده.

## الفصل السابع

### تاريخ صياغة الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

209 - يجدر إيراد النص الكامل للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي ينظر إليها على نطاق واسع على أنها بيان ذو حجية لمصادر القانون الدولي والأساس المادي لعمل اللجنة بشأن الموضوع الحالي<sup>(351)</sup>. فالمادة تنص على ما يلي:

1 - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59. [التوكيد مضاف]

2 - لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.

210 - وبالإضافة إلى المادة 38، هناك المادة 59 التي لها صلة أيضا بالموضوع، وهي تقابل التتبيه الوارد في الفقرة الفرعية 1 (د) وتنص على ما يلي:

لا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه.

211 - وقبل الانتقال إلى تحليل مفصل للحكمين المذكورين أعلاه، مع التركيز على المعنى العادي الذي يجب إعطاؤه للمصطلحات في سياقها وفي ضوء موضوعها وغرضها، يبدو من المفيد دراسة تاريخ الصياغة عن كثب أولا. وتمشيا مع المادة 32 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، يمكن اللجوء إلى وسائل

(351) في الواقع، كما يقول جينينغز، "لذلك يمكن النظر إلى المادة 38 بطريقتين: يجب أن تطبقها المحكمة الدولية نفسها لأنها جزء من النظام الأساسي الذي ينظمها؛ ولكن يمكن أن تشير إليها هيئات قضائية أخرى أيضا وبوجه عام، لأنه يمكن اعتبارها الآن بيانا ذا حجية لمصادر القانون الدولي نتيجة لتأييد الممارسة العامة التي تقبلها على هذا النحو. وهي تنظم المحكمة الدولية لأنها موجودة في نظامها الأساسي: فهي توجه عموما لأنها بات ينظر إليها باعتبارها بيانا ملائما للممارسة المقبولة". انظر R.Y Jennings, "General Course on Principles of International Law", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 331

التفسير التكميلية<sup>(352)</sup>. ويشمل ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة والظروف التي عقدت فيها<sup>(353)</sup>. وأي تفسيرات مستمدة من الأعمال التحضيرية يمكن أن تفيد في تأكيد المعنى الذي ينبغي أن يعطى للحكمين.

212 - ومن الناحية المبدئية، هناك حجتان أساسيتان ضروريتان. أولاً، وكما هو معروف على نطاق واسع ولكن ربما يكون من المفيد مع ذلك التذكير به، فإن الحكمين المذكورين أعلاه مستمدان من صكين مترابطين بوجه خاص، هما النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ولا جدال في أن النظام الأساسي الأخير استند إلى النظام الأساسي الأول. ولا تتبع الصلة بين النظامين الأساسيين من إطارهما القانوني المشترك فحسب، بل من استمرارية النظام الأساسي الأخير لعمل النظام الأساسي الأول أيضاً، بما في ذلك من حيث الاجتهاد القضائي.

213 - وثانياً، من الناحية التاريخية، أنشئت المحكمة الدائمة وفقاً للمادة 14 من عهد عصبة الأمم<sup>(354)</sup>. وكان القصد من المحكمة، المنبثقة عن عصبة الأمم ولكنها مستقلة عنها، أن تكون بمثابة هيئة للتسوية القضائية للمنازعات ذات الطابع الدولي التي تعرضها عليها الأطراف. وكان هذا بالإضافة إلى محكمة التحكيم التي نظمتها اتفاقيتا عامي 1899<sup>(355)</sup> و 1907<sup>(356)</sup>. وينص النظام الأساسي للمحكمة، بعد اعتماده، في جملة أمور، في المادة 38، على القانون الذي تطبقه المحكمة. وهكذا، فإن دراسة تاريخ الصياغة يجب أن تراعي مختلف المنتديات التي نظر فيها في النظام الأساسي في الفترة التي سبقت إنشاء المحكمة الدائمة. وشمل ذلك أساساً ثلاث هيئات رئيسية، هي: أولاً، المجلس؛ وثانياً، جمعية عصبة الأمم، وكلاهما من هيئات العصبة وتدعمهما أمانة دائمة؛ وثالثاً، لجنة حقوقيين استشارية مخصصة أنشئت عملاً بالولاية المنصوص عليها في المادة 14 من عهد عصبة الأمم<sup>(357)</sup>.

(352) تنص المادة 32 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه "يمكن الاستعانة بوسائل تفسير تكميلية، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة والظروف التي عقدت فيها، لتثبيت المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 أو لتحديد المعنى حين يؤدي التفسير وفقاً للمادة 31: (أ) إلى ترك المعنى مبهماً أو غامضاً؛ أو (ب) إلى نتيجة منافية بوضوح للمنطق أو المعقول؛" Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 23 May 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

(353) المرجع نفسه.

(354) تنص المادة 14 على ما يلي: "يضع المجلس خططا لإنشاء محكمة دائمة للعدالة الدولية ويعرضها على أعضاء العصبة لاعتمادها. وتختص المحكمة بالنظر والبت في أي نزاع ذي طابع دولي يعرضه عليها أطرافها. وللمحكمة أيضاً أن تصدر فتوى في أي نزاع أو مسألة يحيلها إليها المجلس أو الجمعية؛" League of Nations, *Covenant of the League of Nations* (Paris, 28 June 1919).

(355) Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 29 July 1899).

(356) Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907).

(357) قرر المجلس في اجتماعه الثاني المعقود في لندن في شباط/فبراير 1920 تعيين لجنة لإعداد خطط لإنشاء المحكمة الدائمة للعدالة الدولية على النحو المنصوص عليه في المادة 14 من العهد: "يضع المجلس خططا لإنشاء محكمة دائمة للعدالة الدولية ويعرضها على أعضاء العصبة لاعتمادها. وتختص المحكمة بالنظر والبت في أي نزاع ذي طابع دولي يعرضه عليها أطرافها. وللمحكمة أيضاً أن تصدر فتوى في أي نزاع أو مسألة يحيلها إليها المجلس أو الجمعية". وعين الخبراء القانونيون التالية أسماؤهم: مينيشيرو أداتشي (اليابان)؛ ورافائيل ألتاميرا (إسبانيا)؛ وكلفيس بيغلاكوا (البرازيل) الذي حل محله بعد راؤول فرنانديز؛ والبارون ديكامب (بلجيكا)؛ وفرانسيس هاجروب (النرويج)؛ وألبرت دي لابرايدل (فرنسا)؛ وبي سي جيه لودر (هولندا)؛ واللورد فيليمور (المملكة المتحدة)؛ وأرتورو ريتشي - بوساتي (إيطاليا)؛ وإليهو روت (الولايات المتحدة الأمريكية).

## ألف - صياغة النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية من قبل لجنة الحقوقيين الاستشارية (1920)

214 - خلافا للمصادر، من قبيل المعاهدات والقانون العرفي ومبادئ القانون العامة، لا يبدو أنه كانت هناك مقترحات من الدول لإدراج المصادر الاحتياطية كمصدر للقانون قبل بدء عمل لجنة الحقوقيين الاستشارية. وفي هذا الصدد، وحتى على مستوى الخبراء، لا يبدو أن الاقتراح الأولي يتناول دور أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين<sup>(358)</sup>. وبدت هذه العناصر عرضية للمهمة الرئيسية، وعلى هذا النحو، لم تشغل بال القائمين على الصياغة. وعلى مستوى لجنة الحقوقيين الاستشارية، كان الجزء الأول من المناقشات المتعلقة بمشروع النظام الأساسي معنيا بتنظيم المحكمة وهيكلها. وبحلول موعد الجلسة الثالثة عشرة تقريبا، في 1 تموز/يوليه 1920، عندما تم تحديد الخطوط العريضة للهيئة القضائية المقبلة، انتقلت اللجنة إلى تناول القانون الذي يمكن أن تطبقه المحكمة الجديدة.

215 - واقترح البارون ديكامب، رئيس لجنة الحقوقيين الاستشارية، الحكم التالي:

يطبق القاضي القواعد التالية في حل المنازعات الدولية؛ وينظر فيها بالترتيب أدناه:

- 1 - القانون الدولي التعاهدي، سواء كان عاما أو خاصا، كونه القواعد التي تعتمدها صراحة الدول؛
- 2 - العرف الدولي، كونه ممارسة بين الأمم تقبلها كقانون؛
- 3 - قواعد القانون الدولي التي أقرها الضمير القانوني للأمم المتقدمة؛
- 4 - الاجتهاد القضائي الدولي باعتباره وسيلة لتطبيق القانون وتطويره<sup>(359)</sup>.

216 - ويبدو أن جوانب اقتراح الرئيس ديكامب بشأن "القانون الدولي التعاهدي" (أي المعاهدات) و"العرف الدولي" (أي القانون الدولي العرفي) لم تثر جدلا كبيرا<sup>(360)</sup>. فقد افتتح المناقشة السيد إليهو روت، العضو الأمريكي في لجنة الحقوقيين الاستشارية، معربا عن تأييده لتمكين المحكمة فيما يتعلق بتطبيق القواعد الواردة في الاتفاقيات والقانون الدولي الوضعي. وقال إن لديه شكوكا بشأن الجوانب الأخرى، التي لم يشاركه فيها السيد لودر، العضو الهولندي، الذي اختلف مع السيد روت، ورأى أن من واجب المحكمة تطوير القانون، و"إنصاح" الأعراف والمبادئ المعترف بها عالميا، وبلورتها في شكل قواعد وضعية؛ وباختصار "إنشاء الاجتهاد القضائي الدولي"<sup>(361)</sup>. ولم ير البروفيسور دي لابراديل، العضو الفرنسي في لجنة الحقوقيين الاستشارية، أنه من المفيد وجود حكم من هذا القبيل على النحو الذي اقترحه الرئيس، وإذا كانت هناك حاجة إلى بند، فإنه كان يفضل صياغة أقصر بكثير، تنص ببساطة على أن "المحكمة تحكم وفقا للقانون والعدالة والإنصاف"<sup>(362)</sup>.

(358) انظر أيضا Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 21.

(359) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 293, 306.

(360) المرجع نفسه، الصفحة 295.

(361) المرجع نفسه، الصفحة 294.

(362) المرجع نفسه، الصفحتان 295 و 296.

217 - وما بدا أكثر إثارة للجدل واعتبر "القضية الحاسمة" هو "ما هو القانون، إن وجد، الذي ينبغي أن يطبقه القضاة عندما لا ينص قانون المعاهدات ولا العرف الدولي على قاعدة ما"<sup>(363)</sup>. وأثار ذلك نقاشاً مطولاً حول مبادئ القانون العامة، وعلاقتها بـ "الاجتهاد القضائي الدولي"<sup>(364)</sup> التي لها أهمية خاصة لأغراضنا. ولم يكن هناك ذكر، في تلك المرحلة المبكرة، لدور الفقه أو الدراسات الفقهية، ناهيك عن مركزهما الاحتياطي. وجاءت الإضافة بعد ذلك عندما اقترح ديكامب تضمين النص "المذاهب المتوافقة لمؤلفي القانون العام الذين تتمتع آراؤهم بالحجية" كمصدر للقانون<sup>(365)</sup>. وسعى إلى تحقيق توازن، من ناحية، بالموافقة على أن المحكمة لا ينبغي أن تعمل كمشرع، وفي الوقت نفسه لا يمنعها من الحكم على أساس العدالة والإنصاف. وفي الجلسة نفسها، أشار السيد هاجروب، العضو النرويجي، إلى السوابق ذات الصلة التي كانت قبل ذلك، وأشار إلى ضرورة وضع قاعدة لتجنب إمكانية إعلان المحكمة عدم اختصاصها (الفراغ القانوني) لعدم وجود قواعد. وقال إنه سيقبل، على النحو المبين في الاقتراح الاسكندنافي، أن تلجأ المحكمة إلى مبدأ الإنصاف ولكن فقط إذا اتفق الطرفان على ذلك<sup>(366)</sup>.

218 - وخلال الجلسة الرابعة عشرة<sup>(367)</sup>، المعقودة في 2 تموز/يوليه 1920، عاد القائمون على الصياغة إلى المسألة. وتناولت كلمة الرئيس ديكامب القانون الذي تطبقه المحكمة، ولاحظ أن "المبادئ التي يجب أن يسترشد بها القاضي، في حل المنازعات المعروضة عليه، ذات أهمية حيوية"<sup>(368)</sup>. وفيما يتعلق بالاجتهاد القضائي الدولي، قال إن "عدم السماح للقاضي بالاستفادة من الاجتهاد القضائي الدولي القائم كوسيلة لتحديد قانون الأمم" يعني "حرمانه من أحد أهم موارده"<sup>(369)</sup>. وشدد على أن السؤال الوحيد المتبقي بالنسبة له هو ما إذا كان "ينبغي إضافة العدالة الموضوعية كعنصر مكمل للعناصر الأخرى في ظل ظروف محسوبة لمنع القرارات التعسفية"<sup>(370)</sup>. ففي نهاية المطاف، كانت العدالة الموضوعية بالنسبة له على الأقل هي "المبدأ الطبيعي الذي يجب أن يطبقه القاضي"<sup>(371)</sup>. وأكد أنه، مقارنة بآراء السيد روت، اختلف في السماح للقاضي "بالاستفادة من المذاهب المتوافقة للمؤلفين الذين تتمتع آراؤهم بالحجية"<sup>(372)</sup>. واعتبر أنه، على غرار ما قاله

(363) A. Pellet, "Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) pp.677-792 at p. 828 وأيضاً: O. Spiermann, "The History of Article 38", Samantha Besson and Jean d'Aspremont (eds) *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2017).

(364) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 310–315.

(365) المرجع نفسه، الصفحة 323. "من المستحيل تماماً ومن البغيض للغاية أن نقول للقاضي إنه على الرغم من إمكانية التوصل إلى حل عادل تماماً في قضية معينة: 'يجب أن تسلك مسارا يرقى إلى رفض العدالة' لمجرد عدم ظهور اتفاقية محددة أو عرف محدد".

(366) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 296.

(367) في الجلسة الثانية عشرة، المعقودة في 30 حزيران/يونيه 1920، أشار السيد رينشي - بوساتي في سياق المناقشة المتعلقة باختصاص المحكمة الدائمة إلى أنهم لم يناقشوا بعد مسألة القانون الموضوعي الواجب تطبيقه. Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 270.

(368) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 322.

(369) المرجع نفسه، الصفحة 322.

(370) المرجع نفسه، الصفحتان 322 و 323.

(371) المرجع نفسه، الصفحة 323.

(372) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 323.

المستشار كينت، "عندما يتفق الجزء الأكبر من فقهاء القانون على قاعدة معينة - تصبح الفرضية المؤيدة لتلك القاعدة قوية، بحيث أن الشخص الذي يسخر من العدالة فقط هو الذي سيعترض عليها"<sup>(373)</sup>.

219 - وفي الجلسة الخامسة عشرة، المعقودة في 3 تموز/يوليه 1920، استمر النقاش بشأن الكيفية التي ينبغي بها للقضاة الدوليين تطبيق القانون. وأصبحت المساعي تدور حول كيفية التوصل إلى حل وسط بالنظر إلى المواقف المتعارضة لبعض الأعضاء من مناقشات الأيام السابقة. وسعى السيد راؤول فرنانديز، الممثل البرازيلي (المناب) لدى لجنة الحقوقيين الاستشارية، إلى التوفيق بين ما يراه الرئيس وما يراه السيد روت. وقال إنه يوافق على أن مهمة القضاة ليست التشريع؛ ومن ناحية أخرى، اعتبر أن قصر عملهم على استخدام المصادر يحرمهم من إمكانية إقامة العدل فيما يتعلق بالعلاقات القانونية بين الدول في كثير من الحالات. واعتبر أن القضاة الدوليين، شأنهم شأن القضاة الوطنيين، يمكنهم تسليط الضوء على قاعدة كامنة بتطبيق مبادئ لم ترفضها من قبل التقاليد القانونية للدول المتنازعة<sup>(374)</sup>.

220 - وقدم السيد روت واللورد فيليمور، الممثل البريطاني في لجنة الحقوقيين الاستشارية، مشروعاً بديلاً يشير إلى "أراء الكتاب كوسيلة لتطبيق القانون وتطويره"<sup>(375)</sup>. وجدير بالذكر أنه عرض الهيكل المكون من أربعة أجزاء فيما سيصبح في نهاية المطاف الفقرة 1 من المادة 38. وأشار ديكامب إلى أنه يمكنه، في الفقرة رقم 3، قبول البند الذي اقترحه السيد روت، وأنه، في الفقرة رقم 4، "يجب على القاضي الاحتكام إلى أحكام المحاكم، والآراء المتوافقة للحقوقيين، كوسيلة فرعية وتكميلية، فقط"<sup>(376)</sup>. وتمثلت إحدى النقاط الرئيسية في أن القضاة يجب أن يطبقوا أولاً قواعد القانون الدولي. وبعد ذلك، يمكنهم النظر في المصادر الاحتياطية كأحد العناصر وإن كان ذلك فقط في عملية التفسير؛ مما يعني ترتيب المصادر الاحتياطية في تسلسل هرمي مقابل المصادر.

221 - ولم يكن لدى السيد ريتشي - بوساتي، الممثل الإيطالي، أي قلق بشأن جوهر المشروع. واتفق مع آراء روت "في عدة جوانب، خاصة فيما يتعلق باستحالة أن تعمل المحكمة كمشرع"<sup>(377)</sup>. ولكنه كانت لديه شواغل بشأن الترتيب التعاقبي الذي ذكرت به المصادر وبعض مصادر القانون المذكورة. وفي رأيه أنه يمكن للقضاة النظر في المصادر المذكورة في آن واحد. وفيما يتعلق بالمصادر الفعلية، قال إنه لا يجد صعوبة في المعاهدات والعرف (المذكورين على التوالي في الرقمين 1 و 2)، وفيما يتعلق بمبادئ القانون العامة

(373) المرجع نفسه.

(374) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 331, and 346.

(375) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, Annex 1 p. 344.

النص المعدل المقدم من السيد روت:

"تطبق المحكمة القواعد التالية في حدود اختصاصها، على النحو المبين أعلاه، من أجل تسوية المنازعات الدولية؛ وينظر فيها بالترتيب أدناه:

- 1 - القانون الدولي التعاهدي، سواء كان عاماً أو خاصاً، كونه القواعد التي تعتمد عليها صراحة الدول الأطراف في منازعة ما؛
- 2 - العرف الدولي، كونه ممارسة معترف بها بين الأمم تقبلها كقانون؛
- 3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعددة؛
- 4 - حجية أحكام المحاكم وآراء الكتاب كوسيلة لتطبيق القانون وتطويره."

(376) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 332.

(377) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 314.

(الفقرة رقم 3)، فقد أعرب عن فهمه لمعناها في اليوم السابق<sup>(378)</sup>، إذ قال إن "الأمر لا يتعلق بوضع قواعد غير موجودة، بل بتطبيق القواعد العامة التي تسمح بالحل المعني"<sup>(379)</sup>، وأعرب عن أسفه لعدم إدراج مبدأ الإنصاف<sup>(380)</sup>. أما فيما يتعلق بالفقرة رقم 4، فإنه "لا يسعه الاعتقاد بأنه سيكون من الممكن العثور على آراء متوافقة تتعلق بنقاط لا توجد بشأنها قواعد معترف بها بشكل عام"<sup>(381)</sup>. وعلاوة على ذلك، "نفي بشدة أن آراء المؤلفين يمكن اعتبارها مصدراً للقانون، تطبقه المحكمة"<sup>(382)</sup>. وأعرب عن دهشته من أن السيد روت سيقبل هذا النص، وقدم نصه البديل المفضل للنظر فيه<sup>(383)</sup>.

222 - ومن جانبه، أعرب البروفيسور دي لابراديل، رغم أنه يؤيد المشروع بشكل عام، عن شواغل إزاء بعض المقترحات النصية المقدمة من ريتشي - بوساتي. فعلى سبيل المثال، وجد أن العبارة التقييدية الواردة في الاقتراح بأنه ينبغي للمحكمة أن تأخذ في الاعتبار "قدر الإمكان"<sup>(384)</sup> أحكام المحاكم ليست دقيقة بما فيه الكفاية. وفيما يتعلق بالمؤلفين في القانون العام، فإنهم لم يتفقوا على رأي قانوني إلا فيما ندر. وبالنسبة له، يشير ذلك إلى أن الحكم المنصوص عليه في النقطة 4 من اقتراح روت "سلب أهمية أعمالهم"<sup>(385)</sup>. وعلى أي حال، فإنه يرى أن "الاجتهاد القضائي أهم من الفقه، لأن القضاة لدى النطق بالحكم يضعون غاية عملية في اعتبارهم"<sup>(386)</sup>. وبالنسبة له، إذا كانت هناك رغبة في إدراج الفقه كأحد المصادر، فينبغي أن يكون على أي حال "مقصوراً على الآراء الفقهية المتوافقة للمؤلفين المؤهلين في البلدان المعنية في القضية"<sup>(387)</sup>. وعلاوة على ذلك، "سيكون من الضروري بالتأكيد إجراء تصنيف: حيث سيتم ترتيب التعبيرات المختلفة للفقه وفقاً لأهميتها"<sup>(388)</sup>. وفي هذا الصدد، يتعين أن تؤخذ "قرارات معهد القانون الدولي" في الاعتبار إلى حد كبير. وأشار هنا إلى أنه يمكن الرجوع إلى كل من أعمال فرادى الفقهاء ومجموعة من الخبراء، لكنه رأى أنه من المرجح أن يعطى وزن أكبر لمجموعة الخبراء.

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 332 (378)

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 315 (379)

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 332 (380)

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 332 (381)

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 332 (382)

(383) كان اقتراحه تعديلاً لاقتراح الرئيس واللورد فيليمور، الذي نص على ما يلي:

"تنشأ القواعد التي تطبقها المحكمة لتسوية أي منازعة دولية تعرض عليها من المصادر التالية:

- 1 - الاتفاقيات الدولية، سواء كانت عامة أو خاصة، بوصفها تشكل قواعد تعتمدها صراحة الدول الأطراف في منازعة ما؛
- 2 - العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال بين الدول المذكورة التي قبلها تلك الدول؛
- 3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمتدة.

وتأخذ المحكمة في الاعتبار الأحكام التي تصدرها في القضايا المماثلة، وآراء كبار الكتاب في مختلف البلدان، كوسيلة لتطبيق القانون وتطويره".

انظر Annex 4 Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 351

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 334 (384)

(385) المرجع نفسه، الصفحة 336.

(386) المرجع نفسه.

(387) المرجع نفسه.

(388) المرجع نفسه.

223 - وردا على ذلك، وافق الرئيس ديكامب على أنه يمكن للقضاة، رهنا بالفضية قيد النظر، فحص المصادر في آن واحد. وأوضح موقفه بصدد كيفية ارتباط المعاهدات والعرف بالمبادئ العامة، كوسيلة لسد الثغرات لتجنب الفراغ القانوني، وأخيرا فيما يتعلق بأحكام المحاكم والفقهاء، أعرب عن دهشته من أن ريتشي - بوساتي "لم يقبل الفقه كعنصر من عناصر التفسير"<sup>(389)</sup>. وكان ديكامب قد أعرب في وقت سابق عن رأي مفاده أن العناصر الواردة في الفقرة رقم 4 هي "عناصر للتفسير"<sup>(390)</sup>. إذ رأى أن "هذا العنصر لا يمكن أن يكون إلا عنصرا ذا طابع احتياطي؛ وينبغي للقاضي ألا يستخدمه إلا بطريقة تكملية لتوضيح قواعد القانون الدولي. ولا شك أن الفقه والاجتهاد القضائي لا ينشئان القانون؛ ولكنهما يساعدان في تقرير القواعد الموجودة. وينبغي للقاضي أن يستفيد من كل من الاجتهاد القضائي والفقهاء، ولكنهما ينبغي أن يكونا على سبيل التوضيح"<sup>(391)</sup>.

224 - وفيما يتعلق بأهمية الفقه، لاحظ اللورد فيليمور أنه "معترف به عالميا كمصدر من مصادر القانون الدولي"<sup>(392)</sup>. ففي رأيه "لم تكن هناك حاجة للقول إن آراء المؤلفين المعترف بهم على نطاق واسع فقط هي المطروحة"<sup>(393)</sup>. لكن ريتشي - بوساتي أعرب عن شكوكه في أن الدول "ستقبل القواعد التي ستكون نتيجة للفقه وليست نتيجة لإرادتها أو أعرافها"<sup>(394)</sup>. وتوسع لاحقا في هذه النقطة، فرأى أن من الممكن أخذ "الاجتهاد القضائي والفقه في الاعتبار"<sup>(395)</sup> لكنه رأى أنه سيكون "من غير المقبول وضعهما على نفس مستوى القواعد القانونية الوضعية"<sup>(396)</sup>.

225 - وردا على دي لبراديل، بخصوص مختلف المسائل التي أثارها، أعرب الرئيس ديكامب عن أسفه لأن دي لبراديل لا يقدّر قيمة قبول الفقه كأحد عناصر التفسير. والواقع أن هذا العنصر "لا يمكن أن يكون إلا ذا طابع احتياطي؛ وينبغي للقاضي ألا يستخدمه إلا بطريقة تكملية لتوضيح قواعد القانون الدولي"<sup>(397)</sup>. وبالنسبة له، "لا ينشئ الفقه والاجتهاد القضائي القانون؛ فهما يساعدان في تقرير القواعد الموجودة". ولاحظ أنه "ينبغي للقاضي أن يستفيد من كل من الاجتهاد القضائي والفقهاء، ولكن ينبغي أن يكونا على سبيل التوضيح فقط"<sup>(398)</sup>. وشدد على أن "حق القاضي في الاستفادة من العناصر المذكورة في هذه الفقرة ليس أمرا خطيرا لأن ذلك لن يكون إلا لأغراض توضيحية وتكميلية"<sup>(399)</sup>.

226 - وأفضت مناقشات ومفاوضات إضافية بشأن النص إلى تعديل لإزالة صيغة "متوافقة" مراعاة لشواغل دي لبراديل. ولم يتم حل الخلاف الأساسي بين ديكامب وريتشي - بوساتي في نهاية المطاف.

(389) المرجع نفسه.

(390) المرجع نفسه، الصفحة 334.

(391) المرجع نفسه، الصفحة 336.

(392) المرجع نفسه، الصفحة 333.

(393) المرجع نفسه.

(394) المرجع نفسه، الصفحتان 333 و 334.

(395) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 334.

(396) المرجع نفسه.

(397) المرجع نفسه، الصفحة 336.

(398) المرجع نفسه.

(399) المرجع نفسه، الصفحة 337.

وبعد تبادل آخر للأراء بين ديكامب ودي لابراديل وفيليمور، اتفق على أن يكون الاقتراح المتعلق بالفقرة 4 المستكملة بصيغته الجديدة، كما يلي:

”حجية أحكام المحاكم وآراء كبار الكتاب في مختلف الأمم“<sup>(400)</sup>.

ومع ذلك، قال ريتشي - بوساتي إنه يعتقد أنه يجب تنقيح هذا النص مرة أخرى. وأعرب بالتالي عن تفضيله لاستخدام صيغة أقصر. واعترض أيضا على إدراج الإشارة إلى ”بالترتيب التالي“، فيما يتعلق بنص المادة بأكملها، لأن تلك العبارة الافتتاحية لا لزوم لها وتتطوي على تسلسل هرمي. وفي رأيه، لن تفر الصيغة المقترحة للمادة بأن مختلف المصادر ”يمكن تطبيقها في آن واحد“ وأن ”طبيعة كل مصدر“ تختلف<sup>(401)</sup>. وعلى أية حال، وبعد تقديم اقتراحات نصية، كان رأيه أنه ”لا يجوز وضع الاجتهاد القضائي والفقهاء على نفس مستوى المصادر الأخرى، ويجب ألا يستخدموا بنفس الطريقة؛ وذلك على الرغم من أنه يجب دائما أن يضعهما القاضي في الاعتبار“<sup>(402)</sup>.

227 - وعقب المناقشات المذكورة أعلاه، ومع مراعاة النقاش الدائر، اعتمد اقتراح روت بصيغته المعدلة مؤقتا في القراءة الأولى على النحو التالي:

تطبق المحكمة القواعد التالية في حدود اختصاصها، على النحو المبين أعلاه، لتسوية المنازعات الدولية؛ وينظر فيها بالترتيب أدناه:

- 1 - القانون الدولي التعاهدي، سواء كان عاما أو خاصا، كونه القواعد التي تعتمدها صراحة الدول الأطراف في منازعة ما؛
- 2 - العرف الدولي، كونه ممارسة معترف بها بين الأمم تقبلها كقانون؛
- 3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛
- 4 - حجية أحكام المحاكم وآراء الكتاب كوسيلة لتطبيق القانون وتطويره.

وأدرجت حاشية للنص أعلاه، لتبيان النقاش الدائر، وتقديم مزيد من التوضيح. وهي تنص على ما يلي:

اعتمد هذا النص مؤقتا، باستثناء ما يتعلق بالصياغة النهائية للقراءة الثانية، مع إدخال التعديلات التالية:

(أ) الديباجة؛ ونصها: ”تطبق قواعد القانون التالية“؛

(ب) الفقرة رقم 4؛ ونصها: ”حجية أحكام المحاكم، وآراء كبار الكتاب في مختلف الأمم، كـ“ إلخ.

228 - ومن شأن صيغة لاحقة لمقترح القانون الواجب التطبيق قدمها الرئيس ديكامب واللورد فيليمور وعدلها السيد ريتشي - بوساتي أن تعدل بعض العبارات. وشمل ذلك *الفاتحة* وثلاث فقرات بشأن الاتفاقيات الدولية والعادات الدولية ومبادئ القانون العامة. واقترح ما يلي كفقرة أخيرة، بدون رقم:

(400) المرجع نفسه.

(401) المرجع نفسه.

(402) المرجع نفسه، الصفحة 338.

”تأخذ المحكمة في الاعتبار الأحكام التي تصدرها في القضايا المماثلة، وآراء كبار الكتاب في مختلف البلدان، كوسيلة لتطبيق القانون وتطويره“<sup>(403)</sup>.

229 - وفي الجلسة السابعة والعشرين، المعقودة في 19 تموز/يوليه 1920، ناقشت اللجنة نص الاقتراح المنقح الوارد أعلاه. واقترح الرئيس الإضافة التالية إلى ما كان آنذاك المادة 31، مضيفاً إلى الفقرة 4: ”ويعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون“<sup>(404)</sup>. وقوبل الاقتراح باعتراضات. فاللورد فيليمور، في موقف سيطعن فيه لاحقاً<sup>(405)</sup>، ”أشار إلى أن أحكام المحاكم تنص على القانون، ولكنها لا تنشئه“<sup>(406)</sup>. وتمسك ريتشي - بوساتي باعتراضاته الأصلية على المشروع الأصلي للمادة، المذكور أعلاه<sup>(407)</sup>. وعارض دي لايرديل أي تعديل للمصادر الثلاثة الأولى، وقال إنه سيحذف الفقرة الرابعة بكاملها. ففي رأيه أن القوانين والعادات ومبادئ القانون العامة ”لا يمكن تطبيقها دون الرجوع إلى الاجتهاد القضائي ومذاهب كبار المؤلفين“<sup>(408)</sup>. ومن ثم رأى أنه ينبغي حذف هذه العبارة، محتجاً بأن: ”مصدر القانون المشار إليه تحت هذا العنوان لا يمكن تعريفه بوضوح“<sup>(409)</sup>. وصوت ضد الفقرة الرابعة.

230 - وقد اعتمدت هذه المادة لأنها حظيت بالفعل بتأييد أغلبية اللجنة. ولكن، كما أشار أحد المؤلفين<sup>(410)</sup>، يمكن النظر إلى النص الختامي النهائي على أنه صيغة غامضة عن قصد لم تحل الخلافات الجوهرية بين المعسكرين (روت وفيليمور؛ وديكامب وريتشي - بوساتي). ومع ذلك، وبالنظر إلى النص الذي اعتمد في نهاية المطاف، فإن إشارته إلى المصادر الاحتياطية قد تشير في الواقع إلى أن الموقف القائل بأنه لا يمكن منح المصادر الاحتياطية مركز المصادر قد ضمن في نهاية المطاف في المادة 38<sup>(411)</sup>.

(403) انظر Annex 4 Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 351

”تنشأ القواعد التي تطبقها المحكمة لتسوية أي منازعة دولية تعرض عليها من المصادر التالية:

- 1 - الاتفاقيات الدولية، سواء كانت عامة أو خاصة، بوصفها تشكل قواعد تعتمدها صراحة الدول الأطراف في منازعة ما؛
- 2 - العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال بين الدول المذكورة التي تقبلها تلك الدول؛
- 3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعددة“.

(404) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 584

Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, (405) Cambridge University Press, 1996) pp. 587-602

(406) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 584

(407) المرجع نفسه.

(408) المرجع نفسه.

(409) المرجع نفسه.

(410) Michael Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136

(411) Godifridus J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986), p. 169-170

231 - وفي الجلسة الثلاثين، المعقودة في 21 تموز/يوليه 1920، اقترح ديكامب، بالإشارة إلى النسخة الفرنسية من النص، أن توضع عبارة "en ordre successivement" محل كلمة "successivement"<sup>(412)</sup>. وجرت الموافقة على هذا التعديل. وفيما يتعلق بمضمون الفقرة 4، اقترح، كحل وسط، ما يلي:

"تضع المحكمة في الاعتبار أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا [لتقرير] قواعد القانون"<sup>(413)</sup>.

232 - وأعرب ريتشي - بوساتي عن رغبته في أن توضع عبارة "التفسير القضائي" محل "تقرير قواعد القانون"<sup>(414)</sup>. ورفض هذا الاقتراح. وصوت ريتشي - بوساتي ضد المادة التي نصها في هذه المرحلة على النحو التالي:

المادة 31 - تطبق المحكمة في حدود اختصاصها المحدد في المادة 29 ما يلي بالترتيب:

- 1 - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛
- 2 - العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛
- 3 - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛
- 4 - قواعد القانون الناشئة عن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لتقرير قواعد القانون.

233 - ومع اقتراب اللجنة من نهاية مناقشتها لهذه المادة، اعتمدت المادة 35 المعاد ترقيمها الآن، في 22 تموز/يوليه 1920. وظل دي لايراديل يعرب عن شواغله<sup>(415)</sup>. وقال إن الفقرة 3 مما سبق ينبغي، في رأيه، أن يكون نصها كما يلي: "مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة كما تفسرها أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف البلدان"<sup>(416)</sup>. ومع ذلك، وبما أنه كان يدرك أن تفضيله لهذا البند لا يشاركه فيه زملاؤه، فقد امتنع عن التصويت على جانب هاجروب. وصوت ريتشي - بوساتي ضد المادة. وأقرت المادة 35. ونصت الصيغة النهائية للنص، كما اعتمدها اللجنة، والتي أصبحت المادة 38، على ما يلي:

"تطبق المحكمة في حدود اختصاصها المحدد في المادة 34 ما يلي بالترتيب التالي:

...

- 4 - أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا [لتقرير] قواعد القانون".

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 620 (412)

(413) المرجع نفسه.

.Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 620 (414)

(415) المرجع نفسه، الصفحة 645.

(416) المرجع نفسه.

234 - وفي 24 تموز/يوليه 1920، اعتمدت لجنة الحقوقيين الاستشارية تقريرا تضمن مشاريع مواد النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية، قدمته إلى مجلس عصبة الأمم. وقدمت عدة دول عددا من المقترحات لتعديل النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية<sup>(417)</sup>. وكانت من بينها الأرجنتين. واقترح التعديل الأرجنتيني نسا جديدا للمادة 38.

235 - ورفضت لجنة فرعية تابعة للجنة الثالثة للجمعية الأولى لعصبة الأمم، وهي الهيئة التي أحال إليها المجلس في نهاية المطاف مشاريع المواد، النص الجديد الذي اقترحتة الأرجنتين لمشروع المادة. وسعى الاقتراح، في جملة أمور، إلى "قصر سلطة المحكمة في إسناد طابع السوابق إلى أحكام المحاكم"<sup>(418)</sup>. وعلى العكس من ذلك، رأت اللجنة الفرعية أنه "يعتبر أن من المهام الهامة للمحكمة أن تساهم، من خلال اجتهادها القضائي، في تطوير القانون الدولي"<sup>(419)</sup>.

236 - وقدمت اللجنة الفرعية اقتراحين نصيين لإدخال تغييرات على المواد. أولا، في الفاتحة، وجدت أنه من غير الضروري الإبقاء على عبارة "حدود اختصاص المحكمة المحدد في المادة 34" وكذلك عبارة "بالترتيب التالي"<sup>(420)</sup>. وتمثل تعديل أخير أكثر موضوعية في إضافة بند جديد يقصد به منح المحكمة مرونة أكبر بالسماح لها، عند الاقتضاء وبموافقة الأطراف، بإصدار حكم وفقا لمبادئ العدل والإنصاف<sup>(421)</sup>. وأصبح هذا هو أصل الفقرة 2 من المادة 38 الحالية: "لا يترتب على هذه الأحكام أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".

237 - وبخلاف هذه التعديلات، لم تكن التغييرات التي أدخلت على مشروع المادة 35، والتي أصبحت في هذه العملية المادة 38، كبيرة وأوصيت بها الجمعية العامة للعصبة، التي اعتمدها في نهاية المطاف. وفتح باب التوقيع على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية في 16 كانون الأول/ديسمبر 1920، وبحلول موعد انعقاد الاجتماع التالي للجمعية في أيلول/سبتمبر 1921، كانت أغلبية الدول الأعضاء قد صدقت عليه، وبذلك دخل حيز النفاذ.

## باء - تعديلات لجنة الحقوقيين (1929)

238 - جرى تعديل النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية مرة واحدة، في عام 1929. وبالنظر إلى إعادة انتخاب أعضاء المحكمة التي كان مقررا إجراؤها في عام 1930، اقترح المندوب الفرنسي، في دورة الجمعية لعام 1928، إعادة النظر في النظام الأساسي للمحكمة. وعملا بقرار اتخذته الجمعية في

(417) للمناقشة، انظر Ole Spiermann and Malgosia Fitzmaurice, "History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Samantha Besson and Jean d'Aspremont (eds), *The Oxford Handbook of Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017) pp. 179-202 at p. 190

(418) انظر League of Nations, Documents Concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption of the Assembly of the Statute of the Permanent Court (1921), p. 50

(419) المرجع نفسه، الصفحة 68.

(420) المرجع نفسه، الصفحة 145.

(421) المرجع نفسه، الصفحة 157.

20 أيلول/سبتمبر 1928، أنشأ المجلس لجنة من الحقوقيين في 13 كانون الأول/ديسمبر من العام نفسه، من أجل "الإبلاغ عن التعديلات التي تبدو مستصوبة في مختلف أحكام النظام الأساسي للمحكمة"<sup>(422)</sup>.

239 - وعقدت لجنة الحقوقيين اجتماعات في الفترة ما بين 11 و 19 آذار/مارس 1929. وفيما يتعلق بالمصادر الاحتياطية على وجه التحديد، فإن السير سيسيل هيرست، خلال المناقشات التي جرت بشأنها، في 15 آذار/مارس 1929، "أشار إلى أنه لا يوجد تعبير مقابل في النص الفرنسي للفقرة 1 من المادة 35 لعبارة "of the various nations" ("في مختلف الأمم") التي وردت في النص الإنكليزي<sup>(423)</sup>. وعرض ديونيسيو أنزولوت أيضا لهذا التناقض. ولاحظ أن هناك في النص الإيطالي كلمات تقابل الكلمات الإضافية في النص الإنكليزي. ولمعالجة هذه المسألة، "قررت اللجنة أن تدرج في النص الفرنسي عبارة "des diverses nations" ("في مختلف الأمم")<sup>(424)</sup> لجعله مطابقا حرفيا للنص الإنكليزي (والإيطالي). ولم تكن هناك حاجة لتعديل النص الإنكليزي.

240 - وخلال المناقشة الأخرى المتعلقة بتتقيح النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية، على النحو المعروض في التعديلات المقترح إدخالها على النظام الأساسي للمحكمة، لوحظ أنه لم يقدم سوى اقتراح واحد لتعديل المادة 38. وأوضح رئيس لجنة الحقوقيين أن لديها:

فقط تعديل طفيف جدا وشكلي بحت تقترحه على الفقرة رقم 4 من المادة 35. ويتمثل التعديل في إعادة بضع كلمات تظهر في النص الإنكليزي إلى النص الفرنسي. ففي الفقرة رقم 4 المذكورة من المادة 38، تضاف عبارة "des différentes Nations" بعد عبارة "la doctrine des publicistes les plus qualifiés". ومن ثم، يصبح نص الفقرة رقم 4 من المادة 35 في النص الفرنسي كما يلي:

"Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit."<sup>(425)</sup>

### جيم - الإضافات الطفيفة للمادة 38 خلال مؤتمر الأمم المتحدة (1945)

241 - شهدت المادة 38 المرحلة التالية من تطورها أثناء المفاوضات التي جرت لإنشاء الأمم المتحدة ووضع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الذي ضم إلى حد كبير النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية. وفي مناقشات اللجنة الرابعة، بشأن التنظيم القضائي، تركت المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية كما هي إلى حد كبير. وفي اللجنة الأولى، التي كانت جزءا من اللجنة

League of Nations Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, (422) "Minutes of the Session held at Geneva, March 11th – 19th, 1929" (C. 166. M. 66. 1929) Annex 9. p. 110 وهو متاح في الرابط التالي: [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_D/D\\_minutes\\_statut\\_PCIJ\\_11au19march\\_1929.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_minutes_statut_PCIJ_11au19march_1929.pdf)

(423) المرجع نفسه، الصفحة 62.

(424) المرجع نفسه.

(425) المرجع نفسه، الصفحة 116.

الرابعة المكلفة بإعداد مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، انعكس الشعور السائد في ملاحظة فرنسا، التي حظيت بالقبول، ومفادها أنه "على الرغم من أن المادة 38 لم تُصغ صياغة جيدة، سيكون من الصعب وضع مشروع أفضل في الوقت المتاح للجنة"<sup>(426)</sup>. وتردد صدق هذا الشعور في رسالة للجنة غير الرسمية المشتركة بين الحلفاء جاء فيها ما يلي: "... على الرغم من أن صيغة هذا الحكم عرضة للنقد، فقد كان جيدا على صعيد الممارسة ويوصى بالإبقاء عليه"<sup>(427)</sup>.

242 - وكان هناك استثناءان طفيفان. ففي اقتراح قدمه وفد شيلي في 12 أيار/مايو 1945 رأى أنه سيكون من الضروري الإشارة صراحة إلى تطبيق القانون الدولي، ضمن أسباب أخرى، لأن ذلك "سيحدد وظائف المحكمة تحديدا أفضل بوصفها جهازا من أجهزة القانون الدولي وفقا للاجتهادات القضائية المتكررة للمحكمة وتاريخ صياغتها"<sup>(428)</sup>. ومن ثم، اقترحت شيلي النص التالي للفاتحة:

"مهمة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون، وهي تطبق في هذا الشأن: ..."

243 - واعتمدت اللجنة بالإجماع صيغة معدلة تعديلا طفيفا للاقتراح، إذ حذفت كلمة "مهمة" واستعاضت عنها بكلمة "وظيفة"<sup>(429)</sup>. وكما أوضح تقرير اللجنة الأولى، فإن "الثغرة في النظام الأساسي القديم فيما يتعلق بهذه النقطة لم تمنع [المحكمة الدائمة للعدالة الدولية] من اعتبار نفسها جهازا من أجهزة القانون الدولي؛ لكن الإضافة ستبرز ذلك الطابع في المحكمة الجديدة"<sup>(430)</sup>. وكان التغيير توضيحا سد، في واقع الأمر، ثغرة جرت معالجتها أصلا في إطار الممارسة القضائية. ففي العديد من القضايا، على سبيل المثال قضية بعض المصالح الألمانية في سيليسيا العليا البولندية، الأسس الموضوعية ( *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits* )، تناولت المحكمة الدائمة للعدالة الدولية نفسها من وجهة نظر القانون الدولي ووجهة نظر المحكمة التي هي جهازها"<sup>(431)</sup>. وفي قضية القروض البرازيلية ( *Brazilian Loans* )، اعتبرت ذات المحكمة نفسها "هيئة قضائية للقانون الدولي"<sup>(432)</sup>. وقد أعادت تأكيد هذا النمط في التفكير المحكمة الحالية، التي اعتبرت نفسها، في قضية قناة كورفو، الأسس الموضوعية ( *Corfu Channel, Merits* )، ملزمة "بضمان احترام القانون الدولي، التي هي جهازه"<sup>(433)</sup>.

244 - وجاء اقتراح ثان لتعديل المادة 38 أيضا من الأمريكتين. وبالعودة إلى مسألة تناولتها لجنة الحقوق الاستشارية صراحة في عشرينيات القرن الماضي، أشارت كولومبيا إلى مسألة ترتيب المصادر

(426) Pellet, "Article 38," p. 689.

(427) Documents of the United Nations Conference on International Organization, vol. XIV, at p. 435 (1945).

(428) المرجع نفسه، الصفحة 493.

(429) المرجع نفسه، الصفحة 285.

(430) المرجع نفسه، الصفحة 392.

(431) قضية [بعض المصالح الألمانية في سيليسيا العليا البولندية (ألمانيا ضد بولندا)] *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), Merits, P.C.I.J. Series A 1926, No. 7 at 19*

(432) قضية [الدفع ذهبيا مقابل القروض الاتحادية البرازيلية المتعاقد عليها في فرنسا (فرنسا ضد البرازيل)] *The Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil), Merits, P.C.I.J. Series A, No. 15 at 124*

(433) قضية [قناة كورفو] *Corfu Channel Case, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4 at 35*

الواردة في المادة 38، مقترحة إضافة عبارة "in consecutive order" ("على التوالي") في الفقرة 1<sup>(434)</sup>. وقد استلهمت من الحاجة إلى توضيح أن أحكام المحكمة ستصدر مع إيلاء الاعتبار الواجب للالتزامات التعاقدية للأطراف. ولاحظت كولومبيا في الواقع أنه على الرغم من تقديم اقتراح مماثل في عام 1920، أوضح ممثلو المحكمة في ذلك الوقت أنه لم تنشأ أي صعوبة في هذا الصدد فيما يتعلق باستخدام المادة 38. وأسقط الاقتراح في النهاية. ووافقت كولومبيا، في بيانها، على أن تعديلها لن يسفر عن أي تغيير جوهري في تفسير المادة، وشعرت بالافتناع بأن المحكمة الجديدة ستولي أهمية قصوى للالتزامات التعاقدية للدول، على غرار المحكمة الدائمة للعدالة الدولية<sup>(435)</sup>.

### دال - ملاحظات المقرر الخاص انطلاقاً من تاريخ صياغة المادة 38

245 - إجمالاً، واستناداً إلى المناقشات الواردة أعلاه بشأن تاريخ الصياغة الرائع للفقرة الفرعية I (د) من المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية (التي نقلت إلى حد كبير إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية)، يمكن تقديم الملاحظات الأولية الأربع التالية لتتظير فيها اللجنة.

246 - أولاً، فيما يتعلق بالفقرة الفرعية I (د)، يقدم تاريخ الصياغة توضيحات مفيدة حول نية القائمين على الصياغة. وفي هذا الصدد، يؤكد التاريخ أنه كانت هناك اختلافات في وجهات النظر منذ وقت صياغة المادة 38 فيما يتعلق بدور أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام كمصدرين احتيابيين في عملية تقرير قواعد القانون الدولي. وانقسم مختلف أعضاء لجنة الحقوقيين الاستشارية حول ما إذا كان القضاة يطبقون القانون فحسب، أو ما إذا كان يسمح لهم في سياق تطبيق القانون الوضعي بتوضيح أو تطوير أو حتى إنشاء قانون جديد. ورأى بعض الخبراء أن دور تطوير القانون دور حتمي، وأنه إلى حد كبير دور متأصل في الوظيفة القضائية. ويبدو أن هذا ما تؤكد ممارسته المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية. ويبدو أيضاً أن ممارسة المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى تؤكد ذلك. وفي نهاية المطاف، يرى الخبراء في هذا المعسكر أن قاضي المحكمة الدولية ينبغي ألا يكون في وضع غير موات مقارنة بقضاة المحاكم الوطنية.

247 - بل على العكس من ذلك، وكما يتضح من تعليقات بعض الخبراء، فإن تطوير القانون مهمة تكتسي أهمية أكبر بالنسبة للقاضي الدولي مقارنة بقضاة المحاكم الوطنية بالنظر إلى الثغرات التشريعية في القانون الدولي وبطء عملية تشكيل القانون العرفي. وهناك شاغل خاص لدى جميع خبراء لجنة الحقوقيين الاستشارية يبدو أن ثمة بالفعل إجماعاً عليه وهو أن قضاة محكمة دولية سوف يعلنون بسهولة عدم اختصاص المحكمة بالبت في القضايا لأنهم لم يتمكنوا من العثور على قاعدة تنطبق من قواعد القانون الوضعي. وإعلانات الفراغ القانوني ستقوض وجود هيئة قضائية. وستقوض أيضاً التسوية السلمية للمنازعات، ولهذا السبب، كما هو الحال في النظم الوطنية، يتعين عليها أن تبذل قصارى جهدها لتجنب مثل هذه الحالات وإصدار حكم في القضايا المعروضة عليها باللجوء، حسب الاقتضاء، إلى التوجيه الذي يمكن الحصول عليه من المصادر الاحتياطية. وهنا، يبدو أنه كان هناك أعضاء في لجنة الحقوقيين الاستشارية

(434) Documents of the United Nations Conference on International Organization, vol. XIII, at p. 287 (1945)

(435) Pellet, "Article 38", p. 690 انظر

يرون أن هناك صلات وثيقة بين الوظائف التي تؤديها مبادئ القانون العامة والمصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

248 - وثانياً، فيما يتعلق بمذاهب كبار المؤلفين، يبدو أن أعضاء لجنة الحقوقيين الاستشارية كانوا يعتقدون أولاً وقبل كل شيء أن الآراء الفقهية ستساعد في التحديد الموضوعي للقواعد الموجودة والتي وافقت عليها الدول في المعاهدات أو من خلال القانون الدولي العرفي أو التي تتجلى في مبادئ القانون العامة. وكان يتعين أن تكون الكتابات الفقهية احتياطية بمعنى أنها ربما توفر علمياً أساساً لاستنتاج وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في حالة محددة. وبذلك المعنى، فإن مجرد الدفاع عن موقف أو مبدأ معين من جانب فرادى المؤلفين ليس بالضرورة دليلاً على وجوده. بل إن اتفاق عدد من المؤلفين، فرادى أو أفرقة خبراء، على وجود مبدأ أو قاعدة، يمكن أن يكون أساساً لفرضية مؤيدة لوجود تلك القاعدة نظراً لأن احتمالية صحة القاعدة ستكون عالية عندما يكون التحليل موضوعياً وتتطابق مختلف آراء المؤلفين. وفي هذا الصدد، سيكون لأعمال هيئات الخبراء، إجمالاً، وزن أكبر. ويشير مفهوم الفرضية إلى أن الآراء الفقهية تكون قابلة للدحض بقدر عدم دعمها بشكل جيد. وفي النهاية، وعلى مستوى لجنة الحقوقيين الاستشارية ككل، والعصبة في نهاية المطاف، تم قبول إمكانية استخدام أحكام المحاكم والفقه بطريقة تكميلية لتقرير وجود ومضمون قواعد القانون الدولي. وتتعكس هذه الملاحظة اليوم في الممارسة وسيكون من الصعب الطعن فيها.

249 - وثالثاً، فيما يتعلق بسؤال كثيراً ما يصادف حول ما إذا كانت فئة أحكام المحاكم أكثر أهمية من فئة مذاهب كبار المؤلفين، ويتردد صدق نقاشه في بعض الدراسات الفقهية حتى اليوم، يظهر النقاش الدائر في لجنة الحقوقيين الاستشارية أنه كان هناك رأي مفاده أن أحكام المحاكم أكثر أهمية. ولكن يبدو أن ذلك الموقف موقف أقلية. ورأت أغلبية الأعضاء الآخرين أن كليهما، على مستوى المبدأ على الأقل، مفيدان في عملية تقرير وجود، أو عدم وجود، قاعدة من قواعد القانون الدولي. ومن الجدير بالذكر أن الممارسة أكدت أن المحاكم الدولية، شأنها شأن المحاكم الوطنية، تفضل الاعتماد على أحكام المحاكم بدلاً من الكتابات الفقهية. ولا ينبغي أن يكون ذلك مفاجئاً، على الرغم من وجود فروق دقيقة في هذا الطرح أيضاً، تبعاً على سبيل المثال للمثال للهيئة القضائية المحددة أو مجال القانون الدولي قيد النظر. ولكن هذا لا يعني أن مذاهب كبار المؤلفين أقل صلة أو أقل أهمية. ويرى المقرر الخاص، على نحو ما سيتم شرحه لاحقاً وتناوله بمزيد من التفصيل في التقارير المقبلة، حسب الاقتضاء، أن المسألة لا تتعلق كثيراً بما إذا كانت أحكام المحاكم أو مذاهب كبار المؤلفين في نوع من التسلسل الهرمي المعياري بين بعضها البعض بقدر ما تتعلق بالبحث فيما إذا كان المصدران الاحتياطيان المذكوران صراحة يؤيدان بالفعل وظائف تكمل بعضها بعضاً بموجب الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38. وهما متحدان في الغرض من خلال العمل كوسيلة لمساعدة المحاكم الدولية على ضمان حل قائم على مبادئ لمشكلة قانونية عملية.

250 - ورابعاً، وبالحدّث بشكل أعم عن الفقرة 1 من المادة 38، كان هناك بعض النقاش في لجنة الحقوقيين الاستشارية حول مقدار التركيز الواجب على وضع ترتيب تعاقبي لتطبيق المصادر. وسنعود إلى تناول هذه النقطة أدناه. أما الآن فيكفي ملاحظة أن بعض أعضاء لجنة الحقوقيين الاستشارية رأوا أن الصيغة الصريحة التي تنص على الترتيب التعاقبي للتطبيق ضرورية، فيما يتعلق بالمعاهدات والعادات ومبادئ القانون العامة، كوسيلة لتوجيه المهمة القضائية، إن لم يكن تأطيرها أو ضبطها، في حين رأى آخرون أن ذلك تنطوي عليه ضمناً القائمة التي يمكنهم استعراضها بصورة منهجية. وكان هناك أيضاً رأي أكثر دقة، من جانب بعض خبراء لجنة الحقوقيين الاستشارية مفاده أن كل مصدر من المصادر الثلاثة

يمكن تطبيقه في آن واحد وأنه ينبغي السماح بقدر كبير من التقدير للقضاة. والواقع أن عضوا واحدا على الأقل رأى أنه من الأفضل أن تترك للقضاة مسائل من قبيل ترتيب استعراض القانون الواجب التطبيق للبت فيها. ورأى عضو آخر أن إطارا أوسع نطاقا، يترك للقاضي هامشا أوسع من الوسائل التي يمكن استخدامها، أفضل. ومع ذلك، وفيما يتعلق بالمصادر الأولية، وعلى الرغم من أنه كان يعتقد أن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين ذات صلة، فإن توضيح أنها "مصادر احتياطية" أفاد في أن يبرز، إلى حد ما، أن المصادر المرتبطة بذلك المصطلح تكملية أو فرعية أو ليست بخلاف ذلك المصادر الأولية للقانون بقدر ما هي وسائل لتحديد أو، وفقا لصيغة الحكم، ["تقرير"] قواعد القانون المنطبقة. ويمكن أن تتماشى هذه الملاحظة مع آراء أولئك الذين يذهبون إلى أن المصادر الاحتياطية هي مصادر مادية. وسيتناول الفصل التاسع بإيجاز ما يعنيه وصف المصادر الاحتياطية بالمصادر المادية.

251 - وبعد مناقشة التطور التاريخي للمادة 38 بالتفصيل، وتحديد الفقرة الفرعية 1 (د)، يبدو من المفيد الآن دراسة نص الحكم وكيفية تطبيقه في ممارسة المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية، في الفصل التالي. ويهدف هذا التحليل النصي إلى التركيز على المعنى العادي للمصطلحات.

## الفصل الثامن

### التحليل النصي لعناصر الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

ألف - فاتحة الفقرة 1: "وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن"

252 - تنص الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي على أن "وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن...". ولا بد من إبداء ملاحظتين أوليتين. أولاً، ترد هذه الفاتحة في الفصل الثاني من النظام الأساسي. ويتألف هذا الفصل نفسه من خمسة مواد، ويتناول "اختصاص المحكمة" ويتحدث عن الوظيفة الرئيسية التي أنيطت بـ "المحكمة"<sup>(436)</sup>. وهذا يعني "أن تفصل في"<sup>(437)</sup> المنازعات المعروضة عليها. وهذه هي وظيفتها الأساسية من نواح رئيسية. وتؤكد الفقرة 1 ضمناً أيضاً أهمية الاختصاص بالفصل في المنازعات، الذي يستند إلى موافقة الدول التي يجب أن تعرض منازعة يتخذ قرار بشأنها بعد ذلك. وهذا يوضح أن المحكمة ليس لها اختصاص عام لتسوية المنازعات بين الدول، وإنما اختصاص محدود عندما توافق الأطراف على عرض منازعاتها على التسوية القضائية. وفي هذا الصدد، يمكن للمحكمة أن تلجأ إلى مصادر خارج نطاق المصادر المذكورة صراحة في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي، والتي من الواضح أنها ستشمل مصادر احتياطية، للفصل في منازعة ما على أساس ما هو معقول ومنصف (وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف). وهذه السلطة الواردة في الفقرة 2 من المادة 38، والتي يمكن القول إنها وضعت في غير محلها في القانون الواجب التطبيق بدلا من الحكم المتعلق بالاختصاص<sup>(438)</sup>، لم تعدت بها الدول، بل قد تكون حبرا على ورق<sup>(439)</sup>.

(436) هذا الحكم موجه إلى "المحكمة" ككل. والهينة ككل هي التي توجه بهذه الطريقة، على الرغم من أن فرادى القضاة الذين يتصرفون بصفتهم الفردية قد يتعاملون، بالطبع، مع استخدام أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين بطرق متنوعة.

(437) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المادة 38، وهو متاح في الرابط: [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute).

(438) Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, vol. II (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2016), p. 593, 596 (يجادل، في جملة أمور، بأن "الحكم يتعلق باختصاص المحكمة أكثر منه بالقانون الذي ستطبقه المحكمة...") و "حقيقة أن النظام الأساسي يتضمن حكماً صريحاً بشأن سلطة المحكمة للبت في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف قد تكون، إلى حد ما، قد أضعفت القدرة العامة للمحكمة على البت في المنازعات".

(439) لم يعتد في المحكمة بسلطة البت في القضايا وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف. ومع ذلك، جرى الاعتداد بتلك السلطة في محاكم أخرى، على سبيل المثال، في نزاعين حدوديين في أمريكا اللاتينية بت فيهما محكومون في ثلاثينيات القرن الماضي. انظر A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 55. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة تناولت هذه السلطة والعلاقة بين الفقرة 2 والفقرة 1 من المادة 38 في عدة قضايا، وعلى الأخص في قضية [جنوب غرب أفريقيا (المرحلة الثانية)] [1966] 6, 48, *South West Africa* [1966] 6, 48 (الفترتان 89 و 90)، و [قضية الجرف القاري لبحر الشمال] [1969] 3, 48 و *North Sea* [1969] 3, 48 (الفترة 88)؛ وقضية [النزاع الإقليمي والبحري (نيكاراغوا ضد هندوراس)] [2007] 659, 741, 748, 748 و *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Honduras)* [2007] 659, 741, 748 و *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* [1986] 554, 567 و *Faso/Mali* [1986] 554, 567 (الفترتان 27 و 28).

253 - والملاحظة الثانية، وهي تتناول أكثر الوسائل التي يلزم أن تتصرف المحكمة بموجبها عند البت في منازعة ما، فهي أنها يتعين عليها القيام بذلك "وفقا لأحكام القانون الدولي". وفي ظاهر الأمر، يمكن القول، بموجب هذا التوجيه الصريح، إنه لا يجوز للمحكمة أن تعتمد على القوانين الوطنية<sup>(440)</sup> للدول المتنازعة لحل منازعاتها الموضوعية. ولا يمكنها أن تفعل ذلك إلا وفقا للقانون الدولي، الذي هو النظام القانوني الذي ينظم العلاقات بين الدول المعنية. ومع ذلك، فإن الممارسة واضحة في أن المحكمة يمكن أن تستند إلى أحكام المحاكم الوطنية التي تطبق القانون الدولي وحتى إلى القانون الوطني، كما كان الحال فيما يتعلق بالقانون الوطني، على سبيل المثال في قضية شركة برشلونة لمعدات الجر (*Barcelona Traction*)<sup>(441)</sup>. وقد يظل القانون الوطني ذا صلة حتى بالنسبة للمحاكم الدولية، لا سيما عندما يمكن أن يكون القانون المحلي أساسا لتنظيم مسائل معينة. وعلى أي حال، فإن هذا الجزء من الحكم، كما نوقش أعلاه، أضيف إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في عام 1945 استنادا إلى اقتراح من شيلي يرمي إلى "تحديد وظائف المحكمة تحديدا أفضل بوصفها جهازا من أجهزة القانون الدولي وفقا للاجتهادات القضائية المتكررة للمحكمة وتاريخ تشكيلها"<sup>(442)</sup>.

254 - وبينما لاحظت اللجنة الأولى أن عدم وجود إشارة من هذا القبيل في النظام الأساسي القديم لم يمنع المحكمة السلف من "اعتبار نفسها جهازا من أجهزة القانون الدولي"، فقد أدرجت النص المقترح لأنها رأت أن الإضافة "ستبرز طابع المحكمة الجديدة" بوصفها جهازا من أجهزة القانون الدولي<sup>(443)</sup>. وهذا التركيز، نظرا

(440) هنا، يمكن التمييز بين الاعتماد على القانون الوطني والاعتماد على أحكام المحاكم الوطنية التي تطبق القانون الدولي. غير أن التمييز ليس له في نهاية المطاف أثر كبير نظرا لأن أحكام المحاكم الوطنية يمكن أن تفسر القانون الوطني أيضا. والخلاصة هي أن أحكام المحاكم الوطنية، لا سيما عند التعامل مع مسائل القانون الدولي، تظل ذات صلة أيضا بالمحاكم والهيئات القضائية الدولية.

(441) انظر *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3* at paras. 38 and 50. حيث قررت المحكمة، في سياق تسوية تلك المنازعة بين بلجيكا وإسبانيا، عند تحديد الشخصية الاعتبارية للشركات المعنية، أنه يتعين على ذلك القانون الدولي "أن يعترف بالكيان الاعترافي كمؤسسة أنشأتها الدول في مجال يقع أساسا ضمن ولايتها القضائية المحلية. وهذا بدوره يقتضي، كلما نشأت مسائل قانونية تتعلق بحقوق الدول بشأن معاملة الشركات والمساهمين لم يضع القانون الدولي بشأنها قواعده الخاصة، ضرورة الإشارة إلى قواعد القانون المحلي ذات الصلة. وبناء على ذلك، وبالنظر إلى صلة حقوق الكيان الاعترافي والمساهمين فيه بموجب القانون المحلي بالقضية الرهنة، يجب على المحكمة أن تولي اهتماما لطبيعة تلك الحقوق وترابطها". فضلا عن ذلك، ذكرت المحكمة في الفقرة 50: "بالانتقال الآن إلى الجوانب القانونية الدولية للقضية، يجب على المحكمة، كما سبقت الإشارة، أن تتطرق من كون هذه القضية تتطوي أساسا على عناصر مستمدة من القانون المحلي - الفوارق والقواسم المشتركة بين الشركة والمساهمين - يتخذها كل طرف من الأطراف، بغض النظر عن درجة الاختلاف فيما يقدمه من تفسير، نقطة انطلاق في استدلاله. وإذا قررت المحكمة البت في القضية، متجاهلة مؤسسات القانون المحلي ذات الصلة، فإن ذلك سيؤدي، دون مبرر، إلى صعوبات قانونية جمة. إذ ستفقد المحكمة صلتها بالواقع، بحكم عدم وجود ما يقابلها من مؤسسات القانون الدولي التي يمكن أن تلجأ إليها. ومن ثم يتعين على المحكمة، كما ذكر، ألا تكفي بالإحاطة علما بالقانون المحلي، بل أن تشير إليه أيضا. فالقانون الدولي يشير إلى القواعد المقبولة عموما من النظم القانونية المحلية التي تعترف بالشركة باعتبارها شركة محدودة يتمثل رأس مالها في أسهم، وليس إلى القانون المحلي لدولة معينة. وبالإشارة إلى هذه القواعد، لا يمكن للمحكمة تعديلها، ناهيك عن تشويهها".

(442) Observations by the Chilean Delegation on Article 38 of the Statute of the Proposed International (Court of Justice, 13 Doc. U.N. Conf. on Int'l Org. 493, 493 (1945)).

(443) انظر Manley O. Hudson, "The Twenty-Fourth Year of the World Court", AJIL, vol. 40 (1946), p. 1 at p. 35 (يجادل بأنه "لم يعرب قط عن أي شك في هذه النقطة؛ والواقع أن المحكمة الدائمة كثيرا ما أشارت دون طعن إلى نفسها على أنها 'جهاز' من أجهزة القانون الدولي، أو أن لها ولاية لتطبيق القانون الدولي". وقد كرر نفس الرأي أساسا في معاهداته الرئيسية: انظر Manley O Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942 - A Treatise* (New York: The Macmillan Company, 1943), p. 605, para. 545.

للحاجة إلى تطوير التسوية القضائية للمنازعات كوسيلة لحل الخلافات في وجهات النظر بين الدول، أمر مفهوم. ولكنه يشدد بوضوح أيضا على وظيفة المحكمة في حل المنازعات الخلافية بين الدول.

255 - وقد يكون من المفيد توضيح كيفية الاحتجاج بهذا الحكم على صعيد الممارسة. فقد أشارت كل من المحكمة السلف ومحكمة العدل الدولية إلى المادة 38 في عدد من القضايا. فعلى سبيل المثال، ذكرت في قضية الأنشطة العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، الأسس الموضوعية ( *Military Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits* )، ”مصادر القانون الدولي التي تقتضي المادة 38 من المحكمة تطبيقها“ و”مصادر القانون المذكورة في المادة 38 من النظام الأساسي“<sup>(444)</sup>. وتتفاعل الإشارات إلى المادة 38 مع الجوانب التي تتعلق بالحالات المحددة التي تنشأ. وفي قضية الجرف القاري (تونس/ليبيا) ( *Continental Shelf (Tunisia/Libya)* )، أشارت محكمة العدل الدولية إلى أنه ”إذا كانت المحكمة، بطبيعة الحال، ملزمة بأن تراعي جميع المصادر القانونية المحددة في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة عند تحديد المبادئ والقواعد القانونية ذات الصلة المنطبقة على تعيين الحدود، فإنها ملزمة أيضا، وفقا للفقرة الفرعية 1 (أ) من تلك المادة، بتطبيق أحكام الاتفاق الخاص“<sup>(445)</sup>.

256 - وبالمثل، قررت إحدى دوائر المحكمة في قضية خليج مين (Gulf of Maine)<sup>(446)</sup> أنه ”من الواضح أن المحكمة، في تعليقها بشأن هذه المسألة، يجب أن تبدأ بالإشارة إلى الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة. ولغرض الدائرة في المرحلة الحالية من تعليقها، وهو التأكد من مبادئ وقواعد القانون الدولي التي تحكم عموما موضوع تعيين الحدود البحرية، سيشار إلى الاتفاقيات (الفقرة 1 (أ) من المادة 38) والعادات الدولية (الفقرة 1 (ب))، التي أسهمت بالفعل إسهاما كبيرا في تعريفها أحكام المحاكم (الفقرة 1 (د)) الصادرة عن المحكمة أو هيئات التحكيم“<sup>(447)</sup>.

257 - وأخيرا، فيما يتعلق باختيار حفنة من بين العديد من الأمثلة الممكنة، ففي قضية تعيين الحدود البحرية في المنطقة الواقعة بين غرينلاند ويان ماين (الدانمرك ضد النرويج) ( *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* )، فحصت المحكمة ”المصادر الواردة في المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة“، والتي قررت أنها ”يجب أن تنظر فيها“ فيما يتعلق بـ ”القانون المنطبق على منطقة صيد الأسماك“<sup>(448)</sup>.

258 - وعلى الرغم مما تقدم، يقال إن فاتحة الفقرة 1 تقلل من شأن وظيفتين إضافيتين للمحكمة. أولا، إن الفقرة 1 من المادة 38 تقلل قيمة الوظيفة الهامة التي تؤديها المحكمة بوصفها الجهاز القضائي الرئيسي

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (444) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14 at p. 38; p. 82

*Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18. at p. 37 (445)

*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)*, Merits, (446) Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246

*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)*, Merits, (447) Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246 at p. 290-91

*Case Concerning Maritime Delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38 at 61, para 52 (448)

للأمم المتحدة في إصدار الفتاوى بناء على طلب الأجهزة والوكالات المتخصصة ذات الصلة. والمادة 38، التي تدرج كما سبقت الإشارة إليه أعلاه في الفصل المتعلق باختصاص المحكمة من النظام الأساسي، تغفل الإشارة إلى اختصاصها الاستشاري. وعلاوة على ذلك، فإن الفصل الأكثر تحديدا بشأن الفتاوى في النظام الأساسي للمحكمة لا يذكر صراحة المادة 38.

259 - ولكن حتى في حالة عدم وجود إشارة رسمية إلى وظيفة المحكمة الاستشارية<sup>(449)</sup> في الفقرة 1 من المادة 38، فإنها تؤدي أيضا تلك الوظيفة الاستشارية الهامة "وفقا لأحكام القانون الدولي". ولا يمكن أن يكون الأمر خلاف ذلك، إذ سيكون من الغريب أن تعتمد المحكمة في المقام الأول على مجموعة من القوانين غير القانون الدولي عند أداء وظيفتها القضائية. وقد أثرت بالفعل مسألة ما إذا كانت الإضافة الأخيرة إلى الفقرة 1 من المادة 38 تنطبق أيضا على الفتاوى عندما اعتمد التعديل الشيلي المقترح. ولفتت المداولات الانتباه إلى مادة أخرى من النظام الأساسي، يبدو أنها تحسم هذه النقطة من حيث المبدأ<sup>(450)</sup>. ومما يؤكد أن هذا هو الموقف القانوني الصحيح أن المادة 68 تنص صراحة على أنه "عندما تباشر المحكمة مهمة الإفتاء تتبع - فوق ما تقدم - ما تراه هي ممكن التطبيق من أحكام هذا النظام الأساسي الخاصة بالمنازعات القضائية"<sup>(451)</sup>. (التوكيد مضاف).

260 - وثانيا، على الرغم من أن هذه المسألة يمكن أن يتبين أنها مسألة حساسة ومن ثم تستحق المضي فيها بحذر، يرى بعض الكتاب أن الفقرة 1 من المادة 38 "تجاهل أيضا وظائف ضمنية أو مشتقة هامة مثل مساهمة المحكمة في تطوير القانون الدولي من خلال وضعها للقانون، أو بالتأكيد، دورها في التحقق من القانون"<sup>(452)</sup>. وقد نوقشت هذه المسألة بالفعل على مستوى لجنة المحققين الاستشارية، على النحو المشار إليه في الفصل السابق. وعلى الرغم من أن المحكمة ليست لديها "ولاية رسمية لتطوير القانون الدولي، فقد كان للمحكمة تأثير هائل على تطوير القانون الدولي" و"عدة قواعد يعتبرها المحامون الدوليون أمرا مفروغا منه نشأت من الاجتهاد القضائي للمحكمة أو تطورت انطلاقا منه"<sup>(453)</sup>.

(449) للاطلاع على تحليل متعمق، انظر M. Bennouna, "The Advisory Function of the International Court of Justice in the Light of Recent Developments", in M. Cherif Bassiouni, Gomula Joanna, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas, Anna Vigorito (eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo* (Oxford: Oxford University Press, 2013)

(450) Nineteenth Meeting of Committee IV/1, June 6 1945, 13 Doc. U.N. Conf. on Int'l Org. p. 279, at p. 285 (1945). See Alain Pellet 'Article 38' in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, and C. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp. 853-854 and 868-870

(451) انظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المادة 68، وهو متاح في الرابط: [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)

(452) Pellet and Müller, "Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), pp.677-792 at p. 837

(453) Dire Tladi, "The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law" in Carlos Esposito and Kate Parlett (eds) *The Cambridge companion to the International Court of Justice*. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2023), pp. 68-85 at p. 68, 84

261 - وفيما يتعلق بالصيغة التي توجه المحكمة إلى أن "تطبق في هذا الشأن" أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، بوصفهما مصدرين احتيابيين لتقرير قواعد القانون، طرح سؤال عما إذا كان المقصود أن تسري عبارة "تطبق في هذا الشأن" فقط على المصادر الواردة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) أو ما إذا كانت تشمل أيضا المصادر الاحتياطية الواردة في الفقرة الفرعية (د). ويمكن وتم الاستدلال على أن عبارة "تطبق في هذا الشأن" تسري على الأولى فقط وليس على الأخيرة. وقد لاحظ القاضي شهاب الدين، الذي يكتب بصفته الأكاديمية، أن المحكمة يمكن أن تطبق مباشرة المعاهدات والعادات ومبادئ القانون العامة عند البت في المنازعات المعروضة عليها - رهنا فقط بشرط محتمل فيما يتعلق بمبادئ القانون العامة<sup>(454)</sup>. ولا يمكن للمحكمة، من ناحية أخرى، أن "تطبق" أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، إذ القصد من هذا أو ذلك أن يكون مجرد مصدر احتياطي "لتقرير قواعد القانون"<sup>(455)</sup>. وفي الواقع، وهذا تمييز دقيق، "يجب البت في المنازعة لدى تطبيق قواعد القانون، وليس المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون"<sup>(456)</sup>.

262 - وقد تشير قراءة نصية متسقة مع القواعد العادية لتفسير المعاهدات إلى أن عبارة "تطبق في هذا الشأن" يمكن أن تشمل أيضا ما يندرج في إطار الفقرة الفرعية (د). وإذا كانت هذه الحجة صحيحة، فإن السؤال الآخر سيكون عندئذ ما إذا كان النص، فيما يتعلق بالمصادر الأخيرة التي يقال صراحة إنها "مصادر احتياطية"، يجعل المشاورات بشأن "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم" إلزامية أو جبرية على المحكمة. ومن الصعب أن نرى كيف يمكن القول، في قراءة نصية، أن المحكمة مطالبة بتطبيق مذاهب كبار المؤلفين. والواقع أنه من المرجح في الممارسة أن تكون الدراسات الفقهية بمثابة تأكيد للنتائج التي يتم التوصل إليها بعد تقييم وجود قاعدة في معاهدة أو قانون دولي عرفي أو مبادئ عامة للقانون.

263 - وقد طرحت وجهات نظر متباينة في هذا الشأن. ويبدو أن كلا من جينينغز ولوترباخث يشيران إلى أن المحكمة مطالبة بالرجوع إلى كتابات كبار المؤلفين. ولكن، كما أشار هيلمرسن وآخرون، فإن ممارسة المحكمة المتمثلة في عدم الاستشهاد بالضرورة بمذاهب كبار المؤلفين لا تعني أنها قد لا ترجع إلى تلك الأعمال، لكن دون الاستشهاد بها<sup>(457)</sup>. وإذا كانت القراءة الأخيرة صحيحة، فيبدو، من هذا المنظور، أن هناك تضاربا في صياغة المادة 38. وذلك لأن النظام الأساسي يوجه المحكمة إلى أن تطبق أحكام المحاكم

Moisés Montiel Mogollón, "The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector (454) Doctrine", *Mich J. Int'l L.* (2022), p.301 at p. 339

.Mogollón, "The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine", p. 339 (455)

T. Treves, "Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals" in Rüdiger (456) ;Wolfrum and Volker Röben (eds) *Legitimacy in international law* (Berlin: Springer, 2008), pp 169-188

M. Sourang, "Jurisprudence and Teachings" in Mohammed Bedjaoui (ed) *International Law: و Achievements and Prospects* (Dodrecht: Martinus Nijhoff Publishing, 1991), pp. 283-287 at p.285

.Helmersen *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45 (457)

ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام لتقرير قواعد القانون الدولي وأيضاً في الوقت نفسه إلى أن تستخدمها فقط كمصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون<sup>(458)</sup>.

264 - وبعبارة أخرى، فإن فئة المصادر الاحتياطية لا تتكون، بالمعنى الصحيح للكلمة، من عناصر تطبقها المحكمة. وإنما تعمل بدلاً من ذلك كأداة مساعدة للمحكمة في تحديد المصادر الواردة في الفقرات الفرعية 1 (أ) إلى (ج) من المادة 38<sup>(459)</sup>. وهذا هو السبب في أن البعض جادل بأنها مصادر مادية. ومع ذلك، قدم آخرون قراءة مختلفة اقترحوا فيها قراءة الفقرة الفرعية (د) في ضوء الفاتحة. وتقتضي الفاتحة من المحكمة، في جميع الحالات، أن تبت في المنازعات وفقاً لأحكام القانون الدولي، مما يعني أنه يجب عليها البت وفقاً لقواعد القانون التي تحددها على أساس أحكام المحاكم بوصفها مصدراً احتياطياً لتقرير تلك القواعد<sup>(460)</sup>.

265 - وخلص القول إن الفقرة 1 هي توجيه إلى المحكمة بأنه يتعين عليها، عند تسوية المنازعات وفقاً لأحكام القانون الدولي، تطبيق المصادر الواردة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج)، ويمكنها، في أثناء القيام بذلك، أن تراعي الفقرة الفرعية (د) التي تتناول أحكام المحاكم والأعمال الفقهية باعتبارها مصدرين احتياطيين لتقرير القواعد.

## باء - معنى مصطلح "أحكام المحاكم"

266 - تقتضي المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن تطبق المحكمة، "مع مراعاة أحكام المادة 59"، "أحكام المحاكم" باعتبارها "مصدراً احتياطياً لقواعد القانون". ولا يتضمن ميثاق الأمم المتحدة (الفصل الرابع عشر) ولا النظام الأساسي للمحكمة ولا وثائقها الفرعية، مثل لائحة المحكمة أو التوجيهات الإجرائية، أي تعريف لمصطلح "حكم المحكمة". ولئن كان ذلك قد يعني أن الإجابة واضحة، وهو أمر ممكن، فقد يكون من المفيد الرد على التساؤل عما يعنيه مصطلح "أحكام المحاكم". وإلى جانب العناصر الواضحة في هذا الصدد، هناك أسئلة تتعلق بنطاق مصطلح "أحكام المحاكم" الذي يثير عدة مسائل ذات صلة قد تستحق أن نتناولها اللجنة بمزيد من الدراسة.

267 - ويمكننا، في هذه المرحلة، أن نشدد على ثلاثة شواغل بيّنة. أولاً، ما إذا كان المصطلح يشمل القرارات الصادرة عن المحكمة نفسها. وثانياً، ما إذا كان يشمل الفتاوى وقرارات التحكيم أو قرارات هيئات التحكيم. وثالثاً وأخيراً، ما إذا كان المصطلح يشمل قرارات المحاكم الوطنية أو المحلية. وهذه مسائل نتناولها بمزيد من التفصيل أدناه. ولنبدأ بالمعنى العادي للمصطلحات الرئيسية، وننظر فيها كل على حدة ثم نتناولها مجتمعةً.

268 - لكلٍ من كلمتي "judicial" و "decisions" معانٍ عادية متعددة. ولننظر في المعاني الأوثق صلةً بأغراض دراستنا هذه. تعني كلمة "judicial"، وفقاً لقاموس أكسفورد للغة الإنكليزية، "ما ينسب

P. Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", Br. Yearb. Int. Law, vol. 45 (1971), (458) pp. 79-135 at p. 118.

P. Tomka, "Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet" in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39-42 at p. 40.

Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), (460) p. 80.

إلى إجراءات تُنظر أمام محكمة قانونية أو ما يتعلق بتلك الإجراءات، أو بوظيفة القاضي في سياق هذه الإجراءات، أو بإقامة العدل؛ أو ما هو ناتج عن حكم صادر عن المحكمة أو ما حُدّد بمقتضى حكم من هذا القبيل؛ أو ما قيل أو حدث أمام المحكمة، ويعتبر بناءً على ذلك صحيحاً أو مقبولاً<sup>(461)</sup>.

269 - والمعنى الثاني لكلمة "judicial" هو: "ما ينسب إلى قاض أو قضاة أو يتعلق بقاض أو قضاة أو ما هو جدير بقاض أو قضاة". وهناك مجموعة أخرى من المعاني هي: "ما ينسب إلى شخص أو هيئة من الأشخاص أو مؤسسة: مختصون بإصدار الأحكام؛ أو موكلة إليهم سلطة البت في القضايا؛ و "حكم، أو قرار، أو تقرير أمر ما؛ و "حكم قانوني؛ أو قرار متخذ أو حكم صادر قانوناً؛ و "ما ينطق بحكم أو يقرراً أمراً بشأن شيء ما؛ أو يشكّل حكماً أو يعبر عنه؛ أو ما هو معدّ لإصدار حكم؛ أو ما هو متصل بحكم؛ أو ما هو نقدي".

270 - ووفقاً للقاموس نفسه، فإن كلمة "decision" تعني "أي فعل أو صنيع أو عملية لبت أو إنهاء نزاع أو جدل أو ما إلى ذلك؛ أو حكم فيما يتعلق بمسألة متنازع عليها؛ أو تسوية أو حل". ومن معانيها الأخرى ما يلي: "فعل أو صنيع أو عملية التوصل إلى استنتاج بشأن مسألة قيد النظر؛ أو فعل أو صنيع اتخاذ المرء قراراً بشأن رأي ما أو مسار عمل وما إلى ذلك؛ أو مثلاً على ذلك الفعل أو الصنيع أو تلك العملية"<sup>(462)</sup>. وهناك معنى أخير ذو صلة هو "نتيجة هذا الفعل أو تلك العملية؛ أو ما تم تقريره؛ أو استنتاج، أو حكم، أو تسوية؛ أو خيار"<sup>(463)</sup>.

271 - وترد كلمة "decision" أربع عشرة مرة في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ويبدو أنها تُستخدم كمرادف لعبارة "حكم صادر عن المحكمة"<sup>(464)</sup>. وجميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أطراف في هذا النظام الأساسي بحكم الواقع ويتعهد كلٌّ منها، بانضمامه إلى ميثاق الأمم المتحدة، بأن ينزل على "حكم" المحكمة في أية قضية يكون طرفاً فيها. وهذا هو تقريباً كل ما يمكن العثور عليه في النظام الأساسي بشأن معنى كلمة "decision". غير أن هذه القراءة تتضوي تحت مظلة المعنى المعجمي العادي الذي نوقش أعلاه.

272 - وترد كلمة "judgment" ذات الصلة بها تسع عشرة مرة في النظام الأساسي. والمقصود بها، في جملة أمور، الإشارة إلى الخطوات الإجرائية العديدة التي تُتخذ لدى اللجوء إلى المحكمة. فالنظام الأساسي ينص، في هذا الصدد، على أنه بعد اختتام جلسات الاستماع، تتسحب المحكمة "للمداولة في الحكم"<sup>(465)</sup> (المادة 54 (2)) الذي يمكن أن يصدر بإحدى اللغتين الرسميتين للمحكمة، أي بالإنكليزية أو الفرنسية (المادة 39)، و "يبين الحكم الأسباب التي بني عليها" (المادة 56) و "يكون ... نهائياً غير قابل

(461) Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). "Judicial." متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com). انظر: "Judicial: "Senses relating to the administration of justice, or to the exercise of judgment generally".

(462) Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). "Decision." متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com).

(463) المرجع نفسه.

(464) قارن بين النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، متاح عبر الرابط التالي: [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)، وبين كلمة "Judicial" وشرحها في Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com).

(465) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المادة 54 (2)، متاح عبر الرابط التالي: [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute).

للاستئناف<sup>(466)</sup>، وذلك دون المساس بحق الأطراف إذا تنازعت بشأن معنى الحكم أو مدى مدلوله في أن تطلب إلى المحكمة "تفسيره"<sup>(467)</sup> (المادة 60) أو إعادة النظر فيه (المادة 61)<sup>(468)</sup>.

273 - ومصطلح "judicial decisions" ("أحكام المحاكم") ككل ينبغي، وإن كان واضحاً إلى حد ما، اعتباره إشارةً يُقصد بها الحكم أو القرار أو الأمر المحسوم الصادر عن محكمة قانونية أو هيئة مكونة من أشخاص أو عن مؤسسة في إطار بتّ أو إنهاء خلاف أو تسوية مسألة من المسائل. وفي حين أن القرارات من هذا القبيل، ولا سيما القرارات القضائية، تصدر في السياق العادي للأمر عن محكمة قانونية، يبدو من الممكن أن يصدر القرار عن هيئة مختصة من نوع آخر. ومن ثم، يرى المقرر الخاص أن مصطلح "decisions" الأوسع نطاقاً يمكن أن يشمل القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم، سواء كانت مخصصة أو دائمة. ويشمل أيضاً قرارات مثل القرارات الصادرة عن هيئة تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية<sup>(469)</sup>. وعلى أقل تقدير، يمكن أيضاً اعتباره شاملاً للقرارات شبه القضائية ومن ثم القرارات المتخذة فيما يتعلق بإجراءات الشكاوى الفردية التي تنتظر فيها الهيئات المنشأة بموجب معاهدات مثل اللجنة المعنية بحقوق الإنسان. والفهم الوارد بيانه أعلاه يتفق عموماً مع موقف اللجنة بشأن هذه المسائل في سياق مواضيع أخرى ذات صلة.

274 - وهناك شاغلان آخران يجدر إنباع النظر فيهما. أولاً، ما إذا كان مصطلح "أحكام المحاكم" يشمل القرارات الصادرة عن المحكمة نفسها. ويُذكر رداً على ذلك أن القيد الوارد في فاتحة المادة 38 (1) (د) [ينصها الإنكليزي]، وصيغته كالتالي: "مع مراعاة أحكام المادة 59"<sup>(470)</sup>، يعني ضمناً أن قرارات المحكمة المشار إليها لا بد أن تكون قرارات سابقة للمحكمة تشمل أيضاً، كما فسرت، قرارات سابقتها أي المحكمة الدائمة للعدالة الدولية. ويدعم هذا الموقف الرسمي القول بأن قرارات محكمة العدل الدولية ينبغي، من حيث المبدأ، ألا يكون لها أي أثر ملزم إلا بين الأطراف وأنه، حتى في هذه الحالة، لا يتجاوز ذلك الأثر نطاق قضية بعينها. و"القرار" مصطلح فني ضيق ولا يتماهى بالضرورة مع الأسباب الداعمة له. والقرار هو ما يقيد النص الوارد في المادة 59.

275 - وسيُنظر في مسألة التفاعل بين المادة 59 والمادة 38 بمزيد من التفصيل في التقارير المقبلة. أما الآن، فنظراً لعدم ورود تقييد صريح لمعنى أحكام المحاكم في المادة 38 (1) (د)، يُعتبر التفسير الفاضل لفئة أحكام المحاكم كافياً للخلوص إلى أن تلك الأحكام تشمل قرارات المحكمة نفسها. ويؤيد ديري تلافي هذا الأمر، حيث يقول إنه "غني عن البيان أن مصطلح 'أحكام المحاكم' يشمل قرارات محكمة العدل

(466) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المواد 39 و 56 و 60.

(467) المرجع نفسه، المادة 60.

(468) المرجع نفسه، المادة 60.

(469) للاطلاع على تحليل مبكر لتفسير مصطلح "decisions" في القانون الاقتصادي الدولي، لا سيما فيما يتعلق بنظام تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية في إطار الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة لعام 1994، وهو النظام الذي تشبهه هيئة الاستئناف بالمادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، انظر: David Palmetier and Petros C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law" AJIL, vol. 92 (1998), p. 398. ويمكن الاطلاع على استعراض حديث لمسألة السوابق القانونية في سياق منظمة التجارة العالمية في: Niccolo Ridi, "Rule of Precedent and Rules on Precedent" in Eric De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp. 354-400.

(470) المرجع نفسه، المادة 38 (1) (د).

الدولية...“<sup>(471)</sup>. والواقع أن الإشارة إلى المادة 59، على حد تعبير بعض المؤلفين، “تشجع المحكمة بوضوح على أن تأخذ اجتهادها القضائي في الحسبان كوسيلة متميزة لتقرير قواعد القانون الواجبة التطبيق في قضية معينة“<sup>(472)</sup>. وبغض النظر عن الموقف الرسمي الوارد في النظام الأساسي، فإن دواعي المنطق والاتساق والاطمئنان إلى قابلية التنبؤ والاستقرار القانوني تقتضي جميعها أن تعمد محكمة العدل الدولية، باعتبارها محكمة قانونية، إلى اتباع قراراتها السابقة. ومن المرجح أن يصح القول نفسه فيما يتعلق بالهيئات القضائية الدولية الأخرى. والممارسة القائمة في العديد من مجالات القانون الدولي تؤكد هذا الأمر. وعلى النقيض من ذلك، يبدو أن الالتزام باتباع السوابق القضائية قد أدى إلى ظاهرة منافية للبداهة في مجال التحكيم حيث يفرض المحكمون في الاعتماد على القرارات السابقة إلى حد أنهم يفشلون أحيانا في تفسير نصوص المعاهدات المتميزة تفسيراً صحيحاً<sup>(473)</sup>.

276 - وثانياً، ناقش الخبراء القانونيون مصطلح “أحكام المحاكم”، منذ أيامه الأولى، لتحديد ما إذا كان سيُشمل الفتاوى. والفتوى، كما توحى صياغتها العادية، هي رأي قضائي بشأن مسألة قانونية<sup>(474)</sup>. وقد حُولت عدة محاكم وهيئات قضائية دولية، منها محاكم إقليمية، صلاحية إصدار الفتاوى<sup>(475)</sup>. ولكن محكمة العدل الدولية هي أبرز هذه المحاكم وهيئات القضاء وأهمها لأغراض دراستنا هذه، وهي تتمتع صراحة بهذه السلطة بموجب المادة 96 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على أنه لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن “أن يطلب إلى محكمة العدل الدولية إفتاءه في أية مسألة قانونية“<sup>(476)</sup>. غير أن هذه السلطة ليست حصرية، لأن الجمعية العامة قد تآذن أيضاً لسائر أجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة بأن تطلب من المحكمة إفتاءها “فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها“<sup>(477)</sup>. بيد أن الفتوى لا تتدرج، من حيث المبدأ، في نطاق “أحكام“<sup>(478)</sup> محكمة العدل الدولية في إطار المادة 94 (1) من ميثاق الأمم المتحدة.

(471) Tladi, *The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law*, p. 70.

(472) Pellet, “Article 38”, p. 855.

(473) Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old* الصدد (Oxford: Oxford University Press, 2022) *Outcomes* (حيث يذهب المؤلف إلى أن “السابقة هي الأساس الذي يُبنى عليه تفسير المعاهدات الجديدة في سياق الاجتهاد القضائي السابق، وهو ما يهيئ السبيل في نهاية المطاف إلى سحق الابتكار الذي يأتي به الجيل الجديد من المعاهدات“؛ ويوضح “أن تفضيل الهيئات القضائية اتباع ما قرره في قضايا سابقة، وما يُقدم من حوافز مؤسسية لترجيح الاستشهاد بقرارات التحكيم السابقة، وعدم فعالية الضوابط، والتعزيز الذاتي للسوابق القضائية أمور تجعل الالتزام بالسوابق مسألة شائكة في ميدان تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول“).

(474) Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2011). “Advisory opinion.”، متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com). انظر: “Compounds: advisory opinion: n. Law (originally U.S.)”، رأي غير ملزم بشأن نقطة قانونية تبديه محكمة قبل النظر في قضية أو فيما يتعلق بمسألة أو حالة فرضية.

(475) S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, (Leyden, A.W. Sijthoff, 1965), p. 310. انظر *The Law*.

(476) ميثاق الأمم المتحدة، المادة 96 (أ)، متاح عبر الرابط التالي: <https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/chapter-14>.

(477) ميثاق الأمم المتحدة، المرجع نفسه، المادة 96 (ب).

(478) المرجع نفسه، المادة 94 (1).

277 - وقد لاحظ لوترباخنت أن المادة 38 (1) (د)، بإشارتها إلى "الأحكام"، يمكن أن تبدو وكأنها تستبعد، عن غير قصد، الفتاوى<sup>(479)</sup>. ويمكن تأييد هذه الحجة بالعودة إلى الخلفية التاريخية لعملية صياغة النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية التي رُفض رسمياً تضمين نظامها الأساسي حكماً من هذا القبيل على مستوى عصابة الأمم رغم أن لجنة الحقوقيين الاستشارية توخت في صياغتها الأصلية للنظام الأساسي إيراد مهمة إصدار الفتاوى. وكان اعتماد لائحة المحكمة هو الطريق إلى عودة وظيفة إصدار الفتاوى في وقت لاحق، حيث أُدرجت في نهاية المطاف بشكل رسمي في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وستحظى هذه الفكرة بالتأييد إلى حد أن النص المقيد، الذي ورد فيما أصبح في نهاية المطاف الفقرة 1 من المادة 38 والمتعلق بالمادة 59، أُدخل على النظام الأساسي في وقت لم تكن فيه المحكمة السابقة تتمتع إلا باختصاص البت في المنازعات. ويُذكر، من ناحية أخرى، أن الفقرة 4 من المادة 38 كانت وقت صياغتها، على مستوى الخبراء، تشمل الفتاوى. وعلى أية حال، وربما تكون هذه أهم نقطة، فلئن كانت الفتاوى تتسم، من حيث المبدأ، بطابع استشاري فقط ولا تترتب عليها أي آثار ملزمة بالنسبة للهيئة التي تطلبها، فإن النهج الذي اتبعته المحكمة تجاهها في سياق ممارستها لا يخصها بمعاملة مختلفة. وبالتالي، "فهي إفتاء قانوني ذو حجية تضاهي حجية الحكم الصادر في إجراءات الدعاوى"<sup>(480)</sup>.

278 - ويستحق دور فتاوى المحكمة اهتماماً خاصاً. فهناك نقاش طويل الأمد بشأن "أثر" الفتاوى، الذي قد يضيف عليها أيضاً طابعاً خاصاً في إطار المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية<sup>(481)</sup>. وكما ذُكر من قبل، فإن فتاوى محكمة العدل الدولية ليست من حيث نصها ملزمة، شأنها في ذلك شأن سائر الفتاوى الصادرة عن المحاكم الدولية الأخرى. ويعني ذلك أن جهاز الأمم المتحدة الذي يطلب الفتوى والدول التي تتأثر بالتصريحات الواردة فيها ليس أيّ منها ملزماً بالامتثال للفتوى. وكما قال روبرت جينينغز: "الفتوى ما هي إلا فتوى، وليست قراراً ملزماً من قرارات المحكمة"<sup>(482)</sup>. ومع ذلك، من المسلّم به أن الفتاوى التي تنتبثق عن عملية إحاطة شاملة تصاغ بدرجة العناية نفسها التي تولى لصياغة قرارات محكمة العدل الدولية في قضايا المنازعات. وقد أثار مركز المحكمة باعتبارها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة تساؤلات عما إذا كانت لفتاوى محكمة العدل الدولية "قيمة السابقة القضائية" التي يمكن أن تؤثر على الشؤون القانونية للدول بما يتجاوز طابع تلك الفتاوى غير الملزم.

279 - وفي القرار الذي صدر مؤخراً في قضية النزاع المتعلق بتعيين الحدود البحرية بين موريشيوس وملديف في المحيط الهندي ( *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary* )

H. Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law", *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. (479) .10 (1929), p. 65 at p. 65

.Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law", p. 185 (480)

(481) انظر، على سبيل المثال، Pierre D'Argent, "Advisory Opinions," Article 65 of the Statute of the International Court of Justice in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), paras 48-51

R.Y. Jennings, "Advisory Opinions of the International Court of Justice" in *Boutros Boutros-Ghali* (482) *Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruylant, 1998) p.531 at p. 532

عزت دائرة خاصة تابعة للمحكمة الدولية لقانون البحار "أثراً قانونياً" إلى فتوى محكمة العدل الدولية بشأن أرخبيل شاغوس<sup>(484)</sup>. وكانت الحجة المستند إليها في ذلك أن هذه الفتوى القائمة بذاتها، وإن كانت لا تلزم أي دولة قانوناً كما هو الحال بالنسبة لمنطوق الحكم الصادر في منازعة، تمت صياغتها في سياق إجراءات مُحكّمة وأوليت إليها العناية ذاتها التي تولى لأي حكم صادر عن محكمة العدل الدولية<sup>(485)</sup>. ويُضفي ذلك على فتاوى محكمة العدل الدولية قوة إقناع خاصة نالت قبولا واسع النطاق بين الفقهاء<sup>(486)</sup>. وهكذا، فإن "المسائل القانونية التي توضحها المحكمة تمثل، من وجهة نظر وضعية، "القانون" و"تصبح جزءاً لا يتجزأ من الاجتهاد القضائي للمحكمة"<sup>(487)</sup>. واستناداً إلى تلك الآراء، اعتبرت الدائرة الخاصة أن أجزاء من فتوى محكمة العدل الدولية بشأن أرخبيل شاغوس تشكّل سابقةً بحكم الواقع في قضية موريشيوس/ملديف<sup>(488)</sup>. ولا تتوافق وجهة النظر هذه مع طبيعة الفتاوى باعتبارها غير ملزمة من الناحية الفنية ولا مع الطابع الاحتياطي للمادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وينافياها غيابُ سابقة رسمية لها في القانون الدولي.

280 - ويتضح من مناقشة المعنى العادي لمصطلح "أحكام المحاكم" أعلاه، وكما يتأكد من ممارسة المحكمة، أن حكم المحكمة وقرارها متشابهان عموماً في طابعهما القانوني. ومن ثم، فإن لهما وزن كبير<sup>(489)</sup>. ويترتب على ذلك أن مفهوم القرار القضائي لن يقتصر فقط على الحكم النهائي الصادر عن المحكمة، بل سيشمل أيضاً الفتاوى علاوة على أي أوامر صدرت في إطار إجراءات فرعية أو تمهيدية في بداية الدعوى. وستشمل هذه الأوامر، على الأقل منذ النظر في قضية لا غراند (*La Grand Case*)، الأوامر الصادرة عن المحكمة لفرض تدابير تحفظية. وتتفق القراءة الواردة أعلاه مع الموقف الذي اتخذته اللجنة في سياق موضوع تحديد القانون الدولي العرفي حيث أوضحت، في شرح الاستنتاج 13 الذي يتناول المصادر الاحتياطية، أن "مصطلح 'القرارات' يشمل الأحكام والفتاوى، وكذلك الأوامر المتعلقة بالمسائل

(483) Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) (Preliminary Objections) (International Tribunal for the Law of the Sea, Case No 28, 28 January 2021) ("Delimitation in the Indian Ocean")

(484) إفتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية لفصل أرخبيل شاغوس عن موريشيوس في عام 1965 [Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95]

(485) Karin Oellers-Frahm, "Lawmaking Through Advisory Opinions?" Ger. Law J., vol. 12 (5) (2011), p. 1033 at 1046

(486) D'Argent, "Article 65", p. 1808

(487) ترى كارين أولرز - فرام أن الفتوى هي "تصريح قضائي، له صفة الالتزام تجاه الكافة، بشأن ما تعتبره المحكمة القانون عموماً"، انظر Oellers-Frahm, "Lawmaking Through Advisory Opinions?", p. 1053

(488) Fabian Simon Eichberger, "The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case — Judgment on Preliminary Objections", انظر Melb. J. Int'l L., vol. 22 (2) (2021), p. 383, pp.396-400

(489) Manley O. Hudson, "Advisory Opinions of National and International Courts" Harv. L. Rev., vol. 37(8) (1924), pp. 970-1001 (صحيح أن هذه الفتاوى لا تستدعي اتخاذ إجراءات كما يستدعي الحكم الصادر عن المحكمة ذلك. لكنها تشكل رأياً كاشفاً للقانون ينطوي على سلطة معنوية كبيرة. ومن هذا المنطلق يبدو أن لها قدراً من قوة الإلزام.); وأتى في موضع لاحق أنه "في ظل هذه الظروف، من الصعب أن نرى ما نعتقد إليه فتاوى المحكمة الدائمة للعدالة الدولية لكي تتسم بصفة "القانونية" بالمعنى الكامل لهذا المصطلح".

الإجرائية والتمهيدية<sup>(490)</sup>. وتتناول مذكرة الأمانة العامة هذه النقطة، إلى جانب مسائل أخرى ذات صلة، بمزيد من الإيضاح (انظر الفصل الخامس من هذا التقرير).

281 - وتعلق المناقشة الواردة أعلاه بقرارات المحكمة أو قرارات دائرة تعمل كهيئة جماعية<sup>(491)</sup>، وهي لا تنطبق على الآراء المستقلة<sup>(492)</sup> التي يبديها فرادى القضاة. وقد تكون تلك الآراء متفقة مع قرار المحكمة أو مخالفة له، أو حتى متفقة معه أو مخالفة له جزئياً. وقد تصدر أيضاً في شكل إعلان<sup>(493)</sup>. ومثل هذه الآراء "لا تشكل جزءاً من قرار المحكمة؛ وأياً كانت أسسها الموضوعية الجوهرية، فإن قرار المحكمة هو الذي يكون له أثر قانوني"<sup>(494)</sup>. وفيما يتعلق بهذه الآراء، وبالبيانات كذلك أو الآراء المستقلة أو المخالفة لأوامر المحكمة، ينبغي التشديد على أنها تؤدي دوراً مفيداً حيث إنها قد توضح أساس قرار ما أو تقدم أسباباً إضافية أو حتى تعالج نقاطاً طرحها الطرفان أو أثارها قرار المحكمة أو الهيئة القضائية المعنية. وكما أوضحت المحكمة نفسها في وثيقة غير رسمية:

ثمة علاقة لا تتفك بين قراراتها] وأي آراء مستقلة سواء كانت موافقة أو مخالفة، ألحقها بها قضاة بصفة فردية. والنظام القانوني للرأي المستقل ... يتيح للقضاة فرصة لتعليل تصويتهم. فالتصويت المجرد لقاضٍ من القضاة، سواء كان تصويتاً إيجابياً أو سلبياً، قد يثير في القضايا المعقدة كتلك التي تعالجها المحكمة عادة والتي تُقسم فيها فقرات المنطوق أحياناً إلى عدة مسائل متعاقبة يجري التصويت على كل منها، تصورات خاطئة من شأن حقه القانوني بتبديل رأي ما أن يمكنه من الحيلولة دونها أو تبديدها ... [و] الآراء الملحقة لا تفصل القرار أو تعارضه فحسب، بل إن تعليل القرار ذاته، الذي يستعرض في النهاية في ضوء تلك الآراء، لا يمكن تفهمه تفهماً كاملاً بمعزل عنها<sup>(495)</sup>.

282 - ومع هذا، لما كانت تلك الآراء صادرة عن فرادى القضاة، فإنها تنسب إلى القاضي المذكور بالاسم وليس إلى الهيئة القضائية أو المحكمة ككل. ويعني ذلك أن من الأحرى توخي قدر من الحذر. حيث إنها تعكس الآراء الخاصة لقاضٍ بعينه، وتتجاوز ذلك في بعض الحالات لتتناول مسائل لم تناقشها أو تعالجها المحكمة أو الهيئة القضائية ككل. وفي الوقت نفسه، كثيراً ما تكون الآراء القضائية الفردية مفيدة في شرح

(490) Yearbook ... 2018, vol. II (Part Two), p. 4

(491) المادة 95 من لائحة محكمة العدل الدولية ("يوضح نص الحكم ما إذا كان صادراً عن المحكمة أو عن إحدى الدوائر ويتضمن"، في جملة أمور، "أسماء القضاة الذين اشتركوا فيه" و "عدد وأسماء القضاة الذين شكلوا الأغلبية"). وربما تجدر الإشارة إلى أن بعض هذه الشروط، مثل بيان أسماء القضاة وعددهم، هو نتاج تغييرات أدخلت على لائحة المحكمة في عام 1978.

(492) تنص المادة 57 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه "إذا لم يكن الحكم صادراً كله أو بعضه بإجماع القضاة، فمن حق كل قاضٍ أن يصدر بياناً مستقلاً برأيه الخاص".

(493) في المرجع نفسه، تنص المادة 95 (2) على أن "لكل قاضٍ أن يرفق بالحكم عرضاً لرأيه الفردي سواء كان مخالفاً لرأي الأغلبية أم لا؛ وللقاضي الذي يرغب في تسجيل موافقته أو اعتراضه دون بيان الأسباب أن يفعل ذلك في شكل إعلان. وتتنطبق هذه القاعدة نفسها على أوامر المحكمة".

(494) Shahabuddeen, Precedent in the World Court, p. 192.

(495) انظر: الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الحادية والأربعون، البنودان 110 و 114 من جدول الأعمال، الميزانية البرنامجية لفترة السنتين 1986-1987، وحدة التفتيش المشتركة، منشورات محكمة العدل الدولية، مذكرة من الأمين العام، إضافة، ملاحظات محكمة العدل الدولية، 5 كانون الأول/ديسمبر 1986، وثيقة الأمم المتحدة A/41/591/Add.1 المؤرخة 5 كانون الأول/ديسمبر 1986، المرفق الثاني.

العناصر التي قد لا يأتي بشأنها تفسير في الحكم ذاته. وهي بهذا المعنى تكون على الأرجح في منزلة تعادل مذاهب كبار المؤلفين.

283 - والشاغل الثالث المشار إليه أعلاه المتعلق بمسألة ما إذا كانت المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون، المذكورة في المادة 38 (1) (د)، تشمل أيضاً قرارات المحاكم الوطنية أو المحلية ليس بالجديد. وتوخياً للوضوح، يراد بالمحاكم الوطنية (خلافًا للمحاكم والهيئات القضائية الدولية) الإشارة إلى المحاكم أو الهيئات القضائية التي قد تكون عاملة في إطار نظام قانوني محلي يستند عادة إلى القانون الوطني، بما فيها ما يسمى بالمحاكم "المختلطة" ذات الاختصاص الموضوعي والتكوين المختلطين<sup>(496)</sup>. ويمكن القول بأن الآراء المتعلقة بمسألة ما إذا كانت أحكام المحاكم الوطنية مما تنطبق عليه تلك المادة، وهي مسألة قد يحسب المرء أنها حُسمت بالفعل، تتدرج في ثلاث مجموعات. وأولى تلك المجموعات تضم من يدفون بأن الإشارة إلى الأحكام تشمل قرارات المحاكم المحلية<sup>(497)</sup>. أما المجموعة الثانية، فتضم أولئك الذين يرون أن أحكام المحاكم المحلية ليست مما يندرج في نطاق المادة 38 (1) (د)<sup>(498)</sup>. وأخيراً، هناك من يرى أن الأفضل هو النظر إلى قرارات المحاكم الوطنية باعتبارها أحد العناصر المكوّنة لممارسة الدول أو لعلها تقع عند نقطة التقاطع بين الأدلة على الممارسة من جهة والاعتقاد بالإلزام من جهة أخرى<sup>(499)</sup>. ويبدو الرأي الأخير ضيقاً للغاية.

284 - ولننتقل إذن إلى دور الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية. ولأغراض دراستنا هذه، لا يبدو ضرورياً الإسهاب في مناقشة هذه المسألة لثلاثة أسباب مقنعة يرد بيانها فيما يلي. أولاً، من الناحية الصياغية البحتة، ليس في نص المادة 38 (1) (د) ما يشير إلى أن تعريف المصطلح يستلزم قصر "أحكام المحاكم" على قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية وحدها. والواقع أن ممارسة المحاكم الدولية، بما فيها محكمة العدل الدولية، تحسم هذه المسألة بما لا يدع مجالاً للجدال.

285 - وثانياً، قد تكون صيغة "الاجتهاد القضائي الدولي" موحية، غير أن الخلفية التاريخية لصياغة الحكم ليس فيها ما يؤكد نية تقييد عبارة "أحكام المحاكم" بحيث تُستبعد منها قرارات المحاكم الوطنية. والواقع، كما يلاحظ لوترباخ في مؤلفه الذي حرّره في عام 1929، أي قبل قرن من الزمان تقريباً، أنه "لا يكاد يوجد فرع من فروع القانون الدولي ... لم تعالجه المحاكم المحلية قضائياً"<sup>(500)</sup>. وفي هذا السياق، يصبح الامتناع عن دراسة مثل هذه القرارات أمراً عسيراً، أو "موقفاً له مساوئته"<sup>(501)</sup> ربما "قلل من فرص الاستفادة من درس المعالجة القضائية للقانون الدولي في عالم لا تسنح فيه هذه الفرص كثيراً"<sup>(502)</sup>.

(496) قدمت اللجنة، في سياق موضوع تحديد القانون الدولي العرفي، تعاريف عملية لمصطلحي "المحاكم والهيئات القضائية الدولية" والمحاكم "المختلطة"، وهي نقطة انطلاق ملائمة لأغراض دراستنا هذه.

(497) Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 124

(498) المرجع نفسه.

(499) Pellet, "Article 38", p. 854

(500) H. Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law" Brit. Yearb. Int. Law, (500) vol. 10 (1929), p. 65 at p. 67

(501) المرجع نفسه.

(502) المرجع نفسه.

286 - وثالثاً، من الواضح رغم الشكوك التي تعبر عنها المؤلفات أحياناً أن المحاكم الدولية وغيرها من الجهات الفاعلة كثيراً ما تستشهد، في الممارسة العملية، بقرارات المحاكم الوطنية باعتبارها مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي فيما يتعلق، على سبيل المثال، بالمناقشات الدائرة بشأن السياق المحيط بقواعد القانون الدولي العرفي أو إمكانية وجودها. وهنا، يمكن ملاحظة أن قرارات المحاكم الوطنية تؤدي وظيفة مزدوجة من حيث إنها تشكل أيضاً، إلى جانب كونها مصادر احتياطية، مؤشرات دالة على ممارسة الدول ويمكن أن تكون كذلك أساساً لتبني ما إذا الاعتقاد بالإلزام متوافراً أم لا. ففي الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، أشارت اللجنة إلى أن ممارسة الدول تتألف من سلوك الدولة، سواء أكانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم وظائف أخرى<sup>(503)</sup>. وارتئي أن قرارات المحاكم الوطنية ذات أهمية باعتبارها شكلاً من أشكال إثبات الممارسة القضائية للدول. ويمكن أيضاً أن تكون مصادر احتياطية.

287 - ولئن كانت الممارسة قد تتخذ أشكالاً متعددة ومتنوعة ورغم عدم وجود تراتبية محدّدة مسبقاً لأشكالها هذه، فإنها تشمل "قرارات المحاكم الوطنية"<sup>(504)</sup>. ويتجلى هذا النمط في الممارسة الغزيرة لمحكمة العدل الدولية والمحكمة الدائمة للعدالة الدولية. ففي قضية منكرة التوقيف (*Arrest Warrant case*)<sup>(505)</sup> على سبيل المثال، بنت المحكمة في مسألة ما إذا كانت هناك حصانة لوزراء الخارجية، مستندة في ذلك إلى أمور منها استعراضها لقرارات المحاكم الوطنية مثل قرار مجلس اللوردات في قضية بينوشيه وقضية القذافي في فرنسا، باعتبارها شكلاً من أشكال ممارسة الدول بموجب القانون الدولي العرفي، فقالت:

درست المحكمة ممارسات الدول بعناية، بما في ذلك التشريعات الوطنية والعدد القليل من القرارات الصادرة عن المحاكم الوطنية العليا مثل مجلس اللوردات أو محكمة النقض الفرنسية. ولم تستطع أن تستدل من هذه الممارسات على أن القانون الدولي العرفي يتضمن أي استثناء من القاعدة التي تمنح شاغلي منصب وزير الخارجية الحرمة والحصانة من الولاية القضائية الجنائية عندما يشتبه في ارتكابهم جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية<sup>(506)</sup>.

288 - وفي قضية أخرى، هي قضية حصانات الدول من الولاية القضائية (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل) (*Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening)*)، رأت المحكمة أن للدولة الحق في التمتع بالحصانة فيما يتعلق بأعمال السيادة التي ترتكبها قواتها المسلحة في إقليم دولة أخرى، وتوصلت إلى رأيها هذا بعد استعراض مستفيض لقرارات المحاكم الوطنية في إيطاليا ومصر والمملكة المتحدة وقرارات المحاكم الألمانية في جملة أمور<sup>(507)</sup>. وهناك أمثلة أخرى تجسّد هذا النهج.

(503) الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي وشروطها، الاستنتاج 5 في: *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two), p. 2., Conclusion 5

(504) *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two), p. 120

(505) *القضية المتعلقة بمنكرة التوقيف الصادرة في 11 نيسان/أبريل 2000 (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد بلجيكا) Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2002, No. 121, p. 3*

(506) المرجع نفسه، الصفحة 24، الفقرة 58.

(507) "ثم تنتقل المحكمة إلى ممارسة الدول متمثلة في الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية بشأن حصانة الدول فيما يتعلق بأعمال القوات المسلحة. فقد نظرت المحاكم الوطنية في عدد من المناسبات في مسألة ما إذا كان يحق للدولة التمتع بالحصانة في الدعاوى



الحرب العالمية الثانية<sup>(512)</sup>. وكانت هذه المجموعة من السوابق القضائية ذات أهمية بالغة في تحديد القانون القائم<sup>(513)</sup> كما كانت حجر الأساس الذي ارتكز عليه التطبيق الملموس للقانون الجنائي الدولي. ويعود ذلك إلى الأيام الأولى لنشأة هذا المجال من مجالات القانون إبان الحرب العالمية الثانية.

291 - فعلى سبيل المثال، ذهبت المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ، في معرض مناقشتها لمصادر القانون في سياق العمل الذي أفضى إلى الحكم الصادر عنها، إلى أن قانون الحرب لا يوجد في المعاهدات فحسب، بل يوجد أيضا "في أعراف الدول وممارساتها التي حظيت تدريجيا بالاعتراف العالمي، وفي المبادئ العامة للعدالة التي يطبقها الخبراء القانونيون وتعمل بها المحاكم العسكرية"<sup>(514)</sup>. وبعد عقود عديدة، اتبعت المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة نهجا مماثلا، حيث قررت إحدى دوائرها الابتدائية في قضية كوبريشكييتش (*Kupreškić*)، على سبيل المثال، أنه لما كانت المحكمة "هيئة دولية بطبيعتها تطبق القانون الدولي بصورة رئيسية"<sup>(515)</sup> فهي ملزمة بالاعتماد على مصادر القانون الدولي المستقرة ومن ثم الاعتماد، ضمن هذا الإطار، على أحكام المحاكم.

292 - وعندئذ، أشارت الدائرة الابتدائية التابعة للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة إلى المادة 38 (1) (د) التي اعتبرتها "معلنة للقانون الدولي العرفي"<sup>(516)</sup>، ورأت أنها (أي أحكام المحاكم) ينبغي ألا تستخدم إلا بوصفها "مصدرا احتياطيا لتقرير قواعد القانون"<sup>(517)</sup>. ثم تناولت الأهمية والوزن اللذين ينبغي إيلاؤهما لقرارات المحاكم الوطنية مقارنة بقرارات المحاكم الدولية. وقررت أنه يمكن إسناد "قيمة كبيرة"<sup>(518)</sup> لقرارات المحاكم والهيئات القضائية الجنائية الدولية، وأنه في كثير من الحالات "لا يجوز إيلاء قيمة أقل للقرارات الصادرة عن المحاكم الوطنية بشأن الجرائم الدولية"<sup>(519)</sup> في ظروف معينة. والواقع أن محاكمات جرائم الحرب التي أجراها الحلفاء بموجب القانون رقم 10 لمجلس الإشراف، كل في المنطقة التي كان يحتلها، أتاحت مجموعة هامة من السوابق القضائية تبيّن أهميتها الكبيرة بالنسبة للمحاكم الجنائية الدولية الحديثة، فلم تستند منها المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة فحسب بل وكذلك المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، والمحكمة الخاصة لسيراليون، والمحكمة الجنائية الدولية.

293 - ويضاف إلى ذلك أن خبرة المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الجنائي والإجراءات الجنائية أطول بكثير. ولهذا، فإن المحاكم الوطنية لا تُعدّ فحسب مصدرا للمبادئ العامة للقانون، التي هي قابلة للتطبيق

(512) المرجع نفسه، الصفحة 213، الفقرة 537. يمكن الاطلاع عليه في الرابط التالي:  
<https://www.icty.org/x/cases/kupreskić/tjug/en/kup-tj000114e.pdfh>

(513) المرجع نفسه، الصفحة 215، الفقرة 541.

(514) [الحكم الصادر عن محكمة نورمبرغ العسكرية الدولية]، Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal, October 1946, p. 54: [IMTJudgment.Endversion+Deckblatt](http://www.imt.org/IMTJudgment.Endversion+Deckblatt.crimeofaggression.info)

(515) [المدعي العام ضد زوران كوبريشكييتش] - *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, ICTY Trial Judgment*, Case No. IT-95-16-  
T. 14 January 2000, para. 540

(516) المرجع نفسه.

(517) المرجع نفسه.

(518) المرجع نفسه، الفقرة 541.

(519) المرجع نفسه.

كمصدر للقانون في سياق سير الإجراءات العملية، بل وتُعتبر أيضاً أساساً لسد الثغرات القضائية في الحالات التي تكون فيها قواعد القانون الدولي غائبة أو غير مطوّرة بالقدر الكافي. والمقصود هنا هو أنه، عند دراسة الممارسة القضائية للدول على نحو ما تجسّدها قرارات المحاكم الوطنية، يمكن استنباط قواعد القانون العرفي وكذلك المبادئ العامة للقانون. ولئن كان صحيحاً أن الجوانب الجنائية للقانون الدولي مستمدة من المصادر الوارد بيانها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية كما قال الفقيه بسيني، فصحيح أيضاً أن نطاق تلك المصادر قد اتسع وأصبح ينطوي على درجة عالية من التلاقح مع القانون الجنائي الوطني<sup>(520)</sup>. وتلك عملية تساعد على اتساق الجوانب الموضوعية والإجرائية في كل من نظام العدالة الجنائية الدولي ومثيله الوطني.

294 - وفي الممارسة الوفيرة للمحاكم الجنائية الدولية الدليل على صحة هذه الفرضية. ويكفي تقديم أمثلة قليلة على ذلك. ففي قضية بافلي ستروغار (*Pavle Strugar*)<sup>(521)</sup> على سبيل المثال، أيدت دائرة الاستئناف بالمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة النهج الذي اتبعته إحدى الدوائر الابتدائية في تحديد أهلية المتهم للمثول أمام المحكمة. ولم تكن تلك المسألة قد عولجت في النظام الأساسي للمحكمة. ولهذا، عمد القضاة إلى تحليل جملة أمور شملت السوابق القضائية للمحاكم الوطنية في عدة ولايات قضائية، منها ما يطبق القانون العام الأنكلوسكسوني وما يطبق القانون المدني، وذلك قبل أن يقرروا أن القاعدة لا بد أنها تشكّل جزءاً من القانون الدولي.

295 - وفي قضية إرديموفيتش (*Erdemović*)<sup>(522)</sup> أيضاً، نظرت دائرة الاستئناف بالمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة فيما إذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تنظم إمكانية الاحتجاج بالإكراه كوسيلة من وسائل الدفاع. وبعد دراسة مركز عنصر الإكراه كوسيلة دفاع جزئي أو كلي في نظامي القانون العام الأنكلوسكسوني والقانون المدني، ناقشت دائرة الاستئناف أيضاً بعض السوابق القضائية لمحاكم وطنية تناولت عنصر الإكراه. واستُرشد بتلك السوابق في تقرير ما إذا كانت وسيلة الدفاع هذه متاحة أم لا وفي تبيين الكيفية التي ينبغي تطبيقها بها، إن كانت متاحة، في سياق محكمة دولية.

296 - وفي قضية فورونديجا (*Furundžija*)<sup>(523)</sup>، لم تكتفِ دائرة الاستئناف بالمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة ببحث النظم القانونية الوطنية فحسب، بل ونظرت أيضاً في السوابق القضائية لعدة ولايات قضائية تطبق القانون العام الأنكلوسكسوني، بما فيها المملكة المتحدة وأستراليا وجنوب أفريقيا وكندا والولايات المتحدة، وبعض الولايات القضائية التي تطبق القانون المدني مثل ألمانيا والسويد، وذلك في إطار

(520) M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed. (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 11 (يعمد المؤلف بعد ذلك إلى شرح خصوصيات القانون الجنائي الدولي والصعوبات التي تواجه تخصصاً قانونياً يتلاقى من ناحية مع نظام السيادة المكرس في سلام ويستقاليا ويهدف في الوقت نفسه إلى مساءلة الأفراد مساءلة مباشرة).

(521) Pavle Strugar, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-01-42-A, 23 June 2008 يمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acord/en/080623.pdf>.

(522) Dražen Erdemović, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-96-22-A, 7 October 1997 [قضية درازن إرديموفيتش] يمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>.

(523) *Prosecutor v. Anto Furundžija*, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-95- [المدعي العام ضد أنتو فورونديجا] يمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-17/1-A, 21 July 2000>.aj000721e.pdf

تقييمها كيفية تفسير النظم القانونية الوطنية لشرط حياد القضاة. وشمل ذلك التقييم إجراء دراسة مقارنة لاختبار شبهة التحيز. وقررت الدائرة في نهاية المطاف أن هناك قاعدة عامة تقضي بالأبدا يكون القاضي منزهاً عن أي تحيز ذاتي فحسب، بل وأن تخلو الظروف المحيطة بالقضية أيضاً من أي شيء يؤدي موضوعياً إلى إثارة شبهة التحيز<sup>(524)</sup>.

297 - وأبدا كان الأمر وعلى غرار ما سبق، فقد رأت اللجنة في دراستها للطرق والوسائل الكفيلة بزيادة تيسير إتاحة أدلة القانون الدولي العرفي<sup>(525)</sup>، وفي دراستها لموضوع تحديد القانون الدولي العرفي<sup>(526)</sup> في الآونة الأخيرة، أن قرارات المحاكم الوطنية يمكن أن يُعدت بها أيضاً في عملية تقرير وجود قواعد القانون الدولي وتحديد مضمونها، وإن كانت مصادر احتياطية فقط لتقرير وجود تلك القواعد<sup>(527)</sup>. وبعبارة أخرى، يمكن كما لاحظت الأمانة العامة في مذكرتها التي تناقش في الفصل الخامس من هذا التقرير أن تؤدي قرارات المحاكم الوطنية "دورا مزدوجاً": أي "كشكل من أشكال ممارسة الدول وأبدا كمصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون الدولي"<sup>(528)</sup>. ولا توجد أسباب قوية تدعو المقرّر المعني بهذا الموضوع إلى التوصية بأن تحيد اللجنة عن هذا الموقف المدروس الذي حظي أيضاً بتأييد الدول.

298 - ومع ذلك، لئن كان من المفترض أن يصبح بديهياً الآن القول بأن قرارات المحاكم الوطنية تؤدي بالفعل دورا هاما، فينبغي أن تؤخذ ثلاث نقاط إضافية - إن لم نقل قيوداً - في الاعتبار. فأولاً، سنتباين القيمة المحتملة لمثل هذه القرارات وستكون مرهونة باعتبارها عديدة. ومن هذه الاعتبارات طبيعة المسألة القانونية التي يتناولها القرار، وجودة التعليل الوارد فيه، وماهية المحكمة أو الهيئة التي أصدرته (إذا تساوت الاعتبارات الأخرى، كانت النقطة الأخيرة مرهونة بدرجة المحكمة، فكلما علّت تلك الدرجة زادت احتمالات النظر إلى قراراتها باعتبارها أكثر أهمية). وتتعلق هذه الجوانب، إلى حد ما، بالاتساق الداخلي للقرار ومدى توافقه مع المعايير المتوقع أن تطبقها المحكمة عند البت في مسألة ما إذا كانت هناك قواعد قانونية دولية واجبة التطبيق. فالمرجح مثلاً أن القرار الذي يُقصد به تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لحدّ مسألة معينة سينال قدراً أكبر من القبول إذا كان منبثقاً عن بحثٍ وافٍ لما إن كانت هناك ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون. ومن المستبعد للسبب نفسه أن يحظى بالقبول القرار المستند إلى تعليلٍ واهٍ الذي لا يتوافق مع ذلك المعيار.

299 - وثمة بُعد أقل صلة بالقرار نفسه يُستدل منه أيضاً على نوعيته، وهو ما إذا كانت محاكم أو هيئات قضائية أخرى داخل الولاية القضائية المعنية، أو الأهم من ذلك خارجها، قد اتبعت أو اتبعته دول أخرى كذلك. وعلى نحو ما خلصت إليه اللجنة فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي، وهذه نقطة ربما يتعين إيضاحها

(524) المرجع نفسه، الفقرة 189.

(525) الدليل التحليلي لأعمال لجنة القانون الدولي، "الطرق والوسائل الكفيلة بزيادة تيسير إتاحة أدلة القانون الدولي العرفي". متاح عبر الرابط التالي: [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_4.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_4.shtml).

(526) الدليل التحليلي لأعمال لجنة القانون الدولي، "تحديد القانون الدولي العرفي". متاح عبر الرابط التالي: [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml).

(527) الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، الصفحة 2، الفقرة 2، الاستنتاج 3، الفقرة 3 من الشرح، والاستنتاج 6، الفقرة 2.

(528) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الفقرة 15.

على نطاق أوسع بكثير، "قد تشمل الاعتبارات الأخرى، حسب الظروف، طبيعة المحكمة أو الهيئة القضائية؛ وحجم الأغلبية التي اعتمدت القرار؛ والقواعد والإجراءات التي تطبقها المحكمة أو الهيئة القضائية"<sup>(529)</sup>.

300 - وثانياً، على الرغم من الأسس الموضوعية المذكورة أعلاه التي تدعم الاحتجاج بهذه القرارات باعتبارها مصادر احتياطية، فإن قرارات المحاكم الوطنية التي يُزعم أنها تجسّد قواعد قانونية دولية ينبغي تناولها بحذر. وذلك لأن تلك القرارات يمكن أن تعكس وجهة نظر ضيقة أو أن تستند إلى خصوصيات نظمها القانونية ذات الصلة<sup>(530)</sup>. وتسلم اللجنة بهذا الأمر في سياق دراستها لموضوعيها المتعلقين بالمصادر<sup>(531)</sup>. كما أن الدائرة الابتدائية التابعة للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة نبهت، في قضية كوبريشكييتش (*Kupreškić*) المذكورة أعلاه، إلى أن المحاكم الجنائية الدولية "يجب عليها دائماً أن تقيّم قرارات المحاكم الأخرى بعناية قبل الاعتماد على ما لها من قوة إقناع فيما يتعلق بتحديد القانون القائم"<sup>(532)</sup>. وعلاوة على ذلك، رأت تلك الدائرة أن المحاكم الجنائية الدولية ينبغي أن "تخصّص القرارات الوطنية لمستوى من التمحيص أكثر صرامة مما تطبقه على الأحكام الدولية، لأن هذه الأحكام تستند على أقل تقدير إلى نفس المجموعة من القوانين التي تطبقها المحاكم الدولية في حين أن القرارات الوطنية تطبق القانون الوطني في العادة، أو تطبقه في المقام الأول، أو هي تفسر القواعد الدولية من منظور التشريعات الوطنية"<sup>(533)</sup>.

301 - وثالثاً وأخيراً، تشير الممارسة الأحدث عهداً للدول إلى أنه قد يكون من الصعب، على الأقل في بعض الميادين، رسم خطٍ فاصل بين قرارات المحاكم الوطنية وأحكام المحاكم الدولية. ويعزى ذلك إلى وجود ممارسة متزايدة للدول، لا سيما في بعض الميادين الفرعية مثل القانون الجنائي الدولي، تتمثل في إنشاء محاكم توصف بأنها "هجينة" أو "مختلطة".

302 - وفي حين أنه قد يكون من المفيد، من منظور المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تقسيم أنواع أحكام المحاكم لتكوين فئتين (هما أحكام المحاكم الوطنية وأحكام المحاكم الدولية) وربما فئة ثالثة هجينة (لأحكام المحاكم المختلطة)، فالمرجح من نواح كثيرة ألا يكون الاعتبار الحاسم ما بين كفة أحكام المحاكم الوطنية وكفة أحكام المحاكم الدولية في حد ذاتهما، "بل ما بين أحكام المحاكم والهيئات القضائية التي تطبق القانون الوطني في المقام الأول ('القرارات القضائية الوطنية') وأحكام المحاكم والهيئات القضائية<sup>(534)</sup> التي تطبق القانون الدولي في المقام الأول ('القرارات القضائية الدولية')"<sup>(535)</sup>. ومن هذا

(529) *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two)

(530) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 41

(531) *Yearbook of the International Law Commission, 2018*, الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي وشروحها، vol. II (Part Two), p. 2

(532) *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, ICTY Trial Judgment, Case No. IT-95-16- [المدعي العام ضد زوران كوبريشكييتش]* T. 14 January 2000, para. 542

(533) المرجع نفسه، الصفحات 213 إلى 215، الفقرات 537 إلى 541.

(534) من المفترض أن تشمل الإشارة إلى الهيئات القضائية بهذا المعنى قرارات هيئات تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية.

(535) Aldo Z. Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", *European Journal of International Law*, vol 24, No. 2 (2013), p. 649 at p. 658

المنظور، يُستصوب عدم التركيز دون مبرر على التصنيف وينبغي ألا يُشدد بلا مسوّغ على طبيعة أو نوع المحكمة أو الهيئة القضائية نفسها، بل على طبيعة أو نوع القانون الذي تطبقه. ويبدو هذا الموقف متسقاً مع القراءة التي اعتمدها الدائرة الابتدائية بالمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية كوبريشكيتش<sup>(536)</sup>.

## جيم - معنى مصطلح "مذاهب" كبار المؤلفين في القانون العام

303 - توزع المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى المحكمة بتطبيق "... مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم [باعتبارها] مصدراً احتياطياً لقواعد القانون". وكما هو الحال بالنسبة لفئة "أحكام المحاكم" التي تشكل الجزء الأول من هذه الفقرة الفرعية، لا يتضمن ميثاق الأمم المتحدة (الفصل الرابع عشر) ولا النظام الأساسي للمحكمة أو وثائقها الفرعية، وخاصة لائحة المحكمة والتوجيهات الإجرائية، أي تعاريف لمصطلح "مذاهب". وكان ديكامب، الذي اقترح كما نوقش أنفا النصّ الأصلي لما أصبح فيما بعد المادة قيد الدراسة، العضو الوحيد في اللجنة الاستشارية الذي استخدم تعبير "مذاهب فقهاء القانون البارزين"<sup>(537)</sup>. ولم يكن هناك ما يستدعي أن تقوم المحكمة أو سابقتها بتعريف هذه المذاهب بوصفها فئة يؤخذ بها في ممارستها. كما لم تُعرّف كلمة "المذاهب" في الآراء الفردية للقضاة الذين يستشهدون في كثير من الأحيان بهذه المذاهب في آرائهم المستقلة. ولذلك يبدو من المفيد دراسة المعنى العادي للمصطلح بغية توضيح الغرض المقصود من هذا الجزء من الأمر الموجه إلى المحكمة.

304 - يرد في فاتحة الفقرة 1 أن المحكمة "تطبق" مذاهب كبار المؤلفين باعتبارها مصدراً احتياطياً لتقرير قواعد القانون. وقبل الانتقال إلى تحليل النص، يثور سؤال أساسي عما إذا كان نص المادة 38 يلزم المحكمة بدراسة هذه المذاهب أم يجيز لها ذلك. والبادي هنا كما هو الحال بالنسبة لجوانب أخرى من هذا الحكم، ولعله الحكم الذي نال أكبر قسط من المناقشة من بين أحكام النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، أن الآراء الفقهية منقسمة في هذا الصدد. ويبدو، للوهلة الأولى، أن النص يلزم القضاة بأن يفعلوا ذلك. فقد رأى لوترباخ، على سبيل المثال، أن المادة "إلزامية في إشارتها إلى 'مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام' باعتبارها مصدراً احتياطياً للقانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه"<sup>(538)</sup>. واستشهد برأي سورينسن، فرأى أن الخلفية التاريخية لعملية الصياغة "لا تدعم أي طرح يقول بأن السلطة المسندة إلى المحكمة على هذا النحو ينبغي أن تظل /سسمية" (التوكيد مضاف)<sup>(539)</sup>. وبعبارة أخرى، فقد أشار إلى أنه، رغم كثرة "الاستشهاد العشوائي بالمؤلفين في المرافعات الكتابية والشفوية للأطراف"، لا يرى أن "المشكلة يمكن دوماً حلها بتجاهل آراء الكتاب تماماً"<sup>(540)</sup>. ويعني ذلك ضمناً أن الإقراط في الاستشهاد بالأعمال الفقهية في المذكرات وأثناء المرافعات الشفوية يُفهم على أنه غير مفيد بل وربما اعتُبر إشكالياً. ويبدو أن جينينغز، وهو مؤلف آخر،

(536) [مدعي العام ضد زوران كوبريشكيتش] - *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, ICTY Trial Judgment, Case No. IT-95-16- T. 14 January 2000

(537) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 324

(538) Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p. 24

(539) المرجع نفسه، الصفحة 25.

(540) Lauterpacht, *The Development of International Law*, p. 25

يتفق معه على أن هناك التزاماً بالنظر في مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام. فهو يقول بأن المحكمة "ملزمة... بالاطلاع على كتابات أبرز المؤلفين في القانون العام"<sup>(541)</sup>.

305 - ولكن الاطلاع على الأعمال الفقهية، كما لاحظ مؤلف آخر في الآونة الأخيرة، لا يعني بالضرورة أن القضاة يعترفون بهذه الأعمال أو يستشهدون بها<sup>(542)</sup>. بل يبدو أن الأدلة السردية التي جمعها ذلك المؤلف، ومنها ما استمده من مقابلات مع قضاة، تؤكد عكس ذلك؛ أي أن القضاة يطلعون في الواقع على المصنفات الأكاديمية أكثر مما يستشهدون بها رسمياً - على الأقل فيما يخص المحكمة نفسها وما تخلص إليه من آراء تعتمدها بأغلبية الأعضاء<sup>(543)</sup>. وسنعاود في موضع لاحق النظر في مسألة الاستعانة بمذاهب كبار المؤلفين على الصعيد العملي. أما الآن، فلعله من المفيد أن نوضح أولاً ماهية المذاهب التي يُشار إليها.

306 - لم تعرّف المادة 38 (1) (د) المراد من لفظة "teaching" ربما لكون معناها واضحاً، غير أن المعنى المعجمي للاسم "teaching" هو "العمل الذي يقوم به معلم"؛ أما "teachings" (بصيغة الجمع)، فهي "أفكار لشخص معين أو مجموعة معينة تعلّم لأشخاص آخرين، وخاصة حول السياسة أو الدين أو المجتمع"<sup>(544)</sup>. ولأغراض دراستنا هذه، يصبح معنى "teachings" إذن هو الأفكار التي تُنسب لشخص معين أو مجموعة معينة حول المسائل القانونية الدولية وتُعلّم لآخرين. ويرى هلمرسن، في سياق دراسته المفصلة لتعبير "teachings"، أن "تعريفه واضح في جوهره: فهو الكتب والمقالات الأكاديمية التي تُنشر في دوريات غير صادرة عن الدول أو المنظمات الحكومية الدولية أو المحاكم والهيئات القضائية والتي يمكن الاستعانة بها للإجابة على أسئلة قانونية"<sup>(545)</sup>.

307 - وإذا كان معنى مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام واضحاً، والبادي أنه كذلك، فما نطاق تلك المذاهب إذن؟ وهذه هي المسألة الأشد صعوبة. فمن الواضح أن المذاهب، سواء بمعناها العادي أو بمرادفاتها، هي فئة واسعة النطاق. ويشمل معناها الأعمال المكتوبة وكذلك المحاضرات. ولئن كانت هذه الأعمال والمحاضرات هي أول ما يتبادر إلى الذهن عندما يسمع المرء إشارة إلى مذاهب كبار المؤلفين، فلا يلزم بالضرورة أن تُفهم بهذا المعنى الضيق. بل ربما يكون الأفضل فهمها على نطاق أوسع في ضوء الإمكانيات التي قد توفرها أوجه التطور التكنولوجي. والواقع أن اللجنة قررت في سياق أعمالها السابقة أن كلا من "المذاهب" و "الكتابات" يجب "أن يُفهم... من منظور واسع"<sup>(546)</sup>. ورأت أيضاً أن تشمل هذه الفئة

(541) Robert Y, Jennings, "The Progressive Development of International Law and its Codification", *The British Yearbook of International Law*, vol. 24 (1947), p. 301 at p. 308

(542) Sondre Torp Helmersen, "Scholarly-Judicial Dialogue in International Law", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), p. 464 at pp. 472- 473

(543) المرجع نفسه، الصفحة 474.

(544) انظر Oxford Advanced Learner's Dictionary at OxfordLearnersDictionaries.com

(545) Helmersen *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45

(546) لجنة القانون الدولي، (A/CN.4/710/Rev.1) الاستنتاج 14، الفقرة 1، [الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي] [2018].

”مذاهب كبار المؤلفين الواردة في صيغ غير مكتوبة من قبيل المحاضرات والمواد السمعية - البصرية“<sup>(547)</sup>. والمقرر الخاص يتفق مع وجهة النظر هذه. وبذلك يمكن أن نخلص إلى أن مذاهب كبار المؤلفين تتكون من الكتابات أو الفقه إضافة إلى المحاضرات المسجلة والمواد السمعية البصرية، بل وأي شكل آخر من أشكال النشر قد يُستحدث في المستقبل.

308 - وأياً كان الشكل الذي تتخذه مذاهب كبار المؤلفين، فإن أسباب الإشارة إلى الأعمال الفقهية كثيرة. وفي سياق دراستنا هذه، يبدو أن هناك ثلاث نقاط تتسم بأهمية خاصة. فأولاً، يمكن أن تؤدي هذه المذاهب دوراً باعتبارها عنصراً أساسياً في تفسير قواعد القانون الدولي. ولنا أن نسمي ذلك، من باب التيسير، الوظيفة التفسيرية لمذاهب كبار المؤلفين. وقد كان القصد من الكتابات أن تكون مجرد عناصر تفسير احتياطية؛ ولا يمكن أن تكون مصدراً. ويتضح ذلك من عملية صياغة الحكم حيث رأى مؤيدوه في مذاهب كبار المؤلفين، كما رأوا في مبادئ القانون العامة، وسيلةً لمساعدة القضاة على تحديد أو تفسير أو تقرير أو إيضاح وجود قواعد أو مبادئ يمكن أن تساعد عندئذ على تجنب الخلوص إلى وجود حالة فراغ قانوني. ومن هذا المنطلق، يمكن للقضاة، كما أوضح الرئيس ديكامب، أن يستعينوا بالمعاهدات في عملية تقرير أفضل السبل لتطبيق المعاهدات والعرف والمبادئ العامة للقانون ويمكنهم، لدى القيام بذلك، أن يسترشدوا بالأعمال الفقهية باعتبارها دليلاً على وجود قواعد وضعية معينة في القانون الدولي<sup>(548)</sup>. وهي، ببساطة العبارة، وسيلة احتياطية بطبيعتها ولكنها تشكل موارد لها فائدتها في تحديد قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق.

309 - وثانياً، قد تطرح مذاهب كبار المؤلفين، حسب مكانة المؤلف وقدرته على الإقناع، وجهات نظر يمكن أن تؤثر على سلوك الدول وأن تساعد بالتالي على تعديل القانون الفعلي بشكل غير مباشر مع مرور الوقت<sup>(549)</sup>. وهذا ما يمكن أن نسميه هنا وظيفة الإقناع التي تؤديها مذاهب كبار المؤلفين. وتعني هذه الوظيفة، من الناحية التاريخية، أن التحليل المنهجي للنقاط القانونية يمكن أن يكون مفيداً وأن يضيف قدراً من النفوذ على أعمال بعض المؤلفين، وإن كان ذلك يتوقف على مقدار الكفاية التي يتصور أنهم يتمتعون بها.

310 - وثالثاً، يمكن لمذاهب كبار المؤلفين، لا سيما تلك التي تطرحها مجموعة من الخبراء، أن تكون في طليعة المساعي الرامية إلى تدوين القانون أو تطويره تدريجياً أو الداعية إلى إصلاح القانون حتى قبل أن تكون الدول نفسها وغيرها من الجهات الفاعلة الدولية مستعدة للقيام بذلك<sup>(550)</sup>. وهذا ما يمكن أن نسميه وظيفة التدوين أو التطوير التدريجي التي تؤديها تلك المذاهب. ولضرب بعض الأمثلة على ذلك نذكر أنه لا أحد على الأرجح في دوائر القانون الدولي يستطيع أن ينكر ما يُنسب من فضل عظيم في وضع المبادئ التأسيسية لكتاب مثل غروتوس، أو لكتاب أحدث عهداً نسبياً مثل جيديل الذي يقال إنه أول من طرح نظرية

(547) لجنة القانون الدولي، (A/CN.4/710/Rev.1) الاستنتاج 14، الفقرة 1. وانظر أيضاً مايكل وود، ”التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي“ (A/CN.4/682)، الصفحة 158، و Charles C. Jalloh “Statement on the Identification of Customary Law”, International Law Statement of the Chairperson of the Drafting Committee”, p. 15

(548) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 318-319

(549) James L Brierley, *The Law of Nations*, (Oxford University Press, 1955) 5th ed., p. 66

(550) انظر، في هذا الصدد، Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Colombia J. of Trans'l L.*, vol. 55 (2017), p. 343

المنطقة المتاخمة كوسيلة للمواءمة المنهجية بين ممارسات الدول في مجال قانون البحار، أو مثل شريف بسيوني في مجال القانون الجنائي الدولي<sup>(551)</sup>. وسيكون من الصعب كذلك إنكار تأثير المذاهب التي تمخضت عنها أعمال رابطة القانون الدولي أو مركز هارفارد لبحوث القانون الدولي أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أعمال الخبراء في هيئات الأمم المتحدة المنشأة بموجب معاهدات التي تخولها الدول صلاحيات في مجالات معينة من القانون الدولي. بل إن أعمال فرادى الفقهاء قد تتلاقى هنا مع أعمال أفرقة الخبراء لإحداث تأثير هائل يفضي إلى تشكيل قواعد أساسية في مجال القانون الدولي فيما يتعلق مثلاً، كما يدفع بونايا غودانا، بقانون المجاري المائية الدولية<sup>(552)</sup>. فقد لاحظ غودانا أن آراء كُتاب مثل ه. أ. سميث<sup>(553)</sup> وكيانات مثل معهد القانون الدولي الذي اعتمد قرار مدريد لعام 1911 وقواعد هلسنكي لعام 1966 كان لها تأثير كبير في تطوير تلك المجموعة من القوانين<sup>(554)</sup>. وما هذا، بالطبع، إلا مثال واحد من بين أمثلة كثيرة يمكن سوقها. وباستطاعتنا ضرب أمثلة أخرى، مستمدة من ميادين فرعية مختلفة من ميادين القانون الدولي، تتعلق بنوع مختلف من الكيانات التي لها صلة وثيقة بالدول. ففي قانون النزاعات المسلحة، لا يمكن لأحد أن ينفي الدور الهام للجنة الدولية للصليب الأحمر التي تتعدد إنجازاتها في هذا الميدان والتي أنتجت، بعد قرابة عقد كامل من العمل بقيادة خبراء، مؤلفاً هائلاً أعادت فيه بيان قواعد القانون الدولي الإنساني العرفي المنطبقة في حالتها النزاع المسلح الدولي وغير الدولية على حد سواء<sup>(555)</sup>. وفي

(551) انظر F. Woolridge, *Contiguous Zone*, EPIL I (1993), 779-83.

(552) Bonaya Godana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems* (Boulder: Lynne Rienner, 1985), p. 24.

(553) انظر Herbert Arthur Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, (London: P.S. King, 1931) (وهو مؤلف وُصف بأنه "علامة بارزة على طريق تطوير الفقه في مجال التخصيص المنصف")، و C.B. Bourne, "The Right to Utilize the Waters of International Rivers", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1965), pp. 187-264. وهناك أمثلة مشابهة في مجالات أخرى من مجالات القانون الدولي مثل قانون النزاعات المسلحة الذي اعتمد معهد القانون الدولي دليلاً بشأنه في أكسفورد يوم 9 أيلول/سبتمبر 1880. وكان المعهد، الذي لم يقترح إبرام معاهدة، يسعى إلى أن يراد بيان واضح بالأفكار المقبولة في تلك الحقبة، وهي الأفكار التي رأى أن من الممكن استخدامها كأساس للتشريع الوطني. وقد كان لتلك الوثيقة تأثير هائل. انظر [www.umn.edu](http://www.umn.edu). ومن أمثلة الأعمال التي قام بها فقيه في القانون الدولي وكان لها تأثير مماثل على قانون الحرب أعمال البروفيسور فرانسيس ليبير من كلية الحقوق بكولومبيا، التي حددت القواعد المنظمة لسير الأعمال العدائية التي أصدرها الرئيس أبراهام لنكولن للجيش الفيدرالي للولايات المتحدة خلال الحرب الأهلية الأمريكية في 24 نيسان/أبريل 1863. وقد كان لمدونة ليبير، وهو الاسم الذي عُرفت به لاحقاً الأوامر العامة رقم 100: تعليمات لإدارة جيوش الولايات المتحدة في الميدان، تأثيرها الكبير حيث أنها ألهمت وشكّلت جهود تدوين قوانين الحرب في العديد من البلدان الأخرى. ومن هذه البلدان بروسيا وهولندا (1871)، وفرنسا (1887)، وسويسرا (1878)، وصربيا (1879)، وإسبانيا (1889)، والبرتغال (1890)، وإيطاليا (1896)، والمملكة المتحدة (1884). وستشكل هذه المدونة فيما بعد الأساس الذي استند إليه إعلان بروكسل لعام 1874 واتفاقيتنا لاهاي بشأن الحرب البرية لعامي 1899 و 1907. وللاطلاع على شروح لهذه الصكوك، انظر R. Baxter, "The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100" IRRC, vol. 25 (1964), p. 25 Theodor Meron, "Francis Lieber's Code and Principles of Humanity" Colum. J. of Transnat'l L. vol. 36 (1998), p. 269.

(554) انظر International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966.

(555) انظر، في هذا الصدد، Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) Vols. I and II. وانظر أيضاً Marie Henckaerts, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict," IRRC vol. 87 (2005), p. 175. ويُذكر من ناحية أخرى أنه، في ضوء أوجه التفاعل الدينامي بين أعمال هيئات الخبراء والدول، لم تقبل جميع الدول بالضرورة بعض

مجال قانون البحار، أشارت بينيلوبي رايدينغز إلى علاقة التحاور الجدلي بين مذاهب كبار المؤلفين والممارسة والقرارات القضائية وأمثلة محددة ساققتها، وذهبت إلى أن الأعمال الفقهية قد تكون مؤثرة بشكل مباشر أو غير مباشر في تشكيل قانون البحار والمساهمة في تطويره في المحاكم الدولية<sup>(556)</sup>.

311 - ومما يسترعي الانتباه أن ممارسة الدول على الصعيد الوطني، بما في ذلك الممارسة القضائية، توخت دوراً مماثلاً لمذاهب كبار المؤلفين. ويؤكد ذلك رأي القاضي غراي، أحد قضاة المحكمة العليا للولايات المتحدة، الذي لاحظ في مقطع كثر الاستشهاد به، وجاء في قضية السفينة "باكيتي هابانا" (*Paquete Habana case*) التي سبق الحكم الصادر بشأنها صياغة النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية بعشرين عاماً وأكد دور مذاهب كبار المؤلفين كمصدر احتياطي بالنسبة للمحاكم الوطنية أيضاً، أن:

القانون الدولي جزء من قانوننا، ويجب أن تتحقق منه وتديره محاكم العدل ذات الاختصاص المناسب كلما عُرضت عليها وفق الأصول المرعية مسائل متعلقة بالحقوق يتوقف البت فيها عليه. ولهذا الغرض، إن لم تكن هناك معاهدة أو لم يكن هناك قانون تنفيذي أو تشريعي أو قرار قضائي ينظم تلك المسائل، وجب اللجوء إلى عادات الأمم المتحضرة وأعرافها والاستعانة بأعمال خبراء القانون والشراح، بوصفها دليلاً على تلك العادات والأعراف، لا للاطلاع على تكهنات مؤلفيها بشأن ما يجب أن يكون عليه القانون، بل للوقوف على الأدلة الموثوقة عن ماهية القانون القائم فعلاً<sup>(557)</sup>. (التوكيد مضاف).

312 - ويؤكد ما تلا ذلك من سوابق قضائية لمحاكم الولايات المتحدة الالتزام أساساً بنفس الفهم لمكانة مذاهب كبار المؤلفين في تقرير قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق. ففي قضية فلوريس ضد شركة جنوب بيرو للنحاس (*Flores v. Southern Peru Copper Corporation*) الأقرب عهداً نسبياً، استشهدت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية في الولايات المتحدة بالمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية باعتبارها تورد بياناً بالمصادر وشددت المحكمة على مرتبة المصادر التي تأتي في الفقرة 1 (د)، أي أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام، بوصفها مصادر ثانوية أو احتياطية تكمل المصادر الثلاثة الأولى<sup>(558)</sup>.

313 - وفي قضية سوسا ضد ألفاريز - ماتشايين (*Sosa v. Alvarez-Machain*) أيضاً، قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة بأن تقرير الحالة الراهنة للقانون الدولي يجب أن يتم بالرجوع أولاً إلى

جوانب الدراسة التي أعدتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر. انظر مثلاً John B. Bellinger III & William J. Haynes II, "A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law", IRRIC, vol. 89 (2007), p. 443 و Jean-Marie Henckaerts, "Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments", IRRIC, vol. 89 (2007) 473.

(556) Penelope J. Ridings, "The Influence of Scholarship on the Shaping and Making of the Law of the Sea", *Int'l J. of Marine and Coastal Law* 38 (2023), p. 11-38.

(557) [المحكمة العليا للولايات المتحدة، قضية السفينتين "باكيتي هابانا" ، و "لولا" ] U.S. Supreme Court , *The Paquete Habana*, 175 US 677, 8 January 1900, p. 720. وفي تلك القضية، حذر رئيس القضاة فولر في رأيه المخالف من المؤلفين، قائلاً إن "دراساتهم الدؤوبة قد تكون مقنعة، إلا أنها ليست ذات حجية".

(558) United States, Second Circuit Court of Appeals, 406 F.3d 65, Judgment, 2003, p. 83.

المعاهدات، متى وُجدت، ثم عن طريق تبين ما إذا كانت هناك قوانين تشريعية أو قرارات قضائية ناظمة، ثم بالاستعانة في غياب ما سبق بأعمال الخبراء القانونيين والشرح<sup>(559)</sup>.

314 - وأخيراً، قررت الدائرة الثانية في قضية الولايات المتحدة ضد يوسف ( *United States v. Yousef* ) أن الكتابات، وإن لم تكن معدودة من المصادر، "مفيدة في شرح أو توضيح مبدأ قانوني راسخ أو مجموعة مستقرة من القوانين" ويمكن، في هذا الصدد، أن تساعد في "إلقاء الضوء على مسألة معينة من مسائل القانون الدولي، ولا يكون ذلك إلا عندما يتوجب أيضاً الاستعانة بما يتجاوز آراء الدول وقراراتها وأفعالها، على أن تكون مرتبتها عندئذ أقل درجة من الأدلة الأكثر حجية مثل إعلانات الدولة نفسها وقانونها وتعليماتها إلى وكلائها"<sup>(560)</sup>.

315 - ويتضح نهج مماثل في ممارسة دول أخرى. ففي سيراليون، تم شرح هذه المسألة بشكل ملائم على النحو التالي: "في معالجة المحاكم الوطنية بسيراليون لمسائل القانون الدولي مؤخر على كثرة الاعتماد على القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية والدولية الأخرى التي تتناول نفس المسألة"<sup>(561)</sup>. وجرى إيضاح هذه النقاط بالإحالة إلى الحكم الصادر عن المحكمة العليا لسيراليون في القضية رقم S.C. NO.2003/1، عيسى حسن سياسي وآخرون ضد رئيس المحكمة الخاصة ورئيس قلم المحكمة الخاصة والمدعي العام ووزير العدل ( *S.C. No. 1/2003, Issa Hassan Sesay et al vs. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Attorney-General and Minister of Justice* )، حيث أشار القضاة فيما يتعلق بمسألة حصانة المسؤولين إلى القرار الصادر في قضية بينوشيه ( *Pinochet* )<sup>(562)</sup> عن محاكم المملكة المتحدة وإلى قضية مذكورة التوقيف ( *Arrest Warrant case* ) التي بنت فيها محكمة العدل الدولية<sup>(563)</sup>. ويشكل قرار المحكمة العليا نفسه أيضاً مثالا على كيفية استعانة محاكم هذه الدولة بالأعمال الأكاديمية، التي أتاحت في الأساس الخلوص إلى أن "مذاهب كبار المؤلفين يمكن أن تستخدم لإيضاح النقاط ذات الصلة أو لتأكيد التفسير الذي اعتمده المحاكم"<sup>(564)</sup>.

316 - ووظائف مذاهب كبار المؤلفين التي نوقشت أعلاه (أي وظائف التفسير والإقناع والتدوين) ليس فيها ما يشير إلى أن لهذه المذاهب أي صلاحية لوضع القانون أو أن من الممكن أن تدعى لها هذه الصلاحية. ليس عن طريق مباشر على أي حال. غير أن ممارسة الدول والمحاكم والهيئات القضائية الوطنية والدولية يتبين منها أن الآراء المطروحة في تلك المذاهب تؤدي وظيفة إثباتية بطريق غير مباشر،

(559) *The Paquete*, United States, U.S. Supreme Court, 542 U.S. 734, 2004, p. 730, 734. (اقتباساً من قضية *Habana*, 175 U.S. at 700). يلاحظ أن المحكمة لم تتناول، في هذه القضية، دور القرارات القضائية غير الناظمة مثل القرارات المشار إليها في المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(560) 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

(561) انظر مذكورة سيراليون المقدمة إلى لجنة القانون الدولي، 18 كانون الثاني/يناير 2023، الفقرة 8.

(562) [المملكة المتحدة، مجلس اللوردات، قضية التاج البريطاني ضد قاضي المحكمة الجزئية لمنطقة باو ستريت الكبرى بطلب من بينوشيه أوغارتي]، *United Kingdom, House of Lords, R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, Case no. [2002] 1 AC 61, 25 November 1998; Ex parte Pinochet Ugarte (No 2), Case no. [2002] 1 AC 119, 17 December 1998; Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), Case no. [2000] 1 AC 147, 24 March 1999*.

(563) قضية مذكورة التوقيف الصادرة في 11 نيسان/أبريل 2000.

(564) انظر مذكورة سيراليون المقدمة إلى لجنة القانون الدولي، 18 كانون الثاني/يناير 2023، الفقرة 8.

وإن ظلت حتى في هذا السياق تالية من حيث مرتبتها للمصادر الأولية<sup>(565)</sup>. وهذا الدور الذي يضطلع به المؤلفون، بوصفهم مفسرين للقانون ومحللين ومدوّنين له بل ومُصلّحين له، ليس فريداً من نوعه. إنه دور معترف به عالمياً يتسق مع الوظيفة التي تؤديها الدراسات الفقهية بشكل عام في أي نظام قانوني آخر، سواء كان وطنياً أو إقليمياً أو دولياً.

317 - وفيما يخص ممارسة المحاكم الدولية، عندما يتعلق الأمر باستخدام الدراسات الفقهية بالمعنى المقصود في المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، يبدو من الواضح أن هناك نهجاً مختلفة. فبالنسبة للمحكمة، بل ولما سبقها من هيئات على شاكلتها، من المعروف أن مذاهب كبار المؤلفين تكاد لا تُرى، حتى الآن، في الأحكام القضائية/آراء الأغلبية. ووفقاً لدراسة استندت إلى أدلة تجريبية، لم تستشهد المحكمة بمذاهب كبار المؤلفين إلا في سبع قضايا من أصل أكثر من 155 قضية كانت قد نظرت فيها حتى وقت إعداد تلك الدراسة<sup>(566)</sup>. وهذه القضايا من النُدرة على مدار تاريخ محكمة العدل الدولية الذي يمتد لأكثر من 70 عاماً بحيث يمكن ذكرها هنا بإيجاز. فهي تشمل قرارات المحكمة في كل من قضية النزاع على الحدود البرية والبحرية والجزرية<sup>(567)</sup>، والفتوى المتعلقة بناميبيا<sup>(568)</sup>، وقضية جزيرة كاسيكيلي/سيدودو<sup>(569)</sup>، والحكم الصادر في قضية نيكاراغوا<sup>(570)</sup>، وقضية الإبادة الجماعية في البوسنة<sup>(571)</sup>، وقضية نوتيبوم (المرحلة الثانية)<sup>(572)</sup>، والفتوى الصادرة بشأن الأسلحة النووية<sup>(573)</sup>. وقد قامت سابقتها بتطوير

(565) انظر، في هذا الصدد، مذكرة الولايات المتحدة التي أشارت بدورها إلى قرارات محاكم الولايات المتحدة في قضية *السفينة "باكتي هابانا"* "لا يمكن اعتبار أعمال الحقوقيين والشرح دليلاً موثقاً على الحالة الفعلية للقانون إلا عندما لا تتوفر معاهدة واجبة التطبيق أو لا يكون هناك قانون محلي ناظم) وفي قضية *سوسا ضد الفارينز - ماتشايين* ("قيمت المحكمة الحالة الراهنة للقانون الدولي كما يتجلى أولاً وقبل كل شيء من المعاهدات و"الصكوك التشريعية أو القرارات القضائية النازمة"، وفي غيابها، من أعمال الخبراء القانونيين والشرح".

(566) Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45

(567) قضية النزاع المتعلق بالحدود البرية والجزرية والبحرية (السلفادور/هندوراس)، طلب السماح بالتدخل] Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p.92

(568) إفتوى محكمة العدل الدولية بشأن النتائج القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) رغم قرار مجلس الأمن 267 (1970) [(1970) 267 Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 267 (1970) ], Advisory Opinion, I.C.J., 1971, p. 16

(569) قضية جزيرة كاسيكيلي/سيدودو (بوتسوانا ضد ناميبيا) [(1999) I.C.J. Kasikili/Sedudu Island (Bots. V. Namib.), 1999 I.C.J. (Dec. 13) 1045

(570) قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) [(1986) I.C.J. Reports Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14

(571) قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود) [(2007) I.C.J. Reports Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43

(572) قضية نوتيبوم (المرحلة الثانية) [(1955) I.C.J. Reports Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4

(573) إفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية من قبل دولة ما في النزاع المسلح [Legality of the Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 66

هذه الممارسة إلى حد ما<sup>(574)</sup>، كما يبدو واضحاً من الإشارات القليلة إلى مذاهب كبار المؤلفين في قضية *الباخرة "لوتس"*<sup>(575)</sup>، وقضية *بعض المصالح الألمانية في سيليسيا العليا البولندية*<sup>(576)</sup>، وقضية *جاورزينا*<sup>(577)</sup>، وقضية *الباخرة "ويمبلدون"*<sup>(578)</sup>، وفي الفتوى الصادرة بشأن *الاتحاد الجمركي النمساوي الألماني*<sup>(579)</sup>.

318 - والنزعة التقليدية البادية إلى عدم إيراد إشارات وفيرة إلى مذاهب كبار المؤلفين في أحكام محكمة العدل الدولية قد تكون مضللة. وينبغي ألا تؤدي إلى الخلوص عن خطأ إلى أن القضاة لا يطلعون على الدراسات الفقهية أو لا يستفيدون منها. بل يبدو، على العكس من ذلك، أن الدراسات الفقهية يُستعان بها على نطاق واسع، ليس في مرافعات محاميي الدولة<sup>(580)</sup> وخبرائها القانونيين أمام محكمة العدل الدولية والمحاكم الدولية الأخرى فحسب، بل وفي إطار توضيح سياق قواعد قانونية معينة أيضاً. والواقع أن من المعروف جيداً أنه بقدر ما كان الاستشهاد بمذاهب كبار المؤلفين محدوداً بوجه عام فيما يصدر عن المحكمة من أحكام، فإن فرادى القضاة كثيراً ما يستشهدون بها في آرائهم المستقلة. وهذا النمط، الذي يجسد أيضاً ممارسة تعود إلى عهد المحكمة الدائمة للعدالة الدولية، يوحي كذلك بأن تلك المذاهب ربما تكون قد طُرحت أثناء المداوات ولكن لم يُحتفظ بالإشارات التي تحيل إليها في آراء الأغلبية. وتشير القيمة المعطاة لمذاهب كبار المؤلفين، التي يُستشهد بها كمادة تحضيرية أساسية، إلى أنها تولّى في الواقع وزناً أكبر مما يمكن استنباطه استناداً إلى عدد حالات الاستشهاد بها وحده. بل إن هناك أدلة سرديّة تلمح إلى أن مسودات القرارات القضائية قد تحتوي في صيغها الأولى على إحالات تشير إلى مذاهب كبار المؤلفين، تُحذف لاحقاً من أحكام المحاكم لأسباب معقدة متنوعة. وعلاوة على ذلك، يلاحظ في تناقض ملحوظ مع ما سبق أنه يكثر في بعض المحاكم الدولية إيراد إشارات مستفيضة إلى مذاهب كبار المؤلفين، إن لم يكن لدعم الطروح القانونية، فلتأييدها بشكل من الأشكال.

319 - ولما كانت الإشارات إلى مذاهب كبار المؤلفين لا تورّد عموماً في قضايا محكمة العدل الدولية، وهي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة الذي يمكن اعتباره أعلى المحاكم درجة، فقد ينساق المرء إلى افتراض أن تردد تلك المحكمة في الاستعانة بالأعمال الفقهية علناً ستحاكيه المحاكم الدولية الأخرى أيضاً. ولكن هذا الافتراض، إن اعتُمد، سيكون خاطئاً. فبعض المحاكم والهيئات القضائية الدولية، مثل المحاكم الجنائية الدولية وكذلك اللجان والمحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان، أكثر انفتاحاً تجاه الاسترشاد بالأعمال

(574) A/CN.4/691، الصفحات 13 إلى 17، الفقرة 18.

(575) [قضية *الباخرة "لوتس"* (فرنسا ضد تركيا)] (The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)).

(576) [قضية *بعض المصالح الألمانية في سيليسيا العليا البولندية* (ألمانيا ضد بولندا)] (Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)).

(577) [فتوى المحكمة الدائمة للعدالة الدولية بشأن *منطقة جاورزينا*] (Question of Jaworzina, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B 1923, No. 8 (Dec. 6)).

(578) [فتوى المحكمة الدائمة للعدالة الدولية بشأن *الباخرة "ويمبلدون"* (المملكة المتحدة ضد اليابان)] (S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan), Advisory Opinion, P.C.I.J. Series A 1923, No. 1. (Aug. 17)).

(579) [فتوى المحكمة الدائمة للعدالة الدولية بشأن *النظام الجمركي بين ألمانيا والنمسا*] (Customs Regime between Germany and Austria, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series A/B 1923, No. 41 (Sept. 5)).

(580) على سبيل المثال، تؤكد الولايات المتحدة، في مذكرتها المقدمة بشأن هذا الموضوع، التي تناقش في الفصل الثاني من هذا التقرير، أنها كثيراً ما تستشهد بالأعمال الفقهية في مرافعاتها في القضايا الدولية.

الأكاديمية ذات الحجية والاعتراف بها في قراراتها وأحكامها<sup>(581)</sup>. وعلى سبيل المثال، استشهدت الدائرة الابتدائية للمحكمة الخاصة لسيراليون بعدة أعمال أكاديمية في قضية الجبهة المتحدة الثورية (*Revolutionary United Front case*)، في جزئها المتعلق بالاستنتاجات القانونية. فعند تفسير المادة 6 (3) من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة لسيراليون التي تنص على مسؤولية القادة، استشهدت الدائرة بمؤلف أكاديمي بارز عن القانون الجنائي الدولي، فأكدت أنها "تؤيد المبدأ القائل بأن مسؤولية القادة أصبحت اليوم مستقرة بقوة في القانون الدولي العرفي"<sup>(582)</sup> دون أن تعتمد بنفسها إلى إجراء أي تقييم مستقل لتبين وجود ممارسة للدول في هذا الشأن وما إذا كان هناك اعتقاد بالزامية تلك الممارسة وضرورتها. ويمكن العثور على حالات مماثلة استعين فيها بالمؤلفات لدى كل من المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضايا منها تاديتش (*Tadić*) وكوناراك (*Kunarac*) وكرنويلاش (*Krnjelac*)<sup>(583)</sup>، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في قضايا أكايسو (*Akayesu*)<sup>(584)</sup> وموسيمبا (*Musema*)<sup>(585)</sup> وباغليشيمبا (*Bagilishema*)<sup>(586)</sup> وناهيما وناهيما (*Nahimana et al*)<sup>(587)</sup> وعاكومبيتسي (*Gacumbitsi*)<sup>(588)</sup> وباغوسورا وآخرين

(581) للاطلاع على تحليل متأن لهذه المسألة، انظر Nora Stappert, 'A New Influence of Legal Scholars? The Use of Academic Writings at International Criminal Courts and Tribunals', LJIL, vol. 31 (2018), p. 963.

(582) انظر [المحكمة الخاصة لسيراليون، المدعي العام ضد عيسى حسن سيساي، وموريس كالون، وأوغسطين غباو (قضية الجبهة المتحدة الثورية)] SCSL, *The Prosecutor v. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF v. Gerhard Werle, Principles of case)*, SCSL-04-15 para. 282, fn. 507. حيث يُستشهد بما جاء في: *International Criminal Law (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005)*, p. 372. وقد استظهرت الدائرة، في الجملة التالية، بحكم دائرة الاستئناف في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية سيليبيتشي (الفقرة 195 - "المبدأ القائل بجواز تحميل القادة العسكريين وغيرهم من القادة المسؤولية الجنائية عن أفعال مرؤوسهم مبدأ مستقر في القانون التعاهدي والقانون العرفي").

(583) *A/CN.4/691*، الفقرتان 45 و 46؛ وانظر [المدعي العام ضد دوشكو تاديتش] *Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997 paras. 638-643, 650-655, 657-658, 669, 678-696*؛ و [المدعي العام ضد كوناراك وآخرين] *Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001. Para. 519 - 537*؛ و [المدعي العام ضد كرونويلاش] *Prosecutor v. Krnjelac, Judgment, Case No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 March 2002, para. 58, footnote 197*.

(584) انظر [المدعي العام ضد أكايسو] *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998*.

(585) [المدعي العام ضد موسيمبا] *Prosecutor v. Musema, Judgment, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 January 2000*.

(586) [المدعي العام ضد باغليشيمبا] *Prosecutor v. Bagilishema, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001*؛ و [المدعي العام ضد باغليشيمبا] *Prosecutor v. Bagilishema, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002*.

(587) [المدعي العام ضد ناهيما وآخرين] *Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment and Sentence, Case No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 December 2003*؛ و [المدعي العام ضد ناهيما وآخرين] *Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007*.

(588) [المدعي العام ضد عاكومبيتسي] *Prosecutor v. Gacumbitsi, Judgment, Case No. ICTR-2001-64-A, A.Ch., 7 July 2006*.

(589) *Bagosora et al* وسيرومبا (590) *Seromba* وبيكيندي (591) *Bikindi* ونسابونيمانا (592) *Nsabonimana*.

320 - وفي المحكمة الجنائية الدولية، وردت إشارات عديدة إلى المجالات والمؤلفات الأكاديمية في الحكم الابتدائي الصادر في قضية لوبانغا (*Lubanga Trial Judgment*) (593). وينطبق ذلك أيضاً على الكثير من القرارات القضائية الأخرى للمحكمة الجنائية الدولية التي لا يتسع المجال لذكرها. وعلاوة على ذلك، يبدو أن ممارسة قد نشأت في المحكمة الجنائية الدولية، استناداً بشكل واضح إلى ممارسة الهيئات القضائية المختصة التي سبقتها مثل المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الخاصة لسيراليون والدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية، يولى بموجبها قدرٌ أكبر من الأهمية لأعمال الأكاديميين وذلك من خلال الاستعانة بهم بصفتهم أصدقاء للمحكمة فيما يسمى إجراء *amicus curiae*.

321 - وثمة ثلاثة جوانب بارزة لهذا الإجراء. فأولاً، تدعو المحكمة الجنائية الدولية، بما يشمل دوائر الاستئناف التابعة لها، الفقهاء بموجب المادة 103 إلى التقدم بطلب للحصول على صفة أصدقاء المحكمة أو *amicus curiae* بصورة رسمية لموافاة المحكمة بأرائهم بشأن المسائل القانونية الجوهرية مثل مسائل التعويضات والحصانة. والملاحظ أنه في حين يتاح للأكاديميين في العادة التقدم بطلب للحصول على هذه الصفة لعرض وجهات نظرهم، وهو ما يفعلونه في بعض الحالات، فإنهم يُدعون في حالات أخرى إلى ذلك بقرار من المحكمة ذاتها. والإجراء المنصوص عليه في المادة 103 هو نفس الآلية التي تستخدمها (وتُدعى أيضاً إلى استخدامها) جهاتٌ أخرى، منها الدول الأطراف في نظام روما الأساسي والمنظمات الدولية (وكذلك المنظمات غير الحكومية)، من أجل تقديم الآراء إلى المحكمة.

322 - وثانياً، نشأت في إطار المحكمة الجنائية الدولية ممارسة حديثة العهد، قد يشيد بها البعض وينتقدها البعض الآخر، تُطلع بموجبها المحكمة على الحجج والآراء الفقهية في إطار عملها وذلك من خلال طرح أسئلة محددة على الأكاديميين وتخصيص الوقت لهم لمناقشة النقاط القانونية أمام دوائر المحكمة خلال جلسات الاستماع الشفوية (594) ويمكن القول بأن هذا النهج يمنح نفوذاً كبيراً لبعض الفقهاء الذين يكونون طرفاً متدخلًا في القضايا.

(589) [المدعي العام ضد باغوسورا ونسنيغومفا] *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Judgment, Case No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 December 2011.

(590) [المدعي العام ضد سيرومبا] *Prosecutor v. Seromba*, Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 March 2008.

(591) [المدعي العام ضد بيكيندي] *Prosecutor v. Bikindi*, Judgment, Case No. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 December 2008.

(592) [المدعي العام ضد نزابونيمانا] *Prosecutor v. Nzabonimana*, Judgment, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014.

(593) [المدعي العام ضد توماس لوبانغا دييلو] *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, Case No. ICC-00//04/01/06, Trial Chamber I, 14 March 2012.

(594) للاطلاع على عمل يثير أسئلة تتعلق باعتبارات النزاهة والشرعية والطابع التمثيلي الناشئة عن هذه الممارسة، انظر Sarah Williams, Hannah Woolaver and Emma Palmer, *The Amicus Curiae in International Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021).

323 - وأخيراً، على الرغم من صعوبة الخلوص إلى استنتاجات قاطعة بشأن مدى اعتماد المحكمة الجنائية الدولية على تلك الأعمال الأكاديمية التي استشهدت بها في أحكامها النهائية، من الواضح أن آراء الأكاديميين المدعويين إلى إسداء المشورة إلى المحكمة قد استُخدمت، على أقل تقدير، لتأكيد صحة بعض التفسيرات القانونية. ويتضح ذلك، على سبيل المثال، في النقاش الذي تناول تفسير المحكمة الجنائية الدولية لأركان الجرائم ضد الإنسانية<sup>(595)</sup>.

## دال - معنى عبارة "كبار المؤلفين في القانون العام"

324 - كما ذكر آنفاً، تنص المادة 38 (1) (د) على وجوب أن تستعين المحكمة بمذاهب كبار المؤلفين في القانون العام. وموضوع التقييم، الذي يرتبط بالضرورة بتقرير قواعد القانون، هو "كبار المؤلفين في القانون العام". ويجب أن يكون هؤلاء، أي فقهاء القانون، من بين أولئك المشهود لهم بأعلى قدر من الكفاءة. ويثير ذلك السؤال السابق حول من هو بالضبط المؤلف البارز أو الفقيه. ومن المثير للاهتمام أن المعنى المعجمي لمصطلح "publicists" هو "الخبير أو الكاتب المعني بقانون الأمم أو القانون الدولي"<sup>(596)</sup>. وبالنسبة للجنة القانون الدولي، فقد أشارت إلى مصطلح "publicist" في أحد مشاريعها ذات الصلة واعتبرت أنه يحيل إلى نفس المعنى أساساً<sup>(597)</sup>. وأوضحت اللجنة في شرح الاستنتاج 14 بشأن تحديد القانون الدولي العرفي أن المصطلح "يشمل كل من يمكن لكتاباتهم أن توضح مسائل القانون الدولي"<sup>(598)</sup>. ولا يبدو أن هناك أي سبب وجيه للخروج عن هذا الفهم.

325 - لكن الواضح من الصياغة العامة للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن من الضروري أن يكون المرء خبيراً في الموضوع (أي القانون الدولي) وأن هذا الشرط مع ذلك غير كاف. ويرجع ذلك إلى العبارة التقييدية التي تفيد بأنه لا يمكن الاعتماد إلا على كبار المؤلفين في القانون العام - والتي تمثل، على حد تعبير اللجنة، ودون استثناء آخرين أو تحويل التركيز بعيداً عن جودة العمل نفسه، إشارة تؤكد أنه "يتعين إيلاء الاهتمام لكتابات الأشخاص البارزين في هذا الميدان"<sup>(599)</sup>. ومع ذلك، فقد أُوضح أن المهم في نهاية المطاف هو جودة الكتابات المعنية، لا سمعة الكاتب. ومن جملة العوامل التي يتعين النظر فيها عند تقييم تلك الجودة النهج الذي اعتمده الكاتب ودقة العمل.

326 - ويؤكد الفهم السابق أصل مصطلح "publicist" وهو فرنسي جزئياً. والبادي أن مصطلح "publicist" كان مستخدماً في فرنسا، حوالي منتصف القرن الثامن عشر، لوصف الخبير في القانون العام. وإذا كان المصطلح يشير في اللغة العادية إلى "الكاتب" ويعد مرادفاً لكلمة "مؤلف"، فإن استخدامه بصيغة

(595) انظر، في مثال على ذلك، ملاحظات أصدقاء المحكمة للأساتذة روبنسون وديغوزمان وجالوه وكرار، في قضية المدعي العام ضد لوران غباغبو [Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, DeGuzman, Jalloh and Cryer, Prosecutor v. Laurent Gbagbo, ICC-02-11-01/11, 9 October 2013] (التي أثرت فيها شواغل بشأن اتباع نهج صارمة بشكل لا مسوغ له إزاء تفسير الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وعُرضت تفسيرات أوسع نطاقاً).

(596) انظر "Publicists." Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com).

(597) المرجع نفسه.

(598) لجنة القانون الدولي، الطرق والوسائل الكفيلة بزيادة تيسير إتاحة أدلة القانون الدولي العرفي، A/CN.4/710/Rev.1، الاستنتاج 14، الفقرة 4.

(599) الطرق والوسائل الكفيلة بزيادة تيسير إتاحة أدلة القانون الدولي العرفي، A/CN.4/710/Rev.1، الاستنتاج 14، الفقرة 4.

الجمع (أي بصيغة “publicists“)، لا سيما عندما يقترن بكلمة “مذاهب” (teachings)، يوحي فيما يبدو بأن القصد هو الاعتماد لا على مؤلف واحد بل على الآراء الجماعية لكتاب متعددين<sup>(600)</sup>. ويتسق المعنى العادي الأخير مع الخلفية التاريخية لعملية الصياغة التي نوقشت أعلاه، حيث كان من المقرّر في المقترحات الأولية والمناقشات اللاحقة للجنة الحقوقيين الاستشارية أن ينصب التركيز على “المذاهب المتوافقة للمؤلفين الذين تتمتع آراؤهم بالحجية”<sup>(601)</sup>. وأشار أيضا إلى “الآراء الفقهية المتوافقة”<sup>(602)</sup>. وارتأى أحد المؤلفين أن “من الواضح فيما يبدو أن أعضاء [لجنة الحقوقيين الاستشارية] ... كان في خلداهم في الغالب كتابات حفنة قليلة من الكتاب المتميزين، وربما الأطروحات البحثية الرئيسية. فالانتشار المتسارع للكتابات في مجال القانون الدولي لن يحدث إلا في وقت لاحق”<sup>(603)</sup>.

327 - وبطبيعة الحال، من شأن أفرقة الخبراء أن تكون مصدرا أكثر حجية لإنتاج المذاهب التي تُنسب إلى كبار المؤلفين في مجال القانون العام. وفي هذا الصدد، ينبغي التمييز بين هيئات الخبراء “الخاصة” من جهة وهيئات الخبراء “العامّة” من جهة أخرى. وثمة طريقة إضافية مفيدة لتقييم هذه الكيانات، كما يدفع سانديش سيفاكوموران، وهي تبيّن ما إذا كانت تلك الهيئات “مخولة صلاحيات من جانب الدول” أم لا<sup>(604)</sup>. ومن الأمثلة على أفرقة الخبراء الخاصة معهد القانون الدولي، وأكاديمية القانون الدولي بلاهاي، ورابطة القانون الدولي، ومعهد هارفارد لبحوث القانون. ولربما يكون أبرز الأمثلة على الهيئات المخولة صلاحيات من جانب الدول هو أعمال هيئات الخبراء المستقلة التي تستفيد من الحوار أو التفاعل مع الدول<sup>(605)</sup>. وتعتبر اللجنة الدولية للصليب الأحمر مثلا جيدا على هذه الأخيرة، وقد اضطلعت بدور هام في تطوير القانون الدولي الإنساني المعاصر<sup>(606)</sup>.

(600) انظر Omri Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law” *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 53 (2022), p.54 at p. 58.

(601) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup> – July 24<sup>th</sup> 1920, p. 323.

(602) Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup> – July 24<sup>th</sup> 1920, pp. 332 and 336.

(603) Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law” *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 53 (2022), p. 57.

(604) Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Colombia J. of Trans’l L.*, vol. 55 (2017), p. 351 (“الكيان المخول صلاحيات من جانب الدول هو في الأساس كيان خولته الدول صلاحية الاضطلاع بوظائف معينة”).

(605) A. Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414 (2021), at p. 182; M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings” *of International Law*, vol. 414 (2021), at p. 182; in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Paris, UNESCO and Dordrecht, T. Treves, “The Expansion of International Law”, و Nijhoff, 1991), pp. 283–284, 285. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398 (2020), pp. 9–398, at p. 190.

(606) أوليت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مستوى رفيعا من الحجية من جانب جهات كان منها، على سبيل المثال، دائرة الاستئناف التابعة للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قرارها الصادر في قضية تاديتش بشأن التماس الدفاع المتعلق بالظن التمهيدي في الاختصاص (Tadić Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) (2 تشرين الأول/أكتوبر 1995)، الفقرة 109 (“كما هو معروف جيدا، كانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر نشطة جدا في الترويج لتطوير القانون الدولي الإنساني وتطبيقه ونشره. ومن الزاوية التي تهتمنا، وهي نشأة قواعد عرفية بشأن النزاعات المسلحة الداخلية، أسهمت اللجنة إسهاما ملحوظا بمناشدة أطراف النزاعات المسلحة أن تحترم القانون الدولي الإنساني. ... ويبين ذلك أن اللجنة تعزز وتيسر التوسع في تطبيق المبادئ العامة للقانون الإنساني لتشمل النزاعات المسلحة الداخلية. ومن ثم، فإن النتائج العملية التي حققتها

328 - ومع ذلك، فإن التصنيف المقسم إلى نوعين المقترح هنا ليس تصنيفاً شاملاً جامعاً بل وقد يتعرض لانتقادات. فمن ناحية، قد تكون هناك هيئات يبدو أن لها خصائص عامة وخاصة على السواء. وهناك من ناحية أخرى هيئات، مثل لجنة القانون الدولي أو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تتمتع بعلاقات خاصة مع الدول ويرجع ذلك جزئياً إلى أن ولايتها تنص صراحة على مساعدة الدول في تدوين القانون الدولي وتطويره. ومن الأفضل أن تُعتبر الكيانات الأخيرة، وكذلك الهيئات الأخرى المنشأة من جانب الدول، فئة قائمة بذاتها بالنظر إلى ولاياتها الرسمية، لا أن تُعتبر من أفرقة الخبراء التي تتألف من فقهاء ينتجون دراسات فقهية. وقد أولت لجنة القانون الدولي نفسها، كما هو مبين في مذكرة الأمانة العامة، وزناً أكبر في أعمالها لهيئات الخبراء مقارنةً بذاك الذي أولته للدراسات الفقهية، وهو ما يبدو صحيحاً بدهاء أيضاً.

## هاء - معنى عبارة "مختلف الأمم"

329 - يجب أن يكون كبار المؤلفين في القانون العام "من" مختلف الأمم". ومن مرادفات كلمة "various"<sup>(607)</sup> ما يشير إلى "المختلف، والمتنوع، والمتعدد، والعديد"، في حين تحيل لفظة "الأمم" بوضوح إلى مجموعة من الناس يشكّلون دولة. وقد فسرت لجنة القانون الدولي هذه العبارة على نحو ما استُخدمت في النظام الأساسي واعتبرت أنها "تبرز ... أهمية مراعاة كتابات تمثل الأنظمة القانونية الرئيسية ومناطق العالم الأساسية وبمختلف اللغات"<sup>(608)</sup>.

330 - وتتبع الجهود الرامية إلى كفاءة التمثيل من طابع عالمية التطبيق الذي يتسم به القانون الدولي، أو على الأقل تطلعاته إلى العالمية، بوصفه مجموعة من القوانين التي تنظم في المقام الأول العلاقات بين مختلف الدول ذات السيادة. وفي حين أن عدد دول العالم كان، إبان صياغة النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية، أقل من ثلث عدد الدول القائمة اليوم، بل وكان التنوع أقل من ذلك في "كلية القانون الدولي غير المرئية"<sup>(609)</sup> التي يمكن القول بشكل معقول أن كبار المؤلفين في القانون العام سيُنتقون منها، فمن المنطقي أن يطّلع القضاة اليوم على كتابات المؤلفين من مختلف أمم العالم، بقدر ما يحيلون إلى الأعمال الأكاديمية أو يأخذونها في الاعتبار في عملهم<sup>(610)</sup>. وهذا الشرط، الذي أحجم المتخصصون لأسباب عقلانية عن تفسيره بأنه يلزم المحكمة بدراسة الأعمال الفردية لمئات المؤلفين في سياق تقريرها لكل كبيرة وصغيرة من قواعد القانون التي يتعين عليها تطبيقها، يشير مع ذلك إلى وجوب بذل جهود مكثفة -

اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الحث على الامتثال للقانون الدولي الإنساني ينبغي أن تُعتبر عنصراً من عناصر الممارسة الدولية الفعلية؛ وقد كان لهذا العنصر دور فعال بشكل واضح في نشأة القواعد العرفية أو تبلورها".

(607) "Various", Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com).

(608) A/CN.4/710/Rev.1، الاستنتاج 14، الفقرة 4.

(609) Oscar Schachter, "Lawyers International of College Invisible The", vol. 72 (1977), p. 217. ولكن انظر Peters A, 'Challenge under Scholarship Legal International', d'Aspremont J in, 'Gazzini T, d'Aspremont J in, 'Challenge under Scholarship Legal International', (eds) Werner W & Nollkaemper A, Press University Cambridge) *Profession a as Law International* (2017, Cambridge) p. 119 at (حيث يدفع الكاتب بأن من الممكن فهم الكلية غير المرئية بوصفها "كلية لخبذة الفقهاء من العالم المتقدم، كلية يقتصر فيها دور الأكاديميين مما يسمى ببلدان الجنوب على دور الطالب الأزلي").

(610) عندما تأسست عصبة الأمم، كان عدد أعضائها 41 عضواً. وعند حلها، كان هذا العدد قد ارتفع إلى 63 عضواً. وفي حين يعني هذا أن معظم بلدان العالم في ذلك الوقت كانت أعضاء فيها، وبالرغم من طموحات العصبة في تحقيق العالمية، فقد فشلت في تحقيق هذا الهدف لأن العديد من بلدان العالم كان خاضعاً للاستعمار. وقد كان للمحكمة الدولية للعدالة الدائمة اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بـ 45 دولة.

أكثر مما يُبذل في الوقت الحاضر - لكي تكون تلك الأعمال تمثيلية ولو بشكل فضفاض لمختلف أمم ومناطق العالم.

331 - وتتفق الحجج الأنفة الذكر مع القواعد الموضوعية لضمان الطابع التمثيلي لهيئة المحكمة العالمية ومع الأحكام الأخرى للمادة 38، التي تربط تبلور القانون الدولي بمفهوم القبول العمومي<sup>(611)</sup>. وفي هذا الصدد، لوحظ ما يلي: "من الضروري جداً، عند النظر في مذاهب كبار المؤلفين في مجال القانون العام، مراعاة الآراء المستمدة من مختلف مناطق العالم كافة أو السائدة في تلك المناطق؛ ولهذا السبب أيضاً، وبعيداً عن الأعمال الفردية، تكون للجهود الدؤوبة التي تبذلها رابطات الخبراء ذات التكوين الدولي، مثل معهد القانون الدولي، حجية خاصة"<sup>(612)</sup>.

332 - ويُذكر، في الوقت نفسه، أنه لئن كانت الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية مثل محكمة العدل الدولية تنص على أمر ما، فإن الممارسة الفعلية للمحاكم والهيئات القضائية الدولية فيما يتعلق بالاستشهاد بمذاهب كبار المؤلفين تشير إلى أن هناك بعض الآراء وبعض المؤلفين الذين تكثر الإحالة إلى أعمالهم في المحاكم الدولية. وقد تفضي هذه المسألة إلى نقاش يشوبه التوتر. لكن المقرر الخاص يرى أن من الضروري التصدي لها دونما تردد، لا التغافل عنها. ولنضرب مثلاً على ذلك ولنُشر إلى الحالات النادرة التي أحالت فيها محكمة العدل الدولية إلى آراء الفقهاء، فنجد أن المحكمة تميل إلى الاستشهاد بالمجموعة نفسها تقريباً من المؤلفين. ويُزعم أن الكتاب العشرة الذين يُستشهد بأعمالهم أكثر من أقرانهم هم جميعاً من دول غربية وأن كلهم من الرجال<sup>(613)</sup>.

333 - وثمة مشكلة أكثر جوهرية، بطبيعة الحال، أشار إليها باحثون اتخذوا موقفاً انتقادياً مثل جيمس ثو غاثي<sup>(614)</sup> وأنثيا روبرتس<sup>(615)</sup> وآخرين ممن شككوا في مدى إمكانية اعتبار القانون الدولي قانوناً دولياً بحق، سواء من حيث الطريقة التي تطور بها القانون تاريخياً أو من حيث الطريقة التي تُنتج بها المعارف المتعلقة بالقانون الدولي. فالممارسون الذين يصوغون الحجج التي تُطرح على المحكمة يكونون في العادة من مناطق معينة. وفي دراسة تجريبية لأول 50 عاماً من عمر محكمة العدل الدولية<sup>(616)</sup>، أي ما بين عامي

M. Virally, "The Sources of International Law" in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (London, Macmillan, 1968), pp. 116-174, at p. 153

(612) المرجع نفسه.

(613) في دراسة مركزة عن مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام واستعانة المحكمة بها، يبين هلمرسن أن الكتاب العشرة الذين يُستشهد بأعمالهم أكثر من أقرانهم هم: شبطاي روزين، وهيرش لوتريخت، وجيرالد فيتزموريس، ومانلي أ. هدمسون، ولاسا أوبنهايم، وروبرت جينينغز، وتشارلز دي فيشر، وإيان براونلي، وأرثر واتس، وجوليوس ستون. ومعظم هؤلاء المؤلفين من مواطني المملكة المتحدة أو الولايات المتحدة. ولم يتحسن هذا العدد، من حيث التنوع، إلا بشكل طفيف عندما وسع المؤلف نطاق الدراسة لتحديد أكثر 40 مؤلفاً استشهد بأعمالهم. فمن بين المؤلفين الأربعة، كان واحد فقط (إدواردو خيمينيز دي أريشاغا) من أحد بلدان الجنوب، هو أوروغواي. وكان المتبقون جميعاً من مجموعة دول أوروبا الغربية ودول أخرى. انظر *The Application of Teachings by the ICJ*.

(614) Gathii Thuo James, "View World Third A :Law International of Promise The", *Lecture Grotius* (29) *Law International of Society American the of Meeting Annual Virtual 2020 the at Presented* (2020 August).

(615) للاطلاع على مؤلف غني بالمعلومات ينتقد الرأي التقليدي بشأن عالمية القانون الدولي، انظر Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

(616) انظر، على سبيل المثال، Kurt Taylor Gaubatz and Matthew MacArthur, "How International is International Law?", *Michigan J. of Int'l Law*, vol. 22 (2001), p. 239 (حيث يتناول المؤلف "مدى الاحتكار

1948 و 1998، أثبت الفقهاء منذ سنوات عديدة أن المحامين المنتمين إلى دول منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي هم الفئة الغالبة من بين المشتغلين بقضايا المنازعات التي تنتظر فيها المحكمة. ويبدو أن مسألة الطابع التمثيلي لأفرقة الدفاع العاملة أمام محكمة العدل الدولية قد سلط عليها الضوء، بعد سنوات عديدة، في عهد رئيسة المحكمة، القاضية جوان إ. دوناھيو من الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(617)</sup>، ويبدو أنها أصبحت تشكّل الآن جزءاً من المناقشات التي يجريها مسؤولو المحكمة فيما يتعلق بمسائل التمثيل. ومن المفارقات أنه لعقود مضت، ظل قضاء<sup>(618)</sup> وفقهاء<sup>(619)</sup>، معظمهم من بلدان أفريقيا وآسيا

الغربي لمهنة المحاماة في مجال القانون الدولي في سياق إجراءات محكمة العدل الدولية ويدفع بأن هذه الهيمنة توجي بأن القانون 'الدولي' ليس دولياً بالقدر الذي يوحي به اسمه؛ و بأن "الهيمنة الغربية على ممارسة مهنة المحاماة في مجال القانون الدولي لن تكون بمثابة مفاجأة لأي ممن درسوا إجراءات محكمة العدل الدولية". وقد طُعن في ادعاء غوياتز وماك آرثر بأن التمثيل المفرط للمحامين الغربيين في قضايا محكمة العدل الدولية يمكن أن يكون عائدا جزئياً إلى عدم توافر محامين من البلدان النامية يتمتعون بخبرة كافية في إجراءات التقاضي أمام محكمة العدل الدولية. انظر James Thuo Gathii, "Decolonizing the ICJ" (unpublished manuscript, on file with author, forthcoming 2023) و انظر من الدراسات التجريبية الأحدث عهداً Sashank P. Kumar & Cecily Rose, "A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999- 2012," *Eur. J. Int'l L.*, vol. 25 (2014) 893.

(617) القاضية جوان إ. دوناھيو، رئيسة محكمة العدل الدولية، تأملات في الذكرى السنوية الخامسة والسبعين لإنشاء محكمة العدل الدولية، مجلة وقائع الأمم المتحدة (16 نيسان/أبريل 2021)، <https://www.un.org/ar/140790> (اطلع عليه آخر مرة في 11 شباط/فبراير 2023) ("في كل مرة أنظر فيها إلى الوفود التي تمثل الأطراف، يذهلني أن تكوينها يشبه إلى حد بعيد مجموعات الأشخاص الذين اجتمعوا في عام 1945 لصياغة ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة. هناك قلة قليلة من المحامين من البلدان النامية وتقريباً جميعهم من الرجال، بغض النظر عن الجنسية").

(618) للاطلاع على رأي نقدي مبكر بشأن هذا الموضوع، انظر Christopher Weeramantry, "A Response to Berman: In the Wake of Empire," in Weeramantry & Nathaniel Berman, *The Grotius Lecture Series*, vol. 14, *Am. U. Int'l L. Rev.* (1999), p. 1555, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=auilr> (last visited 11 February 2023).

(619) انظر Alejandro Alvarez، و Antony Anghie، *Imperialism, Sovereignty And International Law* (2005) و P. Anand، "New States و *American Problems In International Law* (Michigan: Gale Publisinh, 1909) و Wang Tieya، "The Third World and and International Law" *JILI*, vol. 15(3) (1972), pp. 522-524 و International Law" in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston، *The Structure and Process of International Law* (The Hague: Martinus Nijhof, 1983) و Onuma Yusaki، *International Law In A Transcivilizational Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) و Georges Abi-Saab، "The Newly Independent World" (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) و Mohammed، "States and the Rules of International Law: An Outline"، *Howard L.J.* vol. 8 (1962) p. 95 و Taslim، و Bedjaoui، *Towards A New International Order* (New York: Holmes & Meier Publishing, 1976) و B.S و O. Elias، *Africa and the Development Of International Law* (Netherlands: Martinus Nijhof, 1974) و Chimni، *International Law And World Order: A Critique Of Contemporary Approaches*, 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) و Upendra Baxi، *Human Rights in a Posthuman World*: (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) و Christopher G. Weeramantry، *Nauru: Critical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2009) و Environmental Damage Under International Trusteeship (Oxford: Oxford University Press, 1992) و Cynthia Farid، "Legal Scholactivists in the Third World: Between Ambition, Altruism and Access," *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33 (2016), p.57.

والشرق الأوسط وأمريكا اللاتينية، يتساءلون لأي مدى يمكن أن تصمد مزاعم القائلين بأن القانون الدولي قانون عالمي، دون أن تؤخذ في الاعتبار آراء بلدان الجنوب بشكل جاد<sup>(620)</sup>.

## واو - معنى "المصادر الاحتياطية"

334 - فيما يتعلق بعبارة "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون" الواردة في المادة 38 (1) (د)، ولا سيما تعبير "مصدرا احتياطيا" الذي يأتي فيها، هناك ثلاثة تعليقات موجزة يجدر إيرادها. أولاً، لفظة "subsidiary" مستعارة من الكلمة اللاتينية "subsidiaries" التي تشير إلى شيء يقم المساعدة، أي "تابع" أو "تكميلي" أو "ثانوي" أو "شيء فرعي أو تابع؛ أو شيء يوفر المزيد من الدعم أو المساعدة؛ أو تابع أو مساعد"<sup>(621)</sup>، أما المصطلح الثاني "means"، فالمقصود به "عامل وسيط أو أداة وسيطة"؛ أو "شيء ما معترض أو متدخل"<sup>(622)</sup>. والمعنى النهائي لهذين المصطلحين يوحي بوجود شيء آخر، شيء هو على النقيض من نظيره ذلك الموصوف بالاحتياطي، كالمصادر "الأولية" مثلاً أو المصادر "الرئيسية". غير أن أياً من تلك البدائل لم يرد في النظام الأساسي. ولأغراض دراستنا هذه، يمكن أن نستخدم لفظتي "أولي" أو "رئيسي"، مثلما فعل بعض المؤلفين. وقد فطن شوارزنبغر إلى ذلك الأمر، ودفع بأن وجود فئة احتياطية يعني ضمناً أنه "لا بد من وجود مصادر رئيسية لتقرير قواعد القانون"<sup>(623)</sup>.

335 - وثانياً، ومن ناحية أقرب إلى الجانب الفني، تشدد الصيغة الفرنسية لعبارة المصادر الاحتياطية (*moyen auxiliaire*) على الطابع التكميلي لتلك المصادر. وهذا يشير إلى أمر، وإن لم يكن يؤكد، مفاده أن كلا من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين على السواء يلي من حيث مرتبته المصادر الأولية المدرجة في الفقرات 1 (أ) إلى (ج) من المادة 38، أي المعاهدات والأعراف والمبادئ العامة للقانون. وكلاهما بعبارة أخرى احتياطي لأنهما لا يمثلان مصادر في حد ذاتهما. وأياً كان الأمر، وعلى غرار الحال بالنسبة لفتي "المصادر الاحتياطية"، يبدو أنه لا يوجد تمييز رسمي بين أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين. وتختلف وجهات نظر الكتاب بشأن هذا الموضوع. فالبعض يرى أن الفئتين متساويتان في الأهمية وليس هناك اختلاف معياري هام بينهما، بينما يعتبر كتاب آخرون أحكام المحاكم أكثر أهمية ومذاهب كبار المؤلفين أقل أهمية. ولهذه المناقشة بعض النتائج على الصعيد العملي.

336 - فعلى سبيل المثال، أعرب كل من فيتز موريس وشوارزنبغر عن شكوكهما بشأن أهمية مذاهب كبار المؤلفين مفضلين عليها قرارات المحاكم. وقد دُفع الأول في مقولة شهيرة بأن "القرار يمثل حقيقة؛ ولكن الرأي، مهما كان مقنعاً، يظل رأياً"<sup>(624)</sup>. ومضى يقول بأن الأمر لا يتعلق بما إذا كانت قرارات المحاكم

(620) للاطلاع على مقالة مفيدة تشرح أصول مفهوم "نهج العالم الثالث تجاه القانون الدولي" (TWAIL) وتقدم قائمة بالمراجع التي يمكن البدء بها للحصول على مزيد من المعلومات، انظر James T. Gathii, "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography" *Trade L. and Dev.*, vol. 3 (2011), p. 26

(621) Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). "Subsidiary." متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com)

(622) Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). "Means." متاح عبر الرابط التالي: [www.oed.com](http://www.oed.com)

(623) Schwarzenberger, "Tribunals and Courts International by Applied as Law International", p. 122.

(624) Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law" in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2021) pp. 476- 496 at p. 494

تحمل بالضرورة في جوهرها وزناً أكبر مما تنطوي عليه الدراسات الفقهية، بقدر ما يتصل بما لتلك القرارات من "تأثير مباشر وفوري أكبر في واقع الحياة الدولية"<sup>(625)</sup>. وخلص بذلك إلى أنه من الخطأ وضع أحكام المحاكم "على قدم المساواة مع مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام، بل والجمع بين الاثنين ووصفهما بأنهما 'مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون'"<sup>(626)</sup>. وقد وجد أن هذه الصياغة فيما يتعلق بمذاهب كبار المؤلفين "غير مناسبة بالمرّة" مقارنةً بأحكام المحاكم التي لا يمكن أبداً في رأيه أن تكون من المصادر الاحتياطية لتقرير القانون<sup>(627)</sup>. ورأى شوارزنبيرغر، من جانبه، أن من الضروري التعامل بحرص مع الإشارة إلى مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام التي ترد في الفقرة 1 من المادة 38 - حيث إن الفقهاء مُنحوا "مركزاً مبالغاً فيه"<sup>(628)</sup>.

337 - وثالثاً، في حين يمكن تناول المسألة المذكورة فيما يلي في تقرير لاحق للمقرر الخاص، يلاحظ أن عدداً من المؤلفين رأى أن التوصيف بمصطلح "احتياطي" في المادة 38 (1) (د) إنما "يصف المصادر من حيث صلتها بالمحكمة أو الهيئة القضائية التي تتولى أمر تقرير" القانون<sup>(629)</sup>. ويرجع ذلك إلى أنه "عندما تتولى المحكمة أو الهيئة القضائية تقرير قواعد القانون من خلال مصادر مباشرة، مثل التفسير القضائي، يمكن وصف هذه المصادر بأنها 'أساسية'"<sup>(630)</sup>. ومن ناحية أخرى، إذا كانت المحكمة أو الهيئة القضائية "تعتمد على مصادر غير مباشرة" في سياق التحقّق من وجود قاعدة أو عدمه، جاز اعتبار هذه المصادر "احتياطية"<sup>(631)</sup>. وبعبارة أخرى، لا يمكن الاستعانة بأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين إلا "لتفسير معاهدة، وكذلك للتأكد من مضمون القانون الدولي العرفي أو مبدأ عام من مبادئ القانون"<sup>(632)</sup>. ويمكن أن تنطبق هذه العملية أيضاً ضمن فئة المصادر الاحتياطية نفسها، بحيث "يمكن أيضاً الاستعانة بمذاهب كبار المؤلفين عند تقرير مضمون المصادر الاحتياطية الأخرى، التي يمكن أن تُستخدم بدورها لتفسير معاهدة أو التأكد من مضمون القانون الدولي العرفي أو مبدأ عام من مبادئ القانون"<sup>(633)</sup>.

338 - وأخيراً، وكما توضح مذكرة الأمانة العامة، فإن اللجنة استفاضت في شرح معنى مصطلح "المصادر الاحتياطية" في نص الاستنتاجات والشروح المرفقة بها الذي أعد في إطار موضوعي تحديد القانون الدولي العرفي وتحديد القواعد الأمرة في القانون الدولي العمومي ونتائجها القانونية (*jus cogens*)<sup>(634)</sup>.

(625) Fitzmaurice، "Some formal problems regarding the international law of sources"، p. 494.

(626) المرجع نفسه، الصفحة 495.

(627) المرجع نفسه.

(628) Georg Schwarzenberger "The Inductive Approach to International Law"، *Harvard Law Review*، vol. 60، (1947)، p. 539 at p. 560.

(629) A.Z. Borda، "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals"، *Eur. J. Int. Law*، vol. 24(2) pp. 649-661 p. 650.

(630) المرجع نفسه، الصفحة 656.

(631) Helmersen، *The Application of Teachings by the ICJ*، at p. 27.

(632) المرجع نفسه.

(633) المرجع نفسه.

(634) مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 2، الفقرات من 17 إلى 20.

## زاي - معنى "تقرير قواعد القانون"

339 - عندما تُقرأ عبارة "تقرير قواعد القانون" بالاقتران مع *فاتحة* الفقرة 1 من المادة 38، التي توجه المحكمة إلى تطبيق المعاهدات والقانون العرفي والمبادئ العامة للقانون، يتبين أنها تشكل في الواقع الهدف النهائي لهذا الحكم. وتتعلق المصطلحات المذكورة آنفاً بالمراحل المبكرة من العملية. وفي هذا الصدد، وكما نوقش أعلاه، يمنح النص كلتا الفئتين، أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، مركز "[ال]—مصدر [ال] احتياطي لتقرير قواعد القانون" (التوكيد مضاف). ووفق المعنى العادي والبسيط للحكم، تصبح المهمة القضائية واضحة، أي: تقرير قواعد القانون التي يتعين تطبيقها. وتحمل كلمة "determination" معنى مزدوجاً عند النظر إليها من حيث صيغتها الاسمية "determination" والفعلية "determine". فهي بصيغتها الاسمية يمكن أن تعني "ascertainment" (أي وسيلة للتحقق من ماهية القاعدة، أو دليل).

340 - ووفقاً لهذا المعنى، يقول شهاب الدين بأن لفظة "التقرير" [...] تقتصر على فعل التقرير بمعنى معرفة ما هو القانون القائم. وهو يلاحظ، استناداً إلى الأعمال التحضيرية للجنة الحقوقيين الاستشارية، أن "الحجة ترجح بناءً على ذلك أن الإشارة إلى 'تقرير قواعد القانون' تتوخى قراراً من شأنه أن يوضح القانون القائم فحسب، لا أن ينشئ قانوناً جديداً"<sup>(635)</sup>.

341 - لكن يمكن لفعل "determine" أن يعني "يقرر" (أي أن يضع قانوناً)<sup>(636)</sup>. وفعل "determine" يعني "التأكد من شيء على نحو قاطع عن طريق الملاحظة أو الدراسة أو الحساب، وما إلى ذلك". ويعني أيضاً "الجزم بشكل حاسم أو رسمي، أو النطق بأمر ما، أو الإعلان عنه، أو التصريح به" أو "تسوية أمر أو حله مسبقاً؛ أو فرض أمر أو سنه"<sup>(637)</sup>. ويعتبر شهاب الدين أن معنى "determine" المبين أعلاه قد ينطبق هنا، دون أن يقبل ذلك بالضرورة، حيث يشير إلى أنه "في سياق قانوني، لا يقتصر المعنى على التوصل لما هو قائم بالفعل أو اكتشافه؛ بل قد يشمل ذلك إخراج ظاهرة قانونية جديدة إلى حيز الوجود. وهذه هي الطريقة التي تستخدم بها الكلمة غالباً في المستندات القانونية؛ فبدون 'التقرير' (determination) قد لا يكون للمسألة المقررة أي وجود في القانون"<sup>(638)</sup>. وربما يعكس هذا الاختلاف في المعاني الخيط الرفيع الفاصل بين وضع القانون وتقرير القانون، وهو الفرق الذي يعتقد جينينغز أنه "مسألة درجة لا نوع"<sup>(639)</sup>. وبالنظر إلى ما تقدّم، يخلص شهاب الدين إلى أنه "يبدو من المشكوك فيه أن تكون الإشارة الواردة في الفقرة 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي إلى 'تقرير قواعد القانون' مما يجوز تفسيره على أنه

.Shahabuddeen, Precedent in the World Court, p. 77 (635)

M. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", *Collected Courses of the Hague* (636)  
E. وكذلك *Academy of International Law*, vol. 272 (1998), pp. 155-410, at p. 202, footnote 95  
Roucounas, "Rapport entre 'moyens auxiliaires' de determination du droit international", *Thesaurus*  
*Acroasium*, vol. 19 (1992), pp. 259-284, at p. 263

."Determine." Oxford English Dictionary (2nd edn., 1989), IV, p. 550 (637)

.Shahabuddeen, Precedent in the World Court, p. 77 (638)

R.Y Jennings, "General Course on Principles of International Law" in *Collected Courses of the Hague* (639)  
*Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 341

يشمل تقرير قواعد قانونية جديدة بقرار من المحكمة نفسها يستند إلى قرارات قضائية سابقة أو كتابات المؤلفين في مجال القانون العام<sup>(640)</sup>.

342 - وتوجه المادة 38 المحكمة إلى "تطبيق" أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين باعتبارها مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون. وهناك تضارب واضح في صياغة المادة 38 في هذا الصدد، حيث يطلب النظام الأساسي من المحكمة تطبيق أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام واستخدامها أيضا كمصادر لتقرير قواعد القانون<sup>(641)</sup>. ولا تتألف هذه الفئة، بالمعنى الصحيح للكلمة، من عناصر تقوم المحكمة بتطبيقها، بل هي تساعد المحكمة في تحديد المصادر المذكورة في المادة 38 (1) (أ) إلى (ج)<sup>(642)</sup>.

343 - ويبدو بالمقارنة مع الفقرات الفرعية الثلاث السابقة، وهي الفقرات الفرعية من (أ) إلى (ج)، أن المادة 38 (1) (د) تأتي بتغيير في منزلة العناصر الواردة في ذلك الحكم<sup>(643)</sup>. فالمصادر الرسمية للقانون المبينة في الفقرات الفرعية الثلاث الأولى هي مصادر، في حين أن الفقرة الفرعية الأخيرة تتناول "وسائل لتقرير قواعد القانون"، أي الدليل على وجودها ومضمونها. وأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين لا تؤدي إلى نشوء قواعد قانونية؛ بل يمكن القول بأن لكل منها دوراً لا يؤديه إلا في مراحل لاحقة بغية المساعدة في تقرير وجود قواعد القانون وفي تفسيرها<sup>(644)</sup>. وبعبارة أخرى، تُطبق كلتا الفئتين، ولكن فقط كوسيلة للتحقق من وجود قاعدة تعاهدية أو قاعدة من قواعد القانون العرفي أو مبدأ عام من مبادئ القانون أو أي مصدر آخر لا يلتزم بشكل قانوني وضعياً<sup>(645)</sup>.

## حاء - ملاحظات المقرر الخاص بشأن عناصر المصادر الاحتياطية

344 - يعتزم المقرر الخاص العودة، إذا اقتضى الأمر، إلى بعض المسائل المذكورة أعلاه في تقارير لاحقة، غير أنه يود في الوقت الراهن أن يقدم ملاحظتين أوليتين بالاستناد إلى النص والممارسة المتعلقين بالمصادر الاحتياطية.

345 - فأولاً، كما يؤكد نص المادة 38، ليست المصادر الاحتياطية مصادر، على الأقل ليس بالمعنى الرسمي الذي تحمله المصادر الثلاثة الأولى الوارد بيانها في المادة. وكما أشار روزين، فإن المصادر الاحتياطية المذكورة في الفقرة الفرعية 1 (د) هي "الخزانة التي يمكن أن تُستخرج منها القواعد التي تأتي في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج)"<sup>(646)</sup>. ومعنى ذلك أن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين لا تمثل

(640) Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 78.

(641) P. Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", Br. Yearb. Int. Law, vol. 45 (1971), pp. 79-135 at p. 118.

(642) P. Tomka, "Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet" in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39-42, at p. 40.

(643) Pellet, "Le droit international à la lumière de la pratique" in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 414 (Leiden: Sijthoff, 1967), pp. 9-547, at p. 181.

(644) المرجع نفسه.

(645) Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 29.

(646) Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p 1553. هناك عدد متزايد من الدراسات القائمة على الأدلة التجريبية التي توضح ممارسة محكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية الأخرى. انظر على سبيل المثال Ridi, "The Shape and Structure of the

مصادر للقانون في حد ذاتها. بل هي "مصادر" مستتدية تحدد للمحكمة الموارد التي يمكنها الرجوع إليها للعثور على دليل على وجود القواعد التي يتعين عليها تطبيقها بموجب الفقرات الفرعية الثلاث الأخرى" (647).

346 - ومع ذلك، فإن المحاكم بما فيها محكمة العدل الدولية تعتمد بالفعل في ممارستها العملية، كما أوضح أعلاه، على قراراتها القضائية السابقة بدرجة أكبر من مذاهب كبار المؤلفين. وهذا أمر طبيعي. ففي نهاية المطاف، لا جدوى من أن يعيد القضاة اختراع العجلة عند تصديهم لحل منازعة جديدة. والواقع أن الاجتهاد القضائي السابق "كثيراً ما يُستخدم لتحديد أو توضيح قواعد القانون، لا لوضع هذه القواعد، أي لا من حيث نوعية السوابق الملزمة بل وفق ما لها من قوة إقناع" (648). وكما لاحظ لوترباخ، فإن "العديد من أعمال التشريع القضائي يمكن أن يتم في الواقع تحت ستار التحقق من القانون الدولي العرفي" (649). وهذا على الرغم من التقييد الرسمي البادي لهذه المسألة الناشئ عن حكم المادة 59 بأنه لا يكون لقرارات المحكمة قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر القرار بينهم وفي خصوص القضية التي فصل فيها. وهناك بعض "الغموض الذي يشوب دور المحكمة في تطوير القانون الدولي - فمن ناحية، يستبعد النظام الأساسي للمحكمة لزوم ما سبق لها تقريره في حين أنه من المسلم به، من ناحية أخرى، بأن المحكمة لها دور مركزي في تطوير القانون الدولي" (650). والواقع أنه من خلال الممارسة العملية "يؤدي التراكم المستمر للسوابق القضائية إلى إيجاد ما أصبح الآن مجموعة كبيرة من الاجتهادات القضائية" (651). بل "وقد أسفر ذلك عن إدخال تعديل معقول لكسر الجمود الظاهر للفقرة 1 (د) من المادة 38" (652). وكانت لذلك الأمر عواقب امتد أثرها ليشمل محاكم دولية أخرى.

347 - وقد ثبت أن استعانة محكمة العدل الدولية والمحاكم الأخرى بالقرارات القضائية السابقة كان له تأثيره في وضع المعايير بالنسبة لها وحتى بالنسبة للدول (653)، ولهيئات أخرى تؤدي دوراً في تدوين القانون الدولي وتطويره التدريجي مثل الجمعية العامة (التي اعتمدت على سبيل المثال مبادئ نورمبرغ بالاستناد إلى عمل لجنة القانون الدولي الذي ارتكز أساساً على النظام الأساسي لمحكمة واحدة والحكم الصادر عنها)، ومثل لجنة القانون الدولي نفسها (التي تعتمد بشكل كبير على أحكام المحكمة الدائمة للعدالة الدولية ومحكمة العدل الدولية)، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، وللمحاكم الوطنية أيضاً (654). وعلى النقيض من ذلك، "هناك استثناء واحد من تجاهل المحكمة البادي للفقهاء القانوني:

'Usable Past': An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication", Alschner and Charlotin, "The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network", 29 *European Journal of International Law* (2018) 83

.Pellet and Müller, "Article 38", p. 854 (647)

.Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1609 (648)

Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368 (649)

.Tladi, "The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law", p. 70 (650)

.Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553 (651)

(652) المرجع نفسه.

(653) انظر مذكرة الأمانة العامة، A/CN.4/759، الملاحظة 32، الفقرتان 137 و 138.

.Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p 1617 (654)

فقد تزايدت استعانة المحكمة في أحكامها وفتاواها بأعمال لجنة القانون الدولي، وذلك من أجل تفسير اتفاقيات التدوين التي أعدتها اللجنة أو للبرهنة على وجود قواعد عرفية بالاستشهاد بمشاريع مواد اللجنة<sup>(655)</sup>.

348 - والملاحظة الأولى الثانية، وهي مرتبطة بالنقطة المذكورة أعلاه، مفادها أن المصدرين الاحتياطين، أي أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، قد ورد كلاهما من المنظور الفقهي على قدم المساواة مع الآخر في الفقرة الفرعية 1 (د) من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ولم يكن هناك تمييز بين الاثنين لأنه، في مرحلة الصياغة في عام 1920، كان هناك شعور - على الأقل لدى بعض أعضاء لجنة الحقوق الاستشارية - بأن كليهما يمكن أن يكون مصدرًا للأدلة التي توضح وجود قواعد القانون الوضعي أو غيابها. غير أن البادي، فيما يتعلق بمذاهب كبار المؤلفين، أن الممارسة تظهر أن المذاهب المذكورة أقل أهمية نسبيًا مقارنةً بأحكام المحاكم، حيث يقل الاستشهاد بها في قرارات الأغلبية وإن كثر في الآراء الفردية للقضاة. وقد تساءل البعض بالفعل عما إذا كان من المناسب وضع الاثنين في المرتبة نفسها<sup>(656)</sup>. ولئن كان من الممكن الاحتجاج بشكل منطقي بمنافاة ذلك للصواب، فقد لاحظ بيليه عن حق أن الانتقادات الموجهة للمساواة بين أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في غير محلها من المنظور العقلاني حيث قال: "كلاهما نظرياً يؤدي نفس الوظيفة؛ فهما وسيلتان للتأكد من أن قاعدة معينة لها طابع قانوني لأنها تتصل بالمصدر الرسمي للقانون. ولكن المؤكد أنه لا يمكن من الناحية العملية المساواة بينهما. ففي حين يؤدي الفقه تحقيقاً لذلك الغرض دوراً متحفظاً (وإن كان فعالاً على الأرجح)، فإن استعانة المحكمة بالاجتهاد القضائي تتجاوز بكثير في الواقع ما ترمي إليه عبارة 'المصادر الاحتياطية' ضمناً"<sup>(657)</sup>.

349 - وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة للمادة 38، فإن "لها تأثيراً لا جدال فيه على تطور القانون الدولي وقانون التحكيم الدولي"<sup>(658)</sup>. وكما ذكر سورنسن فيما يتعلق بالتوافق المزعوم بين المادة 38 والقانون الدولي، فقد توطد التقاء وجهات النظر بفضل وجود المادة 38 ذاته وحجيتها الأصيلة<sup>(659)</sup>.

350 - وأخيراً وفيما يتصل بهذه المسألة، يرحب المقرر الخاص بما قد يعرب عنه أعضاء اللجنة من آراء بشأن الآثار المترتبة على هاتين الملاحظتين الأولىيتين، ولا سيما العلاقة بين المصادر الاحتياطية والمصادر الرئيسية.

(655) Pellet and Müller, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, "Article 38", p. 792

(656) انظر Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law", pp. 496

(657) Pellet, "Article 38", p. 784

(658) المرجع نفسه، الصفحة 69. انظر أيضاً Charles Rousseau, *Droit International Public*, Tome 1 (Paris: Sirey, 1970), at p. 59

و Max Sørensen, *Les sources du droit international: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, (Copenhagen: Einar Munksgaard, 1946), p. 40

(659) انظر Sørensen, *Les sources du droit international*, الصفحة 40 حيث يأتي ما يلي: 'la concordance prétendue entre cet article et le droit international commun s'est consolidée en vertu de l'existence même de l'article 38 et de son autorité inhérente'

## الفصل التاسع

### مصادر احتياطية إضافية لتقرير قواعد القانون الدولي

#### ألف - الطابع غير الحصري للمادة 38 يثير تساؤلات عما إذا كانت هناك مصادر احتياطية أخرى

351 - كما يجب أن يكون قد استقر الآن في ضوء ما ورد في الفصول السابقة، تنص المادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أساساً على أن "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام" ينبغي أن تطبق "لباعتبارها" مصدراً احتياطياً لقواعد القانون". غير أن هذه المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون غير مقصورة صراحةً على أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين. ويرجع ذلك إلى أن الفقرة 1 من المادة 38 - على نحو ما ورد في مناقشة الخلفية التاريخية لصياغتها - إنما هي توجيه إلى المحكمة وليست بالضرورة سرداً جامعاً لمصادر القانون الدولي.

352 - ولما كانت المادة 38 غير ذات طابع حصري، ولم يقصد قط أن تكون كذلك، فينبغي أن يُطرح سؤال عن ماهية مصادر القانون الأخرى المتبقية. وبعد تحديد مصادر القانون الأخرى تلك، يمكن النظر في مسألة تقرير أيها أقرب إلى المصادر الرسمية المذكورة في الفقرات الفرعية 1 (أ) إلى (ج) وأيها يندرج ضمن المصادر الاحتياطية التي ترد في الفقرة الفرعية 1 (د). وإذا كان بعضها يمكن تصنيفه ضمن الفئة الأخيرة، أي المصادر الاحتياطية، فينبغي عندئذ النظر فيما إذا كان من الممكن اعتبارها مما يدخل في نطاق هذا الموضوع.

353 - وهناك وجهتا نظر اثنتان على الأقل يمكن اعتمادهما في هذا الصدد. فأولاً، إذا أُريد لأعمال لجنة القانون الدولي أن تضيف قيمةً أكبر لميدان القانون الدولي من خلال جهودها الرامية إلى إيضاح مرتبة المصادر الاحتياطية عند الشروع في تقرير قواعد القانون الدولي، فينبغي إيلاء مزيد من النظر للمصادر الاحتياطية غير المذكورة صراحةً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وهذه ليست مصادر مستمدة من فراغ. بل هي مصادر ملموسة يمكن استنباطها باستقراء ممارسة المحاكم الدولية، ولا سيما محكمة العدل الدولية بوصفها الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة. وعلى النقيض من ذلك، يمكن القول بأنه حتى بعد تحديد المصادر الاحتياطية الأخرى التي تدفع الدول بوجودها، فقد تُعتبر تلك المصادر الاحتياطية غير المذكورة صراحةً في المادة 38 (1) (د) خارجةً عن نطاق هذا الموضوع.

354 - وبشكل عام، ومع مراعاة المناقشة الواردة في الفصل الثالث بشأن المسارين الذين يمكن اتباعهما في دراسة الموضوع الحالي إما بتضييق نطاقه أو التوسع فيه، فسيتناول المقرر الخاص الآن بشفاافية تامة، وبإيجاز (لدواعي ضيق المجال)، الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتبرير النظر في مصادر احتياطية إضافية لتقرير قواعد القانون الدولي. وبناءً على ذلك، ولغرض استطلاع آراء أعضاء اللجنة فقط لا غير، سيقدّم المقرر الخاص فيما يلي بعض المعلومات الأساسية المفيدة التي يُؤمل أن تساعد في رسم طريق للمضي قدماً بشأن هذه المسألة الهامة. ويانتظر نتيجة المناقشات بشأن هذه المسألة، ولإتاحة الفرصة أولاً لأعضاء وللدول في اللجنة السادسة لتبادل وجهات النظر، فقد رأى أنه من غير المناسب صياغة أي مشاريع استنتاجات في هذا الصدد.

#### باء - نطاق المصادر الاحتياطية الأخرى، ضمن الفئات المحددة

355 - تأتي في الأدبيات موارد متنوعة مرشحة لأن تكون مما يمكن اعتباره مصادر إضافية للقانون الدولي. وينبغي ألا يكون ذلك مثاراً للدهشة، بالنظر إلى طابع الفقرة 1 من المادة 38. والأمثلة الرئيسية

الواردة في الدراسات الفقهية هي حسب ما يُزعم الأعمال الانفرادية، وقرارات أو مقررات المنظمات الدولية، والاتفاقات بين الدول والمؤسسات الدولية، والقانون الديني (بما في ذلك الشريعة الإسلامية والقانون الإسلامي)، ومبادئ العدالة والإنصاف، والقانون غير الملزم<sup>(660)</sup>. والسؤال هنا هو إن كان أيها يندرج ضمن فئة المصادر، وإن صح ذلك على بعضها، فأياً سيكون احتياطياً بحيث يحتمل أن يقع ضمن نطاق الموضوع الحالي. والرد على ذلك يتمثل في طرح من مستويين. فعلى المستوى الأول، يمكن اعتبار أن تحديد المصادر الاحتياطية التي تقع ضمن نطاق الفقرة 1 من المادة 38 أو خارجه يعتمد على مدى التوسع في تفسير نطاق "أحكام المحاكم" و "مذاهب كبار المؤلفين". وعلى المستوى الثاني، سيتوقف ذلك على مدى قبول المرء بدفع فينموريس، كما يأتي في الفصل السادس من هذا التقرير، بأن تركيز المحامين الدوليين على مصادر الالتزامات بدلاً من التركيز على مصادر القانون قد يكون نهجاً واعداً بدرجة أكبر إذا اتبع في تحديد القواعد التي يمكن أن تلزم الدول بوصفها أشخاص القانون الدولي الرئيسيين.

356 - وحتى الآن، جرى كما يأتي في موضع سابق من هذا التقرير تعريف أحكام المحاكم بأنها تعني الأحكام الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية الدولية، فضلاً عن الفتاوى والأوامر العارضة التي تصدر أثناء سير الدعاوى. وهي تشمل أيضاً قرارات المحاكم المحلية والإقليمية فيما يتعلق بمسائل القانون الدولي. ويُقصد بمذاهب كبار المؤلفين عموماً أعمال الفقهاء، سواء كانت مما كتبه هؤلاء بشكل فردي أو كجزء من مجموعة من الكتاب الذين يشكلون أفرقة خبراء. ومع هذا، يُعترف عموماً بأن أحكام المحاكم الوطنية مما يندرج في إطار المادة 38 (1) (د)<sup>(661)</sup>. ويمكن القول في بعض الحالات بأن أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام قد "تتلاقى أو تتداخل عملياً فيما يتصل بالآراء المستقلة والمخالفة" لفرادى القضاة<sup>(662)</sup>.

357 - وينبغي أن تعتبر النصوص التي تنتجها الهيئات المخولة صلاحيات من جانب الدول، والأفضل من ذلك تلك التي تنتجها هيئات تنشئها الدول، مثل لجنة القانون الدولي، فئة منفصلة عن "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام". فنصوص هذه الهيئات تصدر تحت رعاية مؤسسات رسمية وقد تتطوي على مشاركة من جانب الدول و/أو ممثلها في تلك الأعمال. وهذا يضيف عليها طابعاً مختلفاً عن "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام"<sup>(663)</sup>. وبطبيعة الحال، فإن تصريحات الخبراء لا تُعتبر من "أحكام المحاكم"، بغض النظر عما قد يكون لهم من دور رسمي. ولذلك فهي ليست مما يندرج في إطار الفقرة 1 من المادة 38. ولما كانت لا تنشئ عموماً قواعد يمكن القول بأنها ملزمة للدول، وإنما توضح تلك القواعد أحياناً أو تستتبها، ولا تصدر في سياق قضايا بعينها، فمن الممكن اعتبارها مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

358 - وقد ارتئي في الدراسة الاستقصائية للقانون الدولي فيما يتصل بأعمال التدوين التي تقوم بها لجنة القانون الدولي، وهي دراسة أجرتها اللجنة في عام 1949، أن بعض نصوص اللجنة "يمكن على الأقل

.Thirlway, *The Sources of International Law* (2nd edition, Oxford University Press, 2019) p. 24-34 (660)

Pellet and Müller, E.g. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 140 (661)  
"Article 38", in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 954

.Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 133 (662)

.Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 38-39 (663)

أن تندرج في فئة كتابات كبار المؤلفين في القانون العام المشار إليها في المادة 38، ولكن الدراسة تضيف أن "حجيتها ستكون أعلى درجة بكثير" وهو ما عزته جزئياً لـ "موارد الأمم المتحدة"<sup>(664)</sup>.

359 - وفي التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي، يناقش المقرر الخاص المعني بذلك الموضوع نصوص لجنة القانون الدولي تحت عنوان "كتابات الفقهاء"<sup>(665)</sup>، ولكنه لا يفعل ذلك في مشروع الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي الذي قدمه لاحقاً (اعتُمد في القراءة الأولى)<sup>(666)</sup>. ومع ذلك، فقد جاء في الشرح أن أعمال اللجنة "[ت]ستحق ... اهتماماً خاصاً" في سياق تحديد القانون الدولي العرفي<sup>(667)</sup>، غير أنها لم تتطرق إلى هذه الأعمال في إطار مشروع الاستنتاجات المتعلقة بمذاهب كبار المؤلفين في القانون العام<sup>(668)</sup>. ويدفع بعض الكتاب بأن أعمال لجنة القانون الدولي هي من مذاهب كبار المؤلفين<sup>(669)</sup>، بينما يتبنى آخرون وجهة نظر معاكسة<sup>(670)</sup>. وهناك غيرهم آخرون لا يقطعون بهذا أو ذاك<sup>(671)</sup>.

360 - ولجنة رأي في أعمالها. فهي، إذ تأخذ ولايتها في الحسبان، لا تعتبر تلك الأعمال من مذاهب كبار المؤلفين ناهيك عن قرارات قضائية. ولكن قدراً من الحجية قد أسند إلى نواتج أعمالها. وقد تناولت اللجنة هذه المسألة في الشرح العام للجزء الخامس من الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي<sup>(672)</sup>. فوجدت أن ولايتها المتمثلة في مساعدة الدول على التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه، ومركزها كجهاز فرعي

---

Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law (664)  
Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International  
Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General, A/CN.4/Rev.1, p. 16

(665) مايكل وود، التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي، A/CN.4/682، الفقرات 55 إلى 67.

(666) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 10 (10/A/71)، الفصل الخامس، الصفحات 141 إلى 143.

(667) Yearbook...2018, vol. II (Part Two), p. 104-105

(668) المرجع نفسه، الصفحة 110.

(669) انظر، على سبيل المثال، (1) Art. 38، Michael Wood, "Teachings of the most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) American Law و ICJ Statute) in Max Planck Encyclopedia of International Law, (2017) para 11 Institute, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, 3d ed. (Philadelphia, PA: Fernando Lusa Bordin, "Reflections of Customary و American Law Institute Publishers, pg. 38 International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law", ICLQ, vol. 63 (2004), p. 535 at p.537

G. Fitzmaurice, "The Contribution of the Institute of International Law to the Development of (670) International Law" in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973) p.203 at p. 220

André Oraison, "L'Influence des Forces Doctrinales Académiques sur les Prononces de la C.P.J.I. et (671) J Dugard and D Tladi "Sources of International و de la C.I.J." RBDI, vol. 32 (1999) p. 205 at 208 Law" in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28-48 at Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of و 37-38 the International Criminal Courts and Tribunals", p. 656-657

(672) الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي وشروحها، *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part II, at p. 149

للجمعية العامة، وشمولية أساليب عملها وعلاقتها الوثيقة بالجمعية العامة من بين الاعتبارات ذات الصلة في هذا الصدد (وإن كان الوزن الذي يتعين في نهاية المطاف إعطاؤه لأعمالها يتوقف على عدة عوامل إضافية).

361 - ومما لا شك فيه أن اللجنة أنيطت بها ولاية خاصة وهي تصدر وثائق متنوعة منها تقارير المقرر الخاصين والتوصيات والاستنتاجات الصادرة عن اللجنة ككل. والنواتج النهائية لمداولاتها، سواء صيغت في شكل مشاريع مواد أو مشاريع مبادئ أو مشاريع استنتاجات، كثيرا ما يُسند إليها قدرٌ من الحجية. وتقارير المقرر الخاصين أقرب في طبيعتها إلى مذاهب كبار المؤلفين منها إلى النصوص التي تعتمد عليها اللجنة بصورة جماعية. ومع ذلك، فإن تقارير المقرر الخاصين تصدر تحت رعاية مؤسسة رسمية، ويكون ذلك غالبا بالاستناد إلى ولاية توصف على أقل تقدير بأنها غير رسمية، وهو ما يمكن أن يميّزها عن "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام" بصورتها الاعتيادية<sup>(673)</sup>. وهذه التقارير تناقشها اللجنة بعد ذلك بكامل هيئتها وتبلّغ نواتجها إلى الدول التي قد تعرب بدورها عن آرائها بشأن تلك النواتج.

362 - وهناك العديد من الهيئات الأخرى المماثلة التي أنشأتها الدول. وتشمل هذه الهيئات الأونسيرال علاوة على الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان المتعددة الأطراف (اللجنة المعنية بحقوق الإنسان<sup>(674)</sup>، واللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(675)</sup>، ولجنة القضاء على التمييز العنصري<sup>(676)</sup>، ولجنة مناهضة التعذيب<sup>(677)</sup>، واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة<sup>(678)</sup>، ولجنة

(673) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 39.

(674) [العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (نيويورك، 16 كانون الأول/ديسمبر 1966)] International Covenant on Civil and Political Rights (New York, 16 December 1966), United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p.171.

(675) [العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (نيويورك، 16 كانون الأول/ديسمبر 1966)] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (New York, 16 December 1966), United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p.171.

(676) [الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (نيويورك، 7 آذار/مارس 1966)] International Covenant on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination (New York, 7 March 1966), United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p.1.

(677) [اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (نيويورك، 10 كانون الأول/ديسمبر 1984)] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [(1984) (New York, 10 December 1984), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p.85.

(678) [اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (نيويورك، 18 كانون الأول/ديسمبر 1979)] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (New York, 18 December 1979), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p.1.

حقوق الطفل<sup>(679)</sup>، واللجنة المعنية بالعمال المهاجرين<sup>(680)</sup>، واللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري<sup>(681)</sup>، واللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>(682)</sup>). وتؤدي هيئات الخبراء هذه مجموعة متنوعة من الوظائف، بما في ذلك التفسير الرسمي لالتزامات الدول بموجب الصكوك ذات الصلة من خلال إصدار تعليقات عامة، على سبيل المثال، وفي بعض الحالات الاستماع إلى الشكاوى الفردية المقدمة ضد الدول. وقد خلصت اللجنة في الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات إلى أن عمل هذه الهيئات المنشأة بموجب معاهدات "قد يؤدي... أو يشير إلى اتفاق لاحق أو ممارسة لاحقة من جانب الأطراف بموجب الفقرة 3 من المادة 31، أو إلى ممارسة لاحقة بمقتضى المادة 32" من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات<sup>(683)</sup>.

363 - ويمكن كذلك اعتبار التقارير التي يعبها المكلفون بالإجراءات الخاصة لمجلس حقوق الإنسان هيئات منشأة من جانب الدول. وهناك أيضا هيئات تدوين إقليمية أنشأتها دول أو منظمات دولية مثل اللجنة القانونية للبلدان الأمريكية، والمنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية - الأفريقية، ولجنة المستشارين القانونيين المعنية بالقانون الدولي العام، ولجنة الاتحاد الأفريقي للقانون الدولي.

364 - وعلى النقيض من ذلك، ينبغي اعتبار النصوص التي تنتجها هيئات خاصة، مثل معهد القانون الدولي، من "مذاهب كبار المؤلفين"<sup>(684)</sup>.

365 - وتزعم اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن لها "طابعا مختلطا"<sup>(685)</sup> باعتبارها "جمعية خاصة" أشهرت كمؤسسة سويسرية، تقوم مع ذلك بـ "وظائف وأنشطة" كلفها بها المجتمع الدولي للدول<sup>(686)</sup>. وللدول دور ضئيل، إن وجد أساساً، في وضع نصوص اللجنة الدولية للصليب الأحمر<sup>(687)</sup>. ويمكن بدايةً أن تكون

(679) [اتفاقية حقوق الطفل (نيويورك، 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989)] Convention on the Rights of the Child [(New York, 20 November 1989), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p.3]

(680) [الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (18 كانون الأول/ديسمبر 1990)] International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families [(18 December 1990), United Nations *Treaty Series*, vol. 2220, p.3]

(681) [الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري (20 كانون الأول/ديسمبر 2006)] International Convention for the Protection All Persons from Enforced Disappearance [(20 December 2006), United Nations *Treaty Series*, vol. 2716, p.3]

(682) [اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (نيويورك، 13 كانون الأول/ديسمبر 2006)] Convention on the Rights of Persons with Disabilities [(New York, 13 December 2006), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2515, p.3]

(683) *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two), p. 25

(684) تشمل الفقرة 5 من الاستنتاج 14 "تتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره" في إطار مناقشة "مذاهب كبار المؤلفين".

(685) Gabor Rona, "The ICRC's status: in a class of its own", ICRC (17 February 2004) <[icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm](http://icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm)>

(686) Gabor Rona, "The ICRC's status: in a class of its own", ICRC (17 February 2004) <[icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm](http://icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm)>; similarly Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), p. 204–205

(687) Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, p. 205

النصوص التي تنتجها هذه اللجنة مما يرقى إلى مرتبة "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام"<sup>(688)</sup>. وقد كان هذا هو رأي محكمة الاستئناف الإنكليزية التي نظرت في قضية سردار محمد وآخرين ضد وزير الدولة لشؤون الدفاع (*Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence*)، حيث قررت أن "الآراء المؤسسية للجنة الدولية للصليب الأحمر ترقى أيضا إلى مرتبة مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم"، وتصلح بذلك لأن تكون مصدرا احتياطيا لتقرير قواعد القانون الدولي: النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، المادة 38 (1) (د)<sup>(689)</sup>.

366 - ويُذكر من بين هيئات الخبراء الخاصة الأخرى، إلى جانب معهد القانون الدولي، كلٌّ من رابطة القانون الدولي ومعهد هارفارد للبحوث ومعهد القانون الأمريكي، ومعهد تي إم سي أسسر (TMC Asser Institute). وكثيرا ما تنشر جميع هذه الهيئات أنواعا مختلفة من النواتج المنبثقة عن أعمالها. وفي حالة معهد القانون الأمريكي، فإنه ينشر مصنغات سابقة وذات حجية للقانون بشأن مواضيع مختلفة بما في ذلك القانون الدولي.

367 - وقد استشهدت لجنة القانون الدولي بنواتج معظم الهيئات المذكورة أعلاه في سياق أعمالها، على النحو المفصل في مذكرة الأمانة العامة. وفي بعض الحالات، اعتمدت اللجنة أو استندت إلى الاستنتاجات التي خلصت إليها هذه الهيئات، ولم تتفق معها في حالات أخرى. ويمكن أيضا ملاحظة الإحالات إلى هذه الهيئات في أعمال المقررين الخاصين. فقد أتى في التقرير الثاني بشأن المبادئ العامة للقانون، على سبيل المثال، أنه "جرى أيضاً النظر في أنواع أخرى من المواد، مثل مبادرات التدوين العامة والخاصة، عند تقرير وجود ومضمون مبدأ مشترك بين النظم القانونية الوطنية"<sup>(690)</sup>.

## جيم - المواد المرشحة لكي تكون مصادر احتياطية محتملة

368 - على نحو ما سبق بيانه، تشير الممارسة إلى أن هناك مصادر مختلفة ممكنة للقانون الدولي يمكن النظر فيها في مسعانا إلى تحديد الأساس الذي تنبع منه الالتزامات القانونية الملزمة للدول بموجب القانون الدولي. وكما لوحظ آنفاً، ولأغراض بدء المناقشة بشأن هذا الموضوع، يجري في الفقرات التالية النظر بإيجاز في مثالين من الأمثلة الأكثر شيوعاً التي ترد عادة في الأدبيات. وهما الأعمال الانفرادية للدول بما فيها البيانات التي يدلي بها مسؤولو الدول والتي قد تنشأ عنها التزامات قانونية، والقرارات والمقررات الصادرة عن المنظمات الدولية، وكلاهما يشكل أساساً للالتزامات التي يمكن الإقرار بها، والتي أقرّ بها بالفعل، في أحكام المحاكم التي يمكن اعتبارها مصادر مادية على نحو ما أسلفنا في هذا التقرير.

369 - وفيما يتعلق بالأعمال الانفرادية، يمكن من الناحية النظرية اعتبارها إما مصدراً أولياً لالتزامات الدول أو وسيلة مساعدة لتقرير قواعد القانون. وبطبيعة الحال، يمكن أن تكون الأعمال الانفرادية ملزمة للدول كما أكدت محكمة العدل الدولية في قضيتي التجارب النووية (*Nuclear cases*). فقد ذكرت المحكمة فيهما أنه "من المسلّم به أن الإعلانات التي تأخذ شكل الأعمال الانفرادية، فيما يتصل بحالات تتعلق

(688) Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar 2012) p. 115.

(689) [سردار محمد وآخرون ضد وزير الدولة لشؤون الدفاع] *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, para 171.

(690) لجنة القانون الدولي، التقرير الثاني بشأن المبادئ العامة للقانون، A/CN.4/741، الصفحة 67، الفقرة 180.

بالقانون أو الوقائع، يمكن أن يكون لها أثر إنشاء التزامات قانونية<sup>(691)</sup>. والسؤال المطروح هنا، وقد اعترف بتلك الأعمال الانفرادية في قرار صادر عن محكمة العدل الدولية، هو ما إذا كان القرار ذاته يمكن اعتباره مصدرا احتياطيا لتقرير وجود ومضمون قاعدة من قواعد القانون الدولي.

370 - والمبادئ التوجيهية المنطبقة على الإعلانات الانفرادية للدول التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية، وهي مبادئ أعدتها اللجنة، تفترض ذلك سلفاً حيث إن المبدأ التوجيهي الأول يتخذ كنقطة انطلاق له أن "الإعلانات التي تصدر على الملأ والتي تُظهر نية الالتزام قد تؤدي إلى إنشاء التزامات قانونية"<sup>(692)</sup>. وبما أن هذه الإعلانات ملزمة قانوناً، فلا ينبغي متى استوفيت شروط معينة اعتبارها "مصادر احتياطية". بل إن الرأي الأكثر معقولية على الأرجح هو أنها ببساطة ليست مما يندرج في نطاق الفقرة 1 من المادة 38<sup>(693)</sup>. ويرى المقرر الخاص في هذه المرحلة الأولية أن تلك الإعلانات قد لا يكون لها مكان طبيعي في الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة. بل يمكن اعتبارها "معاهدات غير مكتملة"<sup>(694)</sup>، أو بشكل أعم، مصادر للالتزامات القانونية في ظروف معينة. ولعله ليس واضحاً لماذا يتعين وصف تلك الإعلانات، وهي مصدر للالتزامات القانونية ملزمة، بأنها مصادر احتياطية بدلاً من مصادر أولية للقانون الدولي. ولذلك فالمرجح أنه لا حاجة، في ضوء الأعمال السابقة التي اضطلعت بها اللجنة بشأن هذا الموضوع، إلى إدراج هذه المصادر المحتملة للالتزامات الدول بموجب القانون الدولي في نطاق هذه الدراسة التي تركز على المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي.

371 - أما بالنسبة إلى القرارات أو المقررات التي تعتمدها المنظمات الدولية أو المؤتمرات الحكومية الدولية، فيمكن أن تكون أحكامها ملزمة أو غير ملزمة. ومتى كانت أحكام تلك القرارات ملزمة، فستكون مصادر تتبثق عنها التزامات ملزمة للدول المعنية. وفي هذا الصدد، من المعروف جيداً أن بعض قرارات مجلس الأمن ملزمة للدول الأعضاء في الأمم المتحدة. وينتج ذلك عن إعمال الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والمادتين 24 و 25، حيث تتعهد الدول الأعضاء "بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها". وهناك أيضاً قرارات لمجلس الأمن قد تكون غير ملزمة، منها على سبيل المثال القرارات المتخذة على أساس الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة والتي قد تنتج عنها آثار قانونية أخرى. وينطوي تصنيف القرارات على أنها ملزمة أو غير ملزمة على عواقب قانونية بالنسبة إلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ويؤدي هذا التصنيف، فيما يتعلق بالقرارات الملزمة، إلى إعمال المادة 103 من الميثاق التي تنص على أنه، في حالة تعارض الالتزامات التي تقع على عاتق الدول بموجب أية اتفاقات دولية أخرى مع التزاماتها بموجب الميثاق، تكون العبرة بالالتزامات المترتبة على الميثاق. وقرارات مجلس الأمن ليست معاهدات، وإن كانت تستمد سلطتها الملزمة من معاهدة<sup>(695)</sup>.

(691) [قضية التجارب النووية (أستراليا ضد فرنسا؛ ونيوزيلندا ضد فرنسا)]، *Nuclear Tests (Australia v. France; New Zealand v. France)*, Judgments, ICJ Reports (1974), p. 253 and 457, para. 43 and para. 46. انظر أيضاً [قضية المركز القانوني لشرق غرينلاند]، *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, PCIJ, Series A/B, No. 53, p. 22, 73.

(692) *حولية ... 2006*، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحتان 200 و 201، الفقرة 176.

(693) انظر على سبيل المثال Alain Pellet and Daniel Müller, "Article 38", in Andreas Zimmermann and others (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 853.

(694) Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 51.

(695) Pellet and Müller, "Article 38", p. 857.

372 - ويجوز للجمعية العامة، بوصفها الجهاز العام لتلك الهيئة، أن تتخذ قرارات بشأن مجموعة متنوعة من المسائل بموجب المواد من 10 إلى 14 من ميثاق الأمم المتحدة. وتخول المادة 10 الجمعية العامة صلاحية "أن تناقش أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق هذا الميثاق أو يتصل بسلطات فرع من الفروع المنصوص عليها فيه أو وظائفه" و "أن توصي أعضاء الهيئة أو مجلس الأمن أو كليهما بما تراه في تلك المسائل والأمور"<sup>(696)</sup>. وتتضمن المادة 13 صلاحية أكثر تحديداً تجيز أن "تنشئ الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد" جملة أمور منها "التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه"<sup>(697)</sup>. ولهذا الغرض، أنشأت الجمعية العامة، بموجب قرار أرفق به النظام الأساسي، لجنة القانون الدولي التي يتمثل "هدفها في]... تعزيز التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه"، على أن الجمعية العامة يجوز لها أيضاً أن تقوم بعملها المستقل في هذا المجال - كما فعلت في الماضي من خلال اللجنة السادسة (القانونية).

373 - والبادي من منظور تاريخي أنه عندما تتخذ الجمعية العامة قرارات بشأن مسائل عامة تتعلق بالقانون الدولي، تكون درجة قبولها في ذلك المحفل العالمي بمثابة دليل على ما كانت عليه عندئذ آراء الدول في تحديد قواعد القانون الدولي على النحو المعترف به من قبل كل من محكمة العدل الدولية ولجنة القانون الدولي. وقد تضمن بعض ما يسمى بالقرارات المنشئة للقوانين مبادئ نورمبرغ<sup>(698)</sup>، وإعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة<sup>(699)</sup>، وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة<sup>(700)</sup>، وإعلان المبادئ القانونية المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف الفضاء الخارجي واستخدامه<sup>(701)</sup>، وإعلان ريو بشأن البيئة والتنمية<sup>(702)</sup>، وإعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية<sup>(703)</sup>.

374 - وبالنظر إلى المناقشة الواردة أعلاه وإلى تقييم اللجنة لدور القرارات في سياق دراستها لمواضيع أخرى، فإن السؤال المطروح هو ما إذا كان من الممكن أن توصف هذه القرارات (أيضاً) بأنها شكل من أشكال المصادر الاحتياطية كمثل الأحكام أو القرارات الصادرة عن محكمة أو هيئة قضائية دولية التي ترد فيها قاعدة من قواعد القانون الدولي، وذلك استناداً إلى الاعتراف بالأراء أو الأحكام المعرب عنها في قرار اعتمده هيئة ذات عضوية عالمية. فإذا اعتُبر القرار مصدراً مادياً، على غرار الحكم القضائي، أمكن عندئذ الدفع بأنه مصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون الدولي. وقد فصلت محكمة العدل الدولية في كلتا المسألتين في قضايا مختلفة نظرتها وإذا ما قررت اللجنة دراستهما في سياق هذا الموضوع، فستكون تلك القرارات والأراء، وكذلك الاستنتاجات التي تم التوصل إليها في السابق في سياق مواضيع أخرى ذات صلة هي الأساس الرئيسي لتناولنا لهما.

(696) [الأمم المتحدة، ميثاق الأمم المتحدة] 10، Article 10 [United Nations, Charter of the United Nations, 1945, 1 UNTS XVI, Article 10].

(697) ميثاق الأمم المتحدة، المادة 13.

(698) قرار الجمعية العامة 95 (د-1)، 11 كانون الأول/ديسمبر 1946.

(699) قرار الجمعية العامة 1514 (د-15)، 14 كانون الأول/ديسمبر 1960.

(700) قرار الجمعية العامة 2625 (د-25)، 24 تشرين الأول/أكتوبر 1970.

(701) قرار الجمعية العامة 1962 (د-18)، 13 كانون الأول/ديسمبر 1963.

(702) قرار الجمعية العامة 190/74، 22 كانون الأول/ديسمبر 1992.

(703) قرار الجمعية العامة 295/61، 13 أيلول/سبتمبر 2007.

## دال - التمييز بين المصادر الاحتياطية والأدلة على وجود قواعد القانون الدولي

375 - إذا تقرر معالجة إحدى المسألتين المذكورتين أعلاه، كمرتبة قرارات المنظمات الدولية مثلا، فسيتعين تمييز هذه المصادر الاحتياطية عن المصادر التي تُستخدم كدليل على وجود قاعدة أو عناصر قاعدة. وفي حين يمكن إذا تعين ذلك تناول هذه المسألة في تقرير مقبل، فقد يكون من المفيد إيضاح عدد من النقاط في هذه المرحلة.

376 - يمكن الاستناد إلى مجموعة معاهدات لإثبات وجود معاهدة ما. ولكن ليس من الصواب اعتبار مجموعة المعاهدات هذه مصدرا احتياطيا لتقرير قواعد القانون. فمجموعة المعاهدات في حد ذاتها لا تؤدي أي دور في تفسير المعاهدة. أما المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي، فهي وسائل يُستعان بها لجودة مضمونها وما تتمتع به من قوة إقناع بشأن ما يرد فيها من مفاهيم بشأن القانون. وهي قد تساعد، على سبيل المثال، في تفسير معاهدة ما.

377 - ويمكن استخدام القرارات غير الملزمة وما شابهها من وثائق كدليل على وجود قاعدة من قواعد القانون العرفي أو مبدأ عام من مبادئ القانون. ويمكن من ناحية أخرى الاستعانة بها لجودة مضمونها وما تتمتع به من قوة إقناع بشأن ما يرد فيها من أفكار بشأن المبادئ العامة للقانون. وقد سلّم المقرر الخاص المعني بالمبادئ العامة للقانون في تقريره الأول بأن "تحديد مبدأ من المبادئ العامة للقانون يقتضي الإمعان في فحص الأدلة المتاحة التي تبيّن أنه قد تم إقراره"<sup>(704)</sup>. ولاحظ في التقرير الثاني أنه "جرى أيضاً النظر في أنواع أخرى من المواد" (غير أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام) "مثل مبادرات التدوين العامة والخاصة، عند تقرير وجود ومضمون مبدأ مشترك بين النظم القانونية الوطنية"<sup>(705)</sup>.

378 - وختاماً لهذا الفرع من التقرير، يُذكر أن تعريف المصادر الاحتياطية لا يتوقف على تصنيفٍ للصكوك فحسب، بل وعلى تطبيقها أيضاً في حالة معينة. فأى مصدر أو صك أو نص يمكن أن يحفز حاجة قانونية، سواء كان ملزماً أو غير ملزم، يمكن استخدامه كمصدر احتياطي لتقرير قواعد القانون في حالة معينة. وفي الوقت نفسه، فإن الصك الذي يكون قابلاً للاستخدام بوصفه مصدراً احتياطياً يمكن في سياق آخر الاستعانة به كدليل على وجود قواعد القانون الدولي.

## هاء - المسائل المتعلقة بالوزن المُسند إلى المصادر

379 - يختلف "الوزن" أو "الحجية" المسندان إلى المصادر الاحتياطية المختلفة. وقد يتفاوت وزن أو حجية تلك المصادر أيضاً بتفاوت النظم، بمعنى أنه قد يُسند إلى المصدر الاحتياطي الواحد وزنٌ مختلف في سياقات مختلفة. فعلى سبيل المثال، عادة ما تكون للقرارات التي تتخذها محكمة أو هيئة قضائية دولية أهمية كبيرة بالنسبة لتلك المحكمة أو الهيئة القضائية نفسها، ولكن قد تعتبرها محكمة أو هيئة قضائية أخرى أقل أهمية وقد تعطي الأولوية بدلاً من ذلك لقراراتها. ونحن نرى ذلك أيضاً في ممارسة اللجنة.

(704) مارسيلو باسكيس - بيرموديس، التقرير الأول بشأن المبادئ العامة للقانون (5 نيسان/أبريل 2019)، A/CN.4/732، الصفحة 59، الفقرة 165.

(705) مارسيلو باسكيس - بيرموديس، التقرير الثاني بشأن المبادئ العامة للقانون (9 نيسان/أبريل 2022)، A/CN.4/741، الصفحة 67، الفقرة 180.

380 - فقد يعتمد الوزن المسند إلى المصادر الاحتياطية "الأخرى" على درجة "الاهتمام والموضوعية" التي صيغت بها تلك المصادر. وهذا ما طرحته اللجنة في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، عندما ناقشت "[ال]قيمة" المعطاة لـ "نتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره"، إلى جانب "نطاق سعي نتاجها إلى تحديد القانون القائم"<sup>(706)</sup>. وذهبت اللجنة أيضا إلى أن نتاجها "يستحق ... اهتماما خاصا" وأرجعت ذلك جزئيا إلى "شمولية إجراءاتها"<sup>(707)</sup>، غير أنها ذكرت أن "الوزن" المعطى له يتوقف جزئيا على "المصادر التي اعتمدت عليها" اللجنة<sup>(708)</sup>. ويتوقف هذا "الوزن" أيضا على "المرحلة التي بلغتها في عملها"<sup>(709)</sup>، وهو ما يمكن أن يفهم على أنه يعني أن المراحل اللاحقة للعمل تكون أكثر استفادة من شمولية عملية الصياغة. ويبدو من الآراء الفردية لقضاة محكمة العدل الدولية أنهم يعتبرون أن "الجودة" لها دورٌ في تحديد الوزن المسند إلى مذاهب كبار المؤلفين<sup>(710)</sup>. وقد ينطبق الأمر نفسه على مصادر احتياطية أخرى. ويبدو أن الجودة هي أحد الأسباب التي تدفع محكمة العدل الدولية إلى اعتبار الأعمال التي تنتجها اللجنة هامة بالنسبة إليها، حيث إنها نتاج عملية صياغة دقيقة<sup>(711)</sup>. ويرى بوردين أن دقة "عملية [الصياغة] ... قد تكون قرينة في صالح الرأي الذي تؤيده عملية التدوين غير الشارعة"<sup>(712)</sup>.

381 - وتعد خبرة الأفراد المشاركين في صياغة النص عاملا آخر قد يؤثر على ما يُسند إلى النص من وزن<sup>(713)</sup>. وقد ذكرت اللجنة ذلك في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي باعتباره عاملا يؤثر على "[ال]قيمة" المعطاة لـ "نتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره"<sup>(714)</sup>. وهذا أيضا ما ذهبت إليه اللجنة في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، وما يعتد به فرادى قضاة محكمة العدل الدولية الذين يطبقون مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام<sup>(715)</sup>. وهو سبب آخر لاعتبار الأعمال التي تنتجها اللجنة هامة، حيث إن أعضاءها يجب أن يكونوا "من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة في القانون الدولي"<sup>(716)</sup>. ويرى بوردين أيضا أن الجهة القائمة بعملية "التأليف" تمثل عاملا "قد يكون قرينة لصالح الرأي الذي تؤيده عملية التدوين غير الشارعة"<sup>(717)</sup>.

(706) الاستنتاج 14، الفقرة 5. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/73/10)، الصفحة 198.

(707) المرجع نفسه، الصفحة 186.

(708) المرجع نفسه.

(709) المرجع نفسه.

(710) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 110-114.

(711) المرجع نفسه، الصفحتان 87 و 88.

(712) Fernando Lusa Bordin, "Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law" ICLQ, vol. 63 (2014), p. 535 at p 560.

(713) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 129.

(714) الاستنتاج 14، الفقرة 5. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/73/10)، الصفحة 198.

(715) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 107-110.

(716) لجنة القانون الدولي، النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، 1947، المادة 2 (1).

(717) انظر Bordin, "Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law".

382 - ومن المحتمل أيضا أن يكون مدى توافر المصدر الاحتياطي مع ولاية المؤسسة التي تعده عاملا آخر ذا أهمية. فقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى "الولاية" في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي بوصفها عاملا يؤثر على "[الـ]قيمة" المعطاة لـ "نتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره"<sup>(718)</sup>. وذهبت اللجنة، في الوثيقة نفسها، إلى أن نتائجها "يستحق ... اهتماما خاصا" وأرجعت ذلك جزئيا إلى "الولاية الفريدة" التي أوكلت إليها. وغالبا ما تُنتج المصادر الاحتياطية منظمات أوكلت إليها الدول ولايات. وقد يكون للمصادر الاحتياطية التي تنطبق عليها هذه الولاية مباشرةً وزناً أكبر من تلك الخارجة عنها. وللبعض المؤسسات ولاية عامة، مثل لجنة القانون الدولي التي كُلفت بتطوير وتدوين "القانون الدولي" سواء كان عاما أو خاصا<sup>(719)</sup>. وقد تكون لمؤسسات أخرى ولاية أضيق نطاقاً وأكثر تخصصاً. ومما يدعم هذا الرأي أن محكمة العدل الدولية رأَت في قضية *ديالو (Diallo)* أنه "ينبغي لها أن تولي وزنا كبيرا للتفسير الذي تأخذ به" اللجنة المعنية بحقوق الإنسان<sup>(720)</sup>، حيث إنه مما يدخل في نطاق الولاية الضيقة لتلك اللجنة. وعلى النقيض من ذلك، ذكرت المحكمة في قضية *تطبيق الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)* أنها "نظرت بعناية في الموقف الذي اتخذته لجنة القضاء على التمييز العنصري"، ولكنها لم تتبعه<sup>(721)</sup>.

383 - وقد يكون مستوى الاتفاق أو الاختلاف على المصادر الاحتياطية مهما أيضا. فقد أشارت اللجنة، في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي، إلى "الدعم الذي يحظى به منتج معين داخل الهيئة" كعامل يؤثر على "[الـ]قيمة" المعطاة لـ "نتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره"<sup>(722)</sup>. ويبدو أن قضاة محكمة العدل الدولية يعتبرون هذا الأمر ذا أهمية بالنسبة للوزن المُسند إلى مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام<sup>(723)</sup>. وقد يؤثر مستوى الإجماع على قرار قضائي في الوزن المسند إليه<sup>(724)</sup>. وعندما يتعلق الأمر بالمصادر الاحتياطية الأخرى، عادة ما تتخذ المنظمات الدولية القرارات بتصويت من الدول، إما لصالح هذه القرارات أو ضدها أو بالامتناع عن التصويت. والقرار الذي يعارضه عدد أقل من الأصوات أو يمتنع عن التصويت عليه عدد أقل من الدول ينبغي أن يكون له وزن أكبر نسبيا. وقد تكون لارتفاع مستوى التوافق أهمية خاصة إذا كانت الأطراف المؤيدة تمثل مناطق جغرافية مختلفة

(718) الاستنتاج 14، الفقرة 5. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/73/10)، الصفحة 198.

(719) لجنة القانون الدولي، النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، 1947، المادة 1 (1).

(720) *أحمدو صاديو ديالو (جمهورية غينيا ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية)* [Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)], Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, para 66

(721) *القضية المتعلقة بتطبيق الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (قطر ضد الإمارات العربية المتحدة)* [Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)], Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 71, para 101

(722) الاستنتاج 14، الفقرة 5. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/73/10)، الصفحة 198.

(723) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 120-123

(724) انظر، على سبيل المثال، Daniel Naurin and Øyvind Stiansen, "The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary", *Comparative Political Studies*, vol. 53 (2020), p. 959 at p. 960

أو ثقافات متنوعة<sup>(725)</sup>. ويورد بوردين "الطابع التمثيلي" بوصفه عاملاً أخيراً "قد يكون قرينة لصالح الرأي الذي تؤيده عملية التدوين غير الشارعة"<sup>(726)</sup>.

384 - ومن العوامل ذات الصلة التي قد تؤثر على "[الـ]قيمة" المعطاة لـ "نتاج الهيئات الدولية المشاركة في تدوين القانون الدولي وتطويره" عامل أتى ذكره أيضاً في الاستنتاجات المتعلقة بتحديد القانون الدولي العرفي هو "تقبل الدول والجهات الأخرى له"، أي مستوى التوافق عليه خارج الهيئة المعنية<sup>(727)</sup>. وقد ذهبت اللجنة إلى أن نتاج عملها "يستحق ... اهتماماً خاصاً" وأرجعت ذلك جزئياً إلى "علاقتها الوثيقة بالجمعية العامة والدول"، ولكنها أضافت أن قيمته تتوقف "في المقام الأول على استحسان الدول" له<sup>(728)</sup>.

385 - ويبدو مما سبق أن المصادر الاحتياطية غير المشمولة بنطاق الفقرة 1 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد تنطبق عليها العوامل نفسها التي تحدّد الوزن المسند إلى نظيرتها المشمولة بالفقرة 1 من المادة 38. ورغم القول بأن الفقرة 1 من المادة 38 ليست ذات طابع حصري، فلا يهمل من بعض الجوانب ما يقع داخل نطاقها أو خارجه في نهاية المطاف. إذ لا بد من الشروع في العملية نفسها في كلتا الحالتين. وسيجدد بنا أن نواصل دراسة إحدى المسائل المذكورة أعلاه، وهذا أمر نكرر أنه يرتفع باتخاذ قرار يبيّن في مسألة تضمين الموضوع دراسةً للمصادر الاحتياطية الإضافية التي لم يرد ذكرها صراحة في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وسيكون ذلك قراراً يتعين على اللجنة اتخاذه وفقاً لما يعرب عنه الأعضاء من آراء مؤيدة للنظر في تلك المصادر ضمن نطاق هذا الموضوع. ويرى المقرر الخاص أن هنالك فيما يبدو اعتبارات مقنّعة تدعم تناول القرارات واعتبارات مقابلة كثيرة تتكرّر إمكانية إدراج الأعمال الانفرادية التي يمكن أن تنشئ التزامات قانونية ملزمة، وهي في نهاية المطاف مسألة سبق أن تناولتها اللجنة كموضوع قائم بذاته.

(725) Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 122-123

(726) Bordin, "Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law", p. 560

(727) الاستنتاج 14، الفقرة 5. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والسبعون، الملحق رقم 10 (A/73/10)، الصفحة 198.

(728) المرجع نفسه، الصفحة 186.

## الفصل العاشر

### خاتمة ونبذة عن برنامج العمل المقبل

386 - بعد التحليل المستفيض الوارد في مختلف فصول هذا التقرير الأول، وهو التحليل الذي استُمدت جذوره من استقراء الممارسة والذي استند إلى المؤلفات الأوثق صلة بالموضوع التي هي في الحقيقة كثيرة وعديدة، يَسُرُّ المقرر الخاص أن يفيد بأنه أصبح الآن في وضع يسمح له باقتراح مشاريع الاستنتاجات التالية لكي تنظر فيها اللجنة:

#### مشروع الاستنتاج 1

##### النطاق

تتعلق مشاريع الاستنتاجات هذه بالطريقة التي تُستخدم بها المصادر الاحتياطية في تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.

#### مشروع الاستنتاج 2

##### فئات المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون

تشمل المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي ما يلي:

- (أ) قرارات المحاكم والهيئات القضائية الوطنية والدولية؛
- (ب) مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم؛
- (ج) أيّ مصادر أخرى مستمدة من ممارسات الدول أو المنظمات الدولية.

#### مشروع الاستنتاج 3

##### معايير تقييم المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون

تُقيّم المصادر الاحتياطية التي تُستخدم لتقرير قاعدة من قواعد القانون الدولي استناداً إلى جودة الأدلة المقدّمة بشأنها، وخبرة المعنيين بها، واتساقها مع ما يكون قائماً من ولايات رسمية، ومستوى التوافق عليها بين المعنيين بها، وتقبّل الدول والجهات الأخرى لها.

#### مشروع الاستنتاج 4

##### قرارات المحاكم والهيئات القضائية

- (أ) تمثل قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية بشأن مسائل القانون الدولي مصادر ذات حجية خاصة لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها؛
- (ب) لأغراض الفقرة (أ)، يولى اعتباراً خاص لقرارات محكمة العدل الدولية؛
- (ج) يجوز، في ظروف معينة، الاستعانة بقرارات المحاكم الوطنية كمصادر احتياطية لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.

## مشروع الاستنتاج 5 مذاهب كبار المؤلفين

يجوز أن تكون مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم، ولا سيما تلك التي تجسد الآراء المتوافقة للفقهاء، بمثابة مصادر احتياطية لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.

387 - ويقترح المقرر الخاص لتنظيم دراسة اللجنة لهذا الموضوع برنامج العمل المؤقت الوارد بيانه فيما يلي، علماً بأنه قابل للتغيير استناداً إلى التقدم الفعلي المحرز في العمل المتعلق بالموضوع ورهنا بالقرار المتوخى اتخاذه بشأن نطاق الموضوع على النحو المشار إليه في الفصول السابقة (ولا سيما الفصلان الثالث والتاسع).

388 - في التقرير الثاني المزمع تقديمه في عام 2024، سيعاود المقرر الخاص مناقشة وظيفة المصادر الاحتياطية مع التركيز بشكل خاص على قرارات المحاكم وعلاقتها بالمصادر الأولية للقانون الدولي، أي المعاهدات والقانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون.

389 - ويقترح أن يجري في التقرير الثالث، المتوخى تقديمه في عام 2025، تحليل مذاهب كبار المؤلفين وأن يتم أيضاً، حسب اقتضاء الحال، تحليل مصادر احتياطية أخرى. وسيشمل ذلك الدور الذي تؤديه أعمال فرادى الهيئات وهيئات الخبراء الخاصة، إضافةً إلى دور ما يكون منها مما أنشأته الدول أو مما خولته الدول صلاحيات معينة، فضلاً عن أعمال هيئات التدوين الإقليمية وغير الإقليمية، بوصفها مصادر احتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي. وسيتناول التقرير نفسه بعد ذلك شتى المسائل التي تثيرها المناقشات داخل اللجنة والتعليقات الواردة من الدول. وسيشكل التقرير الثالث بذلك فرصةً لتقييم مشاريع الاستنتاجات التي جرى اعتمادها بغية تعزيز اتساقها عموماً.

390 - وإذا روعي الجدول الزمني المذكور أعلاه، فالمأمول أن يتسنى الانتهاء من القراءة الأولى للمجموعة الكاملة لمشاريع الاستنتاجات في عام 2025، وأن تكتمل القراءة الثانية في عام 2027 بعد مراعاة الإطار الزمني المعتاد الذي يتيح للدول وغيرها من الجهات مدةً سنةً واحدةً لتقديم تعليقاتها الخطية.

## المرفق

## مشاريع الاستنتاجات التي يقترحها المقرر الخاص

## مشروع الاستنتاج 1

## النطاق

تتعلق مشاريع الاستنتاجات هذه بالطريقة التي تُستخدم بها المصادر الاحتياطية في تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.

## مشروع الاستنتاج 2

## فئات المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون

تشمل المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون الدولي ما يلي:

- (أ) قرارات المحاكم والهيئات القضائية الوطنية والدولية؛
- (ب) مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم؛
- (ج) أي مصادر أخرى مستمدة من ممارسات الدول أو المنظمات الدولية.

## مشروع الاستنتاج 3

## معايير تقييم المصادر الاحتياطية لتقرير قواعد القانون

تُقيّم المصادر الاحتياطية التي تُستخدم لتقرير قاعدة من قواعد القانون الدولي استناداً إلى جودة الأدلة المقدّمة بشأنها، وخبرة المعنيين بها، واتساقها مع ما يكون قائماً من ولايات رسمية، ومستوى التوافق عليها بين المعنيين بها، وتقبّل الدول والجهات الأخرى لها.

## مشروع الاستنتاج 4

## قرارات المحاكم والهيئات القضائية

(د) تمثل قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية بشأن مسائل القانون الدولي مصادر ذات حجية خاصة لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها؛

(هـ) لأغراض الفقرة (أ)، يولى اعتباراً خاص لقرارات محكمة العدل الدولية؛

(و) يجوز، في ظروف معينة، الاستعانة بقرارات المحاكم الوطنية كمصادر احتياطية لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.

## مشروع الاستنتاج 5

## مذاهب كبار المؤلفين

يجوز أن تكون مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم، ولا سيما تلك التي تجسّد الآراء المتوافقة للفقهاء، بمثابة مصادر احتياطية لتحديد أو تقرير وجود قواعد القانون الدولي ومضمونها.