

Distr.: General
7 March 2006
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الثامنة والخمسون

جنيف، ١ أيار/مايو - ٩ حزيران/يونيه و ٣ تموز/

يوليه - ١١ آب/أغسطس ٢٠٠٦

التقرير السابع عن الحماية الدبلوماسية

أعدّه جون دوغارد، المقرر الخاص

المحتويات

الفقرات الصفحة

٣	٧-١	ألف - مقدمة
٦	٩٢-٨	باء - النظر في مشاريع المواد
٦	٢١-٨	١ - المادة ١
٧	٢١-١٥	الحماية الدبلوماسية والمساعدة الدبلوماسية
١٤	٢٤-٢٢	٢ - المادة ٢
١٥	٢٧-٢٥	٣ - المادة ٣
١٦	٣٠-٢٨	٤ - المادة ٤
١٧	٤٧-٣١	٥ - المادة ٥
٢٦	٤٨	٦ - المادة ٦



٢٧	٤٩	٧ - المادة ٧
٢٨	٥١-٥٠	٨ - المادة ٨
٢٩	٥٥-٥٢	٩ - المادة ٩
٣١	٥٩-٥٦	١٠ - المادة ١٠
٣٣	٦٨-٦٠	١١ - المادة ١١
٣٨	٦٩	١٢ - المادة ١٢
٣٩	٧١-٧٠	١٣ - المادة ١٣
٤٠	٧٤-٧٢	١٤ - المادة ١٤
٤١	٧٥	١٥ - المادة ١٥
٤١	٨١-٧٦	١٦ - المادة ١٦
٤٢	٧٨-٧٧	الفقرة الفرعية (أ)
٤٤	٧٩	الفقرة الفرعية (ج)
٤٥	٨١-٨٠	الفقرة الفرعية (د)
٤٦	٨٩-٨٢	١٧ - المادة ١٧ و ١٨
٥٠	٩٢-٩٠	١٨ - المادة ١٩
٥١	١٠٣-٩٣	حيم - حق المواطن الذي يلحق به ضرر في الحصول على تعويض
			المرفق
٦١		ثبت المراجع التي صدرت بعد عام ٢٠٠٠ عن الحماية الدبلوماسية

ألف - مقدمة*

١ - أتمت لجنة القانون الدولي القراءة الأولى لمجموعة مؤلفة من ١٩ مشروعاً من مشاريع المواد عن الحماية الدبلوماسية في دورتها السادسة والخمسين، المعقودة عام ٢٠٠٤^(١). وبعدئذ قررت اللجنة، وفقاً للمادتين ١٦ و ٢١ من نظامها الأساسي، أن تحيل مشاريع المواد، عن طريق الأمين العام، إلى الحكومات لإبداء تعليقاتها وملاحظاتها، على أن تقدم تلك التعليقات والملاحظات إلى الأمين العام بحلول ١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦. ودعت الأمانة العامة الحكومات، بمذكرة مؤرخة ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٤، إلى تقديم ملاحظاتها الخطية بحلول ١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦. وحتى ٢٦ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦، كانت قد وردت تعليقات خطية من الدول الإحدى عشرة التالية: النمسا والسلفادور وغواتيمالا والمكسيك والمغرب وهولندا والنرويج، باسم بلدان الشمال الأوروبي (أيسلندا والدانمرك والسويد وفنلندا والنرويج)، وبنما وقطر والولايات المتحدة الأمريكية وأوزبكستان^(٢).

٢ - ومنذ عام ٢٠٠٠، عندما أقرت اللجنة المشاريع الأولى للمواد عن الحماية الدبلوماسية، توالى تدفق الكتب (سواء في شكل دراسات أو طبعات جديدة من المعاهدات العامة) والمقالات الأكاديمية عن الحماية الدبلوماسية، مع الإشارة بوجه خاص إلى عمل اللجنة. ويرد في مرفق هذا التقرير بيان ثبت مرجعي بهذه الكتابات.

٣ - ويتناول كثير من المنشورات التي ظهرت بعد عام ٢٠٠٠ طبيعة الحماية الدبلوماسية وينظر فيما إذا كانت الحماية الدبلوماسية إجراء لحماية حقوق الإنسان المتعلقة بالفرد أو آلية لحماية مصالح الدولة التي تمارس الحماية الدبلوماسية. وي طرح بعضها شكوكاً جديدة حول صحة الحكم الصادر في قضية امتيازات مافروماتيس في فلسطين، ومفاده أنه:

عندما تتبنى الدولة قضية أحد رعاياها وتلجأ إلى اتخاذ إجراء دبلوماسي أو إجراءات قضائية دولية لصالحه، فإنها تقوم في الواقع بإعمال حق ذاتي لها، وهو حقها في ضمان احترام قواعد القانون الدولي في شخص رعاياها^(٣).

* يود المقرر الخاص أن يعرب عن تقديره وامتنانه للمساعدة التي قدمتها أنريكي كوتسلي، الزميلة بقسم الدكتوراه في جامعة لايدن، وأليكس سميثمان، الذي عمل سابقاً بجامعة نيويورك ويعمل حالياً بشركة تشن بالمار، وويلينغتون، نيوزيلندا، وعمل كمتدرب داخلي مع المقرر الخاص عام ٢٠٠٥.

(١) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٥٩.

(٢) نُشرت هذه التعليقات في الوثيقة A/CN.4/561، ويُشار إليها فيما بعد باسم "التعليقات".

(٣) *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, 1924 P.C.I.J. Series A, No. 2, p. 12.

وهؤلاء المنتقدون على صواب في حججهم بأن هناك عددا من الاشتراطات لممارسة الحماية الدبلوماسية - من قبيل قاعدة استمرار الجنسية، واستنفاد سبل الانتصاف المحلية، وتقييم الأضرار - تبين أن المطالبة في حقيقة الأمر هي من الفرد وليس من الدولة. بيد أن هذه الحجة لا تراعي التمييز بين قواعد القانون الدولي الأساسية والثانوية، وهو تمييز يشكل عنصرا أساسيا في مشاريع المواد الحالية. فالفرد له الحق في عدم التعرض للتعذيب أو الحرمان من ممتلكاته دون تعويض. ومن الواضح أن هذه الحقوق ليست حقوقا للدولة. وحقوق الفرد هذه، التي ينشأ عن انتهاكها ممارسة الدولة التي ينتمي إليها للحماية الدبلوماسية، تنتمي إلى ميدان قواعد القانون الدولي الأساسية. بيد أن حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية، ردا على انتهاك هذه القاعدة الأساسية من قواعد القانون الدولي عن طريق تبني المطالبة في هذا الصدد، هو قاعدة ثانوية من قواعد القانون الدولي^(٤). وحيث إن الشخصية الاعتبارية الدولية للفرد غير تامة بسبب محدودية قدرة الفرد على تأكيد حقوقه، فإن التصور المتأصل في قضية امتيازات مافروماتيس في فلسطين هي الوسيلة التي يستعملها القانون الدولي - كقاعدة ثانوية - لإنفاذ القاعدة الأساسية، التي تحمي الحق الذي لا شك فيه المخول للفرد. وفي ضوء استناد مشاريع المواد إلى فرضية سلامة (إن لم يكن دقة) قاعدة مافروماتيس (انظر، بوجه خاص، المادة ١) فإن القيام في هذه المرحلة بفحص الانتقادات الموجهة إلى هذه القاعدة لن يفيد أي غرض. بيد أن الكتابات التي أُشير إليها يمكن أن تكون بمثابة تأكيد بأن الحماية الدبلوماسية هي أداة تتيح للدولة المشاركة في حماية الفرد، وأن الغاية النهائية من الحماية الدبلوماسية هي حماية حقوق الإنسان المتعلقة بالفرد. وبهذا المعنى، فإن الحماية الدبلوماسية وقانون حقوق الإنسان يكمل كل منهما الآخر^(٥). وتلقى هذه الفكرة تأييدا

(٤) انظر. C. Dominicé, "La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004), p. 729; C. Dominicé, "Regard actuel sur la protection diplomatique" in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), p. 73.

(٥) L. Condorelli, "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 1; J.-F. Flauss, "Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 29; P. H. Kooijmans, "Is the right to diplomatic protection a human right?" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004), p. 1975; M. Ferial Tinta, "Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *La Grand* case", *European Journal of International Law*, vol. 12, No. 2 (2002), p. 363; M. Pinto, "De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 106, No. 3 (2002), p. 513.

قويا من هولندا، التي تحت اللجنة على أن تبدي اهتماما أكبر بحالة الفرد لدى صياغة مشاريع موادها^(٦).

٤ - وتنتقد بعض الأديبات قرارات اللجنة بعدم إدراج مقترحات معينة. فعلى سبيل المثال، وُجّهت انتقادات إلى اللجنة لعدم قيامها بفرض واجب على الدول بممارسة الحماية الدبلوماسية عن طريق التطوير التدريجي^(٧). وحيث إن هذه المسائل لا يمكن ولا ينبغي إعادة فتحها للمناقشة في القراءة الثانية، فإنها ليست محل نظر في هذا التقرير.

٥ - ويتناول العديد من الدوريات العلمية بالنقد صيغة أو محتوى أحكام معينة في مشاريع المواد. ويجري النظر فيها في سياق إعادة فحص تلك الأحكام، كما هو الحال بالنسبة إلى تعليقات الدول.

٦ - ولم تجر في هذا التقرير محاولة لصياغة مواد تتناول المسائل التي ستكون ثمّة حاجة لإدراجها إذا كانت مشاريع المواد قد اتخذت شكل معاهدة، مثل التوقيع والتصديق وتسوية المنازعات. وفي هذا الصدد، يجري السير على السابفة المتبعة في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا. ويرتبط مصير مشاريع المواد هذه ارتباطا وثيقا بمصير مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا. وإذا ما اتخذ قرار بتحويل مشاريع المواد الأخيرة هذه إلى معاهدة، فإن من المحتمل والمستصوب، إدراج مشاريع المواد الراهنة في تلك المعاهدة. ومن ناحية أخرى، إذا جرى الإبقاء على مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول في صورتها الحالية بوصفها صياغة جديدة للقانون، سيكون من الضروري، في ما يبدو، أن تخدم مشاريع المواد الحالية نفس الغرض.

٧ - وسيجري في هذا التقرير دراسة مشاريع المواد التي وافقت عليها اللجنة في القراءة الأولى في سياق التعليقات والانتقادات والاقتراحات المقدمة من الحكومات والعلماء الباحثين فيما يختص بهذه المواد. وسيجري عند الضرورة اقتراح حكم معدل أو جديد كي يحل محل مشروع المادة السابق. وسيجري اقتراح إجراء مبتكر أساسي واحد فحسب. وأهاب بعض أعضاء اللجنة وبعض الدول وبعض الكتاب الأكاديميين باللجنة أن تدرج حكما يتناول حصول المواطن الذي يتعرض للضرر على التعويض الذي تتلقاه دولة جنسيته مقابل ذلك الضرر. وقد أُدرج اقتراح بهذا الخصوص بعد دراسة مشاريع المواد التسعة عشر.

(٦) التعليقات، الصفحة ١٢.

(٧) E. Milano, "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004); p. 85, at pp. 94-97;

.P. H. Kooijmans, note 5 above

باء - النظر في مشاريع المواد

١ - المادة ١

التعريف والنطاق

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

٨ - تدرج التعليقات على المادة ١ في ثلاث فئات: أولئك الذين يدعون إلى الوضوح في صياغة النص أو التغييرات المدخلة عليه؛ والذين يقترحون إضافات على التعليق؛ والذين يدعون إلى وضع تمييز واضح بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية. ومن المؤكد أن الفئة الثالثة هي أكثر الفئات أهمية وسيجري إيلاؤها النظر بصورة كاملة. أما التعليقات والاقتراحات الأخرى، فرما سيكون البت فيها أيسر حالا.

٩ - وتقترح أوزبكستان أن تتضمن مشاريع المواد حكما يبين المعنى المقصود في مصطلحات من قبيل "جنسية الشخص المعنوي"، و"التأسيس"، و"الإضرار بالململكات"^(٨). وهي تعارض أيضا استعمال مصطلح "الجنسية" فيما يختص بالأشخاص الاعتباريين، استنادا إلى أن الجنسية هي سمة من سمات الأشخاص الطبيعيين وليس الاعتباريين^(٩). وهذا يستدعي إبداء تعليقاتين. أولهما، أن التعريفات تنطوي على خطورة، وغالبا ما تترتب عليها مشاكل أكثر مما تنجم عنها حلول^(١٠). ومن المستصوب شرح معنى المصطلحات في سياق كل قاعدة - وهو ما تتوخاه مشاريع المواد. ثانيهما، يُستعمل مصطلح "الجنسية" في القانون مرارا فيما يختص بالأشخاص الاعتباريين ومن المستحيل التخلي عن هذا الاستعمال.

١٠ - وتقترح هولندا أنه ينبغي إيضاح أن المادة ١ تتضمن أشخاصا عديمي الجنسية ولاجنين داخل إطار معنى المادة ٨^(١١). ومن المقترح قبول هذا الاقتراح عن طريق إدخال تعديل على النص.

(٨) التعليقات، الصفحة ٦٤، والنص الكامل للتعليق الذي أبدته أوزبكستان يجعل طبيعة اقتراحها أوضح.

(٩) التعليقات، الصفحة ١٦.

(١٠) "A definition ... often creates more problems than it solves" — Lord Reid in *Brutus v. Cozens* [1972] 3 W.L.R. 521, at p. 525

(١١) التعليقات، الصفحة ١٥.

١١ - واقترحت غواتيمالا إضافة إلى الفقرة ٧ من التعليق على المادة ١ لإيضاح أن الدبلوماسيين والقنصلين قد يستفيدون من الحماية الدبلوماسية لدى تصرفهم خارج نطاق صفتهم الرسمية^(١٢). وسيجري عمل ذلك.

١٢ - وتوضح المادة ١ أن اشتراط وجود "فعل غير مشروع دوليا قامت به دولة أخرى" هو أحد اشتراطات ممارسة الحماية الدبلوماسية. ولا يستبعد ذلك قيام دولة ما باتخاذ خطوات ترمي إلى حماية رعاياها قبل وقوع الفعل غير المشروع، غير أن تلك التدابير لا يطلق عليها حماية دبلوماسية^(١٣). واقترحت هولندا على نحو صائب إيضاح هذه المسألة في التعليق^(١٤).

١٣ - وينبغي للتعليق أن يوضح أيضا أن الإشارة إلى "أحد رعاياها" في المادة ١ يتضمن حماية مجموعات الرعايا - وهو ما يراه كوندوريللي^(١٥).

١٤ - واقترحت عدة دول أن تقدم المادة ١ والتعليق عليها إيضاحا أكبر لمعنى مصطلحي "الإجراء الدبلوماسي" و "غير ذلك من وسائل التسوية السلمية"، ووضع تمييز واضح بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية^(١٦). وقد أوردت الكتابات الأكاديمية النقطة ذاتها. لذا من الواجب النظر في هذه المسألة بعناية.

الحماية الدبلوماسية والمساعدة الدبلوماسية

١٥ - يقر القانون الدولي بنوعين من الحماية التي قد تمارسها الدولة نيابة عن رعاياها: المساعدة القنصلية والحماية الدبلوماسية^(١٧). بيد أن هناك تباينات أساسية بين الاثنين وهناك

(١٢) التعليقات، الصفحة ١٥.

(١٣) جادل كوندوريللي في صحة هذا الرأي؛ انظر "L'evolution du champ d'application de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 3, at p. 7.

(١٤) التعليقات، الصفحة ١٥.

(١٥) الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحتان ٦ و ٧.

(١٦) التعليقات، الصفحة ١٥ (النمسا)، والصفحة ١٥ (هولندا)، والصفحة ١٥ (بنما)، والصفحة ١١ (السلفادور).

(١٧) هناك مصدر آخر من مصادر الخلط وهو يتعلق بالتمثيل الدبلوماسي والحماية الدبلوماسية. بيد أنهما يتباينان تباينا تاما من حيث طبيعتهما، حيث يقول ووربريك ومكغولدريك إن "التمثيل الدبلوماسي يتناول مجموعة متنوعة واسعة من الاتصالات من حكومة إلى أخرى، تعرب من خلالها إحداها عن عدم قبولها لفعل قامت به الأخرى أو امتناعها عن القيام بفعل آخر. فهما لا ينسبان بالضرورة نزاعا غير مشروع إلى الدولة الأخرى...". وهو شرط من شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية: (*International & Comparative Law Quarterly*, vol. 51, No. 3 (July 2002), p. 723, at p. 724).

موضوع محل حوار وجدل دائبين، وهو ماهية الأنشطة التي تقوم بها الحكومات وتندرج تحت الحماية الدبلوماسية وماهية الأفعال التي لا تندرج تحتها. ويغذي هذا الحوار سوء فهم دائب بنفس القدر إزاء تعريف مصطلح "إجراء" لأغراض الحماية الدبلوماسية، مما يفضي إلى تصنيف الإجراءات على نحو خاطئ بأنها ممارسة للمساعدة الدبلوماسية. ولكن المشكلة لا تتعلق كثيرا بماهية المساعدة القنصلية، بل بتعريف الإجراء لأغراض الحماية الدبلوماسية استبعادا للمساعدة القنصلية.

١٦ - وغالبا ما يعتبر أن الحماية الدبلوماسية تشمل الإجراءات القضائية. وفي بعض الأحيان لا ينظر إلى التدخلات خارج الإجراءات القضائية لصالح الرعايا على اعتبار أنها تشكل حماية دبلوماسية، بل على أنها تدخل في نطاق المساعدة القنصلية. بيد أن هذا يعتبر نظرة ضيقة للغاية للحماية الدبلوماسية. فأى تدخل، بما في ذلك التفاوض، على مستوى ما بين الدول نيابة عن مواطن في مواجهة دولة أجنبية ينبغي أن يصنف كحماية دبلوماسية (وليس مساعدة قنصلية)، شريطة تلبية المتطلبات العامة للحماية، أي أن يحدث انتهاك للقانون الدولي يمكن اعتبار الدولة المجيبة على الادعاء مسؤولة عنه، وتستند فيه سبل الانتصاف المحلية، وأن يحمل الفرد المعني جنسية الدولة القائمة باتخاذ الإجراء. ومع وجود ما يرر هذا الرأي الفضيض عن "الإجراء" في سياق الحماية الدبلوماسية فإنه يجد ما يرره سواء في النظريات^(١٨) أو في كل من الأحكام القضائية الدولية^(١٩) والوطنية^(٢٠). فالمادة ١ والتعليق عليها يؤيدان بشكل واضح مثل هذا التفسير الفضيض للإجراء الدبلوماسي. وتنص المادة ١ على أن الحماية الدبلوماسية تشمل اللجوء إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك

(١٨) E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 439; F. S. Dunn, *The Protection of Nationals* (1932), pp. 18-19; L. Condorelli, "L'evolution du champ d'application de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 6

(١٩) In the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, the Permanent Court of International Justice declared that States are allowed to take up the case of a national "by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf" (1924, *P.C.I.J. Series A*, No. 2, p.12 (emphasis added)). See too *Panevezys-Salduiskis Railway*, 1939 *P.C.I.J. Series A/B*, No. 76, p. 16; *Nottebohm* (Second Phase), 1955 *I.C.J. Reports*, p. 24; *Reparation for Injuries*, 1949 *I.C.J. Reports*, p. 177

(٢٠) In the *Rudolf Hess* case, for instance, the German Constitutional Court considered that diplomatic démarches by the German Government were proof that the Government had fulfilled its obligations under the German Constitution, which grants a right to diplomatic protection to German citizens (*I.L.R.*, vol. 90 (1992), p. 387, at p. 396). See, too, *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and Others*, 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC); *International Legal Materials*, vol. 44, No. 1 (January 2005), p. 173

من وسائل التسوية السلمية، وتذكر الفقرة ٥ من التعليق أن الإجراء الدبلوماسي يشمل جميع الإجراءات الشرعية التي تلجأ إليها دولة ما لإبلاغ دولة أخرى بوجهات نظرها وشواغلها، بما في ذلك الاحتجاج، وطلب إجراء تحقيق أو مفاوضات بهدف تسوية المنازعات. وتشمل عبارة "غير ذلك من وسائل التسوية السلمية" جميع أشكال التسوية الشرعية للمنازعات، بدءاً بالتفاوض والوساطة والتوفيق، وانتهاءً بتسوية النزاع عن طريق التحكيم والقضاء". ومن الصعب صياغة حكم أشمل وتعليق بشأن معنى "الإجراء" الدبلوماسي في سياق الحماية الدبلوماسية. ولهذا يقترح عدم إعادة صياغة مشروع المادة الحالية. ومع ذلك، لا يستبعد الحكم صراحة المساعدة القنصلية، وهذا أمر يستلزم مزيداً من الاهتمام.

١٧ - ومما يؤسف له أنه لا المسؤولون الحكوميون ولا الباحثون القانونيون^(٢١) يميزون بوضوح بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية. ومع ذلك هناك ثلاثة فروق هيكلية ينبغي أن تصلح دليلاً للتمييز بين المؤسستين. أولاً، الطابع المحدود للمهام القنصلية المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣ (يشار إليها في ما بعد باسم "اتفاقية فيينا"^(٢٢)) بالمقارنة مع مهمة الدبلوماسيين المحددة بدرجة أقل والواردة في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١^(٢٣)؛ ثانياً، الفرق في مستوى التمثيل بين المساعدة القنصلية والحماية الدبلوماسية؛ ثالثاً، الطابع الوقائي للمساعدة القنصلية مقابل الطابع الانتصافي للحماية الدبلوماسية. فالقناصل تحدهم قيود جدية فيما يتعلق بالإجراء الذي قد يتخذونه لحماية رعاياهم بموجب المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا، والتي تنص على أن القناصل - "عليهم عدم التدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدولة". وهذا يعني وفقاً لما يقوله "شو" أن من واجبهم المحدد مساعدة الرعايا وقت الشدة، فيما يتعلق بإيجاد محامين على سبيل المثال، وزيارة السجون والاتصال بالسلطات المحلية، بيد أنهم لا يستطيعون التدخل في الإجراءات القضائية أو الشؤون الداخلية للدولة المستقبلية أو إسداء نصيحة قانونية أو التحقيق في جريمة"^(٢٤). وهذا يعني أن القناصل يسمح لهم بتمثيل مصالح الرعايا وليس مصالح الدول في

(٢١) انظر E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed. (1998), p. 33; and L. T. Lee, *Consular Law and Practice* (1991), pp. 138, 148-151, 155 and 167. See generally on this subject, A. Künzli, "Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation *démarches* and consular assistance", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2006, forthcoming).

(٢٢) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٥٩٦، الصفحة ٢٦١ من النص الانكليزي.

(٢٣) المرجع نفسه، المجلد ٥٠٠، الصفحة ٩٥ من النص الانكليزي.

(٢٤) *International Law*, 5th ed. (2003), p. 688.

حماية الرعايا. وهذا أمر يخص الفرع الدبلوماسي. وهناك عنصر آخر للتمييز بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية. فالمساعدة القنصلية تتسم بطابع وقائي أكبر وتحدث قبل استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو قبل حدوث انتهاك للقانون الدولي. وهذا يتيح للمساعدة القنصلية أن تكون على نطاق رسمي أقل وأن تكون في الوقت نفسه أكثر قبولا لدى الدولة المضيفة^(٢٥). والمساعدة القنصلية تعنى بشكل رئيسي بحماية حقوق الفرد وتستلزم موافقة الفرد المعني^(٢٦). وفي الواقع، فإن المساعدة القنصلية، حسبما هو منصوص عليه في المادة ٣٦ (١) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، لن تقدم إلا إذا طلبها الفرد المعني. ومن ناحية أخرى، يهدف أي مسعى دبلوماسي إلى طرح المسألة على المستوى الدولي أو المستوى المشترك بين الدول، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى التفاوض على المستوى الدولي، زيادة على ذلك، لا يستطيع الفرد المعني منع دولته الوطنية من تولى دعوى المطالبة أو من مواصلة الإجراءات في سياق ممارسة الحماية الدبلوماسية.

١٨ - وتستلزم قضيتنا "لاغراند" و "أفينا"^(٢٧) اهتماما خاصا في هذا السياق نظرا لأهمها تنطويان على مساعدة قنصلية وحماية دبلوماسية معا. وفي هاتين القضيتين، تقدمت ألمانيا والمكسيك، على التوالي، بدعوى ضد الولايات المتحدة لانتهاك اتفاقية فيينا، بحكم حقهما الذاتي وبحكم حقهما في ممارسة الحماية الدبلوماسية، نظرا لما تعرض له رعايا كل منهما من عدم الامتثال للاتفاقية. ومن ثم، فإن موضوع القضيتين المرفوعتين أمام محكمة العدل الدولية يعني بممارسة المساعدة القنصلية في حين أن الآلية المستخدمة لرفع الدعوى في القضيتين هي ممارسة الحماية الدبلوماسية. ففي قضية "لاغراند"، قبلت محكمة العدل الدولية مطالبة ألمانيا (جزئيا) كممارسة لحق الحماية الدبلوماسية وأقرت أن كلا من دولة ألمانيا والرعايا الألمان تعرضوا للمعاناة بسبب عدم وجود مساعدة قنصلية^(٢٨). بيد أنه في قضية المكسيك، قررت المحكمة ما هو خلاف ذلك، وأصرت على أن انتهاكات اتفاقية فيينا تشكل ضررا مباشرا للمكسيك وخلصت إلى نتيجة مؤداها أن الحماية الدبلوماسية ليست ضرورية كأداة لرفع الدعوى. وتعتبر قضية "لاغراند" هامة بصفة خاصة. فالمطالبة التي قدمتها، ألمانيا أمام محكمة العدل الدولية كانت تقوم على إخفاق الولايات المتحدة في أن تخطر دون تأخير الأحيون

L. Cafilisch, "La pratique suisse de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 77 (٢٥)

J. Zourek, "Quelque problèmes théoriques du droit consulaire", *Journal du Droit International*, vol. 90 (٢٦) (1963), p. 4, at pp. 54-55

.2001, *I.C.J. Reports*, p. 466 and 2004, *I.C.J. Reports*, p. 12, respectively (٢٧)

.2001, *I.C.J. Reports*, p. 494, para. 77 (٢٨)

لاغراند بحقهما في المساعدة القنصلية، وتقوم على التقصير في إبلاغ السلطات الألمانية بإجراءات توقيف واحتجاز اثنين من الرعايا الألمان، وهذان التزامان مستمدان من المادة ٣٦ (١) من اتفاقية فيينا. وتضمن ادعاء ألمانيا أنه كان بوسعها من خلال ممارسة المساعدة الدبلوماسية تقديم مساعدة قانونية كافية ومعلومات ذات صلة، وربما ساعد هذا بدوره على منع الحكم بالإعدام على الأخوين لاغراند^(٢٩). وقد رفعت الدعوى بحكم حق ألمانيا ذاته وبحكم حقها في ممارسة الحماية الدبلوماسية بالنيابة عن رعاياها^(٣٠). وطعنت الولايات المتحدة في مطالبة ألمانيا بموجب الحماية الدبلوماسية وحاولت إقناع المحكمة أن ألمانيا تخلط ما بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية ومن ثم ينبغي أن تعلن المحكمة عدم قبول الدعوى. وكانت حجتها أن اتفاقية فيينا لا تتناول الحماية الدبلوماسية، لكنها تتناول فحسب المساعدة القنصلية. وإضافة إلى ذلك، أُدعي أن اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، على عكس ما تراه ألمانيا، لا تحمي حقوق الأفراد ولهذا لا ينبغي قبول ممارسة الحماية الدبلوماسية^(٣١).

ورفضت المحكمة الاعتراضات التي قدمتها الولايات المتحدة وقررت أنها تتمتع بالاختصاص القضائي للنظر في الدعوى استنادا إلى كل من الضرر المباشر وغير المباشر. وذكرت بوضوح أن بند الاختصاص القضائي العام بمقتضى البروتوكول الاختياري لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المتعلق بالتسوية الإلزامية للمنازعات^(٣٢) "لا يمنع أي دولة طرف في معاهدة تقرر حقوقا للأفراد، من تناول قضية تخص أحد رعاياها ورفع دعوى قضائية دولية نيابة عن ذلك المواطن"^(٣٣). وميزت المحكمة بوضوح بين المساعدة القنصلية والحماية الدبلوماسية، حيث قبلت إمكانية المطالبة بحقوق فردية ناشئة بموجب معاهدة بشأن العلاقات القنصلية، وذلك من خلال وسيلة الحماية الدبلوماسية^(٣٤). فالحماية الدبلوماسية هي آلية يمكن اللجوء إليها بعد وقوع فعل غير مشروع دوليا يلحق فيه الضرر بأجنبي، ونظرا لأن عدم تقييد الولايات المتحدة باتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية تسبب في وقوع الضرر بأثنين من

(٢٩) المرجع نفسه، الصفحة ٤٩٤، الفقرة ٧١.

(٣٠) المرجع نفسه، الصفحة ٤٨١، الفقرة ٣٨ والصفحة ٤٨٩، الفقرة ٦٥.

(٣١) المرجع نفسه، الصفحة ٤٨٢، الفقرة ٤٠.

(٣٢) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٥٩٦، الصفحة ٤٨٧، من النص الانكليزي.

(٣٣) 2001, *I.C.J. Reports*, pp. 482-483, para. 42; see also O. Spiermann, "The *La Grand* case and the individual as a subject of international law", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 58 (2003), pp. 197-221.

(٣٤) 2001, *I.C.J. Reports*, pp. 492-494, paras. 75-77.

الرعايا الألمان نتيجة لانتهاك حقوقهما الفردية. بموجب هذه الاتفاقية، فقد احتجت ألمانيا بالإجراء الصحيح للمطالبة بالانتصاف من الضرر.

١٩ - وثمة مصدر خاص ينشأ عنه الخلط بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية يوجد في المادة ١-١٠ من المعاهدة التي أرسدت دستوراً لأوروبا^(٣٥) (يشار إليها في ما بعد باسم "الدستور") والتي تقابل المادة ٤٦ من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي^(٣٦) والمادة ٢٠ من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية^(٣٧). وتنص المادة في الفقرة ٢ (ج) على أنه "يحق لكل مواطن في الاتحاد، في إقليم بلد ثالث لا يكون للدولة العضو التي هو من رعاياها تمثيل لديه، أن يتمتع بحماية السلطات الدبلوماسية أو القنصلية لأي دولة عضو بنفس الشروط المطبقة على رعايا تلك الدولة"^(٣٨).

وللوهلة الأولى، قد يبدو نص الحكم غير مثير للخلاف. فهو تعبير عن مبدأ عدم التمييز الذي يعتبر أمراً أساسياً بالنسبة للاتحاد الأوروبي. ونظراً لأن التمييز على أرض الجنسية محظور داخل الاتحاد، ليس من المستغرب أن ينعم مواطنو الاتحاد أيضاً بحماية مماثلة خارج الاتحاد. ومع ذلك، فإن نص الحكم، إذ يتضمن المساعدة القنصلية والحماية الدبلوماسية، يغفل الفروق الأساسية بين هذين الآليتين. إضافة إلى ذلك، يشير هذا إشكالية بصفة خاصة في ضوء المعايير المتعلقة بالحماية الدبلوماسية.

ويتمثل الاعتراض الأساسي على هذا الحكم في أنه ينتهك مبدأ "Pacta tertiis nec nocent nec prosunt" (لا ترتب المعاهدة أية التزامات على دولة ثالثة ولا أية حقوق لها دون موافقتها). فالمعاهدات الأوروبية هي معاهدات بمقتضى القانون الدولي ولذلك تحكمها المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا^(٣٩) لقانون المعاهدات، التي تنص على أن المعاهدات لا تسري إلا بين الأطراف في معاهدة وليس ملزمة لدولة ثالثة. ومن ثم، فإن أي حكم يرد في معاهدة أو ميثاق أو دستور للاتحاد الأوروبي، لا يعتبر ملزماً لدول ليست أعضاء في الاتحاد الأوروبي. والدول الثالثة ليست ملزمة باحترام الأحكام الواردة في معاهدات واتفاقيات تسري داخل

^(٣٥) Official Journal of the European Union, vol. 47, No. C 310 (16 December 2004), pp. 13-14 (hereinafter Constitution).

^(٣٦) Ibid., vol. 43, No. C 364 (18 December 2000), p. 1

^(٣٧) Ibid., vol. 45, No. C 325 (24 December 2002), p. 45

^(٣٨) رغم أن الدستور لم يدخل بعد حيز النفاذ، ومن ثم فهو ليس وثيقة ملزمة بعد، فإن هذه هي أحدث وثيقة تنص على الحق في الحماية الدبلوماسية. ويجب أن يكون ماثلاً في الأذهان أن هذا الحكم هو بنصه الحرفي مثل الحكم في معاهدة الجماعة الأوروبية، الذي يعتبر بالطبع ملزماً للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

^(٣٩) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١١٥٥، برقم ١٨٢٣٢.

الاتحاد الأوروبي، وليست ملزمة بأن تقبل - وفي حالة الحماية الدبلوماسية، ليس من المرجح لها أن تقبل - حماية من الدول التي ليست هي دولة الجنسية لفرد من مواطني الاتحاد الأوروبي^(٤٠).

فأى "مواطن" في الاتحاد الأوروبي لا يعتبر واحدا من رعايا جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، وهذا يعني أن مواطنة الاتحاد الأوروبي لا تفي بشرط الجنسية الخاص بالمطالبات المتعلقة بأغراض الحماية الدبلوماسية. ولهذا، فإن أحكام معاهدات الاتحاد الأوروبي التي يفهم منها أن جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تمنح الحماية الدبلوماسية لجميع مواطني الاتحاد تعد أحكاما معيبة، ما لم تفسر على أنها تنطبق على المساعدة القنصلية فحسب. ومن المسلم به أن هذا في الواقع المقصود بهذه الأحكام^(٤١). ورغم أن المساعدة القنصلية لا تمارس عادة إلا بالنيابة عن أحد الرعايا، لا يحظر القانون الدولي تقديم المساعدة القنصلية إلى رعايا دولة أخرى. ونظرا لأن المساعدة القنصلية ليست ممارسة في حماية حقوق دولة ولا مناصرة لمطالبة، لا يشترط تطبيق معيار الجنسية بشكل صارم كما هو الحال في الحماية الدبلوماسية. ولهذا ليست هناك ضرورة لمصلحة قانونية من خلال رابطة الجنسية.

٢٠ - ومن الناحية النظرية، فإن التمييز بين الحماية الدبلوماسية والمساعدة القنصلية واضح. فالأولى هي تدخل مشترك بين الدول يضطلع به مسؤولون دبلوماسيون أو ممثلون للحكومات ملحقون بوزارة الخارجية، وهو يحدث عندما يلحق ضرر بمواطن نتيجة فعل غير مشروع دوليا ترتكبه دولة أخرى، ويكون هذا المواطن قد استنفد سبل الانتصاف المحلية. وهو تدخل يهدف إلى التعويض عن وقوع ضرر دولي، وقد يتخذ أشكالا كثيرة، من بينها الاحتجاج والتفاوض وتسوية المنازعات بالطرق القضائية. أما المساعدة القنصلية فإنها، من ناحية أخرى، تشمل المساعدة المقدمة إلى الرعايا (ويحتمل إلى غير الرعايا) الذين يجدون أنفسهم واقعين في متاعب وصعوبات في دولة أجنبية، وهذه المساعدة يقدمها قناصل دائمون أو قناصل فخريون لا يعملون في التمثيل السياسي. وتعتبر هذه المساعدة وقائية بمعنى أنها تهدف إلى منع حدوث ضرر دولي. وتقدم للمواطن مشورة قنصلية ومساعدة قانونية لضمان أن يلقى محاكمة عادلة (إذا ما اتهم بارتكاب فعل إجرامي) أو لحماية مصالحه الشخصية أو أملاكه في الدولة المضيفة. ورغم التمييز النظري الواضح بين المؤسستين، توجد تداخلات (على النحو الذي تبينه قضية "لاغراند وقضية أفينا") أو الإخفاق في التمييز بين الاثنتين

(٤٠) انظر C. Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* (2005), pp. 148-149.

(٤١) T. Stein, Interim Report on "Diplomatic protection under the European Union Treaty" in International Law Association, Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, Second Report, New Delhi (2002), pp. 36-37.

(على النحو الذي تبينه معاهدات الاتحاد الأوروبي). وفي هذه الظروف، قد يكون من الحكمة التوضيح في المادة ١ أن اللجنة تدرك التمييز بينهما وترغب في الإبقاء عليه. وسوف يتناول التعليق أيضا هذه المسألة.

٢١ - ومن المقترح أن يعدل نص المادة ١ ليصبح كالتالي:

(١) تعني الحماية الدبلوماسية لجوء الدولة إلى إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من وسائل التسوية السلمية عندما تتبنى، بحكم حقها الذاتي، قضية أحد رعاياها أو شخص مشار إليه في المادة ٨ فيما يتصل بضرر لحق بهذا المواطن أو الشخص من جراء فعل غير مشروع دوليا قامت به دولة أخرى.

(٢) ولا ينبغي تفسير الحماية الدبلوماسية على أنها تشمل ممارسة المساعدة التفصيلية وفقا للقانون الدولي.

٢ - المادة ٢

الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية

يجق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقا لمشاريع المواد هذه.

٢٢ - هناك تعليقات قليلة على هذا الحكم. فهولندا تقترح حذف الفقرة (٣) من التعليقات أو توضيحها^(٤٢). وواقع الأمر أنها تبدو زائدة عن اللزوم وينبغي حذفها.

٢٣ - وتذكر الفقرة (٢) من التعليق أن للدولة حق ممارسة الحماية الدبلوماسية، بيد أنه ليس من واجبها تماما القيام بذلك. وكانت هذه المسألة موضوع عديد من القرارات الوطنية نظرا لأن اللجنة قررت عدم فرض التزام على الدول بممارسة الحماية الدبلوماسية: عباسي وآخر ضد وزير الدولة للشؤون الخارجية وشؤون الكمنولث^(٤٣)؛ وكاوندنا وآخرون ضد رئيس جمهورية أفريقيا^(٤٤)؛ وفان تسيل وآخرون ضد حكومة جمهورية جنوب أفريقيا وآخرين^(٤٥). وهذه الأحكام التي تعطي بعض التأييد لوجود واجب بممارسة الحماية الدبلوماسية. بمقتضى القانون الوطني ينبغي تدارسها في التعليقات.

(٤٢) التعليقات، الصفحة ١٧.

(٤٣) (2002) EWCA Civ. 1598; [2002] All ER (D) 70; *International Legal Materials*, vol. 42, No. 2 (March 2003), p. 358

(٤٤) (2005) (4) South African Law Reports 235 (CC); *International Legal Materials*, vol. 44, No. 1 (January 2005), p. 173

(٤٥) Judgment of 20 July 2005, TPD case No. 20320/2002 (unreported at time of writing)

٢٤ - وفي تعليق عام بشأن مشاريع المواد تذكر النمسا ما يلي:

يبدو أن اللجنة قد ركزت فحسب على جانب واحد من الحماية الدبلوماسية، وهو حق الدولة في أن تصدر مطالبات معينة لصالح رعاياها. بيد أن ذلك الحق يقابله الالتزام بقبول الدول الأخرى بالمطالبات المقدمة من دولة ما. وينص النظام القانوني المتعلق بالحماية الدبلوماسية أيضا على الظروف التي يكون فيها على الدولة قبول مثل هذه التدخلات من قبيل دولة أخرى، ولا ريب أن هذا الرأي يسلط بعض الأضواء الجديدة على هذا النظام القانوني، ويكشف النقاب على جوانب عدة منه، وهو ما لم يراع بالقدر الكافي في النص المقدم من اللجنة^(٤٦).

ويقترح أن تكون المادة ٢ هي المكان المناسب للنص على الاعتراف بمثل هذا الالتزام من جانب الدول. ولهذا يمكن تعديل المادة ٢ ليصبح نصها كالتالي:

(١) يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقا لمشاريع المواد هذه.

(٢) من واجب الدولة قبول مطالبات بالحماية الدبلوماسية مقدمة وفقا لمشاريع المواد هذه.

٣ - المادة ٣

توفير الحماية من قبل دولة الجنسية

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

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

٢٥ - تقترح هولندا صياغة نص الحكم ليصبح كالتالي: "إن دولة الجنسية هي الدولة المخول لها ممارسة الحماية الدبلوماسية"^(٤٧). أما كيف يضع هذا النص "مزيدا من التأكيد على منظور الفرد" على النحو الذي تقترحه هولندا، فمن الصعب فهمه. لكن هذا يعتبر صياغة أليق من النص الحالي للمادة ٣ وينبغي اعتماده.

٢٦ - وتذكر هولندا أيضا، دون أي تعليل، أن هذا الحكم يتعين النظر إليه في ضوء التطورات المتعلقة بالمواطنة الأوروبية. وكما اتضح أعلاه، هناك تمييز بين "المواطنة"

(٤٦) التعليقات، الصفحة ١٠.

(٤٧) التعليقات، الصفحة ١٧.

الأوروبية و جنسية الدول الأعضاء. وفي الأمر التوجيهي 2004/38/EC^(٤٨)، جرى تحديد مفهوم مواطنة الاتحاد الأوروبي. ورغم أن الأمر التوجيهي يعنى أساسا بحركة وإقامة الأفراد الذين يحق لهم الحصول على مواطنة الاتحاد الأوروبي داخل الاتحاد الأوروبي، تتصل بعض أحكامه بمسألة الحماية خارج الاتحاد الأوروبي. وفي حين ورد نص في الديباجة (النقطة ٣) بما مؤداه أن "تكون مواطنة الاتحاد الأوروبي وضعا أساسيا لرعايا الدول الأعضاء عندما يمارسون حقهم في حرية الحركة والإقامة"، يعرف جزء المنطوق مواطن الاتحاد الأوروبي بأنه "شخص يحمل جنسية دولة عضو" (المادة ٢ (١))، أي أن الجنسية تصبح شرطا أساسيا لمواطنة الاتحاد الأوروبي. وفي الدستور، تنص المادة ١-١٠ (١) على أن "مواطنة الاتحاد تكون إضافية على المواطنة ذات الصفة الوطنية ولا ينبغي أن تحل محلها"^(٤٩). وتظهر هذه الأحكام بوضوح أن المواطنة لا يمكن معادلتها بالجنسية ولا ينبغي تفسير مواطنة الاتحاد الأوروبي على أنها تنفي جنسية فرادى الدول، أو أن سلطة الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تقرر قوانينها ومعاييرها الخاصة بالجنسية فيما يتعلق بالجنس. وفي هذه الظروف من الصعب معرفة كيف يمكن لمواطنة الاتحاد الأوروبي أن يكون لها أي أثر على الجنسية.

٢٧ - ومن المقترح أن تعدل المادة ٣ ليصبح نصها كالتالي:

- (١) دولة الجنسية هي الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية.
- (٢) يجوز ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بغير الرعايا وفقا للمادة ٨، بغض النظر عما ورد في الفقرة ١.

٤ - المادة ٤

دولة جنسية الشخص الطبيعي

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

(٤٨) Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2005 on the right of citizens of the Union, *Official Journal of the European Union*, vol. 47, No. L 158 (30 April 2004), pp. 77-123.

(٤٩) انظر N. W. Barber, "Citizenship, nationalism and the European Union", *European Law Review*, vol. 27 (2002), who states that "European citizenship was intended to complement, and not to replace, national citizenship" (p. 241).

٢٨ - أُنتقدت المادة ٤ على أساس أنها لا توضح أن الجنسية يحددها القانون الداخلي، الوطني - شريطة أن لا يتنافى مع القانون الدولي^(٥٠). وترى اللجنة بوضوح أن هذا متضمن في صياغة المادة ويبيدها عن الشك في الفقرة ١ من التعليق. إلا أن هذا قد يوضح في المادة ٤ نفسها.

٢٩ - وتعرض النمسا على صياغة المادة ٤ استناداً إلى أن "الجنسية لا تُكتسب بخلافة الدولة ولكن كنتيجة لخلافة الدولة"^(٥١)، وتقتصر أنه بناء على ذلك ينبغي إعادة صياغتها.

٣٠ - وبغية معالجة هذه الانتقادات، يمكن إعادة صياغة المادة ٤ لتصبح على النحو التالي:

لأغراض الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين، فإن دولة الجنسية تعني الدولة التي يكون الشخص المطلوب حمايته قد اكتسب جنسيتها عن طريق الولادة، أو الأصل، أو التجنس، أو نتيجة لخلافة الدول، أو بأية طريقة أخرى يقرها قانون الدولة، شريطة ألا تتنافى مع القانون الدولي.

٥ - المادة ٥

استمرار الجنسية

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

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

٣ - لا يجوز لدولة الجنسية الحالية أن تمارس الحماية الدبلوماسية، فيما يتعلق بشخص ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص لضرر لحق به عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

(٥٠) انظر تعليق أوزبكستان، التعليقات، الصفحة ١٩. يقترح كارلو سانتولي بأن تعاد صياغة المادة على النحو التالي: "إن دولة الجنسية هي الدولة التي يكون الشخص [المطلوب حمايته] قد حصل على جنسيتها بحسن نية وفقاً لقانونها الداخلي" ("مؤلفات لجنة القانون الدولي"، *Annuaire Francais de Droit International*, Vol. 47, (2001), p. 349 at p. 371.

(٥١) التعليقات، الصفحة ١٨.

٣١ - أثارَت المادة ٥ معظم التعليقات والانتقادات التي قدمتها الدول. وتتعلق نقاط الانتقاد الأساسية بتاريخ تقديم المطالبة رسمياً وبالفقرة ٢. وسيتم بحث هذه النقاط بالكامل. إلا أنه يوجد عدد من اقتراحات الصياغة التي ينبغي تناولها بداية.

٣٢ - تعترض النمسا على عبارة "تقديم المطالبة" الواردة في الفقرة ٢ لأنها توحى بإجراء قضائي، ولذلك فهي محدودة أكثر من أشكال الحماية الدبلوماسية المبينة في المادة ١^(٥٢). ويُقترح أن يوضح التعليق أن هذا التقييد غير مقصود - إذا تم الإبقاء على الفقرة ٢.

٣٣ - وتُقرَح هولندا أن يستعاض عن عبارة "لا يجوز لدولة الجنسية" في الفقرة ٣ بعبارة "ليس لدولة الجنسية" لأن هذا يتوافق أكثر مع الطبيعة التقديرية للحماية الدبلوماسية^(٥٣). ولأن عبارة "ليس" في اللغة الانكليزية ليست ذات طبيعة تقديرية أكثر من عبارة "لا يجوز"، فلا ينبغي قبول هذا الاقتراح. وتُقرَح هولندا كذلك، لكي تتماشى المادة ٥ (٣) مع الأحكام الأخرى، أن يُستعاض عن عبارة "ضرر لحق به" بعبارة "ضرر وقع عليه"، ويبدو هذا التغيير معقولاً.

٣٤ - وتُقرَح الولايات المتحدة إدخال كلمة "فقط" في السطر الأول من الفقرة (١) - "يجق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فقط فيما يتعلق..." - لإيضاح أن الفقرة تهدف إلى الحد من حق الحماية الدبلوماسية الواردة في المادتين ٢ و ٣ للمطالبات التي يقدمها الأشخاص الذين يستوفون مطلب استمرار الجنسية^(٥٤). ويوصى باتباع هذا الاقتراح.

٣٥ - وأثارَت عدة دول اعتراضات على الفقرة ٢^(٥٥). وقد جاءت أكثر الانتقادات إفادة من الولايات المتحدة، التي تدفع بأن الغرض الرئيسي للفقرة ٢ هو حماية الشخص الذي تغيرت جنسيته نتيجة الخلافة. وتتساءل إن كانت القوانين تبيح تغيير الجنسية في حالة الزواج والتبني. وبالفعل، ربما كان لها أن تضيف أن منع التغيير التلقائي لجنسية المرأة في حال زواجها الوارد في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة^(٥٦) لا يزال يحد بدرجة أكبر من احتمال وقوع هذه التغيرات. وترى الولايات المتحدة أن حق الحماية الدبلوماسية ينتقل مع خلافة الدولة، وأن الحق في الحماية الدبلوماسية في هذه الحالة ينبغي ألا يعتبر استثناء للشرط

(٥٢) التعليقات، الصفحة ١٩.

(٥٣) التعليقات، الصفحة ٢٠.

(٥٤) التعليقات، الصفحتان ٢٢ و ٢٣.

(٥٥) التعليقات، الصفحة ٢٠ (السلفادور)، الصفحة ٢١ (قطر)، الصفحتان ٢٥ و ٢٦ (الولايات المتحدة).

(٥٦) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ١٢٤٩، الرقم ٢٠٣٧٨، المادة ٩ (١).

العام. وبناء عليه، فهي تقترح أن يتم تناول المسألة بإضافة إحالة إلى "الدولة الخلف" في المادة ٥ (١). ويوصى باعتماد هذا الاقتراح.

٣٦ - ولا تكاد تكون هناك ممارسة من جانب الدول لدعم شرط الاحتفاظ بالجنسية باستمرار منذ وقوع الضرر وحتى تاريخ تقديم المطالبة (انظر A/CN.4/506/Add.1، الفقرات ١٦-١٢). ومع ذلك، وكما أشارت الولايات المتحدة^(٥٧)، فمن غير الملائم صياغة قاعدة حول استمرار الجنسية لا تأخذ بالاعتبار الفترة بين تاريخ وقوع الضرر والتاريخ النهائي. ويُقترح تعديل المادة ٥ (١) وفقاً لذلك، وقد تكون هذه ممارسة في التطور التدريجي لكن يبدو أن لها ما يبررها.

٣٧ - ويتعلق أكثر الجوانب إثارة للجدل في قاعدة استمرار الجنسية بالموعد النهائي - أي التاريخ النهائي أو مرحلة الإجراءات التي يجب أن يكون فيها الشخص الذي لحق به الضرر لا يزال مواطناً. وقد اختارت اللجنة، استناداً إلى استعراضها لممارسة الدولة، تاريخ تقديم المطالبة رسمياً. وتؤيد عدة دول هذا الموقف^(٥٨). ومن ناحية أخرى، فإنه يلقي معارضة قوية من الولايات المتحدة، التي تدفع بأن تاريخ البت في المطالبة، هو تاريخ صدور الحكم^(٥٩).

٣٨ - وتعتمد الولايات المتحدة بشكل كبير على قرار اتخذته محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية Loewen Group Inc. ضد الولايات المتحدة الأمريكية الذي يقول بأنه "في لغة القانون الدولي، يجب أن تستمر الهوية الوطنية من تاريخ الأحداث التي نجمت عنها المطالبة، وهو التاريخ الذي يعرف بعبارة "تاريخ وقوع الضرر"، إلى تاريخ البت في المطالبة التي يعرف "بالموعد النهائي"^(٦٠). وتدفع بأن هذا القرار يدعمه عدد من القرارات والمطالبات التحكيمية الأخرى المقدمة عن طريق القنوات الدبلوماسية، والتي غير فيها الشخص الذي قدمت المطالبة باسمه، جنسيته بعد تقديم المطالبة رسمياً، لكن قبل البت فيها. وفي كل حالة من هذه الحالات، رفضت أو سحبت المطالبة الدولية عندما تبين أن المطالبة مقدمة باسم مواطن غير الدولة المطالبة. وتدعي الولايات المتحدة بأن هذه الحالات تعكس ممارسة ثابتة للدول ترقى إلى القاعدة العرفية. وبالإضافة إلى ذلك، تفضل هذه القاعدة على اعتبار أن المسألة متعلقة بالسياسات، حيث تمكن من تفادي حالة تكون فيها

(٥٧) التعليقات، الصفحة ٢٥.

(٥٨) التعليقات، الصفحتان ١٩ و ٢٠ (النمسا وهولندا)، الصفحة ٢١ (النرويج، باسم دول الشمال الأوروبي).

(٥٩) التعليقات، الصفحة ٢٢.

(٦٠) Case No. ARB (AF)/98/3, 26 June 2003; *International Legal Materials*, vol. 42, No. 4 (July 2003), (٦٠) .p. 811, at para. 225

الدولة المدعى عليها مدينة للدولة المطالبة فيما يتعلق بضرر لحق شخصا لم يعد أمره يهم تلك الدولة من الناحية القانونية.

٣٩ - ولا يساعد الرأي الأكاديمي في هذا الموضوع. إذ يجذب بعض الكتاب تاريخ تقديم المطالبة^(٦١)، في حين يؤيد آخرون تاريخ البت في المطالبة^(٦٢). إلا أن معظمهم يقر بأن الموعد النهائي ليس أكيدا على أساس وجود تأييد للموقفين كليهما^(٦٣). وبنفس القدر، لا تفيد ممارسة الدولة في هذا الصدد نظرا لتباين المعاهدات في صياغاتها للموعد النهائي^(٦٤). ومع أن مؤتمر لاهاي لعام ١٩٣٠ لتدوين القانون الدولي يستشهد به أحيانا لتأييد تاريخ إصدار الحكم^(٦٥)، يجب الإشارة إلى أن هذا "التأييد" يستند إلى دراسة استطلاعية لرأي الدول فقط، وأنه من بين العشرين دولة التي أجابت على الدراسة الاستطلاعية، رفضت ثمانية منها استمرار الجنسية كقاعدة، وامتنعت ثلاثة عن الإجابة، وأبدت تسع دول (بما في ذلك بريطانيا العظمى وأربعة من الأقاليم التابعة لها)^(٦٦).

(٦١) E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919), p. 666

(٦٢) R. Jennings and A. Watts; (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), p. 512; C. J. B. Hurst, "Nationality of claims", *British Yearbook of International Law* (1926), p. 163; F. V. Garçia-Amador et al., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 82

(٦٣) Oppenheim's (note 62 above) qualifies support for the date of the award at p. 512, fn. 6 by stating that in some cases the date of presentation of the claim will suffice. See, further, G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (1957), vol. 1, p. 597; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (2003), p. 461; A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), pp. 86 and 96-97; Judge Jessup, separate opinion, *Barcelona Traction case*, 1970 *I.C.J. Reports*, pp. 202-203; E. Borchard, "The protection of citizens abroad and change of nationality", *Yale Law Journal*, vol. 20 (1934), p. 359; at pp. 377-378; E. Borchard, "Protection diplomatique des nationaux à l'étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 36 (1931), pp. 256, 284; C. J. B. Hurst; note 62 above, at pp. 179-180; M. S. Duchesne, "The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-state investment disputes", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 783, at pp. 799-802; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p. 183

(٦٤) انظر في comment of Umpire Parker in *Administrative Decision No. V, U.N.R.I.A.A.*, vol. 77, p. 119, at p. 143. See, further, J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed. 1926), pp. 164-165; G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), pp. 807-808

(٦٥) انظر *Eschauzier* (Great Britain v. Mexico), *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5, p. 207, at pp. 210-211

(٦٦) For a history of this survey of opinion, see Duchesne, note 62 above, pp. 794-797

٤٠ - والأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع هي أيضا فضفاضة على نحو لا يقيم الدليل على قاعدة القانون العرفي الدولي. وقد يُعزى جزء كبير من الخلاف في الفتوى القضائية إلى التأييد في المعاهدات التي تنظم هذه المطالبات. وكما أفاد Umpire Parker في القرار الإداري رقم خمسة:

”لدى تحليل معظم الأحكام المتخذة في هذه الحالات، من الواضح أنه تحكمها في كل قضية لغة البروتوكول الخاص المستخدم في المحكمة التي اتخذتها، واللغة التي قصرت اختصاصها القضائي على المطالبات بامتلاك جنسية الدولة التي لا تؤكد من حيث الأصل فقط بل من حيث الاستمرارية - في بعض الحالات حتى تاريخ تقديم المطالبة، وفي حالات أخرى تاريخ تقديمها إلى المحكمة، وفي حالات أخرى تاريخ الحكم الصادر، وفي حالات أخرى تاريخ البت في المطالبة. والافتقار إلى الاتساق فيما يتعلق بفترة استمرارية الجنسية المطلوب لأغراض الولاية القضائية ناجم عن أن كل حالة تحكمها لغة المعاهدة الخاصة التي تحكمها^(٦٧).

وفي هذه الحالات، ليس من المثير للدهشة أن بعض الأحكام تفضل تاريخ التقديم^(٦٨)، وبعضها يفضل تاريخ إصدار الحكم^(٦٩)، وبعضها لم يكن حاسماً^(٧٠). ومن المهم أن العديد من الأحكام التي تحبذ تاريخ البت في المطالبة، الذي تستند إليه الولايات المتحدة، تشمل أمثلة غير فيها المواطن جنسيته بعد تقديم المطالبة وقبل صدور الحكم إلى الدولة المدعى عليها. وفي مثل هذه الحالة، يكاد يكون من الصعب توقع نجاح المطالبة نظراً لأن الدولة المدعى عليها

(٦٧) *U.N.R.I.A.A.*, vol. 7, p. 199, at p. 143.

(٦٨) *Case of Captain W. H. Gleadell (Great Britain v. Mexico)*, reported in G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), p. 805; *Case of F. W. Flack (Great Britain v. Mexico)*, reported in A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), p. 96.

(٦٩) *Eschauzier (Great Britain v. Mexico)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5 (1931), p. 207; *Benchiton case (Great Britain v. Spain)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 2 (1924), p. 615 (translations in 1923-1924 Annual Digest of Public International Law Cases, p. 189); *Guadalupe* (unpublished), reported in A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-4* (1935), p. 97; *Loewen Group Inc v USA* (2003) 42 ILM 1811, para. 225.

(٧٠) *Exors of F. Lederer v German Government*, *Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. 3, p. 762 (largely a question of treaty interpretation); *Hawaiian Claims* reported in F. K. Nielson, *American and British Claims Arbitration* (1926), p. 30 (claims withdrawn); *Chopin, French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, Records of Claims (claim withdrawn); *Case of M. and T. Gennes* reported in J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed. 1926), p. 165; *Kren Claim*, 20 *I.L.R.* (1953), p. 234.

ستدفع عندئذ تعويضات إلى دولة أخرى كضرب لحق بأحد رعاياها!^(٧١). وهذا ما حدث في قضايا Ebenzer Barston^(٧٢)، ومطالبة المنفذين F. Lederer^(٧٣)، و Hawaiian Claims^(٧٤)، و Chopin^(٧٥)، و Gribble^(٧٦)، وبالطبع في قضية Loewen^(٧٧).

٤١ - وتستند الولايات المتحدة بشكل كبير إلى الحكم المتخذ في قضية Loewen؛ إلا أن هذا الحكم - في هذا الجانب من القضية - فيه الكثير من المآخذ. ففي حين أن معظم ما جاء في الحكم مبني على العقل والبحث (مثلاً فيما يتعلق بسبل الانتصاف المحلية) فإن المسألة الهامة أمام المحكمة، أي الموعد النهائي، ثم التصرف فيها بطريقة لا تعطي مؤشراً على أن المحكمة قد درست المسألة على الإطلاق. فهي تقر ببساطة، ودون أي دراسة تذكر للسلطة المخوَّلة (رغم أن المستشار القانوني أحال المحكمة إلى السلطات المعنية) أنه في إطار القانون العرفي الدولي "يجب أن تكون هناك هوية وطنية مستمرة منذ تاريخ وقوع الأحداث التي أدت إلى المطالبة... وحتى تاريخ التسوية النهائية للمطالبة"^(٧٨). وتلاحظ المحكمة أن لجنة القانون الدولي أصدرت تقريراً يقترح إلغاء قاعدة استمرار الجنسية حتى في حالات الحماية الدبلوماسية، وأن "التقرير نفسه تعرض إلى انتقاد من جهات عديدة" وأن "اللجنة لم توافق على إعادة تدوين القانون استناداً إلى التقرير"^(٧٩). فلو أن المحكمة اطّلت على التقرير (A/CN.4/506/Add.1، الفقرات ١٢-١٦)، لأدرت الجدول الدائر حول الموعد النهائي، الذي يبرز بشكل ظاهر في التقرير. علاوة على ذلك، لو أنها بحثت في أعمال اللجنة حول هذا الأمر، قبل أن تصدر حكمها في ٢٦ حزيران/يونيه ٢٠٠٣، لعلمت أنه في عام ٢٠٠٢ اعتمدت اللجنة مشروع مادة حول استمرار الجنسية يقر بن تاريخ التقدي الرسمي للمطالبة هو الموعد النهائي^(٨٠). لكنها لم تحاول أن تفعل ذلك. ولو بذلت المحكمة

(٧١) انظر، *Burthe v. Denis*, 133 US (1890)، انظر The comment to this effect by the United States Supreme Court in *Burthe v. Denis*, 133 US (1890)، p. 514, at pp. 520-521.

(٧٢) G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943) p. 805.

(٧٣) 3 *Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes* 763.

(٧٤) انظر F. K. Nielson, *America and British Claims Arbitration* (1926), p. 30.

(٧٥) *French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, Records of Claims.

(٧٦) Report of Robert S. Hale Esq. [1873, Part II, vol. III] U.S. Foreign Relations 14 (1874).

(٧٧) Note 60 above, at para. 225.

(٧٨) المرجع نفسه.

(٧٩) المرجع نفسه، الفقرة ٢٣٦.

(٨٠) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والخمسين، الملحق رقم ١٠ (A/57/10)، الفقرة ٢٨٠.

جهدا للتعرف على الجدل الذي يكتنف الموعد النهائي لاستمرار الجنسية لما سعت إلى وضع قاعدة أكثر تقييدا وقاعدة تأخذ بالاعتبار الوقائع المعروضة أمامها -أي قاعدة اقتصر على أن تجعل من المتعذر أن تقدم دولة ما مطالبة باسم مواطن اكتسب جنسية الدولة المدعى عليها، بعد رفع الدعوى.

٤٢ - وتعرض الحكم في قضية *Loewen*، عن حق، لانتقادات قوية. فقد ذكر يان بولسون ما يلي:

”إن معالجة المحكمة لمسألة استمرار الجنسية، في ضوء ما أسفرت عنه من أثر حاسم، كانت مذهلة في إنجازها....^(٨١)

وليس في الحكم الصادر ما يشير إلى أن المحكّمين قد نظروا في الإضافة الخاصة حول ”استمرار الجنسية وإمكانية تحويل الطلبات“ التي أعدها مقرر اللجنة المعني بالحماية الدبلوماسية، البروفسور دوغارد، في مطلع عام ٢٠٠٠. فقد كتبوا أن *Loewen* نازع في صدور هذا التقرير، وأنه واجه بعض الانتقادات. إلا أن أي مطلع على التقرير يرى أن استعراض دوغارد الواسع عن السلطات جعلته يخلص إلى أنه لا توجد قاعدة راسخة في هذا المجال. وربما كان شرط الموعد النهائي الذي فرض نفسه على محكمي *Loewen* أقلها ثناء من قائمة طويلة من السلطات المرشحة البديلة ...

”وتشمل هذه: ‘١’ التاريخ الذي توافق فيه الحكومة على مطالبة أحد رعاياها؛ ‘٢’ تاريخ المفاوضات الدبلوماسية الأولية؛ ‘٣’ تاريخ تقديم المطالبة؛ ‘٤’ تاريخ توقيع المعاهدة التي تشير إلى الحفل ذي الصلة؛ ‘٥’ تاريخ تصديق المعاهدة المذكورة؛ ‘٦’ تاريخ دخولها حيز النفاذ؛ ‘٧’ تاريخ تقديم المطالبة...؛ ‘٨’ تاريخ الانتهاء من جلسات الاستماع الشفوية؛ ‘٩’ تاريخ إصدار الحكم (أي البت في قضية *Loewen*)؛ ‘١٠’ وهي الأكثر تطرفا، تاريخ التسوية.

”وبدون أي إشارة إلى إدراكهم بذلك اعتمد محكمو *Loewen* التعليل في قضية *Minnie Stevens Eschauzier* (بريطانيا العظمى ضد الولايات المتحدة)، ٢٤ حزيران/يونيه ١٩٣١، ٢٠٧ RIAA V؛ التي رفضت مطالبتها لأنها فقدت جنسيتها البريطانية بالزواج من أمريكي بين تاريخ انتهاء جلسة استماع الشفوية

(٨١) J. Paulsson, “Continuous nationality in *Loewen*”, *Arbitration International*, vol. 20 (2004), p. 213, .at p. 214

وإصدار الحكم. وكما لاحظ (Edwin P. Parker) Umpire في القرار الإداري رقم خمسة الأكثر تأثيراً (الولايات المتحدة ضد ألمانيا)، ٣١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٢٤، VII RIAA 119، (ألف). إن اكتساب جنسية يؤدي إلى تحويل الولاء لكنه لا ينقل التزامات الدولة الحالية، (باء) على أية حال، تتوقف معظم الأحكام على اللغة الخاصة للمعاهدة ذات الصلة ولذلك فهي لا تعكس مبدأ عاماً؛ وقد يشك فيما إذا كانت القاعدة المزعومة (استمرار الجنسية) قد حظيت بهذا الاعتراف العالمي من حيث تبرير الإقرار العام بأنها قاعدة راسخة في القانون الدولي...“^(٨٢).

ويدفع Duchesne، في السياق نفسه بأنه ”يوجد سبب وجيه للتقليل من الأهمية“ المنسوبة إلى قضية Loewen. ويواصل:

”مهما كانت ردة الفعل الأخرى التي قد يجلبها حكم المحكمة في قضية Loewen، فإن مناقشتها حول ”قاعدة“ استمرار الجنسية، إذا لم تكن متسارعة، فهي على الأقل مقنعة لكنها لا تستند إلى دليل... إن مناقشة المحاكمة مسألة استمرار الجنسية يؤكد ببساطة وجود قاعدة بدون وجود استشهاد أو حتى مناقشة. وتذهب المحكمة شأوا بعيداً لتؤكد أنه: ”يوجد فقط خلاف محدود بشأن تاريخ شرط استمرار الجنسية إلى نهاية أي إجراءات دولية“. لكن... حتى هذه السلطات التي تؤيد معاهدة استمرار الجنسية ”كقاعدة“ أقرت بوجود التباس كبير، ووجود توافق قليل في الرأي، بشأن النقطة التي يجب أن تحافظ عليها الجنسية الأصلية. إن عدم قيام محكمة Loewen بالإقرار بالسلطة المعاكسة أو حتى تناولها على أقل تقدير، وخاصة بعد إحاطة أساسية موجزة قدمتها الأطراف المتنازعة وجلسة استماع شفوية كاملة حول الموضوع، تبدي بقوة أنها... قاربت المسألة بمفهوم مسبق عن القانون العرفي الدولي وشعرت بقليل من الحاجة إلى اختيار هذا المفهوم بدقة^(٨٣).

وفي هذه الظروف، ليس من المستغرب كثيراً أن هولندا ”تعتبر أنه ليس من الواضح إن كانت قضية Loewen تعكس حقاً القانون على حقيقته الآن“^(٨٤).

(٨٢) J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), pp. 183-184

(٨٣) “The continuous-nationality-of-claims principle”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 783, at p. 808. The reader should be aware that the author was involved in the Loewen case

(٨٤) التعليقات، الصفحة ٢٠.

٤٣ - في ضوء الشكوك التي تحيط بمفهوم الموعد النهائي، يُطلب إلى اللجنة أن تختار بين تاريخ تقديم المطالبة رسمياً وتاريخ البت في المطالبة. والسلطات غير حاسمة في هذا الأمر، ويجب رد الدول، على قصره، تاريخ تقديم المطالبة. وفي هذه الظروف يجب أن تسترشد اللجنة بمبدأ وسياسة عامة لدى ممارستها هذا الخيار. فالمبدأ يدعم تاريخ تقديم المطالبة لأن هذا يرضي مصالح الشخص كثيرا. وكذلك السياسة العامة، إذا عادلنا بين السياسة العامة والتزاهة. وقد تمر سنوات عديدة بين تقديم المطالبة والبت فيها بصورة نهائية، وليس من العدل إنكار الفرد حقه في تغيير جنسيته، من خلال الزواج أو التجنس، خلال هذه الفترة. علاوة على ذلك، فإن تاريخ التقديم مهم لأنه التاريخ الذي تظهر فيه دولة الجنسية نيتها الواضحة لممارسة الحماية الدبلوماسية - وهو الأمر غير المؤكد حتى ذلك الحين. وربما كان أقوى بيان حول السياسة العامة هو الموجود في قضية Eschauzier (الذي تستند إليه الولايات المتحدة في موقفها):

يمكن القول بأن تصبح الولاية القانونية الدولية أكثر تعقيدا إذا تعين على المحكمة أن تأخذ في الاعتبار التغيرات المستجدة خلال الفترة الممتدة بين فترة تقديم المطالبة وتاريخ إصدار الحكم. وقد تكون هذه التغيرات كثيرة جدا بل إن إحداها قد تلغي الأخرى. ومن الممكن التقدم بطلب للحصول على الجنسية، ويمكن الحصول عليها، ويمكن أن تفقد طوعا. ومن الممكن عقد الزواج وفسخه. وفي معظم الحالات، فإن التغيرات في الهوية أو الجنسية لن تطلع عليها المحكمة، وغالبا الوكلاء أيضا. وسيكون من الصعوبة بمكان، حتى عندما يكون ذلك ممكنا، التأكيد إن كانت جميع العناصر الشخصية، عند اتخاذ القرار، ستستمر في أن تماثل العناصر التي كانت موجودة عند تقديم المطالبة. ومما لا شك فيه فإنه سيتم تبسيط الولاية القضائية إذا قبل تاريخ تقديم المطالبة بأنه حاسم دون وقوع أي من الأحداث التي قد تحدث بشكل متكرر لاحقا حتى ذلك التاريخ، والتي يجب تعقبها حتى تاريخ إصدار الحكم. لذلك، ليس من المفاجئ أن كلا من Borchard (الصفحتان ٦٦٤ و ٦٦٦)، و Ralston (القسم ٢٩٣)، يذكران أن مسارا طويلا من القرارات التحكيمية قد أرسيت بأنه يجب أن تظل المطالبة باستمرار بين يدي مواطن الحكومة المدعية، حتى وقت تقديمها^(٨٥).

٤٤ - وتنطبق اعتبارات مختلفة في السياسة العامة عندما يكتسب المواطن الذي تُقدم المطالبة باسمه جنسية الدولة المدعى عليها بعد تقديم المطالبة كما حدث في قضية Loewen وفي العديد

(٨٥) U.N.R.I.A.A., vol. 5, p. 207, at p. 209

من القضايا التي تستند إليها الولايات المتحدة. وفي هذه الظروف، يدعو الإنصاف إلى اختيار تاريخ إصدار الحكم على أنه الموعد النهائي، بما أن الموقف المعاكس، حسب تعبير Loewen، "تسفر عن نتيجة غير عادلة إلى درجة كبيرة بحيث لا يمكن إثباتها إلا بمنطق لا يدحض أو سابقة قاهرة، ولا يوجد أي منهما"^(٨٦).

٤٥ - لذلك يقترح أن تبقى اللجنة على التاريخ الرسمي لتقديم المطالبة باعتباره الموعد النهائي لقاعدة استمرار الجنسية لكن باستثناء الحالة التي يكتسب فيها المواطن الذي تقدم المطالبة باسمه جنسية الدولة المدعى عليها بعد تقديم المطالبة. وهنا يكون تاريخ تقديم المطالبة هو الموعد النهائي.

٤٦ - وقد يدفع البعض بأن المادة ٥ (٣) غير ضرورية في ضوء إلغاء المادة ٥ (٢). ومن ناحية أخرى، طرح اقتراح مفاده أن المادة قد تكون ذات أهمية في حال تغيير الجنسية الناشئة عن خلافة الدولة. ولهذا السبب يجب الإبقاء عليها.

٤٧ - ويقترح أن يصبح نص المادة ٥ كالتالي:

(١) يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فقط فيما يتعلق بشخص كان من رعايا تلك الدولة، أو أي دولة سلف، باستمرار منذ تاريخ حدوث الضرر وحتى تاريخ تقديم المطالبة رسمياً.

(٢) لا يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص يكتسب جنسية الدولة التي تقدم المطالبة ضدها بعد تقديم المطالبة.

(٣) لا يجوز لدولة الجنسية الحالية أن تمارس الحماية الدبلوماسية، فيما يتعلق بشخص ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص لضرر وقع عليه عندما كان من رعايا دولة الجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية.

٦ - المادة ٦

الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

١ - يجوز لأي دولة يكون من رعاياها شخص مزدوج الجنسية أو متعددها أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بذلك الشخص ضد دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها.

^(٨٦) *International Legal Materials*, vol. 42, No. 4 (July 2003), p. 848, para. 232.

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

٤٨ - تعلق النمسا أنه ليس هناك حاجة إلى الفقرة ٢ لأنه "لا مجال للشك مطلقاً في أنه يجوز لدولتين أو أكثر العمل معاً عند ممارسته الحق في الحماية الدبلوماسية". وحتى في حالة حذف هذا الشرط "يجب على الدولة التي قدمت إليها المطالبة أن تقبل هذه المبادرة المشتركة"^(٨٧). وتحذر النمسا أن هذه الفقرة ستثير حتماً أسئلة صعبة عن كيفية ممارسة العمل المشترك أو تحديد الدولة التي تحظى بالأولوية في تقديم طلب. وتؤيد استصواب هذا التحذير التعليقات التي أبدتها السلفادور وغواتيمالا وقطر وأوزباكستان^(٨٨). وفي ظل هذه الظروف، فمن الأفضل الاحتفاظ بالفقرة ١ فقط من المادة ٦.

٧ - المادة ٧

الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة من دول الجنسية

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

٤٩ - لم يثر هذا النص إلا قليلاً من الانتقادات من جانب رجال القانون^(٨٩) أو الدول. فقد رحبت به كل من النمسا والنرويج (باسم دول الشمال الأوروبي)^(٩٠). وفي حين اعترضت عليه بعض الدول بوصفه مادة في القانون الدولي العرفي^(٩١)، ذكرت النرويج "أنه يشكل تدويناً للقانون الدولي العرفي القائم"^(٩٢) وأصرت بعض الدول على توضيح كلمة "الغالبة"^(٩٣) الموضحة في التعليق، في حين تفضل المغرب كلمة "الفعالية" على كلمة

(٨٧) التعليقات، الصفحة ٢٧.

(٨٨) التعليقات، الصفحة ٢٨.

(٨٩) قارن *Annuaire Français de Droit International* (2001), pp. 369-378.

(٩٠) التعليقات، الصفحتان ٢٩ و ٣٠.

(٩١) قطر (التعليقات، الصفحة ٣٠)، وربما المغرب (التعليقات، الصفحة ٢٩).

(٩٢) التعليقات، الصفحتان ٢٩ و ٣٠.

(٩٣) السلفادور (التعليقات، الصفحة ٢٩)، وأوزباكستان (التعليقات، الصفحة ٣٠).

”الغالبية“^(٩٤). بيد أن اللجنة أوضحت في التعليق أنها تفضل كلمة ”الغالبية“ نظرا لأنها تنطوي على عنصر النسبية وتدل على أن الفرد تربطه صلات بدولة أقوى من الصلات التي تربطه بدولة أخرى^(٩٥).

ويُقترح الاحتفاظ بالمادة ٧ بشكلها الحالي.

٨ - المادة ٨

الأشخاص عديمو الجنسية واللاجئون

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

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

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

٥٠ - تحظى المادة ٨ بدعم عام وبدرجات متفاوتة، وهو ما يدل على أن هناك تطور تدريجي^(٩٦). ونظرا لأن هذه العملية في حالة تطور تدريجي، فمن الحكمة توخي الحذر، وربما الصرامة، عند تحديد الشروط المتعلقة بممارسة الحماية الدبلوماسية. لذلك يجدر ألا تتبع اللجنة اقتراح النمسا القائل إن اللاجئ يكون مؤهلا للحماية الدبلوماسية إذا كان، بعد الاعتراف به كلاجئ في دولة أوروبية ما، مقيما بصورة قانونية في دولة أوروبية أخرى^(٩٧). وللسبب نفسه، يوصى بالاستعاضة عن اقتراح بلدان الشمال الأوروبي^(٩٨) القائل باشتراط

(٩٤) التعليقات، الصفحة ٣٠.

(٩٥) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ٧، الفقرة (٥).

(٩٦) تطلب الولايات المتحدة (التعليقات، الصفحة ٦٤) أن يحدد بوضوح أن مشاريع المواد تعتبر تطويرا تدريجيا للقانون. وقد تم هذا التوضيح في الفقرة (٢) من التعليق (الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ٨).

(٩٧) التعليقات، الصفحة ٣٠.

(٩٨) التعليقات، الصفحة ٣٢.

الإقامة "القانونية والاعتيادية" بـ "فترة البقاء القانونية". وعلى العكس من ذلك، فإن اقتراح أوزبكستان^(٩٩) اشترط "الإقامة القانونية والدائمة" شرط متطرف في الاتجاه المعاكس وينبغي استبداله.

٥١ - وهناك خلاف بشأن قرار اللجنة اعتماد نهج مرّن إزاء معنى "لاجئ" وعدم قصره على المعنى المعرّف في اتفاقية عام ١٩٥١ المتعلقة بمركز اللاجئين^(١٠٠). وتقول النمسا إن للمرء أن يتوقع أن تقبل دولة مستجيبة طلب توفير الحماية الدبلوماسية باسم أي شخص تصفه الدولة المطالبة بأنه لاجئ دون اعتبار الواجب للتعريف الدولي^(١٠١). وتقول دول الشمال من جهة أخرى "إنه يجوز لأي دولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية لأي شخص تتوفر فيه شروط الصلة الإقليمية بالدولة الممارسة للحماية الدبلوماسية والذي يكون حسب تقدير هذه الدولة في حاجة واضحة للحماية دون أن يكون مؤهلاً رسمياً للحصول على مركز اللاجئ"^(١٠٢). وعلى الرغم من أن هذه المسألة تتصل بالتعليق وليس بصياغة نص المادة ٨، فإنها مسألة مبدئية هامة. وتنظر بلدان الشمال الأوروبي إلى هذا الموضوع من وجهة نظر الدولة المطالبة تماماً، بينما تحذر النمسا، عن حق، من أن الدولة المستجيبة يمكن أن ترفض الاعتراف بحق أي دولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح أي لاجئ غير مؤهل حقاً للحصول على مركز اللاجئ. وسيكون المقرر الخاص ممتناً لو حصل على توجيه بشأن هذا الموضوع من اللجنة.

٩ - المادة ٩

دولة جنسية الشركة

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

(٩٩) التعليقات، الصفحة ٣٣. ليس من الضروري النظر في الاقتراح الآخر المقدم من أوزبكستان والقائل بإضافة عبارة "ومنح حق اللجوء بعد كلمة "كلاجئ" نظراً لأن هذه المسألة تندرج بالفعل ضمن شرط الاعتراف به كلاجئ في الفقرة ٢.

(١٠٠) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ٨، الفقرة (٨).

(١٠١) التعليقات، الصفحة ٣١. انظر أيضاً التعليقات، الصفحة ٣١ (السلفادور)، التعليقات، الصفحة ٣١، والصفحة ٣٣ (قطر).

(١٠٢) التعليقات، الصفحة ٣٢.

٥٢ - تثير التعليقات على نص المادة مسألتين هامتين. أولاً، يمكن تفسير العبارة الواردة في آخر الفقرة "أو ما شابه ذلك من صلة"، أنها تتطلب صلة حقيقية بين الشركة والدولة الممارسة للحماية الدبلوماسية. ثانياً، هناك مشكلة الشركة "التي أنشئت" في دولة ما ويوجد مكتبها المسجل في دولة أخرى. فما هي الدولة التي تمارس الحماية الدبلوماسية في هذه الحالة؟

٥٣ - وذكرت اللجنة في تعليقها على المادة ٩ أن "المكتب المسجل، أو مقر الإدارة أو ما شابه ذلك من صلة" لا ينبغي اعتبارها بالتالي شكلاً من أشكال الصلة الحقيقية. ويجب قراءة عبارة "أو صلة شبيهة بذلك" في سياق عبارة "سجل مكتب الشركة أو يقع مقر إدارتها" وفقاً لقاعدة *eiusdem generis* (من النوع نفسه) في التفسير، وهذا يتطلب تفسير عبارة عامة من هذا النوع تفسيراً محددًا يتفق والعبارات التي تسبقها. ويعني ذلك أن العبارة لا تقوم بذاتها بل هي مقترنة بغيرها. وينبغي أن تشير إلى صلة ما شبيهة بصلة عبارة "مكتب مسجل" أو "مقر الإدارة"^(١٠٣). وعلى الرغم من هذا التوضيح، يبدو من المؤكد أن عبارة "أو صلة شبيهة بذلك" ستفهم على أنها تستلزم شكلاً من أشكال الصلة الحقيقية. ويتضح ذلك من تعليقات النمسا وهولندا وقطر^(١٠٤). ويوصى بحذف هذه العبارة لأنه مهما كان الإسهاب في توضيحها في التعليق على مشروع المادة، فإنه لن يحول دون فهمها على أنها مرادفة لشرط الصلة الحقيقية.

٥٤ - وتطرح دول كثيرة تساؤلات عما إذا كان من الممكن أن تتمتع أي شركة بالحماية الدبلوماسية إذا كان مكتبها المسجل يقع في دولة غير الدولة التي أنشئت فيها^(١٠٥). وهذا تساؤل وجيه نظراً لأنه يفهم من نص المادة ٩ أن الدولة التي يمكن أن تمارس الحماية المدنية هي الدولة التي أنشئت فيها الشركة وسجل في إقليمها مكتبها ويقع مقر إدارتها أو ما شابه ذلك من صلة". ويؤكد هذا التفسير نص المادة ٩ التي تتحدث عن "دولة الجنسية" والفقرة (٧) من التعليق الذي يقول "إن هذه الصيغة مستخدمة تجنباً لأي إشارة تفيد بأن الشركة قد تكون مزدوجة الجنسية" وهذا خطأ يجب تصحيحه. وكما أشارت هولندا عن صواب^(١٠٦)، فإن الشركات غالباً ما تنشأ في أكثر من دولة واحدة ولها مكاتب مسجلة في

(١٠٣) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ٩، الفقرتان (٥) و (٦).

(١٠٤) التعليقات، الصفحات ٣٤ و ٣٦ و ٣٧.

(١٠٥) التعليقات، الصفحة ٣٤ (السلفادور) والصفحات ٣٤ و ٣٥ و ٣٦ (غواتيمالا) والصفحة ٣٦ (المغرب وهولندا).

(١٠٦) التعليقات، الصفحة ٣٦.

أكثر من دولة واحدة. وهذه حقيقة الحياة التجارية التي لا يمكن تجاهلها أو التغاضي عنها. ولذلك فإن المادة ٩ تستلزم تنقيحاً جوهرياً، وأشار إلى أن الاقتراح الذي تقدمت به غواتيمالا يمكن أن يوفر الحل^(١٠٧). ويستلزم ذلك الاعتراف بإمكانية الجنسية المزدوجة للشركات واعتماد معيار "الصلة الأوثق"، أو "الجنسية الفعلية"، أو "الجنسية الغالبة" (للتوافق مع نص المادة ٧) كدليل على الدولة التي يمكن أن تمارس الحماية الدبلوماسية (أخذ في الاعتبار بالفعل اقتراح غواتيمالا بأنه ينبغي توضيح أن كلمة "شركة" تعني "شركة محدودة" في الفقرة (٢) من التعليق).

٥٥ - ومن المقترح تعديل المادة ٩ ليصبح نصها كالتالي:

- (١) يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بأي ضرر يلحق بأي شركة تحمل جنسية تلك الدولة.
- (٢) لأغراض الحماية الدبلوماسية للشركات، تعني دولة الجنسية الدولة التي أنشئت الشركة بموجب قانونها وفي إقليمها سُجل مكتب الشركة أو يقع مقر إدارتها.
- (٣) عندما يجوز لدولتين ممارسة الحماية الدبلوماسية بموجب أحكام الفقرة ٢ ينبغي أن تمارس الحماية الدبلوماسية الدولة ذات الجنسية الغالبة.

١٠ - المادة ١٠

استمرار جنسية الشركة

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

٥٦ - تم بالفعل تناول قاعدة استمرار الجنسية بصورة مستفيضة فيما يتعلق بالمادة ٥. لذلك فليس من الضروري تكرار الحجج المقدمة المؤيدة لتعديل الفقرة ١ لتشمل كلمتي "فقط"

(١٠٧) التعليقات، الصفحة ٣٤ و ٣٥ و ٣٦.

و "الاستمرارية" ولتنص على حالة الدولة السابقة^(١٠٨). وليس من الضروري كذلك تكرار الحجج المؤيدة للاحتفاظ بتاريخ التقديم الرسمي للطلب بوصفه اليوم الأخير إلا إذا كان المواطن المطلوب حمايته حصل على جنسية الدولة المدعى عليها بعد تقديم الطلب.

٥٧ - بيد أن الولايات المتحدة تعترض على الفقرة ٢ من المادة (١٠)^(١٠٩)، قائلة إن الشركات التي لم تعد موجودة لا ينبغي أن تستثنى من قاعدة استمرار الجنسية. وتقول إنه يجوز للدولة أن تستمر في ممارسة الحماية فيما يتعلق بمطالب شركة طالما احتفظت الشركة بالشخصية الاعتبارية، والتي يمكن أن لا تزيد عن الحق في أن ترفع دعاوى أو ترفع ضدها دعاوى بموجب القانون المحلي. وهناك العديد من النظم القانونية المحلية التي تميز للشركات الاستمرار في الدعاوى التي رفعتها أو رفعت ضدها، وذلك خلال فترة محددة بعد حلها، وهو ما يعني أن الشخصية الاعتبارية تستمر حتى انقضاء تلك الفترة. وبالتالي، فإن مشكلة تولى دعاوى الشركات التي لم تعد موجودة لم تثر إلا نادرا لأن أغلبية الدعاوى يمكن النظر فيها وقت احتفاظ الشركات بشخصيتها الاعتبارية^(١١٠). وتضيف قائلة إن هناك اعتبارات وجيهة تتعلق بالسياسة العامة في القانون المحلي تسمح بزوال الشخصية الاعتبارية للشركات: "وتتضمن القوانين المحلية لبقاء وإنهاء الشركات فترة إنهاء محددة لتمكين من لديهم صلة بالشركة من الحصول على استحقاقات الإنهاء، علما بأنه بعد انقضاء فترة الإنهاء، تتوقف الدعاوى التي ترفعها الشركة والدعاوى المرفوعة ضدها"^(١١١). وتشير الولايات المتحدة تأييدا لكلامها إلى قوانين الولايات المتحدة والمملكة المتحدة وكندا وفرنسا التي تسمح للشركات برفع الدعاوى ضدها بعد حل تلك الشركات بسنوات.

٥٨ - وللأسف، فإن الولايات المتحدة لا تولى اعتبارا للشواغل التي أثارها في هذا الصدد القضاة (لا سيما القاضي الأمريكي جيسوب، في قضية شركة برشلونة لمعدات الجر)^(١١٢)،

(١٠٨) أزيلت المشاغل التي أعربت عنها النمسا (التعليقات، الصفحتان ٣٧ و ٣٨) بأن المادة ١٠ لا تنص على خلافة الدول بإدراج إشارة إلى "الدولة السلف".

(١٠٩) التعليقات، الصفحتان ٣٨ و ٣٩.

(١١٠) المرجع نفسه.

(١١١) المرجع نفسه.

(١١٢) (١٩٧٠)، تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ١٩٣، انظر أيضا آراء القضاة غروس (المرجع نفسه، الصفحة ٢٧٧)، وفيتزموريس (المرجع نفسه، الصفحتان ١٠١ و ١٠٢) والقاضي الخاص ريفاجن (المرجع نفسه، الصفحة ٣٤٥).

والمحاكم والفقهاء، المشار إليها في التعليق والتقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية^(١١٣). وفي حالة عدم دحض هذه الحجج (أو حتى مراعاتهما)، وفي ظل انعدام دراسة مقارنة أوسع نطاقاً للقانون والممارسات المقارنة تثبت أن العديد من النظم القانونية تسمح للشركات برفع القضايا و برفع القضايا ضدها بعد حلها، فإن المقرر الخاص يميل إلى الاحتفاظ بالفقرة ٢، وإن كان ذلك مع الأخذ بمبدأ الالتزام بالحیطة الشديدة.

٥٩ - ومن ثم يصبح نص المادة ١٠ المنقح كما يلي:

(١) يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فقط فيما يتعلق بشركة استمرت تحمل جنسية تلك الدولة، أو أي دولة سلف، من وقت وقوع الضرر إلى تاريخ البت في المطالبة.

(٢) لا يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بأي شركة تحمل جنسية الدولة المدعى عليها بعد تقديم الطلب.

(٣) رغم ما جاء في الفقرة ١، يظل للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة كانت تحمل جنسيتها وقت وقوع الضرر ولكنها لم تعد موجودة جراء ذلك الضرر وفقاً لقانون تلك الدولة.

١١ - المادة ١١

حماية حملة الأسهم

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

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

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

٦٠ - الغرض من الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١١ هو إنفاذ التعليقات التي أبدتها القضاة في قضية "شركة برشلونة للجر"، التي اعترفت فيها محكمة العدل الدولية بوجود استثناء

(١١٣) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، شرح مشروع المادة ١٠ و A/CN.4/530، الفقرات ٩٣-١٠٥.

للقاعدة العامة التي تقضي بأن الدولة التي تأسست فيها الشركة هي الوحيدة القادرة على حمايتها (وحماية حملة أسهمها) عندما لا يصبح هناك وجود للشركة^(١١٤). وقد حصرت اللجنة نطاق هذا الاستثناء بأن أضافت شرط عدم وجود الشركة "لسبب لا صلة له بالضرر". وتشير النمسا عن حق إلى أن هذا الحصر "لا معنى له، لأن الدولة التي حُلَّت الشركة فيها تختلف عن الدولة المتسببة للضرر"^(١١٥). ويشاطر المقرر الخاص هذا الرأي، ويقترح حذف هذه العبارة.

٦١ - ولا يمكن قبول اقتراح النمسا الآخر بتعديل الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١١ لتصبح "دولة الجنسية" بدلا من "الدولة التي أُسِّت فيها"^(١١٦)، لأن الهدف من الفقرة الفرعية هو التأكيد على أن قانون الدولة التي أسست فيها الشركة هو الذي يسري. وعادة تكون الدولة التي أُسِّت فيها الشركة هي نفس دولة جنسيتها، إلا أن ذلك ليس صحيحا في كل الأحوال، في ضوء التنقيح المقترح للمادة ٩.

٦٢ - وتقترح الولايات المتحدة إلغاء الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١١ لأنها تنشئ وضعا شاذا يتمثل في منح دول حملة الأسهم حقا في تولي دعاوى الشركة أكبر من حق الدولة التي أُسِّت فيها الشركة^(١١٧). وتقول إن التعليقات لا تورد أي تبرير لمثل هذا الاستثناء. غير أن الولايات المتحدة لم تأخذ في اعتبارها ما ساقته محكمة العدل الدولية من حجج في قضية شركة برشلونة للجر لدعم هذا الاستثناء^(١١٨). فالغرض من المادة ١١ هو تدوين القانون وفقا لقضية شركة برشلونة للجر، وهو ما دعا دولاً أخرى إلى الإشادة بها^(١١٩). ويُقترح في ظل هذه الظروف الإبقاء على الفقرة الفرعية (أ) من المادة ١١، رهنا بحذف العبارة التي اقترحت النمسا حذفها.

٦٣ - وتعارض الولايات المتحدة على الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١ استنادا إلى القانون والسياسات العامة. فحجتها في مجال القانون هي أن القضايا التي تسوقها اللجنة كأدلة للاستثناء تستند إلى "اتفاق خاص بين دولتين يمنح حملة الأسهم حق المطالبة بالتعويض، أو إلى اتفاق بين الدولة المتسببة في الضرر والشركة التي هي من رعاياها يمنح تعويضا لحملة

(١١٤) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٠، الصفحتان ٤١ و ٤٢ (ال فقرات ٦٤-٦٨).

(١١٥) التعليقات، الصفحة ٤١.

(١١٦) المرجع نفسه.

(١١٧) التعليقات، صفحة ٤٢.

(١١٨) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٠، الصفحتان ٤١ و ٤٢ (ال فقرات ٦٤-٦٨).

(١١٩) التعليقات، الصفحة ٤١ (بلدان الشمال الأوروبي)، و الصفحة ٤٣ (هولندا).

الأسهم. ونتيجة لتلك الاتفاقات، لا تشكل القضايا المذكورة أعلاه سندا كبيرا لوجود قاعدة في القانون العرفي الدولي تسمح للدول بتولي دعاوى حملة الأسهم ضد الدولة التي أسست الشركة فيها عندما يكون التأسيس شرطا لممارسة الأعمال التجارية في هذه الدولة^(١٢٠). وفي مجال السياسات تدعي الولايات المتحدة ما يلي: ”من شأن هذا الاستثناء أن يوجد نظاما يكون فيه لحملة أسهم شركة أسست في دولة ما حقوق أكبر في السعي إلى الحصول على الحماية الدبلوماسية لدعاوهم في تلك الدولة من الحقوق التي لحملة أسهم الشركات المملوكة للأجانب، الذين يتعين عليهم الاعتماد على دولة التأسيس لمتابعة تلك الدعاوى. وليس واضحا أن هذه النتيجة عادلة“^(١٢١).

٦٤ - ويرى المقرر الخاص أن الانتقادات الواردة أعلاه غير مقنعة للأسباب التالية:

(أ) كون القضايا المستخدمة كسند لهذا الاستثناء مبنية على اتفاقات خاصة لا يجردها من قيمتها في عملية صياغة القانون. فالشرطان التوأمين لتشكيل قاعدة عرفية هما الممارسة والشعور بالالتزام القانوني. وتسوية المطالبات بواسطة اتفاق خاص بين دولة التأسيس ودولة جنسية حملة الأسهم دليل على ممارسة الدول (*usus*) وفي نفس الوقت على شعور الدولة المدعى عليها بأن من واجبها تسوية المطالبة (*opinio juris*)؛

(ب) وقد أغفلت الولايات المتحدة الفتاوى القضائية الكثيرة المؤيدة لهذا الاستثناء. ومن الأمثلة على ذلك الفتاوى المستقلة لكل من القضاة ويلنغتون، وكو^(١٢٢)، وجيسوب^(١٢٣)، وتاناكا^(١٢٤)، وفيتزموريس^(١٢٥) في قضية شركة برشلونة للجر. كما أنهما أغفلت النظر فيما إذا كانت قضية إلسي (ELSI)^(١٢٦) تدعم الاستثناء على النحو الوارد في التعليقات^(١٢٧) وفي التقرير الرابع^(١٢٨)؛

(١٢٠) التعليقات، الصفحة ٤٤.

(١٢١) التعليقات، الصفحتان ٤٤ و ٤٥.

(١٢٢) الاعتراضات الأولية، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٦٤، الصفحة ٥٨، الفقرة ٢٠.

(١٢٣) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٠، الصفحات ١٩١-١٩٣.

(١٢٤) المرجع نفسه، الصفحة ١٣٤.

(١٢٥) المرجع نفسه، الصفحات ٧٢-٧٥.

(١٢٦) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٩، الصفحة ١٥.

(١٢٧) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليقات على مشروع المادة ١١، الفقرة (١٠).

(١٢٨) A/CN.4/530، الفقرتان ٨١ و ٨٢.

(ج) وعلى الرغم من اختلاف المذاهب بهذا الشأن فإن الاستثناء المقترح يلقي تأييدا كبيرا؛

(د) والغرض من مشاريع المواد ٩ و ١١ و ١٢ تدوين القانون كما طبقته محكمة العدل الدولية في قضية شركة برشلونة للجر. وهذا الاستثناء جزء من المبادئ التي طبقتها المحكمة في هذا المجال؛

(هـ) ومن الجائز أن تكون حجة الولايات المتحدة أضعف ما تكون فيما يتصل بالسياسات. وكما ذكرت النرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي) فإنه:

لا ينبغي أن يُسمح للدولة بأن تفرض على المصالح الأجنبية أن يكون تأسيس الشركة وفقا للقانون المحلي شرطا لممارسة الأعمال التجارية في تلك الدولة، ثم تحتج بهذا التأسيس كتبرير لرفض ممارسة الحماية الدبلوماسية من طرف دولة جنسية المصالح الأجنبية^(١٢٩).

وتعكس هذه الصيغة رد حكومة المملكة المتحدة على الحجج المكسيكية في قضية شركة Mexican Eagle القائلة بأنه لا يجوز لدولة (في هذه الحالة المملكة المتحدة) التدخل لصالح مساهميتها في شركة مكسيكية، كما هو مبين أدناه:

إذا ما اعترف بالمبدأ القاضي بأن حكومة ما يمكنها أولاً أن تجعل عمل المصالح الأجنبية في أراضيها مشروطاً بتأسيس الشركة في إطار القانون المحلي، وإن تستند بعدئذٍ إلى هذا التأسيس باعتباره مبرراً لرفض التدخل الدبلوماسي الأجنبي، فمن الواضح أن ذلك سيبيح وسائل كافية لمنع الحكومات الأجنبية من ممارسة حقها في حماية المصالح التجارية لرعاياها في الخارج، وهو حق صريح في القانون الدولي^(١٣٠).

وقد سميت الشركة المجبرة على التأسيس في دولة ما كشرط مسبق لممارسة الأعمال في تلك الدولة "شركة كالفو"، حيث إن التأسيس يوفر للدولة المضيفة حماية في نفس قوة الحماية التي يوفرها بند كالفو. ولذلك أدلت هولندا بتعليقها الذي ذكرت فيه أن "الدولة التي يحمل حامل الأسهم جنسيتها في حالات [شركات] كالفو تكون مخولة بممارسة الحماية الدبلوماسية"^(١٣١). وهذا النوع من الاعتبارات المتعلقة بالسياسات العامة أقوى من تلك التي أثارها الولايات المتحدة.

(١٢٩) التعليقات، الصفحة ٤٣.

(١٣٠) M. Whiteman, *Eigest of International Law*, Vol. 8, pp. 1273-1274.

(١٣١) التعليقات، الصفحة ٤٣.

(و) وهناك موطن ضعف أخير في موقف الولايات المتحدة يتمثل في أنها لا تحاول التمييز بين الشركات التي تسجل نفسها بحرية وبمحض إرادتها في دولة ما وبين تلك المحيرة على تسجيل نفسها في تلك الدولة نتيجة لأحكام القانون أو للضغوط السياسية. ولم تأخذ الولايات المتحدة بعين الاعتبار هذا التمييز الذي يشكل جوهر الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١^(١٣٢).

٦٥ - وقد استرشد المقرر الخاص إلى حد كبير بممارسات الدول وبالأحكام القضائية والمبادئ العامة في صياغته لمشاريع المواد الحالية. وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١، تأثر المقرر الخاص تأثراً كبيراً في تأييده لمثل هذا الاستثناء بممارسات الولايات المتحدة (شركة ديلاغوا باي للسكك الحديدية^(١٣٣) Delagoa Bay Railway Co؛ وشركة إل - تريومفو^(١٣٤) El Triunfo)؛ وبالأحكام القضائية التي تمس الولايات المتحدة (قضية شركة إلسي^(١٣٥) ELSI)؛ والفتاوى القضائية (القاضي جيسوب في قضية شركة برشلونة للجر^(١٣٦))؛ والمبادئ العامة (معارضة بند كالفو و "شركات كالفو"). وبالتالي يجد المقرر الخاص أن من الغريب أن تشجب الولايات المتحدة استثناءً تدعمه سلطاتها. يمثل هذا الدعم القوي. وخلاصة القول هي الاقتراح بأن الحجج الداعية إلى إلغاء الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١ غير مقنعة وأن المادة ينبغي الاحتفاظ بها.

٦٦ - وتعرض دول الشمال الأوربي على الشرط المنصوص عليه في الفقرة (ب) من المادة ١١، والذي مفاده أن النجاح في تطبيق الاستثناء يتطلب إثبات أن الدولة المسببة للضرر طالبت بتأسيس الشركة "في إطار قانونها" كشرط مسبق لقيامها بالأعمال فيها. ويوحى الشرط بأن "... هناك، في إطار التطوير التدريجي للقانون الدولي، أسباباً معقولة لتوسيع هذا الاستثناء ليشمل أيضاً الحالات التي لا يكون فيها شرط التأسيس وفقاً للقانون المحلي شرطاً رسمياً، وإنما يأتي نتيجة لضغوط غير رسمية أو ضغوط سياسية على المصالح الأجنبية"^(١٣٧). وتقترح دول الشمال الأوربي معالجة هذه المسألة ضمن التعليقات. غير أنه يوصى بمعالجة هذه المسألة ضمن نص الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١ نفسها. وفي معظم الحالات تمارس

(١٣٢) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والثلاثون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليقات على المادة ١١، الفقرة ٨.

(١٣٣) J.B. Moore, *Digest of International Law*, Vol. 6 (1906), p. 647.

(١٣٤) U.N.R.I.A.A., Vol. 15 (1991) P. 467.

(١٣٥) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٨٩، الصفحة ١٥.

(١٣٦) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٠، الصفحتان ١٩١-١٩٣.

(١٣٧) التعليقات، الصفحتان ٤٣-٤٤.

الحكومات ضغطاً سياسياً على المستثمرين الأجانب لتأسيس شركاتهم في الدول المضيفة دون سند من القانون. ولا شك في أن هذه الضغوط ستكون لها نفس فعالية النص القانوني.

٦٧ - وينبغي قبول اقتراح هولندا^(١٣٨) تأييداً لتوحيد الصياغة، واقتراح النمسا^(١٣٩) الداعي إلى إيضاح معنى "الضرر Injury" في سياق التعليقات على الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١.

٦٨ - ومن المقترح تنقيح المادة ١١ ليصبح نصها كالتالي:

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

(أ) إذا لم يعد للشركة وجود وفقاً لقانون الدولة التي أُسست فيها [لسبب لا صلة له بالضرر]؛

(ب) إذا كانت الشركة وقت وقوع الضرر حاملةً لجنسية الدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن إلحاق نفس الضرر بالشركة وكان تأسيس الشركة [بموجب قانون تلك الدولة] شرطاً مسبقاً تفرضه الدولة لممارسة الأعمال التجارية فيها.

١٢ - المادة ١٢

الضرر المباشر الذي يلحق بحملة الأسهم

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

٦٩ - ترى الولايات المتحدة أن هذا البند لا داعي له، نظراً لأن حقوق حملة الأسهم تغطيها بالفعل المادتان ٢ و ٣^(١٤٠). وهو عين الصواب. غير أنه إذا أريد لمشاريع المواد أن تدون كامل المبادئ المطبقة في قضية شركة برشلونة للحجر^(١٤١)، فينبغي الاحتفاظ بهذه المادة. ومن الميزات الأخرى للاحتفاظ بالمادة أن التعليق على هذا البند سيضمن أن التعليقات - ومشاريع المواد المتعلقة بحماية الشركات وحملة الأسهم - تقدم صورة متكاملة للقانون فيما

(١٣٨) التعليقات، الصفحة ٤٣.

(١٣٩) التعليقات، الصفحة ٤٢.

(١٤٠) التعليقات، الصفحة ٤٥.

(١٤١) تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧٠، الصفحة ٣٦، الفقرتان ٤٦ و ٤٧.

يختص بهذا الجانب من جوانب الحماية الدبلوماسية. ولن يرفع المقرر الخاص أية توصية إلى اللجنة في هذا الموضوع، إلا أنه يعرب عن ميله إلى تفضيل الإبقاء على المادة.

١٣ - المادة ١٣

الأشخاص الاعتباريون الآخرون

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

٧٠ - الغرض من المادة ١٣ هو توسيع نطاق مبادئ الحماية الدبلوماسية للشركات لكي تشمل الأشخاص الاعتباريين الآخرين. وليس القصد من وراء ذلك أن تشمل هذه الفئة من الأشخاص الاعتباريين الأشخاص الطبيعيين^(١٤٢). ومن ناحية أخرى، وكما أشارت إلى ذلك غواتيمالا^(١٤٣)، فإن الأشخاص الاعتباريين أو المؤسسات من غير الشركات (أي المؤسسات الهادفة للربح ذات المسؤولية المحدودة التي يتمثل رأس مالها في أسهم) يمكن أن يكون لديهم حملة أسهم يتحملون نصيبا من تبعة ديون الشركة يعادل مساهمتهم في رأس المال دون أن يتجاوزها. وتنطبق على حملة الأسهم المذكورين المبادئ الواردة في المادتين ١١ و ١٢. وبالتالي فإن الإشارة إلى المادتين ٩ و ١٠ ينبغي توسيعها لتشمل المواد من ٩ إلى ١٢. ولا يفهم المقرر الخاص لماذا ستضعف الحماية الدبلوماسية من استقلالية المنظمات غير الحكومية، على نحو ما أشارت إلى ذلك قطر^(١٤٤).

٧١ - ولذلك ينبغي تنقيح المادة ١٣ ليصبح نصها كالتالي:

تنطبق المبادئ الواردة في مشاريع المواد من ٩ إلى ١٢ فيما يتعلق بالشركات، حسب الاقتضاء، على الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين الآخرين.

(١٤٢) انظر اقتراح السلفادور بشمول الأشخاص الطبيعيين بهذه الحماية: التعليقات، الصفحة ٤٥.

(١٤٣) التعليقات، الصفحة ٤٦.

(١٤٤) المرجع نفسه.

١٤ - المادة ١٤

استنفاد سبل الانتصاف المحلية

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

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

٧٢ - باستثناء اقتراحات من هولندا^(١٤٥) تتعلق بإعادة صياغة التعليق، فإن التعليق الوحيد الذي يمس الفقرة (١) من المادة ١٤ هو التعليق الذي أدلت به الولايات المتحدة. وتشير الولايات المتحدة في تعليقها إلى أن محكمة العدل الدولية "اعترفت بأن من الممكن استنفاد مطالبة ما في إطار القانون الدولي عندما تنظر المحاكم المحلية في جوهرها، بغض النظر عما إذا كان نفس الشخص أو الكيان الذي تابع المطالبة على صعيد المحاكم المحلية مشمولاً بالحماية الدبلوماسية"^(١٤٦). وبالتالي تقترح الولايات المتحدة إعادة صياغة الفقرة ١ لاستبعاد شرط أن يكون الشخص المتضرر هو الطرف الذي يستنفد سبل الانتصاف المحلية. والمقرر الخاص مدين للولايات المتحدة لهذا الاقتراح القيم، الذي يوصي به اللجنة وفقاً لما ذكر.

٧٣ - وقد اقترحت هولندا تنقيحاً بسيطاً للفقرة ٢ لجعلها متوافقة مع الفقرة الفرعية (ب) من المادة ١١^(١٤٧).

٧٤ - ومن المقترح تنقيح المادة ١٤ لكي تصبح كما يلي:

١ - لا يجوز لدولة أن تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بضرر لحق بأحد رعاياها أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في مشروع المادة ٨ قبل أن يتم استنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية، رهناً بمشروع المادة ١٦.

(١٤٥) التعليقات، الصفحة ٤٧.

(١٤٦) التعليقات، الصفحة ٤٨. وللإطلاع على الموقف ضمن معاهدات حقوق الإنسان يُرجى الرجوع إلى

H.G. Schermers "Exhaustion of Local Remedies" in N. Ando et al (eds.) *Liber Amicorum Judge Shigeru*

.Oda (2002) p. 947 at pp. 954-958

(١٤٧) التعليقات، الصفحة ٤٢.

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

١٥ - المادة ١٥

تصنيف المطالبات

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

٧٥ - يضيف قرار محكمة العدل الدولية في قضية أفينا^(١٤٨) (Avena) مفاهيم جديدة ذات أهمية إلى القانون فيما يتعلق بالتمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر في سياق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، إلا أنه لا يؤثر على صحة صياغة المبدأ كما وردت في المادة ١٥. وسيطلب هذا الأمر بطبيعة الحال مناقشة في إطار التعليق. وتثير النمسا تساؤلاً حول عنوان المادة ١٥. وقد يكون العنوان "المطالبات المختلطة" هو الأنسب. ولم يُقترح أي تعديل للمادة ١٥ نفسها.

١٦ - المادة ١٦

حالات الاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية

لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

(أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال؛

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

(١٤٨) (قضية المكسيك ضد الولايات المتحدة)، تقارير المحكمة الجنائية الدولية لعام ٢٠٠٤، ص ١٢، وخاصة الفقرة ٤٠. انظر أيضا الرأي المستقل للقاضيين بارا-أرانغيرين (الفقرتان ٢٧ و ٢٨)، و فيرشتين (الفقرات ١١-٧). انظر كذلك A. Künzli "Case Concerning Mexican Nationals" (2005) 18 *Leiden Journal of International Law*؛ و E. Milano "Diplomatic Protection and Human Rights before the I.C.J.; *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p.85 at pp.128-30.

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

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

٧٦ - للمكسيك تعليقان عامّان على المادة ١٦^(١٤٩). فهي تُلفت الاهتمام أولاً إلى قاعدة الاستثناء من استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة احتمال تكرار الضرر. وبالرغم من أن هذا الاستثناء وجد اهتماماً مستقلاً من أميراسينغ^(١٥٠)، فيبدو أنه مشمول بالفقرة الفرعية (أ) وسوف يتم تناوله في التعليق على الفقرة الفرعية (أ). وتقرّح المكسيك أيضاً إدراج نص يتعلق بعبء الإثبات فيما يتعلق بقاعدة سبل الانتصاف المحلية. وتجنّح الإشارة إلى أن اللجنة كانت قد قررت عدم إدراج مثل هذا النص^(١٥١). إلا أنه قد يكون من الأفيد معالجة هذه المسألة في التعليق.

الفقرة الفرعية (أ)

٧٧ - تجنّح الإشارة إلى أنه كان معروضا على اللجنة ثلاثة خيارات عند مناقشتها للفقرة الفرعية (أ): عدم الجدوى الواضح، وعدم وجود احتمال معقول للنجاح، وعدم إمكانية معقولة لانتصاف فعال^(١٥٢). وفضلت الخيار الثالث الذي يعكس الآن الفقرة الفرعية (أ). وتدعو الولايات المتحدة^(١٥٣) اللجنة إلى إعادة نظرها في قرارها واعتماد قاعدة الجدوى على أساس أنها تعكس بشكل أدق القانون العربي الدولي^(١٥٤) وتأييدها اعتبارات تتعلق بالسياسة تقتضي "إتاحة الفرصة للدولة في جميع الأحوال، عدا القسوى منها، كي تصحح انتهاكات

(١٤٩) التعليقات، الصفحتان ٥٠-٥١.

(١٥٠) Local Remedies in International Law, 2nd ed.(2004) pp.212.

(١٥١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والخمسون الملحق رقم ١٠ (A/57/10)، الفقرة ٢٥٢.

(١٥٢) المرجع نفسه الفقرة ١٧٨.

(١٥٣) التعليقات الصفحتان ٥٢ و ٥٣.

(١٥٤) انظر Amerasinghe, note 150 above, p. 206: "The test is obvious futility or manifest ineffectiveness, not the absence of a reasonable prospect of success or the improbability of success, which are both less strict tests."

القانون الدولي في نطاق نظامها القانوني الخاص^(١٥٥). لذلك تقترح الولايات المتحدة النص التالي:

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما يكون من الواضح أنها عديمة الجدوى أو غير فعالة. ولا يكون من الواضح أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية عديم الجدوى أو غير فعال إذا توافر بصورة معقولة محفل يتحقق فيه الإنصاف الفعال.

وبالرغم من أن المقرر الخاص لا يجذب إعادة لفتح المواضيع التي تم الفصل فيها سلفاً، لا بد من الإشارة إلى أن قاعدة عدم الجدوى لم تحظ بتأييد اللجنة. ولذلك يُقترح أن تعيد اللجنة نظرها في هذه المسألة. إلا أنه ينبغي أن تلم بالحجج التي أثبتت ضد قاعدة عدم الجدوى المشار إليها في التعليق^(١٥٦). وفي التقرير الثالث (A/CN.4/523، الفقرات ١٨-٣٨). وكما ورد في التقرير الثالث فإن معيار "عدم الجدوى الواضح" الذي تم إقراره في قرار التحكيم المتعلق بالسفن الفنلندية^(١٥٧) لم يُتبع في قضية ELSI^(١٥٨) وتعرض لنقد الكتاب^(١٥٩). والاعتراض الرئيسي على هذا المعيار هو أنه يقترح أن تكون عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية ظاهرة على الفور بشكل واضح. وللتغلب على ذلك، اقترح السير هيرش لاوترباخث إدخال عنصر "المعقولة" في المعيار^(١٦٠) مما يتيح للمحكمة دراسة ما إذا كان الانتصاف الفعال يتوفر بشكل معقول في ظروف قضية معينة. وكان هذا هو النص الذي فضلته اللجنة في عام ٢٠٠٢، وهو الذي لا يزال يؤيده المقرر الخاص.

٧٨ - وإذا قررت اللجنة عدم قبول الاقتراح المقدم من الولايات المتحدة فيتعين عليها دراسة الاقتراح النمساوي الداعي إلى إدراج لفظة "متاح" في الفقرة الفرعية (أ) حتى تتفق

(١٥٥) التعليقات، الصفحة ٥٤.

(١٥٦) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10) الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ١٦، الفقرتان (٢) و (٣).

(١٥٧) U.N.R.I.A.A., vol. 3 (1934), p. 1479 at p. 1504.

(١٥٨) 1989 I.C.J. Reports, p. 14, at pp. 46-47 (paras. 59, 62).

(١٥٩) C. F. Amerasinghe, "The local remedies rule in appropriate perspective", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36 (1976), p. 726, at p. 752; G. Simpson and H. Fox, *International Arbitrations* (1959), p. 114; D. Mummery, "The content of the duty to exhaust local remedies", 58 *A.J.I.L.* (1964), p. 389, at p. 401.

(١٦٠) *Norwegian Loans case*, 1957 I.C.J. Reports, p. 9, at p. 39.

مع المادة ٤٤^(١٦١) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً^(١٦٢).

الفقرة الفرعية (ج)

٧٩ - قدم اقتراحان مختلفان تماما بشأن الفقرة الفرعية (ج). وتقتراح النمسا حذف الجزء الأول من الفقرة وحصرها في الحالة التي تجعل فيها ظروف القضية استنفاد سبل الانتصاف المحلية أمراً غير معقول^(١٦٣). وتقتراح الولايات المتحدة من جهة أخرى الإبقاء على الجزء الأول فقط من الفقرة وإعادة صياغتها بحيث تنص على أنه:

لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي لا توجد صلة وجيهة بين الشخص المضار والدولة التي يُدعى بأنها مسؤولة عن هذا الضرر^(١٦٤).

ويتفق المقرر الخاص مع اقتراح الولايات المتحدة. فالغرض الأساسي من الفقرة الفرعية (ج) هو توفير استثناء من قاعدة سبل الانتصاف المحلية عندما لا تكون للشخص المضار صلة بالدولة التي يُدعى أنها مسؤولة عن الضرر كما في حالة التلوث العابر للحدود أو الطائرة التي ضلت طريقها^(١٦٥). وطرح بعض أعضاء اللجنة بعد ذلك حالات أخرى ربما يكون من الضروري فيها استنفاد سبل الانتصاف المحلية مثل رفض الدخول إلى أراضي الدولة المستجيبة أو فرض تكاليف باهظة^(١٦٦). وقد اعتمد الجزء الثاني من الفقرة الفرعية (ج) لمعالجة هذه الحالات. إلا أنه وكما تذكر الولايات المتحدة فإن هذه الحالات قد شملتها بالفعل الفقرة الفرعية (أ). ولذلك يقترح اعتماد اقتراح الولايات المتحدة رهنا بإدراج عبارة تبين بوضوح وجوب انعدام الصلة وفي وقت حدوث الضرر مثلما تقترح النمسا^(١٦٧).

(١٦١) "لا يجوز الاحتجاج بمسؤولية الدولة ... (ب) إذا كان الطلب يخضع لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وإذا كانت جميع سبل الانتصاف المحلية والمتاحة والفعالة لم تُستنفد".

(١٦٢) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/56/10)، الفقرة ٧٦.

(١٦٣) التعليقات الصفحة ٥٤.

(١٦٤) التعليقات الصفحة ٥٥.

(١٦٥) تقترح الولايات المتحدة أن يفصل التعليق بشكل أكبر انعدام الصلة في حالة التحليل الصفحة ٥٦.

(١٦٦) للاطلاع على المزيد من الأمثلة، انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ١٦، الفقرة ١١.

(١٦٧) التعليقات الصفحة ٥٠.

الفقرة الفرعية (د)

٨٠ - لا تفرق الفقرة الفرعية (د) بين التنازل الصريح والتنازل الضمني. إلا أن التعليق يبين بوضوح أن التنازل قد يكون ضمناً عندما تتضح الرغبة في التنازل عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(١٦٨). وستعاد صياغة هذا التعليق ليتضمن اقتراح غواتيمالا المفيد في هذا الشأن^(١٦٩).

٨١ - يقترح النظر في المادة ١٦ بالشكل التالي:

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية:

(أ) إما عندما لا تتوفر سبل الانتصاف المحلية فرص نجاح معقولة للحصول على الانتصاف المتاح والفعال؛

وإما

(أ) عندما تكون سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى أو غير فعالة بشكل واضح. ولا تنعدم الجدوى من سبل الانتصاف المحلية أو تكون غير فعالة بشكل واضح عندما يتوفر بشكل معقول منتهى للحصول على الانتصاف الفعال؛

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

(ج) إذا لم توجد صلة وجيهة بين الفرد المضرار والدولة التي يدعها أنها مسؤولة وقت حدوث التقرير؛

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

(١٦٨) انظر، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10) الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ١٦، الفقرة (١٦). لهذا السبب، لا حاجة إلى إدراج نص صريح على التنازل الضمني، كما اقترحت أوزبكستان في التعليقات، الصفحة ٥٧.

(١٦٩) التعليقات، الصفحة ٥٦.

١٧ - المادتان ١٧ و ١٨

المادة ١٧

التدابير أو الإجراءات خلاف الحماية الدبلوماسية

لا تخل مشاريع المواد هذه بحقوق الدول أو الأشخاص الطبيعيين أو غيرهم من الكيانات في اللجوء، بموجب القانون الدولي، إلى تدابير أو إجراءات غير الحماية الدبلوماسية بغية ضمان جبر الضرر المتكبد جراء فعل غير مشروع دوليا.

المادة ١٨

أحكام المعاهدات الخاصة

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

٨٢ - تقترح أوزبكستان أن يكون عنوان هذا الجزء "أحكام أخرى" بدلا من "أحكام متنوعة"^(١٧٠). وينبغي النظر في ذلك.

٨٣ - نظرا لتقديم اقتراحات لدمج المادتين ١٧ و ١٨^(١٧١) فسوف يتم النظر في هذين النصين معا. فالمادة ١٧ تخدم الغرض المتمثل في توضيح أن مشاريع المواد الحالية لا تؤثر أو تتأثر بشكل مباشر بالإجراءات أو الآليات الأخرى. بموجب القانون العرفي الدولي أو قانون المعاهدات الذي يوفر طرائق لتأكيد الحقوق أو تسوية الدعاوى. وقد يبدو منطقيًا من الوهلة الأولى أن يدمج النصان. وبالفعل فقد أوصى التقرير الخامس بهذا الدمج في مادة واحدة يكون نصها كالتالي:

لا تشكل هذه المواد مساسا بحقوق الدول أو الأشخاص في اتخاذ إجراءات خلاف الحماية الدبلوماسية لضمان سبل الانتصاف إزاء ضرر وقع نتيجة لفعل غير مشروع دوليا [يمكن أن يكون أيضا مبررا للمطالبة بالحماية الدبلوماسية من جانب دولة جنسية الشخص المضرور^(١٧٢)].

(١٧٠) التعليقات، الصفحة ٥٧.

(١٧١) قطر والسلفادور (التعليقات، الصفحتان ٥٨ و ٥٩). انظر أيضا هولندا (التعليقات، الصفحة ٥٨).

(١٧٢) A/CN.4/538، الفرع دال-٢.

إلا أنه مع إمعان النظر في المسألة وفي ضوء الاختلاف الكبير في المصالح التي تسعى المادتان ١٧ و ١٨ لخدمتها، يبدو أن أنسب السبل هو الإبقاء على نصين مستقلين.

٨٤ - فقد وضعت المادة ١٧ أساسا لضمان ألا يتدخل نظام الحماية الدبلوماسية في حماية حقوق الإنسان بسبل أخرى أو يعوقها. وتقر اللجنة بأن الحماية الدبلوماسية ما هي إلا إحدى الوسائل لحماية حقوق الإنسان وأنها وسيلة محدودة للغاية وتقتصر فقط على حماية حقوق الإنسان للمواطنين. ولا تقتصر الإجراءات الأخرى لحماية حقوق الإنسان على هذا الجانب. فمعاهدات حقوق الإنسان ترتب الحقوق وتمنح سبل الانتصاف لجميع الأشخاص الذين تعرضوا لانتهاكات حقوق الإنسان بصرف النظر عن الجنسية. وفضلا عن ذلك، فإن التطورات الجديدة في القانون الدولي تتيح للدولة - من خلال الاحتجاج أو التفاوض أو التحكيم أو الإجراءات القضائية^(١٧٣) حماية المواطنين وغير المواطنين على السواء الذين يتعرضون لانتهاك لقواعد حقوق الإنسان التي تتضمن قواعد أمرة^(١٧٤) أو التي ترتب التزاما تجاه الكافة^(١٧٥) في البلدان الأجنبية^(١٧٦) وتم تأكيد ذلك مؤخرا بواسطة القاضي سيما في القضية المتعلقة بالأنشطة المسلحة على أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)^(١٧٧) التي قضى فيها بأن هذا النوع من التطورات في القانون الدولي يتيح لأوغندا حماية المواطنين وغير المواطنين على السواء الذين تعرضوا لخطر انتهاك حقوق الإنسان الخاصة بهم من جانب جيش جمهورية الكونغو الديمقراطية في مطار كينشاسا.

(١٧٣) هذا بالطبع مرهون بوجود صلة تتعلق بالولاية القضائية. ولكن هذا التقييد مطبق بالمثل على الحماية الدبلوماسية.

(١٧٤) انظر المواد ٤٠ و ٤١ و ٤٨ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/56/10)، الفقرة ٧٧.

(١٧٥) *Barcelona Traction case, 1970 I.C.J. Reports, p. 32.*

(١٧٦) للاطلاع على المزيد بشأن هذا الموضوع، انظر G. Gaja "Is a State specially affected when its national's human rights are infringed?" in L. C. Vohrah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (2003), p. 373; G. Gaja, "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63; L. Condorelli, "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique" in *La Protection Diplomatique*, p. 3; and C. Forcese, "Shelters from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law", *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005), p. 469, at pp. 497-498

(١٧٧) محكمة العدل الدولية، حكم غير منشور صادر في ١٩ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٥، رأي مخالف الفقرات ١٧-٤١، انظر أيضا الرأي المخالف للقاضي الخاص كاتيكا، الفقرة ٦٩.

٨٥ - وما يؤسف له أن أهداف المادة ١٧ لم تُفهم تماما - فقد فسر إنريكو ميلانو العلاقة بين مواد عام ٢٠٠١ بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا ومشاريع مواد ٢٠٠٤ المتعلقة بالحماية الدبلوماسية بأنها تعني أن المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية قد قيدت حق الدولة في التدخل بموجب المادة ٤٨ (١) (ب) من المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا نيابة عن أفراد من غير مواطنيها تعرضت للانتهاك حقوقهم التي تكفلها قواعد أمره^(١٧٨). وهو يتوصل إلى هذه النتيجة على أساس أن يكون تفسير المادة ٤٨ مرهونا بالمادة ٤٤، التي تنص على أن مسؤولية الدول قد لا يمكن الاحتكام إليها إذا لم تعرض الدعوى طبقا للقاعدة السارية المتعلقة بجنسية الدعاوى، مثلما تم توضيحه الآن في مشاريع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية. ويقوده ذلك ليستنتج أنه "وفقا للقانون المتعلق بمسؤولية الدول فإن آليات الحماية الدبلوماسية قد مُنحت أولوية على آليات قانون حقوق الإنسان حتى عندما يكون الضرر اللاحق بالفرد ناجما عن انتهاك لحقوق الإنسان"^(١٧٩). ويضيف

... أنه من القراءة الموحدة لمواد عام ٢٠٠١ المتعلقة بمسؤولية الدول ومشروع مواد عام ٢٠٠٤ بشأن الحماية الدبلوماسية تبدو ضالة الإمكانية المتروكة لإنفاذ الالتزامات المتعلقة بحقوق الإنسان تجاه كافة بخلاف الآليات التقليدية للحماية الدبلوماسية^(١٨٠).

٨٦ - يجب أن تزيل المادة ١٧ الشكوك من هذا النوع بأن توضح أن مشروع المواد لم يقصد به بأي حال من الأحوال إعاقة الإجراءات الأخرى لحماية حقوق الإنسان وأفضل وسيلة لتحقيق هذه الغاية هي إدراج نص مستقل مثل المادة ١٧ ذاتها، بيد أنه يبدو انطلاقا من ورقة ميلانو نفسها^(١٨١) أنها لم تحقق هذه النتيجة. وربما يكون من الضروري في هذه الظروف إعادة صياغة المادة ١٧ لتوضيح الغرض منها بشكل أكبر بالرغم من أنه يبدو للمقرر الخاص أن من الصعب توضيح هذه النية. وربما أمكن تحقيق ذلك عن طريق إعادة الصياغة المقترحة المقدمة من هولندا على النحو التالي:

(١٧٨) "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning (178) tradition?" *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p. 85, at pp. 103-108.

(١٧٩) المرجع نفسه، الصفحة ١٠٦.

(١٨٠) المرجع نفسه، صفحة ١٠٧. يشير ميلانو إلى أن العلاقة غير العادية بين المادة ٤٤ والمادة ٤٨ ربما تسببت فيها إغفال لجنة القانون الدولي لأن تحدد أن المادة ٤٤ تنطبق فقط على دعاوى الحماية الدبلوماسية وليس على المادة ٤٨. وربما كان محقا في ذلك.

(١٨١) المرجع نفسه، الصفحة ١٠٧، لا يزال ميلانو غير مقتنع بالمادة ١٧.

لا تتأثر بمشروع المواد الحالية حقوق الدول أو الأشخاص الطبيعيين وغيرهم من الكيانات الأخرى في اللجوء إلى أعمال أو إجراءات بخلاف الحماية الدبلوماسية لضمان جبر الضرر المتكبد نتيجة فعل غير مشروع دوليا.

٨٧ - لذلك يقترح الإبقاء على المادة ١٧ كنص مستقل وأن يكون نصها:

إما:

لا تخل مشاريع هذه المواد هذه بحقوق الدول أو الأشخاص الطبيعيين أو غيرهم من الكيانات في اللجوء [بموجب القانون الدولي]^(١٨٢) إلى تدابير أو إجراءات، خلاف الحماية الدبلوماسية، لكفالة التعويض عن ضرر نجم عن فعل غير مشروع دوليا.

وإما:

لا يترتب على مشاريع المواد هذه أي أثر على حقوق الدول أو الأشخاص الطبيعيين أو غيرهم من الكيانات في اللجوء إلى تدابير أو إجراءات، خلاف الحماية الدبلوماسية، لكفالة التعويض عن ضرر نجم عن فعل غير مشروع دوليا.

٨٨ - والقصد من المادة ١٨ هو توضيح أن مشاريع المواد لا تتدخل في معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف التي ربما تتضمن قواعد تتعلق بمعاملة المستثمرين الأفراد أو الشركات. ونظرا لأن هذه المعاهدات تختلف اختلافا كبيرا من حيث المضمون والشكل من تلك المتصورة في المادة ١٧ فإنه يجذب التعامل معها على نحو مستقل.

٨٩ - ويعترض كل من النمسا والمغرب على صياغة المادة ١٨ ولا سيما ما يتعلق بعبارة "أحكام المعاهدات الخاصة"^(١٨٣). وتشير المغرب بحق إلى أن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لا تعترف بمفهوم "المعاهدات الخاصة". ولذلك فهي تقترح أن يوصي المقرر الخاص بضرورة إعادة صياغتها ليكون نصها كالتالي:

لا تنطبق مشاريع المواد هذه حيثما وبقدر ما لا تتفق مع النظم الخاصة المنصوص عليها في المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بحماية الاستثمار.

(١٨٢) تقترح هولندا حذف هذه العبارة على أساس حق الدول في تقديم "موجز أصدقاء المحكمة" في الدعاوى المحلية على غرار ما قام به الاتحاد الأوروبي في قضايا قانونية خاصة بالولايات المتحدة، انظر التعليقات، الصفحة ٥٨.

(١٨٣) التعليقات، الصفحتان ٥٩ و ٦٠.

١٨ - المادة ١٩

أطقم السفن

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

٩٠ - معظم الدول التي قدمت تعليقات قدمت ردوداً إيجابية على المادة ١٩^(١٨٤)، ولكنها قدمت عدة اقتراحات. فتشير النمسا إلى أن الشرط المصاحب لممارسة الحماية من قبل دولة العلم ربما يفهم بأنه ينطبق على حق دولة جنسية طاقم السفينة في ممارسة الحماية الدبلوماسية. ويمكن التغلب على ذلك بتجزئة النص إلى جملتين كما هو مقترح أدناه. وتطلب المكسيك من اللجنة حل مسألة المطالبات المتنافسة. وكانت اللجنة قد عارضت هذا الاتجاه فيما يتعلق بمطالبات المواطنين مزدوجي الجنسية، ويبدو من غير المعقول أو من غير الضروري بنفس القدر اتباعه هنا. وتقترح هولندا إدماج المادة ١٩ في المادة ٨ نظراً لأفهما تبدوان متشابهتين. إلا أن هذا ليس صحيحاً. فالمادة ٨ تتناول تمديد الحماية الدبلوماسية لتشمل الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين في الوقت الذي تعترف فيه المادة ١٩ بحق دولة جنسية السفينة في المطالبة بجبر الضرر نيابة عن أفراد الطاقم ولكن ليس بممارسة الحماية الدبلوماسية.

٩١ - ولا ترى الولايات المتحدة خطأ في المبادئ التي تطرحها المادة ١٩. إلا أنها ترى أنه طالما كان حق دولة العلم في المطالبة بجبر الضرر بالنيابة عن أفراد الطاقم يقع خارج نطاق الحماية الدبلوماسية فلا ينبغي إدراجه^(١٨٥). وهذه مسألة ينبغي أن تنظر فيها اللجنة. ومن جهة أخرى تجدر الإشارة إلى أن اللجنة قررت إدراج المادة ١٩ لأن الحماية التي توفرها دولة العلم تماثل تلك التي توفرها الحماية الدبلوماسية مثلما أكدت ذلك المحكمة الدولية لقانون البحار في قضية السفينة "سايجا" (M/V Saiga (No.2))^(١٨٦)، وتتطلب السياسة

(١٨٤) التعليقات، الصفحتان ٦٠ و ٦١: النمسا والمكسيك وهولندا والنرويج (باسم بلدان الشمال الأوروبي).

(١٨٥) التعليقات، الصفحتان ٦١ و ٦٢.

(١٨٦) *Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, ITLOS Reports 1999, p. 10, paras. 103-107*

تأكيد الطريقتين المتبعتين في الحماية نظرا لحساسية الظروف التي يواجهها أطقم السفن ولما يحتاجونه من جميع أشكال الحماية التي يستطيعون الحصول عليها^(١٨٧).

٩٢ - ويقترح إذا رأت اللجنة الإبقاء على المادة ١٩، أن تحتفظ بها في شكلها الحالي. وبدلا من ذلك يمكنها أن تقسم النص إلى جملتين لمواجهة الانتقاد الذي طرحته النمسا. وبهذه الطريقة سيكون نصها:

يحق لدولة جنسية أفراد طقم السفينة ممارسة الحماية الدبلوماسية بالنيابة عنهم. ويمكن لدولة جنسية السفينة [دولة العلم] أن تطلب جبر الضرر نيابة عن أفراد الطاقم بصرف النظر عن جنسيتهم عندما يصيبهم الضرر أثناء نزول ضرر بالسفينة جراء فعل غير مشروع دوليا.

ويفضل المقرر الخاص النص الأصلي حيث يشك في قابليته للتفسير الذي قدمته النمسا.

جيم - حق المواطن الذي يلحق به ضرر في الحصول على تعويض

٩٣ - لا تغطي مشاريع المواد الحالية، فيما يتعلق بالمطالبات، سوى الجنسية واستنفاد سبل الانتصاف على الصعيد المحلي. وهي لا تتناول القواعد الأساسية للحماية الدبلوماسية، وهي القواعد التي تحكم معاملة الأجانب. كما أنها لا تعالج النتائج المترتبة على الحماية الدبلوماسية. وقد نوقش النطاق المحصور لمشاريع المواد ووافقت عليه اللجنة في جلسيتها السادسة والخمسين والسابعة والخمسين. ويمكن تبرير القرار بعدم معالجة النتائج المترتبة على الحماية الدبلوماسية على أساس أن المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا وكذلك التعليقات الشاملة عليها تغطي معظم جوانب الموضوع^(١٨٨). إلا أن هناك جانبا واحدا من النتائج المترتبة على الحماية الدبلوماسية لم يجر النظر فيه في المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا، وهو تحديدا مسألة ما إذا كانت الدولة التي تنجح في المطالبة ملزمة بأن تدفع للمواطن الذي لحق به الضرر أية تعويضات تحصلت عليها بموجب تلك المطالبة. وقد تعرضت مشاريع المواد للانتقاد على أساس أنها أضاعت الفرصة للاعتراف بهذه القاعدة، وإن جاء ذلك من خلال التطور التدريجي^(١٨٩). وتحدثت مندوبة

(١٨٧) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/59/10)، الفقرة ٦٠، التعليق على مشروع المادة ١٩.

(١٨٨) المرجع نفسه، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/56/10)، الفقرة ٧٧، المواد ٢٨-٣٩.

(١٨٩) (١٨٩) Milano, note 178 above, p. 108. See, too, G. Gaja, "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 63, at p. 69.

فرنسا في اللجنة السادسة عن هذه المسألة، في ٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٥، فقالت إن الأسباب التي أوردتها المقرر الخاص بأنه ليس من الضروري تناول نتائج الحماية الدبلوماسية تعتبر غير مقنعة. وحتى إذا شككت الحماية الدبلوماسية استثناء فيما يتعلق بالقانون العام للمسؤولية، فإن مسألة ما إذا كانت الدولة ملزمة بأن تحول إلى الشخص المتضرر المبلغ الذي حصلت عليه على سبيل التعويض عن مطالبة تستند إلى الحماية الدبلوماسية تعتبر مسألة أساسية^(١٩٠).

وأوردت النمسا نقطة مماثلة في تعليقها المقدمة إلى اللجنة:

ثمّة مسألة أخرى جديرة بأن تولى اعتبارا خاصا هي مشكلة العلاقة بين الفرد المشمولة حقوقه بالحماية والدولة التي تمارس الحق في الحماية الدبلوماسية. ويمكن النظر فيها كمي يجري أيضا تناول المشكلة المتعلقة بنتيجة ممارسة الحماية الدبلوماسية ومدى إمكانية استفادة الفرد من تلك النتيجة. وبطبيعة الحال يمكن الاحتجاج، من ناحية، بأن هذه مسألة تتعلق بالعلاقة بين الدولة ورعاياها، بيد أنه ينبغي، من ناحية أخرى، ضمان أن يستفيد الفرد المتضرر الذي أثرت المطالبة لصالحه من ممارسة الحماية الدبلوماسية^(١٩١).

وبعد التمهيد، يرى المقرر الخاص أنه يتعين أن تنظر اللجنة في هذه المسألة، حتى وإن جاء نظرها متأخرا بعض الشيء.

٩٤ - ويشير الحكم الصادر بشأن امتيازات مافروماتيس في فلسطين، فيما يبدو، إلى أن الدولة المدعية تملك الحق المطلق فيما يتعلق بصرف أية تعويضات قد تحصل عليها عن مطالبة قُدمت باسمها فيما يتعلق بمواطن متضرر. فإذا كانت المسألة تعني، حسبما جاء في الحكم المذكور، أن "الدولة [تكون]، بتبنيها لقضية أحد رعاياها ... تؤكد في الواقع حقوقها الخاصة" وتصبح "المدعي الوحيد"^(١٩٢)؛ يكون من الصعوبة الاحتجاج، من باب المنطق، بأن أية قيود تُفرض على الدولة ستحقق مصلحة الفرد، فيما يتعلق بتسوية المطالبة ودفع

(١٩٠) انظر A/C.6/60/SR.11، الفقرة ٧٣.

(١٩١) التعليقات، الصفحتان ١٠ و ١١.

(١٩٢) 1924 P.C.I.J. Series A, No. 2, at p. 2.

أية تعويضات يتم الحصول عليها. وحيث أن الدولة تملك "الحرية الكاملة في اتخاذ إجراء" (١٩٣)، فإنه لا يتعين عليها المطالبة بالتعويض عن الأضرار الكاملة التي تكبدها المواطن المتضرر. بل قد توافق، بدلا عن ذلك، على التوصل إلى تسوية جزئية، وهو ما يحدث في كثير من الأحيان. ويعني هذا في الواقع أن الفرد ربما يحصل على ما لا يتعدى ١٠ في المائة فقط من قيمة المطالبة (١٩٤). وفي الاتفاق الفرنسي الروسي الذي أبرم في عام ١٩٩٩، أُقرت الحقوق المالية للأشخاص الطبيعيين والأشخاص القانونيين بنسبة ٩٩ في المائة (١٩٥). وفي عام ١٩٩٤، أصدرت محكمة مدريد العدلية العليا قرارا بشأن شكوى تقدم بها مواطن فيما يتصل بإبرام اتفاق للمبالغ المقطوعة بين إسبانيا والمغرب، يؤيد الممارسات الدولية التي تجيز منح تعويضات تقل عن حجم الضرر المتكبد (١٩٦).

٩٥ - وقبلت اللجنة الحكم الصادر في قضية امتيازات مافروماتيس في فلسطين كأساس لمشاريع المواد التي أعدتها. ومن منطلق تقيدها بهذا القرار، رفضت اللجنة مقترحا بأن تعتبر الدولة ملزمة بممارسة الحماية الديمقراطية بشأن المواطن الذي يتكبد ضررا نتيجة مخالفة معايير القانون الملزم. ومن جهة أخرى، لا تكون الغلبة لمنطق مافروماتيس على الدوام، إذ تزعزع كل من استمرارية قاعدة الجنسية واستنفاد سبل الانتصاف على الصعيد المحلي أسس هذا المنطق، حينما يتضح منها أن الضرر الذي تكبده الفرد لا يخول الدولة المدعية الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية بشكل آلي. كما أن مبدأ مافروماتيس لا ينطبق منطقيا ومنهجيا فيما يتعلق بتقييم الأضرار المطالب بها، نظرا إلى أن التعويض يحسب بصفة عامة على أساس الضرر الذي يتكبده الفرد. واعترفت المحكمة الدائمة للعدل الدولي بهذا في قضية مصنع

(١٩٣) أعلن قاضي المحكمة الدولية، في قضية شركة برشلونة لمعدات الجر أنه

"يجب أن يُنظر إلى الدولة على أنها الحكم الوحيد الذي يقرر ما إذا كانت الحماية سُمّنت، وإلى أي مدى، ومتى تتوقف. وتحتفظ الدولة، في هذا الشأن، بسلطة تقديرية قد تتوقف ممارستها على اعتبارات ذات طبيعة سياسية أو طبيعة أخرى لا علاقة لها بالقضية المعنية. وحيث أن مطالبة الدولة ليست مطابقة لمطالبة الفرد أو الشخص الاعتباري الذي ينقضي أجل دعواه، فإن الدولة تتمتع بحرية كاملة في التصرف" (١٩٧٠)، تقارير محكمة العدل الدولية، الصفحة ٣ والصفحة ٤٤؛ التأكيد مضاف).

W. K. Geck, "Diplomatic protection" in *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, at p. (١٩٤) 1058; D. Bederman, Interim report on "Lump sum agreements and diplomatic protection" in *International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi* (2002), p. 230; R. Lillich, "The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973" 69 *A.J.I.L.* (1975), p. 534; R. Lillich and B. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (1975)

.D. Carreau, *Droit International*, 7th ed. (2001), p. 462, para. 1118. (١٩٥)

J. Pastor Riduejo, "La pratique espagnole de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), p. 112 (١٩٦)

كورزوف^(١٩٧) الذي يعتبر الآن إحدى قواعد القانون العربي الدولي^(١٩٨) وأدرك القاضي موريلي، في قضية شركة برشلونة لمعدات الحجر، المفارقة التي ينطوي عليها هذا الوضع القانوني، حينما ذكر، أنه:

يكون الجبر على الصعيد الدولي مستحقا دائما للدول وليس للأشخاص كأفراد، حتى في حالة التعويض، على الرغم من حقيقة أن مبلغ التعويض يجب أن يتحدد على أساس الضرر الذي يتكبده الشخص كفرد^(١٩٩).

وإذا كان الضرر المتكبد "يتحدد على أساس الضرر الذي يتكبده الشخص كفرد"، تصبح الدولة المدعية ملزمة فيما يبدو بأن تتشاور مع الشخص المتضرر بشأن هذه المسألة، مما يعني أن الدولة لا تملك الحرية الكاملة للتصرف فيما يتعلق بتقديم المطالبة.

٩٦ - ويوجد تعارض في ممارسات الدول المتعلقة بهذا الموضوع. فبينما تؤكد القرارات القضائية بنوعها الدولي والوطني على أن المواطن المتضرر لا يملك الحق في المطالبة بأي تعويض تحصل عليه الدولة، فإن الآليات الوطنية الأخرى تشير إلى أن الدول تعترف بأنهما ملزمة إلى حد ما بصرف التعويض المتحصل عليه للمواطن المتضرر.

٩٧ - ويؤكد القرار الإداري الخامس للجنة المطالبات المختلطة بين الولايات المتحدة وألمانيا ما تملكه الدولة من مجال واسع للتصرف:

تعتبر [الدولة] محكومة، عند ممارستها لهذه الضوابط، ليس فقط بما تمليه مصلحة مدع معين، وإنما بما تمليه المصلحة الأكبر لشعب الدولة بأكمله، ويجب عليها أن تمارس حقها في التصرف الكامل بدون قيد فيما يتعلق بتحديد الكيفية التي سيقدم بها الطلب أو تجري بها متابعته أو يتم بها سحبه أو التوصل إلى حل وسط بشأنه، ومتى يكون ذلك، ويكون المالك الفرد ملزما بأي إجراء يتخذ. وحتى إذا حصلت الدولة الراعية على مبلغ مدفوع بسبيل التعويض فإنها تملك السلطة الكاملة على المال المدفوع بهذه الطريقة والموجود في حيازتها ويجوز لها، منعا للغش، أو

(١٩٧) *Chorzow Factory Case (Merits)*, 1928 P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 28 ولذلك فإن الضرر الذي يلحق بالفرد لا يماثل في جوهره الضرر الذي يلحق بالدولة؛ ولا يوفر أكثر من مقياس ملائم للتعويض المستحق للدولة". وعلق البروفسور دوباوا على هذه الفتوى في *Revue Critique de Droit International Privé* (1978), pp. 615 and 624.

(١٩٨) . . Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la theorie de la responsabilité internationale* (1973), p. 98.

(١٩٩) تقارير محكمة العدل الدولية لسنة ١٩٧٠، الصفحة ٢٢٣.

تصحيحاً لخطأ أو حماية لشرف الوطن، أن تعيد المال إلى الدولة التي دفعته، أو تتصرف فيه بأي طريقة أخرى وفقاً لاختيارها^(٢٠٠).

وقد اتخذت المحاكم الوطنية موقفاً مشابهاً^(٢٠١).

المملكة المتحدة

قدم أصحاب المطالبات في دعوى الشكاوى المدنية المتعلقة بالحرب^(٢٠٢) عريضة إلى الملك يطالبون فيها بحصة في المبالغ التي دفعتها ألمانيا إلى حكومة المملكة المتحدة على سبيل حير الأضرار عملاً بأحكام معاهدة فرساي المتعلقة بالأضرار المتكبدة خلال الحرب العالمية الأولى. واستقر الرأي على أنه حينما يدخل التاج في مفاوضات مع رأس دولة أخرى بشأن إبرام معاهدة فإن موقفه السيادي لا يتسق مع قيامه بدور الأمين أو الوكيل نيابة عن مواطنيه ما لم يجز الإعراب بشكل صريح عن أذاته لهذا الدور. ولم يكن في المعاهدة ما يشير إلى ذلك، بل إنها تركت الأمر للحكومتين كي تحكما الكيفية التي يجري بها تقسيم المال، باعتبارها مسألة بينهما وبين مواطنيهما. وجرى تأكيد هذا القرار مؤخراً في قضية شركة لونرو للتصدير المحدودة ضد إدارة ضمانات ائتمانات التصدير^(٢٠٣).

(٢٠٠) (٢٠٠) 152 p. at p. 119, (1925) 7 *U.N.R.I.A.A.*, (United States v. Germany) التأكيد مضاف.

(٢٠١) انظر 539 p. 1, (1992) 1, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. R. Jennings and A. Watts.

(٢٠٢) [1932] A.C. 14. See also *Rustomjee v. R* [1876] 1 QBD, p. 487.

(٢٠٣) [1996] 4 All E R, p. 673, of p. 687.

” (٣) حينما يتبين التاج مطالبات (كأن تكون مطالبات مواطنين بوصفهم دائنين لدولة أجنبية أو لرعايا أجنبي) ويمارس الحماية الدبلوماسية (كأن يكون ذلك عن طريق التفاوض بشأن معاهدة تتعلق بدفع أموال إلى التاج بغرض توزيعها على رعاياه)، فإن التاج يملك، بموجب القانون الدولي، حقه الخاص وباسمه الخاص في توفير هذه الحماية لرعاياه ... (٤) بموجب الفقرة (٥) أذناه، ولا يعمل التاج كوكيل لرعاياه أو وصي عليهم، في حالة إبرام مثل هذه المعاهدة أو تنفيذ التزاماته بموجبها؛ وبغض النظر عن شروط المعاهدة و (فيما يبدو لي) تحديد سمة الأموال المدفوعة بموجب المعاهدة، فإن التاج يتحصل على أية مبالغ مدفوعة من المملكة المتحدة بموجب أحكام هذه المعاهدات بحكم صفته السيادية وبموجب الملكية الخالصة للدولة ... (٦) ولا تتأثر أحقية التاج في الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة إليه، وفقاً للقانون الانكليزي، لأحكام المعاهدة أو بأي شيء قد تنص عليه المعاهدة فيما يتعلق بتقسيم هذه المبالغ. كما لا تؤثر شروط المعاهدة على شخصية التاج السيادية ولا تكون مساوية لها فيما يتعلق باستلام هذه المبالغ ... ولا يتحمل التاج بموجب القانون الانكليزي أي التزام قانوني أو إنصافي فيما يتعلق بتنفيذ تلك الشروط. وإذا لم يتم التاج بتنفيذها فإن سبل الانتصاف الوحيدة تكون في يد البرلمان أو (إذا أصرت الحكومة الأجنبية على ذلك) في يد محكمة دولية ... (٧) ويجوز للتاج، عند تقسيمه لأية مبالغ متحصل عليها بموجب أحكام معاهدة ما، أن يحدد الصفة التي تتم بها المدفوعات التي يقوم بها والكيفية التي ينفذ بها هذه المدفوعات ...“

الولايات المتحدة

يترك أمر "الأموال المتحصل عليها من حكومة أجنبية نتيجة حكم دولي أو كتسوية لمسألة خاصة بالولايات المتحدة" (٢٠٤)، وتوزيع التعويضات، باعتباره مسألة تدرج في إطار قانون الولايات المتحدة، لتقدير الكونغرس:

"وفقاً للقضايا التي حكمت فيها المحكمة العليا للولايات المتحدة، يبدو أن المعمول به هو أن الأموال المتحصل عليها من حكومات أجنبية كتسوية لمطالبات يتقدم بها مواطنون أمريكيون تعتبر أموالاً وطنية للولايات المتحدة، وأنه لا يوجد حق قانوني محدد لأي مطالب في الأموال المتحصل عليها بهذه الطريقة، وأن الكونغرس غير ملزم قانونياً بدفع أية مطالبة من ريع هذه الأموال، بالرغم من أن الحكومة تتحمل، دون شك، التزاماً أخلاقياً فيما يتعلق بتحويل هذه الأموال إلى الأشخاص الذين تكبدوا خسائر" (٢٠٥).

فرنسا

تعتبر الحماية الدبلوماسية في فرنسا "إجراءً حكومياً" - المعقل الأخير لعدم سيادة القانون - وظلت الإجراءات المتعلقة بتخصيص التعويضات بمعزل عن الإشراف القضائي وفقاً للتقليد المتبع (٢٠٦).

٩٨ - وعلى الرغم مما ورد أعلاه من تأكيدات بشأن حق الدولة المطلق في توزيع التعويضات المتحصل عليها كما تشاء، إلا أنه لا ينذر الحصول على بيانات تفيد بأن الممارسات العادية للدولة في مثل هذه الحالات هي دفع الأموال المتحصل عليها إلى الأفراد المتضررين. ويقول غيوك، على سبيل المثال، في هذا الصدد، "إن الدولة المطالبة تقدم تعويضات الأضرار التي تدفعها الدولة المدعى عليها إلى الأفراد المتضررين" (٢٠٧). ويفيد تعليق مسودة هارفارد بالشيء نفسه؛ "... تتمثل الممارسة العادية في أن تحوّل الدولة الطالبة إلى

American Law Institute, *Restatement of the Law*, (Third), Foreign Law of the United States (1987), para. (٢٠٤) 902, pp 348-349.

Distribution of the Aslop Award, Opinion of J. Reuben Clark, Department of State, cited in Hackworth, (٢٠٥) *Digest of International Law*, vol. 5, p. 766.

(٢٠٦) بوليكيير ستيرن، الحاشية ١٩٨ أعلاه في الصفحة ١٠٨.

(٢٠٧) الحاشية ١٩٤ أعلاه في الصفحة ١٠٥٧.

الأفراد مقدمي المطالبات أية أموال تقوم بتأمينها على سبيل جبر الضرر^(٢٠٨). ولكي يتسنى فهم بيانات من هذا النوع يصبح من الضروري فحص الخطوات التي تتخذها تلك الدول من أجل حصر نطاق حقها في التصرف.

٩٩ - وابتداء من خمسينات القرن المنصرم بدأت الدول في تطبيق المراجعة القضائية على المكافآت التعويضية. وأنشأت فرنسا والولايات المتحدة والمملكة المتحدة لجنا لتوزيع مكافآت المبلغ الإجمالي المستلمة من دول أوروبا الشرقية بعد الحرب العالمية الثانية. وكانت هذه الظاهرة نتاجا للعدد الكبير من المطالبين الذين يتنافسون على نصيب من العائدات المتدنية بدرجة هائلة للقيمة التراكمية للممتلكات الخاصة المصادرة أو الموقوفة. وأصبح توزيع التعويضات أمرا حساسا بصفة خاصة كما أصبح مستصوبا لإنشاء وكالات متخصصة لهذا الغرض. وصممت كل دولة إجراء مختلفا.

الولايات المتحدة الأمريكية^(٢٠٩)

بعد الحرب العالمية الثانية أدى وجود العديد من التسويات المجمعة إلى إنشاء لجنة المطالبات الدولية في عام ١٩٤٩. بمقتضى قانون تسوية المطالبات الدولية لعام ١٩٤٩، لتتولى توزيع أموال اتفاقات المبالغ الإجمالية المبرمة مع يوغوسلافيا، ثم بنما فيما بعد، والديمقراطيات الشعبية الأخرى التي انخرطت في عمليات التأميم. وأعيدت تسمية اللجنة في عام ١٩٨٢ ليصبح اسمها لجنة تسوية المطالبات الأجنبية بالولايات المتحدة الأمريكية. ووظيفتها هي

F.V. Garcia-Amador, Louis B. Sohn and R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State* (٢٠٨) *Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 151. وقضى المحكم في لجنة المطالبات المختلطة بين الولايات المتحدة وألمانيا، في القرار الإداري الخامس، في إطار الاتفاق المؤرخ ١٠ آب/أغسطس ١٩٢٢، بما يلي:

... بيد أنه حينما يقدم طلب نيابة عن مواطن محدد ويدفع مبلغ بموجب حكم يتعلق بذلك الطلب، لا يعتبر المال المدفوع بهذه الطريقة مالا وطنيا، أي بمعنى منح الدولة التي تحصل عليه الحق في التصرف. بمطلق الحرية من أي التزام بأن تكون مسؤولة تجاه الفرد الشاكي، الذي قدّمت المطالبة ودُفع المال نيابة عنه والذي يعتبر المالك الحقيقي لذلك المال. وتوجد بيانات معممة ومضللة قابلة للتفسير على هذا النحو في حالات حُكم فيها بأن تدفع إلى الدولة المطالبة مبالغ مقطوعة تغطي مطالبات عديدة تقدمت بها الدولة، ولم تقم المحكمة التي أصدرت الحكم بإصدار أحكام منفصلة في كل واحدة من هذه المطالبات أو بتحديد مبلغ محدد بشأن أية مطالبة معينة...". [استشهادات محذوفة] لا يعتقد بأن بالإمكان الاستشهاد بأي قضية يكون قد تم فيها منح المكافأة التعويضية من قبل محكمة دولية لصالح الدولة المتقدمة بمطالبة بالنيابة عن مواطن محدد، وتكون فيها الدولة المستلمة لمبلغ تلك المكافأة قد ترددت، في غياب التلاعب أو الخطأ، في أن تكون مسؤولة أمام هذا المواطن، أو أولئك المطالبين معه، عن كامل مبلغ المكافأة المستلمة. وفيما يتعلق بالولايات المتحدة، فإنه يبدو حتى الآن، أن الكونغرس يعامل الأموال المدفوعة للدولة استيفاء لمطالبات محددة على أنها مودعة^(٢٠٩) في صندوق استئماني لصالح مواطني الولايات المتحدة أو آخرين". (الحاشية ٢٠٠ أعلاه).

^(٢٠٩) Third Restatement, note 204 above, para. 713.

توزيع الأموال المستلمة من الحكومات الأجنبية بين المطالبين المتعددين بعد النظر، بطريقة منفصلة، في كل مطالبة والبت في صحتها والمبلغ المستحق لكل واحد من المطالبين على أساس الاتفاق المعين موضوع المطالبة أولاً، ثم تطبيق "مبادئ القانون الدولي والعدل والإنصاف المطبقة" ثانياً. واللجنة شبه قضائية في طبيعتها، وليس هناك استئناف لأحكامها. وهناك تخصيص ثابت لتوزيع الأموال التي استلمتها الولايات المتحدة من دولة أجنبية. وعليه، فبالرغم من أن الأموال المستلمة من التسويات هي أموال تخص حكومة الولايات المتحدة، إلا أن الكونغرس يشترط في العادة الدفع للمطالبين من القطاع الخاص، لا سيما الذين تكون مطالباتهم قد جرت تسويتها طبقاً لقرارات لجنة المطالبات الخاصة بالولايات المتحدة التي تتولى تقسيم تسوية ذات مبلغ إجمالي^(٢١٠).

المملكة المتحدة^(٢١١)

أنشئت لجنة التعويضات الأجنبية بمقتضى قانون التعويضات الأجنبية لعام ١٩٥٠ بهدف توزيع التعويضات الناتجة عن الاتفاقات المبرمة مع بولندا وتشيكوسلوفاكيا ويوغوسلافيا. وتعمل اللجنة مثل محكمة عادية تطبق القانون المحلي. ويتم تحديد القانون الواجب تطبيقه بمقتضى أوامر في المجلس، والتي بدورها غالباً ما تعكس شروط الاتفاق المعني. وليس هناك استئناف لأحكامها.

فرنسا^(٢١٢)

في فرنسا يعمل النظام على أساس التخصيص، حيث يجري إنشاء لجنة لتوزيع التعويضات لكل واحد من الاتفاقات المنفذة ابتداءً من عام ١٩٥١. ومنذ فترة قريبة، أي في عام ١٩٩٨، أنشئت لجنة للتعامل مع الدائنين في مشكلة القروض الروسية التي تعود إلى حقبة القياصرة الروس^(٢١٣). وليس هناك حق عام في الاستئناف. وعلى الرغم من عدم تحديد ذلك، إلا أن لدى اللجان توجهات لتطبيق القانون الدولي، ويشمل ذلك كلاً من قانون المعاهدات والقانون العرفي.

(٢١٠) المرجع نفسه، الفقرة ٩٠٢.

(٢١١) J. Berlia "Contribution a l'etudede la nature de la protection diplomatique" 1957 Annuaire Francias de Droit International p. 63 at pp. 67-68

(٢١٢) المرجع نفسه، الصفحات ٦٧-٦٨.

(٢١٣) Carreau, note 195 above, para. 1172

١٠٠ - ولا يمكن إيلاء أهمية فائقة لهذه التطورات حيث أنها تعد انعكاسا للمؤسسات الوطنية القانونية^(٢١٤). وعلى الرغم من ذلك فإن بعض الكتاب يصرون على أنه كان لها أثر على القانون الدولي^(٢١٥).

١٠١ - ويمكن الحصول على أدلة أخرى على اضمحلال السلطة التقديرية لدى الدول في قرارات هيئات التحكيم التي تصف كيفية تقسيم المكافأة^(٢١٦). وعلاوة على ذلك، فقد قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عام ١٩٩٤ في قضية *بيومارتن ضد فرنسا*^(٢١٧) أن الاتفاق الدولي الذي يضع شروطا للتعويض يمكن أن ينشأ عنه حق واجب الإنفاذ بالتعويض لصالح الأشخاص المتضررين.

١٠٢ - وعلى الرغم من أن هناك بعض الدعم في التشريع الوطني والقرارات والمبادئ القضائية لتقليص حق الدولة المطلق في الإمساك عن دفع التعويض المستلم للمواطن المتضرر، إلا أنه من الصعب الاحتجاج بأن ذلك يشكل ممارسة ثابتة أو أن هناك أي شعور بالالتزام من جانب الدول التي حدثت من حريتها في التصرف. فالسياسة العامة والإنصاف واحترام حقوق الإنسان يمكنها جميعا أن تدعم تقليص السلطة التقديرية للدول في صرف التعويضات، ولكن ذلك لا يشكل سيادة للقانون العرفي الدولي.

١٠٣ - ويقترح في هذه الظروف أن تنظر اللجنة بإمعان في اعتماد حكم في هذا الموضوع كممارسة للتطوير التدريجي. ويحوي مشروع المواد الحالي قليلا من التطوير التدريجي. وبالفعل فإن عددا من الدول التي تقدمت بردود انتقدت مشروع المواد من هذا المنطلق. واعتماد حكم في هذا الموضوع يعني إزالة واحد من مصادر الإجحاف الرئيسية للحماية الدبلوماسية. والاقتراح التالي مطروح على اللجنة:

(١) تراعي الدولة، لدى التحديد الكمي لمطالبتها بالحماية الدبلوماسية، العواقب المادية والأخلاقية للضرر الذي يعاني منه المواطن الذي تمارس بخصوصه الحماية الدبلوماسية. [وتحقيقا لهذه الغاية، لها أن تتشاور مع المواطن المتضرر].

تعليق: هذا الشرط يرمز ببساطة، وبدرجة كبيرة، للممارسة القائمة حاليا.

(٢١٤) المرجع نفسه، الفقرة ١١٧٣؛ روبرت كلارك، الحاشية ٢٠٥ أعلاه، بالصفحة ٧٦٣.

(٢١٥) الحاشية ٢١١ أعلاه، الصفحة ٧٠. انظر، على سبيل المثال، بيريا.

(٢١٦) بوليكر شتيرن، الحاشية ١٩٨ أعلاه، الصفحة ١٠٩.

(٢١٧) No. 15287/89 [1994] ECHR 40. See, further, on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, J.-F. Flauss, "Contentieux européen et protection diplomatique" in Condorelli et al. (eds.), *Libertés, Justice et Tolérance* (2004), vol. 1, p. 813, at pp. 829-830

(٢) عندما تستلم دولة تعويضاً، كاملاً أو جزئياً، وفاء لمطالبة ناشئة عن الحماية الدبلوماسية تقوم بتحويل [ينبغي أن تقوم بتحويل] المبلغ إلى المواطن الذي رفعت بخصوصه المطالبة [بعد خصم التكاليف التي تكبدتها جراء رفع المطالبة].

تعليق: ربما تفضل اللجنة استخدام عبارة "ينبغي أن تقوم بتحويل" بدلا من عبارة "تقوم بتحويل" في الفقرة (٢) أعلاه. وسينشئ هذا التزاما جزئيا على الدول. وهذا النهج معروف بالنسبة للقانون الدولي. فالمادة ٣ من اتفاقية جنيف لأعالي البحار لعام ١٩٥٨، على سبيل المثال، تنص على أنه "ينبغي للدول التي ليس لها ساحل بحري أن تتمتع بحرية الوصول إلى البحر"^(٢١٨) من أجل التمتع بحرية الوصول إلى البحار على قدم المساواة مع الدول الساحلية. أما المادة ١٢٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢^(٢١٩) فتتنص على أنه "يكون للدول غير الساحلية حق الوصول إلى البحر ومنه (...).

(٢١٨) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، I-6465، المجلد ٤٥٠، الصفحة ٨٢ من النص الانكليزي.

(٢١٩) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلس ١٨٨٣، الصفحة ٣ من النص الانكليزي.

ثبت المراجع التي صدرت بعد عام ٢٠٠٠ عن الحماية الدبلوماسية

الكتب

- Amerasinghe, C. F. *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Flauss, J.-F. (ed.). *La Protection Diplomatique: Mutations Contemporaines et Pratique Nationales*. Brussels, Bruylant, 2003.
- Paulsson, J. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Storost, C. *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?* Berlin: Dunker & Humblot, 2005.
- Tiburcio, C. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. The Hague: Marthinus Nijhoff, 2001.

المقالات

- Caflich, L. "La pratique suisse de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 73-86.
- Condorelli, L. "L'evolution du champ d'application de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 3-28.
- Condorelli, L. "La protection diplomatique et l'evolution de son domaine d'application". *Revista di Diritto Internazionale* 86 (2003), pp. 5-26.
- Deen-Racsmany, Z. "Diplomatic protection and the *La Grand* case". *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), pp. 87-104.
- Dominicé, C. "La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 729-745.
- Dominicé, C. "Regard actuel sur la protection diplomatique" in *Liber Amicorum Claude Reymond* (2004), pp. 73-81.

- Dominicé, C. “L’arret *Avena* et le sort judiciaire des droits individuels” in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress* (2005), pp. 55-62.
- Duchesne, M. S. “The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to Investor-State Investment Disputes”. *George Washington International Law Review* 36 (2004), pp. 783-815.
- Dugard, J. “Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission”. *Australian Yearbook of International Law* 24 (2005), pp. 75-91.
- Erasmus, G. and Davidson, L. “Do South Africans have a right to diplomatic protection?”. *South African Yearbook of International Law* 25 (2000), pp. 113-130.
- Feria Tinta, M. “Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *La Grand* case”. *European Journal of International Law* 12 (2002), p. 363.
- Ferrari Bravo, L. “La pratique italienne de la protection diplomatique” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 87-92.
- Flauss, J.-F. “Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique?” in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 29-62.
- Flauss, J.-F. “Protection diplomatique et protection internationale des droits de l’homme”. *Revue Suisse de Droit International et Européen* (2003), pp. 1-37.
- Flauss, J.-F. “Contentieux européen des droits de l’homme et protection diplomatique” in L. Condorelli (ed.), *Libertés, Justice et Tolérance: Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Dohen-Jonathan* (2004), pp. 813-838.
- Flauss, J.-F. “Les contentieux des décisions de refus d’exercice de la protection diplomatique”. *Revue Générale de Droit International Public* 109 (2005), pp. 407-419.
- Forcese, C. “Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law”, *George Washington International Law Review* 37 (2005), pp. 469-500.

- Gaja, G. "Is a State specially affected when its nationals human rights are infringed?" in L.C. Vorah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese* (2003), pp. 373-382.
- Gaja, G. "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 63-69.
- Hopkins, K. "Diplomatic protection and the South African Constitution". *SA Public Law* 16 (2001), pp. 387-395.
- Iovane, M. "The 55th session of the International Law Commission". *Italian Yearbook of International Law* 13 (2003), pp. 173-177.
- Kooijmans, P. H. "Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?" in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2003), pp. 1975-1984.
- Künzli, A.M.H. "Case concerning Mexican nationals". *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), pp. 49-64.
- Malenovsky, J. "La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier" in J.-F. Flauss, *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 93-107.
- Milano, E. "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition", *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), pp. 85-142.
- Pastor Ridruejo, J. "La Pratique espagnole de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 109-113.
- Paulsson, J. "Continuous nationality in *Loewen*". *Arbitration International* 20 (2004), pp. 213-215.
- Pellet, A. "Human Rightism and International Law". *Italian Yearbook of International Law* 10 (2001), p. 3.
- Pinto, M. "De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme". *Revue Générale de Droit International Public* 106 (2002), pp. 513-547.

- Puissochet, J.-P. "La pratique française de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 115-120.
- Ress, G. "La pratique allemande de la protection diplomatique" in J.-F. Flauss (ed.), *La Protection Diplomatique* (2003), pp. 121-151.
- Santulli, C. "Travaux de la Commission du droit international". *Annuaire Français de Droit International* (2000), pp. 424-426; (2001), pp. 369-378; (2002), pp. 561-564; (2003), pp. 442-446.
- Santulli, C. "Entre protection diplomatique et action directe: la représentation" in *Colloque du Mans: Le Sujet en Droit International* (2005), pp. 85-98.
- Schermers, H. "Exhaustion of domestic remedies" in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (2002), pp. 947-975.
- Spierrmann, O. "The *La Grand* case and the individual as a subject of international law". *Zeitschrift für öffentliches Recht* 58 (2003), pp. 197-221.
- Storost, C. "Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?". *Archiv des Völkerrechts* 42 (2005), pp. 422-424.
- Warbick, C. and McGoldrick, D. "Current developments in public international law". *International and Comparative Law Quarterly* 51 (2002), pp. 723-733.
- Wittich, S. "Direct injury and the incidence of the local remedies rule". *Austrian Review of International and European Law* 5 (2000), pp. 121-187.
- Zieck, M. "Codification of the law of diplomatic protection: the first eight draft .articles". *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pp. 209-232
-