

شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

دکتر حسین پیران*

چکیده

شرط التزام، تازه‌ترین مسئله حقوقی در موضوع پرمناقشه سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. تعداد قابل ملاحظه‌ای از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، حاوی شرطی است که بنا بر آن، طرفین رعایت کلیه تعهداتی را که در قبال سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران به عهده گرفته‌اند، تضمین کنند. موضع دول غربی در دعاوی بین‌المللی این بوده که این شرط موجب می‌گردد تا کلیه تعهدات دولت، حتی اگر ریشه در قراردادهای خصوصی سرمایه‌گذاری داشته باشد، به تعهدات بین‌المللی تبدیل گردد. بدین ترتیب، مرجع رسیدگی به اختلافات که در معاهده پیش‌بینی شده، صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری خصوصی را نیز دارا خواهد بود، حتی اگر آن قرارداد، مرجع دیگری را پیش‌بینی کرده باشد. مقاله حاضر به تفصیل، این شرط و رویه قضائی بین‌المللی ذی‌ربط و همچنین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران را که حاوی چنین شرطی است مورد بحث و بررسی قرار داده است.

واژگان کلیدی: معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، شرط التزام، صلاحیت رسیدگی، تعهدات بین‌المللی، تفسیر معاهدات، شرط حاکمیت قانون خاص

*. مشاور حقوقی ارشد دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده (لاهاه) piran@hetnet.nl

الف) مقدمه

۱. موضوع سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تاریخ خود هیچ‌گاه از بحث و مناقشه عاری نبوده است. به زعم اکثر حقوقدانان بین‌المللی، سرمایه‌گذاری خارجی از بحث‌انگیزترین و پرمناقشه‌ترین موضوعات در حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. این وضعیت به لحاظ اهمیت سرمایه‌گذاری در سطح جهانی و مبالغ هنگفتی است که در این زمینه دخیل بود. بنا بر گزارش اخیر کنفرانس سازمان ملل برای تجارت و توسعه (آنکتاد)، حجم سرمایه‌گذاری بین‌المللی در سال ۲۰۰۷ از رقم یک تریلیون و هشتصد میلیارد دلار فراتر رفت.^۱

۲. جدیدترین مباحثه و مناقشه حقوقی در این رشته و در زمینه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، بحث «شرط التزام»^۲ است. این بحث برای اولین بار در سال ۲۰۰۳ میلادی در محافل حقوقی بین‌المللی به صورت جدی مطرح شد، هرچند سابقه آن در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به سال ۱۹۵۹ میلادی بازمی‌گردد. امروزه درصد قابل ملاحظه‌ای از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری حاوی شرط التزام است. این شرط در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه که دولت جمهوری اسلامی ایران با دیگر دول منعقد کرده نیز گنجانده شده است. بحث اصلی حقوقی در خصوص این شرط عبارت است از اینکه:

۱. آیا مرجع مقرر در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری برای رسیدگی به اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی، صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری بین دولت و سرمایه‌گذار را نیز دارا است یا خیر.

۲. در صورت احراز صلاحیت، آیا مرجع مزبور مجاز در رسیدگی به ماهیت اختلاف نیز است؟ وجه دیگر این مطلب آن است که آیا «شرط التزام»، مفاد قراردادهای سرمایه‌گذاری را تا حد یک معاهده بین‌المللی ارتقا می‌دهد یا خیر. به عبارت دیگر، آیا معاهدات سرمایه‌گذاری، محل حمایت از سرمایه‌گذاران هستند و یا قراردادهای سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذاران و دولتها نیز در شمول حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری قرار می‌گیرند.

۱. گزارش سال ۲۰۰۸ آنکتاد در خصوص سرمایه‌گذاری بین‌المللی، صفحه پانزده (مقدمه):

United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report, 2008 (Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge), p. xv.

۲. در بیشتر نوشته‌های حقوقی و احکام دوری بین‌المللی این شرط را Umbrella Clause خوانده‌اند که می‌توان به «شرط فراگیر» یا «شرط التزام عام» ترجمه کرد و در اینجا برای رعایت اختصار «شرط التزام» به‌کار رفته است. ولی اسامی و واژه‌های دیگری نیز برای این مفهوم به‌کار می‌رود مانند: شرط وفای به عهد (Pacta Sunt Servanda Clause)، شرط تأثیر برابر (mirror effect clause)، شرط رعایت الزامات (Observation of Commitments Clause)، شرط حرمت قراردادهای (Sanctity of Contracts Clause).

رک. سند سمینار سرمایه‌گذاری بین‌المللی (۲۰۰۶/۲۰۰۷)، گزارش پروفسور اوگوست رینیش، ص ۵:

http://intl.w.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf

برای روشن شدن موضوع ابتدا لازم است به تاریخچه و عناصر این شرط اشاره کنیم.

ب) سابقه موضوع

۳. در تاریخ ۲۵ نوامبر ۱۹۵۹ اولین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری در جهان،^۳ بین جمهوری فدرال آلمان و جمهوری اسلامی پاکستان^۴ به امضا رسید. این معاهده حاوی ماده‌ای بود که مقرر می‌داشت: «هریک از طرفین سایر تعهداتی را نیز که ممکن است در خصوص سرمایه‌گذاری‌های اشخاص و شرکت‌های طرف دیگر به عهده گرفته باشد، محترم خواهند شمرد». این قید قراردادی در آن زمان توجه زیادی را به خود جلب نکرد. البته هدف از آن روشن بود؛ زیرا همان‌گونه که ذیلاً خواهد آمد، پیش از آن، طرح‌هایی حاوی این مضمون در محافل حقوقی اروپایی پیشنهاد و هدف از آن تبیین شده بود. قوه مجریه آلمان نیز در هنگام ارائه معاهده مزبور به پارلمان توضیح داد که هدف از این ماده این است که «نقض تعهدات مندرج در قراردادهای سرمایه‌گذاری نیز به منزله نقض تعهدات بین‌المللی مندرج در معاهده حاضر تلقی شود».^۵ در واقع تا چهل سال بعد نیز این شرط آثار و عواقبی از خود بروز نداد. در این فاصله، معاهدات بسیاری که حاوی این شرط با الفاظ مختلف بودند، منعقد شدند. تعداد کل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که از سال ۱۹۵۹ میلادی تاکنون بین کشورهای جهان منعقد شده قریب به ۲۷۰۰ معاهده است.^۶ در خصوص اینکه چه تعداد از این معاهدات، حاوی «شرط التزام» است تحقیقی نشده است. برخی نویسندگان تخمین زده‌اند که حدود هزار معاهده حاوی چنین شرطی است.^۷ در خصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران، بنا بر تحقیقی که نگارنده به عمل آورده و در اواخر این نوشته به صورت جدولی ارائه شده، حدود هشتاد درصد معاهدات حاوی شرط التزام هستند.

۴. علت وجودی این شرط و به عبارت دیگر، دلیل احساس نیاز از جانب کشورهای غربی سرمایه‌فرست به درج چنین قیدی در قراردادها و معاهدات سرمایه‌گذاری، عمدتاً حکم دیوان

۳. طبعاً منظور، معاهداتی است که انحصاراً برای تنظیم سرمایه‌گذاری خارجی منعقد می‌گردد و به BIT شهرت دارند. پیش از آن، این مهم معمولاً در قالب معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی (معاهدات FCN) تنظیم می‌شد، همان‌گونه که از عنوان آن برمی‌آید سرمایه‌گذاری خارجی فقط بخشی از مفاد معاهده بود. در این نوشته هرگاه به «معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری» اشاره می‌رود منظور همان نوع اول است (BIT).

۴. این معاهده در تاریخ ۲۸ آوریل ۱۹۶۲ لازم‌الاجرا شد. معاهده آلمان با جمهوری دومینیکن که در تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۵۹ امضا شده بود زودتر از معاهده با پاکستان لازم‌الاجرا شد، یعنی در تاریخ ۳ ژوئن ۱۹۶۰ (گزارش ۱۹۹۸ آنکتاد در خصوص معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ص ۱۷۷).

5. Dolzer & Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press (2008), p. 154.

۶. رک. منبع مذکور در پانوشت ۱ فوق، ص ۱۴.

۷. منبع مذکور در پانوشت ۵ فوق، ص ۱۵۳.

بین‌المللی دادگستری در قضیه نفت ایران و انگلیس بود. در آن قضیه، مبنای دوم و تخییری دولت انگلستان برای احراز صلاحیت دیوان این بود که قرارداد تمدید امتیاز سال ۱۳۱۲ بین دولت ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس^۸ یک قرارداد ساده خصوصی نیست، بلکه به لحاظ اینکه توافق راجع به آن با دخالت دولتین و وساطت شورای جامعه ملل حاصل شده و قرارداد به تصویب مجلس مقننه ایران رسیده، حاکی از توافق ضمنی دو دولت است و در نتیجه در حکم یک عهدنامه محسوب می‌شود و دولت ایران، نه تنها در قبال طرف امتیاز، بلکه در برابر دولت انگلستان نیز ملزم به رعایت مفاد قرارداد و ارجاع اختلاف به داوری بین‌المللی است.^۹ به عقیده دولت انگلستان، قرارداد امتیاز جدید، خصیصه‌ای دوجنبه‌ای داشت؛ بدین معنا که در عین اینکه یک قرارداد امتیاز بین ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس بود، یک معاهده بین دولت ایران و انگلیس نیز محسوب می‌شد.^{۱۰} دیوان بین‌المللی دادگستری در حکم مورخ اول مرداد ۱۳۳۱ (۲۲ ژوئیه ۱۹۵۲) استدلال انگلستان را نپذیرفت و بالعکس حکم کرد:

«دیوان نمی‌تواند این عقیده را که قرارداد منعقد بین دولت ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس دارای دو جنبه است، بپذیرد. آن [سند] چیزی نیست مگر یک قرارداد امتیاز بین یک دولت و یک شرکت خارجی. دولت انگلستان طرف قرارداد نیست و هیچ علقه قراردادی بین دولتین ایران و انگلستان وجود ندارد. دولت ایران تحت آن قرارداد نمی‌تواند هیچ‌گونه حقوقی از دولت انگلستان، مشابه آنچه می‌تواند از شرکت انتظار داشته باشد، طلب کند، چنان‌که هیچ تعهدی نیز در برابر دولت انگلستان مشابه تعهداتی که در قبال شرکت به عهده گرفته است، ندارد ... صرف اینکه این قرارداد امتیاز به واسطه مساعی جمیله شورای جامعه ملل و از طریق مخبر شورا مذاکره شده و نافذ گردیده، کوچک‌ترین تفاوتی از بابت صلاحیت دیوان ایجاد نمی‌کند».^{۱۱}

به عبارت دیگر، دیوان بین‌المللی برای دولت انگلستان هیچ حقی از بابت قرارداد امتیاز بین یکی از اتباع آن دولت با دولت ایران قائل نگردید، هرچند دولت انگلستان با استفاده از حق حمایت سیاسی از تبعه خود در جریان انعقاد آن قرارداد دخالت مستقیم داشت و قرارداد به

۸. منظور تمدید امتیازنامه داری است که متعاقب لغو آن امتیازنامه توسط دولت ایران و پس از مناقشات سیاسی بین ایران و انگلستان در جامعه ملل در تاریخ ۱۰ اردیبهشت ۱۳۱۲ (۲۹ آوریل ۱۹۳۳) بین ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس امضا شد و در تاریخ ۸ خرداد همان سال (۲۸ مه ۱۹۳۳) به تصویب مجلس شورای ملی رسید. تفصیل این قضیه در منابع متعددی آمده است. به‌عنوان نمونه رجوع کنید به: موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی (جلد ۱)، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (۱۳۷۴)، ص ۱۸-۲۴.

9. ICJ Reports (1952) p. 111.

10. *Ibid*, pp. 111-112.

11. *Ibid*, p. 112.

تصویب قوه مقننه ایران رسیده بود و دولت انگلستان، خودش سهامدار عمده شرکت نفت ایران و انگلیس بود. پیام این حکم برای سرمایه‌گذاران غربی و کشورهای سرمایه‌فرست ناخوشایند بود. آنان متوجه شدند که قراردادهای وقت، به حد کافی منافع آنان را تأمین نمی‌کنند. به‌زعم آنان، کشورهای سرمایه‌پذیر با توسل به اهرم‌های اجرایی و تقنینی داخلی به‌راحتی در قراردادها دخالت می‌کردند، بدون اینکه در صحنه بین‌المللی مسئول شناخته شوند.

۵. این وضعیت موجب شد که سرمایه‌گذاران عمده بین‌المللی و کشورهای سرمایه‌فرست برای هرچه محکم‌تر کردن مواضع خود در قبال کشورهای سرمایه‌پذیر و حمایت هرچه بیشتر از سرمایه‌های خود، تمهیدات ویژه‌ای را که تا حد ممکن بتواند مانع وضعیت نامطلوبی مانند امتیازنامه نفت ایران و انگلیس باشد در قراردادهای سرمایه‌گذاری و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بگنجانند. اولین بار «لیاهو لاتریاقت» حقوقدان انگلیسی که برای انعقاد قرارداد آینده نفت کنسرسیوم با ایران طرف مشورت واقع شده بود، مقررهای شبیه شرط التزام را پیشنهاد کرد.^{۱۲} به عقیده وی لازم بود قرارداد جدید به‌نحوی طراحی گردد که تعهدات مندرج در آن در حکم تعهدات بین‌المللی باشد، نه تعهدات قراردادی خصوصی. در قرارداد ۱۳۳۳ کنسرسیوم، پیشنهاد لاتریاقت به آن صورت درج نشد؛ لیکن ماده ۴۱ این قرارداد حاوی دو شرط مهم بود که برخی جوانب قرارداد را از حوزه حقوق داخلی خارج می‌کرد.^{۱۳} طبعاً تلاش‌ها به همین جا ختم نشد. در سال ۱۹۵۸ گروهی از حقوقدانان اروپایی به ریاست سر هارتلی شوکراس طرح یک کنوانسیون برای سرمایه‌گذاری بین‌المللی را پیشنهاد کردند. شوکراس قبلاً دادستان کل بریتانیا بود، ولی در هنگام پیشنهاد این طرح، مدیرعامل شرکت نفتی شل بود. یکی از مواد این طرح پیش‌بینی می‌کرد لازم است اصل وفا به عهد* که بر تعهدات بین‌الدولی نظارت دارد بر قراردادهای عمده سرمایه‌گذاری نیز جاری گردد. از سوی دیگر، در همان زمان،

۱۲. ر.ک.

Anthony C. Sinclair, "The Origins of Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", 20 Arbitration International (2004), p. 411, at 416.

۱۳. بند الف ماده ۴۱ قرارداد بین شرکت ملی نفت ایران و کنسرسیوم بین‌المللی مقرر می‌داشت که «طرف‌های قرارداد متعهد می‌شوند که شرایط و مقررات این قرارداد را طبق اصول حسن‌نیت و صمیمیت متقابل اجرا نموده و منطوق و مفهوم شرایط و مقررات مزبور را رعایت کنند». بند ب ماده ۴۱ در عوض، حاوی قیدی بود که به شرط ثبات شهرت دارد: «هیچ‌گونه اقدام تقنینی یا اداری اعم از مستقیم یا غیرمستقیم و یا عمل دیگری از هر قبیل از طرف ایران یا مقامات دولتی در ایران این قرارداد را لغا نخواهد کرد و در مقررات آن اصلاح و تغییری به عمل نخواهد آورد و مانع و مخل حسن اجرای مقررات آن نخواهد شد. لغا یا تغییر مزبور فقط در صورت توافق طرف‌های این قرارداد ممکن خواهد بود». ر.ک. منبع مذکور در پانوشت ۸ فوق، ص ۳۰-۳۱.

طبعاً این شروط به‌هیچ‌وجه تعهدات قراردادی را به تعهدات بین‌المللی تبدیل نمی‌کرد و چنین ادعایی نیز نشده است. در عمل نیز دولت ایران چند بار قرارداد کنسرسیوم را مورد تجدیدنظر قرار داد و در نهایت هم بعد از بیست سال آن را با قرارداد جدیدی (قرارداد ۱۳۵۳) جایگزین کرد.

ر.ک. همان منبع، ص ۷۵.

*. pacta sunt servanda.

❖ ۲۶۳ شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

گروهی از حقوقدانان و اقتصاددانان آلمان که در انجمنی به نام «انجمن آلمانی حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی» گرد آمده بودند، طرحی در این خصوص ارائه دادند. رئیس این انجمن، دکتر هرمان آبس، رئیس وقت دویچه بانک بود. از آنجا که هرمان آبس بانکدار بود، نه حقوقدان، طرح وی فاقد ظرافت‌های حقوقی بود. این طرح صرفاً به منافع اقتصادی سرمایه‌گذاران نظر داشت و مانند یک سند بانکی به تفصیل و بسیار صریح حمایت یک‌جانبه از سرمایه‌گذاران را تبلیغ می‌کرد. در همان سال، شوکراس و آبس در ملاقاتی طی یک سمینار تصمیم گرفتند دو طرح را ادغام کرده، طرحی قابل قبول برای حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی ارائه دهند. نتیجه، طرح یک کنوانسیون برای حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی بود که به طرح آبس- شوکراس شهرت دارد. ماده ۲ این طرح حاوی شرطی بود که اکنون به «شرط التزام» معروف است. وفق این ماده «هریک از طرفین مستمراً رعایت همه تعهداتی را که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های اتباع طرف دیگر به عهده گرفته باشد، تضمین می‌کند».^{۱۴} در سال ۱۹۶۷ نیز این شرط عیناً در ماده ۲ طرح سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برای حمایت از اموال بیگانگان اتخاذ شد^{۱۵} که در طراحی آن، الیاهو لاتریپاخت در مقام نماینده دولت انگلستان نقش عمده‌ای داشت.^{۱۶}

۱۴. طرح آبس- شوکراس به همراه گزارش سمینار ذی‌ربط که منجر به انتشار طرح شد در منبع زیر چاپ شده است: 9 Journal of Public Law (1960), p. 119.

شوارتزبرگر حقوقدان آلمانی که نوشته‌های وی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی شهرت زیادی دارد و یکی از شرکت‌کنندگان در سمیناری بود که به انتشار طرح آبس- شوکراس انجامید در همان زمان در معنای این شرط چنین نوشت: «این شرط، الزاماتی را که در قبال موضوعات حقوقی بین‌المللی به عهده گرفته می‌شود، ولی فی‌نفسه مشمول حقوق بین‌الملل نیستند به تعهدات بین‌المللی تبدیل می‌کند».

رک. همان منبع، ص ۱۵۴.

برای شرح مفصل تاریخچه طرح آبس - شوکراس به منابع زیر رجوع کنید:

- Anthony C. Sinclair, "The Origins of Umbrella clause in the International Law of Investment Protection", 20 Arbitration International (2004), p. 411-434.

- J. Wong, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between the Developed and Developing Countries in Foreign Investment Disputes", 14 George Mason Law Review (2006), pp. 142-150.

- Interpretation of Umbrella Clauses in Investment Agreements, OECD Working Paper on International Investment, October 2006, pp. 4-8.

۱۵. این طرح در نشریه سازمان همکاری و توسعه اقتصادی به شماره ۲۳۰۸۱ (دسامبر ۱۹۶۲، بیوست ب) چاپ شده است. ماده ۲ طرح مزبور چنین مقرر می‌داشت: «هریک از طرفین همواره تعهداتی را که در خصوص اموال و دارایی‌های طرف دیگر به عهده گرفته است، محترم خواهد شمرد». در تفسیر این ماده درج شده بود که «ماده ۲ به معنای اعمال عمومی اصل وفای به عهد (pacta sunt servanda) است که بر قراردادهای بین دولتها و اشخاص خصوصی نیز جاری می‌گردد» (همان منبع).

۱۶. منبع مذکور در پانوش ۱۲ فوق، ص ۴۲۷. چند سال بعد نیز حقوقدان سوئیسی، پروسپر ویل در درس خود در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه در اشاره به این ماده اظهارنظر کرد که «اعمال شرط التزام عام، الزامات قراردادی را به تعهدات بین‌المللی تبدیل می‌کند»:

۶. همان‌گونه که خاطر نشان شد این شرط راه خود را به معاهدات دوجانبه بین‌المللی باز کرد. به روال اکثر اسناد بین‌المللی، متن این شرط در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بسیار کلی است و هدف واقعی از آن را باید از فحواش استخراج کرد. طبعاً در یک توافقنامه بین‌المللی به صراحت نمی‌توان درج کرد که کلیه قراردادهای خصوصی بین اشخاص حقیقی یا حقوقی و یک دولت به منزله یک معاهده بین‌الدولی است و یا دارای آثار مشابه است. به‌ویژه در دهه ۱۹۵۰ میلادی مرزبندی بین معاهدات بین‌الدولی و قراردادهای بین‌المللی خصوصی با تعصب رعایت می‌شد و لذا طراحان این‌گونه شروط، آن را در لفافه عباراتی کلی تنظیم می‌کنند و امیدوار هستند که مراجع حل اختلاف در هنگام تفسیر عبارت، آن را در جهتی که مطلوب طراحان است تعبیر و تأویل کنند. همین‌که این شرط در نوشته‌های حقوقی و احکام بین‌المللی عنوان مشخصی ندارد و هرکس به ظن خود عنوانی به آن اطلاق کرده، حاکی از کلی بودن آن است.^{۱۷} همان‌طور که قبلاً عنوان شد، به مدت بیش از چهل سال در خصوص مفاد این شرط اختلاف خاصی پدید نیامد و لذا اهمیت آن و آثار حقوقی ناشی از آن مخفی ماند. لیکن در سال ۲۰۰۳ در پی بروز اختلاف بین یک شرکت سوئیسی و دولت پاکستان و نیز مدت کوتاهی بعد از آن بین همان شرکت و دولت فیلیپین، موضوع مطرح شد و متعاقب صدور حکم از مراجع رسیدگی، مباحث و مناقشات پر حرارتی بین حقوقدانان آغاز گردید.

ج) رویه قضائی

۷. در تاریخ ۲۹ سپتامبر ۱۹۹۵ دولت پاکستان قراردادی با یک شرکت سوئیسی به نام سوسیته جنرال دو سورویلنس^{۱۸} به منظور بازرسی صنعتی محصولات وارداتی پاکستان منعقد کرد. ماده ۱۱ قرارداد، روش حل و فصل اختلافات احتمالی بین طرفین را معین می‌کرد. براساس این ماده، هرگونه اختلاف بین طرفین از طریق حکمیت و مطابق قانون داوری پاکستان حل و فصل می‌شد و محل داوری نیز پاکستان بود. قرارداد در اول ژانویه ۱۹۹۵ لازم‌الاجرا شد. در ۱۱ ژوئیه

Prosper Weil, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier. Recueil des Cours-III, (1969), p. 130.

البته این‌گونه نظرها از جانب برخی حقوقدانان غربی مورد معارضه و تردید قرار گرفت. به‌عنوان نمونه رجوع کنید به: S.D. Metzger, "Multilateral conventions for the protection of foreign investment," 9 Journal of Public Law (1960), p. 134; C.N. Brower, "The future of foreign investment", in Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business, Matthew Bender Publications, New York (1976), p. 104; D. W. Bowett, "Claims between states and private entities: the twilight zone of international law". 35 Catholic University Law Review (1986), p. 929.

۱۷. ر.ک. پانویست شماره ۲ فوق.

18. Société Générale de Surveillance S.A.

همان سال پاکستان و سوئیس یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری امضا کردند که در تاریخ ۶ می ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا گردید. بنا بر ماده ۲ این معاهده، پوشش زمانی معاهده با عطف به ماسبق شدن، شامل سرمایه‌گذاری‌های طرفین از ۲ سپتامبر ۱۹۵۴ به بعد می‌گردد. شرکت سوئیسی طرف قرارداد بازرسی صنعتی از ژانویه ۱۹۹۵ به مدت حدود دو سال به ارائه خدمات پرداخت؛ لیکن در تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۶ دولت پاکستان با ارسال اخطاریه‌ای قرارداد را از تاریخ مارس ۱۹۹۷ منسوخ اعلام کرد. شرکت سوئیسی و نیز دولت سوئیس به این عمل اعتراض کردند و عمل دولت پاکستان را فسخ غیرمشروع قرارداد و نیز نقض مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس و پاکستان دانستند. مذاکرات بین طرف‌های درگیر در قضیه ثمری نداشت و لذا در تاریخ ۱۲ ژانویه ۱۹۹۸ شرکت سوئیسی دعوی علیه دولت پاکستان در محکمه بدایت ژنو مطرح و جبران خسارت را از بابت فسخ غیرقانونی قرارداد درخواست کرد. دولت پاکستان با تکیه بر مفاد قرارداد و پیش‌بینی داوری به‌عنوان روش حل و فصل اختلافات و نیز مصونیت دولت پاکستان نزد دادگاه داخلی سوئیس به صلاحیت دادگاه اعتراض کرد. دادگاه ژنو نیز موضع دولت پاکستان را تأیید کرده و دعوی را به لحاظ فقد صلاحیت رد کرد. دادگاه استیناف و دادگاه فدرال سوئیس نیز حکم را ابرام کردند، منتهی دادگاه بدوی ژنو بیشتر بر موضع اول پاکستان، یعنی شرط داوری تکیه کرده بود ولی دادگاه‌های بالاتر مصونیت قضائی دولت پاکستان را اصل قرار دادند. از سوی دیگر دولت پاکستان در تاریخ ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۰ بعد از صدور حکم دادگاه استیناف و قبل از صدور حکم دادگاه فدرال به استناد بند ۱ ماده ۱۱ قرارداد، جریان داوری را در پاکستان علیه شرکت سوئیسی آغاز کرد. این جریان صرفاً به‌منظور تعیین داور توسط دیوان عالی پاکستان بود. در اینجا شرکت سوئیسی برای اولین بار به معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس و پاکستان استناد کرد. شرکت مزبور طی نامه مورخ ۱۰ اکتبر ۲۰۰۱ به وزیر خارجه پاکستان، آن دولت را ناقض مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری دانست و به اطلاع رساند که قصد دارد به استناد بند ۲ ماده ۹ آن معاهده، موضوع اختلاف را به دیوان داوری مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بانک جهانی ارجاع دهد. متعاقباً شرکت سوئیسی در تاریخ ۱۲ اکتبر ۲۰۰۱ درخواست داوری خود را در مرکز مذکور به ثبت رساند.^{۱۹} از سوی دیگر، دیوان عالی پاکستان از طرفین خواست که اختلاف خود را در پاکستان و وفق ماده حل اختلاف قرارداد فی‌مابین حل و فصل کنند.

۱۹. پرونده شماره ARB/01/13 در هیأت داوری بانک جهانی:

Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan

۸. با این مقدمات، جریان داوری در دیوان داوری بانک جهانی آغاز شد.^{۲۰} دولت پاکستان از ابتدا به صلاحیت دیوان داوری اعتراض کرد. به عقیده آن دولت، دعوای مطروح شده ناشی از قرارداد منعقد بین پاکستان و شرکت SGS بود و آن قرارداد برای خود، روش حل و فصل اختلافات خاصی پیش‌بینی کرده است. به عقیده پاکستان، وفق رویه قضائی دیوان داوری بانک جهانی، ادعای نقض قرارداد امری است خصوصی و باید پیرو مقررات قرارداد عمل گردد و لذا در دیوان داوری و پیرو مقررات معاهده بین‌الدولی قابل رسیدگی نیست.^{۲۱} از سوی دیگر، SGS استدلال می‌کرد که دعوای آن شرکت قراردادی نیست، بلکه انحصاراً بر مبنای مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس و پاکستان مطرح شده است.^{۲۲} در این استدلال، شرکت سوئیسی عمدتاً بر ماده ۱۱ معاهده مزبور که حاوی «شرط التزام» بود، تکیه می‌کرد. این ماده چنین پیش‌بینی می‌کند: «هریک از طرفین متعاهدین رعایت کلیه الزاماتی را که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر به عهده گرفته است به‌طور مستمر تضمین می‌کند».

دیوان داوری به ریاست آقای فلورنتینو فلیسیانو قاضی فیلیپینی در حکم مورخ ۶ اوت ۲۰۰۳ به تفصیل به این موضوع بسیار مهم و اساسی پرداخت. دیوان، سؤال اساسی در قضیه را به این ترتیب مطرح کرد:

«سؤال اساسی که دیوان باید به آن بپردازد تعیین این مطلب است که آیا صلاحیت آن شامل ادعاهای SGS که مبنایشان در نقض ادعایی مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری است،

۲۰. مرجع کلیه احکام صادره از مرکز رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ICSID) که در این نوشته به آن اشاره شده، سایت آن مرکز در اینترنت است که متن کلیه احکام را منتشر می‌کند:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCase DtlsRH& action Val=ListConcluded>

از آنجا که لیست احکام و متن آنها در این سایت کامل است، لزومی به اینکه برای تک تک احکام مرجع جداگانه‌ای اشاره شود نیست. طبعاً به نام کامل و شماره حکم اشاره خواهد شد.

۲۱. اشاره پاکستان به قضیه ویوندی (Vivendi) بود که طی آن دیوان داوری بانک جهانی چنین حکم داده بود: «در مواردی که اساس دعوای مطرح شده نزد یک مرجع بین‌المللی نقض قرارداد باشد، آن مرجع باید به شرط معتبر انتخاب محل رسیدگی به حل و فصل اختلافات ترتیب اثر دهد.» بند ۹۸ حکم ابطال مورخ ۳ ژوئیه ۲۰۰۲:

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.

۲۲. نظر شرکت سوئیسی بر این بود که در مرحله صلاحیتی نحوه ارائه یک دعوی در صلاحیت خواهان است و خواننده حق اعتراض ندارد و مرجع رسیدگی باید به همان نحو که دعوی و مبنای آن مطرح شده آن را قبول و بر آن اساس تصمیم‌گیری کند. مرجع رسیدگی این نظر را علی‌الاصول قبول کرد ولی تأویل خود را از وجود یا عدم یک دعوی حقوقی در درجه اول اهمیت تشخیص داد. به بند ۱۴۵ حکم رجوع کنید.

❖ ۲۶۷ شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

می‌گردد (دعاوی معاهده‌ای) و یا اینکه صلاحیتش شامل ادعاهایی می‌شود که ریشه در نقض ادعایی قرارداد بازرسی بین طرفین دارند (دعاوی قراردادی) و یا هر دو نوع ادعا».

سؤال دیگر در برابر دیوان داوری بانک جهانی این بود که آیا دیوان داوری داخلی در پاکستان که مأمور رسیدگی به ادعای نقض قرارداد گردیده بود، صلاحیت رسیدگی به ادعای نقض معاهده سرمایه‌گذاری را نیز خواهد داشت یا خیر. این بحثی بود که پاکستان مطرح کرد تا با این توجیه که هرگونه دعوی در پاکستان رسیدگی خواهد شد، بتواند دعوی را از دیوان داوری بانک جهانی منتزع کند.^{۲۳}

۹. در پاسخ به سؤال اصلی یعنی دامنه صلاحیت دیوان داوری بانک جهانی، دیوان با اشاره به حکم پرونده ویوندی^{۲۴} اظهار داشت موادی از معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه که به تشویق سرمایه‌گذاری و رفتار مناسب با آن اختصاص دارد مستقیماً به تعهدات قراردادی خصوصی مرتبط نیست؛ زیرا دولت ممکن است بدون تعرض به مفاد قراردادهای خصوصی با سرمایه‌گذاران، مفاد معاهده سرمایه‌گذاری را نقض کند و عکس این حالت هم قابل تصور است.^{۲۵} لذا وفق حقوق بین‌الملل، نقض معاهده سرمایه‌گذاری و نقض قرارداد سرمایه‌گذاری، دو سؤال کاملاً مجزا است و در مورد هریک حسب قانون حاکم بر آن تصمیم‌گیری می‌شود. در خصوص سؤال شاخص نزد دیوان داوری، یعنی اینکه آیا دیوان داوری بانک جهانی به اتکای مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و به‌ویژه ماده ۱۱ آن (ماده حاوی شرط التزام)، صلاحیت رسیدگی به ادعای ناشی از نقض قرارداد بازرسی بین پاکستان و شرکت سوئیسی را دارد یا خیر، دیوان داوری بانک جهانی به یک نکته ظریف توجه کرد و آن اینکه هرچند دعاوی ناشی از نقض قرارداد بازرسی بین پاکستان و شرکت سوئیسی ممکن است «دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری» مندرج در ماده ۹

۲۳. این مطلب که معمولاً به «حق ادعای مستقیم ناشی از معاهده بین‌المللی» معروف است خود از مباحثی است که مابین حقوقدانان محل نزاع است. معمولاً عقیده بر این است که چنین حقی موجود نیست و دیوان داوری بانک جهانی نیز در این دعوی به همین نتیجه رسید. به بند ۱۵۵ حکم رجوع کنید.

این مطلب در پرونده شرکت مکسون علیه ایران (Mckesson corp. v. Iran) که هم اکنون در محاکم ایالات متحده جاری است، مطرح است. دادگاه فدرال ایالات متحده در سال ۲۰۰۷ حکم داد که مقررات عهدنامه مودت به سرمایه‌گذاران امریکایی حق ادعای مستقیم در محاکم داخلی اعطا می‌کند: (https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?1982cv0220-880) لیکن دادگاه استیناف فدرال در سال ۲۰۰۸ بنا بر نظر دیوان عالی ایالات متحده، این حکم را نقض و برخلاف آن حکم داد که عهدنامه مودت چنین حقی را به اشخاص خصوصی نداده است:

<http://vlex.com/vid/mckesson-corp-v-islamic-repub-iran-42939121>

۲۴. ر.ک. پانوش ۲۱ فوق.

۲۵. این استدلال مطابق اصول حقوق بین‌الملل است. چنانکه در ماده ۳ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت بین‌المللی آمده است که «توصیف یک فعل خلاف حقوق بین‌الملل در چارچوب اصول حقوق بین‌الملل به عمل می‌آید و توصیف همان فعل در حقوق داخلی در این خصوص تأثیری ندارد». ر.ک. سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل (۲۰۰۱)، جلد ۲، بخش ۲، ص ۳۶.

معاهده دوجانبه محسوب گردد، لیکن «دعای ناشی از سرمایه‌گذاری» موضوع و واقعیات یک اختلاف را وصف می‌کند، نه مبنای حقوقی یک ادعا یا مبنای طرح یک دعوی را و لذا صرف اینکه طرفین در ماده ۹ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری توافق کرده‌اند دعای ناشی از سرمایه‌گذاری به دیوان داوری بانک جهانی ارجاع شود، به معنای نفی سایر مراجع حل اختلاف مرضی‌الطرفین در قراردادهای دیگر نیست. با توجه به این مراتب، دیوان داوری بانک جهانی چنین حکم کرد:

«به این ترتیب، ما در ماده ۹ یا سایر مواد معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه، مطلبی ملاحظه نمی‌کنیم که به دیوان داوری حاضر صلاحیت رسیدگی به دعای احتمالی که انحصاراً ناشی از قرارداد بوده، اعطا کرده باشد ... بند ۱ ماده ۱۱ قرارداد تا حدی که به دعای ناشی از قرارداد و نه دعای ناشی از معاهده سرمایه‌گذاری مرتبط باشد حاوی یک شرط حل و فصل اختلاف معتبر است و به همین دلیل، این دیوان داوری باید آن را محترم شمارد. این مطلب به این معنا نیست که طرفین نمی‌توانند به واسطه یک توافق خاص صلاحیت این هیأت را به تصمیم‌گیری درخصوص دعای منحصرأ ناشی از قرارداد، توسعه دهند. طبعاً طرفین چنین اختیاری دارند لیکن در مورد حاضر چنان توافقی موجود نیست. در صورتی هم که طرفین چنان کنند صلاحیت ما هنوز بر مبنای آن توافق خاص خواهد بود، نه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری. در نتیجه، دیوان، صلاحیت رسیدگی به دعای مطرح شده SGS را تا آنجا که ناشی از نقض قرارداد بازرسی بوده و به نقض مقررات ماهوی معاهده سرمایه‌گذاری بی‌ارتباط باشد، ندارد».^{۲۶}

۱۰. سؤال بعدی که دیوان داوری بایست به آن پاسخ می‌داد این بود که آیا ماده ۱۱ معاهده سرمایه‌گذاری (شرط التزام)، فی‌نفسه می‌تواند نقض یک قرارداد خصوصی را تا سطح نقض یک معاهده بین‌المللی ارتقا دهد؟ دیوان داوری کاملاً اذعان داشت که این سؤال برای اولین بار در این پرونده مطرح می‌شود و هیچ سابقه‌ای در مراجع بین‌المللی ندارد.^{۲۷} لذا دیوان به اهمیت سؤال واقف بود و توجه داشت که پاسخ این سؤال تنها از طریق تفسیر معاهده ممکن است. تفسیر معاهده در این مورد به معنای کشف قصد طرفین و استنباط معانی از لحاظ به‌کار گرفته شده در ماده ۱۱ معاهده سرمایه‌گذاری پاکستان- سوئیس در پرتو هدف و موضوع آن معاهده است. دیوان با عنایت به ضوابط فوق و اعمال قواعد تفسیر معاهده، وفق حقوق بین‌الملل و بالاخص قواعد تفسیر در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین به این نتیجه رسید:

«هیچ مبنای قانع‌کننده‌ای برای پذیرش استدلال خواهان دیده نمی‌شود که بتوان وفق ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، ادعاهای قراردادی یک سرمایه‌گذار طرف معاهده مانند SGS را

۲۶. بندهای ۱۶۱ و ۱۶۲ حکم.

۲۷. بند ۱۶۴ حکم.

با وجود یک ماده معتبر حل و فصل اختلافات به سطح یک ادعای بین‌المللی ارتقا داد و در نتیجه آن ادعا را نزد این دیوان مطرح کرد»^{۲۸}.

با عنایت به بدیع بودن مفهوم حاضر که دیوان داوری در ابتدای بحث به آن اشاره کرد، دیوان سعی زیادی به کار برد تا نتیجه‌گیری مستدلی در این باره ارائه دهد. به همین علت، مباحث و استدلال‌ات دیوان داوری در این خصوص نسبتاً مبسوط است. اهم دلایلی را که دیوان داوری برای این نتیجه‌گیری ارائه داد، می‌توان به ترتیب زیر خلاصه کرد:

اول) متن ماده ۱۱ هیچ صراحتی در این خصوص ندارد. لفظ الزامات در ماده ۱۱ منحصر به الزامات قراردادی نیست، بلکه ممکن است الزامات ناشی از حقوق داخلی و حقوق اداری و امثالهم را نیز دربرگیرد.

دوم) علی‌الاصول نقض قرارداد منجر به نقض تعهدات بین‌المللی نمی‌گردد. بنابراین برای وصول به نتیجه‌ای چنان گران و بی‌سابقه، دلایلی بسیار قوی، روشن و قانع‌کننده لازم است. متن ماده ۱۱ که یک جمله بیشتر نیست چنین مطلبی را افاده نمی‌کند.

سوم) قبول نظر خواهان به این معنا است که تعهدات مندرج در تعداد بی‌شماری از قراردادهای دولتی با اشخاص خصوصی بیگانه و نیز تعهدات ناشی از حقوق داخلی، خودبه‌خود به تعهدات بین‌المللی تبدیل گردد و هرگونه تخلف ادعایی از آن قراردادها نقض معاهدات سرمایه‌گذاری محسوب گردد.

چهارم) کلیه مواد مربوط به حل و فصل اختلافات در قراردادهای دولت با سرمایه‌گذار خارجی یک‌طرفه و فقط به نفع شخص اخیرالذکر خواهد بود؛ زیرا سرمایه‌گذار خارجی به راحتی می‌تواند مفاد قرارداد را نادیده گرفته، به مرجع مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری رجوع کند.

پنجم) ماده ۱۱ در بخش اول معاهده (مواد ۱-۷) که بخش ماهوی معاهده است جای نگرفته بلکه بعد از مواد مربوط به حل و فصل اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت و اختلافات بین دولتین قرار گرفته است.

ششم) حکم دیوان داوری منجر به سترون شدن ماده ۱۱ نمی‌شود.^{۲۹} این ماده هنوز می‌تواند دارای آثار عملی باشد. مثلاً طرفین معاهده را متعهد کند برای اجرای هرچه مؤثرتر موضوع معاهده یعنی تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری، آیین‌نامه‌های اجرایی تهیه کنند.

۲۸. بند ۱۶۵ حکم.

۲۹. این مطلب در پاسخ به اعتراض خواهان بود مبنی بر اینکه در صورت عدم قبول نظر خواهان در خصوص معنای ماده ۱۱، علت وجودی آن ماده از بین می‌رود و این خلاف اصل تفسیر معاهدات تحت کنوانسیون وین است مبنی بر اینکه الفاظ معاهده باید به نحوی تفسیر و تعبیر شود که حاکی از نفاذ و تأثیر عملی آن الفاظ باشد و نه اینکه الفاظ را فاقد معنا و تأثیر عملی کند.

به این ترتیب، این سؤال مهم که بی‌شک آثار قاطعی بر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و به‌طور کلی بر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی داشت به نفع کشور سرمایه‌پذیر پاسخ داده شد.^{۳۰} در قضایای بین‌المللی بعدی، پاسخ مراجع مختلف یکسان نبود. این امر طبیعی است؛ زیرا: اولاً الفاظ به‌کار رفته برای «شرط التزام» در معاهدات مختلف یکسان نیست و لذا انتظار نمی‌رود که نتایج یکسانی به بار آورد. ثانیاً سؤالاتی که نزد مراجع مطرح می‌شود همیشه یکی نیست، بلکه در موقعیت‌های متفاوتی مطرح می‌شود.

ثالثاً ترکیب دیوان‌های داوری، تأثیر به‌سزایی در نتایج دارد. همان‌گونه که پیش از این یادآوری شد سرمایه‌گذاری بین‌المللی رشته‌ای بسیار مناقشه‌آمیز است و در بعد حقوقی، محل بحث و جدل علایق و سلايق مختلف از چهارگوشه جهان است. لیکن همان‌گونه که ذیلاً ملاحظه خواهد شد در مجموع و در اکثر موارد، جهت تصمیم‌گیری‌ها تفاوت اساسی ندارد.

۱۱. در قضیه دوم که همان خواهان یعنی شرکت سوئیسی SGS این بار علیه دولت فیلیپین مطرح کرد،^{۳۱} دیوان داوری بانک جهانی به ریاست احمد القشیری حقوقدان مصری تا حدودی از اصول مصرح در قضیه قبل عدول کرد، هرچند در نهایت از رسیدگی به ماهیت دعوی خودداری ورزید. در این قضیه نیز شرکت سوئیسی اختلافی را که ریشه در قرارداد بازرسی با دولت فیلیپین داشت در دیوان داوری مرکز حل و فصل اختلافات بانک جهانی* مطرح کرد. ایضاً دولت فیلیپین به صلاحیت مرکز برای رسیدگی به اختلاف اعتراض کرد و مبنای اعتراض نیز این بود که ادعای شرکت سوئیسی صرفاً قراردادی است، نه معاهده‌ای و قرارداد منعقد بین طرفین نیز مشمول قوانین داخلی فیلیپین و حاوی شرط خاص ارجاع حل و فصل اختلافات به دادگاه محل است.^{۳۲} شرکت سوئیسی در اینجا نیز به شرط التزام مندرج در ماده ۱۰ عهدنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس و فیلیپین استناد می‌کرد. متن این ماده چنین بود: «هریک از طرفین متعاهدین کلیه تعهداتی را که در خصوص هریک از سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر در سرزمین خود به عهده گرفته، محترم خواهد شمرد».

۳۰. پس از صدور این حکم، دولت سوئیس طی نامه مورخ اول اکتبر ۲۰۰۳ به مرکز داوری بانک جهانی، نسبت به تفسیر مضیق این ماده اعتراض اعلام نمود و اعلام کرد که قصد وی در زمان انعقاد معاهده این نبوده است. رک. 19 Mealey's International Arbitration Reports, p. E-I (Feb. 2004).

۳۱. دعوی شماره ARB/02/06، حکم مورخ ۲۹ ژانویه ۲۰۰۴:

Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines

*. International Center for Settlement of Investment Disputes

۳۲. ماده ۱۲ قرارداد مورخ ۲۳ اوت ۱۹۹۱ که قانون حاکم و مرجع حل و فصل اختلافات را معین می‌کند، چنین است: «مفاد این قرارداد از هر لحاظ تابع قانون فیلیپین بوده، بر آن اساس تفسیر و تأویل خواهد شد. هرگونه ادعا در خصوص اختلافات ناشی از تکالیف هریک از طرفین این قرارداد در محکمه بدایت در ماکاتی یا مانیل مطرح خواهد شد».

۱۲. دیوان داوری بانک جهانی ابتدا با اشاره به حکم دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوه‌های نفتی (ایران علیه ایالات متحده)،^{۳۳} متذکر شد که صلاحیت دیوان از مفاد کنوانسیون بانک جهانی و معاهده سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و علاوه بر این، لازم است اطمینان حاصل گردد که نقض ادعایی در محدوده معاهده قرار دارد و صرف ادعای خواهان به نقض معاهده کفایت نمی‌کند. پس از این، دیوان با نقل بند ۱ مواد ۲۵ و ۲۶ و بند ۱ ماده ۴۲ قواعد مرکز حل و فصل اختلافات بانک جهانی،^{۳۴} حکم کرد که مفاد بند ۱ ماده ۲۵ چنان موسع است که حتی ادعاهای صرفاً قراردادی را نیز در بر گرفته، تحت صلاحیت دیوان داوری بانک جهانی قرار می‌دهد.^{۳۵} این همان بخش از حکم است که با حکم قبلی یعنی دعوی شرکت سوئسی علیه پاکستان مغایرت دارد. همان‌گونه که قبلاً خاطرنشان شد در آن پرونده، «مبنای اصلی دعوا» برای دیوان داوری تعیین‌کننده بود. به عبارت دیگر، دیوان داوری حکم کرد که برای احراز صلاحیت، ابتدا نظر بر مبنای اصلی دعوی خواهد انداخت و هرگاه آن مبنای ریشه در قرارداد داشت احراز صلاحیت نخواهد نکرد؛ زیرا طرفین برای آن‌گونه دعوی، مرجع حل و فصل اختلافات خاص را در قرارداد فی‌مابین معین نکرده‌اند؛ لیکن هرگاه مبنای اصلی دعوی، ریشه در معاهده سرمایه‌گذاری داشت یعنی دعوی ناشی از «سرمایه‌گذاری» می‌بود، آنگاه دیوان داوری بانک جهانی صلاحیت رسیدگی به دعوی را خواهد داشت، اما در این پرونده یعنی دعوی شرکت سوئسی علیه فیلیپین، دیوان داوری صراحتاً خود را صالح در رسیدگی به دعوی صرفاً قراردادی تشخیص داد.

۱۳. برای توجیه این روش و عدول از حکم پاکستان، دیوان داوری سعی زیادی کرد تا حکم خود را مستدل جلوه دهد و در این راه بعضاً به استدلال‌ات آن حکم نیز پاسخ داد. اهم دلایل دیوان در این خصوص عبارت بودند از:

33. ICJ Report (1996) p. 810.

۳۴. متن این سه ماده چنین است:

بند ۱ ماده ۲۵ «مرکز نسبت به هرگونه اختلاف حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین یک دولت متعاقد (یا هریک از سازمان‌های فرعی یا نمایندگی‌های دولت که به مرکز معرفی شده باشد) و تبعه یک دولت متعاقد دیگر باشد صلاحیت خواهد داشت، منوط به اینکه رضایت طرفین کتبی به مرکز تسلیم شده باشد. پس از تسلیم رضایت مزبور، هیچ‌یک از طرفین مجاز به استرداد آن نخواهد بود».

ماده ۲۶ «رضایت طرفین به داوری تحت این کنوانسیون به معنای نفی هرگونه وسیله احقاق حق دیگر فرض خواهد شد، مگر اینکه نحو دیگری پیش‌بینی شود».

بند ۱ ماده ۴۲ «دیوان داوری، اختلافات را براساس اصول قانونی مرضی‌الطرفین مورد حکم قرار خواهد داد. در غیاب توافق، دیوان داوری، قوانین دولت متعاقد طرف دعوا (من جمله قواعد تعارض قوانین آن دولت) و نیز قواعد حقوق بین‌الملل که ناظر بر قضیه باشد را اعمال خواهد کرد».

۳۵. بند ۲۹ حکم.

- مادهٔ مربوط به «شرط التزام» در حکم قبلی (SGS علیه پاکستان)، به شکلی متفاوت و تا حدودی مبهم طراحی شده است. مثلاً معنای عبارت «حمایت مستمر» مبهم است گویا «حمایت غیرمستمر» هم ممکن است. در آن ماده به سرمایه‌گذاری‌ها به شکلی بسیار کلی و مبهم اشاره شده، ولی در مورد حاضر به یک سرمایه‌گذاری خاص اشاره می‌شود. لذا وضعیت در دو پرونده کاملاً یکسان نیست.^{۳۶}

- از دید تفسیر معاهدات، هدف و موضوع معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، تفسیری را می‌طلبد که به مؤثر شدن این معاهدات بینجامد؛ زیرا موضوع و هدف این‌گونه معاهدات، تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری است. به همین جهت باید تفسیری را برگزید که به این هدف بینجامد.^{۳۷}

- استدلالات حکم پاکستان بعضاً مورد قبول این دیوان داوری نیست؛ زیرا اولاً هرچند صحیح است که تفسیر موسع شرط التزام ممکن است موارد متعددی از تعهدات دولت در قراردادهای سرمایه‌گذاری و قوانین داخلی را شامل گردد، لیکن در اینجا صحبت از احترام به یک سرمایه‌گذاری خاص است. ثانیاً درست است که طبق حقوق بین‌الملل، نقض قرارداد سرمایه‌گذاری بین یک سرمایه‌گذار و یک دولت، منجر به نقض حقوق بین‌الملل نمی‌گردد، لیکن حکم پروندهٔ پاکستان در وصول به این نتیجه به حکم پروندهٔ ویوندی استناد می‌کند، درحالی‌که معاهدهٔ موضوع آن پرونده، حاوی شرط التزام نبود. ثالثاً برخلاف یافتهٔ آن حکم، شرط التزام، قراردادهای سرمایه‌گذاری را تبدیل به معاهده نمی‌کند و قانون حاکم بر آنها را نیز تغییر نمی‌دهد. شرط التزام، دامنه تعهدات را تعیین نمی‌کند بلکه ایفای آن تعهدات را پس از اثبات تعهد تضمین می‌کند.

۱۴. با این استدلالات، دیوان داوری به این نتیجه رسید که نسبت به ادعای قراردادی شرکت سوئسی علیه فیلیپین صلاحیت دارد، منتهی از ورود به ماهیت دعوی و صدور حکم در خصوص اختلافات قراردادی امتناع کرد. دیوان داوری خاطر نشان کرد که نمی‌توان به استناد معاهدهٔ دوجانبه سرمایه‌گذاری، قید انحصاری حل و فصل اختلافات در قرارداد سرمایه‌گذاری را نادیده گرفت. در غیر این صورت، این بدان معنا است که سرمایه‌گذاران در پذیرش قید انحصاری مرجع رسیدگی در قراردادهای سرمایه‌گذاری جدی نبوده‌اند چرا که همواره از این امتیاز برخوردار خواهند بود که دعاوی صرفاً قراردادی را به مرجع حل و فصل اختلافات معاهده‌ای تسلیم کنند. چنین قصدی را نه برای سرمایه‌گذاران و نه برای دولت‌ها در هنگام عقد قرارداد سرمایه‌گذاری نمی‌توان فرض کرد و لذا چنان قصد متقابلی قابل استنباط نیست.^{۳۸} ماده ۱۲ قرارداد

۳۶. بند ۱۱۹ حکم.

۳۷. بند ۱۱۶ حکم.

۳۸. بندهای ۱۳۴ و ۱۳۵ حکم.

سرمایه‌گذاری که مرجع حل اختلافات قراردادی را تعیین می‌کند برای طرفین الزام‌آور است. موضوعاتی نیز که شرکت سوئسی از آنها شکایت دارد همه در محدوده قرارداد سرمایه‌گذاری هستند و لذا ماهیت این موضوعات فقط در چارچوب قرارداد قابل حل و فصل است. حتی ماده ۲۶ کنوانسیون ICSID که قبول صلاحیت مرکز را نفی مراجع دیگر تلقی می‌کند، اضافه کند: «مگر به‌نحو دیگری پیش‌بینی شود». دلیلی در دست نیست که قید انحصاری مرجع رسیدگی در قرارداد سرمایه‌گذاری را مسمول آن استثنا ندانیم.^{۳۹}

۱۵. نتیجه‌ای که دیوان دآوری از این مباحث گرفت این بود که سؤال اصلی در این پرونده، مسموع بودن ادعا است، نه صلاحیت؛ زیرا صلاحیت دیوان دآوری از مجموعه کنوانسیون و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ناشی می‌گردد. بنابراین طرف خصوصی اهلیت اعراض از تعهدی را که دولتها برعهده گرفته‌اند ندارد. سؤال این نیست که آیا دیوان دآوری صلاحیت دارد یا خیر، بلکه سؤال این است که آیا یک طرف مجاز است برای احقاق حق نزد این دیوان به قراردادی استناد کند که مرجع دیگری را برای احقاق حق پیش‌بینی کرده است. به‌نظر هیأت دآوری چنین حقی موجود نیست.^{۴۰}

۱۶. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نتیجه‌گیری‌های دیوان دآوری بانک جهانی در دو قضیه فوق، تفاوت عملی چندانی با یکدیگر ندارد. تفاوت نظری مهم در دو پرونده این است که در پرونده پاکستان، دیوان دآوری حکم بر عدم صلاحیت خویش داد ولی در پرونده فیلیپین دیوان دآوری صلاحیت را احراز کرد؛ لیکن در عمل از رسیدگی به دعوی خودداری ورزید. در واقع در پایان حکم فیلیپین، دیوان دآوری تصریح کرد:

«صلاحیت دیوان دآوری از طریق کنوانسیون و معاهده سرمایه‌گذاری تعیین می‌شود؛ لیکن هیأت دآوری نباید صلاحیت خویش را بر یک دعوای قراردادی که طرفین قرارداد قبلاً بر نحوه حل و فصل آن توافق و بر آن قید انحصاری نیز بار کرده‌اند اعمال کند. نمی‌توان اجازه داد که شرکت سوئسی در قبال یک قرارداد، هم به نعل بزند و هم به میخ. اگر ادعای او در چارچوب قرارداد قرار می‌گیرد، باید به روش‌های احقاق حق در آن قرارداد مراجعه کند».^{۴۱}

بنابراین در این جمله بسیار گویا دیوان دآوری از صلاحیتی صحبت می‌کند که در عین موجود بودن، قابل اعمال نیست. با مطالعه دقیق حکم به‌نظر می‌رسد که تعصب دیوان دآوری بر احراز صلاحیت، ناشی از تقسیم‌بندی دقیقی است که در ذهن داوران از حوزه اختیارات در

۳۹. بند ۱۴۷ حکم.

۴۰. بند ۱۵۴ حکم.

۴۱. بند ۱۵۵ حکم.

حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی وجود دارد. درست مانند بحثی که یک قرن پیش در خصوص نهاد حمایت دیپلماتیک جاری بود. در آن زمان و در آن چارچوب، کشورهای امریکای لاتین به پیروی از دکترین کالوو از سرمایه‌گذاران خارجی تعهد می‌گرفتند که در هنگام نزاع با دولت میزبان به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خویش متوسل نشوند. نظر دولت‌های غربی و اکثر حقوقدانان بر این بود که چنین شرط و چنین تعهدی باطل یا حداقل غیرنافذ است؛ زیرا حمایت دیپلماتیک حق دولت است، نه تبعه و لذا تبعه اهلیت اعراض از آن حق را ندارد. در اینجا نیز داوران عقیده داشتند که صلاحیت دیوان داوری بانک جهانی از دو سند بین‌الدولی سرچشمه می‌گیرد (یعنی کنوانسیون واشنگتن و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری) و لذا فقط دولتها ممکن است از آن اعراض کنند و اتباع چنین حقی ندارند. لیکن این استدلال چندان قانع‌کننده نیست؛ زیرا در مقدمه حکم، همین دیوان داوری به قضیه سکوه‌های نفتی (ایران علیه ایالات متحده) نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره می‌کند که صرف ادعای وجود اختلاف بر مبنای معاهده موجد صلاحیت موضوعی نیست بلکه دیوان خود باید احراز کند که آن اختلاف در محدوده یکی از مواد معاهده جای می‌گیرد یا خیر.^{۴۲} بنابراین، وظیفه دیوان داوری بانک جهانی مانند هر دیوان داوری دیگر این است که ملاحظه کند آیا اختلاف ناشی از «سرمایه‌گذاری» است و یا «قرارداد». همان‌گونه که هیأت داوری در پایان حکم متذکر شده و در بند قبل نقل شد هرگاه اختلاف، ناشی از قرارداد باشد دیوان داوری بانک جهانی صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت، مگر اینکه اختلاف قراردادی به‌نحوی به اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری تبدیل شود؛ مانند مصادره حقوق قراردادی یا انکار وسایل احقاق حق در کشور میزبان و یا عدم ایفای تعهدات بعد از صدور حکم در مراجع داخلی یا داوری تجاری مرضی‌الطرفین.

۱۷. به هر روی، نتیجه حاصل در این دو دعوی در پرونده‌های آتی مرکز داوری بانک جهانی نیز تأیید شد. در سال ۲۰۰۶ میلادی دو حکم داوری از همان مرکز در دو پرونده نسبتاً مشابه علیه دولت آرژانتین به نتایج مشابهی رسید، هرچند همانند دو پرونده فوق در ماهیت استدلالات تفاوت‌هایی وجود داشت. در پرونده اول یک شرکت امریکایی، دعوایی علیه دولت آرژانتین مطرح و وفق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده و آرژانتین تقاضای داوری کرد.^{۴۳} شرکت امریکایی متعاقب تصمیمات دولت آرژانتین در مورد آزادسازی بازار و خصوصی‌سازی در صنایع

۴۲. این مطلب در دعاوی دیگر بین‌المللی نیز تأیید شده است. به‌عنوان نمونه دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۵۰ در نظریه مشورتی خود در قضیه تفسیر معاهدات صلح تأکید کرد که وجود یا عدم یک اختلاف بین‌المللی فقط با ضوابط عینی قابل استنباط است.

ICJ Reports (1950) p. 74.

۴۳. دعوی شماره ARB/03/15، شرکت بین‌المللی ال پاسو علیه دولت آرژانتین. حکم صلاحیتی مورخ ۲۷ آوریل ۲۰۰۶: El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic.

نفت و گاز از دهه ۱۹۹۰ میلادی در آرژانتین در مورد سرمایه‌گذاری می‌پرداخت. در اواخر دهه ۱۹۹۰، تغییرات در برخی سیاست‌های عمومی دولت به‌ویژه در تضمین نرخ ارز، موجب مشکلات فراوان برای شرکت‌های خارجی سرمایه‌گذاری گردید. در خصوص بحث ما یعنی تأثیر «شرط التزام» بر دعاوی قراردادی که در چارچوب معاهده سرمایه‌گذاری مطرح شده است، دیوان داوری در این پرونده به ریاست حقوقدان سوئیسی، لوسیوس کفلیش، بیشتر بر دو مورد از مبانی مطرح در حکم اول (SGS علیه پاکستان) تکیه کرد. در پرونده حاضر، قسمت «ج» بند ۲ ماده ۲ معاهده سرمایه‌گذاری بین آرژانتین و ایالات متحده که حاوی شرط التزام بود بسیار کلی و موسع طراحی شده بود که «هریک از طرفین کلیه تعهداتی را که در رابطه با سرمایه‌گذاری به عهده گرفته باشد، رعایت خواهد کرد».

۱۸. دیوان داوری با اشاره به حکم SGS علیه پاکستان و با نظر مثبت نسبت به آن حکم به‌ویژه به دو استدلال آن حکم تکیه کرد:

الف) تعهداتی که رعایت آنها در ماده شرط التزام تضمین شده، منحصر به تعهدات قراردادی نمی‌گردد بلکه کلیه قوانین و مقررات اداری و شهری و حتی ایقاعات را نیز شامل می‌شود. ارتقای آن تعهدات به سطح الزامات بین‌المللی آثار و عواقب گسترده و بی‌حد و حصری خواهد داشت که نمی‌تواند مورد نظر طرفین معاهده باشد.^{۴۴}

ب) هرگاه ماده شرط التزام را ناظر بر همه الزامات از جمله الزامات قراردادی تعبیر کنیم کلیه مواد دیگر معاهده در خصوص تعهدات طرفین نسبت به سرمایه‌گذاری‌های اتباع طرف دیگر بی‌معنا و زاید خواهد بود.^{۴۵}

ج) طرفین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری همواره مجازند چنان نتیجه‌ای را در معاهده پیش‌بینی کنند، لیکن موضوعی به این اهمیت را که مستقیماً در حاکمیت دولت مؤثر است باید به‌صراحت پیش‌بینی کرد و با یک شرط کلی نمی‌توان چنان کرد.^{۴۶}

۱۹. مطلب بدیعی که دیوان داوری در این پرونده به آن اشاره کرد لزوم تمایز بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیت دولت در تفسیر شرط التزام در معاهدات سرمایه‌گذاری است. اصل تمیز بین این دو مفهوم در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل سابقه‌ای طولانی دارد اما بیشتر در چارچوب قانون مصونیت قضائی دولتها نزد مراجع داخلی مطرح می‌شود، لیکن استدلال هیأت داوری بر این اصل استوار بود که دولت، تنها در مقام خود به‌عنوان حاکم (و نه متصدی و تاجر) ممکن است در یک معاهده بین‌المللی، رعایت کلیه الزامات مرتبط با سرمایه‌گذاری را در هیأت

۴۴. بند ۷۲ حکم.

۴۵. بند ۷۳ حکم.

۴۶. بند ۷۴ حکم.

یک «شرط التزام» به عهده گیرد. لذا «شرط التزام» مندرج در یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌تواند ناظر بر نقض تعهدات تجاری و قراردادی دولت یا شرکت‌های دولتی باشد، بلکه آن شرط ناظر بر تعهدات و تضمین‌هایی خواهد بود که دولت برای حمایت بیشتر از سرمایه‌گذاری به عهده گرفته است. چنین تعهداتی ممکن است حتی در قراردادهای سرمایه‌گذاری هم موجود باشد مانند شرط تثبیت، لیکن باید ماهیت دولتی و حاکمیتی داشته باشد، نه ماهیت تجاری.^{۴۷}

۲۰. دیوان داوری در پرونده دوم علیه آرژانتین به ریاست لوسیوس کفلیش، همانند پرونده اول به نتیجه مشابهی رسید.^{۴۸} در دو پرونده دیگر، دیوان داوری بانک جهانی حکم کرد که حتی در صورتی که سرمایه‌گذار خارجی تحت مقررات معاهده دوجانبه ادعای سلب مالکیت را در برابر دیوان مطرح کند - ادعایی که ذاتاً بین‌المللی و لذا در حوزه صلاحیتی دیوان است - لیکن مشخص شود که دعوای اصلی، قراردادی است، دیوان داوری صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت. در این ارتباط دیوان اظهار داشت:

«نقض قرارداد و سلب مالکیت دو موضوع مجزا هستند. اولی ممکن است توسط هر مقامی به عمل آید، لیکن دومی ذاتاً امری حاکمیتی است. در مورد اول هرگونه شکایتی باید در مراجع داخلی ثبت شود، مگر اینکه نقض ناشی از عمل حکومتی باشد، مانند تصویب قانون به آن منظور و فقط در این صورت راه برای یک دعوای بین‌المللی مفتوح می‌گردد».^{۴۹}

۲۱. در عین حال، دو حکم داوری بین‌المللی تا حدودی به تأیید معنای شرط التزام، به نحوی که مطلوب سرمایه‌گذاران غربی و مطمحنظر آنان باشد، نزدیک شده‌اند. در پرونده یوریکو علیه لهستان، دیوان داوری خاص به ریاست ایو فورتیه، حقوقدان کانادایی، که پیرو مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین هلند و لهستان تشکیل شده بود به این نتیجه رسید که دیوان داوری کاملاً محق است تک‌تک افعال مورد شکایت را بررسی کند تا مشخص شود آیا دعوای نقض قرارداد در عین حال، دعوای نقض معاهده هم هست یا خیر.^{۵۰} در تفسیر «شرط التزام» در بند ۵

۴۷. بند ۸۱ حکم. علاوه بر تأیید حکم SGS علیه پاکستان، دیوان داوری استدلالات برخی احکام دیگر دیوان داوری بانک جهانی و به‌ویژه حکم SGS علیه فیلیپین را به‌شدت مورد حمله قرار داد و رد کرد. به بندهای ۷۵-۸۰ حکم رجوع کنید.

۴۸. حکم مورخ ۲۷ ژوئیه ۲۰۰۶ در خصوص ایرادات مقدماتی در دعوای شرکت پان امریکن/بی پی علیه آرژانتین (PanAmerican/BP v. Argentina).

۴۹. رک. حکم مورخ ۳۰ آوریل ۲۰۰۴، در پرونده شماره ARB/AF/00/3 : Waste Management Inc. v. Mexico, Award of 30 April 2004.

نیز، به حکم مورخ ۱۶ سپتامبر ۲۰۰۳ در پرونده شماره ARB/00/9 رجوع کنید: Generation Ukraine v. Ukraine, Award of 16 September 2003.

۵۰. حکم داوری مورخ ۱۹ اوت ۲۰۰۵ شرکت یوریکو علیه لهستان، بند ۱۱۲: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Eureko-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf>

ماده ۳ معاهده، دیوان داوری با تکیه بر وسایل تفسیر معاهده طبق اصول حقوق بین‌الملل و بالاخص با تأکید بر هدف و موضوع معاهده و اصل تفسیر مؤثر الفاظ معاهده حکم کرد که آن شرط در معاهده مورد بحث بسیار موسع است و هرگونه تعهد دولت لهستان در قبال سرمایه‌گذاری‌ها را دربرمی‌گیرد؛^{۵۱} لذا هرگونه تعهدی که به‌نظر دیوان داوری در رابطه با سرمایه‌گذاری مورد بحث نقض شده باشد، در عین حال نقض مفاد بند ۵ ماده ۳ معاهده نیز محسوب خواهد شد.^{۵۲} داور منتخب لهستان در این پرونده، نظر مخالف شدیدالحنی ثبت و اظهار عقیده کرد که اکثریت با این نظر و با فتح باب برای تبدیل دعاوی قراردادی به دعاوی بین‌المللی نه تنها مساعدتی به تشویق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نمی‌کنند بلکه بیشتر به محدودیت آن کمک خواهند کرد.

۲۲. در پرونده دیگری که علیه رومانی مطرح شده بود دیوان داوری بانک جهانی به ریاست کارل هاینس بوکشتیگل آلمانی که شهرت بسزایی در طرفداری از مواضع غربی در امر سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد به نتایج مشابهی رسید.^{۵۳} در اینجا نیز طرفین داوری در خصوص تعبیر ماده مربوط به شرط التزام در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری اختلاف‌نظر داشتند. خواهان (سرمایه‌گذار) عقیده داشت که آن ماده نقض قرارداد را در حد نقض معاهده ارتقاء داده است و خوانده (دولت رومانی) خلاف آن استدلال می‌کرد.^{۵۴} دیوان داوری پس از بررسی سوابق امر در پرونده‌های پیشین و با اشاره به وسایل تفسیر معاهدات در حقوق بین‌الملل، بالاخص اصل مؤثر بودن و نافذ بودن الفاظ معاهدات، حکم کرد که کلمه الزامات در ماده ذی‌ربط در معاهده بسیار موسع است و هرگونه تعهد دولت در قبال سرمایه‌گذاری‌های اتباع طرف دیگر را دربرمی‌گیرد. دیوان همچنین ابراز نظر کرد که استعمال عبارت «هرگونه الزاماتی که ... به عهده گرفته باشد» به‌معنای تعهدات خاص است مانند تعهدات قراردادی، نه تعهدات عام از نوعی که مثلاً در قوانین و تصویب‌نامه‌ها دیده می‌شود.^{۵۵} دیوان داوری با اشاره به ماده ۳ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولتها استدلال کرد که در حالت عادی، تعهدات ناشی

۵۱. بند ۵ ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین هلند و لهستان (۱۹۹۲) که حاوی شرط التزام است چنین مقرر می‌دارد: «هریک از طرفین متعاهدین کلیه الزاماتی را که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر به عهده گرفته باشد، مراعات خواهد کرد».

۵۲. بند ۲۵۰ حکم داوری.

۵۳. پرونده شماره ARB/01/11 نزد هیأت داوری بانک جهانی (Noble Ventures Inc. v. Romania)، آقای بوکشتیگل در دهه ۱۹۸۰ رئیس دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده در لاهه بود.

۵۴. قسمت «ج» بند ۲ ماده ۲ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده و رومانی که ناظر بر موضوع بود حاوی شرط التزامی بود که مقرر می‌داشت: «هریک از طرفین، هرگونه الزاماتی را که در رابطه با سرمایه‌گذاری‌ها به عهده گرفته باشد، رعایت خواهد کرد».

۵۵. بند ۵۱ حکم.

از حقوق داخلی به تعهدات بین‌المللی تبدیل نمی‌گردد و اصل تفکیک تعهدات بین‌المللی دولتها از تعهدات داخلی‌شان عادتاً باید رعایت شود. لیکن به نظر دیوان داوری، این اصل از قواعد آمره حقوق بین‌الملل نیست و دولتها مجازند با توافق یکدیگر بر خلاف آن اصل برای خود تعهداتی ایجاد کنند. لذا «شرط التزام» استثنائی است بر اصل تفکیک مسئولیت بین‌المللی و داخلی دولتها.^{۵۶} بدین ترتیب، دیوان داوری نتیجه گرفت که در پرونده حاضر، ماده حاوی شرط التزام، عملاً کلیه تعهدات قراردادی دولت را در قبال سرمایه‌گذاری منظور، به تعهدات معاهده‌ای تبدیل کرده و نقض آن تعهدات قراردادی در عین حال، نقض معاهده نیز محسوب می‌گردد.

ج) معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و شرط التزام

۲۳. جا دارد در اینجا به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با کشورهای دیگر نیز اشاره‌ای کنیم. در شروع جریان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در دهه ۱۹۶۰ میلادی، ایران چندان علاقه‌ای به انعقاد چنین معاهداتی نشان نداد. در آن دوران، ایران تنها یک معاهده از نوع مورد بحث امضا کرد که معاهده ۱۱ نوامبر ۱۹۶۵ با جمهوری فدرال آلمان است. این وضعیت تا انقلاب اسلامی ادامه داشت؛ لیکن بعد از پایان جنگ، ایران معاهدات متعددی در این زمینه منعقد کرد. در واقع ایران در این رابطه جزء کشورهای نسبتاً فعال بوده است. تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران در حال حاضر بیش از ۵۰ معاهده است. با توجه به اینکه معاهده ۱۹۶۵ با آلمان با معاهده جدیدتری در سال ۲۰۰۲ جایگزین شد، می‌توان گفت که در حال حاضر، کلیه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران متعلق به دوران بعد از انقلاب است. ظاهراً قبل از آن ایران علاقه داشت سرمایه‌گذاری خارجی را توسط همان معاهدات قبلی، یعنی معاهدات «مودت و تجارت و دریانوردی» تنظیم کند، اما اکنون معاهدات ایران معمولاً با عنوان «موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری» امضا شده است. از آنجا که معاهدات سرمایه‌گذاری ایران در ۱۵ سال اخیر منعقد شده، غالباً از الگوی غالب جهانی پیروی می‌کنند. معاهدات برمبنای چهار مشخصه اصلی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (ضابطه رفتاری، سلب مالکیت، انتقال پول و داوری) بنا شده‌اند و این چهار مشخصه در این معاهدات به تصریح دیده می‌شود. بخش تعاریف نیز در این معاهدات به پیروی از الگوی معاهدات اروپایی و امریکایی بسیار موسع است و عناوینی مانند سرمایه‌گذاری بعضاً چنان وسیع توصیف شده که ممکن است فعالیت‌هایی را که عادتاً سرمایه‌گذاری نیز محسوب نمی‌شود، دربرگیرد. طبعاً در این نوشته مجال بررسی کامل معاهدات

۵۶. بندهای ۵۳-۵۵ حکم.

سرمایه‌گذاری ایران نیست. لیکن بی‌فایده نیست جدولی از فهرست معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با دیگر کشورها ارائه گردد.^{۵۷}

کشور	تاریخ امضا	کشور	تاریخ امضا	کشور	تاریخ امضا
آذربایجان	۲۸ اکتبر ۱۹۹۶	بوسنی	۲۷ ژوئیه ۱۹۹۶	قرقیزستان	۳۱ ژوئیه ۱۹۹۶
آلمان	۱۱ نوامبر ۱۹۶۵	پاکستان	۸ نوامبر ۱۹۹۵	قزاقستان	۱۶ ژانویه ۱۹۹۶
آلمان	۱۷ اوت ۲۰۰۲	تاجیکستان	۱۸ ژوئیه ۱۹۹۵	قطر	۲۰ مه ۱۹۹۹
اتیوپی	۲۱ اکتبر ۲۰۰۳	ترکمنستان	۲۳ ژانویه ۱۹۹۶	کرواسی	۱۷ مه ۲۰۰۰
ارمنستان	۶ مه ۱۹۹۵	ترکیه	۲۱ دسامبر ۱۹۹۶	کره جنوبی	۳۱ اکتبر ۱۹۹۸
اسپانیا	۲۹ اکتبر ۲۰۰۲	تونس	۲۳ آوریل ۲۰۰۱	کره شمالی	۳۰ سپتامبر ۲۰۰۲
اتریش	۱۵ فوریه ۲۰۰۱	چین	۲۲ ژوئیه ۲۰۰۰	کویت	۱۳ فوریه ۲۰۰۶
افریقای جنوبی	۳ نوامبر ۱۹۹۷	رومانی	۲۶ ژانویه ۲۰۰۲	گرجستان	۲۶ سپتامبر ۱۹۹۵
الجزایر	۱۹ اکتبر ۲۰۰۳	زیمبابوه	۹ مه ۱۹۹۹	لبنان	۲۸ اکتبر ۱۹۹۷
ازبکستان	۱۱ ژوئن ۲۰۰۰	سریلانکا	۲۵ ژوئیه ۲۰۰۰	لهستان	۲ اکتبر ۱۹۹۸
افغانستان	۲۸ مه ۲۰۰۶	سودان	۷ سپتامبر ۱۹۹۹	لیبی	۲۷ دسامبر ۲۰۰۶
اندونزی	۲ ژوئن ۲۰۰۵	سوریه	۵ فوریه ۱۹۹۸	مالزی	۲۲ ژوئیه ۲۰۰۲
اوکراین	۲۱ مه ۱۹۹۶	سوئیس	۸ مارس ۱۹۹۸	مراکش	۲۱ ژانویه ۲۰۰۱
ایتالیا	۱۰ مارس ۱۹۹۹	سوئد	۵ دسامبر ۲۰۰۵	مقدونیه	۱۲ ژوئیه ۲۰۰۰
بحرین	۱۹ اکتبر ۲۰۰۲	عمان	۲ دسامبر ۲۰۰۱	مولداوی	۳۰ مه ۱۹۹۵
بلاروس	۱۴ ژوئیه ۱۹۹۵	فرانسه	۱۲ مه ۲۰۰۳	نیجریه	۵ دسامبر ۲۰۰۵
بلغارستان	۱۳ نوامبر ۱۹۹۸	فنلاند	۴ نوامبر ۲۰۰۲	یمن	۲۹ فوریه ۱۹۹۶
بنگلادش	۲۰ آوریل ۲۰۰۱	فیلیپین	۸ اکتبر ۱۹۹۵	یونان	۱۳ مارس ۲۰۰۲

۵۷. حدود ۱۰ معاهده مندرج در جدول هنوز جریان کامل قانونی خود را در دو کشور طی نکرده و لازم‌الاجرا نشده است. ۱۰ معاهده نیز در حال مذاکره است و ۷ مورد دیگر پاراف شده است. در حال حاضر ۴۶ معاهده لازم‌الاجرا است. رک. سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران:

<http://www.investiniran.ir/investmentlicensing-bilateral-fa.html>

۲۴. مطلب چشمگیر در اکثر این گونه معاهدات، وجود ماده مربوط به «شرط التزام» است. این شرط در حداقل چهل معاهده گنجانده شده است. ادبیات مواد حاوی شرط التزام در این معاهدات کم و بیش یکسان است. مثلاً ماده ۸ موافقتنامه ۱۳ فوریه ۲۰۰۶ با دولت کویت مقرر می‌دارد: «هریک از طرف‌های متعاقد رعایت تعهداتی را که از طریق این موافقتنامه در ارتباط با سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاقد دیگر تعهد نموده است، تضمین می‌نماید». این ادبیات که آشکارا نمونه‌ای از شرط التزام است، در اکثر معاهدات ایران عیناً به کار رفته است. در برخی معاهدات به جای کلمه تضمین، به عبارت «رعایت می‌نماید» بسنده شده است. مانند ماده ۱۰ موافقتنامه با دولت لیبی. در عوض در ماده ۱۱ معاهده با سوئیس و یا در ماده ۱۰ معاهده با زیمبابوه «رعایت مستمر» تعهدات تضمین شده است. نتیجه اینکه در بیش از ۴۰ معاهده سرمایه‌گذاری ایران با دول دیگر، شرط التزام گنجانده شده و مفاد آن هم کم و بیش یکسان است.

۲۵. شرط دیگری که در این موافقتنامه‌ها حتی بیشتر از شرط التزام دیده می‌شود شرط حاکمیت قانون خاص^{۵۸} است؛ یعنی غلبه شروط مساعدتر قراردادهای سرمایه‌گذاری بر مقررات معاهده. مثلاً موافقتنامه منعقد با دولت یونان در ماده ۶ مقرر می‌دارد: «قطع نظر از شروط مقرر در این موافقتنامه، شرایط مساعدتری که میان هر یک از طرف‌های متعاقد و یک سرمایه‌گذار طرف متعاقد دیگر مورد توافق قرار گرفته یا قرار گیرد، قابل اعمال خواهد بود». حدود چهل و پنج معاهده حاوی چنین شرطی است. مفاد شرط البته همانند شرط التزام در معاهدات مختلف اندکی متفاوت است. برخی همانند معاهده یونان به شروط مساعدتر در قراردادهای سرمایه‌گذاری اشاره می‌کند. برخی دیگر به شروط مساعدتر در قوانین داخلی نیز اشاره کرده، تفوق آنها را نیز بر معاهده پیش‌بینی می‌کند. مثلاً ماده ۵ موافقتنامه با دولت اندونزی و عیناً ماده ۵ موافقتنامه با دولت صربستان، تفوق شرایط مساعدتری را که در قوانین آتی و یا معاهدات آینده طرفین پیش‌بینی شده باشد بر موافقتنامه مذکور جاری می‌سازد. در بعضی موارد مانند ماده ۵ موافقتنامه با کره جنوبی و ماده ۵ موافقتنامه با بحرین، علاوه بر اولویت شرایط مساعدتر در قراردادهای سرمایه‌گذاری، تفوق شرایط مساعدتر در قوانین داخلی یا تعهدات آتی بین طرفین به موجب حقوق بین‌الملل بر مقررات معاهده سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است. در عوض، شرط مساعدتر در ماده ۵ موافقتنامه با فنلاند کمی محدودتر است: «قطع نظر از شروط مقرر در این موافقتنامه، شرایط مساعدتری که توسط هر یک از طرف‌های متعاقد در خصوص سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار طرف متعاقد دیگر مورد توافق قرار گرفته یا قرار گیرد، تنها در خصوص آن سرمایه‌گذاری، قابل

58. lex specialis

اعمال خواهد بود». بنابراین، در اکثر قریب به اتفاق معاهدات سرمایه‌گذاری ایران با دول دیگر، این شرط گنجانده شده است هرچند مفاد همه آنها یکسان نیست.

۲۶. تعداد ده معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایران و کشورهای دیگر، حاوی «شرط التزام» نیست (تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد).^{۵۹} علاوه بر این در هفت معاهده نیز «شرط مساعدتر» پیش‌بینی نشده است.^{۶۰} لیکن این بدان معنا نیست که طرفین این معاهدات از استناد به شرط التزام یا شرط مساعدتر ممنوعند؛ زیرا کلیه این معاهدات حاوی شرط کامل‌الوداد هستند، هرچند دامنه شمول آن در همه معاهدات یکسان نیست. از این طریق، مقرراتی مانند شرط التزام یا شرط مساعدتر ممکن است بر تمامی شبکه معاهداتی ایران ساری و جاری گردد. در بعضی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، صراحتاً به‌عنوان «دولت کامل‌الوداد» اشاره شده است؛ ولی در بیشتر آنها مفاد شرط دولت کامل‌الوداد بدون اطلاق این عنوان گنجانده شده است. نمونه یک شرط کامل‌الوداد (ماده ۵ معاهده سرمایه‌گذاری با یونان) چنین است: «هرطرف متعهد نسبت به سرمایه‌گذاران طرف متعهد دیگر و سرمایه‌گذاری‌های آنها که در قلمرو آن انجام شده، رفتاری اعمال خواهد نمود که از رفتار اعمال شده نسبت به سرمایه‌گذاران خود و سرمایه‌گذاری‌های آنها یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث و سرمایه‌گذاری‌های آنها نامساعدتر نباشد». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود شرط کامل‌الوداد با شرط رفتار ملی شرط رفتار ملی توأمان پیش‌بینی شده است. نکته جالب توجه این است که در معاهداتی که شرط رفتار ملی و رفتار کامل‌الوداد با عنوان خاص پیش‌بینی شده است، دامنه این شرط محدودتر و موارد نظارت شرط، احصا شده است. بیشتر این‌گونه معاهدات با کشورهای غربی است، مانند معاهده با فرانسه، آلمان، اتریش، سوئد و فنلاند. در کل از آنجا که شرط دولت کامل‌الوداد در این‌گونه معاهدات ناظر بر رفتار با سرمایه‌گذاری‌های اتباع یک طرف در سرزمین طرف دیگر است، لزوماً به‌معنای سرایت کلیه مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری ایران به یکدیگر نیست و احتمالاً نظارت این شرط بر مواردی مانند شرط التزام، محل بحث حقوقی است.

۲۷. برای اینکه تصویری کلی از وضعیت معاهدات سرمایه‌گذاری ایران با دولت‌های دیگر به لحاظ شروط استثنایی، بالاخص شرط التزام داشته باشیم جدول زیر ارائه می‌گردد. این جدول که با بررسی تک‌تک معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با دیگر دول تهیه شده است، نشان می‌دهد کدام معاهده حاوی شرط التزام، شرط رفتار مساعدتر و یا شرط دولت کامل‌الوداد است:

۵۹. معاهدات با دول زیر حاوی شرط التزام نیست: اتیوپی، اندونزی، اوکراین، ایتالیا، بحرین، سوئد، فرانسه، مقدونیه، یمن و یونان. به جدول صفحات ۲۸۳ و ۲۸۴ مراجعه کنید.

۶۰. یعنی معاهدات با اتریش، ایتالیا، بلغارستان، سری‌لانکا، فرانسه، کویت و یمن. به جدول صفحات ۲۸۳ و ۲۸۴ مراجعه کنید.

کشور طرف معاهده	شرط التزام	شرط مساعدت	شرط کامله الوداد
آذربایجان	ماده ۸	ماده ۳	ماده ۲
آلمان	ماده ۷	ماده ۸	ماده ۳
اتیوپی	-	ماده ۵	ماده ۶
ارمنستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
ازبکستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
اسپانیا	ماده ۹	ماده ۷	ماده ۳
اتریش	ماده ۹	-	ماده ۳
افریقای جنوبی	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
افغانستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
اندونزی	-	ماده ۵	ماده ۴
اوکراین	-	ماده ۱۰	ماده ۳
ایتالیا	-	-	ماده ۳
بحرین	-	ماده ۵	ماده ۴
بلغارستان	ماده ۹	-	ماده ۴
بنگلادش	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
بوسنی و هرزگوین	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
پاکستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
تاجیکستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
ترکمنستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
ترکیه	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
تونس	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
الجزایر	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
چین	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
روسیه سفید	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
رومانی	ماده ۸	ماده ۴	ماده ۳
زیمبابوه	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
سری لانکا	ماده ۹	-	ماده ۴
سوئد	-	ماده ۱۰	ماده ۵

کشور طرف معاهده	شرط التزام	شرط مساعدت	شرط كامله الوداد
سودان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
سوريه	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
سوئيس	ماده ۱۱	ماده ۷	ماده ۴
صربستان	ماده ۱۰	بند (۱) ماده ۵	بند (۲) ماده ۵
عمان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
فرانسه	-	-	ماده ۴
فنلاند	ماده ۶	ماده ۵	ماده ۴
قرقيزستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
قزاقستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
قطر	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
کرواسي	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
کره جنوبي	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
کره شمالي	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
کويت	ماده ۸	-	ماده ۱۱
گرجستان	ماده ۱۰	ماده ۹	ماده ۴
لبنان	ماده ۱۱	ماده ۵	ماده ۴
لهستان	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
ليبي	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
مالزی	ماده ۹	ماده ۴	ماده ۳
مراکش	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
مقدونيه	-	ماده ۴	ماده ۳
ونزوئلا	ماده ۱۰	ماده ۵	ماده ۴
يمن	-	-	ماده ۵
يونان	-	ماده ۶	ماده ۵

د) نتیجه

۲۸. تلاش سرمایه‌گذاران بین‌المللی و کشورهای متبوعشان برای محدود کردن دولتها در اعمال سیاست‌های حکومتی و خروج سرمایه‌گذاری خارجی از نظارت حقوق داخلی از ابتدای پیدایش پدیده سرمایه‌گذاری خارجی تاکنون تداوم داشته است. بخشی از تاریخچه این موضوع در بندهای قبلی بیان شد. قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی بین دولتها و اشخاص بیگانه، خواه از نوع امتیاز و خواه از انواع دیگر، علی‌الاصول قراردادهای خصوصی محسوب می‌شوند.^{۶۱} به‌زعم سرمایه‌گذاران و دولتهای متبوع آنان، نظارت حقوق داخلی بر این قراردادها دست دولت را در دخالت در آنها باز می‌گذارد؛ زیرا دولتها همواره قادر هستند با وضع قانون جدید، ثبات سرمایه‌گذاری و قراردادهای ذی‌ربط را متزلزل کرده، علائق و منافع سرمایه‌گذاران را نادیده بگیرند. به همین علت، روش‌های مختلفی برای مقابله با این وضعیت ابداع شده که اهم آن روشها به‌شرح زیر است:

- خروج قرارداد سرمایه‌گذاری از محدوده قانون ملی: این کار ابتدا از قراردادهای نفتی شروع شد. صیغه‌های متفاوتی در قراردادهای مختلف به این منظور استعمال شده است. برخی به مفاهیم عدالت طبیعی مانند اجرای قرارداد براساس اصول حسن‌نیت و احترام متقابل و صداقت اشاره می‌کنند مانند ماده ۲۱ قرارداد ۱۳۱۲ (۱۹۳۳) بین ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس^{۶۲} و برخی دیگر به اصول کلی حقوقی یا اصول مشترک قوانین داخلی با حقوق بین‌الملل اشاره دارند، مانند قراردادهای بین دولت لیبی و شرکت‌های نفتی لیامکو و تکزاکو و بی‌پی.^{۶۳}

- خروج قرارداد از حوزه صلاحیت قضائی داخلی: درج شرط داوری بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات، تمهید دیگری برای محدود کردن دست دولت در رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی است. تقریباً کلیه قراردادهای بزرگ سرمایه‌گذاری بین‌المللی چنین وضعی دارند.

۶۱. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در سال ۱۹۲۹ در پرونده وام‌های صربستان این مطلب را تأیید کرده است: «هر قراردادی که بین دولتها در مقام تابعان حقوق بین‌الملل منعقد نشده باشد، ناگزیر تحت حاکمیت قانون کشور معینی قرار می‌گیرد. تشخیص قانون حاکم بر چنان قراردادی، خود موضوع شاخه خاصی از علم حقوق است که امروزه به آن حقوق بین‌الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین می‌گویند.» PCIJ, series A, No. 20.

۶۲. رک. مرجع مذکور در پانوشت ۸ فوق، ص ۲۱.

۶۳. رک. شرح موضوع در احکام صادر شده در این سه پرونده:

Libyan-American Oil Company v. Libya, 20 ILM (1980), p. 67.

Texaco Overseas Petroleum Company v. Libya, 53 ILR, p. 392.

BP Exploration Co. v. Libya, 53 ILR, p. 297.

- شرط ثبات: در اکثر قراردادهای بزرگ سرمایه‌گذاری، پیش‌بینی می‌شود که دولت نباید قبل از پایان عمر قرارداد با تصویب قوانین جدید، تعهدات خویش در قرارداد را تغییر دهد. بحث در خصوص اعتبار چنین تعهدی هنوز بین حقوقدانان خاتمه نیافته است.^{۶۴}

- فراملی شدن یا بین‌المللی شدن قراردادهای سرمایه‌گذاری: این مورد در چارچوب دکترین و نظر حقوقدانان قرار دارد. حقوقدانان غربی سعی فراوان کرده‌اند تا ثابت کنند قراردادهای سرمایه‌گذاری به‌ویژه در زمینه منابع طبیعی به لحاظ طبع خود نمی‌توانند در محدوده قوانین داخلی قرار گیرند و به‌نحوی بین‌المللی می‌شوند. رنه دوپویف حقوقدان فرانسوی که داور واحد در داوری پرونده تاپکو (شرکت نفت تکراکو علیه لیبی) بود این نظریه را مطرح کرد.^{۶۵}

- شرط التزام: یکی از آخرین روش‌ها در این راستا گنجاندن شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است که موضوع خاص نوشته حاضر است. امروزه در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری چنین شرطی وجود دارد و همان‌گونه که بحث شد اعتبار آن محل بحث و جدل بین حقوقدانان است. معاهدات تیپ سرمایه‌گذاری کشورهای سرمایه‌فرست بعضاً حاوی این شرط است. معاهده تیپ چین در بند ۲ ماده ۱۰ و معاهده تیپ آلمان در بند ۲ ماده ۸ حاوی شرط التزام است. بند ۱ ماده ۱۰ منشور انرژی نیز عیناً این شرط را دارد؛ لیکن معاهدات تیپ ایالات متحده و فرانسه و نیز موافقتنامه منطقه آزاد تجاری امریکای شمالی (نفتا) چنین شرطی را پیش‌بینی نکرده‌اند.^{۶۶}

۲۹. در وهله اول باید توجه داشت که موضوع اصلی در بحث شرط التزام، بحث تفسیر معاهدات است. این موضوع در کلیه آراء داوری در بحث شرط التزام محوریت داشته و به آن توجه شده است. در این خصوص، بدیهی است اصول تفسیر مندرج در مواد ۳۱-۳۳ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات ناظر بر قضیه است. اما در مورد ماهیت شرط التزام همان‌گونه که قبلاً بحث شد ملاحظات مهمی در این خصوص وجود دارد. اول اینکه تعبیر حقوقدانان غربی از شرط التزام به این معنا است که تعهدات طرف‌های دولتی در قراردادهای سرمایه‌گذاری که علی‌الاصول قراردادهای خصوصی هستند بسته به درجه تعهدات بین‌المللی ارتقا می‌یابد. چنین مطلبی هیچ‌گونه توجیه حقوقی ندارد. حداکثر معنایی که از شرط التزام می‌توان استنباط کرد این است که دولت ملزم شده به تعهدات خود عمل کند. تنها زمانی که دولت از این تعهد سر باز زند و سرمایه‌گذار با مراجعه به روش‌های احقاق حق مندرج در قرارداد خصوصی به حق خود نائل

۶۴. رک. بحث تفصیلی موضوع در پرونده امین اویل:

Kuwait and American Independent Oil Company, 21 ILM (1982), p. 976.

۶۵. رک. پانوشت ۶۲ فوق، بند ۳۵ حکم تاپکو.

۶۶. متن آن استاد در ضمیمه کتاب پروفیسور دولزر (منبع مذکور در پانوشت ۵ فوق) چاپ شده است.

نگردد و این امر هم به دلیل عدم همکاری دولت باشد، ممکن است از مسئولیت بین‌المللی دولت صحبت به میان آورد. در این حالت هم هنوز مبنای مسئولیت بین‌المللی دولت، قرارداد خصوصی نیست بلکه تعهد دولت در یک معاهده بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری است. دومین نکته این است که صلاحیت مستقیم مراجع بین‌المللی در رسیدگی به دعاوی قراردادی به معنای جایگزینی مراجع داخلی یا داوری تجاری با داوری بین‌المللی است. چنین امری نیز توجیه‌پذیر نیست. داوری تجاری بین‌المللی، نهادی است متفاوت از داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی که در معاهدات سرمایه‌گذاری پیش‌بینی می‌شود. صلاحیت مراجع بین‌المللی و اعمال صلاحیت بر دولتها براساس معاهدات بین‌المللی از موضوعاتی است که باید به‌نحو مضیق تفسیر گردد؛ زیرا از امور استثنایی است. دولتها صرفاً با اراده و رضایت صریح خود قابل تعقیب در مراجع بین‌المللی هستند و لذا احراز صلاحیت بر دولتها از بابت تعهدات قراردادی خصوصی‌شان در غیاب تعهد صریح، غیرممکن است. سوم این که هرگاه شرط التزام را به معنای قول احترام به تعهدات دولت در قراردادهای خصوصی بگیریم شرط حل و فصل اختلافات در قرارداد خصوصی نیز جزء همان تعهدات است. نمی‌توان تعهدات دیگر را در قرارداد خصوصی بر دولت بار کرد و شرط حل و فصل اختلافات را کنار گذاشت. نکته چهارم این است که ماهیت جبران خسارت در قبال نقض حقوق بین‌الملل با روش‌های جبران خسارت در قراردادهای خصوصی متفاوت است. بنا بر اصول حقوق بین‌الملل که به بهترین وجه در حکم دیوان دایمی بین‌المللی دادگستری در پرونده معروف کورزوف (آلمان علیه لهستان) در سال ۱۹۲۸ تبیین شده است، در صورت نقض تعهد بین‌المللی توسط یک دولت، دولت ناقض وظیفه دارد وضعیت را به حالت اول اعاده کند و در صورتی که این امر ممکن نباشد غرامت کامل شامل اصل و فرع و خسارات تبعی را بپردازد.^{۶۷} جبران خسارت نقض قرارداد به هیچ‌وجه چنین وظیفه‌ای ایجاد نمی‌کند. تبدیل تعهدات قراردادی به تعهدات بین‌المللی به این معنا است که دولت در برابر یک شخص خصوصی، وظیفه اعاده وضعیت به حالت اول را داشته باشد که چنین چیزی اصولاً ممکن نیست و با حاکمیت دولت در تعارض است.

۳۰. همان‌گونه که در مباحث فوق روشن شد اکثر مراجع بین‌المللی در رسیدگی به شرط التزام در اعتبار آن به‌نحوی که سرمایه‌گذاران غربی مدنظرشان است، تردید کرده، از احراز صلاحیت نسبت به تعهدات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری خودداری ورزیده‌اند. با این حال، دست کم در دو قضیه اعتبار این شرط مورد تأیید قرار گرفته است. از آنجا که بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران نیز حاوی شرط التزام است ضرورت دارد دست‌اندرکاران نسبت به این موضوع به حد کافی حساس باشند. طبعاً آثار و عواقب بعضاً ناخواسته فوق شامل هر دو طرف معاهده

67. Chorzow Factory Case, PCIJ Reports, Series A, No. 17 (1928), at 47.

می‌گردد. لیکن در مجموع، ایران کشوری سرمایه‌پذیر است و این‌گونه معاهدات عمدتاً برای تشویق سرمایه‌گذاری بیگانگان در ایران منعقد می‌شود. علاوه بر این، در سرمایه‌گذاری‌های عمده با ارقام بزرگ، معمولاً ایران میزبان است و سرمایه‌گذاران خصوصی ایرانی هنوز استعداد سرمایه‌گذاری‌های بزرگ در کشورهای دیگر را ندارند و لذا می‌توان پیش‌بینی کرد که اختلافات و دعاوی بزرگ با خواسته‌های معتنابه معمولاً به طرفیت سرمایه‌گذاران غربی علیه ایران پیش خواهد آمد. بنابراین باید توجه داشت که حداقل در مرحله صدور مجوز سرمایه‌گذاری و عقد قراردادهای سرمایه‌گذاری، این موارد مدنظر باشد تا بعدها موجب دردسر و مشکلات غیرمنتظره نگردد. در صورت بروز اختلاف نیز انتخاب داوران، تأثیر قاطع در نتیجه رسیدگی خواهد داشت و لذا در این مورد نیز طبعاً باید دقت کافی به عمل آید.

