

سیستم‌سازی در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری^(۱)

استفان اسکیل^(۲)

ترجمه: رضا اسلامی^(۳)، حمیدرضا سیاوش‌پور^(۴)

الف) مقدمه

از اواخر دههٔ 90 میلادی، داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، یکی از پرکاربردترین شیوه‌های حل‌وفصل اختلافات شد؛ به طوری که تا کنون بیش از 400 اختلاف بدین طریق مورد حل‌وفصل قرار گرفته است.^(۵) این دعاوی شامل دعاوی متعددی است که از طرف سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت میزبان سرمایه‌گذاری مطرح شده و علت آن، نقض تعهدات دولت‌های اخیر بیان شده است؛ تعهداتی که بر اثر یکی از 2700 معاهدهٔ دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری (BITs) و تحت عنوان شاخه‌های متعدد سرمایه‌گذاری^(۶) در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد دوجانبه یا منطقه‌ای، همانند موافقت‌نامهٔ تجارت آزاد آمریکای شمالی (NAFTA)^(۷) یا معاهدات خاص همچون معاهدهٔ منشور انرژی (ECT)^(۸) آمده است. تمامی این اسناد، ارائه‌کنندهٔ حمایت جامع و گسترده‌ای از سرمایه‌گذاری خارجی به وسیلهٔ وضع اصول حمایتی است؛ اصولی همچون اصل رفتار ملی، اصل رفتار ملت‌های کامله‌الوداد، اصل رفتار منصفانه و عادلانه،

1. *System-Building in Investment Treaty Arbitration and Law-Making*, German Law Journal, 1 May 2011.

2. Stephan Schill

مؤسسهٔ ماکس پلانک

somea1@yahoo.com

پژوهشگر

3. عضو هیئت علمی دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شهید بهشتی

4. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه تهران

5. برای مطالعهٔ بیشتر و اطلاع از آخرین تحولات در خصوص حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار — دولت در قالب کنفرانس توسعه و تجارت (آنکتاد)، ن.ک:

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf (recording an aggregate of 390 treaty-based investment disputes by the end of 2010)

6. See: UNCTAD, World Investment Report 2010. Investing in a Low Carbon Economy, 81 (2010), available at: http://www.unctad.org/en/docs/wir_2010_en.pdf (recording an aggregate of 2750 BITs by the end of 2009 as well as 295 investment agreements other than BITs). On the development of international investment law, see Kenneth J. Vandavelde, *A Brief History of International Investment Agreements*, 12 UC DAVIS Journal of International Law and Policy 157 (2005).

7. نفتا در تاریخ 17 دسامبر 1992 به امضا رسید و در تاریخ 1 ژانویهٔ 1994 لازم‌الاجرا شد.

8. (ECT) ضمیمهٔ 1 به سند نهایی کنفرانس منشور انرژی اروپا، 17 دسامبر 1994

حمایت کامل در مقابل مصادرهٔ اموال بدون پرداخت غرامت و انتقال آزاد سرمایه.^(۹) این اسناد همچنین به سرمایه‌گذاران این امکان را می‌دهد که اجرای این موازین و استانداردها را در طی جریان رسیدگی‌های داوری بر علیه کشور میزبان و علی‌الخصوص بر پایهٔ کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان کشورها و تابعان سایر کشورها درخواست نمایند.^(۱۰) داوری معاهدات سرمایه‌گذاری نه تنها بر مبنای حقوق بین‌الملل به کمک سرمایه‌گذاران خارجی می‌آید بلکه محاکم تشکیل‌شده برای اختلافات، معاهدات سرمایه‌گذاری را به‌عنوان بازیگر برجسته در میدان حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری معرفی می‌نمایند. باوجود این حقیقت که داوری، شیوهٔ کلاسیک حل اختلافات در سطح دولت—دولت (شامل حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری) است^(۱۱) دیوان‌های نوین تشکیل‌شده برای معاهدات سرمایه‌گذاری از صلاحیت گسترده‌تری برخوردارند و نسبت به دیوان‌های سابق، آزادی بیشتری از کنترل دولت‌ها به دست آورده‌اند.^(۱۲) از نظر عملکرد، دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، اغلب جایگزین آیین حل اختلافات مطرح میان سرمایه‌گذاران خارجی و دولت میزبان در دادگاه داخلی دولت میزبان می‌گردند زیرا سرمایه‌گذاران خارجی علی‌الخصوص در نظام‌های اقتصادی درحال توسعه و متغیر، اغلب شروط بی‌طرفی و استقلال دادگاه‌های دولتی کشور میزبان را در حل‌وفصل اختلافات با دولت مطرح می‌نمایند.^(۱۳) دیوان‌های تشکیل‌شده برای اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، در روند یافتن حقیقت و اجرای قانون قابل اعمال در قضیهٔ مفروض، موارد گفته‌شده را رعایت می‌کنند. به‌ویژه این داوران باید بر پایهٔ قضاوت بی‌طرفانه و توأم با استقلال، تصمیم‌گیری کنند. داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، شیوه‌ای قضایی است که با داوری تجاری اشتراکات اندکی دارد. در داوری تجاری طرفین اصولاً در تعیین اینکه کدام قانون اجرا گردد یا اینکه تصمیم بر اساس قانون مفروض اخذ گردد یا اصول انصاف، آزادی کامل دارند.^(۱۴) دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در عمل به وظیفهٔ حل‌وفصل اختلافات که بر عهدهٔ آنها گذاشته شده است، اقتدارات مخصوص به خود را در زمینه‌های مختلف به اجرا می‌گذارند. مهم‌ترین و اولین جنبهٔ اقتدارات این

9. برای مفهوم معاهدات سرمایه‌گذاری، ن.ک:

Campbell Mclachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration Substantive Principles* (2007); Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008); Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment* (2009).

10. See: *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 March 1965, UNTS, vol. 575, 159. Investment treaty arbitration, however, may also take place under other procedural rules, most importantly the United Nations Conference on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules. See Dolzer & Schreuer (note 5), 222-229.

11. see: Charles H. Brower, *The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law*, 18 Duke Journal of Comparative and International Law 259, 265 (2008).

12. ن.ک: مطالب موجود در قسمت (1) از بخش (ب) مقالهٔ حاضر.

13. See: Stephan W. Schill, *Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement*, in: *the Backlash Against Investment Arbitration*, 29 (Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung & Claire Balchin eds, 2010).

14. See: Susan D. Franck, *International Arbitrators: Civil Servants? Sub Rosa Advocates? Men of Affairs?: The Role of International Arbitrators*, 12 ILSA Journal of International and Comparative Law 499, 503 (2006).

دیوان‌ها، نسبت به طرفین و در جریان رسیدگی است. آنها در طی یک تصمیم لازم‌الاجرا که از اعتبار امر مختومه نیز برخوردار است، قانونی یا غیرقانونی بودن رفتار دولت خوانده را بر اساس معاهدات لازم‌الاجرای سرمایه‌گذاری مشخص می‌کنند و در موارد نقض معاهده، حکم به پرداخت غرامت می‌دهند. همچنین علی‌رغم اینکه دیوان‌ها عموماً سعی می‌کنند که بر اساس رضایت طرفین عمل نمایند تعیین نحوه رسیدگی در دیوان یا دستور به ارائه مدارک یا ضمانت اجرای عدم تطابق رفتارها با دستورهای دیوان بر عهده خود دیوان است. دوم اینکه تصمیمات دیوان‌های داوری بر تصمیمات و سیاست‌گذاری‌های اجرایی، تقنینی و قضایی داخلی تأثیرگذار است. با اینکه دیوان‌ها نمی‌توانند دولت‌ها را مجبور نمایند که نظام حقوقی داخلی خود را هم‌راستا با تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری خود نمایند یا اینکه قوانین داخلی خود را تغییر دهند، ضمانت اجرای پولی که آنها وضع می‌کنند، فشار قابل توجهی بر کشورها برای تطبیق دادن مقررات قانونی خود با تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری‌شان تحمیل می‌کند. علاوه بر آن به دلیل اینکه سرمایه‌گذاران خارجی در تمامی صنایع نقش دارند و از طرفی بسیاری از مواضع دولت‌ها بر این سرمایه‌گذاری‌ها مؤثر است، اقدامات دولتی بسیاری می‌تواند تحت بررسی دیوان‌های داوری قرار گیرد. اختلافات، همه محدودۀ تصمیمات قضایی، اجرایی و تقنینی و سیاست‌گذاری‌ها، همچون ابطال و عدم تمدید مجوزهای اجرایی به‌منظور جلوگیری از دسترسی را دربرمی‌گیرد.^(۱۵) حوزه اقتدارت عالی قانون‌گذاری در مواقع اضطراری اقتصادی،^(۱۶) از قلم‌انداختگی قانون‌گذاری در خصوص شرکت‌های خدمات عمومی،^(۱۷) کنترل و ممنوعیت استفاده از مواد خطرناک،^(۱۸) حمایت از میراث فرهنگی،^(۱۹) اعمال اصل عدم تبعیض^(۲۰) و سیاست‌های ضد‌دخانیات^(۲۱) و مواردی از این قبیل می‌تواند در محدودۀ این اختلافات قرار گیرد. بنابراین اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری، هسته اصلی حقوق عمومی را در هر حوزه‌ای که سیاست‌گذاری‌های اقتصادی وجود دارد، تحت تأثیر قرار می‌دهد. سرانجام می‌توان گفت با وجود اینکه حل‌وفصل اختلافات، عملکرد اولیه دیوان‌های داوری است، اما تنها عملکرد این دیوان‌ها نیست. این دیوان‌ها همان‌طور که بحث خواهد شد، نه تنها معاهدات سرمایه‌گذاری را در اختلافات به اجرا خواهند گذاشت بلکه علاوه بر آن می‌توان

15. See: *Técnicas Medioambientales Tecme v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2

(رای 29 مارس 2003، تمام آرای داوری به‌استثنای موارد تصریح‌شده در نشانی اینترنتی زیر موجود است:

<http://ita.law.uvic.ca> یا <http://www.investmentclaims.co>)

16. See: e.g., *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006.

17. See, e.g., *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2004; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010 (all cases concerning the water sector).

18. See, e.g., *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits of 3 August 2005.

19. *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Award of 8 June 2009.

20. *Piero Foresti and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award of 4 August 2010.

21. *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, registered on 26 March 2010 (pendin).

برای آنها تأثیر تأسیسی نیز قائل شد؛ بدین معنا که با تأثیری که در اختلافات سرمایه‌گذاری دارند به‌طور فزاینده‌ای در تغییر و ساخت حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌عنوان سازوکار حاکمیت جهانی عمل می‌نمایند؛ بدین صورت که نه تنها تأثیر آنها بر طرفین اختلافات است بلکه همچنین بر سرمایه‌گذاران خارجی، دولت‌های میزبان سرمایه و جوامع نیز اثرگذار است.^(۲۲) اگرچه دیوان‌های داوری صرفاً حل اختلاف را بر عهده می‌گیرند و بعد از آن مأموریت آنها خاتمه می‌یابد رأی آنها به‌نحوی مؤثر، ایجادکننده رویه‌ای است که بر چهارچوب حقوقی حاکم بر روابط سرمایه‌گذاری دولت در یک سطح چندجانبه اثرگذار است. این تأثیر، مستقل از رابطه خاص و دوجانبه ناشی از معاهده سرمایه‌گذاری است زیرا دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری به‌صورت گسترده‌ای متکی به رویه دیوان‌های سابق‌اند و به‌طور فزاینده‌ای از آنها انتظار می‌رود که طبق رویه سابق عمل کنند. به بیان دیگر، این دیوان‌ها در مقام تصمیم‌گیری‌های خود در روند رشد حقوق مبتنی بر رویه که سازنده اصول حمایت از سرمایه‌گذاری است و در معاهدات سرمایه‌گذاری و پیشرفت آینده آنها منعکس می‌گردد، همکاری گسترده‌ای دارند. بنابراین دیوان‌های داوری در این موقعیت قرار دارند که استانداردهای اولیه و اصلی معاهداتی را که طرفین به‌طور صریح در معاهده سرمایه‌گذاری بیان می‌نمایند، در رابطه میان دولت - سرمایه‌گذار توسعه دهند. از طرف دیگر این استانداردها به‌طور فزاینده‌ای در رویه یکسان معاهدات دوجانبه اعمال می‌گردد و توسعه می‌یابد. در نتیجه این محاکم، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را چندجانبه می‌نمایند، هرچند این حقوق در معاهدات خاص دوجانبه نمود پیدا نماید و توسط دیوان‌های موردی (که مأموریت واحد دارند و بعد از اتمام مأموریت متحل می‌گردند) اعمال گردد. دیوان‌ها، مؤسس و مجری ساختار چندجانبه برای روابط سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در غیاب معاهده چندجانبه سرمایه‌گذاری و تشکیلات دائمی حل‌وفصل اختلافات در این خصوص هستند. این جنبه از عملکرد آنها به‌عنوان مرجع صلاحیت‌دار عمومی، می‌تواند به‌عنوان نمونه‌ای از قانون‌سازی توسط دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار گیرد. در این مقاله سعی خواهد شد که به‌جای تمرکز بر روی محتوای دور از دسترس محدودیت‌های اعمالی از سوی دولت‌ها (که محاکم داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در تفسیرشان از اصول مهم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، آنها را توسعه می‌دهند)، بر روی جنبه‌های سیستم‌سازی به‌عنوان نوعی از اعمال اقتدار و صلاحیت عمومی مختص دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تمرکز گردد. در خصوص سیستم‌سازی، به این مسئله اشاره می‌شود که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری بیش از اینکه ایجادکننده افتراق و پراکندگی باشند، ایجادکننده وحدت و هماهنگی در رویه‌های داوری هستند و اگرچه قواعد حاکم بر حل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار از معاهدات دوجانبه به‌دست می‌آید و دیوان‌ها صرفاً مجاز به تصمیم‌گیری در یک قضیه واحد هستند اما این قواعد، چهارچوب معاهداتی عام‌الشمول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را پدید می‌آورد.^(۲۳) به‌منظور نشان‌دادن این موضوع که چگونه دیوان‌های داوری

22. See: Benedict Kingsbury & Stephan W. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2009/6 (Global Administrative Law Series), available at: <http://www.iilj.org/publications/documents/2009-6.KingsburySchill.pdf>.

23. در مقاله حاضر، سیستم‌سازی به معنای روندی است که درون حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری رخ می‌دهد؛ روندی که به‌وسیله آن، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌عنوان حقوق یکپارچه، شکل و توسعه می‌یابد. سیستم‌سازی در این مقاله در خصوص اینکه آیا دیوان‌های داوری به‌عنوان بخشی از سیستم عام‌الشمول حقوق بین‌الملل عمل می‌کنند یا نوع این عملکرد یا چگونگی ارتباط حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل نیست.

عهده‌دار این نوع سیستم‌سازی هستند، در بخش (ب) زیربنای ساختاری داوری معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان مبنای حاکمیت و اقتدار دیوان‌ها نسبت به طرفین و به‌عنوان قانون‌سازان در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بررسی خواهد شد. سپس در بخش (ج) بیان می‌گردد که چگونه دیوان‌های داوری بر دوجانبه‌گرایی که با آن مواجه هستند غلبه می‌نمایند و در ایجاد استانداردهای معاهداتی عام‌الشمول حمایت از سرمایه‌گذاری که به‌صورت مؤثری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را چندجانبه می‌سازد فائق می‌آیند. بخش (د) با اشاره به راهکارهای مشروعیت‌بخشیدن به سیستم‌سازی دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، به نتیجه‌گیری می‌پردازد.

ب) اختیارات و محدودیت‌های دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری

دیوان‌های تشکیل شده برای حل و فصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری در چهارچوب سازمان یافته عمل می‌کنند که بر اساس آن، اختیارات و توانایی‌های گسترده‌ای به دست آورده‌اند. کاربرد این اختیارات در ابتدا عملکرد اولیه دیوان‌ها یعنی حل و فصل اختلافات خاص میان دولت و سرمایه‌گذار می‌باشد؛ با وجود این، ایجادکننده مبنایی برای این دیوان‌ها به‌عنوان قانون‌گذاران عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز هستند. این امر علی‌الخصوص در تثبیت و توسعه بیشتر ضابطه‌های یکسان رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی (بر پایه اصول حمایت از سرمایه‌گذاری مندرج در معاهدات بین‌الملل سرمایه‌گذاری) مشاهده می‌گردد. اختیارات دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری نه تنها در انتقال صلاحیت حل و فصل اختلافات از دادگاه‌های داخلی به این دیوان‌ها اثرگذار است بلکه موجب اعطای صلاحیت خاص قانون‌گذاری در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، از دولت‌ها به دیوان‌های داوری نیز می‌گردد. برای درک اختیارات این دیوان‌ها به پنج عامل مهم باید توجه نمود:

1. حق سرمایه‌گذار خارجی برای طرح مستقیم دعوا علیه کشور میزبان سرمایه‌گذاری در دیوان داوری و مطالبه خسارات ناشی از نقض تعهدات معاهده سرمایه‌گذاری،
2. تأثیر محدود دولت‌ها در روند داوری،
3. تجدید نظر محدود در احکام داوری،
4. قواعد حاکم بر شناسایی و اجرای احکام داوری،
5. ابهام حقوق سرمایه‌گذاری.

البته تمامی این عوامل را باید در کنار محدودیت‌های ساختاری که دیوان‌های داوری با آن مواجه هستند و در نتیجه موجب کاهش تأثیر تصمیم‌گیری‌های آنها بر اختلافات می‌شود مورد بررسی قرار داد. این مسئله در مقابل این پیش‌زمینه است که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری نقش بسزایی در ساخت سیستم عام‌الشمول معاهداتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارند؛ نقشی که در حقیقت بیان‌کننده اقتدارات عمومی ناشی از سیستم‌سازی است.

1. حق سرمایه‌گذار خارجی برای طرح مستقیم دعوا و درخواست خسارت

بر اساس معاهدات سرمایه‌گذاری نوین، دیگر سرمایه‌گذاران خارجی اختلافات خود را به‌صورت میانجی‌گری دولت متبوع و حل و فصل میان‌دولتی، که در سیستم حمایت دیپلماتیک عرفی موجود بوده است حل نمی‌کنند. بر اساس آن سیستم، حمایت از تابعان یک کشور و طرح دعوا (البته بعد از طی مراحل رسیدگی دادگاه‌های داخلی کشور

میزبان سرمایه‌گذاری) کاملاً بر عهده کشور متبوع سرمایه‌گذار بود.^(۲۴) برعکس، بر اساس معاهدات سرمایه‌گذاری نوین، یک سرمایه‌گذار خارجی، مستقلاً این حق را دارد که برای احقاق حقوق خود، روند رسیدگی داورى را آغاز نماید و برای این کار، احتیاجی هم به طی مراحل رسیدگی دادگاه داخلی کشور میزبان نیست. آنها می‌توانند درخواست غرامت را به‌عنوان جبران خسارت ناشی از نقض معاهده سرمایه‌گذاری، مستقیماً به اسم خود مطرح نمایند. ایجاد این حق خصوصی دارای نتایجی است:

اول اینکه موجب تبدیل راه حل اختلافات از یک روش دوجانبه مبتنی بر مذاکره میان کشورها (که در آن قدرت کشورها عامل تعیین‌کننده‌ای است) به روش سه‌جانبه می‌گردد.^(۲۵) معرفی شخص سوم مستقل، یعنی دیوان داورى، حل‌وفصل اختلافات را بر اساس قواعد حقوقی از قبل پذیرفته‌شده، امکان‌پذیر می‌نماید.^(۲۶) این امر باعث گذار از سیاست به حقوق و در نتیجه موجب حقوقی‌شدن شیوه حل‌وفصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌گردد.

دوم اینکه داورى، سرمایه‌گذار را از منافع (بالقوه متعارض) دولت خود جدا می‌سازد.^(۲۷) تصمیم به پیشبرد دعوی دولت — سرمایه‌گذار دیگر وابسته به مسائلی همچون منافع سیاسی کشور متبوع سرمایه‌گذار (که اصولاً نسبت به رابطه میان سرمایه‌گذار و کشور میزبان، جنبه‌های خارجی محسوب می‌گردند) نیست. در مقابل، داورى معاهدات سرمایه‌گذاری، کنترل آغاز آیین حل اختلافات را به سرمایه‌گذاران خصوصی انتقال می‌دهد.^(۲۸)

سوم اینکه کنترل دولت‌ها در خصوص تسلیم‌شدن به حل‌وفصل اختلافات دولت — سرمایه‌گذار به یک عمل واحد در زمان اعطای رضایت عام و از پیش، به داورى در معاهده سرمایه‌گذاری محدود می‌گردد که بنابر آن به دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، حق اعمال صلاحیت‌شان به تعداد بی‌شماری از اختلافات مرتبط با

24. See: *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Judgment of 30 August 1924, PCIJ 1924, Series A, No. 2, 12. On diplomatic protection generally, see Chitharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008).

25. See: Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, 32 *Comparative Political Studies* 147 (1999).

26. See: Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch & Anthony Sinclair, *Art. 27, in: The ICSID Convention, A Commentary* (2009), para. 14.

27. Cf. Ibrahim F. I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA*, 1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 1 (1986).

28. سرمایه‌گذاری که دعوی نقض یک معاهده سرمایه‌گذاری را مطرح می‌نماید می‌تواند به‌راحتی درخواست موافقت دولت متبوع خود را به داورى سرمایه‌گذار — دولت، مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری قابل اجرا بنماید. هرگونه امر محرمانه‌ای میان سرمایه‌گذار و دولت، فاقد ضرورت است:

Cf. Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 232 (1995).

سرمایه‌گذاری را می‌دهد. (۲۹)

چهارم اینکه معاهدات سرمایه‌گذاری نوین، عموماً از شرط طی مراجع داخلی عدول کرده‌اند.^(۳۰) اگر چه می‌توان گفت این دادگاه‌ها از طرفی دارای صلاحیت رسیدگی به این دعاوی هستند داوری معاهدات سرمایه‌گذاری از دادگاه‌های داخلی کشور میزبان عدول می‌کند. این امر نه تنها موجب حذف فرصت دادگاه‌های داخلی برای جبران رفتارهای خلاف دولتمردان خود می‌گردد بلکه باعث می‌شود که حقوق بین‌الملل که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری بر اساس آن عمل می‌نمایند مستقیماً در روابط میان دولت - سرمایه‌گذار قابل اعمال باشد.

سرانجام حکم به پرداخت غرامت، به سرمایه‌گذار این امکان را می‌دهد که صدمات مالی ناشی از نقض معاهده توسط کشور میزبان را جبران نماید.^(۳۱) این امر، کشور میزبان را ملزم می‌سازد که هزینه نقض تعهدات خود را بر اساس معاهده سرمایه‌گذاری پیش‌بینی نماید. همه این‌ها موجب قدرتمند شدن دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری می‌گردد زیرا کشورها ترجیح می‌دهند به منظور اجتناب از مسئولیت بالقوه خود، رفتارشان را با نظر دیوان نسبت به اجرای صحیح تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری منطبق نمایند. در مجموع، سرمایه‌گذاران برای شروع رسیدگی داوری علیه دولت میزبان و حق بر مطالبه خسارات ناشی از نقض معاهده، به صورت بنیادینی ساختار حل و فصل اختلافات دعاوی سرمایه‌گذاری را تغییر داده‌اند. این حق، روابط دولت - سرمایه‌گذار را مستقیماً موضوع حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد و کنترل دولت‌ها را برای استفاده از روش‌های حل و فصل اختلافات زائل می‌سازد. بنابراین حق سرمایه‌گذار نسبت به داوری، در اساس قضایی‌سازی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری قرار دارد.

2. تأثیر محدود دولت‌ها بر روند داوری

نفوذ دولت‌ها نه تنها در رابطه با کنترل دسترسی به شیوه‌های حل و فصل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار بر مبنای حقوق بین‌الملل، کاهش یافته است بلکه قدرت آنها در خصوص تأثیر بر روند داوری نیز بسیار کم شده است. در این رابطه دولت‌ها از هیچ حقی فراتر از سرمایه‌گذاران خصوصی برخوردار نیستند. در عوض، کشور میزبان و سرمایه‌گذار، اصولاً از مقام برابری در این روند برخوردارند.^(۳۲) این امر را می‌توان به‌عنوان مثال در اختیار

29. دیوان‌های داوری جدید نسبت به دیوان‌هایی که در وضعیت‌های پس از اختلاف به وجود آمده‌اند و نمایندگی‌شان محدود به یک دوره زمانی مشخص است، همچون دیوان اختلافات ایران و آمریکا، کمیسیون دعاوی اتیوپی و اریتره یا کمیسیون‌های دعاوی در زمان دوران پیش از جنگ دوم جهانی، دارای صلاحیت گسترده‌تری هستند. در خصوص ویژگی‌های رضایت دولت در معاهدات نوین سرمایه‌گذاری و مقایسه آن با سازوکارهای کلاسیک حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، ن.ک:

Barton Legum, *The Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA*, 43 Harvard International Law Journal 531 (2002).

30. See: Amerasinghe (note 20), 334-341.

31. این امر مطابق با اصل مسئولیت دولت است که بر اساس آن، دولت متضرر، محق برای جبران خسارت اقدام عمدی و خلاف حق دولت دیگر می‌باشد. ن.ک:

Art. 34 of the ILC Articles on State Responsibility.

32. هنوز دولت‌ها امتیازات شکلی خاصی را برای خود محفوظ داشته‌اند، همچون حق تمسک به منافع/امنیت ملی علیه مدارک رسیدگی. ن.ک:

Richard M. Mosk & Tom Ginsburg, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, 50 International Comparative Law Quarterly (ICLQ) 345, 363 (2001)

مشترک‌شان در انتخاب داوران مشاهده نمود.^(۳۳) نفوذ محدود دولت‌ها در روند داوری را می‌توان در رابطه با تفسیر مکتوب یا شفاهی آنها در خصوص معاهده سرمایه‌گذاری نیز بیان نمود. دیوان‌های داوری نسبت به تفسیر کتبی و شفاهی دولت میزبان و سرمایه‌گذار، اعتبار برابر قائل هستند،^(۳۴) حتی اگر دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار، قاعده حاکم بر تفسیر معاهده را خود تعیین نمایند.^(۳۵)

نهایتاً کنوانسیون/یکسید (ICSID) اعمال عمده اقتدار دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت میزبان را برای نفوذ بر روند داوری یا روند تشکیل دیوان داوری، ممنوع کرده است.^(۳۶) اگر از منظر رضایت از پیش اعلام‌شده هم بنگریم متوجه می‌شویم از آنجاکه سرمایه‌گذار، حق رجوع به داوری و آغاز روند داوری را به‌صورت یک‌جانبه دارد دیگر دولت میزبان، حق حل اختلاف بر اساس روش‌های درون‌دولتی خود را ندارد.

3. قطعیت احکام داوری

اعتبار دیوان‌های داوری با قطعیت احکام داوری در خصوص معاهدات سرمایه‌گذاری تقویت می‌گردد. برخلاف سیستم حل‌وفصل اختلافات موجود در نظام سازمان تجارت جهانی که در آن نهاد حل‌وفصل اختلافات می‌تواند با وفاق جمعی از پذیرش گزارش هیئت بدوی یا تجدیدنظر خودداری نماید^(۳۷) رأی دیوان داوری تشکیل‌شده برای معاهدات سرمایه‌گذاری، قطعی و نسبت به طرفین الزام‌آور است. حتی اگر هر دو دولت طرف معاهده سرمایه‌گذاری با استدلال‌های دیوان یا اصل رأی مخالف باشند حق ابطال و صرف‌نظر کردن از رأی دیوان داوری معاهده سرمایه‌گذاری را ندارند. به‌عنوان مثال، دولت‌ها نمی‌توانند به بهانه تفسیر موسع قواعد حمایت از سرمایه‌گذاری توسط دیوان‌های داوری، رأی داوری را باطل و از آن صرف‌نظر نمایند. علاوه بر این، احکام دیوان‌های داوری در برابر تجدید نظرخواهی در محاکم داخلی کشور میزبان و هر کشور ثالثی مورد حمایت قرار گرفته است. بر اساس کنوانسیون ایکسید، تنها راه مقابله با رأی ایکسید، درخواست ابطال آن طبق ماده 52 کنوانسیون و بر مبنای اصولاً شکلی و کاملاً مضیق و توسط کمیته ابطال ویژه منتخب ایکسید است.^(۳۸) سایر احکام داوری (به‌جز ایکسید) ممکن است در

33. به‌عنوان مثال، ن.ک:

Art. 37 of the ICSID Convention; Art. 7 of the UNCITRAL Arbitration Rules.

34. See: *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction of 11 May 2005, para. 146.

35. ن.ک: *آنتا رابرتز* (Anthea Roberts)، قدرت و نفوذ در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری: نقش دوگانه دولت‌ها، 104 AJIL 179 (2010)، (بیان می‌کند که دولت‌ها در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری نقشی دوگانه دارند، به‌عنوان طرف داوری و به‌عنوان طرف معاهده سرمایه‌گذاری قابل اجرا).

36. اگرچه دولت میزبان و دولت متبوع می‌توانند بر اساس حقوق بین‌الملل عام از دعوایی که سرمایه‌گذار مطرح نموده است صرف‌نظر نمایند، کنوانسیون ایکسید این حق را منوط به زمان پیش از آغاز داوری نموده است. ن.ک:

Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* 253 (2009).

37. See: Arts 16(4) & 17(14) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 April 1994, UNTS, vol. 1869, 401.

38. در خصوص آیین ابطال، ن.ک: Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch & Anthony Sinclair (2009) مبنای ابطال، محدود به تشکیل نادرست دیوان، فساد یکی از اعضای دیوان، تجاوز آشکار دیوان از حدود اختیارات، انحراف جدی از آن یکی از قواعد بنیادین رسیدگی یا عجز از بیان استدلال‌های رأی است.

دادگاه‌های کشور مقرّ داوری موضوع رسیدگی مورد ابطال قرار گیرند^(۳۹) لکن در خصوص عدم جواز تجدیدنظر، به شدت مورد حمایت دادگاه‌های دولتی می‌باشند. این موضوع به‌ویژه در موردی که دیوان‌های داوری، حق تعیین مقرّ داوری را دارند (جز در مواردی که طرفین داوری، خود مقر را مشخص کرده باشند) موضوعیت پیدا می‌کند^(۴۰) بدین معنی که دیوان‌های داوری را مجاز می‌دارد که از کنترل از پیش تعیین‌شده دادگاه‌های دولتی بر تفسیری که از حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهند رهایی یابند.

4. شناسایی و اجرای احکام داوری

اعتبار دیوان‌های داوری تشکیل‌شده برای حل‌وفصل اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری توسط قابلیت گسترده اجرائی احکام آنها بیشتر تقویت گردیده است. به‌عنوان مثال احکام ایکسید باید توسط اعضای متعاهد کنوانسیون ایکسید در حیطه تعهدات مالی همچون حکم نهایی و قطعی دادگاه‌های داخلی خود آن کشورها شناسایی و اجرا گردد^(۴۱) و این امر سبب اجرای احکام ایکسید در کشورهای مختلف بدون تأثیرات انحرافی بحث و جدل میان کشور اجراکننده و کشور خواننده در خصوص اعتبار آن احکام خواهد شد؛ به‌ویژه اینکه کشور اجرا کننده نمی‌تواند نظم عمومی خود را در مقابل حکم ایکسید مورد استناد قرار دهد و صلاحیت دیوان یا قابلیت رسیدگی اختلاف از طریق داوری را مورد چالش قرار دهد یا به بهانه روش مورد استفاده دیوان در حل مسائل حقوقی از اجرا خودداری نماید.^(۴۲) تنها استثنا در راه اجرا، مصونیت دولتهاست (ماده 55 کنوانسیون ایکسید).^(۴۳) در خصوص سایر احکام داوری (به‌استثنای ایکسید) امکان خودداری از اجرا و مقاومت در مقابل اجرا اندکی بیشتر است. به‌ویژه کنوانسیون نیویورک به کشورهای اجراکننده احکام داوری اجازه داده است که در مقابل شناسایی یا اجرای حکم داوری به نظم عمومی خود استناد نمایند.^(۴۴) وجود این امکان، صرف‌نظر از قواعد شناسایی و اجرای احکام داوری معاهدات سرمایه‌گذاری است که به کشورها انگیزه قوی برای موافقت و مطابقت با آرای صادرشده علیه آنها و همچنین تغییر عملکردشان به سمت جلوگیری از مسغولیت برای نقض تعهدات سرمایه‌گذاری (که توسط دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذار مورد تفسیر قرار می‌گیرد) می‌دهد.

5. ابهام حقوق ماهوی سرمایه‌گذاری

ساختار نهادینه‌شده داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری باعث کاهش عمده سلطه دولت‌ها گردیده است. این ساختار، ابزار مناسبی به دیوان‌های داوری برای حل‌وفصل اختلافات دولت — سرمایه‌گذار اعطا می‌نماید و سرمایه‌گذاران خارجی را

39. در موارد نادری، دادگاه‌های داخلی، احکام دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری را کنار گذارده‌اند. ن.ک:

The United Mexican States v. Metalclad Corporation, 2001

40. See: e.g., Art. 16(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules.

41. Art. 54(1) of the ICSID Convention.

42. Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch & Anthony Sinclair, *Art. 54, in: The ICSID Convention - A Commentary* (2009), para. 74.

43. See: Art. 55 of the ICSID Convention.

44. See: Art. V(2)(b) of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ("New York Convention"), 10 June 1958, UNTS, vol. 330, 38.

قادر به رجوع به داوری و اجرای احکام داوری معاهدات سرمایه‌گذاری می‌نماید. دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری با ساختار خاص خود به‌عنوان عامل حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران خارجی و عامل تعدیل‌کننده اقدامات دولت‌ها در خصوص رفتار با این سرمایه‌گذاران در نظر گرفته می‌شوند. دیوان‌های داوری تضمین‌کننده این امر هستند که دولت‌ها با سرمایه‌گذاران خارجی بر اساس موازین موجود در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی رفتار می‌کنند. بدین سبب است که دیوان‌های داوری به‌عنوان صاحبان اقتدارات قانون‌ساز در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌الملل مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. دلیل اصلی این امر را می‌توان ابهام اصول حمایت‌کننده از سرمایه‌گذاری موجود در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری مطرح نمود. تبیین این استانداردها، تضمین‌کننده حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، همچون ممنوعیت سلب مالکیت بدون پرداخت غرامت و شرط رفتار برابر و منصفانه با سرمایه‌گذار خارجی و همچنین حمایت و امنیت کامل است. این حقوق در حال حاضر به علت ابهام، فاقد تعریف دقیق و محتوای هنجاری مشخص است. به‌عنوان مثال، رفتار عادلانه و برابر، نه دارای معنی دقیق معاهده‌ای است و نه تعریف دقیقی از آن را می‌توان در رویه دولت‌ها به‌دست آورد. مفاهیم حقوقی همچون رفتار عادلانه و منصفانه را به‌سختی می‌توان به‌وسیله ابزارهای سنتی تفسیر همچون تمرکز بر معنی کلمات، محتوا و موضوع و هدف در یک مفهوم دقیق و روشن گنجاند.^(۴۵) تقریباً می‌توان بیان فوق را برای تمامی حقوق حمایت از سرمایه‌گذاری، همچون مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم و تعهد بر فراهم‌کردن حمایت و امنیت کامل نیز به‌کار برد.^(۴۶) به بیان دیگر، مفاهیم حقوقی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، در طول زمان به علت تفسیر دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری از آنها در زمان خود و در تصمیم‌گیری‌هایشان بیانگر معنی مشخصی شده است. دلیل عمده فعالیت‌های قانون‌سازی که دیوان‌های داوری به آن مشغول‌اند، ابهام استانداردهای ماهوی است که به‌عنوان معیاری برای مسئولیت کشور میزبان اعمال می‌شود. این فعالیت‌های قانون‌سازی، یکی از نتایج موقعیتی است که این دیوان‌ها از طرف دولت‌ها با آن مواجه شده‌اند. از یک طرف دیوان‌های داوری اختلافات سرمایه‌گذاری این توانایی را دارند که اصول موجود در معاهدات بین‌الملل سرمایه‌گذاری را با توسل به روش‌های پذیرفته‌شده تفسیر معاهدات، به اجرا بگذارند (بلکه این امر تهمیدی بر دوش آنان است).^(۴۷) باوجود این، از طرف دیگر، دولت‌ها در خصوص معانی دقیق اصول مورد نظر، به دیوان‌ها راهنمایی و کمک محدودی می‌نمایند. در نتیجه، دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، لاجرم با وظیفه تکمیل شکاف‌های عظیم موجود (به علت ابهام استانداردهای حقوقی سرمایه‌گذاری) مواجه هستند. این ابهامات، دیوان‌ها را با تفاسیر گسترده‌ای در خصوص معنای واقعی تعهدات موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری مواجه نموده است.

6. محدودیت‌های قانون‌سازی‌های چندجانبه

درحالی‌که دیوان‌ها اختیارات گسترده‌ای در حل‌وفصل مؤثر اختلافات میان طرفین و اعمال قواعد ماهوی دارند با محدودیت‌های گسترده‌ای هم مواجه هستند که مانع از اعمال رویه‌های دیوان‌های داوری موردی، بر حقوق

45. See: *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 113; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, para. 297.

46. See: only Markus Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, 107, 108 (Stephan W. Schill ed., 2010).

47. ماده 42(2) کنوانسیون ایکسید به‌صراحت رأی نون لیکت (non liquet) را بر مبنای سکوت یا ابهام قانون، ممنوع ساخته است.

بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌گردد. این محدودیت‌ها در واقع به علت تکثر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ماهوی در معاهدات دوجانبه، طبیعت موردی داوری و فقدان قاعدهٔ پیروی از رویهٔ قضایی سابق در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری است. اول اینکه حالت دوجانبهٔ معاهدات سرمایه‌گذاری، بیشتر بیانگر تنوع اعمال استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای اعمال معاهدات سرمایه‌گذاری است تا وحدت و یکپارچگی. انعطاف در پذیرش راه‌حل‌های دقیق و کاملاً مناسب می‌تواند یکی از دلائلی باشد که کشورها معاهدات دوجانبه را بر چندجانبه ترجیح می‌دهند.^(۴۸) این چندگانگی منابع می‌تواند موجب مقابله با تأثیرات تصمیمات داوری بر معاهدات سرمایه‌گذاری دیگران گردد. دوم اینکه در مقایسه با دادگاه دائمی و ثابت که به‌راحتی می‌تواند رویهٔ قضایی واحدی را ایجاد نماید، اعتبار قانون‌سازی دیوان‌های داوری، موردی و تأثیرات آنها محدود به یک اختلاف خاص است.

دیوان‌های موردی بدون سلسله‌مراتب و بدون سازوکاری برتر که می‌تواند تضمین‌کنندهٔ انسجام در رویهٔ داوری باشد، در کنار یکدیگر وجود دارند. این امر می‌تواند با امکان شرکت دیوان‌های داوری در روند سیستم‌سازی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مقابله نماید. سوم اینکه دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری قاعداً در تشخیص و ارزیابی مسائل حقوقی و واقعیات موجود در اختلافات، آزاد هستند. علی‌الخصوص هیچ اصل پیروی از رویهٔ سابق یا رویهٔ الزام‌آوری که بتواند به‌عنوان سازوکار آرای متقابل عمل نماید، برای ایجاد رویهٔ قضایی یک‌شکل وجود ندارد. بعضی از معاهدات سرمایه‌گذاری همچون کنوانسیون ایکسید، به‌صراحت، اصل نسبی بودن آرای صادره میان طرفین اختلاف را پذیرفته است و دیوان‌های داوری نیز مکرراً تأکید کرده‌اند که تصمیماتی که توسط دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری سابق اخذ شده است، به‌عنوان قانون برای آنها الزام‌آور نیست.^(۴۹) به‌عنوان مثال، دیوان داوری در قضیهٔ شرکت ای.ای.اس علیه آرژانتین (*AES Corporation v. Argentina*) تأکید کرده که هر دیوانی دارای صلاحیتی شخصی و متفاوت است و ممکن است برای حل یک مشکل یکسان، به طرق مختلفی توسل جوید.^(۵۰) در واقع تصمیمات کاملاً متعارض دیوان‌های مختلف در خصوص حقایق قابل قیاس یا حتی یکسان و بر اساس تعهدات معاهداتی قابل قیاس یا حتی یکسان، پدیدهٔ رایج است.^(۵۱) تأثیر کلی عوامل ذکرشده در بالا ممکن است این تصور را به وجود آورد که دیوان‌های داوری نقش بسیار کوچکی در توسعهٔ سیستم رویه‌ای و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارند. ساختار نوپا و اختیارات محدود دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری برای حل و فصل اختلاف واحد، بیشتر بیانگر این امر است که دیوان‌های داوری قادر به اعمال صلاحیت عمومی در ایجاد قانونی فراتر از یک اختلاف نیستند. این موضوع که توسعه و ایجاد سطح وسیعی از یکپارچگی معاهداتی عام‌الشمول در رویهٔ

48. علی‌الخصوص در مورد متغیرهایی که گزینه‌های نهادی میان دوجانبه‌گرایی و چندجانبه‌گرایی را بیان می‌نماید، ن.ک:

Thomas Rixen & Ingo Rohlfing, *The Institutional Choice of Bilateralism and Multilateralism in International Trade and Taxation*, 12 *International Negotiation* 389 (2007)

49. مادهٔ 1136(1)؛ نقتا؛ مادهٔ 53 (1) کنوانسیون ایکسید

50. *ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, para. 30*. This conclusion is shared widely by investment treaty tribunals more generally. For further arbitral jurisprudence on point, see *SCHILL* (note 32), 292, footnote 45. For a recent expression of the same view, see *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Partial Award on the Merits of 30 March 2010, para. 163*.

51. See: Schill (note 32), 284, 339.

دیوان‌های داوری، علی‌الخصوص در مورد اصول حمایت از سرمایه‌گذاری باید مورد بررسی قرار گیرد برخلاف موانع ساختاری ذکر شده در پیش‌فرض بالاست.

ج) سیستم‌سازی در خلال سوابق و رویه‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری

این حقیقت که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در معاهده دوجانبه نمود پیدا می‌کند و توسط دیوان‌های داوری مورد استفاده می‌گردد این نکته را به ذهن می‌رساند که مجموعه قوانینی نامنظم و غیرسیستماتیک بر روابط بین‌الملل سرمایه‌گذاری حکومت می‌کند. اما چیزی که در ساختار، حوزه و محتوای معاهدات بین‌الملل سرمایه‌گذاری همچون رویه دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری دیده می‌شود، هم‌گرایی در عوض پراکندگی و چندگانگی است. برخلاف موافقت‌نامه‌های دوجانبه متداول، معاهدات سرمایه‌گذاری صرفاً اسناد حاکم بر روابط میان دو کشور نیست بلکه توسعه‌دهنده اشتراکات چندگانه و روابط ساختاری داخلی است که ایجاد یک رژیم عام‌الشمول معاهداتی و نسبتاً یک‌شکل برای روابط سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط آن صورت می‌گیرد. مطمئناً این چندجانبه‌سازی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بر پایه شماری از عوامل گنجانده شده در محتوا و ساختار معاهدات سرمایه‌گذاری بنا گذارده شده است. این عوامل عبارت‌اند از: متن مشابه و نزدیک معاهدات مختلف سرمایه‌گذاری دوجانبه، انعقاد این معاهدات بر اساس معاهدات پایه و چهارچوب‌بندی معاهدات دوجانبه در یک فرایند چندجانبه به‌ویژه هماهنگی سیاست‌های سرمایه‌گذاری خارجی توسط مهم‌ترین کشورهای صادرکننده سرمایه در قالب سازمان توسعه و همکاری اقتصادی و نهادهای دیگر.^(۵۲) علاوه بر آن، شروط ملت‌های کامله‌الوداد در معاهدات سرمایه‌گذاری تأثیر بسزایی در تعدیل تفاوت‌ها در حقوق حمایتی موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری دارد.^(۵۳) سرانجام می‌توان گفت که موقعیت‌های گسترده برای یافتن معاهدات مناسب نیز تأثیر مهمی بر افزایش حمایت از سرمایه‌گذاری در کشور میزبان فرضی و در سطح بالایی از لحاظ متحدالشکل بودن دارد.^(۵۴) بنابراین قوانین ماهوی سرمایه‌گذاری و چهارچوب‌های رسمی انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری در واقع شامل هسته نظم چندجانبه برای روابط سرمایه‌گذاری بین‌الملل است؛ هرچند در واقع معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری که سطح یکسانی از حمایت از سرمایه‌گذاری فراهم می‌کند، توسط اکثریت کشورها پذیرفته نشده است (چه صادرکنندگان سرمایه و چه واردکنندگان آن). عامل مهم‌تر برای چندجانبه‌سازی معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌الملل، فعالیت دیوان‌های حل‌وفصل اختلافات معاهدات سرمایه‌گذاری است. علی‌رغم وجود استثنائاتی، تصمیمات این دیوان‌ها حتی در خصوص معاهدات سرمایه‌گذاری متفاوت، عمدتاً هماهنگ است و در کل، به‌عنوان تفسیر اصول ماهوی حمایت از سرمایه‌گذاری در نظر گرفته می‌شود. این بدنه عموماً منسجم و هماهنگ رویه داوری، محصول اتفاق نیست بلکه توسط عملکرد گسترده داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری در پیروی از احکام داوری سابق پدید آمده است. ارجاع به احکام و تصمیمات داوری‌های سابق معاهدات سرمایه‌گذاری را می‌توان در هر کدام از احکام اخیر دیوان یافت. در واقع همان‌طور که تحلیل میزان استناد و اشاره به آرای داوری معاهدات سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد استناد به منابع در فرض ثانویه همچون تصمیمات قضایی (شامل احکام

52. در خصوص استانداردسازی متون معاهدات و پیکره‌بندی معاهده‌سازی دوجانبه در فرآیندی چندجانبه، ن. ک: *id*

53. See: *id.*, 121-196.

54. See: *id.*, 197-240.

داوری) بسیار فراگیر و غالب است.^(۵۵) برخلاف داوری‌های تجاری میان اشخاص حقیقی که در پشت درهای بسته برگزار می‌گردد، به این علت که آرای صادرشده در داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به‌طور منظمی در اینترنت و مجلات حقوقی منتشر می‌گردد و به‌صورت گسترده‌ای مورد بحث و بررسی در جوامع حقوقی سرمایه‌گذاری و رسانه‌های عمومی قرار می‌گیرد این توسعه در این نوع از داوری‌ها امکان‌پذیر است. علاوه بر این، می‌توان گفت که هم‌گرایی در رویه دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به علت مجموعه نسبتاً محدود داورانی که در پرونده‌های مهم و برجسته انتخاب گردیده‌اند نیز توسعه یافته است.^(۵۶) اینکه چگونه دیوان‌های داوری حالت چندگانه و نامنسجم معاهدات بین‌الملل سرمایه‌گذاری را تبدیل به سیستم حقیقی از حقوق بین‌الملل می‌نمایند با ملاحظه «استفاده از رویه سابق» آشکار می‌گردد. بنابراین می‌توان گفت دیوان‌های داوری، یک سیستم حقوقی را نه تنها در خصوص تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری یکسان بلکه در ارتباط با معاهدات مختلف ایجاد می‌نمایند. مطمئناً روش‌های استفاده از رویه قضایی توسط معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف است. با این حال همه آنها نشان‌دهنده این است که چگونه رویه حل و فصل اختلافات معاهدات سرمایه‌گذاری هم‌گرا می‌شوند و قسمتی از چهارچوب معاهداتی واحد و یکسان، رژیم روابط سرمایه‌گذاری بین‌المللی را ایجاد می‌نماید و چگونه دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به‌صورت فعال، مشغول سیستم‌سازی در این زمینه هستند.

در نظام شایع تأثیرگذاری‌های هنجاری بر تصمیم‌گیری‌های داوری، «رویه سابق» در موارد ذیل به کار می‌رود:

1. رویه به‌عنوان منبعی برای تطبیق دقیق و مقایسه با تصمیمات سابق
2. رویه به‌عنوان ابزاری برای شفاف‌سازی قواعد موجود در معاهده
3. رویه به‌عنوان خلاصه‌ای از استدلال‌ها
4. رویه به‌عنوان وسیله تنظیم استانداردها
5. رویه به‌عنوان سندی برای قانون‌سازی در سیستم^(۵۷)
6. و سرانجام، رویه در موارد تصمیم‌گیری‌های متعارض در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری نیز نقش ایفا می‌کند؛ در نتیجه
7. رویه برای آنهایی که متأثر از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌الملل و داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری هستند، مبنایی برای توسعه توقعات هنجاری در خصوص وجود سیستم حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی و عملکرد آن است.

1. قیاس با تصمیمات سابق

یکی از روش‌هایی که دیوان‌های داوری به‌وسیله آن از رویه استفاده می‌نمایند قیاس با تصمیمات سابق است. به‌عنوان مثال، این رویکرد توسط دیوان داوری در اختلافات کمپانی ای.ای.اس علیه آرژانتین در خصوص تصویب قانون شرایط اضطراری آرژانتین در سال 2001—2002 اتخاذ گردید.^(۵۸) دیوان بیان داشت که ملزم به رویه

55. ن.ک: کمیسیون جفری (Jeffrey Commission) سابقه در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، گزارشی تحلیلی از رویه‌ای در حال توسعه:

Journal of International Arbitration 129, 148 (2007).

56. See: *id.*, 137-141.

57. See: in depth Marc Jacob, *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*, in this issue.

58. See: *AES Corporation v. Argentina* (note 46), paras 23 & 30.

سابق نیست اما این طور اظهار داشت که مجاز به استفاده از تصمیمات سابق داوری به عنوان منبع «مقایسه و دریافت نظر» می‌باشد.^(۵۹) از منظر دیوان، این امر نسبت به تفسیر مسائل قانونی و هم نسبت به تفسیر واقعیات پرونده اعمال می‌گردد: «ممکن است موقعیت‌هایی یافت شود که در آن اگر چه مسئله مبتنی بر معاهده دوجانبه دیگری است دیوان، صرف نظر از این که شرایط خاص هر دعوا چه باشد قوانینی را اعمال نماید که بالذات از پرونده‌های دیگر استخراج شده است. چنین رویه‌هایی حداقل می‌تواند در خصوص مقایسه و تطبیق یا در مورد القای نظر و درک موضوع به درستی مورد استناد قرار گیرند. همین موضوع را می‌توان در خصوص تفسیری که توسط آرا و احکام رویه‌ای سابق در بعضی از واقعیات مرتبط که از نظر منشأ بر اساس دو یا چند دعوی مختلف و متفاوت صادر شده‌اند با در نظر گرفتن دقیق ویژگی‌های اصلی هر دعوا که متمایزکننده آن از سایر دعاوی است نیز به کار برد».^(۶۰) رویکرد دیوان داوری در پرونده کمپانی ای.ای.اس، گرایش خاصی به ارجاع به احکامی داشت که بر پایه معاهدات سرمایه‌گذاری متفاوت از معاهده لازم‌الاجرا در آن پرونده خاص بوده زیرا دیوان خود تأکید کرد که مبنای حقوقی تصمیم سابق، متفاوت بوده است. این موضوع به دیوان‌ها این اختیار را می‌دهد که با تلفیق استدلال‌ها و نتایج تصمیمات گذشته با تصمیم خود، ایجادکننده هماهنگی و سازگاری در تصمیم‌گیری‌های داوری در خلال پرونده‌ها و معاهدات مختلف باشند. بنابراین، استدلال‌ها همراه با قیاس، اصل رویه‌های غیرالزام‌آور را با تأثیر قانع‌کننده احکام سابق سرمایه‌گذاری، علی‌الخصوص در رابطه با احکام صادرشده بر مبنای معاهدات سرمایه‌گذاری متفاوت وفق می‌دهد.

2. رویه به عنوان وسیله‌ای برای شفاف‌سازی مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری

سایر دیوان‌ها در زمینه معاهدات سرمایه‌گذاری از رویه به عنوان وسیله‌ای برای شفاف‌ساختن معانی مقررات مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری حاکم استفاده می‌نمایند. این امر منعکس‌کننده عملکرد منتصب بر تصمیمات قضایی، در ماده (38) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است که از آن به عنوان «منابع فرعی برای تعیین قواعد حقوقی» یاد شده است. بنابراین تصمیمات دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی می‌تواند به عنوان دلیلی بر وجود قواعد خاص یا اصول خاصی از حقوق بین‌الملل یا به عنوان دلیلی بر تفسیر خاصی از اعمال قواعد یا اصول مورد استفاده قرار گیرد.^(۶۱) به همین طریق رویه می‌تواند برای تعیین معنی متداول مقررات معاهدات نیز به کار گرفته شود. همان گونه که در اختلافات *آزوریکس (AZURIX)* علیه آرژانتین توسط دیوان داوری بیان داشت: «لازم است که دیوان، معنی متداول اصطلاحات در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را بر اساس ماده 31 کنوانسیون وین حقوق معاهدات به دست آورد. احکام سایر دیوان‌ها و علی‌الخصوص دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند برای دیوان در

59. رویکرد مشابهی را می‌توان در *Gas Natural v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10* رأی صادره در خصوص صلاحیت 17 می 2005 بند 36 یافت.

60. *AES Corporation v. Argentina* (note 46), paras 31-32. Similarly, *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award of 26 November 2009, para. 170; *Chevron v. Ecuador* (note 46), para. 164.

61. See: Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* 47 (1996).

انجام این وظیفه تفسیری‌اش مفید باشد».^(۶۲)

همچنین بررسی روش تفسیر مقررات مشابه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری متفاوت توسط سایر دیوان‌های داوری می‌تواند برای مشخص نمودن عملکرد مقررات خاص موجود در معاهده، مورد استفاده قرار گیرد. به‌عنوان مثال، دیوان در اختلاف *اُرکا* (EUREKO) علیه لهستان به رویه داوری در خصوص تفسیر شروط چتری بر اساس معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری سوئیس — پاکستان و سوئیس — فیلیپین اشاره کرد تا بدان وسیله کاربرد و معنی شرطی با همان شرایط را در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری هلند و لهستان روشن و مشخص نماید.^(۶۳) اکثریت دیوان نه تنها به معانی متداول شرط مورد نظر و اصل تفسیر مؤثر استناد نمودند^(۶۴) بلکه به سایر احکام داوری معاهدات سرمایه‌گذاری هم اشاره نموده^(۶۵) و بیان داشتند که از نظر این دیوان، تحلیل دیوان پیشین در *دعوی اس.جی.اس* (SGS) علیه جمهوری فیلیپین متقاعدکننده است.^(۶۶) البته اگرچه دیوان برای تفسیر شروط چتری توسط دیوان داوری در اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین اهمیت خاصی قائل گردید، تصمیم آن دیوان را به‌عنوان رویه الزام‌آور به حساب نیاورد بلکه صرفاً آن را در تفسیر خود از معاهده دوجانبه لهستان — هلند به کار برد. بنابراین دیوان از رویه سابق داوری به‌عنوان وسیله دیگری برای تفسیر استفاده نمود که مطابق با اهداف تفسیر و بدون ویژگی الزام‌آور بود. چنین استفاده‌ای از رویه به دیوان‌ها اجازه می‌دهد که هم‌گرایی عام‌الشمول را توسعه دهند.

3. خلاصه استدلال‌ها

همه دیوان‌ها از رویکردهای محتاطانه گفته‌شده برای استفاده از رویه، بهره نمی‌جویند. در عوض می‌توان بیان داشت که آن دسته از دیوان‌ها که احکام خود را بر اساس تصمیمات گذشته صادر می‌نمایند، فرایند تصمیم‌گیری را سریع‌تر می‌گذرانند. به‌عنوان مثال می‌توان در رأی صلاحیتی پرونده *انرون* (ENRON) علیه آرژانتین، این درجه ارتقا یافته تأیید احکام سابق معاهدات داوری را مورد تشریح قرار داد. این پرونده هم مرتبط با قانون‌گذاری شرایط اضطراری اقتصادی 2001-2002 آرژانتین است.^(۶۷) برخلاف پرونده *انرون*، دیوان صرفاً برای حمایت از استدلال‌های خود به آرای گذشته اشاره نکرد بلکه استدلال‌های حکم سابق را به‌عنوان مبنای تصمیم خود مطرح کرد. دیوان در آن پرونده از رویه‌ای استفاده کرد که از سایر داوری‌ها نشأت گرفته بود و مرتبط با قانونی بودن تأثیر قانون‌گذاری اقتصادی اضطراری آرژانتین بر روی شاکای مورد بحث بود و در رأی و خلاصه استدلال‌ها برای «اعتراض صلاحیتی آرژانتین» در ضمن پرونده *ایکسید* در خصوص آرژانتین قید گردید.^(۶۸) بنابراین، دیوان

-
62. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, para. 391
63. *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Partial Award of 19 August 2005. Similarly cautious in its use of precedent also *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of 8 December 2003, paras 73 & 89.
64. *Eureko v. Poland* (note 59), paras 246_249.
65. *Ibid.*, paras 252-258.
66. *Ibid.*, para. 257.
67. *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of 14 January 2004.
68. *Ibid.*, before para. 24.

به جای رد آن اعتراضات، بر مبنای استدلال‌های مستقل و بر مبنای تفسیری مستقل و جداگانه از قانون حاکم بیان داشت که در خصوص مسائلی که به صورت مبسوط در پرونده سابق مورد نظر بوده است و در این پرونده هم مؤکداً توسط طرفین مورد بحث قرار گرفته است قصد بحث مجدد ندارد^(۶۹) و به جای آن، بیان داشته که تنها بر روی موضوعات خاصی از پرونده تمرکز خواهد کرد که از نظر مسائل قانونی یا واقعیات پرونده با پرونده‌های مشابهی که تا کنون علیه آرژانتین توسط سایر دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری مورد حکم قرار گرفته است متفاوت باشد.^(۷۰) در حالی که دیوان در پرونده انرون بیان داشت که ملزم به رویه سابق نیست از ارجاع به تصمیمات گذشته استفاده کرد؛ بدین دلیل که معتقد است در اصل، نتیجه‌گیری و دلائل آن تصمیمات درست است.^(۷۱) استفاده از رویه به عنوان خلاصه استدلال‌های دیوان، بیانگر یک مرحله کلیدی در خصوص اعمال تأثیر بیشتر و مستقیم احکام گذشته بر روند تصمیم‌گیری دیوان‌های داوری است. این امر نشان می‌دهد که تمرکز در داوری‌ها از بررسی و تحلیل موردی که منحصر به همان داوری و پرونده باشد، به سمت تحلیل و بررسی متقاعدکننده و در نتیجه الزام‌آور تفاسیر گذشته در مورد معاهدات متفاوت یا یکسان، رو به گذار است. این تمرکز، ایجادکننده جایگاهی توسعه‌یافته برای رویه است.

4. رویه و ضابطه‌مندسازی تفسیر: به سوی نظام حقوقی پایدار

بسیاری از آرای داوری فراتر رفته و رویه را به صورتی نشان می‌دهند که گویی سازنده ضابطه‌ای است که تنها زمان وقوع واقعیات یا مسائل حقوقی جدید یا با نشان دادن اینکه قصد طرفین معاهده، متفاوت با چهارچوب متداول معاهدات سرمایه‌گذاری در موضوع خاص مورد بحث است می‌توان از آن کناره‌گیری کرد. دیوان اختلاف کاموزی (Camuzzi) علیه آرژانتین، مجدداً با موردی مواجه گردید که مرتبط با قانون‌گذاری اضطراری اقتصاد آرژانتین بود. دیوان ابتدا دلایل طرفین را که استدلال می‌کردند باید از رویه موجود در معاهده سرمایه‌گذاری گذشته، چشم‌پوشی کرد برای چنین امری درخواست نمود. دیوان مقرر داشت که: «هیچ دلیلی برای عدم موافقت با نتیجه‌گیری سابق، حتی اگر بعضی از عناصر واقعیات‌های موجود در هر پرونده متفاوت باشد نمی‌بیند».^(۷۲) مفهوم رویه در این پرونده بسیار مشرف به نظام کامن‌لایی «صدور رأی بر مبنای سابقه موجود» است. به نظر نمی‌رسد که دیوان، قانون حاکم را تفسیر کند بلکه خود را مقید به رجوع به رویه سابق به عنوان منبع معتبر قانون نموده است. چنین استدلالی مستلزم این است که هرگونه تغییری در نظام حقوقی نیازمند این باشد که طرفین برای چنین تغییری ارائه دلیل نمایند. بنابراین، این امر، بار استدلال‌ها و قانع‌سازی دیوان را بر عهده طرفی قرار می‌دهد که می‌خواهد نظام حقوقی فعلی را تغییر دهد حتی اگر این نظام حقوقی بر اساس معاهدات سرمایه‌گذاری غیرمرتبط و میان کشورهای مختلف ایجاد گردیده باشد.^(۷۳) در این ارتباط می‌توان گفت که رویه، تفسیر معاهدات

69. *Ibid.*, para. 38.

70. *Ibid.*, para. 41.

71. *Ibid.*, para. 40.

72. *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction of 11 May 2005, para. 82; *Sempra Energy v. Argentina* (note 30), para. 94.

73. همچنین پرونده *Gas Natural v. Argentina* (note 55), para. 49. بیان داشت که: به استثنای اینکه مشخص شود که دولت‌های عضو یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری یا طرفین موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری خاص بر روش متفاوت برای حل اختلافاتی که ممکن است

سرمایه‌گذاری را همگون می‌کند؛ با این هدف که اختلافات موجود میان رویه لازم‌الاجرا و قانع‌کننده کاهش یابد و در کل، تفاوت‌های موجود میان معاهدات دوجانبه حاکم بر قضایا تا حد امکان بی‌اهمیت گردد. با این ملاحظات، ایجاد نظام حقوقی هم‌گرای معاهدات سرمایه‌گذاری با هدف ایجاد نظام حقوقی رویه‌ای این تأثیر فزاینده را دارد که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، خود را به‌عنوان نمایندگان رژیم عام‌الشمول معاهداتی لازم‌الاجرا به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ببینند. دیدگاه دیوان در اختلاف سایپم (SAIPEM) علیه بنگلادش می‌تواند نمایانگر موضعی که به‌صورتی روبه‌رشد در خلال داوری‌های سرمایه‌گذاری اخذ می‌گردد، در نظر گرفته شود: «دیوان این امر را در نظر دارد که ملزم به تصمیمات سابق نمی‌باشد. درعین حال بر این نظر است که باید به تصمیمات سابق دیوان‌های بین‌المللی توجه لازم بنماید. دیوان معتقد است که به‌منظور پذیرفتن مبانی متعارف، وظیفه دارد راه‌حلی را بپذیرد که در مجموعه‌ای از پرونده‌های هماهنگ وجود دارد. همچنین معتقد است بر اساس ویژگی‌های معاهده مفروض و وضعیت‌های پرونده مطرح، وظیفه دارد در خصوص انسجام و ثبات قواعد حقوقی این حوزه بکوشد».^(۷۴) درحالی‌که رویه از این منظر، سایر دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری را ملزم نمی‌کند، بار بحث و استدلال به‌منظور توجیه درخواست عدول از رویه را تغییر می‌دهد. هرچه رویه تثبیت‌شده بیشتری ایجاد گردد و هرچه دیوان‌های داوری معاهدات، سرمایه‌گذاری خود را با خط معین نظام ایجادشده تنظیم نمایند^(۷۵) دیگر اثبات آن دلایل برای پذیرش راه‌حلی‌هایی که از رویه سابق عدول نماید مشکل‌تر می‌گردد. این موضوع، عنصر اصلی برای سیستم‌سازی در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری است.

5. تفویض صلاحیت قانون‌سازی از کشورها به دیوان‌ها

درحالی‌که اکثر تصمیماتی که تاکنون مورد بررسی قرار گرفته است در خصوص استفاده از رویه در جریان رسیدگی با موقعیت‌های یکسان و عموماً مرتبط با ارزیابی قانون‌گذاری اقتصادی اضطراری آرژانتین بوده است، استفاده از رویه، نقش مهمی در روشن‌سازی و توسعه بیشتر موازین و ضوابط حمایت از سرمایه‌گذاری همچون ممنوعیت مصادره غیرمستقیم بدون پرداخت غرامت، رفتار عادلانه و منصفانه، رفتار ملی یا حمایت و امنیت کامل نیز ایفا می‌نماید. در حقیقت، تفسیر و اعمال این استانداردهای رفتاری، بیش از آنکه از متون معاهدات قابل اعمال یا رویه دولت‌ها به‌دست آید، از رویه داوری به‌دست می‌آید.^(۷۶) دلیل اولیه این امر، ابهام موجود در معانی این حقوق است.^(۷۷) باوجود اینکه روش‌های تفسیر معاهدات گنجانده‌شده در عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات،

بروز کند توافق نموده‌اند اصل ملل کامله‌الوداد موجود در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری باید برای حل اختلاف، لازم‌الاجرا در نظر گرفته شود.

74. *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Provisional Measures of 21 March 2007, para. 67.

75. *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL (NAFTA), Arbitral Award of 26 January 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde, para. 16

گذار از رویه‌ای محکم و خوب نیازمند توجیه مناسب است.

76. یکی از موارد استثنا، حکم قضیه 598-616 *Glamis Gold v. United States* (note 15), paras 598-616 است که در آن اهمیت عملکرد دولت در مفهوم تفسیر رفتار عادلانه و منصفانه بر اساس ماده 1105(1) نفتا بیان گردیده است.

77. See: *supra*, section B.V.

اندکی راهنما است دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری اغلب ناگزیر هستند که به‌منظور تعیین و متعاقب آن، توسعه استانداردهای قابل اعمال قانونی، صرفاً به ارزیابی عملکرد سابق دیگر دیوان‌ها بپردازند. میزان تأثیرگذاری رویه در تفسیر و اجرای حقوق سرمایه‌گذاری را می‌توان توسط بررسی «اصل رفتار عادلانه و منصفانه» مشخص کرد. محتوای هنجاری این اصل ابتدائاً در خلال رویه دیوان‌های داوری ایجاد گردیده است.^(۷۸) حکم دیوان داوری نفتا در پرونده ویست‌منجمنت (Waste Management) علیه کشور مکزیک بیانگر نقش رویه داوری در این خصوص است. در این پرونده دیوان به‌منظور یافتن تعریفی کاربردی برای آن ضابطه رفتاری، با توسل به قیاس، اقدام به بررسی و توصیف جامعی از آرای داوری سابق در آن خصوص می‌نماید. بعد از تحلیل و بررسی رویه اخیر، دیوان نتیجه گرفت که: «برخی پرونده‌ها»^(۷۹) همگی با هم بیانگر این هستند که حداقل ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه، توسط رفتار قابل انتساب به دولت مورد تعدی قرار گرفته است و اگر رفتار، مستبدانه و بسیار ناعادلانه، خودخواهانه و غیرصحيح باشد، تبعیض‌آمیز محسوب می‌گردد و شاکي را در معرض تبعیض موردی یا نژادی یا فقدان روند صحيح رسیدگی که منجر به خدشه‌دار شدن روند مقتضی قضایی می‌گردد قرار می‌دهد. ممکن است این رفتارها در موردی که نقض آشکار عدالت طبیعی در رسیدگی قضایی یا فقدان کامل شفافیت و صداقت در آیین اداری وجود داشته باشد پدید آید».^(۸۰)

مسئله مهم این است که دیوان مستقلاً رفتار عادلانه و منصفانه را با استفاده از روش‌های تفسیر موجود در کنوانسیون وین تفسیر نکرد بلکه معنی آن ضوابط را در ضمن رویه داوری بررسی کرد. درحالی که پرونده‌های مورد بررسی در پرونده ویست‌منجمنت همگی داوری نفتا بودند اکثر دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، معنی رفتار عادلانه و منصفانه را از رویه‌ها استخراج نموده‌اند و عموماً به معاهده سرمایه‌گذاری که پرونده مورد بحث در مورد آن بود توجه نکرده‌اند. بنابراین به‌منظور تفسیر رفتار عادلانه و منصفانه، تعریف دیوان در اختلاف تکمـد (TECMED) علیه مکزیک از آن ضابطه، در داوری بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اسپانیا و مکزیک، تبدیل به تعریف مبنا و استاندارد گردید.^(۸۱) سایر دیوان‌ها این تعریف را در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان شیلی و مالزی،^(۸۲) اکوادور و ایالات متحده^(۸۳) یا آلمان و آرژانتین^(۸۴) پذیرفته و اصلاح نمودند. مسئله مهم برای فهم تصمیم‌گیری‌های داوری به‌عنوان اعمال حاکمیت عمومی و قانون‌سازی این است

78. رویه‌های پویای مشابه، به‌صورت برابر در خصوص تمامی ضابطه‌های دیگر حمایت از سرمایه‌گذاری شامل حمایت و امنیت کامل، ممنوعیت سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم بدون پرداخت غرامت یا رفتار ملی، به‌درستی اعمال می‌گردد. برای رویه مربوط به این ضوابط، ن.ک: ارجاعات بالا، یادداشت 5.

79. Coewen, ADF, Monder, SP. Myers

80. *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award of 30 April 2004, para. 98.

81. *Tecmed v. Mexico* (note 11), para. 154.

82. *MTD v. Chile* (note 41), paras 113 et seq.

83. *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award of 1 June 2004, para. 185.

84. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007, paras 298-299.

که دیوان‌های بعدی غالباً رویه‌های سابق و فرضیه‌های آن را مورد بررسی نقادانه قرار نمی‌دهند بلکه آنها را در فرض الزام‌آور بودن اجرا می‌نمودند. به بیان دیگر، دیوان‌های داوری به‌سادگی محتوای هنجاری اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را مفروض قلمداد می‌نمایند بدون اینکه فرضیه و پایه‌های آن را در اسناد بین‌المللی معتبر و شیوه‌های پذیرفته‌شده بین‌المللی مورد بررسی هنجاری و اصولی قرار دهند. اساساً عبارت مبهم «رفتار عادلانه و منصفانه» و سایر حقوق سرمایه‌گذاری مورد حمایت ساختار نهادین ناشی از کنوانسیون ایکسید، این حقوق را از نظر عملی قابل قیاس با «شروط عمومی» مندرج در حقوق خصوصی، همچون «حسن‌نیت» و «وفای به عهد» نموده است که به تصمیم‌گیران این عرصه امکان می‌دهد درجه مشخصی از استقلال عمل در خصوص محتوای هنجاری (اصولی) و ضابطه‌های قابل اعمال برای موقعیت‌های خاص اجتماعی، تدبیر و مشخص نمایند.^(۸۵) ابهام اصول حمایت از سرمایه‌گذاری همچون رفتار عادلانه و منصفانه را می‌توان اندکی به آن دسته از شروط عام شبیه دانست که اقتدار قانون‌سازی را در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی از کشورها به دیوان‌ها تفویض می‌دارند. بنابراین، رویه داوری، بیشتر از مشی دولت‌های متعاهد معاهدات سرمایه‌گذاری، در تثبیت معنای ضوابط حمایت از سرمایه‌گذاری که بیانگر تفسیر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است مؤثر می‌باشد.

6. سیستم‌سازی و تصمیمات متعارض

نکته مهم این است که سیستم‌سازی توسط دیوان‌های داوری می‌تواند نه تنها در جهت استفاده از رویه در راستای ایجاد حقوقی هماهنگ در نظر گرفته شود بلکه ایده وجود سیستم حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را می‌توان در تصمیماتی که آگاهانه از رویه سابق عدول کرده یا با آن ایجاد تعارض می‌کنند نیز جستجو کرد. در عین حال به جای استفاده از استدلالی علیه این فرضیه که «ظهور یک سیستم حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی از روشی که دیوان‌های داوری در آن نسبت به رویه به طریق بالا رفتار کنند قابل مشاهده است»، می‌توان گفت که خود این موضوع بیانگر درک بسیار عمیق داوران از این موضوع است که دیوان‌های داوری در محدوده یک سیستم واحد عمل می‌نمایند. اول اینکه دیوان‌های داوری عموماً سعی بر اجتناب از تصمیمات آشکارا متعارض در خصوص تفسیر مفاهیم استاندارد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارند، در عوض، اغلب به دنبال جایگزینی راهبردهای تفسیری هماهنگ‌کننده که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را تقویت نماید، با اختلاف و پراکندگی هستند. البته این امر با وجود این حقیقت است که آنها در خصوص دعوی خاص در دست خود، این واگرایی را مجاز می‌دانند. تمایز میان پرونده‌های در حال رسیدگی با اختلافات گذشته دولت - سرمایه‌گذار به وسیله تأکید بر تفاوت در واقعیت‌های پرونده‌ها، تفاوت در وضعیت آیین رسیدگی یا تفاوت در معاهده سرمایه‌گذاری قابل اجرا می‌باشد. روش دیگر، تطبیق تصمیمات به ظاهر غیرقابل تطبیق بر پایه قواعد برتر است. به بیان دیگر، حتی در پرونده‌هایی که دیوان‌های سرمایه‌گذاری از رویه داوری گذشته عدول می‌نمایند اغلب ارتباط گسترده‌ای با آرای متعارض سابق دارند و پرونده خود را بر اساس واقعیت‌ها متمایز می‌نمایند یا داشته‌های گذشته در خصوص یک موضوع قانونی را از یک قاعده مضیق و منجز به یک اصل وسیع‌تر، بازتعریف می‌نمایند یا استثنا را به قاعده حقوقی بازتعریف

85. در خصوص عملکرد شروط عمومی، ن.ک:

Gunther Teubner, *Standards UND Direktiven in General Klauseln* 60 et seq. (1971).

می‌نمایند تا مجاز به اعمال استثنا گردند.^(۸۶) به همین نحو، بعضی از دیوان‌ها، بسته به موقعیت، تعارضات سیستم حقوقی را در راستای بیان این موضوع که قصدشان عدم عدول از سیستم حقوقی معاهدات سرمایه‌گذاری سابق است پنهان می‌دارند.^(۸۷) دوم اینکه حتی در موارد تعارض آشکار، دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری از راهکارهای استدلالی استفاده می‌کنند که متضمن وجود چهارچوب عام‌الشمول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. بنابراین دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به‌ندرت این استدلال را می‌نمایند که عدول آنها از حقوق رویه‌ای گذشته توسط دوجانبه‌بودن طبیعت معاهدات سرمایه‌گذاری یا به علت محدودیت عملکرد آنها به حل یک اختلاف، تشدید گردیده است.^(۸۸) آنها مرتباً از رویه سابق عدول می‌نمایند زیرا تفسیر سابق را نسبت به یک دیدگاه اصولی غیرموجه می‌دانند.^(۸۹) بنابراین دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری مکرراً مخالفت خود با حقوق سابق را در یک وضعیت نهادینه چهارچوب‌بندی می‌نمایند و بدین وسیله قصد دارند در طی زمان طولانی بر توسعه نظام حقوقی عام‌الشمول معاهداتی اثر بگذارند. به کلامی دیگر، تعارضات آشکار، تمعناً پذیرفته می‌شود تا به راه‌حل‌های نهادینه و پایدار برای توسعه نظام حقوقی معاهدات سرمایه‌گذاری دست یافته شود. اهداف و انگیزه‌های نهادینه در پرونده‌های دارای تعارضات آشکار قابل مشاهده است. به‌عنوان مثال در جایی دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری با موضوع تفسیر شروط چتری سروکار دارند، شروطی که مستلزم تعهدات خاص کاملاً متقابل یک دولت و سرمایه‌گذار خارجی به‌عنوان مثال در یک قرار داد میان سرمایه‌گذار و دولت است.^(۹۰) پرونده مورد نظر در این خصوص است که چگونه دیوان در اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین با رویه به‌دست آمده از حکم پرونده اس.جی.اس علیه پاکستان برخورد می‌نماید. نظر دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین به‌شدت با نظر دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه پاکستان مخالف است علی‌رغم این حقیقت که دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین ملزم به تفسیر شروط چتری معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه سوئیس — فیلیپین بود، درحالی که دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه پاکستان با تفسیر شروط چتری در معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه سوئیس — پاکستان سروکار داشت، دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین به این علت که با معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه متفواتی سروکار دارد از رویه چشم‌پوشی کرد. دیوان در اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین به‌جای اجتناب از تعارض این‌گونه عنوان کرد که تفسیرش با تصمیم دیوان اختلاف اس.جی.اس علیه پاکستان متفوات است.^(۹۱) در شرایطی که دیوان به‌صراحت تصمیم سابق را در اختلاف اس.جی.اس علیه پاکستان، تحت عنوان «ناتوان بودن در ارائه معنی روشنی از شروط چتری» نقد نمود،^(۹۲) این موضوع را که «آیا باید به‌منظور ایجاد هماهنگی، به پاسخ‌های ارائه‌شده توسط

86. See: SCHILL (note 32), 347–352

87. *Ibid.*, 352–355.

88. Differently in this respect *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V 079/2005, Award on Jurisdiction of October 2007, para. 137.

89. Schill (note 32), 341–347.

90. See: Stephan W. Schill, *Enabling Private Ordering - Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, 18 Minnesota Journal of International Law 1 (2009).

91. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004, para. 119.

92. *Ibid.*, para. 125.

دیوان اختلاف ایکسید علیه پاکستان احترام بگذارد و از آنها تبعیت کند یا خیر»، بدون پاسخ گذاشت.^(۹۳) باین حال دیوان بیان داشت:

«اگر چه دیوان‌های مختلف که تحت نظام ایکسید تشکیل گردیده‌اند در کل باید در پی فعالیت هماهنگ با یکدیگر باشند، در نهایت برای هر دیوان لازم است که صلاحیت خود را مطابق با قانون لازم‌الاجرا اعمال نماید که ممکن است از نظر معنی برای هر معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه یا هر کشور خوانده‌ای متفاوت باشد. علاوه بر این در حقوق بین‌الملل، دکتین پیروی از رویه سابق که به معنی یک قاعده حقوقی الزام‌آور ناشی از یک تصمیم منفرد باشد وجود ندارد. هیچ سلسله مراتبی برای دیوان‌های داورى بین‌المللی وجود ندارد و حتی اگر هم وجود داشت، دلیل مناسبی وجود نداشت که به دیوان مقدم از نظر زمانی اجازه دهیم که مسائل را برای تمامی دیوان‌های مؤخر حل نماید. برای حل مسائل حقوقی پیچیده که توسط دیوان اس.جی.اس علیه پاکستان مورد بحث قرار گرفته است و همچنین مسائل موجود در این پرونده اولویت باید با سازوکارهای کنترلی موجود در معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه و کنوانسیون ایکسید باشد و در بازه زمانی طولانی‌تر به توسعه دیدگاه عام حقوقی یا رویه قضایی پایدار و باثبات توجه گردد».^(۹۴) بنابراین در اختلافات اس.جی.اس علیه فیلیپین، دیوان به‌وضوح این موضوع را که هماهنگی در نظام حقوقی حاکم بر معاهدت سرمایه‌گذاری امر پسندیده‌ای است مورد تأیید قرار داد اما این نکته را نیز متذکر گردید که سازوکار دستیابی به آن هماهنگی منجر نخواهد شد که دیوان‌های بعدی ملزم به تبعیت از تصمیمات سابقی گردند که از نظر آنها غیرمتقاعدکننده و حتی غیرصحیح هستند. در عوض، دیوان این امر را بیان نمود که روش دستیابی به هماهنگی در کل سیستم باید موضوع تکامل تدریجی در نظام حقوقی معاهده سرمایه‌گذاری باشد. بنابراین تصمیم اتخاذشده در اختلاف اس.جی.اس علیه فیلیپین صریحاً وجود سیستم عام‌الشمول معاهداتی حمایت از سرمایه‌گذاری را به رسمیت شناخت و اگرچه نتیجه‌ای اتخاذ نمود که با استدلال‌های دیوان سابق ناهماهنگ بود، بر اهمیت ایجاد وحدت و هماهنگی در درون این سیستم تأکید کرد. به کلام دیگر، عدم هماهنگی تصمیم دیوان با تصمیم دیوان اختلافات اس.جی.اس علیه پاکستان را نمی‌توان به‌عنوان فقدان سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در نظر گرفت بلکه این امر بیانگر عدم هماهنگی در نحوه اعمال اصول مشخص در درون این سیستم است.^(۹۵) اگرچه تفاسیر متناقض از حقوق سرمایه‌گذاری امر نکوهدیه‌ای برای قطعیت حقوقی و قابلیت پیش‌بینی این حقوق است تعارضات نظام حقوقی نیز یکی از عوامل ایجادکننده توسعه سیستم رویه‌ای است زیرا این امر دیوان‌ها را قادر می‌سازد که در دیدگاه‌های مختلف در مباحث انتقادی و بحث‌برانگیز تفسیر صحیح حقوق سرمایه‌گذار مشارکت نمایند. بنابراین نباید واگرایی و عدم هماهنگی در داورى سرمایه‌گذاری را به‌عنوان عاملی بر ضد مفهوم سیستم واحد در نظر گرفت بلکه این امر می‌تواند به‌خوبی بخشی از توسعه تدریجی در راستای «نظام حقوقی پایدار» باشد. از این منظر، رویه متعارض، بخشی از فعالیت سیستم‌سازی است که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری در آن شرکت می‌نمایند و به‌جای مقابله با وجود سیستم بین‌الملل سرمایه‌گذاری، بیانگر نظرات مختلف در خصوص مسیری

93. *Ibid.*, para. 97.

94. *Ibid.*

95. در خصوص شروط چتری ملاحظات سیستماتیک مشابهی در تصمیمات بعدی مجدداً مشاهده گردید که بعضی از آن‌ها از *SGS v. Pakistan* حمایت می‌نمود و بعضی دیگر از *SGS v. Philippines*. ن.ک: Schill (note 85)

است که نظارت حقوقی معاهدات سرمایه‌گذاری باید در آن قدم گذارد.

7. رویه و ایجاد چشم‌اندازهای هنجاری برای آینده

اشارهٔ دیوان‌ها به تصمیمات داورى گذشته، على‌الخصوص در پرونده‌هایی که درگیر تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری کاملاً غیر مرتبط هستند، این نکته را مشخص می‌نماید که داورى معاهدهٔ سرمایه‌گذاری در وضعیت «خودنهادینه‌سازی» به‌عنوان سیستم حمایت از سرمایه‌گذاری است که در آن، حل اختلاف‌های موردی، با یکدیگر پیوسته و در ارتباط است و در چهارچوب عام‌الشمول معاهداتی جای گرفته‌اند. این خودنهادینه‌سازی در خلال ارتباط ایجادشده در رویه‌های داورى دارای اهمیت زیادی به‌ویژه در ارتباط با تثبیت استانداردهای رفتاری مبهم ماهوی همچون رفتار عادلانه و منصفانه است. از آنجا که اکثر حقوق ماهوی سرمایه‌گذاری ابتدائاً چه در متون معاهدات و چه در عملکرد دولت‌ها به‌خوبی تعریف نشده است دیوان‌ها در ابتدا صرفاً محتوای هنجاری و قانونی این حقوق را مشخص می‌نمایند و سپس در مقابل آن به رویهٔ داورى به‌عنوان مهم‌ترین منبع برای دستیابی به مسیر صحیح تفسیر و اجرای حقوق سرمایه‌گذاران بازمی‌گردند. به همین علت می‌توان گفت محتوای هنجاری حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی ضرورتاً توسط نظام حقوقی رویه‌ای معاهدات سرمایه‌گذاری ابداع گردیده است بدین‌صورت که هر تصمیمی نه تنها دارای نقش تثبیت‌کنندگی مفاد معاهدهٔ سرمایه‌گذاری مفروض است بلکه این نقش را برای اصول عام‌الشمول معاهداتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز ایفا می‌نماید. بنابراین نظام حقوقی سرمایه‌گذاری، عملکرد قانون‌سازی را برای تثبیت محتوای هنجاری حقوق اصلی سرمایه‌گذار در سرتاسر نظام حمایت از سرمایه‌گذاری بر عهده گرفته و تکمیل می‌نماید و به‌عنوان سازوکار حاکمیت جهانی بر روابط دولت - سرمایه‌گذار در سراسر دنیا اثر می‌گذارد.

در نگاه اول، درک داورى معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان سازوکار حاکمیت جهانی عجیب به نظر می‌رسد چرا که دولت‌ها و سرمایه‌گذاران ثالث غیرمتأثر نباید در روند رسیدگی داورى منفرد میان طرفین کاملاً غیرمرتبط ذی‌نفع باشند. در واقع محتوای ماهوی و شکلی مهیا گردیده است تا از تأثیر بر افراد ثالث جلوگیری شود و این امر نه تنها در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که توسط معاهدات دوجانبه اداره می‌گردد صادق است بلکه معاهدات مختلف به‌شدت هرگونه نفوذ آرای داورى به‌عنوان رویه‌ای در داورى‌های آینده را رد می‌نماید.^(۹۶) البته واقعیت این است که از راه‌های بی‌شماری سرمایه‌گذاران و دولت‌های بی‌طرف، از داورى‌ها متأثر می‌گردند. فراتر از همهٔ این‌ها، رویهٔ داورى در مرکز توجه قرار گرفته است که خود این امر منجر به ایجاد انتظارات و توقعات هنجاری شده است. سرمایه‌گذاران، دولت‌ها و کسانی که به‌عنوان مشاور و داور فعالیت می‌کنند از دیوان‌های داورى انتظار دارند که پرونده‌های آینده را در تطابق با پرونده‌های سابق مورد رسیدگی قرار دهند.^(۹۷) به بیان دیگر، متأثرین از داورى معاهدهٔ سرمایه‌گذاری توقعاتی را ایجاد نموده‌اند؛ بدین‌شکل که چگونگی اعمال و تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری در آینده مبتنی بر چگونگی اعمال و تفسیر این معاهدات در گذشته است. سرمایه‌گذاران و دولت‌ها توقعات و انتظارات خود را در طول جریان داورى با بیان جامع و مؤثر آرای سابق داورى مطرح می‌نمایند. بنابراین طرفین داورى‌های سرمایه‌گذاری انتظار دارند که دیوان‌ها در خصوص پرونده‌ها نه تنها با تفسیر خاص معاهدهٔ سرمایه‌گذاری حاکم تصمیم‌گیری نمایند بلکه تفسیر خود را در چهارچوب استدلال آرای سابق داورى نیز بگنجانند و به همین نحو استفاده‌کنندگان از داورى معاهدهٔ

96. See: *supra*, note 45

97. See: *AES Corporation v. Argentina* (note 46), para. 18.

سرمایه‌گذاری به‌طور فزاینده‌ای انتظار دارند که دیوان‌ها اگر چه قانون حاکم ناشی از معاهدات دوجانبه باشد، تصمیمات هماهنگی صادر نمایند. به همین منظور، دیوان‌ها در تلاش هستند تا تصمیمات هماهنگی ارائه نمایند و نظام حقوقی پایداری را که در عین مجازدانستن عدم هماهنگی، مسئولیت استدلال و توجیه‌کنندگی را بر دوش دیوان‌هایی قرار دهد که قصد انحراف از رویه سابق را دارند توسعه دهند. این روند ایجاد توقعات و انتظارات هنجاری، به‌صورتی بدیع و صرف‌نظر از اینکه آیا رأی به‌خصوص مربوط به معاهده سرمایه‌گذاری یکسانی است یا متفاوت، ایجاد شده است. این را که رویه داوری بر رفتار افراد ثالث اثر می‌گذارد می‌توان در عکس‌العمل بعضی کشورها نسبت به آرای صادرشده بر اساس معاهداتی که آنها عضو هستند مشاهده نمود. مثال‌های بسیاری وجود دارد که کشورهای مخالف با رویکردهای مشخصی از نظام حقوقی داوری، به‌شدت نسبت به تصمیم دیوان داوری عکس‌العمل نشان داده و در معاهدات سرمایه‌گذاری خود بازنگری می‌نمایند حتی اگر که تصمیم مورد نظر بر اساس معاهده داوری متفاوتی صادر شده باشد.^(۹۸) به همین نحو تفسیر موسع رفتار عادلانه و منصفانه یا مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم منجر شده است که کشورهای زیادی از ادبیات محدودتری برای بیان آن مقررات در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه خود استفاده نمایند.^(۹۹) این امر نشان‌دهنده تأثیر بنیادینی است که دولت‌ها به تصمیمات دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت می‌دهند. در نتیجه، دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به‌صورت فعالی در ایجاد سیستم رویه‌ای عام‌الشمول معاهداتی نقش دارند؛ تا حدودی به توقعات طرفین عکس‌العمل نشان می‌دهند و تا حدودی هم توسط نیاز خود به راهکاری برای تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری متمایل می‌شوند و تا حدودی هم متأثر از این فهم هستند که تجربه سابق و رویه سابق به تصمیم‌گیری‌های آینده اعتبار می‌بخشد. اثر این امر این است که تصمیمات داوری به‌طور فزاینده‌ای ایجادکننده قواعد عام‌الشمول معاهداتی حقوقی بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌باشند و بنابراین به‌عنوان سازوکار حاکمیت جهانی عمل می‌نمایند.^(۱۰۰) این موضوع تفاوت مهم داوری معاهدات سرمایه‌گذاری را با داوری تجاری نشان می‌دهد زیرا نکته اصلی در تصمیم‌گیری‌های داوری تجاری که توسط آن توقعات هنجاری با هم درمی‌آمیزند این است که معمولاً رویه حقوقی مورد استفاده سایر دیوان‌های داوری قرار نمی‌گیرد بلکه قوانین داخلی کشور است که توسط دادگاه‌های داخلی آن مورد تفسیر قرار گرفته است درحالی‌که در داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، توقعات هنجاری توسط نظام حقوقی خود دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری ایجاد شده است. به کلام دیگر، رویه داوری، دلیل و عامل سازمان‌دهنده آن توقعات است. این توقعات و انتظارات، محدودیت‌هایی دارد. درحالی‌که این موضوع که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری همواره در هماهنگی و سازگاری با هم تصمیم‌گیری نمایند یا از نظام حقوقی سابق عدول نکنند یا اینکه رویه داوری الزام‌آور گردد مشمول این توقعات نیست اما این امر که دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان بخشی از چهارچوب عام‌الشمول معاهداتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری عمل نماید و برای تصمیم‌گیری‌های خود همچون هرگونه انحرافی از تصمیمات سایر دیوان‌های

98. در خصوص رابطه میان داوری معاهدات سرمایه‌گذاری و معاهده‌سازی سرمایه‌گذاری، ن. ک.:

also UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (2007), available at: http://unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf.

99. ماده 5.10(2)(الف) موافقت‌نامه جمهوری دومینیکن - آمریکای مرکزی - ایالات متحده:

available at: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>.

100. See: Kingsbury & Schill (note 18).

معاهده سرمایه‌گذاری، دلایل مناسبی ارائه نماید، جزء این توقعات محسوب می‌گردد. به بیان دیگر، انتظار و توقعات متقابل دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری عموماً مشابه انتظارات و توقعات متقابل دادگاه‌های داخلی یا بین‌المللی است. از این نهادها انتظار می‌رود که عملکرد قضایی خود را انجام دهند و علی‌الخصوص موازین پذیرفته‌شده استدلالی قضایی را به‌درستی اعمال نمایند. این امر بدین معناست که انحراف از حقوق رویه‌ای سابق نیازمند دلیل قانع‌کننده است زیرا باید با این امر همچون خود رسیدگی به پرونده رفتار گردد.

ج) نتیجه‌گیری

ما در نظام اقتصادی زندگی می‌کنیم که لحظه‌به‌لحظه به سمت جهانی‌شدن پیش می‌رود. اگر معاهدات چندجانبه‌ای که هنوز جهانی نیستند بر روابط دولت — سرمایه‌گذار حکومت می‌کنند، در عوض حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری توسط تعداد بی‌شماری از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و منطقه‌ای جریان دارد. این امر اندیشه چندپارگی و هرج و مرج در روابط سرمایه‌گذاری بین‌المللی را به ذهن می‌رساند. با وجود این، می‌توان هم‌گرایی را در حقوق بین‌الملل حاکم بر حمایت از سرمایه‌گذار خارجی مشاهده نمود؛ درحالی‌که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری شامل عناصر مختلفی هستند که امکان چندجانبه‌شدن این معاهدات را فراهم می‌سازند؛ علی‌الخصوص شروط ملت‌های کامله‌الوداد یا امکاناتی که برای انتخاب معاهدات ارائه می‌دهند تأثیرگذار است اما ایجادکنندگان اصلی وحدت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری هستند.

فراتر از همه اینها، دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، ایجادکننده سیستم رویه‌ای غیرالزام‌آور و متقاعدکننده‌ای هستند که دولت‌ها و سرمایه‌گذاران، عموماً بر روی آنها در خصوص توسعه توقعات و انتظارات هنجاری، چه در خصوص اینکه معاهدات سرمایه‌گذاری چگونه باید توسط دیوان‌های داوری تفسیر گردند و چه اینکه چگونه کشورها باید به‌منظور مطابقت با تعهدات معاهدات سرمایه‌گذاری‌شان اقدام کنند تمرکز می‌نمایند. در راستای انجام این عمل، دیوان‌های داوری علی‌رغم محدودیت‌های ساختاری که با آن مواجه هستند، ضوابط و استانداردهای عام‌الشمول معاهداتی حمایت از سرمایه‌گذاری را ایجاد می‌نمایند و به‌صورت مؤثری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را در خلال تفاسیر خود، چندجانبه‌سازی می‌نمایند.

دیوان‌های داوری مجموعه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را به جایگزینی کاربردی تبدیل می‌نمایند تا اسناد سرمایه‌گذاری را چندجانبه نمایند و ارتباطی عام‌الشمول میان روابط معاهداتی به ظاهر غیرمرتبط ایجاد نمایند. بنابراین آنها عملکردی را که قواعد معاهدات چندجانبه به‌صورت معمول در ایجاد قواعد یک‌شکل برای حمایت از سرمایه‌گذاری و برای جنبه‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری اقتصاد جهانی روبه‌رشد خواهد داشت برعهده می‌گیرند. این عملکرد سیستم‌سازی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تشکیل‌دهنده اعمال خاص حاکمیت عمومی و نوعی از قانون‌سازی توسط دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری است. با همه این احوال، حاکمیت عمومی بدون مشکل نیست، علی‌الخصوص آنجا که عملکرد قانون‌سازی مرتبط با ایجاد سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌تواند تأثیر محدودکننده مهمی بر اختیارات دولت‌ها در قانون‌گذاری در زمینه منافع عمومی خود داشته باشد. در همین حال، سیستم‌سازی موجب ارتقا و افزایش ثبات قانونی و قابل پیش‌بینی بودن حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در کل خواهد شد. بنابراین، سیستم‌سازی، تأثیر مثبت در پاسخ به چندپارگی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز خواهد داشت. علاوه بر موارد ذکرشده، این امر از شرایط اولیه برای ایجاد راه‌حل‌های نهادینه در مقابل مشکلات بنیادین در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری و در روابط میان دولت‌ها و دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری است. بنابراین،

چالش موجود در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری چالشی دوگانه خواهد بود: 1— برای فراهم کردن سطح متعارفی از وحدت شکل و قابل پیش‌بینی بودن تصمیمات دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری بدین‌منظور که دولت‌ها و سرمایه‌گذاران بتوانند عملکرد و برنامه‌های خود را متقابلاً تنظیم نمایند. 2— برای تضمین اینکه نظام حقوقی ایجادشده در اثر رویهٔ داوری، راه‌حل‌های متعادلی ایجاد نماید که از سرمایه‌گذاری خارجی در مقابل سوءاستفاده از اختیارات دولتی محافظت کافی به‌عمل آید، در کنار این که فضای کافی سیاست‌گذاری برای دولت‌ها به‌منظور وضع قوانین مرتبط با منفعت عمومی نیز فراهم گردد.

به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران این چالش می‌تواند با اصلاح اساسی سیستم داوری دولت - سرمایه‌گذار مواجه گردد؛ مثلاً با ایجاد تسهیلات تجدیدنظرخواهی برای آرای داوری دولت — سرمایه‌گذار یا با ایجاد دادگاه دائمی سرمایه‌گذاری بین‌المللی. این امر می‌تواند توسعهٔ نظام حقوقی پایداری را که ایجادکنندهٔ تعادل مناسب میان منافع سرمایه‌گذار و دولت‌ها باشد تضمین نماید. تا زمانی که دولت‌ها در خصوص چنین اصلاحات نهادینه‌ای اقدامی نکرده‌اند، این امر برعهدهٔ دیوان‌های معاهدات سرمایه‌گذاری، کمیته‌های بررسی ابطال و سازمان‌های داوری است که نسبت به مسائل مربوط به مشروعیت داوری معاهدهٔ سرمایه‌گذاری به‌طور عام و فعالیت سیستم‌سازی که دیوان‌های داوری در آن نقش دارند به‌طور خاص اقدام نمایند. ترفندهای دیوان‌ها برای روبه‌روشدن با آن مسائل می‌تواند عناصر مختلفی را شامل شود؛^(۱۰۱) توسعهٔ حقوق ماهوی موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌الملل به طریقی که مورد پذیرش دولت‌ها، سرمایه‌گذاران و جوامع اجتماعی باشد، تضمین‌کنندهٔ آزادی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در مقابل حقوق بین‌الملل عام و سایر نظام‌های حقوقی بین‌المللی همچون حقوق بشر، حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، حمایت از اموال فرهنگی، حقوق بین‌الملل کار و ... می‌باشد و باعث توسعهٔ ضوابط مناسب تجدیدنظر در قوانین دولت‌های میزبان سرمایه و افزایش شفافیت در داوری دولت — سرمایه‌گذار می‌گردد؛ به‌نحوی که دیگران نتوانند سود و ضرر آن را محاسبه نمایند. اما این امر به برخی از انتقادات نیز پاسخ می‌دهد؛ توسعهٔ سازوکارهای بیشتر برای افراد ثالث متأثر از نتیجهٔ داوری‌ها، برای شرکت‌کردن در روند داوری و بیان توضیحاتشان به‌عنوان مثال، تحت عنوان مداخلهٔ ثالث؛ همچنین، بررسی مجدد اصول و قواعد شکلی رسیدگی حاکم بر داوری‌های دولت — سرمایه‌گذار به‌منظور دستیابی به شرایط یک سیستم برای حاکمیت جهانی و تقویت استقلال و بی‌طرفی داوران از طریق ممنوعیت تأثیر غیرموجه بر تصمیم‌گیری‌های آنها. در کل، این راهبردها شامل تقویت رویکردهای حقوق عمومی برای مفهوم‌بخشیدن به اقتدارات عمومی اعمال‌شده توسط دیوان‌های داوری معاهدات سرمایه‌گذاری و توسعهٔ راه‌حل‌های هم‌راستا با اصول عمومی که برای اعمال چنین اقتداراتی حکومت می‌نمایند خواهد بود.

101. See: in depth the contributions in Stephan Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010).