

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.552
27 May 1998
ARABIC
Original: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي
الدورة الخمسون
جنيف، ٢٠ نيسان/أبريل - ١٢ حزيران/يونيه ١٩٩٨
نيويورك، ٢٧ تموز/ يوليه - ١٤ آب/أغسطس ١٩٩٨

مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخمسين

المقرر: السيد كريستوفر جون روبرت دوغارد

الفصل الرابع

الحماية الدبلوماسية

المحتويات

الصفحة

الفقرات

٣	٢ - ١	مقدمة	ألف-
٣	٥١ - ٤	النظر في الموضوع في الدورة الحالية	باء-
٤	١٥ - ٦	١- عرض المقرر الخاص لتقريره الأولي	
٤	١٢ - ٧	(أ) الطابع القانوني للحماية الدبلوماسية ..	
٤	١٠ - ٧	١' أصل الحماية الدبلوماسية ..	
		٢' الاعتراف بحقوق الفرد على	
٥	١٢ - ١١	المستوى الدولي	
		٣' الحقوق التي تدخل في نطاق	
٦	١٣	الحماية الدبلوماسية	
		(ب) مسألة القواعد "الأولية" والقواعد	
٦	١٥ - ١٤	"الثانوية"	

المحتويات (تابع)

<u>الصفحة</u>	<u>الفقرات</u>	
٦	٥١ - ١٦	ملخص النقاش
٦	٢٠ - ١٦	(أ) التعليقات العامة
٧	٢٧ - ٢١	(ب) المفهوم العرفي للحماية الدبلوماسية ..
		(ج) العلاقة بين حقوق الإنسان والحماية
٩	٣٦ - ٢٨	الدبلوماسية
١١	٤٢ - ٣٧	(د) شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية ..
١٢	٤٨ - ٤٣	(ه) مسألة القواعد "الأولية" والقواعد
		"الثانوية"
١٣	٥٠ - ٤٩	(و) العلاقة بين موضوع "الحماية
١٣	٥١	الدبلوماسية" و موضوع "مسؤولية الدول"
		نطاق الموضوع
		(ز)

الفصل الرابع

الحماية الدبلوماسية

ألف- مقدمة

- حددت اللجنة، في دورتها الثامنة والأربعين في عام ١٩٩٦، موضوع "الحماية الدبلوماسية" ضمن ثلاثة مواضيع مناسبة للتدوين والتطوير التدريجي^(١). وفي العام نفسه، دعت الجمعية العامة اللجنة، بموجب قرارها ١٦٠/٥١، إلى مواصلة دراسة الموضوع وتحديد نطاقه ومضمونه في ضوء التعليقات واللاحظات المعرب عنها أثناء النقاش في اللجنة السادسة وأي تعليقات خطية قد تود الحكومات إبداءها. وعملاً بقرار الجمعية العامة، أنشأت اللجنة في دورتها التاسعة والأربعين، المعقدودة في عام ١٩٩٧، فريقاً عاملًا معنياً بالموضوع^(٢). وفي الدورة ذاتها قدم الفريق العامل تقريراً وافقت عليه اللجنة^(٣). وسعى الفريق العامل إلى ما يلي: (أ) إيضاح نطاق الموضوع بالقدر المستطاع؛ (ب) تحديد المسائل التي ينبغي دراستها في سياق الموضوع. واقتراح الفريق العامل ملخصاً عاماً للنظر في الموضوع وأوصت اللجنة بأن يستند المقرر الخاص إلى هذا الملخص لتقديم تقرير أول^(٤). وقررت اللجنة أيضاً أن تحاول الانتهاء من القراءة الأولى للموضوع بحلول نهاية فترة السنوات الخمس الحالية.

- وفي الجلسة ٢٥٠١ المعقدودة في ١١ تموز/يوليه ١٩٩٧، عيّنت اللجنة السيد محمد بنونه مقرراً خاصاً للموضوع^(٥).

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

باء- النظر في الموضوع في الدورة الحالية

- عرض على اللجنة في هذه الدورة التقرير الأولي للمقرر الخاص (A/CN.4/484).

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/51/10)، الفقرة ٤٦٩ والإضافة ١.

(٢) المرجع نفسه، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/52/10)، الفصل الثامن.

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٧٢.

(٤) المرجع نفسه، الفقرتان ١٨٩ و ١٩٠.

٥- ونظرت اللجنة في التقرير الأولي للمقرر الخاص في جلساتها من ٢٥٢٠ إلى ٢٥٢٣ المعقدة في الفترة من ٢٨ نيسان/أبريل إلى ١ أيار/مايو ١٩٩٨.

١- عرض المقرر الخاص لتقريره الأولي

٦- أثار التقرير الأولي عدداً من القضايا الجوهرية التي تشكل أساس الموضوع والتي التمس المقرر الخاص آراء اللجنة بشأنها. وقسمت القضايا إلى فئتين عريضتين هما: (أ) الطابع القانوني للحماية الدبلوماسية؛ (ب) طبيعة القواعد المنظمة للحماية الدبلوماسية.

(أ) الطابع القانوني للحماية الدبلوماسية

١٠- أصل الحماية الدبلوماسية

٧- أشار المقرر الخاص إلى تقرير الفريق العامل لعام ١٩٩٧ بشأن هذا الموضوع، فلاحظ أن الحماية الدبلوماسية تشمل التدوين بصورة رئيسية وأن أصلها العرفي تبلوره الفتوى الصادرة في قضية امتيازات ما فروعاتي في فلسطين^(٥). وفيما يتعلق بالاستخدام التاريخي لمؤسسة الحماية الدبلوماسية، أشار المقرر الخاص إلى بعض الانتقادات التي وجهت على مر السنين إلى الحماية الدبلوماسية. وتشمل هذه الانتقادات التأكيد بأن مؤسسة الحماية الدبلوماسية تميزية لأن الدول القوية وحدها دون سواها هي القادرة على استخدامها ضد الدول الأضعف. ويدعى هذا الانتقاد إلى أن الحماية الدبلوماسية لا تقوم على المساواة، لأن الإمكانيات المتاحة للفرد لتدويل قضيته تعتمد على الدولة التي يرتبط بها هذا الفرد برابطة الجنسية. وتشمل الانتقادات الأخرى الرعم بأن الحماية الدبلوماسية قد استخدمت كذراع للتدخل في شؤون بلدان معينة^(٦). وأشار المقرر الخاص إلى أن مذهب كالفنو قد نشأ لمنع التعسف وأنه بموجبه يوافق الرعايا الأجانب على التقيد بمبدأ المساواة مع المواطنين الذين يخضعون لاختصاص محاكمهم فقط.

(٥) أعلنت محكمة العدل الدولية الدائمة ما يلي:

"إن الدولة، بتبنيها لقضية أحد رعاياها وبلجويتها إلى الإجراء الدبلوماسي أو الدعوى القضائية الدولية بالإثابة عنه، تؤكد في الواقع حقوقها الخاصة - أي حقها في أن تكفل، في شخص رعاياها، احترام قواعد القانون الدولي. ولهذا فإن السؤال حول ما إذا كان النزاع القائم يرجع إلى ضرر أصاب مصلحة خاصة، وهذا هو الحال في واقع الأمر في عدد كبير من المنازعات الدولية، غير ذي صلة بالموضوع من هذه الزاوية. ومتى تبنت دولة ما قضية بالنيابة عن أحد رعاياها أمام محكمة دولية، فإن هذه المحكمة تعتبر الدولة المدعى الوحيدة".

P.C.I.J. Series A, No. 2, Judgment of 30 August 1924, p. 12.

(٦) انظر الرأي الشخصي باديا نيرفو في الحكم الصادر في قضية Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (بلجيكا ضد إسبانيا) في ٥ شباط/فبراير ١٩٧٠، حيث أعلن أن تاريخ مسؤولية الدول فيما يتعلق بمعاملة الرعايا الأجانب هو تاريخ للتعسف والتدخل غير المشروع في الاختصاص الوطني للدول الأضعف والمطالبات المجنحة والتهديدات بل العدوان العسكري تحت شعار ممارسة حقوق الحماية وفرض العقوبات لحمل حكومة ما على تقديم التعويضات المطلوبة."، تقارير محكمة العدل الدولية، I.C.J. Report, 1970, p. 246

-٨- وأوضح المقرر الخاص أن لب الحماية الدبلوماسية هو وجود نزاع بين دولة مضيفة ومواطن أجنبي حرم من حقوقه وأصيب بأضرار نتيجة لذلك. فإذا عجز المواطن الأجنبي عن تدويل النزاع وإخراجه من نطاق القانون الوطني، يجوز للدولة التي يحمل جنسيتها، بناء على تقديرها، أن تتبني مطالبته بإخضاعها لعملية "تحويل" حقيقة بما أنه لا يجوز إلا لدولة أن تتحجج بمسؤولية دولة أخرى. وأعرب عن اعتقاده بأن هذا الرأي التقليدي يقوم على حيلة قانونية إلى حد بعيد لأن الضرر الذي يتکبده المواطن الأجنبي هو الأساس الذي يقوم عليه تحديد مسؤولية الدولة المضيفة وتقدير التعويض المستحق لدولة الجنسية^(٧).

-٩- ولاحظ أيضاً أنه عند صياغة مبدأ استنفاد وسائل الانتصاف المحلية في المادة ٢٢ من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول^(٨)، أخذت اللجنة في اعتبارها النقاش الفقهي الذي دار لتحديد ما إذا كانت القاعدة التي تنطوي عليها المسألة "إجرائية" أم " موضوعية ". وأثرت اللجنة الرأي الثاني وبناء عليه لا تنشأ مسؤولية الدولة المضيفة إلا بعد استنفاد الأفراد لوسائل الانتصاف المحلية. ومع ذلك رأى المقرر الخاص أن تعليق اللجنة لا يوضح كيفية تحول هذا الحق بعد الإجراءات الوطنية إلى حق لدولة الجنسية، بما يعيده إلى منطق الحماية الدبلوماسية.

-١٠- وأشار أيضاً إلى التطورات الأخيرة حيث اعترفت الدول بموجب اتفاقيات بحق دولة الجنسية في اتخاذ إجراء، بما في ذلك اللجوء إلى هيئة تحكيم، لإعمال الحقوق التي تمنحها المعاهدة لرعاياها أو في الحالات التي يمنح فيها فرد فرصة اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي. ورأى المقرر الخاص أن ما تقدم، بالإضافة إلى منح الفرد قدرًا من الشخصية القانونية، باعتباره المستفيد المباشر من القانون الدولي، أثار علامات استفهام فقهية أوضح بشأن مدى ملاءمة النظرة التقليدية إلى الحماية الدبلوماسية.

٤- الاعتراف بحقوق الفرد على المستوى الدولي

-١١- وأشار المقرر الخاص إلى ظهور عدد كبير من المعاهدات المتعددة الأطراف التي تعترف بحق كل إنسان في الحماية بمعزل عن تدخل الدول وعن طريق الأفراد أنفسهم مباشرة عبر المحافل الدولية. وأشار في هذا الصدد إلى الحق في رفع العرائض. كما أشار إلى الاعتراف بأن حقوق الإنسان الأساسية ترتب التزامات تجاه الكافة ومصلحة لدى جميع الدول^(٩). وهذه التطورات ومعها انتشار الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمار وإنشاء لجان للمطالبات^(١٠) يجوز لمواطن دولة أن يتقدم عن طريقها بمطالبة ضد دولة أخرى قد وفرت إطاراً قانونياً يخرج عن نطاق النظر التقليدية إلى الحماية الدبلوماسية.

Chorzow Factory, P.C.I.J., Series A, No. 17 Judgment of 13 September 1928,
p. 28.

انظر (٧)

(٨) للاطلاع على المادة ٢٢ والتعليق عليها انظر حولية... ١٩٩٧، المجلد الثاني (الجزء الثاني)،
الصفحات ٥٠-٣٠.

(٩) انظر أعلاه الحاشية ٦، والفقرتين ٣٣ و٣٤.

(١٠) مثل محكمة المطالبات المتعلقة بإيران والولايات المتحدة وهي المحكمة التي أنشئت بموجب اتفاق الجزائر العاصمة في ١٩١٩ كانون الثاني/يناير ١٩٨١ وللجنة الأمم المتحدة للتعويضات التي أنشئت بموجب قرار مجلس الأمن ٦٩٢ المؤرخ في ٢٠ أيار/مايو ١٩٩١.

١٤- ولاحظ المقرر الخاص أن القوانين الوطنية للدول لا تمنح المواطنين، بصورة عامة، أي "حق" في الحماية الدبلوماسية. وأشار إلى التطورات التي طرأت على بعض الدساتير الحديثة التي يبدو أنها منحت الحق في الحماية الدبلوماسية للمواطنين، ورأى أن هذه الأحكام الدستورية تعبر عن واجب معنوي أكثر مما تعبّر عن التزام قانوني، بما أن أي قرار تتخذه دولة في هذا الشأن سيتأثر بالاعتبارات السياسية والعلاقات الدبلوماسية بين الدول المعنية.

٣- الحقوق التي تدخل في نطاق الحماية الدبلوماسية

١٥- قال المقرر الخاص إن من الثابت أن للدول حقاً "إجرائياً"، يجوز لها التخلّي عنه، في تقديم مطالبة دولية لحماية مواطنيها في حالة إصابتهم بضرر نتيجة لانتهاك للقانون الدولي. ووفقاً للنظرية التقليدية، ستقوم الدولة بإعمال حقها الخاص. ووفقاً لنتيجة أحدث قد تكون الدولة هي مجرد وكيل لمواطنيها صاحب المصلحة التي تحميها القوانين على المستوى الدولي. ووفقاً للاختيار بين حق الدول وحق المواطن، يكون التركيز إما على عرف قديم للغاية يمنح الدولة أكثر مما تستحق، حتى باللجوء إلى حيلة، أو على تطوير العرف تدريجياً، مع مراعاة الواقع عن طريق الاعتراف الدولي بحقوق الإنسان. وستكون للنهج المختار آثار عملية على صيغ الأحكام التي يشملها هذا الموضوع.

(ب) مسألة القواعد "الأولية" والقواعد "الثانوية"

١٦- التمس المقرر الخاص توجيه اللجنة لتحديد ما إذا كان ينبغي حصر الموضوع في القواعد الثانوية وفقاً لتوصية الفريق العامل لسنة ١٩٩٧ أم ينبغي أن يكون هذا الموضوع أكثر مرونة بما أنه لا يجوز، من وجهة نظره، وضع القانون الدولي في فئات مانعة من القواعد "الأولية" والقواعد "الثانوية". وأشار المقرر الخاص إلى أن توصية الفريق العامل وموافقة اللجنة عليها ترجعان إلى الطريق المسدود الذي انتهت إليه اللجنة في محاولتها الأولى لتدوين موضوع "مسؤولية الدول عن الأضرار التي يتکبدها الأجانب في أشخاصهم وممتلكاتهم"، واقتراح اتباع نهج آخر. ويقضي هذا النهج بأن تكتفي اللجنة بالقواعد الثانوية وألا تناقش القواعد الأولية إلا في سياق الفئات العامة، وعند الاقتضاء، بغية تدوين القواعد الثانوية تدويناً ملائماً. وتشمل الأمثلة حالات تتوافر فيها رابطة الجنسية لدى الأشخاص الطبيعيين أو الاعتبار بين أو أسباب الإبراء من المسؤولية استناداً إلى سلوك صاحب المطالبة. ومن ثم لن يولي اعتبار لمنح الجنسية وإنما لسريانها على دولة أخرى، وبالمثل لن يولي اعتبار لتقيد الفرد بقوانين البلدان المضيفة وإنما للظروف التي يشكل فيها سلوك الفرد أساساً لإبراء الدولة المضيفة من المسؤولية.

١٧- واقتراح المقرر الخاص أيضاً تغيير عنوان الموضوع إلى "الحماية الدبلوماسية للشخص والملكية" وهو عنوان يبدو أكثر اتفاقاً مع مضمونه. ورأى أن العنوان الجديد سيوضح الفارق بين هذا الموضوع والمواضيع المتصلة بالعلاقات الدبلوماسية والقنصلية.

٤- ملخص النقاش

(أ) التعليقات العامة

١٨- كان هناك اتفاق عام على أن الموضوع يعالج مسألة معقدة وبالغة الأهمية العملية وعلى أنه يكاد لا يوجد أي موضوع آخر ناضج للتقنين بقدر نضج موضوع الحماية الدبلوماسية الذي توجد بصدده مجموعة كبيرة نسبياً من القوانين الوضعية.

١٧ - وأشار إلى أن معظم القوانين الدولية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية قد تبلورت مع انتشار الأفكار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية من أوروبا وأمريكا الشمالية إلى سائر أنحاء العالم. كما وأشار إلى أنه عند تطوير القانون من أجل تطبيقه عالميا، يجب الحرص على تجنب الاعتماد بلا مبرر على مواد عفى عليها الزمن وأنه، على عكس ذلك، توجد حاجة مستمرة إلى التجديد ومراعاة مواقف الدول الحديثة.

١٨ - وأشار إلى أن الغرض الأصلي من مؤسسة الحماية الدبلوماسية كان تخفيف أوجه الحرمان والإجحاف التي يتعرض لها الأشخاص الطبيعيون ولاعتباريون. ومن ثم فإن الحماية الدبلوماسية، التي ليست مؤسسة جائرة على الإطلاق، عالجت جزئياً على الأقل أوجه الظلم في نظام يحيط الفرد، ولا سيما الفرد العادي، إلى صحبة لانتهاكات القانون الدولي، لا إلى شخص من أشخاص القانون الدولي. كما وأشار إلى أن الحماية الدبلوماسية ليست "تمييزية في جوهرها". وذكر أنها تمييزية في ممارستها لأنها تكاد تكون حكراً على أقوى الدول. ولهذا رئي أن من المهم تجنب التعميم بلا داع.

١٩ - وأشار إلى أنه قد يكون من الملائم وضع مبادئ توجيهية أو قواعد - مثل الجنسية أو المطالبة الوجيهة أو الحرمان من العدل أو انتهاك حقوق إنسان أساسية - بغية منع إساءة الدولة الأجنبية لاستعمال سلطتها التقديرية في منح الحماية الدبلوماسية.

٢٠ - وكان هناك رأي آخر يذهب إلى أنه رغم حدوث بعض التعسف في تاريخ الحماية الدبلوماسية، فإن مؤسسة الحماية الدبلوماسية كثيرة ما استعملت بين دول ذات مركز متساوٍ وداخل إقليم واحد غالباً.

(ب) المفهوم العريفي للحماية الدبلوماسية

٢١ - لم يوافق بعض الأعضاء على أن وجود مصلحة قانونية لدولة ما في مصير رعاياها ينطوي على حيلة قانونية. ورأوا أنه ليس هناك أي خطأ في فكرة أن دولة ما يمكن أن تكون لها هذه المصلحة. وأشاروا إلى أن الحماية الدبلوماسية هي بناء مثلها مثل مفهومي الحياة والملكية. ولهذا السبب رأوا أنه ينبغي ألا ينظر إلى الحماية الدبلوماسية في سياق بناء ما فروماتيس على أنها حيلة. وأبدى أعضاء آخرون عدم اقتناعهم بأن القياس إلى الحيلة الذي استخدمه المقرر الخاص مخل. ورأوا أن القوانين تقوم على الحيل أو بعبارة أخرى على عمليات إعادة بناء معيارية للواقع.

٢٢ - ورئي أيضاً أن المسألة، بغض النظر عن التسمية المستخدمة - حيلة أو إبدال أو تجديد - تتعلق بنظرية لا علاقة له بالتطویر القانوني للموضوع. وقيل إن السؤال الرئيسي، مثلاً أكد المقرر الخاص صواباً، هو من يملك الحق الذي يمارس عن طريق الحماية الدبلوماسية - هل هو دولة الجنسية أم الضحايا المضرورين؟ وأكد صاحب هذا الرأي أن الجواب يجب أن يكون دائماً هو الدولة؛ وأن سلطات الدولة في هذا الصدد هي سلطات تقديرية من حيث المبدأ. وأشار إلى أن الحماية الدبلوماسية تشكل دائماً حقاً سيادياً للدولة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي. وقال إنه لو كان الأمر خلاف ذلك لما أمكن التوصل إلى أي اتفاق بعد الحرب العالمية الثانية لتعويض الممتلكات المؤممة.

٢٣ - أما فيما يتعلق بمسألة ما إذا كانت الدولة، عند ممارستها للحماية الدبلوماسية، ت عمل حقها الخاص أم حق أحد رعاياها المضرورين، فقد وأشار إلى أن الشخص الذي تربطه جنسيته بدولة ما هو جزءٌ من

سكنها ومن ثم هو أحد مقومات هذه الدولة. وذكر أن حماية الدولة لرعاياها التزام أساسي لا يقل عن حماية أراضيها أو صون سيادتها. غير أن الدولة تدافع في الوقت ذاته عن الحقوق والمصالح المحددة للمواطن الذي "ضررته" دولة أخرى. ورئي وبالتالي أنه لا يمكن إجراء تفرقة صارمة بين حقوق الدولة وحقوق رعاياها وأن مجموعة الحقوق متكاملتان ويمكن الدفاع عنها في آن واحد. وأشار أيضا إلى أن للدولة بصورة عامة مصلحة في أن يتلقى رعاياها معاملة عادلة في بلد أجنبى، ولكن رئي أنه قد يكون من ضروب المبالغة القول بأنه كلما تعرض مواطن لضرر في دولة أجنبية، تعرضت دولته الأصلية أيضا للضرر. ومن الناحية العملية، يحسب التعويض على أساس الخسارة التي تكبدتها الفرد وليس الدولة، كما لو كانت الخسارة الفردية هي في الواقع الأساس الذي تقوم عليه الدعوى.

٤- وأشار أيضا إلى أن من المهم تحديد من يملك المصلحة المباشرة والفورية والصنفة والسلطة لتقديم مطالبة دولية. ووفقا لهذا الرأي، لا تملك الدولة هذه المصلحة المباشرة والفورية. ولو كان الحال كذلك، لكانت الحقوق موضوع النقاش أمرا محظوظا ولا يجوز ممارستها وفقا لتقدير الدولة. وأشار على سبيل المثال إلى أن الاتفاقيات المبرمة بشأن حماية الاستثمارات الأجنبية تمنح الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على حد سواء الصفة القانونية لتقديم مطالبة دولية. ويصدق هذا القول في حالة شرط كالغو الذي يتنازل بموجبه الأجنبي عند التعاقد عن الحماية الدبلوماسية التي توفرها دولته الأصلية. ومن الواضح أنه في هذه الحالة أيضا يكون الفرد وحده هو صاحب المصلحة المباشرة والفورية في المطالبة. وببناء على ذلك، رئي أن النقاش حول الحيلة القانونية المتعلقة بصاحب هذه الحقوق غير مجد، وأن على اللجنة بدلا من ذلك أن تركز على الحقوق والمصالح القانونية التي تشملها الحماية.

٥- ويدهب رأي آخر إلى أن الدولة تمارس بإلإياته حقا ممنوحها للفرد أساسا. ولهذا رئي أن هناك ضرورة للتفرقة بوضوح بين ممارسة الحق المحمي والحق ذاته. وتتمتع الدولة بسلطة تقديرية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، رغم أن الحقوق المحمية ليست حقوق الدولة بل حقوق الفرد المضرور. ووافق المقرر الخاص أيضا على أن التفرقة بين امتلاك الحق وممارسته قد تفي في التوفيق بين القانون العرفي المتعلق بهذه المسألة والتطورات الحديثة.

٦- وفي هذا السياق، اقترح أن تعيد اللجنة النظر في مسألة حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقا لتقديرها مع عدم وجود حق للفرد. ومن جهة أخرى، ذهب رأي إلى أنه عندما تتخذ الدولة قرارا بشأن ممارسة الحماية الدبلوماسية، فيما يتعلق بحالة بعينها، فإن عليها تقييم مسائل مثل محمل مصلحة الدولة في إدارة السياسة الخارجية وليس فقط مصلحة المواطن الفرد الذي قد يكون أضرير نتيجة لفعل غير مشروع ارتكبته دولة أخرى. ومن ثم ينبغي أن تخضع ممارسة الحماية الدبلوماسية لتقدير الدولة.

٧- وأشار إلى أنه نظرا لتعقيد المسألة، فليس من المناسب تحويل الموضوع بالمفاهيم النظرية. وأشار على سبيل المثال إلى أن مسألة التسليم بأن الفرد شخص من أشخاص القانون الدولي مثيرة للجدل إلى حد بعيد وينبغي عدم إثارتها في هذه المرحلة. ورئي أن من الأفضل التقييد بالممارسة - ولا سيما الممارسة القضائية - التي يعامل الفرد بموجبها على أنه مستفيد من القانون الدولي.

(ج) العلاقة بين حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية

-٢٨- بالنسبة إلى العلاقة بين حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية، حذر عدد من التعليقات من التشبيه بين المؤسستين أو من ترتيبهما بالتسليسل.

-٢٩- وأشار إلى أنه إذا كان من الصحيح أن قانون الحماية الدبلوماسية قد سبق ظهور حقوق الإنسان كمصطلح فني في القانون الدولي بفترة طويلة، فإن النهجين موجودان بصورة متوازية، ولا تتدخل إمكانات كل منهما إلا جزئياً. وأشار إلى أن التخلص عن الحماية الدبلوماسية لصالح حقوق الإنسان يعني في بعض الحالات حرمان الأفراد من حماية كانوا يتمتعون بها سابقاً. وذكر أنه يمكن بطبيعة الحال استخدام حقوق الإنسان لدعم الحماية الدبلوماسية التي تمارسها الدولة الوطنية: فبعض البلدان، على سبيل المثال، تعتمد، كلما تيسر لها، على حجة متصلة بحقوق الإنسان في مجال ممارسة الحماية الدبلوماسية، لأنها من الواضح أن المطالبة المستندة إلى حقوق الإنسان تبدو لدول عديدة أكثر جاذبية من المطالبة المستندة إلى معيار من المعايير الدولية الدنيا ظل موضع خلاف طوال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين. وفي هذا السياق، أشار إلى أن "نهج ما فروماتيس" التقليدي إزاء الحماية الدبلوماسية يتسم بنقاط قوة وينبغي عدم بهذه بدون دراسة متأنية لما يلزم لجعل نهج الحقوق الفردية فعالاً. وأشار إلى أنه يمكن إفساح المجال أمام نهج حقوق الإنسان أثناء مناقشة اللجنة للموضوع على أساس كل حالة على حدة، على ألا تستمر اللجنة في التشكيك في أسس الحماية الدبلوماسية ذاتها لدى تبني هذا الاتجاه.

-٣٠- وأشار إلى أن عمل نظام حقوق الإنسان مماثل لعمل مبادئ الحماية الدبلوماسية: فمن شروط المقبولية أن يكون المدعى قد استنفذ سبل الالتصاف المحلي المتاحة وأن تمارس الدول سلطتها التقديرية في تبني مطالبة نيابة عن فرد أو عن شركة. وذكر أن ممارسة اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان شديدة التشابه: فقد كانت هناك قضايا مبدئية مهمة قرر فيها فرد من الأفراد سحب مطالبته لكن اللجنة الأوروبية رفضت اعتبار المطالبة مسحوبة بسبب وجود مصلحة موضوعية في الحفاظ على معايير النظام العام في أوروبا. ولهذا رئي أنه ينبغي للجنة القانون الدولي أن تتجنب تبني قطبية زائفة بين حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية. وذكر أنه ينبغي عدم تهميش نظام الحماية الدبلوماسية في وقت لا تتوافر فيه بعد بدائل فعالة.

-٣١- وأشار كذلك إلى أن مسألتي حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية مستقلتان تماماً وأن التعمق في دراسة المسألة سيظهر أن الحماية الدبلوماسية ارتبطت تقليدياً بالحقوق المالية وحدها بينما ترتبط حقوق الإنسان بجوهر الحرية الشخصية. وذكر أن الحقوق التي تغطيها الحماية الدبلوماسية تقليدياً تشمل معاملة الدولة الأكثر رعاية وشروط الأداء المفروضة على المشاريع وهي ليست الشاغل الرئيسي لحقوق الإنسان التقليدية. ولم يوافق أعضاء آخرون في اللجنة على هذا الرأي. وأشار إلى أنه على الرغم من أن التمسك بالحماية الدبلوماسية كان يتم غالباً في حالة انتهاك الحقوق المالية فإن هناك حقوقاً أخرى يمكن أيضاً أن تستدعيه. ولهذا رئي أن الزعم بأن الحماية الدبلوماسية تقتصر على الضرر بالممتلكات ينطوي على مغالطة في التقييد.

-٣٢- وأبدى أيضاً رأي يذهب إلى أنه يمكن الموارنة بين الحماية الدبلوماسية ومتطلبات حقوق الإنسان. وأشار إلى أن هذه المسألة وثيقة الصلة بالموضوع في سياق مسألة الأشخاص لا اعتباريين - وهو مجال غير

محدد المعالم لم تستكشفه اللجنة ولا أي هيئة أخرى بعمق، بل اكتفت بسرد ملاحظات القاضي الغامضة في محكمة العدل الدولية في قضية Barcelona Traction. وأشار أيضا إلى أنه ليس من قبيل الصدفة أنه على مستوى النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، لا تعالج أقرب الحقوق إلى حقوق الأشخاص الاعتباريين، أي حقوق الملكية، في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وإنما في بروتوكول منفصل ملحق بها. وقيل إنه يبدو أن هناك نهجا جديدا قد أخذ يكتسب أهمية متزايدة وإن هذا الأمر سيكون الجانب الحاسم في الدراسة التي سيجريها المقرر الخاص. ولوحظ مع ذلك في هذا السياق أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد نصت على المبدأ الذي لا يجوز بمقتضاه حرمان أي شخص حرمانا تعسفيًا من ماله لكن هذا المبدأ يرتبط ارتباطا وثيقا بحقوق الإنسان في المحاكمة العادلة.

٣٣- وأشار إلى أن الفرق بين إجراءات تقديم العرائض الفردية في قضايا حقوق الإنسان وهذه الإجراءات في مجال الحماية الدبلوماسية ليس بالوضوح الذي يبدو عليه. ففي بعض الحالات يمكن أن يكون عنصر من عناصر الحماية الدبلوماسية مكونا إضافيا لعريضة تقدم بخصوص حقوق الإنسان. وأشار على سبيل المثال إلى أنه في قضية سورينغ^(١) قدمت الحكومة الألمانية مطالبة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نيابة عن مواطنها. وذكر أن المؤلفات تعترف أيضا بوجود صلة نظرية على الأقل بين المؤسستين.

٣٤- وأشار إلى أنه إذا كانضرر الذي أصاب أحد الرعايا الأجانب ينطوي على انتهاك لحق معترف به كحق من حقوق الإنسان، فليس هناك ما يمنع دولة المواطن الأجنبي الأصلية من تبني مطالبته. وتؤكد الممارسة المتبعة في بعض البلدان هذا النهج. وذكر أنه إذا ما استبعدضرر الذي يصيب أجانب في صورة انتهاكات لحقوق الإنسان من نطاق تطبيق الحماية الدبلوماسية، فلن تكون هناك وسيلة انتصاف فعالة متاحة في الحالات التي لا يتسع فيها للأجنبي اتخاذ إجراءات أمام هيئة دولية لحقوق الإنسان. ومع ذلك وأشار إلى أنه في معظم حالات انتهاكات حقوق الإنسان المتعلقة بالأجانب - مثل السجن غير المشروع أو إساءة المعاملة - لا تتاح هذه الإجراءات الدولية ولذا فهناك أهمية حيوية لتأكيد حق الدولة الأصلية في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

٣٥- وعند تحليل العلاقة بين حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية، وجه الانتباه إلى حالة لانتهاك حقوق الإنسان في إطار نظام معين حيث لا يدخل تبني الدولة لمطالبة بموجب هذا النظام في نطاق الحماية الدبلوماسية.

٣٦- وأكد المقرر الخاص أنه لم يسع قط إلى المقابلة بين الحماية الدبلوماسية وحقوق الإنسان. وأوضح أنه أكد ببساطة أن منهوم الحماية الدبلوماسية الذي سبق مفهوم حقوق الإنسان في الظهور، لم يعد من الممكن دراسته بدون مراعاة دققة لتطور حقوق الإنسان في السنوات الأخيرة. وذكر أن البلدان التي تشهد تحولاً إلى الديمقراطية هي أكثر البلدان اهتماما بتعزيز حقوق الإنسان، ومن ثم بضمان مراعاة الأفراد في الإجراءات التي تتخذها الدولة.

(١) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قضية سورينغ، الحكم المؤرخ في ٢٦ كانون الثاني/يناير ١٩٨٩، Series A, No. 161.

(د) شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية

-٣٧- ذُكر أن الشروط الضرورية للحماية الدبلوماسية قد تحددت في حكم ما فروماتيس. وأشار إلى أن الشرط الأول هو وجود دليل على تعرض مواطن للضرر؛ وعلى أن الضرر يشكل مخالفة للقانون الدولي؛ وعلى أنه يعزى إلى الدولة التي تقدم ضدّها المطالبة؛ وأخيراً أن تكون هناك علاقة سببية بين الضرر المتكبد والجهة التي يعزى إليها هذا الضرر. وبينما على ذلك تكون هناك ثلاثة عناصر رئيسية في المطالبة الدولية بالحماية الدبلوماسية وهي: الرعية التي أصابها الضرر في شخصها أو ممتلكاتها أو حقوقها؛ والدولة المتسبة في الضرر؛ والدولة المتبنية للمطالبة. أما الشرط الثاني لممارسة الحماية الدبلوماسية فهو عدم تمكن الرعايا المضطهدين من الحصول على ترضية عن طريق وسائل الانتصاف المحلية التي تتيح للدولة تجنب الإخلال بالتزاماتها الدولية، بغير الضرر في الوقت المناسب.

-٣٨- ولوحظ أن أساس استنفاد وسائل الانتصاف المحلية مسبقاً أساساً تجريبياً، وأن القول بأن هناك مبدأ مخاطرة ضمني يعني انتفاء الحاجة إلى استنفاد وسائل الانتصاف المحلية مع انعدام أي صلة طوعية مسبقة بالولاية القضائية المعنية قول مثير للجدل^(١٢). ورئي كذلك أن شرط استنفاد وسائل الانتصاف المحلية يرتبط نتيجة أخرى وهي أنه لا يجوز تطبيق نموذج الحلول على الحماية الدبلوماسية لأنّه ينطوي على تعديل أساسي في طبيعة الحق. وذكر أيضاً أنه ينبغي أن تعالج اللجنة الجدل حول ما إذا كان ينبغي اعتبار اللجوء إلى هيئة دولية لحماية حقوق الإنسان بمثابة "وسيلة انتصاف محلية"، حتى وإن كان مجرد التفسير الحرفي لا يسمح بالرد على هذا السؤال بالإيجاب.

-٣٩- وفي سياق وسائل الانتصاف المحلية ثار تساؤل عما إذا كان ينبغي أن يكون معيار الحد الأدنى من المعاملة التي يمنحها القانون الدولي للأجانب هو المعيار الوحيد. وسئل عما إذا لم يكن من المستطاع تحديد معيار المعاملة بالرجوع إلى القانون الوطني، لتلافى منح مركز تمييز للأجانب. وأكّد أن تطبيق أي من المعيارين سيثير جدلاً نظراً إلى التباينات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي قد توجد بين الدولة المضيفة والدولة الأجنبية.

(١٢) انظر على سبيل المثال الاعتراضات الأولى في القضية المتعلقة بالحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥ (إسرائيل ضد بلغاريا) حيث احتجت إسرائيل، رداً على اعتراض أولٍ قدمته بلغاريا وذهبت فيه إلى أنه لم يتم استنفاد وسائل الانتصاف المحلية، بأن هناك عدداً من القيود الهامة على تطبيق قاعدة استنفاد وسائل الانتصاف المحلية:

"لا بد [...] من وجود صلة بين الفرد المضطهون والدولة المطعون في إجراءاتها... ولا تسرى القاعدة إلا إذا كان الأجنبي، وهو الفرد المضطهون، قد أقام، أو يعتبر قد أقام، صلة طوعية ومقصودة ومدرسته بينه وبين الدولة الأجنبية المطعون في إجراءاتها... وليس للضحايا [في هذه القضية] أي صلة طوعية ومقصودة ومدرسته مع بلغاريا. بل إن هذه العلاقة بالشكل الذي تتخذه، إذا ما جاز إطلاق هذا الاسم عليها، غير طوعية وغير معروفة وغير معتمدة على الإطلاق."

انظر المرجع نفسه I.C.J. Pleadings, 1959, pp. 553-534. وأعلنت المحكمة أنها غير مختصة بالنظر في أساس آخر ولم تفصل في مسائل أخرى أثيرة كاعتراضات أولية بما في ذلك شرط استنفاد وسائل الانتصاف المحلية.

٤٠- وأشار إلى أن المستثمرين الأجانب يتمتعون بامتيازات بالقياس إلى المواطنين، إذ يمكنهم اللجوء إلى ثلاثة إجراءات وهي وسائل الانتصاف المحلية، والحمايةة الدبلوماسية، والتحكيم الدولي - لحماية حقوقهم، بينما لا يستطيع المواطنون سوى اللجوء إلى وسائل الانتصاف المحلية.

٤١- وأشار كذلك إلى أنه لا يجوز للدولة المدافعة عن رعاياها، عند ممارستها للحمايةة الدبلوماسية، أن تلجأ إلى التهديد باستعمال القوة أو استعمالها. ومن ثم رئي أن هناك إسهاماً مهماً بوسع اللجنة تقديمها عند نظرها في الموضوع وهو تحديد الوسائل المتاحة للدول لإعمال حقوقها وحقوق رعاياها في سياق الحماية الدبلوماسية.

٤٢- وأشارت أسئلة لمعرفة ما إذا كان للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية في موازاة مع لجوء الفرد المضرور مباشرة إلى هيئة دولية أم أنه ليس للدولة فقط أن تمارس الحماية الدبلوماسية بعد استنفاد سائر الطرق المحلية لتسوية المنازعات.

(ه) مسألة القواعد "الأولية" والقواعد "الثانوية"

٤٣- وأشار إلى أنه ليس من المفيد مناقشة نظريات ومفاهيم مثل التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية قبل معالجة موضوع مؤسسات وقواعد الحماية الدبلوماسية. وذكر أن هذه نقاط يمكن مناقشتها عندما تنشأ في سياقات محددة. ورئي أن المعنى العام للحمايةة الدبلوماسية واضح: فالقضايا الهامة هي مقبولية المطالبات والقانون المتعلق بالشروط الواجب استيفاؤها قبل تقديم المطالبات. ورئي أيضاً أنه ينبغي متابعة تقرير الفريق العامل المعنى بالحمايةة الدبلوماسية لعام ١٩٩٧ في هذا الصدد.

٤٤- وأشار إلى أن اللجنة تعالج القواعد الثانوية وأن ادعاءها غير ذلك سيثير الالتباس، إلا أنه ينبغي عدم استخدام التمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية كمعيار مطلق. وذكر أن تصنيف قاعدة على أنها قاعدة أولية أو ثانوية يتوقف على طابع القضية في مناسبة معينة. بيد أن المسألة ليست مسألة تداخل وإنما هي مسألة ازدواج وظيفة المقبولية والأسس الموضوعية فيما يتعلق مثلاً بقاعدة "الأيدي النظيفة"، وبقضايا معينة خاصة بالجنسية، وبكامل مجال القبول والتأخير. ولهذا رئي أن اللجنة لن تتمكن من النظر في القواعد الثانوية بمعزل عن غيرها في هذا السياق. ورئي أنه يجب أيضاً أن تتطرق اللجنة إلى القواعد الأولية نظراً لأن القواعد الثانوية، باعتبارها قواعد إجرائية، هي الوسائل المستخدمة لإعمال الحقوق الممنوحة.

٤٥- وفيما يتعلق بالقانون المنظم للحمايةة الدبلوماسية، كان هناك اتفاق عام على أنه القانون الدولي. وفي هذا السياق، وأشار إلى أن بعض الحكومات تتبعه لمواطنيها في دساتيرها بممارسة الحماية الدبلوماسية. كذلك رئي أن هذه القوانين الوطنية لا تؤثر على حق الدولة في استخدام سلطتها التقديرية لممارسة الحماية الدبلوماسية.

٤٦- ولوحظ أن هناك مجالاً لإجراء تطوير تدريجي وتحديث مهم للقانون المنظم للحمايةة الدبلوماسية. وأشار إلى أنه حتى إذا اتخذ قانون الدولة نقطة بداية، فإن تطوير القانون تدريجياً، يقتضي القدرة على تحسين مكانة الفرد في إطار الحماية الدبلوماسية، وبخاصة عندما يتصل الأمر بالتعويض.

٤٧- وأشار إلى أن دراسة الحماية الدبلوماسية يجب أن تشمل النظر في وسائل ممارستها. وذكر أنه ينبغي دراسة الآلية التقليدية لتسوية المنازعات سلميا، وبخاصة التفاوض، بالإضافة إلى الوساطة والمساعي الحميدة والتحكيم، كما ينبغي دراسة مسألة التدابير المضادة في سياق الحماية الدبلوماسية.

٤٨- وفيما يتعلق بعنوان الموضوع، رئي أنه قد يمكن صياغته بمزيد من الدقة وإن كانت هناك إمكانية للقيام بذلك في مرحلة لاحقة في ضوء المشروع الذي سيجري إعداده.

(و) العلاقة بين موضوع "الحماية الدبلوماسية" وموضوع "مسؤولية الدول"

٤٩- أشير إلى أهمية التذكير بأن الحماية الدبلوماسية ليست سوى جزء واحد من ميدان المسؤولية الدولية الواسع. وذكر أنها كوسيلة لإعمال مسؤولية الدولة، تنشئ علاقة بين دولتين: الدولة "الحمامة" والدولة التي يتخذ ضدها الإجراء، والتي تعتبر مسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً سبب ضرراً للمواطن من مواطني الدولة "الحمامة". وذكر أن الاهتمام المعاصر بحماية حقوق الإنسان - وإن كان سليماً - ينبغي ألا يحجب حقيقة وهي أن العلاقة بين الدول عنصر أساسي في تحديد طبيعة الحماية الدبلوماسية. ولوحظ أيضاً في هذا السياق أن موضوع الحماية الدبلوماسية وموضوع مسؤولية الدول مرتبطان من ناحية الاستدلال: فالدولة مسؤولة عن كل انتهاك للقانون الدولي ترتكبه أو يعزى إليها، كما ورد في الباب الأول من مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول. وذكر أن استيفاء هذا الشرط الأول يترتب عليه عدد من النتائج (الباب الثاني من مشاريع المواد)، أهمها الالتزام بجبر الضرر. وإذا كان الالتزام بجبر الضرر هو التزام تجاه شخص عادي ليست له، فيما عدا حالات استثنائية نادرة، القدرة على التصرف على الصعيد الدولي، يأتي دور الحماية الدبلوماسية ومن ثم يتضح أنها امتداد لقانون مسؤولية الدول ونتيجة له وعنصر من عناصره.

٥٠- ووجه الانتباه أيضاً إلى مشكلة معالجة مسائل الضرر المباشر الذي يصيب الدول وهي، رغم عدم دخولها في نطاق ولاية اللجنة، كثيراً ما تكون مرتبطة ارتباطاً لا ينفصل بمسائل الحماية الدبلوماسية من الناحية العملية. وذكر أنه قد تكون هناك حالة معينة تمثل أحياناً مصلحة مباشرة وغير مباشرة للدولة. ومن أمثلة هذه الحالات، أشير إلى حادث Rainbow Warrior الذي قدمت فيه نيوزيلندا مطالبة بشأن انتهاك سيادتها، كما قدمت مطالبة نيابة عن هولندا بشأن مصوّر لقي مصرعه في الحادث، واعتبر مواطناً هولندياً لأغراض التسوية. وكان حادث تشيرنوبيل ينطوي أيضاً على خسائر اقتصادية مباشرة تکبدتها أفراد عاديون في عدد من الدول، بالإضافة إلى إمكانية تقديم الدول ذاتها بمقابلات عن الضرر المباشر الذي أصاب مجالها الجوي، إذا ما رغبت في ذلك. وشمل هذان المثالان حماية دبلوماسية فعلية أو محتملة فيما يتعلق بمصالح خاصة. وذكر أن عدم اقتصارها على المصالح الخاصة ليس سبباً لإخراجها من نطاق دراسة اللجنة.

(ز) نطاق الموضوع

٥١- وأشار إلى أنه ينبغي مد نطاق الحماية الدبلوماسية إلى المواطنين الذين يتکبدون أضراراً، ليس أثناء وجودهم في الخارج وإنما في دولتهم، نتيجة لفعل غير مشروع دولياً ارتكبته بعثة دبلوماسية أجنبية أو موظفو هذه البعثة الذين يتمتعون بالحصانة القضائية ومن ثم لا يمكن تقديمهم إلى المحاكم المحلية. ورئي أنه لا يوجد ما يمنع دولة ما تحمي رعاياها عند إصابتهم بأضرار بالخارج نتيجة لانتهاك للقانون الدولي من القيام بالمثل في هذه الظروف، في حالة وقوع الضرر أثناء إقامتهم في الإقليم الوطني.

- - - - -