الأمم المتحدة

A/CN.4/L.843

الجمعية العامة

Distr.: Limited
25 July 2014
Arabic
Original: English

لجنة القانون الدولي

الدورة السادسة والستون

جنيف، ٥ أيار/مايو – ٦ حزيران/يونيه
وتموز/يوليه – ٨ آب/أغسطس ٢٠١٤

مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها السادسة والستين

المقرر: السيد ديري **د. تلادي**

الفصل العاشر
تحديد القانون الدولي العرفي

المحتويات

الفقـــرات *الصفحة*

ألف – مقدمة .....

باء – النظر في الموضوع في الدورة الحالية .....

١– عرض المقرر الخاص للتقرير الثاني .....

٢– .....

٣– .....

(A) GE.14-09501 040814 040814

1409501

الرجاء إعادة الاستعمال

الفصل العاشر
تحديد القانون الدولي العرفي

ألف- مقدمة

١- قررت اللجنة، في دورتها الرابعة والستين (٢٠١٢)، أن تدرج موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها وعيّنت السيد مايكل وود مقرراً خاصاً[(١)]. وفي الدورة نفسها، عُرضت على اللجنة مذكرة مقدمة من المقرر الخاص (A/CN.4/653)[(٢)]. وفي الدورة نفسها أيضاً، طلبت اللجنة إلى الأمانة أن تعد مذكرة تحدد عناصر الأعمال السابقة للجنة التي يمكن أن تكون وثيقة الصلة بهذا الموضوع[(٣)].

٢- وفي الدورة الخامسة والستين (٢٠١٣)، نظرت اللجنة في التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/663)، وفي مذكرة أعدتها الأمانة بشأن الموضوع (A/CN.4/659)[(٤)]. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة تغيير عنوان الموضوع ليصبح "تحديد القانون الدولي العرفي".

باء- النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٣- عرض على اللجنة، في هذه الدورة، التقرير الثاني للمقرر الخاص (A/CN.4/672). ونظرت اللجنة في التقرير في جلساتها من ٣٢٢٢ إلى ٣٢٢٧ المعقودة في الفترة من ١١ إلى ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٤.

---

(١) في الجلسة ٣١٣٢ المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ٢٠١٢ (*الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/67/10)، الفقرة ١٥٧). وأحاطت الجمعية العامة علماً، في الفقرة ٧ من قرارها ٩٢/٦٧ المؤرخة ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢، مع التقدير بقرار اللجنة إدراج الموضوع في برنامج عملها. وأُدرج الموضوع في برنامج عمل اللجنة الطويل الأجل في دورتها الثالثة والستين (٢٠١١)، على أساس الاقتراح الوارد في المرفق ألف بتقرير اللجنة (*الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/66/10)، الصفحات ٤٠٠-٤١٠).

(٢) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/67/10)، الفقرات ١٥٧-٢٠٢.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٥٩.

(٤) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثامنة والستون، الملحق رقم ١٠* (A/68/10)، الفقرة ٦٤.

١- عرض المقرر الخاص للتقرير الثاني

٤- ركز التقرير الثاني على ركني قواعد القانون الدولي العرفي وهما: وجود "ممارسة عامة" و"مقبولة بمثابة قانون". واقترح التقرير أحد عشر مشروع استنتاج، تنقسم إلى أربعة أجزاء ("مقدمة"؛ "ركنان"؛ "ممارسة عامة"؛ "بمثابة قانون").

٥- وبعد إشارة إلى الخلفية التاريخية للموضوع، يعرض الجزء الأول من التقرير نطاق العمل والنتائج المزمع تحقيقها. ويتناول مشروع الاستنتاج ١[٥] نطاق مشاريع الاستنتاجات وحدودها وترد في مشروع الاستنتاج ٢[٦] بعض المصطلحات التي ارتئي أن من المفيد تعريفها لأغراض هذا العمل. وينتقل التقرير بعد ذلك إلى صلب الموضوع في جزئه الثاني، أي النهج الأساسي لتحديد القانون الدولي العرفي. ويعرض مشروع الاستنتاج ٣ بوضوح نهج الركنين[٧] ويشكل مشروع الاستنتاج ٤ حكماً عاماً بشأن تقييم الأدلة لهذا الغرض[٨]. ويرد عرض الركنين بمزيد من التفصيل في الجزأين التاليين على التوالي. ويشمل الجزء الثالث خمسة من مشاريع الاستنتاجات تتعلق بإثبات وجود "ممارسة عامة" وطبيعة هذه الممارسة، وتحديداً دور الممارسة (مشروع الاستنتاج ٥)، وإسناد التصرف (مشروع الاستنتاج ٦)،

---

(٥) فيما يلي نص مشروع الاستنتاج ١:

النطاق

١- تتعلق مشاريع الاستنتاجات هذه بمنهجية تحديد وجود قواعد القانون الدولي العرفي ومضمونها.

٢- لا تخل مشاريع الاستنتاجات هذه بالمنهجية المتعلقة بمصادر القانون الدولي الأخرى والمسائل المتصلة بالقواعد القطعية للقانون الدولي (القواعد الآمرة).

(٦) فيما يلي نص مشروع الاستنتاج ٢:

المصطلحات المستخدمة

لأغراض مشاريع الاستنتاجات هذه:

(أ) يقصد بعبارة 'القانون الدولي العرفي' قواعد القانون الدولي التي تُستمد من ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون وتعكسها؛

(ب) يقصد بعبارة 'منظمة دولية' منظمة حكومية دولية؛

(ج) ...

(٧) فيما يلي نص مشروع الاستنتاج ٣:

النهج الأساسي

يستلزم تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي ومضمونها التحقق من وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون.

(٨) فيما يلي نص مشروع الاستنتاج ٤:

تقييم الأدلة

عند تقييم الأدلة على وجود ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون، يجب مراعاة سياقها، بما في ذلك الظروف المحيطة بها.

وأشكال الممارسة (مشروع الاستنتاج ٧)، وتقييم وزن الأدلة على الممارسة (مشروع الاستنتاج ٨) ووجوب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة (مشروع الاستنتاج ٩)[٩]. وبعد ذلك، يعالج الجزء الرابع ثاني الركنين "مقبولة بمثابة قانون" في مشروعي استنتاجين

---

(٩) فيما يلي نص الجزء الثالث (مشاريع الاستنتاجات من ٥ إلى ٩):

الممارسة العامة

مشروع الاستنتاج ٥
دور الممارسة

الشرط المتمثل في وجود ممارسة عامة، باعتبارها ركناً من أركان القانون الدولي العرفي، يعني أن ممارسة الدول هي التي تسهم أساساً في وضع قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها.

مشروع الاستنتاج ٦
إسناد التصرف

تتألف ممارسة الدول من تصرفات تسند إلى الدولة، سواء أكانت تمارس وظائف تنفيذية أم تشريعية أم قضائية أم أية وظائف أخرى.

مشروع الاستنتاج ٧
أشكال الممارسة

١- قد تتخذ الممارسة أشكالاً متعددة ومتنوعة. وتشمل الأفعال المادية واللفظية على حد سواء.

٢- تشمل مظاهر الممارسة، في جملة أمور، تصرفات الدول "على أرض الواقع"، والأفعال والمراسلات الدبلوماسية، والقوانين التشريعية، والأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، والمنشورات الرسمية في مجال القانون الدولي، والبيانات التي يدلى بها باسم الدول بشأن جهود التدوين، والممارسة المتعلقة بالمعاهدات، والأفعال المتعلقة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.

٣- قد يشكل عدم الفعل ممارسة أيضا.

٤- قد تشكل أفعال المنظمات الدولية (بما في ذلك عدم الفعل) ممارسة أيضا.

مشروع الاستنتاج ٨
تقييم وزن الأدلة على الممارسة

١- ليس هناك من تراتبية مُسبقة لشتى أشكال الممارسة.

٢- ينبغي أن يُؤخذ في الحسبان كل ما هو متاح من الممارسات الخاصة بدولة معينة. وعندما لا تعتمد أجهزة الدولة نهجاً موحداً، يُعطى وزن أقل لما تتبعه من ممارسات.

مشروع الاستنتاج ٩
وجوب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة

١- يُشترط لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أن تكون الممارسة المعنية عامة، وهذا يعني وجوب أن يكون لها ما يكفي من الانتشار والتمثيلية. وليس من الضروري أن تكون هذه الممارسة عالمية.

٢- يجب أن تكون هذه الممارسة متسقة عموما.

٣- لا يُشترط أن تدوم الممارسة مدة معينة، ولكن يُشترط أن تكون عامة ومتسقة بما فيه الكفاية.

٤- يُشترط في تقييم الممارسة إيلاء الاعتبار الواجب لممارسات الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص.

بشأن دور قبول القانون وإثبات هذا القبول (مشروعا الاستنتاجين ١٠ و١١ على التوالي)[١٠].

٥- وأشار المقرر الخاص، في عرضه، إلى جوانب المناقشات التي تناولت نطاق الموضوع ونتائجه في دورة اللجنة المعقودة في عام ٢٠١٣. وأشار، على وجه الخصوص، إلى أن المتصور حالياً هو أن تكون نتائج الموضوع في شكل "استنتاجات" مشفوعة بتعليقات، وأن ذلك يحظى بتأييد واسع في لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة. غير أنه يمكن إعادة النظر باستمرار في الشكل النهائي مع تقدم العمل المتعلق بالموضوع. وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى أنه لا يعتزم معالجة المبادئ العامة للقانون أو القواعد الآمرة في إطار هذا الموضوع.

٦- وأشار المقرر الخاص إلى أن الهدف من دراسة الموضوع، كما ذُكر في الجزء الأول من التقرير، ليس تحديد جوهر قواعد القانون الدولي العرفي، بل معالجة المسألة المنهجية المتمثلة في تحديد وجود قواعد القانون الدولي العرفي وعناصرها.

٧- وذكر المقرر الخاص أن جوهر التقرير الثاني هو نهج الركنين في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. وأشار إلى أن هذا النهج متبع على نطاق واسع في ممارسة الدول وفي قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما فيها محكمة العدل الدولية، وأنه حظي بترحيب اللجنة

---

(١٠) فيما يلي نص الجزء الرابع (مشروعا الاستنتاجين ١٠ و١١)

القبول بمثابة قانون

مشروع الاستنتاج ١٠
دور القبول بمثابة قانون

١- شرط قبول الممارسة العامة بمثابة قانون، باعتباره ركناً من أركان القانون الدولي العرفي، يعني وجوب اقتران الممارسة المعنية بإحساس بالالتزام القانوني.

٢- القبول بمثابة قانون هو ما يميز قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي عن العادة فحسب.

مشروع الاستنتاج ١١
إثبات القبول بمثابة قانون

١- قد تتخذ الأدلة التي تثبت قبول ممارسة عامة بمثابة قانون أشكالاً متعددة ومتنوعة. وقد تتباين هذه الأشكال وفقاً للطابع الذي تتسم به القاعدة وللظروف المحيطة بتطبيقها.

٢- تشمل أشكال الإثبات، على سبيل المثال لا الحصر، بيانات الدول التي تبين ما يشكل قواعد من القانون الدولي العرفي وما لا يشكل ذلك، والمراسلات الدبلوماسية، والاجتهادات القضائية للمحاكم الوطنية، وآراء المستشارين القانونين للحكومات، والمنشورات الرسمية في مجالات القانون الدولي، والممارسات المتعلقة بالمعاهدات، والأفعال المرتبطة بقرارات الأجهزة التابعة للمنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية.

٣- قد يُستخدم عدم الفعل كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون.

٤- قد لا يحول كون فعل ما (بما في ذلك عدم الفعل) من قبل إحدى الدول لغرض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي دون كون الفعل ذاته يشكل دليلاً على قبول الممارسة المعنية بمثابة قانون.

السادسة. وقال إن المؤلفات القانونية تقره أيضاً بوجه عام. وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى الرأي الذي يذهب، فيما يتعلق بميادين معينة للقانون الدولي، مثل القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، إلى أن عنصراً واحداً، هو الاعتقاد بإلزامية الممارسة (*opinio juris*)، قد يكفي لإثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، وشدد على أن هذا الرأي لا تؤيده ممارسة الدول أو السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية. غير أنه أشار إلى أنه قد توجد اختلافات في تطبيق نهج الركنين في مختلف الميادين أو فيما يتعلق بمختلف أنواع القواعد.

٨- وذكر المقرر الخاص أنه بعد معالجة الجوانب الأساسية لنهج الركنين، يتناول التقرير بمزيد من التفصيل كل ركن من هذين الركنين. وفيما يتعلق بالركين الأول وهو وجود "ممارسة عامة"، أشار المقرر الخاص إلى أن هذا المصطلح أفضل من مصطلح "ممارسة الدول" لأنه يعكس الصيغة المستخدمة في الفقرة ١(ب) من المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وأقر بأن ممارسة المنظمات الدولية قد تكون أيضاً وثيقة الصلة بالموضوع. وأشار أيضاً إلى أن مشروع الاستنتاج المتعلق بدور الممارسة، الذي يذهب إلى أن ممارسة الدول هي ما يساهم في المقام الأول في إنشاء قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها، هو مشروع مستعار جزئياً من صيغة أحكام لمحكمة العدل الدولية. وعلى نفس المنوال، يستند مشروع الاستنتاج المقترح في التقرير بشأن مسألة نسب التصرف، بدرجة كبيرة، إلى المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

٩- ويعالج التقرير أيضاً بقدر من التفصيل ما يطلق عليه "مظاهر الممارسة"، أي الأفعال أو حالات الامتناع التي قد تكون مهمة للتحقق من وجود "ممارسة عامة". ووجه المقرر الخاص الانتباه إلى ست نقاط متعلقة بهذا الجزء من التقرير. فأولاً، قد تتمثل الممارسة في الأفعال اللفظية بالإضافة إلى الأفعال المادية. وثانياً، من المفيد وضع قائمة إرشادية لأشكال الممارسة، وبخاصة في ضوء الهدف الإجمالي للموضوع، ولكن من المؤكد أن هذه القائمة لن تكون شاملة. وثالثاً، قد يفيد عدد كبير من أنواع الممارسة المذكورة في القائمة أيضاً كدليل على قبولها باعتبارها قانوناً. ورابعاً، تشكل الممارسة المتعلقة بالمعاهدات وقرارات أجهزة المنظمات الدولية حالياً شكلين من أهم أشكال الممارسة وستجري معالجتها بمزيد من التعمق في التقرير المقبل. وخامساً، ينبغي عدم إغفال الأهمية العملية لعدم التصرف أو السكوت. وأخيراً، قد تتميز ممارسة بعض المنظمات الدولية بأهمية متزايدة، وإن كان ينبغي تقييمها بحذر.

١٠- وذكر المقرر الخاص أنه لا يوجد ترتيب للأهمية محدد سلفاً لمختلف أشكال الممارسة، وأنه ينبغي أن يؤخذ في الحسبان كل ما هو متاح من ممارسات دولة بعينها. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون الممارسة عامة ومتسقة. ولكي تكون الممارسة عامة، يجب أن تكون واسعة الانتشار وتمثيلية بشكل كاف ولكن لا يُشترط أن تكون عالمية. وفي حال توفر هذه

الشروط، لا يلزم حد أدنى معين للمدة. وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي إيلاء الاعتبار اللازم لممارسة الدول التي تتأثر مصالحها بشكل خاص.

١١- وفيما يتعلق بثاني الركنين، أي ممارسة عامة مقبولة باعتبارها قانوناً، أكد المقرر الخاص أن العديد من الصعوبات التي تصاحب عادة هذا الركن هي صعوبات نظرية وليست عملية. فقبول ممارسة عامة باعتبارها قانوناً تقتضي أن تكون هذه الممارسة مصحوبة بحس الالتزام القانوني، وهذا ما يميز قاعدة القانون الدولي العرفي عن العادة أو العرف. ورئي أيضاً أن استخدام عبارة "مقبولة بمثابة قانون"، المستعارة من صيغة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، أفضل من عبارة "الاعتقاد بإلزامية الممارسة" (*opinion juris*) أو من المصطلحات الأخرى المستخدمة في الفقه، بما أنها تصف ما يحدث في الممارسة بشكل أفضل مما تفعله العبارات الأخرى الشائعة. واستخدام تعبير "مقبولة بمثابة قانون" سيغني عن الحاجة إلى تفسير عبارة "*opinion juris sive necessitates*" اللاتينية التي لا تزال محل خلاف.

١٢- وينتقل التقرير بعد ذلك إلى معالجة مسألة كيفية إثبات قبول القانون (أو عدم قبوله). ويخلص إلى أن هذا القبول يمكن أن تشير إليه الممارسة أو توحي به، وشدد مع ذلك على أن الركن الذاتي شرط مختلف عن وجود "ممارسة عامة" ويجب تحديده بشكل منفصل في كل حالة. وأشار المقرر الخاص إلى أنه قد يلزم وضع مشروع استنتاج آخر لزيادة توضيح هذه النقطة. وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى أنه على غرار "الممارسة"، قد يتخذ الدليل على أن الممارسة "مقبولة بمثابة قانون" أشكالاً متعددة، وأن التقرير يتضمن قائمة إرشادية غير شاملة لهذه الأشكال.

١٣- وأعرب المقرر الخاص عن بالغ تقديره لما حصل عليه من مساهمة ودعم في إعداد التقرير الثاني، وللمساهمات الكتابية التي تلقاها من عدة حكومات بشأن الموضوع. وأشار المقرر الخاص إلى وجود جوانب أخرى للموضوع سيبحثها بمزيد من التفصيل في تقريره الثالث الذي سيقدمه في العام المقبل وأوضح في هذا الشأن أنه سيظل يرحب بما يرد إليه من آراء وإسهامات مع تقدم العمل المتعلق بالموضوع. وبالإضافة إلى مسألة تفاعل الركنين، طلب المقرر الخاص تقديم آراء بشأن دور ممارسة الجهات غير التابعة للدول، ودور قرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية، ودور المعاهدات (والعلاقة بها)، ومهمة تقييم الدليل على الممارسة وقبولها باعتبارها قانوناً، وسبل مواجهة تحديات تقييم ممارسة الدول والدليل عليها.

١٤- وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى أن مسائل القانون الدولي العرفي "الخاص" أو "الإقليمي"، بما في ذلك "العرف الثنائي"، التي أثيرت في اللجنة السادسة في عام ٢٠١٣، سيغطيها تقريره الثالث في عام ٢٠١٥.

٢- موجز المناقشة

(أ) الملاحظات العامة

١٥- كان هناك تأييد واسع لتوجه المقرر الخاص ونهجه إجمالاً. وحظي نهج الركنين بترحيب عام. واتُفق على نطاق واسع على أنه ينبغي أن تكون نتائج العمل أداة عملية بالغة الأهمية للممارسين غير المتخصصين في القانون الدولي. وأوصي في هذا الصدد بأن تكون مشاريع الاستنتاجات واضحة وأن تعكس ما يلزم من فروق دقيقة في المعنى ومن توصيف. وكان هناك اتفاق عام أيضاً على أنه ينبغي ألاّ تكون مشاريع الاستنتاجات توجيهية أكثر من اللازم وأنه ينبغي أن تعكس المرونة الأصيلة في القانون الدولي العرفي.

١٦- ومع ذلك أثيرت مسائل فيما يتعلق بنطاق الموضوع. فقد دعا بعض أعضاء اللجنة إلى الإشارة بشكل مباشر إلى عملية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي، بالإضافة إلى النظر في إثبات القانون الدولي العرفي. وأثار عدد من الأعضاء شواغل بشأن إهمال إجراء بحث تفصيلي للعلاقة بين القانون الدولي العرفي ومصادر القانون الدولي الأخرى، وبخاصة المبادئ العامة للقانون. ورئي أيضاً أن دراسة العلاقة بالأعراف وبالمجاملة ستكون مفيدة.

١٧- وأُشيد بالجهود التي بذلها المقرر الخاص للاعتماد على الممارسة في مختلف أنحاء العالم، وإن كان عدد من الأعضاء قد سلط الضوء على صعوبة التحقق من ممارسة الدول في هذا الميدان. وفي ضوء الأهمية الجوهرية لجعل الممارسة متاحة ويمكن الاطلاع عليها بسهولة أكبر، ورئي أن من المفيد دعوة الحكومات من جديد إلى تقديم معلومات عن ممارستها فيما يتعلق بتحديد القانون الدولي، بالإضافة إلى معلومات عن المختارات القانونية وغيرها من المنشورات التي تتضمن ممارسات الدول المعنية. ورغم صعوبة التحقق من ممارسة الدول، حذّر بعض أعضاء اللجنة من المغالاة في الاعتماد على أحكام محكمة العدل الدولية، قياساً إلى المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى.

١٨- وجرى تبادل للآراء أيضاً بشأن مسألة تحديد من يقع عليه عبء إثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. وناقش بعض أعضاء اللجنة مسألة ما إذا كان عبء الإثبات، في حالة النزاع على وجود قاعدة معينة، يقع على الطرف الذي يدعي وجود القاعدة أم على الطرف الذي ينكر وجودها، أو ما إذا كان ينبغي أن يتخذ قاضٍ خطوات إيجابية للتحقق من الدليل.

١٩- وحظي برنامج العمل الذي اقترحه المقرر الخاص بالتأييد عموماً. ورحب عدد من الأعضاء بالاقتراح الداعي إلى دراسة التفاعل بين ركني القانون الدولي العرفي، ودعا عدد من الأعضاء إلى النظر بوجه خاص في الجوانب الزمنية للتفاعل. وكان هناك ترحيب أيضاً بمواصلة النظر في دور المنظمات الدولية، بالإضافة إلى العرف الإقليمي والثنائي ومفهوم "المعترض الدائم". غير أن بعض الأعضاء أبدوا تحفظات إزاء وتيرة العمل الطموحة التي

اقترحها المقرر الخاص، وأشاروا إلى أن الموضوع يتضمن العديد من المسائل الصعبة التي ستتطلب دراسة حذرة ومتأنية.

(ب) استخدام المصطلحات

٢٠- جرى تبادل للآراء بشأن استصواب إدراج تعريف لـ "القانون الدولي العرفي" و"المنظمات الدولية" على النحو المقترح في مشروع الاستنتاج المتعلق باستخدام المصطلحات. فقد أبدى عدد من الأعضاء شكاً في ضرورة التعريفين أو ملاءمتهما، بينما رأى عدد من الأعضاء الآخرين أن التعريفين مفيدان ورأوا أنه يمكن أيضاً تعريف مصطلحات أخرى، بما فيها ركنا القانون الدولي العرفي.

٢١- وفيما يتعلق بتعريف القانون الدولي العرفي الذي اقترحه المقرر الخاص في مشروع الاستنتاج ٢، ثار نقاش مستفيض بشأن نقطتين. وأُعرب عن آراء مختلفة بشأن ما إذا كان ينبغي أن يستند التعريف إلى الصيغة الواردة في الفقرة ١(ب) من المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وما إذا كان ينبغي استخدام عبارة "*opinion juris*" . وأيد عدد من الأعضاء استناد التعريف إلى صيغة النظام الأساسي، غير أن بعض الأعضاء لاحظوا أن هذا التعريف أثار انتقاداً على نطاق واسع في الفقه. وأشار عدد من الأعضاء إلى أن "*opinion juris*" هو أكثر العبارات شيوعاً في الفقه والقضاء ودعوا إلى الاستعاضة عن تعبير "مقبولة بمثابة قانون" بتعبير "*opinion juris*" ، واقترح عدد من الأعضاء الآخرين إدراج إشارة إلى التعبيرين.

(ج) النهج الأساسي

٢٢- كان هناك اتفاق واسع النطاق بشأن نهج الركنين الأساسي المتبع في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. وحظي الرأي الذي يذهب إلى أن النهج الأساسي لا يختلف بين ميادين القانون الدولي، على وجه الخصوص، بتأييد عام بين أعضاء اللجنة. غير أن بعض الأعضاء أشاروا إلى وجود نهج مختلفة للتحديد في مختلف الميادين، لكنهم أقروا أن التباين قد يتمثل في اختلاف في تطبيق نهج الركنين وليس في تطبيق نهج مختلف.

٢٣- وتمهيداً لنظر المقرر الخاص في التفاعل بين الركنين في تقريره المقبل، أبدى عدد من الأعضاء ملاحظات بشأن الجوانب الزمنية لنهج الركنين. وأعربوا عن قلقهم لأن النهج بصيغته الواردة في مشروع الاستنتاج ٣ يبدو موحياً بأن وجود "ممارسة عامة" يجب أن يسبق دائماً شرط أن تكون "مقبولة بمثابة قانون". وأشار عدد من الأعضاء إلى أن وجود الركنين هو الفيصل وليس الترتيب الزمني.

٢٤- وفيما يتعلق بتقييم الأدلة على وجود ممارسة عامة مقبولة باعتبارها قانوناً، اختلفت الآراء بشأن التعبير المقترح، وهو "مراعاة سياقها، بما في ذلك الظروف المحيطة بها"، الوارد في مشروع الاستنتاج ٤. فقد رحب بعض الأعضاء بذكر السياق لأنه يشير إلى أن العملية مرنة

في جوهرها، بينما دعا أعضاء آخرون إلى استخدام معايير أكثر وضوحاً وتميزاً. وأُثير أيضاً تساؤل بشأن ما إذا كان النهج المقترح للتحديد يعكس حقائق الممارسة الدولية. وأُشير إلى أنه ليس من المألوف إجراء استعراض شامل لممارسة الدول والاعتقاد بإلزامية الممارسة، إذ عادة ما يُلتمس الدليل على وجود قاعدة في قرارات محكمة العدل الدولية، أو أعمال لجنة القانون الدولي، أو في قرارات الجمعية العامة والمعاهدات.

(د) "ممارسة عامة"

٢٥- تعددت الآراء بشأن الصيغة المستخدمة في مشروع الاستنتاج ٥ الذي ينص، في جزئه ذي الصلة، على أن "... ممارسة الدول هي التي تُسهم أساساً في وضع قواعد القانون الدولي العرفي." واقترح توضيح الصيغة للإشارة تحديداً إلى الجهة التي تكون ممارستها مهمة في تحديد وجود "ممارسة عامة"، ولكن تباينت الإيضاحات المقترحة. فقد رأى بعض أعضاء اللجنة أن استخدام كلمة "أساساً" ليس في موضعه لأنه يوحي بأن ممارسة الكيانات الأخرى غير الدولة يمكن أن تكون وثيقة الصلة بالموضوع. ورأى هؤلاء الأعضاء أنه ينبغي عدم أخذ ممارسة المنظمات الدولية في الحسبان في عملية تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. ورأى أعضاء آخرون أن ممارسة المنظمات الدولية لا تكون وثيقة الصلة بالموضوع إلا في حدود تعبيرها عن ممارسة الدول. غير أن أعضاء آخرين أيدوا المقرر الخاص في أن ممارسة المنظمات الدولية في حد ذاتها يمكن أن تكون وثيقة الصلة بإثبات القواعد العرفية، وبخاصة فيما يتعلق بميادين نشاط معينة تدخل في نطاق ولايات تلك المنظمات. ووجه هؤلاء الأعضاء الانتباه إلى مجالات مثل الامتيازات والحصانات، ومسؤولية المنظمات الدولية، ووظيفة وديع المعاهدات التي تكون فيها ممارسة المنظمات الدولية وثيقة الصلة بالموضوع.

٢٦- وأيّد الأعضاء عزم المقرر الخاص على أن يواصل في التقرير الثالث دراسة دور المنظمات الدولية فيما يتعلق بتحديد قواعد القانون الدولي العرفي. وفي إطار ما يمكن أن تشكّله ممارسة المنظمات الدولية من أهمية، دعا بعض الأعضاء إلى النظر في تحديد الأشكال التي يمكن أن تتخذها هذه الممارسة على وجه الدقة. ورأى بعض الأعضاء أيضاً أنه قد يكون من المفيد دراسة دور ممارسة الجهات غير التابعة للدول، إن كان لها دور.

٢٧- وفيما يتعلق بمسألة نسب التصرف، اقترح عدد من الأعضاء تنقيح الأسلوب المقترح في مشروع الاستنتاج ٦ الذي يعتمد بصورة كبيرة على مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً. ورأى هؤلاء الأعضاء أن نسب التصرف ينبغي تصوّره بشكل مختلف في هذا السياق، لأنه لأغراض القانون الدولي العرفي يجب أن تكون الممارسة ذات الصلة، بتفويض من الدولة. وأُثير تساؤل حول ما إذا كان ينبغي اعتبار سلوك الجهاز الذي يتجاوز حدود اختصاصه من ممارسات الدولة. وفي هذا الشأن أُثير تساؤل أيضاً حول ما إذا كان سلوك جهات غير تابعة للدولة تتصرف باسم الدولة يشكّل ممارسة وثيقة الصلة بالموضوع.

٢٨- وكان هناك تأييد بوجه عام لما اقترحه المقرر الخاص من أشكال لسلوك الدولة الذي يمكن أن يشكّل "ممارسة عامة". وعلى وجه الخصوص، رحب عدد من الأعضاء بإدراج الأفعال اللفظية إلى جانب الأفعال المادية، وإن كان بعض الأعضاء دعوا إلى توضيح المقصود بالأفعال اللفظية. وأبديت شكوك بشأن ما إذا كانت الأفعال اللفظية وحدها يمكن أن تنشئ "ممارسة عامة"، وما إذا كان يجب أن تكون الأفعال اللفظية مسجّلة أو مكررة. وأوصي بأن تعالج مشاريع الاستنتاجات تحديداً أشكالاً أخرى للأفعال اللفظية، مثل أفعال الاعتراف والاحتجاج الدبلوماسية. واقتُرح أيضاً ذكر الأفعال الإدارية صراحة. وأخيراً، تناولت المناقشة مدى أهمية المرافعات أمام المحاكم والهيئات القضائية الدولية كممارسة دول.

٢٩- أما فيما يتعلق بإدراج "عدم الفعل" كشكل من أشكال الممارسة، فقد رُئي بوجه عام أن المسألة تحتاج إلى مزيد من البحث والتوضيح. ورأى عدد من الأعضاء أنه ينبغي بحث الظروف المحددة التي يصبح فيها عدم الفعل مهماً، موضحين أنه لا يمكن أن تكون للصمت أو عدم الفعل أهمية إلا في الحالات التي تستدعي رد فعل. ورُئي أيضاً أن أهمية عدم الفعل أو الصمت تتفاوت وفقاً لما إذا كان عدم الفعل يتعلق بقاعدة تقييدية أم بممارسة آخرين لا تشارك فيها الدولة بنفسها.

٣٠- وفيما يتعلق بتقييم وزن الأدلة على الممارسة، أُثيرت أسئلة حول المقصود تحديداً بعبارة "ليس هناك من تراتبية مسبقة لشتى أشكال الممارسة" الواردة في مشروع الاستنتاج ٨. وأشار عدد من الأعضاء إلى أن ممارسة بعض أجهزة الدولة تفوق في أهميتها ممارسة أجهزة أخرى، ولاحظ بعض الأعضاء أن هناك أجهزة شتى مخولة إلى حد ما سلطة التعبير عن الموقف الدولي للدولة. واقتُرح أن يُنظر، عند تقييم ممارسة جهاز من الأجهزة، فيما إذا كانت ولايته متصلة مباشرة بمضمون القاعدة موضوع الدراسة، وما إذا كان يتصرف باسم الدولة على المستوى الدولي. ورُئي أيضاً أنه ينبغي معالجة ممارسة المحاكم الوطنية بحذر في هذا الشأن.

٣١- وفيما يخص مسألة تحديد ما إذا كان عدم الاتساق في الممارسة داخل دولة ينبغي أن يُقلل الوزن الممنوح لممارسة الدولة، رأى بعض الأعضاء أن عدم الاتساق هذا أساسي، بينما رأى عدد آخر من الأعضاء أن الممارسة المتضاربة بين الأجهزة من المستويات الدنيا وداخل هذه الأجهزة ينبغي ألا يكون لها تأثير في القيمة الإثباتية. وأُعرب أيضاً عن القلق لأن الصيغة المقترحة بشأن عدم الاتساق الداخلي هذا في مشروع الاستنتاج ٨ توجيهية أكثر من اللازم وستعيق مرونة عملية التحديد.

٣٢- واقتُرح أيضاً النظر في معايير أخرى عند تحديد ما إذا كانت مظاهر الممارسة صالحة لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. فعلى سبيل المثال، رُئي أن الممارسة الصالحة ينبغي أن تكون عامة ومتفقة مع القانون الدولي وترتبط إلى حد ما بمضمون القاعدة موضوع الدراسة.

٣٣- وكان هناك تأييد عام لفكرة أن الممارسة يجب أن تكون عامة ومتسقة لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، لكن عدداً من الأعضاء أثاروا شواغل فيما يتعلق بمصطلحات محددة مستخدَمة في مشروع الاستنتاج ٩ المقترح. فقد رأى بعض الأعضاء أن كلمة "تمثيلية" وعبارة "لها ما يكفي من الانتشار" تتطلبان مزيداً من الإفاضة والتوضيح. ورأى عدد من الأعضاء أيضاً أنه ينبغي تضمين الاستنتاج مصطلح "موحّدة" أو "موحَدة فعلياً"، كما ينبغي إدراج تواتر الممارسة أو تكرارها. وأخيراً، رُئي أنه قد يلزم التوسّع في بحث الحالات التي يجري فيها التغاضي عن الممارسة المنحرفة باعتبارها انتهاكاً غير ذي صلة لقاعدة قائمة، أو باعتبارها استثناءً في عملية النشوء.

٣٤- وكان هناك نقاش واسع أثاره مفهوم "الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص"، الواردة في الفقرة ٤ من مشروع الاستنتاج ٩. ورأى عدة أعضاء أنه لا يمكن التوفيق بين المفهوم وبين المساواة السيادية للدول وأنه ينبغي عدم إدراجه في مشاريع الاستنتاجات. ووجِّه الانتباه إلى قلة عدد الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية بشأن الموضوع، ولاحظ بعض الأعضاء أن المحكمة لم تجعل من هذا المفهوم مفهوماً ذا تطبيق عام وإنما خلصت فقط إلى أنه ينبغي النظر في ممارسات الدول المتأثرة بشكل خاص في السياق المحدد لقضية بعينها. وأكّد الأعضاء الذين لا يعترضون على إدراج المفهوم في مشاريع الاستنتاجات أن هذا المفهوم ليس وسيلة لمنح الدول القوية وزناً أكبر، أو لتحديد ما إذا كانت الممارسة منتشرة بشكل كافٍ. واقتُرح في نهاية الأمر توضيح دور الدول المتأثرة بشكل خاص، إن كان لها دور، بما في ذلك توضيح أي دور قد يكون للمفهوم في سياق القواعد الإقليمية أو الثنائية.

(هـ) "مقبولة بمثابة قانون"

٣٥- كان هناك اتفاق عام بين أعضاء اللجنة بشأن دور عبارة "مقبولة بمثابة قانون" في تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. غير أن بعض الأعضاء أعربوا عن قلقهم لأن الإشارة إلى "إحساس بالالتزام القانوني" لا توضّح بشكل كافٍ عمل العنصر الذاتي. واقتُرح في هذا الشأن بحث دور الممارسة المنحرفة في الحالات التي تسعى فيها دولة لتغيير قاعدة قائمة.

٣٦- وفيما يتعلق بإثبات قبول القانون، جرت مناقشة بشأن فكرة أن الفعل (بما في ذلك عدم الفعل) قد ينشئ ممارسة وقبولاً بمثابة قانون على حد سواء. ورأى بعض الأعضاء أن قبول ممارسة باعتبارها ممارسة مُلزمة بموجب القانون لا يمكن، بوجه عام، إثباته بمجرد الإحالة إلى إثبات الممارسة نفسها. ومن ناحية أخرى، رأى عدة أعضاء أنه لا توجد مشكلة فيما يُطلق عليه "العد المزدوج"، وأشاروا إلى أنه يمكن إثبات وجود الركنين بدراسة السلوك نفسه. ورُئي أنه يمكن دراسة هذه المسألة بإفاضة عند بحث التفاعل بين الركنين.

٣٧- وأُبديت تعليقات إضافية بشأن إثبات القبول كقانون. ورأى بعض الأعضاء أن هذا القبول يجب أن يقترب من القبول العالمي لإنشاء قاعدة. واقترح أعضاء آخرون استكشاف دور قرارات المنظمات الدولية باعتبارها دليلاً محتملاً على الاعتقاد بإلزامية الممارسة. ودعا بعض الأعضاء إلى توضيح بعض النقاط. فعلى سبيل المثال، رُئي أنه ينبغي التوسّع في شرح الطرق المستخدَمة لتحديد الاعتقاد بإلزامية الممارسة، بالإضافة إلى أشكال الإثبات الواردة في مشروع الاستنتاج ١١. ورُئي أنه بالنظر إلى الأغراض العملية لهذا العمل، سيكون من المفيد توضيح كيفية التمييز بين الممارسة التي تكشف القبول كقانون وغيرها من أنواع السلوك. وأخيراً، رُئي توجيه قدر من الاهتمام إلى دور تقييمات الركن الذاتي التي تجريها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بالإضافة إلى المنظمات المهنية والقانونيين.

٣- الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٣٨- لاحظ المقرر الخاص أنه لا يزال هناك تأييد واسع بين أعضاء اللجنة لـ "نهج الركنين"، وأشار إلى أن الجوانب الزمنية للركنين، بالإضافة إلى العلاقة بينهما، تستحق مزيداً من الدراسة. وأشار أيضاً إلى الاتفاق العام داخل اللجنة على أن قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية تدخل ضمن المواد الأساسية التي يُلتمس منها التوجيه بشأن الموضوع. أما فيما يخص نتائج الموضوع، فلا يزال أعضاء اللجنة متفقين على أن العمل المتعلق بالموضوع ينبغي أن يسفر عن اعتماد دليل عملي يساعد الممارسين في مهمة تحديد القانون الدولي العرفي ويقيم توازناً بين التوجيه والمرونة. ولا يزال من غير المؤكد، في ذهن المقرر الخاص، ما إذا كان يجب تغطية جانب نشأة قواعد القانون الدولي العرفي تغطية صريحة.

٣٩- وأشار المقرر الخاص إلى أن هذا الدليل العملي ينبغي أن يتخذ شكل مجموعة موجزة لمشاريع استنتاجات قوية وشاملة تُقرأ مقترنة بالتعليقات عليها. وينبغي أن تكون التعليقات التي ستشكل تكملة لا غنى عنها لمشاريع الاستنتاجات قصيرة نسبياً وأن تقتصر على الإشارة إلى الممارسات والقضايا والمؤلفات الأساسية، وأن تقتدي بنموذج المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً أو المواد لمتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية.

٤٠- وشُدد مرة أخرى على أهمية المعلومات التي تقدمها الدول عن ممارستها فيما يخص القانون الدولي العرفي، بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بالمختارات القانونية الوطنية وما يتصل بها من منشورات، وأشار المقرر الخاص إلى أنه سيكون من المفيد للجنة توجيه طلب بهذا الشأن إلى الدول.

٤١- وفيما يخص المسألة العامة المتعلقة بتحديد الجهة التي يُعتد بممارستها، اعترف المقرر الخاص بأنه يمكن النص بوضوح أكبر على أن مشاريع الاستنتاجات تشير في المقام الأول إلى ممارسة الدول. ومن ناحية أخرى، أكد أنه لا يمكن إغفال ممارسة بعض المنظمات الدولية

على الأقل في ميادين معينة، مثل الميادين المتعلقة بالمعاهدات والامتيازات والحصانات أو بالقانون الداخلي للمنظمات الدولية.

٤٢- وفيما يتعلق بالمصطلحات المستخدَمة في مشروع الاستنتاج ١، اعترف المقرر الخاص بأن كلمة "منهجية" تثير صعوبات، لكنه أشار إلى أن الاقتراحات الأخرى المقدمة أثناء النقاش لا تذلل بالضرورة هذه الصعوبات. وأكد أن صيغة هذا الاستنتاج ينبغي أن تشير إلى أن الغرض منه هو توضيح أن مشاريع الاستنتاجات لا تسعى لتحديد القواعد الموضوعية للقانون الدولي العرفي بل نهج تحديد هذه القواعد. وأعرب المقرر الخاص من جديد عن شكوكه بشأن ضرورة الإبقاء على التعاريف المقترحة في مشروع الاستنتاج ٢، بدلاً من وضعها في التعليق.

٤٣- وشدَّد المقرر الخاص على الأهمية الجوهرية للنهج الأساسي المبيّن في مشروع الاستنتاج ٣، وتفضيله للتمسك بصيغة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وأشار إلى أن هذه الصيغة أنسب على الأرجح من العبارات الشائعة الأخرى، بما أنها تفسح المجال لممارسات أخرى غير ممارسات الدول ولمفهوم واسع للركن الذاتي. غير أنه في ضوء الجدل الذي ثار حول عبارة "مقبولة بمثابة قانون"، اقترح المقرر الخاص تكملتها بمصطلح "*opinion juris*" الشائع. وأشار أيضاً إلى أن هناك اتفاقاً عاماً على أنه لا توجد نُهج مختلفة للتحديد في مختلف ميادين القانون الدولي، وإن كان هناك اعتراف بأن النهج الأساسي قد يُطبق بصور مختلفة فيما يتعلق بمختلف أنواع القواعد.

٤٤- وفيما يتعلق باستخدام كلمة "أساساً" في مشروع الاستنتاج ٥، أوضح المقرر الخاص أن هذا المصطلح مستخدَم لتسليط الضوء على الدور البارز لممارسة الدول، مع إفساح المجال للنظر في ممارسة المنظمات الدولية.

٤٥- وسلّم المقرر الخاص بضرورة مواصلة دراسة ما إذا كانت قواعد النسب المعتمدة لأغراض مسؤولية الدول تسري في هذا السياق. وأشار أيضاً إلى ضرورة مواصلة التفكير في المسائل المتعلقة بمشروعية الممارسة.

٤٦- ورحب المقرر الخاص بالتأييد الواسع الذي حظيت به الفقرتان ١ و٢ من مشروع الاستنتاج ٧، وبخاصة فيما يتعلق بإدراج الأفعال اللفظية والمادية على حد سواء. ومع ذلك، اعترف المقرر الخاص بأن المسائل المتعلقة بعدم الفعل التي أثارتها الفقرتان ٣ و٤ تحتاج إلى دراسة في تقريره المقبل.

٤٧- وفيما يتعلق بمسألة التراتبية المحتملة بين أشكال الممارسة وتضارب الممارسة داخل الدولة الواحدة، أوضح المقرر الخاص أن نقطة التركيز هي عدم وجود تراتبية "مسبقة" وأنه لا يقصد بالتأكيد أن إجراءات الأجهزة من المستوى الأدنى سيكون لها الوزن نفسه الممنوح لممارسة الأجهزة الأعلى مستوى.

٤٨- ورحب المقرر الخاص بالتأييد الواسع لمشروع الاستنتاج ٩، لكنه اعترف بالجدل الذي ثار بشأن الإشارة إلى "الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص". وأوضح أنه استخدم لغة حذرة وأنه لا يقصد الإيحاء بأنه ينبغي اعتبار ممارسة بعض الدول القوية أساسية لنشأة قواعد القانون الدولي العرفي. فالدول المقصودة قد تختلف من قاعدة إلى أخرى، والعبارة لا تشير إلى أي دول بعينها.

٤٩- وفيما يخص مشروعي الاستنتاجين المتعلقين بتعبير "مقبولة بمثابة قانون"، سلّم المقرر الخاص بضرورة صياغتهما على نسق صيغة مشاريع الاستنتاجات التي تنص على "ممارسة عامة". وأشار أيضاً إلى أنه ينبغي التوسّع في دراسة مسألة ما يُطلق عليه "العد المزدوج" للفعل نفسه كدليل على الممارسة والاعتقاد بإلزامية الممارسة، بالنظر إلى تباين الآراء التي أعرب عنها أعضاء اللجنة.

٥٠- أما فيما يتعلق ببرنامج العمل المقبل بشأن الموضوع، فقد أشار المقرر الخاص إلى أن التقرير الثالث سيعالج، بوجه خاص، مختلف الجوانب المتصلة بالمنظمات الدولية، والعلاقة بين القانون الدولي العرفي والمعاهدات، بالإضافة إلى قرارات المنظمات الدولية. وسيغطي التقرير الثالث أيضاً مسائل "المعتَرِض الدائم"، والعرف الإقليمي والمحلي والثنائي. وأكد المقرر الخاص أيضاً الحاجة إلى مواصلة النظر في مسألة الإثبات، ومسألة عبء الإثبات المتصلة بها.

٥١- واعترف المقرر الخاص بأن عزمه على أن يقدم في عام ٢٠١٦ تقريراً نهائياً يتضمن مشاريع الاستنتاجات المنقحة والتعليقات عليها، قد يكون طموحاً، لكنه أكد لأعضاء اللجنة أنه لن يدفع الأمور إلى الأمام على حساب الجودة. وأشار أيضاً إلى أنه إذا ما اعتمدت لجنة الصياغة مشاريع الاستنتاجات بصفة مؤقتة في هذه الدورة، فإنها ستُعرض على اللجنة بكامل هيئتها للعلم في هذه المرحلة[(١١)]، وستنظر فيها اللجنة بكامل هيئتها بصورة رسمية في عام ٢٠١٥.

---

(١١) يرد تقرير الرئيس الذي يتضمن نص مشاريع الاستنتاجات التي اعتمدتها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في الدورة السادسة والستين في الوثيقة ... ويمكن الاطلاع على بيان رئيس لجنة الصياغة الذي يعرض فيه ذلك التقرير في موقع اللجنة الشبكي http://www.un.org/law/ilc/.