

Assigning Responsibility to States in the ICSID Arbitration Procedure

Alireza Mashhadizadeh *

Amirhossein Ghodratnama Shabestari **

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.704065

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.70.4.5

Abstract

In Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the general notions related to the international responsibility of states are specified. However, this is doubtful whether these notions can be used in the ICSID arbitration process. According to the convention and the procedure of the ICSID Arbitration Center, in the absence of an explicit agreement in the arbitration agreement, state responsibility based on the ICSID Convention and the rules of customary international law can be brought to the attention of the ICSID International Arbitration Center. The absolute obligations of the investee state concerning investment security are compatible with the Draft Articles on Responsibility of States. The application of the provisions of the Draft Articles on Responsibility of States is another reason for ignoring domestic laws to avoid international responsibility in the ICSID arbitration procedure and will contribute to stability in the field of international investment. On the other hand, the development of the concept of human rights to support the foreign investor for the purpose of establishing the absolute responsibility of the investee state in the ICSID arbitration procedure indicates the absolute responsibility of the investee state for the benefit of developed countries, which consequently limits the sovereignty of the investee state and as a result will lead to the violation of national sovereignty, unilateralism, and finally, the states' tendency to withdraw from the ICSID Convention.

Keywords

ICSID, International Investment Contracts, Jurisdiction, Investment Security, State Responsibility, Sovereignty, Human Rights

* Corresponding Author, Assistant Professor, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Central Branch, Faculty of Law, Al.mashhadizadeh@iau.ac.ir

** PhD Candidate in Private Law, Islamic Azad University, Tehran, Iran, North Branch, Ahzeker@gmail.com



انتساب مسئولیت به دولت‌ها در رویه داورى ایکسید

علیرضا مشهدی‌زاده *

امیرحسین قدرت‌نما شبستری **

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.704065

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.70.4.5

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶

چکیده

در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، موارد عام مسئولیت بین‌المللی دولت مشخص شده است. قابلیت استفاده این موارد در روند داورى در مرکز ایکسید، محل مناقشه است. طبق کنوانسیون و رویه مرکز داورى ایکسید، در غیاب توافق مصرح در توافقنامه داورى، مسئولیت دولت بر اساس کنوانسیون ایکسید و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، قابل طرح در مرکز داورى بین‌المللی ایکسید است. تعهدات مطلق دولت سرمایه‌پذیر در حوزه امنیت سرمایه‌گذاری، قابلیت انطباق با مواد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل مسئولیت دولت‌ها را دارد. اطلاق مواد طرح مسئولیت دولت و پیش‌نویس آن، دلیل دیگری بر عدم توجه به حقوق داخلی در جهت فرار از مسئولیت بین‌المللی در رویه داورى ایکسید است و موجب ثبات در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی خواهد شد. از سوی دیگر، توسعه مفهوم حقوق بشر حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در راستای احراز مسئولیت مطلق دولت سرمایه‌پذیر در رویه داورى ایکسید، حاکی از مسئولیت مطلق دولت سرمایه‌پذیر در راستای منافع کشورهای توسعه‌یافته است که این امر بالتبع موجب تحدید حاکمیت دولت سرمایه‌پذیر و در نتیجه، تضعیف حاکمیت ملی و یکجانبه‌گرایی و نهایتاً تمایل دولت‌ها به خروج از کنوانسیون ایکسید خواهد شد.

* نویسنده مسئول، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، تهران، ایران
Al.mashhadizadeh@iau.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران
Ahzokr@gmail.com

واژگان کلیدی

دیوان داوری ایکسید، قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، صلاحیت، امنیت سرمایه‌گذاری، مسئولیت دولت‌ها، حاکمیت، حقوق بشر

مقدمه

دیوان داوری ایکسید به منظور حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها با ویژگی قطعی‌بودن (غیرقابل تجدیدنظر) و تخصصی‌بودن و سرعت، تحت ساختار بانک جهانی در واشنگتن تشکیل شد؛ گرچه مفهوم دعاوی ناشی از اختلافات سرمایه‌گذاری قابل مناقشه و مبهم است، چرا که مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید روشن نیست که شاید منجر به تفسیر موسع از این مفهوم شود؛ کما اینکه در منشور انرژی^۱، مفهوم سرمایه‌گذاری بسیار موسع بیان شده و شمول دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی بین کشور هلند و اسپانیا بر همین مبنای دیوان ایکسید مطرح شد، اما مسئولیت دولت، مفهومی است که تحولات زیادی را پشت سر نهاده است.^۲

این تحولات از حمایت دیپلماتیک از تبعه یک دولت در حوزه سرمایه‌گذاری و تلاش‌های دولت‌های میزبان در ایجاد تعادل در حمایت از اموال خارجی‌ان آغاز شد که باعث طرح مفهوم حمایت ملی شد. بعدها مسئولیت دولت‌ها در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح شد و به سرمایه‌گذاران این امکان را داد که در صورت نقض معاهده سرمایه‌گذاری از سوی دولت میزبان، به مسئولیت آن استناد کنند و با حذف واسطه دولت متبوع، خود این دعوا را مطرح کنند که تحول بسیار بزرگی در مفهوم مسئولیت دولت محسوب می‌شد. به همین دلیل، مواد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت، در موارد بسیاری با مفهوم مسئولیت دولت در تعهدات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری انطباق کامل دارد؛ لذا انتساب مسئولیت دولت در این مقاله با رویکرد دیوان داوری ایکسید در پرونده‌های مختلف به مثابه قاعده مسلم و پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل عرفی بررسی می‌شود.^۳ به بیان دیگر، قواعد و اصول و دکترین

۱. در بند ۶ ماده ۱ منشور انرژی سرمایه‌گذاری (۲۰۱۶) آمده است: هرگونه دارایی، تملک‌شده و تحت کنترل مستقیم یا غیرمستقیم یک سرمایه‌گذار معرفی شده و شامل: الف. اموال محسوس و غیرمحسوس، قابل انتقال یا غیرقابل انتقال، مال و حقوق مالی و ... ب. شرکت تجاری، ج. حق مطالبه پول، د. مالکیت معنوی و ...

۲. به‌طور مثال، ن.ک: قنبری جهرمی، محمدجعفر و محمود منصور وصالی؛ «تحول نظام مسئولیت بین‌المللی دولت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۴، شماره ۷۱.

۳. پرواضح است که هر چند مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها در شکل سند الزام‌آور تنظیم نشده، لیکن صرف‌نظر از ارزش علمی مصوبات کمیسیون، اهمیت این مواد به‌عنوان تدوین و تبلور اصول و قواعد

حاکم بر رویه دیوان داوری ایکسید مورد کاوش قرار گرفته و آن‌گاه مفهوم سرمایه‌گذاری و ارتباط آن با اعمال تجاری و حاکمیتی مورد مذاقه قرار می‌گیرد تا اینکه نحوه انتساب مسئولیت دولت در دعاوی سرمایه‌گذاری در روند داوری معلوم شود. به‌طور کلی در قراردادهای سرمایه‌گذاری معمولاً داوری به‌صورت شرط ضمن عقد ذکر می‌شود و طرفین با توافق صورت‌گرفته، اختلافات ناشی از مسائل سرمایه‌گذاری را به داوری ایکسید واگذار می‌کنند. این رضایت طرفین اختلاف باید به‌صورت کتبی اظهار شود. هنگامی که اختلافات سرمایه‌گذاری روی می‌دهد، جدا از قواعد داوری بین‌المللی مربوط به مسئولیت دولت‌ها در خصوص نقض معاهدات (به‌خصوص کنوانسیون ایکسید)، کنوانسیون وین در خصوص معاهدات و نیز قواعد مربوط به انتساب مسئولیت دولت‌ها در دعاوی سرمایه‌گذاری مدنظر دیوان ایکسید قرار گرفته است، به‌طوری که در بسیاری مواقع، تفسیری که از مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌های می‌شود، قابل انطباق با مسئولیت ناشی از کوتاهی دولت سرمایه‌پذیر در حفظ امنیت سرمایه‌گذاری در قراردادهایی است که شرط داوری ایکسید در آن درج شده است. معمولاً تعهدات دولت سرمایه‌پذیر ضمن قرارداد سرمایه‌گذاری عبارت است از:

رفتار عادلانه و منصفانه، جلوگیری از هر گونه اقدامات تبعیض‌آمیز (به‌عنوان مثال، هرگونه فشار از طریق قوانین داخلی یا اعمال مصونیت دیپلماتیک) و تعهد به حفظ امنیت سرمایه‌گذاری. گاهی بیمه ریسک سیاسی و شرط مسئولیت فراگیر^۴ هم در این گونه قراردادها درج می‌شود. مفهوم سرمایه‌گذاری از دیدگاه مراجع بین‌المللی تفاوت‌هایی دارد. گرچه این مفهوم، عام است و شاید معنای دقیق آن در علم اقتصاد مشخص خواهد شد، از آنجا که موضوع حل‌وفصل اختلافات قابل ارجاع به ایکسید طبق ماده ۲۵ حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری است و هرگونه اختلاف در حوزه سرمایه‌گذاری کشورهای متعاقد، قابل طرح در داوری ایکسید است،

پذیرفته‌شده عرف بین‌المللی حتی در رویه قضایی هم شناخته شده است. زمانی، سیدقاسم؛ حقوق سازمان‌های بین‌المللی، شهردانش، ۱۳۹۷، جلد دوم (تحصیلات تکمیلی)، صص ۸۸-۸۷.

4. Umbrella clause

در خصوص شرط فراگیر باید افزود که رویه داوری ایکسید بر تفکیک میان اعمال تصدی و حاکمیتی بوده است و شرکت‌های دارای شخصیت مستقل از دولت را شامل تفسیر موسع از شرط مسئولیت فراگیر ندانسته است کما اینکه در پرونده *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG* این نظر مشهود است. جهت مطالعه بیشتر، ن.ک: حبیب‌زاده، توکل و عقیقه غلامی؛ «نقش شرط فراگیر در حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان در پرتو رویه داوری ایکسید»، *مجله*

حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وپنجم، شماره ۵۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۹۶.

در خصوص تفاوت در اثر حقوقی شرط فراگیر و رفتار عادلانه در رویه داوری ایکسید ن.ک:

Ho, Jean, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University press, 2018, pp. 259-263.

تلاش نگارندگان بر این است تا ابتدا مفهوم صلاحیت دیوان داوری ایکسید را در پرونده‌هایی که حسب مورد تلویحاً یا تصریحاً متضمن مفهوم مسئولیت دولت در حوزه سرمایه‌گذاری است، روشن کنند؛ سپس با بررسی دکترین موجود در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری، عوامل و موانع مؤثر در انتساب مسئولیت دولت‌ها در رویه داوری ایکسید مورد بررسی قرار گیرد. آنچه باعث برخی ابهامات در بحث داوری‌پذیر بودن انتساب مسئولیت دولت در دعاوی سرمایه‌گذاری شده این است که عده‌ای مسئولیت دولت‌ها را در فرضی که صرفاً روابط میان دولت مطرح است، قابل طرح می‌دانند و معتقدند نمی‌توان آن را در داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به کار گرفت اما واژه مسئولیت بین‌المللی در ماده ۱ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، روابط ناشی از فعل متخلفانه بین‌المللی دولت به موجب حقوق بین‌الملل را شامل می‌شود و سیاق ماده، افاده عموم می‌نماید، خواه محدود به دولت متخلف و دولت زیان‌دیده یا دیگر دولت‌ها یا به سایر تابعان حقوق بین‌الملل باشد.^۵ اما این اعتقاد هم وجود دارد که برخی مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، نظیر مواد ۲ و ۳ طرح، در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی که یک طرف آن شخص حقیقی و نه دولت است، قابل استناد نیست و این مواد فقط در فرض دعاوی دولت‌ها علیه یکدیگر قابل استناد است.^۶ به نظر نگارندگان، این نظر مردود است و با مراجعه به پیش‌نویس مذاکرات تصویب طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، استفاده می‌شود که تصویب‌کنندگان طرح به این نکته توجه داشته‌اند که راه استناد به حقوق داخلی را به‌عنوان ابزاری جهت فرار از مسئولیت دولت‌ها سد کنند.^۷ همان‌طور که در ماده ۴ کمیسیون اشاره شده، دولت دارای شئونی است و ارکان دولت، اقدامات آن را تشکیل می‌دهد.

۱. صلاحیت دیوان ایکسید

از جمله علل تصویب کنوانسیون ایکسید این بود که در اختلافات سرمایه‌گذاری، مسائلی از جمله مصونیت دولت و نیز اجرای احکام پیش می‌آمد که قواعد داوری بین‌المللی تجاری به آن نمی‌پرداخت. مبنا و شالوده رسیدگی دعوا در دیوان ایکسید، صلاحیت است که اینک در نظام داوری برخی کشورهای اروپایی هم صلاحیت، اصلی بنیادین محسوب می‌شود^۸ و علی‌رغم تصور ساده آن در برخی پرونده‌ها، این صلاحیت احراز نشده و اساساً مرکز وارد روند داوری پرونده

۵. عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۲۷۹.

۶. عمیدی مهر، الهام و سیدجمال سیفی؛ «رابطه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در حوزه انتساب مسئولیت به دولت در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه علمی پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، شماره ۶۹ صص ۱۰۱-۱۰۰.

7. Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University press, 2002, p. 86.

8. Kenfack, Hugues, *Droit du Commerce International*, Dalloz, 7^e édition, 2019, p. 80.

نشده است. اینکه کشورهای عضو این کنوانسیون، امکان استفاده از این روش حل اختلاف سرمایه‌گذاری را دارند، شرط لازم و نه کافی است. رضایت بدون قید و شرط دولت‌ها و نحوه ابراز این اراده بسیار مهم است که باید به‌طور کتبی صورت پذیرد.^۹ حتی در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کشورها، علی‌رغم درج شرط داوری و ارجاع اختلافات به دیوان ایکسید، دیوان به دلیل عدم رعایت شرایط ذکرشده، خود را صالح به رسیدگی ندانست و از رسیدگی امتناع کرد. مسئولیت دولت‌ها طبق کنوانسیون و رویه مرکز داوری ایکسید بر اساس بند ۱ ماده ۴۲^{۱۰} در نبود قواعد در قرارداد داوری بین طرفین اختلاف بر اساس قانون دولت‌های متعاقد طرف اختلاف (ازجمله قواعد مربوط به تعارض قوانین) و نیز مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل،^{۱۱} قابل طرح در دیوان است.

برخی حقوق‌دانان بر این باورند در برخی موارد، اختلاف صلاحیت دیوان در هنگام اختلاف در تفسیر معاهدات، به بند ۳ ماده ۳۱^{۱۲} کنوانسیون معاهدات وین در خصوص وین ارجاع نموده و در احراز صلاحیت، اصول حقوق بین‌الملل و اصول حاکم بر تفسیر معاهدات را نیز مدنظر داشته است. البته این را که قاعده حقوق بین‌الملل به چه معناست، دیوان‌های داوری بین‌المللی طبق تفسیر خود مشخص می‌کنند. به‌عنوان مثال، در قضیه سکوه‌های نفتی، قضات دیوان دادگستری بین‌المللی، نقض عهدنامه مودت و اعمال زور از سوی ایالات متحده را، نقض یک قاعده عام حقوق بین‌الملل ندانسته‌اند؛^{۱۳} علی‌رغم موضع اکثر قضات مبنی بر نقض قاعده بین‌المللی توسط آمریکا، قضات مخالف این طور استدلال کردند که نقض عهدنامه توسط آمریکا چون در رابطه با تفسیر استفاده از زور در مورد عهدنامه بین دو کشور است، مشمول بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون معاهدات وین نیست و جز قواعد حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شود، هرچند در این دعوا به دستور اجرایی آمریکا به‌طور یکجانبه در خصوص منع تجارت نفت خام بین ایالات متحده-ایران اشاره شده است، که خلاف اصل بی‌طرفی محاکم قضایی بین‌المللی است، چرا که مبنای توجیه حمله به سکوی نفتی از سوی ایالات متحده، با اعمال زور در غیر شرایط اضطرار واقع شده است. در حقیقت، آمریکا نه در مقام دفاع مشروع بود و نه شرایط ضرورت؛ لذا استفاده از زور مردود

9. Shreuer, Christoph, *the ICSID convention a commentary*, second edition, Cambridge University Press, 2009, p. 83.

۱۰. زمانی، سیدقاسم و به‌آذین حسینی؛ *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، شهر دانش، ۱۳۹۸، صص ۴۲۱-۴۱۹.

۱۱. زمانی و حسینی؛ همان، ص ۴۱۵.

۱۲. باید موارد زیر را همراه با سیاق در نظر گرفت: «الف. هر توافق مؤثر میان طرف‌های معاهده در مورد تفسیر معاهده یا اجرای مقررات آن؛ ب. هر رویه مؤخر بر اجرای معاهده که دلالت بر توافق طرف‌های متعاقد در رابطه با تفسیر معاهده داشته باشد؛ ج. هر قاعده مرتبط با حقوق بین‌الملل که در روابط میان طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد».

Shreuer, Christoph, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, *McGill Journal of Dispute resolution*, vol. 1:1, 2014, p.18.

13. *Oil Platforms (Iran v United States)*, Judgment Merits (2003) ICJ, ICJ Rep 161.

شناخته شد اما در رأی نهایی آمده امریکا هیچ‌گونه نقض تعهدی انجام نداده است! چنین تفاسیری از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در دعاوی ایکسید^{۱۴} نیز به چشم می‌خورد. اما در هر صورت طبق اصول تفسیر معاهدات، منظور از بند ۳ ماده ۳۱ عهدنامه‌های حقوق معاهدات این است که معاهدات باید در فضای حقوق بین‌الملل اجرا شوند و روح قواعد حقوق بین‌الملل همواره بر آن حاکم باشد. قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل، قواعدی هستند که به نوعی در زمره منابع حقوق بین‌الملل هستند و با معاهده مورد تفسیر ارتباط دارند و برای طرف‌های آن لازم‌الاجرا هستند.^{۱۵} بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، صلاحیت مرکز شامل همه اختلافات حقوقی خواهد بود که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد (یا مؤسسات تابعه یا نمایندگی‌های آن‌ها که به وسیله آن دولت به مرکز معرفی شده باشد) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر باشد که طرفین آن کتباً با ارجاع آن به مرکز موافقت کرده باشند.^{۱۶} این ماده وظیفه ذاتی ایکسید را احصا نموده است اما در دعاوی مربوط به سرمایه‌گذاری، مسئولیت دولت بر اساس دکترین، حالت‌های مختلفی دارد که به طور مثال، یکی از اساسی‌ترین آن‌ها مسئولیت حمایت و امنیت سرمایه‌گذاری دولت میزبان است و به طور کلی حتی ماده ۲ طرح مسئولیت دولت به نقض تعهد اشاره دارد و به منبع تعهد اشاره نمی‌کند. به نظر نگارندگان، واژه مسئولیت بین‌المللی در ماده ۱ طرح، کلیه روابط ناشی از فعل متخلفانه بین‌المللی دولت را به موجب حقوق بین‌الملل در بر می‌گیرد؛ حتی در صورتی که رابطه میان دولت و سایر تابعان حقوق بین‌الملل اعم از حقیقی یا حقوقی باشد.^{۱۷} به این ترتیب با احراز مسئولیت دولت در زمینه فعل و ترک فعل‌های حوزه قراردادهای سرمایه‌گذاری و استناد به مواد طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مسئولیت دولت‌ها می‌توان مبتنی بر صلاحیت مرکز داورى ایکسید، خواستار ضمانت اجراهای مسئولیت دولت در زمینه خسارات وارده به سرمایه‌گذار شد که به انحاء مختلف از جمله غرامت و اعاده به وضع سابق است. یکی از راه‌های رایج دیگر ارجاع داورى به مرکز ایکسید، درج شرط داورى ضمن معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است.^{۱۸}

14. Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands BV v Turkey, Award (10 March 2014) at paras. 276-328; ICSID, ORIL IIC 641, CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award (12 May 2005) at paras. 302-331; ICSID, ORIL IIC 65; CMS Gas Transmission Company v Argentina, Decision on Annulment, (25 September 2007) paras. 101-150; ORIL IIC 303. In the Arbitration between Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, Resubmitted Case, Award (20 August 2007) at paras. 8.2.2-8.2.7; ICSID, ORIL IIC 307.

۱۵. ضیائی بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۶۸.

۱۶. زمانی، سیدقاسم و امیر درون‌پرور؛ «پویایی مفهوم سرمایه‌گذاری در پرتو متدولوژی‌های احراز صلاحیت ایکسید»، ۱۳۹۴، شماره ۶۹ ص ۹۹.

۱۷. در تأیید این نظر، ن.ک: عسکری، همان، ص ۲۷۹.

۱۸. شیروی، عبدالحسین؛ داورى تجاری بین‌المللی، سمت، ۱۳۹۶، ص ۱۲۲.

در دعوی شرکت ماسدار علیه دولت اسپانیا در مورد سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی‌های تجدیدپذیر، بحث اصلی دربارهٔ اختلاف در صلاحیت دیوان داوری ایکسید مطرح شد، و آن در خصوص این بود که اساساً صلاحیت دیوان طبق منشور انرژی شامل سرمایه‌گذاری در این بخش است. در نهایت دیوان مطابق بند ۶ ماده ۱ منشور انرژی، با تفسیری موسع خود را صالح برای رسیدگی دانست.

منشور انرژی، سرمایه‌گذاری را تعریف کرده است. بر مبنای این ماده، سرمایه‌گذاری شامل هرگونه دارایی، مالکیت یا کنترل مستقیم یا غیرمستقیم به وسیلهٔ سرمایه‌گذار به هر شکل از موارد مندرج در این ماده است. در نهایت، دیوان با عنایت به ماده ۳۱ کنوانسیون معاهدات وین در خصوص اصول حاکم بر تفسیر معاهدات با رعایت اصل حسن‌نیت و توجه به سیاق مواد، صلاحیت خود را برای رسیدگی مطابق با ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید اعلام کرد.

دیوان داوری در پروندهٔ شرکت هلندی ماسدار علیه اسپانیا، ضمن تأیید نقض منشور انرژی توسط دولت اسپانیا، ایراد مربوط به منشأ سرمایه‌گذاری را که از منابع داخلی اسپانیا بود و از نظر خوانندهٔ سرمایه‌گذاری خارجی تلقی نمی‌شد، رد کرد.^{۱۹} ایراد دیگر دولت اسپانیا به صلاحیت ایکسید این بود که شرکت اماراتی پیاده‌ساز منویات دولت امارات بود و از خود اختیار نداشت؛ لذا از آنجا که امارات عضو منشور انرژی نیست، خواهان نمی‌تواند به سازوکار حل‌وفصل این منشور، یعنی ارجاع داوری به مرکز داوری ایکسید متوسل شود. در این پرونده، رعایت اصول مربوط به انتساب مسئولیت دولت، از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل تلقی شده و در نهایت، مرکز ایکسید، شرکت اماراتی را نه به‌عنوان دولت، بلکه به‌عنوان شرکت سرمایه‌گذاری خارجی تلقی کرده و خود را صالح جهت داوری دانسته است.

۲. مسئولیت دولت از منظر حقوق بین‌الملل

کمیسیون حقوق بین‌الملل در شرح ماده ۴ طرح در خصوص اشاره به ارگان دولتی بیان می‌دارد: «در این ماده به‌صورت بسیار کلی به لفظ بخش دولتی اشاره شده است و محدود به بخش‌های دولت مرکزی نیست و حتی جهت انتساب مسئولیت ناشی از عمل، مهم نیست آن عمل در دستهٔ اعمال تصدی یا عمل حاکمیت تلقی شود».^{۲۰} ماده ۵ طرح کمیسیون در مورد مسئولیت دولت، شامل اعمال اقتدارات حاکمیتی توسط نهادهایی می‌شود که «نهادهای دولتی» محسوب می‌شوند. واژهٔ کلیدی در اینجا همان اقتدارات حاکمیتی است. در شرح وارده بر طرح کمیسیون،

۱۹. سیدمرتضی حسینی، راحله؛ «صلاحیت ایکسید در پرتو رأی ۲۰۱۸ این دیوان در دعوی شرکت ماسدار علیه دولت

اسپانیا در مورد سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی‌های تجدیدپذیر»، *مطالعات حقوقی انرژی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۳۰۶.

۲۰. در تأیید این نظر، ن.ک: عسکری، همان، ص ۲۸۵.

یکی از حقوق دانان بین‌المللی بیان می‌دارد: «در راستای بررسی و احراز مسئولیت بین‌المللی، برای اینکه عملکرد نهادی به منزله اعمال دولت تلقی شود، باید اعمال آن نهاد حاکمیتی تلقی شود؛ لذا دیگر فعالیت‌های خصوصی یا تجاری که آن نهاد با آن درگیر است، منجر به مسئولیت دولت نخواهد شد. برای مثال اگر شرکت فعال در زمینه راه‌آهن که برخی اختیارات و اقتدارات پلیسی مشخصی به آن اعطا شده، از این اختیار خود استفاده کند، تحت حقوق بین‌الملل، اعمال ارتكابی‌اش اعمال دولت تلقی می‌شود، چرا که در مقام اعمال حاکمیت دولت است اما در مورد فعالیت‌های غیرحاکمیتی (مثل خرید و فروش بلیط یا خرید لوکوموتیو) چنین امری مصداق نمی‌یابد.^{۲۱} در ادامه خواهد آمد که رویه ایکسید، چنین نظری را نمی‌پذیرد و میان اعمال حاکمیتی و اعمال تجاری دولت، تفکیکی قائل نیست.

۳. انتساب مسئولیت دولت بر اساس نوع رفتار در رویه داوری ایکسید

ملاک دیوان ایکسید به‌طور کلی طبق اصل وحدت دولت، انتساب اقدامات اشخاص حقیقی و حقوقی به دولت بوده و امکان فرار از مسئولیت برای دولت خوانده را سلب می‌کند. با این حال در پرونده‌های مختلف، دولت به روابط داخلی شرکت و حقوق داخلی استناد جسته است. به‌عنوان مثال، در پرونده قضیه *Maffezini v. Spain*^{۲۲} موضوع قابلیت انتساب اقدامات یک موجودیت حقوقی به نام سودیگا به دولت اسپانیا مطرح بود. آقای مافزینی تبعه آرژانتین، برای سرمایه‌گذاری در صنایع شیمیایی اسپانیا، به همراه سودیگا، شرکت *EAMSA* را تأسیس کرد و متعاقب بروز مشکلاتی، سرمایه‌گذاری و پروژه آن متوقف شد. مافزینی این عدم موفقیت را مدلول راهنمایی‌ها و اقدامات سودیگا می‌دانست و به همین دلیل، طبق معاهده دوجانبه میان اسپانیا و آرژانتین، دعوی علیه اسپانیا در مرجع داوری ایکسید مطرح کرد. دولت اسپانیا، در ایراد به صلاحیت ایکسید عنوان داشت که منشأ این اختلاف به رابطه بین خواهان و شرکت خصوصی (سودیگا) مربوط است و ارتباطی به دولت اسپانیا ندارد. بنابراین دیوان برای پاسخ به این ایراد، باید ماهیت سودیگا را بررسی می‌کرد.

با توجه به تأسیس سودیگا توسط وزارت صنایع و اختصاص اکثر سهام آن به دولت اسپانیا و همچنین کارکرد دولتی و کارکرد آن که در راستای منافع عمومی دولت بوده است. این نهاد موجودیتی دولتی تلقی شده است؛ لذا این پرونده آن‌چنان که اشاره شد، کارکرد ماده ۵ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در داوری سرمایه‌گذاری را نشان می‌دهد. دیوان اقدامات اشخاص یا موجودیت‌هایی را که جزئی از بخش دولتی نبوده ولی به اعمال عناصر اقتدارات دولتی می‌پردازند،

21. Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University press, 2002, p. 101.

22. *Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, paras. 15-17.

قابل انتساب به دولت می‌داند. در حقیقت دیوان علاوه بر بررسی ساختار سوئیگا به بررسی عملکرد و ارتباط نزدیک مالی آن با شرکت های دولتی اسپانیا (شرکت ملی صنعت) پرداخته و اقدامات آن را در راستای اعمال حاکمیت دولت اسپانیا محسوب نموده است.

دیوان داوری ایکسید در یکی دیگر از آرای خود در پرونده *Metalclad V Mexico* با اشاره به ماده ۴ طرح، به اصل وحدت دولت اشاره کرد که فعل یا ترک فعل‌های تمامی ارگان‌های دولت در احراز مسئولیت بین‌المللی، فعل یا ترک فعل دولت تلقی می‌شود و این مسئله به‌ویژه در دولت‌های فدرال کاربرد دارد. به بیان دیگر، نظر دیوان ایکسید بر این مبناست که ساختار نظام داخلی یک دولت نمی‌تواند استثنایی بر اصل وحدت ساختاری دولت تلقی شود. این نظر در یکی از پرونده‌های دیوان داوری ایکسید مطرح شده است.^{۲۳}

در مواد ۵ و ۸ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، به عناصر اقتدار اشاره شده است. بنا بر مبنای دیوان داوری ایکسید، منبث از موارد طرح کمیسیون مسئولیت بین‌المللی دولت، مسئولیت، هم به اشخاصی که به دستور مستقیم دولت عمل کرده‌اند و هم به اشخاصی که اعمال حاکمیتی انجام داده‌اند، منتسب شده است. این در حالی است که دیوان در برخی آرای خود متمایل به انتساب بر مبنای ساختار دولت شده و برخی مواقع، نظریه کنترل را به کار برده است که به‌ویژه در شرکت‌های چندملیتی کاربرد وسیعی دارد و این قواعد جهت احراز مسئولیت شرکت تبعه که معمولاً در قراردادهای سرمایه‌گذاری به دنبال فرار از مسئولیت است، کاربرد دارد.

دیوان در رویه قضایی هم ماده ۴ (انتساب بر مبنای ساختار) و هم بررسی رفتاری را مدنظر قرار داده و بیشتر نظریه کنترل را به کار بسته است یعنی دو عامل، بیشترین تأثیر را در آرای دیوان ایکسید داشته است: ۱- اکثریت سهام‌داران متعلق به دولت باشد؛ ۲- افراد و مؤسساتی که به دستور و هماهنگی دولت عمل کرده‌اند. این نظر دیوان بر مبنای نظریه اصیل واقعی در حقوق شرکت‌ها در ایالات متحده شکل گرفته است. به‌طور کلی مبنای قاعده این است که چنانچه شرکت مادر، از شکل و قالب شرکت تابعه، به‌عنوان حجابی برای نیل به اهداف نامشروع خود و در نتیجه، ورود ضرر با اشخاص ثالث استفاده کند، آثار آن عمل حقوقی بر طبق این نظریه به شرکت مادر به‌عنوان اصیل واقعی و منتفع اصلی قرارداد تسری یابد که عمدتاً بر مبنای عدالت و انصاف و حفظ حقوق اشخاص ثالث صورت می‌گیرد.^{۲۴}

دیوان در پرونده *مافزینی*، اعمال تجاری را از اعمال دولتی جدا دانسته است که مورد انتقادات فراوان از سوی حقوق‌دانان قرار گرفت چرا که بر این عقیده بودند که اجماع وسیعی وجود ندارد

23. ADF v. United States, Award, 9 January 2003, ICSID Reports 470, para. 166.

24. فیضی چکاب، غلام نبی و همکاران؛ *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام*، سال ۷، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

که چه عملی حاکمیتی یا عمومی است. همین مسئله در رأی *نابل ونچرز*^{۲۵} پاراگراف ۸۲ که انعکاس‌دهنده نظر دیوان در مباحث مسئولیت است، آمده است که نشان می‌دهد یافتن پاسخ این پرسش بسیار سخت است که چرا اعمال تجاری که جزو اعمال تصدی دولت هستند، طبق تعریف نباید به دولت قابل انتساب باشند، اما اعمال دولتی که جزو اعمال حاکمیتی هستند باید قابل انتساب باشند. البته در خصوص اعمال حاکمیتی و مرز بین فعالیت دولت و اشخاص حقیقی اجماع نظر وجود ندارد. با وجود این، طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل به چنین تمیزی قائل نشده و از آن حمایت نکرده است، بلکه مسئولیت دولت در آن مطلق ذکر شده است.

در موضوعات مربوط به انتساب عمل که به دولت‌ها به‌عنوان قاعده عام حکومت دارد، چنانچه قرارداد یا دیگر اعمال دولتی متعارض با این تعهد عام ایجاد شود، نظیر آنچه در پرونده *Vivendi v. Argentina* رخ داد، دولت بر اساس ماده ۳ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت، نمی‌تواند به مقررات داخلی خود به‌عنوان دفاع در برابر نقض تعهد بین‌المللی استناد کند.^{۲۶}

۴. استانداردهای شورای حقوق بشر سازمان ملل در خصوص تعهدات شرکت‌ها

و سرمایه‌گذاران خارجی و نظریه کمیسیون حقوق بین‌الملل

رویه خصوصی‌سازی در مورد شرکت‌هایی که به خدمات عمومی دولتی مانند انرژی می‌پردازد مانع از مسئولیت دولت در این زمینه نیست؛ در حقیقت دولت‌ها این خصوصی‌سازی را در بخش خدمات عمومی با هدف فرار از مسئولیت مندرج در طرح مسئولیت دولت انجام داده‌اند، با این توجیه که خدمات انجام‌شده توسط یک ارگان دولتی نبوده است تا مسئولیت دولت محرز باشد. در زمان دبیرکلی کوفی عنان، یک گزارشگر حقوق بشر، این استانداردها را در خصوص شرکت‌های فراملی مطرح کرد: ۱- تعهدات دولت به احترام، حمایت و اجرای حقوق بشر و آزادی‌های اساسی؛ ۲- شرکت‌های تجاری به‌عنوان نهادهای تخصصی تجاری جامعه در قانون حاکم بر فعالیت‌های خود می‌بایست ضمن پایبندی به اصول حقوق بشر، به آن احترام بگذارند؛ ۳- تطابق حقوق و تکالیف با روش‌های جبران خسارت در صورت نقض آن‌ها.^{۲۷} این موارد امروزه به‌عنوان سنجه رفتاری دولت سرمایه‌پذیر و نیز سرمایه‌گذاران خارجی که در قالب شرکت‌های چندملیتی فعالیت می‌کنند، لحاظ می‌شود. باید توجه داشت که تعهدات حقوق بشری دولت سرمایه‌پذیر در نگاه کلی به تحدید حاکمیت یک دولت می‌انجامد چرا که تفسیر نهادهای ذی‌ربط از این مفهوم، متنوع است. رهنمودهای دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تعهدات عام‌الشمول مندرج در ماده

25. Noble Vuntures v. Romania, Award, ICSID Case No. ARB/01/11 (12 October 2005).

۲۶. ن.ک: ماده ۲۷ کنوانسیون وین حقوق معاهدات. در این رابطه، همچنین، تصمیم دیوان در پرونده ویوندی علیه آرژانتین: *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, 3 July 2002, 41 ILM (2002) 1135, paras. 101-107.

27. Radi, Yannick, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar, 2018, p. 223.

۴۸ طرح مسئولیت دولت‌ها راه گشاست اما در بسیاری موارد، این گونه تعهدات، مبهم یا مجمل مانده‌اند. در پروندهٔ بارسلونا تراکشن،^{۲۸} توسط دیوان بین‌المللی دادگستری این گونه عنوان شد که باید تمایزی بین تعهدات دولت سرمایه‌پذیر در اعمال حمایت دیپلماتیک او از اتباع خود و تعهدات دولت نسبت به جامعهٔ بین‌المللی وجود داشته باشد. به بیان دیگر، دولت زیان‌دیده در صورتی از حق استناد به مسئولیت دولت متخلف برخوردار است که تعهد نقض‌شده در مقابل آن دولت، جداگانه یا مقابل کل جامعهٔ بین‌المللی بوده و نقض آن به‌طور خاص، حقوق آن دولت را متأثر کند.^{۲۹} در ادامه دیوان به برخی موارد نقض حقوق بشر مانند برده‌داری و نسل‌کشی اشاره می‌کند که دولت‌ها باید از آن اجتناب کنند.^{۳۰} اما همان‌طور که در ادامه اشاره خواهد شد، در هر صورت، استانداردهای حقوق بشری به تحدید حاکمیت دولت‌ها انجامیده و برخی کشورها را به سوی خروج از کنوانسیون ایکسید سوق داده است.

۵. مسئولیت دولت بر اساس تعهد امنیت سرمایه‌گذاری دولت سرمایه‌پذیر

تعهد به ایجاد بستر لازم برای سرمایه‌گذاری یا حق سرمایه‌گذاری برای اتباع بیگانه طبق نظر پروفیسور کرافورد جزو حوزه‌های حقوق بشری است که به موازات حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

۲۸. این پرونده ازجمله پرونده‌های پیچیده در خصوص ملاک تعیین تابعیت شرکت‌های خارجی از منظر دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون حقوق بین‌الملل است. شرکت بارسلونا تراکشن در کانادا تشکیل شد. سهام‌داران اصلی آن بلژیکی بودند و فعالیت‌های شرکت در اسپانیا انجام می‌شد. دیوان تأکید کرد که بر اساس حقوق بین‌الملل، حق حمایت دیپلماتیک از شرکت برای دولتی است که شرکت طبق قوانین آن دولت تشکیل شده و در آنجا به ثبت رسیده است. برخی حقوق‌دانان از این نظر دیوان انتقاد کردند چرا که دیوان رویهٔ دولت‌ها را به‌طور کامل مورد تجزیه و تحلیل قرار نداد و دولت‌ها معمولاً برای تعیین تابعیت شرکت، به قوانین خود مراجعه می‌کنند و قواعد «محل تشکیل» و «محل ثبت» را نمی‌توان تنها قواعد عرفی حاکم در این زمینه دانست. این بحث‌ها در نهایت موجب شد که گزارشگر ویژهٔ کمیسیون حقوق بین‌الملل، علاوه بر ملاک‌های پیش‌گفته به محل فعالیت تجاری شرکت، کنترل مالی و تابعیت اکثر سهام‌داران و ملاک‌های مناسب ارتباط شرکت با یک دولت خاص جهت تعیین تابعیت آن، توجه بیشتری نماید؛ لذا دولت محل استقرار در صورتی مستحق حمایت دیپلماتیک خواهد بود که این شرایط فراهم باشد: کنترل شرکت در دست سهام‌دارانی با تابعیت غیر از دولت محل تشکیل باشد، مرکز اصلی فعالیت شرکت، دولت محل تشکیل نباشد و در نهایت اینکه مرکز امور اداری-مالی هر دو در دولت دیگر مستقر باشند. این ملاک‌ها از نظر کمیسیون نشانگر ارتباط نزدیک شرکت با آن دولت است و رد حمایت دیپلماتیک از سوی آن دولت، خلاف اصل انصاف است. جهت مطالعه بیشتر، ن. ک: سیدمرتضی حسینی، راحله؛ حمایت دیپلماتیک؛ تقابل حقوق دولت و فرد، شهر دانش، ۱۳۹۸، صص ۲۲۲-۲۱۸.

۲۹. ماده ۴۸ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت: استناد به مسئولیت دولتی به‌جز دولت زیان‌دیده، ۱- هر دولتی غیر از دولت زیان‌دیده حق دارد مطابق بند ۲ ذیل به مسئولیت دولت دیگر استناد کند اگر: الف) تعهد نقض‌شده در قبال گروهی از دولت‌ها ازجمله آن دولت بوده و این تعهد برای حمایت از منفعت جمعی گروه ذی‌ربط وضع شده باشد؛ یا ب) تعهد نقض‌شده در قبال جامعهٔ بین‌المللی در کل باشد. *مسئولیت بین‌المللی دولت متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، شهر دانش، ۱۴۰۰، ص ۲۷۸.

30. Wanhaul, Moyal, *International Investment Law and Right to Regulate*, Routledge, 2016, p. 102.

توسعه یافته است. در حقیقت، این حقوق در قالب حمایت از سرمایه‌گذاری اتباع بیگانه در حقوق بشر پیش‌بینی شده و حمایت‌های لازم از جمله حمایت دیپلماتیک از اتباع بیگانه در صورت نقض حقوق اولیه آن‌ها مانند حق دادرسی عادلانه یا ضرر مالی از طریق برخی مراجع حقوقی مانند دادگاه اروپایی حقوق بشر اعمال می‌شود.^{۳۱} در بند ۲ ماده ۳۳ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل آمده است که منظور از تعهد دولت و محدوده تعهد عبارت است از: «این بخش به هر حقی که از مسئولیت بین‌المللی دولت ناشی شده و مستقیماً به هر شخص یا نهادی غیر از دولت تعلق گیرد، خدشه‌ای وارد نمی‌کند». به بیان دیگر، این حق ایجاد شده برای سرمایه‌گذار ناشی از عدم رعایت تعهدات دولت سرمایه‌پذیر، حق عام و مطلق است.

بر اساس دکترین تعهد به حفظ امنیت سرمایه‌گذاری مندرج در پرونده لسلو و استالدی علیه الجزایر،^{۳۲} این تعهد، تعهد به وسیله شناخته شده است و نه به نتیجه، و مبنی بر این تکلیف دولت سرمایه‌پذیر است که تمام توان خود را مبنی بر امنیت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار فراهم آورد.^{۳۳} این دیدگاه، پیامدهای عملی مهمی دارد. در واقع، اگر این دسته‌بندی درست باشد، نقض استاندارد امنیت سرمایه‌گذاری به هیچ وجه به نتیجه رفتار دولت میزبان بستگی ندارد. از این رو عدم رعایت مراقبت معمول و مقتضی، نه تنها شرط لازم، بلکه شرط کافی برای نقض استاندارد امنیت سرمایه‌گذاری است. در نتیجه، وجود صدمه برای مسئولیت، بی‌اهمیت خواهد بود. بنابراین، اگر دولت میزبان، تمامیت یک سرمایه‌گذاری را به سرنوشت و تقدیر واگذار کرده باشد، صرفاً این شرایط که هیچ آسیبی در نهایت وارد نشده است، به معنای رفع تعهدات ناشی از آن نیست. تعهدات ایمنی آن‌ها (دولت سرمایه‌پذیر) تحت حقوق بین‌الملل عرفی در راستای تعهد به حفظ امنیت سرمایه‌گذار طبق پیش‌نویس طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت‌ها بین حقوق‌دانان بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان حفظ امنیت سرمایه‌گذاری بیگانگان مطرح بوده است که این تعهد دولت، از نوع تعهد به نتیجه بوده است.

بحث‌های بسیاری بین دهه‌های ۷۰ و ۸۰ میلادی در کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مفهوم تعهد به وسیله یا نتیجه در خصوص تعهد کشور سرمایه‌پذیر به منظور جلوگیری از ورود خسارت به سرمایه‌گذار خارجی شده است و برخی ورود خسارات را جهت انتساب مسئولیت دولت، ضروری دانسته‌اند و برخی صرف جلوگیری از ورود ضرر را کافی دانسته‌اند گرچه ضروری در

31. Crawford, James, *State Responsibility*, Cambridge University General Part, 2013, p. 585.

32. LESIS. p. A. And AST ALDIS. p. A. v A Igeria, Sentence, ICSID Case No. ARB/05/3 (12 November 2008), para. 153. L'investisseur que jamais rien n'arriverait à son investissement [...] L'obligation de sécurité implique dès lors que l'Etat d'accueil fasse tout ce qui est dans son pouvoir pour éviter qu'un dommage ne soit infligé aux investissements □

33. Blanco, Sebastian Mantilla, *Full Protection and Security in International Investment Law*, European Yearbook of International Economic Law, Springer, 2019, p. 338.

صورت اقدامات پیشگیرانه دولت نیز وارد شود. در این صورت، دولت پذیرنده را مسئول قلمداد نمی‌کند. برخی نیز اعلام کرده‌اند حتی با وجود امکان ورود ضرر، دولت پذیرنده می‌بایست قبل از ورود ضرر، آن را اعلان نموده تا از تعدی بیشتر به سرمایه‌گذار جلوگیری شود، گرچه طبق قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، هنوز تجاوزی صورت نگرفته باشد.^{۳۴}

۶. رویهٔ ایکسید در اعمال قاعدهٔ امنیت سرمایه‌گذاری و مسئولیت دولت سرمایه‌پذیر

در پروندهٔ شرکت برلینگتن علیه دولت اکوادور،^{۳۵} سرمایه‌گذار ادعا کرد که مقامات بومی به تعهد خود در زمینهٔ تأمین امنیت سرمایه‌گذاری عمل نکرده‌اند و در برابر فشارهای مرتبط با مخالفت‌های شدید بومی در اکوادور شکست خورده‌اند. شرط داوری مندرج در قرارداد، اجازهٔ طرح ادعا در داوری را شش ماه پس از حدوث اختلاف می‌داد. در روند داوری، طرفین در مورد اینکه آیا «درخواست‌های کمک» از سوی سرمایه‌گذار حاکی از حدوث اختلاف جهت درخواست داوری است یا صرف درخواست به معنای نقض تعهد امنیت سرمایه‌گذاری نیست، اختلاف داشتند. در این خصوص دیوان داوری در رأی خود بیان کرد: «درخواست مساعدت از سوی سرمایه‌گذار نشانگر وجود اختلاف صریح حقوقی نیست مگر آنکه اوضاع و احوال، خلاف آن را نشان دهد، یعنی دولت سرمایه‌پذیر صریحاً از تکلیف قانونی خود مبنی بر مساعدت به سرمایه‌گذار و حفظ امنیت سرمایه‌گذاری سر باز زند. این نظر در واقع تأییدی بر نظریهٔ ایجاد خسارت واقعی کمیسیون حقوق بین‌الملل است. به بیان دیگر، خسارت محتمل (در فرض بیان شده صرف درخواست مساعدت) به معنای ورود خسارت نیست، هر چند به معنی جلوگیری از ورود خسارت باشد، بلکه ورود خسارت به سرمایه‌گذار باید مسلم باشد چرا که خسارت مسلم مبنای مسئولیت بین‌المللی است نه خسارت محتمل.

بیان این رویه کمک می‌کند تا معلوم شود دیوان ایکسید، ضابطهٔ عینی ورود خسارت را مورد توجه قرار داده است و صرف درخواست کمک سرمایه‌گذار، حاکی از ایفای تعهد دولت سرمایه‌پذیر نیست، و ورود خسارت به سرمایه‌گذار باید مسلم باشد.^{۳۶}

این معیار با نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل انطباق بیشتری دارد و در پرونده‌های مختلف مطروحه در ایکسید، ملاک مسئولیت دولت در جبران خسارت وارده قرار گرفته است. در پروندهٔ *Noble Ventures v Romania* داوران در آن پرونده، نقض تعهد امنیت سرمایه‌گذاری را به

34. ILC, Summary Records of the 1478th Meeting, (12 May 1978) 1 Yearbook of the International Law Commission, 1978, paras. 13, 16 (19).

35. Burlington Resources Inc. v Ecuador, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/08/5 (2 June 2010), paras. 216, 250 et seq.

36. Blanco, Sebastian Mantilla, *op. cit.*, p. 346.

دلیل آنکه ادعای نقض تعهد منجر به خسارت مادی نشده است، رد کردند.^{۳۷} در خصوص تعهد دولت سرمایه‌پذیر به تأمین امنیت سرمایه‌گذاری اختلاف نظر شدیدی وجود دارد که آیا این تعهد، قاعده رفتاری است یا تعهد به نتیجه. برخی بر این باورند که بسته به منبع تعهد، نوع تعهد متغیر است. برخی صاحب‌نظران چنانچه در حقوق سرمایه‌گذاری با ارگان‌ها و سازمان‌های مستقیماً وابسته به دولت روبه‌رو باشند، در صورت بروز خسارت معتقدند نظریه مسئولیت مطلق حاکم است یعنی دولت می‌بایست نه‌تنها از خسارت جلوگیری، بلکه زمینه ورود خسارت را با مراقبت مقتضی^{۳۸} سد کند، در صورتی که در برخی مواقع دولت فقط در صورت ورود خسارت مسئول است.^{۳۹} بحث تعهد دولت سرمایه‌پذیر در رویه ایکسید به‌عنوان معیار پذیرفته‌شده در تعهدات دولت سرمایه‌پذیر پذیرفته شده است.^{۴۰} با توجه به ماده ۴ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت مبنی بر مسئولیت مطلق دولت، به نظر می‌رسد نظریه مسئولیت مطلق دولت در تعهد امنیت سرمایه‌گذاری مفید باشد چرا که شامل کلیه تعهدات نقض‌شده توسط دولت سرمایه‌پذیر می‌شود. یکی از صاحب‌نظران می‌گوید: «از آنجا که در دعاوی سرمایه‌گذاری نمی‌توان مسئولیت مطلق را بر دولت سرمایه‌پذیر بار کرد، با استفاده از دکترین امنیت و حمایت کامل سرمایه‌گذاری می‌توان گفت تعهد دولت فقط محدود به ورود ضرر و خسارت به سرمایه‌گذار نبوده و دولت سرمایه‌پذیر دارای مسئولیت مطلق در زمینه اقداماتی است که در حوزه امنیت و حمایت از سرمایه‌گذار می‌بایست به عمل آورد».^{۴۱} در واقع این نظریه مستمسک خوبی برای اثبات مسئولیت مطلق دولت سرمایه‌پذیر در رویه داورى ایکسید به حساب می‌آید. البته بارنمودن مسئولیت مطلق بر دولت سرمایه‌پذیر باعث تحدید حاکمیت دولت‌ها و نتیجتاً تمایل دولت‌ها به خروج از کنوانسیون

37. Noble Ventures v. Romania, *op. cit.*, para. 166.

38. *Due diligence*

39. De Brabandere, Eric, 'Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law', *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 2014, pp. 319, 333-4.

۴۰. در پرونده *AAPL v. Sri Lanka* انگلستان علیه سریلانکا به این تعهد (مراقبت معمول و مقتضی) استناد کرده و مسئولیت سریلانکا را در خصوص تخریب مزرعه پرورش میگو مطلق دانسته است، هرچند نظر نهایی دیوان، خلاف این نظر و مبنی بر این بود که تعهد مذکور مشمول بند ۲ ماده ۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت نیست و نوعی تعهد به نتیجه و بیمه ریسک سرمایه‌گذاری است جهت مطالعه بیشتر، ن.ک:

Abédjnan M. Sandrine Tanon, *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI. Droit*, Université de Bordeaux, France, 2016, p. 137.; Asian Agricultural products limited. (AAPL) v. Sri Lanka Case No. ARB/87/3 Icsid Review-Foreign Investment law journal, p. 545, available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>

41. Ralph Alexander Lorz, "Protection and Security (Including the NAFTA Approach)", in Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch (eds), *International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 764, 778.

ایکسید خواهد شد،^{۴۲} هر چند که دولت‌ها معمولاً با درج شرط «اقدامات منع‌نشده»،^{۴۳} اقداماتی را که برای حفظ منافع عمومی دولت سرمایه‌پذیر لازم است، انجام می‌دهند. محدودیت‌هایی که در اثر اعمال برخی شروط مانند شرط ثبات در برخی معاهدات شده است، اعمال حاکمیت دولت‌ها را محدود کرده است. مثلاً در پرونده دولت کنگو،^{۴۴} ضمن شرط ثبات در معاهده متعهد شد که هیچ‌گونه تغییری در مقررات مربوط به شرکت‌های خصوصی خود نمی‌دهد و شأن تقنینی خود را محدود کرد. در نتیجه دولت کنگو از سلب مالکیت بر اساس ظاهر مفاد معاهده محروم شد و معاهده به مدت ۹۹ سال ادامه پیدا کرد.

۶-۱. در دسترس بودن نهادهای حاکمیتی دولت سرمایه‌پذیر جهت حمایت از سرمایه‌گذار

دیوان ایکسید در برخی پرونده‌ها یکی از تعهدات دولت سرمایه‌پذیر را ارائه خدمات از سوی دستگاه قضایی آن دولت مطرح کرده است به‌طور مثال، در پرونده *Parkerings v Lithuania* داور این چنین رأی داد که دستگاه قضایی لیتوانی می‌بایست اطمینان حاصل کند که اختلاف حاصله، در دادرسی منصفانه و بی‌طرف مورد حل‌وفصل قرار گیرد. این تعهد دولت لیتوانی در راستای تعهد دولت بر ایجاد امنیت قضایی مطلوب به نظر دیوان، نقض شد.

۶-۲. ضابطه کنترل عملکرد

مبحث مسئولیت دولت بر اساس ضابطه کنترل، یکی از مباحث فنی حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها است که در رأی نیکاراگوئه تحولات مهمی داشته است. در این رأی، دیوان بین‌المللی دادگستری ضمن ارائه دسته‌بندی کنترل به‌صورت کنترل عمومی و کنترل مؤثر، در پاسخ به این

۴۲. به‌عنوان مثال، دولت استرالیا در ۲۰۱۱ ضمن انتقاد از داوری بین دولت و سرمایه‌گذار، معایب این‌گونه رویه داوری را تأثیرگذاری منفی بر حاکمیت خود در حمایت از ملت خویش و حفاظت از محیط‌زیست جهانی دانسته و نهایتاً هم به کنوانسیون ایکسید نپیوسته است. جهت مطالعه بیشتر، ن.ک:

Chinkin, Christine, Baetens Freya, *Sovereignty, Statehood and State Responsibility, Essays in Honor of James Crawford*, Cambridge university, 2015.

۴۳. رضایی، علی؛ «شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱۳، ۱۴۰۰، ص ۱۳۴.

44. AGIP SPA (General Oil Company of Italy v Congo), para. 70, Available at: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/fr-agip-s-p-a-v-peoples-republic-of-the-congo-sentence-friday-30th-november-1979>: En outre, l'article 11 de l'accord déclare que dans le cas où des modifications seraient apportées au droit des sociétés, des dispositions appropriées seront adoptées afin que ces modifications ne touchent pas la structure et la composition des organes de la société prévues dans l'accord et le statut de cette dernière, lequel prévoit pour la société une durée de 99 ans; Al-adba, Nasser Mechin, *The Limitation of State Sovereignty in Hosting Foreign Investments and The Role of Investor-State Arbitration to Rebalance the Investment Relationship*, phd thesis, Manchester University, 2014, p. 67.

سؤال که آیا اقدامات گروه مسلح مزدور کنترا به واسطه کنترل اقدامات آن‌ها توسط امریکا قابل انتساب به این کشور است، پاسخ می‌دهد در صورتی که امریکا کنترل مؤثر این گروه را در دست داشته، طرح مسئولیت این کشور موجه است، گرچه شرایط ضابطه کنترل عمومی محرز باشد.^{۴۵} در حقیقت، وابستگی گروه مسلح کنترا به امریکا مشخص بود اما دیوان مسئولیت حقوقی امریکا را در صورتی قابل طرح می‌داند که ثابت شود این کشور کنترل مؤثری بر عملیات نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی داشته است.^{۴۶}

در خصوص مسئولیت به‌طور سنتی در مواد طرح مسئولیت بین‌الملل دولت، بیشتر به ماهیت ساختار بازیگران حقوق سرمایه‌گذاری اشاره شده است، در حالی که رویه داورى در ایکسید بیشتر به جنبه عملکردی نظر دارد ولو اینکه به لحاظ ساختاری تمامی عناصر موجد ویژگی دولت در عامل زیان (دولت سرمایه‌پذیر) جمع نباشد.

طبق ماده ۵ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل: «اقدام شخص حقیقی یا حقوقی که طبق ماده ۴ ارگان دولت شناخته نمی‌شوند، اما قانون آن کشور، قدرت اعمال عناصری از اقتدار حاکمیتی را به آن تفویض کرده، طبق حقوق بین‌الملل، اقدام دولت مزبور محسوب می‌شود، مشروط بر آنکه شخص حقیقی یا حقوقی مزبور در مورد خاصی که مطرح است، در راستای اقتدار اعطاشده اقدام کرده باشد». همچنین در ماده ۸ طرح یادشده آمده: اگر شخص یا گروهی از اشخاص، اعمال خود را در حقیقت طبق دستورها یا هدایت یا کنترل دولت انجام داده باشند، طبق حقوق بین‌الملل باید اعمال آن افراد یا گروهی از افراد، به منزله عمل دولت تلقی شود. یکی از حقوق‌دانان شهیر^{۴۷} در شرح وارد بر طرح مواد کمیسیون مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بیان می‌دارد که «... جایی که ... دولت از مالکیت خود در کنترل یک شرکت استفاده می‌کند تا مشخصاً به نتیجه خاصی برسد، عمل ذی‌ربط به کشور منتسب است».

در نتیجه می‌توان بر آن بود که در رابطه با اصول عمومی، انتساب اعمال مسئولیت بین‌المللی مبتنی بر نظریاتی شکل گرفته است که بیشتر صاحب‌نظران، عنصر قابلیت انتساب اعمال را نیز جهت

۴۵. شرایط مربوط به کنترل عمومی و مؤثر در رویه دیوان بین‌الملل دادگستری در رأی بوسنی (دعوی بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو) انعکاس یافته و در تفسیر دیوان از ماده ۸ طرح مسئولیت دولت‌ها نیز انعکاس یافته است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۸ طرح مسئولیت دولت‌ها بیان داشت: «رفتار یک فرد یا گروهی از افراد، طبق حقوق بین‌الملل، عمل دولت محسوب می‌شود اگر این فرد یا گروه بر اساس دستور، هدایت یا کنترل دولت مزبور مرتکب رفتار متخلفانه شوند».

۴۶. عسکری، پوریا؛ «مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست‌وششم، شماره ۴۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۵.

47. Crawford, J., *The International law Commission's Articles on State responsibility*, 2002, pp. 112-113.

احراز مسئولیت به‌عنوان رکن مسئولیت بین‌المللی ذکر کرده‌اند، حال آنکه برخی^{۴۸} قائل به این امر نیستند. به‌طور کلی قابلیت انتساب عمل به اشخاص حقوق بین‌الملل و در وهله اول به دولت‌ها بر سه عامل تکیه کرده است: ۱- عامل نظارت و کنترل؛ ۲- رابطه نهادین و سازمانی؛ ۳- پیوند سرزمینی. معیار اول به‌عنوان عامل رفتار در رویه ایکسید بسیار کاربردی است و در ادامه بیشتر توضیح داده خواهد شد، چرا که داوران دیوان بیشتر به دنبال تطبیق عامل رفتاری بر بازیگران غیردولتی هستند تا قابلیت انتساب مسئولیت تسهیل شود. به‌عنوان مثال در مباحث سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی در پرونده‌های مختلف، چنانچه شرکت غیردولتی بوده اما نوع وظایف شرکت طبق اساسنامه پیاده‌سازی منویات دولت متبوعه آن شرکت بوده است یا دولت کنترل آن شرکت را مستقیماً یا غیرمستقیم در دست داشته، دیوان مسئولیت دولت را مسلم دانسته است. ماده ۹ طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره مسئولیت دولت‌ها، به رفتار ارگان‌ها تحت اختیار دولت اشاره می‌کند که چنانچه آن ارگان واجد عناصری از اقتدار حاکمه آن دولتی که آن را تحت اختیار گرفته است باشد، طبق نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، منظور از «تحت اختیار گرفتن»، همان اعمال نظارت و کنترل مؤثر است.^{۴۹}

توجه به ماهیت عملکردی در آرای ایکسید به‌عین در برخی موارد قابل مشاهده است. ازجمله در پرونده نابل ونچرز علیه رومانی، دیوان به بررسی وضعیت دو نهاد رومانیایی که دارای شخصیت حقوقی بودند، پرداخته است و مشخص شد این دو نهاد، مسئولیت اجرای سیاست خصوصی‌سازی تحت نظارت و کنترل دولت را به عهده داشته‌اند. این دو دولت در حال خصوصی‌سازی شرکت و فروش سهام دولت بودند. هیئت مدیره شرکت را نخست‌وزیر عزل و نصب می‌کرد. گرچه این دو نهاد به‌ظاهر نمی‌توانند مصداق نهاد دولتی به معنای ذکر شده در ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل باشند، چرا که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند، این رأی نهایتاً این‌گونه تصمیم‌گیری کرد که دو نهاد مزبور طبق قانون خصوصی‌سازی، مانند نهادهای عمومی ذی‌صلاح عمل کرده‌اند.^{۵۰} بنابراین، دیوان نتیجه گرفت که آن دو، نماینده دولت دولت خوانده محسوب شده و مسئول فعل‌ها و ترک‌فعل‌های موجب خسارت محسوب می‌شوند؛

۴۸. پروفیسور براونلی با زاید قلمدادکردن مفهوم قابلیت انتساب (Imputability) بر این باور است که در هر مورد، مهم، محقق شدن نقض تکلیف است. بر این اساس، مضمون و محتوای قابلیت انتساب بر طبق شیوه‌ای دقیق که در آن تعهدات قانونی ذی‌ربط تعریف می‌شوند، تفاوت می‌کند. به نظر ایشان، به‌طور مثال، صرف قصور دولت در انجام وظیفه خویش جهت حمایت کافی از خارجیان متضمن فعل یا ترک فعل مأمورین آن دولت است، اما این امر کاملاً تصنعی است که بگوییم آن فعل و ترک فعل‌های پلیس یا جمعیت حمله‌کننده به سفارت به دولت منتسب می‌شود. زمانی، سیدقاسم؛ «حقوق سازمان‌های بین‌المللی»، جلد دوم (تحصیلات تکمیلی)، شهر دانش، ۱۳۹۷، ص ۳۸.

۴۹. زمانی؛ همان، ۱۳۹۷، ص ۴۹.

50. Noble Ventures v. Romania Award, *op.cit.*, para. 69.

لذا اعمال آن‌ها قابل انتساب به خواننده و متضمن نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری است. هرچند سخت‌گیری دیوان در این پرونده که هرگونه عمل حتی اعمال تجاری را به نهادهای غیردولتی تسری داده است، برخلاف ماده ۴ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل است که معمولاً اعمال تجاری به نهادهای غیردولتی نسبت داده نمی‌شود و دیوان برخلاف برخی پرونده‌ها مانند رأی مفزینی، در رأی *نابل ونچرز* قائل به تمایز مسئولیت انتساب مسئولیت نشده است، دیوان در این رابطه اعلام کرد: در مباحث مسئولیت، در حقیقت یافتن پاسخ این پرسش بسیار سخت است که چرا اعمال تجاری که معروف به اعمال تصدی هستند، طبق تعریف نباید به دولت قابل انتساب باشند، اما اعمال دولتی که معروف به اعمال حاکمیتی هستند باید قابل انتساب باشند. طرح کمیسیون بین‌الملل به چنین تمایزی قائل نشده و از آن حمایت نکرده است.^{۵۱} در هر صورت در مباحث کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با انتساب، در خصوص فهم مشترک بر اینکه چه عملی حاکمیتی یا عمومی است، اجماع گسترده‌ای وجود ندارد، که خود این موضوع همان‌طور که در رویه ایکسید ذکر شد، موجب آرای متفاوتی با توجه به نوع نگرش دیوان به اعمال تجاری و حاکمیتی و مسئله انتساب مسئولیت به دولت سرمایه‌پذیر شده است.

۳-۶. ارتباط ضابطه کنترل و مصونیت دولت‌ها

اصل مصونیت دولت‌ها از اصول مسلم پذیرفته شده عرفی حقوق بین‌الملل است که در جای خود باید مطالعه شود اما از آنجا که برخی، اقدامات دولت را قابل تقسیم به اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی می‌دانند، اصل مصونیت اجرایی (یعنی حکم در مرحله اجرا) را نسبت به صرف اعمال حاکمیتی قابل اجرا نمی‌دانند و اعمال تصدی را از شمول صلاحیت اجرایی خارج می‌دانند. برخی ارجاع پرونده را به یک مرجع بین‌المللی داوری به منزله انصراف دولت از مصونیت تلقی کرده‌اند اما این نظر خلاف عقیده دیوان بین‌المللی دادگستری است.^{۵۲} به هر صورت در رویه داوری ایکسید به دلیل پیش‌بینی مباحث صلاحیت در مواد ۵۵ و ۶۴ اولاً مصونیت دولت‌ها به‌عنوان دفاع خواننده در جهت عدم ارجاع رأی پذیرفته نشده و چنانچه دولت پذیرنده (سرمایه‌پذیر) رأی را اجرا نکند، امکان الزام او از طریق دیوان بین‌المللی دادگستری وجود دارد. شایان ذکر است همان‌گونه که برخی استادان اشاره کرده‌اند، گرچه به موجب بند سه ماده ۵۴ کنوانسیون ایکسید، اجرای رأی مرکز باید مطابق قانون اجرای احکام دادگاه‌های کشور محل درخواست به اجرا درآید، این تمهیدات موجب رفع مشکلات اجرایی آرای مرکز نشده و به‌عنوان مثال در دعوی شرکت لیبرین ایسترن تیمبر علیه دولت لیبریا، علی‌رغم تحصیل رأی مرکز توسط شرکت مزبور، اجرای

۵۱. زمانی و حسینی؛ همان، ص ۳۲۴.

52. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening), I.C.J. Rept 2012, para. 113.

رأی در ایالات متحده به دلیل استناد دولت لیبریا به ایراد مصونیت از اجرا، با مانع مواجه شد.^{۵۳} در حقیقت در ماده (۳) ۵۴ مصونیت در مرحله اجرا مورد تأکید گرفته است و نه در مرحله شناسایی، زیرا در مرحله شناسایی طرفین با توافق خود به صورت ضمنی از مصونیت قضایی انصراف داده و حل اختلافات خود را به مرکز داوری می‌سپارند. اما در مرحله اجرا چنانچه دولتی به استناد محاکم ملی خود مانع اجرای رأی شود، کنوانسیون ایکسید را نقض نکرده است.^{۵۴} این مسئله یکی از نقاط ضعف کنوانسیون ایکسید است. در مرحله شناسایی رأی، سازوکار کنوانسیون به‌طور خودکار رأی را شناسایی می‌کند اما در مرحله اجرا این سازوکار به چشم نمی‌خورد.^{۵۵} در یک پرونده^{۵۶} دیوان چنین رأی داد: «کاملاً واضح است که مصونیت دولت یک دفاع حقوقی در مرحله اجرای اجباری رأی محسوب می‌شود اما به معنی عدم اجرای رأی محسوب نیست. عدم اجرای رأی در مرحله اجرای رأی موجبات نقض تعهدات بین‌المللی دولت را فراهم می‌آورد و به موجب مواد ۲۷ و ۶۴ کنوانسیون، نزد مراجع اقتصادی و مالی بین‌المللی، عواقب مالی و اقتصادی برای دولت متخلف خواهد داشت».

۴-۶. مراقبت معمول و مقتضی^{۵۷}

یکی از سنجه‌های رفتاری تسهیل‌کننده اثبات تقصیر، در خصوص نقض تعهدات دولت پذیرنده است؛ بدین معنا که چنانچه دولت سرمایه‌پذیر، میزان لازم از دقت را نداشته باشد، اثبات ادعا از طرف سرمایه‌گذار به‌سهولت انجام می‌پذیرد. این معیار رفتاری را برخی حقوق‌دانان ارائه کردند تا میزان پایبندی دولت میزبان نسبت به حقوق اتباع بیگانه در حوزه سرمایه‌گذاری رعایت شود. در رأی دیوان ایکسید در پرونده اس‌ای علیه آرژانتین، دیوان در رأی خود مقرر داشت: «اقدامات معقول پیشگیرانه است که می‌توان انتظار داشت یک دولت ساختارمند (متعارف) در این شرایط اعمال کند». بنابراین به واسطه این معیار، اثبات مسئولیت دولت به‌سهولت انجام می‌پذیرد.

۵۳. جنیدی، لعیا؛ اجرای آرا داوری بازرگانی خارجی، شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۶۷.

54. H.Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University press, 2009, p. 1154.

55. Habyev, Resul, *Diplomatic Protection as a Dispute Settlement Mechanism in Investor-State Arbitration, in the Light of Modern International Law*, Department of Law Brunel University, London, 2018, p. 167; Hober Kaj, *Cross-examination in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 12.

56. *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No.ARB/84/4, Interim Order No.1 Concerning Guinea's Application for Stay of Enforcement of the Award dated August 12, 1988, ICSID Reports.

57. *Due diligence*

۷. استفاده ابزاری از حقوق بشر در رویه داورى سرمایه‌گذاری ایکسید

اگرچه مفهوم قرارداد منصفانه و عادلانه در رویه داورى ایکسید لحاظ شده است،^{۵۸} بدین معنا که دولت میزبان نمی‌تواند با سوءاستفاده از حق حاکمیت خود یا رفتار تبعیض‌آمیز، فساد و اعمال فشار در رویه داورى، مانع روند رسیدگی داورى شود،^{۵۹} در رویه داورى ایکسید، برخورد با مفاهیم حقوق بشر مانند حق دسترسی به آب سالم با چالش روبه‌رو است. به‌طور مثال، پرونده *آزوریکس*^{۶۰} در خصوص اعطای امتیاز تأمین آب آشامیدنی بین ایالت بوینس آیرس و شرکت امریکایی *آزوریکس* در دیوان داورى ایکسید مطرح شد. در این پرونده به دلیل وجود آلودگی قارچی در منابع آب آشامیدنی، آرژانتین مشترکین خود را تشویق به عدم پرداخت هزینه مصرفی آب خود کرد. این دولت در توجیه این اقدام و اینکه آیا منظور این دولت سلب مالکیت بوده است، مستند خود را محافظت از حق شهروندان بر آب آشامیدنی اعلام و اذعان کرد که تزامم پیش‌آمده بین تعهدات ناشی از معاهده دوجانبه و تعهدات حقوق بشری باید به نفع تعهدات حقوق بشری فیصله یابد اما دیوان علی‌رغم پذیرش اقدامات آرژانتین در راستای منافع ملی، استدلال حقوق بشری آرژانتین را نپذیرفت و تضادی بین تعهدات ناشی از معاهده و حقوق بشر احراز نکرد. جالب آنکه دیوان در همین پرونده در راستای حقوق مالکانه سرمایه‌گذار به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر استناد می‌کند اما استدلال حقوق بشری دولت آرژانتین را نمی‌پذیرد. دلیل دیگری که استفاده ابزاری از حقوق بشر را در رویه داورى سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد، سرکوب اعتراضات کارگری و اعتراض به شرایط نامساعد معیشتی کارگران به بهانه استفاده از شرط حمایت کامل و امنیت در معاهدات سرمایه‌گذاری است.^{۶۱}

۵۸. رعایت اصول حقوق بشر به عنوان قواعد عرفی نظام حقوق بین‌الملل حاکم بر سرمایه‌گذاری در برخی آراء داورى مرکز

ایکسید، کاملاً مورد توجه بوده است. به‌طور مثال ن.ک:

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Award, No. ARB/06/5, 15 April 2009, para 78, pp. 30-31.

جهت مطالعه بیشتر در خصوص متعادل‌سازی مفهوم قرارداد منصفانه و عادلانه بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان ر.ک:

Chaisse, Julien, *Paradigm Shift in International Economic Law Rule Making*, Springer, 2017, p. 269.

۵۹. Brown, Chester, *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University press, 2011, p. 225 .

۶۰. نصراللهی شهری، نیما؛ «بررسی جایگاه قواعد حقوق بشر در رویه و ساختار دیوان داورى ایکسید»، رساله دکتری حقوق

بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۶، ص ۱۳۲.

۶۱. Kube, Vivian, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, Springer, 2019, p. 173.

نتیجه

به نظر می‌رسد عموم و اطلاق مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و همچنین مبانی تعهدات و مسئولیت عام دولت سرمایه‌پذیر در حوزه امنیت سرمایه‌گذاری و بهره‌گیری از دکترین تعهدات دولت سرمایه‌پذیر در بحث مراقبت مقتضی، امکان استفاده از مواد طرح مسئولیت بین‌المللی در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی در رویهٔ ایکسید را فراهم آورده و حمایت دیپلماتیک و استناد به حقوق داخلی در راستای فرار از این مسئولیت در رویهٔ داوری ایکسید پذیرفته نشده است. علی‌رغم معیار مختلط مرکز داوری در تفکیک اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی دولت‌ها جهت انتساب مسئولیت دولت پذیرنده، این موارد در کنار صلاحیت عام مرکز داوری ایکسید و استناد به مواد طرح کمیسیون مسئولیت دولت‌ها و نیز ضابطهٔ کنترل در مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، باعث شده تا احراز مسئولیت دولت‌ها علاوه بر ضوابط حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از طرق قواعد عام مسئولیت بین‌المللی هم قابلیت استناد در روند داوری ایکسید داشته باشد. در رویهٔ داوری ایکسید اگرچه حقوق بشر به‌عنوان عامل تحدیدکنندهٔ حاکمیت دولت سرمایه‌پذیر ظهور یافته است و شاید در ظاهر به نفع سرمایه‌گذاری خارجی به نظر برسد، دولت‌ها تمایلی به تحدید حاکمیت و مصونیت خود ندارند و با توسل به مصونیت اجرایی، آرای ایکسید بی‌نتیجه خواهد ماند. به نظر می‌رسد تحول دکترین در حوزهٔ مسئولیت دولت‌های پذیرندهٔ سرمایه و تعادل بین حمایت از دولت‌ها در رویهٔ داوری ایکسید و عدم استفادهٔ ابزاری از حقوق بشر جهت حفظ منافع دول صنعتی و پیش‌بینی مرجعی جهت تجدیدنظر در مرکز داوری که با اصل انصاف نیز تطابق بیشتری دارد، امنیت سرمایه‌گذاری را به شکل بهتری محقق خواهد کرد و تا زمان اصلاح رویکرد رویهٔ داوری ایکسید، پیوستن به این کنوانسیون به دلایل مختلف به صلاح نیست و باعث تضییع حقوق ملی کشورهای در حال توسعه می‌شود. به نظر می‌رسد علاوه بر قراردادن مرجع تجدیدنظر در خصوص آرای صادره، لازم است در تعریف مفهوم حقوق بشر و رعایت حقوق ملی در دکترین حقوقی ایکسید بازنگری شود.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

۱. ابراهیم گل؛ مسئولیت بین‌المللی دولت متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، شهردانش، ۱۴۰۰.
۲. امین‌زاده، الهام؛ مجموعه مقالات همایش حل‌وفصل اختلاف در صنعت انرژی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۹.
۳. جنیدی، لعیا؛ اجرای آرا داورى بازرگانی خارجی، چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۹۵.
۴. زمانی، سیدقاسم؛ حقوق سازمان‌های بین‌المللی، جلد دوم (تحصیلات تکمیلی)، شهر دانش، ۱۳۹۷.
۵. _____؛ اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۹۸.
۶. سیدمرتضی حسینی، راحله؛ حمایت دیپلماتیک؛ تقابل حقوق دولت و فرد، شهر دانش، ۱۳۹۸.
۷. شیروی، عبدالحسین؛ داورى تجاری بین‌المللی، چاپ هفتم، سمت، ۱۳۹۶.
۸. ضیائی بیگدلی، محمدرضا؛ حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۹۵.
۹. عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۴.

- مقاله

۱. حبیب‌زاده، توکل و عقیفه غلامی؛ «نقش شرط فراگیر در حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان در پرتو رویه داورى ایکسید»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وپنجم، شماره ۵۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۲. زمانی، سیدقاسم و امیر درون‌پرور؛ «پویایی مفهوم سرمایه‌گذاری در پرتو متدولوژی‌های احراز صلاحیت ایکسید»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۹، ۱۳۹۴.
۳. سیدمرتضی حسینی، راحله؛ «صلاحیت ایکسید در پرتو رأی ۲۰۱۸ این دیوان در دعوی شرکت ماسدار علیه دولت اسپانیا درمورد سرمایه‌گذاری درحوزه انرژی‌های تجدیدپذیر»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۴. عزیزى، ستار؛ «دفاع مصونیت دولت پس از پذیرش ارجاع اختلاف به داورى بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۵. رضایی، علی؛ «شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳، ۱۴۰۰.

۶. قنبری جهرمی، محمدجعفر و محمود منصور وصالی؛ «تحول نظام مسئولیت بین‌المللی دولت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، ۱۳۹۴.
۷. عسکری، پوریا؛ «مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و ششم، شماره ۴۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
۸. عمیدی مهر، الهام و سیدجمال سیفی؛ «رابطه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در حوزه انتساب مسئولیت به دولت در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه علمی پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۹، ۱۳۹۹.
۹. طهماسبی، مرضیه و لیلا رئیسی؛ «رابطه حقوق بشر و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در پرتو رویه ایکسید»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۴، بهار و تابستان ۱۴۰۰.
۱۰. فیضی چکاب، غلام نبی و همکاران؛ «اجرای قاعده اصیل واقعی در شرکت‌های مادر و تابعه: مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا، فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام، سال ۷، شماره ۳، ۱۳۹۹.

- رساله

۱. براتی دارانی، علی‌اکبر؛ «رژیم صلاحیت مرکز حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی» (ICSID) و آثار آن بر تحول مفهوم حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۰.
۲. حسخانی، علی؛ «چالش‌های اجرای آرای داوری‌های صادره توسط دیوان‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸.
۳. رهنما، علی؛ «شناسایی و اجرای آرای داوری ایکسید در پرتو اصل مصونیت دولت‌ها»، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه تهران، پردیس البرز، ۱۳۹۷.
۴. نصراللهی شهری، نیما؛ «بررسی جایگاه قواعد حقوق بشر در رویه و ساختار دیوان داوری ایکسید»، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۶.

ب. انگلیسی و فرانسه

- Books

1. Abédjnan M. Sandrine Tanon. *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, Droit, Université de Bordeaux, France. 2016.
2. Blanco Sebastian, Mantilla, *Full Protection and security in international investment law*, European Yearbook of International Economic Law, Springer, 2019.

3. Brown, Chester, *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University press, 2011.
4. Chaisse, Julien, *Paradigm Shift in international economic law rule making*, springer, 2017.
5. Chinkin, Christine, Baetens Freya, *Sovereignty, Statehood and State Responsibility, Essays in Honor of James Crawford*, Cambridge university, 2015.
6. Crawford, J. *State responsibility (general part)*, Cambridge University press, 2013.
7. Crawford, J. *The International law Commission's Articles on State responsibility*, Cambridge University press, 2002.
8. De Brabandere, Eric, *Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law*, Syracuse J. Int'l L. & Com. 2014.
9. Habbyev, Resul, *Diplomatic Protection as a Dispute Settlement Mechanism in Investor-State Arbitration, in the Light of Modern International Law*, Department of Law Brunel University, London, 2018.
10. Ho, Jean, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University press, 2018.
11. Hober Kaj, *Cross-examination in International Arbitration*, oxford university press, 2014.
12. Kenfack, Hugues, *Droit du Commerce International*, 7^e édition, Dalloz, 2019.
13. Kube, Vivian, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, Springer, 2019.
14. Lorz, Ralph Alexander, 'Protection and Security (Including the NAFTA Approach)' in Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch (eds), *International Investment Law (Nomos, Baden-Baden)*, 2015.
15. Shreuer, Christoph, *The ICSID convention a commentary*, second edition, Cambridge University press, 2009.
16. Radi, Yannick, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar, 2018.
17. Wanhaul, Moyal, *International Investment Law and Right to Regulate*, Routledge, 2016.

- Articles

1. Shreuer, Christoph, "Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 1:1, 2014.

- Thesis

1. Al-adba, Nasser Mechin, *The Limitation of State Sovereignty in Hosting Foreign Investments and The Role of Investor-State Arbitration to Rebalance the Investment Relationship*, phd thesis, Manchester University, 2014.

- Cases

1. ADF v. United States, Award, 9 January 2003, ICSID Reports 470.
2. AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1.
3. Arbitration between Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, Resubmitted Case, Award (20 August 2007).
4. Asian Agricultural products limited. (AAPL) v. Sri lanka Case No. ARB/87/3.
5. Azurix v Argentina, ICSID Case No ARB/01/12, Award, 14 July 2006.
6. Burlington Resources Inc. v Ecuador, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/08/5 (2 June 2010).
7. CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award (12 May 2005) at paras 302-331, ICSID, ORIL IIC 65; CMS Gas Transmission Company v Argentina, Decision on Annulment, (25 September 2007).
8. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No.ARB/07/24, Award, Jun 18, 2010.
9. ICSID, Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Award, No. ARB/06/5, 15 April 2009.
10. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening), I.C.J. Reprot, 2012.
11. LESIS. p. A. And ASTALDIS.p.A. v. A lgeria, Sentence, ICSID Case No.ARB/05/3 (12November 2008).
12. Maffezini, v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7
13. Noble Ventures v. Romania, Award, ICSID Case No. ARB/01/11 (12 October 2005).
14. Oil Platforms (Iran v. United States), Judgment Merits (2003) ICJ, ICJ Rep 161.
15. Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands BV v. Turkey, Award (10 March 2014) at, ICSID, ORIL IIC 641.
16. Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case, No.ARB/84/4, Interim Order No.1 Concerning Guinea s Application for Stay of Enforcement of the Award dated August 12, 1988, ICSID Reports.
17. No.ARB/84/4, Interim Order No.1 Concerning Guinea s Application for Stay of Enforcement of theAward dated August 12, 1988, ICSID Reports.
18. Vivendi v. Argentina, Decision on Annilment, 3 July 2002, 41 ILM (2002) 1135.

- Documents

1. ILC, Summary Records of the 1478th Meeting, (12 May 1978), Yearbook of the International Law Commission, 1978.