

استانداردهای بررسی رفتار دولت میزبان در داوری‌های حقوق سرمایه‌گذاری

مهدی پیری^۱ - محمدحسین عرفان منش^۲ - سید محمد طباطبائی نژاد^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۶/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۲۵

چکیده

در دعاوی سرمایه‌گذاری تکلیف اصلی داور بین‌المللی بررسی این موضوع است که تعهد دولت میزبان سرمایه‌چه بوده و اینکه آیا این تعهد نقض شده است یا خیر. تکالیف دول میزبان معمولاً در عبارات و استانداردهای کلی بیان می‌شوند و این امر انجام رسیدگی و تصمیم‌گیری جهت نتیجه‌گیری را مشکل می‌سازد. در این مسیر، روشی که داوری برای ارزیابی اقدامات دولت میزبان در بررسی نقض یا عدم نقض تعهد به کار می‌گیرد تا حد بسیاری متأثر از روش‌هایی است که در سایر دعاوی حقوقی به کار گرفته می‌شوند. این مقاله با رویکردی تحلیلی و توصیفی قصد دارد کارآمدی روش‌های ارزیابی رفتار در سایر دعاوی حقوقی را مورد توجه قرار داده و کارایی آن‌ها را در استفاده در دعاوی سرمایه‌گذاری را ارزیابی نماید. با توجه به آنکه اقدام دولت میزبان به‌عنوان یک حاکمیت مستقل در برابر یک شخص خصوصی خارجی موضوع دعوی و تصمیم‌گیری بین‌المللی است، مقاله حاضر در نتیجه‌گیری نهایی، نظام حقوقی سرمایه‌گذاری و داوری‌های مربوطه را دارای اقتضائاتی می‌شناسد که آن را نیازمند یک روش نظارتی خاص و با اعمال استانداردهای نظارتی مشخصی می‌سازد.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری بین‌المللی، داوری سرمایه‌گذاری، استانداردهای نظارتی، رفتار دولت میزبان، منافع عمومی.

۱. Mehdi.piri@ut.ac.ir

Erfanmanesh1@gmail.com

Sm.tabatabaei@ut.ac.ir

۱. استادیار حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه تهران

۲. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

۳. دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران

مقدمه

قضاوت در داوری‌های تجاری بین‌المللی طیف وسیعی از مسائل موضوعی و حکمی را شامل می‌شود. دیوان‌های داوری رسیدگی خود را با تصمیم در رابطه با صلاحیت خود شروع نموده و سپس بر اساس استانداردهای مشخصی به ارزیابی سبب دعوی به‌عنوان مبنای دعوی می‌پردازند. در داوری‌های سرمایه‌گذاری خارجی، عنصر اولیه و آغازین سبب دعوی که در نهایت محرک سرمایه‌گذار خارجی به طرح دعوی در دیوان داوری می‌شود، اقدام اجرایی، تقنینی یا قضایی دولت میزبان سرمایه است. سرمایه‌گذار خارجی ادعا دارد این اقدام ناقض تعهدات بین‌المللی دولت میزبان بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی یا استانداردهای مقرر در موافقت‌نامه‌ی سرمایه‌گذاری است، لذا جبران خسارات خود در نتیجه این اقدام را مطالبه می‌نماید.^۱

با این حال، پاسخ به این پرسش که تعهدات دولت میزبان در حمایت از حقوق سرمایه‌گذار خارجی شامل چه اقداماتی می‌شود، چندان ساده نیست. هر چند قواعدی جهت تعیین استانداردهای رفتاری^۲ در حقوق بین‌الملل عرفی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری وجود دارد، اما وجود این استانداردها چیزی بیش از یک بیان کلی و مبهم از تعهدات کشور میزبان نیست. به عبارت دیگر حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در قالب قواعدی که تعیین‌کننده استاندارد رفتاری در معنای وسیع خود باشد در موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری تدوین می‌گردند. با این وجود هنوز دولت‌ها در تفسیر قواعد مذکور و اجرای آن‌ها از اختیار قابل توجهی برخوردار می‌باشند.^۳ حال در صورت وقوع اختلاف مرتبط با سرمایه‌گذاری و ارجاع آن به داوری بین‌المللی، برای دستیابی به یک رسیدگی عادلانه، داور مجموعه‌ای از استانداردها را به‌منظور بررسی و نظارت بر اقدام کشور میزبان در تطابق با قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری را باید مورد بررسی قرار دهد تا بتواند به این سؤال پاسخ دهد که آیا دولت میزبان تعهدات خود را نقض کرده است یا خیر؟

در این مسیر، داوران با بررسی اقدامات دولت‌ها به‌ویژه در حوزه تنظیم مقررات اقدام به

1. Waibel, 2010, p. 255.

2. Standards of Conduct.

۳ نیکبخت و انصاری ۱۳۹۰.

اعلام نقض و یا ایفای تعهدات مندرج در موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری می‌نمایند. در نتیجه داوران نیز از اختیار گسترده‌ای برای بررسی و ارزیابی اقدامات دولت‌ها برخوردار هستند. مجموع این مباحث ضرورت توجه به استانداردهای نظارتی^۱ که توسط داوران استفاده می‌گردد را تبیین می‌کند. این استانداردها تعیین‌کننده طرق و فرایندهایی هستند که بر اساس آن داور باید با در نظر گرفتن ملاحظات حقوقی و موضوعی حاکم بر پرونده و مبتنی بر یک رویکرد منسجم و هماهنگ، به تعیین و ارزیابی اقدام دولت میزبان در انطباق یا نقض تعهدات بین‌المللی در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی پردازد.^۲

به این ترتیب، در کنار استانداردهای رفتاری، استانداردهای نظارتی که بر اساس آن داور اقدام به بررسی رفتار کشور میزبان و استانداردهای مربوطه می‌نماید از اهمیت خاصی در حل و فصل اختلاف برخوردار است. این استاندارد به دنبال عناصر و ساختاری است که به وسیله آن دیوان داور به ارزیابی و بررسی تدابیر انجام‌یافته یا ترک تعهدات بین‌المللی توسط دولت میزبان می‌پردازد.

تعریف دقیق استانداردهای نظارتی که داور بر اساس آن اقدام به ارزیابی اقدام دولت میزبان نموده و بر اساس آن به تعیین سرنوشت دعوی اقدام می‌کند تأثیری اساسی و بنیادین در کارکرد درست و منطقی عدالت قضایی در داورهای بین‌المللی دارد. بر این اساس، استانداردهای نظارتی باید به صورت شفاف تعریف شده و به صورت هماهنگ طبقه‌بندی گردد تا امکان اعمال منسجم و ضابطه‌مند آن‌ها در داورهای متفاوت وجود داشته باشد. روشن است روشی که داوران جهت ارزیابی و نظارت بر سبب دعوی به کار می‌گیرند مبتنی بر توصیفی است که آن‌ها از ماهیت دعوا دارند. از این رو، بسته به سبب دعوی روش قابل استفاده نیز متفاوت خواهد بود. برای بررسی این دعاوی، روش‌ها و استانداردهای متفاوتی مورد توجه قرار گرفته است که بر اساس آن‌ها داوران به بررسی نقض یا عدم نقض تعهدات می‌پردازند. این روش‌ها، در کنار سیستم خاص و خودمختار حقوق سرمایه‌گذاری، گستره‌ی وسیعی از استانداردهای رفتاری را پیش روی داوران قرار می‌دهند. این مسئله، علی‌رغم اهمیتش برای حاکمیت قانون در نظام حقوق سرمایه‌گذاری، در گفتمان و بحث‌های حقوقی و دانشگاهی

1. Standards of Review.

2. Vadi and Gruszczynski, 2013.



کمتر مورد توجه قرار گرفته است.^۱ از سوی دیگر اهمیت قابل توجهی که نتایج بررسی مذکور بر کشورها و سرمایه‌گذاران خواهد داشت اهمیت موضوع را دوچندان نموده است. به عبارت دیگر بررسی حقایق پرونده، قانون حاکم، نحوه اجرا و تفسیر قانون حاکم همه در نتیجه استاندارد مورد استفاده داوران خواهد بود.

باین وجود معمولاً استاندارد بررسی رفتار دولت میزبان در موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری و یا قوانین داخلی مرتبط با سرمایه‌گذاری کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد.^۲ در کشور جمهوری اسلامی ایران نیز علی‌رغم آنکه در داوری‌های بین‌المللی متعددی طرف دعوی واقع شده تاکنون کمتر به موضوع مهم استانداردهای داوری در ارزیابی عملکرد دولت‌ها پرداخته شده است. البته امکان دارد در پاسخ گفته شود رویه‌های دیوان‌های داوری در خصوص ارزیابی رفتار دولت‌ها متمایز است و امکان تعمیم نخواهد داشت؛ و حتی ممکن است مطرح شود دیوان‌های داوری در خصوص دعاوی مشترک رویکردهای متمایزی را مورد توجه قرار داده‌اند.^۳ هدف مقاله این است که بر اساس ملاحظات روش‌شناسی به تحلیل استانداردهایی که داوران در داوری‌های سرمایه‌گذاری خارجی و در ارزیابی رفتار دولت میزبان اعمال می‌کنند بپردازد. بر این اساس، این مقاله در دو قسمت ارائه می‌گردد. در بخش اول، به بررسی روش‌های موجود که به صورت معمول در ارزیابی رفتار مورد استفاده قرار می‌گیرد می‌پردازیم. این روش‌ها شامل روش بررسی انطباق با اصول قانون اساسی،^۴ قالب قراردادی^۵ و روش مرسوم در نظام مسئولیت مدنی^۶ می‌شود. اگرچه هر یک از این روش‌ها برای حل مسائل مربوطه مفید هستند، در رابطه با داوری در حقوق سرمایه‌گذاری با اهداف و گستره خاص خود مفید فایده نیستند. در بخش دوم مقاله، روش پیشنهادی که مخصوص داوری‌های سرمایه‌گذاری است، مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این روش پیشنهادی، هدف

1. Berry, 2011, p. 264.

۲. برای نمونه در بررسی قانون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی اشاره‌ای به استاندارد بررسی رفتار دولت‌ها در داوری بین‌المللی نگردیده است. همچنین برای نمونه در بند ۳ ماده ۱۱ موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان که اشاره به داوری سرمایه‌گذار و دولت میزبان دارد اشاره‌ای به استاندارد مبنای بررسی رفتار دولت میزبان نشده است.

۳. زمانی، میرزاده ۱۳۹۳.

4. Constitutional Regulatory Review.
5. Contractual Framework.
6. Tort Model Methodology.



ارائه یک قالب نظام‌مند برای داوران در سرمایه‌گذاری خارجی است که در آن، استانداردهای ارزیابی منسجم برای نظام سازگار و اصول محور جهت اعمال در دعاوی مربوطه داده شود. به موجب این روش، اعمال خودسرانه استانداردها تحت عنوان صلاحدید داوران کاهش می‌یابد و امکان اتخاذ تصمیمی معقول و قابل پیش‌بینی فراهم می‌آید.

۱- مفهوم و نقصان روش‌های موجود استانداردهای نظارتی

۱-۱- روش‌های موجود در ارزیابی نقض تعهدات حقوق سرمایه‌گذاری

در اغلب داوری‌های بین‌المللی، همانند هر دادخواهی دیگر، داور رسیدگی ماهوی را با این سؤال بنیادین شروع می‌کند که آیا تعهدی بر عهده خواننده بوده؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا چنین تعهدی نقض شده؟ برای پاسخ دادن به چنین سؤالی، داور ناگزیر است تا سبب دعوی را شناسایی کند تا با اتخاذ روش‌شناسی^۱ متناسب بتواند به ارزیابی این مطلب بپردازد که آیا به لحاظ حکمی و موضوعی تعهد مربوطه نقض شده است. عناصر این روش‌ها بر اساس ملاحظات متمایز حقوقی و عملی و به لحاظ محتوایی متفاوت هستند. برای این منظور داوران در ابتدا به بررسی قانون حاکم و نحوه اعمال قانون مذکور اقدام خواهند نمود.

داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به‌عنوان یک پدیده نوظهور اما رو به تزاید و غنی، فاقد روش مشخصی برای ارزیابی رفتار است. در واقع، نظام تثبیت‌شده و مشخصی از قواعد و اصول برای بررسی رفتار دولت میزبان وجود ندارد. در نتیجه، طیف وسیعی از صلاحیت و صلاحدید برای داوران وجود دارد تا در هر مورد روش مشخصی را با قیاس از روش‌های به کار گرفته‌شده در سایر دعاوی اعمال نمایند. باین‌حال، این مسئله که چه روشی توسط داور به کار گرفته شود، صرفاً مربوط به عملکرد و صلاحدید داور در حل و فصل مسائل مربوط به دعوی نیست. بلکه مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی در تصمیم‌گیری پیرامون اینکه چه روشی به‌عنوان روش استدلال و ارزیابی عینی مسائل دعوی به کار گرفته شود دخیل هستند که می‌توانند داوری را به یک نتیجه متفاوت سوق دهند. به‌طور کلی ارزیابی رفتار دولت‌ها ممکن است به‌طور کلی و با بررسی روش‌های کلی ارزیابی که اختصاص به داوری‌های سرمایه‌گذاری ندارند مورد مطابقت و بررسی قرار گیرد و از سوی دیگر می‌توان استاندارد رفتاری را با



بررسی نظام‌های حل اختلاف مشابه داوری‌های سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار داد. در ادامه این گفتار به بررسی استاندارد ارزیابی رفتار به صورت کلی و مشتمل بر معیارهای موجود در قانون اساسی، قرارداد و مسئولیت مدنی می‌شوند، خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱- ارزیابی بر اساس معیار قانون اساسی^۱

قوانین اساسی مجموعه‌ای از اصول کلی هستند که راهنمای چگونگی ساختار حکومت، رابطه حکومت و مردم و حقوق بنیادین شهروندان است. بر این اساس، به‌عنوان ستون اصلی نظام حاکمیت، هر اقدام بعدی اجزاء حاکمیت باید مطابق با این اصول باشد تا به‌عنوان اقدامی مشروع تلقی شود؛ اما بررسی انطباق یا عدم انطباق قوانین عادی با اصول قانون اساسی همواره چالش‌برانگیز بوده است. برای حل این چالش‌ها و قابل نظارت کردن این وظیفه، راه حل مطرح شده استاندارد کردن بررسی انطباق قوانین عادی و اقدامات حاکمیتی با اصول قانون اساسی از طریق استانداردهای نظارتی مبتنی بر معیار قانون اساسی است. روش بررسی بر اساس معیار قانون اساسی نیز خود به اقسام مختلفی تقسیم می‌شود. اولین روش در این ارزیابی، روش مبتنی بر تناسب^۲ است.

به‌عنوان یک اصل کلی در حقوق اداری، لازمه رعایت اصل تناسب این است که هر تصمیم و تدبیر مقامات اداری بایستی مبتنی بر یک ارزیابی منصفانه، ایجاد تعادل میان منافع مختلف و مبتنی بر گزینش معقول و متعارف ابزارها برای دستیابی به یک هدف مشخص باشد.^۳ اصل تناسب سه عنصر اصلی دارد. اولین عنصر اصل تناسب، عنصر اثربخشی^۴ است. بر اساس این عنصر، به‌منظور تحقق معیار تناسب، تصمیم یا اقدام مقامات اجرائی بایستی دربرگیرنده یک ابزار مؤثر به‌منظور تحقق بخشیدن به اهداف موردنظر باشد. در کنار معیار اثربخشی، معیار ضرورت^۵ نیز برای تحقق اصل تناسب ضروری است. بر اساس این معیار، روش انتخاب شده نسبت به سایر روش‌های ممکن و قابل جایگزین باید کمترین مداخله را در حقوق مردم داشته باشد. درنهایت، بر اساس معیار تناسب مضیق^۶، یک تعادل معقول و منصفانه

1. Constitutional Regulatory Review.

2. Proportionality Review.

3. Sullivan, 2009, p. 57.

4. Test of Effectiveness.

5. Test of Necessity.

6. Test of Proportionality in Strict Sense.



میان اهدافی مشخص شده و منافی که آسیب می‌بینند برقرار می‌گردد.^۱ از آنجا که اقدام دولت میزبان که موضوع دعوی سرمایه‌گذاری است ممکن است یک اقدام تنظیمی یا صلاح‌دیددی باشد که آن دولت برای دستیابی به اهداف عمومی آن‌ها را ضروری دانسته، به نظر می‌رسد که به کارگیری اصل تناسب شیوه‌ای صحیح برای ارزیابی اقدامات کشور میزبان توسط داوران باشد. بر اساس این روش، دیوان داوری در ابتدا ماهیت و دامنه‌ی اختیاراتی را که به مرجع حاکمیتی مربوطه داده‌شده مورد توجه قرار می‌دهد و به بررسی این مطلب می‌پردازد که آیا اقدام دولت میزبان که سرمایه‌گذار مدعی است به منافع و حقوق وی آسیب وارد کرده است، به نحو معقول و متعارفی توسعه‌دهنده منافع عمومی مشروع است یا خیر؟ در واقع در این مرحله، دیوان در پرتو امور موضوعی دعوی به توزین منافع حاصل از اقدام صورت گرفته در مقایسه با خسارات وارد آمده بر حقوق سرمایه‌گذار می‌پردازد. داوران در ارزیابی خود از تحلیل غایت یا هدف محور^۲ استفاده می‌کنند. به عبارت دیگر، در این شیوه هم به اهدافی که دولت سرمایه‌پذیر به دنبال دستیابی به آن است توجه می‌کنند و هم به ابزاری که دولت از طریق آن‌ها آن اهداف را دنبال می‌نماید. سپس، دیوان داوری در ارزیابی ابزارهای حاکمیتی به طرح این سؤال مبادرت می‌کند که آیا عمل دولت متناسب با حد ضرورت بوده است یا خیر؟ همچنین، آیا دولت ابزار دیگری در اختیار داشته است که با مداخله کمتری در حقوق سرمایه‌گذار، بتواند به آن اهداف دست یابد یا اینکه دولت از تنها ابزار متعارفی که منطبق با اهداف مجاز موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بوده استفاده کرده است؟

دومین نوع از معیار مبتنی بر قانون اساسی، روش حاشیه صلاح‌دید^۳ است.^۴ اگر خطوط ممیز اقتدار و اختیار اجرایی یا هنجاری حاکمیت به صورت دقیق مشخص نشده باشد و یا اگر تصمیم‌گیری مستلزم گزینش‌های سیاسی خاص و مشکل و یا ارزیابی‌های پیچیده‌ی عوامل اقتصادی یا اجتماعی باشد، معمولاً روش ارزیابی حاشیه صلاح‌دید مناسب خواهد بود.^۵ بر

1. Arancibia, 2011, p. 197.
 2. Means/End Analysis.
 3. Margin of Appreciation.
 4. Arai-Takahashi, 2002, p. 262.
 5. Case T-19/01, 2005, para. 228.

اساس این روش، دیوان داوری با تکیه بر این قاعده که در گزینش بهترین اقدام لازم برای منافع عمومی، هیچ مرجعی شایسته‌تر از خود مرجع حاکمیتی مربوطه نیست، به ارزیابی و تدقیق در تصمیمات و اقدامات مقامات ملی می‌پردازد. در واقع مراجع ملی به خاطر ارتباط نزدیک‌تر با واقعیت‌های اجتماعی، مناسب‌ترین مرجع در ارزیابی اوضاع و احوال و گزینش بهترین و مناسب‌ترین اقدام برای پاسخگویی به نیازهای اجتماعی هستند.^۱

به این ترتیب، در ارزیابی تصمیم مراجع ملی، دیوان داوری سطحی از صلاح‌دید را برای مقامات ملی قائل می‌شود و تشخیص آن‌ها در اجرای وظایف حاکمیتی را محترم می‌شمارد. در نتیجه، دیوان به جای اینکه خود را در جای مرجع ملی قرار داده و به ارزیابی بهترین اقدام بپردازد، تصمیم مرجع ملی را محترم شمرده و صرفاً از حیث قواعد شکلی و یا نقض صریح قواعد ماهوی به ارزیابی اقدام می‌پردازد. از این رو، دیوان داوری ارزیابی ثانویه و مستقلی در رابطه با تعهدات بین‌المللی دولت میزبان در شرایط مشخص صورت نمی‌دهد. بلکه به ارزیابی این مطلب اکتفا می‌کند که آیا تصمیم گرفته شده در یک فرایند معقول و متعارف اتخاذ شده آیا با در نظر گرفتن واقعیات عینی جامعه مربوطه در آن زمان اقدام صورت گرفته معقول بوده است یا خیر؟ در این رابطه، دیوان با درک ماهیت خاص و منحصر به فرد هنجارهای بین‌المللی به عنوان استانداردهایی بی‌مرز،^۲ حداقلی از انعطاف را برای اقدام دولت میزبان در دستیابی به اهدافش مورد شناسایی قرار می‌دهد. این شناسایی تحت عنوان «محدوده‌ی آزاد عملکرد»^۳ شناخته می‌شود.^۴

علی‌رغم انتقاد برخی نویسندگان از این روش به خاطر اعطای محدوده آزاد عملکرد به دولت میزبان، امتیازات این روش در ارزیابی موضوعات پیچیده و مبانی تحلیلی، اعمال آن را در دعاوی سرمایه‌گذاری متداول کرده است.^۵ دلیل این امر، از یک سو و صف نامعین و مبهم استانداردهای حمایتی به عنوان موضوع اصلی دعاوی سرمایه‌گذاری است و از سوی دیگر ضرورتی است که در این دعاوی در ایجاد تعادلی پیچیده میان منافع دولت میزبان در تنظیم روابط و منافع جامعه و حق سرمایه‌گذار در آزادی از هرگونه مداخله ناروا در حقوقش توسط

1. Forowicz, 2010, p. 373.

2. Open-Ended Standards.

3. Free Zone of Operation.

4. Burke-White and Von Staden, 2010, p. 285.

5. Vasani, 2010, p. 265.

دولت میزبان وجود دارد.

سومین روش پیشنهادی منبعث از اصل کلی حسن نیت^۱ است که هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل جایگاهی ویژه و بنیادین دارد. حسن نیت به‌عنوان تأکیدی بر اصل لزوم قراردادها، یک استاندارد منعطف در حقوق سرمایه‌گذاری است. این اصل به کشور میزبان این امکان را می‌دهد تا رأساً و به تشخیص خود به ایجاد تعادل میان حقوق و منافع متعارض پردازد مشروط بر اینکه تشخیص و اقدام دولت میزبان منطبق با اصل کلی حسن نیت باشد. استاندارد حسن نیت نیازمند وزن دهی و تعادل میان منافع غیرقابل جمع است. نظارت بر رفتار دولت میزبان بر این مسئله متمرکز می‌شود که آیا دولت در اقدامات انجام شده با حسن نیت به دنبال ایجاد تعادل میان حقوق و منافع متعارض بوده است یا خیر؟ لازم به ذکر است که این رویکرد کمتر به‌عنوان یک روش مستقل نظارتی در ارزیابی تدابیر و اقدامات دولت مورد پذیرش قرار گرفته و بیشتر بر نقش تکمیلی آن در کنار استاندارد حاشیه صلاحدید توجه شده است. در واقع، اگرچه صلاحدید دولت در تعیین ضرورت‌های اعمال حاکمیت به وی واگذار شده، بر اساس اصل حسن نیت این وظیفه‌ی دولت همچنان پابرجا است که صلاحدید خود را به‌صورت متعارف و موجه اعمال نماید به صورتی که مبتنی بر منطق ایجاد تعادل میان حقوق اشخاص و جامعه باشد.

۲-۱-۱- تحلیل مبتنی بر قالب قرارداد

تعهد دولت میزبان بر اساس معاهدات بین‌المللی ممکن است همانند یک تعهد قراردادی تفسیر شود. بر اساس این روش، از نقطه نظر ارزیابی تدابیر و اقداماتی که ناقض این تعهد هستند، روشی را که در داوری تجاری بین‌المللی برای بررسی نقض یا عدم نقض تعهدات قراردادی به کار گرفته می‌شود می‌توان در رابطه با نقض تعهدات بین‌المللی دولت در ارتباط با سرمایه‌گذاران خارجی نیز اعمال کرد.

در این روش، دیوان داوری بر متن تعهد که در معاهده مربوطه گنجانده شده باید متمرکز شود و این مطلب را بررسی کند که آیا اقدام ادعایی خلاف آنچه در متن مقرر شده است یا خیر؟ در این مرحله، دولت میزبان باید قادر باشد تا اثبات نماید که تعهدات خود را انجام داده

1. Good Faith.

و یا دلایل کافی برای معافیت از اجرا به دلیل تعذر یا تعسر را ارائه نماید. این مسئله مشابه همان نقشی که فورس ماژور یا معافیت‌های قراردادی در دعاوی تجاری ایفا می‌کنند.^۱ با این حال، شروط مقرر در اغلب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بیانگر این است که توصیف قراردادی تعهد دولت میزبان به خودی خود منجر به ضرورت وقوع یک واقعه مشخص نمی‌گردد مگر اینکه متن موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری این چنین اقتضا نماید؛ بنابراین، وقتی سرمایه‌گذار ادعا می‌کند که دولت میزبان تعهدات خود را در رابطه با رعایت استاندارد رفتار منصفانه^۲ رعایت نکرده، این برای دولت میزبان کافی است تا نشان دهد با حسن نیت تمام تلاش خود را جهت فراهم کردن شرایط مطلوب برای سرمایه‌گذار کرده و هرگونه مسائل نامطلوب پیش آمده به صورت حداقلی و متعارف بوده است.^۳

۳-۱-۱- روش مبتنی بر مسئولیت مدنی

نقض قواعد در اغلب موارد از نقطه نظر حقوقی پیچیدگی به خصوصی ندارد؛ اما در رابطه با استانداردها و اینکه چه مسئله‌ای منجر به تقصیر می‌شود درجات متفاوتی از ابهام وجود دارد. عموم صاحب‌نظران بر این عقیده هستند که هر شخصی متعهد است تا نسبت به دیگران استانداردهایی را در نظر داشته باشند. در این رابطه، حقوق مسئولیت مدنی همانند حقوق اداری یا حقوق اساسی به جهت بهره‌جستن از روش‌های مشابه ارزیابی نقض استاندارد، به حقوق سرمایه‌گذاری نزدیک می‌شود.^۴ ضرورت‌های ایجاد استانداردهای رفتاری در تمامی این حوزه‌ها نسبتاً یکسان است و در همه‌ی آنها، این استانداردها از اصول عالی آن حوزه حمایت می‌کنند.^۵

یکی از استانداردهای رفتاری، استاندارد مراقبتی است. این استاندارد مستلزم این است که اشخاص مراقب باشند تا از اقدام یا ترک فعلی که به‌طور متعارف منجر به خسارت به اشخاص می‌شود خودداری کنند. استاندارد حمایت از سرمایه‌گذاری نیز مستلزم مراقبت مشابهی در رابطه با حقوق سرمایه‌گذاران است تا از خدشه به حقوق آنها جلوگیری شود. در این راستا،

1. Brown and Miles, 2011, p. 554.

2. Fair and Equitable Standards.

3. Dupuy, 1999, p. 373.

4. Beatson, 1998, p. 81; Park, 2003, p. 394.

5. Dominice, 1999, 359.



کشور میزبان می‌بایست به صورت شفاف، در رویه‌ای منسجم و نظام‌مند اصول دادرسی را در رابطه با تمامی تدابیر اداری و قضایی عمل نماید. این مطلب که این استاندارد دقیقاً مستلزم چه اعمال و افعال مشخصی می‌شود در بسیاری از موارد خارج از محدوده مصرح در قانون یا موافقت‌نامه‌های دوجانبه است. در واقع، محتوای این الزام از طریق گذشت زمان و اعمال مستمر هنجارهای بین‌المللی در رویه داوری و نیز کنش‌ها و واکنش‌های این هنجارها در میان فعالان بین‌المللی تعیین می‌شود.

۴-۱-۱- ناکارآمدی استانداردهای موجود در داوری سرمایه‌گذاری

هرچند هر یک از روش‌های پیش‌گفته می‌تواند در یک جنبه‌ی محدود مرجح باشد، اما داوری سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی به‌عنوان یک پدیده‌ی جدید و چالش‌برانگیز در حقوق بین‌الملل از ویژگی‌های برخوردار می‌باشد که نیازمند یک روش‌شناسی مستقل است که بتواند به‌صورت سازگار و هدفمند در داوری‌های بین‌المللی مورد استناد قرار بگیرد. در این رابطه، ساختار، کارکرد و خصوصیات داوری تجاری به‌عنوان یک ابزار موضوع محور برای رفاه عمومی باید برجسته گردد و نقش آن در حل و فصل چالش‌های حقوقی مورد توجه قرار گیرد. این پدیده در دل روابط بین‌المللی اشخاص، شرکت‌ها و نهادهای حاکمیتی ایجاد شده است که در آن هدف همکاری داوطلبانه همه کشورهای جهت ایجاد یک رویه‌ی باثبات و منسجم است. در این میان، هدف نظام داوری سرمایه‌گذاری این است تا با ایجاد قواعدی منصفانه به تنظیم سیاست‌های حاکمیتی کشورها در مقابل سرمایه‌گذاران خارجی اقدام کند. بر این اساس، اعمال محدود استاندارد نظارت به‌عنوان یک روش مبتنی بر اصل تناسب سازگار باهدف و قصد کشورهای طرف موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری نیست.

محدود کردن کشورها به اعمال استانداردهایی که بر اساس آن‌ها هرگونه اقدام آن دولت در فرایند اجرا و اداره‌ی امور اجتماعی و در پاسخ به شرایط ملی و بین‌المللی صرفاً باید در جهت حمایت از منافع حیاتی آن دولت باشد، رویه‌ی مقبولی نیست، به‌ویژه اینکه در برخی موارد، ریسک عدم اقدام در جهت منافع ملی طبق صلاح‌دید دولت‌ها می‌تواند بسیار زیاد و هزینه‌زا باشد. این درست است که هرچند کشورها باید میان منافع خود در رابطه با تنظیم امور

اساسی کشور و هزینه‌ای که این اقدامات بر اشخاص عادی دارد تعادلی منطقی برقرار نمایند، اما هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که ثابت کند تنها یک‌راه برای رسیدن به این تعادل در اختیار حاکمیت دارد.

همچنین، با وجود اینکه روش حاشیه صلاحدید عمومی کشور میزبان را در نظر می‌گیرد و به صلاحیت و صلاحدید کشور میزبان در تعیین و گزینش اقدام مناسب در اداره‌ی قلمروی تحت حاکمیتش احترام می‌گذارد، این روش فاقد هرگونه رویکرد متعادل روشمند برای حمایت از سرمایه‌گذار است.^۱ به علاوه، این استاندارد ممکن است در احتمال جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات ایجاد تردید کند که این رویکرد برخلاف اهداف موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری در حمایت از سرمایه‌گذاران است. در رابطه با استاندارد حسن نیت نیز این ابهام وجود دارد که این استاندارد به دلیل گستردگی در ماهیتش نمی‌تواند به‌تنهایی و به‌طور نظام‌مند به‌عنوان ابزاری برای بازبینی صلاحیت و رفتار دولت‌ها عمل می‌کند؛ بنابراین تا زمانی که بتوان استاندارد حسن نیت را به‌عنوان ابزاری روشمند و مستقل برای بررسی و نظارت اقدامات اتخاذشده در کشور میزبان اعمال نمود فاصله زیادی وجود دارد.

روش قراردادی نیز نمی‌تواند یک روش درست برای استاندارد بازبینی، بررسی و نظارت باشد.^۲ بررسی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بیانگر این است که استانداردهای مقرر در آنها به دلیل کلی بودن نمی‌توانند عدالت را آن‌گونه که در قصد مشترک طرفین بوده است مشخص کنند. در واقع، به جهت اینکه وضع استانداردها در متن قرارداد سرمایه‌گذاری باهدف پوشش دادن طیف وسیعی از خط‌مميز تملک یا آسیب به مالکیت و دارایی سرمایه‌گذار می‌باشد، اعمال آنها در شرایط مشخص اجتماعی، سیاسی و اقتصادی می‌تواند چالش‌برانگیز شود. به علاوه، اعمال خشک و صرفاً حقوقی مفهوم فورس مازور و ضرورت، آن‌طور که در حقوق قراردادها فهمیده می‌شود هم‌سان با الزامات حقوق سرمایه‌گذاری نیست زیرا رویکرد تعدیل و تناسب میان منافع عمومی و حقوق سرمایه‌گذار جایی در حقوق قراردادها ندارد. به همین دلایل روش مبتنی بر حقوق مسئولیت مدنی نیز مناسب حقوق سرمایه‌گذاری

1. Dodge, 2006, p. 29.

2. Schill, 2010, p. 695.

نیست. چه در مفهوم عدالت ترمیمی^۱ و چه در مفهوم تنظیمی^۲ تمرکز در حقوق مسئولیت مدنی بر روی خسارت است و روش انتخابی می‌بایست هم‌جهت با این هدف باشد که چه کسی برای تحمل بار خسارت مناسب‌تر است.^۳ این امر با اصول حقوق سرمایه‌گذاری سازگار نیست. این عدم سازگاری در ارتباط با اصول جدید نظام مسئولیت مدنی مصدق بیشتری پیدا می‌کند زیرا بر اساس این اصول، حقوق مسئولیت مدنی نه برای جریمه شخصی متخلف بلکه به‌عنوان ابزاری برای توزیع خسارت دیده می‌شود. استانداردهای حقوق سرمایه‌گذاری در مقایسه با عدالت ترمیمی یا توزیعی در حقوق مسئولیت مدنی باید به‌وسیله ترکیب پیچیده‌تری از سیاست‌ها و هنجارها تعریف و تبیین شوند. صلاحیت تقنینی تحت صلاحیت تصمیم‌گیران کشور قرار دارد و روش مبتنی بر مسئولیت مدنی حتی اگر مفید باشد روش مناسبی برای ارزیابی آن صلاحیت نیست.^۴

۲- رویکرد پیشنهادی تعدیل‌شده در حقوق سرمایه‌گذاری

اگرچه نظام داوری تجاری در حقوق خصوصی با حقوق سرمایه‌گذاری در ارتباط هستند، اما اعمال روش‌های ارزیابی که در این دو حوزه اعمال می‌شوند در رابطه با حقوق سرمایه‌گذاری رویکرد صحیحی نیست.^۵ این امر عمدتاً به دلیل این است که این نهادها بر استانداردهای کاملاً متفاوتی بنیان نهاده شده‌اند.^۶ خصوصیات خاص حقوق سرمایه‌گذاری و داوری سرمایه‌گذاری که در آن‌ها برای ارزیابی اقدامات و تدابیر دولت میزبان هم ابزارهای مبتنی بر قانون و هم مبتنی بر واقعیت مدنظر قرار می‌گیرند، مستلزم اعمال مجموعه‌ای از استانداردهای مستقل، واحد، منسجم و سازگار باهم است. این مسئله جهت تحقق عدالت در حقوق سرمایه‌گذاری امری حیاتی است زیرا زمانی که روش‌ها سازگار و بر اساس یک استاندارد منسجم اعمال شوند، نتایج ماهوی نیز در حد زیادی مشابه خواهند شد.^۷ لذا ضروری است ابتدا به بررسی خصوصیات خاص داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی بپردازیم تا مبتنی

1. Corrective Justice.

2. Regulating.

3. Harlow, 2005, p. 14.

4. Harlow, 1996, p. 199.

5. Ayad, 2010, p. 287.

6. Binder, 2009, p. 782-800.

7. Gelinas, 2005, p. 582.

بر خصوصیات خاص داورهای مذکور مدل متناسب جهت تعیین استاندارد ارزیابی عملکرد در مرحله داورى پیشنهاد گردد.

۱-۲- خصوصیات خاص داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی

همان‌طور که گفته شد داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی علی‌رغم مشابهت‌هایی که ممکن است با داورهای بین‌المللی فی‌مابین دو کشور و یا داورهای تجاری بین‌المللی داشته باشند به‌طور کلی از ویژگی‌های خاصی برخوردار هستند که مستلزم تعیین طبقه‌بندی مجزایی است. به عبارت دیگر داورهای سرمایه‌گذاری از ماهیتی پیوندی برخوردارند.

داورهای سرمایه‌گذاری از خصوصیات متمایزی نسبت به داورهای تجاری و همچنین داورهای بین‌المللی فی‌مابین دو کشور برخوردار هستند این نوع داورهای تابع نظام حقوقی متکثر و چندلایه است. به عبارت دیگر از یک سو این داورها تابع مفاد موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه هستند و از سوی دیگر قواعد عرف بین‌المللی امکان دارد مورد استناد قرار گیرد و درعین حال داورهای سرمایه‌گذاری از جهاتی تابع مفاد قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌باشند. از سوی دیگر در داورهای سرمایه‌گذاری تعهدات و تکالیف طرفین قرارداد مطابق با قانون حاکم بر قرارداد که قانون ملی یک کشور است مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت. با توجه به موارد مذکور داورهای سرمایه‌گذاری از خصوصیات خاصی برخوردارند که ضرورت دارد استاندارد حاکم بر داورى در بررسى رفتار دولت‌ها از ویژگی‌هایی متمایز برخوردار باشد. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در داورى‌های سرمایه‌گذاری برخلاف داورى‌های تجارى که طرفین آن اشخاص حقوق خصوصى و غیردولتى هستند، یک طرف داورى دولت میزبان و طرف دیگر سرمایه‌گذار است. در نتیجه داورى‌های سرمایه‌گذاری از یک سو تابع قواعد حقوق بین‌الملل و از سویی دیگر تابع قواعد قراردادی مورد توافق طرفین است. لذا برای بررسی و پیشنهاد استاندارد ارزیابی ضروری است ویژگی‌های داورى‌ها سرمایه‌گذاری به‌درستی تشریح گردد. در ادامه به بررسی خصوصیات داورى‌های سرمایه‌گذاری خواهیم پرداخت.

۱-۲- پذیرش محدودیت بر اعمال حاکمیت سرزمینی

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های داورهای سرمایه‌گذاری پذیرش محدودیت بر اعمال حاکمیت سرزمینی است، به عبارت دیگر دولت‌ها با قبول داور بین‌المللی در خصوص سرمایه‌گذاری انجام‌شده در محدوده سرزمینی خود اقدام به محدود نمودن حاکمیت ملی و قضایی خود به نفع داور بین‌المللی می‌نمایند. دولت‌ها در داورهای سرمایه‌گذاری به داوران اجازه ارزیابی عملکرد خود در خصوص رفتار با سرمایه‌گذار خارجی را اعطا نموده به موجب آن صلاحیتی برتر از صلاحیت محاکم قضایی خود برای حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذاری را مورد پذیرش قرار می‌دهند. علاوه بر آن داوران ممکن با در نظر گرفتن دامنه اختیارات خود اقدام به تفسیر رفتار دولت‌ها با استناد به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی علاوه بر تعهدات دولت‌ها ناشی از موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری نمایند؛ بنابراین در اینجا دولت‌ها به داور سرمایه‌گذاری که اصولاً یک نهاد حل اختلاف در محدوده حقوق خصوصی می‌باشد صلاحیتی برای بررسی رفتار دولت‌ها و مطابقت آن با تکالیف حقوقی و قانونی آن‌ها اعطا می‌نمایند.^۱

۲-۱-۲- عدم نیاز به مراجعه به محاکم داخلی قبل از ارجاع به داور و بعد از آن یکی دیگر از مهم‌ترین خصوصیات مراجع داور سرمایه‌گذاری عدم نیاز به مراجعه به محاکم داخلی قبل از ارجاع پرونده به داور سرمایه‌گذاری می‌باشد. به عبارت دیگر داور در مقام مرجع حل اختلاف جایگزین محاکم داخلی گردیده و طرفین دعوی بدون نیاز به مراجعه به محاکم داخلی با توجه به شرایط توافق شده موضوع اختلاف را از طریق محاکم داور حل و فصل خواهند نمود. البته ممکن است طرفین داور اقدام به اقامه دعوی جهت بررسی تشریفات برگزاری داور و اصالت خود داور پس از صدور رای داور در دادگاه محلی محل تشکیل داور نمایند که مبحثی جداگانه خواهد بود.

۳-۱-۲- تشریفات اجرای داور بر مبنای داور تجاری تصمیم‌گیری به شیوه قضات بین‌المللی

در داورهای سرمایه‌گذاری برخلاف داورهای بین‌المللی فی‌مابین دولت‌ها تشریفات انجام داور مشابه با تشریفات داورهای تجاری انجام می‌پذیرد. به عبارت دیگر اصولاً

1. Van Harten and Loughlin, 2006.



موضوع داوری اختلاف سرمایه‌گذاری و نهایتاً موضوعی تجاری است و داورها نیز اصولاً توسط طرفین و به موجب قواعد مورد توافق تعیین می‌گردند. داوران تا حد بسیاری زیادی از اختیارات گسترده در تفسیر قوانین و مطابقت آن با تعهدات قراردادی و قانونی طرفین برخوردار می‌باشند و نهایتاً حکم داوری صادره برای طرفین لازم‌الاجرا خواهد بود. باین وجود داوران در داوری‌های سرمایه‌گذاری به مثابه قضات بین‌المللی به تفسیر و بررسی عملکرد دولت‌ها در برخورد با سرمایه‌گذار خارجی می‌پردازند. به عبارت دیگر داوران داوری‌های سرمایه‌گذاری خارجی علاوه بر مفاد قراردادی به بررسی منافع عمومی و رفتار منصفانه در عرصه بین‌المللی نیز خواهند پرداخت.^۱

پس از بررسی مختصر ویژگی‌های داوری‌های سرمایه‌گذاری مشخص می‌گردد مهم‌ترین چالش پیشروی داوران در داوری‌های اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی توجه به چالش بین منافع عمومی مورد توجه دولت‌ها از یک سو و از سوی دیگر منافع تجاری سرمایه‌گذار می‌باشد. به دیگر سخن در برخی پرونده‌ها نظیر *Siemens v the Argentine* دیوان داوری کمترین توجه را در نظر گرفتن رویکرد دولت در تأمین منافع عمومی دارد.^۲ در حالی که در پرونده‌های دیگری نظیر *Frontier Petroleum Service Ltd v. Czech Republic* دیوان داوری توجه به بیشتری به تکلیف دولت‌ها در تأمین منافع عمومی داشته است.^۳ در همین راستا در آرای دیوان داوری ایران - آمریکا در پرونده‌های متعددی دیوان به بررسی مشروعیت اقدامات ایران و متعاقباً میزان غرامت و خسارات پرداختنی به سرمایه‌گذار می‌باشد. باین وجود دیوان در مواردی از رویه متمایزی در بررسی رفتار دولت ایران در خصوص مشروع و یا غیر مشروع بودن عمل ایران برخوردار بوده است.^۴

لذا ضروری است استانداردهای ارزیابی رفتار دولت‌ها با توجه به ویژگی‌های داوری مورد بررسی قرار گیرد؛ و استاندارد ارزیابی رفتار دولت‌ها با توجه به خصوصیات خاص

1. Park, 2004-2005.

2. *Siemens v the Argentine Republic*, ICSID Case ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para 354, available at <http://italaw.com/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>.

3. *Frontier Petroleum Service Ltd v. Czech Republic*, Final Award, 12 November 2010, available at <http://www.italaw.com/documents/FrontierPetroleumv.CzechRepublicAward.pdf>, at para 527.

۴. محبی، ۱۳۸۵.

استانداردهای ارزیابی داوری‌های سرمایه‌گذاری انجام پذیرد.

۲-۲- خصوصیات خاص استانداردهای ارزیابی داوری‌های سرمایه‌گذاری

۲-۲-۱- ماهیت سیاست نگر استانداردها

بر این اساس، برای انتخاب یک روش مشخص و ارزیابی اقدام دولت میزبان و انطباق آن با تعهد مربوطه این امر بسیار مهم است تا ماهیت و ذات این رابطه را بشناسیم. این امر تلفیقی از خصوصیت «خود محدودکننده توزیعی و دوطرفه»^۱ قرارداد از یک سو و ماهیت مبتنی بر منافع عمومی و تنظیم‌کننده حاکمیتی^۲ دولت‌ها و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها از سوی دیگر است. به‌طور کلی در خصوص هدف حمایتی که توسط کشور میزبان مقرر شده است نظریات گوناگونی قابل طرح می‌باشد. بر مبنای رویکرد رفتار ملی و یا رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه‌گذار نهایتاً به منظور رفتاری مناسب مطابق با اهداف سرمایه‌گذاری انجام شده در جهت توسعه اقتصادی کشور میزبان می‌باشد. در نتیجه بدیهی است رویکرد مورد استناد در دیوان داوری مطابق با رویکرد مورد پذیرش در موافقت‌نامه حمایت و تشویق از سرمایه‌گذاری و در صورت سکوت موافقت‌نامه اصول کلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاری باشد.^۳

۲-۲-۲- ماهیت مبهم حقوق سرمایه‌گذاری - استاندارد در مقابل قاعده

ابهام وصف ذاتی استانداردهای حقوقی است که اداره حقوق و فرایند داوری را در دستان داور می‌دهد.^۴ در مقابل، قواعد حقوقی معمولاً از یک روش واحد و مشابه با پیامدهای مشخص برخوردارند. نسبت به قواعد حقوقی، استاندارد دقت کمتری در شناخت واقعیت‌ها و بررسی وقایع دارد. پیامد این ابهام انعطافی است که به مجری قانون حد بیشتری از صلاح‌دید و اختیار را هم در تعیین وقایع مرتبط و هم در اعمال قانون می‌دهد.^۵ اگرچه استفاده از قواعد حقوقی به دولت‌ها قابلیت پیش‌بینی بهتر تعهداتشان را می‌دهد، اما هنجارهای مبنایی حقوق

1. Self-Constraint Distributive and Reciprocal Character.

2. Public Interest-Tended Sovereign-Regulator Essence.

۳. حسینی ۱۳۹۰ همچنین نگاه. Rubin, 2003, p. 618.

4. Schauer, 1993, p. 126.

5. Raustiala, 2004, p. 277.



سرمایه‌گذاری خارجی در قالب استاندارد و نه قواعد حقوقی شکل گرفته‌اند.^۱ این مسئله بیش از هر چیز به واسطه این است که دولت‌ها تلاش می‌کنند تا با حد وسیعی از گزینش در استانداردها در موقعیت‌های متغیر و غیر قابل پیش‌بینی به اعمال حاکمیت در قلمروی خود پردازند.^۲ اما در هر صورت، این دیوان‌های بین‌المللی هستند که باید به عنوان اعمال کنندگان واقعی قوانین، با در نظر گرفتن اقتضائات و شرایط خاص به تشخیص موارد نقض تعهد پردازند. همچنین، زمانی که کشوری خود را به رعایت استاندارد می‌کشد که قرار است توسط دیوان‌های داوری تعیین شود ملزم می‌نماید، این کشور کنترل خود را در رابطه با قانون حاکم و محتوی آن از دست خواهد داد.^۳

۳-۲- سیستم خودمختار استاندارد نظارتی

۱-۳-۲- ضرورت احترام به منافع عمومی هم‌راستا با انتظارات سرمایه‌گذار

به صورت سنتی، دیوان‌های داوری در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری استانداردهایی را که از حقوق خصوصی نشأت گرفته‌اند اعمال می‌کنند. با این حال، برخلاف داوری‌های تجاری در حقوق خصوصی، حوزه حقوق سرمایه‌گذاری دو ارزش مقدماتی را که در برخی موارد باهم در تعارض هستند، می‌بایست مدنظر قرار دهد. در یک‌سو، توانایی و قابلیت پیگیری اهداف بنیادین دولت‌ها در ایجاد نظم عمومی، صلح و ثبات باید محترم شمرده شود. در سوی دیگر، حقوق سرمایه‌گذار که به وسیله موافقت‌نامه مربوطه الزام‌آور گشته است، باید رعایت شود. با توجه به اینکه استانداردها در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری خط دقیقی در میان رفتار مجاز و رفتار غیرمجاز ترسیم نمی‌کنند، امکان دارد این مسئله موجب شود دولت‌ها برای رسیدن به منفعت عمومی دست به اقدامی بزنند که به صورت عادی برای سرمایه‌گذار مطلوب نیست.^۴

در این موقعیت این تکلیف داوران است تا روشی مقبول، مناسب و منعطف را اعمال نمایند تا امکان ایجاد تعادل میان تکالیف دولت‌ها در تأمین منافع عمومی و سرمایه‌گذاری

1. Schlag, 1985, p. 384; Fuller, 1978, p. 393.

2. Korobkin, 2000, p. 79.

3. Raustiala, 2004, p. 275.

4. Risk-Averse or Risk-Preferring Actors.



سرمایه گذار در کشور میزبان فراهم گردد. لازمه این امر اعطای درجاتی از اختیار و صلاحدید به دولت میزبان است تا بتواند سیاست‌های حیاتی و ضروری جامعه خود را دنبال نماید. این قدرت را صرفاً هنگامی می‌توان محدود کرد که تعارض این صلاحدید با انتظارات مشروع سرمایه گذار کاملاً روشن و آشکار باشد. اعطای صلاحدید به دولت‌ها مسئله‌ای مجرد از اوضاع و احوال خاص هر پرونده نیست. بلکه در هر زمان و بسته به شرایط خاص می‌توان آن را اعطا و اعمال کرد.^۱ دیوان داوری باید روشی را اعمال نماید که جامعیت استناد دارد مورد استفاده نسبت به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری نه ناقص و نه بیش از حد کامل باشد. در صورتی که استناد دارد محدوده‌ای فراتر از موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری را پوشش دهد، این امکان به وجود می‌آید که اقدامات خارج از موضوع قرارداد دولت میزبان بر رأی داوری پیرامون نقض یا عدم نقض قرارداد تأثیر بگذارند.

روشن است تصمیمی که در پرونده‌های سرمایه‌گذاری گرفته می‌شود تأثیر مستقیمی بر رویکرد و برنامه‌های عمومی دولت میزبان دارد. اولویت کشورها در اتخاذ تدابیر ضروری در موارد تهدیدات غیرمنتظره و بحران‌ها مستلزم این است که تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذاران نباید موجب محدود کردن دولت‌ها در پاسخگویی مناسب و مطلوب به بحران‌های اجتماعی شود. انعطاف‌پذیری بیشتر در قدرت قانون‌گذاری دولت میزبان برای مواجهه با چالش‌های بین‌المللی و ملی خواسته معقول و متعارف دولت‌ها است. بر این اساس، ماهیت حقوق عمومی مسئولیت دولت‌ها مستلزم بذل توجه بیشتر در داوری‌های سرمایه‌گذاری است.

هدف از نظارت و بررسی بر اساس این روش درک این مسئله است که با ملاحظه هزینه‌های تحمیل شده به سرمایه‌گذار، آیا مبنای اقدام حاکمیتی دولت نامتعارف بوده و یا به صورت اساسی نامتناسب یا بسیار فراتر از حد ضرورت بوده است.^۲ از این رو، روش صحیح نظارتی می‌تواند مبتنی بر اعمال استناد دارد اشتباه فاحش^۳ باشد. بر اساس این روش، نیازی به اعمال استناد دارد بازنگری مجدد^۴ تدابیر و اقدامات دولت میزبان سرمایه نخواهد بود. تدابیر

1. Cases 126/2003, 2005, para. 26; ARB/01/11, 2005, para. 181.

2. Cases ARB/02/1, 2006, para. 239; ARB/03/9, 2008, para. 213.

3. Clearly Erroneous Standard of Review.

4. De Novo Review.



دولت میزبان بر اساس برداشت مقامات عمومی آن دولت از تفسیر و اعمال استانداردهای حقوق سرمایه‌گذاری مورد تحلیل قرار می‌گیرد؛ بنابراین، هنگامی که چنین برداشتی کاملاً اشتباه بوده است، دیوان می‌تواند تصمیم گرفته‌شده را یک تصمیم نادرست و خلاف موافقت‌نامه‌ی مربوطه اعلام نماید.^۱

دلیل اعمال این محدودیت بر صلاحیت حاکمیتی دولت میزبان این است که نمی‌توان صرفاً به دلیل اینکه اعمال‌کننده چنین صلاحیدی یک قدرت حاکمیتی است احترامی مطلق قائل شد و از اشتباه چشم‌پوشی کرد. اتخاذ چنین رویکرد افراطی در اعطای صلاحیت مطلق به حاکمیت موجب ترک وظیفه حیاتی دیوان‌های داوری در ارزیابی دقیق و موردی تمامی وقایع و اوضاع و احوال موضوع پرونده و احراز نقض تعهدات می‌شود.^۲ به‌هرحال این استاندارد ممکن است با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حقوقی مربوطه تشدید شده و یا سطح آن کاهش یابد. هر قدر حقوق سرمایه‌گذار اساسی‌تر بوده و ارزش بیشتری داشته باشد، حاکمیت کشور میزبان اعتبار کمتری خواهد یافت. در مقابل، به هر میزان که منافع عمومی مهم‌تری مدنظر باشد، دامنه اعمال این استاندارد کاهش می‌یابد.^۳

۲-۳-۲- نقش خسارت در روش ارزیابی

یکی از نتایج اجتناب‌ناپذیر اعمال اصل تناسب^۴ ضرورت جبران خسارت وارده به اشخاصی است که از تصمیم یا اقدام حاکمیتی خسارت دیده‌اند. برخی از نویسندگان خسارت را متعارض با اصل آزادی اقدام حاکمیت و حق دولت میزبان بر تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی کشور خود بر اساس استانداردهای نظارتی می‌دانند. دلیل این امر این است که این الزام منتج به اکراه از انجام اقدامات تنظیمی می‌شود. در واقع، نمی‌توان بر این باور بود که دولت میزبان به دنبال توسعه و تشویق یک اقدام ضروری برای منافع عمومی و به صورت غیر تبعیض‌آمیز و منطبق با استانداردهای نظارتی است و درعین حال متعهد به جبران خسارت وارده ناشی از آن اقدام نیز هست. اگر بازدارندگی از نقض تعهد هدف اصلی حقوق سرمایه‌گذاری

1. Aguilar, 2008, p. 16.

2. Franck, 2007, p. 341.

3. Del Moral, 2006, p. 625.

4. Proportionality.



باشد نمی توان حق تقنین برای منافع عمومی و تعهد به جبران خسارت را در کنار یکدیگر قرار داد؛ اما اگر هدف عدالت حمایتی و توزیعی باشد، تعارضی میان این دو نخواهد بود. این امر بدین مفهوم نیست که دولت باید تمامی خساراتی را که به سرمایه گذار وارده شده است پرداخت کند. بلکه مقصود آن که هنگامی فهم عمومی از عدالت اقتضاء چنین جبران خسارتی را دارد، اهداف شخصی دولت میزبان نمی تواند مانعی برای جبران خسارت باشند.

باین حال، حقوق سرمایه گذاری مفهومی خود ساخته و مستقل از عدالت دارد که از طریق جهانی شدن و انعقاد بیش از ۳۰۰۰ موافقت نامه دوجانبه توسعه یافته است. بر این اساس، برقراری تعادل میان صلاحدید حاکمیتی و حقوق مالی سرمایه گذار اقتضای این امر را دارد تا از دغدغه محض جبران خسارت خارج شویم و این رویکرد را با راهکاری بر اساس مدل تناسب جایگزین نماییم. این مسئله نیازمند توجه به اهمیت منافع تقنینی و حاکمیتی کشور میزبان و حقوق مورد حمایت سرمایه گذار است. هر چه قانون کشور میزبان یا اقدامات آن منافع عمومی بیشتری را در بر داشته باشد به حد کمتری حقوق سرمایه گذار و سرمایه گذاری وی خدشه وارد می شود و در نتیجه خسارت کمتری قابل پرداخت خواهد بود. برعکس، هر چه میزان منافع عمومی کمتر باشد، به حقوق سرمایه گذار ضرر بیشتری وارد می شود و خسارت بیشتری باید پرداخت گردد.

در این رویکرد جبران خسارت سرمایه گذار در صورت ورود ضرر در نتیجه اقدام دولت میزبان بخشی جدا اما منضم به تعهد دولت میزبان است که اجرای آن در یک روش و تحت هنجارها و استانداردهای مشخص باید به وسیله دیوان داوری مورد بررسی قرار گیرد. اگر دولت میزبان از اقدام خود به صورت مستقیم منافی تحصیل کرده باشد، میزان خسارت بیانگر منافع تحصیل شده خواهد بود؛ اما اگر اقدام مزبور به منظور پیشگیری از بروز مخاطرات جدی تری انجام یافته باشد، دولت میزبان باید از پرداخت خسارت معاف شود^۱ و یا میزان خسارت به حد معقولی تعدیل گردد.^۲

نتیجه گیری

1. Model BIT, 2004, Art. 5(5).

2. Case no. 1, 2006-V Eur.Ct.H.R. para. 97.



در نتیجه طرح حجم عظیمی از پرونده‌های سرمایه‌گذاری علیه کشورهای در حال توسعه توسط سرمایه‌گذاران خارجی و محکوم شدن آن‌ها به پرداخت مبالغ عظیم به‌عنوان خسارت، بسیاری از این کشورها شروع به زیر سوال بردن و انتقاد از سیاست حمایت از سرمایه‌گذاری خود کردند. این رویکرد محدود به کشورهای در حال توسعه آمریکای لاتین که سابقه‌ای از شرط کالوو دارند^۱ نمانده و بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته که در معرض آراء صادره از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری قرار گرفته‌اند نیز به جرگه این مخالفین پیوسته‌اند. رویکرد تهاجمی و مداخله‌گر دیوان‌های داوری در کنار میزان بالای خسارات مورد حکم منجر به کاهش رغبت نسبت به نظام سرمایه‌گذاری خارجی در این کشورها شده است.

یکی از دلایل اصلی این وضعیت نبود یک نظام هماهنگ، منسجم و سازگار در رابطه با استانداردهای بازنگری اقدام کشور میزبان است که بر اساس آن بتوانیم تعادلی را میان منافع تقنینی کشور میزبان و انتظارات مشروع سرمایه‌گذار ایجاد نماییم. در موافقت‌نامه‌ها و معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی، مقرره خاصی در ارتباط با قواعد نحوه عمل داوران در ارزیابی اقدامات کشور میزبان دیده نمی‌شود. همان‌طور که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، این خلأ موجب می‌شود تا داوران در رابطه با اتخاذ روش‌های ارزیابی از صلاح‌دید و سببی برخوردار باشند. در این میان، جبران خسارت نتیجه و غایت داوری در سرمایه‌گذاری خارجی نیست. بلکه قسمتی از تعهد دولت میزبان در تعهد خود به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی است. برای دستیابی به یک سازوکار متعادل، باید توجه داشت که نظام حقوقی سرمایه‌گذاری و داوری‌های اقتضائاتی دارد که آن را نیازمند یک روش نظارتی خاص و با اعمال استانداردهای نظارتی مشخصی می‌سازد.

۱. در گذشته، در برخی قراردادهای موافقت‌نامه‌ها بین کشورهای آمریکای لاتین و اتباع خارجی شرطی گنجانده می‌شد که بر اساس آن، امتیاز گیرندگان انصراف خود را از دریافت حمایت دیپلماتیک دولت‌های متبوع خود در صورت ایجاد اختلاف اعلام می‌کردند. این شرط به نام کارلوس کالوو (۱۹۰۶-۱۸۲۴) حقوق‌دان و سیاستمدار آرژانتینی مشهور است (Kim, 2013, p. 57).



منابع

فارسی

- حبیبی به آذین، «حداقل استانداردهای بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی سال سیزدهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰، ۴۳-۷۸.
- زمانی، سید قاسم و میرزاده، منیر السادات، «انتساب اعمال متخلفانه اشخاص خصوصی به دولت بر اساس معیار کنترل: رویه دیوان داوری دعاوی ایران - آمریکا» فصلنامه پژوهش حقوق عمومی دانشگاه تهران سال شانزدهم شماره ۴۳ تابستان ۱۳۹۳، ۸۱-۱۰۸.
- محبی، محسن، «رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعاوی نفتی)» مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری شماره سی و پنجم ۱۳۸۵، ۹-۷۰.
- نیکبخت، حمیدرضا و انصاری، نگین، «حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰، ۴۱-۹۱.

English references

- Aguilar, William; Reisman, Michael, (2008) *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies* Guillermo, Leiden, BRILL.
- Arai-Takahashi, Yutaka, (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Mortsel, Intersentia NV.
- Arancibia, Jaime, (2011), *Judicial Review of Commercial Regulation*, Oxford, Oxford University Press.
- Ayad, Mary B. (2010), "Towards a Truly Harmonized International Commercial and Investment Arbitration Law Code", *Macquarie Journal of Business Law*, 7.
- Beatson, J. Tridimas T., (1998), "The Domestic Liability of Public Authorities in Damages: Lessons from the European Community?", in *New Directions in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Beever, Allan, (2008), Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(3).

- Berry, Lee Will, (2011), "Standards of the Standards of Review", *Veterans Law Review*, 3.
- Binder, Christina; Kriebaum, Ursula; Reinisch, August, (2009), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press.
- Brown, Chester; Miles, Kate, (2011), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Burke-White, William W.; Von Staden, Andreas, (2007), "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Law*, 48.
- Burke-White, William W.; Von Staden, Andreas, (2010), "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review" in *Investor-State Arbitrations, Yale Journal of International Law*, 35.
- Del Moral, Ignacio de la Rasilla, (2006), "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", *German Law Journal*, 7 (6).
- Dodge, William S., (2006), "Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39 (1).
- Dominice, Christian, (1999), "the International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligation", *European Journal of International Law*, 10 (2).
- Dupuy, Pierre-Marrie, (1999), "Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligation of Means and Obligation of Result in Relation to State Liability", *European Journal of International Law*, 10 (2).
- Forowicz, Magdalena, (2010), *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Franck, Susan D., (2007), "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law", *McGeorge Law Journal*, 19.
- Fuller, Lon L., (1978), the Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, 92.
- Gelinas, Fabien, (2005), "Investment Tribunals and the Commercial Arbitration Model: Mixed Procedures and Creeping Institutionalization", *Sustainable Development in World Trade Law*, London, Kluwer Law International.
- Harlow, Carol, (2005), *Understanding Tort Law*, London, Sweet & Maxwell.
- Kim, Nam-Kook, (2013), *Globalization and Regional Integration in Europe and Asia*, Surrey, Ashgate Publishing, Ltd.
- Korobkin, Russell B., (2000), "Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited", *Oregon Law Review*, 79.
- Park, James J., (2003), the Constitutional Tort Action as Individual Remedy, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 38.

- Park, William W. 'Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law' 20 *American University International Law Review* 903 (2004–2005), p. 905.
- Raustiala, Kal; Bodansky, Daniel, (2004), "Rules vs. Standards in International Environmental Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98.
- Rubin, Edward; Feeley, Malcolm M., (2003), "Judicial Policy Making and Litigation against the Government", *Journal of Constitutional Law*, 5(3).
- Schauer, Frederick, (1993), *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, London, Clarendon Press.
- Schill, Stephan W, (2010), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Schlag, Pierre J., (1985), "Rules and Standards", *UCLA Law Review*, 33.
- Sullivan, E. Thomas; Frase, Richard S., (2009), *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press.
- Sunstein, Cass R., (1995), "Problems with Rules", *California Law Review*, 83.
- Vadi, Valentina, and Lukasz Gruszczynski. "Standards of review in international investment law and arbitration: multilevel governance and the commonweal." *Journal of International Economic Law* 16.3 (2013): 613-633.
- Vasani, Sarah, (2010), "Bowling to the Queen: Rejecting the Margin of Appreciation Doctrine" in *International Investment Arbitration, Investment Treaty Arbitration and International Law*, New York, Juris.
- Van Harten, Gus, and Martin Loughlin. "Investment treaty arbitration as a species of global administrative law." *European Journal of International Law* 17.1 (2006): 121-150.
- Case No. T-19/01, Chiquita Brands International, Inc. (2005) ECR II-315.
- Case No. ARB/02/1 Award (ICSID), *LG&E v Argentine Republic*, Award (2006).
- Case No. ARB/03/9 (ICSID), *Continental Casualty Company/Argentine Republic*, (2008).
- Case No. 126/2003 Final Award (ICSID), *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, (2005).
- Case No. ARB/01/11 Award (ICSID), *Noble Ventures v. Romania*, (2005).
- Case (no. 1), 2006-V Eur.Ct.H.R., *Scordino v. Italy*, (2006).
- US Model of Treaty Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2004).

