

کاربرد قواعد طرح مواد مسئولیت دولت و پیدایش نظام فرعی مسئولیت در داوری معاهده‌ای دولت- سرمایه‌گذار: باز اندیشی در قابلیت استماع دعوا

میر شهپیز شافع*
نیلوفر نظریانی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

چکیده

تمایل حقوق بین‌الملل معاصر به سمت چندپارگی است؛ به این معنا که حقوق عام مسئولیت دولت به نظام‌های فرعی ناشی از معاهدات خاص تقسیم می‌شود. این مقاله به بررسی کاربرد طرح مواد مسئولیت ۲۰۰۱ و شکل‌گیری یک نظام فرعی مسئولیت در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار می‌پردازد. بررسی رویه داوری‌ها نشان می‌دهد که بخش‌های اول و چهارم طرح (انتساب، نقض، معاذیر و مقررات کلی) بیشترین کاربرد را داشته‌اند؛ در حالی که بخش دوم (جبران خسارت) با وجود تعلق به روابط دولت-دولت، اغلب به‌طور قیاسی اعمال شده و بخش سوم (اقدامات متقابل) کمتر مورد توجه بوده است. مقاله همچنین بر ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت دولت در دعاوی سرمایه‌گذار-دولت تأکید می‌کند. این نظام با اتکا به مواد ۳۳ و ۵۵ شکل گرفته و با اعطای مستقیم حقوق به سرمایه‌گذاران، از قواعد سنتی قابلیت استماع دعوا مانند «تابعیت دعاوی» یا «انزوم طی مراجع داخلی» فاصله می‌گیرد؛ مگر آنکه در معاهده صراحتاً مقرر شده باشد. رویه داوری‌ها نیز این تمایز را تأیید کرده و مواد کمیسیون را بیشتر به‌عنوان بازتاب عرف و مقررات تکمیلی به کار بسته‌اند. نتیجه آنکه، اگرچه دیوان‌های سرمایه‌گذاری به‌طور گسترده به طرح کمیسیون استناد کرده‌اند، این استناد همراه با تعدیل و انطباق بوده و اینگونه می‌توان از شکل‌گیری یک نظام فرعی مسئولیت در این حوزه سخن گفت.

کلید واژگان:

مسئولیت دولت، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، دعاوی دولت-سرمایه‌گذار، انتساب، قابلیت استماع دعوا

* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

** دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

n. nazaryani@sbu.ac.ir



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

ارتباط نزدیکی بین تکامل قواعد مسئولیت دولت و حوزه مدرن، آنچه که ما اکنون به عنوان حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری می‌دانیم وجود دارد. در طول مرحله اول کار کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت در طول دهه ۱۹۵۰ و اوایل دهه ۱۹۶۰، تلاش شد تا قواعد اساسی حقوق بین‌الملل مربوط به حمایت از اموال بیگانگان در کشورهای میزبان تنظیم شود.^۱ این تلاش به طور کامل شکست خورد، اگرچه با توجه به مناقشه بین کشورهای توسعه یافته و تازه مستقل بر سر چنین مسائلی سیاسی در این دوره تعجب‌آور نیست. مشکلات دستیابی به توافق در این زمینه به شدت مورد مناقشه باعث تغییر چشم‌انداز و استراتژی در کار کمیسیون در دهه ۱۹۶۰ شد. به جای تدوین قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل، کمیسیون تلاش می‌کند تا قواعد چارچوبی بین‌المللی را در زمینه مسئولیت دولت تعیین کند. به صورتی که کمیسیون بین قواعد اولیه و ثانویه تمایز قائل گردید. به عبارت دیگر وظیفه کمیسیون شناسایی تعهدات اولیه دولت‌ها نبود- این تعهدات بدیهی است که به تعهدات معاهده و یا حقوق بین‌الملل عرفی بستگی دارد- بلکه آشکار ساختن شرایط ثانویه‌ای بود که تحت آن‌ها می‌توان دولت‌ها را برای نقض این تعهدات و با چه پیامدهایی مسئول دانست. کمیسیون سپس زیر نظر گزارشگران ویژه روبرتو آگو، ویلم ریفاگان و گائتانو آرانجیو روئیز برای ایجاد اولین خوانش مواد در سال ۱۹۹۶ کار کرد.^۲ جیمز کرافورد مسئولیت تدوین قرائت دوم متن را طی چهار سال آینده بر عهده گرفت. این متن در سال ۲۰۰۱ توسط کمیسیون به تصویب رسید^۳ و سپس به مجمع عمومی سازمان ملل ارسال شد.^۴

زمانی که کمیسیون حقوق بین‌الملل مواد مسئولیت دولت راجع به اعمال متخلفانه بین‌المللی را تصویب نمود، کمتر از صد فقره دعاوی سرمایه‌گذاری به ثبت رسیده بود. از آن زمان افزایش قابل ملاحظه‌ای در شمار پرونده‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح شده است.^۵ اما تا سال ۲۰۲۳ این

1. See, e.g., Amador, FV García, *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of the Alien, Part II: The International Claim*. Third Report on State Responsibility. U.N. Doc. A/CN.4/111. In Yearbook of the International Law Commission 2, 1958.

2. Arangio-Ruiz, Gaetano, *State Responsibility, Eighth Report on State Responsibility*, U.N. Doc. A/CN.4/476 and Add. 1, In Yearbook of the International Law Commission 2, 1996.

3. International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. 10, Ch. 4, U.N. Doc. A/56/10 (2001) ["ILC Articles"].

4. GA Res. 56/83 (Dec. 12, 2001).

5. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, Accessible at:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Accessed at August 28, 2025)

عدد بالغ بر ۱۳۰۰ فقره شد.^۱ پرونده‌هایی که در مورد دعاوی دولت-سرمایه‌گذار مطرح شده است عموماً بر روی مسئولیت دولت ناشی از نقض‌های حقوق بین‌الملل تمرکز می‌کند. با این وجود خود معاهدات سرمایه‌گذاری غالباً در مورد قواعد مرتبط با ارزیابی محتوا و نتایج مسئولیت دولت سکوت کرده‌اند. این امر دیوان‌های سرمایه‌گذاری و طرف‌های آن را به این سمت سوق می‌دهد که برای حل این موضوع یا راهنمایی برای تحلیل موضوعات کلیدی مرتبط برای نتایج دعاوی معاهده‌ای سرمایه‌گذاری به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل مراجعه کنند.

مسئله حائز اهمیت در این نوشتار این است که معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً دو مکانیسم حل و فصل اختلافات متمایز را ایجاد می‌کنند: اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان؛ اختلافات بین دولت‌های عضو معاهده. معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً مقرر می‌کنند که مکانیسم دولت در برابر دولت اختلافاتی را شامل می‌شود که راجع به تفسیر یا اجرای معاهده است، در حالی که اختلافات راجع به عمل خاص سرمایه‌گذاری از سوی یک سرمایه‌گذار (که البته ممکن است مسائل تفسیری را نیز موجب گردد)، مشمول آیین حل و فصل اختلاف بین دولت در برابر سرمایه‌گذار می‌شود. به عبارت دیگر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دو نوع دعا (داوری) وجود دارد: دعاوی مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری (دولت-دولت) و دعاوی مبتنی بر قرارداد (دولت-سرمایه‌گذار).^۲ بحث اصلی این مقاله در خصوص دعاوی دولت-سرمایه‌گذار است.

در قسمت اول به بخش‌ها و ویژگی‌های کلی طرح مواد مسئولیت دولت ۲۰۰۱ شامل معاهده نبودن، عرفی بودن برخی مواد و نیز تحلیل آماری استناد به مواد کمیسیون در داوری‌های سرمایه‌گذاری می‌پردازیم سپس در بخش دوم به امکان‌سنجی استناد به هر کدام از چهار بخش پیش‌نویس طرح مواد در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار پرداختیم. در واقع به دنبال بررسی این امر بودیم که چه بخش‌هایی از مواد کمیسیون قابلیت اعمال در این دعاوی را دارند. در قسمت سوم مقاله از ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت

1. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator. *Full Data Release as of 31/12/2023* Accessible at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Accessed at August 28, 2025)

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

دالزر، رودلف و کریستف شروتر، **اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری**، مترجمان: سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

مک لاکن، کمپل لارنس شور و متیو واینیگر، **داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، مترجمان: ترجمه لعیا جنیدی، محمدرضا شکیب و بهاره احمدپور، ج ۱، چ ۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳.

دولت سخن می‌گوییم که مبنای آن را می‌توان در خود مواد طرح مسئولیت دولت- مواد ۵۵ و ۳۳- یافت. برای اثبات این نظریه به تفاوت اساسی میان مواد طرح ۲۰۰۱ و رویه داوری موجود در دعاوی سرمایه‌گذار- دولت در خصوص قابلیت استماع دعوا (قاعده تابعیت و طی کامل مراجع داخلی) پرداخته شد.

۱. تجلی ویژگی‌های کلی طرح مواد مسئولیت دولت در داوری‌های سرمایه‌گذاری

پیش‌نویس طرح مواد مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱ دارای چهار بخش است. بخش نخست با عنوان فعل متخلفانه بین‌المللی دولت (اصول کلی، انتساب رفتار به دولت، نقض تعهد بین‌المللی، مسئولیت دولت در رابطه با فعل دولت دیگر، معاذیر رافع وصف متخلفانه فعل)؛ بخش دوم با عنوان محتوای مسئولیت بین‌المللی دولت (اصول کلی، جبران خسارت، نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام) بخش سوم (استناد به مسئولیت دولت، اقدامات متقابل) و بخش چهارم با عنوان مقررات کلی است.

در سال ۲۰۱۰ طبق گزارش کرافورد ۳۲ ماده از ۵۹ ماده طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها حداقل یکبار مورد استناد قرار گرفته است (این در حالی است که در برخی پرونده‌ها به چند ماده استناد شده است). تا سال ۲۰۲۱ شمار مواد مورد استناد افزایش یافته است؛ علاوه بر آن استناد به مواد ۶، ۹، ۲۴، ۱۶، ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۲، ۳۷ و ۳۹ اضافه شده است. تعداد صرف استنادات هم نسبت به گزارش کرافورد افزایش داشته است، هر چند این امر می‌تواند ناشی از افزایش کلی تعداد پرونده‌ها باشد، ولی ناشی از افزایش تمایل از سوی طرفین دعوا و دیوان‌ها برای استناد به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز می‌باشد.^۱

یکی از ویژگی‌های مهم طرح مواد مسئولیت دولت ۲۰۰۱ این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل یک معاهده نیست و شاید هیچ‌گاه هم به یک معاهده تبدیل نگردد.^۲ این مهم در بسیاری از دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری مورد شناسایی قرار گرفته است.^۳ اگرچه این دیوان‌ها به مواد مسئولیت دولت به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل که قابل اعمال برای حل و فصل اختلافات دولت-

1. Crawford, James, "Investment Tribunals and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Rev FILJ*, Vol. 25, No. 1, 2010, p.129; Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, "The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, p 379.

2: Crawford, *Op.cit.*, p 128.

3: See e.g. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007), Para. 303.

سرمایه‌گذار طبق معاهده سرمایه‌گذاری است دائماً استناد کرده‌اند.^۱ این امر مبتنی بر این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس‌کننده عرف بین‌المللی^۲، تدوین اصول کلی حقوق بین‌الملل^۳ و یا مقررکننده راهنمایی بر مبنای رویکردهایی است که می‌بایست به وسیله دیوان‌ها راجع به مسائل کلیدی مسئولیت دولت مورد پذیرش قرار گیرد.^۴ چنین رویه‌ای همچنین منعکس‌کننده این تشخیص دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان یک راه تکمیلی^۵ (مقررات تکمیلی) مورد استفاده قرار می‌گیرد. این مسئله در ماده ۵۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به صراحت منعکس شده است.^۶ این امر همچنین در تحلیل دیوان‌ها به عنوان یک امری بیان شده است که جایگاه مواد کمیسیون را به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عام در حوزه مسئولیت دولت تأکید می‌کند.

برای مثال در پرونده عادل الحمادی التیمی علیه عمان دیوان بیان داشت که طرف‌های معاهده می‌توانند به وسیله مقرر خاص (حقوق خاص)^۷ شرایطی که به وسیله آن یک موجودیت به یک دولت منتسب می‌گردد را محدود کنند.^۸ دیوان خاطر نشان ساخت شرایط انتساب طبق ماده ۱، ۲، ۱۰ موافقت‌نامه تجارت آزاد بین ایالات متحده و عمان به طور قابل توجهی مضیق‌تر از دلایل و علی از انتساب است که طبق مواد مسئولیت دولت کمیسیون مقرر شده است.^۹ این اعمال تکمیلی مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌تواند تأیید روز افزونی را در اختلافات آینده مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بدست آورد، با توجه به تمایل دولت‌ها برای مذاکرات با جزئیات بیش‌تر در معاهدات سرمایه‌گذاری که از رویکردهای مسئولیت

1. See e.g. *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award (31 October 2011), Para. 130; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case Nos 2005-04/AA227, 2005-05/AA228, Final Award (18 July 2014), Para. 113; *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S A U v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, Quantum (30 December 2019), Para. 399.

2. See e.g. *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/11/28, Award (10 March 2014) Para. 281; *Bilcon of Delaware et al v Government of Canada*, PCA Case No 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) Para. 307; *Uni'on Fenosa Gas, SA v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/14/4, Award (31 August 2018) Para. 9.49.

3. See eg *Sun Reserve Luxco Holding SRL v Italy*, SCC Case No 132/2016, Final Award (25 March 2020) Para. 982; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Award (8 December 2016), Para. 709.

4. See eg *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), Para. 419; *Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman*, ICSID Case No ARB/11/33, Award (3 November 2015), Para. 324.

5. Residual Way

6. See e.g. *Vestey Group Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/06/4, Award (15 April 2016), Para. 327.

7. Lex Specialis

8. Al Tamimi, *Op.cit.*, Para. 321.

9. *Ibid.*

دولت طبق حقوق عام سرمایه‌گذاری دچار انشعاب و جدایی می‌گردد. چنین مقررات حقوق خاصی می‌تواند در مورد مسائل انتساب (به خصوص به عنوان مثال در مقابل رفتار دولت محلی) و جبران خسارت تدوین گردد. به ماده ۵۵ و نقش آن در قسمت بعدی مقاله بیشتر خواهیم پرداخت.

ویژگی مهم دیگر مواد کمیسیون این است که همه مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی نیستند. معمولاً دیوان‌های سرمایه‌گذاری عرفی بودن مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به مقررات خاصی نسبت داده‌اند و این‌گونه نبوده است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی به طور کلی تلقی کنند. این رویه دیوان‌های سرمایه‌گذاری بدون شک در خصوص مقرراتی است که به طور روزافزونی به عنوان منعکس‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است. همان‌گونه که کرافورد در سال ۲۰۱۰ عنوان داشت غیر ممکن است که هر پیشنهاد و گزاره‌ای در حقوق بین‌الملل نوشته شود بدون این‌که در آن خلقتی صورت نگیرد.^۱ دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری برخی اوقات مقررات خاصی را به عنوان انعکاس عرف بین‌المللی اعلام داشته‌اند علی‌رغم وضعیت چنین مقرراتی که به عنوان عرف به خوبی پذیرفته نشده‌اند. به عنوان مثال، در پرونده چاورن علیه اکوادور دیوان دآوری بیان داشت که ماده ۱۶ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است.^۲ در موردی مشابه همچنین دیوان دآوری بیان داشت که ماده ۹ به طور کلی به عنوان بیان‌کننده حقوق بین‌الملل عرفی موجود می‌باشد^۳ و نیز در پرونده کوپر علیه اکوادور دیوان به ماده ۳۹ به عنوان اعلام حقوق بین‌الملل عرفی یاد می‌کند.^۴ غالباً چنین اظهاراتی هماهنگ با رویه دولت‌ها و نیز دکتترین در مورد عرفی بودن این مواد نیست؛ همچنین توسط دیگر دیوان‌های بین‌المللی این مواد به عنوان منعکس‌کننده عرف بین‌المللی آورده نشده است. البته این امر باقی خواهد ماند که در آینده تکرار چنین بیاناتی می‌تواند موجب مشارکت در پذیرش وضعیت این قواعد به عنوان عرف بین‌المللی گردد یا منجر به ظهور قواعد عرفی جدیدی خواهد شد.

1. Crawford, *Op.cit.*, p 128.

2. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v Republic of Ecuador*, PCA Case No 2009-23, Second Partial Award on Track II (30 August 2018), Para. 9.10.

3. *Paushok, Sergei, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011), Para. 576.

4. *Copper Mesa Mining Corporation v Republic of Ecuador*, PCA Case No 2012-2, Award (15 March 2016) Para. 6.91.

۲. امکان سنجی استناد به بخش‌های مختلف مواد طرح مسئولیت دولت در دعوای دولت - سرمایه‌گذار

در این قسمت از مقاله به بحث امکان استناد به بخش‌های مختلف طرح مواد ۲۰۰۱ با توجه به جایگاه و ویژگی‌های خاص هر بخش می‌پردازیم. استنادات به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل از سال ۲۰۰۱-۲۰۲۰ هم انسجام و هم انشعاب^۱ را نشان می‌دهد. چندین ماده به هیچ عنوان توسط دیوان‌های داوری مورد استناد قرار نگرفته است؛ این موارد شامل مواد ۱۹-۱۷ (در مورد مسئولیت یک دولت در رابطه با دولت دیگر) مواد ۴۷ و ۴۶ (راجع به استناد به مسئولیت در شرایطی که تعدد دولت‌های مسئول و آسیب دیده وجود دارد). با توجه به کارکرد آنها در مورد مسئولیت دولت در ارتباط با عمل سایر دولت‌ها (مواد ۱۷-۱۹) و تعدد دولت‌ها (مواد ۴۶-۴۷) این امر چندان تعجب آور نیست. هر دوی این حوزه‌ها به ندرت در داورهای سرمایه‌گذاری مرتبط به نظر می‌رسند.^۲ استناد کم تعداد به چندین ماده دیگر نشان‌گر این است که یا خیلی مواد تاثیرگذار نیستند و یا در اختلافات سرمایه‌گذاری به همان صورت طرح مواد می‌باشند.

بین سه بخش ابتدایی اصلی متن تفاوت اساسی وجود دارد. به طور خاص، بخش اول از نظر دامنه با قسمت‌های دو و سه متفاوت است و این تفاوت به داوری معاهده سرمایه‌گذاری بسیار مرتبط است. بخش یک، شرایطی را تعیین می‌کند که تحت آن دولت در قبال نقض تعهدی که بر عهده آن دولت است، مسئول است. محتوای تعهد در مواد مشخص نشده است. این موضوعی است که به قواعد اولیه واگذار شده است. آنچه که مواد بیان می‌کنند شرایطی است که تحت آن می‌توان مسئولیت را پذیرفت، از جمله انتساب، برخی گزاره‌های کلی پیرامون مسائل مربوط به نقض و شرایط رافع وصف متخلفانه عمل می‌گردد. به دلیل نحوه تفکیک متن مسائل مربوط به تعهدات از مسئله استناد، بخش اول یک دامنه کلی دارد، به صورتی که مربوط به کلیه نقض قواعد بین‌المللی توسط دولت‌ها است و هیچ ارتباطی با نقض‌های مرتکب شده به عنوان مثال توسط سازمان‌های بین‌المللی یا بازیگران غیردولتی ندارد. در زمینه داوری معاهده سرمایه‌گذاری، این بدان معنی است که مسائل کلی در مورد نقض یک تعهد بین‌المللی مندرج در یک معاهده سرمایه‌گذاری، موضوعی است که اصولاً توسط قسمت اول از مواد کمیسیون پوشش داده می‌شود. به طور کلی، دیوان‌های معاهده سرمایه‌گذاری این موضع را پذیرفته‌اند. در زمینه

1. Consistencies and divergences

2. *Ibid.*

ضرورت (ماده ۲۵) و نیز فورس ماژور (ماده ۲۳) استنادات زیادی صورت گرفته است. در مورد ماده ۲۵ تصمیمات دیوان سرمایه‌گذاری بسیار بیش‌تر از تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی دیگری است که این شانس را داشته‌اند که دفاع ضرورت را بررسی کرده‌اند. طبیعتاً می‌توان فرض کرد که تفاسیر آن‌ها در آینده به فراتر از حقوق سرمایه‌گذاری پرتو خواهد افکند. در خود حقوق سرمایه‌گذاری، می‌توان انتظار داشت که دیوان‌های سرمایه‌گذاری فرصت‌های زیادی را برای رسیدگی به درخواست ضرورت در سال‌های آتی داشته باشند، وقتی پیامدهای واکنش دولت به همه‌گیری ویروس کووید ۱۹ راه خود را به دادگاه‌های بین‌المللی پیدا کرد.^۱ مسئله انتساب در پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بیش‌ترین تعداد ارجاع را دارد (به ویژه مواد ۴ و ۵ و ۸). برخی از دیوان‌ها در هنگام نسبت دادن رفتار به یک دولت، از توضیح اینکه در واقع به کدام ماده استناد می‌کنند خودداری می‌کنند. انتساب همچنین نمونه خوبی از استفاده از مواد کمیسیون است، زیرا در عمل نشان می‌دهد که چگونه کشورها علاقه‌مندند که قوانین خاصی وضع کنند که از رژیم کلی مواد کمیسیون متفاوت است.^۲

وقتی نوبت به بخش دوم مواد طرح مسئولیت دولت می‌رسد، به‌طور قیاس به مقررات مربوط به غرامت و بهره، به‌ویژه مواد ۳۱ تا ۳۸، ارجاعات مکرری وجود داشته است. در نهایت، ارجاعات بسیار کمی به بخش سوم صورت گرفته است، به این دلیل که فصل اول آن بخش مربوط به استناد به تعهدات توسط دولت‌ها است و بنابراین اصولاً به داوری معاهده سرمایه‌گذاری که شامل اشخاص خصوصی می‌شود بی‌ربط است. برای مثال، مواد ۱۷-۱۹ و ۴۶-۴۷ توسط دیوان‌ها مورد استناد قرار نگرفته است. بخش سوم یکی دیگر از حوزه‌های پیش‌نویس مواد که به‌طور مکرر در دیوان‌های بین‌المللی مورد استناد و بررسی قرار نگرفته است، رژیم اقدامات متقابل است (مواد ۴۹-۵۴). در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، فضایی برای مفهوم «قدیمی» اقدامات متقابل وجود دارد. مواردی وجود دارد که به امکان کشورهای میزبان برای توجیه اقدامات خود به عنوان اقدامات متقابل پرداخته‌اند، همچنین حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را با سؤال اصلی دیگری از حقوق بین‌الملل عمومی مرتبط می‌کند که دارنده نهایی حقوق کیست - سرمایه‌گذار یا دولت.^۳

1. Crawford, James and Freya Baetens, "The ILC Articles on State Responsibility: More than a 'Plank in a Shipwreck'?", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, p 18.

2. Hanessian, Grant, and Kabir Duggal, "The final 2015 Indian model BIT: Is this the change the world wishes to see?" *ICSID Rev FILJ*, Vol. 32, No. 1, 2017, p 219.

3. On this, in the context of countermeasures, see also Partlett, Kate, "The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims: Visions and Realities of International Law as an Open→

تفاوت بین سه بخش متن مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اساسی است و اغلب به خوبی درک نمی‌شود، این تفاوت به اندازه زیادی به داوری معاهده سرمایه‌گذاری مربوط می‌شود.^۱ رویه سال ۲۰۱۰ تا سال ۲۰۲۰ تأیید می‌کند که چنین کج‌فهمی‌هایی در دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری دنبال شده است. همان‌گونه که توسط کرافورد بیان گردیده، بخش اول مواد کمیسیون (مواد ۲۷-۱) قلمرو کلی دارند که در مورد همه نقض‌های حقوق بین‌الملل به وسیله دولت‌ها هستند.^۲ بخش چهارم (مواد ۵۹-۵۵) نیز در قلمرو کلی هستند. بخش اول و چهارم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به وسیله بسیاری از دیوان‌های سرمایه‌گذاری به عنوان نقطه شروع مرتبط در مورد مسائلی مورد اختلاف در پرونده، پذیرفته شده است. با این حال در چندین مورد دیوان‌ها مقرر داشته‌اند که مقررات بخش اول فقط در روابط دولت-دولت (و نه دولت-سرمایه‌گذار) اعمال می‌گردد. به عنوان مثال، در پرونده مصدر سولار علیه اسپانیا دیوان، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان بیانی از حقوق بین‌الملل عرفی در مورد موضوع انتساب در خصوص ادعای مسئولیت دولت در قبال دولت دیگر - که به وسیله قیاس برای مسئولیت دولت در قبال طرف‌های خصوصی هم قابل اعمال است - می‌داند.^۳ دیوان‌ها همچنین (اشتهاها) به ماده ۳۳ - در بخش دوم - که به طریقی مربوط به تحدید حدود حوزه اعمال مواد بخش اول است استناد کرده‌اند.^۴ بخش‌های دو (مواد ۴۱-۲۸) و سه (۵۴-۴۲) برعکس دو بخش نخست؛ در اجرا مضیق هستند.^۵ همان‌گونه که در پرونده کیبوراکس علیه بولیوی دیوان اظهار داشت:

«باید به خاطر داشت که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل شامل قواعدی در مورد جبران خسارت است، در مورد تعهدات جبران خسارت، تا جایی که این تعهدات در قبال شخص یا موجودیتی غیر از دولت ایجاد شده یا مورد استناد قرار گرفته است؛ اعمال نمی‌گردد».^۶

←System”, in Chinkin, Christine, and Freya Baetens (eds), *Sovereignty, statehood and state responsibility*, Cambridge University Press, 2015.

1. Crawford, *Op.cit.*, p 129.

2. *Ibid.*

3. *Masdar Solar and Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/1, Award (16 May 2018) Para. 167. *Belenergia SA v Italian Republic*, ICSID Case No ARB/15/40, Award (6 August 2019)

که در آن خواننده استناد نمود که ماده ۴ طرح مواد مسئولیت دولت، فقط در خصوص تعهدات بین دولت‌ها و نه اشخاص با دولت‌ها اعمال می‌گردد.

4. *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), Para. 420.

5. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p 383.

6. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Award (16 September 2015), Para. 555.

بین سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۲۰ بالغ بر ۱۷۰ استناد به وسیله دیوان‌های داوری به مقررات بخش دوم و دو استناد به مقررات بخش سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل وجود داشته است. این موضوع نشان می‌دهد که تمایل روز افزونی توسط طرف‌ها و دیوان‌ها برای استناد به این اصول به عنوان اصولی مرتبط در زمینه دولت-سرمایه‌گذار وجود دارد. با این وجود دیوان‌ها شناسایی کردند که مقررات بخش دوم نیازمند اعمال تغییراتی به منظور انطباق در زمینه معاهده سرمایه‌گذاری است.^۱ این انطباق‌ها و اصلاحات توسط دیوان‌های سرمایه‌گذاری در خصوص ماده ۳۵ (اعاده وضع به حال سابق)^۲ و ۳۷ (رضایت)^۳ از بخش دوم است.

اعمال مقررات بخش دوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل همواره با اعتراض دولت خوانده مواجه شده است بر این مبنا که این مقررات در روابط بین دولت-دولت اعمال می‌گردد. به عنوان مثال خوانده در قضیه شرکت آ ای اس علیه قزاقستان بیان داشت که بخش دوم از مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با داوری سرمایه‌گذاری بین شرکت و دولت اعمال نمی‌گردد.^۴ دیوان‌ها عموماً به چنین بیاناتی به طور عمیق نپرداخته‌اند. بلکه بسیاری از دیوان‌ها تمایل به قبول قابلیت اعمال بخش دوم مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه دعاوی دولت-سرمایه‌گذار را دارند. به عنوان نمونه، در پرونده بانک بریتانیایی-کارائیبی با مسئولیت محدود علیه بلیز دیوان به مواد ۳۱، ۳۴ و ۳۵ استناد می‌کند:

«در نبود یک مقرره قابل اعمال در چارچوب خود معاهده که استاندارد غرامت را به عنوان حقوق خاص ایجاد کند، استاندارد غرامت قابل اعمال همان استاندارد است که در حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد».^۵

در یک مورد مشابه، در پرونده وستی گروپ علیه ونزوئلا دیوان اظهار داشت که:

«در حالی مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل بر مسئولیت دولت علیه دولت دیگر و نه بر شخص خصوصی حاکم است، به طور کلی پذیرفته شده است که مقررات مهم کمیسیون حقوق بین‌الملل مانند ماده ۳۱ (۱) می‌تواند در زمینه اختلافات دولت-سرمایه‌گذار تغییر مکان دهد».^۶

1. *The Rompetrol Group NV v Romania*, ICSID Case No ARB/06/3, Award (6 May 2013). Para. 190.

2. Restitution

3. Satisfaction

4. *AES Corporation and Tau Power BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/10/16, Award (1 November 2013), Para. 460. See, similarly: *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB(AF)/09/1, Award (22 September 2014) Para. 679.

5. *British Caribbean Bank Limited v The Government of Belize*, PCA Case No 2010-18, Award (19 December 2014) Para. 288-91.

6. *Vestey Group Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/06/4, Award (15 April 2016), Para. 326.

در واقع برخی دیوان‌ها حتی استنادات دولت خوانده در مورد قابلیت اعمال مقررات بخش دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را برای اختلافات دولت-سرمایه‌گذار به عنوان ایرادات فنی رد کرده‌اند.^۱ در جایی که برخی دیوان‌ها ارتباط یا عدم ارتباط بخش‌های دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد اختلافات دولت-سرمایه‌گذار را مورد بررسی قرار داده‌اند تلاش کرده‌اند که آن‌ها را به وسیله قیاس یا به عنوان راهنما^۲ درباره محتویات مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی در مقابل سرمایه‌گذاران نیز اعمال کنند. همان‌گونه که دیوان در پرونده برلینگتون علیه اکوادور توضیح می‌دهد:

«استاندارد غرامت مناسب استاندارد حقوق بین‌الملل عرفی در مورد جبران خسارت کامل است که در ماده ۳۱ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به وسیله قیاس اعمال می‌گردد، می‌باشد. در حالی که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل که نتایج حقوقی اعمال متخلفانه بین‌المللی را تنظیم می‌کند که ماده ۳۱ نیز به آن تعلق دارد، در مورد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در مقابل موجودیت‌های غیردولتی اعمال نمی‌گردد، به طور کلی پذیرفته شده است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌توانند در زمینه اختلافات دولت-سرمایه‌گذار مورد استفاده قرار گیرند».^۳

در حالی که چندین دیوان پیشنهاد داده‌اند که مقررات بخش دوم و سوم مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌بایست برای زمینه دولت-سرمایه‌گذار سازگار و منطبق گردد، آن‌ها کمتر توضیح داده‌اند که این انطباق‌ها دقیقاً چگونه است. با این حال، این امکان وجود دارد که رویه اخیر انواع انطباق‌هایی که ممکن است نیاز باشد را تشخیص داد. مخصوصاً هنگامی که غرامت همچنان به عنوان روش مرجع جبران خسارت کامل در اختلافات دولت-سرمایه‌گذار باقی مانده است، دیوان‌ها به طور فزاینده‌ای به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در حمایت از تحلیل‌هایشان از درخواست‌ها برای اعاده وضع به حال سابق و رضایت استناد می‌کنند. در انجام این کار، دیوان‌ها انطباق‌های خاصی برای رأی اعاده وضع به حال سابق یا رضایت را به منظور انعکاس ماهیت منحصر به فرد جبران خسارت در دعاوی مطرح شده به وسیله اشخاص علیه دولت‌ها طبق حقوق بین‌الملل را نشان می‌دهد.^۴

1. *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/09/1, Award (21 July 2017), p 1089.

2. Guidance

3. *Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award (7 February 2017), Para. 177.

4. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p 389.

همچنین در مورد شکل جبران خسارت طبق مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، اعاده وضع به حال سابق به عنوان شکل ارجح جبران خسارت مشخص شده است. ماده ۳۶ به عنوان مثال مقرر می‌دارد که غرامت تنها زمانی لازم است که خسارت به وسیله اعاده وضع به حال سابق قابلیت اعمال نداشته باشد. این اصل به وسیله دیوان‌های سرمایه‌گذار-دولت مورد تأیید قرار گرفته است. به عنوان مثال در پرونده برنهارد علیه زیمباوه دیوان بیان داشت که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اعاده وضع به حال سابق را به عنوان شکل اصلی از جبران خسارت در حقوق بین‌الملل تأیید می‌کند.^۱ به طور مشابه در پرونده محمد امر البهلول علیه تاجیکستان دیوان اذعان داشت که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اعاده وضع به حال سابق را به عنوان جبران اصلی برای رفتار متخلفانه بین‌المللی تلقی می‌کند.^۲ دیوان‌های سرمایه‌گذاری بیان داشتند که اصولاً اعاده وضع به حال سابق به عنوان خسارت برای نقض معاهده سرمایه‌گذاری اعمال می‌گردد.^۳ همان‌گونه که در پرونده برنهارد دیوان عنوان داشت که:

«متن کنوانسیون ایکسید به طور مشخص بیان نکرده است که آیا دیوان‌های ایکسید تنها می‌توانند به جبران نقدی رأی دهند یا این که آیا اعاده وضع به حال سابق همچنین می‌تواند مورد حکم قرار گیرد. نتیجه اصلی از تحلیل بالا این است که بدون شک جبران‌های غیر نقدی شامل اعاده وضع به حال سابق می‌تواند در داوری‌های کنوانسیون ایکسید طبق معاهدات سرمایه‌گذاری مورد حکم قرار گیرد».^۴

همچنین در سال ۲۰۱۵ اولین پرونده سرمایه‌گذار-دولت در مورد ماده ۳۷ (رضایت) از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل تشکیل شد. در این پرونده-کیبوراکس علیه بولیوی- دیوان بیان داشت که:

«باید به خاطر داشت که بخش دوم از مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل از جمله قواعد جبران خسارت و به ویژه ماده ۳۷، در مورد تعهدات جبران خسارت تا جایی که توسط یا علیه شخص یا موجودیت‌هایی غیر از دولت مورد استناد قرار گیرد اعمال می‌گردد. اگرچه مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل بیانگر مجدد عرف حقوق بین‌الملل است و قواعد آن در مورد جبران خسارت به عنوان راهنما برای بسیاری از دیوان‌ها در اختلافات دولت-سرمایه‌گذار استفاده می‌شود. در نظر این

1. *Bernhard von Pezold and others v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/15, Award (28 July 2015), Para. 686.

2. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v The Republic of Tajikistan*, SCC Case No V 064/2008 Final Award (8 June 2010) Para. 52.

3. Shirlow and Duggal, *Op.cit.*, p. 390.

4. *Bernhard von Pezold and others v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No ARB/10/15, Award (28 July 2015), Para. 684, 694, 700.

دیوان، جبران خسارت‌هایی که به وسیله مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل قبلاً تعیین شده است می‌تواند در داوری دولت- سرمایه‌گذار بسته به ماهیت جبران خسارت و آسیبی که وسیله‌ای برای جبران است، اعمال گردد»^۱.

با پذیرش ماده ۳۷ به عنوان راهنما برای مسئله رضایت در مرحله بعد، دیوان بیان داشت که چگونه ماده ۳۷ می‌تواند برای دعاوی سرمایه‌گذار- دولت تطبیق و سازگاری داده شود. دیوان به طور خاص بیان داشت که بعضی از انواع رضایت به عنوان جبران خسارت قابل اعمال برای اختلافات دولت- سرمایه‌گذار نیستند.^۲ برعکس، برخی از انواع رضایت جبران‌هایی هستند که منحصراً برای دولت‌ها تعیین شده است^۳ به صورتی که نوعی از رضایت که وسیله‌ای برای جبران آسیب ایجاد شده به عزت، شرافت و اعتبار یک دولت باشد، قابل اعمال در اختلافات دولت- سرمایه‌گذار نیست.^۴ با این حال، دیوان هنوز هم این واقعیت را در نظر دارد که برخی انواع رضایتی که در دسترس نیستند به این معنی نیست که دیوان نمی‌تواند یک رأی اعلامی به عنوان یک ابزار رضایت طبق ماده ۳۷ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل صادر نماید.^۵ این پیشرفت‌ها در خصوص در دسترس بودن اعاده وضع به حال سابق و رضایت برای نقض‌های معاهدات سرمایه‌گذاری هنوز هم به نسبت در مرحله ابتدایی پیشرفت است. با این وجود همان‌گونه که آرای دیوان معاهده سرمایه‌گذاری در حال افزایش است و با تقاضاهای آن‌ها برای اشکال جبران خسارت، امکان دارد که دیوان‌ها این گزینه‌های ممکن را برای بدست آوردن جبران خسارت کامل با تکرار بیشتر مد نظر قرار دهند.^۶

۳. ایجاد نظام فرعی مسئولیت دولت در دعاوی دولت - سرمایه‌گذار

در حقوق بین‌الملل مجموعه واحدی از قواعد ثانویه مسئولیت دولت برای همه اعمال متخلفانه بین‌المللی وجود ندارد. برعکس، تمایل در تکامل معاصر حقوق بین‌الملل این است که چندپارگی حقوق عام مسئولیت بین‌المللی به نظام‌های فرعی ایجاد شده به وسیله معاهدات راجع به موضوعات خاصی از مقررات بین‌المللی اتفاق بیافتد. در خصوص تحلیل موضوع فعلی این امر مهم است که رژیم‌های

1. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Award (16 September 2015), Para. 555.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, Para. 557.

4. *Ibid.*, Para. 557.

5. *Ibid.*, Para. 560.

6. Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, *Op.cit.*, p 390.

معاهداتی نسبتاً جدیدی که حقوق را به طور مستقیم به اشخاص غیردولتی اعطا می‌کند و فرآیند حل و فصل اختلاف را برای اجرای چنین حقوق در دعوی بازیگران غیردولتی ایجاد می‌کند مورد بررسی قرار دهیم. در حوزه حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمونه برجسته چنین معاهداتی است. موافقت‌نامه الجزایر تأسیس‌کننده دیوان داوری دعاوی بین ایران و ایالات متحده نیز نمونه دیگری است که رژیم مسئولیت بین‌المللی که به نظر می‌رسد که از دوگانگی سنتی عمومی/خصوصی فراتر رفته است.^۱

همانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و موافقت‌نامه الجزایر؛ معاهدات سرمایه‌گذاری سیستم متمایزی از قواعد ثانویه مسئولیت دولت در خصوص شناسایی منفعت حقوقی اعطا شده به سرمایه‌گذار به وسیله معاهدات سرمایه‌گذاری را ایجاد می‌کند. اصول عام مسئولیت دولت برای تخلفات بین‌المللی نمی‌تواند مفروض تلقی شود، زیرا در چنین موردی استناد به وسیله بازیگر غیردولتی در مورد مسئولیت دولت صورت می‌گیرد به عبارت دیگر در این روابط حقوقی جدید ناشی از ارتکاب نقض یک تعهد بین دولت‌های طرف معاهده نیست بلکه بین سرمایه‌گذار و دولت است.^۲

لازم به ذکر است که نظام فرعی ایجاد شده به وسیله معاهداتی که حقوق مستقیمی را به بازیگران غیردولتی اعطا می‌کنند که باید به وسیله طرح دعوی بازیگران غیردولتی اجرا شود، هیچ لطمه‌ای به اجرای قواعد عام مسئولیت دولت بین طرف‌های دولتی معاهده وارد نمی‌کند.^۳ معاهدات سرمایه‌گذاری دو فرآیند حل و فصل اختلاف متمایز دارند؛ یکی اختلافات بین دولت-سرمایه‌گذار از یک سو و اختلافات بین دولت-دولت از سوی دیگر؛ در این خصوص باید عنوان کرد که تردیدی وجود ندارد که قواعد عام مسئولیت دولت نتایج حاصل از مسئولیت برای تخلفات بین‌المللی بین دولت‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد.

وجود نظام فرعی مسئولیت دولت با قواعد ثانویه مجزا از مسئولیت دولت در مرحله اول از پروژه تدوین طرح مسئولیت کمیسیون حقوق بین‌الملل مورد شناسایی قرار گرفته بود. در رابطه با نتایج متفاوت حاصل از جرم و تخلف بین‌المللی گفته شده بود که:

«... با این وجود کمیسیون در اینجا تأکید می‌کند که اعتقاد به این امر کاملاً اشتباه است که حقوق بین‌الملل معاصر تنها مشتمل بر یک رژیم مسئولیت قابل اعمال برای تمامی انواع اقدامات متخلفانه بین‌المللی است...».

1. Zachary, Douglas, "The hybrid foundations of investment treaty arbitration", *The British Year Book of International Law*, Vol. 74, No. 1, 2004, p 185-6.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, p 186.

چالش شناسایی و دسته‌بندی رژیم‌های متمایز مسئولیت بین‌المللی به وسیله ریفاگن- سومین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل - برای اولین بار مورد بررسی قرار گرفت. او بخش مرتبط سومین گزارش خود را با اظهاراتی همسو با کمیسیون حقوق بین‌الملل شروع می‌کند:

«... حقوق بین‌الملل آن‌گونه که امروز وجود دارد تنها در یک سیستم واحد طراحی نشده است، بلکه در قالب نظام‌های فرعی متنوع است که هر کدام قواعد اولیه و قواعد ثانویه‌ای دارند که بسیار در هم تنیده و در واقع جدایی ناپذیرند...»^۱

در نهایت توجه فکری ریفاگان در رابطه با موضوع پیچیده روابط بین نظام‌های فرعی در حقوق بین‌الملل جای خود را به تأکید بیشتر بر مخرج مشترک قواعد ثانویه در کار اخیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مواد طرح مسئولیت داد. این امر در واقع در نتیجه یک عمل‌گرایی خاصی بود که در فرآیند تدوین پروژه حقوق بین‌الملل رخنه کرده بود. در پیش‌نویس‌های بعدی یک اماره ضمنی وجود دارد که حقوق بین‌الملل یک مجموعه واحدی از حقوق است.^۲ با این وجود مشکلات و مسائلی که توسط ریفاگان شناسایی شده بود به وسیله گزارشگران چهارم و پنجم نادیده گرفته نشد و بنابراین یک رزرو قواعد خاص^۳ در ماده ۵۵ از مواد مسئولیت دولت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی در رابطه با نظام‌های فرعی حقوق بین‌الملل به طرح مواد مسئولیت دولت اضافه گردید:

این مواد در جایی و تا اندازه‌ای که شرایط برای وجود عمل متخلفانه بین‌المللی یا محتوا یا اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت به وسیله قواعد خاص حقوق بین‌الملل تحت حاکمیت قرار می‌گیرد، اعمال نمی‌گردد.^۴

همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، رژیم‌های معاهده‌ای مدرن مکانیسمی ایجاد می‌کنند که به وسیله آن افراد و موجودیت‌های خصوصی می‌توانند به مسئولیت طرف دولتی به طور مستقیم برای نقض تعهدی که در معاهده گنجانده شده است استناد کنند. ماده ۵۵ باید در این شرایط اعمال گردد. مواد طرح

1. *Ibid.*

2. Bodansky, Daniel M., and John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 773, 2002, p 772.

3. *Lex Specialis*

4. Crawford, James, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

«تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۵۵، نمونه‌هایی از تفاهم‌نامه حل اختلاف سازمان تجارت جهانی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به عنوان رژیم‌هایی ارائه می‌دهد که به درجات مختلف، جایگزین قواعد مندرج در مواد مربوط به مسئولیت دولت می‌شوند، که با این وجود به شکلی تکمیلی عمل می‌کنند».

مسئولیت دولت درگیر نتایج ناشی از نقض تعهدات بین‌المللی بین‌دولت‌ها است. ریفگان محدودیت این مواد را به شکل مسئله ای ضمنی بیان می‌دارد:

«مسئله‌ای که دوباره مطرح می‌شود این است که آیا پیش‌نویس مواد می‌تواند در مورد همه انواع قواعد حقوق بین‌الملل اعمال گردد؟...»^۱

اگرچه دیوان‌های سرمایه‌گذاری به مواد مسئولیت دولت به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل که قابل اعمال برای حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه‌گذار طبق معاهده سرمایه‌گذاری است دائماً استناد کرده‌اند. این امر مبتنی بر این است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس کننده عرف بین‌المللی، تدوین اصول کلی حقوق بین‌الملل است. اما امری که از رویه دیوان‌های سرمایه‌گذاری قابل استنباط است این است که رویه دیوان‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را به عنوان یک راه تکمیلی (مقررات تکمیلی) مورد استفاده قرار می‌گیرد مسئله‌ای که همانا در ماده ۵۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل به صراحت منعکس شده است. این امر به ویژه در مورد مسئله انتساب و جبران خسارت وجود داشته است.

مواد مسئولیت دولت خود مسئله تعهدات ثانویه متعلق به بازیگران غیردولتی را به صورت رزرو در ماده ۳۳ در حوزه تعهدات مقرر شده در بخش ۲ این مواد ایجاد کرده‌اند:

۱. تعهدات کشور مسئول که در این بخش تصریح شده است، به خصوص بسته به ویژگی و محتوای تعهد بین‌المللی و کیفیات نقض، ممکن است در برابر کشور دیگر، چند کشور یا جامعه بین‌المللی در مجموع باشد.

۲. این بخش، بدون لطمه به هر حق نشأت‌گیرنده از مسئولیت بین‌المللی یک کشور است که ممکن است مستقیماً به هر شخص یا واحدی جز یک کشور، تسری یابد.^۲

معاهدات سرمایه‌گذاری به صراحت در گزارش تفسیری کمیسیون حقوق بین‌الملل برای ماده ۳۳ (۲) به آن به عنوان وضعیتی که تعهد اولیه متعلق به موجودیت غیردولتی است اشاره کرده است و همچنین بیان داشته است که چنین موجودیتی امکان استناد به مسئولیت دولت را از جانب خود بدون دخالت

1. Riphagen, Willem, "Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles)", 1983, 2 Ybk Int L Commission 22, UN Doc A/CN.41354/Add. 1 & 2.

2. Crawford, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Op.cit., p 209.

هیچ‌گونه دولتی دارد.^۱ بنابراین بخش ۲ و ۳ این مواد به دلیل رزرو ماده ۳۳(۲) برای این روابط حقوقی قابل اجرا نیستند. همچنین می‌بایست به ماده ۲۸ گزارش تفسیری استناد کرد که بیان می‌دارد بخش ۲ نسبت به تعهدات جبران خسارت تا اندازه‌ای که این‌ها به وسیله شخص یا موجودیتی غیر از دولت ایجاد شود یا مورد استناد قرار گیرد؛ اعمال نمی‌گردد.^۲

برخی از نویسندگان از اندک بودن ملاحظات مستقیم به وسیله مواد در مورد امکان استناد بازیگران غیردولتی به مسئولیت بین‌المللی انتقاد کرده‌اند.^۳ با این وجود مطالعه اجمالی در مورد این موضوع گسترده نشان می‌دهد که توجه صرف به مسئولیت بین‌المللی بین دولت‌ها می‌تواند پیشرفت سریع در این عرصه را با تاخیر مواجه کند.

به طور کلی، معاهدات سرمایه‌گذاری یک سیستم فرعی^۴ از حقوق بین‌الملل است که روابط بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خصوصی را که در نتیجه نقض معاهده ایجاد می‌شود را بدون لطمه به قوانین عام مسئولیت دولت که بر روابط بین دولت‌های طرف معاهده حاکم است؛ تنظیم می‌کنند. مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها این نتیجه‌گیری را کمرنگ نمی‌کند بلکه برعکس، آن‌ها لزوم چارچوب مفهومی برای تمایز بین سیستم عام مسئولیت دولت و سیستم‌های فرعی مسئولیت را ایجاد می‌کنند. سیستم فرعی ایجاد شده به وسیله معاهدات سرمایه‌گذاری، حقوق خاص (منحصر به فرد)^۵ می‌باشد و استفاده از قواعد ثانویه‌ای که برای نتایج حاصل از دعوی حمایت دیپلماتیک بین دولت‌ها حاکم است؛ نامناسب می‌باشد.^۶

یکی از موارد مهمی که خصوصیت فرعی بودن (انحراف از طرح مسئولیت دولت) این نظام مسئولیت را نشان می‌دهد ماده ۴۴ طرح مواد مسئولیت دولت در مورد قابلیت استماع دعوی است. این ماده بیان می‌دارد:

مسئولیت یک کشور، نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد؛ اگر:

الف) دعوی، مطابق با قاعده قابل اعمال مربوط به تابعیت دعوی اقامه نگردد؛

1. *Ibid.*, p 210.

2. *Ibid.*, p 193.

3. Weiss, Edith Brown, "Invoking state responsibility in the twenty-first century", *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 4, 2002, p 802.

4. Sub-system

5. *Sui Generis*

ب) دعوی، نوعی باشد که نسبت بدان قاعده طمی مقدماتی مراجع داخلی، قابل اعمال گردد و هرگونه طمی مقدماتی مؤثر مراجع داخلی، تمام نشده باشد.

شرح تفصیلی کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد ماده ۴۴ آشکار می‌سازد که قواعد تابعیت دعاوی و طمی مقدماتی مراجع داخلی، فقط به صلاحیت یا قابلیت پذیرش دعوا نزد مراجع قضایی^۱ مربوط نمی‌شود؛ بلکه دارای یک ویژگی اساسی^۲ است تا اندازه‌ای که آن‌ها شرط‌هایی برای استناد مسئولیت دولت در وهله نخست می‌باشند.^۳ اگر یک معاهده ایجاد کننده مرجع قضایی برای استماع دعاوی بین دولت‌ها ناشی از صدمه‌ها به اتباع؛ در مورد قواعد مربوط به تابعیت دعاوی و طمی مقدماتی مراجع داخلی سکوت اختیار کرده باشد؛ طبق مقررات کمیسیون حقوق بین‌الملل این قواعد را پیش شرط استناد مسئولیت دولت می‌داند که می‌بایست در هر حال راجع به این مورد اعمال گردد.

با این وجود، قاعده تابعیت دعاوی یا طمی مقدماتی مراجع داخلی در مورد نظام فرعی مسئولیت بین‌المللی دولت/سرمایه‌گذار در صورتی که در سند معاهده‌ای مربوطه چنین شرطی به صراحت نیامده باشد، اعمال نمی‌گردد. چرا که سرمایه‌گذار حقوق خود در مقابل دولت میزبان را به وسیله توسل به مکانیسم داوری دولت/سرمایه‌گذار اعمال می‌کند.

در راستای این نظر و تأیید آن، می‌بایست اضافه نمود که دیوان‌های مبتنی بر معاهده به طور متحدالشکلی اعمال قاعده طمی مقدماتی مراجع داخلی در غیاب هر گونه مقرر صریح در معاهدات سرمایه‌گذاری رد کرده‌اند.^۴ این رویکرد نمی‌تواند به سادگی به این دلیل که معاهده ساکت است همان گونه که در این آراء پذیرفته شده است؛ توجیه گردد. برعکس، اگر اختلافات سرمایه‌گذار-دولت تابع

1. *Ibid.*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

معاهدات پیشرو در حقوق بین‌الملل نیز قواعد مربوط به تابعیت دعاوی و طمی مراحل جبران خسارت محلی را به عنوان پیش شرط‌های کلی برای استناد به مسئولیت دولت در نظر می‌گیرند، نه صرفاً بخشی از قانون مربوط به پذیرش دعاوی بین دولتی در برابر دادگاه‌ها و محاکم بین‌المللی.

۴. این امر در قضایای زیر بیان شده است:

CME Partial Award, Para. 411, 417. Implicitly in: Waste Management Inc. v United Mexican States, (Decision on Preliminary Objection, 26 June 2002) Case No. ARB(AF)/0013, 6 ICSID Rep 549, Para. 30; Compañia de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic, (Award, 21 November 2000) Case No. ARB/97/3, 5 ICSID Rep 299, Para. 81; Compañia de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic, (Decision on Annulment, 3 July 2002) Case No. ARB/9713, 6 ICSID Rep 340, Para. 52; Societe Generale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction, 6 August 2003) Case No. ARB/OI/13, (2003) 42 ILM 1290, Para. 151.

قواعد مسئولیت بین‌المللی دولت-دولت بود قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی می‌بایست در غیاب هر گونه صرف‌نظر کردن در معاهده اجرا می‌گردید.^۱

در خصوص جبران خسارت همچنین می‌توان به ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید اشاره کرد: «رضایت طرفین به داوری تحت مقررات این کنوانسیون، در صورتی که به شکل دیگری مقرر نشده باشد، رضایت با در نظر گرفتن همه راه‌های دیگر می‌باشد. هر دولت متعاقد می‌تواند رضایت به داوری تحت مقررات این کنوانسیون را مشروط به مراجعه قبلی به مراجع اداری یا قضایی (و عدم حصول نتیجه از آن‌ها) بنماید.»^۲

دیوان بین‌المللی دادگستری آستانه بالایی را برای صرف‌نظر ضمنی در متن معاهده در قضیه الکترونیکا سیکولا اسپا در نظر گرفته است.^۳ دیوان بیان می‌دارد که نمی‌تواند بپذیرد که از یک اصل مهم حقوق بین‌الملل عرفی در غیاب کلماتی که به طور آشکار این قصد را نشان می‌دهد صرف‌نظر کرد و مستثنی نمود.^۴ بنابراین یک فرض روشنی در حقوق بین‌الملل عرفی علیه صرف‌نظر کردن ضمنی از قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی وجود دارد.^۵ در قضیه تابعیت مضاعف در دیوان داوری ایران و ایالات متحده^۶ ایران اظهار داشت که داوری‌ها نزد دیوان نمونه حمایت دیپلماتیک است به گونه‌ای که راه‌حل پذیرش دعاوی به وسیله اتباع دو تابعیتی می‌بایست در حقوق بین‌المللی عمومی پیدا شود و نه در اختلافات بین یک دولت و اتباع دولت دیگر که به وسیله حقوق بین‌الملل خصوصی قابل حل و فصل است.^۷ دیوان این اظهارات را نپذیرفت، زیرا هدف و موضوع موافقت‌نامه الجزایر گسترش حمایت دیپلماتیک در معنای معمول خود نبود. بنابراین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی دیوان را از اعمال صلاحیت شخصی بر خواهان‌های آمریکایی که همزمان تابعیت ایرانی را نیز دارند منع نمی‌کند.^۸

1. *Majjezini v Kingdom of Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000) Case No. ARB/97/7, 5 ICSID Rep 396, the Tribunal noted that 'Article 26 [of the ICSID Convention].

2. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States art. 26, (Mar. 18, 1965), 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

3. Case Concerning *Electronica Sicula SpA (ELSI)* (United States v Italy) [1989] ICJ Rep 14.

4. *Ibid.*, p 42.

5. Trindade, AA Cançado, "Exhaustion of Local Remedies in International Law experiments granting procedural status to individuals in the first half of the twentieth century", *Netherlands International Law Review*, Vol. 24, No. 3, 1977, p 375.

6. *Islamic Republic of Iran and United States* (Case A/18) (Dual Nationality) (6 April 1984) DEC 32-AI8-FT, (1984) 5 Iran-US CTR 251.

7. Memorial of the Islamic Republic of Iran in Case A/18 (21 October 1983), 25-6.

8. *In Sedco, Inc. for itself and on behalf of Sedco International, S. A. and Sediran Drilling Company v National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran* (28 October 1985) ITL 55-129-3, (1985) 9 Iran-US CTR Para. 245, 256.

بنابراین در مجموع می‌توان بیان داشت که فرض قاعده طی مراجع داخلی برای دعاوی دولت-دولت وجود دارد همان‌گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه الکترونیکا سیکولا اسپا این موضع را اتخاذ نموده است. در مقابل این قاعده در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار یک فرض تلقی نمی‌گردد. بدین معنی که در صورت سکوت معاهده در این مورد، این قاعده محلی از اجرا پیدا نخواهد کرد. به طور کلی همان‌گونه که شروتر در بررسی اصل «الزام به طی کامل مراجع داخلی»، ضمن بیان برخی ملاحظات مهم، از قاعده‌ی اساسی کنوانسیون ایکسید در خصوص عدم لزوم طی کامل مراجع داخلی حمایت کرده است. او سه دلیل اصلی را مطرح می‌کند: (۱) رجوع به تمام راهکارهای محلی پیش از رسیدگی ایکسید می‌تواند برای سرمایه‌گذار اتلاف وقت و هزینه باشد (۲) برگزاری دادرسی‌های علنی در دادگاه‌های کشور میزبان ممکن است اختلاف با سرمایه‌گذار خارجی را شدیدتر کرده و حتی بر فضای سرمایه‌گذاری اثر منفی بگذارد. (۳) در صورتی که دیوان ایکسید رأی عالی‌ترین دادگاه کشور میزبان را نقض کند، این امر به طور قطع برای کشور میزبان موجب وضعیتی بسیار ناخوشایند و دشوار خواهد شد.^۱

به طور کلی می‌توان بیان داشت که نظام فرعی مسئولیت سه خصوصیت ویژه دارد که آن را از نظام عام مسئولیت متمایز می‌نماید؛ از یک سو، این نظام به فرعی که مبتنی بر قواعد معاهداتی است به سرمایه‌گذار حقوق مستقیمی اعطا می‌کند (بر خلاف نظام عام که مختص روابط بین دولت‌ها است) و در واقع یک طرف این رابطه سرمایه‌گذار است که در ماده ۵۵ و ۳۳ طرح مواد به آن اشاره کردیم و از سوی دیگر، به دلیل فلسفه وجودی این معاهدات که در واقع تسهیل جریان سرمایه و پیش‌بینی‌پذیری قراردادی در برابر حفظ تعادل متقابل دولت‌ها است که این دو موضوع خود موجب ایجاد قواعد خاص در این نظام حقوقی شده است که در رویه داوری دولت‌ها در خصوص قابلیت استماع دعوا در مورد تابعیت دعاوی و حذف قاعده طی مراجع داخلی تجلی یافته است.

نتیجه‌گیری

به طور کلی می‌توان بیان داشت که استناد فراگیر در تصمیمات داوری معاهده سرمایه‌گذاری بر روی مواد کمیسیون وجود داشته است. مواد کمیسیون برای راهنمایی برای حل طیف وسیعی از مسائل مربوط به محتوا و پیامدهای مسئولیت دولت در مورد نقض معاهده سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته است، به ویژه در مواردی که معاهده سرمایه‌گذاری قابل اجرا در مورد قوانین قابل اعمال برای حل و فصل

1. Kaul, Divesh, "A Functional Approach to Local Exhaustion of Remedies in International Law", *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 24, No. 2, 2024, p 179.

چنین مسائلی سکوت کرده است. بخش اول و چهارم مواد کمیسیون طبق اصول قابل استناد در دعای دولت- سرمایه‌گذار هستند و استنادات زیادی از این بخش‌ها صورت گرفته است- از جمله در انتساب، ضرورت و فورس ماژور- ولی استناد به بخش‌های دوم و سوم از نظر اصول و در دکتترین مورد پذیرش قرار نگرفته است، اما به خصوص در زمینه جبران خسارت این استنادات به وسیله قیاس صورت گرفته است که ایجاد رویه نیازمند استدلال‌های قوی‌تری در رویه داوری دیوان‌های سرمایه‌گذاری و صدور آراء بیشتری در این زمینه است.

در عین حال، رویه قضایی همیشه به طور کامل منسجم نبوده است. چنین ناسازگاری‌هایی ممکن است با افزایش بار پرونده‌های داوری قرارداد سرمایه‌گذاری برجسته‌تر شوند، اما همچنین ممکن است به طور فزاینده‌ای در مورد کاربرد و عناصر برخی از مقررات کمیسیون در داوری سرمایه‌گذاری، اجماع ایجاد شود. آنچه با اطمینان می‌توان نتیجه گرفت این است که از تمام حوزه‌های متفاوت حقوق بین‌الملل که در آن مواد کمیسیون نقش ایفا می‌کند، یک رویه مهم- هم از نظر کمی و هم از نظر کیفی- از طریق تصمیمات دیوان‌های سرمایه‌گذار- دولت افزایش می‌یابد. این سهم داوری سرمایه‌گذاری در حقوق بین‌الملل را نباید دست کم گرفت، زیرا تفسیر و کاربرد مواد کمیسیون را نه فقط در این زمینه حقوق، بلکه به طور بالقوه فراتر از آن در آینده نیز خواهد داشت.

همچنین در این نوشتار نتیجه گرفتیم که نظام مسئولیت در دعاوی سرمایه‌گذار- دولت در عین این که از قواعد عام این طرح بسیار استفاده نموده است، از نظام عام مسئولیت (طرح ۲۰۰۱)- به دلیل ماهیت خاص این دعاوی- دچار انحرافات شده است به صورتی که می‌توان از ایجاد یک نظام فرعی مسئولیت دولت در این دعاوی سخن گفت. این امر به عنوان مثال و به صورت برجسته‌ای در قابلیت استماع دعوا (قاعده طی کامل مراجع داخلی و تابعیت دعاوی) ظهور و بروز پیدا کرده است. به طور کلی منظور از نظام فرعی مسئولیت دولت نه تنها بحث قواعد مجزای مقرر شده در معاهدات سرمایه‌گذاری است (همان بحث مقرر شده در ماده ۵۵ طرح مسئولیت دولت) بلکه در مواردی هم که در معاهده در مورد قواعد ثانویه مسئولیت دولت سکوت وجود دارد و به قواعد عام مسئولیت دولت (طرح مواد مسئولیت دولت) استناد می‌کنند، این استناد همراه با تغییراتی است. همچنین طبق ماده ۳۳ طرح مواد مسئولیت دولت متفاوت عمل کردن در قواعد مسئولیت در خصوص دعاوی دولت- سرمایه‌گذار که یک طرف آن بازیگر غیردولتی است دارای مجوز است.

منابع

کتاب

۱. دالزر، رودلف و کریستف شروتر، **اصول حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری**، مترجمان: سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲. مک لاکن، کمپل لارنس شور و متیو واینیگر، **داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، مترجمان: ترجمه لعیان جنیدی، محمدرضا شکیب و بهاره احمدپور، ج ۱، چ ۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۳.

References

Book

1. Crawford, James, **The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

Articles

2. Amador, FV García, *Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of the Alien, Part II: The International Claim*. Third Report on State Responsibility. U.N. Doc. A/CN.4/111. In *Yearbook of the International Law Commission 2*, 1958.
3. Arangio-Ruiz, Gaetano. *State Responsibility. Eighth Report on State Responsibility*. U.N. Doc. A/CN.4/476 and Add. 1. In *Yearbook of the International Law Commission II (Part Two)*, 1996.
4. Bodansky, Daniel M., and John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", *Am. J. Int'l L*, Vol. 96, No. 773, 2002, pp. 773-791. <https://doi.org/10.2307/3070677>
5. Crawford, James and Freya Baetens, "The ILC Articles on State Responsibility: More than a 'Plank in a Shipwreck'?", *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, pp. 13-19. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab048>
6. Crawford, James, "Investment Tribunals and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Rev FILJ*, Vol. 25, No. 1, 2010, pp.127-199. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/25.1.127>
7. Hanessian, Grant, and Kabir Duggal, "The final 2015 Indian model BIT: Is this the change the world wishes to see?" *ICSID Rev FILJ*, Vol. 32, No. 1, 2017, pp. 216-226. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw020>
8. Kaul, Divesh, "A Functional Approach to Local Exhaustion of Remedies in International Law", *Wash. U. Global Stud. L. Rev*, Vol. 24, No. 2, 2024, pp. 151-179. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5211256>
9. Partlett, Kate, "The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims: Visions and Realities of International Law as an Open System", in Chinkin, Christine, and Freya Baetens (eds), *Sovereignty, statehood and state responsibility*, Cambridge University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107360075.027>
10. Riphagen, Willem. "Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles)." *Yearbook of the International Law Commission 2*, 1983, 22. UN Doc. A/CN.4/354/Add. 1 & 2.

11. Shirlow, Esmé, and Kabir Duggal, “The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 37, No. 1-2, 2022, pp. 378, 542. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siac008>
12. Trindade, AA Cançado, “Exhaustion of Local Remedies in International Law experiments granting procedural status to individuals in the first half of the twentieth century”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 24, No. 3, 1977, 373-392.
13. Weiss, Edith Brown, “Invoking state responsibility in the twenty-first century”, *Am. J. Int'l L.*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 798-816. <https://doi.org/10.2307/3070679>
14. Zachary, Douglas, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, *The British Year Book of International Law*, Vol. 74, No. 1, 2004, pp. 151-289

Precedents and case law

15. *Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*. ICSID Case No. ARB/11/33, Award, November 3, 2015.
16. *AES Corporation and Tau Power BV v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/10/16, Award, November 1, 2013.
17. *Belenergia SA v. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/15/40, Award, August 6, 2019.
18. *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*. ICSID Case No. ARB/10/15, Award, July 28, 2015.
19. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*. PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, March 17, 2015.
20. *Case Concerning Electronica Sicula SpA (ELSI) (United States v. Italy)*. ICJ Rep. 1989: 14.
21. *CME v. Czech Republic*. Partial Award, paras. 411, 417.
22. *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3, Award, November 21, 2000, 5 ICSID Rep. 299.
23. *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002, 6 ICSID Rep. 340.
24. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011.
25. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.

26. *Flemingo Duty Free Shop Private Limited v. Republic of Poland*. UNCITRAL, Award, August 12, 2016.
27. *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, September 22, 2014.
28. *Islamic Republic of Iran and United States (Case A/18) (Dual Nationality)*. Decision, April 6, 1984, DEC 32-A18-FT, (1984) 5 Iran-US CTR 251.
29. *Majjezini v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, 5 ICSID Rep. 396.
30. *Masdar Solar and Wind Cooperatief UA v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/14/1, Award, May 16, 2018.
31. *Memorial of the Islamic Republic of Iran in Case A/18*, October 21, 1983.
32. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*. SCC Case No. V 064/2008, Final Award, June 8, 2010.
33. *Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v. Plurinational State of Bolivia*. ICSID Case No. ARB/06/2, Award, September 16, 2015.
34. *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, Quantum, December 30, 2019.
35. *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*. Case ITL 55-129-3, Award,
36. *Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, August 6, 2003, 42 ILM 1290.
37. *Sun Reserve Luxco Holding SRL v. Italy*. SCC Case No. 132/2016, Final Award, March 25, 2020.
38. *The Rompetrol Group NV v. Romania*. ICSID Case No. ARB/06/3, Award, May 6, 2013.
39. *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*. ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014.
40. *Unión Fenosa Gas, SA v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/14/4, Award, August 31, 2018.
41. *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/07/26, Award, December 8, 2016.
42. *Waste Management Inc. v. United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Preliminary Objection, June 26, 2002, 6 ICSID Rep. 549.

43. *Yukos Universal Limited (Isle of Man); Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*. PCA Case Nos. 2005–04/AA227, 2005–05/AA228, Final Award, July 18, 2014.

Legislative Instruments

44. International Law Commission. *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, ch. 4, U.N. Doc. A/56/10 (2001).
45. GA Res. 56/83 (Dec. 12, 2001).
46. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, March 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159.

Online Sources

47. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*. (Accessed at August 28, 2025). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
48. UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator: Full Data Release as of 31/12/2023 (Excel format)*. (Accessed at August 28, 2025). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

The Application of the Articles on State Responsibility and the Emergence of a Subsystem of Responsibility in Investor–State Treaty Arbitration: Rethinking Admissibility of Claims

Mirshahbiz Shafe*
Niloufar Nazaryani**

Received: 2025.09.09

Accepted: 2025.10.01

Abstract

Contemporary international law exhibits a tendency towards fragmentation, meaning that the general law of state responsibility is divided into treaty-specific subsidiary systems. This article examines the application of the 2001 International Law Commission (ILC) Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and the formation of a subsidiary system of responsibility in investor-state dispute settlement (ISDS). An examination of arbitral practice reveals that Parts One and Four of the ILC Articles (concerning attribution, breach, circumstances precluding wrongfulness, and general provisions) have been most frequently applied. In contrast, Part Two (content of responsibility, i.e., reparations), although pertaining to state-to-state relations, has often been applied by analogy, and Part Three (implementation of responsibility, i.e., countermeasures) has received less attention. The article also emphasizes the emergence of a subsidiary system of state responsibility within investor-state arbitration. This system, shaped by reliance on Articles 33 and 55 of the ILC Articles, and through the direct conferral of rights to investors, distances itself from traditional rules on the admissibility of claims, such as “the nationality of claims” rule or the “exhaustion of local remedies” requirement—unless explicitly stipulated in the treaty. Arbitral practice has confirmed this distinction, applying the ILC Articles more as a reflection of custom and supplementary rules. Consequently, although investment tribunals have extensively referred to the ILC Articles, such reference has involved modification and adaptation, thus allowing one to speak of the formation of a subsidiary system of responsibility in this field.

Keywords:

State Responsibility, International Investment Law, Investor-State Disputes, Attribution, Admissibility of Claims

* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

** Ph.D Student, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran., Corresponding Author
Email: n.nazaryanin@sbu.ac.ir

