

Distr.: General
7 March 2002
Arabic
Original: English/French

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الرابعة والخمسون

جنيف، ٢٩ نيسان/أبريل - ٧ حزيران/يونيه
و ٢٢ تموز/يوليه - ١٨ آب/أغسطس ٢٠٠٢

تقرير ثالث عن الحماية الدبلوماسية

مقدم من السيد جون دوغارت، المقرر الخاص

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	١٧-١	ألف - مقدمة
٢	١٠-١	١ - الحالة الراهنة للدراسة المتعلقة بالحماية الدبلوماسية
٤	١٢-١١	٢ - نهج المقرر الخاص
٥	١٧-١٣	٣ - توجه مشاريع المواد في المستقبل
٧	١٠١-١٨	باء - استثناءات من المبدأ العام القاضي بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية
٧		المادة ١٤
٧	٤٥-١٨	١ - عدم الجدوى (المادة ١٤ (أ))
٢٥	٦٤-٤٦	٢ - التنازل وسقوط الحق (المادة ١٤ (ب))
٣٧	٨٩-٦٥	٣ - العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية (المادة ١٤ (ج) و (د))
٥٠	٩٩-٩٠	٤ - التأخير غير المسوغ (المادة ١٤ (هـ))
٥٤	١٠١-١٠٠	٥ - الحيلولة دون الوصول (المادة ١٤ (و))
٥٥	١١٨-١٠٢	جيم - عبء الإثبات
٥٥		المادة ١٥



ألف - مقدمة*

١ - الحالة الراهنة للدراسة المتعلقة بالحماية الدبلوماسية

١ - حدّدت اللجنة، في دورتها الثامنة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٦، موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي^(١). وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة للجنة، في قرارها ١٦٠/٥١ المؤرخ ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٦، إلى مواصلة دراسة الموضوع وتحديد نطاقه ومضمونه في ضوء التعليقات والملاحظات التي أبديت أثناء النقاش في اللجنة السادسة وأي تعليقات خطية قد تود الحكومات تقديمها. وعملا بقرار الجمعية العامة المذكور أعلاه، أنشأت اللجنة، في الجلسة ٢٤٧٧ من دورتها التاسعة والأربعين المعقودة في عام ١٩٩٧، فريقا عاملا معنيا بالموضوع^(٢). وفي الدورة ذاتها، قدم الفريق العامل تقريرا وافقت عليه اللجنة^(٣). وقد سعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع بالقدر المستطاع؛ و (ب) تحديد المسائل التي ينبغي دراستها في سياق الموضوع. واقترح الفريق العامل مخططا عاما للنظر في الموضوع وأوصت اللجنة بأن يستند المقرر الخاص إلى هذا المخطط العام لتقديم تقرير أولي^(٤).

٢ - وفي الجلسة ٢٥٠١ المعقودة في ١١ تموز/يوليه ١٩٩٧، عينت اللجنة السيد محمد بنونه مقررًا خاصًا للموضوع. ووافقت الجمعية العامة في الفقرة ٨ من قرارها ١٥٦/٥٢ المؤرخ ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧ على قرار اللجنة إدراج موضوع "الحماية الدبلوماسية" في جدول أعمالها.

٣ - ونظرت اللجنة في التقرير الأولي (A/CN.4/484) المقدم من المقرر الخاص، في جلساتها من ٢٥٢٠ إلى ٢٥٢٣ المعقودة في الفترة من ٢٨ نيسان/أبريل إلى ١ أيار/مايو ١٩٩٨.

٤ - وفي الجلسة ٢٥٣٤ المعقودة في ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٨، أنشأت اللجنة فريقا عاملا مفتوح العضوية برئاسة السيد م. بنونه، المقرر الخاص للموضوع، للنظر في الاستنتاجات

* يود المقرر الخاص أن يعرب عن امتنانه للمساعدة التي قدمتها في إعداد هذا التقرير السيدة سوزانا دين راكسماني التي تُحضّر لنيل درجة الدكتوراة من جامعة لايدن.

(١) حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفقرة ٢٤٨، المرفق الثاني، الإضافة ١.

(٢) حولية عام ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الفصل الثامن.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

(٤) المرجع نفسه، الفقرتان ١٨٩-١٩٠.

المحتملة التي يمكن استخلاصها على أساس المناقشة فيما يتعلق بنهج معالجة الموضوع ولتوفير توجيهات بشأن المسائل التي ينبغي أن يشملها التقرير الثاني الذي سيعده المقرر الخاص للدورة الحادية والخمسين للجنة. وعقد الفريق العامل جلسيتين في يومي ٢٥ و ٢٦ أيار/مايو ١٩٩٨. وفيما يتعلق بنهج معالجة الموضوع، اتفق الفريق العامل على ما يلي:

(أ) ينبغي أن يشكل نهج القانون العرفي في معالجة الحماية الدبلوماسية أساس عمل اللجنة بشأن هذا الموضوع؛

(ب) سيعالج الموضوع قواعد القانون الدولي الثانوية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية: ولن يُنظر في القواعد الأولية إلا إذا كان إيضاحها ضروريا لتوفير التوجيه لوضع صيغة واضحة لقاعدة ثانوية محددة؛

(ج) إن ممارسة الحماية الدبلوماسية هي حق الدولة. وعند ممارسة هذا الحق، ينبغي أن تأخذ الدولة في حسابها حقوق ومصالح رعاياها التي تمارس من أجلهم الحماية الدبلوماسية؛

(د) ينبغي أن يراعى في دراسة الحماية الدبلوماسية تطور القانون الدولي من زاوية تزايد الاعتراف بحقوق الأفراد وحمايتهم وإمكانيات إضافية مباشرة وغير مباشرة للوصول إلى المحافل الدولية لإعمال حقوقهم.

٥ - وفي الجلسة ٢٥٤٤، المعقودة في ٩ حزيران/يونيه ١٩٩٨، نظرت اللجنة في تقرير الفريق العامل وأيدته.

٦ - وفي عام ١٩٩٩، استقال السيد بنونه من اللجنة. فانتخبت اللجنة في جلستها ٢٦٠٢ المعقودة في ١٤ تموز/يوليه ١٩٩٩، كاتب هذا التقرير مقرا خاصا بشأن موضوع الحماية الدبلوماسية.

٧ - وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٠، نظرت اللجنة في التقرير الأول المقدم من المقرر الخاص الحالي (A/CN.4/506 و Corr.1 و Add.1). ونظرا لضيق الوقت، أرجأت اللجنة النظر في الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة العضوية برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٣ و ٦^(٥). ثم قررت اللجنة في وقت لاحق، في جلستها ٢٦٣٥، أن تحيل

(٥) يرد تقرير المشاورات غير الرسمية في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/55/10)، الفقرة ٤٩٥.

إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١ و ٣ و ٥ إلى ٨ بالإضافة إلى تقرير المشاورات غير الرسمية.

٨ - وفي الدورة الثالثة والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠١، نظرت اللجنة في الجزء المتبقي من التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/506/Add.1)، فضلاً عن تقريره الثاني (A/CN.4/514 و Corr.1). وناقشت اللجنة الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 في جلساتها ٢٦٨٠ و ٢٦٨٥ إلى ٢٦٨٧ المعقودة في ٢٥ أيار/مايو ومن ٩ إلى ١١ تموز/يوليه ٢٠٠١، على التوالي. كما نظرت اللجنة في التقرير الثاني للمقرر الخاص في جلساتها من ٢٦٨٨ إلى ٢٦٩٠ المعقودة في الفترة من ١٢ إلى ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١. ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروع المادتين ١٠ و ١١، وأرجأت إلى دورتها الرابعة والخمسين النظر في الأجزاء المتبقية من الوثيقة A/CN.4/514 التي تشمل مشروع المادتين ١٢ و ١٣.

٩ - وقررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨ المعقودة في ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠١، أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشروع المادة ٩، وقررت كذلك في جلستها ٢٦٩٠ المعقودة في ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١، أن تحيل إليها مشروع المادتين ١٠ و ١١.

١٠ - ولم تتح بعد للجنة الصياغة فرصة دراسة أي مادة من مشاريع المواد المحالة إليها. ومن المتوقع أن تبدأ لجنة الصياغة دراستها لمشاريع المواد هذه في الدورة الرابعة والخمسين للجنة.

٢ - نهج المقرر الخاص

١١ - موضوع الحماية الدبلوماسية هو من المواضيع الغنية بالمراجع المتاحة في شكل تدوين أو اتفاقيات أو ممارسات دول أو فقه قانوني أو مذاهب قانونية. ولعله يصدق القول، في واقع الأمر، إنه ليس هناك أي فرع من فروع القانون الدولي له من المراجع مثل هذا الموضوع. لكن هذا لا يعني أن هناك بالضرورة وضوحاً أو تيقناً بشأن القواعد الناطقة بالحماية الدبلوماسية بصورة عامة أو بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية، بصورة خاصة. بل على النقيض من ذلك، غالباً ما يوجد تضارب أو تعارض بين تلك المصادر وتراها تذهب باتجاهات شتى. وفي ظل هذه الظروف، تتمثل مهمة اللجنة في اختيار قواعد من جملة القواعد المتضاربة. ولدى ممارستها لهذا الاختيار، ينبغي لها أن تسترشد بحجية تلك المصادر في دعمها لقاعدة من القواعد وعدالة تلك القاعدة في ظل المجتمع الدولي المعاصر. وعلى الرغم من أن مهمة اللجنة هي التدوين بصفة عامة فإنها مع ذلك تطور القانون تدريجياً في معرض ممارسة الاختيار بين أسانيد القواعد المتضاربة.

١٢ - ومهمة المقرر الخاص ليست فرض قاعدة معينة بعينها على اللجنة وإنما هي عرض جميع المصادر والخيارات أمام اللجنة كيما تختار من بينها القاعدة الملائمة. أي أن اللجنة هي صانعة القرار وليس المقرر الخاص. وفي بعض الأحيان يعرض المقرر الخاص عدة خيارات على اللجنة، غير أنه، في معظم الحالات، يقترح قاعدة معينة يعتقد أنها الأنسب في جميع الأحوال. وغالبا ما يدرج المقرر الخاص في الجزء المتعلق بالشروحات من تقريره القواعد المتضاربة أو الصياغات المختلفة للقاعدة الواحدة جنبا إلى جنب مع المراجع التي تدعم تلك القاعدة حتى تتمكن اللجنة من ممارسة اختيار مستنير إذا كانت تفضل اختيارا آخر غير الذي اقترحه المقرر الخاص.

٣ - توجه مشاريع المواد في المستقبل

١٣ - تناول التقرير الأول المتعلق بالحماية الدبلوماسية مسألة جنسية المطالبات بصورة أساسية في حين عالج التقرير الثاني مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وينحصر نطاق هذا التقرير (الثالث) في مشروعين مادتين هما: المادة ١٤ التي تتناول الحالات التي لا حاجة فيها لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية؛ والمادة ١٥ التي تعالج مسألة عبء الإثبات من ناحية تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية. ويعتزم المقرر الخاص إصدار إضافة (أو إضافتين مستقلتين) إلى هذا التقرير بشأن موضوعين خلافيين لهما بصمات بارزة في تاريخ وتطور قاعدة سبل الانتصاف المحلية وهما: الشرط المسمى "بشرط كالفو" والحرمان من العدالة. ويدرك المقرر الخاص المعارضة المعرب عنها في أوساط معينة بشأن إدراج حكم يتعلق بالحرمان من العدالة في مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، وذلك على أساس أن هذا المفهوم يتعلق بصفة عامة (ولكن بالتأكيد ليس بصفة حصرية) بنطاق القواعد الأولية^(٦). وبالرغم من ذلك، يعتقد المقرر الخاص أنه يتعين على اللجنة أن تبت على النحو الواجب في مسألة إدراج حكم من هذا القبيل لكونه يحتل مكانة أساسية في دراسة قاعدة سبل الانتصاف المحلية كالمكانة التي يحتلها أمير الدائمك في مسرحية هاملت. وموضوع الحماية الدبلوماسية هو من المواضيع التي لها جذور عميقة في تاريخ أمريكا اللاتينية وفقهها القانوني. وقد عني شطر كبير من هذا التاريخ بنطاق ومضمون مفهوم الحرمان من العدالة وما ترتب على "شرط كالفو" من نتائج قانونية. ولهذا ليس بوسع أي دراسة صحيحة لموضوع الحماية الدبلوماسية أن تتجنب النظر في هذه المواضيع.

(٦) انظر الفقرة ١٠ من التقرير الثاني المتعلق بالحماية الدبلوماسية A/CN.4/514.

١٤ - وثمة عنصر رئيسي من عناصر جنسية المطالبات ما زال يتعين النظر فيه في مشروع المواد وهو: جنسية الشركات. وسوف تُعرض عدة مواد بشأن هذا الموضوع في التقرير الرابع. ويقترح المقرر الخاص، إذا سنح الوقت بذلك، أن ينظر فريق عامل في اقتراحات مؤقتة بشأن هذا الموضوع في الجزء الثاني من الدورة الحالية.

١٥ - وعندما يتم النظر في مشاريع المواد المشار إليها في الفقرة ١٤، فسوف تكتمل بذلك دراسة القواعد الثانوية للحماية الدبلوماسية في سياقها التقليدي. ويقترح المقرر الخاص ألا تحاول اللجنة توسيع نطاق مشاريع المواد لتشمل مسائل جرت العادة والعرف على اعتبارها من المسائل المتصلة بجنسية المطالبات واستنفاد سبل الانتصاف المحلية. وإذا اقترن هذا الاقتراح بالقبول فسيصبح بالإمكان إنجاز هذه الدراسة، بالقراءة الأولى والقراءة الثانية، في نهاية فترة السنوات الخمس الحالية.

١٦ - وقُدمت اقتراحات تدعو إلى توسيع نطاق مشاريع المواد الحالية لتشمل عددا من المسائل المتصلة بجنسية المطالبات ولا تدخل عادة في نطاق هذا الميدان. وفي جملة تلك الاقتراحات^(٧): (أ) الحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها^(٨)؛ (ب) حق دولة الجنسية التي تحملها سفينة أو طائرة في رفع دعوى بالنيابة عن طاقم السفينة أو الطائرة، وربما رفعها كذلك باسم ركاب السفينة أو الطائرة بغض النظر عن جنسية الأفراد المعنيين^(٩)؛ (ج) عندما تمارس إحدى الدول حماية دبلوماسية على شخص من رعايا دولة أخرى نتيجة لتفويضها. يمثل هذا الحق؛ (د) عندما تقوم دولة أو منظمة دولية بإدارة إقليم ما أو السيطرة عليه.

١٧ - وإن المقرر الخاص يعارض توسيع نطاق مشاريع المواد لتشمل تلك المسائل. وهو يعارض على وجه الخصوص إدخال موضوع الحماية الوظيفية في هذه الدراسة. فذلك موضوع معقد وسيخرج اللجنة عن نطاق الحماية الدبلوماسية على النحو الذي تُفهم به عادة وسيجعل من المستحيل إنجاز مشاريع المواد الحالية في غضون فترة السنوات الخمس الحالية. وهذا لا يعني أن الحماية الوظيفية ليست من المواضيع الهامة، فهي مهمة بكل تأكيد.

(٧) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/56/10)، الفقرة ١٨٣.

(٨) التعويض عن الأضرار المتكبدة في أثناء الخدمة في الأمم المتحدة (فتوى محكمة العدل الدولية)، ١٩٤٩، تقارير المحكمة، الصفحة ١٧٤.

(٩) انظر قضية السفينة "Saiga"، (العدد ٢) (سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا)، المحكمة الدولية لقانون البحار، الحكم الصادر في ١ تموز/يوليه ١٩٩٩، الفقرة ١٧٢. أُعيد نشره في (عام ١٩٩٩) في العدد ٣٨ من مجلة النصوص القانونية الدولية INTERNATIONAL LAW MATERIAL، الصفحتان ١٣٢٣ و ١٣٨٧، ويمكن الحصول عليه أيضا من موقع المحكمة على الشبكة الدولية (إنترنت) www.itlos.org.

ولكن إذا كانت اللجنة تعتقد بضرورة النظر في هذا الموضوع، فقد اقترح أن تنظر فيه كدراسة مستقلة. ويُرحب المقرر الخاص باتخاذ قرار من هذا القبيل باعتبار أن تلك الدراسة سوف تستند إلى المواد الحالية وتكملها. وكان هذا الموضوع قد أثر بصورة متكررة خلال فترة السنوات الخمس السابقة وقد عارض خلالها غالبية الأعضاء إدراج الحماية الوظيفية في الدراسة الحالية. وقد حان الوقت لاتخاذ قرار فوري ونهائي بهذه المسألة.

باء - استثناءات من المبدأ العام القاضي بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

(أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية:

- لا تجدي نفعا بوضوح (الخيار ١)

- لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح (الخيار ٢)

- لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال (الخيار ٣)؛

(ب) إذا تنازلت الدولة المدعى عليها، صراحة أو ضمناً، عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو سقط حقها في إثارة هذا الشرط؛

(ج) إذا لم توجد علاقة اختيارية بين الفرد المضرور والدولة المدعى عليها؛

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

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

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

١ - عدم الجدوى (المادة ١٤ (أ))

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

(أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية :

- لا تجدي نفعا بوضوح (الخيار ١)

- لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح (الخيار ٢)
 - لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال (الخيار ٣)؛

...

ملاحظات أولية

١٨ - تضمن التقرير الثاني عن الحماية الدبلوماسية المقدم إلى اللجنة، في المادة ١٠^(١٠) منه، اقتراحاً مفاده أنه لا يجوز للدولة أن تقدم مطالبة دولية ناشئة عن ضرر لحق بأحد مواطنيها قبل أن يكون المواطن المضرور قد استنفد "جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية المتاحة". وفي المناقشات التي أجرتها لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة، اقترح تعديل هذا النص بحيث يشترط استنفاد "جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية الملائمة والفعالة المتاحة". وهذا الاقتراح مفهوم لأن التقرير الثاني لم يشير إلى اشتراك أن تكون سبل الانتصاف "فعالة" (أو ألا تكون "غير فعالة") إلا في الفقرة ٦٧ التي تناولت "الأعمال المقبلة" والتي أشارت إلى أن المسألة سيُنظر فيها في التقرير الثالث.

١٩ - ولا مانع من الإشارة في المادة ١٠، إلى الحاجة إلى سبل انتصاف متاحة ملائمة وفعالة شرط أن يتناول نص مستقل موضوع سبل الانتصاف غير الفعالة أو عديمة الجدوى. وكما هو مبين في المادة ١٥، فإن عبء الإثبات فيما يتعلق بتوفر سبل انتصاف محلية وفعاليتها يقع في معظم الحالات على أطراف مختلفة. ويتوجب على الدولة المدعى عليها أن تثبت أن سبل الانتصاف المحلية متاحة، في حين أن عبء الإثبات يقع على الدولة المدعية لتظهر أن سبل الانتصاف تلك هي غير فعالة أو عديمة الجدوى. لذا، يندرج انعدام الفعالية في خانة الاستثناءات لقاعدة سبل الانتصاف المحلية ويُعامل على هذا الأساس في هذا النص.

٢٠ - وتكون سبل الانتصاف المحلية غير فعالة عندما "لا تجدي نفعا بوضوح"/ "لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح"/ أو "لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال". وهذه العبارات هي أكثر دقة من عبارة "غير فعالة" العامة، لذا تفضلها المحاكم والمؤلفون لوصف ظاهرة سبل الانتصاف المحلية غير الفعالة. ويأتي معيار "عدم الجدوى" في مرتبة أعلى من معيار "عدم الانطواء على احتمال معقول بالنجاح"، في حين أن معيار "عدم توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال" تأتي في مرتبة وسط. والخيارات الثلاثة معروضة على اللجنة لكي تنظر فيها وتحظى جميعها ببعض التأييد من المراجع المختصة.

(١٠) A/CN.4/514، الفرع باء.

٢١ - والحرمان من العدالة هو مفهوم ينتمي إلى حد كبير إلى ميدان القاعدة الأولية. غير أنه مرتبط بعري وثيقة بالعديد من خصائص قاعدة سبل الانتصاف المحلية، بما فيها عدم الفعالية، ويمكن بالتالي أن تكون له خاصية ثانوية. وكما اقترح في التقرير الثاني^(١١)، يمكن اعتباره قاعدة ثانوية عندما يبرر اللجوء إلى وسائل انتصاف محلية أخرى، وقاعدة أولية عندما ينشئ مسؤولية دولية. وهذان الوجهان للحرمان من العدالة يظهران جليا في المواد التي اعتمدها في القراءة الأولى اللجنة الثالثة لمؤتمر لاهاي لعام ١٩٣٠ لتدوين القانون الدولي، والتي تُعرّف فيها المادة ٩ الحرمان من العدالة على أنه قاعدة أولية عندما "تحوّل السلطات القضائية دون ممارسة الأجنبي حقه في اللجوء إلى سبل الانتصاف القضائية أو عندما يواجه الأجنبي أثناء الإجراءات عقبات أو تأخيرات لا مبرر لها تنطوي على رفض لإقامة العدل"، ثم تمنحه خاصية ثانوية بإعفاء الأجنبي المضروب من استنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما يتعرض للحرمان من العدالة هذا (المادة ٤ (٢))^(١٢).

٢٢ - وسيُبدل كل جهد ممكن لتفادي الإشارة إلى الحرمان من العدالة في هذا التعليق. غير أن ذلك لن يكون ممكنا في جميع الحالات نظرا للتشابه التاريخي بين قاعدة سبل الانتصاف المحلية والحرمان من العدالة. وكما يتضح من مقدمة هذا التقرير، ستصدر إضافة للتقرير الثالث يتم فيها تحديد الموضع الذي سيخصص لمسألة الحرمان من العدالة في مشاريع المواد هذه.

مقدمة

٢٣ - لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما تكون سبل الانتصاف هذه غير فعّالة أو عندما لا يجدي اللجوء إليها نفعا. وسبب ذلك هو أنه لا يتوجب على المدّعي أن يستنفد سبل الانتصاف في دولة أجنبية "في حال عدم وجود سبل للانتصاف فيها"^(١٣). وتؤيد هذا

(١١) A/CN.4/514، الفقرة ١٠.

(١٢) يوجد النص في التقرير الأول المقدم من ف. ف. غارسيا أمادور والمستنسخ في حولية عام ١٩٥٦، المجلد الثاني، الفقرة ٢٢٦ من الصفحة ١٧٣ من النص الانكليزي (الوثيقة A/CN.4/96).

(١٣) الدعوى التي رفعها روبرت براون في عام ١٩٢٣، Robert E. Brown (1923), 6 U.N.R.I.A.A., p. 120, at p. 129; US Secretary of State Fish to Mr. Pile, 29 May 1873, in J.B. Moore, History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. 6, p. 677 (hereinafter International Arbitrations); Finnish Ships Arbitration (1934) 3 U.N.R.I.A.A., p. 1479, at p. 1497. التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية.

المبدأ القرارات القضائية^(١٤) والفقه القانوني^(١٥) وممارسات الدول^(١٦) وتقنيات قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٧). وتشترط المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول التي اعتمدت في القراءة الأولى استنفاد سبل الانتصاف "الفعالة"^(١٨) فقط. ومع أن هذا المبدأ مقبول، فإن صياغته موضع نزاع، كما هو موضح أدناه.

٢٤ - ويجب تحديد عدم جدوى سبل الانتصاف المحلية عندما يتعين استخدامها^(١٩). وعلاوة على ذلك، يجب اتخاذ القرار بعدم جدواها على أساس أن الدعوى وجيهة^(٢٠).

٢٥ - ومن البديهي أن تبت المحكمة الدولية المختصة في مسألة فعالية سبل الانتصاف المحلية من عدمها. وكما كتب أميراسينغ:

(١٤) انظر القضايا المشار إليها في الحاشية ١٣ وقضية بانيفري سالدوتيسكيس Panevezys-Saldutiskis Railway، مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة 1939 P.C.I.J. Series، A/B، No. 76، p. 4. At p. 19؛ وقضية امباتييلوس في تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية (1956)، 12 U.N.R.I.A.A. p. 83 at pp. 122-123؛ وقضية انترهاندل 1959 Interhandel في تقارير محكمة العدل الدولية. I.C.J. Reports p. 6 at pp. 27-29.

(١٥) انظر أدناه، ولا سيما الحواشي ٥٣ و ٥٤ و ٥٩ و ٦٠ و ٦٤ و ٦٦.

(١٦) للاطلاع على بيانات عن ممارسات الدولتين الأمريكية والبريطانية على التوالي، انظر مجموعة القوانين التي يصدرها المعهد الأمريكي للقانون Restatement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States، (Second) (1965)، para. 207، cmt. (b) at pp. 615-616؛ (Third) (1989)، Part II، para. 713، cmt. (f) at p. 219؛ حماية المواطنين في الخارج: المشاكل القانونية المعاصرة "Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems" 37 I.C.L.Q. (1988) p. 1002 at p. 1008 (ربعية).

(١٧) انظر أدناه، الحواشي ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ و ٣١. والاستثناء من هذا هو تقرير غيريرو (Guerrero) لعام ١٩٢٦ الذي أعفى من الامتثال لقاعدة سبل الانتصاف المحلي في الحالات التي يُمنع فيها الأجانب من اللجوء إلى المحاكم المحلية فقط، منشور في المجلة الأمريكية للقانون الدولي؛ 20 A.J.I.L.، p. 176 at pp. 202-203 (1926).

(١٨) حولية عام ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ٦٠.

(١٩) أميراسينغ: "استنفاد سبل الانتصاف الإجرائية أمام المحكمة نفسها C.F. Amerasinghe، "The Exhaustion of Remedies in the Same Court" 12 I.C.L.Q. p. 1285 at p. 1312 (hereinafter Exhaustion of Remedies).

(٢٠) قضية التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية Finnish Ships Arbitration، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٥٠٤ من النص الانكليزي؛ وقضية Ambatielos، الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحتان ١١٩ و ١٢٠ من النص الانكليزي. انظر أيضا - G. Schwarzenberger، International Law، 3rd edition (1957)، vol. 1، p. 609؛ G. Fitzmaurice، "Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge" (1961)، 37 B.Y.I.L. p. 1، at p. 60؛ D.P. O'Connell، International Law، 2nd ed.، (1970)، vol. 2، p. 1057؛ E.M. Borchard، "The Local Remedy Rule" (1934)، 28 A.J.I.L.، p. 729 at p. 730.

”هناك على وجه العموم ثلاثة بدائل ممكنة. فقد تقبل المحكمة إفادة الدولة المدّعية بشأن فعالية سبل الانتصاف أو قد تقبل إفادة الدولة المدّعي عليها أو قد تحقق في المسألة استنادا إلى الأدلة المعروضة عليها وتُخلص إلى استنتاجها الخاص. ويتبين من إعمال المنطق والصواب أن هذه المسألة تجمع بين القانون والوقائع ويتوجب على المحكمة عادة أن تحقق وتبت فيها استنادا إلى الأدلة المعروضة عليها. ولتحديد فعالية سبل الانتصاف، يجب تقدير الاحتمالات. وليس هناك ما يمنع أن يكون من اختصاص المحكمة إجراء هذا التقدير“^(٢١).

وقد يبدو أن هذه الحقيقة البديهية يناقضها رأي محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية سكة حديد بانيفزي سالدوتيسكيس Panevezys-Saldutiskis Railway:

”إن مسألة ما إذا كانت المحاكم في ليتوانيا مختصة في النظر في قضية ما تتوقف على قانون ليتوانيا، وهي مسألة يعود اتخاذ قرار نهائي بشأنها للمحاكم في ليتوانيا دون غيرها. ولا يعود لهذه المحكمة أن تنظر في الحجج التي عُرضت عليها لغرض إقرار اختصاص المحاكم في ليتوانيا بالاستشهاد بأحكام معيّنة من القوانين النافذة المفعول في ليتوانيا أو رفض اختصاص هذه المحاكم بإضفاء طابع معيّن (موجب حق السيادة) على فعل حكومة ليتوانيا“^(٢٢).

غير أن نية المحكمة عدم ترك البت النهائي في هذه المسائل إلى المحاكم المحلية تتضح في تعليقها الوارد في الحكم نفسه ومفاده أنه ”لا حاجة على الإطلاق إلى اللجوء إلى المحاكم البلدية إذا لم تكن هذه المحاكم مختصة في إيجاد سبيل للإنصاف“^(٢٣). ويؤيد كل من السير هيرش لاوترباخت^(٢٤) وغارسيا أمادور^(٢٥) الرأي القائل بأن محكمة دولية هي الهيئة الملائمة للبت في مسائل عدم الجدوى.

(٢١) Exhaustion of Procedural Remedies، الحاشية ١٩ أعلاه، الصفحة ١٣٠٧ من النص الانكليزي.

(٢٢) انظر الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١٩ من النص الانكليزي.

(٢٣) المرجع نفسه، الصفحة ١٨ من النص الانكليزي.

(٢٤) تطوير القانون الدولي من جانب المحكمة الدولية The Development of International Law by the International Court (1958)، p. 101. انظر أيضا مقال س. ه. لو C. H. P. المعنون ”قاعدة سبل الانتصاف المحلية - Interna-
tional Law C.H.P. Law, The Local Remedies Rule in (1961)، p. 66.

(٢٥) التقرير الأول، الحاشية ١٢ أعلاه، الفقرة ١٦٩، الصفحة ٢٠٥ من النص الانكليزي.

صياغة الاستثناء

٢٦ - بالرغم من الاتفاق على عدم الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما تكون عديمة الجدوى أو غير فعّالة، لا يوجد اتفاق على كيفية صياغة هذا الاستثناء. فالبعض يرى صياغته في إطار الحرمان من العدالة: لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما يكون هناك حرمان من العدالة. ويفضّل آخرون وجوب أن تكون سبل الانتصاف فعّالة وألا تكون عديمة الجدوى بشكل واضح وأن تنطوي على احتمال معقول بالنجاح وأن توفر إمكانية معقولة لانتصاف فعال. وسيتم تفسير هذه المعايير، وبعد ذلك سيُنظر في الأمثلة الرئيسية على عدم الجدوى أو عدم الفعالية التي أقرتها القرارات القضائية. وبعد الانتهاء من ذلك، ستُقر صياغة الأكثر ملاءمة لصياغة الاستثناء.

٢٧ - وأعفت التقنيات الأولى من الامتثال لقاعدة سبل الانتصاف المحلية في حالات الحرمان من العدالة. وكما هو مذكور أعلاه، فإن المواد التي اعتمدها في القراءة الأولى اللجنة الثالثة لمؤتمر تدوين القانون الدولي الذي عُقد في لاهاي عام ١٩٣٠ نصّت على إعفاء المدعي من استنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما "تحوّل السلطات القضائية دون ممارسته حقه في اللجوء إلى سبل الانتصاف القضائية" أو عندما "يواجه أثناء الإجراءات عقبات أو تأخيرات لا مبرر لها تنطوي على رفض لإقامة العدل"^(٢٦). والمؤتمر الدولي السابع للدول الأمريكية الذي عُقد في مونتيفيديو عام ١٩٣٣ استثنى كذلك "الحالات المنطوية على حرمان من العدالة أو تأخير لا مبرر له، بشكل واضح" من قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(٢٧). وأتبّع غارسيا أمادور نهجاً مماثلاً^(٢٨).

٢٨ - ويحظى معيار "الفعالية" البسيط ببعض التأييد في التقنيات. فقد أورد معهد القانون الدولي في القرار الذي اعتمده في دورة غرناطة التي انعقدت عام ١٩٥٦ أن قاعدة سبل الانتصاف المحلية تنطبق فقط "إذا كان النظام القانوني الداخلي للدولة المدعى عليها ينص

(٢٦) المرجع نفسه، الصفحة ٢٢٦ من النص الانكليزي. انظر أيضا (س. ه. لو Law)، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٧١ من النص الانكليزي.

(٢٧) يرد النص في التقرير الأول المقدم من غارسيا أمادور، الحاشية ١٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٩ من النص الانكليزي.

(٢٨) ف. ف. غارسيا أمادور، التقرير السادس، حولية عام ١٩٦١، المجلد الثاني، الصفحة ٤٨ من النص الانكليزي، الوثيقة A/CN.4/134 و Add.1، المادتان ١٨ (٢) و ٣ (٢). انظر أيضا مسؤولية الدول F.V. García Amador, "State Responsibility" (1958-II), 94 Recueil des Cours, p. 421 at p. 452 المستقل للقاضي تاناكا في قضية، (Second Phase) Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Second Phase), 1970 I.C.J. Reports p. 3 at p. 145

على سبيل للانتصاف متاحة للشخص المضروب تبدو فعالة ووافية^(٢٩). والمادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول الذي اعتمدته لجنة القانون الدولي في القراءة الأولى تشترط استنفاد "سبل الانتصاف المحلية الفعالة"^(٣٠). وفي سياق مماثل، أشارت جوليان كوكوت في تقريرها لعام ٢٠٠٠ عن "استنفاد سبل الانتصاف المحلية" المقدم إلى لجنة الحماية الدبلوماسية للأشخاص والممتلكات التابعة لرابطة القانون الدولي إلى أن المدعي مستثنى من قاعدة سبل الانتصاف المحلية إذا "لم يُتَّح له لأي سبب كان سبيل للانتصاف يعوّض فعليا عن الانتهاك الذي حصل"^(٣١).

٢٩ - ويعود معيار "عدم الجدوى الواضح" الصارم من أجل الإعفاء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية في الأصل إلى ما ذكره المحكم باجي في قرار التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية (Finnish Ships Arbitration):

"وفيما يتعلق أخيرا بالسؤال الثالث، وهو ما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية ستعتبر غير فعالة فقط عندما تكون عديمة الجدوى بشكل واضح استنادا إلى وجهة القضية التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية، أو ما إذا كان يكفي، كما تقترح الحكومة الفنلندية، أن تبدو هذه الخطوة عديمة الجدوى، فإن إعمال قدر معين من الصرامة في صياغة هذه القاعدة يبدو مبررا. بموجب الرأي الذي أبداه بورشارد في إشارته إلى القاعدة المطبقة في قضايا الغنائم. فهو يقول (الفقرة ٣٨٣): 'تقرر في عدد قليل من قضايا الغنائم الإعفاء من الاستئناف نظرا لانعدام الأمل في نقض الإدانة بسبب النمط الموحد للقرارات الصادرة عن أعلى المحاكم. غير أن هذه القاعدة فُسِّرَت بطريقة صارمة للغاية، وإذا ما كان هناك حق واضح في الاستئناف، فإن عدم تقديم استئناف يُشكّل مانعا للانتصاف'"^(٣٢).

(٢٩) حولية معهد القانون الدولي (١٩٥٦) 46 Annuaire de l'Institut de Droit International, p. 364. التوكيد مضاف.

(٣٠) حولية عام ١٩٩٦، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ١٣٢.

(٣١) رابطة القانون الدولي، تقرير المؤتمر التاسع والستين International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference (2000), (hereinafter Exhaustion of Local Remedies), p. 606 at pp. 629-630.

(٣٢) الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٥٠٤ من النص الانكليزي. وفقا للقاضي تاناكا في رأي مخالف أبداه في قضية شركة برشلونه Barcelona Traction، يبدو أن قاعدة سبل الانتصاف المحلية "لا توجب على المعنيين القيام بأي نشاط عديم الجدوى ولا طائل من ورائه"، (الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ١٤٥ من النص الانكليزي).

وبعد ذلك، قبلت غالبية المفوضين قرار التحكيم في قضية امباتيلوس Ambatielos^(٣٣) هذه الصياغة لمعيار الإعفاء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وهي تتوافق إلى حد كبير مع المعيار الصارم المشروح في قضية سكة حديد بانيفزي سالدوتيسيكيس Pa nevezys-Salditsikis Railway، وهي أن عدم فعالية سبل الانتصاف يجب أن يتم "إظهارها بوضوح"^(٣٤).

٣٠ - وانتقد بعض المؤلفين بشدة معيار "عدم الجدوى الواضح" ولم يلتزم به في قضية الكترولنيكاسيكولا (ELSI) حيث كانت إحدى دوائر محكمة العدل الدولية على استعداد لافتراض عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية^(٣٥). وقال أميراسينغ أن المحكم باجي أخطأ في تطبيق المعيار الصارم المشروح في قضايا الغنائم، التي تنشأ في سياق الحرب والتي تتمتع الدول بشأنها بسلطات قضائية خاصة، على قانون الحماية الدبلوماسية^(٣٦)، في حين أن ماميري قال إن معيار عدم الجدوى الواضح "لا يساهم كثيراً في إضفاء الدقة والموضوعية على الفكرة"^(٣٧) وأضاف أميراسينغ ما يلي:

"غير أن الاعتراض الحقيقي على المعيار الصارم الذي تمت صياغته في قرار التحكيم المتعلق بقضية السفن الفنلندية Finnish Ships Arbitration يبدو أنه يقوم على عدم وجود مبرر لتطبيق هذا المعيار الصارم على لجوء الأجانب إلى سبل

(٣٣) الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١١٩ من النص الانكليزي.

(٣٤) الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١٩ من النص الانكليزي. ويبدو أن هذا المعيار يعكس الممارسة البريطانية التي توجب إثبات فعالية سبل الانتصاف "بوضوح". انظر Warbrick، الحاشية ١٦ أعلاه، الصفحة ١٠٠٨ من النص الانكليزي. والولايات المتحدة الأمريكية أيضاً في رأي صادر عن وزارة الخارجية في عام ١٩٣٠ توجب "إظهار عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية "بوضوح": G.H.H. Hackworth, Digest of International Law (1943), vol. 5, p. 511.

(٣٥) تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٦٨ I.C.J. Reports p. 14 at pp. 46-47. أوردت دائرة المحكمة ما يلي: "نظراً لطول مدة النزاع القانوني [من سنة ١٩٦٨ إلى سنة ١٩٧٥ أمام مختلف المحاكم الإيطالية] في المحاكم البلدية بشأن جوهر الدعوى المعروضة الآن على الدائرة، يعود لإيطاليا أن تبين أن هناك مع ذلك بعض سبل الانتصاف المحلية التي لم يلجأ إليها، أو على الأقل لم تُستنفد... (الفقرة ٥٩). وفي القضية الراهنة... يعود لإيطاليا أن تُظهر من الناحية الفعلية وجود سبيل للانتصاف متاح للمالكي الأسهم في الولايات المتحدة لم يستخدموه. ولا تعتبر الدائرة أن إيطاليا كلفت نفسها هذا العبء" (الفقرة ٦٢).

(٣٦) دراسة قاعدة سبل الانتصاف المحلية من منظور مناسب، (١٩٧٦) "The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective" (1976), 36 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht p. 726 at p. 752 (hereinafter Local Remedies Rule); E.M. Brochard's approval of Arbitrator Bagge's approach in "The Local Remedy Rule"، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتان ٧٣٢ و ٧٣٣ من النص الانكليزي.

(٣٧) جوهر الواجب القاضي باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، المجلة الأمريكية للقانون الدولي "The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies" (1964), 58 A.J.I.L. p. 389 at p. 401.

الانتصاف المحلية عندما لا ينتظر، من الناحية العملية، أن يبدل المتقاضون في الظروف العادية الوقت والمال على سبيل انتصاف متاح إذا ما بدا منطقيا وليس محتملا جدا أنه من غير المرجح أن ينجحوا. والحجة المقدّمة بالنسبة إلى الأجنبي هي أكثر إقناعا. فما ينطوي عليه الأمر بالنسبة إليه ليس في الحقيقة خيارا بين اللجوء إلى سبل الانتصاف والإخفاق تماما في الحصول على الإنصاف بعدم اللجوء إلى هذه السبل، كما هي الحال بالنسبة إلى المتقاضي العادي. وإنما هو خيار بين اللجوء إلى سبل الانتصاف على الصعيدين المحلي والدولي وعدم اللجوء إلى هذه السبل على الصعيد المحلي والاحتكام إلى سبيل دولي للانتصاف قد يحصل بواسطته على الإنصاف الملائم^(٣٨).

٣١ - ويمكن التوصل بشكل أفضل إلى الإعفاء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية على أساس أنها عديمة الفعالية عن طريق صياغة تجعل استنفاد سبل الانتصاف المحلية غير ضروري عندما لا تنطوي هذه السبل على احتمال معقول بالنجاح بالنسبة إلى المدّعي. وهذه الصياغة تؤيدها المعايير التي تشدّد على معقولة لجوء المدّعي إلى سبل الانتصاف المحلية. وهذا المعيار هو أقل صرامة من معيار "عدم الجدوى الواضح" الذي يستوجب أدلة ليس على عدم وجود احتمال معقول بنجاح سبل الانتصاف المحلي فحسب، وإنما أيضا أنه من الواضح والجلي أن سبل الانتصاف المحلي سيفشل.

٣٢ - ويقدم الفقه القانوني للجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي طبّقت في مرات عديدة مقياس الاحتمال "الحقيقي" أو "المعقول" للنجاح، أوضح تأييد لهذا المعيار^(٣٩). ويختلف المعلقون على ما إذا كانت نية اللجنة استبدال هذا المعيار بمعيار "عدم الجدوى الواضح"، وقد أثاروا الشكوك بشأن تطبيقه على القانون العام للحماية الدبلوماسية^(٤٠) ويقدم المعهد الأمريكي للقانون بعض التأييد لهذا المعيار في مجموعة القوانين التي يصدرها عن العلاقات الخارجية في الولايات المتحدة الأمريكية (الطبعة الثانية)، ١٩٦٥، Re statement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States (Second) (١٩٦٥) :

(٣٨) الحاشية ٣٦ أعلاه.

(٣٩) حولية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التقارير والقرارات 712/60، 4، Reitmag v FRG, Application No. Yearbook of the European Convention on Human Rights p. 385 at p. 400; X, Y and Z v UK, Application Nos. 8022/77, 8027/77, 18 European Commission of Human Rights, Decisions and Reports p. 66 at p. 74.

(٤٠) تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في القانون الدولي A.A. Cançado Trindale, The Application of the Rule of Local Remedies in the International Law (1983), p. 97 (hereinafter Application); C.F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law (1990), p. 202 (hereinafter Local Remedies).

”إن استفاد سبيل للانتصاف لا يوجب اتخاذ كل خطوة قد تؤدي في حدود المعقول إلى الإنصاف الملائم، ولكن يتوجب على الأجنبي أن يتخذ جميع الخطوات التي تتيح إمكانية معقولة للنجاح، حتى وإن لم تكن مرجحة النجاح . . . وإذا كان ما ينطوي عليه ذلك من نفقات أو تأخير ضخما بالنسبة إلى مبلغ أو طبيعة العوض المطلوب، فإنه قد يكون هاما لتحديد الخطوات التي يجب اتخاذها بصورة معقولة لاستنفاد سبل الانتصاف المتاحة. ولا يتوجب على الأجنبي أن يتحمل نفقات ضخمة أو يواجه تأخيرا في محاولة اللجوء إلى سبيل للانتصاف حيث لا توجد أي إمكانية معقولة بتوفر سبيل للانتصاف“^(٤١).

٣٣ - كما يتبين أعلاه^(٤٢)، لا تقتضي المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، التي اعتمدها لجنة القانون الدولي في القراءة الأولى، سوى أن تكون سبل الانتصاف المحلية فعالة. غير أن التعليق على هذا الحكم يؤيد صيغة ”وجود احتمال معقول للنجاح“:

”من وجهة نظر الشخص الذي تتوقف عليه تلك المبادرة، يبدو من الواضح أن الإجراءات التي ستتخذ ترتبط بكافة السبل التي تتيح احتمالا حقيقيا للتوصل إلى النتيجة التي يبتغيها الالتزام الدولي في الأصل أو التوصل، إن تعذر ذلك حقا، إلى نتيجة معادلة لها. غير أنه يبدو من الواضح أيضا أنه لا ينبغي استكشاف سوى السبل التي تتيح مثل هذا الاحتمال“^(٤٣).

(٤١) الفقرة ٢٠٧، التعليق (ب)، الصفحتان ٦١٥ و ٦١٦ من النص الانكليزي. التوكيد مضاف. ولكن تجدر الإشارة إلى ورود عبارتي ”ظاهرة“ و ”غير فعالة بشكل واضح“ في الفقرة ٢٠٨. وفي المرجع نفسه في الصفحة ٦١٨ من النص الانكليزي. انظر Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (١٩٨٩)، الجزء الثاني، الفقرة ٧١٣، التعليق (و)، الصفحة ٢١٩ من النص الانكليزي، حيث يتوجب على رعايا الولايات المتحدة استفاد سبل الانتصاف المحلية ”إلا إذا ظهر بوضوح أن سبل الانتصاف هذه هي غير ملائمة“. وتدل البيانات السابقة الصادرة عن المسؤولين في الولايات المتحدة على شرط أكثر صرامة، وهو أنه ”يبدو أنه لا يوجد سبب كاف للاعتقاد بإتاحة سبل كافية للانتصاف“، وأن ”وزارة الخارجية . . . لا يمكنها الافتراض أن المحاكم المنشأة بالطرق النظامية في بلد ما لن تقضي بالعدل إلى أن يتم إظهار ذلك بشكل واضح“ (٢١ تموز/يوليه ١٩٣٠، رأي محامي وزارة الخارجية، المذكور في Hack-worth، الحاشية ٣٤ أعلاه، المجلد ٥، الصفحة ٥١١ من النص الانكليزي)، أو أن ”سياسة وزارة الخارجية كانت دوما، ولا تزال، تقوم على عدم التدخل عندما يمثل المدعي أمام المحكمة، إلا إذا كان طابع المحاكم لا يوحي بأي أمل في إمكانية أن تقضي بالعدل . . .“ (رسالة من محامي وزارة الخارجية مؤرخة ٢٧ شباط/فبراير ١٩٠٧ بشأن دعاوى ضد كندا، مذكورة في المرجع نفسه في الصفحة ٥٢٠ من النص الانكليزي).

(٤٢) الفقرة ٢٨.

(٤٣) حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ٤٨، الفقرة ٤٨ من النص الانكليزي. انظر أيضا (لو LAW) الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحتان ٧٨ و ٧٩ من النص الانكليزي، الذي صاغ المعيار بعبارته ”توقع معقول بالنجاح“.

٣٤ - ففي حين أن معيار "عدم الجدوى الواضح" صارم أكثر مما ينبغي، فإن معيار "وجود احتمال معقول للنجاح" قد يكون متساهلاً أكثر مما ينبغي مع المدعي. لذلك، يبدو من الأنسب إيجاد صيغة تشير إلى مفهوم العقلية لكنها لا تفرط في إعفاء المدعي من الامتثال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ويمكن إيجاد حل في الخيار ٣ الذي مفاده أن المدعي يعفى من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية "إذا لم تكن ثمة إمكانية معقولة لإنصاف المدعي إنصافاً فعالاً أمام محاكم الدولة المدعى عليها". وهذه الصيغة تنأى عن الصرامة التي ينطوي عليها معيار "عدم الجدوى الواضح"، غير أنها تثقل كاهل المدعي الذي عليه أن يثبت عدم وجود إمكانية معقولة لإنصافه على نحو فعال استناداً إلى ملاسبات القضية وبالنظر إلى النظام القانوني للدولة المدعى عليها. وهذا معيار أشد صرامة من معيار "عدم وجود أي احتمال معقول للنجاح"، وهو المعيار المستخدم في بعض الأنظمة القانونية لرفض إجازة الاستئناف إلى محكمة أعلى درجة.

٣٥ - وقد استمد هذا المعيار من الرأي المخالف الذي أبداه السير هيرش لوترباخت في قضية القروض النرويجية إذ قال بعد أن نظر في الأسس التي قد تحمل على الشك في أن المحاكم النرويجية بوسعها إتاحة انتصاف فعال:

"غير أن هذه الشكوك لا تبدو قوية بما فيه الكفاية لإبطال شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية أولاً. إذ لا يمكن اعتبار الموقف القانوني بشأن الموضوع واضحاً بما فيه الكفاية لإسقاط وجود سبيل انتصاف فعال أمام المحاكم النرويجية بدافع عدم وجود إمكانية معقولة^(٤٤)".

وأيد هذا الرأي عدد من الكتاب^(٤٥). ولعل أفضل عرض بشأن هذا المعيار هو العرض الذي قدمه السير جيرالد فيتز موريس حيث قال:

"... اقترح لوترباخت أن يكون معيار الفعالية هو المعيار الذي يدل على وجود "إمكانية معقولة" لإتاحة سبيل من سبل الانتصاف - وبعبارة أخرى أشار إلى أنه لا يمكن اعتبار أي سبيل من سبل الانتصاف غير مجد من منظور الفعالية إلا إذا لم يتضح أن ثمة إمكانية معقولة لإتاحة سبيل انتصاف فعال. وهذا المعيار مقبول شريطة أن يؤخذ في الاعتبار أن الأمر الذي يجب التأكد منه للقول بأن ثمة

(٤٤) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٥٧، الفقرة ٩، الصفحة ٣٩.

(٤٥) أ. براونلي، مبادئ القانون الدولي العام (الطبعة الخامسة، ١٩٩٨)، الصفحة ٤٩٩ يفضل الدكتور ر. ماميري التساؤل عما إذا كان "من الممكن أن يعتبر المرء على نحو معقول سبل الانتصاف المحلي عاجزاً عن إتاحة جبر مرض" (الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠١).

إمكانية معقولة هو وجود سبيل انتصاف فعال وأن عدم وجود إمكانية معقولة لإنصاف المدعي، بحكم أن قضيته لا تقوم على أسس قانونية وجيهة، لا يشكل في حد ذاته أمراً يلغي قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(٤٦).”

٣٦ - ويمكن القول إن النص المقترح يتفق مع التعليل الذي ساقه المحكم باجي في إطار التحكيم في قضية السفن الفنلندية أكثر مما يتفق مع التعليل المتعلق بمعيار ”عدم الجدوى الواضح“. وهذا ما أوضحه سيمبسون وفوكس بقولهما:

”غير أن استخدام عبارتي ”عدم الجدوى الواضح“ و ”عدم الكفاية الواضح“ بشأن الحق في الاستئناف ينطوي على تضليل. ففي قضية السفن الفنلندية، استمع المحكم إلى حجج مستفيضة بشأن حق أرباب السفن في استئناف قرار مجلس التحكيم التابع لمحكمة الاستئناف وبشأن عدم ممارستهم لهذا الحق، وفي قراره ساق براهين أكثر تفصيلاً قبل أن يتوصل إلى استنتاج مفاده أن نقاط القانون التي تسمح بالاستئناف لا تكفي ”بشكل واضح“ لكفالة نقض قرار مجلس التحكيم. ولذلك، لا ينبغي فهم كلمة ”واضح“ على أنها مرادف لعبارة ”ظاهر على الفور“. واستناداً إلى قضية السفن الفنلندية، فإن المعيار يكمن في معرفة ما إن كان عدم كفاية أسباب الاستئناف تم إظهاره بصورة قطعية أو على الأقل بصورة مقنعة^(٤٧).”

وهذا التفسير يتفق مع الآراء التي عبر عنها باجي في سياق آخر، إذ ذكر في معرض إشارته إلى القرار المتخذ في قضية السفن الفنلندية ما يلي:

”من غير المعقول أن يطلب إلى طرف خاص أن يصرف وقته وماله على سبيل لا يجدي نفعا حسب جميع الاحتمالات وحتى لو بدا للمحكمة الدولية أن الوقائع التي تدعي الدولة المتدخلة في رسالتها الدبلوماسية حدوثها لإثبات ضرر ناجم عن فعل تعتبر الدولة المدعى عليها مسؤولة عنه، هي وقائع ثابتة، فقد تكون هناك أسس أخرى يقتضيها القانون المحلي تعتبر حاسمة لقبول المطالبة الخاصة أو ردها على المستوى الوطني وقد يشير وجودها اختلافاً في الآراء. ولا يجوز اعتبار تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أمراً لا لزوم له بالنظر إلى وجهة المطالبة

(٤٦) المرجع الوارد في الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتان ٦٠ و ٦١. انظر أيضاً M. Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen” in G. Ress and T. Stein, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen (1966), P. 63 at P. 70.

(٤٧) قضايا التحكيم الدولية (١٩٥٩)، الصفحة ١١٤. التوكيد مضاف.

إلا حينما يبدو الاختلاف في الرأي غير ممكن بشكل معقول [أي حينما لا يكون هناك أي احتمال معقول للنجاح] ^(٤٨)“.

٣٧ - وتم تجاوز اعتراض البعض على معيار “عدم الجدوى الواضح” بدعوى أنه يفرض أن يكون عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية “وظاهرا على الفور” بشكل واضح ^(٤٩) بإضافة عنصر “المعقولة”. وهذا يسمح للمحاكم بأن تعرف، لدىبتها في ملابسات قضية معينة، ما إن كانت هناك إمكانية معقولة للحصول على انتصاف فعال. وشدد على ضرورة القيام بهذا الإجراء مانلي أ. هيدسون في الرأي المخالف الذي أبداه في قضية سكة حديد بانيفيزي سالدو تيسكيس ^(٥٠) والسير هيرش لوترباخت في الرأي المخالف الذي أبداه في قضية القروض النرويجية ^(٥١). وعرض ماميري النهج الصحيح بروعة حين قال:

”... لا ينبغي للمحكمة الدولية أن تنظر في سبل الانتصاف المتاحة من الناحية النظرية فحسب، بل عليها أيضا أن تنظر في الظروف المحيطة بها. وإذا ما كانت تلك الظروف حاسمة في إبطال فعالية سبل انتصاف فعالة وإذا ما كانت من فعل الدولة أكثر مما هي من فعل المدعي، وجب اعتبار سبل الانتصاف غير فعالة لأغراض القاعدة. وهذه المرونة في النهج المتبع تتفق مع الوظيفة الاجتماعية للقاعدة... - وهي إعطاء الأولوية من حيث الولاية القضائية للمحاكم المحلية، ليس في جميع الأحوال ولكن في الحالات التي يكون بوسعها أن تقبل ذلك بصورة معقولة وحينما تكون الدولة المستقبلية قادرة بشكل معقول على الوفاء بواجب توفير سبل للانتصاف. وبناء عليه، تتوقف النتيجة في أي قضية من القضايا على مجموعة متوازنة من العوامل. ففي الحالة التي تشير فيها المشورة القانونية المحلية الفضلى إلى أنها لا ترجح إلى حد بعيد أن يتمخض الاستمرار في التماس سبل الانتصاف المحلية عن حكم موات للمدعي، فالاستنتاج الصحيح قد يكون أن سبل الانتصاف المحلية تعتبر مستنفدة إذا كانت التكلفة المتكبدة في الاستمرار في التماسها تفوق بقدر كبير احتمال الرضا الناتج عنها؛ ولا تكون مستنفدة إذا تكبد الشخص عناء قليلا أو

(٤٨) “التدخل على أساس الضرر الذي ألحق بالمواطنين، مع الإشارة بصورة خاصة إلى استفاد سبل الانتصاف المحلية وحقوق حملة الأسهم” (١٩٥٨). حولية القانون الدولي البريطانية (١٩٥٨) Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local remedies and the Rights of Shareholders (1958), 34 B.Y.I.L., P. 162 at pp. 166-167 Emphasis added

(٤٩) سيبسون وفوكس، الحاشية ٤٧ أعلاه.

(٥٠) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٤٨.

(٥١) المرجع الوارد في الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ٣٩.

تكلفة قليلة أو لم يتكبد أي عناء أو أي تكلفة باستمراره في التماس سبل الانتصاف المحلية^(٥٢).

الحالات التي اعتبرت فيها سبل الانتصاف المحلية غير فعالة أو غير مجدية

٣٨ - ليس للمحكمة المحلية أي اختصاص للبت في النزاع المطروح^(٥٣). وقد أخذ بهذا المبدأ على نطاق واسع في الفقه القانوني وفي أدبيات القضاء^(٥٤). وتؤكد قضية سكة حديد بانيفيزي سالدوتيسكيس هذا المبدأ. إذ عبّرت المحكمة عن عدم رضاها لأن محاكم ليتوانيا ليس لديها أي اختصاص للبت في "فعل من أفعال الدول"، كما احتجت بذلك إستونيا، في غياب قرار صادر من محكمة ليتوانية^(٥٥). والواقع هو أن هذا النهج كان حذرا للغاية^(٥٦) بل وربما خجولا، غير أن المحكمة قد أوضحت بأنها قد أخذت بالمبدأ القائل "بأنه لا داعي

(٥٢) ماميري، المرجع الوارد في الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحتان ٤٠٠ و ٤٠١. انظر أيضا هيردغن Herdegen، المرجع الوارد في الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٧١.

(٥٣) كوكوت، Exhaustion of Local Remedies (استنفاد سبل الانتصاف المحلية)، المرجع الوارد في الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٢؛ أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية، المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ١٩٧ و ١٩٨؛ ر. جنينغز و أ. واتس R.Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., (1992), vol. 1, p. 525; A Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theory und Praxis*, 3rd ed., (1984), p. 884. ماميري الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحتان ٣٩٦ و ٣٩٧.

(٥٤) انظر التحكيم بمقتضى المادة ١٨١ من معاهدة نوي، المجلة الأمريكية للقانون الدولي Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, reported in (1934), 28 A.J.I.L. p. 760 at p. 789. ("لا تنطبق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية عموما عندما تتمثل الأفعال المدعى بها في إجراءات اتخذتها الحكومة أو عضو من أعضاء الحكومة أثناء قيامه بمهامه الرسمية. فننادرا ما تكون هناك سبل انتصاف محلية من أفعال تضطلع بها أجهزة الدولة المادونة")؛ R. Gelbrunk and "Salvador Commercial Co." et/al (1902), 15, U.N.R.I.A.A. p. 467 at pp. 467-477; Lotti May Incident (1899), 15. U.N.R.I.A.A., p. 29 at p. 31. المخالف الذي أبداه القاضي لوترباغت في قضية القروض النرويجية، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحتان ٣٩ و ٤٠؛ E.M. Borchard. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p. 823 (hereinafter *Diplo-matic Protection*), *Oppenheim's International Law*, supra note 53. Vol. 1, p. 525; Brownlie, supra note 45 p. 500; Amerasinghe, *local Remedies*, supra note 40, pp. 197; C.F. Amerasinghe, "Wither the local Remedies Rule?" (1990), 5 I.C.S.I.D. Review, p. 292 at p. 306; E. Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", in M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968), p. 531 at pp. 587-588; Verzijl, in (1956) 46 *Annuaire de L'Institut de Droit International* p. 266; *Forests of Central Rhodope* (1933) 3 U.N.R.I.A.A., p. 1405 at p. 1420; *Interhandel case*, supra note 14, p. 27; Verdross and Simma, supra note 53, p. 883; Law. Supra note 24, p. 69; Schwarzenberger, supra note 20, vol. 1. P. 608.

(٥٥) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١٩.

(٥٦) انظر لوترباغت، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ١٠١.

للجوء إلى المحاكم المحلية إذا كانت تلك المحاكم ليس لها أي اختصاص لإتاحة سبيل للانتصاف^(٥٧).

٣٩ - وثمة نتيجة طبيعية ترتبط بهذا المبدأ وهي أنه لا يلزم استنفاد إجراءات الاستئناف إذا كانت محكمة الاستئناف تخطى بولاية محدودة. ففي قضية التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية، ذهب المحكم باجي إلى أن سبل الانتصاف المحلية قد استُنفدت إذ أن المسألة المتنازع عليها مسألة وقائية وليس لمحكمة الاستئناف أي اختصاص للبت إلا في المسائل القانونية^(٥٨).

٤٠ - لا تستعرض المحاكم التشريعات الوطنية التي تبرر الأفعال التي يشتكي منها المواطن الأجنبي. ففي حالة اعتماد تشريعات لمصادرة أملاك مواطن أجنبي وكان من الواضح أن على المحاكم إنفاذ هذه التشريعات، فلا داعي لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية. ففي حالة التحكيم الذي جرى بموجب المادة ١٨١ من معاهدة نوبي بشأن قيام بلغاريا بمصادرة غابات بموجب القانون البلغاري المعتمد في عام ١٩٠٤، قال المحكم أوندين:

”استندت وزارة الزراعة عندما أقدمت بصورة قطعية على مصادرة الغابات... إلى القانون البلغاري لعام ١٩٠٤ الذي يقضي باعتبار جميع المراعي الصيفية من أملاك الدولة. وما دام أن هذا القانون لم يعدل لتطبيق نظام خاص في الأراضي التي تم ضمها، فإن للمدعين ما يدفعهم إلى القول بأنه من غير المجدي إقامة دعوى أمام المحاكم البلغارية ضد الخزينة البلغارية“^(٥٩).

(٥٧) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١٨.

(٥٨) المرجع الوارد في الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٥٣٥. انظر أيضا سفارزينبرغر، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٦٠٩؛ وخيمينس دي أريتشاغا، “International Responsibility” (المسؤولية الدولية) المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٨؛ براونلي، المرجع الوارد في الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٤٩٩؛ ماميري، المرجع الوارد في الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٣٩٨؛ لو، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٦٨.

(٥٩) Forests of Central Rhodope، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ١٤٠٥؛ Ambatielos claim، الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١١٩؛ Interhandel case، الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٢٨، أميراسينغ Local Remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٩٨؛ Oppenheim’s international Law, supra note 53, vol. 1, p. 525؛ خيمينس دي أريتشاغا “International Responsibility” “المسؤولية الدولية”، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٩؛ لو، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحتان ٦٦ و ٧٠؛ ك. دورينغ، “Local Remedies, Exhaustion of” in Encyclopedia of Public International Law (E.P.I.L.), (1997), vo. 3, p. 238 at p. 240؛ سفارزينبرغر، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٦٨؛ حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الباب الثاني) الصفحات ٣٠-٥٠، الفقرة ٥٠.

٤١ - تفتقر المحاكم المحلية بشكل واضح إلى الاستقلالية^(٦٠). ويتمثل المرجع الأساسي المؤيد لهذا المبدأ في مطالبة روبرت إ. براون^(٦١). ففي هذه القضية، قام رئيس جمهورية جنوب أفريقيا، بول كروجر، بإقالة رئيس القضاة لأن قراره كان مؤيدا لمطالبة براون ببعض حقوق التعدين وأدان كل من الرئيس والمجلس التشريعي للجمهورية قرار رئيس القضاة. وفي ظل هذه الظروف، أشار محامي براون عليه بعدم جدوى الاستمرار في المطالبة بالتعويض ما دامت المحكمة العليا التي أعيد تشكيلها تستعديه بشكل واضح^(٦٢). ورفضت المحكمة التي استمعت إلى المطالبة الدولية حجة أن براون لم يستنفذ سبل الانتصاف المحلية، مؤكدة أنه "قد ثبت بشكل قطعي عدم جدوى الاستمرار في الإجراءات وأن المشورة التي أشار بها عليه محاميه لها ما يبررها إلى حد بعيد". وقالت المحكمة بأنه ليس من الضروري استنفاد سبل الانتصاف "في حال عدم وجود سبيل للانتصاف"^(٦٣).

٤٢ - ثمة سلسلة متسقة وراسخة من السوابق التي ليست في صالح المواطن الأجنبي. ليس "من الضروري اللجوء مرة أخرى إلى المحاكم المحلية إذا كانت النتيجة ستكون حتما هي

(٦٠) خيمينيس دي أريتشاغا، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٩؛ أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية Local Remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٩٨؛ بورشارد، Diplomatic Protection (الحماية الدبلوماسية)، الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٨٢٣ (في إشارة إلى المحاكم التي يُسيطر عليها غوغاء معادون، Oppenheim's International Law، الحاشية ٥٤ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٥٢٥؛ براونلي، الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٥٠٠؛ قضية بيلاسكيس رودريغيز M.M. Velásquez Rodríguez case, (1989) 28 I.L.M. p. 291, pp. 304-309; Whiteman, Digest of International Law (1967), vol. 8, p. 784; separate opinion by Judge Tanaka in Barce-lona Traction case (Second Phase)، رأي مخالف أبداه القاضي تاناكا في قضية شركة برشلونة (المرحلة الثانية) المرجع الوارد في الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ١٤٧؛ رأي مخالف أبداه القاضي ليفي كارنيرو في قضية شركة النفط الانكليزية - الإيرانية، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٥٢، ١٦٥؛ مور Moore، قضايا التحكيم الدولية، الحاشية ١٣ أعلاه، المجلد ٣، الصفحات ١٦٥٧ و ٣٠٧٦ والصفحات التالية، و ٤٩٠٢؛ المرجع نفسه، المجلد ٦، الصفحة ٢٨٧؛ ماميري، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠٣؛ لو، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٨٦؛ كانسادو ترينداد، Application (الطلب)، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٧٨؛ فيتز موريس، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ٥٩؛ حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني، (الجزء الثاني) الصفحات ٣٠-٥٠، الفقرة ٥٠؛ Nguyen Quoc Dinh, Droit International Public (eds. p. Daillier & A. Pellet), 6th العام ١٩٧٧، p. 776. ed. (1999).

(٦١) المرجع الوارد في الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٢٠.

(٦٢) للاطلاع على تاريخ هذه القضية انظر ج. دوغارد، "رئيس القضاة ضد رئيس الجمهورية: هل ما زال شبح قضية براون ضد ليدز نو يطارد قضاتنا؟" J. Dugard, "Chief Justice versus President: Does the Ghost of Brown v. Leyds NO Still Haunt our Judges?" (1981), De Rebus. P. 421.

(٦٣) المرجع الوارد في الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٢٩.

تكرار نفس القرار الصادر سابقاً^(٦٤). ومجرد احتمال صدور قرار مناوئ غير كاف: إذ يجب أن يكون هناك "شيء أكثر من احتمال الفشل وإنما أقل من درجة التيقن"^(٦٥).

٤٣ - لا تتمتع محاكم الدولة المدعى عليها بصلاحيّة إتاحة سبيل انتصاف كاف ومناسب للمواطن الأجنبي^(٦٦).

٤٤ - لا تملك الدولة المدعى عليها نظاماً ملائماً لتوفير الحماية القضائية. ففي قضية موشيكويابوا وآخرون ضد باراياغويزا، ذهبت إحدى المحاكم المحلية بالولايات المتحدة إلى أنه من الممكن الاستغناء عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في هذه القضية إذ أن "الجهاز

(٦٤) قضية سكة حديد بانفيزي سالدوتيسكيس، الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١٨. انظر أيضاً بورشارد، الحماية الدبلوماسية Diplomatic Protection، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٨٢٣ و ٨٢٤؛ S.S. Lisman (1937), 3 U.N.R.I.A.A., p. 1769 at p. 1773; S.S. Seguranc (1939), 3. U.N.R.I.A.A., p. 1861 at p. 1868 التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٤٩٥؛ مجهول ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية (١٩٥٦)، ١ حولية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الصفحة ١٣٨؛ مجهول ضد جمهورية ألمانيا الاتحادية (١٩٥٨)، ٢ حولية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الفقرة ٣٤٢، الصفحة ٣٤٤؛ مجهول ضد النمسا (١٩٦٠)، ٣ حولية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الفقرة ١٩٦، الصفحة ٢٠٢؛ حيمينيس دي أريتشاغا "Internationa Responsibility" (المسؤولية الدولية)، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٩؛ أميراسينغ، Local Remedies (سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ١٩٦ و ١٩٧ براونلي، الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٤٩٩؛ كوكوت Exhaustion of Local Remedies (استنفاد سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٢؛ ماميري، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠٢؛ لو، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٦٦؛ كانسادور ترينداد، Application، الحاشية ٤٠ أعلاه؛ Restatement (Second)، الحاشية ١٦ أعلاه، الصفحة ٦١٨، الفقرة ٢٠٨؛ دورينغ، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٤٠؛ شفارزينغر، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٦٠٩؛ الحولية ... ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ٤٨، الفقرة ٥٠.

(٦٥) أميراسينغ، Local Remedies (سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٩٦.

(٦٦) التحكيم في قضية السفن الفنلندية، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحتان ١٤٩٦ و ١٤٩٧؛ قضية بيلاسكيس رودريغس، الحاشية ٦٠ أعلاه، الصفحات ٣٠٤-٣٠٩؛ بورشارد، Diplomatic Protection (الحماية الدبلوماسية)، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٣٣٢؛ Oppenheim's International Law، الحاشية ٥٣ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٥٢٥؛ كوكوت The Exhaustion of Local Remedies (استنفاد سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٢؛ قضية ياغسي وسارجين ضد تركيا، الطلب رقم ١٦٤٢٦/٩٠، (1995) European Court of Human Rights, Reports and Decisions, No. 319 p, 3 at p. 17 para. Hornsby v. Greece, Application No. 18357/91, (1997-II) European Court of Human Rights, Reports and Decisions, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37; Mummery, supra note 37, pp. 401-402; Cançado Trindade, Application, supra note 40, pp. 76-78; Verdross and Simma, supra note 53, p. 884; Article 19 (2) (a) of the 1960 Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens prepared by the Harvard Research on International Law, reproduced in L.B. Sohn and R.R.Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Local Remedies" أميراسينغ، Economic Interests of Aliens (1961), 55 A.J.I.L. p. 545 at p. 577 الانتصاف المحلية)، الحاشية ٤٠ أعلاه الصفحة ١٩٨.

القضائي الرواندي معطل تقريبا ولن يكون قادرا على البت في الدعاوى المدنية في المستقبل القريب^(٦٧). وتحت حكم النظام الديكتاتوري العسكري في شيلي، جازمت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان بأن المخالفات المتأصلة في الإجراءات القانونية في ظل العدالة العسكرية تغني عن الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٦٨). ونتيجة تأثير الفقه القانوني الدولي لحقوق الإنسان، يكتسي مفهوم المحاكمة العادلة والمحاكمة وفق الأصول القانونية في القانون الدولي المعاصر وزنا أكبر مما كانا عليه في الستين سنة الأولى من القرن العشرين حيث صدر عدد من القرارات الهامة بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولذلك، يجب أن يولى هذا الاستثناء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية قدرا أكبر من الاهتمام اليوم.

الاستنتاج

٤٥ - تشير الأمثلة المذكورة عن الظروف التي يتم فيها الإعفاء من اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية إلى أن على المدعي أن يثبت أكثر من مجرد أن سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أي احتمال معقول للنجاح (الخيار ٢). وعلى النقيض، تشير إلى أنه على المدعي أن يثبت عدم جدواها. غير أنها لا تؤيد معيار "عدم الجدوى الواضح" (الخيار ١) الذي يشير إلى أنه من اللازم أن يكون عدم جدوى سبل الانتصاف المحلية "ظاهرا على الفور"^(٦٩). وبدلا من ذلك، تطلب إلى المحاكم أن تنظر في الملبسات التي تتعلق بأي مطالبة من المطالبات و التي قد لا تكون ظاهرة على الفور من قبيل استقلال القضاء، وقدرة المحاكم المحلية على إجراء محاكمات عادلة، ووجود مجموعة من السوابق التي ليست في صالح المدعي، وسلوك الدولة المدعى عليها. ولهذا، يجب في كل حالة على حدة النظر في مدى معقولية التماس سبل انتصاف محلية^(٧٠). وهذا كله يفضي إلى الخيار ٣: وهو أن المدعي غير ملزم باستنفاد سبل

(٦٧) 107 I.L.R. p.457 at p. 460 (1997).

(٦٨) انظر resolution Ia/88, Case 9755, Ann Rep. IACom.HR 1987-88, p. 137 (سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٢٠٠؛ أميراسينغ Local Remedies (سبل الانتصاف المحلية)، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٣٠٧؛ بورشارد، الحماية الدبلوماسية، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٨٢٢؛ ماميري، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠٤؛ Restatement (Second)، الحاشية ١٦ أعلاه، الصفحة ٦١٨. الفقرة ٢٠٨؛ دورينغ، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٣٩؛ سفارزينغر، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٦٠٩.

(٦٩) سيمبسون وفوكس، الحاشية ٤٧ أعلاه، الصفحة ١١٤.

(٧٠) يقول ماميري في هذا الصدد:

"بالنظر لتطور الفقه القانوني الدولي بشأن هذا الموضوع، فإن تحليل القضايا سيستدعي وجود أفضل المهارات في تخصص القانون المقارن؛ ذلك أن مختلف الولايات القضائية للقانون العام والقانون المدني قد وضعت مفاهيم مختلفة لما هو أساسي لانتصاف إداري فعال، ومن هذه المفاهيم قد تستخرج معايير لغرض إيجاد مقياس دولي في قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وبالتالي، من المهم النظر إلى جميع هذه القضايا في سياق مبدأ ضمني واحد للمعقولة" (الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠٤).

الانتصاف المحلية إذا كانت محاكم الدولة المدعى عليها لا تتيح "أي إمكانية معقولة لإنصاف المدعي على نحو فعال".

٢ - التنازل وسقوط الحق (المادة ١٤ (ب))

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

(ب) إذا تنازلت الدولة المدعى عليها، صراحة أو ضمناً، عن شرط عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو سقط حقها في إثارة هذا الشرط؛

٤٦ - أحياناً، تكون بعض الدول مستعدة للتنازل عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٧١). وبما أن الهدف من هذه القاعدة حماية مصالح الدولة المتهمّة بإساءة معاملة أحد الأجانب، جاز للدولة إذن أن تتنازل عن هذه الحماية ذاتها. فقد نصت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان على ما يلي:

"في حالات من هذا القبيل، وفي إطار المبادئ المسلم بها عموماً في القانون الدولي والممارسة الدولية، وضعت قاعدة اشتراط الاستنفاد المسبق لسبل الانتصاف المحلية خدمةً لمصلحة الدولة، لأن تلك القاعدة تسعى إلى إعفاء الدولة من ضرورة الرد على تهم بارتكاب أعمال نسبت إليها أمام هيئة دولية قبل إعطائها فرصة الإنصاف من هذه الأعمال بالوسائل الداخلية. ولذلك يعد هذا الشرط وسيلة للدفاع وبالتالي فهو قابل للتنازل عنه بطبيعته، حتى لو ضمناً"^(٧٢).

٤٧ - في الممارسة، يبدو أنه لا يوجد مانع من التنازل عن سبل الانتصاف المحلية. غير أنه من المنظور الفقهي يصعب التوفيق بين التنازل والنهج الموضوعي لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٧٣). ويوضح أميراسينغ هذا السبب قائلاً:

(٧١) ثمة أسباب عديدة تفسر سبب اختيار دولة ما لهذا المسار. فقد ترى الدولة، على سبيل المثال أن هذا المسار قد يوفر الوقت والمال. انظر C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (١٩٦٧)، الصفحة ٢٠٧.

(٧٢) قضية حكومة كوستاريكا، محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، (١٩٨٤) ١٩٨٤ I.L.R. 67، الصفحة ٥٧٨ والفقرة ٢٦ في الصفحة ٥٨٧. انظر أيضاً قضية إلكترونيكا سيكولا، الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحة ٤٢، الفقرة ٥٠؛ *De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy Cases")*, European Court of Human Rights (1971) 56 I.L.R. 37، الصفحة ٣٧ والفقرة ٥٥ في الصفحة ٣٧٠. انظر أيضاً *Cançado Trindade, Application*، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٣٣.

(٧٣) انظر التقرير الثاني عن الحماية الدبلوماسية، A/CN.4/514، الفقرة ٣٣.

”إذا كانت قاعدة سبل الانتصاف المحلية قاعدة إجرائية، كان بالتالي هذا التنازل ممكناً ومفهوماً حقاً. وبما أن هذه القاعدة هي مجرد وسيلة لإثبات صحة الطريقة التي يُعرض بها التراجع الدولي، جاز وضع استثناء من القاعدة وإحداث درجات في النظام المستثنى. ذلك أن طبيعة العمل غير المشروع المزعوم لن تتأثر بأي حال من الأحوال. فأسلوب التسوية هو وحده الذي يخضع للتغيير. وتبت محكمة دولية في هذا العمل غير المشروع الذي يبقى هو ذاته بتاً شاملاً ومباشراً بدلاً من أن تقوم بذلك المحكمة أو المحاكم الابتدائية المعهودة.

”أما إذا كانت القاعدة موضوعية، صار بالتالي التنازل عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية غير ممكن. إذ يصبح اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية جزءاً جوهرياً من العمل غير المشروع المزعوم أمام المحكمة الدولية. فبدون ذلك اللجوء لن يكون هناك أي سبب لإقامة الدعوى. وإذا سُمح بالتنازل عن ذلك الشرط، فإن أي سبب لإقامة دعوى بشأن وقوع مسؤولية دولية لن يتسنى إثباته أمام محكمة دولية. فإما أن تُستنفد سبل الانتصاف المحلية بالحرمان من العدالة أو يُثبت عدم وجود وسائل انتصاف كافية. لذا فإن الحديث عن تنازل حقيقي غير صحيح في هذه الحالة.

”وتنطبق الحجج ذاتها على سقوط الحق خطأ في الاستفادة من القاعدة بسبب سقوط الحق حكماً أو لأي سبب من الأسباب الأخرى. ويُعلّق حكم هذه القاعدة بهذه الطريقة أمام محكمة دولية، إذا ثبت بعد سقوطها خطأ أن هناك عملاً دولياً غير مشروع لا يزال قائماً ويمكن لمحكمة دولية أن تُنصف منه. غير أن ذلك لا يمكن إلا إذا كانت القاعدة ذات طابع إجرائي لا موضوعي. وكذلك فإن الاستثناءات الحقيقية من القاعدة [كأن تكون سبل الانتصاف عديمة الجدوى مثلاً] لا يمكن قبولها إلا إذا كان لدى المحكمة الدولية التي أُحيلت إليها القضية منازعة ذات أساس قانوني دولي يتعين عليها أن تبت فيها. ولا يمكن ذلك إلا إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية التي لم تطبق في قضية معينة ذات طابع إجرائي“ (٧٤).

٤٨ - وتطرح مسألة التنازل مشاكل بالنسبة للمدافعين عن موضوعية قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وربما لهذا السبب كان القائلون بالموضوعية مُقلّين في مناقشتهم لمسألة

(٧٤) انظر الحاشية ٧١ أعلاه، في الصفحتين ٢٠٧ و ٢٠٨.

التنازل^(٧٥)، وإن كان لا أحد منهم ينكرها. على العكس من ذلك، فإن بروشار، أحد الموضوعيين المشهورين، يقر بإمكانية التنازل^(٧٦). أما الكتاب الذين يميلون إلى القول بالإجرائية فلا يجدون صعوبة في تأييد حق التنازل من جانب الدولة المدعى عليها^(٧٧)، حتى في حالة اتفاقيات حقوق الإنسان^(٧٨).

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

التنازل الصريح

٥٠ - يجوز إدراج تنازل صريح ضمن اتفاق تحكيمي مخصص 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 التسوية للمنازعات الدولية. ويجوز أيضاً إدراج التنازل ضمن عقد بين الدولة والأجنبي. وثمة اتفاق عام على أن التنازل الصريح عن قاعدة سبل الانتصاف

(٧٥) لا يتناول روبرتو أغو مسألة التنازلات في دراسته لقاعدة سبل الانتصاف المحلية. ر. أغو، التقرير السادس عن مسؤولية الدول، حولية لجنة القانون الدولي. لعام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الصفحة ٣ من النص الانكليزي؛ المرجع نفسه، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ٣٠ من النص الانكليزي. انظر أيضاً O'Connell، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ٢، الصفحة ١٠٥٩.

(٧٦) انظر، على سبيل المثال، Borchard, Diplomatic Protection، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٨١٩ و ٨٢٥.

(٧٧) Amerasinghe, Local Remedies Rule، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحتان ٥٣٥ و ٥٣٦؛ وlaw، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٥٩؛ وF.V. Garcia Amador، التقرير الثالث، حولية عام ١٩٥٨، المجلد الثاني، الصفحة ٤٧ من النص الانكليزي في الصفحة ٩٣ A/CN.4/111؛ وF.V. Garcia Amador, The Changing Law of International Claims (١٩٨٤) الصفحة ٤٦٦ (المشار إليه فيما بعد بعبارة Changing Law)؛ وJ.C. Witenburg, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales" (1932-III), 41, 42 و 43, Recueil des cours الصفحة ١ والصفحة ٥٥؛ وK. Ipsen, Volkerrecht، الطبعة المنقحة الثالثة (١٩٩٠)، الصفحة ٣١٣؛ وE.M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States" (1929)، الصفحة ٢٤٠ (المشار إليه فيما بعد بعبارة Theoretical Aspects). انظر Restatement (Second)، الحاشية ١٦ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحات من ٦٢٠ إلى ٦٢٢، الفقرة ٢٠٩؛ وkokott, The Exhaustion of Local Remedies، الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦١٣.

(٧٨) Cançado Trindade, Application، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحات من ١٢٨ إلى ١٣٣.

المحلية جائر^(٧٩)، وقد أُشير إلى أن هذا المبدأ جاهز لكي يدونه معهد القانون الدولي^(٨٠)، والمقرر الخاص للجنة، غارسيا أمادور^(٨١).

٥١ - وتعد التنازلات سمة عامة تميز ممارسة الدول المعاصرة وتتضمن اتفاقات تحكيم عديدة شروطا بشأن التنازل^(٨٢). ولعل أفضل مثال على ذلك موجود في المادة ٢٦ من الاتفاقية المتعلقة بتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، التي تنص على ما يلي:

”تعد موافقة الأطراف على التحكيم بموجب هذه الاتفاقية، موافقة على هذا التحكيم القاضي باستثناء أي وسيلة أخرى للانتصاف، ما لم ينص على خلاف ذلك. ويجوز لدولة متعاقدة أن تشترط استنفاد سبل الانتصاف الإدارية أو القضائية المحلية لموافقتها على التحكيم بموجب هذه الاتفاقية“^(٨٣).

٥٢ - ومن المتفق عليه عموماً أن التنازلات الصريحة، سواء أوردت في اتفاق بين دولتين أو في عقد بين دولة وأجنبي، تنازلات لا رجعة فيها، حتى لو كان قانون الدولة المضيف القانون المنظم للعقد^(٨٤).

(٧٩) انظر الكتابات المشار إليها في الحاشية ٧٧ أعلاه. انظر أيضاً Doering، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٣٩؛ و H.W. Briggs، “The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion, 50 A.J.I.L. (1956)”，الصفحة ٩٢١، والصفحة ٩٢٥؛ و Amerasinghe، “Whither the Local Remedies Rule?”، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٢٩٣ و ٢٩٤؛ و Amerasinghe، Local Remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٢٥١؛ و Oppenheim’s International Law، الحاشية ٥٣ أعلاه، الصفحتان ٥٢٥ و ٥٢٦؛ و Schwarzenberger، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٦١٠؛ و Verdrass and Simma، الحاشية ٥٣ أعلاه، الصفحة ٨٨٣؛ و herdegen، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٦٩.

(٨٠) ينص القرار الذي اعتمد في دورة المعهد المعقودة في غرناطة على ما يلي: (b) “La règle ne s’applique pas: ... au cas où son application a été écartée par l’accord des Etats intéressés.” (الحاشية ٢٩ أعلاه، الصفحة ٣١٥). انظر أيضاً Annuaire de l’Institut de Droit International (1954) Bourquin، المجلد ١، الصفحة ٥٨.

(٨١) Garcia Amador، التقرير الثالث، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٥٥. تنص المادة ١٧ على أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية “لا تنطبق إذا اتفقت الدولة صراحة مع الأجنبي... على التخلي عن سبل الانتصاف المحلية” انظر أيضاً تقريره السادس (الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ١٣٤)، الفقرة ٤ من المادة ١٨.

(٨٢) على سبيل المثال، اتفاقية ١٩٢٣ التي أنشئت بموجبها اللجنة الأمريكية المكسيكية للمطالبات (المادة الخامسة) واتفاق ١٩١٠ بين الولايات المتحدة وبريطانيا العظمى، الذي استشهد به Borchard، Theoretical Aspects، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٤٠. انظر أيضاً اتفاق التحكيم بين الولايات المتحدة وكندا بشأن بحيرة أونتااريو (سد غوت)، المادة الثانية (٢) (ج)، الواردة في I.L.M. (1965) ٤٦٨ في الصفحة ٤٦٩.

(٨٣) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٥٧٥، الصفحة ١٥٩ من النص الانكليزي.

(٨٤) قضية حكومة كوستاريكا، الحاشية ٧٢ أعلاه، الفقرة ٢٦؛ De Wilde، Ooms and Versyp cases، الحاشية ٧٢ أعلاه، الصفحة ٣٧٠، الفقرة ٥٥؛ و Amerasinghe، “Whither the Local Remedies Rule?”، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٢٩٣ و ٢٩٤؛ و Amerasinghe، Local Remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ٢٥٢ و ٢٥٣؛ و Amerasinghe، Local Remedies Rule، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٧٣٧؛ ومرافعات المملكة المتحدة في قضية شركة النفط الانكليزية الإيرانية، ١٩٥١ مرافعات محكمة العدل الدولية الصفحتان ١١٨ و ١١٩. للاطلاع على رأي مخالف انظر مرافعات إيران في المرجع نفسه، في الصفحة ٥٠١.

التنازل الضمني

٥٣ - لا يجب استنتاج التنازل عن سبل الانتصاف المحلية بسهولة. ففي قضية إلكترونيكا سيكولا نصت دائرة محكمة العدل الدولية في هذا الصدد على

”أنها لا تستطيع القبول باعتبار مبدأ مهم في القانون الدولي العرفي مبدأً لاغياً ضمناً، في غياب أي كلمات تبين بوضوح نية للقيام بذلك“^(٨٥).

وفعلًا أشار جورج شفارزنبيرغ إلى وجود قرينة لعدم استنتاج التنازل:

”عند عدم اليقين لابد من إعطاء الوزن اللازم لثلاث قرائن هي: قرينة عدم استنتاج أي تنازل ضمني عن الحقوق، وقرينة وجود قيود دنيا على السيادة وقرينة تفسير المعاهدات على خلفية القانون العرفي الدولي. كل هذه القرائن الثلاث ترجح عدم القيام بأي استنتاج للتنازل عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية“^(٨٦).

٥٤ - بيد أنه إذا اتضحت نية الطرفين في التنازل عن سبل الانتصاف المحلية، وجب العمل بهذه النية. وتؤيد هذا الاستنتاج كل من الأحكام القضائية^(٨٧) وكتابات^(٨٨) الفقهاء. وقد كان المقرر الخاص غارسيا أمادور غير واضح بشأن هذه المسألة: ففي تقريره السادس والأخير المقدم إلى اللجنة في ١٩٦١ لم يتناول سوى التنازل الصريح عن سبل الانتصاف المحلية^(٨٩)، غير أنه في كتاب القانون المتغير في المطالبات الدولية (١٩٨٤)

(٨٥) الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحة ٤٢، الفقرة ٥٠. التوكيد مضاف. انظر أيضا Kokott, Exhaustion of Local Remedies، الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٦.

(٨٦) الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتان ٦١٠ و ٦١١. انظر أيضا Garcia Amador, Changing Law، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٤٦٧؛ و Garcia Amador، التقرير الثالث، الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٤٧؛ وقضية سالم، (١٩٣٢)، ٢ تقارير الأمم المتحدة عن أحكام التحكيم الدولي، الصفحة ١١٦٥ في الصفحة ١١٨٩؛ و Law، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٩٨؛ و E.Jiménez de Aréchaga, “General course in public international law” (1978-I), 159 Recueil des Cours p.1 at p.292 (hereinafter General Course)؛ و gançado Trinidad, Appli- tion، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٣١.

(٨٧) انظر، على سبيل المثال، قضية Steiner and Gross ضد الدولة البولندية (١٩٢٧-١٩٢٨) (Annual Digest of Public International Law Cases (hereinafter Annual Digest) 4، الصفحة ٤٧٢؛ وقضية American International group Inc ضد إيران، الحكم رقم ٩٣-٢-٣ (١٩٨٣) US CTR 4، الصفحة ٩٦.

(٨٨) Law، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٩٣؛ Oppenheim’s International Law، الصفحة ٥٣ أعلاه، الصفحتان ٥٢٥ و ٥٢٦؛ و Amerasinghe, Local remedies Rule، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحتان ٥٣٥ و ٥٣٦؛ و Borchard, Diplomatic Protection، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٨١٩ و ٨٢٥.

(٨٩) أخذ في تقريره بالرأي القائل إن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ”لا تنطبق إذا كانت الدولة المدعى عليها قد اتفقت صراحة مع الدولة التي يحمل الأجنبي المضرور جنسيتها على عدم لزوم اللجوء إلى أحد سبل الانتصاف أو جميعها“ (Garcia Amador، التقرير السادس، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ٤٨، المادة ١٨ (٤)). انظر كذلك Affaire relative à la concession des phares de l’Empire Ottoman (قضية اليونان ضد فرنسا) (١٩٥٦) العدد ١٢ من تقارير الأمم المتحدة عن أحكام التحكيم الدولي، الصفحة ١٦١، في الصفحتين ١٨٦ و ١٨٧.

(The Changing Law of International claims) قبل مجاوز استنتاج التنازل شريطة أن يكون واضحاً ولا لبس فيه^(٩٠).

٥٥ - ولا يمكن وضع قاعدة عامة بشأن الحالة التي يجوز فيها استنتاج نية التنازل عن سبل الانتصاف المحلية. فكل حالة يجب أن تحدد في ضوء اللغة التي حرر بها الصك وفي ظل الظروف المحيطة باعتماده^(٩١). غير أنه من المفيد النظر إلى مختلف أنواع الاتفاقات التحكيمية لأن لكل اتفاق اعتباراته التي قد تنطبق عليه دون سواه.

اتفاق التحكيم العام الذي يدخل حيز النفاذ قبل النزاع

٥٦ - إذا كانت الدولة المدعى عليها قد اتفقت مع الدولة المطالبة على التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل، كان ذلك تأييداً للرأي القائل إن هذا الاتفاق "لا يشمل التنازل عن طلب استنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي يؤيد فيها أي من الطرفين المتعاقدين طلب أحد رعاياه"^(٩٢). وفعلاً، في عدة حالات وُجد فيها اتفاق عام من هذا القبيل تجنبت الدولة المطالبة إثارة مسألة استنتاج التنازل من عرض النزاع على التحكيم كدليل مضاد لاعتراض أولي على أساس عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٩٣).

(٩٠) في الصفحة ٤٦٧.

(٩١) ذكر غارسيا أمادور في تقريره الأول أنه من اللازم النظر إلى الأعمال التحضيرية للاتفاق: "للبت فيما إذا كان النزاع المعين ضمن المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم، وإذا كان الأمر كذلك، معرفة ما إذا كان ذلك الاتفاق يعني، صراحة أو ضمناً، التنازل عن تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في تلك المنازعات. وبعبارة أخرى، لن يتوقف تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية بالضرورة على الغرض من الاتفاق ونطاقه فحسب، بل سيتوقف أيضاً على الظروف المحيطة بكل قضية على حدة". التقرير الأول، الحاشية ١٢ أعلاه، الصفحة ٢٠٤، الفقرة ١٦٤. انظر أيضاً Law، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحتان ٩٣ و ٩٨؛ Jiménez de Aréchaga, General، الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٢؛ و Amerasinghe, Local remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ٢٥٦ و ٢٥٧؛ و Restatement (Second)، الحاشية ١٦ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحة ٦٢٠، الفقرة ٢٠٩، التعليق (ب). انظر أيضاً Steiner and Gross v. Polish State (قضية ستاينر وغروس ضد الدولة البولندية)، الحاشية ٨٧ أعلاه، الصفحة ٤٧٢.

(٩٢) حولية القانون الدولي البريطانية 42 (1967)، F.A. Mann, "State contracts and international arbitration" B.Y.I.L.، الصفحة ١ والصفحة ٣٢؛ و A.V. Freeman, The International Responsibility of States for Denial of Justice (1938)، الصفحة ٤١٤؛ و verzijl، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٣ و ٤؛ و Openheim's International Law، الحاشية ٥٣ أعلاه، المجلد ١ الصفحة ٥٢٦، رقم ١٦؛ و Jiménez de Aréchaga, General Course، الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٢؛ و Amerasinghe, Local Remedies، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحات ٢٥٣، و ٢٥٧ و ٢٥٨؛ و "Whither the Local Remedies Rule؟"، Amerasinghe، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٢٩٥ و ٢٩٦؛ و Law، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٩٨.

(٩٣) انظر على سبيل المثال قضية انترهاندل، المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، وقضية ILSI، المرجع الوارد في الحاشية ٣٥ أعلاه. وانظر كذلك أميراسينغ، وسائل الانتصاف المحلية، المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٢٥٣ من النص الانكليزي؛ وأميراسينغ: إبطال قاعدة سبل الانتصاف المحلية؛ المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٢٩٥ من النص الانكليزي.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية في قضية إلكترونيكا سيكولا أن هناك قرينة قوية ضد وجود تنازل مستنتج أو ضمني في هذه القضية^(٩٤).

٥٧ - وفي قضية سكة حديد بانيفيزي سلدوتسكيس، خلصت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى أن القبول بالشرط الاختياري المنصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة ٣٦ من النظام الأساسي للمحكمة لا يشكل تنازلاً ضمناً عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(٩٥)، حسب ما جاء في الرأي المخالف الذي أبداه القاضي فان آيسينغا^(٩٦). وقد تأكد القبول برأي الأغلبية عندما لم تحتج الدولة المدعية بالتنازل في ردها على الاعتراض الأولي بعدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية في كل من قضية القروض النرويجية^(٩٧) وقضية انترهاندل^(٩٨)، حين تأكد فيهما اختصاص المحكمة بناء على إعلان صادر بمقتضى الشرط الاختياري. وحيث يوجد تشابه بين الخضوع لاختصاص محكمة العدل الدولية بموجب الشرط الاختياري وبين إبرام اتفاق تحكيم عام، فإنه بالإمكان اللجوء إلى هذا الاجتهاد القضائي المتعلق بالشرط الاختياري لدعم قرينة الطعن في التنازل الضمني باللجوء إلى اتفاق تحكيم عام. ولئن كانت هذه القرينة قوية فإنها مع ذلك ليست بمنأى عن الطعن^(٩٩).

(٩٤) المرجع الوارد في الحاشية ٨٥ أعلاه.

(٩٥) انظر المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه. وحظي هذا الموقف بدعم فرجيل Verzijl، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٢٠ أعلاه، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٤٤؛ وبدعم سفارزنيغر، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ٦١٠؛ وبدعم خميناز دي أريشاغا، General course، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٢؛ وبدعم أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ٢٥٦-٢٥٧ من النص الانكليزي.

(٩٦) ذكر القاضي فان آيسنغا أنه "يبدو أن ليتوانيا لا يمكنها الاعتماد على هذه القاعدة (قاعدة سبل الانتصاف المحلية) ضد أستونا لأن قبول الدولتين باختصاص المحكمة الإلزامي بموجب المادة ٣٦ من نظامها الأساسي، وهو قبول دون تحفظ، يوحي بإقصاء القاعدة المعنية فيما يتعلق بالدولتين". قضية سكة حديد بانيفيزي سالدوتسكيس، انظر المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحتان ٣٥-٣٦ من النص الانكليزي.

(٩٧) انظر المرجع الوارد في الحاشية ٤٤ أعلاه.

(٩٨) انظر المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه.

(٩٩) انظر ستينر وغروس ضد الحكومة البولندية Steiner and Gross V Polish State، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٨٧ أعلاه، الصفحة ٤٧٢. وفي هذه القضية، خلصت محكمة سيلسيا العليا إلى أن بولندا تنازلت بصورة ضمنية عن قاعدة اللجوء إلى وسائل الانتصاف المحلية الواردة في المادة ٥ من اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٢ التي تنص على أن: "محكمة التحكيم ستقوم، بناء على شكوى من صاحب الحق، بالحسم مباشرة فيما إذا كان يتعين على الدولة أن تدفع تعويضاً عن مصادرة الحقوق المكتسبة أو التقليل منها وفي أشكال دفع ذلك التعويض". وخلصت المحكمة إلى أن عبارة "مباشرة" يجب أن تُفسر على أنها تعني تمكين الطرفين المدعين من الحق إلى اللجوء إلى المحكمة الدولية دون استنفادها لوسائل الانتصاف المحلية أولاً.

اتفاق التحكيم المخصص المبرم بعد نشوب النزاع

٥٨ - يسهل بقدر أكبر الاستنتاج بوجود تنازل عن وسائل الانتصاف المحلية من خلال اتفاق تحكيم أبرم بعد نشوب النزاع المعني. وفي هذه الحالة يجوز الاحتجاج بأن هذا التنازل يُستفاد ضمناً إذا أبرمت الدولة المدعى عليها اتفاق تحكيم مع الدولة المدعية بشأن النزاعات المتصلة بمعاملة المواطنين وذلك بعد أن يكون الضرر قد لحق بالمواطن محل النزاع، وإذا كان هذا الاتفاق لا ينص على الاحتفاظ بقاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٠٠). ويرد التأييد لهذا الموقف في قرارات اللجان المعنية بالمطالبات^(١٠١). ويرى البعض في ما تشترطه صراحة بعض اتفاقات التحكيم من ضرورة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تأكيداً لإمكانية وجود تنازل يرد ضمناً في الاتفاقات التي أبرمت عقب نشوب النزاع^(١٠٢). وفي حالة الاتفاقات التي تقع ضمن هذه الفئة، لم تقم كل من محكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية بمعالجة التنازل عن اللجوء إلى وسائل الانتصاف المحلية.

العقد المبرم بين الشخص الأجنبي والدولة المدعى عليها

٥٩ - لا يعتبر عقد التحكيم الذي يبرم بين شخص أجنبي والدولة المضيفة والذي ينص صراحة أو ضمناً عن التنازل عن وسائل الانتصاف المحلية ذا صلة مباشرة في هذا المقام، باعتبار أن تسوية النزاع في هذه الحالة لا تتضمن مناصرة الشكوى التي تقدم بها الشخص الأجنبي من قبل الدول التي يحمل جنسيتها. بيد أن هذا العقد قد يصبح مع ذلك ذا صلة في سياق هذه الأغراض عندما ترفض الدولة المضيفة التحكيم وعندما تتدخل دولة الجنسية

(١٠٠) انظر لو (Law)، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحتان ٩٤-٩٥ منه؛ و Borchard, Theoretical Aspects، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٤٠ منه؛ و Borchard, Diplomatic Protection، المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتان ٨١٩، ٨٢٥ منه؛ و Garcia Amador, Changing Law، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٥٥٠ من النص الانكليزي.

(١٠١) انظر القضايا التي تؤيد هذا الموقف في Borchard, Theoretical Aspects، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٤٠ منه؛ و Borchard, Diplomatic Protection، المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٨١٩ منه؛ و Hackworth، المرجع الوارد في الحاشية ٣٤ أعلاه، المجلد ٥، الصفحة ٥٢٥ منه. انظر كذلك قضية American International Group, Inc V. Iran، المرجع الوارد في الحاشية ٨٧ أعلاه، الصفحة ١٠٢؛ وقضية Giorgio Uzielli، لجنة المصالحة المشتركة بين إيطاليا والولايات المتحدة، (١٩٦٣) ١٦ تقرير الأمم المتحدة عن أحكام التحكيم الدولي، الصفحة ٢٦٧ وفي الصفحتين ٢٧٠-٢٧١. وقضية Sed contra Salem، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ١١٨٩.

(١٠٢) انظر على سبيل المثال، Borchard, Diplomatic Protection، المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٨١٩. انظر كذلك الرأي المخالف الذي أبداه القاضي فان أيسنغا في قضية سكة حديد بانيفزي سالدو تسكيس، المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحتان ٣٧-٣٨ من النص الانكليزي.

لحماية مواطنها. وحينها يُثار السؤال بشأن الأخذ بالنص، الوارد في العقد، صراحة أو ضمناً، على إقصاء وسائل الانتصاف المحلية. ولئن كان ثمة دعم للرأي القائل بالأخذ بالتنازل الصريح^(١٠٣)، فإن الأمر أقل وضوحاً بشأن ما إذا كان ينبغي تفسير العقد الذي يرم بين الدولة والشخص الأجنبي على تسوية النزاعات بواسطة التحكيم والذي لا ينص صراحة على اللجوء إلى وسائل الانتصاف المحلية كشرط أولي للتحكيم، على أنه يتضمن تنازلاً ضمناً عن وسائل الانتصاف هذه. وثمة مساندة قوية في أوساط المؤلفين للرأي القائل بأن الهدف من هذا الاتفاق هو إقصاء وسائل الانتصاف المحلية^(١٠٤). وتوجد بعض القرارات الصادرة عن محاكم التحكيم والتي تفضل بشكل واضح اتباع هذا النهج^(١٠٥)، في حين لم تعترض الدولة المدعى عليها، في كثير من القضايا من هذا النوع، على أساس عدم استنفاد وسائل الانتصاف المحلية^(١٠٦). وعلى الرغم من التذرع أمام محكمة العدل الدولية الدائمة

(١٠٣) انظر لو (Law)، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٩٤ منه؛ و Herdegen، المرجع الوارد في الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٦٩ منه؛ و Garcia Amador، التقرير الثالث، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٥٥ منه. وتنص المادة ١٧ من مشروع Garcia Amador على أن قاعدة استنفاد وسائل الانتصاف المحلية (المادة ١٥) ”لا تنطبق إذا تم الاتفاق صراحة بين الدولة والشخص الأجنبي، أو بينها وبين الدولة التي يحمل جنسيتها، حسب مقتضى الحال، على التخلي عن وسائل الانتصاف المحلية“.

(١٠٤) انظر Mann، المرجع الوارد في الحاشية ٩٢ أعلاه، الصفحة ٣٢ منه؛ و Oppenheim’s International Law، المرجع الوارد في الحاشية ٥٣ أعلاه، المجلد ١، الصفحة ٥٢٣ منه، الحاشية ٣؛ و Garcia Amador، التقرير السادس، المرجع الوارد في الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ٤٨ منه، المادة ١٨(٥)؛ و Garcia Amador، Changing Law، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحات ٥٣٩-٥٥٠ منه؛ و S.M. Schwebel، I - International Arbitration: Three Salient Problems (1987)، الصفحات ١١٧-١٢١؛ و S.M. Schwebel and J.G. Wetter، “Arbitration and the exhaustion of Local Remedies” (1966)، 60 AJLL Report of the Executive Directors of the Bank on the International Convention for the Settlement of Investment Disputes، اقتباس وارد في Whiteman، المرجع الوارد في الحاشية ٦٠ أعلاه، المجلد ٩، الصفحة ٨٠٦؛ و Restatement (Third)، المرجع الوارد في الحاشية ١٦ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحة ٢٢٦، الفقرة ٧١٣، حاشية المقرر رقم ٥. انظر أيضاً Restatement (Second)، المرجع الوارد في الحاشية ١٦ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحة ٦٢١، الفقرة ٢٠٩، التعليق (ج)؛ و O’Connell، المرجع الوارد في الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ١٠٥٩ منه. وللاطلاع على رأي مخالف انظر A survey of the Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies (1977)، 18 Harvard International Law Journal في الصفحة ١، والاقتباس وارد في الصفحة ٨ حيث يشير إلى أن البيانات التي قدمتها الدول عندما صدقت على المعاهدة العامة للتحكيم الدولي، التي لا تشترط صراحة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، تشير إلى اقتناعها مع ذلك بأن القاعدة لم يتم التنازل عنها.

(١٠٥) انظر قضية LIAMCO v. Libya (1977) 62 I.L.R.، البداية في الصفحة ١٤١ والاقتباس وارد في الصفحتين ١٧٩-١٨٠؛ و Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company (1982) 96 I.L.R.، البداية في الصفحة ٢٥٢ والفقرة ٤٤ واردة في الصفحتين ٢٧٨-٢٧٩.

(١٠٦) انظر Amerasinghe, Local Remedies، المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، ص ٢٦٢ منه.

ومحكمة العدل الدولية^(١٠٧) بوجود تنازل ضمني في هذه الحالات، فإن أيا منهما لم تصدر أي حكم بهذا الشأن.

سقوط الحق

٦٠ - قد يترتب على تصرف الدولة المدعى عليها خلال إجراءات المحاكمة الدولية سقوط حقها في اشتراط استنفاد وسائل الانتصاف المحلية^(١٠٨). وقد أقرت دائرة ابتدائية تابعة لمحكمة العدل الدولية بهذا الأمر حيث أفادت في قضية ELSI (إلكترونيكا سيكولا)، بما يلي:

”لا يستبعد أن ينشأ سقوط الحق في بعض الحالات من السكوت عن أمر ما عندما ينبغي ذكره“^(١٠٩).

وهذا المبدأ يلقي مساندة أيضا في قضية التحكيم المتعلق بفرض رسوم على مستخدمي مطار هيثرو^(١١٠).

٦١ - وأفادت الولايات المتحدة في قضية الحادث الجوي (الولايات المتحدة ضد بلغاريا) بأنه

”لو توفرت أي سبل انتصاف محلية في بلغاريا لأقارب الأمريكيين الذين ماتوا في حادث إسقاط طائرة شركة العال في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥، لما تهربت

(١٠٧) انظر المذكرة السويسرية بخصوص قضية Losinger and Co (1936)، العدد ٧٨، الواردة في المجموعة Series, C من قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة، الصفحة ٤٠؛ ودفع المملكتة المتحدة في قضية Anglo-Iranian Oil Co. المرجع الوارد في الحاشية ٨٤ أعلاه، الصفحتان ٨١-٨٢ منه؛ وحجج فرنسا في قضية Elictricity de Beyrouth Co. (1954) مجموعة مرافعات محكمة العدل الدولية (I.C.J. Pleadings) الصفحة ١٤؛ ومرافعات فرنسا في قضية Compagnie du Port, des Quais et des Entrepots de Beyrouth and the Société Radio-Orient, 1960 I.C.J. Pleadings، الصفحات ٣٩، ٩١-٩٣. ولكن انظر المرافعات اليوغوسلافية في قضية P.C.I.J. Series C Losinger and Co. (1936)، العدد ٧٨، الصفحة ١٣٢؛ وحجج إيران في قضية Anglo-Iranian Oil Co. 1951 I.C.J. Pleadings، الصفحة ٢٨٨؛ وحجج لبنان في قضية Com-Societe Radio-Orient, 1960 I.C.J. Pleadings، الصفحات ٦٧-٧٠.

(١٠٨) انظر Kokott, Exhaustion of Local Remedies، المرجع الوارد في الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٦ منه؛ و Oppenheim's International Law، المرجع الوارد في الحاشية ٥٣ أعلاه، المجلد الأول، الصفحتان ٥٢٥-٥٢٦ منه؛ و Amerasinghe, Local Remedies، المرجع الوارد في الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحات ٢٦٨-٢٧٠، و ٢٧٢-٢٧٥ منه.

(١٠٩) انظر المرجع الوارد في الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحة ٤٤، الفقرة ٥٤.

(١١٠) United States- United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges (محكمة التحكيم)، 102 I.L.R. (١٩٩٦)، بداية المقال في الصفحة ٢١٦ والفقرة ٣٣-٦ واردة في الصفحة ٢٨٥.

الحكومة البلغارية منها ولا من استصواب أو ضرورة استنفادها عندما قدمت الولايات المتحدة مطالباتها الدبلوماسية إلى حكومة بلغاريا في عامي ١٩٥٥ و ١٩٥٧. وبدلاً من ذلك، قبلت الحكومة البلغارية المطالبة وعملت على تسويتها. وفي ضوء هذه الوقائع، فإن بلغاريا لا يحق لها ألا تثير للمرة الأولى تأكيد شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١١١).

ولكن لم تتح لمحكمة العدل الدولية الفرصة لإصدار حكم بشأن هذا الموضوع.

٦٢ - وأشارت كل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(١١٢) ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان^(١١٣) إلى أن الدولة المدعى عليها قد يسقط حقها في الاعتراض على أساس عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية لأنها أخفقت في إثارة هذا الاعتراض في الوقت المناسب.

٦٣ - وقاعدة استنفاد وسائل الانتصاف المحلية هي من قواعد القانون الدولي العربي. ولذلك لا ينبغي إسقاط حق الدولة المدعى عليها في الاحتجاج بهذه القاعدة ما لم يدفع تصرفها بوضوح بالدولة المدعية إلى العمل على نحو يضر بمصالحها. وقد بينت هذا الحكم بجلاء دائرة ابتدائية تابعة لمحكمة العدل الدولية في قضية إلسي EL SI حيث أفادت:

”توجد صعوبات واضحة في تفسير سقوط الحق لمجرد عدم ذكر مسألة في وقت معين في مراسلات دبلوماسية عابرة نوعاً ما“^(١١٤).

(١١١) انظر I.C.J. Pleadings، 1959، الصفحة ٣٢٦.

(١١٢) ذكرت المحكمة في قضية Foti and Others أن ”الحكومة ستراعي الاعتراضات الأولية من هذا النوع (المتعلقة بعدم استنفاد وسائل الانتصاف المحلية) عندما تكون الدولة المدعى عليها قامت في بادئ الأمر بإثارة هذه الاعتراضات أمام اللجنة، مبدئياً في مرحلة النظر الأولى في مقبولة القضية، في الحدود التي يسمح بها طابع هذه الاعتراضات والظروف المحيطة بها؛ وإذا لم يتسن الوفاء بهذا الشرط، فإن الحكومة يسقط حقها في إثارة الاعتراض أمام المحكمة“. 60 I.L.R. (1982)، العدد ٧١ من مجلة القانون الدولي I.L.R.، الصفحة ٣٦٦، الفقرة ٤٦ الواردة في الصفحة ٣٨. التوكيد مضاف. انظر أيضاً مقال ARTICO (١٩٨٠)، في العدد ٦٠ من المجلة ذاتها I.L.R.، بداية المقال في الصفحة ١٨٢، وال فقرات ٢٤-٢٧ واردة في الصفحات ١٩٢-١٩٤؛ وقضية I.L.R. Guzzargi 61 (1980)، بداية المقال في الصفحة ٢٧٦، الفقرة ٦٧ واردة في الصفحتين ٣٠١-٣٠٢؛ وقضية I.L.R. Corigliano 71 (1982) في الصفحة ٣٩٥ والصفحة ٤٠٣.

(١١٣) ذكرت المحكمة في قضية Castillo Petruzzi v. Peru أن ”الحكومة تشير كذلك إلى أن الدولة لم تشك عدم قدرتها على استنفاد وسائل الانتصاف المحلية أمام اللجنة. وبذلك فإنها تنازلت عن وسيلتها في الدفاع التي أنشأتها الاتفاقية لفائدتها، وقبلت ضمناً بعدم وجود سبل الانتصاف هذه أو باستنفادها في أوانها، مثلما ورد في المداوالات أمام أجهزة القضاء الدولي (مثل المحكمة الأوروبية التي أقرت ضرورة إثارة الاعتراضات على عدم مقبولة القضية خلال المرحلة الأولية من الإجراءات أمام اللجنة، ما لم تثبت الحكومة استحالة عرض تلك الطعون في الوقت المناسب نظراً لأسباب لا يمكن أن تعزى إليها)“ (١٩٩٩) العدد ٢٠ من مجلة قانون حقوق الإنسان Human Rights Law Journal، بداية المقال في الصفحة ١٧٦ واردة في الفقرة ٥٦ في الصفحة ١٨١.

(١١٤) انظر المرجع الوارد في الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحة ٤٤، الفقرة ٥٤.

وبالمثل، اتبعت المحكمة نهجاً تحوطياً في قضية إنترهاندل التي أفادت فيها بأنها:

”لم تر من الضروري إمعان النظر في تأكيد الحكومة السويسرية بأن الولايات المتحدة اعترفت بنفسها أن إنترهاندل استنفذت سبل الانتصاف المتاحة في محاكمها. وصحيح أن ممثلي حكومة الولايات المتحدة أعربوا عن هذا الرأي في مناسبات عدة، ولا سيما في المذكرة المرفقة بمذكرة وزير الخارجية... ويستند هذا الرأي إلى وجهة نظر ثبت أنه لا أساس لها من الصحة. وبالفعل، فإن الإجراءات التي عرضتها إنترهاندل أمام محاكم الولايات المتحدة تسير في مسارها“^(١١٥).

ويوضح أميراسينغ هذا الموقف بدقة عندما يعلن أنه:

”يجب أن يكون هنالك دليل ثابت على أن التصرف لم يكن يرمي فحسب إلى دفع الشخص الأجنبي أو الفرد إلى الاعتقاد بعدم ضرورة مواصلة استنفاد وسائل الانتصاف المحلية، لسبب أو لآخر، بل يرمي كذلك إلى توقع اعتماد الشخص عليه بشكل معقول وإلى أنه اعتمد عليه فعلاً وأنه لم يلجأ لذلك السبب إلى وسائل الانتصاف المحلية المتاحة“^(١١٦).

الاستنتاج

٦٤ - لأن كانت ثمة مساندة لكل من التنازل الضمني عن اللجوء إلى وسائل الانتصاف المحلية وسقوط الحق باعتباره وسيلة طعن في الاعتراض لعدم استنفاد تلك الوسائل، فإنه من الواضح أنه ليس من السهل القبول بأي من هاتين العقبتين في سبيل تطبيق قاعدة عرفية. وعلى الرغم من ذلك، فإنه من الضروري الاعتراف بإمكانية وجودهما باعتبار اللغة التي صيغت بها نصوص الصكوك ذات الصلة والحيثيات والسياقات التي ترد فيه القضية المعنية. وبذلك يأتي الاستثناء المقترح من قاعدة سبل الانتصاف المحلية.

(١١٥) انظر المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٢٧ منه. انظر كذلك الرأي المخالف الذي أبداه القاضي كوردوفا Córdova في الصفحات ٤٦-٤٧. راجع الرأي المخالف الذي أبداه القاضي إيريتش Erich في قضية بانيفزي - سالدوتسكيس حيث أفاد: ”أنه قد يحدث أن تكون الدولة التي تقدم إليها مطالبة مستعدة لبحث أحقية المطالبة أو حتى عرضها على محكمة دولية، رغم أن هيئاتها القضائية أو الإدارية المختصة لم تصدر حكماً نهائياً بشأنها. وإذا ما بدا من خلال تصرف الحكومة في قضية معينة أنها تتنازل عن هذا الشرط وأنها، بهذا المعنى، مستعدة لإحالة المطالبة مباشرة إلى القضاء الدولي، فإنها لا تستطيع أن تتراجع عن هذا الموقف لاحقاً“. (انظر المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٥٢ منه).

(١١٦) وسائل الانتصاف المحلية، انظر المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٢٧٣ منه.

٣ - العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية (المادة ١٤ (ج) و (د))

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

(ج) إذا لم توجد علاقة اختيارية بين الفرد المضرور والدولة المدعى عليها؛

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

٦٥ - سينظر في الاستثناءين من قاعدة عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية الواردين في الفقرتين الفرعيتين (ج) و (د)، معاً لوجود صلة وثيقة بينهما. وبرغم وجود تأكيد لهاتين القاعدتين يحتاج المقرر الخاص شك في وجود مبرر لهما على أساس أن الاستثناءات الأخرى من قاعدة سبل الانتصاف المحلية أو من المبادئ العامة للقانون الدولي تكفل عادة استبعاد قاعدة سبل الانتصاف المحلية في الأحوال التي شملتها الفقرتان (ج) و (د). لهذا السبب ولغيره رفضت لجنة القانون الدولي إقرار هذه القاعدة في عام ١٩٧٧ عند نظرها في المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول (القراءة الأولى)^(١١٧). ومع ذلك تحتاج المسألة إلى دراسة متأنية. ولهذا السبب يطرح الاستثناءان الواردان في الفقرتين الفرعيتين (ج) و (د) بوصفهما قاعدتين محتملتين فيما لو اختارت اللجنة إقرار أحكام تتعلق بهذه المسألة. وقد عرضت الحجج المؤيدة لهاتين القاعدتين والمعارضة لهما من أجل تزويد اللجنة بصورة كاملة عن الوضع.

٦٦ - ويرى بعض الكتّاب أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا تنطبق عندما لا تكون هناك علاقة اختيارية بين الفرد المضرور والدولة المدعى عليها لأنه لا توجد صلة إقليمية بين الفرد والدولة المدعى عليها^(١١٨).

(١١٧) حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني) الصفحات ٤٣-٤٥ الفقرات ٣٨-٤٢.

(١١٨) انظر أوكونيل، المرجع الوارد في الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحة ٩٥ منه؛ ت. مبرون "مدى تأثير قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies" (١٩٥٩) 35 B.Y.I.L. الصفحة ٨٣؛ "اعتبارات معينة تتعلق بحماية الأفراد في القانون الدولي، C. Parry، (١٩٥٦ - ثانياً)، ٩٠ "مجموعة المحاضرات (Recueil des Cours)" الصفحة ١٩٠، الفقرة ٦٨٨؛ أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية، الحاشية ٤٠ أعلاه، ص ١٣٨، دوهرينج Doehring، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٣٩، إيسن Ipsen الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٣١٢، هيردجين Herdegen، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٦٦؛ مومري Mumery الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٣٧٤؛ أ.إ. هيد I. L. Head "نظرة جديدة إلى سبل الانتصاف المحلية A Fresh Look at the Local Remedies" (١٩٦٧) الحولية الكندية للقانون الدولي، الصفحة ١٤٣، الفقرة ١٥٣؛ خميناز دي أريشاغا "المسؤولية الدولية" المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٣ منه، للاطلاع على مرجع معارض انظر و. ك. جيك W. K. Geck "الحماية الدبلوماسية" في E. P. I. L. (١٩٩٢) المجلد الأول، الصفحة ١٠٤٥، الفقرة ١٠٥٦، ج. جاجا G. Gaja "L'Esaurimento dei picorsi interni nel diritto internazionale" (١٩٦٧) الصفحة ٨٧.

٦٧ - وتأيداً لهذا الرأي قيل إن كافة الحالات التي دعت الحاجة فيها إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية كانت هناك علاقة ما بين الشخص المضروب والدولة المدعى عليها، كأن يكون هناك وجود مادي اختياري، أو إقامة، أو امتلاك لعقار أو علاقة تعاقدية مع الدولة المدعى عليها. ولذا قال ميرون:

”برغم إمكانية وجود صياغات فضفاضة لقاعدة سبل الانتصاف المحلية، فإن الرجوع إلى السوابق يكشف عن وجود مجموعة أساسية من الحقائق المشتركة: ففي جميع الحالات أقام الشخص الأجنبي المضروب طوعاً، أو ربما اضطر لإقامة صلة ما، صراحة أو ضمناً، مع الدولة المطعون في إجراءاتها. ويمكن إقامة مثل هذه الصلة بعدة طرق ليس هناك داع لتعدادها هنا بأكملها. وتكفي الإشارة إلى بعض الأمثلة الأكثر شيوعاً. وهي تشمل حالة شخص أجنبي يقيم، سواء بشكل دائم أو مؤقت، في إقليم الدولة المدعى عليها أو يمارس نشاطاً تجارياً فيها أو يمتلك عقاراً فيها أو يقيم علاقة تعاقدية مع حكومة تلك الدولة. ويبدو في جميع الحالات المبلغ عنها والتي تتصل بقاعدة سبل الانتصاف المحلية والتي رئي فيها ضرورة منح فرصة للدولة التي تُنسب إليها ارتكاب فعل غير مشروع الفرصة لتصحيحه بالوسائل التي توفرها محاكمها الخاصة، أنه كانت هناك بالفعل علاقة من هذا النوع“^(١١٩).

٦٨ - ويصر مؤيدو هذا الرأي على أن طبيعة الحماية الدبلوماسية وقاعدة سبل الانتصاف المحلية شهدت تغيرات كبيرة في الآونة الأخيرة. وبرغم أن البدايات الأولى للحماية الدبلوماسية تمثلت في حالات تضرر فيها المواطن الأجنبي المقيم والذي يمارس نشاطاً في دولة أجنبية بسبب فعل اتخذته تلك الدولة ومن ثم كان من المتوقع منه أن يستنفد سبل الانتصاف المحلية وفقاً للفلسفة القائلة بأنه ”يتعين على المواطن المقيم في الخارج أن يتقبل عادة القوانين المحلية كما هي، بما في ذلك الوسائل المتاحة لمعالجة الفعل غير المشروع“^(١٢٠)، ويمكن أن يتضرر شخص ما اليوم نتيجة تصرف دولة أجنبية خارج إقليمها أو نتيجة تصرف ما داخل إقليمها في ظروف لا تربطه فيها صلة بذلك الإقليم. وتوجد أمثلة على ذلك في الضرر البيئي العابر للحدود (على سبيل المثال انفجار محطة تشرنوبل النووية بالقرب من كييف في الاتحاد السوفياتي، والذي امتدت آثاره الإشعاعية حتى اليابان والدول الاسكندنافية) وإسقاط إحدى الطائرات التي دخلت عن طريق الخطأ المجال الجوي لإحدى الدول. (كما تبين من الحادث

(١١٩) المرجع الوارد في الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ٩٤ منه.

(١٢٠) بورشار Borchard، الجوانب النظرية، المرجع الوارد في الحاشية ٧٧ أعلاه، الصفحة ٢٤٠ منه. انظر أيضاً بورشار، الحماية الدبلوماسية، المرجع الوارد في الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٨١٧ منه؛ ج. إغلغتون C. Eagleton، مسؤولية الدول في القانون الدولي (١٩٢٨)، الصفحة ٩٦.

الجوي الذي أسقطت فيه بلغاريا طائرة تابعة لشركة العال دخلت بطريق الخطأ مجالها الجوي) ويقول ميرون:

”إن توسيع نطاق قانون مسؤولية الدول سبب وجيه لإعادة النظر في الأساس الذي تقوم عليه قاعدة سبل الانتصاف المحلية ومداه. وليس من المنطقي بالتأكيد إحالة أفراد تضرروا بفعل دولة أجنبية خارج إقليمها إلى محاكم كشرط مسبق لرفع دعوى دولية من جانب الدولة التي ينتمي إليها الشخص المضرور؛ وذلك برغم عدم وجود علاقة حقيقية بين الشخص المضرور والدولة المدعى عليها“^(١٢١).

٦٩ - ويؤكد مؤيدو اتباع القاعدة التي تنص على وجود علاقة اختيارية وجود صلة إقليمية افتراض المجازفة التي يقدم عليها الشخص بوجوده في دولة أجنبية كأساس لقاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٢٢). فالشخص الأجنبي الذي يضع نفسه طوعا تحت الولاية القضائية للدولة المدعى عليها هو الذي يفترض فيه استفاد سبل الانتصاف المحلية.

٧٠ - ليس هناك مرجع موثوق يؤيد أو يرفض بجلاء اشتراط وجود علاقة اختيارية.

القرارات القضائية

٧١ - لا توفر القرارات القضائية توجيهها كافيا بشأن هذه المسألة.

٧٢ - ففي قضية أنرهاندل ذكرت محكمة العدل الدولية ما يلي:

”رئي من الضروري أن تتاح للدولة التي وقع فيها الانتهاك فرصة تصحيحه بوسائلها الخاصة“^(١٢٣).

تبدو هذه المقولة التي تتيح للدولة الإقليمية اشتراط استفاد سبل الانتصاف المحلية، أضعف من أن تتخذ أساسا يستند إليه كمبدأ، على نحو ما حاول أميراسينغ أن يفعل عندما قال إن المبدأ يؤيد الرأي القائل بأن الفعل غير المشروع يجب أن يقع في إقليم الدولة المخلة بواجبها، والذي يترتب عليه بالضرورة ”أن الشخص أو العقار يجب أن يوجد في الدولة المخلة

(١٢١) المرجع الوارد في الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ٩٨ منه.

(١٢٢) براونلي، المرجع الوارد في الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحة ٥٠١ منه، يشير براونلي مع ذلك إلى وجود فلسفة معارضة ”إذا كان الهدف الأساسي هو إيجاد نهج بديل وأيسر نسبيا عن اللجوء إلى إجراءات التقاضي أمام القضاء الدولي فلن ينطبق الشرط القاضي بوجود صلة“ (الموضع المذكور).

(١٢٣) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٢٧ منه، التوكيد مضاف.

بواجبها“^(١٢٤). فقد أعلنت محكمة التحكيم في قضية سالم “إنه من حيث المبدأ، يجب على الشخص الأجنبي أن يعترف بأن القوانين المطبقة في البلد الذي اختار الإقامة فيه يمكن أن تطبق أيضا عليه“^(١٢٥). ومرة أخرى، فإن هذه الصياغة الركيكة لقاعدة سبل الانتصاف المحلية لا توفر بالضرورة سنداً كافياً لقاعدة تشترط وجود علاقة اختيارية كشرط مسبق لتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية.

٧٣ - وقد أثير الموضوع في قضية القروض النرويجية^(١٢٦)، حيث ذكرت فرنسا في معرض الإشارة إلى أن المواطنين الفرنسيين الذين يملكون سندات نرويجية لكنهم يقيمون في فرنسا ليسوا ملزمين باستنفاد سبل الانتصاف المحلية في النرويج، ما يلي:

”يكن التفسير الوحيد لهذه القاعدة في اشتراط عدم تصعيد قضية الأجنبي الذي يدخل في نزاع مع الدولة التي اختار العيش تحت سيادتها إلى المستوى الدولي إلا بعد استنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية أولاً من أجل التوصل إلى تسوية“^(١٢٧).

ورداً على ذلك قالت النرويج إن الواقع العملي لا يؤيد الطرح الفرنسي واستندت في ذلك إلى قراري التحكيم في قضية السفن الفنلندية^(١٢٨) وقضية أمباتالوس^(١٢٩) اللتين طبقت فيهما سبل الانتصاف المحلية، برغم أن المدعين الأفراد لم تكن لهم إقامة في الدولة المدعى عليها. ولم تجد المحكمة داعاً للتطرق إلى مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية باعتبار أن القضية حسمت على أسس أخرى. والإشارة الوحيدة إلى آراء الطرفين بشأن هذه المسألة وردت على لسان القاضي ريد في رأي مخالف قال فيه “إن فرنسا لم تتمكن من تقديم أي حجة مقنعة. بل لقد كان الرجحان في الواقع للحجة المعاكسة“^(١٣٠).

٧٤ - لقد تجسد اشتراط وجود علاقة اختيارية بوضوح في الموقف الإسرائيلي في قضية الحادث الجوي، حيث طالبت إسرائيل بتعويض عن الخسائر التي لحقت بها من جراء إسقاط

(١٢٤) المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٤٥ منه.

(١٢٥) المرجع الوارد في الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ١٢٠٢ منه.

(١٢٦) المرجع الوارد في الحاشية ٤٤ أعلاه.

(١٢٧) قضية القروض النرويجية، ١٩٥٧، مرافعات محكمة العدل الدولية، I. C. J. Pleadings، المجلد الأول، الصفحة ٤٠٨ (الاقتباس وارد في التقرير السادس المقدم من ر. آغو R. Ago، الحاشية ٧٥ أعلاه، الصفحة ٣٨، الفقرة ٩٨) التوكيد مضاف.

(١٢٨) المرجع الوارد في الحاشية ١٣ أعلاه.

(١٢٩) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه.

(١٣٠) المرجع الوارد في الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ٩٧ منه.

طائرة مدنية إسرائيلية كانت قد دخلت المجال الجوي البلغاري على سبيل الخطأ. وفيما يلي رأي شابتاي روزان بالنيابة عن إسرائيل:

”يتعين، قبل تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية، وجود علاقة اختيارية بين الشخص المضرور والدولة المطعون في أفعالها. وأؤكد أن كافة السوابق تبين أن القاعدة تنطبق فقط، عندما يقيم الشخص الأجنبي، المضرور أو يسعى إلى إقامة صلة اختيارية، واعية، ومتعمدة بينه وبين الدولة الأجنبية المطعون في أفعالها. وتعلق السوابق عادة بقضايا وجدت فيها صلة من هذا النوع، على سبيل المثال، بسبب الإقامة في تلك الدولة أو القيام بأنشطة تجارية فيها أو ملكية عقار فيها – وأعتقد أن هذه الأمور تشمل معظم الحالات – أو لوجود شكل من أشكال التعاقد مع حكومة تلك الدولة، مثل الحالات التي تشمل حاملي السندات الأجنبية أو حالات أخرى“^(١٣١).

وقد اعترضت بلغاريا على وجهة النظر الإسرائيلية^(١٣٢). ومرة أخرى لم تتخذ المحكمة قرارا في هذا الصدد^(١٣٣).

٧٥ - وفي قضية Trail Smelter^(١٣٤) التي شملت تلوثا عابرا للحدود لم تكن هناك علاقة اختيارية أو صلة إقليمية، ولم يكن هناك إصرار من جانب كندا على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. هذه القضية وغيرها^(١٣٥) التي لم يتم اللجوء فيها إلى سبل الانتصاف المحلية عندما لم تتوفر علاقة اختيارية فُسرت على أنها تدعم اشتراط الامتثال الطوعي للولاية القضائية كشرط مسبق لتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٣٦) وإن كان عدم الإصرار على تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في تلك القضايا يمكن أن يعزى إلى اعتبارات أخرى. حيث يمكن تفسير قضية (Trail Smelter) على سبيل المثال باعتبارها مثالا على الضرر المباشر الذي تنتفي الحاجة معه لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو على أساس أن اتفاق التحكيم محل النزاع لا يشترط استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٣١) المرافعات الشفهية لإسرائيل في قضية الحادث الجوي (إسرائيل ضد بلغاريا) المرجع الوارد في الحاشية ١١١ أعلاه، الصفحتان ٥٣١-٥٣٢. التوكيد مضاف، انظر أيضا الصفحة ٥٩٠، من المرجع نفسه.

(١٣٢) المرجع نفسه، الصفحة ٥٦٥.

(١٣٣) ١٩٥٩ تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ١٢٧.

(١٣٤) (١٩٣٥) تقارير الأمم المتحدة عن أحكام التحكيم الدولي (الثالثة)، الصفحة ١٩٠٥. 3 U. N. R. I. A. A.

(١٣٥) قضية فيرجينيوس Virginius Case، أوردها جي. بي. مور، J. B. Moore، مجموعة القانون الدولي A Digest of International Law (١٩٠٦)، المجلد الثاني، الصفحة ٨٩٥، الفقرة ٩٠٣؛ قضية جيسي Jessie، وردت في (١٩٢٢) ١٦ A. J. I. L.، الصفحات ١١٤-١١٦.

(١٣٦) لو (Law)، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ١٠٤ منه، ميرون، المرجع الوارد في الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ٩٨ منه، الحاشية ٢.

٧٦ - ويرى معارضو الشرط القاضي بوجود علاقة اختيارية/صلة إقليمية أن المحاكم وافقت على الحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في قضايا من قبيل السفن الفنلندية^(١٣٧) وامباتيلوس^(١٣٨) والكترونيكا سيكولا^(١٣٩) حينما لم تتوفر صلة وثيقة بين المواطن المضروب والدولة المدعى عليها. لكن هذه الحجة مضللة نظرا لوجود صلة ما بالدولة المدعى عليها في القضايا الثلاث - سواء في شكل علاقة تعاقدية (امباتيلوس والكترونيكا سيكولا) أو وجود مادي (السفن الفنلندية). أما مؤيدو الشرط القاضي بوجود علاقة اختيارية فلا يساوون بين هذه العلاقة والإقامة ومن ثم فقد سلموا بوجود صلة كافية في القضايا المذكورة آنفا بين المواطن المضروب والدولة المدعى عليها بالقدر الذي يكفل تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٤٠). وإذا كانت الإقامة شرطا فستنتفي إمكانية تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في القضايا التي تشمل مصادرة العقارات المملوكة لأجانب والصفقات التعاقدية التي يكون فيها الأجنبي غير مقيم. والآن لم يعد هناك كاتب واحد جاد يؤيد هذا الموقف.

ممارسات الدول

٧٧ - تتسم ممارسات الدول أيضا بعدم الوضوح. ففي الممارسات البريطانية القديمة كان هناك تأكيد على أن الأجنبي الذي يلحق به ضرر في أعالي البحار، نتيجة لاحتجاز سفينته أو مصادرتها، ينبغي استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الدولة التي قامت بالحجز والمصادرة^(١٤١). ويشك أميراسينغ، وهو محق في ذلك، في إمكانية الاعتراف بهذه الممارسات في يومنا هذا^(١٤٢). ومن المؤكد أنه لا توجد أي إشارة في قواعد الممارسات البريطانية الحديثة^(١٤٣) لهذه الممارسات أو أي اشتراطات بوجود علاقة اختيارية.

٧٨ - واختلفت ممارسات الولايات المتحدة في البداية اختلافاً بيناً. ففي عام ١٨٣٤ ذكر وزير الخارجية ماكلين أن سبل الانتصاف المحلية يجب أن تستنفد من قبل المواطنين الأمريكيين المقيمين في الدولة

(١٣٧) المرجع الوارد في الحاشية ١٣ أعلاه.

(١٣٨) المرجع الوارد في الحاشية ١٤ أعلاه.

(١٣٩) المرجع الوارد في الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحة ٤٢ الفقرة ٥٠.

(١٤٠) انظر ميرون، المرجع الوارد في الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحتان ٩٩-١٠٠ منه؛ أميراسينغ، المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٤٤ منه.

(١٤١) ماكبير، خيارات القانون الدولي (١٩٥٦) الصفحة ٣٠٢.

(١٤٢) المرجع الوارد في الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٤٣ منه.

(١٤٣) انظر واربريك Warbrick، المرجع الوارد في الحاشية ١٦ أعلاه.

”التي تُنتهك فيها حقوقهم وامتلوا طواعية لقوانينها. بمجرد دخولهم إلى نطاق سريانها والتي يجب أن يوافقوا على الإذعان لها“^(١٤٤).

ومن غير الواضح ما إذا كانت الولايات المتحدة لا تزال متمسكة بموقفها هذا. وقد أغفلت مجموعة القوانين الخاصة بالعلاقات الخارجية في الولايات المتحدة (الطبعة الثالثة) ذكر الحاجة إلى وجود علاقة اختيارية كشرط مسبق لقاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٤٥).

٧٩ - وتشير الممارسات الحديثة للدول إلى أن الدولة المسؤولة عن إسقاط طائرة أجنبية ولو على سبيل الخطأ ليست بحاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية كشرط مسبق لأي مطالبات بالتعويضات تتقدم بها أسر الضحايا. فالصين لم تشترط استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل أن تدفع تعويضات لضحايا الطائرة التابعة لشركة بريتش كاتي والتي أسقطتها في عام ١٩٦٠^(١٤٦). وكذلك فعلت الولايات المتحدة الأمريكية عندما عرضت دفع أموال على سبيل الهبة للمواطنين الإيرانيين عقب إسقاط طائرة ركاب إيرانية أطلقت عليها قذائف أمريكية فوق إيران^(١٤٧). ولم تشر الهند مؤخرًا إلى مسألة استنفاد سبل الانتصاف المحلية كشكل من أشكال الاعتراض المبدئي على طلب التعويضات الذي تقدمت به باكستان عن الخسائر التي نجمت عن تدمير الهند لطائرة باكستانية^(١٤٨).

٨٠ - وينسحب الأمر نفسه فيما يبدو على الأضرار البيئية العابرة للحدود. فقد تنازلت كندا عن اشتراط استنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما وافقت على دفع تعويضات للمواطنين الأمريكيين الذين عانوا من جراء تشييد سد غوت^(١٤٩). وتؤيد هذا الرأي أيضا اتفاقية عام

(١٤٤) مور، Digest، المرجع الوارد في الحاشية ١٣٥ أعلاه، المجلد السادس، الفقرة ٦٥٨.

(١٤٥) مجموعة القوانين (الطبعة الثالثة) Restatement، المرجع الوارد في الحاشية ١٦ أعلاه، الجزء الثاني، الصفحة ٣٤٨، الفقرة ٩٠٢ التعليق (ك)؛ الصفحة ٢١٩، الفقرة ٧١٣، التعليق (و)، الصفحتان ٢٢٥-٢٢٦، الفقرة ٧١٣، حاشية المقرر رقم (٥).

(١٤٦) وصف هذا الحادث في مقال ”لو Law“، المرجع الوارد في الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ١٠٤ منه.

(١٤٧) انظر الحادث الجوي الذي وقع في ٣ تموز/يوليه ١٩٨٨ (إيران ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، مرافعات محكمة العدل الدولية، اعتراضات أولية قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية، الجزء الأول، الفصل الثالث، القسم الأول، الصفحات ٤٤-٤٨.

(١٤٨) الحادث الجوي الذي وقع في ١٠ آب/أغسطس ١٩٩٩ (باكستان ضد الهند) اختصاص المحكمة (٢٠٠٠) ٣٩ النصوص القانونية الدولية، الصفحة ١١١٦.

(١٤٩) انظر اتفاق التحكيم بشأن بحيرة أونتاريو (سد غوت) بين الولايات المتحدة وكندا، المرجع الوارد في الحاشية ٨٢ أعلاه، تقرير مندوب الولايات المتحدة أمام محكمة تعويضات بحيرة أونتاريو، أعيد إصدارها في (١٩٦٩)، العدد ٨ من ”النصوص القانونية الدولية“ الصفحة ١١٨. ويمكن تفسير الموقف الكندي من إعلان المحاكم الكندية عدم اختصاصها للنظر في القضايا ذات الصلة. اتفاق التحكيم بشأن بحيرة أونتاريو (سد غوت) بين الولايات المتحدة وكندا، الصفحة ٤٧٥.

١٩٧٢ المتعلقة بالمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية حيث نصت المادة الحادية عشرة منها على ما يلي:

”١ - لا يشترط لجواز تقديم مطالبة إلى الدولة المطلقة بالتعويض عن أضرار بموجب هذه الاتفاقية سبق استنفاد سبل الانتصاف المحلية التي تكون متاحة للدولة المطالبة أو للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين تمثلهم.

”٢ - ليس في هذه الاتفاقية ما يمنع أية دولة، أو أي أشخاص طبيعيين أو معنويين تمثلهم، من رفع الدعوى لدى المحاكم القضائية للدولة المطلقة أو لدى محاكمها أو هيئاتها الإدارية. بيد أنه لا يحق لأية دولة أن تقدم، بموجب هذه الاتفاقية أو بموجب أي اتفاق دولي آخر ملزم للدول المعنية، مطالبة بالتعويض عن أضرار رفعت بشأنها دعوى لدى المحاكم القضائية للدولة المطلقة أو لدى محاكمها أو هيئاتها الإدارية“^(١٥٠).

وقد ساق الكتاب حججا مقنعة على أن توسيع نطاق قانون مسؤولية الدولة ليشمل الأضرار البيئية العابرة للحدود يحتاج إلى إعادة نظر من ناحية إمكانية تطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية^(١٥١).

(١٥٠) (١٩٧٥) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، العددان ٩٦١ و ١٨٧ نص الاتفاقية منشور في الصفحتين ١٩١-١٩٢، (١٩٧١) العدد ١٠ من ”النصوص القانونية الدولية“ الصفحة ٩٦٥، استعانت كندا بهذه الاتفاقية عندما تحطم قمر صناعي سوفياتي يعمل بواسطة محرك نووي صغير فوق كندا وسقط في إقليمها الشمالي الغربي. ووافق الاتحاد السوفياتي على دفع تعويض قدره ٣ ملايين دولار كندي لكندا؛ (١٩٧٩) العدد ١٨ من (النصوص القانونية الدولية) الصفحة ٨٩٩؛ (١٩٨١) العدد ٢٠ من ”النصوص القانونية الدولية“، الصفحة ٦٨٩. وفي هذه القضية قدمت كندا طلبا مباشرا للحصول على تعويض نظرا لعدم تعرض المواطنين الكنديين والممتلكات الخاصة للضرر.

(١٥١) وفقا لما ذكره ك. ب. هوفمان K. B. Hoffman، ورغم عدم الاعتراف ”بنظرية العلاقة كمبدأ من مبادئ القانون الدولي، فهي تكتسب تأييدا وتعد بمثابة تطور مهم في قانون مسؤولية الدولة حيث اتسع نطاق تطبيق القانون ليشمل المسائل البيئية“. ”مسؤولية الدولة في القانون الدولي والأضرار الناجمة عن التلوث عبر الحدود. (١٩٧٦)، ٢٥ I.C.L.Q. الصفحة ٥٠٩، الفقرة ٥٤٠. انظر أيضا ر. ج. م. لوفير R. J. M. Lefebvre، ”التداخل البيئي عبر الحدود وأصل مسؤولية الدولة“ (١٩٩٦) الصفحتان ١٢٣، ١٥٤، ب. ن. أوكوا P. N. Okowa، ”مسؤولية الدولة عن التلوث الجوي عبر الحدود في القانون الدولي (٢٠٠٠)، الصفحة ٢١٩؛ خيمينيز دو أريشاغا، General Course، المرجع الوارد في الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٦؛ أو. شاحتر O. Schachter، (القانون الدولي بين النظرية والتطبيق) (١٩٨٢ - خامسا) ١٤٨ ”مجموعة المحاضرات“ Recueil des Cours الصفحة ٩، الفقرة ٢٠٣، انظر أيضا جي. باربوزا Barboza، التقرير السادس المتعلق بالمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي. الوثيقة A/CN.4/428 و Add.1، حولية عام ١٩٩٠، المجلد الثاني (الجزء الأول) الصفحة ٨٣، الفقرة ١٠٩ (المادة ٢٨) انظر أيضا تقرير الفريق العامل التابع للجنة القانون الدولي عن هذه المسألة في حولية عام ١٩٧٨، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ١٥٠، الفقرة ١٥ في الصفحة ١٥١.

مقترحات التدوين

٨١ - تركّز اهتمام مقترحات التدوين الأولى على شرح المبادئ المتعلقة بمسؤولية الدولة عن الأضرار الواقعة "في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم" (١٥٢). ومن ثم فإن مسألة المسؤولية في حالة وجود الشخص الأجنبي خارج إقليم الدولة المدعى عليها لم تحظ بالاهتمام. ولا يكتفي مشروع اتفاقية هارفارد لسنة ١٩٦٠ بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم بعدم إيراد شرط العلاقة الإقليمية الاختيارية في المادة ذات الصلة (المادة ١٩)، بل إنه يورد تعليقا ينص صراحة على أن مشروع الاتفاقية

"لم يتبنَّ وجهة النظر القائلة بأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية ينبغي التخلي عنه عندما يسبب هذا الاشتراط مشقة للمدعي ... وقد يشكل اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية عبئا عندما لا تتوفر للأجنبي المضروب علاقة حقيقية للدولة المسؤولة عن الضرر، كما في حالة كون الأجنبي مجرد عابر لأراضي الدولة المعنية. وإذا ما أراد ذلك الشخص أن يستخدم سبل الانتصاف المحلية استخداما فعالا، فقد يتعين عليه أن يسافر لمسافات طويلة من مكان إقامته إلى الدولة التي وقع فيها الضرر. وعلى الرغم من أن مثل هذا الاستثناء من القاعدة المعتادة قد يكون مستصوبا، فإنه لا يجزى دعما في الحالات التي تم اتخاذ قرارات بشأنها" (١٥٣).

٨٢ - وقد نظرت لجنة القانون الدولي في هذه المسألة عندما اعتمدت المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة في القراءة الأولى (١٥٤). وبقيامها بذلك، فإن اللجنة رفضت الأخذ بالمقترح القائل بأن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ينبغي عدم التقيد بها في غياب صلة إقليمية أو علاقة اختيارية (١٥٥)، وقررت أنه نظرا لعدم نص ممارسات الدول أو القرارات القضائية على

(١٥٢) انظر مشروع الاتفاقية الذي أعدته اللجنة التحضيرية لمؤتمر التدوين بلاهاي لسنة ١٩٣٠ المعنون "مسؤولية الدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم"، ومشروع اتفاقية هارفارد لسنة ١٩٢٩ الذي يحمل نفس العنوان، وف. ف. غارسيا أمدادور، التقرير الثاني عن مسؤولية الدولة عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم، حولية عام ١٩٥٧، المجلد الثاني، الصفحة ١٠٤، الوثيقة A/CN.4/106.

(١٥٣) انظر تعليق سوهن وباكستر Sohn and Baxter المقتبس في وايتمان Whiteman، الحاشية ٦٠ أعلاه، المجلد الأول، الصفحة ٧٩٤.

(١٥٤) حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحات ٤٣-٤٥، الفقرات ٣٨-٤٢.

(١٥٥) المرجع نفسه، الفقرة ٤٠.

”أي بيانات صريحة بخصوص المواقف المتعلقة بانطباق أو عدم انطباق شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية على الحالات التي يكون فيها الضرر الملحق بالأجانب أو ممتلكاتهم يعود إلى أسباب وقعت خارج إقليم الدولة“^(١٥٦)،

فإنه من الأفضل في ضوء ذلك

”ترك مشكلة انطباق مبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحلية على حالات الأضرار التي تتسبب فيها الدولة للأجانب خارج أراضيها، وعلى الحالات المماثلة، لما توفره ممارسات الدول من حلول وفقاً لأفضل المعايير المتاحة“^(١٥٧).

الاستنتاج

٨٣ - لم تعالج القرارات القضائية وممارسات الدول حتى الآن معالجة كافية مسألة انطباق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في غياب علاقة اختيارية أو صلة إقليمية. ومن الجلي وجود مبررات جوهرية للحجج التي يسوقها المدافعون عن تبني مثل هذا الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وليس من المعقول أو العملي، كما أنه ليس من الإنصاف اشتراط أن يقوم الشخص الأجنبي المضرور باستنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالات المشقة من النوع التالي:

(أ) الأضرار الناجمة عن التلوث، أو الغبار الذري المتساقط، أو الأجسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان، في ظل القانون المتعلق بالقضايا البيئية العابرة للحدود؛

(ب) إسقاط طائرة خارج إقليم الدولة المدعى عليها أو إسقاط طائرة دخلت مجاها الجوي خطأ؛

(ج) قتل مواطن من مواطني الدولة ”ألف“ على يد جندي تابع للدولة ”باء“، موجود في أراضي الدولة ”ألف“؛

(د) قيام عملاء يعملون لصالح الدولة المدعى عليها باختطاف مواطن أجنبي عبر الحدود الوطنية، سواء أتم ذلك من دولة موطنه أو من دولة ثالثة.

وتتمثل المسألة التي يجب علاجها فيما إذا كانت الحالات التي هي من هذا النوع تتطلب قاعدة خاصة تعفيها من طائلة قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو أنها مشمولة بالقواعد أو المبادئ العامة الحالية للقانون الدولي.

(١٥٦) المرجع نفسه، الفقرة ٣٨.

(١٥٧) المرجع نفسه، الفقرة ٤٠.

٨٤ - وقبل معالجة هذه المسألة، يجب التأكيد أنه يوجد في الكثير من هذه الحالات ضرر مباشر واقع على الدولة التي ينتمي إليها الفرد المضرور، فضلا عن الضرر الواقع على الفرد نفسه. وإذا ما اتبعت قاعدة الرجحان المقترحة في مشروع المادة ١١، فإن استنفاد سبل الانتصاف المحلية لن ينطبق في العديد من هذه الحالات. وسيحدد الضرر الواقع جراء أسباب بيئية تتعدى الحدود الوطنية باعتباره في معظم الحالات ضررا مباشرا، كما يتضح من قضية *Trial Smelter*^(١٥٨). وسيحدد أيضا بهذه الصفة إسقاط طائرة أجنبية؛ كما تبين من الحجج المقنعة التي ساقتها إسرائيل في الحادث الجوي بين إسرائيل وبلغاريا^(١٥٩). وتشكل حالات الاختطاف أيضا ضررا مباشرا للدولة التي وقع فيها الاختطاف إذ أن في ذلك انتهاكا لسيادتها الإقليمية.

٨٥ - وفي الحالات التي تحبذ فيها الدولة المدعية عدم التقدم بمطالبة مباشرة، أو يكون فيها الضرر الملحق بالمواطن يرجح الضرر الملحق بالدولة، يبدو أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا تنطبق في معظم الأحيان لعدم توفر سبل انتصاف، أو عدم فعاليتها، في الدولة المدعى عليها، أو أن هذه السبل عديمة الجدوى. ولهذا السبب بوجه عام، رفضت لجنة القانون الدولي اعتماد قاعدة خاصة بشأن العلاقة الاختيارية^(١٦٠). وتعرض جوليان كوكوت

(١٥٨) انظر الحاشية ١٣٤ أعلاه.

(١٥٩) يشرح ميرون شرحا واضحا الحجج التي ساقتها إسرائيل، انظر الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحات ٩٢-٩٤ من النص الانكليزي.

(١٦٠) حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني، (الجزء الثاني)، الصفحة ٥ والفقرة ٣٩ في الصفحة ٤٤، يقدم روبرتو آغو شرحا مستفيضا لهذا الموضوع في تقريره السادس عن مسؤولية الدولة (انظر الحاشية ٧٥ أعلاه، الصفحة ٣٩، الفقرة ١٠٠):

”يبدو لنا أنه من الأكثر اتساقا مع سبب وجود مبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ومع المنطق الكامن وراء ذلك المبدأ، النص، بصيغة توضع فيما بعد، على أنه لا ينبغي اشتراط تعاون الأفراد في جميع الحالات للشروع في آلية تمكن الدولة، بانتهاج مسار جديد، من حبر وضع لا يتفق مع النتائج المتطلبة منها دوليا، والذي حدث بسبب مسلكها الأصلي. وينطبق مثل هذا الحكم، على سبيل المثال، في حالة الضرر الواقع على شخص أجنبي أحضر إلى إقليم الدولة، أو نُقل عبره جوا أو برا، ضد رغبته. وقد يتضح في واقع الأمر أن الأعباء التي ستقع لولا ذلك على كاهل الشخص المعني ستكون مرهقة إلى حد لا يمكن تبريره. ومع ذلك، وحتى دون النص صراحة على استثناء قد يمس سلامة المبادئ، أليس في الإمكان النظر إلى هذه الحالات القليلة ذات الطبيعة القصوى باعتبارها مشمولة بالاشتراط العام بأنه ينبغي لسبل الانتصاف المحلية أن تكون فعالة، مع الفهم بأن هذا الاشتراط ينطوي على شرط آخر مفاده أن هذه السبل ينبغي أن تكون ممكنة الاستخدام أيضا بصفة فعالة، في الحالات المقدمة من الأفراد المعنيين“ (أضيف التوكيد الأول؛ أما التوكيد الثاني فهو أصلي).

وجهة نظر مشاهمة في تقريرها لسنة ٢٠٠٠ المقدم إلى لجنة رابطة القانون الدولي المعنية بالحماية الدبلوماسية للأشخاص والممتلكات^(١٦١).

٨٦ - ويرفض خميناز دي أريشاغا الاقتراح بأن اشتراط وجود سبيل انتصاف فعالة قد يمكن بمقتضاه التغلب على مسألة المشقة، أو الحيف في مثل هذه الحالات، بقوله إن:

”من الجائز مع ذلك أن يجد الشخص الذي ألحق به الضرر في إقليم دولته على يد جندي ينتمي لدولة أخرى أو بسبب جسم فضائي، سبيل انتصاف فعالة في دولة أخرى: ولكن اشتراط أن يحاول ذلك الشخص اللجوء إلى هذه السبل في دولة أجنبية لا يتسم بالإنصاف، وهو مدعاة لإلحاق مشقة لا مسوغ لها بالشخص المعني. ويبين ذلك أن فعالية سبل الانتصاف ليست سببا كافيا لجعلها إلزامية أو لاستبعادها. ويمكن أن يكون الحل الأفضل لهذه الحالات هو في جعل استخدام سبل الانتصاف المحلية أمرا اختياريا، بدلا من أن يكون إلزاميا، ويترك الاختيار للشخص المضروب نفسه“^(١٦٢).

٨٧ - ويوجد مبدأ عام من مبادئ القانون يجعل قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية غير منطبقة في هذه الحالات، وهو المبدأ الذي ينص على أن ما بُني على فاسد فهو فاسد. ويلاحظ ميرون في هذا الصدد ما يلي:

(١٦١) استنفاد سبل الانتصاف المحلية، انظر الحاشية ٣١ أعلاه الصفحتان ٦١٤-٦١٥، انظر أيضا غيك Geck، الحاشية ١١٨ أعلاه.

(١٦٢) انظر الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٦ General Course، وانظر أيضا شاختر Schachter، الحاشية ١٥١ أعلاه، الصفحة ٢٠٣؛ ”لو Law“، وانظر الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ١٠٤؛ ليفير Lefebvre، انظر الحاشية ١٥١ أعلاه، الصفحتان ١٢٣ و ١٥٤. وقد دعم هذا النهج، ضمن جهات أخرى، في سنة ١٩٧٨، الفريق العامل التابع للجنة القانون الدولي المعني بالمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، وقد عبّر الفريق عن ذلك كما يلي:

”لعله من الجدير بالملاحظة أن الالتزامات من النوع الذي هو قيد النظر تختلف عن تلك التي تتحملها الدولة حيال الأجانب الذين اختاروا أن يقيموا داخل إقليم تلك الدولة، أو أن تكون لهم ممتلكات فيه. وفي الحالات التي تقع داخل نطاق هذا الموضوع، لا يتوفر افتراض بوجود رغبة بقبول الأخطار أو الآثار الضارة لكونها مقبولة داخل إقليم الدولة أو في نطاق سيطرتها، حيث نشأت تلك المخاطر أو النتائج الضارة. ولا يوجد أيضا اشتراط بالتماس سبيل انتصاف فعالة يتيحها القانون المحلي - ما لم يوجد فعلا نظام مطبق، تقبل به الدول المعنية، يفرض مثل هذا الاشتراط“

(انظر الحاشية ١٥١ أعلاه، الصفحة ١٥١، الفقرة ١٥)، انظر أيضا المبادئ التوجيهية المتعلقة بالمسؤولية والتبعة عن تلوث المياه العابرة للحدود، الوثيقة E/ENVWA/R.45، الفقرة ٢٢ الصادرة عن اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة.

”وفقا للمبادئ العامة للقانون، فإنه سيكون أمرا بالغ الغرابة حقا أن يُسمح لدولة تدخلت بشكل غير قانوني في شأن يخص شخصا أجنبيا ليس له - باستثناء ذلك التدخل - علاقة بها، أن تجني فائدة من نتائج تصرفاتها غير القانونية“^(١٦٣).

٨٨ - وقد تحول القواعد المتعلقة بالولاية القضائية أيضا دون تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالات المشقة المشار إليها أعلاه. وعلى الرغم من أن الدولة تمتلك ولاية قضائية واسعة تمتد خارج نطاق حدودها، فإنه توجد ظروف يشكل فيها ممارسة الولاية القضائية إساءة لاستعمال ذلك الحق أو تجاوزا له، مما يجعل القاعدة غير منطبقة. ويؤكد ذلك د. ب. أوكونيل في قوله:

”يمكن توضيح هذه النقطة بشكل أفضل من خلال التأكيد على أن المسألة موضع المحاكمة في حال وقوع الضرر خارج حدود الدولة، تتمثل في ارتكاب الدولة أو عدم ارتكابها لفعل يتجاوز ولايتها القضائية، وهذه مسألة من مسائل القانون الدولي يحسن تركها لمحكمة دولية، في حين أن المسألة موضع المحاكمة في حال وقوع الضرر داخل أراضي الدولة تتمثل في طبيعة الضرر الواقع، وفي ما إذا وقع في حقيقة الأمر فعل غير مشروع يتطلب القانون الدولي من القانون المحلي جبره. وبعبارة أخرى، فإنه في حالة الضرر الواقع خارج أراضي الدولة، فإن المسألة المعروضة أمام محكمة دولية هي ما إذا كانت الدولة، بحكم تصرفاتها، قد انتهكت القانون الدولي، أما في حالة الضرر الواقع داخل أراضي الدولة، فإن المسألة تتمثل فيما إذا كانت الدولة قد تسببت في ذلك من خلال إخفاقها في جبر الضرر. ويمكن الفرق بين الحالتين في أن الواقعة في إحدهما حدثت خارج الولاية القضائية للمحاكم البلدية، ومن ثم لا تملك هذه المحاكم الأهلية لتجميع الدلائل والشروع في المقاضاة“^(١٦٤).

٨٩ - ومن الواضح ضرورة إيلاء اهتمام خاص لمسألة انطباق قواعد استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي لا توجد فيها علاقة اختيارية أو صلة إقليمية بين الأجنبي المضرور والدولة المدعى عليها. وليس من الواضح ما إذا كانت هناك حاجة لإدخال استثناء

(١٦٣) انظر الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ٩٦ من النص الانكليزي. وبنفس المعنى، انظر خميناز دي أريشاغا، General Course، الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٦؛ و هيد Head، الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ١٥٣؛ وأميراسنغ، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ١٤٦.

(١٦٤) أوكونيل، انظر الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد الثاني، الصفحة ٩٥١. يوجد التوكيد في الأصل. انظر أيضا هاردغن، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحتان ٦٦-٦٧، وقضية انترهاندل، انظر الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ٢٧؛ وأميراسنغ، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ١٤٤-١٤٥. للاطلاع على رأي مخالف، انظر R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law" (1967-II), 121 Recueil des Cours p. 325 at p. 485.

خاص في مشاريع المواد الحالية. ويمكن أن تغطي الاستثناءات الحالية من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية معظم "حالات المشقة" المبينة في الفقرة ٧٥، بيد أن اللجنة قد تقرر وجود حاجة إلى النص على توفير الحماية بشكل أقوى وأكثر تحديداً. ويتمثل الاستنتاج المبدئي للمقرر الخاص في أن مثل هذا النص ليس ضرورياً، لكنه لن يعارضه بالتأكيد إذا ما قررت اللجنة الحاجة إليه.

٤ - التأخير غير المسوغ (المادة ١٤ هـ))

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

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

٩٠ - إن إمكانية الاستغناء عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي تكون فيها الدولة المدعى عليها مسؤولة عن وقوع تأخير غير مسوغ في توفير سبل انتصاف محلية أمر تؤكد محاولات التدوين، وصكوك حقوق الإنسان والممارسات المتعلقة بها، والقرارات القضائية، وآراء المختصين.

التدوين

٩١ - يحتوي أساس المناقشة الذي اقترحه اللجنة التحضيرية للمؤتمر المعني بالتدوين لعام ١٩٣٠ قاعدة في "أساس المناقشة رقم ٢٧" تتعلق باستنفاد سبل الانتصاف المحلية. ووفقاً لذلك المقترح، فإن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا تمنع تطبيق أساس المناقشة رقم ٥، الذي ينص، في جملة أمور، على ما يلي:

"تتحمل الدولة مسؤولية الضرر الواقع على شخص أجنبي نتيجة:

..."

"٣ - وقوع تأخير مفرط من طرف المحاكم" (١٦٥).

٩٢ - وقد اقترحت اللجنة الثالثة لمؤتمر لاهاي لعام ١٩٣٠ المعني بالتدوين حكماً مشابهاً. وتنص هذه القاعدة على الإعفاء من الامتثال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالات الحرمان من العدالة، وأوردت القاعدة مثالا على ذلك "وقوع حالات تأخير

(١٦٥) مستنسخ في غارسيا أمادور، التقرير الأول، انظر الحاشية ١٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٣. التوكيد مضاف.

... لا مبرر لها، مما يعني ضمناً رفض إقامة العدل^(١٦٦). وحدد النص النهائي للاتفاقية المعتمد في المؤتمر مسؤولية الدولة، بدون اشتراط استنفاد سبل الانتصاف المحلية، عن الحرمان من العدالة، بما في ذلك "وقوع تأخير لا مبرر له"^(١٦٧).

٩٣ - واعتبر المؤتمر الدولي السابع للبلدان الأمريكية، المعقود في سنة ١٩٣٣ في مونتيفيديو، وقوع "تأخر غير مسوغ" استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ولكنه ذكر أن ذلك ينبغي أن "يفسر بشكل ضيق، أي أن يكون ذلك لصالح سيادة الدولة التي قد يكون الخلاف نجم فيها"^(١٦٨).

٩٤ - وورد المقترح الحالي في مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم، لسنة ١٩٦٠، الذي أعده معهد هارفرد للبحوث المتعلقة بالقانون الدولي:

"تعتبر سبل الانتصاف المحلية غير متوفرة لأغراض هذه الاتفاقية:
..."

"(ج) إذا لم يكن متاحاً سوى سبل انتصاف بالغة البطء، أو إذا ما وقع تأخير في إقامة العدل لا مسوغ له"^(١٦٩).

٩٥ - ولم يدرج غارسيا أمادور التأخير غير المسوغ باعتباره استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، حتى في سياق الحرمان من العدالة^(١٧٠). ويقر روبرتو آغو بأن التأخير غير المسوغ قد يفضي إلى الاستنتاج بعدم فعالية سبل الانتصاف المحلية^(١٧١)، ولكنه لم يقترح أن ذلك يشكل استثناء خاصاً من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في المادة ٢٢. وفي تقريرها عن "استنفاد سبل الانتصاف المحلية" المقدم إلى لجنة رابطة القانون الدولي المعنية بالحماية الدبلوماسية للأشخاص والممتلكات، تعتبر جولييان كوكوت بالمثل "الإجراءات

(١٦٦) المرجع نفسه، في صفحة ٢٢٥. انظر المادة ٩ (٢).

(١٦٧) المادة ٩. وتقرن هذه المادة بالمواد ٧، و ٨، و ١٠ إلى ١٢، التي تشترط جميعها استنفاد سبل الانتصاف المحلية، كشرط مسبق لتحديد مسؤولية الدولة.

(١٦٨) مستنسخ في غارسيا أمادور، التقرير الأول، الحاشية ١٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٦.

(١٦٩) المادة ١٩ (٢). مستنسخة في سوهن وباكستر، الحاشية ٦٦ أعلاه، الصفحة ٥٧٧.

(١٧٠) انظر غارسيا أمادور، التقرير السادس، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحتان ٤٦-٤٧، والصفحة ٤٨، المادتان ٣ و ١٨ (٢).

(١٧١) حولية عام ١٩٧٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، الصفحة ٤٨، الفقرة ٥٠، الحاشية ٢٠٤.

المطولة بلا مبرر“ استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ولكنها لا تقترح حكماً مستقلاً بشأن هذا الاستثناء في مشاريع المواد التي اقترحتها^(١٧٢).

صكوك حقوق الإنسان والممارسات المتعلقة بها

٩٦ - تشير عدة اتفاقيات متعلقة بحقوق الإنسان صراحة إلى استبعاد الحاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما يكون تطبيقها قد استغرق وقتاً طويلاً بلا مبرر^(١٧٣). ويُقرّ فقه هيئات الرصد المنشأة بموجب هذه الاتفاقيات هذا الاستثناء^(١٧٤).

القرارات القضائية

٩٧ - تمنح القرارات القضائية بعض التأييد لمسألة ”التأخير غير المسوغ“ باعتبارها استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفي القضية المتعلقة ”بشركة الأورو للتعددين والسكك الحديدية“، تدفع لجنة المطالبات البريطانية المكسيكية بأن ”انقضاء فترة تسع سنوات يتجاوز كثيراً الحد الذي يمكن منحه في ظل أكثر التجاوزات تسامحاً“. ومن ثم فقد اعتبرت اللجنة سبل الانتصاف غير فعالة ويمكن الإعفاء من استنفادها^(١٧٥). بيد أن محكمة العدل الدولية، في قضية انترهاندل، لم تعتبر انقضاء فترة عشر سنوات من المقاضاة فترة كافية للاستغناء عن الحاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٧٦). وقد انتقد القاضي آرموند أوغون هذا الجانب من القرار مبيناً، في رأي مخالف، أن عدم صدور قرار نهائي بعد انقضاء عشر سنوات من المقاضاة يبين أن سبل الانتصاف المتاحة بالغة البطء ومن ثم فهي عديمة

(١٧٢) استنفاد سبل الانتصاف المحلية، الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحتان ٦٢٣-٦٢٤.

(١٧٣) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ٤١ (١) (ج))؛ والاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان (المادة ٤٦ (٢) (ج)).

(١٧٤) أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية، انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحات ٢٢٠-٢٢٥؛ وكوكوت، استنفاد سبل الانتصاف المحلية، واينغر ضد أوروغواي، الرسالة رقم ١٩٧٨/٢٨، لجنة حقوق الإنسان، قرارات مختارة Selected Decisions، المجلد الأول، الصفحة ٥٧ و ٥٩؛ وللاس بالميراس Las Palmeras، المجلس الأمريكي لحقوق الإنسان، المجموعة ’ج‘، قرارات وأحكام Decisions and Judgments، رقم ٦٧، الفقرة ٣٨، شباط/فبراير ٢٠٠٠؛ واندوجين ضد تركيا، الطلب رقم ١٩٨٠٧/٩٢ ٨٤ ’أ‘، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان (١٩٩٦)، قرارات وتقارير Decisions and Reports، الصفحة ٥ و ١٥؛ والحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٣ من النص الانكليزي.

(١٧٥) [١٩٣١]، لجنة المطالبات البريطانية المكسيكية، قرارات الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية U.N.R.I.A.A. ٥، الصفحة ١٩١ والصفحة ١٩٨، وانظر أيضاً مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة

Administration of the Prince of Pless (1933) P.C.I.J., Series A/B, No. 52, p. 16

(١٧٦) انظر الحاشية ١٤ أعلاه.

الفعالية^(١٧٧). ولم ترفض المحكمة في هذه الحالة إمكانية أن يفضي التأخير غير المسوغ إلى التساهل في أعمال قاعدة سبل الانتصاف المحلية، ولكن موقفها يتمثل ببساطة في أنها لم تعتبر انقضاء فترة عشر سنوات فترة كافية لاستبعاد القاعدة في هذه القضية تحديداً، لا سيما وأن إخفاق انترهاندل في تقديم بعض الوثائق الضرورية قد ساهم في وقوع التأخير^(١٧٨).

الرأي الأكاديمي

٩٨ - في الوقت الذي يذهب فيه الرأي الأكاديمي بصفة عامة إلى تأييد هذا الاستثناء^(١٧٩)، ثمة إدراك للصعوبة التي ينطوي عليها إعطاء محتوى موضوعي أو دلالة موضوعية لمفهوم "التأخير غير المسوغ". ويجب الحكم على كل حالة بمفردها استناداً إلى وقائعها. ويذكر أميراسينغ:

"إن الظروف المحيطة بكل قضية على حدة تشكل مؤكداً عاملاً لتحديد الحاسم. وهناك اعتبارات كثيرة تتوقف على التقييم القضائي للوضع في كل حالة على حدة ... ومن الجلي أن مسائل مثل طبيعة الفعل غير المشروع هي ذات صلة، إذ أنه من الأسهل، على سبيل المثال تحديد آجال زمنية أقصر لانتهاكات الحقوق الشخصية والمدنية من الآجال المحددة للأضرار الملحقمة بالملكات. كما أن طبيعة الجهة المدعية قد تشكل أيضاً عاملاً ذا صلة، حيث تخضع الأضرار الملحقمة بالشركات الكبيرة، التي قد تقود إلى حالات أكثر تعقيداً مما عليه الحال بالنسبة للأضرار الواقعة على الأفراد، لآجال زمنية أطول من تلك التي تتطلبها الأضرار الملحقمة بالأفراد. وفي التحليل النهائي، فإن مثل هذه الاعتبارات يمكن أن تعطي مؤشرات عامة فقط، حيث لا توجد قواعد قاطعة تحدد فترات التأخير غير المسوغة"^(١٨٠).

(١٧٧) المرجع نفسه، الصفحة ٨٧ من النص الانكليزي.

(١٧٨) أميراسينغ، سبل الانتصاف المحلية، انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٢٠٣ من النص الانكليزي.

(١٧٩) انظر، على سبيل المثال، براونلي، الحاشية ٤٥ أعلاه، الصفحتان ٥٠٥-٥٠٦ من النص الانكليزي؛ ودويرنغ، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٣٩ من النص الانكليزي؛ وشفارز نيرغر، الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد الأول، الصفحتان ٦٢٠-٦٢٢ (ذكر في سياق الحرمان من العدالة)؛ وتشانسادو تريندادي؛ Application، الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحة ٧٩؛ وخميناز دي آريشاغا General Course، الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٤؛ وخميناز دي آريشاغا، International Responsibility، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٥٨٩؛ وماميري، الحاشية ٣٧ أعلاه، الصفحة ٤٠٣.

(١٨٠) أميراسينغ، انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ٢٠٥-٢٠٦. وفي قضية شركة التعدين (الأورو)، ذكرت لجنة المطالب البريطانية المكسيكية ما يلي: "لن تحاول اللجنة أن تحدد بشكل دقيق الفترة الزمنية التي يتوقع خلالها من المحكمة إصدار حكم. ويتوقف ذلك على عدة ظروف، أبرزها حجم العمل الذي يتطلبه الفحص الدقيق للقضية؛ وبعبارة أخرى، فإن تحديد الفترة الزمنية يتوقف على حجم العمل المتعلق بالقضية" (انظر الحاشية ١٧٥ أعلاه، الصفحة ١٩٨ من النص الانكليزي).

٩٩ - ويمكن معالجة هذا الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بإدخاله كأحد عناصر عدم الجدوى في الاستثناء الوارد في الفقرة (أ) من المادة ١٤. بيد أن هناك أسباباً وجيهة تدعو إلى إقراره كاستثناء مستقل. ويتسم البطء البالغ لإجراءات المحاكم بسُمة سيئة. ومن شأن هذا الاستثناء أن يفيد كإشعار للدول بأنها عُرضة لفقدان المزايا التي تتيحها لها قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية إذا ما عملت على تطويل إجراءاتها القضائية المحلية بشكل لا مسوغ له، مؤملة تأخير حلول يوم الحساب أمام محكمة دولية.

٥ - الحيلولة دون الوصول (المادة ١٤(و))

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

(و) إذا كانت الدولة المدعى عليها تمنع الفرد المضرور من إمكانية الوصول إلى مؤسساتها التي توفر سبل الانتصاف المحلية

١٠٠ - يمكن للدولة أن تمنع الأجنبي المضرور من الوصول الفعلي إلى محاكمها من خلال، على سبيل المثال، عدم السماح له بدخول أراضيها أو بتعريضه لمخاطر تجعل طلبه لدخول أراضيها أمراً غير مأمون العواقب. ونادراً ما يكون الشخص الأجنبي المصمم على تأكيد حقوقه ضد دولة ما موضع ترحيب في تلك الدولة. ولذلك فإنه ليس أمراً قليل الوقوع أن تقوم تلك الدولة بممارسة حقها القاطع في منع الأجنبي من الدخول أو في إفهامه بشكل جلي أنه لو دخل أراضي تلك الدولة، فإن سلامته لا يمكن ضمانها. ويمكن أن تغطي الفقرة (أ) من المادة ١٤ حالات منع الوصول الفعلي إلى سبل الانتصاف المحلية، بيد أنه من الأفضل على الأرجح اعتبار هذا النوع من الحالات استثناءً خاصاً من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، حيث أن سبل الانتصاف قد تكون نظرياً متاحة وفعالة، لكن الوصول إليها متعذر في الواقع العملي.

١٠١ - ولا يوجد تأييد واضح في ممارسات الدول، أو الفقه القانوني، أو المذاهب القانونية لمعاملة هذا النوع من الأوضاع باعتباره استثناءً مستقلاً من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. بيد أن جوليان كوكوت، في تقريرها لسنة ٢٠٠٠، عن "استنفاد سبل الانتصاف المحلية"، المقدم إلى لجنة رابطة القانون الدولي المعنية بالحماية الدبلوماسية للأشخاص والممتلكات اقترحت إدخال استثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي

يكون فيها "المدعي قد منع فعليا من الوصول إلى سبل الانتصاف المتاحة".^(١٨١) وتذكر، دعما لهذا المقترح ما يلي:

"يشمل عدم الجدوى الذي يعود بوجه خاص إلى أسباب فعلية الحالات التي تشكل خطرا على حياة الشخص المُطالب، أو سلامته الجسدية، في البلد الذي عليه أن يسعى فيه للحصول على سبل الانتصاف. وقد يعود ذلك إلى "وجود جو عام من العداء" تجاه مواطني البلدان الأخرى، أو قد يعود إلى مخاطر تتعلق بالشخص الأجنبي المعني أو مجموعة من الأشخاص، شريطة أن يتم تأكيد وجود هذه الأخطار بشكل مرضٍ. ومن الأمثلة الأخرى لعدم الجدوى لأسباب فعلية حالات وضع العوائق أمام العدالة، أو عرقلتها أو الحرمان منها، مما يقود إلى الحيلولة دون وصول الأجنبي إلى المحاكم، بسبب ممارسات أو سياسات تأمر بها الدولة أو تتغاضى عنها"^(١٨٢).

ويعود مصدر مقترح كوكوت إلى فقه حقوق الإنسان^(١٨٣)، غير أنه لا يوجد سبب وجيه يمنع توسيع نطاقه، من خلال التطوير التدريجي، ليشمل المبادئ العامة للقانون التي تحكم استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

جيم - عبء الإثبات

المادة ١٥

١ - تتقاسم الدولة المدعية والدولة المدعى عليها عبء الإثبات في المسائل المرتبطة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية وفقا للمبدأ القائل أن البيئة على مَنْ ادعى.

٢ - وفي حال عدم وجود ظروف خاصة، ودون المساس بالتسلسل الذي يتعين فيه إثبات الادعاء:

(١٨١) استنفاد سبل الانتصاف المحلية، انظر الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٩ من النص الانكليزي.

(١٨٢) المرجع نفسه، الصفحتان ٦٢٤-٦٢٥. انظر دورينغ، الحاشية ٥٩ أعلاه، الصفحة ٢٤٠ من النص الانكليزي.

(١٨٣) استنفاد سبل الانتصاف المحلية، انظر الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٤، الحواشي ٨٦-٩١؛ وقضية أكديفار ضد تركيا، ١٩٩٥/٦٠٥/٦٩٣، الحكم الصادر في ١٦ أيلول/سبتمبر ١٩٩٦ (European Court of Human Rights, Reports and Decisions, No. 15, p. 1192 at p. 1213, para. 73).

(أ) يقع عبء الإثبات على الدولة المدعى عليها لتثبت أن الدعوى الدولية دعوى تنطبق عليها قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وبأن سبل الانتصاف المحلية المتاحة لم تستنفذ؛

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

١٠٢ - ويرتبط عبء الإثبات في منازعة دولية بما يتعين إثباته وبالطرف الذي يتعين عليه إثباته. وليس ثمة أي قواعد واضحة ومفصلة عن عبء الإثبات في القانون الدولي من النمط الذي يوجد في العديد من النظم القانونية الوطنية^(١٨٤). غير أنه من الأمور المقبولة عموماً أن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعي: البينة على مَنْ ادعى (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). ويمكن أن يكون إما المدعي (*onus probandi actori incumbit*) أو المدعى عليه (ينقلب المدعى عليه مدعياً بالدفع) (*reus in exceptione fit actor*)، إذ أن عبء الإثبات قد ينتقل في خلال المرافعات وذلك رهناً بالكيفية التي يصيغ بها الطرفان دعواهما أو طروحاتهما القانونية^(١٨٥). وينطبق هذا النهج العملي^(١٨٦)، لا النهج الفني أو الشكلي، لمسألة عبء الإثبات على المنازعات التي تستوجب استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

(١٨٤) قضية Parker (الولايات المتحدة الأمريكية ضد المكسيك)، (١٩٢٦) تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية 39 at p. 35 U.N.R.I.A.A. 4.

(١٨٥) G. Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux" (1933-II) 44 Recueil des Cours p. 565 at p. 646. P. Guggenheim, *Traité de droit international public* (1953), p. 81; B. انظر أيضاً Cours p. 565 at p. 646. Cheng, "Burden of Proof before the I.C.J.", (1953), 2 I.C.L.Q. p. 595 at p. 596; Law, *supra* note 24, p. 55; J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965), p. 458; A.P. Sereni, *Principi Generali di Diritto e Processo Internazionale* (1955), pp. 30, 40, 76, 90; J. Chappet, *La Règle de l'épuisement des voies de recours internes* (1972), pp. 234-237; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra* note 40, pp. 277-283; Cançado Trindade, *Application*, *supra* note 40, pp. 134-136, 169; G. Scelle, *Draft on Arbitral Procedure*, Yearbook ... 1958, vol. II, p. 1, A/CN.4/113 (see especially Article 21, pp. 9 and 14); Swiss submission in the Interhandel case, 1959 I.C.J. Pleadings, pp. 562-563. Sed contra B. Robertson, 'Exhaustion of Local Remedies in International Human Rights Litigation – The Burden of Proof Reconsidered' (1990), 39 I.C.L.Q. p. 191 at pp. 191-193, 196, وعبء الإثبات الاستدلالي ويقول، إنه في ما يتعلق بالحالة الأولى، فإن العبء يظل على عاتق طرف واحد (أي المدعي).

(١٨٦) Gaja، الحاشية ١١٨ أعلاه، pp. 227-231.

١٠٣ - ولم تسع الجهود السابقة لتدوين قواعد سبل الانتصاف المحلية إلى صياغة قاعدة عن هذا الموضوع. غير أن جوليانا كوكوت كانت قد اقترحت في تقريرها الذي قدمته إلى اللجنة المعنية بالحماية الدبلوماسية للأشخاص والممتلكات التابعة لرابطة القانون الدولي، القاعدة التالية المتعلقة بعبء الإثبات:

”١ - لا بد أن يثبت المدعي أنه استنفد وسائل الانتصاف المحلية أو

٢ - أنه أعفي من ذلك.

٣ - لا بد أن تثبت الدولة المضيضة بأن سبل انتصاف (أخرى) كانت موجودة لم تستنفد“^(١٨٧).

١٠٤ - وثمة قدر هام من الاجتهادات القضائية في موضوع عبء الإثبات في ممارسة الهيئات المعنية برصد حقوق الإنسان^(١٨٨). وتشير قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن العبء الأولي يقع على المدعي بحيث ينبغي أن يبين في طلبه بقدر معقول من اليقين بأنه كان قد استنفد سبل الانتصاف المحلية التي أتاحتها الدولة المضيضة. وإذا ادعت الدولة المدعى عليها بعد ذلك بأن سبل الانتصاف المحلية هذه لم تستنفد، فإن عبء الإثبات يؤول إلى المدعي عليه بحيث يتعين عليه أن يقنع المحكمة بأنه كان ثمة سبيل انتصاف حقيقي متاح للمدعي وكان من شأنه أن يجبر به الضرر. ومجرد أن يؤتى بالبيّنة، فإن الأمر يؤول إلى المدعي ليثبت بأن سبل الانتصاف الذي أتاحته الحكومة استنفد فعلا أو بأن ظروف استثنائية منعه من استنفاد سبل الانتصاف تلك^(١٨٩).

١٠٥ - غير أن سريان هذه المبادئ على القانون الدولي العمومي أمر محدود، إذ أن التسلسل الذي يتعين فيه إثبات الادعاءات خلاله يتأثر بفعل أن:

(١٨٧) Kokott, The Exhaustion of Local Remedies، الحاشية ٣١ أعلاه، p. 630.

(١٨٨) J. Kokott, The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law (1998); Amerasinghe, supra note 40, pp. 291-7, Cançado Trindade, supra note 40, pp. 143-171; Robertson, supra note 185; Vélasquez Rodríguez case, supra note 60, p. 305, paras. 59-60; Akdivar v. Turkey, supra note 183, p. 1211, para. 68.

(١٨٩) انظر قضية فوتي وآخرون، الحاشية ١٢ أعلاه؛ وقضية سلموني ضد فرنسا، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطلب رقم 25803/94، الحكم الصادر في ٢٨ تموز/يوليه ١٩٩٩ (هولندا طرف متدخل)، والموجود في الموقع <http://www.dhcour.coe.fr/>، الصفحة ٢٦، الفقرة ٧٦.

”اتفاقيات حقوق الإنسان تنص عادة على أن تطبيق أحد المبادئ لا تنظر فيه هيئة الإشراف المعنية من الناحية الجوهرية إلا إذا اقتنعت بأن سبل الانتصاف المحلية استنفدت على النحو الذي تستوجبه الاتفاقية“^(١٩٠).

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يجوز للهيئات المعنية بحقوق الإنسان التأكد من مدى الامتثال لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بحكم وظيفتها أو من تلقاء ذاتها، حتى في غياب أي اعتراض من جانب المدعى عليه^(١٩١).

١٠٦ - هذا ولا تتيح قرارات التحكيم والقرارات القضائية قدرا كافيا من الوضوح في شأن هذه المسألة. ففي حين يعتقد بعض محاكم التحكيم أن عبء الإثبات ينبغي أن يقع على المدعي لثبت بأنه استنفد سبل الانتصاف المحلية أو أن أحد الاستثناءات على هذه القاعدة ينطبق^(١٩٢)، فإن محاكم أخرى، اعتقادا منها بعدم فعالية سبل الانتصاف بسبب ظروف القضية، أسندت عبء الإثبات إلى المدعى عليه لإثبات وجود سبل انتصاف محلية لم تستنفد^(١٩٣). وقد تمت معالجة هذه المسألة في قضية سكة حديد باينفيس - سالدوتيسكيس، والتحكيم في قضية السفن الفنلندية، ودعوى امباتيلوس وقضية الكترونيكا سيكولا (ELSI) وأثيرت في مرافعات قضية الحادث الجوي (إسرائيل ضد بلغاريا) وقضية القروض النرويجية (التي أصدر فيها القاضي لاوترباخ رأيًا مخالفًا هامًا في موضوعها).

١٠٧ - وادعت استونيا، المدعية في قضية سكة حديد باينفيس - سالدوتيسكيس بأن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لم تنطبق لأن المحاكم الليتوانية لم تستطع البت في هذه الدعوى لكون المحكمة العليا في ليتوانيا كانت قد أصدرت بالفعل قرارات في الموضوع لغير صالح المدعي. وبالإشارة إلى هذه المسائل، أوضحت محكمة العدل الدولية الدائمة ما يلي:

(١٩٠) Kokott, The Exhaustion of Local Remedies، انظر الحاشية ٣١ أعلاه، الصفحة ٦٢٨ من النص الانكليزي.

(١٩١) Cançado Trindade, Application، انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحات ١٥٣-١٥٧.

(١٩٢) قضية Studer (الولايات المتحدة ضد المملكة المتحدة) (١٩٢٥) 6 U.N.R.I.A.A. p. 149 at p. 153 قضية شركة Guaira Electric Light and Power Co. (الولايات المتحدة ضد فنزويلا)

(١٩٠٣-١٩٠٥)، 9 U.N.R.I.A.A. p. 240 at p. 243، قضية Napier، Moore, International Arbitrations، انظر الحاشية ١٣ أعلاه، المجلد ٣ الصفحة ٣١٥٢ و ٣١٥٤.

(١٩٣) In re Gill قضية (المملكة المتحدة ضد المكسيك) (١٩٣١-١٩٣٢) 6 Annual Digest pp. 203-204، انظر قضية Brown، انظر الحاشية ١٣ أعلاه. انظر أيضا رأي القاضي تاناكا المخالف في قضية Barcelona Traction، انظر الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحات ١٤٥-١٤٧.

”إذا ما كان بالإمكان إثبات أي من هاتين النقطتين، فإنه سيكون لزاماً على المحكمة رفض اعتراض ليتوانيا الثاني [المتعلق بعدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية].

...”

”وإلى أن يثبت بوضوح أن المحاكم الليتوانية ليس من اختصاصها البت في قضية رفعتها شركة Esimene بشأن سند ملكيتها في سكة حديد بانيفيزس - سالدوتيسكيس، فإنه ليس بوسع المحكمة القبول بقول الوكيل الإستوني إن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا تنطبق في هذه الحالة لأن القانون الليتواني لا يتيح أي سبيل لجر الضرر“^(١٩٤).

ومفاد هذه الاقتباسات أنه بمجرد أن يشير المدعى عليه اعتراضه على عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فإن عبء الإثبات يقع على المدعي ليثبت إمكانية الإغفاء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية.

١٠٨ - وفي قضية السفن الفنلندية، قال المحكّم باجي:

”[إن قاعدة سبل الانتصاف المحلية] لا تهم إلا الحجج المتعلقة بالوقائع والطروحات القانونية التي تتقدم بها الحكومة المدعية في إجراء دولي وأن فرصة ”إقامة العدل على طريققتها هي“ كان من المستصوب ألا تشير إلا إلى دعوى تستند إلى تلك الحجج“^(١٩٥).

وقد فُسِّر (لو Law) هذا التعليل غير الواضح تفسيراً متحرراً إذ وضع

”عبء الإثبات على الدولة التي ترفع دعواها أمام المحكمة، لأنه يتعلق بالاعتماد فقط على الحجج التي تدلي بها تلك الدولة، والتي من شأنها، لو تم تبريرها، أن تعني أن سبل الانتصاف المحلية إما غير موجودة أو استنفدت بالفعل“^(١٩٦).

١٠٩ - وتتخذ قضية أمباتييلوس منحى مختلفاً إذ أنها توحى بأن عبء الإثبات الأولي يقع على الدولة المدعى عليه لثبوت بأنه كانت ثمة سبل انتصاف فعلية متاحة ولم تستنفد^(١٩٧):

(١٩٤) انظر الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحتان ١٨ و ١٩ من النص الانكليزي.

(١٩٥) انظر الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ١٥٠٢ من النص الانكليزي.

(١٩٦) انظر الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحة ٥٦ من النص الانكليزي.

(١٩٧) المرجع ذاته، الصفحتان ٥٦ و ٥٧ من النص الانكليزي.

”لكي تنجح الدولة المدعى عليه في محاجتها بأن المحاكمات الدولية غير مقبولة، يتعين عليها أن تثبت وجود سبل انتصاف في نظامها للقانون الدولي وأن تلك السبل لم تستخدم. غير أن الرأي الذي أعرب عنه الكتاب والرأي الذي تؤكد السوابق القانونية يتفقان من حيث أن وجود سبل انتصاف ليست فعالة بشكل واضح، لا يكفي لتبرير تطبيق هذه القاعدة“^(١٩٨).

١١٠- وعلى غرار ذلك، فإن قضية ELSI تعطي حجية للرأي القائل إن عبء الإثبات يقع على الدولة المدعى عليها لتثبت وجود سبل انتصاف متاحة لم تُستنفد:

”بهذا القدر من المنازعات في المحاكم البلدية عن كنه الدعوى المعروضة حاليا على الدائرة، كان لزاما على إيطاليا أن تبين بأنه كانت مع ذلك ثمة بعض سبل الانتصاف المحلية التي لم تُجرب؛ أو على الأقل لم تُستنفد. وهذا العبء لم تسع إيطاليا أبدا إلى إنكاره ...

”وفي هذه الحالة، كان لزاما على إيطاليا مع ذلك أن تبين في واقع الحال أن وجود سبل انتصاف كانت متاحة لحملة الأسهم من الولايات المتحدة وأنهم لم يستخدموها. ولا تعتبر الدائرة أن إيطاليا قامت بذلك العبء.

”وليس من السهل أبدا التأكد، في قضية استُعين فيها أحيانا كثيرة بالمحاكم البلدية، مما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية قد ”استنفدت“ في حقيقة الأمر. غير أن إيطاليا في هذه الحالة لم تتمكن من إقناع الدائرة بأنه لا تزال ثمة بعض سبل الانتصاف فعلا والتي كان من المستصوب أن تسعى إليها أو تستنفدها شركتا Raytheon و Machlett، بصورة مستقلة عن شركة ELSI وعن أمين التفليسة لشركة ELSI“^(١٩٩).

١١١- وفي قضية الحادث الجوي، قال محامي بلغاريا، المدعى عليها، إنه بعد أن بينت المدعى عليها بأن محاكمها مفتوحة ومتاحة للأجانب، فإنه كان لزاما على المدعية، إسرائيل، أن تثبت بأن سبل الانتصاف هذه لم تكن موجودة أو كانت غير فعالة^(٢٠٠).

١١٢- وقد احتلت مسألة عبء الإثبات مكان الصدارة في المرافعات التي جرت في قضية القروض الترويجية، إلا أنه لم يكن على المحكمة أن تبت في هذا الموضوع. وقالت فرنسا إنه

(١٩٨) انظر الحاشية ١٤ أعلاه، الصفحة ١١٩ من النص الانكليزي.

(١٩٩) انظر الحاشية ٣٥ أعلاه، الصفحات ٤٦-٤٨، الفقرات ٥٩-٦٣. والتوكيد مضاف.

(٢٠٠) 1959 I.C.J. Pleadings, pp. 559, 565-566.

لم يكن لزاما على الحكومة الفرنسية، بوصفها المدعية، أن تثبت عدم جدوى سبل الانتصاف المحلية النرويجية. بل على العكس من ذلك، كان على النرويج أن تثبت "جدوى اللجوء إلى جهازها القضائي"^(٢٠١). وقالت النرويج في ردها على ذلك إنه توجد قاعدة في القانون الدولي تُلزم المدعي باستنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل رفع القضية إلى المحكمة، وهي: "إذا كانت الحكومة الفرنسية تعتقد بأن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه، فإنه يتعين عليها تبيان سبب ذلك..."^(٢٠٢)

وعليه فإنه ليس على الحكومة النرويجية أن تثبت بأن سبل الانتصاف المتاحة لشركات النقل الفرنسية في قانونها الداخلي تتيح لها إمكانيات كافية بحيث لا تستبعد إمكانية تطبيق قاعدة استنفاد هذه السبل بصورة مسبقة. بل هذا الأمر ملقى على عاتق حكومة الجمهورية"^(٢٠٣).

وقالت النرويج في وقت لاحق إن المدعى عليه كان مطالباً بإثبات وجود سبل الانتصاف المحلية، لكنها قالت إنه يتعين على المدعي إثبات عدم فعالية هذه السبل:

"بمجرد أن يتأكد وجود سبل انتصاف داخلية، فإن قاعدة استنفاد هذه السبل تصبح سارية. وإذا أرادت الدولة المدعية أن تخلص من نتائج هذه القاعدة، فإنه يتعين عليها حينئذ إثبات أن هذه القاعدة لا تنطبق بسبب عدم فعالية سبل الانتصاف الموجودة"^(٢٠٤).

ورداً على ذلك، قالت فرنسا إنه كان لزاماً على الطرفين التعاون على تقديم الأدلة وأنه ليس بوسع النرويج أن تدعي ببساطة بأن محاكمها كانت نزيهة. وبالإضافة إلى ذلك، كان من اللازم، في ضوء القانون الذي أفضى إلى حدوث هذه المنازعة، والذي بدا أنه يستثني اختصاص المحاكم المحلية، إثبات أنه كان ثمة مجال معقول لجبر الضرر أمام محاكم النرويج"^(٢٠٥).

١١٣ - واقترح القاضي لاوترباخت في الرأي المخالف الذي أبداه في قضية القروض النرويجية، الخطة التالية:

(٢٠١) انظر الحاشية ١٢٧ أعلاه، المجلد الأول، الصفحتان ١٨٣ و ١٨٤ من النص الانكليزي.

(٢٠٢) المرجع ذاته، المجلد الأول، الصفحة ٢٨٠، الفقرة ١١٠ من النص الانكليزي.

(٢٠٣) المرجع ذاته، المجلد الأول، الصفحة ٢٨١، الفقرة ١١٤ من النص الانكليزي.

(٢٠٤) المرجع ذاته، المجلد الثاني، الصفحة ١٦٢، التوكيد في النص الأصلي. انظر أيضاً المرجع ذاته، المجلد الثاني، الصفحة ١٦١ من النص الانكليزي.

(٢٠٥) المرجع ذاته، المجلد الثاني، الصفحتان ١٨٧ و ١٨٨ من النص الانكليزي.

”١“ كقاعدة، يتعين على الدولة المدعية إثبات أنه لم تكن ثمة سبل انتصاف فعالة كان من الممكن اللجوء إليها؛

”٢“ ليس من اللازم هذا الإثبات لو كان ثمة قانون يحرم في ظاهره المدعين الخواص من سبل الانتصاف؛

”٣“ في هذه الحالة، يتعين على الدولة المدعى عليها أن تثبت، بالرغم من عدم وجود أي سبل انتصاف على ما يبدو، أن وجوده يمكن أن يكون مع ذلك أمرا مفترضا على نحو معقول؛

”٤“ ومن المستحسن ألا يكون مقدار عبء الإثبات الواجب الاستناد إليه على هذا النحو صارما إلى حد يصبح عنده الإدلاء بالبينة أمرا مضنيا إلى حد الإفراط“،^(٢٠٦).

وعلى الرغم من أن بعض الكتاب يؤيدون دون تحفظ صياغة القاضي لاوترباخت^(٢٠٧)، فإنه لا ينبغي النسيان بأن الغرض منها كان هو تطبيقها على الحقائق المعروضة على المحكمة - أي أن القانون الترويجي جعل في ظاهره على ما يبدو اللجوء إلى سبل الانتصاف المحلية عملا عديم الجدوى. ولذلك فإن عرض لاوترباخت لا يبدو أنه يسهل تعميمه^(٢٠٨).

١١٤ - هذا وقد احتلت مسألة عبء إثبات فعالية أو عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية مكان الصدارة في المؤلفات، غير أن الظروف التي أفضت إلى الادعاء بعدم فعاليتها ستختلف من حالة إلى أخرى. ففي إحدى الحالات، قد يبدو عدم فعالية وسيلة الانتصاف المحلية أمرا واضحا - كما هو الحال حينما يكون ثمة قانون يحرم المحاكم المحلية من اختصاص البت في المسألة المعنية. وفي حالة أخرى، قد يكون عدم فعالية وسيلة الانتصاف المحلية أقل وضوحا على سبيل المثال في الحالة التي يدعى فيها أن المحاكم متحيزة أو توجد تحت سيطرة الجهاز التنفيذي. وفي الحالة الأولى، يمكن افتراض عدم فعاليتها إلى غاية أن تتقدم الدولة المدعى عليها بطعن في ذلك، بينما في الحالة الثانية سيكون لزاما على الدولة المدعية إثبات

(٢٠٦) انظر الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ٣٩ من النص الانكليزي.

(٢٠٧) Head، انظر الحاشية ١١٨ أعلاه، الصفحة ١٥٥؛ O'Connell، انظر الحاشية ٢٠ أعلاه، المجلد ٢، الصفحة ١٠٥٨ من النص الانكليزي.

(٢٠٨) T. Haesler, The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals (٢٠٨) (1968), pp. 57-59.

دعواها^(٢٠٩). ويميل هذا كله باتجاه الحاجة إلى التحلي بالمرونة في النهج المعتمد في مسألة عبء الإثبات.

١١٥ - ولا يزال الكتاب الذين يتناولون موضوع عبء الإثبات ممتنعين عموماً عن استحداث مجموعة مفصلة من القواعد والقواعد الفرعية التي ستشمل جميع الحالات^(٢١٠). وبينما يستفيض الفقهاء في تحليل المؤلفات المرجعية المتاحة، فإن القليل منهم يجرؤ على تجاوز تعميم خميناز دي أريشاغا بأنه:

”يتعين على الدولة التي تعترض على ادعاء باستنادها إلى قاعدة سبل الانتصاف المحلية أن تثبت وجود سبل انتصاف لم تستخدم. وإذا ردت الدولة المدعية بقولها إن سبل انتصاف موجودة لا تتسم بالفعالية أو غير مناسبة لظروف القضية، فإنه يتعين على هذه الدولة أن تثبت صحة هذا الادعاء“^(٢١١).

١١٦ - ويتوقف عبء الإثبات إلى حد كبير على تقسيم الأدوار في المنازعة (أي من من الطرفين يثير مسألة وما هي هذه المسألة)، والتي تتوقف بدورها إلى حد كبير على ظروف القضية. فعلى سبيل المثال، إذا عرض الطرفان سوياً القضية على محكمة تحكيمية، استناداً إلى اتفاق بالتراضي ينطوي على تنازل عن هذه القاعدة، فإنه لن يكون بإمكان المدعي على الأرجح تقديم الدليل في مذكرته الأصلية على أنه استنفذ جميع وسائل الانتصاف المتاحة والفعالة. وفي هذه الحالة، فإن المسألة سيثيرها أولاً المدعي عليه، وسيقع عبء الإثبات على هذا الطرف لكي يبين وجود سبل انتصاف محلية وإمكانية تطبيق قاعدتها على هذه الحالة. وعلى النقيض من ذلك، وفي الحالة ذاتها، إذا كان الضرر الأصلي في هذه الحالة الخاصة مرتبطاً بعقد أبرم بين الأجنبي والدولة المدعى عليها، وهو عقد يتضمن ”شرط كالفو“ الذي ينص على أن الأجنبي يتنازل عن حقوقه في الحماية الدبلوماسية، وبوسع الدولة المدعى عليها

(٢٠٩) Brownlie، انظر الحاشية ٤٥ أعلاه؛ لو Law، الحاشية ٢٤ أعلاه، الصفحات ٥٥-٥٨ من النص الانكليزي.

(٢١٠) كتب س. ف. أميراسنغ يقول: ”غير أن هذا الموضوع يكتنفه الغموض في الوقت الراهن في البعض من جوانبه، لأنه لم يُنظر فيه بعمق على أكمل وجه. وبما أن عبء الإثبات مسألة تتعلق بالمنازعات، فإن أهمية السوابق القضائية المرتبطة بها أمر لا يمكن التقليل من قدره. ومما يكتسي أهميته أنه بالرغم من أن مؤلفي النصوص القانونية متفقون على وجود توزيع لعبء الإثبات، فإنه ليس من الممكن ولا من المستصوب سن قواعد خاصة لهذا التوزيع بما يتجاوز القواعد المعمول بها أصلاً والمشار إليها أعلاه“ (Local Remedies)، انظر الحاشية ٤٠ أعلاه، الصفحتان ٢٨٧ و ٢٨٨.

(٢١١) General Course، انظر الحاشية ٨٦ أعلاه، الصفحة ٢٩٥. انظر أيضاً Jiménez de Aréchaga، ”Responsibility“ in M. Sørensen (ed.) Manual of Public International Law (1968)، p. 531 at p. 590؛ Oppenheim’s International Law، انظر الحاشية ٥٣، المجلد ١، الصفحة ٥٢٦ من النص الانكليزي.

في معرض الدفع نقل عبء الإثبات. بمجرد الإشارة إلى هذا الشرط^(٢١٢). وعلاوة على ذلك، إذا رفعت الدعوى بموجب صك يشترط صراحة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فإن تقسيم عبء الإثبات سيكون أمرا مختلفا تماما. وسيكون لزاما على الدولة المدعية أن تبين في مذكرتها أنها قد استنفدت سبل الانتصاف الموجودة، أو أن تبين لماذا لم يكن استنفادها ضروريا. وفي مقابل ذلك، ستكون الدولة المدعى عليها مطالبة بتبيان سبل انتصاف أخرى أو الاستدلال على فاعليتها لدعم اعتراضها فيما يتعلق بعدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

١١٧ - وبناء على ما تقدم، فإن الاستنتاج الوحيد الذي يمكن استخلاصه من بحث القضايا والمؤلفات هو أنه من الصعب - ومن غير الحكمة - إيراد نص بعينه لأي قاعدة مقبولة بخلاف القاعدة القائلة إن عبء الإثبات يتقاسمه الطرفان، وينتقل بينهما باستمرار طوال النظر في القضية، وأن عبء الإثبات يقع على الطرف الذي يقدم ادعاء مدعما ببينة: البينة على من ادعى (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). وتسعى المادة ١٥ إلى إعمال هذه القاعدة.

١١٨ - وبوسع اللجنة أن تتخذ موقفا مؤداه أن المادة ١٥ (١) مبدأ عام ليس خاضعا للتدوين. وفي هذه الحالة، قد تود ببساطة تدوين المادة ١٥ (٢). وبدلا من ذلك، قد تود اعتماد الاقتراح القصير، لكنه اقتراح لا يخلو من الدقة، الذي تقدمت به جولييان كوكوت إلى رابطة القانون الدولي، والمشار إليه في الفقرة ١٠٣.

(٢١٢) انظر قضية شركة North American Dredging Company of Texas (الولايات المتحدة ضد الولايات المتحدة المكسيكية)، القرار الصادر في ٣١ آذار/مارس ١٩٢٦، والوارد في العدد ٢٠ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي. 20 A.J.I.L. (1926)، الصفحة ٨٠٠، والفقرتان ٢٠ و ٢١ الواردتان في الصفحة ٨٠٧.