

## الفصل الخامس

### الحماية الدبلوماسية

التي يمكن استخلاصها على أساس المناقشة فيما يتعلق بنهج معاجلة الموضوع<sup>(٢٤١)</sup>.

١٠٨ - وفي الدورة الحادية والخمسين المعقودة في عام ١٩٩٩، عينت اللجنة السيد كريستوفر جون روبرت دوغارد مقرراً خاصاً للموضوع<sup>(٢٤٢)</sup>، وذلك عقب انتخاب السيد بنونه قاضياً في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

١٠٩ - وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٠، عرض على اللجنة التقرير الأول للمقرر الخاص<sup>(٢٤٣)</sup>. ونظراً لضيق الوقت، أرجأت اللجنة النظر في الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٣ و ٦<sup>(٢٤٤)</sup>. ثم قررت اللجنة في وقت لاحق، في جلستها 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 بالإضافة إلى تقرير المشاورات غير الرسمية.

١١٠ - وفي الدورة الثالثة والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠١، عرض على اللجنة الجزء المتبقى من التقرير الأول للمقرر الخاص، فضلاً عن تقريره الثاني<sup>(٢٤٥)</sup>. ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروع المادتين ١٠ و ١١، وأرجأت إلى دورتها التالية النظر في الأجزاء المتبقية من التقرير التي تتعلق بمشروع المادتين ١٢ و ١٣. 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 إلى لجنة الصياغة مشروع المادتين ١٠ و ١١<sup>(٢٤٦)</sup>.

#### ألف - مقدمة

١٠٤ - حددت اللجنة في دورتها الثامنة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٦ موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي<sup>(٢٤٧)</sup>. وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة، في الفقرة ١٣ من قرارها ١٦٠/٥١ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، اللجنة إلىمواصلة دراسة الموضوع وتحديد نطاقه ومضمونه في ضوء التعليقات واللاحظات التي أبديت 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 معنيّاً بالموضوع<sup>(٢٤٨)</sup>. وفي الدورة ذاتها، قدم الفريق العامل تقريراً وافقت عليه اللجنة<sup>(٢٤٩)</sup>. وقد سعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع بالقدر المستطاع؛ و(ب) تحديد المسائل التي ينبغي دراستها في سياق الموضوع. واقتراح الفريق العامل مخططًا عاماً للنظر في الموضوع وأوصت اللجنة بأن يستند المقرر الخاص إلى هذا المخطط العام لتقديم تقرير أولي<sup>(٢٥٠)</sup>.

١٠٥ - وفي الدورة التاسعة والأربعين أيضاً عينت اللجنة السيد محمد بنونه مقرراً خاصاً للموضوع<sup>(٢٥١)</sup>.

١٠٦ - ووافقت الجمعية العامة، في الفقرة ٨ من قرارها ١٥٦/٥٢، على قرار اللجنة إدراج موضوع "الحماية الدبلوماسية" في جدول أعمالها.

١٠٧ - وقد عرض على اللجنة، في دورتها الخامسة المعقودة في عام ١٩٩٨، التقرير الأول للمقرر الخاص<sup>(٢٥٢)</sup>. وفي الدورة ذاتها، أنشأت اللجنة فريقاً عاماً مفتوح العضوية للنظر في الاستنتاجات

(٢٤١) ترد استنتاجات الفريق العامل في المرجع نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٠٠، الفقرة ١٠٨.

(٢٤٢) حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الوثيقة A/54/10، ص ٨، الفقرة ١٩.

(٢٤٣) حولية ٢٠٠٠، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN.4/506/Add.1.

(٢٤٤) يرد تقرير المشاورات غير الرسمية في حولية ٢٠٠٠، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٤٠، الفقرة ٤٩٥.

(٢٤٥) انظر الحاشية ٣ أعلاه.

(٢٤٦) انظر حولية ٢٠٠١، المجلد الأول.

(٢٤٧) حولية ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الوثيقة A/51/10، ص ٢٠٦، الفقرة ٢٤٨، والمرفق الثاني، الإضافة ١، ص ٢٩٤.

(٢٤٨) حولية ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١١٤، الفقرة ١٦٩.

(٢٤٩) المرجع نفسه، ص ١١٤، الفقرة ١٧١.

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

(٢٥١) المرجع نفسه، ص ١٢٠، الفقرة ١٩٠.

(٢٥٢) حولية ١٩٩١، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN.4/484.

### ١- تعليقات عامة على الدراسة

#### (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١١٧- أشار المقرر الخاص، في عرضه لتقريره الثالث، إلى أن موضوع الحماية الدبلوماسية من الموضع الغنية بالرجوع المتاح في شكل محاولات للتدوين، أو اتفاقيات، أو ممارسات دول، أو السوابق القضائية ، أو مذاهب قانونية، وإلى أنه ليس هناك أي فرع من فروع القانون الدولي له من المراعي مثل هذا الموضوع. ييد أن الممارسة تتصف، في كثير من الأحيان، بعدم الاتساق والتضارب. وقال إن مهمته هي عرض جميع المراجع والخيارات لتمكين اللجنة من أن تختار بصورة مستنيرة ما يناسب من القواعد.

١١٨- أما بشأن نطاق مشاريع المواد، فقد أكد المقرر الخاص من جديد عدم رغبته في تجاوز الموضع التقليدية التي تدخل ضمن نطاق موضوع الحماية الدبلوماسية، وهي جنسية المطالبات، واستفاد سبل الانتصاف المحلية. إلا أنه لاحظ أنه أبدى، خلال النقاش الذي دار في فترة السنوات الخمس السابقة، اقتراحات بإدراج عدد من المسائل الأخرى ضمن ميدان الحماية الدبلوماسية، مثل الحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها، وحق الدولة التي تحمل سفينية أو طائرة جنسيتها في رفع دعوى بالنيابة عن الطاقم، وربما رفعها كذلك نيابة عن ركاب السفينة أو الطائرة، بغض النظر عن جنسية الأفراد المعنيين، والحالة التي تمارس فيها الدولة حماية دبلوماسية لصالح مواطن من مواطني دولة أخرى نتيجة لتفويض هذا الحق، والحالة التي تقوم فيها إحدى الدول أو إحدى المنظمات الدولية بإدارة إقليم ما أو السيطرة عليه. ورغم أهمية هذه القضايا، أكد أن اللجنة ينبغي لا تنظر فيها في سياق مجموعة مشاريع المواد العالمية، وبخاصة إذا كانت تبني اعتماد مشاريع المواد في القراءة الثانية بحلول نهاية فترة السنوات الخمس. وحذر،علاوة على ذلك، من أن مناقشة بعض تلك القضايا، مثل الحالة التي تقوم فيها إحدى الدول أو المنظمات الدولية بإدارة إقليم ما أو السيطرة عليه، قد تتجاوز كثيراً ميدان الحماية الدبلوماسية التقليدي.

١١٩- وأشار، إضافة إلى ذلك، إلى صعوبة أن تسم اللجنة دراسة للحماية الدبلوماسية دون أن تبحث الحerman من العدالة وشرط "كالفو"<sup>(٢٤٩)</sup>، اللذين يحتلان كلاهما مكاناً بارزاً في السوابق القضائية بشأن الموضوع.

١١١- وقررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨ إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة بشأن المادة ٩<sup>(٢٤٧)</sup>، برئاسة المقرر الخاص.

### باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

١١٢- عرض على اللجنة في الدورة الحالية الجزء المتبقى من التقرير الثاني للمقرر الخاص<sup>(٢٤٨)</sup> المتعلق بمشروع المادتين ١٢ و ١٣، وكذلك تقريره الثالث Add.A/CN.4/523). ونظرت اللجنة في الأجزاء المتبقية من التقرير الثاني وفي الجزء الأول من التقرير الثالث، المتعلقة بالحالة التي وصلت إليها دراسة الحماية الدبلوماسية، وفي المادتين ١٤ و ١٥، في جلساتها ٢٧١٢ و ٢٧١٩، المعقدة في الفترة من ٣٠ نيسان/أبريل إلى ١٤ أيار/مايو وفي ٤ حزيران/يونيه، على التوالي. ونظرت بعد ذلك في الجزء الثاني من التقرير الثالث، المتعلق بالمادة ١٦، في جلساتها ٢٧٢٥ و ٢٧٢٧ إلى ٢٧٢٩، المعقدة في ٢٤ أيار/مايو وفي الفترة من ٣٠ أيار/مايو إلى ٤ حزيران/يونيه، على التوالي.

١١٣- وأجرت اللجنة، في جلستها ٢٧٤٠ المعقدة في ٢ آب/أغسطس ٢٠٠٢، مشاورات غير رسمية مفتوحة، برئاسة المقرر الخاص، بشأن مسألة الحماية الدبلوماسية للأطقم وكذلك للشركات وحملة الأسهم.

١١٤- وقررت اللجنة، في جلستها ٢٧١٩، إحالة الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(د) من مشروع المادة ١٤ (التي سينظر فيها بالاقتران مع الفقرة الفرعية (أ) و(ه)) إلى لجنة الصياغة. وقررت أيضاً في جلستها ٢٧٢٩ إحالة الفقرة الفرعية (ج) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة لتنظر فيها بالاقتران مع الفقرة الفرعية (أ).

١١٥- ونظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة عن مشاريع المواد ١ إلى ٧[٨] في جلساتها ٢٧٣٠ إلى ٢٧٣٢، المعقدة في الفترة من ٥ إلى ٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٢. واعتمدت المواد ١ إلى ٣[٥] في جلساتها ٢٧٣٠، والمواد ٤[٩] و ٥[٧] و ٦[٨] في جلساتها ٢٧٣١، والمادة ٦ في جلساتها ٢٧٣٢ (انظر الفرع جيم أدناه).

١١٦- واعتمدت اللجنة في جلساتها ٢٧٤٥ و ٢٧٤٦ المعقدتين في ١٢ و ١٣ آب/أغسطس ٢٠٠٢، التعليقات على مشاريع المواد سالفة الذكر.

(٢٤٧) المرجع نفسه.

(٢٤٨) انظر الماكرة ٣ أعلاه.

(٢٤٩) انظر حوارية ١٩٥٦ ، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/96، ص ٢٠٣-٢٠٤.

١٢٤ - وأشار أيضاً إلى أن مسألة توفير المنظمات الدولية الحماية الوظيفية لموظفيها هي مسألة قم الدول الصغيرة التي تستخدم المنظمات الدولية بعض مواطنها، لأنه إذا كانت إمكانية توفر الحماية منوطه بدولة الجنسية وحدها، سيكون هناك احتمال عدم المساواة في المعاملة.

١٢٥ - وتساءل آخرون عما إذا كان يمكن وصف حماية من هذا القبيل بالحماية الدبلوماسية. وقالوا إن اللجنة إذا وافقت على عدم إدراج حماية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين ضمن نطاق الموضوع، فإن المقطع ذاته ينطبق على موظفي المنظمات الدولية. كذلك، فإن أفراد القوات المسلحة يتمتعون عادةً بحماية الدولة المسؤولة عن هذه القوات، ولكن هذه الحماية لا تعتبر في حد ذاتها "حماية دبلوماسية".

١٢٦ - وأعرب عن رأي آخر يقول إن التمييز بين الحماية الدبلوماسية والحماية الوظيفية لا ينطبق بالضرورة في سياق الحماية الدبلوماسية التي تُمارس بنيابة عن أفراد القوات المسلحة. فهذه الحالات تعتبر تطبيقاً للمصالح القانونية للدولة التي تتبعها القوات المعنية. ولشن كانت رابطة الحماية هي التعبير الرئيسي عن المصلحة القانونية في حالة مواطني الدولة وشركائهم ووكالاتهم الوطنية، فإن القانون يعترف بأسس أخرى للمصلحة القانونية، مثل الانتفاء إلى القوات المسلحة.

١٢٧ - وتأييداً للاقتراح الداعي إلى توسيع نطاق مشاريع المواد بحيث يشمل الحماية الدبلوماسية لأفراد الطواقم والركاب على متن السفن، وأشار إلى قضية السفينة *M/F. Sayaga*<sup>(٢٥٢)</sup> التي خلصت فيها المحكمة الدولية لقانون البحار إلى أنه يحق للدولة التي تحمل السفينة جنسيتها تقديم مطالبة بشأنضرر الذي تکبدته أفراد الطواقم، بصرف النظر عن جنسياتهم الفردية؛ وهكذا فإن دولة الجنسية لا تملك حقاً حصرياً في ممارسة الحماية الدبلوماسية. وفي الوقت ذاته، تُصرّ بتوجيه الحذر فيما يتعلق بقضية السفينة *M/F. Sayaga*، ذلك لأن هذه القضية عرضت على المحكمة الدولية لقانون البحار موجب الأحكام الخاصة الواردة في المادة ٢٩٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، لا كحالة عامة من حالات الحماية الدبلوماسية.

١٢٨ - وأشار أيضاً إلى أن تطور القانون الدولي يتميز بمترايد شدة الاهتمام باحترام حقوق الإنسان. وعليه، إذا كان يمكن للدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها أن توفر الحماية

١٢٠ - وأكد المقرر الخاص كذلك عزمه على النظر في جنسية الشركات في تقريره القادم.

#### (ب) موجز المناقشة

١٢١ - هُنئ المقرر الخاص على تقريره وعلى تناوله القضايا التي هي قيد البحث بعقل منفتح. وفي الوقت نفسه، أبدىرأي يقول إن نجاح المقرر الخاص يتسم، على ما يبدو، بعمومية مفرطة. ومن ثم، أعرب عن التأييد للنظر في القضايا الإضافية التي عدّها المقرر الخاص في تقريره الثالث.

١٢٢ - وطرح رأي مفاده أنه ينبغي عدم إدراج مسألة الحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها في مشاريع المواد لأنها تشکل استثناء من مبدأ الجنسية، وهو مبدأ جوهري لقضية الحماية الدبلوماسية. فقد أوضحت محكمة العدل الدولية، في فتواها بشأن قضية التعويض عن الأضرار<sup>(٢٥٠)</sup>، أن الدعوى التي رفعتها المنظمة لا تستند إلى جنسية الضحية، وإنما إلى مرکزه كموظف في المنظمة. وبالمثل، ذكرت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، في حكمها الصادر في قضية *Jorwardo*<sup>(٢٥١)</sup>، أن موظفي منظمة العمل الدولية لا يُمنحون امتيازات وخصائص إلا بما يخدم مصالح المنظمة.

١٢٣ - وعلى النقيض من ذلك، اقترح أن تنظر اللجنة في ما يترتب على حق المنظمة الدولية في ممارسة الحماية من آثار على دولة الجنسية. وقد أثارت محكمة العدل الدولية، في فتواها بشأن قضية التعويض عن الأضرار، مسألة تنافس مطالبات دولة الجنسية ومطالبات الأمم المتحدة فيما يتعلق بالأضرار الشخصية التي تلحق بموظفي الأمم المتحدة. واقتصر أن تدرس العلاقة بين الحماية الوظيفية والحماية الدبلوماسية دراسةً متأنية، مع تضمين مشاريع المواد إشارة ما إلى الحماية الوظيفية. وكذلك، اقترح أن يُنصّ بصورة واضحة، كما ذكرت محكمة العدل الدولية في فتواها، على أن إمكانية التنافس بين حق الدولة في الحماية الدبلوماسية وحق المنظمة في الحماية الوظيفية لا يمكن أن تؤدي إلى مطالبيتين أو إلى فعلين من أفعال الجبر. وعلى ذلك، يمكن أن تنظر اللجنة في ضرورة الحد من المطالبات والتعويضات.

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949,* (٢٥٠) .p. 174

ILO, Administrative Tribunal, Judgement No. 70 (٢٥١) .of 11 September 1964

إطار الاستثناءات المتعارف عليها من مبدأ الجنسية. ييد أن الأمر المهم هو عدم الخلط بين القواعد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية وأنواع أخرى من حماية الأفراد أو مصالحهم.

١٣٣ - وأعرب عن التأييد لرأي المقرر الخاص القائل إن مشاريع المواد يجب ألا تتناول الحالة التي تسيطر فيها منظمة دولية على إقليم ما. وأشار إلى أن هذه الحالة تتعلق بشكل من أشكال الحماية محدد جداً، شكل يرتبط على الأقل ارتباطاً وثيقاً بالحماية الوظيفية قدر ارتباطه بالحماية الدبلوماسية، وإلى أنه ينبغي للجنة، كما في حالة المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، أن تغفل جميع القضايا المتعلقة بالمنظمات الدولية. وفي الوقت ذاته، أُعرب عن التأييد لاقتراح الداعي إلى مراعاة مشاريع المواد للحالة التي ترعم فيها دولة تدير إقليماً لا ينتمي لها، أو تسيطر عليه، ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن سكان ذلك الإقليم.

١٣٤ - وطبقاً لرأي آخر فإن المنظمة الدولية، عندما تدير إقليماً ما، تؤدي جميع وظائف الدولة وينبغي، بناء على ذلك، أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بالأشخاص الذين قد يكونون عدليكي الجنسية أو قد تكون جنسيتهم غير واضحة. وفضلاً عن ذلك، إذا كانت رابطة الجنسية قد اتسمت ببعض الأهمية في الماضي، عندما كانت الدول هي الجهات الوحيدة الفاعلة على المسرح الدولي، فقد باتت هذه الرابطة أقل أهمية في عالم يتعين فيه على المنظمات الدولية أن تضطلع بدور يتزايد حجمه باستمرار إلى جانب الدول. واقتراح، بناء على ذلك، ذكر أن من الخطأ افتراض أن الوظائف الخاصة والموقته التي تحول، على سبيل المثال، إلى الأمم المتحدة بوصفها القائمة على إدارة إقليم ما، هي وظائف مماثلة لإدارة الدول للأقاليم.

١٣٥ - وفقاً لرأي آخر فإن لم قضية الحماية الدبلوماسية هو مبدأ الجنسية، أي الصلة بين الدولة ومواطنيها في الخارج. فعندما تدعى الدولة أن لها مصلحة قانونية في ممارسة الحماية الدبلوماسية فإذاء ضرر الحق بأحد مواطنيها من جراء فعل غير مشروع دولياً، فإن الصلة بين المصلحة القانونية والدولة هي جنسية المواطن. وإذا ثبتت مشاريع المواد القضايا الإضافية المقترحة، ولو كحالات استثنائية، فإن ذلك سيؤثر، لا محالة، على طبيعة القواعد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، إذ إنما ستتوسع على نحو لا يبرر له حق الدول في التدخل.

١٣٦ - واقتراح أيضاً أن يشار على الأقل إلى تلك القضايا الإضافية في التعليق إذا كانت اللجنة ستقرر عدم النظر فيها.

لأفراد طاقم هذه السفينة أو الطائرة، فإن هذا يعني توفير مزيد من الحماية وينبغي أن يُرحب به.

١٢٩ - وأكد آخرون أن المقرر الخاص كان محقاً عندما اقترح ألا تدرج اللجنة ضمن نطاق مشاريع المواد حق الدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها في تقديم مطالبة نيابة عن الطاقم أو الركاب. وذكر أن القضية ليست قضية معرفة الطريقة التي ينبغي أن تحمي بها الدولة مواطنيها في الخارج، وإنما كيفية تفادى تنازع المطالبات المقدمة من دول مختلفة. فإذا كانت السفينة تحمل علم ملائمة، فلن تكون لدولة التسجيل مصلحة في ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا لم تقم الدول التي يحمل أفراد الطاقم جنسيتها بذلك. ووفقاً لهذا الرأي، فإن قانون البحار يشمل هذه الحالات على أي حال.

١٣٠ - ولوحظ أيضاً أن مسألة حماية طاقم السفينة مشمولة باتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وكذلك باتفاقات دولية سابقة. ولذا فإنما تقتضي دراسة الصكوك الدولية الأخرى دراسة أعمق.

١٣١ - ولوحظ كذلك أن المبادئ القانونية التي تنظم المسائل المتعلقة بجنسية الطائرات مبنية بالفعل في القانون الدولي، وبخاصة في الكثير من الصكوك، مثل الاتفاقية الخاصة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى المرتكبة على متن الطائرات. وفي هذا المثال، فإن العامل الحاسم هو الصلة الخاصة بين دولة الجنسية أو دولة التسجيل، وسفينة أو طائرة معينة. وهذا المثال لا يشمل الأشخاص؛ وعلى الرغم من أن الصكوك الدولية المعنية تمنح الدولة في حالات معينة الحق في ممارسة امتيازات قد تشوه، للوهلة الأولى، الحماية الدبلوماسية، فإن تلك الحماية ذات طبيعة أخرى. وبالتالي، لا مكان لمثل هذه المسائل عند النظر في موضوع الحماية الدبلوماسية.

١٣٢ - وأعرب البعض عن عدم موافقتهم على اقتراح المقرر الخاص ألا تنظر اللجنة في قضية ممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية لصالح مواطن يحمل جنسية دولة أخرى نتيجة لتفويض هذا الحق. وقالوا إن القضية المطروحة هي وسيلة إعمال مسؤولية الدولة. وبالتالي، لا يوجد، من حيث المبدأ، سبب يمنع ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية في ظروف كهذه. وأشار آخرون إلى أنه إذا نظر إلى الحماية الدبلوماسية كحق استنسابي للدولة، فإنه يمكن أن يشار في التعليق إلى أن للدولة الحق في أن تفوض إلى آخر منأشخاص القانون الدولي ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن مواطنيها أو عن أشخاص آخرين تربطهم صلات حقيقة بها في

وهناك اتفاقيات بشأنه، وبخاصة على مستوى البلدان الأمريكية، تنص على حق الأجانب في اللجوء إلى نفس سُبيل الانتصاف التي يليجاً إليها مواطنو البلد - وهو حق أعيد تأكيده في نصوص أخرى أحدث. ومن الصعب إغفال مسألة حرمان من العدالة، بوصفها هذا، وهي مسألة قد تكون إحدى الحالات التي تقود إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية.

١٤١ - وأبدت افتراحات أخرى تدعو إلى التفكير في بحث آثار ممارسة الحماية الدبلوماسية كجزء من الدراسة الحالية.

١٤٢ - وأعرب أيضاً عن التأييد لاقتراح المقرر الخاص الداعي إلى النظر في مسألة توفير الحماية الدبلوماسية للشركات.

١٤٣ - وفيما يتعلق باستخدام المصطلحات، أشير إلى أن مفهوم "جنسية المطالبات" مثير للالتباس، وأنه، كمفهوم خاص بالقانون العام، ليس له ما يماثله في نظم قانونية أخرى معينة. واعترف المقرر الخاص، رداً على ذلك، بأن للعبارة دلالة ذات صلة بالقانون العام، لكنه أشار إلى استخدام محكمة العدل الدولية لها أيضاً بالفرنسية، في فتواها المتعلقة بقضية التعويض عن الأضرار.

#### (ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٤٤ - لاحظ المقرر الخاص أنه يبدو أنه يوجد عموماً تأييد لرغبة في قصر مشاريع المواد على القضايا المتعلقة بجنسية المطالبات وبقاعدتها استناداً سُبيل الانتصاف المحلي، بحيث يتسعى إثناء النظر في الموضوع في غضون فترة السنوات الخمس للجنة.

١٤٥ - وأشار، فيما يتعلق بالقضايا المحددة في تقريره الثالث والمرتبطة بجنسية المطالبات ولكنها لا تندرج تقليدياً ضمن نطاق هذا الميدان، إلى أن فكرة إجراء دراسة كاملة للحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات لموظفيها لم تلق تأييداً. وقال إن بعض المتخصصين شددوا، مع ذلك، على ضرورة التمييز بين الحماية الدبلوماسية والحماية الوظيفية في التعليق، مع الإشارة بوجه خاص إلى رد محكمة العدل الدولية على السؤال الثاني في الفتوى المتعلقة بقضية التعويض عن الأضرار بشأن كيفية التوفيق بين ممارسة الأمم المتحدة للحماية الوظيفية وحق دولة الجنسية في حماية مواطنيها. وقال إنه يقترح معالجة المسألة في إطار التعليق على المادة ١ وفي سياق تنافس مطالبات الحماية، وإن كان لا يزال مستعداً لبحث إمكانية إدراج حكم مستقل بشأن الموضوع.

١٤٦ - وأشار المقرر الخاص إلى وجود انقسام في الرأي بشأن الاقتراح الداعي إلى توسيع نطاق مشاريع المواد بحيث يشمل حق الدولة التي ترفع السفينة أو الطائرة علمها في تقديم مطالبة نيابة عن طاقم وركاب هذه السفينة أو الطائرة. وذكر أن المسألة سينظر فيها مرة أخرى.

١٣٧ - ونظرت اللجنة في عدة مقترنات أخرى بشأن قضايا يمكن إدراجها ضمن نطاق مشاريع المواد. وبحثت مسألة ما إذا كان من الضروري أن تدرج في مشاريع المواد إشارة إلى مبدأ "طهارة اليد". وأعرب عن رأي يقول إن هذا المبدأ، رغم أنه ذو صلة بالمناقشة الدائرة بشأن الحماية الدبلوماسية، لا يمكن أن يعامل معاملة خاصة في مشاريع المواد. وأشار إلى مثال معاملة هذا المبدأ في سياق أعمال اللجنة بشأن موضوع مسؤولية الدول، حيث قررت اللجنة أنه لا يشكل ظرفاً نافياً لعدم المشروعية<sup>(٢٥٣)</sup>. كذلك، أشير إلى أن "عدم طهارة يد الشخص" لا يبرر حرمانه من الحماية الدبلوماسية. وأعرب عن تحفظات أخرى بشأن الوضع القانوني لمفهوم "طهارة اليد". وأشار إلى أن هذا المفهوم لا يستخدم كثيراً، وإذا استخدم فإنه يستخدم أساساً كحججة تحيزية، وإلى أن اللجنة يجب أن تحذر من إضفاء الشرعية عليه بصورة عَرضية<sup>(٢٥٤)</sup>.

١٣٨ - ومن ناحية أخرى، ذكر أن طرح القضية فيما يتصل بالحماية الدبلوماسية أمر مشروع. فمسألة ما إذا كان الشخص الذي تمارس لصالحه الحماية الدبلوماسية "طاهر اليد" أم لا هي مسألة لا يمكن تجاهلها؛ وأيًّا كانت الاستنتاجات المستخلصة منها، من المهم إثارة القضية. إلا أن آخرين أشاروا إلى أن من الأفضل لا تتخذ اللجنة أي موقف بشأن قاعدة "طهارة اليد" في هذا الاتجاه أو ذاك.

١٣٩ - ونظرت اللجنة أيضاً في ضرورة إدراج حكم بشأن الحرمان من العدالة<sup>(٢٥٥)</sup>. وأشار إلى أن اللجنة لم تتوخ في السابق الإشارة صراحةً إلى مفهوم الحرمان من العدالة في مشاريع المواد. وأكد أيضاً أن هذا المفهوم هو جزء من القانون الوضعي ومن موضوع معاملة الأجانب، ولا يتصل مباشرة بالحماية الدبلوماسية. ويحدث أن يكون الأجانب الذين يلحرون إلى المحاكم ضحية حرمان من العدالة أحياناً، وهذا الأمر قد يحدث بصرف النظر تماماً عن أي ظروف يُلْجأ فيها إلى سبل الانتصاف المحلية هذه. ولذا، فإن تناول هذا الموضوع أمر غير منطقي وسيثير صعوبات هائلة أمام اللجنة.

١٤٠ - وعلى العكس من ذلك، أشير إلى أن مسألة الحرمان من العدالة تمس مشكلة تتعلق بالمضمون، نظراً إلى أنها تتصل بالمساواة في المعاملة بين الأجانب والمواطنين في مجال الاحتكام إلى النظم القضائية. وقد عالج القانون الدولي الخاص هذا الموضوع بإسهاب،

(٢٥٣) انظر حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الوثيقة A/54/10، ص ٤١١-٤٥، الفقرات ١٥٨.

(٢٥٤) انظر أيضاً الفرعباء ٦-٦ أدناه.

٢٠٠١، ولكن لم ينظر فيهما لضيق الوقت. وأشار إلى أنه ينبغي قراءة المادتين معاً، واقتراح، وبالتالي، تناولهما معاً. وتعلق كلتاها بمسألة معرفة ما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية أم موضوعية - وهي من أشد المسائل إشارة للجدل في ميدان استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١٥١ - ولاحظ أن اللجنة اتخذت في السابق موقفاً بشأن المسألة في سياق موضوع مسؤولية الدول. وذكر بأن اللجنة اعتمدت في دورتها التاسعة والعشرين حكم<sup>(٢٥٧)</sup> تم تأكيده في دورتها الثامنة والأربعين في إطار مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة في القراءة الأولى<sup>(٢٥٨)</sup>. على أن القاعدة هي، في نظره، قاعدة إجرائية أساساً أكثر منها موضوعية، وبالتالي، يجب إعادة النظر في المسألة.

١٥٢ - وقال إن هناك ثلاثة مواقف: الموقف الأول هو أن القاعدة موضوعية، والثاني هو أنها إجرائية، والثالث هو الموقف الذي أسماه بالموقف "المحتلط". ويؤكّد أصحاب الموقف الأول، من فيهم بورشارد وآخوه، أن الفعل غير المشروع دولياً الذي تقوم به الدولة المعتدية لا يكتمل إلا عند استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهنا، تشكل قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً موضوعياً يتوقف عليه وجود المسؤولية الدولية ذاته.

١٥٣ - ويقول أولئك الذين يؤيدون الموقف الثاني، ومنهم مثلاً أميراسنغ، إن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرط إجرائي يجب استيفاؤه قبل أن يكون في الإمكان تقديم مطالبة دولية.

١٥٤ - وأما الموقف الذي يجمع بين الموقفين السابقين، والذي يتباين فوسيت<sup>(٢٥٩)</sup>، فيميز بين الضرر الذي يلحق بأجنبي في إطار القانون الداخلي والضرر الذي يلحق به في إطار القانون الدولي. فإذا كان الضرر ناشئاً عن انتهاء القانون الداخلي وحده وعلى نحو لا يشكل خرقاً للقانون الدولي، مثلاً من خلال خرق عقد امتياز، فإن المسؤولية الدولية لا تنشأ إلا عن فعل تقوم به الدولة المدعى عليها ويشكل حرماناً من العدالة، ومن ذلك مثلاً تحيز القضاء عندما يحاول الأجنبي إعمال حقوقه في محكمة محلية. وفي هذه الحالة، فإن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تعتبر،

١٤٧ - أما الحالة التي تفوض فيها إحدى الدول حق ممارسة الحماية الدبلوماسية إلى دولة أخرى، فقد لاحظ أنها لا تنشأ كثيراً على صعيد الممارسة، وأها لا تناوش إلا ملاماً في المؤلفات القانونية. وأشار أيضاً إلى أن المسألة متناولة جزئياً في سياق المادة المتعلقة باستمرار الجنسية.

١٤٨ - وأشار المقرر الخاص إلى أن الاقتراح الداعي إلى أن يُدرج ضمن نطاق الدراسة موضوع ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب دولة تدير إقليماً ما أو تسيطر عليه أو تحتلها قد لقي بعض التأييد، وإن يكن ضئيلاً. فقد اقترح بعض الأعضاء النظر في مسألة توفير حماية من جانب منظمة دولية للأشخاص الذين يعيشون في إقليم خاضع لسيطرتها، مثل الأمم المتحدة في كوسوفو وتيمور الشرقية. وعلى الرغم من أن الفكرة لقيت بعض التأييد، فإنه يرى أن غالبية أعضاء اللجنة يعتقدون أنه قد يكون من الأفضل تناول القضية في سياق مسؤولية المنظمات الدولية.

١٤٩ - وفيما يتعلق عبّداً "طهارة اليـد"، وأشار المقرر الخاص إلى أن ذلك المبدأ قد ينشأ في ما يتصل بسلوك الشخص المتضرر، أو الدولة المدعية، أو الدولة المدعى عليها، مما يجعل من الصعب وضع قاعدة تسري على جميع الحالات. وأشار إلى أن تلك المسألة سيتم تناولها في الفرع دال من تقريره الثالث، وبخصوص جنسية الشركات في سياق قضية شركة برسلونة للجر<sup>(٢٥٥)</sup>.

## ٢ - المادتان ١٢ و ١٣<sup>(٢٥٦)</sup>

(أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١٥٠ - ذكر المقرر الخاص بأنه قد تناول المادتين ١٢ و ١٣ في تقريره الثاني، الذي قدم إلى الدورة الثالثة والخمسين في عام

(٢٥٥) انظر الحاشية ٦ أعلاه.

(٢٥٦) فيما يلي نص المادتين ١٢ و ١٣ اللتين اقتراهما المقرر الخاص في تقريره الثاني (انظر الحاشية ٣ أعلاه):

### "المادة ١٢"

"بعد الشرط القاضي بضرورة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً إجرائياً مسبقاً يتعين التقيد به قبل أن يجوز للدولة تقديم مطالبة دولية بناء على ضرر لحق مواطن نتيجة لفعل غير مشروع دولياً ارتكب ضد المواطن عندما يشكل الفعل موضوع الشكوى خرقاً للقانون المحلي والقانون الدولي معاً.

### "المادة ١٣"

"عندما يتخذ مواطن أجنبي إجراءات قانونية أمام المحاكم المحلية الدولة من أجل الحصول على إنصاف من انتهاك للقانون المحلي لتلك الدولة لا يرقى إلى فعل غير مشروع دولياً، يجوز أن تتحمل الدولة التي تُتخذ فيها هذه الإجراءات مسؤولية دولية إذا كان هناك حرمان من العدالة بالنسبة للمواطن الأجنبي. ور هنا بالمادة ١٤، يتعين على المواطن الأجنبي المضرور استنفاد أي سبل انتصاف محلية أخرى قد تكون متاحة قبل أن تقدم مطالبة دولية بالنيابة عنه".

(٢٥٧) المادة ٢٢؛ انظر حوية ١٩٧٧ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٣٠.

(٢٥٨) انظر حوية ١٩٩٦ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٢٠.

(٢٥٩) انظر J. E. S. Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", BYBIL, 1954, pp. 452 - 458

موضعية القاعدة. إلا أن تفسير المقرر الخاص لقطع رئيسي من القرار هو أن المحكمة المذكورة أيدت الحاجة الفرنسية القائلة بأن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا تعدو أن تكون قاعدة إجرائية.

١٥٨ - وأشار المقرر الخاص إلى أن ممارسة الدول ليست ذاتفائدة كبيرة لأنها تؤخذ في العادة شكل حجج تقدم في الدعاوى الدولية ولأنه لا مناص من أن تبني الدولة الموقف الذي يخدم مصالحها على خير وجه. ومن ثم، لا يمكن استخلاص استنتاج واضح من الحجج التي تقدمها الدول.

١٥٩ - وأشار كذلك إلى أن آراء الأوساط الأكاديمية منقسمة بشأن هذه القضية. واعترف بأن الموقف الثالث، الذي يفضله هو، لم يلق الكثير من الاهتمام. فعلى سبيل المثال، تتحمل الدولة التي تعذب أجنبياً مسؤولية دولية لحظة ارتكاب الفعل، لكنها قد تجد نفسها أيضاً قد انتهكت تشريعها الخاص بها. وإذا وُجدت وسيلة انتصاف محلية، فيجب أن تستنفذ قبل أن يكون في الإمكان رفع دعوى دولية؛ وفي مثل هذه الحالة، فإن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية. ويحاول مشروع المادتين ١٢ و ١٣ وضع هذا الاستنتاج موضع التنفيذ، وتتوفر الآراء الأكاديمية قدرًا من التأييد لهذا الموقف.

١٦٠ - وقال إن اللجنة تواجه أيضاً قراراً بأن تhind عن الموقف الذي اخذه في المادة ٢٢ السابقة من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول. ييد أن المقرر الخاص المعنى بمسؤولية الدول آنذاك قد افترض، عند اقتراح تلك المادة، أن الوثيقة في شكلها النائي ستميز بين الالتزامات المتعلقة بالسلوك والالتزامات المتعلقة بالنتيجة، وهو تمييز لم يؤخذ به في القراءة الثانية. ومن ثم، يرى المقرر الخاص أن اللجنة حرة في اعتماد الموقف الذي اقترحه.

#### (ب) موجز المناقشة

١٦١ - أشير، تأييداً للرأي القائل بموضعية القاعدة، إلى أنه عندما يُشترط استنفاد سبل الانتصاف المحلية ولا تستنفذ، فإنه لا يمكن ممارسة الحماية الدبلوماسية. وبالتالي، لا يمكن التقدم بأية مطالبة فيما يتصل بمخرق مزعوم ولا يمكن اتخاذ تدابير مضادة. ولا يتضح المعنى العملي لخرق مزعوم ليس له آثار على المستوى الدولي بالنسبة للدولة أو للفرد المعنى، ولا يتتوفر بشأنه سبيل انتصاف. ولما كان الشرط المسبق ينطبق على جميع الإجراءات المتعلقة بمثل هذه الحالة، فيجب أن ينظر إليه على أنه موضوعي.

١٦٢ - وأعرب آخرون عن تأييدهم للرأي القائل بإجرائية القاعدة. فأشير، فيما يتصل بإصدار حكم إضافي في حالة عدم

بوضوح، شرطاً موضوحاً يجب استيفاؤه. أما إذا كان الضرر الذي لحق بالأجنبي يشكل انتهاكاً للقانون الدولي، أو للقوانين الدولي والقانون المحلي معاً، فإن المسؤولية الدولية تنشأ وقت وقوع الضرر، وتكون قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً إجرائياً لتلقيهم المطالبة الدولية.

١٥٥ - وأشار المقرر الخاص كذلك إلى أن البعض يقولون إن المواقف الثلاثة هي مواقف أكاديمية صرف، إلا أن مسألة الوقت الذي تنشأ فيه المسؤولية الدولية تتسم غالباً بأهمية عملية كبيرة. أولاً، فيما يتعلق بجنسية المطالبة، يجب أن يكون الأجنبي مواطناً وقت ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً. ومن ثم، من المهم التأكد من الوقت الذي ارتكب فيه الفعل غير المشروع دولياً. ثانياً، قد تنشأ مشكلة اختصاص، كما حدث في قضية الفوسيفات في المغرب<sup>(٢٦٠)</sup>، التي طرحت فيها محكمة العدل الدولية الدائمة مسألة معرفة الوقت الذي تنشأ فيه المسؤولية الدولية بغرض تقرير ما إذا كانت المحكمة مختصة أم لا. ثالثاً، لن يكون في مقدور الدولة التنازل عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية إذا كانت القاعدة موضوعية، نظراً إلى أنه لن يكون قد ارتكب فعل غير مشروع دولياً في حالة عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١٥٦ - لاحظ المقرر الخاص أن المصادر لا توضح النهج الذي ينبغي اتباعه، مما يثير صعوبة. وأوجز مختلف محاولات التدوين السابقة، كما وصفها في تقريره. وذكر أن اللجنة فضلت في دورتها التاسعة والعشرين المقودة عام ١٩٧٧ الرأي القائل بموضعية القاعدة في ما كان يشكل آنذاك المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول<sup>(٢٦١)</sup>، بينما تبين مقرر اللجنة المعنى بموضوع الحماية الدبلوماسية للأأشخاص والممتلكات، في عام ٢٠٠٠، الرأي القائل بأن القاعدة إجرائية صرف، وذلك في رابطة القانون الدولي<sup>(٢٦٢)</sup>.

١٥٧ - وأشار المقرر الخاص إلى أن القرارات القضائية هي أيضاً قرارات مبهمة وتحتمل تفسيرات مختلفة تؤيد الرأي القائل بإجرائية القاعدة تارة، وبموضعيتها تارة أخرى. فيما يتعلق بقضية الفوسيفات في المغرب، مثلاً، أكد المقرر الخاص آنفو أن محكمة العدل الدولية الدائمة لم تصدر حكماً يتعارض مع الرأي القائل

*Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74,* (٢٦٠)  
p. 10

(٢٦١) انظر الحاشية ٢٥٧ أعلاه.

"The exhaustion of local remedies", interim report, International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference* (London, 2000), p. 606, especially pp. 629-630

١٦٦ - وأشار إلى أن التمييز جرى أصلًا في سياق تحديد اللحظة التي يرتكب فيها الفعل غير المشروع خلال النظر في موضوع مسؤولية الدول. والمسألة هي ما إذا كانت مسؤولية الدولة تنشأ فور ارتكاب الفعل غير المشروع دوليًّا، بصرف النظر عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية. واقترح، وبالتالي، أن تتبع اللجنة، حرصاً على الاتساق، النهج المتبع في المادة ٤ (قبول الطلبات) من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين<sup>(٢٦٣)</sup>. كذلك، وأشار إلى أن صياغة المادة ١٢ من مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية تفسح المجال لتساؤلات من قبيل: كيف يمكن أن يشكل خرق القانون المحلي، من تلقاء نفسه، فعلًا غير مشروع دوليًّا؟ وهذا يبدو متناقضًا مع روح ونص المواد المتعلقة بمسؤولية الدول ، ولا سيما المادة ٣ منها.

١٦٧ - وإضافة إلى ذلك، أعرب بعض المتحدثين عن عدم تأييدهم للرأي القائل إن التنازل لا يتفق مع الطبيعة الموضوعية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وقالوا إن الدول قد تتنازل عن شرط مسبق لجواز القبول فيما يتعلق بقضية موضوعية أو إجرائية على السواء. وقواعد استنفاد سُبل الانتصاف المحلية ليست قواعد قطعية وإنما هي قواعد تتفق عليها الدول.

١٦٨ - وأشار كذلك إلى أن مسألة طبيعة قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تشير مسائل نظرية صعبة تترتب عليها آثار سياسية إذ إنه ينظر إلى النظرية الإجرائية على أنها تقلل من أهمية قاعدة تعتبرها دول كثيرة قاعدة جوهرية. وبالنظر إلى هذه المشاكل وإلى عدم وجود توافق في الآراء داخل اللجنة، رُئي أن ليس من الحكمة تأييد أي من الآراء المتضاربة.

١٦٩ - وأعرب أيضًا عن رأي مفاده أنه يمكن لللجنة، بدلاً من ذلك، أن تنظر في دراسة تجريبية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية استناداً إلى السياسات والممارسات والتاريخ. فذكر، مثلاً، أن مبدأ تحمل الخطر، ووجود صلة اختبارية بين الأجنبي والدولة المضيفة، وتطبيق سبل الانتصاف المحلية بما يتفق مع المنطق هي أمور قد تكون أهم من القضايا الإجرائية أو الموضوعية.

١٧٠ - ووفقاً لاقتراح آخر من الممكِن معالجة القضية في التعليقات على المواد ١٠ و ١١ و ١٤.

١٧١ - وأكد آخرون أن المادتين ١٢ و ١٣ مفيديتان ولكن ليس بالشكل الذي عرضنا به. وأعرب عن رأي يقول إن قاعدة

استنفاد سبل الانتصاف المحلية، إلى أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا يشكل دائمًا إمكانية عملية، وذلك، مثلاً، بسبب التكلفة الباهظة للإجراء. والحصول على حكم إيضاحي في غياب سبل الانتصاف المحلية يتحمل أن يكون تربية هامة تؤدي إلى تغيرات عملية. يبد أن اعتبار قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية قاعدة موضوعية يحول دون إتاحة هذه الإمكانية.

١٦٣ - وأعرب أحد الأعضاء عن تفضيله "الرأي الثالث" الذي تبناه فوسيت، والذي وصفه المقرر الخاص في تقريره. وعلى النقيض من ذلك، أعرب عن رأي مفاده أن إمكانيات سبل الانتصاف التي أشار إليها فوسيت في دراسته المتعلقة بالتمييز بين سبل الانتصاف المتاحة بموجب القانون المحلي وتلك المتاحة بموجب القانون الدولي قد تفضي إلى نقاش نظري من شأنه أن يعقد المسألة تعقيداً لا داعي له.

١٦٤ - وكان الرأي السائد في اللجنة هو وجوب حذف مادتي ١٢ و ١٣ لأنهما لا يضيفان شيئاً إلى المادة ١١. وسلم بأنه رغم احتمال ترثي بعض الآثار على اعتماد واحدة أو أخرى من النظريات، ورغم أن مسألة معرفة ما إذا كانت سبل الانتصاف موضوعية أم إجرائية هي مسألة لا يمكن إلى حد ما تفاديهما في ظروف خاصة كتلك الواردة في قضية الفوسفات في المغرب، فإن هذه الأمور لا تتصف بأهمية أساسية تبرر إدراجهما في مشروع المادتين المعنيتين. كذلك، ذكر أن التمييز ليس كبيراً فائدة أو أهمية كنهج شامل إزاء مشكلة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وليس له غرض عملي كبير. بل وأعرب عن الخوف من أن يؤدي هذا التمييز إلى تعقيد مهمة اللجنة إلى حد كبير، لأنه سيستتبع النظر بالتفصيل في سبل الانتصاف الواجب استنفادها. وذكر أيضاً أن المادتين ١٢ و ١٣ تكرران بيان المبدأ السوارد في المادتين ١٠ و ١١ أو تشيران إلى مفاهيم لم تُحَكِّماً صياغتها، كمفهوم الحرمان من العدالة.

١٦٥ - وأشار، علاوة على ذلك، إلى أن التمييز يفقد أهميته، على ما يبدو، عندما يُنظر إليه في سياق الحماية الدبلوماسية حصرًا. فالمسلمة هي أن فعلًا غير مشروع دوليًّا قد ارتكب؛ والمسألة الوحيدة التي يجب أن يُنظر فيها هي، إذًا، معرفة الشروط - وربما الإجراءات - التي يمكن بموجتها المطالبة بالاجر عندما يلحقضر بالفرد لأن الحماية الدبلوماسية لن تنشأ في حالة عدم وجود فعل غير مشروع دوليًّا. وإذا نظر إلى القضية من هذا المنظور، فإنها تبدو واضحة العالم: فالحماية الدبلوماسية إجراء يمكن بواسطته إعمال المسؤولية الدولية للدولة؛ ويعتبر استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً مسبقاً لتنفيذ ذلك الإجراء؛ ولا يهم كثيراً ما إذا كانت القاعدة موضوعية أو إجرائية.

<sup>(٢٦٣)</sup> حولية ١، ٢٠٠١، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الرابع، الفقرة ٧٦؛ وترتدد المادة ٤ في الصفحة ٣٦ من هذه حولية.

والمضمون. واعترف بأن بعض الانتقادات التي أبديت بشأن المادة ١٣ هي انتقادات وجيهة. واستشهد كمثال على ذلك بأن الحماية الدبلوماسية تبدأ عند حدوث خرق لقاعدة دولية، في حين أن المادة ١٣ تتناول، بصورة رئيسية، الحالات التي لا يكون قد حدث فيها بعد فعل غير مشروع دولياً. لاحظ أيضاً أن بعض الأعضاء أشاروا إلى أن المادة ١٣ تتناول بصورة رئيسية قضية الوقت الذي يُرتكب فيه الفعل غير المشروع دولياً؛ وقال إن من الواضح، إذا، أنها لا تقع ضمن نطاق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١٧٦ - واقتراح، وبالتالي، ألا تحال المادتين ١٢ و ١٣ إلى لجنة الصياغة، وهو حل له ميزة تفادي مسألة تحديد ما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية أم موضوعية، وسيترك الأعضاء أحراضاً في أن يكون لهم رأيهم الخاص في المسألة.

### ٣ - المادة ١٤

(أ) عالم الجاوى (الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤)<sup>(٢٦٥)</sup>

#### ١٠ العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١٧٧ - لاحظ المقرر الخاص لدى عرضه للمادة ١٤ أنه يقترح مبدأ عاماً يتناول الاستثناءات من القاعدة التي تقضي بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهو يستجيب للاقتراح الذي قدم في لجنة القانون الدولي وفي اللجنة السادسة والذي يقضي بوجوب استنفاد "جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية الملائمة والفعالة المتاحة" دون غيرها. وقال إن بإمكانه قبول الاقتراح الذي يدعو إلى أن يقتضي المبدأ العام بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية أن تكون هذه السبل متاحة وفعالة، شريطة أن يتناول نصًّا مستقل

---

(٢٦٥) فيما يلي نص الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ التي اقتراها المقرر الخاص في تقريره الثالث:

"المادة ١٤"

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

إذا كانت سبل الانتصاف المحلية:

"لا تجدي نفعاً" بوضوح (الخيار<sup>١</sup>);

لا تتطوّي على احتمال معقول للنجاح (الخيار<sup>٢</sup>);

لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال (الخيار<sup>٣</sup>);

استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وإن كانت مسألة إجرائية، قد تكون لها نتائج موضوعية أيضاً. وعلى ذلك، اقترح إيجاد استثناءات لمراجعة الحالات التي قد يكون فيها تطبيق القاعدة غير منصف، كحالة تغيير الجنسية أو رفض قبول اختصاص محكمة دولية. وفي مثل هذه الحالة، من الضوري تحديد الوقت الذي يبدأ فيه حق الدولة في المطالبة بالحماية الدبلوماسية، ويرجع أن يكون هذا الوقت هو الوقت الذي يحدث فيه الضرر لمواطن تلك الدولة. فإذا صيغت المادتان ١٢ و ١٣ على هذا النحو، فلن يكون هناك ازدواج بينهما وبين المادة ١٠.

١٧٢ - وأبدى أيضاً اقتراح يدعو إلى إحالة المادة ١٢ فقط إلى لجنة الصياغة، وإلى حذف المادة ١٣ لكونها تقع خارج نطاق مشاريع المواد من حيث أنها تتناول حالة يكون فيها الضرر ناجماً عن انتهاك القانون المحلي.

#### (ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٧٣ - أكد المقرر الخاص أنه لا يفضل تفضيلاً شديداً الإبقاء على التمييز بين النهجين الإجرائي والموضوعي في مشاريع المواد. وأيد الرأي القائل بأن هذا التمييز لا يشكل إطاراً عاماً للدراسة الحماية الدبلوماسية. ييد أنه قال إنه لا يمكن تجاهله تماماً في دراسة عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية، لأنه احتل مكاناً بارزاً في القراءة الأولى لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، ولا سيما المادة ٢٢ منها، وكذلك في جميع المؤلفات التي تناولت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وتترتب عليه أيضاً آثار عملية لدى تحديد الوقت الذي يحدث فيه الضرر، وهي قضية تنشأ فيما يتصل بمحسنية المطالبات، لأن الأجنبي الذي لحق به الضرر يجب أن يكون من مواطني الدولة المعنية وقت وقوع الضرر.

١٧٤ - ورداً على الاقتراح القائل بأنه كان من الأجدى تقديم أساس منطقي لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بالنظر في أسباب إرساء القانون الدولي لهذه القاعدة، أشار إلى أنه كان قد أدرج في تقريره الثاني<sup>(٢٦٤)</sup> فرعاً استهلاكياً عن الأساس المنطقي لهذه القاعدة، إلا أنه لم يلق ترحيباً كبيراً من جانب اللجنة. وقال إنه سيستدرك هذا الإغفال في التعليق على المادة ١٠.

١٧٥ - لاحظ أن المادتين ١٢ و ١٣ قد تعرضتا لانتقاد كبير ولم تحظيا بقبول عام. وقد نظر إليهما على أنهما تتصرفان بطابع نظري بالغ، وأنهما غير وثيقتي الصلة بالموضوع، وقائمتان على النهج الثنائي، ومتاثرتان أكثر مما ينبغي بالتمييز بين الإجراء

---

(٢٦٤) انظر الخاتمة ٣ أعلاه.

## ٢٠ موجز المناقشة

١٨١ - كان هناك تأييد عام لإحالة الفقرة الفرعية (أ) إلى لجنة الصياغة. وكان هناك تأييد بشكل خاص للخيار ٣ حيث لا توجد حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال.

١٨٢ - ولوحظ أن عدم جدوا سبل الانتصاف المحلية قضية معقدة لانطوائه على حكم ذاتي ولارتباطه بعبء الإثبات؛ وهو يطرح سؤالاً عما إذا كان باستطاعة دولة الجنسية أن تقيم دعوى أمام محكمة دولية بناء على افتراض وحيد هو أن سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى لأسباب مختلفة. ومن المهم من التفسيرات المتطرفة لصالح أي من الدولة المدعية أو الدولة المضيفة المدعى عليها. ولهذا قيل إن الخيار ٣ هو الخيار المفضل كأساس لصياغة مبدأ ملائم حيث إنه يغطي أرضية مشتركة كافية ويوفر رأياً متوازناً.

١٨٣ - وفي الوقت نفسه، لوحظ أن معيار عدم الجدوى يجب أن يكون موضوعياً. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، عندما تكون سبل الانتصاف المحلية مطلوبة بلا داع أو بشكل غير معقول، أو يحتمل لا تتحقق جبراً فعلاً، أو عندما تكون المحاكم المحلية خاضعة تماماً للسلطة التنفيذية.

١٨٤ - غير أنه كان هناك رأي مفاده أنه مهم ما يكن الخيار الذي يؤخذ به، فإن العبارات المقترحة تترك مجالاً واسعاً للتفسير الذاتي، سواء فيما يتعلق بعبارة "لا تجدي نفعاً" أو بكلمة "معقولة". فمعيار المعقولة غير دقيق ويتصل مشكلة عبء الإثبات، ولذلك يرتبط بافتراض المقرر الخاص بشأن المادة ١٥. غير أنه لوحظ أن المادة ١٥ لا تضع حدًا للتعسف الواضح في المعيار المعتمد في المادة ١٤. وفضلاً عن ذلك، أشير إلى أن عبارتي "سبل الانتصاف الفعالة" و"التأخير بغير داع" تعبيران من المفاهيم النسبية التي يصعب أن تتوضع لها معايير شاملة. ولهذا، يجب الحكم عليهم في ضوء السياق المحدد والظروف الخاصة، وعلى أساس المبادئ الأخرى التي لا تقل أهمية وهي: المساواة أمام القانون، وعدم التمييز، والشفافية. وقيل أيضاً إنه لكي يُعتبر أن شخصاً ما قد استنفذ سبل الانتصاف المحلية، لا يكفي أن تكون القضية قد عرضت أمام المحكمة المحلية المختصة إذ يجب على المدعى أيضاً أن يقدم الحجج القانونية ذات الصلة.

١٨٥ - وقدمت عدة مقترنات خاصة بالصياغة، بما في ذلك الإشارة إلى "سبل الانتصاف" (بصيغة المفرد) في مستهل الفقرة الفرعية (أ)، تجنبًا لإيراد بيانات عامة بشأن ما إذا كانت جميع سبل الانتصاف متوفرة؛ وحذف الإشارة إلى الكلمة

موضع سبل الانتصاف غير الفعالة أو عديمة الجدوى. والسبب الرئيسي هو، كما جاء في المادة ١٥ التي اقترحها، أن عباء الإثبات يقع على الدولة المدعى عليها والدولة المدعية كليهما، إذ يتعين على الدولة المدعى عليها أن ثبت أن سبل الانتصاف المحلية متاحة، بينما يتعين على الدولة المدعية أن ثبت أن سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى أو غير فعالة.

١٧٨ - واقتصر استبعاد عبارة "غير فعالة" لكونها شديدة الإيمام. وبدلًا من ذلك ، طرح ثلاثة معايير تستند إلى أحکام قضائية ومؤلفات قانونية لتقرير متى تكون سبل الانتصاف المحلية "غير فعالة". فسبل الانتصاف المحلية تكون غير فعالة عندما "لا تجدي نفعاً بوضوح" أو "لا تتطوّر على احتمال معقول للنجاح" ، أو "لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال" .

١٧٩ - ولوحظ أن المعيار الأول "لا تجدي نفعاً بوضوح" ، الذي يشترط أن يكون عدم جدوا سبل الانتصاف المحلية واضحًا على الفور، قوبل بانتقاد من جانب المؤلفين وكذلك من جانب محكمة العدل الدولية في قضية إيسى<sup>(٢٦٦)</sup> باعتباره صارماً للغاية. وكذلك اعتبر المعيار الثاني ضعيفاً للغاية، وهو أنه ينبغي على الدولة المدعية أن ثبت أن سبل الانتصاف المحلية "لا تتطوّر على احتمال معقول للنجاح". أما المعيار الثالث، الذي يجمع بين المعيارين الأول والثاني، والذي تعتبر سبل الانتصاف المحلية بموجبه أنها "لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال" ، فهو المعيار الذي يرى أنه ينبغي تفضيله.

١٨٠ - وتأييداً ل موقفه، استشهد بظروف اعتُرِت فيها سبل الانتصاف المحلية غير فعالة أو غير مجدية: حيث لم تكن للمحكمة المحلية ولاية قضائية على التراث (كما في قضية سكك حديد بانيميريس - سالدوتيسكيس<sup>(٢٦٧)</sup> )؛ وحيث اضطررت المحاكم المحلية إلى تطبيق التشريع المحلي موضوع التراث، مثل تشريع مصادر الممتلكات؛ وحيث تفتقر المحاكم المحلية إلى الاستقلال بشكل واضح (كما في مطالبة روبرت إ. براون<sup>(٢٦٨)</sup> )؛ وحيث كانت هناك سوابق متعددة وراسخة منهاضة للأجانب؛ وحيث لم يكن لدى الدولة المدعى عليها نظام ملائم للحماية القضائية.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Judgment, I.C.J. (٢٦٦)  
Reports 1989, p. 15

Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, (٢٦٧)  
.P.C.I.J., Series A/B, No. 76,p. 4

Robert E. Brown (United States) v. Great Britain, award of 23 November 1923, UNRIAA, vol. VI (Sales  
No. 1955.V.3), p. 120 (٢٦٨)

الانتصاف المحليّة موضوعة لمصلحة الدولة المدعى عليها، فإنه يمكنها أن تخاطر التنازل عنها. وقد يكون التنازل صراحة أو ضمنياً، أو قد ينشأ نتيجة لسلوك الدولة المدعى عليها، وفي هذه الحالة يمكن القول بأن الدولة المدعى عليها سقط حقها في الادعاء بأن سبل الانتصاف المحليّة لم تستنفذ. ولاحظ كذلك أنه قد يدرج تنازل صريح في اتفاق تحكيم مخصص لحل نزاع قائم بالفعل؛ وقد ينشأ أيضاً في حالة معاهدة عامة تنص على تسوية المنازعات في المستقبل عن طريق التحكيم. ومثل هذه التنازلات مقبولة وتعتبر عادةً أن لا رجعة فيها.

١٩٠ - وتشكل التنازلات الضمنية صعوبة أكبر، كما يتضح من قضية إيسبي، حيث أعلنت محكمة العدل الدوليّة أنها "لم تتمكن من الأخذ بأن مبدأً مهمًا من مبادئ القانون الدولي العرفي قد أُغفل ضمّنها في غياب أي كلمات توضح وجود نية لذلك" (٢٧٠). ومن هنا، يجب أن يكون هناك دليل واضح على مثل هذه النية، واقتراح بعض فقهاء القانون أن هناك افتراضاً، وإن كان لا يتعذر تفاصله، يعارض التنازل الضمني. ولكن عندما تكون نية التنازل عن قاعدة سبل الانتصاف المحليّة واضحة في لغة الاتفاقية أو في ظروف القضية، فيجب أن تكون ضمنية.

١٩١ - ولاحظ أن من الصعب وضع أي قاعدة عامة بشأن الوقت الذي يمكن فيه اعتبار أن هناك تنازلاً ضمنياً، ولكنه أشار إلى الأمثلة الأربع التي أوردها في تقريره الثالث، والتي قد تستخدمن فيها اعتبارات خاصة، وهي: (أ) حالة وجود اتفاق تحكيم عام يتعلق بالمنازعات في المستقبل - فالسكتوت في هذا الاتفاق لا يعني التنازل؛ (ب) ومسألة ما إذا كان إصدار إعلان بوجوب الشرط الاختياري يعني تنازلاً ضمنياً - فممارسة الدول توحى بأنه لا يمكن أن يكون هذا هو الحال (وفقاً للقرار الصادر في قضية سكك حديد بانيفيزيوس - سالدوتيسكييس؛ (ج) حالة وجود اتفاق تحكيم مخصوص بأبرم بعد نشوء النزاع ولا يشير فيها الاتفاق إلى قاعدة سبل الانتصاف المحليّة - فالسكتوت يمكن أن يفسر على أنه تنازل لأن الاتفاق المخصوص أبرم بعد نشوء النزاع؛ (د) حالة إبرام عقد بين أحجني ودولة مضيفة يتنازل ضمنياً عن قاعدة سبل الانتصاف المحليّة ثم رفض الدولة المدعى عليها اللجوء إلى التحكيم - فإذا تولت دولة الجنسية الداعوى في هذه الظروف، فإن التنازل الضمني قد يمتد أيضاً إلى الإجراءات القضائية الدوليّة، رغم انقسام آراء الثقات بشأن هذه النقطة. ويمكن أن يستخلص من ذلك أن التنازل قد لا يفهم ضمنياً على الفور، ولكن عندما يكون هناك دليل واضح على نية التنازل من جانب الدولة المدعى عليها، فيجب أن يفهم ذلك ضمنياً على هذا

٢٧٠ ELSI (انظر الحاشية ٢٦٦ أعلاه)، الفقرة .٥٠

"معقوله" لأنها زائدة عن الحاجة وتنطوي على معنى عكسي يفيد بأن الناس تصرف بشكل غير معقول ما لم تصدر إليهم تعليمات محددة بأن يتصرفوا بشكل معقول؛ وإيراد إشارة تصف جميع سبل الانتصاف المحليّة بعبارة "المائنة والفعالية"؛ وتحقيق عبارة "إمكانية معقوله" لأنها تعني تقديرها شخصياً من جانب الدولة المدعية. ولوحظ أيضاً أن الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ تبدو متداخلة مع الفقرات الفرعية (ج) و(د) (و) التي تتناول حالات محددة قد لا تتوافق فيها إمكانية سبل الانتصاف فعالة.

١٨٦ - وكان هناك تأييد أيضاً للجمع بين الخيارين ٢ و ٣. وكان هناك رأي آخر يقول إنه ينبغي احترام مبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحليّة ما لم تكن هذه السبل غير مجديّة بشكل واضح (أي الخيار ١). غير أنه قيل إن معيار عدم الجدوى الواضح سيكون صارماً للغاية.

### ٣ الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٨٧ - أشار المقرر الخاص إلى أنه اقترح في الدورة الثالثة والخمسين للجنة المعقدة عام ٢٠٠١ ، ثم في اجتماع اللجنة السادسة في أواخر ذلك العام، مواجهة مفهوم عدم الجدوى كاستثناء. وأعرب عن أمله في أن يعني سكتوت اللجنة عن هذا الموضوع أنها تؤيد هذا الموقف.

١٨٨ - ولاحظ أنه كان هناك تأييد إجماعي لإحالـة الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة، وأن معظم الأعضاء حبدوا الخيار ٣، مع أنه كان هناك بعض التأييد للجمع بين الخيارين ٢ و ٣، مع تأييد ضئيل للخيار ١. ولهذا اقترح أن تحال الفقرة الفرعية (أ) إلى لجنة الصياغة مع تكليفها بالنظر في الخيارين ٢ و ٣ على السواء.

(ب) التنازل وسقوط الحق (الفقرة الفرعية (ب))  
من المادة ١٤ (٢٦٩)

### ١ العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١٨٩ - لاحظ المقرر الخاص لدى عرضه للفقرة الفرعية (ب) التي تتناول التنازل وسقوط الحق أنه نظراً لأن قاعدة سبل

(٢٦٩) فيما يلي نص الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤ التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الثالث:

"المادة ١٤"

"لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحليّة في الحالات التالية:

...

"(ب) إذا تنازلت الدولة المدعى عليها، صراحةً أو ضمنياً، عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحليّة أو سقط حقها في إثارة هذا الشرط"؛

على التنازل في مجال الحماية الدبلوماسية، إما من جانب الدولة المدعى أو الدولة المدعى عليها، وينص كذلك على القبول أو سقوط الحق. وبالإضافة إلى ذلك، قيل إنه إذا رأت اللجنة مع ذلك أنه يلزم حكم مدد - لا حكم عام - عن التنازل، فسيكون من الأفضل فصل ذلك الحكم عن الأحكام المتعلقة بفعالية سبل الانتصاف المحلية، أو وجود صلة مهمة بين الفرد والدولة المدعى عليها، حيث إن هذه الأحكام الأخيرة تتناول نطاق القاعدة ومضمونها، بينما تتعلق التنازلات في معظم الأحوال بممارسة الحماية الدبلوماسية في حالة محددة.

١٩٦ - ولوحظ أيضاً أنه لا ينبغي الخلط بين التنازلات والاتفاقات بين الدولة المدعى والدولة المدعى عليها بحيث لا يلزم استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفي حين أن مثل هذه الاتفاques لها نفس الوظيفة، فإن هناك حالات من القانون الخاص، ولا ينبغي أخذها في الاعتبار عند تدوين القانون الدولي العام.

١٩٧ - وكان هناك رأي يقول إنه يمكن زيادة تحسين الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤ عن طريق دراسة قضيتي التنازل الضمئي وسقوط الحق دراسة أعمق. وفيما يتعلق بالتنازلات الضمئية، كان هناك خوف من أنها حتى عندما تكون واضحة فإنه قد تسبب للتباين. ولوحظ أن التنازل إجراء فردي ينبغي أن يكون بلا رجعة، وبينما لا يفترض بسهولة أنه قد حدث. ولوحظت قلة حالات التنازل الضمئي. وبؤيد ذلك أن إحدى المعاهدات القليلة بشأن التسوية العامة للمنازعات، وهي الاتفاقية الأوروبية لتسوية المنازعات بالوسائل السلمية كان فيها حكم صريح يقضي بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية. واقتصر بدلاً من ذلك أن يشير الحكم إلى وجوب تنازل الدولة المدعى عليها صراحة وبلا غموض عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١٩٨ - وعلى الجانب الآخر، كان هناك رأي يقول إن إمكانية التنازل الضمئي ينبغي ألا ترفض ببساطة. ولكن يجب التشديد على معيار البنية ووضوح البنية، مع مراعاة جميع العناصر المرتبطة بذلك.

١٩٩ - وأبديت شكوك تتعلق باستصواب إدراج إشارة إلى مفهوم سقوط الحق. وقيل إن سقوط الحق فكرة عامة في القانون وينظر إليها مارسو القانون المدني بعض الشك، وإن سقوط الحق يتضمنه المفهوم الأوسع للتنازل الضمئي. ولوحظ كذلك أن الأمثلة التي أوردها المقرر الخاص فيما يتعلق بسقوط الحق كانت، بلا استثناء، حالات صدر فيها رأي أو حكم جاء فيه أنه نظراً لأن الدولة المدعى عليها سكتت عن عدم استنفاد سبل الانتصاف

التحو. ولهذا السبب، اقترح الإبقاء على الإشارة إلى التنازل الضمئي في الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤.

١٩٢ - وتنطبق اعتبارات مماثلة على حالة سقوط الحق. فإذا تصرفت الدولة المدعى عليها بطريقة توحى بأنها تحملت عن حقها في المطالبة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، فيمكن إسقاط حقها في المطالبة بتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في مرحلة لاحقة. وقد قبلت دائرة تابعة لمحكمة العدل الدولية إمكانية سقوط الحق في هذه الحالة في قضية إيسبي وأيدتها أيضاً أحكام قانونية خاصة بحقوق الإنسان.

١٩٣ - ولاحظ المقرر الخاص، بالإضافة إلى ذلك، أن التنازل عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أثار بعض الصعوبات المتعلقة بالفقه القانوني وبالتالي ظهر التمييز الإجرائي/الموضوعي. فإذا كانت هذه القاعدة إجرائية بطيئتها، فيليس هناك أي سبب يجعل دون التنازل عنها. فهي ببساطة إجراء يجب اتباعه، ولذلك يمكن للدولة المدعى عليها الاستغناء عنه. فال فعل غير المشروع دولياً لا يتأثر، وبالإمكان البت في التزاع من جانب محكمة دولية. أما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية قاعدة موضوعية فلا يمكن للدولة المدعى عليها أن تنازل عنها لأن الفعل غير المشروع لا يكتمل إلا بعد حدوث حرمان من العدالة في استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو إذا تأكد عدم وجود سبل انتصاف ملائمة أو فعالة في الدولة المدعى عليها. والمعروف أن بعض المدافعين عن الموضوعية يرون أن هذا يمكن أن يتواافق مع الموقف الموضوعي.

## ٢٠ موجز المناقشة

١٩٤ - كان هناك تأييد لإحالة الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة بالشكل الذي اقترحه المقرر الخاص.

١٩٥ - ولوحظ أن التنازل يقوم بأدوار مختلفة في مجال الحماية الدبلوماسية. فالفقرة الفرعية (أ) من المادة ٤٥ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، تناولت التنازل من جانب الدولة المضورة، بينما تشير الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤ المقترحة في مشاريع المواد الحالية إلى التنازل من جانب الدولة المدعى عليها. وفي الممارسة، يتعلق تنازل الدولة المدعى عليها عادة بالالتزام باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، ولكنه يمكن أن يتعلق أيضاً بجوانب أخرى من مقبولية الادعاءات، كحسنية الادعاءات. ولهذا اقترح صياغة حكم أكثر عمومية ينص

(٢٧١) انظر الماشية ٢٦٣ أعلاه.

لوجود صلة وثيقة بينهما. ولاحظ أنه بينما يوجد تأييد لهاتين القاعدتين، فقد يستنتج أيضاً أن القاعدة القائمة بشأن الاستثناء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية قد تشمل هاتين الفرعيتين. وأشار أيضاً إلى أن اللجنة قررت في دورتها الثامنة والأربعين، عندما نظرت في هذه المسألة في القراءة الأولى وذلك في إطار المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول<sup>(٢٧٣)</sup>، أنه لا لزوم للنص على هذين الحكمين.

-٢٠٣ - وقال إنه أثار في تقريره مسألة ما إذا كانت اللجنة في حاجة إلى حكم منفصل واحد أو أكثر لمعالجة الحالات التي لا توجد فيها علاقة اختيارية أو صلة إقليمية. وترجم المناقشة المتعلقة بهذا الموضوع عموماً إلى قضية الحادث الجموي الذي وقع في ٢٧ تموز يوليه ١٩٥٥<sup>(٢٧٤)</sup> التي لم تكن فيها علاقة اختيارية بين الأطراف المضورة وبلغاريا. ولاحظ أن جميع القضايا التقليدية التي تناولت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية كانت فيها علاقة ما بين الفرد المضرور والدولة المدعي عليها في شكل وجود مادي، أو إقامة، أو ملكية عقار، أو علاقة تعاقدية مع الدولة المدعي عليها. وعلاوة على ذلك، شهدت الحماية الدبلوماسية تغيرات كبيرة في السنوات الأخيرة. فكانت الحماية الدبلوماسية في الماضي تتعلق بمواطني يقيمون في الخارج ويتوقيع منهم استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل الانتقال إلى المستوى الدولي. غير أنه في الآونة الأخيرة أثيرت مشكلة الضرر البيئي العابر للحدود ، مثلًا، بخصوص حادث تشنوبيل.

-٢٠٤ - ولاحظ المقرر الخاص أيضاً أن الذين يؤيدون الأخذ باستثناء العلاقة اختيارية أو الصلة الإقليمية من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية يؤكدون قربة المحارفة، في القضايا التقليدية، من قبل الأجانب، معنى أنهم كانوا يُخضعون أنفسهم للولاية القضائية للدولة المدعي عليها ويمكن أن يتوقع منهم نتيجة لذلك أن يستنفدو سبل الانتصاف المحلية. ولا يوجد مع ذلك سند واضح للحاجة إلى إدراج قاعدة منفصلة في هذا الشأن. وأشار المقرر الخاص، توضيحاً منه لوجود قدر كبير من الغموض في الأحكام القضائية بشأن هذه النقطة، إلى الأحكام الصادرة في قضايا عديدة من بينها قضية إنترهاندل<sup>(٢٧٥)</sup> وقضية سالم<sup>(٢٧٦)</sup>

(٢٧٣) انظر الحاشية ٢٥٨ أعلاه.

I.C.J. Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955 (٢٧٤)  
(Israel v. Bulgaria; United States of America v. Bulgaria; United Kingdom v. Bulgaria)

Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, (٢٧٥)  
.I.C.J. Reports 1959, p. 6

. UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1161 (٢٧٦)

المحلية، فإنما لا يمكنها الاحتجاج بذلك في مرحلة لاحقة. وهكذا فإن هناك بعض التداخل بين الفقرتين الفرعيتين (ب) و(و) من المادة ١٤.

-٢٠٠ - وبينما قبل آخرون المبدأ الوارد في الفقرة الفرعية (ب) فقد أبدوا تحفظات بشأن صياغته. واقترحوا أن تنص الفقرة على وجوب أن يكون التنازل واضحًا ولا لبس فيه، حتى وإن كان ضمنياً. وكانت هناك أيضاً شكوك جدية بشأن الإشارة إلى "الدولة المدعى عليها" ، التي بدا أنها تعني ضمناً وجود إجراءات قانونية نزامية، والتي لا ترد في المواد المخاللة إلى جنة الصياغة أو في المادتين ١٢ و١٣. ورأي أن من الأفضل الإشارة إلى المصطلح المستخدم في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

### ٣٣ الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

-٢٠١ - لاحظ المقرر الخاص أنه بينما كان هناك تأييد قوي لإدراج التنازل الصريح كاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لم يُيد كثير من المتحدثين ارتياحاً للتنازلات الضمنية وأعربوا عن رأي مفاده أن التنازل ينبغي أن يكون واضحاً لا لبس فيه. ومع هذا، لم يعترض حتى هؤلاء الأعضاء على أنه ينبغي أن تنظر جنة الصياغة في هذه المسألة. ولهذا اقترح أن تحال الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤ إلى جنة الصياغة مع التوصية بأن تتوخى هذه اللجنـة الحذر فيما يتعلق بالتنازل الضمني، وأن تنظر في معاملة سقوط الحق كشكل من أشكال التنازل الضمني.

(ج) العلاقة اختيارية والصلة الإقليمية (الفقرتان الفرعيتان (ج) و(د) من المادة ١٤)<sup>(٢٧٧)</sup>

### ١١ العرض الذي قدمه المقرر الخاص

-٢٠٢ - اقترح المقرر الخاص، لدى عرضه للفرعيتين (ج) و(د) من المادة ١٤، أن تنظر اللجنة في هاتين الفقرتين معاً

(٢٧٢) فيما يلي نص الفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) من المادة ١٤ اللتين اقترحاهما المقرر الخاص في تقريره الثالث:

"المادة ١٤"

"لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

"(ج) إذا لم توجد علاقة اختيارية بين السفر والدولة المدعي عليها؛"

"(د) إذا لم يرتكب الفعل غير المشروع دولياً الذي تقوم عليه المطالبة الدولية في نطاق الولاية القضائية للدولة المدعي عليها؛"

المسألة بالاعتماد على القواعد القائمة وإتاحة الفرصة لتطور ممارسة الدول في هذا الصدد.

٢٠٧ - وفي رأيه أن هناك ما يدعو إلى النظر جدياً في إدراج القواعد الاستثنائية في الفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) من المادة ١٤. فليس من العملي ولا من الإنصاف أن يطلب من الأجنبي استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات الأربع التالية: حدوث ضرر يبيّن نتيجة للتلوث أو الغيار الذري المتساقط أو الأحسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان؛ وإسقاط طائرة خارجإقليم الدولة المدعى عليها أو إسقاط طائرة دخلت جسمها الجوي بطريق الخطأ؛ وقتل مواطن من مواطني الدولة "ألف" على يد جندي تابع للدولة "باء" موجود في أراضي الدولة "ألف"؛ وقيام عمالء يعملون لصالح الدولة المدعى عليها باختطاف مواطن أجنبي عبر الحدود الوطنية، سواء حدث ذلك من دولة موطنه أو دولة ثالثة.

٢٠٨ - وقال إنه ينبغي أن تنظر اللجنة فيما إذا كانت هذه الأمثلة تتطلب قاعدة خاصة تُخرجها من نطاق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو ما إذا كانت مشمولة بالقواعد القائمة حالياً. ففي حالات مماثلة كثيرة، يكون الضرر الذي تسببه الدولة المدعى عليها للدولة المدعية مباشرةً. وينطبق هذا القول، مثلاً، على معظم حالات الضرر البيئي العابر للحدود، وإسقاط الطائرات بطريق الخطأ، واحتطاف مواطن عبر الحدود الوطنية. وعلى اللجنة في نهاية الأمر أن تقرر ما إذا كانت ترغب في مواصلة النهج الذي اتبعته سابقاً في سياق مسؤولية الدول والسماح بتطور الموضوع عن طريق ممارسة الدول، أو ما إذا كانت ترى أن ثمة حاجة إلى التدخل لوضع القواعد القانونية المطلوبة.

## ٢٠٩ - موجز المناقشة

٢٠٩ - أعرب عن رأي مفاده أن ليس من الإنصاف أن يطلب من الفرد استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة عدم وجود علاقة اختيارية بينه وبين الدولة المدعى عليها أو عندما يحدث سلوك الدولة المدعى عليها خارجإقليمها وأن هناك ما يبرر النص على مثل هذه الاستثناءات من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في سياق التطوير التدريجي. ولوحظ أيضاً أن الأساس الذي يقوم عليه هذا الرأي هو المنطق السليم والإنصاف.

٢١٠ - ومع ذلك، انتقد البعض الصيغة المؤقتة لتقرير المقرر الخاص. وقيل إن للجنة، رغم قلة الأسانيد الواضحة المؤيدة أو المعارضة للعلاقة الاختيارية، حرية الشروع في التطوير التدريجي للقانون الدولي، إذا هي رغبت في ذلك. ورأى لذلك أنه يجبز للجنة أن تنظر مباشرةً في المسائل المتصلة بالسياسة التي تقوم عليها قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

و قضية القروض النرويجية<sup>(٢٧٧)</sup> وقضية الحادث الجوي الناري وقع في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥ . كذلك، تميل القضايا المتعلقة بالضرر العابر للحدود إلى الإيماء بعدم لزوم استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ففي قضية مصهر تريل<sup>(٢٧٨)</sup>، مثلاً، لم يكن هناك إصرار على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولكن يمكن تفسير الحكم في هذه القضية أيضاً بأنه كان يتعلق بضرر مباشر أوقعته الدولة المدعى عليها (كندا) على الدولة المدعية (الولايات المتحدة) وأنه لم يكن هناك وبالتالي ما يدعو إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في هذه الحالة. وفي رأيه أن أنصار شرط العلاقة الاختيارية/الصلة الإقليمية لديهم أسانيد قوية.

٢٠٥ - ولا يُساوي أنصار شرط العلاقة الاختيارية مطلقاً بين هذه العلاقة والإقامة. فاشترط الإقامة سيؤدي إلى انتفاء إمكانية تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في القضايا المتعلقة بمصادرة العقارات المملوكة للأجانب والصفقات التعاقدية التي لا يكون فيها الأجنبي المضرور مقيماً في الدولة المدعى عليها إقامة دائمة. وحيثما كانت الدولة مسؤولة عن إسقاط طائرة أجنبية خطأً لم تصر، في حالات كثيرة، على استنفاد سبل الانتصاف المحلية أولًا. وينطبق الأمر نفسه على الأضرار البيئية العابرة للحدود؛ فلم يُطلب مثلاً في الاتفاق المتعلق بإنشاء هيئة تحكيم دولية لتصفية مطالبات الولايات المتحدة بسد غوت<sup>(٢٧٩)</sup> الذي تنازلت فيه كندا عن ذلك الاشتراط، ولا في اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية، استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٢٠٦ - ولاحظ المقرر الخاص أن محاولات التدوين الأولى ركزت عادة على مسؤولية الدول عن الأضرار الواقعية في أقاليمها للأجانب أو لمتكلفهم وعلى الحالة التقليدية التي يتترك فيها الأجنبي دولته ليقيم ويعمل في دولة أخرى. وأنباء القراءة الأولى لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول أحجمت اللجنة عن إدراج استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة وجود علاقة اختيارية وذلك لأنها رأت، لعدم تناول ممارسات الدول والأحكام القضائية لهذه المسألة، أن من الأفضل معالجة تلك

*Certain Norwegian Loans (France v. Norway), (٢٧٧)  
. Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 9*

*UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), (٢٧٨)  
. p. 1905*

*(٢٧٩) الموقع في أوتاوا بتاريخ ٢٥ آذار/مارس ١٩٦٥ ، United Nations, Treaty Series, vol. 607, No. 8802, p. 142  
. ILM, vol. 4, No. 3 (May 1965), p. 468*

غير مشروع، وقدمت على سبيل التبرع مدفوعات لتعويض الضحايا. وأبدي أيضاً اعتراض على الإشارة إلى مثال اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية لتعلقها بنظام خاص.

٢١٧ - وبينما أيد البعض ما ذكره المقرر الخاص من أنه ليس من العقول أن يطلب من الأجنبي المضرور أن يستنفذ سبل الانتصاف المحلية في حالات صعبة مثل الضرر البيئي العابر للحدود، لاحظ آخرون أن لمفهوم الضرر العابر للحدود خصائصه التي قد لا تتفق بالضرورة مع الحماية الدبلوماسية.

٢١٨ - وذكر فيما يتعلق بمثال تشننوبيل أنه كان سيتعين على المدعين في المملكة المتحدة، مثلاً، استنفاد سُبل الانتصاف المحلية في المحاكم الأوكرانية. ورأى أن مطالبة جمومعات من السكان غير الموسرين باستنفاد سبل الانتصاف المحلية في مثل هذه الظروف عملية مُرهقة.

٢١٩ - وأعرب آخرون عن شكوكهم في ملائمة القول بأن بعض القضايا مثل قضية مصهر تريبل وحادث تشننوبيل وحوادث أخرى من حوادث الضرر العابر للحدود والتلوث البيئي تندرج تحت بند الحماية الدبلوماسية. فهذه القضايا تُعامل أساساً كأمثلة على الضرر المباشر الذي يلحق بالدولة. وعدم القيام بذلك قد يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية الدبلوماسية بشكل مُفرط. كذلك، لا يمكن الجزم بأن حادث تشننوبيل بلغ مرتبة الفعل غير المشروع دولياً. وبينما قد يدخل هذا الحادث في نطاق المسؤولية الدولية عن الأفعال الضارة فإنه لا يدخل بوضوح في نطاق مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة. وذكر أيضاً أن اعتبار التدابير التي اتخذتها المملكة المتحدة وبلدان أخرى ممارسة للحماية الدبلوماسية هو عملية مصطنعة.

٢٢٠ - وبالعكس، لوحظ أن حادث تشننوبيل لم يُشرّف مسائل تدخل في نطاق المسؤولية الدولية الناشئة عن عدم الامتثال لواجب المع. وذكر أيضاً أن كل ما هو جديد في هذا الحادث هو عدد الأطراف احتمال وقوع حوادث نووية وكان الغرض منها في الواقع هو معالجة مسألة المسؤولية المدنية في حالة وقوع مثل هذا الحادث.

٢٢١ - وأشار آخرون إلى أن اللجنة أدرجت في مشاريع المواد المتعلقة بمنع الضرر العابر للحدود الناتج عن أنشطة خطيرة، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين<sup>(٢٨٠)</sup>، حُكماً بشأن

<sup>(٢٨٠)</sup> حولية ٢٠٠١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الخامس، ص ١٨٨، الفقرة .٩٧

٢١١ - غير أن البعض حذروا من تجاوز الحدود بالنص قطعاً في الفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) من المادة ١٤ على أن عدم وجود علاقة اختيارية وعدم ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً في نطاق الولاية القضائية للدولة المدعى عليها يستبعدان تماماً في حد ذاتهما اشتراط استنفاد سُبل الانتصاف المحلية. ورأى أنه يمكن الاكتفاء بنص وحيد يسمح بالاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في أي من هاتين الحالتين إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

٢١٢ - ووفقاً لرأي آخر، فالمسألة لا تتعلق باستثناء من القاعدة ولكن بالأساس المنطقي للقاعدة نفسها.

٢١٣ - وللاحظ آخرون أن المشكلة في مفهوم العلاقة الاختيارية هي أن "العلاقة" مفهوم مادي مستمد من منظور القرن التاسع عشر للانتقال المادي للسكان. ولكن تزداد قدرة الأفراد في عصر العولمة الاقتصادية على التأثير على اقتصادات بأكملها خارج نطاق الأقاليم الوطنية. ولذلك يمكن النظر إلى قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أيضاً كقاعدة لحماية الدولة المدعى عليها، التي ينبغي أن تؤخذ مصالحها في الاعتبار.

٢١٤ - ولوحظ أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا يشمل قرينة المحافظة، بل هو وسيلة تُحل من خلالها المشاكل القائمة بين الحكومات قبل أن تصبح مشاكل دولية. وهكذا، فإن التركيز على جوانب معينة من القاعدة مما ينحو إلى تحريفها بتصويرها على أنها قائمة على قرينة المحافظة من جانب الفرد هو عملية مضللة. وبينما يوجد متسعاً للفكرة "العلاقة الاختيارية" كجزء من مفهوم المقولية أو مفاهيم أخرى تنادي بأوجه تمييز تستند، فيما تستند إليه، إلى نشاط الفرد ومدى مشقة عبه الاستنفاد، فإنه ينبغي معالجة الفكرة من منظور هذه الصفة الثانية وليس بوصفها اعتباراً أولياً. ففي بعض الحالات، مثلاً، قد تكون هناك علاقة اختيارية بالمعنى التقني، ولكن قد لا يكون من العقول، لأسباب أخرى، اشتراط استنفاد سُبل الانتصاف المحلية.

٢١٥ - وتم التشديد أيضاً على ضرورة عدم الخلط بين الحماية الدبلوماسية والمطالبات الدولية العامة. وبينما يعتبر هذا المفهوم مفيداً لتفسير السبب الذي يدعو إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فمن الخطأ أن يستنتج منه أنه لا يجوز الاحتجاج بالحماية الدبلوماسية في حالة عدم وجود علاقة اختيارية.

٢١٦ - وأبديت أيضاً شكوك بشأن ملائمة الأمثلة التي ذُكرت في التقرير الثالث للمقرر الخاص تأييداً لشرط العلاقة الاختيارية. ولوحظ، مثلاً، في الحالات المتعلقة بإسقاط طائرات أجنبية المشار إليها في الفقرة ٧٩ من التقرير أن الدول المسؤولة أكدت، عموماً، أن الفعل كان حادثاً، ورفضت قبول المسؤولية عن ارتكاب فعل

٢٢٥ - وبناء على طلب اللجنة، عَمِّم المقرر الخاص بعد ذلك ورقة مناقشات غير رسمية تتضمن ملخصاً لتوصيته بشأن الإجراء الواجب اتخاذه بشأن الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤. وقال إنه مقتضى بأن العلاقة الاختيارية هي في جوهرها أساس منطقى لقاعدة الصادر عنه التلوث. غير أن الأثر الذي سترتبه الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤ هو عدم قيام هؤلاء الأفراد بذلك إلا إذا كانت علاقتهم بالبلد الصادر عنه التلوث اختيارية. وبُئْه لذلك إلى أن اللجنة عندما تتعلّم شيئاً في مجال القانون الدولي العام عليهـا أن تراعي التطورات التي تحدث في مجالات أخرى أكثر تحديداً والتي قد تختلف عمما تفعله.

٢٢٦ - ونظرت اللجنة في خيارات مختلفة بشأن صياغة الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤، بما في ذلك عدم معاملة شرط العلاقة الاختيارية كاستثناء، بالصيغة المقترحة في مشروع على العلاقة الاختيارية كاستثناء، بالصيغة المقترحة في مشروع الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤. وإذا كانت هناك اعترافات على عبارة "العلاقة الاختيارية"، فمن الممكن الاستعاضة عن الفقرة الفرعية (ج) بالنص التالي: "(ج) أي اشتراط لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية ينطوي على مشقة كبيرة للأجنبي المضرور/[ تكون غير معقولة بشكل مبالغ فيه]". ووفقاً لاقتراح آخر، يمكن ببساطة إلغاء الفقرة الفرعية (ج) على أساس أنها غير مرغوب فيها، وبخاصة في ضوء التطورات الحاصلة في قانون الضرر العابر للحدود.

٢٢٧ - وفيصل المقرر الخاص عدم النص صراحة على العلاقة الاختيارية، بل بإدراجها في كل من التعليق على المادة ١٠ باعتبارها أساساً منطقياً تقليدياً لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، والتعليق على المادة ١١ مع مناقشة الضرر المباشر الذي يلحق بالدولة والذي لا يلزم استنفاد سبل الانتصاف المحلية بشأنه، والتعليق على الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ في المناقشة المتعلقة بما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية توفر إمكانية معقولة للانتصاف الفعال.

٢٢٨ - وقال، بالإشارة إلى حالات المشقة التي ترد مناقشة لها في الفقرة ٨٣ من تقريره الثالث والتي لا يُعقل مطالبة الأجنبي، المسؤول باستنفاد سبل الانتصاف المحلية فيها، إن الحالة الأولى، وهي حالة الأضرار البيئية الناجمة عن التلوث أو الغبار الذي يتساقط أو الأجسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان، إذا كان الضرر ناجماً عن أفعال ليست غير مشروعة دولياً، سياقها ليس مسؤولية الدول، التي تشمل الحماية الدبلوماسية، بل سياقها هو المسؤولية. وإذا وقع الضرر نتيجة لفعل غير مشروع دولياً فإنه يكون ضرراً مباشراً. ولذلك فإنه يرى أن لا لزوم لوجود حكم منفصل يشترط وجود علاقة اختيارية كشرط مسبق لتطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفي الحالة الثانية، وهي حالة إسقاط طائرة خارج إقليم الدولة المسؤولة أو إسقاط طائرة دخلت المجال الجوي لتلك الدولة بطريق الخطأ، هناك فعلاً ضرر

عدم التمييز (المادة ١٥). وتشجع هذه الأحكام، التي ترد في معظم المعاهدات المتعلقة بالبيئة، الأفراد المتأثرين الذين يعيشون في بلدان أخرى على اللجوء إلى سبل الانتصاف المتاحة في البلد الصادر عنه التلوث. غير أن الأثر الذي سترتبه الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤ هو عدم قيام هؤلاء الأفراد بذلك إلا إذا كانت علاقتهم بالبلد الصادر عنه التلوث اختيارية. وبُئْه لذلك إلى أن اللجنة عندما تتعلّم شيئاً في مجال القانون الدولي العام عليهـا أن تراعي التطورات التي تحدث في مجالات أخرى أكثر تحديداً والتي قد تختلف عمما تفعله.

٢٢٩ - ونظرت اللجنة في خيارات مختلفة بشأن صياغة الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤، بما في ذلك عدم معاملة شرط العلاقة الاختيارية كاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ولكن بالنص عليه كحكم قائم بذاته أو بالنظر إليه بالاقتران مع الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ أو المادتين ١٠ و ١١. ورأى بعض الأعضاء أن شرط العلاقة الاختيارية هو شرط لا بد منه لممارسة الحماية الدبلوماسية وليس استثناءً. ورأى آخرون أنه مجرد عنصر ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار.

٢٣٠ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (د) من المادة ١٤، أفاد بعض المتحدثين باختلاط الأمر عليهم عند النظر في مفهوم "العلاقة الاختيارية" بالاقتران مع مفهوم "الصلة الإقليمية". ورأى أن الفقرة الفرعية (د) لا تضيف حديداً وتبعد كمفهوم فرعى فقط لمفهوم المقصود عليه في الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤. واقترحوا لذلك حذف الفقرة الفرعية (د).

### ٢٣٠ الملاحظات الخاتمية للمقرر الخاص

٢٤٠ - لاحظ المقرر الخاص أن الاستنتاجات التي يمكن أن تُستخلص من المناقشة ليست واضحة. فقد كان هناك اتفاق عام على أن الفقرة الفرعية (د) من المادة ١٤، أيًّا كان مصير الفقرة الفرعية (ج) من المادة ١٤، جزء منها ولا يلزم معالجتها في نص منفصل. وأعرب أعضاء كثيرون عن رأي مفاده أنه بينما تجسـد الفقرة الفرعية (ج) مبدأً هاماً فإن هذا المبدأ ليس في الواقع استثناءً بقدر ما هو شرط مسبق لممارسة الحماية الدبلوماسية. ورأى آخرون أنه يمكن معالجة هذه القضايا في سياق المعقولة المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤. وذهب أعضاء عديدون إلى أن حالات الضرر العابر للحدود تشمل المسؤولية الناجمة عن أفعال ليست غير مشروعة وينبغي استبعادها تماماً. وقال المقرر الخاص إن رأيه الأولي هو أنه لا لزوم لإدراج الفقرتين الفرعتين (ج) و(د)، لتغطية ما جاء فيهما، في معظم الأحوال، بالمادة ١١ المتعلقة بالضرر المباشر أو الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ المتعلقة بالجدوى.

القضائية، مثل الحكم الصادر في قضية *El Oro Mining and Railway Co.*<sup>(٢٨٢)</sup> وقضية *إنترهاندلر*<sup>(٢٨٣)</sup>. ومع ذلك، فإن هذا الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أكثر صعوبة في التطبيق في القضايا المعقدة، وبخاصة في القضايا المتعلقة بالشركات. وعلى الرغم من إمكان إدراج هذا الاستثناء ضمن الاستثناء المخصوص عليه في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ فإنه يستحق الإبقاء عليه في فقرة منفصلة كوسيلة لإشعار الدول المدعى عليها بأنها لا ينبغي أن تؤخر الوصول إلى حاكمها بغير مسوغ.

٢٣٠ - لاحظ أيضاً أن الفقرة الفرعية (و) من المادة ١٤، المتعلقة بمنع الوصول، مناسبة في الظروف المعاصرة. وليس من غير المألوف أن ترفض الدولة المدعى عليها وصول الأجنبي المضروء إلى محکمها على أساس عدم إمكان ضمان سلامته أو أن ترفض منحه تأشيرة دخول.

## ٢٠ موجز المناقشة

٢٣١ - أُعرب عن الارتياب فيما يتعلق بكل من الفقرة الفرعية (هـ) (التأخير غير المسوغ) والفرعية (و) (الحيلولة دون الوصول) من المادة ١٤. وأكد آخرون أن الفقرتين لا تشكلان فجتين قائمتين بذاتها ما دامت القراءة السليمة للفقرة الفرعية (أ)، سواء صيغت وفقاً للخيار ١ أو الخيار ٣، ستشمل كلاً من الاستثناءين. ورأى نتيجة لذلك أنه يمكن إعادة صياغة الفقرتين في ضوء التعديل الذي أدخل على الفقرة الفرعية (أ). واقتصر أيضاً الجمع بين الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ١٤ والفرعية (أ)، أو على الأقل نقلها بالقرب من هذه الفقرة.

٢٣٢ - ووفقاً لرأي آخر، فإن الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ١٤ ليست زائدة عن الحاجة بالنظر إلى ما ورد في الفقرة الفرعية (أ). فالحالتان المخصوص عليهما في الفقرتين الفرعتين (أ) و(هـ) متاليتان من حيث الزمن: فسبيل الانتصاف المحلي القائم الذي ييدو "احتمالاً معقولاً" في البداية من زاوية الفقرة الفرعية (أ) قد يصبح بعد ذلك غير صالح للاستمرار فيه في ضوء التأخير الذي لا مسوغ له في تطبيقه. وأعرب أيضاً عن رأي مفاده أنه لا ينبغي النص على "التأخير في توفير سُبل الانتصاف المحلية"، بل على تأخير المحكمة في اتخاذ قرار بشأن سبل الانتصاف الذي تم اللجوء إليه.

مبادر وتبين ممارسة الدول أن الدولة المسئولة لا تصر، في معظم الأحوال، على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفيما يتعلق بالحالة الثالثة، التي تنطوي على قتل مواطن من مواطني الدولة "ألف" على يد جندي تابع للدولة "باء" موجود في أراضي الدولة "ألف"، سيوجد حكم في معاهدة دولية لإمكانية تقديم مطالبة ضد الدولة "باء". وإذا لم توجد مثل هذه المعاهدة، ليس هناك ما يجعل دون مطالبة ورثة هذا الفرد باللجوء إلى محکم الدولة "باء" للمطالبة بالتعويض، شريطة وجود احتمال معقول لتوفير سبيل الانتصاف فعال لهم. وتغطي الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤ هذه الحالة فعلاً ولا حاجة إلى حكم منفصل في هذا الشأن. وفيما يتعلق بقيام عمالء يعملون لصالح الدولة المدعى عليها باختطاف مواطن أجنبي عبر الحدود الوطنية، سواء حدث ذلك من دولة موطنه أو من دولة ثالثة، هناك خيارات متحملاً: فاما أن يوجد انتهاك واضح للسيادة الإقليمية للدولة التي يتضمن إليها الأجنبي بمحبسه، وفي هذه الحالة يكون لتلك الدولة الحق في تقديم مطالبة مباشرة ضد الدولة المسئولة، وإما أن يكون للطرف المضروء الحق في اللجوء إلى محکم الدولة المسئولة وليس هناك ما يدعو إلى عدم اللجوء إلى هذا السبيل من سبل الانتصاف. وإذا لم تكن هذه الإمكانية متاحة، ستغطي الفقرة الفرعية (أ) الحالات التي هي قيد البحث.

٢٢٨ - وفي رأيه أنه لا ينبغي أن تعرقل اللجنة تطوير القانون الدولي بشأن هذه المسألة، بالنظر إلى التطور المستمر لممارسة الدول، لا سيما في مجال إلحاق ضرر بالبيئة. واقتصر ألا تنص اللجنة على العلاقة الاختيارية في مشاريع المواد وأن تكتفي بالإشارة إليها في أماكن مختلفة من التعليق ومعالجتها بعد ذلك في إطار موضوع المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي.

(د) التأخير غير المسوغ والحيلولة دون الوصول  
(الفقرتان الفرعيان (هـ) و(و) من المادة ١٤)<sup>(٢٨١)</sup>

## ١ العرض الذي قدمه المقرر الخاص

٢٢٩ - لاحظ المقرر الخاص أن الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ١٤، المتعلقة بالتأخير الذي لا مسوغ له، حازت التأييد في محاولات التدوين المختلفة وصكوك حقوق الإنسان والأحكام

(٢٨١) فيما يلي نص الفقرتين الفرعتين (هـ) و(و) من المادة ١٤ اللتين اقتربهما المقرر الخاص في تقريره الثالث:

"المادة ١٤"

"لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

"(هـ) إذا كانت الدولة المدعى عليها مسؤولة عن التأخير غير المسوغ في توفير سبل الانتصاف المحلية؛

"(و) إذا كانت الدولة المدعى عليها تمنع الفرد المضروء من إمكانية الوصول إلى مؤسساتنا التي توفر سبل الانتصاف المحلية".

*El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (٢٨٢)  
*(Great Britain) v. United Mexican States*, British-Mexican Claims Commission, decision No. 55 of 18 June 1931, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 191.  
(٢٨٣) انظر الخاتمة ٢٧٥ أعلاه.

٢٣٧ - وأعرب آخرون عن شكوكهم ورأوا أن هذا الحكم يمكن اعتباره مشمولاً بالفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤. فإذا منعت الدولة المدعى عليها الأجنبي المضرور فعلاً من الوصول إلى المحاكم، لن توجد من الناحية العملية إمكانية معقوله للانتصاف الفعال. ولذلك رئي أن يشار إلى ذلك الحكم في التعليق كجزء من المعيار الأعمّ للفعالية المنشوص عليه في الفقرة الفرعية (أ).

### ٣- الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٢٣٨ - لاحظ المقرر الخاص اختلاف الآراء بشأن الفقرة الفرعية (ه) من المادة ١٤ المتعلقة بالتأخير الذي لا مسوغ له. وبينما اتعرض بعض الأعضاء على هذه الفقرة، اقترح آخرؤن معالجتها في إطار الفقرة الفرعية (أ). وفضلت أغلبية الأعضاء معالجة التأخير الذي لا مسوغ له في حكم منفصل. ولذلك فهو يقترح إحالة الفقرة الفرعية (ه) إلى لجنة الصياغة، مع مراعاة الاقتراب القاضي بتوضيع أن التأخير المقصود هو التأخير الذي تسببه المحاكم.

٢٣٩ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (و) من المادة ١٤، أشار المقرر الخاص إلى الاختلاف بين نظام القانون العام ونظام القانون المدني. ففي نظام القانون العام، قد يتبعن على الفرد المضرور أن يقدم الأدلة شخصياً أمام المحكمة، وإذا لم يسمح له بزيارة الدولة المدعى عليها، سيتعذر عليه تقديم المطالبة. وقال إن هناك قدرًا من التأييد لإحالة الفقرة الفرعية (و) إلى لجنة الصياغة. ولكن أغلبية الأعضاء ترى أن من الأفضل تناول هذه المسألة في إطار الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٤. ولذلك فإنه يوصي بعدم إحالة الفقرة الفرعية (و) إلى لجنة الصياغة.

### ٤- المادة ١٥ (٢٨٤)

#### (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

٢٤٠ - قال المقرر الخاص إن عبء الإثبات في سياق المنازعات الدولية يتعلق بما يجب إثباته وبالطرف الذي يجب أن يثبته. وهذا

تقريره الثالث: (٢٨٤) فيما يلي نص المادة ١٥ التي اقترحها المقرر الخاص في

#### "المادة ١٥"

١- تتقاسم الدولة المدعية والدولة المدعى عليها عبء الإثبات في المسائل المرتبطة باستفاده سبل الانتصاف المحلية وفقاً للمبدأ القائل إن البينة على من أدعى.

٢- وفي حال عدم وجود ظروف خاصة، دون المساس بالسلسلة الذي يتبعن فيه إثبات الادعاء:

(أ) يقع عبء الإثبات على الدولة المدعى عليها لثبت أن الدعوى الدولية دعوى تتعلق عليها قاعدة استفاده سبل الانتصاف المحلية وبأن سبل الانتصاف المحلية المتاحة لم تستنفذ؛

(ب) يقع عبء الإثبات على الدولة المدعية لثبت وجود أي من الاستثناءات المشار إليها في المادة ١٤ أو لثبت أن الدعوى تتعلق بضرر مباشر لحق الدولة نفسها".

٢٢٣ - وبينما كان هناك اتفاق على وجوب أن يكون من الممكن الحصول على حكم "بدون تأخير غير مسوغ"، رئي أن يحدد النصُّ وجَهَ التَعْسُفِ. ولوحظ أيضاً أن ما يشكل تأخيراً غير مسوغ مسألة موضوعية سلزم الحكم عليها في كل حالة على حدة. واقتصر أن تعاد صياغة هذا الحكم ليصبح كما يلي: "لا حاجة لاستفاده سبل الانتصاف المحلية إذا كان قانون الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع دولياً لا يوفر للشخص المضروء إمكانية فعالية للحصول على الجير في غضون فترة زمنية معقولة". وسيُفسَرَ بعد ذلك أنه "يجب تقييم الإمكانية الموضوعية للحصول على الجير في غضون فترة زمنية معقولة بحسن نية [في ضوء الممارسة العادلة] أو [وفقاً للمبادئ العامة لقانون]".

٢٣٤ - وفي المقابل، أبديت شكوك بشأن صحة الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الفرعية (ه) من المادة ١٤، وذلك لاحتمال أن يكون التأخير الذي لا مسوغ له ناتجاً بساطة عن حجم العمل المُلقى على عاتق على المحاكم، كما يكون الحال في أحيان كثيرة في البلدان التي تعاني من نقص كبير في الموارد، وبالتالي في القضاة المؤهلين للنظر في القضايا. ولم يوافق آخرون على ذلك وأكدوا أنه لا ينبغي أن تستفيد الدولة من تسبُّب النظام القضائي الوطني في تأخير القضايا بلا داع.

٢٢٥ - وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (و) من المادة ١٤، لوحظ أنه إذا منع الوصول إلى سبل الانتصاف، ستكون النتيجة هي عدم وجود انتصاف على الإطلاق. وهكذا لا تؤدي الصياغة المقترحة هذا المعنى. وبدلًا من ذلك، يشير النص الذي يقترب منه المقرر الخاص إلى حالة مختلفة هي الحالة التي تمع فيها الدولة، التي يُدعى أنها مسؤولة، الأجنبي من الدخول إلى أراضيها أو التي تكون فيها سلامة الأجنبي معرضة للخطر في حالة دخوله فيها. وهذه العنصران نادرًا ما يكونان حاسمين في سياق سبل الانتصاف المتاحة في نظام القانون المدني. فلا يلزم عادة في سبل الانتصاف القائمة في هذا النظام وجود صاحب المطالبة شخصياً فيإقليم الدولة التي يرغب في تقديم مطالبة مدنية فيها. ولوحظ أن من الممكن تماماً، في معظم النظم القانونية، استفاده سبل الانتصاف المحلية من خلال حام أو مثل قانوني.

٢٣٦ - واقتصر أن يقتصر الاستثناء على الحالات التي يكون فيها الوجود المادي شرطاً لنجاح الانتصاف. ورئي أيضاً أنه ينبغي الإشارة بشكل ما، ولو في التعليق، إلى المشكلة التي تنشأ عندما يضطر الفرد أو الحامي، نتيجة للتخييف، إلى العدول عن مباشرة الدعوى. كذلك، تساءل البعض عن سبب اقتصار الحكم على الحالات التي تمنع فيها الدولة المدعى عليها الفرد المضروء من الوصول إلى سبل الانتصاف المحلية. فقد تشكل بالمثل جهات فاعلة أخرى خلاف الدول عقبات في سبيل الوصول إلى سبل الانتصاف المحلية.

١٩٥٥<sup>(٢٨٩)</sup>، وقضية القروض النرويجية<sup>(٢٩٠)</sup>. ويمكن أن يستخلص من هذه القضايا استنتاجان: (أ) أن عبء الإثبات يقع على الدولة المدعى عليها، بمعنى أنه يتعين أن ثبت توافر سبل الانتصاف المحلية؛ (ب) أنه يقع على الدولة المدعية عبء إثبات أن سُبُل الانتصاف، رغم أنها كانت موجودة، لم تكن فعالة أو أنه ينطبق استثناء ما آخر، كأن يكون قد لحق بالدولة المدعية ضرر مباشر مثلاً.

٢٤٤ - وفي الوقت ذاته، اعترف بأن من الصعب وضع قواعد عامة، نظراً إلى أن النتيجة ترتبط بوقائع كل حالة. وأشار إلى قضية القروض النرويجية التي تنطوي على نمط محدد من الوقائع والتي وضع القاضي لاورنخت في سياقها أربعة مبادئ تلقى قدرًا كبيراً من التأييد في المؤلفات: أولاً - يتعين على الدولة المدعية أن ثبت أنه لم تكن ثمة سبل انتصاف فعالة يمكن اللجوء إليها؛ ثانياً - لا يطلب هذا الإثبات إذا كان ثمة قانون يجرم في ظاهره آحاد المدعين من سُبُل الانتصاف؛ ثالثاً - في مثل هذه الحالة، يتعين على الدولة المدعى عليها أن ثبت، بالرغم من عدم وجود أي سُبُل انتصاف على ما يدُو، أن من المعقول افتراض وجوده؛ رابعاً - يجب ألا يكون عبء الإثبات فادحًا بشكل مُفرط.

٢٤٥ - وأكد المقرر الخاص أن المبادئ الأربع التي أوردها لاورنخت ناجحة، في رأيه، عن الظروف غير العادية لقضية القروض النرويجية، وأكما، بهذه الصفة، لا تقوض فرضيته هو القائلة بأنه توجد أساساً قاعدة تساند توافر سُبُل الانتصاف المحلية وفعاليتها، كما نصت عليه الفقرتين (أ) و(ب) من المادة ١٥.

#### (ب) موجز المناقشة

٢٤٦ - بينما أعرب في اللجنة عن بعض التأييد للمادة ١٥ المتعلقة بعبء الإثبات، أعرب عن معارضه شديدة لإدراجها في مشاريع المواد. فقد أبدت شكوك بشأن ضرورة إدراج قواعد الأدلة ضمن نطاق الموضوع. وعلاوة على ذلك، فإن قواعد الأدلة العرفية، إن كان لها وجود، يصعب تحديدها. وأشار إلى الاختلافات بين نظام القانون العام ونظام القانون المدني فيما يتعلق بالقضايا المتصلة بعبء الإثبات. كذلك، أشير إلى أن قواعد الأدلة تختلف أيضاً اختلافاً كبيراً، تبعاً لنوع الدعاوى الدولية. وأشار إلى أنه يبدو من غير المرجح، بالنظر إلى الاشتراطات

الموضوع يصعب تدوينه، أولاً، لأنه لا توجد في القانون الدولي قواعد مفصلة من النوع الموجود في معظم النظم القانونية الوطنية، وثانياً، لأن الظروف تختلف من حالة إلى أخرى وأنه يصعب وضع قواعد عامة تسري على جميع الحالات. ييد أنه يرى أن الموضوع يتسم بأهمية بالنسبة لقاعدة استفاد سبل الانتصاف المحلية وبالتالي هناك ما يسُوّغ إدراجه في مشاريع المواد.

٢٤١ - كذلك فإن المبدأ العام هو أن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعى. والفقرة ١ من المادة ١٥ تبين ذلك المبدأ. على أنه يرى أن المبدأ العام غير كاف وبالتالي، فإنه يقترح مبدأين إضافيين أدرجاه في الفقرة ٢ وهو يتعلّق بعبء الإثبات فيما يتصل بتوفّر سبل الانتصاف المحلية وفعاليتها. وذكر بأن المحاولات السابقة الهدف إلى تدوين قاعدة استفاد سبل الانتصاف المحلية قد بحثت تفصيل أحكام بشأن تلك المواضيع.

٢٤٢ - ولوحظ أن هيئات رصد معاهدات حقوق الإنسان قد نظرت في هذا الموضوع بشيء من الإسهاب، وأن اجتهادات هذه الم هيئات تؤيد طرحين هما (أ) أن على الدولة المدعى عليها أن ثبت أنه كان هناك سُبُل انتصاف متاحة لم تستفاد الدولة المدعية؛ (ب) أن على الدولة المدعية أن ثبت، في حالة وجود سُبُل انتصاف متاحة، أن هذه السُبُل غير فعالة أو أن ثمة استثناءً من الاستثناءات المتعلقة بقاعدة استفاد سبل الانتصاف المحلية ينطبق في هذه الحالة. غير أنه سُلم بأن هذه الاجتهادات مستلهمة بقوة من الصكوك التي أنشأت هيئات رصد المعاهدات وأن من المشكوك فيه ما إذا كانت المبادئ التي تبسطها تلك الم هيئات ذات صلة مباشرة بالمبادئ العامة للحماية الدبلوماسية.

٢٤٣ - أما بشأن القرارات القضائية وقرارات التحكيم، فقد قال المقرر الخاص إن المبادئ التي أوجزها نالت قدرًا من التأييد، في قضية سكة حديد بانيميرس - سالدوتيسكييس<sup>(٢٨٥)</sup>، والتحكيم في قضية السفن الفنلندية<sup>(٢٨٦)</sup>، ودعوى أمباتيلوس<sup>(٢٨٧)</sup>، وقضية إلسي<sup>(٢٨٨)</sup>، وقضية الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليه

(٢٨٥) انظر الحاشية ٢٦٧ أعلاه.

Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in Respect of the Use of Certain Finnish Vessels during the War, decision of 9 May 1934, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479

Award of 6 March 1956, UNRIAA, vol. XII (٢٨٧)  
(Sales No. 63.V.3), p. 91

(٢٨٨) انظر الحاشية ٢٦٦ أعلاه.

التقليدية المتعلقة بعبء الإثبات، أن تشعر أي هيئة قضائية أو هيئة أخرى أنها مقيدة بحكم إضافي بالغ التعقيد.

- ٢٤٧ وأشار إلى أن الدولة المدعى عليها تكون في وضع أفضل بكثير من وضع القضاة أو الدولة المدعية لإثبات وجود سبل الانتصاف. كذلك، فإن دولة الجنسية هي الأقدر على توفير الأدلة بشأن جنسية الفرد. وهنا، يقع عبء الإثبات على الدولة المدعية. وهكذا، فإن وضع الدولة كمدعية أو كمدعى عليها يبدو أقل أهمية من توافر الأدلة.

- ٢٤٨ وعلاوة على ذلك، أعرب عن شكوك بشأن وثاقة صلة الأحكام القضائية المتعلقة بحقوق الإنسان - الموضوعة استناداً إلى أحكام محددة واردة في المعاهدات ضمن إطار نظام إجرائي - بمهمة تحديد عبء الإثبات في القانون الدولي العام. وعلى الرغم من أن القاعدة التي يقترحها المقرر الخاص مغربية في بساطتها، لا بد أن تكون الحالة أكثر تعقيداً بكثير من الناحية العملية. وأشار أيضاً إلى أنه سيكون من الصعب التوصل إلى اتفاق بشأن موضوع المادة ١٥.

- ٢٤٩ وقيل إن من الأفضل ترك عبء الإثبات للقواعد الإجرائية أو قواعد التراضي في حالة هيئات القضائية الدولية، ولقانون الدولة في حالات اللجوء إلى هيئات القضاء المحلية. واقتصرت أيضاً إمكانية تضمين التعليق مناقشة لمسألة عبء الإثبات.

- ٢٥٠ وفيما يتعلق بالفقرة ١، أعرب عن رأي مفاده أنها لا توفر قدرًا كبيرًا من الإرشاد عندما تقول، كمبدأ عام، إن البيئة على من ادعى. فالمتهم ليس الادعاء، وإنما ما قد يكون لدى الطرف من مصلحة في إثبات واقعة معينة تبدو ذات صلة بالموضوع. وعلى النقيض من ذلك، أعرب عن رأي يقول إن الفقرة ١ مفيدة وينبغي إدراجها.

- ٢٥١ وفيما يتعلق بالفقرة ٢، أعرب عن رأي مفاده أن التمييز بين توافر سبيل الانتصاف - وهو أمر ينبغي أن ثبته الدولة المدعى عليها - وعدم فعالية سبيل الانتصاف هذا - وهو أمر ينبغي أن ثبته الدولة المدعية - هو تمييز مصطنع. فسبيل الانتصاف الذي ليس له أي حظ من النجاح، أي غير الفعال، هو سهل لا حاجة إلى استنفاده. وهكذا، فإن مصلحة الدولة المدعى عليها تتجاوز موضوع إثبات وجود سبيل للانتصاف: إذ عليها أن ثبت أن لهذا السبيل حظاً معقولاً من النجاح. والقضية المطروحة هي فعالية سبيل الانتصاف في حالة عدم وجود سوابق قضائية ذات صلة وقت وقوع الضرر. ووفقاً لرأي آخر، فإن المشكلة ليست سوى مشكلة صياغة، ومن الممكن أن تنظر فيها لجنة الصياغة.

### (ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٥٢ - لاحظ المقرر الخاص أن البعض رأوا أن المادة ١٥ لا ضرر منها، واعتبروها آخرهن معقدة بصورة مفرطة، إلا أنأغلبية كبيرة عارضت إدراجها. وقال إنه، وبالتالي، لا يستطيع أن يوصي بإحالتها إلى لجنة الصياغة.

٥ - المادة ١٦<sup>(٢٩١)</sup>

### (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١٥٣ - قال المقرر الخاص، لدى عرضه للمادة ١٦، إن شرط كالغو<sup>(٢٩٢)</sup> جزء لا يتجزأ من تاريخ قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وتطورها، وسيظل يتسم بالأهمية. وأوضح أن هذا الشرط هو تعهد تعاقدي يوافق بموجبه شخص ارتبط طوعاً بدولة ليس هو من مواطنه على التنازل عن الحق في أن توفر له الدولة التي يحمل جنسيتها الحماية الدبلوماسية وعلى الاقتدار على اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية فيما يتصل بتنفيذ العقد.

١٥٤ - وقال إن شرط كالغو أثار الجدل منذ البداية. فقد نظرت إليه دول أمريكا اللاتينية على أنه قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، وأنه قاعدة إقليمية من قواعد القانون الدولي، قامت كثرة من هذه الدول، لا سيما المكسيك، بإدماجه في دساتيرها.

(٢٩١) فيما يلي نص المادة ١٦ التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الثالث:

"المادة ١٦"

"١" - أي نص تعاقدي يرمي أحني مع الدولة التي يقوم بأعماله فيها ومؤداته:

(أ) أن الأجنبي يرضى بسبل الانتصاف المحلية؛ أو

(ب) أن تتم تسوية أي نزاع ناشئ عن العقد بوسائل أخرى غير المطالبة الدولية؛ أو

"ج" أن يعامل الأجنبي لأغراض العقد بمثابة مواطن في الدولة المتعاقدة، بمعنى أن يفسر بموجب القانون الدولي بمثابة تنازل قانوني عن حق الأجنبي في طلب الحماية الدبلوماسية بقصد المسائل المتصلة بالعقد. وأي نص تعاقدي من هذا القبيل لا يؤثر مع ذلك في حق الدولة التي يتمتع الأجنبي بجنسيتها في ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن ذلك الشخص عندما يتعرض لضرر ناجم عن فعل غير مشروع دولياً منسوب للدولة المتعاقدة أو عندما يشكل الضرر الذي تعرض له الأجنبي مصلحة مباشرة للدولة التي يتمتع الأجنبي بجنسيتها.

"٢" - ينبع تفسير النص التعاقدي المشار إليه في الفقرة ١ بمثابة قرينة مرحلة لل الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية الدولية".

(٢٩٢) انظر الحاشية ٢٤٩ أعلاه.

تحشى إلا يتلقى مواطنهـا معاملة عادلة في البلدان التي كانت تعتبر معاييرـها القضائية قاصرة. ولكن الحالة تغيرت منذ ذلك الحين. بيد أن شرط كالفنو يظل يشكل سمة هامة من سمات نجح دول أمريكا اللاتينية فيما يتعلق بالقانون الدولي، وهذا المذهب يؤثر على موقف البلدان النامية في أفريقيا وآسيا، التي تحشى تدخل الدول القوية في شؤونـها الداخلية.

- ٢٥٨ وعلاوة على ذلك، فإن مذهب كالفو، الذي سبق أن ورد في قرار الجمعية العامة (١٨٠٣-١٧) المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٢ بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، ظهر من جديد في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الوارد في قرار الجمعية (٣٢٨١-٢٩) المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٤، الذي يعلن في الفقرة ٢(ج) من المادة ٢ منه أن المنازعات المتعلقة بالتعويض والناشئة عن الاستيلاء على الممتلكات الأجنبية يجب أن تسوى بمقتضى القانون المحلي للدولة المؤمّنة. ويلاحظ تأثير مذهب كالفو أيضاً في القرار ٢٤ لاتفاق قرطاجنة [اتفاق التكامل دون الإقليمي (الحلف الأندي)]. ومن الناحية الأخرى، رأى البعض أن اتفاق التجارة الحرة لأمريكا الشمالية<sup>(٢٩٥)</sup>، الذي سمح للمستثمرين الأجانب بالدخول إلى التحكيم الدولي قبل أن يستنفذوا، أولاً، سبل الانتصاف المحلية، يمثل الخرافاً عن مذهب كالفو.

- ٢٥٩ - وقال إن هناك خيارين أمام اللجنة: إما أن ترفض صوغ أي حكم بشأن الموضوع على أساس أنه لا لزوم لذلك إذا اعتبر أن شرط كالفو ليس سوى إعادة تأكيد لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية؛ وإما أن تصوغ حكماً يقصر سريان شرط كالفو على المنازعات الناشئة عن العقود التي تتضمن هذا الشرط، دون أن ينفي حق الدولة التي يحمل الأجنبي جنسيتها في ممارسة حمايتها الدبلوماسية نيابة عنه حيثما يتعرض لضرر نتيجة لفعل غير مشروع دولياً ينسب إلى الدولة المتعاقدة. وتنص الفقرة ٢ على أن هذا الشرط يشكل قرينة مرّجحة للحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية الدولية، حيثما يكون هناك اتفاق بالتراضي ينص على استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

ومن الناحية الأخرى، اعتبرته دول أخرى منافياً للقانون الدولي، على أساس أنه يخرب الفرضية الفاتحية القائلة إن الضرر الذي يلحق مواطن هو ضرر يلحق بالدولة<sup>(٢٩٣)</sup>، وإنه لا يحق إلا للدولة وحدها التنازل عن الحق في الحماية الدبلوماسية.

- ٢٥٥ - وقال إن الحجة الرئيسية في الموضوع هي القرار الذي أصدرته اللجنة العامة للمطالبات المشتركة بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية في قضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق<sup>(٢٩٤)</sup>، وبيّنت فيه أن شرط كالفو يتحقق مع القانون الدولي بوجه عام، ومع الحق في الحماية الدبلوماسية بوجه خاص، وإن كان بعض الفقهاء قد انتقدوا ذلك القرار بشدة.

-٢٥٦ - وأصناف قائلًا إنه لا يزال يدور، مع ذلك، نقاش حول الغرض من شرط كالغور ونطاقه. وأشار إلى عدة اعتبارات بربت من ذلك النقاش. أولاً، ليس لشرط كالغور سوى صلاحية محدودة، يمعن أنه لا يمنع كلياً التدخل الدبلوماسي. وهو لا ينطبق إلا على المنازعات المتصلة بالعقود التي تبرم بين الشخص الأجنبي والدولة المضيفة وتتضمن ذلك الشرط، ولا ينطبق على الإخلالات بالقانون الدولي. ثانياً، إن شرط كالغور يؤكّد أهمية قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وقد أشار بعض المؤلفين إلى أن هذا الشرط ليس أكثر من إعادة تأكيد لتلك القاعدة، إلا أن معظم المؤلفين يرون أنه يتتجاوز إعادة التأكيد هذه. ثالثاً، إن القانون الدولي لا ينفي حق الأجنبي في أن يتنازل، بموجب عقد، عن صلاحيته أو عن حقه في أن يطلب من الدولة التي يحمل جنسيتها أن تمارس الحماية الدبلوماسية نيابة عنه. رابعاً، لا يجوز للأجنبي، بموجب شرط كالغور، أن يتنازل عن حقوقه تعود إلى حكومته بمقتضى القانون الدولي. خامساً، لا ينسحب التنازل في شرط كالغور إلا على المنازعات الناشئة عن العقود، أو على خرق العقود، وهو ما لا يشكل، بأي حال، خرقاً للقانون الدولي؛ كما أنه لا ينسحب، بوجه خاص، على الحرمان من العدالة.

-٢٥٧ وأشار إلى أن شرط كالغول من تخوّف دول أمريكا اللاتينية من التدخل في شؤونها الداخلية تحت قناع الحماية الدبلوماسية. وكانت الدول المصدرة لرأس المال، من ناحيتها،

انظر (٢٩٣) E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (The law of nations, or the principles of natural law) و ترجمة الإنكليزية لطبعة عام ١٧٥٨ في The Classics of International Law, vol. III (Washington, D. C., Carnegie Institution, 1916)

*North American Dredging Company of Texas* (294)  
(U.S.A.) v. *United Mexican States*, decision of 31 March 1926,  
.UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 26

وبالتالي، فإنها لا تصلح للتداوين. وقيل إن شرط كالغو ليس إلا وسيلة صياغة تعاقدية.

-٢٦٥ وأشار إلى أن مواطن الدولة لا يمكن أن يحل محل الدولة، لأن الحقوق المعنية ليست حقوقه هو وإنما هي حقوق الدولة. ولا يحق للأجنبى أن يتنازل عن حق ليس له. فالمعنى القانوني للتنازل الوارد في الفقرة ١ غير أكيد نظراً إلى أن طلب الأجنبى ليس شرعاً مسبقاً لمارسة الحماية الدبلوماسية. على أنه يجوز للأجنبى أن يتعهد، أولاً، بالاعتماد على قوانين البلد الضيف فقط، وثانياً، بألا يتلمس الحماية الدبلوماسية للدولة موطنه. والأمر الذي لا يمكن فعله هو ضمان عدم تدخل دولة الجنسية لتأمين احترام حقوقها في أن يُحترم القانون الدولي في شخص مواطنيها. ومن ثم، فإن المسألة ليست مسألة ما إذا كان شرط كالغوا صحيحاً بمقتضى القانون الدولي أم لا. فلا هو محظوظ بمقتضى القانون الدولي، ولا هو يعتبر مشروعاً. وسيكون هناك خرق لعقد، لا خرق للالتزام بمقتضى القانون الدولي، إما من جانب الأجنبى أو من جانب دولة الجنسية، إذا طلب الأجنبى الحماية الدبلوماسية من تلك الدولة.

- ٢٦٦ وأشار البعض أيضاً إلى أن شرط كالغو، رغم أهميته التاريخية، قد قلل استخدامه تدريجياً من الناحية العملية، علاوة على أن السياق الدولي مختلف عن السياق الذي وضع فيه هذا الشرط قبل قرن من الزمان. والشواغل التي أدت إلى نشوء مذهب كالغو قد عالجتها إلى حد كبير التطورات التي حدثت في النصف الأخير من القرن العشرين، بما فيها اعتماد عدة نصوص دولية هامة أشير إليها في تقرير المقرر الخاص. كذلك، فإن تصرف الدول في عالم اليوم يتأثر تأثيراً شديداً بمعايير مشتركة يفرضها القانون الدولي للحقوق الإنسان، إن لم يكن يخضع لها. وعلاوة على ذلك، فإن الأهمية التي توليه الحكومات لروح المبادرة الخاصة في قطاع الأعمال، واعترافها بها، يتيحان للاستثمارات الخاصة الأجنبية أن تتعمق ببيئة قانونية آمنة. فعلى سبيل المثال، من الأمور الأكثر شيوعاً أن تعقد الدول اتفاقات استثمار تتضمن حكماً ينص على اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي في حالة نشوء نزاع.

- وأعرب أيضاً عن عدم الموافقة على إدراج الفقرة ٢٦٧ فقد رأى أنها تتعارض مع قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ووجود شرط كالغوليس ضرورياً لإيجاد قرينة لصالح استنفاد سبل الانتصاف المحلية. فهذه القريئة موجودة بصرف النظر عن أي شرط تعاقدي.

- ونظرت اللجنة كذلك في اقتراح يدعو إلى صياغة حكم عام يتعلق بالتنازل من جانب دولة الجنسية ومن جانب الدولة

(ب) موجز المناقشة

٢٦٠ - أثني على المقرر الخاص لاستعراضه الشامل لتاريخ مذهب كالفو ولمعالجته القضائية التي يثيرها شرط كالفو في القانون الدولي. وأعرب عن آراء مختلفة فيما يتعلق بإدراج حكم بشأن شرط كالفو في مشاريع المواد.

-٢٦١ - فقد أعرب البعض عن رأي مفاده أنه ينبغي الإبقاء على المادة ١٦، كتمكّلة للمادة ١٠، شريطة إدخال بعض التحسينات في الصياغة. فمن شأنها، كقاعدة مدونة، أن توضح حدود العلاقات التعاقدية بين الدولة والشخص الأجنبي، لا سيما بضمانت حقوق دولة الجنسية بموجب القانون الدولي. وأعرب أيضاً بعض الأعضاء عن رأي مفاده أن المادة المقترحة لا تتناول شرط كالغزو، معناه التقليدي، بل تتناول فحسب التزاماً باستنفاد سُبُل الالتصاف المحلية في ظروف معينة. وأشار إلى أن الحكم يؤكّد بصورة مفيدة على قاعدة استنفاد سبل الالتصاف المحلية. بل وأعرب عن رأي يقول إن تدوين قاعدة استنفاد سبل الالتصاف المحلية سيكون ناقضاً دون الاعتراف بشرط كالغزو.

-٢٦٢- وأعرب أيضاً عن رأي يفيد بأن قيمة شرط كالفو ليست مجرد قيمة تاريخية ورمزية، بل يظل هذا الشرط قضية هامة في العالم الحديث، لها مضاعفات دولية تتجاوز إلى حد أكبر بكثير مضاعفات الاشتراطات التعاقدية بمقتضى القانون الداخلي. ورغم أن اللجوء إلى شرط كالفو قد اقتصر إلى حد كبير على أمريكا اللاتينية، فإن المشاكل التي سعى إلى معالجتها لها بعد عالمي، لا بعد إقليمي فحسب. واللحنة، بإدراجها لهذا الحكم، إنما تدُون قاعدة عرفية إقليمية، يمكن بصورة مشروعة أن ترقى إلى مستوى قاعدة عالمية.

- وأعرب كذلك عن رأي يقول إن شرط كالفو لا يعارض مع القانون الدولي، بسبب مبدأين هما المساواة في السيادة بين الدول، مما يستتبع واجب عدم التدخل، ومعاملة المواطنين والأجانب على قدم المساواة. وأشار أيضاً إلى أن المادة ١٦ لا تتوخى تدوين شرط كالفو بوصفه هذا، وإنما تضع حدوداً لتطبيقه في العلاقات الدولية. وهي تتوضح أيضاً العلاقة بين حقوق الفرد وحقوق الدولة في ذلك المجال، وهي أن للشخص الأجنبي أو للشركة الأجنبية الحق في التماس الحماية الدبلوماسية، وللدولة الحق، في ممارسة هذه الحماية.

- ٢٦٤ واعتراض آخرون على إدراج الحكم في مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، وفضلوا إلغاءه. فقد أُعرب عن رأي يقول إن المادة ١٦ تتجاوز نطاق النظام الأساسي للجنة، ولا سيما المادة ١٥ منه: فهو ليست قاعدة من قواعد القانون

## (ب) موجز المناقشة

٢٧٥ - أعرب عن رأي مفاده أن مفهوم "الحرمان من العدالة" ما هو إلا مظهر من مظاهر القاعدة الأعم التي ينبغي بمحاجتها اعتبار أن سبل الانتصاف المحلية قد استنفدت إذا فشلت أو كان محكماً عليها بالفشل. ولما كان هذا المفهوم مشمولاً بال酆ارات الفرعية (أ) و(هـ) و(و) من المادة ١٤، فلا ضرورة لخضص حكم محدد له، وبعken التشديد على هذه النقطة في التعليق. وحُذر أيضاً من أن تناول موضوع الحرمان من العدالة قد يكون أمراً شديداً الصعوبة وأنه، بالمعنى الدقيق للكلمة، يخرج عن نطاق الحماية الدبلوماسية.

٢٧٦ - وأكد آخرون أن من الصعب تجاهل مسألة الحرمان من العدالة، التي قد تكون إحدى الحالات التي تترتب عليها ممارسة الحماية الدبلوماسية، وأن من المناسب التطرق إلى موضوع الحرمان من العدالة في الدراسة.

## (ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٢٧٧ - لاحظ المقرر الخاص أن المناقشة أظهرت أن غالبية الأعضاء يعارضون إدراج مسألة الحرمان من العدالة في الدراسة، أو، في أفضل الأحوال، يتخلون موقفاً محايداً إزاءها. وقد شدد عدة أعضاء على أن الحرمان من العدالة قاعدة أولية، بينما أشار آخرون إلى أنه ينشأ بالفعل في عدد من السيناقات الإجرائية، وبالتالي، فإنه شكل من أشكال القواعد الثانوية.

٢٧٨ - وأشار إلى أن مضمون مفهوم الحرمان من العدالة غير واضح تماماً. ففي بداية القرن العشرين، شمل هذا المفهوم رفض إتاحة المجال للوصول إلى المحاكم؛ وأدرج فيه فقهاء أمريكا اللاتينية التحييز القضائي والتأخر في إقامة العدل، بينما رأى آخرون أن الحرمان من العدالة لا يقتصر على اتخاذ أو عدم اتخاذ إجراء قضائي وإنما يشمل أيضاً انتهاكات السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية للقانون الدولي. والرأي المعاصر هو أن الحرمان من العدالة يقتصر على أفعال الجهاز القضائي أو الإجراءات القضائية في شكل عدم كفاية الإجراءات أو جور القرارات. إلا أن ذكره أخذ يقل شيئاً فشيئاً في الفقه وحلّ محله إلى حد كبير معايير العدالة التي تتضمنها الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، ولا سيما المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

٢٧٩ - وقال المقرر الخاص إنه لما كان الرأي السائد في اللجنة هو أن هذا المفهوم لا يدخل ضمن نطاق الدراسة، فإنه لم يعد ينوي تقديم إضافة بشأنه.

المضيفة على السواء. إلا أن الاقتراح قوبل باعتراض لأنّه لم يكن قد نوقش مناقشة مستفيضة في الجلسة العامة.

## (ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٢٦٩ - لاحظ المقرر الخاص أن آراء اللجنة منقسمة بالتساوي تقريباً بشأن إدراج أو عدم إدراج المادة ١٦. وقال إنه يبدو له أن أولئك الذين يعتقدون أن شرط كالفو لا يدخل ضمن نطاق اختصاص اللجنة مقتنعون مع ذلك بما يتسم به من أهمية في تاريخ الحماية الدبلوماسية وتطورها. ومن ثم، فإن إدراج المادة ١٦، التي تتناول شرط كالفو، قد يكون مقبولاً. وأضاف قائلاً إنه تأثر بالحجج التي أبدوها كلا الجانبيين في المناقشة، لافتًا النظر إلى أنه كان هناك ممثلون من جميع الجماعات الإقليمية على كلا الجانبيين.

٢٧٠ - ولاحظ أن الفقرة ٢ من المادة ١٦ لم تحظَ بكثير من التأييد، باستثناء وجوب تناول مضمونها في إطار التعليق على الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤.

٢٧١ - وقال إن المسألة التي تواجهها اللجنة هي، وبالتالي، ما إذا كان يجب إحالة الفقرة ١ من المادة ١٦ إلى لجنة الصياغة، مع التعديلات المأمة التي اقترحت خلال المناقشة، أو ما إذا كان يجب إسقاطها من مشاريع المواد. فإذا أُسقطت، فإنه يتبع معالجة الموضوع بإسهاب في التعليق، وبخاصة في التعليق على المادة ١٠ وعلى الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١٤.

٢٧٢ - وأشار المقرر الخاص كذلك إلى أن عدم ملاءمة صياغة شرط التنازل الجامع المقترن قبل النظر في مثل هذا الحكم نظراً كاملاً في الجلسة العامة.

٢٧٣ - وقال إنه، بالنظر إلى انقسام الآراء بالتساوي تقريباً في اللجنة، يصعب عليه تقديم توصية بشأن كيفية المضي في العمل. إلا أنه يوصي في النهاية بأن تحيل اللجنة الفقرة ١ من المادة ١٦ إلى لجنة الصياغة، مع مراعاة المقررات المتعلقة بالصياغة التي أبديت خلال المناقشة. وقررت اللجنة، فيما بعد، عدم إحالة المادة ١٦ إلى لجنة الصياغة.

## ٦ - الحرمان من العدالة

## (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

٢٧٤ - لاحظ المقرر الخاص أن مفهوم "الحرمان من العدالة"، المرتبط ارتباطاً لا ينفصّم بالعديد من سمات قاعدة استنفاد سُبُل الانتصاف الخلية، بما فيها سمة عدم الفعالية، يمكن أن يُعتبر، بوصفه هذا، ذا طابع ثانوي. واقتصر النظر في مسألة إدراج الحرمان من العدالة في مشاريع المواد في إضافة لتقريره الثالث، ودعا اللجنة إلى تقديم ملاحظات عن هذا الموضوع.

-٢ لأغراض توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين، تعني دولة الجنسية دولة يكون الفرد المطلوب حمايتها قد اكتسب جنسيتها بحكم المولد أو الأصل أو خلافة الدول أو التحنس أو بأية طريقة أخرى لا تتعارض مع القانون الدولي.

#### المادة ٤ [٩]

##### استمرار الجنسية

-١ يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص كان من رعاياها وقت حدوث الضرر ويكون من رعاياها في تاريخ تقديم المطالبة رسميًّا.

-٢ مع عدم الإخلال بالفقرة ١، يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص يكون من رعاياها في تاريخ تقديم المطالبة رسميًّا ولكنه لم يكن من رعاياها وقت حدوث الضرر، شريطة أن يكون هذا الشخص قد فقد جنسيته السابقة واكتسب، لسبب لا يتصل بتقديم المطالبة، جنسية تلك الدولة بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي.

-٣ لا يجوز للدولة الجنسية الحالية أن تمارس الحماية الدبلوماسية، فيما يخص شخصًا ما، ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص فيما يتعلق بضرر لحق به عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

#### المادة ٥ [٧]

##### الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

-١ يجوز لأية دولة يكون شخص حائز جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة من رعاياها أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بذلك الشخص ضد دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها.

-٢ يجوز أن تشتراك دولتان أو أكثر من دول الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص مزدوج الجنسية أو متعدد الجنسيات.

#### المادة ٦

##### الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة من دول الجنسية

لا يجوز للدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص ما ضد دولة يكون هذا الشخص من رعاياها أيضًا ما لم تكن جنسية الدولة الأولى هي الجنسية الغالبة، عند وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة.

#### المادة ٧ [٨]

##### الأشخاص عديمو الجنسية واللاجئون

-١ يجوز للدولة ما أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص عديم الجنسية إذا كان ذلك الشخص، وقت وقوع

Gim - المواد ١ إلى ٧ من مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة

##### نصوص مشاريع المواد

-٢٨٠ ترد أدناه نصوص مشاريع المواد ١ إلى ٧ التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الرابعة والخمسين.

##### الحماية الدبلوماسية

##### الباب الأول

##### أحكام عامة

#### المادة ١

##### التعريف والنطاق

-١ تعني الحماية الدبلوماسية جلوء الدولة إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من وسائل التسوية السلمية عندما تبني، بحكم حقها الذاتي، قضية أحد رعاياها فيما يتصل بضرر لحق به من جراء فعل غير مشروع دوليًّا قامت به دولة أخرى.

-٢ يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بغير الرعايا وفقًا للمادة ٧ [٨] [٢٩٦].

#### المادة ٢ [٣]

##### الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية

يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقًا لهذه المواد.

##### الباب الثاني

##### الأشخاص الطبيعيون

#### المادة ٣ [٥]

##### دولة الجنسية

-١ الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي دولة الجنسية.

(٢٩٦) سيعاد النظر في هذه الفقرة إذا أدرجت استثناءات أخرى في مشاريع المواد.

(٢٩٧) الأرقام المرسدة بين قوسين معقوفين هي أرقام المواد كما اقترن بها المترن الخاص.

(٢٩٨) سيعاد النظر في هذه المادة بالاقتران مع نظر اللجنة في الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين.

والحصول على جبر بقصد العمل غير المشروع دولياً الذي أحرق الضرر بالشخص. ولا تتناول مشاريع المواد الحالية سوى القواعد التي تنظم الظروف التي يجوز فيها ممارسة الحماية الدبلوماسية والشروط الواجب استيفاؤها لإمكانية ممارسة تلك الحماية. وهي لا تحاول تعريف أو وصف الأفعال غير المشروعة دولياً التي تجعل الدولة مسؤولة عن ضرر لحق بأجنبي. وهي، شأنها شأن مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين<sup>(٣٠٠)</sup>، تبقى على التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية ولا تتناول سوى هذه القواعد الأخيرة.

(٣) وتوضح الفقرة ١ أن حق ممارسة الحماية الدبلوماسية مقتضور على الدولة، وأن الدولة، لدى ممارستها الحماية الدبلوماسية، تبني، بحكم حقها هي، قضية أحد رعاياها الناشئة عن فعل غير مشروع دولياً قامته به دولة أخرى. وهذه الصيغة تتبع الصيغة التي اعتمدها محكمة العدل الدولية في قضية إنترهانديل عندما أعلنت أن الدولة المطالبة "تبنت قضية أحد رعاياها"<sup>(٣٠١)</sup> الذي انتهكت حقوقه. وتنشأ المصلحة القانونية للدولة، عند ممارسة الحماية الدبلوماسية، من الضرر الذي يلحق بأحد رعاياها من جراء فعل غير مشروع ارتكبته دولة أخرى.

(٤) وصلة الجنسية بين الدولة والشخص المتضرر هي التي تتيح، في معظم الظروف، ممارسة الحماية الدبلوماسية، وهي مسألة تتناولها المادة ٣. ويشمل تعريف "أحد رعاياها" في هذه المادة الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، على السواء. وأجري، في موضع لاحق من مشاريع المواد، تمييز بين القواعد التي تحكم الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين، وعوامل الفهومان، حيثما لزم الأمر، كل على حدة.

(٥) ويجب ممارسة الحماية الدبلوماسية بالوسائل الشرعية والسلمية. ويفيد العديد من القرارات القضائية بين "الإجراءات الدبلوماسي" و"الإجراءات القضائية" لدى وصف العمل الذي يمكن أن تقوم به الدولة عندما تلتجأ إلى الحماية الدبلوماسية<sup>(٣٠٢)</sup>. وقد أبقت المادة ١ على هذا التمييز ولكنها ذهبت إلى أبعد من ذلك إذ أدرجت الإجراءات القضائية ضمن "غير ذلك من وسائل النسوية السلمية". ويشمل "الإجراءات الدبلوماسي" جميع الإجراءات

(٣٠٠) انظر الحاشية ٢٦٣ أعلاه.

(٣٠١) Interhandel (انظر الحاشية ٢٧٥ أعلاه)، ص ٢٧.

(٣٠٢) انظر Panevezys-Saldutiskis Railway case (الحاشية Nottebohm case, Second Phase, Judgment, ٢٦٧ أعلاه)، ص ١٦، و I.C.J. Reports 1955, p.4, at p.24.

الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتبارية في تلك الدولة.

-٢- يجوز لدولة ما أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص تعرف به تلك الدولة كلاجي، إذا كان ذلك الشخص، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتبارية في تلك الدولة.

-٣- لا تطبق الفقرة ٢ فيما يتعلق بضرر ناجم عن فعل غير مشروع دولياً ارتكبه الدولة التي يحمل اللاجي جنسيتها.

## ٢- نصوص مشاريع المواد مع التعليقات عليها

-٢٨١- ترد أدناه نصوص مشاريع المواد ١ إلى ٧ مع التعليقات عليها التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الرابعة والخمسين.

### الحماية الدبلوماسية

#### الباب الأول

#### أحكام عامة

##### المادة ١

##### التعريف والنطاق

١- تعني الحماية الدبلوماسية جلوء الدولة إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من وسائل التسوية الإسلامية عندما تبني، بحكم حقها الذاتي، قضية أحد رعاياها فيما يتصل بضرر لحق به من جراء فعل غير مشروع دولياً قامته به دولة أخرى.

٢- يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بغير الرعايا وفقاً للمادة ٧ [٨]<sup>(٣٩٩)</sup>.

#### التعليق

(١) تعرف المادة ١ الحماية الدبلوماسية بوصف عناصرها الرئيسية، وتبين، في الوقت ذاته، نطاق هذه الآلة المراد بها حماية الرعايا الذين لحق لهم ضرر في الخارج.

(٢) يقتضى القانون الدولي، الدولة هي المسؤولة عن ضرر لحق بأجنبي من جراء فعل غير مشروع أو تقصير صدر عن تلك الدولة. والحماية الدبلوماسية هي الإجراء الذي تلتجأ إليه الدولة التي يحمل الشخص المتضرر جنسيتها لتأمين حماية ذلك الشخص

(٣٩٩) انظر الحاشية ٢٩٦ أعلاه.

القائلة إن الضرر الواقع على أحد الرعايا هو ضرر غير مباشر واقع على الدولة<sup>(٣٠٦)</sup>. وقد صاغت محكمة العدل الدولي الدائمة هذا الرأي، مزيد من التفصيل في قضية مافروماتيس عندما قالت:

إن الدولة، بتبنيها قضية أحد رعاياها وبلغوها إلى إجراء دبلوماسي أو إجراءات قضائية دولية لصالحه، تقوم، في الحقيقة، بتأكيد حقها هي - حقها في أن تكفل، في شخص رعاياها، احترام قواعد القانون الدولي<sup>(٣٠٧)</sup>.

وكتيراً ما يتعرض هذا الرأي للانتقاد بوصفه افتراضاً قانونياً يصعب التوفيق بينه وبين حقائق الحماية الدبلوماسية، التي تقضي استمرار الجنسية لتأكيد المطالبة الدبلوماسية<sup>(٣٠٨)</sup>، واستنفاد المواطن الذي لحق به الضرر سلسلة انتصاف الخلية، وتوافق تقسيم الأضرار المتکبدة مع الضرر الذي تکبده الفرد. ومع ذلك، فإن "مبدأ مافروماتيس" أو "الافتراض الفاتيلي"، باتا يشكلان، بعد اشتهر الفكرة القائلة إن الضرر الواقع على أحد رعايا الدولة هو ضرر واقع على الدولة نفسها، الرُّكْن الأساسي للحماية الدبلوماسية<sup>(٣٠٩)</sup>.

(٢) وللدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح أحد رعاياها. وليس عليها أي واجب أو التزام بالقيام بذلك. ويمكن أن يلزم القانون الداخلي الدولة بتوفير حماية دبلوماسية لأحد رعاياها<sup>(٣١٠)</sup>، إلا أن القانون الدولي لا يفرض التزاماً من هذا القبيل. وقد أبدت محكمة العدل الدولية هذا الموقف بوضوح في قضية شركة برشلونة للجر:

... يجوز للدولة، ضمن المحدود الذي ينص عليها القانون الدولي، أن تمارس الحماية الدبلوماسية بأي وسيلة وإلى أي مدى تعتقد أنها مناسبان، وذلك لأن ما تدركه هو حقها هي نفسها. وإذا رأى الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الذي تتحذ

<sup>(٣٠٦)</sup> قال Emmerich de Vatel في كتابه المعون *Le droit des gens*... (انظر الخاتمة ٢٩٣ أعلاه) ما يلي: "من أساء معاملة مواطن فقد الحق بالدولة التي يجب عليها أن تحمي ذلك المواطن ضرراً غير مباشر" (الفصل السادس، ص ٣٦).

<sup>(٣٠٧)</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment* No. 2, 1924, P.C.I.J. Series A, No. 2, p. 12.

<sup>(٣٠٨)</sup> انظر المادة ٤.

<sup>(٣٠٩)</sup> للاطلاع على مناقشة هذه الفكرة وللانتقادات التي وجهت لها، انظر التقرير الأول للمقرر الخاص عن الحماية الدبلوماسية (الخاتمة ٢٤٣ أعلاه)، الفقرات ٧٤-٦١.

<sup>(٣١٠)</sup> للاطلاع على دراسة للقوانين المحلية بشأن هذا الموضوع، انظر المرجع نفسه، الفقرات ٨٧-٨٠.

الشرعية التي تلجم إلية الدول لإبلاغ بعضها بعضاً بوجهات نظرها وشواغلها، بما في ذلك الاحتجاج، وطلب إجراء تحقيق ومقاضيات بهدف تسوية المنازعات. وتشمل عبارة "غير ذلك من وسائل التسوية السلمية" جميع أشكال التسوية الشرعية للمنازعات، بدءاً بالتفاوض والوساطة والتوفيق، وانتهاء بتسوية التزاع عن طريق التحكيم والقضاء. أما استخدام القوة، الذي تحظره الفقرة ٤ من المادة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة، فليس من الوسائل الجائزة لعمال الحق في الحماية الدبلوماسية.

(٦) وتوضح الفقرة ١ أن المواد الحالية تتناول ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة وحدها، وليس الحماية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها، وهي حماية اعترفت بها محكمة العدل الدولية في فتواها بشأن قضية "التعريض عن الأضرار"<sup>(٣٠٣)</sup>. وعلى الرغم من أن الحماية الوظيفية<sup>(٣٠٤)</sup> مشابهة للحماية الدبلوماسية، فإنها تختلف اختلافاً جوهرياً عن هذه الأخيرة من حيث إنها تستند إلى وظيفة المنظمة ومركز موظفها<sup>(٣٠٥)</sup>.

(٧) تشمل الحماية الدبلوماسية حماية الرعايا الذين لا يقومون بأعمال تجارية دولية رسمية باسم الدولة. أما أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلاني فتحميمهم قواعد أخرى من القانون الدولي وصكوك أخرى، ولا سيما اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية.

(٨) وتقر الفقرة ٢ بإمكانية وجود ظروف يجوز فيها ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بغير الرعايا. وتنص المادة ٧ على توفير حماية من هذا القبيل في حالة الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين. وتشير حاشية الفقرة ٢ إلى أنه يجوز للجنة أن تدرج استثناءات أخرى في مرحلة لاحقة من عملها.

## المادة [٣٢]

### الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية

**حق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقاً لهذه المواد**

#### التعليق

(١) تشدد المادة ٢ على أن حق الحماية الدبلوماسية مقصور على الدولة أو منوط بها. وهي تتضمن اعترافاً بفكرة دي فاتيل

<sup>(٣٠٣)</sup> انظر الخاتمة ٢٥٠ أعلاه.

<sup>(٣٠٤)</sup> المرجع نفسه، ص ١٨٥.

<sup>(٣٠٥)</sup> المرجع نفسه، ص ١٨٠ و ١٨٦.

بذلك. والتأكيد في هذه المادة ينصب على رابطة الجنسية بين الدولة والفرد، وهي الرابطة التي تمنح الدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية. وتفيد الفقرة ١ ذلك.

(٢) وتعرف الفقرة ٢ دولة الجنسية لأغراض الحماية الدبلوماسية. ويقوم هذا التعريف على مبدأين أساسين: الأول هو أنه يعود لدولة الجنسية أن تحدد، طبقاً لقانونها الداخلي، الشخص المؤهل لاكتساب جنسيتها؛ والثاني هو أن هناك حدوداً يفرضها القانون الدولي على منح الجنسية. وتقصد الفقرة ٢ أيضاً قائمة غير شاملة بعوامل ربط بين الدولة والفرد تشكل في العادة أسباباً وجيهة لمنح الجنسية.

(٣) والمبدأ القائل إنه يعود لكل دولة أمر أن تقرر من تعتبرهم رعاياها هو مبدأ تدعمه القرارات القضائية والمعاهدات، على السواء. ففي عام ١٩٢٣، ذكرت محكمة العدل الدولي الدائمة، في قضية مرسيم الجنسية الصادرة في تونس والمغرب أنه "في الحالة الراهنة للقانون الدولي، تدرج مسائل الجنسية، من حيث المبدأ، ... ضمن المجال المحفوظ للدولة"<sup>(٣٤)</sup>. وقد أكدت المادة ١ من الاتفاقية المتعلقة ببعض المسائل المتعلقة بتنافر قوانين الجنسية (المشار إليها فيما يلي باسم "اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠") هذا المبدأ: "يرجع لكل دولة أمر تحديد من تعتبرهم رعاياها بوجوب قانونها هي". وفي الآونة الأخيرة أيدت الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية (المادة ٣) هذا المبدأ.

(٤) وعوامل الارتباط التي توهل لمنح الجنسية والتي ترد قائمة بها في الفقرة ٢ توضيحية وليس شاملة. على أنها تشمل العوامل التي تستخدمها أغلب الدول لمنح الجنسية وهي: المولد (قانون سقط الرأس)، والأصل (قانون الدم) والتجنس. ولم يدرج في هذه القائمة الزواج من مواطن، نظراً إلى أن الزواج، في حد ذاته، لا يكفي في معظم الظروف لمنح الجنسية: إذ يتشرط لمنحها، إضافة إلى ذلك، انقضاء فترة إقامة قصيرة تمنح بعدها الجنسية بالتجنس. وحيثما يؤدي الزواج بمواطن، تلقائياً، إلى اكتساب أحد الزوجين جنسية الزوج الآخر، قد تنشأ مشاكل فيما يتصل بتتوافق اكتساب الجنسية هذا مع القانون الدولي<sup>(٣٥)</sup>. ويجوز اكتساب الجنسية أيضاً نتيجة لخلافة الدول وفقاً للمبادئ الواردة

الإجراءات لصالحه أن حقوقه غير محمية بصورة كافية، فليس له وسيلة انتصاف في القانون الدولي. وكل ما يستطيع فعله هو اللجوء إلى القانون المحلي، إذا توافت الوسائل لذلك، بمدفوعة قضيته أو الحصول على إنصاف [...]. و يجب أن ينظر إلى الدولة على أنها الحكم الوحيد الذي يقرر ما إذا كانت الحماية سُمِّنَت، وإلى أي مدى، ومتي تتوقف. وتحتفظ الدولة، في هذا الشأن، بسلطة تقريرية قد تتوقف ممارستها على اعتبارات ذات طبيعة سياسية أو طبيعة أخرى لا علاقة لها بالقضية المعنية<sup>(٣٦)</sup>.

ورفضت اللجنة اقتراحًا يدعو إلى فرض واجب حماية محدود على دولة الجنسية، لأن الاقتراح يتجاوز المحدود المسموح بها للتطوير التدريجي للقانون<sup>(٣٧)</sup>.

(٣) ولا يجوز ممارسة حق الدولة في الحماية الدبلوماسية إلا في إطار ثوابت هذه المواد.

## الباب الثاني

### الأشخاص الطبيعيون

#### المادة ٥٣ [٥]

##### دولة الجنسية

١- الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي دولة الجنسية.

٢- لأغراض توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين، تعني دولة الجنسية دولة يكون الفرد المطلوب حمايته قد اكتسب جنسيتها بحكم المولد أو الأصل أو خلافة الدول أو الجنس أو بأي طريقة أخرى لا تتعارض مع القانون الدولي.

### التعليق

(١) إذا كانت المادة ٢ تؤكد حق الدولة الاستثنائي في ممارسة الحماية الدبلوماسية، فإن المادة ٣ تؤكد المبدأ القائل إن الدولة التي يحمل الشخص المتضرر جنسيتها هي التي يحق لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالح هذا الشخص، ولكنها غير ملزمة

(٣١٤) *Barcelona Traction* (انظر الحاشية ٦ أعلاه)، ص ٤٤.

(٣١٥) انظر المادة ٤ من التقرير الأول للمقرر الخاص عن الحماية الدبلوماسية (الحاشية ٢٤٣ أعلاه). وللاطلاع على المناقشة في اللجنة، انظر جولية ٢٠٠٠ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٢٩-١٢٦، الفقرات ٤٤٧-٤٥٦.

(٣١٦) انظر الحاشية ٢٩٨ أعلاه.

مثل وضع ليختشتاين أن ثبت وجود صلة حقيقة بينها وبين السيد نوتبيوم لكي يسمح لها بتقديم مطالبة لصالحه ضد غواتيمالا، التي كانت تربطه بها روابط وثيقة للغاية. وعلاوة على ذلك، تدرك اللجنة أن من شأن تطبيق اشتراط الصلة الحقيقة المقترن في قضية نوتبيوم تطبيقاً صارماً أن يحرم ملابس الأشخاص من الاستفادة من الحماية الدبلوماسية، لأن في عالم اليوم، عالم العولمة الاقتصادية والمحجرات، هناك ملايين من الأشخاص تركوا الدولة التي يحملون جنسيتها وتوافرت لهم سبل العيش في دول لم يكتسبوا جنسيتها فقط أو أكتسبوا بحكم المولد أو الأصل، جنسية دول يربطهم بها رباط واهٍ<sup>(٣٢١)</sup>.

(٧) وتشدد الجملة الأخيرة من الفقرة ٢ على أن اكتساب الجنسية يجب لا يتعارض مع القانون الدولي. فعلى الرغم من أن للدولة الحق في أن تقرر من تعتبرهم رعاياها، فإن هذا الحق ليس بالحق المطلق. وقد أكدت ذلك المادة ١ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠، إذ أخضعت هذه المادة الحكم القائل بأنه "يعود لكل دولة أمر تحديد من تعتبرهم رعاياها بحكم قانونها الخاص" للشرط التالي: "تعرف الدول الأخرى بهذا القانون بقدر ما يتماشى مع المعاهدات الدولية والأعراف الدولية ومبادئ القانون المعترف بها بشكل عام فيما يتعلق بالجنسية"<sup>(٣٢٢)</sup>. واليوم، تشرط الاتفاقيات على الدول، وبخاصة في ميدان حقوق الإنسان، الامتثال للمعايير الدولية لدى منح الجنسية<sup>(٣٢٣)</sup>. فعلى سبيل المثال، تنص الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن:

تنحى الدول الأطراف المرأة حقوقاً متساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجيه خاص ألا يترتب على الزواج من أجني، أو على تغيير الزوج

(٣٢١) للاطلاع على حجة أشنل تؤيد الخد من نطاق قضية نوتبيوم، انظر التقرير الأول للمقرر الخاص عن الحماية الدبلوماسية (الحاشية ٤٢٣ أعلاه)، الفقرات ١٠٦ - ١٢٠.

(٣٢٢) انظر أيضاً الفقرة ٢ من المادة ٣ من اتفاقية الأوروبيّة بشأن الجنسية.

(٣٢٣) أكدت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ذلك في قتوها بشأن التعديلات المقترن إدخالها على الأحكام المتعلقة بالتجنس في الدستور السياسي لكوستاريكا، التي أكدت فيها أن من الضروري التوفيق بين المبدأ القائل بأن منح الجنسية يقع ضمن نطاق الاختصاص المحلي للدولة، والمبدأ الآخر القائل "بأن القانون الدولي يفرض حدوداً معينة على سلطة الدولة، وهي حدود مرتبطة بالمقتضيات التي يفرضها النظام الدولي لحماية حقوق الإنسان". (ILR, vol. 79, p. 283, at p. 296).

في مشروع المواد المتعلق بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، الذي اعتمدته اللجنة في القراءة الثانية<sup>(٣١٦)</sup>.

(٥) إن عوامل الارتباط المدرجة في الفقرة ٢ هي العوامل التي تستخدمها أغلب الدول المتقدمة لإثبات الجنسية. وفي بعض البلدان النامية، التي تفتقر إلى سجلات ولادة واضحة، يصعب إثبات الجنسية. وفي مثل هذه الحالات، يمكن أن توفر الإقامة إثباتاً للجنسية، وإن كانت لا يمكن أن تشكل أساساً للجنسية نفسها. ييد أنه يجوز للدولة أن تمنح الجنسية مثل هؤلاء الأشخاص بواسطة التجنس.

(٦) ولا تشترط الفقرة ٢ أن ثبت الدولة وجود صلة فعلية أو حقيقة بينها وبين مواطنها، بحسب المبادئ المشار إليها في قضية نوتبيوم<sup>(٣١٧)</sup>، وذلك كعامل إضافي لممارسة الحماية الدبلوماسية، حتى عندما يكون المواطن حاملاً لجنسية واحدة فقط. فرغم اختلاف الآراء بشأن تفسير الحال، رأت اللجنة أن هناك عوامل معينة تقصر الموقف المعتمد في قضية نوتبيوم على الواقع الخاص بهذه القضية، وبخاصة كون الروابط بين السيد نوتبيوم وليختشتاين (الدولة المدعية) هي روابط "واهية للغاية"<sup>(٣١٨)</sup>، مقارنة بالروابط التي كانت قائمة بينه وبين غواتيمالا (الدولة المدعى عليها) لفترة تزيد على ٣٤ عاماً، مما حدا بمحكمة العدل الدولية إلى أن توكل مراراً أن ليختشتاين "لا يحق لها أن توفر حمايتها لنوتبوم إزاء غواتيمالا"<sup>(٣١٩)</sup>. وهذا يوحي بأن المحكمة لم تقصد تقديم قاعدة عامة<sup>(٣٢٠)</sup> تسرى على جميع الدول، بل قاعدة نسبية يُشترط بموجبها على الدولة التي تكون في وضع

(٣١٦) انظر حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الوثيقة A/54/10، الفقرة ٤٧.

(٣١٧) أعلنت محكمة العدل الدولية في هذه القضية ما يلي: "وفقاً لممارسات الدول والقرارات التحكيمية والأحكام القضائية وآراء المؤلفين، تعتبر الجنسية ربطاً قانونياً يقوم على ارتباط اجتماعي، ورباطة فعلية تقوم على الوجود والمصالح والمشاعر، إلى جانب وجود حقوق وواجبات متبادلة. ويمكن القول إنما تمثل التعبير القانوني عن حقيقة كون الفرد الذي منحت له، إما مباشرة بحكم القانون أو بناء على فعل صادر عن السلطات، أووثق ارتباطاً بسكان الدولة المانحة للجنسية منه بسكان أي دولة أخرى. وبالجنسية، عندما تتحتها دولة ما، لا تتحول هذه الدولة ممارسة الحماية تجاه دولة أخرى إلا إذا كانت تشكل ترجمة قانونية لارتباط الفرد بالدولة التي جعلته من مواطنهها" (انظر الحاشية ٣٠٢ أعلاه، ص ٢٣).

(٣١٨) المرجع نفسه، ص ٢٥.

(٣١٩) المرجع نفسه، ص ٢٦.

(٣٢٠) هذا التفسير لقضية نوتبيوم قدمته لجنة التوفيق الإيطالية - الأمريكية في قضية فليجنهامر (١٩٥٨)، decision No. 182 of 20 September 1958, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 327, at p. 376, or ILR, vol. 25 , p. 91, at p. 148

### التعليق

(١) على الرغم من أن قاعدة استمرار الجنسية راسخة تماماً<sup>(٣٢٧)</sup>، فقد تعرضت لقدر كبير من الانتقاد<sup>(٣٢٨)</sup> بحججه أنها قد تسبب مشقة كبيرة في الحالات التي يغير فيها الفرد جنسيته لأسباب لا علاقة لها بتقديم طالبة دبلوماسية. وقد رُفضت الاقتراحات الداعية إلى التخلص عنها خشية أن يؤدي هذا التخلص إلى تحاوزات وإلى "تسوق الجنسية" لغرض الحماية الدبلوماسية<sup>(٣٢٩)</sup>. وترى اللجنة أنه ينبغي الإبقاء على قاعدة استمرار الجنسية ولكن ينبغي السماح باستثناءات لمراقبة الحالات التي يؤدي فيها إغاؤها إلى إجحاف.

(٢) تؤكد الفقرة ١ المبدأ التقليدي القائل إنه يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص كان من رعاياها وقت حدوث الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًا. ولا يتضح من ممارسة الدول ومن الفقه ما إذا كان يجب على المواطن أن يحتفظ بجنسية الدولة المطلوبة بين هذين التاريخين، لأن هذه القضية قلما تنشأ عملياً<sup>(٣٣٠)</sup>. وقررت اللجنة، في هذه الظروف، أن تترك مسألة ما إذا كان يتعين الاحتفاظ بالجنسية بين تاريخ وقوع الضرر وتاريخ تقديم المطالبة مفتوحة<sup>(٣٣١)</sup>.

<sup>(٣٢٧)</sup> انظر، مثلاً، قرار لجنة المطالبات الدولية التابعة للولايات المتحدة، ١٩٥٤-١٩٥١ في مطالبة كرين، *ILR*, vol. 20, p. 233, at .p. 234

<sup>(٣٢٨)</sup> انظر الرأي المستقل للقاضي السير جيرالد فيتموريس في قضية شركة برشلونة للحجر (الحاشية ٦ أعلاه)، ص ١٠١-١٠٢؛ انظر أيضاً E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (Paris, Presses Universitaires de France, 1990).

<sup>(٣٢٩)</sup> انظر بيان الحكم باركر في قضية القرار الإداري رقم ٥: "ومن شأن أي قاعدة أخرى أن تفتح الباب على مصراعيه للتحاوزات، وقد تصرف عن تحول دولة قوية إلى وكالة مطالبات ثانية عن الذين يحيطون بمطالبهم، بعد أن تتحقق لهم أضرار، إلى رعاياها أو يستخدمون قوانينها المتعلقة بالجنس لغرض ضمان تبنته لطلابهم"، لجنة المطالبات المختططة بين الولايات المتحدة وألمانيا، القرار المؤرخ ٣١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٢٤ . UNRIA, vol. VII (Sales No. 1956.V.5), p. 119, at p. 141

<sup>(٣٣٠)</sup> انظر H. W. Briggs, "La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des reclamations" *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. .51 (1965), tome I, p. 5, especially pp. 72-73

<sup>(٣٣١)</sup> اخذ معهد القانون الدولي الموقف نفسه في دورته المعقودة في وارسو في أيلول/سبتمبر ١٩٦٥: انظر *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tome II, pp. 260-262

لجنسيته أثناء الزواج، أن تغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج<sup>(٣٢٤)</sup>.

(٨) وتسلم الفقرة ٢، وبالتالي، بأنه يحق للدولة التي تقدم ضدها مطالبة لصالح مواطن أجنبي متضرر أن تطعن في جنسية ذلك الشخص إذا اكتسب جنسيته على نحو يخالف القانون الدولي. وتشترط الفقرة ٢ أن يحدث اكتساب الجنسية بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي". ويشدد النفي المزدوج على أن عبء إثبات اكتساب الجنسية بطريقة مخالفة للقانون الدولي يقع على الدولة التي تطعن في جنسية الشخص المتضرر. ووقوع عبء الإثبات على الدولة التي تطعن في الجنسية يرجع إلى الاعتراف بوجوب إعطاء الدولة التي تمنح الجنسية "هامش تقدير" لدى البت في منح الجنسية<sup>(٣٢٥)</sup>، وإلى وجود قرينة تؤيد صحة منح الدولة للجنسية<sup>(٣٢٦)</sup>.

### المادة ٤ [٩]

#### استمرار الجنسية

- ١ - يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص كان من رعاياها وقت حدوث الضرر ويكون من رعاياها في تاريخ تقديم المطالبة رسميًا.

- ٢ - مع عدم الإخلال بالفقرة ١، يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص يكون من رعاياها في تاريخ تقديم المطالبة رسميًا ولكنه لم يكن من رعاياها وقت حدوث الضرر، شريطة أن يكون هذا الشخص قد فقد جنسية السابقة واكتسب، لسبب لا يتصل بتقديم المطالبة، جنسية تلك الدولة بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي.

- ٣ - لا يجوز للدولة الجنسية الحالية أن تمارس الحماية الدبلوماسية، فيما يخص شخصاً ما، ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص فيما يتعلق بضرر لحق به عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

<sup>(٣٢٤)</sup> انظر أيضاً المادة ٢٠ من الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان: "ميثاق سان خوسيه، كوستاريكا"، والمادة ٥(٤)، من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

<sup>(٣٢٥)</sup> انظر فنوي المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica* (الحاشية ٣٢٣ أعلاه)، الفقرة ٦٢.

<sup>(٣٢٦)</sup> انظر *Oppenheim's International Law* (الحاشية ١١٢) .

أعلاه)، ص ٨٥٦.

يكون اكتساب الجنسية الجديدة قد حدث بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي.

(٧) وقد يفقد الشخص جنسيته بصورة إرادية أو لا إرادية. وفي حالة خلافة الدول، ورعايا التبني، والزواج عندما يكون تعديل الجنسية إلزامياً، تُفقد الجنسية بصورة لا إرادية. وفي حالة التغيرات الأخرى للجنسية، لا يكون عنصر الإرادة واضحاً تماماً. ولأسباب من هذا القبيل، لا تشترط الفقرة ٢ أن يكون فقدان الجنسية لا إرادياً.

(٨) وكما نُوشِّعُ أعلاه<sup>(٣٣٥)</sup>، فإن الخوف من أن يعتمد الشخص تعديل جنسيته ليجعل دولة الجنسية أكثر استعداداً وقدرةً للتقدم بطالبة دبلوماسية لصالحه هو الأساس الذي تقوم عليه قاعدة استمرار الجنسية. والشرط الثاني الوارد في الفقرة ٢ يتصل ب لهذا الشاغل بالنص على أن الشخص الذي ثُمَّارَسَ لصالحه الحماية الدبلوماسية يجب أن يكون قد اكتسب جنسيته الجديدة لسبب لا يتصل بتقديم المطالبة. والقصد من هذا الشرط هو حصر الاستثناءات من قاعدة استمرار الجنسية في حالات تشمل الفرض الإلزامي للجنسية، مثل الحالات التي يكون الشخص قد اكتسب فيها جنسية جديدة كنتيجة ضرورية لعوامل مثل الزواج أو التبني أو خلافة الدول.

(٩) والشرط الثالث الواجب استيفاؤه لعدم تطبيق قاعدة استمرار الجنسية هو أن تكون الجنسية الجديدة قد اكتسبت بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي. ويجب أن يقرأ هذا الشرط بالاقتران مع الفقرة ٢ من المادة ٣.

(١٠) أما الفقرة ٣ فتضييف ضمانة جديدة ضد إساءة استعمال رفع قاعدة استمرار الجنسية. فلا يجوز لدولة الجنسية الجديدة أن تُمارس الحماية الدبلوماسية ضد دولة الجنسية السابقة للشخص المتضرر فيما يتصل بضرر وقع عندما كان ذلك الشخص من رعايا دولة الجنسية السابقة، لا من رعايا دولة الجنسية الحالية.

## المادة [٧٥]

### الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

١ - يجوز لأية دولة يكون شخص حائز جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة من رعاياها أن تُمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بذلك الشخص ضد دولة لا يكون لها الشخص من رعاياها.

(٣٣٥) انظر الفقرة ١ أعلاه من التعليق على مشروع المادة هذا.

(٣) والاشترط الأول هو أن يكون المواطن الذي لحق به الضرر أحد رعايا الدولة المطالبة وقت وقوع الضرر. وفي العادة، يكون تاريخ وقوع الضرر الذي يُرتب على الدولة مسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً هو نفس التاريخ الذي يحدث فيه الفعل المسبب للضرر.

(٤) والاشترط الرئيسي الثاني الوارد في الفقرة ١ هو تاريخ تقديم المطالبة رسمياً. وهناك بعض الخلاف في الآراء القضائية حول التاريخ الذي يُشترط أن تكون الجنسية قد استمرت لغايته<sup>(٣٣٦)</sup>. ويرجع هذا الغموض، بالدرجة الأولى، إلى أن الاتفاقيات التي تنشئ اللجان المختلطة المعنية بالمطالبات قد استخدمت تعابير مختلفة لتحديد تاريخ المطالبة<sup>(٣٣٧)</sup>. وتعبير "تقديم المطالبة" هو أكثر التعابير شيوعاً في المعاهدات والقرارات القضائية والفقه. وقد أضافت اللجنة كلمة "رسمياً" إلى هذا التعبير للدلالة على أن تاريخ تقديم المطالبة هو التاريخ الذي تقوم فيه الدولة المارسة للحماية الدبلوماسية بتقديم أول طلب رسمي، على عكس الاتصالات والاستفسارات الدبلوماسية غير الرسمية التي تجري بشأن هذا الموضوع.

(٥) وتشمل كلمة "المطالبة" في الفقرة ١ المطالبة المقدمة عبر القنوات الدبلوماسية والمطالبة المقدمة إلى هيئة قضائية، على السواء. ويجوز أن تحدد هذه المطالبة السلوك الذي ينبغي أن تتبعه الدولة المسؤولة لوقف الفعل غير المشروع، إذا كان لا يزال مستمراً، والشكل الذي ينبغي أن يتخذة الجير. وهذه المسألة تتناولها مزيد من التفصيل المادة ٤٣ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، كما يتناولها التعليق عليها<sup>(٣٣٨)</sup>.

(٦) وعلى الرغم من أن اللجنة قررت ضرورة الإبقاء على قاعدة استمرار الجنسية، فقد وافقت على أن هناك حاجة إلى وضع استثناءات من هذه القاعدة. وعليه، تنص الفقرة ٢ على أنه يمكن للدولة أن تُمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص كان من رعاياها وقت تقديم المطالبة رسمياً ولكنه لم يكن من رعاياها وقت وقوع الضرر، شريطة توافق ثلاثة شروط هي: أولاً، أن يكون الشخص الذي يتمس الحماية الدبلوماسية قد فقد جنسيته الأصلية؛ وثانياً، أن يكون هذا الشخص قد اكتسب جنسية دولة أخرى ليسب لا علاقة له بتقديم المطالبة؛ وثالثاً، أن

(٣٣٦) وفقاً لأحد الآراء، يشير مفهوم "جنسية المطالبة" بللة لأنه من مفاهيم القانون العام وليس معروفاً في نظم قانونية أخرى.

(٣٣٧) انظر أقوال الحكم باركر في القرار الإداري رقم ٥ (الحاشية ٣٢٩ أعلاه)، ص ١٤٣.

(٣٣٨) انظر الحاشية ٢٦٣ أعلاه.

الاشتراط. ففي قضية سالم، رأت إحدى محاكم التحكيم أنه لا يجوز لمصر أن تثير مسألة أن الشخص المتضرر يحمل جنسية فارسية فعلية في وجه مطالبة من الولايات المتحدة، وهي الدولة الأخرى التي يحمل هذا الشخص جنسيتها. وذكرت أن قاعدة القانون الدولي [هي] أنه في حالة ازدواج الجنسية لا يحق لدولة ثالثة أن تنازع مطالبة إحدى الدولتين اللتين يحملن جنسيتهما الشخص صاحب المصلحة في القضية بالإشارة إلى جنسية الدولة الأخرى<sup>(٣٣٨)</sup>. وقد اتبعت هذه القاعدة في حالات أخرى<sup>(٣٣٩)</sup> ولقيت منذ فترة أقرب تأييداً من جانب محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة<sup>(٣٤٠)</sup>. وقرار اللجنة عدم اشتراط وجود صلة حقيقة أو فعلية في مثل هذه الظروف هو قرار متفق مع المسطق. في الخلاف الحالى التي تقدم فيها إحدى دول الجنسية مطالبة ضد دولة أخرى من دول الجنسية فيما يتصل بمواطن يحمل جنسية مزدوجة، لا يوجد تنازع حول الجنسية عندما تلتزم إحدى دول الجنسية حماية مواطن يحمل جنسية مزدوجة إزاء دولة ثالثة.

(٤) ومن حيث المبدأ، لا يوجد سبب يمنع دولي جنسية من أن تمارس ممارسة مشتركة حقاً تتمتع به كل دولة من دول الجنسية. ولذا تقر الفقرة ٢ بأنه يجوز أن تتشترك دولتان أو أكثر من دول الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص مزدوج الجنسية أو متعدد الجنسيات ضد دولة لا يكون لها الشخص من رعاياها. وإذا كان لا يحق للدولة المسئولة أن تتعرض على مثل هذه المطالبة المقدمة من جانب دولتين أو أكثر

*Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)* (Paris, Pedone, 1992), p. 57, (مستنسخ في حلولية ١٩٧٩، المجلد الثاني، ص ٤٢)؛ والفقرة ٣ من المادة ٢٣ من مشروع اتفاقية هارفرد بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالآخرين في "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *AJIL*, vol. 55, No. 3 (July 1961), p. 548 والمادة ٢١ من المشروع المتعلق بالمسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق في أراضيها بشخص الآخرين أو بمتلكاتهم، والمشمول بالتقدير الثالث عن المسؤولية الدولية الذي أعاده المقرر الخاص، غاريسيا أمادور، حلولية ١٩٥١، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/111، ص ٦١.

(٣٣٨) *Salem* (انظر الحاشية ٢٧٦ أعلاه)، ص ١١٨٨.

(٣٣٩) انظر قرارات لجنة التوفيق الإيطالية - الأمريكية في *Mergé* claim, 10 June 1955, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 236, or *ILR* (1955), vol. 22 (1958), p. 443, at p. 456; the *Vereano* claim, 17 May 1957, UNRIAA, vol. XIV, p. 321, or *ILR* (1957), vol. 24 (1961), pp. 464-465; and the *Stankovic* .claim, 29 July 1963, *ILR*, vol. 40 (1970), p. 153, at p. 155

(٣٤٠) انظر *Dallal v. Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 3 (Cambridge, Grotius, 1984), .p. 23

- يجوز أن تتشترك دولتان أو أكثر من دول الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص مزدوج الجنسية أو متعدد الجنسيات.

#### التعليق

(١) على الرغم من أن بعض النظم القانونية المحلية تحظر على المواطنين اكتساب جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة، لا بد من قبول أن ازدواج الجنسية أو تعددها واقع من وقائع الحياة الدولية. فيمكن للفرد اكتساب أكثر من جنسية نتيجة لتطبيق المتساوي المبدأي قانون مسقط الرأس أو قانون الدم، أو نتيجة منح الجنسية عن طريق التجنس، عندما لا يؤدي التجنس إلى التخلص عن الجنسية السابقة. ولا يحضر القانون الدولي ازدواج الجنسية أو تعددها: فلقد أقرت المادة ٣ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ بماذا الآزادواج أو التعدد إذ نصت على أن "... الشخص الذي يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل من الدول التي يحمل جنسيتها رعية من رعاياها". وبالتالي، من الضروري تناول مسألة ممارسة دولة الجنسية للحماية الدبلوماسية فيما يتصل بمواطن يحمل جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة. ويقتصر موضوع المادة ٥ على ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب واحدة من الدول التي يعتبر الشخص المتضرر من رعاياها ضد دولة لا يعتبر هذا الشخص من رعاياها. أما ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب واحدة من دول الجنسية ضد دولة أخرى من دول الجنسية ففتاولها المادة ٦.

(٢) وتنبيح الفقرة ١ لدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بمواطنيها حتى إذا كان هذا الشخص من رعايا دولة أخرى أو أكثر. وهي، كالمادة ٣، لا تقتضي وجود صلة حقيقة أو فعلية بين المواطن والدولة الممارسة للحماية الدبلوماسية.

(٣) وعلى الرغم من أن هناك من يؤيد اشتراط وجود صلة حقيقة أو فعلية بين دولة الجنسية والمواطن الذي يحمل جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة في حالة ممارسة الحماية الدبلوماسية ضد دولة لا يكون الشخص المتضرر من رعاياها، فإن أغلب قرارات التحكيم<sup>(٣٤٦)</sup> ومحاولات التدوين<sup>(٣٤٧)</sup> لا تقتضي هذا

(٣٤٦) انظر قرار محكمة التحكيم المختلطة اليوغوسلافية - *de Born*, case No. 205, A.. McNair and H. Lauterpacht, eds., *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (London, Longmans, 1929), pp. 277-278

(٣٤٧) انظر المادة ٥ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ والفقرة الفرعية (ب) من المادة ٤ من القرار المتعلق بالطابع القومي للمطالبة الدولية التي تقدمها الدولة بسبب ضرر لحق أحد الأفراد، وهو القرار الذي اعتمد

المقررات التدوينية، فيما بعد، نجاحاً مماثلاً<sup>(٣٤٢)</sup>، كما لقي هذا الموقف تأييداً في قرارات التحكيم<sup>(٣٤٣)</sup>. فقد وصفت محكمة العدل الدولية، في الفتوى التي أصدرتها عام ١٩٤٩ في قضية التعويض عن الأضرار، ممارسة الدول الممثلة في عدم حماية رعاياها ضد دولة أخرى من دول الجنسية بأنها "المارسة العادلة"<sup>(٣٤٤)</sup>.

(٢) ييد أنه يلاحظ في قرارات التحكيم، حتى قبل عام ١٩٣٠، وجود تأييد ل موقف آخر هو أنه يجوز لدولة الجنسية المهيمنة أو الفعلية تقديم دعوى فيما يتصل بمواطن ضد دولة أخرى من دول الجنسية<sup>(٣٤٥)</sup>. وأخذت محكمة العدل الدولية بنفس هذا الاجتهاد

(٣٤٢) انظر الفقرة ٥ من المادة ٢٣ من مشروع اتفاقية هارفرد بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالصالح الاقتصادي للأجانب (الخاتمة أعلاه)، والفقرة الفرعية (أ) من المادة ٤ من القرار المتعلقة بالطابع القومي للمطالبة الدولية التي تقدمها الدولة بسبب ضرر الحق بأحد الأفراد، وهو القرار الذي اعتمده معهد القانون الدولي في دورته المقوددة في وارسو عام ١٩٦٥ (الرجوع نفسه).

*The Executors of R.S.C.A. Alexander v. United States case (1898) (United States-British Claims Commission), J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, vol. III (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1898), p. 2529; the Oldenbourg case, decision No. 11 of 19 December 1929, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), pp. 74 and 204, or Decisions and Opinions of the Commissioners, 5 October 1929 to 15 February 1930 (London, H. M. Stationery Office, 1931), p. 97; the Honey case (British-Mexican Claims Commission), decision No. 23 of 26 March 1931, UNRIAA, vol. V, p. 133, or Further Decisions and Opinions of the Commissioners, subsequent to 15 February 1930 (London, H. M. Stationery Office, 1933), p. 13; and the Adams and Blackmore case (British-Mexican Claims Commission), decision No. 69 of 3 July 1931, UNRIAA, vol. V, p. 216*

Reparation for Injuries (انظر الخاتمة ٢٥٠ أعلاه)، ص ١٨٦<sup>(٣٤٤)</sup>

*Drummond case, 2 Knapp, Privy Council I, p. 295, The English Reports, vol. 12 (Edinburgh/London, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901), p. 492; the Mathison, Stevenson (British-Venezuelan Mixed Claims Commission), Brignone and Miliani (Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission) cases, UNRIAA, vol. IX (Sales No. 59.V.5), pp. 485 and 494, and vol. X (Sales No. 60.V.4), pp. 542 and 584 respectively, or J. H. Ralston, ed., Venezuelan Arbitrations of 1903 (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1904), pp. 429-438, 710, 754-761, 438-455, 710-720 and 754-762 respectively; the Canevaro case (Italy v. Peru) (Permanent Court of Arbitration), decision of 3 May 1912, UNRIAA, vol. XI (Sales No. 61.V.4), p. 397, or J. B. Scott, ed., The Hague Court Reports (New York, Oxford University Press, 1916), p. 284; the Hein case, case No. 148 (1922) (Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal), J. F. Williams and H. Lauterpacht, eds., Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922 (London,*

تصرفاً في آن واحد وبالتفاهم بينهما، فإنما قد تثير اعترافات عندما تقدم الدول المطلية مطالبات منفصلة، إما إلى نفس الهيئة أو إلى هيئات مختلفة، أو عندما تقدم إحدى دول الجنسية مطالبة بعد أن تكون قد حدثت استحابة لطلب دولة أخرى من دول الجنسية فيما يتصل بتلك المطالبة. وقد تنشأ مشاكل أيضاً عندما تتنازل إحدى دول الجنسية عن حق ممارسة الحماية الدبلوماسية وتستمر دولة أخرى من دول الجنسية في مطالبتها. ويستحب تدوين قواعد تحكم حالات مختلفة من هذا النوع. وينبغي معالجة هذه الحالات وفقاً لمبادئ القانون العامة التي تحكم تلبية المطالب الواردة في المطالبات المشتركة.

## المادة ٦

### الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة من دول الجنسية

لا يجوز لدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص ما ضد دولة يكون هذا الشخص من رعاياها أيضاً ما لم تكن جنسية الدولة الأولى هي الجنسية الغالبة، عند وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة.

### التعليق

(١) تتناول المادة ٦ ممارسة دولة من دول الجنسية الحماية الدبلوماسية ضد دولة أخرى من دول الجنسية. وفي حين أن المادة ٥ - التي تتناول المطالبات المقدمة فيما يتصل بشخص متضرر يحمل جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة ضد دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها - لا تشرط وجود صلة فعلية بين الدولة المطلية والمواطن، فإن المادة ٦ تشرط على الدولة المطالبة أن ثبت أن جنسيتها كانت وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة هي الجنسية الغالبة.

(٢) وقد وُجد تأييد قوي في الماضي لقاعدة عدم المسؤولية، التي تقول إنه لا يجوز لدولة من دول الجنسية أن تقدم مطالبة فيما يتصل بمواطن يحمل جنسية مزدوجة ضد دولة أخرى من دول الجنسية. فالمادة ٤ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ تنص على أنه "لا يجوز للدولة أن توفر حماية دبلوماسية لأحد رعاياها ضد دولة يحمل هذا الشخص جنسيتها أيضاً"<sup>(٣٤١)</sup>. واعتمدت

(٣٤١) انظر أيضاً الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١٦ من مشروع اتفاقية هارفرد لعام ١٩٢٩ بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق في أراضيها بشخص الأجانب أو عمتلكاهم، AJIL, vol. 23, special supplement (vol. 2) (April 1929), p. 133, at p. 200 حولية ١٩٥٦ ، المجلد الثاني، الوثيقة ٩، المرفق A/CN.4/96، ص ٢٢٩ و ٢٣٠.

المهيمنة والفعالية في عدد من الحالات<sup>(٣٤٩)</sup>. وثمة مؤسسة أخرى تؤيد مبدأ الجنسية المهيمنة وهي لجنة الأمم المتحدة للتعويضات، التي أنشأها مجلس الأمن لتقدم تعويضات عن الأضرار الناجمة عن الاحتلال العراقي للكويت<sup>(٣٥٠)</sup>. فالشرط الذي تطبقه لجنة التعويضات للنظر في مطالبات المواطنين ذوي الجنسية المزدوجة الذين يحملون الجنسية العراقية هو أنه يجب أن يحملوا الجنسية الأصلية لدولة أخرى<sup>(٣٥١)</sup>. وقد أيدت المقترنات التدوينية الأخيرة هذا النهج. فقد ذكر المقرر الخاص، غارسيا أمادور، في تقريره الثالث عن المسئولية الدولية المقدم إلى لجنة القانون الدولي، أنه "في حالات ازدواج أو تعدد الجنسية، لا يجوز ممارسة الحق في تقديم المطالبات إلا من قبل الدولة التي تقوم بينها وبين الأجنبي أقوى الروابط القانونية أو الروابط الأخرى وأكثرها أصالة"<sup>(٣٥٢)</sup>. وأبدى أوريغون فيكونيا رأياً مماثلاً في تقريره المقدم إلى المؤتمر التاسع والستين لرابطة القانون الدولي<sup>(٣٥٣)</sup>.

(٤) وترى اللجنة أن المبدأ الذي يجيز لدولة الجنسية المهيمنة أو الفعلية تقديم مطالبة ضد دولة أخرى من دول الجنسية يعكس الوضع الراهن في القانون الدولي العربي. وهو يتماشى، علاوة على ذلك، مع التطورات التي طرأت على القانون الدولي لحقوق الإنسان، وهو قانون يتبع الحماية القانونية للأفراد حتى ضد دولة هم من رعاياها. ويتجسد هذا الاستنتاج في المادة ٦.

(٥) وتستخدم السلطات تعبير "الفعالية" أو "المهيمنة" لوصف الصلة المطلوب توافرها بين الدولة المطالبة ومواطنيها في الحالات التي تقدم فيها دولة من دول الجنسية مطالبة ضد دولة أخرى من دول الجنسية. وقد قررت اللجنة عدم استخدام أي من هاتين الكلمتين لوصف الصلة المطلوبة، بل استخدام تعبير "الغالبة" لأن

<sup>(٣٤٩)</sup> انظر، على وجه الخصوص، *Eshphahanian v. Bank Tejarat* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (Cambridge, Grotius, 1984), p. 157, at p. 166; and case No. A/18 (1984), *ibid.*, 1985, vol. 5, p. 251

<sup>(٣٥٠)</sup> قرار مجلس الأمن رقم ٦٩٢ (١٩٩١) المؤرخ ٢٠ أيار/مايو ١٩٩١

<sup>(٣٥١)</sup> قرار مجلس إدارة لجنة التعويضات رقم ٧ المؤرخ ١٦ آذار/مارس ١٩٩٢ والمعنون "معايير للفئات الإضافية من المطالبات" (S/AC.26/1991/7/Rev.1)، الفقرة ١١.

<sup>(٣٥٢)</sup> الفقرة ٣ من المادة ٢١ من المشروع المتعلقة بالمسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق في أراضيها بشخص الأجانب أو بمتلكاتهم، (انظر الحاشية ٣٣٧ أعلاه).

"The changing law of nationality of claims" (٣٥٣) interim report, International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference* (انظر الحاشية ٢٦٢ أعلاه)، ص ٦٤٦، الفقرة ١١.

القضائي في سياق آخر في قضية نوتيبوم<sup>(٣٤٦)</sup>، وأقرته لجنة التوفيق الإيطالية - الأمريكية في قضية ميرجي في عام ١٩٥٥. فذكرت اللجنة هنا أن

الملبدأ، القائم على المساواة بين الدول في السيادة، الذي لا يجيز الحماية الدبلوماسية في حالة ازدواج الجنسية، يجب أن يُذعن لمبدأ الجنسية الفعلية حيثما تكون هذه الجنسية هي جنسية الدولة المطالبة، ولكن يجب ألا يُذعن لها عندما تكون هذه الغلبة غير مشتبهة، لأن الملبدأ الأول من هذين المبدأين مسلم به بوجه عام وقد يشكل معياراً ذاتياً لازلاة أي غموض ممكن<sup>(٣٤٧)</sup>.

ورأت لجنة التوفيق أن مبدأ الجنسية الفعلية ومفهوم الجنسية المهيمنة هما، ببساطة، وجهان لعملة واحدة. وطبقت لجنة التوفيق هذه القاعدة في أكثر من خمسين حالة لاحقة تتعلق برعايا يحملون جنسية مزدوجة<sup>(٣٤٨)</sup>. واستناداً إلى هذه القضايا، طبقت محكمة المطالبات المشتركة بين الولايات المتحدة وإيران مبدأ الجنسية

Longman, 1932), p. 216; the *Blumenthal case* (1923) (French-German Mixed Arbitral Tribunal), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tome 3 (Paris, Sirey, 1924), p. 616; the *de Montfort case*, case No. 206 (1926) (French-German Mixed Arbitral Tribunal), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 to 1926* (footnote 336 above), p. 279; the *Pinson cases*, cases No. 194 and 195 (1928) (French-Mexican Mixed Claims Commission), *ibid.*, pp. 297-301, or UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 327; and the *Tellech case* (1928) (United States-Austria-Hungary Tripartite Claims Commission), *UNRIAA*, vol. VI (Sales No. 1955.V.3), pp. 248-250

<sup>(٣٤٦)</sup> انظر الحاشية ٣٠٢ أعلاه، ص ٢٢ و ٢٣؛ ولم تكن قضية نوتيبوم تتعلق بازدواج الجنسية، لكن المحكمة وجدت تأييداً للاستنتاج الذي خلصت إليه - وهو أنه لم تكن هناك صلة فعلية بين السيد نوتيبوم وليختشتاين - في قرارات قضائية كلّت المشار إليها في الحاشية ٣٤٥ أعلاه.

<sup>(٣٤٧)</sup> Mergé, UNRIAA (انظر الحاشية ٣٣٩ أعلاه)، ص ٢٤٧

<sup>(٣٤٨)</sup> انظر، مثلاً *Spaulding case* (1956), UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 292, or *ILR* (1957), vol. 24 (1961), p. 452; the *Zangrilli case* (1956), UNRIAA, vol. XIV, p. 294, or *ILR*, vol. 24, p. 454; the *Cestra case* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 307, or *ILR*, vol. 24, p. 454; the *Salvoni case* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 311, or *ILR*, vol. 24, p. 455; the *Ruspoli-Droutzkoy case* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 314, or *ILR*, vol. 24, p. 457; the *Puccini case* (1957), UNRIAA, vol. XIV, p. 323, or *ILR*, vol. 24, p. 454; the *Turri case* (1960), *ILR*, vol. 30 (1966), p. 371; the *Graniero case* (1959), UNRIAA, vol. XIV, p. 393, or *ILR*, vol. 30, p. 351; the *Ganapini case* (1959), UNRIAA, vol. XIV, p. 400, or *ILR*, vol. 30, p. 366; and the *Di Cicio case* (1962), *ILR*, vol. 40 (1970), p. 148

استمرار الجنسية الوارد في الفقرة ٢ من المادة ٤ فلا ينطبق هنا نظراً إلى أن الشخص المتضرر المقصود في المادة ٦ لن يكون قد فقد جنسيته.

### [٨/٧] المادة الأشخاص عديمو الجنسية واللاجئون

١ - يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص عديم الجنسية إذا كان ذلك الشخص، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتية في تلك الدولة.

٢ - يجوز للدولة ما أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص تعرف به تلك الدولة كلاجئ، إذا كان ذلك الشخص، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتية في تلك الدولة.

٣ - لا تنطبق الفقرة ٢ فيما يتعلق بضرر ناجم عن فعل غير مشروع دوليا ارتكبته الدولة التي يحمل اللاجيء جنسيتها.

#### التعليق

(١) القاعدة العامة هي أنه لا يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية إلا لمصلحة رعاياها فقط. ففي عام ١٩٣١، رأت لجنة العامة للمطالبات المشتركة بين المكسيك والولايات المتحدة، في قضية شركة ديكسون لعجلات السيارات، أنه لا يجوز توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص عديمي الجنسية، وذلك عندما ذكرت أن الدولة... لا ترتكب مخالفة دولية عند إلحاقها ضرراً بفرد لا جنسية له، وبالتالي، ليس لأي دولة سلطة التدخل أو تقديم شكوى لمصلحته، سواء قبل وقوع الضرر أم بعده<sup>(٣٥٥)</sup>. وهذا المبدأ لم يعد يعبر بدقة عن موقف القانون الدولي بشأن الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين على حد سواء. ويُidi القانون الدولي المعاصر اهتماماً بوضع كلتا هاتين الفئتين من الأشخاص. وما يدل على هذا الاهتمام إبرام اتفاقيات مثل الاتفاقية بشأن حفظ حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١ والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١.

(٢) والمادة ٧، التي تعد محاولة في مجال التطوير التدريجي للقانون، تحرّف عن القاعدة التقليدية القائلة بأنه لا يجوز ممارسة

هذا التعبير يحمل عنصر النسبة ويدل على أن الروابط القائمة بين الفرد وإحدى الدول أقوى من تلك القائمة بينه وبين دولة أخرى. والمطلوب من المحكمة التي تنظر في هذه المسألة أن تزن قوى الجنسيات المنافسة، وتعبير "الغالبية"، عند تطبيقه على الجنسية، يعبر عن جوهر هذه العملية تعبيراً أدق من تعبير "الفعالية" أو "المهيمنة". وهو، علاوة على ذلك، التعبير الذي استخدمته لجنة التوفيق الإيطالية - الأمريكية في قضية ميرجيه<sup>(٣٥٤)</sup> التي يمكن اعتبارها نقطة الانطلاق لتطور القاعدة العرفية الحالية.

(٦) ولا تحاول اللجنة وصف العوامل الواجبأخذها في الاعتبار لدى تقرير ماهية الجنسية الغالبة. وتقول السلطات إن هذه العوامل تشمل الإقامة الاعتية، والزمن الذي أمضى في كل بلد من بلدان الجنسية، وتاريخ التجنس (طول الفترة التي أمضها الشخص كمواطن للدولة الموفرة للمطالبة؛ ومكان التعليم ومناهجه ولغته؛ والعمل والمصالح المالية؛ ومكان الحياة العائلية؛ والروابط العائلية في كل بلد؛ والمشاركة في الحياة الاجتماعية وال العامة؛ واستعمال اللغة؛ ودفع الضرائب، والحسابات المصرفية، والضمان الاجتماعي؛ والزيارات إلى دولة الجنسية الأخرى؛ وحيازة واستعمال جواز سفر الدولة الأخرى؛ والخدمة العسكرية. ولا يعتبر أي من هذه العوامل عاماً حاسماً، والثقل الذي يعطي لكل عامل مختلف تبعاً للملابسات كل قضية.

(٧) وقد صيغت المادة ٦ بصيغة النفي: "لا يجوز للدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية ... ما لم" تكن جنسيتها هي الجنسية الغالبة. والقصد من ذلك بيان أن الظروف التي تتواхها المادة ٦ يجب اعتبارها ظروفًا استثنائية. وتوضح هذه الصياغة أيضاً أن عبء الإثبات يقع على عاتق الدولة المطالبة، أي أن عليها أن ثبت أن جنسيتها هي الجنسية الغالبة.

(٨) والاعتراض الرئيسي على تقديم إحدى دول الجنسية مطالبة ضد دولة أخرى من دول الجنسية هو أن هذا الأمر قد يتبع للدولة، التي يكتسب الفرد جنسيتها الغالبة بعد ضرر أحقيقه بها دولة أخرى من دول الجنسية، تقديم مطالبة ضد تلك الدولة. وهذا الاعتراض يُغلب عليه باشتراط أن تكون جنسية الدولة المطالبة جنسية غالبة وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، على سواء. ويكرر هذا الاشتراط المبدأ الذي أكدت عليه الفقرة ٤ من المادة ٤ بشأن موضوع استمرار الجنسية. وقد شرحت عبارتا "عند وقوع الضرر" و"في تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة" في التعليق على تلك المادة. أما الاستثناء من قاعدة

Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States, decision of July 1931, UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 669, at p. 678 (٣٥٥)

(٣٥٤) انظر الماشرية ٣٣٩ أعلاه.

(٦) وتناول الفقرة ٢ توفير الحماية الدبلوماسية لللاجئين من جانب الدولة التي يقيمون فيها. وتوفير الحماية الدبلوماسية من جانب دولة الإقامة يتسم بأهمية خاصة في حالة اللاجئ نظراً إلى أنه "لا يستطيع أو لا يريد ... أن يستظل بحماية [دولة الجنسية]"<sup>(٣٥٧)</sup> وإلى أنه إذا فعل ذلك، فقد يفقد وضع اللاجئ في دولة الإقامة. وتعكس الفقرة ٢ الصيغة المستخدمة في الفقرة ١. وجود فوارق هامة بين الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين، كما يتبيّن من الفقرة ٣، يفسر قرار اللجنة تخصيص فقرة مستقلة لكل فئة.

(٧) وقد قررت اللجنة الإصرار على الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية كشرطين مسبقين لممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحة اللاجئين والأشخاص عديمي الجنسية، على الرغم من أن المادة ٢٨ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين تحديد للدول المتعاقدة العتبة الدنيا، وهي "الإقامة بصورة قانونية"<sup>(٣٥٨)</sup>، عند إصدار وثائق السفر لللاجئين. وقد تأثرت اللجنة بعاملين عندما توصلت إلى هذا القرار: أولهما كون مسألة إصدار وثائق السفر، عوج الاتفاقية، لا تؤهل بأي حال من الأحوال حامل هذه الوثائق للحصول على حماية دبلوماسية<sup>(٣٥٩)</sup>، وثانيهما ضرورة وضع عتبة عالية لدى الأخذ باستثناء من قاعدة تقليدية من خلال وضع قانون. ويدعُب بعض أعضاء اللجنة إلى أن عتبة الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية المحددين كشرطين مسبقين لممارسة الحماية الدبلوماسية هي عتبة عالية للغاية في حالة الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين.<sup>(٣٦٠)</sup>

(٨) ومصطلح "اللاجئ" في الفقرة ٢ غير مقصور على اللاجئين كما هم معروفون في الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين والبروتوكول الخاص بوضع اللاجئين، وإنما يقصد منه أن يشمل، إضافة إلى ذلك، الأشخاص الذين لا ينطبق عليهم هذا التعريف بدقة. ونظرت اللجنة في استخدام مصطلح "اللاجئين المعترف بهم"، الذي يرد في الفقرة ٤(ز) من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية، والذي يوسع المفهوم ليشمل اللاجئين الذين تعرف بهم الصكوك الإقليمية مثل اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية

الحماية الدبلوماسية إلا لمصلحة الرعايا، وتتيح للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص من غير الرعايا إذا كان هذا الشخص عدم الجنسية أو لاجئاً. وعلى الرغم من أن اللجنة قد تصرف ضمن إطار القواعد التي تحكم انعدام الجنسية واللحوء، فإنها لم تحاول إبداء موقف بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين وإنما اقتصر اهتمامها على قضية ممارسة الحماية الدبلوماسية لمصلحة هؤلاء الأشخاص.

(٩) وتناول الفقرة ١ توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص عديمي الجنسية. وهي لا تقدم تعريفاً للأشخاص عديمي الجنسية. على أنه يمكن العثور على هذا التعريف في الاتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية التي تعرّف في المادة ١ منها الشخص عدم الجنسية بأنه "الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها". ولا ريب في أن هذا التعريف يمكن اعتباره قد اكتسب طابع العُرف. فيجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص من هذا القبيل، بصرف النظر عن الكيفية التي أصبح بها عدم الجنسية، شريطة أن يكون، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، مقيماً بصفة قانونية واعتيادية في تلك الدولة.

(١٠) ويفرض اشتراط الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية في آن واحد عتبة عالية<sup>(٣٥٦)</sup>. وبينما يرى بعض أعضاء اللجنة أن هذه العتبة عالية للغاية وقد تؤدي إلى حالة يفتقر فيها الأفراد المعنيون إلى حماية فعلية، ترى الأغلبية أن الجمع بين الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية أشبه بشرط الصلة الفعلية المذكور فيما يتصل بالجنسية وأن له ما يبرره في حالة الأخذ بتدبر استثنائي من خلال وضع قانون منشود.

(١١) وتتكرر في الفقرة ١ الاشتراطات الزمنية الواردة في المادة ٤ فيما يتعلق بتقديم المطالبات. فيجب أن يكون الشخص عديم الجنسية مقيماً بصورة قانونية واعتيادية في الدولة المطالبة وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، على السواء. وهذا يكفل إخضاع غير الرعايا لذات القواعد التي يخضع لها الرعايا فيما يتصل بالاشتراطات الزمنية لتقديم المطالبات.

(٣٥٧) يستند استخدام مصطلحي "الإقامة القانونية" و"الإقامة الاعتيادية" إلى الفقرة ٤(ز) من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية، حيث يستخدمان فيما يتعلق باكتساب الجنسية. وانظر أيضاً الفقرة ٣(ج) من المادة ٢١ من مشروع اتفاقية هارفرد بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب (الحاشية ٣٣٧ أعلاه)، التي تشمل، لغرض توفير الحماية بموجب هذه الاتفاقية، "الشخص عدم الجنسية الذي يقيم بصفة اعتيادية في تلك الدولة".

(٣٥٨) المادة ١-ألف-٢ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين.

(٣٥٩) توضح الأعمال التحضيرية لاتفاقية أن "الإقامة" تعني ما هو أقل من الإقامة الدائمة.

(٣٦٠) انظر الفقرة ١٦ من ملحق الاتفاقية.

(٣٦١) انظر الفقرة (٤) أعلاه من التعليق على مشروع المادة هذا.

مضراعيه للتراثات الدولية. وعلاوة على ذلك، فإن الخوف من قيام اللاجئين بالطالية باتخاذ إجراءات من هذا القبيل قد يشين الدول عن قبول اللاجئين.

(١١) وتنص كلتا الفقرتين ١ و ٢ على أنه "يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية". وهذا الأمر يؤكّد الطبيعة الاستنسابية للحق. فللدولة بموجب القانون الدولي سلطة استنسابية لممارسة أو عدم ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بأحد الرعايا<sup>(٣٦٤)</sup>. ومن البداهة أنها تتمتع بسلطة استنسابية لتوفير أو عدم توفير مثل هذه الحماية للشخص عديم الجنسية أو اللاجي.

(١٢) وتشدد اللجنة على أن المادة ٧ ليست معنية إلا بتوفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص عديمي الجنسية وللاجئين. فهي غير معنية بمنح الجنسية مثل هؤلاء الأشخاص. ولا يجوز، ولا ينبغي، النظر إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص عديم الجنسية أو بلاجي على أنها تؤدي إلى نشوء توقيع مشروع لمنح الجنسية. فالمادة ٢٨ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين توضح، عندما تقرأ مع الفقرة ١٥ من ملحق الاتفاقية، أن قضية منح وثيقة سفر لللاجي لا تؤثر على جنسية حاملها. ومن البداهة أن ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بلاجي أو بشخص عديم الجنسية ينبغي ألا يُفهم منها بأي حال من الأحوال أنها تمس جنسية الشخص الذي تتوفر له الحماية.

التي تحكم الجوانب المحددة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا<sup>(٣٦١)</sup>، وهي اتفاقية تُعتبر، على نطاق واسع، نموذجاً للحماية الدولية لللاجئين<sup>(٣٦٢)</sup>، وإعلان كرتاخينا بشأن اللاجئين<sup>(٣٦٣)</sup>. على أن اللجنة فضلت ألا تضع حداً لهذا التعبير كي تتيح للدولة المجال لتوفير الحماية الدبلوماسية لأي شخص تعتبره لاجئاً وتعامله كلاجي. وقد يتسم هذا الأمر بأهمية خاصة لللاجئين في الدول غير الأطراف في الصكوك الدولية أو الإقليمية القائمة.

(٩) وتتكرر في الفقرة ٢ الاشتراطات الزمنية الواردة في الفقرة ٤ فيما يتعلق تقديم المطالبات. فيجب أن يكون اللاجي مقيداً بصورة قانونية واعتراضية في الدولة المطلية وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، على السواء.

(١٠) وتنص الفقرة ٣ على أنه لا يجوز لدولة اللاجوء أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بلاجي ضد الدولة التي يحمل هذا اللاجي جنسيتها. فالسماح لها بذلك يتناقض مع النهج الأساسي المعتمد في هذه المواد، وهو أن الجنسية هي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها ممارسة الحماية الدبلوماسية. والفقرة مسوغة أيضاً لأسباب سياسية. فمعظم اللاجئين يشتكون بصورة جدية من المعاملة التي لقوها من جانب الدولة التي يحملون جنسيتها والتي هربوا منها تفادياً للاضطهاد. ومن شأن السماح بممارسة الحماية الدبلوماسية في مثل هذه الحالات أن يفتح الباب على

(٣٦١) وتوسيع هذه الاتفاقية تعريف اللاجي ليشمل "كل شخص يضطر، بسبب عدواني خارجي، أو احتلال، أو سيطرة أجنبية، أو أحداث تسبب اضطراباً خطيراً في النظام العام في جزء من بلده الأصلي أو بلد جنسيته أو في كامل هذا البلد، إلى مغادرة مكان إقامته الاعتراضية من أجل التماس اللجوء في مكان آخر خارج بلده الأصلي أو بلد جنسيته".

(٣٦٢) انظر المذكرة عن الحماية الدولية التي قدمتها مفوضة الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين (A/AC.96/830)، ص ١٥، الفقرة ٣٥.

(٣٦٣) اعتمد هذا الإعلان في الندوة عن الحماية الدولية لللاجئين في أمريكا الوسطى والمكسيك وبنياما: المشاكل القانونية والإنسانية، المقودة في كرتاخينا، كولومبيا، في الفترة ٢٢-١٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٤؛ ويرد نص استنتاجات الإعلان في الوثيقة ١٠، OEA/Ser.L/V/II.66 doc. rev.1، الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية، الدورة العادية الخامسة عشرة (١٩٨٥)، القرار الذي وافق عليه اللجنة العامة التي انعقدت في دورتها الخامسة في ٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٥.