

الفصل الرابع

الحماية الدبلوماسية

الاستنتاجات المحتملة التي يمكن استخلاصها استناداً إلى المناقشة فيما يتعلق بنهج معالجة الموضوع^(٤).

٤٢ - وفي الدورة الحادية والخمسين المعقودة عام ١٩٩٩ عيّنت اللجنة السيد كريستوفر جون روبرت دوغارد مقرراً خاصاً للموضوع^(٥)، عقب انتخاب السيد بنونه قاضياً في المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

٤٣ - وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة عام ٢٠٠٠ عُرض على اللجنة التقرير الأول للمقرر الخاص^(٦). ونظراً لضيق الوقت، أرجأت اللجنة النظر في الفصل الثالث إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٦^(٧). ثم قررت اللجنة في وقت لاحق أن تتحيل إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١ و ٣ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ بالإضافة إلى تقرير المشاورات غير الرسمية.

٤٤ - وُعرض على اللجنة، في دورتها الثالثة والخمسين المعقودة عام ٢٠٠١، الجزء المتبقى من التقرير الأول للمقرر الخاص، فضلاً عن تقريره الثاني^(٨). ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروععي المادتين ١٠ و ١١، وأرجأت إلى دورتها التالية النظر في الأجزاء المتبقية من التقرير التي تتعلق بمشروععي المادتين ١٢ و ١٣. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ٩ و ١٠ و ١١.

٤٥ - وفي الدورة ذاتها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة بشأن المادة ٩، برئاسة المقرر الخاص.

٤٦ - وُعرض على اللجنة، في دورتها الرابعة والخمسين المعقودة عام ٢٠٠٢، الجزء المتبقى من التقرير الثاني للمقرر

ألف - مقدمة

٣٨ - حددت اللجنة في دورتها الثامنة والأربعين، المعقودة عام ١٩٩٦، موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي^(٩). وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة، في الفقرة ١٣ من قرارها ١٦٥٠/٥١ المؤرخ 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 العامة المذكور أعلاه، أنشأت اللجنة، في الجلسة ٢٤٧٧ من دورتها التاسعة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٧، فريقاً عاماً معنيًا بالموضوع^(١٠). وفي الدورة ذاتها، قدم الفريق العامل تقريراً وافق عليه اللجنة^(١١). وقد سعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع قدر المستطاع؛ و(ب) تحديد المسائل التي ينبغي دراستها في سياق الموضوع. واقتراح الفريق العامل مخططاً عاماً للنظر في الموضوع وأوصت اللجنة بأن يستند المقرر الخاص إلى هذا المخطط العام لتقديم تقرير أولي^(١٢).

٣٩ - وفي الدورة التاسعة والأربعين أيضاً، عيّنت اللجنة السيد محمد بنونه مقرراً خاصاً للموضوع^(١٣).

٤٠ - ووافقت الجمعية العامة، في الفقرة ٨ من قرارها ١٥٦٠/٥٢ المؤرخ ١٥٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧، على قرار اللجنة إدراج موضوع "الحماية الدبلوماسية" في جدول أعمالها.

٤١ - وقد عُرض على اللجنة، في دورتها الخامسة المعقودة عام ١٩٩٨، التقرير الأولي للمقرر الخاص^(١٤). وفي الدورة ذاتها، أنشأت اللجنة فريقاً عاماً مفتوح العضوية للنظر في

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

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

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

(٧) يرد تقرير المشاورات غير الرسمية في المرجع نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٤٠، الفقرة ٤٩٥.

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

(٩) حولية ١٩٩٦ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الوثيقة A/51/10، ص ٢٠٦، الفقرة ٢٤٨، والمرفق الثاني، الإضافة ١، ص ٢٩٤.

(١٠) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

(١١) المرجع نفسه، ص ١١٨-١١٧، الفقرتان ١٨٩-١٩٠.

(١٢) المرجع نفسه، ص ١١٨، الفقرة ١٩٠.

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

٥٢ - ونظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة بشأن مشاريع المواد [١٠٨] و[٩٦] و[١١] و[١٠] [١٤] في جلستها ٢٧٦٨. واعتمدت بصفة مؤقتة في الجلسة ذاتها مشاريع المواد [١٠] و[٩٦] و[١١] و[١٠] [١٤] [١٤].

باء- النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٥٣ - في الدورة الحالية، كان معروضاً على اللجنة التقرير الخامس للمقرر الخاص (A/CN.4/538). ونظرت اللجنة في التقرير في جلساتها من ٢٧٩١ إلى ٢٧٩٦، المعقودة في الفترة من ٣ إلى ١١ أيار/مايو ٢٠٠٤.

٥٤ - وأناء النظر في التقرير الخامس، طلبت اللجنة إلى المقرر الخاص النظر فيما إذا كان مبدأ "طهارة اليد" يصلح أيضاً لموضوع الحماية الدبلوماسية وإذا كان الأمر كذلك فهل ينبغي التعبير عنه في شكل مادة من المواد. وقد أعد المقرر الخاص مذكرة بشأن هذه المسألة، ولكن اللجنة لم يكن لديها متسع من الوقت للنظر فيها وقررت العودة إلى هذه المسألة في الدورة القادمة.

٥٥ - وفي الجلسة ٢٧٩٤، المعقودة في ٦ أيار/مايو ٢٠٠٤، قررت اللجنة أن تخيل إلى لجنة الصياغة مشروع المادة ٢٦، إضافةً إلى الصيغة التي اقترحها المقرر الخاص بدليلاً عن مشروع المادة ٢١. وقررت اللجنة كذلك، في جلستها ٢٧٩٦، أن تنظر لجنة الصياغة في وضع حكم يتعلق بالصلة بين حماية أطقم السفن والحماية الدبلوماسية.

٥٦ - ونظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة (A/CN.4/L.647) في جلستها ٢٨٠٦، المعقودة في ٢٨ أيار/مايو ٢٠٠٤، واعتمدت في القراءة الأولى مجموعة من ١٩ مشروع مادة بشأن الحماية الدبلوماسية (انظر الفرع حيم أدناه).

٥٧ - وفي الجلسة ذاتها، قررت اللجنة، وفقاً لأحكام المادتين ١٦ و ٢١ من نظامها الأساسي، أن تخيل مشاريع المواد (المراجع نفسه)، عن طريق الأمين العام، إلى الحكومات لإبداء تعليقاتها ولاحظتها عليها، طالبة منها تقديم هذه التعليقات واللاحظات إلى الأمين العام بحلول ١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦.

٥٨ - وقد أعربت اللجنة، في جلستها ٢٨٢٧ المعقودة في ٣ آب/أغسطس ٢٠٠٤، عن بالغ تقديرها للمساهمة البارزة التي قدمها المقرران الحاصلان، السيد محمد بنونة والسيد جون دوغارد، في معالجة الموضوع من خلال بحوثهما العلمية وخبرتهما الواسعة، مما مكن اللجنة من أن تختتم بنجاح القراءة الأولى لمشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية.

(٢٤) يرد نص مشاريع المواد والتعليقات عليها في المرجع نفسه، ص ٤١-٤٩، الفقرة ١٥٣.

الخاص المتعلق بمشروع المادتين ١٢ و ١٣، وكذلك تقريره الثالث^(١٩) الذي يتناول مشاريع المواد من ١٤ إلى ١٦. وقررت اللجنة، في تلك الدورة، إحالة الفقرات (أ) و(ب) و(د) (لينظر فيها بالاقتران مع الفقرة (أ)) و(هـ) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة. وقررت في وقت لاحق إحالة الفقرة (ج) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة لتنظر فيها بالاقتران مع الفقرة (أ).

٤٧ - وفي الدورة نفسها، نظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة عن مشاريع المواد ١ إلى ٨٧ [٨٧]. واعتمدت المواد من ١ إلى ٣ [٥] والمادة ٤ [٩] و [٧] و [٦] و [٨]. وبالإضافة إلى ذلك، اعتمدت اللجنة التعليقات على مشاريع المواد سالفة الذكر^(٢٠).

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

٤٩ - وعرض على اللجنة، في دورتها الخامسة والخمسين المعقودة عام ٢٠٠٣، التقرير الرابع للمقرر الخاص^(٢١). ونظرت اللجنة في الجزء الأول من التقرير، المتعلق بمشاريع المواد من ١٧ إلى ٢٠، في جلساتها من ٢٧٤٢ إلى ٢٧٥٧ [٢٧٦٤] و [٢٧٦٨]، المعقودة في الفترة من ١٤ إلى ٢٣ أيار/مايو وفي ٢٨ أيار/مايو و ٥ حزيران/يونيه ٢٠٠٣، على التوالي. ونظرت اللجنة بعد ذلك في الجزء الثاني من التقرير، المتعلق بمشروع المادتين ٢١ و ٢٢ في جلساتها من ٢٧٧٥ إلى ٢٧٧٧ المعقودة في ١٥ و ١٦ و ١٨ تموز/يوليه ٢٠٠٣.

٥٠ - وقررت اللجنة في جلستها ٢٧٦٢ إنشاء فريق عامل مفتوح العضوية، برئاسة المقرر الخاص، بشأن الفقرة ٢ من المادة ١٧^(٢٢). ونظرت اللجنة في تقرير الفريق العامل في جلستها ٢٧٦٤.

٥١ - وقررت اللجنة في جلستها ٢٧٦٤ إحالة المادة ١٧ بالصيغة التي اقترحها الفريق العامل^(٢٣) والمادة من ١٨ إلى ٢٠ إلى لجنة الصياغة. وقررت بعد ذلك في جلستها ٢٧٧٧ إحالة المادتين ٢١ و ٢٢ إلى لجنة الصياغة.

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

(٢٠) يرد نص مشاريع المواد والتعليقات عليها في المرجع نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الخامس، الفرع حيم، ص ٩٠-٧٨، الفقرتان ٢٨١-٢٨٠.

(٢١) حولية ٢٠٠٣ ، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN.4/530 Add.1.

(٢٢) المرجع نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٣٢، الفقرات ٩٢-٩٠.

(٢٣) المرجع نفسه، الفقرة ٩٢.

المادة ٥ - 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- رغم ما جاء في الفقرة 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 يتعلق بشخص ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص لضرر لحق به عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

المادة ٦ - الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

١- يجوز لأية دولة يكون من رعاياها شخص مزدوج الجنسية أو متعددها 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 متعددها.

المادة ٧ - الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة من دول الجنسية

لا يجوز للدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص ضد دولة يكون لها هذا الشخص من رعاياها أيضًا، ما لم تكن جنسية الدولة الأولى هي الجنسية الغالبة، عند وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًّا، على السواء.

المادة ٨ - الأشخاص عاديون الجنسية واللاجئون

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

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

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

الفصل الثالث**الأشخاص الاعتباريون****المادة ٩ - دولة جنسية الشركة**

لأغراض الحماية الدبلوماسية للشركات، تعني دولة الجنسية الدولة التي أنشئت الشركة بموجب قانونها وفي إقليمها سُجل مكتب الشركة أو يقع مقر إدارتها أو ما شابه ذلك من صلة.

جيم - نص مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي اعتمدتها اللجنة في القراءة الأولى

١- نص مشاريع المواد

٥٩- فيما يلي نص مشاريع المواد التي اعتمدتها اللجنة في القراءة الأولى.

الحماية الدبلوماسية**الجزء الأول****أحكام عامة****المادة ١ - التعريف وال نطاق**

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

المادة ٢ - الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية

يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقاً لمشاريع المواد هذه.

الجزء الثاني**الجنسية****الفصل الأول****مبادئ عامة****المادة ٣ - توفير الحماية من قبل دولة الجنسية**

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

٢- رغم ما جاء في الفقرة ١، يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بغير الرعايا وفقاً لمشروع المادة ٨.

الفصل الثاني**الأشخاص الطبيعيون****المادة ٤ - دولة جنسية الشخص الطبيعي**

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 التجنس أو بأية طريقة أخرى لا تتعارض مع القانون الدولي.

المادة ٦ - حالات الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية

لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:
 (أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أي إمكانية معقولة لإنصاف فعال؛

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

(ج) إذا لم توجد صلة وجيهة بين الفرد المضرور والدولة التي يُدعى أنها مسؤولة أو كانت ظروف الدعوى بخلاف ذلك تجعل استنفاد سبل الانتصاف المحلية عملية غير معقولة؛

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

الجزء الرابع

أحكام متعددة

المادة ٧ - التدابير أو الإجراءات خلاف الحماية الدبلوماسية

لا تخل مشاريع المواد هذه بحقوق الدول أو الأشخاص الطبيعين أو غيرهم من الكيانات في الموجة، موجب القانون الدولي، إلى تدابير أو إجراءات غير الحماية الدبلوماسية بغية ضمان جبرضرر المتrepid جراء فعل غير مشروع دولياً.

المادة ٨ - الأحكام الخاصة في المعاهدات

لا تتطبق مشاريع المواد هذه حينما وبقدر ما لا تتفق والأحكام الخاصة التي ترد في المعاهدات، بما في ذلك المتعلقة بتسوية المنازعات بين الشركات أو حملة الأسهم في الشركة والدول.

المادة ٩ - أطقم السفن

إن حق دولة جنسية أفراد طاقم السفينة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لهم لا يتأثر بحق دولة جنسية السفينة في التماس الجبر لأفراد ذلك الطاقم بغض النظر عن جنسيتهم، عندما يصيغون ضرر أثناء نزول ضرر بالسفينة جراء فعل غير مشروع دولياً.

٢ - نص مشاريع المواد مع التعليقات عليها

٦٠ - فيما يلي نص مشاريع المواد مع التعليقات عليها التي اعتمدها اللجنة في القراءة الأولى في دورتها السادسة والخمسين.

الحماية الدبلوماسية

(١) اعتبرت صياغة مواد الحماية الدبلوماسية في الأصل موضوعاً يندرج في نطاق دراسة مسؤولية الدول. وفي الواقع أدرج المقرر الخاص الأول المعنى بمسؤولية الدول، السيد غارسيا أمادور، عدداً من مشاريع المواد في هذا الموضوع في تقاريره التي قدمها في الفترة من عام ١٩٥٦ إلى

المادة ١٠ - استمرار جنسية الشركة

١ - يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخصية تحملها في وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسماً.

٢ - رغم ما جاء في الفقرة ١، يظل للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخصية كانت تحمل جنسيتها وقت وقوع الضرر ولم تكن موجودة جراء ذلك الضرر وفقاً لقانون تلك الدولة.

المادة ١١ - حملة الأسهم

لا يحق للدولة جنسية حملة الأسهم في الشركة أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالحهم عندما يلحق بالشركة ضرر إلا في الحالات التالية:

(أ) إذا لم يعد للشركة وجود وفقاً لقانون الدولة التي أسست فيها بسبب لا صلة لها بالضرر؛ أو

(ب) إذا كانت الشركة وقت وقوع الضرر حاملةً لجنسية الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن إلحاق الضرر بالشركة وكان تسجيل الشركة موجب قانون تلك الدولة شرطاً أساسياً لمارسة الأعمال التجارية فيها.

المادة ١٢ - الضرر المباشر الذي يلحق بحملة الأسهم

يقدر ما يلحق فعل الدولة غير المشروع دولياً ضرراً مباشراً بحقوق حملة الأسهم بصفتهم هذه، تمييزاً لها عن حقوق الشركة نفسها، يحق للدولة جنسية أي واحد من حملة الأسهم هؤلاء ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها.

المادة ١٣ - الأشخاص الاعتباريون الآخرون

تطبق المبادئ الواردة في مشروع المادتين ٩ و ١٠ فيما يتعلق بالشركات، حسب الأقضـاء، على الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين الآخرين.

الجزء الثالث

سبل الانتصاف المحلية

المادة ٤ - استنفاد سبل الانتصاف المحلية

١ - لا يجوز للدولة أن تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بضرر حق بأحد رعاياها أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في مشروع المادة ٨ قبل أن يكون هذا الشخص قد استند جيداً على سبل الانتصاف المحلية، رهناً بمشروع المادة ١٦.

٢ - تعني "سبل الانتصاف المحلية" سبل الانتصاف القانونية المتاحة لشخص ضرر أمام المحكمة أو الهيئات القضائية أو الإدارية، سواء كانت عادلة أم خاصة، للدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن الضرر.

المادة ٥ - تصنيف المطالبات

تُستند سبل الانتصاف المحلية في حالة تقديم مطالبة دولية أو طلب إصدار حكم تفسيري متصل بالمطالبة، في المقام الأول، على أساس ضرر حق بأحد الرعايا أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في المادة ٨.

"لا يجوز الاحتياج بمسؤولية دولة:

(أ) إذا لم يقدم الطلب وفقاً للقواعد الواجبة التطبيق فيما يتعلق بجنسية الطلبات؛

(ب) إذا كان الطلب يخضع لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف الداخلية وإذا كانت لم تستنفذ جميع سبل الانتصاف الداخلية المتاحة والفعالة"^(٢٨).

وتعطي مشاريع المواد الحالية محتوىً لهذا النص بإيراد تفاصيل واضحة عن القواعد المتعلقة بجنسية المطالبات واستنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(٣) ولا تعالج مشاريع المواد الحالية حماية منظمة دولية لأحد موظفيها، وهي حماية توصف عادة بأنها "حماية وظيفية". ورغم وجود أوجه شبه بين الحماية الوظيفية والحماية الدبلوماسية، توجد أيضاً فوارق هامة بينهما. فالحماية الدبلوماسية هي آلية هدفها ضمان حبرضر الذي يلحق مواطن دولة ما استناداً إلى المبدأ القائل إن الضرر الذي يلحق مواطن هو ضرر يلحق بالدولة ذاتها. ومن جهة أخرى، تعتبر الحماية الوظيفية آلية لتعزيز كفاءة سير عمل المنظمة الدولية بتأمين الاحترام لموظفيها واستقلالهم. وقد حمل هذا النوع من الفوارق اللجنة على استنتاج أن حماية موظف منظمة دولية هي مسألة ليس مكانها في مجموعة من مشاريع مواد الحماية الدبلوماسية. أما مسألة ما إذا كان يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالح مواطن من مواطنيها يكون موظفاً في منظمة دولية فقد ردت عليها محكمة العدل الدولية في قضية التعويض عن الأضرار:

في هذه الحال، لا توجد قاعدة قانونية تعطي أولوية لإحداثها أو تحرر الدولة أو المنظمة على الامتناع عن تقديم مطالبة دولية. ولا ترى المحكمة سبيلاً يجعل دون توصل الطرفين المعنيين إلى حلول قائمة على حسن النية والمنطق السليم^(٢٩).

الجزء الأول

أحكام عامة

المادة ١ - التعريف والنطاق

تعني الحماية الدبلوماسية لجوء الدولة إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من وسائل التسوية الإسلامية عندما تتبنى، بحكم حقها الذاتي، قضية أحد رعاياها فيما يتصل بضرر حق به من جراء فعل غير مشروع دولياً قامت به دولة أخرى.

(٢٨) حولية ٢٠٠١، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ٣٦، الفقرة ٧٦.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174, at pp. 185-186

عام ١٩٦١^(٢٥). أما عملية تدوين مسؤولية الدول التي جرت بعد ذلك فلم تؤول إلا القليل من الاهتمام للحماية الدبلوماسية، وتنص مشاريع المواد النهائية في هذا الموضوع صراحة على معالجة اللجنة معالجة مستقلة وأكثر إسهاباً للموضوعين اللذين يعتبران من صلب الحماية الدبلوماسية وهما جنسية المطالبات واستنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٢٦). ومع ذلك، توجد صلة وثيقة بين مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول ومشاريع المواد الحالية. والعديد من المبادئ الواردة في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول تتصل بالحماية الدبلوماسية وبالتالي لا تكرر في مشاريع المواد الحالية. وهذا ينطبق بصفة خاصة على الأحكام التي تعالج الآثار القانونية للفعل غير المشروع دولياً. فالدولة المسؤولة عن إلحاق ضرر مواطن أجنبي ملزمة بالكشف عن السلوك غير المشروع ومحير الضرر الذي أسفى عنه الفعل غير المشروع دولياً جبراً كاملاً. وقد يتخد هذا الجبر شكل الرد أو التعويض أو الترضية أو هذه الأشكال مجتمعةً. وهذه المسائل جميعها تعالج في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول^(٢٧). وقد رأى بعض أعضاء اللجنة أن مشاريع المواد الحالية كان ينبغي أن تشمل الآثار القانونية للحماية الدبلوماسية وأنه ما كان ينبغي تركيز الاهتمام على قبول المطالبات.

(٢) وتدرج الحماية الدبلوماسية في إطار موضوع "معاملة الأجانب". غير أن مشاريع المواد الحالية لا تحاول التطرق للقواعد الأساسية في هذا الموضوع، أي القواعد التي تحكم معاملة شخص الأجنبي ومتلكاته اللذين يؤدي اتهماً إلى نشوء المسؤولية إزاء دولة جنسية الشخص المتضرر. وبدلاً من ذلك، تقتصر مشاريع المواد الحالية على القواعد الثانية، أي القواعد التي تتصل بالشروط التي ينبغي استيفاؤها لتقبل مطالبة بالحماية الدبلوماسية. وهذا يعني بوجه عام القواعد التي تحكم قبول المطالبات. وقد نصت المادة ٤ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول على ما يلي:

(٢٥) التقرير الأول: حولية ١٩٥٦، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/96، ص ١٧٣؛ التقرير الثاني: حولية ١٩٥٧، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/106، ص ١٠٤؛ التقرير الثالث: حولية ١٩٥١، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/111، ص ٤٧؛ التقرير الرابع: حولية ١٩٥٩، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/119، ص ١؛ التقرير الخامس: حولية ١٩٦٠، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/125، ص ٤١؛ التقرير السادس: حولية ١٩٦١، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/134، Add.1، ص ١.

(٢٦) حولية ٢٠٠١، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ١٥٧ (التعليق على المادة ٤٤، الحاشية ٦٨٣ و٦٨٧).

(٢٧) المواد ٢٨ و ٣٠ و ٣١ و ٣٤. الجزء الأكبر من التعليق على التعويض (المادة ٣٦) مخصص للنظر في المبادئ التي تتطبق على المطالبات المتصلة بالحماية الدبلوماسية.

يمكن أن تقوم به الدولة عندما تلجأ إلى الحماية الدبلوماسية^(٣٢). وقد أبقيت المادة ١ على هذا التمييز، ولكنها ذهبت إلى أبعد من ذلك إذ أدرجت الإجراءات القضائية ضمن "غير ذلك من وسائل التسوية السلمية". ويشمل "الإجراءات الدبلوماسي" جميع الإجراءات الشرعية التي تلجأ إليها دولة ما لإبلاغ دولة أخرى 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 بالفاوض والوساطة والتوفيق، وانتهاء بتسوية التراع عن طريق التحكيم والقضاء. أما استخدام القوة، الذي تحظره الفقرة ٤ من المادة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة، فليس من الوسائل الجائزة لاعمال الحق في الحماية الدبلوماسية.

(٦) وتوضح المادة ١ هذه النقطة التي سبق أن أثيرت في التعليق العام^(٣٣) ومفادها أن المواد الحالية تتناول ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة وحدها، لا الحماية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها، وهي حماية اعترفت بها محكمة العدل الدولية في فتواها بشأن التعويض عن الأضرار^(٣٤).

(٧) وتشمل الحماية الدبلوماسية أساساً حماية الرعايا الذين لا يقومون بأعمال دولية رسمية باسم الدولة. فهؤلاء المسؤولون تحميهم قواعد أخرى من قواعد القانون الدولي وصكوك أخرى، مثل اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، واتفاقية فيينا للعلاقات الفنصلية.

المادة ٢ - الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقاً لمشاريع المواد هذه.

التعليق

(١) تشدد المادة ٢ على أن حق الحماية الدبلوماسية مقصور على الدولة أو منوط بها. وهي تتضمن اعترافاً بفكرة دي فاتيل القائلة إن الضرر الواقع على أحد الرعايا هو ضرر غير مباشر وقع على الدولة^(٣٥). وقد صاغت محكمة العدل الدولي الدائمة هذا الرأي بمزيد من التفصيل في قضية مافروماتيس عندما قالت:

Mavrommatis Palestine Concessions case (footnote above);^(٣٢)
Panvezys-Saldutiskis Railway case, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 4, at p. 16; and the Nottebohm case, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 24

(٣٣) انظر الفقرة (٣) أعلاه من التعليق العام.

(٣٤) انظر الحاشية ٢٩ أعلاه.

(٣٥) كتب دي فاتيل قائلاً: "كل من أساء معاملة مواطن فقد أساء إساءة غير مباشرة إلى الدولة، والتي يجب عليها أن تحمي مواطنيها"، وذلك E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. I, book II, chap. VI, p. 136

التعليق

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

(٢) وبمقتضى القانون الدولي، تكون الدولة مسؤولة عن ضرر لحق بأجني من جراء فعل أو تقصير غير مشروع صدر عن تلك الدولة. والحماية الدبلوماسية هي الإجراء الذي تلجأ إليه الدولة التي يحمل الشخص المتضرر جنسيتها لتأمين حماية ذلك الشخص والحصول على جبر بقصد الفعل غير المشروع دولياً الذي ألحق الضرر بالشخص. ولا تتناول مشاريع المواد الحالية سوى القواعد التي تنظم الظروف التي يجوز فيها ممارسة الحماية الدبلوماسية والشروط الواجب استيفاؤها من أجل ممارسة تلك الحماية. وهي لا تحاول تعريف أو وصف الأفعال غير المشروعة دولياً التي تجعل الدولة مسؤولة عن ضرر لحق بأجني. وهي، شأنها شأن مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، تبقى على التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانية ولا تتناول سوى هذه الأخيرة^(٣٠).

(٣) وتوضح المادة ١ أن حق ممارسة الحماية الدبلوماسية مقصور على الدولة، وأن الدولة، لدى ممارستها الحماية الدبلوماسية، تتبنى، بحكم حقها هي، قضية أحد رعاياها الناشئة عن فعل غير مشروع دولياً قامت به دولة أخرى. وهذه الصيغة تتبع الصيغة التي اعتمدتها محكمة العدل الدولية في قضية إيتريهانديل عندما أعلنت أن الدولة المطالبة "تبنّت قضية أحد رعاياها"^(٣١) 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 المادتان ٤ و ٩. ويشمل تعبير "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، وقد عمل المفهومان، حينهما 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 الإجراء الذي

(٣٠) حولية ٢٠٠١، الجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ٣٨-٣٧، التعليق العام، الفقرات (١) - (٣).

(٣١) Interhandel Case, Preliminary objections, Judgment, I.C.J. Mavrommatis Palestine Reports 1959, p. 6, at p. 27
Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2

(٣) وحق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لا يجوز ممارسته إلا في إطار ثوابت هذه المواد.

الجزء الثاني

الجنسية

الفصل الأول

مبادئ عامة

المادة ٣ - توفير الحماية من قبل دولة الجنسية

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

٢ - رغم ما جاء في الفقرة ١، يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بغير الرعایا وفقاً لمشروع المادة ٨.

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 يتحقق لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالح هذا الشخص، ولكنها غير ملزمة بذلك. والتأكيد في هذه المادة ينصب على رباط الجنسية بين الدولة والفرد، وهو الرباط الذي يمنح الدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية. وهذا الرباط مختلف بين حالات الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين. ولذلك تخصص فصول مستقلة لمن الدينين النوعين المختلفين من الأشخاص.

(٢) وتسلم الفقرة ٢ بإمكانية وجود ظروف يجوز فيها ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بغير الرعایا. وتنص المادة ٨ على هذه الحماية في حالة الأشخاص على أي الجنسية واللاجئين.

الفصل الثاني

الأشخاص الطبيعيون

المادة ٤ - دولة جنسية الشخص الطبيعي

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 التجنس أو بأية طريقة أخرى لا تتعارض مع القانون الدولي.

التعليق

(١) تعرف المادة ٤ دولة الجنسية لأغراض الحماية الدبلوماسية. ويقوم هذا التعريف على مبدأين أساسين: الأول هو أنه يعود

إن الدولة، ببنيتها قضية أحد رعاياها وبحوزتها إلى إجراء دبلوماسي أو - إجراءات قضائية دولية لصالحه، إنما تقوم، في الحقيقة، بتأكيد حقها هي - حقها في أن تكفل، في شخص رعاياها، احترام قواعد القانون الدولي^(٤٠).

وكمثالاً ما يتعرض هذا الرأي للانتقاد بوصفه افتراضياً قانونياً يصعب التوفيق بينه وبين حقائق الحماية الدبلوماسية، التي تقضي استمرار الجنسية لتأكيد المطالبة الدبلوماسية^(٤١)، واستفاد المواطن الذي لحق به الضرر سُبُل الانتصاف المحلي، وتوافق تقييم الأضرار المتکبدة مع الضرر الذي تكبده الفرد. ومع ذلك، فإن "مبدأ مافرومatis" أو "الافتراض القانوني الفاتيالي"، باتاً يشكلان، بعد اشتهر الفكرة القائلة إن الضرر الواقع على أحد الرعايا إنما هو ضرر واقع على الدولة، الركن الأساسي للحماية الدبلوماسية^(٤٢).

(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^(٤٣)، إلا أن القانون الدولي لا يفرض التزاماً من هذا القبيل. وقد أبدت محكمة العدل الدولية هذا الموقف بوضوح في قضية شركة برشلونة للاجر:

... يجوز للدولة، في الحدود التي ينص عليها القانون الدولي، أن تمارس الحماية الدبلوماسية بأى وسيلة وإلى أي مدى تعتقد أنها مناسبة، وذلك لأن ما تؤكده هو حقها هي نفسها. وإذا رأى الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الذي تُتخذ إجراءات لصالحه أن حقوقه غير محظوظة بصورة كافية، فليس له سبيل انتصاف في القانون الدولي. وكل ما يستطيع فعله هو اللجوء إلى القانون المحلي، إذا توافرت الوسائل لذلك، بهدف دعم قضيته أو الحصول على إنصاف ... و يجب أن ينظر إلى الدولة على أنها الحكم الوحيد الذي يقرر ما إذا كانت الحماية سُتمنح، وإلى أي مدى، ومنى تتوقف. وتحتفظ الدولة، في هذا الشأن، بسلطة تقديرية قد تتوقف ممارستها على اعتبارات ذات طبيعة سياسية أو طبيعة أخرى لا علاقة لها بالقضية المعنية^(٤٤).

وقد رفضت اللجنة اقتراحًا يدعو إلى فرض واجب حماية محدود على دولة الجنسية، لأن الاقتراح يتجاوز الحدود المسموح بها للتطور التدريجي للقانون^(٤٥).

(٤٦) ص ١٢. Mavrommatis Palestine Concessions (الحاشية ٣١ أعلاه)،

(٤٧) انظر نص المادتين ٥ و ١٠ أعلاه.

(٤٨) للاطلاع على مناقشة هذه الفكرة وعلى الانتقادات التي وجهت لها، انظر التقرير الأول للمقرر الخاص المعنى بالحماية الدبلوماسية (الحاشية ١٦ أعلاه)، الفقرات ٦١-٦٤.

(٤٩) للاطلاع على دراسة لقوانين المحلية التي تتناول هذا الموضوع، انظر المرجع نفسه، الفقرات ٨٠-٨٧.

(٤٠) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 44.

(٤١) انظر المادة ٤ في التقرير الأول للمقرر الخاص المعنى بالحماية الدبلوماسية (الحاشية ١٦ أعلاه). وللاطلاع على المناقشة التي دارت في اللجنة، انظر حولية ٢٠٠٢، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٠٧-١٠٨، الفقرات ٤٤٧-٤٥٦.

(٥) ولا تشترط المادة ٤ أن ثبتت الدولة وجود صلة فعلية أو حقيقة بينها وبين مواطنها، بحسب المبادئ المشار إليها في قضية نوتبيوم^(٤٥)، 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 المتخد في قضية نوتبيوم على الواقع الخاص بهذه القضية، وبخاصة كون الروابط بين السيد نوتبيوم وليختشتاين (الدولة المدعية) روابط "واهية للغاية"^(٤٦)، مقارنة بالروابط التي كانت قائمة بينه وبين غواتيمala (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 غواتيمala^(٤٧). وهذا يوحى بأن المحكمة لم تقصد تقديم قاعدة عامة^(٤٨) تسرى على جميع الدول، بل قاعدة نسبية يُشترط بموجبها على الدولة التي تكون في وضع مثل وضع ليختشتاين أن ثبتت وجود صلة حقيقة بينها وبين السيد نوتبيوم لكي يسمح لها بتقديم مطالبة لصالحه ضد غواتيمala التي كانت تربطه بها روابط جد وثيقة. وعلاوة على ذلك، تدرك اللجنة أن من شأن تطبيق اشتراط الصلة الحقيقة المقترن في قضية نوتبيوم تطبيقاً صارماً أن يحرم ملaiين الأشخاص من الاستفادة من الحماية الدبلوماسية، لأن في عالم اليوم، عالم العولمة الاقتصادية والمحركات، هناك ملaiين من الأشخاص تركوا الدولة التي يحملون جنسيتها وتوفرت لهم سبل العيش في دول لم يكتسبوا جنسيتها قط أو اكتسبوا بحكم المولد أو الأصل، جنسية دول يربطهم بها رباط واه^(٤٩).

(٤٥) أعلنت محكمة العدل الدولية في قضية نوتبيوم ما يلي: "وفقاً لممارسات الدول وقرارات التحكيم والأحكام القضائية وآراء المؤلفين، تعتبر الجنسية ربطاً قانونياً يقوم على ارتباط اجتماعي، ورابطة فعلية تقوم على الوجود والمصالح والمتأثر، إلى جانب وجود حقوق وواجبات متبادلة. ويمكن القول إنما تمثل التعبير القانوني عن حقيقة كون الفرد الذي منحت له، إما مباشرة بحكم القانون وإما بناءً على فعل صادر عن السلطات، أو ثق ارتباطاً بسكان الدولة المانحة للجنسية منه بسكان أي دولة أخرى. والجنسية، عندما تمنحها دولة ما، لا تخول هذه الدولة ممارسة الحماية تجاه دولة أخرى إلا إذا كانت تشكل ترجمة قانونية لارتباط الفرد بالدولة التي جعلته من مواطنيها" (انظر الحاشية ٣٢ أعلاه)، ص ٢٣.

(٤٦) المرجع نفسه، ص ٢٥.

(٤٧) المرجع نفسه، ص ٢٦.

(٤٨) هذا التفسير لقضية نوتبيوم قدمته لجنة التوفيق المشتركة بين إيطاليا والولايات المتحدة في قضية 20 Flegenheimer, Decision No. 182 of 20 September 1958, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 327, at p. 376; or ILR (1958-I), vol. 25 (1963), p. 91, at p. 148.

(٤٩) للاطلاع على حجة أشمل تؤيد الخد من نطاق قضية نوتبيوم، انظر التقرير الأول للمقرر الخاص المعنى بالحماية الدبلوماسية (الحاشية ١٦ أعلاه)، الفقرات ١٠٦-١٢٠.

لدولة الجنسية أن تحدد، طبقاً لقانونها الداخلي، الشخص المؤهل لاكتساب جنسيتها؛ والثاني هو أن هناك حدوداً يفرضها القانون الدولي على منح الجنسية. وتقديم المادة ٤ أيضاً قائمة غير شاملة بعوامل ربط بين الدولة والفرد تشكل في العادة أسباباً وجيهة لمنح الجنسية.

(٢) والمبدأ القائل إنه يعود لكل دولة أمر تقرير من تعترفهم رعاياها هو مبدأ تدعمه القرارات القضائية والمعاهدات، على السواء. ففي عام ١٩٢٣، ذكرت محكمة العدل الدولي الدائمة، في قضية مراسيم الجنسية الصادرة في تونس والمغرب، أنه "في الحالة الراهنة للقانون الدولي، تدرج مسائل الجنسية، من حيث المبدأ، ... ضمن المجال المحفوظ للدولة"^(٤٢). وقد أكدت المادة ١ من الاتفاقية المتعلقة ببعض المسائل المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية هذا المبدأ: "يرجع لكل دولة أمر تحديد من تعترفهم رعاياها موجب قانونها هي". وفي الآونة الأخيرة أيدت الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية لعام ١٩٩٧ (المادة ٣) هذا المبدأ.

(٣) إن عوامل الارتباط التي تؤهل لمنح الجنسية والتي ترد قائمة بها في المادة ٤ هي عوامل توضيحية وليس شاملة. على أنها تشمل العوامل التي تستخدمها أغلب الدول لمنح الجنسية وهي: المولد (مسقط الرأس)، والأصل (قانون الدم) والت الجنس. ولم يدرج في هذه القائمة الزواج، مواطن، نظراً إلى أن الزواج، في حد ذاته، لا يكفي في معظم الظروف لمنح الجنسية: إذ يشترط لمنحها، إضافة إلى ذلك، انقضاء فترة إقامة تمنح بعدها الجنسية بالتجنس. وحيثما يؤدي الزواج بمواطن، تلقائياً، إلى اكتساب أحد الزوجين جنسية الزوج الآخر، قد تنشأ مشاكل فيما يتصل بتوافق اكتساب الجنسية هذا مع القانون الدولي^(٤٣). ويجوز اكتساب الجنسية أيضاً نتيجة لخلافة الدول^(٤٤).

(٤) وعوامل الارتباط المدرجة في المادة ٤ هي العوامل التي تستخدمها أغلب الدول لإثبات الجنسية. وفي بعض البلدان التي تفتقر إلى سجلات ولادة واضحة، قد يصعب إثبات الجنسية. وفي مثل هذه الحالات، يمكن أن توفر الإقامة إثباتاً للجنسية، وإن كان لا يمكن أن تشكل أساساً للجنسية نفسها. بيد أنه يجوز للدولة أن تمنح الجنسية لمثل هؤلاء الأشخاص عن طريق التجنس.

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, (٤٢)
Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, p. 6, at p. 24

(٤٣) انظر، على سبيل المثال، المادة ١(٩) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تحظر اكتساب الجنسية في مثل هذه الظروف. وانظر أيضاً الفقرة (٦) أدناه من التعليق على مشروع المادة هذا.

(٤٤) انظر مشاريع المواد المتعلقة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، حولية ١٩٩٩، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ١٥-٢١، الفقرة ٤٧.

المادة ٥ - 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 - رغم ما جاء في الفقرة 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 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 يتعلق بشخص ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص لضرر لحق به عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

التعليق

(١) على الرغم من أن قاعدة استمرار الجنسية راسخة تماماً^(٥٥)، فقد تعرضت لقدر كبير من الانتقاد^(٥٦) بحججة أنها قد تسبب مشقة كبيرة في الحالات التي يغير فيها الفرد جنسيته لأسباب لا علاقة لها بتقديم مطالبة دبلوماسية. وقد رفضت الاقتراحات الداعية إلى التخلص عنها خشية أن يؤدي هذا التخلص إلى تجاوزات وإلى "تسوق الجنسية" لغرض الحماية الدبلوماسية^(٥٧). وترى اللجنة أنه ينبغي الإبقاء على قاعدة استمرار الجنسية، ولكن ينبغي السماح باستثناءات لمراجعة الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القاعدة إلى إجحاف.

(٢) وتأكد 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

^(٥٥) انظر، على سبيل المثال، قرار لجنة المطالبات الدولية للولايات المتحدة، ١٩٥١-١٩٥٤ في Kren claim, ILR (1953), vol. 20 (1957), p. 233, at p. 234.

^(٥٦) انظر الرأي المستقل للقاضي السير جيرالد فينسنوريس في قضية Barcelona Traction, Second Phase, Judgment (الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ١٠٢-١٠١. وانظر أيضاً E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.

^(٥٧) انظر البيان الذي أدلّ به الحكم باركر في قضية القرار الإداري رقم ٥: "ومن شأن أي قاعدة أخرى أن تفتح الباب على مصراعيه للتجاوزات، وقد تسفر عن تحول دولة قوية إلى وكالة مطالبات نيابة عن بحيلون مطالبهم، بعد أن تلحق بهم أضرار، إلى رعاياها أو يستخدمون قوانينها المتعلقة بالتجنس لغرض ضمان تبينها لطلابهم" Decision of 31 October 1924, United States-Germany Mixed Claims Commission, UNRIAA, vol. VII (Sales No. 1956.V.5), p. 119, at p. 141.

(٦) وتشدد الجملة الأخيرة من المادة ٤ على أن اكتساب الجنسية يجب ألا 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 الاتفاقية المتعلقة بعض المسائل المتصلة بتنازع قوانين الجنسية 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 يتمشى مع المعاهدات الدولية والأعراف الدولية ومبادئ القانون المعترف بها بشكل عام فيما يتعلق بالجنسية"^(٥٨). واليوم، تشرط الاتفاقيات على الدول، ولا سيما في مجال حقوق الإنسان، الامتثال للمعايير الدولية لدى منح الجنسية^(٥٩). فعلى سبيل المثال، تنص الفقرة ١ من المادة ٩ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن

تنزع الدول الأطراف المرأة حقوقاً متساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألا يتربّ على الزواج من أحني، أو على تغيير الزوج جنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج^(٦٠).

(٧) والمادة ٤ تسلّم، بالتالي، بأنه يحق للدولة التي تقدم ضدها مطالبة لصالح مواطن أجنبي متضرر أن تطعن في جنسية ذلك الشخص إذا اكتسب جنسيته على نحو يخالف القوانين الدولي. وتشترط المادة ٤ أن يحدث اكتساب الجنسية بطريقة "لا تتعارض مع القانون الدولي". ويشدد النبي المزدوج على أن عبء إثبات اكتساب الجنسية بطريقة مخالفة للقانون الدولي إنما يقع على الدولة التي تطعن في جنسية الشخص المتضرر. ووقع عبء الإثبات على الدولة التي تطعن في الجنسية يرجع إلى الاعتراف بوجوب إعطاء الدولة التي تنزع الجنسية "هامش تقدير" لدى البت في منع الجنسية^(٦١)، وإلى وجود قرينة تؤيد صحة منح الدولة للجنسية^(٦٢).

^(٥٠) انظر أيضاً الفقرة ٢ من المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية.

^(٥١) أكدت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان ذلك في فتواها بشأن قضية التعديلات المقترن بإدخالها 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 والإيمان الآخر القائل "بأن القانون الدولي يفرض حدوداً معينة على سلطة الدولة، وهي حدود مرتبطة بالمتضييات التي يفرضها النظام الدولي لحماية حقوق الإنسان" (ILR, vol. 79 (1989), p. 283, at p. 296).

^(٥٢) انظر أيضاً المادة ٢٠ من الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان: "مبادئ سان خوسيه، كوستاريكا"، والمادة ٥(د)^(٦٣) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

^(٥٣) انظر فتوى محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية التعديلات المقترن بإدخالها على الأحكام المتعلقة بالتجنس في الدستور السياسي لكوستاريكا (الحاشية ٥١ أعلاه)، الفقرة ٦٢.

^(٥٤) انظر R. Y. Jennings and A. D. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1992, vol. I, *Peace*, p. 856.

(٦) 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 للكف عن الفعل غير المشروع، إذا كان لا يزال مستمراً، والشكل الذي ينبغي أن يتبعه الجبر. وهذه المسألة تتناولها بمزيد من التفصيل المادة ٤٣ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي اعتمدها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين المقوددة عام ٢٠٠١، كما تتناولها التعليقات عليها^(٦٢).

(٧) وعلى الرغم من أن اللجنة قررت وجوب الإبقاء على قاعدة استمرار الجنسية، فقد وافقت على أن هناك حاجة إلى وضع استثناءات من هذه القاعدة. وعليه، تنص الفقرة ٢ على أنه يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص كان من رعايتها وقت تقديم المطالبة رسمياً ولكن لم يكن من رعايتها وقت وقوع الضرر، على أن تتوفر ثلاثة شروط هي: أولاً، أن يكون الشخص الذي يلتزم الحماية الدبلوماسية قد فقد جنسيته الأصلية؛ ثانياً، أن يكون هذا الشخص قد اكتسب جنسية دولة أخرى بسبب لا علاقة له بتقديم المطالبة؛ ثالثاً، أن يكون اكتساب الجنسية الجديدة قد حدث بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي.

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

(٩) وكما تُوشَّح أعلاه^(٦٣)، فإن الخوف من أن يعتمد الشخص تغيير جنسيته ليجعل دولة الجنسية أكثر استعداداً وقدرة للتقدم. بمطالبة دبلوماسية لصالحه هو الأساس الذي تقوم عليه قاعدة استمرار الجنسية. والشرط الثاني الوارد في الفقرة ٢ يتصدى لهذا الشاغل بالنص على أن الشخص الذي تُمارس 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، ك الحالات التي يكون الشخص قد اكتسب فيها جنسية جديدة كنتيجة ضرورية لعوامل مثل الزواج أو التبني أو خلافة الدول.

(٦٢) حولية ٢٠٠١، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ١٥٦-١٥٧.

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

من ممارسة الدول ومن الفقه ما إذا كان يجب على المواطن أن يحتفظ بجنسية الدولة المطلوبة بين هذين التارحين، لأن هذه القضية قلما تنشأ عملياً^(٥٨). وقررت اللجنة، في ظل هذه الظروف، أن تترك مسألة ما إذا كان يتعين الاحتفاظ بالجنسية بين تاريخ وقوع الضرر وتاريخ تقديم المطالبة مفتوحة^(٥٩).

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

(٤) والاشترط الزمني 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. ويرجع هذا الغموض، في المقام الأول، إلى أن الاتفاقيات التي تنشئ اللجان المختطلة المعنية بالمطالبات قد استخدمت تعابير مختلفة لتحديد تاريخ المطالبة^(٦٠). وتعبر "تقديم المطالبة" هو أكثر التعابير شيوعاً في المعاهدات والقرارات القضائية والفقه وذلك إشارةً إلى التاريخ النهائي أو اليوم الأخير المطلوب مراعاته لمارسة الحماية الدبلوماسية. وقد أضافت اللجنة كلمة "رسمياً" إلى هذا التعبير للدلالة على أن تاريخ تقديم المطالبة هو التاريخ الذي تقوم فيه الدولة بمارسة الحماية الدبلوماسية بتقديم أول طلب رسمي، على عكس الاتصالات والاستفسارات الدبلوماسية غير الرسمية التي تجري بشأن هذا الموضوع.

(٥) ويشأ للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية في تاريخ تقديم المطالبة رسمياً. غير أنه كان هناك تأييد للرأي الذي يعتبر أنه إذا غير الفرد جنسيته في الفترة ما بين هذا التاريخ وتاريخ صدور القرار أو الحكم بشأن المطالبة لم يعد يعتبر مواطناً لأغراض الحماية الدبلوماسية. ووفقاً لهذا الرأي، تقتضي قاعدة استمرار الجنسية وجود رابط الجنسية "من تاريخ وقوع الضرر وحتى صدور القرار"^(٦١). وبالنظر إلى ندرة هذه الحالات في الممارسة، فقد فضلت اللجنة التمسك بال موقف الذي يعكس في مشروع المادة ٥.

(٥٨) انظر H. W. Briggs, "La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations", *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tome I, p. 5, at pp. 72-73.

(٥٩) اعتمد معهد القانون الدولي النهج نفسه في دورته المقوددة في وارسو في أيلول/سبتمبر ١٩٦٥ (المرجع نفسه، المجلد الثاني، ص ٢٦٢-٢٦٣).

(٦٠) انظر رأي الحكم باركر في قضية القرار الإداري رقم ٥ (الحاشية ٥٧ أعلاه)، ص ١٤٣.

(٦١) انظر الحاشية ٥٤ أعلاه، *Oppenheim's International Law* (انظر الحاشية ٥٤ أعلاه)، ص ٥١٢.

(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 رعايتها، فإن أغلب قرارات التحكيم^(٤) ومحاولات التدوين^(٥) لا تقتضي هذا الاشتراط. ففي قضية سالم، رأت محكمة التحكيم أنه لا يجوز لصر أن تثير مسألة كون 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 تطعن في مطالبة إحدى الدولتين اللتين يحملن جنسية الشخص صاحب المصلحة في القضية بالإشارة إلى جنسية الدولة الأخرى^(٦).

وقد اتبعت هذه القاعدة في حالات أخرى^(٧) ولقيت منذ فترة أقرب تأييداً من جانب محكمة المطالبات المشتركة بين إيران والولايات المتحدة^(٨). وقرار اللجنة عدم اشتراط وجود صلة حقيقة أو فعلية في مثل هذه الظروف هو قرار يتفق مع المنطق. فيخالف الحالات التي تقدم فيها إحدى دول الجنسية مطالبة ضد

(٦٤) انظر قرار محكمة التحكيم المختلطة اليوغوسلافية – الهنغارية في قضية *de Born*, Case No. 205 of 12 July 1926, *Annual Digest of Public International Law, Cases 1925 and 1926*, A. McNair and H. Lauterpacht (eds.), London, Longman, 1929, pp. 277–278.

(٦٥) انظر المادة ٥ من الاتفاقية المتعلقة ببعض المسائل المتعلقة بتنافر قوانين الجنسية؛ والمادة ٤(ب) من القرار بشأن "الطابع الوطني لمطالبة دولية تقدمها دولة بقصد ضرر تكبده فرد من الأفراد"، الذي اعتمدته معهد Tableau des résolutions adoptées (1957–1991), Paris, Pedone, 1992, p. 57, at p. 59 (مستنسخ في حلولية ١٩٧٩، المجلد الثاني، ص ١٤٢)؛ ومشروع اتفاقية هارفرد لعام ١٩٦٠ بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب (مستنسخ في L. B. Sohn and R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *AJIL* (Washington D.C.), vol. 55, No. 3 (July 1961), p. 548 (المادة ٤٢)، ص ٤٧).

(٦٦) انظر قرار المحكمة العليا الأمريكية في案 Salem case (Egypt/United States), Award of 8 June 1932, UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 1161, at p. 1188.

(٦٧) انظر قرارات لجنة التوفيق المشتركة بين إيطاليا والولايات المتحدة في Mergé claim, 10 June 1955, ILR (1955), vol. 22 (1958), p. 443, at p. 456, or UNRIAA, vol. XIV, p. 236 ; the Vereano case, 17 May 1957, UNRIAA, vol. XIV, p. 321, or ILR, vol. 24, pp. 464–465; and the Stankovic claim, 26 July 1963, ILR, vol. 40 (1970), p. 153, at p. 155.

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

(١٠) 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 المادة ٤.

(١١) أما الفقرة ٣ فتضييف ضمانة أخرى ضد تجاوزات استبعاد قاعدة استمرار الجنسية. فلا يجوز لدولة الجنسية الجديدة أن تمارس 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. فالشخص المتضرر لم يكن أجنبياً عند وقوع الضرر.

المادة ٦ – الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

١ – يجوز لأية دولة يكون من رعاياها شخص مزدوج الجنسية أو متعددتها 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 متعددتها.

التعليق

(١) إن ازدواج الجنسية أو تعددتها واقع من وقائع الحياة الدولية. فيمكن للفرد اكتساب أكثر من جنسية نتيجة للتطبيق المتوازي لمبدأ مسقط الرأس وقانون الدم، أو نتيجة منح الجنسية عن طريق التجنس، عندما لا يؤدي التجنس إلى التخلص عن الجنسية السابقة. ولا يحظر القانون الدولي ازدواج الجنسية أو تعددتها: فقد أقرت المادة ٣ من الاتفاقية المتعلقة ببعض المسائل المتعلقة بتنافر قوانين الجنسية بهذا الازدواج أو التعذر إذ نصت على أن "[...] الشخص الذي يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل من الدول التي يحمل جنسيتها رعية من رعاياها". وبالتالي، يلزم تناول مسألة ممارسة دولة الجنسية للحماية الدبلوماسية فيما يتصل بمواطن يحمل جنسية مزدوجة أو جنسيات متعددة. ويقتصر موضوع المادة ٦ على ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب دولة من الدول التي يعتبر الشخص من المتضرر من رعاياها ضد دولة لا يعتبر هذا الشخص من رعاياها. أما ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب دولة من دول الجنسية ضد دولة أخرى من دول الجنسية فتناولها المادة ٧.

(٢) وتتيح الفقرة ١ لدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بمواطنيها حتى إذا كان هذا الشخص من رعايا دولة أخرى أو أكثر. وهي، شأن المادة ٤، لا تقتضي وجود صلة حقيقة أو فعلية بين المواطن والدولة الممارسة للحماية الدبلوماسية.

هذا الشخص جنسيتها أيضاً^(٦٩). وقد نجحت المتردّيات التدوينية، فيما بعد، بمحاجأً مماثلاً^(٧٠)، كما لقى هذا الموقف تأييداً في قرارات التحكيم^(٧١). ووصفت محكمة العدل الدوليّة، في الفتوى التي أصدرتها عام ١٩٤٩ في قضية التعويض عن الأضرار، ممارسة الدول المتمثّلة في عدم حماية رعاياها ضدّ دولة أخرى من دول الجنسية بأنّها "الممارسة العادلة"^(٧٢).

(٣) ييد أنه يلاحظ في قرارات التحكيم، حتى قبل عام ١٩٣٠، وجود تأييد لموقف آخر هو أنه يجوز لدولة الجنسية الغالبة أو الفعلية تقديم دعوى فيما يتصل بمواطن ضدّ دولة أخرى من دول الجنسية^(٧٣). وأخذت محكمة العدل الدوليّة بنفس هذا

(٦٩) انظر أيضاً المادة ١٦(أ) من مشروع اتفاقية هارفرد لعام ١٩٢٩ بشأن مسؤولية الدول عن الأضرار التي تلحق بشخص الأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها، AJIL (Washington D.C.), vol. 23, special supplement (vol. 2) (April 1929), p. 133, at p. 200.

(٧٠) انظر المادة ٢٣(٥) من مشروع اتفاقية هارفرد لعام ١٩٦٠ بشأن المسؤولية الدوليّة للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب (الحاشية ٦٥ أعلاه)، والمادة ٤(أ) من القرار بشأن "الطابع الوطني لمطالبة دولية تقدمها دولة بتصدر ضرر تکيده فرد من الأفراد"، الذي اعتمدته معهد القانون الدولي في دورته العقودة في وارسو عام ١٩٦٥ (المراجع نفسه).

(٧١) انظر 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., United States 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, 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. 216-217.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations (٧٢) (انظر الحاشية ٢٩ أعلاه)، ص ١٨٦.

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., United States 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), (تابع على الصفحة التالية)

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 دوليّ جنسية من أن تمارس ممارسة مشتركة حقاً تتمتع به كل دولة من دول الجنسية. ولذا تقر الفقرة ٢ بأنه يجوز أن تشتراك دولتان أو أكثر من دول الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص مزدوج الجنسية أو متعدّدها ضدّ دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها. وإذا كان لا يحق للدولة المسؤولة أن تعرّض على مثل هذه المطالبة المقدمة من جانب دولتين أو أكثر تصرّفان في آن واحد وبالتفاهم بينهما، فإنّها قد تثير اعتراضات عندما تقدم الدول المطالبة مطالبات منفصلة إلى الهيئة نفسها أو إلى هيئات مختلفة، أو عندما تقدم إحدى دول الجنسية مطالبة بعد أن تكون قد حدثت استجابة لمطالب 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. ويستحيل تدوين قواعد تحكم حالات مختلفة من هذا النوع. وينبغي معالجة هذه الحالات وفقاً لمبادئ القانون العامّة التي تحكم تلبية المطالب الواردة في المطالبات المشتركة.

المادة ٧ - الجنسية المتعدّدة والمطالبة ضدّ دولة من دول الجنسية

لا يجوز لدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص ضدّ دولة يكون هذا الشخص من رعاياها أيضاً، ما لم تكن جنسية الدولة الأولى هي الجنسية الغالبة، عند وقوع الضّرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً، على السواء.

التعليق

(١) تتناول المادة ٧ ممارسة دولة من دول الجنسية الحماية الدبلوماسية ضدّ دولة أخرى من دول الجنسية. وفي حين أن المادة ٦، التي تتناول المطالبات المقدمة فيما يتصل بشخص متضرر يحمل جنسية مزدوجة أو جنسية متعدّدة ضدّ دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها، لا تشترط وجود صلة فعلية بين الدولة المطالبة والمواطن، فإنّ المادة ٧ تشترط على الدولة المطالبة أن تثبت أن جنسيتها كانت وقت وقوع الضّرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً هي الجنسية الغالبة.

(٢) وقد كان هناك تأييد قوي في الماضي لقاعدة عدم المسؤولية التي تقضي بأنه لا يجوز لدولة من دول الجنسية أن تقدم مطالبة فيما يتصل بمواطن يحمل جنسية مزدوجة ضدّ دولة أخرى من دول الجنسية. فالمادة ٤ من الاتفاقية المتعلقة ببعض المسائل المتصلة بتنازع قوانين الجنسية تنص على أنه "لا يجوز للدولة أن توفر حماية دبلوماسية لأحد رعاياها ضدّ دولة يحمل

أخرى تؤيد مبدأ الجنسية الغالبة وهي لجنة الأمم المتحدة للتعويضات، التي أنشأها مجلس الأمن لتقديم تعويضات عن الأضرار الناجمة عن احتلال العراق للكويت^(٧٨). فالشرط الذي تطبقه لجنة التعويضات للنظر في مطالبات المواطنين ذوي الجنسية المزدوجة الذين يحملون الجنسية العراقية هو أنهم يجب أن يحملوا الجنسية الأصلية لدولة أخرى^(٧٩). وقد أيدت المقررات التدوينية الأخيرة هذا النهج. فقد ذكر المقرر الخاص، غارسيا أمادور، في تقريره الثالث عن المسؤولية الدولية المقدم إلى لجنة القانون الدولي، ما يلي:

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 أصلية^(٨٠).

وأبدى أوريجو فيكتورينا رأياً مماثلاً في تقريره إلى رابطة القانون الدولي في مؤتمرها التاسع والستين^(٨١).

(٤) وترى اللجنة أن المبدأ الذي يجيز لدولة الجنسية الغالبة أو الفعلية تقديم مطالبة ضد دولة أخرى من دول الجنسية يعكس الوضع الراهن في القانون الدولي العربي. ويتجسد هذا الاستنتاج في المادة ٧.

(٥) وتستخدم السلطات كلمة "الفعلية" 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 كلمة "الغالبة" لأنها تحمل عنصر النسبة وتدل 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 المتنافسة، وكلمة "الغالبة"، عند تطبيقها على الجنسية، تعبر عن جوهر هذه العملية تعبيراً أدق من كلمة "الفعلية" أو "المهيمنة". وهي، علاوة على ذلك، الكلمة التي استخدمتها لجنة التوفيق المشتركة بين إيطاليا

^(٧٨) قرار مجلس الأمن رقم ٦٩٢ (١٩٩١)، المؤرخ ٢٠ أيار / مايو ١٩٩١.

^(٧٩) المقرر ٧ الذي اتخذه مجلس إدارة لجنة الأمم المتحدة للتعويضات، المؤرخ ١٦ آذار / مارس ١٩٩٢ "معايير لفوات إضافية من المطالبات" (S/AC.26/1991/7/Rev.1)، الفقرة ١١.

^(٨٠) مشروع الاتفاقية بشأن المسؤولية الدولية للدولة عن الأضرار التي تلحق بشخص الأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها (انظر الحاشية ٦٥ أعلاه)، المادة ٢١ (٤).

"The changing law of nationality of claims", Interim Report, Report of the Sixty-ninth Conference of the International Law Association, London, 2000, p. 646, para. 11

الاجتهد القضائي في سياق آخر في قضية نوريسيوم^(٧٤)، وأقرته لجنة التوفيق المشتركة بين إيطاليا والولايات المتحدة في دعوى ميرجيه في عام ١٩٥٥. فقد ذكرت لجنة التوفيق هنا أن:

المبدأ القائم على مساواة الدول في السيادة، الذي لا يجيز الحماية الدبلوماسية في حالة ازدواج الجنسية، يجب أن ينبع لمبدأ الجنسية الفعلية حينما تكون هذه الجنسية هي جنسية الدولة المطالبة، ولكن يجب أن ينبع له عندما تكون هذه الغلبة غير مثبتة، لأن المبدأ الأول من هذين المبدأين مسلم به بوجه عام وقد يشكل معياراً إذا تطبق عملي لإزالة أي غموض ممكن^(٧٥).

ورأت لجنة التوفيق أن مبدأ الجنسية الفعلية ومفهوم الجنسية الغالبة هما، ببساطة، وجهان لعملة واحدة. وطبقت لجنة التوفيق هذه القاعدة في أكثر من خمسين قضية لاحقة تتعلق برعايا يحملون جنسية مزدوجة^(٧٦). واستناداً إلى هذه القضايا، طبقت محكمة المطالبات المشتركة بين إيران والولايات المتحدة مبدأ الجنسية الغالبة الفعلية في عدد من القضايا^(٧٧). وثمة مؤسسة

(الحاشية ٧٣ تابع)

J. F. Williams and H. Lauterpacht (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, London, Longman, 1932, p. 216; the Blumenthal case (1923) (French-German Mixed Arbitral Tribunal), *Recueil des decisions 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 64 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. 248-249

(٧٤) انظر الحاشية ٣٢ وأعلاه، ص ٢٢ و ٢٣. ولم تكن قضية نوريسيوم تتعلق بازدواج الجنسية، لكن المحكمة وجدت تأييداً للاستنتاج الذي خلصت إليه، وهو أنه لم تكن هناك صلة فعلية بين نوريسيوم وليختنشتاين. انظر أيضاً الأحكام القضائية المشار إليها في الحاشية ٧٣ أعلاه.

(٧٥) Mergé (انظر الحاشية ٦٧ أعلاه)، ص ٢٤٧. وانظر أيضاً قضية De Leon, Decisions Nos. 218 and 227, 15 May 1962 and 8 April 1963, UNRIAA, vol. XVI (Sales No. E/F.69.V.1), p. 239, at p. 247

(٧٦) انظر، على سبيل المثال، 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

(٧٧) Espahani 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.*, vol. 5, p. 251

٢ - يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص تعرف به تلك الدولة كلاجئ، إذا كان ذلك الشخص، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًا، يقيم بصفة قانونية واعتراضية في تلك الدولة.

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

التعليق

(١) القاعدة العامة هي أنه لا يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية إلا لمصلحة رعاياها فقط. ففي عام ١٩٣١، رأت لجنة المطالبات المشتركة بين الولايات المتحدة والمكسيك، في قضية شركة ديكسون لمحالات السيارات ضد الولايات المكسيكية المتحدة، أنه لا يجوز توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص عديمي الجنسية، وذلك عندما ذكرت أن:

الدولة [...] لا ترتكب مخالفة دولية عند إلهاقها ضررًا بفرد لا جنسية لها، وبالتالي، ليس لأي دولة سلطة التدخل أو تقليص شكوى لمصلحته، سواء قبل وقوع الضرر أم بعده^(٨٣).

وهذا الرأي لم يعد يعبر بدقة عن موقف القانون الدولي بشأن كل من عديمي الجنسية واللاجئين. ويُيدِّي القانون الدولي المعاصر اهتماماً بوضع هاتين الفتيتين من الأشخاص على السواء. وما يدل على هذا الاهتمام إبرام اتفاقيات مثل الاتفاقية بشأن حفظ حالات انعدام الجنسية والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين.

(٢) والمادة ٨، التي تُعد محاولة في مجال التطوير التدريجي للقانون، تحرّف عن القاعدة التقليدية القائلة بأنه لا يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا لمصلحة الرعايا، وتتيح للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص من غير الرعايا إذا كان هذا الشخص إما عدم الجنسية وإما لاجئاً. وعلى الرغم من أن اللجنة قد تصرفت في إطار القواعد التي تحكم انعدام الجنسية واللجوء، فإنها لم تحاول إبداء موقف بشأن مركز الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين، وإنما اقتصر اهتمامها على قضية ممارسة الحماية الدبلوماسية لمصلحة هؤلاء الأشخاص.

(٣) 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 الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية التي تعرّف الشخص عديم الجنسية بأنه "الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها يمتنع تشريعها". ولا ريب في أن هذا التعريف يمكن اعتباره

والولايات المتحدة في دعوى ميرجيه التي يمكن اعتبارها نقطة الانطلاق لتطور القاعدة العرفية الحالية^(٨٤).

(٦) ولا تحاول اللجنة وصف العوامل الواحـدـةـ أـخـذـهـاـ فيـ الـاعـتـارـ لـدىـ تـقـرـيرـ مـاهـيـةـ الـجـنـسـيـةـ الـعـالـبـةـ. وـتـرـىـ السـلـطـاتـ أـنـ هـذـهـ الـعـوـاـمـلـ تـشـمـلـ إـلـاقـةـ الـاعـتـيـادـيـةـ،ـ وـتـارـيـخـ التـحـجـنـسـ (أـيـ طـولـ الفـتـرـةـ الـيـ أـمـضـيـ)ـ كـلـ بـلـدـ مـنـ بـلـدـانـ الـجـنـسـيـةـ،ـ وـتـارـيـخـ جـوـازـ سـفـرـ الـدـوـلـةـ الـأـخـرـىـ؛ـ وـالـخـدـمـةـ الـعـسـكـرـيـةـ.ـ وـلـاـ يـعـتـرـفـ أـيـ مـنـ هـذـهـ الـعـوـاـمـلـ عـامـلـاـ حـاسـمـاـ؛ـ وـمـكـانـ الـحـيـاةـ الـعـالـيـةـ؛ـ وـمـكـانـ الـتـعـلـيمـ وـمـنـاهـجـهـ وـلـغـتـهـ؛ـ وـالـعـمـلـ وـالـمـالـيـةـ؛ـ وـمـكـانـ الـحـيـاةـ الـعـالـيـةـ؛ـ وـالـرـوـابـطـ الـعـائـلـيـةـ فيـ كـلـ بـلـدـ؛ـ وـالـمـشـارـكـةـ فيـ الـحـيـاةـ الـاجـتمـاعـيـةـ وـالـعـامـةـ؛ـ وـاستـعـمـالـ الـلـغـةـ؛ـ وـدـفـعـ الـضـرـائبـ،ـ وـالـحـسـابـاتـ الـمـصـرـفـيـةـ،ـ وـالـضـمـانـ الـاجـتمـاعـيـ؛ـ وـالـزـيـاراتـ إـلـىـ دـوـلـ الـجـنـسـيـةـ الـأـخـرـىـ؛ـ وـحـيـازـةـ وـاستـعـمـالـ جـوـازـ سـفـرـ الـدـوـلـةـ الـأـخـرـىـ؛ـ وـالـخـدـمـةـ الـعـسـكـرـيـةـ.ـ وـلـاـ يـعـتـرـفـ أـيـ مـنـ هـذـهـ الـعـوـاـمـلـ عـامـلـاـ حـاسـمـاـ؛ـ وـالـوزـنـ الـذـيـ يـعـطـىـ لـكـلـ عـامـلـ يـخـتـلـفـ تـبـعـاـ لـطـرـوفـ كـلـ قـضـيـةـ.

(٧) وقد صيغت المادة ٧ بصيغة النفي: "لا يجوز للدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية [...]" ما لم "تكن جنسيتها هي الجنسية الغالبة". والقصد من ذلك بيان أن الظروف التي تتوخاها المادة ٧ يجب اعتبارها ظروفًا استثنائية. وتوضح هذه الصيغة 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 يتيح للدولة التي يكتسب الفرد جنسيتها الغالبة بعد ضرر الحق له بدولة أخرى من دول الجنسية تقديم مطالبة ضد تلك الدولة. وهذا الاعتراض ينتهي باشتراط أن تكون جنسية الدولة المطالبة جنسية غالبة وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًا، على السواء. ويكرر هذا الاشتراط المبدأ الذي أكدت عليه الفقرة ١ من المادة ٥ بشأن موضوع استمرار الجنسية. وقد شرحت عبارتا "عند وقوع الضرر" و"في تاريخ تقديم المطالبة رسميًا" في التعليق على تلك المادة. أما الاستثناء من قاعدة استمرار الجنسية الوارد في الفقرة ٢ من المادة ٥ فلا ينطبق هنا نظرًا إلى أن الشخص المتضرر المقصود في المادة ٧ لن يكون قد فقد جنسيته.

المادة ٨ - 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 تقديم المطالبة رسميًا، يقيم بصفة قانونية واعتراضية في تلك الدولة.

مسألة إصدار وثائق السفر، بموجب الاتفاقية، لا تؤهل بأي حال من الأحوال حامل هذه الوثائق للحصول على حماية دبلوماسية^(٨٧). ثانياً، ضرورة وضع عتبة عالية لدى الأخذ باستثناء من قاعدة تقليدية من خلال سن قانون منشود. ويذهب بعض أعضاء اللجنة إلى أن عتبة الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية المحدثتين كشرطين مسبقين لممارسة الحماية الدبلوماسية هي عتبة عالية للغاية في حالة اللاجئين أيضاً^(٨٨).

(٨) وكلمة "اللاجيء" في الفقرة ٢ غير مقصورة على اللاجئين كما عرّفوا في الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين وبروتوكولها الخاص بوضع اللاجئين، وإنما يقصد منها أن تشمل، إضافةً إلى ذلك، الأشخاص الذين لا ينطبق عليهم هذا التعريف بدقة. وقد نظرت اللجنة في استخدام عبارة "اللاجئين المعترف بهم"، الواردة في المادة ٦(٤)(ز) من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية، والتي توسيع المفهوم ليشمل اللاجئين الذين تعرف بهم الصكوك الإقليمية مثل اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية بشأن الجوانب الحدودية لمشكلة اللاجئين في أفريقيا^(٨٩)، وهي اتفاقية تُعتبر، على نطاق واسع، نموذجاً للحماية الدولية لللاجئين^(٩٠)، وإعلان كاراتاخينا بشأن اللاجئين^(٩١). على أن اللجنة فضلت ألا تضع حداً لهذه العبارة كي تتيح للدولة الجمال لتوفير الحماية الدبلوماسية لأي شخص تعتبره لاجئاً وتعامله كلاجيئ. وقد يتسم هذا الأمر بأهمية خاصة لللاجئين في الدول غير الأطراف في الصكوك الدولية أو الإقليمية القائمة.

(٩) وتذكر في الفقرة ٢ الاشتراطات الزمنية الواردة في المادة ٥ فيما يتعلق بتقديم المطالبات. فيجب أن يكون اللاجيء مقيماً بصورة قانونية واعتيادية في الدولة المطالبة وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً، على السواء.

قد اكتسب طابع العُرف. فيجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص من هذا القبيل، بصرف النظر عن الكيفية التي أصبح بها علماً الجنسية، بشرط أن يكون، وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً، مقيماً بصفة قانونية واعتيادية في تلك الدولة.

(٤) ويفرض اشتراط الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية في آن واحد عتبة عالية^(٨٤). 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 له ما يبرره في حالة الأخذ بتدبر استثنائي من باب القانون المنشود.

(٥) وتذكر في الفقرة ١ الاشتراطات الزمنية الواردة في المادة ٥ فيما يتعلق بتقديم المطالبات. فيجب أن يكون الشخص العدم الجنسي مقيماً بصورة قانونية واعتيادية في الدولة المطالبة وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً، على السواء. وهذا يمكن إخضاع غير الرعايا للذات القواعد التي يخضع لها الرعايا فيما يتصل بالاشتراطات الزمنية لتقديم المطالبات.

(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 اللاجيء نظراً لأنه "لا يستطيع أو لا يريد ... أن يستظل بحماية [دولة الجنسية]"^(٨٥) ولأنه إذا فعل ذلك، فقد يفقد مركز اللاجيء في دولة الإقامة. وتعكس الفقرة ٢ الصيغة المستخدمة في الفقرة ١. وجود فوارق هامة بين الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين، كما يبين من الفقرة ٣، إنما يفسر قرار اللجنة تخصيص فقرة مستقلة لكل فئة.

(٧) وقد قررت اللجنة الإصرار على الإقامة القانونية والإقامة الاعتيادية كشرطين مسبقين لممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح اللاجئين والأشخاص عديمي الجنسية، على الرغم من أن المادة ٢٨ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين تحدد للدول المتعاقدة العتبة الأدنى، وهي "الإقامة بصورة قانونية"^(٨٦)، عند إصدار وثائق السفر لللاجئين. وقد تأثرت اللجنة بعاملين عندما توصلت إلى هذا القرار. أولاً، كون

(٨٤) يستند مصطلحاً "الإقامة القانونية" و"الإقامة الاعتيادية" إلى المادة ٦(٤)(ز) من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية، حيث يستخدمان فيما يتعلق باكتساب الجنسية. وانظر كذلك مشروع اتفاقية هارفرد المتعلق بالمسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب (الحادية ٦٥ أعلاه)، الذي يشمل، لغرض توفير الحماية. بموجب هذه الاتفاقية، "الشخص عدم الجنسية الذي يقيم بصفة اعتيادية في تلك الدولة" المادة ٢١(٣)(ج)).

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

(٨٦) توضح الأعمال التحضيرية للاتفاقية أن "الإقامة" تعني ما هو أقل من الإقامة الدائمة.

(٨٧) انظر الفقرة ١٦ من مرفق الاتفاقية.

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

(٨٩) توسيع هذه الاتفاقية تعريف اللاجيء ليشمل "كل شخص يُضطر، بسبب عدوan خارجي، أو احتلال، أو سيطرة أجنبية، أو أحداث تسبب اضطراباً خطيراً في النظام العام في جزء من بلده الأصلي أو بلد جنسنته أو في كامل هذا البلد، إلى مغادرة مكان إقامته الاعتيادية من أجل التماس اللجوء في مكان آخر خارج بلده الأصلي أو بلد جنسيته". المادة ١-٢.

(٩٠) مذكرة عن الحماية الدولية قدمتها مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين (A/AC.96/830)، ص ١٨، الفقرة ٣٥.

(٩١) اعتمد في الندوة بشأن الحماية الدولية لللاجئين في أمريكا الوسطى والمكسيك وبنما، المقودة في كاراتاخينا، كولومبيا، في الفترة ٢٢-١٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٤. ويرد نص الاستنتاجات التي تضمنها الإعلان في الوثيقة ١ rev.1 OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10، الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية، الدورة العادمة الخامسة عشرة (١٩٨٥)، القرار الذي وافق عليه اللجنة العامة في دورتها الخامسة المقودة في ٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٥.

التعليق

(١) يسلم مشروع المادة ٩ بجواز توفير الحماية الدبلوماسية للشركات. ويكرر الجزء الأول منه صيغة مشروع المادة ٤ الذي يتناول موضوع الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين. وبين النص أن أهلية دولة الجنسية لأغراض توفير الحماية الدبلوماسية للشركة تستوجب وفاء الدولة بعض الشروط، كما في حال الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين.

(٢) وتعنى الدول في مارستها في أغلب الحالات بالحماية الدبلوماسية للشركات، أي المشاريع التي تعمل لجني الأرباح والتي تقوم على أساس المسؤولية المحدودة التي يتمثل رأس المال بالأسهم وليس بأشخاص اعتباريين آخرين. وهذا يفسر اهتمام هذه المادة وما يليها من مواد بالحماية الدبلوماسية للشركات وحملة الأسهم في الشركات. ومشروع المادة ١٣ مخصص لوضع الأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات.

(٣) وبينما يقع منح الجنسية "ضمن المجال الخمي" ^(٩٣) للدولة، فإن القانون الدولي، وفقاً لرأي محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر، "يمتحن الدولة التي أسست الشركة بموجب قوانينها والتي يوجد في إقليمها المكتب المسجل للشركة الحق في توفير الحماية الدبلوماسية لها" ^(٩٤). وقد حدد شرطان من أجل اكتساب الجنسية من قبل الشركة لأغراض الحماية الدبلوماسية: التأسيس وجود مكتب مسجل للشركة في دولة التأسيس. وفي الواقع العملي، تقتضي قوانين معظم الدول أن يكون لدى الشركة المؤسسة بموجب قوانينها مكتب مسجل في إقليمها. وهكذا يبدو أن الشرط الآخر لوجود مكتب مسجل لا لزوم له. إلا أن المحكمة أوضحت ضرورة استيفاء الشرطين عندما ذكرت أن "الممارسة الطويلة والصكوك الدولية العديدة أكدت هذين المعيارين" ^(٩٥). ولعل المحكمة سعت لأن تقر في شرط وجود مكتب مسجل الحاجة إلى وجود ارتباط ملحوظ، مهما كان صغيراً، بين الدول والشركة. وما يؤكّد ذلك الأهمية التي أولتها لوجود مكتب "شركة برشلونة" المسجل في كندا وأن هذا أحدث، إضافة إلى عوامل أخرى، "ارتباطاً وثيقاً ودائماً" ^(٩٦) بين كندا وشركة برشلونة للجر.

(٤) وُستخدم في المادة ٩ كلمة "أنشئت" بدلاً من الكلمة "أسست" إذ إن الكلمة "أسست" هي مصطلح في غير معروف في جميع النظم القانونية. ومع ذلك، فمن الواضح أن الكلمة

(٩٣) انظر Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (انظر الحاشية ٤٢ أعلاه)، ص ٢٤.

(٩٤) انظر Barcelona Traction, Second Phase, Decision (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ٤٣، الفقرة ٧٠.

(٩٥) المرجع نفسه.

(٩٦) المرجع نفسه، الفقرة ٧١.

(١٠) وتنص الفقرة ٣ على أنه لا يجوز لدولة اللجوء أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بلاجئ ضد الدولة التي يحمل هذا اللاجئ 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 مررّة 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 بمارسة الحماية الدبلوماسية في مثل هذه الحالات أن يفتح الباب على مصراعيه للتراءات الدولية. يضاف إلى ذلك أن الخوف من قيام اللاجئين بالطالية باتخاذ إجراءات من هذا القبيل قد يثنى الدول عن قبول اللاجئين.

(١١) وتنص الفقرتان ١ و ٢ كلتاهم على أنه "يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية". وهذا الأمر يؤكّد الطبيعة الاستنسابية للحق. فللدولة سلطة استنسابية بموجب القانون الدولي لممارسة أو عدم ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بأحد الرعايا ^(٩٧). ومن البداية أنها تتمتع بسلطة استنسابية لتوفير أو عدم توفير مثل هذه الحماية للشخص عدم الجنسية أو للاجئ.

(١٢) وتشدد اللجنة على أن المادة ٨ ليست معنية إلا بتوفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص على يد الجنسية ولللاجئين. فهي غير معنية بمنح الجنسية لمثل هؤلاء الأشخاص. ولا يجوز، بل ولا ينبغي، النظر إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بشخص عدم الجنسية أو بلاجئ على أنها تؤدي إلى نشوء توقيع مشروع لمنح الجنسية. فالمادة ٢٨ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين توضح، عندما تقرأ مع الفقرة ١٥ من مرفق الاتفاقية، أن قضية منح وثيقة سفر لللاجئ لا تؤثر في جنسية حاملها. ومن البداية أن ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بلاجئ أو بشخص عدم الجنسية ينبغي لا يُفهم منها بأي حال من الأحوال أنها تمّس جنسية الشخص الذي توفر له الحماية.

الفصل الثالث

الأشخاص الاعتباريون

المادة ٩

دولة جنسية الشركة

لأغراض الحماية الدبلوماسية للشركات، تعني دولة الجنسية الدولة التي أنشئت الشركة بموجب قانونها وفي إقليمها سُجل مكتب الشركة أو يقع مقر إدارتها أو ما شابه ذلك من صلة.

(٩٧) انظر المادة ٢ والتعليق عليها.

الشركة والدولة الخامنية كالصلة التي دفعت بها بلجيكا في قضية شركة برشلونة للجر. وإضافة إلى ذلك، ترفض المحكمة مفهوم الصلة الحقيقة كعامل ربط لازم في سياق الحماية الدبلوماسية للشركات، إذ إن ذلك قد يؤدي إلى انعدام جنسية الشركات التي تنشأ في دولة وتكون أغلبية حملة أسهمها في دولة أخرى. وقد كان الرأي السائد في اللجنة هو أن المكتب المسجل، أو مقر الإدارية، "أو ما شابه ذلك من صلة" لا ينبغي اعتبارها وبالتالي أشكالاً من أشكال الصلة الحقيقة، لا سيما بقدر ما يقصد بهذه الصلة ملكية أغلبية الأسهم كعامل ربط.

(٦) وينبغي قراءة عبارة "أو ما شابه ذلك من صلة" في سياق "مكتب مسجل أو مقر إداري"، وفقاً لقاعدة "من النوع نفسه" في التأويل، وهذا يتطلب تأويل عبارة عامة من هذا النوع تأويلاً محدداً يتفق مع العبارات التي تسبقها. وهذا يعني أن العبارة لا تقوم بذلك، بل هي مقتنة بغيرها. وينبغي أن تشير إلى صلة ما شبيهة بصلة عبارة "مكتب مسجل" أو "مقر الإدارية".

(٧) وعلى العكس من المادة ٤، تشير المادة ٩ إلى دولة "ألا" جنسية، بمعنى "ألا" دولة التي أنشئت الشركة بموجب قانونها. وتستخدم هذه الصيغة تعبيراً لأي إشارة تفيد بأن الشركة قد تكون مزدوجة الجنسية. ونظراً لأنه يمكن أن تتعدد الجنسية في حالة الأشخاص الطبيعيين، تذكر المادة ٤ دولة جنسية تاركة كلمة دولة بدون "ألا" التعريف. ولم يوافق بعض أعضاء اللجنة على الرأي القائل إنه لا يمكن أن تكون للشركة إلا جنسية واحدة.

المادة ١٠ - استمرار جنسية الشركة

١ - يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة تحمل جنسيتها في وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًا.

٢ - رغم ما جاء في الفقرة ١، يظل للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة كانت تحمل جنسيتها وقت وقوع الضرر ولم تعد موجودة جراء ذلك الضرر وفقاً لقانون تلك الدولة.

التعليق

(١) المبادئ العامة المتصلة بشرط استمرار الجنسية تُبحث في التعليق على المادة ٥. وفي الممارسة، تنشأ مشاكل استمرار الجنسية في حالة الشركات أقل مما في حالة الأشخاص الطبيعيين. وفيما يغير الأشخاص الطبيعيون جنسيتهم بسهولة عن طريق التجنس، الطوعي والقسري (كما في حالة الزواج أو التبني) وفي حالة خلافة الدول، فقد لا تغير الشركات جنسيتها إلا بإعادة إنشائها أو تأسيسها في دولة أخرى، وفي هذه الحالة تتخذ الشركة شخصية جديدة، وبذلك ينقطع

"أنشئت" تشمل مفهوم التأسيس وكذلك مفهوم التسجيل، إضافة إلى غير ذلك من الوسائل التي قد تستخدمها الدولة في إيجاد شركة. وإن "إنشاء" (أو تأسيس) شركة بموجب قوانين دولة بعضها ليس كافياً لأغراض الحماية الدبلوماسية. وإضافة إلى ذلك، ينبغي وجود صلة ملموسة ما بالدولة التي أنشئت فيها الشركة، وذلك في شكل مكتب مسجل أو مقر إداري (siège social) أو صلة مماثلة لذلك. وهذه الصيغة تسعى إلى التعبير عن إصرار محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر على وجود عامل ما يصل بين الدولة التي تنشأ الشركة فيها والشركة. أما عبارة "ارتباط وثيق دائم" التي استخدمتها المحكمة في وصف الصلة بين شركة برشلونة للجر وكندا فلا تستخدم لأنها تحدد عتبة باللغة الارتفاع ينبغي تجاوزها لقيام عامل الصلة. ويفضل على ذلك "مكتب مسجل" باعتباره عامل الصلة الذي تقتضيه المحكمة إضافة إلى التأسيس. وبما أن بعض النظم القانونية لا تقتضي وجود مكاتب مسجلة، بل صلة ما أخرى، تستخدم كبديل عن ذلك عبارة "مقر إداري" أو ما شابه ذلك من صلة. وعلى العموم، تقتضي المادة ٩ وجود علاقة بين الشركة والدولة تتجاوز مجرد الإنشاء أو التأسيس وتتسم بوجود عامل وصل إضافي ما. وهذه العلاقة التي يحكمها القانون المحلي للدولة التي تسعى إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية يمكن وصفها بعبارات تختلف باختلاف النظم القانونية^(٩٧).

(٥) وفي قضية شركة برشلونة للجر، حاجت دولة جنسية غالبية حملة الأسهم (وهي بلجيكا) قائلةً إن من حقها ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح الشركة لأن ملكية الأسهم لها صلة حقيقة بالشركة من النوع المعترف به في قضية نوتوبيرم^(٩٨). وقد رفضت محكمة العدل الدولية هذه الحجة ولم ترفض في الوقت ذاته تطبيق معيار وجود الصلة الحقيقة على الشركات إذ رأت في تلك الحالة بالذات وجود "صلة وثيقة دائمة" بين شركة برشلونة للجر وكندا، لأنها كان للشركة في كندا مكتب مسجل وكانت الشركة تعقد اجتماعات مجلس إدارتها هناك طوال سنوات عديدة^(٩٩). والمادة ٩ لا تشترط وجود صلة حقيقة بين

(٩٧) أوضحت محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر أن لا وجود لأي قواعد في القانون الدولي تتعلق بتأسيس الشركات. ولذلك لا بد من الرجوع إلى القانون المحلي للتحقق من استفادة شروط التأسيس. وقالت المحكمة: "كل ما يعنيه ذلك هو أنه لم يكن بد من اعتراف القانون الدولي بكيان الشركة باعتباره مؤسسة تشهده الدول في مجال يقع أساساً في إطار ولايتها المحلية. وهذا بدوره يقتضي الرجوع إلى قواعد القانون المحلي ذات الصلة، كلما نشأت مسائل قانونية تتعلق بحقوق الدول في معاملة الشركات وحملة الأسهم، وذلك بصدق الحقوق التي لم يضع القانون الدولي نفسه قواعده بشأنها" (المرجع نفسه)، ص ٣٤-٣٥، الفقرة ٣٨.

(٩٨) انظر الحاشية ٣٢ أعلاه.

(٩٩) Barcelona Traction, Second Phase, Decision (الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ٤٣، الفقرتان ٧١-٧٠.

وهذا النوع من المطالبة يجوز أن يحدد التصرف الذي ينبغي للدولة المسؤولة اتباعه للكف عن الفعل غير المشروع إذا كان مستمراً، ويجوز أن يحدد شكل الجرٍ^(١٠٥).

(٤) وتنشأ الصعوبات بتصدّى ممارسة الحماية الدبلوماسية لشركة زالت من الوجود وفقاً لقانون الدولة التي أنشئت فيها والتي هي دولة جنسيتها. وإذا أخذ بال موقف القائل إنه لا يجوز للدولة جنسية هذه الشركة أن تقدم مطالبة لأن الشركة لم تعد موجودة وقت تقديم المطالبة، لا يجوز عندئذ لأي دولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية في حال تعرض الشركة لضرر. ولا يمكن للدولة أن تستخدم جنسية حملة الأسهم من أجل تقديم مطالبة كهذه لأنها لا تستطيع أن ثبت أنها كانت مهتمة الاهتمام اللازم وقت وقوع الضرر الذي لحق بالشركة. وكانت هذه المسألة مصدر قلق لعدة قضاة في قضية شركة برشلونة للجر^(١٠٦)، كما ألقفت بعض المحاكم وهيئات التحكيم^(١٠٧) وفقاً للقانون^(١٠٨). أما الفقرة ٢ فتأخذ بنهج عملي وتتيح للدولة جنسية الشركة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بضرر يلحق بالشركة عندما تحمل جنسيتها ثم ينتهي وجودها ومعه جنسيتها من جراء الضرر. وكي تأهل الدولة المطالبة ينبغي لها أن ثبت أن انتهاء وجود الشركة التي قدمت المطالبة باسمها سببه الضرر الذي لحق بها. ولا بد من قراءة الفقرة ٢ بالاقتران مع المادة (١١) التي تبيّن أنه لا يحق للدولة جنسية حملة الأسهم ممارسة الحماية الدبلوماسية بتصدّى ضرر لحق بشركة وأدى إلى زوالها من الوجود.

(١٠٥) انظر كذلك المادة ٤٣ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والتعليق عليها، حولية ١، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ١٥٥-١٥٦.

(١٠٦) القضاة جيسوب (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، ص ١٩٣)، وغروس (المراجع نفسه)، ص ٢٧٧ وفيسموريس (المراجع نفسه)، ص ٣٤٥، والقاضي المخصص ريفاغن (المراجع نفسه)، ص ١٠٢-١٠١.

(١٠٧) انظر Kunhardt claim (opinions in the American-Venezuelan Mixed Claims Commission of 1903, constituted in virtue of the Protocol of 17 February 1903), UNRIAA, vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 171 ولا سيما الرأي المخالف لعضو اللجنة الفنزويلي، السيد بول، ص ١٧٨. انظر أيضاً F. W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D.L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States, Decision No. 10 of 6 December 1929, *ibid.*, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 61, at p. 63

(١٠٨) انظر L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1969, pp. 206-207; W. E. Beckett, "Diplomatic claims in respect of injuries to companies", in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, London, Sweet and Maxwell, 1932, p. 175; and E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, pp. 197-202

استمرار جنسية الشركة^(١٠٩). وربما تغير الشركة جنسيتها في حالة واحدة فقط دون تغيير شخصيتها الاعتبارية وهي حالة خلافة الدولة.

(٢) وتوّكّد الفقرة ١ المبدأ التقليدي الذي ينادي بحق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لشركة تحمل جنسيتها وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميًا. ولا توحد أي مشكلة بتصدّى الشرط الأول وهو أن تكون الشركة المضورة حاملة لجنسية الدولة المطالبة وقت تقديم المطالبة. غير أن الصعوبات تنشأ بتصدّى اليوم الأخير الذي تكون فيه جنسية المطالبة شرعاً قائماً^(١٠١). وينبغي أن يكون واضحاً أن الشركة تحمل جنسية الدولة المطالبة لدى تقديم المطالبة رسمياً. ولهذا القول سند في المعاهدات وفي القرارات القضائية والفقه^(١٠٢). وبهذا المعنى يبدأ حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية في تاريخ تقديم المطالبة رسمياً. إلا أنه كان هناك تأييد للرأي الذي يعتبر أنه إذا غيرت الشركة جنسيتها بين هذا التاريخ وتاريخ صدور القرار بشأن المطالبة، لم تُعد تُعتبر من الرعايا لأغراض الحماية الدبلوماسية. ووفقاً لهذا الرأي، تشرط قاعدة استمرار الجنسية وجود رابطة الجنسية "من وقت وقوع الضرر وحتى صدور القرار بشأن المطالبة"^(١٠٣). وبالنظر إلى ندرة مثل هذه الحالات في الممارسة، فقد فضلت اللجنة الإبقاء على الموقف الذي ينعكس في مشروع المادة ١٠^(١٠٤).

(٣) وتشمل الكلمة "مطالبة" الواردة في الفقرة ١ مطالبة تقدم عبر القنوات الدبلوماسية ومطالبة تقدم إلى هيئة قضائية مباشرة.

(١٠٠) انظر Orinoco Steamship Company case, United States–Venezuela Mixed Claims Commission, constituted under the Protocol of 17 February 1903, UNRIAA, vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 180 في هذه القضية، حولت شركة أُسست في المملكة المتحدة مطالبتها ضد حكومة جمهورية فنزويلا البوليفارية إلى شركة خلف أُسست في الولايات المتحدة. وسمح بتقديم المطالبة لأن معاهدة إنشاء اللجنة تسمح للولايات المتحدة بتقديم مطالبة باسم حامل جنسيتها في هذه الظروف. غير أن الحكم يرجح أوضح أنه لا يسمح بتقديم المطالبة لولا المعاهدة (المراجع نفسه)، ص ١٩٢.

(١٠١) لم تتب محكمة العدل الدولي الدائمة في هذه المسألة في قضية سكاك حميد بانفيزيريس – سالدوتيسكيس (انظر الحاشية ٣٢ أعلاه)، ص ١٧. انظر أيضاً التقرير الرابع للمقرر الخاص، فاكلاف ميكولاكا، عن الجنسية في حالة خلافة الدول، الذي يربّز الصعوبات التي تحبط موضوع جنسية الأشخاص الاعتباريين في حالة خلافة الدول، حولية ١، ١٩٩١، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN.4/489، ص ٣٧٣.

(١٠٢) انظر Kren claim (الhashia ٥٥ أعلاه)، ص ٢٣٤.
(١٠٣) انظر Oppenheim's International Law (انظر الحاشية ٤٤ أعلاه)، ص ٥١٢.

(١٠٤) للاطلاع على مثال حديث العهد على حالة كهذه، انظر The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID, No. ARB(AF)/98/3, ILM, vol. 42 (2003), p. 811

الأسهم في شركة تزاول التجارة في الخارج فإنهم يتحملون مجازفات تشمل المخاطرة المتمثلة في أن دولة جنسية الشركة قد ترفض، وفق تقديرها، ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحهم^(١٤). والثاني هو أنه إذا سمح لدولة جنسية حملة الأسهم بممارسة الحماية الدبلوماسية فإن هذا قد يُفضي إلى تعدد المطالبات المقدمة من دول مختلفة، نظراً إلى أن الشركات الكبيرة تضم في أحيان كثيرة حملة أسهم ذوي جنسيات عديدة^(١٥). وفي هذا الصدد، أوضحت المحكمة أنه إذا مُكتنَت دولة جنسية حامل الأسهم من اتخاذ إجراء لصالحه فإنه لن يكون ثمة سبب يمنع من تمنع كل حامل أسهم بمفرده بهذا الحق^(١٦). والثالث هو أن المحكمة أحجمت عن أن تطبق، على سبيل المثال، قواعد تتعلق بازدواج الجنسية على الشركات وحملة الأسهم فيها، وأن تسمح لكتلًا دوليًّا الجنسية بممارسة الحماية الدبلوماسية^(١٧).

(٣) وفي قضية شركة برشلونة للجر، قبلت المحكمة بأن دولة (دول) جنسية حملة الأسهم قد تمارس الحماية الدبلوماسية لصالحهم في حالتين: الأولى هي الحالة التي لم تعد فيها الشركة قائمة في مكان تأسيسها^(١٨)، وهذه ليست هي الحال في قضية شركة برشلونة للجر؛ والثانية هي الحال التي تكون فيها دولة التأسيس مسؤولة هي نفسها عن إلحاق ضرر بالشركة وتكون الوسيلة الوحيدة لحماية حملة الأسهم الأجانب على الصعيد الدولي هي من خلال دولة (دول) الجنسية^(١٩)، وهذه أيضاً ليست هي الحال في قضية شركة برشلونة للجر. وهذا الاستثناء اللذان لم تنظر المحكمة فيهما بدقة في قضية شركة برشلونة للجر لأنهما لم يكونا متصلين بالقضية اعترفت بهما المادة ١١ في الفقرتين (أ) و(ب) منها. ومن المهم التأكيد على أنه يمكن لعدد من دول الجنسية ممارسة الحماية الدبلوماسية بناء على هذين الاستثناءين لأن حملة الأسهم في شركة ما قد يكونون من جنسيات دول مختلفة.

(٤) وتشترط المادة ١١ (أ) لا يعود للشركة وجود قبل أن يتحقق لدولة جنسية حملة الأسهم التدخل لصالحهم. وقبل قضية شركة برشلونة للجر كان اتجاه معظم فقهاء القانون الثقات يجده معياراً أقل صرامة، يسمح بالتدخل لصالح حملة الأسهم عندما

المادة ١١ - حماية حملة الأسهم

لا يحق لدولة جنسية حملة الأسهم في الشركة أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالحهم عندما يلحق بالشركة ضرر إلا في الحالات التالية:

(أ) إذا لم يعد للشركة وجود وفقاً لقانون الدولة التي أسست فيها لسبب لا صلة له بالضرر؛ أو

(ب) إذا كانت الشركة وقت وقوع الضرر حاملة جنسية الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن إلحاق الضرر بالشركة وكان تسجيل الشركة بموجب قانون تلك الدولة شرطاً أساسياً لمارسة الأعمال التجارية فيها.

التعليق

(١) إن المبدأ الأساسي الأهم في الحماية الدبلوماسية للشركات هو المبدأ القائل إن الشركة تُحمى من قبل دولة جنسية الشركة، لا من قبل دولة أو دول جنسية حملة الأسهم في الشركة. وقد جددت محكمة العدل الدولية تأكيد هذا المبدأ تأكيداً شديداً في قضية شركة برشلونة للجر. ففي هذه القضية أكدت المحكمة منذ البداية أنها لا تعنيها إلا مسألة الحماية الدبلوماسية لحملة الأسهم في "شركة محدودة المسؤلية تمثل الأسهم رأسهاها"^(٢٠). وتتسم هذه الشركات بتميز واضح بين الشركة وحملة الأسهم^(٢١). وفي الحالات التي تتضرر فيها مصالح أحد حملة الأسهم نتيجة لضرر يصيب الشركة تكون الشركة هي الجهة التي يجب أن يتضرر منها اتخاذ إجراء، ذلك أنه، "وإن يكن ثمة كيانان منفصلان قد تكتبهما حقوقه"^(٢٢). ولا يكون كياناً واحداً فحسب هو الذي انتهكت حقوقه^(٢٣). إلا في الحالات التي يكون فيها الفعل المشتكى منه موجهاً بصورة مباشرة إلى حقوق حملة الأسهم. وهذه المبادئ التي تنظم التمييز بين الشركة وحملة الأسهم مستمدة من القانون المحلي، لا من القانون الدولي^(٢٤).

(٢) وقد استرشدت المحكمة في توصلها إلى حكمها بأن الدولة التي أسست فيها الشركة، لا دولة (دول) جنسية حملة الأسهم في الشركة، هي التي يتحقق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية في حال إلحاق ضرر بشركة ما لعدد من اعتبارات السياسة العامة. الأول هو أنه حين يستمر حملة

(١٤) المرجع نفسه، ص ٣٥ (الفقرة ٤٣)، وص ٤٦ (الفقرتان ٨٧-٨٦)، وص ٥٠ (الفقرة ٩٩).

(١٥) المرجع نفسه، ص ٤٨، الفقرات ٤٩-٤٨، الفقرة ٩٤-٩٣.

(١٦) المرجع نفسه، ص ٤٨، الفقرتان ٩٤-٩٥.

(١٧) المرجع نفسه، ص ٣٨ (الفقرة ٥٣)، وص ٥٠ (الفقرة ٩٨).

(١٨) المرجع نفسه، ص ٤٠، الفقرات ٤١-٤٠، الفقرة ٦٥-٦٨.

(١٩) المرجع نفسه، ص ٤٨، الفقرة ٩٢.

(٢٠) Barcelona Traction, Second Phase, Decision (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ٣٤، الفقرة ٤٠.

(٢١) المرجع نفسه، الفقرة ٤١.

(٢٢) المرجع نفسه، ص ٣٥، الفقرة ٤٤.

(٢٣) المرجع نفسه، ص ٣٦، الفقرة ٤٧.

(٢٤) المرجع نفسه، ص ٣٧، الفقرة ٥٠.

التأسيس عندما تنشأ أو توسع. وبالعكس، فإنها "تموت" عندما تنتهي أعمالها في دولة التأسيس، وهي الدولة التي أعطتها وجودها. وعلى ذلك، يبدو من المنطق أن مسألة ما إذا لم يُعد للشركة وجود ولم تعد قادرة على العمل ككيان شركة يجب أن تتقرر وفقاً لقانون الدولة التي أُسست فيها.

(٦) والقصد من عبارة "لسبب لا صلة له بالضرر" النهائية هو ضمان عدم السماح للدولة جنسية حملة الأسهم برفع دعوى تتعلق بالضرر الذي لحق بالشركة والذي كان سبب زوال الشركة. فهذا هو الحق المستمر للدولة جنسية الشركة، بحسب المادة ١٠. ولذلك، فإن دولة جنسية حملة الأسهم لن تتمكن من ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا فيما يتعلق بحملة الأسهم الذين عانوا من جراء أضرار أصابت الشركة ولا صلة لها بالضرر الذي ربما أدى إلى زوال الشركة. والغرض من هذا التحديد هو حصر الظروف التي يجوز فيها للدولة جنسية حملة الأسهم التدخل باسمهم فيما يتعلق بالضرر الذي لحق بالشركة.

(٧) وتنشئ الفقرة (ب) من المادة ١١ الاستثناء الذي يتيح للدولة جنسية حملة الأسهم في الشركة ممارسة الحماية الدبلوماسية باسمهم عندما تكون دولة التأسيس هي ذاتها المسؤولة عن إلحاق الضرر بالشركة. غير أن الاستثناء صيغ صياغة باللغة التقيد لحصره في الحالات التي يكون التأسيس فيها مطلوباً من قبل الدولة التي تلحق الضرر بالشركة كشرط مسبق لمارسة الأعمال التجارية في ذلك البلد.

(٨) وتوجد في ممارسات الدول، وقرارات التحكيم^(١٢٧)، والمذاهب الفقهية أدلة أولية تؤيد الأخذ باستثناء عام دون الشرط التقيدي الوارد في الفقرة (ب). غير أن من المهم أن أقوى دعم للتدخل من جانب دولة جنسية حملة الأسهم يأتي من المطالبات الثلاث التي أجرت فيها الشركة المضروبة على التأسيس في الدولة المسيبة للضرر: سكك حديد خليج ديلاغوا،

Delagoa Bay Railway Company (footnote 120 انظر^(١٢٧)) above); *Mexican Eagle* (*El Aguila*), M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8, 1967, pp. 1272–1274; *Romano-American*, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, p. 841; “*Salvador Commercial Company*” et al (“*El Triunfo Company*”), *Award of 8 May 1902*, UNRIAA, vol. XV, p. 467, at p. 479; and *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, *Award of .5 August 1926*, *ibid.*, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 777, at p. 790 وللاطلاع على استعراض شامل لآراء النقاش في الموضوع، انظر Caflisch J. M. Jones, “Claims on behalf of the majority shareholders in foreign companies”, BYIL, vol. E. Jiménez de Aréchaga, “International responsibility”, in M. Sørensen (ed.), *Manual of International Law*, London, Macmillan, 1968, p. 531, at pp. 580–581

تكون الشركة “بائدة من الناحية العملية”^(١٢٠). وقد حددت المحكمة في قضية شركة برشلونة للجر عتبة أعلى لتحديد “بياد” شركة ما. أما “الشلل” أو “الحالة المالية الخطيرة” للشركة فقد اعتبرا غير ملائمين^(١٢١). ورفض كذلك معيار “بائدة من الناحية العملية” باعتبار أنه “يفتر إلى أي دقة من الناحية القانونية”^(١٢٢). ولم يعتبر مناسباً سوى معيار “وضع الشركة في القانون”. وذكرت المحكمة ما يلي: “لا يحدث إلا في حالة البياد القانوني للشركة أن يحرم حملة الأسهم من إمكانية وجود سبيل انتصاف يُتاح عن طريق الشركة؛ ولا يحدث إلا عندما يُصبحون محروميين من جميع هذه الإمكانيات لأن ينشأ حق مستقل في اتخاذ إجراء بالنسبة لهم أو لحكومتهم”^(١٢٣). وقد حظي هذا المعيار لاحقاً بتأييد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(١٢٤).

(٥) ولم تذكر المحكمة صراحة في قضية شركة برشلونة للجر وجوب زوال الشركة من الوجود في مكان التأسيس كشرط مسبق لتدخل حملة الأسهم. ومع ذلك، يبدو من الواضح في ظروف الدعوى المعروضة عليها أن المحكمة قصدت زوال الشركة في دولة التأسيس، لا في الدولة التي وقع فيها الضرر الذي لحق بالشركة. وكانت المحكمة على استعداد للقبول باعتبار الشركة دمرت في إسبانيا^(١٢٥)، ولكنها أكدت أن ذلك لم يؤثر على استمرار وجودها في كندا، وهي دولة التأسيس: “في القضية المعروضة علينا، توجد شركة برشلونة للجر تحت الحراسة القضائية في بلد التأسيس. وهذا لا يتضمن بأي حال بياد الكيان أو حقوقه، بل يبين أن تلك الحقوق محفوظة ما دامت لم تبدأ أي تصفية بعد”. وبالرغم من كون الشركة تحت الحراسة القضائية فهي ما زالت قائمة^(١٢٦). فالشركة ثُولَد في دولة

Delagoa Bay Railway Co. case, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, p. 648; *The Claims of Rosa Gelbrunk and the “Salvador Commercial Company”*, et al (“*El Triunfo Company*”), UNRIAA, vol. XV (Sales No. 1966.V.3), p. 455, at p. 479; and the *Baasch and Römer claim*, *ibid.*, vol. X (Sales No. 1960.V.4), p. 713, at 723

(١٢١) انظر *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (الحادية ٤٠ أعلاه)، ص ٤١–٤٠، الفقرتان ٦٦–٦٥.

(١٢٢) المرجع نفسه، ص ٤١، الفقرة ٦٦.

(١٢٣) المرجع نفسه. انظر أيضاً الرأيين المستقلين للقاضيين باديا نيرفو (المراجع نفسه، ص ٢٥٦) وعمون (المراجع نفسه، ص ٣٢٠–٣١٩).

(١٢٤) انظر *Agrotexim and others v. Greece, Decision of 24 October 1995*, ECHR, Series A, No. 330-A, p. 25, para. 68

(١٢٥) انظر *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (الحادية ٤٠ أعلاه)، ص ٤٠، الفقرة ٦٥. انظر أيضاً الرأيين المستقلين للقاضيين فيتسموريس (المراجع نفسه، ص ٧٥) وجوسوب (المراجع نفسه، ص ١٩٤).

(١٢٦) المرجع نفسه، ص ٤١، الفقرة ٦٧.

الأعمال التجارية في دولة التسجيل، إلا أن أيّاً منها غير مستعد لجعل هذه القاعدة مقتصرة على هذه الظروف. وفي المقابل، اعتراض القضاة باديا نيرفو^(١٣٦)، وموراللي^(١٣٧) وعمون^(١٣٨) اعتراضاً شديداً على هذا الاستثناء.

(١٠) وقد حدثت التطورات المتعلقة بالاستثناء المقترن في مرحلة ما بعد قضية شركة برشلونة للجرأساً في سياق معاهدات الاستثمار. وبالرغم من ذلك، فهي تبين التأييد لفكرة جواز تدخل حملة أسهم شركة ما ضد دولة تأسيس الشركة عندما تكون مسؤولة عن إلحاق ضرر بالشركة^(١٣٩). وفي قضية إيسبي^(١٤٠) ساحت إحدى دوائر محكمة العدل الدولية للولايات المتحدة بتقديم مطالبة ضد إيطاليا فيما يتعلق بالأضرار التي لحقت بشركة إيطالية تملك أسهمها بالكامل شركتان أمريكيتان. وتفادت المحكمة إبداء رأي بشأن مدى التوافق بين حكمها والحكم الصادر في قضية شركة برشلونة للجر أو بشأن الاستثناء المقترن الذي لم يُثبت فيه في قضية شركة برشلونة للجر بالرغم من أن إيطاليا قد اعترضت قائلةً إن الشركة التي زعم أن حقوقها قد انتهكت أُسست في إيطاليا وأن الولايات المتحدة كانت تسعى إلى حماية حقوق حملة الأسهم في الشركة^(١٤١). ويمكن تفسير هذا الصمت بأن الدائرة لم تكن معنية بتقييم القانون الدولي العربي، وإنما كانت معنية بتفسير معاهدة ثنائية للصداقة والتجارة والملاحة^(١٤٢) تنص على توفير الحماية لحملة الأسهم من مواطني الولايات المتحدة في الخارج. ومن الناحية الأخرى، كان الاستثناء المقترن بوضوح معروضاً على الدائرة^(١٤٣). ومن الممكن إذن استنتاج وجود دعم للاستثناء يسند حق دولة حملة الأسهم في شركة

^{١٣٦}) المرجع نفسه، ص ٢٥٧-٢٥٩.

^{١٣٧}) المرجع نفسه، ص ٢٤٠-٢٤١.

^{١٣٨}) المرجع نفسه، ص ٣١٨.

انظر)١٣٩(*SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, Case No. 129 of 24 October 1985, ILR, vol. 1991), pp. 484 and 496 (التي تفسر المادة السابعة (٢) من إعلان الجزائر بشأن تسوية المطالبات)؛ و *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia*, ILM, vol. 26 (1987), pp. 647 and 652-654 (التي تفسر المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول و، عابا الدول الأخرى).

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

(١٤١) المرجع نفسه، ص ٦٤ (الفقرة ١٠٦)، وص ٧٩ (الفقرة ١٣٢).
 (١٤٢) وُقعت في روما في ٢ شباط/فبراير ١٩٤٨ (United Nations, *Treaty Series*, vol. 79, No. 1040, p. 171).

(٤٣) هذا واضح من تبادل الآراء في قضية Elettronica Sicula S.p.A. (انظر الحاشية ١٤٠ أعلاه) بين القاضي أوادا (المرجع نفسه، *ELSI*) والقاضي شيبا (الرجوع نفسه، ص ٩٤) بشأن هذا الموضع.

والنسر المكسيكي، وشركة تريونفو. وفي حين لا توجد أية إشارة في صيغة هذه المطالبات إلى حصر التدخل في هذه الظروف، فما من شك في أن ضرورة التدخل تكون على أشدتها في هذه القضايا. وقد ردت حكومة المملكة المتحدة على الحجج المكسيكية في قضية النسر المكسيكي القائلة إنه لا يجوز للدولة التدخل لصالح مساميهيا في شركة مكسيكية على النحو التالي:

إذا اعترف بالملدأ القاضي بأن حكومة من الحكومات يمكنها أولاً أن تجعل عمل المصالح الأجنبية في أراضيها متوقفاً على تأسיסها في إطار القانون المحلي، وأن تستند بعدها إلى هذا التأسيس باعتباره مبرراً لرفض التدخل الدبلوماسي الأجنبي، فلن نعدم الدول الوسائل التي تحكمها من منع الحكومات الأجنبية من ممارسة حقوقها غير المشكوك فيه بمقتضى القانون الدولي في حماية المصالح التجارية لرعاياها في الخارج^(١٢٨).

(٩) وفي قضية شركة برشلونة للحجر لم تكن إسبانيا، وهي الدولة المدعى عليها، دولة جنسية الشركة المضروبة. وبالتالي لم يكن الاستثناء قيد المناقشة معروضاً على المحكمة. ومع ذلك، أشارت المحكمة اشارة عابرة إلى هذا الاستثناء:

من الصحيح تماماً أنه قد قيل، لأسباب تتعلق بالإنصاف، إنه ينبغي أن يكون باستطاعة الدولة، في بعض الحالات، أن تولى حماية رعاياها من حملة الأسهم في شركة وقعت ضحية لانتهاك للقانون الدولي. ولذلك وضع نظرية مؤداها أن دولة حملة الأسهم لها حق الحماية الدبلوماسية عندما تكون الدولة المطلوب تحمليها المسؤولية هي دولة جنسية الشركة، وأيضاً كانت صحة هذه النظرية، فمن المؤكد أنها لا تتطابق على هذه القضية، لأن إسبانيا ليست دولة جنسية شركة برشلونة للبحر^(٢٩).

وقد أعرب القضاة فيسموريس (٣٠) وتناكا (٣١) وجيسوب (٣٢) في آرائهم المستقلة في قضية شركة برشلونة للحجر عن تأييدهم الكامل لحق دولة جنسية حملة الأسهم في التدخل عندما يتحقق الشركاء ضرر من جانب دولة التأسيس (٣٣). ورغم أن كلاً من فيسموريس (٣٤) وجيسوب (٣٥) يعترف بأن الحاجة إلى قاعدة كهذه ماسة جداً عندما يكون التأسيس شرعاً مسبقاً لممارسة

(١٢٨) ، المرجع المذكور (الحاشية أعلاه)، Whiteman ص ١٢٧٣-١٢٧٤

اللائحة رقم ٤٨، الفقرة ٩٢. (انظر *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (١٢٩).

(١٣٠) المرجع نفسه، ص ٧٢-٧٥.

(١٣١) المرجع نفسه، ص ١٣٤.

^{١٣٢}) المرجع نفسه، ص ١٩١-١٩٣.

(١٣٣) كذلك أيد القاضي ولغتون كو هذا الموقف في قضية *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Decision, I.C.J. Reports 1964*, p. 6, at .p. 58, para. 20

(Barcelona Traction) (١٣٤) ، ص ٧٣-٧٤ (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، الفقرتان ١٥-١٦.

(١٣٥) المرجع نفسه، ص ١٩١-١٩٢.

التعليق

(١) اعترفت المحكمة في قضية شركة برشلونة للجر بأهلية حملة الأسهم للحماية الدبلوماسية عندما تتضرر مصالحهم وذلك حين قالت:

... إن الفعل الذي يوجه ضد حقوق الشركة وحدها وبشكل انتهاكاً لتلك الحقوق لا تترتب عليه مسؤولية تجاه حملة الأسهم حتى ولو تأثرت مصلحتهم بذلك [...] وتحتفل الحالة إذا كان الفعل المشتكى منه موجهاً مباشرة لحقوق حملة الأسهم. ومن المعروف جيداً أن هناك حقوقاً يمتنحها القانون المدين لهؤلاء الآخرين تختلف عن الحقوق المنوحة للشركة وتشمل الحق في التصيير المعلن وحق حضور الاجتماعات العامة والتوصويت فيها وحق القسمة في الأصول المتبقية من تصفية الشركة. وكلما انتهك حق من حقوق حامل الأسهم المباشرة يكون له حق مستقل في اتخاذ الإجراءات^(١٤٧).

إلا أنه لم يطلب إلى المحكمة موافقة النظر في هذه المسألة لأن بلجيكي قد أوضحت بخلافاً لها لا تؤسس دعواها على الضرر اللاحق بالحقوق المباشرة لحملة الأسهم.

(٢) وكان موضوع حماية الحقوق المباشرة لحملة الأسهم قد عُرض على دائرة محكمة العدل الدولية في قضية إيسبي^(١٤٨). إلا أنه في تلك القضية كانت الحقوق المعنية مثل حق حملة الأسهم في تنظيم الشركة ومراقبتها وإدارتها توجد في اتفاقية الصداقة والتجارة والملاحنة^(١٤٩) التي طلب من الدائرة تفسيرها ولم تفسر الدائرة قواعد القانون الدولي العربي بشأن الموضوع. وفي قضية أغروتكسم^(١٥٠) اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مثلما فعلت محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر، بحق حملة الأسهم في الحماية فيما يتعلق بالانتهاك المباشر لحقوقهم، ولكنها حكمت بعدم حدوث هذا الانتهاك في تلك القضية^(١٥١).

(٣) ولا تحاول المادة ١٢ إبراد قائمة شاملة بحقوق حملة الأسهم تميزاً لها عن حقوق الشركة نفسها. وقد ذكرت محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر الحقوق الأكثر وضوحاً لحملة الأسهم كالحق في الأنصبة المعلن، والحق في حضور الاجتماعات العامة والتوصويت فيها، والحق في قسمة الأصول المتبقية من تصفية الشركة، ولكنها أشارت إلى أن هذه القائمة ليست حصرية. ويعني ذلك أنه يترك للمحاكم أن ترسم، بناءً على وقائع القضايا الفردية، حدود هذه الحقوق. إلا أنه ينبغي توخي الحذر عند وضع حدود فاصلة بين حقوق حملة الأسهم وحقوق الشركة، ولا سيما فيما يتعلق بالحق في

(١٤٧) *Barcelona Traction* (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ٣٦، الفقرتان ٤٦-٤٧.

(١٤٨) انظر الحاشية ١٤٠ أعلاه.

(١٤٩) انظر الحاشية ١٤٢ أعلاه.

(١٥٠) *Agrotexim and others v. Greece* (انظر الحاشية ١٢٤ أعلاه).

(١٥١) المرجع نفسه، ص ٢٣-٢٤، الفقرة ٦٢.

في التدخل ضد دولة التأسيس عندما تكون هذه الدولة مسؤولة عن إلحاق ضرر بالشركة^(١٤٤).

(١١) وكان هناك تأييد للاستثناء المقترن قبل قضية شركة برشلونة للجر بالرغم من انقسام الآراء بشأن الاعتراف به أو بمدى هذا الاعتراف في ممارسات الدول وقرارات التحكيم. وما لا شك فيه أن أقوال القضاة في قضية شركة برشلونة للجر والآراء المستقلة للقضاة فيتسموريس وجيسوب وتاناكا قد أضافت وزناً ذا حجية لصالح الاستثناء. وما أكد هذا الاتحاد التطورات اللاحقة وإن كانت في سياق تفسير المعاهدة^(١٤٥). وفي هذه الظروف يمكن تأييد استثناء عام استناداً إلى رأي قضائي. غير أن الفقرة (ب) من المادة ١١ لا تبلغ هذا الحد. فبدلاً من ذلك، تحصر الاستثناء بما وصف بأنه شكّل من أشكال "شركة كالفو"، وهي شركة يرمي تأسيسها، كشرط كالفو^(١٤٦)، إلى حمايتها من قواعد القانون الدولي المتعلقة بالحماية الدبلوماسية. وهي تحصر الاستثناء في الحالة التي تحمل فيها الشركة، وقت وقوع الضرر (وهذه سمة تقيدية أخرى)، جنسية الدولة التي يُرْعَم أنها مسؤولة عن إحداث الضرر، وفي اشتراط التأسيس بمحظ قانون هذه الدولة كشرط مسبق لممارسة الأعمال التجارية. ولا شك في أنه ستظهر قضايا يمارس فيها الضغط السياسي على المستثمرين الأجانب لتأسيس شركة في الدولة التي يرغبون ممارسة أعمال تجارية فيها. غير أن ذلك ليس كافياً للاستثناء الوارد في الفقرة (ب): فلا بد من أن يشترط قانون الدولة التأسيس كشرط مسبق لممارسة أعمال تجارية هناك.

المادة ١٢ - الضرر المباشر الذي يلحق بحملة الأسهم

بقدر ما يلحق فعل الدولة غير المشروع دولياً ضرراً مباشراً بحقوق حملة الأسهم بصفتهم هذه، تميزاً لها عن حقوق الشركة نفسها، يحق لدولة جنسية أي واحد من حملة الأسهم هؤلاء ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها.

(١٤٤) أُعرب عن هذا الرأي Y. Dinstein في دراسته المعنونة "Diplomatic protection of companies under international law", في K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, p. 505, at p. 512.

(١٤٥) وفقاً لقواعد عام ١٩٨٥، التي تتطبق على المطالبات الدولية في المملكة المتحدة، حيث توجد لأحد رعايا المملكة المتحدة مصلحة، كholder أسمهم أو بشكل آخر، في شركة أسست في دولة أخرى وتكون بذلك من رعاياها، وتُلْحِن هذه الدولة الأخرى ضرراً بالشركة، يجوز لحكومة صاحبة الجلالة أن تتدخل لحماية مصالح رعية المملكة المتحدة" (القاعدة السادسة). أُعيدت طباعة هذه القواعد في *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), p. 1007.

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

(٣) وثمة جدل فقهي بشأن الطابع القانوني للشخصية القانونية، وخاصةً بشأن الطريقة التي بترت بها الشخصية الاعتبارية إلى الوجود. وترى النظرية الافتراضية أنه لا يمكن أن يترز الشخص الاعتباري إلى الوجود دون تأسيس رسمي من الدولة. وهذا يعني أن أي هيئة غير الشخص الطبيعي يمكن أن تحصل على امتيازات الشخصية بوجوب أمر من أوامر الدولة، يُساوِيها من خلال افتراض قانوني بشخص طبيعي، رهناً بما قد يفرضه القانون من قيود. ومن ناحية أخرى، فوفقاً للنظرية الواقعية فإن الوجود الاعتباري أمر واقع ولا يتوقف على اعتراف الدولة به. فإذا تصرف أي اتحاد أو هيئة، في الواقع، بوصفه كياناً اعتبارياً مستقلاً، أصبح شخصاً قانونياً، بجميع خواصه، دون أن يحتاج إلى أن تمنحه الدولة شخصية اعتبارية. ومهما كانت أساسيات النظرية الواقعية، فمن الواضح أن أي شخصية اعتبارية، لكي تصبح قائمة، يجب أن يعترف بها القانون، أي نظام من نظم القانوني الداخلي. وقد شددت على هذا محكمة العدل الأوروبية^(١٥٣) ومحكمة العدل الدولية^(١٥٤).

(٤) وبالنظر إلى أن الأشخاص الاعتباريين مخلوقات من صنع القانون المحلي، ينبع عن ذلك أن هناك اليوم مجموعة واسعة من الأشخاص الاعتباريين ذوي المميزات المختلفة، تشمل الشركات والمشاريع العامة والجامعات والمدارس والمؤسسات والكنائس والبلديات والاتحادات التي لا تستهدف الربع والمنظمات غير الحكومية وحتى الشركات لا تستهدف الربع والمنظمات غير الحكومية و حتى الشركات في بعض البلدان). واستحالة إيجاد سمات مشتركة وموحدة بين جميع هؤلاء الأشخاص الاعتباريين توفر تفسيراً واحداً لكون من يكتسبون في القانون الدولي العام والخاص يحصرون في الشركات دراساتهم للأشخاص الاعتباريين في سياق القانون الدولي. ورغم ذلك، ينبغي الاهتمام في سياق الحماية الدبلوماسية بالأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات. وبين الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة أن الكوميون^(١٥٥) (البلدية)

الاشتراك في إدارة الشركة. وتفصيل المادة ١٢ تفسيراً ضيقاً أمر توكده عبارة "حقوق حملة الأسهم بصفتهم هذه" وعبارة "تميزاً لها عن حقوق الشركة نفسها".

(٤) والمادة ١٢ لا تحدد النظام القانوني الذي ينبغي له أن ينص على الحقوق التي تعود إلى حامل الأسهم تميزاً له عن الشركة. وفي معظم الحالات، يبيت في هذه المسألة القانون المحلي لدولة التأسيس. غير أنه عندما تكون الشركة مؤسسة في الدولة المترکبة للفعل غير المشروع، يجوز الاحتجاج بالمبادئ العامة لقانون الشركات بغية ضمان عدم تعرض حقوق حملة الأسهم للأجانب لمعاملة تميزية^(١٥٦).

المادة ١٣ – الأشخاص الاعتباريون الآخرون

تنطبق المبادئ الواردة في مشروع المادتين ٩ و ١٠ فيما يتعلق بالشركات، حسب الاقتضاء، على الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين الآخرين.

التعليق

(١) ركزت أحكام هذا الفصل حتى الآن على نوع محدد من أنواع الأشخاص الاعتباريين وهو الشركة. وهذا الأمر تفسيران. أولاً، إن للشركات بعض السمات المشتركة الموحدة، خلافاً لغيرها من الأشخاص الاعتباريين: فهي مشاريع تستهدف الربح ويتمثل رأسها عموماً في أسهم، ويوجد تميز صارم بين كيان الشركة المستقل وحملة الأسهم الذين يتحملون مسؤولية محدودة. ثانياً، إن الشركة هي التي تشارك في أغلب الأحيان في التجارة والاستثمار الأجنبيين، وأنشطتها لا تحرك الحياة الاقتصادية الدولية فحسب، بل أيضاً آلية تسوية المنازعات الدولية، وهي تختلف في ذلك عن المشاريع العامة، والجامعات، والبلديات، والمؤسسات، وغيرها من الأشخاص الاعتباريين. فالحماية الدبلوماسية المتعلقة بالأشخاص الاعتباريين هي بصفة رئيسية لحماية الاستثمار الأجنبي. وهذا يفسر كون الشركة هي الشخص الاعتباري الذي يحتل مركز الصدارة في مجال الحماية الدبلوماسية ولماذا قمنا بمجموعة مشاريع المواد الحالية، بل ينبغي أن تقتصر، إلى حد كبير بهذا الكيان.

(٢) و"الشخص"، بالمعنى العادي للكلمة، يعني الإنسان. إلا أن كلمة "الشخص"، بالمعنى القانوني، تعني أي كائن أو شيء أو اتحاد أو مؤسسة يمنحها القانون أهلية اكتساب حقوق وتحمل واجبات. ويجوز لأي نظام قانوني أن يمنح الشخصية الاعتبارية لمن يشاء من أشياء أو اتحادات. ولا يوجد أي اتساق أو توحيد فيما بين النظم القانونية في منح الشخصية الاعتبارية.

(١٥٣) تحدث القاضي أودا في رأيه المستقل في قضية إلسي عن "المبادئ العامة للقانون المتعلقة بالشركات" في سياق حقوق حملة الأسهم انظر الحاشية ٤٠ (أعلاه)، ص ٣٥-٣٤، الفقرة ٣٨.

The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, Case 81/87, Judgment of the Court of 27 September 1988, European Court of Justice, European Court Reports 1988, p. 5483, at para. 19

(١٥٤) *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (انظر الحاشية ٤٠ (أعلاه)، ص ٣٥-٣٤، الفقرة ٣٨).

(١٥٥) في قضية بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندية، رأت محكمة العدل الدولي الدائمة أن كوميون راتيبيور يقع في فئة "الرعايا الألمان" مفهوم الاتفاقية الألمانية – البولندية بشأن سيليزيا العليا (*Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J. Reports, Series A, No. 7, p. 19*, at pp. 73-75).

وقد وقعت هذه الاتفاقية في جنيف في ١٥ أيار/مايو ١٩٢٢ (انظر G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, (London, Oxford University Press, 1942, p. 572).

جنسية الشركات وتطبيق مبدأ استمرار الجنسية في حالة الشركات، وهي المبادئ الواردة في المادتين ٩ و ١٠ التالية، تنطبق، "بحسب الاقتضاء" على الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات. وفي البداية، استُخدمت العبارة اللاتينية "*mutatis mutandis*" مع إدخال ما يلزم من تغييرات)، ولكن اللجنة قررت عدم استخدام عبارة لاتينية لأن العبارة الإنكليزية "as appropriate" (بحسب الاقتضاء) تستغرق المعنى الذي تقصده اللجنة استغراقاً كاملاً. ولا ترد أي إشارة إلى المادتين ١١ و ١٢ لأنهما لا تتعلقان إلا بحقوق حملة الأسهم.

الجزء الثالث

سبل الانتصاف المحلية

المادة ٤١ - استنفاد سبل الانتصاف المحلية

١- لا يجوز لدولة أن تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بضرر لحق بأحد رعاياها أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في مشروع المادة ٨ قبل أن يكون هذا الشخص قد استفاد جميع سبل الانتصاف المحلية، رهنًا بمشروع المادة ٦.

٢- تعني "سبل الانتصاف المحلية" سبل الانتصاف القانونية المتاحة لشخص مஸرور أمام المحاكم أو الهيئات القضائية أو الإدارية، سواء كانت عادية أم خاصة، للدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن الضرر.

التعليق

(١) تسعى المادة ١٤ إلى تدوين قاعدة القانون الدولي العربي التي تقضي باستنفاد سبل الانتصاف المحلية بوصفه شرطاً مسبقاً لتقديم مطالبة دولية. وقد اعترفت محكمة العدل الدولية بهذه القاعدة في قضية إنترهاندل بأنها "قاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العربي" (١٥٩). وكذلك إحدى دوائر محكمة العدل الدولية في قضية إيسبي بوصفها "مبدأ هاماً من مبادئ القانون الدولي العربي" (١٦٠). ويضمن استنفاد سبل الانتصاف المحلية "أن تناح للدولة التي حدث فيها الانتهاك الفرصة لجريه بوسائلها الذاتية، في إطار نظامها المحلي" (١٦١). وقد سبق للجنة أن نظرت في استنفاد سبل الانتصاف المحلية في سياق أعمالها بشأن مسؤولية الدول وخلصت إلى أنه "مبدأ من مبادئ القانون

أو الجامعة" (١٥٦) قد تستوفي في ظروف معينة الشروط المطلوبة لأن تكون شخصيات اعتبارية أو رعايا لدولة من الدول. وليس هناك من سبب يجعل دون كون هؤلاء الأشخاص الاعتباريين مؤهلين للحماية الدبلوماسية إذا ما لحق بهم ضرر في الخارج، بشرط أن يكونوا كيانات مستقلة لا تشكل جزءاً من أجهزة الدولة التي تقدم الحماية (١٥٧). وتشكل المؤسسات التي لا تستهدف الربح، المكونة من أصول قدمتها جهة مانحة أو صاحب وصية لغرض خيري، أشخاصاً اعتباريين بدون أعضاء. فالاليوم تقوم مؤسسات عديدة بتمويل مشاريع في الخارج لتعزيز الصحة، والرفاه، وحقوق المرأة، وحقوق الإنسان، والبيئة في البلدان النامية. فإذا ما تعرض هذا الشخص الاعتباري لفعل غير مشروع دولياً من الدولة الضيفة، يتحمل أن تمنحه الدولة التي أوجده قوانينها حماية دبلوماسية. ويدو أن المنظمات غير الحكومية التي تعمل لخدمة قضايا نبيلة في الخارج تقع في فئة المؤسسات ذاتها (١٥٨).

(٥) وتنوع الأهداف والبنى لدى الأشخاص الاعتباريين خلاف الشركات يجعل من المستحيل صياغة مشاريع نصوص مستقلة ومميزة تشمل مختلف أنواع الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين. أما النهج الواقعى الوحيد والأكثر حكمة فيتمثل في صياغة مشروع نص يجعل مبادئ الحماية الدبلوماسية المعتمدة للشركات تشمل غيرها من الأشخاص الاعتباريين، رهنًا بإدخال التغييرات اللازمة لرعاة مختلف سمات كل شخص اعتباري. والنصل المقترن يسعى إلى تحقيق ذلك. فهو يذكر أن المبادئ التي تنظم دولة

(١٥٦) ذهبت محكمة العدل الدولي الدائمية في بيان لها في قضية استناف الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التشيكي سلوفاكية - المغربية المختلطة (جامعة بيترا بازمانى) إلى أن جامعة بيترا بازمانى هي من رعايا هنغاريا بمقتضى المادة ٢٥٠ من معاهدة السلام بين القوى الحليف والشريكية وهنغاريا (معاهدة تريانون)، وأن لها الحق بالتالي في استرداد الممتلكات التي تعود إليها Judgment, 1933, P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 61, p. 208. (at pp. 227-232).

(١٥٧) لما كانت الحماية الدبلوماسية عملية تقتصر على حماية الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين لا يشكلون جزءاً من الدولة، فإنه يتربط على ذلك في معظم الحالات ألا تكون مؤهلة للحماية الدبلوماسية لا البلدية، باعتبارها فرعاً محلياً من فروع الحكومة، ولا الجامعات الخاصة التي ت Merrill للحماية الدبلوماسية ومثلها المدارس الخاصة إذا تمعنت بالشخصية الاعتبارية بموجب القانون المحلي.

K. Doehring, "Diplomatic protection of non-governmental organizations", in M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo,

Fundación Cultura Universitaria, 1994, pp. 571-580

(١٥٩) انظر الحاشية ٣١ أعلاه، ص. ٢٧.

(١٦٠) (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)

ص. ٤٢، الفقرة ٥٠.

(١٦١) Interhandel (انظر الحاشية ٣١ أعلاه)، ص. ٢٧.

(٥) وسُبُل الانتصاف المتاحة للأجنبي التي يجب استنفادها قبل تقديم مطالبة دولية تختلف حتماً من دولة لأخرى. ولا يمكن لأي تدوين بالتالي أن ينجح في النص على حكم مطلق ينظم جميع الحالات. والفقرة ٢ تناول أن تُصنف بشكل عام النوع الرئيسي من سُبُل الانتصاف التي لا بد من استنفادها^(٦٤). وفي الحالة الأولى، من الواضح أنه يجب على المواطن الأجنبي أن يستنفذ جميع سُبُل الانتصاف القضائية المتاحة المكفولة في القانون المحلي للدولة المدعى عليها. وإذا كان القانون المحلي المعنى يحيل الاستئناف أمام المحكمة الأعلى درجة في ظروف القضية، يجب تقديم ذلك الاستئناف من أجل ضمان صدور قرار نهائي في الموضوع. وحتى إذا لم يوجد حق في الاستئناف أمام محكمة أعلى، ولكن توجد محكمة من هذا النوع يترك لتقديرها الإذن بالاستئناف، يظل على الرعية الأجنبية أن يطلب الإذن بالاستئناف أمام تلك المحكمة^(٦٥). وتشمل المحاكم في هذا الصدد المحاكم العادلة والخاصة لأن "المُسْأَلَة لا تكمن في الطابع العادي أو الاستثنائي لسبيل الانتصاف القانوني، وإنما تكمن فيما إذا كان هذا السبيل يتيح إمكانية الجبر الفعال والكافي"^(٦٦).

(٦) ويجب أيضاً استنفاد سُبُل الانتصاف الإدارية. غير أن الأجنبي المضور مطالب فقط باستنفاد سُبُل الانتصاف المحلية التي يمكن أن تفضي إلى قرار ملزم. والشخص الأجنبي ليس مطالباً بالتوجه إلى الجهاز التنفيذي لغرض الانتصاف، في إطار ممارسة هذا الجهاز لسلطاته التقديرية. وسبيل الانتصاف المحلية لا تشمل الانتصاف على سبيل المُهبة^(٦٧) أو سُبُل الانتصاف

(٦٤) في دعوى أمباتيلوس، أعلنت هيئة التحكيم أن "كل نظام الحماية القانونية كما ينص عليه القانون الوطني هو الذي كان لا بد أن يوضع موضع الاختبار" (*Judgment of 6 March 1956, UNRIAA, vol. XII C. F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004*)

(٦٥) وهذا يشمل عملية تقديم طلب تحويل الدعوى للمحكمة العليا في الولايات المتحدة.

*B. Schouw Nielsen v. Denmark, Application No. 343/57, Judgment of 2 September 1959, European Commission and European Court of Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959, p. 438, referring to the consideration of the Institute of International Law in its resolution of 1954 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46, 1956, p. 364) *Lawless v. Ireland, Application No. 332/57, Judgment of 30 August 1958, European Commission and European Court of Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959, p. 308, at pp. 318–322**

Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war ("Finnish Ships Arbitration"), Award of 9 May 1934, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), p. 1479

الدولي العام" تؤيده الأحكام القضائية، وممارسات الدول، والمعاهدات، ومصنفات فقهاء القانون^(٦٨).

(٢) والأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتباريون على السواء مطالبون باستنفاد سُبُل الانتصاف المحلية. والشركة الأجنبية المملوكة جزئياً أو بشكل أساسى من رؤوس أموال حكومية مطالبة أيضاً باستنفاد سُبُل 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 ٨، مطالبون أيضاً باستنفاد سُبُل الانتصاف المحلية.

(٣) وتستخدم الفقرة ١ من النص الإنكليزي عبارة "bring a claim" بدلًا من "present a claim"، لأن كلمة "bring" تعكس العملية بشكل أدق مما تعكسه كلمة "present" التي تشير إلى فعل رسمي تترتب عليه تائج وُتُستخدم أحسن ما تُستخدم لتحديد اللحظة الزمنية التي تقدم فيها المطالبة رسميًا.

(٤) وعبارة "جميع سُبُل الانتصاف المحلية" يجب أن تقرأ في سياق المادة ١٦ التي تصف الظروف الاستثنائية التي لا يحتاج فيها الأمر إلى استنفاد سُبُل الانتصاف المحلية. والاقتراحات التي تقضي بأن يُشار في هذا الحكم إلى الحاجة إلى استنفاد سُبُل الانتصاف المحلية "الملازمة والفعالة" فقط لم يؤخذ بها لسببين. أو لهما أن مثل هذا الوصف لشرط استنفاد سُبُل الانتصاف المحلية يحتاج إلى عناية خاصة في حكم منفصل، وثانيهما أن كون عبء الإثبات يقع عادة على الدولة المدعى عليها لبيان أن سُبُل الانتصاف المحلية متاحة، في حين أن عبء الإثبات يقع على الدولة المقدمة للمطالبة لإثبات أنه لا توجد أية سُبُل انتصاف فعالة متاحة للشخص المتضرر^(٦٩)، يتطلب معالجة هذين الجانبيين من جوانب سُبُل الانتصاف المحلية على حدة.

(٦٢) انظر المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، التي اعتمدتها اللجنة بصفة مؤقتة في القراءة الأولى، حورية ١٩٩٦ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الثالث، الفرع دال ١- (اعتمدت اللجنة مشروع المادة ٢٢ في دورتها التاسعة والعشرين، ويرد نص المادة والتعليق عليها في حورية ١٩٧٧ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الثاني، الفرع باء، ص ٥٠-٣٠)، والمادة ٤٤ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين (حورية ٢٠٠١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتوصيب، ص ٣٦). ويرد التعليق على هذه المادة في الصفحتين ١٥٧-١٥٦.

(٦٣) بحث المقرر الخاص مسألة عبء الإثبات في تقريره الثالث عن الحماية الدبلوماسية (انظر الحاشية ١٩ أعلاه). وقررت اللجنة عدم إدراج مشروع مادة بشأن هذه المسألة (انظر حورية ٢٠٠٢ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ٧٤-٧٢، الفقرات ٢٤٠-٢٥٢). وانظر كذلك قضية *Elettronica Sicula (ELSI)* (الحاشية ١٤٠ أعلاه)، ص ٤٦-٤٨. الفقرات ٦٣-٥٩

التعليق

(١) لا تطبق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية إلا على القضايا التي تكون فيها الدولة المطالبة قد تضررت "بشكل غير مباشر"، أي من خلال أحد رعاياها^(١٧٤). وهذه القاعدة لا تطبق حينما يلحق ضرر بالدولة المطالبة مباشرة بفعل غير مشروع ارتكبته دولة أخرى، لأن للدولة، في هذه الحالة، سبباً منفصلاً خاصاً بها لتقديم مطالبة دولية.

(٢) ويصعب من الناحية العملية تحديد ما إذا كانت المطالبة " مباشرةً" أو "غير مباشرةً" في الحالات التي تكون فيها "خليطاً" بين الاثنين، معنى أنها تتضمن عناصر الضرر الملحق بالدولة والضرر الملحق بمواطنيها. وتضمنت مطالبات كثيرة عُرضت على المحاكم الدولية ظاهرة المطالبة المختلطة. ففي قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصلين التابعين للولايات المتحدة في طهران^(١٧٥)، أخلت جمهورية إيران الإسلامية إخلاًًاً مباشراً بواجبها تجاه الولايات المتحدة الأمريكية المتمثل في حماية موظفيها الدبلوماسيين والقنصلين، ولكن في الوقت ذاته ألحقت ضرراً بمواطنيها (الموظفون الدبلوماسيون والقنصليون) الذين احتجزوا كرهائن؛ وفي قضية إنترهانديل^(١٧٦) قدمت سويسرا مطالبات تتصل بالضرر المباشر الذي أصابها من جراء انتهاك أحكام معاهدة، وبالضرر غير المباشر الناجم عن الأذى الذي لحق بشركه وطنية. أما في قضية الموظفين الدبلوماسيين والقنصلين التابعين للولايات المتحدة في طهران فإن محكمة العدل الدولية عاملت المطالبة بوصفها انتهاكاًً مباشراً للقانون الدولي؛ وفي قضية إنترهانديل، خلصت المحكمة إلى أن المطالبة يغلب عليها الطابع غير المباشر، وإلى أن شركة إنترهانديل لم تستنفذ سبل الانتصاف المحلية.

(٣) وفي حالة 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 حجة الولايات المتحدة بأن جزءاً من

^(١٧٤) يتفق هذا مع المبدأ الذي عرضته محكمة العدل الدولي الدائم في قضية امتيازات مافروماتيس في فلسطين والذي يقول "إن الدولة بتبنّيه قضية أحد رعاياها، وباللجوء إلى التصرف الدبلوماسي أو الإجراءات القضائية الدولية نيابة عنه، إنما توكل في الواقع حقها هي، أي حقها في أن تُحترم قواعد القانون الدولي في شخص أحد رعاياها" (انظر الحاشية ٣١ أعلاه)، ص ١٢.

^(١٧٥) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Avena and Other Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3 (الحاشية ١٦٩ أعلاه). انظر أيضاً Mexican Nationals الماده ٣٦ (أ) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية. ^(١٧٦) انظر الحاشية ٣١ أعلاه.

التي "يمثل غرضها في الحصول على ميزة وليس إثبات حق"^(١٦٨). وتقع في هذه الفئة عموماً طلبات الاسترخاء واللجوء إلى أمين مظالم^(١٦٩).

(٧) وسعياً إلى ترسیخ أسس المطالبة الدولية بشكل مُرضٍ على أساس استنفاد سبل الانتصاف المحلية، يتبع على المتخاصمي الأجنبي أن يدفع، في الإجراءات المحلية، بالحجج الأساسية التي ينوي الدفع بها على الصعيد الدولي. وقد ذكرت دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية في قضية إيسى أنه:

يكفي لكي تكون المطالبة الدولية مقبولة أن يكون جوهر المطالبة قد طُرح أمام المحاكم المختصة، وُتُوجَّب بقدر ما تسمح القوانين والإجراءات المحلية دون بحاج^(١٧٠).

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

يجب أن تكون جميع الواقع المدعى بها والأحكام القانونية المعروضة من جانب الحكومة المطالبة [...] قد تناولتها المحاكم المحلية بالتحقيق وفصلت فيها^(١٧١).

(٨) ولذلك لا بد للمدعى الأجنبي أن يقدم جميع الأدلة المتاحة لديه لدعم جوهر مطالبه في عملية استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٧٢). ولا يمكنه استخدام سبيل الانتصاف الدولي الذي توفره الحماية الدبلوماسية لتدارك الإعداد أو التقديم المعيب لطايته على المستوى المحلي^(١٧٣).

المادة ١٥ - تصنيف المطالبات

تُستنفذ سبل الانتصاف المحلية في حالة تقديم مطالبة دولية أو طلب إصدار حكم تفسيري متصل بالمطالبة، في المقام الأول، على أساس ضرر حق بأحد الرعايا أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في المادة ٨.

De Becker v. Belgium, Application No. 214/56, Decision of 9 June 1958, European Commission and European Court of Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959, p. 238

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at pp. 63–66, paras. 135–143

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (انظر الحاشية ١٤٠ أعلاه), ص ٤٦، الفقرة ٥٩.

Finnish Ships Arbitration (انظر الحاشية ١٦٧ أعلاه), ص ١٥٠٢.

Ambatielos Claim (الحاشية ١٦٤ أعلاه). ^(١٧٢) انظر *D. P. O'Connell, International Law*, vol. 2, 2nd ed., D. London, Stevens, 1970, p. 1059

استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٨٠)، إلا أنه توجد حالات طلب فيها من الدول استنفاد سبل الانتصاف المحلية حيث طلبت حكماً تفسيرياً فيما يتعلق بinterpretation وتطبيق معاهدة يزعم أن الدولة المدعى عليها قد انتهكتها أبناء، أو بصدق، معاملتها غير المشروعة لأحد الرعايا^(١٨١). وتوضح المادة ١٥ أن تقديم طلب لإصدار حكم تفسيري لا يعني في حد ذاته من الامتنال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وعندما يكون الطلب المقدم لإصدار حكم تفسيري يتصل عرضياً بدعوى تتعلق بضرر لحق مواطن - سواء كان يتعلق بطلب للتعويض أو الرد نيابة عن المواطن المضرور أم لا - يظل بوسع المحكمة أن تقرر أنه، في جميع ملابسات الدعوى، يُقدم الطلب لإصدار حكم تفسيري في الغالب بناءً على ضرر لحق بالمواطن. 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 المحلية.

المادة ١٦ - حالات الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية

لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

- (أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أي إمكانية معقولة لإنصاف فعال؛
- (ب) إذا وجد تأخير لا مسوغ له في عملية الإنصاف يعزى إلى الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة؛
- (ج) إذا لم توجد صلة وجيهة بين الفرد المضرور والدولة التي يُدعى أنها مسؤولة أو كانت ظروف الدعوى بخلاف ذلك تجعل استنفاد سبل الانتصاف المحلية عملية غير معقولة؛
- (د) إذا تنازلت الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

دعواها مبني على انتهاء إحدى المعاهدات وبالتالي فإنه لم يكن من اللازم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، قائلاً إن:

الدائرة لا تشك في أن المسألة التي تصبح مطالية الولايات المتحدة ككل بصيغتها وتغلب عليها هي الضرر الذي يدعى أنه أصحاب شركتي رايشون وماتشيليت [وهما شركة أمريكتان]^(١٧٧).

وما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمعيار العنصر الغالب معيار الشرط الذي لا بد منه أو معيار شرط "لولا"، والذي يسأل بمقتضاه إن كانت المطالبة التي تشمل عنصر الضرر المباشر وغير المباشر ستقدم لو لا المطالبة التي قدمت نيابة عن المواطن المضرور. وإذا أحجب على هذا السؤال بالنفي، فإن المطالبة تكون غير مباشرة ويتعين عندئذ استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وليس ثمة، مع ذلك، ما يميز معيار العنصر الغالب عن معيار شرط "لولا". فإذا كانت المطالبة تقوم في أغلبها على الضرر الذي أصحاب المواطن، فإن هذا دليل على أن المطالبة ما كانت لتقدم لو لا الضرر الذي أصحاب المواطن. وفي هذه الظروف، فضلت اللجنة أن تعتمد معياراً واحداً فقط هو معيار العنصر الغالب.

(٤) وليس "المعايير" الأخرى التي يُستند إليها لتحديد ما إذا كانت المطالبة مباشرة أو غير مباشرة معايير يقدر ما هي عوامل يجب أخذها في الاعتبار عند البت فيما إذا كان العنصر الغالب في المطالبة مباشرةً أو غير مباشر، أو ما إذا كانت هذه المطالبة ستقدم لو لا الضرر الذي أصحاب المواطن. والعوامل الرئيسية التي يجب أخذها في الاعتبار في هذا التقييم هي موضوع النزاع وطبيعة المطالبة والانتصاف المطلوب به. وبالتالي، فإنه حishما يكون موضوع النزاع موظفاً دبلوماسياً^(١٧٨) أو أملاكاً للدولة^(١٧٩) تكون المطالبة عادة مباشرة، وحيشما تلتزم الدولة تعويضاً نقدانياً نيابة عن أحد رعاياها تكون المطالبة غير مباشرة.

(٥) وتوضح المادة ١٥ أن سبل الانتصاف المحلية 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 الرعايا. ومع أن هناك تأييداً للرأي القائل بأنه حishما لا تقدم دولة ما أية مطالبة بتتعويضات مواطن ضرر من مواطنيها، ولكن تقتصر على مجرد طلب قرار بشأن تفسير وتطبيق معاهدة ما لم يست هناك أية حاجة إلى

^(١٨٠) انظر Case concerning the Air Services Agreement of 27 March between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978, UNRIAA, vol. XVIII (Sales No. E/F.80.V.7), p. 417; and 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

^(١٨١) انظر قضية Interhandel (الحاشية ٣١ أعلاه)، ص ٢٨-٢٩ وقضية Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (الحاشية ١٤٠ أعلاه).

^(١٧٧) انظر الحاشية ١٤٠ (الحاشية ٤٣، الفقرة ٥٢). انظر أيضاً قضية Interhandel (الحاشية ٣١ أعلاه)، ص ٢٨.

^(١٧٨) انظر قضية United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (الحاشية ١٧٥ أعلاه).

^(١٧٩) انظر قضية Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4

يفرض عبئاً ثقيلاً على المدعي 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 لاوترياخست في قضية التهرب النرويجية^(١٨٤)، وقد أيدته كتابات فقهاء القانون^(١٨٥). وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يتفق مع الأحكام القضائية التي قضت بأنه لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما لا تكون المحكمة المحلية مختصة بالنظر في النزاع المعنى^(١٨٦)؛ أو لا تملك المحاكم المحلية مراجعة التشريع الوطني الذي يبرر الأفعال التي يشتكي منها الأجنبي^(١٨٧)؛ أو يكون من المعروف أن المحاكم المحلية تفتقر إلى الاستقلالية^(١٨٨)؛ أو توجد سلسلة متسلقة وراسخة من السوابق التي ليست في صالح الأجنبي^(١٨٩)؛ أو تكون المحاكم المحلية غير مختصة لتوفر للأجنبي

^(١٨٤) انظر *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 9, at p. 39.

^(١٨٥) انظر التقرير الثالث عن الحماية الدبلوماسية (الحاشية ١٩٠)، الفقرة ٣٥.

^(١٨٦) انظر قضية *Panevezys-Saldutiskis Railway Arbitration under Article 181 of the Treaty of El Triunfo Company* (الحاشية ٣٢)، ص ١٨٤ و ١٨٥؛ انظر أيضاً *The "Lottie May" Incident* (الحاشية ١٢٧)، ص ٤٧٧-٤٧٦ و *Arbitral award of 18 April 1899*, UNRIAA, vol. XV, p. 29, at p. 31 و *Norwegian Loans Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٨٤) (أعلاه)، ص ٣٩-٤٠ و *Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٦٧) (أعلاه)، ص ١٥٣٥.

^(١٨٧) انظر قضية *Affaire des forêts du Rhodope* (الحاشية ٣٢)، انظر أيضاً *Neuilly central, Merits, Award of 29 March 1933*, UNRIAA, vol. III, p. 1405 و قضية *Ambatielos Interhandel* (الحاشية ١٦٤)، ص ١١٩؛ و قضية *X. v. Federal Republic of Germany, Application No. 27/55, Decision of 21 May 1956*, European Commission of Human Rights, *Documents and Decisions 1955-1956-1957*, p. 138 و *Federal Republic of Germany, Application No. 352/58, Decision of 4 September 1958*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-X v. Austria, Application No. 514/59*, ibid., p. 1959، و *Decision of 5 January 1960*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1960*, p. 196, at p. 202.

^(١٨٨) انظر *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain, Arbitral award of 23 November 1923*, UNRIAA, vol. VI, p. 120; and *Velásquez Rodríguez v. Honduras, Merits, Award of 29 July 1988*, ILM, vol. 28, 1989, p. 291, at pp. 304-309.

^(١٨٩) انظر *Panevezys-Saldutiskis Railway "S.S. Lisman", Award of 5 October 1937*, UNRIAA, vol. III, p. 1767، و *"S.S. Seguranca", Award of 27 September 1939*, ibid., at p. 1773 و *Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٦٧)، p. 1861, at p. 1868 و *X. v. Federal Republic of Germany, Application No. 27/55, Decision of 21 May 1956*, European Commission of Human Rights, *Documents and Decisions 1955-1956-1957*, p. 138 و *Federal Republic of Germany, Application No. 352/58, Decision of 4 September 1958*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-X v. Austria, Application No. 514/59*, ibid., p. 1959، و *Decision of 5 January 1960*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1960*, p. 196, at p. 202.

التعليق

(١) تتناول المادة ١٦ حالات الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وتعد الفقرات من (أ) إلى (ج)، التي تتناول الظروف التي يجعل من غير المنصف أو المعقول أن يطالب الأجنبي المضرور باستنفاد سبل الانتصاف المحلية كشرط مسبق لتقييم مطالبة، استثناءات واضحة من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. أما الفقرة (د) فتناول وضعًا مختلفًا، هو الوضع الذي ينشأ عندما تكون الدولة المدعى عليها قد تنازلت عن الامتثال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

الفقرة (أ)

(٢) تتناول الفقرة (أ) الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية الذي يوصف 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:

١' أن تكون سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى بشكل واضح؛

٢' لا توفر سبل الانتصاف فرص نجاح معقولة؛

٣' لا توفر سبل الانتصاف إمكانية معقولة للحصول على إنصاف فعال.

وتحظى هذه الخيارات الثلاثة بقدر من الدعم من قبل الثقات.

(٣) نظرت اللجنة في معيار "عدم الجدوى الواضح"، الذي أيدوه ودافع عنه المحكم باجي في قضية التحكيم بشأن السفن الفنلندية^(١٨٢)، ولكنها قررت أن هذا المعيار يحدد عتبة مفرطة في العلو. ومن جهة أخرى، رأت اللجنة أن معيار "عدم وجود فرص نجاح معقولة" الذي قبلت به اللجنة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في العديد من القرارات^(١٨٣) مفرط في التساهل مع المدعى. وبالتالي فقد فضلت الخيار الثالث الذي يتفادى اللهجة الصارمة الواردة في عبارة "عدم الجدوى الواضح"، غير أنه

^(١٨٢) انظر الحاشية ١٦٧ (*Finnish Ships Arbitration*) (أعلاه)، ص ١٥٠٤.

^(١٨٣) انظر *Retimag S. A. v. Federal Republic of Germany, Application No. 712/60, Judgment of 16 December 1961*, European Commission and European Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961*, p. 385, at p. 400; and *X, Y and Z v. United Kingdom, Application Nos. 8022/77 and 8027/77, Decision of 8 December 1979*, Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 18, p. 66, at p. 74. انظر أيضًا التعليق على المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، التي اعتمدتها اللجنة في دورتها التاسعة والعشرين (الحاشية ١٦٢) (أعلاه).

القضائية^(١٩٥)، وآراء المختصين في القانون. وكانت اللجنة تعى صعوبة إعطاء عبارة "تأخير لا مسوغ له" مضموناً أو معنى موضوعياً، أو محاولة تحديد مهلة زمنية معينة يُلْجأ خالها إلى 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 للتعددين وسكك الحديد، فإن:

اللجنة لن تحاول أن تحدد بشكل دقيق الفترة الزمنية التي يتوقع خالها من المحكمة إصدار حكم. وسيتوقف ذلك على عدة ظروف أبرزها حجم العمل الذي يتطلبه الفحص الدقيق للقضية؛ أو بعبارة أخرى على حجم العمل المتعلق بالقضية^(١٩٦).

(٦) وتوضح الفقرة (ب) أن التأخير في عملية الإنصاف يُنسب إلى الدولة المدعى أنها مسؤولة عنضرر الذي يلحق بالأجنبي. وتفضل عبارة "عملية الإنصاف" على عبارة "سبل الانتصاف المحلية"، ذلك أنه يقصد بها تفصية كامل العملية التي تُستخدم فيها وتنفذ سبل الانتصاف المحلية، والتي توجه من خالها سبل الانتصاف المحلية.

الفقرة (ج)

(٧) إن الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، الوارد في المادة ١٦^(أ)، والذي يُفيد بأن سبل الانتصاف المحلية لا حاجة إلى استنفادها حيّماً كانت سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أي إمكانية معقوله لإنصاف فعال، لا يعطي الحالات التي قد توفر فيها سبل الانتصاف المحلية الإمكانية المعقوله للانتصاف الفعال، لكن استنفاد سبل الانتصاف المحلية قد يكون غير معقول أو قد يسبب صعوبات كبيرة للأجنبي المضور. وعلى سبيل المثال، فإنه حتى حيّماً توجد سبل انتصاف محلية فعالة يكون من غير المعقول ومن غير المنصف مطالبة شخص مضرور باستنفاد سبل الانتصاف المحلية حيّماً تكون ممتلكاته قد أصيبت بضرر بيئي بسبب التلوث أو السقطات المشعة أو سقوط جسم فضائي يأتي من دولة لا تقع فيها ممتلكاته؛ أو حيّماً يكون على متنه طائرة تسقطها دولة يُتهَكَّمُ بمالها الجوي خطأً؛ أو حيّماً توضع عراقيل جديدة في طريق استخدامه 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 بين الفرد المضرور والدولة المدعى عليها أو بسبب وجود استثناء نتيجة مشقة من نوع خاص.

^(١٩٥) انظر *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain v. United Mexican States), Decision No. 55 of 18 June 1931, UNRIAA, vol. V, p. 191, at p. 198; and Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 52, p. 11, at p. 16*

^(١٩٦) انظر الحاشية أعلاه.

الانتصاف المناسب والملاائم^(١٩٠)؛ أو أن تفتقر الدولة المدعى عليها إلى نظام للحماية القضائية يفي بالغرض^(١٩١).

(٤) ومسألة ما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية توفر أم لا إمكانية معقوله للحصول على انتصاف فعال يجب البت فيها مع مراعاة القانون المحلي والظروف المحلية وقت استخدامها. وهذه مسألة تبت فيها المحكمة الدولية المختصة المكافحة بمهمة بحث موضوع استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولا بد من البت فيها على افتراض أن تستحق المطالبة النظر فيها^(١٩٢).

الفقرة (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 تؤكده محاولات التدوين^(١٩٣)، وصكوك حقوق الإنسان والمارسات المتعلقة بها^(١٩٤)، والقرارات

^(١٩٠) انظر قضية *Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٦٧ أعلاه)، ص ١٤٩٦-١٤٩٧؛ وقضية *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (الحاشية ١٨٨ ١٨٨ ١٩٩٥، ECHR, Series A: Reports and Decisions, vol. 319, p. 3, at p. 17, *Hornsby v. Greece*, Judgment of 19 March 1997, *ibid.*, para. 42

Reports and Decisions 1997-II, No. 33, p. 495, at p. 509, para. 37

^(١٩١) انظر قضية *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, Decision of 9 April 1996, ILR, vol. 107 (1997), p. 457, at p. 460 وأنباء *Decision of 9 April 1996*, ILR, vol. 107 (1997), p. 457, at p. 460 الدیکاتاتوریة العسكريہ فی شیلی قضاۃ لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن مخالفة الأصول المرعية المتصلة في الإجراءات القانونية في ظل القضاء العسكري ألغت الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية (انظر case 9755 (Chile), resolution 01a/88, case 9755, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987-1988,

.OEA/Ser.L/V/II.74, document 10 rev. 1, pp. 136 et seq.

^(١٩٢) انظر قضية *Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٦٧ أعلاه)، ص ١١٩-١٢٠.

^(١٩٣) انظر مناقشة المقرر الخاص، غارسيا أمادور، في تقريره الأول عن مسؤولية الدول لمحاولات التدوين الأولى، حولية ١٩٥٦، المجلد الثاني، الوثيقة A/CN.4/96، ص ١٧٣-٢٢١، وتحديثاً ص ٢٢٣-٢٢٦؛ والمادة ٢(١٩) من مشروع اتفاقية هارفرد بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار التي تلحق بالأجانب، الذي أعدته في عام ١٩٦٠ كليئةً الحقوق بجامعة هارفرد والذي يرد في *Sohn and Baxter*، المراجع المذكور (الحاشية ٦٥ أعلاه)، ص ٥٧٧.

^(١٩٤) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ٤١(١)(ج))؛ والاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان: "ميثاق سان خوسيه، كوستاريكا" (المادة ٤٦(٢)(ج))؛ و *Weinberger v. Uruguay*, Communication No. 28/1978, Human Rights Committee, *Selected Las Palmeras, Preliminary Decisions*, vol. 1, p. 57, at p. 59 *Objections*, Judgment of 4 February 2000, Inter-American Court of Human Rights, Series C, *Decisions and Judgments*, No. 67, para. 38 *Erdogan v. Turkey*, Application No. 19807/92, No. 84 A, ECHR, .Decisions and Reports, 1996, p. 5, at p. 15

المحاكم في قضايا أخرى^(٢٠١) انطباق قاعدة سبل الانتصاف المحلية، على الرغم من عدم وجود علاقة اختيارية بين الأجنبي المضرور والدولة المدعى عليها. وفي قضية *القروض النرويجية*^(٢٠٢) وقضية *الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليو ١٩٥٥*^(٢٠٣)، قدمت بقوة حجج مؤيدة لشرط العلاقة الاختيارية، لكن محكمة العدل الدولية لم تبت في أي من القضيتين في هذه المسألة. وفي قضية *مصدر تريل*^(٢٠٤)، التي كانت تتعلق بثلوث 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^(٢٠٥)، التي تم فيها الاستغناء عن سبل الانتصاف المحلية حيث لم تكن هناك أية علاقة اختيارية فسرت بأنها تؤيد شروط الخصوص الاختياري للإنتصاف القضائي كشرط مسبق لتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية. ويمكن تفسير عدم الإصرار على تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في هاتين القضيتين على أنه مثال على الضرر المباشر الذي لا حاجة فيه إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو على أساس أن اتفاق التحكيم المعنى لا يتطلب استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٠) وفي حين رأت المحكمة 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، لأن ذلك يؤكّد على النية الذاتية للفرد المضرور عوضاً عن التشديد على عدم وجود صلة يمكن تحديدها بشكل موضوعي بين الفرد والدولة المضيفة. وبالإضافة إلى ذلك، من الصعب إثبات مثل هذا المعيار الذي في التطبيق العملي. ومن هنا جاء قرار المحكمة اشتراط وجود "صلة وجيهة" بين الأجنبي المضرور والدولة المضيفة. وهذه العلاقة لا بد من أن تكون "وجيهة"، أي أنه لا بد من أن تكون لها علاقة بطريقة أو بأخرى بالضرر المشتكى منه.

(٢٠١) *Finnish Ships Arbitration* (الحاشية ١٦٧ أعلاه);
و(*الحاشية ١٦٤ أعلاه*).
Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway), (٢٠٢)

Judgment of July 6th, 1957, Oral Pleadings of France, I.C.J. Pleadings,
.vol. I, p. 408

Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (٢٠٣)
(Israel v. Bulgaria), Preliminary Objections, Oral Pleadings of Israel,
.I.C.J. Pleadings, pp. 531-532

Trail Smelter case (United States v. Canada), UNRIAA, (٢٠٤)
.vol. III, p. 1905

The Virginian case (1873), reported in J. B. Moore, *A Digest of International Law* (footnote 120 above), vol. II, p. 895, at p. 903; and the *Jessie* case (1921), reported in AJIL, vol. 16 (1922), pp. 114-116

(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 المضرور والدولة المدعى عليها، مثل الوجود المادي الاختياري، أو الإقامة، أو الملكية، أو علاقة تعاقدية مع الدولة المدعى عليها^(١٩٧). ويشدد أنصار هذا الرأي على أن طبيعة الحماية الدبلوماسية وقاعدة سبل الانتصاف المحلية شهدت تغيرات كبيرة في الآونة الأخيرة. وبرغم أن البدایات الأولى للحماية الدبلوماسية تمتّلت في حالات تضرر فيها المواطن الأجنبي المقيم الذي يمارس نشاطاً في دولة أجنبية بسبب إجراء اتخذته تلك الدولة ومن ثم كان من المتوقع منه أن يستنفد سبل الانتصاف المحلية وفقاً للفلسفة القائلة بأنه يتبع على المواطن المقيم في الخارج أن يتقبل عادة القوانين المحلية كما هي، بما في ذلك الوسائل المتاحة للتغريض عن الفعل غير المشروع، ويمكن أن يتضرر شخص ما اليوم نتيجة تصرف دولة أجنبية خارج إقليمه أو نتيجة تصرف ما داخل إقليمه في ظروف لا تربطه فيها صلة بذلك الإقليم. وتوجد أمثلة على ذلك في الصغر البيئي العابر للحدود (على سبيل المثال انفجار محطة تشيرنوبيل النووية بالقرب من كييف في أوكرانيا، والذي امتد آثاره الإشعاعية حتى اليابان والدول الإسكندنافية)، وإسقاط إحدى الطائرات التي دخلت خطأ المجال الجوي لإحدى الدول (كما تبين من قضية *الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليو ١٩٥٥* والتي أسقطت فيه بلغاريا طائرة تابعة للخطوط الجوية العمال دخلت بطريق الخطأ مجالها الجوي^(١٩٨)). وأساساً مثل هذه العلاقة الاختيارية أو الصلة الإقليمية هو افتراض المخاطرة التي يُقدم عليها الأجنبي في دولة أجنبية. فالشخص الأجنبي الذي يُخضع نفسه طوعاً للولاية القضائية للدولة المدعى عليها هو الذي يفترض فيه استنفاد 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 توجد آراء عابرة مؤقتة تؤيد وجود مثل هذا الاستثناء في قضيتي *إنترهانديل*^(١٩٩) و *سام*^(٢٠٠)، أقرت

C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (الحاشية ١٦٤ أعلاه)؛ و T. Meron, "The incidence of the rule of law in the exhaustion of local remedies", BYIL, vol. 35 (1959), p. 83 et seq., at .p. 94

Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (١٩٨)
.(*Israel v. Bulgaria*), Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 127

(٢٠١) ذكرت محكمة العدل الدولية في هذه القضية أنه "رئي" أن من الضروري أن تكون للدولة التي حدث فيها الاتهام كذلك فرصة لتصحيحه بوسائلها الخاصة" (انظر *الحاشية ٣١ أعلاه*، ص ٢٧ (التأكيد مضاف)).

(٢٠٢) في قضية *سام* قررت هيئة التحكيم أنه "ينبغي كقاعدة عامة أن يقر الأجنبي بأن نوع القضاء المعمول به في البلد الذي اختار الإقامة فيه ينطبق عليه" (انظر *الحاشية ٦٦ أعلاه*)، ص ١٢٠٢.

(١٣) وقد يتخذ التنازل عن سبل الانتصاف المحلية أشكالاً عديدة مختلفة. فقد تنص عليه معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف دخلت حيز النفاذ قبل التزاع أو بعده؛ وقد ينص عليه عقد بين الأجنبي والدولة المدعى عليها؛ وقد يكون صريحاً أو ضمنياً؛ أو قد يفهم من سلوك الدولة المدعى عليها في ظروف قد تدخل في إطار سقوط الحق حكماً أو سقوطه خطأ.

(١٤) ويجوز إدراج تنازل صريح ضمن اتفاق تحكيمي مخصوص يرم من أجل حل نزاع قائم فعلاً أو ضمن معاهدة عامة تنص على تسوية المنازعات التي تنشأ في المستقبل بالتحكيم أو بشكل آخر من أشكال تسوية المنازعات الدولية. ويجوز أيضاً إدراج التنازل في عقد يبرم بين الدولة والأجنبي. وثمة اتفاق عام على أن التنازل الصريح عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية جائز. وتعد التنازلات سمة عامة من سمات ممارسات الدول المعاصرة، ويتضمن العديد من اتفاقيات التحكيم شرطاً 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 دون أي وسيلة أخرى للانتصاف، ما لم ينص على خلاف ذلك. ويجوز للدولة متعاقدة أن تشتغل 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، هي تنازلات لا رجعة فيها، حتى ولو كان قانون الدولة المضيفة هو القانون الناظم للعقد^(٢٠٧).

(١٥) ولا يجب استنتاج التنازل عن سبل الانتصاف المحلية بسهولة. فهي قضية إيسى، ذكرت دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية في هذا الصدد أنها:

لا تستطيع القبول بأن مبدأ مهماً في القانون الدولي العربي يمكن أن يُعتبر مبدأً لاًغاً بشكل ضمبي، في غياب أي كلمات تبين بوضوح نية للقيام بذلك^(٢٠٨).

(١٦) بيد أنه إذا اتضحت نية الطرفين في التنازل عن سبل الانتصاف المحلية، وجب العمل بهذه النية. وتويد هذا الاستنتاج

ويشترط أن تنظر محكمة ليس فقط في مسألة ما إذا كان الفرد المضرور حاضراً أو مقيناً أو يمارس أعمالاً تجارية فيإقليم الدولة المضيفة، ولكن ما إذا كان الفرد، بسلوكه، في الظروف القائمة، قد جازف بافتراض أنه إذا تعرض لضرر فسوف يكون ذلك موضع تقاض في الدولة المضيفة. وارتهي أن كلمة "وجيهة" تسمح في أفضل الأحوال للمحكمة بالنظر في العناصر الأساسية التي تنظم العلاقة بين الأجنبي المضرور والدولة المضيفة في سياق الضرر، بغية تحديد ما إذا كانت هناك مجازفة من جانب الأجنبي المضرور.

(١١) ويرمي الجزء الثاني من الفقرة (ج) إلى منح المحكمة سلطة الاستغناء عن الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية حيالما يكون من غير العقول، في جميع ظروف القضية، تقع الامتنال لهذه القاعدة. واضح أنه يتبع النظر في كل قضية بحسب وقائعها الموضوعية لدى تحديد هذه المسألة، وليس من المحكمة محاولة تقديم قائمة حصرية بالعوامل التي قد توفر استثناء من هذه القاعدة. واقتصر مع ذلك جواز ممارسة الاستثناء فيما تمنع دولة شخصاً أجنياً مضروراً من إمكانية الوصول الفعلي إلى محاكمها وذلك، مثلًا، عن طريق حرمانيه من دخول أراضيها، أو تعريضه لمخاطر تجعل محاولته دخول إقليمها غير مأمونة العاقب؛ أو حيالما تعيق مؤامرات إجرامية في الدولة المضيفة رفع الدعاوى أمام المحاكم المحلية؛ أو حيالما تكون تكلفة استنفاد سبل الانتصاف المحلية باهظة.

الفقرة (د)

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

في حالات من هذا القبيل، وفي إطار المبادئ المسلّم بها عموماً في القانون الدولي والممارسة الدولية، وضعت القاعدة التي تقتضي الاستنفاد المسبق لسبل الانتصاف المحلية خدمة لمصلحة الدولة، لأن تلك القاعدة تسعى إلى إففاء الدولة من ضرورة الرد على ثُمَّهم أمام هيئة دولية عن أفعال تُسبّب إليها قبل إعطائها فرصة لتصحيح هذه الأفعال بوسائل داخلية. ولذلك يُعد هذا الشرط وسيلة للدفاع وبالتالي فهو قابل للتنازل عنه، ولو ضمنياً^(٢٠٩).

Government of Costa Rica (In the Matter of Viviana Gallardo et al., Award of 13 November 1981, Inter-American Court of Human Rights, ILR, vol. 67 (1984), p. 578, at p. 587). انتظر أيضًا Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (الحاشية ١٤٠، ص ٤٢، الفقرة ٥٠ و Cases)، ECHR, Judgment of 18 June 1971, ILR, vol. 56, p. 337, at .p. 370, para. 55

(٢٠٧) انظر Viviana Gallardo et al. (الحاشية أعلاه) و("Belgian Vagrancy Cases" De Wilde, Ooms and Versyp cases ("Belgian Vagrancy Cases") المرجع نفسه).

(٢٠٨) (الحاشية ١٤٠ أعلاه)، Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (الحاشية ١٤٠، الفقرة ٥٠، ص ٤٢، الفرقة .٥٠).

للتنازل بسبب الشك المحيط بمبدأ الإغلاق الحكمي في القانون الدولي. ورأت اللجنة أن من الحكمة السماح بمعاملة السلوك الذي يمكن أن يستدل به على التنازل عن سبل الانتصاف المحلية على أنه تنازل ضمني.

الجزء الرابع

أحكام متنوعة

المادة ١٧ - التدابير أو الإجراءات خلاف الحماية الدبلوماسية

لا تخل مشاريع المواد هذه بحقوق الدول أو الأشخاص الطبيعيين أو غيرهم من الكيانات في الجوء، بوجوب القانون الدولي، إلى تدابير أو إجراءات غير الحماية الدبلوماسية بغية ضمان جر الفرض المتكبد جراء فعل غير مشروع دولياً.

التعليق

(١) إن قواعد القانون الدولي العربي بشأن الحماية الدبلوماسية التي تطورت على مدى عدة قرون، والمبادئ الأقرب عهداً التي تتضم حماية حقوق الإنسان يمكن بعضها بعضاً وخدم في نهاية الأمر غاية مشتركة هي حماية حقوق الإنسان^(٢١٣).

ولذلك، فليس المقصود بهذه المواد إنكار أو تجاوز حقوق الدول، بما فيها دولة الجنسية وغيرها من الدول خلاف دولة جنسية الفرد الذي وقع عليه الضرر في حماية ذلك الفرد إما بوجوب القانون الدولي العربي أو بوجوب معاهدة متعددة الأطراف أو ثنائية لحقوق الإنسان، أو بوجوب معاهدة أخرى. ولا يقصد بها التدخل في ما للأشخاص الطبيعيين أو غيرهم من الكيانات، كالمنظمات غير الحكومية، من حقوق في اللجوء إلى تدابير أو إجراءات بوجوب القانون الدولي خلاف الحماية الدبلوماسية بغية ضمان جبر الضرر المتکبد من جراء فعل غير مشروع دولياً.

(٢) ويجوز للدولة أن تحمي شخصاً من غير رعايتها ضد دولة جنسية فرد وقع عليه الضرر أو دولة ثالثة في الدعاوى التي تقام فيما بين الدول بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ٤١)، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (المادة ١١)، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة (المادة ٢١)، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة ٢٤)، والاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان: "ميثاق سان خوسيه، كوستاريكا" (المادة ٤٥)، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (المواد ٤٧-٥٤). وهذه الاتفاقيات نفسها تتيح للدولة حماية رعايتها في الدعاوى التي تنشأ بين الدول. وفضلاً عن ذلك، فإن القانون الدولي العربي يتيح للدول حماية

(٢١٣) انظر التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية (الخواصية ٦٦)
أعلاه)، ولا سما الفقارات ٢٢-٣٢.

كل من الأحكام القضائية^(٢٠٩) ومصنفات فقهاء القانون. ولا يمكن وضع قاعدة عامة بشأن الحالة التي يجوز فيها استئناف التنازع 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، فإنه يوجد تأييد للرأي القائل بأن مثل هذا الاتفاق "لا يعني التخلّي عن المطالبة باستئناف جميع سبل الانتصاف المحلية في القضايا التي يتبنّى فيها طرف من الأطراف المتعاقدة مطالبة شخص من رعاياه"^(٢١٠). وجود استدلال قوي معارض للتنازع الضمني أو الصریح في مثل هذه الحالة أكدته دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية في قضية إلissi^(٢١١). والتنازع عن سبل الانتصاف المحلية قد يفهم ضمنياً بسهولة أكبر من اتفاق تحكيم يُرمى بعد نشوء النزاع المعنى. وفي مثل هذه الحالة، يجوز الاحتجاج بأن تنازلاً من هذا القبيل يمكن أن يكون ضمنياً إذا أبرمت الدولة المدعى عليها اتفاق تحكيم مع الدولة المطالبة يشمل المنازعات المتعلقة بمعاملة الرعایا بعد تضرر المواطن موضوع النزاع، والتزام هذا الاتفاق الصمت بخصوص الاحتفاظ بقاعدة استئناف سبا، الانتصاف المحلية.

(١٧) ومع أن هناك تأييداً للرأي القائل بأن سلوك الدولة المدعى عليها أثناء المراوغات الدولية يمكن أن يؤدي إلى منع تلك الدولة من المطالبة باستغافاد سبل الاتصال المحلي^(١٢)، إلا أن اللجنة فضلت عدم الإشارة إلى المنع في صياغتها للقاعدة الناظمة

(٢٠٩) انظر، على سبيل المثال، *Steiner and Gross v. Polish State*, Case No. 322 (1928), Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928, A. McNair and H. Lauterpacht (eds.), London, Longman, 1931, p. 472; and *American International Group Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 93-2-3 (1983), Iran-United States Claims Tribunal Reports, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, p. 96
(٢١٠) F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", ١٤ (١٩٦٧) ٣٣

(٢١١) انظر الحاشية ١٤٠ أعلاه. وفي قضية سكك حديد بانيفيريس - سالموتيسكيس (انظر الحاشية ٣٢ أعلاه)، رأت محكمة العدل الدولي الدائم أن قبول الشرط الاختياري يوجب المادة (٣٦) من النظام الأساسي للمحكمة لا يشكل تنازلاً ضمنياً عن قاعدة استنفاد سبيل الاتصاف المحلية (وهو ما حاج به القاضي فان إسينغا في رأيه المخالف، المرجع نفسه، ص ٣٥-٣٦).

(٢١٢) انظر قضية *Elettronica Sicula S.p.A.* (*الخاشية*) ١٤٠، *United States–United Kingdom*، ص ٤٤، الفقرة ٥٤؛ قضية *أعلاه*، *Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award of 30 November 1992*, UNRIAA, vol. XXIV, p. 65, para. 6.33 (انظر أيضًا *Foti and others*, *ILR*, vol. 102, p. 216, at p. 285, para. 6.33 *Merits, Judgment of 10 December 1982*, *ILR*, vol. 71, p. 366, at p. 380, para. 46).

(٤) والتدا이ير أو الإجراءات المشار إليها في المادة ١٧ تشمل تلك المتاحة بموجب معاهدات حقوق الإنسان العالمية والإقليمية ومتوجب أي معاهدة أخرى ذات صلة، كما هو الحال مثلاً في عدد من المعاهدات المتعلقة بحماية الاستثمار. غير أن المادة ١٧ لا تتناول سبل الانتصاف المحلية.

(٥) ويعنى مشروع المادة هذا أساساً بحماية حقوق الإنسان بوسائل أخرى غير الحماية الدبلوماسية. إلا أنه يشمل أيضاً حقوق الدول والأشخاص الطبيعيين والكيانات الأخرى، وهي حقوق تمنحها المعاهدات والقواعد العرفية لأشخاص آخرين، مثل حماية الاستثمار الأجنبي. كما أن مشاريع المواد لا تخل بأية حقوق قائمة بموجب إجراءات أخرى غير الحماية الدبلوماسية.

(٦) وتبين المادة ١٧ بوضوح أن مشاريع المواد الحالية لا تمتد ما قد يكون للحكومات أو الأفراد أو الكيانات الأخرى من حقوق لضمان جبر الضرر الذي يقع من جراء فعل غير مشروع دولياً وذلك عن طريق إجراءات خلاف الحماية الدبلوماسية. غير أنه عندما تلجأ دولة إلى هذه الإجراءات لا تتخل عن حقها في ممارسة الحماية الدبلوماسية لفرد من الأفراد إذا كان ذلك الفرد من رعايتها^(٢١).

(٧) واعتبر أحد أعضاء اللجنة أن سبل الانتصاف التي تلتزم بموجب معاهدات حقوق الإنسان تدرج في إطار قاعدة التخصيص وتُعطى الأولوية على سبل الانتصاف المتاحة في إطار الحماية الدبلوماسية. وأعرب بعض أعضاء اللجنة أيضاً عن رأي مفاده أنه ينبغي دمج المادتين ١٧ و ١٨.

المادة ١٨ - الأحكام الخاصة في المعاهدات

لا تنطبق مشاريع المواد هذه حيثما وبقدر ما لا تتفق والأحكام الخاصة التي ترد في المعاهدات، بما في ذلك تلك المتعلقة بتسوية المنازعات بين الشركات أو حملة الأسهم في الشركة والدول.

التعليق

(١) الاستثمار الأجنبي في معظمه ينظم ويحمي معاهدات استثمار ثنائية^(٢٢). وقد زاد عدد هذه المعاهدات زيادة هائلة في

Selmouni v. France, Application No. 25803/94, Judgment of 28 July 1999, ECHR, Reports of Judgments and Decisions Judgment of 28 July 1999, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, p. 149, تدخلت هولندا تأييداً لشكوى فردية قدمها أحد رعاياها ضد فرنسا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وما كان هذا ليمنع هولندا من تقديم مطالبة مارسها للحماية الدبلوماسية باسم الفرد المضروب لو أنها اختارت ذلك.

(٢٢٢) سلمت بذلك محكمة العدل الدولية في قضية *Barcelona Traction, Second Phase, Decision* (انظر الحاشية ٤٠ أعلاه)، ص ٤٧، الفقرة ٩٠.

حقوق الأشخاص من غير مواطنها عن طريق الاحتجاج والتفاوض، بل والإجراءات القانونية إذا ما سمح بذلك صك يتعلق بالولاية القضائية. ويعتبر قرار محكمة العدل الدولية الصادر في قضيابا جنوب غرب أفريقيا لعام ١٩٦٦^(١٤) ومفاده أنه لا يجوز للدولة أن تتخذ إجراءات قانونية لحماية حقوق أشخاص من غير مواطنها اليوم قانوناً سيئاً وقد رفضته اللجنة صراحة في المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة التي أعدتها^(١٥). وفضلاً عن ذلك، تسمح المادة ٤٨ من تلك المواد للدولة خلاف الدولة المضورة بالاحتجاج بمسؤولية دولة أخرى إذا كان الالتزام الذي تم الإخلال به التزاماً تجاه المجتمع الدولي برمته^(١٦).

(٣) وللفرد أيضاً حقوق وسائل له سبل الانتصاف لحماية نفسه من الدولة المتسببة في الضرر، سواء كانت دولة جنسية الفرد أو دولة أخرى، وذلك بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. ويجري ذلك في أكثر الأحيان عن طريق ممارسة الحق في توجيه التماس إلى هيئة دولية لرصد إعمال حقوق الإنسان^(١٧). ويجوز أيضاً أن تنشأ حقوق الفرد القائمة بموجب القانون الدولي خارج إطار حقوق الإنسان. ففي قضية لاغراند، رأت محكمة العدل الدولية أن المادة ٣٦ من اتفاقية فيينا للعلاقات الفنصلية "تشريع حقوقاً فردية يمكن، بفضل المادة ١ من البروتوكول الاختياري الملحق بها، الاحتجاج بها في هذه المحكمة من قبل دولة جنسية الشخص المحتجز"^(١٨)؛ وفي قضية أفينيا، لاحظت المحكمة كذلك:

أن انتهاكات حقوق الفرد المنصوص عليها في المادة ٣٦ قد تستتبع انتهاكاً لحقوق الدولة المرسلة، وأن انتهاكات حقوق هذه الدولة قد تستتبع انتهاكاً لحقوق الفرد^(١٩).

وقد أدرج شرط تحوطي في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، في المادة ٣٣ منها، لرعاة ذلك التطور في القانون الدولي^(٢٠).

South West Africa cases, Second Phase, Judgment of 18 July 1966, I.C.J. Reports 1966, p. 6

(٢١٤) حولية ٢٠٠١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، ص ١٦٤ (التعليق على المادة ٤٨، الحاشية ٧٢٥).

(٢١٥) المرجع نفسه، الفقرة ٧٦.

(٢١٦) انظر، على سبيل المثال، البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة ٢٢ من اتفاقية ماهاضنة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة.

La Grand (Germany v. United States of America), (٢١٨) Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at p. 494, para. 77

Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (٢١٩) انظر الحاشية ١٦٩ أعلاه، ص ٣٦، الفقرة ٤٠.

(٢٢٠) تنص الفقرة ٢ من هذه المادة على ما يلي: "لا يدخل هذا الباب بأي حق ينشأ نتيجة لمسؤولية الدولة لدولة وقد يتربى مباشرة لأي شخص أو كيان آخر غير الدولة" (حولية ٢٠٠١ ، المجلد الثاني (الجزء الثاني) والتصويب، الفقرة ٧٦).

التعليق

(١) الغرض من مشروع المادة ١٩ هو تأكيد حق دولة أو دول جنسية أفراد طاقم السفينة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لهم، والتسليم في الوقت ذاته بأن دولة جنسية السفينة لها أيضاً الحق في التماس حبرضرر بغض النظر عن جنسيتهم عندما يصيّبهم الضرر في أثناء نزول ضرر بالسفينة ناجم عن فعل غير مشروع دولياً. وقد أصبح من الضروري تأكيد حق دولة الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية لأفراد طاقم السفينة منعاً لאי إيجاء بأن هذا الحق قد حل محله حق دولة جنسية السفينة. وفي الوقت ذاته، من الضروري التسليم بحق دولة جنسية السفينة في التماس الجبر لصالح أفراد طاقم السفينة. ورغم أنه لا يمكن وصف ذلك بصفة الحماية الدبلوماسية في غياب رابط الجنسية بين دولة علم السفينة وأفراد طاقم السفينة، فهناك تشابه شديد بين هذا النوع من الحماية والحماية الدبلوماسية.

(٢) إن الموقف الذي يجيز لدولة جنسية السفينة (دولة العلم) التماس الجبر لصالح أفراد طاقم السفينة غير الحاملين لجنسيتها يلقى تأييداً في ممارسات الدول وفي القرارات القضائية وفي كتابات فقهاء القانون^(٢٤). وتوجد أيضاً اعتبارات في مجال السياسة العامة تجذب هذا النهج.

(٣) وممارسات الدول مصدرها بالدرجة الأولى الولايات المتحدة. فبموجب القانون الأمريكي يتمتع البحارة الأجانب تقليدياً بالحق في حماية الولايات المتحدة لهم أثناء خدمتهم على السفن الأمريكية. ووفقاً للرأي الأمريكي، متى عمل البحار على السفينة، كانت الجنسية الوحيدة ذات الصلة هي جنسية دولة العلم^(٢٥). وهذا الوضع الفريد للأجانب العاملين على سفن أمريكا أعيد تأكيده تقليدياً في الرسائل الدبلوماسية واللوائح القنصلية للولايات المتحدة^(٢٦). غير أن شكوكاً قد أبديت بشأن ما إذا كانت هذه الممارسة تشكل دليلاً على قاعدة عرفية أوردها الولايات المتحدة نفسها في رسالة إلى اللجنة مؤرخة ٢٠ أيار/مايو ٢٠٠٣^(٢٧).

H. Meyers, *The Nationality of Ships*, The Hague, (٢٤) انظر Martinus Nijhoff, 1967, pp. 90–107; R. Dolzer, "Diplomatic protection of foreign nationals", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1067; and I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 460

Ross case, *United States Reports*, vol. 140 (1911), p. (٢٥) انظر .453

(٢٦) انظر Hackworth، المرجع المذكور (الحاشية ١٢٧ أعلاه)، المجلد الثالث، ص ٤١٨، والمجلد الرابع، ص .٨٨٤–٨٨٣

(٢٧) هذه الرسالة موجودة في الملف لدى شعبة التدوين التابعة لمكتب الشؤون القانونية في الأمم المتحدة. وتعتمد رسالة الولايات المتحدة اعتماداً كبيراً على مقالة نقديّة كتبها A. Watts بعنوان "The protection of alien seamen", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7 (1958), p. 691

السنوات الأخيرة، ويوجّد اليوم بحسب التقديرات نحو ٢٠٠٠ اتفاق من هذا النوع. وإنّي السمات الظاهرة لمعاهدة الاستثمار الثنائي الإجراء الوارد فيها بشأن تسوية منازعات الاستثمار. وتنص بعض معاهدات الاستثمار الثنائي على التسوية المباشرة لنزاع الاستثمار بين المستثمر والدولة الضيفية أمام هيئة مختصة أو هيئة ينشئها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في إطار اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى. وتتصّل معاهدات أخرى من معاهدات الاستثمار الثنائي على تسوية منازعات الاستثمار بواسطة التحكيم بين دولة جنسية المستثمر (شركة أو حامل أسهم) والدولة الضيفية فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق النص ذي الصلة في المعاهدة. أما إجراءات تسوية المنازعات التي تنص عليها معاهدات الاستثمار الثنائي واتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فتتوفر للمستثمر الأجنبي مزاياً أكثر مما يوفره نظام القانون الدولي العربي للحماية الدبلوماسية، لأنّ المعاهدات تتيح للمستثمر فرصة اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي وتجنبه الغموض السياسي الكامن في الطبيعة الاستنسابية للحماية الدبلوماسية.

(٢) وعندهم إلى إجراءات تسوية المنازعات المنصوص عليها في معاهدات الاستثمار الثنائي أو في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تُستبعد الحماية الدبلوماسية في معظم الحالات^(٢٨).

(٣) وتوضح المادة ١٨ أن مشاريع المواد الحالية لا تتطابق على النظام الخاص البديل لحماية المستثمرين الأجانب المنصوص عليه في معاهدات الاستثمار الثنائي والمتعلقة بالأطراف. غير أنها تسلم بأن بعض المعاهدات لا تستبعد كلياً اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية. ولذلك صيغ النص صياغة تجعل مشاريع المواد لا تنطبق "حيثما وبقدر ما" لا تتفق ونصوص معاهدة من معاهدات الاستثمار الثنائي. وبقدر ما تظل مشاريع المواد متفقة مع المعاهدة المعنية فإنها تظل منطبقاً.

المادة ١٩ – أطقم السفن

إنّ حق دولة جنسية أفراد طاقم السفينة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لهم لا يتأثر بحق دولة جنسية السفينة في التماس الجبر لأفراد ذلك الطاقم بغض النظر عن جنسيتهم، عندما يصيّبهم ضرر أثناء نزول ضرر بالسفينة جراء فعل غير مشروع دولياً.

(٢٨) تنص المادة (١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على ما يلي: "لا تقوم دولة متعاقدة بتوفير الحماية الدبلوماسية أو بتقدّم مطالبة دولية بشأن نزاع وافق أحد رعاياها ودولة متعاقدة أخرى على عرضه، أو عرضاه بالفعل، للتحكيم بموجب هذه الاتفاقية، ما لم تقتصر تلك الدولة المتعاقدة الأخرى عن الالتزام بالقرار الصادر بشأن هذا النزاع وعن الامتثال له".

تعليقات المحكمة إلى أنها تعتبر أيضاً أن المسألة تتعلق بشيء قريب من الحماية الدبلوماسية. ومن الواضح أن غينيا اعتبرت على مقبولية المطالبة فيما يتعلق بالطاقم على أساس أنها تشكل مطالبة بالحماية الدبلوماسية للأشخاص ليسوا من مواطني سانت فنسنت^(٢٣٣). وأصرت سانت فنسنت، بنفس الدرجة من الوضوح، على أن من حقها حماية طاقم سفينة ترفع علمها "بصرف النظر عن جنسيتهم"^(٢٣٤). وذكرت المحكمة في رفضها لاعتراض غينيا أن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لا تميز في عدد من أحكامها ذات الصلة، بما في ذلك المادة ٢٩٢، بين مواطني دولة العلم وغير المواطنين^(٢٣٥). وشددت المحكمة على أن: السفينة، وكل ما عليها، وكل شخص معنٍ أو مهم بعمليتها يعاملون ككيان مرتبط بدولة العلم. أما جنسيات هؤلاء الأشخاص فلا صلة لها بالموضوع^(٢٣٦).

(٧) وثمة أسباب متعلقة بالسياسة العامة تدعو للسماح لدولة العلم بالتماس الجير لصالح أفراد طاقم السفينة. فقد سلمت المحكمة الدولية لقانون البحار بذلك في قضية السفينة "سايغا" عندما لفت الانتباه إلى "الطابع المؤقت لتشكيل أطقم السفن، فضلاً عن تعدد جنسيات أفرادها"، وذكرت أن السفن الكبيرة: قد تضم طاقماً يتألف من أشخاص ذوي جنسيات متعددة. فإن اضطر كل شخص لحق به ضرر إلى أن يتلمس الحماية من الدولة التي يحمل جنسيتها، فستترتب على ذلك مشقة لا مسوغ لها^(٢٣٧).

ولا ينبغي إغفال الاعتبارات العملية المتصلة بتقديم المطالبات. فمن الأيسر والأحدى بالنسبة لدولة ما أن تلتزم الجير لصالح جميع أفراد الطاقم بدلاً من أن يطلب إلى دول جنسية جميع أفراد الطاقم أن تقدم مطالبات مستقلة نيابة عن مواطنها.

(٨) إن دعم حق دولة العلم في التماس الجير لصالح أفراد طاقم السفينة هو دعم كبير له ما يبرره. غير أنه لا يمكن اعتبار ممارسة هذا الحق من قبل الحماية الدبلوماسية. كما لا ينبغي النظر إليه باعتباره يخل محل الحماية الدبلوماسية. وترى اللجنة أنه ينبغي الاعتراف بالحماية الدبلوماسية من قبل دولة الجنسية وبمحض دولة العلم في التماس الجير لصالح أفراد الطاقم دون إضفاء أولوية لأي من هاتين الوسيطتين. فأطقم السفن يتعرضون في أحياناً كثيرة لصعوبات تنشأ في دولة العلم، وذلك في شكل ظروف عمل سيئة، أو في دول ثالثة في حال توقيف السفينة. وفي مثل هذه الظروف ينبغي أن يحظوا بأقصى قدر من الحماية التي يمكن أن يوفرها القانون الدولي.

(٤) وقرارات التحكيم الدولية غير حاسمة فيما يتعلق بحق الدولة في تقديم الحماية الدبلوماسية للبحارة من غير مواطنيها، ولكنها تميل إلى تأييد ذلك الحق، لا إلى رفضه. ففي قضية ماكريادي قضى الحكم، السير إدوارد ثورنتون، بأنه:

يحق للبحارة الذين يعملون على سفن الأسطول البحري أو التجاري تحت علم غير علمهم أن يصلوا طوال فترة خدمتهم على حماية القلم الذي يعملون تحته^(٢٢٨).

وفي قضية أنا بمفردتي^(٢٢٩)، التي نشأت نتيجة لقيام سفينة من سفن حرس السواحل التابعة للولايات المتحدة بإغراق سفينة كندية، طالبت الحكومة الكندية بتعويض لصالح ثلاثة من أفراد الطاقم من غير المواطنين، مؤكدة أنه عندما تقدم مطالبة نيابة عن سفينة، فإن أفراد الطاقم يعتبرون، لأغراض المطالبة، من نفس جنسية السفينة. وفي الفتوى بشأن التعويض عن الأضرار، قبل قاضيان، في رأيهما المستقلين، بحق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لأفراد الطاقم من الأجانب^(٢٣٠).

(٥) وفي عام ١٩٩٩، أصدرت المحكمة الدولية لقانون البحار حكمها في قضية السفينة "سايغا"^(٢٣١)، الذي يؤيد حق دولة العلم في التماس الجير لصالح أفراد الطاقم غير الحاملين لجنسيتها، وإن شاب ذلك التأييد بعض الغموض. وقد نشأ التزاع في هذه القضية بسبب قيام غينيا بإيقاف واحتجاز السفينة "سايغا"، عندما كانت تزور سفن صيد الأسماك بالوقود قبالة ساحل غينيا. وقد كانت السفينة "سايغا" مسجلة في سانت فنسنت وجزر غرينادين ("سانت فنسنت") وكان ربّاً لها وطاقمها من رعايا أوكرانيا. كما كان هناك ثلاثة عمال سينغاليين على متنهما وقت إيقافها. وبعد التوقيف، احتجزت غينيا السفينة وطاقمها. وفي الإجراءات أمام المحكمة الدولية لقانون البحار، اعتبرت غينيا على قبول مطالبة سانت فنسنت مستندة في ذلك إلى أسس منها أن أفراد الطاقم المضطربين ليسوا من رعايا سانت فنسنت. وقد رفضت المحكمة هذا الاعتراض على قبول المطالبة واعتبرت أن غينيا انتهكت حقوق سانت فنسنت بتوقيف واحتجاز السفينة وطاقمها. وأمرت المحكمة غينيا بدفع تعويض لسانت فنسنت عن الأضرار التي لحقت بالسفينة "سايغا" والأضرار التي لحقت بالطاقم.

(٦) وبالرغم من أن المحكمة اعتبرت التزاع بصفة أساسية نزاعاً يتعلق بالحاق ضرر مباشر بسانت فنسنت^(٢٣٢)، تشير

McCready (US v. Mexico), J. B. Moore, International Arbitrations, vol. 3, p. 2536 (٢٢٨)

S. S. "I'm Alone" (Canada v. United States), UNRIAA, vol. III, p. 1609 (٢٢٩)

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations (انظر الحاشية ٢٩ أعلاه)، ص ٢٠٣-٢٠٢ (القاضي هاكويرث)، وص ٢٠٧-٢٠٦ (القاضي بدوي بشاش). (٢٣٠)

The M/V "Saiga" (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999, vol. 3, p. 10 (٢٣١)

المرجع نفسه، ص ٤٦-٤٥، الفقرة ٩٨. (٢٣٢)

المرجع نفسه، ص ٤٧، الفقرة ١٠٣. (٢٣٣)

المرجع نفسه، الفقرة ١٠٤. (٢٣٤)

المرجع نفسه، ص ٤٨-٤٧، الفقرة ١٠٥. (٢٣٥)

المرجع نفسه، ص ٤٨، الفقرة ١٠٦. (٢٣٦)

المرجع نفسه، الفقرة ١٠٧. (٢٣٧)