

انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به‌عنوان ریسک سیاسی

مهدی میهمی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۷/۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۶

چکیده

دولت‌های میزبان در تلاش برای جمع بین دو هدف تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از یک سو و حفاظت از منافع اساسی خویش از سوی دیگر که گاه در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، تدبیری اندیشیده‌اند از جمله درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی دولت در توافقات سرمایه‌گذاری که به دولتها اجازه می‌دهد تا در مواقعی که بخواهند مفاد معاهده را محدود کنند یا تخصیص دهند به منافع اساسی استناد کنند. در نقطه مقابل، درج شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری جهت کاهش ریسک قانون‌گذاری، عدم تبعیض از طریق اعطای رفتار ملی و یا رفتار ملتهای کامله الوداد، به‌عنوان مهمترین تعهد دولتها در مواجهه با سرمایه‌گذاری خارجی در کنار برخی مفاهیم حمایتی دیگر چون تعهد به اعطای رفتار عادلانه و منصفانه در رابطه با سرمایه‌گذاری خارجی مطرح می‌گردد. حمایت از این انتظارات در بسیاری از موارد در تعارض و اصطکاک با حفظ منافع اساسی قرار می‌گیرد. لذا در این مقاله علاوه بر بررسی شرط حفظ منافع اساسی در تقابل با استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار در رویه توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، برخی از آرای داوری صادره نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: انتظارات مشروع، منافع اساسی دولت میزبان، شرط ثبات، ریسک سیاسی، استانداردهای حمایتی

۱. استادیار گروه حقوق، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلامشهر، ایران. mmeyhamy@gmail.com

مقدمه

جذب سرمایه گذاران خارجی به عنوان ابزار اساسی نیل به توسعه در کشورهای در حال توسعه به رسمیت شناخته شده، و تداوم و استمرار حیات نوپای حقوق سرمایه گذاری خارجی که بر پایه معاهدات دو و چند جانبه سرمایه گذاری و نظام داوری بین المللی استوار است، نیازمند ظهور رویکردهای جدید در تفسیر معیارهای حمایت از سرمایه گذار است، رویکردهایی که به صورت منصفانه حقوق و منافع سرمایه گذار را در برابر حقوق و منافع جامعه محلی دولت میزبان به ویژه جوامع در حال توسعه متوازن سازد. انتظارات سرمایه گذار پایه و اساس هر تصمیم راجع به سرمایه گذاری است. لذا شگفت آور نیست که انتظارات سرمایه گذار در تجزیه و تحلیل اختلافات بین المللی راجع به سرمایه گذاری نیز دخیل باشد. سرمایه گذاران عموماً خواهان ثبات اقتصادی، سیاسی و تقنینی هستند؛ به این مفهوم که دولت میزبان سرمایه بی جهت و ناروا انتظارات و اتکا مشروع آنها را نقض نخواهد نمود؛ اما معقول نیست انتظار داشته باشیم قوانین هرگز و تحت هیچ شرایطی تغییر نکند. لذا باید بین ثبات، امنیت و قابلیت پیش بینی برای سرمایه گذار خارجی با حق قانون گذاری دولت میزبان در جهت نفع عمومی توازن و تعادل ایجاد شود.^۱

روند موجود در اختلافات دولت میزبان و سرمایه گذار نشان داده، التزام دولت ها به رعایت این حقوق و استانداردها ممکن است در شرایطی با حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان قابل جمع نباشد؛ از این رو دولت ها به این نتیجه رسیده اند که بایستی در توافقات سرمایه گذاری بین المللی خویش این نکته را متذکر شوند جایی که حفاظت از منافع اساسی کشورشان (اعم از نظم عمومی و نظم اقتصادی و حفظ محیط زیست و ...) اقتضای عدم رعایت این حقوق را داشته باشد، آنها مجاز به انجام یا عدم انجام اقداماتی مغایر با تعهدات قراردادی خود خواهند بود. آنها این مهم را از طریق درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی در توافقات سرمایه گذاری بین المللی خویش به انجام رسانده اند..

در حالی که امنیت و ثبات برای سرمایه گذاران اهمیت بسیاری دارند، وظیفه حقوق

۱. Dolzer, Rudolf, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, The American Journal of International Law, Vol. 75, No. 3, 1981, p587, available at: <https://www.jstor.org/>.

بین‌الملل این نیست که دولت‌ها را ملزم کند برای تغییرات تقنینی که موجد توسعه پایدار هستند یا شهروندان را در برابر استفاده زیان‌بار از مال حمایت می‌نماید، غرامت پرداخت نمایند. در این خصوص دالزر یادآور می‌شود: «اتکا بر ساختارهایی که تقویت‌کننده توسعه‌نیافتگی هستند تحت حقوق بین‌الملل مدرن شایسته حمایت نیستند؛ برای ترتیبات داخل در این دسته، ریسک‌های موجود احتمالاً باید بر سرمایه‌گذار تحمیل شود.»^۱

توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بعضاً در کنار تبیین مفهوم منافع اساسی، از شرایطی نیز که منافع اساسی در آن به مخاطره می‌افتد، با عنوان «شرایط فوق‌العاده» یاد کرده‌اند که بحران بسیار شدید سیاسی، پولی، مالی، بلایای طبیعی، بیماری‌های فراگیر، آشوب و نافرمانی مدنی را می‌تواند در برگیرد.^۲ علاوه بر این می‌توان به توافقاتی اشاره کرد که در آن‌ها در کنار مسائل مربوط به امنیت، مسائل دیگری از قبیل حفظ محیط‌زیست، سلامت عمومی یا مسائل فرهنگی دولت میزبان در قالب شرط استثنای مزبور، مورد توجه قرار گرفته است.^۳

لذا سؤال اصلی که این نوشتار در پی پاسخ به آن است این است، مرز میان منافع اساسی و استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی چیست؟ آیا هر انتظاری، صرف نظر از مبنای شکل‌گیری آن و شرایط و اوضاع و احوال باید تحت حمایت قانونی قرار گیرد؟ آیا دولت میزبان سرمایه بدون محدودیت در تشخیص و اعمال عناوین منافع اساسی که در تنافی با حقوق سرمایه‌گذار است، آزاد است؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد می‌توان این گونه فرض نمود که نمی‌توان بدون در نظر گرفتن حق قانون‌گذاری و منافع دولت میزبان، حکم به حمایت از هرگونه انتظار سرمایه‌گذار خارجی داد و باید شرایط و محدودیت‌هایی بر حمایت از این انتظارات وضع شود.

۱- محدودیت‌های وارد بر انتظارات مشروع در قالب شرط استثنای منافع اساسی

۱. ibid.

۲. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, New York and Geneva, United Nations publication, 2009, P.78.

۳. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para602, available at: <http://www.italaw.com/>.

در سرمایه‌گذاری خارجی

استانداردهای مختلفی در رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری وجود دارد و مورد استناد دیوان‌های داوری و دادگاه‌های بین‌المللی قرار گرفته است که عمدتاً ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی دارد. در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، تأکید بر استانداردهای رفتاری و لزوم اجرای آن از سوی طرفین متعاهدین یکی از بندهای اساسی این گونه معاهدات را تشکیل می‌دهد که این استانداردها عبارتند از: استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، استاندارد رفتار ملی، حداقل استاندارد رفتار بین‌المللی، استاندارد محافظت و امنیت کامل، برخی از نویسندگان تقسیم‌بندی دیگری را بدین منظور به کار می‌گیرند و استاندارد رفتار ملت کامل الوداد و استاندارد شرط فراگیر را هم به این تقسیم‌بندی اضافه می‌کنند. امروزه پذیرش اصل انتظارات مشروع در پوشش استانداردهای مذکور در پرونده‌های سرمایه‌گذاری خارجی امری رایج است. معاهدات دو و چندجانبه سرمایه‌گذاری عموماً تمایل دارند که ثبات فضای سرمایه‌گذاری را تقویت کنند و ریسک‌های سیاسی را کاهش دهند که بیشتر در قالب استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نمود دارد. دیوان‌های داوری عموماً تأکید نموده‌اند که انتظارات سرمایه‌گذار برای اینکه تحت حمایت استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و سایر استانداردهای رفتاری قرار گیرند باید هم از لحاظ عینی و هم از لحاظ ذهنی «معقول» باشند و مورد اتکا وی واقع شده باشند.^۱ از این منظر نیز می‌توان به این عامل نگریست که در قضایای سرمایه‌گذاری بین‌المللی بحث در خصوص نیاز به نشان دادن اتکا وارد نیست؛ زیرا تا زمانی که خساراتی وارد نشود روند داوری شروع نمی‌شود و دشوار است موقعیتی را تصور کنیم که اتکایی ادعا نشده و خسارت مورد حکم واقع شده است. دیوان در

۱. See, for Example, *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para.147 (Defining Legitimate Expectations as 'Reasonable and Justifiable Expectations'); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para.186 ('Reasonable and Legitimate' Expectations); *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para.260 ('Reasonable Legitimate Expectations'); *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, December 2010, para.333 (Reasonable and hence Legitimate Expectations); *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 12 January 2011, paras.140-141 (Reasonable or Legitimate Expectations'), available at: <http://www.italaw.com/>.

قضیه «ساندربرد» اتکا زیان‌بار را به‌عنوان عنصر لازم ادعای انتظارات مشروع در نظر می‌گیرد.^۱ اگرچه در نظر گرفتن محدودیت‌ها و شرایطی برای حمایت از انتظارات مشروع در رویه داوری تحسین‌برانگیز است، مشروعیت انتظارات این نکته را یادآور می‌شود که حمایت از انتظارات مشروع به مسائل اساسی‌تر مربوط به خودسرانه بودن همچون «غیرقانونی بودن»^۲ «غیرمعقول بودن»^۳ و «تناسب»^۴ بستگی دارد. دیوان داوری باید انتظارات نقض شده سرمایه‌گذار خارجی را در برابر نفع عمومی دنبال شده به وسیله دولت میزبان موردسنجش قرار دهد و نوعی تعادل و توازن میان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی و حق قانون‌گذاری دولت میزبان ایجاد نماید.

دیوان «سالوکا» این‌گونه به این نکته اشاره می‌کند «به‌منظور تعیین اینکه آیا محروم ساختن سرمایه‌گذار خارجی از انتظاراتش معقول و موجه بوده یا خیر؛ حق مشروع دولت میزبان برای تنظیم مسائل داخلی در جهت منافع عمومی باید در نظر گرفته شود»^۵. این بعد مهم حمایت از انتظارات، علی‌رغم وجود استثناهای قابل توجه، در داوری سرمایه‌گذاری نادیده گرفته شده است.

همچنین، دیوان در پرونده متانکس اعلام نمود که برای جبران خسارت دولت متعهد نیست اگر اقدام منتهی به محرومیت اساسی با اهداف نفع عمومی، غیر تبعیض‌آمیز و هردو با رسیدگی منصفانه باشد مشروط بر آنکه انگیزه آن یک باور صادقانه، همراه با حسن نیت و مستند به جهات علمی معقول اعلام شود.^۶ دعوای مطروحه در چهارچوب نفتا مربوط به اقدام مقررات استمراری توسط ایالت کالیفرنیا بود که استفاده از مواد افزودنی خاصی از

۱. “[T]he concept of “Legitimate Expectations” relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honor those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages (para147).

۲. Illegality.

۳. Irrationality.

۴. Proportionality.

۵. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, mar 17,2006, available at: <http://www.italaw.com/> (last visited on 21/8/2016), para 305.

۶. Methanex Corporation v United States of America (2005), UNCITRAL, Final Award, available at: <http://www.italaw.com/cases/683>, para 102.

سوخت را ممنوع اعلام کرد که به میلیون‌ها دلار خسارت به سرمایه‌گذار کانادایی منجر شد. مرجع رسیدگی کننده اعلام کرد «این ممنوعیت اقدام مشروع برای جلوگیری از حضور مواد خطرناک برای بهداشت عمومی بود و مقررات قانونی بوده که سلب مالکیت محسوب نمی‌شود. این رای تأکید می‌کند چنانچه هدف از اقدام صورت گرفته حمایت از بهداشت عمومی باشد، دولت قطع نظر از میزان محرومیت آورده سرمایه‌گذار ضامن خسارت نخواهد بود.»^۱

بی‌شک، بین اقدام حفاظت از امنیت عمومی یا جلوگیری از خسارات قوی محیط‌زیستی و اقدامی که منافع اقتصادی داشته یا از سرمایه‌گذاران داخلی حمایت می‌کند، تفاوت وجود دارد. نمی‌توان گفت قوانینی که از سوی دولت بنا به هر دلیلی از جمله توجه به منافع عمومی شهروندان دولت وضع شده‌اند تماماً از دایره شمول مصادره غیرمستقیم خارج می‌شوند؛ به عبارت آخری مراجع رسیدگی کننده باید به این مسئله توجه کنند که اقدامات صورت گرفته در حوزه سلامت عمومی تناسب عرفی و عقلانی را با شرایط داشته باشد و دولت راه‌حلی را انتخاب کند که حداقل ضرر را برای سرمایه‌گذاران در پی داشته باشد. در تکمید، مرجع رسیدگی از استاندارد تناسب برای احراز سلب مالکیت بهره‌برد و حکم داد که می‌باید مشخص شود: «آیا چنین اقداماتی با عنایت به اهداف، محرومیت حقوق اقتصادی و انتظارات مشروع متضرر، معقول می‌باشد. می‌باید رابطه معقولی از حیث تناسب میان هزینه‌بر سرمایه‌گذار خارجی و هدف مورد نظر اقدامات دولت وجود داشته باشد. به عبارت دیگر چنانچه تأثیر اقدام دولت بر سرمایه‌گذار در جهت منافع عمومی حمایت‌شده، متناسب و درخور باشد، هیچ سلب مالکیتی رخ نداده است.»^۲

اگرچه رویکرد اتخاذ شده از سوی مرجع متانکس، اقدام غیر تبعیض‌آمیز، مشروع و توأم با حسن نیت را استثنائی بر سلب مالکیت غیرمستقیم و دکترین آثار صرف^۳ دانسته، اما رویکرد مرجع رسیدگی کننده در پرونده تکمید دکترین قصد دولت^۴ و تأثیر صرف را تعدیل نموده

۱. ibid at 281 para 15.

۲. Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, (n 16) at 47, available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1088>, para 122.

۳. the sole effects doctrine.

۴. the police powers or purpose doctrine.

است.^۱

در تحلیل رای فوق می‌توان گفت که شناسایی قصد پنهان دولت از سوی مرجع رسیدگی‌کننده چالش برانگیز و غامض است. برای نمونه، به مثال خودداری یا عدم تجدید تأییدیه زیست محیطی توجه کنید. دولت معین می‌تواند با ادعای نقض مقررات زیست محیطی تصمیم خود را توجیه کند هرچند هدف پنهان می‌تواند خارج کردن سرمایه‌گذار از دور رقابت باشد. برای مثال، در پرونده میرز، مرجع رسیدگی‌کننده اعلام نمود که قصد پنهان کانادا حفاظت از محیط زیست آن‌گونه که ادعا شده نبود بلکه حفاظت از صنایع داخلی در برابر رقیبان آمریکایی است و ملاحظات زیست محیطی کانادا در خصوص حفاظت از محیط زیست قابل تحقق از سایر طرق می‌باشد.^۲

این مسئله یک بار غیرعادی را بر دوش خواهان قرار می‌دهد که اثبات نماید دولت میزبان به صورت عامدانه و هدفمند در فعالیت تجاری سرمایه‌گذار خللی ایجاد کرده است. ابهامات متعددی که اعمال این نظریه انتزاعی و ذهنی در پی دارد، حتی می‌تواند به طور نامناسبی برخی اعمال دولتی مشروع را به عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم دسته‌بندی کند. فی الواقع قانون‌گذاری اقدامی حاکمیتی است و به مجرد اینکه به سرمایه‌گذاری خارجی لطمه وارد کند نمی‌توان آن را سلب حقوق سرمایه‌گذار و استانداردهای حمایتی تلقی کرد و آن را باید در شرایط استثنایی و در صورتی که قانون‌گذاری دارای وصف غیرمنصفانه و مثلاً به صورت خودسرانه، تبعیض‌آمیز یا غیرمتناسب باشد، تحت عنوان مذکور در نظر گرفت.

۱-۱- درج شرط استثنای منافع اساسی^۳ در توافقات سرمایه‌گذاری (قلمرو و مصادیق)

آنچه سبب شده درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی طی سال‌های اخیر در

۱. همچنین در قسمتی دیگر از رای اشعار می‌دارد: «ما قاعده کلی نیافتیم که بیان نماید که اقدامات اجرایی نظم دهنده به خودی خود از محدوده معاهده دو جانبه مستثنی هستند، حتی اگر این اقدامات اساساً برای جامعه مفید فایده باشند (مانند حمایت زیست محیطی (علی‌الخصوص چنانچه اثر اقتصادی منفی این اقدامات بر روی موقعیت مالی سرمایه‌گذار موجب خنثی نمودن تمام ارزش سرمایه یا استفاده اقتصادی یا تجاری از سرمایه‌گذاری اش بدون دریافت هیچ گونه گرامتی گردد». ر.ک: Tecmed (n 16) at 47 para 123.

۲. Fortier, L Yves and L Drymer, Stephen, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor" 13(1) Asia Pac L Rev. (2008), vol 13. (n 44) at 109; Dolzer (n 2) at 90 and 91; Paulsson (n 7).

۳. Essential Security Interests.

توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بیش‌ازپیش مورد توجه قرار گیرد، وقوع بحران‌های اقتصادی گسترده در سطح جهان بوده است چراکه وقوع این بحران‌ها، دولت‌های میزبان سرمایه را متوجه این مسئله نمود که پیش‌بینی حمایت‌های گسترده در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی برای سرمایه‌گذاران خارجی، بدون درج مقرراتی برای حمایت از منافع اساسی دولت میزبان باعث می‌شود که دولت میزبان در شرایط بحران اقتصادی، یا از اتخاذ اقداماتی برای حفظ منافع اساسی خود بازماند یا در صورت اتخاذ این اقدامات به جهت مغایرت با حقوق پیش‌بینی شده برای سرمایه‌گذاران در مقابل مراجع حل و فصل اختلاف از جمله دیوان‌های داوری مسئول شناخته شود زیرا دیوان‌های داوری تنها زمانی می‌توانند به اعمال این استثنای پردازند که طرفین بر آن تراضی نموده باشند.^۱

منافع اساسی اصولاً قابل تعریف نبوده بلکه به تمامی شرایط پرونده بستگی دارد و از این رو نمی‌توان نسبت به آن پیش‌داوری نمود. با این وجود می‌توان گفت این مفهوم ناظر به منافع مهم و حیاتی از قبیل بقای سیاسی، اقتصادی، حفظ صلح داخلی، حفاظت از محیط‌زیست و ... می‌باشد.^۲ نگاهی به توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد که این توافقات عموماً منافع اساسی را به مسائل امنیتی محدود کرده‌اند، برای نمونه از منافع امنیتی اساسی، نظم عمومی^۳ و اخلاق حسنه^۴ نام برده‌اند. در بسیاری از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در دهه اخیر به‌ویژه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری درج شرط استثنای مزبور کم کم به امری رایج در این توافقات تبدیل گردیده است. در اسناد چندجانبه و منطقه‌ای همانند موافقت‌نامه تجارت آزاد کشورهای آمریکای شمالی^۵، منشور انرژی^۶ و موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات^۷ نیز از منافع امنیتی اساسی به‌عنوان استثنایی بر تعهدات مقرر در این اسناد در مقابل

۱. Sornarajah, M. The international law on foreign investment. Cambridge: Cambridge University Press. 3rd edition, 2010. p211, P.231.

۲. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، مسئولیت بین‌المللی دولتها؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸ ص ۱۶۲.

۳. Public Order.

۴. Public Morals.

۵. Article 21-2 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)(signed 1992, entered into force 1994).

۶. Article 24 of the Energy Charter Treaty (ECT)(signed 1994, entered into force 1998).

۷. Article XIV of the General Agreement on Trade in Services(GATS)(1994).



سرمایه‌گذاران خارجی یاد کرده‌اند.

در این خصوص دو دیدگاه عمده در خلال موارد مطرح شده در مرجع بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) به چشم می‌خورد. دیدگاه نخست مبین شرطی است که ضرورتاً باید تحت حقوق بین‌الملل عرفی تضمین شود. برای مثال در دعوی سی.ام.اس علیه آرژانتین مرجع داوری بر مسئولیت دولت به تفهیم و بیان استنباط و منظور خویش از شرط استثنای منافع اساسی عقیده داشت. دیدگاه دوم اشعار می‌دارد شرط منافع اساسی بر طیف وسیع‌تری از اقدامات دولت در قیاس با حقوق عرفی قابل اعمال است و در عین حال شرط مزبور هزینه‌های اقدام دولت را در شرایط استثنائی از دولت‌ها به سرمایه‌گذاران انتقال می‌دهد.^۱

نگاهی به شرط استثنای منافع اساسی و حفظ نظم عمومی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد این توافقات از سه روش متفاوت برای تعیین قلمرو این مقرره بهره برده‌اند؛ برخی چنین استثنایی را به صورت عام نسبت به تمامی تعهدات ماهوی معاهده (اعم از اینکه در خود توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی آمده و یا مبتنی بر حقوق عرفی) قابل اعمال دانسته، برخی دامنه اعمال آن را به موارد خاصی محدود نموده‌اند (استثنای خاص)^۲ و نهایتاً پاره‌ای دیگر، مواردی که این شرط نسبت به آن‌ها قابل اعمال نیست را بر شمرده‌اند. برای مثال ماده ۱۰ معاهده نمونه دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا (مصوب ۲۰۰۴) و ماده ۱۴ موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات از این روش استفاده نموده‌اند.

در خصوص میزان درجه استقلال دولت میزبان در استناد به این استثنای توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دو رویکرد عمده تبعیت کرده‌اند؛ الف) تنظیم این شروط به صورت خود قضاوتی^۳ ب) شروط غیر خود قضاوتی^۴.

الف) شروط خود قضاوتی با عباراتی تنظیم شده‌اند مبنی بر اینکه دولت‌های متعاهد مجاز

۱. W. Burke-White, William and von Staden, Andreas, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", 48 Virginia Journal of International Law 307 (2008), at 400.

۲. عبارتی تخصیص منافع اساسی صرفاً نسبت به یکسری از مواد و تعهدات خاص از معاهده اعمال می‌شود.

۳. Self-Judging Clause.

۴. Non Self-Judging Clause.

خواهند بود که در کنار تعهدات خویش در معاهده، تدابیری که برای حفاظت از منافع امنیتی اساسی خویش ضروری می‌دانند دلالت دارند، اتخاذ نمایند.^۱ تنظیم شرط به چنین حالتی که دارای صراحت است در این رویکرد، دولت میزبان خود قضاوت می‌نماید آیا تداوم سرمایه‌گذاری به مصلحتش است یا خیر. در واقع سرمایه‌گذاری مربوطه تهدید تلقی می‌شود یا خیر؟ و در چنین حالتی، تصمیم و اقدام بعدی دولت میزبان، معمولاً در متن قراردادها غیرقابل اعتراض شرط می‌شود. در عین حال درج چنین شرطی مصونیت کامل به دولت اعطاء نمی‌کند و پرواضح است که دولت نمی‌تواند به صورت لجام‌گسیخته و بی‌پروا عمل نماید.

به همین خاطر نقش ممیزی دیوان‌های داوری در صورت عملکرد مغرضانه دولت میزبان کماکان برقرار خواهد بود. مگر اینکه تصمیم و اقدام دولت میزبان غیرقابل مجادله درج شده و بازنگری و تجدیدنظر بعدی مراجع داوری را مستثنی نموده باشد که در اینجا دولت میزبان از بابت بازبینی اقدامش در مراجع حل و فصل اختلاف نگرانی نخواهد داشت.^۲ بررسی معاهدات سرمایه‌گذاری مؤید این مطلب است که معاهدات چندجانبه بین‌المللی در قیاس با معاهدات دوجانبه بیشتر از این شرط بهره گرفته‌اند. از طرف دیگر هنگامی که ابتکار عمل لازم برای حفظ منافع اساسی و نظم عمومی به اختیار و صلاح‌دید دولت میزبان واگذار نشده و صرفاً با تحقق وقایع پیش‌بینی شده در قرارداد اختیار انجام عمل برخلاف تعهدات قراردادی به دولت داده شده باشد، آن را شرط غیر خود قضاوتی^۳ می‌گویند. در این حالت مراجع حل اختلاف حق تجدیدنظر و بازبینی اقدام دولت را از جهت انطباق و عدم انطباق با واقعیات بیرونی و ادعاهای طرفین دارند.

۲-۱- تفاسیر دیوان‌های داوری در اختلافات سرمایه‌گذار و دولت

دیوان‌های داوری خواستار تفسیر معاهدات مطابق با ماده ۳۱ کنوانسیون وین در باب حقوق معاهدات شده‌اند.^۴ بنابراین هرگونه تحلیل یک معاهده حاوی یک شرط استثناء منافع

۱. for example, see: Article 10 of the Canadian Model BIT (2004): "Nothing in this agreement shall be construed to prevent any party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests ...".

۲. for example, see: Article 12 of the BIT between Switzerland and Mexico (1995), Article 19 of the BIT between Austria and Mexico (1998).

۳. Non Self-Judging Clause.

۴ ماده ۳۱ (۱) کنوانسیون وین مقرر می‌دارد که معاهده «مطابق با معنی متعارفی که به اصطلاحات معاهده در زمینه آن اصطلاحات و در پرتو هدف و مقصود آنها داده می‌شود»، می‌باید تفسیر شود. مضافاً ماده ۳۱ (۲) توضیح می‌دهد که

اساسی با نص مربوط به آن بند آغاز می‌شود. محققین و دیوان‌ها اخیراً شروع به بررسی ارتباط بین شروط استثنای منافع اساسی در معاهدات و اصل ضرورت در حقوق بین‌الملل عرفی نموده‌اند. رویه قضایی در مورد اختلافات دولت و سرمایه‌گذار در باب ملاحظات شرط استثنای منافع اساسی محدود به سه پرونده است (که ذیلاً بحث می‌گردد). در این موارد، دولت (خواننده) و دیوان‌ها، هر دو مفاد معاهدات خاص در مورد شرط منافع اساسی و حقوق بین‌الملل عرفی در باب ضرورت را در نظر گرفته‌اند.

۱-۲-۱- آیا اضطرار اقتصادی می‌تواند به‌عنوان یکی از شرایط منافع اساسی تلقی شود؟

شاید مهم‌ترین رکن مرتبط با شرط استثنای منافع اساسی، ضرورت عکس‌العمل دولت میزبان به تهدید صورت گرفته به منافع اساسی و نحوه پاسخ‌گویی به آن‌ها می‌باشد که این مسئله به ماهیت خود قضاوتی شرط استثنا برمی‌گردد. دیوان‌های داوری در پرونده‌های سی.ام.اس، ال.جی.انرژ، انرون و کانتینانتال همگی علیه آرژانتین، تاکنون مهم‌ترین پرونده‌هایی هستند که شرط استثنای منافع اساسی را در بستر داوری سرمایه‌گذاری مورد بحث قرار داده‌اند.

این پرونده‌ها عمدتاً از واکنش آرژانتین به بحران مالی فاجعه‌بار که به کشور بین سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۲ آسیب زد، نشات می‌گیرد. از دسامبر ۲۰۰۱ و ژانویه ۲۰۰۲، ظرف مدت ۱۰ روز پنج رئیس‌جمهور مختلف منصوب شد. دولت با تصویب قانون اضطراری به این شرایط پاسخ داد و ارزش پسونفتاد درصد کاهش یافت. اقدامات تقنینی گسترده موجب زیان مالی شدید سرمایه‌گذاران شد. سرمایه‌گذاران خارجی طیفی از دعاوی را علیه دولت آرژانتین مطرح و ادعای نقض تعهدات کلیدی تحت معاهده دوجانبه آمریکا-آرژانتین را نمودند.^۱ به‌زعم خواهان‌ها، اقدامات دولت در هدف قرار دادن بخش‌های مختلف عمومی، حقوق قراردادی سرمایه‌گذاران خارجی را برای تنظیم تعرفه‌ها با شاخص‌های تورم ایالات متحده،

محتوای متن مربوطه شامل متن خود معاهده، مقدمه و ضمایم آن و هر توافقنامه یا دستورالعمل ذیربط، می‌بایست در تفسیر لحاظ گردد. کنوانسیون وین در حقوق معاهدات، ۲۳ مه ۱۹۶۹، U.N.T.S. 331.۱۱۵۵.

^۱Kurtz, Jürgen, 'Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order, and Financial Crisis', 59 International and Comparative Law Quarterly 325 (2010), at 328.

نقض نموده است. آرژانتین در مقام دفاع به ضرورت عکس‌العمل در هر دو معاهده دوجانبه ایالات متحده - آرژانتین (علی‌الخصوص ماده ۱۱ معاهده)^۱ و حقوق بین‌الملل عرفی، استناد نمود. همان‌طور که در زیر شرح داده می‌شود، دیوان‌های داوری ایکسید بر توصیف معنای «منافع اساسی» متمرکز است و آن را به ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی تفسیر نموده است. دیوان‌های سی.ام.اس و انرون به نتیجه واحدی رسیدند، لکن استنتاج دیوان در پرونده ال.جی.انرژی و کانتینانتال علی‌رغم تشابه موضوعی که ناشی از اقدام دولت واحدی بود و موضوع بحث هم تفسیر مفاد همان شرط مندرج در ماده ۱۱ معاهده ایالات متحده و آرژانتین بود؛ متفاوت بود.

دیوان در پرونده‌های سی.ام.اس و انرون، در تحلیلشان، به دنبال بررسی این بودند که آیا نقض معاهده ادعا شده مطابق قانون بوده یا خیر و آیا اشتباهی درین باره صورت گرفته یا خیر؟^۲ دیوان در پرونده‌های مذکور دفاع ضرورت عکس‌العمل را تحت حقوق بین‌الملل عرفی بررسی کرد و در مورد ماده ۲۵ پیش‌نویس مقررات مربوط به مسئولیت دولت و تفاسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در این زمینه بحث نمود. آن‌ها در مورد این که آیا اقدامات اتخاذ شده آرژانتین، تنها طریق برای دولت جهت حفاظت از منافع خود بوده یا خیر؟ و نتیجه‌گیری کرد که این تنها راه ممکن نبوده است.

الف - سی.ام.اس و آرژانتین (۲۰۰۵)

شرکت انتقال گاز CMS در سال ۲۰۰۲، درخواست داوری علیه آرژانتین برای «تعلیق ادعایی فرمول تعرفه اصلاحی توسط آرژانتین برای انتقال گاز به یک شرکت که در آن CMS سرمایه‌گذاری نموده بود، مطرح کرد.^۳ دیوان ضمن تأیید نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و بند شرط فراگیر^۴ معاهده ایالات متحده - آرژانتین، به‌طور قاطع این احتمال که بحران‌های اقتصادی ممکن است تمسک به شرط ضرورت را توجیه کند را رد نکرد، دیوان

۱ ماده ۱۱ معاهده ایالات متحده و آرژانتین: «این معاهده نباید مانع انجام اقدامات ضروری هر یک از طرفین برای حفظ نظم عمومی، ایفای تعهدات مربوط به حفظ و استقرار صلح یا امنیت بین‌المللی یا حفاظت از منافع اساسیشان، گردد».

۲ CMS, para. 318, Enron, para 339.

۳ CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/08, Award, para ۱۲ May 2005) [hereinafter CMS Award], http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Award.pdf.

۴. umbrella clause.

دریافت «بحران آرژانتین منجر به فروپاشی کامل اقتصادی و اجتماعی نگردیده بود.»^۱ دیوان، خاصه، به ماده ۲۵ از مقررات مسئولیت دولت برای اطلاع‌رسانی و استنباط و درکش از منافع اساسی تأکید داشت.

ب - انرون و آرژانتین (۲۰۰۷)

خواهان ادعا نمود برخی از ایالات آرژانتین مالیات‌هایی را در رابطه با شرکت توزیع گازی که خواهان از طریق موافقت‌نامه‌های مشارکتی گوناگون در آن سرمایه‌گذاری کرده است، تحمیل می‌کند. به‌زعم خواهان، چنین ارزیابی مالیاتی، تحت قانون آرژانتین و معاهده دوجانبه، غیرقانونی بوده و به مثابه سلب مالکیت است. آرژانتین مجدداً به موجب هر دو ماده ۱۱ از معاهده دوجانبه و حقوق بین‌الملل عرفی دفاع ضرورت عکس‌العمل را مطرح کرد. با عنایت به پیشینه، آرژانتین بر شهادت آن ماری اسلاتر و ویلیام برک وایت تکیه کرد و بر این اساس مدعی شد این ماده به صورت خود قضاوتی است به نحوی که اگر وضعیت نیازمند اقدامات پیش‌بینی شده توسط ماده را داشته باشد، هر طرف معاهده به تنهایی قاضی موضوع خواهد بود.^۲ خواهان، با تکیه بر شهادت کارشناس خوزه آلوآرز استدلال کرد که شرط استثنای منافع اساسی به نحو خود قضاوتی نیست و ایضاً شرط مزبور به شرایط اضطراری اقتصادی اعمال نمی‌شود.^۳ دیوان با آرژانتین موافقت کرد این شرط می‌تواند در شرایطی از مشکلات و سختی‌های اقتصادی اعمال شود که نیازمند حفاظت از حقوق تضمین شده بین‌المللی ذینفعان آن باشد.^۴ با این حال، دیوان همچنین تصریح کرد «شرط استثنای مذکور غیر خود قضاوتی است، چه در غیر این صورت، معاهده عاری از هر معنا و محتوایی خواهد بود». البته، دیوان جانب خواهان را گرفت و حکم داد که «سطح مورد نیاز مشقت اقتصادی جهت پذیرش دفاع ضرورت قانع‌کننده نبوده است».^۵

۱. Ibid, para 88.

۲. Enron Corp. Ponderosa Asset, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/01/3, Award, para.22 May 2007), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf>.

۳. Ibid, para 328 (quoting Legal Opinion of Jose´ E. Alvarez of April 20, 2005, para 8).

۴. Ibid, para 331.

۵. Ibid, para 332.

ج - ال.جی.ای و آرژانتین (۲۰۰۶)

اگرچه دیوان اعلام کرد آرژانتین استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و شرط فراگیر را نقض کرده است، آن‌ها همچنین دریافتند که آرژانتین بین ۱ دسامبر ۲۰۰۱ تا ۲۶ آوریل ۲۰۰۳، در وضعیت اضطرار بوده است، آرژانتین را از مسئولیت ادعا شده توسط خواهان در طول آن دوره مبرا کرد. شروع این دوره از تاریخ شرایط اضطراری کشنده آغاز و تاریخ پایان آن زمان انتخاب رئیس جمهور کرچنر بود.^۱ دیوان، این مفهوم را که ماده ۱۱ از معاهده دوجانبه آمریکا - آرژانتین «فقط در شرایط نظامی و جنگ به کار می‌رود را رد کرد» و استدلال کرد که زمانی که اقتصاد کشوری تحت فشار و نابسامانی شدید است، شدت مشکل می‌تواند برابر با حمله نظامی باشد.^۲ ذیل این چارچوب دیوان، احراز کرد «بحران مالی صرفاً یک دوره از مشکلات اقتصادی یا نوسانات چرخه تجاری نبود زیرا این امر فروپاشی کامل دولت و حکومت آرژانتین را تهدید کرد»^۳

د - کانتینانتال و آرژانتین (۲۰۰۸)

خواهان در این مورد نقض معاهده را بر اساس محدودیت‌های آرژانتین برای انتقال ارز به خارج، تغییر مقررات سپرده‌های نقدی، تبدیل سپرده‌های دلاری آمریکا و عدم پرداخت بدهی‌های خود اعلام کرد.^۴ دیوان تلفیق معاهده آمریکا-آرژانتین را با حقوق بین‌الملل عرفی؛ برخلاف نظر دیوان در پرونده سمپرا^۵، رد کرد. دیوان استدلال می‌کند که استناد به ماده ۱۱ این معاهده، به عنوان یک شرط خاص محدودکننده تعهدات عام حمایت از سرمایه‌گذاری که توسط طرف‌های متعاقد توافق شده است، لزوماً از حیث موضوع مشابه شرایط اعمال آن به عنوان دفاع ضرورت تحت حقوق بین‌الملل عمومی نیست.^۶ در انجام این کار، دیوان

^۱ LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/1,3 October 2006), [http://ita.law.uvic.ca/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf, para 227-9.

^۲ Ibid, para 206.

^۳ Ibid, para 231.

^۴ Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/03/9, Award, para 19,5 September 2008), http://ita.law.uvic.ca/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf.

^۵ Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/16, Award, para 346 (28 September 2007), http://www.investmentclaims.com/decisions/Sempra_Energy-Award.pdf.

^۶ Ibid, para 167.

چارچوب تفسیری را تأیید کرد از تجزیه و تحلیل ماده ۱۱ و شرایط کاربرد آن، در حالی که مراجعه به قاعده عرفی در مورد ضرورت، تنها تا حدی است که مفهوم آن برای کمک به تفسیر ماده ۱۱ مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱ دیوان، در بررسی شرط منافع اساسی، استدلال کرد که شرایط اضطراری اقتصادی مشمول شرط قرار می‌گیرد، چه به خوبی پذیرفته شده که مفهوم امنیت بین‌المللی کشورها در پسا جنگ جهانی دوم، نه تنها امنیت سیاسی و نظامی را پوشش می‌دهد، بلکه امنیت اقتصادی دولت‌ها و عموم مردم را نیز در برمی‌گیرد.^۲ دیوان دریافت که بررسی رویه قضایی گات و سازمان تجارت جهانی که به طور گسترده‌ای با مفهوم و الزامات ضرورت در بستر اقدامات اقتصادی مرتبط است، به جای رجوع به شرایط ضرورت تحت حقوق بین‌المللی عرفی، مناسب‌تر است.^۳

تحلیل آراء فوق نشان می‌دهد نقطه اختلاف بین دیوان‌هایی که سبب صدور آراء گوناگون شد، به شدت بحران اقتصادی برمی‌گشت. دیوان‌های سی.ام.اس و انرون نتیجه گرفتند بحران شدید بوده اما سبب فروپاشی کلی اقتصادی و اجتماعی نبوده است و این استدلال که چنین وضعیتی، موجودیت و استقلال کشور را به خطر می‌اندازد، جهت تمسک به شرط استثنای منافع اساسی، قانع‌کننده نیست. از سوی دیگر، دیوان در ال.جی.ای و کانتینانتال بحران را به اندازه کافی برای تهدید «فروپاشی کامل دولت و حکومت آرژانتین جدی دانسته و اظهار داشت که: «از ۱ دسامبر ۲۰۰۱ تا ۲۶ آوریل ۲۰۰۳، آرژانتین در یک دوره بحران قرار داشت که طی آن لازم بود اقدامات لازم را جهت حفظ نظم عمومی و حفظ منافع اساسی اش اتخاذ کند». لذا آرژانتین را از مسئولیت هرگونه نقض معاهده برای یک مدت محدود (۱ دسامبر ۲۰۰۱ تا ۲۶ آوریل ۲۰۰۳) معاف کرد.

۲-۲-۱- ویژگی خود قضاوتی شروط استثنای منافع اساسی

دیوان‌ها معتقد بودند آن‌ها به ارزیابی این که آرژانتین در اتخاذ اقدامات اضطراری برای

^۱ Ibid, para 169.

- این در حالی بود که دیوان در پرونده سمپرا و آرژانتین اعلام داشت که: «شرط معاهده از استاندارد حقوق عرفی در باب تعریف ضرورت و شرایط اعمال آن مجزا نیست، بهمین دلیل این شرط ذیل حقوق عرفی که چنین عناصری را تعریف می‌کند، قرار می‌گیرد». ۱. Sempra, ibid, para 376.

^۲ Ibid, para 175.

^۳ Ibid, para 85.

حفاظت از ثبات اجتماعی و اقتصادی و مالی خود با حسن نیت عمل کرده است یا خیر، محدود نبوده‌اند، بلکه آن‌ها باید بررسی ماهوی کنند که آیا حالت ضرورت یا اضطرار مطابق با شرایط مقرر در حقوق بین‌الملل عرفی و شروط معاهده اعمال شده و اینکه آیا این مقررات قادر به جلوگیری از تخلف بوده است یا خیر؟^۱

یک سوال مهم در اینجا وجود دارد: چه کسی باید تصمیم بگیرد که آیا منافع اساسی دولت در معرض خطر است؟ همان‌طور که دیوان در پرونده سی.ام.اس سوال نمود، آیا دولت در اتخاذ اقداماتش تنها قاضی قانونی بودن در استناد به منافع اساسی است؟ و آیا این استناد تحت بازبینی قضایی قرار می‌گیرد؟^۲ دیوان مزبور اظهار داشت که «زمانی که دولت قصد دارد که برای خودش یک حق یک‌جانبه جهت احراز مشروعیت اقدامات فوق‌العاده که منطبق با تعهدات مندرج در معاهده نیستند، ایجاد کند، آن‌ها این کار را به صراحت انجام می‌دهند»^۳

در این راستا، دیوان انرون اظهار داشت که «واقعاً شروط استثنایی و فوق‌العاده‌ای نظیر شرط خود قضاوتی به‌طور معمول باید به صراحت به منظور نشان دادن این قصد درج گردد، در غیر این صورت فرض ما این است که طرفین در مفاد شرط استثنا این معنا را در نظر نگرفته‌اند»^۴ در پرتو این مباحث، دیوان‌های سی.ام.اس و انرون نتیجه گرفتند که ماده ۱۱ از معاهده دوجانبه خود قضاوتی نمی‌باشد.^۵ دیوان در ال.جی.ای به همان نتیجه رسید و اشعار داشت که: «حسب ادله موجود نزد دیوان در خصوص درک طرفین در سال ۱۹۹۱ در زمان امضای معاهده، دیوان تصمیم می‌گیرد و نتیجه می‌گیرد که شرط استثنا به نحو خود قضاوتی نمی‌باشد. مضافاً اینکه حتی چنانچه این شرط به نحو خود قضاوتی باشد، اقدام آرژانتین به‌هر حال در معرض تجدیدنظر از حیث حسن نیت توسط دیوان قرار می‌گیرد»^۶

استاندارد (بازبینی) حسن نیت در نظر دیوان‌های داوری همچنین باعث جلوگیری از سوءاستفاده از استناد به شروط منافع اساسی است، چه «اساساً این امر (حل و فصل دعوی اجباراً

۱. CMS, para. 374. Similarly LG&E, para. 212-213.

۲. CMS para 366.

۳. Idem para 370.

۴. Enron para 335.

۵. CMS, para 373, Enron para 339.

۶. LG&E para 212.

از طریق داوری) با توافق طرفین مبنی بر حل شدن اختلافات به موجب یک شرط در معاهده؛ در تعارض است.^۱

۲ - تناسب انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و منافع اساسی دولت میزبان

۲-۱- حق قانون‌گذاری کشور میزبان در برابر انتظارات مشروع سرمایه‌گذار

حق دولت در مورد قانون‌گذاری و وضع مقررات خاصه در مورد قراردادهای بهره‌برداری از منابع طبیعی، دارای منشأ و ماهیتی دو گانه است: بخشی از آن درونی است و برخاسته از روابط قراردادی حاصل بین سرمایه‌گذار و طرف دولتی است و بخشی از آن جنبه بیرونی دارد، یعنی ریشه در خارج از قرارداد دارد و مبتنی بر قانون اساسی است. این حق وضع مقررات، در هر دو حالت مظهر و نمودی است از وظیفه دولت در پیگیری و رعایت منافع عمومی.^۲

مفهوم انتظارات مشروع بیانگر انتظار سرمایه‌گذار خارجی نسبت به ثبات چارچوب تقنینی دولت میزبان است، اما این چارچوب از عناصر مختلفی تشکیل شده است. آنچه در این گفتار مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که آیا سرمایه‌گذار بر مبنای هر یک از این اجزاء می‌تواند ادعای نقض انتظارات مشروع را نماید یا خیر؟ دیوان‌های داوری سپس به بررسی این امر می‌پردازند که آیا اقدام دولت به‌طور متعارف برای سرمایه‌گذار قابل پیش‌بینی بوده یا خیر؟

۱-۱-۲- اتکا سرمایه‌گذار به قوانین و مقررات دولت میزبان

در این حالت هیچ تضمین رسمی یا غیررسمی وجود ندارد، بلکه تنها قانون، آیین‌نامه و رویه قضایی است که موجب انتظاراتی در سرمایه‌گذار خارجی شده، اکثر دیوان‌های داوری در آراء خود در رابطه با تعهد دولت میزبان نسبت به حفظ ثبات، نوعی تعهد خاص به‌وسیله دولت میزبان در برابر سرمایه‌گذار را لازم دانسته‌اند. برخی دیوان‌های داوری تعهد به ثبات را تعهدی مطلق می‌دانند؛ به این مفهوم که تعهد به حفظ ثبات، تعهدی است که صرف‌نظر از شرایط و اوضاع و احوال هیچ موردی برای نقض آن وجود ندارد. به‌عنوان مثال دیوان

۱. Continental Casualty v. Argentine, para. 187.

۲. احمد، القشیری و ریاض، طارق "قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری" ترجمه محسن مجبی، نشریه دفتر خدمات حقوق بین‌الملل ایران، ش ۲۹، ۱۳۸۲، صص ۴۵-۴۶.

«اکسیدنتال» با اشاره به مقدمه معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه گذاری به این نتیجه می‌رسد «ثبات چارچوب حقوقی و تجاری عنصر اساسی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه است»^۱ و «مطمئناً تعهد به عدم تغییر و اصلاح محیط حقوقی و تجاری که سرمایه گذاری در آن صورت گرفته است، وجود دارد»^۲. در قضیه «سی ام اس» دیوان بر مبنای مقدمه معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه گذاری اظهار داشت: «محیط تجاری و حقوقی باثبات عنصر اساسی رفتار عادلانه و منصفانه است»^۳ اما باید گفت اشاره بدون قید و شرط به الزام ثبات تحت استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، تعهداتی را بر دول میزبان بار خواهد نمود که «نامناسب و غیرواقعی» است. گروه دوم معتقد به نیاز به حفظ انعطاف پذیری محیط تقنینی هستند. طبق این رویکرد، فهم درست از رفتار عادلانه و منصفانه این است که تعادل و توازن بین حمایت از سرمایه گذاری و استقلال دولت میزبان برای عمل در راستای نفع عمومی وجود داشته باشد. به طور کلی تر می‌توان گفت: مفهوم «انصاف»^۴ نشان‌دهنده تعادل و توازن منافع است.^۵

هرگونه شک و تردیدی در خصوص این مسئله که آیا ثبات قانون گذاری تعهدی مطلق است یا خیر، به واسطه رویه داوری جدید برطرف شده است. در قضیه «سالوکا» دیوان به صورت مکرر به این نکته اشاره می‌کند که «هیچ سرمایه گذاری نمی‌تواند به نحو معقولی انتظار داشته باشد که شرایط غالب در زمان ایجاد سرمایه گذاری به طور کلی بدون تغییر باقی بماند».^۶

به عقیده دیوان در پرونده امین اوایل و کویت، «غرامت قابل پرداخت در برابر ملی کردن قراردادها و اموال خارجی‌ها نباید با روش انتزاعی و در خلا محاسبه شود، بلکه باید دید طرفین هنگام انعقاد قرارداد و نیز در طول اجرای آن به ویژه با توجه به تغییرات و اصلاحاتی که در پیمان اولیه داده‌اند، چه انتظار واقعی و معقولی را می‌توانند داشته باشند.» به اعتقاد دیوان

۱. Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Award, 2001, para183, available at: <http://www.italaw.com/>.

۲. *ibid*, para191.

۳. CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, May 12, 2005, para274, available at: <http://www.italaw.com/>.

۴. Fairness.

۵. Franck, Thomas, Fairness in International Law and Institutions, Oxford University Press, 1995, pp16-18

۶. Saluka Case, paras.305- 351.



«روابط طرفین در منظومه‌ای به هم پیوسته و معنی‌دار به نام قرارداد تنظیم شده است که در طول زمان، اصلاح و تغییر یافته است. دیوان نمی‌تواند خود را محدود به رویه‌ای کند که سایر شرکت‌های نفتی که ملی شده‌اند احیاناً در شرایط مشابه، پذیرفته‌اند و حاضر شدند غرامت کمتر و محدودتری دریافت کنند، زیرا این قبیل رویه‌ها اغلب متضمن ترتیبات ترجیحی برای خرید نفت است که جزئیات آن افشا نمی‌شود و مبلغ آن هم قابل محاسبه نیست و به هر حال به یک قاعده کلی حقوقی نمی‌انجامد.»^۱

در قضیه «پارکینگ» دیوان بیان می‌دارد سرمایه‌گذار باید تلاش مقتضی می‌نمود «او باید پیش‌بینی می‌کرد که ممکن است شرایط تغییر نماید و لذا سرمایه‌گذاری‌اش را به گونه‌ای سازماندهی می‌کرد که بتواند آن را با تغییرات بالقوه محیط تقنینی تطبیق دهد»^۲ در پرونده مذکور، مرجع داوری در ارزیابی عدم ثبات و تغییرات مقررات دولت میزبان رای داد هر دولتی می‌تواند قانون‌گذاری کند، قوانین را اصلاح یا لغو نماید اما این حق نباید به وضع مقرراتی مغایر و متضاد با تعهدات قراردادی دولت منجر شود و به تغییراتی غیرمنصفانه، ناعادلانه و غیرمنطقی در وضعیت قرارداد با سرمایه‌گذار ختم شود.^۳ مرجع داوری بیان داشت سرمایه‌گذار حق حفاظت از انتظارات مشروعش را که با لحاظ جمیع شرایط معقولند را دارد. مرجع مزبور ادامه می‌دهد دولت میزبان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را در تغییرات جدید قوانینش تضمین ننموده است.^۴ عقیده مرجع این بود که فضای قانون‌گذاری غیرقابل‌پیش‌بینی بوده و مدعی می‌بایست احتمال چنین تغییراتی را پیش‌بینی می‌نمود. مرجع داوری همچنین تأکید نمود که رفتار دولت میزبان نقض توافق بوده ولو اینکه نقض توافق با سوءنیت نبوده لکن انتظارات ناشی از قرارداد انتظارات مشروعی بوده که بر مبنای استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه^۵ حمایت می‌شود.

برای مثال دیوان داوری در پرونده متالکلاد و مکزیک چنین استنادی را به‌مثابه پرونده

۱. محبی، محسن، «مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی»، انتشارات شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳، صص ۱۰۱-۱۰۳

۲. Parkerings-Compagniet AS v Lituania, ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 September 2007, Para133, available at: <http://www.italaw.com/>.

۳. Ibid, para. 335-336.

۴. Ibid, para 333.

۵. fair and equitable treatment standard.

تکمد اعمال نمود. در این پرونده خواه آن یک ایستگاه انتقال ضایعات خطرناک را در سن لوئیز مکزیک باهدف ساخت یک سایت دفن زباله، خریداری نموده بود، پیشنهاد پروژه پیش تر توسط دولت فدرال مجوز ساخت گرفته بود و متالکلاد بلافاصله پس از خرید مجوز ساخت را دریافت کرد.^۱ علاوه بر این متالکلاد از مقامات فدرال در خصوص اخذ کلیه مجوزهای لازم موارد اطمینان را کسب کرد. پس از اینکه ساخت پروژه کلید خورد، دولت محلی دستور توقف ساخت را به دلیل اینکه متالکلاد مجوز ساخت را از شهرداری محل نگرفته بود، داد. مقامات فدرال به متالکلاد اطمینان دادند چنانچه شهرداری بخواهد مانع ساخت گردد به وسیله اخذ مجوز اضطراری مشکل را حل خواهند کرد. متالکلاد پروژه را تکمیل نمود اما سیزده ماه پس از تکمیل ساخت شهرداری از صدور مجوز استتکاف نمود. متالکلاد از اداره سایت ممنوع شد و حکومت محلی بعداً اعلام نمود منطقه ای که سایت در آن قرار گرفته و حومه اش به دلایل زیست محیطی و حفاظت از گونه های زیستی نادر، منطقه محافظت شده است و صناعی همچون شرکت متالکلاد باید از آن منطقه برچیده شود.^۲ در اینجا دیوان دریافت مکزیک از شرکت متالکلاد سلب مالکیت غیرمستقیم نموده است زیرا مالک را، کلاً یا به نحو قابل توجهی، از استفاده یا بهره برداری اقتصادی مورد انتظار از اموالش محروم کرده است. دیوان در تصمیمش بدو بر اتکای معقول متالکلاد بر اطمینان داده شده مقامات مکزیکی تمرکز نمود.^۳ به لحاظ اینکه متالکلاد در گیر فعالیتی گسترده با اتکا به اطمینان های مقامات دولتی شده بود، این انتظاری مشروع بود که سرمایه گذار بتواند پروژه را تکمیل و اجرا نماید. در صورت نبود چنین تضامینی از سوی مقامات دولتی، دیوان احتمالاً به نتیجه دیگری می رسید.

رای داوری در قضیه امین اوپل، هم حق حاکمیت طرف قرارداد - به ویژه درجایی که به نام منافع عمومی یا نظم عمومی در قرارداد دخالت می کند و یا آن را تغییر می دهد - به رسمیت شناخته شده و هم حقوق شرکت خصوصی که قرارداد او در معرض چنین مداخله ای

۱. Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000), 5 ICSID Rep. 212 (2002), available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>.

۲. Ibid. para 30-36.

۳. Ibid. para 37-40.

قرار گرفته است. ثمره این اعتدال، چنانکه در رای امین اوایل آمده آن است که خسارات شرکت خصوصی که قرارداد او فسخ شده، باید در چارچوب «انتظارات معقول» جبران شود.^۱ اعمال این استاندارد مبتنی است بر اینکه آیا اقدام تقنینی دولت با لحاظ تبعات و اثرات جانبی آن به طور متعارف قابل پیش‌بینی و قابل انتظار بوده یا خیر. هنگامی که بتوان با یک پیش‌بینی معقول و متعارف ریسک سلب مالکیت غیرمستقیم را پیش‌بینی نمود، سرمایه‌گذاران نمی‌بایست غرامتی دریافت کنند.

مسئله بالقوه در خصوص این معیار فوق این است که انتظارات متعارف از سلب مالکیت غیرمستقیم می‌تواند در اثنای دوره سرمایه‌گذاری تغییر یابد. برای مثال سرمایه‌گذار خارجی ممکن است در بدو امر به طور متعارف احراز کند که هیچ خطر سلب مالکیت غیرمستقیمی تهدیدش نمی‌کند، لکن به واسطه تغییرات در اقلیم سیاسی دولت میزبان ریسک مزبور رخ بنماید. دیوان‌های داوری ممکن است دو مسئله را در اینجا دنبال کنند. نخست، آن‌ها می‌توانند به یک تقسیم‌بندی دست بزنند و تعیین و احراز کنند که چه سهمی از سرمایه‌گذاری پیش از بروز ریسک ایجاد شده بود.

من حیث المجموع دولت میزبان نمی‌تواند به شکل خودسرانه‌ای چارچوب تقنینی را تغییر دهد و سرمایه‌گذار در بسیاری موارد می‌تواند ادعای انتظارات مشروع بر مبنای سیستم حقوقی کند. اگرچه هیچ‌کس نمی‌تواند عدم تغییر چارچوب تقنینی را مفروض بداند اما مسئله اینجا است که آستانه تغییرات تقنینی غیرقابل پیش‌بینی و تأثیر آن بر انتظار مشروع سرمایه‌گذار که الزام به پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار را ایجاد می‌نماید، تعیین شود.^۲ حتی دیوان‌های داوری که نسبت به امکان ایجاد انتظارات مشروع بر مبنای سیستم حقوقی مواضع محتاطانه‌ای اتخاذ نموده‌اند، این احتمال را کاملاً منتفی ندانسته‌اند. به‌عنوان مثال دیوان «ال پاسو» در این زمینه این‌گونه نظر می‌دهد: «هیچ‌کس نمی‌تواند انتظار مشروعی داشته باشد که چارچوب حقوقی در تقابل با بحران‌های به‌شدت طاقت‌فرسای اقتصادی بدون تغییر باقی خواهد ماند. هیچ سرمایه‌گذار معقولی نمی‌تواند چنین انتظاری داشته باشد، مگر اینکه تعهدات خاصی در

۱. محبی، محسن، منبع پیشین، ص ۱۳۰.

۲. Waelde, Thomas and Kolo, Abba, Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking' in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.50, No.4, 2001, pp824-825, available at: <https://www.jstor.org/>.

برابر وی صورت گرفته باشد یا اینکه تغییر چارچوب حقوقی کلی باشد.^۱ معهدا این مسئله در اجرا با پیچیدگی‌های زیادی روبروست. النهایه، مراجع رسیدگی می‌توانند تغییرات نظام سیاسی را یک ریسک تجاری متعارف شناسایی کنند و بر انتظارات متعارف سرمایه‌گذار در زمان سرمایه‌گذاری تمرکز کنند.

۲-۱-۲ - اتکا سرمایه‌گذار به چارچوب قرارداد (شرط ثبات)^۲

شرط ثبات یا تثبیت، تدبیری است تضمینی و احتیاطی که در قراردادهای خصوصی درج می‌گردد و به موجب آن دولت‌ها ملزم می‌شوند تا از طریق وضع قانون از مداخله در تغییر یا فسخ قرارداد خودداری نمایند. شرط ثبات به معنی اخص، در صدد تضمین عدم تغییر قانون حاکم بر قرارداد، در زمان حیات پروژه می‌باشند.^۳ در واقع، هدف شرکت‌های خصوصی خارجی از درج شرط ثبات در قرارداد دولتی، حفظ کردن خود در مقابل مداخلات تقنینی دولت‌هاست. شرط ثبات به معنی اخص در امتیازنامه شیخ کویت به شرکت امین اوایل مطرح شده که مقرر می‌داشت: «شیخ کویت جز از طریق آنچه در ماده ۱۱ مقرر شده است، حق نخواهد داشت تا از طریق قانون عام یا خاص یا اقدامات اداری یا هرگونه اقدام دیگری قرارداد را الغا نماید. هیچ تغییری در مفاد و عبارت این قرارداد، توسط شیخ کویت یا شرکت صورت نخواهد گرفت. مگر اینکه شیخ و شرکت باهم توافق کنند»^۴ سودمندی و حمایت قانونی در برابر ریسک‌های سیاسی در قانون کشور میزبان (از جمله سلب مالکیت و ملی سازی)، یکی از مهم‌ترین عللی است که برای شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری عظیم در نظر گرفته می‌شود. چه، خطراتی که از حاکمیت برای سرمایه‌گذاری ایجاد می‌شود به این دلیل است که دولت و سرمایه‌گذار در سطح مساوی و برابر نیستند و دولت می‌تواند قانون

۱. El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, para364, available at: <http://www.italaw.com/>.
۲. stabilization clause.

۳. تی بی کول، مارگاریتا، «شروط ثبات در معاملات نفتی بین‌المللی» ترجمه مصطفی‌السان و علی رضایی. مجله حقوقی. شماره سی و هفتم، ۱۳۸۶، ص ۱۶۱.

۴. Hunter, Martin and Sinclair, Anthony, Aminoil Revisited, Reflections on a Story of Changing Circumstances, in International law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International law, Edited by Todd Weiler, pp 347-381. (2005).

حاکم بر قرارداد را تغییر دهد. همچنین دولت می‌تواند قوانین اجباری و آمره برای قرارداد سرمایه‌گذاری تصویب کند. وجود اصول حقوق بین‌الملل و استانداردهای رفتاری، برای حمایت سرمایه‌گذار خارجی از تغییر یک‌جانبه مفاد قرارداد توسط دولت ناکافی است. از این رو، سرمایه‌گذار خارجی بر روی ساختمان قراردادی شرط ثبات به منظور مقابله با خطر سیاسی پافشاری می‌کند. با توجه به استثنائی بودن شرط ثبات، التزام دولت‌ها به خودداری از اعمال حاکمیت در طی یک مدت طولانی و نامحدود مغایر با اختیارات تقنینی دولت‌ها و قدرت فائده آن‌ها تلقی می‌شود. قراردادهای طولانی مدت مستلزم حسن نیت و همکاری طرفین قرارداد است. چنین قراردادهایی باید با تغییر اوضاع و احوال تکامل پیدا کنند و شرط تغییر اوضاع و احوال تلویحاً در همه قراردادهای وجود دارد. به همین دلیل، قراردادهای جدید با هدف توسعه جرح و تعدیل قرارداد با رعایت وصف تکاملی قراردادهای سرمایه‌گذاری درازمدت تنظیم می‌شوند. این امر در راستای تلفیق میان اصل مؤثر بودن اقدامات دولت‌ها در ملی کردن اموال اتباع خارجی و اصل تضمین انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خصوصی تلقی می‌گردد. بر همین اساس، دیوان داوری در پرونده امین اوایل با رویکردی واقع بینانه و منصفانه، ابتدا منظومه قراردادی طرفین را به عنوان ظرف «انتظارات معقول طرفین» تعیین و ترسیم کرده و آن را مرکب از مؤلفه‌های گوناگونی مانند اصلاحیه ۱۹۶۱ و پیش‌نویس قرارداد اصلاحی سال ۱۹۷۳ دانسته که از عوامل دیگری مانند فرمول ابوظبی نیز متأثر شده است و سپس «نرخ معقول بازگشت سرمایه» شرکت امین اوایل را به عنوان ملاک «انتظارات معقول» طرفین، پایه ارزیابی و تعیین غرامت گرفته است. قرارداد نفتی، یک موجود زنده و پویا است که باید در پرتو تحولات و تغییراتی که در عرصه صنعت نفت رخ می‌دهد تفسیر و اجرا شود. شرط ثبات در قراردادهای نفتی مطلق نیست و باید با رعایت حق حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی تفسیر شود. معذک یکی از مؤلفه‌های تعیین انتظارات مشروع طرف خصوصی قرارداد، همین شرط ثبات است.^۱

۲-۲ - انتظارات مشروع در مقابل سطح توسعه یافتگی کشور میزبان

در راستای عنصر عقلانی بودن انتظارات مشروع سرمایه‌گذار که دیوان‌های داوری تأکید

۱. همان منبع، ص ۱۰۴ و

خاصی بر روی آن دارند، بررسی شرایط خاص کشور میزبان و علی‌الخصوص سطح توسعه‌یافتگی آن از اهمیت بسزائی برخوردار است. روشن است آنچه یک سرمایه‌گذار می‌تواند به‌طور مشروع انتظار داشته باشد، در یک کشور توسعه‌یافته در مقابل یک کشور در حال توسعه یکسان نیست. در قضیه «دوک انرجی علیه اکوادور» دیوان این‌گونه به این موضوع می‌پردازد: «در تعیین معقول بودن یا مشروعیت (انتظارات سرمایه‌گذاران) باید همه شرایط، نه تنها شامل وقایع حول سرمایه‌گذاری، بلکه شرایط سیاسی، اجتماعی-اقتصادی، فرهنگی و تاریخی غالب در دولت میزبان در نظر گرفته شود.»^۱ در بسیاری از موارد سرمایه‌گذار ترغیب به سرمایه‌گذاری در کشورهای در حال توسعه، به لحاظ میزان بالای سود آن نسبت به کشورهای توسعه‌یافته، می‌شود؛ لذا ریسک سیاسی عدم ثبات نیز به همان میزان بالاتر خواهد رفت و این وضعیت به‌وضوح می‌بایست در قلمرو پیش‌بینی سرمایه‌گذار قرار گیرد.

در قضیه «بایندر علیه پاکستان» دیوان حکم می‌نماید: «سرمایه‌گذار، سرمایه‌گذاری‌اش را با آگاهی کامل از جو سرمایه‌گذاری که تحت تأثیر «عدم ثبات سیاسی» بالا بوده، ایجاد نموده است. لذا خواهان نمی‌توانسته انتظارات وسیعی نسبت به ثبات و قابلیت پیش‌بینی به‌نحوی که تحت استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قابل حمایت باشد را داشته باشد.»^۲ در قضیه «پارکرینگ» دیوان صریحاً اشاره نمود که شرایط یک کشور در حال‌گذار نمی‌تواند، انتظارات مشروع راجع به ثبات محیط سرمایه‌گذاری را توجیه نماید. یک تاجر محتاط باید انتظارات مشروعش را به‌واسطه درج یک شرط ثبات حفظ می‌نمود.^۳

۲-۳ - رفتار سرمایه‌گذار خارجی و عقلانیت انتظارات

رعایت عنصر عقلانیت در انتظارات مشروع سرمایه‌گذار ما را به این نقطه رهنمون می‌سازد که آیا سرمایه‌گذار خارجی با دقت لازم رفتار نموده و آیا می‌توان گفت در شرایط مربوطه

۱. Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 12 August 2008, para 340, available at: <http://www.italaw.com/>.

۲. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, available at: <http://www.italaw.com/>.

۳. Ibid, para 194.

چنین انتظاراتی می‌باید داشته باشد یا خیر؟ سرمایه‌گذار ملزم است میزان ریسک سرمایه‌گذاری‌اش را پیش از ورود به پروژه سرمایه‌گذاری مربوطه تعیین نماید تا انتظارات واقع‌بینانه‌ای نسبت به سودآوری آن داشته باشد و لذا هر خسارتی که متعاقباً از ارزیابی نادرست ریسک سرمایه‌گذاری بر وی تحمیل گردد، قابل مطالبه نیست. به‌عنوان مثال در قضیه «ام تی دی علیه شیلی»^۱ شیلی ادعا نمود که به سرمایه‌گذار در خصوص موانع جدی که به واسطه مقرر منطقه بندی مطرح شد، هشدار داده شده بود و یک سرمایه‌گذار معقول باید تلاش مقتضی در خصوص آگاهی از این مسائل انجام می‌داد؛ سرمایه‌گذار بر اظهارات مالک شیلیایی زمین با این مضمون که زمین می‌تواند به‌سادگی دوباره منطقه بندی شود بدون درک کافی از قوانین سرمایه‌گذاری خارجی شیلی اتکا نموده است. دیوان نیز با این مواضع دولت شیلی موافقت نمود و خسارت قابل مطالبه به‌وسیله سرمایه‌گذار را ۵۰ درصد کاهش داد.^۱

از سوئی دیگر، چنانچه اثبات شود که خسارات متحمل در نتیجه مدیریت نادرست سرمایه‌گذاری به‌وسیله سرمایه‌گذار بوده است، نه در نتیجه اقدامات دولت میزبان، ادعای نقض رفتار عادلانه و منصفانه پذیرفته نخواهد شد.^۲

در یوکوس، هرچند مرجع داوری اعلام کرد که یوکوس مرتکب نقض تعهدات مالیاتی خود ذیل معاهده مالیات روسیه و قبرس (رفتار توأم با سوءنیت و غیرقانونی) شده است، اعلام شد این تقصیر از ناحیه خود خواهان نباید موجب واکنش مذکور مقامات روسیه از باب سلب مالکیت می‌شد. لذا مرجع داوری کل مبلغ غرامت را تا ۲۵ درصد کاهش داد که به نظر اعضاء مرجع رسیدگی، در خصوص مسئولیت طرفین، منصفانه و متناسب بود.^۳ در تحلیل این نظریه می‌توان گفت این معیار (تناسب) شاید توانسته باشد از نقض یک‌جانبه گرائی و افراط و تفریط سایر نظریات دیوان‌های داوری به دور مانده باشد و از طرفی بتواند نقش مکمل را برای نظریات پیش‌گفته بازی نماید لکن در مقام ارزیابی بسیار انتزاعی و وابسته به سلیقه دیوان‌های داوری است که اقدام دولت در سلب مالکیت را متناسب و شایسته بدانند یا خیر.

۱. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004, paras 343-345, available at: <http://www.italaw.com/>.

۲. See Peter Muchlinsky, 'Caveat Investor'? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard, 55 ICLQ 527 (2006) /.

۳. Yukos (n 20) at 510 para 1637.

با استقراء از آراء صادره چنین برمی آید که (۱) سرمایه گذار باید سرمایه گذاری اش را به شیوه ای مدیریت نماید که قابلیت دوام اقتصادی سرمایه گذاری را تضمین نماید. (۲) باید از محیط تقنینی که در آن فعالیت می کند کاملاً آگاه باشد و تطبیق با هر گونه مقرره تنظیمی قابل اعمال را تضمین نماید و رایزنی های حرفه ای مربوطه را انجام دهد؛ (۳) زمانی که با مأمورین اداری محلی اختلافاتی ایجاد می شود، سرمایه گذار می بایست از جبران های محلی موجود که قابلیت تصحیح اشتباه اداری صورت گرفته را دارند، منتفع گردد.

در آخر انتظارات سرمایه گذار زمانی شایسته حمایت هستند که اظهارات، وعده ها و تضمین های دولت میزبان در نتیجه تقلب و فریب سرمایه گذار خارجی حاصل نشده و سرمایه گذار نیز اطلاعات مربوط به پروژه سرمایه گذاری خود را به نحو صحیح و کامل در اختیار دولت میزبان قرار داده باشد. به عنوان مثال در قضیه «چمتورا علیه کانادا» دیوان حکم نمود: «موضع دوپهلوی اتخاذ شده به وسیله خواهان نمی تواند توجیه کننده انتظار معقول یا مشروع باشد».^۱

نتیجه گیری

یکی از مبانی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه توجه به انتظارات مشروع سرمایه گذار است که در بسیاری از دیوان های داوری بر آن تأکید شده است. حمایت از این انتظارات در سایه استانداردهای حمایتی دارای محدودیت هائی است که اهم آنان وجود شرط استثناء حفظ منافع اساسی امنیتی در قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی و حق قانون گذاری دولت میزبان سرمایه است. شرط استثناء حفظ منافع اساسی موارد بسیاری از جمله منافع اساسی سیاسی و اقتصادی و محیط زیست و حقوق بشر و سلامت عمومی را در خود جای داده است. استناد به این شرط محدود به شرایطی از جمله غیر تبعیض آمیز بودن و غیر خودسرانه بودن اقدام دولت میزبان و نیز عدم ایجاد محدودیت ناروا در سرمایه گذاری و نهایتاً ضرورت پاسخ دولت میزبان به تهدیدهای صورت گرفته به منافع اساسی می باشد.

۱. Chemtura Corporation v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 August 2010, available at: <http://www.italaw.com/>.

از سوئی دیگر انتظارات سرمایه‌گذار باید مورد اتکا عنصر عقلانیت و مدیریت صحیح در سرمایه‌گذاری واقع شده، همچنین باید یک رابطه سببیت بین عدم مراعات انتظارات و خسارات متحمل‌ه موجود باشد. در بررسی معقول بودن اتکا سرمایه‌گذار، سه عامل مرتبط خواهد بود: ۱) اتکا سرمایه‌گذار بر چارچوب حقوقی دولت میزبان در زمان سرمایه‌گذاری (۲) شرایط و سطح توسعه‌یافتگی دولت میزبان (۳) رفتار سرمایه‌گذار خارجی.

وضعیت قانون کشور میزبان در زمان سرمایه‌گذاری، نقطه شروع تعیین انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خواهد بود. چارچوب حقوقی دولت میزبان متشکل از تضمین‌های عام موجود در قوانین و مقررات دولت میزبان و تضمین‌های خاص صورت گرفته در برابر سرمایه‌گذاران است. در مقابل انتظارات سرمایه‌گذار نسبت به ثبات چارچوب حقوقی و تجاری، حق قانون‌گذاری دولت میزبان نیز باید لحاظ شود؛ اما اگرچه هیچ‌گونه تردیدی نسبت به حق دولت میزبان مبنی بر اتخاذ اقدامات تنظیماتی در راستای اجرای قانون و سایر نمودهای حاکمیت وجود ندارد، این حق باید به‌درستی اعمال شود؛ لذا چنانچه سرمایه‌گذار ارکان و عناصر لازم در خصوص نظریه انتظارات مشروع را مراعات کرده باشد و متقابلاً نیز دولت در راستای اعمال این حق خود، چارچوب حقوق و تعهدات قانونی که در آن عمل می‌نماید را نقض نماید، می‌توان گفت اعمال این حق به‌صورت نافذ و قانونی نبوده است و می‌توان دولت میزبان را مسئول اقداماتش شناخت. به نظر نگارنده دیوان‌های داوری در این خصوص می‌بایست زمانی سلب مالکیت را احراز کنند که اولاً اقدامات دولت به‌طور اساسی سرمایه‌گذار خارجی را استفاده اقتصادی و بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری اش محروم کند (محرومیت اساسی)، ثانیاً اقدام دولت توسط سرمایه‌گذار به‌طور متعارف قابل پیش‌بینی نبوده باشد (انتظارات متعارف سرمایه‌گذار). با تحقق این دو شرط می‌توان قائل به تحقق سلب مالکیت شد.

منابع

فارسی

- القشیری، احمد و ریاض، طارق «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری» ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی بین المللی، ش ۲۹، ۱۳۸۲، صص ۱۰۹-۲۹.
- تی بی کول، مارگاریتا، «شروط ثبات در معاملات نفتی بین المللی»، ترجمه مصطفی السان و علی رضایی، مجله حقوقی بین المللی، ش ۳۷، ۱۳۸۶، صص ۱۹۱-۱۶۹.
- کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد، مسئولیت بین المللی دولت‌ها؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۸۸.
- محبی، محسن، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

English sources

- Dolzer, Rudolf, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 3, 1981, pp. 553-589.
- Fortier, L Yves and L Drymer, Stephen, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor" 13(1) *Asia Pac L Rev*, 2008, vol 13, pp. 293-327.
- Hunter, Martin and Sinclair, Anthony, *Aminoil Revisited, Reflections on a Story of Changing Circumstances, in International law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International law*, London, Edited by Todd Weiler, 2005.
- Kurtz, Jürgen, "Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order, and Financial Crisis", *NYU School of Law, Quarterly* 325, 2010, pp. 328-356.
- M. Franck, Thomas, *Fairness in International Law and Institutions*, London, Oxford University Press, 1995.
- Peter Muchlinsky, "Caveat Investor"? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No. 3, 2006, pp. 527-557.
- Sornarajah, M., *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press. 3rd edition, 2010.
- Waelde, Thomas and Kolo, Abba, "Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 4, 2012, pp. 811-848.
- W. Burke White, William and von Staden, Andreas, "Investment Protection

in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol 48,2008,pp.309-409.

Treaties:

- The BIT between the United States and Uruguay (2005).
- the BIT between Estonia and the United States (1994).
- the BIT between India and Czech Republic (1996).
- the North American Free Trade Agreement (NAFTA)(signed 1992, entered into force 1994).
- the Canadian Model BIT (2004).
- the General Agreement on Trade in Services(GATS)(1994).
- the Energy Charter Treaty (ECT)(signed 1994, entered into force (1998).
- the BIT between Switzerland and Mexico (1995).
- the BIT between Austria and Mexico (1998).
- the BIT between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan (2009).
- the BIT between the United States and Argentina (1994).
- the BIT between the United Kingdom and India (1995).
- the BIT between India and China (2006).

Cases:

- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş.v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.
- Chemtura Corporation v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 August 2010, available at: <http://www.italaw.com/>.
- CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, May 12, 2005, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No.Arb/03/9, Award, para 19,5 September 2008), <http://italaw.uvic.ca/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf> .
- Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Ecuador, ICSID Case No.ARB/04/19, Award, 12 August 2008, available at: <http://www.italaw.com/>.
- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Enron Corp. Ponderosa Asset, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No.Arb/01/3, Award, para.,22 May 2007),<http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron->
- Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA, NAFTA/UNCITRAL, Award, 12 January 2011, available at: <http://www.italaw.com/>.

- International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006.
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008.
- 'Kuwait v Aminoil, Ad hoc Arbitral Tribunal, available at: <https://www.biicl.org/>.
- LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/1,3 October 2006), [http://ita.law.uvic.ca/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Methanex Corporation v United States of America (2005), UNCITRAL, Final Award, available at: <https://www.italaw.com/cases/683>.
- Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, (n 16) at 47, available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1088>.
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Award, 2001, available at: <http://www.italaw.com/>.
- Parkerings-Compagniet AS v Lituania, ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 September 2007, Para133, available at: <http://www.italaw.com>.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, mar 17,2006, available at: <http://www.italaw.com/> (last visited on 21/8/2016).
- Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/16, Award, para 346 (28 September 2007), http://www.investmentclaims.com/decisions/Sempra_Energy-Award.pdf.
- Total S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, December 2010.

