

## اعمال قواعد آمره تحت نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایکسید<sup>۱</sup>

سید محمد طباطبائی نژاد<sup>۲</sup>

چکیده:

رویکرد نظام‌های حقوقی به داوری خصوصی در اختلافاتی که ماهیت آنها با حقوق عمومی ارتباط دارد در گذر زمان از ابهام به پذیرش داوری‌پذیری میل داشته است، لیکن آنچه همچنان به عنوان یک ابهام باقی مانده است این است که بر فرض پذیرش قابلیت داوری این امور، برخورد داور یا داوران با این موضوع در عرصه بین‌المللی چگونه باید باشد. نکته قابل توجه در این حوزه این است که قواعد آمره و انتظامی در جریان داوری، چه در رابطه با قانون ماهوی حاکم بر دعوی و چه در رابطه با تعیین مرجع صالح رسیدگی، چگونه بایستی تجزیه، تحلیل و اعمال شوند. هدف این مقاله این است تا به بررسی و مطالعه تعامل میان داوری تجاری بین‌المللی و قواعد آمره و انتظامی در پرتو قواعد و رویه مرکز داوری سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید) بپردازد. برای دستیابی به این هدف، این مقاله ابتدائاً به ارزیابی و تحلیل کارکرد و ساختار سیستم داوری ایکسید از منظر عمومی یا خصوصی بودن پرداخته و سپس این مسئله را مورد تحلیل قرار می‌دهد که رویه ایکسید در برخورد با قواعد آمره چگونه و بر اساس چه مبانی بوده است؛ به خصوص از نقطه نظر اینکه اعمال این قواعد چگونه بر نتیجه ماهوی داوری تاثیر گذاشته اند و چگونه اختلاف میان قواعد آمره متعارض در سطوح متفاوت مورد حل و فصل قرار گرفته است. اختلاف اساسی و عمیق در آراء صادره از دیوان‌های داوری ایکسید، ما را بدین نتیجه رهنمون می‌سازد که یک تفکیک بنیادین میان دعاوی مبتنی بر قرارداد در مقابل دعاوی مبتنی بر معاهده ایجاد نماییم که بر اساس آن با رعایت انتظارات مشروع طرفین دعوی، هر دو رویکرد ایکسید نیز قابل توجیه باشد.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری، ایکسید، داوری، حقوق عمومی و خصوصی، قواعد آمره.

۱- تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۶/۱

۲- استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

## مقدمه

برای سالیان متمادی رویکرد سیستم‌های حقوقی در خصوص داوری خصوصی در مسائلی که ماهیتی عمومی دارند با ابهام و تردید همراه بوده است. در ابتدا این رویکرد ناشی از عدم اعتمادی بوده است که به داورپذیری (arbitrability) این مسائل وجود داشته است؛ این تردید ناشی از این گمان بوده است که قالب داوری که مبتنی بر ابتکار اشخاص خصوصی است نمی‌تواند با اهداف قانونی که در پشت قواعد داخل در حوزه حقوق عمومی قرار دارد منطبق باشد. قابلیت داوری علاوه بر این با چالشی دیگر در رابطه با قابلیت اعمال قواعد حقوقی با ماهیت عمومی در قالب قواعد آمره همراه بوده است. قواعد آمره در یک معنای کلی قواعدی هستند که اشخاص نمی‌توانند با توافق یا قرارداد از اجراء یا اعمال آن جلوگیری نمایند، آن را تغییر دهند یا محدود نمایند. قوانین حقوق عمومی و حقوق مالیه مانند قوانین مالیاتی، گمرکی و کنترل ارز از مهم‌ترین قوانین امری هستند که اعمال آنها بنا به ضروریات اجتماعی و اقتصادی و با رویکرد پیگیری اهداف خاص مانند تنظیم و کنترل بازار اقتصادی و منافع کلی جامعه در دوره‌های قانونی مشخصی مورد توجه دولت‌ها قرار می‌گیرد. (نیکبخت، ۱۳۸۵، ۱۱۳)

داوری مکانیسمی برای ایجاد تعادل میان خواسته‌های متعارض اشخاص است و برای دستیابی به این هدف داوران بایستی صرفاً به منافع و خواسته‌های مشترک طرفین توجه داشته باشند تا بر اساس آن اختلاف مورد حل و فصل قرار گیرد. تصمیم‌گیری در رابطه با مسائلی که ماهیت عمومی دارند نیازمند تصمیم‌گیری داور با لزوم توجه به منافع عمومی و اعمال قوانین آمره و انتظامی است؛ امری که ممکن است با خواسته‌ها و انتظارات مشروع طرفین در تعارض باشد.

در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی که بر نظام ایکسید (ICSID)<sup>۱</sup> مبتنی است، برخلاف سایر داوری‌های بین‌المللی، مسئله قابلیت داوری مسائل با ماهیت عمومی به صورت عمده و کلی مورد پذیرش قرار گرفته است و به عنوان مبنای اصلی تاسیس این نهاد بوده است. در واقع هدف اصلی کنوانسیون ایکسید<sup>۲</sup> ایجاد نهاد و ابزاری بوده است که بر اساس آن اختلافات میان کشور میزبان سرمایه با یک شخص یا شرکت سرمایه‌گذار در مورد اقدامات دولت میزبان که شرکت سرمایه‌گذار معتقد است بر خلاف تعهدات بین‌المللی آن دولت، در قالب قواعد حقوق بین‌الملل یا به عنوان بخشی از معاهده سرمایه‌گذاری منعقد، است مورد حل و فصل گردد. اما مسئله مربوط به حوزه و گستره اعمال قوانین آمره در این دعاوی به خاطر ماهیت و ساختار خاص ایکسید به عنوان یک مرکز عمومی خصوصی و به عنوان یک ابزار شکل گرفته بر اساس یک کنوانسیون بین‌المللی به صورت چالشی و مورد مناقشه باقی مانده است.

هدف این مقاله این است تا چالشی که میان قواعد آمره و گسترش روزمره استفاده از داوری در اختلافات سرمایه‌گذاری بوجود آمده است را در پرتو قواعد ایکسید و رویه قضایی دیوان‌های داوری آن مورد بررسی قرار دهد. برای دستیابی به این هدف ابتدائاً بایستی ماهیت و کارکرد دیوان‌های داوری ایکسید مورد مطالعه قرار گیرد و بعد بحثی تحلیلی در رابطه با روشی که بر اساس آن قواعد آمره بوسیله این دیوان‌های داوری مورد اعمال قرار گرفته‌اند داشته باشیم. این تحلیل مبتنی بر ادغام رویکردهای متفاوت این حوزه است تا در آخر به کشف جایگاه، نقش و چگونگی اعمال قواعد آمره در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی در نظام حقوقی کنونی برسیم.

1 - International Centre for Settlement of Investment Disputes

۲- کنوانسیون راجع به حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دول دیگر

(ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes)

## ۱- ایکسید: دیوان داوری بین‌المللی خصوصی یا عمومی

این امر که بین ماهیت عمومی و خصوصی اختلافاتی که بوسیله ابزارهای بین‌المللی حل اختلاف، حل و فصل میشوند تفکیک قائل شویم مسئله‌ای ممکن و البته مفید است. (Van Harten, 2009, 3) در رابطه با داوری تحت مقررات ایکسید، اما، قرار دادن آن در یکی از این دو دسته امر ساده‌ای نیست. اختلافات بین‌المللی به اعتبار طرفین می‌تواند در سه شکل نمایان شود: الف) بین اشخاص خصوصی خارجی؛ ب) بین دولت‌ها با یکدیگر؛ ج) بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی. کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (ایکسید) ناظر به نوع سوم از این اختلافات است. برخلاف اتاق بازرگانی بین‌المللی که سازمانی غیردولتی و بین‌المللی است که از سوی بخش خصوصی در سال ۱۹۱۹ ایجاد گردیده و برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری که نهادی بین‌المللی و بین‌الدولی در لاهه است، ایکسید ماهیتی دوگانه دارد؛ چرا که از یک طرف از سوی دولت‌ها به وجود آمده است و از طرف دیگر، افراد خصوصی نیز می‌توانند نزد آن طرف دعوا باشند. افزون بر این، وجود عواملی چون اهمیت فزاینده سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی برای پیشبرد اهداف اقتصادی کشورهای در حال توسعه و نیاز به دانش فنی پیشرفته و حجم زیاد سرمایه از یک طرف، و خواست سرمایه‌گذاران خارجی مبنی بر خارج ساختن اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری از حیطه صلاحیت قضایی کشورهای سرمایه‌پذیر و جستجوی مرجعی بی‌طرف برای تصمیم‌گیری از جمله مبانی اصلی تشکیل نهاد ایکسید بوده است تا با ایجاد تسهیلات و امکانات لازم حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌های متعاقد از یک سو و اتباع دولت‌های دیگر عضو از طریق رسیدگی سازش و داوری انجام پذیرد. از این روی می‌توان داوری‌های معاهده‌ای سرمایه‌گذاری تحت ایکسید را گونه‌ای از حل و فصل اختلاف عمومی تلقی نماییم (Triantafyllou, 2010, 38) زیرا از یک سو نهاد داوری ایکسید بوسیله اقدام حاکمیتی دولت‌ها در انعقاد یک معاهده بین‌المللی تشکیل شده است و از سوی دیگر هدف اولیه این نهاد داوری حل و فصل و تصمیم‌گیری در رابطه با اختلافاتی است که ارتباط مستقیمی با تدابیر

حاکمیتی دولت‌ها دارند. (جلالی، ۱۳۸۳، ۴۵) با این حال توجه به شباهت‌های فراوانی که نظام داوری ایکسید با داوریه‌های خصوصی و تجاری دارد و مقررات آن در رابطه با نحوه تشکیل، رویه و آیین دادرسی، چگونگی قضاوت و اجراء احکام در قانع‌کنندگی این باور کلی مبنی بر عمومی بودن نهاد داوری ایکسید تردید ایجاد می‌نماید. لذا ارائه یک بحث عملی و نظری در رابطه با تبیین ماهیت نظام داوری ایکسید ارزشمند خواهد بود.

### ۱-۱- قالب خصوصی داوری برای حل و فصل اختلافات ماهیتاً عمومی

برخلاف تصور مبتنی بر حقوق عمومی از رویه ایکسید که حاکی از صلاحیت دیوان‌های داوری در بررسی و اتخاذ تصمیم در رابطه با تمامی اقدامات حاکمیتی اجرایی، قانون‌گذاری و حتی قضایی دولت میزبان سرمایه است، قالبی که در آن ایکسید عمل می‌کند می‌تواند بیانگر این باشد که ایکسید نهادسازی قالبی مبتنی بر حقوق خصوصی حل اختلاف از طریق آیین داوری تجاری برای رسیدگی به ماهیت مبنایی اقدامات دولت میزبان سرمایه است که تحت حاکمیت قواعد حقوق عمومی قرار می‌گیرد. (Kim, 2011, 253) با این حال اگر توجهی به تمایز و تفکیکی که میان دعاوی مبتنی بر تعهدات قراردادی و دعاوی مبتنی بر تعهدات معاهده‌ای وجود دارد، شود، این بیان کلی نمی‌تواند صحیح باشد. حتی اگر این نکته را مورد توجه قرار دهیم که اقدام دولت به عنوان محرک شروع دعوی و داوری میان سرمایه‌گذار و کشور میزبان در اغلب موارد صرفاً اقدامی ماهیتاً حاکمیتی است (Levin, 2011, 200) نمی‌توان این نتیجه‌گیری کلی را داشت که دیوان در مواردی که اقدام موضوع اختلاف ماهیتی حاکمیتی ندارد صلاحیت رسیدگی به دعوی را نخواهد داشت؛ خصوصاً با توجه به اینکه تفکیک عمومی و خصوصی که در بالا اشاره شد، در بسیاری دعاوی با توجه به درج شرط التزام یا پوشش (Umbrella Clause) در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه که این امکان و صلاحیت را به دیوان می‌دهد تا نقض یک شرط ضمن عقد بوسیله دولت را نقض آن معاهده تلقی نماید، مبهم و تردیدآمیز می‌گردد. (Van Harten, 2009, 8) در ذیل به مطالعه این شرط و تاثیری که بر تفکیک عمومی و خصوصی در حقوق سرمایه‌گذاری دارد می‌پردازیم.

## ۱-۲- شرط التزام به عنوان چالشی بر تفکیک عمومی و خصوصی

دعای مطروحه در ایکسید به صورت اولیه ناشی از نقض مفاد موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک می‌باشند. با این حال یک طبقه متمایز از دعاوی وجود دارند که در آن اقدام دولت به صورت مستقیم منجر به نقض مفاد موافقتنامه نگردیده است بلکه در وهله اول نقض شرطی قراردادی میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار است که به عنوان سبب دعوی شناخته می‌شود. چنین امکانی برای سرمایه‌گذار به عنوان یک طرف قرارداد ناشی از درج شرط التزام در موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک می‌باشد که بر اساس آن کشور سرمایه پذیر متعهد است تا کلیه تعهدات قراردادی آتی خود را نسبت به سرمایه‌گذار طرف قرارداد محترم شمارد. (منشا درج چنین شرطی در معاهدات سرمایه‌گذاری بواسطه رای دیوان دادگستری در قضیه نفت ایران و انگلیس بود که قرارداد فیما بین را صرفاً یک رابطه میان دولت و شرکت انگلیسی طرف قرارداد می‌دانست و نه میان دولت ایران و دولت انگلیس. برای مطالعه بیشتر در رابطه با این رای رک: موحد، ۱۳۷۶، ۱۸). تفسیر وسیع و گسترده این شرط موجب ایجاد یک تضمین عمومی و وسیع بر عهده کشور میزبان در مقابل هر سرمایه‌گذار خارجی می‌گردد که یک قرارداد مشخص با کشور میزبان منعقد سازد و منتج به شناسایی حق طرح دعوی برای سرمایه‌گذار و صلاحیت دیوان در استماع و رسیدگی به این دعاوی می‌شود. (Wendlandt, 2008, 555) بر اساس این تفسیر، شرط التزام نقض تعهدی قراردادی را تبدیل به یک نقض عمده معاهده می‌نماید (پیران، ۱۳۸۸، ۲۶۰) و به سرمایه‌گذار این امکان را می‌دهد تا دعوی مبتنی بر معاهده خود را، در کنار اسباب دعوی که بر اساس شروط قراردادی مورد تایید قرار گرفته‌اند، مطرح نماید. در نتیجه شروط التزام حوزه‌ای خاکستری در تفکیک و طبقه‌بندی دعاوی به عنوان عمومی و خصوصی ایجاد می‌نماید. (Mills, 2011, 479)

این ابهام موجب شده است تا دیوان‌های داوری ایکسید بر اساس رویکردهای متفاوتی که نسبت به تفسیر شروط داشته‌اند، تصمیمات متفاوتی

اتخاذ نمایند. برخی از دیوانها بر این باور هستند که این شروط صرفاً در مواقعی که با سایر دعاوی ماهوی معاهده‌های جمع گردند منجر به اعطاء صلاحیت به دیوان در رسیدگی به دعوی میشوند. برخی دیگر اما در رویکردی مخالف بر این باور هستند که این شروط با بالا بردن سطح دعاوی قراردادی به سطح معاهده‌ای آنها را در حوزه حقوق بینالملل قرار داده و در نتیجه به ایکسید صلاحیت رسیدگی به دعاوی مبتنی بر نقض تعهدات قراردادی را می‌دهد. (Wong, 2006, 137) در تبیین این دو رویکرد متفاوت اشاره به جریان و آراء صادره در دو دعوی مرتبط در مقابل پاکستان و فیلیپین که از سوی یک شرکت سویسی با نام SGS Société Générale de Surveillance S.A طرح شده‌اند می‌تواند قابل توجه باشد. در دعوی SGS v Pakistan دیوان داوری با اعلام این مطلب که عبارات شرط التزام مبنی بر متعهد کردن پاکستان به تضمین رعایت حقوق قراردادی و تعهدات خود در مقابل سرمایه‌گذار (-Constantly Guarantee) به صورت کافی شفاف و مشخص نیست تا تعهدات قراردادی دولت پاکستان را به تعهدات معاهده‌ای آن کشور تحت موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک تبدیل سازد و در نتیجه خود را صالح به رسیدگی ندانست. هدف دیوان از عدم استماع دعوی این بوده است تا از تعارضی که میان حوزه حاکمیت معاهده و قرارداد است جلوگیری نموده و با ایجاد و ترسیم خطی میان اعمال حاکمیت (Jure Imperii) و اعمال تصدی (Jure Gestionis) دولت، این تفکیک را حفظ نماید. در انجام چنین کاری دیوان با ممنوعیت امکان طرح دعوی معاهده‌ای توسط سرمایه‌گذاران با استناد به نقض تعهدات قراردادی به صورت غیرمستقیم تمامیت و استقلال حوزه داوری معاهده‌ای را به عنوان سیستم حل و فصل اختلافات راجع به حقوق عمومی حفظ نمود. در رویکردی متفاوت در دعوی SGS v Philippines دیوان داوری دیگری با ادبیاتی قوی استدلال‌ات مطرح در دادنامه قبلی را رد نموده و اعلام کرد که شرط التزام مربوطه در موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک عدم رعایت تعهدات قراردادی توسط دولت فیلیپین را تبدیل به نقض تعهدات مندرج در معاهده نموده است. در نگاه دیوان داوری شرط التزام به مفهوم تجویز رسیدگی دیوان به ادعاهای مربوط به عدم اجراء تعهدات قراردادی توسط دولت میزبان می‌باشد؛ گرچه محدوده و محتوای این تعهدات مسئله‌ای مرتبط با قرارداد است. با این حال این نتیجه‌گیری‌های

کاملاً متعارض نبایستی ما را از اهمیتی که در هر دو رای به نگرانی‌های مرتبط با تفکیک حوزه حقوق خصوصی و عمومی در رابطه با تفسیر شرط التزام داده شده است باز دارد. نگرانی‌هایی که بوسیله دیوان ابتدایی ابراز شده است نگرانی‌هایی واقعی در داوری‌های سرمایه‌گذاری هستند که عدم توجه به آنها می‌تواند به گسترش استفاده افراطی از نهاد داوری ایکسید برخلاف مقاصد ابتدایی کشورهای عضو برای استفاده از نهادی قضایی برای تنظیم اقدامات انتظامی کشورها منجر شود. در سوی مقابل عدم توجه به شرط التزام می‌تواند سرمایه‌گذاران را از امتیازات مبتنی بر معاهده برای حفظ حقوق قراردادی خود در مقابل اقدامات ناخردانه و خلاف منطق کشور میزبان محروم نماید. بنابراین، تعهداتی که بوسیله شروط التزام ایجاد می‌شوند می‌بایستی در قالب تعهد انتظامی دولت میزبان مبنی بر رعایت تعهداتش به صورت کلی فهمیده شود و نه اینکه درج چنین شروطی به مفهوم تعهدی عام که شامل حمایت از هر حق مجرد مندرج در قرارداد که دولت میزبان به عنوان یک شخص خصوصی طرف قرارداد بعهد گرفته است، تلقی شود. در نتیجه صلاحیت ایکسید بایستی محدود به حدودی شود که حمایت از سرمایه‌گذاران در رابطه با این تعهد مستلزم رعایت آن است. این استدلال می‌تواند به تفکیک میان حکومت قرارداد و معاهده دولت میزبان کمک نماید و از گسترش غیرضروری و بیمنطق صلاحیت ایکسید در محدوده تجارت بین الملل جلوگیری نماید.

(Van Harten, 2009, 27)

## ۲- پارادایم مبتنی بر قرارداد در مقابل پارادایم مبتنی بر معاهده و اعمال قواعد آمره

نتیجه‌گیری‌ها و آراء متفاوت و بعضاً متعارض در رابطه با اعمال قواعد آمره در پرونده‌های نسبتاً مشابه مطروحه در دیوان‌های داوری ایکسید موجب شده است تا برخی نویسندگان استدلال‌ات متفاوتی را در رابطه با دعاوی سرمایه‌گذاری ارائه نمایند. با تحلیل ماهیت و کارکرد سیستم داوری ایکسید و توجه به ماهیت قواعد آمره در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و با تاکید بر متن کنوانسیون ایکسید،



در این مقاله یک تفکیک کلی میان دعاوی، بر اساس اینکه مبتنی بر قرارداد یا معاهده محور هستند پیشنهاد شده است تا رویکردهای ساختاری مختلف در این رابطه که گمان می‌رود در تعارض باشند توجیه شوند. بواقع اعمال نادرست و نابجای قواعد آمره می‌تواند به همان اندازه مشکل‌زا باشد که عدم اعمال این قواعد در جایی که بایستی اعمال شود، غلط خواهد بود؛ زیرا این کار یا با انتظارات مشروع طرفین در تعارض خواهد بود و یا موجب از بین رفتن سیاست‌های ملی و بین‌المللی و ملاحظات مربوطه در محیط سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌گردد.

مبنای پارادایم مبتنی بر این تفکیک این است که دعاوی قراردادی مانند سایر قراردادهای دولتی که توسط دولت منعقد می‌شود متعلق به گستره حقوق داخلی است و حتی اگر رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها بواسطه وجود شرط التزام در معاهدات تحت صلاحیت دیوان‌های داوری ایکسید قرار گیرد، همچنان یک مسئله حقوق عمومی باقی می‌ماند که بایستی تحت قواعد آمره و انتظامی داخلی دیده شود. (Michael, Waibel 2010, pp. 45.48) صرف این دلیل که دعوا مبتنی بر یک قرارداد میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان بوده و دعوی ناشی از آن تحت صلاحیت دیوان‌های داوری ایکسید قرار می‌گیرد، موجب تغییر ماهیت حقوق عمومی آنها نمی‌گردد. علاوه بر این، متن کنوانسیون ایکسید این امکان را می‌دهد تا قواعد آمره داخلی به عنوان قانون ابتدایی حاکم بر این رابطه در خصوص تعهدات مشترک با اقتدارات حاکمیتی دولت دیده شود. (Van Harten, 22. & Rovine, 2008, 12) در سوی مقابل دعاوی مبتنی بر معاهده مبتنی بر حاکمیت حقوق بین‌الملل است و حضور قواعد آمره بین‌المللی را تا آنجا که در راستای تحقق عدالت در حقوق بین‌الملل لازم است ضروری ساخته است.

این رویکرد گرچه منبعث از متن کنوانسیون ایکسید، خصوصاً بند ۱ ماده ۴۲ در رابطه با تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوی نیست اما منطبق و هم‌راستا با متن ماده مزبور است. این ماده از دو جمله تشکیل شده است؛

جمله اول به حاکمیت اراده طرفین اعتبار می‌بخشد و این اختیار را به آنها می‌دهد تا هر گونه مایلند به تعیین قانون حاکم اقدام ورزند و جمله دوم هیأت داوری را ملزم می‌سازد تا در صورت عدم توافق طرفین بر انتخاب قانون حاکم، قانون کشور طرف دعوی را، از جمله قواعد راجع به تعارض قوانین آن کشور، و قواعد حقوق بین‌الملل را که مناسب می‌بیند، اعمال نماید. در واقع برای دستیابی به این درک از نظام حقوقی داوری در سرمایه‌گذاری بر مبنای سیستم ایکسید ضروری است تا تکه‌های مختلف پازل داوری سرمایه‌گذاری را در سیستم تفسیر و اعمال قواعد تعارض قوانین، که حالتی از انسجام و سازگاری داشته و در آن ملاحظات سیاستی نقش بنیادینی را دارد، قرار دهیم. ما بایستی بر این اساس رویکردی را اتخاذ کنیم که در آن هزینه‌های فردی در راستا و همسو با هزینه‌های اجتماعی قرار گیرد و می‌تواند در عین اینکه به افزایش رفاه اجتماعی و منافع عمومی در حقوق سرمایه‌گذاری منجر گردد در آن واحد به انتظارات مشروع طرفین احترام گذاشته شود. این برداشت این امکان را به ما می‌دهد تا، بر اساس یک قاعده‌ی تفکیک ساده و سنتی، درک درست و منطبق با واقعی از داوری در فضای جدید سرمایه‌گذاری بین‌المللی داشته باشیم.

## ۲-۱- تعارض قواعد آمره در دعاوی مبنی بر قرارداد ایکسید

دلایل متفاوتی موجب می‌شود تا تعیین درست نقش قواعد آمره در داوری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با پیچیدگی‌هایی همراه باشد. دلیل اول این وضعیت این است که تعیین نقش قواعد آمره بیان‌گر تعارضی است که میان گسترش حاکمیت اراده و حمایت از منافع ملی وجود دارد. (Kleinheisterkamp, 2008, 104; Greenawalt, 2009, 117) از سوی دیگر در پاسخگویی به سؤالاتی که مرتبط با تعیین قانون حاکم می‌باشد ممکن است کشور مشخص یا گروهی از کشورها یک نفع مستقیم تجاری داشته باشند.

به صورت کلی برای حل و فصل این تعارض‌ها برخی قواعد مشخص مانند

نظریات مبتنی بر نظم عمومی فراملی (transnational public policy) در حقوق بین الملل وجود دارند اما سیستم ایکسید یک نظام خاص و منحصر به فرد است که در آن قواعد حاکم بر اساس اینکه دعوی مبتنی بر قرارداد یا معاهده است ممکن است متفاوت باشد. در دعاوی قراردادی که در آن، به عنوان نمونه سرمایه‌گذار با دعوی نقض قرارداد از سوی دولت مواجه شده است، سرمایه‌گذار ممکن است به قواعد آمره کشور خود جهت توجیه نقض تعهدات قراردادی استناد نماید. (Bjorklund, 2005, 263). پس علی القاعده چنین حقی برای توسل به قواعد آمره داخلی در روابط قراردادی برای دولت میزبان نیز وجود خواهد داشت. لذا این سخن که دولت میزبان نمی‌تواند به عنوان یک دفاع معاف کننده و عذر موجه به یک قاعده آمره داخلی استناد نماید در رابطه با دعاوی قراردادی قابلیت اعمال ندارد. در این دعاوی در صورتی که طرفین به نحو مخالفی توافق نکرده باشند داوران می‌توانند به عنوان قاعده حاکم اولیه قانون داخلی کشور میزبان را در گام اول اعمال نمایند و به حقوق بین الملل هنگامی متوسل شوند که برای تکمیل یا اصلاح حقوق داخلی چنین تمسکی مورد نیاز است. این رویکرد در دعوی Autopista تبیین شده است. در این دعوی دیوان داوری اظهار داشت که «گستره قواعد حقوق بین الملل به هر میزان که بر اساس بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید تعریف شود ... خصوصاً با توجه به ماهیت قراردادی، و نه معاهده‌ای دعوی، هیچ دلیلی در این پرونده وجود ندارد تا فراتر از نقش اصلاحی و تکمیلی حقوق بین الملل برای آن نقشی تعریف نماییم».

این امر بدین معنا است که اقدامات دولت میزبان صرفاً در مواردی می‌تواند مورد نظارت دیوان داوری قرار گیرد که این اقدامات آنچنان دلبخواهانه، خودسرانه و بی‌منطق باشد که ناقض تعهدات بین المللی آن کشور بر اساس اصول حقوق بین الملل بشود. در این صورت قواعد آمره بین المللی نقش ثانویه خود را به منظور ارزیابی و نظارت بر تدابیر داخلی ایفا می‌نماید. همانطور که پروفیسور شرور (Schreuer) تأکید کرده است «قواعد (داخلی) بوسیله اعمال استانداردهای بین المللی مانند استتکاف از حق دادخواهی، تدابیر تبعیض آمیز

در ضبط و مصادره اموال یا فسخ خودسرانه قرارداد مورد ارزیابی قرار می‌گیرد». (Schreuer, 2009, at.590.; Akgul, 2008, 37; Bjorklund, 2005: 262) در واقع نقش حقوق بین‌الملل محدود به مواردی است که قوانین داخلی نسبت به مسئله ساکت است یا تعارضی میان قواعد حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی وجود دارد. در این صورت با توجه به اولویت اصول کلی حقوق بین‌الملل، این قواعد بایستی به صورت تکمیلی حاکم گردند. (Gaillard and Banifatemi, 2003, 387) برخی آراء اخیر که در مسئله رشوه، به عنوان ناقض نظم عمومی بین‌المللی، و تقلب به عنوان یک اصل کلی حقوقی تأکید داشته‌اند، بر همین رویکرد تکیه دارند.

در رابطه با دعاوی مبتنی بر قرارداد، دیدگاه دیگر این است که قواعد آمره بین‌المللی را نباید در قالب یک مقررہ تکمیل کننده ملاحظه نمود بلکه تا جایی که تعهدات قراردادی دولت میزبان می‌تواند بر اساس موافقتنامه سرمایه‌گذاری به عنوان عمل حاکمیتی تلقی شود بایستی این قواعد را به عنوان قواعد اولیه حاکم اعمال نمود. این دیدگاه بر این برداشت تکیه دارد که میتوان یک تفکیک کلی میان جنبه های تجاری دعوی و سایر جنبه‌هایی که در برگیرنده مداخله حاکمیتی دولت در جریان اجرای قرارداد مربوطه است ایجاد کنیم. یک نمونه بارز از این رویکرد می‌تواند رای صادره در پرونده Wena Hotels باشد. در این دعوی دیوان دآوری به این نتیجه رسید که دولت میزبان بواسطه قصور در جبران اقدامات غیرقانونی شرکت دولتی مسئول است؛ زیرا این قصور منجر به نقض تعهدات دولت بر اساس موافقتنامه سرمایه‌گذاری و به طور ویژه، تعهد آن دولت در تضمین یک رفتار منصفانه و عادلانه و تعهد حمایت و امنیت کامل برای سرمایه‌گذاران شده است.

## ۲-۲- تعارض قواعد آمره در دعاوی مبتنی بر موافقتنامه تحت ایکسید

داوری‌های مبتنی بر موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری برخلاف دعاوی مبتنی بر قرارداد نوعاً تحت حکومت قواعد حقوق بین‌الملل، اعم از خود موافقتنامه سرمایه‌گذاری یا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، قرار می‌گیرند. (حبیب‌زاده،

در دعوی Siemens AG v Argentine Republic دیوان داوری این نظر که کارکرد حقوق بین‌الملل بر اساس معاهده ایکسید صرفاً محدود به یک مقرر «اصلاحی حقوق داخلی یا تکمیل کننده سکوت قانونی» می‌شود را رد کرده است. دیوان بر این مبنا تاکید کرد که رسیدگی ماهوی به دعوی بر اساس کنوانسیون ایکسید، موافقتنامه دوجانبه میان طرفین و حقوق بین‌الملل قابل اعمال انجام خواهد پذیرفت. (op.cit. 78) اما در صورت تعارض میان قواعد آمره مختلف بین‌المللی مفاد موافقتنامه سرمایه‌گذاری به عنوان قانون خاص (lex specialis) تا جایی که ناقض قواعد آمره بین‌المللی (jus cogens) نباشد می‌تواند دیگر قواعد قابل اعمال متعارض را کنار بزند. (Bjorklund, 2005, 233) این قاعده ترجیح در دعوی AES v Hungary نیز مورد تاکید قرار گرفته است. در این دعوی دیوان با شناسایی معاهده منشور انرژی (Energy Charter Treaty) به عنوان قانون حاکم توجه به قواعد آمره اتحادیه اروپا را به عنوان یک امر موضوعی که بایستی در تشخیص مفاهیم معقولیت (rationality)، متعارف بودن (reasonableness)، دلخواهی بودن (arbitrariness) و شفافیت (transparency) اقدام دولت میزبان مورد توجه قرار گیرد، محدود نمود.

با این حال این مسئله بدین مفهوم نیست که مقررات و قوانین داخلی هیچ نقش ماهوی در دعاوی مبتنی بر معاهده ندارند. حقوق داخلی و بین‌المللی می‌توانند در کنار یکدیگر به صورت تکمیلی، تفسیری و تعاملی در حل و فصل دعاوی - مبتنی بر موافقتنامه سرمایه‌گذاری بکار گرفته شوند. در اینگونه دعاوی نیز دیوان‌های داوری به صورت عملی مقررات آمره داخلی کشور میزبان را در رابطه با سوالات و پرسش‌های مشخصی از جنبه‌های ماهوی دعوی شناسایی و اعمال می‌کنند. شناسایی قواعد آمره داخلی کشور میزبان در رابطه با جنبه‌های ماهوی دعوی ممکن است بر اساس ماهیت، هدف قاعده و یا به خاطر مقررات معاهده ضرورت یافته باشد چنان که پاسخ به این سوال که آیا سرمایه‌گذاری مدنظر مطابق با مقررات داخلی کشور میزبان صورت پذیرفته است یا خیر بدون توجه به قواعد امری کشور میزبان میسر نخواهد بود. (Reed & Paulsson & Black- 2010, 72) علاوه بر این در مواقعی که دولت میزبان به دنبال این است تا دفاعیاتی را ارائه نماید و یا اقدام به طرح دعوی متقابلی در دیوان نماید

مقررات آمره باز هم می‌تواند موضوع بحث باشد. این قواعد همچنین می‌تواند در رابطه با استدلالات مرتبط با مسئله میزان خسارت نیز مطرح شوند؛ زیرا این امکان وجود دارد که دولت میزبان میزان مبلغ مورد مطالبه را که بایستی به عنوان خسارت بپردازد با مبلغی که مدعی است خواهان به این عنوان که مقررات مربوطه را رعایت نکرده و موجب خسارت شده تهاثر نمایند. به علاوه قوانین آمره داخلی در رابطه با مسائلی از حقوق بین‌الملل که نقض آن وابسته به فهم قواعد آمره داخلی است می‌تواند اهمیت یابد. به عنوان نمونه مفهوم استتکاف از اجرای حق (denial of justice) از سوی دولت میزبان به هنگامی که درستی ارزیابی می‌شود که قوانین دادرسی کشور مربوطه مطمح نظر قرار گیرد، زیرا در این رابطه دولت میزبان، تعهدی جز اجرای درست قواعد آمره دادرسی خود ندارد. بر این اساس در این موارد قواعد آمره داخلی کشور میزبان در رابطه با جنبه‌های ماهوی دعوی یک نقش فرعی اما نسبتاً مهم را خواهند داشت. همچنین هر چند مقررات آمره بین‌المللی در موقع تعارض مستقیم با مقررات آمره داخلی بایستی مقدم شمرده شوند اما بسیاری مواقع این در اختیار دیوان داوری خواهد بود تا تعهدات بین‌المللی را، خصوصاً در مواردی که به قوانین آمره داخلی ارجاع می‌دهند، تفسیر نمایند. به عنوان نمونه تعهد به رعایت اصل رفتار ملی (national treatment) به عنوان معیار استاندارد حمایت از سرمایه توسط سوی دولت میزبان بر اساس حقوق بین‌الملل صرفاً بایستی با ارجاع به حقوق داخلی و حقوقی که کشور میزبان برای اتباع خود شناسایی نموده است مورد تفسیر قرار گیرد. قانون داخلی همچنین می‌تواند یک نقش اساسی در رابطه با موضوع رضایت به داوری (consent to arbitration) داشته باشد. به منظور حمایت از سرمایه توسط کشور میزبان، این امر در اغلب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری درج گردیده است که سرمایه‌گذاری بایستی مطابق با قوانین کشور میزبان باشد (in accordance with the laws of the host State). نکته آخری که در این رابطه بایستی مدنظر قرار گیرد این است که اصولاً کشورها بر اساس منافع ملی خود اقدام به امضاء موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری می‌نمایند. (علیدوستی، ۱۳۸۶، ۳۲۵) بر این اساس حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان یک مسئله حکمی و موضوعی در چارچوب این منفعت ملی بایستی دیده شود. در کنار این حق، این

حق تمامی سکنه و شهروندان دولت میزبان نیز هست تا یک دولت کارآمد و متوجه به حقوق آنها داشته باشند. این امر موجب ایجاد تکلیفی بر دوش دولت میزبان جهت اداره کشور به منظور دستیابی به رفاه عمومی را ایجاد می‌نماید. هنگامی که این تکلیف با حسن نیت اجرا می‌شود نمی‌توان گفت که دولت میزبان به تعهدات بین‌المللی خود پایبند نبوده است. از این روی هر گونه بررسی نقض تعهدات بین‌المللی دولت میزبان در چارچوب این مفهوم بایستی مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد. آراء داوری نیز در هر یک از دو دعوی CMS Gas Transmission و MTD که در آنها اعمال همزمان مقررات داخلی و مقررات بین‌المللی مورد تاکید قرار گرفته است مغایر با این مکانیسم تفکیکی پیشنهادی نیست. در واقع، همانطور که در قبل گفته شد، در هر دو دعوی مبتنی بر معاهده و مبتنی بر قرارداد، حقوق ملی و بین‌المللی و قواعد آمره آنها نقش دارند اما مسئله این است که در هر مورد کدام یک بر دیگری غالب و مقدم خواهند بود و در این صورت چه نقشی به عنوان تکمیل یا تفسیر میتوانیم برای مقررات مربوطه قائل شویم

### نتیجه گیری

همانطور که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت رویکرد افراطی به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی باعث شده است تا یک نگرانی عمیق در رابطه با رژیم حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی به شکل فعلی و تاثیر منفی آن بر رفاه عمومی جوامع پدید آید. این امر به خصوص در رابطه با گسترش صلاحیت دیوان‌های داوری به نظارت بر هر اقدام مرتبط و نه لزوماً حاکمیتی کشور میزبان و اقدامات انجام یافته دولت که در ظرفیت خصوصی‌اش انجام می‌دهد، دیده می‌شود. بر این اساس اکنون زمان آن رسیده است تا یک تفکیک خصوصی-عمومی که به حد کافی شفاف و مشخص است، ایجاد نماییم تا انتظارات مشروع کشور میزبان به خصوص در رابطه با اعمال مقررات آمره مربوطه و صلاحیت دیوان‌های داوری بر مبنای کنوانسیون ایکسید به نحو مقتضی تضمین گردد. اصل اساسی در حقوق سرمایه‌گذاری این است که کشورها، به

خصوص کشور میزبان سرمایه، به نمایندگی از عموم جامعه خود، یک حق بنیادین در تنظیم روابط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی در کشور خود را دارند. از این روی، در مواقعی که چنین حقی از سوی دولت میزبان با حسن نیت، برای هدفی مشروع و نه به صورت دلبخواهی یا در تعارض با تعهدات بین‌المللی دولت، اعمال می‌شود بایستی بر منافع سرمایه‌گذاران مقدم شمرده شود. نهاد داوری ایکسید به منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و به عنوان ابزاری تکمیلی برای سیستم عمومی قضاوت در حوزه حقوق بین‌الملل پدید آمده است تا به سرمایه‌گذاران این حق را بدهد تا به یک مرجع مستقل بین‌المللی برای حل و فصل اختلافاتشان با دولت میزبان دسترسی داشته باشند. در این مسیر وظیفه این نهاد داوری این است تا ادعای سرمایه‌گذار خارجی مبنی بر اینکه دولت میزبان با سوء استفاده از قدرت عمومی تعهدات بین‌المللی خود را نقض نمود، مورد ارزیابی و رسیدگی قرار دهد. در این راه این نهاد داوری نه می‌تواند از حوزه صلاحیت خود خارج شود و نه الزاماتی که دولت میزبان برای اداره منافع عمومی و دستیابی به رفاه عمومی دارد را نادیده بگیرد. رفتن در مسیری غیر از این، می‌تواند به صورت اساسی، تعهد دولت‌ها به حمایت از این نهاد را خدشه‌دار و آینده آن را در ابهام فرو برد.

### فهرست منابع

۱. پیران، حسین، "شرط التزام در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری"، مجله حقوقی بی‌المللی، ش ۴۰، ۱۳۸۸.
۲. جلالی، محمود، "حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق داوری ایکسید و ضرورت الحاق ایران"، الهیات و حقوق، ش ۱۳، ۱۳۸۳.
۳. حبیب زاده، توکل، "معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، حقوقی بین‌المللی"، ش ۳۰، ۱۳۸۳.
۴. علیدوستی، ناصر، "منافع ملی در معاهدات و اسناد تجارت بین‌الملل"، مطالعات راهبردی، ش ۳۶، ۱۳۸۶.
۵. موحد، محمدعلی، "درس‌هایی از داوری نفتی ایران"، ج ۱۰، دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۷۶.



۶. نیکبخت، حمید رضا، "محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین"، تحقیقات حقوقی، ش ۴۴، ۱۳۸۵.
۷. هنجنی، سیدعلی، "قواعد بنیادی حقوق بین‌المللی کیفری و قواعد آمره، مجله حقوقی بین‌المللی"، ش ۳۳، ۱۳۸۴.
8. Akgul, Zeynep, *The Development of International Arbitration on Bilateral Investment Treaties: Disputes Between States and Investor*, ICSID Cases Against Turkey Regarding Energy Sector, Universal-Publishers, 2008.
9. Bjorklund, Andrea K., *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*. Virginia Journal of International Law, 2005, Vol. 45, No. 4,
10. Chester & Miles, Kate, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.
11. Gaillard, Emmanuel and Banifatemi, Yas, *The Meaning of and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process* ICSID Rev, 2003, vol 18.
12. Greenawalt, Alexander K. A., Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method? American Review of International Arbitration, 2008, Vol. 18, No. 103
13. Kim, Dohyun, *The Annulment Committee's role in multiplying inconsistency in ICSID Arbitration: the need to Move Away from an Annulment based system*, New York university law review, 2011, vol. 86.
14. Kleinheisterkamp, Jan, *The Impact of Internationally Mandatory Laws on The Enforceability of Arbitration Agreements*, World Arbitration & Mediation Review, 2009, vol. 3:2.
15. Loukas A. Mistelis, *Mandatory rules in international arbitration: too much too early or too little too late? concluding remarks*, Am. Rev. Int'l Arb., 2007. Vol 18.
16. Mills, Alex, *Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment law and arbitration*, Journal of International Economic Law, 2011, vol 14(2).
17. Reed, Lucy & Paulsson, Jan & Blackaby, Nigel & Rawding, Nigel, (2010)

*Guide to ICSID arbitration*, Kluwer Law International.

18. Rovine, Arthur W., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, BRILL, 2008.

19. Schill, Stephan W., *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

20. Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

21. Triantafilou, Epaminontas E., *Is a Connection to the Public Interest a Meaningful Prerequisite of Third Party Participation in Investment Arbitration?*, Berkeley J. Int'l L. Publicist, Vol. 5, 2010.

22. Van Harten, Gus, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1461125>

23. Wendlandt, Matthew, *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes*, Texas International Law Journal, 2008, Vol. 43.

24. Wong, Jarrod, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, Geo. Mason L. Rev., Vol. 14:1, 2006.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی