

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.619
7 June 2002

ARABIC
Original: ENGLISH

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة الرابعة والخمسون

جنيف، ٢٩ نيسان/أبريل - ٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٢

و ٢٢ تموز/يوليه - ١٦ آب/أغسطس ٢٠٠٢

مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال

دورتها الرابعة والخمسين

المقرر: السيد فاليري كوزنتسوف

الفصل الخامس

الحماية الدبلوماسية

المحتويات

ألف - مقدمة

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

١ - تعليقات عامة على الدراسة

(أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

(ب) موجز المناقشة

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

المحتويات (تابع)

-٢ - المادتان ١٢ و ١٣

- (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص
(ب) موجز المناقشة
(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

-٣ - المادة ١٤

-٤ - المادة ١٥

- (أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص
(ب) موجز المناقشة
(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

الفصل الخامس

الحماية الدبلوماسية

ألف - مقدمة

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

٢ - وفي الجلسة ٢٥٠١ المعقودة في ١١ تموز/يوليه ١٩٩٧، عينت اللجنة السيد محمد بنون مقررراً خاصاً للموضوع.

٣ - ووافقت الجمعية العامة، في الفقرة ٨ من قرارها ١٥٦/٥٢، على قرار اللجنة إدراج موضوع "الحماية الدبلوماسية" في جدول أعمالها.

(١) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/51/10)، الفقرة ٢٤٩ والمرفق الثاني، الإضافة ١.

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

(٣) المرجع نفسه، الفقرة ١٧١.

(٤) المرجع نفسه، الفقرتان ١٨٩-١٩٠.

٤- وقد عُرض على اللجنة، في دورتها الخمسين المعقودة في عام ١٩٩٨، التقرير الأولي للمقرر الخاص^(٥). وفي الدورة ذاتها، أنشأت اللجنة فريقاً عاملاً مفتوح العضوية للنظر في الاستنتاجات المحتملة التي يمكن استخلاصها على أساس المناقشة فيما يتعلق بنهج معالجة الموضوع^(٦).

٥- وفي الدورة الحادية والخمسين المعقودة في عام ١٩٩٩، عيّنت اللجنة السيد كريستوفر جون ر. دوغارد مقررًا خاصاً للموضوع^(٧)، وذلك عقب انتخاب السيد بنونه قاضياً في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة.

٦- وفي الدورة الثانية والخمسين المعقودة في عام ٢٠٠٠، عُرض على اللجنة التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/506/Corr.1 و Add.1). ونظراً لضيق الوقت، أرجأت اللجنة النظر في الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 إلى الدورة التالية. وفي الدورة نفسها، قررت اللجنة إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة العضوية برئاسة المقرر الخاص بشأن مشاريع المواد ١ و ٣ و ٦^(٨). ثم قررت اللجنة في وقت لاحق، في جلستها ٢٦٣٥، أن تحيل إلى لجنة الصياغة مشاريع المواد ١ و ٣ و ٥ إلى ٨ بالإضافة إلى تقرير المشاورات غير الرسمية.

٧- وعُرض على اللجنة في دورتها الثالثة والخمسين في عام ٢٠٠١ الجزء المتبقي من التقرير الأول للمقرر الخاص (A/CN.4/506/Add.1)، فضلاً عن تقريره الثاني (A/CN.4/514 و Corr.1 و Corr.2) (بالإسبانية فقط). وقد نظرت اللجنة في الوثيقة A/CN.4/506/Add.1 في جلساتها ٢٦٨٠ و ٢٦٨٥ إلى ٢٦٨٧ المعقودة في ٢٥ أيار/مايو و ٩ إلى ١١ تموز/يوليه ٢٠٠١، على التوالي. كما نظرت اللجنة في التقرير الثاني للمقرر الخاص في جلساتها ٢٦٨٨ إلى ٢٦٩٠ المعقودة في الفترة من ١٢ إلى ١٧ تموز/يوليه ٢٠٠١. ونظراً لضيق الوقت، لم تتمكن اللجنة إلا من النظر في تلك الأجزاء من التقرير الثاني التي تشمل مشروعَي المادتين ١٠ و ١١، وأرجأت إلى دورتها التالية النظر في الأجزاء المتبقية من الوثيقة A/CN.4/514، التي تتعلق بمشروعَي المادتين ١٢ و ١٣. وقررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨ المعقودة في

(٥) A/CN.4/484.

(٦) ترد استنتاجات الفريق العامل في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/53/10)، الفقرة ١٠٨.

(٧) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/54/10)، الفقرة ١٩.

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

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

٨- وقررت اللجنة في جلستها ٢٦٨٨ إجراء مشاورات غير رسمية مفتوحة العضوية بشأن المادة ٩، برئاسة المقرر الخاص.

باء - النظر في الموضوع في الدورة الحالية

٩- وعرض على الدورة، في الدورة الحالية، الجزء المتبقي من التقرير الثاني للمقرر الخاص (A/CN.4/514) و Corr.1 و Corr.2 (بالإسبانية فقط)، المتعلق بمشروع المادتين ١٢ و ١٣، وكذلك تقريره الثالث (A/CN.4/523) و Add.1). ونظرت اللجنة في الأجزاء المتبقية من التقرير الثاني وفي الجزء الأول من التقرير الثالث، المتعلقة بالحالة التي وصلت إليها دراسة الحماية الدبلوماسية، وفي المادتين ١٤ و ١٥، في جلساتها ٢٧١٢ إلى ٢٧١٩ و ٢٧٢٩، المعقودة من ٣٠ نيسان/أبريل إلى ١٤ أيار/مايو وفي ٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٢، على التوالي. ونظرت بعد ذلك في الجزء الثاني من التقرير الثالث، المتعلق بالمادة ١٦، في جلساتها ٢٧٢٥ و ٢٧٢٧ إلى ٢٧٢٩، المعقودة في ٢٤ أيار/مايو ومن ٣٠ أيار/مايو إلى ٤ حزيران/يونيه، على التوالي.

١٠- وقررت اللجنة، في جلستها ٢٧١٩ المعقودة في ١٤ أيار/مايو ٢٠٠٢، إحالة الفقرات (أ) و(ب) و(د) (التي سينظر فيها بالاقتران مع الفقرة (أ)) و(هـ) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة. وقررت أيضاً في جلستها ٢٧٢٩ المعقودة في ٤ حزيران/يونيه ٢٠٠٢ إحالة الفقرة (ج) من مشروع المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة لتنظر فيها بالاقتران مع الفقرة (أ).

١١- ونظرت اللجنة في تقرير لجنة الصياغة عن مشاريع المواد ١ إلى ٧ [٨] في جلساتها ٢٧٣٠ إلى ٢٧٣٢ المعقودة من ٥ إلى ٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٢. واعتمدت المواد ١ إلى ٣ [٥] في جلستها ٢٧٣٠ والمواد ٤ [٩] و ٥ [٧] و ٧ [٨] في جلستها ٢٧٣١ والمادة ٦ في جلستها ٢٧٣٢.

١٢- واعتمدت اللجنة في جلساتها ... إلى ... المعقودة في ... التعليقات على مشاريع المواد سالف الذكر.

١ - تعليقات عامة على الدراسة

(أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

١٣- أشار المقرر الخاص، في عرضه لتقريره الثالث (A/CN.4/523) إلى أن موضوع الحماية الدبلوماسية هو من المواضيع الغنية بالمراجع المتاحة في شكل تدوين، أو اتفاقيات، أو ممارسات دول، أو اجتهاد قضائي، أو مذاهب

قانونية، وإلى أنه ليس هناك أي فرع من فروع القانون الدولي له من المراجع مثل هذا الموضوع. بيد أن الممارسة تتصف، في كثير من الأحيان، بعدم الاتساق والتضارب. وقال إن مهمته هي عرض جميع المراجع والخيارات لتمكين اللجنة من أن تختار بصورة مستنيرة ما يناسب من القواعد.

١٤- أما بشأن نطاق مشروع المواد، فقد أكد المقرر الخاص من جديد عدم الرغبة في تجاوز المواضيع التقليدية التي تدخل ضمن نطاق موضوع الحماية الدبلوماسية، وهي جنسية المطالبات، واستنفاد سبل الانتصاف المحلية. إلا أنه لاحظ أنه أريدت، خلال النقاش الذي دار في فترة الخمس سنوات السابقة، اقتراحات بإدراج عدد من المسائل الأخرى في ميدان الحماية الدبلوماسية، مثل الحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها، وحق الدولة التي تحمل سفينة أو طائرة جنسيتها في رفع دعوى بالنيابة عن الطاقم، وربما رفعها كذلك نيابة عن ركاب السفينة أو الطائرة، بغض النظر عن جنسية الأفراد المعنيين، والحالة التي تمارس فيها الدولة حماية دبلوماسية لصالح مواطن من مواطني دولة أخرى نتيجة لتفويض هذا الحق، والحالة التي تقوم فيها إحدى الدول أو إحدى المنظمات الدولية بإدارة إقليم ما أو السيطرة عليه. وأكد، رداً على تلك المقترحات، أن هذه القضايا، على أهميتها، ينبغي ألا تنظر فيها اللجنة في سياق مجموعة مشاريع المواد الحالية، وخاصة إذا كانت تنوي اعتماد مشاريع المواد في القراءة الأولى والقراءة الثانية بحلول نهاية فترة الخمس سنوات. وحذر علاوة على ذلك، من أن مناقشة بعض تلك القضايا، مثل الحالة التي تقوم فيها إحدى الدول أو المنظمات الدولية بإدارة إقليم ما أو السيطرة عليه، قد تتجاوز كثيراً ميدان الحماية الدبلوماسية التقليدي.

١٥- وأشار، إضافة إلى ذلك، إلى أن من المستحيل أن تنهي اللجنة دراسة الحماية الدبلوماسية من دون أن تبحث الحرمان من العدالة وشرط "كالفو"، اللذين يحتلان كلاهما مكاناً بارزاً في الاجتهاد القضائي بشأن الموضوع.

١٦- وأكد المقرر الخاص كذلك عزمه على النظر في جنسية الشركات في تقريره القادم.

(ب) موجز المناقشة

١٧- هُنيء المقرر الخاص لإعداده تقريره ولتناوله القضايا قيد البحث بعقل منفتح. وفي الوقت نفسه أبدى رأي يقول إن نهج المقرر الخاص يتسم، على ما يبدو، بعمومية مفرطة. ومن ثم، أعرب عن التأييد للنظر في القضايا الإضافية التي عددها المقرر الخاص في تقريره الثالث.

١٨- وطرح رأي مفاده أنه ينبغي عدم إدراج مسألة الحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات الدولية لموظفيها في مشروع المواد لأنها تشكل استثناءً لمبدأ الجنسية، وهو مبدأ جوهرى لقضية الحماية الدبلوماسية. فقد أوضحت

محكمة العدل الدولية، في فتاها بشأن التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة^(٩)، أن الدعوى التي رفعتها المنظمة لا تستند إلى جنسية الضحية وإنما إلى مركزه كموظف في المنظمة. وبالمثل، ذكرت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، في حكمها الصادر في ١١ أيلول/سبتمبر ١٩٦٤^(١٠)، أن موظفي منظمة العمل الدولية لا يُمنحون امتيازات وحصانات إلا بما يخدم مصالح المنظمة.

١٩- وعلى النقيض من ذلك، اقترح أن تنظر اللجنة في ما يترتب على حق المنظمات الدولية في ممارسة الحماية الدبلوماسية - لا الوظيفية - من آثار على دولة الجنسية. وقد أثارت محكمة العدل الدولية، في فتاها بشأن التعويض عن الأضرار، مسألة تنافس دعوى دولة الجنسية ودعوى الأمم المتحدة فيما يتعلق بالأضرار الشخصية التي تلحق بموظفي الأمم المتحدة واقترح أن تُدرس العلاقة بين الحماية الوظيفية والحماية الدبلوماسية دراسة متأنية، مع تضمين مشروع المواد إشارة ما إلى الحماية الوظيفية. وبالمثل، اقترح أن يُنص بصورة واضحة، كما ذكرت المحكمة في فتاها، إلى أن إمكانية التنافس بين حق الدولة في الحماية الدبلوماسية وحق المنظمة في الحماية الوظيفية لا يمكن أن تؤدي إلى مطالبتين أو إلى فعلين من أفعال الجبر. وعلى ذلك، يمكن أن تنظر اللجنة في ضرورة الحد من المطالبات والتعويضات.

٢٠- وأشار أيضاً إلى أن مسألة توفير المنظمات الدولية الحماية الوظيفية لموظفيها هي مسألة تم الدول الصغيرة التي تستخدم المنظمات الدولية بعض رعاياها، لأنه إذا كانت إمكانية توفير الحماية منوطة بدولة الجنسية وحدها، قد يكون هناك احتمال لعدم المساواة في المعاملة.

٢١- وتساءل آخرون عما إذا كان يمكن وصف حماية من هذا القبيل بالحماية الدبلوماسية. فإذا وافقت اللجنة على عدم إدراج حماية الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين ضمن نطاق الموضوع، فإن المنطق ذاته ينطبق على موظفي المنظمات الدولية. وبالمثل، فإن أفراد القوات المسلحة يتمتعون عادةً بحماية الدولة المسؤولة عن هذه القوات، ولكن هذه الحماية لا تعتبر في حد ذاتها "حماية دبلوماسية".

٢٢- وأعرب عن رأي آخر يقول إن التمييز بين الحماية الدبلوماسية والحماية الوظيفية لا ينطبق بالضرورة في سياق الحماية الدبلوماسية الممارسة بالنيابة عن أفراد القوات المسلحة. فإن هذه الحالات تعتبر تطبيقاً للمصالح القانونية للدولة التي تنتمي إليها القوات المعنية. ولئن كان رابط الجنسية التعبير الرئيسي للمصلحة القانونية في حالة رعايا الدولة وشركاتها ووكالاتها الوطنية، فإن القانون يعترف بأسس أخرى للمصلحة القانونية، مثل العضوية في القوات المسلحة.

(٩) 1949 I.C.J. Reports, p. 174

(١٠) In re Jurado, Judgment No.70

٢٣- ودعماً للاقتراح القاضي بتوسيع نطاق مشروع المواد ليشمل الحماية الدبلوماسية لأفراد الطواقم والركاب على متن السفن، أُشير إلى قضية السفينة "سايجا" (رقم ٢) (سان فنسنت وجزر غرينادين ضد غينيا)^(١١) لقانون البحار أنه يحق للدولة التي تحمل السفينة جنسيتها تقديم مطالبة بشأن الضرر الذي تكبده أفراد الطاقم، بصرف النظر عن جنسياتهم الفردية؛ وهكذا فإن دولة الجنسية لا تملك حقاً حصرياً في ممارسة الحماية الدبلوماسية. وفي الوقت ذاته، نُصح بتوخي الحذر فيما يتعلق بقضية السفينة سايجا، ذلك أن هذه القضية رفعت إلى المحكمة الدولية لقانون البحار بموجب الأحكام الخاصة الواردة في المادة ٢٩٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وليس كحالة عامة من حالات الحماية الدبلوماسية.

٢٤- وأشير أيضاً إلى أن تطور القانون الدولي يتميز بتزايد شدة الاهتمام باحترام حقوق الإنسان. وعليه، إذا كان يمكن للدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها أن توفر الحماية لأفراد طاقم هذه السفينة أو الطائرة، فإن هذا يعني توفير مزيد من الحماية وينبغي أن يُرحَّب به.

٢٥- وأكد آخرون أن المقرر الخاص على حق عندما يقترح ألا تدرج اللجنة ضمن نطاق مشروع المواد حق الدولة التي تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها في تقديم مطالبة نيابة عن الطاقم أو الركاب. وذكر أن القضية ليست قضية معرفة الطريقة التي ينبغي أن تحمي بها الدولة رعاياها في الخارج وإنما كيفية تفادي تنازع المطالبات المقدمة من دول مختلفة. فإذا كانت السفينة تحمل علم مجاملة، فلن تكون لدولة التسجيل مصلحة في ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا لم تقم الدول التي يحمل أفراد الطاقم جنسيتها بذلك. ووفقاً لهذا الرأي، فإن القانون البحري يشمل هذه الحالات على أي حال.

٢٦- ولوحظ أيضاً أن مسألة حماية طاقم السفينة غير مشمولة باتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار^(١٢) فحسب، وإنما أيضاً باتفاقات دولية سابقة. ولذا فإنها تقتضي زيادة النظر في الصكوك الدولية الأخرى.

٢٧- ولوحظ كذلك أن المبادئ القانونية التي تنظم المسائل المتعلقة بجنسية الطائرات مبينة بالفعل في القانون الدولي، وبخاصة في الكثير من الصكوك، مثل اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ بشأن الجرائم وغيرها من الأفعال المعينة المرتكبة على متن الطائرات، التي تنص، مثلاً، على الالتزام بالسماح لأفراد الطاقم والركاب بمتابعة الرحلة. وفي

The M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), (١١)

.International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999

.United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3 (١٢)

هذا المثال، فإن العامل الحاسم هو الصلة الخاصة بين دولة الجنسية أو دولة التسجيل، وسفينة أو طائرة معينة. وهذا المثال لا يشمل الأشخاص؛ وعلى الرغم من أن الصكوك الدولية المعنية تمنح الدولة في حالات معينة الحق في ممارسة امتيازات قد تشبه، للوهلة الأولى، الحماية الدبلوماسية، فإن تلك الحماية هي من طبيعة أخرى. وبالتالي، لا مكان لمثل هذه المسائل عند النظر في موضوع الحماية الدبلوماسية.

٢٨- وأعرب عن عدم الموافقة على اقتراح المقرر الخاص القاضي بالألا تنظر اللجنة في قضية ممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية لصالح مواطن يحمل جنسية دولة أخرى كنتيجة لتفويض مثل هذا الحق. فالقضية المطروحة هي وسيلة أعمال مسؤولية الدولة. وبالتالي، لا يوجد، من حيث المبدأ، سبب يمنع ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية في ظروف كهذه. وأشار آخرون إلى أنه إذا نُظر إلى الحماية الدبلوماسية كحق استثنائي للدولة، فإنه يمكن أن يشار في التعليق إلى أن للدولة الحق في أن تفوض إلى أشخاص آخرين من القانون الدولي ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن مواطنيها أو أشخاص آخرين تربطهم صلات حقيقية بها في إطار الاستثناءات المتعارف عليها لمبدأ الجنسية. بيد أن الأمر المهم هو عدم الخلط بين القواعد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، والأنواع الأخرى من حماية الأفراد أو مصالحهم.

٢٩- وأعرب عن التأييد لرأي المقرر الخاص القائل إن مشروع المواد يجب ألا ينظر في الحالة التي تسيطر فيها منظمة دولية على إقليم ما. وأشار إلى أن هذه الحالة تتعلق بشكل من أشكال الحماية محدد جداً، شكل يتصل على الأقل بالحماية الوظيفية قدر اتصاله بالحماية الدبلوماسية، وإلى أنه ينبغي للجنة، كما في حال المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، أن تغفل جميع القضايا المتعلقة بالمنظمات الدولية. وفي الوقت ذاته، أعرب عن التأييد للاقتراح القاضي بأن ينظر مشروع المواد في الحالة التي تزعم فيها دولة تدير إقليماً لا يخصها، أو تسيطر عليه، ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن سكان هذا الإقليم.

٣٠- وطبقاً لرأي آخر، فإن المنظمة الدولية، عندما تدير إقليماً ما، تؤدي جميع وظائف الدولة وينبغي، بناء على ذلك، أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بالأشخاص الذين قد يكونون منعدمي الجنسية أو قد تكون جنسيتهم غير واضحة. وفضلاً عن ذلك، إذا كان رابط الجنسية قد اتسم ببعض الأهمية في الماضي، عندما كانت الدول هي الجهات الوحيدة الفاعلة على المسرح الدولي، فقد بات هذا الرابط أقل أهمية في عالم يتعين على المنظمات الدولية فيه أن تضطلع بدور متزايد الكبر إلى جانب الدول. وأقترح، بناء على ذلك، أن يشمل مشروع المواد هذه القضية. وعلى العكس من ذلك، ذكر أن من خطل الرأي افتراض أن الوظائف الخاصة والمؤقتة التي تحوّل، على سبيل المثال، إلى الأمم المتحدة بوصفها القائمة على إدارة إقليم ما، هي وظائف مماثلة لإدارة الدول للأقاليم.

٣١- وأبدي رأي آخر أكد فيه أن لب قضية الحماية الدبلوماسية هو مبدأ الجنسية، أي الصلة بين الدولة ورعاياها في الخارج. فعندما تدعي الدولة أن لها مصلحة قانونية في ممارسة الحماية الدبلوماسية إزاء ضرر لحق بأحد رعاياها من جراء فعل غير مشروع دولياً، فإن الصلة بين المصلحة القانونية والدولة هي جنسية المواطن. وإذا شمل مشروع المواد القضايا الإضافية المقترحة، ولو كحالات استثنائية، فإنه يُعتقد أن ذلك سيؤثر، لا محالة، على طبيعة القواعد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، إذ إنه سيوسع على نحو لا مبرر له حق الدول في التدخل.

٣٢- واقترح أيضاً أن يشار على الأقل إلى تلك القضايا الإضافية في التعليق إذا كانت اللجنة ستقرر عدم النظر فيها.

٣٣- ونظرت اللجنة كذلك في عدة مقترحات أخرى بشأن قضايا يمكن إدراجها ضمن نطاق مشروع المواد. وبحث مسألة ما إذا كان من الضروري أن تدرج في مشروع المواد إشارة إلى مذهب "نظافة الكف". وأعرب عن رأي يقول إن هذا المذهب، رغم أنه ذو صلة بالمناقشة الدائرة بشأن الحماية الدبلوماسية، لا يمكن أن يعامل معاملة خاصة في مشروع المواد. وأشار إلى مثال معاملة المذهب في سياق عمل اللجنة بشأن موضوع مسؤولية الدول، حيث قررت اللجنة أنه لا يشكل ظرفاً نافياً لعدم المشروعية^(١٣). وبالمثل، أشير إلى أن كون الشخص غير "نظيف الكف" لا يبرر حرمانه من الحماية الدبلوماسية.

٣٤- وأعرب عن تحفظات أخرى بشأن الوضع القانوني لمفهوم "نظافة الكف". وأشار إلى أن هذا المفهوم لا يستخدم كثيراً، إلا كحجة تمييزية، وإلى أن اللجنة يجب أن تحذر من إضفاء الشرعية عليه "بصورة عرضية". وعلى النقيض من ذلك، ذُكر أن طرح القضية فيما يتصل بالحماية الدبلوماسية أمر مشروع. وإن مسألة ما إذا كان الشخص الذي تمارس لصالحه الحماية الدبلوماسية "نظيف الكف" أم لا هي مسألة لا يمكن تجاهلها؛ وأياً كانت الاستنتاجات المستخلصة منها، من المهم إثارة القضية. إلا أن آخرين أشاروا إلى أن من الأفضل ألا تتخذ اللجنة أي موقف بشأن قاعدة "نظافة الكف" في هذا الاتجاه أو ذاك.

٣٥- ونظرت اللجنة أيضاً في ضرورة إدراج حكم بشأن الحرمان من العدالة. وأشار إلى أن اللجنة لم تتوخَّ في السابق الإشارة إليه صراحةً في مشروع المواد. وأكد أيضاً أن مفهوم الحرمان من العدالة هو جزء من القانون الوضعي ومن موضوع معاملة الأجانب، ولا يتصل مباشرة بالحماية الدبلوماسية. ويحدث أن يكون الأجانب الذين يلجأون إلى المحاكم ضحية حرمان من العدالة أحياناً، وهذا الأمر قد يحدث بصرف النظر تماماً عن أية ظروف يتم فيها اللجوء إلى وسائل الانتصاف بوصفها هذا. ولذا فإن تناول هذا الموضوع أمر غير منطقي وسيثير صعوبات هائلة أمام اللجنة.

(١٣) انظر، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/54/10)،

٣٦- وعلى العكس من ذلك، أشير إلى أن مسألة الحرمان من العدالة تمس مشكلة تتعلق بالمضمون، نظراً إلى أنها تتصل بالمساواة في المعاملة بين الأجانب وغير الأجانب في مجال الاحتكام إلى النظم القضائية. وقد عالج القانون الدولي الخاص هذا الموضوع بإسهاب، وهناك اتفاقيات بشأنه، وبخاصة على مستوى البلدان الأمريكية، تنص على حق الأجانب في اللجوء إلى نفس أساليب الطعن التي يلجأ إليها مواطنو البلد - وهو حق أعيد تأكيده في نصوص أخرى أحدث. ومن الصعب إغفال مسألة الحرمان من العدالة، بوصفها هذا، وهي مسألة قد تكون إحدى الحالات التي تقود إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية.

٣٧- وأبدت اقتراحات أخرى تدعو إلى التفكير في بحث آثار ممارسة الحماية الدبلوماسية كجزء من الدراسة الحالية.

٣٨- وأعرب أيضاً عن التأييد لاقتراح المقرر الخاص الداعي إلى النظر في مسألة توفير الحماية الدبلوماسية للشركات.

٣٩- وفيما يتعلق باستخدام المصطلحات، أشير إلى أن مفهوم "جنسية المطالبات" مثير للالتباس، وأنه، كمفهوم خاص بالبلدان الناطقة بالإنكليزية، ليس له ما يماثله في اللغات الرسمية الأخرى. واعترف المقرر الخاص، رداً على ذلك، بأن للعبارة دلالة ذات صلة بالقانون العام، لكنه أشار إلى أن رئيس محكمة العدل الدولية آنذاك استخدمها، رغم أنه غير ناطق باللغة الإنكليزية، في الرأي المتعلق بالتعويضات عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٤٠- لاحظ المقرر الخاص أنه يبدو أنه يوجد بشكل عام تأييد لرغبته في قصر مشروع المواد على القضايا المتعلقة بجنسية المطالبات وبقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، بحيث يتسنى إنهاء النظر في الموضوع في غضون فترة الخمس سنوات التي حددتها اللجنة.

٤١- وأشار، فيما يتعلق بالقضايا المحددة في تقريره الثالث والمرتبطة بجنسية المطالبات ولكن التي لا تقع تقليدياً في نطاق هذا الميدان، إلى أن إجراء دراسة كاملة للحماية الوظيفية التي توفرها المنظمات لموظفيها لم يلق التأييد. بيد أن بعض المتحدثين شددوا على ضرورة التمييز بين الحماية الدبلوماسية والحماية الوظيفية في التعليق، مع الإشارة بوجه خاص إلى رد المحكمة على السؤال الثاني من الرأي المتعلق بالتعويضات عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة، حول كيفية التوفيق بين ممارسة الأمم المتحدة للحماية الوظيفية، وحق دولة الجنسية في حماية مواطنيها. وقال إنه يقترح معالجة المسألة في إطار التعليق على المادة ١ وفي سياق تنافس دعاوى الحماية، وإن كان لا يزال مستعداً لبحث إمكانية إدراج حكم مستقل بشأن الموضوع.

٤٢ - وأشار المقرر الخاص إلى أنه يبدو أيضاً أنه لا يوجد قدر كبير من التأييد للاقتراح القاضي بتوسيع نطاق مشروع المواد ليشمل حق الدولة التي ترفع السفينة أو الطائرة علمها في تقديم مطالبة نيابة عن طاقم وركاب هذه السفينة أو الطائرة، بيد أنه ذكر أن القضية ستعالج كذلك في التعليق، مع الإشارة بوجه خاص إلى قضية السفينة "سايجا" *M/V Saiga*.

٤٣ - أما القضية التي تفوض فيها إحدى الدول حق ممارسة الحماية الدبلوماسية إلى دولة أخرى، فقد لاحظ أنها لا تنشأ كثيراً على صعيد الممارسة، وأنها لا تناقش إلا لماماً في المؤلفات القانونية. وأشار أيضاً إلى أن القضية معالجة بصورة جزئية في سياق المادة المتعلقة باستمرار الجنسية.

٤٤ - وأشار المقرر الخاص كذلك إلى أن الاقتراح القاضي بأن يدرج ضمن نطاق الدراسة موضوع ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب دولة تدير إقليمياً ما أو تسيطر عليه أو تحتله، قد لقي بعض التأييد، على ضالته. وأشار أيضاً إلى أن بعض الأعضاء اقترحوا النظر في مسألة توفير حماية من جانب منظمة دولية للأشخاص الذين يعيشون في إقليم خاضع لرقابتها، مثل الأمم المتحدة في كوسوفو و(سابقاً) في تيمور الشرقية. وعلى الرغم من أن الفكرة لقيت بعض التأييد، فإنه يرى أن غالبية أعضاء اللجنة يعتقدون أنه يمكن تناول القضية على نحو أفضل في سياق مسؤولية المنظمات الدولية.

٤٥ - وفيما يتعلق بمبدأ "نظافة الكف"، أشار المقرر الخاص إلى أنه قد ينشأ فيما يتصل بسلوك الشخص المتضرر، أو الدولة المدعية، أو الدولة المدعى عليها، مما يجعل من الصعب وضع قاعدة تسري على جميع الحالات. وأشار إلى أن تلك القضية ستشملها إضافة لتقريره الثالث تتعلق بشرط "كالفو" (A/CN.4/523/Add.1)، كما سيشملها التعليق على المادة ٣ [٥] في سياق قضية *Nottebohm*^(١٤) وفيما يتصل بجنسية الشركات، في سياق قضية *Barcelona Traction*^(١٥).

٤٦ - أما الحرمان من العدالة، فقد أشار المقرر الخاص إلى أنه لا يجذب إدراج مادة بشأنه، إلا أنه قال إنه لا بد من الاعتراف بأن هذا القضية احتلت، كما في حالة شرط "كالفو"، مكاناً بارزاً في تطور الحماية الدبلوماسية، وبخاصة في

(١٤) *I.C.J. Reports 1995*, p. 4

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. (١٥)

Reports 1970, p. 3

أمريكا اللاتينية، وأن العديد من أعضاء اللجنة المنحدرين من تلك المنطقة قد أثاروا هذه القضية مراراً. وأضاف قائلاً إنه يستخلص من المناقشة التي درت في اللجنة أن أغلبية الأعضاء يعارضون إدراج تلك القضية في الدراسة، أو، في أفضل الأحوال، يتخذون موقفاً محايداً في هذا الشأن. وقد شدد عدة أعضاء على أنها قاعدة أولية، بينما أشار آخرون إلى أن الحرمان من العدالة ينشأ بالفعل في عدد من السياقات الإجرائية، وأنه، بالتالي، شكل من أشكال القواعد الثانوية. على أن مضمون مفهوم الحرمان من العدالة غير واضح. فلقد تعلق، في بداية القرن العشرين، برفض السماح بالوصول إلى المحاكم؛ وأدرج فقهاء أمريكا اللاتينية في هذا المفهوم التحيز القضائي والتأخر في إقامة العدل، بينما رأى آخرون أن الحرمان من العدالة لا يقتصر على القيام أو عدم القيام بعمل قضائي، وإنما يتضمن انتهاكات القانون الدولي التي ترتكبها الإدارة والسلطة التشريعية، وبالتالي، فإنه يشمل ميدان مسؤولية الدولة برمتها. وفي الوقت الحاضر، تتمثل وجهة النظر العامة في أن الحرمان من العدالة يقتصر أفعال السلطة القضائية أو على عدم عدالة القرارات القضائية. وعلى أية حال، قلّت الإشارة إليه أكثر فأكثر في الاجتهاد القضائي واستعيب عنه إلى حد كبير بمعايير العدالة المبينة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، ولا سيما المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(١٦). وبما أن اللجنة تعتقد تماماً أن هذا المفهوم، لا يمتُّ بصلّة إلى الدراسة، فإنه لم يعد يعتزم إصدار إضافة بشأنه.

٢ - المادتان ١٢ و ١٣^(١٧)

(أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

٤٧ - ذكّر المقرر الخاص بأنه قد تناول المادتين ١٢ و ١٣ في تقريره الثاني المقدم إلى الدورة الثالثة والخمسين في عام ٢٠٠١، إلا أنه لم يتم النظر فيهما لضيق الوقت. وأشار إلى أنه ينبغي قراءة المادتين معاً، واقترح، بالتالي، أن يتم

(١٦) United Nations, *Treaty Series*, vol 999, p.171.

(١٧) فيما يلي نص المادتين ١٢ و ١٣:

المادة ١٢

يعد الشرط القاضي بضرورة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً إجرائياً مسبقاً يتعين التقيد به قبل أن يجوز للدولة تقديم مطالبة دولية بناء على ضرر لحق بمواطن نتيجة لفعل غير مشروع دولياً ارتكب ضد المواطن عندما يشكل الفعل موضع الشكوى خرقاً للقانون المحلي والقانون الدولية معاً.

المادة ١٣

عندما يتخذ مواطن أجنبي إجراءات قانونية أمام المحاكم المحلية لدولة من أجل الحصول على إنصاف من انتهاك للقانون المحلي لتلك الدولة لا يرقى إلى فعل غير مشروع دولياً، يجوز أن تتحمل الدولة التي تُتخذ فيها هذه الإجراءات مسؤولية دولية إذا كان هناك حرمان من العدالة بالنسبة للمواطن الأجنبي. ورهناً بالمادة ١٤، يتعين على المواطن الأجنبي المضرور استنفاد أي سبل انتصاف محلية أخرى قد تكون متاحة قبل أن تقدم مطالبة دولية بالنيابة عنه.

تناولهما بصورة مشتركة. وتتعلق كلتاها بمسألة معرفة ما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية أم موضوعية - وهي من أشد المسائل إثارة للجدل في ميدان استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٤٨ - ولاحظ أن اللجنة اتخذت في السابق موقفاً بشأن المسألة في سياق موضوع مسؤولية الدول. وذكّر بأنه تم اعتماد نص في عام ١٩٧٧ وتأكيد في عام ١٩٩٦ كجزء من القراءة الأولى لمشروع المواد بشأن ذلك الموضوع^(١٨). على أن القاعدة هي، في نظره، قاعدة إجرائية أساساً أكثر منها موضوعية، وبالتالي، يجب إعادة النظر في المسألة.

٤٩ - وقال إن هناك ثلاثة مواقف: الموقف الأول هو أن القاعدة موضوعية، والثاني هو أنها إجرائية، والثالث هو الموقف الذي أسماه بالموقف "المختلط". ويؤكد أصحاب الموقف الأول، بمن فيهم بورشارد وآغو، أن الفعل غير المشروع دولياً الذي تقوم به الدولة المعتدية لا يكتمل إلا عند استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهنا، تشكل قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً موضوعياً يتوقف عليه وجود المسؤولية الدولية ذاته.

٥٠ - ويقول أولئك الذين يؤيدون الموقف الثاني ومنهم مثلاً أميراسنغ، إن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرط إجرائي يجب استيفاؤه قبل أن يكون في الإمكان تقديم مطالبة دولية.

٥١ - وأما الموقف الذي يجمع بين الموقفين السابقين، والذي يتبناه فوسيت، فيميز بين الضرر الذي يلحق بأجنبي بموجب القانون الداخلي والذي يلحق به بموجب القانون الدولي. فإذا كان الضرر ناشئاً عن انتهاك القانون الداخلي وحده وعلى نحو لا يشكل خرقاً للقانون الدولي، كأن يتم مثلاً حرق عقد امتياز، فإن المسؤولية الدولية لا تنشأ إلا عن فعل تقوم به الدولة المدعى عليها ويشكل حرماناً من العدالة، ومن ذلك مثلاً تحيز القضاء عندما يحاول الأجنبي إعمال حقوقه في محكمة محلية. وفي هذه الحالة، فإن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تعتبر، بوضوح، شرطاً موضوعياً يجب استيفاؤه. أما إذا كان الضرر الذي لحق بالأجنبي يشكل انتهاكاً للقانون الدولي، أو للقانون الدولي والقانون المحلي معاً، فإن المسؤولية الدولية تنشأ وقت وقوع الضرر، وتكون قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً اجرائياً لتقديم المطالبة الدولية.

(١٨) المادة ٢٢. انظر Yearbook... 1977, vol II (Part Two), para. 31؛ حولية... ١٩٩٦، المجلد

الثاني (الباب الثاني)، الفقرة ٦٥.

٥٢ - وأشار كذلك إلى أن البعض يقولون إن المواقف الثلاثة هي مواقف أكاديمية صرفة، إلا أن مسألة الوقت الذي تنشأ فيه المسؤولية الدولية تتسم غالباً بأهمية عملية كبيرة. أولاً، فيما يتعلق بجنسية المطالبة، يجب أن يكون الأجنبي مواطناً وقت ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً. ومن ثم، من المهم التأكد من الوقت الذي ارتكب فيه الفعل غير المشروع دولياً. ثانياً، قد تنشأ مشكلة اختصاص، كما حدث في قضية *الفوسفات في المغرب*^(٩)، التي طرحت فيها مسألة معرفة الوقت الذي تنشأ فيه المسؤولية الدولية بغرض تقرير ما إذا كانت المحكمة تتمتع باختصاص أم لا. ثالثاً، لن يكون في مقدور الدولة التنازل عن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية إذا كانت القاعدة موضوعية، نظراً إلى أنه لن يكون قد ارتكب فعل غير مشروع دولياً في حالة عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٥٣ - ولاحظ المقرر الخاص أن المصادر لا توضح النهج الذي ينبغي اتباعه، مما يشير صعوبة. وأوجز مختلف محاولات التدوين السابقة، كما وصفها في تقريره. فبينما فضلت اللجنة في عام ١٩٧٧ الرأي القائل بموضوعية القاعدة في ما كان يشكل آنذاك المادة ٢٢ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، تبني كوكوت في رابطة القانون الدولي الرأي القائل بأن القاعدة إجرائية صرفة.

٥٤ - وأشار المقرر الخاص إلى أن القرارات القضائية أيضاً قرارات مبهمة وتحتل تفسيرات مختلفة تؤيد الرأي القائل بالقاعدة الإجرائية تارة، والقاعدة الموضوعية، تارة أخرى. ففيما يتعلق بقضية *الفوسفات في المغرب*، مثلاً، أكد المقرر الخاص آغو أن المحكمة الدولية لم تصدر حكماً يتعارض مع الرأي القائل بالقاعدة الموضوعية. إلا أن تفسير المقرر الخاص لمقطع رئيسي من القرار هو أن المحكمة أيدت الحجة الفرنسية القائلة إن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ليست أكثر من قاعدة إجرائية.

٥٥ - وأشار المقرر الخاص إلى أن ممارسة الدول ليست ذات فائدة كبيرة لأنها تتخذ في العادة شكل حجج تقدم في الدعاوى الدولية ولأنه لا مناص من أن تتبنى الدولة الموقف الذي يخدم مصالحها خير خدمة. ومن ثم، لا يمكن استخلاص استنتاج واضح من الحجج التي تقدمها الدول.

٥٦- وأشار كذلك إلى أن آراء الأوساط الأكاديمية منقسمة بشأن هذه القضية. واعترف بأن الموقف الثالث، الذي يفضلهُ هو، لم يلق الكثير من الاهتمام. فعلى سبيل المثال، فإن الدولة التي تعذب أجنبياً تتحمل مسؤولية دولية لحظة ارتكاب الفعل، لكنها قد تجد نفسها أيضاً قد انتهكت تشريعها الخاص بها. وإذا وُجدت وسيلة انتصاف محلية، فيجب أن تُستنفد قبل أن يكون في الامكان رفع دعوى دولية؛ وفي مثل هذه الحالة، فإن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية في طبيعتها. ويحاول مشروعاً المادتين ١٢ و ١٣ وضع هذا الاستنتاج موضوع التنفيذ، وإن الآراء الأكاديمية توفر بعض الدعم لموقف من هذا القبيل.

٥٧- وقال إن اللجنة تواجه أيضاً قرار التخلي عن الموقف الذي اعتمده في المادة ٢٢ السابقة من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول. بيد أن المقرر الخاص المعني بمسؤولية الدول آنذاك قد افترض، عند اقتراح تلك المادة، أن الوثيقة في شكلها النهائي ستميز بين الالتزامات المتعلقة بالسلوك والالتزامات المتعلقة بالنتيجة، وهو تمييز لم يؤخذ به. ومن ثم، يرى المقرر الخاص أن اللجنة حرة في اعتماد الموقف الذي اقترحه.

(ب) موجز المناقشة

٥٨- أشير، دعماً للرأي القائل بالقاعدة الموضوعية، إلى أنه عندما يُشترط استنفاد سبل الانتصاف المحلية ولا يتم استنفادها، فإنه لا يمكن ممارسة الحماية الدبلوماسية. وبالتالي، لا يمكن التقدم بأية مطالبة فيما يتصل بخرق مزعوم ولا يمكن اتخاذ تدابير مضادة. وفي هذه الحالة، لا يتضح المعنى العملي لخرق مزعوم ليست له آثار على المستوى الدولي بالنسبة للدولة أو للفرد المعني، ولا يتوفر بشأنه سبيل انتصاف. ولما كان الشرط المسبق ينطبق على جميع الاجراءات المتعلقة بمثل هذه الحالة، فيجب أن ينظر إليه على أنه موضوعي.

٥٩- وأعرب آخرون عن تأييدهم للرأي القائل بالقاعدة الإجرائية. فأشير، فيما يتصل بإصدار حكم ايضاحي في حال عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، إلى أن استنفاد سبل الانتصاف المحلية لا يشكل امكانية عملية من وجهة نظر الدول الصغيرة، وذلك مثلاً، بسبب الكلفة الباهظة للإجراء. وإن الحصول على حكم ايضاحي في غياب سبل الانتصاف المحلية يحتمل أن يكون ترضية هامة تؤدي إلى تغييرات عملية. بيد أن اعتبار قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية قاعدة موضوعية يحول دون إتاحة مثل هذه الامكانية.

٦٠- وأعرب أحد الأعضاء عن تفضيله "الرأي الثالث" الذي تبناه فوسيت، والذي وصفه المقرر الخاص في تقريره. وعلى النقيض من ذلك، أعرب عن رأي مفاده أن الامكانيات المختلفة التي أشار إليها فوسيت في دراسته المتعلقة بالتمييز بين سبل الانتصاف المتاحة بموجب القانون المحلي وتلك المتاحة بموجب القانون الدولي قد تفضي إلى نقاش نظري من شأنه أن يعقد المسألة على نحو لا ضرورة له.

٦١- وكان الرأي السائد في اللجنة هو وجوب حذف مشروعَي المادتين ١٢ و ١٣ لأنهما لا يضيفان شيئاً إلى المادة ١١. وسُلمَ بأنه رغم احتمال أن تترتب بعض الآثار على اعتماد واحدة أو أخرى من النظريات، ورغم أن مسألة معرفة ما إذا كانت سبل الانتصاف موضوعية أم إجرائية في طبيعتها هي مسألة لا يمكن إلى حد ما تفاديها في ظروف خاصة مثل تلك الواردة في قضية *الفوسفات في المغرب*، فإن هذه الأمور لا تتصف بأهمية أساسية تبرر ادراجها في مشروع المواد المعني. وبالمثل، ذُكر أن التمييز غير مفيد جداً أو مهم كنهج شامل لمشكلة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، كما أنه ليس له غرض عملي كبير. وفي الواقع، أُعرب عن خشية من أن يؤدي مثل هذا التمييز إلى تعقيد مهمة اللجنة إلى حد كبير، لأنه سيستتبع النظر بالتفصيل في سبل الانتصاف الواجب استنفادها. وذُكر أيضاً أن المادتين ١٢ و ١٣ تكرران بيان المبدأ الوارد في المادتين ١٠ و ١١ أو تشيران إلى مفاهيم، لم تُحكما صياغتها، مثل مفهوم الحرمان من العدالة.

٦٢- وأشير، علاوة على ذلك، إلى أن التمييز يفقد أهميته، على ما يبدو، عندما يُنظر إليه في سياق الحماية الدبلوماسية حصراً. فالمسلّمة هي أنه تم القيام بفعل غير مشروع دولياً؛ والمسألة الوحيدة التي يجب أن يُنظر فيها هي، إذاً، معرفة الشروط - وربما الإجراءات - التي يمكن بموجبها المطالبة بالجبر عندما يلحق الضرر بالفرد؛ لأن الحماية الدبلوماسية لن تنشأ في حال عدم وجود فعل غير مشروع دولياً. وإذا نُظر إلى القضية من هذا المنظور، فإنها تبدو واضحة المعالم: فالحماية الدبلوماسية إجراء يمكن بواسطته أعمال المسؤولية الدولية للدولة؛ ويعتبر استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً مسبقاً لتنفيذ ذلك الإجراء؛ ولا يهم كثيراً ما إذا كانت القاعدة موضوعية أو إجرائية.

٦٣- وأشير إلى أن التمييز أُجري أصلاً في سياق تحديد اللحظة التي يرتكب فيها الفعل غير المشروع خلال النظر في موضوع مسؤولية الدول. والمسألة هي ما إذا كانت مسؤولية الدولة تنشأ حال ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً، بصرف النظر عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية. واقترح بالتالي، أن تتبع اللجنة، لأغراض الاتساق، النهج المتبع في المادة ٤٤، "جواز قبول المطالبات"، من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول. وبالمثل، أشير إلى أن صياغة المادة ١٢ تفسح المجال لتساؤلات من قبيل: كيف يمكن أن يشكل خرق القانون المحلي، من تلقاء نفسه، فعلاً غير مشروع دولياً. فهذا يبدو متناقضاً مع روح ونص المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، ولا سيما المادة ٣.

٦٤- وإضافة إلى ذلك، أعرب بعض المتحدثين عن عدم تأييدهم للرأي القائل إن التنازل لا يتفق مع الطبيعة الموضوعية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. فيجوز للدول أن تتنازل عن شرط مسبق لجواز القبول فيما يتعلق بقضية موضوعية أو إجرائية على السواء. وإن بعض القواعد ليست قواعد قطعية في طبيعتها وإنما قواعد قابلة للاتفاق بين الدول.

٦٥- وأشار كذلك إلى أن مسألة طبيعة قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية تثير مسائل نظرية صعبة وتترتب عليها آثار سياسية إذ إنه يُنظر إلى النظرية الإجرائية على أنها تقلل من أهمية قاعدة يعتبرها الكثير من الدول قاعدة جوهرية. وبالنظر إلى هذه المشاكل وإلى عدم وجود توافق آراء داخل اللجنة، رئي أنه ليس من الحكمة تأييد أي من الآراء المتضاربة.

٦٦- وأعرب أيضاً عن رأي مفاده أنه يمكن للجنة، بدلاً من ذلك، أن تنظر في دراسة تجريبية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية استناداً إلى السياسات، والممارسة، والتاريخ. فذكر، مثلاً، أن مبدأ تحمل الخطر، ووجود صلة طوعية بين الأجنبي والدولة المضيفة، وتطبيق سبل الانتصاف المحلية بما يتفق مع الحس العام، هي أمور قد تكون أكثر أهمية من القضايا الإجرائية أو الموضوعية.

٦٧- وأعرب عن اقتراح آخر يفيد بأنه يمكن معالجة القضية في التعليقات على المواد ١٠ و ١١ و ١٤.

٦٨- وأكد آخرون أن المادتين ١٢ و ١٣ مفيدتان ولكن ليس بالشكل الذي عرضتا فيه. وأعرب عن رأي يقول إن قاعدة استنفاد وسائل الانتصاف المحلية، وإن كانت مسألة إجرائية، قد تكون لها نتائج موضوعية أيضاً. وعلى ذلك، اقترح إنشاء استثناءات لمراعاة الحالات التي قد يكون فيها تطبيق القاعدة غير منصف، مثل حالة تغيير الجنسية أو رفض قبول اختصاص محكمة دولية. وفي حالة كهذه، من الضروري تحديد الوقت الذي يبدأ فيه حق الدولة في المطالبة بالحماية الدبلوماسية، ويرجح أن يكون هذا الوقت هو الوقت الذي يحدث فيه الضرر لمواطن تلك الدولة. فإذا صيغت المادتان ١٢ و ١٣ على هذا النحو، فلن يكون هناك ازدواج بينها وبين المادة ١٠.

٦٩- وأبدي أيضاً اقتراح يقضي بالألا تحال إلى لجنة الصياغة إلا المادة ١٢ وبأن تحذف المادة ١٣ لكونها تقع خارج نطاق مشروع المواد نظراً إلى أنها تتناول حالة يكون فيها الضرر ناجماً عن انتهاك القانون المحلي.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٧٠- أكد المقرر الخاص أنه لا يفضل جداً الإبقاء على التمييز بين النهجين الإجرائي والموضوعي في مشروع المواد. وأيد الرأي القائل إن هذا التمييز لا يشكل إطاراً عاماً لدراسة الحماية الدبلوماسية. بيد أنه قال إنه لا يمكن تجاهله تماماً في دراسة عن استنفاد سبل الانتصاف المحلية، لأنه احتل مكاناً بارزاً في القراءة الأولى لمشروع المواد المتعلق بمسؤولية الدول، ولا سيما المادة ٢٢ منه، وكذلك في جميع المؤلفات التي تناولت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وتترتب عليه أيضاً آثار عملية لدى تحديد الوقت الذي يحدث فيه الضرر، وهي قضية تنشأ فيما

يتصل بجنسية المطالبات، لأن الأجنبي الذي لحق به الضرر يجب أن يكون من مواطني الدولة المعنية وقت وقوع الضرر.

٧١- ورداً على الاقتراح القائل بأنه كان من الأجدى تقديم أساس منطقي لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بالنظر في أسباب إنشاء القانون الدولي لهذه القاعدة، أشار إلى أنه كان قد أدرج في تقريره الأول فرعاً استهلالياً حول الأساس المنطقي لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، إلا أنه لم يلق ترحيباً كبيراً من جانب اللجنة. وقال إنه سيستدرك هذا الاغفال في التعليق على المادة ١٠.

٧٢- ولاحظ أن المادتين ١٢ و ١٣ قد تعرضتا لانتقاد كبير ولم تحظيا بقبول عام. وقد نُظِرَ إليهما على أنهما تتصفان بطابع نظري بالغ، وأهما غير وثيقتي الصلة بالموضوع، وقائمتان على النهج الثنائي، ومتأثرتان أكثر مما يجب بالتمييز بين الشكل والمضمون. واعترف بأن بعض الانتقادات التي أبديت بشأن المادة ١٣ هي انتقادات وجيهة. واستشهد بمثال هو أن الحماية الدبلوماسية تبدأ عندما يتم خرق قاعدة دولية، في حين أن المادة ١٣ تتناول، بصورة رئيسية، الحالات التي لم يحدث فيها بعد فعل غير مشروع دولياً. ولاحظ أيضاً أن بعض الأعضاء أشاروا إلى أن المادة ١٣ تتناول بصورة رئيسية قضية الوقت الذي يرتكب فيه الفعل غير المشروع دولياً؛ فمن الواضح، إذاً، أنهما لا تقع ضمن نطاق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٧٣- واقترح، بالتالي، ألا تحال المادتان ١٢ و ١٣ إلى لجنة الصياغة، وهو حل له ميزة تفادي مسألة تحديد ما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية هي قاعدة إجرائية أم موضوعية في طبيعتها، وسيترك الأعضاء أحراراً في أن يكون لهم رأيهم الخاص في المسألة.

٣- المادة ١٤

[انظر: A/CN.4/L.619/Add.1]

٤ - المادة ١٥ (٢٠)

(أ) العرض الذي قدمه المقرر الخاص

٧٤- قال المقرر الخاص إن عبء الإثبات في سياق المنازعات الدولية يتعلق بالأمر الذي يجب إثباته وبالطرف الذي يجب أن يُثبت. وهذا الموضوع يصعب تدوينه، أولاً، لأنه لا توجد في القانون الدولي قواعد مفصلة من النوع الموجود في معظم النظم القانونية الوطنية، وثانياً، لأن الظروف تختلف من حالة إلى حالة ولأنه يصعب وضع القواعد العامة التي تسري على جميع الحالات. بيد أنه يرى أن الموضوع يتسم بأهمية بالنسبة لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وبالتالي، هناك ما يسوّغ إدراجه في المشروع.

٧٥- وأشار كذلك إلى أن المبدأ العام هو أن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعي. والفقرة ١ من المادة ١٥ تبين ذلك المبدأ. على أنه يرى أن المبدأ العام غير كاف وبالتالي، فإنه يقترح مبدأين إضافيين أدرجا في الفقرة ٢. وهما يتعلقان بعبء الإثبات فيما يتصل بتوفر سبل الانتصاف المحلية وفعاليتها. وذكر بأن المحاولات السابقة الهادفة إلى تدوين قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية قد تجنبت إغراء وضع أحكام بشأن تلك المواضيع.

٧٦- ولاحظ أن هيئات رصد معاهدات حقوق الإنسان قد نظرت في هذا الموضوع بشيء من الإسهاب، وأن اجتهادات هذه الهيئات تؤيد طرحين هما أن على الدولة المدعى عليها أن تثبت أنه كان هناك سبيل انتصاف متاح لم تستنفده الدولة المدعية، وأن على الدولة المدعية أن تثبت، في حال وجود سبل انتصاف متاحة، أن هذه السبل غير فعالة أو أن ثمة استثناء من الاستثناءات المتعلقة بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ينطبق في هذه الحالة. غير أنه سلم بأن هذه الاجتهادات مستلهمة بقوة من الصكوك التي أنشأت هيئات رصد المعاهدات وأن من المشكوك فيه ما إذا كانت المبادئ التي تبسطها تلك الهيئات ذات صلة مباشرة بالمبادئ العامة للحماية الدبلوماسية.

(٢٠) فيما يلي نص المادة ١٥:

المادة ١٥

١- تتقاسم الدولة المدعية والدولة المدعى عليها عبء الإثبات في المسائل المرتبطة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية وفقاً للمبدأ القائل إن البينة على من ادعى.

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

(أ) يقع عبء الإثبات على الدولة المدعى عليها لتثبت أن الدعوى الدولية دعوى تنطبق

عليها قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وبأن سبل الانتصاف المحلية المتاحة لم تستنفد؛

(ب) يقع عبء الإثبات على الدولة المدعية لتثبت وجوة أي من الاستثناءات المشار إليها في

المادة ١٤ أو لتثبت أن الدعوى تتعلق بضرر مباشر لحق بالدولة نفسها.

٧٧- أما بشأن القرارات القضائية وقرارات التحكيم، فقد قال المقرر الخاص إنه يمكن ذكر قضايا لقيت فيها المبادئ التي أوجزها بعض التأييد، مثل قضية سكة حديد بانيفيزس - سالدوتيسكيس^(٢١)، والتحكيم في قضية السفن الفنلندية^(٢٢)، ودعوى أمباتيلوس^(٢٣)، وقضية إلسي^(٢٤)، وقضية الحادث الجوي الذي وقع في ٢٧ تموز/يوليه ١٩٥٥ (إسرائيل ضد بلغاريا)^(٢٥)، وقضية القروض النرويجية^(٢٦). ويمكن أن يستخلص من هذه القضايا استنتاجان: الأول هو أن عبء الإثبات يقع على الدولة المدعى عليها، بمعنى أنه يتعين أن تثبت توفر سبل الانتصاف المحلية، والثاني هو أنه يقع على الدولة المدعية عبء اثبات أن سبل الانتصاف، رغم أنها كانت موجودة، لم تكن فعالة أو أنه ينطبق استثناء ما آخر، كأن يكون قد لحق بالدولة المدعية ضرر مباشر مثلاً.

٧٨- وفي الوقت ذاته، اعترف بأن من الصعب وضع قواعد عامة، نظراً إلى أن النتائج ترتبط بوقائع كل حالة. وأشار إلى قضية القروض النرويجية التي تنطوي على نمط محدد من الوقائع والتي وضع القاضي لاوتربخت في سياقها أربعة مبادئ تلقى قدراً كبيراً من التأييد في المؤلفات: أولاً - يتعين على الدولة المدعية أن تثبت أنه لم تكن ثمة سبل انتصاف فعالة من الممكن اللجوء إليها؛ ثانياً - لا يُطلب هذا الإثبات إذا كان ثمة قانون يجرم في ظاهره المدعين الخواص من سبل الانتصاف؛ ثالثاً - في مثل هذه الحالة، يتعين على الدولة المدعى عليها أن تثبت، بالرغم من عدم وجود أي سبيل انتصاف على ما يبدو، أنه يمكن أن يُفترض على نحو معقول أنه موجود؛ رابعاً - يجب ألا يكون مقدار عبء البرهان صارماً على نحو لا مبرر له.

(٢١) 1939 P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 76.

(٢٢) Finnish Vessels Arbitration (1934), 3 U.N.R.I.A.A. 1479.

(٢٣) 12 U.N.R.I.A.A. 120 (1956).

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

(٢٥) (Preliminary Objections) 1959 I.C.J. Reports, 127.

٧٩- وأكد المقرر الخاص أن المبادئ الأربعة التي أوردتها لاوترنخت ناجمة، في رأيه، عن الظروف غير العادية لقضية القروض النرويجية، وأنها، بوصفها هذا، لا تقوض فرضيته هو القائلة بأنه توجد أساساً قاعدتان بشأن توفر سبل الانتصاف المحلية وفعاليتها، كما نصت على ذلك الفقرة ٢(أ) و(ب) من المادة ١٥.

(ب) موجز المناقشة

٨٠- فيما أعرب في اللجنة عن بعض التأييد للمادة ١٥ المتعلقة بعبء الإثبات، أعرب عن معارضة قوية لإدراجها في مشروع المواد. فقد أبديت شكوك حول ضرورة إدراج قواعد الأدلة ضمن نطاق الموضوع. وعلاوة على ذلك، فإن قواعد الأدلة العرفية، إذا ما وجدت بالفعل، يصعب تحديدها. وأشار إلى الاختلافات بين نظام القانون العام ونظام القانون المدني فيما يتعلق بالقضايا المتصلة بعبء الإثبات. وبالمثل، أشار إلى أن قواعد الأدلة تختلف أيضاً اختلافاً كبيراً، تبعاً لنوع الدعاوى الدولية. ويضاف إلى ذلك أنه قد يكون لنفس الهيئة التعاهدية قواعد أدلة مختلفة في كل مرحلة من مراحل الدعوى. وأشار في هذا الشأن إلى مثال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وأشار كذلك إلى أنه يبدو من غير المرجح، بالنظر إلى الاشتراطات التقليدية المتعلقة بعبء الإثبات، أن تشعر أية هيئة قضائية أو هيئة أخرى أنها مقيدة بحكم إضافي بالغ التعقيد.

٨١- وأشار إلى أن الدولة المدعى عليها تكون في وضع أفضل بكثير من القضاة أو من الدولة المدعية لإثبات وجود سبل الانتصاف. وبالمثل، فإن دولة الجنسية هي أفدر على توفير الأدلة بشأن جنسية الفرد. وهنا، يقع عبء الإثبات على الدولة المدعية. وهكذا يبدو أن وضع الدولة كمدعية أو كمدعى عليها يتسم بأهمية أقل من توفر الأدلة.

٨٢- وعلاوة على ذلك، أعرب عن شكوك بشأن وثيقة صلة الاجتهادات الخاصة بحقوق الإنسان - الموضوع استناداً إلى أحكام محددة واردة في المعاهدات ضمن إطار نظام إجرائي - بمهمة رسم ملامح عبء الإثبات في القانون الدولي العام. وعلى الرغم من أن القاعدة التي يقترحها المقرر الخاص مغرية في بساطتها، فإنه يتوقع أن تكون الحالة أكثر تعقيداً بكثير من الناحية العملية. وأشار أيضاً إلى أنه سيكون من الصعب التوصل إلى اتفاق بشأن موضوع المادة ١٥.

٨٣- وأشار كذلك إلى أن من الأفضل ترك عبء الإثبات للقواعد الإجرائية أو قواعد التراضي في حالة الهيئات القضائية الدولية، ولقانون الدولة في حالات اللجوء إلى هيئات القضاء المحلية. واقترح أيضاً تضمين التعليق مناقشة لمسألة عبء الإثبات.

٨٤- وفيما يتعلق بالفقرة ١، أعرب عن رأي مفاده أنها لا توفر قدراً كبيراً من الإرشاد عندما تقول، كمبدأ عام، أن البيّنة على من ادعى. والمهم ليس الادعاء، وإنما ما قد يكون لدى الطرف من مصلحة في إثبات واقعة

معينة تبدو ذات صلة بالموضوع. وعلى النقيض من ذلك، أعرب عن رأي يقول إن الفقرة ١ مفيدة وينبغي إدراجها.

٨٥ - وفيما يتعلق بالفقرة ٢، أعرب عن رأي مفاده أن التمييز بين توفر سبيل الانتصاف - وهو أمر ينبغي أن تثبته الدولة المدعى عليها - وعدم فعالية سبيل الانتصاف هذا - وهو أمر ينبغي أن تثبته الدولة المدعية - هو تمييز مصطنع. فسييل الانتصاف الذي ليس له أي حظ من النجاح، أي غير الفعال، هو سبيل لا حاجة إلى استنفاده. وهكذا فإن مصلحة الدولة المدعى عليها تتجاوز موضوع إثبات وجود سبيل الانتصاف: إذ عليها أن تثبت أن لهذا السبيل حظاً معقولاً من النجاح. والقضية المطروحة هي فعالية سبيل الانتصاف في حال عدم وجود سوابق قضائية ذات صلة وقت وقوع الضرر. ورأى عضو آخر أن المشكلة ليست سوى مشكلة صياغة، وأن لجنة الصياغة يمكن أن تنظر فيها.

(ج) الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٨٦ - لاحظ المقرر الخاص أن البعض اعتبروا المادة ١٥ مادة مفيدة، والبعض الآخر معقدة بصورة مفرطة، إلا أن أغلبية واسعة عارضت إدراجها. وبالتالي، فإنه لا يستطيع أن يوصي بإحالتها إلى لجنة الصياغة.
