



رابطه حقوق بین الملل و حقوق داخلی در حوزه انتساب مسئولیت به دولت در اختلافات سرمایه گذاری بین المللی

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و بین الملل،
دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد
اسلامی، تهران، ایران

الهام عمید مهر 

دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

جمال سیفی *

چکیده

قابلیت انتساب عمل به دولت در چارچوب اختلافات معاهده سرمایه گذاری و تمرکز بر نقش هایی که حقوق بین الملل و حقوق داخلی در چنین انتسابی ایفا می نمایند در زمره مباحثی است که در سال های اخیر بسیار مورد توجه حقوقدانان بوده و ماده ۳ مواد کمیسیون حقوق بین الملل در ارتباط با مسئولیت دولت ها نیز بیانگر پیامد اصلی این بحث است که فی الواقع، حقوق داخلی را با مسأله متخلفانه بودن اعمال از حیث بین المللی بی ارتباط تلقی ننموده، بلکه مقرر می دارد مسئله مورد بحث، تابع حقوق بین الملل است لیکن حقوق بین الملل نیز خود تا حد ارتباط، حقوق داخلی را در نظر خواهد گرفت. بنابراین اگرچه توصیف خصوصیات یک عمل به عنوان عملی غیرقانونی از عملکردهای مستقل حقوق بین الملل است که تحت تأثیر توصیف خصوصیات این عمل بموجب حقوق داخلی قرار نمی گیرد لیکن این گفته بدین معنی نیست که حقوق داخلی با توصیف عمل متخلفانه بین المللی بی ارتباط است؛ بالعکس، ممکن است به طرق مختلفی به آن مرتبط باشد. در این مقاله سعی بر آن است که تلاقی چالش برانگیز حقوق داخلی و حقوق بین الملل در بحث قابلیت انتساب اعمال صورت گرفته در چارچوب معاهدات سرمایه گذاری توسط ارگان های دولتی و نهادهای نیمه دولتی که عناصر اختیارات دولتی را اعمال می نمایند مورد واکاوی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: انتساب مسئولیت، حقوق بین الملل، حقوق داخلی، داوری بین المللی، معاهدات سرمایه گذاری بین المللی.

* نویسنده مسئول: sj-seifi@sbu.ac.ir

مقدمه

با تحلیل اصول حقوق بین‌الملل و آرای مربوط به اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری در باب نقش حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در ارزیابی مسئولیت دولت‌ها، مشخص می‌گردد که فعل و انفعال پیچیده بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در این حوزه موجب شده است که علمای حقوق، رژیم معاهدات سرمایه‌گذاری را به عنوان رژیمی دارای ماهیت خاص و ترکیبی در نظر بگیرند که هر دو نظام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی بصورت اجتناب‌ناپذیری در آن ایفای نقش می‌نمایند.

از آنجاییکه در یک سوی سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی دولت میزبان قرار دارد که موضوع حقوق بین‌الملل است و در سوی دیگر سرمایه‌گذار خارجی قرار می‌گیرد که اغلب در قالب انواع شرکت‌ها و مدل‌های شراکت تحت حقوق داخلی فعالیت می‌نماید، لاجرم ابعادی از هر دو نظام حقوقی داخلی و بین‌الملل مطرح خواهد شد. از طرف دیگر معاهدات نیز ابزاری بین‌المللی و بین‌الدولی هستند که استانداردهای بین‌المللی حمایت را توصیف و تبیین می‌نمایند و ذینفع حمایت معاهدات مزبور، افراد خصوصی هستند که سرمایه‌گذاری موضوع این معاهدات را انجام داده‌اند. این افراد تابع حقوق داخلی هستند؛ حقوقی که بر بنیان سرمایه‌گذاری موردنظر معاهده نیز حاکم است.

همچنین منافی که موضوع حمایت این معاهدات می‌باشند نیز حقوقی است که در نظام حقوق داخلی متفاوتی شکل گرفته‌اند، نتیجتاً دخالت حقوق داخلی در این عرصه ضروری می‌نماید و از همین روست که گفته می‌شود رژیم معاهدات سرمایه‌گذاری، رژیمی دارای ماهیت دوگانه است. اما در بحث مسئولیت دولت در اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری، ماده ۲ طرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در ارتباط با مسئولیت دولت‌ها، دو عنصر عمل متخلفانه بین‌المللی دولت را شناسایی کرده است: الف- اعمال قابل انتساب به دولت تحت حقوق بین‌الملل؛ ب- اعمالی که منجر به نقض تعهدات بین‌المللی دولت می‌شود. این پژوهش به تحلیل اولین عنصر، یعنی قابلیت انتساب عمل به دولت در چارچوب اختلافات معاهده سرمایه‌گذاری می‌پردازد و تمرکز آن بر نقش‌هایی است که حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در چنین انتسابی ایفا می‌نمایند. علمای حقوق، مدت‌های مدیدی در رابطه با سهم قانون داخلی در ارزیابی انتساب اعمال به دولت تحت حقوق مسئولیت دولت بحث کرده‌اند. پیامد اصلی این

مباحثات در ماده ۳ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در ارتباط با مسئولیت دولت‌ها (اتصاف عمل دولت به عنوان عمل متخلفانه بین‌المللی)، تبیین شده است. مطابق این ماده، توصیف و احتساب عمل دولت به عنوان عمل متخلفانه بین‌المللی، تابع حقوق بین‌الملل است. چنین توصیفی تحت تأثیر تشریح یک عمل به عنوان عملی قانونی در حقوق داخلی قرار نمی‌گیرد. در جلسات تهیه پیش‌نویس طرح فوق‌الذکر، دولت‌ها نگرانی خود را از این مسأله ابراز کردند که مبنای انتساب مسئولیت باید به اندازه کافی موسع باشد تا تضمین نماید که دولت‌ها نمی‌توانند بر اساس تعریف ارگان‌های تشکیل دهنده خود، از مسئولیت بگریزند؛ به‌ویژه با توجه به پیشرفت‌های اخیر که به افزایش واگذاری عملکردهای دولتی به بخش خصوصی منجر شده است. در این راستا کمیسیون حقوق بین‌الملل به بررسی این مسأله پرداخت که آیا ارجاع به حقوق داخلی باید بمنظور جلوگیری از تضعیف نقش حقوق بین‌الملل در تعیین ساختار دولت حذف گردد؟ چرا که این نگرانی وجود داشت چنین ارجاعی به حقوق داخلی به مثابه دستاویزی برای دولت‌ها جهت اجتناب از مسئولیت بین‌المللی خود قرار گیرد، بالاخص زمانی که تغییراتی در حقوق داخلی ذریبط روی می‌دهد.

با این وجود چندین عضو کمیته کمیسیون حقوق بین‌الملل در برابر حذف ارجاع به حقوق داخلی مقاومت کردند، چرا که معتقد بودند حقوق داخلی در تعیین این مسأله که آیا یک نهاد، ارگان دولتی محسوب می‌گردد یا خیر نقش مهمی ایفا می‌نماید که در تطابق کامل با حق دولت‌ها برای تعیین ساختار داخلی خود در غیاب تعریف قبلی از ساختار دولت تحت حقوق بین‌الملل می‌باشد. در حقیقت این مسأله به‌عهد دولت‌هاست که درباره سازمان داخلی خود تصمیم بگیرند و نمی‌توان آنها را از حق حاکمیت مستقل خود محروم نمود، اگرچه حقوق بین‌الملل نیز نقش مهمی در فرآیند انتساب مسئولیت ایفا می‌نماید.

با این حال در جلسه کمیسیون حقوق بین‌الملل که پیش از اتخاذ مواد مربوط به مسئولیت دولت برگزار شده بود، کمیته پیش‌نویس روشن ساخت که ماده ۳، حقوق داخلی را بی‌ارتباط با مسأله متخلفانه بودن اعمال از حیث بین‌المللی تلقی ننموده است، تا جایی که ممکن است موقعیت‌هایی پیش آید که حقوق داخلی به مسأله مسئولیت

بین‌المللی ارتباط پیدا کند و بازتاب این امر در سیاق ماده ۳ قابل مشاهده است.^۱ در حقیقت تهیه کنندگان پیش‌نویس معتقد بودند که اگرچه توصیف خصوصیات یک عمل به عنوان عملی غیرقانونی، یکی از عملکردهای مستقل حقوق بین‌الملل است و متأثر از توصیف ویژگی‌های این عمل در حقوق داخلی نیست،^۲ لیکن ممکن است به طرق مختلفی به آن مرتبط باشد. هدف اصلی این مقاله نیز شناسایی نقش حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در انتساب عمل انجام شده در چارچوب معاهده سرمایه‌گذاری توسط نهادهای نیمه‌دولتی است که عناصر اختیارات دولتی را اعمال می‌کنند.

۱. مسئولیت دولت‌ها در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری

بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، دولت مسئول اعمال کلیه نهادهای خویش می‌باشد. همچنین، دولت مسئول اعمال زیرمجموعه‌های خود نظیر استان‌ها و شهرها نیز قلمداد می‌گردد. اصل مزبور از این مفهوم نشأت می‌گیرد که یک دولت مجموعه‌ای واحد تلقی می‌شود که شامل کلیه نهادها در تمامی سطوح می‌گردد؛ صرف‌نظر از اینکه جایگاه نهادهای حکومتی در نظام اداری دولت در چه وضعیتی باشد. مسئولیت دولت می‌تواند در اثر عملکرد تمامی قوا و زیرمجموعه‌های حاکمیت شامل قوه مجریه، قوه مقننه و قوه قضائیه ایجاد شود. اصول مربوط به انتساب اعمال دولت که در ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت‌ها^۳ مطرح شده است، در مباحث بعدی بطور مفصل تشریح می‌شود. در این رابطه چنین بیان شده است که رژیم خاص و متمایز مسئولیت بین‌المللی بر روابط بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار اعمال می‌شود^۴ و بخش‌های ۲ و ۳ مواد طرح مسئولیت دولت‌ها در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، قابل اعمال

۱. دو هزار و ششصد و هشتاد و یکمین نشست ILC که در تاریخ ۲۹ ماه مه سال ۲۰۰۱ برگزار شد. برای ملاحظه خلاصه مباحث مطروحه در این نشست رجوع کنید به:

ILC Yearbook 2001, Vol. I, 91, para. 14.

2. Report of the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session, 20 Apr.–12 Jun. and 27 Jul.–14 Aug. 1998, A/53/10, ILC Yearbook 1998, Vol. II (2): 79, para. 346.

۳. مواد مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی، توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در پنجاه و سومین جلسه‌اش در سال ۲۰۰۱ مورد تصویب قرار گرفت.

4. Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) p 96.

نیستند. تفسیر ماده ۲۸ کمیسیون حقوق بین‌الملل روشن می‌سازد که اگرچه بخش اول بر تمام مواردی که در آنها عمل متخلفانه بین‌المللی توسط دولتی انجام می‌گردد اعمال می‌شود، اما بخش دوم آن قلمروی اجرایی محدودتری دارد. این بخش در رابطه با تعهدات پرداخت غرامت چنانچه ناشی از اعمال شخص یا نهادی غیر از دولت باشد، اعمال نمی‌شود.^۲ اما مواد مربوط به مسئولیت دولت‌ها که مرتبط با این مقاله هستند، مواد ۳۴ و ۴۵ بخش ۱ می‌باشد که قابل اعمال بر تمامی تعهدات بین‌المللی دولت است و نه صرفاً تعهداتی که در قبال سایر دول وجود دارند.^۵ با توجه به قابل اعمال بودن مواد ۴ و ۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل، گام بعدی تبیین این مسأله است که آیا معاهده سرمایه‌گذاری مورد نظر، مفادی در باب انتساب یک عمل به دولت دارد یا خیر و بویژه آیا متضمن مفادی در رابطه با تعریف «ارگان‌های دولتی» و «فعالیت دولتی» می‌باشد یا خیر^۶ در غیاب چنین مفادی، حقوق بین‌المللی عرفی در قالب مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها حاکم خواهد بود. بر اساس ماده ۵۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل، مواد ۴

1. Article 28, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act, 'The International Responsibility of a State which is Entailed by an Internationally Wrongful Act in Accordance with the Provisions of Part One Involves Legal Consequences as Set out in this Part.'

2. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) p 193. See also Art. 33 on State Responsibility, 209-210.

۳. ماده ۴: رفتار ارگان‌های دولت:

الف- رفتار هر ارگان دولتی بموجب حقوق بین‌الملل فعل آن دولت تلقی می‌شود فارغ از اینکه آن ارگان کارکرد تقنینی، قضائی، اجرایی یا کارکردی دیگر داشته باشد و اعم از اینکه ارگان مذکور در سازمان دولتی چه موقعیتی دارد و خواه ارگان مذکور عضوی از دولت مرکزی باشد یا عضوی از واحد دولتی محلی.

ب- ارگان شامل هر شخص یا نهادی می‌شود که بموجب حقوق داخلی دولت، وضعیت مزبور را داشته باشد.

۴. ماده ۵: رفتار اشخاص یا نهادهایی که عناصری از اقتدارات دولتی را اعمال می‌کنند

رفتار شخص یا نهادی که ارگان دولتی در مفهوم ماده ۴ محسوب نمی‌شود اما بموجب قانون آن دولت مجاز به اعمال اقتدارات دولتی است بموجب حقوق بین‌الملل فعل آن دولت محسوب می‌شود مشروط بر آنکه شخص یا نهاد مزبور در قضیه ذیربط در این سمت عمل کرده باشد.

5. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 193.

6. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) p 195-206.

و ۵ فقط در صورت فقدان قانون خاص^۱ اعمال می‌شوند.^۲ به عبارت دیگر مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت در مواردی اعمال می‌شود که تنها منبع قانونی موجود باشد و قاضی یا داور همواره باید به دنبال قانون خاص باشد و در صورت نبود قانون خاص، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت را اعمال نماید. برخی معاهدات سرمایه‌گذاری نظیر موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی،^۳ قانون خاص را مقرر می‌دارند و آن را جایگزین قوانین بین‌المللی عرفی مرتبط با مسئله انتساب می‌نمایند. در برخی دیگر معاهدات معین نظیر معاهده منشور انرژی،^۴ ممکن است مفاد خاصی از معاهده در تطابق کامل با قوانین عرفی باشد.^۵ در تفسیر معاهده منشور انرژی گفته شده است که معاهده مزبور، قوانین عرفی مربوط به انتساب را مجدداً بیان نموده است نه اینکه آنها را اصلاح کرده باشد.^۶ در غیاب مقررات خاص در معاهده، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در ارتباط با مسئولیت دولت تا حدی که حقوق بین‌المللی عرفی را منعکس می‌نمایند، راهنمای دیوان دآوری بمنظور تعیین تکلیف مسئله انتساب مسئولیت خواهد بود.^۷ این تحلیل باید به گونه‌ای پیش رود که نقش حقوق بین‌الملل عرفی و نیز نقش حقوق داخلی را در تعریف «ارگان دولتی» و «اختیارات دولتی» تعیین نماید.^۸

1. Lex Specialis.

۲. ماده ۵۵: قانون خاص

این مواد تا جایی که شرایط تحقق فعل متخلفانه بین‌المللی یا محتوا یا اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت، تابع قواعد خاص حقوق بین‌الملل باشد، اعمال نمی‌شود.

3. North American Free Trade Agreement (NAFTA).

4. Energy Charter Treaty (ECT).

۵. به عنوان مثال، ماده ۲۳ (۱) معاهده منشور انرژی بیان می‌دارد که: «بموجب این معاهده هر یک از متعاهدین، مسئولیت رعایت تمام مفاد معاهده را به عهده دارند و باید تدابیر مقتضی را جهت حصول اطمینان از رعایت این موارد توسط دولت‌های منطقه‌ای و محلی و مقامات داخل حوزه خود اتخاذ نمایند.»

6. Dolzer and Schreuer. op. cit. p 197.

7. Malcom N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) p 120-121.

۸. نقش حقوق داخلی به هر میزان که باشد، باید در موارد ذیل ارزیابی شود: الف- معنای عبارت «ارگان دولتی» و ب- عناصر لازم برای انتساب رفتار ارگان دولتی دی‌فاکتو به یک دولت. بخش دوم به تعریف نهادهایی می‌پردازد که تصدی فعالیت‌های دولتی را به عهده دارند و همچنین به بررسی این موضوع می‌پردازد که دیوان‌های دآوری چگونه باید حقوق داخلی را جهت تعیین محدوده فعالیت انجام شده توسط نهادهای نیمه دولتی بکار گیرند. در هنگام انجام این تحلیل از یک سو، نگرانی‌هایی در این رابطه وجود دارد که دولت‌ها که به دنبال استفاده از قانون

از دیگر سوی، حقوق داخلی را نیز نمی‌توان به سادگی نادیده گرفت؛ چراکه این حقوق داخلی است که محتوای ساختار دولت را تعیین می‌نماید و حقوق بین‌المللی عرفی ارگان یا نهاد دولتی را تعریف نمی‌کند. اهم بحث انتساب مسئولیت در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری به این مسأله می‌پردازد که چگونه باید نهادهایی را که ارگان‌های دژوره^۱ دولت نیستند، طبقه‌بندی نمود.

۲. قانون خاص معاهده سرمایه‌گذاری در رابطه با انتساب مسئولیت و نقش

حقوق داخلی

ممکن است معاهدات سرمایه‌گذاری مشتمل بر مقرراتی در باب انتساب مسئولیت باشند که یا جایگزین مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌شوند یا مفاد مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را بازگو می‌نمایند. فی‌الواقع می‌توان گفت که امکان استناد سرمایه‌گذاران خارجی به حقوق مشروحه خود در معاهدات سرمایه‌گذاری، به این نوع از مسئولیت ویژگی منحصربفردی می‌بخشد و تا حدودی آن را از نظام عام مسئولیت متمایز می‌سازد. دعوای شرکت متال کلد علیه دولت مکزیک^۲ نقش حقوق داخلی را در جایی نشان می‌دهد که مقررات مربوط به انتساب مسئولیت در معاهده سرمایه‌گذاری وجود دارد و به صورت قانون خاص، قابل اعمال هستند و نیز زمانیکه حقوق داخلی با توجه به مفاد معاهده نقشی نداشته یا به دلیل لزوم احاله، باید مورد بررسی قرار گیرد. اختلاف در پرونده متال کلد در زمینه تلاش‌های شرکت برای توسعه و راه‌اندازی محل دفن زباله‌های خطرناک مطرح شد. متال کلد مدعی بود که مکزیک بواسطه تدابیر اجرایی و اقدامات قانونی که توسط شهرداری اتخاذ شده‌اند در فعالیت‌های این شرکت مداخله کرده است و در همین راستا درخواست داوری را تحت موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی با ادعای نقض حداقل استاندارد برخورد منصفانه و برابر (بر اساس ماده ۱۱۰۵ نفتا) و نیز سلب مالکیت فعالیت شرکت (بر اساس ماده ۱۱۱۰ نفتا) طرح

داخلی هستند تا از مسئولیت بین‌المللی خود اجتناب کنند، یک نهاد را صرفاً با همین هدف به عنوان نهادی خارج از ساختار دولت شناسایی کنند.

1. De jure.
2. ICSID, 2000.

نمود. دیوان داوری، این مسأله را مطابق با حقوق عرفی در نظر گرفت که توسط مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل مصوب ۱۹۷۵ نیز حمایت می‌شد.^۱ بنابراین، دیوان داوری در پرونده متال کلد مواد ۱۰۵^۲ و ۲۰۱^۳ موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی را در تطابق کامل با قوانین حقوق عرفی تلقی نمود. در این پرونده مفاد موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی به عنوان اجزای تشکیل‌دهنده یک رژیم خاص، لحاظ نشدند. این مقررات مربوط به انتساب مسئولیت، متضمن قانون متفاوتی نسبت به حقوق بین‌الملل عرفی مذکور در ماده ۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل نبوده است.^۴ از پرونده متال کلد مشخص می‌شود که دولت می‌تواند مسئولیت بین‌المللی اعمال ارگان‌های دولتی را در هر یک از سه سطح دولت - از جمله شهرداری‌های محلی - برعهده داشته باشد؛ حتی در صورتیکه تحت حقوق داخلی تمایزی بین این سطوح وجود داشته باشد و بموجب مقررات حقوق داخلی، دولت مسئول اقداماتی نباشد که توسط نهادهای داخلی انجام شده‌اند. پرونده متال کلد به خوبی مبین آن است که دولت نمی‌تواند از مسئولیت بین‌المللی خود بر این اساس که چنین مسئولیتی در سطح داخلی و به دلیل استقلال شهرداری‌های محلی تحت حقوق داخلی وجود ندارد بگریزد. در واقع نقش حقوق داخلی محدود به تعریف نهادهای محلی است. در پرونده مربوط به سرویس پستی آمریکا علیه کانادا، ادعای اصلی سرویس پستی آمریکا از این قرار بود که دولت کانادا با استفاده از امتیاز انحصاری شرکت پست کانادا اقدام به کاهش هزینه‌های پستی نموده

1. ICSID, 2000: para. 73.

۲. ماده ۱۰۵ معاهده نفتا مقرر می‌دارد تمامی متعاهدین باید اطمینان حاصل نمایند که کیهی اقدامات ضروری جهت اثربخشی و رعایت مقررات این توافقنامه از جانب خود دولت‌ها (State) و نیز دولت‌های محلی (Provincial Government) اتخاذ شده است.

۳. بند ۲ ماده ۲۰۱ معاهده نفتا بیان می‌دارد که در این توافقنامه ارجاع به دولت (State) یا استان (Province) دربرگیرنده دولت‌های محلی آن دولت یا استان می‌باشد.

۴. دیوان داوری در این رأی بیان می‌دارد که استثنائات مذکور در ماده ۱۱۰۸ معاهده نفتا شامل مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۱۰ این معاهده نمی‌شود بدین معنی که ایالات یا Local Government همچنان مکلف به اجرای مفاد ماده اخیر هستند و ذیل معاهده نفتا از مسئولیت معاف نمی‌شوند. سپس دیوان این نتیجه‌گیری را با ماده ۱۰ مواد قدیم کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت برای اقدامات متخلفانه بین‌المللی مقایسه کرده و نتیجه می‌گیرد که چون ماده ۱۰ تدوین عرف موجود است، پس این نتیجه‌گیری دیوان نیز در راستای عرف موجود می‌باشد.

و به شکل غیرمنصفانه‌ای میان خواهان و سایر سرمایه‌گذاران در شرایط مشابه تبعیض قائل شده و در نتیجه موافقتنامه نفتا را نقض نموده است.^۱ همچنین نقض حقوق رقابت توسط کانادا را مطرح نمود که دیوان داوری در نهایت آن را نپذیرفت. در مقابل کانادا به این مسأله استناد کرد از آنجاییکه شرکت پست کانادا شخصیت حقوقی مجزایی از دولت کانادا دارد و یک شرکت متعلق به خاندان سلطنتی^۲ است، هزینه‌هایی که وضع می‌کند خارج از کنترل دولت کانادا بوده و در قلمرو تعهدات این دولت بموجب معاهده نفتا نمی‌گنجد. کانادا معتقد بود که عمل اداره پست کانادا را نمی‌توان به دولت این کشور منتسب کرد، زیرا قوانین حقوق بین‌الملل عرفی در ارتباط با مسئولیت دولت‌ها با شرایط خاص موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی جایگزین شده‌اند که اجازه انتساب مسئولیت در این شرایط را نمی‌دهد. دیوان داوری با کانادا موافقت کرد و مقرر داشت که قوانین بیان شده در فصل‌های ۱۱ و ۱۵ موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی، تابع مسأله انتساب هستند و اعمال ماده ۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل را متوقف می‌سازد. به نظر می‌آید که قوانین حقوق بین‌الملل عرفی که در ماده ۴ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس شده‌اند، در این مورد اعمال می‌شوند.^۳ طبق رأی صادره برای پرونده سرویس پستی آمریکا علیه کانادا، می‌توان موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی را یک رژیم خودبسنده در نظر گرفت که ارگان دولتی و عمل قابل انتساب آن را تعریف می‌کند. چنانچه اعمال مورد بحث تحت مفاد تفصیلی موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی قرار بگیرند، حقوق داخلی نقشی در این زمینه ایفا نمی‌نماید. اگر تعریف انحصار تحت حقوق داخلی کانادا با تعریف آن در ماده ۱۵۰۵ معاهده تفاوت داشته باشد، تعریف این معاهده باید جایگزین مفاد حقوق داخلی شود. اما چنانچه اعمال مربوطه شامل اعمال اختیار و قدرت دولتی باشد، حقوق بین‌الملل عرفی باید انتساب چنین اعمالی را قانونمند نماید چرا که مفاد موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی، رژیم خاصی را در رابطه با چنین اقداماتی فراهم نمی‌کند. در حقیقت پرونده شرکت پست آمریکا علیه کانادا بیانگر موقعیتی است که هیچ‌گونه احاله به حقوق داخلی را بر نمی‌تابد. عمل دولت بر اساس رژیم خاصی که توسط مفاد موافقتنامه

1. ICSID Rep, 2005: para. 285.

2. Crown Corporation.

3. ICSID Rep, 2005: para. 285.

تجارت آزاد آمریکای شمالی ارائه می‌شود، تنظیم می‌گردد و مفاد خاص معاهده، جایگزین حقوق بین‌الملل در حوزه انتساب می‌شود. برخی حقوق‌دانان در تأیید این رأی بیان می‌دارند که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت در مواردی اعمال می‌شود که تنها منبع قانونی موجود باشد و قاضی همواره باید در ابتدا به دنبال قانون خاص بوده و در صورت نیافتن قانون خاص، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت را اعمال نماید.^۱

۳. انتساب مسئولیت بر مبنای ضوابط ساختار، عملکرد و کنترل

الف - تعامل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در سنجش ضابطه ساختار

(ماده ۴ طرح)

قواعد مربوط به انتساب در حقوق بین‌الملل را می‌توان در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها مشاهده کرد.^۲ ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل بیان می‌دارد که اعمال هر یک از ارگان‌های دولتی را می‌توان به عنوان عمل آن دولت تحت حقوق بین‌الملل در نظر گرفت. این قاعده، ماهیت عرفی دارد^۳ و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز این مسأله را در پرونده نسل‌کشی تأیید نمود و قاعده مزبور را به عنوان یکی از قواعد «حقوق بین‌الملل عرفی» به رسمیت شناخت. تفسیر ماده ۴ روشن می‌سازد که «ارجاع به ارگان دولتی، تمام موجودیت‌های فردی یا جمعی که سازمان یک دولت را تشکیل می‌دهند و از جانب دولت عمل می‌کنند پوشش می‌دهد»^۴ بنابراین، هر ارگان دولتی می‌تواند مرتکب عمل متخلفانه بین‌المللی شود. این تفسیر مبین آنست که هیچ‌گونه تمایزی بین «ارگان‌های مقننه، مجریه یا قضائیه» صورت نگرفته است و ارجاع به «ارگان دولتی» باید بصورت موسع تفسیر گردد. لیکن ماده ۴ هیچ‌گونه تعریفی برای ارگان دولتی ارائه نمی‌نماید و تلاشی نمی‌کند تا افراد یا نهادهایی را که مشمول این تعریف می‌شوند

1. James Crawford, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility", ICSID Review - Foreign Investment Law, Vol. 25, (2010), p. 131.

2. ICSID Rep, 2005: para. 69.

3. ICJ Reports, 1999, para. 62.

4. Crawford, 2002, op. cit. p 94.

در قالب یک فهرست مشخص نماید. ماده ۴ (۲) موقعیت داخلی ارگان دولتی را روشن می‌سازد^۱ لیکن مجدداً هیچ‌گونه تلاشی برای تعریف ارگان دولتی از دیدگاه حقوق بین‌الملل نمی‌نماید. بند مزبور نشان می‌دهد که حقوق داخلی این مسأله را که ارگان دولتی چطور از دیدگاه حقوق بین‌الملل شناسایی می‌شود، محدود نمی‌کند بلکه حقوق داخلی می‌تواند به درک پذیرفته شده بین‌المللی اضافه نماید و نشان دهد که چه چیزی ارگان دولتی را تشکیل می‌دهد. در غیر این صورت، دولت می‌تواند به ناحق مسئولیت خود را تحت حقوق بین‌الملل با ارائه تعریف محدود از اشخاص یا نهادهایی که ارگان دولتی محسوب می‌شوند، محدود نماید. لذا حقوق داخلی هیچ‌گونه تأثیری بر «قلمروی» حقوق بین‌الملل ندارد و مسئولیت بین‌المللی نیز حسب تعریف، منحصراً ناشی از نقض حقوق بین‌الملل می‌باشد، لیکن حقوق داخلی می‌تواند به تعیین محتوا و مفاد تعهدات بین‌المللی مرتبط باشد. قاعده‌سازی ماده ۴ (۲) و این مفهوم که دولت شامل هر نهاد یا فردی است که در حقوق داخلی از چنین جایگاهی برخوردار باشد، مانع از انتساب مسئولیت اعمال ارگان‌های دی‌فاکتو^۲ به دولت نمی‌شود. در پرونده جنین علیه استونی،^۳ این اصل در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، طی ماده مشخصی پیش‌بینی شده بود. دیوان داوری در این ارتباط بیان داشت: «بانک استونی نماینده دولت یک طرف قرارداد است. بانک مرکزی استونی طبق تعریف مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، یک «نهاد دولتی» محسوب می‌شود. تعریف مذکور در قسمت «ب» از بند ۲ ماده ۲ قید شده که بیان می‌دارد: «هر یک از طرفین باید تضمین نماید که هر نهاد دولتی فعال یا تازه تأسیس، هر جا که اقدام به اعمال تقنینی، اداری یا هرگونه اقدام حاکمیتی دیگری می‌نماید که قدرت اعمال آن را طرف معاهده به آن اعطا کرده است مثل اختیار مصادره، اعطای مجوز و غیره، باید به شیوه‌ای رفتار نماید که با تعهدات طرف معاهده که در این معاهده مقرر شده مغایرت نداشته باشد». لذا با توجه به شکایت مطروحه نسبت به بانک استونی، تلقی جمهوری استونی به عنوان خواننده دعوا امری صحیح و موجه می‌باشد.^۴ موضوعی که در

1. Article 4(2): An organ Includes any Person or Entity which has that Status in Accordance with the Internal Law of the State.

2. De facto.

3. ICSID, 2001.

4. ICSID, 2001: para. 327.

اینجا قابل طرح است آن است که زمانی که یک ارگان دولتی، قراردادی را با سرمایه‌گذار منعقد نموده و متعاقباً آن را نقض می‌نماید آیا قاضی یا داور اساساً نیازی به توسل به مقوله انتساب خواهد داشت؟ باید در نظر داشت که انتساب اساساً یک دکترین حقوق بین‌الملل است و در خصوص مسئولیت‌های قراردادی هر چند توسط ارگان‌های دولتی در رابطه با سرمایه‌گذار وجود داشته باشد مطرح نمی‌گردد و در این گونه موارد باید به قانون حاکم بر قرارداد رجوع کرد. همچنین این سؤال مطرح می‌گردد هنگامی که موضوع مسئولیت تحت حقوق بین‌الملل عام، به دلیل نقض حقوق مندرج در معاهده و حقوق سرمایه‌گذاری که در معاهده وجود دارد مطرح می‌شود، آیا اعمالی که از جانب نهادها اتخاذ شده است را باید به دولت منتسب نمود یا خیر. رویه دیوان‌هایی که به موضوع سرمایه‌گذاری رسیدگی نموده‌اند با موارد فوق همسو بوده و اصل را بر این قرار داده که مسئولیت دولت می‌تواند در اثر عملکرد هر یک از نهادهایش ایجاد گردد و این اصل را در روابط بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی اعمال نموده‌اند.^۱ چنانچه معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری متضمن مقرراتی در باب انتساب عمل انجام شده توسط ارگان یا نهادهای نیمه‌دولتی به دولت باشد، عبارات مصرح در معاهده اهمیت اساسی در تعیین نقش حقوق داخلی خواهد داشت. این عبارات: الف- ممکن است شامل قواعد مربوط به انتساب و تعریف ارگان دولتی یا فعالیت دولتی باشد، بطوری که احاله به حقوق داخلی لازم نباشد؛ یا ب- برای تعریف ارگان دولتی یا اختیارات دولتی به حقوق داخلی ارجاع دهد. اما در حالت دوم، احاله کامل نخواهد بود، زیرا یک استاندارد حقوق بین‌الملل (میزان کنترل دولت بر نهاد مزبور) وجود دارد که نمی‌توان آن را جایگزین نمود. لیکن در صورتیکه معاهده سرمایه‌گذاری متضمن مقررات مربوط به انتساب نباشد، حقوق بین‌الملل عرفی باید این قواعد را تعیین نماید. حال این سؤال پیش می‌آید که در این شرایط و شرایط مشابه حالت (ب)، حقوق داخلی چه مشارکتی در تعریف ارگان دولتی

۱. در همین راستا دیوان در پرونده سی. ام. اس علیه آرژانتین بیان می‌دارد: «در رابطه با مسئولیت بین‌المللی آرژانتین تحت معاهده باید گفت، اصلاً این موضوع مطرح نیست که برخی از اعمال به وسیله قوه قضاییه و برخی دیگر به وسیله یک بخش اداری، قوه مجریه یا قوه مقننه انجام شده است. ماده ۴ (طرح) مسئولیت دولت که به وسیله کمیسیون حقوق بین‌الملل تصویب شده در این رابطه کاملاً شفاف است. همچنین رجوع کنید به:

CMS, V. Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003m42 ILM788 (2003),7 ICSID Reports 494.

خواهد داشت؟ حقوق بین‌الملل، ارگان دولتی را با هدف انتساب مسئولیت به دولت تعریف می‌کند، اما همزمان برای نشان دادن مفاد این تعریف، به حقوق داخلی ارجاع می‌نماید. چنانچه حقوق داخلی یک نهاد را به عنوان یک ارگان در نظر نگیرد، ساختار دولت و روابط بین دولت و نهاد مزبور باید بررسی شود تا مشخص گردد که آیا این نهاد تحت کنترل بالفعل و مؤکد دولت قرار دارد یا خیر. فی‌الواقع برچسبی که توسط دولت به نهادی اختصاص داده می‌شود، نشان‌دهنده موقعیت آن نهاد نیست؛ مسأله این است که آیا این نهاد با قابلیت و ظرفیت یک ارگان دولتی عمل می‌نماید و برخی عملکردهای دولت را انجام می‌دهد یا خیر. این اصل مهم در پرونده نسل‌کشی نیز تأیید شد. از منظر مسئولیت بین‌المللی، افراد یا نهادها ممکن است با ارگان‌های دولتی برابر در نظر گرفته شوند حتی چنانچه این موقعیت از حقوق داخلی پیروی نکند، مشروط بر اینکه اشخاص، گروه‌ها یا نهادهای مزبور کاملاً وابسته به دولت بوده و در نهایت، ابزاری در اختیار دولت‌ها محسوب گردند. تعادل میان آزادی یک کشور برای سازماندهی خود به صورتی که تمایل دارد و نقش تکمیلی حقوق بین‌الملل در جهت جلوگیری از آنکه دولت‌ها بتوانند با تکیه بر حقوق داخلی خود از مسئولیت بین‌المللی‌شان بگریزند، با اتخاذ واژه «شامل» در بند دوم ماده ۴ طرح برقرار می‌شود.^۱ بدین وسیله، کمیسیون حقوق بین‌الملل درصدد بیان این نکته است که حقوق داخلی تا حدی مرتبط با موضوع است که در تعارض با حقوق بین‌الملل نباشد.

ب- تعامل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در سنجش ضابطه عملکرد

(ماده ۵)

در حالی که ماده ۴ از انتساب بر مبنای ساختار صحبت نموده است، اما ماده ۵ از انتسابی سخن گفته که بر مبنای عملکرد می‌باشد. فی‌الواقع ماده ۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره مسئولیت بین‌المللی دولت، نقش حقوق داخلی در تعریف نهادهای نیمه‌دولتی را روشن می‌سازد. این ماده بیان می‌دارد که رفتار یک شخص یا نهاد که ارگان دولتی نیست بلکه عناصر اختیارات دولتی را اعمال می‌نماید، بموجب حقوق بین‌الملل، عمل دولت در نظر گرفته می‌شود. مطابق این ماده، عمل یک نهاد نیمه‌دولتی

۱. ارگان، شامل هر فرد یا واحدی است که موقعیت مزبور را مطابق با حقوق داخلی کشور دارا است.

را فقط در صورتی می‌توان به دولت منتسب نمود که آن نهاد در یک «فعالیت دولتی» مشارکت داشته باشد.^۱ عبارت «نهاد یا موجودیت» به صورت گسترده تعریف شده است و حتی ممکن است شرکت‌های خصوصی را نیز در برگیرد؛ به‌ویژه چنانچه عناصر اختیار و قدرت دولت را اعمال کنند. بموجب ماده ۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل، عمل یک نهاد یا موجودیت باید به یک فعالیت دولتی مربوط شود و نه به سایر فعالیت‌های خصوصی یا تجاری که یک نهاد ممکن است در آن مشارکت داشته باشد. اگرچه ماده ۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل قلمرو فعالیت دولتی را تعریف نمی‌کند (تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل نشان می‌دهد که این عبارت باید با در نظر گرفتن یک جامعه خاص، تاریخ، عرف و سنن آن تفسیر شود)^۲، اما در مجموع قلمروی شمول آن را محدود می‌نماید. ماده ۵ به وضوح باعث محدود شدن ارگان‌های دولتی به نهادهایی می‌شود که توسط حقوق داخلی قادر به اعمال اختیارات دولتی می‌شوند. در اینجا تمرکز بر عملکردهایی است که توسط نهاد مورد نظر صورت گرفته است و نه ساختار دولت. تمایز بین اعمال حاکمیت و اعمال تصدی نیز به این مسأله مرتبط می‌گردد، لیکن فقط در این مفهوم که اعمال حاکمیت شامل اعمالی است که زیر چتر فعالیت دولتی پوشش داده می‌شوند و اعمال تصدی نیز شامل اعمالی است که خارج از پوشش این چتر قرار می‌گیرند. اعتقاد بر این است که عبارت «دولتی» باید به روش تطبیقی تفسیر شود تا تعریف عینی اینکه چه چیزی دولتی است، مشخص شود.^۳ تعریف عینی مفهوم «دولتی» می‌تواند منجر به نقض حقوق حاکمیتی دولت و آزادی آن برای سازماندهی ساختارش و تشخیص این مسأله که چه چیز عمومی و چه چیز خصوصی محسوب می‌شود گردد.^۴

1. Crawford, 2002, op. cit. p 100.

2. Ibid. p 101.

3. Dolzer and Schreuer. op. cit. p 200-201.

۴. به عنوان مثال در برخی کشورها، شرکت‌های راه‌آهن یا شرکت‌های خدمات پستی را می‌توان شرکت‌هایی در نظر گرفت که اختیارات دولتی را اعمال می‌کنند، در حالی که در دیگر کشورها، این شرکت‌ها فقط کارکرد خصوصی دارند. تعریف اینکه در سطح داخلی چه چیزی «دولتی» است ممکن است با تعریف «دولتی» در سطح بین‌المللی در تضاد باشد. بنابراین باید بین این دو مورد تعادل برقرار گردد: الف- عدم تناسب یک عمل به دولت که جامعه، تاریخچه و سنت، این عمل را غیردولتی می‌دانند؛ ب- عدم محول نمودن تعریف مسئولیت بین‌المللی به حاکمیت دولت.

در عین حال، عبارت «دولتی» را می‌توان مشابه با عبارت «ارگان» تفسیر کرده و از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نسل‌کشی پیروی نمود؛ بدین ترتیب که نقطه آغاز آن، مقررات ذربط در حقوق داخلی باشد، اما چنانچه واقعیات به عملکرد دولتی دی‌فاکتو دلالت نماید، تعریف حقوق داخلی باید با مفاد دیگری جایگزین گردد. با فرض اینکه مسأله مورد نظر این است که آیا نهاد نیمه‌دولتی اختیارات دولتی خود را اعمال می‌کند یا صرفاً در فعالیت‌های خصوصی یا تجاری دخیل است، مرجع رسیدگی‌کننده باید در بدو امر حقوق داخلی را بررسی نماید تا این مسأله را مشخص سازد که آیا نهاد نیمه‌دولتی مجاز به انجام فعالیتی می‌باشد که متضمن اعمال اختیارات دولتی است یا خیر. به علاوه، حقوق داخلی در رابطه با تعیین محدوده فعالیت نهادهای نیمه‌دولتی نیز حائز اهمیت است. در رأی داوری در دعوی شرکت/انکانا علیه اکوادور^۱ معاهده سرمایه‌گذاری که به نهادهای نیمه‌دولتی مربوطه می‌پردازد مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد که به نوبه خود پیچیدگی‌های نقش حقوق داخلی در تعیین «فعالیت‌های دولتی» را نشان می‌دهند. این دعوا تحت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا-اکوادور اقامه شد و به انکار اکوادور برای استرداد مالیات بر ارزش افزوده به شرکت‌های تابعه انکانا مربوط می‌گشت و ناشی از اجرای قراردادهای بهره‌برداری و اکتشاف نفت و گاز بود. دیوان داوری بین‌المللی لندن، شواهد ذیل را مرتبط به این امر می‌دانست: الف- شرکت بر اساس دستورات رئیس جمهور عمل می‌کرد؛ ب- دادستان کل بر اساس قانون، قدرت و اختیار نظارت بر اجرای قراردادها و اتخاذ اقدامات قضایی مقتضی برای دفاع از دارایی‌های ملی و منافع عمومی را دارا بود؛ پ- همچنین دادستان کل نظارت و کنترل عملکرد پترواکوادور برای مشارکت در قراردادها و مذاکرات مجدد در باب آنها را برعهده داشت.^۲ نهایتاً دیوان نتیجه گرفت که عمل پترواکوادور را می‌توان به دولت اکوادور نسبت داد و این مسأله اهمیتی ندارد که آیا انتساب بر اساس ماده ۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل یا ماده ۸ آن صورت گرفته است، چرا که هر دو ماده به نتیجه واحدی منتهی می‌شوند. در پرونده مذکور، تمرکز دیوان داوری بر این بوده که شرکت چگونه عملیات خود را انجام داده است و نقش شرکت متعلق به دولت در

1. ICSID, 2006.

2. Ibid. para. 154.

مقابل دولت و در رابطه با اجرای قراردادهای مورد اختلاف چیست. همچنین، برای تعیین اینکه چه عملی «حاکمیتی» تلقی می‌گردد، شرح ارائه شده توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل، بر توجه و دقت بر عرف‌های موجود در جامعه‌ای که عمل مربوطه در آن واقع شده تأکید دارد.^۱

پ- تعامل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در سنجش ضابطه کنترل (ماده ۸)

طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد انتساب، علاوه بر ساختار و عملکرد، به معیار دیگری متوسل می‌گردد که این معیار عبارتست از معیار کنترل دولت بر نهاد ذیربط که در ماده ۸ طرح، مفصل بدان پرداخته شده است. بمنظور انتساب یک عمل به دولتی که آن عمل تحت «هدایت یا کنترل» دولت مزبور ارتکاب یافته است، نه تنها باید نهاد مربوطه به صورت کلی به وسیله دولت کنترل گردد، بلکه لازم است که عمل مورد بحث به صورت مؤثری توسط دولت کنترل شده و بخش عمده و مهمی از عملیات مورد نظر دولت را تشکیل دهد. تفسیر طرح مواد کمیسیون بیان می‌دارد: «...جایی که دولت از مالکیت خود در کنترل یک شرکت استفاده می‌کند تا مشخصاً به نتیجه خاصی برسد، عمل ذیربط به دولت منتسب است».^۲ در دوره بحث و مناظره کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با نقش حقوق داخلی در انتساب عمل انجام‌شده توسط یک ارگان به دولت، تأکید بر این بود که داشتن شخصیت قانونی مستقل تحت حقوق داخلی تعیین‌کننده نیست، چرا که دولت‌های زیادی (از جمله بریتانیا) هستند که دارای وزارتخانه‌هایی می‌باشند که طبق قوانین داخلی‌شان شخصیت حقوقی آنها کاملاً متمایز از دولت است. برخورداری از شخصیت مستقل و مجزا ضابطه‌ای کافی برای تعیین این مسأله که آیا یک نهاد، ارگانی دولتی محسوب می‌شود یا خیر، بدست نمی‌دهد. نکته کلیدی آن است که آیا: الف- نهادهای مجزا به اندازه‌ای نزدیک و تحت کنترل دولت هستند که بتوان آن‌ها را به عنوان یک ارگان در نظر گرفت؛ یا ب- بصورت کاملاً مشخص، مستقل از دولت هستند و فقط پاره‌ای از عملکردهایی که از طرف دولت به آنها محول شده است را انجام

1. Crawford, 2002, op. cit. p 101.

2. Ibid. p 112-113.

می‌دهند. دیوان‌های داوری در بحث انتساب، برای حل اختلاف عملاً ترکیبی از معیارهای ساختار، عملکرد و کنترل را مورد استفاده قرار داده‌اند. مستند این امر را می‌توان در پرونده مفزینی علیه اسپانیا مشاهده نمود^۱ که دیوان داوری معیارهای ساختار، عملکرد و کنترل را مورد توجه قرار داده و بیان می‌دارد: «برای پاسخ به این سؤال که آیا سودیگا یک نهاد دولتی می‌باشد یا خیر، ابتدا باید این نهاد از لحاظ رسمی یا ساختاری مورد توجه قرار گیرد. در اینجا با توجه به اینکه این نهاد، مستقیم یا غیرمستقیم متعلق به دولت می‌باشد، این فرضیه غیرقابل خدشه بدست می‌آید که نهاد موردنظر، نهادی دولتی است. اگر این نهاد مستقیماً یا بطور غیرمستقیم، توسط دولت کنترل و اداره شود نیز نتیجه‌ای مشابه نتیجه فوق حاصل می‌شود. همچنین، اگر موضوع و هدف نهاد ذیربط انجام اموری باشد که ماهیت حاکمیتی داشته یا موضوعاتی باشد که اصولاً مورد توجه دولت‌ها می‌باشد یا اینکه ماهیت آن موضوعات و اهداف به نوعی است که معمولاً به وسیله مشاغل خصوصی یا افراد انجام نمی‌شود، فرضیه‌ای مشابه فرضیه فوق بدست می‌آید.»

دیوان داوری مأمور رسیدگی به پرونده مفزینی در جریان رسیدگی، فعالیت‌ها و اقدامات مختلف نهاد دولتی مربوطه را مورد بررسی قرار داد، از جمله ارائه مشاوره به سرمایه‌گذار و انتقال اعتبارات مالی از حساب شخصی سرمایه‌گذار که توسط این نهاد صورت گرفته بود. دیوان ارائه مشاوره را امری تجاری، اما انتقال اعتبارات مالی را به عنوان عملی با ساختار و ویژگی حاکمیتی تلقی نمود. ماده ۲(ب)(i) مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره مصونیت قضایی دولت‌ها و دارایی‌های آنها که متعاقباً توسط کنوانسیون سازمان ملل درباره مصونیت قضایی دولت‌ها و دارایی‌های آنها اتخاذ شد، تعریف «دولت» را ارائه می‌کند^۲ و ماده ۲ (ب) بخش‌های (۲) (۳) (۴) و (۵)، زیربخش‌های سیاسی، آژانس‌ها و نمایندگان دولت را شرح می‌دهد.^۳ تفسیر ماده ۲ (ب) (۱) دولت و ارگان‌های مختلف آن را توضیح می‌دهد؛ از جمله: خود دولت که بنام خود و از طریق ارگان‌های مختلف دولتی

1. ICSID, 2000.

2. Article 2(b)(i): The State and its Various Organs of Government.

۳. ماده ۲ (ب) (۲) واحدهای تشکیل‌دهنده یک دولت فدرال؛ (۳) زیرمجموعه‌های سیاسی دولت که مجاز به انجام اقداماتی در راستای اعمال قدرت حاکمه می‌باشند و در آن ظرفیت عمل می‌نمایند؛ (۴) سازمان‌ها یا بخش‌هایی از دولت یا نهادهای دیگر تا حدودی که مجاز به اعمال قدرت حاکمه دولت می‌باشند و در عمل اقداماتی را در این مورد انجام می‌دهند؛ (۵) نمایندگان دولت که در ظرفیت مزبور عمل می‌نمایند.

عمل می‌نماید، چه به عنوان حکومت یا توسط رئیس دولت، دولت مرکزی، وزارتخانه‌های مختلف و بخش‌های دولتی، بخش‌های وزارتخانه‌ای و فرعی، ادارات کل و ارگان‌های تابعه و مأموریت‌های دولتی از جمله مأموریت‌های دیپلماتیک و پست‌های کنسولی، مأموریت‌های دائمی و هیأت‌های نمایندگی. استفاده از عبارت «ارگان‌های مختلف دولتی» دربرگیرنده تمام شاخه‌ها و شعبه‌های دولت است و فقط محدود به شاخه مجریه نیست.^۱ این تفسیرها خاطر نشان می‌سازند همان‌طور که دولت نماینده یک کشور است، خود دولت نیز متشکل از ارگان‌های دولتی یا بخش‌ها یا وزارتخانه‌هایی است که به نمایندگی از آن دولت عمل می‌نمایند. تعریف «دولت» که در رابطه با مسأله مصونیت دولت اعمال می‌گردد، تمامی شعبه‌ها و شاخه‌ها را دربر می‌گیرد و فقط محدود به شاخه اجرایی نمی‌باشد. این تعریف گسترده از دولت در رابطه با مسئولیت دولت تا جایی می‌تواند اعمال شود که تعریف مذکور، مفهوم «ارگان» را در موسع‌ترین حالت آن در نظر بگیرد. تنها تفاوت بین کاربرد واژه «ارگان‌ها» در حوزه مصونیت دولت در مقابل مسئولیت دولت، به تمایز بین اعمال حاکمیت و اعمال تصدی مربوط می‌شود. در این راستا کمیسیون حقوق بین‌الملل به بررسی دیدگاه دولت‌ها در رابطه با این موضوع پرداخت که آیا «تمام اعمال یک ارگان دولتی تحت ماده ۵ قابل انتساب به آن دولت می‌باشد یا خیر، بدون اینکه ماهیت اعمال تصدی یا اعمال حاکمیت عمل را در نظر بگیرد.»^۲ اعضای کمیته ششم که به این سؤالات پاسخ دادند، بی‌ارتباط بودن چنین تمایزی را تأیید کردند.^۳ روشن است که حقوق داخلی نمی‌تواند تنها منبع تعیین این مسأله باشد که آیا یک نهاد، ارگان دولتی می‌باشد یا خیر. به همین منظور، کمیسیون حقوق بین‌الملل این مسأله را به صورت گسترده به بحث گذاشت و دولت‌ها نیز نگرانی خود را از این مسأله ابراز کردند که مبنای انتساب مسئولیت به دولت باید به اندازه کافی موسع باشد تا تضمین نماید که دولت‌ها نمی‌توانند بر اساس تعریف ارگان‌های تشکیل دهنده خود از

1. Commentaries on Art. 2(b)(i) of the ILC's Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 14–15, available on the ILC website: < http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf>.

2. Report of the International Law Commission on the work of its Fiftieth Session, 20 Apr.–12 Jun. and 27 Jul.–14 Aug. 1998, A/53/10, ILC Yearbook 1998, Vol. II (2): 17, para. 35.

3. Crawford, (2002), op. cit. p 96.

مسئولیت بگریزند. از سوی دیگر، هیچ دولتی تا به امروز معتقد نبوده است که شرایط انتساب مسئولیت باید به صورت محدود و مضیق تعریف شود.^۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در این راستا به بررسی این مسأله پرداخته است که آیا ارجاع به حقوق داخلی باید بمنظور جلوگیری از تضعیف نقش حقوق بین‌الملل در تعیین ساختار دولت حذف گردد؟^۲ در حقیقت این مسأله به عهده دولت‌هاست که درباره سازمان داخلی خود تصمیم بگیرند و نمی‌توان آنها را از حق حاکمیت مستقل خود محروم نمود، اگرچه حقوق بین‌الملل نیز نقش مهمی در فرآیند انتساب مسئولیت ایفا می‌نماید.

مطالعه مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در ارتباط با مسئولیت دولت و رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نسل‌کشی مبین آن است که: الف- حقوق بین‌الملل عرفی برای تعریف ارگان دولتی به حقوق داخلی رجوع می‌کند؛ ب- تنها مورد استثناء بر اتکای بر طبقه‌بندی ارگان‌های دولتی در حقوق داخلی زمانی است که حقایق نشان می‌دهند نهاد مورد نظر کاملاً وابسته به دولت بوده و توسط دولت کنترل می‌گردد.

در پرونده *ثریر الماس علیه جمهوری لهستان*^۳، اختلاف مابین سهامداران شرکت و دولت لهستان حادث شده بود. لهستان طی توافقنامه‌ای معتبر با پادشاهی نروژ به ارتقا و حفاظت ایمن از سرمایه‌گذاری تا بالاترین درجه حمایت ملتزم گشته بود. توافقنامه مزبور در تاریخ ۵ ژوئن ۱۹۹۰ امضاء شده و در تاریخ ۲۴ اکتبر ۱۹۹۰ لازم‌الاجرا گردید. خواهان این پرونده داوری، *کریستین الماس و ثریر الماس*، اتباع کشور نروژ بودند که تنها سهامداران شرکت با مسئولیت محدود *پل فارم*^۴ محسوب می‌شدند. خواننده این پرونده داوری، دولت لهستان بود. دیوان داوری نیز به استناد ماده X معاهده فوق‌الذکر مابین نروژ و جمهوری لهستان آغاز به کار نمود. موضوع اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری خواهان در

1. ILC's 2553rd Meeting of 31 Jul. 1998, The Summary of which is Recorded in the ILC Yearbook 1998, Vol. I: 228.

2. See ILC's 2554th Meeting of 3 Aug. 1998, The Summary of which is Recorded in the ILC Yearbook 1998, vol. I: 236-241; ILC's 2555th meeting of 4 Aug. 1998, the summary of which is recorded in the ILC Yearbook 1998, vol. I: 241-247; ILC's 2562nd meeting of 13 Aug. 1998, the summary of which is recorded in the ILC Yearbook 1998, vol. I: 284-292; Report of the International Law Commission on the work of its Fiftieth Session, 20 Apr.-12 Jun. and 27 Jul.-14 Aug. 1998, A/53/10, ILC Yearbook 1998, vol. II (2): 82, paras 383-385.

3. ICSID, 2016.

4. Pol Farm.

رابطه با اجاره حدود ۴۲۰۰ هکتار زمین در کمون لهستان بود. اجاره این زمین‌ها بر اساس توافقنامه‌ای بود که در تاریخ ۱۴ فوریه ۱۹۹۷ مابین شرکت پل فارم و سازمان مالکیت‌های کشاورزی لهستان^۱ منعقد گشته و متضمن قید حمایتی مهمی مبنی بر تعهد به اجاره سی ساله زمین مزبور به شرکت پل فارم بود. اما پیش از انقضای اجاره و در سال ۲۰۰۹ به موجب حکم قضایی، شرکت پل فارم ملزم به تسویه و تحویل زمین شد و سازمان مالکیت‌های کشاورزی، زمین مذکور را به مزایده گذاشت. خواهان مدعی بود که لهستان با سلب مالکیت از سرمایه‌گذار بدون پرداخت غرامت کافی و نیز با عدول از رفتار منصفانه و حمایت از سرمایه‌گذار و اتخاذ اقدامات تبعیض آمیز، معاهده و قوانین بین‌المللی را نقض کرده است. مطابق با قوانین اجاره زمین،^۲ خواننده دعوی بحث عدم موفقیت پل فارم در خصوص انجام تعمیرات، سازماندهی تمهیدات امنیتی، کشت و توسعه زمین و پرداخت به موقع اجاره بها را مطرح نمود که همه مرتبط با تعهد به «مدیریت مقتضی و شایسته» بوده و تحت پوشش مفهوم «استفاده مناسب از زمین» قرار دارند که طبق بخش (۱) ۵ اجاره‌نامه، تأمین آن الزامی است. بر این اساس، مبادرت شرکت به نقض مستمر تعهدات متعاقب بازرسی انجام شده توسط سازمان مالکیت‌های کشاورزی در دسامبر ۲۰۰۷، زمینه‌هایی را ایجاد نمود که بموجب مفاد اجاره‌نامه، سازمان مالکیت‌های کشاورزی را مجاز به خاتمه‌دادن به موافقتنامه فی‌مابین می‌نمود.^۳ سؤال مهمی که در رابطه با مسئله انتساب مسئولیت در این پرونده مطرح می‌شود آن است که آیا سازمان مالکیت‌های کشاورزی لهستان، ارگانی دولتی محسوب می‌شود یا خیر؟ بر اساس ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت دولت‌ها، ارگان شامل تمامی اشخاص و نهادهایی می‌شود که مطابق با حقوق داخلی کشور مربوطه از چنین جایگاهی برخوردار باشند.

در همین راستا دیوان مقرر می‌دارد که سازمان مالکیت‌های کشاورزی لهستان، بموجب ماده ۳ قانون ۱۹۹۱ این کشور، ارگان دولتی محسوب نمی‌شود. این سازمان از شخصیت حقوقی مستقلی برخوردار بوده و دارای استقلال عملیاتی است و همچنین بر

1. Agencja Nieruchomości Rolnych (ANR).

2. Lease of the Property of the Agricultural Property Stock of the State Treasury,⁷ dated January 2008.

3. ICSID, 2016: para. 172.

اساس ماده ۵ قانون مزبور می‌تواند از جانب خود به اجرای حقوق و تعهدات پردازد. بنابراین بموجب قوانین داخلی لهستان، این سازمان ارگان دولتی دژوره^۱ محسوب نمی‌شود. همچنین سازمان مالکیت‌های کشاورزی متضمن معیارهایی که معمولاً برای احراز ارگان دولتی دی‌فاکتو^۲ لازم است نیز نمی‌باشد. از طرف دیگر خواهان چنین استناد نمود که بر اساس تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با ماده ۴ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، رفتار برخی مؤسسات مشخص که قدرت و اختیارات عمومی را اعمال می‌نمایند، قابل انتساب به دولت خواهد بود اگرچه بموجب قوانین داخلی، مستقل و خودمختار تلقی گردند. اما از طرف دیگر چنانچه یک نهاد معاملات تجاری را به حساب خود انجام دهد، اگرچه این معاملات نقش مهمی در اقتصاد ملی داشته باشند، دولتی محسوب نخواهند شد. بنابراین دیوان نیز استدلال نمود که اجاره دادن زمین کشاورزی، معامله‌ای تجاری محسوب می‌شود و نه یک عملکرد اجرایی دولتی؛ اگرچه طرف قرارداد نهاد دولتی باشد یا مورد اجاره یک زمین دولتی باشد. بنابراین عمل سازمان مالکیت‌های کشاورزی لهستان را قابل انتساب به دولت لهستان ندانست.

۴. مسئولیت دولت در راستای قصور در حمایت از سرمایه‌گذار

علاوه بر مواردی که راجع به مباحث انتساب مطرح شد، امکان دارد که اگر دولتی متعهد باشد سرمایه‌گذار خارجی را در برابر اعمال زیان‌بار حمایت نماید و در انجام این تعهد خود قصور ورزد، در اثر اعمال نهادها و مرتکبین رفتار خسارت‌بار، مسئول قلمداد گردد. در چنین شرایطی مسئولیت بر اثر انتساب عمل متخلفانه به دولت ایجاد نمی‌شود بلکه مسئولیت، در اثر تعهد مستقل دولت به حمایت و مراقبت از سرمایه‌گذار ایجاد می‌گردد. این تعهد، هم می‌تواند از بخشی از حداقل استاندارد رفتاری موجود در حقوق بین‌الملل عرفی ناشی شود و هم می‌تواند از تعهد مندرج در یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری یا حتی دیگر معاهدات منبعث گردد.^۳ طبق حقوق بین‌الملل عرفی دقیقاً همانند وضعیت موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری، دولت‌های میزبان متعهد هستند که سرمایه‌گذار

1. de jure.

2. de facto.

3. Martins Paparinskis, "Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, (2013), p. 621.

خارجی را در سرزمین خود در برابر تعرضات و مداخلات غیرقانونی و نامشروع محافظت نمایند. در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، این استاندارد تحت عنوان استاندارد حمایت و امنیت کامل و یا به عنوان بخشی از استاندارد رفتار منصفانه شناخته می‌شود. این تعهد دولت میزبان تنها به خاطر اعمال نهادهای دولتی نیست، بلکه در اثر تعهد خود دولت به مراقبت مقتضی از سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد که حتی شامل حمایت و مراقبت از سرمایه‌گذار در برابر عملکرد اشخاص خصوصی نیز می‌شود. اما از آنجا که دولت‌ها اصولاً بر نهادهای دولتی خود نظارت و کنترل دارند و از برنامه‌ها و فعالیت‌های واقعی آنها مطلع هستند، لذا در حمایت از سرمایه‌گذار در برابر اعمال خسارت‌بار نهادهایشان در مقایسه با اشخاص خصوصی وظیفه سنگین‌تری دارا می‌باشند.

دعوی شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) علیه جمهوری سریلانکا^۱ نمونه مهمی در راستای قصور دولت میزبان در حمایت از سرمایه‌گذار محسوب می‌شود. در این پرونده یک استخر پرورش میگو که شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) با مشارکت یک شرکت محلی احداث کرده بود بواسطه اقدامات نظامی ارتش سریلانکا علیه شورشیان تخریب گردید. خواهان مدعی بود که معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه^۲ معیاری حمایتی ایجاد نموده که نقض آن منجر به مسئولیت دولت خواهد شد. دیوان داوری نهایتاً چنین رأی داد که اگرچه بموجب معاهده مذکور چنانچه سرمایه‌گذار خارجی در نتیجه مصادره یا تخریب اموالش بواسطه اقدامات نیروهای نظامی یک دولت متعاقد که در جریان عملیات صورت نگرفته و یا ضرورت اوضاع و احوال خاص آن را اقتضا نموده باشد، خسارتی متحمل گردد، آن طرف متعاقد مسئول خواهد بود لیکن اقدامات نیروهای نظامی سریلانکا که منجر به تخریب اموال سرمایه‌گذار خارجی گشته است، اعمال جنگی محسوب شده و مشمول استثنای مسئولیت مذکور در معاهده می‌گردد. اما نکته مهم آن بود که دیوان داوری اضافه نمود که معیارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عام در معاهده مربوطه گنجانده شده است و سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند بدان تمسک جوید. لذا دولت میزبان را به دلیل قصور در اعطای حمایت مقتضی مسئول قلمداد نموده و به پرداخت غرامت رأی داد.

1. ICSID, 1990.

2. Sri Lanka - United Kingdom BIT (1980).

نتیجه‌گیری

راهکاری که این پژوهش بمنظور ارائه یک چارچوب تحلیلی دقیق در رابطه با تعامل حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در بحث ارزیابی مسئولیت دولت در اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری پیشنهاد می‌نماید، بدین شرح است که دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری باید حقوق داخلی را به عنوان نقطه آغازین تجزیه و تحلیل قابلیت انتساب مسئولیت به دولت در نظر گیرند. اگرچه مسئولیت بین‌المللی از مقررات حقوق داخلی تبعیت نمی‌کند لیکن نکته آن است که وجود تعهد بین‌المللی به وضعیت مجموعه‌ای از امور ایجاد شده در حقوق داخلی بستگی دارد که ناشی از حقوق داخلی نیست. علیرغم اینکه توصیف یک عمل به عنوان عمل متخلفانه بین‌المللی به حوزه حقوق بین‌الملل مربوط می‌گردد لیکن حقوق بین‌الملل، طبقه‌بندی ارگان‌ها و نهادهای دولتی را که از جانب دولت عمل می‌نمایند به حقوق داخلی واگذار می‌کند اما چنانچه اعمال حقوق داخلی، توصیف بین‌المللی عمل مورد اختلاف را تحت تأثیر قرار دهد، حقوق داخلی کشور میزبان باید نادیده انگاشته شود و به جای آن، اتکا باید بر نظام‌های حقوقی داخلی صورت گیرد. بر این اساس، احاله نباید ضرورتاً به اعمال حقوق داخلی دولت میزبان ختم شود و ممکن است به نظام‌های حقوقی داخلی دیگری رجوع گردد. چارچوب پیشنهادی این مطالعه در رابطه با تعریف ارگان‌های دولتی که از مهمترین مباحث در بحث انتساب مسئولیت به دولت محسوب می‌گردد، تعیین قوانین مربوط به تعریف اصطلاح «ارگان» وفق معاهده سرمایه‌گذاری ذریبط را به عنوان نخستین گام لازم می‌دارد. چنانچه معاهده متضمن تعریفی نباشد، قوانین مرتبط توسط ماده ۴ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با مسئولیت دولت که تدوین قوانین حقوق بین‌الملل عرفی است، تبیین می‌گردد. معاهدات سرمایه‌گذاری نظام خاص مسئولیت را برای اعمال بر روابط فیما بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی ارائه می‌نمایند و قواعد این نظام، تداخلی با قواعد عام مسئولیت که بر روابط دولت‌های طرف معاهده سرمایه‌گذاری حاکم است ایجاد نمی‌نماید. فی‌الواقع مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها، فقط در غیاب قانون خاص اعمال می‌شوند و این معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی هستند که قانون خاص را ارائه می‌کنند که می‌تواند جایگزین حقوق

بین‌الملل عرفی شود یا در کنار قواعد آن قرار گیرد و یا قواعد مزبور را مجدداً بازگو نماید. «ارگان دولتی» تحت حقوق بین‌الملل و مطابق ماده ۴ ILC، مقوله گسترده‌تری محسوب می‌گردد تا بموجب حقوق داخلی؛ لیکن برای تعیین محتوای این مقوله حقوق بین‌الملل باید به حقوق داخلی ارجاع شود. در مجموع، نقش حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در حوزه انتساب مسئولیت به دولت در اختلافات سرمایه‌گذاری را می‌توان همانگونه که در ماده ۴ ILC بیان شده است در نظر گرفت:

الف- حقوق بین‌الملل بمنظور تعریف ارگان به حقوق داخلی رجوع می‌نماید؛ ب- چنانچه یک فرد یا یک نهاد، تحت حقوق داخلی ارگان محسوب می‌شود، بنابراین به‌طور خودکار در سطح بین‌المللی نیز یک ارگان تلقی می‌گردد و پ- اگر نهاد یا فرد، ارگانی دژوره نباشد، این فرد یا نهاد ممکن است در سطح بین‌المللی واجد شرایط ارگان باشد مشروط بر این که نهاد یا فرد مورد نظر، تحت کنترل دولت بوده و وابسته به آن باشد. برای تعیین این که آیا در چنین مواردی نهاد یا فرد مورد نظر تحت حقوق بین‌الملل، ارگان محسوب می‌شود یا خیر؛ می‌توان به این نکته توجه نمود که آیا نهاد یا فرد مزبور، تحت حقوق داخلی سایر دولت‌ها به عنوان نهاد تلقی می‌شود یا خیر. بنابراین، می‌توان گفت حقوق داخلی در باب مسئولیت بین‌المللی دولت در سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی، در موارد ذیل ایفا نقش می‌نماید:

۱- معنای ارگان دولتی و ۲- عناصر لازم برای انتساب مسئولیت عمل ارگان دولتی دی‌فاکتو به دولت.

در رابطه با نهادهای دولتی، باید ابتدائاً متن معاهده سرمایه‌گذاری تحلیل شود تا مشخص گردد که آیا متضمن قواعدی در باب انتساب می‌باشد یا خیر.^۱ در نبود بک مقرر جامع، ماده ۵ ILC در رابطه با مسئولیت دولت، استثنائات قاعده جدایی دولت از نهادهای دولتی را بیان می‌دارد. تحت ماده ۵، اعمال متخلفانه بین‌المللی نهادهای مجزای از دولت که عناصری از اختیارات دولتی را اعمال می‌کنند قابل انتساب به دولت می‌باشد. نقش حقوق داخلی در این رابطه آن است که رفتار نهاد مزبور را به عنوان نهادی که عناصری از

1. Abby Cohen Smutny, *State Responsibility and Attribution: When Is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?* Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain', in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (London: ed. T. Weiler, 2005) p 17.


اقتدارات عمومی را اعمال می‌کند تصدیق نماید. در اینجا تمرکز بر عمل و کارکرد نهاد مورد نظر معطوف است و نه ساختار دولت. نخستین گام در این راستا، مرور حقوق داخلی مربوطه و تعیین این مسأله است که آیا فعالیت انجام شده توسط ارگان مورد نظر، فعالیت عمومی و دولتی است یا خیر. گام بعدی این است در صورتی که تحلیل حقوق داخلی مربوطه منجر به تعریف تشریفاتی و فرمالیستی از عملکرد عمومی گردد، باید به منظور تعیین اینکه فعالیت موضوع اختلاف، فعالیت دولتی دی‌فاکتو می‌باشد یا خیر، تاریخ و رویه دولت به عنوان عاملی تعیین‌کننده در نظر گرفته شود. سایر نظام‌های حقوق داخلی و تعریف آنها از فعالیت دولتی نیز ممکن است در تعریف فعالیت دولتی دی‌فاکتو ایفای نقش نمایند.

در نهایت باید بخاطر داشت که دیوان بین‌المللی دادگستری در رابطه با گسترش قوانین مربوط به انتساب مسئولیت به دولت‌ها هشدار داده است و لذا دیوان‌های داوری و مراجع حل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی باید در خصوص تعیین این مسأله که آیا یک عمل خاص، دولتی است یا خیر، به رویکرد محدودکننده قائل گردند. در مجموع باید گفت رسالت دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری در رابطه با بحث انتساب مسئولیت به دولت آن است که بین موارد ذیل تعادل برقرار نمایند: الف- دولت‌هایی که به صورت بالقوه از مسئولیت خود با تکیه بر حقوق داخلی اجتناب می‌نمایند و ب- ریسک‌های مربوط به اعمال انحصاری حقوق بین‌الملل که باعث گسترش بالقوه مسئولیت دولت در قبال عملکرد نهادهایی می‌شود که اختیارات دولتی را اعمال نمی‌کنند. بمنظور دستیابی به این تعادل، دیوان‌های داوری نمی‌توانند حقوق داخلی را نادیده انگارند بلکه حقوق داخلی، نخستین گام در اعمال درست و مقتضی حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. نهایتاً توجه به این نکته ضروری می‌نماید که نظریه جدایی بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی فاقد شرایط لازم برای اعمال در اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌باشد، چراکه در این دسته از اختلافات، اعمال حقوق بین‌الملل اغلب مستلزم احاله به حقوق داخلی است. اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری، نقش تعیین‌کننده حقوق داخلی را در تعریف مفاد موضوعاتی که توسط استانداردهای قابل اعمال حقوق بین‌الملل قاعده‌گذاری شده‌اند نشان می‌دهد.

۱۱۶ | پژوهش حقوق عمومی | سال ۲۲ | شماره ۶۹ | زمستان (۱۳۹۹)

تعارض منافع
تعارض منافع ندارم.

ORCID

Elham Amidi Mehr 

Jamal Seifi 

References

Books

- Cohen Smutny, Abby, *State Responsibility and Attribution: When Is a State Responsible for the Acts of State Enterprises? Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (London: ed. T. Weiler, 2005).
- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Shaw, Malcolm N., *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

Articles

- Crawford, James, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Review - Foreign Investment Law*, Vol. 25, (2010).
- Paparinskis, Martins, "Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, (2013).

Documents

- Commentaries on Art. 2(b)(i) of the ILC's Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 14-15, available on the ILC website: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf>.
- Commentaries on Draft Art. 2(b)(iv) of the International Law Commission Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States.
- Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, ICJ Reports, Advisory Opinions and Orders (1999).
- ILC's 2553rd meeting of 31 Jul. 1998, the summary of which is recorded in the ILC Yearbook 1998.
- ILC's 2562nd meeting of 13 Aug. 1998, the summary of which is recorded in the ILC Yearbook 1998.
- ILC's 2681st meeting of 29 May 2001, the summary of which is recorded in the ILC Yearbook 2001.
- LC Draft Art. 2(b)(iii) is almost identical to Art. 2(b)(iii) of the United Nations Conventions on Jurisdictional Immunities of States and their Properties.
- Report of the International Law Commission on the work of its Fiftieth Session, 20 Apr.–12 Jun. and 27 Jul.–14 Aug. 1998, A/53/10, ILC Yearbook 1998.

Cases

- Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. The Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, 1990.
- Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment of 26 Feb. 2007, available on the ICJ website at: www.icj.org/docket/files/91/13685.pdf.
- Encana Corporation v. Ecuador, ICSID Award, 3 Feb. 2006.
- Encana Corporation v. Republic of Ecuador, Partial Award on Jurisdiction, 27 Feb. 2004, Award, 3 Feb. 2006, ICSID Reports 12, 2007.
- Genin v. Estonia, Award, 25 Jun. 2001, ICSID Reports 6, 2003.
- Metalclad Corporation v. United Mexican States, Award of 30 Aug. 2000, ICSID Reports, 5 (2002).
- Mr. Kristian Almás and Mr. Geir Almás v. The Republic of Poland, ICSID Award, 27 June 2016.

۱۱۸ | پژوهش حقوق عمومی | سال ۲۲ | شماره ۶۹ | زمستان (۱۳۹۹)