

نقض قرارداد سرمایه گذاری خارجی و حمایت دیپلماتیک دولت از تبعه خویش

سید قاسم زمانی (نویسنده مسئول)

استاد، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

zamani@atu.ac.ir

سید هومان حسینی

دانشجوی دکتری، گروه حقوق، پردیس دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

hosseini.hooman1@gmail.com

چکیده

با توجه به برجسته شدن نقش فرد در حقوق بین الملل و حضور اشخاص در کنار دولت به عنوان تابع فعال حقوق بین الملل، از جنبه‌های مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و ... می‌توان تأثیر این حضور را بررسی نمود. با فعالیت اشخاص خصوصی در عرصه سرمایه گذاری و با توجه به پذیرش رعایت حداقل استانداردهای بین المللی رفتار با بیگانگان، مفهوم حمایت دیپلماتیک با هدف تضمین حقوق سرمایه گذاران خارجی در برابر تهدیداتی از قبیل سلب مالکیت و مصادره اموال، ملی سازی و هرگونه نقض تعهدات قراردادی در سرزمین دولت میزبان و سرمایه پذیر نیز وارد حوزه سرمایه گذاری گردیده است. مهم‌ترین کارکرد حمایت دیپلماتیک از سرمایه گذاران، جبران خسارتی است که از نقض حقوق سرمایه گذاران خارجی نشأت می‌گیرد. با این وجود امروزه، با در نظر گرفتن موانع موجود در توسل به مکانیسم حمایت دیپلماتیک از جمله عدم جبران واقعی خسارت به دلیل روند طولانی مراجعه به محاکم داخلی به عنوان یکی از پیش شرطهای اعمال این مکانیسم، موجبات توسل به راهکارهای جایگزین هم‌چون انعقاد معاهدات دوجانبه، ارجاع به داوری و عضویت در کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری دولتها و اتباع دولتهای دیگر (ایکسید) را فراهم نموده است و همین امر نمایانگر کاهش کاربرد حمایت دیپلماتیک گردیده است.

واژگان کلیدی: قرارداد، سرمایه گذاری خارجی، حمایت دیپلماتیک، دولت، تبعه

۱. مقدمه

ماده ۴۴ طرح مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی، در خصوص قابلیت پذیرش دعوا است. این ماده در فصل اول بخش سوم طرح آورده شده است. این بخش با عنوان اعمال مسئولیت بین‌المللی دولت دارای دو فصل است که فصل اول آن ناظر به اثبات مسئولیت دولت می‌باشد. پیش‌نویس ماده ۴۴ بیان می‌دارد:

«مسئولیت یک دولت اثبات نخواهد شد چنانچه:

الف- دعوا مطابق با قواعد قابل اعمال مربوط به تابعیت شاکی اقامه نشده باشد؛

ب- دعوا مربوط به موردی باشد که قاعده طی مقدماتی محاکم داخلی بر آن اعمال شده و هیچ‌گونه محکمه داخلی در دسترس و مؤثری طی نشده باشد» .

به بیان دیگر این ماده می‌گوید که یک دولت زمانی می‌تواند علیه دولت دیگری دعوایی را اقامه نماید که شاکی یکی از اتباع آن بوده و حاکم داخلی در دسترس و مؤثر طی شده باشند^۱.

بر اساس اصل عدم مسئولیت دولت، که اکثریت قاطع علمای جدید حقوق بین‌الملل از جمله آمرسینگ^۲، فون گلان^۳، اکانل^۴، شوارزنبرگ، خیمنر دوارچاگا، طرفدار آن هستند عمل اشخاص خصوصی از نظر حقوق بین‌الملل قابل انتساب به دولت نیست و بر همین اساس عمل ارتكابی آنها، که ممکن است موجب مسئولیت در قبال دولتهای دیگر باشد، عمل دولت به شمار نمی‌آید. با این استدلال مسئولیت دولت در قبال اعمال خلاف حقوق بین‌الملل اشخاص خصوصی را به سختی می‌توان به عنوان مسئولیت غیرمستقیم یا نیابتی دولت تعبیر کرد، زیرا در هر نظام حقوقی مسئولیت غیرمستقیم یا نیابتی هنگامی به وجود می‌آید که یک شخص آن نظام به خاطر عمل نادرست جزء دیگری از همان نظام مسئولیت می‌یابد. این شکل غیرعادی مسئولیت متضمن جدایی شخص مرتکب تخلف از شخص است که متقبل مسئولیت می‌شود. از آنجا که در حقوق بین‌الملل اشخاص خصوصی شخص حقوق بین‌الملل شناخته نمی‌شوند در موردی که دولت در ارتباط با اعمال اشخاص خصوصی مسئولیت بین‌المللی می‌یابد نمی‌توان گفت که مسئولیت غیرمستقیم یا نیابتی وجود دارد. بنابر آنچه گفته شد، می‌توان گفت اعمال افراد یا شرکتهای خصوصی که موجب خسارت به دولتهای خارجی یا اتباع یا نمایندگان آنها شده باشد، غالباً زمینه‌ای برای ارتكاب عمل نامشروع از سوی دولت فراهم می‌آورد و مسئولیت دولت ناشی از رفتار جداگانه‌ای است که

^۱ محسن شریفی (۱۳۸۶). شرایط حمایت دیپلماتیک از شرکتهای در حقوق بین‌الملل: تابعیت شرکت‌ها. فصلنامه علمی راهبرد، ۱۵(۲).

2- Amersinghe

3- Von Glann

4- Okannel

قابل انتساب به دولت می‌باشد، رفتاری که صرفاً ارتباط با عمل شخص خصوصی دارد. در واقع عملی که شخص یا گروه اشخاص در مقام خصوصی انجام می‌دهد حادثه‌ای خارجی محسوب می‌شود که شرایط مساعد را برای رفتار نادرست دولت فراهم می‌آورد. دولت از نظر بین‌المللی فقط مسئول فعل یا اغلب ترک فعل ارگان‌های خود است که از امکاناتشان برای پیشگیری از عمل زیان‌آور افراد یا مجازات آن، چنانچه باید، استفاده نکرده‌اند. دولت به علت نقض تعهد حمایت از بیگانگان مسئول است؛ نه به سبب اعمال افراد که ممکن است خود با مقررات بین‌المللی منافات داشته باشد. مثلاً اگر تبعه خارجی به وسیله یک فرد خصوصی به قتل رسیده باشد دولت از نظر حقوق بین‌الملل مسئول آن قتل به شما نمی‌آید بلکه فقط مسئول قصور و اعمال در پیشگیری از آن یا مجازات قاتل است.^۵

۲. حمایت دیپلماتیک

حمایت دیپلماتیک عبارت است از مجموعه اقدامات یک دولت در نزد دولت دیگر به منظور جبران و ترمیم خساراتی که در اثر ارتکاب عمل خلاف حقوق، به دولت خارجی و به اتباع او اعم از حقیقی یا حقوقی وارد شده است که معمولاً در دو مرحله رخ نشان می‌دهد؛ مرحله اول اقدامات سیاسی از طریق تماس با دولت مدعی علیه و مرحله دوم اقدامات قضایی معینی از جمله مراجعه به دادگاه بین‌المللی می‌باشد. اجرای این دو مرحله هنگامی آغاز می‌شود که دولت متبوع شخص خسارت دیده، اجرای عدالت را در مورد تبعه خود در مقابل دولت خارجی دیگر به صورت رسمی به عهده گیرد (عزیززاده آرای، ۱۳۹۱: ۹۱۹). این روش از آن جا که مستلزم توافق قبلی طرفین نیست، قابلیت دسترسی گسترده‌ای داد. اما به دلیل مشروط بودن به استفاده از همه مراجع صالح داخلی کشور میزبان و پس از آن طرح دعوا در مرجع بین‌المللی و تأثیرپذیری از اهداف سیاسی مهم‌تر دولت‌های متبوع اشخاص خصوصی و به تبع آن تضييع احتمالی حقوق سرمایه‌گذاران خصوصی خارجی و همچنین مطمئن نبودن این روش، نمی‌تواند یک روش معمولی و مناسب و قابل اتکاء از سوی سرمایه‌گذاران جهت حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی تلقی گردد (شهبازی نیا، ۱۳۹۶: ۲۳۰).

برخی نویسندگان عقیده دارند که با رشد انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق حاکم بر این رشته دچار تحول عمده‌ای نیز شده است. به گونه‌ای که حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در ابعاد فراملی، مرزهای سیاست را درنوردیده و از حوزه سیاست وارد حوزه حقوق گردیده است. این دسته از

^۵ سیدقاسم زمانی (۱۳۹۱). مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال اعمال شرکت‌های خصوصی از منظر رویه‌ی قضایی و داوری بین‌المللی. پژوهش حقوق عمومی، ۱۵(۴۰)، ۱۱۵-۱۴۰.

نویسندگان، از تحول مزبور تحت عنوان "سیاست زدایی از سرمایه گذاری خارجی" یاد نموده‌اند. چرا که حاکمیت و محوریت قانون و قرارداد فی مابین در روابط سرمایه گذاری خارجی، جایگزین دیپلماسی گردیده است. نباید از نظر دور بماند که حمایت دیپلماتیک یک پروسه طبیعی و بین المللی می‌باشد که طی آن دولتی از دولت دیگر خواهان اجرای تعهداتی است که در مقابل خواهان بر عهده دارد.^۶

به هر حال حمایت دیپلماتیک دربرگیرنده حقوق و تکالیف مشترک دولتها در مقابل یکدیگر و از اصول حقوق بین الملل است. دادگاه دائمی دادگستری بین المللی، حمایت دیپلماتیک را از جمله اصول حقوق بین الملل ارزیابی نموده است که به موجب آن دولتها در حمایت از اتباع خویش در مقابل کلیه اقدامات خلاف اصول حقوق بین الملل سایر کشورها، محق قلمداد می‌گردند.

۲-۱ حمایت دیپلماتیک از سوی دولت متبوع سرمایه‌گذار

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را می‌توان در دو برهه زمانی مختلف بررسی کرد؛ دوران اول زمانی را شامل می‌شود که حمایت از طریق شیوه‌های میان دولتی و بر مبنای حقوق بین الملل عرفی و معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی صورت می‌گرفته است. دولتها نقض حقوق اتباع خود را به منزله نقض حقوق خود تلقی می‌کردند و بر مبنای حمایت دیپلماتیک علیه دولت ناقض به اقامه دعوا برمی‌خاستند. دوران دوم با پدیداری داوری‌های سرمایه‌گذاری آغاز شد. در این دوران دولتها اقدام به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کردند. بر اساس این معاهدات، سرمایه‌گذاران بدون نیاز به اینکه دولت متبوع جانشین آنها در اقامه دعوا شود و حتی بدون نیاز به اذن این دولت، این امکان را یافتند که به صورت مستقیم اقدام به طرح دعوا از طریق داوری، علیه دولت میزبان کنند. ویژگی اصلی این دوران، شناسایی و حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و غیرسیاسی کردن حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌هاست. بررسی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که بیشتر این معاهدات دو راهکار برای حل و فصل اختلافات دارند؛ راهکار اول، بیانگر داوری دولت سرمایه‌گذار جهت حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری و راهکار دوم، بیانگر داوری دولت برای حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر یا اجرای معاهده سرمایه‌گذاری است. بنابراین دعوای داوری دولت در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری در سه دسته قابل طرح است: ۱. طرح دعوا به منظور دستیابی به تفسیری مناسب از مفاد معاهده سرمایه‌گذاری؛ ۲. طرح دعوا به منظور اعلام نقض یا عدم نقض معاهده سرمایه‌گذاری از سوی طرفین. ۳. طرح دعوا به منظور حمایت

^۶ علی حاتمی و اسماعیل کریمیان (۱۳۹۳). حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری، تهران: تیسرا.

دیپلماتیک از سرمایه‌گذار.^۷

۲-۲ جایگاه استفاده از راهکار حمایت دیپلماتیک در دعاوی سرمایه‌گذاری

در کنار افزایش شمار پرونده‌های ارجاع شده به داوری دولت- سرمایه‌گذار، نگرانی دولت‌ها از این شیوه حل‌وفصل اختلاف نیز افزایش یافته است. در این میان دولت‌های میزبان که طرح دعاوی سرمایه‌گذاران علیه آنها در بسیاری از مواقع امنیت و سیاست‌های اقتصادی و محیط‌زیستی ایشان را تحت تأثیر قرار داده است، دچار نگرانی بیشتری شده‌اند. هزینه تشکیل دیوان داوری دولت- سرمایه‌گذار، شفاف نبودن روند این رسیدگی‌ها، انتقادات وارد شده به استقلال داورها و قابلیت پیش‌بینی آراء، بخشی از دلایلی است که دولت‌ها را به فکر بازنگری در تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری و بازنگری در نحوه استفاده از داوری دولت- سرمایه‌گذار در حل‌وفصل اختلافات مرتبط با این تعهدات، انداخته است.^۸

از نظر تاریخی، پیش از آنکه دولت‌ها از داوری دولت- سرمایه‌گذار به منظور حل‌وفصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری استفاده کنند، این‌گونه اختلافات را از طریق شیوه‌های دولت - دولت حل‌وفصل می‌کردند. شیوه اخیر، راه‌حل اصلی مندرج در معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی بود. در حال حاضر اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری، شامل هر دو مکانیزم دولت- دولت و دولت- سرمایه‌گذار جهت حل‌وفصل اختلافات هستند.^۹ شرط حل‌وفصل اختلافات به روش دولت- دولت در معاهدات سرمایه‌گذاری، معمولاً شامل اختلافات مربوط به تفسیر یا اجرای معاهده می‌شود. این شرط یا به‌عنوان تنها شیوه حل اختلاف در یک معاهده بیان می‌شود، یا به‌صورت موازی با شرط ارجاع اختلاف به داوری دولت- سرمایه‌گذار مطرح می‌شود. از سال ۱۹۶۹ در اغلب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و معاهدات تجارت آزاد، شرط حل‌وفصل اختلافات به روش دولت- دولت و دولت- سرمایه‌گذار، به‌صورت هم‌زمان در یک معاهده رایج شده است. در این معاهدات، اغلب داوری را به‌عنوان شیوه میان دولتی در حل‌وفصل اختلافات تعیین کرده‌اند. در تعداد محدودی از معاهدات نیز موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری یا شیوه‌های شبه قضایی همچون آیین داوری پنج‌نفره مذکور در نفتا، ارجاع شده است. برای نمونه شرط زیر با جرح‌وتعدیل‌های اندک،

^۷ سیدباقری میرعباسی و حمیدرضا سیاوش پور (۱۳۹۸). حمایت دیپلماتیک در چارچوب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۴۹(۴)، ۱۱۰۹.

^۸ Lourie, Greg (2015). "Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, pp. 511-542.

^۹ Roberts, Anthea (2014). "State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority", *Harvard International Law Journal*, vol. 55, pp. 67-70.

تقریباً در کلیه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دولت ایران با دیگر دولت‌ها درج شده است: کلیه اختلافات ناشی از اجرا یا تفسیر موافقت‌نامه یا مرتبط با آن، ابتدا از طریق مشاوره و به‌طور دوستانه حل‌وفصل خواهند شد. در صورت عدم توافق، ظرف شش ماه از تاریخ شروع مذاکرات، هر یک از طرف‌های متعاقد می‌توانند ضمن ارسال اطلاعیه‌ای برای طرف متعاقد دیگر، موضوع را به یک هیئت داورى سه‌نفره مرکب از دو داور منتخب طرف‌های متعاقد و یک سرداور ارجاع کنند.^{۱۰}

از طرف دیگر، این فرض نیز وجود دارد که دولت متبوع سرمایه‌گذار اقدام به طرح دعوی حمایت دیپلماتیک علیه دولت میزبان کند. (روبرت، ۲۰۱۴: ۷) بر اساس حقوق بین‌الملل کلاسیک، سرمایه‌گذاران دسترسی مستقیمی به سازوکارهای جبران خسارت جهت اقامه دعوا علیه دولت‌های خارجی که حقوق آنها را نقض کرده بود، نداشتند و تنها به حمایت دیپلماتیک از جانب دولت متبوعشان متکی بودند (دالزر و شروئر، ۱۳۹۱: ۱۱۲). اگرچه دولت متبوع سرمایه‌گذار به مکانیزم‌های بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات دسترسی داشت با اینحال، نقض حقوق سرمایه‌گذاران به‌صورت مستقیم نقض حقوق دولت میزبان تلقی نمی‌شد. مفهوم حمایت دیپلماتیک در این مرحله پدیدار شد که دولت‌ها نقض حقوق اتباع خود را به‌منزله نقض حقوق خود در نظر گرفتند. لذا از این طریق به طرح دعاوی بین‌المللی علیه کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری پرداختند. با پدیداری و افزایش شمار معاهدات سرمایه‌گذاری و پدیداری دیوان‌های داورى دولت- سرمایه‌گذار، استفاده از حمایت دیپلماتیک نیز کاهش چشمگیری یافت (شروئر، ۲۰۰۷). با وجود این، هنوز راهکار حمایت دیپلماتیک کارکرد خود را از دست نداده و در بعضی مواقع، حتی از استقبال بیشتری نسبت به داورى دولت- سرمایه‌گذار نیز برخوردار است. به لحاظ وجود شبکه معاهدات سرمایه‌گذاری و قوانین داخلی کشورها در این خصوص، کاربرد نهاد حمایت دیپلماتیک در دعاوی سرمایه‌گذاری بسیار کم شده است. لیکن این نهاد هنوز نقش خود را در روابط بین‌الملل حفظ کرده است. هرگاه دولت میزبان صدمه‌ای به سرمایه‌گذار وارد کند و احقاق حق در چارچوب قرارداد سرمایه‌گذاری به دلایلی ممکن نباشد، بدیهی است باب این نهاد برای دولت متبوع مفتوح خواهد بود (پیران، ۱۳۹۳: ۴۸).

یکی از سوابق مهم رسیدگی به اختلافات میان دولت‌ها در خصوص اجرای معاهده سرمایه‌گذاری و حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذار، پرونده دعوی ایتالیا علیه کوبا است. در این پرونده، ایتالیا با ادعای نقض معاهده دوجانبه میان دو کشور اقدام به اقامه دعوا در دیوان داورى از طرف خود و شماری از سرمایه‌گذاران ایتالیایی کرد. ایتالیا مدعی بود که دارای وضعیت دوگانه‌ای در طرح این دعواست. از یک‌طرف مدعی

^{۱۰} علی حاتمی و اسماعیل کریمیان (۱۳۹۳). حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری. تهران: تیسرا.

حقوق نقض شده خود بود و از طرف دیگر به لحاظ حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذاران ایتالیایی در کوبا، اقدام به طرح این دعوا کرد. مورد دیگر مربوط به دعوای مکزیکی علیه ایالات متحده آمریکا در خصوص نقض مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است. از آنجا که پرونده اخیر، توسط مکزیکی از جانب هیچ‌یک از سرمایه‌گذاران تابع این کشور مطرح نشده است، دعوای صرفاً اعلامی به حساب می‌آید.^{۱۱}

هرچند استفاده از داوری دولت-دولت در حل و فصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری با توجه به مکانیزمهای موجود در قراردادهای سرمایه‌گذاری جدید کاهش چشمگیری داشته است ولی با توجه به اهمیت آن و نگرانی‌های پدید آمده از سوی دولت‌ها نسبت به داوری دولت-سرمایه‌گذار، سبب شده است که توجه دولت‌های به این موضوع افزایش یابد. در ادامه به بررسی شرایط طرح دعوای حمایت دیپلماتیک دولت از سرمایه‌گذاران می‌پردازیم.

۲-۳ قواعد حقوقی حاکم بر حمایت دیپلماتیک مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری

بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، اعمال حمایت دیپلماتیک منوط به وجود دو شرط ضروری است؛ اول اینکه، شخص مورد حمایت باید از لحظه نقض حقوق تا پایان جریان رسیدگی، تابعیت کشوری را داشته باشد که به نفع وی و علیه کشور میزبان اقدام به طرح دعوای حمایت دیپلماتیک می‌کند. دوم اینکه، این شخص باید پیش از طرح دعوای حمایت دیپلماتیک، تمامی مراجع داخلی دولت میزبان را، طی کرده و به نتیجه نرسیده باشد.^{۱۲} در ادامه ابتدا شرط تابعیت و سپس شرط طی مراجع داخلی بررسی می‌شود.

الف: شرط تابعیت

در معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً تعریف وسیع‌تری از حقوق بین‌الملل در خصوص مفهوم تابعیت پذیرفته می‌شود. بر اساس قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، تابعیت اشخاص حقیقی بر اساس قانون دولتی تعیین می‌شود که تابعیت آن مورد ادعا قرار گرفته است.^{۱۳} دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضایای مرتبط با حمایت دیپلماتیک، اغلب از همین قاعده پیروی کرده است یکی از موارد استثنا در این خصوص پرونده نوته بام است. دیوان در این پرونده وجود یک رابطه حقیقی میان فرد و دولت را نیز از دیگر شروط احراز

¹¹ Potestà, Michele (2012). "Republic of Italy v. Republic of Cuba", *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 341-347.

¹² Lourie, Greg (2015). "Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, pp. 511-542.

¹³ نجادعلی، الماسی (۱۳۸۷) حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: میزان.

رابطه تابعیت میان افراد و دولت‌ها قلمداد می‌کند. در این پرونده دیوان به لحاظ عدم احراز چنین رابطه‌ای میان شخص حقیقی موضوع پرونده و دولت لیختن‌اشتاین، حق اقامه دعوی حمایت دیپلماتیک را برای دولت مذکور قائل نشد. شایان ذکر است که سه نفر از قضات دیوان نظریه‌ای مخالف در این خصوص اعلام کردند. قاعده اعلام‌شده از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری نتوانست در قالب عرف بین‌المللی وارد نظام حقوق بین‌الملل شود و در نتیجه آنچه از حقوق بین‌الملل عرفی در این خصوص قابل اعلام و استناد است، همان‌گونه که در طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت دیپلماتیک نیز بیان شد، این است که احراز تابعیت بر اساس قواعد داخلی دولتی صورت می‌گیرد که تابعیت آن مورد ادعاست. در مقایسه با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، معاهدات سرمایه‌گذاری ضوابط مختلفی در خصوص تابعیت سرمایه‌گذاران را پذیرفته‌اند. برای نمونه برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری احراز رابطه تابعیت را منوط به مراجعه به قانون اساسی یا سایر قوانین داخلی کشور مربوط دانسته‌اند. برخی دیگر از معاهدات سرمایه‌گذاری، ضوابط سخت‌گیرانه‌تری همچون اقامت دائم سرمایه‌گذار در کشور متبوع را به‌عنوان ملاک احراز تابعیت تعیین کرده‌اند. برخی دیگر از معاهدات سرمایه‌گذاری صرفاً اقامت دائم یک شخص در یک کشور، بدون توجه به تابعیت رسمی وی را ملاک احراز تابعیت آن شخص بر اساس آن معاهده می‌دانند.^{۱۴} در خصوص احراز تابعیت اشخاص حقوقی در حقوق بین‌الملل عرفی نظریات گوناگونی از جمله محل تأسیس شخص حقوقی یا اقامتگاه اصلی شخص حقوقی وجود دارد. معاهدات سرمایه‌گذاری در این خصوص نیز، همچون شیوه‌های مختلفی که در احراز تابعیت اشخاص حقیقی به کار گرفته‌اند، با یکدیگر متفاوت‌اند.

مقایسه میان ضوابط احراز تابعیت اشخاص حقوقی بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات سرمایه‌گذار نشان می‌دهد که قابلیت پذیرش حمایت دیپلماتیک بر اساس هر یک از دو نظام حقوقی مذکور را باید با معیارهای خاص خود بررسی کرد.^{۱۵} در حقیقت می‌توان فرضی را در نظر گرفت که در آن شرایط لازم برای اقامه دعوی حمایت دیپلماتیک از سوی کشور متبوع بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری وجود دارد، لیکن بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی چنین شرایطی به وجود نیامده است. داوری در پرونده دعوی ایتالیا علیه کوبا با چنین مسئله‌ای مواجه شد. در معاهده سرمایه‌گذاری میان این دو کشور چنین بیان

^{۱۴} UNCTAD (2011). *Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition*, New

^{۱۵} سیدباقری میرعباسی و حمیدرضا سیاوش پور (۱۳۹۸). حمایت دیپلماتیک در چارچوب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۴۹(۴)، ۱۱۰۹

شده است که: شرط لازم برای اینکه سرمایه‌گذار مورد حمایت این معاهده باشد این است که سرمایه‌گذاری توسط شخص حقیقی یا حقوقی از اتباع طرفین معاهده انجام گیرد (بند ۱ از ماده ۱). دو مورد از شش دعوای ایتالیا تحت عنوان حمایت دیپلماتیک از نهادهای حقوقی صورت گرفته بود که در ایتالیا به وجود نیامده بودند بلکه، توسط اتباع ایتالیا اداره می‌شدند. از اینرو دیوان نتیجه گرفت که در این خصوص صلاحیت رسیدگی به این اختلافات را ندارد. دیوان داوری تأکید کرده است که یک معاهده سرمایه‌گذاری می‌تواند حاوی ضوابطی متفاوت با ضوابط حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص تعیین تابعیت اشخاص باشد لذا ضابطه اعلام‌شده در معاهده بر ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی اولویت خواهد داشت. در پرونده بارسلونا تراکشن، اگرچه دیوان بین‌المللی دادگستری دعوای سهامداران را در خصوص مصادره اموال شرکت نپذیرفت، اعلام کرد که اگر دولت متبوع و میزبان سرمایه‌گذار، موافقت‌نامه‌ای در این خصوص منعقد کنند، دعوای حمایت از سهامداران یک شرکت سرمایه‌گذار نیز می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد.

در پرونده السی نیز دیوان بین‌المللی دادگستری از همان استدلال مطرح شده در پرونده مذکور استفاده کرد و اعلام داشت که تابعیت سرمایه‌گذار از طریق مراجعه به معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی میان آمریکا و ایتالیا تعیین می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد که از نظر رویه دیوان‌های مختلف، قواعد ذکرشده در قالب معاهدات سرمایه‌گذاری، نه تنها بر ماهیت اختلافات حاکم هستند، بلکه مسائلی همچون تعیین تابعیت سرمایه‌گذاران نیز بر اساس آن‌ها مشخص می‌شود. در نتیجه، در دعوای حمایت دیپلماتیک که کشور متبوع به لحاظ نقض مفاد معاهده سرمایه‌گذاری علیه کشور میزبان مطرح می‌کند، تابعیت اشخاص حقیقی یا حقوقی سرمایه‌گذار بر اساس قواعد اعلام‌شده در همان معاهده تعیین می‌شود.

علاوه بر این، شمردن محل اقامت سهامداران به عنوان نشانه وجود رابطه واقعی میان کشور متبوع آنها و شرکت و استحقاق چنین کشوری در اعمال حمایت دیپلماتیک در مقایسه با سایر معیارها بیشتر با واقعیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری خارجی مطابقت دارد معیاری که بر اساس آن، کشور متبوع سهامداران منافع بیشتری را در تأمین جبران خسارت دارد تا کشور متبوع شرکت که منافع جانبی دارد اتخاذ این معیار از چند مزیت برخوردار است:

«اولاً، این امکان را که کشور متبوع از اعمال حمایت صرف نظر می‌کند کمتر می‌نماید ثانیاً، اهمیت لزوم وجود رابطه واقعی و مؤثر بین کشور حامی و شخص حقوقی زیان دیده را مورد شناسایی قرار می‌دهد ثالثاً، با محدود کردن حق حمایت به یک کشور از ادعاهای متعدد توسط کشورها یعنی اینکه هر دام از کشورهای متبوع سهامدار مستقلاً به حمایت

دیپلماتیک از اتباع خود بر می‌خیزند جلوگیری می‌شود رابعاً، از جهاتی مقررات حقوق بشری رعایت می‌شود، بدین معنا سهامداران خارجی از دفاع و حمایت از حقوقشان محروم نمی‌شوند^{۱۶}».

ب: طی مراجع داخلی دولت میزبان

این شرط از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش‌نویس حمایت دیپلماتیک به صراحت بیان شده است. برخلاف حقوق بین‌الملل عرفی، در معاهدت دوجانبه سرمایه‌گذاری طی مراجع داخلی دولت میزبان به‌عنوان شرط ضروری برای امکان طرح داوری دولت- دولت درج نشده است. بنابراین مسئله مهم، نحوه تفسیر این سکوت است. هم می‌توان نتیجه گرفت که دولت‌های طرف یک معاهده سرمایه‌گذاری با سکوت خود در این خصوص، به صورت ضمنی از طی مراجع داخلی به‌عنوان شرط لازم برای امکان حمایت دیپلماتیک از طریق اقامه دعوی داوری دولت- دولت عدول کرده‌اند و هم می‌توان استدلال کرد که اقامه دعوی داوری دولت- دولت، صرفاً به‌منظور حمایت دیپلماتیک صورت نمی‌گیرد. لذا سکوت دولت‌ها در این خصوص به این معناست که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بر این موضوع نیز حاکم است^{۱۷}.

دیوان داوری در دعوی ایتالیا علیه کوبا در مرحله احراز صلاحیت با این مسئله مواجه شد. در این مرحله کوبا مدعی بود که با توجه به عدم مراجعه سرمایه‌گذاران ایتالیایی به محاکم داخلی کوبا، دولت ایتالیا حق طرح دعوی حمایت دیپلماتیک از این سرمایه‌گذاران را ندارد. ایتالیا نیز مدعی بود که شرط طی مراجع داخلی در خصوص این پرونده به چند دلیل قابل اعمال نیست. اولین استدلال ایتالیا در این خصوص این بود که این شرط زمانی که دولت به لحاظ نقض مستقیم حقوق خود طرح دعوا کند، قابل اعمال نخواهد بود. استدلال دوم ایتالیا این بود که کوبا با انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و درج راهکار مراجعه به داوری دولت - سرمایه‌گذار، بدون نیاز به رعایت این شرط، به‌صورت ضمنی از آن صرف‌نظر کرده است. ایتالیا همچنین مدعی بود که حتی در صورت حاکم بودن شرط طی مراجع داخلی، وجود چنین مراجع و سازوکارهای مؤثری در این خصوص باید توسط دولت کوبا به اثبات برسد. دیوان در استدلال خود این نکته را تأیید کرد که قاعده طی مراجع داخلی، زمانی که یک دولت به سبب نقض مستقیم حقوق خود اقدام به طرح دعوا علیه دولت دیگر می‌کند، قابل اعمال نخواهد بود. دیوان سپس دعوایی را که ایتالیا به سبب نقض مستقیم حقوق مورد ادعای خود مطرح کرده بود، از دعوایی که به لحاظ حمایت دیپلماتیک

^{۱۶} فیصل عامری (۱۳۸۸). شرکت‌های نفتی و معضل اعمال حمایت دیپلماتیک توسط ایران. پژوهش‌های حقوقی، ۱۶(۸)، ۳۲۹-۳۵۴.

^{۱۷} مریم صفری و سعید سلطانی راد (۱۳۹۶ ش)، اصل لزوم تابعیت اشخاص حقوقی و حمایت دیپلماتیک از آنها، ماهنامه پژوهش ملل، دوره دوم،

مطرح کرده بود، تفکیک کرد و در مورد دعوای اخیر طی مراجع داخلی را شرط لازم برای امکان طرح دعوای حمایت دیپلماتیک دانست. استدلال دیوان در این خصوص این بود که کشور میزبان باید امکان و فرصت بررسی و جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذاران را بر اساس سازوکارهای موجود در نظام حقوقی خود داشته باشد. دیوان در رد نظر ایتالیا چنین استدلال کرد که با توجه با اینکه درج راهکار مراجعه به دیوان داوری دولت - سرمایه‌گذار مانع از طرح دعوای حمایت دیپلماتیک در دیوان داوری دولت- دولت نخواهد بود، بنابراین عدم پیش‌بینی شرط طی مراجع داخلی برای اقامه دعوای داوری دولت- سرمایه‌گذار را نمی‌توان به‌عنوان عدول ضمنی از این شرط در طرح دعوای حمایت دیپلماتیک دانست.

۳. شمول شرط طی مراجع داخلی در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری

همانطور که بیان شد، دیوان داوری ایتالیا علیه کوبا استدلال ایتالیا مبنی بر صرف نظر کردن ضمنی کوبا از شرط طی مراجع داخلی را مورد پذیرش قرار نداد. استدلال و نتیجه‌گیری دیوان داوری در این مورد، همگام با رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای اینترهندل و السی بود. در قضیه اینترهندل دیوان بیان کرد؛ قاعده‌ای که بر اساس آن، سازوکارهای جبران خسارت داخلی، قبل از طرح دعوا در سطح بین‌المللی، باید طی گردد، از قواعد مسلم و شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل عرفی است. در چنین موقعیتی، پیش از توسل به یک دادگاه بین‌المللی، ضروری است، کشوری که نقض حقوق درون آن اتفاق افتاده است، فرصتی برای جبران آن از طریق سازوکار و نظام داخلی خود داشته باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در این پرونده بیان کرد که حتی اگر قواعد حل و فصل اختلافات میان طرفین در خصوص شمول شرط طی مراجع داخلی سکوت کرده باشد، این سکوت را نمی‌توان به‌عنوان عدول از این شرط تلقی کرد.

اگرچه در دو پرونده مطرح شده نزد دیوان بین‌المللی دادگستری از یک‌طرف، و از طرف دیگر اختلاف مطرح شده در دیوان داوری ایتالیا علیه کوبا، با مسئله حمایت دیپلماتیک در حقوق بین‌الملل مواجهیم، قواعد حاکم بر این اختلافات دارای تفاوت‌هایی با یکدیگرند؛ که این تفاوت‌ها امکان مقایسه میان این پرونده‌ها با یکدیگر را مورد تردید قرار می‌دهد. برخلاف معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایتالیا و کوبا، برای سرمایه‌گذاران موضوع پرونده‌های اینترهندل و السی، امکان طرح مستقیم اختلاف میان خود و کشور میزبان سرمایه‌گذاری، در دیوان داوری دولت- سرمایه‌گذار وجود نداشته است.

قاعده حاکم بر داوری دولت- سرمایه‌گذار این است که در صورت عدم تصریح معاهده سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار ملزم به طرح دعوا در مراجع داخلی کشور میزبان نیست. ماده ۲۶ از کنوانسیون ایکسید مقرر

می‌کند که اعلام رضایت به ارجاع اختلاف به داوری دولت-سرمایه‌گذار به‌عنوان چشم‌پوشی از شرط طی مراجع داخلی در نظر گرفته می‌شود. دیوان‌های داوری دیگری که از قواعد کنوانسیون ایکسید تبعیت نمی‌کنند نیز، چنین قاعده‌های را به‌عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته‌اند.^{۱۸}

هدف سرمایه‌گذار محکوم کردن اقدامات متخلفانه دولت میزبان و جبران خساراتی که به وی وارد شده است. این موضوع هم در دعاوی حمایت دیپلماتیک و هم داوری دولت-سرمایه‌گذار وجود دارد. دولت متبوع نیز به دنبال چنین هدفی در دعاوی حمایت دیپلماتیک است. زمانی که یک دولت با در نظر گرفتن تمامی ملاحظات حقوقی و سیاسی اقدام به طرح دعاوی حمایت دیپلماتیک از اتباع خود، علیه دولت دیگری می‌کند، اولین هدف وی جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار است. بنابراین، در خصوص هدف وجود شرط طی مراجع داخلی، از آنجا که هیچ دولتی مکلف به طرح دعوا به‌منظور حمایت از اتباع خود نیست، می‌توان نتیجه گرفت که این قاعده به‌منظور حمایت از حقوق دولت میزبان در حقوق بین‌الملل عرفی به وجود آمده است. در نتیجه در فرض وجود امکان ارجاع اختلاف به داوری دولت-سرمایه‌گذار، می‌توان گفت که دولت میزبان پذیرفته است که لزومی به طی مراجع داخلی وی توسط سرمایه‌گذار نیست.^{۱۹}

از طرف دیگر، استثنا بر قاعده لزوم طی مراجع داخلی را می‌توان با تغییر در منافع اشخاص ذینفع توجیه کرد. به‌صورت کلی استثنا قائل شدن برای این قاعده در چند فرض مورد پذیرش قرار گرفته است. طرح پیش‌نویس حمایت دیپلماتیک دلایل مختلفی را برای امکان وجود چنین استثنایی مطرح می‌کند. برای نمونه، زمانی که راهکار جبران خسارت غیرقابل دسترس یا غیرمؤثر باشد، یا با تأخیر غیرموجهی همراه شود یا در فرضی که شخص متضرر، آشکارا از دستیابی به راهکارهای داخلی منع شده است، این شرط لازم‌الاجرا نخواهد بود. همانطور که در طرح پیش‌نویس نیز بیان شده است، ذکر تمامی موارد توجیه‌کننده استثنا، امکان‌پذیر نیست.

با توجه به اینکه قاعده لزوم طی مراجع داخلی، به‌منظور حمایت از منافع دولت میزبان به وجود آمده است، استثنای این قاعده زمانی اعمال می‌شود که منافع سرمایه‌گذار خارجی نسبت به منافع دولت میزبان

¹⁸ Amerasinghe, Chittharanjan Felix (2004). *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁹ علیرضا، میروسی (۱۳۹۳)، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری، نشر پریس.

در اولویت قرار گیرد. به همین علت، زمانی که پرونده‌ای از طریق حمایت دیپلماتیک مطرح می‌شود، و امکان اقامه دعوا در نزد دیوان داوری دولت- سرمایه‌گذار نیز برای سرمایه‌گذار وجود دارد، مرجع رسیدگی باید منفعت دولت میزبان در استناد به قاعده فوق و منفعت سرمایه‌گذار در جبران خسارت را با یکدیگر بسنجد. بنابراین به‌صرف وجود حق اقامه دعوا نزد دیوان داوری دولت- سرمایه‌گذار، نمی‌توان به این نتیجه رسید که دولت میزبان از شرط طی مراجع داخلی خود برای طرح دعوی حمایت دیپلماتیک از سوی دولت متبوع سرمایه‌گذار، صرف‌نظر کرده است. تنها در خصوص اقامه دعوی دولت- سرمایه‌گذار است که می‌توان پذیرفت که طرفین معاهده سرمایه‌گذاری این قاعده را به‌عنوان شرط ضروری اقامه دعوا از سوی سرمایه‌گذار، بیان نکرده‌اند.^{۲۰}

از نظر دیوان داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف ایتالیا علیه کوبا، در مواقع طرح دعوا میان دولت‌ها به لحاظ نقض حقوق مستقیم یک دولت، نه‌تنها نیازی به طی مراجع داخلی دولت نیست بلکه مرجع دارای چنین صلاحیتی نیز در نظام داخلی دولت‌ها پیش‌بینی نشده است. اما دیوان در این پرونده با دعوی مختلطی مواجه است که بر اساس آن دولت ایتالیا در کنار طرح دعوا به لحاظ نقض حقوق خود، اقدام به حمایت دیپلماتیک از اتباع خود در مقابل دولت کوبا نیز کرده است. در ادامه به یکی از مهم‌ترین استثنائات وارد به شرط طی مراجع داخلی پرداخته شده و رابطه آن با دعوی مختلط بررسی می‌شود.

۴. استثنای نقض مستقیم حقوق دولت

بر اساس این استثنا، زمانی که دولتی اقدام به طرح دعوا علیه دولت دیگر، و به لحاظ نقض مستقیم حقوق خود می‌کند، قاعده لزوم طی مراجع داخلی دولت خوانده اعمال نمی‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در چند پرونده با چنین مسئله‌ای مواجه شده است. برای نمونه در قضیه موسوم به کانال کورفو، دیوان این استدلال را از بریتانیا پذیرفت و بیان کرد که، اگر خسارات مورد ادعا به اموال دولتی وارد شده است، نیازی به طی مراجع داخلی دولت خوانده نیست. چنین استدلالی در پرونده سانحه هوایی از سوی اسرائیل بیان شد. منشأ اختلاف به وجودآمده در این پرونده، انهدام هواپیمای غیرنظامی اسرائیل در آسمان بلغارستان بود. از نظر اسرائیل، انهدام این هواپیما با توجه به اینکه پرچم آن دولت بر روی آن ترسیم شده بود، نقض مستقیم حقوق دولت اسرائیل محسوب می‌شد. بلغارستان در خصوص این استدلال اسرائیل واکنشی از خود نشان نداد لیکن، در بیان نظر خود اعلام کرد که راهکار جبران خسارات وارده به اتباع دولت‌ها

^{۲۰} صابر نیاورانی و ساناز ذبیحی شهری (۱۳۹۴ ش)، حمایت دیپلماتیک در قامت یک حق بشری، مطالعه‌ی رویه قضایی بین‌المللی و نقد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۰۶، مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۲۲، صص ۶۲

مشمول قاعده لزوم طی مراجع داخلی دولت خوانده است. طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت دیپلماتیک نیز از ضابطه تعیین نوع حقوق مورد ادعای نقض استفاده کرده است. ماده ۱۴ این طرح بیان می‌دارد: زمانی که یک دعوای بین‌المللی یا درخواستی برای صدور یک رأی اعلامی ابتدائاً بر مبنای خسارت وارده بر یک تبعه یا سایر اشخاصی که در این ماده به آنها اشاره شده است، مطرح گردد، مراجع داخلی دولت خوانده از سوی تبعه دولت خواهان، باید مورد مراجعه قرار گیرد.^{۲۱}

همچنین ویژگی ممتاز دعوای حمایت دیپلماتیک که بر مبنای یک معاهده سرمایه‌گذاری طرح شده این است که دولت خواهان مدعی نقض مفاد آن معاهده از سوی دولت دیگر است. بر اساس مفهوم سنتی حمایت دیپلماتیک، نقض حقوق اتباع یک دولت از طریق نقض قواعد حقوق بین‌الملل به منزله نقض حقوق دولت متبوع نیز در نظر گرفته می‌شود. بنابراین اگر بخواهیم به صرف پذیرش این تعریف، استثنای نقض مستقیم حقوق دولت را به قاعده لزوم طی مراجع داخلی وارد بدانیم، در عمل این استثنا بر تمامی دعوای حمایت دیپلماتیک وارد می‌شود. در نتیجه قاعده لزوم طی مراجع داخلی، کارکرد خود را از دست خواهد داد. نتیجه اینکه، ضابطه نقض حقوق بین‌الملل، اعم از اینکه از طریق نقض یک معاهده بین‌المللی صورت پذیرفته باشد، نمی‌تواند به تنهایی مبنایی برای استثنا قائل شدن نسبت به قاعده لزوم طی مراجع داخلی باشد.^{۲۲}

۴-۱ ضابطه اولویت و تفکیک دعوای

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود ایجاد اولویت میان دو دعوای طرح‌شده است. در خصوص نحوه اولویت نیز از ضوابط مختلفی می‌توان استفاده کرد. یکی از ضوابط بررسی این موضوع است که آیا دولت متبوع در صورتی که تقاضای جبران خسارات وارده به اتباع خود را نداشته باشد، باز هم حاضر به اقامه دعوای علیه دولت دیگر است یا خیر. تهیه‌کنندگان طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت دیپلماتیک، ضابطه مذکور را بررسی کردند اما این ضابطه در طرح پیش‌نویس درج نشده است. ضابطه دیگر، بررسی موضوع اختلاف و ماهیت دعواست.^{۲۳} برای مثال اگر موضوع اختلاف نقض حقوق

²¹ Maria Flemme, (2004) Due Diligence in International Law, Master thesis in University of Lund, pp14

²² محسن عبدالهی و علی حسنخانی (۱۳۹۳ ش)، تحلیل رأی دیوان در قضیه گینه علیه کنگو، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۵، صص

²³ Meron, Theodor (1959). "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *British Year book of International Law*, vol. 35.

اشخاص خصوصی باشد، دعوای دولت خواهان را می‌توان به‌عنوان دعوای حمایت دیپلماتیک در نظر گرفت.^{۲۴}

دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌ی السی با درخواست تفکیک دعوای مواجه بود. ایالات متحده آمریکا دو دعوای مجزا در این خصوص نزد دیوان مطرح کرد؛ دعوای اول، در قالب حمایت دیپلماتیک از اتباع خود و به‌منظور اخذ غرامت و دعوای دوم تقاضای صدور رأی اعلامی از سوی دیوان که بیانگر نقض معاهده میان آمریکا و ایتالیا توسط کشور اخیر باشد. دیوان در این پرونده امکان تفکیک دعوای را رد نکرد، بلکه چنین اعلام نظر کرد که در این پرونده دعوای اعلامی که قابلیت تفکیک از دعوای حمایت دیپلماتیک ایالات متحده آمریکا را داشته باشد، وجود ندارد. دیوان با اعمال ضابطه اولویت، به این موضوع پرداخت که میان دعوای خسارت مستقیم و دعوای حمایت دیپلماتیک، کدامیک را به‌عنوان دعوای اصلی در نظر بگیرد و در نتیجه در خصوص لزوم طی مراجع داخلی اعلام نظر کند. از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، دعوای ایالات متحده آمریکا، صرفاً دعوای حمایت دیپلماتیک است؛ در نتیجه دعوای نقض مستقیم حقوق این دولت رد شد.

در دعوای ایتالیا علیه کوبا نیز اگرچه دیوان داوری برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌ی السی، به‌صراحت در خصوص ضابطه اولویت مطلبی بیان نکرد بلکه به‌صورت ضمنی از این ضابطه استفاده نمود. دیوان داوری دعوای ایتالیا علیه کوبا، برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری با استناد به ضابطه اولویت، اقدام به رد دعوا نکرد، بلکه میان دعوای حمایت دیپلماتیک و دعوای نقض مستقیم حقوق دولت ایتالیا تفکیک ایجاد کرد و هر دو دعوا را به‌صورت جداگانه بررسی نمود.

چه در معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی میان ایالات متحده آمریکا و ایتالیا و چه در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایتالیا و کوبا، امکان حل اختلاف میان دو دولت در خصوص اجرای معاهده پیش‌بینی شده است. به نظر می‌رسد شیوه دیوان بین‌المللی دادگستری در تعارض با روح و هدف معاهده سرمایه‌گذاری منعقدشده میان دولت‌هاست. اگر طرفین معاهده در زمان انعقاد آن، امکان صدور رأی اعلامی در خصوص اجرا یا عدم اجرای معاهده را به مرجع حل اختلاف اعطا کرده باشند، و این دعوا را هر یک از طرفین بتوانند به‌صورت مجزا علیه طرف دیگر مطرح کنند، دلیلی وجود ندارد که حق طرح چنین

²⁴ Dugard - j, Special(2000). Reporter, First Report On Diplomatic Protection, International Law Commission, 52 Session, Geneva.

دعوائی در کنار دعوی حمایت دیپلماتیک را از دولت متبوع سلب کرد. شیوه تفکیک دعوی از این لحاظ که حق دولت‌ها برای طرح دعوی اعلامی در خصوص اجرای معاهده را محفوظ می‌دارد، به نظر مناسب‌تر از شیوه دیگر است. در فرضی که دولت خواننده به دفعات اقدام به نقض حقوق اتباع مختلف دولت خواهان کند، اهمیت حق دولت خواهان در طرح چنین دعوائی جهت توقف اعمال دولت خواننده، بیشتر نمود پیدا می‌کند.

در پرونده ایتالیا علیه کوبا، دیوان به درستی به این نکته اشاره کرد که دولت‌ها مشمول قاعده لزوم طی مراجع داخلی دولت دیگر در خصوص ادعای نقض حقوق خود، نیستند. دیوان پس از تفکیک دعوی ایتالیا مقرر کرد که دعوی این کشور در خصوص نقض مستقیم حقوق آن، باید در مرحله رسیدگی به ماهیت اختلاف بررسی شود. در این مرحله نیز دیوان به این نتیجه رسید که اثبات نقض مستقیم حقوق دولت ایتالیا منوط به اثبات نقض حقوق اتباع وی از سوی دولت کوبا است. دیوان پس از رسیدگی در مرحله ماهیت، تمامی ادعاهای مطرح شده در خصوص نقض حقوق اتباع ایتالیا توسط دولت کوبا را رد کرد و در نتیجه دعوی دولت ایتالیا در خصوص نقض مستقیم حقوقش توسط دولت کوبا را نیز رد کرد. انتقادی که می‌توان به این رأی دیوان مطرح کرد این است که اثبات نقض حقوق کشور ایتالیا توسط کوبا را منوط به اثبات نقض حقوق اتباع ایتالیا توسط کوبا کرده است. در حقیقت این امکان که حقوق دولت ایتالیا نقض شده باشد، لیکن در این خصوص توسط اتباع این کشور ادعایی مطرح نشده باشد، توسط دیوان مورد توجه قرار نگرفته است. از طرف دیگر، با توجه به اینکه اثبات نقض حقوق اتباع ایتالیا از نظر دیوان منوط به طی مراجع داخلی دولت کوبا بوده است، اتخاذ چنین رویه‌ای موجب می‌شود که در صورت عدم طی مراجع داخلی دولت خواننده از سوی اتباع دولت خواهان، نقض مستقیم حقوق دولت خواهان از سوی دیوان احراز نگردد.^{۲۵}

۵. آثار عمل ناروای بین المللی دولت و جبران خسارت

حمایت دیپلماتیک در اساس از مباحث زیر مجموعه^{۲۵} مبحث کلی‌تر مسئولیت بین‌المللی دولت است. در حقیقت حمایت دیپلماتیک مسیری انحرافی است که پس از وقوع خطای بین‌المللی (دولت خاطی و مدعی علیه نسبت به تبعه^{۲۵} دولت حامی و مدعی) جریان پیدا می‌کند اما پس از طی کامل خود، چه از

²⁵ Dugard - j, Special(2000). Reporter, First Report On Diplomatic Protection, International Law Commission, 52 Session, Geneva.

طرق صرف دیپلماتیک و چه از طرق قضائی یا داوری و اثبات ادعای دولت مدعی، برای به نتیجه رسیدن به دامن حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت باز می‌گردد. این بازگشت ناشی از روشهای جبران خسارتی است که در حقوق بین‌الملل برای مسئولیت بین‌المللی دولت و قواعد ثانویه^{۲۵} مربوط به آنها تعبیه شده است. نقض حقوق بین‌الملل از سوی دولت موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت را فراهم می‌آورد. بنابراین، لازم است مسئله جبران خسارت فردی در چارچوب مسئولیت بین‌المللی دولت ناشی از نقض حقوق بیگانگان، حمایت دیپلماتیک و طرح سال ۲۰۰۱ مسئولیت بین‌المللی دولتها مورد ارزیابی قرار گیرد (مهرابی، ۱۳۸۳).

۵-۱ آثار آنی نقض بین‌المللی دولت

دو اثر آنی نقض حقوق بین‌الملل توسط دولت مسئول عبارتند از: اثر نقض تعهد بر بقای وظیفه برای اجرای تعهد از یک سو و از دیگر سو توقف نقض در موارد بقای وظیفه است. به بیان روشن‌تر در برخی موارد نقض یک هنجار بین‌المللی ممکن است وجود هنجار مربوطه را به طور کلی پایان دهد. این موضوع خصوصاً در مواردی که تعهد در ارتباط با یک وضعیت عینی از سوی دولت متعهد پذیرفته می‌شود مصداق می‌یابد. به عنوان نمونه اگر فرض بر این باشد که دولت الف در قبال دولت ب متعهد گردد تا از یکی از اتباع آن دولت حفاظت جانی به عمل آورد و با این وصف نسبت به انجام تعهد به نحوی قصور ورزد که تبعه^{۲۶} مورد نظر تلف گردد. بقای تعهد و در واقع هنجاری که آن تعهد از آن نشأت گرفته است، موضوعیت و ضرورت خود را از دست می‌دهد. این وضعیت در شرایطی که معاهده فی‌مابین، امکان فسخ برای طرف مدعی خطای بین‌المللی نیز در نظر گرفته است، موضوعیت می‌یابد. در این موارد دولت زیان‌دیده می‌تواند پس از اثبات بروز خطا توسط دولت مسئول، معاهده فی‌مابین را فسخ نماید. فسخی که اگر از نظر حقوقی درست صورت پذیرد نمی‌تواند آثار سابقاً ایجاد شده توسط قرارداد را لغو نماید. فسخ مستلزم ابراز ادعا از سوی دولت زیان‌دیده است، در حالی که در خصوص آثار ثانویه چنین نیست و این آثار صرف نظر از طرح شدن ادعا یا غیر آن قابل اعمال اند^{۲۶}.

در مقابل در مواردی نقض تعهد، به هنجار پایه‌ای که تعهد از آن ناشی شده صدمه وارد نساخته و ضرورت رعایت دوباره آن هنوز بر عهده دولت خاطی باقی است. چه در خصوص تبعه^{۲۶} زیان دیده یا هر مورد مشابه دیگر. به عنوان مثال چنانچه اتباع دولت در خصوص تعرفه‌های گمرکی از مزایای خاصی برخوردار باشند، با نقض یکباره تعهد از سوی دولت مسئول، هنجار مربوطه موضوعیت خود را حفظ می‌کند و در

^{۲۶} محسن محبی (۱۳۸۴). رویه داوری بین‌المللی دربارهٔ غرامت (دعای نفتی). مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵ (پاییز و زمستان)

موارد مشابه نسبت به همان تبعه و یا اتباع دیگر دولت مدعی، برای دولت مسئول لازم الاتباع باقی می‌ماند. این دو شق در مواد ۲۹ و ۳۰ طرح مواد ۲۰۰۱ در خصوص مسئولیت بین‌المللی ملاحظه شده‌اند؛ ماده ۲۹ طرح مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص بیان می‌دارد؛

«دوام وظیفه برای اجرا، نتایج حقوقی یک خطای بین‌المللی تحت این بخش به دوام وظیفه دولت مسئول برای انجام تعهد نقض شده، اثری وارد نمی‌سازد.»

هنگامی که دولتی مرتکب نقض یک تعهد بین‌المللی می‌شود، احیای وضعیت حقوقی که از این نقض متأثر گردیده، اهمیت اساسی می‌یابد. ماده ۲۹ بیان‌کننده این اصل کلی است که آثار حقوقی تخلف بین‌المللی، تأثیری در تداوم وظیفه دولت به ایفای تعهد نقض شده، ندارد. گاهی ممکن است تأثیر نقض یک تعهد بین‌المللی، خاتمه دادن به تعهد باشد. برای مثال زمانی که دولتی در اثر نقض یک معاهده دوجانبه مورد زیان واقع می‌شود، اختیار خاتمه دادن به معاهده را دارد اما ممکن است فارغ از مطالبه ادامه اجرای معاهده، نفعی در مختومه کردن آن نداشته باشد. در نتیجه مشاهده می‌کنیم که صرف نقض معاهده، موجب اختتام آن نمی‌شود. و ماده ۳۰ این مقرر را بدین وجه تکمیل می‌کند که:

«توقف و منع تکرار: دولت مسئول برای انجام خطای بین‌المللی، ملزم است تا:

(الف) عمل [خطا] را متوقف سازد، و اگر ادامه یافت:

(ب) در صورت اقتضای شرایط، اطمینان و ضمانتهای مناسب برای عدم تکرار ارائه نماید.»

در حالی که ماده ۲۹ اصولاً متعلق به شقی است که بر اساس آن ادامه و دوام تعهد و هنجار مربوطه بر عهده دولت مسئول فهمیده می‌شود. ماده ۳۰ دو اثر همزمان که یکی سلبی و دیگری اثباتی است را تحمیل می‌کند. بر این اساس، دولت مسئول متعهد است از یک سو مانع تکرار عمل ناروا گردد و از این جهت تعهدی سلبی بر عهده دارد و از سوی دیگر متعهد به ارائه تضمیناتی است که در آن چارچوب الزام خود را اجرایی خواهد کرد که وجهی اثباتی و مثبت در آن نهفته است. هر دوی این موارد البته زمانی موضوعیت می‌یابند که تعهد کماکان دوام داشته باشد، زیرا اگر تعهد مورد بحث در نتیجه نقض قطع می‌شد، مساله قطع و توقف تخلف مطرح نبود و نیازی به ارائه اطمینان و تضمین نیز احساس نمی‌شد. بر اساس نظر اعلامی از دیوان داوری بین‌المللی در پرونده «رینبو- واریور» تعهد سلبی دولت برای توقف خطا هم شامل فعل و هم ترک فعل می‌گردد. این موضوع با عنایت به ترتیبات ماده ۲ طرح که خطا را شامل فعل و ترک فعل می‌داند تطابق دارد. این نیز محل توجه است که تکرار و تعدد دفعات و ادامه وضعیت ناشی از یک بار خطا هر دو موضوع این ماده خواهد بود.^{۲۷}

^{۲۷} مصطفی شیرمحمدی (۱۳۹۳ ش)، حمایت دیپلماتیک؛ قرآنی حقوق بشری و اسلامی، حقوق بشر، جلد نهم، شماره ۱ و ۲، صص ۱۱۴ - ۹۱

در اختلاف ناشی از نقض تعهد بین المللی، توقف تخلف مهم‌ترین موضوعی است که نه تنها از سوی دولتها بلکه در نقض‌های فاحش بین المللی از سوی نهادها و سازمانهای بین المللی خواسته می‌شود. توقف رفتار ناقض تعهد بین المللی از شروط محو آثار رفتار متخلفانه است که به همراه جبران خسارت یکی از نتایج کلی مترتب بر فعل متخلفانه بین المللی است. بدین نحو با توقف عمل خلاف موازین حقوق بین الملل هم از منافع دولت زیان‌دیده و هم از منافع کل جامعه بین المللی صیانت و حفاظت می‌شود.

در بررسی بند ۲ ماده فوق می‌توان گفت اطمینان بخشی و تضمین عدم تکرار در راستای بازگرداندن اعتماد به کار می‌روند که اغلب می‌توان از طریق جلب رضایت مطالبه نمود. تأمین اطمینان معمولاً به صورت شفاهی رائه می‌شود و این در حالی است که در رویه بین المللی برای ضمانتهای عدم تکرار صور متفاوتی وجود دارد. در مواردی ممکن است دولت متبوع سرمایه گذار زیان دیده از دولت مسئول، اتخاذ تدابیر خاص و یا صدور دستورالعمل‌های معین و نیز انجام عمل خاص را مطالبه نماید و البته اجرا این بند بستگی به اوضاع و احوال و شرایط موجود در این قضیه همانند ماهیت تعهد دارد.

۵-۲ آثار ثانویه خطای بین المللی

اعمال آثار ثانویه خطای بین المللی پس از بروز خطا (که فوقاً توضیح داده شد) به معنای پایان امر نیست. آثار ثانویه‌ای وجود دارند که پس از اعمال آنها می‌توان ادعا کرد دولت خاطی از عهده مسئولیت خویش برآمده است. این آثار به تفصیل در طرح مواد سال ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین الملل به تدوین درآمده‌اند. باید متذکر شد که ترتیبات کمیسیون بیش از آنکه اعتبارشان را مدیون عملکرد کمیسیون حقوق بین الملل باشند نشانه‌هایی از وجود الزام عمومی و عرفی نزد دولتها هستند. در حقیقت کمیسیون ماهیتاً مجموعه‌هایی از عملکردهای قبلی را در دست دارد که مسبوق به رعایت دولتها هستند و از این نظر واجد اعتبار به شمار می‌روند. به دلایل مورد اشاره در ادامه به تکرار ترتیبات مواد طرح مواد ۲۰۰۱ که در حقیقت موضوع جبران خسارت در حقوق بین الملل هستند و بدون ارجاع به مبانی این گزارهها اشاره‌های سریع و کلی صورت خواهد گرفت.

تعهد دولت مسئول به جبران خسارت به زبانی مربوط می‌شود که از عمل متخلفانه بین المللی ناشی شده است و بدین ترتیب، در مرحله اول دولت میزبان باید از طریق رسیدگی قضایی داخلی، مبادرت به جبران خسارت زیان‌دیده نماید و در غیر این صورت مشمول مسئولیت بین المللی می‌گردد. در حقوق بین الملل

اصطلاحات زیان، آسیب و خسارت به طور متفاوت از همدیگر تعریف گردیده است.^{۲۸}

اصل کلی جبران خسارت در دولت که به نظر می‌رسد به موجب رویه بین‌المللی بویژه تصمیمات مراجع داوری محرز و مسلم تلقی شده، این است که جبران خسارت باید تا جایی که ممکن است چنان وسیع باشد که آثار عمل غیرقانونی را مرتفع سازد و وضعیتی را که در صورت عدم وقوع آن عمل، وجود داشت، مجدداً اعاده کند. اگر اعاده وضع به حال اول ممکن نباشد، اصول مربوط به تعیین غرامت ناشی از عمل غیرقانونی چنین است؛ پرداخت مبلغی معادل ارزش مال با فرض اعاده وضع و نیز در صورت لزوم صدور حکم به پرداخت خسارتی که حتی با اعاده وضع یا پرداخت مبلغی به جای آن، بلاجبران باقی می‌ماند.^{۲۹}

ماده ۳۱ طرح مواد تحت عنوان «جبران خسارت» بیان می‌دارد:

«۱. دولت مسئول تحت این الزام قرار دارد که برای خساراتی که بواسطه عمل ناروای بین‌المللی خویش سبب گردیده جبران خسارت کامل نماید.

۲. خسارت شامل هر صدمه، چه مادی و چه معنوی است که ناشی از عمل ناروای بین‌المللی باشد.»

تعهد کلی جبران خسارت در این ماده به عنوان تکلیف دولت مسئول در نتیجه نقض تعهد تعریف شده است و به محض ارتکاب تخلف بین‌المللی، تعهد جبران خسارت به صورت خود به خود و بدون آنکه موکول به مطالبه و یا اعتراض هیچ دولتی باشد، محقق می‌گردد.^{۱۷۷} تعهد کلی جبران در این ماده به عنوان پیامد فوری مسئولیت دولت بیان شده است به عبارت دیگر تعهد دولت مسئول از و نه حق دولت زیان‌دیده، ناشی می‌شود.

مفهوم زیان در بند ۲ ماده فوق تعریف گردیده است بدین نحو که زیان شامل هرگونه خسارت ناشی از عمل متخلفانه است. خسارت مادی شامل خسارت به اموال یا سایر منافع دولت و اتباعش که از نظر مالی قابل ارزیابی است و خسارت معنوی مواردی مانند از دست دادن اشخاص مورد علاقه، مزاحمت برای زندگی خصوصی و ایجاد درد و رنج شخصی، می‌گردد. با توجه به این مورد مسلم است که استفاده از این اصطلاح برگرفته از حقوق داخلی می‌باشد.

ماده ۳۴ طرح مواد راجع به «اشکال جبران خسارت» بیان می‌دارد:

«جبران کامل برای خسارات ناشی از یک عمل ناروای بین‌المللی، باید به صورت بازگشت به وضع سابق، غرامت، و ایفای تعهد، چه بطور جدا یا با هم و بر اساس ترتیبات این فصل صورت پذیرد.»

ماده ۳۴ صورترمیم صدمه که به صورت جداگانه و یا توأم موجب براءت تعهد ترمیم کامل صدمه وارده

^{۲۸} محسن محبی (۱۳۸۴). رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعای نفتی). مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵ (پاییز و زمستان)

^{۲۹} مهرناز مهرابی (۱۳۸۳)، شناسایی و اجرای احکام داوری در کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، فصلنامه ندای صادق، شماره ۳۴ و ۳۵

ناشی از تخلف بین المللی می‌گردد، تعیین می‌نماید. جبران کامل خسارت بنا به وضعیت ایجاد شده می‌تواند شکل اعاده، جبران خسارت و گاهی رضایت داشته باشد. در ماده ۳۴ این نکته اشاره شده است که گاهی جبران کامل زیان در موارد خاصی فقط با توأم با روشهای مختلفی از جبران تأمین شود. ممکن است برگشت به وضعیت قبل از نقض تعهد برای جبران کامل خسارت کافی نباشد زیرا عمل تخلف موجب خسارت مادی بیشتری شده است. به این ترتیب رفع تمام آثار تخلف به نوع و میزان زیان وارده توسط یک و یا برخی از روشهای ترمیم صورت می‌پذیرد.

ماده ۳۵ در خصوص «بازگشت به وضع سابق» مقرر می‌دارد:

«یک دولت مسئول برای عمل ناروای بین‌المللی تحت الزام برای بازگرداندن وضع به سابق قرار داد. [بازگرداندن وضع به حال سابق] تثبیت وضعیتی است که پیش از ارتکاب عمل ناروای بین‌المللی وجود داشته و این الزام تا آنجا برقرار است که: (الف) از لحاظ مادی غیر ممکن نباشد؛

(ب) متضمن تحمل باری دشواری نامتناسب در قیاس با فواید منبعث از غرامت به عوض آن نباشد»

همانطور که در ماده ۳۴ اشاره شد اعاده وضع نخستین روش جبران خسارت که در اختیار دولت زیان‌دیده قرار دارد. بازگشت به وضع سابق مستلزم آن است که تا جایی که ممکن است وضعیتی که قبل از ارتکاب تخلف وجود داشته دوباره برقرار شود. از اعاده وضعیت به سابق، تعریف یکسانی ارائه نشده است. بازگشت به وضعیت قبلی شامل برقراری و احیای وضع موجود سابق است که وضعی که پیش از وقوع فعل متخلفانه وجود داشته است. دولت مسئول با برقراری مجدد وضعیتی که پیش از ارتکاب فعل متخلفانه وجود داشته ملزم به محو و از بین بردن تمام آثار قانونی و مادی فعل متخلفانه خود است. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف می‌گوید: اصل بنیادی این است که جبران باید حتی المقدور آثار عمل غیرمشروع را بزدايد و وضع رامجدداً به همان حالتی برگرداند که اگر آن عمل رخ نمی‌داد، آن وضع وجود داشت. بنابراین اگر خسارت وارده ناشی از عمل خلاف حقوق بین الملل باشد، مانند سلب مالکیت به طور غیرمشروع، اعاده وضع مستلزم لغو ملی کردن است. طرح کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسئولیت دولت (طرح سال ۱۹۹۶) درباره اعاده وضع به عنوان یکی از طرق جبران خسارت، موارد استثنایی را ذکر نموده است که اگر اعاده وضع غیرممکن باشد؛ اگر متضمن قاعده آمره حقوق بین الملل باشد؛ اگر برخلاف اصل تناسب مسئولیت با عمل خلاف حقوق بین الملل، موجب تعهد شود؛ و بالاخره اگر باعث تهدید استقلال سیاسی یا ثبات اقتصادی کشور متخلف گردد، که البته همانطور

مشاهده شد این موارد در طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حذف شده است.

۶. بحث و نتیجه‌گیری

با توجه به پدیده جهانی شدن که در پی آن کشورها در صددافزایش سطح تجارت از طریق سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند، امروزه شاهد حضور فعال اشخاص خصوصی در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی هستیم که از جمله تبعات آن افزایش سطح اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری‌هاست. با توجه به گستره وسیع اقدامات دولتها که در جهت حفاظت از منافع اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی که به منظور حفظ حقوق خود انجام می‌دهند، کلیه قواعد بین‌المللی از قبیل قواعد مربوط به سرمایه‌گذاری و یا قواعد حقوق بشری نیز با وجود این که منافی غیر از منافع دولتها را دارند، می‌توانند موضوع حمایت دیپلماتیک واقع گردند. همانطور که در بخش اول پژوهش اشاره شد، با توجه به وجود آرمانها و اهداف مشترک میان حمایت دیپلماتیک به عنوان ابزار مورد استناد در موارد نقض حقوق بشر می‌توان آثار توسعه حقوق بشر را در پیش شرطهای اعمال حمایت دیپلماتیک مشاهده نمود که مهم‌ترین آنها توسل به حمایت دیپلماتیک در خصوص افراد با تابعیت مضاعف و افراد آواره و پناهنده می‌باشد.

معاهدات سرمایه‌گذاری با پیشبینی شیوه‌های دولت-دولت در حلوفصل اختلافات، مسیر جدیدی از سازوکار حمایت دیپلماتیک را در نظام حقوق بین‌الملل معرفی کردند. این شیوه از حمایت دیپلماتیک، برخلاف شیوه مرسوم که در آن از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل استفاده می‌شود، تحت حاکمیت قواعد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری میان دو کشور است. در نتیجه دیوان رسیدگی کننده به اختلاف نیز در این خصوص قواعد متفاوتی در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی اعمال می‌کنند. در اولین مرحله، دیوان باید ضمن اعمال قواعد شکلی مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری، در خصوص مواردی همچون صلاحیت رسیدگی و قابلیت پذیرش دعوا و تعیین تابعیت سرمایه‌گذار اتخاذ تصمیم کند. مرجع رسیدگی‌کننده تنها زمانی مجاز به استفاده از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل است که در خصوص آن موضوع، در معاهده سرمایه‌گذاری تعیین تکلیف صورت نگرفته باشد. در مرحله دوم، دیوان با استفاده از ضابطه اولویت، اقدام به تفکیک دعاوی مختلف طرح شده از سوی دولت خواهان می‌کند. نتیجه این اقدام دیوان، احراز مختلط یا ساده بودن دعوی طرح شده است. در صورتیکه دیوان با دعوی ساده مواجه باشد، اقدام به بررسی و مقایسه منافع طرفین، اعم از دولت خواهان و خواننده و سرمایه‌گذار می‌کند. دیوان با بررسی معاهده سرمایه‌گذاری حاکم، این موضوع را تعیین می‌کند که آیا قاعده لزوم طی مراجع داخلی در این پرونده لازمالاجراست یا خیر. چنانچه دیوان با این فرض مواجه شود که دولت خواهان علاوه بر طرح دعوی حمایت دیپلماتیک، درخواست صدور رأی اعلامی علیه دولت خواننده در خصوص نقض مستقیم حقوق خود را نیز مطرح کرده است، در ابتدا اقدام به

تفکیک این دو دعوا از یکدیگر کرده و هر دو دعوا را به صورت مستقل از یکدیگر بررسی می کند. با استفاده از این روش، دیوان به دادخواست دولت خواهان مبنی بر صدور رأی اعلامی در خصوص نقض معاهده، اعتباری مستقل از دادخواست حمایت دیپلماتیک مطرح شده از سوی او می دهد. در نتیجه در صورتیکه هر یک از این دعاوی به نتیجه مد نظر دولت خواهان نرسد، آسیبی به دادخواست دیگر وارد نمی شود.

فهرست منابع

- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۷) حقوق بین الملل خصوصی، تهران: میزان.
- پیران، حسین (۱۳۹۳). مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، تهران: گنج دانش.
- دالزر، رودلف؛ شرور، کریستف (۱۳۹۱). اصول حقوق بین الملل سرمایه گذاری، ترجمه قاسم زمانی و به آذین حسینی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- زمانی، سید قاسم. (۱۳۹۱). مسئولیت بین المللی دولتها در قبال اعمال شرکتهای خصوصی از منظر رویه قضایی و داوری بین المللی. پژوهش حقوق عمومی، ۱۵(۴۰)، ۱۱۵-۱۴۰.
- حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل (۱۳۹۳). حقوق سرمایه گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه گذاری، تهران: تیسرا.
- شیرمحمدی، مصطفی (۱۳۹۳ ش)، حمایت دیپلماتیک؛ قرائتی حقوق بشری و اسلامی، حقوق بشر، جلد نهم، شماره ۱ و ۲، صص ۱۱۴ - ۹۱
- شریفی، محسن. (۱۳۸۶). شرایط حمایت دیپلماتیک از شرکتها در حقوق بین الملل: تابعیت شرکتها. فصلنامه علمی راهبرد، ۱۵(۲)، -.
- فلسفی، هدایت الله (۱۳۹۳)، حقوق بین الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو.
- کوشا، سهیلا (۱۳۹۱ ش)، صلاحیت دیوان بین المللی دادگستری در اعمال حمایت دیپلماتیک با تأکید بر قضیه دیالو، تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶ و ۱۷، صص ۸۵
- صفری، مریم و سعید سلطانی راد (۱۳۹۶ ش)، اصل لزوم تابعیت اشخاص حقوقی و حمایت دیپلماتیک از آنها، ماهنامه پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۱۸، صص ۸۸
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۴، حقوق معاهدات بن المللی، کتابخانه گنج دانش چاپ دوم، صص ۳۴۸-۳۱۸.
- عبداللهی، محسن و علی حسنجانی (۱۳۹۳ ش)، تحلیل رأی دیوان در قضیه گینه علیه کنگو، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۵، صص ۵۲

عامری، فیصل. (۱۳۸۸). شرکت‌های نفتی و معضل اعمال حمایت دیپلماتیک توسط ایران. پژوهش‌های حقوقی، ۸(۱۶)، ۳۲۹-۳۵۴.

میرعباسی، سیدباقر، سیاوش پور، حمیدرضا. (۱۳۹۸). حمایت دیپلماتیک در چارچوب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۴۹(۴)، ۱۱۰۹. قنبری جهرمی، محمد جعفر، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.

نیاورانی، صابر و ساناز ذبیحی شهری (۱۳۹۴ ش)، حمایت دیپلماتیک در قامت یک حق بشری، مطالعه‌ی رویه قضایی بین‌المللی و نقد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۰۶، مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۲۲، صص ۶۲.

میروسیسی، علیرضا، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری، نشر پریس، ۱۳۹۳. محبی، محسن. (۱۳۸۴). رویه داوری بین‌المللی درباره گرامت (دعاوی نفتی). مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵ (پاییز و زمستان)

مهرابی، مهرناز (۱۳۸۳)، شناسایی و اجرای احکام داوری در کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، فصلنامه ندای صادق، شماره ۳۴ و ۳۵

UNCTAD (2011). *Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition*, New

Amerasinghe, Chittharanjan Felix (2004). *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Canfor corporation v. US.Terminal Forest Products Ltd v. US. UNCITRAL Order Of the Consolidation Tribunal.7 2005.para 59. 2. Methanex v. USA.UNCITRAL

Dugard - j, Special(2000). Repporter, First Report On Diplomatic Protection, International Low Commission, 52 Session, Geneva.

Juratowitch, Ben (2008). *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, Washington D.C, ICSID publication.

Lourie, Greg (2015). "Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties", Austrian Yearbook on International Arbitration, pp. 511-542.

Meron, Theodor (1959). "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *British Year book of International Law*, vol. 35.

Maria Flemme, (2004) Due Diligence in International Law, Master thesis in University of Lund,pp14

Meron, Theodor (1959). "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *British Year book of International Law*, vol. 35.

Potestà, Michele (2012). "Republic of Italy v. Republic of Cuba", *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 341-347.

Roberts, Anthea (2014). "State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority", *Harvard International Law Journal*, vol. 55, pp. 67-70.

Sornarajah, Muthucumaraswamy (2004). *The International Law Of Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press.

Shreuer, Christoph (2007). *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.

Salini Costruttori S.P.A.v Morocco ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction 23JULY 2001

IESI S.P.A.et ASTALDI S.P.A.v.Algeria, ICSID case NO.ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12July2006.

Abstract

Considering the prominent role of the individual in international law and the presence of individuals alongside the government as an active function of international law, the impact of this presence can be examined from various political, social, economic and other aspects. With the activity of private individuals in the field of investment and considering the observance of the minimum international standards of treatment of foreigners, the concept of diplomatic protection aims to guarantee the rights of foreign investors against threats such as expropriation and confiscation of property, nationalization and any breach of contractual obligations. It has also entered the field of investment in the land of the host and investable government. The most important function of diplomatic protection of investors is to compensate for damages arising from the violation of the rights of foreign investors. However, today, considering the obstacles in resorting to the mechanism of diplomatic protection, including the lack of real compensation due to the long process of appealing to domestic courts as one of the preconditions for the application of this mechanism, leads to alternative solutions such as concluding bilateral treaties., Has referred to arbitration and membership in the Convention for the settlement of disputes arising out of the investment of States and nationals of other States (OXID), and this has shown a reduction in the use of diplomatic protection.

Keywords: contract, foreign investment, diplomatic support, government, citizen