

## حمایت دیپلماتیک در چارچوب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری

سید باقر میرعباسی<sup>۱\*</sup>، حمیدرضا سیاوش پور<sup>۲</sup>

### چکیده

با پدیداری و گسترش معاهدات سرمایه‌گذاری، داوری دولت- سرمایه‌گذار به شیوه اصلی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری تبدیل شد و در نتیجه، از شمار دعاوی حمایت دیپلماتیک کاسته شد. همچنین در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری مقرر شده است که هر یک از طرفین معاهده می‌تواند در خصوص تفسیر یا اجرای معاهده اقدام به طرح دعاوی داوری دولت- دولت علیه طرف دیگر کند. علاوه بر این، دولت متبوع سرمایه‌گذار می‌تواند به لحاظ خسارات وارد شده به سرمایه‌گذار اقدام به طرح دعاوی حمایت دیپلماتیک علیه دولت میزبان کند. با توجه به وجود معاهده سرمایه‌گذاری لازم‌الاجرا میان طرفین اختلاف، این‌گونه دعاوی حمایت دیپلماتیک، مشمول قواعد و شرایط مندرج در معاهده و متفاوت با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی‌اند. در این مقاله به بررسی ضرورت طی مراجع داخلی پیش از آغاز رسیدگی و دعاوی مختلطی می‌پردازیم که شامل دعاوی حمایت دولت از سرمایه‌گذار و دعاوی نقض مستقیم حقوق دولت می‌شود.

### کلیدواژگان

تابعیت، داوری دولت- دولت، داوری دولت- سرمایه‌گذار، شرط طی مراجع داخلی، ضابطه اولویت.

۱. استاد، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران  
Email: mirabbasi@ut.ac.ir (نویسنده مسئول).

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
Email: siavashpour@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۱/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۱۰

## مقدمه

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را می‌توان در دو برهه زمانی مختلف بررسی کرد؛ دوران اول زمانی را شامل می‌شود که حمایت از طریق شیوه‌های میان‌دولتی و بر مبنای حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی ( Friendship, commerce and Navigation Treaty) صورت می‌گرفته است. دولت‌ها نقض حقوق اتباع خود را به‌منزله نقض حقوق خود تلقی می‌کردند و بر مبنای حمایت دیپلماتیک علیه دولت ناقض به اقامه دعوا برمی‌خاستند. دوران دوم با پدیداری داوری‌های دولت\_سرمایه‌گذار آغاز شد. در این دوران دولت‌ها اقدام به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کردند. براساس 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 به‌صورت 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 حل‌وفصل اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌هاست. بررسی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که بیشتر این معاهدات دو راهکار برای حل‌وفصل اختلافات دارند؛ راهکار اول، بیانگر داوری دولت\_سرمایه‌گذار جهت حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری و راهکار دوم، بیانگر داوری دولت\_دولت برای حل‌وفصل اختلافات ناشی از تفسیر یا اجرای معاهده سرمایه‌گذاری است. بنابراین دعوی داوری دولت\_دولت در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری در سه دسته قابل طرح است: ۱. طرح دعوا به‌منظور حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذار؛ ۲. طرح دعوا به‌منظور دستیابی به تفسیری مناسب از مفاد معاهده سرمایه‌گذاری؛ ۳. طرح دعوا به‌منظور اعلام نقض یا عدم نقض معاهده سرمایه‌گذاری از سوی طرفین.

در این مقاله به بررسی قواعد حاکم بر راهکار حمایت دیپلماتیک براساس معاهده سرمایه‌گذاری و تفاوت آن با حمایت دیپلماتیک براساس قواعد عرفی حقوق بین‌الملل پرداخته می‌شود. در گفتار اول به بررسی جایگاه حمایت دیپلماتیک در دعاوی سرمایه‌گذاری پرداخته می‌شود. در گفتار دوم قواعد حقوقی حاکم بر راهکار حمایت دیپلماتیک در دو قسمت جداگانه، شرط تابعیت و شرط طی مراجع داخلی دولت میزبان، با بررسی دعاوی طرح‌شده نزد محاکم بین‌المللی بررسی می‌شود.

## جایگاه استفاده از راهکار حمایت دیپلماتیک در دعاوی سرمایه‌گذاری

در کنار افزایش شمار پرونده‌های ارجاع‌شده 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 محیط زیستی ایشان را تحت تأثیر قرار داده است، دچار نگرانی بیشتری شده‌اند. هزینه تشکیل دیوان داوری دولت- سرمایه‌گذار، شفاف نبودن روند این رسیدگی‌ها، انتقادات واردشده 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.

از نظر تاریخی، پیش از آنکه دولت‌ها از داوری دولت- سرمایه‌گذار به‌منظور 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 (Roberts, 3: 2014). شرط حل‌وفصل اختلافات به روش دولت- دولت در معاهدات سرمایه‌گذاری، معمولاً شامل اختلافات مربوط به تفسیر یا اجرای معاهده می‌شود (UNCTAD, 2003: 13). 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 درج شده است.<sup>۱</sup> در این معاهدات، اغلب داوری را به‌عنوان شیوه میان‌دولتی در حل‌وفصل اختلافات تعیین کرده‌اند. در تعداد محدودی از معاهدات نیز موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری یا شیوه‌های شبه‌قضایی همچون آیین داوری پنج‌نفره مذکور در نفتا، ارجاع شده است.

برای نمونه شرط زیر با جرح و تعدیل‌های اندک، تقریباً در کلیه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دولت ایران با دیگر دولت‌ها درج شده است:

«کلیه اختلافات ناشی از اجرا یا تفسیر این 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

۱. برای نمونه ر.ک: قسمت دوم از بخش ۱۱ و قسمت دوم از بخش ۲۰ موافقت‌نامه تجارت آزاد کشورهای آمریکای شمالی، موسوم به نفتا (North American Free Trade Agreement (NAFTA)).

متعاهد دیگر، موضوع را به یک هیأت داور سه نفره مرکب از دو داور منتخب طرف‌های متعاهد و یک سرداور ارجاع کنند (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۳۶۷).»

تفسیر معاهده فعالیت‌های عقلانی است که به منظور فهم صحیح معاهده و روشن کردن مفهوم و تعیین دامنه آن صورت می‌گیرد (فلسفی، ۱۳۹۳: ۵۴۴). اختلاف در خصوص اجرا معاهده به این معناست که آیا رفتار هر یک از طرفین معاهده، اعم از فعل یا ترک فعل، ناقض مقرره‌ای از آن معاهده است یا خیر (Sornarajah, 2004: 209).

از طرف دیگر، این فرض نیز وجود دارد که دولت متبوع سرمایه‌گذار اقدام به طرح دعوای حمایت دیپلماتیک علیه دولت میزبان کند (Roberts, 2014: 7). براساس 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 شروتر، ۱۳۹۱: ۳۳۶). از طرف دیگر، اگرچه دولت متبوع سرمایه‌گذار به مکانیزم‌های بین‌المللی حل و فصل اختلافات دسترسی داشت، نقض حقوق سرمایه‌گذاران به صورت مستقیم نقض حقوق دولت میزبان تلقی نمی‌شد. مفهوم حمایت دیپلماتیک در این مرحله پدیدار شد. دولت‌ها نقض حقوق اتباع خود را به منزله نقض حقوق خود در نظر گرفتند؛ و از این طریق به طرح دعوای 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 (Shreuer, 2007: 345). با وجود این، هنوز راهکار حمایت دیپلماتیک کارکرد خود را از دست نداده و در بعضی مواقع، از استقبال بیشتری نسبت به داورى دولت- سرمایه‌گذار برخوردار است (Juratowitch, 2008: 23). به لحاظ وجود شبکه معاهدات سرمایه‌گذاری و قوانین داخلی کشورها در این خصوص، کاربرد نهاد حمایت دیپلماتیک در دعوای سرمایه‌گذاری بسیار کم شده است. لیکن این نهاد هنوز نقش خود را در روابط بین‌الملل حفظ کرده است. هر گاه دولت میزبان صدمه‌ای به سرمایه‌گذار وارد کند و احقاق حق در چارچوب قراردادی به دلایلی ممکن نباشد، بدیهی است باب این نهاد برای دولت متبوع مفتوح خواهد بود (پیران، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

یکی از سوابق مهم رسیدگی به اختلافات میان دولت‌ها در خصوص اجرای معاهده سرمایه‌گذاری و حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذار، پرونده دعوای 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 یک طرف ایتالیا مدعی حقوق نقض شده خود بود؛ و از طرف دیگر به لحاظ حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذاران ایتالیایی در کوبا، اقدام به طرح این دعوا کرد. در مقابل کوبا مدعی بود که وجود شرط ارجاع اختلاف به دیوان داورى دولت- سرمایه‌گذار

مانع از این خواهد بود که ایتالیا اقدامی در راستای حمایت دیپلماتیک از اتباع خود کند. دیوان استدلال کوبا را نپذیرفت؛ لیکن به این دلیل که دعوای ایتالیا از طرف اتباعش را نیز مورد پذیرش قرار نداد، دادخواست این کشور جهت صدور رأی اعلامی مبنی بر نقض معاهده از سوی کوبا را نیز رد کرد (Potesta, 2013: 753).

تاکنون به جز دعوای حمایت دیپلماتیک مطرح شده از سوی ایتالیا علیه کوبا، سه پرونده دیگر براساس معاهده سرمایه‌گذاری به داوری دولت- دولت ارجاع شده است. یکی از این پرونده‌ها 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. در دو پرونده دیگر که پرو علیه شیلی و اکوادور علیه ایالات متحده آمریکا طرح دعوا کرده‌اند، کشور میزبان سرمایه‌گذاری جهت دستیابی به تفسیر مدنظر خود از معاهده، موضوع را به دیوان داوری دولت- دولت ارجاع کرده است.

با اینکه استفاده از داوری دولت- دولت در حل و فصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری تاکنون محدود به همین چهار پرونده بوده است، اهمیت آن و نگرانی‌های پدیدآمده از سوی دولت‌ها نسبت به داوری دولت- سرمایه‌گذار، سبب شده است که توجه دولت‌ها و پژوهشگران روزبه‌روز به این موضوع افزایش یابد. در ادامه به بررسی شرایط طرح دعوای حمایت دیپلماتیک بر مبنای معاهدات سرمایه‌گذاری با در نظر گرفتن رویه دیوان داوری دعوای ایتالیا علیه کوبا و سایر رویه‌های معتبر بین‌المللی می‌پردازیم.

## قواعد حقوقی حاکم بر حمایت دیپلماتیک مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری

براساس 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، به این شرط که چنین راهکارهایی به صورت مؤثر در کشور اخیر وجود داشته باشد، طی کرده و به نتیجه نرسیده باشد (Lourie, 2015: 516). در ادامه ابتدا شرط تابعیت و سپس شرط طی مراجع داخلی بررسی می‌شود.

## ۱. شرط تابعیت

در معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً تعریف وسیع‌تری از حقوق بین‌الملل در خصوص مفهوم تابعیت پذیرفته می‌شود. براساس قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، تابعیت اشخاص حقیقی براساس قانون دولتی تعیین می‌شود که تابعیت آن مورد ادعا قرار گرفته است (الماسی، ۱۳۸۷: ۲۴۲). دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضایای مرتبط با حمایت دیپلماتیک، اغلب از همین قاعده پیروی کرده است (Dugard, 2000: 95). یکی از موارد استثنا در این خصوص پرونده نوت‌بام است. دیوان در این پرونده وجود یک رابطه حقیقی میان فرد و دولت را نیز از دیگر شروط احراز 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 (ICJ Rep, 1955: para. 50). 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 براساس قواعد داخلی دولتی صورت می‌گیرد که تابعیت آن مورد ادعاست (UN, 2006: para. 31). در مقایسه با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، معاهدات سرمایه‌گذاری ضوابط مختلفی در خصوص تابعیت سرمایه‌گذاران پذیرفته‌اند. برای نمونه برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری احراز رابطه تابعیت را منوط به مراجعه به قانون اساسی یا سایر قوانین داخلی کشور مربوط دانسته‌اند (UNCTAD, 2011: 74). برخی دیگر از معاهدات سرمایه‌گذاری، ضوابط سختگیرانه‌تری همچون اقامت دائم سرمایه‌گذار در کشور متبوع را به‌عنوان ملاک احراز تابعیت تعیین کرده‌اند (Lourie, 2015: 518). 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 براساس آن معاهده می‌دانند!

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 (Dugard, 2003: 28). 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 براساس حقوق بین‌الملل عرفی و معاهدات سرمایه‌گذار نشان می‌دهد که قابلیت پذیرش حمایت دیپلماتیک براساس هر یک از

۱. معمولاً کشورهای مهاجرپذیر به چنین شیوه‌ای تمایل دارند.

دو نظام حقوقی مذکور را باید با معیارهای خاص خود بررسی کرد. در حقیقت می‌توان فرضی را در نظر گرفت که در آن شرایط لازم برای اقامه دعوی حمایت دیپلماتیک از سوی کشور متبوع براساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری وجود دارد؛ لیکن براساس حقوق بین‌الملل عرفی چنین شرایطی به وجود نیامده است.

دیوان داوری در پرونده دعوی ایتالیا علیه کوبا با چنین مسئله‌ای مواجه شد. در معاهده سرمایه‌گذاری میان این دو کشور چنین بیان شده است که: «شرط لازم برای اینکه یک سرمایه‌گذاری مورد حمایت این معاهده باشد این است که توسط شخص حقیقی یا حقوقی از اتباع طرفین معاهده انجام گیرد (بند ۱ از ماده ۱)». دو مورد از شش دعوی ایتالیا تحت عنوان حمایت دیپلماتیک از نهادهای حقوقی صورت گرفته بود که در ایتالیا به وجود نیامده بودند؛ بلکه توسط اتباع ایتالیا اداره می‌شدند. بنابراین دیوان نتیجه گرفت که در این خصوص صلاحیت رسیدگی به این اختلافات را ندارد (Ad hoc Arbitration Tribunal, 2005: para. 203). دیوان داوری تأکید کرده است که یک معاهده سرمایه‌گذاری می‌تواند حاوی ضوابطی متفاوت با ضوابط حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص تعیین تابعیت اشخاص باشد؛ و در نتیجه ضابطه اعلام‌شده در معاهده بر ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی اولویت دارد (Ad hoc Arbitration Tribunal, 2005: para. 203).

در پرونده بارسلونا تراکشن، اگرچه دیوان بین‌المللی دادگستری دعوی سهامداران را در خصوص مصادره اموال شرکت نپذیرفت، اعلام کرد که اگر دولت متبوع و میزبان سرمایه‌گذار، موافقت‌نامه‌ای در این خصوص منعقد کنند، دعوی حمایت از سهامداران یک شرکت سرمایه‌گذار نیز می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد (ICJ Rep, 1970: para. 46).

در پرونده السی نیز دیوان بین‌المللی دادگستری از همان استدلال مطرح‌شده 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 (ICJ Rep, 1989: para. 50). 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 براساس آنها مشخص می‌شود. در نتیجه، در دعوی حمایت دیپلماتیک که کشور متبوع به لحاظ نقض مفاد معاهده سرمایه‌گذاری علیه کشور میزبان مطرح می‌کند، تابعیت اشخاص حقیقی یا حقوقی سرمایه‌گذار براساس قواعد اعلام‌شده در همان معاهده تعیین می‌شود.

## ۲. طی مراجع داخلی دولت میزبان

این شرط از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش‌نویس حمایت دیپلماتیک به صراحت بیان شده است (UN, 2006: para. 70). 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.<sup>۱</sup> بنابراین مسئله مهم، نحوه تفسیر این سکوت است. می‌توان نتیجه گرفت که دولت‌های طرف یک معاهده سرمایه‌گذاری با سکوت خود در این خصوص، به‌صورت ضمنی از طی مراجع داخلی به‌عنوان شرط لازم برای امکان حمایت دیپلماتیک از طریق اقامه دعوی داوری دولت- دولت- دولت عدول کرده‌اند. از طرف دیگر می‌توان استدلال کرد که اقامه دعوی داوری دولت- دولت، صرفاً به‌منظور حمایت دیپلماتیک صورت نمی‌گیرد؛ فلذا سکوت دولت‌ها در این خصوص به این معناست که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بر این موضوع نیز حاکم است. 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 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. همچنین ایتالیا 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 مطرح کرده بود، تفکیک کرد؛ و در مورد دعوی اخیر طی مراجع داخلی را شرط لازم برای امکان طرح دعوی 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 براساس 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 دعوی حمایت دیپلماتیک در دیوان داوری دولت- دولت نخواهد بود، بنابراین عدم پیش‌بینی شرط طی مراجع داخلی برای اقامه دعوی داوری دولت- سرمایه‌گذار را نمی‌توان به‌عنوان عدول ضمنی از این شرط در طرح دعوی حمایت دیپلماتیک دانست (Ad hoc Arbitration Tribunal, 2005: para. 47).

۱. برای مثال می‌توان به طرح نمونه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا (۲۰۰۴)، هند (۲۰۰۳) و ایتالیا (۲۰۰۳) اشاره کرد.



### ۳. شمول شرط طی مراجع داخلی در داوری معاهدات سرمایه گذاری

همان‌طور که بیان شد، دیوان داوری ایتالیا علیه کوبا استدلال ایتالیا مبنی بر صرف‌نظر 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 براساس آن، سازوکارهای جبران خسارت داخلی، قبل از طرح دعوا در سطح بین‌المللی، باید طی گردد، از قواعد مسلم و شناخته شده 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 (ICJ Rep, 1959: para. 27)».

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه السی نیز 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 (ICJ Rep, 1989: para. 42)».

اگرچه در دو پرونده مطرح شده نزد دیوان بین‌المللی دادگستری از یک طرف، و از طرف دیگر اختلاف طرح 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 قاعده‌ای را به‌عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته‌اند<sup>۱</sup>.

هدف سرمایه‌گذار محکوم کردن اقدامات متخلفانه دولت میزبان و جبران خساراتی که به

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Ros Invest Co UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Final Award, at 246, 247 (2010); Saar Papier Vertriebs GmbH v. Republic of Poland, UNCITRAL, Final Award at 23 (1995); Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, Award (2003), 42 Int'l Legal Materials 540, 547 (2003); CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, at 111 (2001).

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 (Amerasinghe, 2004: 61). بنابراین، در خصوص هدف وجود شرط طی مراجع داخلی، از آنجا که هیچ دولتی مکلف به طرح دعوا به منظور حمایت از اتباع خود نیست، می‌توان نتیجه گرفت که این قاعده به منظور 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.

از طرف دیگر، استثنا بر قاعده لزوم طی مراجع داخلی را می‌توان با تغییر در منافع اشخاص ذی‌نفع توجیه کرد. به صورت 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 (UN, 2006: para. 76). 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، به منظور حمایت از منافع دولت میزبان به وجود آمده است، استثنای این قاعده زمانی اعمال می‌شود که منافع سرمایه‌گذار خارجی نسبت به منافع دولت میزبان 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 به صرف 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 دعاوی 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.

#### ۴. شرط طی مراجع داخلی در دعاوی مختلط

کوبا استدلال دوم ایتالیا را نیز نپذیرفت و در پاسخ اعلام کرد که شرط طی مراجع داخلی در تمامی پرونده‌هایی که در آن یک دولت به قصد حمایت دیپلماتیک از تبعه خود طرح دعوا می‌کند، لازم‌الاجراست؛ خواه هدف از طرح دعوا صرفاً حمایت از اتباع باشد و خواه این هدف در کنار اهداف دیگری قرار گیرد (Ad hoc Arbitration Tribunal, 2005: para. 46).

از نظر دیوان داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف ایتالیا علیه کوبا، در مواقع طرح دعوا میان دولت‌ها به لحاظ نقض حقوق مستقیم یک دولت، نه تنها نیازی به طی مراجع داخلی دولت نیست؛ بلکه مرجع دارای چنین صلاحیتی نیز در نظام داخلی دولت‌ها پیش‌بینی نشده است (Ad hoc Arbitration Tribunal, 2005: para. 47). اما دیوان در این پرونده با دعوی مختلطی مواجه است که براساس 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 دعاوی مختلط بررسی می‌شود.

#### ۴.۱. استثنای نقض مستقیم حقوق دولت

براساس 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 خواننده اعمال نمی‌شود (Amerasinghe, 2004: 146).

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 خواننده نیست (ICJ Rep, 1949: para. 17). چنین استدلالی در پرونده سانحه هوایی از سوی اسرائیل بیان شد (ICJ Rep, 1955: para. 530). منشأ اختلاف به وجود آمده 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 مشمول قاعده لزوم طی مراجع داخلی دولت خواننده است (ICJ Rep, 1955: para. 565). دیوان در خصوص این مسئله اعلام نظر نکرد و پرونده را به دلایل دیگری رد کرد.

دیوان تا پیش از سال ۲۰۰۰ و رسیدگی به پرونده موسوم به قرار بازداشت (ICJ Rep, 2012) به صورت مستقیم با چنین فرضی مواجه نشد. در این قضیه دولت بلژیک اقدام به صدور

دستور بازداشت وزیر امور خارجه سابق کنگو، عبدالله یروودیا کرد. مبنای صدور این دستور بازداشت، قانونی بود که به دادگاه‌های بلژیک صلاحیت رسیدگی به جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی به‌وقوع‌پیوسته در سرتاسر جهان را اعطا می‌کرد. در پاسخ به این اقدام دولت بلژیک، جمهوری دموکراتیک کنگو اقدام به طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری کرد. ادعای اصلی دولت کنگو نقض مصونیت دیپلماتیک آقای یروودیا از سوی دولت بلژیک بود. دولت بلژیک در خصوص عدم قابلیت پذیرش دعوا دلایل مختلفی را تقدیم دیوان کرد که از جمله آن عدم طی مراجع داخلی بلژیک از سوی آقای یروودیا بود. سرانجام دیوان در رأی خود در خصوص پذیرش صلاحیت، بیان کرد که اقدام بلژیک نقض مستقیم حقوق جمهوری دموکراتیک کنگو محسوب می‌شود؛ بنابراین لزومی به طی مراجع داخلی بلژیک از سوی آقای یروودیا نبوده است. این شیوه استدلال از سوی دیوان را می‌توان در قضایای بعدی از جمله لاگراند (ICJ Rep, 2001) و اونا (ICJ Rep, 2004) نیز مشاهده کرد.

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. براساس مفهوم سنتی حمایت دیپلماتیک، نقض حقوق اتباع یک دولت از طریق نقض قواعد حقوق بین‌الملل به‌منزله نقض حقوق دولت متبوع نیز در نظر گرفته می‌شود (Braun, 2013: 30). 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 به‌تنهایی مبنایی برای استثنا قائل شدن نسبت به قاعده لزوم طی مراجع داخلی باشد.

#### ۲.۴. 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 دعوا 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 (Meron, 1959: 87). برای مثال اگر موضوع اختلاف نقض حقوق اشخاص خصوصی باشد، دعوای دولت خواهان را می‌توان به‌عنوان دعوای حمایت دیپلماتیک در نظر گرفت.

همچنین در صورتی که موضوع اختلاف در خصوص نقض حقوق مقامات رسمی یک دولت یا نقض یک معاهده بین‌المللی باشد، می‌توان آن را در قالب نقض مستقیم حقوق دولت خواهان در نظر گرفت و در نتیجه مشمول استثنای قاعده لزوم طی مراجع داخلی دولت میزبان دانست (Dugard, 2003: 105). همچنین نوع خواسته دولت خواهان را نیز می‌توان بررسی کرد. در صورتی که دولت خواهان درخواست غرامت مادی داشته باشد، می‌توان آن را به‌عنوان دعوای حمایت دیپلماتیک در نظر گرفت. از سوی دیگر، در صورتی که خواسته دولت خواهان مسائلی همچون عذرخواهی دولت خوانده یا صرف اعلام نقض قرارداد باشد، می‌توان آن را به‌عنوان دعوای نقض مستقیم حقوق دولت خواهان در نظر گرفت (Meron, 1959: 88).

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».

دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده 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 (ICJ Rep, 116: 1987). دیوان در این پرونده امکان تفکیک دعوای را رد نکرد، بلکه چنین اعلام نظر کرد که در این پرونده، چنان 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، کدام یک 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، اگرچه دیوان داوری برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده السی، به‌صراحت در خصوص ضابطه اولویت مطلبی بیان نکرد، 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 دعوای کوبا، بلکه میان دعوای حمایت دیپلماتیک و دعوای نقض مستقیم حقوق دولت ایتالیا تفکیک ایجاد کرد و هر دو دعوای 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. به‌نظر 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 دعوایی در کنار دعوای حمایت دیپلماتیک را از دولت متبوع سلب کرد. شیوه تفکیک دعوای از این لحاظ که حق دولت‌ها برای طرح دعوای اعلامی در خصوص اجرای معاهده را محفوظ می‌دارد، به نظر مناسب‌تر از شیوه دیگر است. در فرضی که دولت خواننده به‌دفعات اقدام به نقض حقوق اتباع مختلف دولت خواهان کند، اهمیت حق دولت خواهان در طرح چنین دعوایی جهت توقف اعمال دولت خواننده، بیشتر نمود پیدا می‌کند.

در پرونده ایتالیا علیه کوبا، دیوان به‌درستی 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 دعوای ایتالیا مقرر کرد که دعوای 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 مطرح‌شده در خصوص نقض حقوق اتباع ایتالیا توسط دولت کوبا را رد کرد و در نتیجه دعوای 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.

## نتیجه‌گیری

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 رسیدگی کننده 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 صورتی که دیوان با دعوی ساده مواجه باشد، اقدام به بررسی و مقایسه منافع طرفین، اعم از دولت خواهان و خوانده 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 خوانده 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 می‌کند. 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 می‌دهد. در نتیجه در صورتی که هر یک از این دعاوی به نتیجه مدنظر دولت خواهان نرسد، آسیبی به دادخواست دیگر وارد نمی‌شود.

## منابع

### ۱. فارسی

۱. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: میزان.
۲. پیران، حسین (۱۳۹۳). *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، تهران: گنج دانش.
۳. حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل (۱۳۹۳). *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، تهران: تیسرا.
۴. دالزر، رودلف؛ شروتر، کریستف (۱۳۹۱). *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۵. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۳). *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو.

**A) BOOKS**

6. Amerasinghe, Chittharanjan Felix (2004). *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
7. Braun, Tillmann Rudolf (2013). *Globalization-driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights*, Jean Monnet Working Paper, New York, New York University School Of Law.
8. Juratowitch, Ben (2008). *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, Washington D.C, ICSID publication.
9. Shreuer, Christoph (2007). *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.
10. Sornarajah, Muthucumaraswamy (2004). *The International Law Of Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press.
11. UNCTAD (2003), *Dispute settlement: State-State*, New York, United Nation Publication.
12. UNCTAD (2011). *Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition*, New York, United Nation Publication.

**B) Articles**

13. Iiyomade, B.O (1977). "Dual Claim and the Exhaustion of Local Remedies Rule in International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 10, pp. 83-100.
14. Lourie, Greg (2015). "Diplomatic Protection under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, pp. 511-542.
15. Meron, Theodor (1959). "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *British Year book of International Law*, vol. 35.
16. Potestà, Michele (2012). "Republic of Italy v. Republic of Cuba", *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 341-347.
17. 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. 1-70.

**C) Documents**

18. Dugard, John R (2000). *First Report on Diplomatic Protection*, UN Doc A/CN.4/5c.
19. Dugard, John R (2003). *Fourth Report on Diplomatic Protection*, UN Doc A/CN.4/530.
20. International Law Commission (2006). *Draft Articles on Diplomatic Protection*, United Nations Publications.



**D) Cases**

21. Ad Hoc Arbitration Tribunal (1935). *S.S. I'm Alone, Canada v. United States of America*.
22. Ad Hoc Arbitration Tribunal (2003). *Peru v. Chile*.
23. Ad Hoc Arbitration Tribunal (2005). *Republic of Italy v. Republic of Cuba*.
24. ICJ Reports (1949). *Corfu Channel, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*.
25. ICJ Reports (1955). *Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala*.
26. ICJ Reports (1955). *The Aerial Incident, Israel v. Bulgaria*.
27. ICJ Reports (1959). *Interhandel, Switzerland v. United States of America*.
28. ICJ Reports (1970). *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Belgium v. Spain*.
29. ICJ Reports (1989). *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) United States of America v. Italy*.
30. ICJ Reports (2001). *LaGrand, Germany v. United States of America*.
31. ICJ Reports (2002). *Arrest Warrant, Democratic Republic of Congo v. Belgium*.
32. ICJ Reports (2004). *Avena and Other Mexican Nationals, Mexico v. United States of America*.
33. ICSID Case (1990). *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.
34. ICSID Case (2005). *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A v. Republic of Peru*.
35. North America Free Trade Agreement (NAFTA) Arbitration Tribunal (2008). *Cross Border Trucking Services, Mexico v. United States of America*.
36. PCA Case (2011). *Republic of Ecuador v. United States of America*.
37. UNCITRAL, PCA Case (2010). *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*.