تعالی حقوق
سال چهارم/ شماره‌های ۱۷ و ۱۶/
فروردین، اردیبهشت، خرداد و تیر ۱۳۹۱
صفحات ۶۱ تا ۸۵

صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در اعمال حمایت دیپلماتیک با تأکید بر قضیه‌ی دیالو

سهیلا کوشا[1]

چکیده

حمایت دیپلماتیک، عبارت است از: حمایت یک تابع حقوق بین‌الملل از افراد حقیقی یا حقوقی، به دلیل نقض قواعد حقوق بین‌الملل، علیه تابع دیگر حقوق بین‌الملل، به گونه‌ای که نقض تعهدات بین‌المللی، منجر به ایراد خسارتی به تبعه‌ی آن شده باشد.

حمایت دیپلماتیک می‌تواند در اصل مربوط به موضوع مسؤولیت دولت‌ها باشد که اساساً مبتنی بر موازین حقوق بین‌الملل عرفی است، اما امروزه در خصوص حمایت از افرادی به کار می‌رود که تبعه‌ی هیچ دولتی نمی‌باشند و شامل افراد بی‌تابعیت (آپاترید)، پناهندگان و قربانیان نقض موازین حقوق بشری نیز می‌شود.

حمایت دیپلماتیک، در ارتباط با پیامدهای قانونی افعال نادرست دولت‌ها در سطح بین‌المللی و هم‌چنین مسؤولیت دولت‌ها برای جبران خسارت کامل در خصوص صدمه‌ی ناشی از نقض قواعد حقوق بین‌الملل است که در این مقاله، با تأکید بر قضیه‌ی دیالو مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: دیوان بین‌المللی دادگستری، صلاحیت، حمایت دیپلماتیک، تابعیت مضاعف، جبران خسارت داخلی، قضیه‌ی دیالو.[2]

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق و عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور.

2.For more detail refer to Para's. (13-25) of case concerning Ahmadou Sadio Diallo

درآمد

حمایت دیپلماتیک، حق دولت‌ها اســت؛ اما دولت بودن، به تنهایی صلاحیتی به دیوان برای رســیدگی به یک دعــوا اعطا نمی‌کند. عنصر اساســی، رضایت قطعی طرفین اختلاف اســت که به دیوان، صلاحیت رســیدگی به یک دعوا را اعطا می‌کند. ایــن عنصر، رضایت صریح دولت‌ها اســت کــه صلاحیت موضوعی دیــوان را تکمیل می‌کنــد.[1] بنابر این، دیوان در هنگام صدور رأی در خصوص صلاحیت خود، حق دارد در خصوص وضعیت حقوقی دولت‌ها اظهار نظر کند. این امر شــامل اظهار نظر دیوان در خصوص وضعیت حقوقی ســایر تابعان حقوق بین‌الملل به غیر از دولت‌ها، از جمله حمایت دیپلماتیک از تبعه‌ی زیان‌دیده در قلمرو کشور بیگانه نیز می‌گردد (ibid).

دیوان برای احراز و اعمال صلاحیت خود در قضیه‌ی دیالو که دعوای گینه علیه جمهوری دموکراتیک کنگو اســت، ملاحظه نمود که خواهان در لایحه‌ی خود، مبنای صلاحیــت دیــوان را اعلامیه‌های یک‌جانبه‌ی طرفین بــرای قبولی صلاحیت اجباری دیوان (بند ۲ ماده‌ی ۳۶ اساس‌نامه دیوان)[2] دانسته است. جمهوری دموکراتیک کنگو، بدون مبنای صلاحیتی ارائه شــده توســط خواهان را می‌پذیرد، ولی قابلیت پذیرش این دعوا را به دلایل ذیل به چالش می‌کشــد و بــه آن اعتراض می‌نماید: اول این‌که، گینه فاقد صلاحیت برای اعطای حمایت دیپلماتیک از دیالو است؛ حق‌هایی که گینه درصدد حمایت از آن‌ها اســت، متعلق به شــرکت‌های افریکام زایــر[3] و افریکونیتنرز زایر[4] اســت که دو شــرکت کنگویی هســتند؛ دوم این‌که، دیالو و شرکت‌های ایشان، قاعــده‌ی رجوع به محاکم داخلــی دولت خوانده برای جبران خســارت را که یکی از پیش‌شرط‌های حمایت دیپلماتیک است، رعایت نکرده است.

(Republic of Guinea V. Democratic Republic of the Congo), ICJ Reports (2007) , preliminary objections , (pp, 10-14), (Pares. 13-25).

1. For more details refer t: Shabtai Rossenne, "the law and practice of the international court (1920-1996), Martinus Nijhoff publishers, volume II, Jurisdiction, (pp. 638-654).

2. For more details refer to: "Shabtai Rossenne, "Documents on the international court of justice", Martinus Nijhoff publishers, 1991, (p.77)".

3. Africom- Zaire

4. Africontainers- Zaire

این مقاله به تجزیه و تحلیل ادله‌ی دیوان در ارتباط با ایرادهای اولیه‌ی خوانده در خصوص قابلیت پذیرش دعوای خواهان برای حمایت دیپلماتیک می‌پردازد. در ابتدا حق حمایت دیپلماتیک و پیش‌شرط‌های آن تبیین می‌شود و سپس به فرایند احراز و اعمال صلاحیت دیوان در قضیه‌ی دیالو می‌پردازیم.

۱. تعریف حمایت دیپلماتیک

حمایت دیپلماتیک عبارت است از استناد به مسؤولیت دولت‌ها به دلیل ایراد صدمه به تبعه‌ی دولت دیگر در قلمرو خودش به واسطه‌ی نقض قواعد و موازین حقوق بین‌الملل؛ که هدف آن جبران خسارت ناشی از افعال نادرست کشور میزبان از طریق اعاده‌ی وضعیت به حالت سابق، دریافت غرامت یا رضایت، به تنهایی یا ترکیبی از این‌ها است. تعیین شیوه و میزان جبران خسارت، طبق بند ۲ ماده‌ی ۳۶ اساس‌نامه‌ی دیوان، در حیطه‌ی صلاحیت موضوعی دیوان قرار می‌گیرد.[1] بنابر این، عناصر کلیدی حمایت دیپلماتیک، عبارتند از:"مربوط به موضوع مسؤولیت دولت‌ها؛ درخواست غرامت برای اقدامات خلاف و مغایر موازین حقوق بین‌الملل دولت‌ها؛ نحوه‌ی برخورد با اتباع بیگانه؛ حمایت دیپلماتیک، حق دولت متبوع تبعه‌ی زیان‌دیده در قلمرو کشور بیگانه است.

در قضیه‌ی دیالو، گینه خواستار حمایت دیپلماتیک از تبعه‌ی خود برای موارد ذیل شد: حمایت از حقوق فردی وی، حق مستقیم وی به عنوان شریک در دو شرکت فوق‌الذکر و حمایت از وی در خصوص حق ایشان از طریق جانشینی در دو شرکت فوق‌الذکر.

۲. پیش‌شرط‌های لازم برای حمایت دیپلماتیک

دولت‌ها در صورتی می‌توانند از تبعه‌ی خود حمایت دیپلماتیک نمایند که به واسطه‌ی نقض قواعد و موازین حقوق بین‌الملل، صدمه‌ی مهم و قابل توجهی به

1. CF, article 1 of the draft articles on Diplomatic protection of the international law commission (ILC); fifty – eighth session (2006), ILC Report, doc ,A/61/10, p.16; available at :www.un.org/GA/A/61/10.

تبعه‌ی آن‌ها در قلمرو کشـور بیگانه وارد شـده باشد. دیوان می‌بایست در هر قضیه‌ی مطروحه‌ی مربوط به حمایت دیپلماتیک در دیوان بین‌المللی دادگستری، در راستای احراز و اعمال صلاحیت خود، به بررسـی پیش‌شـرط‌های لازم بپردازد که عبارتند از: حق اعطای حمایت دیپلماتیک؛ وجود اقدامات خلاف و مغایر موازین حقوق بین‌الملل دولت‌هـا؛ تابعیـت فرد زیان‌دیده و پیوسـتگی آن، رعایت قاعـده‌ی رجوع به محاکم داخلیِ دولت خوانده برای جبران خسارت.

۱-۲. حق اعطای حمایت دیپلماتیک

به طور کلی، هر دولتی حق اعطای حمایت دیپلماتیک از تبعه‌ی زیان‌دیده‌ی خـود را علیه کشـور دیگری دارد که به دلیل اقدامـات دولت‌ها مغایر موازین حقوق بین‌الملل بوده در قلمرو کشور بیگانه، به آن تبعه‌ی صدمه‌ای وارد شده باشد.

۱-۱-۲. افراد مشمول حمایت دیپلماتیک

افراد در حمایت دیپلماتیک، شـامل هر فرد حقیقی یا حقوقی می‌شود که در یـک فعالیت تجاری، مثل دریافت امتیازات مهم، سـرمایه‌گذاری خارجی، یا در قالب شـرکت، در قلمرو کشوری بیگانه مشغول به کار اسـت؛ یا در قلمرو آن کشور ساکن شده و یا به آن‌جا سفر کرده است و انتظار دارد که این کشور بیگانه، تعهدات الزام‌آور بین‌المللـی خـود را در قبال این فرد رعایت کند. در این صورت اگر فردی بر این باور باشد که دولت میزبانِ بیگانه، تعهداتش را نقض نموده است، می‌تواند از دولت متبوع خود درخواست حمایت دیپلماتیک کند.

نقض تعهدات بین‌المللی دولت‌ها، شـامل هر نوع مصادره، سلب مالکیت، ملی کـردن یا ارتـکاب هر اقدام مغایر موازیـن حقوق بین‌الملل دولت‌هـا می‌گردد که به واسـطه‌ی نقض تعهدات بین‌المللی، در قلمرو کشور بیگانه خسارتی به این افراد وارد شده باشد و جبران صورت نگرفته باشد.

حمایت دیپلماتیک از افراد حقیقی با افراد حقوقی متفاوت اسـت و هر کدام شـرایط خاص خود را دارد. در قضیه‌ی دیالو، فرد خواستار حمایت دیپلماتیک از یک شـرکت خصوصی با مسـؤولیت محدود اسـت که طبق قوانین زئیر، در اداره‌ی ثبت

کینشازا در کنگو به ثبت رسیده است و دیالو تبعه‌ی گینه مدیر شرکت افریکام زایر و شریک در شرکت افرینتینرز زایر است. ایشان به دلیل عدم پرداخت بدهی‌های دولت و چند شـرکت خصوصی دیگر به شـرکت‌های خود در قلمرو کنگو متحمل خساراتی شده و ادعا نموده است که به‌رغم رجوع به محاکم داخلی کشورِ کنگو نتوانسته احقاق حق نماید.

۲-۱-۲. دولت اعطاکننده‌ی حمایت دیپلماتیک

دولـت متبوع فرد زیان‌دیده، خواسـتار حمایت دیپلماتیک دولتی اسـت که فـرد زیان‌دیده تابعیت آن را دارد. در حقـوق بین‌الملل، دولت‌ها تعهدی برای اعطای حمایت دیپلماتیک خود ندارند، اما قوانین داخلی دولت‌ها ممکن است آن‌ها را مجبور بـه اعطای حمایـت دیپلماتیک از افراد تبعه‌ی خود بنمایـد.[1] دو اصل لازم‌الرعایه در حمایت دیپلماتیک عبارتند از:

۱- قوانین داخلی دولت‌ها مشـخص می‌کند که آیـا دولت‌ها ملزم به اعطای حمایت دیپلماتیک از اتباعشان هستند یا خیر.

۲- دولت متبوع و شـیوه‌ی اعطای تابعیت به افـراد حقیقی یا حقوقی را نیز قوانین داخلی مشـخص می‌نماید که می‌بایسـت از محدودیت‌هـای مقرر در حقوق بین‌الملل تبعیت نماید.

دلایل دولت متبوع فرد زیان‌دیده برای اعطای حمایت دیپلماتیک، عبارتند از: اجرای قوانین داخلی خود؛ کسـب اعتبار و شهرت سیاسی؛ اهمیت اقتصادی خسارت وارده به آن فرد؛ احتمال تغییر وضعیت کنونی به این مفهوم که دولتِ خواهان حمایت دیپلماتیک می‌تواند روزی خوانده‌ی چنین دعوایی باشد.

دلایـل دولت متبـوع فرد زیان‌دیده بـرای عدم اعطای حمایـت دیپلماتیک عبارتند از: احتمال از دست دادن متحدان خود؛ ممنوعیت هرگونه تجارت یا معاملات بعدی با این دولت یا سایر دولت‌ها با این دولت؛ امتناع از اعطای وام؛ ایجاد ائتلاف در یک سـازمان بین‌المللی علیه دولت اعطا کننده‌ی حمایت دیپلماتیک در قضیه‌ای که

1. Case concerning Barcelona Traction light and power company, limited (Belgium / Spain), ICJ Reports 1970, P. 4, at p .44

برای این دولت دارای اهمیت اساسی و بنیادین است.[1]

در قضیه‌ی دیالو، دولت متبوعِ خواهان، کشور گینه است که پذیرفته تا از وی با اقامه‌ی دعوا علیه کنگو، به عنوان خوانده‌ی دعوا حمایت دیپلماتیک نماید.

۳-۱-۲. دولت خوانده در حمایت دیپلماتیک

دولت خوانده، دولتی است که مسؤول اقدامات مغایر موازین حقوق بین‌الملل علیه تبعه‌ی کشور بیگانه است. آن‌ها بر این باور هستند که اهداف حمایت دیپلماتیک عبارتند از: اتخاذ یک اقدام سیاسی؛ هدف بر هم زدن و زیر سؤال بردن سیستم قانونی کشور خوانده؛ جلوگیری از نارضایتی شهروندان؛ اعمال زور اقتصادی توسط دولت‌های قوی‌تر با مداخله در امور داخلی دولت‌های ضعیف‌تر برای ایجاد نوعی استثمار نوین؛ شکست اقتصادی و حاکمیت بر دولت‌ها، بالاخص در قبال دولت‌هایی که کالاها و خدمات زیادی را صادر می‌کنند، ولی سرمایه‌ی اندکی دارند؛ باور فلسفه‌ی تفکر جمعی.[2]

در قضیه‌ی دیالو، دولت خوانده، کشور جمهوری دموکراتیک کنگو است که به دلیل بازداشت و حبس دیالو و اخراج وی از قلمرو کنگو به طور غیرقانونی، علیه آن نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه‌ی دعوا شده است.

۲-۲. فعل خلاف حقوق بین‌الملل در حمایت دیپلماتیک

در اغلب موارد، هدف حمایت دیپلماتیک، جبران خسارت برای صدمات وارده به واسطه‌ی ارتکاب هر اقدام خلاف و مغایر موازین حقوق بین‌الملل توسط دولت‌ها یا قصور در جلوگیری از ارتکاب چنین عمل خلافی است که بستگی به نوع خلاف ارتکابی و نحوه‌ی جبران خسارت آن دارد. امروزه تمایل زیادی برای اعطای حمایت دیپلماتیک وجود دارد. دلایل این تمایل عبارتند از:

---

1. Leigh, G.I.F., "nationality and diplomatic protection", ICLQ, vol. 20, 1971, (pp .453-475).

2. Gormley. w.p.," the employment of diplomatic protection as an alternative remedy to individual action, Indian year book of international affairs", Vol. 8, 1980, (Pp. 46 - 100).

۱- گسترش قراردادها بین افراد و دولت‌های بیگانه به دلیل تجارت روز افزون کالا و خدمات، سرمایه‌گذاری خارجی و سایر فعالیت‌های تجاری ماورای مرزها؛

۲- گسترش سفر برای کسب و کار (مهاجران کار) یا مهاجرت، افزایش تمایل افراد برای سفرهای تفریحی؛

۳- گسترش صلاحیت محاکم دولت‌ها برای رسیدگی به جرایم ارتکابی در منطقه‌ی انحصاری اقتصادی و فلات قاره؛

۴- از زمان جنگ جهانی دوم به بعد، هزاران معاهده‌ی دو یا چند جانبه بین دولت‌ها برای ارتقای همکاری‌های اقتصادی منعقد شده و روزبه‌روز بر تعداد آن‌ها افزوده می‌گردد.

۵- امروزه اصل دول کامله الوداد[1] اهمیت خود را از دست داده است؛ رویکردهای جدید در میثاقین و سایر معاهدات بین‌المللی در خصوص موازین حقوق بشری و حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی، که تمام افراد قربانیِ نقض این تعهدات الزام‌آور را بدون در نظر گرفتن تابعیت آن‌ها تحت پوشش قرار می‌دهد.[2]

در قضیه‌ی دیالو، افعال خلاف کشور خوانده، در خصوص نقض حقوق دیالو، شامل نقض حقوق فردی دیالو؛ نقض حقوق مستقیم وی به عنوان شریک و سهام‌دار در دو شرکت مذکور و نقض حقوق وی در این شرکت‌ها ناشی از بازداشت، حبس و اخراج غیرقانونی ایشان از قلمرو کنگو بود.

گینه در دادخواست خود از دیوان درخواست نمود تا کنگو را به دلیل بازداشت و حبس خودسرانه و غیرقانونی دیالو، دارای مسؤولیت بین‌المللی برای جبران خسارت بداند. برای این‌که در هنگام بازداشت و حبس ایشان، حقوق فردی وی طبق کنوانسیون وین در امور کنسولی (۱۹۶۳) به دلیل رفتار تحقیرآمیز و محروم کردن وی از اِعمال حق خود به عنوان مالک، مدیر و شریک در شرکت‌های فوق‌الذکر نقض شده است.

---

1. Most Favored Nation clause (mfn).

2. Schweis Furth .T, "operations to rescue nationals in third states involving the use of force in relation to the protection of human rights", GYIL, Vol. .13, (1980), (Pp. 159-180).

۲-۳. تابعیت و استمرار آن

طبـق حقوق بین‌الملـل عرفیِ حاکم بـر دعاوی مطروحـه در قالب حمایت دیپلماتیک، تابعان حقوق بین‌الملل صرفاً می‌توانند از آن دسـته از اتباع خود حمایت دیپلماتیـک بنماینـد که بین آن‌ها ارتباط خاص ناشـی از «تابعیت»[1] یا توافق‌نامه‌ی خاص وجود داشـته باشـد و یا در اوضاع و احوال و شرایط خاص و به طور استثنایی، می‌توانند از افراد بی‌تابعیت یا سایر افراد که تابعیت آن‌ها را ندارند، نیز حمایت کنند.[2]

به طـور کلی تابعیت شـامل افراد حقیقـی و حقوقی می‌شـود. این تابعیت می‌بایسـت از زمان ارتکاب هر اقدام مغایر موازین حقوق بین‌الملل توسط دولت‌ها، یا قصور در جلوگیری از ارتکاب چنین عمل خلافی، تا زمان اقامه‌ی دعوا استمرار داشته باشد. برخی معتقدند این تابعیت باید تا زمان صدور رأی نیز ادامه داشته باشد) و ترک یا سلب تابعیتی در این مدت صورت نگرفته باشد.[3]

در قضیـه‌ی دیالـو، ایراد اولیه‌ی خوانـده، مربوط به قابلیـت پذیرش دعوای خواهان در موارد ذیل می‌باشد:

۱- گینه در این دعوا اهلیتی برای حمایت دیپلماتیک از دیالو ندارد؛

۲- دیالو یا شرکت‌های ایشان، قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت را که پیش‌شرط حمایت دیپلماتیک است، رعایت نکرده‌اند.

۲-۴. قاعـده‌ی لزوم رجـوع به محاکـم داخلی کشـور خوانده برای جبران خسارت

دولت‌ها فقط می‌توانند از افرادی حمایت دیپلماتیک بنمایند که تابعیت آن‌ها محرز باشـد و قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسـارت را

---

1. Case concerning Panevezys- Saldvtiskis railway, P.C.I.J series A/B, No. 76 (1939) , p.4 , (at p.16) ; Mavromatis concession P.C.I.J series A , No . 2(1944), p.6 (at, p.12); Nottebohm, ICJ Reports (1955) , p.4 (at p.24) ; Barcelona traction . ICJ Reports (1970), p.4 (at p.32).

2. Art 3(1) of the 1965 Warsaw Resolution of the institute de Droit International (Ann IDI), Vol .51, (1965), (p.261).

3. Leigh. C. I. f, "Nationality and diplomatic protection", Op, cit, (Pp .473-475).

رعایت کرده و نتیجه‌ای نگرفته باشند.

این قاعده به صورت یک اصل مسلمِ حقوق بین‌الملل عرفی، حاکم بر حمایت دیپلماتیک است که در معاهدات و رویه‌ی قضایی دیوان، آن را پیش‌شرط اقامه‌ی دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری دانسته‌اند.[1] نه تنها افراد حقیقی و حقوقی، بلکه شرکت‌های خارجی که با سرمایه‌ی دولتی ایجاد شده‌اند و حتی توسط غیر اتباع در قلمرو کشوری بیگانه فعالیت می‌کنند (در اوضاع و احوال و شرایط خاص)، برای بهره‌مندی از حمایت دیپلماتیک می‌بایست این پیش‌شرط را رعایت کنند.[2]

۱-۴-۲. ویژگی‌های قاعده‌ی لزوم رجوع به محاکم داخلی کشور خوانده برای جبران خسارت

ویژگی قاعده‌ی لزوم طی نمودن فرایند رسیدگی و اقامه‌ی دعوا در محاکم داخلی کشور خوانده برای جبران خسارت، که می‌بایست در هر دعوا رعایت شوند، عبارتند از:[3]

۱- این قاعده و فرایند رسیدگی و اقامه‌ی دعوا، پیش‌بینی شده در قوانین داخلی دولت‌ها می‌تواند متفاوت باشد؛

۲- اگر قوانین داخلی دولت خوانده، اجازه‌ی تجدیدنظر در رأی صادره را پیش‌بینی نموده باشد، می‌بایست آن فرایند تجدیدنظرخواهی نزد محاکم عالی‌تر نیز طی شده باشد تا رأی قطعی در تمامی محاکم داخلی کشور خوانده مشخص گردد. حتی اگر در قوانین کشور خوانده، فرایند تجدیدنظرخواهی پیش‌بینی نشده باشد، اما دادگاه بدوی صلاحدید ارجاع پرونده به مراجع عالی‌تر را برای رسیدگی داشته باشد،

---

1. Case concerning Mavromatis concessions, P.C.I.J series A, No. 2,(1939),(p.6); Panevezys -Saldvtiskis railway , P.C.I.J series A/B, No. 76,(1939),(p.4) ; Electricity company of Sofia ,P.C.I.J series A/B , No. 71 ,(1939),(P.64);Interhandel , ICJ Reports, 1959 , (p.6).

2. Cancado Trinidad. A.A." the application of the rule of exhaustion of local remedies in international law – its rationale in the international protection individual rights ", 1983 , the Yale journal of international law , No. 10 ,(Pp . 362-395).

3. Meron . T," The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", BYBIL, Vol .35,(p.83).

این مرحله نیز می‌بایست طی گردیده باشد و سپس حمایت دیپلماتیک صورت گیرد؛

۳- در این قاعده، محاکم شامل محاکم عادی و خاص و تجدیدنظر می‌شود؛

۴- مراحل جبران خسارت اداری، پیش‌بینی شده در قوانین داخلی دولت خوانده نیز می‌بایست طی شود، البته به شرط این‌که آراء آن‌ها الزام‌آور باشد؛

۵- برای اعمال صلاحدید در فرایند رسیدگی داخلی کشور خوانده، لازم نیست به مقامات دولتی کشورها رجوع شود؛

۶- فرایند جبران خسارت داخلی، نه تنها شامل مواردی نمی‌شود که هدف آن‌ها اعطای لطف یا مرحمتی باشد و به دنبال احقاق و استیفای حق نمی‌باشند، بلکه شامل مواردی که هدف آن‌ها جبران خسارت از روی ترحم باشد، نمی‌گردد، مگر آن‌که این امر یکی از شرایط اساسی و لازم برای پذیرش مراحل بعدی رسیدگی به دعوای مطروحه باشد. درخواست‌هایی برای مراجعه یا توسل به مأمور رسیدگی به پرونده‌ی مطروحه یا مقامات دولتی نیز در حیطه‌ی این موارد قرار می‌گیرد که برای حمایت دیپلماتیک لازم نیست رعایت شود؛[1]

۷- خواهان حمایت دیپلماتیک می‌بایست در هنگام رجوع به محاکم داخلیِ دولت خوانده، قصد خود برای اقامه‌ی دعوای بین‌المللی را بیان کند؛[2]

۸- این قاعده نه تنها در دعوایی که دولت خواهان به طور غیرمستقیم صدمه دیده؛ یعنی صدمه‌ی وارده به دولت‌ها ناشی از صدمه‌ی وارده به تبعه‌ی آن‌ها در قلمرو کشور بیگانه باشد، باید رعایت شود؛ بلکه در دعاوی مختلط نیز می‌بایست رعایت گردد. برای این‌که دیوان با توجه به عناصر مختلف هر دعوا، در خصوص نوع خسارت (مستقیم یا غیرمستقیم) وارده به دولت خواهان و میزان آن تصمیم‌گیری می‌کند و پیش‌شرط‌های آن را احراز می‌نماید.[3] این امر در غالب موارد، به موضوع اختلاف، ماهیت دعوای مطروحه و فرایند جبران خسارت بستگی دارد؛

۹- فرد صدمه دیده، می‌بایست فرایند رسیدگی داخلی کشور خوانده را طی

---

1. See: Avena and other Mexican nationals (Mexico / USA), ICJ reports (2004),(at paras. 135 -143).

2. Case concerning ELSI, ICJ Reports 1989, (p.15),(at Para. 59).

3. Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo / Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002(, p.3) ,(at. 18),(Para. 40).

کرده و نتیجه‌ای نگرفته باشـد. این توجیه که فرد دیگری که به همین شـیوه صدمه دیده و قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده را رعایت کرده، نتیجه‌ای نگرفته است، پذیرفته نیست.[۱]

۲-۴-۲. استثنائات قاعده‌ی لزوم رجوع به محاکم کشور خوانده

در مـوارد ذیـل، رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلـی دولت خوانده برای جبران خسارت لازم نمی‌باشد:

۱- در قوانین داخلی دولت خوانده، شیوه‌ی جبران خسارت متعارف و معقولی وجود نداشـته باشد.[۲] این استثناء مشتمل بر سه معیار ارزیابی است: آزمون[۳] صریح[۴]، آزمون عدم موفقیت معقول و متعارف؛ آزمون عدم احتمال جبران خسـارت مناسـب و معقول.[۵]

اثبات اندک بودن احتمال موفقیت در محاکم داخلی کشور خوانده و پرهزینه بـودن فرایند تجدیدنظرخواهی کافی نمی‌باشـد تا از رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت مستثنی گردد . تمام این شرایط می‌بایست در سـاختار قوانین داخلی دولت خوانده مقرر شـده باشد و با توجه به اوضاع و احوال هر دعوا در محاکم بین‌المللی، احتمال عدم موفقیت از نظر ماهوی قابل توجیه نباشد؛[۶]

۲- تأخیر غیرضروری و نامشروع در فرایند رسیدگیِ داخلی کشور خوانده: به این مفهوم که در اوضاع و احوال ذیل، کشور خوانده مسؤول هرگونه تأخیر غیرمتعارف

---

1. Case concerning ELSI, ibid,(at 46), (Para .59).
2. Article 44 of draft articles of responsibility of states for internationally wrongful acts
3. Futility
4. This test is expounded by arbitrator Bagge in the Finnish ships arbitration which sets too high a threshold.
5. This test is accepted by European commission of human rights also see the commentary to art. 22 of the draft articles on state responsibility adopted by commission on first Reading , year book of international law , 1977 , vol .11 (part 2) , (Para 48).
6. Case Concerning Ambatiols, ibid, (at pp .119-120).

در رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت است:[1]

۳- ارتباط منطقی بین فرد زیان‌دیده و دولت ناقض قوانین حقوق بین‌الملل و دارای مسؤولیت بین‌المللی وجود نداشته باشد؛ در اوضاع و احوال ذیل، اگرچه فرایند رسیدگی داخلی مؤثری در کشور خوانده وجود دارد، ولی با توجه به ویژگی‌های صدمه‌ی وارده به تبعه‌ی بیگانه، درخواست رعایت این قاعده، نامتعارف، نامعقول و ناعادلانه به نظر می‌رسد. در قلمرو کشور خوانده، به دلیل آلودگی هوا، نشت مواد رادیواکتیو یا سقوط اشیایی از سفینه‌های فضایی به اموال تبعه‌ی بیگانه صدمات زیست‌محیطی وارد آمده باشد (مسؤولیت ناشی از خطر باشد). در این موارد برای رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت می‌بایست بین فرد صدمه دیده و کشور خوانده ارتباطی وجود داشته باشد. این ارتباط می‌تواند حضور اختیاری فرد صدمه دیده در قلمرو کشور خوانده، سکونت یا مالکیت مال صدمه دیده یا وجود رابطه‌ی قراردادی بین فرد صدمه دیده و کشور خوانده باشد.[2]

این قاعده در سال‌های اخیر تغییرات زیادی نموده است. این امر مربوط به وضعیت‌هایی است که در آن یک تبعه‌ی بیگانه، توسط اقدامات دولت خوانده، متحمل صدمه‌ای شده باشد که به عنوان یک پیش‌شرط اقامه‌ی دعوای بین‌المللی، می‌بایست قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت رعایت گردد. فلسفه‌ی این پیش شرط آن است که تبعه‌ی سفر کرده به قلمرو کشور بیگانه، به طور طبیعی ملزم به پذیرش قانون داخلی دولت میزبان است. این امر شامل رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلیِ دولت خوانده برای جبران خسارت ناشی از عمل خلاف این دولت نیز می‌گردد؛ یا این‌که ممکن است فرد در اثر اقدامات کشوری بیگانه در داخل یا خارج از قلمرو آن، صدمه ببیند. خسارت زیست‌محیطی فرامرزی مثل انفجار نیروگاه اتمی چرنویل در کیف اوکراین (۱۹۸۰) که باعث نشست مواد رادیواکتیو حتی تا ژاپن و کشورهای اسکاندیناوی شد، یا آزمایشات هسته‌ای فرانسه و آلودگی هوای استرالیا و نیوزیلند و یا سرنگون کردن هواپیمایی که به طور اتفاقی

1. Garcia – Amador. F.V.," The discussion of early codification attempts", year book (1956) , vol . 2, (p .173 ,at 223.226).

2. Meron. T, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies ", BYBIL, vol. 35, (p. 83, at p.94).

از قلمــرو هوایی کشــوری عبور می‌کند، ماننــد حادثه‌ی هوایی بلگــراد که در آن به ســوی هواپیمایی از شرکت هواپیمایی اِلعال[1] به دلیل عبور اتفاقی از قلمرو این کشور تیراندازی شــد مثال‌هایی از این نوع است. بنابر این، قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خســارت در مواردی باید رعایت شــود که تبعه‌ی بیگانه به طور اختیاری حضور در کشــور خوانده را انتخاب کرده باشــد. کارمندان دولت‌ها، از جمله ماموران دیپلماتیک و کنسولی، که محل خدمت آن‌ها قلمرو کشور بیگانه است، از این قاعده مســتثنی هســتند.[2] این ارتباط اختیاری، می‌بایست متناسب با صدمه‌ی وارده باشد. محکمه‌ی بین‌المللی می‌باید بررسی کند که آیا فرد صدمه دیده در قلمرو کشــور خوانده حضور داشته، ساکن بوده یا مشغول فعالیت تجاری بوده است یا خیر. هم‌چنیــن باید بررســی نماید که آیا در اوضاع و احوال خــاصِ قضیه‌ی مطروحه، فرد صدمه دیده می‌توانسته با توجه به نوع خسارت و صدمه‌ی وارده، پیش‌بینی کند که رسیدگی به آن‌ها فقط در صلاحیت محاکم داخلی کشور خوانده است.

عبارت «ارتباط منطقی و مناســب»، به محکمــه‌ی بین‌المللی اجازه می‌دهد تــا عناصر ضروری حاکــم بر ارتباط بین تبعه‌ی بیگانه و کشــور خوانده را با توجه به خســارت وارده مورد ارزیابی قرار دهد؛ تــا بتواند تعیین نماید که آیا فرد صدمه دیده می‌توانسته چنین خطری را به عنوان بخشی از حضور اختیاری خود در قلمرو بیگانه فرض نماید و یا از قبل پیش‌بینی کند.

۴- دولت خوانده با اقدامات خود مانع از دسترسی فرد صدمه دیده به فرایند رســیدگی داخلی گردد: یک محکمــه‌ی بین‌المللی، این صلاحدید را دارد که با توجه بــه اوضاع و احوال خاص هر قضیه، تبعه‌ی بیگانه‌ی زیان‌دیده را از رعایت این قاعده معاف نماید. در موارد ذیل، رعایت این قاعده غیرمتعارف و غیرمنطقی می‌باشد:

---

1. ELAL

2. Case concerning Norwegian loans , France / Norway , oral pleadings of France , ICJ reports (1957) , vol .1,(p.408); Aerial incident of 27 July 1955 (Israel/ Bulgaria), preliminary objection , oral pleading of Israel , ICJ Reports (1959),)(pp. 531-532); and Trail smelter , UNRIAA , vol. 3,(p. 1905), also see: Moore J.B," A digest of international law" , vol. 26.(1906), (p. 895); Jessie case reported in AJIL , vol . 16 (1922) ,(pp. 114-116).

- وضعیتی که طی آن مانع دسترسی فرد صدمه دیده به فرایند رسیدگی داخلی کشور خوانده شده است، ناشی از ممنوعیت ورود فرد صدمه دیده به قلمرو آن کشور باشد؛ یا این‌که طبق قانونی با تهدید علیه جان آن فرد همراه باشد؛

- اتحادیه‌ای که مجرم در قلمرو کشور خوانده عضو آن است، مانع اقامه‌ی دعوای فرد صدمه دیده در قلمرو کشور خوانده شود؛

- هزینه‌های اقامه‌ی دعوا در قلمرو کشور خوانده، به طور بازدارنده بسیار زیاد باشد؛ به گونه‌ای که به صراحت مانع رعایت این قاعده گردد؛

۵- دولتِ دارای مسؤولیت بین‌المللی برای ایراد خسارت و صدمه‌ی وارد به تبعه‌ی بیگانه، این افراد را از رعایت این قاعده معاف نموده باشد: هدف این امر، حمایت از منافع دولتی است که متهم به بدرفتاری با تبعه‌ای بیگانه در قلمرو خود است. معافیت از رعایت این قاعده توسط دولت خوانده، می‌تواند به طور صریح یا ضمنی باشد. موارد معافیت صریح از این قاعده توسط دولت خوانده، عبارتند از: انعقاد عهدنامه‌ی دو یا چند جانبه، پیش یا پس از ایجاد اختلاف و ایراد صدمه به فرد زیان‌دیده؛ انعقاد توافق‌نامه‌ای دائر بر رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافی که از پیش به واسطه‌ی ایراد صدمه به فرد زیان‌دیده وجود داشته یا به طور کلی، انعقاد معاهده‌ای برای حل و فصل هرگونه اختلافی که در آینده ممکن است ایجاد شود، از طریق رجوع به داوری یا سایر طرق حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات.

معافیت تبعه‌ی بیگانه از رعایت این قاعده، در رویه‌ی معاصر دولت‌ها امری متداول شده است و در بسیاری از توافق‌نامه‌های داوری، از جمله ماده‌ی ۲۶ کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، در قالب قید معافیت درج می‌گردد؛ به گونه‌ای که امروزه توافق شده است تا معافیت صریح غیر قابل استرداد باشد. این امر حتی شامل مواردی که قرارداد بین زیان‌دیده و دولت خوانده، طبق قوانین کشور خوانده منعقد شده و تحت حاکمیت قوانین این کشور باشد نیز می‌گردد.[1]

موارد معافیت ضمنی از این قاعده، با توجه به متن اسناد منعقده بین زیان‌دیده

1. Government of Costa Rica case (in the matter of Viviane Gallardo et al) of 13 November 1981, Inter American court of human rights, ILR, vol. 67, (p. 586), (Para. 26); Also Belgian vagrancy cases, European court of human rights, 1971, ILR, vol. 56,(p. 337, at p.370), (Para. 55).

و کشور خوانده، توسط محکمه‌ی بین‌المللی تعیین می‌گردد. برخی معتقدند این نوع توافق‌نامه‌ها، شامل معافیت از رعایت این قاعده برای حل و فصل اختلافات ایجاد شده در دیوان بین‌المللی دادگستری در قالب حمایت دیپلماتیک نمی‌گردد.[1]

قراین بسیاری علیه معافیت ضمنی یا تاکتیکی از رعایت این قاعده در محکمه‌ی اختصاصی دیوان، برای رسیدگی به قضیه‌ی «السی» وجود داشت.[2] معافیت ضمنی از رعایت این قاعده، معمولاً مربوط به توافق‌نامه‌های داوری است که پس از بروز اختلاف منعقد می‌گردند. چنین معافیت‌هایی می‌تواند به طور ضمنی برای توافق‌نامه‌هایی قابل تصور باشد که برای حل و فصل اختلافات بین دولت خوانده و جبران صدمات وارده به اتباع آن از طریق داوری منعقد شده‌اند؛ به شرط این‌که، در خصوص لزوم رعایت این قاعده ساکت باشد. به طور کلی، معقول‌تر است که اجازه دهیم این معافیت ضمنی، از افعال و نحوه‌ی عملکرد کشور خوانده نیز قابل استنباط باشد.

۳. ایرادات خوانده به قابلیت پذیرش دعوا در قضیه‌ی دیالو

کنگو مبانی استنادی گینه برای احراز صلاحیت دیوان را که مبتنی بر اعلامیه‌های یک جانبه‌ی دولت‌های طرف اختلاف برای قبولی صلاحیت اجباری دیوان (طبق بند ۲ ماده‌ی ۳۶ اساس‌نامه‌ی دیوان) بود را می‌پذیرد و چند ایراد اولیه نسبت به قابلیت پذیرش این دعوا مطرح می‌نماید که عبارتند از: عدم اهلیت گینه برای حمایت دیپلماتیک از دیالو و عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلیِ دولت خوانده.

۱-۳. حمایت دیپلماتیک از دیالو برای نقض حقوق فردی

کنگو ادعا می‌نماید که دعوای گینه در خصوص حمایت دیپلماتیک از دیالو،

---

1. Mann, F.A," State contracts and international arbitration", BYBIL, Vol. 42, (1967), (p .l, at p.32).

Case concerning ELSI, Ibid, ICJ Reports 1989(, p.15).

2. Case concerning Eletronica sicula S.P.A (ELSI), (USA/Italy) , ICJ Reports , 1989 , (pp. 43-45), (Para .53).

برای احقاق حقوق فردیِ نقض شـــده‌ی وی، قابل پذیرش نیست؛ زیرا قاعده‌ی رجوع بـــه محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خســـارت مذکور در قوانین این کشـــور را رعایت ننموده اســـت. هم‌چنین اخراج وی از قلمرو کنگو، قانونی بوده و اخطاریه‌ی صادره توســـط اداره‌ی مهاجرت این کشور، اشاره به «ممنوعیت ورود ایشان» به جای لفظ «اخراج» نموده اســـت و دیگر این‌که، با صدور این اخطاریه، قصد محرومیت وی از دسترسی به محاکم داخلی این کشور را نداشته است.

گینه در پاسخ به این ایراد اولیه‌ی کنگو اظهار داشت: در قوانین داخلی کنگو، فرایند رســـیدگی مؤثری برای جبران خسارت وارده به ایشان وجود ندارد که با صدور حکم اخراج وی از آن محروم شـــده باشـــد. علاوه بر این، جبران خسارت‌های اداری یا سایر طرق جبران خسارت موجود، نه تنها قضایی، بلکه شبه قضایی نیز نیستند؛ برای این‌کـــه از نظر ماهوی، حالت صلاحدیدی دارند و در زمره‌ی قواعد جبران خســـارتی این کشـــور قرار نمی‌گیرند و اگر از نظر تئوری و شـــکلی نیز فرایند رسیدگی و جبران خسارتی در قوانین کنگو وجود داشته باشد، مؤثر نیستند.

دیوان یادآوری می‌نماید که طبق قواعد حقوق بین‌الملل عرفیِ حاکم بر موارد حمایت دیپلماتیک مذکور در بند ۱ پیش‌نویسِ طرح حمایت دیپلماتیک کمیســـیون حقوق بین‌الملل، حمایت دیپلماتیک متشکل از درخواست یک دولت از طریق روابط دیپلماتیک یا سایر شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، در قبال مسؤولیت دولت دیگر برای جبران خسارت وارده به دلیل صدمات ناشی از نقض تعهدات الزام‌آور دولت‌ها در خصوص افراد حقیقی یا حقوقیِ بیگانه در قلمرو خودشـــان اســـت، که به واسطه‌ی آن، تبعه‌ی دولتی در راستای اجرای چنین مسؤولیتی، از دولت متبوع خود درخواست حمایت دیپلماتیک نموده است. به این ترتیب، تعیین تابعیت دیالو و این‌که آیا ایشـــان قاعـــده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خســـارت را رعایت کرده است یا خیر، بر عهده‌ی دیوان است.[1]

در خصـــوص موضوع اول، دیوان به این نتیجه رســـید کـــه بین طرفین هیچ اختـــلاف نظری درباره تابعیت دیالو و پیوســـتگی آن وجود ندارد. در خصوص موضوع

1. The draft articles on diplomatic protection of international law commission (ILC), article 1, (2006), ILC Report, doc. A/ 61/10 , (p.24).

دوم، دیوان با استناد به رویه‌ی قضایی خود در قضیه اینترهندل[1] بیان داشت: قاعده‌ی لزوم رجوع به محاکم داخلی کشـورِ خوانده برای جبران خسارت، یک قاعده‌ی مسلم حقوق بین‌الملل عرفی اسـت که می‌بایست توسـط دولت متبوع فرد صدمه دیده در قلمـرو دولت بیگانه، پیش از اقامه‌ی دعـوای بین‌المللی رعایت گردد. در تمام دعاوی مربوط به حمایت دیپلماتیک، کشـور خواهان (گینه) بابد ثابت کند قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی کشـور خوانده برای جبران خسـارت را رعایت کرده است؛ یا این‌که به دلیل اوضاع و احوال خاص، این قضیه از قاعده‌ی مذکور مستثنی است.[2] کشور خوانده (کنگو) نیز وظیفه دارد دیوان را متقاعد کند که در قوانین داخلی این کشـور، فرایند رسیدگی و جبران خسارت مؤثری وجود دارد.[3] گینه در لایحه‌ی اولیه ذکر کرده است کـه اقدام خلاف و مغایر موازیـن حقوق بین‌الملل کنگو در خصوص دیالو، عبارتند از: بازداشـت و حبس خودسرانه‌ی ایشان برای دو بار در سال‌های ۱۹۸۸ و ۱۹۹۵، که با ایشان به طور غیرانسانی و تحقیرآمیز رفتار شده است و به این ترتیب حقوق وی طبق کنوانسیون وین در امور کنسولی (۱۹۶۳) نقض شده است.

دیوان با توجه به ادله و اسـتدلال‌های طرفین دعوا، در خصوص اخراج دیالو، در می‌یابد که از قوانین کنگو حکم «لغو روادید ورود» غیرقابل اسـتیناف است. حتی اگر ایشان اخراج نیز می‌شد، کنگو نتوانسته ثابت کند که در قوانین این کشور شیوه‌ای بـرای جبران خسـارت مؤثر در این خصـوص وجود دارد. به این ترتیـب دیوان ایراد اولیـه‌ی کنگو مبنی بر قابلیت پذیـرش دعوای گینه در خصوص عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی کشور خوانده را به دلیل اخراج دیالو رد می‌کند.

۲-۳. حمایت دیپلماتیک از حقوق مسـتقیم دیالو به عنوان سهام‌دار در شرکت‌ها

گینـه این دعوا را به دلیل عدم اهلیت گینـه و رعایت نکردن قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسـارت توسـط کنگو، غیرقابل پذیرش

1. Case Concerning Interhandel (Switzerland / USA), ICJ Reports, 1959, (p.27).
2. Case concerning Eletronica sicula S.P.A (ELSI), (USA/Italy) , ICJ Reports , 1989 , (pp. 43-45), (Para .53).
3. Ibid,(p. 46), (Para. 59).

دانست.

۱-۲-۳. عدم اهلیت گینه

در حقوق بین‌الملل، اساسی‌ترین اصل حمایت دیپلماتیک از افراد حقوقی (شرکت‌ها) تعیین دولت متبوع این شرکت یا فرد حقوقی است. دولت‌های متبوعِ سهام‌داران آن شرکت حق حمایت دیپلماتیک از آن شرکت یا فرد حقوقی را ندارند. دیوان دلایل این امر را در قضیه‌ی بارسلونا تراکشن ذکر نموده است که عبارتند از:

۱- هرگاه سهام‌داران در شرکتی سرمایه‌گذاری می‌کنند که در قلمرو کشور بیگانه‌ای به امر تجارت مبادرت می‌نماید، آن‌ها این خطر را پذیرفته‌اند که دولت متبوع آن شرکت، امکان دارد طبق صلاحدید خود، از آن شرکت حمایت دیپلماتیک نکند؛[1]

۲- اگر به دولت متبوع سهام‌داران اجازه‌ی حمایت دیپلماتیک از آن‌ها داده شود، این امر می‌تواند منجر به اقامه‌ی دعاوی متعدد توسط دولت‌های مختلف گردد؛ برای این‌که اکثر شرکت‌های بزرگ دارای چندین سهام‌دار از ملیت‌های مختلف و تابعیت‌های متفاوت هستند؛[2]

۳- دیوان همواره تمایلی به اجرای قواعد حاکم بر تابعیت مضاعف در خصوص سهام‌داران شرکت‌ها نداشته و هرگز اجازه نداده است که هر دو دولت متبوعِ یک سهام‌دار، از آن فرد حمایت دیپلماتیک بنمایند؛[3]

۴- اجرای تئوری حمایت دیپلماتیک توسط دولت یا دولت‌های متبوع سهام‌داران شرکت‌ها، می‌تواند منجر به ایجاد سردرگمی و ناامنی در روابط اقتصادی بین‌المللی گردد.[4]

به طور کلی، حمایت دیپلماتیک توسط دولت یا دولت‌های متبوع سهام‌داران شرکت، فقط به طور استثنایی در موارد ذیل امکان‌پذیر است:

---

1. Case concerning Barcelona traction, ibid. (p. 35, Para. 43);(p.46, Para's 88-87); (p.50, Para. 99).).
2. Ibid. (pp. 48-49 Para's. 94-96).
3. Ibid,(p.36, Para. 53) ;(p.50, Para. 98).
4. Ibid,(p.4, at p.46).

۱- شـرکت مورد نظر، از نوع شـرکت‌های با مسـؤولیت محدود[1] باشـد که سـرمایه‌ی آن به صورت سهام تقسیم شده است؛ یا از نوع شرکت‌های سرمایه‌گذاری مشترک[2] باشد.[3]

۲- در مواردی که صدمه‌ی وارده به آن شرکت، منجر به نقض حقوق مستقیم سـهام‌داران آن گـردد؛ البته حقوق داخلـی دولت‌ها، این نوع صدمات را مشـخص می‌نماید.[4]

۳- در مواردی که توافق‌هایی درباره‌ی جابه‌جایی شـخصیت شرکت‌ها وجود داشـته باشد؛ به شرط این‌که خسارت وارده به سهام‌داران، به دلیل صدمه‌ی وارده به شـرکتی باشد که در آن سهام دارند، ولی آن شرکت ممکن است مصادره شده، یا از بین رفته باشد. این اوضاع و احوال باعث می‌شود تا برای سهام‌داران این شرکت‌ها، با توجه به اوضاع و احوال ایجاد شده، شیوه‌ی جبران خسارت قانونی وجود نداشته باشد. در این صورت عدالت و انصاف ایجاب می‌کند که در راسـتای احقاق حق سهام‌داران، دولـت متبـوع آن‌ها بتواند اقدام بـه حمایت دیپلماتیک علیه دولت میزبانِ شـرکت بنمایند.[5]

۴- در مـواردی کـه دولت متبوع یک شـرکت، محدودیت‌های شـدیدی در خصوص فعالیت آن شـرکت در قلمرو دولت بیگانه مقـرر نماید؛ به گونه‌ای که مانع دسترسـی آن شـرکت به اهداف اقتصادی‌اش گردد و سـهام‌داران نیز تأثیری بر این شیوه‌ی عملکرد دولت متبوع شرکت نداشته باشند. این نوع شرکت‌ها عملاً فلج شده و از دست رفته تلقی می‌شوند.

۵- در مواردی که دولت متبوعِ شرکت در زمان ایراد خسارت و صدمه، همان دولتی اسـت که ادعا شده مسؤول ایراد این خسارت و صدمه است و ثبت آن شرکت

---

1. Limited liability Company.
2. Joint Stock Company.
3. Ibid, (pp. 36- 37, Para's 47-50); and also article 12 of the draft articles of diplomatic protection op. cit, (p.19).
4. Article II of the draft articles on diplomatic protection, ibid,(Pp. 40-41, Para's . 65-68).
5. Ibid, (pp. 41).

در کشـــور مســـؤول ایراد خسارت، شـــرط اولیه‌ی انجام تجارت طبق قوانین آن کشور بوده باشد.[۱]

۶- در مـــواردی کـــه به دلیل وجـــود اوضاع و احوال و شـــرایط خاص، دولت متبوع یک شـــرکت، حق حمایت از سهام‌داران آن شرکت خارجی را ندارد یا تمایلی به این کار ندارد و این شـــرکت نیز نمی‌تواند خدمات مناسبی به سهام‌داران خود ارائه دهد. در این موارد، حقوق بین‌الملل باید توجه بیش‌تری به واقعیات اقتصادی مربوط به حمایت دیپلماتیکِ از اشـــخاص حقوقی و ســـهام‌داران بنماید و می‌بایست درصدد دست‌یابی به توافقاتی درباره‌ی قواعد ضروری برای اجرای این خواسته باشد.[۲]

در این راســـتا کنگو خاطرنشـــان نمود که بازداشـــت، حبس و اخراج دیالو، بر روابط بین وی به عنوان یک سرمایه‌گذار و شرکت ایشان تأثیر داشته است. در نتیجه به حقوق مســـتقیم ایشان خسارتی وارد نشده است؛ زیرا او می‌توانسته حقوق خود به عنوان مدیر این شرکت‌ها را با واگذاری آن به یکی از اتباع کنگو اعمال کند.

دیوان یادآوری می‌نماید که این دو شـــرکت، از نوع شـــرکت‌های خصوصی با مسؤولیت محدود هستند که طبق قوانین کنگو ثبت شده و فعالیت می‌کنند. از طرفی طبق قوانین کنگو، این نوع شرکت‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقلی از موسسان آن هستند. بالاخص از این نظر که اموال این دو شرکت کاملاً مستقل از اموال سهام‌داران آن است و این‌که سهام‌داران، مسؤول بدهی‌های شرکت هستند و این امر در حیطه‌ی حقوق و تکالیف سهام‌داران قرار می‌گیرد.

با توجه به موارد فوق‌الذکر، دیوان به این نتیجه رسید که گینه اهلیت حمایت دیپلماتیک از دیالو را تا جایی دارد که تبعه‌ی این کشـــور تلقی می‌شـــود و با اقدامات مغایر موازین حقوق بین‌الملل کنگو، حقوق مســـتقیم وی در این دو شرکت به عنوان ســـهام‌دار و مدیر نقض شده است؛ برای این‌که مدیر، رکن شرکت تلقی می‌شود که از طرف آن شرکت اقدام می‌کند. به این ترتیب، دیوان ایراد کنگو به عدم قابلیت پذیرش دعوای خواهان را رد کرد.[۳]

---

1. Case concerning Barcelona traction, ibid, (p.48, Para 92

2. Bakett W.E, "Diplomatic claims in respect of injuries to companies, Transactions of the Cortus society" , vol. V (1982),(p.158).

3. Case concerning Mr. Diallo, op. cit, (Pp .20-33) , (Para's. 50-67).

۲-۲-۳. عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم کشور خوانده

کنگو اســتدلال نمود که عدم حضور دیالو در قلمرو این کشــور، مانعی برای ادامه‌ی فرایند رســیدگیِ از پیش شــروع شده در محاکم این کشور، یا اقامه‌ی دعوای جدید برای جبران خســارت ایشــان نمی‌باشــد و دیالو می‌توانســت در این خصوص نماینده‌ای تعییــن کند و اختیارات خود را به وی واگذار نماید. کنگو هم‌چنین اظهار داشته بود که فرایند جبران خسارت موجود در قوانین این کشور مؤثر هستند.

دلایل گینه در خصوص عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم کشــور خوانده برای جبران خسارت، عبارتند از:

۱- دولت کنگو با اخراج دیالو، مانع دسترســی وی به محاکم آن کشــور برای اقامه‌ی دعوا و پی‌گیری آن شده است؛

۲- بــا توجه به اوضــاع و احوال موجــود، متهم کردن دیالو بــه عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم کشــور خوانده برای جبران خســارت، نــه تنها غیرمتعارف، غیرمعقول و ناعادلانه به نظر می‌رسد؛ بلکه سوء استفاده از این قاعده تلقی می‌شود؛

۳- اخراج دیالو، مانع تبعیت از این قاعده از طرف خود و شرکت‌هایش گردیده است.

۴- جبران خسارت موجود در قوانین کشور خوانده، نه تنها مؤثر نیست؛ بلکه بسیار طولانی بوده و آیین دادرسی خاصی نیز رعایت نمی‌گردد. نکته‌ی دیگر این که در زمان وقوع این حوادث، اجرای احکام صادره از محاکم این کشــور، صرفاً مبتنی بر نظر مساعد مقامات ارشد دولت خوانده بوده است.

دیوان ملاحظه نمود که ادعای نقض حقوق مستقیم دیالو به عنوان سهام‌دار، به واسطه‌ی اخراج ایشان از قلمرو کنگو بوده است و با توجه به این‌که کنگو نتوانسته ثابت کند که در قوانین این کشــور، فرایند جبران خســارت مؤثری برای اقامه‌ی دعوا در قبــال حکم اخــراج وجود دارد،[1] لذا ایــراد کنگو به عدم قابلیــت پذیرش حمایت دیپلماتیــک به دلیل عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده را رد می‌کند.[2]

---

1. Ibid,(p.19, Para .48).
2. Ibid,(Pp. 24-26, Para's .68-75).

۳-۳. حمایت از دیالو از طریق جانشینی[1]

کنگــو دو ایراد برای عدم قابلیت پذیــرش حمایت دیپلماتیک مطرح می‌کند: عــدم اهلیت کنگو بــرای حمایت دیپلماتیک از دیالو؛ عــدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت.

کنگو اظهار داشت که گینه نمی‌تواند با استناد به «قاعده‌ی عدل و انصاف»،[2] در خصوص حمایت دیپلماتیک از دیالو حقی برای خود قائل شود؛ اگرچه استدلال کند که دولت مسؤول ایراد خسارت، همان دولت متبوعِ شرکتی است که خواستار حمایت دیپلماتیک اســت؛ زیرا گینه ثابت نکرده اســت که حمایت از سهام‌داران شرکت‌ها از طریق جانشــینی در شــرکتی که تابعیت کشــور خوانده را دارد، در این قضیه مجاز اســت. نکته‌ی دیگر آن که، چنین حمایتی منجر بــه ایجاد رژیم حمایت دیپلماتیک تبعیض‌آمیز می‌شود که نتیجه‌ی آن رفتار ناعادلانه و نابرابر با سهام‌داران است.

دلایل گینه برای داشتن اهلیت، عبارتند از این‌که:

۱- دیوان در قضیه‌ی بارسلونا تراکشن بیان داشت که در مواردی، با استناد بر اصل عدالت و انعطاف، می‌توان از افراد حقوقی (شــرکت‌ها) توسط دولت متبوع آن‌ها از طریق جانشــینی، حمایت دیپلماتیک نمود که دولتِ مسؤولِ ایراد خسارت، همان دولت متبوع شرکت باشد؛[3]

۲- قاعده‌ی حمایت دیپلماتیک از طریق جانشینی و ماهیت عرفی آن توسط چندین رأی داوری تأیید شده است؛[4]

۳- دو شــرکتِ دیالو، از نوع خصوصی با مسؤولیت محدود هستند که از نظر ماهوی شبیه به یک نهاد خصوصی است و توسط یک نفر اداره می‌گردید؛

۴- طبق قوانین کشور کنگو، دیالو ملزم به ثبت این شرکت بوده است.

دیوان یادآوری می‌نماید اصول حاکم بر حمایت دیپلماتیک مذکور در قضیه‌ی بارسلونا تراکشن، آن است که به واسطه‌ی ارتکاب عملِ مغایر حقوق بین‌الملل توسط

---

1. The protection of Mr. Diallo by substitution for his companies.
2. Considerations of equity.
3. Ibid,(p.19, Para .48).
4. Decisions of The European Commission of Human Rights; The requirements of article 25 of the Washington convention; ICSID jurisprudence; and arbitral treaties for the promotion and protection of investments.

کشور خوانده، منافع کشور خواهان تحت تأثیر قرار گیرد؛ حقی نقض شود؛ به گونه‌ای که آن فعل ارتکابی به طور مستقیم منجر به ایراد خسارتی به خواهان شده باشد و منجر به نقض حقوق یک شرکتِ (فرد حقوقی) خواستار حمایت دیپلماتیک شده باشد و دولت خوانده مسؤولیتی نسبت به نقض حقوق سهام‌داران نداشته باشد، حتی اگر منافع آن‌ها با عملِ خلافِ حقوق بین‌الملل دولت خوانده تحت تأثیر قرار گرفته باشد.[1]

دیوان سپس بیان داشت در قضیه‌ی «السی» نیز حمایت دیپلماتیک کشور خواهان از یک فرد حقوقی، از طریق جانشینی در شرکت‌ها مطرح شده و شعبه‌ی دیوان مبنای رأی خود را معاهده‌ی دوجانبه‌ی مودت، بازرگانی و دریانوردی منعقده بین طرفینِ اختلاف گذاشت؛ نه حقوق بین‌الملل عرفیِ حاکم بر موارد حمایت دیپلماتیک. برای این‌که معاهده‌ی دوجانبه‌ی منعقده بین طرفین، به اتباع، شرکت‌ها و سهام‌داران آن‌ها حق‌های خاصی در ارتباط با ایجاد چنین شرکت‌هایی و عضویت در آن اعطا کرده بود.

طبق بررسی‌های دیوان، نظریه‌ی حمایت دیپلماتیک از افراد حقوقی از طریق جانشینی، حمایت خاصی را از سهام‌داران خارجی یک شرکت ارائه می‌دهد که می‌توانند از مزایای یک معاهده‌ی منعقده طبق موازین حقوق بین‌الملل که هیچ شیوه‌ی جبران خسارت دیگری را ارائه نکرده، برای جبران خسارت‌های وارده به آن‌ها، به دلیل ارتکاب عمل خلاف و نقض حقوق آن‌ها توسط دولت متبوع آن شرکت بهره‌مند گردند.

سپس دیوان اقدام به بررسی بند «ب» ماده‌ی ۱۱ پیش‌نویس طرح حمایت دیپلماتیک دولت‌ها نمود و بیان داشت: شرکت‌های دیالو، طبق قوانین کنگو ایجاد شده‌اند و در اداره‌ی ثبت کینشازا در سال ۱۹۶۴ به ثبت رسیده‌اند. به این ترتیب، این دو شرکت به گونه‌ای تأسیس نشده‌اند که در حیطه‌ی حمایت دیپلماتیک از افراد حقوقی از طریق جانشینی در شرکت‌های مذکور در ماده‌ی ۱۱ این پیش‌نویس قرار گیرند. لذا ایراد کنگو به عدم قابلیت پذیرش دعوای خواهان برای حمایت دیپلماتیک از دیالو از طریق جانشینی در شرکت‌های وی، وارد دانسته شد و اعلام نمود که گینه اهلیت اقامه‌ی دعوا را ندارد.[2]

1. Case concerning Barcelona Traction, ibid, (p.36, Para .48).

2. Case concerning Mr. Diallo, op. cit, (pp. 26-32, Para's. 76-95).

یافته‌های پژوهش

طبق بند ۱ ماده‌ی ۳۴ اساس‌نامه‌ی دیوان، فقط کشورها حق اقامه‌ی دعوای ترافعی در دیوان را خواهند داشت؛ اما افراد حقیقی یا حقوقی نیز می‌توانند با توسل به اصل حمایت دیپلماتیک به وسیله‌ی کشور متبوع خود، در دیوان اقامه‌ی دعوا نمایند. آن‌ها می‌توانند از کشور متبوع خود بخواهند تا برای احقاق حق آن‌ها از دیوان تقاضای رسیدگی ترافعی نماید. شرایط اجرای حمایت دیپلماتیک، عبارتند از: احراز تابعیت مدعی؛ استمرار و عدم انصراف از تابعیت خود و رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلیِ دولت خوانده برای جبران خسارت. برای توسل به حمایت دیپلماتیک، می‌بایست بین شخص زیان‌دیده و کشور متقاضیِ حمایت دیپلماتیک، رابطه‌ی حقوقی و سیاسی تحت عنوان تابعیت وجود داشته باشد و تابعیت درخواست کننده‌ی حمایت باید از ابتدای ایراد خسارت تا طی کردن مراحل درخواست حمایت دیپلماتیک از کشور متبوع خود و حتی به هنگام اقامه‌ی دعوا استمرار داشته باشد.

در حقوق بین‌الملل، امکان حمایت از اشخاص حقوقی نیز وجود دارد و فرایند حمایت دیپلماتیک از آن‌ها، همانند اشخاص حقیقی است؛ با این تفاوت که ملاک تشخیص تابعیت کشور متبوع آن‌ها، کشور محل ثبت یا مرکز مهم فعالیت‌های آن‌ها است. البته کشورها می‌توانند با انعقاد موافقت‌نامه‌های خاص، ترتیب دیگری را مقرر نمایند. برای مثال در بیانیه‌ی الجزایر در ارتباط با ایجاد دیوان داوری ایران و آمریکا، برای تشخیص شرکت‌های متبوع ایران یا آمریکا، دو ملاک: «محل تأسیس یا تشکیل شرکت» و «تابعیت پنجاه درصد یا بیش‌تر سهام‌داران شرکت»[1] مقرر گردید.

دولت‌های متبوع سهام‌داران یک شرکت، حق حمایت دیپلماتیک از آن شرکت یا شخص حقوقی را ندارند، مگر در موارد استثنایی، مانند آن که شرکت مورد نظر از نوع شرکت‌های با مسؤولیت محدود یا سرمایه‌گذاری مشترک باشد؛ یا صدمه‌ی وارده به آن شرکت، منجر به نقض حقوق مستقیم سهام‌داران گردد؛

هم‌چنین استثناهایی بر قاعده‌ی «رجوع به محاکم داخلی دولت خوانده برای جبران خسارت» وجود دارد و معافیت تبعه‌ی بیگانه‌ی زیان‌دیده در قلمرو کشورها از رعایت این قاعده، امری متداول و عام در رویه‌ی دولت‌ها است و در بسیاری از

---

۱. بنگرید به: ضیایی بیگدلی، ... : ۴۸۹.

توافق‌نامه‌های داوری، از جمله ماده‌ی ۲۶ کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، در قالب قید معافیت درج می‌گردد.

دیوان، ایراد کنگو دائر بر عدم قابلیت پذیرش دعوای گینه به دلیل عدم رعایت قاعده‌ی رجوع به محاکم داخلی کشور خوانده، را رد می‌کند و دلیل دیوان، اخراج دیالو از کنگو است. دیوان هم‌چنین ادعای نقض حقوق مستقیم دیالو به عنوان سهام‌دار، به واسطه‌ی اخراج از قلمرو کنگو را با توجه به این‌که کنگو نتوانست ثابت کند که در قوانین این کشور فرایند جبران خسارت مؤثری برای اقامه‌ی دعوا در قبال حکم اخراج وجود دارد را پذیرفت.[1]

دیوان شرکت‌های دیالو را که طبق قوانین کنگو ایجاد شده و در اداره‌ی ثبت کینشازا به ثبت رسیده‌اند را در حیطه‌ی حمایت دیپلماتیک از افراد حقوقی از طریق جانشینی مطابق بند «ب» ماده‌ی ۱۱ پیش‌نویس طرح حمایت دیپلماتیک دولت‌ها ندانست و ایراد کنگو به عدم قابلیت پذیرش دعوای خواهان برای حمایت دیپلماتیک از دیالو از طریق جانشینی در شرکت‌های وی را وارد دانست و اعلام نمود که گینه اهلیت اقامه‌ی این دعوا را ندارد.

1. Ibid,(p.19, Para .48).