

Distr.: General
16 April 2002
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الرابعة والخمسون

جنيف، ٢٩ نيسان/أبريل - ٧ حزيران/يونيه
و ٢٢ تموز/يوليه - ١٦ آب/أغسطس ٢٠٠٢

تقرير ثالث عن الحماية الدبلوماسية
مقدم من السيد جون دوغارت، المقرر الخاص

المحتويات

الفقرات الصفحة

دال - شرط كالفو

المادة ١٦

٢	١	 مقدمة	١ -
٣	٤-٢	 لحة تاريخية	٢ -
٥	٦-٥	 النطاق	٣ -
٦	١٣-٧	 التدوين في الأمريكتين	٤ -
٧	١٧-١٤	 التدوين: من المنظور الدولي	٥ -
١١	١٨	 ممارسات الدول	٦ -
١٢	٣٠-١٩	 القرارات القضائية	٧ -
١٨	٣١	 آراء الفقهاء	٨ -
٢١	٣٨-٣٢	 التطورات الأخيرة	٩ -
٢٥	٤٠-٣٩	 الخلاصة	١٠ -

دال - شرط كالفو

المادة ١٦

١ - أي نص تعاقدي يبرمه أجنبي مع الدولة التي يقيم أعماله فيها ومؤداه:

- (أ) أن الأجنبي يرضى بسبل الانتصاف المحلية؛ أو
- (ب) أن تتم تسوية أي نزاع ناشئ عن العقد بوسائل أخرى غير المطالبة الدولية؛ أو
- (ج) أن يعامل الأجنبي لأغراض العقد بمثابة مواطن في الدولة المتعاقدة،

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

٢ - ينبغي تفسير النص التعاقدي المشار إليه في الفقرة ١ بمثابة قرينة مرجحة للحاجة إلى استفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية الدولية.

١ - مقدمة

١ - "شرط كالفو" هو تعهد تعاقدي يقطع الأجنبي على نفسه ويوافق فيه على التنازل عن أي حق قد يتمتع فيه بطلب الحماية الدبلوماسية من الدولة التي يحمل جنسيتها في المسائل الناشئة عن العقد وأن يقيد نفسه على وجه الحصر بسبل الانتصاف القضائية المحلية لتسوية أي حيف أصابه من جراء العقد^(١). وقد سُمي بشرط كالفو نسبة إلى أحد الفقهاء

(١) أ. ف. فريمان، "الجوانب الحديثة لمذهب كالفو والتحديات التي يمثلها للقانون الدولي" (١٩٤٦) العدد ٤٠ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي (A.J.I.L) الصفحة ١٣٠ منها. انظر أيضاً ف. ف. غارسيا - أمادور "مذهب كالفو، وشرط كالفو" في المجلد الأول من موسوعة القانون الدولي العام EPIL (١٩٩٢)، الصفحة ٥٢١ والصفحة ٥٢٢؛ ج. شفارزنبيرغر، القانون الدولي، المجلد الأول (الحاكم الدولية) الطبعة الثالثة (١٩٥٧)، الصفحة ١٥٠، د. ر. شيا (Shea)، شرط كالفو: مشكلة القانون الدولي والدبلوماسية الدولية (١٩٥٥)، الصفحة ٦.

البارزين من الأرجنتين المدعو كارلوس كالفو (١٨٢٤-١٩٠٦) واحتل هذا الشرط مكانة بارزة في المؤلفات القانونية التي تعالج قاعدة سبل الانتصاف المحلية وظل يوصف حتى أواخر عام ١٩٥٥ أنه "من أشد المسائل الخلافية في مجال الدبلوماسية الدولية والفقه القانوني الدولي المعاصرين"^(٢). وعلى الرغم من اختفائه حالياً عن الساحة بصفة عامة فلا يمكن اعتبار أي تدوين لقاعدة سبل الانتصاف المحلية مكتملاً دون الاعتراف بهذا الشرط. إضافة إلى أن تجاهله سيكون بمثابة إغفال لأحد المكونات الأساسية لقاعدة سبل الانتصاف المحلية التي تعتبر عُرفاً إقليمياً في أمريكا اللاتينية^(٣) والتي تشكل جزءاً من الهوية الوطنية لدول كثيرة^(٤).

٢ - لحة تاريخية

٢ - اتسم تاريخ أمريكا اللاتينية في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين بسمة مشتركة هي الثورات والحروب الأهلية والاضطرابات الداخلية. وغالباً ما تعرض مواطنو الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية الذين وقعوا في حمأة تلك الاضطرابات الأهلية للضرر إما في أشخاصهم أو في ممتلكاتهم. وعندما تنصلت الدول المضيفة من المسؤولية عن تلك الأضرار التمس الأجانب في كثير من الأحيان الحماية من الدول التي يحملون جنسيتها وطلبوا إليها أن ترفع دعاوى دولية بالنيابة عنهم للمطالبة بتعويض. وقد أساء الأجانب لا محالة لاستعمال مركزهم المتميز هذا. وتطرق الكاتب شيا (Shea) إلى ذلك في مقاله المعنون "شرط كالفو: مشكلة القانون الدولي والدبلوماسية الدولية في البلدان الأمريكية" المنشور في عام ١٩٥٥ حيث قال:

"غالباً ما يشعر المواطنون بأن من حقهم التمتع بالأمن الكامل في أشخاصهم وممتلكاتهم، ومن ثم التمسوا من حكوماتهم الحصول على انتصاف محلي استناداً إلى أدلة واهية ودون أي جهد حقيقي من جانبهم. وتقدمت الحكومات الملتزمة من جانبها، استناداً إلى أدلة قاصرة وانفرادية وغالباً تحت ضغوط سياسية محلية، بمطالبات لم تكن قائمة بتمامها على العدل في كثير من الأحيان. ولجأت تلك الحكومات من حين إلى آخر إلى استخدام القوة المسلحة لإجبار الأمم الضعيفة على الانصياع لمطالباتها المشكوك فيها وحدث في بعض الأحيان أن كانت التدابير التي

(٢) انظر الحاشية ١ أعلاه، مقال شيا، الصفحة ٦ منه.

(٣) المرجع نفسه، الصفحات ٢٦٠ إلى ٢٧٩.

(٤) ف. أوشمان، مذهب كالفو وشرط كالفو F. Oschman, Calvo-Doktrin Und Calvo Klanseln (١٩٩٣)، الصفحة ٣٨١ منه.

اتخذتها التماسا للحصول على تعويض عن الأضرار المزعومة أشد حدة من الأضرار الأولية المتكبدة ولا تتناسب معها أبداً^(٥).

وتكونت قناعة لدى دول أمريكا اللاتينية بأن لجان المطالبات المختلطة التي أنشئت لتسوية تلك المنازعات كانت متحيزة لصالح الدول الحامية.

٣ - ونتيجة لذلك، حاولت دول أمريكا اللاتينية تقويض عرف الحماية الدبلوماسية من خلال طرح نظريات تتحدها من جذوره. أولاً، أعلن مذهب دراغو المدون في اتفاقية بورتو لعام ١٩٠٧ عدم قانونية التدخل القسري لتحصيل الديون العامة؛ وهو مذهب مستوحى أساساً من التدخلات الألمانية والبريطانية والإيطالية في فترتي ١٩٠٢ إلى ١٩٠٣. ثانياً، سعى مذهب كالفو إلى تحريم جميع أشكال الحماية الدبلوماسية عن طريق الاحتجاج بمبدأين هما: مبدأ تساوي الدول في السيادة الذي يحظر التدخل الأجنبي ومبدأ تساوي المواطنين والأجانب الذي يحرم الأجانب من المطالبة بمعاملة متميزة^(٦). وفيما يخص هذا المبدأ الأخير أعلن كالفو:

”من المؤكد أن الأجانب الذين وطنوا أنفسهم في بلد ما يتمتعون بنفس الحق في الحماية الذي يتمتع به المواطنون ولكن يتوجب عليهم عدم المطالبة بتوسيع نطاق الحماية الممنوحة لهم...”

”فمسؤولية الحكومات تجاه الأجانب لا يمكن أن تكون أوسع نطاقاً من مسؤولية تلك الحكومات تجاه مواطنيها“^(٧).

٤ - وباعت بالفشل عموماً جميع المحاولات الرامية إلى تنفيذ مذهب كالفو عن طريق إدراج أحكام في المعاهدات أو الدساتير أو التشريعات المختلفة^(٨). لكن شرط كالفو هو الذي ضمن قدراً من النجاح لمذهب كالفو وذلك عن طريق إدراج شرط في أي عقد يبرم بين أجنبي والدولة المضيفة يوافق فيه الأجنبي على التنازل عن حقه في طلب الحماية

(٥) المرجع نفسه، الصفحة ١٢.

(٦) انظر أ. س. هرسلي ”مذهب كالفو ومذهب دراغو“ (١٩٠٧) العدد الأول من المجلة الأمريكية للقانون الدولي (AJIL) ٢٦. A.S. Hersey, “The Calvo and Drago Doctrines”.

(٧) القانون الدولي بين النظرية والتطبيق Le Droit International: Théorique et Pratique (الطبعة الخامسة، باريس، ١٨٩٦) المجلد السادس، الصفحة ٢٣١. انظر أيضاً المجلد الثالث، الصفحة ١٨٣، ترجمة أعدها شيا (Shea)، انظر الحاشية ١ أعلاه، الصفحتان ١٨ و ١٩.

(٨) شيا (Shea)، انظر الحاشية ١ أعلاه، الصفحات من ٢١ إلى ٢٧.

الدبلوماسية لتسوية أي نزاع ناشئ عن العقد. ولا يتذكر أحد مذهب كالفو في أيامنا هذه إلا بهذا الشكل فقط.

٣ - النطاق

٥ - قد يتخذ شرط كالفو عدة أشكال يستدل عليها من خلال الصياغات المختلفة التي عرضها الكتاب^(٩). وأفضل شرح واف له هو ما جاء على لسان غارسيا أمادور بقوله:

”يتكون الشرط في بعض الأحيان من مجرد إيراد نص مفاده أن الشخص الأجنبي المعني يقبل بالإجراء الذي تتخذه المحاكم المحلية. وفي حالات أخرى، يتجسد الشرط بتنازل عن الحماية الدبلوماسية مكتوب بعبارة أوضح وأوسع نطاقاً كأن ينص على ألا تفضي المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد إلى مطالبة دولية بأي حال من الأحوال أو تنص بشكل آخر على أن الأفراد الأجانب أو الشركات الأجنبية يعتبرون لأغراض العقد أو الامتياز بمثابة مواطنين في الدولة المتعاقدة“^(١٠).

٦ - ويعني شرط كالفو بالعلاقة التعاقدية بين الأجنبي والدولة المضيفة ولا يسري إلا فيما له علاقة بالمناعات الناشئة عن تفسير العقد أو تطبيقه أو أدائه^(١١). ولا يمتد نطاق التنازل ليشمل الحرمان من العدالة الذي يمكن أن يحدث في المرافعات المتصلة بالعقد أمام أي محكمة محلية^(١٢).

(٩) انظر مقال د.ب. اوكونيل D. P. O'Connell، القانون الدولي، الطبعة الثانية (١٩٧٠)، المجلد الثاني، الصفحتان ١٠٥٩ و ١٠٦٠؛ ج. ايغلتن، مسؤولية الدول في القانون الدولي (١٩٢٨)، الصفحة ١٦٨؛ و. ك. غيك W. K. Geck، ”الحماية الدبلوماسية“ مقال منشور في موسوعة القانون الدولي العام EPIL، ١٠٤٥ (١٩٩٢)، الصفحة ١٠٥٨؛ ف. س. دان F. S. Dunn، حماية المواطنين: دراسة في تطبيق القانون الدولي (١٩٣٢)، الصفحة ١٦٩؛ ك. لبستين K. Lipstein، ”مكانة شرط كالفو في القانون الدولي“ العدد ٢٢ من حولية القانون الدولي البريطانية BYIL، ١٣٠ (١٩٤٥)، الصفحات ١٣١ إلى ١٣٤.

(١٠) ف. ف. غارسيا - أمادور، ”مسؤولية الدول: بعض المشاكل الجديدة“ (١٩٥٨ - ثانياً)، Recueil des Cours، الصفحات ٣٦٩ و ٤٥٥ و ٤٥٦ (يطلق عليها فيما بعد ”مسؤولية الدول“)؛ ف. ف. غارسيا - أمادور. المسؤولية الدولية، التقرير الثالث، حولية عام ١٩٥٨، المجلد الثاني، الصفحة ٤٧ والصفحة ٥٨ الوثيقة A/CN.4/11 (يطلق عليه التقرير الثالث).

(١١) المرجع نفسه، ”مسؤولية الدول“، الصفحة ٤٥٦.

(١٢) عولج هذا الموضوع بتفصيل أكبر في الفقرة ٣١ (د) أدناه. ويبدو أن آراء غارسيا أمادور المستشهد بها في الحاشية ٦١ تتعارض مع هذا الاقتراح.

٤ - التدوين في الأمريكتين

٧ - تكللت بالنجاح، بصفة عامة، المحاولات الرامية إلى تدوين شرط كالفو في دول أمريكا اللاتينية.

٨ - ففي عام ١٩٠٢، اعتمد المؤتمر الدولي الثاني للدول الأمريكية الذي عقد في مكسيكو سيتي الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأجانب التي نصت، بعد إقرار المساواة بين المواطنين والأجانب (دون تمتع الأجانب بامتيازات خاصة) على ما يلي:

”أيما كانت للأجنبي مطالبات أو شكاوى من أمر مدني أو جنائي أو إداري ضد دولة ما أو ضد مواطنيها عليه أن يقدم مطالباته إلى إحدى المحاكم المختصة في البلد وينبغي ألا تقدم تلك المطالبات عن طريق القنوات الدبلوماسية إلا في الحالات التي يحدث فيها حرمان واضح من العدالة من جانب المحكمة أو تأخر عادي من طرفها أو انتهاك مبادئ القانون الدولي“^(١٣).

وقد حضرت الولايات المتحدة المؤتمر المذكور لكنها امتنعت عن التصويت على الاتفاقية.

٩ - وفي عام ١٩٣٣، انعقد المؤتمر الدولي السابع للدول الأمريكية في مونتيفيديو. واعتمد المؤتمر في مستهله قراراً أيدته الولايات المتحدة جاء فيه:

”يؤكد [المؤتمر] من جديد بالمثل عدم إمكان الشروع بالحماية الدبلوماسية لصالح الأجانب ما لم يستنفدوا جميع التدابير القانونية المقررة بموجب القوانين السارية في البلد قبل بدء الفعل. وتستثنى من ذلك الحالات التي يوجد فيها حرمان واضح من العدالة أو تأخر لا مبرر له في إقامة العدل والتي ينبغي تفسيرها دوماً بصورة تقييدية، أي لصالح سيادة الدولة التي نشأ فيها الخلاف. وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق بشأن الخلاف المذكور عن طريق القنوات الدبلوماسية ضمن مهلة معقولة، تحال المسألة بعدئذ إلى التحكيم“^(١٤).

١٠ - وبعد ذلك اعتمد المؤتمر اتفاقية حقوق الدول وواجباتها التي تنص المادة ٩ منها على ما يلي:

(١٣) يرد نص هذه الاتفاقية في المرفق الخامس الملحق بالتقرير الأول الذي قدمه ف. ف. غارسيا أمادور إلى اللجنة في ٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٥٦، حولية عام ١٩٥٦، المجلد الثاني، الصفحة ١٧٣ و الصفحة ٢٣٦، الوثيقة A/CN.4/96. للاطلاع على مزيد من المعلومات حول هذه الاتفاقية والمحاولات التي جرت فيما بعد لتأكيدتها، انظر مقال شيا Shea المشار إليه في الحاشية ١ أعلاه، الصفحات ٧٧ إلى ٧٩.

(١٤) غارسيا أمادور، انظر الحاشية ١٣ أعلاه.

”يتمتع المواطنون والأجانب بنفس الحماية التي يوفرها القانون والسلطات الوطنية لهم ولا يجوز للأجانب المطالبة بأي حقوق أخرى بخلاف ما يتمتع به المواطنون من حقوق أو بحقوق أوسع منها نطاقاً“^(١٥).

١١ - وعلى الرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية أصبحت طرفاً في الاتفاقية فإنها احتفظت لنفسها بحقوق بموجب القانون الدولي، مما يثير الشكوك حول قبولها لهذا الحكم باعتباره لا يتفق مع فهم الولايات المتحدة لحقوق الأجانب بموجب القانون الدولي^(١٦).

١٢ - واعتمد المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية الذي عقد في بوغوتا في عام ١٩٤٨ الحكم التالي بوصفه المادة السابعة من ميثاق بوغوتا:

”تتعهد الدول المتعاقدة السامية بأن لا تقدم شكاوى دبلوماسية لحماية مواطنيها وبألا تحيل أي خلاف إلى محكمة ذات ولاية قضائية دولية لهذا الغرض إذا كان قد أتيح للمواطنين المذكورين الوسائل الكفيلة بعرض قضيتهم أمام المحاكم المحلية المختصة في الدولة المعنية“^(١٧).

١٣ - وقد صادقت الولايات المتحدة الأمريكية على تلك المعاهدة لكنها أضافت التحفظ التالي:

”ليس في وسع حكومة الولايات المتحدة الأمريكية قبول المادة السابعة المتعلقة بالحماية الدبلوماسية وباستنفاد سبل الانتصاف. وتتمسك حكومة الولايات المتحدة من جانبها بقواعد الحماية الدبلوماسية، بما في ذلك قاعدة استنفاد الأجانب لسبل الانتصاف المحلية وفق ما هو منصوص عليه في القانون الدولي“^(١٨).

٥ - التدوين: من المنظور الدولي

١٤ - لم تتكامل بنفس الدرجة من النجاح المحاولات الرامية إلى تدوين شرط كالفو على الصعيد الدولي.

(١٥) مجموعة معاهدات عصبة الأمم L.N.T.S العدد ١٦٥، الصفحة ١٩.

(١٦) انظر مقال (شيا) Shea، الحاشية ١ أعلاه، الصفحات ٨١ إلى ٨٣.

(١٧) المعاهدة الأمريكية للتسوية السلمية (واشنطن العاصمة ١٩٤٨). مقال (شيا) Shea، المرجع نفسه، الصفحة ١٠٢.

(١٨) المرجع نفسه، الصفحة ١٠٣.

١٥ - فقد كان معروضا على مؤتمر تدوين القانون الدولي المعقود في لاهاي في عام ١٩٣٠ تقرير غويريرو^(١٩) لعام ١٩٢٦ ومشروع اتفاقية^(٢٠) عام ١٩٢٩ الذي أعدته كلية القانون في جامعة هارفرد وورقة أسس المناقشة لعام ١٩٢٩ التي أعدتها اللجنة التحضيرية للمؤتمر^(٢١)، وقد تضمنت جميعها مقترحات لها علاقة بشرط كالفو. لكن المؤتمر لم ينظر

(١٩) مسؤولية الدولة عن الاضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم؛ انظر غارسيا أمادور، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحتان ٢٢١ و ٢٢٢ (١٩٢٦) العدد ٢٠ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي A.J.I.L. الصفحة ١٧٦ و الصفحات من ١٨٢ إلى ١٨٥ (ملحق خاص).

(٢٠) مشروع الاتفاقية المتعلقة بمسؤولية الدول عن الاضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم. المادة ١٧ من مشروع الاتفاقية تنص على ما يلي: لا تُعفى الدولة من المسؤولية استنادا إلى نص في قانونها الداخلي أو إلى نص في اتفاق أبرمته مع أجنبي يستهدف استبعاد المسؤولية عن طريق جعل الأحكام الصادرة عن محاكمها الخاصة أحكاما قطعية؛ كما لا تعفى من المسؤولية بنتيجة أي تنازل من جانب الأجنبي عن حماية الدولة التي يحمل جنسيتها“ انظر غارسيا أمادور، الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحتان ٢٢٩ و ٢٣٠ (١٩٢٩)، العدد ٢٣ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي A.J.I.L.، الصفحة ١٣١ والصفحتان ٢٠٢ و ٢٠٣ (ملحق خاص).

(٢١) غارسيا أمادور، انظر الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحات من ٢٢٣ إلى ٢٢٥. وأسس المناقشة ذات الصلة هي الأسس ذوات الأرقام ٢٦ و ٢٧ و ٥ و ٦، ونصها كما يلي:

”٢٦ - أي تعهد من أحد أطراف العقد بعدم اللجوء إلى سبيل الانتصاف الدبلوماسي لا يلزم الدولة التي يحمل جنسيتها ولا يُعفى الدولة التي أبرم العقد معها من مسؤوليتها الدولية. وإذا وافق الأجنبي في العقد صراحة وبصورة قانونية على نص مفاده أن المحاكم المحلية لوحدها تتمتع بالولاية القضائية للنظر في أي دعوى ناشئة عن عقد، فإن هذا النص ملزم لأي محكمة دولية ترفع أمامها دعوى من هذا القبيل، ولا تكون الدولة مسؤولة إلا عن الضرر الذي يتكبده الأجنبي في الحالات المشمولة بأساسي المناقشة ٥ و ٦ .

”٢٧ - إذا كان هناك سبيل انتصاف قانوني متاح للأجنبي في محاكم الدولة (وهو تعبير يشمل المحاكم الإدارية) يجوز للدولة أن تشترط إبقاء أي مسألة لها علاقة بالمسؤولية الدولية معلقة لغاية إصدار محاكمها قرارا قطعيا بشأنها. وهذه القاعدة لا تستبعد تطبيق الأحكام المبينة في قاعدتي المناقشة ذاتي الأرقام ٥ و ٦ .

”٥ - تكون الدولة مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بأجنبي نتيجة : (١) حرمانه من إمكانية الوصول إلى المحاكم للدفاع عن حقوقه؛ (٢) تعارض حكم قضائي قطعي وغير قابل للطعن مع الالتزامات الناشئة عن معاهدات وغير ذلك من الالتزامات الدولية الواقعة على الدولة؛ (٣) حدوث تأخير مفرط من جانب المحاكم؛ (٤) وضوح النية السيئة في جوهر الحكم القضائي تجاه الأجانب عامة أو تجاه رعايا دولة معينة خاصة.

”٦ - تكون الدولة مسؤولة عن الأضرار التي يتكبدها أجنبي نتيجة اتباع المحاكم لإجراء أو إصدارها لحكم مشوب بالأخطاء الجسيمة إلى حد لا تتوفر فيه أي ضمانات لا غنى عنها لإقامة العدل على نحو سليم“.

بشرط كالفو ويعزى ذلك أساساً إلى عدم الاتفاق على مسألة الحرمان من العدالة. واختتم المؤتمر دون التوصل إلى اتفاق بشأن الاتفاقية^(٢٢).

١٦ - وفي عام ١٩٦١، أعدت كلية القانون في جامعة هارفرد مشروع اتفاقية آخر بشأن المسؤولية الدولية للدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم، وتنص المادة ٢٢ منها على ما يلي:

”٤ (٤) لا يجوز للمدعي أن يقدم أي مطالبة إذا قام هو بنفسه دون إكراه بعد تكبد الضرر، أو عن طريق الشخص الذي استمد منه الطلب، بالتنازل عنه أو التسامح به أو تسويته.

”٥ (٥) لا يجوز للمدعي بموجب هذه الاتفاقية أن يقدم أي مطالبة عن أي ضرر من الأضرار المبينة في الفقرات الفرعية ٢ (هـ) و ٢ (و) و ٢ (ز) و ٢ (ح) من المادة ١٤ [تدمير الممتلكات أو إلحاق ضرر بها أو فقدانها؛ والحرمان من استخدام الممتلكات أو التمتع بها؛ والحرمان من وسائل كسب الرزق؛ وفقدان الحقوق المقررة بموجب عقد أو امتياز أو الحرمان من التمتع بها]:

(أ) إذا كان الأجنبي الذي منح له الحق في حيازة حقوق ملكية أو الحق في ممارسة مهنة أو حرفة في إقليم الدولة المسؤولة عن الضرر أو كانت تلك الحقوق قد مُنحت له كشرط لحصوله على الحقوق المقررة بموجب عقد مبرم مع تلك الدولة أو امتياز منحت له، قد وافق على التنازل عن أي مطالبات قد تنشأ نتيجة انتهاك الدولة المدعى عليها لأي حق من الحقوق المكتسبة على هذا النحو؛

(ب) إذا لم تغير الدولة المدعى عليها من جانب واحد الاتفاق عن طريق إصدار مرسوم تشريعي أو تعديله بأي طريقة أخرى وامتثلت من نواح أخرى بالأحكام والشروط المحددة في الاتفاق؛

(ج) إذا كان الضرر قد نشأ عن انتهاك ارتكبه الدولة للحقوق التي اكتسبها الأجنبي على هذا النحو.

”٦ (٦) لا يجوز للمدعي أن يتقدم بأي مطالبة تتعلق بأي ضرر من الأضرار المبينة في الفقرة ٢ من المادة ١٤ إذا كان الأجنبي قد وافق على التنازل عن أي مطالبة تتعلق بتلك الأضرار كشرط للسماح له بممارسة أنشطة تنطوي على درجة عالية جداً من

(٢٢) أ. م. بورشارد E. M. Borchard، ”المسؤولية الدولية، مؤتمر التدوين في لاهاي“ (١٩٣٠) العدد ٢٤ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي A.J.I.L والصفحة ٥١٦ والصفحة ٥٣٩.

المخاطر، وهو شرط لولاه لما سمحت له الدولة بهذا الامتياز، وإذا كانت المطالبة قد نشأت عن فعل أو امتناع عن فعل منسوب للدولة التي لها علاقة معقولة بتلك الأنشطة. ومع ذلك، لا يعتبر هذا التنازل نافذاً إلا بالنسبة للأضرار الناجمة عن تقصير أو إهمال أو عن عدم ممارسة الحرص الواجب لمنح الحماية للأجنبي المعني، وليس بالنسبة للأضرار الناجمة عن فعل أو امتناع عن فعل متعمد منسوب للدولة^(٢٣).

وإضافة إلى ذلك، تنص الفقرة ١ من المادة ٢٤ على ما يلي:

”لا يحق للدولة أن تتقدم بمطالبة إذا كان المدعي أو الشخص الذي استمد منه المطالبة قد تنازل عنها أو تسامح بها أو سواها. بموجب الفقرات ٤ أو ٥ أو ٦ من المادة ٢٢.“

١٧ - وفي الفترة بين عامي ١٩٥٦ و ١٩٦١ قدم المقرر الخاص المعني بمسؤولية الدولة، السيد غارسيا أمادور عدداً من التقارير إلى لجنة القانون الدولي تطرق فيها إلى شرط كالفو. وقد اقترح في تقريره الأول المقدم في عام ١٩٥٦ أساس المناقشة التالي:

”التنازل عن الحماية الدبلوماسية إما من جانب الدولة أو من جانب الأفراد العاديين الأجانب: التنازل عن الحماية الدبلوماسية من جانب شخص عادي يشكل ظرفاً محلاً من المسؤولية ما دام شرط كالفو لا يشير إلى حقوق لا يمكن بطبيعتها التنازل عنها أو يشير إلى مسائل لا يعتبر الشخص العادي المعني صاحب المصلحة الوحيد فيها^(٢٤).“

وفي عام ١٩٦١، اقترح في تقريره السادس والنهائي ما يلي:

”(٢) ... في حال عدم الوفاء بالتزامات المنصوص عليها في عقد أو امتياز ما، لا يجوز قبول المطالبة الدولية إذا كان الأجنبي المعني قد تنازل عن الحماية الدبلوماسية للدولة التي يحمل جنسيتها وكانت الظروف متفقة مع شروط التنازل ...“

(٢٣) مستنسخ في عدد المجلة الأمريكية للقانون الدولي (١٩٦١) رقم ٥٥، الصفحة ٥٤٨، والصفحتان ٥٧٨ و ٥٧٩. التوكيد مضاف. يقصد بكلمة ”المدعي“ بالصيغة التي وردت فيها في المادة ٢٢ (١) الأجنبي المضرور.

(٢٤) أساس المناقشة رقم ٥ (٢) (ب)، انظر الحاشية ١٣ أعلاه، الصفحة ٢٢٠. التوكيد موجود في الأصل.

(٤) التنازل عن الحماية الدبلوماسية.... لا يحرم دولة الجنسية من حق تقديم مطالبة دولية في ظل الظروف المحيطة بها ولأغراض [منع تكرار الفعل الضار]^(٢٥)“

٦ - ممارسات الدول

١٨ - تُبين الدراسة الشاملة التي أجراها شيا (SHEA) لشرط كالفو والتي نشرت في عام ١٩٥٥ أن معظم دول أمريكا اللاتينية كانت في ذلك الوقت قد أقرت شرط كالفو في ممارستها أو قوانينها أو دساتيرها^(٢٦) وأن الشرط بات بمثابة عرف إقليمي في أمريكا اللاتينية^(٢٧). لكن ممارسات الدول خارج أمريكا اللاتينية تتفاوتت تفاوتاً كبيراً جداً. فالولايات المتحدة لم توافق منذ أمد بعيد على القول بأن الشرط يبطل أو بإمكانه أن يبطل حق دولة الجنسية بتوفير الحماية الدبلوماسية وأن تنازل الفرد لا يشمل حالات الحرمان من العدالة^(٢٨). وانقسمت آراء الحكومات الأخرى بشأن هذه المسألة. وبناء على الردود التي بعثت بها الحكومات على استبيان حول هذا الموضوع جرى تعميمه عليها قبل انعقاد مؤتمر لاهاي للتدوين في عام ١٩٣٠، اعتبرت حكومات جنوب أفريقيا وأستراليا والنمسا أن أي شرط من هذا القبيل لا يُعتدُّ به. وفي حين اعترفت فنلندا وهولندا وألمانيا بصحة هذا الشرط، فإن بلجيكا والدانمرك والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وهنغاريا والهند واليابان والنرويج ونيوزيلندا وبولندا وسويسرا وتشيكوسلوفاكيا اعترفت بصحته فقط عندما يتعلق الأمر بحقوق الأفراد ولكن ليس عندما يتعلق الأمر بالتنازل عن حق الدولة بالتدخل الدبلوماسي في حالات انتهاك القانون الدولي. واتخذت كندا بدورها موقفاً مفاده أن الشرط يظل صحيحاً ما دام أن الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها قد سمحت له بإبرام هذا العقد^(٢٩). وكان رد المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى^(٣٠) بوجه خاص وافياً بسبب دعمه الكامل للقرار الصادر

(٢٥) مسؤولية الدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم: المشروع المنقح الوارد في الوثيقة Add.1 و A/CN.4/134، المادة ١٩. حولية عام ١٩٦١، المجلد الثاني، الصفحة ٤٨. للاطلاع على مزيد من المعلومات عن تاريخ هذا الموضوع أمام اللجنة انظر د. ي. غراهام ”شرط كالفو: وضعه الراهن كتنازل تعاقدية عن الحماية الدبلوماسية“ العدد ٦، مجلة منتدى تكساس للقانون الدولي الصفحة ٢٨٩ والصفحات ٢٩٧ إلى ٣٠٠.

(٢٦) لعله من دواعي السخرية أن تكون الدولة التي ينتمي إليها كالفو، الأرجنتين، هي من الدول القليلة التي لم تحاول تطبيق هذه الممارسة.

(٢٧) انظر الحاشية ١ أعلاه، الصفحات ٢٦٩ إلى ٢٧٩.

(٢٨) المرجع نفسه، الصفحات ٣٧ إلى ٤٥.

(٢٩) المرجع نفسه الصفحات ٤٦ إلى ٥٤. أسس المناقشة ثالثاً (C.75.M.69.1929.V): مسؤولية الدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم، السؤال العاشر، أولاً (د)، الصفحات ١٣٣ إلى ١٣٥.

(٣٠) انظر شيا، الحاشية (١) أعلاه، الصفحة ٥٠ أسس المناقشة، انظر الحاشية (٢٩) أعلاه، الصفحة ١٣٤.

في قضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق (Dredging)^(٣١) (المفصلة أدناه) الذي أقرت فيه اللجنة بالصلاحيية المحدودة التي يتمتع بها شرط كالفو.

٧ - القرارات القضائية

١٩ - تنقسم اجتهادات المحاكم بشأن شرط كالفو بصفة عامة إلى حقتين زمنيتين هما: الاجتهادات قبل صدور الحكم المتعلق بقضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق (Dredging)^(٣٢) الصادر في عام ١٩٢٦ والاجتهادات التي صدرت بعده.

٢٠ - فقد اتسمت القرارات التي أصدرتها لجان المطالبات المختلطة قبل عام ١٩٢٦ بعدم الوضوح والحسم في سلوكها إزاء صحة الشرط. ويتضح هذا بجلاء من خلال التفسيرات المختلفة التي أعطاها لهذه القرارات كل من بورشارد وشيا. ففي حين يدعي بورشارد أن ثمانية فقط من القضايا التسع عشرة التي صدرت أحكام بشأنها تعترف بصحة الشرط^(٣٣)، يتمسك شيا بموقفه القائل إن صحة شرط كالفو في العقود ليست قطعية في أي من تلك القضايا^(٣٤). ولعل النقطة الهامة في الدراسة التي أجراها بورشارد هي الاستنتاج الذي توصل إليه ومفاده أنه في القضايا التي لم يُعترف فيها بصحة هذا الشرط استند القرار إلى واحد من الأسس الثلاثة التالية:

”أولا، أن تنازل الفرد في إطار أي عقد عن حق حكومته الأسمى بحمايته يتعدى نطاق صلاحياته...؛ ثانيا - أنه في القضايا التي أبطلت فيها الحكومة العقد دون الطعن أولا أمام المحاكم المحلية، يصبح المدعي بسبب ذلك العمل في حل من الشرط القاضي بعدم جعل العقد موضوعا لمطالبة دولية...؛ ثالثا - تحاول المحاكم، كلما أمكن، أن تستنتج بأن المطالبة لم تنشأ عن العقد نفسه وإنما نشأت عن انتهاك معين لحقوق الملكية فتقيم المطالبة بالتالي على أساس الضرر...“^(٣٥).

(٣١) شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق (Dredging)، تكساس، (الولايات المتحدة الأمريكية) ضد الولايات المتحدة المكسيكية، القرار المؤرخ ٣١ آذار/مارس ١٩٢٦، العدد الرابع من تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية U.N.R.I.A.A.، ٢٦؛ مستنسخ في العدد ٢٠ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي (1926) 20 AGIL 800.

(٣٢) المرجع نفسه، العدد ٢٩ الصفحة ١٣٤.

(٣٣) الحماية الدبلوماسية للمواطنين في الخارج أو قانون المطالبات الدولية (١٩١٥)، الصفحتان ٨٠٠ و ٨٠١.

(٣٤) انظر الحاشية (١) أعلاه، الصفحات ١٢١ إلى ١٩٣.

(٣٥) انظر الحاشية (٣٣) أعلاه، الصفحة ٨٠٥.

٢١ - وقد شرعت لجنة المطالبات المكسيكية الأمريكية التي انعقدت برئاسة فان فولين هوفين في عام ١٩٢٦ بشرح طبيعة ونطاق شرط كالفو مع بيان الأسانيد، وذلك في قضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق (Derdging)^(٣٦). وتتلخص وقائع تلك القضية في قيام الشركة المدعية بإبرام عقد مع حكومة المكسيك لتجريف قاع ميناء سانتا كروز. ومن أجل ضمان فوزها بالعقد، وافقت الشركة المدعية على إدراج المادة ١٨ في العقد التي تنص على ما يلي:

”يعتبر المتعاقد وجميع الأشخاص الذين سيعملون سواء بصفة مستخدمين أو بأية صفة أخرى، على تنفيذ العمل المطلوب بموجب هذا العقد إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة بمثابة مكسيكيين في جميع المسائل داخل أراضي جمهورية المكسيك فيما يتعلق بتنفيذ ذلك العمل والوفاء بشروط هذا العقد. ولا تجوز لهم المطالبة، فيما يتعلق بالمصالح والأعمال المتصلة بهذا العقد ولا هم يتمتعون بأي حقوق أو وسائل أخرى لتنفيذها بخلاف ما تمنحه لهم قوانين جمهورية المكسيك، ولا يتمتعون بأي حقوق أخرى بخلاف ما هو مقرر لصالح المكسيكيين. وهم بالتالي محرومون من أي حق كأجانب ولا يمكن بأي حال من الأحوال السماح للوكلاء الدبلوماسيين الأجانب التدخل في أي مسألة لها صلة بهذا العقد^(٣٧)“.

٢٢ - وعندما حدث انتهاك مزعوم للعقد، لم تبذل الشركة المدعية أي محاولة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية وإنما لجأت عوضاً عن ذلك إلى التذرع بالمادة الخامسة من المعاهدة التي أنشئت للجنة بموجبها والتي استغنت عن الحاجة إلى قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وطلبت إلى حكومة الولايات المتحدة أن ترفع دعوى بالنيابة عنها أمام اللجنة. وفي معرض إقرارها للمذكرة التي تقدمت بها حكومة المكسيك إلى اللجنة والتي تطلب فيها رفض الدعوى أجرت اللجنة دراسة مستفيضة لصحة ونطاق شرط كالفو المنصوص عليه في المادة ١٨ من العقد.

٢٣ - أولاً، رفضت اللجنة الحجج المؤيدة والحجج الراضية لصحة الشرط ”باعتبار أن كليهما يتسمان بالمغالاة الشديدة“ ثم ذكرت:

”إن إيراد شرط كالفو في عقد محدد لا يعتبر بحكم طبيعته التعاقدية شرطاً يجب التمسك به بحرفيته الكاملة من جهة، ولا يمكن فصله جزافاً عن بقية الشروط الواردة في العقد كما لو كان مجرد حاشية عرضية فيه، من جهة أخرى. وهذه

(٣٦) انظر الحاشية (٣١) أعلاه.

(٣٧) المرجع نفسه.

المشكلة لا تحل بكلمة نعم أو لا؛ فكلمة نعم تعرّض حقوق الأجانب إلى أخطار لا يمكن إنكارها وكلمة لا، لا تترك للبلدان أي بديل آخر سوى منع الأجانب من ممارسة الأعمال في أراضيها. وإن الحالة الراهنة التي يمر بها القانون الدولي تفرض على كل محكمة دولية واجبا رسميا بمحاولة إقامة توازن صحيح وكاف بين الحق السيادي في الولاية القضائية الوطنية من ناحية، والحق السيادي بتوفير الحماية الوطنية للمواطنين من ناحية أخرى.

...

ويمكن الاعتراف بسهولة بصحة بعض أشكال التنازل عن الحق في الحماية الأجنبية دون الاعتراف بصحة ومشروعية جميع الأشكال اللازمة للقيام بذلك^(٣٨).

٢٤ - ثانيا، رفضت اللجنة الحجة القائلة بأن الشرط يتعارض مع جميع قواعد القانون الدولي المعترف بها وأكدت أنه ليست هناك أي قاعدة في القانون الدولي تحظر جميع التقييدات على حق الحماية الدبلوماسية^(٣٩). وإن استخدام شرط كالقو جائز لأنه عبارة عن مجرد تعهد من جانب الفرد بعدم تجاهل وسائل الانتصاف المحلية.

٢٥ - ثالثا، أكدت اللجنة أن الأجنبي بإمكانه أن يتعهد باستنفاد سبل الانتصاف المحلية ولكن ليس بإمكانه:

”حرمان حكومة بلده من حقها الذي لا شك فيه بتطبيق وسائل الانتصاف الدولية على انتهاكات القانون الدولي التي ألحقت به الضرر. فغالبا ما تكون لهذه الحكومة مصلحة في المحافظة على مبادئ القانون الدولي أكبر من مصلحتها في تحصيل تعويض لأحد مواطنيها في قضية معينة بذاتها، ومن الواضح أنه لا يمكن لهذا المواطن أن يُقيّد يدي حكومته بهذا الشأن في عقد يبرمه من جانبه. ولكن في حين اعتبرت اللجنة أن أي محاولة لإلزام حكومته على هذا النحو تعتبر محاولة باطلة فإنها لم تجد أي قاعدة معترف بها عموما من قواعد القانون الدولي الموضوعي تعطي حكومته الحق في التدخل من أجل إبطال عقد قانوني... أبرمه مواطنها. والغرض الواضح من وراء عقد كهذا هو الحيلولة دون إساءة استعمال حق الحماية وليس تدمير الحق نفسه، - وهي إساءة لا يمكن لأي دولة تحترم نفسها قبولها، وتعتبر مصدرا أكيدا للشقاق الدولي“^(٤٠).

(٣٨) المرجع نفسه، الفقرتان ٤ و ٥.

(٣٩) المرجع نفسه، الفقرتان ٨ و ٩.

(٤٠) المرجع نفسه، الفقرة ١١.

٢٦ - وبخصوص شرط كالفو المدرج في المادة ١٨ من العقد، ذكرت اللجنة أن الغرض منه هو:

”إلزام المدعي بالخضوع لقوانين المكسيك وباستخدام وسائل الانتصاف الموجودة بموجب قوانينها... لكن هذا الشرط، لا يحرم المدعي ولا يمكن أن يجرمه من جنسيته الأمريكية ومما ينطوي عليه ذلك. وهذا شرط لا يسلب عنه حقه الذي لا شك فيه بأن يطلب إلى حكومته توفير الحماية له إذا تمخض لجوءه إلى المحاكم المكسيكية أو إلى غيرها من السلطات المتاحة له عن حرمانه من العدالة أو عن تأخير في إقامة العدل، بحسب مصطلحهما المستخدم في القانون الدولي. وفي تلك الحالة، لا تكون شكوى المدعي قائمة على أساس انتهاك عقده وإنما على أساس حرمانه من العدالة. ولا يقوم طعنه على أساس شكل عقده، إلا إذا حدث ذلك بطريقة عرضية، وإنما يقوم على أساس فعل غير مشروع دولياً“^(٤١).

وأكدت اللجنة أن الأجنبي:

”لم يتنازل عن أي حق يمتلكه كمواطن أمريكي بالنسبة لأي مسألة غير متصلة بالوفاء بعقده أو تنفيذه أو إنفاذه تحديدا... ولم يتنازل عن حقه الذي لا شك فيه كمواطن أمريكي في أن يطلب إلى حكومته توفير الحماية له ضد انتهاك للقانون الدولي (أفعال غير مشروعة دولياً) سواء كان الانتهاك ناجماً عن العقد أو عن أي حالات أخرى... ولم يؤثر ولا يمكنه أن يؤثر في حق حكومته في توفير الحماية له بصفة عامة أو في توفير حمايتها له ضد أي انتهاكات للقانون الدولي. لكنه وافق صراحة ودون أي تحفظ، طمعا في موافقة حكومة المكسيك على منحه العقد، على أنه ليس بحاجة لمساعدة حكومته فيما يتعلق بالوفاء بالعقد أو تفسيره أو تنفيذ العمل المطلوب منه بموجبه وأنه لن يطلب أو يقبل تلك المساعدة منها بهذا الشأن“^(٤٢).

٢٧ - وأخيراً، أكدت اللجنة أن المادة الخامسة من المعاهدة التي تم بموجبها إنشاء اللجنة والتي تنص على عدم جواز رفض دعوى على أساس عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية ”لم تعط الحق لأي من الحكومتين في أن تبطل عقداً صحيحاً واضحاً مبرماً بين أحد مواطنيها والحكومة الأخرى“. وذكرت اللجنة أن تطبيق المادة الخامسة يقتصر على الدعاوى ”المقدمة بشكل صحيح“ وأنه لا يمكن اعتبار تلك الدعاوى ”مقدمة بشكل صحيح“ على أساس أن المدعي لم يحاول الامتثال لشرط أساسي من شروط عقده^(٤٣).

(٤١) المرجع نفسه، الفقرة ١٤.

(٤٢) المرجع نفسه، الفقرة ١٥.

(٤٣) المرجع نفسه، الفقرتان ٢٠ و ٢١.

٢٨ - وخلاصة القول إن اللجنة اعتبرت شرط كالفو بمثابة وعد من جانب الأجنبي باستنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهو قد تنازل بموجبه عن حقه في طلب الحماية الدبلوماسية في دعوى يطالب فيها بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن العقد أو في أي مسألة أخرى لها علاقة بالعقد. لكن هذا الشرط لا يحرمه من حقه في طلب الحماية الدبلوماسية في حال حرمانه من العدالة أو أي انتهاك آخر للقانون الدولي حدث له في أثناء عملية استنفاده لسبل الانتصاف المحلية أو محاولته لإنفاذ عقده.

٢٩ - وهذا القرار الصادر في "قضية تجريف الأعماق Dredging" لم يسلم من الطعن. بيد أن غالبية الانتقادات الموجهة إليه انصبّت على رفضه الكامل للمادة الخامسة من المعاهدة التي تم بموجبها إنشاء اللجنة^(٤٤) عوضاً عن تركيزه على صياغة نطاق وأثر شرط كالفو نفسه. وقد بُذل جهد مكثف بشأن صياغة القاعدة في "قضية تجريف الأعماق" صياغة دقيقة.

(٤٤) انظر على سبيل المثال أ. م. بورشارد، "قرارات لجان المطالبات، الولايات المتحدة والمكسيك" العدد ١٠ من المجلة الأمريكية للقانون الدولي [10 AJIL (1926)]، الصفحة ٥٣٦ والصفحة ٥٤٠؛ أ. هـ. فيلير A. H. Feller، "بعض الملاحظات على شرط كالفو" 27 AJIL 461 (1933)، الصفحتان ٤٦٢ و ٤٦٣؛ ك. ليبستين K. Lipstein، "مكانة شرط كالفو في القانون الدولي" (١٩٤٥)، العدد ٢٢ من حولية القانون الدولي البريطانية [22 BYIL.130]، الصفحتان ١٤٤ و ١٤٥؛ أ. ف. فريمان، المسؤولية الدولية للدول عن الحرمان من العدالة (١٩٣٨) الصفحتان ٤٨١ و ٤٨٢؛ شيا، انظر الحاشية (١) أعلاه، الصفحات من ٢٢٦ إلى ٢٢٨. أعيد النظر في "قضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق من Dredging" من قِبَل لجنة أمريكية مكسيكية للمطالبات الداخلية مؤلفة من ثلاثة مواطنين أمريكيين ومنشأة بموجب قانون أقره الكونغرس في ١٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٣ (56 STAT. 1058)، وقد فصلت تلك اللجنة بالمطالبات التي لم تنجزها اللجنة الدولية أو التي قُدم بشأنها طلب لإعادة النظر فيها (عملت المكسيك تسوية لكل القضايا جملة واحدة وفصلت اللجنة المحلية بالمطالبات). وفي القرار الذي أصدرته اللجنة الداخلية بمنح مبلغ ٧٧٠ ٦٢٧ ١٢٨ من دولارات الولايات المتحدة الأمريكية لصالح الشركة انتقدت هذه اللجنة بشكل خاص قرارات لجنة المطالبات المكسيكية الأمريكية المتعلقة بالمادة الخامسة بقولها إن "خلاصة قرار لجنة المطالبات العامة هو أن المادة ١٨ من العقد المبرم بين المدعي وحكومة المكسيك تجبُّ أحكام المادة الأولى والمادة الخامسة من الاتفاقية. ومع كل الاحترام الواجب لجميع أعضاء اللجنة المذكورة الموقرين، ليس بوسعنا الموافقة على الموقف المتخذ بهذه الطريقة. ونرى أن المادة الخامسة من الاتفاقية المؤرخة ٨ أيلول/سبتمبر ١٩٢٣ تنظم حق الولايات المتحدة الأمريكية فحسب؛ وأنه يجوز بموجبها للحكومة المذكورة أن تقدم هذا الطلب نيابة عن المدعي؛ وأن اللجنة تتمتع بالسلطة القضائية للبت في الطلب" (انظر م. م. وايتمان M. M. Whiteman، مجموعة القانون الدولي (Digest of International Law) (١٩٦٧)، المجلد ٨، الصفحة ٩٢٣. ويرفض شيا عن وجه حق هذا القرار بقوله: "على الرغم من أنه يمكن اعتبار هذا القرار من وجهة نظر المدعي المالية المحضة نقضاً للحكم السابق بشأن الطلب، فمن الخطأ الافتراض بأن هذا التصرف من جانب لجنة وطنية صرفة يمكن بأي حال من الأحوال أن يبطل أو يضعف القرار الخاص "بقضية تجريف الأعماق" أو القاعده التي أرساها في الفقه القانوني الدولي. ويعتبر الإجراء الذي اتخذته اللجنة الداخلية، من وجهة نظر هذه الدراسة، قراراً هاماً لكن مضمونه لا يؤثر على مهمتنا بتحديد موقف القانون بشأن شرط كالفو" انظر الحاشية (١) أعلاه، الصفحتان ٢٢٩ و ٢٣٠، والحاشية (٨٩).

ولعل أنجح صياغة من بينها هي المدرجة في الحاشية الرئيسية للقضية والمبينة في تقارير قرارات التحكيم الدولية:

”إن شرط كالفو يمنع المدعي من التقدم إلى حكومته بأي شكوى لها علاقة بالعقد الذي ورد ذكرها فيه ويمنعه بالتالي من وضع تلك الشكوى خارج الولاية القضائية للمحكمة. وهذا الشرط لا يمنع حكومته من الدفاع عن مطالبات أخرى استنادا إلى انتهاك القانون الدولي ولا يمنع المحكمة من النظر في تلك المطالبات. ولا تحول المادة ٥ من الاتفاق دون التوصل إلى النتيجة المذكورة أعلاه“^(٤٥).

٣٠ - وأصدرت لجان المطالبات المختلطة المتعلقة بالمكسيك عددا من القرارات بعد القرار المتعلق ”بقضية تجريف الأعماق“ وأيدت فيها المبادئ المشروحة في تلك القضية^(٤٦)، على الرغم من أن اللجنة أظهرت في بعض القضايا تعاطفا ملحوظا تجاه المكسيك من حيث أنها لم تجدد، استنادا إلى الوقائع، أي حرمان من العدالة^(٤٧). وعلاوة على ذلك، فإن اللجنة في معرض نظرها في ”قضية السكة الحديدية للاتحاد المكسيكي (المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى ضد الولايات المكسيكية المتحدة“^(٤٨) قد حصرت، فيما يبدو، الحالات التي لا يمكن فيها تطبيق شرط كالفو بنوع واحد فقط من الأفعال غير المشروعة دوليا وهو: الحرمان من العدالة.

(٤٥) المجلد الرابع (١٩٥٢)، الصفحة ٢٦. انظر أيضا شيا، الحاشية (١) أعلاه، الصفحات ٢١٥ إلى ٢٢٣.

(٤٦) شركة مصائد الأسماك الدولية (الولايات المتحدة الأمريكية) ضد الولايات المتحدة المكسيكية العدد ٤ من تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية (U.N.R.I.A.A. 691 (1931)؛ قضية دوغلاس غ. كوبي ماكنيل (بريطانيا العظمى) ضد الولايات المتحدة المكسيكية، العدد ٥ من تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية (U.N.R.I.A.A. 135 (1931). للاطلاع على مناقشة لهذه القضايا، انظر شيا (Shea)، الحاشية ١ أعلاه، الصفحة ٢٣١ وما بعدها، أ. ف. فريمان، المسؤولية الدولية للدول عن الحرمان من العدالة (١٩٣٨)، الصفحات ٤٦٩ إلى ٤٩٠.

(٤٧) قضية شركة السكك الحديدية المكسيكية المحدودة عبر المحيط (انترانشيانيك) (بريطانيا العظمى) ضد الولايات المتحدة المكسيكية (U.N.R.I.A.A. 178 (1931). قارن قضية شركة إيلورو للتعدين والسكك الحديدية (بريطانيا العظمى) ضد الولايات المتحدة المكسيكية (U.N.R.I.A.A. 191).

(٤٨) (U.N.R.I.A.A. 115 (1930)، قارن الفقرتين ١٣ و ١٤ (د) و (هـ).

٨ - آراء الفقهاء

٣١ - وهناك كم هائل من الكتابات التي تتعرض لشرط كالفو^(٤٩). ومنذ الحكم الصادر في قضية "تجريف الأعماق Dredging"، والقرارات اللاحقة المؤيدة له، لم يعد من الممكن التحجج جدياً بأن شرط كالفو يتنافى مع القانون الدولي. ولذلك، أصبح الفقهاء ينصرفون بدرجة أكبر إلى بحث مقاصده ونطاقه، في سياق قضية شركة "Dredging" في المقام الأول. ومن نافلة القول أن فقهاء القانون لا يتفقون في آرائهم بشأن نطاق شرط كالفو. ومع ذلك، يبدو أن عدداً من المبادئ المشتركة قد نشأ عن الأدبيات القانونية في هذا الموضوع:

(أ) أن محدودية سريان شرط كالفو تعني أنه لا يشكل حظراً تاماً على التدخل الدبلوماسي. فهو لا ينطبق إلا على المنازعات التي تتصل بعقد مبرم بين الشخص الأجنبي والدولة المضيفة ينص على ذلك الشرط، ولكنه لا ينطبق على أية خروق للقانون الدولي. وهذا التفسير الذي جرى الدفع به في قضية شركة Dredging يغفل المقصد الحقيقي لشرط كالفو - وهو استبعاد التدخل الدبلوماسي في كافة الحالات - وكان في هذه النقطة محل انتقادات من فقهاء أمريكا اللاتينية^(٥٠). غير أن التفسير المدفوع به في قضية شركة Dredging يحظى بالقبول في مجال ممارسات الدول^(٥١)، كما يحظى بتأييد واسع في الآراء الفقهية^(٥٢).

(ب) يؤكد شرط كالفو أهمية قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ورغم أن بعض الفقهاء يرون أن محدودية سريان شرط كالفو في قضية شركة Dredging تجعله لا يعدو

(٤٩) انظر بصفة خاصة شيا Shea، الحاشية ١ أعلاه؛ وليستين Lipstein، الحاشية ٤٤ أعلاه؛ وفريمان Freeman، الحاشية ١ أعلاه؛ وغارسيا أمادور Garcia Amador، الحاشية ١ أعلاه؛ وأوشمان Oschmann، الحاشية ٤ أعلاه؛ و د. إ. غراهام D. E. Graham، "شرط كالفو: وضعه الراهن كتنازل تعاقدية عن الحماية الدبلوماسية"، The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection (١٩٧١)، العدد ٦، مجلة منتدى تكساس للقانون الدولي، الصفحة ٢٨٩.

(٥٠) A. Gomez Robledo, *La Clausula Calvo ante el Derecho internacional* (1939). P. 176; Sepulveda Gutierrez, (٥٠) *La responsabilidad internacional del estado y la validez de la Clausula Calvo* (1944). pp. 69-71; R. Betata and E. Henriquez, "La Protection diplomatique de los intereses pecuniarios extranjeros et los Estados de America", (1940) 10 *Proceedings of the Eight American Scientific Congress* 27, at 44-45.

(٥١) الحاشيتان ٢٩ و ٣٠ أعلاه.

(٥٢) شيا Shea، الحاشية ١ أعلاه، الصفحتان ٢١٧ و ٢١٨؛ وفريمان Freeman، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحتان ٤٨٩ و ٤٩٠؛ و براونلي Brownlie، "مبادئ القانون الدولي العام" *Principles of Public International Law*، الطبعة الخامسة (١٩٩٨)، الصفحتان ٤٥٨ و ٤٥٩؛ و ر. جينغز R. Jennings و أ. واتس A. Watts، Oppenheim's International Law، الطبعة التاسعة (١٩٩٢)، المجلد الأول، الصفحة ٩٣١.

أن يكون إعادة تأكيد لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية^(٥٣)، أو مجرد تحصيل للحاصل، فإن معظم الفقهاء يرون أنه يتجاوز مجرد إعادة تأكيد القاعدة على هذا النحو. غير أن الآراء تتباين بشأن المدى الذي يصل إليه هذا البعد الإضافي^(٥٤). وربما كان أفضل تفسير هو الوارد في الحكم الصادر في قضية شركة Dredging بأن شرط كالفو يمكن أن يجب أي حكم في اتفاق للتنازل عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولذلك، يقرر شيا أن ذلك هو "أقل" ما يمكن أن يُنسب إلى شرط كالفو. "ولا يمكن إنكار هذا القدر من الفعالية، إذ يمكن التحجج بقرارات التحكيم الست الأخيرة لتأييد ذلك. وربما كان ذلك هو المدى الكامل لفعالية الشرط ... وبناء عليه، وإذا ما توافقت الاتفاقيات المبرمة مستقبلا مع ما يبدو أنه الاتجاه السائد مؤخرا في التحكيم الدولي [لاستبعاد قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الاتفاقات]، فإن شرط كالفو سيظل يترك أثرا حاسما على مقبولية المطالبات الدولية، حتى وإن اقتصر في تطبيقه على التغلب على الاستبعاد العام لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الاتفاقات"^(٥٥).

(ج) لا يفرض القانون الدولي قيда على حق الشخص الأجنبي في التنازل عن طريق التعاقد عن سلطته أو حقه في مطالبة الدولة التي يحمل جنسيتها بممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحه^(٥٦).

(٥٣) ليبستين Lipstein، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ١٤٥؛ و فريمان Freeman، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحتان ٤٨٩ و ٤٩٠؛ ونغوين كيوك دنه Nguyen Quoc Dinh، "القانون الدولي العام" *Droit International Public*، (الحرران: ب. ديه P. Daillier وأ. بيليه A. Pellet)، الطبعة السادسة (١٩٩٩)، الصفحة ٧٧٨ (الفقرة ٤٩٢)؛ و أ. فيلر A. Feller، "لجان المطالبات المكسيكية ١٩٢٣-١٩٣٤، دراسة في قانون وإجراءات المحاكم الدولية" *The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*، (١٩٣٥)، الصفحة ١٩٢.

(٥٤) أثار د. ب. أوكونيل D. P. O'Connell الحجة القائلة بأن هذا "البعد الإضافي" يتمثل في الإقرار الإيجابي بالحقوق التعاقدية للشخص الأجنبي هو شرط مسبق لتحريك الدعوى الدولية، غير أنه استبعد تلك الحجة: الحاشية ٩ أعلاه، الصفحة ١٠٦٢.

(٥٥) الحاشية ١ أعلاه، الصفحة ٢٦٠ (وأيضا الصفحات ٢١٥، ٢١٧، و ٢٥٧). ويؤيد براونلي هذا الرأي، الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحة ٥٤٩. انظر أوكونيل O'Connell، الحاشية ٩ أعلاه، الصفحة ١٠٦٣؛ ولبستين Lipstein، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ١٤٥.

(٥٦) إ. خيناز دي أريتشاغا E. Jimenez de Arechaga، "المسؤولية الدولية" *International Responsibility*، في: م. سورنسن M. Sorensen (المحرر)، دليل القانون الدولي العام *Manual of Public International Law* (١٩٦٨)، الصفحة ٥٣١ والصفحة ٥٩١؛ وغارسيا أمادور Garcia Amador، "مسؤولية الدول"، الحاشية ١٠ أعلاه، الصفحتان ٤٥٩ و ٤٦٠؛ و ب. سي. جيسوب P. C. Jessup، قانون حديث للأمم *A Modern Law of Nations* (١٩٦٨)، الصفحتان ١١ و ١١٧؛ وشيا Shea، الحاشية ١ أعلاه، الصفحات ٢٦١-٢٦٣.

(د) لا يجوز للشخص الأجنبي الاستناد إلى شرط كالفو للتنازل عن حقوق هي مكفولة لحكومته بموجب القانون الدولي. وفرضية "قاتل" Vattel، التي يتأسس عليها قانون الحماية الدبلوماسية، تنطلق من فكرة أن الضرر الذي يقع على أحد الرعايا نتيجة حرق للقانون الدولي يُعد ضرراً لحق بالدولة التي يحمل جنسيتها نفسها. ولا يحق للفرد أن يتنازل عن هذا الحق، حيث أنه لا يملك ذلك^(٥٧).

(هـ) التنازل في شرط كالفو لا يمتد إلا إلى المنازعات الناشئة عن العقد، أو الخرق لأحكام العقد بما لا يشكل، في أي حال من الأحوال، انتهاكا للقانون الدولي^(٥٨). وهو لا يمتد إلى انتهاكات القانون الدولي، ولا يسري بصفة خاصة على حالات الحرمان من العدالة^(٥٩). وفي حين تحظى هذه الفرضية بتأييد واسع، فإن قدرا من الالتباس يحيط بمسألة الحرمان من العدالة المرتبط بالعقد المتضمن لشرط كالفو أو الناشئ عن ذلك العقد. ويتضح ذلك في كتابات غارسيا أمادور Garcia Amador. فهو من ناحية يقر بأنه:

"أيا كان الشكل الذي يأخذه 'شرط كالفو'، فإنه دائما ما يتصل بعلاقة تعاقدية، ولا يسري إلا فيما يتصل بالمنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق أو إنجاز عقد أو امتياز"^(٦٠).

ومن ناحية أخرى، واعتراضا على الحكم الصادر في قضية شركة Dredging، يقول بأنه:

"من حيث المبدأ، يسري 'الشرط' باعتباره يحظر ممارسة الحماية الدبلوماسية حتى في حالات الحرمان من العدالة. ويجدر الانتباه إلى أنه لا يسري إلا فيما يتصل بالمنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق أو إنجاز العقود والامتيازات. وبهذا المعنى، لا يتعلق الأمر إلا بحالة محددة من حالات الحرمان من العدالة، وليس بجميع الحالات التي يمكن أن تضار فيها بعض الحقوق الأخرى للشخص الأجنبي أو المصالح من أي نوع آخر. وللهولة الأولى، لا يبدو أن ثمة مبررا لهذا الاستثناء من المبدأ الناظم للمسؤولية الدولية عن القيام بأعمال أو الامتناع عن أعمال من هذا

(٥٧) إغلتنون Egleton، الحاشية ٩ أعلاه، الصفحة ١٧٠؛ وبورشار Bourchard، الحاشية ٣٣ أعلاه، الصفحة ٨٠٩؛ وغارسيا أمادور Garcia Amador، الحاشية ١٠ أعلاه، الصفحة ٤٦٠؛ ونغوين كيوك دنه Nguyen Quoc Dinh، الحاشية ٥٣ أعلاه، الصفحة ٧٧٨.

(٥٨) براونلي Brownlie، الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحة ٥٤٩.

(٥٩) إ. خميناز دي آريتشاغا E. Jimenez de Arechaga، الحاشية ٥٦ أعلاه، الصفحتان ٥٩١ و ٥٩٢؛ وفريمان Freeman، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحتان ٤٨٩ و ٤٩٠؛ وأكونيل O'Connell، الحاشية ٩ أعلاه، الصفحة ١٠٦، وشيا Shea، الحاشية ١ أعلاه، الصفحة ٤٥٦.

(٦٠) "مسؤوليات الدول"، الحاشية ١٠ أعلاه، الصفحة ٤٥٦.

النوع. غير أن لهذا الاستثناء ما يبرره في واقع الحال. فالمصالح والحقوق التعاقدية لا تندرج، كما يقال، في نفس مرتبة الحقوق الأخرى المكفولة للشخص الأجنبي بموجب القانون الدولي. فالأمر لا يقتصر فحسب على أنها ذات طابع نقدي صرف، بل أن الشخص الأجنبي لا يكتسبها إلا بفضل العقد أو الامتياز، الذي يتوقف قبوله له على إرادته هو وحده. ولا نسعى من وراء هذه الحجة إلى التقليل من أهمية هذه الفئة من الحقوق والمصالح، بل نسعى إلى التأكيد على أنها، بحكم طبيعتها ذاتها، يمكن أن تشكل موضوعاً لمجموعة لا نهاية لها من العمليات والمعاملات التي يمكن إتمامها بمجرد موافقة الأطراف المتعاقدة عليها. وباختصار، فإنها حقوق ومصالح يجوز للشخص الأجنبي فيما يتعلق بها أن يتنازل عن الحماية الدبلوماسية بأية أشكال يرى أنها الأكثر ملاءمة لجني المكاسب التي يتوقع أن يجنيها من العقد أو الامتياز^(٦١).

ويقول بأن قضية 'سكك حديد عبر المحيط' *Interoceanic Railway* تتضمن تأييداً لهذا الرأي^(٦٢). وعلى الأقل، يستند إلى رأي شيا Shea^(٦٣)، ليقول بأن شرط كالفو يستلزم إثبات وقوع شكل صارخ من أشكال الحرمان من العدالة (شكل "سافر وصارخ بدرجة أكبر"^(٦٤)) قبل جواز تحريك الدعوى الدولية^(٦٥).

٩ - التطورات الأخيرة

٣٢ - ولّد شرط كالفو من تخوف دول أمريكا اللاتينية من تدخل الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية في شؤونها الداخلية تحت ستار الحماية الدبلوماسية. ومن الناحية الأخرى، كانت المقاومة التي وُوجه بها شرط كالفو تنبع من تخوف الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية من ألا يُعامل رعاياها معاملة منصفة في البلدان التي لا ترقى معاييرها القضائية إلى الحد الأدنى من المعايير الدولية التي وضعتها تلك الدول لنفسها. بيد أن الوضع تغير اليوم. فالدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية تحترم مبدأ المساواة في السيادة لدول أمريكا اللاتينية وتتفق في نظمها القضائية، التي تخضع للمراقبة على الصعيدين

(٦١) المرجع نفسه، الصفحة ٤٥٨. التشديد مضاف.

(٦٢) الحاشية ٤٧ أعلاه.

(٦٣) الحاشية ١ أعلاه، الصفحة ٢٦٥.

(٦٤) المرجع نفسه.

(٦٥) الحاشية ١٠ أعلاه، الصفحة ٤٥٩.

الإقليمي والدولي، شأنها في ذلك شأن النظم المعمول بها في أوروبا^(٦٦). وبناء على ذلك، انتهت النزاعات العداوية بشأن الحماية الدبلوماسية التي كانت تميز في وقت من الأوقات العلاقات بين أوروبا والولايات المتحدة من جهة وأمريكا اللاتينية من جهة أخرى. غير أن ذلك لا يعني أن الجدل بشأن شرط كالفو قد فقد أهميته. ففي حين تميل الآراء القانونية الدولية في أوروبا والولايات المتحدة إلى النظر إلى شرط كالفو باعتباره من مخلفات حقبة ماضية كانت تتسم بانعدام المساواة في العلاقات الدولية^(٦٧)، فإن دول أمريكا اللاتينية لا تزال تتمسك بالشرط باعتباره ملمحاً هاماً لنهاجها الإقليمي إزاء القانون الدولي. وفي حين أبدت تلك الدول قدراً من المرونة في موقفها تجاه المؤسسات الجديدة التي أنشأت إجراءات لتسوية المنازعات للمستثمرين الأجانب، فإنه ليس ثمة شك في أن تقييم الكثير من هذه المؤسسات لا يزال يستند إلى مدى تقيدها بشرط كالفو. وعلاوة على ذلك، فإن القرارات الرئيسية التي أصدرتها الجمعية العامة بشأن القانون الاقتصادي الدولي تبين التأثير القوي لشرط كالفو.

٣٣ - يعلن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الوارد في قرار الجمعية العامة ٣٢٨١ (د-٢٩) المؤرخ ١٢ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٤، أن المنازعات بشأن التعويض الناشئ عن مصادرة (تأميم) الممتلكات الأجنبية "يجب أن يسوى ... بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية، اتفاقاً حراً ومتبادلاً، على التماس وسائل سلمية أخرى تقوم على تساوي الدول في السيادة وتتفق مع مبدأ حرية اختيار الوسائل"^(٦٨). كما أن القرار المعتدل الذي سبق هذا القرار، وهو القرار المتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية المؤرخ ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٢، يعلن بالمثل أنه في حالة حدوث نزاع بشأن تعويض عن ممتلكات مصادرة، "يراعى استنفاد الطرق

(٦٦) من جانب الهيئات المنشأة بموجب الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(٦٧) وفقاً لرودولف دولزر Rudolf Dolzer، "لا توجد ممارسة دولية تؤكد مذهب كالفو، والآراء القانونية للبلدان الغربية المصدرة لرؤوس الأموال تفند بصورة قاطعة الحجة القائلة بأن كل المجموعات الرئيسية المتأثرة قد وافقت على إدخال تعديل على القانون العرفي بشأن مذهب كالفو" ("أساس جديد لقانون مصادرة ممتلكات الأجانب" New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property (١٩٨١)، العدد ٧٤، المجلة الأمريكية للقانون الدولي A.J.I.L.، الصفحة ٥٥١ والصفحة ٥٧١. أما الآراء القانونية في الولايات المتحدة لم ترفض شرط كالفو، فيتضح من قضية ريفز ضد شركة إكسون Reavis v. Exxon Corporation، الولايات المتحدة، المحكمة العليا في نيويورك، الدورة القضائية الخاصة، مقاطعة نيويورك، (غلينف ج. ج. Gellinof J.) الحكم المؤرخ ٢٨ تموز/يوليه ١٩٧٧، ورد في مجلة القانون الدولي ILR، العدد ٣١٧ (١٩٨٤)، الذي أخذت فيه المحكمة شرط كالفو مأخذ الجد، وإن كانت لم تطبقه في القضية.

(٦٨) الفصل الثاني، المادة ٢، الفقرة ٢ (ج).

القضائية الوطنية للدولة التي تتخذ تلك التدابير^(٦٩). وكان وليم د. روجرز William D. Rogers محققا عندما وصف هذين القرارين بأنهما ”إعادة تعبير كلاسيكية لشرط كالفو“^(٧٠).

٣٤ - وبالمثل، فإن حلف الأنديز، الذي ينشئ سوقا مشتركة بين إكوادور وبوليفيا وبيرو وفنزويلا وكولومبيا، يظهر احتراماً لشرط كالفو. فالقرار رقم ٢٤ ينص على أنه:

”لا تُدرج في أي صك يتصل بالاستثمارات أو نقل التكنولوجيا بنود تحول دون سريان التشريع الوطني والاختصاص الوطني على المنازعات أو الخلافات المحتمل وقوعها، أو تسمح بإخضاع الدول لحقوق وتصرفات مستثمريها الوطنيين“.
(المادة ٥١)^(٧١).

والقرار رقم ٢٢٠ يرسى بدوره القاعدة القائلة بأنه:

”لتسوية المنازعات أو الخلافات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو عن نقل التكنولوجيا الأجنبية، تطبق البلدان الأعضاء الأحكام القائمة في تشريعاتها الوطنية“ (المادة ٣٤)^(٧٢).

٣٥ - وفي عام ١٩٩١، نقحت بلدان حلف الأنديز مدونتها للاستثمارات الأجنبية وحررتها بموجب القرار رقم ٢٩١، غير أنها تركت هذا العنصر الخاص بشرط كالفو دون تغيير^(٧٣).

٣٦ - وفي بادئ الأمر، كان رد الفعل فائرا من جانب دول أمريكا اللاتينية على اتفاقية عام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي أنشأت

(٦٩) قرار الجمعية العامة ١٨٠٣ (د-١٧)، الفقرة ٤.

(٧٠) ”عن المبشرين والمتعصبين والحمادين: بعض الأفكار عن منازعات الاستثمار في الأمريكتين“ العدد ٧٢، المجلة الأمريكية للقانون الدولي A.J.I.L.، الصفحة ٥.

(٧١) القرار رقم ٢٤ بشأن النظام الموحد لمعاملة رؤوس الأموال الأجنبية وبالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتراخيص والعائدات، ٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٧٦. مستنسخ في (١٩٧٦)، العدد ١٦، مجلة النصوص القانونية الدولية ILM، الصفحتان ١٣٨ و ١٥٣.

(٧٢) قرار اللجنة رقم ٢٢٠ بشأن مدونة الأنديز المتعلقة بمعاملة رؤوس الأموال وبالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتراخيص والعائدات، ١١ أيار/مايو ١٩٨٧. مستنسخ في (١٩٨٧)، العدد ٢٧، مجلة النصوص القانونية الدولية ILM، الصفحتان ٩٧٤ و ٩٨٦.

(٧٣) قرار اللجنة رقم ٢٩١ بشأن المدونة الموحدة المتعلقة بمعاملة رؤوس الأموال وبالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتراخيص والعائدات، ٢١ آذار/مارس ١٩٩١. مستنسخ في (١٩٨٣)، العدد ٣٠، ILM، الصفحتان ١٢٨٣ و ١٢٩١.

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار^(٧٤)(٧٥). ومع ذلك، فإن المادة ٢٧ جسدت عنصرا من عناصر شرط كالفو عندما نصت على أن:

”لا يجوز لأي من الدول المتعاقدة أن توفر حماية دبلوماسية، أو أن تحرك دعوى دولية، فيما يتعلق بتزاع يكون أحد رعاياها والدولة المتعاقدة الأخرى قد اتفقا على عرضه على التحكيم بموجب هذه الاتفاقية، ما لم تكن الدولة المتعاقدة الأخرى قد رفضت التقييد بقرار التحكيم الصادر بشأن ذلك النزاع أو الامتنال إليه“.

٣٧ - وردت دول أمريكا اللاتينية في بادئ الأمر ردا مشابها لرد وكالة ضمان الاستثمارات المتعددة الأطراف^(٧٦)، التي تيسر الاستثمار في البلدان النامية بتوفير التأمين ضد المخاطر السياسية للمستثمرين الذين يرغبون في القيام بأعمال تجارية في البلدان النامية. ولكن مثلما هو الحال مع المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، فإن وكالة ضمان الاستثمارات المتعددة الأطراف لا تتعارض بالضرورة مع فلسفة شرط كالفو، حيث أنها لا تسمح بالتحكيم إلا في الحالات التي لا يمكن فيها حل النزاع عن طريق التفاوض أو المصالحة^(٧٧) ومعظم دول أمريكا اللاتينية اليوم أطراف في وكالة ضمان الاستثمارات المتعددة الأطراف.

٣٨ - وقد أشيد باتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (نافتا)^(٧٨) المبرم عام ١٩٩٢ بين كندا والمكسيك والولايات المتحدة باعتباره دليلا على المرونة التي استجذت على مواقف

(٧٤) الاتفاقية رقم ٥٧٥، مجموعة معاهدات الأمم المتحدة، الصفحتان ١٥٩ و ١٧٦؛ و(١٩٩٦)، العدد ٤، ILM، الصفحة ٦٢٤.

(٧٥) روجرز Rogers، الحاشية ٧٠ أعلاه، الصفحتان ٣ و ٤؛ ود. ماننغ-كابروول D. Manning-Caprol، ”الموت الوشيك لشرط كالفو وبعث مبدأ كالفو: المساواة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين“ The Imminent Death of Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors (١٩٩٤-١٩٩٥)، العدد ٦، مجلة القانون والسياسات العامة في الأعمال التجارية الدولية Law and Policy in International Business، الصفحة ١١٦٩ والصفحة ١١٨٥. ومعظم دول أمريكا اللاتينية اليوم أطراف في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

(٧٦) (١٩٨٥)، العدد ٢٥، ILM، الصفحة ١٥٩٨.

(٧٧) د. ماننغ-كابروول D. Manning-Caprol، الحاشية ٧٢ أعلاه، الصفحتان ١١٨٥ و ١١٨٦؛ وسي. ك. دالريمبل C. K. Dalrymple، ”الحياة السياسية والاستثمار المباشر الأجنبي: وكالة ضمان الاستثمارات المتعددة الأطراف وشرط كالفو“ (١٩٩٦)، العدد ٢٩، مجلة جامعة كورنيل للقانون الدولي، الصفحة ١٦١.

(٧٨) (١٩٩٣)، العدد ٣٢، ILM، الصفحتان ٢٨٩ و ٦٠٥.

الأطراف الأمريكية اللاتينية الرئيسية المدافعة عن شرط كالفو^(٧٩) حيث الاتفاق يسمح للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم الدولي في ظروف محددة^(٨٠) غير أنه ينبغي عدم المبالغة في هذا الرأي^(٨١)، حيث أن هناك أصواتا قوية داخل المكسيك تطالب بتنفيذ اتفاق (نافتا) بطريقة تتوافق مع شرط كالفو^(٨٢).

١٠ - الخلاصة

٣٩ - ثمة خياران أمام اللجنة. أولهما الامتناع عن صياغة أي حكم بشأن هذا الموضوع على أساس أن شرط كالفو لا يقوم ولا يسري إلا عندما يعيد تأكيد قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وبالتالي، فلا ضرورة لإدراج مثل هذا الحكم، الذي سيكون زائدا عن الحاجة. أما الخيار الثاني، فهو صياغة حكم يقصر سريان شرط كالفو على المنازعات الناشئة عن عقد يتضمن الشرط، ويُسلّم بأن هذا الشرط يمكن أن ينشئ قرينة يجوز الطعن فيها من أجل استنفاد سبل الانتصاف المحلية، حتى وإن كان الاتفاق الذي يحيل المنازعات بين الدولة التي يحمل جنسيتها الشخص الأجنبي المضرور والدولة المضيفة إلى التسوية القضائية يتضمن شرطا يستبعد ضرورة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ومن شأن مثل هذا الحكم أن يكسب شرط كالفو خصائص الاجتهادات القضائية والمذاهب القانونية، وربما خصائص ممارسات الدول.

(٧٩) تنص المادة ٢٧ من الدستور المكسيكي على ما يلي: "يقتصر على المكسيكيين بالمولد أو بالجنس والشركات المكسيكية التمتع بحق ملكية الأراضي والمياه وملحقاتها، أو الحصول على امتيازات لاستغلال المناجم أو المياه. ويجوز للدولة أن تمنح نفس الحق للأجانب، شريطة أن يوافقوا أمام وزارة الشؤون الخارجية على اعتبار أنفسهم في حكم الرعايا فيما يتعلق بهذه الملكيات، وأن يلتزموا بعدم طلب حماية حكوماتهم في المسائل المتعلقة بها؛ وفي حال عدم الامتثال لهذا الاتفاق، يُعاقب بإسقاط الحق في الملكية وبإعادتها إلى الأمة". ويقول شيا Shea إن المكسيك "كانت أعلى الأصوات بين دول أمريكا اللاتينية في دفاعها عن عدالة وشرعية شرط كالفو"، لأنها "ربما عانت من إساءات التدخل والحماية الدبلوماسية أكثر من أي بلد آخر من بلدان أمريكا اللاتينية" (الحاشية ١ أعلاه، الصفحة ٢٧٩).

(٨٠) الحاشية ٧٨ أعلاه، الفصلان ١١ و ٢٠.

(٨١) ج. دالي J. Day، "هل تجاوزت المكسيك حدود مسؤولية الدول عن الضرر الاقتصادي الذي يلحق بالأجانب؟ الاستثمار الأجنبي وشرط كالفو في المكسيك واتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة" (١٩٩٤)، مجلة كلية سانت ماري للقانون، الصفحة ١١٤٧.

(٨٢) ب. سيولفيدا أمور B. Sepulveda Amor، "القانون الدولي والسيادة الوطنية: اتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة ودعوى الاختصاص القضائي المكسيكي" (١٩٩٧)، العدد ١٩، مجلة هيوستون للقانون الدولي، الصفحة ٥٦٥. انظر س. زامورا S. Zamora، "إسناد الاختصاص القضائي في الأمريكتين: الخبرات الأولى في إطار اتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة وتحدي تكامل نصف الكرة الغربي"، المرجع نفسه، الصفحة ٦١٥.

٤٠ - وفي حين يقبل المقرر الخاص بأن الاقتراح الأول قد ينطوي على قدر من الواجهة، فإنه يفضل الأخذ بالاقتراح الثاني، حيث أن من شأنه تدوين قاعدة عرفية يؤخذ بها في منطقة رئيسية من مناطق العالم، ويكفل الوضوح فيما يتعلق بمحدود آلية احتلت مكانة بارزة في تاريخ هذا الفرع من فروع القانون. والمادة ١٦ معروضة على اللجنة بهذا المعنى.
