A

الأمم المتحدة

الجمعيـــة العامـــة

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.619/Add.1
2 August 2002

ARABIC
Original: ENGLISH

لجنة القانون الدولي

الدورة الرابعة والخمسون

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

و٢٢ تموز/يوليه - ١٦ آب/أغسطس ٢٠٠٢

مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الرابعة والخمسين

المقرر: السيد فاليري كوزنتسوف

الفصل الخامس

الحماية الدبلوماسية

إضافة

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
باء- النظر في الموضوع في الدورة الحالية (تابع)		
٣- المادة ١٤	١-٦٣	٣
(أ) عدم الجدوى (المادة ١٤(أ))	١-١٢	٣
`١` العرض المقدم من المقرر الخاص	١-٤	٣
`٢` موجز المناقشة	٥-١٠	٤
`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص	١١-١٢	٥

المحتويات (تابع)

		الفقرات	الصفحة
باء (تابع)	(ب) التنازل وسقوط الحق (المادة ١٤(ب))	١٣-٢٥	٦
	`١` العرض المقدم من المقرر الخاص	١٣-١٧	٦
	`٢` موجز المناقشة	١٨-٢٤	٧
	`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص	٢٥	٩
	(ج) العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية (الفقرتان (ج) و(د) من المادة ١٤)	٢٦-٥٢	٩
	`١` العرض المقدم من المقرر الخاص	٢٦-٣٢	٩
	`٢` موجز المناقشة	٣٣-٤٧	١٢
	`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص	٤٨-٥٢	١٤
	(د) التأخير الذي لا مسوغ له ومنع الوصول (الفقرتان (هـ) و(و) من المادة ١٤)	٥٣-٦٣	١٦
	`١` العرض المقدم من المقرر الخاص	٥٣-٥٤	١٦
	`٢` موجز المناقشة	٥٥-٦١	١٧
	`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص	٦٢-٦٣	١٨

٣- المادة ١٤

(أ) عدم الجدوى (المادة ١٤(أ))[1]

`١` العرض المقدم من المقرر الخاص

١- لاحظ المقرر الخاص في العرض الذي قدمه للمادة ١٤ أنه يقترح مبدأ عاما يتناول الاستثناءات من القاعدة التي تقضي بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وهو يستجيب للاقتراح الذي قدم في لجنة القانون الدولي وفي اللجنة السادسة التابعة للجمعية العامة بوجوب استنفاد "جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية الملائمة والفعالة المتاحة". وبإمكانه قبول الاقتراح الذي يقضي بأن المبدأ العام بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية يشترط أن تكون سبل الانتصاف المحلية متاحة وفعالة، شريطة أن يتناول نص مستقل موضوع سبل الانتصاف غير الفعالة أو عديمة الجدوى. والسبب الرئيسي هو أنه، كما جاء في اقتراحه بشأن المادة ١٥، يقع عبء الإثبات على الدولة المدعى عليها والدولة المدعية على السواء، إذ يتوجب على الدولة المدعى عليها أن تثبت أن سبل الانتصاف المحلية متاحة، من حيث يتوجب على الدولة المدعية أن تثبت أن سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى أو غير فعالة.

٢- واقترح أنه ينبغي استبعاد عبارة "غير فعالة" العامة لأنها غير دقيقة تماما. وبدلا من ذلك ، قدم ثلاثة خيارات تستند إلى أحكام قانونية ومراجع مختصة لتقرير متى تكون سبل الانتصاف المحلية "غير فعالة". فسبل الانتصاف المحلية تكون غير فعالة عندما "لا تجدي نفعا بوضوح" أو "لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح"، أو "لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال".

---

(١) تنص المادة ١٤(أ) على ما يلي:

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

(أ) إذا كانت سبل الانتصاف المحلية:

- لا تجدي نفعا بوضوح (الخيار ١)
- لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح (الخيار ٢)
- لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال (الخيار ٣)؛

...

٣- ولوحظ أن الخيار الأول "لا تجدي نفعا بوضوح"، الذي يشترط أن تكون عدم جدوى سبل الانتصاف المحلية واضحة على الفور، قوبل بانتقاد من جانب المؤلفين وكذلك من جانب محكمة العدل الدولية في قضية الكترونيكاسيكولا *(ELSI)*[٢] باعتباره صارما للغاية. وكذلك اعتبر الخيار الثاني ضعيفا للغاية، وهو أنهي نبغي على الدولة المدعية أن تثبت أن سبل الانتصاف المحلية "لا تنطوي على احتمال معقول بالنجاح" . أما الخيار الثالث، الذي يجمع بين الخيارين الأول والثاني، والذي بموجبه تعتبر سبل الانتصاف المحلية "لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال"، فهو الخيار الذي يرى أنه ينبغي تفضيله.

٤- وتأييدا لموقفه، استشهد بظروف اعتبرت فيها سبل الانتصاف المحلية غير فعالة أو غير مجدية، حيث لم تكن للمحكمة المحلية ولاية قضائية على النزاع (كما في قضية *Panevezys-Saldutiskis Railway*)[٣]؛ وحيث اضطرت المحاكم المحلية إلى تطبيق التشريع المحلي موضوع النزاع، مثل تشريع مصادرة الممتلكات، وحيث تفتقر المحاكم المحلية إلى الاستقلال بشكل واضح (كما في الدعوى التي رفعها روبرت براون[٤])؛ وحيث كانت هناك سوابق متسقة وراسخة مناهضة للأجانب؛ وحيث لم يكن لدى الدولة المدعى عليها نظام ملائم للحماية القضائية.

`٢` موجز المناقشة

٥- كان هناك تأييد عام لإحالة الفقرة (أ) إلى لجنة الصياغة. وكان هناك تأييد بشكل خاص للخيار ٣ حيث لا توجد حادة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما لا توفر أي إمكانية معقولة لانتصاف فعال.

٦- ولوحظ أن عدم جدوى سبل الانتصاف المحلية يعد قضية معقدة لأنه ينطوي على حكم ذاتي وبسبب ارتباطه بعبء الإثبات؛ وهو يطرح سؤالا عما إذا كان في استطاعة دولة الجنسية أن تقيم دعوى أمام محكمة دولية بناء على افتراض وحيد وهو أن سبل الانتصاف المحلية عديمة الجدوى لأسباب مختلفة. ومن المهم منع التفسيرات المتطرفة لصالح أي من الدولة المدعية، أو الدولة المدعى عليها. ولهذا قيل إن الخيار الثالث هو الخيار المفضل كأساس لصياغة مبدأ ملائم حيث إنه يغطي مساحة وسطية ملائمة ويوفر رأيا متوازنا.

٧- وفي الوقت نفسه، لوحظ أن معيار عدم الجدوى يجب أن يكون موضوعيا. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، عندما تكون سبل الانتصاف المحلية مطولة بغير داع أو بشكل غير معقول، أو يحتمل ألا تحقق جبرا فعالا، أو عندما تكون المحاكم المحلية، خاضعة تماما للسلطة التنفيذية.

---

(٢) *تقارير محكمة العدل الدولية*. صفحة ١٤(١٩٨٩).

(٣) *مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية الدائمة (A/B)*، رقم ٧٦، صفحة ٤(١٩٣٩).

(٤) (1923), 6 *U.N.R.I.A.A.*, p. 120.

٨- غير أنه كان هناك رأي مفاده أنه مهما يكن الخيار الذي يتم اعتماده، فإن العبارات المقترحة تترك مجالا واسعا للتفسير الذاتي، سواء فيما يتعلق بعبارة "لا تجدي نفعا" أو كلمة "معقولة". فمعيار المعقولية غير دقيق ويتعلق بمشكلة عبء الإثبات، ولذلك ارتبط باقتراح المقرر الخاص بشأن المادة ١٥. غير أنه لوحظ أن المادة ١٥ لم تضع حدا للتشدد الواضح في المعيار المعتمد في المادة ١٤. وفضلا عن هذا، أشير إلى أن عبارتي "سبل الانتصاف الفعالة" و"التأخير بغير داع" يعتبران من المفاهيم النسبية التي يصعب أن توضع لها معايير شاملة. ولهذا، يجب الحكم عليهما في ضوء السياق المحدد والظروف الخاصة، وعلى أساس المبادئ الأخرى التي لا تقل أهمية وهي: المساواة أمام القانون، وعدم التمييز والشفافية. واقترح أيضا أنه لكي يعتبر أن شخصا ما قد استنفد سبل الانتصاف المحلية، لا يكفي أن تكون القضية قد عرضت أمام المحكمة المحلية المختصة؛ فيجيب على المدعي أيضا أن يقدم الحجج القانونية ذات الصلة.

٩- وقدمت عدة مقترحات خاصة بالصياغة، بما في ذلك الإشارة إلى "سبيل الانتصاف" في صيغة المفرد في بداية الفقرة (أ) من الصيغة الإنكليزية، لتجنب البيانات العامة حول ما إذا كانت جميع سبل الانتصاف متوفرة؛ وحذف الإشارة إلى كلمة "معقولة" لأنها زائدة عن الحاجة وتنطوي على معنى عكسي يفيد بأن الناس تتصرف بشكل غير معقول ما لم تصدر إليهم تعليمات محددة بأن يتصرفوا بشكل معقول؛ وبأن ترد إشارة تصف جميع سبل الانتصاف المحلية بعبارة "الملائمة والفعالة"؛ وبأن يتم التدقيق في عبارة "إمكانية معقولة" لأنها تعني تقديرا شخصيا من جانب الدولة المدعية. ولوحظ أيضا أن الفقرة ١٤(أ) تبدو متداخلة بعض الشيء مع الفقرات (ج) و(د) و(و) التي تناولت حالات محددة قد لا تتوفر فيها إمكانية سبل انتصاف فعالة.

١٠- وكان هناك تأييد أيضا للجمع بين الخيارين الثاني والثالث. وكان هناك رأي آخر يقول إنه ينبغي احترام مبدأ استنفاد سبل الانتصاف المحلية ما لم تكن سبل الانتصاف المحلية غير مجدية بشكل واضح (أي الخيار ١). غير أنه قيل إن معيار عدم الجدوى الواضحة سيكون صارما للغاية.

`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

١١- أشار المقرر الخاص إلى أنه اقترح في دورة عام ٢٠٠١ للجنة القانون الدولي، ثم في اجتماع اللجنة السادسة في أواخر ذلك العام أنه ينبغي معالجة مفهوم عدم الجدوى كاستثناء. وأعرب عن أمله في أن يعني سكوت اللجنة إزاء هذا الموضوع أنها تؤيد هذا الموقف.

١٢- ولاحظ أنه كان هناك تأييد إجماعي لإحالة المادة ١٤(أ) إلى لجنة الصياغة، وأن معظم الأعضاء حبذوا الخيار الثالث، مع أنه كان هناك بعض التأييد للجمع بين الخيارين الثاني والثالث، مع تأييد طفيف للخيار الأول. ولهذا اقترح أن تحال المادة ١٤(أ) إلى لجنة الصياغة مع تكليفها بالنظر في الخيارين ٢ و٣ على السواء.

(ب) التنازل وسقوط الحق (المادة ١٤(ب))[٥]

`١` العرض المقدم من المقرر الخاص

١٣- لاحظ المقرر الخاص في العرض الذي قدمه للفقرة (ب) التي تناولت التنازل وسقوط الحق أنه نظرا لأن قاعدة سبل الانتصاف المحلية وضعت لمصلحة الدولة المدعى عليها، فإنه يمكنها أن تختار التنازل عنها. وقد يكون التنازل صراحة أو ضمنيا، أو قد ينشأ نتيجة لسلوك الدولة المدعى عليها، وفي هذه الحالة يمكن القول بأن الدولة المدعى عليها سقط عنها الحق في الادعاء بأن سبل الانتصاف المحلية لم تستنفد. ولاحظ كذلك أنه قد يدرج تنازل صريح في اتفاق تحكيم مخصص لحل نزاع قائم بالفعل؛ وقد ينشأ أيضا في حالة معاهدة عامة تنص على تسوية المنازعات في المستقبل عن طريق التحكيم. ومثل هذه التنازلات مقبولة وتعتبر عادة لا رجعة فيها.

١٤- وتشكل التنازلات الضمنية صعوبة أكبر، كما يتضح من قضية (ELSI)، حيث أعلنت محكمة العدل الدولية أنها "لم تتمكن من الأخذ بأن مبدأ مهما من مبادئ القانون الدولي العرفي قد تم إغفاله ضمنيا في غياب أي كلمات توضح وجود نية لذلك". ومن هنا، يجب أن يكون هناك دليل واضح على مثل هذه النية، واقترح بعض القانونيين أن هناك افتراضا، وإن كان لا يتعذر نقضه، يعارض التنازل الضمني. ولكن عندما تكون نية التنازل عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية واضحة في لغة الاتفاقية أو في ظروف القضية، فيجب أن تكون ضمنية.

١٥- ولاحظ أنه من الصعب وضع أي قاعدة عامة عن متى يمكن أن يكون مثل هذا التنازل ضمنيا، ولكنه أشار إلى الأمثلة الأربعة التي أوردها في تقريره الثالث، والتي قد تستخدم فيها اعتبارات خاصة، وهي: القضية الخاصة باتفاق التحكيم العام المتعلق بالمنازعات في المستقبل - فالسكوت في هذا الاتفاق لا يعني التنازل؛ والسؤال عما إذا كان إصدار إعلان بموجب الشرط الاختياري يعني تنازلا - فممارسة الدول توحي بأنه لا يمكن أن يكون

---

(٥) تنص المادة ١٤(ب) على ما يلي:

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

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

...

هذا هو الحال (وفقا للقرار المتعلق بقضية *Panevezys-Saldutiskis Railway*) وقضية اتفاق التحكيم المخصص الذي أبرم بعد نشوء النزاع والتي لم يشر فيها الاتفاق إلى قاعدة سبل الانتصاف المحلية – فالسكوت يمكن أن يفسر على أنه تنازل لأن الاتفاق المخصص أبرم بعد نشوء النزاع؛ وحالة العقد الذي أبرم بين الأجنبي والدولة المضيفة وتنازل ضمنيا عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية ثم رفضت الدولة المدعى عليها اللجوء إلى التحكيم – فإذا تولت دولة الجنسية الدعوى في هذه الظروف، فإن التنازل الضمني قد يمتد أيضا إلى الإجراءات القضائية الدولية، مع أن السلطات كانت منقسمة حول هذه النقطة. ويمكن أن يستخلص من ذلك أن التنازل يمكن أن يكون ضمنيا على الفور، ولكن عندما يكون هناك دليل واضح على نية التنازل من جانب دولة مدعى عليها، فيجب أن يكون ذلك ضمنيا. ولهذا السبب، اقترح ضرورة الإبقاء على الإشارة إلى التنازل الضمني في المادة ١٤(ب).

١٦- وتنطبق اعتبارات مماثلة على حالة سقوط الحق. فإذا تصرفت الدولة المدعى عليها بطريقة توحي بأنها تخلت عن حقها في المطالبة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، فيمكن إسقاط حقها في المطالبة بتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية في مرحلة لاحقة. وقد قبلت دائرة ابتدائية لمحكمة العدل الدولية إمكانية سقوط الحق في هذه الحالة في قضية *ELSI* وأيدتها أيضا أحكام قانونية خاصة بحقوق الإنسان.

١٧- ولاحظ المقرر الخاص، بالإضافة إلى ذلك، أن التنازل عن قاعدة سبل الانتصاف المحلية أثار بعض الصعوبات المتعلقة بالفقه القانوني وظهر التمييز الإجرائي/الموضوعي. فإذا كان استنفاد سبل الانتصاف المحلية إجرائيا في طبيعته، فليس هناك أي سبب يمنع التنازل عنه. فهو ببساطة إجراء يجب اتباعه، ولذلك يمكن للدولة المدعى عليها الاستغناء عنه. فالعمل الدولي غير المشروع لم يتأثر، وبالإمكان البت في النزاع من جانب محكمة دولية. أما إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية قاعدة موضوعية فلا يمكن للدولة المدعى عليها أن تتنازل عنها لأن العمل غير المشروع لم يكتمل إلا بعد حدوث الحرمان من العدالة في استنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو إذا تأكد عدم وجود سبل انتصاف ملائمة أو فعالة في الدولة المدعى عليها. والمعروف أن بعض المدافعين عن الموضوعية يرون أن هذا يمكن أن يتوافق مع الموقف الموضوعي.

`٢` موجز المناقشة

١٨- كان هناك تأييد لإحالة المادة ١٤(ب) إلى لجنة الصياغة بالشكل الذي اقترحه المقرر الخاص.

١٩- ولوحظ أن التنازل يقوم بأدوار مختلفة في مجال الحماية الدبلوماسية. فالمادة ٤٥(أ) من مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا تناولت التنازل من جانب الدولة المضرورة، بينما أشارت المادة ١٤(ب) المقترحة في المشروع الحالي إلى التنازل من جانب الدولة المدعى عليها. وفي الممارسة، يتعلق تنازل الدولة المدعى عليها عادة بالالتزام باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، ولكنه يمكن أن يتعلق أيضا بجوانب أخرى من مقبولية الادعاءات، مثل

جنسية الادعاءات. ولهذا اقترح صياغة حكم أكثر عمومية لينص على التنازل في مجال الحماية الدبلوماسية، إما من جانب الدولة المدعية أو الدولة المدعى عليها، ولينص كذلك على القبول أو سقوط الحق. وبالإضافة إلى ذلك، قيل إنه إذا رأت لجنة القانون الدولي مع ذلك أنه يلزم حكم محدد - وليس عاما - عن التنازل، فسوف يكون من الأفضل فصل ذلك الحكم عن الأحكام المتعلقة بفعالية سبل الانتصاف المحلية، أو وجود صلة مهمة بين الفرد والدولة المدعى عليها، حيث إن هذه الأحكام الأخيرة تتناول نطاق ومضمون القاعدة، بينما تتعلق التنازلات في معظم الأحوال بممارسة الحماية الدبلوماسية في حالة محددة.

٢٠- ولوحظ أيضا أنه لا ينبغي خلط التنازلات مع الاتفاقات بين الدولة المدعية والدولة المدعى عليها بحيث لا يلزم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فمثل هذه الاتفاقات لها نفس الوظيفة، ولكنها حالات من القانون الخاص، ولا ينبغي أخذها في الاعتبار عند تدوين القانون الدولي العام.

٢١- وكان هناك رأي يقول إنه يمكن مواصلة تحسين المادة ١٤(ب) عن طريق دراسة قضايا التنازل الضمني وسقوط الحق. وفيما يتعلق بالتنازلات الضمنية، كان هناك خوف من أنها حتى عندما تكون واضحة فإنها قد تسبب الالتباس. ولوحظ أن التنازل إجراء فردي ينبغي أن يكون بلا رجعة، وينبغي ألا يفترض بسهولة أنه قد تم. ولوحظ أنه كانت هناك حالات قليلة واضحة عن التنازل الضمني. وقد أيد ذلك أن معاهدة من المعاهدات القليلة عن التسوية العامة للمنازعات، وهي الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٥٧ المعنية بتسوية المنازعات بالوسائل السلمية كان لها حكم صريح يفيد بوجوب استنفاد سبل الانتصاف المحلية. واقترح بدلا من ذلك أن يشير الحكم إلى وجوب تنازل الدولة المدعى عليها صراحة وبلا غموض عن شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٢٢- وعلى الجانب الآخر، كان هناك رأي يقول إن إمكانية التنازل الضمني ينبغي ألا ترفض ببساطة. وينبغي إعطاء الأولوية للنهج السببي، مع التشديد على معيار النية ووضوح النية ومراعاة جميع العناصر المرتبطة بذلك.

٢٣- وكانت هناك شكوك تتعلق باستصواب إدراج إشارة إلى مفهوم سقوط الحق. وقيل إنها فكرة عامة في القانون. وينظر إليها ممارسو القانون المدني ببعض الشك، وأن سقوط الحق يتضمنه المفهوم الأوسع للتنازل الضمني. ولوحظ كذلك أن الأمثلة التي أوردها المقرر الخاص فيما يتعلق بسقوط الحق كانت بلا استثناء حالات صدر فيها رأي أو حكم جاء فيه أنه نظرا لأن الدولة المدعى عليها سكتت بشأن عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فإنها لا يمكنها الاحتجاج بذلك في مرحلة لاحقة. ولهذا كان هناك بعض التداخل بين الفقرتين (ب) و(و) من المادة ١٤.

٢٤- وبينما قبل آخرون المبدأ الوارد في الفقرة، فقد أيدوا تحفظات بشأن صياغتها. واقترح أن تنص الفقرة على وجوب أن يكون التنازل واضحا وبلا غموض، حتى وإن كان ضمنيا. وكانت هناك أيضا شكوك خطيرة بشأن الإشارة إلى "الدولة المدعى عليها" والتي بدا أنها تنطوي على معان مثيرة للنزاع، كما أنها لم تظهر في المواد

المحالـــة إلى لجنة الصياغة أو في المادتين ١٢ و١٣. ورئي أنه من الأفضل الإشارة إلى المصطلح المستخدم في مواد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليا.

`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٢٥- لاحظ المقرر الخاص أنه بينما كان هناك تأييد قوي لإدراج التنازل الصريح كاستثناء من قاعدة استنفاد ســـبل الانتصاف المحلية لم يبد كثير من المتحدثين ارتياحا للتنازلات الضمنية وأعربوا عن رأي مفاده أن التنازل ينـــبغي أن يكـــون واضحا بلا غموض. ومع هذا، لم يعترض حتى هؤلاء الأعضاء على أنه ينبغي أن تنظر لجنة الصياغة في هذه المسألة. ولهذا اقترح أن تحال المادة ١٤(ب) إلى لجنة الصياغة مع التوصية بأن تراعي اللجنة الحذر فيما يتعلق بالتنازل الضمني، وأن تنظر في معاملة سقوط الحق بوصفه شكلا من أشكال التنازل الضمني.

(ج) العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية (الفقرتان (ج) و(د) من المادة ١٤)[٦]

`١` العرض المقدم من المقرر الخاص

٢٦- أفـــاد المقرر الخاص لدى النظر في الفقرتين (ج) و(د) من المادة ١٤ بأنه ينبغي أن تنظر اللجنة في هاتين الفقـــرتين معـــا لوجـــود صـــلة وثيقة بينهما. ولاحظ أنه بينما وجد تأييد لهاتين الفقرتين، فقد يقال أيضا إن الاســـتثناءات الأخرى من قاعدة سبل الانتصاف المحلية تكفل عدم التقيد بهذه القاعدة في هاتين الحالتين. وأشار أيضا إلى أنه عندما نظرت اللجنة في هذه المسألة في إطار المادة ٢٢ من مشروع المواد المتعلق بمسؤولية الدول في القراءة الأولى، قررت أنه لا لزوم للنص على هذين الحكمين.

---

(٦) تنص الفقرتان (ج) و(د) من المادة ١٤ على ما يلي:

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

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

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

...

٢٧- وقال إنه أثار في تقريره مسألة ما إذا كانت اللجنة في حاجة إلى حكم منفصل أو أكثر لمعالجة الحالات التي لا توجد فيها علاقة اختيارية أو صلة إقليمية. وترجع المناقشة المتعلقة بهذا الموضوع عموما إلى قضية *الحادث الجوي*[٧] التي لم تكن فيها علاقة اختيارية بين الأطراف المضرورة وبلغاريا. ولاحظ أن في جميع القضايا التقليدية الـــتي تناولت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وجدت علاقة ما بين الفرد المضرور والدولة المدعى عليها في شـــكل وجـــود مادي، أو إقامة، أو ملكية عقار، أو علاقة تعاقدية مع الدولة المدعى عليها. وعلاوة على ذلك، شـــهدت الحمايـــة الدبلوماسية تغيرات كبيرة في السنوات الأخيرة. فكانت الحماية الدبلوماسية في الماضي تتعلق بمواطنين يقيمون في الخارج ويتوقع منهم استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل الانتقال إلى المستوى الدولي. غير أنه وجدت في الآونة الأخيرة مشكلة الضرر البيئي العابر للحدود الناشئ من حوادث مثل حادث تشرنوبيل.

٢٨- ولاحظ المقرر الخاص أيضا أن الذين يؤيدون الأخذ باستثناء العلاقة الاختيارية أو الصلة الإقليمية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية يؤكدون أنه وجدت، في القضايا التقليدية، قرينة على المجازفة التي يتعرض لها الأجنبي بمعنى أنه كان يضع نفسه تحت الولاية القضائية للدولة المدعى عليها وأنه كان يتوقع منه نتيجة لذلك أن يستنفد ســـبل الانتصاف المحلية. ولا يوجد مع ذلك سند واضح للحاجة إلى إدراج قاعدة منفصلة في هذا الشأن. وأشار المقرر الخاص، لتوضيح الغموض الكبير للأحكام القضائية التي تناولت هذه النقطة إلى الأحكام الصادرة في قضايا عديدة من بينها قضية *انترهاندل*[٨] وقضية *سالم*[٩] وقضية *القروض النرويجية*[١٠] وقضية *الحادث الجوي*. وبالمثل، تميل القضايا المتعلقة بالضرر العابر للحدود إلى عدم لزوم استنفاد سبل الانتصاف المحلية. فمثلا، في قضية *مصهر تـــريل*[١١]، لم تصر كندا على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. ولكن يمكن تفسير الحكم في هذه القضية أيضا بأن كـــان يتعلق بضرر مباشر أوقعته الدولة المدعى عليها (الولايات المتحدة) على الدولة المدعية (كندا) وأنه لم يكن هناك بالتالي ما يدعو إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في هذه الحالة. وفي رأيه أن أنصار العلاقة الاختيارية/صلة إقليمية لديهم أسانيد قوية.

---

(٧) *تقارير محكمة العدل الدولية*، ١٩٥٩، الصفحة ١٤٦.

(٨) *تقارير محكمة العدل الدولية*، ١٩٥٩، الصفحة ٦.

(٩) *تقارير الأمم المتحدة عن أحكام التحكيم الدولي U.N.R.I.A.A. 2* ، (١٩٣٢)، الصفحة ١١٦٥.

(١٠) *تقارير محكمة العدل الدولية*، ١٩٥٧، الصفحة ٩.

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

٢٩- ولوحظ أيضا أن أنصار العلاقة الاختيارية لا يربطون مطلقا بين هذه العلاقة والإقامة. فاشتراط الإقامة سيؤدي إلى انتفاء إمكانية تطبيق قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في القضايا المتعلقة بمصادرة العقارات المملوكة لأجانب والصفقات التعاقدية التي لا يكون فيها الأجنبي المضرور مقيما في الدولة المدعى عليها بصورة دائمة. ولوحظ أيضا أن الدولة المسؤولة عن إسقاط طائرة خطأ لم تصر، في حالات كثيرة، على استنفاد سبل الانتصاف المحلية أولا. وينسحب الأمر نفسه على الأضرار البيئية العابرة للحدود؛ فلم يطلب مثلا في اتفاق التحكيم الخاص بسد غوت[١٢] الذي تنازلت فيه كندا عن اشتراط استنفاد سبل الانتصاف المحلية، ولم يطلب في اتفاقية عام ١٩٧٢ المتعلقة بالمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية، استنفاد سبل الانتصاف المحلية.

٣٠- ولاحظ المقرر الخاص أن محاولات التدوين الأولى ركزت اهتمامها عموما على مسؤولية الدول عن الأضرار الواقعة في أقاليمها للأجانب أو ممتلكاتهم وعلى الحالة التقليدية للأجانب الذين يتركون دولهم للإقامة في دول أخرى والعمل بها. ورفضت اللجنة النص على عدم التقيد بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة عدم وجود علاقة اختيارية لعدم وجود مواقف صريحة في ممارسات الدول والأحكام القضائية في هذا الشأن ولأن من الأفضل في رأيها أن يعالج الموضوع بالاعتماد على القواعد القائمة وتمكين الممارسات الدولية من التطور.

٣١- وفي رأيه أن هناك ما يدعو إلى الاهتمام جديا بالنص على قواعد استثنائية في الفقرتين (ج) و(د) من المادة ١٤. وليس من العملي ومن الإنصاف أن يطلب من الأجنبي استنفاد سبل الانتصاف المحلية في أربع حالات: الأضرار الناجمة عن التلوث، أو الغبار الذري المتساقط، أو الأجسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان في ظل القانون المتعلق بالقضايا البيئية العابرة للحدود؛ وإسقاط طائرة خارج إقليم الدولة المدعى عليها أو إسقاط طائرة دخلت خطأ مجالها الجوي؛ وقتل مواطن من مواطني الدولة "ألف" على يد جندي تابع للدولة "باء" موجود في أراضي الدولة "ألف"؛ وقيام عملاء يعملون لصالح الدولة المدعى عليها باختطاف مواطن أجنبي عبر الحدود الوطنية، سواء أتم ذلك من دولة موطنه أو دولة ثالثة.

٣٢- وقال إنه ينبغي أن تنظر اللجنة فيما إذا كانت هذه الأمثلة تتطلب قاعدة خاصة لإعفائها من الخضوع لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية أو كانت مشمولة بالقواعد القائمة حاليا. وفي حالات مماثلة كثيرة، يكون الضرر الذي تسببه الدولة المدعى عليها للدولة المدعية مباشرا. وينطبق هذا القول، مثلا، على معظم حالات الضرر البيئي العابر للحدود، وإسقاط الطائرة خطأ، واختطاف مواطن عبر الحدود الوطنية. وعلى اللجنة في نهاية الأمر أن تقرر ما إذا كانت ترغب في مواصلة النهج الذي اتبعته في عام ١٩٩٦ مع السماح بتطور الموضوع عن طريق ممارسة الدول أم ترغب في التدخل لوضع القواعد القانونية المطلوبة.

---

(١٢) مستنسخ في *I.L.M* 4 (1965)، الصفحة ٤٦٨.

`٢` موجز المناقشة

٣٣- أعـــرب عن رأي مفاده أنه ليس من المنصف أن يطلب من الفرد استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة عدم وجود علاقة اختيارية بينه وبين الدولة المدعى عليها أو عندما يقع سلوك الدولة المدعى عليها خارج إقليمها وأن هـــناك ما يبرر النص على مثل هذه الاستثناءات من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في سياق التطوير التدريجي. ولوحظ أيضا أن الأساس الذي يعتمد عليه هذا الرأي هو المنطق والعدالة.

٣٤- ومع ذلك، انتقد البعض الصبغة المؤقتة لتقرير المقرر الخاص. وقيل إن الطريق مفتوح أمام اللجنة، مهما كـــانت الأســـانيد الواضحة المؤيدة أو المعارضة للعلاقة الاختيارية قليلة، للشروع في التطوير التدريجي للقانون الدولي، إذا رغبت في ذلك. ورئي لذلك أنه يجوز للجنة أن تنظر مباشرة في المسائل المتصلة بالسياسات التي تعتمد عليها قاعدة سبل الانتصاف المحلية.

٣٥- وجـــرى مـــع ذلك التحذير من تجاوز الحدود بالنص في الفقرتين (ج) و(د) على أن عدم وجود علاقة اختيارية وعدم ارتكاب الفعل غير المشروع دوليا في نطاق الولاية القضائية للدولة المدعى عليها يستبعدان من تلقاء نفســـهما تماما المطالبة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية. ورئي أنه يمكن الاكتفاء بنص موحد يسمح بعدم التقيد بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية في حالة أو أخرى من هاتين الحالتين إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

٣٦- ووفقا لرأي آخر، المسألة لا تتعلق باستثناء من القاعدة ولكن بالأساس المنطقي للقاعدة نفسها.

٣٧- ولاحظ آخرون أن المشكلة في مفهوم العلاقة الاختيارية هي أن "العلاقة" مفهوم مادي مستمد من منظور القرن التاسع عشر للانتقال المادي للسكان. ولكن تزداد قدرة الأفراد في عصر العولمة الاقتصادية على التأثير على اقتصـــادات بأكملها خارج نطاق الأقاليم الوطنية. ويمكن من هذا المنطلق النظر إلى قاعدة سبل الانتصاف المحلية أيضا كقاعدة لحماية الدولة المدعى عليها، التي ينبغي أن تؤخذ مصالحها في الاعتبار.

٣٨- ولوحـــظ أن اســـتنفاد سبل الانتصاف المحلية ليس نتيجة لقرينة المجازفة ولكنه وسيلة يتم من خلالها حل المشاكل القائمة بين الحكومات قبل تحولها إلى مشاكل دولية. وهكذا، فإن التركيز على جوانب معينة من القاعدة ومحاولـــة تحريفها بالقول بأنها قائمة على قرينة المجازفة من جانب الفرد عملية مضللة. وبينما يوجد متسع لفكرة "العلاقـــة الاختيارية" كجزء من مفهوم المعقولية أو مفاهيم أخرى تتفق مع أوجه التمييز القائمة، في جملة أمور، عـــلى نشاط الفرد ومدى تكلفة الاستنفاد، فإنه ينبغي معالجة هذه الفكرة من منظور هذه القدرة الثانوية وليس بوصفها اعتبارا أوليا.

٣٩- وجرى أيضا التحذير من الخلط بين الحماية الدبلوماسية والمطالبات الدولية العامة. فبينما يعتبر هذا المفهوم مفيدا لتفسير السبب الذي يدعو إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية، فمن الخطأ أن يستنتج منه أنه لا يجوز الاحتجاج بالحماية الدبلوماسية في حالة عدم وجود علاقة اختيارية.

٤٠- وأبديت أيضا شكوك بشأن مناسبة الأمثلة التي ذكرت في تقرير المقرر الخاص تأييدا لشرط العلاقة الاختيارية. ولوحظ، مثلا، في الحالات المتعلقة بإسقاط طائرات المشار إليها في الفقرة ٧٩ من التقرير أن الدول المسؤولة أكدت، عموما، أن الفعل كان حادثا، ورفضت قبول المسؤولية عن ارتكاب فعل غير مشروع، وقدمت على سبيل التبرع مدفوعات لتعويض الضحايا. وأبدي أيضا اعتراض على الاستناد إلى الاتفاقية الدولية المتعلقة بالمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية لعام ١٩٧٢ لتعلقها بنظام محدد.

٤١- وبينما أيد البعض ما ذكره المقرر الخاص من أنه ليس من المعقول أن يطلب من الأجنبي المضرور أن يستنفد سبل الانتصاف المحلية في حالات صعبة مثل الضرر البيئي العابر للحدود، لاحظ آخرون أن لمفهوم الضرر العابر للحدود مميزاته الخاصة التي قد لا تتفق بالضرورة مع الحماية الدبلوماسية.

٤٢- وذكر فيما يتعلق بمثال تشرنوبيل أنه كان سيتعين على المدعين في المملكة المتحدة، مثلا، استنفاد سبل الانتصاف المحلية المتاحة في أوكرانيا. ورئي أن مطالبة مجموعات من السكان غير الموسرين باستنفاد سبل الانتصاف المحلية في مثل هذه الظروف ستكون عملية مرهقة.

٤٣- وأعرب آخرون عن شكهم في مناسبة القول بأن بعض القضايا مثل قضية *مصهر تريل* وحادث تشرنوبيل وحوادث أخرى من حوادث الضرر العابر للحدود والتلوث البيئي تندرج تحت بند الحماية الدبلوماسية. فتعالج هذه القضايا والحالات أساسا كأمثلة للضرر المباشر الذي يلحق بالدولة. والقول بغير ذلك سيؤدي إلى توسيع نطاق الحماية الدبلوماسية كثيرا. كذلك، لا يمكن القطع بأن حادث تشرنوبيل بلغ مرتبة الفعل غير المشروع دوليا. وبينما قد يدخل هذا الحادث في نطاق المسؤولية الدولية عن الأفعال الضارة فإنه لا يدخل بوضوح في نطاق مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة. وذكر أيضا أن القول بأن التدابير التي اتخذت من المملكة المتحدة وبلدان أخرى تعتبر ممارسة للحماية الدبلوماسية عملية اصطناعية.

٤٤- وبالعكس، لوحظ أن حادث تشرنوبيل لم يرتب مسائل تدخل في نطاق المسؤولية الدولية الناشئة عن عدم الامتثال لواجب المنع. وذكر أيضا أن كل ما هو جديد في هذا الحادث هو عدد الضحايا؛ ولقد توخت عدة اتفاقيات متعددة الأطراف أوروبية رئيسية احتمال وقوع حوادث نووية وكان الغرض منها في الواقع هو الحد من مسؤولية الأطراف المتعاقدة في حالة وقوع مثل هذا الحادث.

٤٥- وأشار مع ذلك آخرون إلى أن اللجنة أدرجت في مشروع المواد الخاص بمنع الضرر العابر للحدود حكما بشأن عدم التمييز (المادة ١٥)[١٣]. وتشجع مثل هذه الأحكام، التي ترد في معظم المعاهدات البيئية، الأفراد المتأثرين الذين يعيشون في بلدان أخرى على اللجوء إلى سبل الانتصاف المتاحة في البلد المصدر للتلوث. غير أن الأثر الذي سترتبه الفقرة (ج) من المادة ١٤ هو عدم قيام هؤلاء الأفراد بذلك إلا إذا كانت علاقتهم بالبلد المصدر اختيارية. وجرى لذلك التحذير بأنه ينبغي أن تراعي اللجنة عند اتخاذ إجراء في مجال القانون الدولي العام التطورات التي تحدث في مجالات أخرى أكثر تحديدا من المجال المعروض عليها.

٤٦- ونظرت اللجنة في خيارات مختلفة بشأن صياغة الفقرة (ج) من المادة ١٤، بما في ذلك عدم معاملة شرط العلاقة الاختيارية كاستثناء من قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية ولكن بالنص عليه كحكم قائم بذاته أو بالنظر إليه بالاقتران مع الفقرة (أ) من المادة ١٤ أو المادتين ١٠و١١. ورأى بعض الأعضاء أن شرط العلاقة الاختيارية هو شرط لازم للقبول وليس استثناء. ورأى آخرون مع ذلك أنه مجرد عنصر ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار.

٤٧- وفيما يتعلق بالفقرة (د) من المادة ١٤، أفاد بعض المتكلمين باختلاط الأمر عليهم عند النظر في مفهوم "العلاقة الاختيارية" بالاقتران مع مفهوم "الصلة الإقليمية". ورئي أن الفقرة (د) من المادة ١٤ لا تضيف جديدا وتبدو كمفهوم فرعي فقط للمفهوم المنصوص عليه في الفقرة (ج) من المادة ١٤. واقترح لذلك حذف الفقرة (د) من المادة ١٤.

`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٤٨- لاحظ المقرر الخاص أن النتائج التي خلصت إليها المناقشة ليست واضحة. فقد وجد اتفاق عام على أن الفقرة (د)، أيا كان مصير الفقرة (ج)، جزء منها ولا يلزم معالجتها في نص منفصل. وأعرب أعضاء كثيرون عن رأي مفاده أنه بينما تنطوي الفقرة (ج) على مبدأ هام فإن هذا المبدأ ليس في الواقع استثناء ولكنه شرط مسبق لممارسة الحماية الدبلوماسية. ورأى آخرون أنه يمكن معالجة هذه القضايا في سياق المعقولية المشار إليها في الفقرة (أ). ودفع أعضاء كثيرون بأن حالات الضرر العابر للحدود تشمل المسؤولية الناجمة عن أفعال ليست غير مشروعة وينبغي استبعادها تماما. ورأيه الأولي هو أنه لا لزوم لإدراج الفقرتين (ج) و(د) من المادة ١٤ لتغطية ما جاء بهما، في معظم الأحوال، بالمادة ١١ المتعلقة بالضرر المباشر أو الفقرة (أ) من المادة ١٤ المتعلقة بالجدوى.

---

(١٣) *الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠* (A/56/10)، الفصل الخامس، هاء-١.

٤٩- وبناء على طلب اللجنة، عمم المقرر الخاص بعد ذلك ورقة مناقشات غير رسمية تتضمن ملخصا لتوصيته بشأن الإجراء الواجب الاتباع بشأن الفقرة (ج) من المادة ١٤. وقال إنه مقتنع بأن العلاقة الاختيارية نتيجة منطقية أساسية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية وأنها، بصفتها هذه، غير صالحة للتدوين، على نحو ما تبين من الطبيعة المتغيرة لمسؤولية الدول. وفي رأيه أن هناك، إذا أرادت اللجنة تدوين العلاقة الاختيارية، وسائل عديدة للقيام بذلك، مثل تعديل المادة ١٠ لتنص على ما يلي: "لا يجوز لدولة أن تقدم مطالبة دولية ناشئة عن ضرر ألحق بأحد مواطنيها، سواء كان من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، تكون له علاقة اختيارية بالدولة المسؤولة، قبل أن يكون المواطن المسؤول قد قام باستنفاد جميع سبل الانتصاف القانونية المحلية المتاحة". وعوضا عن ذلك، يمكن الإبقاء على العلاقة الاختيارية كاستثناء، بالصيغة المقترحة في مشروع الفقرة (ج) من المادة ١٤. وإذا وجد اعتراض على عبارة "العلاقة الاختيارية"، يمكن الاستعاضة عن الفقرة (ج) من المادة ١٤ بالنص التالي: "(ج) أي محاولة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية تنطوي على مشقة كبيرة للأجنبي المضرور[/تكون غير معقولة بشكل مبالغ فيه]". ووفقا لرأي آخر، يمكن إلغاء الفقرة (ج) من المادة ١٤ على أساس أنها غير مرغوب فيها، خاصة في ضوء التطورات الحالية في قانون الضرر العابر للحدود.

٥٠- ويفضل المقرر الخاص عدم النص صراحة على العلاقة الاختيارية ولكن التنويه عنها في كل من التعليق على المادة ١٠ باعتبارها نتيجة منطقية تقليدية لقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية، والتعليق على المادة ١١ مع مناقشة الضرر المباشر الذي يلحق بالدولة والذي لا يلزم استنفاد سبل الانتصاف المحلية بشأنه، والتعليق على الفقرة (أ) من المادة ١٤ في المناقشة المتعلقة بما إذا كانت سبل الانتصاف المحلية توفر إمكانية معقولة للانتصاف الفعال.

٥١- وقال بالإشارة إلى حالات المشقة المبينة في الفقرة ٨٣ من تقريره الثالث بشأن الحماية الدبلوماسية والتي لا يعقل مطالبة الأجنبي المضرور باستنفاد سبل الانتصاف المحلية فيها إن الحالة الأولى، وهي حالة الأضرار البيئية الناجمة عن التلوث أو الغبار الذري المتساقط أو الأجسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان التي ينتج فيها الضرر من أفعال ليست غير مشروعة دوليا، لا تدخل في نطاق الحماية الدبلوماسية وإنما تدخل في نطاق المسؤولية. وإذا وقع الضرر نتيجة لفعل غير مشروع دوليا فإنه يكون ضررا مباشرا. ولذلك فإنه يرى أنه لا لزوم لوجود حكم منفصل بشأن العلاقة الاختيارية كشرط مسبق لتطبيق قاعدة سبل الانتصاف المحلية. وفي الحالة الثانية، وهي حالة إسقاط طائرة خارج إقليم الدولة المسؤولة أو إسقاط طائرة دخلت مجالها الجوي خطأ، هناك فعلا ضرر مباشر وتبين ممارسة الدول أن الدولة المسؤولة لا تصر، في معظم الأحوال، على استنفاد سبل الانتصاف المحلية. وفيما يتعلق بالحالة الثالثة، المتعلقة بقتل مواطن من مواطني الدولة "ألف" على يد جندي تابع للدولة "باء" موجود في أراضي الدولة "ألف"، سيوجد في الأحوال العادية حكم في معاهدة دولية لتقديم مطالبة ضد الدولة "باء". وإذا لم توجد مثل هذه المعاهدة، ليس هناك ما يحول دون مطالبة ورثة هذا الفرد باللجوء إلى محاكم الدولة "باء" للمطالبة بالتعويض، شريطة وجود احتمال معقول لتوفير سبيل انتصاف فعال لهم. وتغطي الفقرة (أ) من المادة ١٤ هذه

الحالـــة فعلا ولا حاجة إلى حكم منفصل في هذا الشأن. وفيما يتعلق بقيام عملاء يعملون لصالح الدولة المدعى عليها باختطاف مواطن أجنبي عبر الحدود الوطنية، سواء أتم ذلك من دولة موطنه أو من دولة ثالثة، هناك خياران محـــتملان: فإما أن يوجد انتهاك واضح للسيادة الإقليمية للدولة التي ينتمي إليها الأجنبي بجنسيته وفي هذه الحالة يكون لـــه الحق في تقديم مطالبة مباشرة ضد الدولة المسؤولة، وإما أن يكون للطرف المضرور الحق في اللجوء إلى محـــاكم الدولة المسؤولة وليس هناك ما يدعو إلى عدم استفادته من هذا السبيل من سبل الانتصاف. وإذا لم تكن هذه الإمكانية متاحة، ستغطي الفقرة (أ) من مشروع المادة ١٤ الحالة قيد البحث.

٥٢- وفي رأيـــه أنه لا ينبغي أن تعرقل اللجنة تطور القانون الدولي في هذه المسألة، بالنظر إلى التطور المستمر لممارســـة الـــدول، خاصة في مجال الأضرار البيئية. واقترح عدم النص على العلاقة الاختيارية في مشروع المواد والاكتفاء بالإشارة إليها في أماكن مختلفة من التعليق ومعالجتها بعد ذلك في إطار موضوع المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي.

(د) التأخير الذي لا مسوغ لـــه ومنع الوصول (الفقرتان (هـ) و(و) من المادة ١٤)[١٤]

`١` العرض المقدم من المقرر الخاص

٥٣- لاحظ المقرر الخاص أن الفقرة ٧(هـ) من المادة ١٤، المتعلقة بالتأخير الذي لا مسوغ لـــه، حازت التأييد في محاولات التدوين المختلفة وصكوك حقوق الإنسان والأحكام القضائية، مثل الحكم الصادر في قضية *شركة الأورو للتعدين والسكك الحديدية* وقضية *انترهاندل*[١٥]. ومع ذلك فإن هذا الاستثناء على قاعدة استنفاد سبل الانتصاف

---

(١٤) تنص الفقرتان (هـ) و(و) من المادة ١٤ على ما يلي:

المادة ١٤

لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التالية:

...

(هـ) إذا كانت الدولة المدعى عليها مسؤولة عن التأخير الذي لا مسوغ له في توفير سبل الانتصاف المحلية؛

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

(١٥) [١٩٣١]، لجـــنة المطالـــبات البريطانية المكسيكية، تقارير الأمم المتحدة عن قرارات التحكيم الدولية *U.N.R.I.A.A. 5*، الصفحة ١٩١.

المحـــلية أكثر صعوبة في التطبيق في القضايا المعقدة، وبخاصة في القضايا المتعلقة بشركات. وعلى الرغم من إمكان دخـــول هذا الاستثناء في الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة فإنه يستحق الإبقاء عليه في فقرة منفصلة كوسيلة لإشعار الدول المدعى عليها بأنها لا ينبغي أن تؤخر الوصول إلى محاكمها بغير مسوغ.

٥٤- ولاحظ أيضا أن الفقرة (و) من المادة ١٤، المتعلقة بمنع الوصول، مناسبة في الظروف المعاصرة. وليس من غـــير المألوف أن ترفض الدولة المدعى عليها وصول الأجنبي المضرور إلى محاكمها على أساس عدم إمكان ضمان سلامة الأجنبي أو أن ترفض منحه تأشيرة للدخول.

`٢` موجز المناقشة

٥٥- أعرب عن الارتياح لكل من الفقرة (هـ) (التأخير الذي لا مسوغ لـــه) والفقرة (و) (المنع من الوصول). وأكـــد آخرون أن الحكمين لا يشكلان فئتين قائمتين بذاتهما ما دامت القراءة السليمة للفقرة (أ) من المادة ١٤، سواء تمت صياغتها وفقا للخيار ١ أو الخيار ٣، ستشمل كلا من الاستثناءين. ورئي نتيجة لذلك أنه يمكن إعادة صـــياغة الحكمـــين في ضـــوء التعديل الذي سيتم للفقرة (أ) من المادة ١٤. واقترح أيضا الجمع بين الفقرة (هـ) والفقرة (أ) من المادة ١٤، أو على الأقل نقلها بالقرب من هذه الفقرة.

٥٦- ووفقـــا لـــرأي آخر، الفقرة (هـ) ليست زائدة بالنظر إلى ما ورد في الفقرة (أ) من المادة ١٤. فالحالتان المنصـــوص عـــليهما في الفقرتين (أ) و(هـ) متتاليتان من حيث الزمن: فسبيل الانتصاف المحلي القائم الذي يبدو "احتمالا معقولا" في البداية من وجهة نظر الفقرة (أ) قد يصبح بعد ذلك غير صالح للاستمرار فيه في ضوء التأخير الـــذي لا مســـوغ لـــه في تطبيقه. وأعرب أيضا عن رأي مفاده أنه لا ينبغي النص على "التأخير في توفير سبل الانتصاف المحلية" ولكن على تأخير المحكمة في اتخاذ قرار بشأن سبيل الانتصاف الذي تم اللجوء إليه.

٥٧- وبيـــنما جـــرى التسليم بأنه يمكن الحصول على حكم "بدون تأخير غير مسوغ"، رئي أنه ينبغي أن تبين الفقرة المقصـــود من التأخير المفرط. ولوحظ أيضا أن ما يشكل تأخيرا غير مسوغ مسألة موضوعية سيلزم تقديرها في كل حالة على حدة. وقدم اقتراح بأن تعاد صياغة هذه الفقرة لتنص على ما يلي: "لا حاجة لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية إذا كان قـــانون الدولـــة المســـؤولة عن الفعل غير المشروع دوليا لا يوفر للشخص المضرور إمكانية فعلية للحصول على الجبر في غضون فترة زمنية معقولة". وسيتم بعد ذلك توضيح أنه "ينبغي تقييم الإمكانية الفعلية للحصول على الجبر في غضون فترة زمنية معقولة بحسن نية [في ضوء الممارسة العادية] أو [وفقا للمبادئ العامة للقانون]".

٥٨- وبالعكس، أبديت شكوك بشأن صحة الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة (هـ) لاحتمال أن يكون التأخير الـــذي لا مسوغ لـــه ناتجا ببساطة عن حجم العمل المطروح على المحاكم، كما هو الحال كثيرا في البلدان التي تعـــاني من نقص كبير في الموارد وبالتحديد في القضاة المؤهلين للنظر في الدعاوى. ولم يوافق آخرون على ذلك وأكدوا أنه لا ينبغي أن تستفيد الدولة من تسبب النظام القضائي الوطني في تأخير القضايا بغير مقتض.

٥٩- وفيما يتعلق بالفقرة (و) من المادة ١٤، لوحظ أنه إذا منع الوصول إلى سبيل من سبل الانتصاف، ستكون النتيجة هي عدم وجود انتصاف على الإطلاق. ولا تعطي الصياغة المقترحة هذا المعنى. وعوضا عن ذلك، يتعلق النص الذي يقترحه المقرر الخاص بحالة مختلفة هي الحالة التي تمنع فيها الدولة التي يدعى أنها مسؤولة الفرد الأجنبي من الدخول إلى أراضيها أو التي تكون فيها سلامة الفرد الأجنبي معرضة للخطر في حالة دخوله فيها. وهذان العنصران نادرا ما سيكونان حاسمين في سياق سبل الانتصاف القائمة في نظام القانون المدني (civil law). فلا يلزم عادة في سبل الانتصاف القائمة في هذا النظام وجود صاحب المطالبة شخصيا في إقليم الدولة التي يرغب في تقديم مطالبة بها. ولوحظ أنه يمكن، في معظم النظم القانونية، استنفاد سبل الانتصاف المحلية بواسطة محام أو ممثل قانوني.

٦٠- وقدم اقتراح بأن يقتصر الاستثناء على الحالات التي يكون فيها الحضور شرطا لنجاح الانتصاف. ورئي أيضا أنه ينبغي الإشارة بشكل ما، ولو في التعليق، إلى المشكلة التي تقوم عندما يضطر الفرد أو المحامي، نتيجة للتخويف، إلى العدول عن مباشرة الدعوى. كذلك، تساءل البعض عن سبب اقتصار الحكم على الحالات التي تمنع فيها الدولة المدعى عليها الفرد المضرور من الوصول إلى سبل الانتصاف المحلية. فقد تشكل بالمثل فعاليات أخرى خلاف الدولة عقبات في سبيل الوصول إلى سبل الانتصاف المحلية.

٦١- وأعرب آخرون عن ترددهم ورأوا أنه يمكن القول بأن هذا الحكم تشمله الفقرة (أ) من المادة ١٤. فإذا منعت الدولة المدعى عليها الأجنبي المضرور فعلا من الوصول إلى المحاكم، لن توجد من الناحية العملية بالتأكيد إمكانية معقولة للانتصاف الفعال. ولذلك رئي أن يشار إلى ذلك في التعليق كجزء من الاختبار الأوسع نطاقا للفعالية المنصوص عليه في الفقرة (أ).

`٣` الملاحظات الختامية للمقرر الخاص

٦٢- لاحظ المقرر الخاص اختلاف الآراء بشأن الفقرة (هـ) من المادة ١٤ المتعلقة بالتأخير الذي لا مسوغ له. وبينما اعترض بعض الأعضاء على هذه الفقرة، اقترح آخرون معالجتها في إطار الفقرة (أ) من المادة ١٤. وفضلت أغلبية الأعضاء معالجة التأخير الذي لا مسوغ له في حكم منفصل. ولذلك فإنه يقترح إحالة مشروع الفقرة (هـ) من المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة، مع وضع الاقتراح المقدم لتوضيح أن التأخير المقصود هو التأخير الذي تسببه المحاكم في الحسبان.

٦٣- وفيما يتعلق بالفقرة (و) من المادة ١٤، أشار المقرر الخاص إلى الاختلاف بين نظام القانون العام (common law) ونظام القانون المدني (civil law). ففي نظام القانون العام، قد يتعين على الفرد المضرور أن يقدم الأدلة شخصيا أمام المحكمة، وإذا لم يسمح له بزيارة الدولة المدعى عليها، سيتعذر عليه تقديم المطالبة. ولاحظ أنه وجد بعض التأييد لإحالة مشروع الفقرة (و) من المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة. ولكن ترى أغلبية الأعضاء أن من الأفضل أن تعالج هذه المسألة في إطار الفقرة (أ) من المادة ١٤. ولذلك فإنه يوصي بعدم إحالة مشروع الفقرة (و) من المادة ١٤ إلى لجنة الصياغة.

- - - - -