

**Exhaustion of Local Remedies Rule in Investment Lawsuits with an Emphasis on the Denial of Justice Lawsuit in *Loewen v. United States of America* Case**

**Mohsen Mohebi \***  
**Eeta Khosro Khakpour \*\***

**(DOI) : CILAMAG.2023.704213**  
**(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.69.3.2**

**Abstract**

The cornerstone of international investment law is to ensure the foreign investor's rights through international law standards including fair and equitable treatment. If the host state violates the standards, the foreign investor will not be obliged to raise a claim before local courts prior to international settlement of dispute. In contrast, in denial of justice, the investor must exhaust local remedies before seeking international redress. So in this respect, *The Loewen* case as an important arbitral practice on the relationship of denial of justice and exhaustion of local remedies will be analyzed in this article. The approach of Investment treaties will also be evaluated. This article concluded that arbitral tribunal in *Loewen* has made mistake by distinction between local remedies and finality rule. In order to resolve this ambiguity and confusion in investment arbitration in the field of denial of justice, one should wait for the treaty procedure of the states in bilateral or multilateral treaties for mutual encouraging and supporting of investment.

**Keywords**

International Investment Law, Protection of Foreign Investor, Denial of Justice, Exhaustion of Local Remedies, International Arbitration.

---

\* Assistant Professor, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, sd.mohebi@gmail.com

\*\* Corresponding Author, PhD Candidate in International law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, ik.novin@gmail.com



## دادخواهی نزد محاکم ملی در دعاوی سرمایه‌گذاری با تأکید بر دعاوی انکار عدالت در پرونده لوون علیه ایالات متحده امریکا

محسن محبی \*

ایتاء خسرو خاکپور \*\*

(DOI) : CILAMAG.2023.704213

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.69.3.2

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۸

### چکیده

یکی از موضوعات اصلی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، تأمین حقوق سرمایه‌گذار از طریق وضع استانداردهای حقوقی بین‌المللی، از جمله اتخاذ رفتار منصفانه و برابر از سوی دولت با سرمایه‌گذار است که در صورت نقض آن، سرمایه‌گذار می‌تواند مستقیماً در مرجع داوری بین‌المللی ذی‌ربط علیه دولت میزبان طرح دعوا کند. اما در دعاوی انکار عدالت، سرمایه‌گذار ناگزیر است ابتدا به مراجع داخلی کشور سرمایه‌پذیر مراجعه و دادخواهی کند و اگر دادخواهی او به نتیجه نرسید و عدالت در حق او اجرا نشد، می‌تواند به مرجع بین‌المللی رجوع کند. هدف این مقاله، ارزیابی ضرورت اجرای قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در دعاوی انکار عدالت با تأکید بر رأی پرونده لوون علیه ایالات متحده/ امریکا به عنوان مهم‌ترین پرونده موجود است. یافته اصلی در این مقاله آن است که تحلیل قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در این رأی به تشتت آرا در این باره دامن زده است و برای رفع این ابهام و تشتت در رویه داوری سرمایه‌گذاری در زمینه قلمرو اجرای قاعده در انکار عدالت، باید منتظر رویه معاهداتی دولت‌ها در معاهدات دو یا چند جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بود.

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران sd.mohebi@gmail.com

\*\* نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران

ik.novin@gmail.com

## واژگان کلیدی

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، انکار عدالت، دادخواهی نزد محاکم داخلی، داوری بین‌المللی

## مقدمه

دسترسی به مکانیزم دادرسی عادلانه و بی‌طرف، از جمله اهداف بنیادین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در تأمین و تضمین حقوق سرمایه‌گذار خارجی در برابر مداخلات غیرقانونی دولت میزبان است. در صورت عدم رعایت حداقل معیارهای بین‌المللی در رفتار با سرمایه‌گذار، همچون نقض قاعدهٔ اتخاذ رفتار منصفانه و برابر، سازگار متمایز و ویژه‌ای به منظور فیصلهٔ اختلافات و حمایت از حقوق سرمایه‌گذار وجود دارد. امکان ارجاع مستقیم اختلاف از سوی سرمایه‌گذار خارجی به مراجع بین‌المللی، همچون نهاد داوری بین‌المللی از شیوه‌های قابل توجه در این مسیر است زیرا برخلاف قلمرو حقوق بین‌الملل عام که تقاضای حمایت دیپلماتیک از دولت متبوع و طرح دعوا در عرصهٔ بین‌المللی، مستلزم اثبات عدم جبران خسارات داخلی از سوی دولت میزبان بود، این قاعده در دعاوی سرمایه‌گذاری تا حد استثنای فروگاسته شده است. در واقع، این پیش‌شرط در حقوق بین‌الملل عام، به منزلهٔ قاعدهٔ حقوقی عرفی قلمداد شده که فقدان آن از استماع و پذیرش دعوا نزد محکمهٔ بین‌المللی جلوگیری می‌کند. فلسفهٔ آن نیز اعطای فرصت مناسب به دولت میزبان به منظور جبران خسارات وارده از مجرای محاکم داخلی خود، پیش از ارجاع آن نزد مراجع بین‌المللی است.

به عبارت بهتر، ریشهٔ این قاعده، در نهایت به حفاظت و حراست از منافع و اقتدار حاکمیت دولت‌ها بازمی‌گردد. در عین حال، این رویکرد سنتی به علت مغایرت با اهداف بنیادینی چون حمایت و تضمین حقوق سرمایه‌گذار، تا حدود زیادی در عرصهٔ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کنار گذاشته شده است. به این ترتیب، در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از اختلاف دولت-سرمایه‌گذار، نه التزام به دادخواهی نزد محاکم ملی، که عدم اجرای آن، به مثابه یک اصل حقوقی، قابل قبول به شمار می‌رود.

با این حال، یکی از مهم‌ترین سازکارهای حمایت از حقوق سرمایه‌گذار، طرح دعوی انکار عدالت<sup>۱</sup> از جانب سرمایه‌گذار خارجی است. پیش‌شرط دعوی انکار عدالت، دادخواهی نزد محاکم ملی دولت میزبان است. در نتیجه، مادام که سرمایه‌گذار اقدام به مطالبهٔ خسارت از مراجع ملی دولت سرمایه‌پذیر نکند یا فرایند دادخواهی داخلی را تا انتها نپییماید، نمی‌تواند در عرصهٔ بین‌المللی و نزد مراجع داوری ذی‌ربط، دعوی انکار عدالت را طرح کند. به عبارت دقیق‌تر، عدم دادخواهی

1. Denial of Justice

داخلی در این دعوا به منزله عدم تحقق سبب و پیش شرط ماهوی در انعقاد فعل متخلفانه «انکار عدالت» قلمداد می‌شود. یکی از مهم‌ترین اثرات چنین رویه‌ای، اقدام سرمایه‌گذار به طرح دعوی انکار عدالت تحت عناوینی دیگر است تا از اتلاف هزینه‌های زمانی و مادی، طولانی‌شدن نامتعارف دادرسی و رجوع به محاکم داخلی که به هیچ‌یک از معیارهای حداقلی رفتار با سرمایه‌گذار ملتزم نیستند رهایی یابد و راه دادخواهی نزد مرجع داوری بین‌المللی باز شود. بر این اساس، مسئله مهم، تعارض رویکرد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در رد دعوی انکار عدالت از یک سو و سایر دعاوی سرمایه‌گذاری از سوی دیگر است. پرسش آن است که آستانه تحقق انکار عدالت، به‌عنوان تعهدی منشعب از اتخاذ رفتار منصفانه و برابر، چه تفاوتی با سایر دعاوی سرمایه‌گذاری دارد؟ برای کشف این تفاوت باید ارتباط حقوقی بین قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی و دعوی انکار عدالت را بررسی و رویه مراجع داوری بین‌المللی و معاهدات سرمایه‌گذاری درباره اعراض از قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی را واکاوی کرد. بنابراین، رویکرد رویه داوری بین‌المللی در پرونده لوون علیه ایالات متحده/امریکا و نیز رویکرد معاهدات سرمایه‌گذاری، به‌ویژه موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا)<sup>۲</sup> و کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (ایکسید)<sup>۳</sup> مهم‌ترین نکاتی است که در این زمینه باید مطالعه شود.

## ۱. کارکرد قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی در دعوی انکار عدالت در پرونده

### لوون

#### ۱-۱. واقعیات پرونده

مهم‌ترین و اولین پرونده‌ای که به‌طور صریح در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به مرز فارق بین دعوی انکار عدالت و سایر دعاوی سرمایه‌گذاری می‌پردازد، پرونده لوون علیه ایالات متحده/امریکا است.<sup>۴</sup> می‌توان تناقض رویکرد دیوان داوری در مورد ارتباط قاعده دادخواهی داخلی و دعوی انکار عدالت در رأی صلاحیتی ۲۰۰۱ و رأی نهایی ۲۰۰۳، همچنین جدیدبودن موضوع و ناتوانی دیوان در استدلال حقوقی موجه به علت ملاحظات سیاسی را از جمله مهم‌ترین دلایل اهمیت این رأی دانست. اهمیت دیگر این پرونده آن است که فرصتی ایجاد کرد تا ابعاد گوناگون مسئله انکار عدالت در دعوی سرمایه‌گذاری شکافته شود.

2. North American Free Trade Agreement

3. International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID).

4. Loewen v. United States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>>, last seen 17 March 2023.

موضوع این پرونده، ادعای سرمایه‌گذار خارجی (شرکت لوون) در مورد انکار عدالت از سوی محاکم داخلی امریکا بود. لوون، یک شرکت کانادایی است که در سراسر ایالات متحده شعبات متعددی داشته و شعبه‌ای هم در می‌سی‌سی‌پی تأسیس کرده بود. به موازات فعالیت‌های این شرکت، تاجر مشهوری به نام /وکیف<sup>۵</sup> نیز در می‌سی‌سی‌پی فعالیت می‌کرد. بعد از مدتی، لوون طی قراردادی، سهام یکی از شرکت‌ها را به /وکیف واگذار می‌کند و در مقابل، /وکیف متعهد می‌شود دو تالار را به لوون واگذار کند. اندکی بعد، /وکیف با ادعای نقض قرارداد، کلاهبرداری و اتخاذ سیاست‌های آنتی‌تراست از سوی لوون، علیه آن شرکت در دادگاه می‌سی‌سی‌پی امریکا طرح دعوا و خسارتی معادل ۵ میلیون دلار امریکا را مطالبه کرد. از سوی دیگر، شرکت /وکیف در مقابل اجرای رأی دادگاه، شرکت لوون را به ضبط اموال تهدید می‌کند. لوون ناگزیر با پرداخت ۱۷۵ میلیون دلار موافقت کرد و دعوا پایان یافت اما بعداً علیه دولت امریکا نزد دیوان داورى ایکسید طرح دعوا کرد. ادعای لوون آن بود که دادگاه‌های داخلی امریکا با رفتار غیرمنصفانه در ارزیابی رأی هیئت منصفه، رفتارهای غیرمنصفانه و نیز تبعیض‌آمیز و نژادی به نفع خواهان (شرکت /وکیف) داشته‌اند و ماده ۱۱۰۵ از معاهده نفتاً را نقض کرده‌اند. به موجب این ماده، دولت میزبان مکلف است حداقل معیار رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی از جمله اتخاذ رفتار منصفانه و برابر را رعایت کند. لوون مدعی بود دولت امریکا به علت این نقض تعهد بین‌المللی از سوی دادگاه، مسئولیت دارد و باید خسارات لوون را جبران کند.

امریکا به‌عنوان خواننده دعوا و در مقام دفاع، استدلال‌ات خود را به شرح زیر مطرح کرد:

نخست آنکه دادخواهی نزد محاکم داخلی، صرفاً ماهیتی شکلی دارد و مربوط به قابلیت استماع دعوا است و نه ماهیت اختلاف. اما در دعوای انکار عدالت، رکن ماهوی، تحقق فعل متخلفانه بین‌المللی و احراز مسئولیت بین‌المللی دولت به شمار می‌رود. بنابراین، صرف اقدام دادگاه بدوی، مادام که راه تجدیدنظر باز باشد، موجب مسئولیت دولت نخواهد بود.<sup>۶</sup> دوم اینکه از نظر امریکا، در ماده ۱۱۲۱ معاهده نفتاً درباره پیش‌شرط‌های مراجعه به داورى، از قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی، اعراض نشده و سرمایه‌گذار (شرکت لوون) باید مراحل دادرسی در

5. Okeefe

6. Art 1105:

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

7. Loewen v. United States, *op.cit.*, Memorial of the United States of America on Matters of Competence and Jurisdiction, 49-85 Loewen, 2000.

دادگاه‌های داخلی آمریکا را تا انتها طی کند.<sup>۸</sup> سوم اینکه مراجعه به مرجع داوری بین‌المللی به مثابه تجدیدنظر از رأی محکمه داخلی و نقض مصونیت دولت میزبان خواهد بود.<sup>۹</sup>

به هر حال، دولت آمریکا ادعای خواهان را نپذیرفت و با استناد به ماده ۱۱۰۵ از فصل یازدهم نفتا درباره رعایت حداقل معیارهای رفتار با سرمایه‌گذار خارجی استدلال می‌کند تشخیص انکار عدالت منوط به ارزیابی عملکرد مجموع سیستم قضایی است و صرف اشتباه دادگاه بدوی در احراز انکار عدالت کافی نیست. علاوه بر این، آمریکا درباره رعایت حداقل معیارهای بین‌المللی در رفتار با اتباع خارجی استدلال می‌کند که ایفای این تعهد با طی تمام مراحل سیستم قضایی میسر خواهد بود و صرف بروز اشتباه ساده در یکی از مراحل رسیدگی دادگاه، به منزله نقض تعهد نیست زیرا سازگار مناسب برای اصلاح ایرادات رأی دادگاه بدوی وجود داشته و خواهان می‌توانست به دادگاه بالاتر مراجعه و تجدید نظر خواهی کند. از نظر دولت آمریکا، مادام که دادخواهی در کل سیستم قضایی طی نشده، ادعای انکار عدالت درست نیست و ملاک نقض تعهد در رفتار با خارجیان، رأی نهایی دادگاه دولت میزبان (آمریکا) است.<sup>۱۰</sup>

سرانجام در ژوئیه ۲۰۰۳ رأی نهایی دیوان داوری ایکسید در پرونده لوون صادر شد. دیوان استدلالات ایالات متحده آمریکا را پذیرفت و بیان داشت برای تحقق انکار عدالت، خواهان باید مراحل دادخواهی را تا آخرین مرحله نزد تمام محاکم داخلی قابل دسترس طی کند و صرف انکار عدالت در هر مرحله از فرایند دادرسی قابل احراز نیست. به عبارت بهتر، از نظر دیوان در ارتکاب انکار عدالت اولیه،<sup>۱۱</sup> قاعده رأی نهایی دادگاه، یک پیش شرط ماهوی در تحقق انکار عدالت است و سرمایه‌گذار مکلف به پیمودن تمام مراحل دادخواهی نزد محاکم ملی تا به انتها است ولی در انکار عدالت ثانویه،<sup>۱۲</sup> ضرورتی بر طی مراحل دادخواهی تا آخرین مرحله وجود ندارد.

## ۱-۲. نکات مهم رأی

رأی لوون مورد نقد و بررسی بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفت. به طور مثال، قاضی رابرت جنینگر، با ارائه تفسیری موسع از اقداماتی که مشمول حمایت‌های فصل یازدهم نفتا است، هریک از اقدامات دادگاه داخلی در هر مرحله از فرایند دادرسی را مصداق مفهوم انکار عدالت تلقی کرد. بنا بر عقیده جنینگر، می‌توان انکار عدالت در پرونده لوون را برآمده از هریک از اقدامات دادگاه در هر مرحله از مراحل دادرسی از جمله خودداری از تجدیدنظر در مبلغ وثیقه مورد

8. *Ibid.*, Counter-Memorial of the United States of America, 111 Loewen, 2001.

9. *Ibid.*, 112-13 Loewen.

10. *Ibid.*

11. Primary Denial of Justice

12. Secondary Denial of Justice

نیاز یا اتخاذ سایر رفتارهای تبعیض‌آمیز دانست. به نظر او دادخواهی نزد محاکم داخلی تا آخرین مرحله از سوی سرمایه‌گذار، مغایر با اهداف و مقررات فصل یازدهم نفتا و فیصله اختلافات از طریق داوری است.<sup>۱۳</sup>

در نقطه مقابل، کریستف گرین وود معتقد است عنوان دعوی مطروح از سوی لوون، فی‌الجمله متضمن دادخواهی نزد دادگاه می‌سی‌سی‌پی است. او همسو با نظریات براولی معتقد است که اجرای قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی، بیشتر مبتنی بر ملاحظات سیاسی و عملی دولت‌ها است تا ضرورت برآمده از نظام حقوق بین‌الملل؛ اما این سخن به معنای اعراض از دادخواهی نزد محاکم ملی مطابق فصل یازدهم نفتا نیست.<sup>۱۴</sup>

یان سینکلر هم با ارائه تفسیری مفصل، اقدامات دادگاه می‌سی‌سی‌پی را در حکم فعل متخلفانه پیچیده دانست و تأکید کرد تخلف دادگاه‌های داخلی از معیارهای رفتار منصفانه و بدون تبعیض، در هر مرحله از مراحل دادرسی محتمل است و لازم نیست خواهان تمام مراحل را طی کند. از این رو ممکن است در یک سیستم قضایی چندین انکار عدالت رخ دهد.<sup>۱۵</sup>

تصمیم دیوان داوری ایکسید در رأی نهایی ۲۰۰۳ با یافته‌های آن در رأی صلاحیتی ۲۰۰۱ در تعارض است. به نظر دیوان، قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی و قاعده رأی نهایی دادگاه، مفهومی واحد یا دو روی یک سکه نیستند، بلکه باید قائل به تمایز بین این دو مفهوم شد.<sup>۱۶</sup> به عقیده دیوان، قاعده نخست، شکلی است و کارکرد آن صرفاً مربوط به قابلیت استماع دعوا نزد دیوان داوری بین‌المللی است. اما قاعده رأی نهایی دادگاه، عنصر مقوم انکار عدالت است و مادام که رأی نهایی دادگاه صادر نشده، در واقع سبب دعوا به‌طور کامل محقق نشده و در نتیجه، تخلف دولت میزبان از قاعده رفتار با سرمایه‌گذار احراز نمی‌شود.

مسئله این است که دیوان داوری ایکسید در رأی صلاحیتی در ۲۰۰۱ قاعده رأی نهایی دادگاه را ذیل قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی تلقی کرده بود. به‌طور مثال در تعریف از قاعده رأی نهایی دادگاه، چنین بیان کرد: «تخلف بین‌المللی از سوی رکن قضایی دولت میزبان، دادخواهی نزد محاکم داخلی را لازم می‌آورد»<sup>۱۷</sup> حال آنکه در رأی نهایی ۲۰۰۳، به تمایز بین این دو قاعده پرداخته و می‌گوید: «شرکت لوون، همه مراحل قضایی امریکا را به اندازه کافی طی نکرده، از این رو نقض ماده ۱۱۰۵ از فصل یازدهم نفتا درباره رفتار منصفانه و برابر با سرمایه‌گذار

13. Opinion of Christopher Greenwood, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.

14. *Ibid.*, paras. 15,16.

15. Opinion by Sir Ian Sinclair, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.

16. The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Case No. ARB(AF)/98/3, 2003.

17. *Ibid.*



محرز نیست».<sup>۱۸</sup> اکنون باید دید اساساً منطق دیوان در تفکیک این دو قاعده بر چه مبنایی استوار شده است؟

برای این منظور باید دید ماهیت تعهد دولت به رفتار منصفانه و بدون تبعیض با سرمایه‌گذار خارجی به طوری که منجر به انکار عدالت نشود چیست؟ اگر ماهیت تعهد به رعایت رفتار، از نوع تعهد به نتیجه باشد، دولت میزبان مکلف است سیستم جامع دادخواهی و دادرسی عادلانه، منصفانه و مؤثر برای سرمایه‌گذار خارجی تدارک کند، به نحوی که منتهی به نتیجه - اجرای عدالت - شود. در این صورت، تخطی از این تعهد، هنگامی روی می‌دهد که نتیجه کلی حاصل از مراجعه به مجموعه آن سیستم دادخواهی در محاکم داخلی، منجر به نقض تعهد دولت میزبان در رفتار با سرمایه‌گذار خارجی شود و صرف تخلف در یک مرحله از مراحل دادرسی، به معنای نقض تعهد بین‌المللی دولت میزبان نیست اما اگر سایر سازکارهای جبران خسارت در نظام حقوقی دولت میزبان سرمایه، قادر به جبران خسارات وارده نباشد یا مکانیزم‌های جبران خسارت مناسب و مؤثر در دسترس سرمایه‌گذار قرار نگیرد، می‌توان گفت انکار عدالت محقق شده است. در این تفسیر، دادخواهی نزد محاکم داخلی، نه به‌عنوان پیش‌شرط شکلی و مقدماتی، یا مقرره‌ای برای قابل‌استماع‌بودن دعوا نزد مرجع بین‌المللی، بلکه به مثابه عنصری ماهوی در تحقق فعل متخلفانه بین‌المللی محسوب می‌شود.<sup>۱۹</sup> در نقطه مقابل، اگر ماهیت تعهد به منع از انکار عدالت، از نوع تعهد به وسیله قلمداد شود، دولت میزبان مکلف به تضمین سازکار دادرسی منصفانه و اتخاذ رفتار بی‌طرفانه مطابق با معیارهای بین‌المللی در هر مرحله از مراحل دادرسی است. از این رو نقض این تعهد در هر مرحله از فرایند رسیدگی، مانند رفتار قضایی تبعیض‌آمیز با سرمایه‌گذار یا در دسترس‌نبودن سازکار بی‌طرفانه برای رسیدگی به ادعاهای او یا تأخیر نامتعارف در رسیدگی، به منزله نقض تعهد به رفتار منصفانه نسبت به سرمایه‌گذار خارجی است و سبب دعوای انکار عدالت حاصل و موجب مسئولیت بین‌المللی دولت میزبان می‌شود.

با این همه، اندیشمندان حقوقی و دکترین در این باره نظرات گوناگونی ابراز کرده‌اند. به‌طور مثال، روبرتو آگو، گزارشگر پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، اجرای قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی را پیش‌شرط ضروری برای تحقق فعل متخلفانه بین‌المللی می‌داند و در نتیجه مادام که تبعه خارجی، دادخواهی در مراجع داخلی را انجام نداده باشد، ارجاع اختلاف به محاکم بین‌المللی ممکن نخواهد بود زیرا هنوز سبب دعوا به‌طور کامل محقق نشده است. مطابق این دیدگاه، آخرین عنصری که با پیوستن آن به سایر اجزاء، انکار عدالت به‌طور کامل محقق می‌شود،

18. *Ibid.*

19. Trindade, A. A. Cancado., "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", *Philippine Law Journal*, vol. 53, No. 4, December 1978, p. 417; International Law Commission (ILC), 'Second Report on State Responsibility', 3 May-23 July 1999, UN Doc A/CN.4/498; ILC, 'Report on the Work of the Twenty-Ninth Session', 9 May-29 July 1977, UN Doc A/32/10, 11-9.



صدور رأی ناعادلانه از سوی عالی‌ترین دادگاه داخلی است، بدون آنکه سازکاری برای بازبینی یا اصلاح آن وجود داشته باشد.<sup>۲۰</sup>

20. Amerasinghe, Chitharanjan Felix, *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 2005, Second Edition, p. 393.

علاوه بر روبرتو آگو، می‌توان به نظریات اندیشمندان دیگر در گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل بر طرح مواد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها اشاره داشت؛ از جمله گوئررو که از نظر او نمی‌توان صرف عدم استماع در رسیدگی به دعوی مطروح تبعه خارجی در قلمرو دولت میزبان را انکار عدالت قلمداد کرد زیرا محاکم داخلی آن دولت، صلاحیت رسیدگی به اختلاف مطروح را دارند و تأخیر در فرایند رسیدگی از مجرای محاکم داخلی به مثابه انکار عدالت، غیر قابل قبول است. البته فریمان بر آن بود که این نگرش در نهایت با تحدید بیش از حد دامنه انکار عدالت، مانع از شناسایی آن می‌شود. ن.ک:

“1926 Guerrero Report to the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law”, cited in: *YBILC*, vol. 2, 1956, p. 222.

گارسیا آمدور نیز در ششمین گزارش به کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۶۱، به صورت ضمنی و صریح به مفهوم انکار عدالت در مواد ۱ و ۳ توجه کرده است. ماده ۱ تحت عنوان «حقوق اتباع خارجی»، به صورت ضمنی به این مفهوم پرداخته است. در این ماده آمده است:

«۱. به منظور تحقق اهداف این پیش‌نویس، اتباع خارجی از همان ضمانت‌های حقوقی، همانند شهروندان برخوردارند؛ این حقوق و تضمینات در هیچ شرایطی نباید از حق‌های بشری و آزادی‌های بنیادین پذیرفته‌شده در اسناد بین‌المللی کمتر باشد؛  
۲. حقوق بشری و آزادی‌های بنیادین مذکور در بند ۱ به شرح ذیل است:

... حق بر طرح دعوا به همراه تضمینات مؤثر و مناسب نزد ارکان ذی‌صلاح دولت، در صورت اثبات اتهام کیفری یا به منظور احراز حقوق و تکالیف خود بر اساس حقوق مدنی.

ماده ۳ تحت عنوان «فعل و ترک فعل‌های منتهی به انکار عدالت» مقرر می‌داشت:

۱. در صورت ورود صدمه به اتباع خارجی از سوی دولت و از مجرای ارتکاب فعل یا ترک فعل‌هایی که انکار عدالت قلمداد می‌شود، اصولاً مسئولیت دولت، محرز است؛

۲. در راستای تحقق اهداف بند نخست، انکار عدالت، هنگامی محقق است که محاکم، تبعه خارجی را از هر یک از حقوق و تضمینات مقرر در ماده ۱، بندهای ۲ (C)، (d) و (E) از این پیش‌نویس محروم کنند.

۳. به منظور تحقق اهداف مزبور، انکار عدالت از مجرای اتخاذ تصمیمی که آشکارا مغایر با عدالت و مبتنی بر قصد ورود صدمه به تبعه خارجی باشد نیز محقق می‌شود؛

۴. همچنین اگر تصمیم هر یک از محاکم داخلی یا بین‌المللی در تأمین منافع تبعه خارجی مناسب و مؤثر نباشد، با اثبات سوءنیت آشکار به منظور ورود ضرر به آن تبعه، از مصادیق انکار عدالت خواهد بود. ن.ک:

International Law Commission (García-Amador), Sixth Report on State Responsibility, Addendum, UN Doc. A/CN.4/134/Add. 1 (1961)

علاوه بر این، جیمز کرافورد در دومین گزارش خود بر طرح مواد مسئولیت دولت‌ها پیرامون نظرات دولت بریتانیا نکات مهمی را ابراز کرد. مطابق رویکرد دولت بریتانیا، عدم جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار از سوی دولت میزبان، به منزله نقض تعهد عرفی دولت است. بنابراین، سرمایه‌گذار باید با مراجعه به مکانیزم‌های داخلی جبران خسارت، این فرصت را به دولت اعطا کند. با این حال، از نظر کرافورد، ماده ۲۲ از پیش‌نویس طرح پیشین مسئولیت دولت‌ها که دادخواهی نزد محاکم داخلی را ماهوی تلقی می‌کرد، قابل رد است. مطابق با رویکرد کرافورد، صرف نقض تعهد از سوی دولت میزبان، کافی در استقرار مسئولیت بر عهده دولت است و ضرورتی برای پیمودن مراحل دادخواهی تا به انتها وجود ندارد. در نهایت، کمیسیون حقوق بین‌الملل با پذیرش رویکرد کرافورد، ماده ۲۲ از طرح پیشین مسئولیت دولت‌ها را با ماده ۴۴ فعلی جایگزین کرد که بر این اساس، قاعده دادخواهی داخلی تأثیری بر محتوا و ماهیت دعوی مطروح ندارد. ن.ک:

Crawford, James, *Second Report on State Responsibility*, 1999.

گرینوود نیز معتقد است تعهد بین‌المللی یک دولت در مورد امکان دادخواهی اتباع خارجی نزد محاکم داخلی، خواه تعهدی عرفی باشد و خواه برآمده از معاهده، به معنای ایجاد سیستم قضایی منسجم و عادلانه بر مبنای رفتار منصفانه، برابر و به‌دور از تبعیض برای اتباع خارجی است. بنابراین، نمی‌توان دولت را به‌صرف صدور رأی اشتباه از سوی محکمه بدوی، ناقض تعهد بین‌المللی، و مسئولیت آن را در عرصه بین‌المللی محرز دانست.<sup>۲۱</sup>

مبنای دیگر رأی داوری در پرونده لوون، تفکیک انکار عدالت اولیه از انکار عدالت ثانویه است. مفهوم انکار عدالت ثانویه، بر ضابطه کلاسیک ناتوانی یا عدم تمایل دادگاه در جبران خسارات وارده اولیه استوار است و منظور از آن این است که انکار عدالت و ضرر وارده به سرمایه‌گذار خارجی، خارج از دادگاه رخ می‌دهد. به عبارت دیگر ممکن است منشأ ورود ضرر به سرمایه‌گذار خارجی، سایر ارکان دولتی (تقنینی یا اجرایی) یا ناشی از اقدام اشخاص خصوصی باشد.<sup>۲۲</sup> اما در انکار عدالت اولیه، هم نقض حق سرمایه‌گذار خارجی و تخطی از عدالت و هم ایراد ضرر اولیه، ناشی از نقض تعهد محکمه داخلی است.<sup>۲۳</sup>

لحن و زبان دیوان داوری ایکسید در این پرونده گویای آن است که دیوان تنها در انکار عدالت اولیه، قاعده رأی نهایی دادگاه را قابل اجرا می‌داند. گرینوود نیز با تمایز بین انکار عدالت اولیه از ثانویه بر آن است که برای احراز انکار عدالت ثانویه باید عملکرد و توانایی دادگاه داخلی در ایجاد مکانیزم دادرسی عادلانه را ارزیابی کرد. در واقع، فعل متخلفانه اولیه از سوی دادگاه ارتکاب نیافته است؛ اما در انکار عدالت اولیه، رفتار دادگاه با سرمایه‌گذار خارجی است که منتهی به انکار عدالت می‌شود. تأکید گرینوود بر آن است که تنها در انکار عدالت ثانویه می‌توان قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی را اعمال یا از آن اعراض کرد؛ اما در انکار عدالت اولیه، تنها قاعده

جان دوگارد نیز در ۲۰۰۱ به‌عنوان گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در موضوع حمایت دیپلماتیک بود و سه وضعیت عمده را در این باره مورد توجه قرار داد. نخست، هنگامی که قاعده دارای خصیصه ماهوی باشد؛ دوم، هنگامی که قاعده دارای خصیصه‌ای شکلی باشد؛ سوم، هنگامی که فعل متخلفانه اولیه، قابل انتساب به دولت نباشد و هیچ مکانیزمی برای جبران خسارات وارده از سوی دولت ارائه نشود، قاعده ویژگی ماهوی دارد. از نظر دوگارد، اکثریت قائل به پذیرش توصیف ارائه‌شده در وضعیت سوم هستند. او در دومین گزارش خود در مورد حمایت دیپلماتیک در کمیسیون حقوق بین‌الملل، در بحث از امکان انصراف از دادخواهی داخلی، این امکان را تنها در شرایط دوم و سوم، یعنی در فرضی که دادخواهی داخلی به منزله قاعده‌ای شکلی باشد، یا آنکه فعل متخلفانه اولیه منتسب به دولت نباشد، صحیح دانسته است. ن.ک:

Dugard, Second Report on Diplomatic Protection, UN Doc.A/CN.4/506, 2001.

21. Counter-Memorial of the united states of America, *op.cit.*, paras. 129,130.

22. Eagleton, Clyde, "Denial of Justice in International Law", 22AM. *Journal Of International Law*, 1928, pp. 538, 542.

23. Borchard, Edwin M., "The Law of State Responsibility for Damages Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners", 23 *Am. Journal Of International Law*, No. 131, Art. 9, 1929, p. 134.

قابل اعمال، قاعده غیرقابل اعراض رأی نهایی دادگاه است.<sup>۲۴</sup>

### ۱-۳. تفکیک تعهد به فعل از تعهد به نتیجه؛ مبنای حقوقی کافی در تحلیل ارتباط قاعده دادخواهی داخلی و انکار عدالت؟

همان‌طور که گفته شد، دیوان داوری در رأی *لوون*، با تفکیک تعهد به فعل و تعهد به نتیجه‌بودن تعهد به رعایت رفتار همراه عدالت، ماهیت آن را تعهد به نتیجه تلقی کرد. سؤال مهمی که به دنبال این رویکرد دیوان می‌توان مطرح کرد آن است که آیا تفکیک بین این دو نوع تعهد در مورد ماهیت انکار عدالت، مطلق است؟ در پاسخ به این پرسش باید توجه داشت که نمی‌توان تعهدات معاهده‌ای دولت‌ها در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را همواره از نوع تعهد به فعل یا تعهد به نتیجه برشمرد. اگر ماهیت تعهد به عدم انکار عدالت، تعهد به نتیجه باشد، منطقی است که فارغ از منشأ انکار عدالت توسط رکن قضایی، تقنینی یا اجرایی دولت، قاعده رأی نهایی دادگاه یا دادخواهی داخلی تا آخرین مرحله به اجرا در آید. با این حال، برخی نظریه‌پردازان، همسو با رویکرد دیوان داوری در پرونده *لوون*، انکار عدالت ناشی از رکن قضایی را از نوع تعهد به نتیجه می‌دانند و بر این پایه، رعایت قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی را صرفاً در همین نوع از انکار عدالت، الزامی دانسته‌اند و انکار عدالت ناشی از رفتار سایر ارکان دولت را منوط به رعایت قاعده رأی نهایی دادگاه نمی‌دانند. به نظر می‌رسد این منطقی در تحلیل ارتباط بین قاعده دادخواهی داخلی و انکار عدالت، ناکافی و متزلزل است. برای درک دقیق مسئله می‌توان به برخی از آرای قضایی استناد کرد که مطابق آن، تعهد دولت به رعایت عدالت، تعهد به فعل قلمداد شده است. یکی از مهم‌ترین قضایا در این زمینه، قضیه *هیمپورنا علیه اندونزی*<sup>۲۵</sup> است. در این قضیه دولت اندونزی با تحصیل رأی از دادگاه جاکارتا، مانع از ارجاع اختلاف سرمایه‌گذار نزد مرجع داوری بین‌المللی شد. اما در نهایت، دیوان داوری، اقدام دولت اندونزی در منع دسترسی به داوری بین‌المللی را بدون آنکه سرمایه‌گذار ملزم به دادخواهی نزد محاکم ملی باشد، به‌عنوان انکار عدالت شناسایی کرد. در واقع، تعهد دولت به فیصله اختلاف از طریق داوری بین‌المللی به معنای آن است که دولت متعهد به ایجاد سازکار مناسب و مؤثر برای حل اختلاف است و ناتوانی و خودداری از ارجاع دعوا به داوری، به منزله نقض تعهد به فعل و تحقق انکار عدالت است.

بنابراین مسئله مهمی که باید مورد توجه قرار گیرد آن است که اگر تعهد به منع انکار عدالت، از نوع تعهد به نتیجه است، چرا به تمام موارد و مصادیق انکار عدالت تعمیم نیافته است و اگر

24. Opinion of Christopher Greenwood, *op.cit.*, paras. 11-18.

25. Interim Award of 26 September 1999 and Final Award of 16 October 1999 (Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia), Yearbook XXV, 2000, p. 109.

می‌توان انکار عدالت را تعهد به فعل تلقی کرد چرا بر شناسایی آن به منزله تعهد به نتیجه اصرار شده است.

### ب. نقد رأی پرونده لوون

تحلیل رأی پرونده لوون آشکار می‌سازد که رویکرد دیوان در معنا و مفهوم انکار عدالت، صحیح نبوده و فاقد مبنای حقوقی مناسب است زیرا دیوان دآوری ایکسید، قاعده نهایی بودن رأی دادگاه را منحصرأ در رفتار دادگاه و اقدامات متخلفانه برآمده از دادگاه - یا انکار عدالت اولیه - قابل اعمال دانست؛ اما اگر صدمه وارده ناشی از سایر ارکان یا اشخاص غیردولتی باشد، نه تنها ضرورتی بر دادخواهی داخلی نیست، بلکه امکان ارجاع دعوا به دآوری بین‌المللی نیز برای سرمایه‌گذار خارجی مهیا است. دیوان در این رأی کوشیده است تا قاعده نهایی بودن رأی دادگاه را صرفاً به انکار عدالت اولیه مرتبط بداند و به منظور اثبات مدعای خود به ماده ۱۱۲۱ از فصل یازدهم نفتا درباره پیش‌شرطهای طرح دعوا در مرجع بین‌المللی از جمله دادخواهی در مراجع داخلی استناد کرد. به‌طور کلی می‌توان تصمیمات دیوان دآوری در پرونده لوون را مشتمل بر سه اثر حقوقی دانست: نخست آنکه مطابق با تصمیم دیوان، رعایت قاعده نهایی بودن رأی دادگاه و قاعده دادخواهی در محاکم داخلی، در انکار عدالت اولیه ضروری است اما رعایت آن در انکار عدالت ثانویه ضرورتی ندارد. مشکل حاصل از این نتیجه آن است که امروزه در عرصه حقوق بین‌الملل، مفهوم انکار عدالت، هر دو نوع آن را در بر می‌گیرد.

دوم آنکه اگر فرض بر پذیرش تفکیک این دو قاعده از یکدیگر باشد، در صورتی که در انکار عدالت اولیه از قاعده دادخواهی داخلی اعراض نشده باشد، با توجه به ضروری بودن قاعده نهایی بودن رأی دادگاه در این نوع از انکار عدالت، آیا هر دو قاعده باید به اجرا درآید یا آنکه یکی جایگزین قاعده دیگر شود؟ در این مورد، منطقاً اجرای دو قاعده با اثری واحد، توجیه عقلانی و حقوقی ندارد و دیوان دآوری لوون نیز در این باره هیچ توضیح روشنی ارائه نداده است.

سوم آنکه مطابق رویکرد دیوان دآوری در پرونده لوون، تفکیک این دو قاعده، اثرات متفاوتی بر طرح دعوای انکار عدالت نزد مرجع دآوری بین‌المللی خواهد گذاشت، به این معنا که اعراض از دادخواهی نزد مراجع داخلی، تنها در انکار عدالت ثانویه مؤثر است و متعاقب آن، امکان ارجاع دعوا به مراجع دآوری بین‌المللی وجود خواهد داشت و انکار عدالت اولیه قابل اعراض نیست. به عبارت دیگر، مطابق تفسیر دیوان دآوری، در انکار عدالت اولیه، باید دادخواهی و مطالبه خسارت در مراجع ملی تا آخرین مرحله ادامه یابد. از این رو باید گفت دومین دلیل مورد نظر دیوان در تفکیک این دو قاعده، مبنای متفاوت آن دو است. دیوان مهم‌ترین مبنای اجرای قاعده

نهایی‌بودن رأی دادگاه را در حراست و حفاظت از حاکمیت دولت دانسته است و آن را اعطای فرصتی به دولت میزبان به منظور جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار خارجی می‌داند. استدلال دیوان این است که در صورت عدم دادخواهی داخلی تا آخرین مرحله، همواره انگیزه‌ای فراوان برای سرمایه‌گذار خارجی به منظور ارجاع دعوا به داوری بین‌المللی وجود دارد و در نتیجه، مراجع داوری بین‌المللی عملاً در مقام تجدیدنظر نسبت به آرای داخلی قرار خواهند گرفت. تداوم این امر، بیم به‌خطرافکنیدن منافع حاکمیت ملی و صدمه به مصونیت آن را در بر دارد.<sup>۲۶</sup> اما مسئله مهم آن است که این استدلال دیوان با فلسفه قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی کاملاً انطباق دارد. دکتربین حقوقی و آرای محاکم بین‌المللی گواه این موضوع است.

به‌طور مثال، پروفیسور بورشارد<sup>۲۷</sup> و آلوین فریمان<sup>۲۸</sup> عمده‌ترین دلیل در اجرای قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی را احترام به حق حاکمیت و استقلال دولت‌ها دانسته‌اند، چه آنکه محاکم داخلی دولت باید در استقلال و آزادی کامل و به‌دور از هر گونه مداخله از سوی دولت‌های خارجی یا سازمان‌های بین‌المللی اقدام به اجرای عدالت کنند. آمراسینگ نیز اظهار نموده که «این قاعده دادخواهی نزد مراجع داخلی باید تا بالاترین مرحله در سیستم حقوقی دولت میزبان به اجرا درآید و در عمل ممکن است نیاز به مراجعه به بیش از یک محکمه باشد».<sup>۲۹</sup> ویلیام اس. داج نیز بر این موضوع تأکید کرده که در اجرای این قاعده، تبعه خارجی مکلف به پیمودن کامل مراحل دادخواهی است و باید تا بالاترین دادگاه دولت میزبان پیگیری کند.<sup>۳۰</sup>

در پرونده وام‌های نروژی، قاضی رید در نظری مخالف به همین مبنا استناد کرده بود. از نظر او باید به دولت میزبان که قاعده حقوقی بین‌المللی را نقض کرده فرصت داد که از طریق محاکم داخلی خود جبران کند.<sup>۳۱</sup> همچنین مطابق اظهارات قاضی کوردووا در قضیه *اینترهندل*، مبنای فلسفی دادخواهی نزد محاکم ملی دولت میزبان، انطباق تصمیمات محاکم داخلی با تصمیمات مراجع حقوقی بین‌المللی است که به نوبه خود سبب تأمین و تضمین احترام به حاکمیت دولت

26. Loewen, *op.cit.*, para. 145.

27. Borchard, Edwin M., *The Diplomatic Protection of the Citizens Abroad*, Gale Making of Modern Law, September 4, 2013.

28. Freeman, Alwyn V., "The International Responsibility of States for Denial of Justice", *American Political Science Review*, vol. 33, Issue 5, October 1939.

29. Amerasinghe, *op.cit.*, p. 39.

30. S. Doge, William, "National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 23, 2000, p. 357.

31. *Norwegian Loans* (France v. Norway), ICJ Reports, 6 July 1957, p. 97.

است.<sup>۳۲</sup> کمیسیون داوری در پرونده آمباتیلوس نیز بیان نمود: «دولت میزبان در دادخواهی و توسل تبعه خارجی زیان دیده، به تمام شیوه‌های داخلی جبران خسارت، پیش از طرح اختلاف از سوی دولت متبوع او در عرصه بین‌المللی، ذی‌نفع است».<sup>۳۳</sup>

این موارد، دلالت بر کارکرد واحد دو قاعده دادخواهی داخلی و قاعده رأی نهایی دادگاه دارد. ضرورت دادخواهی در محاکم داخلی و مطالبه خسارت تا بالاترین مرحله رسیدگی قضایی به منزله قاعده‌ای متمایز و مستقل از دادخواهی داخلی نزد مراجع ملی، نشأت گرفته از اندیشه حقوق‌دانانی چون دو ویشر است. به نظر وی دولت هنگامی مسئولیت بین‌المللی دارد که عالی‌ترین محکمه آن مرتکب تخلف بین‌المللی شده باشد.<sup>۳۴</sup> طبق نگاه او باید بین اقدام دادگاه‌های تالی و اقدام مقامات رسمی سایر ارکان دولتی قائل به تمایز شد و صرف اقدام دادگاه مرحله تالی به منزله عمل متخلفانه بین‌المللی نیست.

علاوه بر این باید توجه داشت که احراز مسئولیت بین‌المللی، بیش از هر چیز به نوع اقدام متخلفانه، و نه منبع آن نیز وابسته است. با ارتکاب هر اقدام متخلفانه‌ای از سوی هر یک از ارکان دولت، اعم از رکن تقنینی، اجرایی، قضایی و اداری، مسئولیت احراز می‌شود و تمایزی بین این ارکان وجود نخواهد داشت. مطابق پیش‌نویس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مصوب ۲۰۰۱ رفتار هر یک از ارگان‌های وابسته به دولت، خواه رکن تقنینی، اجرایی، قضایی یا هر رکنی با هر کارکرد دیگری، به منزله عمل آن دولت قلمداد می‌شود.<sup>۳۵</sup>

علاوه بر این، به موجب ماده ۳ پیش‌نویس کنوانسیون مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، هر فعل و ترک فعل منتسب به دولت که موجب ورود صدمه به اتباع خارجی شود، متخلفانه بوده و موجب احراز مسئولیت دولت است.<sup>۳۶</sup>

به نظر می‌رسد رویکرد دیوان در تفکیک انکار عدالت اولیه از ثانویه، فاقد منطبق حقوقی است و از این رو باید گفت مطابق با رویه داوری بین‌المللی و دکترین و اظهارت دیوان، انکار عدالت تنها بر یک نوع است و در صورت وقوع آن از سوی دولت میزبان، اقدام متخلفانه محسوب می‌شود و مسئولیت دولت قابل استناد است و این موضوع، با دادخواهی نزد محاکم داخلی ارتباطی نخواهد داشت.

32. *Interhandel* (Switzerland v. United States of America), ICJ Reports, 1959, p. 46.

33. *Ambatielos* (Greece v. United Kingdom), ICJ Reports, 1 July 1952, p. 16.

34. De Visscher, C., Note on the *Responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents*, 8 RDILC, 1927; Borchard, Edwin. M., "Responsibility of States", at Hague Codification Conference, *Journal of International Law*, 1930.

35. International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1, available at: <<https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>>, last seen 15 October 2019.

36. Sohn, L., Baxter, M., "Draft Convention on the International Responsibility of States for Injury to Aliens", *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, pp. 545, 548.



دادخواهی داخلی، تنها به مثابه پیش‌شرط شکلی برای دعوا نزد دیوان داوری در مرحله مورد نظر است؛ از این رو حتی در صورت عدم دادخواهی، فعل متخلفانه، ارتکاب یافته تلقی می‌شود. با این حال، بر اساس نظریات جیمز کرافورد در طرح مواد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در ۱۹۹۹، دادخواهی نزد محاکم ملی پیش از طرح دعوا در عرصه بین‌المللی منحصر به مواردی است که منشأ ورود صدمه به سرمایه‌گذار از سوی اشخاص خصوصی و بازیگران غیردولتی باشد. تنها در این وضعیت می‌توان قائل به خصیصه‌ای ماهوی برای قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در دعوی انکار عدالت شد زیرا مطالبه خسارت از سوی سرمایه‌گذار به علت صدمات وارده از سوی اشخاص خصوصی و عدم تحصیل نتیجه مطلوب در دولت میزبان، موجب انتساب فعل متخلفانه به دولت و در نتیجه، احراز مسئولیت آن خواهد شد.<sup>۳۷</sup>

## ۲. معاهدات سرمایه‌گذاری و قلمرو قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی در دعوی انکار عدالت

رأی دیوان داوری ایکسید در پرونده لوون، مبتنی بر تفسیر مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری بود. بر این اساس و به منظور درک صحیح کارکرد قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در دعوی انکار عدالت، تحلیل معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، از جمله موافقت‌نامه تجارات آزاد امریکای شمالی (نفتا) اهمیت دارد. در معاهدات حقوق بشری، دادخواهی نزد محاکم داخلی نقش بنیادینی در تسهیل اجرای مکانیزم‌های حمایتی حقوق بشری در سیستم حقوق داخلی دولت‌ها دارد و بر همین مبنا است که اجرای آن تحت نظارت نهادهای بین‌المللی حقوق بشری به مثابه مراجع ثانوی و ناظر بر اجرای موازین حقوق بشر قرار دارد؛ اما مبنا و هدف اصلی در معاهدات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، دسترسی مستقیم سرمایه‌گذار به مرجع داوری بین‌المللی علیه دولت میزبان است.

این موضوع در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری قابل مشاهده است زیرا دادخواهی نزد محاکم داخلی، در این معاهدات گاه صراحتاً<sup>۳۸</sup> و گاه به نحو ضمنی حذف می‌شود؛ از جمله در معاهده جامع تجارت و سرمایه‌گذاری اتحادیه اروپا و کانادا که به حذف ضمنی این قاعده اشاره شده است.<sup>۳۹</sup> گاه نیز در این معاهدات در مورد اجرا یا عدم اجرای قاعده سکوت شده است که رویه داوری بین‌المللی در این وضعیت آن را به منزله حذف ضمنی قاعده دادخواهی نزد محاکم

37. Crawford, James, *ILC Second Report on State Responsibility*, UN Doc A/CN.4/498.

38. Article 11(4) of the BIT between the Czech Republic and Saudi Arabia, available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/978>, last seen 18 March 2023.

39. Article 8.22 (f) and (g) of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (2017) OJ L 11/23.



داخلی تلقی نموده است.<sup>۴۰</sup> رویکرد معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری نیز در این مورد اهمیت فراوان دارد که در رأس آن می‌توان به معاهدات نفتا و ایکسید اشاره کرد.

### الف. موافقت‌نامه تجارت آزاد کشورهای امریکای شمالی (N.A.F.T.A)

مهم‌ترین بخش معاهده نفتا<sup>۴۱</sup> در مورد مفهوم انکار عدالت و نیز کارکرد قاعده دادخواهی داخلی، فصل یازدهم و به‌طور اخص ماده ۱۱۲۱ نفتا است. مسئله مهم این است که آیا مطابق فصل یازدهم نفتا قاعده رأی نهایی دادگاه بر دعوای انکار عدالت اعمال می‌شود یا خیر. در پاسخ به این پرسش لازم است قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در پرتو موضوع و هدف ویژه فصل یازدهم نفتا مورد ملاحظه قرار گیرد.

فصل یازدهم نفتا سه هدف ویژه را دنبال می‌کند. نخست، ایجاد محیط سرمایه‌گذاری امن برای سرمایه‌گذاران خارجی از طریق تنظیم اصول و قواعدی شفاف مانند اتخاذ رفتار منصفانه و برابر از سوی دولت میزبان با سرمایه‌گذاران؛ دوم، رفع موانع سرمایه‌گذاری از طریق حذف برخی محدودیت‌ها در سرمایه‌گذاری و سوم، ایجاد مکانیزم مؤثر در حل و فصل اختلاف بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان که هدف بنیادین فصل یازدهم نفتا محسوب می‌شود.<sup>۴۲</sup>

بخش اول معاهده نفتا، مربوط به تعهدات دولت‌های عضو است و بخش دوم به شیوه‌های حل اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذار می‌پردازد. نص صریح این معاهده در فصل یازدهم می‌گوید هدف از این بخش، «ایجاد مکانیزم حل اختلافات سرمایه‌گذاری است که وفق اصول رفتار متقابل و رسیدگی مطلوب در حقوق بین‌الملل، رفتار برابر در میان سرمایه‌گذاران هر دو طرف عضو معاهده، نزد مرجع رسیدگی‌کننده بی‌طرف تضمین شود».<sup>۴۳</sup> بنابراین در صورت تخلف از جانب دولت میزبان سرمایه، سرمایه‌گذار مستقیماً می‌تواند علیه دولت میزبان که در قلمرو آن اقدام به سرمایه‌گذاری نموده، در عرصه بین‌المللی طرح دعوا کند. رویکرد فصل یازدهم در حل اختلاف، رجوع به مراجع داوری بین‌المللی است؛ با این حال نمی‌توان این شیوه را مطلقاً به معنای معافیت کامل سرمایه‌گذار در مراجعه به محاکم داخلی دانست. به عبارت بهتر، باید گفت شیوه حل اختلاف در فصل یازدهم نفتا، متفاوت از شیوه رایج معاهدات دوجانبه است<sup>۴۴</sup> زیرا در

40. Dietrich Brauch, Martin, *IISD Best Practices Series: Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD, January 2017, available at: <https://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>, last seen 14 March 2017.

41. North American Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Art. 101, Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 605, 1993.

42. Price, Daniel M., "An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement", *INT'L LAW.*, vol. 27, 1993, p. 727.

43. Article 1115, NAFTA.

44. Garcia, Carlos G., "All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration", *Fla. J. Int'l L.*, vol. 16, 2004, pp. 301, 314.

معاهدات دوجانبه، سرمایه‌گذار باید از بین دو مرجع رسیدگی‌کننده داخلی یا بین‌المللی، یکی را انتخاب کند و پس از آن دیگر امکان تغییر در شیوه انتخابی خود را نخواهد داشت؛<sup>۴۵</sup> اما فصل یازدهم نفتا، شیوه دیگری را پیش‌بینی کرده است. مطابق ماده ۱۱۲۱ نفتا در بند (ب) و ۲(ب):

«در صورتی که سرمایه‌گذار قصد ارجاع دعوا بر مبنای فصل یازدهم نفتا را به دیوان داوری بین‌المللی داشته باشد، یا اگر ضرر و زیان متوجه بنگاه تجاری واجد شخصیت حقوقی در طرف دیگر این معاهده باشد و سرمایه‌گذار، آن بنگاه را مستقیم یا غیرمستقیم کنترل می‌کند، خود آن بنگاه قصد طرح دعوا داشته باشد، باید از حق خود برای طرح دعوا یا ادامه دادرسی در مورد اقدامات طرف مقابل در نقض ماده ۱۱۱۶ (ممنوعیت انحصار دولتی) در نزد مراجع اداری یا دادگاه داخلی یا از طریق دیگر سازکارهای حل اختلاف، صرف‌نظر کند...»<sup>۴۶</sup>

ضرورت یا عدم ضرورت دادخواهی در مراجع داخلی در دعاوی موضوع ماده ۱۱۱۶ باید با تحلیل سایر مواد فصل یازدهم معاهده نفتا همراه باشد. انصراف از قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی در این ماده، مبتنی بر رویکردی صریح و شفاف همانند کنوانسیون ایکسید یا سایر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری نیست و به نحو ضمنی به این موضوع پرداخته است.

بر این اساس، ابتدا باید نکات مهم در ماده ۱۱۲۱ و سپس ارتباط آن با برخی از دیگر مواد این فصل بررسی شود. مطابق این ماده، انصراف از قاعده دادخواهی داخلی بر دو نوع است: نخست انصراف صریح و دیگری انصراف ضمنی؛ بدان معنا که انصراف دولت عضو معاهده نفتا از این قاعده، منوط به موافقت و انصراف صریح سرمایه‌گذار خارجی است. پس در صورت تصمیم سرمایه‌گذار خارجی به طرح دعوا نزد مرجع داوری بین‌المللی، ناگزیر است از حق رجوع و دادخواهی در مراجع داخلی دولت میزبان صرف‌نظر کند؛ در غیر این صورت، امکان مراجعه به داوری بین‌المللی را نخواهد داشت. این بدان معناست که ماده ۱۱۲۱ نفتا سرمایه‌گذار را از مراجعه

45. Friedman, Mark W., et al., "Developments in International Commercial Dispute Resolution in 2003", INT'L LAW., vol. 38, 2004, pp. 265, 281.

این مقررات تحت عنوان شرط Fork-in-the-Road شهرت دارد.

46. Aericle 1121: 1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if: (b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party. 2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the →investor and the enterprise: (b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

به مراجع داوری بین‌المللی، به دنبال دادخواهی نزد محاکم ملی باز نداشته است، اما از طرفی رضایت سرمایه‌گذار به مکانیزم حل اختلاف از مجرای ماده ۱۱۲۱ معاهده نفتا، به منزله انصراف از دادخواهی نزد محاکم ملی دولت میزبان قلمداد می‌شود. ظاهراً هدف از این ترتیبات، جلوگیری از رسیدگی‌های موازی و نیز منع تحصیل منفعت دوگانه از سوی سرمایه‌گذار مورد بوده است.<sup>۴۷</sup> این خصیصه، مبتنی بر شرط No U-Turn<sup>۴۸</sup> بوده که پایه و اساس نگرش فصل یازدهم نفتا راجع به قاعده جبران خسارت داخلی است.<sup>۴۹</sup> می‌توان حذف دادخواهی داخلی در ماده ۱۱۲۱ را در کنار سه ماده از فصل یازدهم مورد توجه قرار داد.

ابتدا مطابق ماده ۱۱۱۵ نفتا، هدف فصل یازدهم، فراهم‌آوردن مکانیزمی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری است که داوری بین‌المللی را به‌عنوان مرجعی بی‌طرف در رسیدگی به اختلاف، شناسایی کرده تا از این رهگذر در واقع اصل رفتار منصفانه و برابر در مورد سرمایه‌گذاران دولت‌های عضو تأمین شود.<sup>۵۰</sup> بنابراین دادخواهی نزد محاکم ملی، اگرچه دسترسی به این مرجع بی‌طرف را منع نمی‌کند، موجب تأخیر در ارجاع اختلاف به آن می‌شود. دوم و علاوه بر این، بر اساس ماده ۱۱۱۶(۲) و ۱۱۱۷(۲)، در صورتی که از وقوع عمل متخلفانه‌ای که مشمول فصل یازدهم نفتا است بیش از سه سال سپری شده باشد و سرمایه‌گذار خارجی که باید از وقوع آن آگاه می‌شد، نسبت به آن بی‌اطلاع بوده یا علی‌رغم اطلاع از آن، اقدامی برای ارجاع امر به مرجع داوری بین‌المللی انجام نداده است، دیگر امکان مراجعه به داوری را نخواهد داشت و مکلف به رجوع به دادخواهی نزد محاکم داخلی برای جبران خسارت خواهد بود.<sup>۵۱</sup>

سومین نکته آن است که رویه دولت‌های عضو نفتا نشان می‌دهد که اصولاً قاعده دادخواهی داخلی را شرط قاعده الزام‌آور برای رجوع به داوری بین‌المللی نمی‌دانند. سه دعوی مهم در این

47. *Ibid.*

48. این شرط که رویکرد فصل یازدهم نفتا در مورد قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی بر آن مبتنی است، تنها پس از انصراف از قاعده دادخواهی داخلی فعال می‌شود و مطابق با آن با ارجاع اختلاف نزد مرجع داوری بین‌المللی، دیگر امکان بازگشت سرمایه‌گذار نزد محاکم داخلی و مطالبه خسارت داخلی وجود نخواهد داشت.

49. Arbitration Clauses in BITs/EPAs and the Local Remedies Rule, RIETI Discussion Paper Series 07-J-40, 2007.

50. Article 1115: Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures), this Section establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal.

51. Article 1116: (2). An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage. Article 1117: (2). An investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage.

مورد قابل توجه است. در دعاوی شرکت اتیل علیه کانادا،<sup>۵۲</sup> دولت کانادا، عدم صلاحیت دیوان داوری را ناشی از عدم احراز رضایت خواهان دانست و نه عدم اجرای قاعده دادخواهی داخلی. در دعاوی شرکت اس.دی میبیز علیه کانادا<sup>۵۳</sup> نیز کانادا اقدامات سرمایه‌گذار خارجی در آن کشور را از مصادیق سرمایه‌گذاری ندانست و بنابراین، عدم دادخواهی نزد محاکم داخلی کانادا اصلاً مورد توجه این دولت نبود. در دعاوی آزینیان علیه مکزیک<sup>۵۴</sup> نیز دولت مکزیک عدم تحقق شرایط لازم در سرمایه‌گذاری را مورد توجه قرار می‌دهد و به قاعده دادخواهی داخلی استناد نمی‌کند. به عبارت دیگر، این رویه‌ها گویای آن است که در دعاوی سرمایه‌گذاری، قاعده دادخواهی داخلی قاعده‌ای شکلی و نه ماهوی تلقی شده است.

دکترین نیز، حذف این قاعده در فصل یازدهم نفتا را می‌پذیرد. به عقیده پروفیسور ویلیام اس.داج، ماده ۱۱۲۱ درباره حذف دادخواهی در مراجع داخلی دولت میزبان، صریح و هر تفسیر یا نتیجه‌گیری دیگری بی‌اعتبار است.<sup>۵۵</sup>

دان والاس هم با توجه به صراحت این ماده مبنی بر الزام انصراف از قاعده، معتقد است در دعاوی انکار عدالت، نیازی به طی مراحل دادگاه‌های داخلی نیست.<sup>۵۶</sup> جک کو نیز از جمله اندیشمندانی است که عبارت «انصراف از طرح دعوا یا ادامه دادرسی» را قرینه بر حذف شرط دادخواهی در مراجع داخلی تلقی کرده است.<sup>۵۷</sup> رابرت جینگز هم بر آن است که فصل یازدهم نفتا، تمام دعاوی سرمایه‌گذاری را در بر می‌گیرد و اعراض از دادخواهی داخلی شامل تمام این دعاوی، مطابق با شرایط مذکور در ماده ۱۱۰۱ خواهد بود. نص این ماده طوری است که هیچ معیاری برای تفکیک بین دعاوی مختلف ارائه نداده است. توجه به روح معاهده نفتا به‌ویژه در فصل یازدهم، متضمن این قابلیت انعطاف در اجرا یا انصراف از اجرای آن است. بر این اساس، جینگز الزام به دادخواهی نزد محاکم داخلی از سوی سرمایه‌گذار را مغایر با اهداف و مقررات فصل یازدهم نفتا و در تضاد با فیصله اختلافات از مجرای داوری قلمداد کرده است.<sup>۵۸</sup>

52. Ethyl Corporation v. Canada, Decision on Jurisdiction, (1998) 7 ICSID Rep 12, (1999) 38 ILM 708, IIC 95 (1998), 24th June 1998, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

53. SD Myers Incorporated v. Canada, Order, 2004 FC 38, (2004) 244 FTR 161, IIC 252 (2004), 13th January 2004, Canada; Federal Court [FC].

54. Azinian and Ors v. Mexico, Award on Jurisdiction and Merits, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, IIC 22 (1999), (2000) 39 ILM 537, 18th October 1999, despatched 1st November 1999, United Nations [UN]; World Bank; International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID].

55. S. Dodge, *Ibid.*

56. Don Wallace, Jr., "State Responsibility for Denial of Substantive and Procedural Justice under NAFTA Chapter Eleven", *Hastings Int'l & Comp.L. Rev.*, vol. 23, 2000, p. 393. Available at: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_international\\_comparative\\_law\\_review/vol23/iss3/6](https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol23/iss3/6), last seen 18 March 2023.

57. Remarks by Professor Jack J.Coe, Jr., at a conference on NAFTA held at the Chicago-Kent Law school on Mar. 5, 2003.

58. Opinion of Sir Robert Jennings, ICSID Case No.ARB(AF)/98/3, para. 26.

همچنین به عقیده مک لاکلان، تعمیم تمام اصول و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، از جمله دادخواهی نزد محاکم ملی، در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نادرست است. از نظر او مهم‌ترین اثر مخرب دادخواهی داخلی در دعوی انکار عدالت، بی‌اعتبار کردن داوری سرمایه‌گذاری است زیرا تراضی طرفین بر حذف این قاعده را نادیده می‌گیرد.<sup>۵۹</sup>

در قضایای ویست منجمنت،<sup>۶۰</sup> فلدمان<sup>۶۱</sup> و متالکلاد،<sup>۶۲</sup> هر سه علیه مکزیک، رویکرد مرجع داوری نفتا آن بود که فصل یازدهم نفتا، به هیچ روی دادخواهی نزد محاکم داخلی را پیش از طرح دعوا نزد داوری بین‌المللی نمی‌داند. از نظر دیوان داوری در پرونده مؤنند نیز بهترین تفسیر از بند نخست ماده ۱۱۰۵ نفتا آن است که ارجاع دعوی انکار عدالت به مرجع داوری بین‌المللی منوط به دادخواهی نزد محاکم ملی از سوی سرمایه‌گذار نباشد و از این رو حتی در صورت عدم مراجعه به دادگاه داخلی، طرح دعوی انکار عدالت نزد داوری بین‌المللی ممکن خواهد بود. بر این اساس، مطابق فصل یازدهم نفتا، نباید قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی و انکار عدالت را دو جزء به هم پیوسته و تجزیه‌ناپذیر قلمداد کرد.<sup>۶۳</sup>

این رویه‌ها همراه با دکتین و نص ماده ۱۱۲۱ در کنار اهداف فصل یازدهم نفتا، همگی به‌روشنی دلالت بر حذف قاعده دادخواهی داخلی در فیصله اختلافات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارد. قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی، اعم از قاعده رأی نهایی دادگاه است و از این رو باید گفت با حذف قاعده نخست، قاعده رأی نهایی دادگاه نیز حذف خواهد شد.

می‌توان نظر دیوان داوری ایکسید در قضیه لوون را تأمل‌برانگیز دانست. دیوان از یک سو اظهار می‌دارد که ادبیات ماده ۱۱۲۱ روشن و شفاف نیست و انصراف از قاعده دادخواهی داخلی را در دعوی سرمایه‌گذاری صحیح می‌داند؛ اما از سوی دیگر در مورد انصراف از این قاعده در دعوی انکار عدالت سکوت می‌کند و دو قاعده دادخواهی داخلی و قاعده رأی نهایی دادگاه را از هم تفکیک می‌کند. به عبارت دقیق‌تر، دیوان داوری ایکسید، در پرونده لوون، ماده ۱۱۲۱ را تنها در مواردی که انکار عدالت، برآمده از اقدامات ارکان دولتی غیر از رکن قضایی باشد، واجد اثر می‌داند. یعنی انصراف از هر دو قاعده دادخواهی داخلی و رأی نهایی دادگاه، تنها در انکار عدالت

59. McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weininger, Mattheew, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press Oxford, 2007, p. 232.

60. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Award, 30 April 2004, 43 ILM, 2004, para. 967.

61. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1.

62. *Metalclad Corporation v. Mexico*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, (2001) 16 ICSID Rev-FILJ 168, (2001) 40 ILM 36, (2001) XXVI YB Com Arb 99, (2002) 119 ILR 618, (2002) 5 ICSID Rep 212, (2001) 13(1) World Trade and Arb Mat 45, IIC 161 (2000), 25th August 2000, despatched 30th August 2000, United Nations [UN]; World Bank; International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID].

63. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 Oct. 2002, para. 96, available at: <<http://www.italaw.com/documents/Mondev-Final.pdf>>, last seen 18 March 2023.

ثانویه مؤثر است؛ اما در انکار عدالت اولیه یعنی عملکرد رکن قضایی، تعبیر دیگری ارائه می‌دهد و می‌گوید در این مورد است که امکان انصراف از قاعده دادخواهی داخلی وجود دارد، اما صرف نظر کردن از قاعده نهایی بودن رأی دادگاه ممکن نیست و انصراف طرفین از آن بلااثر است. نمی‌توان تجویز انصراف از قاعده دادخواهی داخلی را تنها ویژه انکار عدالت ثانویه دانست زیرا هیچ تفاوت ماهوی بین انکار عدالت اولیه و ثانویه وجود ندارد. در واقع اگر حذف این قاعده، در انکار عدالت ثانویه جایز باشد، حذف آن در انکار عدالت برآمده از رکن قضایی، به طریق اولی امکان‌پذیر است.

از سوی دیگر، نص ماده ۱۱۲۱، سرمایه‌گذار را از هرگونه «طرح دعوا یا ادامه دادرسی» بازداشته است.<sup>۶۴</sup> به نظر می‌رسد، لفظ «ادامه»، بر عدم دادخواهی در مواردی که انکار عدالت برآمده از اقدام رکن قضایی باشد و در نتیجه، بر حذف دادخواهی در دادگاه‌ها (انکار عدالت اولیه) دلالت دارد. از سوی دیگر، همچنان که اشاره شد، رویکرد معاهده نفتا در مورد دادخواهی داخلی، متفاوت از رویکرد سنتی و عرفی است و فرصت جبران خسارات (از طریق مراجع داخلی) برای دولت میزبان در نظر نمی‌گیرد. این موارد، همگی بر ادبیات صریح فصل یازدهم نفتا در انصراف کامل از قاعده دادخواهی داخلی به‌طور کلی و در نتیجه، حذف قاعده نهایی بودن در دعاوی مشمول فصل یازدهم از جمله انکار عدالت دلالت دارد.

اشکال مهم رویه داوری ایکسید در پرونده لوون آن است که قاعده دادخواهی داخلی را قاعده‌ای مرکب دانسته که یک بخش آن شکلی و بخش دیگر آن خصیصه‌ای ذاتی در تحقق انکار عدالت دارد. این تفسیر از ماده ۱۱۲۱ نفتا به این معنی خواهد بود که فصل یازدهم نفتا بدون اجرای قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی مبنایی نداشته و کارکرد خود را از دست خواهد داد. امکان انصراف از دادخواهی داخلی به معنای عدم نیاز به دادخواهی ملی به‌طور کامل و مشتمل بر همه انواع دادرسی‌هایی است که در دولت میزبان متصور باشد. بنابراین، امکان حذف قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی، به طریق اولی حذف قاعده رأی نهایی دادگاه را نیز در بر خواهد داشت.

#### ب. کنوانسیون ایکسید

رویه مراجع داوری بین‌المللی، خواه در حوزه ایکسید و خواه خارج از آن، بر آن است که در مورد قاعده دادخواهی داخلی در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، اصل بر این است که طرفین می‌توانند با تراضی این قاعده را کنار گذارند و از آن صرف‌نظر کنند. این رویکرد، برخلاف نگرش سنتی حقوق بین‌الملل، مثلاً عرصه حقوق بشر است که دادخواهی نزد محاکم ملی را ضروری می‌داند.



ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید، در مورد امکان صرف‌نظر کردن از قاعده دادخواهی در مراجع داخلی می‌گوید: «رضایت طرفین به داوری، وفق کنوانسیون ایکسید به منزله رضایت به داوری بین‌المللی به‌عنوان شیوه حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف و منصرف از سایر شیوه‌های تحصیل خسارت قلمداد می‌شود، مگر آنکه به نحو دیگری مقرر شده باشد. مع‌ذلک، دولت‌های عضو این کنوانسیون می‌توانند دادخواهی نزد محاکم داخلی قضایی یا مراجع اداری را پیش‌شرط رضایت خود مبنی بر ارجاع اختلاف به داوری بر اساس این کنوانسیون قلمداد کنند».<sup>۶۵</sup>

از میان صاحب‌نظران حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، شروتر معتقد است طبق این ماده، شرط رجوع به مرجع داخلی قبل از طرح دعوا در مرجع بین‌المللی، با تراضی قابل حذف است. او به موارد زیر به‌عنوان دلایل حذف دادخواهی داخلی در ماده ۲۶ این کنوانسیون استناد می‌کند: نخست آنکه سرمایه‌گذاران خارجی، اصولاً دادخواهی نزد محاکم ملی را شیوه‌ای مطمئن به منظور تأمین منافع نمی‌دانند؛ دوم آنکه دادخواهی داخلی، با تأخیر در رسیدگی موجب اتلاف هزینه‌های زمانی و مادی سرمایه‌گذاران خواهد شد؛ و در نهایت آنکه در صورت اقدام دیوان داوری به تجدیدنظر و تغییر در رأی عالی‌ترین دادگاه دولت میزبان، این موضوع به منزله نقض حریم حاکمیتی دولت میزبان تلقی خواهد شد.<sup>۶۶</sup>

در نص ماده ۲۶ عبارت «داوری به منزله یگانه شیوه مطالبه خسارت»<sup>۶۷</sup> ذکر شده که مطابق تفسیر تنظیم‌کنندگان پیش‌نویس این کنوانسیون، موافقت دولت و سرمایه‌گذار مبنی بر مراجعه به داوری بین‌المللی، در صورت عدم انتخاب شیوه‌ای دیگر و نیز در صورت عدم تصریح به دادخواهی داخلی، به معنای رضایت به داوری بین‌المللی به‌عنوان تنها شیوه حل اختلاف است. به عبارت بهتر، قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی در کنوانسیون ایکسید تا حد یک استثنا فروگاسته می‌شود. با این حال، تغییر در حیطة عملکرد این قاعده به معنای ایجاد قواعد عرفی جدید نیست و از همین رو در گزاره دوم این ماده، حق دولت بر اجرای آن صراحتاً شناسایی می‌شود و در صورت تراضی طرفین دادخواهی نزد محاکم ملی به اجرا در می‌آید.

در واقع، رویکرد معاهده ایکسید، مبتنی بر حذف قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی در حل اختلافات سرمایه‌گذاری است. حل اختلاف از طریق شیوه جدید مطابق کنوانسیون ایکسید، صرفاً به منزله انتخاب داوری بین‌المللی خواهد بود. با این حال، هرگز نباید انتخاب این شیوه را به

65. Article 26, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 575 UNTS 159.

66. Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, Article 26, paras 96–8.

67. Art 26 ICSID: Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.



معنای نقض حاکمیت دولت تلقی کرد زیرا دولت میزبان با آنکه امکان الزام به دادخواهی داخلی را در اختیار داشته، خود با توجه به شرایط موجود به حل اختلاف از طریق داوری بین‌المللی رضایت داده است.

همچنین از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، ادبیات صریح ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید، بر انصراف از قاعده دادخواهی نزد محاکم داخلی دلالت دارد.<sup>۶۸</sup> این موضوع در رویه داوری بین‌المللی نیز مورد توجه قرار گرفته است. به‌طور مثال، در پرونده لائکو علیه آرژانتین، مرجع داوری با استناد به جمله نخست ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید تصمیم گرفت که دادخواهی داخلی پیش از طرح دعوا نزد دیوان داوری ایکسید الزامی نیست اما جمله دوم این ماده، راه را برای الزام به دادخواهی نزد محاکم داخلی دولت میزبان باز گذاشته است.<sup>۶۹</sup>

### نتیجه

ابهام رویه داوری بین‌المللی در مورد قاعده دادخواهی نزد محاکم ملی، به‌عنوان پیش‌شرط دعوی انکار عدالت، به کارایی داوری برای رسیدگی به دعوی انکار عدالت لطمه می‌زند و بر ابهام و سردرگمی در ارتباط بین محاکم داخلی و مراجع داوری بین‌المللی افزوده است. دیوان در تعیین اینکه آیا قاعده دادخواهی داخلی در ماده ۱۱۲۱ از معاهده نفتا حذف شده است یا خیر دچار تردید شده و به منظور خودداری از اظهارنظر صریح، تنها به بیان این نکته اکتفا نموده که به فرض، حذف قاعده دادخواهی در محاکم ملی در ماده ۱۱۲۱ نفتا، صرفاً از حیث شکلی بودن این قاعده است و به معنای حذف رأی نهایی دادگاه نیست؛ از نظر دیوان، شرط رأی نهایی دادگاه خصیصه‌ای ماهوی دارد و قابل اسقاط و انصراف نیست. شاید بتوان علت اتخاذ این رویکرد متفاوت در مورد دعوی انکار عدالت از سوی مرجع داوری را به قول دیوان در رأی لوون، حفاظت از اقتدار حاکمیتی دولت دانست. اما نکته این است که حفظ منافع ملی و حاکمیت دولت در مورد سایر دعاوی سرمایه‌گذاری نیز موضوعیت دارد و ویژگی خاصی در انکار عدالت وجود ندارد تا دادخواهی داخلی تا حصول رأی نهایی دادگاه، محدود به انکار عدالت شود. به عبارت بهتر باید گفت دیوان داوری در پرونده لوون قادر به توجیه حقوقی تفکیک آستانه تحقق انکار عدالت از سایر دعاوی سرمایه‌گذاری نبوده است.

باید گفت تحول مهمی در مقابل نگرش دیوان در مورد دادخواهی داخلی در دعاوی

68. Text of the Draft Articles on Diplomatic Protection, [2006] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 24, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Art. 15.

69. Lanco International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction, 8 Dec. 1998, para. 37, available at: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf), last seen 18 March 2023.

سرمایه‌گذاری و به‌ویژه در دعوای انکار عدالت در حال شکل‌گیری است. اندیشمندان برجسته‌ای بر ضرورت اتخاذ رویکرد جدید در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به‌ویژه در دعوای انکار عدالت تأکید دارند که رهیافت نظری آن، داوری بین‌المللی را مکانیزمی توسعه‌یافته در فیصله اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار می‌داند و از این رو از بسیاری از محدودیت‌ها، همچون دادخواهی نزد مراجع ملی پیش از طرح دعوای بین‌المللی به‌دور است. بنابراین، اصرار بر ضرورت دادخواهی داخلی، سیستم داوری بین‌المللی را به مرجعی فرعی در جبران خسارت تقلیل داده و متعاقب آن موجب تحدید قلمرو حمایت از سرمایه‌گذار خارجی می‌شود. در چنین شرایطی، کارکرد آن نهایتاً به نهادی ناظر بر عملکرد محاکم داخلی بدل می‌شود و در نتیجه عملاً ارجاع بسیاری از دعاوی، از جمله انکار عدالت نزد آن مراجع غیرممکن خواهد شد.

علاوه بر این، اگر دادخواهی نزد محاکم ملی به منزله عنصر مقوم و ماهوی در دعوای انکار عدالت تلقی شود، در عمل، سرمایه‌گذار، چاره‌ای جز اجرای آن نخواهد داشت؛ بنابراین مادام که از آن خودداری ورزد، راه دسترسی به محکمه بین‌المللی نیز مسدود خواهد ماند. این امر، با هدف و روح معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری که در آن داوری بین‌المللی به‌عنوان مکانیزم مؤثری در جبران خسارت تلقی شده و طرفین بر حذف قاعده دادخواهی داخلی نیز تراضی نموده‌اند منافات دارد و موجب نابسامانی و اختلال در کارآمدی سیستم فیصله اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذار می‌شود. گرچه نباید از اصلاح این رویه داوری ناامید بود، برای اینکه این رویه بیش از این باعث سردرگمی نشود، مطلوب‌تر آن است که در معاهدات بین‌المللی مربوط به تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذار، قلمرو اجرای قاعده در دعوای انکار عدالت مشخص شود.

منابع:

الف. فرانسوی

**- Book**

1. De Visscher, C, Note on the *Responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents*, 8 RDILC, 1927.

ب. انگلیسی

**Books**

1. Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 2005, Second Edition.
2. Borchard, Edwin M., *The Diplomatic Protection of the Citizens Abroad*, Gale Making of Modern Law, 4 September 4 2013.
3. Freeman, Alwyn, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Kraus Reprint Company, 1970.
4. McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weininger, Mattheew, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press Oxford, 2007.
5. Paulsson, John, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.
6. Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.
7. Schwebel, S., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius 1987.
8. Sophia Tang, Zheng, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, Routledge, 2014.

**- Articles**

1. Borchard, Edwin M., "Responsibility of States at Hague Codification Conference", *American Journal of International Law*, vol. 24, Issue 3, 1930.
2. \_\_\_\_\_, "The International Responsibility of States for Denial of Justice, By Alwyn V. Freeman, (London and New York: Longmans, Green and Company, 1938)", *American Political Science Review*, vol. 33, Issue 5, 1939.
3. \_\_\_\_\_, "The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners", *The American Journal of International Law*, vol. 23, No. 2, 1929.
4. Don Wallace, Jr., "State Responsibility for Denial of Substantive and Procedural Justice under NAFTA Chapter Eleven", vol. 23, Issue 3, 2000.

5. Eagleton, Clyde, "Denial of Justice in International Law, *Journal of International Law*, vol. 22AM, 1928.
6. Friedman W., Mark, Coe, Jack J., Park, William W., Prager, Dietmar, Smith, Steven, "Developments in International Commercial Dispute Resolution in 2003", *Journal of International Law*, vol. 25, 2004.
7. Garcia, Carlos G., "All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration", *Florida Journal of International Law*, vol. 16, No. 2, 2004.
8. Price, Daniel M., "Chapter 11--Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety", *The Canada-United States Law Journal*, vol. 26, 2000.
9. Price, Daniel M., "An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement", *The International Lawyer*, vol. 27, 1993.
10. S. Doge, William, "National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 23, 2000.
11. Spiegle, Hans W., "Origin and Development of Denial of Justice", *The American Journal of International Law*, vol 32, 1938.
12. Trindade, A. A. Cancado, "Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", *Philippine Law Journal*, vol. 53, No. 4, December 1978.

#### - Cases

1. *Ambatielos Case*, Greece v. United Kingdom, ICJ Rep 10, 19th May 1953.
2. AMTO LLC v. Ukraine, Final Award, SCC Case No. 080/2005, 26 March 2008.
3. Azinian and Ors v. Mexico, Award on Jurisdiction and Merits, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, IIC 22 (1999), (2000) 39 ILM 537, 18th October 1999, despatched 1st November 1999.
4. *Certain Norwegian Loans*, France v. Norway, Judgment, Jurisdiction, ICJ Rep 9, 6<sup>th</sup> July, 1957.
5. Ethyl Corporation v. Canada, Decision on Jurisdiction, (1998) 7 ICSID Rep 12, (1999) 38 ILM 708, IIC 95 (1998), 24th June 1998, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).
6. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9.
7. Himpurna California Energy v. Republic of Indonesia, UNCITRAL ,4 May, 1999.

8. Interhandel, Switzerland v. United States, Preliminary Objections, Judgment, ICJ GL No 34, 21st March 1959.
9. Iran-US Claims Tribunal, Oil Fields Of Texas, Inc. v. Iran *et al.*, 1 IRAN-U.S. C.T.R.
10. Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13.
11. Loewen v. United States, Award, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3 (26 June 2003), (2003) 42 LLM811.
12. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1.
13. Metalclad Corporation v. Mexico, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, (2001) 16 ICSID Rev-FILJ 168, (2001) 40 ILM 36, (2001) XXVI YB Com Arb 99, (2002) 119 ILR 618, (2002) 5 ICSID Rep 212, (2001) 13(1) World Trade and Arb Mat 45, IIC 161 (2000), 25th August 2000, despatched 30th August 2000, United Nations [UN]; World Bank; International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID]
14. Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002.
15. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8.
16. Petrobart Limited v. Kyrgyzstan, Award, SCC Case No. 126/2003, 29 March 2005.
17. Saipem v. Bangladesh, Award, ICSID Case No. ARB/05/7, 20 June 2009.
18. SD Myers Incorporated v. Canada, Order, 2004 FC 38, (2004) 244 FTR 161, IIC 252 (2004), 13th January 2004, Canada; Federal Court [FC].
19. Waste Management, Inc v. United Mexican States, Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967.

**- Documents**

1. Guerrero Report to the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, cited in: *YBILC* (1956), vol. 2, p. 222.
2. North American Free Trade Agreement (NAFTA), 17 December, 1992.
3. Remarks by Professor Jack J. Coe, Jr., at a Conference on NAFTA Held at the Chicago-Kent Law School on Mar. 5, 2003.
4. UN Doc A/CN.4/498, International Law Commission (ILC), Second Report on State Responsibility, 3 May–23 July 1999.
5. UN Doc A/32/10, 11-9, International Law Commission (ILC), Report on the Work of the Twenty-ninth Session, 9 May–29 July 1977.
6. UN Doc. A/CN.4/134/Add. 1, International Law Commission (ILC), Sixth Report on International Responsibility, 26 July 1961.

- Websites

1. <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/international-responsibility-of-states-for-denial-of-justice-by-alwyn-v-freeman-london-and-new-york-longmans-green-and-company-1938-pp-758-1250/3CB125474992E9F4C2ECFFE54F909519>>.
2. <<https://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>>.
3. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/978>>.
4. <<https://www.italaw.com/cases/632>>.
5. <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1105>>.
6. <<https://www.refworld.org>>.

