




University of Tehran Press

Reparation of Damages arising from Armed Conflicts in International Investment Claims

Ali Shahbazian^{1✉}

1. Ph.D in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: Ali.Shahbazian@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 1335-1355</p> <hr/> <p>Received: 2019/11/30 Received in revised form: 2020/02/08 Accepted: 2020/02/18 Published online: 2023/09/23</p> <hr/> <p>Keywords: <i>reparation, foreign investment, armed conflicts, bilateral investment treaties.</i></p>	<p>Despite increasing armed conflicts and the resulting damages to civilians, including foreign investors, no specific regime has been envisaged in international law to compensate for such damages to investors. As a result, for reparation of damages caused by armed conflicts, investors resort to the so-called war clause in investment treaties as well as the general international law on reparation for wrongful acts. But this practice, as will be argued, has many ambiguities that may affect the rights of both the host state and the investor. While sovereignty considerations such as public order or national security can make it difficult to prove government responsibility in armed conflicts, the war clause provides an additional layer of protection for investors, but does not eliminate traditional investor-protection standards. All the same, the war clause makes the investor's right to reparation subject to strict requirements, such as proving the cause of damages and absence of military necessity, which is difficult in armed-conflict situations. It would be more sound to burden the state that has used military force with proving military necessity. In evaluating the damages, arbitration courts are expected to pay attention to emergency situation and its impact on the interests of both parties.</p>
How To Cite	Shahbazian, Ali (2023). Reparation of Damages arising from Armed Conflicts in International Investment Claims. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 53 (3), 1335-1355. DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2020.292527.2258
DOI	10.22059/JPLSQ.2020.292527.2258
Publisher	University of Tehran Press. 



انتشارات دانشگاه تهران

فصلنامه مطالعات حقوق عمومی

شاپا الکترونیکی: ۱۳۳۹-۲۴۲۳

دوره: ۵۳، شماره: ۳

پاییز ۱۴۰۲

Homepage: <http://jplsqt.ut.ac.ir>

جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی

علی شهبازیان^۱

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: ali.shahbazian@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۱۳۳۵-۱۳۵۵</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۰۹</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۳۹۸/۱۱/۱۹</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۲۹</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: جبران خسارت، سرمایه‌گذاری خارجی، مخاصمات مسلحانه، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری.</p>	<p>با وجود افزایش مخاصمات مسلحانه و آسیب‌های وارده به غیرنظامیان از جمله سرمایه‌گذاران خارجی، رژیم خاصی برای جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه در حقوق بین‌الملل پیش‌بینی نشده است. در نتیجه، سرمایه‌گذاران به‌منظور جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه، به شرط جنگ مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری و قواعد حقوق بین‌الملل در خصوص جبران خسارت ناشی از اعمال متخلفانه متوسل می‌شوند، اما این رویه ابهامات زیادی دارد که بر منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذار بسیار تأثیرگذار است و در مقاله حاضر به آنها پرداخته شده است. از آنجا که ملاحظات حاکمیتی مانند نظم عمومی یا امنیت ملی می‌تواند اثبات مسئولیت دولت را در شرایط مخاصمات مسلحانه دشوار سازد، شرط جنگ یک لایه حمایتی اضافه برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند، اما استانداردهای سنتی حمایت از سرمایه‌گذار را از بین نمی‌برد. اگرچه شرط جنگ، حق سرمایه‌گذار مبنی بر جبران خسارت را منوط به الزامات سختگیرانه‌ای مانند اثبات منشأ آسیب و نبود ضرورت نظامی می‌کند که در شرایط مخاصمات مسلحانه بسیار دشوار است. معقول‌تر است که اثبات ضرورت نظامی وظیفه کشوری باشد که از نیروی نظامی استفاده کرده است. انتظار می‌رود دیوان‌های داوری در این‌گونه دعاوی، در محاسبه جبران خسارت به وجود شرایط اضطراری و تأثیر آن بر منافع طرفین توجه کافی داشته باشند.</p>
استناد	<p>شهبازیان، علی (۱۴۰۲). جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، ۵۳ (۳)، ۱۳۳۵-۱۳۵۵.</p> <p>DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2020.292527.2258</p>
DOI	10.22059/JPLSQ.2020.292527.2258
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

در سالیان اخیر، افزایش مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی در سراسر جهان و در سطوح مختلف اعم از جنگ، آشوب، شورش و ترور به وضوح قابل مشاهده است. به عنوان مهم‌ترین پیامد این مخاصمات می‌توان از ورود خسارت به اشخاص و اموال غیرنظامی نام برد که سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری‌های خارجی از اهم موارد آن به‌شمار می‌روند. با وجود این پیامدهای گسترده، رژیم حقوقی خاصی در حقوق بین‌الملل عام به‌منظور رسیدگی به دعاوی جبران خسارت ناشی از مخاصمات مسلحانه وجود ندارد. در نتیجه سرمایه‌گذاران به‌منظور جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه به حمایت‌های موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری و قواعد عام جبران خسارت برای اعمال متخلفانه بین‌المللی متوسل می‌شوند. به بیان دقیق‌تر، سرمایه‌گذاران در مرحله اول، با به‌کار انداختن سازوکار معاهداتی حل‌وفصل اختلاف، کشورهای میزبان را به داوری فرا خوانده و جهت اثبات مسئولیت دولت و لزوم پرداخت خسارت به نقض شرط جنگ^۱ مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری میان دولت متبوع خود و کشور میزبان استناد می‌کنند و در مرحله دوم در خصوص استانداردهای جبران خسارت و شیوه‌های محاسبه آن نیز به قواعد عام حقوق بین‌الملل در خصوص جبران خسارت ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی رجوع می‌کنند. هریک از این مراحل پیچیدگی‌ها و ابهام‌های زیادی دارد که بر منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذار بسیار تأثیرگذار است. با وجود این، رسیدگی به ابعاد حقوقی آنها تاکنون مغفول مانده است.

در این مقاله با رجوع به معاهدات سرمایه‌گذاری و قواعد جبران خسارت ناشی از اعمال متخلفانه در حقوق بین‌الملل و همچنین بررسی رویه دیوان‌های داوری در به‌کارگیری این قواعد، به شفاف‌سازی ابهام‌ها، الزامات و تمایزات موجود در شرط جنگ مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری و ابهام‌های موجود در استانداردهای جبران خسارت، روش‌های ارزیابی، تاریخ ارزیابی و ضروریات نظامی که در دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بسیار مناقشه‌برانگیز شده است، پرداخته می‌شود تا از این رهگذر تعادلی میان منافع سرمایه‌گذار و منافع دولت میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه برقرار شود.

اهمیت روشن کردن ابهام‌های موجود در زمینه جبران خسارت ناشی از مخاصمات مسلحانه در آن است که نتایج این‌گونه دعاوی، تأثیرات مهمی بر دولت میزبان از نظر تعیین اولویت‌های ملی و تخصیص منابع و همچنین بر سرمایه‌گذار در خصوص تصمیم‌گیری به سرمایه‌گذاری در مناطق درگیر مخاصمه یا مستعد مخاصمه خواهد داشت.

در گفتار اول این مقاله به ابهام‌ها، الزامات و تمایزات موجود در شرط جنگ مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری پرداخته می‌شود که به‌طور خاص به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در زمان

مخاصمات مسلحانه طراحی شده‌اند. در گفتار دوم به ابهام‌های موجود در زمینه جبران خسارت از جمله استانداردهای جبران خسارت، شیوه‌های ارزیابی، تاریخ ارزیابی و ضروریات نظامی پرداخته می‌شود که تغییری کوچک در هر کدام از آنها می‌تواند به از بین رفتن عواید سرمایه‌گذاری خارجی برای سرمایه‌گذار یا دولت میزبان منجر شود. در گفتار سوم به بررسی رویه داوری پرداخته می‌شود تا ابهام‌های مربوط به چگونگی رسیدگی محاکم به مسئله جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه برطرف شود.

۲. گفتار اول: شرط جنگ، انواع و ویژگی‌های آن با توجه به رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی

بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری دارای شرط جنگ هستند که رژیم خاصی را برای جبران خسارات در زمان مخاصمات مسلحانه اعم از وضعیت‌های اضطراری، انقلاب، شورش، آشوب خیابانی یا رویدادهای مشابه ایجاد می‌کند. چنین مقرراتی می‌تواند برای سرمایه‌گذاران مفید باشد، زیرا با ایجاد یک رژیم قانونی خاص برای تعهدات دولت میزبان سرمایه‌گذاری در زمان جنگ و آشوب‌های داخلی، بر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مانند قواعد ضرورت^۱ و فورس ماژور^۲ ارجحیت می‌یابد (آنکتاد، ۲۰۰۷: ۵۲).

اگرچه شرط جنگ در معاهدات سرمایه‌گذاری کشورهای مختلف زبان متفاوتی دارد، ویژگی‌های آنها مشترک است. شرط جنگ می‌تواند به‌طور کلی به دو دسته تقسیم شود؛ شرط جنگ ساده که تنها بیانگر تعهد دولت میزبان به عدم تبعیض است و شرط جنگ موسع^۳ که تعهد به جبران خسارت را نیز در برمی‌گیرد. در ذیل شرط جنگ ساده، شرط جنگ موسع و ارتباط این شرط با دیگر استانداردهای معاهداتی و قلمرو اعمال آنها را به‌منظور رفع شدن ابهام‌های موجود، مورد بحث قرار می‌دهیم.

۲.۱. انواع شرط جنگ

شرط جنگ را می‌توان به دو نوع ساده و موسع تقسیم کرد. شرط جنگ ساده بیانگر تعهد دولت به عدم تبعیض است؛ به این معنا که استانداردهای رفتار ملی^۴ و دولت کامله‌الوداد^۵ در زمان جبران خسارات ناشی از جنگ، شورش و دیگر مخاصمات مسلحانه در قبال سرمایه‌گذاران باید رعایت شوند. این شرط در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مدرن، رایج است و به‌طور معمول دارای الزامات زیر است:

الف) خسارات تحت پوشش این شرط، باید به‌طور مستقیم از خود اقدام‌های نظامی یا جنگ ناشی شده باشد؛
 ب) دولت میزبان باید هر اقدامی را که در رابطه با این‌گونه خسارات انجام داده است، به سرمایه‌گذار تحت حمایت معاهده سرمایه‌گذاری نیز تسری دهد.

1. Necessity
2. Force Majeure
3. Extended War Clause
4. National Treatment
5. Most Favored Nation

برای مثال در ماده ۹ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و ژاپن در سال ۲۰۱۶ آمده است: «سرمایه‌گذاران هر طرف معاهده که سرمایه‌گذاری آنها در قلمرو طرف دیگر بر اثر مخاصمه مسلحانه، انقلاب، شورش، منازعات داخلی یا هر وضعیت اضطراری مشابه دچار آسیب شود، در خصوص اعاده به وضع سابق، پرداخت خسارت یا هر نوع حل و فصل اختلاف نباید مورد رفتاری کمتر از سرمایه‌گذاران خود دولت میزبان یا سرمایه‌گذار کشور ثالث؛ هر کدام که مطلوب‌تر بود، قرار گیرند. هر پرداختی که به‌منظور جبران خسارت صورت می‌گیرد، باید به‌طور مؤثر قابلیت نقدشوندگی، انتقال آزادانه و تبدیل به ارزهای قابل استفاده به نرخ رایج را داشته باشد» (Iran-Japan BIT, 2016: Art. 9).

ماده ۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کره و ترکیه^۱، بند ۲ ماده ۱۱۰۵ موافقت‌نامه^۲ تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)^۳ و ماده ۱۴ موافقت‌نامه^۴ توسعه، حمایت و تضمین سرمایه‌گذاری^۵ در میان کشورهای عضو سازمان همکاری‌های اسلامی^۶ نیز دارای شرط جنگ ساده هستند.

در واقع در خصوص شرط جنگ ساده باید گفت که این شرط، تعهدی به جبران خسارات وارده بر اثر مخاصمات مسلحانه ایجاد نمی‌کند، بلکه صرفاً بیان می‌کند که اگر دولت میزبان برای اتباع خود یا کشور ثالث جبران خسارت کند، باید آن را با همان شرایط به سرمایه‌گذار نیز تسری دهد. در صورتی که برای هیچ‌کس جبران خسارت صورت نگرفته باشد، هیچ تعهدی به جبران خسارت برای سرمایه‌گذار مورد حمایت معاهده سرمایه‌گذاری نیز وجود ندارد. محدوده اعمال این نوع مقررات به‌طور خاص به مخاصمات مسلحانه اعم از جنگ، شورش یا رویدادهای مشابه بازمی‌گردد.

در رأی پرونده «سی.ام.اس علیه آرژانتین» در سال ۲۰۰۵، دیوان در مورد شرط مشابهی در ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و ایالات متحده آمریکا بیان داشت: «معنای ساده این ماده آن است که رفتار دولت میزبان با سرمایه‌گذار خارجی در خصوص اقدام‌های

۱. دولت میزبان نباید با اتباع یا شرکت‌های طرف دیگر معاهده که سرمایه‌گذاری آنها بر اثر جنگ یا دیگر مخاصمات مسلحانه، قیام یا رویدادهای مشابه دچار آسیب شده است، رفتاری کمتر از رفتار با اتباع و شرکت‌های خود یا اتباع و شرکت‌های طرف ثالث، هر کدام که مناسب‌تر بود، داشته باشد (Korea-Turkey BIT, 1991: Art. 7).

۲. دولت متعهد است در مورد اقدام‌هایی که در خصوص خسارات وارده بر اثر مخاصمات مسلحانه یا منازعات داخلی انجام می‌دهد، رفتار غیر تبعیض‌آمیزی نداشته باشد (NAFTA, 1994: Art. 1105).

3. The North American Free Trade Agreement (NAFTA)

۴. در خصوص جبران خسارت زیان‌های وارده به دارایی‌های فیزیکی سرمایه‌گذار بر اثر مخاصمات بین‌المللی یا آشوب‌های داخلی یا اقدام‌های قهرآمیز عمومی، سرمایه‌گذار نباید مورد رفتاری کمتر از آنچه کشور میزبان برای سرمایه‌گذاران داخلی یا دیگران معمول می‌دارد، واقع شود (OIC Investment Agreement, 1981: Art. 14).

5. Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments

6. Organization of the Islamic Conference (OIC)

مربوط به جبران خسارات ناشی از وضعیت‌های اضطراری نباید با رفتاری که با اتباع خود یا دیگر سرمایه‌گذارهای خارجی دارد، متفاوت باشد. این ماده تضمین می‌کند که هر اقدامی که به‌منظور جبران یا کاهش خسارت صورت می‌گیرد، به‌صورت غیر تبعیض‌آمیز خواهد بود» (ICSID, 2005: Para.375).

برخی معاهدات دارای شرط جنگ موسع هستند. شرط جنگ موسع نیز بیانگر استاندارد عدم تبعیض در زمان مخاصمات اعم از شرایط اضطراری، انقلاب، شورش، آشوب‌های داخلی یا دیگر رویدادهای مشابه است، اما از این سطح فراتر می‌رود و تعهد به جبران خسارت را نیز در خود جای می‌دهد. جبران خسارت طبق این شرط یک امر اختیاری برای دولت نیست، بلکه یک تعهد است. اگرچه این تعهد به‌طور معمول تنها در مورد جبران خسارت مصادره است یا جبران خسارت اموالی که تخریب آنها به‌دلیل انجام عملیات نظامی نبوده یا با ضرورت نظامی توجیه‌پذیر نباشد (Ostransky, 2015: 144). به بیان دیگر، طبق این شرط، تخریب سرمایه‌گذاری توسط نیروهای دولت میزبان یا مقامات آنها در صورتی که شرایط ضروری چنین اقتضایی نداشته باشد و همچنین در زمان مصادره سرمایه‌گذاری، مستلزم جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر است.

ماده ۶ معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه میان ایران و اتریش در سال ۲۰۰۱، مثالی برای شرط جنگ موسع است که بیان می‌دارد: «سرمایه‌گذاران هریک از طرف‌های متعاقد که سرمایه‌گذاری آنها به‌علت مخاصمه مسلحانه، انقلاب یا حالت اضطراری یا وقایع مشابه در قلمرو طرف متعاقد دیگر دچار خسارت یا زیان شود، از رفتاری که نسبت به رفتار طرف متعاقد مزبور با سرمایه‌گذاران خود یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث در خصوص خسارات یا زیان‌ها نامساعدتر نباشد، برخوردار خواهند بود.

بدون لطمه به بند ۱ این ماده، سرمایه‌گذار یک طرف متعاقد که در هریک از موقعیت‌های ذکرشده در آن بند متحمل زبانی در قلمرو طرف متعاقد دیگر شود که ناشی از موارد زیر باشد:

الف) ضبط سرمایه‌گذاری او یا قسمتی از آن توسط نیروهای مسلح یا مقامات طرف اخیرالذکر؛
ب) تخریب سرمایه‌گذاری او یا قسمتی از آن توسط نیروهای مسلح یا مقامات طرف اخیرالذکر که ناشی از ضرورت موقعیت نبوده باشد، از اعاده مال یا پرداخت خسارت فوری، کافی و مؤثر برخوردار خواهد شد» (Iran-Austria BIT, 2001: Art. 6).

بند ۱ ماده مذکور، بیانگر استاندارد دولت کامله‌الوداد و رفتار ملی در خصوص تعهد به پرداخت هر نوع خسارت ناشی از مخاصمه مسلحانه، انقلاب یا حالت اضطراری یا وقایع مشابه است.

یک نمونه دیگر از شرط جنگ موسع را می‌توان در ماده ۴ معاهده سرمایه‌گذاری میان عمان و انگلستان در سال ۱۹۹۵ یافت: «اگر سرمایه‌گذاری اتباع یا شرکت‌های یک طرف معاهده در قلمرو طرف دیگر بر اثر جنگ یا دیگر مخاصمات مسلحانه، انقلاب، شرایط اضطراری ملی، طغیان، قیام یا شورش دچار آسیب شود، دولت میزبان در خصوص اعاده به وضع سابق، غرامت و پرداخت خسارت یا دیگر انواع

حل و فصل اختلاف نباید با وی رفتاری کمتر از اتباع یا شرکت‌های خود یا اتباع و شرکت‌های کشور ثالث داشته باشد. خسارت پرداختی می‌بایست قابل انتقال باشد.

بدون لطمه به بند ۱ این ماده، اتباع و شرکت‌های یکی از طرفین معاهده که در وضعیت‌های یادشده در بند مذکور در قلمرو طرف دیگر معاهده در نتیجه مصادره اموال آنها توسط نیروهای نظامی یا مقامات دولت میزبان؛ تخریب اموال آنها توسط نیروهای نظامی یا مقامات دولت میزبان که ناشی از عملیات نظامی یا ضرورت شرایط نباشد، دچار خسارت شوند، باید اعاده به وضع سابق شوند یا غرامت کافی به آنها پرداخت شود. پرداخت صورت گرفته می‌بایست آزادانه قابل انتقال باشد» (Oman-United Kingdom BIT, 1995: Art.4).

تفاوت مهم و شایان توجه میان ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و اتریش که در بالا به آن اشاره شد و شرط حاضر، آن است که در مورد دوم، تنها وصفی که برای جبران خسارت قید شده است، «کافی» بودن است. در نتیجه مشخص نیست که آیا جبران خسارت براساس استاندارد ارزش منصفانه بازار صورت می‌گیرد یا مبلغ کمتری کافی خواهد بود. اضافه کردن «شورش» در این بین تضمین می‌کند که آشوب‌های در مقیاس کوچک نیز تحت پوشش قرار گرفته است.

براساس مواد مذکور به نظر می‌رسد که شرط جنگ مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری همسان نیستند و زبان واحدی ندارند، اما الزامات نسبتاً مشابهی را منعکس می‌کنند. عبارات «عملیات نظامی» و «ضرورت شرایط» که در این مواد به کار رفته است، در واقع اشاره‌ای غیرمستقیم به قواعد مربوط به ضرورت نظامی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. ضرورت نظامی به طرف‌های مخاصمه اجازه می‌دهد که در حدود حقوق جنگ، از هر نوع و میزان زور لازم برای تحمیل شکست و سلطه کامل بر دشمن با صرف کمترین هزینه از لحاظ مالی، جانی و زمانی استفاده کنند (زمانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۷۱۸). طبق این مقررات در صورت وقوع مصادره کل یا قسمتی از سرمایه‌گذاری، وظیفه دولت میزبان به اعاده به وضع سابق یا جبران خسارت مالی، مستقل از ضرورت نظامی است؛ به این معنا که مصادره چه بر اثر ضرورت نظامی باشد یا نباشد، همچنان جبران خسارت پابرجاست.

اما در مورد تخریب اموال، وضعیت متفاوت است. تنها زمانی که تخریب اموال سرمایه‌گذار توسط نیروهای نظامی یا مقامات دولت میزبان صورت گرفته باشد و با ضرورت نظامی توجیه‌پذیر نباشد، جبران خسارت اجباری خواهد بود. در مقابل اگر تخریب اموال با ضرورت نظامی قابل توجیه باشد، جبران خسارت یک مسئله اختیاری است و اجرای آن مشمول تعهد به عدم تبعیض است. به عبارت دیگر، آسیب‌های جانبی که ناشی از اقدام‌های نظامی قانونی تحت حقوق در جنگ^۱ است، تحت پوشش قرار نمی‌گیرند و جبران نخواهند شد. این امر طبق حقوق بین‌الملل عرفی بستگی به شرایط پرونده دارد.

نکته شایان ذکر دیگر آنکه بسیاری از معاهدات، رژیم قانونی خاصی برای جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه پیش‌بینی می‌کنند، اما برخی معاهدات، استاندارد سلب مالکیت را برای جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه نیز به کار می‌گیرند. در خصوص شیوه ارزیابی خسارات نیز تمامی معاهدات ساکت هستند. در نتیجه، قواعد ارزیابی و استانداردهای جبران خسارت باید از حقوق بین‌الملل عام گرفته شوند که در گفتار دوم به آن خواهیم پرداخت.

۲.۲. رویه داوری در خصوص شرط جنگ

دو پرونده ذیل نشان می‌دهند که شرایط اعمال شرط جنگ به آسانی فراهم نمی‌شود. در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا» ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان انگلستان و سریلانکا بیانگر شرط جنگ موسع بود. بند ۱ این ماده به رفتار غیرتبعیض‌آمیز در خصوص اعاده به وضع سابق، جبران خسارت مالی یا دیگر راه‌های حل و فصل اختلاف در مورد خسارات مربوط به جنگ یا دیگر مخاصمات مسلحانه، انقلاب، شرایط اضطراری ملی، شورش و قیام پرداخته بود. بند ۲ بیان می‌داشت:

«اتباع و شرکت‌های یکی از طرفین متعاقد که در قلمرو طرف دیگر به موجب یکی از وضعیت‌های بند فوق‌الذکر بر اثر الف) مصادره اموال توسط نیروهای نظامی یا مقامات یا

ب) تخریب اموال توسط نیروهای نظامی یا مقامات دولت میزبان، که ناشی از عملیات جنگی یا اقتضای وضعیت اضطراری نباشد، دچار خسارت شده باشند، می‌بایست اعاده به وضع سابق یا جبران خسارت کافی شوند که به‌طور آزادانه قابل انتقال باشد (United Kingdom-Sri Lanka BIT, 1980: Art. 4).»

دیوان اعطای خسارت براساس این ماده را رد کرد، زیرا شواهدی به‌منظور اثبات اینکه خسارات به‌تبع اقدام‌های نیروهای دولتی به‌وجود آمده است، وجود نداشت. دیوان همچنین اظهار داشت:

«استناد سرمایه‌گذار به بند ۲ ماده ۴، بار اثباتی سنگینی برای وی دارد زیرا باید اثبات کند که:

نیروهای دولتی و نه شورشیان، موجب آسیب به سرمایه‌گذاری شده‌اند؛

وقوع خسارت خارج از عملیات جنگی بوده است؛

ضرورتی وجود نداشته است؛ به این معنا که ورود آسیب به سرمایه‌گذاری با توجه به ماهیت غیرضروری

آن، در شرایط حاکم اجتناب‌پذیر بوده است» (ICSID, 1990: Para.58-60).

دیوان داوری دریافت که اولین شرط بند ۲ ماده ۴ در این پرونده موجود نیست، زیرا شواهد قانع‌کننده‌ای برای اثبات آنکه خسارات در پی اقدام‌های نیروهای دولتی وارد شده وجود ندارد. همچنین برخلاف شرط دوم که وقوع خسارت باید خارج از عملیات جنگی باشد، «عملیات جنگی» موجب آسیب

به سرمایه‌گذاری شده است. افزون بر این دیوان قادر به تشخیص قطعی در خصوص شرط سوم یعنی مسئله ضرورت نظامی نبود (ICSID, 1990: Para.63-64).

در پرونده «ای.ام.تی علیه زئیر»^۱، غارت و تخریب سرمایه‌گذاری به دست نیروهای مسلح با لباس فرم و با استفاده از سلاح‌های ارتش صورت گرفته بود. دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که سربازان با لباس فرم، در واقع نماینده نیروهای مسلح دولت نبوده‌اند و به‌طور مستقل و سازماندهی نشده عمل کرده‌اند. بنابراین، تخریب توسط افراد شخصی صورت گرفته و نمی‌توان عنوان نیروهای دولتی را بر آنها اطلاق کرد (ICSID, 1997: Para. 7).

این دو پرونده نشان می‌دهد که شرط جنگ موسع، حق سرمایه‌گذار مبنی بر اعاده به وضع سابق یا جبران خسارت مالی را منوط به الزامات سخت‌گیرانه‌ای می‌کند. رویه اعمال این شرط نشان می‌دهد که برآورده کردن این الزامات کار ساده‌ای نیست. هر گونه تصرف یا تخریب باید به دست نیروهای دولتی صورت گیرد و در اثر اقدام‌های نیروهای شورشی یا نیروهای شخصی به‌وجود نیامده باشد تا بتوان به این شرط استناد نمود. در وضعیت جنگ، اغلب اثبات منشأ آسیب دشوار است اما ردیابی مصادره و اقدام‌های نیروهای دولتی آسان‌تر است که البته با برخی تشریفات همراه است.

ضرورت نظامی نیز تنها به تخریب سرمایه‌گذاری مربوط است و ارتباطی با سلب مالکیت ندارد. تشخیص وجود ضرورت نظامی برای تخریب تمام سرمایه‌گذاری یا بخشی از آن دشوار خواهد بود و بسیار به آن بستگی دارد که بار اثبات آن بر عهده چه کسی است. در پرونده «ای.ای.پی. ال علیه سربلانکا»، دیوان بار اثبات وجود ضرورت نظامی را بر عهده خواهان قرار داد که به‌نظر می‌رسد الزام دشوار و غیرمعقولی باشد. اثبات و توجیه ضرورت نظامی بهتر است وظیفه کشوری باشد که از نیروی نظامی استفاده کرده است.

۳.۲. تأثیر شرط جنگ بر سایر شروط و استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی

یکی از مسائل مناقشه‌برانگیز در دیوان‌های داوری مختلف، ارتباط شرط جنگ با دیگر استانداردهای حمایتی مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری است. در رویه داوری کنونی، قطعیتی وجود ندارد که آیا وجود شرط جنگ مانع از اعمال دیگر شروط حمایت از سرمایه‌گذاری در زمان مخاصمات مسلحانه است یا خیر. برخی از دیوان‌های داوری معتقدند، اگر استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری مانند استاندارد حمایت و امنیت کامل، رفتار منصفانه و عادلانه و سلب مالکیت در هر شرایطی اعمال‌شدنی است، گنجاندن شرط جنگ بی‌معنا خواهد بود. اما برخی دیگر از دیوان‌های داوری بیان می‌دارند که بروز جنگ، تمامی شروط به‌غیر از شرط

۱. جمهوری دموکراتیک کنگو فعلی

جنگ را تعلیق می‌کند که البته در بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چنین مسئله‌ای ذکر نشده است (Ostransky, 2015: 145). انواع این تفاسیر را می‌توان در آرای ذیل یافت:

در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا»، دیوان قابل اعمال بودن شرط جنگ را ارزیابی کرد و بدون تحلیل همپوشانی آن با استاندارد حمایت و امنیت کامل، در نهایت هر دو شرط را اعمال کرد (ICSID, 1990: Para.78).

یکی از داوران مخالف به نام ساموئل آسانته^۱ در این پرونده بیان کرد براساس این قاعده که «خاص ناسخ عام است»، شرط جنگ می‌بایست به‌تنهایی اعمال می‌شده است. (ICSID, 1990: Para. 4).

در پرونده «ای.ام.تی علیه زئیر»، دیوان دفاع کشور خوانده را رد کرد و براساس شرط عدم تبعیض در حالت جنگ، به همان میزان جبران خسارتی رأی داد که دولت میزبان به دیگر آسیب‌دیدگان ناشی از غارت پرداخت کرده بود. این موضوع به‌طور ضمنی تأیید کرد که دیوان عقیده دارد وجود شرط جنگ اثری بر اعمال دیگر استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری ندارد (ICSID, 1997: Para 6).

بحث دقیق‌تری در پرونده «لیسی و آستالدی علیه الجزایر» صورت گرفت. سرمایه‌گذاران، قرارداد ساخت یک سد را با سازمان ملی صلاحیت‌دار در سال ۱۹۹۳ امضا کردند، اما مخاصمه داخلی که متعاقب آن روی داد، موجب تأخیر زیادی در تحقق این پروژه شد؛ به‌طوری‌که دولت در تلاش برای حل نگرانی‌های امنیتی فراوانی بود. در نهایت فسخ قرارداد توسط سازمان مربوطه، موجب طرح دعوای سرمایه‌گذاران براساس استانداردهای سلب مالکیت، رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل شد. دیوان ادعای سلب مالکیت و رفتار عادلانه و منصفانه را رد کرد، اما با فاصله گرفتن از پرونده‌های «ای.ای.پی.ال و ای.ام.تی»، بیان داشت که درج شرط جنگ در مقررات مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاران، نشان‌دهنده چشم‌پوشی از شرط حمایت و امنیت کامل در زمان مخاصمه است، زیرا شرط جنگ یک قاعده خاص را به‌وجود می‌آورد که قاعده عام را تخصیص می‌زند. در نهایت با توجه به اینکه اقدام‌های الجزایر با توجه به شدت درگیری در منطقه سرمایه‌گذاری متعارف بود، دیوان بیان کرد که شرط جنگ به‌تنهایی بر دعوا اعمال‌شدنی است و چون الجزایر با اتباع خود یا اتباع کشورهای ثالث رفتار بهتری نسبت به سرمایه‌گذار نداشته است، مسئول جبران خسارت نیست (ICSID, 2008: Para. 180).

به‌طور خلاصه، در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا» و «ای.ام.تی علیه زئیر» دیوان بدون هیچ بحث یا استدلال روشن از جانب کشور خوانده، این دیدگاه را برگزید که شرط جنگ افزون‌بر استانداردهای معمول در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، اعمال‌شدنی است. در پرونده «لیسی و آستالدی علیه الجزایر» دیوان کاملاً برخلاف پرونده‌های مذکور استدلال کرد و نتیجه گرفت شرط جنگ تنها شرطی است که

1. Samuel Asante

سرمایه‌گذار می‌تواند در زمان مخاصمه بر آن تکیه کند. در پاسخ به این مناقشه باید گفت که شرط جنگ در واقع رفتار حداقلی با سرمایه‌گذار را تعیین می‌کند، اما استانداردهای سنتی حمایت از سرمایه‌گذار را از بین نمی‌برد و آنها همچنان در زمان مخاصمات قابل اعمال هستند. به بیان دیگر، این مقررات یک لایه حمایتی اضافه برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کنند، زیرا ملاحظات حاکمیتی مانند نظم عمومی یا امنیت ملی در شرایط مخاصمه می‌توانند اثبات مسئولیت دولت را به دلیل سلب مالکیت یا نقض استانداردهای رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل دشوار سازند. در واقع، مقررات حمایتی که به‌طور خاص به‌منظور اعمال در شرایط مخاصمات طراحی شده‌اند، آسان‌تر می‌توانند در این شرایط مورد استناد قرار بگیرند.

۳. گفتار دوم: نحوه محاسبه جبران خسارت در رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی

به‌طور کلی، هدف سرمایه‌گذار از اقامه دعوا، محکوم کردن اقدام‌های متخلفانه دولت میزبان و جبران خساراتی است که به وی وارد شده است (میرعباسی و سیاوش‌پور، ۱۳۹۸: ۱۱۱۷). اگرچه جبران خسارت از زبان دیدگان از طریق سازوکارهای مختلف حقوق بین‌الملل، حقی انکارنشده است (عابدینی، ۱۳۹۷: ۵۹۴)، حقوق بین‌الملل عام، رژیم قانونی مختص به دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه ندارد که به جبران خسارت ناشی از مخاصمات مسلحانه پرداخته باشد (Douglas, 2009: 172). در نتیجه سرمایه‌گذارانی که طی مخاصمات مسلحانه در قلمرو دولت میزبان سرمایه‌گذاری دچار آسیب می‌شوند، در خصوص استانداردها و شیوه‌های ارزیابی خسارات وارده به سرمایه‌گذاری خود به قواعد حقوق بین‌الملل عام در خصوص جبران خسارت اعمال متخلفانه بین‌المللی مراجعه می‌کنند (Ostransky, 2015: 145).

براساس حقوق بین‌الملل و همان‌طور که در ماده ۳۴ طرح مسئولیت دولت‌ها انعکاس یافته است، جبران خسارت به سه صورت اعاده به وضع سابق^۱، پرداخت غرامت^۲ و جلب رضایت^۳ است (Darsiwa, 2001: Art.34). براساس بند ۲ ماده ۳۷ طرح مذکور، جلب رضایت به معنای پذیرش نقض معاهده، ابراز پشیمانی، عذرخواهی رسمی یا اتخاذ روش صحیح دیگری توسط خواننده دعواست که البته به‌ندرت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کاربرد دارد (Darsiwa, 2001: Art.37). براساس ماده ۳۵ طرح، اعاده به وضع سابق به معنای بازگرداندن وضعیتی است که پیش از انجام عمل متخلفانه وجود داشته است. زمانی که این شیوه عملاً غیرممکن باشد یا معایب آن از مزایایش بیشتر باشد، پرداخت غرامت ارجحیت دارد (Darsiwa, 2001: Art.35).

اگرچه به‌صورت نظری، اعاده به وضع سابق اولین طریقه جبران خسارت در حقوق بین‌الملل است،

1. Restitution
2. Compensation
3. Satisfaction

دیوان‌های سرمایه‌گذاری به‌ندرت به آن رأی داده‌اند. این موضوع ممکن است به این دلیل باشد که در زمان صدور رأی، هر گونه امکان بازگرداندن وضعیتی که پیش از تخلف وجود داشته، از میان رفته است (McLachlan *et al.*, 2007: 9). افزون بر این، در رابطه بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی که هدف اصلی هر دو طرف، کسب سود و درآمد از محل سرمایه‌گذاری است، به‌نظر می‌رسد با پرداخت غرامت و جبران مالی، رضایت طرف زیان‌دیده آسان‌تر حاصل خواهد شد (حبیب‌زاده و نیک‌جاه، ۱۳۹۳: ۱۶۸). همچنین سرمایه‌گذاران به‌طور معمول نگران نحوه اجرای آرای اعاده به وضع سابق هستند. با وجود این، اعاده به وضع سابق ممکن است در مورد دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه در جایی که اموال سرمایه‌گذار برای استفاده‌های نظامی مصادره شده است، مناسب باشد؛ البته به‌شرطی که دارایی‌های مصادره‌شده همچنان قابل استفاده و قابل بازگرداندن به مالک آنها باشد و خسارت زمانی که در حالت مصادره بوده است و هزینه استهلاک آنها به سرمایه‌گذار پرداخت شود. از آنجا که شیوه‌های جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه زیاد مورد بحث قرار نگرفته است، ابهام‌هایی در زمینه استانداردهای جبران خسارت، شیوه‌های ارزیابی، تاریخ ارزیابی و ضروریات نظامی وجود دارد. از این‌رو بررسی مسائل مورد اختلاف و اینکه چگونه محاکم به مسائل مربوط به جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه رسیدگی می‌کنند، برخی از ابهام‌های موجود را روشن می‌سازد.

۳.۱. استانداردهای جبران خسارت و شیوه‌های ارزیابی

اصل کلی در جبران خسارت این است که هر کشور باید خسارات ناشی از اقدام‌های متخلفانه بین‌المللی خود را به‌طور کامل جبران کند. استانداردهای جبران خسارت در پی ایجاد وضعیتی هستند که اگر عمل متخلفانه اتفاق نمی‌افتاد، احتمالاً وجود داشت. ارجاع معاهدات مختلف به جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر^۱ در مورد سلب مالکیت قانونی به معنای دور شدن از استاندارد جبران خسارت کامل^۲ و تثبیت استاندارد ارزش منصفانه^۳ منصفانه بازار^۳ است؛ ارزش منصفانه بازار عبارت است از قیمتی که یک خریدار با آزادی اراده کامل بابت کالای خاصی در یک بازار عادی به یک فروشنده دارای آزادی اراده کامل می‌پردازد (پیران، ۱۳۹۳: ۳۰۶). به‌نظر می‌رسد دلیلی وجود ندارد که جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه از استاندارد ارزش منصفانه بازار یا جبران خسارت کامل فاصله بگیرد، اما در این خصوص ابهام‌های زیر وجود دارد:

اول آنکه کاملاً مشخص نیست که استاندارد ارزش منصفانه بازار، صرفاً برای جبران خسارت سلب مالکیت قانونی کاربرد دارد یا همان‌گونه که چندین دیوان داوری پیشنهاد داده‌اند، می‌توان آن را در مورد

1. Prompt, Adequate & Effective

2. Full Reparation

3. Fair Market Value

سلب مالکیت غیرقانونی یا دیگر نقض‌های معاهداتی که به نابودی کامل سرمایه‌گذاری یا خسارت‌های جدی طولانی‌مدت منجر می‌شوند نیز استفاده کرد. در نقض‌های معاهداتی به غیر از سلب مالکیت مانند دعوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه، استفاده از استاندارد ارزش منصفانه بازار نسبت به استاندارد جبران خسارت کامل، ممکن است به نظر نامرتب باشد. البته انتخاب بین این دو استاندارد به نوع و اهمیت نقض ارتكابی دولت بستگی دارد (Jagus, 2009: 540). شایان ذکر است که در زمان مخاصمه، بعید به نظر می‌رسد که سلب مالکیت، روند قانونی خود را طی کند؛ به عبارت دیگر، بعید است که سلب مالکیت در زمان مخاصمات به صورت قانونی انجام گیرد. به این ترتیب دیوان می‌تواند جبران خسارت را بنا به مورد، مطابق با استاندارد ارزش منصفانه بازار کالاهای مشابه یا با استاندارد جبران خسارت کامل محاسبه کند.

دوم آنکه بحث و جدال زیادی در مورد تاریخی که سرمایه‌گذاری مورد نظر باید ارزیابی شود، وجود دارد. در سلب مالکیت قانونی استاندارد مذکور در معاهدات، همان ارزش منصفانه بازار است و خسارت در لحظه پیش از سلب مالکیت یا در زمان اطلاع عموم از سلب مالکیت، هر کدام که مقدم بود، محاسبه می‌شود. در دعوی ناشی از اقدام‌های غیرقانونی، برخی دیوان‌های داوری نظر داده‌اند که در جبران خسارت کامل، زمان نقض تعهد باید ملاک ارزیابی خسارات قرار گیرد، درحالی‌که دیوان‌های دیگر معتقدند که خسارات باید در زمان صدور حکم، ارزیابی شود. در دعوی ناشی از مخاصمات، تاریخ ارزیابی نقش مهمی ایفا می‌کند و حالات ذیل برای آن قابل تصور است:

مخاصمه مسلحانه پس از انجام سلب مالکیت یا پس از انتشار اخبار آن تشدید می‌شود، اما پیش از تاریخ صدور حکم، متوقف می‌شود. در این صورت، انتخاب تاریخ نقض تعهد به عنوان تاریخ ارزیابی اموال به نفع سرمایه‌گذار خواهد بود، زیرا تشدید منازعه احتمالاً تأثیر منفی بر ارزش سرمایه‌گذاری دارد. اگر ارزیابی دارایی براساس تاریخ نقض تعهد صورت پذیرد، این کاهش ارزش در نظر گرفته نمی‌شود. در صورتی که اگر سرمایه‌گذاری براساس تاریخ صدور حکم ارزیابی شود، به کاهش ارزش نیز توجه خواهد شد.

مخاصمه پیش از صدور حکم، پایان می‌پذیرد. در این صورت انتخاب تاریخ صدور حکم برای ارزیابی سرمایه‌گذاری احتمالاً به نفع سرمایه‌گذار است، زیرا پایان گرفتن مخاصمه احتمالاً تأثیر مثبتی بر ارزش سرمایه‌گذاری دارد که در زمان نقض تعهد دولت قابل پیش‌بینی نبوده و سرمایه‌گذار امیدی به بازایی آن نداشته است.

مخاصمه در زمان صدور حکم در جریان است و خسارات وارده به طور مستقیم از اقدامی که در نتیجه مخاصمه صورت گرفته است، ناشی می‌شود؛ مانند ممنوعیت موقت یک خدمت یا ممنوعیت فوری

واردات که استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه^۱ مذکور در معاهدات سرمایه‌گذاری را نقض می‌کند. در این صورت نقض تعهد ماهیت مستمر داشته و انتخاب زمان نقض تعهد یا انتخاب زمان صدور حکم، اثر یکسانی دارد. در نتیجه هیچ مشکل عملی در تعیین تاریخ وجود ندارد. با وجود این، ممکن است دیوان رأی دهد که دولت تا زمانی که به نقض پایان ندهد، مسئول است که خسارات بیشتر را جبران کند. سوم آنکه روش‌های محاسبه طبق استانداردهای جبران خسارت کامل و ارزش منصفانه بازار به خوبی مشخص نیستند.

براساس استاندارد ارزش منصفانه بازار، از روش جریان نقدی تنزیل شده برای محاسبه ارزش سرمایه‌گذاری استفاده می‌شود؛ به شرط آنکه شرکت مورد ارزیابی فعال بوده و قابلیت درآمدزایی در آینده را داشته باشد. در این روش به جای آنکه ارزش دارایی‌های موجود شرکت را مبنای محاسبه قرار دهند، دست به پیش‌بینی عملکرد آینده و تخمین میزان عوایدی می‌زنند که احتمالاً طی چندین سال پس از تاریخ سلب مالکیت به دست می‌آید و همین تخمین را پس از تنزیل به زمان حال، مبنای ارزش ادعایی شرکت قرار می‌دهند (علیدوستی شهرکی، ۱۳۹۶: ۱۸۰).

اگر سرمایه‌گذاری هنوز به سودآوری نرسیده باشد و احتمال سودآوری آن در آینده نیز کم‌رنگ باشد، روش مناسب برای ارزش‌گذاری، شیوه ارزش تصفیه سرمایه‌گذاری است. طبق این فرمول، میزان غرامت با توجه به مبلغ اموال موجود سرمایه‌گذاری که در شرایط تصفیه، امکان فروش آن وجود دارد، تعیین می‌شود و ارزش بسیار کمتری نسبت به یک سرمایه‌گذاری سودآور خواهد داشت (دالزر و شروتر، ۱۳۹۵: ۴۲۷-۴۲۶). یکی دیگر از شیوه‌های محاسبه به کار گرفته شده توسط دیوان‌های داوری، روش بازارمحور است، در این روش اموال مشابهی را در بازار در نظر می‌گیرند و به تفاوت‌های بالقوه آن با اموال مورد ارزیابی توجه می‌کنند (Kantor, 2008: 15).

برخی دیوان‌های داوری نیز از شیوه‌های دارایی‌محور^۲ و هزینه‌محور^۳ استفاده می‌کنند تا از پیش‌بینی منافع آتی براساس حدس و گمان خودداری کنند. یکی از این شیوه‌ها ارزش دفتری^۴ نام دارد که ارزش دارایی‌های شرکت را که در ترازنامه آمده است، مبنای محاسبه قرار می‌دهد و استهلاك را از تاریخ انجام سرمایه‌گذاری تا تاریخ سلب مالکیت محاسبه و از آن کسر می‌کند (عسکری، ۱۳۹۴: ۳۲۷). شیوه دیگر بهای تاریخی^۵ است که عبارت است از بهای هزینه‌شده توسط سرمایه‌گذار در همان تاریخ هزینه، بدون در نظر گرفتن هزینه استهلاك (Marboe, 2009: 268, 288).

1. Fair and Equitable Treatment
2. Asset Based
3. Cost Based
4. Book Value
5. Historical Cost

چهارم آنکه به طور کلی شیوه‌ای مستقل به غیر از موارد مذکور، به منظور ارزیابی خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه وجود ندارد. در واقع، انتخاب شیوه ارزیابی، به جای عملی که به خسارت منجر شود، به ماهیت اموال مورد ارزیابی و نوع خسارت وارد شده بستگی دارد. با وجود این، باید ملاحظات ذیل را ذکر کرد: اگر شیوه جریان نقدی تنزیل شده اعمال شود، محاسبه یک نرخ تنزیل منصفانه به دلیل بی ثباتی ناشی از مخاصمات کاری دشوار است و به دلیل احتمال تحقق «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت» برای سرمایه‌گذار خارجی، عادلانه به نظر نمی‌رسد (علیدوستی، ۱۳۹۰: ۳۱۰).

اگر شیوه مبتنی بر بازار اعمال شود، نه تنها یافتن یک بازار واقعی در زمان مخاصمه، بلکه حتی تصور یک بازار فرضی بسیار دشوار است.

سرمایه‌گذار وظیفه دارد با فرض وجود خطر با اتخاذ تدابیر مناسب، تلاش مقتضی خود را در خصوص بررسی خطر ناشی از سرمایه‌گذاری انجام دهد. این بررسی افزون بر عوامل اقتصادی، عوامل متعددی از جمله عوامل سیاسی، فرهنگی و تاریخی موجود در کشور میزبان و حتی عوامل بیرونی را که بر شرایط سرمایه‌گذاری تأثیر گذارند، شامل می‌شود (زمانی و بذار: ۱۳۹۷: ۲۳۰-۲۲۹). در نتیجه، دیوان داوری باید اقدام‌های سرمایه‌گذار را هنگام انجام سرمایه‌گذاری یا در زمان قابل پیش‌بینی بودن مخاصمه، در حین مخاصمه و پس از آن ارزیابی کند. در واقع، دیوان‌های داوری نباید در مواردی که قصور سرمایه‌گذار اثبات‌شده است، خود را محدود به خسارات ناشی از نقض معاهده توسط دولت کنند.

در مواردی که مخاصمه، طولانی‌مدت و شدید است و احتمال دارد بر رفتار مصرف‌کننده تأثیر بگذارد، بعید است دیوان بتواند با شیوه جریان نقدی تنزیل شده، سود آتی را در نظر بگیرد.

در نهایت انتظار نمی‌رود در زمانی که مخاصمه ادامه دارد، یک سرمایه‌گذاری در دوره زمانی بین نقض تعهد دولت و صدور حکم دیوان بتواند تولید سود کند و همچنین از دیوان داوری اگر تصمیم به صدور رأی براساس عدم‌النفع داشته باشد، انتظار نمی‌رود که برای این دوره زمانی، رأی به عدم‌النفع بدهد.

۲.۳. رویکرد دیوان‌های داوری

با توجه به فقدان نظام خاص برای جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه در حقوق بین‌الملل، مفید است که از پرونده‌های محدود موجود در این زمینه کمک بگیریم تا دریابیم که چگونه و تا چه حد نظریات مذکور در عمل اجرا شده‌اند. به طور کلی باید گفت که افزون بر قانونی و غیرقانونی بودن سلب مالکیت، تعلق و تمایل مرجع حل اختلاف به نظرهای حقوقی کشورهای سرمایه‌فرست یا سرمایه‌پذیر و برخی دیگر از عوامل داخلی و بین‌المللی در شیوه جبران خسارت سرمایه‌گذار خارجی مؤثر است (علیدوستی شهرکی، ۱۳۸۸: ۷۹).

در این زمینه پرونده مشهور «شرکت محصولات کشاورزی آسیایی ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا»

حاوی اطلاعات مفیدی است. این داوری توسط یک شرکت هنگ‌کنگی آغاز شد که در یک شرکت تولید و صادرات میگو سریلانکایی سهامدار بود. در سال ۱۹۸۷، یک مزرعه میگو متعلق به این شرکت طی عملیات ضدشورش که توسط نیروهای مسلح سریلانکا علیه گروه نظامی جدایی‌طلب بیره‌های تامیل^۱ انجام گرفت، نابود شد. سرمایه‌گذار تلاش کرد تا به اندازه سهم خود بخشی از تمام دارایی‌های از بین رفته را طبق استاندارد حمایت و امنیت کامل یا شرط جنگ موجود در معاهده سرمایه‌گذاری میان انگلستان و سریلانکا بازبایی کند. دیوان داوری اظهار داشت فارغ از اینکه تخریب دارایی‌ها توسط نیروهای دولتی یا تروریست‌ها صورت گرفته باشد، سریلانکا تمام اقدام‌های متعارف به منظور جلوگیری از آن را انجام نداده و در نتیجه تعهد به انجام اقدام‌های مقتضی طبق شرط حمایت و امنیت موجود در معاهده سرمایه‌گذاری را نقض کرده است. دیوان رأی به جبران خسارت به میزان ارزش کل سرمایه‌گذاری از دست رفته و خسارات تبعی آن داد (ICSID, 1990: Paras. 84, 88).

با اعمال استاندارد مذکور، دیوان استدلال کرد از آنجا که سرمایه‌گذاری حمایت‌شده تحت معاهده سرمایه‌گذاری ۴۸/۲ درصد سهام شرکت را تشکیل می‌دهد، جبران خسارت به جای دارایی‌های شخصی شرکت باید بر مبنای ارزش سهام سرمایه‌گذار خارجی صورت پذیرد. پس از آن اشاره کرد که چون شرکت، دیگر فعال و قادر به تولید سود نیست، ارزیابی قیمت آن براساس تاریخ پیش از تخریب خواهد بود. دیوان اضافه کرد که جبران خسارت براساس دارایی‌های فیزیکی شرکت منهای بدهی‌های آن محاسبه می‌شود و از حکم دادن به حق کسب و پیشه یا عدم‌النفع امتناع ورزید، زیرا شرکت در دو سال فعالیت خود هیچ قابلیت سودآوری قابل قبولی را از خود نشان نداده بود. البته دیوان روش ارزیابی مربوط به دارایی‌های فیزیکی را بیان نکرد، اما می‌توان فرض کرد که رأی به ارزش دفتری آنها داده است. در نهایت دیوان حکم به دعوت طرفین به منظور انعقاد موافقت‌نامه‌ای داد که طی آن سرمایه‌گذار، سهام خود در شرکت سریلانکایی را به دولت سریلانکا واگذار کند (ICSID, 1990: Paras. 11, 95, 97, 99, 106).

در پرونده «ای ام تی علیه زئیر(کنگو)»، روش دیگری برای جبران خسارت در نظر گرفته شد. این پرونده توسط یک سرمایه‌گذار آمریکایی آغاز شد که بیشتر سهام شرکت تولید باتری و واردات کالای زئیری را در مالکیت خود داشت. نیروهای مسلح زئیر در اعتراض به اصلاحات اخیر دولت جدید شروع به غارت کینشاسا^۲، پایتخت کنگو در سال ۱۹۱۱ کردند که موجب ورود آسیب به اموال سرمایه‌گذار شد. در نتیجه شرکت تعطیل و در سال ۱۹۲۲ مجدداً بازگشایی شد که مورد غارت دیگری در سال ۱۹۹۳ قرار گرفت و برای همیشه تعطیل شد.

1. Tigers of Tamil
2. Kinshasa, Capital of the Democratic Republic of Congo

سرمایه‌گذار براساس نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل^۱ و شرط جنگ مذکور در معاهده سرمایه‌گذاری میان ایالات متحده آمریکا و زئیر که در سال ۱۹۸۴ منعقد شده بود، ادعای جبران خسارت کرد. دیوان دریافت که زئیر استاندارد اقدام‌های احتیاطی^۲ را رعایت نکرده و در نتیجه شرط حمایت و امنیت کامل را نقض کرده است. همچنین بیان داشت که وضعیت به‌وجودآمده مشمول شرط جنگ مذکور در معاهده نیز می‌شود. دیوان در این پرونده از پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا» فاصله گرفت و به‌جای کاهش ارزش سهام، بر خسارات وارده به اموال توجه کرد. اگرچه در این پرونده ادعای سلب مالکیت نشده بود و دیوان ادعان داشت که نقض‌های صورت‌گرفته شباهتی به سلب مالکیت ندارد، از استاندارد ارزش منصفانه بازار (ارزش واقعی^۳ یا ارزش واقعی بازار^۴) برای جبران خسارت استفاده کرد. در مورد انتخاب شیوه ارزیابی، دیوان استدلال کرد که باید واقعیت وضعیت فعلی زئیر را در نظر گرفت و براساس اصل انصاف^۵ رأی داد، زیرا زئیر قدرت حاکمیتی و اختیارات خود را اعمال کرده است. به این ترتیب دیوان مناسب دانست که رأی به خساراتی بدهد که به‌طور مستقیم از نقض معاهده و غارت ناشی شده و به‌صراحت ادعای دریافت عدم‌النفع سرمایه‌گذار را غیرعملی، غیرمنطقی و دور از واقعیات موجود در وضعیت فعلی دانست. دیوان ارزیابی کارشناس منصوب خود از ارزش واقعی دارایی‌های تخریب‌شده و از بین‌رفته را دریافت کرد و بدون هیچ توضیح اضافه، رأی به دو برابر آن مبلغ به نفع خواهان داد. در نتیجه‌گیری رأی، اگرچه تجزیه‌وتحلیل آن روشن نیست، به‌نظر می‌رسد دادگاه هنگام محاسبه خسارات، برخی از محدودیت‌ها از جمله حوادث میان سال ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۳ و منازعات داخلی را که بعدها اتفاق افتاد و در زمان صدور حکم جریان داشت، در نظر گرفته است (ICSID, 1997: Para 4, 6, 7).

پرونده «آمپال آمریکن علیه مصر» نیز در خصوص مسئولیت دولت میزبان و خسارات وارده به سرمایه‌گذار اقامه شده است. سرمایه‌گذاران در میان دیگر ادعاهایشان بیان کردند که حملات متعدد به خط لوله گاز موجب ورود خسارت به سرمایه‌گذاری آنها شده است و مصر به‌دلیل عدم انجام اقدام‌های امنیتی مناسب به‌منظور جلوگیری از ورود خسارت به سرمایه‌گذار طبق استاندارد حمایت و امنیت کامل و شروط مربوط به سلب مالکیت مندرج در معاهده، مسئول جبران خسارات وارده است. دیوان خاطرنشان کرد که استاندارد حمایت و امنیت کامل را باید با در نظر گرفتن مخاصماتی که منطقه تجربه کرده است، ارزیابی کرد، اما در نهایت دریافت که چون خط لوله در مجموع سیزده بار مورد حمله قرار گرفته است، دولت به‌طور مشخص واکنش مناسبی نشان نداده است، زیرا حمله اول باید به‌منزله هشدار تلقی می‌شده،

1. Full Protection and Security
2. Precautionary Measures
3. True Value
4. Actual Market Value
5. Principle of Equity

بنابراین دولت در انجام اقدام‌های مقتضی قصور کرده است. دیوان پیش از صدور حکم مبنی بر مسئولیت دولت و قبل از تعیین میزان حکم، عناوین خساراتی را که جبران خسارت بر مبنای آنها ارزیابی می‌شود، برشمرد. دیوان تصریح کرد که مجموع خسارات وارده از جمله خسارات ناشی از نقض‌های صورت‌گرفته که ارتباطی با حملات صورت‌گرفته به خط لوله‌ها ندارد، می‌بایست با ارجاع به ارزش منصفانه بازار سهام متعلق به خواهان محاسبه شود. دیوان نشان داد که برای خسارات متعددی که از نقض شرط حمایت و امنیت کامل ناشی می‌شود، رأی جداگانه‌ای صادر نمی‌کند (ICSID, 2017: Para. 283-290, 352).

۴. نتیجه‌گیری

شروط جنگ مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری زبان واحدی ندارند اما الزامات نسبتاً مشابهی را منعکس می‌کنند. شرط جنگ ساده، بیانگر تعهد به عدم تبعیض در جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه توسط دولت میزبان است، اما شرط جنگ موسع، تعهد به جبران خسارت تخریب اموال به دست نیروهای دولتی را که ضرورت نظامی نداشته و همچنین مصادره را در برمی‌گیرد. البته شرط جنگ، حق سرمایه‌گذار مبنی بر جبران خسارت را منوط به الزامات سخت‌گیرانه‌ای می‌کند. برای استناد به این شرط، هر گونه تصرف یا تخریب باید به دست نیروهای دولتی صورت گرفته باشد، در صورتی که اثبات منشأ آسیب در وضعیت جنگی بسیار دشوار است. همچنین تشخیص وجود ضرورت نظامی برای ورود آسیب به سرمایه‌گذاری یا بخشی از آن دشوار خواهد بود و بسیار به آن بستگی دارد که بار اثبات آن بر عهده چه کسی است. معقول‌تر است که اثبات و توجیه ضرورت نظامی و وظیفه کشوری باشد که از نیروی نظامی استفاده کرده است.

در خصوص مناقشه‌ای که میان دیوان‌های داوری در خصوص ارتباط شرط جنگ با دیگر استانداردهای معاهده سرمایه‌گذاری وجود دارد، باید گفت که شرط جنگ در واقع رفتار حداقلی با سرمایه‌گذار را تعیین می‌کند، اما استانداردهای سنتی حمایت از سرمایه‌گذار را از بین نمی‌برد و آنها همچنان در زمان مخاصمات اعمال می‌شوند. به بیان دیگر، این مقررات یک لایه حمایتی اضافه برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کنند، زیرا ملاحظات حاکمیتی مانند نظم عمومی یا امنیت ملی می‌تواند اثبات مسئولیت دولت را به دلیل سلب مالکیت یا نقض استانداردهای رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل، دشوار سازد.

در مورد استاندارد جبران خسارت به نظر می‌رسد هیچ دلیلی وجود ندارد که جبران خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه از استاندارد ارزش منصفانه بازار یا جبران خسارت کامل، فاصله بگیرد. دیوان می‌تواند جبران خسارت را بنا به مورد، مطابق با استاندارد ارزش منصفانه بازار کالاهای مشابه یا با استاندارد جبران خسارت کامل محاسبه کند.

در مورد شیوه ارزیابی نیز شیوه‌ای مستقل به غیر از موارد موجود در حقوق بین‌الملل عام به‌منظور ارزیابی خسارات ناشی از مخاصمات مسلحانه وجود ندارد، زیرا انتخاب شیوه ارزیابی، به‌جای عملی که به

خسارت منجر شده است، به ماهیت اموال مورد ارزیابی و نوع خسارت وارد شده بستگی دارد. اما با توجه به ماهیت مخاصمات مسلحانه، ملاحظات و دشواری‌هایی در این زمینه به وجود می‌آید. در خصوص مناقشه‌ای که میان دیوان‌های داورى در خصوص تاریخ ارزیابی وجود دارد، اگر مخاصمه مسلحانه پس از اقدام دولت تشدید شود، اما پیش از تاریخ صدور حکم، متوقف شود، انتخاب تاریخ نقض تعهد به عنوان تاریخ ارزیابی اموال به نفع سرمایه‌گذار خواهد بود. اگر مخاصمه پیش از صدور حکم پایان یابد، انتخاب تاریخ صدور حکم مناسب‌تر است. اگر مخاصمه در زمان صدور حکم در جریان است، نقض تعهد دارای ماهیت مستمر است و انتخاب زمان نقض تعهد یا انتخاب زمان صدور حکم اثر یکسانی دارد. به طور خلاصه، رویکرد دیوان‌های داورى به منظور ارزیابی دعوی اقامه شده در شرایط مخاصمات مسلحانه، بسته به هر مورد متفاوت است. تا حدودی این مسئله نشان‌دهنده عدم قطعیت در رژیم حقوقی جبران خسارت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. با وجود این، آنچه با خیال راحت می‌توان گفت این است که اگرچه از دیوان‌های داورى انتظار نمی‌رود که زیاد از اصول کلی حقوقی فاصله بگیرند، انتظار می‌رود به منظور متوازن ساختن منافع دولت میزبان و منافع سرمایه‌گذار در این گونه دعوی، در محاسبه جبران خسارت به وجود شرایط اضطراری و تأثیر آن بر منافع طرفین توجه کافی داشته باشند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. پیران، حسین (۱۳۹۳)، *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، تهران: گنج دانش.
۲. دالزر، رودلف؛ شروتر، کریستف (۱۳۹۵)، *اصول حقوق بین‌الملل و سرمایه‌گذاری*، ترجمه سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. عسکری، پوریا (۱۳۹۴)، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داورى بین‌المللی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴. علیدوستی شهرکی، ناصر (۱۳۹۶)، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی*، تهران: خرسندی.

ب) مقالات

۵. حبیب‌زاده، توکل؛ نیک‌جاه، جواد (۱۳۹۳)، «معیارهای حاکم بر جبران خسارت معنوی در روابط بین‌الملل دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی با تأکید بر آرای داورى ایکسید»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۱، ش ۵۱، ص ۱۸۲-۱۶۳.
۶. زمانی، سید قاسم؛ بذار، وحید (۱۳۹۷)، «فرض وجود خطر به عنوان عاملی تأثیرگذار بر مسئولیت در اختلافات

- ۴۸، ش ۲، ص ۲۲۷-۲۴۵.
۷. زمانی، سید قاسم؛ نوری، ولی‌اله؛ راعی، مسعود (۱۳۹۸). «ضرورت نظامی به‌عنوان یک استثنا در حقوق درگیری‌های مسلحانه»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ش ۳، ص ۷۳۴-۷۱۷.
۸. عابدینی، عبدالله (۱۳۹۷). «موانع جبران خسارت از افراد زیان‌دیده به‌واسطه نقض‌های فاحش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه: تحولات معاصر حقوق بین‌الملل»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۸۴، ش ۳، ص ۵۹۳-۵۹۸.
۹. علیدوستی‌شهرکی، ناصر (۱۳۸۳). «جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ش ۴۶ و ۴۷، ص ۹۴-۷۷.
۱۰. علیدوستی‌شهرکی، ناصر (۱۳۹۰). «احترام مالکیت و سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱، ص ۳۱۲-۲۹۵.
۱۱. میرعباسی، سید باقر؛ سیاوش‌پور، حمیدرضا (۱۳۹۸). «حمایت دیپلماتیک در چارچوب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ش ۴، صص ۱۱۲۵-۱۱۰۹.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Douglas, Zachary (2009), *The International Law of Investment Claims*, United Kingdom, Cambridge University Press.
2. Kantor, Mark (2008), *Valuation for Arbitration: Compensation Standards & Valuation Methods & Expert Evidence*, Netherland, Kluwer Law International.
3. Marboe, Irmgard (2009), *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, United Kingdom, Oxford University Press.
4. McLachlan, Campbell; Shore, Laurence & Weiniger, Matthew (2007), *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, United Kingdom, Oxford University Press.
5. United Nations Conference on Trade and Development "UNCTAD" (2007), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Printed in Switzerland, United Nation Publication.

B) Articles

6. Jagusch, Stephen & Duclos, Nicole (2009), "Compensation for the Breach of Relative Standards of Treaty Protection", *the Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, Issue 4, pp. 515-548.
7. Ostransky, Josef (2015), "The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict", *Journal of International Dispute Settlement (JIDS)*, Vol. 6, Issue 1, 136-162.

C) Documents

8. Democratic Republic of the Congo - United States of America (1984). Bilateral Investment Treaty.
9. International Law Commission (2001). Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Darsiwa).
10. Islamic Republic of Iran - Austria (2001). Bilateral Investment Treaty.
11. Islamic Republic of Iran- Japan (2016). Bilateral Investment Treaty.
12. Oman - United Kingdom (1995). Bilateral Investment Treaty.
13. Organisation of Islamic Cooperation, (1981). Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments.
14. Republic of Korea - Turkey (1991). Bilateral Investment Treaty.
15. Sri Lanka - United Kingdom (1980). Bilateral Investment Treaty.
16. United States, Canada, Mexico (1994). North American Free Trade Agreement (NAFTA).

D) Cases

17. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, (Feb, 21, 1997).
18. Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Liability and Heads of Loss, (Feb, 21, 2017).
19. Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (Jun. 27, 1990).
20. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (May. 12, 2005).
21. LESI SpA. And ASTALDI SpA. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Award, (Nov. 12, 2008).