

الفصل الخامس

الحماية الدبلوماسية

الاستنتاجات المحتملة التي يمكن استخلاصها على أساس المناقشة فيما يتعلق بنهج معالجة الموضوع^(٦٣).

٥٩ - وفي الدورة الحادية والخمسين المعقودة في عام ١٩٩٩، عينت اللجنة السيد كريستوف جون روبرت دوغارد مقرراً خاصاً للموضوع^(٦٤)، وذلك عقب انتخاب السيد بنونه قاضياً في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

٦٠ - وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٠، عرض على اللجنة التقرير الأول للمقرر الخاص^(٦٥). ونظراً لضيق الوقت، أرجأت اللجنة النظر في التقرير إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٣ و ٦^(٦٦). ثم فررت اللجنة في وقت لاحق أن تihil إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١ و ٣ و ٨-٥ بالإضافة إلى تقرير المشاورات غير الرسمية.

٦١ - وعرض على اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠١ الجزء المتبقى من التقرير الأول للمقرر الخاص، فضلاً عن تقريره الثاني^(٦٧). ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروع المادتين ١١ و ١١، وأرجأت إلى دورتها التالية النظر في الأجزاء المتبقية من التقرير التي تتعلق بمشروع المادتين ١٢ و ١٣. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة أن تihil إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١١-٩.

٦٢ - وفي الدورة نفسها أيضاً، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة بشأن المادة ٩، برئاسة المقرر الخاص.

٦٣ - وعرض على اللجنة، في دورتها الرابعة والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٢، الجزء المتبقى من التقرير الثاني من التقرير الثاني (الجزء الثاني)، ص ٢٠٠٢، المجلد الثاني

(٦٣) ترد استنتاجات الفريق العامل في حولية ١٩٩١، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٠٠، الفقرة ١٠٨.

(٦٤) حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٨، الفقرة ١٩.

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

(٦٦) يرد تقرير المشاورات غير الرسمية في حولية ٢٠٠٠، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٤٢-١٤٠، الفقرة ٤٩٥.

(٦٧) حولية ٢٠٠١، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN.4/514.

ألف - مقدمة

٥٥ - حددت اللجنة في دورتها الثامنة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٦ موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي^(٥٧). وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة، في الفقرة ١٣ من قرارها ١٦٠/٥١ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، اللجنة إلى مواصلة 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 العامة المذكور أعلاه، أنشأت اللجنة، في الجلسة ٢٤٧٧ من دورتها التاسعة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٧، فريقاً عاماً معنيًا بالموضوع^(٥٨). وفي الدورة ذاتها، قدم الفريق العامل تقريراً وافق على اللجنة^(٥٩). وقد سعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع بالقدر المستطاع؛ (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^(٦٠).

٥٦ - وفي الدورة التاسعة والأربعين أيضاً، عينت اللجنة السيد محمد بنونه مقرراً خاصاً للموضوع^(٦١).

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

٥٨ - وقد عرض على اللجنة، في دورتها الخامسة المعقودة في عام ١٩٩٨، التقرير الأولي للمقرر الخاص^(٦٢). وفي الدورة ذاتها، أنشأت اللجنة فريقاً عاماً مفتوح العضوية للنظر في

(٥٧) حولية ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٢٠٦، الفقرة ٢٤٨، والمرفق الثاني، الإضافة ١، ص ٢٩٤.

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

(٥٩) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

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

(٦١) المرجع نفسه، ص ١٢٠، الفقرة ١٩٠.

(٦٢) حولية ١٩٩١، المجلد الثاني (الجزء الأول)، ص ٣٨٥، الوثيقة A/CN.4/484.

١٧ - المادة

(أ) عرض المقرر الخاص

٧٠ - لاحظ المقرر الخاص، لدى عرضه المادة ١٧، أن موضوع الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين يسيطر عليه قرار محكمة العدل الدولية الصادر عام ١٩٧٠ في قضية شركة برشلونة للحجر^(٧٢). وفي تلك القضية، كانت المحكمة قد شرحت أن الحق في الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بضرر يلحق بشركة يعود إلى الدولة التي سجلت موجب قوانينها تلك الشركة وسجل مكتبها على إقليمها وليس إلى دولة حملة حملة الأسهم. وكانت المحكمة قد سلمت كذلك بأنه توجد ممارسة تتعلق بمعاهدات الاستثمار الشائنة والمتعلقة بالأطراف فيها نزعة إلى منح الحماية المباشرة لحملة الأسهم، ولكن ذلك لا يقدم دليلاً على وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العربي لصالح حق دولة حمسية حملة الأسهم في ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عنهم. وكانت المحكمة قد رفضت هذه الممارسة على أساس أنها تشكل قاعدة تخصيص.

٧١ - وفي التوصل إلى القرار كانت محكمة العدل الدولية قد بنت في ثلاثة اعتبارات تتعلق بالسياسة العامة وهي: (أ) حيثما يكون حملة الأسهم قد استثمروا في شركة تمارس أعمالاً تجارية في الخارج فإنهم يكونون قد تحملوا مخاطر، بما في ذلك خطر أن ترفض الدولة التي تتبع جنسيتها الشركة، لدى ممارسة سلطتها التقديرية، ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عنهم؛ (ب) قد يؤدي السماح للدولة حمسية حملة الأسهم بممارسة الحماية الدبلوماسية إلى تعدد المطالبات، بما أن حملة الأسهم يمكن أن يكونوا من رعايا بلدان عديدة وقد يكون حملة الأسهم شركات؛ (ج) رفضت المحكمة أن تطبق، على سبيل القياس، قواعد تتعلق بازدواجية جنسية الأشخاص الطبيعيين على الشركات وحملة الأسهم، الأمر الذي من شأنه أن يسمح لدول جنسيات كل من الشركات وحملة الأسهم بممارسة الحماية الدبلوماسية.

٧٢ - وأشار المقرر الخاص كذلك إلى أنه كان هناك اختلاف واسع في صيوف القضاة على استدلال محكمة العدل الدولية، كما يدل على ذلك كون ثمانية من بين القضاة الستة عشر كانوا

(٧١) فيما يلي نص المادة ١٧ التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

المادة ١٧

"١ - يجوز للدولة ما أن تمارس الحماية الدبلوماسية بشأن ضرر لحق بالشركة التي تحمل جنسية تلك الدولة.
"٢ - لأغراض الحماية الدبلوماسية، فإن دولة الجنسية للشركة هي الدولة التي أسست فيها الشركة [والتي يتم تسجيل مكتبها في إقليمها]."

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (٧٢) Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3

للمقرر الخاص^(٦٨)، المتعلق بمشروع المادتين ١٢ و١٣، وكذلك تقريره الثالث^(٦٩)، الذي يتناول مشاريع المواد ١٦-١٤. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إحالة الفقرات (أ) و(ب) و(د) (التي سينظر فيها بالاقتران مع الفقرة الفرعية (أ)، و(هـ) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة. وقررت أيضاً إحالة الفقرة (ج) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة لتنظر فيها بالاقتران مع الفقرة الفرعية (أ).

٦٤ - وفي الدورة نفسها، نظرت اللجنة أيضاً في تقرير لجنة الصياغة عن مشاريع المواد ١٧-١٨^[٥]. واعتمدت المواد ٣-١[٥] والمواد ٤[٩] و٧[٥] و٦ و٧[٨]. واعتمدت اللجنة أيضاً التعليقات على مشاريع المواد السالفة الذكر^(٧٠).

٦٥ - وأحرجت اللجنة مشاورات غير رسمية مفتوحة، برئاسة المقرر الخاص، بشأن مسألة الحماية الدبلوماسية للأطقم وكذلك للشركات وحملة الأسهم.

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٦٦ - عرض على اللجنة، في الدورة الحالية، التقرير الرابع للمقرر الخاص A/CN.4/530 (Add.1). ونظرت اللجنة في الجزء الأول من التقرير، المتعلق بمشاريع المواد ٢٠-١٧، في جلساتها ٢٧٥٧ إلى ٢٧٦٢ و٢٧٦٤، المعقودة في الفترة من ١٤ إلى ٢٣ أيار/مايو في ٢٨ أيار/مايو على التوالي. ونظرت اللجنة بعد ذلك في الجزء الثاني من التقرير، المتعلق بمشروع المادتين ٢١ و٢٢ في جلساتها من ٢٧٧٤ إلى ٢٧٧٧ المعقودة في ١١ و١٥ و١٦ و١٨ تموز/يوليه ٢٠٠٣.

٦٧ - وقررت اللجنة في جلساتها ٢٧٦٢ إنشاء فريق عامل مفتوح العضوية، برئاسة المقرر الخاص، بشأن الفقرة ٢ من المادة ١٧. ونظرت اللجنة في تقرير الفريق العامل في جلساتها ٢٧٦٤.

٦٨ - وقررت اللجنة في جلساتها ٢٧٦٤ إحالة المادة ١٧ بصيغتها المقترحة من الفريق العامل والمواد ٢٠-١٨ إلى لجنة الصياغة. كما قررت اللجنة في جلساتها ٢٧٧٧ إحالة المادتين ٢١ و٢٢ إلى لجنة الصياغة.

٦٩ - ونظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة بشأن مشاريع المواد ١٠٨[١٠] و١١٩[١١] و١٠٩[١٢] (A/CN.4/L.631) في جلساتها ٢٧٦٨. وفي الجلسة نفسها، اعتمدت بصفة مؤقتة مشاريع المواد تلك (انظر الفقرة ١٥٢ أدناه).

(٦٨) المرجع نفسه.

(٦٩) حولية ٢٠٠٢، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة Add.1 A/CN.4/523.

(٧٠) يرد نص مشاريع المواد مع التعليقات عليها في حولية ٢٠٠٢، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرتان ٢٨٠ و٢٨١.

أُسست فيها الشركة. ويمكن إدراج إشارة إضافية يرد فيها ما يلي: "والتي سجل على ترايابها مكتبها"، وهي إشارة كان قد تم النظر فيها أيضاً في القرار الصادر في قضية شركة برشلونة للجر. غير أن الشرطين ليسا لازمين على وجه المحرر.

(ب) ملخص النقاش

٧٦ - شكر الأعضاء المقرر الخاص لجودة تقريره، وأعربوا له عن امتنانهم للطريقة غير المنحازة التي عرض بها الخيارات المفتوحة أمام اللجنة.

٧٧ - وأعرب عن رأي مفاده أن جميع الدول تعتمد على الاستثمار الأجنبي، بصرف النظر عن مستوى تنميتها. وبالتالي لا بد للقانون الدولي من تقديم الضمانات الضرورية للمستثمرين، وعلى اللجنة أن تسعى إلى جعل القانون يتفق مع الحقائق وإلى إقامة توازن بين مصالح الدول ومصالح المستثمرين في الوقت نفسه. وفي هذه الخلفية يطلب من اللجنة الاعتراف بحق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن الشركة التي تحمل جنسيتها.

٧٨ - وأعرب عن التأييد العام في اللجنة للفقرة ١ من المادة ١٧، لكنها تستند إلى الحكم الصادر في قضية شركة برشلونة للجر. واعتبر أن هذا لا يتناقض مع قضية إلسي. ولوحظ أن خيار دولة الجنسية معيار يتفق مع المادة ٣، التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة في دورتها الرابعة والخمسين المعقدة عام ٢٠٠٢^(٧٤)، والتي تحدد أن دولة الجنسية هي الدولة التي يحقق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية في سياق الأشخاص الطبيعيين. ومثل هذا النهج الموحد من شأنه أن يتيح تطبيق قواعد أخرى تصوغها اللجنة بالنسبة لكل من الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين فيما يتصل بالحماية الدبلوماسية. واقتصر أيضاً زيادة تنسيق الفقرة ١ من المادة ١٧ مع الفقرة ١ من المادة ٣ التي اعتمدت في عام ٢٠٠٢ على الوجه التالي: "الدولة التي يحقق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بضرر يلحق بشركة ما هي دولة جنسية تلك الشركة".

٧٩ - وفيما يتعلق بالفقرة ٢ من المادة ١٧، أيد معظم الأعضاء اقتراح المقرر الخاص الرامي إلى إرساء النقاش على أساس القاعدة المبينة في قضية شركة برشلونة للجر، ولوحظ أن الحكم في تلك القضية، على الرغم من وجاهة قصوره، يعد وصفاً دقيقاً للوضع المعاصر للقانون فيما يتصل بالحماية الدبلوماسية للشركات، وإنعكاساً حقيقياً للقانون الدولي العربي.

٨٠ - وأيد بعض الأعضاء صيغة الفقرة ٢ ولكنهم أبدوا تأييدهم لحذف المعيار الثاني الوارد بينقوسين. ولوحظ أن محكمة العدل الدولية كانت قد أشارت إلى كل من الشرطين بما

قد أبدوا آراء مستقلة، وكان خمسة من بينهم قد أيدوا حق دولة جنسية حملة الأسهم في ممارسة الحماية الدبلوماسية. وكان قرار المحكمة قد خضع أيضاً لمجموعة واسعة من الانتقادات من بينها أنه لم يبول العناية الكافية لممارسة الدول؛ وأن المحكمة قد أقامت معياراً غير عملي بما أن الدول لن تخفي، في الممارسة العملية، شركات ليس لها بها صلة حقيقة. الواقع أن بعض من كتبوا في الموضوع رأوا أن قانون الحماية الدبلوماسية التقليدية قد حل محله إلى حد كبير إجراءات تسوية المنازعات المنصوص عليها في معاهدات الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف.

٧٣ - ولاحظ المقرر الخاص أن للجنة أن تقرر ما إذا كانت تريد اتباع قرار محكمة العدل الدولية أم لا، نظراً لأن قرارات المحكمة ليست ملزمة بالضرورة للجنة وأحداً في اعتباره المسؤوليات المختلفة للهيئتين. ولا يلاحظ كذلك أن دائرة من دوائر المحكمة كانت قد تتجاهلته، في قضية إلسي^(٧٥)، قضية شركة برشلونة للجر عندما سمحت للولايات المتحدة الأمريكية بممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن شركتين أمريكيتين كانتا تمتلكان جميع الأسهم في شركة إيطالية. وفي الوقت نفسه، سلم بأن قضية شركة برشلونة للجر ما زالت تعتبر انعكاساً حقيقياً للقانون الدولي العربي على الموضوع، وبأن ممارسة الدول تسترشد بها في الحماية الدبلوماسية للشركات.

٧٤ - وحدد المقرر الخاص سبعة خيارات بخصوص الدولة التي تكون مخولة لممارسة الحماية الدبلوماسية: (أ) دولة التأسيس، بموجب قاعدة شركة برشلونة للجر؛ (ب) دولة التأسيس والدولة ذات الصلة الحقيقة؛ (ج) دولة المكتب المسجل أو الوطن؛ (د) دولة السيطرة الاقتصادية؛ (هـ) دولة التأسيس ودولة السيطرة الاقتصادية؛ (و) دولة التأسيس أو، إذا لم يتيسر ذلك، دولة السيطرة الاقتصادية؛ (ز) دول جنسية جميع حملة الأسهم.

٧٥ - وبعد النظر في جميع تلك الخيارات، اقترح المقرر الخاص أن تنظر اللجنة في تدوين قاعدة شركة برشلونة للجر، رهنا بالاستثناء المعترض به في الحكم. فالفقرة ١ من المادة ١٧ تسلم بأنه ما دام يتحقق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فإنه يمكن للدولة أن تقرر فعل ذلك أو عدمه. وارتكى أن الطبيعة التقديرية للحق تعني أن الشركات التي ليست لها صلة حقيقة بدولة التأسيس يمكن أن تظل بدون حماية. غير أن ذلك قصور سلمت به محكمة العدل الدولية نفسها، وذلك هو السبب الذي من أحله يفضل المستثمر أن يكون معاهدات الاستثمار الثنائية. والفقرة ٢ تسعى إلى تعريف دولة الجنسية لأغراض مشاريع المواد. واقتصر أن تكون دولة جنسية شركة ما هي الدولة التي

المادة ١٧ يجب، عوضاً عن ذلك، أن تشير إلى الدولة التي أسست فيها الشركة وأو الدولة التي سجل على إقليمها مكتب الشركة وأو الدولة التي لها صلات ملائمة أخرى. وشملت الاقتراحات الأخرى الإشارة إلى أن الحماية الدبلوماسية تمارسها الدولة القومية، على أن تحدد الدولة بوجب القانون الداخلي في كل حالة من الحالات، شريطة أن تكون هناك صلة أو علاقة حقيقة بين الدولة القومية والشركة المعنية؛ وإعادة صياغة المادة ١٧ على النحو التالي: "الدولة التي تؤسس شركة بوجب قانونها ويوجد بها مكتبها المسجل يحق لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية بوصفها دولة الجنسية فيما يتصل بأي ضرر يلحق بالشركة". وشملت اقتراحات أخرى إعادة صياغة الفقرة ٢ بحيث يصبح نصها كالتالي "لأغراض الحماية الدبلوماسية، تكون دولة جنسية الشركة هي الدولة التي تؤسس فيها الشركة أو التي يوجد بها مكتبها المسجل أو موطنها، أو التي يوجد بها نشاطها الاقتصادي الأساسي، أو أي عنصر آخر يعترف القانون الدولي بأنه يعكس وجود صلة حقيقة بين الشركة والدولة المعنية"؛ وإعادة صياغة الجزء الأخير من الفقرة ٢ بحيث يصبح كالتالي: "أو الذي يعترف، بطريقة أخرى، باكتساب تلك الشركة لجنسيتها".

٨٦ - وفي الوقت نفسه، أُبدي شيء من الخذر فيما يتعلق بإدخال معيار "الصلة الحقيقة" - الذي لم يقبل في قضية شركة برشلونة للجر - الأمر الذي يدخل اختياراً من شأنه فعلاً أن يستند إلى السيطرة الاقتصادية كما تحددها أغليبة حملة الأسهم. وأشار إلى أن شرط الصلة "الحقيقة" يتطلب رفع "حجاب الشركة"، الأمر الذي من شأنه أن يثير صعوبات ليس فقط بالنسبة للمحاكم وإنما أيضاً بالنسبة للدول الاستثمار التي سيكون عليها أن تقرر ما إذا كانت ترغب أم لا في تلقى احتجاجات دبلوماسية أو مطالبات من الدول التي تعتقد أن شركة كانت لها صلة حقيقة بها قد تضررت. وبالإضافة إلى ذلك، وأشار أيضاً إلى تعدد مسألة تحديد وجود صلة "ملائمة" عند التعامل مع شركات متعددة الجنسيات موجودة في عدة دول.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٨٧ - لاحظ المقرر الخاص أن معظم الأعضاء أيدوا الفقرة ١.

٨٨ - وفيما يتعلق بالفقرة ٢، لاحظ المقرر الخاص أن اللجنة كانت قد أعربت في البداية عن تأييدها العام لهذا النهج، مع الإعراب عن وجهات نظر مختلفة فيما يتصل بإدراج معيار واحد فقط بدلاً من معيارين لتحديد جنسية الشركة لأغراض الحماية الدبلوماسية. غير أن النقاش شهد بعد ذلك منعطفاً جديداً إذ أيد كثيرون من الأعضاء الفكرة الأساسية الواردة في مشروع المادة ١٧ مبدئياً في الوقت نفسه تفضيلهم لصيغة تركز على الروابط الرسمية بين الشركة والدولة التي تمارس الحماية الدبلوماسية. وفيما توخت بعض الاقتراحات الخذر لتفادي إدراج إشارة إلى دولة

أن البلدان التي تأخذ بالقانون المدني لديها نزعة إلى إعطاء الأهمية للمكان الذي يوجد فيه المكتب المسجل، في حين أن بلدان القانون العام الأنجلو-سكسوني تفضل معيار مكان التأسيس. إلا أن بإمكان اللجنة أن تقبل المعيار الأخير نظراً لميمتنته المت坦مية في مجالات أخرى من مجالات القانون. واقتصر أيضاً أن يشرح التعليق أن المعيار الأخير زائد عن اللزوم لأن مكتب الشركة المسجل يقع في جميع الأحوال تقريباً في الدولة نفسها.

٨١ - وفضل أعضاء آخرون الاحتفاظ بالمعايير. وأشار إلى أن تحديد جنسية الشركة هو بالأساس مسألة تندرج ضمن الاختصاص المحلي للدول؛ وإن كان أمر تسوية أي خلاف متروكاً للقانون الدولي. ومثمناً أن جنسية الأفراد يحددها معياران بديلان رئيسيان هما قانون مسقط الرأس وقانون الدم لمنع الجنسية، كذلك فإن جنسية الشركات تتوقف على نظامين بديلين هما مكان التأسيس ومكان تسجيل المكتب، ولو أن دولاً عديدة تنهل بدرجات متفاوتة من هذا النظام أو ذاك. غير أنه لا بد من توخي الحذر لأن بعض الدول لا تطبق أياً من النهجين، أو لا تعترف بمفهوم جنسية الشركات.

٨٢ - واقتصر البعض كذلك الاستعاضة عن أدلة العطف "و" بـ "أو" ، في حالة الاحتفاظ بالمعايير الإضافي الوارد بين قوسين في الصن. وفضل البعض الآخر أن يكون الشيطان مكملاً أحدهما للأخر. وأعرب آخرون عن قلقهم لأنه إذا ما احتفظ في العبارة بأدلة العطف "و" فإن الشركة التي يقع مكتبها المسجل بدولة غير دولة التأسيس تكون معرضة لخطر فقدان الحق في الحماية الدبلوماسية لكونها لا تستوفي الشرطين معاً. وكحل بديل، وإذا ثمت الاستعاضة عن أدلة العطف "و" بـ "أو" ، فإن ذلك يمكن أن يؤدي إلى ازدواجية الجنسية والتنافس بين عدة دول ترغب في ممارسة الحماية الدبلوماسية - مما يحيد عن الموقف الذي اتخذته محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر.

٨٣ - واقتصر أعضاء آخرون مواصلة النظر في معيار الموطن أو المكتب المسجل، الذي هو الممارسة المتبعة في القانون الدولي الخاص.

٨٤ - ومع ذلك أعرب عن شيء من التأييد لإدراج إشارة لوجود صلة فعلية أو حقيقة بين الشركة ودولة الجنسية. وأشار إلى أن عدم إدراج إشارة إلى معيار الصلة الحقيقة يمكن أن يشجع ظاهرة الملاذات الضريبية، ولو بشكل غير مباشر.

٨٥ - وأشار لاحقاً إلى أن محكمة العدل الدولية لم يطلب منها، في قضية شركة برشلونة للجر، أن تبت في مسألة الجنسية التي لم ينزع فيها الطرفان. وكانت المحكمة قد أشارت إلى مبدأ التأسيس ومكتب التسجيل، ولكن أيضاً إلى صلات الشركة الأخرى بدولة الجنسية. وبالتالي فإن معياراً واسعاً بما فيه الكفاية في القانون الدولي لازم لتغطية مختلف الاحتمالات. وأشار إلى أن

[الحالات] والتي تربطها بها صلة [كافية]/[وثيقة دائمة]/[إدارية]/[رسمية].

٢- المادة ١٨

(أ) عرض المقرر الخاص

٩٣- شرح المقرر الخاص أن مشروع المادة ١٨ يتناول الاستثناءات من القاعدة العامة الواردة في المادة ١٧. والاستثناء الأول الوارد في الفقرة الفرعية (أ) يتعلق بالحالة التي تكون فيها الشركة قد توقفت عن العمل في مكان تأسيسها. ولاحظ أن عبارة "لم تعد قائمة"، التي كانت قد استخدمت في القرار الصادر في قضية شركة برشلونة للجر، لم تُرُقَ جميع من كتبوا في الموضوع، وقد فضل العديد من بينهم العتبة الأدنىتمثلة في التدخل باسم حملة الأسهم عندما تكون الشركة قد "توقفت عن العمل تدريجياً". أما رأيه الشخصي فهو أن الحل الأول ربما كان الأفضل.

٩٤- والاستثناء الثاني، الوارد في الفقرة الفرعية (ب)، ينص على تدخل دولة جنسية حملة الأسهم عندما تكون الشركة تحمل جنسية الدولة المسئولة عن الضرر. وليس من غير المألوف أن تلح دولة ما على أن يزاول الأجانب في إقليمها عملاً بخارياً من خلال شركة مؤسسة بموجب قانون تلك الدولة. وإذا صادرت الدولة أصول الشركة أو أحقت بها ضرراً بطريقة ما فإن سبيل الانتصاف الوحيد المتاح لتلك الشركة على المستوى الدولي هو من خلال تدخل دولة جنسية حملة أسهمها. غير أن هذه القاعدة ليست في مأمن من الجدال، كما ورد وصف ذلك في تقرير المقرر الخاص.

٩٥- وشرح المقرر الخاص كذلك أن وجود الاستثناء الثاني، قبل قضية شركة برشلونة للجر، كان قد حظي بالتأييد في ممارسة الدول وقرارات التحكيم والفقه. وكانت محكمة العدل الدولية قد أثارت، في قضية شركة برشلونة للجر، إمكانية الاستثناء وارتأت آنذاك أن من غير الضروري أن تبت في المسألة لأنها ليست حالة ألحقت فيها دولة التأسيس (كندا) ضرراً بالشركة. ويوجد شيء من التأييد للمبدأ في عصر ما بعد قضية شركة برشلونة للجر، وذلك أساساً في سياق تفسير معاهدات الاستثمار. وفي قضية إيسبي، كانت دائرة من دوائر المحكمة قد

(٧٦) فيما يلي نص المادة ١٨ بالصيغة التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

"المادة ١٨"

"لا يجوز لدولة جنسية حملة الأسهم في شركة ما أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالحهم إذا ما لحق ضرر بالشركة إلا إذا:
 (أ) لم تعد الشركة قائمة في مكان تأسيسها؛ أو
 (ب) كانت تحمل الشركة جنسية الدولة المسئولة عن إلحاق الضرار بالشركة".

جنسية حملة الأسهم انصرفت اقتراحات أخرى إلى أبعد من ذلك مقترحة رفع حجاب الشركة قصد تحديد الدولة التي تعد الشركة أكثر ارتباطاً بها والتي تحدد بذلك مكان السيطرة الاقتصادية للشركة. ولاحظ أنه في حين يكون من الصعب التوفيق بين هذا النهج الأخير وقضية شركة برشلونة للجر إلا أنه يتفق مع قضية نورتيبيوم^(٧٥) التي شددت على مبدأ الصلة مع الدولة. ولكن بما أن اللجنة لم تتبع معيار قضية نورتيبيوم في مشروع المادة ٣ فيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين، فقد يكون من غير المنطقي فعل ذلك بالنسبة للأشخاص الاعتباريين.

٨٩- وبالإضافة إلى ذلك، أثيرت مشكلة الحماية المزدوجة أثناء النقاش، أي مسألة الحال التي يمارس فيها كل من دولة التأسيس ودولة المكتب المسجل الحماية الدبلوماسية بالسبة للشركة نفسها، وهذا مفهوم كان قد أيدته عدة قضاة في قضية شركة برشلونة للجر. غير أن المحكمة قد عارضت بشكل واضح في حكمها الصادر في قضية شركة برشلونة للجر مفهوم الحماية المزدوجة أو الحق الثاني فيما يتصل بالشركة وحملة الأسهم.

(د) إنشاء فريق عامل

٩٠- قررت اللجنة فيما بعد إنشاء فريق عامل مفتوح العضوية، برئاسة المقرر الخاص، للنظر في المادة ١٧ قبل الانتقال إلى اتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى لجنة الصياغة.

٩١- ثم قدم المقرر الخاص بعد ذلك تقريراً عن نتائج نظر الفريق العامل في مشروع المادة. ولاحظ أن الفريق العامل توصل إلى توافق في الآراء حول الحاجة إلى القيام أولاً ببحث الحالات التي لا يعرف فيها النظام الوطني ممارسة التأسيس، وإنما يطبق نظاماً آخر لإنشاء شركة، وثانياً إقامة صلة ما بين الشركة والدولة طبقاً للخطوط العريضة للصلات التي سردها محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في قضية شركة برشلونة للجر. غير أن الفريق العامل قد حرص مع ذلك على عدم اعتماد صيغة قد تؤدي بأن المحكمة التي تنظر في المسألة يجب عليها أن تأخذ بعين الاعتبار جنسية حملة الأسهم الذين يتحكمون في الشركة.

٩٢- وكان الفريق العامل قد اتفق على الصيغة التالية للمادة ١٧، التي اقترح المقرر الخاص على اللجنة إحالتها إلى لجنة الصياغة:

"لأغراض الحماية الدبلوماسية [ومنصوص ضرر يلحق بشركة ما]، تكون دولة الجنسية هي [التي أنشئت الشركة موجباً قانونها]/[المحددة وفقاً للقانون الوطني في كل حالة من

يتم الحصول على إنصاف. الواقع أن الأمر متزوك في جميع الأحوال للمستثمر لعدم الاستثمار في بلد معين. وبالإضافة إلى ذلك، قيل إن الاستثناء قد يعرض للخطر مبدأ المساواة في المعاملة بين حملة الأسهم الوطنين وحملة الأسهم الذين يحملون جنسية دولة أخرى، الأمر الذي يدخل بالقواعد الدولية الناظمة لمعاملة الأجانب. وعلى نحو مماثل، أشير إلى أن أحد ترتيبات للحماية في مجال الاستثمار توفر سبل انتصاف قانونية فعالة للمستثمرين في حالة إساءة تطبيق أحكام العدالة أو الإساءة من جانب دولة التأسيس بما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالشركة.

٩٩ - وأشار آخرون إلى الأساس المنطقي للسياسة العامة لإدراج الاستثناء الذي أثاره المقرر الخاص، لأنّه هو أنّه من المألوف أن تشرط الدول المستوردة لرؤوس الأموال من مجموع الشركات الأجنبي الذي يرغب في القيام بأعمال تجارية على إقليمها أن يفعل ذلك من خلال شركة مؤسسة بموجب قانونها. وأشار إلى القلق الذي أعربت عنه حكومة المملكة المتحدة في قضية النسر الكسيكي^(٧٧) بأن شرط التأسيس بموجب القانون المحلي يمكن أن يؤدي إلى انتهاك في الحالات التي تستخدم فيها الدولة القومية مثل هذا التأسيس كمبرر لرفض قيام دولة أخرى بالحماية الدبلوماسية. ويكون ذلك مثابة تقدير "حق [الحكومات الأجنبية]" غير المشكوك فيه بموجب القانون الدولي في حماية المصالح التجارية لرعاياها في الخارج^(٧٨). وهكذا فإن الهدف من الاستثناء الوارد في الفقرة الفرعية (ب) هو توسيع حماية مثل هذه الشركات. وأشار إلى أن المبدأ الأساسي ينعكس في معاهدات استثمار عديدة أبرمتها عدة دول من دول المجتمع الدولي، بصرف النظر عن مستوى تمثيلها أو توجهها العقائدي. وأعرب أيضاً عن الرأي الذي مؤداه أن الاستثناء، حتى وإن لم يكن جاهزاً تماماً الآن للتटوين، إلا أنه يجب النظر إليه بالإيجاب في سياق التطوير التدريجي للقانون الدولي.

١٠٠ - وأشار إلى أنه حتى إذا ما قبل الاستثناء فإنه سيكون من الممكن إدراج إشارة إلى السيطرة الاقتصادية للشركة، كما تعبّر عنها أغلبية حملة الأسهم. ورأى آخرون أن مثل هذا الشرط سيكون معقداً وربما تميّزاً أيضاً. واقتراح كذلك تقيد نطاق تطبيقه وحصره في الحالة التي يتشرط فيها تشريع البلد المضيف إنشاء شركة.

١٠١ - وهناك اقتراح آخر يرمي إلى إدراج شرط "مهمة زمنية معقولة" لمارسة الحماية الدبلوماسية. وشكك آخرون في ضرورة شرط كهذا.

سمحت بحماية حملة الأسهم الأميركيين في شركة إيطالية كانت قد أسست وسجلت في إيطاليا وألحقت بها الحكومة الإيطالية ضرراً. ولم تعالج تلك الدائرة المسألة في تلك القضية، ولكن هذه المسألة كانت بشكل واضح عالقة في ذهان بعض القضاة. غير أن من كتبوا في هذا الموضوع ظلوا منقسمين حول هذه المسألة. واقتراح أن تقبل اللجنة الاستثناء.

(ب) ملاخص النقاش

٩٦ - أُعرب عن تأييد عام للفقرة الفرعية (أ)، ولو أنه ارتكب أن من الضروري النص على حد زمي، ربما اعتباراً من تاريخ إعلان إفلاس الشركة. وشملت الاقتراحات الأخرى حذف عبارة "في مكان تأسيسها" والاستعاضة عن لفظة "مكان" بلفظة "دولة".

٩٧ - ورأى بعض الأعضاء أن شرط توقف الشركة عن العمل قد يكون عتبة عالية أكثر من اللزوم وأن المعيار يمكن أن يكون "لم تعد الشركة قائمة تقريباً" أو "كانت الشركة محرومة من إمكانية الحصول على إنصاف متاح من خلال الشركة". وهكذا لا تكون الشركة قد توقفت عن العمل فعلاً وإنما تصبح فقط غير عملية، بما لا يترك أية إمكانية لإنصاف. وبالمثل، اقترح إدراج عبارة "بحكم القانون أو بحكم الواقع" بين لفظة "الشركة" ولفظة "قائمة". واقتراح أيضاً أن يوضح التعليق أن عبارة "لم تعد الشركة قائمة" يجب تفسيرها على أنها تشمل الحالات التي تظل فيها الشركة قائمة حتى ولو كانت في حراسة قضائية. وجاء في اقتراح آخر أن المادة يمكن أن تذكر أنه يمكن ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن حملة الأسهم عندما تستبعد "إمكانية إنصاف ملائم عن طريق الشركة"؛ أو عندما لم تعد الشركة فعلاً في وضع يسمح لها بالدفاع عن حقوقها ومصالحها.

٩٨ - وأُعرب عن وجهات نظر مختلفة فيما يتعلق بإدراج الاستثناء المقترن في الفقرة الفرعية (ب). ومن منظور مجموعة من وجهات النظر فإن الاستثناء مثير للجدل إلى حد كبير ويتحمل أن يدخل بالاستقرار وبالتالي يجب عدم إدراجه. وأعرب عن رأي مقاده أن حجية الاستثناء ضعيفة. فهو يتوجه القاعدة التقليدية التي تقول إن الدولة لا ترتكب إخلالاً بالقانون الدولي عندما تلحق ضرراً بأحد رعاياها. وأعرب أيضاً عن القلق من أن منح دولة حبسية حملة الأسهم حق التصرف يمكن أن يؤدي إلى إجراءات طويلة ومعقدة وإلى صعوبات في تطبيق قاعدة استمرار الجنسية، نظراً لأن ملكية الأسهم تتنتقل بسرعة. وبالإضافة إلى ذلك، وفي معظم الحالات، توفر الدولة التي تؤسس فيها الشركة نظاماً قانونياً، وبالتالي سبيل انتصاف محلياً في حالات الانتهاكات. ولا تطبق الفقرة الفرعية (ب) إلا في الحالات القصوى التي تكون فيها سبل الانتصاف تلك قد استنفذت ولم

M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (٧٧)
(Washington, D.C., 1967), vol. 8, pp. 1272-1274
ال المرجع نفسه، ص ١٢٧٤ (٧٨)

الشركة. وكما سلمت بذلك محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للحجر، فإن لحملة الأسهم حقاً مستقلاً في التصرف في مثل هذه الحالات ولم الحق تماماً في الحماية الدبلوماسية. وكانت دائرة من دوائر هذه المحكمة قد نظرت أيضاً في هذه المسألة في قضية إيسبي، ولكنها لم تقصص عن موقفها من قواعد القانون الدولي العربي في هذا الشأن. والمادة المقترحة ترك مسأليتين بدون جواب هما أولاً مضمون الحق أو لحظة حدوثضررالمباشر، وثانياً النظام القانوني اللازم للبت في ذلك.

١٠٦ - وكانت محكمة العدل الدولية قد ذكرت في قضية شركة برشلونة للحجر حقوق حملة الأسهم الأكثر بداهة، ولكن القائمة لم تكن شاملة. وذلك يعني أن الأمر متروك للمحاكم للبت في حدود هذه الحقوق، بالاستناد إلى وقائع كل قضية من القضايا. ييد أنه لا بد من توخي الحذر في رسم خطوط واضحة بين حقوق حملة الأسهم وحقوق الشركات. ولا يظن المقرر الخاص أن من الممكن صياغة قاعدة بشأن هذا الموضوع، ذلك أن البت في فرادي الحالات متروك للمحاكم.

١٠٧ - أما فيما يتعلق بالسؤال الثاني فمن الواضح أن تحديد القانون الواجب التطبيق في البت في مسألة ما إذا كانت الحقوق المباشرة لحملة الأسهم قد انتهكت أم لا يجب أن يقوم به النظام القانوني للدولة التي أسيست فيها الشركة، ولو أن ذلك النظام القانوني يمكن أن يستكمل بالإشارة إلى مبادئ القانون الدولي العامة. ولم يكن المقرر الخاص يرغب في صياغة قاعدة جديدة، وإنما مجرد إعادة ذكر القاعدة التي سلمت بها محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في قضية شركة برشلونة للحجر، إلا وهو أنه في الحالات التي تضررت فيها حقوق حملة الأسهم بشكل مباشر، بإمكان دولة جنسيتها أن تمارس الحماية الدبلوماسية نيابة عنهم.

(ب) ملخص النقاش

١٠٨ - حظيت المادة ١٩ بموافقة عامة في اللجنة. وأعرب عن رأي مقاده أن هذه المادة لا تثير أية صعوبات لأنها تدون أكثر الحالات شيئاً، ألا وهي حالة حامل الأسهم من الأفراد الذي يتضرر حقه الشخصي، وهي الحالة التي تتفق مع القواعد العامة المحددة في الجزء المخصص للحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين من مشاريع المواد.

١٠٩ - واقتراح أن ينظر التعليق في حقوق حملة الأسهم بمعرض عن حقوق الشركة. ويمكن أن تشمل هذه الحقوق، على سبيل المثال، الحق في التحكم في الشركة وإدارتها. واقتراح فعلاً تحديد نطاق هذه المادة وإقامة تمييز واضح بين انتهاء حقوق حملة الأسهم بسبب الضرر الذي تعياني منه الشركة والانتهاء المباشر للحقوق الممتوحة لحملة الأسهم. عموجب القواعد القانونية

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٠٢ - لاحظ المقرر الخاص أن الاستثناء الأول، الوارد في الفقرة الفرعية (أ) لم يثر أي مشكلة معينة، ذلك أن أغلبية أعضاء اللجنة أيدوه. غير أن عدة اقتراحات قدمت من أجل تحسين نص هذه الفقرة الفرعية، بما في ذلك فرض حد زمني لتقديم طالبة. وحيث إنه لم يكن هناك أي اعتراض على المادة ١٨ (أ) فإنه يوصي بإحالتها إلى لجنة الصياغة.

١٠٣ - أما الفقرة الفرعية (ب) فقد أثارت نقاشاً أكثر حدة وانقسمت بشأنها الآراء في اللجنة. وبشكل عام، أيدت أغلبية أعضاء اللجنة فكرة إدراج المادة ١٨ (ب). ويعتقد المقرر الخاص أن الاستثناء جزء من مجموعة قواعد ومبادئ كونت مجتمعة قرار محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للحجر. ولهذا السبب، فإنه يعتقد أنه لا بد من الأخذ بهذه المادة. أما فيما يتعلق بمسألة ما إذا كان الاستثناء جزءاً من القانون الدولي العربي أم لا، فقد انقسمت الآراء في اللجنة بهذا الخصوص أيضاً. أما هو فيرى أن هناك قاعدة عرفية آخذة في التطور، وينبغي أن تشجع اللجنة التطوير التدريجي للقانون في ذلك المجال، عند الضرورة، ولكن بحذر شديد.

٤ - كما لاحظ المقرر الخاص أن عدة أعضاء في اللجنة كانوا قد حاجوا بأن المادة ١٨ (ب) لا لزوم لها لأن حملة الأسهم لديهم سبل انتصاف أخرى مثل المحاكم المحلية، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أو المحاكم الدولية المنصوص عليها في بعض الاتفاques الثنائية أو المتعددة الأطراف. غير أن ذلك ليس صحيحاً في جميع الأحوال، وذلك إما لعدم وجود سبل انتصاف محلية أو لأن دولة الجنسية أو الدولة المضيفة لم تنضم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو إلى معاهدة ثنائية في مجال الاستثمار. وأكيد عدة أعضاء أيضاً على أن الاستثناء الوارد في المادة ١٨ (ب) يجب ألا يستخدم إلا كملأ آخر. ويرى المقرر الخاص أن ذلك أمر بديهي: فالاستثناء ليس سبيل انتصاف يجب استخدامه بدون تعلق ويجب اللجوء إليه فقط عندما لا يكون هناك أي حل آخر. وبالتالي فإنه يوصي بإحاله المادة ١٨ (ب) إلى لجنة الصياغة.

٣ - المادة ١٩^(٧٩)

(أ) عرض المقرر الخاص

١٠٥ - شرح المقرر الخاص أن المادة ١٩ شرط وقائي يرمي إلى حماية حملة الأسهم الذين تضررت حقوقهم، وليس حقوق

^(٧٩) فيما يلي نص المادة ١٩ بالصيغة التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

"المادة ١٩
لا تخال المادتان ١٧ و ١٨ بحق دولة جنسية حملة الأسهم في شركة ما في حماية حملة الأسهم هؤلاء إذا ما لحق بهم ضرر مباشر نتيجة فعل دولي غير مشروع من قبل دولة أخرى".

اعتمدت مشروع المادة ٤ [٩] بشأن ذلك الموضوع في دورتها الرابعة والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٢^(٨١). وكان المبدأ هاماً فيما يتصل بالأشخاص الطبيعيين حيث إنهم يغدون جنسيتهم أكثر من الشركات وسهوleta أكبر. فالشركة لا يمكن أن تغير جنسيتها إلا عن طريق إعادة التأسيس في دولة أخرى، وفي هذه الحالة تغير جنسيتها كلياً، محدثة بذلك توقفاً في استمرارية جنسيتها. ويبدو من العقول، بناء على ذلك، اشتراط ألا يكون للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بالشركة إلا إذا كانت قد أسمت بوجوب قوانينها وقت الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة.

١١٥ - وإذا لم تعد الشركة قائمة في مكان تأسيسها نتيجة ضرر تسبب فيه فعل غير مشروع دولياً صادر عن دولة أخرى، يظل مع ذلك السؤال المطروح هو ما إذا كان يجب أن تصدر المطالبة عن دولة جنسية حَمَلَة الأُسْهُم، وفقاً للمادة ١٨ (أ)، أو عن دولة جنسية الشركة المتوقفة عن العمل أو عن كليهما. وقال إنه يتافق مع الرأي الذي أعرب عنه بعض القضاة في قضية شركة برشلونة للجر، وأن الدولتين يجب أن يكون لهما الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية، ذلك أنه يمكن من الصعب أن تحدد بدقة لحظة توقف الشركة عن العمل، وتكون هناك "منطقة رمادية من حيث الزمن" تكون فيها الشركة متوقفة عن العمل عملياً ولكن لم تتوقف رسمياً عن العمل. وفي حالة كهذه من المفروض أن يكون بإمكان دولة تأسيس الشركة ودولة جنسية حَمَلَة الأُسْهُم التدخل. وقال إنه يدرك أن محكمة العدل الدولية لم تؤيد، في قضية شركة برشلونة للجر، مثل هذه الحماية المردودة، ولكن يبدو أن ذلك الحال قد يكون مناسباً.

١١٦ - وأخيراً فإنه لا يرى من الضروري صياغة قاعدة منفصلة بشأن استمرار جنسية حَمَلَة الأُسْهُم؛ فيما إنهم أشخاص طبيعيون فإن أحکام المادة ٤ [٩] تطبق عليهم.

(ب) ملخص النقاش

١١٧ - أعرب عن التأييد لمشروع المادة ٢٠. وأعرب عن رأي مؤداه أن مشاريع المواد يجب، من حيث المبدأ، لا تمنح في مسألة استمرار الجنسية الأشخاص الاعتباريين معاملة أكثر محاباة مما تمنحه للأشخاص الطبيعيين.

١١٨ - وحسب رأي آخر فإن الصعوبات التي تصادف في قاعدة استمرار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين موجودة أيضاً في حالة الأشخاص الاعتباريين: فبموجب ذات مبدأ الافتراض القانوني، الذي تستند إليه الحماية الدبلوماسية، فإن جنسية الشخص الحمى وقت وقوع الفعل غير المشروع دولياً هي وحدها التي تهم. ولكن بما أن اللجنة كانت قد اتخذت

قانون الشركة، التي وردت أمثلة منها في الحكم الصادر في قضية شركة برشلونة للجر.

١١٩ - سُئل عما إذا كانت حقوق حَمَلَة الأُسْهُم تعتبر حقوقاً مباشرة في الحالة التي لا تعود فيها الشركة قائمة لأنها تم تأميمها وبالتالي لم يعد بإمكانها اتخاذ أي إجراء نيابة عن حَمَلَة الأُسْهُم أمام المحاكم المحلية. فهل المادة ١٨ (ب) هي التي تحكم هذه الحالة أم المادة ١٩؟

١١١ - وأشار إلى أن المادة ١٩ يمكن أن تعتبر استثناء آخر من القاعدة المبينة في المادة ١٧ - استثناء له صلة بالضرر المباشر الذي يلحق بحَمَلَة الأُسْهُم. وقد اقترح فعلاً إدراج حكم هذه المادة في المادة ١٨، فيما رأى آخرون أن المادة ١٩ لا يمكن أن تعتبر استثناء من المادة ١٧، بما أن مسألة الحماية الدبلوماسية للشركة لم تنشر.

١١٢ - أما فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي سيلاجأ إليه لتحديد حقوق حَمَلَة الأُسْهُم، فأعرب عن رأي مفاده أن قوانين الدولة التي تؤسس فيها الشركة هي التي تحدد مضمون تلك الحقوق. وأعرب عن الموافقة على الاقتراح القضائي بأنه لا بد من إيلاء الاهتمام لإمكانية الاستناد إلى مبادئ القانون العامة في بعض الحالات، ذلك أن بعض النظم الوطنية قد لا تعرف بشكل واضح ما الذي يشكل انتهاكاً لتلك الحقوق المباشرة.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١١٣ - لاحظ المقرر الخاص أن المادة ١٩ أثارت بعض المشاكل. ففي حين رأى بعض الأعضاء أنها استثناء يفضل إدراجها في المادة ١٨، يرى هو من ناحيته أن المادتين يجب أن تظلان منفصلتين حرصاً على التطابق مع القرار الصادر في قضية شركة برشلونة للجر.

٤ - المادة ٢٠^(٨٠)

(أ) عرض المقرر الخاص

١١٤ - عرض المقرر الخاص المادة ٢٠ بشأن استمرار جنسية الشركات، فلاحظ أن ممارسة الدول بشأن هذا الموضوع تتعلق أساساً بالأشخاص الطبيعيين. وأشار إلى أن اللجنة كانت قد

^(٨٠) فيما يلي نص المادة ٢٠ بالصيغة التي اقرتها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

"المادة ٢٠"

"يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة كان تأسيسها بوجوب قوانين هذه الدولة سارياً في الفترة التي لحق بها الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً على حد سواء (شروطه أنه عندما تصبح الشركة غير قائمة نتيجة الضرر، يجوز للدولة تأسيس الشركة الميتة أن تواصل تقديم المطالبة المتعلقة بالشركة)".

٥ - المادة ٢١

(أ) عرض المقرر الخاص

١٢٤- أشار المقرر الخاص في عرضه المادة ٢١ إلى أن التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية لفت الانتباه إلى أن الاستثمار الأجنبي يتمتع بصفة متزايدة بحماية معاهدات الاستثمار الثنائية التي يبلغ عددها نحو ألفي معاهدة. وتنص هذه الاتفاques عادة على سبعين لتسوية المنازعات بدلاً من اللجوء إلى سبل الالتصاف المحلي في الدولة المضيفة وما: (أ) التسوية المباشرة لنزاع الاستثمار بالتحكيم بين دولة جنسية المستثمر، شركةً كان أم فرداً، والدولة المضيفة بشأن تفسير أو تطبيق اتفاق الاستثمار الثنائي. والإجراء الثاني متاح عادةً في جميع الأحوال، مما يعزز إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين الدوليين. كما أن بعض الدول أطراف في اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تنص على إنشاء محاكم تحت إشراف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

١٢٥- وأوضح المقرر الخاص أن قواعد القانون العربي تستبعد في حال الاحتياج بإجراءات تسوية المنازعات التي تنص عليها معاهدة استثمار ثنائية أو التي يتولاها المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار. ومن الجلي أن إجراءات تسوية المنازعات هاتين الطريقتين توفر مزايا أكبر للمستثمر الأجنبي مما يوفره القانون الدولي العربي. ففي حالة القانون الدولي العربي مثلاً يكون عدم اليقين السياسي ملازماً للطابع التقديرى للحماية الدبلوماسية. أما في حالة معاهدات الاستثمار الثنائية والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فيستطيع المستثمر الأجنبي أن يلجأ مباشرة إلى التحكيم الدولي. وقد سلمت محكمة العدل الدولية بوجود هذا النوع من الاتفاques الخاصة في قضية شركة برشلونة للحر، وهي تتبع إلى اعتبار ترتيبات كهذه بمثابة مبدأ تخصيص.

١٢٦- والغرض من المادة ٢١ هو بيان عدم سريان مشاريع المواد على النظام الخاص المنصوص عليه في معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعلقة بالأطراف. وقد سُسجت هذه المادة على منوال المادة ٥٥ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين المقودة

(٨٢) فيما يلي نص المادة ٢١ بالصيغة التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

"ماده ٢١ - قاعدة التخصيص"

"لا تسري أحكام هذه المواد في الحالات التي تكون فيها حماية الشركات أو حملة أسهم شركة ما، بما في ذلك تسوية المنازعات بين الشركات أو حملة أسهم شركة ما والدول، محكومة بقواعد خاصة من قواعد القانون الدولي".

موقعًا مختلفاً في المادة ٤ [٩]، فقد يكون من باب التناقض اعتماد خط تفكير مختلف فيما يتصل بالأشخاص الاعتباريين.

١١٩- واقتراح أن يشمل أيضاً الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة ٤، في سياق الأشخاص الطبيعيين، الأشخاص الاعتباريين أيضاً.

١٢٠- وأعرب عن التأييد للاحفاظ بالجزء من المادة ٢٠ الوارد بين قوسين معقوفين، ذلك أنه هو الحل الذي يتفق مع المادة ١٨ (أ). غير أنه لوحظ أن توقف الشركة عن الوجود في القانون لم يعتبر، لا في المادة ١٨ (أ) ولا في المادة ٢٠، العنصر الحاسم. فالأهم من ذلك أنه يجب أن تكون الشركة فعلياً وعملياً عاجزة عن الدفاع عن حقوقها ومصالحها. ورأى آخرون أن الحكم الوارد بين قوسين معقوفين يبدو متناقضاً مع المادة ١٨ (أ) التي وفقاً لها يتوقف حق دولة جنسية الشركة في ممارسة الحماية الدبلوماسية عندما تتوقف الشركة عن العمل. غير أنه يحق مع ذلك لدولة الجنسية، موجب الحكم الوارد في المادة ٢٠، ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن الشركة المتوقفة عن العمل. واقتراح، بناء على ذلك، حذف هذا الحكم. واقتراح أيضاً تقسيم المادة ٢٠ إلى فقرتين تتألف الثانية من الجزء من النص الوارد بين قوسين معقوفين، الذي تحذف منه عبارة "شريطة أن"، مع إمكانية إضافة العبارة "مع الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة ٢٠" في نهاية مشروع المادة ١٨ (أ)، بعد لفظة "تأسيس".

١٢١- وأعرب عن التأييد أيضاً لموقف المقرر الخاص وهو أنه لا لزوم لصياغة قاعدة منفصلة فيما يتعلق بالاستمرارية بالنسبة لحملة الأسهم. غير أنه ليس من الواضح أن قاعدة الاستمرارية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين تغطي دائماً حملة الأسهم. فذلك صحيح في بعض الحالات فقط. أما في بعض الحالات الأخرى، وهي أكثر بكثير، فإن حملة أسهم شركة ما هم أشخاص اعتباريون.

١٢٢- واقتراح الاستعاضة عن عبارة "كان تأسيسها موجب قوانين هذه الدولة" بعبارة "كانت تحمل جنسية هذه الدولة" وعن عبارة "دولة تأسيس الشركة الميتة" بعبارة "دولة جنسية الشركة الميتة".

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٢٣- لاحظ المقرر الخاص أنه ليست هناك أية اعترافات جديدة على المادة ٢٠. غير أنه كان هناك انقسام في الرأي حول الشرط. واقتراح أيضاً تنسيق نص المادة مع نص المادة ٤ [٩]. وبالتالي أوصى بإحاله المادة إلى لجنة الصياغة.

فإن حكماً بشأن مبدأ التخصيص ينبغي ألا يكون مقصوراً على حماية الشركات أو المساهمين فيها، بل أن يكون أوسع نطاقاً وأن يدرج في الأحكام النهائية لمشاريع المواد. ورأى البعض أن لا مانع مثلاً من منح معاهدات حقوق الإنسان أولوية في سياق حماية الأشخاص الطبيعيين.

١٣١ - وأعرب آخرون عن قلقهم إزاء توسيع نطاق انتطاق الحكم ليشمل مشاريع المواد بأكملها. فقد أشير إلى أن ذلك يمكن أن يجعل دون اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين في الحالات التي توجد فيها ظُلم " خاصة " لحماية حقوق الإنسان تقوم عادة على اتفاقيات متعددة الأطراف ولا تستبعد صراحةً ممارسة الحماية الدبلوماسية. ولذلك فإن توسيع نطاق الحكم المتعلق بمبدأ التخصيص ليشمل الأشخاص الطبيعيين قد يولد انتباعاً بأن إمكانية الحماية الدبلوماسية يستبعدها بالضرورة وجود نظام بشأن حماية حقوق الإنسان. والواقع أن النظمتين وضعها ليكمل أحدهما الآخر. وعليه، اقترح أن ينص الحكم على أن القواعد الخاصة لا تنطبق بصفة كاملة ومطلقة إلا إذا نصت على ذلك صراحةً، وإلا فإن القواعد العامة للقانون الدولي تطبق أيضاً.

١٣٢ - واقتراح آخرون أن يدرج في نص مشروع المادة ٢١ نفسه شرط التعارض الفعلي بين حكماً يتناولان الموضوع نفسه ووجود نية واضحة في أحد الحكمين لاستبعاد الآخر. وأشار إلى فارق بين المادة ٢١ والمادة ٥٥ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، ألا وهو أن القاعدة العامة لا تسري، ليس فقط حينما تكون وإنما أيضاً "بقدر ما تكون" مسألة الحماية الدبلوماسية محكمة بقواعد خاصة من قواعد القانون الدولي. وأشار آخرون إلى أن الحكم مختلف عن المادة ٥٥ التي تتناول حالات التعارض بين القاعدة العامة والقاعدة الخاصة. أما المادة ٢١ فتشتمل مبدأ الأفضلية، وذلك أنها فيما يتعلق بالشركات تعطي الأفضلية للإجراءات الخاصة التي لها أسبقية على القواعد العامة. وعليه اقترح إعادة صياغة الحكم كقاعدة من قواعد الأولوية، بحيث لا تستبعد الحماية الدبلوماسية بالكامل. كذلك أعرب عن رأي مفاده أن نظام الأولوية لا يمكن أن يفترض، وأن "النظام الخاص" لا يمكن أن يعتبر دائماً وسيلة الانتصاف التي ينبغي استفادتها قبل أن يتسع تطبيق الحماية الدبلوماسية.

١٣٣ - وذهب اقتراح آخر إلى أن النهج الأساسي الواجب اتباعه هو الاعتراف، في مشاريع المواد أو في التعليق، بوجود ظُلم خاصة هامة لحماية الاستثمار تشمل معاهدات الاستثمار الثنائية ولكن لا تقتصر عليها وبأن الغرض من مشاريع المواد ليس إلغاء أو تعديل تلك النظم. ويفسح هذا النهج مجالاً لإمكانية استعمال قواعد القانون العربي الدولي في تلك السيارات ما دامت لا تتعارض مع تلك النظم.

عام ٢٠٠١^(٨٣). ولوحظ أن مما جاء في الفقرة (٤) من التعليق على المادة ٥٥ أنه "لا يكفي لانطباق مبدأ التخصيص أن يكون الموضوع نفسه مطروقاً في حكمين من الأحكام؛ بل يجب أن يكون بين الحكمين نوع من التعارض الفعلى، أو أن توجد في أحد الحكمين نية واضحة لاستبعاد الآخر"^(٨٤).

١٢٧ - ويرى المقرر الخاص تعارضاً واضحاً بين قواعد القانون الدولي العربي بشأن الحماية الدبلوماسية لاستثمار الشركات، هذه القواعد التي لا تتوخى الحماية إلا بناءً على تقدير الدولة الوطنية وإلا في حالة الشركة نفسها، وبين النظام الخاص بشأن الاستثمار الأجنبي المنشأ بمعاهدات خاصة تمنح المستثمر الأجنبي بصفة مباشرة، شركةً كان أم مساهمًا، حقوقاً يمكن أن تقرها محكمة دولية. ولذلك فمن الضروري إدراج هذا الحكم في مشاريع المواد.

(ب) ملخص النقاش

١٢٨ - أُعرب في اللجنة عن آراء مختلفة بشأن مدى ضرورة إدماج حكم عن مبدأ التخصيص في مشاريع المواد. ونوقشت ثلاثة احتمالات: (أ) قصر مشروع المادة على المعاهدات الثنائية والمتعلقة بالأطراف المتعلقة بحماية الاستثمارات؛ أو (ب) إعادة صياغته في حكم أعم ينطبق على محمل مشاريع المواد؛ أو (ج) حذفه.

١٢٩ - وذهبت مجموعة من الآراء إلى أنه يجدر إدراج هذا الحكم لأن من شأنه توضيح صلة مبدأ التخصيص بمشاريع المواد والاعتراض بوجود نظام هام لهذا المبدأ ينطبق في مجال حماية الاستثمارات. ولوحظ أنه توجد في مجال الحماية الدبلوماسية قواعد خاصة كثيرة، منها ما يستبعد أو يرجئ الحماية بتوفير طريقة لتسوية المنازعات تمنح المستثمر دوراً مباشراً. وتعدل أحكام أخرى شرط جنسية الأدعاءات أو تقييد قاعدة سبل الانتصاف المحلي. وذهب رأي مماثل إلى أن لا ضير في إدراج حكم ينص على مبدأ التخصيص في مشاريع المواد واعتبار ذلك من باب التحوط الرائد، وإن لم تكن لإدراج هذا الحكم ضرورة قاطعة لأنه في جميع الأحوال ينطبق كبدأً من مبادئ القانون العامة بصرف النظر عن إدراجه أو عدم إدراجه.

١٣٠ - غير أن البعض رأى أنه إذا كانت معظم هذه النظم الخاصة تتعلق بالحماية الدبلوماسية للشركات أو المساهمين فيها،

(٨٣) تنص المادة ٥٥ على ما يلي:
"لا تسرى أحكام هذه المواد حينما تكون وبقدر ما تكون الشروط المصلحة بوجود فعل غير مشروع دولياً أو مضمون المسؤولية الدولية للدولة أو إعمال هذه المسؤولية منظمة بموجب قواعد خاصة من قواعد القانون الدولي" (جريدة ٢٠٠١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٣، الفقرة ٧٦).

(٨٤) المرجع نفسه، ص ١٨٥، الفقرة ٧٧.

أخرى تستبعد قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ونظم تشمل معايير حقوق الإنسان ويمكن أن تكمل أو تحل محل الحماية الدبلوماسية. وأشار في هذا الصدد إلى الاقتراح الداعي إلى إعادة صياغة المادة في حكم عام يدرج في نهاية مشاريع المواد. فحذر من هذا النهج الذي يمكن أن يدعم الرأي القائل إن الحماية الدبلوماسية يمكن استبعادها بمعاهدة حقوق الإنسان، في حين أن الحماية الدبلوماسية يمكن أن تتيح سبيل انتصاف أجنبي. ورأى أنه إذا أريد توفير أقصى حماية لحقوق الفرد فلا بد من أن يكون قادرًا على الاحتياج بجميع النظم.

١٣٨ - وبعد التروي وعلى ضوء الشواغل المشاركة في أثناء النقاش، اقترح على اللجنة أن تنظر في حذف المادة ٢١ وترك المسألة للتعليق.

١٣٩ - إلا أن اللجنة قررت إحالة الحكم إلى لجنة صياغة لكي تعيد صياغته بوصفه شرط عدم إخلال يضاف إلى نهاية مشاريع المواد.

٦ - المادة ٢٢

(أ) عرض المقرر الخاص

١٤٠ - أوضح المقرر الخاص أن الغرض من المادة ٢٢ هو تطبيق القواعد الموضوعة للشركات على الأشخاص الاعتباريين الآخرين، مع إدخال ما يلزم من تغييرات يقتضيها اختلاف هيئات هؤلاء الأشخاص الاعتباريين الآخرين وأهدافهم وطبيعتهم. ولاحظ المقرر الخاص أن هؤلاء الأشخاص الاعتباريين الآخرين قد يحتاجون لهم أيضًا إلى الحماية الدبلوماسية وقد شددت محكمة العدل الدولية الدائمة على أن مؤسسات أخرى قد تكون لها شخصية اعتبارية، مما قد يستتبع حماية دبلوماسية . وليس هناك ما يمنع دولة من حماية جامعية، مثلاً إذا لحقها ضرر في الخارج، شريطة أن تكون جامعة خاصة بالكامل. وفي حالة الإضرار بجامعة مولدة من الميزانية العامة أو خاضعة للدولة، فإن الضرر يعتبر ضررًا مباشرًا بالدولة. كما أشار إلى مثال المؤسسات والمنظمات غير الحكومية التي تشارك بصفة متزايدة في أعمال حرية في الخارج في ميادين الصحة والرعاية الاجتماعية وحقوق الإنسان وحقوق المرأة وما إلى ذلك. ففي نظره ينبغي حماية هذه المؤسسات والمنظمات غير الحكومية في الخارج (رغم وجود آراء أكاديمية مخالفة لذلك).

(٨٥) فيما يلي نص المادة ٢٢ بالصيغة التي اقترحها المقرر الخاص في تقريره الرابع:

"المادة ٢٢ - الأشخاص الاعتباريون"

"تطبق المبادئ الواردة في المواد من ١٧ إلى ٢١ فيما يتعلق بالشركات، مع ما يقتضيه اختلاف الحال من تبديل، على الأشخاص الاعتباريين الآخرين".

١٣٤ - وقدمت اقتراحات إضافية لإعادة صياغة الحكم شملت تحويله إلى استبعاد مشروط، وتحديد محتواه ونطاق انتطبقه، وصياغته صياغةً أقرب إلى المصطلحات المستعملة في معاهدات الاستثمار، وحذف عبارة "قوانين خاصة تطبق على أحوال بعضها" في العنوان.

١٣٥ - وعلى النقيض من ذلك، أعرب آخرون عن شكوكهم في جدوى إدراج حكم بشأن مبدأ التخصيص. وأشار إلى أن الحكم قد لا يكون ضروريًا إذا كان مبدأ التخصيص قائمًا فقط على أحكام تعاهدية. وأعرب أيضًا عن رأي مفاده أن الحكم يتزع إلى إعطاء انتطاب خاطئ بوجود شرط تخيير ("إما ... أو") يقضى بأن قواعد الحماية الدبلوماسية تطبق بكمالها أو لا تنطبق على الإطلاق. فعلى سبيل المثال، إذا وجد نظام مناسب لتنظيم حقوق الإنسان مثلاً فإن جميع أحكام الحماية الدبلوماسية تُستبعد على الفور (وهذا غير صحيح). وبالإضافة إلى ذلك، فإن إدراج حكم كهذا في النصوص الصادرة عن اللجنة قد يولد انطباعاً مخالفًا غير صحيح بأن المعاهدة التي لا تنص على قاعدة تخصيص هي معاهدة يراد أن يكون لها وضع خاص "لا استثناء منه". وعليه، أعرب أصحاب هذا الرأي عن تفضيلهم حذف المادة بأكملها وتناول المسألة في التعليق.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٣٦ - أشار المقرر الخاص إلى أنه اقترح المادة ٢١ لسبعين: (أ) النسج على منوال مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا؛ و(ب) الحاجة إلى مراعاة ما ترمي إليه معاهدات الاستثمار الثنائية صراحةً من تلافي نظام الحماية الدبلوماسية بسبب طبيعته التقديرية، وكذلك من أجل منح دولة جنسية المساهمين حقوقها. إلا أنه بعد النقاش لم يعد متيقناً من كلا الأمرين. ووافق على أن لا حاجة إلى النسج على منوال مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا دون تبصر، وأكد اقتناعه بالحجة القائلة إن معاهدات الاستثمار الثنائية لا ترمي إلى استبعاد القانون الدولي العربي كليةً. فكثيرًا ما تكون نية الأطراف هي إباحة اللجوء إلى القانون الدولي العربي بغية سد ثغرات النظام، وإرشاد المحاكم عندما يستدعي الأمر تفسير تلك المعاهدات. وإذا أشارت المادة ٢١ إلى أن نظام معاهدات الاستثمار الثنائية يستبعد القواعد العرفية فهذا أمر يفتقر إلى الدقة وينطوي على خطورة محتملة. فإن أريد الاحتفاظ بهذه المادة فلا بد من تعديلها وإسقاط العنوان "قوانين خاصة تطبق على أحوال بعضها" وإعادة صياغتها تتفق مع التوجهات المقترحة أثناء النقاش.

١٣٧ - كما أشار المقرر الخاص إلى انتقاد آخر وجهه إلى المادة ٢١ وهو عدم وجود ما يدعو إلى قصرها على معاهدات الاستثمار الثنائية. وقال إنه توجد في المعاهدات مثلاً نظم خاصة

٤٤- وبينما أعرب البعض عن تأييده لإدراج عبارة "مع ما يقتضيه اختلاف الحال من تبديل mutatis mutandis)، بعد أن أصبحت عرفاً قانونياً مقبولاً، رئي أيضاً أن هذه العبارة لا تحل المشكلة بالكامل، ذلك أنها تقاد لا تبين الظروف التي تستتبع تطبيق قاعدة مختلفة، ولا يضمون تلك القاعدة المختلفة، أي ما الذي يحدث التغيير وما هو هذا التغيير. ولذلك، أعرب عن تفضيل قاعدة إيجابية تتناول الأشخاص الاعتباريين خلاف الشركاء، ويعتمد في وضعها على تحليل لممارسة الدول. واقترحت الصيغة التالية: "الدولة المؤهلة ممارسة الحماية الدبلوماسية لشخص اعتباري خلاف الشركة هي دولة مُنحت الشخصية الاعتبارية بموجب قانونها، شريطة أن يكون مكان الإدارة أو التسجيل في إقليم الدولة نفسها".

- واقتراح البعض أن يُدرج في النص شرط الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لكيان معين بين الدول المعنية. ورأى آخرون أن شرط الاعتراف لا ينبغي تطبيقه إلا على الدولة المقدمة للطلب الخاص بالحماية الدبلوماسية لأنّه لو اشترط الاعتراف المتبادل فإن الدولة التي لا تعترف بكيانات معينة، مثل المنظمات غير الحكومية، ستكون طليقة اليد لتعمل ما تشاء بهذه الكيانات. وأشار إلى أن شرط الاعتراف المتبادل هنا ليس مدرجاً في سياق الشركات. وذهب رأي آخر إلى أن السمة المشتركة في أي شخص اعتباري هي أن له حقوقاً وعليه التزامات. فإذا أطلقت في القانون الداخلي على كيان ما صفة الشخص الاعتباري فذلك كافٍ في نظر النظام القانوني الدولي الذي عليه أن يضع ذلك في اعتباره لأغراض الحماية الدبلوماسية. واقتراح آخرون أن يُترك للدولة تقرير ما إذا كانت تريد ممارسة الحماية الدبلوماسية إزاء الشخص الاعتباري أم لا.

وأعرب بعض الأعضاء عن قلقهم إزاء جلوء الدول إلى توفير الحماية الدبلوماسية لأشخاص اعتباريين خلاف الشركات، مثل المنظمات غير الحكومية التي يكون إنشاؤها وسيرها محكomin عموماً بالقانون الوطني لهذه الدول. وأشار إلى أن ممارسة الحماية الدبلوماسية قرار سياسي أساساً، ورئي أنه من الممكن أن تميل دولة إلى دعم شخص اعتباري مقره في إقليمها ضد دولة أخرى لا تقيم معها علاقات ودية. ولذا أُعرب عن تفضيل إدراج صيغة واضحة في المادة ٢٢ تشير إلى حواجز أو عدم حواجز تمنع المنظمات غير الحكومية بهذه الحماية. وأعرب عن التأييد لرأي مفاده أن المنظمات غير الحكومية لا تقيم في معظم الحالات مع دولة التسجيل صلات كافية تجيز لهذه الدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية. وأعرب أعضاء آخرون عن رأي مفاده أن الحماية الدبلوماسية تمتد إلى كل الأشخاص الاعتباريين، بما فيهم المنظمات غير الحكومية، وأن للدول على أي حال حقاً تقديرياً في حماية مواطنيها.

١٤٢ - والسبيل الوحيد لإحراز تقدم في هذه الظروف هو تركيز الاهتمام على الشركة، ثم إدراج شرط عام كما في المادة ٢٢ يطبق المبدأ الموضوع للشركات على الأشخاص الاعتباريين الآخرين، مع ما يقتضيه اختلاف الحال من تبديل. وللاحظ أيضاً أن معظم الحالات التي تتطوي على توفير الحماية الدبلوماسية لأشخاص اعتباريين خلاف الشركات مشمولة بمشرعى المادتين ١٧ و ٢٠ وأن مشروعى المادتين ١٨ و ١٩ اللذين يتناولان حماية المساهمين لا ينطبقان على الأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات.

(ب) ملخص النقاش

٤٣ - أُعرب البعض عن تأييده للرأي القائل إنه من غير الممكن صياغة مواد أخرى تتناول الحماية الدبلوماسية لكل نوع من أنواع الأشخاص الاعتباريين. فالصعوبة الرئيسية لهذا النهج تكمن في التنوع الشديد للأشكال التي يمكن أن يتخذها الأشخاص الاعتباريون، كل بحسب التشريع الداخلي للدول. ورئي أيضاً أن في الاحتفاظ بالحكم بعض القيمة العملية لأنه يذكر بأن هذه الحالات، على ندرتها، موجودة كما يتبيّن من قضية جامعة بيير بازماني^(٨٦).

١٥١ - وعليه، اقترح أن تتحيل اللجنة مشروع المادة إلى لجنة الصياغة كيما تصوغ حكماً ممناً يكون مفتوحاً لما يستجد من تطورات في الممارسة المتعلقة بتطبيق الحماية الدبلوماسية على الأشخاص الاعتباريين الآخرين.

جيم - نص مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة حتى الآن

١ - نص مشاريع المواد

١٥٢ - فيما يلي نص مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة حتى الآن.

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 تتبين، بحكم حقها الذاتي، قضية أحد رعاياها فيما يتصل بضرر لحقه من جراء فعل غير مشروع دولياً قامته به دولة أخرى.

٢ - يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بغير الرعایا وفقاً للمادة ٧^(٨٨).

المادة ٢ [٣] - الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية^(٨٩)

يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقاً لهذه المواد.

الباب الثاني

الأشخاص الطبيعيون

المادة ٣ [٥] - دولة الجنسية^(٩٠)

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 خالفة الدول أو التحنس أو بأية طريقة أخرى لا تعارض مع القانون الدولي.

(٨٨) سيعاد النظر في هذه الفقرة إذا أدرجت استثناءات أخرى في مشاريع المواد. وللاطلاع على التعليق، انظر حولية ٢٠٠٢ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٢٨١.

(٨٩) الأرقام المدرجة بين قوسين معقوفتين هي أرقام المواد كما اقرتها المقرر الخاص. وللاطلاع على التعليق، انظر حولية ٢٠٠٢ (الحاشية ٨٨ أعلاه).

(٩٠) سيعاد النظر في المادة [٣][٥] بالاقتران مع نظر اللجنة في الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين. وللاطلاع على التعليق، انظر حولية ٢٠٠٢ (الحاشية ٨٨ أعلاه).

١٤٧ - وأعرب آخرون عن شكوكهم في جدوى إدراج الحكم أصلاً، لعدم وجود مواد قانونية، بما في ذلك أدلة عن ممارسة الدول، تكفي لصياغة مشاريع قواعد لتوفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات. كما أعرب البعض عن خشبيته من أن تنطوي المادة ٢٢ على قضايا أكثر تعقيداً بكثير مما يظهر للوهلة الأولى، ورأوا أن من الصعب جداً تشبيه الأشخاص الاعتباريين الآخرين بالشركات والمساهمين. واقرروا تناول هذه المسألة في دراسة منفصلة.

١٤٨ - ولاحظت آراء أخرى أن الإشارة إلى المواد من ١٧ إلى ٢١ غير دقيقة لأن المادتين ١٨ و ١٩ لا تتطابقان. وينبغي، بدلاً من ذلك، أن يقتصر الحكم على العبارة التالية: "في المادتين ١٧ و ٢٠". واقتراح البعض النص التالي لعنوان المادة: "الأشخاص الاعتباريون الآخرون". واستفسر آخرون عن ضرورة الإشارة إلى كلمة "المبادئ".

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١٤٩ - لاحظ المقرر الخاص ضيق نطاق ممارسة الدول بشأن الظروف التي توفر فيها الدولة الحماية للأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات. فالشركة هي الشخص الاعتباري الأكثر مشاركة في التجارة الدولية. ولهذا السبب تحتل مكاناً بارزاً في المنازعات القانونية الدولية. والسؤال المطروح هو ما العمل في الحالة التي تكون فيها ممارسة الدول ضئيلة أو معدومة في الوقت الذي توجد فيه حاجة فعلية لتناول الأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات في مشاريع المواد. وذكر بأنه في أثناء مناقشة حماية الشركات طرح بعض أعضاء اللجنة سؤالاً عن حماية الأشخاص الاعتباريين الآخرين. ومن غير شك أن أسئلة مماثلة ستُطرح في اللجنة السادسة وفي الأوساط القانونية الدولية إن لم يدرج في مشاريع المواد حكم في هذا الشأن. وليس من المناسب في نظره تجنب الموضوع مجرد عدم وجود ممارسة كافية للدول فيه. فلا مناص من إدراج حكم في هذا الموضوع، سواء لأنه يتناول مبدأ "عاماً" من النوع الوارد في قضية شركة برشلونة للجر^(٨٧)، أو لأنه يمكن استعماله على سبيل القياس أو على سبيل التطوير التدريجي.

١٥٠ - ولاحظ المقرر الخاص أن عدداً من الأعضاء أشاروا إلى صعوبات فيما يخص المنظمات غير الحكومية. وأوضح أنه لا ينوي تناول وضع هذه الكيانات في مشاريع المواد، وأن النهج المتبع هو مجرد الاعتراف بأنه إذا ما ثارت المشكلة فإنه ينبغي النظر في مبادئ الحماية الدبلوماسية للشركات وتطبيقها مع ما يقتضيه اختلاف الحال من تبديل. ولاحظ أن عدة اقتراحات بشأن الصياغة تشير، فيما يبدو، إلى تأييد أغليبة أعضاء اللجنة لهذا النهج، كما تشير إلى تأييد إدراج عبارة "مع ما يقتضيه اختلاف الحال من تبديل".

(٨٧) انظر الحاشية ٧٢ أعلاه.

٧/[٨٦] قبل أن يكون هذا الشخص قد قام، رهناً بالسادة [١٤/١٠]، باستفاد جميع سبل الانتصاف المحلية.

٢ - تعني "سبل الانتصاف المحلية" سبل الانتصاف المتاحة قانوناً للأشخاص المنظرين أمام المحاكم أو الهيئات القضائية أو الإدارية، سواء كانت عادلة أم خاصة، للدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن الضرر.

المادة ١١٩ - تصنیف المطالبات^(٩٧)

تُستند سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي يتم فيها تقديم مطالبة دولية أو طلب إصدار حكم تفسيري متصل بالمطالبة، في المقام الأول، على أساس ضرر لحق مواطن أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في المادة ٧/[٨٨].

المادة ١٤١٠ - الاستثناءات من قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(٩٩)

لا حاجة لاستفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

(أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية لا توفر أي إمكانية معقوله لانتصاف فعال؛

(ب) إذا وجد تأخير لا مسوغ له في عملية الانتصاف يعزى إلى الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة؛

(ج) إذا لم توجد علاقة مناسبة بين الفرد المتضرر والدولة التي يُدعى أنها مسؤولة أو كانت ظروف الدعوى فيما عدا ذلك تجعل استفاد سبل الانتصاف المحلية عملية غير معقوله؛

(د) إذا تنازلت الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن شرط استفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٠٠).

٢ - نص مشاريع المواد مع التعليقات عليها التي اعتمدها اللجنة في دورتها الخامسة والخمسين

١٥٣ - فيما يلي نص مشاريع المواد [١٠/٨] و[١١/٩] مع التعليقات عليها التي اعتمدها اللجنة في دورتها الخامسة والخمسين.

الحماية الدبلوماسية

المادة ١٠/٨ - استفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٠١)

١ - لا يجوز للدولة أن تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بضرر لحق بأحد مواطنيها أو بشخص آخر من الأشخاص

(٩٦) سيعاد النظر في الإشارة إلى المادة ٧/[٨] إذا أدرجت استثناءات أخرى من قاعدة الجنسية في مشاريع المواد. وللاطلاع على التعليق، انظر الفقرة ١٥٣ أدناه.

(٩٧) انظر الماشية ٩٥ أعلاه.

(٩٨) انظر الماشية ٩٦ أعلاه.

(٩٩) انظر الماشية ٩٥ أعلاه.

(١٠٠) قد يعاد النظر في الفقرة الفرعية (د) مستقبلاً بغية النص عليها في مادة منفصلة بعنوان "التنازل". وللاطلاع على التعليق، انظر الفقرة ١٥٣ أدناه.

(١٠١) انظر الماشية ٩٥ أعلاه.

المادة ٤ [٩] - استمرار الجنسية^(٩١)

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 لدولة 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.

المادة ٥ [٧] - الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة^(٩٢)

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 لها 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^(٩٣)

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

المادة ٧ [٨] - الأشخاص عاديون الجنسية واللاجئون^(٩٤)

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

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

المادة ٨ [١٠] - استفاد سبل الانتصاف المحلية^(٩٥)

١ - لا يجوز للدولة أن تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بضرر لحق بأحد مواطنيها أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في المادة

للالطلاع على التعليق، انظر حولية ٢٠٠٢ (الحاشية ٨٨) أعلاه).

(٩١) المترجم نفسه.

(٩٢) المترجم نفسه.

(٩٣) المترجم نفسه.

(٩٤) المترجم نفسه.

(٩٥) ستدرج المواد [١٠/٨] و[١١/٩] و[١٤/١٠] في باب رابع مقبل بعنوان "سبل الانتصاف المحلية"، وسيعاد ترتيبها. وللاطلاع على التعليق، انظر الفقرة ١٥٣ أدناه.

(٣) وتشير الفقرة ١ إلى رفع مطالبة عوضاً عن تقديم مطالبة ذلك أن لفظة "رفع" تعكس العملية بشكل أدق مما تعكسه كلمة "تقديم" التي تشير إلى فعل رسمي تترتب عليه نتائج ويستخدم أحسن ما يستخدم لتحديد اللحظة الزمنية التي تقدم فيها المطالبة رسمياً.

(٤) وعبارة "جميع سبل الانتصاف المحلية" يجب أن تقرأ في سياق المادة ١٠ [١٤]، التي تصف الظروف الاستثنائية التي لا يحتاج فيها الأمر إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية. والاقتراحات الرامية إلى الإشارة في هذا الحكم إلى الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية "الملازمة والفعالة" فقط لم تتبع لسبعين. أو لمنما أن مثل هذا الوصف لشرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية يحتاج إلى عنابة خاصة في حكم منفصل. والشأن أن كون عبء الإثبات يقع عادة على الدولة المدعى عليها ليبيان أن سبل الانتصاف المحلية متاحة، في حين أن عبء الإثبات يقع على الدولة المقدمة للمطالبة لإثبات أنه لا توجد أية سبل انتصاف فعالة متاحة للشخص المتضرر^[١٠٧]، إنما يتطلب معالجة هذين الجانبيين من جوانب سبل الانتصاف المحلية كل على حدة.

(٥) وسبل الانتصاف المتاحة للأجنبي التي يجب استنفادها قبل رفع مطالبة دولية تختلف حتماً من دولة إلى أخرى. ولا يمكن لأي تدوين وبالتالي أن يصح في النص على حكم مطلق ينطوي جميع الحالات. والفقرة ٢ تحاول وصف النوع الرئيسي من سبل الانتصاف التي لا بد من استنفادها وذلك بعبارات عامة^[١٠٨]. وفي الحالة الأولى، من الواضح أنه يجب على المواطن الأجنبي أن يستنفذ جميع سبل الانتصاف القضائية المتاحة المكفولة في القانون المحلي للدولة المدعى عليها. وإذا كان القانون المحلي المعنى يحظر الاستئناف لدى المحكمة الأعلى درجة في ظروف القضية، يجب تقديم ذلك الاستئناف من أجل تأمين قرار نهائي في الموضوع. وتشمل المحاكم في هذا الصدد المحاكم العادلة والخاصة بما أن المسألة لا تكمن في الطابع العادي أو الاستثنائي لسبيل الانتصاف القانوني، وإنما تكمن فيما إذا كان هذا السبيل يتبع إمكانية الخبر الفعال والكافى^[١٠٩]. ويجب أيضاً استنفاد سبل

(١٠٧) بحث المقرر الخاص مسألة عبء الإثبات في تقريره الثالث عن الحماية الدبلوماسية (انظر الحاشية ٦٩ أعلاه)، الفقرات ٦٩-١١٨-١٠٢. وقررت اللجنة عدم إدراج مشروع مادة بشأن هذه المسألة (حولية ٢، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرات ٤٢٠-٢٤٠). انظر أيضاً قضية إيسى (الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٨-٤٦، الفقرات ٥٩-٦٣.

(١٠٨) في مطالبة أمباتيسيلوس أعلنت المحكمة أن "كل نظام الحماية القانونية، كما ينص عليه القانون المحلي، هو الذي يجب أن يوضع موضع الاختبار" award of 6 March 1956, UNRIAA, vol. XII (Sales No.) C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990).

B. Schouw Nielsen v. Denmark, application No. 343/57, (١٠٩) decision of 2 September 1959, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958-1959, p. 438 (حيث وردت إشارة إلى نظر معهد

المشار إليهم في المادة ٧ [٨]^[١٠١] قبل أن يكون هذا الشخص قد قام، رهنًا بالمادة ١٠ [١٤]، باستنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية.

٢- تعني "سبل الانتصاف المحلية" سبل الانتصاف المتاحة قانوناً للأشخاص المتضررين أمام المحاكم أو الهيئات القضائية أو الإدارية، سواء كانت عادلة أم خاصة، للدولة التي يدعى أنها مسؤولة عن الضرر.

التعليق

(١) تسعى المادة ٨ إلى تدوين قاعدة القانون الدولي العربي التي تقضي باستنفاد سبل الانتصاف المحلية بوصفه شرطاً أساسياً لتقليل مطالبة دولية. وقد اعترفت محكمة العدل الدولية بهذه القاعدة في قضية إنترهاندلر بأكملها^[١٠٢] كذلك إحدى دوائر المحكمة في قضية إيسى بوصفها "مبدأ هاماً من مبادئ القانون الدولي العربي"^[١٠٣]. ويضمن استنفاد سبل الانتصاف المحلية "أن تباح للدولة التي حدث فيها الانتهاك الفرصة لجره بوسائلها الذاتية، في إطار نظامها القانوني المحلي"^[١٠٤]. وقد سبق للجنة أن نظرت في استنفاد سبل الانتصاف المحلية في سياق أعمالها بشأن مسؤولية الدول وخلصت إلى أنه "مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام" تويفه الأحكام القضائية، وممارسة الدول، والمعاهدات، ومصنفات فقهاء القانون^[١٠٥].

(٢) والأشخاص الطبيعيون والاعتباريون على السواء مطالبون باستنفاد سبل الانتصاف المحلية. والشركة الأجنبية المملوكة جزئياً أو بشكل أساسى من رؤوس أموال حكومية مطالبة أيضاً باستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما تقوم بأعمال إدارية. والأشخاص من غير مواطنى الدولة الممارسة للحماية، الذين يحق لهم التمتع بالحماية الدبلوماسية في الظروف الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٧ [٨]^[١٠٦]، مطالبون أيضاً باستنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٠٢) انظر الحاشية ٩٦ أعلاه.

Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 27

(١٠٣) (١٠٤) انظر الحاشية ٧٣ أعلاه، ص ٤٢. (١٠٤) انظر الحاشية ٧٣ أعلاه، ص ٤٢. (١٠٥) انظر الحاشية ١٠٣ أعلاه.

(١٠٦) انظر المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة في القراءة الأولى، حولية ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٢٧ (اعتمدت اللجنة مشروع المادة ٢٢ في دورتها التاسعة والعشرين، ويرد نصها والتعليق عليها في حولية ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٥٠-٣٠). انظر أيضاً المادة ٤٤ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي اعتمدها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين، حولية ٢٠٠١ (الحاشية ٦ أعلاه)، ص ١٥٦.

المادة ١١٩/[١] - تصنیف المطالبات^(١٦)

تستند سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي يتم فيها تقديم مطالبة دولية أو طلب إصدار حكم تفسيري متصل بالطالبة، في المقام الأول، على أساس ضرر لحق مواطن أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في المادة ٢٧^(١٧) [٨]

التعليق

(١) لا تُنطبق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية إلا على القضايا التي تكون فيها الدولة المطالبة قد تضررت "بشكل غير مباشر"، أي من خلال أحد رعاياها^(١٨). وهذه القاعدة لا تُنطبق حينما يلحق ضرر بالدولة المطالبة مباشرة بفعل غير مشروع لدولة أخرى، لأن للدولة، في هذه الحالة، سبباً منفصلاً خاصاً بها لتقدم مطالبة دولية.

(٢) ويصعب من الناحية العملية تحديد ما إذا كانت المطالبة "مباشرة" أو "غير مباشرة" في الحالات التي تكون فيها "خلطًا" بين الاثنين، معنى أنها تتضمن عناصر الضرر الملحق بالدولة والضرر الملحق بمواطنيها. وتضمنت مطالبات كثيرة عرضت على المحاكم الدولية ظاهرة المطالبة المختلطة. ففي قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين التابعين للولايات المتحدة في طهران^(١٩)، أخلت جمهورية إيران الإسلامية إخالاًً مباشراً بواجهها تجاه الولايات المتحدة المتمثل في حماية موظفيها الدبلوماسيين والقنصليين، ملحقة في الوقت ذاته ضرراً بالمواطنين (أي الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين) الذين احتجزوا كرهائن؛ وفي قضية إنترهانديل^(٢٠) قدمت سويسرا مطالبات تتصل بالضرر المباشر الذي أصابها من جراء انتهاك أحكام معاهدة، وبالضرر غير المباشر الناجم عن الأذى الذي لحق بشركة وطنية. أما في قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين التابعين للولايات المتحدة في طهران، فإن محكمة العدل الدولية عاملت المطالبة بوصفها انتهاكاًً مباشراً للقانون الدولي؛ وفي قضية إنترهانديل، حملت المحكمة إلى أن المطالبة يغلب عليها الطابع غير المباشر، وإلى أن شركة إنترهاندل لم تستند سبل الانتصاف المحلية.

(١٦) انظر الحاشية ٩٥ أعلاه.

(١٧) انظر الحاشية ٩٦ أعلاه.

(١٨) يتفق هذا مع المبدأ الذي عرضته محكمة العدل الدولي الدائمة في قضية مافروماتيس والذي يقول "إن الدولة بتبنّيها قضية أحد رعاياها، وبالتجوء إلى التصرف الدبلوماسي أو الإجراءات القضائية الدولية نيابة عنه، إنما تؤكّد في الواقع حقها هي، أي حقها في أن تخترم في شخص أحد رعاياها قواعد القانون الدولي". (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12*)

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (١٩) (*Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3*)

(٢٠) انظر الحاشية ١٠٣ أعلاه.

الانتصاف الإدارية. غير أن الأجنبي المتضرر مطالب فقط باستنفاد سبل الانتصاف المحلية التي تؤول إليه كحق ويمكن أن تفضي إلى قرار ملزم، وفقاً للمثل القائل "إذا وجد حق وجد السبيل إليه". وليس الشخص الأجنبي مطالباً بالتجهيز إلى الجهاز التنفيذي لغرض الانتصاف، في إطار ممارسة هذا الجهاز لسلطاته التقديرية. وسبل الانتصاف المحلية لا تشمل الانتصاف على سبيل المثبة^(٢١) أو سبل الانتصاف التي "يمثل غرضها في الحصول على ميزة، لا إثبات حق"^(٢٢).

(٦) وسعياً إلى إرساء أسس المطالبة الدولية بشكل مرض على أساس استنفاد سبل الانتصاف المحلية، يتعين على المتقاضي الأجنبي أن يدفع، في الإجراءات المحلية، بمجموع المخرج التي ينوي الدفع بها على الصعيد الدولي. وقد ذكرت دائرة محكمة العدل الدولية في قضية إيسبي أنه:

يكفي لكي تكون المطالبة الدولية مقبولة أن يكون جواهر المطالبة قد طرح أمام المحاكم المختصة، وتوبع بقدر ما تسمح القوانين والإجراءات المحلية دون نجاح^(٢٣).

وهذا المقياس أفضل من المقياس الأكثر صرامة الوارد في قضية التحكيم بشأن السفن الفنلندية ومؤداته:

يجب أن تكون جميع الواقع المدعى بها والأحكام القانونية المعروضة من جانب الحكومة المطالبة ... قد تناولتها المحاكم المحلية بالتحقيق وفصلت فيها^(٢٤).

(٧) ومن هنا فلا بد للمتقاضي الأجنبي أن يقدم جميع الأدلة المتاحة لديه لدعم جواهر مطالبه في عملية استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٢٥). ولا يمكنه استخدام سبل الانتصاف الدولي الذي توفره الحماية الدبلوماسية لتدارك الإعداد أو التقادم الخاطئ لمطالبه على المستوى المحلي^(٢٦).

القانون الدولي في هذه المسألة في قراره الصادر عام ١٩٥٤ (*Annuaire de l'Institut de droit international* (1956), vol. 46, p. 364))
Lawless case, application No. 332/57, decision of 30 August 1958,
Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1958–1959,
. p. 308 at pp. 318–322

(٢٠) مطالبة أصحاب السفن الفنلنديين ضد بريطانيا العظمى بشأن استخدام بعض السفن الفنلندية أثناء الحرب، القرار الصادر في ٩ أيار/مايو ١٩٣٤ UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479

(٢١) (*De Becker v. Belgium*, application No. 214/56, decision of 9 June 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958–1959, p. 238

(٢٢) (٢٢) (I.C.J. Reports 1989) (انظر الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٦
الفقرة ٥٩.

(٢٣) UNRIAA (انظر الحاشية ١١٠ أعلاه).

(٢٤) مطالبة أمباتيلوس (الحاشية ١٠٨ أعلاه).

(٢٥) D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (London, Stevens, 1970), vol. 2, p. 1059

يشأن تنفيذ وتطبيق معاهدة ما، فليست هناك أية حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف الخالية^(١٢٤)، إلا أنه توجد حالات طلب فيها من الدول استنفاد سبل الانتصاف الخالية حيث طلبت حكماً تفسيرياً فيما يتعلق بتفسير وتطبيق معاهدة يزعم أن الدولة المدعى عليها قد انتهكتها أثناء، أو بصدق، معاملتها غير المشروعة لأحد الرعایا^(١٢٥). وتوضح المادة [١١٩] أن تقديم طلب لإصدار حكم تفسيري في حد ذاته لا يعني من الامتنال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف الخالية. وعندما يكون الطلب المقدم لإصدار حكم تفسيري تبعياً أو يتصل بدعوى تتعلق بضرر لحق مواطن أو متصل بها - سواء تعلق بطلب للتعويض والرد بالنيابة عن المواطن المتضرر أم لا - يظل بوسع المحكمة أن تقرر أنه، في جميع ملابسات الدعوى، قد قدم الطلب لإصدار حكم تفسيري أساساً بناءً على ضرر لحق المواطن. ويكون مثل هذا القرار منصفاً ومعقولاً عندما يكون هناك دليل على أن الدولة المطالبة قد طلبت عمداً إصدار حكم تفسيري من أجل تفادي الامتنال لقاعدة سبل الانتصاف الخالية.

المادة [١٤١] - الاستثناءات من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف الخالية^(١٢٦)

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف الخالية في الحالات التالية:

- (أ) إذا كانت سبل الانتصاف الخالية لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال؛
- (ب) إذا وجد تأخير لا مسوغ له في عملية الانتصاف يعزى إلى الدولة التي يدعي أنها مسؤولة؛
- (ج) إذا لم توجد علاقة مناسبة بين الفرد المتضرر والدولة التي يدعي أنها مسؤولة أو كانت ظروف الدعوى فيما عدا ذلك تجعل استنفاد سبل الانتصاف الخالية عملية غير معقولة؛
- (د) إذا تنازلت الدولة التي يدعي أنها مسؤولة عن شرط استنفاد سبل الانتصاف الخالية^(١٢٧).

التعليق

- (١) تتناول المادة [١٤١] الاستثناءات من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف الخالية. وتعد الفقرات الفرعية من (أ) إلى (ج)،

Case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, decision of 9 December 1978, UNRIAA, vol. XVIII (Sales No. E/F.80.V.7), p. 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1988, p. 12 at p. 29, para. 41

(١٢٤) انظر قضية إيتراهانديل (الحاشية ١٠٣ أعلاه)، ص ٢٨-٢٩؛

قضية إيسى (الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٣.

(١٢٥) انظر الحاشية ٩٥ أعلاه.

(١٢٦) انظر الحاشية ١٠٠ أعلاه.

(١٢٧) انظر الحاشية ١١٩ أعلاه.

(٣) وفي حال المطالبة المختلطة، تكون المحكمة ملزمة ببحث مختلف عناصر المطالبة والبت فيما إذا كان العنصر الغالب هو المباشر أو غير المباشر. وفي قضية إيسى رفضت دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية حاجة الولايات المتحدة بأن جزءاً من دعواها ينبع على انتهاء إحدى المعاهدات وبالتالي فإنه لم يكن من اللازم استنفاد سبل الانتصاف الخالية، فائلة إن:

الدائرة لا تشكي في أن المسألة التي تصيغ مطالبة الولايات المتحدة ككل بصبغتها وتسودها هي الضرر الذي يدعى أنه أصاب شركتي رايشون وماتشليست [وهما شركتان أمريكيتان]^(١٢٨).

وما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمعيار العنصر الغالب المعيار الذي لا بد منه أو معيار شرط "الولا" ، والذي يسأل بمقتضاه إن كانت المطالبة التي تشمل عنصري الضرر المباشر وغير المباشر مستقدمة لولا المطالبة التي قدمت نيابة عن المواطن المتضرر. وإذا أحيل على هذا السؤال بالتفصي، فإن المطالبة تكون غير مباشرة ويتبع حينئذ استنفاد سبل الانتصاف الخالية. وليس ثمة مع ذلك ما يميز قياس العنصر الغالب عن قياس شرط "الولا". فإذا كانت المطالبة تقوم في معظمها على الضرر الذي أصاب المواطن، فإن هذا دليل على أن المطالبة ما كانت لتقدم لو لا الضرر الذي أصاب المواطن. وفي هذه الظروف فضلت اللجنة أن تعتمد قياساً واحداً فقط هو قياس العنصر الغالب.

(٤) وليست "المعايير" الأخرى التي يستند إليها لتحديد ما إذا كانت المطالبة مباشرة أو غير مباشرة قياسات بقدر ما هي عوامل يجبأخذها في الاعتبار عند البت فيما إذا كان العنصر الغالب في المطالبة مباشرةً أو غير مباشر، أو ما إذا كانت هذه المطالبة تقدم لو لا الضرر الذي أصاب المواطن. والعوامل الرئيسية التي يجبأخذها في الاعتبار في هذا التقسيم هي موضوع النزاع وطبيعة المطالبة والانتصاف المطالب به. وبالتالي فإنه حishما يكون موضوع النزاع موظفاً دليوماسياً^(١٢٩) أو ممتلكات الدولة^(١٢٣) تكون المطالبة عادة مباشرة، وحيشما تلتزم الدولة تعويضاً نقدياً نيابة عن أحد رعایاها تكون المطالبة غير مباشرة.

(٥) وتوضح المادة [١١٩] أن سبل الانتصاف الخالية يجب أن تستنفذ ليس فقط فيما يتصل بمطالبة دولية وإنما أيضاً فيما يتصل بطلب إصدار حكم تفسيري على أساس العنصر الغالب بالاستناد إلى الضرر اللاحق بأحد الرعایا. ومع أن هناك تأييداً للرأي القائل بأنه حishما لا تقدم دولة ما أية مطالبة بتعويضات مواطن من مواطنيها متضرر، ولكن تقتصر على مجرد طلب قرار

(١٢١) I.C.J. Reports 1989 (انظر الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٣، الفقرة ٥٢. انظر أيضاً قضية إيتراهانديل (الحاشية ١٠٣ أعلاه)، ص ٢٨.

(١٢٢) قضية الموظفين الدبلوماسيين وال Consultants التابعين للولايات المتحدة في طهران (انظر الحاشية ١١٩ أعلاه).

(١٢٣) Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4

الواضح^(١٣١)، غير أنه يفرض عيناً ثقلياً على المدعى إذ يطالبه بإثبات أنه لا توجد، في ظروف القضية، ومع مراعاة النظام القانوني للدولة المدعى عليها، أية إمكانية معقولة للحصول على إنصاف فعال. ويرجع أصل هذا المعيار إلى رأي مستقل أبداه السير هيرش لاوترياخت في قضية بعض القروض النرويجية^(١٣٢)، وأيدته مصنفات فقهاء القانون^(١٣٣). وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يتفق مع الأحكام القضائية التي قضت بأن سبل الانتصاف المحلية لا حاجة إلى استفادتها عندما لا تكون المحكمة المحلية مختصة بالنظر في النزاع المعنى^(١٣٤)؛ أو لا تستطيع المحاكم المحلية إعادة النظر في التشريع الوطني الذي يبرر الأفعال التي يشتكي منها الأجنبي^(١٣٥)؛ أو يكون من المعروف أن المحاكم المحلية تفتقر للاستقلالية^(١٣٦)؛ أو توجد سلسلة متسلقة وراسخة من السوابق التي ليست في صالح الأجنبي^(١٣٧)؛ أو تكون المحاكم المحلية

^(١٣١) *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 9 at p. 39.
^(١٣٢) انظر التقرير الثالث عن الحماية الدبلوماسية (الحاشية ٦٩ أعلاه)، الفقرة ٣٥.

Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., (١٣٣) *Series A/B, No. 76*, p. 4 at p. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, AJIL, vol. 28 (1934), p. 760 at p. 789; claims of Rosa Gelbtrunk, award of 2 May 1902, and the “Salvador Commercial Company” (“El Triunfo Company”), award of 8 May 1902, UNRIAA, vol. XV (Sales No. 1966.V.3), p. 455 at pp. 467–479; The *Lottie May* Incident, arbitration between Honduras and the United Kingdom, arbitral award of 18 April 1899, *ibid.*, p. 29 at p. 31; Judge Lauterpacht’s separate opinion in the *Certain Norwegian Loans case* (الحاشية ١٣١ أعلاه) ٣٩-٤٠ pp. 39-40 (الحاشية ١٣١ أعلاه)، الفقرة ١١٠ .p.1535.

Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly (see (١٣٤) *Affaire des Forêts du Rhodope Central* footnote 133 above) (*fond*), decision of 29 March 1933, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1405; the *Ambatielos Claim* (footnote 108 above), p. 119; and the *Interhandel* case (footnote 103 above), p. 28 *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, arbitral (١٣٥) award of 23 November 1923, UNRIAA, vol. VI (Sales No. 1955.V.3), p. 120; and the *Velásquez Rodríguez v. Honduras Case*, Inter-American Court of Human Rights, Judgement of 29 July 1988, Series C No. 4 (انظر أيضاً ٣٩-٤٠ pp. 304-309 *ILM*, vol. 28 (1989), p. 291, at pp. 304-309).

Panevezys-Saldutiskis Railway case (١٣٦) *S.S. “Lisman”*, award of 5 October 1937, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1767 at p. 1773; “*S.S. Seguranca*”, award of 27 September 1939, *ibid.*, p. 1861 at p. 1868; *Finnish Ships Arbitration* p. 1495; *X. v. Federal Republic of Germany*, (١٣٠ أعلاه)، application No. 27/55, decision of 31 May 1956, European Commission of Human Rights, *Documents and Decisions, 1955-1956-1957*, p. 138; *X v. Federal Republic of Germany*, application No. 352/58, decision of 4 September 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1958-1959*, p. 342 at p. 344; *X v. Austria*, application No. 514/59, decision of 5 January 1960, *ibid.*, 1960, p. 196 at p. 202.

التي تتناول الظروف التي تجعل من غير المنصف أو المعقول أن يطالب الأجنبي المتضرر باستنفاد سبل الانتصاف المحلية كشرط مسبق لنقدم طالبة، استثناءات واضحة من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. أما الفقرة الفرعية (د) فتناول وضعاً مختلفاً، وهو الوضع الذي ينشأ عندما تكون الدولة المدعى عليها قد تنازلت عن الامتثال لقواعد سبل الانتصاف المحلية. ولما كان هذا الاستثناء مختلفاً من حيث طبيعته عن الاستثناءات الواردة في الفقرات الفرعية من (أ) إلى (ج)، فقد يكون من الضروري، في مرحلة لاحقة، النص على مثل هذه الحالة في مادة منفصلة^(١٣٨).

الفقرة الفرعية (أ)

(١) تتناول الفقرة الفرعية (أ) الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية الذي يُوصَف في كثير من الأحيان، بعبارات عامة، كاستثناء “عدم الجدوى” أو “غير فعال”. ونظرت اللجنة في ثلاثة خيارات لصياغة قاعدة تصف الظروف التي لا يحتاج فيها الأمر إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وهذه الخيارات هي:

(أ) أن تكون سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى بشكل واضح؛

(ب) لا توفر سبل الانتصاف فرص نجاح معقولة؛

(ج) لا توفر سبل الانتصاف إمكانية معقولة للحصول على إنصاف فعال.

وتحظى هذه الخيارات الثلاثة بشيء من التأييد من قبل الثقات.

(٢) وأخذت اللجنة بعين الاعتبار معيار “عدم الجدوى الواضح”， الذي شرحه الحكم باجي في قرار التحكيم بشأن السفن الفنلندية^(١٣٩)، ولكن قررت أن هذا المعيار صارم للغاية مما لا يسمح بأن يكون عتبة. ومن جهة أخرى، رأت اللجنة أن معيار “عدم وجود احتمالات نجاح معقولة” الذي قبلت به اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في عدة قرارات^(١٤٠) متساهلاً أكثر من اللزوم مع المدعى. وبالتالي فضلّت الخيار الثالث الذي يتفادى اللهجة الصارمة الواردة في عبارة “عدم الجدوى

(١٣٨) المرجع نفسه.

(١٣٩) *UNRIAA* (انظر الحاشية ١١٠ أعلاه).
^(١٤٠) *Retimag S.A. v. Federal Republic of Germany*, application No. 712/60, decision of 16 December 1961, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1961*, p. 385 at p. 400; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, application Nos. 8022/77 and 8027/77, decision of 8 December 1979, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 18, p. 66 at p. 74
 مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها التاسعة والعشرين، حولية ١٩٧٧ (الحاشية ١٠٦ أعلاه)، ص ٤٧، الفقرة ٤٨.

المختصين. وكانت اللجنة تعى صعوبة إعطاء عبارة "التأخير الذي لا مبرر له" مضموناً أو معنى موضوعياً، أو محاولة تحديد مهلة زمنية معينة تستند في إطارها سبل الانتصاف المحلية. ولا بد من الحكم في كل حالة بالاستناد إلى وقائعها الموضوعية الخاصة. وكما ذكرت لجنة المطالبات البريطانية - المكسيكية في قضية شركة إيل أورو للتعدين، فإن:

اللجنة لن تناول أن تحدد بشكل دقيق الفترة الزمنية التي يتوقع خلالها من المحكمة إصدار حكم. وسيتوقف ذلك على عدة ظروف أبرزها حجم العمل الذي يتطلب الفحص الدقيق للقضية؛ أو، بعبارة أخرى، على حجم العمل المتعلق بالقضية^(١٤٢).

(٦) وتوضح الفقرة الفرعية (ب) أن التأخير في عملية الانتصاف تنسن إلى الدولة المزعومة أنها مسؤولة عن الضرر اللاحق بالأجنبي. وتفضل عبارة "عملية الانتصاف" على عبارة "سبل الانتصاف المحلية"، ذلك أنه يقصد بها تعطية كامل العملية التي يستند بوجها إلى سبل الانتصاف المحلية وتنفيذها، والتي توجه من خلالها سبل الانتصاف المحلية.

الفقرة الفرعية (ج)

(٧) إن الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية الوارد في المادة [١٤][١٠] (أ)، ومفاده أن سبل الانتصاف المحلية لا حاجة إلى استنفادها حيثما "لا توفر سبل الانتصاف المحلية أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال"، لا يغطي الحالات التي قد توفر فيها سبل الانتصاف المحلية الإمكانية المعقولة للانتصاف الفعال، لكن استنفاد سبل الانتصاف المحلية قد يكون غير معقول أو قد يسبب صعوبات كبيرة بالنسبة للأجنبي المتضرر. وعلى سبيل المثال، فإنه حتى حيثما توجد سبل انتصاف شخص محلي فعالة يكون من غير العقول ومن غير المنصف مطالبة شخص متضرر باستنفاد سبل الانتصاف المحلية حيثما تكون ممتلكاته قد أصبحت بضرر بيئي بسبب التلوث أو السقطات المشعة أو سقوط جسم فضائي صادر عن دولة لا تقع فيها ممتلكاته؛ أو حيثما يكون على متن طائرة تسقطها دولة ينتهك فضاؤها الجوي عن طريق الخطأ؛ وحيثما توضع عرقيل جدية في طريق استخدامه في سبل الانتصاف المحلية من جانب الدولة المدعى عليها أو هيئة أخرى. وفي مثل هذه الحالات أشير إلى أن لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية نظراً لعدم وجود علاقة طوعية أو صلة إقليمية

Turkey, application No. 19807/92, decision of 16 January 1996, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol.

.84-A, p. 5 at p. 15

El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States, decision No. 55 of 18 June 1931, UNRIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 191 at p. 198
 قضية *Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933*,

P.C.I.J., Series A/B, No. 52, p. 11 at p. 16

(١٤٣) انظر الحاشية ١٤٢ أعلاه.

ليست مختصة لتوفر للأجنبي الانتصاف المناسب والملائم^(١٣٧)؛ أو لا تكون الدولة المدعى عليها تملك نظاماً ملائماً للحماية القضائية^(١٣٨).

(٤) ومسألة ما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية توفر أم لا إمكانية معقولة للحصول على انتصاف فعال يجب البت فيها مع مراعاة القانون المحلي والظروف المحلية وقت استخدامها. وهذه مسألة تبت فيها المحكمة الدولية المختصة المكلفة بمهمة بحث موضوع استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولا بد من البت فيها بالاستناد إلى فرضية أن يكون الطلب يستحق أن ينظر فيه^(١٣٩).

الفقرة الفرعية (ب)

(٥) إن إمكانية الاستغناء عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي تكون فيها الدولة المدعى عليها مسؤولة عن وقوع تأخير غير معقول في توفير سبل انتصاف محلية أمر تؤكد محاولات التدوين^(١٤٠)، وصكوك حقوق الإنسان والمارسات المتعلقة بها^(١٤١) والقرارات القضائية^(١٤٢) وأراء

pp. (انظر الحاشية ١١٠ أعلاه) Finnish Ships Arbitration (١٣٧)
Yağcı and Velásquez Rodriguez (انظر الحاشية ١٣٥ أعلاه)؛ 1496-1497
Sargin v. Turkey, judgment of 8 June 1995, European Court of Human Rights, Series A: *Judgments and Decisions*, vol. 319, p. 3 at p. 17, para. 42; *Hornsby v. Greece*, judgment of 19 March 1997, *ibid.*, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-II, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37
Mushikiwabo and Others v. Barayagwiza, decision of 9 (١٣٨) April 1996, ILR, vol. 107 (1997), p. 457 at p. 460
وأثناء الديكتاتورية العسكرية في شيلي قضت لجنة حقوق الإنسان للبلدان الأمريكية أن مجالات الأصول المرعية المتصلة بالإجراءات القانونية في ظل القضاء العسكري أبطلت ضرورة استنفاد سبل الانتصاف المحلية (انظر resolution No. 01a/88 of 12 September 1988, case 9755: Chile, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 1987-1988, pp. 132-139).

(١٣٩) (انظر الحاشية ١١٠ أعلاه) Finnish Ships Arbitration (١٣٩)
ص ١٥٠٤ *Ambatielos Claim* (انظر الحاشية ١٠٨ أعلاه)، ص ١١٩ ١٢٠-١٢١.

(١٤٠) انظر مناقشة محاولات التدوين الأولى التي أجرتها ف. ف. غارسيا أمادور، المقرر الخاص، في تقريره الأول عن مسؤولية الدول، حورية ١٩٥٦، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/96، المرفق ٢، ص ٢٢٦-٢٢٣ (١٤٠) والفقرة ٢ من المادة ١٩ من مشروع اتفاقية المسئولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب، الذي أعدته كلية الحقوق بجامعة هارفارد ونشر في AJIL, vol. 55 (1961), p. 545, at p. 577.

(١٤١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الفقرة ١ من المادة ١)؛ والاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان: "مبني سان خوسية، كولومبيا" (الفقرة ٢(ج) من المادة ٤٦)؛ و *Weinberger v. Uruguay*, Communication No. 28/1978, Human Rights Committee, *Selected Decisions under the Optional Protocol* (second to sixteenth sessions) (United Nations publication, Sales No. E.84.XIV.2), p. 57, at *Las Palmeras*, Preliminary Objections, Judgment of 4 فبراير 2000, Inter-American Court of Human Rights, Series C: *Erdogan v. Decisions and Judgments*, No. 67, p. 64, para. 38

ففي قضايا أخرى^(١٤٨)، أقرت المحاكم انتهاك قاعدة سبل الانتصاف المحلية، على الرغم من عدم وجود علاقة اختيارية بين الأجنبي المتضرر والدولة المدعى عليها. ففي قضية بعض القروض النرويجية^(١٤٩) قضية الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥^(١٥٠)، قدمت بقوة حجج مؤيدة لشرط العلاقة الاختيارية، لكن محكمة العدل الدولية لم تبت في هذه المسألة في أي من القضيتين. وفي قضية مصهر تريل^(١٥١)، التي كانت تتعلق بتوثيق عابر للحدود لم تكن فيه أية علاقة اختيارية أو صلة إقليمية، لم يكن هناك أي إصرار من جانب كندا على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهذه القضية وغيرها من القضايا^(١٥٢)، التي استغنى فيها عن سبل الانتصاف المحلية حيث لم تكن هناك أية علاقة اختيارية، فسرت بأنها تويد شروط الخضوع الاختياري للولاية القضائية كشرط مسبق لتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية. ويمكن تفسير عدم الإصرار على تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في هاتين القضيتين بأنه مثال على الضرر المباشر الذي لا حاجة فيه إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو على أساس أن اتفاق التحكيم المعني لم يتطلب استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٠) وفي حين رأت اللجنة أن من الضروري النص صراحة على هذا الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، إلا أنها فضلت عدم استخدام عبارة "العلاقة الاختيارية" لوصف هذا الاستثناء، ذلك أنه يؤكد على البنية الذاتية للفرد المتضرر عوضاً عن التشديد على عدم وجود صلة يمكن تحديدها بشكل موضوعي بين الفرد والدولة المضيفة. وبالإضافة إلى ذلك، يكون من الصعب إثبات مثل هذا المعيار الذي في التطبيق العملي. ومن هنا قرار اللجنة اشتراط وجود "علاقة ذات صلة" بين الأجنبي المتضرر والدولة المضيفة. وهذه العلاقة لا بد أن تكون "ذات صلة"، معنى أنه لا بد أن تكون لها علاقة بطريقة أو بأخرى بالضرر المشكو منه. ويشترط أن تنظر المحكمة ليس فقط في مسألة ما إذا كان الفرد المتضرر حاضراً أو مقيناً أو ي Ashton أعمالاً تجارية في إقليم الدولة المضيفة ولكن ما إذا كان الفرد، بسلوكه، في الظروف القائمة، قد جازف بافتراض أنه إذا تعرض لضرر فسوف يكون ذلك موضع تقاضٍ في الدولة المضيفة.

بين الفرد المتضرر والدولة المدعى عليها أو بسبب وجود استثناء نتيجة مشقة من نوع خاص.

(٨) ويوجد في ما كتب عن الموضوع تأييد لفكرة أنه في جميع الحالات التي طلب فيها استنفاد سبل الانتصاف المحلية كانت هناك صلة ما بين الفرد المتضرر والدولة المدعى عليها، مثل الوجود المادي الاختياري، أو الإقامة، أو الملكية، أو علاقة تعاقدية مع الدولة المدعى عليها^(١٤٤). ويشدد مؤيدو هذا الرأي على أن طبيعة الحماية الدبلوماسية وقاعدة سبل الانتصاف المحلية شهدت تغيرات كبيرة في الآونة الأخيرة. وبرغم أن البدايات الأولى للحماية الدبلوماسية تمثلت في حالات تضرر فيها المواطن الأجنبي القائم الذي يمارس نشاطاً في دولة أجنبية بسبب فعل قاتم به تلك الدولة ومن ثم كان من المتوقع منه أن يستنفد سبل الانتصاف المحلية وفقاً للفلسفة القائلة بأنه يتعين على المواطن المقيم في الخارج أن يتقبل عادة القوانين المحلية كما هي، بما في ذلك الوسائل المتاحة لمعالجة الفعل غير المشروع، ويمكن أن يتضرر شخص ما اليوم نتيجة تصرف دولة أجنبية خارج إقليمها أو نتيجة تصرف ما داخل إقليمها في ظروف لا تربطه فيها صلة بذلك الإقليم. وتوجد أمثلة على ذلك في الضرر البيئي العابر للحدود (كانفجار محطة تشيرنوبيل النووية بالقرب من كييف في أوكرانيا، الذي امتد آثاره الإشعاعية حتى اليابان والدول الاسكتلندية)، وإسقاط إحدى الطائرات التي دخلت خططاً إجمالي الجوي لإحدى الدول (كما تبين من الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥^(١٤٥) والذي أسقطت فيه بلغاريا طائرة تابعة للخطوط الجوية العال دخلت بطريق الخطأ مجالها الجوي). وأساس مثل هذه العلاقة الاختيارية أو الصلة الإقليمية هو افتراض المحافظة التي يقدم عليها الأجنبي في دولة أجنبية. فالشخص الأجنبي الذي يخضع نفسه طوعاً للولاية القضائية للدولة المدعى عليها هو الذي يفترض أن يستنفد سبل الانتصاف المحلية.

(٩) فلا السلطة القضائية ولا ممارسة الدول توفر توجيهها واضحاً بشأن وجود مثل هذا الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفي حين توحد آراء عبرية مؤقتة مؤيدة لوجود مثل هذا الاستثناء في قضية إترهاندل^(١٤٦) وسام^(١٤٧)،

(١٤٤) انظر Amerasinghe، المترجم المذكور (الحاشية ١٠٨ أعلاه)، ص ١٣٨ و T. Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", BYBIL, 1959, vol. 35, p. 83 at p. 94.

(١٤٥) I.C.J. Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), p. 127

(١٤٦) قالت محكمة العدل الدولية هنا: "رأى أن من الضروري أن تكون للدولة التي حدث فيها الانتهاك^{*} فرصة لتصحيحه بوسائلها الخاصة" (انظر الحاشية ١٠٣ أعلاه).

(١٤٧) في هذه القضية أعلنت هيئة التحكيم أنه "ينبغي، كقاعدة عامة، أن يقبل الأجنبي بأن يطبق عليه نوع القضاء المعمول به في البلد الذي اختاره مواطناً له" (Salem case, award of 8 June 1932, UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1202.)

Finnish Ships Arbitration (١٤٨) (انظر الحاشية ١١٠ أعلاه)
Ambatielos Claim (انظر الحاشية ١٠٨ أعلاه).
I.C.J. Pleadings, Certain Norwegian Loans, Vol. I (France (١٤٩) v. Norway), argument of France, p. 408
I.C.J. Pleadings (١٥٠) (انظر الحاشية ١٤٥ أعلاه)، argument of Mr. Rosenne (Israel), pp. 531-532
UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1905 (١٥١)
Case of the *Virginius*, 1873, reported in J. B. Moore, *A Digest of International Law* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1906), vol. II, p. 895, at p. 903; and of the *Jessie*, reported in AJIL, vol. 16 (1922), pp. 114-116 (١٥٢)

(١٤) ويجوز إدراج تنازل صريح ضمن اتفاق تحكيمي متخصص يبرم من أجل حل نزاع قائم فعلاً أو ضمن معايدة عامة تنص على تسوية التزاعات التي تنشأ في المستقبل بالتحكيم أو بشكل آخر من أشكال التسوية للنزاعات الدولية. ويجوز أيضاً إدراج التنازل ضمن عقد بين الدولة والأجنبي. وثمة اتفاق عام على أن التنازل الصريح عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلي جائز. وتعد التنازلات سمة عامة تثير ممارسة الدول المعاصرة، وتتضمن اتفاقيات تحكيم عديدة شرطياً بشأن التنازل. ولعل أفضل مثال على ذلك موجود في المادة ٢٦ من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تنص على ما يلي:

تعد موافقة الأطراف على التحكيم بموجب هذه الاتفاقية موافقة على هذا التحكيم القاضي باستثناء أي وسيلة أخرى للانتصاف، ما لم ينص على خلاف ذلك. ويجوز للدولة متعاقدة أن تشرط استنفاد سبل الانتصاف الإدارية أو القضائية المحلية لموافقتها على التحكيم. بموجب هذه الاتفاقية.

ومن المتفق عليه عموماً أن التنازلات الصريحة، سواء وردت في اتفاق بين دولتين أو في عقد بين دولة وأجنبي، لا رجعة فيها، حتى لو كان قانون الدولة المضيفة القانون الناظم للعقد^(١٥٤).

(١٥) ولا يجب استنتاج التنازل عن سبل الانتصاف المحلية بسهولة. ففي قضية إيترونيكا سيكولا، ذكرت دائرة محكمة العدل الدولية في هذا الصدد ما يلي:

أكما لا تستطيع القبول باعتبار مبدأ مهم في القانون الدولي العربي مبدأ^(١٥٥) لا يُعنى، في غياب أي كلمات تبين بوضوح نية للقيام بذلك.

(١٦) ييد أنه إذا اتضحت نية الطرفين في التنازل عن سبل الانتصاف المحلية، وجب العمل بهذه النية. وتويد هذا الاستنتاج الأحكام القضائية^(١٥٦) ومصنفات فقهاء القانون. ولا يمكن وضع قاعدة عامة بشأن الحالة التي يجوز فيها استنتاج نية التنازل عن سبل الانتصاف المحلية. فكل حالة يجب أن تحدد في ضوء اللغة التي حرر بها الصك وفي ظل الظروف المحيطة باعتماده. وحيثما تكون الدولة المدعى عليها قد وافقت على عرض ما قد ينشأ في المستقبل من منازعات مع الدولة المطالبة على التحكيم، فهناك تأييد للرأي القائل بأن مثل هذا الاتفاق "لا يعني العدول عن

^(١٥٤) انظر قضيتي De Wilde, Ooms and Viviana Gallardo et al. و Versyp (الحاشية ١٥٣ أعلاه).

^(١٥٥) انظر I.C.J. Reports 1989 ٧٣ (انظر الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٢، الفقرة ٥٠.

^(١٥٦) انظر، على سبيل المثال، Steiner and Gross v. Polish State, case No. 322 (30 March 1928), A. D. McNair and H. Lauterpacht, eds., *Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928* (London, Longmans, Green and Co., 1931), p. 472; and *American International Group, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, award No. 93-2-3 of 19 December 1983, Iran-U.S. C.T.R. (Cambridge, Grotius, 1985), vol. 4, p. 96.

وارتدي أن عبارة "ذات صلة" تسمح في أفضل الأحوال للمحكمة بالنظر في العناصر الأساسية التي تحكم العلاقة بين الأجنبي المتضرر والدولة المضيفة في سياق الضرر، قصد تحديد ما إذا كانت هناك مجازفة من جانب الأجنبي المتضرر.

(١١) ويرمي الجزء الثاني من الفقرة الفرعية (ج) إلى منع المحكمة سلطة الاستغناء عن الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية حيالما يكون من غير المعقول، في جميع ظروف القضية، توقيع الامتثال لهذه القاعدة. وواضح أنه يتعمّن النظر في كل قضية بحسب وقائعها الموضوعية لدى تحديد هذه المسألة، ويكون من غير الحكيم محاولة تقديم قائمة شاملة بالعوامل التي قد توفر استثناءً من هذه القاعدة. واقتصر مع ذلك جواز ممارسة الاستثناء حيالما تمنع دولة شخصاً أجنبياً متضرراً من إمكانية الوصول الفعلي إلى محاكمها وذلك، مثلاً، عن طريق حرمانيه من دخول تراها أو تعريضه لمخاطر تجعل محاولته إقليمها غير مأمونة؛ أو حيالما تعيق مؤامرات جنائية في الدولة الضفيفة رفع الدعاوى أمام المحاكم المحلية؛ أو حيالما تكون تكلفة استنفاد سبل الانتصاف المحلية باهظة.

الفقرة الفرعية (د)

(١٢) يجوز أن تكون دولة ما مستعدة للتنازل عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولما كان المدف من هذه القاعدة هو حماية مصالح الدولة المتهمة بإساءة معاملة أحد الأجانب، فإنه يجوز للدولة ذاتها إذن أن تتنازل عن هذه الحماية. وقد نصت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان على ما يلي:

في حالات من هذا القبيل، وفي إطار المبادئ المسلام بها عموماً في القانون الدولي والمارسة الدولية، وضعت قاعدة اشتراط الاستنفاد المسبق لسبل الانتصاف المحلية حداً لصلاحية الدولة، لأن تلك القاعدة تسعى إلى إغفاء الدولة من ضرورة الرد على قلم ارتکاب أعمال تُنسب إليها أمام هيئة دولية قبل إعطائها فرصة الانتصاف من هذه الأعمال بالوسائل الداخلية. ولذلك يُعد هذا الشرط وسيلة للدفاع وبالتالي فهو قابل للتنازل عنه بطبيعته، ولو ضمنياً^(١٥٧).

(١٣) وقد يتخذ التنازل عن سبل الانتصاف المحلية أشكالاً عديدة مختلفة. فقد تنص عليه معايدة ثنائية أو متعددة الأطراف دخلت حيز النفاذ قبل النزاع أو بعده؛ وقد ينص عليه عقد بين الأجنبي والدولة المدعى عليها؛ وقد يكون صريحاً أو ضمنياً؛ أو قد يُعْنِيه من سلوك الدولة المدعى عليها في ظروف قد تدخل في إطار الإغلاق الحكمي أو التنازل عن حق.

^(١٥٣) Viviana Gallardo et al. case, Inter-American Court of Human Rights, decision of 13 November 1981, No. G 101/81, Series A: *Judgments and Opinions*, p. 88; and ILR, vol. 67 (1984), p. 587, para. 26
انظر أيضاً قضيّة إلسي (الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤٢، الفقرة ٥٠
De Wilde, Ooms and Versyp cases ("Vagrancy Cases"), European Court of Human Rights, judgment of 18 June 1971, Series A: *Judgments and Decisions*, p. 12 (and ILR, vol. 56 (1980), p. 337 at p. 370, para. 55)

موضوع النزاع، والتزام هذا الاتفاق الصمت بخصوص الاحتفاظ بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٧) وبالرغم من أن هناك تأييداً للرأي القائل إن سلوك الدولة المدعى عليها أثناء المراوغات الدولية يمكن أن يؤدي إلى منع تلك الدولة من المطالبة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٥٩)، فضلت اللجنة عدم الإشارة إلى المنع في صياغتها للقاعدة الناظمة للتنازع بسبب الشك الخيط بمبدأ الإغلاق الحكمي في القوانين الدولي. ورأىت اللجنة أن من الأحكام السماح بمعاملة السلوك الذي يمكن أن يستدل منه تنازع عن سبل الانتصاف المحلية على أنه تنازل ضمئني.

(١٥٩) انظر قضية إيسى (الحاشية ٧٣ أعلاه)، ص ٤، الفقرة ٥٤؛ و *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, award of 30 November 1992, ILR, vol. 102 *Foti and Others case* (1982) ٤ و (1996), p. 216, at p. 285, para. 6.33 .*ibid.*, vol. 71 (1986), p. 366, at p. 380, para. 46

المطالبة باستنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية في القضايا التي تتبين فيها الدول المتعاقدة مطالبة شخص من رعايتها^(١٥٧). وجود استدلال قوي معارض للتنازل الضمئني أو الصریح في مثل هذه الحالة أكدته دائرة محكمة العدل الدولية في قضية إيسى^(١٥٨). والتنازل عن سبل الانتصاف المحلية قد يفهم ضمئنياً بسهولة أكبر من اتفاق تحكيم يُرمى بعد نشوء التزاع المعنى. وفي مثل هذه الحالة، يجوز المنازعة بأن التنازل من هذا القبيل يمكن أن يكون ضمئنياً إذا أبرمت الدولة المدعى عليها اتفاق تحكيم مع الدولة المطالبة يشمل المنازعات المتعلقة بمعاملة الرعايا بعد تضرر المواطن

F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", (١٥٧) BYBIL, 1967, vol. 42, p. 32
 (١٥٨) انظر الحاشية ٧٣ أعلاه. وفي قضية سكل حديد بانيفيريس-سالدوتسكيس، قضت محكمة العدل الدولي الدائمة بأن القبول الطوعي للشرط الاختياري بموجب الفقرة ٢ من المادة ٣٦ من النظام الأساسي للمحكمة لا يشكل تنازلاً ضمئنياً عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية (انظر الحاشية ١٣٣ أعلاه).