الأمم المتحدة

A/CN.4/507/Add.1

الجمعية العامة

Distr.: General
6 June 2000
Arabic
Original: English and French

لجنة القانون الدولي

الدورة الثانية والخمسون

جنيف، ١ أيار/مايو - ٩ حزيران/يونيه
و ١٠ تموز/يوليه - ١٨ آب/أغسطس ٢٠٠٠

التقرير الثالث عن مسؤولية الدول

مقدم من السيد جيمس كروفورد، المقرر الخاص

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
ثانيا - الباب الثاني: النتائج القانونية لفعل الدولة غير المشروع دوليا (تابع)		٣
باء -الفصل الثاني: أشكال الجبر		٣
١ - اعتبارات عامة	١٢٠-١٢٣	٣
٢ - الرد	١٢٤-١٤٦	٤
(أ) المادة ٤٣ الحالية	١٢٤-١٢٩	٤
(ب) الكف عن السلوك غير المشروع، والتعويض العيني والتعويض المالي: مسائل التصنيف والأولوية	١٣٠-١٤٣	١٢
(ج) الاستثناءات من الرد	١٤٤	١٩
(د) صياغة المادة ٤٣	١٤٥-١٤٦	٢١

18700 150700 00-46928 (A)
0046928

٣ - التعويض المالي	١٤٧-١٦٥	٢٢
(أ) المادة ٤٤ الحالية	١٤٧-١٥٣	٢٢
(ب) تقدير التعويض المالي: مبدأ عام أم معايير تفصيلية؟	١٥٤-١٦٠	٢٦
(ج) القيود المفروضة على التعويض	١٦١-١٦٤	٣٤
(د) النتيجة	١٦٥-١٦٦	٣٦
٤ - الترضية	١٦٧-١٩٤	٣٧
(أ) المادة ٤٥ الحالية	١٦٧-١٧٧	٣٧
(ب) طابع الترضية بوصفها وسيلة للجبر	١٧٨-١٨١	٤٢
(ج) أشكال معينة من الترضية	١٨٢-١٩٢	٤٤
(د) القيود المفروضة على الترضية: المادة ٤٥ (٣)	١٩٣	٥٠
(هـ) النتيجة المتعلقة بالمادة ٤٥	١٩٤	٥٠
٥ - الفائدة	١٩٥-٢١٤	٥١
(أ) موضوع الفائدة في مشاريع المواد	١٩٥-١٩٨	٥١
(ب) دور الفائدة بالنسبة إلى الجبر	١٩٩-٢١٢	٥٣
(ج) هل يوضع حكم بشأن الفائدة؟	٢١٣-٢١٤	٦١
٦ - تخفيف المسؤولية	٢١٥-٢٢٢	٦١
(أ) الخطأ المساهم	٢١٦-٢٢١	٦٢
(ب) تخفيف الضرر	٢٢٢	٦٥
٧ - موجز الاستنتاجات المتصلة بالجزء الثاني، الفصل الثاني	٢٢٣	٦٥

ثانيا – الباب الثاني: النتائج القانونية لفعل الدولة غير المشروع دوليا (تابع)*

باء – الفصل الثاني: أشكال الجبر

١ – اعتبارات عامة

١٢٠- العنوان الحالي للفصل الثاني هو ''حقوق الدولة المضرورة والتزامات الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا''. ويمكن الاستعاضة عن ذلك بعنوان أقصر وأبسط هو ''أشكال الجبر''. ولهذا عدة ميزات أخرى. فهو يستبعد المعنى الضمني الذي مؤداه أن حقوق ''الدولة المتضررة'' متلازمة تماما في جميع الحالات مع التزامات الدولة المرتكبة للفعل[٢١٢]. وهو متسق أيضا مع الرأي القائل بأن الدولة المسؤولة عليها (إلى جانب الكف) التزام عام وحيد مترتب على ارتكاب الفعل غير المشروع دوليا - ألا وهو القيام بالجبر الكامل. أما الأشكال التي سيتخذها الجبر فتتوقف على الظروف، وستعالج هذه على التوالي في الفصل الثاني، وفي الباب ٢ مكررا المقترح، الذي سيتناول أداء المسؤولية.

١٢١- وقد حدد الفصل الثاني بصيغته المعتمدة في القراءة الأولى مبدأين عامين اثنين (الكف والجبر) يقترح حاليا إدراجهما على هذا النحو في الفصل الأول، وحدد أيضا أربعة أشكال للجبر، هي الرد والتعويض والترضية وتأكيدات وضمانات عدم التكرار (بيد أن هذه اعتبرت منفردة). وللأسباب التي سبق إيضاحها، من الأفضل معاملة التأكيدات والضمانات على أنها جانب من جوانب الكف والأداء المقبل، حيث أنها، على غرار الكف ولكن على عكس الجبر، تفترض استمرار العلاقة القانونية المنتهكة[٢١٣]. وهذا يجعل الأشكال الرئيسية للجبر ثلاثة. وقد اقترح المقرر الخاص أرانجيو - رويس أيضا مادة مستقلة تتعلق بالفائدة؛ وأدرجت اللجنة هذا في إشارة عابرة أوردتها في المادة ٤٤ (التعويض). وبالإضافة إلى ذلك، سيعالج الفصل الثاني مسألة خطأ المتضرر، المدرجة سابقا في المادة ٤٢ (٢)[٢١٤].

---

* يود المقرر الخاص أن يعرب عن شكره لـ بيير بودو وجاكلين بيل وجون باركر وبتروس مافرويدس لما قدموه من مساعدة في إعداد هذا التقرير.

(٢١٢) انظر أعلاه، الفقرة ٨٤.

(٢١٣) انظر أعلاه، الفقرة ٥٤.

(٢١٤) انظر أعلاه، الفقرتان ١٩ و ٣٣.

١٢٢- وفيما عدا الملاحظة العامة التي مؤداها أنه ينبغي إعادة تنظيم الباب ٢ ''من أجل وضع الخيارات الواردة في الباب الأول في الاعتبار''[٢١٥]، لم تكن هناك تعليقات محددة من جانب الحكومات بشأن مفهوم الباب ٢ وهيكله.

١٢٣- وإذا وضعت في الاعتبار الأحكام المقترح نقلها إلى الفصل الأول من الباب الثاني، يتضح أن الفصل الثاني يمكن أن يتكون بالتالي من الأحكام التي تعالج المسائل التالية:

- الرد العيني (المادة ٤٣ الحالية)؛
- التعويض (المادة ٤٤ الحالية)؛
- الترضية (المادة ٤٥ الحالية)؛
- الفائدة (مشار إليها في المادة ٤٤، ولكن لا توجد بشأنها مادة فعلية)؛
- تخفيف المسؤولية (المادة ٤٢ (٢) الحالية).

وتنشأ هنا عدة مسائل إضافية. وتشمل هذه، على سبيل المثال، اختيار الدولة المتضررة/المجني عليها لأساليب الجبر، وأثر تسوية ادعاء بالمسؤولية، واحتمال وضع قاعدة تحول دون الاسترداد المزدوج. وستناقش هذه المسائل في سياق الباب الثاني مكررا المقترح المتعلق بأداء المسؤولية.

٢ - الرد

(أ) المادة ٤٣ الحالية

١٢٤- تنص المادة ٤٣ على ما يلي:

''الرد العيني

يحق للدولة المضرورة أن تقتضي من الدولة التي أتت فعلا غير مشروع دوليا الرد عينا، أي إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل إتيان الفعل غير المشروع، وذلك بالشروط وفي الحدود التي يكون فيها الرد العيني:

(أ) غير مستحيل ماديا؛ أو

(ب) لا ينطوي على إخلال بالتزام ناشئ عن قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام؛ أو

(٢١٥) A/CN.4/496، الصفحة ٢٣، الفقرة ١٠٨.

(ج) لا يشكل عبئا لا يتناسب البتة مع الفائدة التي ستعود على الدولة المضرورة من اقتضاء الرد عينا بدلا من التعويض المالي؛ أو

(د) لا يهدد بشكل خطير الاستقلال السياسي أو الاستقرار الاقتصادي للدولة التي أتت الفعل غير المشروع دوليا، على ألا تتعرض الدولة المضرورة لأخطار مماثلة إذا لم تستوف الرد عينا''.

ويسير الفصل الثاني على أساس افتراض مؤداه أن الرد العيني (المشار إليه فيما يلي بمجرد كلمة ''الرد'') هو الشكل الأساسي للجبر. وتعرف المادة ٤٣ الرد تعريفا واسعا نوعا ما بأنه ''إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل إتيان الفعل غير المشروع''، ثم تمضي إلى تبيان أربع حالات استثنائية لا يكون الرد فيها لازما. والمقصود من ذلك، وإن كان غير معبر عنه بهذه الدرجة من التفصيل، هو السماح للدولة المتضررة بأن تختار الحصول على التعويض أو الترضية بدلا من الرد: ويتم هذا بالتعبير عن الرد على أنه حق أو استحقاق للدولة المتضررة. بيد أن هذا لا يعالج مشكلة تعدد الدول المتضررة، أو الحالة (المسلم أنها نادرة الحدوث) التي لا يكون فيها هذا الخيار متاحا للدولة المتضررة. وهذا يمكن أن يحدث مثلا في الحالات التي تشمل احتجاز أشخاص أو الاستيلاء غير المشروع على أراض.

١٢٥- ويصف التعليق على المادة ٤٣ الرد بأنه ''أول أساليب الجبر المتاحة للدولة المضرورة بسبب فعل غير مشروع دوليا''[٢١٦]. ويشير التعليق إلى أن مصطلح ''الرد'' يستخدم أحيانا ليعني فعلا الجبر الكامل ولكنه يعرب عن تفضيل المعنى المحدود والتقليدي بقدر أكبر المتمثل في ''بناء أو إعادة بناء الوضع الذي كان موجودا أو الذي كان من شأنه أن يوجد لو لم يرتكب الفعل غير المشروع''. ومن ثم فإنه لكي يتحقق الرد لا يلزم للمرء إلا أن يسأل سؤالا وقائعيا واحدا هو ما هو الوضع الذي كان قائما من قبل؟ لا السؤال الأكثر اتصافا بالطابع التجريدي أو النظري المتمثل في ما الذي كان الوضع سيكون عليه لو لم يرتكب الفعل غير المشروع؟[٢١٧].

١٢٦- ويمضي التعليق فيؤكد بعبارات قوية ''الأسبقية المنطقية والزمنية للرد العيني'' على الجبر بالمثل، أي التعويض. ويذكر التعليق في الوقت نفسه أن الدولة المتضررة كثيرا ما تختار تلقي التعويض لا الرد، وأن التعويض هو في الواقع ''أكثر أشكال الجبر شيوعا''. وهذه المرونة التي توجد على صعيد الممارسة يجب الاعتراف بها، ولكن يلزم أيضا التوفيق بينها

(٢١٦) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (١)، النص الوارد في حوليه ... عام ١٩٩٣، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحات ١٢٧-١٣٨.

(٢١٧) المرجع نفسه، الفقرة (٢).

وبين التأكيد على أن الرد هو الشكل الأولي للجبر[٢١٨]. ويفيد التعليق بأن الوسيلة الأساسية لتحقيق هذا التوافق تتمثل فيما يبدو في أن تطلب الدولة المتضررة التعويض أو تقبله بدلا من الرد[٢١٩]. بيد أن التعليق لا يناقش ماذا سيكون الحال إذا كانت توجد عدة دول متضررة لا يوجد اتفاق بينها بشأن ما إن كانت تصر على الرد. كما أن التعليق لا ينص صراحة على أي اختيار بعينه؛ ويتم هذا ضمنا بمعاملة الرد على أنه حق للدولة المتضررة، لها أن تتذرع به أو لا تتذرع. بيد أنه (بصرف النظر تماما عن المشاكل المرتبطة بتعدد الدول المتضررة) يمكن أن تكون هناك حالات لا يحق فيها للدولة المتضررة أن تتنازل عن الرد. ومن ذلك على سبيل المثال أن حكومة الدولة التي يتم غزوها وضمها خلافا للقواعد المتصلة باستعمال القوة لا يحق لها أن تقبل التعويض بدلا عن انسحاب القوات المحتلة، وستنطبق اعتبارات مماثلة لذلك في الحالات التي يتخذ فيها الفعل غير المشروع دوليا شكل الاحتجاز القسري للأشخاص. ويمكن أن يتضح لدى إجراء التحليل المناسب أن تلك الحالات لا تشمل الرد بالمعنى الحرفي للكلمة بقدر ما تشمل الكف عن فعل مستمر غير مشروع، وأن التأكيد على ''الرد'' في تلك الحالات ناشئ من قانون الأداء لا من قانون ''الجبر''. ويبدو واضحا أن عدم الأداء لا يمكن أن يصفح عنه حينما يكون الفعل المستمر غير المشروع خرقا لقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام (كما في حالة الاحتلال غير المشروع لدولة ما). وينطبق هذا الأمر بالمثل في حالة الانتهاك المستمر لالتزام لا يجوز الانتقاص منه من التزامات حقوق الإنسان (مثل الالتزامات القائمة بين الدول الأطراف في معاهدة لحقوق الإنسان). ولكن الآثار المترتبة على هذه القيود على الرد بالمعنى الصحيح للكلمة لم يجر بحثها في التعليق بل ولا في المواد المنشورة في هذا الموضوع.

١٢٧- بيد أن التعليق يناقش مسألة مختلفة، هي التمييز الذي يوضع أحيانا بين الرد المادي (مثل إعادة الأشخاص أو الممتلكات أو الأراضي) والرد القانوني (مثل إبطال القوانين). وهناك أمثلة عديدة في ممارسات الدول لكلا النوعين. فانسحاب العراق من الكويت بعد غزوه لها في عام ١٩٩٠ مثال للرد المادي الجزئي، ولكن اقترنت به أيضا أشكال من الرد القانوني، منها إبطال المرسوم العراقي الذي يعلن اعتبار الكويت محافظة عراقية. ويمكن التفاوض أيضا على عدة أشكال مجتمعة للرد على أساس عدم الإخلال كجزء من تسوية نزاع ما، دون أي اعتراف بالمسؤولية: فعلى سبيل المثال، أسفر النزاع الذي نشب بسبب

(٢١٨) المرجع نفسه، الفقرة (٣).

(٢١٩) المرجع نفسه، الفقرة (٤).

استيلاء كندا على سفينة الصيد الإسبانية ''إستاي'' عن تسوية معقدة[٢٢٠]. وبالنظر إلى غلبة احتواء الرد على أنواع مختلفة من التدابير (القانونية والوقائعية)، يخلص التعليق إلى أنه لا توجد حاجة إلى إجراء تمييز رسمي في المادة نفسها بين الرد ''المادي'' و ''القانوني''[٢٢١]. ولا يلزم كذلك أن تعالج المادة صراحة مسألة الرد على المستوى القانوني الدولي، مثلا عن طريق إبطال ادعاء دولي بالولاية أو مطالبة دولية بأراض ما. وفي سياق تسوية المنازعات، يمكن أن يتحقق هذا تماما بإصدار إعلان بشأن الموقف القانوني الحقيقي، حتى إذا كان هذا غير ملزم رسميا إلا لأطراف الدعوى. وعلى الرغم من أحكام المادة ٥٩ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإن الأثر العملي لمثل هذا الإعلان يحتمل أن يتمثل في إثبات سيادة الدولة المعنية على إقليمها، أو ولايتها على موارد بحرية، على أساس أعم[٢٢٢]. ويقال أحيانا عن هذا الوضع القانوني إنه ''قابل للمعارضة بالنسبة إلى الكافة''، ولكن لا ينبغي الخلط بينه وبين مسألة الالتزامات إزاء الكافة، على النحو الذي تنوول بالمناقشة في موضع سابق من هذا التقرير[٢٢٣]. ويخلص التعليق إلى ما يلي:

> ''إن كل ما يمكن أو يستطيع القانون الدولي – والهيئات الدولية – القيام به عادة، فيما يتعلق بالتصرفات أو الأحكام أو الأوضاع القانونية **الداخلية** هو أن تقرر أنها تنطوي على إخلال بالالتزامات الدولية وأنها تصبح بذلك مصدرا للمسؤولية الدولية وأن تقرر بعد ذلك وجوب الجبر الذي قد يتطلب، حسب ظروف كل حالة، إلغاء أو إبطال التصرفات القانونية الداخلية من جانب الدولة الفاعل. وفيما يتعلق بمسألة ما إذا كان من الممكن لمحكمة دولية أن تقوم مباشرة بإبطال قواعد قانونية دولية أو تصرفات أو معاملات أو أوضاع قانونية دولية على سبيل الجبر في صورة الرد عينا، تميل اللجنة إلى الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، ولكنها تلاحظ

---

(٢٢٠) انظر ''قضية الولاية على مصائد الأسماك (إسبانيا ضد كندا)''، الحكم المؤرخ ٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨، الفقرة ٢١. وقضت التسوية المتوصل إليها بين كندا والاتحاد الأوروبي بجملة أمور منها الإفراج عن السفينة وربانها، وإعادة الكفالة، وإلغاء الأنظمة الكندية المنطبقة على سفن الاتحاد الأوروبي التي تزاول صيد هلبوت غرينلاند في المنطقة التنظيمية لمنظمة شمال غرب المحيط الأطلسي لمصائد الأسماك. وبالإضافة إلى ذلك اتفق الطرفان على التطبيق المؤقت لتدابير جديدة للحفظ والإنفاذ. ومن الواضح أن الترتيبات المتفق عليها بين كندا والاتحاد الأوروبي في هذه القضية لم تحل النزاع حلا تاما: فقد واصلت إسبانيا الدعوى التي رفعتها أمام المحكمة الدولية، وإن كانت هذه قد قضت بعدم اختصاصها بالنظر فيها.

(٢٢١) التعليق على المادة ٤٣، الفقرتان ٧ و ٨.

(٢٢٢) على سبيل المثال، كما في قضية غرينلاند الشرقية، المحكمة الدائمة للعدل الدولي، PCIJ, Sec. A/B, No. 53 (1933).

(٢٢٣) انظر أعلاه، الفقرتان ٩٧ و ١٠٦.

أنه لما كانت آثار أحكام المحاكم الدولية تقتصر عادة على الطرفين فإنه لا يمكن تعديل أو إبطال أي تصرف أو وضع تمتد آثاره خارج نطاق العلاقات الثنائية بين الطرفين إلا بواسطة الدولتين المعنيتين، ما لم تنص الصكوك المتعلقة بالموضوع على غير ذلك''(٢٢٤).

١٢٨ - ويمضي التعليق إلى مناقشة وتبرير الاستثناءات الأربعة للرد العيني، المنصوص عليها في المادة ٤٣ بالصيغة التي اعتمدت بها في القراءة الأولى.

(أ) ففيما يتعلق باستحالة الرد، فإن هذه يمكن أن تكون كلية أو جزئية، وأن ''تنشأ من أن طبيعة الواقعة أو آثارها قد جعلت الرد مستحيلا ماديا. وقد يرجع ذلك إما لأن الشيء الذي يجب رده قد هلك، أو لأن حالته تدهورت تدهورا شديدا لا علاج له، أو لأن الأحوال العامة المتعلقة بالموضوع قد لحقها تغير واقعي جعل الرد المادي مستحيلا''(٢٢٥)؛

(ب) ويتعلق ''الاستثناء'' الثاني بالحالات الافتراضية التي ينطوي فيها الرد على انتهاك بقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام، وإن لم يقدم مثال لحالة من هذا القبيل (أو لا يمكن بسهولة تصورها). ويقصر التعليق حالات ''الاستحالة القانونية'' هذه على انتهاكات القواعد الآمرة، التي من الواضح أن الوضع القانوني الناتج عنها سيهم جميع الدول وليس الدول المعنية مباشرة وحدها. ويبرز التعليق الحالات التي يمكن أن يؤثر فيها الرد على حقوق دول أخرى: ''إذا كانت الدولة الملزمة بالرد لا تستطيع أن تفعل ذلك إلا إذا انتهكت التزاما دوليا عليها تجاه دولة ''ثالثة''، فإن ذلك لا يؤثر في الواقع على علاقة المسؤولية بين الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع والدولة المضرورة التي يحق لها اقتضاء الرد من الدولة المضرورة من جانب والدولة ''الثالثة'' من جانب آخر''(٢٢٦). وهذا صحيح بالطبع: فالدولة ''ألف'' قد تكون مسؤولة تجاه الدولة ''باء'' عن فعل اتخذ بالاشتراك مع الدولة ''جيم''، حتى إذا اتخذ الفعل المعني شكل إبرام معاهدة ثنائية. ولكن المسألة ليست هي المسؤولية، بل هي الشكل الذي ينبغي أن يتخذه الجبر، وإتمام فعل قانوني من جانب الدولة المسؤولة قد يجعل من المستحيل على هذه الدولة أن تفي بالرد. وربما يكون من الأفضل إدراج هذه الحالات تحت عنوان الاستحالة. ففي القضية المرفوعة من السلفادور على نيكاراغوا، قضت محكمة العدل للبلدان الأمريكية بأن إبرام معاهدة بين نيكاراغوا ودولة ثالثة (الولايات المتحدة) إخلال من جانب نيكاراغوا بالتزام تعاهدي سابق على عاتق

(٢٢٤) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (٩).

(٢٢٥) المرجع نفسه، الفقرة (١١).

(٢٢٦) المرجع نفسه، الفقرة (١٢).

نيكاراغوا تجاه السلفادور. وبافتراض صحة هذا الاتفاق الأخير، فإن إنهاءه أمر لا يخضع على وجه الحصر لسلطة نيكاراغوا. وفي هذه الواقعة، رفضت محكمة البلدان الأمريكية أن تبت في صحة المعاهدة الأخيرة، واقتصرت على إصدار حكم إيضاحي(٢٢٧). ويمضي التعليق بعد ذلك إلى بيان أن الدولة لا يمكنها أن تقاوم على الوجه السليم الوفاء بالرد بالتذرع بمفهوم الاختصاص الداخلي(٢٢٨): وهذا يبدو غنيا عن الإيضاح، حيث أنه إذا كان الرد لازما بموجب القانون الدولي من وجه ما، فإن المسألة المعنية ينتهي، بحكم التعريف، وقوعها حصرا داخل نطاق الولاية الداخلية للدولة المسؤولة(٢٢٩).

(ج) ويتعلق الاستثناء الثالث بالحالات التي يكون فيها الإصرار على الرد بدلا من التعويض غير متناسب في ظل الظروف القائمة. ويُذكر في التعليق أن هذا الاستثناء قائم ''على أساس العدالة والمعقولية ويسعى إلى التوصل إلى توازن منصف بين العبء الذي ينبغي أن تتحمله الدولة الفاعل لأداء الرد العيني والفائدة التي ستحصل عليها الدولة المتضررة من وراء الحصول على الجبر بهذا الشكل بالذات وليس عن طريق التعويض''(٢٣٠). وفي معرض التأييد لذلك، يستشهد التعليق بقضية **غابات رودوبيا الوسطى**، ولكن هذه، هي الأخرى، حالة من حالات الاستحالة أو عدم الإمكانية العملية أكثر من كونها حالة تنطوي على عبء مفرط(٢٣١)، ولا يبدو على أي حال أنها كانت حالة عدم تناسب ظاهر. بيد أنه فيما يتعلق بالفقرة (ج)، يمضي التعليق إلى الإصرار على أنه لا يمكن تبرير رفض الرد ''إلا إذا وجد عدم

---

(٢٢٧) (1917) 11 A.J.I.L. (Supplement) p.3.

(٢٢٨) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (١٣).

(٢٢٩) ولكن بصرف النظر تماما عن اعتبارات الولاية الداخلية، قد تكون هناك حالات تؤدي فيها مصالح الضمان القانوني لأطراف أخرى أو حقوق تلك الأطراف إلى جعل الرد مستحيلا فعليا. ومن ذلك على سبيل المثال أن منح حكومة ما عقدا لشركة ما، ولتكن الشركة ''ألف''، على نحو يخل بالقواعد الدولية المتعلقة بالمشتريات العامة، يمكن أن يكون فعالا من الناحية القانونية على نحو يوجد حقوقا تعاقدية للشركة ''ألف''. وفي مثل تلك الحالات، يمكن أن يستبعد الرد (بمعنى إعادة منح العقد).

(٢٣٠) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (١٤).

(٢٣١) U.N.R.I.A.A., vol. III, p. 1405 (29 March 1933)، أشير إليها في الفقرة (١٥) من التعليق على المادة ٤٣. وقد أورد المحكم في هذه القضية عددا من الأسباب التي دعته إلى الانتهاء إلى أن التعويض هو الشكل العملي الوحيد للجبر: الواقع الذي مؤداه أن المدعي ليس هو الوحيد الذي من حقه مزاولة العمليات الجراحية، وإن لم تقدم ادعاءات من الأشخاص الآخرين المرتبطين به في العملية، وأن الغابات ليست بنفس الحالة التي كانت عليها عند أخذها، وأن من الصعب تحديد ما إن كان سيثبت بالفعل إمكان الرد دون إجراء استقصاء تفصيلي لحالتها الراهنة، وأن الرد يمكن أن يمس الحقوق التي تم منحها لأشخاص ثالثة منذ أخذ الغابات. المرجع نفسه، p. 1432. وتؤيد هذه القضية منهج الأخذ بفهم واسع لـ''استحالة'' منح الرد.

تناسب خطير بين العبء الذي يفرضه هذا النوع من الجبر على الدولة [المسؤولة] والفائدة التي ستحصل عليها الدولة المتضررة منه''[٢٣٢].

(د) وينطوي الاستثناء الرابع للرد على سيناريو ''وبيل'' آخر، لا يختلف عن الحالة المتصورة في المادة ٤٢ (٣) بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى، والتي يمكن فيها أن يؤدي الجبر الكامل إلى حرمان شعب ما من وسائل عيشه الخاصة[٢٣٣]. ووفقا لما جاء في المادة ٤٣ (د) والتعليق عليها، لا تُلزم الدولة المسؤولة بالرد إذا كان ''سيهدد بشكل خطير استقلالها السياسي واستقرارها الاقتصادي في الوقت الذي لن تتأثر فيه الدولة المضرورة بنفس القدر إذا لم تستوف الرد عينا''. وهنا أيضا لا تُساق أمثلة فعلية لذلك، ويُذكر أن هذه الحالة المتصورة ''استثنائية للغاية ... وربما كانت أكثر ملاءمة للماضي منها للحاضر''[٢٣٤]. ويشرع التعليق في مناقشة مسائل التعويض فيما يتعلق ببرامج تأميم الأراضي، مشيرا إلى أن التأميم العام لتحقيق غرض عام وعلى أساس غير تمييزي أمر مشروع، وأن مسألة التعويض عن التأميم محكومة بالقاعدة الأولية ذات الصلة: يناظر ذلك، في الحالات التي يشكل فيها عدم دفع التعويض فعلا غير مشروع دوليا، يشمل الجبر المتعلق بهذا التقصير دفع مبالغ نقدية، بما في ذلك الفوائد، وليس إعادة الممتلكات المعنية[٢٣٥].

١٢٩ - وتتضمن الردود الواردة من الحكومات على المادة ٤٣ الإعراب عن بعض الشكوك بشأن بعض الاستثناءات التي تنص عليها، ولكنها لا تعترض على الملاءمة العامة لتلك المادة. وعلى الرغم من أن الولايات المتحدة تؤكد على ''أسبقية التعويض على الرد على صعيد الممارسة''، فإنها تقر بأن الرد العيني ما فتئ ''يشكل وسيلة من وسائل الانتصاف في القانون الدولي ويقوم بدور فريد في الحالات التي تستحوذ فيها الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع على أراض أو ممتلكات ذات قيمة تاريخية أو ثقافية''[٢٣٦]. وتقترح فرنسا الاستعاضة عن عبارة ''الرد العيني'' بعبارة ''إعادة الحالة إلى ما كانت عليه''، على أساس أن العبارة الأولى

---

(٢٣٢) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (١٦).

(٢٣٣) انظر أعلاه، الفقرات ٣٨-٤٢.

(٢٣٤) التعليق على المادة ٤٣، الفقرة (١٧).

(٢٣٥) في السنوات الأخيرة، أدت إجراءات نقض السياسات فيما يتعلق ببعض البرامج السابقة لتأميم الأراضي، والاتجاه إلى الخصخصة، إلى اتخاذ تدابير لرد الأراضي وغيرها من الممتلكات إلى أصحابها السابقين في عدد من البلدان. وهذه البرامج لها سماتها المحددة الخاصة بها ولا تشمل، في معظم الحالات، الرد بالمعنى المقصود في المادة ٤٣.

(٢٣٦) A/CN.4/488، الصفحتان ١٣٧ و ١٣٨.

قد تعني ''مجرد رد شيء أو شخص''[٢٣٧]. وهي تعارض مع حكومات أخرى بعض الاستثناءات المذكورة في الفقرات الفرعية من (أ) إلى (د)، لأنها ترى أنها يمكن أن تقلل من وزن المبدأ العام المبين في الديباجة وتتحيز دون داع للدولة المسؤولة. واتساقا مع اعتراضاتها السابقة على مفهوم القاعدة الآمرة، ترى الحكومة الفرنسية وجوب حذف الفقرة الفرعية (ب)؛ وتقول علاوة على ذلك إنه من غير المفهوم في رأيها ''كيف يمكن أن تتنافى العودة إلى القانون'' مع قاعدة آمرة[٢٣٨]. وانتقدت الولايات المتحدة أيضا الفقرة الفرعية (ج) من حيث أنها تمكن الدولة المسؤولة من تفادي الرد في الحالات التي يمكن أن يكون فيها مناسبا أو مفضلا؛ ومن ثم فإن تلك الحكومة تدعو إلى إيضاح عبارة ''عبئا لا يتناسب البتة''[٢٣٩]. بيد أن الشواغل الرئيسية التي أعربت عنها تلك الحكومة تتعلق بالفقرة الفرعية (د): وهي ترى وجوب حذفها. وعلى الرغم من أن الولايات المتحدة توافق على أن ذلك الحكم من المحتمل أن يكون له ''أثر عملي محدود نسبيا نظرا لأولوية التعويض على الرد العيني في الممارسة''، فإنها تعارض إدراج مفاهيم فضفاضة تُترك ''دون تعريف ودون أن تستند إلى قاعدة مستقرة في الممارسة الدولية''، ويرجح أن تكون لها ''آثار تتجاوز النطاق الضيق لحكم المادة ٤٣''[٢٤٠]. وترى اليابان أن عبارة ''يهدد بشكل خطير ... الاستقرار الاقتصادي'' ينبغي إيضاحها لدرء احتمال إساءة استعمالها من جانب الدولة مرتكبة الفعل غير المشروع: بيد أنه لا ينبغي حذف الفقرة إلا كملجأ أخير، حيث أنه توجد، في رأيها، حاجة إلى مثل هذا الحكم في مشروع المواد [٢٤١].

---

(٢٣٧) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٧؛ وينبغي تطبيق هذا التعديل نفسه على الفقرة ١ من المادة ٤٤ (المرجع نفسه، الصفحة ١٤١). وترى أوزبكستان أن يضاف إلى ديباجة المادة نص مؤداه أنه ''إذا لم يكن ممكنا إعادة أشياء ذات خصائص متفردة، يجوز، عن طريق الاتفاق، التعويض عنها بأشياء من نفس النوع أو مطابقة لها تقريبا'' (المرجع نفسه، الصفحة ١٣٩).

(٢٣٨) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٧.

(٢٣٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٨. وعلى العكس من ذلك، يبدو أن فرنسا تؤيد ضمنا هذا الحكم (المرجع نفسه، الصفحة ١٣٧).

(٢٤٠) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٨؛ انظر أيضا: فرنسا (المرجع نفسه، الصفحة ١٣٧) وانظر أيضا A/CN.4/504، الصفحة ٢٤، الفقرة ٧٠ للاطلاع على رأي مماثل.

(٢٤١) A/CN.4/492، الصفحة ١٦.

(ب) الكف عن السلوك غير المشروع، والتعويض العيني والتعويض المالي : مسائل التصنيف والأولوية

١٣٠- لا شك في أن التعويض العيني يُعتبر شكلا رئيسيا للجبر في القانون الدولي، و لم تشكك أي حكومة في ذلك. وهناك مسألة أصعب تتصل بالعلاقات بين الكف عن السلوك غير المشروع والتعويض العيني من جهة، وبين التعويض العيني والتعويض المالي من جهة أخرى. والتمييز بين الكف عن السلوك غير المشروع والتعويض العيني هو بالأحري مسألة تمييز مبدئي: فكما تبيّن، قد ينشأ عن الكف عن السلوك غير المشروع التزام لا رجعة فيه و (في بعض الحالات) غير قابل للتقييد، حتى عندما تكون العودة إلى الوضع السابق شبه مستحيلة. أما بالنسبة إلى العلاقة بين التعويض العيني والتعويض المالي، فإن التمييز بينهما جليّ بما فيه الكفاية: فالتعويض العيني يعني إعادة الوضع إلى ما كان عليه سابقا، أي تعويض ما هو معيّن بالذات، في حين أن التعويض المالي يتمثل في تقديم مال أو قيمة أخرى بديلا عن التعويض العيني. وتقوم المشكلة التي تُطرح في هذا المجال على معرفة مدى إمكانية الالتزام بمبدأ أولوية التعويض العيني نظرا لهيمنة التعويض المالي عموما على ممارسات الدول والمحاكم. ويتعيّن النظر في المسألتين كل على حدة.

الكف عن السلوك غير المشروع والتعويض العيني

١٣١- إن الكف عن السلوك غير المشروع، الذي يُمكن وصفه بأنه العودة إلى الوفاء بالالتزام، هو مسألة نوقشت من قبل[٢٤٢]. وللأسباب التي ذُكرت، يجب النظر في الكف عن السلوك غير المشروع جنباً إلى جنب مع التعويض المالي باعتباره إحدى النتيجتين العامتين لارتكاب فعل غير مشروع دوليا. غير أن الفرق بينهما لا يكون واضحاً في جميع الأحوال.

١٣٢- ففي التحكيم في قضية رينبو ووريير Rainbow Warrior مثلا، سعت نيوزيلندا إلى إعادة العميلين إلى الحجز في جزيرة هاو، لأن الظروف التي أوردتها فرنسا لتبرير استمرار عدم احتجازهما لم تكن قائمة أو لم تعد موجودة (كما قررت المحكمة). فبالنسبة إلى نيوزيلندا، توجّب على فرنسا أن تعيدهما إلى الجزيرة وتحتجزهما فيها للمدة المتبقية من فترة الثلاث السنوات؛ و لم تكن قد انقضت مدة هذا الالتزام لأن الوقت الذي أمضاه العميلان خارج الجزيرة لم يحتسب لهذا الغرض. و لم توافق المحكمة على ذلك. فقد رأت أن الالتزام كان لمدة محددة، وأن هذه المدة قد انقضت، ولذا فإن مسألة الكف عن السلوك غير

(٢٤٢) انظر الفقرات من ٤٤ إلى ٥٢ أعلاه.

المشروع لم تعد موجودة[٢٤٣]. ومع ذلك، يمكن طرح السؤال الآتي: على افتراض أن وجهة النظر هذه صحيحة بالنسبة إلى تفسير الالتزام الأولي، ما إذا كان مستحقاً لنيوزيلندا بالنسبة إلى التعويض العيني ؟ ليس صحيحا أن التعويض المالي متاح فقط عندما يكون الالتزام الذي انتُهك نافذ المفعول (مع أن هذا صحيح بالنسبة إلى الكف عن السلوك غير المشروع). وتفادت المحكمة الإجابة على السؤال، ورأت أن الطلب الذي تقدمت به نيوزيلندا تناول فقط الكف عن السلوك غير المشروع. غير أن نيوزيلندا، التي تخلت تماما صراحة عن طلب تعويض مالي، سعت إلى عودة العميلين إلى الجزيرة، وفعلت ذلك على ما يبدو في إطار التعويض العيني حتى إن قررت المحكمة (كما حصل فعلا) أن مسألة الكف عن السلوك غير المشروع لم تعد مطروحة.

١٣٣- ومن الجلي أن المحكمة كانت تسعى أولا وقبل أي شيء آخر إلى إنهاء نزاع طال أمده بطريقة يقبلها الطرفان بوجه عام. وبما أنها كانت مقيدة بقاعدة عدم الحكم لأحد الطرفين بأكثر مما طلبه وبرفض نيوزيلندا قبول تعويض مالي بدلاً من التعويض العيني، فإنها لم تكن تواقة إلى النظر في حجج بشأن الوفاء تحت ستار التعويض العيني. لكن يمكن استنتاج أن الوضع السابق بالنسبة إلى العميلين، أي وجودهما قيد الحجز العسكري في الجزيرة، لم يكن ذا قيمة لنيوزيلندا إن لم يكن هناك التزام متواصل من جانب فرنسا بإبقائهما في الجزيرة. فمن شأن عودة العميلين إلى الجزيرة أن تكون مجرد إجراء شكلي خالٍ من أي معنى.

١٣٤- ويمكن استخلاص درسين من هذه القضية. الدرس الأول هو أن الإعادة إلى الوضع السابق قد لا تكون لها أي قيمة إذا لم يبقَ الالتزام المنتَهَك نافذ المفعول، مع أنه قد يكون من المناسب (كما اقترحت فرنسا)[٢٤٤] تعريف التعويض العيني بأنه ''إعادة الحالة إلى ما كانت عليه'' وتمييزه عن مجرد إعادة الأشخاص أو الممتلكات أو الأراضي. وبالعكس لا يكون خيار التخلي عن التعويض العيني متاحا للدولة المتضررة إذا كان الوفاء المستمر بالالتزام المنتهَك يتعين على الدولة المرتكبة للفعل وإذا لم تكن الدولة المتضررة مؤهلة (أو لم تكن مؤهلة وحدها) لإبراء الدولة المسؤولة من هذا الوفاء. وقد يكون للتمييز النظري بين الكف عن السلوك غير المشروع والتعويض العيني نتائج مهمة إيجابية وسلبية على السواء بالنسبة إلى التزامات الدول المعنية وسبل الانتصاف المتاحة لها. وللدرس الثاني طابع أعم: فهيئات تسوية

(٢٤٣) انظر تقارير الأمم المتحدة عن قرارات هيئات التحكيم الدولي، المجلد العشرين، الصفحة ٢١٧ (١٩٩٠)، ورد أعلاه في الفقرة ٤٧.

(٢٤٤) انظر الفقرة ١٢٩ أعلاه.

المنازعات تتصرف عمليا بشكل مرن في تفسيرها لمواقف الدول الأطراف وفي اختيار أحد سبل الانتصاف دون غيره. ويبدو أنه لا تستطيع أي مجموعة قواعد تُعنى بنتائج الأفعال غير المشروعة دوليا أن تمنع هذه المرونة مهما كان التفضيل صريحا لأحد أشكال التعويض العيني دون غيره.

التعويض العيني والتعويض المالي

١٣٥- تنطبق هذه النقطة الثانية بنفس القدر علىمسألة العلاقة بين التعويض العيني والتعويض المالي. والمادة ٤٣ هي أول شكل من أشكال الجبر المحددة التي تناولها الفصل الثاني. وتتناول المادة ٤٤ التعويض المالي، ولكن فقط ''إذا لم يصلح الرد العيني الضرر تماما وبالقدر اللازم لتمام الإصلاح''. ومن الواضح أن اللجنة قصدت بذلك أن ترسّخ مبدأ أولوية التعويض العيني على التعويض المالي. ويتوافق ذلك مع وجهات نظر المقرر الخاص آنذاك، السيد أرانجيو - رويس، الذي أشار إلى أن ''رد الحق عينا ....يأتي في مقدمة أي نوع آخر من أنواع الجبر بالمعنى الواسع، وخاصة قبل الجبر بالمثل''[٢٤٥]. ووفقاً لهذا النهج، فإن للدولة المتضررة أن تصر على التعويض العيني ولها حق الحصول على التعويض العيني إلا إذا انطبق أحد الاستثناءات المحددة في المادة ٤٣. بيد أن عددا من الحكومات وبعض الكتّاب قد انتقد هذا النهج بأنه متشدد جدا ولا يتفق مع الممارسة[٢٤٦].كما انه يتعارض مع النهج المتعلق بالتعويض العيني الذي تتبعه بعض النظم القانونية الوطنية[٢٤٧].

١٣٦- في قضية المرور عبر الحزام الكبير (فنلندا ضد الدانمرك) (تدابير مؤقتة للحماية)[٢٤٨]، سعت فنلندا إلى الحصول على إعلان عن تدابير مؤقتة للحماية منعاً لبناء جسر عبر الحزام

---

(٢٤٥) التقرير التمهيدي، حولية لجنة القانون الدولي ١٩٨٨، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحة ١٠٧ (الفقرة ١١٤)، وإشارات إلىمنشورات سابقة. وأشار لاحقاً إلى ''الأهمية الإحصائية البحتة للجبر بالمثل ... مقترنا بالأولوية المنطقية لرد الحق عينا'': المصدر نفسه، الصفحة ١١٧ (الفقرة ١٣١).

(٢٤٦) انظر خصوصا C. Gray, "The Choice between Restitution and Compensation" (1999) 10 EJIL 413.

(٢٤٧) طبّقت أنظمة القانون العام تاريخيا منح تعويضات مادية باعتباره سبيل الإنصاف الوحيد في القضايا المدنية التي لا تستوجب إعادة الممتلكات، مع إعمال استثناءات خاصة فقط بالنسبة إلى وفاء محدد وسبل انتصاف أخرى في معرض استرداد الحقوق. إلا أن هذا الوضع يتغير إلى حد ما نظرا لتزايد توافر سبل الانتصاف هذه ووضع قانون للتعويض العيني. وفيما يتعلق بالوفاء المحدد، انظر مثلا Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd. [1998] A.C. 1. وبالنسبة إلى التعويض العيني، انظر مثلا Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council [1999] 1 A.C. 153.

(٢٤٨) انظر تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٩ (الصفحة ١٢ من النص الانكليزي)، I.C.J. Reports 1991, p. 12.

الكبير، إذ ادعت أنه يعيق مرور سفن الحفر ومنصات التنقيب عن النفط مما يتعارض مع حقوقها في حرية المرور العابر بموجب مجموعة من المعاهدات. وردا على ذلك، دفعت الدانمرك، في جملة أمور، بأنه حتى لو انتهك بناء الجسر حقوق فنلندا في المرور العابر، فإن ذلك لن يحدث إلا أحيانا ولن يعوق سوى عدد ضئيل جدا من السفن التي تستخدم المضيق. وبما أنه يمكن حماية حقوق فنلندا على نحو كافٍ بوسائل مالية أو بوسائل أخرى، فإن إصدار أمر بالتعويض العيني يكون ''مرهقا جدا'' بالنسبة إلى الدانمرك. وإذا لم تكن فنلندا محقة في الإصرار على عدم بناء الجسر، فإنها بالتالي ليست محقة في طلب التدابير المؤقتة.

١٣٧- رفضت المحكمة إعلان التدابير المؤقتة. وبما أن المرور لم يكن سيعاق من الناحية الفعلية لمدة ثلاث سنوات أو أكثر، يُبَتّ خلالها في القضية استنادا إلى أسبابها الجوهرية، لم يكن هناك أي داعٍ جلي للاستعجال. إلا أن المحكمة لم تقبل ما دفعت به الدانمرك من استحالة التعويض العيني. وأشارت إلى أنه لا يمكن أن يُسمح للفعل الذي يقوم به أحد الطرفين أثناء النزاع المعروض على القضاء بأن يؤثر على حقوق الطرف الآخر، وقالت :

> ''في حين أنه غير مطلوب من المحكمة في الوقت الحاضر أن تحدد طبيعة أي قرار تتخذه بشأن موضوع الدعوى؛ ولكن حيث أنه من الثابت من حيث المبدأ أن إقامة الإنشاءات تنطوي على انتهاك لحق قانوني، فإنه لا يمكن ولا يجب بداهة استبعاد إمكانية إصدار قرار قضائي بوجوب إيقاف هذه الإنشاءات أو تعديلها أو إزالتها...''[٢٤٩]

١٣٨- وفي القضية المتعلقة باتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية (باراغواي ضد الولايات المتحدة) (طلب اتخاذ تدابير مؤقتة)، ووفق على طلب باراغواي باتخاذ تدابير مؤقتة في محاولة لمنع إعدام أنخيل بريرد، وهو واحد من رعاياها أدين بارتكاب جريمة القتل العمد. واستندت باراغواي في مطالبتها هذه إلى اعتراف الولايات المتحدة بعدم قيامها بإشعار باراغواي باعتقال بريرد، منتهكة بذلك شرط الإشعار الذي تنص عليه المادة ٣٦ (١) (ب) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية[٢٥٠]. ودفعت الولايات المتحدة بأن مسألة الرد لا يمكن أن تنشأ في إطار هذه الاتفاقية؛ وكل ما يحق لباراغواي الحصول عليه هو الاعتذار وتأكيدات بعدم التكرار، وهذا هو ما حصلت عليه بالفعل. ودفعت الولايات المتحدة بشكل خاص بأن

---

(٢٤٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٩ (الفقرة ٣١). فسَّر القاضي المخصص برومز هذه الفقرة من القرار بأنه رفض لـ ''النظرية الدانمركية''، التي تقضي بأنه ليس لفنلندا أي حق في التعويض العيني حتى لو أقر أساس ادعائها؛ المرجع نفسه، الصفحة ٣٠.

(٢٥٠) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٨، الصفحة ٢٤٨ (من النص الانكليزي).

''الإبطال التلقائي للإجراءات المتخذة وإعادة الوضع إلى ما كان عليه بوصفهما عقوبتين على عدم الإشعار أمر لا يفتقر فقط إلى أي أساس في ممارسات الدول، بل سيكون أيضا غير قابل للتنفيذ عمليا''[٢٥١]. وفي مقابل ذلك، دافعت باراغواي عن الرد الكامل مطالبة بما يلي: ''ينبغي أن تعترف السلطات القانونية في الولايات المتحدة ببطلان أي مسؤولية جنائية مُلصقة حاليا بالسيد بريرد ... وينبغي إعادة الوضع إلى ما كان عليه من حيث أن السيد بريرد ينبغي أن تتوافر له الاستفادة من أحكام اتفاقية فيينا في أي دعوى جديدة تُرفع عليه''[٢٥٢].

١٣٩- وأحجمت المحكمة مرة أخرى عن الخوض في مسألة العلاقة بين الحق المطالب به ووسيلة الجبر عن طريق الرد. فقد اكتفت الأغلبية بأن ''إعدام بريرد سيجعل من المستحيل على المحكمة الأمر بالجبر الذي تبتغيه باراغواي، وسيتسبب بذلك في إلحاق ضرر لا سبيل إلى جبره بالحقوق التي تطالب بها''[٢٥٣].

١٤٠- وقد نشأت مسائل مماثلة لذلك بقدر ما في قضية أخرى صدر فيها الحكم بالإعدام وشملت عدم القيام بالإشعار القنصلي، هي قضية لاغراند (ألمانيا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)[٢٥٤]. وفي هذه القضية أيضا، أوصت المحكمة، متصرفة من تلقاء نفسها بموجب المادة ٧٥ (١) من لائحتها باتخاذ تدابير مؤقتة[٢٥٥]. ولا تزال هذه القضية قيد النظر.

١٤١- وكان هذان النوعان من القضايا يتعلقان بطلبات اتخاذ تدابير مؤقتة، حيث يتعين إقامة توازن بين حماية الحقوق المزعومة (ولكن غير المثبتة بعد) من جانب الدولة المدعية، واحترام موقف الدولة المدعى عليها المفترض أنه لم يثبت بعد قيامها بفعل غير مشروع (على الإطلاق أو في الجانب ذي الصلة). غير أن هناك تمايزا بينهما. ففي قضية غريت بيلت، كان الحق المطلوب حمايته هو على وجه الدقة الحق الذي سيكون محل النظر في موضوع القضية،

---

(٢٥١) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥٤ (الفقرة ١٨).

(٢٥٢) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥٦ (الفقرة ٣٠).

(٢٥٣) المرجع نفسه، الصفحة ٢٥٧ (الفقرة ٣٧). عارض القاضي أودا ذلك، وإن كان قد صوت مع المحكمة ''لأسباب إنسانية'': المرجع نفسه، الصفحة ٢٦٢. وشدد رئيس المحكمة شوييل على أهمية مبدأ الامتثال للمعاهدات: ''إن الاعتذار واتخاذ تدبير اتحادي لتجنب حصول حالات سهو كهذه في المستقبل، لا يساعدان المتهم، الذي تدعي باراغواي أنه أضير أو أنه كان يمكن أن يضار من جراء عدم الاتصال القنصلي، وهي مسألة تتعلق بموضوع الدعوى'' المرجع نفسه، الصفحة ٢٥٩.

(٢٥٤) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٩، الصفحة ٩ (من النص الانكليزي).

(٢٥٥) مما يذكر أنه في كلتا القضتين، سارت عملية الإعدام في مجراها على الرغم من أمري المحكمة. انظر "Agora: Breard" (1998) 92 AJIL 666. وقد سحبت قضية بريرد لاحقا بناء على طلب باراغواي.

أي حق المنصات المكتملة في عبور مضيق غريت بيلت دون إعاقة. وفي هذا السياق، رفضت المحكمة استبعاد إمكانية أن يكون الرد هو طريقة الجبر الملائمة (حتى إذا استلزم هذا افتراضا، إلغاء مشروع الجسر أو تعديله بقدر كبير)[٢٥٦]. أما في قضايا عقوبة الإعدام، فالعلاقة بين الإخلال بالالتزام بالإشعار القنصلي وإدانة المتهم علاقة عارضة وغير مباشرة. ومن الممكن جدا أن المحاكمة التي تلت ذلك كانت سليمة وعادلة تماما وأن عدم الإشعار لم يكن له تأثير في قرار الإدانة. فقد كانت الولايات المتحدة هي صاحبة الاختصاص بمحاكمة المتهم بارتكاب جرم عقوبته الإعدام، و لم تكن طرفا في أي صك يمنع توقيع عقوبة الإعدام. ولا يمكن أن تنشأ مسألة الرد إطلاقا إلا إذا أمكن إثبات وجود علاقة سببية كافية بين عدم قيام الولايات المتحدة بالإشعار ونتيجة المحاكمة. وبحلول وقت المحاكمة كان قد بات من المستحيل تقديم إشعار مسبق بهذا المعنى، نظرا لانقضاء وقت الأداء واستحالة الاستعاضة عنه بأداء لاحق.

١٤٢- ومن ثم فإن ما يشكل ردا يعتمد، إلى حد ما على الأقل، على مضمون الالتزام الأولي الذي انتُهك. وفي القضايا التي لا تنطوي على مجرد إعادة أشخاص أو ممتلكات أو أراض تخص الدولة المضرورة أو تتبعها (الرد بالمعنى الضيق للكلمة) يتعين تطبيق مفهوم إعادة الوضع إلى ما كان عليه مع مراعاة حقوق واختصاصات كل من الدول المعنية. ويكتسب هذا الأمر أهمية خاصة حين ينطوي على التزام إجرائي يضع شروطا على ممارسة الدولة سلطاتها الجوهرية. ولا يمكن السماح في مثل تلك الحالات بأن يؤدي الرد، إذا كان متاحا أصلا إلى إعطاء الدولة المتضررة بعد الحادث أكثر مما كانت تستحقه لو كان قد تم الوفاء بهذا الالتزام. وبتعبير آخر، فإن مفهوم ''ما كان عليه الوضع'' هو مفهوم نسبي، وإذا كان بمقدور الدولة المدعى عليها أن تحقق بصورة مشروعة نفس النتيجة أو نفسها تقريبا، وكان سيتحقق لها ذلك، دون أن تنتهك هذا الالتزام، جاز استبعاد مفهوم الإعادة العامة إلى الحالة السابقة[٢٥٧].

---

(٢٥٦) كان التزام الدانمرك بالسماح بالمرور عبر مضيق غريت بيلت (أيا كان نطاقه) التزاما مستمرا، بحيث أن إزالة أي إعاقة غير قانونية كانت ستنطوي على الكف بقدر ما كانت ستنطوي على الرد. انظر أعلاه، الفقرتان ٤٥ و ١٣٤.

(٢٥٧) بيد أن هذا الأمر لا يستبعد إمكانية أن يكون الإجراء السابق اتخاذه ما زال قابلا للمحاكاة بفعالية، إذا لم تكن الظروف قد تغيرت إلى حد تصبح معه تلك المحاكاة غير مجدية أو مرهقة بقدر غير متناسب. وتندرج هذه العناصر في القواعد القانونية الوطنية المتعلقة بالرد تحت عناوين مبادئ مثل التعويل وتغيير الموقف بحسن نية. وقد روعيت هذه العوامل، ضمنا على الأقل، لدى نظر المحكمة الدولية في مسائل الرد في القضية المتعلقة بمشروع غابشيكوفو - ناجيماروس، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٩٧، الصفحة ٧ (من النص الانكليزي).

١٤٣- ويرى المقرر الخاص أن بالإمكان مراعاة هذه التقييدات والمفاهيم لمبدأ الرد بصياغة متأنية للمادة ٤٣ وللاستثناءات التي تنص عيها، وإيراد الشروح الملائمة في التعليق. وبيت القصيد هو ما إذا كان ينبغي، على هذا الأساس، الإبقاء على مبدأ أسبقية الرد. والأمر الراجح بعد موازنة كل العوامل هو أنه ينبغي الإبقاء عليه. فمن الصحيح أن السلطة التي يُستند إليها عادة تحقيقا لهذه الأسبقية - قضية مصنع كورزو -[٢٥٨] ليست هي التي تحسم الأمر بالفعل، حيث أنه عندما حل وقت القرار، طلبت ألمانيا التعويض فقط وليس استعادة الممتلكات. وصحيح أيضا أن المحاكم وهيئات التحكيم تميل إلى التحفظ بشأن الحكم بالرد الكامل، وأن القرار الذي قد يعتبر أكثر ارتباطا بفكرة الرد - وهو قرار المُحكم المنفرد دوبوي في تحكيم تكساكو -[٢٥٩] لقي انتقادا على نطاق واسع[٢٦٠] ولم تحدث له توابع في التحكيمات المختلطة التي أجريت لاحقا[٢٦١]. غير أن هذه التحكيمات كانت، على وجه الدقة، تحكيمات مختلطة، يتعين فيها تحقيق توازن بين حق الاستيلاء العام الذي تتمتع به الدولة المسؤولة (وسيادتها على مواردها الطبيعية) وما تحملته من التزامات بحماية هذه الموارد، سواء عن طريق معاهدة أو غيرها. وفي سياق العلاقات بين الدول، يؤدي الرد دورا حيويا من حيث المبدأ، ولا سيما بسبب علاقته الوثيقة بمسألة الوفاء بالالتزامات الدولية. وهناك سبب ثانٍ يدعو إلى الحفاظ على هذا المبدأ هو أنه تكاد لا توجد دعوة من الحكومات إلى التخلي عنه. فبالرغم من الشكوك التي أعربت عنها حكومة أو حكومتان[٢٦٢]، لقيت المادة ٤٣ بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى، التي يتضح فيها صراحة إيلاء الرد أسبقية مشروطة، استحسانا بشكل عام. والواقع هو أن معظم ما أبدي من تعليقات يستهدف خفض عدد الاستثناءات من هذا المبدأ وتقليص نطاقها، وليس إسقاطها. أما السبب الثالث، فهو أن التخلي عن هذا المبدأ سيتطلب من اللجنة القيام، انطلاقا من قرينة قانونية تفيد

---

(٢٥٨) P.C.I.J., Series A, No. 17 (1928), p. 47، مذكور أعلاه، الفقرة ٢٤.

(٢٥٩) شركة تكساكو أوفر سيز بتروليوم وشركة كاليفورنيا إيجياتيك أويل ضد حكومة الجماهيرية العربية الليبية، Award on the Merits, 19 January 1977 1997, 53 I.L.R. 389 at pp. 507-8 (para. 109).

(٢٦٠) انظر على سبيل المثال دراسة البنك الدولي: الإطار القانوني لمعاملة الاستثمارات الأجنبية (البنك الدولي، واشنطن، ١٩٩٢) المجلد الأول، الصفحة ١٤٠ (من النص الانكليزي) وللاطلاع على وصف متوازن، انظر R. Higgins, "The Taking of property by the State", 176 Recueil des Cours 321 (1982) at pp. 314-321.

(٢٦١) شركة النفط الليبية الأمريكية ضد حكومة الجماهيرية العربية الليبية، 12 April 1977, 62 I.L.R. 140 at p. 200. انظر أيضا القرار السابق، شركة بريتيش بتروليوم أكسبلوريشن (ليبيا) المحدودة ضد حكومة الجماهيرية العربية الليبية، 10 October 1973 and 1 August 1974, 53 I.L.R. 297 at p. 354.

(٢٦٢) انظر أعلاه، الفقرة ١٢٩.

تفضيل التعويض، بصياغة الحالات التي يكون فيها الرد مطلوبا بشكل استثنائي. وتلاحظ الولايات المتحدة أن الرد مهم بصفة خاصة في الحالات التي تشمل الاستيلاء ''غير المشروع على أراضٍ أو ممتلكات ذات قيمة تاريخية أو ثقافية''[٢٦٣]، دون أن يكون بالتأكيد مقتصرا على تلك الحالات. وعلاوة على ذلك، فإن التعبير عن الحالة بشكل الاستثناء يمكن أن يوحي بأنه يجوز للدول، في الحالات التي لا ينسحب عليها هذا الاستثناء، أن تعمد بعد وقوع الحادث إلى أن تشتري حرية عدم التقيد بالتزاماتها الدولية. ولذا ينبغي الإبقاء على مبدأ أسبقية الرد، رهنا باستثناءات محددة.

(ج) الاستثناءات من الرد

١٤٤- ورد أعلاه[٢٦٤] وصف لاستثناءات الرد الأربعة المنصوص عليها في المادة ٤٣.

(أ) **الاستحالة المادية** - لا شك في أن اقتضاء الرد ينتفي متى أصبح مستحيلا ''ماديا'' (أي عمليا، materiellement)، وهو شرط مُسلَّم به في الفتوى المتعلقة بمصنع كورزو[٢٦٥] وفي الحكم الصادر عن المحكمة في قضية غابات رودوبيا الوسطى[٢٦٦] وفي الأعمال القانونية المنشورة، كما أنه لم يكن موضع شك في تعليقات الحكومات.

(ب) **الإخلال بقاعدة آمرة:** لا شك كذلك في أنه لا يمكن اقتضاء الرد إذا كان سينطوي على الإخلال بقاعدة آمرة. ولكن الصعوبة تكمن، حسبما لاحظت فرنسا[٢٦٧]، في إيجاد أمثلة واقعية لذلك. وقد يكون من الأمثلة الممكنة الحالة الناشئة عن قضية سكان شمال الكاميرون[٢٦٨]. وقد دفعت الكاميرون فيها بأن إدارة شؤون سكان شمال الكاميرون الذين يعيشون ضمن اتحاد إداري مع مستعمرة نيجيريا، وما تلا ذلك من إجراء استفتاء مستقل لسكان شمال الكاميرون، شكل انتهاكا لاتفاق الوصاية. غير أن هذا الاتفاق تم إنهاؤه بموافقة الجمعية العامة، تنفيذا للرغبة التي أعرب عنها الشعب. وتبعا لذلك، فإن المطالبة بعكس هذا القرار عن طريق اقتضاء الرد كان بحد ذاته ليعني عدم احترام رغبة الشعب. ولا شك في أنه إدراكا من الكاميرون لهذه الصعوبات وغيرها، فإنها لم تطلب سوى الجبر الإيضاحي، الذي رفضت المحكمة منحه استنادا إلى أن ذلك القرار قد لا يكون له مفعول

(٢٦٣) A/CN.4/488، الصفحتان ١٣٧ و ١٣٨.

(٢٦٤) انظر أعلاه، الفقرة ١٢٨.

(٢٦٥) P.C.I.J., Series A, No.17 (1928), p.47 (“if this is not possible”)؛ انظر أعلاه، الفقرة ٢٤.

(٢٦٦) تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الثالث، ص ١٤٠٥ (٢٩ آذار/مارس ١٩٣٣)؛ انظر أعلاه، الفقرة ١٢٨.

(٢٦٧) انظر أعلاه، الفقرة ١٢٩.

(٢٦٨) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٦٣، الصفحة ١٦ (من النص الإنكليزي).

رفضت المحكمة منحه استنادا إلى أن ذلك القرار قد لا يكون له مفعول قانوني فيما يتعلق بالدولة المدعى عليها، أي المملكة المتحدة. ولم تُثر أو تُبحث أي مسألة تتعلق بالإخلال بقاعدة آمرة[٢٦٩]. ويرى المقرر الخاص أن الحالة التي تعالجها المادة ٤٣ (ب) تغطيها بالفعل المادة ٢٩ مكررا. وكما ذُكر من قبل، فإن الظروف التي تستبعد عدم الشرعية (ومن بينها التضارب مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام) تنطبق بالمثل على الالتزامات الثانوية المتناولة في الباب الثاني، بما في ذلك الالتزام بالرد[٢٧٠]. وبذلك تكون المادة ٤٣ (ب) غير لازمة وبالإمكان حذفها[٢٧١].

(ج) **انطواء الرد على أعباء مرهقة بقدر غير متناسب**: وفقا للمادة ٤٣ (ج)، لا يلزم القيام بالرد إذا كان العبء الذي ستتحمله الدولة المسؤولة نتيجة القيام به يفوق بقدر كبير الفائدة التي ستعود على الدولة المتضررة من اقتضاء الرد (بدلا من التعويض). وكان هذا يمكن أن ينطبق، على سبيل المثال، في قضية الحزام الكبير[٢٧٢] لو كان قد تم بالفعل تشييد الجسر قبل أن تثير فنلندا مسألة الحق في العبور. ففي الحالات التي تكون فيها التكلفة التي ستتكبدها الدولة المسؤولة عن إزالة هيكل ما، لا تتناسب البتة مع الفوائد التي ستعود من ذلك على الدولة أو الدول المتضررة، لا ينبغي أن يكون الرد لازما. وفي حين أن الولايات المتحدة لا تعارض الفقرة (ج)، فإنها تدعو إلى زيادة إيضاح عبارة ''عبئا لا يتناسب البتة مع الفائدة التي ستعود على الدولة المتضررة''. ولكن، كما هو الحال مع التعبيرات الأخرى المتعلقة بمبدأ التناسب، من الصعب توفير مزيد من الدقة في النص

---

(٢٦٩) من الناحية التاريخية، أثارت الحالات المتعلقة بالاستيلاء على سفن الرقيق وبالأعمال الأخرى الرامية إلى إخماد تجارة الرقيق مسائل تتعلق بالشرعية الدولية (انظر مثلا The Le Louis (1817) 2 Dods 210; Buron v. Denman (1948) 2 Ex. 167; A.P. Rubin, Ethics and Authority in International Law (Cambridge, CUP, 1997) pp. 97 ff.). غير أنه على الأقل منذ مؤتمر برلين المنعقد عام ١٨٨٥، أصبح من غير الممكن طرح مسألة إعادة الرقيق السابقين عن طريق الرد. وفي قضية أيخمان، سحبت الأرجنتين مطالبتها برد أيخمان المتهم بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية: انظر قرار مجلس الأمن ١٣٨ (١٩٦٠) المؤرخ ٢٣ حزيران/يونيه ١٩٦٠؛ والبيان المشترك الصادر عن الأرجنتين وإسرائيل، ٣ آب/أغسطس ١٩٦٠، الذي أعيد نشره في: Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, District Court, 12 December 1961. 36 I.L.R. 5, 59 (para. 40).

(٢٧٠) انظر أعلاه، الفقرة ٧ (١). وللاطلاع على المادة ٢٩ مكررا، انظر تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الحادية والخمسين (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٠، ١٩٩٩) الفقرات ٣٠٦-٣١٨.

(٢٧١) ثمة حالة أكثر أهمية هي حالة الأعمال غير المشروعة المستمرة التي تنطوي على إخلال بقاعدة آمرة (مثل حالة استمرار الإبادة الجماعية أو غيرها من الجرائم ضد البشرية). وهذه الحالات تتعلق بالكف والأداء، لا الرد: انظر أعلاه، الفقرة ١٢٦.

(٢٧٢) انظر الفقرتين ١٣٦ و ١٣٧ أعلاه.

نفسه[٢٧٣]. وقد يكون من الإيضاحات المفيدة في هذا الصدد تأكيد أن مفهوم التناسب في هذا المقام لا يتعلق فقط بالتكاليف والنفقات بل يجب أن يراعي أيضا مدى الإخلال من حيث الجسامة أو غير ذلك بالنسبة إلى صعوبة إعادة الوضع إلى ما كان عليه. ويبدو أنه يكفي إيضاح هذا الأمر في التعليق.

(د) **التهديد غير المتناسب للاستقلال السياسي أو الاستقرار الاقتصادي للدولة المسؤولة:** يلقى هذا الاستثناء الرابع انتقادا شديدا من عدد من الدول، سيما وأنه لم تقدم له أيضا أية أمثلة جيدة. وقد سبق أن نوقشت المسألة العامة المتعلقة بالجبر الذي يهدد بحرمان شعب من وسائل عيشه (المادة ٤٢ (٣) بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى)[٢٧٤]، كما سبق أن وُضح أن الرد بمعناه العادي ينطوي على رد أراض أو أشخاص أو ممتلكات استولي عليها أو احتجزت على نحو غير مشروع، أو بالمعنى الأعم العودة إلى الحالة كما كانت قبل حصول الانتهاك: ومن الصعب فهم كيف أن هذه العودة يمكن أن تهدد الاستقلال السياسي أو الاستقرار الاقتصادي للدولة المسؤولة عن الانتهاك. وعلى أي حال، إذا صدق أن الرد يهدد على نحو غير متناسب الاستقلال السياسي أو الاستقرار الاقتصادي للدولة المسؤولة، فإن شروط الاستثناء الثالث (الفقرة (ج) أعلاه) تكون على وجه التأكيد قد استوفيت. ولهذه الأسباب، فإن الفقرة (د) غير لازمة هي الأخرى.

(د) صياغة المادة ٤٣

١٤٥ -فيما يتعلق بصياغة هذه المادة، تنتقد فرنسا استخدام عبارة ''الرد العيني'' في المادة ٤٤ انطلاقا من أنها ليست مقصورة على إعادة ممتلكات أو أراض مسروقة. ولكن معنى العبارة مفهوم ومقبول عموما وقُدم له تعريف يجعله يعني أساسا ''إعادة الوضع إلى ما كان عليه''. وثانيا، توازن المادة ٤٣ (ج) في صيغتها الأصلية بين التكلفة التي تتكبدها الدولة المسؤولة، والفائدة التي ستعود على الدولة المتضررة من الرد. ولكن قد تكون هناك عدة دول (أو كيانات أخرى)، بل وقد تكون عديدة، تشترك في أنها مضرورة من نفس الفعل، وينبغي أن تراعي مصالحها جميعا في المعادلة. وينبغي صياغة الفقرة (ج) وفقا لذلك.

١٤٦ -ويرى المقرر الخاص أن يكون نص المادة ٤٣ كما يلي:

''الرد العيني

---

(٢٧٣) انظر بوجه عام DW Greig, "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties" (1994) *44 Virginia JIL* 295 at p. 398.

(٢٧٤) انظر الفقرات ٣٨ إلى ٤٢ أعلاه.

يجب على الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا أن تقدم ردا عينيا، أي أن تعيد الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع، وذلك بالشروط وفي الحدود التي يكون فيها الرد العيني:

(أ) غير مستحيل ماديا؛...

(ج) لا يشكل عبئا لا يتناسب البتة مع الفائدة التي ستعود على المضرورين من الفعل المرتكب من الحصول على الرد العيني بدلا من التعويض المالي''.

٣ - التعويض المالي

(أ) المادة ٤٤ الحالية

١٤٧ -تنص المادة ٤٤ على ما يلي:

''التعويض المالي

١ - يحق للدولة المضرورة أن تحصل من الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا على تعويض مالي عن الضرر الناجم عن ذلك الفعل، إذا لم يصلح الرد العيني الضرر تماما وبالقدر اللازم لتمام الإصلاح.

٢ - يشمل التعويض المالي، في مفهوم هذه المادة، أي ضرر قابل للتقييم اقتصاديا يلحق بالدولة المضرورة ويجوز أن يشمل الفوائد، والكسب الفائت عند الاقتضاء''.

١٤٨ -على الرغم من الأولوية الشكلية التي تعطيها المادة ٤٣ للرد العيني، يسلم التعليق على المادة ٤٤ بأن التعويض المالي هو ''وسيلة الانتصاف الرئيسية والأساسية التي يُلجأ إليها عقب وقوع فعل غير مشروع دوليا[٢٧٥]. والتعويض المالي يختلف عن المدفوعات التي تقدم أو تعطى على سبيل الترضية من حيث أن وظيفته تعويضية بحتة؛ فالمقصود به هو أن يكون إلى أبعد حد ممكن مقابلا الضرر الواقع على الدولة المتضررة نتيجة الانتهاك. وعلى الرغم من كبر عدد القضايا التي بتت فيها هيئات التحكيم وطرحت عليها فيها مسائل تقدير التعويضات، تحاشى التعليق الخوض على نحو تفصيلي في المادة ٤٤، على أساس أن ''القواعد المتعلقة بالتعويض المالي يجب أن تكون عامة ومرنة نسبيا''[٢٧٦]. ويتناول التعليق المسائل المتعلقة بالسببية بما في ذلك تأثير تعدد الأسباب[٢٧٧]، ولكنه يكتفي فيما يتعلق بالمسألة

(٢٧٥) التعليق على المادة ٤٤، الفقرة (١)، النص الوارد في الحولية ١٩٩٣٠٠٠، المجلد الثاني (الجزء ٢)، الصفحات ١٣٩ إلى ١٥٨.

(٢٧٦) المرجع نفسه، الفقرة (٣).

بالسببية بما في ذلك تأثير تعدد الأسباب[٢٧٧]، ولكنه يكتفي فيما يتعلق بالمسألة الرئيسية، وهي مسألة التعويض المالي، بعبارات عامة من قبيل أن التعويض المالي هو ''وسيلة الانتصاف المناسبة للضرر الذي يمكن تقديمه اقتصاديا، أي الضرر الذي يمكن تقدير قيمته ماليا''[٢٧٨]، بما في ذلك الضرر الأدبي والضرر المادي[٢٧٩]. ويفهم التعويض المالي على أنه مدفوعات نقدية[٢٨٠] وإن كان ليس ثمة ما يمنع من أن يتخذ أشكالا قيمية أخرى، وفقا لما يتفق عليه.

١٤٩ - وينتقل التعليق إلى مناقشة دفع الفوائد، والكسب الضائع. أما الفوائد فيجري تناولها أدناه على أنها فئة مستقلة[٢٨١]، في حين يناقش الكسب الضائع مناقشة مسهبة، ولكن دون التوصل إلى نتيجة قاطعة. ويذكر في التعليق أن...

> ''التعويض عن الكسب الضائع مقبول في الفقه وفي الممارسة على نطاق أضيق من نطاق قبول جبر الخسارة المتكبدة. فإذا تقرر التعويض عن الكسب الضائع فلا يصح فيما يبدو منح فوائد على رأس المال المدر للربح عن نفس الفترة، لا لشيء سوى لأنه لا يعقل أن يدر رأس المال فوائد بينما هو مستخدم بنية تحقيق أرباح في الوقت ذاته... والغرض الأساسي من ذلك هو منع ازدواجية الدفع، في كافة صور الجبر''[٢٨٢].

وبعد استعراض السوابق القضائية ذات الصلة (بما فيها الأحكام المتباينة الصادرة عن هيئة التحكيم في مطالبات إيران - الولايات المتحدة في بعض القضايا التي تشمل مصادرة ممتلكات)، يخلص التعليق إلى أنه...

> ''نظرا لاختلاف الآراء بشأن التعويض عن الكسب الضائع، انتهت اللجنة إلى أنه سيصعب جدا الوصول في هذا الموضوع إلى قواعد محددة تحظى بتأييد كبير... وترى اللجنة أن هذه الأسئلة جميعها لم تحسم قانونيا بصفة قاطعة حتى الآن... ولا يسعها إزاء ذلك الرد عليها ردا دقيقا أو وضع قواعد محددة بشأنها.

---

(٢٧٧) المرجع نفسه، الفقرات (٦) - (١٣). وللاطلاع على المناقشة، انظر أعلاه الفقرات ٢٧ إلى ٢٩ و ٣١ إلى ٣٧.

(٢٧٨) المرجع نفسه، الفقرة (١٦).

(٢٧٩) المرجع نفسه، الفقرة (١٧).

(٢٨٠) المرجع نفسه، الفقرة (١٨)، التي تشمل الاستشهاد بـ: De Lure Belli ac Pacis (1636), Bk. II, Ch. 17, § 17: "money is the common measure of valuable things".

(٢٨١) انظر أدناه، الفقرات ١٩٥-٢١٤.

(٢٨٢) التعليق على المادة ٤٤، الفقرة (٢٧).

وهي لهذا ترى أن من الأفضل أن تترك للدول المعنية أو لأي طرف ثالث يشارك في تسوية النزاع مسألة تقرير ما إذا كان يجب التعويض عن الكسب الضائع، وذلك في كل حالة على حدة''[٢٨٣].

وفي هذه الحالة، لا تتجاوز المادة ٤٤ (٢) القول بأن التعويض المالي ''يجوز أن يشمل... الكسب الضائع، عند الاقتضاء'' وهذا يمثل إقرارا يتسم بالفتور إلى أقصى حد يمكن تصوره.

١٥٠ -وتثير تعليقات الحكومات على المادة ٤٤ عددا من المسائل المهمة. أولاها هي ما إن كان ثمة حاجة إلى أن يكون هذا الحكم أكثر تفصيلا. فبعض الحكومات يرى أنه، نظرا لأهمية المسائل التي ينطوي عليها التعويض المالي وما تتسم به من تعقد، يُستحسن توفير مزيد من التوجيه بشأن معيار التعويض بموجب القانون العرفي الدولي ولا سيما فيما يتعلق ''بتقييم التعويض المالي''، بما في ذلك الفوائد والكسب الضائع[٢٨٤]. وتنتقد فرنسا صيغة المادة ٤٤ ''المفرطة في الإيجاز'' (خصوصا إذا قورنت بالمعالجة التفصيلية للمادتين ٤٥ و ٤٦) وتدعو إلى العودة إلى ''صيغة تتسم بقدر أكبر من التحليل'' تعتمد على العمل الذي أنجزه السيد أرانجيو - رويس في تقريره الثاني (١٩٨٩) وعلى الممارسة والفقه الدوليين[٢٨٥]. وعلى النقيض من ذلك، يشدد آخرون على الحاجة إلى شيء من المرونة في التعامل مع حالات محددة؛ ويرى هؤلاء أنه يكفي بيان المبدأ العام للتعويض المالي في المادة ٤٤. وأشاروا أيضا إلى أن ''النظر على نحو تفصيلي وشامل في القانون المتعلق بالجبر والتعويض، سيستغرق وقتا طويلا ويؤخر إتمام أعمال اللجنة''[٢٨٦].

١٥١ -وفيما يتعلق بمضمون هذا المبدأ العام، هناك تأييد لوجهة النظر الداعية إلى أن يكون المبلغ المسدد على سبيل التعويض المالي معادلا تماما للقيمة التي كانت ستتلقاها الدولة المتضررة لو حصلت على رد عيني. وتعتبر الولايات المتحدة أن الصيغة الحالية للفقرة ١ تعبر عن ''مبدأ مستقر منذ عهد بعيد في القانون الدولي العرفي وعدد لا يحصى من الاتفاقات

---

(٢٨٣) المرجع نفسه، الفقرة (٣٩).

(٢٨٤) الدانمرك نيابة عن بلدان الشمال الأوروبي (A/CN.4/488، الصفحة ١٣٩)؛ وانظر أيضا A/CN.4/496، الصفحة ٣٠، الفقرة ١٢٥ (التشديد على ضرورة زيادة الضمانات القانونية) و A/CN.4/504، الصفحة ٢٤، الفقرة ٧١.

(٢٨٥) A/CN.4/488، الصفحة ١٣٩؛ وانظر أيضا A/CN.4/496، الصفحة ٣٠، الفقرة ١٢٥، و A/CN.4/504، الصفحة ٢٤، الفقرة ٧١ (الاستشهاد مثلا ''بالمبدأ القائل بأن الضرر الذي يلحق المواطن هو مقياس الضرر الذي يلحق بالدولة'').

(٢٨٦) A/CN.4/496، الصفحة ٣٠، الفقرة ١٢٤.

الثنائية والمتعددة الأطراف''. فهي ترى أن كون التعويض المالي يجب أن يقدم في الحالات التي يتعذر فيها الرد العيني يقيم الدليل بوضوح على وجوب أن يكون المبلغ المستحق على سبيل التعويض معادلا لقيمة الرد العيني(٢٨٧). وعلى النقيض من ذلك، يساور اليابان القلق من أن الفقرة ١ قد تُفسر على أنها تجيز للدولة المرتكبة للفعل غير المشروع أن ترفض طلب الدولة المتضررة تقديم التعويض (المالي) بحجة أن الرد العيني لم تثبت استحالته تماما. وتفسير المادة على هذا النحو ''يقيد بشدة من حرية الدولة المضرورة في أن تختار أي شكل تراه مناسبا من أشكال الجبر الكامل للضرر''(٢٨٨).

١٥٢ - وثمة مسألة أخرى تتعلق بمدى الحاجة إلى الإشارة في الفقرة (٢) إلى الفوائد والكسب الضائع، والصياغة المناسبة لأي إشارة من هذا القبيل. ذلك أن بعض الحكومات يرى أنه من غير الضروري النص على أن دفع الفوائد والتعويض عن الكسب الضائع التزام قانوني(٢٨٩). ويبدو أن هذا هو موقف الحكومة الفرنسية، التي تقترح إعادة صياغة الفقرة كما يلي:

> ''في مفهوم هذه المادة، يقصد بالضرر القابل للتعويض والناشئ عن فعل غير مشروع دوليا كل ضرر يرتبط بهذا الفعل بعلاقة سببية متصلة''(٢٩٠).

بيد أن عددا من الحكومات يؤكد تأكيد جازما أنه ''إذا كانت الفوائد تمثل خسارة فعلية يتكبدها المدعي، فإن سدادها ليس مسألة اختيارية، بل إلزامية''(٢٩١). ولذا، ينبغي أن تنص الفقرة ٢ على وجوب (لا جواز) أن يشمل التعويض المالي الفوائد(٢٩٢). وتشير الولايات

(٢٨٧) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٠؛ تشير الولايات المتحدة تحديدا إلى قضايا لوزيتانيا وليتيلبيه وتلاحظ أن هذا المبدأ قد ''طبق أيضا على قضايا الوفيات الناجمة عن فعل غير مشروع''.

(٢٨٨) A/CN.4/492، الصفحة ١٧.

(٢٨٩) A/CN.4/504، الصفحة ٢٤، الفقرة ٧١.

(٢٩٠) A/CN.4/488، الصفحة ١٤١.

(٢٩١) المملكة المتحدة (المرجع نفسه، الصفحة ١٤٠)؛ وانظر أيضا A/CN.4/496، الصفحة ٣٠، الفقرة ١٢٥ (''سداد الفوائد ينبغي أن يكون هو القاعدة الأساسية والعامة للتعويض المالي'').

(٢٩٢) ترى الولايات المتحدة أن المادة ٤٤ إن لم تنقح، ستكون ''خطوة إلى الوراء في القانون الدولي المتعلق بجبر الضرر''. (A/CN.4/488، الصفحة ١٤٢). وانظر أيضا A/CN.4/504، الصفحة ٢٤، الفقرة ٧١، حيث تدفع إحدى الحكومات بأن الاستعاضة عن كلمة ''يجوز'' بكلمة ''يجب'' تحرم الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع من أي مسوغ للتأخر في دفع التعويضات، في حين تحبذ حكومة أخرى فكرة ''ترك مهلة كافية'' أمام الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع لدفع التعويضات قبل تحديد حكم الفائدة. ويبدو أن الحكومات الداعية إلى إدخال هذا التغيير لا تؤيد حذف عبارة ''عند الاقتضاء'' الواردة بعد عبارة ''الكسب الضائع'' (انظر منغوليا، A/CN.4/488، الصفحة ١٣٩).

المتحدة إلى القرارات التي اتخذتها هيئة التحكيم في مطالبات إيران – الولايات المتحدة، ولجنة الأمم المتحدة للتعويضات، لتأكيد رأيها القائل بأن الصيغة الحالية للفقرة ٢ ''لا تتعارض فحسب مع الأغلبية الساحقة من السوابق القضائية بشأن هذا الموضوع، بل تقوض أيضا مبدأ 'الجبر الكامل للضرر'''[٢٩٣].

١٥٣ –وتثير هذه التعليقات عدة مسائل بشأن المادة ٤٤. وترد أدناه معالجة مستقلة لإحدى هذه المسائل، وهي مسألة الفائدة[٢٩٤]. ولكن المسألة الرئيسية المشارة هي مسألة ما إن كان ينبغي أن تنص المادة ٤٤ بمزيد من التفصيل على المبادئ المقبولة لتقييم التعويض المالي، فضلا عن ماهية القيود التي يمكن النص على تطبيقها على التعويض الكامل، لتفادي فرض أعباء غير متناسبة على الدولة المسؤولة.

(ب) تقدير التعويض المالي : مبدأ عام أم معايير تفصيلية؟

١٥٤– بحث السيد أرانخيو – رويس في تقريره الثاني مسألة ''الجبر بالمثل'' بقدر من التفصيل واقترح مادتين بديلتين، إحداهما أقصر والثانية أكثر تفصيلاً إلى حد ما. وفضّلت اللجنة كما يعني تعليقها ضمنا الصيغة الأقصر التي أصبحت المادة ٤٤[٢٩٥]ولذا، فإن بعض المسائل التي ناقشها السيد أرانخيو – رويس في تقريره الثاني، أي التمييز بين الضرر المعنوي الذي يصيب الأفراد والضرر المعنوي الذي يلحق بالدولة، والتمييز بين المصادرة المشروعة وغير المشروعة وطرق تقدير قيمة الممتلكات المصادرة، ولا سيما عندما تصادر باعتبارها ''شركة ناجحة''، عولج في المادة ٤٤ والتعليق عليها لِماماً، وبعضها لم يعالج على الإطلاق.

---

(٢٩٣) المرجع نفسه، الصفحة ١٤١.

(٢٩٤) انظر أدناه، الفقرات ١٩٥–٢١٤.

(٢٩٥) انظر أرانخيو – رويس، التقرير الثاني، في حولية لجنة القانون الدولي ١٩٨٩، المجلد الثاني، الجزء الأول، الصفحات من ٣ إلى ٦٣. وللاطلاع على نص مقترحاته، انظر المصدر نفسه، الصفحة ١٧٧. وللاطلاع على تقرير لجنة الصياغة، انظر حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٢، المجلد الأول، الصفحات من ٤٥٣ إلى ٤٥٧. ومنذ عام ١٩٨٩، حصلت تطورات أخرى في الفقه القانوني والممارسة، ومن جملة من قاموا بتلخيصها M Iovane, La Riparazione nell Teoria e Nella Prassi dell"Illecito Internazionale (Milan, 1990)؛ و Guiffrè، في E. Decaux “Responsabilité et réparation” La responsabilité dans le système in-ternational : colloque du Mans (Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1999)، الصفحات من ٤٧ إلى ١٩٠، وكذلك في المصادر المشار إليها أدناه. وقد لُخّصت تجربة القانون المقارن العام بشكل جيد من جانب H. Stoll, “Consequences of Liability: Remedies” في A. Tune (ed.), Inter-national Encyclopaedia of Comparative Law, vol. XII, ch 8.

١٥٥- من الجلي أن الضرورة تستدعي الحرص في إرساء قواعد أكثر تحديداً بشأن التعويض المالي. ومع أن قدراً من التوجيه متوافر في ميادين معيّنة (على وجه الخصوص الحماية الدبلوماسية، ولا سيما فيما يتعلق بالاستيلاء على الممتلكات أو إصابتها بأضرار)، فإن قرارات التحكيم المعلّلة التي صدرت بشأن تقدير الضرر المادي بين دولة وأخرى (أي خارج نطاق الحماية الدبلوماسية) كانت قليلة نسبيا. في الفترة الأخيرة. وتضمّن نحو ثلث القضايا التي رُفعت لدى المحكمة الدولية مطالبات بتعويضات، لكن لم تحكم المحكمة بتعويضات حتى الآن سوى في قضية واحدة، هي قضية قناة كورفو (تقدير التعويض المالي)[٢٩٦]. فقد دُفِع بأن المحكمة أبدت قدرا من النفور من إصدار أحكام بتعويضات مقارنة بإصدار أحكام إفتائية أو اعتماد طرق إنصاف أخرى. ففي قضية التجارب النووية مثلاً (نيوزيلندا ضد فرنسا)، رأت المحكمة أن القضية جدلية بعد صدور الالتزام الفرنسي بعدم إجراء تجارب جوية، رغم مطالبة بتعويض مالي تقدمت بها نيوزيلندا و لم تُلبّ[٢٩٧]. وفي قضية مشروع غابشيكوفو - ناغيماروس، التي طالب فيها كل من الطرفين بتعويض مالي ضخم من الطرف الآخر، أكّدت المحكمة أولاً القواعد التقليدية المتعلقة بالجبر والتعويض المالي، ثم صرحت بأنه من المناسب ''الاتفاق على عدم دفع أي مبلغ'' للتعويض (باعتبار ذلك متميزا عن المساهمات المالية في المشروع المستمر). ونصت الفقرة ذات الصلة على ما يلي :

> ''إن حق الدولة المتضررة في أن تحصل من الدولة التي ارتكبت فعلاً غير مشروع دولياً على تعويض مالي عن الضرر الذي تسببت فيه هو قاعدة لا جدال فيها في القانون الدولي. وفي هذا الحكم، خلصت المحكمة إلى أن الطرفين قد ارتكبا أفعالاً غير مشروعة دولياً، ولاحظت أن هذه الأفعال تسببت في الضرر الذي أصاب الطرفين. وبناء على ذلك، فإن هنغاريا وسلوفاكيا ملزمتان بدفع تعويض مالي ويحق لهما الحصول على تعويض مالي. وبالتالي، فإنه يحق لسلوفاكيا الحصول على تعويض مالي عن الضرر الذي لحق بها وبتشيكوسلوفاكيا نتيجة لقرار هنغاريا وقف العمل في الإنشاءات ثم التخلي عنها في ناغيماروس ودوناكيليتي، لأن ذلك أدى إلى تأجيل تشغيل محطة غابشيكوفو لتوليد الطاقة الكهربائية وإدخال تغييرات على نظام تشغيلها بعد بدئها في العمل. ويحق لهنغاريا الحصول على تعويض مالي عن الضرر الذي لحق بها نتيجة لتحويل مجرى نهر الدانوب، لأن تشيكوسلوفاكيا بتنفيذها

---

(٢٩٦) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٤٩، الصفحة ٢٤٩ (من النص الانكليزي) انظر C. Gray, Judicial Remedies in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1987) pp. 77-95 للاطلاع على وصف تشكيكي إلى حد ما للممارسات.

(٢٩٧) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٧٤، الصفحتان ٤٧٥ إلى ٤٧٦ (الفقرات ٥٥ إلى ٥٨) انظر Requset for an Examination of the Situation…, I.C.J. Reports 1995, p. 288 at p. 305 (para. 59).

البديل جيم وسلوفاكيا بإبقائه في الخدمة، قد حرمتا هنغاريا من حصتها الشرعية من الموارد المائية المتقاسمة واستغلتا تلك الموارد بشكل أساسي لمصلحتهما.

بيد أنه نظرا لأن الطرفين قد أساءا إلى بعضهما البعض، تلاحظ المحكمة أن مسألة التعويض المالي يمكن حلّها بشكل مرضٍ في إطار تسوية شاملة لو تخلى كل من الطرفين عن جميع المطالبات المالية والمطالباتٍ المضادة أو ألغاها[٢٩٨]".

يمكن أن يستنتج من القضيتين أن المحكمة لم تعتبر أن مسائل التعويض المالي (بوصفها متميزة عن العودة إلى التزام القانون أو التوقف عن السلوك غير المشروع المزعوم) هي جوهر القضية. غير أنها أكدت مجددا في قضية غابشيكوفو – ناغيماروس على وجه الخصوص، قانون الجبر، بما في ذلك التعويض المالي، الذي لا جدل فيه في القضايا المقامة بين الدول. وعلاوة على ذلك، يتعيّن عدم تأويل امتناع المحكمة عن إصدار أحكام بالتعويض المالي. ففي بعض القضايا، فضّلت الدول المعنية تسوية المطالبات بدفع تعويضات (دون أن يكون في ذلك مساس بأساس الدعوى) بدلاً من أن يصدر حكم بشأن الأساس الذي تستند إليه الدعوى[٢٩٩]، أو حتى بشأن الاختصاص القضائي[٣٠٠]. وفي قضايا أخرى، سعت الأطراف إلى تسوية المسائل بعد صدور قرار تحكيم أو صدور حكم استناداً إلى مبدأ المسؤولية، أو بعد وقف الدعوى لأسباب أخرى[٣٠١]. وتتضمّن عدة قضايا معلقة مطالبات بالجبر وعدة مطالبات مضادة بالجبر[٣٠٢].

---

(٢٩٨) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٧، p.7 at p.81، الفقرتين ١٥٢ و ١٥٣ (انظر أيضاً الصفحتين ١٦٩ و ١٧٠ (القاضي أودا).

(٢٩٩) كما حدث بالنسبة إلى قضية Phosphate Lands in Nauru, I.C.J. Reports 1992 p. 240، والأمر الذي أصدرته المحكمة بوقف الدعوى بعد التسوية، I.C.J. Reports 1993 p. 322؛ والقضية المتعلقة بالمرور عبر الحزام الكبير، I.C.J. Reports 1992 p. 348 (أمر وقف الدعوى بعد التسوية).

(٣٠٠) كما حدث بالنسبة إلى الحادث الجوي الذي وقع في ٣ تموز/يوليه ١٩٨٨، I.C.J. Reports 1996 p. 9 (أمر وقف الدعوى بعد التسوية)

(٣٠١) سُحبت القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها بعد أن قدمت نيكاراغوا مذكرات كتابية بالتعويض المالي : تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩١، الصفحة ٤٧ (من النص الانكليزي) (أمر وقف الدعوى).

(٣٠٢) اعتُبرت المطالبات المضادة مقبولة في القضايا التالية : القضية المتعلقة بالمطالبات المضادة بالنسبة إلى تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٧، الصفحة ٢٤٣ (من النص الانكليزي)؛ القضية المتعلقة بالمطالبات المضادة بالنسبة إلى منصات استخراج النفط (جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٩٨، الصفحة ١٩٠ (من النص الانكليزي)؛ القضية المتعلقة بالحدود البرية والبحرية بين كاميرون ونيجيريا (كاميرون ضد نيجيريا)، الأمر المؤرخ ٣٠ حزيران/يونيه ١٩٩٩.

١٥٦- فضلا عن المحكمة الدولية، تتناول محاكم وهيئات قضائية أخرى قائمة مسائل الجبر، بما فيها التعويض المالي.

- أصدرت الهيئة القضائية المعنية بمطالبات إيران-الولايات المتحدة عددا كبيرا من الأحكام القضائية بشأن مسائل تقدير الضرر وتقدير قيمة الممتلكات المصادرة. وهناك عدد كبير من مطالبات الجبر المعلقة بين الدولتين(٣٠٣).
- أصدرت محاكم حقوق الإنسان وغيرها من الهيئات، وبخاصة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، مجموعة من الأحكام القضائية تتناول ما تشير إليه المادة ٤١ (المادة ٥٠ سابقاً) من الاتفاقية الأوروبية بشأن حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بوصفه ''ترضية عادلة''(٣٠٤). ومبالغ التعويضات المالية وغيرها التي حكمت أو أوصت بها هذه الهيئات حتى الآن متواضعة بصورة عامة، غير أن الممارسة تتطور في هذا المجال(٣٠٥).

(٣٠٣) للاطلاع على الأحكام القضائية التي أصدرتها الهيئة القضائية بشأن تقدير القيمة والتعويض المالي، انظر في جملة مراجع: G. Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (Oxford Clarendon Press, 1996) chs. 5, 6, 12; C.N. Brower & J.D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal (Nijhoff, The Hague, 1998), chs. 14-18; Pellonpää, "Comparable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims", in R.B. Lillich & D.B. McGraw (eds.), The Iran- United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility (Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1998) pp. 185-266; P.D. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", ibid., pp. 325-385.

(٣٠٤) تنصّ المادة ٤١ (التي أعيد ترقيمها في البروتوكول الثاني لعام ١٩٩٤) على ما يلي : ''إذا تبيّن للمحكمة حصول انتهاك للاتفاقية أو لبروتوكولاتها، وإذا كان القانون الداخلي للطرف المتعاقد السامي المعني لا يسمح إلا بالجبر الجزئي، يجب أن تمنح المحكمة، إذا لزم الأمر، ترضية عادلة للطرف المضرور''. وفي ممارسات المحكمة، شملت "الترضية" عناصر من التعويض المالي والترضية وفقاً لمفهوم مشاريع المواد.

(٣٠٥) انظر الاستعراض المفيد التالي : D. Shelton Remedies in International Human Rights Law (Oxford, Clarendon Press, 1999) chs. 8, 9. أنظر كذلك الفقرة ١٥٧ أدناه.

- تملك الهيئات القضائية التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الاختصاص القضائي للحكم بالتعويضات أو بطرق إنصاف أخرى في القضايا المتعلقة بالاستثمارات التي تنشأ بين الدول الأطراف ورعايا دول أخرى. وتنطوي بعض هذه المطالبات على اللجوء المباشر إلى القانون الدولي(٣٠٦).

- منحت المحكمة الدولية لقانون البحار تعويضات كبيرة بفئات مختلفة، مضافا إليها فائدة، في أول قضية بتت بها استناداً إلى الأسباب الجوهرية للدعوى(٣٠٧).

- لجنة الأمم المتحدة للتعويضات هي هيئة غير قضائية أنشأها مجلس الأمن للبت في المطالبات المقدمة للحصول على تعويضات مالية من العراق والناشئة ''مباشرة'' عن غزوه للكويت في عام ١٩٩٠(٣٠٨) وتتمثل ولاية اللجنة في البت في التّبِعة التي يتحملها العراق ''بمقتضى القانون الدولي''(٣٠٩). وقد وضعت اللجنة مبادئ

(٣٠٦) انظر مثلاً قضية Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka (1990) 4 ICSID Reports, p. 245.

(٣٠٧) The M.V. Saiga (No. 2)، الحكم المؤرخ ١ تموز/يولية ١٩٩٩، paras. 170-177; reprinted at 38 I.L.M. 1323 (1999).

(٣٠٨) انظر الفقرة ٢٨ أعلاه. علاوة على المراجع المشار إليها في هذه الفقرة، أنظر S. Boelaert-Suominen, "Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", Austrian Journal of Public and International Law, vol. 50, 1996, pp. 225-316; G. Christenson, "State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating Victims of Crimes of State", in R. Lillich (ed.), The United Nations Compensation Commission (Irvington, Transnational Publishers, New York, 1995) pp. 311-364; A. Gattini, "La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", Rivista di diritto internazionale, vol. 76, 1993, pp. 1000-1046; B. Graefrath, "Iraqi Reparations and the Security Council", Zeitchrift für ausländisches Recht und Völkerrecht, vol. 55, 1995, pp. 1-68; C. Romano, "Woe to the Vanquished? A Comparison of the Reparation Process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-1)"; Austrian Review of International and European Law, vol. 2, 1997, pp. 61-190.

(٣٠٩) انظر الفقرة ١٦ من قرار مجلس الأمن ٦٨٧ المؤرخ ٣ نيسان/أبريل ١٩٩١.

توجيهية لمنح التعويض المالي رهنا بموافقة مجلس الإدارة (المؤلف من أعضاء مجلس الأمن). وطُبّقت هذه المبادئ التوجيهية فيما يتعلق بالبتّ في عدد كبير جداً من المطالبات(٣١٠).

١٥٧- كلما تُنشأ هيئة قضائية أو هيئة أخرى وتُمنح صلاحية البت في المطالبات المتعلقة بمسؤولية الدول ومنح التعويض المالي، ينشأ تساؤل عما إذا كانت القرارات الصادرة عنها تشكل جزءا من ''نظام خاص'' للجبر يُعتبر بمثابة قانون خاص. ولا شك في أن عناصر قانون خاص توجد بنسب متفاوتة في أعمال الهيئات المذكورة آنفا (وكذلك فيما يتعلق بجهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية الذي يركز بشدة على الكف عن

(٣١٠) يمكن الاطلاع على المبادئ التوجيهية التي وضعتها اللجنة والمقررات التي اتخذتها على العنوان التالي: http://www.unog.ch/uncc/decision.htm. وتمثل المقررات التالية أهمية خاصة لأغراض هذا التقرير :

المقرر ٣ : S/AC.26/1991/3 المؤرخ ٢٣ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩١: الإصابة الجسدية الجسيمة والآلام والمعاناة النفسية

المقرر ٧ : S/AC.26/1991/Rev.1 المؤرخ ١٧ آذار/مارس ١٩٩٢: معايير للفئات الإضافية من المطالبات

المقرر ٨ : S/AC.26/1992/8 المؤرخ ٢٧ كانون الثاني/يناير ١٩٩٢: وضع حدود قصوى للتعويض عن الآلام والمعاناة النفسية

المقرر ٩ : S/AC.26/1992/9 المؤرخ ٦ آذار/مارس ١٩٩٢: مقترحات واستنتاجات بشأن التعويض عن الخسائر التجارية: أنواع الأضرار وتقييمها

المقرر ١١ : S/AC.26/1992/11 المؤرخ ٢٦ حزيران/يونيه ١٩٩٢: أهلية أفراد قوات التحالف المسلحة للتعويض

المقرر ١٣ : S/AC.26/1992/13 المؤرخ ٢٥ أيلول/سبتمبر ١٩٩٢ : خطوات أخرى لمنع حصول المطالبين على استحقاقاتهم أكثر من مرة

المقرر ١٥ : S/AC.26/1992/15 المؤرخ ٤ كانون الثاني/يناير ١٩٩٣ : التعويض عن الخسائر التجارية الناشئة عن غزو العراق واحتلاله غير المشروع للكويت حيثما يكون الحظر التجاري وما يتصل به من تدابير سبباً أيضاً في تلك الخسائر

المقرر ١٦ : S/AC.26/1992/16 المؤرخ ٤ كانون الثاني/يناير ١٩٩٣: استحقاق الفوائد

المقرر ١٩ : S/AC.26/Dec.19 (1994) المؤرخ ٢٤ آذار/مارس ١٩٩٤: التكاليف العسكرية

المقرر ٤٠ : S/AC.26/Dec.40 (1999) المؤرخ ١٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦ : مقرر بشأن المطالبة المتعلقة بمكافحة حرائق آبار النفط.

السلوك غير المشروع وليس على الجبر)[٣١١]. ومن حيث المبدأ، تملك الدول حرية إنشاء أجهزة لتسوية المنازعات تركز فقط على نواحٍ معيّنة من نتائج المسؤولية، والتنازل بذلك عن أوجه أخرى وتركها لجانب واحد. بيد أنه توجد قرينة ضد إقامة أنظمة قائمة بذاتها تماما في ميدان الجبر. والواقع هو أن الهيئات المذكورة في الفقرة السابقة قد تأثرت بنسب متفاوتة بمعيار الجبر بمقتضى القانون الدولي العام. وعلاوة على ذلك، تتميز الممارسة في هذا الميدان بدينامية ملحوظة، مع أن استمرار الطعن في مبدأ مصنع تشورزو وفي عمل هذه اللجنة له دلالته. ومثال ذلك أن القرار الرئيسي الذي أصدرته محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بشأن مسألة الجبر يتضمن المقطع التالي :

''يقوم جبر الأذى الناجم عن الإخلال بالتزام دولي على الرد الكامل (رد الشيء إلى أصله) الذي يشمل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وجبر نتائج الإخلال، والتعويض عن الأضرار المالية وغير المالية، بما في ذلك الضرر النفسي. وبالنسبة إلى الضرر النفسي، ترى المحكمة أنه يمكن منح التعويض بمقتضى القانون الدولي، وبخاصة في حالات انتهاك حقوق الإنسان. ويجب أن يستند التعويض إلى مبادئ الإنصاف... و [المادة ٦٣ (١) من الاتفاقية الأمريكية] لا تُشير إلى القدرة على كفالة فعالية وسائل الجبر التي يتيحها القانون الداخلي للدولة الطرف المسؤولة عن الانتهاك ولا يحدّ من هذه القدرة، ولذا [فإن المحكمة] ليست مقيّدة بعيوب القانون الوطني أو بأوجه النقص والقصور فيه ، بل تعمل بشكل مستقل عنه. وهذا يعني ضمنا أنه لتحديد التعويض المقابل، يتعيّن على المحكمة أن تستند إلى الاتفاقية الأمريكية ومبادئ القانون الدولي المنطبقة''[٣١٢].

وبصورة مماثلة، أشارت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية بابا ميخائيلو بولوس إلى ما يلي :

''إن عدم شرعية نزع الملكية يؤثر لا محالة في المعايير التي يجب تطبيقها لتحديد الجبر الواجب على الدولة المدّعى عليها، إذ أنه لا يمكن المساواة بين النتائج النقدية لمصادرة مشروعة ونتائج نزع ملكية غير مشروع. وفي هذا الخصوص، يتيح للمحكمة قانون السوابق والأحكام القضائية الدولي، الذي يضم أحكام المحاكم

---

(٣١١) اتفاق إنشاء منظمة التجارة العالمية المؤرخ ١٥ نيسان/أبريل ١٩٩٤، المرفق ٢، تفاهم بشأن القواعد والإجراءات الناظمة لتسوية المنازعات، ولا سيما المادة ٣ (٧) التي تنص على منح التعويض المالي ''فقط إذا كان الإلغاء الفوري للتدابير أمر غير ممكن عمليا وباعتبار ذلك تدبيرا مؤقتا إلى حين إلغاء التدبير الذي يتنافى مع اتفاق مشمول''. ولأغراض منظمة التجارة العالمية، يشير ''التعويض المالي'' إلى سلوك مستقبلي وليس إلى سلوك سابق ... انظر المصدر نفسه، المادة ٢٢. وبالنسبة إلى التمييز بين الكف عن السلوك غير المشروع والجبر لأغراض منظمة التجارة العالمية، أنظر مثلاً Australia-Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather, Panel Report, 21 Janaury 2000K WT/DS126/RW, para. 6.49.

(٣١٢) انظر قضية فيلاسكيز رودريغس، I.A.C.H.R. Ser. C No. 7 (1989)، الصفحات ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ و ٣١.

وقرارات هيئات التحكيم، مصدراً قيّماً للاهتداء به. ومع أن قانون السوابق يتناول بقدر أكبر مصادرة المشاريع الصناعية والتجارية، فإن المبادئ المحددة في ذلك الميدان تسري على الحالات الشبيهة بالقضية الراهنة"[٣١٣].

١٥٨- وهكذا، فإن احتمال أن تنطوي قرارات المحاكم الدولية المتخصصة بشأن التعويضات على عناصر من قانون خاص لا يشكل سبباً لكي تتراجع المحكمة عن مبدأ التعويض الكامل المتجسد في المادة ٤٤. لكنه يشكل سبباً للتردد في صياغة مضمون ذلك المبدأ بتفاصيل أكثر تحديدا لأن هيئات مختلفة تطبقه ومن المرجح أنها ستواصل تطبيقه بطرق مختلفة وفي سياقات مختلفة. وفيما يلي سببان آخران لتوخي الحرص:

- أولاً، ينشأ معظم الخلاف المتعلق بتحديد قيمة التعويض فيما يتعلق بالممتلكات المصادرة، حيث يكون جوهر القضية هو مضمون الالتزام الأساسي بالتعويض (إلا في قضايا خاصة كقضية مصنع تشورزو وقضية بابا ميخائيليو بولوس). وبالنسبة إلى مشاريع المواد هذه، لا تقع على عاتق اللجنة مهمة القيام بتمييز موضوعي بين الاستيلاء المشروع وغير المشروع، أو تحديد مضمون أي التزام أساسي[٣١٤].
- ثانياً، بما أن اللجنة قد قررت أن تتناول الحماية الدبلوماسية باعتبارها موضوعا مستقلا (مع أنه موضوع يندرج في مجال المسؤولية العام)، فإن من الأنسب تناول مسائل تحديد التعويض الناشئة في سياق الضرر الواقع على الأجانب باعتبارهما جزءا من هذا الموضوع.

---

(٣١٣) قضية بابا ميخائيلو بولوس ضد اليونان (المادة ٥٠)، E.C.H.R. Ser. A No. 330-B (1995)، الفقرة ٣٦. وأشارت المحكمة إلى الفتوى المتعلقة بمصنع تشورزو: انظر المصدر نفسه. وللاطلاع بصورة عامة على تطورات معايير التعويض المالي في ميدان حقوق الإنسان، انظر Shelton (1999); A Randelzohfer & C. Tomuschat (eds.), State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights (Nijhoff, The Hague, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La riparazione per violenza dei diritti umani net diritto internazionale e nella Convenzione Europea", La Communità Internazionale, vol. 53 (1998) p. 215.

(٣١٤) بالنسبة إلى مسائل المصادرة وقيمة الملكية المدرّة للدخل، انظر G.M. Erasmus, Compensation for Expropriation: A Comparative Study (Reese & UK National Committee of Comparative Law, Oxford, 1990); P.M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", American Journal of International Law, vol. 85, 1991, pp. 474-505; E. Penrose, G. Joffee & G. Stevens, "Nationalisation of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", Modern Law Review, vol. 55. 1992, pp. 351-367; W.C. Lieblich, "Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises", Journal of International Arbitration, vol. 7, 1990, pp. 37-67; W.C. Lieblich, "Detrmning the Economic Value of Expropriated Income-Producing Property International Arbitrations", Journal of International Arbitration, vol. 8, 1991, pp. 59-80; Friedland & E. Wong, "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies, ICSID Review, vol. 6. 1991, pp. 400-430; S.K. Seyed Khalil, "The Place of Discounted Cash Flow in International Commercial Arbitrations: Awards by Iran-United States Claims Tribunal", Journal of International Arbitration, vol. 8, 1991, pp. 31-50; C. Chatterjee, "The Use of the Discounted Cash Flow Method in the Assessment of Compensation", Journal of International Arbitration, vol. 10, 1993, pp. 19-24; H. Dagan, Unjust Enrichment (Cambridge, CUP, 1997) ch. 6.

١٥٩- وعلى الرغم من هذه الاعتبارات، يمكن المحاجاة بأنه في حال وجود قواعد واضحة وأكثر تفصيلاً بشأن تقدير التعويض المالي يمكن ذكرها، باعتبارها تقنين بحت أو تطوير تدريجي ينبغي حينئذ ذكرها. وتتمثل الصعوبة في أنه من غير الواضح على الإطلاق ما إذا كانت هناك مثل هذه القواعد المتميزة عن المبادئ العامة الوارد ذكرها في المادتين ٤٢ و ٤٤[٣١٥]. وتعكس القرارات مجموعة متنوعة جداً من الحالات الواقعية، وتأثير التزامات أساسية معيّنة[٣١٦]، وتقييم سلوك كل من الطرفين (من حيث جسامة الانتهاك وسلوكهما اللاحق)، وبشكل أعم الاهتمام بالتوصل إلى نتيجة عادلة ومقبولة. وكما لاحظ أولدريتش، ''عندما يصدر [القضاة الدوليون] قراراً معقداً كالقرار المتعلق بقيمة التعويض المستحق عن مصادرة الحقوق ... فإنهم يراعون لا محالة اعتبارات الإنصاف، سواء أفصحوا أم لم يفصحوا عن ذلك ''[٣١٧]. وتدل الخبرة في هذا السياق وفي سياقات أخرى على الرغم من الأمثلة التي يمكن إعطاؤها على مراعاة اعتبارات الإنصاف والتناسب في القانون الدولي فإنه من المرجح أن تفشل محاولة تحديدها بالتفصيل.

١٦٠- ولهذه الأسباب، يتفق المقرر الخاص في الرأي مع القرار الذي اتخذته اللجنة في عام ١٩٩٢ بصياغة المادة ٤٤ بعبارات عامة ومرنة. ويمكن ذكر عدد من القيود المحددة على مبدأ التعويض الكامل، لا سيما القاعدة التي تحظر الاسترداد المزدوج، وربما قاعدة عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر منه، مع أن هذه القيود تتصل بالاستشهاد بالمسؤولية أكثر مما تتصل بتحديد القيمة بالنسبة إلى المبدأ. ولذا، سيُنظر أدناه في هذه القيود وكذلك في مسألة تخفيف المسؤولية[٣١٨].

(ج) القيود المفروضة على التعويض

١٦١- بيد أن هناك مسألة لا تستدعي النظر، وهي الحد من التعويض. فالأنظمة القانونية تحرص عامة على تجنب إيجاد تبعات بمبالغ غير محددة فيما يتعلق بفئة غير محددة. والسياق الخاص للعلاقات بين الدول إن أدى إلى شيء إنما يؤدي إلى تزايد هذا الحرص. وليس هناك في القانون الدولي ما يعادل بصورة عامة التقادم وسقوط الحق الموجود بين القانون الوطني

(٣١٥) كما استنتج ذلك أيضاً السيد أرانخيو-رويس: التقرير الثاني (١٩٨٩)، الفقرة ٢٨.

(٣١٦) هي مسألة شدد عليها بشكل خاص Brownline: State Responsibility Part I (Oxford, Clarendon Press, 1983) pp. 223-227.

(٣١٧) Aldrich (١٩٩٦) الصفحة ٢٤، تشير الفقرة المذكورة إلى مسألة تقدير التعويض عن ''الحق في استخراج المنتجات النفطية وبيعها''، إلا أن نطاق انطباقها أعم.

(٣١٨) انظر الفقرات من ٢١٥ إلى ٢٢٢ أدناه.

فيما يتعلق بالأفعال والتبعات لهذا الغرض. فالدولة ليست شركة محدودة المسؤولية، ولا توجد آلية رسمية لمعالجة مسائل إعسار الدول. ونظراً لقدرة الدول على التدخل في حياة الشعوب وفي العلاقات الاقتصادية، ولتطور القانون الدولي الموضوعي الذي يؤثر في حياة السكان وفي العلاقات الاقتصادية، فلا شك في أن إمكانية وجود تبعة غير محددة قائمة، حتى لم تثر عادة هذه التبعة في الممارسة[٣١٩].

١٦٢- سبق أن نوقشت مسألة الحد من مطالبات التعويض المعجزة في سياق المادة ٤٢ (٣) السابقة، التي تنص على أنه ينبغي ألا يؤدي الجبر إلى حرمان السكان من وسائل معيشتهم[٣٢٠]. وهذا النص لا داعي له فيما يتعلق بالرد والترضية، لكن ينبغي النظر فيه في سياق التعويض المالي لأنه من غير المضمون أن تحول القواعد المتعلقة بالصفة المباشرة للضرر أو بقربه دون الحكم بتعويضات ضخمة في قضايا معيّنة.

١٦٣ -أحد الأجوبة الوافية على هذه الانشغالات مفاده أنها مبالغ فيها، وأن التعويض المالي لا يستحق إلا عندما تقع خسارة فعلا باعتبارها نتيجة (مباشرة، قريبة، غير بعيدة جدا) للفعل غير المشروع دوليا، وليس ثمة ما يبرر في هذه الحالة اشتراط أن يتحمل المجني عليه هذه الخسارة. وعلاوة على ذلك، إذا أرادت الدول تقييد نظم المسؤولية في مجالات خاصة ذات نشاط فائق الخطورة (التلوث النفطي، الحوادث النووية مثلا) فإنه يمكنها دائما أن تفعل ذلك. وبصورة خاصة، لا تزال النتيجة الثابتة لإجراءات المطالبات المنظمة (سواء كانت تتضمن اتفاقات بدفع مبالغ مقطوعة أو محاكم أو لجانا مختلطة للبت في المطالبات) تتمثل في خفض إجمالي كبير للتعويض المالي المستحق بالمقارنة بالمبالغ المطالب بها[٣٢١]. ووفقا لهذا الرأي ليس ثمة داع لحكم عام في هذا الشأن.

١٦٤ -يميل المقرر الخاص إلى أن يوافق على ذلك. ومع ذلك، فإن للجنة أن تنظر فيما إذا كان ينبغي إدماج الفقرة ٣ من المادة ٤٢ أو حكم مماثل في المادة ٤٤ لمعالجة تبعات الكوارث أو المسؤوليات غير المتوقعة. وفي أي حال من الأحوال، فإن لمسألة تخفيف

(٣١٩) انظر مثلا قضية تشيرنوبيل التي لم ينشأ عنها مع ذلك أي مطالبات فعلية بالنسبة إلى المسؤولية: انظر J. Woodlife, Chermobyl: Four Years On", International & Comparative Law Quarterly, 39 (1990) 461 at pp. 466-468.

(٣٢٠) انظر الفقرات ٣٨ إلى ٤٢ أعلاه.

(٣٢١) انظر، الفقرة ٤١، الحاشية ٧٧ أعلاه. يمكن ملاحظة نتائج مماثلة فيما يتعلق بالمحاكم المختلطة السابقة.

المسؤولية وتخفيف التعويضات فيما يتعلق بتصرف الدولة المتضررة مكانا في مشروع المواد وترد مناقشتها أدناه[٣٢٢].

(د) النتيجة

١٦٥ - لهذه الأسباب، يقترح المقرر الخاص أن تصاغ المادة ٤٤ كما يلي:

''التعويض المالي

الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا تكون ملزمة بدفع تعويض مالي عن أي ضرر نجم عن ذلك الفعل ويمكن تقييمه بالمال، وذلك بالقدر الذي لا يُصلح به الرد ذلك الضرر تمام الإصلاح''.

وبالمقارنة بالصيغة المعتمدة في القراءة الأولى، أجريت تغييرات صياغية بسيطة معينة. أولا، اتساقا مع مواد أخرى في هذا الجزء، صيغت المادة ٤٤ باعتبارها أحد التزامات الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع. وسوف يتناول استناد الدولة أو الدول المتضررة بتلك المسؤولية في الجزء الثاني مكررا. ومن الجلي أنه سيحق لكل دولة أن تستند إلى الالتزام بدفع التعويض المالي بالقدر الذي تضررت به، أو بالقدر الذي تطالب به بما تستحق عن الضرر الذي أصاب رعاياها[٣٢٣]. وثانيا، أدمجت فقرتا المادة ٤٤ السابقة لتكونا فقرة واحدة تشمل جميع الأضرار الممكن تقييمها ماليا. وليس ثمة حاجة إلى ذكر فقدان الأرباح باعتباره شكلا مستقلا منفصل للضرر، لا سيما أنه سيذكر بشكل مقيد (هذا سينجم عنه الأثر ''المانع للتدوين'' الذي اشتكت منه بعض الحكومات بشأن النص السابق)[٣٢٤]. والتعويض عن خسارة الأرباح أمر متاح في بعض الظروف دون أخرى لكن محاولة تبيانها سيتعارض مع الاستراتيجية الأساسية للمادة ٤٤ باعتبارها بيانا مبدئيا عاما. ويمكن أن يتناول التعليق مختلف أشكال الضرر الواجب التعويض عنه (بما فيه فقدان الأرباح) بشكل أكثر استفاضة. وسيُتناول موضوع الفائدة في مادة مستقلة[٣٢٥].

---

(٣٢٢) انظر أدناه، الفقرات من ١٩٥ إلى ٢١٤ أعلاه.

(٣٢٣) سيتناول القدر الذي يجوز للدولة أن تطالب به بالنيابة عن الأشخاص أو الشركات المتضررين بسبب فعل غير مشروع دوليا بمزيد من التفصيل في موضوع الحماية الدبلوماسية.

(٣٢٤) انظر الفقرات من ١٤٩ إلى ١٥٢ أعلاه.

(٣٢٥) انظر الفقرات من ١٩٥ إلى ٢١٤ أدناه.

١٦٦ -وسيكون على اللجنة أن تقرر ما إذا كان من اللازم صياغة مبدأ التعويض المالي بمزيد من التفصيل في نص المادة ٤٤. وفي هذه الحالة ستقدم مقترحات إضافية أخرى لهذا التقرير. ومع ذلك، يفضل المقرر الخاص إدراج معالجة أكثر ترابطا في التعليق على المجموعة المعترف بها دوليا لقواعد ومبادئ التعويض المالي المتعلقة بقياس مقدار الأضرار. وسوف يتسنى ذلك، في جملة أمور، بالقدر اللازم من المرونة.

٤ - الترضية

(أ) المادة ٤٥ الحالية

١٦٧ -تنص المادة ٤٥ على ما يلي:

''الترضية

١ - يحق للدولة المضرورة أن تحصل من الدولة التي ارتكبت فعلا غير مشروع دوليا على ترضية عن الضرر، لا سيما الضرر الأدبي، الناجم عن ذلك الفعل، إذا كان ذلك ضروريا لتوفير الجبر الكامل، وبقدر هذه الضرورة.

٢ - يجوز أن تتخذ الترضية واحدا أو أكثر من الأشكال التالية:

(أ) الاعتذار؛

(ب) التعويض الرمزي؛

(ج) في حالة الانتهاك الجسيم لحقوق الدولة المضرورة، التعويض المعبر عن جسامة الانتهاك؛

(د) في الحالات التي ينجم فيها الفعل غير المشروع دوليا عن انحراف خطير في سلوك موظفين أو عن سلوك إجرامي من قِبل الموظفين أو أطراف خاصة، مجازاة المسؤولين عن ذلك تأديبيا أو معاقبتهم.

٣ - لا يبرر حق الدولة المضرورة في الحصول على ترضية التقدم بأي طلبات تنال من كرامة الدولة التي أتت الفعل غير المشروع دوليا''.

١٦٨ -وفقا للتعليق، فإن المقصود بالترضية أن تشمل ''فقط الضرر غير المادي الذي لحق بالدولة''، والذي أشير إليه خلافا لذلك على أنه ''الضرر الأدبي''[٣٢٦]. وكان كُتاب

(٣٢٦) التعليق على الفقرة ٤ من المادة ٤٥، النص الموجود في حولية ... ١٩٩٣، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرات ٧٦ إلى ٨١.

سابقون قد أعربوا عنه بألفاظ من قبيل ''الشرف'' أو ''الكرامة'': وأصبح هذان اللفظان اليوم عتيقين على الرغم من أن لفظة ''الكرامة'' لا تزال واردة في الفقرة ٣ من المادة ٤٥ (٣). والغرض من الفقرة ١، عند إشارتها إلى ''ترضية عن الضرر، لا سيما الضرر الأدبي، الناجم عن ذلك الفعل'' هو تحديد ''أي ضرر غير مادي يلحق بالدولة نتيجة لفعل غير مشروع دوليا''. وهذا هو محل الترضية[٣٢٧].

١٦٩ - يتضمن التعليق ملاحظة مفادها أن الترضية شكل ''جد استثنائي'' من أشكال الجبر ليس متاحا في جميع الحالات. وهذا هو المقصود بعبارة ''إذا كان ذلك ضروريا لتوفير الجبر الكامل، وبقدر هذه الضرورة''[٣٢٨]. وتقدم الفقرة ٢ قائمة بالتدابير المعتمدة من أجل الترضية. وهكذا فإن الاعتذار، الذي ''يشمل إبداء الأسف، وإبداء الأعذار، وتحية العلم، وغير ذلك ... يحتل مكانة مهمة في الفقه والتشريع الدوليين'': وعلى الرغم من أن الممارسة الحالية تخلو فيما يبدو من بعض أشكاله'' (مثل تحية العلم)، فإن طلبات تقديم الاعتذار تزايدت من حيث عددها وأهميتها[٣٢٩]. وثمة شكل آخر لم يُذكر في الفقرة ٢ هو ''اعتراف إحدى المحاكم الدولية بعدم شرعية مسلك الدولة الجانية''[٣٣٠].

١٧٠ - والتعويض ''المعبر عن جسامة الانتهاك'' ''ذو طبيعة استثنائية ... يقدم إلى الطرف المتضرر علاوة على الخسائر الفعلية، عندما يكون الفعل غير المشروع مصحوبا بظروف مشددة مثل العنف أو القهر أو سوء القصد أو الغش أو سوء السلوك من جانب الطرف المرتكب للفعل غير المشروع''[٣٣١]. وعلى هذا النحو قرر الأمين العام للأمم المتحدة في قضية السفينة رينبو ووريور أنه ينبغي لفرنسا أن تعتذر رسميا عن هذا الإخلال، وأن تدفع لنيوزيلندا سبعة ملايين دولار من دولارات الولايات المتحدة، وهو مبلغ يتجاوز كثيرا قيمة الضرر الفعلي الذي وقع، وصدر هذا القرار صراحة على سبيل الترضية[٣٣٢]. وليس في التعليق ما يوحي بأن طريقة الترضية هذه تقتصر على ''الجرائم الدولية'' كما عُرفت في المادة ١٩ السابقة. وحتى فيما يتعلق بـ ''الجنح'' تؤدي الترضية وظيفة، سواء أكانت ''مفروضة''

(٣٢٧) المرجع نفسه، الفقرة (٥).

(٣٢٨) المرجع نفسه، الفقرة (٦).

(٣٢٩) المرجع نفسه، الفقرة (٩).

(٣٣٠) المرجع نفسه، الفقرة (١٠).

(٣٣١) المرجع نفسه، الفقرة (١٢).

(٣٣٢) المرجع نفسه، الفقرة (١٣).

أم غير مفروضة، تعبر عن خطورة القضية والضرر الواقع، وهي بهذا المعنى تمثل وجها من أوجه الجبر الكامل[٣٣٣].

١٧١ - كثيرا ما يطلب أيضا مجازاة الموظفين المسؤولين وكثيرا ما يلبى ذلك لكن ''تطبيق هذا الشكل من أشكال الترضية على نطاق واسع قد يفضي إلى تدخل لا موجب له في الشؤون الداخلية للدول. لهذا قصرت (اللجنة) نطاق تطبيق الفقرة الفرعية (د) على السلوك **الإجرامي** سواء كان من جانب المسؤولين أو الأشخاص العاديين وعلى الانحراف **الخطير** في سلوك المسؤولين''[٣٣٤].

١٧٢ - وبصورة أعم، يتعين فرض حد ما على التدابير التي يمكن طلب تطبيقها من أجل الترضية، في ضوء حالات التعسف السابقة، التي تتنافى ومبدأ المساواة بين الدول[٣٣٥]. وهذا هو مغزى الفقرة (٣)[٣٣٦].

١٧٣ - لا تشك أي من الحكومات التي علقت على المادة ٤٥ في مدى ملاءمتها ولزومها: فكلها تؤيد الرأي القائل إن الترضية شكل مهم وراسخ من أشكال الجبر في القانون الدولي[٣٣٧]. ومع ذلك، فقد كانت الفقرات الثلاث من هذا النص موضع العديد من الملاحظات سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون. وفيما يتعلق بالفقرة ١، يتصل الاهتمام الرئيسي بمفهوم الضرر الأدبي. فاليابان تعلق بقولها إن عبارة ''لا سيما الضرر الأدبي'' غامضة للغاية وينبغي حذفها[٣٣٨]. ومن جهة أخرى، تتفق ألمانيا والولايات المتحدة على أن جبر الضرر الأدبي أمر راسخ في ممارسة الدول لكن الحكومتين تعتبران أن عبارة ''الضرر الأدبي'' تعني الضرر المتمثل في الصدمة النفسية والكمد الحاصلين و ''أن'' الجبر

(٣٣٣) المرجع نفسه، الفقرات من (٢١) إلى (٢٤).

(٣٣٤) المرجع نفسه، الفقرة (١٥) (يرد التأكيد في النص الأصلي).

(٣٣٥) لا يسوق هذا التعليق مثالا على حالات التعسف هذه، لكن السيد أرانجيو - رويس يقدم مثالين في تقريره الثاني: المذكرة الموحدة التي قُدمت إلى الحكومة الصينية في عام ١٩٠٠ بعد تمرد ''البوكسر''، والطلب الذي قدمه مؤتمر السفراء ضد اليونان في قضية الجنرال تيليني في عام ١٩٢٣: التقرير الثاني (١٩٨٩)، الفقرة ١٢٤. وانطوى المثالان كليهما على مطالبات جماعية.

(٣٣٦) التعليق على المادة ٤٥، الفقرة (٢٥).

(٣٣٧) تصف منغوليا المادة ٤٥ بأنها تكتسي ''درجة عالية من الأهمية'' (A/CN.4/488، الصفحة ١٤٢).

(٣٣٨) A/CN.4/492، الصفحة ٢٤ (انظر أيضا A/CN.4/504، الفقرة ٧٢، حيث اقترحت ضرورة تعريف عبارة ''الضرر الأدبي'').

عادة ما يأخذ شكل التعويض المالي'': وبناء عليه، ينبغي في رأيهما نقل الحكم المتعلق بالضرر الأدبي إلى المادة ٤٤[٣٣٩].

١٧٤ - بالنسبة إلى الفقرة ٢، تتعلق المسألة الأولى التي أثارتها الحكومات بمفهوم ''التعويض الجزائي'' الذي تُلمّح إليه الفقرة ٢ (ج). ودفعت عدة حكومات بأن الوظيفة الجزائية للجبر لا تساندها ممارسات الدول أو السوابق القانونية الدولية، واقترحت حذف النص ذي الصلة من المادة ٤٥[٣٤٠] ومن جهة أخرى ترى الجمهورية التشيكية أن اللجنة ''تستطيع أن تعيد النظر في مسألة التعويض الجزائي فما يتعلق بالجنايات''[٣٤١]. ونظرا لأن المسؤولية الدولية موضوع قائم بذاته، فإن الجمهورية التشيكية لا تعتبر عدم وجود مفهوم التعويضات الجزائية في بعض النظم القضائية الوطنية مشكلة مستعصية. وإلى جانب التعويضات الجزائية قد مُنحت في بعض القضايا الدولية، ''فليس من السهل عادة التمييز بين التعويضات الجزائية الحقيقية، أي التي تتجاوز جبر الضرر، والحكم 'السخي' بتعويض مالي عن معاناة نفسية غولي في تقديرها''[٣٤٢]. كما أن ''إدخال مفهوم التعويضات الجزائية في مشروع المواد سيسمح بتعزيز المسؤولية عن 'الجنايات' بعنصر رادع مفيد للغاية''[٣٤٣].

١٧٥ - علّقت الدول أيضاً على سائر أحكام الفقرة ٢ من المادة ٤٥. فاقتُرح مثلاً أن تُضاف إلى تلك الفقرة أشكال جديدة من ''الجبر البنَّاء'' أقرتّ في قضية رينبو ووريور[٣٤٤].

---

(٣٣٩) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٣، تميز الحكومة الألمانية بين الضرر الأدبي الذي يصيب رعايا الدول والذي يصيب الدول مباشرة: على الرغم من أن الوضع الأخير ''أقل إلحاحا''، فإنه قد يبرز أيضا التعويض المالي باعتباره شكلا من أشكال الترضية عن الانتهاكات التي تمس كرامة دولة ما'' (المرجع نفسه، الصفحة ١٤٣).

(٣٤٠) ألمانيا (المصدر نفسه)، النمسا (دعت اللجنة إلى دراسة هذ المسألة مرة أخرى نظراً لوجود هذا المفهوم في بعض النظم القانونية المحلية؛ المصدر نفسه، الصفحة ١٤٤)، الولايات المتحدة الأمريكية (المصدر نفسه، الصفحة ١٤٧)، اليابان (A/CN.4/492، الصفحة ١٧). واقترحت سويسرا حذف الفقرة ٢ (ج) لسبب آخر هو أنها تتناول نفس مسائل التعويض التي سبق أن عالجتها المادة ٤٤ (A/CN.4/488، الصفحة ١٤٦).

(٣٤١) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٥.

(٣٤٢) المصدر نفسه، الصفحة ١٤٥ (شكّكت الحكومة التشيكية في مدى وثاقة صلة قضيتي قرطاج ولوزيتانيا بالقانون الدولي الحديث؛ انظر أيضاً الفقرة ٧٢ في الصفحة ٢٤ من الوثيقة A/CN.4/504).

(٣٤٣) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٥.

(٣٤٤) الفقرة ٧٢ في الصفحة ٢٤ من الوثيقة A/CN.4/504.

واقترحت فرنسا عدة تعديلات أخرى[٣٤٥]. فقد رأت أنه بالإمكان إدراج فقرة فرعية جديدة ''تشير إلى تقرير وقوع فعل غير مشروع دولياً من قبل محكمة''، نصها كما يلي:

''تقرير هيئة دولية مختصة ومستقلة عن الطرفين عدم شرعية الفعل''.

واعتبرت فرنسا أيضاً أنه يتعيّن إضافة عبارة ''الإعراب عن الأسف'' قبل كلمة ''الاعتذار'' في الفقرة الفرعية (أ)[٣٤٦]، والاستعاضة عن عبارة ''مجازاة المسؤولين عن ذلك تأديبياً أو معاقبتهم'' الواردة في الفقرة الفرعية (د) بعبارة ''مجازاة المسؤولين عن ذلك تأديبياً أو جنائياً''. وانقسمت الآراء بالنسبة إلى تلك الفقرة الفرعية الأخيرة : ففي حين دُفع بأنها ''تغطي شاغلاً محلياً يتناول اتخاذ الإجراءات التأديبية ضد مسؤولي الدولة، وهو شاغل يجب ألا يُغطيه مشروع المواد''[٣٤٧]، رأت النمسا أنها يجب أن تعبّر بشكل أفضل عن الممارسة الحدثة للدول، لا سيما ''أن هناك عدداً متزايداً من الصكوك المتعددة الأطراف يُشدد على واجب الدول الذي يُلزمها بمقاضاة الأفراد المسؤولين عن الأفعال غير المشروعة المحددة في هذه الصكوك أو بتسليم مثل هؤلاء الأفراد إلى دول أخرى''[٣٤٨].

١٧٦ -وأخيراً، اقترحت الولايات المتحدة الأمريكية حذف الفقرة ٣ ''لأن مصطلح الـ 'كرامة' لم يُعرّف بوصفه مبدأ قانونيا (وقد يصعب للغاية تعريفه) وبالتالي فإن هذا الحكم قد يُساء استعماله من جانب الدول التي تسعى إلى تفادي تقديم أي شكل من أشكال الترضية''[٣٤٩].

١٧٧ -هكذا، يبدو أن المادة ٤٥ تثير ثلاث مسائل بالنسبة إلى فقراتها الثلاث. المسألة الأولى هي الطابع العام للترضية وعلاقتها بـ ''الضرر الأدبي''. والمسألة الثانية هي الطابع الشمولي أو غير الشمولي لأشكال الترضية الواردة في الفقرة (٢)، وكذلك مسائل معينة مثل مضمون القائمة. والمسألة الثالثة هي مدى ضرورة الفقرة (٣) وصيغتها.

---

(٣٤٥) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٦.

(٣٤٦) اقترحت أوزبكستان إضافة مماثلة وكذلك إضافة عبارة ''الإعراب عن مظاهر تكريم خاصة للدولة المتضررة'' (المصدر نفسه، الصفحة ١٤٧).

(٣٤٧) الفقرة ٧٢ في الصفحة ٢٤ من الوثيقة A/CN.4/504.

(٣٤٨) A/CN.4/488، الصفحة ١٤٤.

(٣٤٩) المصدر نفسه، الصفحة ١٤٧؛ انظر أيضاً الفقرة ٧٢ في الصفحة ٢٤ من الوثيقة A/CN.4/504.

(ب) طابع الترضية بوصفها وسيلة للجبر

١٧٨ - لا شك في أن القانون الدولي يعترف بالترضية المقدمة عن الضرر غير المادي الذي تتسبب فيه دولة لدولة أخرى. وقد برز ذلك مثلاً في قرار التحكيم الصادر في قضية رينبو ووريور:

''تلجأ الدول والمحاكم والهيئات القضائية الدولية منذ مدة طويلة إلى الترضية باعتبارها سبيلا للانتصاف أو شكلا من أشكال الجبر (بمعناه الواسع) فيما يتعلق بالإخلال بالالتزامات الدولية. وتتصل هذه الممارسة على وجه الخصوص بالضرر الأدبي أو الضرر القانوني الذي يلحق مباشرة بالدولة، ولا سيما بالمقارنة بالضرر الذي يلحق بالأشخاص وينطوي على مسؤوليات دولية. وقد ناقش البروفسور أرانخيو - رويس هذا الموضوع برمته بشكل مفيد وتناوله بإسهاب في تقريره الثاني (١٩٨٩) ... فقد بيَّن أن هناك تأييداً واسعاً في المؤلفات من جانب الدول والهيئات القضائية للترضية 'باعتبارها وسيلة خاصة لجبر الضرر الذي يلحق بكرامة الدولة وشرفها ومكانتها' (الفقرة ١٠٦). واتخذت الترضية بهذا المعنى وتتخذ عدة أشكال، يُذكر منها البروفسور أرانخيو - رويس الاعتذار، ومعاقبة الأشخاص المسؤولين، وضمانات عدم التكرار، ودفع تعويضات رمزية أو إسمية أو التعويض المالي على نطاق أوسع، وإصدار محكمة دولية قرارا تُعلن فيه عدم شرعية تصرف الدولة .... وتميل المحكمة الآن إلى هذا الشكل الأخير من أشكال الترضية عن فعل غير مشروع دوليا. ويتفق الطرفان في هذه القضية من حيث المبدأ على إمكان إصدار هذا الإعلان بوقوع إخلال بالتزام، مع أن فرنسا أنكرت أنها أخلت بالتزاماتها، وسعت إلى صدور إعلان وأمر بالرد. ولا شك في أن هذه السلطة موجودة وأنها تُعتبر جزاء لا يُستهان به''[٣٥٠].

١٧٩ - وفقاً لما ورد في التعليق على المادة ٤٥، ''لا تتحدد ملامح الترضية فقط بنوع الضرر الذي جاءت تقابله باعتبارها وسيلة محددة للجبر فحسب، وإنما تتحدد أيضاً بالأشكال المتميزة التي تتخذها ...''[٣٥١]. وهذا صحيح طبعاً لكن المشكلة هي أن الفقرة (١) لا تُعرّف الترضية على الإطلاق: فهي تستخدم كلمة ''ترضية'' ثم تُشير بصورة عامة إلى ''الضرر، ولا سيما الضرر الأدبي'' الذي يلحق بالدولة المتضررة، وهذا يُثير عدةً مسائل.

---

(٣٥٠) تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد العشرون (١٩٩٠)، الصفحة ٢١٧؛ انظر الفقرتين ١٢٢ و ١٢٣ في الصفحتين ٢٧٢ و ٢٧٣.

(٣٥١) الفقرة (٩) من التعليق على المادة ٤٥.

١٨٠ -تتعلق المسألة الأولى بـ ''الضرر الأدبي'' الـذي تُعتـبر بعـض الـدول أنـه يسـتوجب تعويضاً مالياً، وبخاصة إذا لحق هذا الضرر بالأشخاص[٣٥٢]. وفي مشروع المواد الذي اقترحه في الأصل البروفسور أرانخيو - رويس، كـان مشـروع المـادة ٨ يشـمل الضـرر الأدبي الـذي يلحق بالأشخاص، في حين كـان مشـروع المـادة ١٠ المعنيـة بالترضيـة يشـمل الضـرر الأدبي الذي يلحق بالدول[٣٥٣]. ومع أن اللجنة لم ترفض هذا التمييز، فقد أسقِط عندما أقرّت المواد فعلا.

١٨١ -وفيما يتعلق بالأشخاص، يفهم عموما مصطلح ''الضرر الأدبي'' (وهو مصطلح غير معروف لدي جميع الأنظمة القانونية) على أنه يشمل الضرر غير المادي، كـالآلام والمعانـاة وفقدان الأحباء، وجرح مشاعر الشخص بالتعرض لذاته أو مسكنه أو حياته الخاصة. ومن الواضح أنها أشكال من الخسارة الإنسانية يمكن (إذا أقرّ النظام القانوني ذو الصلة أن الفعل الذي تسبب فيها هو فعل غير مشروع) التعويض عنها مالياً، مع أن تقديرها سيكون دائماً مسألة تقليدية وتقريبية للغاية. وعلى العكس من ذلك، فإن مفهوم ''الضرر الأدبي'' أقل وضوحا فيما يتعلق بالدول. ولا شك في أن هناك قضايا تتناول الضرر الذي يلحق في حد ذاته بالدول حيث لا تقع أي خسارة مادية فعلية؛ مثلاً، انتهاك قصير المدة للسلامة الإقليمية لدولة تقوم به طائرة أو سفينة تابعة لدولة أخرى. إلا أن معظم ما يُصنّف في إطار اصطلاح ''الضرر الأدبي'' الذي يلحق بالدول ينطوي في الحقيقة على ما يمكن تسميته بالضرر القانوني غير المادي، وهوالضرر الناجم عن الإخلال بالتزام ما، بغض النظر عن نتائجه المادية بالنسبة إلى الدولة المعنية. ولتفادي الخلط بينه وبين مفهوم الضرر الأدبي الذي يلحق بالأشخاص، يُقترح عدم استعمال مصطلح ''الضرر الأدبي'' في المادة ٤٥ والاستعاضة عنه بـ ''الضرر غير المادي'' (“préjudice immatériel”)[٣٥٤]. وعلى هذا الأساس، يبدو أن الأمر لا يتطلب تعريفاً أكثر تفصيلاً للترضية.

(٣٥٢) انظر الفقرة ١٧٣ أعلاه.

(٣٥٣) انظر بصورة خاصة البديل (ب) للمادة ٨ الذي أشار إلى ''أي ضرر ... يكون قابلاً للتقييم اقتصادياً، بما في ذلك أي ضرر أدبي يلحق بمواطني الدولة المتضررة'':.الفقرة ١٩١ في الصفحة ١٦٣ من التقرير الثاني (١٩٨٩).

(٣٥٤) أوصى باستعمال المصطلح في هذا السياق C. Dominicé, “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État” ، في L`Ordre Juridique International entre Tradition et Innovation. Recueil d`Études (PUF, Paris, 1997)، الصفحة ٣٤٩؛ انظر الصفحة ٣٥٤.

(ج) أشكال معينة من الترضية

١٨٢ - إذا انتقلنا إلى أشكال الترضية المعينة المعددة في الفقرة (٢) نلاحظ أولا أن التعليق متناقض فيما يتعلق بمسألة ما إذا كانت القائمة المدرجة بأشكال الترضية شاملة أو غير شاملة. فوفقا للفقرة (٩) القائمة غير شاملة، في حين تنص الفقرة (١٦) على ما يلي: ''العبارة الاستهلالية في الفقرة ٢ توضح أن الفقرة تضع قائمة شاملة بأشكال الترضية التي يمكن الجمع بينها''[٣٥٥]. وهذه النقطة ذات أهمية لأن القائمة أغفلت أهم شكل من أشكال الترضية في الممارسة القضائية الحديثة. والواقع هو أن مقدمة الفقرة (٢) تستخدم لفظة ''يجوز''، التي تعني ضمنا فيما يبدو أن القائمة غير شاملة. ويرى المقرر الخاص الحالي أنها ينبغي فعلا أن تكون غير شاملة. فشكل الترضية المناسب سوف يعتمد على الظروف، ولا يمكن فرضه مقدما[٣٥٦].

الإعلانات

١٨٣ - إذا كانت القائمة الواردة في الفقرة ٢ شاملة وجب أن تتضمن إشارة إلى إعلان تصدره محكمة أو هيئة قضائية. والواقع هو أن هذه الإشارة أدرجت في صيغة المادة ٤٥ التي اقترحها من البداية السيد أرانجيو - رويس[٣٥٧] واقترحت فرنسا صيغة بديلة[٣٥٨]. وكلتاهما

---

(٣٥٥) أعرب رئيس لجنة الصياغة أيضا في تقديمه للمادة ٤٥ عن رأي مؤداه أن الفقرة ٢ ''تضع قائمة شاملة بأشكال الجبر'': حولية ...١٩٩٢، المجلد الأول، الصفحة ٤٥٨ (الفقرة ٥٧).

(٣٥٦) في قضية تحكيم رينبو ووريور في حين رفضت المحكمة طلب نيوزيلندا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه و/أو الكف، ورفضت الحكم بالتعويض أصدرت عدة إعلانات على سبيل الترضية، علاوة على توصية ''بمساعدة [الطرفين] على إنهاء هذه المسألة المحزنة''. وأوصت على وجه التحديد بأن تساهم فرنسا بمبلغ مليوني دولار من دولارات الولايات المتحدة في صندوق يُنشأ ''لتنمية علاقات ودية ووثيقة بين مواطني البلدين''. انظر تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد XX (١٩٩٠) الصفحة ٢١٧ إلى الصفحة ٢٧٤ (الفقرتين ١٢٦ و ١٢٧). وبغض النظر عن أنه حُكم بأكثر مما طُلب فقد كان من المناسب أن يأخذ ذلك شكل توصية لأنه لا يمكن تنفيذه إلا بموافقة. انظر كذلك ل. مليورينو، ''حول إعلان عدم الشرعية باعتبار ذلك شكلا من أشكال الترضية: حول قرار التحكيم الصادر في ٣٠ نيسان/أبريل ١٩٩٠ في قضية ''رينبو وريور''. Revue gènèrale de droit international public، المجلد ٩٦، ١٩٩٢، الصفحة ٦١.

(٣٥٧) تضمن الاقتراح الأصلي الفقرة التالية:

> ''٣ - إعلان هيئة قضائية دولية مختصة عدم شرعية الفعل قد يمثل في حد ذاته شكلا مناسبا للترضية''.
>
> التقرير الثاني'' (١٩٨٩)، الصفحة ٥٦ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ١٩١).

(٣٥٨) الفقرة ١٧٥ أعلاه.

تستندان إلى البيان التقليدي للمحكمة الدولية في قضية قناة كورفو (الوقائع)، التي قالت فيها المحكمة، بعد أن قررت عدم شرعية عملية إزالة ألغام (عملية ريتيل) قامت بها البحرية البريطانية بعد الانفجار، ما يلي:

''يتعين على المحكمة، ضمانا لاحترام القانون الدولي، التي هي هيئته، أن تعلن أن العمل الذي قامت به البحرية البريطانية شكل انتهاكا للسيادة الألبانية. وهذا الإعلان صادر بناء على طلب قدمته ألبانيا عن طريق محاميها، ويمثل في حد ذاته ترضية مناسبة''(٣٥٩).

١٨٤ - اتخذ هذا الموقف في قضايا تالية كثيرة، منها قضية تحكيم ''رينبو ووريور'' (٣٦٠)، إلى حد يمكن أن يقال معه إن الإعلان الإنصافي قد أصبح هو الشكل الطبيعي، والأول قطعا، للترضية في حالة إصابة دولة بضرر غير مادي(٣٦١). ولا يقصد المقرر الخاص بلفظة ''الأول'' أنه الأساس، أو أنه يستبعد أشكالا أشد للترضية في الحالات التي تكون فيها هذه إعلانات إنصافية لها ما يبررها لكنه الأول بمعنيين هما: (أ) أنه قد يكون في بعض الحالات شكلا كافيا للترضية (كما كان في عملية ريتيل في قناة كورفو)؛ (ب) أنه حتى في الحالات التي لا يكفي فيها فإنه يكون أساسا لأشكال أخرى من الترضية، وقد يستدعي الأمر ذلك في حالات معينة. وإمكانية الانطباق العامة للإنصاف الإعلاني هذه بوصفه شكلا للترضية، يشفع في حالات مناسبة باعتذار أو بإعراب عن الأسف، ينبغي الاعتراف بها في مشاريع المواد، التي يمكن أن تميز الحكم الإيضاحي بشكل مفيد عن أشكال الجبر الأكثر تحديدا المعددة حاليا في الفقرة (٢).

١٨٥ - بيد أن الصعوبة التي ينطوي عليها ذلك هي أن مشاريع المواد مصاغة من ناحية العلاقات القانونية للدول، ولا سيما الدولة المسؤولة، وليس من ناحية سلطات المحاكم أو اختصاصاتها القانونية. فالدولة لا يمكنها أن تصدر قرارا فيما يتعلق بذاتها؛ إذ لا يمكن أن يفعل ذلك سوى طرف آخر مختص. فإذا قدمت الدولة المتضررة تقرير وقائع بأنه قد حدث

---

(٣٥٩) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٤٩، الفقرة ٤ في الصفحة ٣٥، مكررة في المنطوق في الصفحة ٣٦. هذه هي النقطة الوحيدة التي أجمعت عليها المحكمة.

(٣٦٠) انظر الفقرة ٧٨ أعلاه.

(٣٦١) فيما يتعلق بالدور الأساسي للإنصاف الإعلاني بوصفه شكلا من أشكال الترضية عن الأضرار غير المادية، انظر مثلا C. Gray, Judicial Remedies in International Law (أوكسفورد، مطبعة كلارينـدون، ١٩٨٧)، الصفحتين ١٧ و ١٨ (arbitral tribunals)، الصفحات ٩٦ إلى ١٠٧ (المحكمة الدولية)، الصفحات ١٢٧ إلى ١٣١ (European Court of Justice)، الصفحتين ١٥٥ و ١٥٦، (human rights-courts).

إخلال بالتزام دولي فإن ذلك يكون ادعاء؛ أما إذا صدر ذلك التقرير عن الدولة المسؤولة فإنه يكون اعترافا. وينبغي أن تحدد مشاريع المواد ما ينبغي أن تفعله الدولة المرتكبة لفعل غير مشروع دوليا بعد ارتكابه (أي التزاماتها الثانوية)؛ وما ينبغي أن تفعله هو نفسه ما ينبغي لمحكمة مختصة أن تحكم به على سبيل الجبر. وبناء على ذلك ينبغي أن تحدد المادة ٤٥ أولا الاعتراف بالإخلال حيثما يكون ذلك مناسبا باعتبار ذلك شكلا من أشكال الترضية، وتقديم اعتذار أو الإعراب عن الأسف.

التعويضات الاسمية والرادعة والجزائية

١٨٦ - ننتقل الآن إلى ما يمكن أن يوصف بأنه ''الفئة الثانية'' من أشكال الترضية، وللأسباب المذكورة، ينبغي أن تصاغ هذه الأشكال على نحو غير شامل. وهناك إمكانات عديدة أخرى، منها مثلا إجراء تحقيق سليم في أسباب حادث تسبب في ضرر أو أذى، أو إنشاء صندوق استئماني لدفع تعويضات للمستحقين...إلخ. بيد أنه ينبغي أن يقال شيء عن الفئتين المذكورتين في المادة ٤٥، وهما التعويضات والإجراءات التأديبية أو الجزائية.

١٨٧ - في العادة طبعا تدفع تعويضات على سبيل التعويض عما وقع من أذى أو ضرر، وهي تندرج في إطار المادة ٤٤. ويرد حاليا في المادة ٤٥ (٢) نوعان آخران من التعويضات، هما التعويض الاسمي والتعويض المعبر عن ''جسامة الانتهاك''. وهما يتعلقان بمسائل مختلفة للغاية.

١٨٨ - تمنح التعويضات الاسمية في بعض النظم لتعكس وقوع إخلال لم يثبت أنه تسبب في أي خسارة للطرف المتضرر. ومع ذلك فقد حدث إخلال والمقصود بالتعويضات الاسمية هو أن تعكس أنها رمزية ولا يقصد بها الجبر. وفي النظم القانونية التي يصدر فيها قرار دفع التكاليف بعد وقوع الحادث قد يتيح قرار دفع التعويضات الاسمية صدور قرار بدفع التكاليف لكنه لا يفعل ذلك في مجال التحكيم الدولي والممارسة القضائية لأن كل من الطرفين يتحمل التكاليف دائما تقريبا، ولا يتوقف ذلك بأي حال من الأحوال على ما إذا كان قد صدر قرار بدفع دولار واحد من دولارات الولايات المتحدة (E 1.0734). وثمة نقطة أخرى هي أنه كان يُقصد بقرار دفع التعويضات الاسمية أحيانا أن يمثل انتقادا للمدعي يعني ضمنا أن ادعاءه ليس له أساس سليم وأنه فني محض[٣٦٢]. وعلى الرغم من أنه توجد أمثلة

(٣٦٢) انظر D.M. Walker The Oxford Companion to Law. (أكسفورد، مطبعة كلاريندون، ١٩٨٠)، الصفحة ٨٨٣. إن القرارات التي تقضي بدفع مبلغ ٥٠٠ دولار لحبس لمدة ٢٤ ساعة أو بدفع مبلغ ١٠٠ دولار لاحتجاز سفينة لفترة وجيزة لا تشكل تعويضات اسمية بهذا المعنى، لا سيما نظرا لقيمة المال في ذلك الوقت. انظر قضية موك، القرار الصادر في ١٦ آب/أغسطس ١٨٧١ ومور، ''International Arbitration''، المجلد الرابع، الصفحة ٣٤١١؛ وقضية أرندز تقارير الأمم المتحدة عن قرارات هيئات التحكيم الدولية، المجلد العاشر، الفقرة ٧٢٩ في الصفحتين ٧٢٩ و ٧٣٠ (١٩٥٦)، حسبما استشهد بها أرانخيو - رويس، التقرير الثاني (١٩٨٩)، الصفحة ٣٥ (الفقرة ١١٥).

لحالات حدثت بين الفينة والأخرى وأصدرت فيها هيئات تحكيم دولية قرارات تقضي بدفع تعويضات اسمية إلا أن هذه الحالات نادرة في الممارسة الحديثة[٣٦٣]. ويشك المقرر الحالي في قيمة التعويضات الاسمية بوصفها شكلا من أشكال الترضية في القانون الدولي الحديث وتدفقات لا سيما أنه ليس من الواضح أن ما يمكنها تحقيقه ليس في الاستطاعة تحقيقه بحكم إيضاحي. وعلى افتراض أن الفقرة الإضافية المقترحة ستكون غير قاطعة فإنه يشك في أنه يلزم ذكر التعويضات الاسمية على وجه التحديد.

١٨٩ -والحكم بدفع تعويضات كبيرة على سبيل الترضية حتى إن لم يوجد أي دليل على حدوث خسارة مادية مسألة أخرى، ويمكن بسهولة تصور ظروف يكون ذلك فيها غير مناسب[٣٦٤] يقصد به ''التعويضات الكبيرة'' أي تعويضات غير اسمية أو رمزية محض حتى إن لم تكن كبيرة. وتتوخى المادة ٤٥ (٢) (ج) ''في حالات وقوع انتهاك جسيم لحقوق الدولة المتضررة تعكس التعويضات جسامة الانتهاك''. ويبدو أنها لم تتوخ دفع سوى تعويضات اسمية على سبيل الترضية في الحالات التي لا تنطوي على انتهاكات جسيمة: بعبارة أخرى إما يمكن الحكم بدفع تعويضات تافهة على سبيل الترضية أو مبالغ كبيرة جدا لكن لا شيء بينهما. وما إذا كان هذا القيد مناسب مسألة تعتمد جزئيا على الأقل على

(٣٦٣) انظر Gray (١٩٨٧) الصفحتين ٢٨ و ٢٩ والمراجع. ويبدو أنه لا توجد قضية حكمت فيها هيئة تحكيم دولية بدفع تعويضات اسمية في قضية رفعتها دولة على دولة أخرى منذ أن حكمت هيئة التحكيم بأن تحصل فرنسا على فرنك فرنسي واحد في قضية تحكيم لا يتهوسز (المنارات): تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الثاني عشر، الفقرة ١٥٥ في الصفحة ٢١٦ (١٩٥٦). وحكمت محكمة المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في القضية التي رفعتها شركة AGIP Spa على حكومة جمهورية الكونغو الشعبية (١٩٧٩) بدفع تعويضات اسمية، تقارير المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ٣٠٦ في الصفحة ٣٢٩ (٣ فرنكات فرنسية عن الأرباح الضائعة، وهذا يمثل تناقضا فيما يبدو)، وحكمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية إنجيل (المادة ٥٠) ECHR Ser. A، المجلد ٢٢ في الصفحة ٦٩ (١٩٧٦) (''تعويض رمزي'' قدره فلورين هولندي واحد). وفي كلتا هاتين القضيتين حكم بمبالغ كبيرة بموجب أحكام أخرى. ونفت هيئات تحكيم في قضايا أخرى أن الحكم بمبالغ رمزية أضاف أي شيء إلى الإقرار بأنه قد وقع انتهاك: The Carthage، تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الحادي عشر، الفقرة ٤٤٩ في الصفحتين ٤٦٠ و ٤٦١ (١٩١٣)؛ The Manouba، تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الحادي عشر، الفقرة ٤٦٣ في الصفحة ٤٧٥ (١٩١٣).

(٣٦٤) حكم بمثل هذه التعويضات لكندا في قضية ''I'm Alone''، تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الثالث، الصفحة ١٦٠٩ (١٩٣٥)، ولنيوزيلندا في قرار الأمين العام في قضية ''رينبو ووريور، تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد العشرون، الصفحة ٢٢٤ (١٩٨٦).

ما إذا كانت الفقرة (٢) (ج) معنية حقا بتعويضات جزائية بالمعنى الصحيح أو ما كانت تركز عما تصفه بعض النظم القانونية الوطنية بأنه تعويضات ''مشددة'' أو ''رادعة''.

١٩٠ - كان التقرير الثاني للسيد أرانجيو - رويس واضح بشأن هذه النقطة. فقد كانت المادة ١٠ التي اقترحها تشير إلى ''تعويضات اسمية أو جزائية''، على الرغم من أن التقرير ذاته يشير بدلا من ذلك إلى ''تعويضات مؤلمة''[٣٦٥]. ويرى المقرر الخاص الحالي أنه إذا كان يتعين أن تكون هناك تعويضات جزائية بالمعنى الصحيح فإنها ينبغي أن تسمى تعويضات جزائية، وينبغي ألا تكون متاحة إلا في حالات نادرة وقع فيها انتهاك بيِّن وفظيع. وقد تكون صيغة الفقرة الفرعية (ج) غامضة في هذا الصدد لكن القصد واضح. ووفقا لرئيس لجنة الصياغة فإنه كان يقصد أن تعالج الفقرة الفرعية ....

> ''ما يسميه قانون السوابق القضائية الإنكليزي (common law) ''التعويضات الرادعة'' (exemplary damages). ويتعلق الأمر في هذه الحالة بشريحة عليا من التعويضات التي تمنح للطرف المضرور زيادة على المقدار المساوي للخسارة الفعلية، حين يقترن الضرر الذي لحقه بظروف مشددة مثل: العنف والتعسف ونية الإيذاء والغش والتصرف بسوء نية من جانب الدولة مرتكبة الفعل. والغرض من هذا النوع من الجبر هو ''أن يجعل من الدولة المخطئة عِبرة''. ولم تُبق لجنة الصياغة على عبارة ''التعويضات الرادعة'' (exemplary damages) لأنه ليس لها مقابل على ما يبدو في اللغات الأخرى، بيد أنها قررت استخدام مضمون المفهوم الذي تغطيه... والمقصود بعبارة ''في حال حصول انتهاك صارخ ''جعل المعيار الذي يصبح معه هذا النوع من الترضية ممكنا على مستوى شديد الارتفاع''[٣٦٦]. وباستنتاج واضح رفضت اللجنة (التي أقرت لجنة القانون الدولي نهجها) فكرة التعويضات الجزائية لأغراض المادة ٤٥[٣٦٧] وإلى هذا الحد يتفق المقرر الخاص الحالي تماما مع الموقف المتخذ في عام ١٩٩٢. ولا يوجد سند ولا مسوغ إلا ضئيل جدا للحكم

(٣٦٥) التقرير الثاني (١٩٨٩)، الصفحة ٥٦ (الفقرة ١٩١). انظر أيضا الصفحتين ٤٠ و ٤١.

(٣٦٦) حولية ....١٩٩٢، الصفحة ٤٥٨ (الفقرة ٥٧).

(٣٦٧) إن توافر التعويضات الجزائية ليس من بين النتائج الخاصة المترتبة على ''الجرائم الدولية'' الواردة في الفصل الرابع من الفرع ٢ حسبما بيَّن المقرر الخاص الحالي: كروفورد، التقرير الأول (A/CN.4/490/Add.1، ١٩٩٨)، الفقرة ٥١.

بتعويضات جزائية بالمعنى الحقيقي للاصطلاح في حالات مسؤولية الدول في غياب نظام خاص ما لفرضها[٣٦٨].

١٩١ -لذلك فإن السؤال هو ما إذا كان ينبغي الحكم بدفع تعويضات على سبيل الترضية عن الضرر غير المالي الذي يلحق بالدول في الحالات التي لا تنطوي على ''انتهاك جسيم''. توجد قطعا أمثلة في قرارات هيئات التحكيم السابقة وفي التسويات المتفق عليها دفعت فيها مبالغ متواضعة وليست رمزية عن أضرار غير مالية، ولا يرى المقرر الخاص سببا لاستبعاد هذه الحالات دون تمحيص. ولذا فإنه يقترح حذف عبارة ''في حالة الانتهاكات الجسيمة'' الواردة في الفقرة الفرعية (ج) الحالية.

الإجراءات التأديبية وغيرها من الإجراءات المتخذة ضد الأفراد

١٩٢ -الإجراءات التأديبية أو الجزائية هي شكل محدد آخر من أشكال الترضية المذكورة في الفقرة (٢) والتي قد تكون مناسبة في حالات خاصة. وعلى الرغم من أن لجنة الصياغة أعربت لدى اعتمادها لهذه الفقرة عن رأي مؤداه أن هذه الحالات ''نادرة''[٣٦٩] فقد حدثت هذه الحالات في الممارسة على الرغم من أنه ربما لم يكن من الواضح دائما ما إذا كان الدافع على المقاضاة على التصرف الإجرامي هو الترضية أو استهدفت المقاضاة باعتبارها جانبا من جوانب أداء التزام أساسي ما. ويتمشى مع مفاهيم الترضية المستقرة إدراج هذه الفئة في الحالات الخطيرة لكن المقرر الخاص يتفق في الرأي مع اقتراح الحكومة الفرنسية الذي يفضل عبارة ''الإجراءات التأديبية أو الجزائية'' عن ''الإجراءات التأديبية...''. واتساقا مع الفصل بين السلطات لا يمكن للسلطة التنفيذية للدولة أن تفعل بحق أكثر من التعهد بأن الحالات الخطيرة ستقدم حسب الأصول إلى سلطات الادعاء العام لأغراض التحقيق والمحاكمة؛ ومن الأكيد أنه لا يمكنها ضمان معاقبة الأشخاص الذين لم يدانوا بعد بارتكاب أية جريمة.

---

(٣٦٨) انظر القضايا المستشهد بها في التقرير الأول (١٩٩٨)، الفقرة ٦٣. انظر كذلك ''S/Wittich "Awe of the Gods and Fear of the priests Punitive Damages in the Law of State Responsibility''، المجلد ٣، ١٩٩٨، الصفحة ٣١؛ ''N. Jorgensen A Reappraisal of Punitive Damages in International Law''، British Year book of International Law، المجلد ٦٨، ١٩٩٧، الصفحة ٢٤٧. وما إذا كان يمكن وينبغي إقامة مثل هذا النظام هو مسألة النظر فيها في مناقشة المواد ١٩ و ٥١ إلى ٥٣.

(٣٦٩) حولية ....١٩٩٢، الصفحة ٤٥٨ (الفقرة ٥٩).

(د) القيود المفروضة على الترضية: المادة ٤٥ (٣)

١٩٣ - تقترح إحدى الحكومات حذف الفقرة (٣)[٣٧٠] لجملة أسباب من بينها أن فكرة ''الكرامة'' غامضة إلى درجة لا يمكن أن تتخذ معها أساسا لحد قانوني. وهذا الاعتراض صحيح إلى حد ما من الناحية الشكلية، ومن جهة أخرى شهد التاريخ مطالبات غولي فيها تحت ستار ''الترضية''[٣٧١]. ويبدو أنه يلزم حد ما. واقترح أن تكون الطلبات التي تستهدف الترضية قاصرة على تدابير ''تتناسب مع الضرر ذي الصلة''؛ وينبغي ألا تتخذ علاوة على ذلك شكلا مهينا للدولة المعنية.

(هـ) النتيجة المتعلقة بالمادة ٤٥

١٩٤ - لهذه الأسباب يقترح المقرر الخاص الصيغة التالية للمادة ٤٥:

''**الترضية**

١ - الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا تكون ملزمة بتقديم ترضية عن أي ضرر غير مادي نتج عن ذلك الفعل.

٢ - ينبغي أن تكون الترضية في المقام الأول في شكل إقرار بارتكاب الانتهاك مشفوع بإعراب عن الأسف أو باعتذار رسمي، حسب الاقتضاء.

٣ - علاوة على ذلك يجوز أن تأخذ الترضية، إن اقتضت الظروف، الأشكال الإضافية اللازمة لضمان الجبر التام، وهذا يتضمن، في جملة أمور، ما يلي:

[(أ) - تعويضات إسمية؛]

(ب) - تعويضات تعبر عن جسامة الضرر؛

(ج) إجراءات تأديبية أو جزائية بحق المسؤولين أو الأشخاص المعنيين إذا نشأ الانتهاك عن سوء تصرف جسيم لمسؤولين أو عن تصرف إجرامي من جانب أي شخص.

٤ - يجب أن تكون الترضية متناسبة مع الضرر الذي وقع، وألا تأخذ شكلا مهينا للدولة المرتكبة للفعل غير المشروع.

---

(٣٧٠) انظر الفقرة ١٧٦ أعلاه.

(٣٧١) انظر على سبيل المثال الفقرة ١٧٢، الحاشية ١٢٤ أعلاه. هذه الطلبات المغالى فيها ذاتها استعملت لفظة ''كرامة'' الدولة المتضررة، غير المرضية وغير الموضوعية.

٥ - الفائدة

(أ) موضوع الفائدة في مشاريع المواد

١٩٥ -تتناول المادة ٤٤ (٢) الفائدة بشكل عابر فتقول فقط إن ''التعويض ... يجوز أن يشمل الفوائد ...'' والتعليق على المادة ٤٤ (٢) أكثر استفاضة بقليل ويعكس تناول هذه المسألة بصورة أكبر من جانب السيد ارانخيو رويس في تقريره الثاني[٣٧٢]. وقد أيد في ذلك الموضع قاعدة استحقاق عامة للفائدة تشمل الفترة الممتدة من الوقت الذي نشأت فيه المطالبة حتى وقت السداد الفعلي، ولا تقتصر على المطالبات بمبلغ نقدي. وفضلا عن ذلك فإنه يرى أن الفائدة المركبة ''ينبغي الحكم بالفائدة المركبة كلما ثبت أنه لا غنى عنها بكفالة تعويض الضرر الذي يلحق بالدولة المتضررة تعويضا كاملا''[٣٧٣]. ومن جهة أخرى فإن المادة ٩ التي اقترحها بشأن الفائدة لم تنص على أي قاعدة استحقاق عامة لفائدة بسيطة (بوصفها متميزة عن الفائدة المركبة)، واقتصرت على تحديد الفترة الزمنية التي تدفع عنها الفائدة المستحقة ''لفقدان الأرباح ... على مبلغ من المال''[٣٧٤]. وهذا يعني أن مدفوعات الفائدة قاصرة على المطالبات المبتوت فيها وربما حتى على المطالبات المتعلقة بفقدان الأرباح (على الرغم من أن ذلك قد يكون مسألة تعبير فقط). بيد أنه إذا كان المبدأ الأساسي هو أنه من حق الدولة المتضررة استنتاجا الحصول على فائدة على حق بالقدر اللازم لضمان الجبر الكامل فإنه ليس من الواضح استنتاجا الكيفية التي يمكن بها تبرير هذه الحدود.

١٩٦ -أشير في المناقشة المتصلة بالقراءة الأولى إلى التباين بين الحجة المؤيدة للفائدة والواردة في التقرير والمادة ٩ المقترحة، وأعرب عن شواغل فيما يتعلق بمقبولية المعالجة التفصيلية

---

(٣٧٢) التقرير الثاني (١٩٨٩) الصفحات ٢٣ إلى ٣٠ (الفقرات ٧٧ إلى ١٠٥).

(٣٧٣) المرجع نفسه، الصفحة ٣٠ (الفقرة ١٠٥).

(٣٧٤) المرجع نفسه، الصفحة ٥٦. نصت المادة التي اقترحها على ما يلي:

١ - عندما يكون التعويض المستحق عن عدم الحصول على المنفعة عبارة عن فوائد مستحقة على مبلغ من النقود، فإن هذه الفوائد:

(أ) تسري من أول يوم لا يدخل، لأغراض التعويض في حساب المبلغ الأصلي المحكوم به؛

(ب) تستمر حتى يوم السداد الفعلي.

٢ - يحكم بالفوائد المركبة كلما كان هذا ضروريا لكفالة ضمان التعويض الكامل، ويكون سعر الفائدة هو أنسب سعر لتحقيق هذه النتيجة.''

للمسائل المشمولة[٣٧٥] وحذفت لجنة الصياغة المادة على أساس ''أنه سيكون من الصعب للغاية التوصل بشأن هذه المسائل إلى قواعد محددة تلقى قدرا كبيرا من التأييد''. ورأت أنه يكفي ''تقرير مبدأ عام مصاغ بعبارات مرنة للغاية، وأن يترك لقاضي الطرف الثالث المشارك في تسوية النزاع مسألة تقرير ما إذا كان ينبغي دفع فائدة، وذلك في كل حالة على حدة''[٣٧٦].

١٩٧ - الفقرة ٢ من المادة ٤٤ مصاغة بعبارة ''مرنة جدا حقا لكن المشكلة هي أنها لا تنص على ''مبدأ عام'' من أي نوع بل تشير إلى مجرد إمكانية فحسب، ووفقا للتعليق فإن المقصود بصيغتها هي أن يكون ''من الواضح أن لا يوجد استحقاق آلي للفوائد للدول المتضررة ولا قرينة قانونية لصالحها''[٣٧٧]، وإن كان التعليق يتضمن ملاحظة مفادها أن ممارسة الدول ''تؤيد فيما يبدو الحكم بالفائدة علاوة على المبلغ الأساسي للتعويض''[٣٧٨]. ومن الجلي أن لجنة الصياغة سعت إلى التمييز في صيغة الفقرة (٢) بين الحكم بالفوائد والحكم بالتعويض عن الكسب الفائت. وحيث أن الحكم بالفوائد متاح فقط ''عند الاقتضاء'' فإن النتيجة ينبغي أن تتمثل في إتاحة الفوائد على نحو أعم[٣٧٩] لكن النتيجة غير قوية ولا مقنعة فكل ما تقوله المادة هو أن التعويض ''يجوز'' أن يشمل الفوائد. بيد أن التعليق أقوى في التعبير عن الرأي الذي مؤداه أن ''المسائل المتعلقة بتحديد يوم بدء سريان الفائدة ويوم توقفه واختيار سعر الفائدة ومنح الفائدة المركبة تحل على أساس كل حال على حدة[٣٨٠].

---

(٣٧٥) حولية ... ١٩٩٠، المجلد الأول، الصفحتان ١٤٩ و ١٥٠ والصفحات ١٣٥ و ١٥٦ و ١٥٨ و ١٦١ و ١٦٦ و ١٦٧ و ١٦٩ و ١٧٢ و ١٧٥ و ١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩ و ١٨٣ و ١٨٤ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩١ و ١٩٣ و ١٩٩. وإذا حكمنا استنادا إلى المناقشة فإن اللجنة كانت على استعداد للموافقة على اقتراح يركز على الاستحقاق العام للفائدة باعتباره لازما لتوفير الجبر الكامل لكنها كانت تشعر بالقلق لأن المادة ٩ المقترحة ''كانت تعالج فقط مشكلة ثانوية'' تتباين بشأنها الممارسة: المرجع نفسه، الصفحة ١٥٦ (الفقرة ١٠) (السيد توموشات)؛ قارن المرجع نفسه، الصفحة ١٥٨ (الفقرة ١٠) (السيد اوجيسو: ''قواعد مفصلة أكثر من اللازم بشأن مسائل مثل نسبة الفائدة والفائدة المركبة يتسم القانون الدولي بشأنها بعدم الوضوح'').

(٣٧٦) حولية ...، ١٩٩٢، المجلد الأول، الصفحة ٢٢٠ (من النص الإنكليزي) (الفقرة ٤٨).

(٣٧٧) التعليق على المادة ٤٤، الفقرة ٢٤.

(٣٧٨) المرجع نفسه، الفقرة ٢٥.

(٣٧٩) حولية ...، ١٩٩٢، المجلد الأول، الصفحة ٢٢٠ (من النص الانكليزي) (الفقرة ٤٩) (السيد يانكوف، رئيس لجنة الصياغة).

(٣٨٠) التعليق على المادة ٤٤، الفقرة (٢٦).

١٩٨ - حسبما ذكر في الفقرة ١٥٢ أعلاه أيدت بعض الحكومات المعاملة المتحفظة إلى حد ما لموضوع الفائدة في الفقرة ٢ من المادة ٤٤، وانتقدت حكومات أخرى تلك المعاملة بشدة، وأبدت ملاحظة مفادها أنها تميل إلى زعزعة المبدأ الراسخ القائل بأنه ينبغي الحكم بدفع الفائدة عند الاقتضاء لتعويض الطرف المتضرر عن الخسارة الناجمة عن فعل غير مشروع دوليا. ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أنه في المناقشة التي دارت خلال القراءة الأولى لم ينكر المقرر هذا المبدأ ولا أي عضو في اللجنة بل أيده كل من تكلموا بشأن هذا الموضوع على وجه التحديد.

(ب) دور الفائدة بالنسبة إلى الجبر[٣٨١]

١٩٩ - بالنظر الى التعليقات التي أبدتها الحكومات وإلى ما طرح من انتقادات أخرى لمشاريع المواد، تثور مسألتان. تتعلق الأولى بالدور الفعلي للأحكام المتعلقة بالفائدة باعتبارها أحد جوانب الجبر عن ارتكاب فعل غير مشروع دوليا؛ وتتعلق المسألة الثانية بما إذا كان من المستصوب إدراج حكم يتعلق بالفائدة في مشاريع المواد.

هل هناك مبدأ عام؟

٢٠٠ - بالنظر إلى المسألة الأولى، يتضمن التقرير الثاني للسيد أرانجيو - رويس استعراضا مفيدا للإجراءات والفقه القانوني بشأن هذه المسألة. والأحكام الفقهية الأحدث عهدا تؤيد أيضا وجود قاعدة عامة، على الأقل، لصالح الحكم بالفائدة، عند الاقتضاء، من أجل تحقيق الجبر التام.

٢٠١ - وينبغي ملاحظة أنه في المرة الأولى (والتي ظهر أنها كانت المرة الوحيدة) التي قامت فيها المحكمة الدائمة فعلا بتحديد مقدار التعويض عن ارتكاب فعل غير مشروع دوليا، تضمن هذا التعويض منح فائدة. وفي قضية ''ويمبلدون'' منحت المحكمة فائدة بسيطة بنسبة ٦ في المائة اعتبارا من تاريخ الحكم، استنادا، فيما يبدو، إلى مبدأ عدم استحقاق دفع الفائدة

---

(٣٨١) فيما يتعلق بالفائدة باعتبارها من مواضيع القانون الدولي، انظر، على سبيل المثال، I Brownlie, *state Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983) pp. 227-229; J. Barker, "The Valuation of IncomeProducing Property in International Law" (University of Cambridge, PhD thesis, 1998), ch. 7 andworksthere cited. وفيما يتعلق بخبرة القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، انظر، على سبيل المثال، M. Hunter & V. Triebel, "Awarding Interest in International Arbitration" (1989) 6 *Journal of International Arbitration* p. 7; J. Y. Gotanda, "Awarding Interest in International Arbitration" (1996) 90 AJIL 40; J.Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer, The Hague, 1998), chs. 2-3.

إلا اعتبارا ''من لحظة تحديد المبلغ المستحق والإقرار بالالتزام بالدفع''[٣٨٢]. ومع أن مقدار التعويض حُـدد على أساس التكاليف الفعلية لتحويل سفينة فرنسية فقد كانت تلك مطالبة تتعلق بالقانون العام فيما يخص انتهاك معاهدة[٣٨٣]. وفي قضية قناة كورفو (تقدير التعويض)[٣٨٤]، وهي تتعلق كذلك بمطالبة بين دولتين، لم تثر مسألة الفائدة.

٢٠٢ - أثيرت مسألة منح الفائدة مرارا في محاكم أخرى، سواء في قضايا يتعلق الادعاء الأساسي فيها بوقوع ضرر على أفراد عاديين، أو في القضايا المتعلقة بالمطالبات بين الدول، والتي تُسمى كذلك على وجه الدقة[٣٨٥]. وفي هذا الصدد تجدر ملاحظة تجربة محكمة المطالبات الإيرانية - الأمريكية[٣٨٦]. وفي قضية جمهورية إيران الإسلامية ضد الولايات المتحدة الأمريكية (القضية A-19)، رأت المحكمة بكامل هيئتها أن ولايتها القضائية العامة المتعلقة بالنظر في المطالبات تشتمل على سلطة منح الفائدة لكنها امتنعت عن وضع معايير موحدة لمنح الفائدة على أساس أن ذلك يقع في نطاق الولاية القضائية لكل دائرة، ويتعلق ''بممارسة السلطة التقديرية الممنوحة لها في البت في أي قضية بعينها''[٣٨٧]. وفيما يتعلق بمسألة المبدأ، ذكرت المحكمة:

''تعد المطالبات بالفائدة جزءا من التعويض المطلوب، ولا تشكل سببا مستقلا لرفع دعوى تُطالب بمنحها بموجب حكم قضائي مستقل. ومطلوب من هذه

---

(٣٨٢) المحكمة الدائمة للعدل الدولي، P.C.I.J., Ser. A No.1 (1923)، الصفحة ٢٣ من النص الانكليزي. قبلت المحكمة بمطالبة فرنسا بسعر فائدة بنسبة ٦ في المائة واعتبرته عادلا بالنظر إلى ''الأحوال المالية الحالية في العالم ...وإلى الشروط السائدة بالنسبة للقروض العامة''.

(٣٨٣) اعتبرت المحكمة الدائمة أيضا أن الفائدة مستحقة الدفع في دعوى مصنع شورزو (وقائع القضية) P.C.I.J., Ser. A No.17 (1928)، الصفحة ١٧ (''مبلغ يعادل قيمة الفوائد بسعر فائدة قدره ٥ في المائة سنويا اعتبارا من تاريخ الاستيلاء إلى تاريخ الدفع''). ولم يصدر حكم في واقع الأمر حيث اتفق الطرفان فيما بعد على قيمة التعويض.

(٣٨٤) تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٤٩، الصفحة ٢٤٤ من النص الانكليزي.

(٣٨٥) قضت المحكمة الدولية لقانون البحار في أولى قضاياها بشأن تقدير التعويض، بدفع فائدة بأسعار شتى حسب فئات الخسارة المختلفة: انظر The M.V. Saiga (No.2)، الحكم الصادر في ١ تموز/يولية ١٩٩٩، الفقرة ١٧٣؛ أعيد طبعه في نسخة المواد القانونية الدولية 38 I.L.M. 1323 (1999).

(٣٨٦) انظر G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) pp. 474-479; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, The Hague, 1998) ch. 18.

(٣٨٧) 16 Iran-US Claims Tribunal Reports 285 at p. 290 (1987). وكما يوضح ألدريتش (١٩٩٦)، الصفحتان ٤٧٥ و ٤٧٦ من النص الانكليزي، لم تكن ممارسة الدوائر الثلاث موحدة تماما.

المحكمة بموجب المادة الخامسة من إعلان تسوية المطالبات أن تبت في المطالبات 'على أساس احترام القانون'. وفي قيامها بذلك عاملت الفائدة بصورة منتظمة كلما التُمست، بوصفها جزءا لا يتجزأ من 'المطالبة' التي يقع على عاتقها واجب البت فيها. وتلاحظ المحكمة أن الدوائر دأبت بانتظام على الحكم بالفائدة باعتبارها 'تعويضا عن الأضرار المتكبدة بسبب التأخر في الدفع'.... والواقع هو أنه جرت العادة على أن تقوم هيئات التحكيم بالحكم بالفائدة باعتبارها جزء من الحكم المتعلق بالأضرار، بصرف النظر عن عدم وجود أي إشارة صريحة إلى الفائدة في اتفاق التسوية. ولما كانت سلطة الحكم بالفائدة نابعة من سلطة المحكمة في البت في المطالبات، فإن استبعاد هذه السلطة لا يمكن إقراره إلا بحكم صريح في إعلان تسوية المطالبات. والحاصل هو أنه ليس هناك حكم من هذا القبيل. ونتيجة لذلك، تخلص المحكمة إلى أنه من الجلي أن الحكم بالفائدة باعتباره جزء من التعويض عن الضرر المتكبد هو أمر يقع في نطاق سلطتها''(٣٨٨).

وقضت المحكمة بدفع فائدة بسعر مختلف وأقل قليلا فيما يتعلق بالمطالبات الحكومية الدولية(٣٨٩). ولم تحكم بالفائدة في حالات معينة، على سبيل المثال، كان فيها المبلغ الإجمالي المقطوع المحكوم به يعتبر تعويضا كاملا، أو كان الأمر يتعلق بظروف خاصة أخرى(٣٩٠).

٢٠٣ - يتناول المقرر ١٦ لمجلس إدارة لجنة الأمم المتحدة للتعويضات مسألة الفائدة. وينص على:

''١- تستحق الفوائد من تاريخ الخسارة التي حدثت وحتى تاريخ الدفع، وذلك بمعدل يكفي لتعويض أصحاب المطالبات المقبولة عما فاتهم من كسب في الانتفاع بأصل مبلغ التعويض.

٢ - سينظر مجلس الإدارة، في الوقت المناسب، في طرق حساب ودفع الفوائد.

٣ - تُدفع الفوائد بعد دفع أصل مبلغ التعويض''(٣٩١).

---

(٣٨٨) 16 Iran-US Claims Tribunal Reports 285 at pp. 289-290 (1987).

(٣٨٩) انظر براور وبروشكه (١٩٩٨)، مع الإحالات إلى القضايا. كان السعر المعتمد هو ١٠ في المائة، بالمقارنة بـ ١٢ في المائة للمطالبات التجارية.

(٣٩٠) انظر ألدريتش (١٩٩٦)، الصفحتان ٤٧٦ و ٤٧٧. وانظر التحليل التفصيلي للدائرة الثالثة (فيرالي، براور، الأنصاري) في *McCollough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* 11 Iran-US CTR 3 at pp. 26-31 (1986).

(٣٩١) S/AC.26/16، استحقاق الفوائد، ٤ كانون الثاني/يناير ١٩٩٣.

مرة أخرى، نرى المزج بين قرار يؤيد من حيث المبدأ الحكم بالفائدة، عند الاقتضاء، لتعويض الطرف المطالب مع توخي المرونة في تطبيق هذا المبدأ؛ وفي الوقت نفسه تعتبر الفائدة وإن كانت شكلا من أشكال التعويض عنصرا ثانويا يحتل مرتبة أدنى بالنسبة إلى مبلغ المطالبة الرئيسي.

٢٠٤ - في بعض الأحيان تمنح استحقاقات الفائدة أو على الأقل يُتوخى منحها عن طريق المحاكم وهيئات التحكيم المعنية بحقوق الإنسان على الرغم من أن ممارسة هذه الهيئات لعملية منح التعويضات تتسم بالمحافظة نسبيا ودائما ما تكون معظم المطالبات غير مصفاة. ويجري القيام بذلك، مثلا، لحماية قيمة المستحقات المحكوم بها عن الأضرار من خلال أقساط تسدد على مر الزمن، أي أنها تأخذ شكل فوائد التأخير(٣٩٢).

٢٠٥ - سمحت لجان ومحاكم التعويض الوطنية عموما أيضا في ممارستها مؤخرا بإدخال عنصر الفائدة في تقدير قيمة التعويض. بيد أنه في بعض التسويات الجزئية التي تنطوي على مبالغ إجمالية مقطوعة اقتصرت المطالبات صراحة على قيمة الخسارة الأساسية على أساس أنه في ظل توزيع مبلغ محدود ينبغي إعطاء الأولوية للمطالبات المتعلقة بالمبلغ الأصلي(٣٩٣).

٢٠٦ - رغم أن الاتجاه السائد يتمثل في زيادة توفير الفائدة باعتبارها أحد جوانب الجبر الكامل، فإنه يوجد حتى بين مؤيدي منح الفائدة من يقرون بأنه ليس هناك نهج موحد على الصعيد العالمي في المسائل المتعلقة بتحديد وتقدير قيمة الفائدة المحكوم بها فعلا(٣٩٤). وبالتالي، فتبعا لما أورده غوتاندا:

---

(٣٩٢) انظر على سبيل المثال، *Velàsquez Rodriguez (Compensation) Case* IACHR Series C, No. 71 (1989) para. 57. وتأخذ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الآن بنهج مماثل: انظر، على سبيل المثال، - P pamichaelopoulos v. *Greece (Article 50)* EC3HR Ser A. vol. 330-B (1995) para. 39. وفي تلك القضية، استحقت الفائدة فقط فيما يتعلق بالتعويضات المالية المحكوم بها. انظر كذلك Shelton (1999)، الصفحات ٢٧٠-٢٧٢.

(٣٩٣) Barker (1998) pp. 209, 237-8. See e.g. the Foreign Compensation (People's Republice of China) Order 1987 (U.K.), s. 10, giving effect to a Settlement Agreement of 5 June 1987: U.K.T.S. No. 37 (1987).

(٣٩٤) ينبغي ملاحظة أن عددا من الدول الإسلامية،عملا بأحكام الشريعة، يحظر دفع الفائدة بموجب قوانينها الخاصة أو حتى بموجب دساتيرها. غير أنها وضعت بدائل للفائدة في سياق المعاملات التجارية والدولية. على سبيل المثال، يحظر الدستور الإيراني، المبدأ ٤٣ والمبدأ ٤٩، دفع الفائدة، لكن قرر مجلس الوصاية أن هذا الحكم لا ينطبق على ''الحكومات والمؤسسات والشركات والأشخاص الأجانب، الذين لا يعتبرون، بموجب مبادئ عقائدهم، أن [الفائدة] محظورة ....''. انظر غوتاندا (١٩٩٨)، الصفحتين ٣٩ و ٤٠، مع الإحالات.

''لا تتبع المحاكم الدولية نهجا موحدا لمنح الفائدة. ونتيجة لذلك تباينت أحكام منح الفائدة تباينا كبيرا. ولم يكن هنـــاك اتفاق يذكر بشأن الظروف التي تبرر دفع الفائدة، كما تراوحت أسعار الفائدة الممنوحة بين ٣ في المائة و٢٠ في المائة''(٣٩٥).

مسألة الفائدة المركبة

٢٠٧- يتمثل أحد جوانب مسألة الفائدة في إمكانية منح فائدة مركبة. وعلى سبيل التطوير التدريجي، على الأقل، أيد السيد أرانخيو رويس الحكم بدفع فائدة مُركَّبة ''كلما كانت أمرا لا بد منه لضمان التعويض الكامل عن الأضرار التي تلحق بالدولة المتضررة''(٣٩٦). بيد أن اللجنة لم تقر اقتراحه في هذا الصدد، وورد فقط في التعليق أن المسائل المتعلقة بالفائدة المركبة ''يتعين حلها على أساس كل حالة على حدة''(٣٩٧).

٢٠٨- الواقع هو أن المحاكم وهيئات التحكيم كانت تُعارض عموما الحكم بدفع فائدة مُركَّبة، وهذا يصدق حتى على هيئات التحكيم، التي ترى أن لأصحاب المطالبات الحق عادة في الحصـــول على فائدة تعويضية. على سبيل المثال، رفضت هيئة التحكيم في مطالبات إيران - الولايات المتحدة الأمريكية بصورة مستمرة مطالبات الحصول على فائدة مُركَّبة، بما في ذلك الحالات التي تكبد فيها صاحب المطالبة خسائر على شكل فائدة مُركَّبة على الدين المتعلقة بالمطالبة. وفي قضية شركة ج. ر. رينولدز للتبغ ضد حكومة جمهورية إيران الإسلامية لم تجد المحكمة أن هناك ...

''أي أسباب خاصة تدعو إلى الخروج على السوابق الدولية التي لا تسمح عادة بالحكم بدفع فائدة مُركَّبة. وكما لاحظ أحد الثقات فإن ''هناك عدة قواعد في نطاق موضوع الأضرار في القانون الدولي أصبحت أكثر رسوخا من القاعدة المتعلقة بإمكانية الحكم بدفع الفائدة المركبة'' ... ومع أنه يمكن تفسير عبارة ''جميع المبالغ'' على أنها تشمل الفائدة، فإن المحكمة تُفسر الفقرة، نظرا لغموض الصيغة، في ضوء قاعدة القانون الدولي المشار إليها توا، ومن ثم تستبعد الفائدة المركبة''(٣٩٨).

---

(٣٩٥) غوتاندا (١٩٩٨) ١٣ (حذفت الإحالات).

(٣٩٦) التقرير الثاني، الحولية، ١٩٩٨، المجلد الثاني، الجزء ١، الصفحة ٣٠ من النص الانكليزي، (الفقرة ١٠٥).

(٣٩٧) التعليق على المادة ٤٤، الفقرة (٢٦).

(٣٩٨) (1984) 7 Iran-U.S. C.T.R. 181 at pp. 191-2, citing M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, 1943) vol. 3, p. 1997.

واتساقا مع هذا النهج، ساقت المحكمة الأحكام التعاقدية التي تنص فيما يبدو على الفائدة المركبة لكي تمنع حصول صاحب المطالبة على ربح ''لا يتناسب كلية مع الخسارة المحتملة التي ربما تكبدها [هو] لأن المبالغ المستحقة لم تكن تحت تصرفه''(٣٩٩).

٢٠٩- ومن ثم، فإن رجحان كفة الأمر لا يزال في جانب تأييد الرأي الذي أعرب عنه المُحكِّم هوبر في قضية المنطقة الإسبانية في المغرب والقائل بما يلي:

> ''في الأحكام السابقة في قضايا التحكيم في الأمور التي تنطوي على قيام إحدى الدول بتعويض دولة أخرى عن أضرار لحقت برعاياها في إقليم الدولة الأولى، وهي في واقع الأمر أحكام مستفيضة للغاية، يوجد إجماع على عدم السماح بالفائدة المركبة. وفي هذه الظروف، يقتضي الحكم بدفع هذه الفائدة تقديم حجج بالغة القوة ومحددة للغاية....''(٤٠٠).

وينطبق الأمر ذاته بنفس القدر على الفائدة المركبة فيما يتعلق بالمطالبات بين دولة وأخرى.

٢١٠- ومع ذلك، هناك العديد من المؤلفين (وبالذات ف. أ. مان) الذين حاجوا بإعادة النظر في هذا المبدأ على أساس أن ''الفائدة المركبة التي يكون الطرف المتضرر قد تحملها بصورة معقولة ينبغي استردادها باعتبارها أحد بنود الضرر''(٤٠١). وأيدت هذا الرأي أيضا هيئة تحكيم تابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في قضية حديثة

---

(٣٩٩) *Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1986) 13 Iran-U.S. C.T.R. 199 at p. 235. See also Aldrich (1996) pp. 477-478.

(٤٠٠) تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولي، المجلد الثاني، الصفحة ٦١٥، والصفحة ٦٥٠ (١٩٢٤)، ذكرها آرانخيو - رويس،التقرير الثاني (١٩٩٨)، الفقرة ١٠١. ويورد التقرير العديد من القضايا اللاحقة التي صدرت فيها أحكام بمنح فائدة مركبة أو على الأقل لم تستبعدها من حيث المبدأ. وهناك مثال أحدث عهدا وهو التحكيم في قضية Aminoil حيث حُكم بفائدة مركبة لفترة ما دون إبداء الأسباب. ومثلت نسبة ١٥ في المائة من إجمالي المبلغ النهائي المستحق: Barker (1998) p.233, n. 119 . انظر *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co*. (1982) 66 I.L.R. 519 at p. 519 at p.613 ((Reuter, Sultan, Fitzmaurice.

(٤٠١) F.A. Mann, "Compound Interest as an Item of Damage in International Law", *in Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990) p. 377 at p. 383. بحماسته المعهودة يجادل مان بقوله إن ذلك العرض ''ينبغي ألا يكون فقط قانونا انكليزيا فحسب بل ينبغي قبوله حيثما سمح بالتعويضات، ولذلك ينبغي أن تُعامل كمبدأ عام من مبادئ القانون'': المرجع نفسه. انظر أيضا غوتاندا (١٩٩٦)، الصفحة ٦١ من النص الانكليزي، حيث يقترح فوائد مركبة ربع سنوية (مرة أخرى، على أساس مبدأ حكم القانون الواجب التطبيق *de lege ferenda*).

العهد هي القضية التي رفعتها شركة *Compania des Desarrollo de Santa Elena* المساهمة على كوستاريكا[٤٠٢].

"... ومع أن الحكم بدفع فائدة بسيطة أكثر شيوعا من الحكم بدفع فائدة مُركَّبة، فإن الفائدة المركبة ليست بالأمر غير المألوف أو المستبعد في القانون الدولي. ولم تكشف ممارسات التحكيم الدولي عن وجود قاعدة موحدة فيما يتعلق بتحديد مدى ملاءمة الفائدة المركبة أوالفائدة البسيطة في حالة بعينها. والأحرى، هو أن تحديد نوع الفائدة هو نتيجة للممارسة التقديرية التي تأخذ في الاعتبار جميع ظروف القضية المعروضة، وبخاصة اعتبارات الإنصاف التي لا بد أن تشكل جزء من القانون الذي تطبقه المحكمة.

وعلى وجه الخصوص، فحيثما فقد صاحب أي ممتلكات في أي وقت سابق قيمة أصوله لكنه لم يحصل على المقابل النقدي الذي أصبح حينئذ مستحقا له ينبغي أن تعكس قيمة التعويض، جزئيا على الأقل، المبلغ الإضافي الذي كان سيعود عليه من أمواله لو أن هذه الأموال والدخل المتولد منها كانا قد أعيد استثمارهما كل سنة بأسعار الفائدة السائدة عموما. وليس القصد من الفائدة المركبة هو لوم أو معاقبة أي شخص بسبب التأخر في السداد للمالك الذي نزعت ملكيته، ولكنها آلية لضمان ملاءمة التعويض الممنوح لصاحب المطالبة في ظل هذه الظروف.

وفي القضية الراهنة، لن يكون هناك مبرر لمنح فائدة بسيطة بالنظر إلى أن [المدعي] ...لم يتمكن لنحو اثنين وعشرين عاما من استخدام الممتلكات في تطوير السياحة حسبما كان يظن حينما قام بشراء سانتا إيلينا أو من بيع هذه الممتلكات. ومن جهة أخرى، فإن منح فائدة مركبة كاملة لن تكون فيه مراعاة لوقائع القضية، حيث أن [المدعي]، في حين أنه تحمل عبء المحافظة على الممتلكات، فإنه قد ظل مالكا لها وتمكن من استخدامها واستغلالها بقدر محدود"[٤٠٣].

وواقع الأمر هو أن المحكمة قضت بدفع مبلغ إجمالي مقطوع على سبيل التعويض عن الممتلكات التي طُبقت عليها التدابير التي اتخذت منذ ٢٣ عاما. وحكمت بدفع فوائد تأخير بفائدة بسيطة تُدفع بعد مهلة زمنية قصيرة.

---

(٤٠٢) المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، ICSID Case No. ARB/96/1, final award of 1 February 2000 (Fortier, Lauterpacht, Weil).

(٤٠٣) حكم غير منشور، الفقرات ١٠٣-١٠٥.

٢١١ - يتلخص ما سبق، في أنه على الرغم من أنه لا يحكم عموما بالفائدة المركبة بموجب القانون الدولي أو من قبل المحاكم الدولية، فقد تنشأ ظروف خاصة تسوغ الأخذ ببعض عناصر الفائدة المركبة باعتبارها أحد جوانب الجبر الكامل. على أنه ينبغي تحري الدقة نظرا لأنه قد ينجم عن الحكم بفائدة مُركَّبة سداد مبلغ مغالى فيه وغير متناسب، حيث ستتجاوز قيمة الفائدة تجاوزا كبيرا المبلغ الأساسي المستحق الدفع.

المسائل المتعلقة بسعر الفائدة وفترة الحساب

٢١٢ - تتعلق المسألة الثالثة بالحساب الفعلي للفائدة: وتثير هذه المسألة مجموعة شائكة من القضايا المتعلقة بتاريخ بدء حساب الفائدة (تاريخ الإخلال، والتاريخ الذي كان مقررا للسداد، وتاريخ الدعوى أو المطالبة)، وتاريخ الانتهاء (تاريخ اتفاق التسوية أو الحكم، وتاريخ السداد الفعلي) علاوة على سعر الفائدة المطبق (السعر الجاري في الدولة المدعى عليها، وفي الدولة المدعية، وأسعار الإقراض الدولية). وكما سبق أن ذكر، ليس هناك حاليا أسلوب موحد للتعامل مع هذه القضايا. ومن الناحية العملية، فإن ظروف كل قضية على حدة وتصرفات الأطراف تؤثر تأثيرا قويا في نتائجها. ورغم أن المادة ٩ التي اقترحها السيد أرانخيو - رويس تعتبر أن تاريخ الإخلال هو تاريخ بدء حساب فترة الفائدة، قد تكون هناك صعوبات في تحديد ذلك التاريخ، وهناك نظم قانونية كثيرة تشترط أن يقدم المدعي مطالبة بالدفع قبل أن يبدأ سريان مفعول الفائدة[٤٠٤]. وعلى أي حال، فإن عدم تقديم مطالبة بالدفع في الموعد المناسب هو أمر وثيق الصلة بالبت في مسألة السماح أو عدم السماح بالفائدة. وفيما يتعلق بفوائد التأخير (بعد صدور الحكم)، فقد سمح في بعض القضايا بمهلة زمنية للسداد (تتراوح ما بين ستة أسابيع وثلاثة أشهر) قبل بدء استحقاق الفائدة، في حين لم يسمح بذلك في قضايا أخرى. وقد أصابت كثيرا هيئة التحكيم في الدعوى بين جمهورية إيران الإسلامية والولايات المتحدة في الملاحظة التي أبدتها ومؤداها أن هذه الأمور، إذا لم تتمكن الأطراف من حسمها، يجب أن تترك "للسلطة التقديرية الممنوحة [لكل محكمة] للبت في كل قضية على حدة"[٤٠٥]. ومن جهة أخرى فإن حالة الفوضى الراهنة التي تتسم بها القرارات والممارسات توحي بأنه قد يكون من المفيد وضع قرينة قانونية تُطبق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أو ما لم توجد اعتبارات محددة توحي بعكس ذلك.

---

(٤٠٤) اعتبرت المحكمة الدائمة للتحكيم في قضية Russian Indemnity case, U.N.R.I.A.A., vol. 11 p. 421 at p. 442 (1912) أن تاريخ الطلب الرسمي هو التاريخ ذو الصلة، قياسا على الموقف العام في نظم القوانين البلدية الأوروبية.

(٤٠٥) Iran-US C.T.R. 285 at p. 290; above, paragraph 202 (1987).

(ج) هل يوضع حكم بشأن الفائدة؟

٢١٣ -يتفق المقرر الخاص في الرأي مع الانتقاد الموجه إلى المادة ٤٤ (٢) بأنها بصيغتها الحالية لا تعبر عن مضمون القانون الدولي الحالي بشأن الفائدة التعويضية. ومن حيث المبدأ، يحق للدولة المتضررة الحصول على فائدة على المبلغ الرئيسي الذي يمثل خسارتها، إذا قدرت قيمة هذا المبلغ في تاريخ سابق على تاريخ التسوية أو إصدار حكم أو قرار بشأن الدعوى وبالقدر اللازم لضمان الجبر الكامل[٤٠٦]. ومن الناحية العملية، فإن هذا الاستحقاق، وإن كان يُشكل جانبا من جوانب التعويض فإنه سيُعامل بوصفه عنصرا مستقلا من عناصر الضرر، ولهذا السبب بالذات ينبغي التعبير عنه في مادة مستقلة في الفصل الثاني. وينبغي ألا تقتصر هذه المادة على المبالغ المحكوم بها على أساس أنها تمثل خسارة في الأرباح (حيث أن اقتراح السيد آرانجيو - رويس كان، فيما يبدو، محدودا). بيد أنه في ظل الحالة الراهنة للأحكام القانونية السابقة في هذا الموضوع سيكون من المغالى فيه الإشارة إلى أن هناك أي حق في الفائدة المركبة. وينبغي أن يشير التعليق إلى أنه يجوز في ظروف خاصة الحكم باستحقاق الفائدة المركبة بالقدر اللازم لتحقيق الجبر الكامل. وينبغي أن يوضح التعليق أيضا أن المادة المقترحة تُعنى فقط بالفائدة التعويضية. ومن الأفضل اعتبار سلطة أي محكمة أو هيئة تحكيم في الأمر بدفع فائدة تأخير (بعد صدور الحكم) مسألة تخص إجراءات تلك المحكمة أو الهيئة، ومن ثم فإنها تقع خارج نطاق مشاريع المواد هذه.

٢١٤ -وبناء على ذلك، يقترح المقرر الخاص المادة ٤٥ مكررا التالية:

الفائدة

١ - تُسدد كذلك الفائدة المتعلقة بأي مبلغ أصلي يجري دفعه في إطار مشاريع المواد هذه، عند الاقتضاء، من أجل كفالة الاضطلاع بالجبر على نحو كامل. وينبغي لنسبة الفائدة وطريقة الحساب أن تكونا أنسب ما يمكن لتحقيق تلك النتيجة.

٢ - يبدأ سريان الفائدة من الموعد الذي كان يجب فيه أن يسدد التعويض وحتى موعد الوفاء بالتزام سداد هذا التعويض، ما لم يُتفق على غير ذلك أو ما لم يتقرر غير ذلك.

٦ - تخفيف المسؤولية

٢١٥ -عند الانتقال من مسألة مدى المسؤولية إلى تخفيفها، تبرز مسألتان. وإحداهما قد سبق تناولها في المادة ٤٢ (٢) بصيغتها المعتمدة في القراءة الأولى، وهي تتعلق بالحالات التي

(٤٠٦) بناء على ذلك، لا يجوز السماح بالفائدة حيثما تقيم الخسارة بالقيمة السائدة في تاريخ الاستحقاق. انظر The Lighthouses Arbitration, (1950) 23 I.L.R. 659 at p.676 .

تكون فيها الدولة المستندة إلى المسؤولية قد أسهمت بنفسها مساهمة مادية في الخسارة الواقعة. والمسألة الثانية تتصل بالحالات التي لم تقم فيها الدولة السالفة الذكر باتخاذ الخطوات المتاحة بشكل معقول لتخفيف خسارتها، رغم عزو تلك الخسارة إلى الدولة المرتكبة للفعل.

(أ) الخطأ المساهم

٢١٦ - يتناول ما يشكل الآن المادة ٤٢ (٢) الخطأ المساهم والتخفيف[٤٠٧]. وليس من المناسب أن توضع هذه المادة جنبا إلى جنب مع المادة ٤٢ (١)، بوصفها مبدأ عاما في الفصل الأول، بل ينبغي أن يتم تناولها بالفعل باعتبارها قيدا على أشكال الجبر الواردة في الفصل الثاني.

٢١٧ - والمادة ٤٢ (٢) تنص على ما يلي:

"٢ - عند تحديد ما يلزم لجبر الضرر، يؤخذ في الاعتبار الإهمال أو الفعل المتعمد أو الامتناع المتعمد الذي ساهم في وقوع الضرر من جانب:

(أ) الدولة المضرورة؛ أو

(ب) مواطن تلك الدولة الذي قُدم الطلب نيابة عنه."

٢١٨ - وقد سبق اقتراح ما يشكل الآن المادة ٤٢ (٢) من جانب السيد أرانغيو - رويز، بصفة محددة، في سياق الجبر بمساو، أي التعويض. ويتضمن أحد البدائل التي قدمها نصا يسمح بتخفيض التعويض في حالة تداخل الأسباب "مما قد يتضمن الإهمال المساهم من جانب الدولة المتضررة"[٤٠٨]. ورفضت لجنة الصياغة نظرية تداخل الأسباب هذه، ولكنها أبقت على الشرط الذي يتناول بالتحديد الخطأ المساهم، فدواعي الإنصاف تقتضي مراعاة هذا الشرط عند تحديد صيغة ونطاق الالتزام بالجبر[٤٠٩].

---

(٤٠٧) نوقش هذا الموضوع على نطاق واسع في المراجع، ولكن انظر D. J. Bederman, "Contributory Fault and State Responsibility", Virginia Journal of International Law, vol. 30, 1990, pp. 335-369; J. Salmon, "La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilite internationale", in International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago (Giuffré, Milan, 1987), vol. iii, pp. 371-397.

(٤٠٨) انظر Arangio-Ruiz، التقرير الثاني (١٩٨٩)، ص ٥٦، وللاطلاع على مناقشته، انظر المرجع نفسه، ص ١٥ و ١٦.

(٤٠٩) انظر "حولية .... لعام ١٩٩٢، المجلد الأول، ص ٢١٧ (الفقرات ٢٠-٢٦).

٢١٩ -ويتضمن التعليق على المادة ٤٢ (٢) ملاحظة مفادها أن الخطأ المساهم ''يحظى باعتراف واسع النطاق في كل من النظرية والممارسة باعتباره ذا صلة بتحديد الجبر''[٤١٠]. والأمر على هذا النحو بصفة خاصة في سياق التعويض، ولكنه ذو صلة أيضا بالنسبة لسائر أشكال الجبر، بل وقد يكون كذلك بالنسبة للخيار فيما بينها[٤١١]. ويلاحظ التعليق أن عبارة ''الإهمال أو الفعل المتعمد أو الامتناع المتعمد الذي ساهم في وقوع الضرر'' مقتبسة من المادة ٦ (١) من اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية[٤١٢].

٢٢٠ -والحكومات التي علقت بالتحديد على المادة ٤٢ (٢)[٤١٣] لا تطالب مطالبة صريحة بحذفها ولكنها تشعر بالقلق عموما إزاء الصياغة والمفاهيم التي يستند إليها النص. وفي الوقت الذي توافق فيه المملكة المتحدة على أن العوامل التي روعيت في المادة ٤٢ (٢) ''ليست مثيرة للجدل في حد ذاتها''، فإنها تتساءل عن سبب اختيار الإهمال والسلوك المتعمد وحدهما؛ فهناك عناصر أخرى جديرة بالذكر الصريح أيضا مثل ''طبيعة القاعدة المنتهكة والمنفعة المقصودة بالحماية''. وفي ضوء انطباق هذا النص على الجبر، لا على التعويض وحده، فإن الحكومة البريطانية ''تشعر بالقلق لأن هذه الإشارة إلى ما يبدو وكأنه نظام للخطأ أو الإهمال المساهمين تحاول جعل مسألة من التي تمثل بالفعل جانبا من جوانب القواعد الموضوعية للقانون الدولي بمثابة مبدأ عام من مبادئ مسؤولية الدول[٤١٤]. والولايات المتحدة لديها شكوك أيضا في مقصد المادة ٤٢ (٢). ومن رأيها أن ليس ثمة وضوح فيما إذا كان النص يجسد ''مفهوما للإهمال المساهم قد ينفي تماما، في إطار القانون العام، مسؤولية مرتكب الفعل غير المشروع، أم أنه يتوقع خروجا جزئيا إلى حد ما عن معيار 'الجبر

(٤١٠) التعليق على المادة ٤٢، الفقرة ٧، مع إشارات إلى المراجع؛ والنص وارد في حولية .... لعام ١٩٩٣، المجلد الثاني (الجزء ٢)، ص ٥٩.

(٤١١) المرجع نفسه.

(٤١٢) المرجع نفسه، وللاطلاع على اتفاقية ٢٩ آذار/مارس ١٩٧٢، انظر مجموعة معاهدات الأمم المتحدة، المجلد ٩٦١، ص ١٨٨. وفي إطار المادة ٦ (١)، تعفى الدولة المطلقة من المسؤولية عن الضرر ''في حدود إثباتها لأن الضرر قد نجم، كليا أو جزئيا، عن الإهمال الجسيم أو الإهمال المتعمد لتسبيب الضرر من جانب الدولة القائمة بالمطالبة أو من تمثلهم من أشخاص طبيعيين أم اعتباريين''. وعلى نحو مستقل تماما عن عبء تقديم الدليل، يشكل هذا معيارا أكثر تشددا للإعفاء من ذلك المعيار الوارد في المادة ٤٢ (٢)، وإن كان هذا في سياق نظام للمسؤولية الدقيقة عن نشاط يتجاوز حد الخطورة الجسيمة.

(٤١٣) للاطلاع على موجز للتعليقات المقدمة من الحكومات على المادة ٤٢، انظر الفقرة ٢٢ أعلاه.

(٤١٤) A/CN.4/488، ص ١٠٤.

الكامل''[٤١٥]. والولايات المتحدة لا تقبل المفهوم الأول. وفيما يتصل بإقرار ''مبدأ للخطأ المقارن''، ترى الولايات المتحدة أنه سيضمّن مشاريع المواد معيارا غير محدد، وهو معيار غير وارد في قانون مسؤولية الدول القائم ''وقد يتعرض لإساءة الاستخدام من جانب الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع''[٤١٦]. وفي نفس الوقت، فإن هذه الحكومة ''تقدر الصعوبات التي تفرضها ظروف من قبيل تحمل الدولة المتضررة أو أحد رعاياها لشيء من المسؤولية فيما يتصل بنطاق الضرر الواقع''[٤١٧]، وهي تعترف بأن الدولة المتضررة ''قد يتوجب عليها في بعض الظروف أن تخفف ما وقع عليها من أضرار، مما يماثل قواعد قانون العقود''[٤١٨]. وتقترح فرنسا قصر الفقرة ٢ (ب) على حالة الحماية الدبلوماسية، بحيث يكون نصها بالتالي ''مواطن تلك الدولة الذي يمارس حماية دبلوماسية''[٤١٩].

٢٢١ - وقد يعترف بأن المادة ٤٢ (٢) تتضمن شيئا من التطوير التدريجي، وخاصة في سياق التزامات دولة إزاء دولة أخرى (مما يخالف الحماية الدبلوماسية). ومن الناحية الأخرى، فإن من المعقول أن يؤخذ تصرف الدولة المتضررة في الاعتبار عند تقييم صيغة ومدى الجبر الواجب، وهذا التصرف مأخوذ في الاعتبار عمليا بشتى الطرق. ويقترح المقرر الخاص الإبقاء على هذه الفقرة كمادة مستقلة تتناول تخفيف المسؤولية. وهذا العنوان قد يهدئ من تلك المخاوف التي أعربت عنها إحدى الحكومات، حيث قالت إن سلوك المجني عليه قد ينفي تماما مسؤولية مرتكب الخطأ. وهذا لا يحدث إلا في الحالات التي لا يمكن فيها على الإطلاق عزو الخسارة قيد النظر لتصرف الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع، مع عزوها بالكامل لما حدث من تدخل من جانب ''المجني عليه'' أو طرف آخر. وهذه الحالة محتملة الدفوع، ولكنها مشمولة بالمتطلب العام للسبب المباشر، لا بهذا النص.

---

(٤١٥) المرجع نفسه، ص ١٠٤.

(٤١٦) المرجع نفسه، ص ١٠٥، وانظر أيضا A/CN.4/496، ص ١٩، الفقرة ١٢٥، إلى جانب تعليقات اليابان التي تقول بأنه ينبغي للمادة ٤٢ (٢) أن تنص صراحة على أن الإسهام في الضرر ''لا يؤدي تلقائيا إلى إعفاء الدولة التي ترتكب الفعل غير المشروع من التزامها بالاضطلاع بالجبر على نحو كامل'' (A/CN.4/492، ص ١٤).

(٤١٧) A/CN.4/488، ص ١٠٥ (بالحروف المائلة في النص الأصلي).

(٤١٨) المرجع نفسه (الحاشية ٧٠).

(٤١٩) المرجع نفسه، ص ١٠٣.

(ب) تخفيف الضرر

٢٢٢ - إن ثمة قضية ذات صلة قد تعرضت لمناقشة موجزة[٤٢٠]، وهي ما يسمى بواجب الدولة المتضررة فيما يتعلق بتخفيف ما وقع عليها من ضرر. ووفقا لما أشارت إليه المحكمة الدولية في القضية المتعلقة بمشروع غابسيكوفو - ناغيماروس، فإن هذا الواجب ليس التزاما مستقلا ولكنه يمثل حدا على التعويضات التي قد تطالب بها الدولة المتضررة خلافا لذلك[٤٢١]. وهو متصل بمفهوم ''الإهمال المساهم'' أو ''الخطأ المقارن''ن ولكنه يشكل فكرة مستقلة من الناحية التحليلية، وهو لا يعني أن الدول المتضررة تساهم في الضرر، بل إنه يتضمن أنها لم تتخذ تلك التدابير التي كانت متاحة لديها على نحو معقول والتي كان من شأنها أن تقلل من هذا الضرر. ويجب أيضا أن يدرج هذا المبدأ في المادة المقترحة، وذلك بصفة خاصة في ضوء الشواغل المتعلقة بتقليل عبء الجبر إلى حد معقول[٤٢٢].

٧ - موجز الاستنتاجات المتصلة بالجزء الثاني، الفصل الثاني

٢٢٣ - لهذه الأسباب، ينبغي صياغة الفصل الثاني من الجزء الثاني كما يلي:

الفصل الثاني - أشكال الجبر

المادة ٤٣

الرد

تلتزم الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا بالرد، أي بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع، وذلك بالشروط وفي الحدود التي يكون فيها هذا الرد:

(أ) غير مستحيل ماديا؛...

(ب) لا يشكل عبئا لا يتناسب البتة مع الفائدة التي ستعود على الأطراف المتضررة من هذا الفعل من الحصول على الرد بدلا من التعويض.

---

(٤٢٠) انظر الفقرة ٣٠ أعلاه.

(٤٢١) انظر تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٩٧، ص ٧ و ص ٥٥ (الفقرة ٨٠)، مما ورد في الفقرة ٣٠ أعلاه.

(٤٢٢) انظر الفقرة ١٦١ أعلاه.

المادة ٤٤

التعويض

تلتزم الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا بالتعويض عن أي ضرر قابل للتقدير المالي ترتب على هذا الفعل، في حدود عدم إصلاح الرد للضرر.

المادة ٤٥

الترضية

١ - تلتزم الدولة التي ترتكب فعلا غير مشروع دوليا بتقديم ترضية عن أي ضرر غير مادي ترتب على هذا الفعل.

٢ - ومن ناحية أولى، ينبغي أن تتخذ الترضية شكل إقرار بالانتهاك مشفوع، عند الاقتضاء، بإعراب عن الأسف أو اعتذار رسمي.

٣ - وبالإضافة إلى هذا، وحيثما تتطلب الظروف، قد تتخذ الترضية أشكالا أخرى حسب الاقتضاء لكفالة الجبر الكامل، وهذا يتضمن، في جملة أمور:

[(أ) التعويضات الرسمية؛]

(ب) التعويضات التي تعبّر عن جسامة الضرر؛

(ج) عندما يكون الانتهاك ناجما عن انحراف خطير في سلوك موظفين أو عن تصرف إجرامي من جانب أي شخص، تُتخذ إجراءات تأديبية أو جزائية بحق هؤلاء الأشخاص.

٤ - ينبغي للترضية أن تكون متناسبة مع الضرر المعني، ولا يجوز لها أن تتخذ شكلا يتضمن امتهانا للدولة المسؤولة.

المادة ٤٥ مكررة

الفائدة

١ - تدفع كذلك عند الاقتضاء فائدة على أي مبلغ أصلي يُدفع في إطار مشاريع المواد هذه من أجل كفالة الجبر الكامل. وينبغي لنسبة الفائدة وطريقة الحساب أن تكونا أنسب ما يمكن لتحقيق تلك النتيجة.

٢ - يبدأ سريان الفائدة من الموعد الذي كان يجب فيه دفع التعويض حتى موعد الوفاء بالتزام سداد هذا التعويض، ما لم يُتفق على غير ذلك أو ما لم يتقرر غير ذلك.

المادة ٤٦ مكررة

تخفيف المسؤولية

عند تحديد شكل ومدى الجبر يراعى ما يلي:

(أ) ما أسهم في وقوع الضرر من إهمال أو فعل متعمد أو امتناع مقصود من قبل أي دولة، أو من قبل أي شخص أو كيان سبق تقديم الطلب نيابة عنه؛

(ب) ما إذا كان الطرف المتضرر قد اتخذ التدابير المتاحة إليه بشكل معقول لتخفيف الضرر.