

الفصل السابع

الحماية الدبلوماسية

ألف - مقدمة

الدورة ذاتها، أنشأت اللجنة فريقاً عاماً مفتوح العضوية للنظر في الاستنتاجات المحتملة التي يمكن استخلاصها على أساس المناقشة فيما يتعلق بمعالجة الموضوع^(١١٢٧).

١٦٢ - وفي الدورة الحادية والخمسين المعقودة في عام ١٩٩٩، عينت اللجنة السيد كريستوفر جون روبرت دوغارد مقررًا خاصاً للموضوع^(١١٢٨)، وذلك عقب انتخاب السيد بنونه قاضياً في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

١٦٣ - وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٠، عُرض على اللجنة التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/506/Add.1). ونظراً لضيق الوقت، أرحأت اللجنة النظر في الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة العضوية برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٣ و ٦^(١١٢٩). ثم قررت اللجنة في وقت لاحق، في الجلسة ٢٦٣٥ المعقودة في ٩ حزيران/يونيه ٢٠٠٠ أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١ و ٣ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ مشفوعة بتقرير المشاورات غير الرسمية.

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

١٦٤ - عُرض على اللجنة في دورتها الحالية الجزء المتبقي من التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/506/Add.1)، فضلاً عن تقريره الثاني (A/CN.4/514). وقد نظرت اللجنة في الفصل الثالث (استمرار الجنسية وقابلية المطالبات للإحالة) في جلساتها ٢٦٨٠ و ٢٦٨٥ و ٢٦٨٧ المعقودة في ٢٥ أيار/مايو و ٩ إلى ١١ تموز/يوليه ٢٠٠١، على التوالي. كما نظرت اللجنة في التقرير الثاني للمقرر الخاص في جلساتها ٢٦٨٨ إلى ٢٦٩٠ المعقودة في الفترة من ١٢

١٥٨ - حدّدت اللجنة، في دورتها الثامنة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٦، موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي^(١١٢١). وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة للجنة، في قرارها ١٦٠/٥١ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، إلى مواصلة دراسة الموضوع وتحديد نطاقه ومضمونه في ضوء التعليقات والملاحظات التي أبدت أثناء النقاش في اللجنة السادسة وأي تعليقات خطية قد تود الحكومات تقديمها. وعملاً بقرار الجمعية المذكور أعلاه، أنشأت اللجنة، في الجلسة ٢٤٧٧ من دورتها التاسعة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٧، فريقاً عاماً معنياً بالموضوع^(١١٢٢). وفي الدورة ذاتها، قدم الفريق العامل تقريراً وافقت عليه اللجنة^(١١٢٣). وقد سعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع بالقدر المستطاع؛ و(ب) تحديد المسائل التي ينبغي دراستها في سياق الموضوع. واقترح الفريق العامل مخططاً عاماً للنظر في الموضوع وأوصت اللجنة بأن يستند المقرر الخاص إلى هذا المخطط العام عند تقديم تقريره الأولي^(١١٢٤).

١٥٩ - وفي الجلسة ٢٥١٠ المعقودة في ١١ تموز/يوليه ١٩٩٧، عينت اللجنة السيد محمد بنونه مقررًا خاصاً للموضوع^(١١٢٥).

١٦٠ - ووافقت الجمعية العامة، في الفقرة ٨ من قرارها ١٥٦/٥٢ المؤرخ ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧، على قرار اللجنة إدراج موضوع "الحماية الدبلوماسية" في جدول أعمالها.

١٦١ - وقد عُرض على اللجنة، في دورتها الخمسين المعقودة في عام ١٩٩٨، التقرير الأولي للمقرر الخاص^(١١٢٦) وفي

(١١٢٦) (١١٢٦) حولية ١٩٩٨، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة

A/CN.4/484

(١١٢٧) للاطلاع على استنتاجات الفريق العامل، انظر المرجع

نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٠٠، الفقرة ١٠٨.

(١١٢٨) (١١٢٨) حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٨،

الوثيقة A/54/10، الفقرة ١٩.

(١١٢٩) (١١٢٩) يرد تقرير المشاورات غير الرسمية في حولية ٢٠٠٠،

المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٤٠، الوثيقة A/55/10، الفقرة ٤٩٥.

(١١٢١) (١١٢١) حولية ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٢٠٦،

الوثيقة A/51/10، الفقرة ٢٤٨، والمرفق الثاني، الإضافة ١.

(١١٢٢) (١١٢٢) حولية ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١١٤،

الفقرة ١٦٩.

(١١٢٣) (١١٢٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

(١١٢٤) (١١٢٤) المرجع نفسه، ص ١١٧-١٢٠، الفقرتان ١٨٩-١٩٠.

(١١٢٥) (١١٢٥) المرجع نفسه، ص ١٢٠، الفقرة ١٩٠.

١٦٨- ووفقاً للرأي التقليدي، لا يمكن لدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية إلا بالنيابة عن شخص كان أحد رعاياها وقت حدوث الضرر الذي تستند إليه المطالبة وظل من رعاياها إلى حين تقديم المطالبة. وهذا الرأي التقليدي تؤيده ممارسات الدول ويرد في العديد من الاتفاقات. ثم إن الأساس المنطقي الذي يستند إليه الرأي التقليدي يتمثل، ضمن جملة أمور، في منع الأفراد من التماس حماية الدولة التي تعرض الحماية الأنسب، مما يحول دون تحوّل الدول القوية إلى "وكالات للمطالبات".

١٦٩- بيد أن القاعدة التقليدية ما برحت تتعرض لانتقادات لأسباب متعددة: فمن الصعب التوفيق بين هذه القاعدة والافتراض الفاتلي الذي يعتبر أن الضرر الذي يلحق أحد رعايا الدولة هو ضرر يلحق الدولة نفسها؛ وهناك عدة أحكام قضائية تشكك في صلاحية هذه القاعدة كقاعدة عامة؛ كما أن مضمونها غير مؤكد بالنظر إلى انعدام الوضوح فيما يتعلق ببعض المفاهيم الرئيسية مثل "تاريخ وقوع الضرر" (*dies a quo*) "والتاريخ الذي لغايته يجب أن تكون الجنسية قد استمرت" (*dies ad quem*)؛ كما أن الأساس المنطقي الذي تستند إليه هذه القاعدة لم يعد صالحاً من حيث إن الدول قد أصبحت تتوخى بالغ الحذر إزاء منح الجنسية، علاوة على أن محكمة العدل الدولية أعلنت في قضية نوتيبوم^(١١٣١) أن على الدولة المطالبة أن تثبت وجود صلة فعلية لها بالشخص الذي تقدم المطالبة بالنيابة عنه؛ والقاعدة محففة من حيث إنها يمكن أن تحرم من الحماية الدبلوماسية أولئك الأفراد الذين غيروا جنسيتهم بصورة غير طوعية، سواء نتيجة لحدوث خلافة دول أو لأسباب أخرى مثل الزواج أو التبني؛ كما أن هذه القاعدة لا تقر بأن الفرد هو المستفيد النهائي من الحماية الدبلوماسية. وعلى ضوء هذه الانتقادات، يبدو من الضروري أن تعيد اللجنة النظر في الموقف التقليدي وأن تعتمد قاعدة أكثر مرونة تنطوي على قدر أكبر من الاعتراف بالفرد بوصفه المستفيد النهائي من الحماية الدبلوماسية.

١٧٠- كما ذكر المقرر الخاص أنه لئن كان من الممكن استبقاء القاعدة مع إدراج استثناء في حالة تغيير الجنسية بصورة غير طوعية، فإن ذلك لن يكون كافياً. ومن ثم فقد اقترح التخلي عن القاعدة التقليدية لصالح الأخذ بنهج جديد يسمح للدولة بأن تقدم مطالبة بالنيابة عن شخص يكون قد اكتسب جنسيتها بحسن نية بعد تاريخ حدوث الضرر الذي ينسب إلى دولة غير دولة الجنسية السابقة شريطة ألا تكون الدولة الأصلية قد مارست أو تمارس

إلى ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١. ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروعى المادتين ١٠ و١١، وأرجأت إلى دورتها التالية النظر في الأجزاء المتبقية من التقرير التي تشمل مشروعى المادتين ١٢ و١٣.

١٦٥- وقررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨، المعقودة في ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠١، أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشروع المادة ٩، كما قررت في جلستها ٢٦٩٠، المعقودة في ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١، أن تحيل إليها مشروعى المادتين ١٠ و١١.

١٦٦- وقد قررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨ إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة العضوية بشأن المادة ٩ برئاسة المقرر الخاص.

١- المادة ٩ (١١٣٠)

(أ) عرض المقرر الخاص

١٦٧- لاحظ المقرر الخاص، لدى عرض الفصل الثالث من تقريره الأول الذي يتناول مشروع المادة ٩ بشأن استمرار الجنسية، أنه لئن كان قانون الحماية الدبلوماسية يمثل مجالاً يشتمل على مجموعة كبيرة من ممارسات الدول والأحكام القضائية والمذاهب القانونية، فإنه يبدو أن مصادر القانون هذه تشير جميعها إلى اتجاهات مختلفة. والمهمة التي تواجه اللجنة هي إلى حد بعيد مهمة تتمثل في الاختيار من بين القواعد القائمة أكثر من كونها مهمة صياغة قواعد جديدة. ومسألة استمرار الجنسية هي مثال جيد يوضح ذلك.

(١١٣٠) فيما يلي نص المادة ٩ الذي اقترحه المقرر الخاص:

"المادة ٩

١- "عندما يغير شخص مضار جنسيته بحسن نية إثر ضرر، يجوز لدولة الجنسية الجديدة أن تمارس الحماية الدبلوماسية نيابة عن ذلك الشخص فيما يتعلق بالضرر، شريطة ألا تكون دولة الجنسية الأصلية قد مارست أو لا تمارس حالياً الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بالشخص المضار وقت تغيير الجنسية.

٢- "تنطبق هذه القاعدة في الحالات التي تحال فيها المطالبة بحسن نية إلى شخص أو أشخاص لهم جنسية دولة أخرى. ٣- لا يؤثر تغيير جنسية شخص مضار أو إحالة المطالبة إلى أحد رعايا دولة أخرى على حق دولة الجنسية الأصلية في تقديم مطالبة نيابة عن ذاتها لجبر الضرر الذي يلحق مصالحها العامة من خلال الضرر الذي يلحق الشخص المضار وهو لا يزال أحد رعايا تلك الدولة.

٤- "لا يجوز لدولة الجنسية الجديدة أن تمارس الحماية الدبلوماسية ضد دولة الجنسية السابقة فيما يتعلق بضرر لحق شخصاً ما عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة".

(١١٣١) Nottebohm, Second Phase (١١٣١) (انظر الحاشية ٢٠٧)

(أعلاه).

حدوث الخرق وذلك بين الدولة المدعى عليها والدولة المدعية بالنيابة عن الفرد الذي يكون قد اكتسب جنسيتها في وقت لاحق، لأنه من الممكن أن تقدم الدولة المدعية مطالبة فيما يتصل بإخلال بالالتزام حدث في وقت لم يكن فيه ذلك الالتزام واجبا إزاءها.

١٧٤- وعلى النقيض من ذلك، أعرب عن تأييد لاقتراح المقرر الخاص بشأن المادة ٩. فبينما تم التسليم بوجود مثل هذه القاعدة العرفية، أشير إلى الشكوك المثارة إزاء القاعدة التي نشأت مع مرور الوقت، حسبما هو معبر عنها في العديد من الأحكام ومن قبل عدة مؤلفين. وقيل إنه حتى القواعد الراسخة تماماً يمكن أن تغير عندما لا تعود متوافقة مع التطورات في المجتمع الدولي، وإن اقتراح إجراء مثل هذه التغييرات يندرج ضمن ولاية اللجنة المتعلقة بالتطوير التدريجي للقانون الدولي. ولذلك، ومن وجهة نظر عملية، فإن ثمة مصلحة في التطور الإيجابي لهذه القاعدة بحيث يمكن أن تكفل حماية أفضل من ذي قبل لمصالح الشعوب والمواطنين. وبالمثل، فقد كان هناك اعتراض على أن الدول يمكن أن تسمح بأن يتم بسهولة إساءة استخدام هذه القاعدة تجاهها ذلك لأن العديد منها قد اعتمدت إجراءات معقدة فيما يتصل باكتساب الجنسية.

١٧٥- ومن القضايا الرئيسية التي شملها النقاش ما يتمثل في العلاقة بين الحماية الدبلوماسية وحماية الأفراد بموجب القانون الدولي. فأولئك الأعضاء الذين يؤيدون النهج الجديد للمقرر الخاص يوافقون على تقييمه لكون قاعدة استمرار الجنسية قد استنفدت أغراضها في عالم أصبحت فيه الحقوق الفردية موضع اعتراف بموجب القانون الدولي. ولوحظ أن الدولة، لدى ممارسة الحماية الدبلوماسية، لا تكفل حقوقها هي، بل إنها تسعى إلى ضمان احترام حقوق الفرد. وأشير إلى أن الجنسية وحدها هي الهامة وقت الادعاء في واقع الأمر.

١٧٦- وقد رأى آخرون أن الاتجاه العام في القانون الدولي المتمثل في حماية الأفراد لا يشكل مبرراً لتغيير قاعدة استمرار الجنسية. وقد تم التشديد على أنه بينما يتعين على الدولة، لدى ممارسة هذه الحماية، أن تأخذ في الاعتبار حقوق الإنسان الخاصة بالشخص المتضرر، فإن الحماية الدبلوماسية لا تشكل بحد ذاتها مؤسسة لضمان حقوق الإنسان. كما أن الحماية الدبلوماسية ليست أفضل آلية لحماية حقوق الإنسان وذلك بالنظر إلى الطابع التقديري الملازم لها. كما أوضح أن الحماية الدبلوماسية الحديثة التي تستند إلى المعاهدات إلى حد بعيد تعتمد بدرجة عالية على عمليات التفاوض بين الدول التي لا يمكن فيها فصل دور الدولة بوصفها "مشرعاً" لعلاقة عن دور الدولة بوصفها الضامن النهائي للحقوق المعينة. والمشكلة تتمثل في كيفية تأمين حقوق الفرد وحقوق الدولة دون الإخلال بالتوازن الدقيق فيما بينها.

الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بذلك الضرر. وثستقي عدة ضمانات تكفل عدم إساءة استعمال هذا النهج: إذ تظل الأولوية مع ذلك لدولة الجنسية الأصلية؛ وتنطبق هنا شروط اكتساب الجنسية بحسن نية ووجود صلة فعلية بين الدولة مقدمة المطالبة والشخص الذي هو من رعاياها؛ ولا يمكن تقديم مطالبة ضد دولة الجنسية السابقة فيما يتعلق بضرر يكون قد وقع بينما كان الفرد من رعايا تلك الدولة - وهذه ضمانات تكفل تجنب الصعوبات التي تثيرها جملة تشريعات منها القانون الكوبي بشأن الحرية والتضامن الديمقراطي لعام ١٩٩٦ (قانون هلمز - برتون)^(١١٣٢) الذي يسمح للكوبيين الذين أصبحوا من مواطني الولايات المتحدة عن طريق التجنس أن يرفعوا دعاوى قانونية ضد الحكومة الكوبية بخصوص الخسائر التي تكبدوها على يد تلك الحكومة بينما كانوا لا يزالون من مواطني كوبا. وبموجب الفقرة ٢، تسري القاعدة الجديدة على مسألة تحويل المطالبات.

(ب) ملخص المناقشة

١٧١- أُشيد بالمقرر الخاص لما انطوى عليه تقريره من معالجة متوازنة للموضوع. وفي الوقت نفسه، لوحظ أن المقرر الخاص قد حدّد لنفسه مهمة صعبة تتمثل في الطعن في قاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العرفي. والواقع أن تأييداً قوياً قد أبدى في اللجنة للرأي الذي يعتبر أن قاعدة استمرار الجنسية تحظى بمركز القانون الدولي العرفي.

١٧٢- كما أعرب عن تأييد لاستبقاء القاعدة التقليدية، خاصة وأن الأسباب التي تؤيد استبقائها، ومن بينها الشاغل المتمثل في تجنب إساءة استخدام الحماية الدبلوماسية من قبل الأفراد أو الدول لا تزال منطبقة. وأشار آخرون إلى أن الأساس المنطقي الرئيسي لقاعدة الاستمرارية لا يتمثل في خطر إساءة الاستخدام من خلال "انتقاء الحفل المناسب" فحسب، بل إنه يتمثل في نهج مافروماتيس^(١١٣٣) إزاء مسألة الحماية الدبلوماسية، أي أن الدولة "إنما تؤكد في الواقع حقوقها هي". وهذا يعني ضمناً أن الفرد يجب أن يكون وقت حدوث الخرق حائزاً على جنسية الدولة التي تقدم المطالبة. يضاف إلى ذلك أن قوة ممارسة الدول وعدم وجود أدلة على مبدأ ناشئ أو ممارسة جديدة هما أمران لا يؤيدان تغيير القاعدة.

١٧٣- وعلاوة على ذلك، أشير إلى أنه إذا أرادت اللجنة أن تأخذ باقتراح المقرر الخاص، فإن هناك شرطاً ينبغي إضافته، وهو أن الالتزام كان ينبغي أن يكون نافذاً وقت

(١١٣٢) ILM, vol. 35, No. 2 (March 1996), p. 359.

(١١٣٣) انظر الحاشية ٢٣٦ أعلاه.

المقرر الخاص فهمه لكون نطاق ولايته يمتد ليشمل معاملة الأشخاص الاعتباريين ولكنه لا يشمل الحماية التي توفرها المنظمات الدولية. وأوضح أنه يعتزم إعداد أحكام محددة بشأن قاعدة استمرار الجنسية وإمكانية تحويل المطالبات في سياق مسألة الأشخاص الاعتباريين. وأعرب عن شكوك شديدة إزاء مدى رسوخ مفهوم التنازل وموثوقيته.

١٨٠- وذكر أن مسألة إمكانية تحويل المطالبات تتطلب النظر فيها إلى حد أبعد مما تضمنه التقرير. وأعرب عن رأي مفاده أن الفقرة ٢ ينبغي أن تكون أكثر تقييداً بحيث لا يتسنى تنحية قاعدة الاستمرارية جانباً إلا فيما يتعلق بحالة التحويل اللإرادي للمطالبات، كما يحدث مثلاً في حالة وفاة الشخص المتضرر، لا فيما يتعلق بالتحويلات الإرادية. كما اقترح أن يتم توضيح عبارة "المطالبة الدولية".

١٨١- وفيما يتعلق بالفقرة ٣، أعرب عن رأي مفاده أنه من غير المستصوب الفصل بين المصلحة العامة للدولة المطالبة ومصلحة الفرد المتضرر المعني. وبالمثل، اعتبر أن الفقرة يمكن أن تثير التباساً لأنها تتصل فيما يبدو بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً بقدر ما تتصل بمسألة الحماية الدبلوماسية.

١٨٢- وبينما أعرب عن تأييد للفقرة ٤، فقد اقترح أن تتم صياغتها بعبارات أعم. كما أشير إلى أن هذا الحكم يمكن أن يكون مثيراً للمشاكل لأنه ليس من الممكن بموجب التشريعات الداخلية لبعض الدول أن يفقد الرعايا جنسيتهم. وفيما يتصل بمسألة قانون هيلمز - برتون، أعرب عن رأي مفاده أن ما يتسم به هذا القانون من طابع غير مشروع محتمل إنما يتعلق بانطباقه خارج الحدود الإقليمية أكثر مما يتعلق بأي تعارض مع القاعدة المعبر عنها في الفقرة.

١٨٣- واقترح أن تنظر اللجنة في المسائل الإضافية التالية المتصلة بجنسية المطالبات قبل أن تنتقل إلى تناول مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية: (أ) حالة المنظمات الدولية التي تمارس الحماية الوظيفية وكذلك الحماية الدبلوماسية لأحد موظفيها (كما في الفتوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار^(١١٣٦))؛ (ب) حق دولة الجنسية التي تتبع لها سفينة أو طائرة في أن تفضل مطالبة ما بالنيابة عن طاقم السفينة أو الطائرة ولربما أيضاً بالنيابة عن ركاب السفينة أو الطائرة، بصرف النظر عن جنسية الأفراد المعنيين^(١١٣٧)؛ (ج) الحالة التي تمارس فيها إحدى الدول الحماية الدبلوماسية لأحد رعايا دولة أخرى لأن هذه الدولة الأخيرة قد فوضت الدولة السابقة حق القيام بذلك؛

١٧٧- وفي الوقت نفسه، كان هناك اتفاق على أنه يلزم جعل هذه القاعدة أكثر مرونة بغية تجنب حدوث نتائج غير منصفة. وبينما رأى أولئك الذين يؤيدون اقتراح المقرر الخاص أن هذا يتطلب تنقيح القاعدة نفسها، فقد أعرب معظم الأعضاء عن تفضيلهم لنهج وسط يتم بموجبه استبقاء القاعدة التقليدية، وإن يكن رهناً باستثناءات معينة تشمل تلك الحالات التي لا تكون لدى الفرد بدوئها أية إمكانية للحصول على حماية من قبل الدولة. وأشار إلى أن الاستثناءات الأساسية في هذا الصدد يجب أن تكون متصلة بالتغيرات غير الطوعية لجنسية الشخص المحمي الناشئة عن خلافة الدول والزواج والتبني. واقترح توسيع نطاق هذه القاعدة في الحالات الأخرى المنطوية على أكثر من جنسية واحدة نتيجة التغيرات في المطالبة الناشئة عن الميراث والحلول، مثلاً. كما أشير إلى أنه من الممكن أن تكون هناك استثناءات أخرى خاصة بالأشخاص عديمي الجنسية وبالحالة التي يستحيل فيها تطبيق قاعدة الاستمرارية لأسباب منها مثلاً زوال دولة الجنسية الأصلية من خلال انحلالها أو تفككها إلى أجزاء. بيد أن شكوكاً قد أبدت إزاء أمور منها مثلاً التمييز بين حالات التغير "الإرادي" و"الإرادي" في الجنسية.

١٧٨- وفيما يتعلق بالفقرة ١ من اقتراح المقرر الخاص، اقترح أن تتم إعادة صياغتها بغية بيان القاعدة التقليدية بدقة ووضوح. كما أعرب عن رأي مفاده أن اشتراط تغيير الجنسية بحسن نية هو اشتراط ذاتي الطابع إلى حد مفرط ويثير مشاكل، ولا سيما في سياق التغيرات التي تحدث في جنسية الأشخاص الاعتباريين. وأشار إلى أن اشتراط الصلة "الفعلية" الذي اعتمد في قضية نوتيبوم^(١١٣٤) يكفي لضمان الاحتراس من إساءة استخدام القاعدة. واقترح أيضاً أن يتم توضيح الإشارة إلى "تغيير الجنسية" من خلال إدراج ما يبين أن الجنسية الأصلية قد فقدت، وذلك بغية تجنب احتمال ظهور مطالبات متنازعة. كما لوحظ أن العبارة المستخدمة غير كافية لأنها لا تحدد القانون الساري ولا الشروط التي يحدث بموجبها مثل هذا "التغيير".

١٧٩- وفيما يتعلق بالفقرة ٢، اقترح إجراء تمييز بين تحويل المطالبات بين الأشخاص الاعتباريين والمطالبات بين الأشخاص الطبيعيين، وأن يتم استبعاد الأشخاص الاعتباريين من نطاق مشاريع المواد. إلا أنه تم التذكير بأن اللجنة قد اعتمدت في دورتها السابقة رأياً مفاده أنها قد تود في مرحلة لاحقة أن تعيد النظر في مسألة ما إذا كان يتعين على الإطلاق إدراج مسألة حماية الأشخاص الاعتباريين في مشاريع المواد^(١١٣٥). وقد أكد

(١١٣٤) Nottebohm, Second Phase (انظر الحاشية ٢٠٧)

أعلاه).

(١١٣٥) حولية ٢٠٠٠، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٤٠،

الوثيقة A/55/10، الفقرة ٤٩٥.

(١١٣٦) انظر الحاشية ٣٨ أعلاه.

(١١٣٧) قضية "M/V "Saiga" (انظر الحاشية ٥١٥ أعلاه)،

الفقرة ١٧٢.

الدولي، حسيماً أكدته محكمة العدل الدولية في قضيتي *انترهانديل* (١١٣٩) و*اليسي* (١١٤٠) وأنها قائمة على أساس احترام سيادة الدولة المضيضة وهيئاتها القضائية. وأشار إلى إدراج مشروع مادة بشأن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول (هو مشروع المادة ٢٢) بنصها المعتمد في القراءة الأولى أثناء الدورة الثامنة والأربعين (١١٤١)، غير أن اللجنة قررت منذ ذلك الحين ترك هذه المسألة بحيث يتم تناولها في مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية.

١٨٦- والقصد من مشروع المادة ١٠ هو تحديد السياق الخاص بالمواد اللاحقة المتعلقة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية. وتؤكد الفقرة ١ وجود القاعدة وتطبيقها على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على حد سواء. إلا أنها لا تطبق في الحالات الخاصة بالدبلوماسيين أو مؤسسات الدولة ممن يقومون بأعمال سيادية حيث يلحق في هذه الحالات ضرر مباشر بالدولة، ومن ثم لا يُقتضى استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١٨٧- ولاحظ المقرر الخاص أيضاً أنه ليس من الممكن دائماً الإبقاء على التمييز بين القواعد الأولية والثانوية في كل أجزاء مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية. فهذا التمييز كان هاماً بالنسبة لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، لكنه أقل أهمية فيما يتعلق بالحماية الدبلوماسية. ويعود هذا إلى أن مفهوم إنكار العدالة قد برز بجلاء في معظم محاولات تدوين قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وقال إنه كان يرى من قبل أن مسألة إنكار العدالة تتعلق بقاعدة أولية وينبغي من ثم عدم تناولها، غير أنه يعتقد حالياً أن المسألة ينبغي أن تُبحث.

١٨٨- وتتناول الفقرة ٢ مضمون قاعدة سبل الانتصاف المحلية. ويتعين وفقها استنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية قبل تقديم مطالبة على المستوى الدولي. إلا أن هناك صعوبات فيما يتعلق بتعريف عبارة "سبل الانتصاف القانونية". ومن الواضح أنها تشمل جميع سبل الانتصاف القضائية المتاحة في إطار النظام البلدي، فضلاً عن سبل الانتصاف الإدارية حيثما تتاح كحق وليس على أساس تقديري أو على سبيل الهبة. ولاحظ المقرر الخاص كذلك أن قضية *أمباتييلوس* قد أثارت صعوبات نتيجة للمطالبة بأن يستنفد المدعي "التسهيلات الإجرائية" المتاحة في المحاكم البلدية (١١٤٢).

(١١٣٩) انظر الحاشية ٦٨٤ أعلاه.

(١١٤٠) انظر الحاشية ٨٥ أعلاه.

(١١٤١) حولية ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٢٠،

الوثيقة A/51/10، الفقرة ٦٥.

(١١٤٢) UNRIIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), p. 120

و(د) الحالة التي تتولى فيها دولة ما أو منظمة دولية ما إدارة أحد الأقاليم أو السيطرة عليه.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٨٤- كرّر المقرر الخاص رأيه بأن الافتراض القانوني الفاتيلي، الذي تقوم بموجبه الدولة بحماية مصالحها هي عندما تتصرف بالنيابة عن أحد مواطنيها، لا يشكل الأساس لقاعدة استمرار الجنسية لأنه يعني ضمناً أن دولة الجنسية وقت حدوث الضرر هي وحدها التي يمكن أن تكون صاحبة المطالبة، بصرف النظر عما إذا كان الفرد المتضرر لا يزال يحتفظ بجنسية تلك الدولة وقت تقديم المطالبة. وأقر المقرر الخاص بأن اقتراحه فيما يتصل بمشروع المادة ٩ هو اقتراح مبتكر وأنه على الرغم من إبداء بعض المتحدثين تأييداً لاقتراحه فإنهم يشكلون الأقلية. إلا أنه كان هناك اتفاق بالإجماع على أنه من الضروري أن يكون هناك شكل ما من أشكال المرونة والتغيير. وهذا يتم من خلال إدراج استثناءات من القاعدة تكون معقولة، ولا سيما في سياق حالتي خلافة الدول والزواج. كما سيتعين على لجنة الصياغة أن تنظر فيما إذا كان التجنس بعد فترة طويلة من الإقامة يمكن أن يشكل استثناءً من القاعدة. وذكر المقرر الخاص أيضاً بأن هناك عدة انتقادات سليمة قد أبدت فيما يتصل بمجموعة أمور منها مفهوم تغيير الجنسية بحسن نية، وأن بعض المتحدثين قد رأوا أنه لم يتم إيلاء قدر كافٍ من الاهتمام لمسألة تحويل المطالبات. كما لاحظ أنه يتعين مواصلة النظر في مسألتها "تاريخ وقوع الضرر" (*Dies a quo*) "والتاريخ الذي لغايته يجب أن تكون الجنسية قد استمرت" (*dies ad quem*).

٢- المادة ١٠ (١١٣٨)

(أ) عرض المقرر الخاص

١٨٥- ذكر المقرر الخاص لدى عرضه مشروع المادة ١٠ وقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بوجه عام أن من الواضح أن القاعدة هي قاعدة عرفية من قواعد القانون

(١١٣٨) فيما يلي نص المادة ١٠ الذي اقترحه المقرر الخاص:

"المادة ١٠"

"١- لا يجوز للدولة أن تقدم مطالبة دولية ناشئة عن ضرر ألحق بأحد مواطنيها، سواء كان من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، قبل أن يكون المواطن المضرور قد قام، رهناً بالمادة ١٤، باستنفاد جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية المتاحة في الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن الضرر.

"٢- تعني "سبل الانتصاف القانونية المحلية" سبل الانتصاف المتاحة قانوناً للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين أمام المحاكم أو السلطات القضائية أو الإدارية، سواء كانت عادية أو خاصة."

١٩٢- وفيما يتعلق بلفظة "القانونية"، أشير إلى أنها يمكن أن تشمل جميع المؤسسات القانونية التي يحق للفرد توقع الحصول منها على قرار أو حكم أو قرار إداري. وثمة رأي آخر يعتبر أن لفظة "القانونية" لا لزوم لها. وأعرب عن تأييد لموقف المقرر الخاص بأن يتم استبعاد سبل الانتصاف غير القانونية أو التقديرية من نطاق قاعدة سبل الانتصاف المحلية. ومع ذلك فقد لوحظ أن المهم هو النتيجة لا الوسيلة التي يمكن بواسطتها الحصول على تلك النتيجة. وأثير تساؤل بشأن ما إذا كانت لفظة "المحلية" يمكن أن تشمل إمكانية رفع شكوى أمام آلية إقليمية لحقوق الإنسان مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

١٩٣- وأعرب عن رأي مؤداه أن المقرر الخاص قدم تفسيراً ضيقاً بشكل مفرط لمفهوم "سبل الانتصاف الإدارية". وطلب توضيح فيما يتعلق بالإشارة الواردة في التقرير (الفقرة ١٤) إلى سبل الانتصاف الإدارية التي يمكن الحصول عليها من المحكمة وذلك نظراً لأن كثيراً من سبل الانتصاف هذه لا يمكن الحصول عليه من المحاكم. كما أثير تساؤل عما إذا كان اللجوء إلى أمين مظالم هو "سبيل انتصاف محلي" إداري.

١٩٤- وأعرب عن تأييد لرأي المقرر الخاص بأن التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية ليس ضرورياً في جميع الحالات، وأن التقيّد الصارم بالتمييز يمكن أن يُفضي إلى استبعاد مفهوم إنكار العدالة. وعلى العكس من ذلك، ذكر أنه لا لزوم لإدراج حكم بشأن إنكار العدالة لأن هذا الإنكار هو مثل من بين أمثلة أخرى على الحالات التي تكون سبل الانتصاف المحلية فيها غير "فعالة".

١٩٥- وأثيرت شكوك إزاء "القاعدة" في قضية مالكي السفن الفنلنديين^(١١٤٣)، حيث طلب من المتقاضين أن يسوق في الدعوى القضائية البلدية جميع الحجج التي يعترزم أن يسوقها في الدعوى الدولية. ولوحظ أن هذه القاعدة ينبغي أن تطبق بشكل مرن إقراراً بحقيقة أنه بينما تكون حجة ما كافية لإثبات مطالبة على المستوى المحلي، فإنها قد لا تكون كذلك على المستوى الدولي.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٩٦- أشار المقرر الخاص إلى أنه وإن كانت المادة ١٠ قد لقيت قبولاً واسعاً من جانب المتحدثين، فقد تم تقديم عدد من المقترحات المتعلقة بالصياغة، وسوف تبحث لجنة الصياغة هذه المقترحات. وأعرب عن قبوله للانتقاد المتعلق بإدراج عبارة

^(١١٤٣) Finnish Shipowners (انظر الحاشية ١٠٣ أعلاه)،

ويشكل القرار تحذيراً مؤداه أن المدعي الذي يُخفق في عرض قضيته عرضاً سليماً على الصعيد المحلي لن يُعطى فرصة ثانية ل طرحها على المستوى الدولي. وأشار المقرر الخاص أيضاً إلى مبدأ مفاده أن المتقاضى الأجنبي مطالب بأن يقدم أمام المحاكم المحلية جميع الحجج التي يعترزم تقديمها على المستوى الدولي. وأخيراً، تقتضي الفقرة ٢، من أجل تطبيق القاعدة، أن تكون سبل الانتصاف المعنية "متاحة" من الناحيتين النظرية والعملية على السواء.

(ب) ملخص المناقشة

١٨٩- أعرب عن تأييد لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية كقاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العربي. وأعرب أيضاً عن تأييد لنهج المقرر الخاص في تناول الموضوع في عدة مواد بدلاً من مادة واحدة مطولة، وإن كان قد اقترح إعادة صياغة المادة ١٠ باعتبارها تعريفاً مركباً جامعاً للقاعدة تعقبه أحكام أكثر تحديداً. وفي الوقت نفسه، لوحظ أيضاً أن هناك حداً ينبغي الوقوف عنده في المطالبة بمثل هذا التحديد نظراً لأن تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية يتوقف إلى حد كبير على السياق.

١٩٠- واقترح، فيما يتعلق بالفقرة ١، توضيح الإشارة إلى "المطالبة الدولية"، وأشير إلى أن عبارة "سبل الانتصاف... المتاحة" تحتاج إلى مزيد من التدقيق. ولوحظ بالإضافة إلى ذلك غياب معيار الفعالية الذي كان يمثل عادة أحد جوانب القاعدة. وأعرب عن رأي مؤداه أنه بدون إضافة صفة "الفعالة"، تكون الإشارة إلى "جميع" سبل الانتصاف القانونية المحلية المتاحة أوسع مما ينبغي كما أنها تفرض عبئاً مفرطاً على كاهل الشخص المضرور. وعلى العكس من ذلك، أثيرت شكوك فيما يتعلق بإدراج اشتراط "الفعالية"، ذلك أن هذا المعيار يمكن أن يتسم بدرجة عالية من الذاتية، ويؤدي حتماً إلى مناقشة مسألة المحاكمة المنصفة - وهي قضية مثار جدل في القانون الدولي. وعلاوة على ذلك، اقترح حذف الإشارة إلى "الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين"، على أساس أن مشاريع المواد تنطبق على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على حد سواء ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك.

١٩١- وفيما يتعلق بتعريف "سبل الانتصاف القانونية المحلية" الوارد في الفقرة ٢، لوحظ أن كل دولة تنظم سبل انتصافها وفقاً لإجراءاتها الخاصة، وفي حالات كثيرة، وفقاً لقانونها الدستوري. واقترح أن تحدد الفقرة الغرض من سبل الانتصاف التي يتعين استنفادها: ففي بعض الحالات، تتاح سبل الانتصاف المحلية من أجل منع وقوع الضرر، بينما تتاح في حالات أخرى من أجل جبر الضرر فقط.

قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وقال إن هذا الحكم ضروري في مشاريع المواد للتحقق من الحالات التي تقع في نطاقها. كما أوضح أن المبدأ الأساسي هو أن القاعدة لا تسري إلا عندما يلحق ضرر بأحد مواطني الدولة، أي عندما يُلحق الضرر بالدولة المطالبة "بصورة غير مباشرة" من خلال الضرر الذي لحق بمواطنها. وقال إن هذه القاعدة لا تنطبق حينما يلحق الضرر بالدولة المطالبة ذاتها بصورة مباشرة.

٢٠١- وأشار إلى أن هناك معيارين مقترحين لتحديد نوع الضرر المعني: (أ) معيار العنصر الغالب؛ و(ب) معيار الشرط الذي لا بد منه. وقال إنه قد يكفي اعتماد أحد المعيارين فقط. وأوضح أن المسألة المطروحة في إطار المعيار الأول هي ما إذا كانت الصفة الغالبة في الضرر هي أنه لحق بمواطن الدولة المطالبة، وفي هذه الحالة يكون الضرر "غير مباشر" وتنطبق عليه قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. أما في حالة معيار الشرط الذي لا بد منه، فمن الضروري إثبات ما إذا كانت المطالبة ستقدم لو لم يحدث الضرر الذي لحق بمواطن الدولة المطالبة. ولاحظ أن هناك معايير أخرى قد اقترحت في المؤلفات التي تتناول هذه المسألة منها معايير "موضوع" النزاع، و"طبيعة" المطالبة، و"طبيعة الجبر المطالب به. فعلى سبيل المثال، إذا لم تطالب الدولة إلا بإصدار إعلان إقرار بالمسؤولية، فإن هذا قد يكون دلالة على أن الضرر كان مباشراً. إلا أنه في الحالات التي تطالب فيها الدولة بإصدار هذا الإعلان وكذلك بتعويض عن الضرر الذي ألحق بالفرد، يكون على المحكمة أن تحدد ما هو العامل الغالب. وعلاوة على ذلك، أشار إلى ضرورة توخي الحذر إزاء إمكانية أن يكون هدف الدولة المطالبة بإصدار إعلان الإقرار هو مجرد تفادي قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهو يرى أنه ينبغي أخذ العوامل الثلاثة الإضافية في الاعتبار لدى الفصل فيما إذا كان "العنصر الغالب" في المطالبة هو أنها مباشرة أو غير مباشرة. وقال إن هذه العوامل لا تقتضي أن تُذكر بشكل مستقل في مشروع المادة. إلا أنها تركت بين قوسين معقوفين بغية الحصول على توجيهات من اللجنة بشأن إدراجها.

(ب) ملخص المناقشة

٢٠٢- بينما أعرب عن تأييد إدراج المادة ١١ التي يُعتقد أنها تعكس الممارسة السائدة، فقد أشير أيضاً إلى أن هذه المادة تتطلب مزيداً من التفكير. وتشمل بعض المقترحات في هذا الصدد دمج المادتين ١٠ و ١١ معاً وحذف المادة ١١ كلية باعتبار أنها تتجاوز نطاق الحماية الدبلوماسية.

٢٠٣- ولوحظ أن لفظي "المباشر" و"غير المباشر" في وصف الضرر مضللتان. وأشار إلى التمييز القائم في العالم

"الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين". وأشار أيضاً إلى أنه كان يعترزم تناول مسألة الفعالية في مادة مستقلة. إلا أنه أقر بأنه لا يزال من الضروري الإشارة في المادة ١٠ إلى أن سبيل الانتصاف ينبغي أن يكون متاحاً وفعالاً على السواء ليعكس الرأي السائد في القانون الدولي. ولئن كان صحيحاً أن معيار "الإتاحة" يعتبر كافياً في حالات كثيرة، فإنه يرى أن هناك أمثلة (كما في قضية روبرت /إ. براون^(١١٤٤)) على حالات من الضروري فيها النظر إلى فعالية سبيل الانتصاف المحلي في سياق النظام القضائي للدولة المدعى عليها، الأمر الذي يعني التشكيك في معايير العدالة المستخدمة في تلك الدولة.

١٩٧- وأوضح أيضاً أن الفقرة ٢ كانت بمثابة محاولة لوضع تعريف واسع لسبيل الانتصاف المحلية من أجل توضيح أن الأفراد ينبغي أن يستنفدوا التشكيلة الكاملة لسبيل الانتصاف القانونية المتاحة. كما أوضح أن المسألة الحاسمة ليست مسألة الطابع العادي أو غير العادي لسبيل الانتصاف القانوني وإنما هي مسألة ما إذا كان هذا السبيل يتيح إمكانية توفير أداة فعالة للإنصاف.

١٩٨- وعلاوة على ذلك، أشار إلى أنه تم توجيه بعض الانتقادات لـ "القاعدة" التي تُطالب المتقاضى الأجنبي بأن يسوق في الدعوى القضائية البلدية جميع الحجج التي يعترزم تقديمها في الدعوى الدولية. وأقر بأن هذه المسألة لا تخلو من الصعوبات، وأنه لهذا السبب لم يدرج تلك القاعدة في الحكم ذاته.

١٩٩- أما بشأن مسألة الإبقاء على التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية، ومدى استصواب إدراج حكم بشأن إنكار العدالة، فقد أشار المقرر الخاص إلى أنه جرى الإعراب عن آراء مختلفة فيما يتعلق بإدراج هذا المفهوم.

٣- المادة ١١ (١١٤٥)

(أ) عرض المقرر الخاص

٢٠٠- أوضح المقرر الخاص أن مشروع المادة ١١ يتناول التمييز بين المطالبات "المباشرة" و"غير المباشرة" لأغراض

(١١٤٤) انظر الحاشية ٢٩٥ أعلاه.

(١١٤٥) فيما يلي نص المادة ١١ الذي اقترحه المقرر الخاص:

"المادة ١١

"تستنفد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي تقدم فيها مطالبة دولية، أو يقدم طلب إصدار حكم تفسيري متصل بالمطالبة، على أساس ضرر ألحق بمواطن، في المقام الأول، والتي لم تكن الإجراءات القانونية المعنية ستباشر فيها لو لم يلحق الضرر بالمواطن [ولدى الفصل في هذه المسألة، تُراعى عوامل من قبيل الجبر المطالب به، وطبيعة المطالبة، وموضوع النزاع]."

٢٠٥- وفيما يتعلق بمسألة اللجوء إلى طلب إصدار إعلان إقرار بالمسؤولية، أُشير إلى أن للدولة المضرورة حقاً في طلب وقف انتهاك الاتفاق دون أن تكون مضطرة للجوء أولاً إلى سبل الانتصاف المحلية.

٢٠٦- وفيما يتعلق بقائمة العوامل الإضافية التي يتعين النظر فيها، أُعرب عن رأي مفاده أنه يمكن حذفها لأن إدراج أمثلة توضيحية في نص تدويني هو ممارسة غير راسخة. وعلى العكس من ذلك، أُشير إلى أنه نظراً لكون الجملة المدرجة بين قوسين معقوفين تعرض معايير لا أمثلة، ونظراً لأن أي قرار بشأن هذه المسألة هو قرار ذاتي أساساً، فمن المفيد إبقاء الجملة بين قوسين معقوفين.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٢٠٧- ذُكر المقرر الخاص بأنه قد تم تقديم مقترحات مختلفة تتعلق بالصياغة، وأشار إلى بعض المسائل الإضافية التي يتعين أن تنظر فيها لجنة الصياغة، بما فيها إمكانية استخدام معيار العنصر الغالب فقط. ولاحظ أن هناك اختلافاً في الرأي فيما يتعلق بالعوامل الإضافية المدرجة بين قوسين معقوفين، كما أحاط علماء بالانتقادات الموجهة إلى عبارتي الضرر "المباشر" و"غير المباشر". وأوضح أنه لئن كان قد استخدم هاتين العبارتين في تقريره، فإنهما لم تُستخدم في مشروع المادة ذاته.

الناطق بالفرنسية بين تعبيرَي "dommage médiate" و"dommage immédiat" (ضرر "بالواسطة" وضرر "مباشر"). ويقصد بالضرر "المباشر" الضرر الذي تتكبده الدولة مباشرة. أما الضرر "بالواسطة" أو النائي فهو الذي تتكبده الدولة من خلال أشخاص مواطنيها.

٢٠٤- وأُعرب عن رأي مفاده أن الصعوبات الرئيسية في هذا الحكم تتعلق بتقييم "العنصر الغالب" في حالة المطالبة المختلطة. كما أوضح أنه قد تنشأ حالات لا يمكن فيها تطبيق معيار العنصر الغالب لأن الضرر الذي يلحق بالدولة يكون مساوياً للضرر الذي يلحق بالفرد. كما أُعرب عن رأي مفاده أنه ينبغي ألا يُنظر إلى تطبيق المعيارين على أنه تطبيق تراكمي وألا يُطلب تطبيق معيار العنصر الغالب قبل تطبيق معيار الشرط الذي لا بد منه. كما أوضح أنه لئن كان هناك بعض التأييد في قضية *إلسي*^(١١٤٦) لتطبيق معيار ذاتي، فقد تبين في تلك القضية وكذلك في قضية *إنترهانديل*^(١١٤٧) أن من المهم تحديد ما إذا كان هناك من الناحية الجوهرية نزاع واحد فقط وما إذا كان هذا النزاع يتعلق بضرر لحق بمواطن.

(١١٤٦) انظر الحاشية ٨٥ أعلاه.

(١١٤٧) انظر الحاشية ٦٨٤ أعلاه.